

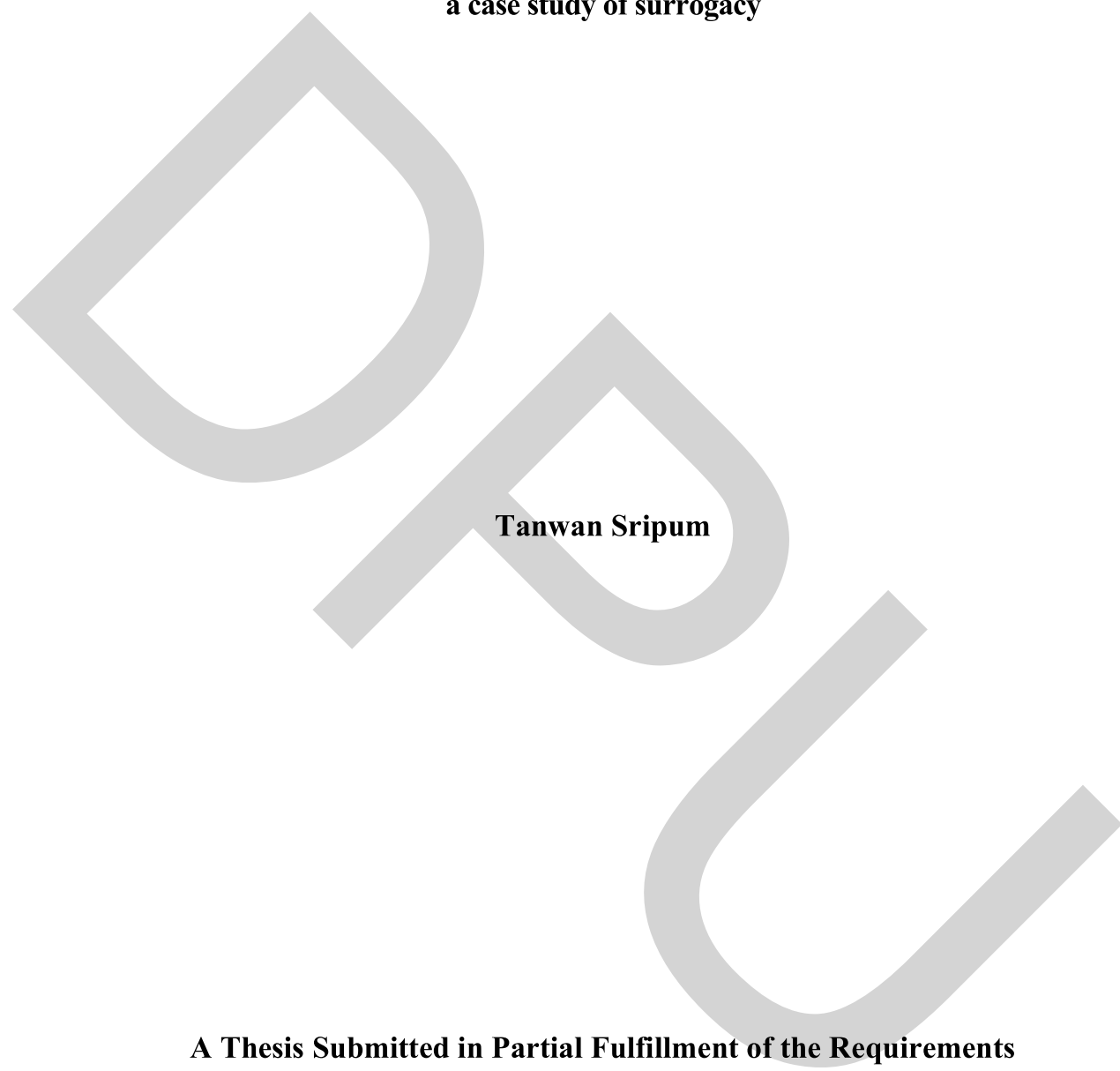
ขอบเขตบุคลากรในประมวลกฎหมายอาญา ศึกษากรณีการตั้งครุฑแทน

ธรรมา ศิริพุ่ม

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2558

Definition of an ascendant in The criminal code
a case study of surrogacy



Tanwan Sripum

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2015

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ขอบเขตอนุพการีในประมวลกฎหมายอาญา ศึกษากรณี
การตั้งครรภ์แทน

ชื่อผู้เขียน

ธัญวรรณ ศรีพุ่ม

อาจารย์ที่ปรึกษา

รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

ปีการศึกษา

2557

บทคัดย่อ

วิวัฒนาการทางแพทย์ที่เจริญก้าวหน้า ทำให้ผู้สมรสสามารถที่จะมีบุตรได้ แม้มิได้เกิดจากการปฏิสนธิตามธรรมชาติ โดยเฉพาะวิธีการตั้งครรภ์แทน ซึ่งทำให้มีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องกับเด็กที่คลอดออกมาหลายฝ่าย และเกิดเป็นปัญหาในการกำหนดสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อพิจารณาความรับผิดทางอาญาที่ผู้สืบสันดานกระทำต่ออนุพการี หากว่าเป็นการกระทำต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนหากมี ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว และมาตรา 289(1) ซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว จะวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาอย่างไร ทำให้เห็นว่าขอบเขตคำว่าอนุพการีตามประมวลกฎหมายอาญานั้น ยังไม่มีความชัดเจนแน่นอน และอาจเกิดปัญหาในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในอนาคตได้

ผู้วิจัยจึงเล็งเห็นถึงปัญหาดังกล่าว และมีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาวิจัยขอบเขตอนุพการีในประมวลกฎหมายอาญา ศึกษากรณีการตั้งครรภ์แทน เพื่อทราบแนวคิดทฤษฎี ประวัติความเป็นมา และคุณธรรมทางกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตความรับผิดทางอาญา กรณีที่เป็นการกระทำของผู้สืบสันดานต่ออนุพการี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) รวมถึงแนวคิดและพัฒนาการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน วิเคราะห์ปัญหาตลอดจนผลกระทบเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของคำว่าอนุพการี ข้อจำกัดเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดทางอาญา ที่ผู้สืบสันดานกระทำต่ออนุพการี ซึ่งยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีกระทำต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน อันเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว และเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว นำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตความรับผิดทางอาญา กรณีที่เป็นการกระทำของผู้สืบสันดานต่ออนุพการี และบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน ตามมาตรา 71 วรรคสอง

และมาตรา 289(1) และการกำหนดสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่มีการตั้งครรรภ์แทน ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ เพื่อให้ทราบแนวทางในการพัฒนาปรับปรุง แก้ไข บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดขอบเขตความหมายคำว่า บุพการีไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 ตลอดจนกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่เกิดกับบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรรภ์แทน ซึ่งในการศึกษานั้น ได้ทำการค้นคว้าวิจัย รวบรวมข้อมูลทางเอกสาร ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษจากบทความ หนังสือ วิทยานิพนธ์ วารสาร ทั่วบทความ และจากเว็บไซต์

จากผลการศึกษาพบว่า ประมวลกฎหมายอาญายังไม่มีขอบเขตของคำว่าบุพการีที่ชัดเจน และได้ครอบคลุมไปถึงบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ หญิงที่ตั้งครรรภ์แทน สามีของหญิงที่ตั้งครรรภ์แทนหากมีด้วย ซึ่งในต่างประเทศแม้จะไม่มีบัญญัติกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมไปถึงบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรรภ์แทนเช่นกัน แต่ก็มีขอบเขตของบุพการีที่ชัดเจน และกว้างกว่าในประเทศไทย จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประมวลกฎหมายอาญาจะต้องกำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการีไว้ให้ชัดเจน โดยให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง กฎหมายประสงศ์คุ้มครองให้เกิดความเป็นปึกแผ่นในครอบครัว เมื่อเทียบกับความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางประการซึ่งเป็นการผิดเล็กน้อย ย่อมด้อยกว่าความเป็นเอกภาพในครอบครัวที่ควรรักษาไว้ ในขณะเดียวกันความผิดฐานฆ่าบุพการี เป็นความผิดที่ร้ายแรง กฎหมายมุ่งคุ้มครองชีวิตและความกตัญญูต่อผู้มีพระคุณ ซึ่งเป็นการคำนึงถึงความสัมพันธ์ของสถาบันครอบครัวเช่นเดียวกัน ดังนั้น บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ผู้ที่ประสงศ์มีบุตรและมีสายโลหิตเดียวกันหากไม่มีการรับบริจาค หรือมีการรับบริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่แต่เป็นผู้ที่ประสงศ์มีบุตร ซึ่งจะเป็นบิดามารดาที่เลี้ยงดู และอยู่อาศัยเป็นครอบครัวเดียวกัน จึงควรที่จะได้รับคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญา แต่คำว่าบุพการีไม่ควรที่จะรวมไปถึงผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ หญิงที่ตั้งครรรภ์แทน และสามีของหญิงนั้นถ้าหากมีด้วย เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ ไม่มีความเกี่ยวข้องเป็นสถาบันครอบครัวเดียวกันกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทนแต่อย่างใด

Thesis Title	Definition of an ascendant in The criminal code a case study of surrogacy.
Author	Tanwan Sripum
Thesis Advisor	Associate Professor Achariya Chutinun
Department	Law
Academic Year	2014

ABSTRACT

The medical evolution that has progressed can make the married couples can have children, although not from natural fertilization, especially by surrogacy. It causes multiple people involved with the childbirth to encounter the problems in setting the status of legal parenthood. When considering of criminal liability that the descendant acts on the ascendant, are the persons with relations to surrogacy are the sperm father, the ovum mother, the surrogate woman and the husband of the surrogate woman, if any, pursuant to the Thai Criminal Code, Section 71, second paragraph, how can the absolution cause and Section 289 (1) and the ferocious cause, be adjudicated of the criminal liability? It causes the scope of word of ascendant, pursuant to the Criminal Code, has no certain clarity and may cause a problem in criminal adjudication in the future.

