การศึกษาความรับผิดทางอาญา: กรณีรับตั้งครรภ์แทน โดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

นางสาวปริญาพร พัฒนาวงศ์เสรีกุล

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
พ.ศ. 2562

A study Criminal Responsibility : Regarding Surrogacy by Assisted Reproductive Technology in Medical

Miss Pariyaporn Pattanawongsaleekul

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

2019

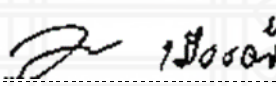
หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ	การศึกษาความรับผิดทางอาญา: กรณีรับตั้งครรภ์แทนโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
ชื่อและนามสกุล	นางสาวปริญาพร พัฒนาวงศ์เสรีกุล
วิชาเอก	กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม
สาขาวิชา	นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุพัตรา แผนวิชิต

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2563

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ

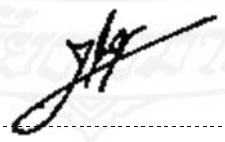
..... ประธานกรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุพัตรา แผนวิชิต)



..... กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ)



.....

(รองศาสตราจารย์วรวุฒิ เทพทอง)

ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษาค้นคว้าอิสระ การศึกษาความรับผิดทางอาญา : กรณีรับตั้งครรภ์แทนโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ผู้ศึกษา นางสาวปริญาพร พัฒนาวงศ์เสรีกุล **รหัสนักศึกษา** 2614003297 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต **อาจารย์ที่ปรึกษา** ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุพัตรา แผนวิชิต **ปีการศึกษา** 2562

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาแนวคิดที่เกี่ยวข้องในการกำหนดความรับผิดทางอาญาและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (2) ศึกษา วิเคราะห์ถึงการกำหนดโทษของความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 (3) ศึกษา วิเคราะห์ความแตกต่าง ข้อดี และข้อเสียของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ระหว่างประเทศกับต่างประเทศ และ (4) เสนอแนะแนวทางแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศไทยให้เหมาะสม

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยศึกษาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ข้อมูลจากตำรา บทความวิชาการ วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ ระเบียบ คำสั่ง คำพิพากษาศาลฎีกา รวมทั้งข้อมูลอื่นๆ ที่เป็นประโยชน์ และนำมาวิเคราะห์อย่างเป็นระบบเพื่อนำมาใช้เป็นข้อมูลในการศึกษา

จากผลการศึกษาพบว่า (1) แนวคิดที่เกี่ยวข้องในการกำหนดความรับผิดทางอาญาและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์ ได้แก่ หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักนิติธรรม และหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของสามีและภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย (2) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีข้อบกพร่องในตัวบทกฎหมายอันอาจนำไปสู่ปัญหาความรับผิดทางอาญาบางประการตามมาภายหลังการบังคับใช้ และเป็นหลักกฎหมายที่มิใช่หลักการที่สอดคล้องกับสภาพสังคมไทย ทำให้เกิดกรณีการดำเนินการรับจ้างตั้งครรภ์แทนอย่างไม่เปิดเผย (3) จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่า ทุกประเทศให้ความสำคัญกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในการบำบัดรักษาบุคคลที่ไม่สามารถมีบุตรได้ หรือมีบุตรได้ยากกว่าปกติตามธรรมชาติ (4) ข้อเสนอแนะของงานวิจัย คือ การแก้ไขบทบัญญัติ หลักเกณฑ์การให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้ขบวนการที่หลบเลี่ยงอยู่นอกเหนือกฎหมายเข้ามาอยู่ในความควบคุมดูแลของรัฐต่อไป

คำสำคัญ การตั้งครรภ์แทน ความรับผิดทางอาญา เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ สิทธิ

Independent Study title: A study Criminal Responsibility : Regarding Surrogacy by Assisted Reproductive Technology in Medical
Author: Miss Pariyaporn Pattanawongsaleekul; **ID:** 2614003297;
Degree: Master of Laws; **Independent Study advisor:** Dr. Supatra Phanwichit, Assistant Professor; **Academic year:** 2019

Abstract

This independent study aims to (1) study the concepts involved in the formulation of criminal liability and assisted reproductive technologies in medicine. (2) study, analyze Prescribing the Penalty for Criminal Liability in Surrogacy under the Protection of Children Born Using Assisted Reproductive Technology Act 2015 (3) Study, analyze Differences, pros and cons of laws relating to the protection of children born through international and foreign assisted reproductive technologies. and (4) To recommend solutions to the law related to surrogacy under the law on the protection of children born by assisted technology. Fertility medical treatment of Thailand

This independent study is a qualitative research. By studying the provisions of the relevant laws Information from textbooks Academic articles, Thesis, Thesis, Regulations, Orders, Judgment of the Supreme Court, and other information Helpful And analyzed in a systematic manner to be used as data in the study

From the results of the study, it was found that (1) the concepts involved in the determination of criminal liability and assistive technology for medical prosperity were principles of human dignity, rule of law and Legal basis on the rights of lawful husbands and wives. (2) Child Protection Act Born under Assisted Reproductive Technology 2015, there are deficiencies in the law that could lead to some serious criminal liability following its enforcement. And is a legal principle which is not a principle that is consistent with the Thai society Causing an undisclosed surrogacy operation. (3) From a study of foreign law, it was found that All countries place great importance on assisted reproductive technology in the treatment of incapable individuals. Or having more difficult than usual children naturally and (4) The research suggestion is to amend the provisions. Criteria for providing assisted reproductive technology services Surrogacy is allowed under the conditions stipulated by law. So that the movement that evades outside the law into the custody of the state.

Keywords: Surrogacy, Criminal liability, Assisted reproductive technology, Rights

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุพัตรา แผนวิชิต ที่ได้สละเวลาอันมีค่าในการรับเป็นกรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาค้นคว้าอิสระ โดยให้คำปรึกษาและแนะนำแนวทางในการจัดทำการศึกษาค้นคว้าอิสระตั้งแต่การเขียนเค้าโครง การค้นคว้าข้อมูล ตลอดจนการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการจัดทำการศึกษาค้นคว้าอิสระ ซึ่งผู้ศึกษาขอขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูง

ในโอกาสนี้ ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ กรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ และผู้ช่วยศาสตราจารย์สิริกานต์ อยู่เรือง กรรมการสอบร่วมการศึกษาค้นคว้าอิสระ ซึ่งได้กรุณาชี้ให้เห็นถึงข้อบกพร่องและให้ข้อเสนอแนะเพิ่มเติมในประเด็นสำคัญ เพื่อเป็นแนวทางให้ผู้ศึกษานำมาปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องให้การศึกษาค้นคว้าอิสระมีความถูกต้องและสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ตลอดจนให้กำลังใจผู้ศึกษาในการจัดทำการศึกษาค้นคว้าอิสระจนสำเร็จลุล่วง

ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณครอบครัวที่ให้การสนับสนุนด้านการศึกษาตลอดมาและเป็นกำลังใจอันมีค่าในการจัดทำการศึกษาค้นคว้าอิสระจนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี และขอขอบคุณเพื่อนนักศึกษาสาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมที่ร่วมศึกษามาด้วยกัน สำหรับความเป็นกัลยาณมิตรที่ดี เป็นกำลังใจ และแรงกระตุ้นให้สำเร็จการศึกษา

สุดท้ายนี้ผู้ศึกษาหวังเป็นอย่างยิ่งว่าการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่สนใจศึกษา หากการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้ศึกษาขอน้อมรับไว้เพื่อแก้ไขปรับปรุงในโอกาสถัดไป และขออภัยมา ณ ที่นี้

ปริญาพร พัฒนาวงศ์เสรีกุล

กันยายน 2563

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย ..... ง

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ ..... จ

กิตติกรรมประกาศ ..... ฉ

สารบัญตาราง ..... ญ

บทที่ 1 บทนำ 1

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 1

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา 4

3. สมมติฐานของการศึกษา 4

4. ขอบเขตของการศึกษา 5

5. ระเบียบวิธีวิจัย 5

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ 5

บทที่ 2 แนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้อง 6

1. แนวคิดในการกำหนดความรับผิดทางอาญา 6

1.1 ความหมายของกฎหมายอาญา 6

1.2 ลักษณะของกฎหมายอาญา 7

1.3 วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา 12

1.4 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญา 14

2. แนวคิดเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 17

2.1 ความหมายของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 17

2.2 ลักษณะทั่วไปของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 19

2.3 วิธีการของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 20

2.4 หลักการที่เกี่ยวข้องของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 25

3. พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 33

3.1 คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 33

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3.2 การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 37
3.3 การตั้งครรภ์แทน 38
3.4 ความเป็นบิดาและมารดาของเด็กและการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 40
3.5 การควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 42
3.6 บทกำหนดโทษ 44
บทที่ 3 ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนของไทยและต่างประเทศ 46
1. ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนของประเทศไทย 46
1.1 ลักษณะของกฎหมายอาญา 46
1.2 การกำหนดความผิด และการลงโทษทางอาญาทางอาญา 53
2. ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนประเทศอังกฤษ 56
2.1 ลักษณะของกฎหมายอาญา 56
2.2 การกำหนดความผิด และการลงโทษทางอาญาทางอาญา 61
3. ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 63
3.1 ลักษณะของกฎหมายอาญา 63
3.2 การกำหนดความผิด และการลงโทษทางอาญาทางอาญา 65
บทที่ 4 บทวิเคราะห์ เปรียบเทียบ ความรับผิดทางอาญาและการกำหนดโทษกรณีรับตั้งครรภ์แทนโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 67
1. ลักษณะความรับผิดทางอาญา กรณีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจ 67
2. การกำหนดโทษของความรับผิดทางอาญา 69
2.1 สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย 70
2.2 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน 72
2.3 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม 74
2.4 คนกลางหรือนายหน้า 76

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3. การเปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศไทย และประเทศอังกฤษ 77
3.1 ความแตกต่างของกฎหมาย 77
3.2 ข้อดีและข้อเสียของกฎหมาย 78
4. การเปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศไทย และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 79
4.1 ความแตกต่างของกฎหมาย 79
4.2 ข้อดีและข้อเสียของกฎหมาย 80
บทที่ 5 สรุปการวิจัย และข้อเสนอแนะ 81
1. สรุปการวิจัย 81
2. ข้อเสนอแนะ 84
บรรณานุกรม 89
ประวัติผู้ศึกษา 94

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 5.1 แก้ไขบทบัญญัติความรับผิดและโทษทางอาญากรณีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจ 84
ตารางที่ 5.2 แก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวด 4 ความเป็นบิดาและมารดาของเด็กและการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 86
ตารางที่ 5.3 แก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวด 3 การตั้งครรภ์แทน 87
ตารางที่ 5.4 แก้ไขบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ดำเนินการฝ่าฝืนให้มีความรับผิดทางอาญา 88
ตารางที่ 5.5 แก้ไขบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดแก่คนกลางหรือนายหน้า 88

บทที่ 1
บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ถือว่าเป็นวิทยาการที่มีประโยชน์สำหรับคู่สมรสที่ไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ตามวิธีตามธรรมชาติ โดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีความเจริญก้าวหน้าที่เรียกว่า “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์” ซึ่งหมายถึง การใช้กระบวนการทางวิทยาศาสตร์มาช่วยในการตั้งครรภ์และมีบุตรได้ อาทิ การทำเด็กหลอดแก้ว การทำกิฟท์ การทำอิ๊คซี่ (ICSI) การใช้เชื้ออสุจิบริจาค และการอุ้มบุญ เป็นต้น เนื่องจากการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อแก้ไขปัญหาการมีบุตรยากของคู่สมรส แต่อย่างไรก็ตามเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดังกล่าว ถ้าหากได้มีการนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากการแก้ไขปัญหาการมีบุตรยากของคู่สมรสแล้ว อาจนำมาซึ่งปัญหาอาชญากรรม กระทบต่อสถาบันครอบครัว อันส่งผลต่อสังคมโดยรวมในประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวด้วยวิธีการให้มีการตั้งครรภ์แทน ซึ่งมีบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องหลายฝ่ายด้วยกัน และโดยสภาพแล้วอาจก่อให้เกิดปัญหาต่อตัวเด็กที่เกิดมาด้วยวิธีการดังกล่าว เช่น ปัญหาความถูกต้องสมควรในทางจริยธรรม ศีลธรรม ที่ผ่านมายังไม่มีกฎหมายคุ้มครองทุกฝ่ายรวมทั้งฝ่ายแพทย์ เมื่อเกิดปัญหาจึงไม่สามารถแก้ไขได้ทั้งระบบ ในบางประเทศได้มีการออกกฎหมายรองรับ แต่ในขณะที่หลายๆ ประเทศถือว่า การอุ้มบุญเป็นเรื่องผิดกฎหมาย โดยมีแนวคิดว่าเป็นการขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนและขัดต่อศีลธรรมอันดี ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจน เพราะเช่นนั้นการอุ้มบุญในประเทศไทยจึงประสบปัญหาอันเกิดจากการนำเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์มาดำเนินการหาผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ นำมาซึ่งโจทย์คำถามในประเด็นสิทธิมนุษยชนในมิติต่างๆ อย่างมากมาย อาทิ สิทธิความเป็นแม่ในตัวเด็ก สิทธิเด็ก สิทธิพลเมือง การถือครองสัญชาติ รวมถึงประเด็นปัญหาด้านการค้ามนุษย์ เป็นต้น เป็นผลทำให้เกิดพระราชบัญญัติอันว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ขึ้นมา โดยอาศัยความก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ดังกล่าว เพื่อการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยาก ถือเป็นการช่วยให้ผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากสามารถมีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และบทบัญญัติของกฎหมาย

อันว่าด้วยเรื่องความเป็นบิดามารดาอันชอบด้วยกฎหมายของทารกที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรม ดังนั้นสาระสำคัญของพระราชบัญญัติอันว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ คือ การกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาอันชอบด้วยกฎหมายของทารกที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีดังกล่าวอย่างเหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศึกษาการวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยมิให้มีการนำเทคโนโลยีดังกล่าวไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสม

ในปัจจุบันประเทศไทยพบว่า การตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เริ่มเป็นไปโดยมีจุดประสงค์เพื่อใช้ในทางการค้าหรือเชิงพาณิชย์มากกว่าที่ควรจะเป็นไปเพื่อการบำบัดรักษาความบกพร่องของร่างกายมนุษย์ หรือที่เรียกว่า “ตลาดมืด” หรือการใช้ประโยชน์ของกฎหมายเป็นช่องทางในการดำเนินการ เปรียบเหมือนการให้อาชีพพนักงานบริการทางเพศผิดกฎหมาย ซึ่งมักมีการกระทำผิดกฎหมายอยู่ ดังนั้นการออกกฎหมายจะสามารถป้องกันได้จริงหรือ ทำไมไม่ออกกฎหมายที่ทำให้เกิดการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้อย่างแท้จริง อย่างไรก็ตามจากข่าวที่ปรากฏ สังคมจะกล่าวถึงสิทธิผู้หญิงน้อยมากการตั้งครรภ์แทนเป็นการตั้งครรภ์ที่ไม่ปกติ อาจเกิดภาวะเสี่ยง ถึงแม้จะมีความก้าวหน้าในการดูแลผู้หญิงก่อนคลอดก็ตาม หากสามารถยอมรับได้ แต่ควรจะดูว่าจะทำอย่างไร ให้มีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้หญิง ดูแลสุขภาพอนามัยหญิงอย่างไร ปัญหาด้านสุขภาพของผู้หญิงที่ตั้งครรภ์แทน กระบวนการปฏิสนธิจะดำเนินการอย่างไร มีกฎหมายหลายฉบับที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้อย่างแท้จริง เช่น ประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดฐานการทำแท้งในระหว่างก่อนลงนามในสัญญาการจ้างอุ้มบุญ หากไม่มีการเข้าไปดูแลคุ้มครอง ในการทำสัญญามักมีการให้ค่าตอบแทนที่ต่ำ อีกทั้งการมองถึงเสรีภาพในการเดินทาง สิทธิในการรับรู้ข้อมูล ข่าวสาร เป็นสิ่งที่ต้องมีความละเอียดอ่อน ในระยะหลังคลอด กรณีมีการรับโฮโมน อาจมีปัญหาภาวะที่ได้รับผลกระทบจากการที่ใช้เทคโนโลยี ผู้หญิงควรได้รับการดูแลระยะยาว ซึ่งสิ่งเหล่านี้มักไม่ปรากฏในสังคม เมื่อกล่าวถึงสิทธิในตัวอ่อน อาจมีโอกาสในการมีบุตรแฝดสูงมักจะทำให้เกิดปัญหาสุขภาพผู้หญิง รวมถึงควรมีการตรวจสุขภาพของเด็กในครรภ์ ดังนั้นสิทธิในการตัดสินใจการยุติการตั้งครรภ์ ควรจะเป็นของใคร หากผู้หญิงต้องการยุติการตั้งครรภ์จะสามารถทำได้หรือไม่ อีกทั้งในส่วนกรณีการตั้งครรภ์แทนกับการค้ามนุษย์แตกต่างอย่างไร ในอนาคตอาจมีการคดีที่เชื่อมโยงกับการค้ามนุษย์ อาจมีการหลอกลวงหญิงเพื่อนบ้านให้เข้ามาอุ้มบุญและมีกระบวนการบังคับซึ่งลักษณะดังกล่าวยังคงมีในประเทศไทย[1] ทำให้เกิดผลกระทบของปัญหานี้

[1] สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. *อุ้มบุญอย่างไร ไม่กระทบสิทธิ*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. 2557.

ในปัจจุบันและอนาคตที่จะกลายเป็นปัญหาสำคัญยิ่งขึ้น โดยเฉพาะปัญหาหลักๆ ในการตั้งครรภ์แทน 3 ลักษณะด้วยกัน คือ ปัญหาทางด้านกฎหมาย ปัญหาทางด้านการแพทย์ และปัญหาทางด้านจริยธรรม

พระราชบัญญัติอันว่าด้วยความคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติขึ้น โดยหวังว่าจะมาเป็นกฎหมายที่สามารถบังคับใช้เพื่อลดปัญหาที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่ปรากฏว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นผลให้ประเทศไทยถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่สองทันที[2] ซึ่งเห็นได้ว่าจะไม่สามารถควบคุมการห้ามการตั้งครรภ์ในเชิงพาณิชย์ของประเทศไทยได้อีกต่อไป ทั้งนี้อาจจะส่งผลให้เกิดปัญหาจากการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องมาจากค่าใช้จ่ายในการตั้งครรภ์แทนของประเทศไทย เป็นจำนวนเงิน 14,900 ดอลลาร์สหรัฐฯ (4.92 แสนบาท) ซึ่งถือเป็นค่าใช้จ่ายที่ถูกกว่าเมื่อเทียบกับประเทศที่เจริญแล้ว เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาที่ค่าจ้างในการตั้งครรภ์แทนจะอยู่ที่ประมาณ 1 แสนดอลลาร์สหรัฐหรือประมาณ 3.3 ล้านบาท ซึ่งสังเกตได้ว่าราคานั้นต่างกันเกือบ 10 เท่า ดังนั้นถึงแม้จะมีกฎหมายการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์แต่เมื่อมีค่าใช้จ่ายถูกกว่าย่อมทำให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างผิดกฎหมายเกิดขึ้นอยู่เป็นประจำ และเมื่อถูกจับได้สิ่งที่จะส่งผลเสียตามมาก็คือเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแบบผิดกฎหมายจะถูกทอดทิ้ง

จากสภาพปัญหาเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เกี่ยวกับการรับการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวประกอบกับความพยายามในการออกกฎหมายเพื่อควบคุมการรับการตั้งครรภ์แทนเพื่อมิให้ถูกนำไปใช้ในทางที่มิชอบ พบว่ามีการกำหนดว่าการกระทำในบางกรณีให้ถือเป็นความรับผิดและมีโทษในทางอาญา ยังมีปัญหาสำคัญหลายประการ อีกทั้งเมื่อเทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้าขึ้น กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่กับยังไม่ก้าวทันตามเทคโนโลยี ซึ่งนำไปสู่ประเด็นข้อถกเถียงในเรื่องต่างๆ เห็นได้ว่ากฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันได้กำหนดแต่ความรับผิดทางอาญาและโทษไว้เพียงการตั้งครรภ์แทนในกรณีทั่วไปเท่านั้น ไม่ได้มีกฎหมายกำหนดไปถึงการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจแต่ประการใด มีเพียงการกำหนดห้ามไม่ให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าเท่านั้น อีกทั้งปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ถือเป็นสิ่งที่กระตุ้นภาครัฐและภาคสังคมให้ตระหนักได้ว่าประเทศไทยควรมีกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจตลอดจนควบคุมการใช้เทคโนโลยีให้เป็นไปในทิศทางที่เหมาะสมและไม่นำไปใช้ในทางที่ผิด ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงสนใจที่จะศึกษาเกี่ยวกับบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดและโทษทางอาญา รวมถึง

---

[2] ธนัฐกรณ์ โภคินกรณ์พงศ์. *การตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต. สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. 2560

มาตรการบังคับเมื่อมีการฝ่าฝืนไม่ดำเนินการตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยการศึกษาข้อแตกต่างของกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนของประเทศอังกฤษและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อนำมาเป็นข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของประเทศไทยต่อไป

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาและการกำหนดโทษที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2.2 เพื่อศึกษากฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาและการกำหนดโทษที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2.3 เพื่อศึกษาปัญหาและวิเคราะห์ รวมถึงเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาและการกำหนดโทษที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศไทย ประเทศอังกฤษ และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

2.4 เพื่อศึกษาแนวทางแก้ไขปัญหาและเสนอแนะกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาและการกำหนดโทษที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศไทยให้เหมาะสม

3. สมมติฐานของการศึกษา

บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในส่วนของการกำหนดความรับผิดทางอาญาและการกำหนดโทษยังไม่ครอบคลุมถึงการควบคุมพฤติกรรมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อจัดให้มีการรับตั้งครรภ์แทนที่เหมาะสมหรือมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องแก้ไขบทบัญญัติความรับผิดทางอาญาและโทษทางอาญา

4. ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาฉบับนี้มุ่งเน้นที่จะศึกษาวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาในทางกฎหมายอาญาต่อการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เฉพาะการรับตั้งครรภ์แทน ในประเด็นทางกฎหมายอาญาในการกำหนดความรับผิดทางอาญาและการกำหนดโทษเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กรณีการรับตั้งครรภ์แทน ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

5. ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษานี้ใช้ระเบียบวิธีวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) จากข้อมูลเอกสารเป็นสำคัญในลักษณะการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งเป็นข้อมูลปฐมภูมิ (Secondary Data) โดยศึกษาค้นคว้าจากเอกสารทางวิชาการ อันได้แก่ หนังสือหรือตำรากฎหมาย งานวิจัย บทความทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนี้ยังศึกษาข้อมูลของต่างประเทศที่มีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว แล้วนำมาวิเคราะห์ตามประเด็นปัญหาที่ตั้งไว้ และเชิงวิเคราะห์เปรียบเทียบ (Analytical and Comparative Research) โดยนำเสนอในลักษณะการวิเคราะห์แบบพรรณนา (Descriptive Analysis)

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาและการกำหนดโทษที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

6.2 ทำให้ทราบถึงกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาและการกำหนดโทษที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

6.3 ทำให้ทราบถึงปัญหาและวิเคราะห์ รวมถึงเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาและการกำหนดโทษที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศไทย ประเทศอังกฤษ และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

6.4 ทำให้ทราบถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาและเสนอแนะกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาและการกำหนดโทษที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศไทยให้เหมาะสม

บทที่ 2
แนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้อง

การวิจัยเรื่องการศึกษาความรับผิดทางอาญา : กรณีรับตั้งครรภ์แทนโดยเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้วิจัยได้ศึกษาเอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้องเพื่อใช้เป็นแนวทางในการทำวิจัย ดังนี้

1. แนวคิดในการกำหนดความรับผิดทางอาญา

1.1 ความหมายของกฎหมายอาญา

คำว่า กฎหมายอาญา ได้มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

กฎหมายอาญา หมายถึง กฎหมายที่บัญญัติว่า การกระทำหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดเอาไว้ด้วย[3]

กฎหมายอาญา หมายถึง กฎหมายที่บัญญัติถึงความผิดและโทษ การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญานั้น โดยทั่วไปจะมาจากแนวความคิดด้านศีลธรรมหรือความผิดในตัวเอง (mala inse) นอกจากนี้ยังมีการกำหนดความผิดทางอาญาขึ้น โดยมีเหตุผลทางเทคนิคอย่างอื่นที่เราเรียกว่า ความผิดที่กฎหมายบัญญัติขึ้น (mala prohibita)[4]

กฎหมายอาญา หมายถึง กฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่น[5]

---

[3] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: พลสยามพริ้นติ้ง (ประเทศไทย). 2551. หน้า 1

[4] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: วิญญชน. 2553. หน้า 14-15

[5] คณิต ณ นคร. *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญชน. 2547. หน้า 30-31

1.2 ลักษณะของกฎหมายอาญา

จากความหมายของกฎหมายหมายอาญา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติถึงการกระทำที่เป็นความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำไว้ กฎหมายอาญาจึงมีสภาพบังคับต่างจากกฎหมายประเภทอื่น ซึ่งยังคงมีข้อบังคับในสังคมบางประเภทที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายอาญา[6] ดังนี้

1.2.1 ข้อบังคับทางศาสนา

ศาสนา (Religion) คือ ลัทธิความเชื่อของมนุษย์เกี่ยวกับการกำเนิดและสิ้นสุดของโลก หลักศีลธรรม ตลอดจนลัทธิพิธีที่กระทำตามความเชื่อนั้นๆ จึงมีหลักคำสอนซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะเป็นคำสอนที่มุ่งสอนให้มนุษย์ประพฤติปฏิบัติดี เพื่อสร้างความสงบเรียบร้อยในสังคมและจะได้ไปสู่เป้าหมายสูงสุดของแต่ละศาสนาที่แต่ละบุคคลนับถืออยู่ ส่วนข้อบังคับทางศาสนา คือ กฎข้อบังคับที่ศาสนาต่างๆ กำหนดขึ้นเพื่อให้มนุษย์ประพฤติปฏิบัติตนให้อยู่ในคุณงามความดี สอดคล้องกับหลักศาสนานั้นๆ หากมนุษย์ปฏิบัติตามข้อบังคับของศาสนาก็มีความเชื่อว่าจะพบกับความสุข และในทางกลับกันหากมนุษย์ฝ่าฝืนข้อบังคับของศาสนา ก็มีความเชื่อว่าจะมีผลร้ายเกิดขึ้นกับผู้นั้น ดังนั้นศาสนาจึงเป็นเรื่องของความเชื่อ

ข้อบังคับทางศาสนาและกฎหมายมีความคล้ายคลึงกันในแง่ที่ว่าเป็นการกำหนดความประพฤติของมนุษย์และต่างก็กำหนดว่า ถ้ามนุษย์ฝ่าฝืนข้อบังคับแล้วจะได้รับผลร้าย แต่ข้อบังคับทางศาสนากับกฎหมายก็มีข้อแตกต่างกัน คือ กฎหมายนั้นมีสภาพบังคับ (Sanction) อย่างชัดเจนจริงจัง เพราะเมื่อมีการกระทำความผิดตามกฎหมายเกิดขึ้นรัฐจะนำตัวผู้ฝ่าฝืนกฎหมายมาลงโทษ เช่น จำคุก บังคับให้ใช้ค่าเสียหายในทางแพ่ง บังคับให้กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นต้น แต่การฝ่าฝืนข้อบังคับทางศาสนานั้นมีสภาพบังคับที่ค่อนข้างเป็นนามธรรม กล่าวคือ จะได้รับผลร้ายทางด้านจิตใจเมื่อฝ่าฝืน ซึ่งสภาพบังคับของข้อบังคับทางศาสนาจึงมีผลบังคับเฉพาะผู้ที่นับถือศาสนาเท่านั้น และเป็นสภาพบังคับที่ไม่แน่นอน ขึ้นอยู่กับความเชื่อของแต่ละบุคคล อย่างไรก็ดี ศาสนากับกฎหมายต่างก็มีอิทธิพลต่อกันและกัน กล่าวคือ ถ้ากฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่มีกฎหรือข้อบังคับที่ดีย่อมเป็นการส่งเสริมศาสนาไปในตัว และศาสนาที่ดีย่อมทำให้รัฐออกกฎหมายที่ดีได้ เนื่องจากพลเมืองที่นับถือศาสนาอย่างเคร่งครัดย่อมจะเป็นผู้ที่มีความประพฤติเรียบร้อยและยอมปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐโดยไม่คิดจะหลีกเลี่ยง

---

[6] ณัฐนิช ชลิศราพงศ์. *การกำหนดความรับผิดทางอาญากรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลในครอบครัว: ศึกษาเฉพาะกรณีเพิ่มโทษผู้กระทำ*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2560. หน้า 17-19

