

มาตรการควบคุมเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่ช่วยการเจริญพันธุ์

MEASURES TO CONTROL MEDICAL TECHNOLOGY ASSISTED IN REPRODUCTION

ภูธนศ ภูหัด^{1*}, อิงครัด ดลเจิม² และ วิกรณ์ รักษ์ปวงชน³

PHUTHANES PHUHAD^{1*}, INGKARAD DOLJERM² and WIKORN RAKPUANGCHON³

บทคัดย่อ

การศึกษานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ 1) ศึกษาวิวัฒนาการ แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทน 2) ศึกษากฎหมายของประเทศไทย ประเทศแคนาดาและเครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์) 3) วิเคราะห์ปัญหามาตรการทางกฎหมาย และ 4) เสนอแนะแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้มีประสิทธิภาพ การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพด้วยวิธีการวิจัยเอกสาร โดยการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจาก ตำบกฎหมาย หนังสือ บทความ เอกสารทางวิชาการ งานวิจัย วิทยานิพนธ์และข้อมูลจากเครือข่ายอินเทอร์เน็ตทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศเพื่อดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้มีประสิทธิภาพต่อไป

ผลการวิจัยพบว่า

1. การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทนมีวิวัฒนาการจากการบำบัดรักษาการมีบุตรยาก ในอดีตใช้วิธีการผสมเทียมต่อมาพัฒนาเป็นวิธีการตั้งครรภ์แทน ปรากฏแนวคิดจากความต้องการสืบทอดดำรงเผ่าพันธุ์ชีวิตมนุษย์ แก้ไขปัญหาการไม่สามารถมีบุตรได้หรือมีบุตรยาก โดยรัฐบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมการตั้งครรภ์แทนมิให้ถูกนำไปใช้ในทางมิชอบโดยนำทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญาและทฤษฎีการลงโทษทางอาญามาใช้บัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญา
2. ประเทศไทยกำหนดมาตรการทางกฎหมายควบคุมมิให้ดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าและมีให้นำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไปใช้ในทางมิชอบ ปรากฏในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ส่วนประเทศแคนาดากำหนดมาตรการทางกฎหมายควบคุมมิให้ดำเนินการตั้งครรภ์แทนซึ่งมีผลประโยชน์ตอบแทนและมีให้นำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของมนุษย์ไปใช้ในทางมิชอบ ปรากฏในพระราชบัญญัติช่วยการเจริญพันธุ์ของมนุษย์ ค.ศ.2004 ส่วนในเครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์) กำหนดมาตรการทางกฎหมายควบคุมมิให้ดำเนินการดำเนินการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ กำหนดให้การคุ้มครองเด็กและผู้เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตั้งครรภ์แทนอย่างครอบคลุม ปรากฏในพระราชบัญญัติการตั้งครรภ์แทน ค.ศ.2010
3. กฎหมายของประเทศไทยกำหนดบทลงโทษสูงกว่ากฎหมายไทยหลายมาตรการโดยกำหนดให้เป็นโทษทางอาญาทั้งโทษจำคุกและปรับแตกต่างจากกฎหมายไทยซึ่งเป็นเพียงโทษทางจริยธรรมอันส่งผลต่อประสิทธิภาพในการข่มขู่ยับยั้งการกระทำ ความผิด ในกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์) กำหนดคำนิยาม การตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์อย่างชัดเจน กำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของแพทย์ กำหนดการคุ้มครองวัตถุหรือข้อมูลของผู้เกี่ยวข้องโดยเฉพาะเจาะจงและการคุ้มครองเด็กครอบคลุมหลังจากเด็กเกิด แตกต่างจากกฎหมายไทยที่ไม่มีกำหนดคำนิยามขอบเขตความรับผิดชอบที่ชัดเจนและการคุ้มครองที่ครอบคลุมเพียงพอ

¹ นักศึกษาปริญญาโท วิชาเอกกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, Master Student, The Degree of Master of Laws in Criminal Law and Criminal Justice, School of Law, Sukhothai Thammathirat Open University.

² ผู้ช่วยศาสตราจารย์ อาจารย์ที่ปรึกษา มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, Assistant Professor, Sukhothai Thammathirat Open University.

³ ศาสตราจารย์ อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, Professor, Sukhothai Thammathirat Open University.

* Corresponding Author, Email: phuthanespp@hotmail.com

Received: Sep 24, 2024, Revised: Nov 12, 2024, Accepted: Nov 13, 2024

4. จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 โดยแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามและขอบเขตความรับผิดชอบให้ชัดเจน กำหนดบทลงโทษที่มีประสิทธิภาพ และกำหนดมาตรการในการคุ้มครองผู้เกี่ยวข้องอย่างครอบคลุม เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้มีประสิทธิภาพต่อไป

คำสำคัญ : การเจริญพันธุ์ ; การตั้งครรภ์แทน ; เทคโนโลยีทางการแพทย์

ABSTRACT

This research aims to 1) study the evolution, concepts and theories related to the use of medical reproductive technology by surrogate pregnancy, 2) study the laws of Thailand, Canada and the Commonwealth of Australia (Queensland), 3) analyze the problems of legal measures and 4) suggest guidelines for amending laws for efficiency. This research is a qualitative research by using the document research method by searching and collecting data from legal texts, books, articles, academic documents, research, theses and information from the internet in both Thai and foreign languages to proceed with amending laws for efficiency.

The research findings indicated that:

1. The use of medical reproductive technology by surrogate pregnancy has evolved from infertility treatment. In the past, artificial insemination was used, and later developed into surrogate pregnancy. The concept arose from the need to continue the human race and solve the problem of inability to have children or difficulty having children. The state enacted laws to control surrogate pregnancy so that it is not misused by applying the theory of criminal liability and the theory of criminal punishment to enact laws with criminal penalties.

2. Thailand has established legal measures to control commercial surrogacy and to prevent the misuse of medical reproductive technology, as stated in the Protection of Children Born from Medical Reproductive Technology Act B.E. 2558. Canada has established legal measures to control commercial surrogacy and to prevent the misuse of human reproductive technology, as stated in the Human Reproduction Assistance Act B.E. 2004. In the Commonwealth of Australia (Queensland), legal measures to control commercial surrogacy and to provide comprehensive protection to children and those involved in surrogacy are stated in the Surrogacy Act B.E. 2010.