The researcher envisages the said problems and has the objective to study/research Definition of an ascendant in The criminal code a case study of full surrogacy.to find the theoretical concept, the background and Rechtsgut involved with the scope of criminal liability. In the case it is an action of the descendant on the ascendant pursuant to the Thai Criminal Code, Sections 71, second paragraph, and 289 (1), including the medical concepts and development involved with the surrogacy. The analysis of the problems, including the impact on the unclear meaning of the word ascendant, the limitations on the scope of criminal liability that the descendant acts on the ascendant, but not covers the case of acting on the person with relations to surrogacy, it can be an exemption for an absolution cause or ferocious cause. It brings the derived data to analyze/compare the scope of criminal liability in the case it is the action of the descendant on the ascendant and the people with relations to the surrogacy pursuant to Sections

71, second paragraph, and 289 (1) and designation of the status of the legal parents, in the case of surrogacy pursuant to the Thai and foreign laws. It has guidelines on development, improvement and remedy of the provisions in the Thai Criminal Code by designating Definition of the word on an ascendant in the Thai Criminal Code, Section 1, including the scope of liability pursuant to the Thai Criminal Code, Sections 71, second paragraph, and 289 (1) to cover the case of the people with relations to surrogacy. In the study, it has done the R&D by collecting Thai and English documentary data from articles, books, theses and journals on legality and from websites.

The results on the study found the Thai Criminal Code still has no Definition on the word of ascendancy that is clear and covers the people with relations on surrogacy are the sperm father, the ovum mother, the surrogate woman and the husband of the surrogate woman, if any. However, there is Definition of an ascendant that is clear and wider in Thailand, so it is very necessary that the Thai Criminal Code must designate Definition of an ascendancy clearly to comply with the intendment of law and Rechtsgut. The Thai Criminal Code, Section 71, second paragraph, wishes to protect the family stability, when compared with the property offence is misdemeanor, may be inferior to unity of the family that should be preserved. Meanwhile, the offence on parricide is severe, so the law aims to protect life and gratitude of the benefactor, considering the relations of the family institution as well. Thus, the father and the mother, who want to have a child must be the raising parents and live in the same family, should be protected according to the Thai Criminal Code. Nevertheless, the word ascendant should not include the donator sperm or ovum the surrogate woman and her husband, if any, because these people have no relations as the same family institution with the child born from the surrogacy whatsoever.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้อย่างสมบูรณ์ โดยได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่งจาก รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณ ที่กรุณาให้คำปรึกษา ชี้แนะแนวทางในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒกุล ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร. ประธาน วัฒนาพาณิชย์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่กรุณาสละเวลาให้ความช่วยเหลือในการแก้ไข และให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ทำให้งานวิจัย ครั้งนี้มีคุณค่ามากยิ่งขึ้น

ขอกราบขอบพระคุณ หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์ อาจารย์ผู้บรรยายกฎหมายอาญา สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ผู้จุดประกายความคิด ให้ผู้วิจัยเล็งเห็นถึงปัญหา และมีความสนใจที่จะศึกษาวิจัยในเรื่องนี้

ในท้ายที่สุดนี้ ผู้วิจัยขอขอบพระคุณบิดา มารดา ปู่ ย่า และตา ยาย ที่ให้กำเนิด เลี้ยงดู ให้การศึกษา และให้กำลังใจ ครอบครัวผู้มีพระคุณทุกท่านที่มีส่วนในการวางรากฐานการศึกษา ให้แก่ผู้วิจัย และขอขอบคุณ คุณวสันต์ บุญประจักษ์ ที่คอยเป็นกำลังใจและให้ความช่วยเหลือ ตลอดระยะเวลาการทำวิจัยในเรื่องนี้ด้วย

ธัญวรรณ ศรีพุ่ม

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	๗
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	6
1.3 สมมติฐาน	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	7
1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	8
2. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตของคำว่าบุพการีตามประมวลกฎหมาย	
อาญามาตรา 71 วรรคสอง มาตรา 289 (1) และการตั้งครุฑแทน	9
2.1 แนวความคิดในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา	10
2.1.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา	10
2.1.2 หลักการตีความกฎหมายอาญา	13
2.1.3 คุณธรรมทางกฎหมายกับแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายอาญา	18
2.1.4 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ แนวคิดเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว	
และเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว	20
2.2 เหตุผลและแนวคิดทางศาสนา และสังคมวิทยา ที่มีผลต่อการบัญญัติ	
ความรับผิดชอบอาญากรณีผู้สืบสันดาน กระทำต่อบุพการีตามมาตรา 71	
วรรคสอง และมาตรา 289(1)	32
2.2.1 แนวคิดทางศาสนา และศีลธรรม	32

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.2.2 แนวคิดทางสังคมวิทยาและความรุนแรงในครอบครัว	37
2.3 ประวัติความเป็นมาในการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1)	39
2.3.1 กฎหมายตราสามดวง	39
2.3.2 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127	43
2.4 แนวคิดและพัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีการตั้งครุฑแทน 2.4.1 ประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 และ 21/2545	45
2.4.2 ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ...	51
2.5 ขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำความผิดและบุคคล ผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครุฑแทน	56
2.5.1 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง	56
2.5.2 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 และมาตรา 289 (1)	58
3. ขอบเขตของอนุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำความผิดอนุพการีและการกำหนดสถานะ ของบิดามารดากรณีที่มีการตั้งครุฑแทนในต่างประเทศ	65
3.1 ขอบเขตของคำว่าอนุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำความผิดอนุพการี อันเป็น เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด ในประเทศฟิลิปปินส์	65
3.2 ขอบเขตของคำว่าอนุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำความผิดอนุพการี อันเป็น เหตุเพิ่มโทษ ในต่างประเทศ	67
3.2.1 ประเทศฝรั่งเศส	67
3.2.2 ประเทศฟิลิปปินส์	69
3.2.3 ประเทศเวียดนาม	70
3.3 การกำหนดสถานะของบิดามารดากรณีที่มีการตั้งครุฑแทนในต่างประเทศ	71
3.3.1 ประเทศฝรั่งเศส	73
3.3.2 สหรัฐอเมริกา	74

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.3.2.1 มลรัฐแคลิฟอร์เนีย	75
3.3.2.2 มลรัฐนิวเจอร์ซีย์	76
3.3.2.3 มลรัฐโอไฮโอ	76
3.3.2.4 มลรัฐเวอร์จิเนีย	77
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตของคำว่าบุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อ บุพการี และบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน	80
4.1 วิเคราะห์ขอบเขตของคำว่าบุพการีในประมวลกฎหมายอาญากรณีที่ ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี	80
4.2 วิเคราะห์ประกาศแพทยสภา 1/2540 ประกาศแพทยสภา 21/2545 และ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์ พ.ศ... ..	83
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตของคำว่าบุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อ บุพการี และบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน ของประเทศไทย และต่างประเทศ	85
4.4 เหตุผลความจำเป็นในการกำหนดขอบเขตที่เหมาะสมของคำว่าบุพการีกับ การกระทำของผู้สืบสันดานต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน	89
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	91
5.1 บทสรุป	91
5.2 ข้อเสนอแนะ	95
บรรณานุกรม	99
ภาคผนวก	105
ประวัติผู้เขียน	118

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

นับตั้งแต่มีกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127¹ จนมาถึงประมวลกฎหมายอาญา ในฉบับปัจจุบันเป็นระยะเวลามากกว่า 100 ปี ปรากฏว่า ความผิดที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำได้รับการลดโทษ และทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นมิได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในเนื้อหาสาระสำคัญ ในตัวบทหรือปรับปรุงให้เหมาะสมกับยุคสมัยหรือมีคำอธิบายที่ชัดเจนในเนื้อหาความแต่อย่างใด² หากจะมีการแก้ไขก็เพียงเปลี่ยนถ้อยคำบางประการซึ่งอาจแตกต่างกันตามยุคสมัย อันเนื่องมาจาก เงื่อนไขและภาษาที่เปลี่ยนแปลงไปเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า แม้ประเทศจะมีการพัฒนาไปตาม ความเปลี่ยนแปลงของโลกมากเพียงใด แต่กฎหมายไทยก็ยังคงหยุดนิ่งคงที่ มิได้มีการแก้ไขไปตาม ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนั้น

ในเรื่องของการกระทำความผิดอาญาต่อบุพการีนั้น เป็นลักษณะความผิดของประเทศ ในเอเชีย อันอาจกล่าวได้ว่าเป็นอิทธิพลของศาสนา และลัทธิ ของประเทศต่างๆ ในภูมิภาคนี้³ จึงทำให้มีลักษณะพิเศษ แตกต่างจากการกระทำความผิดต่อบุคคลทั่วไป เพราะความกตัญญูตเวที ต่อบุพการี เป็นสิ่งสำคัญในสังคมไทย ซึ่งเป็นวัฒนธรรมประเพณีมาตั้งแต่สมัยโบราณกาล ในความรู้สึกของวิญญูชนทั่วไปเห็นว่าเป็นการกระทำต่อผู้ที่อบรมเลี้ยงดูและให้กำเนิดเรามา ดังนั้น หากผู้สืบสันดานกระทำความผิดต่อบุพการี ในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา

¹ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 250 วางหลักว่า “ผู้ใดฆ่าคนโดยเจตนา ต้องตามลักษณะ อย่างไรก็ดีต่อไปในมาตรานี้คือ

(1) ฆ่าบิดามารดา หรือญาติที่สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปก็ดี...

