

## บทที่ 4

### บทวิเคราะห์ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน

ในบทนี้จะได้พิจารณาสภาพของปัญหาทางกฎหมายของการรับจ้างตั้งครรภ์ใน ส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางอาญาของประเทศอังกฤษและประเทศอเมริกาเปรียบเทียบกับ ประเทศไทย ในกรณีของการรับจ้างตั้งครรภ์แทนนั้นในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายหรือ บทบัญญัติใด ๆ ในลักษณะที่เป็นการกำหนดความผิดทางอาญาที่จะนำมาใช้บังคับหรือควบคุม ในกรณีที่มีการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นก็ตาม อัน อาจส่งผลกระทบต่อบุคคลหลายฝ่ายและสังคมเพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องพันทั้งในทางจริยธรรมและ ในทางกฎหมายก่อให้เกิดปัญหาครอบครัวซึ่งเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับขนบธรรมเนียมประเพณีและ การดำเนินชีวิตอันละเอียดอ่อนของคนไทย จึงสมควรที่จะมีกฎหมายในลักษณะอาญาในส่วนที่ เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบในทางอาญา ในกรณีของการรับจ้างตั้งครรภ์ เพื่อจะได้นำมาเสนอแนะ ความเห็นในการปรับปรุงกฎหมายในลักษณะอาญามาใช้บังคับให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีที่มี ความเจริญก้าวหน้าไปตามลำดับด้วย

ปัจจุบันนี้เมื่อต้องพิจารณาปัญหาต่างๆทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการรับตั้งครรภ์ แทนจำเป็นต้องนำกฎหมายหลายฉบับมาปรับใช้ในกรณีการตีความประกอบกันแต่ด้วยข้อจำกัด ทางกฎหมายจึงอาจส่งผลที่ไม่พึงประสงค์หรือสมประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายได้

#### 4.1 สถานะทางกฎหมายกรณีการรับจ้างตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

การรับจ้างตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ คือ การที่หญิงผู้หนึ่งรับ ตั้งครรภ์แทนให้กับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ซึ่งมีการทำสัญญาข้อตกลงที่จะส่งมอบเด็กให้กับคู่ สมรสหลังให้กำเนิดเด็กโดยมีค่าตอบแทนที่คู่สมรสต้องจ่ายให้หญิงผู้ตั้งครรภ์แทนตามจำนวนที่ได้ ตกลงกันไว้โดยจะเป็นการศึกษาถึงสถานะทางกฎหมายกรณีการรับจ้างตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ ในเชิงพาณิชย์ของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาเปรียบเทียบกับประเทศไทย

#### 4.1.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษนั้นมีกฎหมายที่ใช้บังคับกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยกฎหมายฉบับพระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน ค.ศ. 1985 นี้เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อควบคุมไม่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ โดยพระราชบัญญัตินี้จะถูกระงับใช้กับข้อตกลง

ที่ทำขึ้นก่อนผู้รับตั้งครรภ์แทนจะตั้งครรภ์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนไปเลี้ยงดู ดังนั้นพระราชบัญญัตินี้จะไม่ใช้บังคับกับข้อตกลงที่ทำขึ้นหลังจากที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ตั้งครรภ์ขึ้นแล้ว โดยมีมาตราที่สำคัญดังต่อไปนี้

มาตรา 2 บัญญัติว่า การติดต่อ จัดหา หรือเข้าร่วมเจรจาต่อรองสัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนในทางการค้าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

หมายความว่า การจัดให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยผู้จัดการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ ซึ่งรวมทั้งการรวบรวมข้อมูลข่าวสารเพื่อใช้ในการกระทำการดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

ดังนั้นการที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนที่ให้คำปรึกษาและ/หรือจัดหาผู้รับตั้งครรภ์แทนและ/หรือผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนโดยมิได้มุ่งหากำไรในเชิงพาณิชย์จึงไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ แต่อย่างไรก็ตามแม้จะมีการจ่ายเงินให้หรือให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนและแม้จะเป็นการกระทำในเชิงพาณิชย์ก็ตาม แต่หากว่าผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้จ่ายเงินหรือให้ผลประโยชน์ดังกล่าวแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้ไม่ถือเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เพราะด้วยเหตุผลที่ว่าเพื่อมิให้เด็กที่เกิดมาต้องมีมลทินจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย

มาตรา 3 ห้ามมิให้มีการโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนการโฆษณาที่ชักจูงให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เช่น การโฆษณาหาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือผู้รับตั้งครรภ์แทนแล้วแต่กรณี ซึ่งทั้งผู้โฆษณาและสื่อที่ลงโฆษณาก็ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ แม้ว่าจะเป็นการโฆษณาตามผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือผู้รับตั้งครรภ์แทนร้องขอก็ตาม<sup>1</sup>

จากที่ได้ศึกษาพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในส่วนพระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน ค.ศ. 1985 ของประเทศอังกฤษแล้ว ทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้มุ่งที่จะเอาผิดกับผู้จัดการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์โดยตรง ในกรณีที่มีการตกลงทำสัญญากันนั้นในระหว่างคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทนไม่มีความผิดอาญาไม่ว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะเพื่อผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ มีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตามและสัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทน

---

<sup>1</sup>Peter de Cruz, Comparative Healthcare Law, (Cavendish Publishing Limited, 2001), p.176.

กับผู้ขอให้ตั้งครุฑแทน และ/หรือสัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครุฑแทนกับผู้รับตั้งครุฑแทน สามารถแบ่งได้ 2 กรณี คือ

ก. สัญญาที่ผู้จัดการตั้งครุฑแทนเข้าทำสัญญาเพื่อผลกำไรในเชิงพาณิชย์ การทำสัญญาดังกล่าวผู้จัดการตั้งครุฑแทนนั้นจะมีความผิดอาญา

ข. สัญญาที่ผู้จัดการตั้งครุฑแทนเข้าทำสัญญาโดยมิได้มุ่งหมายเพื่อผลกำไรในเชิงพาณิชย์ผู้จัดการตั้งครุฑแทนนั้นไม่มีความผิดอาญา

กล่าวโดยสรุปก็คือในกฎหมายของประเทศอังกฤษฉบับพระราชบัญญัติการจัดการตั้งครุฑแทน ค.ศ. 1985 นั้นห้ามเฉพาะคนกลางมิให้แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากการรับตั้งครุฑแทนเท่านั้น แต่มิได้ห้ามมิให้คนกลางดำเนินการให้คำปรึกษาหรือจัดหาหนิงเพื่อรับจ้างตั้งครุฑแทน หากการดำเนินการนั้นมีได้มุ่งทางการค้าหรือหากำไรและกฎหมายฉบับนี้สนับสนุนแนวความคิดที่ว่า การแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์โดยคนกลางจากการรับตั้งครุฑแทนเท่านั้นที่เป็นสิ่งที่น่ารังเกียจส่วนการรับตั้งครุฑแทนในตัวเองเป็นสิ่งที่กระทำได้ แม้จะเป็นการกระทำในทางพาณิชย์ก็ตาม

นอกจากการห้ามคนกลางในการดำเนินการจัดหาหนิงเพื่อรับตั้งครุฑแทนในเชิงพาณิชย์แล้ว มาตรา 3 ของกฎหมายดังกล่าวข้างต้นยังห้ามมิให้มีการโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครุฑแทนด้วย ไม่ว่าการโฆษณานั้นจะเป็นไปเพื่อหาหนิงมารับตั้งครุฑแทนหรือเพื่อหาคู่สมรสที่ต้องการว่าจ้างให้มีการรับตั้งครุฑแทน นอกจากนั้นกฎหมายมาตรานี้ยังเอาผิดแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาเช่น เจ้าของ บรรณาธิการ และผู้พิมพ์โฆษณาหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์อื่นที่มีการลงโฆษณานั้น รวมทั้งผู้แจกจ่ายหรือกระจายข้อความโฆษณานั้นทางสื่ออื่นๆ อีกด้วย

#### 4.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีส่วนที่แตกต่างกับประเทศอังกฤษอย่างเห็นได้ชัดคือ สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีคนกลางหรือผู้จัดการตั้งครุฑแทนที่คอยอำนวยความสะดวกในการหาผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนหรือผู้รับตั้งครุฑแทนให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายอย่างมากมาย ตั้งแต่ช่วงปลายของคริสต์ศักราช 1970 ผู้รับตั้งครุฑแทนและผู้จัดการตั้งครุฑแทนเริ่มให้ความสนใจในการจัดการดำเนินการการตั้งครุฑแทน และได้มีการเสนอให้บริการดังกล่าว เช่น การคัดเลือกหาหนิงผู้รับตั้งครุฑแทน ให้คำแนะนำต่างๆ แก่หนิงผู้รับตั้งครุฑแทน และจัดให้มีการผสมเทียมในนามของผู้ขอให้ตั้งครุฑแทน เพื่อแลกกับค่านายหน้า ซึ่งส่วนใหญ่กระทำผ่านการโฆษณาทางอินเทอร์เน็ต<sup>2</sup>ซึ่งสหรัฐอเมริกานั้นไม่มีกฎหมายห้ามโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครุฑแทนและห้าม

<sup>2</sup>Ibid., p.460.