3. Canadian law imposes several higher penalties than Thai law, by providing criminal penalties including imprisonment and fines, which is different from Thai law, which is only a moral penalty that affects the effectiveness of intimidation and deterrence. The law of the Commonwealth of Australia (Queensland) clearly defines commercial surrogacy, defines the scope of medical liability, specifies the protection of the data or objects of the parties involved, and provides for the protection of the child after the child is born. This is different from Thai law, which does not specify the definition of the scope of liability and adequate protection.

4. Therefore, the Act on the Protection of Children Born from Assisted Reproductive Technology B.E. 2558 should be amended by amending the definition and scope of liability to be clearer, specifying effective penalties, and specifying comprehensive measures to protect those involved in order to solve the problem effectively.

Keywords: Structural Equation Model ; Coaching Skills ; Administrator

บทนำ

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการ
ตั้งครรภ์แทน(Surrogacy) ถูกนำมาใช้เพื่อบำบัดรักษาการมีบุตร
ยากและไม่สามารถมีบุตรได้ โดยให้หญิงอื่นยอมตั้งครรภ์แทนคู่
สามีภรรยาที่ไม่สามารถตั้งครรภ์เพื่อมีบุตรได้เองให้สามารถมีบุตร
ได้โดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ การตั้งครรภ์แทนเป็นการ
ถือกำเนิดชีวิตมนุษย์โดยวิธีการที่มีได้เป็นไปตามธรรมชาติ จึงเป็น
กิจการสำคัญรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมเพื่อมิให้
กระบวนการถือกำเนิดชีวิตมนุษย์ถูกนำไปใช้ในทางมิชอบอันจะ
ส่งผลต่อการดำรงเผ่าพันธุ์ของชีวิตมนุษย์ คุ้มครองความปลอดภัย
ของมนุษย์และถูกกระทำต่อการเจริญพันธุ์เยี่ยงสิ่งมีชีวิตอื่นที่มีใช้
มนุษย์ โดยประเทศต่าง ๆ ในโลกได้บัญญัติกฎหมายขึ้นมาควบคุม
การดำเนินการตั้งครรภ์แทน โดยใช้ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา
และทฤษฎีการลงโทษทางอาญามาควบคุมการกระทำในขั้นตอน
ต่าง ๆ ในการก่อให้เกิดชีวิตมนุษย์มิให้ถูกนำไปใช้ในทางมิชอบ

การตั้งครรภ์แทนเป็นปัญหาที่ปรากฏข่าวทางสื่อต่าง ๆ
เรื่อยมาโดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินการตั้งครรภ์แทนที่กระทำ
เพื่อประโยชน์ทางการค้าในลักษณะขององค์กรอาชญากรรมข้าม
ชาติ เช่น กรณีเจ้าหน้าที่ตรวจพบสถานพยาบาลเกี่ยวข้องกับ
ขบวนการอุ้มบุญข้ามชาติ การจับกุมนายหน้าลักลอบจัดหา
หญิงไทยเพื่อรับจ้างตั้งครรภ์แทนให้กับชาวต่างชาติ การกวาดล้าง
ขบวนการอุ้มบุญข้ามชาติผลิตตัวอ่อนส่งออกนอกประเทศ
ยกระดับเป็นคดีพิเศษ นอกจากนี้ยังปรากฏคดีที่กระทำความผิด
เกี่ยวกับการดำเนินการตั้งครรภ์แทนที่กระทำเพื่อประโยชน์ทาง
การค้าและมีความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้าม
ชาติตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4071/2566 ซึ่งได้วินิจฉัย
เกี่ยวกับการกระทำในขั้นตอนการดำเนินการที่ถือว่าการ
ดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าแล้ว โดยศาล
ฎีกาได้วินิจฉัยตีความ กรณีการพาหญิงรับตั้งครรภ์ไปทำการ
ตรวจจดลูกที่โรงพยาบาลเพื่อเตรียมความพร้อมและเดินทางไป
ฝังตัวอ่อน เป็นการดำเนินการที่ครบถ้วนตามขั้นตอนในทาง
การแพทย์ที่จะทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์แล้ว ต่อจากนั้นยอมเป็นการเจริญเติบโต
ของทารกในครรภ์ในมดลูกของหญิงซึ่งเป็นไปตามธรรมชาติ ถือ
ได้ว่าเป็นการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยเทคโนโลยีช่วย
การเจริญพันธุ์เพื่อประโยชน์ทางการค้าแล้ว จึงเป็นความผิด
สำเร็จ ตามมาตรา 24 แห่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดย

อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558
แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องให้หญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนต้องถึงขนาด
ตั้งครรภ์ก่อน มิใช่เป็นเพียงขั้นพยายามกระทำความผิดเท่านั้น
เป็นการตีความการกระทำในขั้นตอนการพาไปตรวจจดลูกเพื่อ
เตรียมความพร้อมว่าเข้าองค์ประกอบความผิดอันเป็นการ
ดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า ที่กฎหมาย
บัญญัติไว้ในมาตรา 24 แล้ว ซึ่งยังไม่มีการกำหนดคำนิยามของคำ
ว่าการดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าไว้อย่าง
ชัดเจน

ประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่
เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.
2558 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญาขึ้นมาเพื่อควบคุมการ
ตั้งครรภ์แทนแต่จากบทบัญญัติกฎหมายของประเทศไทย ปรากฏ
ว่ามีปัญหามาตรการทางกฎหมายในประเด็นดังต่อไปนี้

- 1) ปัญหามาตรการทางกฎหมายไม่มีกำหนดคำนิยามที่
ชัดเจนครอบคลุมเพียงพอ
- 2) ปัญหามาตรการทางกฎหมายที่ไม่มีการกำหนด
ขอบเขตความรับผิดชอบของบุคลากรทางการแพทย์
- 3) ปัญหามาตรการทางกฎหมายกำหนดโทษไม่ได้สัดส่วน
กับสภาพร้ายแรงของความผิด กรณีการห้ามมิให้ซื้อขาย นำเข้า
ส่งออก ซึ่ง อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน
- 4) ปัญหามาตรการทางกฎหมายที่กำหนดโทษไม่เท่า
เทียมกันระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมและผู้ที่มีผู้ใช้
ประกอบวิชาชีพเวชกรรม
- 5) ปัญหามาตรการทางกฎหมายกำหนดโทษเพียงโทษ
ทางจริยธรรมแห่งวิชาชีพเท่านั้น มิได้กำหนดโทษทางอาญากรณี
กระทำการเลือกเพศตัวอ่อน ที่ส่งผลต่อประสิทธิภาพในการซุ่ม
ยับยั้งการกระทำความผิด
- 6) ปัญหามาตรการทางกฎหมายที่ยังไม่มีการกำหนดให้
ความคุ้มครองวัตถุหรือข้อมูลของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน
และผู้เกี่ยวข้องไว้โดยเฉพาะเจาะจง
- 7) ปัญหามาตรการทางกฎหมายที่ยังไม่มีมาตรการให้
ความคุ้มครองเด็กครอบคลุมหลังจากเด็กเกิด