ท่านว่ามันผู้ฆ่าคนตายโดยเจตนาในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดครั้งว่านี่เป็นคนทารุณร้ายกาจ ให้ลงอาญามันให้ตายตกไปตามกัน”

² จาก มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (น.26-28), โดย ภาสพงษ์ เรณูมาศ, 2549, กรุงเทพฯ: ลิขสิทธิ์ 2549 โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

³ จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.91), โดย คณิต ฅ นคร ก, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2553 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

มาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และความผิดฐานบุกรุกตามมาตรา 364 ผู้สืบสันดานจะได้รับ การยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือลดโทษให้ ตามมาตรา 71 วรรคสอง เนื่องจากเป็นความผิดเพียง เล็กน้อย เมื่อเทียบกับความเป็นเอกภาพในครอบครัว⁴ แต่หากผู้สืบสันดานกระทำต่อชีวิตของ บุพการี (Parricide) ก็จะเป็นเหตุเพิ่มโทษ กล่าวคือ ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289(1) ในขณะที่หากมีการกระทำต่อผู้มีพระคุณ คนชรา คนพิการ ไม่มีทางสู้ ประมวลกฎหมายอาญาให้รับผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288⁵ มิได้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289⁶ อย่างไรก็ตาม ขอบเขตความหมายของ คำว่าบุพการี ยังมีได้มีการระบุนความหมายในประมวลกฎหมายอาญาไว้ให้ชัดเจนว่า หมายถึง บุพการีที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือรวมไปถึงบุพการีตามสายโลหิตด้วย มีเพียงคำพิพากษากฎีกาและ ความเห็นของอาจารย์และนักวิชาการว่ามีความหมายครอบคลุมเพียงใดเท่านั้น ซึ่งยังคงมีความเห็น ที่แตกต่างกันอยู่

ตามปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นเมื่อประกอบกับวิวัฒนาการเทคโนโลยีทางการแพทย์ ที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้ปัญหาดังกล่าวมีความซับซ้อนขึ้น กล่าวคือ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Reproductive Technology) ในปัจจุบันได้เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วและได้ช่วยคู่สมรสซึ่งประสบ ภาวะการณ์มีบุตรยากอันเนื่องมาจากความบกพร่องของมดลูกของหญิง โดยการนำตัวอ่อนที่เกิดจาก

⁴ คณิต ฒ นคร (อ้างถึงใน แสงว นุญเฉลิมวิภาส, 2551, น.103).

⁵ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือ จำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”

⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 “ผู้ใด

(1) ฆ่าบุพการี

(2) ฆ่าเจ้าพนักงาน ซึ่งกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่จะกระทำ หรือได้กระทำการตาม หน้าที่

(3) ฆ่าผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงาน ในการที่เจ้าพนักงานนั้นกระทำตามหน้าที่หรือเพราะเหตุที่บุคคลนั้น จะช่วยหรือได้ช่วยเจ้าพนักงานดังกล่าวแล้ว

(4) ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

(5) ฆ่าผู้อื่นโดยทรนหรือโดยกระทำทารุณโหดร้าย

(6) ฆ่าผู้อื่นเพื่อเตรียมการ หรือเพื่อความสะดวกในการที่จะกระทำความผิดอย่างอื่น หรือ

(7) ฆ่าผู้อื่นเพื่อจะเอาหรือเอาไว้ซึ่งผลประโยชน์อันเกิดแต่การที่ตนได้กระทำความผิดอื่น เพื่อ ปกปิดความผิดอื่นของตน หรือเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นอาญาในความผิดอื่นที่ตนได้กระทำไว้

ต้องระวางโทษประหารชีวิต”

การปฏิสนธิภายนอกร่างกายของคู่สมรสไปฝังในมดลูกของหญิงอื่น⁷ หรือที่เรียกว่าการอุ้มบุญ ซึ่งถือว่าเป็นการก่อกำเนิดชีวิตมนุษย์ด้วยวิธีผิดธรรมชาติ หากพิจารณาจากเทคโนโลยีที่ใช้ในการตั้งครรภ์ สามารถแบ่งการตั้งครรภ์แทนได้เป็น 2 ประเภท คือ การรับตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์ หรือการอุ้มบุญแท้ (Gestational Surrogacy) และการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่สมบูรณ์ หรือการอุ้มบุญเทียม (Traditional Surrogacy) สำหรับการอุ้มบุญแท้จะมีลักษณะใช้ไข่ของหญิงที่ว่าจ้าง และเชื้อสpermของชายที่ว่าจ้าง วิธีการนี้มักจะใช้กับกรณีที่หญิงผู้ว่าจ้างมดลูกมีปัญหาหรือไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ แต่รังไข่ยังใช้งานได้ ส่วนกรณีที่ใช้ไข่ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน จะเรียกว่าอุ้มบุญเทียม เนื่องจากหญิงที่ว่าจ้างไม่สามารถใช้ไข่ของตัวเองได้เลย ต้องอาศัยไข่ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน⁸

หากพิจารณาเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทน โดยสมบูรณ์ หรือการอุ้มบุญแท้ (Gestational Surrogacy) ซึ่งเป็นกรณีที่ไข่ของหญิงผู้ว่าจ้างและเชื้อสpermของชายผู้ว่าจ้าง เป็นวิธีการที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ เพื่อแก้ไขปัญหาการมีบุตรยากนั้น ก็จะพบปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดสถานะบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เพราะยังไม่มีกฎหมายรับรองให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรส ในเมื่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ที่ให้กำเนิดเด็ก หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กรณีนี้เกิดเป็นกรณีพิพาท ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา⁹ ได้เคยให้ความเห็นไว้ว่า ให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก” ซึ่งต้องเป็นสภาพการคลอดออกจากครรภ์มารดา หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจึงเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีสามี เด็กจะต้องเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 ดังนี้ ย่อมเป็นปัญหาว่า ชายและหญิงผู้ว่าจ้างและประสงค์มีบุตร ซึ่งมีลักษณะทางพันธุกรรม หรือมีสายโลหิตเดียวกันกับเด็กที่คลอดออกมา แต่กลับมิได้เป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายการกำหนดสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเช่นนี้จึงกลายเป็นปัญหา และอาจกระทบต่อความสัมพันธ์ของครอบครัวได้

ประเทศไทยเคยมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ... เพื่อมุ่งแก้ปัญหาทางกฎหมายสำหรับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มิให้เกิดปัญหาทางกฎหมายว่าผู้ใดควรเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ซึ่งก็มีนักวิชาการบางท่านเห็นว่าเป็นการใช้กระบวนการ

⁷ จาก “การตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) และการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน”, โดย วรณรวิ ชันทอง, 2557, วารสารศาลยุติธรรม, 7(4), 39.

⁸ เสรี ชีรพงษ์. (2551). *อุ้มบุญ*. สืบค้น 15 กรกฎาคม 2557, จาก <http://drseri.com>.

⁹ ดู บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 209/2550.

ทางนิติบัญญัติมาเพื่อตัดความสัมพันธ์ตามธรรมชาติ ในความรู้สึกทางศีลธรรมก็อาจจะไปด้วยกันไม่ได้¹⁰ ในขณะนั้นคณะรัฐมนตรียังไม่มีมติเห็นชอบในการนำเสนอต่อรัฐสภา แต่มีมติให้ส่งคืนกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เพื่อนำไปพิจารณาพร้อมกับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ต่อมาปัญหาการรับจ้างตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยเป็นไปอย่างแพร่หลาย มีการรับจ้างตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า คนไทยใช้บริการการตั้งครรภ์แทน และชาวต่างชาติได้เข้ามาว่าจ้างให้คนไทยตั้งครรภ์แทนเป็นจำนวนมาก คณะกรรมการเด็กแห่งชาติ ได้ระบุตัวเลขที่ชาวออสเตรเลียเข้ามาใช้บริการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ในประเทศไทย ในปี 2556 เป็นจำนวนถึง 200 คู่ และคาดว่าจะมีทารกในครรภ์หญิงที่ตั้งครรภ์แทนแล้วกว่า 150 คน¹¹ แต่กลับไม่มีกฎหมายที่ควบคุมการตั้งครรภ์แทนอย่างชัดเจน ประกอบกับการกำหนดสถานะของมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายก็ยังเป็นปัญหาอยู่ ดังนั้น เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2557 คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) จึงได้เห็นชอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... และเตรียมนำเสนอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) เป็นผู้พิจารณาบังคับใช้เป็นกฎหมายต่อไป โดยมีสาระสำคัญเช่นเดิมดังที่เคยเสนอมมาแล้ว มีการรับรองเรื่องการตั้งครรภ์แทนว่าสามารถทำได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด และยังได้บัญญัติให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน โดยพยายามบัญญัติรายละเอียดให้ครอบคลุมปัญหาต่างๆ ที่คาดว่าจะเกิดขึ้นได้ในระดับหนึ่ง¹²

กรณีดังกล่าวนี้ หากมองในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อย หากมีกรณีและผู้สืบสันดานกระทำความผิดต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาคู่สมรสผู้ว่าจ้าง ผู้บริจาคเชื้อสุจิหรือไข่ มารดาที่ตั้งครรภ์แทน หรือสามีของมารดาที่ตั้งครรภ์แทนหากมี จะเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือลดโทษให้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง หรือผู้สืบสันดานฆ่าบิดามารดาคู่สมรสผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็นเจ้าของเชื้อสุจิและไข่ หรือมารดาที่ตั้งครรภ์แทน จะเป็นเหตุเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(1) หรือไม่ เพราะบิดามารดาคู่สมรสผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็นเจ้าของเชื้อสุจิและไข่เป็นผู้ที่มีสายโลหิตเดียวกัน (Jus sanguinis) เมื่อตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์แล้ว

¹⁰ จาก “การผสมเทียมและการอุ้มบุญกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”, โดย กุลพล พลวัน, 2556, บทบัญญัติ, 69(1), 7-8.