มิให้มีผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ เพราะสังคมอเมริกาเป็นสังคมที่แสวงหาความเป็นเลิศ ให้แก่ชีวิตจึงไม่มีข้อคัดค้านในเรื่องที่จะให้ผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนที่เป็นมืออาชีพที่มีความสามารถ เป็นผู้จัดหาผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนและผู้รับตั้งครรรภ์แทนให้มาทำสัญญารับตั้งครรรภ์แทนกัน แต่ ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นจำนวนมาก มีคลินิกระดับสถานพยาบาลขนาดใหญ่ที่เป็นศูนย์ช่วยการเจริญพันธุ์จำนวนมาก แต่ในทาง กลับกันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นสาขาการแพทย์ที่มีการควบคุมกำกับดูแลน้อยที่สุด โดย ไม่มีการขึ้นทะเบียนหรือขอใบอนุญาตเหมือนเช่นในประเทศอังกฤษ<sup>3</sup>จากการศึกษากฎหมายการ ตั้งครรรภ์แทนของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่าประเทศนี้ไม่มีกฎหมายระดับรัฐบาลกลางที่มีผล บังคับใช้ในทุกๆ รัฐในประเทศนี้ แต่กลับมีกฎหมายที่แตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ ซึ่งมีผลบังคับใช้ เฉพาะเจาะจง ในรัฐนั้นๆ เท่านั้น โดยสามารถแบ่งได้เป็นกลุ่มใหญ่ๆ ดังนี้

กลุ่มแรก เห็นว่าสัญญาการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นโมฆะ และไม่มีผลบังคับใช้ทาง กฎหมาย พร้อมทั้งมีบทลงโทษทางอาญาด้วย

กลุ่มที่สอง สัญญาการรับตั้งครรรภ์แทนไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลบังคับ ตามกฎหมาย

กลุ่มที่สาม ถือว่าสัญญาการรับตั้งครรรภ์แทนชอบด้วยกฎหมายและสามารถนำมา ฟ้องร้องบังคับคดีได้

กลุ่มที่สี่ ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนระบุไว้

สำหรับในกลุ่มแรกนี้ เห็นว่าสัญญาการตั้งครรรภ์แทนเป็นโมฆะ และไม่มีผลบังคับ ใช้ทางกฎหมาย พร้อมทั้งมีบทลงโทษทางอาญาอย่างชัดเจนสำหรับผู้ที่ฝ่าฝืน ซึ่งแต่ละรัฐก็จะมี กฎเกณฑ์และบทลงโทษที่แตกต่างกันออกไป ไม่ว่าจะเป็นโทษปรับหรือโทษจำคุก

สืบเนื่องจากการที่ไม่มีกฎหมายระดับรัฐบาลกลางเพื่อบังคับใช้ หากมีคดีความ เกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทนเกิดขึ้น ปกติแล้วจะถือเอาความเห็นของศาลถือเป็นที่สุด โดยศาลจะ พิจารณาจาก ความตั้งใจในการทำการตั้งครรรภ์แทน สัญญาข้อตกลง ความเกี่ยวพันทาง พันธุกรรม การตั้งครรรภ์ครั้งนั้นๆ รวมไปถึงการพิจารณาจากประโยชน์ที่เด็กจะได้รับด้วย

---

<sup>3</sup>ณัฐวิวรรณ อภิสหธิโยธิน, "การตั้งครรรภ์ : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและ มรดก," (วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2543) หน้า

#### 4.1.3 สรุปและความเห็นของผู้เขียนเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายกรณีการรับจ้างตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

จากการได้ศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายกรณีการรับจ้างตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วทำให้พบว่าทั้งประเทศอังกฤษนั้นถือว่าการรับจ้างตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์นั้นสามารถกระทำได้ไม่มีความผิดตามกฎหมายอาญาตราบโดที่ผู้รับจ้างตั้งครุฑยินยอมและเต็มใจทำด้วยตนเองเท่านั้น แต่กฎหมายกลับไปเอาผิดกับคนกลางมิให้แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากการรับตั้งครุฑแทน แต่ก็ไม่ได้ห้ามที่จะให้คนกลางสามารถให้คำปรึกษาแนะนำหรือจัดหาผู้รับตั้งครุฑแทนแต่มีข้อแม้ว่าการให้คำปรึกษาแนะนำหรือจัดหานั้นต้องไม่แอบแฝงหรือมุ่งหวังผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ การค้า หรือกำไรใดๆทั้งสิ้น ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเป็นประเทศที่มีอิสรเสรีภาพส่วนบุคคลที่สูงมาก การกระทำใดๆที่ถือได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นไม่สามารถกระทำได้ ทำให้เกิดคนกลางหรือผู้จัดการตั้งครุฑแทนที่คอยอำนวยความสะดวกในการหาผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนหรือผู้รับตั้งครุฑแทนให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายอย่างมากมาย

กฎหมายในรูปแบบนี้ห้ามเฉพาะการรับตั้งครุฑแทนที่มีการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เช่น มีการว่าจ้างให้หญิงอื่นเข้ารับตั้งครุฑแทนโดยจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงนั้นแต่ไม่ได้ห้ามการรับตั้งครุฑแทนที่ไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้อง ประเทศที่ใช้กฎหมายในลักษณะนี้คือ บางมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาคือมิชิแกน ยูทาห์ วอชิงตัน นิวเจอร์คเคนตักกี และดิสทริคคอปโคลัมเบีย โดยกฎหมายเหล่านี้จะมีบทกำหนดโทษของการรับตั้งครุฑแทนที่ต้องห้ามตามกฎหมายแตกต่างกันไป บางกรณีมีแต่โทษปรับเท่านั้น แต่บางกรณีก็มีโทษจำคุกด้วย

การที่กฎหมายในรูปแบบนี้ห้ามเฉพาะการรับตั้งครุฑแทนเชิงพาณิชย์เท่านั้นทำให้เกิดปัญหาในการแยกแยะว่า การกระทำเช่นใดถือได้ว่าเป็นการรับตั้งครุฑแทนเชิงพาณิชย์ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย และการกระทำเช่นใดไม่ถือได้ว่าเป็นการรับตั้งครุฑเชิงพาณิชย์ ซึ่งกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ ในบางประเทศจึงต้องออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดว่าการจ่ายค่าตอบแทนในลักษณะนอกจากปัญหาความคลุมเครือดังกล่าวแล้ว การบังคับใช้กฎหมายก็มีความยากลำบากขึ้นด้วย เพราะการดำเนินคดีอาญาแก่บุคคลที่ต้องหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องสามารถพิสูจน์ให้เห็นว่ามีการจ่ายค่าตอบแทนในลักษณะดังกล่าวจริง

ซึ่งแม้จะเป็นปัญหาเกี่ยวกับการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีก็ตามแต่ก็เป็นปัญหาและอุปสรรคสำคัญอย่างหนึ่งในการบังคับใช้กฎหมายได้ อย่างไรก็ดี กฎหมายในลักษณะเช่นนี้ถือได้ว่าการยอมรับสิทธิของคู่สมรสและหญิงที่รับตั้งครุฑแทนได้ดีในระดับหนึ่ง เพราะไม่ได้ปิดกั้นการรับตั้งครุฑแทนทุกประเภทเสียทีเดียว แต่เปิดโอกาสให้มีการรับตั้งครุฑแทนในกรณี

ไม่มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องได้ ซึ่งถือว่าเป็นการเคารพสิทธิของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรให้สามารถมีบุตรได้ตามความประสงค์ แต่ก็ยังเป็นการคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ให้เกิดแสวงหาประโยชน์จากเนื้อตัวร่างกายของหญิงนั้นด้วยอำนาจเงินหรืออิทธิพลอย่างอื่นด้วย

สรุปได้ว่าการการรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์เท่านั้นที่เป็นที่ห้ามในประเทศอังกฤษ ทั้งนี้รวมไปถึงการโฆษณาชวนเชื่อ การชักจูง และการเป็นคนกลางจัดการให้มีการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ขึ้นมา ก็ถือมีความผิดทางอาญาทั้งสิ้น

#### 4.2 สถานะทางกฎหมายกรณีการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นความผิดทางอาญา

##### 4.2.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษได้ตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนมาใช้บังคับโดยเฉพาะขึ้นเป็นประเทศแรกของโลก ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน ค.ศ. 1985 และ พระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์ตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 ซึ่งก็มีวัตถุประสงค์ในการที่จะใช้บังคับควบคุมแตกต่างกัน คือ กฎหมายฉบับแรกมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมไม่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ โดยถือว่าการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยคนกลาง ตลอดจนการโฆษณาชักจูงให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ส่วนกฎหมายฉบับหลังมีวัตถุประสงค์หลักที่จะควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการวิจัยในตัวอ่อนมนุษย์จากการศึกษาในกฎหมายของประเทศอังกฤษทั้งสองฉบับนี้แล้วนั้นพบว่า การตั้งครรภ์แทนไม่เป็นความผิดอาญาและสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่เป็นสัญญาที่ต้องห้ามตามกฎหมายสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษแต่ไม่อาจใช้บังคับได้ กฎหมายการตั้งครรภ์แทนนั้น ได้ระบุไว้ด้วยว่า สัญญาการตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีผลบังคับใช้ทางกฎหมาย เพราะฉะนั้นการฟ้องร้องต่างๆ โดยอาศัยสัญญาการตั้งครรภ์แทนที่ทำขึ้นนั้น ไม่สามารถทำได้ในประเทศอังกฤษ เนื่องจากสัญญานั้นๆ ไม่มีผลบังคับใช้ทางกฎหมายนั่นเอง