จากประเด็นปัญหามาตรการทางกฎหมายของประเทศ
ไทยทั้ง 7 ประการดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการแก้ไข
ปัญหาและการบังคับใช้กฎหมายจึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษา
วิเคราะห์หามาตรการทางกฎหมายของประเทศที่มีการบัญญัติ
กฎหมายขึ้นมา เพื่อควบคุมและแก้ไขปัญหาการดำเนินการ

ตั้งครรภ์แทนเช่นเดียวกับประเทศไทย โดยศึกษามาตรการทางกฎหมายของประเทศแคนาดา เครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์) และประเทศไทย เพื่อนำไปสู่การพัฒนาปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่มีประสิทธิภาพต่อไป

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาเกี่ยวกับวิวัฒนาการ แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทน
2. เพื่อศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทนของประเทศไทย ประเทศแคนาดาและเครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์)
3. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทนของประเทศไทย ประเทศแคนาดาและเครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์)
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทนของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพ

สมมติฐานการวิจัย

แม้ประเทศไทยได้บัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทนขึ้นมาใช้บังคับแล้ว ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แต่ยังมีปัญหามาตรการทางกฎหมายไม่ชัดเจน ไม่ครอบคลุมและยังมิได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องอย่างเพียงพอ หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย ย่อมทำให้บรรลุมติวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงทำให้การนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้เพื่อแก้ปัญหาภาวะการเจริญพันธุ์ตามวิทยาการทางการแพทย์เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน

วิธีดำเนินการวิจัย

ประชากรและกลุ่มตัวอย่าง

การวิจัยนี้มุ่งศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทนใน 3 ประเทศ ได้แก่ กฎหมายของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 รวมทั้งประกาศหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง กฎหมายของประเทศแคนาดา คือ พระราชบัญญัติช่วยการเจริญพันธุ์ของมนุษย์ ค.ศ.2004 (Assisted Human Reproductive Act 2004) และกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์) คือ พระราชบัญญัติการตั้งครรภ์แทน ค.ศ.2010 (Surrogacy Act 2010) เนื่องจากกฎหมายของประเทศแคนาดาและเครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์) มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าเช่นเดียวกับประเทศไทยและมีประสบการณ์ในการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อควบคุมแก้ปัญหาการดำเนินการตั้งครรภ์แทนก่อนประเทศไทย การศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายจากประเทศซึ่งบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมการดำเนินการดังกล่าวและมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกันย่อมจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพ

เครื่องมือที่ใช้ในการวิจัย

การวิจัยนี้นำบทบัญญัติของกฎหมายของประเทศไทย ประเทศแคนาดา และเครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์) มาศึกษาวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทน โดยใช้แนวคิดทฤษฎีการลงโทษทางอาญามาใช้ในการศึกษาวิเคราะห์เพื่อค้นหามาตรการทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ

การเก็บรวบรวมข้อมูล

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ด้วยวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยรวบรวมข้อมูลจากเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นตัวบทกฎหมาย ตำรา บทความ วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ งานวิจัย และข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

การวิเคราะห์ข้อมูล

การวิจัยนี้ดำเนินการวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายและบทกำหนดโทษของกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครุฑแทนของประเทศไทย ประเทศแคนาดา และเครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์) โดยนำแนวคิดทฤษฎีการลงโทษทางอาญามาศึกษาวิเคราะห์ เพื่อค้นหาแนวทางพัฒนากฎหมายที่มีประสิทธิภาพ

สรุปผลการวิจัย

1. การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครุฑแทนมีวิวัฒนาการมาจากการบำบัดรักษาการมีบุตรยาก ในอดีตใช้วิธีการผสมเทียมต่อมาพัฒนาเป็นวิธีการตั้งครุฑแทน จากแนวคิดความต้องการสืบทอดดำรงเผ่าพันธุ์ของมนุษย์แก้ไขปัญหามีบุตรยากหรือไม่สามารถมีบุตรได้ประเทศต่าง ๆ ได้บัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมการตั้งครุฑแทนมิให้ถูกนำไปใช้ในทางมิชอบโดยนำทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญาและทฤษฎีการลงโทษทางอาญามาใช้ในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพร้ายแรงของความผิดที่รัฐเห็นว่ามี ความจำเป็นต้องควบคุมเพื่อข่มขู่ยังการกระทำความผิด และคุ้มครองความปลอดภัยแก่สาธารณะชน

2. กฎหมายของประเทศไทยได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มุ่งควบคุมการดำเนินการตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าและมีให้นำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไปใช้ในทางมิชอบแต่ยังขาดความชัดเจนในการกำหนด คำนียาม การกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบการกำหนดบทลงโทษที่ยังไม่เหมาะสมกับสภาพร้ายแรงแห่งความผิดและยังไม่มี มาตรการให้ความคุ้มครองผู้เกี่ยวข้องอย่างครอบคลุม ส่วนกฎหมายของประเทศแคนาดาได้กำหนดมาตรการทางกฎหมาย มุ่งควบคุมการดำเนินการตั้งครุฑแทนซึ่งมีผลประโยชน์ตอบแทนและมีให้นำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของมนุษย์ไปใช้ในทางมิชอบ โดยกำหนดบทลงโทษทั้งจำคุกและปรับ ในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการการเจริญพันธุ์ของมนุษย์เพื่อข่มขู่ ยับยั้งป้องปรามการกระทำความผิดโดยกำหนดโทษ 2 ระดับ คือ กรณีความผิดอุกฉกรรจ์มีโทษปรับไม่เกิน 500,000 ดอลลาร์ แคนาดา หรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ กรณีที่มิใช่ ความผิดอุกฉกรรจ์มีโทษปรับ ไม่เกิน 250,000 ดอลลาร์แคนาดา หรือจำคุกไม่เกิน 4 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ และกฎหมายของ

เครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์) ได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายมุ่งควบคุมการดำเนินการดำเนินการตั้งครุฑแทนเชิงพาณิชย์และการคุ้มครองเด็กและผู้เกี่ยวข้องกับการดำเนินการ ตั้งครุฑแทน โดยการกำหนดค่านียามเกี่ยวกับการดำเนินการ ตั้งครุฑแทน เชิงพาณิชย์ คำนียามเกี่ยวกับค่าใช้จ่าย ที่สามารถจ่ายได้ การกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของบุคลากรทางการแพทย์ให้มีความชัดเจน รวมทั้งกำหนดการให้ความ คุ้มครองข้อมูลและวัตถุที่เกิดจากการดำเนินการตั้งครุฑแทนไว้ โดยเฉพาะเจาะจง และการคุ้มครองครอบคลุมภายหลังที่เกิดเกิด จากการดำเนินการตั้งครุฑแทนแล้ว

3. จากการวิเคราะห์ปัญหามาตรการทางกฎหมายพบว่า กฎหมายของประเทศแคนาดากำหนดบทลงโทษหลายมาตรการ สูงกว่ากฎหมายไทยโดยกำหนดให้มีโทษทางอาญาทั้งโทษจำคุก และปรับ ได้แก่ มาตรการห้ามมิให้ซื้อขายนำเข้าส่งออกอสุจิ ไข่ หรือ ตัวอ่อน มาตรการควบคุมการสร้าง การเก็บรักษา การใช้ ประโยชน์ การทำให้สิ้นสภาพและการเลือกเพศตัวอ่อน แตกต่าง จากกฎหมายของประเทศไทยซึ่งบัญญัติให้เป็นเพียงโทษทาง จริยธรรมสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น ส่วนใน กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์) กำหนด มาตรการ มีความชัดเจนและครอบคลุมมากกว่ากฎหมายไทย ได้แก่ การกำหนดค่านียามของการตั้งครุฑแทนเชิงพาณิชย์และ คำนียามของค่าใช้จ่ายในการตั้งครุฑแทนที่สามารถจ่ายได้ การ กำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของบุคลากรทางการแพทย์ให้ชัดเจน กำหนดการคุ้มครองข้อมูลหรือวัตถุของผู้เกี่ยวข้องไว้โดย เฉพาะเจาะจง และการกำหนดการคุ้มครองเด็กครอบคลุม หลังจากเด็กเกิด ซึ่งกฎหมายของประเทศไทยมิได้กำหนด มาตรการทางกฎหมายที่มีโทษทางอาญาให้มีความชัดเจน ครอบ คลุม การให้ความคุ้มครองและมีประสิทธิภาพในการควบคุมการ ดำเนินการตั้งครุฑแทนอย่างเพียงพอ

4. ข้อเสนอแนะจากการศึกษาปัญหามาตรการทาง กฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์โดยวิธีการตั้งครุฑแทน มาตรการทางกฎหมายของ ประเทศไทยที่มีอยู่ยังไม่ชัดเจน ครอบคลุม ทั้งการกำหนด คำนียาม ขอบเขตความรับผิดชอบ บทลงโทษที่มีประสิทธิภาพในการ ข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิด การให้ความคุ้มครองข้อมูลหรือ วัตถุของเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนและผู้เกี่ยวข้อง และการ ให้ความคุ้มครองครอบคลุมภายหลังจากเด็กเกิดจากการตั้งครุฑ แทนอย่างครอบคลุม ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ

คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 โดยอาศัยกลไกของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.2562 โดยเพิ่มคำนิยามในมาตรา 3 กำหนดคำนิยาม คำว่า “การตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า” และ “ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการตั้งครรภ์แทนที่สามารถจ่ายได้” กำหนดขอบเขตความรับผิดชอบและช้อยกเว้นความรับผิดชอบของบุคลากรทางการแพทย์ให้มีความชัดเจน โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 21/1 และแก้ไขมาตรา 48 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรการทางกฎหมายและบทกำหนดโทษที่เกี่ยวกับการซื้อขาย นำเข้า ส่งออก ซึ่งอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนกรณีที่เป็นการกระทำเพื่อดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าและให้มีบทกำหนดโทษที่สูงขึ้นเทียบเท่าการกระทำผิดฐานดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 41/1 และแก้ไข มาตรา 48 แก้ไขบทกำหนดโทษ การสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน และการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน ให้เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญาเท่าเทียมกันไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือไม่ในมาตรา 52 แก้ไขและเพิ่มเติมบทกำหนดโทษที่เกี่ยวกับการเลือกเพศของตัวอ่อนในมาตรา 18 ให้เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา ในมาตรา 52 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรการทางกฎหมายและบทกำหนดโทษเพื่อคุ้มครอง วัตถุ ข้อมูล หรือสิ่งอื่นใดที่เกิดจากการตั้งครรภ์ โดยเพิ่ม มาตรา 54 และมาตรา 55 และแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การตรวจสอบและประเมินข้อมูลประวัติการกระทำผิดทางอาญาที่กระทำกับเด็กเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้ครอบคลุมภายหลังเด็กเกิด

อภิปรายผลการวิจัย

1. ปัญหามาตรการทางกฎหมายไม่มีกำหนด คำนิยามที่ชัดเจนครอบคลุมเพียงพอ กฎหมายของประเทศไทย ไม่ได้กำหนดคำนิยามของการดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าและคำนิยามของค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าไว้โดยเฉพาะ ส่วนกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์) ได้กำหนดมาตรการชัดเจนกว่ากฎหมายของประเทศไทยโดยกำหนดคำนิยาม “การตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์” ไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่า หมายถึง การตั้งครรภ์แทนที่บุคคลรับเงินรางวัล หรือผลประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่น

นอกจากค่าใช้จ่ายในการคลอดตามปกติ สำหรับตนเองหรือผู้อื่น เพื่อตกลงเข้าสู่การดำเนินการตั้งครรภ์แทนหรือเพื่อสละอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน (Surrogacy Act 2010 Section 10) และกำหนดคำนิยามของ “ค่าใช้จ่ายสำหรับการตั้งครรภ์แทนของหญิงรับตั้งครรภ์แทนที่สามารถจ่ายได้” ได้แก่ ค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลในการดำเนินการหรือการพยายามให้มีการตั้งครรภ์ ค่าใช้จ่ายในการตั้งครรภ์หรือการคลอดบุตร รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดำเนินการของมารดาผู้ให้กำเนิดและคู่สมรสในการจัดการตั้งครรภ์แทนและการดำเนินการกระบวนการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำคำสั่งให้เป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน (Surrogacy Act 2010 Section 11) อันเป็นการสร้างมาตรการทางกฎหมายที่แน่นอนให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องการดำเนินการตั้งครรภ์แทนทำให้ได้ทราบขอบเขตที่แน่นอนชัดเจนจากคำนิยามนำไปสู่การป้องกันการฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าซึ่งเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา

2. ปัญหามาตรการทางกฎหมายที่ไม่มีการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของบุคลากรทางการแพทย์ผู้มีบทบาทสำคัญในการดำเนินการตั้งครรภ์แทนคือแพทย์ซึ่งเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญด้านการแพทย์กฎหมายของประเทศไทยมิได้กำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของแพทย์ไว้ ส่วนกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์) ได้กำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของแพทย์ไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดให้บริการทางการแพทย์โดยรู้ยู่่าผู้นั้นเป็นคู่สัญญาในการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ การฝ่าฝืนมีโทษปรับสูงสุดไม่เกิน 100 หน่วย หรือจำคุกไม่เกิน 3 ปี อย่างไรก็ตามผู้นั้นไม่ต้องรับผิดชอบหากเป็นการให้บริการทางการแพทย์แก่หญิงหลังจากที่ได้ตั้งครรภ์แล้ว (Surrogacy Act 2010 Section 58) อันเป็นการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาของบุคลากรทางการแพทย์เพื่อป้องกันการให้บริการทางแพทยก่อนการดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าและการยกเว้นความรับผิดชอบในการให้บริการทางการแพทย์หลังจากตั้งครรภ์มาแล้วหากเป็นการช่วยเหลือผู้ป่วยตามหลักวิชาชีพ อันจะเป็นประโยชน์ต่อการรักษาชีวิตผู้ป่วยในสถานการณ์ที่เสี่ยงอันตรายต่อชีวิตอย่างการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรแม้จะรู้ว่าเป็นการดำเนินการตั้งครรภ์แทน เพื่อประโยชน์ทางการค้าก็ตาม บุคลากรทางการแพทย์ที่เข้ามาเกี่ยวข้องย่อมได้รับความคุ้มครองไม่มีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนการดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า

3. ปัญหามาตรการทางกฎหมายกำหนดโทษไม่ได้สัดส่วนกับสภาพร้ายแรงของความผิด กรณี การห้ามมิให้ซื้อขาย นำเข้า ส่งออก ซึ่ง อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน

กฎหมายของประเทศไทยกำหนดห้ามมิให้มีการซื้อขาย นำเข้า ส่งออก ซึ่งอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน ในมาตรา 41 การฝ่าฝืนมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 51 ส่วนกฎหมายของประเทศแคนาดาได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ใด ซื้อ เสนอซื้อ หรือโฆษณา เพื่อซื้อ อสุจิ หรือไข่ จากผู้บริจาคหรือบุคคลที่เป็นตัวแทนของ ผู้บริจาค (Assisted Human Reproductive Act S.C.2004, Section 7(1)) การฝ่าฝืนมีโทษทางอาญา กรณีความผิดอุกฉกรรจ์มีโทษปรับไม่เกิน 500,000 ดอลลาร์แคนาดา หรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ กรณีที่มีใช้ความผิดอุกฉกรรจ์มีโทษปรับ ไม่เกิน 250,000 ดอลลาร์แคนาดา หรือจำคุกไม่เกิน 4 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ (Assisted Human Reproductive Act S.C.2004, Section 60) อันเป็นการกำหนดอัตราโทษสูงให้ได้สัดส่วนกับสภาพร้ายแรงของพฤติกรรมที่รัฐเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญที่จำเป็นต้องควบคุมป้องปรามการกระทำความผิดเทียบเท่ากับการดำเนินการตั้งครุฑแทนเชิงพาณิชย์ การกำหนดอัตราโทษของประเทศแคนาดาจึงส่งผลร้ายต่อผู้กระทำความผิดมากกว่าผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับตามกฎหมายการลงโทษทางอาญาของทฤษฎีอรรถประโยชน์ย่อมส่งผลต่อประสิทธิภาพในการข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิดมากกว่ากฎหมายของประเทศไทย

4. ปัญหามาตรการทางกฎหมายที่กำหนดโทษไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมและผู้ที่มีใช้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม

กฎหมายของประเทศไทยกำหนดบทลงโทษแตกต่างกันระหว่างผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ประกอบการวิชาชีพ เวชกรรมและผู้ที่มีใช้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมโดยกำหนดให้เป็นโทษทางจริยธรรมสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม ส่วนผู้กระทำความผิดที่มีใช้ ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมกำหนดให้มีโทษทางอาญา โดยได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม ดำเนินการสร้าง เก็บรักษา ใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือ ทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน โดยไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนด หรือทำการเก็บรักษาหรือใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่า 14 วันนับแต่วันปฏิสนธิ ตามมาตรา 17 การฝ่าฝืนให้ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม ตามมาตรา 45 และกำหนดให้กรณีผู้ประกอบการ

วิชาชีพเวชกรรมที่ประสงค์จะใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัย ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการศึกษาวิจัยตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่า 14 วัน นับแต่วันปฏิสนธิ จะกระทำมิได้ ตามมาตรา 37 ซึ่งมาตรา 37 บัญญัติให้ หากผู้ใด มีใช้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมทำการการศึกษาวิจัยตัวอ่อนดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 52 ส่วนกฎหมายของประเทศแคนาดานั้นกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดกระทำความผิดของตัวอ่อนภายนอกร่างกายของหญิง ภายหลังจากวันที่ 14 ของการเจริญเติบโต หลังจากการปฏิสนธิ (Assisted Human Reproductive Act S.C.2004, Section 5(1)(d)) การฝ่าฝืนมีโทษทางอาญา กรณีความผิดอุกฉกรรจ์ มีโทษปรับไม่เกิน 500,000 ดอลลาร์แคนาดาหรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ กรณีที่มีใช้ความผิดอุกฉกรรจ์ มีโทษปรับไม่เกิน 250,000 ดอลลาร์แคนาดา หรือจำคุกไม่เกิน 4 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ (Assisted Human Reproductive Act S.C.2004, Section 60) จึงเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศแคนาดากำหนดให้เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญาในระดับเดียวกันไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมหรือไม่ มิได้กำหนดให้เป็นเพียงโทษทางจริยธรรมสำหรับผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น ซึ่งส่งผลกระทบน้อยกว่าโทษทางอาญา จึงส่งผลกระทบท่อผู้กระทำความผิดอย่างเท่าเทียมกัน อันส่งผลต่อประสิทธิภาพในการข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิดมากกว่ากฎหมายของประเทศไทย ตามทฤษฎีการลงโทษทางอาญาของทฤษฎีอรรถประโยชน์