¹¹ คณะ กก.เด็กฯ เปิดรับจดแจ้งลงทะเบียน “แม่อุ้มบุญ”. (2557). สืบค้น 28 สิงหาคม 2557, จาก www.mcot.net/site/content?id=53fc4e8fbc0470afb68b456b#.VCIO_GlaySM.

¹² การตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) และการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน (น. 39). เล่มเดิม.

ย่อมปรากฏลักษณะทางพันธุกรรมที่ตรงกันด้วย ส่วนมารดาที่ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ให้กำเนิดชีวิตเสมือนเป็นการอาศัยท้องของมารดาที่ตั้งครรภ์แทนในการตั้งครรภ์และให้กำเนิดทารก เช่นนี้จะเกิดปัญหาในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ หากว่าเราพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดให้มารดาผู้ให้กำเนิด เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย มารดาที่ตั้งครรภ์แทนก็จะ เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย และหากมีสามี ชายผู้เป็นสามีย่อมเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กด้วย หากนำหลักความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายมากำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการีในประมวลกฎหมายอาญา ก็อาจทำให้บิดาและมารดาผู้ว่าจ้างซึ่งมีสายโลหิตเดียวกัน มีความประสงค์ที่จะมีบุตร และอาศัยอยู่เป็นครอบครัวเดียวกัน มิใช่บุพการีตามประมวลกฎหมายอาญา ในเรื่องนี้ ทำให้กฎหมายอาญาที่มีมาตรการลงโทษที่รุนแรงไม่มีความชัดเจนแน่นอน และเกิดปัญหาในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาได้

ตัวอย่างปัญหาที่อาจเกิดขึ้น เช่น นางเลื่องจดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายกับนายเขียวแต่ไม่สามารถมีบุตรได้ จึงไปฝากให้นางม่วงน้องสาวตั้งครรภ์แทน โดยใช้อสุจิจากนายเขียวและไข่ของนางเลื่อง หากเมื่อนางม่วงคลอดเด็กหญิงส้มแล้ว ต่อมาเด็กหญิงส้มโตขึ้นจนบรรลุนิติภาวะแต่กลับมาลักทรัพย์นางม่วง กรณีเช่นนี้นางสาวส้มจะได้รับประโยชน์จากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง หรือไม่ หรือถ้านางสาวส้มกลับมามานางม่วงตายนางสาวส้มจะต้องรับผิดชอบฐานฆ่าบุพการีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(1) หรือไม่¹³ เนื่องจากไม่มีการกำหนดขอบเขตคำว่าบุพการี ไว้ให้ชัดเจนดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงอาจทำให้เกิดปัญหาการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาได้ และหากว่าการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำต่อบิดามารดาผู้ว่าจ้าง จะถือตามหลักสายโลหิตให้บิดามารดาผู้ว่าจ้างซึ่งไม่ใช่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นบุพการีตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ ทำให้ผู้วิจัยมีความสนใจที่จะศึกษาและเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการีตามประมวลกฎหมายอาญา กรณีที่เป็นการกระทำระหว่างผู้สืบสันดานและบุพการี ซึ่งในบางประเทศได้มีการให้ความหมายของคำว่าบุพการีไว้ครอบคลุมมากกว่าประเทศไทย อาทิเช่น ในประเทศฝรั่งเศส¹⁴ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะการฆ่าบุพการีนั้น มีกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 221-4 โดยบุพการีตามมาตรานี้ รวมถึง บิดามารดาตามความเป็นจริงหรือบิดามารดาบุญธรรมด้วย กรณีต่างๆ เหล่านี้จะมีความสอดคล้องกับกฎหมายอาญาของไทยหรือไม่

¹³ จาก รวมคำบรรยายเนติบัณฑิตสมัยที่ 65, โดย ไกรฤกษ์ เกษมสันต์,ม.ล., 2555 , กรุงเทพฯ:เนติบัณฑิตยสภา. ลิขสิทธิ์ 2555 โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

¹⁴ จาก รวมบทความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส (น. 10-11), โดย อุทัย อาทิวา, 2554, กรุงเทพฯ:วิ.เจ.พรินต์ติ้ง, ลิขสิทธิ์ 2554 โดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

แตกต่างกันอย่างไร แม้ว่าในปัจจุบันจะยังไม่มีคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางอาญาต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น แต่เนื่องจากได้มีการให้บริการการตั้งครรภ์แทนอย่างแพร่หลายทั่วโลก ประกอบกับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในปัจจุบันก็มีแนวโน้มที่เพิ่มสูงขึ้น ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเล็งเห็นถึงความจำเป็นที่จะศึกษาขอบเขตของคำว่าบุพการีในประมวลกฎหมายอาญากรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำความผิดต่อบุพการีและบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิและไข่ มารดาที่ตั้งครรภ์แทน และรวมไปถึงสามีของมารดาที่ตั้งครรภ์แทนหากมีด้วย โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายในต่างประเทศเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายอาญาไทยให้เหมาะสมกับวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. ศึกษาแนวคิดทฤษฎี ประวัติความเป็นมา และคุณธรรมทางกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องกับการขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา กรณีที่เป็นการกระทำของผู้สืบสันดานต่อบุพการี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) รวมถึงแนวคิดและพัฒนาการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน
2. ศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาตลอดจนผลกระทบเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของคำว่าบุพการีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) ข้อจำกัดเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา ที่ผู้สืบสันดานกระทำความผิดต่อบุพการี ยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีกระทำความผิดต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน อันเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว และเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว
3. วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา กรณีที่เป็นการกระทำของผู้สืบสันดานต่อบุพการี และบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(1) และการกำหนดสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่มีการตั้งครรภ์แทน ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ
4. ศึกษาหาแนวทางในการพัฒนา ปรับปรุง แก้ไข บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดขอบเขตความหมายคำว่า บุพการี ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 ตลอดจนกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่เกิดกับบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน

1.3 สมมติฐาน

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือลดโทษให้ และมาตรา 289(1) ซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว ในกรณีที่ผู้สืบสันดาน

กระทำต่อบุพการีนั่น มิได้มีการกำหนดขอบเขตความหมายของคำว่า บุพการี ให้มีความชัดเจนว่ามีความหมายที่ครอบคลุมเพียงใด เมื่อมีเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กรณีเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ซึ่งไข่ของภรรยาและเชื้อสpermของสามีฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หรือมีการรับบริจาคเชื้อสpermเพื่อมาผสมกับไข่ของภรรยา หรือรับบริจาคไข่เพื่อมาผสมกับเชื้อสpermของสามี และฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาต่อไปในอนาคตหากเป็นการกระทำความผิดทางอาญาระหว่างผู้สืบสันดานต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้างผู้บริจาคเชื้อสpermหรือไข่ มารดาที่ตั้งครรภ์แทน และรวมไปถึงสามีของมารดาที่ตั้งครรภ์แทนหากมี

ในต่างประเทศนั้น แม้ว่าจะไม่พบการกระทำความผิดทางอาญาในกรณีดังกล่าว แต่ในบางประเทศก็ได้มีการกำหนดขอบเขตคำว่าบุพการีไว้ครอบคลุมมากกว่าประเทศไทย เช่น ในประเทศฟิลิปปินส์กำหนดการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางประการต่อผู้สืบสายโลหิตทั้งโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา เป็นเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบให้กับผู้กระทำ ส่วนในประเทศฝรั่งเศส การฆ่าบิดามารดาตามความจริง ตามกฎหมาย และรวมถึงผู้รับบุตรบุญธรรม เป็นเหตุเพิ่มโทษผู้กระทำความผิด ส่วนในประเทศไทยนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง และในมาตรา 289(1) เจตนารมณ์ของกฎหมายประสงค์คุ้มครองให้เกิดความเป็นเอกภาพในครอบครัว และคุ้มครองให้บุคคลมีความกตัญญูต่อผู้มีพระคุณ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็นเจ้าของเชื้อสpermหรือไข่ แม้จะมีใช้บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็เป็นผู้ที่ประสงค์มีบุตร มีสายโลหิตเดียวกับเด็กที่คลอดออกมา และอยู่ร่วมอาศัยเป็นสถาบันครอบครัวเดียวกัน จึงสมควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ดังนั้น จึงควรมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาโดยกำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการี ให้ชัดเจน และครอบคลุมถึงบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน เฉพาะบิดามารดาผู้ว่าจ้าง ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายอาญามีความชัดเจนแน่นอนสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย และรองรับกับเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีความซับซ้อนมากขึ้นต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ผู้วิจัยจะทำการศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือเหตุลดโทษให้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และเหตุเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289(1) ประวัติความเป็นมาของกฎหมายอาญาไทยตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงจนถึงประมวลกฎหมายอาญา แนวคิดและพัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน และศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ทั้งประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เพื่อนำข้อมูลมาวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในการกำหนดขอบเขตของคำว่า

บุพการีในประมวลกฎหมายอาญา กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี และบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ มารดาที่ตั้งครรภ์แทน และสามีของมารดาที่ตั้งครรภ์แทนหากมี เพื่อหาแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาให้มีความเหมาะสมต่อไป