##### 4.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ตามที่ได้ระบุไว้ข้างต้นว่าสามารถแบ่งกลุ่มรัฐต่างๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ เป็นกลุ่มใหญ่ ๆ สี่กลุ่ม จากกฎหมายการตั้งครรภ์แทน และได้วิเคราะห์กลุ่มแรกๆ ที่เห็นว่า การตั้งครรภ์แทนนั้นไม่เป็นที่อนุญาต และมีความผิดทางอาญาไปแล้วนั้น ที่เหลืออยู่อีกสามกลุ่มใหญ่ มีผลการวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

กลุ่มที่สอง สัญญาการตั้งครรรภ์แทนไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย แต่อาจไม่ถือว่าการฝ่าฝืนเป็นความผิดทางอาญา โดยในกลุ่มนี้ยังแยกออกเป็นอีกสองกลุ่มย่อยคือ

ก) กลุ่มที่ถือว่าสัญญาการตั้งครรรภ์แทนเป็นโมฆะทั้งหมด

ข) กลุ่มที่ถือว่าเฉพาะการตั้งครรรภ์แทนเชิงพาณิชย์เท่านั้นที่เป็นโมฆะ

กลุ่มที่สาม ถือว่าสัญญารับตั้งครรรภ์แทนชอบด้วยกฎหมายและสามารถนำมาฟ้องร้องบังคับคดีได้ แต่ถึงอย่างไรก็ดี กลุ่มนี้ได้มีการห้ามไม่ให้มีการจ่ายค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากค่ารักษาพยาบาลทางการแพทย์ที่จำเป็นและเหมาะสมเท่านั้น

และกลุ่มสุดท้ายถูกแยกออกมาเนื่องจากในบางรัฐก็ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทนระบุไว้เลย สำหรับรัฐประเภทนี้จะถือเอาคำตัดสินของศาลเป็นที่ตั้ง

ถึงแม้ว่าสามารถแยกรัฐต่างๆ ออกเป็นสี่กลุ่มตามกฎหมายการตั้งครรรภ์แทนที่มีบังคับใช้อยู่ในแต่ละรัฐ พร้อมทั้งมีบทลงโทษที่ระบุไว้ ซึ่งแตกต่างกันไปตามแต่รัฐก็ตาม แต่จากการที่ไม่มีกฎหมายระดับรัฐบาลกลางเพื่อบังคับใช้ เพราะฉะนั้นหากจำเป็นต้องมีการตัดสินคดีความเกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทนเกิดขึ้น ท้ายที่สุดแล้วก็ยังต้องถือเอาความเห็นของศาลถือเป็นที่สุด โดยศาลจะพิจารณาจาก ความตั้งใจในการทำการตั้งครรรภ์แทน สัญญาข้อตกลง ความเกี่ยวพันทางพันธุกรรม การตั้งครรรภ์ครั้งนั้นๆ รวมไปถึงการพิจารณาจากประโยชน์ที่เด็กจะได้รับด้วย ซึ่งโดยปกติแล้วจะการพิจารณาจากประโยชน์ที่เด็กจะได้รับเป็นอันดับแรกสุด

เพราะฉะนั้นมีความจำเป็นอย่างมาก ที่ประชาชนในแต่ละรัฐจำเป็นต้องทำความเข้าใจและปฏิบัติตามกฎหมายรวมถึงข้อห้ามต่างๆ ตามรัฐที่ตนเองอาศัยอยู่อย่างเคร่งครัด

สถานะทางกฎหมายของกฎหมายการตั้งครรรภ์แทนในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นหากเป็นมุมมองในระดับประเทศแล้วถือได้ว่าสถานะทางกฎหมายของกฎหมายการตั้งครรรภ์แทนนั้นยังไม่ชัดเจน เนื่องจากว่าไม่มีกฎหมายแม่แบบเพื่อบังคับใช้สำหรับทุกๆรัฐเพื่อให้ปฏิบัติตามแนวทางเดียวกัน

ในแต่ละรัฐก็มีกฎหมายของตนเอง เพื่อบังคับใช้สำหรับประชาชนในรัฐนั้นๆ สำหรับกฎหมายการตั้งครรรภ์แทนก็เช่นกัน กฎหมายที่ใช้ในแต่ละรัฐก็แตกต่างกันออกไปมีทั้งที่อนุญาตให้ทำการตั้งครรรภ์แทนในทุกกรณี และห้ามโดยสิ้นเชิง แต่ก็ยังมีรัฐที่อนุญาตสำหรับการตั้งครรรภ์แทนบางประเภทเท่านั้น และบางรัฐก็ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทนเลย

อย่างไรก็ดี หากเกิดคดีต่างๆ ให้ถือว่าดุลยพินิจและคำตัดสินของศาลในแต่ละรัฐถือเป็นที่สุดและจำเป็นต้องปฏิบัติตาม

#### 4.2.3 สรุปและความเห็นของผู้เขียนปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย กรณีการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นความผิดทางอาญา

ในประเทศอังกฤษ และมลรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่ถือว่าการ  
รับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำ ที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีผลประโยชน์  
ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี แม้ว่าทั้งสองประเทศดังกล่าวจะมีกฎหมายที่มีลักษณะ  
ใกล้เคียงกัน แต่ “เหตุผลหลัก” ที่กฎหมายทั้งสองประเทศนี้ไม่ถือว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็น  
ความผิดทางอาญาน่าจะมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้น รัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของ  
พลเมืองอย่างกว้างขวาง การตรากฎหมายห้ามไม่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนทุกประเภทจึงเสี่ยงต่อ  
การละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของพลเมืองเป็นอย่างยิ่ง ส่วนประเทศอังกฤษนั้น เหตุผลหลักที่  
ปรากฏในรายงานของคณะกรรมการวอร์นอคที่เสนอว่าการรับตั้งครรภ์แทนไม่ควรเป็นความผิด  
ทางอาญานั้นไม่ได้พิจารณาจากสิทธิของปัจเจกชนเป็นหลัก คณะกรรมการวอร์นอคปฏิเสธ  
แนวคิดในการนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนโดยให้เหตุผลว่าเพื่อป้องกัน  
ไม่ให้เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนมีรอยแปดเปื้อนในทางอาญา (taint of criminality) และ  
การลงโทษบุคคลที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นผู้สมรสที่ต้องการมีบุตรหรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนล้วน  
แต่ไม่ได้ก่อให้เกิดผลดีแก่เด็กทั้งสิ้น และต่อมาเมื่อมีการออกกฎหมายการรับตั้งครรภ์แทนในปี  
ค.ศ. 1985 กฎหมาย Surrogacy Arrangement Act ก็ไม่ได้กำหนดให้การรับตั้งครรภ์แทนเป็น  
ความผิดทางอาญาแต่อย่างใด ดังนี้ ถึงแม้จะไม่ได้ปรากฏเหตุผลที่ชัดเจนในกฎหมายฉบับนี้ว่าเหตุ  
ใดการรับตั้งครรภ์แทนจึงไม่เป็นความผิดทางอาญา

แต่ก็อาจกล่าวได้ว่า รายงานของคณะกรรมการวอร์นอคมีอิทธิพลต่อการร่าง  
กฎหมายฉบับดังกล่าวอยู่น้อยมีข้อสังเกตว่า ความแตกต่างประการหนึ่งที่สำคัญของกฎหมาย  
อังกฤษและกฎหมายในระดับมลรัฐของสหรัฐก็คือ กฎหมายอังกฤษจะมีบทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้มี  
การโฆษณาใดๆเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน และห้ามไม่ให้มีการจัดตั้งคนกลางในการจัดการให้มี  
การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อแสวงหาประโยชน์จากการรับตั้งครรภ์แทนนั้น

ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายห้ามการประกาศโฆษณาเกี่ยวกับ  
การรับตั้งครรภ์แทน การจัดตั้งองค์กรธุรกิจเพื่อเป็นคนกลางรับดำเนินการในการรับตั้งครรภ์แทนจึง  
ถือเป็นเรื่องปกติทั่วไประบบกฎหมายที่ไม่ห้ามการรับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะมีผลประโยชน์ในเชิง  
พาณิชย์หรือไม่เช่นนี้มีข้อดีหลายประการ เพราะกฎหมายดังกล่าวไม่เพียงแต่เคารพสิทธิของคู่  
สมรสและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอย่างเต็มที่เท่านั้น แต่ยังสะดวกแก่การบังคับใช้กฎหมายด้วย  
เพราะรัฐไม่จำเป็นต้องสิ้นเปลืองงบประมาณในการป้องกันและปราบปรามการกระทำเช่นนี้



นอกจากนั้น เมื่อการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย การรับตั้งครรภ์แทนจึงมี ประสิทธิภาพสูง เพราะคู่สมรสที่ต้องการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนไม่ต้องไปทำการรับตั้งครรภ์ แทนในลักษณะที่ปกปิด ซึ่งคุณภาพของบุคคลากรและเครื่องมือเครื่องใช้ในการอำนวยความสะดวก สะดวกในการรับตั้งครรภ์แทนมีไม่สูงนัก

อย่างไรก็ดี มีข้อควรคำนึงว่า ระบบกฎหมายลักษณะนี้อาจไม่เหมาะสมกับ สถานการณ์ของทุกประเทศเสมอไป ประเทศสหรัฐอเมริกาเมืองเคิร์กวินชิฟที่เกี่ยวข้องกับการรับ ตั้งครรภ์แทนที่มีประสิทธิภาพสูง ดังจะเห็นได้จากกรณีที่แพทยสภาและวิทยาลัยสูตินารีแพทย์ของ สหรัฐอเมริกาได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการให้บริการของแพทย์ในการรับตั้งครรภ์แทนที่มี มาตรฐานสูงมาก ซึ่งสามารถที่จะคุ้มครองสิทธิทั้งของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่จะเกิดจาก การรับตั้งครรภ์แทนได้เป็นอย่างดี