1.2.2 ศีลธรรม

ศีล แปลว่า ปกติ ส่วนคำว่า ธรรม แปลว่า สภาพที่ทรงตัวอยู่ ศีลธรรม (Morality) จึงหมายความว่า สภาพที่ทรงตัวอยู่ตามปกติ กล่าวคือ มาตรฐานของความประพฤติมนุษย์ว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ถูกต้องหรือผิด ซึ่งจะขึ้นอยู่กับความรู้สึกของมนุษย์ ศีลธรรมและกฎหมายนั้นมีความคล้ายคลึงกัน เพราะทั้งศีลธรรมและกฎหมายนั้นมนุษย์ต่างเป็นผู้กำหนดข้อบังคับแห่งความประพฤติ แต่ศีลธรรมและกฎหมายก็มีข้อแตกต่างกัน คือ กฎหมายเป็นข้อบังคับของรัฐเป็นข้อบังคับที่กำหนดความประพฤติภายนอกของมนุษย์ ซึ่งแสดงออกมาในรูปของการ กระทำที่กฎหมายห้ามหรือการละเว้นการที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำ ลำพังแต่การคิดอยู่ในใจกฎหมายยังไม่เข้ามาเกี่ยวข้อง กฎหมายมุ่งดำรงไว้ซึ่งความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม การฝ่าฝืนกฎหมายจะต้องได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษโดยรัฐเป็นผู้กำหนดสภาพบังคับ แต่ศีลธรรมเกิดจากความรู้สึกภายในของมนุษย์ เพียงแต่การคิดที่ไม่ชอบก็เป็นการผิดศีลธรรมแล้ว ปัจจุบัน ศีลธรรมและกฎหมายแยกออกจากกันและมีความเป็นอยู่คู่เคียงกันไป กล่าวคือ การกระทำที่ผิดศีลธรรมบางทีก็เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย หรือในบางกรณีกฎหมายและศีลธรรมก็ขัดแย้งกัน เพราะศีลธรรมนั้นได้เรียกร้องให้มนุษย์ปฏิบัติตามมากกว่ากฎหมาย เช่น การพยายามฆ่าตัวตายเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมแต่ไม่ผิดกฎหมาย การคิดร้ายต่อผู้อื่นผิดศีลธรรม แต่ไม่ผิดกฎหมาย และในบางกรณีกฎหมายก็ไปไกลกว่าศีลธรรม เช่น ในปัจจุบันกฎหมายได้บัญญัติเอาโทษกับการกระทำที่ไม่ได้ผิดศีลธรรมแต่รัฐกำหนดให้เป็นความผิดเพื่อผลประโยชน์ของรัฐเอง เช่น การย้ายบ้านโดยไม่แจ้งย้ายทางทะเบียน การลงโทษแก่ผู้ที่ขายของเกินราคาที่รัฐกำหนดไว้ เป็นต้น แม้ว่าในปัจจุบันศีลธรรมและกฎหมายจะแยกออกจากกันแต่ศีลธรรมและกฎหมายก็ยังคงสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันในบางเรื่อง กล่าวคือ เมื่อมนุษย์มีศีลธรรมสูงก็ย่อมเป็นหลักประกันได้ว่าจะมีการปฏิบัติตามกฎหมายและเคารพนับถือกฎหมาย ส่วนกฎหมายก็ย่อมมีอิทธิพลต่อศีลธรรม ในแง่ที่ว่ากฎหมายที่ดีย่อมทำให้ศีลธรรมของประชาชนสูงขึ้น

1.2.3 จารีตประเพณี

จารีต คือ สิ่งที่นิยมถือประพฤติปฏิบัติสืบๆ กันมาจนเป็นแบบแผน หรือขนบธรรมเนียมหรือจารีตประเพณี ส่วนจารีตประเพณี คือ ประเพณีนิยมและประพฤติกันสืบมา ถ้าฝ่าฝืนถือว่าเป็นผิดเป็นชั่ว ดังนั้นจารีตประเพณีจึงเป็นเรื่องที่สังคมถือปฏิบัติกันมา ส่วนมากจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับศีลธรรม กรรมดีกรรมชั่ว ที่คนในสังคมนั้นใช้เป็นบรรทัดฐานที่สำคัญและส่งผลกระทบต่อความรู้สึก

จารีตประเพณีและกฎหมายมีความคล้ายคลึงกันตรงที่ว่า ทั้งจารีตประเพณีและกฎหมายต่างวางข้อบังคับกำหนดความประพฤติหรือการกระทำ หากฝ่าฝืนจะมีการลงโทษ อย่างไรก็ดี จารีตประเพณีและกฎหมายก็มีข้อแตกต่างกันอยู่หลายประการ กล่าวคือ กฎหมายนั้นรัฐเป็นผู้บัญญัติหรืออย่างน้อยก็ยอมรับบังคับให้เป็นไปตามข้อบังคับนั้นๆ ซึ่งเรียกว่า กฎหมาย จารีตประเพณี การทำผิดกฎหมายย่อมได้รับการลงโทษ แต่จารีตประเพณีนั้นเป็นข้อบังคับของสังคมหรือเป็นข้อบังคับของคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือสังคมใดสังคมหนึ่ง เป็นข้อบังคับที่ครอบคลุมถึงการดำรงชีวิตของคนในสังคม การทำผิดจารีตแต่เดิมที่ยังไม่มีกฎหมาย ผู้ที่ทำผิดจารีตประเพณีอาจถูกลงโทษได้ แต่ในสังคมปัจจุบันการกระทำผิดจารีตประเพณีย่อมได้รับเพียงการติเตียนจากสังคมเท่านั้น

ในสมัยโบราณจารีตประเพณีย่อมปะปนกับกฎหมาย แต่ในปัจจุบันจารีตประเพณีและกฎหมายแยกออกจากกัน กฎหมายในปัจจุบันยังคงยอมรับหลักการแห่งจารีตประเพณีอยู่บ้าง จึงได้มีการบัญญัติถึงจารีตประเพณีไว้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 บัญญัติให้ใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย นอกจากนี้ กฎหมายและจารีตประเพณีย่อมคำนึงถึงกันและกัน กล่าวคือ กฎหมายที่ได้มีบทบัญญัติถึงจารีตประเพณีในบางเรื่องและจารีตประเพณี ย่อมไม่ขัดแย้งกับกฎหมายเพราะถ้าขัดแย้งแล้วเจ้าพนักงานผู้รักษากฎหมายก็จะขัดขวางไม่ยอมให้มีการปฏิบัติตามจารีตประเพณีนั้นและทำให้จารีตประเพณีต้องถูกยกเลิกไปโดยปริยาย

กฎหมายอาญามีลักษณะแตกต่างไปจากข้อบังคับอื่นในสังคม[7] ดังนี้

1) เป็นข้อบังคับของรัฐ คือ เป็นข้อบังคับที่บัญญัติขึ้นโดยรัฏฐาธิปัตย์หรือผู้มีอำนาจในรัฐ ดังนั้นกฎหรือข้อบังคับของสถาบันอื่นๆ ในสังคมที่ไม่ใช่รัฏฐาธิปัตย์ เช่น โรงเรียน หรือศีลธรรมทางศาสนา จึงไม่ใช่กฎหมายอาญา ส่งผลให้การฝ่าฝืนกฎหรือข้อบังคับของสถาบันดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการประกอบอาชญากรรมด้วย

2) เป็นข้อบังคับที่แน่นอน กฎหมายอาญาจะต้องนิยามความประพฤติซึ่งกฎหมายห้ามไว้อย่างแน่นอนและในกรณีที่มีข้อสงสัยในการนิยามในเรื่องใดๆ หรือการอธิบายการกระทำอย่างใดๆ ไม่ชัดเจนศาลก็จะพิพากษายกประโยชน์ให้แก่จำเลย ในปัจจุบันรัฐได้มีการบัญญัติห้ามการกระทำเพื่อคุ้มครองสาธารณประโยชน์ ดังนั้นจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายอาญาในเรื่องทั่วๆ ไปไว้ด้วย เช่น ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน การกระทำความผิดของเจ้าพนักงานของรัฐ อย่างไรก็ดี กฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติการกระทำทุกอย่างซึ่งผู้กระทำต้องรับผิดชอบ

---

[7] ประธาน วัฒนวาณิชย์. *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา*. กรุงเทพมหานคร: ประกายพรึก. 2546. หน้า 46

และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นว่าจะต้องเป็นการกระทำที่สามารถถูกฟ้องร้องดำเนินคดี และต้องถูกลงโทษทั้งหมด

3) ใช้บังคับแก่บุคคลทุกคนเป็นการทั่วไป คือ การกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดอาญาหรืออาชญากรรมจะต้องเป็นความผิดเสมอไม่ว่าผู้ใดจะเป็นผู้กระทำความผิด

4) มีบทลงโทษสำหรับผู้กระทำการตามที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดอาญา คือ ถ้ามีบุคคลใดฝ่าฝืนกฎหมายก็จะถูกลงโทษโดยรัฐ และเมื่อพิจารณากฎหมายอาญากับความสัมพันธ์ทางสังคม กฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นๆ ที่มีอยู่นั้นเป็นรูปแบบและวิธีขององค์กรทางสังคมที่มีวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายกำหนดอยู่ ซึ่งเมื่อมองในแง่นี้แล้วกฎหมายอาญาจึงเป็นกระบวนการในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งกระบวนการนี้มีลักษณะ[8] ดังนี้

(1) ดำเนินการโดยชุดคำสั่งหรือคำบัญชา ซึ่งบัญญัติไว้เป็นถ้อยคำทั่วไปให้กระทำการหรือไม่ให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

(2) คำสั่งหรือคำบัญชานั้นมีผลใช้บังคับและผูกมัดทุกคนซึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติตามเวลาที่กำหนด ด้วยเกียรติศักดิ์และกำลังอำนาจทั้งมวลของชุมชนแห่งนั้น

(3) มาตรการบังคับซึ่งสังคมพร้อมที่จะใช้กับการไม่เชื่อฟังคำสั่งหรือคำบัญชาเช่นว่านั้น

(4) มีมาตรการบังคับที่มีลักษณะเฉพาะ คือ เป็นการตำหนิของชุมชนต่อการกระทำนั้น เป็นการแสดงออกซึ่งความเกลียด ความกลัว หรือการดูถูกเหยียดหยามของชุมชนต่อการถูกตัดสินว่าได้กระทำการดังกล่าว โดยเหตุนี้ความผิดอาญาจึงไม่ใช่เพียงแค่การกระทำที่ถูกกำหนดให้มีโทษทางอาญาเท่านั้น แต่ความผิดอาญา คือ การกระทำที่ก่อให้เกิดการตำหนิติเตียนในทางศีลธรรมจากชุมชนอย่างเป็นทางการและรุนแรง

(5) ก่อให้เกิดหรือขู่ว่าจะเกิดผลทางกายภาพที่เป็นความไม่สุขสบาย หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่าโทษ ซึ่งอันที่จริงโทษประกอบขึ้นจากการขู่หรือการแสดงออก ซึ่งการตำหนิติเตียนของชุมชนต่อการกระทำดังกล่าวกับผลทางกายภาพที่เป็นความไม่สุขสบาย

---

[8] Henry M. Hart. *The Aims of the Criminal Law, in Criminal Law: Theory and Process*. New York: The Free Press. 1974. pp. 314-316

Richard[9] ได้กำหนดลักษณะของกฎหมายอาญา ไว้ดังนี้

1) มาตรการบังคับเป็นการแสดงออกซึ่งการตำหนิติเตียนในทางศีลธรรมของชุมชนต่อพฤติกรรมนั้นๆ และสิ่งที่เป็นลักษณะเด่น ซึ่งจำแนกมาตรการบังคับทางอาญาออกจากมาตรการทางกฎหมายอื่นๆ คือ การก่อให้เกิดมลทินโทษ

2) เนื่องจากมาตรการบังคับมีความรุนแรงและก่อให้เกิดมลทิน จึงต้องใช้กระบวนพิจารณาที่เคร่งครัด

3) ใช้หน่วยงานเฉพาะในการบังคับใช้

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชน คือ เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น รัฐมีอำนาจใช้บังคับกฎหมายอาญาได้โดยตรงโดยผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย การลงโทษในทางอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดี เพื่อเป็นการข่มขู่ผู้กระทำความผิดและคนอื่นๆ ไม่ให้กระทำการอย่างเดียวกันนั้นอีก เพื่อให้สังคมปลอดภัยโดยการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (กรณีโทษจำคุก หรือโทษประหารชีวิต) และเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนให้ชุมชนและแก่ผู้เสียหายในการกระทำความผิดของเขา การลงโทษในทางอาญาไม่ได้มุ่งเฉพาะต่อชีวิตและร่างกายของผู้กระทำความผิดเท่านั้น แต่ยังรวมถึงทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดด้วย เช่น โทษปรับ และโทษริบทรัพย์สิน แต่ทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดที่ถูกริบหรือปรับนั้นจะตกเป็นของรัฐ ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงแตกต่างจากกฎหมายแพ่ง เพราะกฎหมายแพ่ง คือ กฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชน เช่น ในเรื่องนิติกรรมสัญญา ละเมิด ครอบครัว มรดก ทรัพย์สิน เป็นต้น เมื่อมีการกระทำความผิดตามกฎหมายแพ่ง เช่น การผิดสัญญา หรือการทำ ละเมิด ให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย รัฐจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องด้วยจนกว่าผู้ที่ได้รับความเสียหายจะขอให้เข้าไปเกี่ยวข้องด้วย กล่าวคือจะต้องมีการฟ้องร้องคดีต่อศาล การชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่ง เช่น กรณีละเมิด มีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่กรณีที่ได้รับความเสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ ค่าสินไหมทดแทนที่ผู้เสียหายได้รับจากผู้กระทำความผิดจะตกเป็นของผู้เสียหายไม่ได้ตกเป็นของรัฐเหมือนกับกรณีของกฎหมายอาญา[10]

---

[9] Richard S. Criminalization and Decriminalization. *Encyclopedia of Crime and Justice.* Vol 2 (1983). 438-449. p. 439

[10] “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 21

1.3 วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับแก่ประชาชนเป็นการทั่วไป ซึ่งอาจมีวัตถุประสงค์ต่างกันในการออกกฎหมายแต่ละฉบับ ซึ่งการจะบัญญัติให้การกระทำอย่างใดๆ เป็นกฎหมายอาญานั้น ย่อมต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญาด้วย

กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ 5 ประการ คือ (ประธาน วัฒนวาณิชย์, 2546, น. 51-53)

1) การแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation) คือ กฎหมายอาญาควรใช้บังคับ โดยมีความมุ่งหมาย ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ถ้าสังคมนำกฎหมายอาญาไปใช้ เพื่อปรับปรุงความประพฤติของผู้กระทำความผิดก็จะทำให้บุคคลนั้นสามารถกลับตัวเป็นพลเมืองดีที่เคารพกฎหมายได้

2) การเหนี่ยวรั้ง (Restraint) คือ กฎหมายอาญามีความมุ่งหมายที่จะเหนี่ยวรั้งบุคคลมิให้ฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งวัตถุประสงค์ในข้อนี้ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและไม่จำเป็นที่จะต้องลงโทษผู้กระทำความผิด แต่มีความมุ่งหมายที่จะควบคุมผู้กระทำความผิดมากกว่า

3) การข่มขู่ หรือยับยั้ง (Deterrence) เหตุผลที่สำคัญที่สุดในการบังคับใช้กฎหมายอาญาก็คือ การใช้กฎหมายอาญาเพื่อยับยั้งไม่ให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่างโดยการกระทำความผิดเช่นเดียวกับผู้ที่ถูกลงโทษ

4) การเป็นสัญลักษณ์ (Symbolism) การบังคับใช้กฎหมายอาญาเป็นการยืนยันสิ่งที่สังคมยอมรับ และสิ่งที่สังคมคัดค้านหรือต่อต้าน บุคคลปกติย่อมทราบว่ากฎหมายเป็นสัญลักษณ์ของสังคมและทราบว่าจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษหากฝ่าฝืนกฎหมาย

5) การแก้แค้นทดแทน (Retribution) ปัจจุบันวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องนี้ได้รับการสนับสนุนจากการศึกษาวิจัยและนักวิชาการน้อยมาก เพราะเห็นว่าไม่ได้ผลในทางปฏิบัติ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาก็ยังมีความมุ่งหมายในเรื่องการแก้แค้นทดแทนอยู่เพราะความต้องการแก้แค้นนั้นเป็นเรื่องสามัญสำนึกโดยทั่วๆ ไป หรือโดยปกติในเรื่องของความเป็นธรรม

นอกจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาดังกล่าวมาแล้ว หากมองกฎหมายอาญาในทัศนะของสังคมแล้วกฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ที่สำคัญอีก 13 ประการ[11] คือ

---

[11] อภิรัตน์ เพชรศิริ และพรทิพย์ เพชรศิริ. ขอบเขตของกฎหมายอาญา. *วารสารนิติศาสตร์. 9*, 3 (ธันวาคม 2524). 102-119, หน้า 103-104

1) คุ้มครองป้องกันบุคคลจากการกระทำโดยเจตนาอันเป็นการทารุณ โหดเหี้ยม หรือการประกอบอาชญากรรมทางเพศ โดยวิธีการอันไม่พึงประสงค์ต่างๆ

2) คุ้มครองป้องกันบุคคลจากภัยบางประการอันเกิดจากการกระทำโดยไม่เจตนา เช่น ภัยบนท้องถนน ภัยจากยาพิษ โรคระบาด

3) คุ้มครองป้องกันกลุ่มบุคคลที่อาจถูกชักจูงให้หลงผิดได้ง่าย เช่น ผู้เยาว์ ผู้วิกลจริต จากการถูกทำร้าย กดขี่ หรือขูดรีดอันจะเกิดกับบุคคล หรือทรัพย์สินของบุคคลเหล่านั้น เช่น หลอกให้ร่วมประเวณีด้วย เป็นต้น

4) ป้องกันการกระทำที่ถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลซึ่งเป็นผู้ใหญ่แล้ว และได้ยินยอมต่อการกระทำนั้น แต่ว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผิดธรรมชาติ เช่น การร่วมประเวณีระหว่างพี่น้อง การมีความสัมพันธ์ทางเพศที่ผิดปกติ

5) ป้องกันการกระทำบางประเภท ซึ่งเมื่อได้กระทำขึ้นท่ามกลางสาธารณะชนแล้ว จะกระทบกระเทือนจิตใจบุคคลอื่นเป็นอย่างมาก เช่น การทำอนาจาร การกล่าวคำผรุสวาท เป็นต้น

6) ป้องกันพฤติกรรมบางประเภท อันอาจยั่วยุให้เกิดความไม่สงบขึ้นในหมู่ประชาชน

7) คุ้มครองป้องกันซึ่งทรัพย์สินของบุคคลจากการลักขโมย การฉ้อโกง หรือการทำให้เสียทรัพย์

8) ป้องกันความไม่สะดวกสบายต่างๆ เช่น การกีดขวางทางสัญจร ปิดกั้นทางสาธารณะ

9) เพื่อเก็บรวบรวมภาษีอากร และรายได้ต่างๆ ให้แก่รัฐ เช่น มีรถยนต์ไว้ในครอบครองโดยไม่มีทะเบียน

10) การบัญญัติความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ

11) เพื่อบังคับให้เกิดความเมตตากรุณาที่จำเป็น เช่น ไม่ส่งเด็กไปโรงเรียนเมื่ออยู่ในวัยบังคับเรียน ไม่ช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในภยันตราย

12) เพื่อป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคม เช่น สถาบันพระมหากษัตริย์ ครอบครัว ศาสนา

13) เพื่อบังคับใช้วิธีการต่างๆ ที่จะทำให้วัตถุประสงค์ทั้งหลายที่กล่าวมาบรรลุผล เช่น การขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน การให้การเท็จ เป็นต้น

วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญานั้นย่อมสามารถเปลี่ยนแปลงได้ ซึ่งบางครั้งก็เปลี่ยนแปลงโดยบทบัญญัติของกฎหมายและบางครั้งก็อาจเปลี่ยนแปลงโดยนโยบายทางอาญา (Criminal Policy) เช่น การเน้นนโยบายทางด้านการปราบปรามอาชญากรรมที่ประทุษร้ายต่อร่างกาย ชีวิต และทรัพย์สิน หรือบางครั้งเน้นนโยบายการปราบปรามองค์กรอาชญากรรม เป็นต้น

1.4 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญา

การจะพิจารณาว่าการกระทำใดที่สมควรถูกควบคุมโดยกฎหมายอาญาหรือพฤติกรรมใดที่เป็นอาชญากรรมนั้น ยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนซึ่งเป็นที่ยุติ มีนักกฎหมายหลายท่านได้เสนอความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องความเหมาะสมในการจะกำหนดว่าพฤติกรรมใดบ้างที่ควรบัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญาไว้ ดังเช่น

1.4.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญาของ Lon

Lon[12] เห็นว่ากฎหมายและศีลธรรมมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกัน ศีลธรรมเป็นเหตุผลที่แฝงอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมาย ดังนั้น Lon จึงได้เสนอหลักเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายอาญาที่เหมาะสมไว้ 8 ประการ ดังนี้

1) ต้องมีการวางเกณฑ์ในการบังคับ เพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนในสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะควบคุม

2) เกณฑ์ดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้ไปในอนาคตไม่ใช่มุ่งย้อนไปในอดีต เพราะหากมีผลย้อนหลังเท่ากับบุคคลจะต้องถูกลงโทษในการกระทำในอดีต ซึ่งในขณะนั้นการกระทำดังกล่าวยังไม่เป็นความผิด

3) เกณฑ์ในการควบคุมต้องมีการเผยแพร่ให้ทราบทั่วกัน เพื่อให้ประชาชนทราบว่าการกระทำใดของตนที่จะถูกควบคุมหรือถูกบังคับโดยกฎเกณฑ์ดังกล่าว

4) เกณฑ์การควบคุมต้องมีลักษณะที่รัดกุมเหมาะสม

5) เกณฑ์การควบคุมต้องไม่มีลักษณะที่ขัดแย้งกับกฎเกณฑ์อื่นๆ เพื่อไม่ให้ประชาชนเกิดความสับสน

6) การปฏิบัติตามเกณฑ์ควบคุมดังกล่าวต้องสามารถปฏิบัติได้จริง เพราะเกณฑ์ที่ไม่สามารถปฏิบัติได้ย่อมทำให้การควบคุมนั้นไร้ประโยชน์

7) เกณฑ์ควบคุมนั้นต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา เพราะความแน่นอนชัดเจนของกฎเกณฑ์เป็นสาระสำคัญที่จะส่งผลให้เกิดการปฏิบัติตามได้

8) เกณฑ์การควบคุมที่ได้เผยแพร่ให้ทราบทั่วกันนั้นต้องสอดคล้องกับแนวทางการปฏิบัติในการควบคุมของเจ้าหน้าที่ ซึ่งรับผิดชอบดูแลและบังคับใช้เกณฑ์ดังกล่าว เพื่อให้ประชาชนเห็นผลที่จะเกิดขึ้นได้ชัดเจนว่าจะเกิดผลอย่างไรกับตนเองหากละเลยเพิกเฉย

---

[12] Lon L. Fuller *The Morality of law*. New Haven: Yale University Press. 1969. p. 68

1.4.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญาของ Herbert

Herbert[13] นักทฤษฎีกฎหมายชาวอเมริกันได้วางหลักเกณฑ์ในการกำหนดว่าการกระทำใดควรบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางในหมู่นักกฎหมายไว้ 6 ประการ ดังนี้

1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น

2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้วจะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ

3) การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยไป

4) หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถ ทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

โทษอาญานั้นเป็นโทษที่มีค่าใช้จ่ายสูง กล่าวคือ ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแต่ละขั้นตอนนั้น รัฐต้องรับภาระค่าใช้จ่ายเพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคมอันเป็นภารกิจของรัฐนั้น และโทษอาญามีความรุนแรงจนสมควรสงวนไว้ใช้เฉพาะความผิดที่ร้ายแรงจริงๆ เท่านั้น ดังนั้นจึงมีเหตุผล 2 ประการเท่านั้นที่บุคคลควรถูกลงโทษด้วยมาตรการทางอาญา คือ การลงโทษเพื่อให้สมควรแก่ผู้กระทำความผิดอย่างชั่วร้าย และการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม

รัฐควรมีอำนาจที่จะบังคับประชาชนเพียงเท่าที่เขาได้กระทำ ไม่ใช้บังคับให้เป็นดังที่รัฐต้องการ และในการที่รัฐจะลงโทษบุคคลจะต้องพิจารณาถึงสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำความผิดด้วย ซึ่งการที่รัฐได้คำนึงถึงสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำความผิดนั้นจะป้องกันมิให้กฎหมายอาญาตกเป็นเครื่องมือของแนวคิดเรื่องการป้องกัน ซึ่งเป็นแนวคิดในเชิงอรรถประโยชน์นิยมอย่างไม่มีขีดจำกัด นอกจากนี้ Packer ยังเห็นว่าไม่ควรลงโทษบุคคลที่การกระทำของเขาไม่อาจถูกตำหนิได้อย่างเหมาะสม และไม่ควรลงโทษบุคคลโดยเหตุผลทางศีลธรรมเท่านั้น เพราะการลงโทษด้วยเหตุผลทางศีลธรรมนั้นยังเป็นเรื่องที่คลุมเครืออยู่มาก ซึ่งอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งในเรื่องต่างๆ ได้ เช่น การกระทำ

---

[13] Herbert, L. Packer. *The Limit of The Criminal Sanction*. California: Stanford University Press. 1968. p. 296

ที่ผิดศีลธรรมนั้นแค่ไหนหรือเพียงใดที่สมควรต้องได้รับโทษทางอาญา เป็นไปไม่ได้ที่จะใช้กฎหมายอาญากับทุกการกระทำที่ผิดศีลธรรม ไม่มีอะไรพิสูจน์ได้ว่ากฎหมายอาญาจะสามารถทำให้บุคคลมีศีลธรรมที่ดีขึ้นหรือเลวลง Packer เห็นว่าการใช้มาตรการทางอาญากับพฤติกรรมที่เป็นเรื่องศีลธรรมส่วนตัวซึ่งไม่ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อสังคมส่วนรวมอาจก่อให้เกิดผลเสียต่างๆ ได้ เช่น ความยากลำบากในการควบคุมพฤติกรรมเหล่านั้น ความเป็นไปได้น้อยในการบังคับใช้กฎหมายอาญาทำให้เป็นปัญหาต่อผู้บังคับใช้กฎหมายการที่ประชาชนพบว่ากฎหมายที่ห้ามนั้นไม่สามารถใช้บังคับได้จริงเท่ากับเป็นการสนับสนุนการไม่เคารพศรัทธาในกฎหมายมากขึ้น เป็นต้น การใช้มาตรการทางอาญากับพฤติกรรมเหล่านี้อาจทำให้เกิดปัญหาอื่นๆ ตามมา เช่น อาจทำให้เกิดปัญหาการคอรัปชั่นของเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายได้โดยง่าย

1.4.3 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญาของ Tadeusz

Tadeusz[14] เห็นว่าในความคิดของมนุษย์นั้น กฎหมายกับความยุติธรรมเป็นสิ่งที่อยู่ร่วมกันในสถานะเดียวกับความเชื่อทางศาสนา มนุษย์จึงพยายามกำหนดระบบกฎหมายเหมือนกับที่เข้าใจในระบบศาสนา มนุษย์มีแนวโน้มที่จะเชื่อว่าระบบความยุติธรรมที่ตนเข้าใจนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ดังนั้น เมื่อมนุษย์พบว่ามีกฎหมายที่แตกต่างออกไปจากความเข้าใจดั้งเดิมก็เท่ากับว่ากฎหมายนั้นผิดพลาดและไม่ยุติธรรม Tadeusz ยังเห็นว่าการที่มนุษย์เปรียบเทียบความยุติธรรมตามธรรมชาติว่ามีลักษณะเดียวกับความสูงสุดของเทพเจ้าหรือสิ่งที่ตนนับถือว่าสูงสุดและเป็นสากลทำให้มนุษย์ไม่ยอมรับความคิดที่ว่าสิ่งที่เป็นความถูกต้องในสถานที่และเวลาหนึ่งอาจไม่ใช่ความถูกต้องในอีกสถานที่หรืออีกเวลาหนึ่งได้ ดังนั้นจึงเห็นว่าถึงเวลาสมควรแล้วที่จะเปลี่ยนแนวความคิดที่ว่ากฎหมายอาญามีหน้าที่ควบคุมมนุษย์ในลักษณะเดียวกับเจตจำนงของสิ่งสูงสุดในทางศาสนา และยังได้เสนอแนวความคิดว่ากฎหมายอาญาที่มนุษย์ต้องการ คือ