5. ปัญหามาตรการทางกฎหมายกำหนดโทษเพียงโทษทางจริยธรรมแห่งวิชาชีพเท่านั้น มิได้กำหนดโทษทางอาญาในกรณีกระทำการเลือกเพศตัวอ่อนที่ส่งผลต่อประสิทธิภาพในการข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิด

กฎหมายของประเทศไทยกำหนดห้ามมิให้ กระทำการเลือกเพศตัวอ่อน ตามมาตรา 18 หากฝ่าฝืนให้ ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม ตามมาตรา 45 ส่วนกฎหมายของประเทศแคนาดาได้กำหนดห้ามมิให้กำหนดเพศของตัวอ่อน (Assisted Human Reproductive Act S.C.2004, Section 5(1)(e)) การฝ่าฝืนมีโทษทางอาญา กรณีความผิดอุกฉกรรจ์มีโทษปรับไม่เกิน 500,000 ดอลลาร์แคนาดา หรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ กรณีที่มีใช้ความผิดอุกฉกรรจ์ มีโทษปรับไม่เกิน 250,000

ดอลลาร์แคนาดา หรือจำคุกไม่เกิน 4 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ (Assisted Human Reproductive Act .C.2004, Section 60) จึงเห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศแคนาดากำหนดให้เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา ในขณะที่กฎหมายของประเทศไทยกำหนดให้เป็นเพียงโทษทางจริยธรรมแห่งวิชาชีพเท่านั้น การเลือกเพศตัวอ่อน เป็นการกระทำในทางการแพทย์ ซึ่งบุคคลทั่วไปย่อมไม่อาจทราบหรือตรวจสอบได้โดยง่าย การฝ่าฝืนกฎหมายเพื่อประโยชน์ทางการค้าจึงอาจกระทำได้โดยง่าย ดังนั้น การกำหนดให้มีโทษทางอาญาของประเทศแคนาดาย่อมส่งผลต่อประสิทธิภาพในการข่มขู่ยับยั้งการกระทำผิดต่อการชั่งน้ำหนักผลดีผลเสียระหว่างประโยชน์กับโทษที่จะได้รับจากการกระทำ ความผิดได้มากกว่ากฎหมายไทยที่กำหนดให้เป็นเพียงโทษทางจริยธรรมเท่านั้น ตามทฤษฎีการลงโทษทางอาญาของทฤษฎีอรรถประโยชน์

6. ปัญหามาตรการทางกฎหมายที่ยังไม่มีการกำหนดให้ความคุ้มครองวัตถุหรือข้อมูลของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนและผู้เกี่ยวข้องไว้โดยเฉพาะเจาะจง

กฎหมายของประเทศไทยยังมิได้กำหนดมาตรการในการให้ความคุ้มครองผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการดำเนินการตั้งครรภ์แทนที่จะต้องไม่ถูกใช้และเผยแพร่ สิ่งที่เป็นวัตถุหรือข้อมูลที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์แทนรวมถึงสิ่งที่ระบุตัวตนของบุคคลที่เกิดจากการดำเนินการตั้งครรภ์แทนไว้โดยเฉพาะเจาะจง ส่วนกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์) ได้กำหนดมาตรการให้ความคุ้มครองไว้โดยเฉพาะเจาะจง โดยกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดใช้วัตถุอันเป็นการระบุถึงตัวตนหรือนำไปสู่การระบุถึงตัวตนของบุคคลซึ่งเป็นเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หรือคู่กรณีที่เกี่ยวข้องโดยปราศจากความยินยอม (Surrogacy Act 2010 Section 53(1)) ทั้งยังกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเผยแพร่สิ่งที่ระบุถึงตัวตนของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตั้งครรภ์แทนโดยไม่ได้รับความยินยอม (Surrogacy Act 2010 Section 53(2)) ฝ่าฝืนมีโทษทางอาญา ทั้งกรณีบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลกระทำความผิด กรณีบุคคลธรรมดากระทำความผิดมีโทษปรับไม่เกิน 100 หน่วย หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี กรณีนิติบุคคลกระทำความผิดมีโทษปรับไม่เกิน 1000 หน่วย โดย 1 หน่วย อันเป็นการกำหนดโทษสำหรับนิติบุคคล ให้มีโทษปรับมากกว่าบุคคลธรรมดาถึงสิบเท่า ซึ่งเป็นโทษที่มีความเหมาะสมต่อการข่มขู่ยับยั้งมิให้นิติบุคคลซึ่งกระทำการโดยผู้แทนของนิติบุคคลได้ชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ที่จะได้รับกับโทษปรับที่เป็นผลร้ายต่อทรัพย์สินที่

จะต้องสูญเสียเนื่องจากการกระทำผิดตามทฤษฎีการลงโทษทางอาญาในทฤษฎีอรรถประโยชน์ย่อมเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนได้อย่างครอบคลุมและเป็นการข่มขู่ยับยั้งการกระทำผิดทั้งต่อบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลได้อย่างมีประสิทธิภาพ

7. ปัญหามาตรการทางกฎหมายที่ยังไม่มีมาตรการให้ความคุ้มครองเด็กครอบคลุมหลังจากเด็กเกิด

กฎหมายของประเทศไทยยังไม่มีมาตรการให้ความคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเกี่ยวกับการพิจารณาถึงข้อมูลการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับเพศหรือความผิดทางอาญาฐานอื่น ๆ ที่กระทำกับเด็กของผู้ประสงค์จะดำเนินการตั้งครรภ์แทน ส่วนกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย (รัฐควีนส์แลนด์) ได้กำหนดมาตรการในการทำคำสั่งให้เป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนต้องคำนึงถึงกฎหมายอันเกี่ยวกับความผิดทางเพศที่กระทำกับบุคคลในครอบครัวด้วย หากเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะต้องไปอยู่ในครอบครัวที่เคยมีการกระทำความผิดทางเพศกับบุคคลในครอบครัว (Surrogacy Act 2010 Section 39 (4)) อันเป็นการกำหนดมาตรการให้นำข้อมูลการกระทำความผิดทางอาญาที่เกี่ยวกับเพศซึ่งกระทำกับเด็กหรือกับบุคคลในครอบครัวของสามีและภริยาผู้ประสงค์จะดำเนินการตั้งครรภ์แทนมาประกอบการพิจารณาเพื่อให้ความคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนภายหลังจากที่เด็กเกิดมาแล้ว ซึ่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางอาญาที่เกี่ยวกับเพศซึ่งกระทำกับเด็กหรือความผิดทางอาญาในฐานความผิดอื่น ๆ ที่กระทำกับเด็ก พฤติการณ์แห่งการกระทำความผิด รวมถึงจำนวนครั้งแห่งการกระทำความผิด ถือเป็นสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการอย่างหนึ่งที่สำคัญในการดำเนินการตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายต่างประเทศกำหนดให้ความคุ้มครองมากกว่ากฎหมายไทย เพื่อเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพ ความปลอดภัย ความผาสุก และประโยชน์สูงสุดในชีวิตของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาถึงผลกระทบต่อชีวิตของเด็กภายหลังจากที่เด็กได้เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ตั้งครรภ์แทนแล้วด้วย