1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

เป็นการค้นคว้าวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยอาศัยการค้นคว้า การรวบรวม ข้อมูลทางเอกสาร ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษจากบทความ หนังสือ วิทยานิพนธ์ วารสาร ตั๋วบทกฎหมาย และจากเว็บไซต์ เพื่อนำมาประมวลวิเคราะห์เปรียบเทียบ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบแนวคิดทฤษฎี ประวัติความเป็นมา และคุณธรรมทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา กรณีที่เป็นการกระทำของผู้สืบสันดานต่อบุพการีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) รวมถึงแนวคิดและพัฒนาการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน
2. ทำให้ทราบปัญหาตลอดจนผลกระทบเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของคำว่าบุพการีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) ข้อจำกัดเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา ที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี ยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีกระทำต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน อันเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือลดโทษให้ และเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว
3. ทำให้ทราบขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา กรณีที่เป็นการกระทำของผู้สืบสันดานต่อบุพการี และบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(1) และการกำหนดสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่มีการตั้งครรภ์แทน ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ
4. ทำให้ทราบแนวทางในการพัฒนา ปรับปรุง แก้ไข บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดขอบเขตความหมายคำว่า บุพการี ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 ตลอดจนกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) ให้ครอบคลุมกรณีที่เกิดกับบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตของคำว่าบุพการีตามประมวล กฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง มาตรา 289 (1) และการตั้งครรภ์แทน

ประเทศไทยมีระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ซึ่งในการตีความตัวบทกฎหมายอาญานั้น จะต้องตีความอย่างเคร่งครัดตามตัวอักษร หากมิได้มีการบัญญัติเป็นความผิดไว้แล้ว บุคคลก็ไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา จะตีความโดยขยายความในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้ผู้กระทำความผิด (in dubio pro reo)¹⁵ และกฎหมายอาญาได้บัญญัติขึ้นโดยมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม โดยมีความเชื่อมโยงกับศีลธรรมอันดีอันเป็นอิทธิพลของศาสนา เห็นได้จากในหลายๆ มาตราที่บัญญัติขึ้น เมื่อกล่าวถึงการกระทำของผู้สืบสันดานต่อบุพการีในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือลดโทษให้ และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289(1) ซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว ปรากฏชัดเจนมาตั้งแต่สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ โดยได้บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 อันเนื่องมาจากว่าผู้บัญญัติกฎหมายมีความประสงค์ที่จะคุ้มครองความเป็นเอกภาพในครอบครัวและคุ้มครองให้ผู้กระทำมีความกตัญญูต่อผู้มีพระคุณ นอกจากนี้ยังส่งเสริมให้คนในสังคมเกรงกลัวต่อการประพฤติดิศีลธรรมต่อผู้มีพระคุณ อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญามิได้มีการบัญญัติไว้ให้ชัดเจนว่าบุพการีซึ่งเป็นผู้มีพระคุณนั้น หมายถึงผู้ใดบ้าง มีขอบเขตเพียงใด หากผู้สืบสันดานเกิดจากการตั้งครรภ์แทน และกระทำต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ผู้บริจาคเชื้อสุจิหรือไข่ มารดาที่ตั้งครรภ์แทน หรือสามีของมารดาที่ตั้งครรภ์แทนหากมี จะวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาอย่างไร

การตั้งครรภ์แทนนับว่าเป็นเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าอย่างแพร่หลายทั่วโลก เพราะสาเหตุการมีบุตรยากของกลุ่มสมรส ในส่วนของประเทศไทยนั้น ยังไม่มีกฎหมายที่ออกมาควบคุมการตั้งครรภ์แทนอย่างชัดเจนนัก แต่เห็นได้ว่าการตั้งครรภ์แทนมีแนวคิดและพัฒนาการ

¹⁵ จาก กฎหมายอาญา ภาค 1 (น.47), โดย หยุด แสงอุทัย ก, 2554, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2554 โดยสำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ทางกฎหมายที่พยายามจะให้ความครอบคลุมมากขึ้นเป็นลำดับ เพื่อให้เกิดความเข้าใจและนำไปสู่การกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา กรณีการกระทำของผู้สืบสันดานต่อบุพการี และบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน จึงขอกล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ดังต่อไปนี้

2.1 แนวความคิดในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

2.1.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา

Amselm von Feuerbach ได้วางหลักประกันในกฎหมายอาญา ไว้เป็นครั้งแรกในหนังสือกฎหมายอาญาของเขาที่เขียนเมื่อปี ค.ศ. 1801 โดยวางหลักไว้สามประการ คือ¹⁶

- (1) การลงโทษต้องมีกฎหมาย (nulla poena sine lege)
- (2) การลงโทษต้องขึ้นอยู่กับความผิดของการกระทำ (nulla poena sine crimine)
- (3) โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (nullum crimen sine poena legali)

หลักประกันในกฎหมายอาญา ดังกล่าวนี้นี้จึงได้รับการเรียกขานกันในภาษาละตินว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งในปัจจุบันได้กลายเป็นหลักสากลไปแล้ว

สำหรับในประเทศไทยนั้น เมื่อได้มีการปรับปรุงกฎหมายตามแบบอย่างตะวันตก และได้ประกาศใช้ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ.2451) หลักประกันในกฎหมายอาญา ที่ว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และหลักนี้ได้รับการยอมรับอย่างสมบูรณ์เสมอมา

เนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญา ปรากฏอยู่ในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

บทบัญญัติดังกล่าวนี้หมายความว่า เฉพาะกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญาได้ (nullum crimen sine lege) และเฉพาะกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นเช่นกันที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งได้ (nulla poena sine lege) และทั้งสองประการที่กล่าวมานั้นจะต้องมีอยู่แล้วก่อนการกระทำนั้น และโดยที่การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะ

¹⁶ Eberhard Schmidhauser (อ้างถึงใน คณิศ ฌ นทร ข. , 2556, น.79).

ทำได้ กล่าวคือ ต้องยึดหลักความชัดเจนแน่นอน เป็นผลสืบเนื่องมาจากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวนั่นเอง

ดังนี้ บทบัญญัติอันเป็น หลักประกันในกฎหมายอาญา ครอบคลุมเนื้อหา 4 ประการ คือ

(1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล

ในบทบัญญัติมาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายใช้คำว่า บัญญัติ ซึ่งแสดงว่ากฎหมายอาญาต้องเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ ซึ่งกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัตินี้ รวมถึงกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกด้วย

กฎหมายที่ตรงกันข้ามกับกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ คือ กฎหมายจารีตประเพณี

กฎหมายจารีตประเพณี เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน¹⁷ จึงมิได้เกิดจากการบัญญัติ แต่เกิดจากการปฏิบัติ เหตุนี้จึงต้องห้ามมิให้นำ กฎหมายจารีตประเพณี มาใช้ในกฎหมายอาญา และจะกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในทางอาญาหรือกำหนดการเพิ่มโทษโดยกฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้ ทำให้กฎหมายอาญาแตกต่างจากกฎหมายแพ่ง¹⁸ ซึ่งจารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายแพ่งอย่างหนึ่ง

เหตุผลของ การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี ในกฎหมายอาญานั้น ปรากฏอยู่ในข้อเรียกร้องที่ว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญาชอบที่จะต้องผ่านรัฐสภาอันเป็นสถาบันที่แสดงออกถึงเจตจำนงของประชาชน ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนี้แท้จริงแล้วก็คือเหตุผลตามหลักประชาธิปไตยนั่นเอง

(2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกำหนดหรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่ รวมตลอดถึงการห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเพิ่มโทษด้วยซึ่งหมายความว่าหากในกรณีใดที่มีกฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแล้ว ในกรณินั้นก็ต้องใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณนั้นเสมอ เนื้อหาของหลักประกันในข้อนี้จึงมีความเกี่ยวข้องกับการตีความกฎหมายอาญาอย่างใกล้ชิด¹⁹

¹⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์ (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร ข. , 2556, น.82).

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีความเกี่ยวข้องให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

¹⁹ หยุต แสงอุทัย (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร ข. , 2556, น.83).

การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในกฎหมายอาญาเป็นข้อเรียกร้องให้ต้องมีการบัญญัติที่หนักแน่นที่สุดเช่นเดียวกันกับข้อเรียกร้องในการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

การที่จะลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดการกระทำหนึ่งนั้น ชอบที่จะให้เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตัดสินใจ นอกจากนี้ยังมีเหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ หากยอมให้มีการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้แล้ว ผลก็จะกลายเป็นว่าการลงโทษการกระทำความผิดหนึ่งหรือไม่นั้นจะขึ้นอยู่กับความรู้สึกรู้สึกในเรื่องผิดถูกของบุคคลจนเกินขอบเขต ซึ่งในเรื่องความรู้สึกอันเป็นเรื่องในทางอัตตะวสัยนั้น ในทางกฎหมายแล้วเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาและเป็นที่ต้องหลีกเลี่ยง เหตุผลประการหลังนี้จึงเป็นเหตุผลในทางนโยบายทางอาญา การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จึงหมายถึง การห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินเลยขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากการตีความกฎหมาย

กฎหมายอาจมีช่องว่างได้ ซึ่งช่องว่างของกฎหมายนั้น อาจจะมีอยู่เดิมในกฎหมายแล้ว หรืออาจจะเกิดขึ้นเนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นในภายหลัง ในกรณีที่กฎหมายมีช่องว่าง หากเป็นคดีอาญาจะต้องพิพากษายกฟ้องและต้องปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตัดสินใจ แต่ถ้าเป็นกรณีของคดีแพ่งแล้วศาลจะปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมายจะปรับใช้ไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4²⁰

(3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

ข้อเรียกร้องของกฎหมายอาญา คือ กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน การที่ต้องเรียกร้องเช่นนี้ ก็เพราะว่าการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถทำได้ตามกล่าวคือ ในการบัญญัติกฎหมายนั้นจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัตินั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และทั้งจะเป็นเครื่องป้องกันมิให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตามอำเภอใจหรือตามความรู้สึกตน