1) กฎหมายซึ่งสามารถแก้ไขปัญหาขัดแย้งของมนุษย์ได้โดยแท้จริง

2) กฎหมายซึ่งจะควบคุมพฤติกรรมของแต่ละบุคคลหรือแต่ละกลุ่มบุคคลเพื่อปกป้องชุมชน

3) กฎหมายที่จะนำมาซึ่งความสุขแก่ประชาชนจำนวนมากที่สุด ซึ่งกฎหมายที่มนุษย์ต้องการเหล่านี้ควรต้องมีลักษณะไม่ใช่การลงโทษที่เป็นการทารุณกรรม ใช้บังคับโดยเท่าเทียมกัน เป็นมาตรการที่มีเมตตาธรรม และไม่สนับสนุนผลซึ่งไม่ใช่ความสุขอันแท้จริง

---

[14] Tadeusz Grygier. *Social Protection Code: A New Model of Criminal Justice*. London: Sweet & Maxell Limited. 1977. p.17

นอกจากนี้โดยทั่วไปคนมักตระหนักถึงอาชญากรรมในสองแง่ คือ ความร้ายแรงของอาชญากรรม (harm or risk) และข้อตำหนิ (culpability) ซึ่งรวมถึงความรับผิดเด็ดขาด (strict liability) ด้วย ซึ่ง Tadeusz แยกอาชญากรรมออกเป็น 3 ส่วน คือ

1) ลักษณะความเป็นอันตราย (Harm charecteristically done) หรือความเสียหายซึ่งเกิดจากการกระทำ ของผู้กระทำผิด

2) ความเบี่ยงเบนจากมาตรฐานของบุคคลที่มีเหตุผลในสภาวะเช่นนั้น (Deviation from the standard of the reasonable person)

3) ระดับของความเป็นอันตรายต่อสังคม (Degree of social danger)

กฎหมายที่มนุษย์ในยุคปัจจุบันต้องการ คือ กฎหมายที่ไม่ซับซ้อน สามารถเข้าใจได้โดยง่าย ไม่ทารุณโหดร้ายและเอื้ออำนวยต่อประโยชน์สุขของสังคมส่วนรวม ซึ่งกฎหมายที่ Tadeusz นำเสนอมาภายใต้แนวความคิดเหล่านี้ มีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายอาญาโดยทั่วๆ ไปมาก ทั้งในด้านความมุ่งหมายของกฎหมาย และในด้านการให้คำจำกัดความของอาชญากรรมแต่ละประเภท แต่มีลักษณะของพื้นฐานความคิดและปรัชญาใกล้เคียงกับกฎหมายเอกชนมากกว่า

การที่กฎหมายอาญาทั่วไปบัญญัติถึงเรื่ององค์ประกอบภายในจิตใจ (Mental Element) นั้นเป็นเพียงแค่ในความคิดหรือมุมมองของนักกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่ได้พิจารณาถึงมุมมองในทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวกับมนุษย์ อย่างไรก็ดีก็ยอมรับว่าการคำนึงถึงเรื่องเจตนาหรือเรื่อง Mens Rea นี้ไม่ใช่จะไม่มีความสำคัญเลย เพราะสิ่งเหล่านี้ทำให้สามารถชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างความรับผิดในทางอาญา โดยพิจารณาจากความรู้สึกผิดชอบชั่วดีโดยทั่วไปกับความรับผิดที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย (Objective liability) ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับความรับผิดเด็ดขาด นอกจากนี้แม้ว่าเรื่ององค์ประกอบทางด้านจิตใจจะไม่สมบูรณ์โดยแท้จริง แต่ก็มีประโยชน์อย่างมากในกรณีที่การพิสูจน์เจตนานั้นสามารถกระทำได้โดยง่าย

2. แนวคิดเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2.1 ความหมายของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ยังไม่มีการให้คำนิยามหรือความหมายของการใช้เทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้อย่างชัดเจน แต่ได้มีการให้ความหมายกันอย่างกว้างขวางในวงการแพทย์ ดังนี้

เทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หมายความว่า การที่แพทย์หรือนักวิทยาศาสตร์ต้องใช้วิธีการนำไข่ออกจากรังไข่นำมาผสมกับตัวอสุจิ โดยอาจรอให้มีการปฏิสนธิก่อนหรือไม่ก็ได้ จากนั้นนำกลับสู่หลอดมดลูกหรือโพรงมดลูกเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ต่อไป[15]

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ หมายถึง เทคโนโลยีที่ใช้ในการช่วยเหลือรักษาคู่สมรสที่มีบุตรยาก โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยให้ไข่ของฝ่ายหญิงและอสุจิของฝ่ายชายสามารถผสมกันจนเกิดเป็นตัวอ่อนได้ ส่วนความหมายโดยทั่วไปในต่างประเทศก็ได้ให้ความหมายว่า เป็นการใช้วิธีการต่างๆ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยกระบวนการที่ไม่เป็นไปตามธรรมชาติ หรือ มีส่วนหนึ่งส่วนใดที่ไม่เป็นไปตามธรรมชาติ รวมถึงการนำวิทยาการทางการแพทย์มาใช้สำหรับกระตุ้นให้เกิดการตกไข่ การใช้เทคนิคในการปฏิสนธินอกร่างกาย (In Vitro Fertilization) หรือวิธีการอื่นๆ (อาทิตย์ กิจชระภูมิ, 2550)

ในช่วงระยะเวลาประมาณ 30 ปีที่ผ่านมาวงการแพทย์ได้พัฒนาเทคโนโลยีที่ช่วยบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น เทคโนโลยีนี้เรียกว่า เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Assisted Reproductive Technology หรือ ART) สามารถทำให้คู่สมรสจำนวนมากสามารถมีบุตรได้ตามความประสงค์เทคนิคและกรรมวิธีใหม่ๆ เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้ถูกพัฒนาขึ้นตลอดเวลา

เทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต่างๆ จะมีส่วนช่วยให้คู่สมรสจำนวนมากมีบุตรตามความประสงค์ แต่ก็มีคู่สมรสจำนวนหนึ่งที่ไม่สามารถมีบุตรได้โดยปราศจากความช่วยเหลือจากบุคคลที่ 3 เพราะในบางกรณีคู่สมรสฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์แทนด้วยตนเองได้ ในกรณีเช่นนี้หากคู่สมรสนั้นต้องการมีบุตรก็จำเป็นต้องหาหญิงอื่นมารับการตั้งครรภ์แทน เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีบทบาทอย่างยิ่งต่อกระบวนการในการรับการตั้งครรภ์แทนนี้ เนื่องจากเทคโนโลยีดังกล่าวสามารถช่วยให้ฝ่ายหญิงสามารถตั้งครรภ์ได้โดยไม่ต้องมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายชาย ดังนั้นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงสามารถตั้งครรภ์ได้โดยไม่จำเป็นต้องมีเพศสัมพันธ์กับผู้สมรสฝ่ายชายที่ต้องการมีบุตร และเด็กที่เกิดมาก็จะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้

---

[15] ประมวล วีรุตมเสน. เทคโนโลยีกับการกำเนิดชีวิต. *จุฬาลงกรณ์วารสาร*. 4, 15 (เมษายน – มิถุนายน 2535). หน้า 16-24

เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ก็ได้มีการกำหนดบทนิยาม ของคำว่าเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หมายความว่า กรรมวิธีใดๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำอสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติรวมทั้งการผสมเทียม[16]

2.2 ลักษณะทั่วไปของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

การใช้เทคโนโลยีที่มาช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์ เรียกว่า การปฏิสนธิเทียม แต่ต่อมาได้ใช้ถ้อยคำใหม่ว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์[17]

โดยก่อนที่จะนำเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้กับมนุษย์ มนุษย์ได้ใช้วิธีการผสมเทียมในสัตว์มาก่อน ในปี พ.ศ. 2285 มีการนำเชื้อพันธุ์ปลาตัวผู้ฉีดเข้าไปผสมกับไข่ของปลาตัวเมียทำให้ปลาตัวเมียตั้งครรภ์ได้ และในปี พ.ศ. 2328 แพทย์ชาวอังกฤษได้ทดลองผสมเทียมให้สุนัขจนประสบความสำเร็จ ต่อมามีการทดลองท้าการผสมเทียมให้กับมนุษย์ครั้งแรก ในปี ค.ศ. 1799 (พ.ศ. 2342) โดยการใช้น้ำอสุจิของสามีหยดในฟองน้ำก้อนเล็กๆ แล้วใส่ฟองน้ำเข้าไปในช่องคลอดของภริยา ทำให้เกิดการตั้งครรภ์ได้ จนกระทั่ง ค.ศ. 1884 (พ.ศ. 2427) แพทย์ชาวอเมริกันได้ทำการผสมเทียมโดยใช้น้ำสุจิของชายอื่นฉีดเข้าช่องคลอดของหญิงที่สามีเป็นหมันทำให้เกิดการตั้งครรภ์ได้เป็นผลสำเร็จ และในช่วงปี พ.ศ. 2504 – 2508 Prof. Robert Edward และ Prof. Patrick Steptoe ได้ทดลองผสมไข่ของหญิงกับเชื้อพันธุ์ของชายในน้ำเพาะเชื้อ และได้ค้นพบว่ามีการปฏิสนธิเกิดขึ้นร้อยละ 1.6 ถึง 42 และในปี พ.ศ. 2519 ได้มีรายงานเกี่ยวกับผลการทดลองของคณะทำงานของ Prof. Robert Edward และ Prof. Patrick Steptoe ว่าการทดลองประสบผลสำเร็จได้ทารกเพศหญิงเกิดที่ประเทศอังกฤษ เมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1978[18] ซึ่งถือเป็นเด็กคนแรกที่เกิดจากวิธีการปฏิสนธินอกร่างกายหรือที่เรียกว่า เด็กหลอดแก้ว ต่อมาวิธีการปฏิสนธินอกร่างกายได้ประสบผลสำเร็จในประเทศออสเตรเลียและประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1980 และ ค.ศ. 1981 ตามลำดับ[19]

---

[16] มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[17] แสวง บุญเฉลิมวิภาส และดาราพร ถิระวัฒน์. ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์. *ดุลพาห*, 52, 2 (พฤษภาคม–สิงหาคม 2548). 1-22, หน้า 2-3

[18] อาทิตย์ กิจชระภูมิ. *ปัญหากฎหมายและจริยธรรม กับการคุ้มครองชีวิตอันเกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.* กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2550. หน้า 7

[19] จักรกฤษณ์ ควรพจน์และคณะ. *การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. 2549. หน้า 11

เทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาจากสาเหตุสำคัญ 2 ประการ[20] ดังนี้

1) เป็นการสนองความต้องการมีบุตร เนื่องจากในความคิดของครอบครัวทั่วไปมักจะมองว่าการมีบุตรเป็นส่วนประกอบสำคัญของชีวิตสมรส หรือความประสงค์ที่จะมีบุตรไว้สืบสกุล หรือดูแลยามแก่เฒ่า คู่สมรสจึงมักจะแสวงหาวิธีการที่จะช่วยให้ตนมีบุตรไม่ว่าจะเป็นวิธีทางชุมชน ศาสนา ตลอดจนพึ่งพาเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ซึ่งได้รับการพัฒนาได้ก้าวหน้าในวงการแพทย์มาช่วยให้คู่สมรสบรรลุความต้องการ

2) การค้นคว้าวิจัยทางการแพทย์ เทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นอกจากจะเป็นการพัฒนาการค้นคว้าทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นเนื่องจากความต้องการช่วยให้ผู้ที่มีบุตรยากได้มีบุตรตามความประสงค์ ยังเป็นการพัฒนาการค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เพื่อหาคำตอบในสิ่งที่มนุษย์เคยตั้งเป็นสมมติฐานถึงความเป็นไปได้

2.3 วิธีการของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

การตั้งครรภ์โดยอาศัยวิธีการเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อาจกระทำได้หลายวิธีการ ดังนี้

2.3.1 การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insermination)

การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อคือ การฉีดน้ำเชื้ออสุจิเข้าไปในช่องคลอด (Vagina) ของฝ่ายหญิงไม่ว่าจะเป็นบริเวณปากมดลูก โพรงมดลูก ท่อนำรังไข่ หรือที่มดลูก (Uterus) โดยตรงในช่วงที่มีการตกไข่ เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิระหว่างตัวอสุจิกับไข่ในร่างกายของฝ่ายหญิงนั้น (In Vivo Fertilization) วิธีดังกล่าวทำให้หญิงนั้นตั้งครรภ์โดยไม่ต้องมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายชายโดยวิธีทางธรรมชาติแล้ว[21]

โดยปกติแล้วการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อมักจะกระทำโดยการนำเอาน้ำเชื้ออสุจิที่ผ่านการล้างเชื้อเอาแบคทีเรียและสารต่างๆ ออกและคัดเฉพาะเชื้ออสุจิที่แข็งแรงในปริมาณที่พอเหมาะมาฉีดผ่านท่อกลวงที่สอดเข้าไปในช่องคลอด (Cannula) หรือโดยใช้กระบอกฉีด (Syringe) ซึ่งจะทำให้น้ำเชื้ออสุจิของฝ่ายชายเข้าไปผสมกับไข่ของฝ่ายหญิง และการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนี้จะต้องกระทำในช่วงระยะเวลาไข่ใกล้สุก เพราะเป็นช่วงระยะเวลาที่ฝ่ายหญิงมีโอกาสตั้งครรภ์มากที่สุด น้ำเชื้ออสุจินี้อาจนำมาจากเชื้อสด (Fresh Sperm) หรือเชื้อที่ผ่านการแช่แข็ง (Frozensperm)

---

[20] “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 4-6

[21] พิมพรรณ์ วรรณภิระและคณะ. *การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับความผิดฐานทำให้แท้งลูก: ศึกษาเฉพาะกรณีการปฏิสนธินอกร่างกาย.* กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยข้าราชการศาลยุติธรรม. 2556. หน้า 13-16

มาก่อนก็ได้ การผสมเทียมด้วยวิธีนี้มีอัตราการตั้งครรภ์ประมาณ 10-20 เปอร์เซ็นต์ต่อรอบเดือน ตามปกติจะเห็นผลภายใน 3-6 รอบเดือนของการรักษา

การผสมเทียมโดยการฉีดน้ำเชื้อนี้เป็นวิธีการที่ง่าย ค่าใช้จ่ายน้อยและไม่จำเป็นต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญทางการแพทย์มากนัก แต่ถ้าหากการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้ได้กระทำภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์ก็จะทำให้มีโอกาสประสบความสำเร็จในการตั้งครรภ์มากขึ้น และยังช่วยให้เด็กที่เกิดมามีความเสี่ยงในการเกิดโรคทางพันธุกรรม (Genetic disease) น้อยลง เนื่องจากแพทย์สามารถที่จะใช้ความชำนาญในการคัดเลือกเชื้ออสุจิที่เหมาะสมเพื่อประโยชน์ในการตั้งครรภ์ หรือหลีกเลี่ยงโอกาสในการเกิดโรคทางพันธุกรรมบางชนิดกับทารกได้นั่นเอง

เมื่อพิจารณาจากแหล่งที่มาของน้ำเชื้ออสุจิการผสมเทียมดังกล่าวอาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภทคือ

1) การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้ออสุจิจากสามี (Artificial Insemination by the Husband หรือ AIH) เป็นวิธีการบำบัดรักษาภาวะ การมีบุตรยากอย่างหนึ่งที่จะนำมาใช้ เมื่อฝ่ายชายซึ่งเป็นสามีสามารถผลิตน้ำอสุจิได้อย่างสมบูรณ์แต่ไม่สามารถมีเพศสัมพันธ์ได้ เนื่องจากเป็นกามตายด้านมีความผิดปกติทางกายวิภาค การผสมเทียมโดยวิธีนี้ยังถูกนำไปใช้เพื่อบำบัดภาวะการมีบุตรยากที่เกิดจากความผิดปกติของฝ่ายหญิงด้วย ตัวอย่างเช่น หากฝ่ายหญิงมีเยื่อบุที่บริเวณปากมดลูกทำให้น้ำเชื้ออสุจิไม่สามารถผ่านเข้าไปผสมกับไข่ได้ (Mucus hostility) กรณีนี้จะต้องฉีดน้ำเชื้ออสุจิเข้าไปที่มดลูกของฝ่ายหญิงเพื่อให้เกิดการปฏิสนธิกับไข่ในบริเวณดังกล่าว

การใช้น้ำเชื้ออสุจิจากสามีในการผสมเทียมอาจเกิดจากสาเหตุอื่นเช่น ระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 สหรัฐอเมริกาได้ส่งน้ำเชื้ออสุจิกลับประเทศเพื่อใช้ในการผสมเทียมเป็นจำนวนมาก หรืออาจนำไปใช้เมื่อฝ่ายสามีต้องการรับการทำเคมีบำบัด (Chemotherapy) ซึ่งอาจส่งผลให้ชายคนนั้นต้องเป็นหมัน ฝ่ายชายก็อาจจะเลือกที่จะให้แพทย์เก็บน้ำเชื้ออสุจิของตนเองไว้ก่อนและนำมาใช้เมื่อถึงคราวจำเป็นได้[22]

2) การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้ออสุจิจากผู้บริจาค (Artificial Insermination by the Donor หรือ AID) เป็นการผสมเทียมที่ใช้เทคนิคเช่นเดียวกับการผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้ออสุจิของสามี เพียงแต่เป็นการนำเชื้อของผู้บริจาคมาใช้กับการผสมเทียมแทนที่จะเป็นน้ำเชื้ออสุจิของสามีของหญิงนั้น สาเหตุเนื่องมาจากฝ่ายสามีเป็นหมันไม่ว่ามาจากสาเหตุใดก็ตาม รวมทั้งการเป็นหมันหลังจากการทำหมันชาย (Vasectomy) แล้วแก้ไขไม่สำเร็จหรือสามีมีปริมาณตัวอสุจิในน้ำอสุจิน้อยหรือไม่มีเลย รวมถึงในกรณีที่ฝ่ายสามีมีความผิดปกติของยีนส์ (gene error) ทำให้มีความผิดปกติ

---

[22] Wornock Mary. *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilization and Embryology*. Oxford: Blackwell. 1985. p. 17

ในการสืบพันธุ์ วิธีการนี้มาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการเกิดโรคทางพันธุกรรมกับเด็กที่จะกำเนิดมาด้วย หากปรากฏว่าฝ่ายชายมีความบกพร่องทางพันธุกรรมที่จะต้องถ่ายทอดไปยังทารกอย่างที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ นอกจากนี้หญิงที่ไม่มีคู่สมรสก็อาจใช้วิธีการนี้เพื่อให้ตนเองสามารถมีบุตรได้เช่นกัน แต่การผสมเทียมด้วยวิธีนี้จะทำให้เด็กมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเฉพาะกับฝ่ายหญิง ซึ่งเป็นเจ้าของไข่เท่านั้น ส่วนฝ่ายชายซึ่งไม่ได้เป็นเจ้าของอสุจิจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา

3) การผสมเทียมโดยใช้เชื้อจากการผสมระหว่างสามีกับผู้บริจาค (Combined or Confused Artificial Insermination หรือ CAI)

ในกรณีที่นำน้ำเชื้ออสุจิของสามีที่มีปริมาณตัวอสุจิน้อย แพทย์อาจใช้วิธีการผสมน้ำเชื้ออสุจิระหว่างน้ำเชื้ออสุจิของสามีกับผู้บริจาค เพื่อเพิ่มโอกาสในการที่เชื้ออสุจิของสามีสามารถเข้าไปปฏิสนธิกับไข่ได้มากกว่าที่จะใช้น้ำเชื้อของผู้บริจาคแต่เพียงอย่างเดียว และทำให้คู่สมรสฝ่ายชายรู้สึกว่าน้ำเชื้ออสุจิที่ปฏิสนธิกับไข่นั้นเป็นของตนเอง[23] (Wadington, 1983) ในการนี้แพทย์จะคัดเลือกน้ำเชื้ออสุจิจากผู้บริจาคที่มีลักษณะภายนอกที่ใกล้เคียงกับสามีของหญิงที่จะได้รับการผสมเทียมนั้น แต่ปัจจุบันเทคโนโลยีเกี่ยวกับการตรวจเลือด (Blood testing) หรือการตรวจลายพิมพ์ดีเอ็นเอ (DNA Fingerprint) มีความเจริญก้าวหน้าและให้ผลที่น่าเชื่อถือทำให้สามารถตรวจสอบความเป็นบิดาของเด็กได้อย่างแม่นยำจึงทำให้มีการนำวิธีการผสมเทียมเช่นนี้มาใช้น้อยลง

2.3.2 กรณีเกิดการปฏิสนธินอกร่างกาย

กรณีเกิดการปฏิสนธินอกร่างกายคือการนำไข่และเชื้ออสุจิมาผสมให้เกิดการปฏิสนธินอกร่างกายจนกลายเป็นตัวอ่อนที่เกิดขึ้นใส่กลับเข้าสู่โพรงมดลูกเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ มี 3 วิธีการ[24] ดังนี้

1) การปฏิสนธินอกร่างกายและย้ายฝากตัวอ่อน (In Vitro Fertilization and Embryo Transfer) IVE and ET หรือที่เรียกว่าเด็กหลอดแก้ววิธีการนี้ก็คือการนำไข่และอสุจิมาผสมกันในหลอดแก้วแล้วฉีดกลับเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงที่เป็นแม่คือหญิงที่เป็นเจ้าของไข่เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ต่อไป

---

[23] Wadington Walter. Artificial Conception: The Challenge For Family Law. *VA Law Rev,* 69. (1983). 465-469

[24] “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 15

2) การช่วยปฏิสนธินอกร่างกายโดยการฉีดเชื้ออสุจิเข้าไปในไข่ (Intra Cytoplasmic Spam injection) หรือที่เรียกว่า ICS! คือแทนที่จะให้ไข่และอสุจิผสมกันเองตามธรรมชาติ จะใช้เข็มเล็กๆ ดูดเซลล์อสุจิหนึ่งเซลล์เข้าไปในไข่ซึ่งอยู่ภายนอกร่างกาย เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนแล้วนำตัวอ่อนนั้นเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงเพื่อให้ตั้งครรภ์ วิธีการนี้จะทำในกรณีที่อสุจิไม่แข็งแรงมีน้อยมากหรือเปลือกไข่หนา รวมทั้งผู้ที่ไม่มีการปฏิสนธิภายหลังการทำเด็กหลอดแก้วตามปกติ ปัจจุบันสามารถนำเทคนิคนี้มาประยุกต์ใช้แก้ปัญหาโรคบางชนิดที่ถ่ายทอดทางพันธุกรรมหรือโรคที่เกี่ยวข้องกับเพศได้

3) การนำไข่ที่ถูกผสมแล้วแต่ยังไม่แบ่งตัวอ่อนไปใส่ที่ท่อนำไข่ หรือการย้ายฝากตัวอ่อนระยะไซโกตเข้าไปในท่อนำไข่ (Zygote Intra Fallopian Transfer) หรือที่เรียกว่า ZIFT คือ การช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์โดยการนำไข่ออกมานอกร่างกายของหญิงแล้วนำเชื้ออสุจิมาทำให้เกิดการปฏิสนธิจนเป็นตัวอ่อนแรกเริ่ม (ตัวอ่อนแรกเริ่มหมายถึงตัวอ่อนมนุษย์ตั้งแต่ปฏิสนธิแล้วแต่ยังไม่มีการแบ่งเซลล์หากนับตั้งแต่ปฏิสนธิไปจนถึง 8 สัปดาห์ เรียกว่า ตัวอ่อน (Embryo) ถ้าตัวอ่อนมีอายุเกินกว่า 8 สัปดาห์เรียกว่าทารก (Fetus) แล้วฉีดเข้าไปในหลอดมดลูกโดยอาจใส่ผ่านทางช่องคลอดหรือการเจาะหน้าท้อง

2.3.3 กรณีเกิดการปฏิสนธิในร่างกาย

กรณีที่เกิดการปฏิสนธิในร่างกายปัจจุบันคงมีเพียงวิธีการเดียวซึ่งเป็นวิธีการพื้นฐานของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ คือ การย้ายฝากเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อรังไข่ (Gamete Intra Fallopian Tube Transfer) หรือที่เรียกว่า GIFT ซึ่งหมายถึง การตั้งครรภ์โดยการนำไข่ออกมานอกร่างกายของหญิงแล้วนำเชื้ออสุจิมาผสมรวมกันแล้วฉีดเข้าไปในท่อนำไข่หรือหลอดมดลูกของหญิงวิธีการนี้หญิงจะต้องมีหลอดมดลูกปกติดีอย่างน้อย 1 ข้างและไม่มีพังผืดในอุ้งเชิงกรานมากเกินไป ตัวอสุจิจะต้องมีคุณภาพที่จะผสมกับไข่ได้ ข้อจำกัด คือ การนำเซลล์สืบพันธุ์ไปใส่ต้องอาศัยการผ่าตัดผ่านกล้องเข้าไปในอุ้งเชิงกรานซึ่งมักต้องดมยาสลบและอัตราการตั้งครรภ์แฝดก็มีมาก

2.3.4 การตั้งครรภ์แทน (Surrogacy)

การตั้งครรภ์แทน คือ การนำตัวอ่อนที่ได้จากการปฏิสนธิของไข่และตัวอสุจิเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงอื่น เพื่อให้ตั้งครรภ์แทน เนื่องจากฝ่ายภริยามีปัจจัยที่ไม่เหมาะสมต่อการตั้งครรภ์ เช่นมีเนื้องอกที่มดลูก ไม่มีมดลูก หรือมีโรคประจำตัวทางร่างกายที่ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้

การตั้งครรภ์แทนในปัจจุบันแบ่งได้เป็น 2 คือ การตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาจากเทคโนโลยีที่ใช้ในการรับตั้งครรภ์ และการตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการรับตั้งครรภ์ ซึ่งมีรายละเอียด[25] ดังนี้

1) การตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาจากเทคโนโลยีที่ใช้ในการรับตั้งครรภ์ได้แก่

(1) การรับตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อ กรณีนี้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะตั้งครรภ์โดยวิธีการนำเชื้อของฝ่ายชายที่ว่าจ้างฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงนั้น ซึ่งจะทำให้เด็กที่เกิดมามีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายชายที่ว่าจ้างและกับฝ่ายหญิง

(2) การรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย กรณีนี้จะมีการนำเอาไข่ของคู่สมรสฝ่ายหญิงมาผสมกับเชื้อของคู่สมรสฝ่ายชายนอกร่างกายและเมื่อเกิดการปฏิสนธิแล้วให้นำไข่ที่ผสมใส่กลับเข้าไปยังมดลูกของหญิงที่รับการตั้งครรภ์แทนเพื่อให้ฝังตัวและเจริญเติบโต ซึ่งจะทำให้เด็กที่เกิดมาจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสทั้งสองฝ่ายโดยไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด

(3) การรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคกรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถมีบุตรได้โดยสิ้นเชิง คู่สมรสอาจว่าจ้างให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยการขอรับบริจาคตัวอ่อนจากบุคคลอื่นย้ายฝากเข้าไปยังมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งวิธีการนี้จะทำให้เด็กที่เกิดมาไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทั้งคู่สมรสที่ว่าจ้างและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเลยการรับตั้งครรภ์แทนวิธีนี้พบไม่บ่อยครั้งนักเพราะมีค่าใช้จ่ายสูง และเด็กไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสแต่อย่างใด คู่สมรสในภาวะเช่นนี้จึงชอบที่จะรับเด็กมาเป็นบุตรบุญธรรมมากกว่า

2) การตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการรับตั้งครรภ์ได้แก่

(1) การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ คือ การรับตั้งครรภ์แทนที่มีการจ่ายเงินหรือผลประโยชน์ตอบแทนอื่นให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์ ในต่างประเทศค่าใช้จ่ายในกรณีนี้จะอยู่ที่ประมาณ 10,000 เหรียญสหรัฐ หรือประมาณ 300,000 บาท

(2) การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น คือ การรับตั้งครรภ์แทนในระหว่างเครือญาติหรือคนรู้จักมักจะไม่มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้อง ในบางกรณีอาจมีการจ่ายเงินให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนบ้าง แต่เงินดังกล่าวมักจะเป็นเงินเพื่อใช้จ่ายในการตั้งครรภ์เท่านั้น เช่น ค่ายาบำรุงครรภ์ ค่าตรวจเลือด เป็นต้น

---

[25] อวิการัตน์ นิยมไทย. การปฏิรูปกฎหมาย: LAW REFORM กรณีการรับตั้งครรภ์แทน (Surrogacy). *จุลนิติ*. 7,5 (กันยายน-ตุลาคม 2553). 147-158, หน้า 148-149

ประโยชน์ในการแบ่งแยกประเภทระหว่างการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์กับการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นมีขึ้น เนื่องจากในบางประเทศกฎหมายกำหนดห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ แต่อนุญาตให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นได้เพราะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการแสวงหาประโยชน์จากเนื้อตัวร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเป็นการซื้อขายเด็ก

2.4 หลักการที่เกี่ยวข้องของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

กฎหมายเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์นั้น เป็นกฎหมายที่ค่อนข้างจะละเอียดอ่อนทั้งด้านความรู้สึกและต่อสังคมที่จะต้องนำมาพัฒนาและศึกษาเกี่ยวกับสิทธิของชายหญิงที่อยู่กินฉันสามีภรรยาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่จะเข้ารับบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิมนุษยชนเพราะถือว่าเป็นการรักษาอย่างหนึ่ง จึงต้องมีการศึกษาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