ข้อเสนอแนะเพื่อการวิจัย

ข้อเสนอแนะเพื่อนำผลการวิจัยไปใช้

1. ปัญหามาตรการทางกฎหมายไม่มีค่านิยมที่ชัดเจน เห็นควรเพิ่มกำหนดค่านิยมคำว่า “การตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า” และ “ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการตั้งครุฑแทนที่สามารถจ่ายได้” ให้มีความชัดเจน ดังนี้

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“การตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า” หมายความว่า การดำเนินการตามขั้นตอนใดๆโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครุฑแทนที่มีการจ่ายเงินรางวัล หรือผลประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่น เพื่อตกลงเข้าสู่การดำเนินการตั้งครุฑแทน นอกจากค่าใช้จ่ายในการคลอดหรือการรักษาพยาบาลตามกระบวนการตั้งครุฑแทนตามปกติ”

“ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการตั้งครุฑแทนที่สามารถจ่ายได้” หมายความว่า ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่สมเหตุสมผลในการดำเนินการตั้งครุฑแทนของหญิงรับตั้งครุฑแทน ในการเข้ารับการรักษากับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมการตรวจประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมก่อนการดำเนินการตั้งครุฑแทนค่ารักษาพยาบาลตามกระบวนการรับตั้งครุฑแทน ค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาภาวะการเจริญพันธุ์ ค่าใช้จ่ายในความเจ็บป่วยที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครุฑแทน ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่สมเหตุสมผลสำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทน ค่าใช้จ่ายเพื่อการประกันสุขภาพการประกันความพิการหรือการประกันชีวิต ค่าของรายได้ที่สูญเสียไปตามความเป็นจริงของหญิงรับตั้งครุฑแทนในกรณีที่ไม่สามารถทำงานได้ด้วยเหตุผลทางการแพทย์เนื่องจากการตั้งครุฑแทนเป็นระยะเวลาไม่เกิน 2 เดือน ค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลอื่น ๆ รวมถึงค่าใช้จ่าย ในการเดินทางและที่พักที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตั้งครุฑแทน”

2. ปัญหามาตรการทางกฎหมายไม่มีการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของบุคลากรทางการแพทย์ เห็นควรกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบและข้อยกเว้นความรับผิดชอบของบุคลากรทางการแพทย์ ให้มีความชัดเจน โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติ มาตรา 21/1 และแก้ไข มาตรา 48 ดังนี้

“มาตรา 24/1 ห้ามมิให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ให้บริการทางการแพทย์ใด ๆ แก่ผู้อื่นโดยรู้หรือว่าผู้นั้นเป็นคู่สัญญา หรือจะเป็นคู่สัญญาในการดำเนินการตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์

ทางการค้า หรือช่วยเหลือให้ผู้อื่นเป็นมารดาตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า เว้นแต่ การให้บริการทางการแพทย์แก่หญิงตั้งครุฑแทนหลังจากที่หญิงนั้นได้ตั้งครุฑมาแล้วเพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาผู้ป่วย”

“มาตรา 48 บัญญัติว่า ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 24 และมาตรา 24/1 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

3. ปัญหามาตรการทางกฎหมายกำหนดบทลงโทษไม่ได้ สัดส่วนกับสภาพร้ายแรงของการกระทำความผิด เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมมาตรการทางกฎหมายและบทกำหนดโทษที่เกี่ยวกับการซื้อขาย นำเข้า ส่งออกซึ่งอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน กรณีที่เป็นการกระทำเพื่อดำเนินการตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าและให้มีบทกำหนดโทษที่สูงขึ้นเทียบเท่าการกระทำความผิดฐานดำเนินการตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 41/1 และแก้ไข มาตรา 48 ดังนี้

“มาตรา 41/1 ห้ามมิให้ผู้ใดซื้อ เสนอซื้อ ขาย นำเข้า หรือส่งออก ซึ่งอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน เพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินการตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า”

“มาตรา 48 บัญญัติว่า ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 24 มาตรา 24/1 และมาตรา 41/1 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

4. ปัญหามาตรการทางกฎหมายกำหนดโทษไม่เท่าเทียมกันจึงควรแก้ไขบทกำหนดโทษ การสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน และการทำให้สั่นสภาพของตัวอ่อน ให้เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญาเท่าเทียมกันไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือไม่ ในมาตรา 52 ดังนี้

“มาตรา 52 ผู้ใดฝ่าฝืน มาตรา 17 และมาตรา 37 ไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือไม่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

5. ปัญหามาตรการทางกฎหมายกำหนดเพียงโทษทางจริยธรรมมิได้กำหนดโทษทางอาญาในความผิดที่อาจส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการช่วยยั้งการกระทำความผิด เห็นควรแก้ไขและเพิ่มเติมบทกำหนดโทษที่เกี่ยวกับการเลือกเพศของตัวอ่อนในมาตรา 18 ให้เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา ในมาตรา 52 ดังนี้

“มาตรา 52 ผู้ใดฝ่าฝืน มาตรา 17 มาตรา 18 และ มาตรา 37 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

6. ปัญหามาตรการทางกฎหมายไม่มีมาตรการคุ้มครองวัตถุหรือข้อมูลของผู้เกี่ยวข้องอย่างครอบคลุมเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมมาตรการทางกฎหมายและบทกำหนดโทษเพื่อคุ้มครองวัตถุ ข้อมูล หรือสิ่งอื่นใดที่เกิดจากการตั้งครุฑ โดยเพิ่ม มาตรา 54 ดังนี้