²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือความความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

หลักประกันในกฎหมายอาญา ประการที่สามนี้แสดงให้เห็นถึง หลักนิติรัฐ ในกฎหมายอาญาด้วยความเข้มแข็งกว่าในกฎหมายอื่นเช่นเดียวกัน และข้อเรียกร้องนี้มีความสำคัญยิ่งกว่าข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเสียอีก

Prof. Dr. Hans Welzel กล่าวว่า “อันตรายที่แท้จริงที่คุกคามหลักประกันของกฎหมายอาญาไม่ได้เกิดจากการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่เกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา”²¹

(4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

หลักประกันข้อนี้แสดงให้เห็นถึงหลักนิติรัฐในกฎหมายอาญาที่ก้าวไกลกว่าหลักนิติรัฐในกฎหมายลักษณะอื่นๆ ทั้งหมด ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคหนึ่ง จำกัดตัวเองอยู่เฉพาะในส่วนกฎหมายอาญานั้น

การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง หมายความว่า ถ้าบุคคลได้กระทำการอย่างใดลงและในขณะที่กระทำการนั้นการกระทำนั้นไม่มีโทษทางอาญาแล้ว ย่อมไม่อาจจะบัญญัติให้ย้อนหลังว่าการกระทำนั้น เป็นการกระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญาได้โดยเด็ดขาด และการกระทำที่ลงโทษหนักแก่ผู้กระทำความผิดสำหรับการกระทำนั้นก็กระทำมิได้ด้วย

การห้ามย้อนหลังนี้ขยายไปถึงการเป็นผลร้ายอื่นของฐานะของผู้กระทำความผิดที่กำหนดขึ้นภายหลังด้วย เช่น ความผิดอาญาฐานใดที่เดิมเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ดังนี้ ถ้าการกระทำความผิดฐานนั้นได้เกิดขึ้นในขณะที่ความผิดฐานนั้นยังเป็นความผิดอันยอมความได้และคดีได้ขาดอายุความร้องทุกข์แล้ว กรณีย่อมไม่มีผลย้อนหลัง แม้กฎหมายใหม่จะมีเนื้อหาเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอยู่ด้วยก็ตาม

2.1.2 หลักการตีความกฎหมายอาญา

คำว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” นั้น มีความไม่ชัดเจนในความหมายอย่างมาก เนื่องจากนักนิติศาสตร์บางท่านหมายความว่า ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเป็นผลร้าย ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในทางเป็นผลร้าย และห้ามนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในทางเป็นผลร้าย ซึ่งก็คือเนื้อหาส่วนหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2²² แต่นักนิติศาสตร์บางท่านได้กล่าวถึงตามความหมายของหลักการตีความตามตัวอักษร ของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) สืบเนื่องมาจากนักกฎหมายไทยในรุ่นแรกๆ นิยมไปศึกษากฎหมาย

²¹ Hans Welzel (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร ข. , 2556, น.90).

²² กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 66). เล่มเดิม.

ที่ประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งหลักการตีความของระบบกฎหมายนี้จะจะเป็นไปตามหลักที่ว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ปวงที่ขัดแย้งต่อกฎหมายคอมมอนลอว์จะถูกตีความโดยเคร่งครัดและถูกยอมรับในแบบอย่างที่น่าเชื่อถือในฐานะที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้แสดงหรือปรากฏออกมา การเรียนการสอนของไทยที่ให้ความหมายของการตีความกฎหมายอาญาอย่างเคร่งครัด จึงอาจไม่เหมาะกับระบบกฎหมายของไทยซึ่งเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)²³

การตีความกฎหมายอาญาเป็นเรื่องการตีความกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ หรือเป็นเรื่องของการตีความตัวบทกฎหมาย เพราะเจตจำนงของประชาชนได้แสดงออกจากการบัญญัติกฎหมายนั้นขึ้น การตีความจึงต้องทำให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่มีอยู่ในกฎหมายผู้ใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาล ต้องผูกมัดกับความหมายของตัวบทกฎหมายที่หยั่งรู้ได้โดยหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายที่ยอมรับกันทั่วไปเท่านั้น การตีความก็ต้องใช้ได้กับทุกกรณีเหมือนกัน หน้าที่ของผู้พิพากษาในการตีความกฎหมายก็คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายในการวินิจฉัยคดี เฉพาะกรณีในการตีความกฎหมาย ผู้พิพากษาจะต้องทำหน้าที่ถึงขนาดจนเป็นที่คาดหมายได้ว่าในเรื่องทำนองเดียวกันผู้พิพากษาอื่นก็ต้องวินิจฉัยเช่นเดียวกัน กล่าวคือการตีความกฎหมายอาญาจะต้อง มีความเป็นภาวะวิสัย ที่สามารถตรวจสอบความถูกต้องได้ กล่าวคือ ในการวินิจฉัยคดีของศาลจะต้องมีเหตุผลในการตัดสินทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย หากขาดเหตุผลเหล่านี้ ก็จะถือเป็นการกระทำที่ขาดความเป็นภาวะวิสัย ทำให้ไม่สามารถตรวจสอบความถูกต้องได้

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ก็ได้กล่าวถึงการตีความกฎหมายอาญาว่า การตีความในกฎหมายอาญามีหลักเช่นเดียวกับการตีความตามกฎหมายอื่นๆ กล่าวคือ ต้องตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ การตีความจะตีความโดยขยายความออกไปให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่ตีความโดยการขยายความให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดได้ และถ้ากรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา ดังนั้น คำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย จึงเป็นการกล่าวถึงหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายเพียง 2 ประการ คือ การตีความตามหลักภาษา และการตีความตามหลักความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายเท่านั้น²⁴

(1) หลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย

²³ แหล่งเดิม.

²⁴ จาก *กฎหมายอาญาเรียนด้วยตนเอง* (น.335), โดย หยุด แสงอุทัย ข, 2543, กรุงเทพฯ:วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2543 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

การตีความกฎหมายอาญา หมายถึง การทำความเข้าใจความหมายในทางกฎหมายของ
ตัวบทกฎหมาย ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 4 ประการ คือ²⁵

(1.1) การตีความตามหลักภาษา

เนื่องจากหลักประกันในกฎหมายอาญาที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลจะต้องรับโทษในทาง
อาญาก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด จึงเป็นจุดเริ่มต้นที่ทำให้การตีความกฎหมายอาญา
จะต้องดูจากถ้อยคำของตัวบทกฎหมาย

ซึ่งการตีความตามหลักภาษา เป็นการหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากความหมาย
ของภาษาที่ใช้กันทั่วไป ความหมายของตัวบทกฎหมายจึงเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดผลร้ายแก่
บุคคล²⁶

การตีความตามหลักภาษา มีความยากตรงที่ว่า จะรู้ได้อย่างไรว่าถ้อยคำที่จะ
ตีความหมายนั้นมีความหมายที่ตรงกันทั้งตามที่ใช้กันทั่วไปและในทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้ตีความ
กฎหมายจึงต้องดูด้วยว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้มุ่งประสงค์ให้ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายนั้น มีความหมาย
เป็นพิเศษอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่ การดูความหมายพิเศษของถ้อยคำในกฎหมาย ก็คือ การดูนิยาม
ของตัวบทกฎหมาย เช่น

การพิเคราะห์ถึงถ้อยคำในตัวบทกฎหมายจึงเป็นเรื่องแรกที่ต้องทำความเข้าใจ แม้ว่า
ถ้อยคำในกฎหมายอาญาจะมีความชัดเจนแน่นอนพอควรก็ตาม แต่หากพิเคราะห์ให้ลึกซึ้งแล้วจะ
พบว่า ถ้อยคำแต่ละคำมีความหมายกว้างแคบต่างกันอยู่หลายระดับ จึงต้องหาแกนความหมาย (Core
meaning) ความหมายธรรมดา (Ordinary meaning) ความหมายอย่างกว้าง (Extended meaning)
ตลอดจนเนื้อความที่ถือโดยอนุโลม (Extreme meaning)²⁷

(1.2) การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย

แม้ว่าจะตีความตามหลักภาษา แต่อย่างไรก็ตามภาษากฎหมายอาจแตกต่างกันได้ ขึ้นอยู่
กับความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบกฎหมาย นักกฎหมายได้ให้ความหมายของคำใดคำหนึ่งไว้ ก็ใ้
ว่ากรณีจะมีความหมายที่เหมือนกันในทุกฐานความผิด เพราะความผิดแต่ละฐานมีความสัมพันธ์กับ
นิยามที่แตกต่างกันได้

บางกรณีก็ไม่มีการบัญญัติอยู่ในกฎหมายอาญา เนื่องจากความสัมพันธ์กันอย่างเป็น
ระบบของกฎหมาย จึงต้องนำหลักในกฎหมายอื่นนั้นมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย เป็นต้นว่า

²⁵ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น.69). เล่มเดิม.

²⁶ Harro Otto (อ้างถึงใน คณิศ ฅ นกร ข. , 2556, น.70).

²⁷ จาก “การตีความกฎหมายอาญา”, โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, จิตติ ดิงศภัทิย์ และคณิศ ฅ นกร, 2527,
วารสารนิติศาสตร์, 14(4), 43.