2.4.1 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

คนไทยถือพุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติมาช้านานชาวไทยพุทธเชื่อว่าการเกิดเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่เกิดได้ยากและมีคุณค่า การเกิดของมนุษย์จึงมีคุณค่ามากในสังคมไทย เมื่อชาวไทยพุทธมีความเชื่อเช่นนี้ จึงเป็นภาระหน้าที่ของมนุษย์ทุกคนทุกส่วนในสังคม รวมทั้งรัฐซึ่งมีหน้าที่กำหนดกฎเกณฑ์ดูแลจัดการสภาพแวดล้อม ทั้งทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมในการสร้างโอกาสให้มนุษย์ทุกคนได้พัฒนาศักยภาพแห่งตนสู่เป้าหมายสูงสุดที่แต่ละคนคาดหวัง จึงทำให้คุณค่าของมนุษย์นั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งและความเป็นมนุษย์นั้นมิได้จำกัดแต่เพียงการดำเนินการเพียงเพื่อให้มีชีวิตที่ยืนยาวเท่านั้น (Adding Years to Life) แต่ยังหมายถึงเป็นชีวิตที่มีความสุข (Adding Life to Years) อีกด้วย[26]

หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นได้มีการบัญญัติรับรองในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งได้รับการรับรองและประกาศโดยข้อมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 217 เอ (III) วันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 โดยมีข้อที่เกี่ยวข้องกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์[27] ดังต่อไปนี้

ข้อ 21 (2) ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าถึงบริการสาธารณะในประเทศตนโดยเสมอภาค

ข้อ 25 (1) ทุกคนมีสิทธิในมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพและความอยู่ดีของตนและของครอบครัว รวมทั้งอาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย และการดูแลรักษา

---

[26] พนัส สิมะเสถียรและคณะ. *สิทธิมนุษยชน: รัฐกับการสาธารณสุขในสังคมไทย.* กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2538. หน้า 25-27

[27] “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 16-17

ทางการแพทย์ และบริการสังคมที่จำเป็น และมีสิทธิในหลักประกันยามว่างงาน เจ็บป่วย พิการ หม้าย วัยชรา หรือปราศจากการดำรงชีพอื่นในสภาวะแวดล้อมนอกเหนือการควบคุมของตน

(2) มารดาและเด็กย่อมมีสิทธิที่จะรับการดูแลรักษาและการช่วยเหลือเป็นพิเศษเด็กทั้งปวง ไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกสมรสจะต้องได้รับการคุ้มครองทางสังคมเช่นเดียวกัน

ซึ่งสิทธิที่ปรากฏอยู่ในข้อ 21 (2) นั้นเป็นการกล่าวถึงสิทธิตามธรรมชาติมาแต่ดั้งเดิม คือ สิทธิเกี่ยวกับความเสมอภาค (equality) ซึ่งเป็นสิ่งที่ควรจะเท่าเทียมกันในสังคมของมนุษย์

ส่วนข้อ 25 (1) นั้นมีความหมายเกี่ยวกับสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งสิทธิประเภทนี้เป็นสิทธิที่เพิ่งรู้จักกันไม่นานมานี้เอง และนับว่าเป็นชัยชนะของกลุ่มประเทศสังคมนิยมที่ทำให้มีการระบุสิทธิเหล่านี้ลงในปฏิญญาฯ ได้[28] ซึ่งเป็นสิทธิในมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพและความเป็นอยู่ดีของตนและครอบครัว (The rights of everyone to standard of living adequate for the health and wellbeing of himself and his family) ประกอบกับในประชุมสมัชชาขององค์การอนามัยโลก (World Health Assembly) ปี 1970 ที่ประชุมได้มีมติว่า สิทธิที่จะมีสุขภาพดี (The right to health) เป็นสิทธิพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน[29] ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเรื่องสุขภาพของมนุษย์นั้นเป็นสิทธิของมนุษยชนโดยแท้จริง

2.4.2 หลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่กฎหมายกระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืนขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยอาจจำแนกได้เป็น 2 ประการ คือ หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัดหรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ และหลักนิติธรรมโดยทั่วไปหรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง[30] ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1) หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่กฎหมายกระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืนขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยหลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายนี้จะถูกล่วงละเมิดมิได้

---

[28] กุลพล พลวัน. *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก.* พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม. 2547. หน้า 35

[29] "เรื่องเดียวกัน".หน้า 28

[30] คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติและคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรมในคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ. *หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมายสาระสำคัญและผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม.* กรุงเทพมหานคร: พี เอส พริ้นติ้ง แอนด์ ดีไซน์. 2557. หน้า 1-16

หากกฎหมายกระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆ ฝ่าฝืนขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมย่อมไม่มีผลใช้บังคับ

สาระสำคัญของหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัดที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ได้แก่

(1) กฎหมายต้องใช้บังคับได้ทั่วไป

หลักนิติธรรม หมายถึง กฎหมายต้องมุ่งหมายให้ใช้บังคับทุกคนโดยเสมอภาคกัน ไม่สามารถใช้บังคับกับเฉพาะคนบางคนหรือกรณีบางกรณีโดยเฉพาะเจาะจงได้ เนื่องจากกฎหมายเป็นการวางกฎเกณฑ์กติกาสำหรับสังคมโดยทั่วไป กฎหมายจึงจำเป็นต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป อย่างไรก็ตามแม้กฎหมายจะบัญญัติมาเพื่อใช้บังคับกับคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือวิชาชีพใดวิชาชีพหนึ่ง ก็สามารถใช้บังคับได้ตามที่บัญญัติไว้

หากใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับคนเฉพาะกลุ่มนั้นๆ หรือองค์กรวิชาชีพนั้นๆ อาทิเช่น กฎหมายเกี่ยวกับพรรคการเมือง กฎหมายเกี่ยวกับองค์กรวิชาชีพ กฎหมายจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ หรือกฎหมายจัดตั้งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นต้น หลักในข้อนี้มีไว้เพื่อป้องกันมิให้ผู้มีอำนาจใช้อำนาจออกกฎหมายมุ่งหมายกลั่นแกล้งหรือลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง อันจะทำให้กฎหมายกลายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจในการจัดการกับผู้ที่เป็นปฏิปักษ์กับตน เพราะเหตุนี้การตั้งศาลพิเศษหน่วยงานพิเศษหรือองค์กรเฉพาะกิจมาเพื่อพิจารณาความผิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงเพื่อกลั่นแกล้งหรือลงโทษจึงไม่สามารถกระทำได้

(2) เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจเท่านั้น หมายถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถใช้อำนาจได้หากว่าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ทั้งนี้เป็นไปเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งจะแตกต่างไปจากหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชนที่ว่าประชาชนสามารถกระทำการได้ทุกประการหากกฎหมายไม่ได้กำหนดห้ามมิให้กระทำไว้

ดังนั้นหากเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้หรือใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนเสียหาย การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐดังกล่าวไม่สามารถกระทำได้ และหากมีการฝ่าฝืนกระทำไปย่อมไม่มีผลใช้บังคับ

2) หลักนิติธรรมโดยทั่วไปหรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง หมายถึงลักษณะที่ดีของกฎหมายกระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆ ที่อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า อุดมคติของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม อย่างไรก็ตามแม้ว่ากฎหมายกระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆ จะไม่มีลักษณะสาระสำคัญครบถ้วนของการเป็นกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่ดี

หรือขาดตกบกพร่องไปบ้างก็ตาม กฎหมายกระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆ ยังใช้บังคับได้อยู่ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด

สาระสำคัญของหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้างที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ได้แก่

(1) กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน หมายความว่า การบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรจะต้องใช้ถ้อยคำที่ชัดเจนและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการบัญญัติ หลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่คลุมเครือไม่ชัดเจนโดยไม่จำเป็น เพราะจะทำให้สามารถตีความไปได้หลายนัย ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาโต้แย้งโต้เถียงต่อไปในการใช้การตีความกฎหมาย อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่ากฎหมายจะต้องบัญญัติออกมาโดยไม่ให้มีการตีความเสมอไป ในบางกรณีการบัญญัติกฎหมายอาจจำเป็นต้องใช้ถ้อยคำกว้างๆ เพื่อเปิดโอกาสให้มีการใช้การตีความในอนาคต เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมตามกาลสมัย อาทิ การที่กฎหมายใช้ถ้อยคำทำนองที่ว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น

(2) กฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดแย้งกันเอง หมายความว่า การบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรต้องใช้ถ้อยคำที่มีความหมายและเนื้อหาสอดคล้องกันทั้งฉบับ มิใช่กฎหมายมาตราหนึ่งขัดหรือแย้งกันเองกับอีกมาตราหนึ่ง ทั้งที่ไม่ได้เป็นข้อยกเว้นหรือบทบัญญัติในตอนต้นบัญญัติไว้อย่างหนึ่งแต่ในตอนท้ายกลับบัญญัติไว้เป็นอีกอย่างหนึ่งตรงกันข้ามกันหรือไม่สอดคล้องกัน เช่นนี้ย่อมทำให้เกิดความสับสนและก่อให้เกิดปัญหาการใช้การตีความกฎหมายได้

(3) กฎหมายที่ดีต้องมีเหตุผล หมายความว่า กฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นจะต้องมีเหตุผลและมีความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายฉบับนั้น หากการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับประชาชนแต่ไม่สามารถอธิบายถึงเหตุผลอันยอมรับได้และความจำเป็นของการมีกฎหมายนั้นๆ ได้จะทำให้กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ขาดน้ำหนัก ความน่าเชื่อถือ ความไม่มีเหตุผล จะทำให้ไม่ได้รับการยอมรับจากผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายดังกล่าวเนื่องจากไม่เข้าใจไม่เห็นความสำคัญของกฎหมายฉบับนั้นและอาจไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวได้

(4) กฎหมายที่ดีต้องนำไปสู่ความเป็นธรรม หมายความว่า เป้าหมายของการมีกฎหมายในท้ายที่สุด คือ ความเป็นธรรม ซึ่งความเป็นธรรมดังกล่าวย่อมไม่สามารถพิจารณาจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ หากแต่ต้องเป็นความเป็นธรรมของสังคมโดยภาพรวม ดังนั้นหากกฎหมายซึ่งเป็นเพียงวิธีการก่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมบัญญัติโดยไม่ได้มีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์เพื่อความเป็นธรรมแล้วย่อมเป็นกฎหมายที่ไม่ดี

(5) กฎหมายที่ดีต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน หมายความว่า กฎหมายที่ดีจะต้องสอดคล้องและสนับสนุนหลักสิทธิมนุษยชนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ทั้งนี้เพราะสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิด ไม่สมควรที่รัฐหรือผู้มีอำนาจออกกฎหมายจะพรากสิทธิดังกล่าวไปจากผู้นั้น เช่น สิทธิในการรวมกลุ่ม สิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในการติดต่อสื่อสาร สิทธิผู้พิการ เป็นต้น อย่างไรก็ตามสิทธิบางประการหากมีความจำเป็นในบางสถานการณ์บางพื้นที่รัฐสามารถบัญญัติกฎหมายมาจำกัดสิทธิบางประการได้เท่าที่จำเป็นและพอสมควรแก่เหตุ เช่น การห้ามผู้ต้องขังในเรือนจำใช้อุปกรณ์สื่อสารเพื่อป้องกันการติดต่อในการค้ายาเสพติด เป็นต้น

(6) กฎหมายที่ดีต้องทันสมัยและสามารถรองรับต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคมเศรษฐกิจการเมืองและวัฒนธรรม หมายความว่า กฎหมายที่บัญญัติขึ้นมานั้นจะต้องไม่เพียงแต่สามารถสนองตอบต่อการแก้ปัญหาสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรมในสมัยนั้นๆ ได้ หากแต่ต้องสามารถรองรับการเปลี่ยนแปลงของพัฒนาการในด้านต่างๆ ของสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรมในอนาคตได้ด้วย ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายจึงจำเป็นต้องบัญญัติให้สามารถรองรับความเปลี่ยนแปลงต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างเหมาะสม

(7) กฎหมายที่ดีต้องบัญญัติตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้ หมายความว่า ในการบัญญัติกฎหมายโดยหลักการจะต้องเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นสถาบันหลักที่มีหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายตามระบอบประชาธิปไตยองค์กรหรือสถาบันอื่นจะบัญญัติกฎหมายได้ก็ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เช่น ฝ่ายบริหารสามารถตราพระราชกำหนดได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการแต่ก็ต้องนำเข้ามาพิจารณารับรองโดยฝ่ายนิติบัญญัติอีกครั้ง หรือฝ่ายบริหารที่สามารถออกกฎหมายลำดับรองอื่นๆ เช่น กฎกระทรวง ฯลฯ เป็นต้น เพื่อใช้ในทางบริหารโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายแม่บทที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นต้น

(8) กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายหรือกระทบต่อสิทธิ หน้าที่หรือความรับผิดของบุคคล หมายความว่า กฎหมายจะต้องไม่บัญญัติให้เป็นผลร้ายหรือมีผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดของบุคคลกับการกระทำของบุคคลที่เกิดขึ้นไปแล้ว และในขณะนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นผลร้ายหรือผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดของบุคคลไว้สำหรับการกระทำดังกล่าว เพราะหากให้กฎหมายมีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายแล้วจะทำให้บุคคลต่างๆ ในสังคมไม่สามารถเชื่อถือและไว้วางใจได้ว่าสิ่งที่ตนเองได้กระทำไปในปัจจุบันซึ่งชอบด้วยกฎหมายกลายเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในอนาคต เช่น การเพิกถอนสัญชาติย้อนหลัง การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งย้อนหลัง เป็นต้น

2.4.3 กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของสามีและภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย

กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของสามีและภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ก่อนที่จะเกิดสิทธิระหว่างชายและหญิงที่จะครองรักร่วมกันในฐานะสามีและภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น จะต้องจดทะเบียนสมรสอันเป็นสำคัญก่อนตามกฎหมายตามนัยของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเงื่อนไขแห่งการสมรส ซึ่งมีข้อความดังต่อไปนี้มาตรา 1448 ซึ่งบัญญัติว่า การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควรศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้และมีความสำคัญอย่างยิ่งตามมาตรา 1457 ซึ่งบัญญัติว่า การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้นและมาตรา 1458 ซึ่งบัญญัติว่า การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน และต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย[31]

ฉะนั้นจากมาตราที่กล่าวมาข้างต้นทำให้ทราบว่าการจดทะเบียนสมรสนั้นต้องกระทำตามที่กฎหมายกำหนดและมีความสำคัญในเรื่องดังต่อไปนี้

1) สิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สิน หากทรัพย์สินที่หามาได้ระหว่างสมรสนั้นเป็นสินสมรสตามนัยของมาตรา 1474 ซึ่งได้บอกความหมายของสินสมรส ได้แก่

(1) ทรัพย์สินที่คู่สมรสได้มาระหว่างสมรส

(2) ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาระหว่างสมรสโดยพินัยกรรมหรือโดยการให้เป็นหนังสือเมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้ระบุว่าเป็นสินสมรส

(3) ทรัพย์สินที่เป็นดอกผลของสินส่วนตัว

ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยว่าทรัพย์สินอย่างหนึ่งเป็นสินสมรสหรือมิใช่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นสินสมรสหรือมาตรา 1475 ได้บัญญัติว่า ถ้าสินสมรสใดเป็นจำพวกที่ระบุไว้ในมาตรา 456 แห่งประมวลกฎหมายนี้หรือที่มีเอกสารเป็นสำคัญสามีหรือภริยาจะร้องขอให้ลงชื่อตนเป็นเจ้าของรวมกันในเอกสารนั้นก็ได้ หรือการจัดการสินสมรสต้องได้รับความยินยอมตามนัยมาตรา 1476 ซึ่งบัญญัติว่า สามีและภริยาต้องจัดการสินสมรสร่วมกันหรือได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ขาย แลกเปลี่ยน ขายฝาก ให้เช่าซื้อ จำนอง ปลดจำนอง หรือโอนสิทธิจำนอง ซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้

(2) ก่อตั้งหรือกระทำให้สุดสิ้นลงทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน หรือภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์

---

[31] “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 21-24

(3) ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์เกินสามปี

(4) ให้กู้ยืมเงิน

(5) ให้โดยเสน่หา เว้นแต่การให้ที่พอควรแก่ฐานานุรูปของครอบครัว เพื่อการกุศล เพื่อการสังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา

(6) ประนีประนอมยอมความ

(7) มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย

(8) นำทรัพย์สินไปเป็นประกัน หรือหลักประกันต่อเจ้าพนักงานหรือศาล

การจัดการสินสมรสนอกจากกรณีที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง สามีหรือภริยาจัดการได้มิต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

2) ก่อเกิดความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภริยา ซึ่งสามีและภริยานั้นมีหน้าที่ต้องดูแลซึ่งกันและกันตามสมควร ตามนัยของมาตรา 1461 ซึ่งบัญญัติว่า สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน หรือหากดูแลกันหรืออยู่กินไม่ได้โดยปกติสุขหรือไม่ได้ด้วยพฤติการณ์บางอย่าง ตามนัยมาตรา 1462 ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีที่สามีภริยาไม่สามารถที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยปกติสุขได้ หรือถ้าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมาก สามีหรือภริยาฝ่ายที่ไม่สามารถที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยปกติสุขได้ หรือฝ่ายที่จะต้องรับอันตรายหรือถูกทำลายความผาสุก อาจร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตให้ตนอยู่ต่างหากในระหว่างที่เหตุนั้นๆ ยังมีอยู่ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ศาลจะกำหนดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดูให้ฝ่ายหนึ่งจ่ายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งตามควรแก่พฤติการณ์ก็ได้

3) เกิดสิทธิและหน้าที่ในความเป็นบิดามารดาเกิดสิทธิ และหน้าที่ในการปกครองบุตรทั้งชายและหญิงนั้น ซึ่งจะต้องมีหน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตรกันทั้งสองฝ่าย ดูแลเลี้ยงดูจนกว่าจะบรรลุนิติภาวะ สิทธิในการรับมรดกหากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย ซึ่งหากคู่สมรสฝ่ายใดได้ตายลงอีกฝ่ายก็จะมีสิทธิได้รับมรดก ตามนัยของมาตรา 1635 ซึ่งได้บัญญัติลำดับและส่วนแบ่งของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ในการรับมรดกของผู้ตายนั้นให้เป็นไปดังต่อไปนี้

(1) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629 (1) ซึ่งยังมีชีวิตอยู่หรือมีผู้รับมรดกแทนที่แล้ว แต่กรณีคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นมีสิทธิได้ส่วนแบ่งเสมือนหนึ่งว่าตนเป็นทายาทชั้นบุตร

(2) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629 (3) และทายาทนั้นยังมีชีวิตอยู่หรือมีผู้รับมรดกแทนที่หรือถ้าไม่มีทายาทตามมาตรา 1629 (1) แต่มีทายาทตามมาตรา 1629 (2) แล้วแต่กรณีคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นมีสิทธิได้รับมรดกกึ่งหนึ่ง

(3) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629 (4) หรือ (6) และทายาทนั้นยังมีชีวิตอยู่ หรือมีผู้รับมรดกแทนที่หรือมีทายาทตามมาตรา 1629 (5) แล้วแต่กรณีคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่มีสิทธิได้มรดกสองส่วนในสาม

(4) ถ้าไม่มีทายาทดั่งที่ระบุไว้ในมาตรา 1629 คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นมีสิทธิได้รับมรดกทั้งหมด

4) สิทธิทางอาญา สิทธิที่จะไม่ต้องรับโทษตามนัยของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภริยาหรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

สิทธิที่จะฟ้องแทนผู้เสียหายซึ่งเป็นสิทธิระหว่างสามีและภริยา หากมีการกระทำความผิดทางอาญาทำให้เป็นผู้เสียหายต่อคู่สมรส ซึ่งตามนัยของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 4 บัญญัติไว้ว่า ในคดีอาญาซึ่งผู้เสียหายเป็นหญิงมีสามีหญิงนั้น มีสิทธิฟ้องคดีได้เองโดยมีต้องได้รับอนุญาตของสามีก่อน

ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 5 (2) สามีมีสิทธิฟ้องคดีอาญาแทนภริยาได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตโดยชัดแจ้งจากภริยาและมีมาตราที่กล่าวถึงอำนาจในการจัดการคดีตามนัยมาตรา 5 บัญญัติไว้ว่าบุคคลเหล่านี้จัดการแทนผู้เสียหายได้ (2) ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามีหรือภริยา เฉพาะแต่ในความผิดอาญา ซึ่งผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจะจัดการเองได้

จากที่กล่าวมาข้างต้นเป็นส่วนหลักที่เป็นสิทธิและหน้าที่ของสามีภริยาที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ที่แสดงออกถึงความอุปการะหรือความสัมพันธ์ที่ลึกซึ้งอย่างพิเศษมากกว่าผู้ที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส ซึ่งหากไม่จดทะเบียนสมรสแล้วสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ก็เหมือนเฉกเช่นบุคคลธรรมทั่วไป แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าผู้ที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสจะหย่อนความสามารถในเรื่องของการดูแลบุตร

3. พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2558 และมีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป โดยมีสาระสำคัญแบ่งออกเป็น 6 หมวด คือ

หมวด 1 คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

หมวด 2 การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

หมวด 3 การตั้งครรภ์แทน

หมวด 4 ความเป็นบิดาและมารดาของเด็กและการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

หมวด 5 การควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

หมวด 6 บทกำหนดโทษ

โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ว่าโดยที่ความก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะ การมีบุตรยากสามารถช่วยให้ผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากมีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อันมีผลทำให้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรม ดังนั้น เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง

3.1 คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือเรียกโดยย่อว่า กคทพ.ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงสาธารณสุข เป็นประธานกรรมการ นายกแพทยสภา เป็นรองประธานกรรมการ ผู้แทนกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ผู้แทนกรมอนามัย ผู้แทนคณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติประธานราชวิทยาลัยกุมารแพทย์แห่งประเทศไทย ประธานราชวิทยาลัยจิตแพทย์แห่งประเทศไทย ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์แต่งตั้งจากผู้ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์

เป็นที่ประจักษ์ ด้านกฎหมาย สิทธิสตรี และสิทธิเด็ก ด้านละหนึ่งคน และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขแต่งตั้งจากผู้ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เวชพันธุศาสตร์ และการวิจัย ด้านละหนึ่งคน เป็นกรรมการประธานราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง และผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนหกคน ให้อธิบดีกรมสนับสนุนบริการสุขภาพเป็นกรรมการและเลขานุการ และให้อธิบดีกรมสนับสนุนบริการสุขภาพแต่งตั้งข้าราชการของกรมสนับสนุนบริการสุขภาพจำนวนไม่เกินสองคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ[32]

คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีอำนาจหน้าที่[33] ดังต่อไปนี้

(1) เสนอความคิดเห็นต่อรัฐมนตรีในการกำหนดนโยบายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

(2) เสนอความคิดเห็นต่อรัฐมนตรีในการพัฒนาหรือแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

(3) เสนอความคิดเห็นหรือให้คำแนะนำต่อรัฐมนตรีในการออกประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

(4) ประกาศ กำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตเกี่ยวกับการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 23

(5) พิจารณาอนุญาตเกี่ยวกับการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 23

(6) ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตเกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะ การมีบุตรยากของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยตามมาตรา 37

(7) พิจารณาอนุญาตเกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยตามมาตรา 37

(8) ให้ความเห็นชอบในการออกประกาศของแพทยสภาเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยประกาศของแพทยสภาดังกล่าวให้ใช้บังคับได้ต่อเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษา

---

[32] มาตรา 6 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[33] มาตรา 7 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

(9) ควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

(10) ส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาวิจัยทางจริยธรรม กฎหมาย หรือวัฒนธรรมที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

(11) จัดทำรายงานผลการดำเนินงานตามพระราชบัญญัตินี้เสนอต่อรัฐมนตรีอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง

(12) ปฏิบัติการอื่นตามที่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

โดยที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสี่ปี กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระอาจได้รับแต่งตั้งอีกได้ แต่จะดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินสองวาระไม่ได้[34] นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระแล้วนั้น กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งเมื่อ[35]

(1) ตาย

(2) ลาออก

(3) เป็นบุคคลล้มละลาย

(4) เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

(5) ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(6) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข แล้วแต่กรณี ให้ออก เนื่องจากมีความประพฤติไม่เหมาะสมตามข้อเสนอของคณะกรรมการ ทั้งนี้มติของคณะกรรมการที่ให้ออกต้องไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข แล้วแต่กรณีแต่งตั้งผู้ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ด้านเดียวกันให้ดำรงตำแหน่งแทนและให้ผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างนั้น อยู่ในตำแหน่งเท่ากับวาระที่เหลืออยู่ของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้แต่งตั้งไว้แล้ว แต่ถ้าวาระการดำรงตำแหน่งเหลืออยู่น้อยกว่าเก้าสิบวันจะไม่ดำเนินการ

---

[34] มาตรา 8 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[35] มาตรา 9 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

ให้มีผู้ดำรงตำแหน่งแทนก็ได้ ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ ให้คณะกรรมการประกอบด้วยกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่จนกว่าจะมีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิใหม่[36]

เมื่อกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งตามวาระ ให้ดำเนินการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิขึ้นใหม่ภายในเก้าสิบวัน ในระหว่างที่ยังมิได้มีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิขึ้นใหม่ ให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะมีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิขึ้นใหม่[37]

การประชุมคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุม ในการประชุมคณะกรรมการ ให้ประธานกรรมการเป็นประธานในที่ประชุม ถ้าประธานกรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้รองประธานกรรมการเป็นประธานในที่ประชุม ถ้าประธานกรรมการและรองประธานกรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้ที่ประชุมเลือกกรรมการคนหนึ่งเป็นประธานในที่ประชุม สำหรับการประชุมในคราวนั้น และการวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมถ้ามิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด คณะกรรมการจะแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณาและเสนอความเห็นในเรื่องหนึ่งเรื่องใดหรือปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่คณะกรรมการมอบหมายก็ได้[38]

ให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข ทำหน้าที่สนับสนุนการดำเนินงานของคณะกรรมการ โดยมีอำนาจหน้าที่[39] ดังต่อไปนี้

(1) ปฏิบัติงานธุรการทั่วไปของคณะกรรมการ

(2) ประสานงานและร่วมมือกับส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้องในการดำเนินงานเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ

---

[36] มาตรา 10 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[37] มาตรา 11 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[38] มาตรา 12 และมาตรา 13 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[39] มาตรา 14 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

(3) ดำเนินการทำทะเบียนหน่วยงานหรือองค์กรที่ดำเนินงานเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และทะเบียนผู้ขอรับบริการ

(4) ดำเนินการรวบรวมข้อมูลและผลการวิจัยและวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินงานเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

(5) ปฏิบัติการอื่นตามที่คณะกรรมการมอบหมาย

3.2 การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไว้ดังนี้

1) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามและต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งนี้ตามที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ[40]

2) ก่อนให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องมีการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการ รวมทั้งการป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ[41]

3) การสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ แต่จะกำหนดให้เก็บรักษาหรือใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่าสิบสี่วันนับแต่วันปฏิสนธิไม่ได้ ทั้งนี้ อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน[42]

---

[40] มาตรา 15 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[41] มาตรา 16 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[42] มาตรา 17 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

4) ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อนที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ โดยการตรวจวินิจฉัย ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ[43]

5) การผสมเทียมต้องทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ[44]

6) การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้ออสุจิของผู้บริจาคต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียม โดยการให้ความยินยอมให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ[45]

3.3 การตั้งครรภ์แทน

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข[46] ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภรรยามิได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

(2) ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมิใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายในข้อ 1

---

[43] มาตรา 18 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[44] มาตรา 19 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[45] มาตรา 20 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[46] มาตรา 21 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

(3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

(4) ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภรรยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย

การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นี้ให้กระทำได้สองวิธี[47] คือ ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

(2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้แก่สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งภรรยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรรายใดได้ ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนให้แก่สามีและภรรยารายนั้น โดยมีหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า[48]

ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำของคณะกรรมการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอดและหลังคลอดรวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน[49]

---

[47] มาตรา 22 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[48] มาตรา 23 และมาตรา 24 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[49] มาตรา 25 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เว้นแต่ในกรณีฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมให้ถือว่าข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนเป็นอันยุติลง และฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าว การยุติการตั้งครรภ์แทน ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ[50]

ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้า โดยเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน[51]

ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือไขข่าวให้แพร่หลายด้วยประการใดๆ เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม[52]