ส่วนในประเทศอังกฤษนั้น โดยหลักแล้ว การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการ เจริญพันธุ์ต้องทำในสถานประกอบการที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น และสถานประกอบ การเหล่านี้ก็ได้ ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ขององค์การที่มีอำนาจในเรื่องการปฏิสนธิมนุษย์ตัวอ่อนมนุษย์ ที่ให้ความ คุ้มครองสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่จะเกิดมาอย่างเคร่งครัด และการฝ่าฝืนต่อแนว ปฏิบัติขององค์การนี้ย่อมทำให้สถานประกอบการนั้นถูกเพิกถอนใบอนุญาต นอกจากนี้ กฎหมาย อังกฤษยังมีกระบวนการอื่นในการป้องกันการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากหญิงด้วยการห้าม ไม่ให้คู่สมรสที่จ่ายค่าตอบแทนทางพาณิชย์แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมายื่นคำร้องต่อศาลขอเป็น บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (Parental Order) ด้วย มาตรการเหล่านี้จึงสามารถทดแทน มาตรการทางอาญาในการป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ เป็นอย่างดี

ความเหมือนและความแตกต่างกันระหว่างกฎหมายของประเทศอังกฤษและ ประเทศสหรัฐอเมริกานั้น จะเห็นได้ว่าทั้งสองประเทศดังกล่าวจะมีกฎหมายที่มีลักษณะใกล้เคียง กัน แต่เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของพลเมืองอย่าง กว้างขวาง การที่จะตรากฎหมายห้ามไม่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนทุกประเภทนั้น ถือเป็นการเสี่ยง ต่อการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของพลเมืองเป็นอย่างยิ่ง ส่วนประเทศอังกฤษ จะเห็นได้ว่า กฎหมายอังกฤษเน้นในเรื่องบทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้มีการโฆษณาใดๆเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน และห้ามไม่ให้มีการจัดตั้งคนกลางในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อแสวงหาประโยชน์ จากการรับตั้งครรภ์แทนนั้น ๆ เพราะหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าการตั้งครรภ์แทนนั้นมีจุดประสงค์ เพื่อการพาณิชย์แล้ว ก็ถือว่าการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวเป็นที่ต้องห้าม แต่ก็ไม่ได้ระบุนำว่าการตั้งครรภ์ แทนเป็นความผิดทางอาญาแต่อย่างใด

#### 4.3 ร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครุฑแทน

ในส่วนของประเทศไทยนั้นได้มีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับเรื่องการรับตั้งครุฑแทนมา ได้ระยะหนึ่งแล้ว ซึ่งก็มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครุฑแทนโดยกลุ่ม ต่างๆ หลายกลุ่ม แต่ที่เห็นสามารถนำมาศึกษาและวิเคราะห์ได้อย่างชัดเจนนั้นมีร่าง พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 ฉบับคือ

ก.ร่างพระราชบัญญัติการรับตั้งครุฑแทนพ.ศ....

ข.ร่าง พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ พันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ....

กรรมวิธีช่วยการเจริญพันธุ์ (Reproductive) หรือเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Reproductive Technology) เป็นกรรมวิธีหนึ่งที่ดีถือว่าเป็นเทคโนโลยีที่มีความเจริญก้าวหน้า ตามยุคตามสมัยที่สามารถช่วยให้คู่สมรสหลายๆคู่ที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีตามธรรมชาติ อัน เนื่องมาจากสาเหตุใดๆก็ตามให้สามารถที่จะมีบุตรได้ด้วยกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ เพราะการมีบุตรถือได้ว่าเป็นสัญลักษณ์ของความเป็นครอบครัวที่สมบูรณ์

ถึงแม้วิหยาการความก้าวหน้าด้านการเจริญพันธุ์ในประเทศไทยจะมีความก้าวหน้าไปมากเทียบเท่ากับนานาอารยประเทศที่พัฒนาไปแล้ว แต่ในประเทศไทยยังไม่มี กฎหมายที่กำหนดความผิดในลักษณะไว้ควบคุมบังคับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นที่เกี่ยวข้องกับการ รับจ้างตั้งครุฑโดยเฉพาะ ทำให้การพิจารณาปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้นจึงต้องอาศัยการตีความ จากกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ปัญหาที่เกิดขึ้นต่างๆจากเทคโนโลยีด้านการเจริญพันธุ์ดังกล่าวใน ประเทศไทยนั้นก็ไม่ได้มีความแตกต่างออกไปจากปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศมากนัก ในบทนี้ จะได้พิจารณาสภาพของปัญหาของการรับตั้งครุฑแทนในประเทศไทย ในส่วนที่เกี่ยวกับความรับ ผิดในทางอาญา ในกรณีของการรับจ้างตั้งครุฑแทนเพื่อจะได้นำมาพิจารณาและเสนอแนะ ความเห็นในการปรับปรุงร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครุฑแทนในประเทศต่อไป

สภาพปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครุฑแทนในประเทศไทยนั้นถือได้ ว่าเป็นปัญหาครอบครัวซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวกับขนบธรรมเนียมประเพณีและการดำเนินชีวิตอัน ละเอียดอ่อนของคนไทยอย่างลึกซึ้ง จึงสมควรที่จะมีกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดในทางอาญาใน ส่วนที่เป็นการรับจ้างตั้งครุฑอันเป็นผลมาจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีไปตามลำดับด้วย

เมื่อต้องพิจารณาปัญหาต่างๆทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการรับตั้งครรภ์แทน จำเป็นต้องนำกฎหมายหลายฉบับมาปรับใช้ ในกรณีการตีความประกอบกันแต่ด้วยข้อจำกัดทางกฎหมายจึงอาจส่งผลที่ไม่พึงประสงค์หรือสมประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายได้

ปัจจุบันนั้นยังไม่ปรากฏบทกฎหมายใดที่บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นความผิดทางอาญาแม้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีการจ่ายค่าตอบแทนให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ตามบทบัญญัติที่ใกล้เคียงที่สุดที่อาจนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบได้แก่บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 312 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดเพื่อจะเอาคนลงเป็นทาสหรือให้มีฐานะคล้ายทาส นำเข้าในหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักรพม่าจากที่ใดชื่อชายจำหน่ายรับหรือหญิงหนึ่งซึ่งบุคคลหนึ่งบุคคลใดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีและปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท"

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้มีการกระทำใดๆไม่ว่าจะเป็นการนำเข้าส่งออกพาซื้อขายจำหน่ายรับหรือหญิงบุคคลเพื่อประโยชน์ในการนำเอาบุคคลดังกล่าวมาลงเป็นทาสหรือให้มีฐานะคล้ายทาสแม้กฎหมายจะใช้คำว่าซื้อขายหรือจำหน่ายซึ่งบุคคลแต่ในความเป็นจริงแล้วบุคคลมิใช่ทรัพย์สินจึงไม่อาจซื้อขายได้ ความหมายของคำว่า "ซื้อขายบุคคล" จึงเป็นความหมายที่มุ่งถึงการส่งมอบบุคคลซึ่งอยู่ในอำนาจใดๆของบุคคลหนึ่งไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งมากกว่าที่จะมุ่งหมายถึงการซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปัญหาที่ต้องพิจารณาก็คือการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนซึ่งมีข้อตกลงให้หญิงต้องตั้งครรภ์แทนผู้อื่นประกอบกับมีข้อตกลงจำกัดสิทธิบางประการของหญิงนั้นเช่นการห้ามมิให้มีการร่วมประเวณีห้ามดื่มสุราหรือเสพของมึนเมาตลอดจนต้องส่งมอบเด็กที่กำเนิดมาให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างจะถือเป็นการกระทำเพื่อเอาคนมาลงเป็นทาสหรือให้มีฐานะคล้ายทาสหรือไม่

ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้อธิบายหรือให้คำจำกัดความคำว่า "ทาส" ไว้ โดยเฉพาะคำว่า "ทาส" จึงต้องเป็นไปตามความหมายปกติทั่วไปศาลอินเดียอธิบายความหมายของ "ทาส" ว่าทาสเป็นบุคคลที่ไม่เพียงแต่ปราศจากเสรีภาพในการกระทำโดยสิ้นเชิงเท่านั้นแต่ยังเป็นสิทธิของเจ้าของทาสอันมีอยู่เหนือชีวิตแรงงานและกรรมสิทธิ์ในตัวทาสนั้นด้วย<sup>4</sup> ดังนั้น "การเอาคนลงเป็นทาส" จึงหมายความถึงการที่บุคคลหนึ่งอ้างสิทธิเหนือเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอีก

---

<sup>4</sup>จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 6 และภาค 3 (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), หน้า 2114, อ้างถึงใน Mayne no.168 p. 583

คนหนึ่งโดยเด็ดขาดซึ่งไม่เพียงแต่จำกัดเสรีภาพในร่างกายของบุคคลนั้นเท่านั้นแต่ยังบังคับใช้แรงงานโดยฝืนความสมัครใจของบุคคลนั้นด้วย<sup>5</sup>

ปัญหาว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีลักษณะเป็นทาสหรือคล้ายทาสหรือไม่นั้นไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยในเรื่องนี้ความเห็นของนักวิชาการด้านกฎหมายก็ไม่มีแต่เมื่อพิจารณาถึงลักษณะทั่วไปของการรับตั้งครรภ์แทนกับการนำคนมาลงเป็นทาสแล้วคงไม่เหมือนกันเสียทีเดียวการรับตั้งครรภ์แทนมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะรับตั้งครรภ์และส่งมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์นั้นให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง

ส่วนการนำคนมาลงเป็นทาสมีความมุ่งหมายที่จะนำบุคคลหนึ่งบุคคลใดมาใช้ประโยชน์ด้านแรงงานโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพในทางกฎหมายของบุคคลนั้นโดยทั่วไปแล้วจึงไม่อาจกล่าวได้ว่าการนำบุคคลอื่นรับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นการนำคนมาลงเป็นทาส

แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า การนำบุคคลอื่นมารับตั้งครรภ์แทนจะไม่ถือว่าเป็นการนำคนมาลงเป็นทาสหรือมีลักษณะคล้ายทาสเสมอไป การรับตั้งครรภ์แทนที่มีวัตถุประสงค์ในการใช้ความสามารถในการสืบพันธุ์ของหญิงเพื่อการตั้งครรภ์และมีข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพของหญิงนั้นโดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพพื้นฐานตามกฎหมายของหญิงนั้นเลยก็อาจนับได้ว่าเป็นการนำคนมาลงเป็นทาสหรือมีลักษณะคล้ายทาสได้เช่นกันหากปรากฏข้อเท็จจริงชัดเจนซึ่งก็จะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีไปในทำนองเดียวกันหากมีคนกลางคอยช่วยจัดหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการซื้อขายหรือจำหน่ายบุคคลเพื่อนำหญิงนั้นมาเป็นทาสหรือมีลักษณะคล้ายทาสเช่นกัน

มีข้อน่าพิจารณาต่อไปว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นอาจจะถือได้ว่าเป็นความผิดฐานซื้อขายเด็กด้วยเพราะการรับจ้างตั้งครรภ์แทนนั้นเมื่อหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนคลอดเด็กแล้วก็จะต้องส่งมอบเด็กนั้นให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรและในบางกรณีจะมีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนนั้น

ในปัญหานี้ นักวิชาการในต่างประเทศที่คัดค้านการรับจ้างตั้งครรภ์แทนเห็นว่าเป็นการซื้อขายเด็กและเป็นความผิดตามกฎหมายหากเกิดขึ้นในประเทศที่มีบทบัญญัติห้ามมิให้มีการซื้อขายเด็กสำหรับในประเทศไทยนั้นพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ได้พยายามป้องกันมิให้มีการค้าเด็กในรูปแบบของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยห้ามมิให้บุคคล

---

<sup>5</sup>เรื่องเดียวกัน.

ใดดำเนินการเพื่อให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยไม่ได้รับอนุญาต และห้ามมิให้มีการพาหรือ  
จัดส่งเด็กออกไปนอกราชอาณาจักรเพื่อให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม<sup>6</sup>

แต่พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 นี้ก็มีได้มีการห้ามมิ  
ให้จ่ายค่าตอบแทนให้แก่บิดามารดาของเด็กในการยกบุตรให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นโดยตรง  
และไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติกฎหมายใดที่กำหนดโทษทางอาญาสำหรับการซื้อขายเด็กไว้ ดังนั้น  
เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยแล้ว ไม่ว่าจะรับตั้งครรรค์แทนจะเป็นการซื้อขายเด็กหรือไม่ก็ตาม  
การส่งมอบเด็กแล้วรับค่าตอบแทนก็ไม่อาจถือเป็นความผิดทางอาญาได้<sup>7</sup> อาจกล่าวได้ว่า การ  
รับจ้างตั้งครรรค์แทนโดยทั่วไปแล้วไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายไทย ไม่ว่าจะ  
เป็นการรับจ้างตั้งครรรค์แทนที่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม หรือแม้กระทั่งการโฆษณา  
เผยแพร่ให้บุคคลอื่นทราบว่าคุณต้องการรับตั้งครรรค์แทนผู้อื่นหรือต้องการหาหญิงที่จะมารับ  
ตั้งครรรค์จะเป็นการกระทำความผิดทางอาญาเพราะยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่ระบุให้  
การกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นความผิด

แต่เมื่อพิจารณาจากกฎหมายที่มีโทษทางอาญาต่างๆ ตามกฎหมายไทยแล้ว ก็ไม่  
ปรากฏโดยชัดแจ้งว่ามีบทกฎหมายใดที่บัญญัติว่าการกระทำเช่นนี้เป็นความผิด บทบัญญัติ  
กฎหมายใกล้เคียงที่สุดที่อาจนำมาวิเคราะห์ได้ก็คือ มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก  
พ.ศ. 2546 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้“ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่  
ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการ ดังต่อไปนี้...(4) โฆษณาทางสื่อมวลชนหรือเผยแพร่ด้วยประการใด เพื่อ

---

<sup>6</sup>พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ.2522, มาตรา 18

<sup>7</sup>แม้ในปัจจุบันจะมีพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์  
และเด็ก พ.ศ. 2540 แต่กฎหมายนี้ก็เพียงการเพิ่มมาตรการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์  
และเด็กที่เป็นความผิดตามกฎหมายอื่นอยู่แล้วให้มีประสิทธิภาพเท่านั้น เมื่อการซื้อขายเด็กที่มี  
วัตถุประสงค์อื่นนอกจากการค้าประเวณีหรือเพื่อการอนาจารหรือการแสวงหาความใคร่ของบุคคล  
อื่น ไม่ได้เป็นความผิดตามกฎหมายอื่นแล้วการซื้อขายเด็กนั้นก็ย่อมไม่มีความผิดที่ต้องบังคับ  
ตามพระราชบัญญัติมาตรการฯ ดังกล่าวด้วย ดังนั้นกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของ  
มนุษย์จึงมีความพยายามในการร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ขึ้น โดย  
กฎหมายฉบับนี้จะห้ามมิให้มีการค้ามนุษย์ทุกประเภทและเพิ่มมาตรการต่างๆ ให้มีประสิทธิภาพ  
มากยิ่งขึ้น และตามร่างกฎหมายนี้การซื้อขายเด็กจะถือว่าเป็นความผิดฐานค้ามนุษย์ด้วย ขณะนี้  
ร่างกฎหมายกำลังอยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ)

รับเด็กหรือยกเด็กให้แก่บุคคลอื่นที่มีโชญาติของเด็ก เว้นแต่เป็นการกระทำของทางราชการหรือได้รับอนุญาตจากทางราชการแล้ว"

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติตามมาตรานี้ห้ามมิให้มีการโฆษณาด้วยวิธีการต่างๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ 2 ประการคือ เพื่อรับเด็กหรือยกเด็กให้แก่บุคคลอื่นที่มีโชญาติ จึงมีข้อที่ควรพิจารณาว่า การโฆษณาหาบุคคลอื่นมาเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือการโฆษณาประกาศว่าตนต้องการรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นจะถือเป็นการต้องห้ามตามบทบัญญัติดังกล่าวหรือไม่เพราะวัตถุประสงค์ของการโฆษณานหาหญิงเพื่อมารับตั้งครรภ์แทนก็คือ ต้องการรับเด็กมาไว้ในอุปการะนั้นเอง และในทำนองเดียวกัน การโฆษณาประกาศรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นก็คือการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในการยกเด็กที่จะเกิดขึ้นจากการรับตั้งครรภ์แทนให้ผู้อื่นนั่นเอง

เมื่อพิจารณาดังนี้ การโฆษณาประกาศหาหญิงรับตั้งครรภ์แทนหรือหาคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรด้วยวิธีการรับตั้งครรภ์แทนจึงอาจเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ได้แต่กระนั้นก็ตาม การตีความบทบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญาต้องเป็นไปโดยเคร่งครัด การตีความโดยขยายความเพื่อลงโทษบุคคลในทางอาญาเป็นสิ่งที่กระทำไม่ได้ตั้งนั้น หากตีความความหมายของบทบัญญัติดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงการโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนจึงอาจไม่ได้รับการยอมรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตามบทบัญญัติข้างต้นซึ่งห้ามการโฆษณาเพื่อรับเด็กหรือยกเด็กให้แก่บุคคลอื่น คำว่า "เด็ก" นี้ย่อมหมายความถึงบุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์เท่านั้น การโฆษณาเพื่อยกหรือรับเด็กที่จะเกิดมาในอนาคต (จากการรับตั้งครรภ์แทน) ซึ่งในขณะที่ทำการโฆษณายังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย จึงอาจไม่เป็นความผิดตามบทมาตราข้างต้นได้โดยสรุป ในปัจจุบันกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติทางอาญาใดที่ห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนและการกระทำที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนหรือการโฆษณาใดๆ เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน แม้ว่ากระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงหรือเด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนก็ตาม จึงนับได้ว่าในส่วนของกฎหมายไทยที่ไม่สามารถลงโทษบุคคลที่ทำประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากการรับตั้งครรภ์แทนได้

สำหรับร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ พ.ศ.... เป็นร่างกฎหมายใหม่ที่กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ โดยสำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส และผู้สูงอายุ ได้ยกกว้างขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

<sup>8</sup>พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 4

โดยกำหนดให้เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน (อุ้มบุญ) เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของพ่อแม่ที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทน แทนการมาขอรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมในภายหลัง ตามที่เป็นอยู่ในกฎหมายแพ่งปัจจุบัน และพ่อแม่ที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนจะต้องรับผิดชอบต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน รวมถึงเด็กที่เกิดมาจากการอุ้มบุญ เช่น การเสียชีวิต พิกัด หรือทุพพลภาพ