กฎหมายอาญาไม่ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับทรัพย์ไว้ แต่กฎหมายแพ่งมีความหมายเกี่ยวกับทรัพย์ ซึ่งหมายถึง วัตถุมีรูปร่าง กรณีจึงต้องนำหลักในกฎหมายแพ่งมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย ตามหลักความเป็นหนึ่งเดียวของระบบกฎหมาย

การตีความกฎหมายตาม หลักการตีความตามหลักภาษา เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะทราบความหมายที่ถูกต้องของตัวบทกฎหมายได้ ในการตีความกฎหมายจึงอาจต้องเพิ่มเติมด้วยการตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กรณีต้องยอมรับว่าในบางกรณีระบบกฎหมายเองอาจจะยังขาดความชัดเจน

(1.3) การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย

การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น ทั้งนี้ เพราะกฎหมายไม่ใช่มาจากเจตจำนงของบุคคลเท่านั้น แต่เป็นผลมาจากวิวัฒนาการมาเป็นเวลานานในอดีต จากแหล่งที่มาแตกต่างกัน ซึ่งอาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภท หรือที่ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ เรียกว่า ทฤษฎีกฎหมายสามชั้น (Three-layer Theory of law) ซึ่งได้แบ่งกฎหมายออกเป็นสามยุค จากการแบ่งกฎหมายออกเป็นสามยุคนี้เอง ทำให้สามารถอธิบายความหมายของหลักกฎหมายได้หลายๆกรณี และที่สำคัญสามารถช่วยในการตีความกฎหมายอาญาได้เป็นอย่างดีด้วย ดังต่อไปนี้²⁸

1) ยุคกฎหมายชาวบ้าน เป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นจากเหตุผลธรรมดาของสามัญชน หรือสามัญสำนึก (Simple natural reason) เป็นความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นเวลานาน ยุคนี้กฎหมายและศีลธรรมไม่ได้แยกจากกัน การกระทำที่ผิดศีลธรรมก็คือ ผิดกฎหมาย เพราะฉะนั้นการกระทำที่แสดงออกมาจึงสะท้อนถึงศีลธรรมด้วย การพิจารณาความผิดแต่เดิม จึงไม่ใช่การพิจารณาโดยไม่คำนึงถึงจิตใจเลย แต่สิ่งนั้นได้แสดงออกโดยการกระทำแล้ว ยิ่งความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงมาก ก็คือ การแสดงถึงบาปที่น่ารังเกียจมากในสมัยนั้น การกระทำความผิดอาญาในสมัยก่อน จึงเป็นสิ่งที่ขัดต่อความรู้สึกทางศีลธรรมในสังคมด้วย เช่น ความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย ซึ่งเป็นสิ่งที่คนสามารถรู้ได้ด้วยสามัญสำนึกตนเอง เป็นต้น

2) ยุคกฎหมายของนักกฎหมาย เป็นยุคที่เริ่มมีเหตุผลมาซึ่งตรงในการชี้ขาดข้อพิพาท เป็นเหตุผลที่ปรุงแต่งทางกฎหมาย ปรุงแต่งจากหลักเดิม เกิดนักกฎหมาย องค์การตุลาการ และวิชาชีพนักกฎหมาย หลักกฎหมายที่เกิดขึ้น จึงเรียกว่ากฎหมายของนักกฎหมาย หลักกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ต้องศึกษาเล่าเรียนจึงจะรู้ไม่เหมือนกฎหมายประเพณีที่เกิดจากเหตุผลธรรมดาสามัญสำนึกก็สามารถรู้ได้ เช่น เรื่องอายุความในการฟ้องร้องผู้กระทำความผิด ซึ่งต่างกับสามัญสำนึกของ

²⁸ จาก หลักกฎหมายอาญา (น.130-132), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส ก , 2551, กรุงเทพฯ:วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2551 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

คนทั่วไปว่า คนทำผิดก็ต้องถูกลงโทษโดยไม่ได้คำนึงถึงเงื่อนไขเวลา หรือหลักในเรื่องการป้องกันบุคคลสามารถอ้างป้องกันได้หากเป็นการกระทำต่อภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมาย และภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึง ถ้าหากได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุ เป็นต้น ซึ่งหลักการเหล่านี้ได้กลายเป็นหลักทั่วไป นำไปวินิจฉัยข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง นับว่านักกฎหมายได้พัฒนาหลักกฎหมายไปอีกขั้นหนึ่งด้วย

3) ยุคกฎหมายเทคนิค (Technical Law) กฎหมายในยุคนี้เกิดจากการบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อแก้ปัญหาเฉพาะเจาะจงในบางเรื่อง ทั้งนี้เนื่องจากสังคมล้าสมัยซับซ้อนขึ้น ข้อขัดแย้งในสังคมมีมากขึ้น และเป็นข้อขัดแย้งที่ต่างจากปัญหาในอดีต การจะรอให้ประเพณีค่อยๆ เกิดขึ้นย่อมไม่ทันต่อเหตุการณ์เฉพาะหน้า จึงมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นด้วยเหตุผลทางเทคนิค กฎหมายอาจจะมิได้เกิดจากศีลธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณีโดยตรง ผู้กระทำความผิดจึงไม่รู้สึกรู้ว่าตนกำลังทำผิดศีลธรรม เพราะฉะนั้นการบังคับโทษตามกฎหมายเทคนิค จึงต้องรุนแรงและแน่นอน

จากทฤษฎีกฎหมายสามชั้น (Three-layer Theory of law) ซึ่งได้แบ่งกฎหมายออกเป็น 3 ยุคนั้น ทำให้เห็นถึงลักษณะเด่นของกฎหมายในแต่ละเรื่อง ว่ากฎหมายใดที่มีขึ้นโดยเหตุผลทางศีลธรรมล้วนๆ กฎหมายใดที่นักกฎหมายมีส่วนเข้าไปปรุงแต่งและกฎหมายใดเกิดขึ้นด้วยเหตุผลทางเทคนิค การนำทฤษฎีมาใช้จะทำให้เราสามารถแยกแยะบทบัญญัติในแต่ละเรื่องได้ชัดเจน ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายที่มีผลทางเทคนิคเพื่อจะควบคุมคนในสังคม มักเป็นเรื่องที่อันตราย เพราะเป็นกรณีที่แยกกฎหมายออกจากศีลธรรมอย่างเด็ดขาด

การพิจารณาประวัติความเป็นมาของกฎหมายนั้น อาจพิจารณาจากประวัติการยกร่างและเอกสารที่เกี่ยวข้อง เช่น ต้นร่าง เหตุผลในการร่าง ตลอดจนรายงานการประชุมของสภานอกจากนี้เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย ซึ่งมีอยู่ในระบบกฎหมายของไทยเราก็เป็นข้อมูลหนึ่งที่สามารถยังทราบถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมาย ตลอดจนความหมายของตัวบทกฎหมายได้ การตีความตามวิธีนี้จะนำไปสู่ การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายต่อไป

(1.4) การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย

การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย หรือการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย คือ การค้นหาความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย ซึ่งอาศัยคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเครื่องช่วยในการตีความ

ตัวอย่างเช่น ในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(1) ความผิดฐานฆ่าบุพการี คุณธรรมทางกฎหมาย คือ ชีวิตมนุษย์ และความกตัญญูต่เวทีย สองสิ่งนี้ก็จะเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายได้ ซึ่งจะได้อีกต่อไป

อีกนัยหนึ่งในการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายนั้น คือ หลักการตีความตามตัวอักษรกับการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องพิจารณาควบคู่กันไป โดยถือว่ามิให้นำนักเท่าเทียมกัน เหตุเพราะลำพังถ้อยคำแต่ละถ้อยคำที่ประกอบเป็นข้อความนั้นไม่มีความหมายที่ชัดเจนในตัวเอง ความหมายของมันจะปรากฏขึ้นเมื่อเราอ่านรวมกับถ้อยคำอื่นที่เป็นข้อความแวดล้อมและรวมเข้ามาประกอบเป็นข้อความทั้งหมดของเรื่องนั้น เพื่อค้นหาเหตุผลของกฎหมายเจตนารมณ์ หรือวิญญูณของกฎหมาย²⁹

(2) วิธีการตีความกฎหมายและการตีความกฎหมาย

ในการตีความกฎหมาย ผู้ตีความชอบที่จะใช้การผสมผสานของหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ โดยถือเอา การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายเป็นแกนนำ ส่วนหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอื่นๆ นั้น เป็นเพียงปัจจัยที่จะนำไปใช้ประกอบกับความหมายที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายเท่านั้น ในการตีความกฎหมายอาญาผู้ตีความก็ต้องปฏิบัติทำนองเดียวกันกับที่กล่าวมานี้

การตีความกฎหมายอาญาเดิมที่เดียวนักนิติศาสตร์เห็นว่าการตีความโดยขยายความเป็นวิธีการที่ต้องห้าม แต่การตีความโดยจำกัดความกระทำได้โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เป็นผลร้ายก่อภาระที่หนักแก่บุคคลและเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น แต่ในปัจจุบันนี้นักนิติศาสตร์ไม่เห็นด้วยกับหลักการดังกล่าวต่อไปอีกแล้ว เพราะในเรื่องการตีความกฎหมายนั้น ไม่มีการตีความอย่างอื่นนอกจากการตีความที่ถูกต้อง

การใช้กฎหมายต้องอยู่ในกรอบหรือขอบเขตของความหมายของตัวบทกฎหมาย หากใช้กฎหมายอาญาเกินขอบเขตของความหมายของตัวบทกฎหมายแล้ว กรณีก็ไม่ใช่การตีความกฎหมายอาญา แต่เป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา และถ้าการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยี่นั้น เป็นไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในกฎหมายอาญา³⁰

2.1.3 คุณธรรมทางกฎหมายกับแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายอาญา

ความผิดต่างๆ เป็นบทบัญญัติที่สั้นและกะทัดรัด แต่ในความสั้นและกะทัดรัดของบทบัญญัตินั้นๆ จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้รวบรวมเอาสิ่งต่างๆ ที่เป็นพื้นฐานของความผิดต่างๆ นั้น เข้าไว้อย่างเหมาะสม สิ่งที่เป็นพื้นฐานดังกล่าวนี้ คือ ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ผลของการกระทำ รวมทั้ง คุณธรรมทางกฎหมาย ด้วย

²⁹ หลักกฎหมายอาญา (น.28-29). เล่มเดิม.