3.4 ความเป็นบิดาและมารดาของเด็กและการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้ความเป็นบิดาและมารดาของเด็กและการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

1) เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่นให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็ก

---

[50] มาตรา 26 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[51] มาตรา 27 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[52] มาตรา 28 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

ที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก[53]

2) ในกรณีที่สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ทั้งนี้ ให้ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ[54]

3) เมื่อฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน จะไปฝากครรภ์หรือไปคลอดบุตรยังสถานพยาบาลใดให้นำข้อตกลงตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอด และหลังคลอดรวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไปแสดงต่อแพทย์ผู้รับฝากครรภ์หรือผู้ที่จะทำคลอด ณ สถานพยาบาลแห่งนั้น เพื่อเป็นหลักฐานในการออกหนังสือรับรองการเกิดและการแจ้งการเกิดของเด็กต่อไป[55]

4) ให้สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนต่อนายทะเบียนผู้รับแจ้ง ตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร

ในกรณีสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ไม่อยู่ในประเทศไทย หรือไม่ปรากฏตัวภายหลังจากการคลอดเด็กนั้น ให้ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน มีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว การแจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ผู้อำนวยการทะเบียนกลางประกาศกำหนดตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร[56]

---

[53] มาตรา 29 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[54] มาตรา 30 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[55] มาตรา 31 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[56] มาตรา 32 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

5) ห้ามมิให้สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว[57]

6) ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้บังคับโดยอนุโลม เพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558[58]

3.5 การควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไว้ดังต่อไปนี้

1) ห้ามผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมถึงรับฝาก รับบริจาค ใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน หรือทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน[59]

2) ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในกิจการใดๆ เว้นแต่เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย[60]

3) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ประสงค์จะใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ โดยมีหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษาเสียก่อน และในส่วนของการศึกษาวิจัยตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่าสิบสี่วันนับแต่วันปฏิสนธิจะกระทำมิได้ ทั้งนี้อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน[61]

---

[57] มาตรา 33 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[58] มาตรา 34 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[59] มาตรา 35 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[60] มาตรา 36 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[61] มาตรา 37 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

4) ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการใดๆ เพื่อมุ่งให้เกิดมนุษย์โดยวิธีการอื่นนอกจากการปฏิสนธิระหว่างอสุจิกับไข่[62]

5) ห้ามมิให้ผู้ใดนำอสุจิ ไข่ ตัวอ่อน หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของเซลล์ดังกล่าวใส่เข้าไปในร่างกายของสัตว์ หรือนำเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ เซลล์ที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ ใส่เข้าไปในร่างกายของมนุษย์[63]

6) ห้ามมิให้ผู้ใดสร้าง เก็บรักษา ขาย นำเข้า ส่งออก หรือใช้ประโยชน์ซึ่งตัวอ่อนที่มีสารพันธุกรรมของมนุษย์มากกว่าสองคนขึ้นไป หรือตัวอ่อนที่มีเซลล์หรือส่วนประกอบของเซลล์มนุษย์กับสิ่งมีชีวิตสายพันธุ์อื่นรวมกันอยู่[64]

7) ห้ามมิให้ผู้ใดซื้อ เสนอซื้อ ขาย นำเข้า หรือส่งออก ซึ่งอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน[65]

8) การรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค เนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ[66]

9) การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หากเจ้าของอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่ฝากไว้กับผู้รับฝากตามข้อ (8) ตายลง ห้ามนำอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนดังกล่าวมาใช้ เว้นแต่มีการให้ความยินยอมเป็นหนังสือไว้ก่อนตาย และการใช้อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนต้องใช้เพื่อบำบัดรักษาภาวะ การมีบุตรยากของสามีหรือภรรยาดังกล่าวที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น การให้ความยินยอมให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ[67]

---

[62] มาตรา 38 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[63] มาตรา 39 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[64] มาตรา 40 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[65] มาตรา 41 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[66] มาตรา 42 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[67] มาตรา 43 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

10) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม[68]

11) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดไม่ปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในพระราชาบัญญัติฉบับนี้ ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม[69]

3.6 บทกำหนดโทษ

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้มีการกำหนดบทกำหนดโทษ ไว้ดังต่อไปนี้

1) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยไม่มีคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติฉบับนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ[70]

2) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนให้แก่สามีและภรรยาโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ[71]

3) ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท[72]

4) ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้า โดยเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน หรือให้ผู้ใดโฆษณาหรือไขข่าวให้แพร่หลายด้วยประการใดๆ เกี่ยวกับเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตามหรือปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

---

[68] มาตรา 44 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[69] มาตรา 45 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[70] มาตรา 46 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[71] มาตรา 47 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[72] มาตรา 48 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

หรือผู้ใดสร้าง เก็บรักษา ขาย นำเข้า ส่งออก หรือใช้ประโยชน์ซึ่งตัวอ่อนที่มีสารพันธุกรรมของมนุษย์มากกว่าสองคนขึ้นไป หรือตัวอ่อนที่มีเซลล์หรือส่วนประกอบของเซลล์มนุษย์กับสิ่งมีชีวิตสายพันธุ์อื่นรวมกันอยู่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ[73]

5) ผู้ใดซึ่งมิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รวมทั้งรับฝาก รับบริจาค ใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน หรือทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ[74]

6) ผู้ใดสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในกิจการใดๆ เว้นแต่เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ใดซื้อ เสนอซื้อ ขาย นำเข้า หรือส่งออกซึ่งอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน หรือการนำอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่ฝากไว้กับผู้รับฝากตายมาใช้ เว้นแต่มีการให้ความยินยอมเป็นหนังสือไว้ก่อนตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ[75]

7) ผู้ใดมิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทำการศึกษาวิจัยโดยใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะ การมีบุตรยากของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ[76]

8) ผู้ใดดำเนินการใดๆ เพื่อมุ่งหมายให้เกิดมนุษย์โดยวิธีการอื่นนอกจากการปฏิสนธิระหว่างอสุจิกับไข่ หรือผู้ใดนำอสุจิ ไข่ ตัวอ่อน หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของเซลล์ดังกล่าวใส่เข้าไปในร่างกายของสัตว์ หรือนำเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์เซลล์ที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ ใส่เข้าไปในร่างกายของมนุษย์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท[77]

---

[73] มาตรา 49 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[74] มาตรา 50 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[75] มาตรา 51 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[76] มาตรา 52 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

[77] มาตรา 53 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

บทที่ 3
ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน ของไทยและต่างประเทศ

การวิจัยเรื่องการศึกษาความรับผิดทางอาญา : กรณีรับการตั้งครรภ์แทนโดยเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาแนวความคิดและความรับผิดทางอาญาของการรับตั้งครรภ์แทนใน 2 ประเทศได้แก่ ประเทศอังกฤษและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยผลการศึกษาจะนำไปใช้วิเคราะห์ในบทที่ 4 และจัดทำบทสรุปเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมกับการบังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศไทยให้เหมาะสมกับหลักสากลต่อไป

1. ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนของประเทศไทย

1.1 ลักษณะของกฎหมายอาญา

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม 2558 โดยมีความสอดคล้องกับความก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยาก ซึ่งสามารถช่วยผู้ที่มีภาวการณ์มีบุตรยากมีบุตรได้ โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งพระราชบัญญัตินี้จะกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาอันชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มิให้นำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง

โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศไทย ได้มีการกำหนดกรอบเนื้อหาของกฎหมายให้ครอบคลุมในทางอาญา[78] ดังนี้

1) ห้ามทำ Cloning (สำเนาชีวิต) ในมนุษย์แต่ไม่ห้ามกรณีที่เป็นการทำ Cloning ในสัตว์คัดสรรพันธุ์เพื่อการเกษตร รวมถึงกรณีการทำ Stem cells คัดเลือกเซลล์เพื่อประโยชน์ในทางการแพทย์

2) ห้ามการทำการปฏิสนธิเทียมเพื่อการค้า

3) ห้ามทำการผสมข้ามสายพันธุ์

4) ห้ามทำการปฏิสนธิเทียมโดยเจ้าของสายพันธุ์ไม่ยินยอม

5) ห้ามผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายกระทำการใดๆ อันเป็นการรบกวนโดยมิชอบ

6) ห้ามมิให้มีการซื้อขายไข่/อสุจิ

โดยมีข้อกฎหมายที่สำคัญของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศไทย[79] สามารถสรุปลักษณะที่สำคัญของพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ดังนี้

1) ผู้รับผิดชอบ หรือผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ จะต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งมีคุณสมบัติตามเงื่อนไขที่แพทยสภากำหนดและจะต้องรักษามาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เป็นไปตามข้อบังคับหรือประกาศที่แพทยสภากำหนด

2) การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน จะต้องมีองค์ประกอบ ดังนี้

(1) สามีภรรยาที่ต้องการมีบุตรโดยให้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาตั้งครรภ์แทนต้องเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย

(2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องมิใช่บุพการี หรือผู้สืบสันดานของคู่สมรสนั้น

(3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้ามีสามีจะต้องได้รับความยินยอมจากสามีก่อน จึงจะสามารถให้ผู้ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนเสนอเรื่องขออนุญาตดำเนินการต่อคณะกรรมการ หากคณะกรรมการพิจารณาเห็นชอบอนุญาตเป็นการเฉพาะรายก็ได้ คำสั่งของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด

---

[78] นุกูล สัญฐิติเสรี. *การพิจารณากฎหมายว่าด้วยคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือการตั้งครรภ์แทน (กฎหมายอุ้มบุญ).* กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. 2555. หน้า 92

[79] “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 98-99

3) กรณีเด็กที่เกิดโดยการผสมเทียมหรือโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยใช้เซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคเพื่อการปฏิสนธิไม่ว่าการปฏิสนธิจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกร่างกาย ให้ฝ่ายหญิงที่เป็นผู้ตั้งครรภ์เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น และให้สามีโดยชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายหญิงผู้ตั้งครรภ์ซึ่งได้ให้ความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์นั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ชายหรือหญิงที่เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ที่นำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์ ไม่มีสิทธิใดๆ ในตัวเด็ก เว้นเสียแต่ว่าจะเป็นหญิงผู้ตั้งครรภ์หรือสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้ตั้งครรภ์ซึ่งได้ให้ความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์นั้นเอง

4) การสร้างเก็บรักษาวิจัยใช้ประโยชน์ทำลายหรือทำให้สิ้นสภาพการเป็นตัวอ่อนนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการก่อน แต่คณะกรรมการจะอนุญาตให้กระทำการเก็บรักษา วิจัย หรือใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่าสิบสี่วันหรือทารกไม่ได้ ทั้งนี้อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อนรวมเข้าไปด้วย

5) ห้ามมิให้ผู้ใดทำสำเนามนุษย์นำตัวอ่อนใส่เข้าไปในสัตว์ หรือนำตัวอ่อนของสัตว์ใส่เข้าไปในร่างกายของมนุษย์ หรือทำการสร้าง เก็บรักษา วิจัย ตัวอ่อนพันธุ์ผสม หรือตัวอ่อนที่มีสารพันธุกรรมของมนุษย์มากกว่าสองคนขึ้นไป การนำตัวอ่อนตามวรรคหนึ่งหรือตัวอ่อนสำเนาพันธุ์ใส่เข้าไปในสัตว์ หรือใส่เข้าไปในร่างกายของมนุษย์จำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย นำเข้ามาในหรือส่งออกไปยังนอกราชอาณาจักร หรือซื้อตัวอ่อนพันธุ์ผสม หรือกระทำการซื้อขาย เสนอซื้อ เสนอขาย นำเข้า หรือส่งออกซึ่งเซลล์สืบพันธุ์หรือเซลล์ต้นกำเนิดที่ได้จากการปฏิสนธิระหว่างไข่กับเชื้ออสุจิเพื่อผลประโยชน์ในทางการค้า

6) ห้ามมิให้ผู้ที่ไม่ใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมรับเป็นผู้ดำเนินการให้เกิดการผสมเทียม หรือการปฏิสนธินอกร่างกาย หรือการสร้างเซลล์ต้นกำเนิดให้แก่ผู้อื่น

7) ตามพระราชบัญญัตินี้หากผู้ใดฝ่าฝืน มีทั้งโทษจำคุก ปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้นิยามคำว่าการตั้งครรภ์แทน หมายความว่าการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภรรยาที่ภรรยาอันชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภรรยาอันชอบด้วยกฎหมายนั้น[80]

---

[80] มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 สามารถทำได้ 2 วิธี ดังนี้

1) จำเป็นต้องใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

2) จำเป็นต้องใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

เงื่อนไขในฝ่ายของสามีและภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตร คือ กฎหมายกำหนดไว้ว่า

1) ต้องเป็นสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภรรยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้

2) สามีภรรยานั้นต้องมีสัญชาติไทยหรือในกรณีที่สามีหรือภรรยามิได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี

เงื่อนไขในฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คือ

1) ฝ่ายหญิงที่รับการตั้งครรภ์แทนต้องมิใช่บุพการี หรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหายนั้น

2) ฝ่ายหญิงที่รับการตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามี หรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

3) ฝ่ายหญิงที่รับการตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย

โดยการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น จะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก่อน ซึ่งหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขต่างๆ ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

การรับการตั้งครรภ์แทนเกี่ยวข้องกับบุคคลหลายฝ่าย ซึ่งหากนำสิทธิและหน้าที่ที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาพิจารณาแยกเป็นบุคคลแล้ว[81] สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

[81] “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 30-33

1) ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ และต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามแพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการเช่นกัน ทั้งนี้ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 15

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนไว้ ดังนี้

(1) ต้องจัดให้มีการตรวจ และประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการ รวมทั้งการป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย ก่อนที่จะให้บริการ

(2) การสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน รวมไปถึงการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ แต่จะกำหนดให้เก็บรักษาหรือใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่าสิบสี่วันนับแต่วันปฏิสนธิไม่ได้

(3) ผู้ให้บริการอาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อนที่อาจเกิดขึ้นได้ แต่ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศของตัวอ่อน

(4) ผู้ให้บริการจะดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้แก่สามีและภริยาตามมาตรา 21 (1) ได้จะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนให้แก่สามีและภรรยารายนั้น

(5) ห้ามมิให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

(6) ห้ามกระทำการเป็นคนกลาง หรือนายหน้า โดยเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการ หรือชี้ช่องให้มีการรับการตั้งครรภ์แทน

(7) ห้ามโฆษณาหรือไขข่าวให้แพร่หลายด้วยประการใดๆ เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมีบุคคลที่ประสงค์ให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่

2) สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภรรยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน การดำเนินการเพื่อให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น ต้องไม่มีลักษณะที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ โดยเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอดและหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวันนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 25 ได้กำหนดให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำของคณะกรรมการประกาศกำหนด นอกจากนี้ในมาตรา 28 ยังมีการห้ามมิให้มีการโฆษณาหรือไขข่าวให้แพร่หลายด้วยประการใดๆ เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนว่ามีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม

เมื่อเด็กได้เกิดมาโดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนแล้วนั้น เด็กนั้นก็จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น ดังนั้นสามีภริยาดังกล่าวก็จะมีสิทธิและหน้าที่ในความเป็นบิดามารดาตามที่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่อไป

นอกจากนี้สามีและภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนต่อนายทะเบียนผู้รับแจ้ง ตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และในมาตรา 33 ยังบัญญัติห้ามมิให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น

3) ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

เมื่อมีการดำเนินการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมิใช่บุพการี หรือ ผู้สืบสันดานของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน และต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น แต่ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ โดยให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด โดยคำแนะนำของคณะกรรมการ ซึ่งกระทรวงสาธารณสุขได้ให้ความเห็นต่อร่างกฎหมายในเรื่องดังกล่าวไว้ว่าควรกำหนดให้ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีความสัมพันธ์เป็นญาติโดยสายโลหิตของสามีหรือภรรยา

ที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย ทั้งนี้เพื่อให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีความผูกพันและความรับผิดชอบต่อเด็กที่รับตั้งครรภ์และเป็นการขจัดเงื่อนไขการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ สำหรับคู่สามีภริยาที่ไม่สามารถหาญาติโดยสายโลหิตมารับตั้งครรภ์แทนได้ก็ควรกำหนดข้อยกเว้นไว้ โดยออกเป็นกฎกระทรวงเพื่อให้สามารถอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้

นอกจากนี้ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น และถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภรรยา ก็ต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย ซึ่งในวิธีการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เมื่อฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีคุณสมบัติดังที่กล่าวมาแล้วนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดหน้าที่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไว้[82] ดังนี้

(1) ห้ามมิให้มีการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

(2) กรณียุติการตั้งครรภ์แทน ต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน

(3) ห้ามมิให้โฆษณาหรือไขข่าวให้แพร่หลายด้วยประการใดๆ เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนว่าตนประสงค์เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม

(4) เป็นผู้ปกครองของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนในกรณีที่สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตามก่อนเด็กเกิด จนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นมีอำนาจเป็นผู้ร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้

(5) เมื่อฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะไปฝากครรภ์หรือไปคลอดบุตรยังสถานพยาบาลใดให้นำข้อตกลงตามมาตรา 25 ไปแสดงต่อแพทย์ผู้รับฝากครรภ์หรือผู้ที่จะทำคลอด ณ สถานพยาบาลแห่งนั้น เพื่อเป็นหลักฐานในการออกหนังสือรับรองการเกิดและการแจ้งการเกิดของเด็กต่อไป

(6) ในกรณีสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ไม่อยู่ในประเทศไทย หรือไม่ปรากฏตัวภายหลังจากการคลอดเด็กนั้น ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว

---

[82] พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 132 ตอนที่ 38 ก. (1 พฤษภาคม 2558). หน้า 1-12

1.2 การกำหนดความผิด และการลงโทษทางอาญาทางอาญา

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดความรับผิดและโทษทางอาญาที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนไว้ในหมวดที่ 6[83] ดังนี้

1) กำหนดความรับผิดและโทษทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดความรับผิดและโทษทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้โดยเฉพาะไว้ 2 มาตรา ได้แก่

มาตรา 46 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยไม่มีคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 15 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 47 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 23 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

โดยมาตรา 15 กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องมีคุณสมบัติ และ ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ดังนั้นหากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมดังกล่าวไม่มีคุณสมบัติ หรือ มีลักษณะต้องห้ามตามที่แพทยสภาประกาศกำหนดแล้วให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ก็จะได้รับโทษทางอาญาที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 46

และในมาตรา 23 กำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้ว่าจะดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้แก่สามีและภรรยาตามมาตรา 21 (1) รายใดได้ ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนให้แก่สามีและภริยารายนั้นเสียก่อน หากดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยมิได้รับอนุญาตดังกล่าวก็ต้องรับโทษดังที่ระบุไว้ในมาตรา 47 นี้

2) กำหนดความรับผิดและโทษทางอาญาของบุคคลทั่วไป

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นอกจากจะมีบทบัญญัติถึงความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้โดยเฉพาะแล้ว ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดในทางอาญาของบุคคลทั่วไปด้วย

---

[83] “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 10

โดยกฎหมายใช้คำว่า ผู้ใด เช่นเดียวกับบทบัญญัติในการกำหนดความรับผิดทางอาญาที่ปรากฏในกฎหมายฉบับอื่น ซึ่งได้บัญญัติจำแนกได้ ดังนี้

(1) กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า

ตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บัญญัติว่าห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าและผู้ใดฝ่าฝืนต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 48 คือ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีและปรับไม่เกินสองแสนบาท

แต่ในเรื่องนี้มีข้อถกเถียงว่าภายใต้สถานการณ์ที่ประเทศไทยมีกรณีอุ้มบุญจำนวนมาก การที่ทำให้การรับการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ผิดกฎหมายนั้น อาจส่งผลให้ขบวนการรับจ้างตั้งครรภ์แทนมีความซับซ้อนและมีการหลบเลี่ยงกฎหมาย ทำให้การควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อให้เป็นไปในทิศทางที่เหมาะสมมีความยุ่งยากมากขึ้น และอาจทำให้ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยได้รับค่าตอบแทน ซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ด้อยโอกาสทางสังคมถูกละเลย ไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพอันพึงได้ ดังนั้นจึงควรวางกฎเกณฑ์ข้อบังคับที่เหมาะสมให้ผู้ที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามซึ่งน่าจะเหมาะสมกว่าการทำให้การรับตั้งครรภ์แทนโดยได้รับค่าตอบแทนหรือในเชิงพาณิชย์เป็นเรื่องผิดกฎหมายอีกทั้งยังเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยได้รับค่าตอบแทนด้วย[84]ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไป

สถาบันพระปกเกล้า[85]มีข้อสังเกตในประเด็นนี้ว่า การกำหนดว่าห้ามการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์จะมีความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติมากน้อยเพียงใด หากพิจารณาถึงความเป็นไปได้ว่าหากกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีความเกี่ยวข้องเป็นญาติสายโลหิตกันมาเหตุผลของการรับตั้งครรภ์แทนจะเกิดจากความเห็นอกเห็นใจกันและไม่มีค่าตอบแทนได้มากน้อยแค่ไหน เพราะหากพิจารณาแล้วการตั้งครรภ์ ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นก่อนการตั้งครรภ์แทนระหว่างการตั้งครรภ์ที่มีระยะเวลา 9 เดือน และกระบวนการหลังการตั้งครรภ์ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ยังคงมีต้นทุนที่เสียโอกาสอยู่ด้วย เช่น การเสียโอกาสในการทำงานหรือความเสี่ยงต่อโรคภัยต่างๆ ถึงแม้ว่าคณะกรรมการสามารถประกาศกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับค่าใช้จ่าย

---

[84] สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. *เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ....(คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 27/2557.* กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. 2557. หน้า 20

[85] สถาบันพระปกเกล้า. *รายงานสรุปและวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ...* กรุงเทพมหานคร: จรัลสนิทวงศ์การพิมพ์. 2558. หน้า 24

ในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การคลอดและหลังคลอดก็ตาม ในขณะเดียวกันแม้การตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์อาจไม่เกิดกับกรณีผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นเครือญาติกับคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรนั้น แต่เนื่องจากการถูกจำกัดโดยเงื่อนไขในร่างมาตรา 21 ปัจจุบัน คือ มาตรา 21 ว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องมิใช่บุพการี หรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร อีกทั้งต้องผ่านการมีบุตรมาแล้วด้วย ดังนั้นหากครอบครัวใดมีหญิงที่พร้อมจะรับตั้งครรภ์แทน แต่มีคุณสมบัติไม่สอดคล้องตามร่างมาตรา 21 นี้ ก็ไม่สามารถทำได้ ทำให้เครือญาติในส่วนนี้มีจำนวนลดลง

(2) กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลาง หรือนายหน้า โดยเรียกรับหรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องทางให้มีการรับตั้งครรภ์แทน (มาตรา 27)

มาตรา 27 บัญญัติว่า “กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้าโดยเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทน ในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งหากผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องรับโทษตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 49 ว่าต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการห้ามการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ และหากตัวแทนหรือคนกลางเหล่านี้ได้กระทำไปโดยไม่มีประโยชน์ตอบแทนอย่างแท้จริง ถือว่าไม่ผิดวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้[86]

(3) กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือไขข่าวให้แพร่หลายด้วยประการใดๆ เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม

มาตรา 28 บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือไขข่าวให้แพร่หลายด้วยประการใดๆ เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม และถ้ามีการฝ่าฝืนมีระวางโทษตามมาตรา 49 คือ จำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มีข้อสังเกตว่าปัจจุบันมีปัญหาการมีบุตรยากเพิ่มมากขึ้น การโฆษณาก็เป็นวิธีหนึ่งที่จะเพิ่มโอกาสให้ผู้ที่เกี่ยวข้องได้รับรู้และศึกษาข้อมูลก่อนจะตัดสินใจดำเนินการ นักวิชาการบางท่านจึงมีความเห็นว่าควรมีการห้ามประกาศโฆษณาเพื่อมิให้มีการแพร่หลายในลักษณะ

---

[86] เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล. *รายงานสรุปและวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ....* กรุงเทพมหานคร: จรัลสนิทวงศ์การพิมพ์. 2558. หน้า 29-30

ที่เปิดจนเกินไป แต่ควรมีการให้รับหญิงที่อาสารับตั้งครรภ์แทนเพื่อช่วยเหลือคู่สมรสที่มีบุตรยาก โดยการให้ไปลงชื่อในโรงพยาบาลของรัฐหรือเอกชน หรือตามสถานพยาบาล โดยสถานที่ดังกล่าวนั้นจะต้องแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนอย่างชัดเจน และคู่สมรสที่จะมาใช้บริการนั้นจะต้องไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีอื่น และมีความพร้อมในการเลี้ยงดูบุตร[87]

(4) กำหนดห้ามปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

การห้ามปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนถูกกำหนดไว้ในมาตรา 33 โดยบัญญัติว่า "ห้ามมิให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร โดยการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว หากมีการฝ่าฝืนต้องระวางโทษตามมาตรา 49 คือ จำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

(5) กำหนดห้ามผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

มาตรา 35 บัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้ใดซึ่งมิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมทั้งรับฝาก รับบริจาค ใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน หรือทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน

ตามบทบัญญัติมาตรานี้ หมายความว่ากฎหมายห้ามผู้ซึ่งมิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมดำเนินการรับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากการรับตั้งครรภ์แทน ก็คือการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เช่นกัน หากมีการฝ่าฝืนต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 50 คือต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

2. ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนประเทศอังกฤษ

2.1 ลักษณะของกฎหมายอาญา

ประเทศอังกฤษนับว่าเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มากที่สุดแห่งหนึ่งในโลก เห็นได้จากการกำเนิดของลูอิส บราวน์ จากกระบวนการปฏิสนธินอกร่างกายเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษ วิทยาการความก้าวหน้าทางชีววิทยาที่สำคัญส่วนใหญ่ก็มักเกิดขึ้นจากการศึกษาวิจัยในภูมิภาคนี้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการค้นพบโครงสร้างของดีเอ็นเอ (Deoxyribonucleic acid) ในปีค.ศ. 1953 หรือความสำเร็จในการโคลนสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนม

---

[87] กมลา เทพวงค์. *การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (อุ้มบุญ)*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม. 2556. หน้า 18-19

จากเซลล์ร่างกายในประเทศสกอตแลนด์ในปี ค.ศ. 1997 นอกจากความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ดังกล่าวแล้ว การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในอังกฤษจะเกี่ยวข้องกับกฎหมายต่างๆ หลายฉบับ แต่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยตรงจะมีเพียง 2 ฉบับ ได้แก่ Surrogacy Arrangement Act 1985 และ Hurman Fertilisation and Embryology Act 1990 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน[88] ดังนี้

Surrogacy Arrangement Act 1985 มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ โดยถือว่าการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยคนกลาง ตลอดจนการโฆษณาชักจูงให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

ส่วน Hurman Fertilisation and Embryology Act 1990 นั้นมีวัตถุประสงค์หลักคือ ควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการศึกษาวิจัยในตัวอ่อนมนุษย์

แม้ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ในประเทศอังกฤษจะมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องมาโดยตลอด แต่ความคิดริเริ่มที่จะออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการเทคโนโลยีดังกล่าวเพิ่งจะเริ่มขึ้นอย่างจริงจัง หลังจากประสบความสำเร็จในการให้กำเนิดมนุษย์ด้วยการปฏิสนธินอกร่างกายเมื่อปีค.ศ. 1978 เท่านั้น โดยในปีค.ศ. 1982 กระทรวงสาธารณสุขและประกันสังคม (Department of Health and Social Security) ได้จัดตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งขึ้น เรียกว่า The Committee of Inquiry into Hunan Fertilisation and Embryology โดยมีวัตถุประสงค์ให้ศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบทางจริยธรรมของเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ ซึ่งรวมไปถึงการรับตั้งครรภ์แทน ด้วยคณะกรรมการชุดนี้มี Dame Marry Warnock ศาสตราจารย์ด้านปรัชญาจากมหาวิทยาลัยอ๊อกฟอร์ดเป็นประธานคณะกรรมการชุดนี้ จึงถูกเรียกชื่อว่า คณะกรรมการวอร์นอก (The Warnock Communitee) คณะกรรมการวอร์นอกนั้นได้ทำการศึกษาวิจัยเป็นเวลาประมาณ 2 ปี จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1984 คณะกรรมการชุดนี้ได้เสนอรายงานการศึกษาวิจัยรวมทั้งข้อเสนอแนะต่อรัฐบาลอังกฤษรายงานการวิจัยฉบับนี้ (ซึ่งมักเรียกกันว่า The Warlock Report) ถือเป็นรายงานการวิจัยเกี่ยวกับประเด็นปัญหาทางจริยธรรม อันเกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่สมบูรณ์ที่สุดในขณะนั้น โดยคณะกรรมการวอร์นอกได้มีความเห็นว่าการที่คู่สมรสไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีการตามธรรมชาติถือเป็นความเจ็บป่วยประการหนึ่งที่สมควรได้รับการบำบัดรักษาภายใต้การบริการสาธารณสุขของรัฐ คณะกรรมการชุดนี้จึงเสนอให้รัฐออกกฎหมายเพื่อให้การเข้าถึงการบำบัดรักษามีความสะดวกมากยิ่งขึ้น แต่กระนั้นในส่วนที่กับการรับตั้งครรภ์แทนนั้นคณะกรรมการวอร์นอกกลับประสบปัญหาหลายประการในอันที่จะหาข้อสรุปเนื่องจากมีความเห็นที่แตกต่างกันมากทั้งในเชิง