“มาตรา 54 ห้ามมิให้ผู้ใดใช้วัตถุหรือสิ่งอื่นใดอันเป็นการระบุถึงตัวตนหรือนำไปสู่การระบุถึงตัวตนของบุคคลซึ่งเป็นเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนหรือคู่อุปถัมภ์ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการตั้งครุฑแทน ผู้ใดฝ่าฝืน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง หากผู้กระทำความผิดนั้นเป็นนิติบุคคลหากการกระทำความผิดของนิติบุคคลเกิดจากการสั่งการหรือการกระทำของกรรมการหรือผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น หรือในกรณีที่บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องสั่งการหรือกระทำการและละเว้นไม่สั่งการหรือไม่กระทำการจนเป็นเหตุให้นิติบุคคลนั้นกระทำความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย”

“มาตรา 55 ห้ามมิให้ผู้ใดใช้หรือเผยแพร่ข้อมูลที่จะระบุถึงตัวตนของบุคคลซึ่งเป็นเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนและคู่อุปถัมภ์ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการตั้งครุฑแทน โดยไม่ได้รับความยินยอมของบุคคลนั้นซึ่งมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ขึ้นไปหรือจากบุคคลที่มีอำนาจ ให้ความยินยอมได้ตามกฎหมาย ผู้ใดฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 500,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหากผู้กระทำความผิดนั้นเป็นนิติบุคคลหากการกระทำความผิดของนิติบุคคลเกิดจากการสั่งการหรือการกระทำของกรรมการหรือผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น หรือในกรณีที่บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องสั่งการหรือกระทำการและละเว้นไม่สั่งการหรือไม่กระทำการจนเป็นเหตุให้นิติบุคคลนั้นกระทำความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย”

7. ปัญหามาตรการทางกฎหมายไม่มีมาตรการคุ้มครองคุ้มครองกลุ่มภายหลังเด็กเกิด เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การ

ตรวจสอบและประเมินข้อมูลประวัติการกระทำความผิดทางอาญาที่กระทำกับเด็ก โดยเพิ่มเติม หลักเกณฑ์ ในประกาศแพทยสภา ที่ 95 (3)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข สำหรับ การตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิง ที่รับตั้งครุฑแทน และผู้บริจาค อสุจิ หรือ ไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยเพิ่มเติม ข้อ 2.6 ดังนี้

“2.6 ตรวจสอบและประเมินข้อมูลประวัติการกระทำความผิดทางอาญา การเคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ในความผิดที่เกี่ยวกับเพศที่กระทำกับเด็กหรือการกระทำความผิดทางอาญากรณีอื่นที่กระทำกับเด็กของสามี และภริยาผู้ประสงค์จะมีบุตรซึ่งเป็นผู้ขอรับบริการในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครุฑแทนประกอบพิจารณาอนุญาตให้ดำเนินการตั้งครุฑแทนเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสวัสดิภาพ ความปลอดภัย และประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดจากการการตั้งครุฑแทน”

การปรับปรุงแก้ไขมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครุฑแทนของประเทศไทยจากประเด็นปัญหาที่พบทั้ง 7 ประการย่อมจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการดำเนินการตั้งครุฑแทนในการได้รับความคุ้มครองอย่างครอบคลุมและต่อรัฐในการบรรลุวัตถุประสงค์การรักษาความปลอดภัยสาธารณะและความสงบเรียบร้อยของรัฐในกิจการอันเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครุฑแทนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งยังทำให้การใช้ประโยชน์จากการพัฒนาเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการช่วยแก้ปัญหาภาวะการเจริญพันธุ์ของมนุษย์เป็นไปอย่างปลอดภัยมิให้ถูกนำไปใช้ในทางมิชอบเกิดประโยชน์สูงสุดต่อมนุษยชาติต่อไป

ข้อเสนอแนะสำหรับทำวิจัยครั้งต่อไป

สภาพสังคมปัจจุบันที่คนในสังคมเลือกรูปแบบการดำเนินชีวิตครอบครัวที่เปลี่ยนไปจากอดีตบุคคลเลือกรูปแบบชีวิตโดยไม่มีคู่สมรสมากขึ้นและเมื่อประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่สามารถดำเนินการได้เนื่องจากมิได้มีสถานภาพสมรส นำไปสู่การจ้างบุคคลอื่นมาจดทะเบียนสมรสเพื่อให้มีสถานภาพสมรสแต่ไม่ได้สมรสกันอย่าง

แท้จริงแต่กระทำเพื่อให้เข้าเงื่อนไขการดำเนินการตั้งครรภ์แทน
ตามมาตรการที่กฎหมายกำหนดหรืออาจดำเนินการว่าจ้างผู้อื่น
ตั้งครรภ์แทนอันเป็นการดำเนินการตั้งครรภ์แทนประโยชน์ทาง
การค้าซึ่งเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา จึงควรให้โอกาสบุคคล
ทุกคนอย่างเท่าเทียมกันในการเข้าถึงและมีสิทธิใช้เทคโนโลยีช่วย
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้สามารถเข้าสู่กระบวนการการ
ดำเนินการตั้งครรภ์แทนได้ เพื่อแก้ปัญหาการฝ่าฝืนกฎหมายที่
เกิดจากข้อจำกัดจากสถานภาพ

เอกสารอ้างอิง

- [1] กองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา. คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 4071/2566. ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. 10 พฤศจิกายน 2567. สืบค้นจาก <http://deka.supremecourt.or.th/printing/deka>.
- [2] ณรงค์ ใจหาญ. (2543). กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- [3] ณัฐรัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. (2566). ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. 1 ตุลาคม 2566. สืบค้นจาก https://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/41716_2.pdf.
- [4] ประกาศแพทยสภา ที่ 95 (3)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับ การตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาค อสุจิ หรือ ไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (2558, 4 พฤศจิกายน). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 132 ตอนพิเศษ 280 ง. หน้า 20.
- [5] พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558. (2558, 1 พฤษภาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 132 ตอนที่ 38 ก. หน้า 1-12.
- [6] อมรินทร์ เทเลวิชั่น (2565). สธ. ร่วมมือ ดีเอสไอ กวาดล้างแก๊งอุ้มบุญยกระดับเป็นคดีพิเศษ เพื่อคุ้มครองเด็ก. 31 พฤษภาคม 2565. สืบค้นจาก <https://www.amarintv.com/news/detail/136187>
- [7] Government of Canada. (2020). “Assisted Human Reproductive Act S.C.2004,c.2”. September 30, 2020. Retrieved from: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/>
- [8] Queenlands Government. (2020). “Surrogacy Act 2010”. December 30,2020. Retrieved from: <https://www.legislation.qld.gov.au/view/whole/html/inforce/current/act-2010-002>