นอกจากนี้ ห้ามทำการรับจ้างตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าและเพื่อควบคุมไม่ให้อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในทางไม่ถูกต้อง เช่น ห้ามทำการซื้อ ขาย นำเข้า หรือส่งออกซึ่งอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน รวมทั้งห้ามหญิงซึ่งไม่มีสามี ทำการผสมเทียมโดยใช้อสุจิบริจาคเพื่อให้ตนมีลูก ตลอดจนห้ามการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการเลือกเพศเด็ก และห้ามทำการโคลนนิ่งมนุษย์ เนื่องจากหากไม่มีการควบคุมขอบเขตการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวให้ถูกต้องและเหมาะสมแล้ว อาจเกิดการทดลองที่ส่งผลกระทบต่อมวลมนุษยชาติได้ เพราะเจตนารมณ์ของร่างกฎหมายฉบับนี้ เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กและผู้ที่เกี่ยวข้องในการมีบุตรยาก<sup>9</sup>

ประเทศไทยยังขาดมาตรการทางกฎหมายในลักษณะอาญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบในการรับจ้างตั้งครรภ์ มารองรับต่อปัญหาการรับจ้างตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ การซื้อขายเด็กทารก และปัญหาเกี่ยวกับสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิของสตรีที่รับจ้างตั้งครรภ์ สิทธิในความเป็นส่วนตัวของสตรีผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นได้ ทำให้กฎหมายที่มีอยู่จึงไม่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี และเมื่อนำกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนอาจมีข้อบกพร่องและไม่สามารถขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในร่างพระราชบัญญัติการรับตั้งครรภ์แทนมีปัญหาได้แก่ ปัญหาสิทธิของผู้ต้องการให้ตั้งครรภ์แทนที่ร่างกำหนดให้สิทธิแก่คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ทำให้การตกลงระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับหญิงหรือชายที่ไม่มีคู่สมรสแต่ต้องการมีบุตร หรือตกลงกับชายและหญิงที่ไม่ได้เป็นคู่สมรสกันตามกฎหมายแต่ต้องการมีบุตรไม่ถือว่าอยู่ในความหมายของการรับตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ ย่อมเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคกันของประชาชนทุกคนต่อหน้ากฎหมาย ซึ่งเป็นหลักการสำคัญตามรัฐธรรมนูญ และการรับตั้งครรภ์แทนจะต้องไม่เป็นการกระทำในเชิงการค้าด้วย

<sup>9</sup><http://www.mcot.net/site/content?id=50dae345150ba0931d000268> By

แม้ว่าในร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวจะห้ามมิให้การรับตั้งครรภ์แทนเป็นไปเพื่อการค้า แต่การห้ามนั้นก็ได้มีการกำหนดอัตราโทษไว้ว่า ถ้ามีการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว รัฐจะมีมาตรการในการลงโทษเช่นไร รวมถึงปัญหาคุณสมบัติของผู้รับตั้งครรภ์แทน ที่ร่างกำหนดไว้แต่เพียงเป็นหญิงอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีขึ้นไป และมีได้กำหนดว่าจะต้องผ่านการสมรสแล้วหรือไม่

การให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนคู่สามีภรรยาที่มีบุตรยาก ด้วยการผสมเทียมจนเกิดการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อน จากนั้นนำไปฝังตัวในมดลูกของหญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์แทนจนเกิดการตั้งครรภ์ หรือเรียกว่า การ “อุ้มบุญ” นั้น เกิดขึ้นจริงในสังคมไทย แต่เป็นความลับ เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองการอุ้มบุญเป็นการเฉพาะ

ในปัจจุบันการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย เมื่อพิจารณาในแง่มุมมองของปัญหาทางกฎหมายจำเป็นที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวโยงถึงกฎหมายและประกาศต่างๆ ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกาศแพทยสภา นอกจากนี้ยังมีร่างกฎหมายที่จะบัญญัติเพื่อใช้บังคับในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนได้โดยตรง ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์ พ.ศ.... ซึ่งร่างกฎหมายดังกล่าวได้ถูกแก้ไขในสาระสำคัญจนกลายเป็นร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.... และไม่ได้ผ่านเข้าสู่ขั้นพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา

#### 4.3.1 บทวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน

##### (ก) ร่างพระราชบัญญัติการรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ....

เนื่องจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์ในปัจจุบันได้เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วและได้ช่วยให้คู่สมรสฝ่ายหญิงซึ่งไม่สามารถตั้งครรภ์ให้สามารถมีบุตรได้ด้วยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนแต่การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอาจก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนหรือจากเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนประกอบกับสถานะภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ยังขาดความชัดเจน

ดังนั้นเพื่อควบคุมไม่ให้มีการแสวงหาประโยชน์จากการรับตั้งครรภ์แทนโดยมิชอบและกำหนดสถานะภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนให้มีความชัดเจนและเหมาะสมจึงได้มีการเสนอร่าง พระราชบัญญัติการรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ.... โดยมีนายันทนอินทนนท์ ผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญา รศ.ดร.จักรกฤษณ์ ควรพจน์ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราชและคณะเป็นผู้จัดทำโครงการวิจัยเรื่อง การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เพื่อทำการศึกษาวิจัยและยกร่างกฎหมายดังกล่าว แต่ในปัจจุบันร่างพ.ร.บ. การรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ.... ดังกล่าวไม่ได้ถูกบรรจุเป็นวาระที่รอการประชุมในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา เนื่องจากพระราชบัญญัติการรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ.... ดังกล่าวนั้นได้รับ



การปรับปรุงแก้ไขในสาระสำคัญจนกลายเป็นร่าง พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ....

ยุคนี้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีความเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างยิ่งหน้า คู่สมรส ซึ่งไม่สามารถตั้งครรภ์นั้นสามารถมีบุตรได้โดยให้หญิงอื่นมารับตั้งครรภ์แทน หรือ "อุ้มบุญ" เพียงแต่ทุกวันนี้ขั้นตอนการ "อุ้มบุญ" มักทำกันอย่างไม่เปิดเผย เพราะยังไม่มียกเว้นของกฎหมายรองรับ ทั้งยังอาจก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากผู้ที่เกี่ยวข้อง

นอกจากนี้ สถานภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญ ก็ยังไม่ชัดเจน ทั้งที่ไข่และเชื้ออสุจิ ซึ่งนำไปฝากไว้ในครรภ์ของหญิงซึ่งรับอุ้มบุญให้ มิใช่เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่รับอุ้มบุญ แต่กฎหมายปัจจุบันยังคงถือว่า เด็กที่คลอดจากหญิงคนใด ให้ถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงคนนั้น ทำให้คู่สมรสซึ่งเป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ ต้องรับเด็กที่คลอดออกมาในฐานะเพียงแต่บุตรบุญธรรม

เพื่อขจัดความสับสนและการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากการอุ้มบุญ รวมทั้งกำหนดสถานภาพ ตามกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญให้ชัดเจน โดยบุคคลหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้อง จึงได้ทำการยกร่างกฎหมายเพื่อเตรียมผลักดันให้ตราเป็นพระราชบัญญัติใช้บังคับ ในบรรดาร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์นั้น คือร่างพระราชบัญญัติการรับตั้งครรภ์แทนของกฤษฎีกา มีเพียง 3 หมวด 19 มาตรา เนื้อหาสาระกระชับ ง่ายแก่การทำความเข้าใจ

โดยได้กำหนดสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยกำหนดสิทธิพื้นฐานของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนไว้ว่า

1. มีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลทางการแพทย์ จริยธรรม และกฎหมาย ที่จำเป็น และเพียงพอ ก่อนจะตัดสินใจตกลงรับตั้งครรภ์แทน

2. มีสิทธิจะได้รับค่าตอบแทน หรือสิทธิประโยชน์อื่น ตามจำเป็นและสมควร แต่ต้องไม่มีลักษณะเพื่อความประสงค์แห่งการค้า

3. มีสิทธิจะได้รับบริการตามมาตรฐานทางการแพทย์ ตามที่แพทยสภากำหนด ทั้งนี้ เห็นว่าเพราะผู้ร่างกฎหมายมองว่า การตั้งครรภ์ตามปกติของหญิงทั่วไป เป็นการตั้งครรภ์เพื่อประโยชน์ของตัวเอง ต่างกับกรณีนี้ ซึ่งเป็นการตั้งครรภ์เพื่อประโยชน์ของผู้อื่น

ดังนั้น นอกจากหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ควรจะมีสิทธิได้ค่าตอบแทนแล้ว ยังควรได้ทราบถึงผลกระทบ ทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ ที่อาจเกิดกับตัวเองจากการรับตั้งครรภ์แทน เช่น ความเสี่ยงที่เกิดจากตั้งครรภ์แทน แล้วตนอาจต้องเสียชีวิต การต้องส่งมอบเด็กที่ตนตั้งครรภ์มานาน ๙ เดือน อาจทำให้รู้สึกกระทบกระเทือนทางจิตใจ รวมทั้งสถานะทางกฎหมายของเด็กซึ่งตนอุ้มท้องมา แต่ไม่ถือว่าเป็นลูกของตนเอง เป็นต้น