[88] “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 29-32

สนับสนุน และคัดค้านการรับตั้งครรภ์แทน ในที่สุดคณะกรรมการวอร์นอคก็ได้สรุปว่า การให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่ไม่สมควรกระทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรับตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ หรือเป็นไปเพียงเพื่อความสะดวกสบายของหญิงซึ่งสามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองตามวิธีการธรรมชาติ ถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอย่างยิ่งในที่สุดคณะกรรมการชุดนี้จึงมีความเห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นเป็นสิ่งที่ผิดและไม่ควรได้รับการส่งเสริมสนับสนุนจากรัฐ ดังนั้นรัฐควรที่จะเข้าไปมีบทบาทในการควบคุมดูแลการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ เพื่อมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จากกิจกรรมดังกล่าวนี้

ถึงแม้จะได้ข้อสรุปดังกล่าวแต่คณะกรรมการวอร์นอคก็ได้พิจารณาปัญหาต่อไปว่าการนำมาตรการทางอาญามาใช้เป็นกลไกในการควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่เหมาะสมหรือไม่ ในปัญหานี้คณะกรรมการวอร์นอกเห็นว่า มีความจำเป็นที่จะต้องนำมาตรการทางอาญามาใช้เพื่อป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพราะหากปราศจากมาตรการเหล่านี้กฎหมายก็ไม่มีทางที่จะบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงมีการเสนอห้ามมิให้มีการก่อตั้งองค์กรหรือสมาคมใดๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในการคัดเลือกหญิงเพื่อให้เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน หรือมีวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่สมรสที่ต้องการหาหญิงมาเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน โดยถือว่าการก่อตั้งหรือดำเนินการของคนกลางในลักษณะเช่นนี้ เป็นความผิดทางอาญา

จะเห็นได้ว่าตามข้อเสนอของคณะกรรมการวอร์นอก การจัดตั้ง หรือดำเนินการของคนกลางในการจัดหา หรืออำนวยความสะดวกแก่คู่สมรสที่ต้องการหาหญิงมารับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำเพื่อผลประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม ล้วนแต่เป็นความผิดในทางอาญาทั้งสิ้น แม้คณะกรรมการวอร์นอคได้ยอมรับว่าการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยคนกลางที่ไม่มีผลประโยชน์ทางพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้อง หรืออาจมีประโยชน์บางประการ แต่ก็ได้ปฏิเสธที่จะยอมรับให้การกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ก็เนื่องจากว่าการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนที่แม้จะไม่มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ก็จะเป็นการส่งเสริมให้มีการรับตั้งครรภ์แทนกันมากยิ่งขึ้น

นอกจากข้อเสนอที่ให้การจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแล้ว คณะกรรมการวอร์นอคยังเสนอให้การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพ เช่น แพทย์ หรือทนายความ ซึ่งให้ความช่วยเหลือแก่คู่สมรสในลักษณะเดียวกัน เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายด้วย อย่างไรก็ตามคณะกรรมการวอร์นอคกลับมีความเห็นว่า การกระทำของคู่สมรสที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ควรถือว่าเป็นความผิดทางอาญา ด้วยเหตุผลที่ว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนไม่ควรที่จะถูกถือว่าเป็นผลผลิตของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในปี ค.ศ. 1990 แพทยสมาคมแห่งอังกฤษได้มีการตั้งคณะทำงานว่าด้วยการรับตั้งครรภ์แทนขึ้น เรียกว่า Working Party on Human Infertility Services โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน โดยคณะทำงานชุดนี้สรุปว่าการให้บริการการรับตั้งครรภ์แทนขัดต่อจริยธรรมทางการแพทย์ และไม่ควรส่งเสริมให้แพทย์ให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน และในเวลาต่อมาแพทยสมาคมแห่งอังกฤษได้ตีพิมพ์รายงานการศึกษาวิจัยชื่อว่า Changing Conceptions of Motherhood มีการให้ความเห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ถ้าเป็นทางเลือกสุดท้ายสำหรับผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรตามธรรมชาติได้ และได้เสนอแนวทางปฏิบัติแก่แพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน[89] ดังนี้

1) ในการรับตั้งครรภ์แทนต้องคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กที่จะเกิดเป็นสำคัญ และต้องทำให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีความเสี่ยงน้อยที่สุด

2) แพทย์ที่ให้คำปรึกษาต้องตระหนักถึงสถานะทางกฎหมายของตนก่อนที่จะให้คำปรึกษาและต้องพึงระลึกเสมอว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมาย และต้องสามารถให้คำแนะนำสถานภาพของบิดามารดาของเด็กที่เกิดจารการรับตั้งครรภ์แทนอย่างถูกต้องชัดเจน

3) แพทยสมาคมแบ่งความรับผิดทางศีลธรรมของแพทย์ที่รับตั้งครรภ์แทนออกเป็น 3 กลุ่ม ขึ้นอยู่กับว่าแพทย์เข้าไปมีบทบาทในการรับตั้งครรภ์นั้นมากน้อยเพียงใด

4) แพทย์จะต้องมีความรับผิดชอบต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็ก เช่นเดียวกับการตั้งครรภ์ในกรณีทั่วไป แต่จะต้องให้คำแนะนำช่วยเหลือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในระหว่างการตั้งครรภ์และหลังจากคลอดบุตรเพิ่มขึ้น

5) ก่อนตกลงให้บริการทางการแพทย์ที่จะต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมาย เช่น การให้บริการปฏิสนธินอกร่างกายหรือการผสมเทียมโดยใช้เชื้อของผู้บริจาค แพทย์ต้องมั่นใจว่าผู้รับบริการทราบถึงประเด็นต่างๆ ทางการแพทย์ จิตวิทยา และกฎหมายเป็นอย่างดี และต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะเกิดมาด้วย ทั้งนี้การให้บริการดังกล่าวจะต้องทำในสถานประกอบการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายจากองค์การ Human Fertilisation and Embryology Authority หรือ HFEA เสียก่อน และต้องปฏิบัติตามแนวปฏิบัติ ของ HFEA และก่อนการให้บริการต้องปรากฏข้อเท็จจริงจนเป็นที่พอใจแก่แพทย์ว่าคู่สมรสได้พยายามมีบุตรด้วยวิธีการอื่นทั้งหมดแล้วแต่ไม่ประสบความสำเร็จ

6) ในกรณีที่แพทย์ที่ไม่ได้เป็นผู้ให้บริการในการบำบัดรักษาผู้มีบุตรยาก ทราบว่ามีหญิงหรือคู่สมรสใดที่ต้องการให้มีการตั้งครรภ์แทน แพทย์ควรให้คำแนะนำแก่บุคคลนั้นในการเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมด เพื่อนำมาวิเคราะห์ประโยชน์ของเด็กที่จะเกิดมาจากการตั้งครรภ์แทน โดยข้อมูลที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อการเปิดเผย เช่นประวัติในการทำร้ายหรือละทิ้งเด็ก และหาก

[89] “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 50-53

ข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลที่ส่อให้เห็นถึงอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง หญิงหรือคู่สมรสที่ต้องการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนต้องทราบว่าแพทย์อาจเปิดเผยข้อมูลนั้นโดยปราศจากความยินยอมของตนได้ หญิงหรือคู่สมรสนั้นจะต้องได้รับโอกาสที่จะเปิดเผยข้อมูลนั้นด้วยตนเองโดยสมัครใจหรือโต้แย้งการเปิดเผยข้อมูลนั้นได้

7) แพทย์ที่ให้คำแนะนำหรือให้บริการในการรับตั้งครรภ์แทนควรแนะนำให้บุคคลที่เกี่ยวข้องได้รับคำปรึกษาและได้รับการตรวจหาโรคติดเชื้อต่างๆ

8) แพทย์ที่ให้ให้คำแนะนำหรือให้บริการในการรับตั้งครรภ์แทนควรเน้นย้ำถึงความสำคัญของการปรึกษากันในระว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งรวมไปถึงการปรึกษาหารือเกี่ยวกับจำนวนตัวอ่อนที่ย้ายฝากเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน การทดสอบก่อนการคลอด วิธีการที่เหมาะสมในการคลอด และการเลี้ยงดูเด็กภายหลังการคลอด ซึ่งการตัดสินใจในเรื่องเหล่านี้ควรได้รับความยินยอมของบุคคลทุกฝ่าย และหากมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นจะต้องเป็นการตัดสินใจร่วมกันระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับแพทย์นั้น

9) ในระหว่างแพทย์กับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน หรือระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนกันเองจะจำเป็นต้องมีความไว้วางใจซึ่งกันและกัน

10) การดูแลและการบำบัดรักษาจะต้องปราศจากอคติ

11) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีบุตรมาแล้วอย่างน้อยหนึ่งคน มีครอบครัวของตนเองและมีคู่สมรส บุคคลในครอบครัว หรือเพื่อนที่ให้การดูแลสนับสนุนตลอดเวลาที่ตั้งครรภ์และภายหลังการคลอดเด็ก

12) คู่สมรสที่ให้ตั้งครรภ์แทนควรได้รับคำแนะนำให้ทำประกันสุขภาพให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เมื่อได้พิจารณาถึงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นแก่สุขภาพของหญิงนั้น

13) คณะแพทย์ที่เกี่ยวข้องจะต้องทราบโดยชัดแจ้งว่าใครเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารการตั้งครรภ์แทนของหญิงนั้น

14) คณะแพทย์ต้องตระหนักว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและครอบครัว และคู่สมรสที่ให้ตั้งครรภ์แทน ควรจะต้องได้รับความช่วยเหลือและคำแนะนำเพิ่มเติม

15) แพทย์จะต้องตระหนักถึงผลกระทบในระยะยาวที่อาจเกิดขึ้นกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนนั้นด้วย

16) ควรส่งเสริมและสนับสนุนในการเปิดเผยและบอกเล่าความจริงระหว่างบิดามารดากับเด็ก

17) แพทย์ที่คัดค้านการรับตั้งครรภ์แทนไม่มีหน้าที่ที่จะต้องเข้าร่วมในการให้คำแนะนำหรือให้บริการทางการแพทย์ในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น แต่มีหน้าที่ทางศีลธรรมที่จะต้องส่งผู้ป่วยไปยังแพทย์อื่นเพื่อให้ความช่วยเหลือต่อไป

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมาธิการจริยธรรมว่าด้วยการปฏิสนธินอกร่างกายและการย้ายฝากตัวอ่อน (Ethics Committee on In Vitro Fertilisation and Embryo Replacement or Transfer) ซึ่งจัดตั้งโดยราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งอังกฤษ ลงเห็นว่าไม่ควรนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้ในการรับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากการรับตั้งครรภ์แทนก่อให้ปัญหาทางกฎหมายและมีผลกระทบต่อจิตใจของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดมา ซึ่งต่อมาในปีค.ศ. 2004 ได้มีการออกคำแนะนำชื่อว่า Fertility: Assessment and Treatment for People with Fertility Problems ได้ครอบคลุมถึงการแนะนำแก่แพทย์ในการบำบัดรักษาการมีบุตรยากเกือบทุกประเภทและทุกขั้นตอน[90]

2.2 การกำหนดความผิด และการลงโทษทางอาญาทางอาญา

Surrogacy Arrangement Act 1985 เมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1985 เป็นกฎหมายของประเทศอังกฤษ ที่ตั้งขึ้นเพื่อใช้บังคับกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าสัญญาฉบับนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่[91]

กฎหมาย Surrogacy Arrangement Act 1995 ไม่ถือว่าการรับตั้งครรภ์แทนถือเป็นความผิดทางอาญาไม่ว่าจะมีเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยหรือไม่คงแต่เพียงบัญญัติควบคุมไม่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์กรณีการจัดการ การติดต่อ หรือเข้าร่วมในการเจรจาต่อรองสัญญาให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยคนกลางเพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ให้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ยกเว้นคู่สมรสที่ว่าจ้างหรือฝ่ายหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนได้มีกฎหมายบัญญัติไม่ให้ถือว่ามีความผิดตามมาตรานี้

เหตุผลที่กฎหมายกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act 1995 มิได้บัญญัติห้ามการรับการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากหากกำหนดให้มีความรับผิดทางอาญาแล้ว ก็จะมีความยากต่อการบังคับใช้กฎหมายเพราะเมื่อพิจารณาจากสภาพความเป็นจริงมีคู่สมรสจำนวนมากที่ต้องการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน อีกทั้งหากกฎหมายลงโทษคู่สมรสที่ว่าจ้างหรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะมีผลเสียต่อเด็กที่จะเกิดมา[92] อีกด้วย นอกจากนี้ได้มีการบัญญัติว่าการโฆษณาชักจูงให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ทั้งการโฆษณาเพื่อหาหญิงมารับตั้งครรภ์แทน

---

[90] “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 54

[91] Surrogacy Arrangement Act. *Surrogacy Arrangement Act 1985.* Retrieved May 20, 2020 form: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf.

[92] “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 69-70

หรือเพื่อหาคู่สมรสที่ต้องการว่าจ้างให้มีการรับตั้งครรภ์แทน รวมตลอดถึงบุคคลที่ได้เกี่ยวข้องกับการโฆษณาดังกล่าวด้วย ไม่ว่าจะเป็นเจ้าของ บรรณาธิการ ผู้พิมพ์โฆษณาหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์อื่น และผู้แจกจ่ายข้อความโฆษณานั้นทางสื่อต่างๆ[93]

ต่อมามีการแก้ไขปฏิรูปกฎหมายในปี 2008 ทำให้องค์กรที่มิได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรสามารถเสนอการบริการให้คู่สัญญาได้ เนื่องจากการที่บทบัญญัติเดิมได้กำหนดห้ามมีนายหน้า หรือทำการค้าในการคัดเลือกฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หากแต่คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรต้องหาฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้วยตนเอง ข้อกำหนดดังกล่าวจึงก่อให้เกิดความยากลำบากและความไม่แน่นอนในทางปฏิบัติ ปัญหานี้จึงเป็นที่มาให้เกิดการแก้ไขกฎหมายและเกิดสมาคมที่มีวัตถุประสงค์ไม่แสวงหากำไรเข้ามาทำหน้าที่เป็นคนกลางในการให้บริการและประสานเรื่องการตั้งครรภ์แทน สมาคมนี้จะติดต่อคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรและหญิงรับจ้างตั้งครรภ์โดยการดำเนินการทั้งหมดโดยไม่มีค่าใช้จ่าย ซึ่งสมาคมจะทำการพิจารณาเอกสารเกี่ยวกับสุขภาพอนามัยและสถานภาพทางสังคมของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้เลือกคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรเสมอ อย่างไรก็ตาม ในการขอแก้ไขเพื่อให้สมาคมหรือตัวแทนเหล่านี้โฆษณายังมิได้รับความยินยอม[94]

นอกจากนี้ ในปี 1990 การรับตั้งครรภ์แทนในบางกรณีได้ถูกควบคุมทางอ้อมโดยกฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการศึกษาวิจัยในตัวอ่อนมนุษย์ โดยแพทย์ที่เป็นผู้ดำเนินการเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนที่ต้องอาศัยการผสมเทียมหรือการปฏิสนธินอกร่างกายต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวนี้ก่อน ซึ่งแพทย์จะดำเนินการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนได้ต้องเป็นกรณีที่หญิงที่ว่าจ้างมีความผิดปกติทางร่างกายทำให้ไม่สามารถมีบุตรได้ หรือมีเหตุผลอื่นอันสมควรทางการแพทย์ ซึ่งการฝ่าฝืนแนวปฏิบัตินี้อาจทำให้ถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ อย่างไรก็ตามกฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act บัญญัติไว้เพียงการให้บริการบำบัดรักษาแก่หญิงที่มีบุตรยากนั้นจะต้องพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะเกิดมาจากการบำบัดและของเด็กอื่นที่อาจได้รับผลกระทบจากการกำเนิดนั้นเป็นสำคัญที่สุด[95]

---

[93] “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 2

[94] “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 39-40

[95] “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 25

3. ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.1 ลักษณะของกฎหมายอาญา

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายที่เข้มแข็งและก้าวหน้าประเทศหนึ่งของโลก มีระบบกฎหมายชีวิลลอว์ที่เป็นระบบและกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศหนึ่งที่มีกฎหมายห้ามเกี่ยวกับการศึกษาวิจัยในตัวอ่อนและการผสมเทียมเข้มงวดที่สุดประเทศหนึ่งของโลก เนื่องจากมีการห้ามมิให้มีการนำเอาไข่ของหญิงอื่นมาฝังตัวในผนังมดลูกของหญิงที่เข้ารับการบำบัดรักษาสภาวะมีบุตรยากและการฝ่าฝืนต่อกฎหมายนี้ถือเป็นความผิดทางอาญา[96]

การตั้งครรภ์แทนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเคยมีคำพิพากษาของศาลว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทำให้สัญญาในการรับตั้งครรภ์แทนนั้นตกเป็นโมฆะ ซึ่งไปในแนวทางเดียวและสอดคล้องกับรายงานของคณะกรรมการชุดหนึ่งของรัฐบาลที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อศึกษาปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ Brenda report

ระหว่างปีค.ศ. 1989 ถึง 1990 รัฐบาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีพิจารณาถึงบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน กล่าวคือ กฎหมายที่ว่าด้วยคนกลางในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (Adoptionsvermittingsgesetz 1989) ซึ่งกฎหมายฉบับนี้นั้น กำหนดห้ามมิให้มีการจัดหาหญิงที่ประสงค์จะรับจ้างตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสที่จะว่าจ้างหรือหาคู่สมรสที่จะต้องการว่าจ้างหญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทน รวมถึงมิให้มีการประกาศหรือโฆษณาเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าวอีกด้วย เพราะฉะนั้นปัจจุบันประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรง ดังนั้นสถานภาพของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก็ยังคงเป็นไปตามกฎหมายทั่วไปและกฎหมายใกล้เคียงมาบังคับใช้โดยอนุโลม เมื่อไม่มีกฎหมายรองรับเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรงความเป็นบิดามารดาและอำนาจปกครองของเด็กก็ยังคงต้องใช้กฎหมายทั่วไปและกฎหมายใกล้เคียงมาใช้

---

[96] Angie G. McEwen. *So you 're having another Womans baby: sconomics and exploitation in gestuational surrogacy.* Retrieved May 20, 2020 from : http://www. thefreelibrary. com + ywire + having another Woman' s + baby 6. 3A + cconomics + and + exploitation + in-a054469386.

กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนี้ก็ยังมีกฎหมายอีกหนึ่งฉบับ คือ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน (Embryonenschutzgesetz 1990) โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้นั้นต้องการกำหนดห้ามมิให้แพทย์กระทำการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ หรือย้ายฝากถ่ายตัวอ่อนให้แก่หญิงที่มีความประสงค์ที่จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างตามสัญญาตั้งครรภ์แทน หากฝ่าฝืนต่อบทบัญญัตินี้จะมีโทษทางอาญา โดยมีทั้งโทษจำคุกและปรับ แต่มิได้มีการกำหนดถึงความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้แต่ประการใด

การผสมเทียมในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแม้จะไม่มีการยอมรับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทนก็ดี แต่กฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนี้ยังเปิดช่องให้ใช้เทคโนโลยีโดยการผสมเทียมตามกฎหมายว่าด้วยข้อกำหนดทางวิชาชีพแพทย์ (standesrechtlichen Voraussetzungen) ซึ่งกฎหมายนี้เปิดช่องคู่สมรสที่จดทะเบียนกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายและคู่ที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายแต่อยู่กินกันอย่างสามีภรรยา โดยมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) คู่สมรส (เพศตรงข้าม) หรือ

2) แม้ไม่ได้จดทะเบียนกันก็ตาม แต่มีความสัมพันธ์กันระยะเวลายาวนานและฝ่ายชายยอมรับในความเป็นบิดาของเด็กคนนั้น[97]

มีบางบทบัญญัติที่เพิ่มเติมในกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งที่ไม่ยอมรับการเข้าทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน คู่มือแนวทาง (Guidelines) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สำหรับการใช้การช่วยการเจริญพันธุ์ 2006 ได้มีการห้ามการรับตั้งครรภ์แทนอีกด้วย ซึ่งหลายๆ สมาคมทางการแพทย์มลรัฐได้รับมาเป็นกฎเกณฑ์ที่สัมพันธ์ของการจัดการ ผู้รับประกันสุขภาพไม่ต้องจ่ายการรักษาการรับตั้งครรภ์แทนเช่นว่านั้น

เหตุผลหลักในการห้ามการรับตั้งครรภ์แทน คือ เนื่องจากเป็นการทำร้ายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่จะเกิดมาและแม่ผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้น ทำให้ทั้งคู่เป็นวัตถุของสัญญา นอกจากนี้การทำลายจิตวิทยาอย่างรุนแรงอาจเกิดขึ้นต่อการเจริญเติบโตของเด็กกับมารดาผู้ซึ่งให้กำเนิดและจากมารดาทางพันธุกรรมต้นกำเนิด ถ้าเปรียบเทียบกับการรับบุตรบุญธรรมหรือการบริจาคเซลล์สืบพันธุ์เพศชาย (sperm) ทั้งคู่ก็นำไปสู่การแบ่งแยกจากพ่อแม่ที่แท้จริงทางพันธุกรรม วิธีการกำเนิดไม่ได้สร้างเพียงแค่สังคมแต่สร้างความผูกพันพิเศษทางสายเลือดระหว่างเด็กกับแม่ผู้ให้กำเนิด ความผูกพันกันทางสายเลือดต้องได้รับการคุ้มครอง

---

[97] Alin Coen. *Artificial Insemination in Germany*. Retrieved May 20, 2020 from : https://mindinprogress.wordpress.com/2009/05/09/artificial-insemination-in-germany-a-roundup/.

กล่าวโดยสรุปได้ว่าประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนี้นั้นไม่มีบทบัญญัติที่รองรับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทนและไม่ยอมรับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีนี้ จึงทำให้ไม่สามารถขอรับบริการจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญให้ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ชนิดนี้ได้ ไม่ว่าจะเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือบุคคลใดๆ ก็ตาม แต่ยังเปิดช่องให้กับการผสมเทียมในคู่สมรสและคู่ที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายแต่อยู่กินกันอย่างสามีภรรยา แต่มีเงื่อนไขจำกัดบางประการ

3.2 การกำหนดความผิด และการลงโทษทางอาญาทางอาญา

3.2.1 กฎหมายที่ว่าด้วยคนกลางในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (Adoptionsvermittingsgesetz 1989) ก็คือ The Adoption Placement Act (AdVermiG) ห้ามการดำเนินการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ เช่น การโฆษณา การค้นหาสาธารณะสำหรับคู่สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทน

ผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนจะถูกลงโทษต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินตั้งแต่หนึ่งปีถึงสามปีหรือปรับ แต่มารดาผู้ทำหน้าที่ตั้งครรภ์แทนจะไม่ถูกลงโทษ[98]

3.2.2 กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน (Embryonenschutzgesetz 1990) ก็คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองตัวอ่อน (Embryo Protection Act 1990) ห้ามวิธีการทางการแพทย์ที่ใช้สำหรับการเจริญพันธุ์ที่ไม่เหมาะสม โดยการบัญญัติกฎหมาย หรือการนำไปสู่การแยกความเป็นมารดาวิธีการที่ต้องห้าม[99] ดังกล่าวมีดังต่อไปนี้

1) กระทำการเคลื่อนย้ายเซลล์ไข่ (ซึ่งยังไม่ได้รับการผสม) ที่สร้างโดยผู้หญิงคนหนึ่งไปยังผู้หญิงอีกคนหนึ่ง

2) พยายามผสมเทียมเซลล์ไข่เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น นอกเหนือจากการทำให้เกิดการตั้งครรภ์ของผู้หญิงที่เป็นเจ้าของไข่นั้น

3) กระทำการเคลื่อนย้ายตัวอ่อน (Embryo) ก่อนที่จะมีการฝังตัวในมดลูกโดยสมบูรณ์เพื่อที่จะเคลื่อนย้ายตัวอ่อนไปสู่ผู้หญิงอีกคนหนึ่งหรือใช้ตัวอ่อนเพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นอันไม่ใช่การรักษาไว้ซึ่งตัวอ่อนดังกล่าว และ

4) พยายามที่จะผสมเทียมหรือเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าไปในหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

---

[98] German Law Archive. *Adoption Placement Act (Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG).* Retrieved May 20, 2020 from : https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=766

[99] The Embryo Protection Act. *Act for Protection of Embryos (The Embryo Protection Act).* Retrieved May 20, 2020 from : https://www.rki.de/SharedDocs/ Gesetzestexte/Embryonenschutzgesetz_englisch.pdf?__blob=publicationFile

ผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนจะถูกลงโทษต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ แต่หญิงเจ้าของเซลล์ไข่หรือตัวอ่อน หรือหญิงผู้ซึ่งจะได้รับการถ่ายโอนเซลล์ไข่หรือตัวอ่อน และบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้รับการยกเว้นโทษ

บทที่ 4
บทวิเคราะห์ เปรียบเทียบ ความรับผิดทางอาญาและการกำหนดโทษ กรณีรับตั้งครรภ์แทนโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

จากการศึกษาบทบัญญัติกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์พ.ศ. 2558 เห็นได้ว่าตัวบทกฎหมายยังมีข้อบกพร่องบางประการ อันอาจทำให้เกิดปัญหาความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าการควบคุมการรับตั้งครรภ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยการกำหนดการกระทำบางกรณีให้เป็นความรับผิดและมีบทลงโทษในทางอาญา ยังมีปัญหาสำคัญหลายประการ ผู้ศึกษาจึงได้พิจารณาและวิเคราะห์เปรียบเทียบ ความรับผิดทางอาญากรณีรับตั้งครรภ์แทนโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมถึงมาตรการบังคับเมื่อมีการฝ่าฝืนไม่ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยใช้หลักการวิชาการต่างๆ แนวคิดในการกำหนดความรับผิดและการลงโทษทางอาญาต่างๆ เป็นแนวทางในการวิเคราะห์ โดยแบ่งการพิจารณาในประเด็น เรื่องลักษณะความรับผิดทางอาญากรณีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจ การกำหนดโทษของความรับผิดทางอาญา ดังนี้

1. ลักษณะความรับผิดทางอาญา กรณีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจ

การตั้งครรภ์แทน มีความหมายตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คือ การตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับคู่สามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ดังนั้นในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จึงมีบทบัญญัติห้ามและกำหนดโทษทางอาญาเกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ไว้ในมาตรา 24 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า”และมาตรา 48 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 24 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