คำว่า "สิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทน แต่ต้องไม่มีลักษณะเป็นการค้า" เป็นประเด็นสำคัญ หมายความว่า หญิงผู้รับตั้งครรภ์ให้ มีสิทธิจะได้รับค่าบำรุงรักษาครรภ์ ค่าเดินทางไปพบแพทย์ ค่าชดเชยที่ต้องเสียไปจากการขาดงานหรือขาดรายได้เป็นต้น เพราะกฎหมายไม่ประสงค์ให้การการรับตั้งครรภ์แทนมีลักษณะส่อไปในทางให้เซามาตลูกทำธุรกิจ ซึ่งมีความล่อแหลมต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในแง่ของ "คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์" ก็ควรมีทั้งสิทธิและหน้าที่ด้วย จึงได้มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ไว้ ยกตัวอย่าง หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คลอดเด็กออกมาเป็นฝาแฝดหรือพิการ หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยไม่บกพร่อง กรณีเช่นนี้ คู่สมรสจะปฏิเสธไม่ยอมรับเด็กฝาแฝด หรือเด็กพิการ โดยอ้างว่าต้องการลูกคนเดียว หรือไม่อยากได้เด็กพิการเป็นลูก ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม หากกฎหมายไม่บัญญัติถึงกรณีเช่นนี้ไว้ ย่อมเกิดปัญหาตามมาในอนาคตได้แน่นอน

เกี่ยวกับคุณสมบัติของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เป็นอีกประเด็นสำคัญ ซึ่งมีการกำหนดไว้ว่า ก่อนดำเนินการรับตั้งครรภ์แทน คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์ และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน อาจร่วมกันยื่นคำร้องต่อศาล ขอให้มามีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินการรับตั้งครรภ์แทน

หากผู้ร้องพิสูจน์จนเป็นที่พอใจแก่ศาลว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์ มีสัญชาติไทย หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน มีอายุ ไม่ต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ไม่ได้เป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดาน ของคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์ และกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามี สามีของหญิงนั้นต้องให้ความยินยอมด้วย ฯลฯ

ประเด็นหนึ่งที่น่าเป็นห่วงกันก็คือ ในอนาคต หากกฎหมายที่ได้รับการผลักดันออกมา ไม่กำหนดคุณสมบัติให้รัดกุมพอ อาจเปิดช่องให้มีการเสนอตัวรับจ้างในหมู่นักศึกษา หรือผู้หญิงตกงาน จนกลายเป็นการอุ้มบุญเชิงการค้า แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนค่อนข้างเห็นด้วยกับกฎหมายดังกล่าว เพราะเห็นใจกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรแต่ไม่สามารถมีได้เพราะเหตุที่ร่างกายไม่สมบูรณ์หรือความผิดปกติที่ไม่สามารถทำให้มีบุตรได้นั้น และในฐานะนักกฎหมายคนหนึ่ง เห็นว่า กฎหมายดังกล่าว จะได้ชี้ชัดเกี่ยวกับเด็กที่เกิดมาว่า บิดา มารดา โดยชอบด้วยกฎหมายก็คือ "คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์" เพราะเรื่องดังกล่าวมีความสำคัญ และเกี่ยวโยงกับกฎหมายหลายเรื่อง โดยเฉพาะเรื่องมรดก

(ข) ร่าง พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ....

เนื่องจากในปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีความเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมาก สามารถช่วยเหลือผู้ที่มิภาวะเป็นผู้มีบุตรยากให้สามารถตั้งครรภ์ได้

รวมถึงการตั้งครุฑแทนซึ่งส่งผลทำให้เกิดความสับสนระหว่างความสัมพันธ์ในทางความเป็นจริงของเด็กที่เกิดมาไม่ว่าจะเป็นลักษณะทางพันธุกรรมของเด็ก ผู้อุปการะเลี้ยงดู ซึ่งแตกต่างไปจากผลในทางกฎหมายตามหลักทั่วไปที่ใช้บังคับอยู่ เช่น ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาตลอดจนผลการทดลองค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์ที่เจริญรุดหน้าถึงขั้นสามารถสร้างตัวอ่อนที่มีลักษณะทางพันธุกรรมแทบเหมือนเป็นบุคคลคนเดียวกับบุคคลต้นแบบหรือสามารถสร้างเซลล์ต้นกำเนิดเพาะขยายเป็นเนื้อเยื่อส่วนต่างๆของมนุษย์เพื่อรักษาทางการแพทย์ได้

ซึ่งหากไม่มีการควบคุมขอบเขตการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวให้ถูกต้องเหมาะสมอาจเกิดการทดลองที่ส่งผลกระทบต่อมวลมนุษยชาติได้ ดังนั้นสำนักงานกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์จึงได้เสนอร่าง พระราชบัญญัติการตั้งครุฑโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ว่าโดยวิธีใดและเพื่อควบคุมมิให้มีการดำเนินการโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในทางที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งในขณะนี้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ถูกเปลี่ยนชื่อเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ....และกำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำหรับบทกำหนดโทษทางอาญานั้น การกระทำต่างๆที่ร่างกฎหมายฉบับทั้งสองฉบับได้กำหนดเป็นข้อห้ามไว้ ได้มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้ด้วย ซึ่งมีทั้งโทษปรับและโทษจำคุก ซึ่งตามร่าง พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ....ได้กำหนดบทลงโทษไว้ในมาตรา 37 ถึงมาตรา 39 ส่วนในร่างพระราชบัญญัติการรับตั้งครุฑแทน พ.ศ....ได้กำหนดบทลงโทษไว้ในมาตรา 17 ถึงมาตรา 19

ร่างกฎหมายฉบับนี้จะคุ้มครองเฉพาะกรณีเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนเท่านั้น ไม่ได้ครอบคลุมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทั้งหมด คือเชื้อปะโยชน์ให้คู่สมรสที่ต้องการมีลูก โดยที่ภรรยาไม่สามารถตั้งครุฑแทนนั้น แต่กรณีชายหรือหญิงโสดที่อยากจะมีบุตรด้วยการรับบริจาคไข่หรืออสุจิและอาศัยให้คนอื่นตั้งครุฑแบบนี้กฎหมายไม่ครอบคลุม นอกจากนี้สิ่งที่มองว่าอาจจะยังเป็นช่องว่างทางกฎหมายที่ควรระมัดระวัง คือ อาจมีบุคคลที่ใช้วิธีการจดทะเบียนสมรสแบบหลอกลวง มาขอใช้บริการ ซึ่งตรงนี้ควรระมัดระวังและต้องมีมาตรการในการตรวจสอบอย่างรัดกุมอย่างไรก็ดี

ข้อดีสำหรับร่างกฎหมายดังกล่าวนี้ เป็นการรองรับผู้มีบุตรยากให้มีความรู้สึกว่าได้เป็นพ่อแม่โดยพันธุกรรม ซึ่งกฎหมายเดิมไม่ได้รองรับ อีกทั้งคนไข้ที่มีบุตรยากยังถูกมองข้ามจากนโยบายด้านสาธารณสุข ที่ไม่เห็นความสำคัญ ไม่มีการระบุว่าเป็นโรคหรือการเจ็บป่วย อาจเพราะมองว่าประเทศไทยยังมีปัญหาประชากรล้นอยู่นากร่างกฎหมายฉบับนี้ผ่านออกมาบังคับใช้ได้จริง ก็จะเป็นประโยชน์กับผู้ขอให้มีการตั้งครุฑแทน อย่างน้อยในแง่ของความรู้สึกความเป็น

พ่อเป็นแม่ ที่จะได้เห็นใบแจ้งเกิดของลูกระบุว่าพวกเขาเป็นพ่อและแม่ที่แท้จริง มิใช่เพียงพ่อแม่บุญธรรมเหมือนกฎหมายปัจจุบันระบุไว้ ทั้งนี้คำว่า พ่อแม่บุญธรรม ถือเป็นสิ่ง ที่กระทบกับจิตใจสร้างความสับสน และยังเป็นการซ้ำเติมกับพวกเขาซึ่งมีลูกยากมากขึ้นไปอีก และ นอกจากนี้ การได้รับสิทธิความเป็นพ่อแม่ที่แท้จริงยังเอื้อให้เขาได้รับสิทธิประโยชน์ที่เขาควรได้รับ เช่น การเบิกค่ารักษาพยาบาล เพราะในกฎหมายปัจจุบันใบเกิดของเด็กจะระบุว่าพ่อแม่บุญธรรม จึงไม่ได้สิทธิในการเบิกค่ารักษาพยาบาลได้ เป็นต้น

ส่วนประเด็นในเรื่องของตัวอ่อน ที่เหลือจากการทำเด็กหลอดแก้ว หรือการปฏิสนธินอกมดลูกนั้นในเรื่องนี้เป็นสิทธิของพ่อและแม่ที่เป็นเจ้าของอสุจิและไข่ร่วมกัน ซึ่งการทำอุ้มบุญแต่ละครั้ง จะมีใบยินยอมให้มีการแช่แข็งตัวอ่อนที่เหลือ ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายของราชวิทยาลัยสูติ-นรีแพทย์แห่งประเทศไทย โดยที่แพทย์ เจ้าของอสุจิและไข่ และผู้อุ้มบุญ รับรู้กันอยู่แล้วว่า จะต้องทำอย่างไร ซึ่งส่วนมากมักจะเป็นการบริจาคให้คู่สมรสคู่อื่นที่มีปัญหาที่มีบุตรยาก นอกจากนั้น ยังมีการระบุไว้ว่าหากเก็บไว้จนถึงเวลาที่กำหนด โดยที่ผู้บริจาคไม่มีการทำหนังสือบริจาคไว้ หรือติดต่อขอรับตัวอ่อน ก็จะทำให้ทำลายทิ้ง อย่างไรก็ตามเนื่องด้วยการเก็บรักษาตัวอ่อนนั้นก็มีค่าใช้จ่ายในการดูแลสูง ซึ่งปัจจุบันโรงพยาบาลหลายแห่งมีปัญหาเรื่องตัวอ่อนล้นโรงพยาบาลด้วย ทั้งนี้หากในอนาคตมีกฎหมายมารองรับในเรื่องการจัดการตัวอ่อนแช่แข็ง ก็จะช่วยให้แพทย์และโรงพยาบาลมีแนวทางการจัดการที่ถูกต้อง ชัดเจน และอาจจะเป็นประโยชน์มากขึ้น