โดยวัตถุประสงค์ของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ คือ การนำเทคโนโลยีโดยใช้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเพื่อช่วยแก้ปัญหาคู่สมรสที่มีบุตรยากให้สามารถมีบุตรได้ อย่างไรก็ตามเมื่อเทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้าขึ้น แต่กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ยังไม่ก้าวทันตามเทคโนโลยี จึงนำไปสู่ประเด็นข้อถกเถียงในเรื่องต่างๆ มิใช่แต่เพียงในเรื่องของสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนเท่านั้น แต่ยังเป็นเรื่องที่เชื่อมโยงไปถึงประเด็นเกี่ยวกับจริยธรรม ศีลธรรม และสิทธิมนุษยชนของประชาชนหลายกลุ่มด้วย ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนถือเป็นสิ่งที่กระตุ้นให้ภาครัฐและภาคสังคมตระหนักได้ว่า ประเทศไทยควรมีกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการตั้งครรภ์แทน ตลอดจนควบคุมการใช้เทคโนโลยีให้เป็นไปในทิศทางที่เหมาะสมและไม่นำไปใช้ในทางที่ผิด แม้ปัจจุบันกฎหมายประเทศไทยจะห้ามตั้งครรภ์แทนเพื่อการค้า แต่ผู้ศึกษาก็ยังพบเห็นข่าวการกระทำที่ฝ่าฝืนบทกฎหมายดังกล่าวอยู่เช่นเคย เช่น เหตุการณ์วันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2563 ที่มีการจับกุมขยายผลจากการรับจ้างตั้งครรภ์ที่มีนายทุนชาวจีนว่าจ้างผู้หญิงไทยอุ้มท้อง โดยในครั้งนั้นเข้าตรวจค้นบ้านหรูหลังหนึ่งบริเวณถนนนาคนิวาส ย่านลาดพร้าว พบทารกเพศชาย อายุประมาณ 30 วัน กับหญิงสาว 7 คน ที่รับจ้างตั้งครรภ์ โดยทั้ง 7 คน ได้รับการฝังไข่แล้วมีการดูแลอย่างดีเพื่อให้ตั้งครรภ์และคลอดทารก จากนั้นสอบสวนขยายผลโดยใช้เวลากว่า 3 เดือน ดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งหมดรวม 23 คน คือนายทุนจีนผู้ว่าจ้าง 5 คน สูตินรีแพทย์ 5 คน นักวิทยาศาสตร์ 1 คน นายหน้าจัดหาแม่อุ้มบุญและหญิงสาวขายไข่ รวมทั้งผู้ที่ให้การดูแลแม่อุ้มบุญ ในจำนวนนี้มีการจับกุมผู้ต้องหาได้แล้ว 22 คน ส่วนอีก 1 คน เป็นนายทุนชาวจีนหลบหนีไปต่างประเทศ พฤติการณ์คดีนี้เริ่มจากพ่อแม่คนจีนที่มีปัญหาในการมีบุตรติดต่อนายหน้าคนจีนและนายหน้าคนไทยให้ติดต่อแพทย์เพื่อทำการตั้งครรภ์ ในกรณีที่แม่คนจีนไม่สามารถตั้งครรภ์ได้เอง จะมีนายหน้าคนไทยซึ่งเดิมอาจเป็นแม่อุ้มบุญผันตัวมาเป็นนายหน้าจัดหาหญิงสาวเพื่อติดต่อซื้อไข่ไปผสมกับอสุจิของพ่อชาวจีน จากนั้นจะเดินทางไปฝังตัวอ่อนยังประเทศเพื่อนบ้าน เมื่อแม่อุ้มบุญที่ตั้งครรภ์ติดแล้วจะดำเนินการใน 3 ลักษณะ คือ คลอดลูกที่ประเทศไทยแล้วเป็นคนอุ้มไปส่งให้พ่อแม่คนจีนที่เมืองจีน หรือเดินทางไปคลอดลูกที่จีน แล้วแปลงสัญชาติเด็กเป็นพลเมืองจีน คดีนี้ตำรวจพบผู้เกี่ยวข้องในคดีถึง 500 คน ประมาณ 300 คนเป็นหญิงไทยที่รับจ้างอุ้มบุญและขายไข่ แต่ทั้งหมดถูกกันตัวไว้เป็นพยานดำเนินคดีเฉพาะ 23 คนข้างต้น

ผู้ศึกษาเห็นว่าควรต้องมีการศึกษา และพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในมาตรา 24 ซึ่งจากการศึกษาพระราชบัญญัติในเรื่องการห้ามตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในทางการค้า ซึ่งมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 24 ก็ทำให้เกิดข้อสงสัยในความหมายของคำว่า เพื่อประโยชน์ทางการค้า ว่ามีความหมาย

ครอบคลุมเพียงใด เนื่องจากพระราชบัญญัติมิได้ให้นิยามของคำว่าเพื่อประโยชน์ทางการค้าเอาไว้เป็นการเฉพาะ แม้หากพิจารณาตามมาตรา 3 จะพบคำว่า เพื่อประโยชน์ทางการค้า แต่ก็เป็นไปเพื่อขยายความของนิยามคำว่า ขาย ดังนั้นในเมื่อมาตรา 24 ได้กำหนดห้ามมิให้ดำเนินการตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้าแต่กลับไม่ให้คำนิยามหรือคำจำกัดความไว้เฉพาะจึงทำให้เกิดปัญหาในเรื่องการตีความถ้อยคำดังกล่าว อีกทั้งความเป็นไปได้ในการห้ามทำการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในทางการค้า สำหรับในทางปฏิบัติแล้วจะเป็นไปได้แค่ไหน ตัวอย่างเช่น ถ้ามีการตกลงกันระหว่างฝ่ายคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรกับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นไปเพื่อประโยชน์อื่นๆ ที่มีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยน เช่น มีการสนับสนุนทุนการศึกษาต่อในระดับสูงขึ้นให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือจ่ายเป็นเงินค่าเลี้ยงดูให้แก่บุตรหรือบุพการีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตัวอย่างดังกล่าวสามารถทำได้หรือไม่ จึงไม่มีความชัดเจนว่าประโยชน์ในทางการค้าที่บัญญัติในพระราชบัญญัตินั้น หมายถึง การตกลงแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการทุกประเภทหรือหมายถึงการแลกเปลี่ยนที่ได้มาซึ่งเงินตราเท่านั้น อีกทั้งผู้ศึกษายังเห็นว่าในส่วนของบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้ายังไม่มีความชัดเจน กล่าวคือ ไม่มีคำนิยามหรือคำจำกัดความของคำว่าเพื่อประโยชน์ทางการค้าไว้เป็นการเฉพาะประกอบกับบริบทสังคมไทยและสถานการณ์ที่ผู้หญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนมีค่าตอบแทนแบบไม่เปิดเผยถูกเอารัดเอาเปรียบมากขึ้น ยากต่อการควบคุมให้เป็นไปในทิศทางที่เหมาะสม ดังนั้นผู้ศึกษาจึงเห็นว่าการดำเนินการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อแลกกับประโยชน์ตอบแทน โดยมิได้กระทำไปเพราะถูกหลอกลวง บังคับ หรือข่มขู่แต่อย่างใด จึงไม่เข้าองค์ประกอบของการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ควรมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย โดยอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนในทางการค้าได้ โดยอาจจะกำหนดเป็นบทบัญญัติว่า การดำเนินการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงการค้าต้องระวางโทษ...เว้นแต่กรณีการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อแลกกับประโยชน์ตอบแทนโดยมิได้กระทำไปเพราะถูกหลอกลวง บังคับ หรือข่มขู่แต่อย่างใด

2. การกำหนดโทษของความรับผิดทางอาญา

การกำหนดโทษของความรับผิดทางอาญาและการกำหนดบทยกเว้นความรับผิดหรือยกเว้นโทษของบุคคลผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการรับการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยการรับการตั้งครรภ์แทนมีบุคคลสำคัญที่ทำให้เด็กเกิดจากวิธีการดังกล่าว ได้แก่ สามีภรรยาอันชอบด้วย

กฎหมาย หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และคนกลางหรือนายหน้า ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจึงจะวิเคราะห์ถึงตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องว่าบุคคลใดบ้างควรจะต้องรับผิด และบุคคลใดบ้างควรจะมีบทยกเว้นความรับผิดหรือยกเว้นโทษด้วยเหตุผลใด เนื่องจากการรับตั้งครรภ์แทนเกี่ยวข้องกับศีลธรรม จริยธรรมและสวัสดิภาพของเด็ก ซึ่งเป็นสิ่งที่สำคัญที่หน่วยงานรัฐควรจะคำนึงถึงเป็นอย่างยิ่ง โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1 สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีการกำหนดคุณสมบัติของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ที่เข้ามารับบริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้ตลอดจนเงื่อนไข และข้อห้ามเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้ ซึ่งสามารถสรุปได้เป็น 3 ประเด็นดังนี้

1) คุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ามารับบริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มาตรา 21 บัญญัติว่าบุคคลที่จะสามารถขอรับบริการประเภทนี้ได้จะต้องเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายและมีสัญชาติไทย กรณีที่สามีหรือภรรยามิได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ส่วนคุณสมบัติของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้น หญิงตั้งครรภ์แทนต้องไม่ใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีภรรยาที่ขอรับบริการตั้งครรภ์แทน โดยต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีภรรยาอย่างไรก็ตาม หากไม่สามารถหาญาติสืบสายโลหิตมาตั้งครรภ์แทน สามารถขอให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด นอกจากนี้หญิงตั้งครรภ์แทนต้องเคยมีบุตรมาแล้วและสามีของหญิงนั้นให้ความยินยอมที่จะให้หญิงคนดังกล่าวรับตั้งครรภ์แทน

2) วิธีการดำเนินการตั้งครรภ์แทน ตามมาตรา 22 ได้กำหนดวิธีการตั้งครรภ์แทนที่สามารถกระทำได้เพียง 2 วิธีเท่านั้น คือ

(1) การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

(2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

โดยเหตุผลที่ห้ามมิให้ใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คือ เพื่อป้องกันปัญหาความผูกพันที่จะเกิดมีขึ้น หรือความซับซ้อนของสภาพปัญหาเกี่ยวกับสิทธิต่างๆ ตามกฎหมายที่จะเกิดขึ้นตามมานั่นเอง

3) ข้อห้ามเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แม้กฎหมายจะบัญญัติรับรองให้ประเทศไทยสามารถทำการตั้งครรภ์แทนได้ แต่ก็ได้บัญญัติข้อห้ามไว้ในมาตรา 24 ว่าห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางค้า

โดยเหตุที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บัญญัติห้ามการตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางการค้า เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และควบคุมการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวมิให้นำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง บนพื้นฐานของข้อจำกัดเฉพาะเพื่อบำบัดแก้ไขปัญหาให้แก่คู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้เท่านั้น จึงไม่อาจทำในลักษณะต่างตอบแทนเพื่อผลประโยชน์ทางธุรกิจได้ ดังนั้นผู้ศึกษาจึงไม่เห็นด้วยในประเด็นเกี่ยวกับข้อห้ามในการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายว่ามีความผิดทางอาญา เนื่องจากเห็นว่าการบัญญัติห้ามตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางการค้ามิใช่หนทางที่จะแก้ปัญหาธุรกิจการตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อย่างแท้จริง เนื่องจากลักษณะของสังคมไทยนั้นต้องการสร้างครอบครัวที่มีองค์ประกอบ พ่อ แม่ และลูก ที่มีความเกี่ยวข้องกันทางสายเลือดหรือทางพันธุกรรม ซึ่งปัจจุบันมีคู่สมรสที่ประสบภาวการณ์มีบุตรยากจำนวนสูงขึ้น แต่ก็ยังมีความต้องการที่จะมีลูกที่เกี่ยวพันทางสายเลือดกับตนเอง จนกลายเป็นแรงผลักดันทำให้คนที่ประสบปัญหามีบุตรยากอยากเข้าไปใช้ประโยชน์จากความก้าวหน้าของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อช่วยให้สามารถมีบุตรได้นำไปสู่การมีครอบครัวที่สมบูรณ์แบบ อีกทั้งปัจจุบันนี้ประเทศไทยมีแพทย์ที่เชี่ยวชาญด้านนี้อยู่ไม่น้อยจนกลายเป็นศูนย์กลางหนึ่งในทวีปเอเชียและโลกที่สามารถใช้เทคโนโลยีดังกล่าวช่วยให้คนมีบุตรได้ และผู้ศึกษายังเห็นถึงข้อบกพร่องของบทบัญญัติพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 34 ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้บังคับโดยอนุโลม เพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยอนุโลมนั้น ได้ก่อให้เกิดผลผลกระทบต่อสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน อาทิเช่น หากพิจารณาความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างเด็กกับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแล้วจะพบว่า โดยมากแล้วเด็กมักจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายแล้วแต่กรณี แต่เด็กกลับเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิงนั้นในกรณีที่มีการสมรสตามกฎหมาย ดังนั้นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายต้องจึงใช้วิธีการรับเด็กมาเป็นบุตรบุญธรรม แต่วิธีการนี้จะทำให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายต้องเสียสิทธิในบางประการ

เช่น ไม่สามารถเบิกสวัสดิการของรัฐเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลหรือการเล่าเรียนของเด็กได้ ไม่สามารถนำมาหักค่าลดหย่อนภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา และไม่มีสิทธิรับมรดกของเด็กในฐานะทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1598/29 เป็นต้น ผู้ศึกษาเห็นว่าควรกำหนดบทยกเว้นความรับผิดในทางอาญาและบัญญัติให้เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายให้กับสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย คู่สมรสอยู่กินฉันท์สามีภริยา และคู่รักร่วมเพศที่ประสงค์จะมีบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทน และควรกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร รวมถึงให้เด็กนั้นเป็นบุตรของคู่สมรสที่อยู่กินฉันท์สามีภริยาและคู่รักร่วมเพศที่ประสงค์จะมีบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทน โดยเพิ่มเติมไว้ในหมวด 4 ความเป็นบิดาและมารดาของเด็ก และการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์ คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย คู่สมรสที่อยู่กินฉันท์สามีภริยา และคู่รักร่วมเพศซึ่งประสงค์จะมีบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทนเพื่อแลกกับประโยชน์ตอบแทนไม่ควรต้องรับผิดและโทษในทางอาญา เนื่องจากต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ถ้าต้องมามีความรับผิดทางอาญาจะกระทบต่อการเลี้ยงดูเด็กในอนาคต กระทบต่อจิตใจของเด็กทั้งๆ ที่การดำเนินการดังกล่าวไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่มีความชั่วร้ายในตัวเอง ดังนั้นผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรกำหนดบทยกเว้นความผิดให้กับคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย คู่สมรสที่อยู่กินฉันท์สามีภริยา และคู่รักร่วมเพศซึ่งประสงค์จะมีบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทนเพื่อแลกกับประโยชน์ตอบแทนทุกกรณี เว้นแต่กรณีการรับตั้งครรภ์แทนโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ

2.2 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักที่สำคัญหรือถือได้ว่าเป็นหัวใจสำหรับของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คือ มีความประสงค์ให้การรับตั้งครรภ์แทนเป็นเรื่องของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางการค้า โดยหลักการดังกล่าวจึงอาจสามารถพิจารณาถึงความเป็นไปได้ต่อไปอีก 2 กรณีได้แก่

1) กรณีหญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นเครือญาติหรือบุคคลใกล้ชิดคุ้นเคยกับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร เนื่องจากหากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นเครือญาติกันหรือรู้จักสนิทสนมกันเป็นอย่างดี ย่อมสามารถคิดได้ว่า การรับตั้งครรภ์แทนของหญิงดังกล่าวอาจเกิดจากเหตุผลของความเห็นอกเห็นใจ สนิทสนมรักใคร่ชอบพอกัน จึงยินยอมพร้อมใจในการเข้าให้ความช่วยเหลือภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสบปัญหาดังกล่าว กรณีนี้สามารถเชื่อได้ว่าข้อตกลง

ของบุคคลทั้ง 2 ฝ่ายอาจมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางการค้าอันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจึงอาจอยู่ในขอบเขตของการดูแลเฉพาะเรื่องการตั้งครรภ์เท่านั้น จึงเป็นกรณีที่สอดคล้องไปในทิศทางตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 24 นั่นเอง

2) กรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรมิได้รู้จักใกล้ชิดกันแต่อย่างใด หากหญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรมิได้รู้จักใกล้ชิดกันมาก่อนแต่อย่างใด จึงจะมีคำถามที่เกิดขึ้นว่า มูลเหตุจูงใจของหญิงที่ทำการตั้งครรภ์แทนมาจากสาเหตุใดบ้าง นอกเหนือจากความเห็นอกเห็นใจที่มีต่อสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสบภาวะมีบุตรยาก และหากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายไม่มีเครือญาติที่ตนสามารถเจรจาให้ทำการตั้งครรภ์แทนได้เนื่องจากจำนวนเครือญาติที่มีคุณสมบัติสามารถเข้าเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนถูกจำกัดด้วยมาตรา 21(2) ว่าต้องมิใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นหญิงที่คู่สมรสประสงค์จะทำการติดต่อเพื่อให้ทำการรับตั้งครรภ์แทนจึงแคบลงหรือคู่สมรสอาจไม่มีเครือญาติเลย จึงต้องหาหญิงรับตั้งครรภ์แทนที่ไกลตัวออกไป มิได้รู้จักกันมาก่อน ดังนั้น ข้อเท็จจริงลักษณะนี้จะสามารถเชื่อได้ว่าหญิงผู้นั้นมิได้มีผลประโยชน์หรือได้รับค่าตอบแทนในทางทรัพย์สินจะมีความเป็นไปได้มากน้อยเพียงใด นอกจากนี้การที่มาตรา 21(3) บัญญัติว่ากรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ ยังเป็นการเปิดช่องให้นำไปสู่การตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในทางการค้าหรือการจ้างตั้งครรภ์แทนอีกด้วย

ผู้ศึกษาเห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนในระหว่างเครือญาติหรือคนรู้จักมักจะไม่มีผลประโยชน์ในเชิงการค้าเข้ามาเกี่ยวข้อง ในบางกรณีอาจมีการจ่ายเงินให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนบ้าง แต่เงินดังกล่าวมักจะเป็นเงินเพื่อใช้จ่ายในการตั้งครรภ์เท่านั้น อาทิเช่น ค่ายาบำรุงครรภ์ ค่าตรวจเลือดเป็นต้น ซึ่งถือได้ว่าการตั้งครรภ์แทนในลักษณะนี้เป็นการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น จึงถือได้ว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ควรมีความคิดทางอาญาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และในส่วนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรมิได้รู้จักใกล้ชิดกันนั้นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนส่วนใหญ่มักจะเป็นผู้ด้อยโอกาสทางสังคม หรือผู้มีรายได้น้อย ไม่เพียงพอต่อการเลี้ยงชีพ หลายคนจึงตัดสินใจรับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากเห็นว่ารายได้น่าสนใจเพียงพอต่อการเลี้ยงดูครอบครัว และมีหญิงไทยจำนวนหนึ่งอาสารับตั้งครรภ์แทนโดยรับค่าตอบแทน โดยมีมุมมองว่าการอาสาตั้งครรภ์แทนเป็นการช่วยเหลือเพื่อนมนุษย์ โดยได้รับค่าตอบแทนที่สมเหตุสมผล และเป็นโอกาสที่ทำให้มี

รายได้ก้อนโตที่ได้มาอย่างสุจริต แต่ที่ผ่านมาหญิงรับตั้งครรภ์ได้รับผลจากความชอบด้วยกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทน เพราะยังไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักการไว้ อีกทั้งยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐานแต่อย่างใด ความชอบด้วยกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนในปัจจุบันจึงยังคงไม่มีความชัดเจนว่าเป็นประการใด มีเพียงความเห็นของนักกฎหมายซึ่งส่วนใหญ่ได้เห็นว่าสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ทั้งฝ่ายคู่สมรสและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพราะเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 จึงถือได้ว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ควรมีความคิดทางอาญาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เช่นเดียวกับกรณีแรก ดังนั้นผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรกำหนดบทยกเว้นความรับผิดและโทษในทางอาญาให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในทุกกรณี เว้นแต่กรณีการรับตั้งครรภ์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ และควรมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายโดยกำหนดไว้ในหมวด 3 การตั้งครรภ์แทน ให้กรณีหญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นเครือญาติหรือบุคคลใกล้ชิดคุ้นเคยกับคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรและมิได้รู้จักใกล้ชิดกันแต่อย่างใด ไม่ให้มีความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีการคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ ตลอดจนสิทธิต่างๆ ที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนควรจะได้รับ และเพิ่มบทบัญญัติคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หากมีการผิดสัญญาการตั้งครรภ์แทน เช่น การจ่ายค่าชดเชย การจ่ายค่าเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เป็นต้น

2.3 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามและต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ และการตั้งครรภ์แทนจะต้องได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก่อนดำเนินการและต้องส่งรายงานผลการดำเนินการต่อกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข ตามรูปแบบและระยะเวลาที่กำหนด

ดังนั้นกรณีสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายต้องการมีบุตร โดยให้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภริยาตั้งครรภ์แทน โดยที่มาตรฐานการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีกำหนดชัดเจนว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะสามารถดำเนินการได้ต้องเป็นแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยี

ช่วยการเจริญพันธุ์ และได้รับใบรับรองจากสูตินารีแพทย์แห่งประเทศไทย ดังนั้นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะให้บริการได้เฉพาะกรณีใช้ตัวอ่อนที่มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสเท่านั้น ภายใต้เงื่อนไขดังนี้

1) ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์

2) หญิงที่ตั้งครรภ์แทน จะต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

และผู้ที่จะรับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะต้องเป็นผู้ที่มีปัญหาเรื่องการมีบุตรยาก ส่วนหญิงที่จะรับตั้งครรภ์แทนจะต้องไม่ใช่หญิงโสด ต้องผ่านการคลอดบุตรมาแล้วเพื่อให้การคลอดบุตรง่าย จึงจะขอรับเทคโนโลยีดังกล่าวได้ เพื่อตัดปัญหาความผูกพันกับเด็ก แต่ถ้ามีปัญหาจากเงื่อนไขที่กล่าวไปแล้วข้างต้นในทางกฎหมายจะถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นไม่มีความผิดทางอาญา เนื่องจากไม่มีข้อประกาศของแพทยสภาไม่มีบทลงโทษกำหนดไว้ จะเอาผิดได้แต่เฉพาะแพทย์ซึ่งต้องมีผู้ร้องเรียน ทำให้หลักเกณฑ์ของแพทยสภาเป็นเหมือนเป็นข้อกำหนดที่ปราศจากอำนาจในการบังคับใช้ ซึ่งยึดหลักการเดียวกันในการพิจารณาความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในมาตรา 21 (1) (2) (3) และ (4) และมาตรา 22 (1) และ (2) ที่ได้กำหนดความรับผิดในทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ไม่ปฏิบัติตามไว้ใน 2 มาตรา ได้แก่

มาตรา 46 บัญญัติว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยไม่มีคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 15 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 47 บัญญัติว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรรมผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 23 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทั้งทางอาญาและทางจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยการกำหนดความรับผิดในทางอาญานั้นมีกำหนดไว้โดยเฉพาะสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอยู่ 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 46 และมาตรา 47 ส่วนกรณีการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 21 และการดำเนินการฝ่าฝืนให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยไม่ได้ใช้วิธีการที่กำหนดไว้ในมาตรา 22 ซึ่งกำหนดให้ใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนได้ 2 วิธีนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 45 กำหนดให้เพียงถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วย

วิชาชีพเวชกรรมเท่านั้นอันขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะกรรมการแพทยสภาว่าจะลงโทษสถานใด ผู้ศึกษาจึงเห็นว่ามาตรการดังกล่าวไม่อาจป้องปรามมิให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่กล้าดำเนินการฝ่าฝืน เนื่องจากผลร้ายที่ได้รับจากการกระทำการฝ่าฝืนมีน้อยกว่าผลดีหรือผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะได้รับจากผู้ใช้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้วิจัยเห็นว่าการดำเนินการฝ่าฝืนกรณีนี้เกี่ยวข้องกับสวัสดิภาพของเด็กที่จะเกิดมาในอนาคตและปัญหาสังคมที่จะตามมา จึงควรจะกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ดำเนินการฝ่าฝืนมีความรับผิดทางอาญาเป็นการเฉพาะเพิ่มมากขึ้นกว่าที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ และกำหนดโทษให้ถูกเพิกถอนใบอนุญาตเพียงสถานเดียวตามกฎหมายวิชาชีพเวชกรรมโดยไม่อาจจะขอรับใบอนุญาตได้อีก

2.4 คนกลางหรือนายหน้า

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีการกำหนดความรับผิดทางอาญาและบทลงโทษคนกลางหรือนายหน้าไว้ในมาตรา 27 ซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักการห้ามเป็นคนกลางหรือนายหน้าโดยมีผลประโยชน์ตอบแทนนับเป็นประเด็นสำคัญอีกประการหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้าโดยเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการ หรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องและสนับสนุนกับวัตถุประสงค์ในเรื่องการห้ามการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อใช้ประโยชน์ในทางการค้า โดยปัญหาของมาตรานี้ก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากปัญหาการห้ามตั้งครรภ์เพื่อประโยชน์ในทางการค้าตามมาตรา 24 ซึ่งยังคงมีปัญหาในเรื่องการตีความถ้อยคำ เพื่อประโยชน์ในทางการค้า ประกอบกับบริบทสังคมไทยในอดีตที่เคยมีการตั้งครรภ์แทนในรูปแบบของธุรกิจ โดยมีคนกลางหรือนายหน้าที่คอยติดต่อหาคนมาตั้งครรภ์แทน คอยจัดการและอำนวยความสะดวกให้การดำเนินการตั้งครรภ์แทนสามารถสำเร็จลุล่วงไปได้ อย่างไรก็ตามหลังจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดห้ามคนกลางกระทำการที่เป็นไปในทางการค้า การกระทำดังกล่าวก็มิได้หมดไปจากประเทศไทยเสียทีเดียว เพียงแต่เปลี่ยนแหล่งกระทำการไปยังประเทศเพื่อนบ้านที่ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวการตั้งครรภ์แทน ดังเช่น ข่าวเหตุการณ์วันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2563 กรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจจับขบวนการลักลอบตั้งครรภ์แทนเพื่อการค้าได้มีกลุ่มนายทุนชาวจีนว่าจ้างผู้หญิงไทยอุ้มท้อง โดยกลุ่มนายทุนจีนดังกล่าวก็ได้จ้างนายหน้าให้หาหญิงมารับตั้งครรภ์แทน จ้างสูตินรีแพทย์ และนักวิทยาศาสตร์ จึงมีลักษณะของการกระทำเป็นขบวนการ ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดโทษของคนกลางในการตั้งครรภ์แทนเพื่อการค้าโดยต้องระวางโทษตามมาตรา 49 คือ จำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้วิจัยเห็นว่าหลักกฎหมายในเรื่องคนกลางหรือนายหน้าในการตั้งครรภ์แทนของประเทศไทย ห้ามคนกลางหรือนายหน้ารับประโยชน์ใดๆ จากการดำเนินการในเรื่องการรับตั้งครรภ์แทน แต่หากคนกลางหรือนายหน้าเหล่านั้นได้กระทำไปโดยไม่มีประโยชน์ตอบแทนอย่างแท้จริง ก็เป็นเรื่องที่ไม่ผิดวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ จึงควรอนุญาตให้มีคนกลางหรือนายหน้าในการจัดการตั้งครรภ์แทนที่มีค่าตอบแทน ทั้งนี้โดยเอาหลักการของประเทศอังกฤษที่มีการปฏิรูปกฎหมายอนุญาตให้องค์กรต่างๆ ที่มิได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรสามารถเสนอการบริการให้กับคู่สมรสที่ต้องการใช้บริการการตั้งครรภ์แทนมาปรับใช้บ้างตามความเหมาะสม ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าประเทศไทยควรมีการจัดตั้งสมาคมหรือมูลนิธิที่ไม่แสวงหากำไรเพื่อช่วยเหลือหรือเป็นตัวกลางประสานการแลกเปลี่ยนข้อมูลบุคคลระหว่างฝ่ายประสงค์มีบุตรและฝ่ายต้องการรับตั้งครรภ์แทน เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ และต้องกำหนดบทบัญญัติในเรื่องขอบเขตอำนาจหน้าที่ของสมาคมหรือมูลนิธิดังกล่าวรับรองไว้อย่างชัดเจนด้วย เช่น สมาคมนี้ประกอบด้วยอดีตหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและกลุ่มบุคคลที่เคยให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนรวมตัวขึ้น เพื่อติดต่อคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรและหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทน โดยการดำเนินการทั้งหมดไม่มีค่าใช้จ่ายแต่อย่างใด หน่วยงานดังกล่าวจะทำการพิจารณาเอกสารในเรื่องสุขภาพอนามัยและสถานภาพทางสังคมของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรและหญิงรับตั้งครรภ์แทนก่อนที่จะให้บุคคลทั้งสองฝ่ายจะเข้ามาเกี่ยวข้องกันในกระบวนการตั้งครรภ์ นอกจากนี้ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้เลือกคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเสมอ หรือหากไม่เช่นนั้นก็ควรจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายไปในทิศทางที่ควรจะเป็นตามสภาพสังคมไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน เช่น การอนุญาตให้มีคนกลางหรือนายหน้าในการจัดการตั้งครรภ์แทนที่มีค่าตอบแทน เป็นต้น

3. การเปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศไทย และประเทศอังกฤษ

3.1 ความแตกต่างของกฎหมาย

จากการศึกษาความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนเกี่ยวกับลักษณะของกฎหมายอาญา และการกำหนดความผิด และการลงโทษทางอาญาทางอาญา ผู้ศึกษาเห็นถึงความแตกต่างของกฎหมายการรับการตั้งครรภ์แทนระหว่างประเทศไทย และประเทศอังกฤษมีประเด็นหลักที่แตกต่างกัน 2 ประเด็น ดังนี้

3.1.1 ประเทศอังกฤษได้มีการนำกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act 1985 ที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน โดยหลักการที่สำคัญของกฎหมายฉบับนี้ คือ การตั้งครรภ์แทนตามกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act 1985 ไม่ถือเป็นความผิด

ทางอาญา ไม่ว่าจะเป็นการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงการค้าหรือไม่ก็ตาม แต่การติดต่อ จัดหา หรือเข้าร่วมในการเจรจาต่อรองสัญญาตั้งครรภ์แทนในทางการค้า (คนกลางที่ทำไปเพื่อการค้า) ถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ยกเว้นคู่สามีภรรยาที่ว่าจ้างหรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ถือว่ามีความผิดตามมาตรา 2(1)(2)