#### 4.4 ความรับผิดชอบทางอาญากรณีการรับจ้างตั้งครรภ์ในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยนั้น ตามความเห็นของผู้เขียนนั้นเห็นว่า การใช้มาตรการทางอาญาเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเพื่อคุ้มครองเด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่มีความจำเป็น

ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่ควบคุมหรือกำกับ การรับตั้งครรภ์แทนที่มีประสิทธิภาพส่วนองค์การวิชาชีพแพทย์ในประเทศไทยที่ควบคุมและกำกับการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ไม่ว่าจะเป็นแพทย์สภานหรือราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ ก็ไม่มีอำนาจหน้าที่กำกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยตรง ส่วนประกาศแพทยสภาเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้น ก็เป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่กำหนดมาตรฐานในการให้บริการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดให้การให้บริการเป็นไปตามมาตรฐานที่แพทยสภากำหนดไว้เท่านั้นแต่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่จะเกิดมาอย่างจริงจัง

ด้วยเหตุนี้ การนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อป้องปรามมิให้มีการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากหญิงโดยมิชอบ เช่น การว่าจ้างให้หญิงที่มีฐานะทางการเงินต่ำกว่ามารับตั้งครรภ์แทนโดยมีข้อสัญญาบีบบังคับให้หญิงนั้นต้องส่งมอบเด็กให้ จึงเป็นมาตรการที่จำเป็น และมาตรการนี้ยังจะช่วยป้องกันมิให้มีการซื้อขายเด็กโดยใช้การรับตั้งครรภ์แทนเป็นเครื่องมือบังหน้าได้อีกด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ผู้เขียนมีความเห็นว่า การรับตั้งครรภ์แทนจะเป็นสิ่งที่ไม่สมควรกระทำไม่ว่าจะมีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม แต่การนำมาตรการทางอาญามาเป็นเครื่องมือในการป้องกันการรับตั้งครรภ์แทนนั้นควรจำกัดเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนที่มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องเท่านั้น

ส่วนการรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์นั้นเห็นว่าควรอยู่นอกกรอบภายใต้การบังคับกฎหมายอาญา โดยมีเหตุผลสนับสนุน 2 ประการคือ ประการแรก แม้บางฝ่ายจะมีความเห็นว่า การรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เป็นสิ่งที่ขัดต่อจริยธรรม เช่นเดียวกับการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ก็ตาม แต่การที่รัฐจะนำมาตรการทางอาญามาใช้เพื่อจำกัดสิทธิของบุคคลนั้นจะต้องปรากฏพยานหลักฐานเพียงพอที่จะสนับสนุนได้ว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายหรือผลกระทบด้านลบต่อสังคมโดยรวมอย่างชัดเจน

แต่จากการศึกษาที่ผ่านมาผู้เขียนยังไม่พบพยานหลักฐานใดที่พิสูจน์ได้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่ใช่ในเชิงพาณิชย์เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อจริยธรรมเสมอไป แม้ว่า การรับตั้งครรภ์แทนจะก่อให้เกิดความเสี่ยงภัยแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในอันที่จะได้รับอันตรายจากการตั้งครรภ์หรือการคลอดบุตรโดยที่ตนเองไม่ได้รับประโยชน์ใด ๆ ก็ตาม แต่เหตุผลในเรื่องความเสียหายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนยังมีน้ำหนักน้อย เพราะการที่บุคคลคนหนึ่งมีจิตเมตตาให้ความช่วยเหลือผู้อื่น เช่น การช่วยเหลือผู้ประสบอุบัติเหตุด้วยการพาไปโรงพยาบาล หรือการช่วยเหลือผู้พิการทางสายตาข้ามถนน ก็ล้วนแต่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนเองได้ทั้งสิ้น

ประเด็นสำคัญจึงอยู่ที่ว่าภัยที่อาจเกิดขึ้นแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีอยู่สูงมากเกินไปกว่าที่จะควบคุมได้หรือไม่ และบุคคลที่เข้ามาเสี่ยงภัยนั้นได้ทราบถึงภัยที่จะต้องเสี่ยงหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากวิทยาการด้านการแพทย์ที่มีอยู่ในปัจจุบันซึ่งอัตราการเสียชีวิตของหญิงที่ตั้งครรภ์มีไม่สูงนัก การรับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ควรถูกกีดกันด้วยเหตุผลเพียงเพราะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะมีความเสี่ยงภัยที่จะได้รับอันตรายจากการรับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น

ส่วนปัญหาว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนได้ทราบถึงอันตรายหรือผลกระทบใด ๆ ที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนหรือไม่นั้นจำเป็นต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ร่างกฎหมายในการสร้างระบบเพื่อให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นสามารถทราบได้ถึงอันตรายและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นอย่างจริงจัง ด้วยเหตุนี้ ตามความเห็นของผู้เขียนนั้น การจำกัดสิทธิของ

บุคคล "โดยกฎหมาย" ด้วยการห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนซึ่งไม่ได้เป็นไปในเชิงพาณิชย์จึงยัง  
ไม่มีความเหมาะสมเท่าที่ควร

เหตุผลประการที่สองก็คือ หากมีการห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนแบบเด็ดขาด  
ทุกกรณีในขณะที่ยังมีความต้องการของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ตามปกติ คู่สมรสเหล่านี้ก็  
จะต้องหาวิธีการในการหลีกเลี่ยงกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการเดินทางไปต่างประเทศเพื่อให้มีการรับ  
ตั้งครรภ์แทน หรือสมคบกับบุคคลที่มีความสามารถทางการแพทย์ในการใช้เทคโนโลยีช่วยการ  
เจริญพันธุ์เพื่อให้สามารถมีบุตรด้วยการรับตั้งครรภ์แทน การหลีกเลี่ยงกฎหมายในลักษณะเช่นนี้  
จะไม่ก่อให้เกิดผลดีกับบุคคลทุกฝ่าย ไม่ว่าจะป็นคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน  
หรือเด็กที่จะเกิดขึ้นจากการรับตั้งครรภ์แทน เพราะการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ใน  
ลักษณะปกปิดอาจมีคุณภาพต่ำกว่าการให้บริการในกรณีทั่วไป และอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่  
หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือเด็กที่จะเกิดมา ยิ่งกว่าการอนุญาตให้มีการรับตั้งครรภ์แทนได้

ฉะนั้นการใช้มาตรการทางอาญาจึงควรจำกัดอยู่เฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนในเชิง  
พาณิชย์เท่านั้นนอกจากการกำหนดห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์แล้ว ผู้เขียนเห็น  
ว่ารัฐสมควรออกกฎหมายควบคุมมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนดังกล่าวด้วยการห้ามมิให้มีการจัดตั้ง  
คนกลางหรือองค์กรใด ๆ ที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าเพื่อช่วยเหลือให้มีการรับตั้งครรภ์แทนไม่ว่า  
จะเป็นการช่วยเหลือให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทน หรือการ  
ช่วยเหลือให้หญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนในการหาคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรด้วยวิธีการนี้

นอกจากนี้ สมควรห้ามมิให้มีการโฆษณาใดๆ ไม่ว่าจะป็นไปเพื่อหาหญิงที่  
ต้องการรับตั้งครรภ์แทนหรือเพื่อแสดงว่าตนต้องการรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น การตรากฎหมายใน  
ลักษณะเช่นนี้จะป็นอีกแนวทางหนึ่งที่สามารถช่วยควบคุมมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิง  
พาณิชย์ได้อีกทางหนึ่งด้วย

สรุปแล้วเห็นได้ว่าปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนนั้นก็มีความ  
คล้ายคลึงกันไม่แตกต่างกันไปมากเลยในแต่ละประเทศที่ได้ศึกษามาก็มีส่วนที่เป็นปัญหาเดียวกับ  
ประเทศไทย หนึ่งในปัญหานั้นก็คือกรณีของการรับจ้างตั้งครรภ์แทนที่มีวัตถุประสงค์มุ่งไปนเชิง  
พาณิชย์ทำให้เกิดปัญหาทั้งทางสังคมรวมถึงความขัดแย้งทางศีลธรรมด้วย ก่อให้เกิดการที่มี  
กลุ่มหรือองค์กร นักกฎหมายต่างๆต่างมีความเห็นที่แตกต่างกันทั้งในส่วนที่เห็นด้วยและไม่เห็น  
ด้วยกับการรับจ้างตั้งครรภ์แทนตามอันนำไปสู่การที่แต่ละประเทศก็มีการให้ความสำคัญกับปัญหา  
ในกรณีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์จนมีมาตรการที่ใช้บังคับควบคุมที่ได้มีการอธิบายไว้แล้ว  
ดังกล่าวข้างต้น เหมือนกับประเทศไทยที่มีการที่จะควบคุมเรื่องการรับตั้งครรภ์แทนในกรณี  
ที่เกี่ยวข้องในเชิงพาณิชย์ด้วยโดยได้มีการกำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้ โดยมีการเสนอร่าง

พระราชบัญญัติการรับตั้งครรภแทน พ.ศ....ได้กำหนดโทษไว้ในมาตรา 17ถึงมาตรา 19 และร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ....ได้กำหนดโทษไว้ในมาตรา 37ถึงมาตรา 39 ขึ้นด้วย

PAYAP UNIVERSITY