นอกจากนี้ในมาตรา3 ได้บัญญัติว่าการโฆษณาชักจูงให้มีการรับการตั้งครรภ์แทน รวมถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาดังกล่าวด้วย ไม่ว่าจะเป็นเจ้าของบรรณาธิการ ผู้พิมพ์โฆษณาหนังสือพิมพ์ หรือสิ่งพิมพ์อื่น และผู้ที่แจกจ่ายข้อความโฆษณานั้นทางสื่อต่างๆ เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ซึ่งจากการที่กฎหมายประเทศอังกฤษระบุว่าการรับการตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยมิต้องรับผิดในทางอาญานั้น เพราะสิ่งที่ผู้พิพากษาให้ความสำคัญที่สุดในการไต่สวนคดีการรับการตั้งครรภ์แทน คือการให้ความสำคัญกับการจัดการกับเด็กที่เกิดมาอย่างไรให้ดีที่สุดสำหรับเด็ก ไม่ได้ให้ความสำคัญว่าเด็กเกิดมาได้โดยวิธีการใด

3.1.2 ประเทศอังกฤษมีกฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act เป็นกฎหมายที่ร่างขึ้นมาเพื่อควบคุมทางอ้อมสำหรับการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนที่ต้องอาศัยการผสมเทียมหรือการปฏิสนธินอกร่างกายนั้น มักจะต้องการความช่วยเหลือจากแพทย์อยู่เสมอ และการกระทำเช่นนี้จะต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมายดังกล่าว ซึ่งเป็นแนวทางปฏิบัติ (Code of Practice) The Human Fertilization and Embryology Authority กำหนดว่าจะใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์กับการตั้งครรภ์แทนได้ในกรณีที่หญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมีความผิดปกติทางร่างกายซึ่งไม่สามารถมีบุตรได้ตามปกติหรือมีเหตุผลที่สมควรทางการแพทย์เท่านั้น ถ้าหากมีการฝ่าฝืนแนวทางปฏิบัติในข้อนี้อาจทำให้ถูกเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบวิชาชีพแพทย์ได้

3.2 ข้อดีและข้อเสียของกฎหมาย

ข้อดีของกฎหมายคือ อนุญาตให้คู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนและคู่รักร่วมเพศสามารถขอรับบริการการรับการตั้งครรภ์แทนได้ เนื่องจากกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act ในส่วนของผู้ที่มีสิทธิขอรับบริการการรับการตั้งครรภ์แทนนั้น กฎหมายบัญญัติไว้เพียงว่า การให้บริการบำบัดรักษาแก่หญิงที่มีบุตรยากจะต้องพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะเกิดจากการบำบัดรักษาและของเด็กคนอื่นที่อาจได้รับผลกระทบจากการเกิดเป็นสำคัญ สวัสดิภาพของเด็กดังกล่าวย่อมหมายความรวมถึง ความจำเป็นของเด็กที่จะมีบิดาด้วย จากหลักการดังกล่าวจึงทำให้คู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนและคู่รักร่วมเพศสามารถขอรับบริการการรับการตั้งครรภ์แทนได้

ข้อเสียของกฎหมายถึงแม้การรับการตั้งครรภ์แทนในประเทศอังกฤษไม่ใช่สิ่งที่ต้องห้ามตาม Surrogacy Arrangement Act ไม่ว่าจะเป็นการรับการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในการค้าหรือไม่ก็ตาม แต่สัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้

ไม่ว่าโดยคู่สัญญาฝ่ายใด ทำให้คู่สมรสที่ว่าจ้างไม่อาจฟ้องร้องบังคับให้ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนส่งมอบเด็กได้และหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนก็ไม่อาจเรียกร้องให้คู่สมรสที่ว่าจ้างชำระค่าตอบแทนตามสัญญาได้เช่นเดียวกัน

4. การเปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศไทย และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

4.1 ความแตกต่างของกฎหมาย

จากการศึกษาความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนเกี่ยวกับลักษณะของกฎหมายอาญา และการกำหนดความผิด และการลงโทษทางอาญาทางอาญาดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นถึงความแตกต่างของกฎหมายการรับการตั้งครรภ์แทนระหว่างประเทศไทย และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีประเด็นหลักที่แตกต่างกัน ดังนี้

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศหนึ่งที่มีกฎหมายห้ามตั้งครรภ์แทนทุกกรณี ดังนั้นในกฎหมาย The Adoption Placement Act (AdVermiG) และ The Embryo Protection Act (ESchG) ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนี้นั้นไม่มีบทบัญญัติที่รองรับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทนและไม่ยอมรับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีนี้ และเห็นว่าการดำเนินการให้หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์แทนหญิงอื่นนั้นมีลักษณะเป็นการค้ามนุษย์ จึงเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ประเทศเยอรมนีมีแนวคิดในการกำหนดห้ามตั้งครรภ์แทนลักษณะพิเศษที่ไม่ได้เป็นไปตามธรรมชาติอย่างเคร่งครัด จึงทำให้ไม่สามารถขอรับบริการจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญให้ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ชนิดนี้ได้ ไม่ว่าจะเป็นสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือบุคคลใดๆ ก็ตาม เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการเจริญพันธุ์ในมาตรา 1 แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้คุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เอาไว้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้อำนาจรัฐทั้งหลายย่อมผูกพันที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และห้ามนำความเป็นมนุษย์มาเป็นวัตถุประสงค์ในสัญญา ดังนั้นการตั้งครรภ์แทนทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นการตั้งครรภ์แทนที่ทำเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น หรือเพื่อประโยชน์ในเชิงการค้า จึงไม่อาจบังคับได้ เนื่องจากกฎหมายแพ่งของเยอรมนีกำหนดให้การดำเนินการทางกฎหมายใดๆ อันเป็นการละเมิดข้อห้ามตามกฎหมายเป็นโมฆะ และกำหนดให้การดำเนินการทางกฎหมายใดๆ อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นโมฆะ ข้อตกลงเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนจึงไม่สามารถบังคับได้โดยศาลและไม่สามารถบังคับได้ในทางใดทางหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการถูกตรวจสอบก่อนโดยศาล หรือการได้รับการพิจารณาตามกฎหมาย

4.2 ข้อดีและข้อเสียของกฎหมาย

ข้อดีของกฎหมาย คือถึงแม้ว่ากฎหมาย The Adoption Placement Act (AdVermiG) และ The Embryo Protection Act (ESchG) ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะไม่มีการยอมรับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทนก็ดี แต่กฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนี้ยังเปิดช่องให้ใช้เทคโนโลยีโดยการผสมเทียมตามกฎหมายว่าด้วยข้อกำหนดทางวิชาชีพแพทย์ (Standesrechtlichen Voraussetzungen) ซึ่งกฎหมายนี้เปิดช่องคู่สมรสที่จดทะเบียนกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายและคู่ที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายแต่อยู่กินกันอย่างสามีภรรยาสามารถมีบุตรได้

ข้อเสียของกฎหมาย คือ การตั้งครรภ์แทนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมาย อันเป็นการกระทำความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยเฉพาะในทางอาญานั้น มีกฎหมายที่กำหนดความรับผิดเกี่ยวกับบุคคลที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน ซึ่งเป็นการบัญญัติห้ามแพทย์ใช้เทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อหรือย้ายฝากตัวอ่อนให้แก่หญิงที่มีความประสงค์ที่จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างตามสัญญา ดังนั้นการที่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนี้ก็ยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรง ส่งผลให้สถานภาพของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก็ยังคงเป็นไปตามกฎหมายทั่วไปและกฎหมายใกล้เคียงมาบังคับใช้โดยอนุโลม เมื่อไม่มีกฎหมายรองรับเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรงความเป็นบิดามารดาและอำนาจปกครองของเด็กก็ยังคงต้องใช้กฎหมายทั่วไปและกฎหมายใกล้เคียงมาใช้โดยอนุโลมเช่นกัน

บทที่ 5
สรุปการวิจัย และข้อเสนอแนะ

การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้เป็นการศึกษาเรื่องการศึกษาความรับผิดทางอาญา : กรณีที่มีการรับการตั้งครรภ์แทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยมุ่งศึกษาและวิเคราะห์ถึงการกำหนดโทษของความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการรับการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อเสนอนำผลที่ได้จากการศึกษามาเป็นแนวทางแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศไทยให้เหมาะสม สามารถสรุปผลการศึกษาได้ดังนี้

1. สรุปการวิจัย

ปัจจุบันวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งเป็นเรื่องที่ดีเนื่องจากประชากรโลกในปัจจุบันมีปัญหาในการมีบุตรยากขึ้น จึงเกิดเทคโนโลยีที่เข้ามาช่วยในการเจริญพันทางการแพทย์มาช่วยตอบสนองความต้องการของประชากรโลกเพื่อแก้ไขปัญหาการมีบุตรยาก แต่การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการรับตั้งครรภ์แทนอาจส่งผลกระทบด้านลบต่อทารกที่เกิดมาจากการรับการตั้งครรภ์แทน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือแม้แต่สามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือคู่สมรส หรือบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรโดยการใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนนั้นเอง กรณีตัวอย่างเช่น เกิดปัญหาการทอดทิ้งเด็กภายหลังเด็กเกิด เพราะทารกที่เกิดมานั้นมีร่างกายไม่สมประกอบ ปัญหาการให้ความรัก การเลี้ยงดูเด็ก เนื่องจากผู้ที่ทำหน้าที่เลี้ยงดูเด็กไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมหรือทางสายเลือดกับเด็ก นอกจากนี้ยังสามารถมีโอกาสที่จะเกิดกรณีที่บุคคลบางกลุ่มหรือบางคนอาศัยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดังกล่าวมาเพื่อก่อปัญหาอาชญากรรม กระทบต่อสิทธิเด็ก หรือกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

จากการศึกษาแนวคิดในการกำหนดความรับผิดทางอาญา และแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทำให้ทราบสภาพปัญหาในการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาช่วยแก้ปัญหาการมีบุตรยาก และปัญหาในทางกฎหมายอาญาการนำเทคโนโลยีดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทยก่อให้เกิดปัญหาหลักที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่

1) มีการนำเทคโนโลยีที่ช่วยในการช่วยในการเจริญพันทางการแพทย์ไปใช้เพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์ คนกลางหรือนายหน้า ซึ่งเป็นผู้จัดหรือดำเนินการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น

2) มีการนำเทคโนโลยีที่ช่วยในการช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น นอกเหนือจากความประสงค์ที่จะมีบุตรและเลี้ยงดูเด็กเสมือนบุตรของตนอย่างแท้จริง กรณีตัวอย่างเช่น เพื่อนำเด็กที่เกิดมาไปใช้แรงงาน หรือบริการค้าทาส ค้ามนุษย์ค้าประเวณี โดยพิจารณาข้อเท็จจริงจากพฤติการณ์ที่มีการทำให้เด็กเกิดจากเชื้ออสุจิของตนเป็นจำนวนมากในเวลาเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน เป็นต้น

จากการศึกษาและวิเคราะห์ถึงการกำหนดโทษของความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ทำให้ทราบว่าพระราชบัญญัติดังกล่าว มีเหตุผลหลักในการร่างกฎหมายนี้ขึ้นมาเพื่อการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาอันชอบด้วยกฎหมายของทารกที่จะเกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้เหมาะสมสอดคล้องกับความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม และควบคุมการศึกษาการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ห้ามนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง หากกล่าวโดยเฉพาะเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เรื่องการรับการตั้งครรภ์แทนในพระราชบัญญัตินี้ มีการกำหนดบทนิยาม หลักเกณฑ์วิธีการ การควบคุมการดำเนินการ ตลอดจนความรับผิดและโทษทางอาญาในการดำเนินการบางกรณีเอาไว้เพื่อแก้ปัญหา หรือป้องกันมิให้ปัญหาดังที่กล่าวมาตอนต้นเกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตามการควบคุมการรับตั้งครรภ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยการกำหนดการกระทำบางกรณีให้เป็นความรับผิดและมีบทลงโทษในทางอาญายังมีปัญหาสำคัญหลายประการ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าในส่วนของบทบัญญัติในส่วนของการกำหนดความรับผิดทางอาญายังมีปัญหาเกี่ยวกับการใช้และการตีความบางประการ นอกจากนี้ยังไม่ครอบคลุมถึงการควบคุมการดำเนินการให้มีการรับตั้งการครรภ์แทนในกรณีที่ดำเนินการรับตั้งการครรภ์แทนเพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์และเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น อีกทั้งการกำหนดโทษสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม บางกรณียังไม่มีความรุนแรงเพียงพอที่จะหยุดยั้งมิให้กระทำการอันกฎหมายห้ามไว้ หรือการไม่มีบทยกเว้นความผิด

หรือโทษให้กับบุคคลบางประเภท ซึ่งควรต้องมีการเพิ่มเติมแก้ไข ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของทารกที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นสำคัญ

จากการศึกษาถึงความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดทางอาญากรณีรับการตั้งครรภ์แทน เพื่อนำมาเสนอแนะแนวทางแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรับการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ของประเทศไทยนั้น ยังคงพบว่ามีประเทศที่ยึดหลักระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ยังไม่สามารถมีข้อยุติว่าควรมีการดำเนินการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนหรือไม่มี มีทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยและฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยซึ่งประเด็นถกเถียงส่วนใหญ่อยู่ที่การรับการตั้งครรภ์แทนโดยมีค่าตอบแทนควรที่จะกระทำหรือไม่ ขัดต่อศีลธรรมจริยธรรมหรือไม่อย่างไร แต่หากพิจารณาถึงวิธีการที่ทำให้เกิดการตั้งครรภ์แทนแล้วผู้ศึกษาเห็นว่าวิธีการดังกล่าวเป็นประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาควบคู่ไปกับการพิจารณาว่ากระทำโดยมีค่าตอบแทนหรือกระทำเพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจหรือไม่อย่างไร เนื่องจากการพิจารณาถึงวิธีการรับตั้งครรภ์แทนจะทำให้ทราบว่าทารกที่จะเกิดมานั้นมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสหรือไม่ อันจะส่งผลถึงจิตใจอารมณ์ของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรในวิธีการนั้นๆ ซึ่งอาจกระทบต่อการเลี้ยงดูและให้ความรักกับทารกที่จะเกิดมา แม้อาจมีคู่สมรสบางคู่ที่ให้ความรักและการเลี้ยงดูเด็กเสมือนหนึ่งเป็นบุตรที่เกิดจากพันธุกรรมของตน แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าเคยมีกรณีการละทิ้งเด็กหลังที่กำเนิดออกมาโดยผิดปกติได้โดยง่าย แล้วปล่อยให้เป็นภาระของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือกรณีที่ไม่อาจทราบว่าเด็กได้รับการเลี้ยงดูและความรักอย่างบุตรของตนหรือไม่

ดังนั้นผู้ศึกษาจึงได้ศึกษาและวิเคราะห์บทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดและโทษทางอาญา รวมถึงมาตรการบังคับเมื่อมีการฝ่าฝืนไม่ดำเนินการตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งใช้หลักทางวิชาการ ความเหมาะสมในแง่ศีลธรรม จริยธรรม รวมถึงตามแนวอาชญาวิทยาแนวคิดทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดและการลงโทษทางอาญาต่างๆ เป็นแนวทางในการวิเคราะห์การกำหนดบุคคลที่ควรมีความรับผิดทางอาญากรณีการรับตั้งครรภ์แทน ผู้ศึกษาเห็นว่า

1) การใช้เทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันทางการแพทย์โดยการรับการตั้งครรภ์แทนจะเกิดขึ้นมิได้หากปราศจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือแพทย์ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการดำเนินการรับตั้งครรภ์แทน ดังนั้นหากหน่วยงานรัฐกำหนดวิธีการดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนที่สามารถกระทำได้ไว้แล้ว และผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรรมหรือแพทย์ดำเนินการฝ่าฝืน หรือกระทำการนอกเหนือจากวิธีการที่กำหนดไว้จะต้องมีความผิดและรับโทษตามกฎหมาย โดยควรบัญญัติ

ออกมาเป็นการเฉพาะ เว้นแต่เป็นการให้บริการทางการแพทย์ทางเทคนิคหรือทางวิชาชีพแก่หญิงหลังจากที่หญิงนั้นตั้งครรภ์แล้ว

2) บุคคลใดก็ตามที่ดำเนินการให้มีการรับการตั้งครรภ์แทนโดยฝ่าฝืนวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ต้องมีความรับผิดและโทษในทางอาญา แต่กรณีสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือคู่สมรสที่อยู่กินฉันท์สามีภริยา และคู่รักร่วมเพศที่ประสงค์จะมีบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทน และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ควรได้รับการยกเว้นความผิด หรือยกเว้นโทษทุกกรณีที่มีการดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายเว้นแต่กรณีที่ดำเนินการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบ

2. ข้อเสนอแนะ

2.1 ควรแก้ไขบทบัญญัติความรับผิดและโทษทางอาญากรณีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจ ดังนี้

ตารางที่ 5.1 แก้ไขบทบัญญัติความรับผิดและโทษทางอาญากรณีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจ

กฎหมายปัจจุบัน	ร่างข้อเสนอแก้ไขกฎหมาย
มาตรา 24 ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า	มาตรา 24 ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อ**ประโยชน์ในเชิงธุรกิจ เว้นแต่กรณีการตั้งครรภ์แทนเพื่อแลกกับประโยชน์ตอบแทนของบุคคลอื่น โดยมิได้กระทำไปเพราะถูกหลอกลวง บังคับ หรือข่มขู่แต่อย่างใด**
มาตรา 48 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 24 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท	มาตรา 48 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 24 **ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ**

2.2 ควรกำหนดให้ชัดเจนว่ากรณีใดบ้างถือเป็นการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจ อาทิเช่น การซื้อขายเด็กเพื่อจะเอาคนลงเป็นทาสหรือให้มีฐานะคล้ายทาสตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312, การค้าขายเด็กอันเข้าข่ายการค้ามนุษย์ เป็นต้น

2.3 การตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยสามารถทำได้ง่าย เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติกำหนดความรับผิดและโทษทางอาญาไว้ชัดเจน จึงอยากให้มีหน่วยงานเข้ามาดูแลและตรวจสอบเอกสาร ประวัติของบุคคลและครอบครัวที่ต้องการรับบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พร้อมทั้งติดตามผลเมื่อนำเด็กไปเลี้ยงดู

2.4 ควรแก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวด 4 ความเป็นบิดาและมารดาของเด็กและการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนี้

ตารางที่ 5.2 แก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวด 4 ความเป็นบิดาและมารดาของเด็ก และการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

กฎหมายปัจจุบัน	ร่างข้อเสนอแก้ไขกฎหมาย
มาตรา 29 เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด	มาตรา 29 เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคแล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร **รวมถึงให้เด็กนั้นเป็นบุตรของคู่สมรสที่อยู่กินฉันท์สามีภริยา และคู่รักร่วมเพศที่ประสงค์จะมีบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทน แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด**
-	**มาตรา 29/1 คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย คู่สมรสที่อยู่กินฉันท์สามีภริยา และคู่รักร่วมเพศซึ่งประสงค์จะมีบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทนเพื่อแลกกับประโยชน์ตอบแทนไม่ต้องรับผิดและโทษในทางอาญา เว้นแต่กรณีการรับตั้งครรภ์แทนโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ**
-	**มาตรา 29/2 หากเด็กที่คลอดออกมาโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์เกิดความพิการ คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย คู่สมรสที่อยู่กินฉันท์สามีภริยา และคู่รักร่วมเพศซึ่งประสงค์จะมีบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทนต้องเป็นผู้รับผิดชอบอุปการะเลี้ยงดูเด็ก** **หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเกิดความเจ็บป่วย หรืออาจจะแท้งระหว่างการตั้งครรภ์ อันเนื่องมาจากเหตุสุดวิสัยที่ไม่ได้เกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย คู่สมรสที่อยู่กินฉันท์สามีภริยา และคู่รักร่วมเพศซึ่งประสงค์จะมีบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทนจะต้องชดใช้เยียวยาหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน**

2.5 ควรแก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวด 3 การตั้งครรภ์แทน ดังนี้

ตารางที่ 5.3 แก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวด 3 การตั้งครรภ์แทน

กฎหมายปัจจุบัน	ร่างข้อเสนอแก้ไขกฎหมาย
มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้ (1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามิได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี	มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้ (1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามิได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี **(2) สามีและภริยาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนต้องมีสัญชาติไทย** **(3) คู่รักร่วมเพศที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย**
-	**มาตรา 21/1 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพื่อแลกกับประโยชน์ตอบแทนไม่ต้องรับผิดและโทษในทางอาญา เว้นแต่กรณีการรับตั้งครรภ์แทนโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ**
-	**มาตรา 21/2 เมื่อมีการผิดสัญญาการตั้งครรภ์แทน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องได้รับการชดเชยอันเนื่องมาจากการเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน** **หากไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท**

2.6 ควรแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ดำเนินการฝ่าฝืนให้มีความรับผิดทางอาญา ดังนี้

ตารางที่ 5.4 แก้ไขบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ดำเนินการฝ่าฝืนให้มีความรับผิดทางอาญา

กฎหมายปัจจุบัน	ร่างข้อเสนอแก้ไขกฎหมาย
มาตรา 46 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยไม่มีคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 15 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ	มาตรา 46 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยไม่มีคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 15 **ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และต้องถูกเพิกถอนใบอนุญาตตามกฎหมายวิชาชีพเวชกรรมโดยไม่อาจจะขอรับใบอนุญาตได้อีก**

2.7 ควรแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดแก่คนกลางหรือนายหน้า ดังนี้

ตารางที่ 5.5 แก้ไขบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดแก่คนกลางหรือนายหน้า

กฎหมายปัจจุบัน	ร่างข้อเสนอแก้ไขกฎหมาย
มาตรา 27 ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้า โดยเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน	มาตรา 27 ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้า โดยเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด **โดยมีการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อชักจูงใจให้ผู้อื่นหลงเชื่อหรือคล้อยตาม เว้นแต่กระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้าในการจัดการตั้งครรภ์แทนโดยมีค่าตอบแทน**

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

กมลา เทพวงค์. (2556). *การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (อุ้มบุญ).* กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม.

กุลพล พลวัน. (2547). *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก.* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1.* กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พริ้นติ้ง (ประเทศไทย).

คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติและคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรมในคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ. (2557). *หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมายสาระสำคัญและผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม.* กรุงเทพมหานคร: พี เอส พริ้นติ้ง แอนด์ ดีไซน์.

คณิต ณ นคร. (2547). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป.* กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์และคณะ. (2549). *การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน.* กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

ณัฐนิช ชลิศราพงศ์. (2560). *การกำหนดความรับผิดทางอาญากรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลในครอบครัว: ศึกษาเฉพาะกรณีเพิ่มโทษผู้กระทำ.* กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2553). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป.* กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

ธนัฐกรณ์ โภคินกรณ์พงศ์. (2560). *การตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, นนทบุรี.

ธานี วรภัทร์ และคณะ. (2561). *ศึกษาและวิเคราะห์การบังคับใช้กฎหมายเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์.* กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

นุกูล สัญฐิติเสรี. (2555). *การพิจารณากฎหมายว่าด้วยคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือการตั้งครรภ์แทน (กฎหมายอุ้มบุญ).* กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

ประธาน วัฒนวาณิชย์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา.* กรุงเทพมหานคร: ประกายพรึก.

ประมวล วีรุตมเสน. (2535). เทคโนโลยีกับการกำเนิดชีวิต. *จุฬาลงกรณ์วารสาร,* 4(15), 16-24.

พนัส สิมะเสถียรและคณะ. (2538). *สิทธิมนุษยชน: รัฐกับการสาธารณสุขในสังคมไทย.* กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

พรชัย สุนทรพันธ์. (2560). ความรับผิดของแพทย์ผู้ให้บริการตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558. *วารสารการบริหารปกครอง,* 6(พิเศษ), 20-38.

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558. (2558, 1 พฤษภาคม). *ราชกิจจานุเบกษา.* เล่ม 132 ตอนที่ 38 ก. หน้า 1-12.

พิมพรรณ์ วรรณภิระและคณะ. (2556). *การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับความผิดฐานทำให้แท้งลูก: ศึกษาเฉพาะกรณีการปฏิสนธินอกร่างกาย.* กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยข้าราชการศาลยุติธรรม.

ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย. (2560). *เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Assisted Reproductive Technologies หรือ ART).* กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย.

ลาวัณย์ ถนัดศิลปกุล และคณะ. (2561). การศึกษาวิเคราะห์และแนวทางในการแก้ไขปัญหาการค้ามนุษย์ในมิติกฎหมายของประเทศในพื้นที่ระเบียงเศรษฐกิจตะวันออก – ตะวันตก, เหนือ – ใต้. *วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข,* 4(3), 387-401.

สถาบันพระปกเกล้า. (2558). *รายงานสรุปและวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ..* กรุงเทพมหานคร: จรัลสนิทวงศ์การพิมพ์.

สยามมีเดีย. (2560). *พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558.* กรุงเทพมหานคร: สยามมีเดีย.

สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. (2557). *เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. .... (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 27/2557.* กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา.

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. (2557). *อุ้มบุญอย่างไร ไม่กระทบสิทธิ.* กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส และดาราพร ถิระวัฒน์. (2548). ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์. *ดุลพาห,* 5(พฤษภาคม–สิงหาคม), 1-22.

อภิรัตน์ เพชรศิริ และพรทิพย์ เพชรศิริ. (2524). ขอบเขตของกฎหมายอาญา. *วารสารนิติศาสตร์,* 9(3), 102-119.

อวิการัตน์ นิยมไทย. (2553). การปฏิรูปกฎหมาย: LAW REFORM กรณีการรับตั้งครรภ์แทน (Surrogacy). *จุลนิติ*, 7(5). 147-158.

อาทิตย์ กิจชระภูมิ. (2550). *ปัญหากฎหมายและจริยธรรม กับการคุ้มครองชีวิตอันเกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.* กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล. (2558). *รายงานสรุปและวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ....* กรุงเทพมหานคร: จรัลสนิทวงศ์การพิมพ์.

Coen, Alin (2009). *Artificial Insemination in Germany.* Retrieved from https://mindinprogress.wordpress.com/2009/05/09/artificial-insemination-in-germany-a-roundup/

McEwen, Angie G. (1999). *So you 're having another Womans baby: sconomics and exploitation in gestuational surrogacy.* Retrieved from http://www. thefreelibrary. com + ywire + having another Woman' s + baby 6. 3A + cconomics + and + exploitation + in-a054469386

German Law Archive. (2014). *Adoption Placement Act (Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG).* Retrieved from https://germanlawarchive. iuscomp.org/?p=766

Hart, Henry M. (1974). *The Aims of the Criminal Law, in Criminal Law: Theory and Process*. New York: The Free Press.

Packer, Herbert L. (1968). *The Limit of The Criminal Sanction*. California: Stanford University Press.

Fuller, Lon L. (1969). *The Morality of law*. New Haven: Yale University Press.

Frase, Richard S. (1983). Criminalization and Decriminalization. *Encyclopedia of Crime and Justice,* Vol 2 (1983), 438-449.

Surrogacy Arrangement Act. (1985). *Surrogacy Arrangement Act 1985*. Retrieved from http://www.legislation.gov.uk/ ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf

Grygier, Tadeusz. (1977). *Social Protection Code: A New Model of Criminal Justice*. London: Sweet & Maxell Limited.

The Embryo Protection Act. (1990*). Act for Protection of Embryos (The Embryo Protection Act).* Retrieved from https://www.rki.de/SharedDocs/Gesetzestexte/Embryonenschutzgesetz_englisch.pdf?__blob=publicationFile

Walter, Wadington. (1983). Artificial Conception: The Challenge For Family Law. *VA Law Rev,* 69, 465-469.

Mary, Wornock. (1985). *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilization and Embryology*. Oxford: Blackwell.

ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	นางสาวปริญาพร พัฒนาวงศ์เสรีกุล
วัน เดือน ปีเกิด	13 มกราคม 2536
สถานที่เกิด	อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่
สถานที่อยู่ปัจจุบัน	143/127 ชั้น 5 เดอะไรส์บี 4 คอนโดมิเนียม ตำบลเสม็ด อำเภอเมือง จังหวัดชลบุรี 20000
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ พ.ศ. 2554-2558
	นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พ.ศ. 2561-2563
ประวัติการทำงาน	
พ.ศ. 2559-2561	เจ้าหน้าที่สนับสนุนงานด้านยาเสพติด สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติดภาค 2
พ.ศ. 2561-ปัจจุบัน	นักวิชาการที่ดินปฏิบัติการ สำนักงานที่ดินจังหวัดสมุทรปราการ สาขาบางพลี