³⁰ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น.75). เล่มเดิม.

ในการบัญญัติความผิดฐานต่างๆ นั้น จะมี “คุณธรรมทางกฎหมาย”³¹ เป็นพื้นฐาน ในทางความคิดด้วยเสมอ ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย” ก่อนการบัญญัติหรือไม่ก็ตาม เพราะความผิดอาญา มาจาก ปทัสถาน และปทัสถาน มาจาก คุณธรรมทางกฎหมาย เช่น ปทัสถาน มีว่าเป็นการไม่สมควรที่จะฆ่ามนุษย์เพราะชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่พึงหวงแหน และชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่หรือคุณค่าที่สำคัญที่ชอบที่จะคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา เหตุนี้จึงต้องมีการบัญญัติ มาตรา 288 ขึ้น

ในปทัสถาน นั้นมีคุณธรรมทางกฎหมายแฝงอยู่ การประพาดพิดปทัสถานบางอย่าง อาจไม่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่ร้ายแรงพอที่สมควรกำหนดเป็นความผิดอาญาก็ได้ ดังนั้นคุณธรรมทางกฎหมายในทางกฎหมายอาญา จึงเป็นสิ่งสำคัญที่จำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น ด้วยเหตุดังกล่าวจึงต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย ที่สำคัญนั้นด้วยกฎหมายอาญา

เรื่องคุณธรรมทางกฎหมายจึงไม่ใช่เรื่องใหม่ในทางกฎหมายในประเทศไทยเราเพียงแต่ ยังไม่เคยมีการกล่าวถึงเรื่องดังกล่าวนี้กันอย่างเป็นกิจจะลักษณะเท่านั้น ท่านอาจารย์คณิต ฒ นคร ได้กล่าวถึงเรื่องคุณธรรมทางกฎหมาย เป็นครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 2521

คำว่า คุณธรรมทางกฎหมาย หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน ที่กฎหมายคุ้มครอง หรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง³² แต่คุณธรรมทางกฎหมาย เป็นคนละอย่าง กับกรรมของการกระทำ เพราะคุณธรรมทางกฎหมายเป็นคุณค่า ในทางอุดมคติที่อยู่เบื้องหลังของความผิดฐานต่างๆ แต่กรรมของการกระทำเป็นวัตถุที่ถูกกระทบจากการกระทำที่ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ มีทรัพย์เป็นกรรมของการกระทำ แต่คุณธรรมทางกฎหมาย คือ กรรมสิทธิ์และการครอบครอง เป็นต้น

ภารกิจของกฎหมายอาญาประการหนึ่งคือการคุ้มครอง คุณธรรมทางกฎหมาย ไม่ให้เป็นอันตรายหรือถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย แต่ในกรณีใดกรณีหนึ่งที่มีการเฉพาะนั้น ถ้าพิจารณาการกระทำต่อคุณธรรมทางกฎหมาย อาจมีการลงความเห็นว่าแตกต่างกันได้ว่าในกรณีเฉพาะนั้น เป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายแล้วหรือไม่ และการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายนั้น ผิดกฎหมายหรือไม่

คุณธรรมทางกฎหมายนั้น แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ คุณธรรมทางกฎหมาย ที่เป็นส่วนบุคคล เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย กรรมสิทธิ์ และ คุณธรรมทางกฎหมาย

³¹ แหล่งเดิม.

³² Hans-Joachim Rudolphi (อ้างถึงใน คณิต ฒ นคร ข. , 2556, น.149).

ที่เป็นส่วนรวม เช่น ความปลอดภัยในการจราจร ในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการจราจร ความมั่นคงเชื่อถือและการชำระหนี้ได้ของเงินตรา ในความผิดเกี่ยวกับเงินตรา เป็นต้น

ในส่วนที่เกี่ยวกับ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนั้น ยังอาจแบ่งแยกย่อยออกไปเป็น คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย แต่การแบ่งแยกต่อกันไปนี้ เป็นเพียงการพยายามแยกแยะให้เห็นเด่นชัดที่อาจมีประโยชน์ในทางวิชาการบ้างเท่านั้น เช่น ในการบัญญัติความผิดอันยอมความได้ เป็นต้น

โดยทั่วไป คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถสละความคุ้มครองได้ แต่ชีวิตมนุษย์ แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล แต่ผู้เป็นเจ้าของก็ไม่อาจสละความคุ้มครองได้

2.1.4 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ แนวคิดเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ เฉพาะตัว และเหตุเพิ่มโทษ เฉพาะตัว

กรณีการกระทำความผิดต่อชีวิต ที่เป็นการกระทำของผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี มีบทบัญญัติของกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(1) ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น หรือเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว มีระวางโทษประหารชีวิต ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจในเรื่อง วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา และเหตุเพิ่มโทษ จึงขอกล่าวถึงแนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

2.1.4.1 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

สังคมคาดหวังว่าการลงโทษจะมีผลเป็นการควบคุมสังคม และควบคุม อาชญากรรม การกำหนดโทษตามคำพิพากษา (Sentencing) จึงเป็นหัวใจสำคัญของกระบวนการ ยุติธรรม และเป็นจุดเริ่มต้นในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Treatment) ในเรือนจำ³³

เมื่อมีการกระทำผิดขึ้นในสังคม จำเป็นที่สังคมจะต้องหาวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อจัดการกับผู้กระทำความผิดละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคม เพราะหากสังคมไม่จัดการกับคนที่ทำ ผิดก็เท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำความผิดกล่าวว่าการที่สังคมจะจัดการกับคนที่ทำผิดอย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับ สังคมว่ายุคสมัยนั้นว่าสังคมมีการจัดการกับผู้กระทำความผิดอย่างไร ซึ่งบางการกระทำอาจเป็น ความผิดในสังคมหนึ่งช่วงเวลาหนึ่ง แต่อาจไม่ผิดในสังคมหนึ่งช่วงเวลาหนึ่ง โดยสังคมแต่ละยุค

³³ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา (น.360), โดย ประธาน วัฒนวานิชย์, 2546, กรุงเทพฯ: ประกายพริก. ลิขสิทธิ์ 2546 โดยสำนักพิมพ์ประกายพริก.

แต่ละสมัยจะเน้นในวัตถุประสงค์และวิธีการที่จะปฏิบัติต่อกันที่ทำความผิดหรือการลงโทษผู้กระทำความผิดที่แตกต่างกันไป³⁴ อย่างไรก็ตาม สามารถสรุปวัตถุประสงค์ของการลงโทษได้ ดังนี้

(1) การลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน (Retributive Justification)

ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับโทษ เพราะเขาได้กระทำความผิด และต้องรับผิดชอบการกระทำของตนเอง โทษต้องเหมาะสมกับความรับผิดชอบ (Culpability) ความรับผิดชอบมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับผลร้ายของการกระทำ เจตนา ไม่เจตนา หรือประมาท แรงจูงใจ พฤติการณ์แวดล้อม เหตุเพิ่มโทษ ลดโทษ และเหตุบรรเทาโทษ แต่แนวคิดนี้ก็ยังยอมรับการทดแทนความผิดที่มีขอบเขตจำกัด หรือความแตกต่างระหว่างบุคคลได้ตามหลักผู้สมควรได้รับโทษ (Distributive Justice) ตามสถานะของบุคคล หรือความชั่ว เป็นต้น³⁵

ในสมัยโบราณ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ผู้เสียหายหรือญาติของผู้เสียหายมักจะใช้วิธีแก้แค้นเพื่อตอบแทนกับฝ่ายตรงข้าม โดยถือหลักว่า เมื่อบุคคลใดกระทำความผิด หรือทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนย่อมต้องได้รับผลตอบแทนจากการกระทำนั้นอย่างสาสมโดยใช้หลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” หรืออาจเรียกว่า “An eye for an eye, a tooth for a tooth” ซึ่งการลงโทษด้วยวิธีการนี้เป็นการแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำความผิดโดยไม่มีข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์ที่แน่นอนขึ้นอยู่กับความพอใจเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือญาติพี่น้องของเหยื่อจะใช้วิธีการตอบแทนโดยการแก้แค้น ซึ่งปรากฏว่า การลงโทษนั้นค่อนข้างรุนแรงและเกินขอบเขตมีความทารุณโหดร้ายปราศจากมนุษยธรรม³⁶

ต่อมา เมื่อมนุษย์ได้รู้จักการอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มชน หรือสังคมย่อยๆ จึงได้มีการมอบอำนาจในการลงโทษให้แก่ผู้นำหรือหัวหน้ากลุ่ม และในเวลาต่อมาเมื่อมนุษย์มีความเจริญทางวัฒนธรรมและสติปัญญา จึงเกิดระเบียบแบบแผนรวมทั้งกฎเกณฑ์ต่างๆ และกฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่สมาชิกของสังคม

นักคิดทางปรัชญาชาวเยอรมัน คือ Immanuel Kant ได้ให้เหตุผลสนับสนุนความคิดตามแนวทฤษฎีนี้ว่า ถ้าสังคมไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดก็เท่ากับสังคมยอมรับรองการกระทำของเขา และด้วยเหตุเช่นนี้ก็มีผลโดยเสมือนว่า สังคมเป็นผู้สนับสนุนให้กระทำความผิด และกล่าวในหนังสือ Philosophy of Law ว่า “จะใช้การลงโทษเป็นเพียงเครื่องมือ เพื่อให้

³⁴ นัทธี จิตสว่าง. (ม.ป.ป.). วัตถุประสงค์ในการลงโทษ. สืบค้น 20 สิงหาคม 2557, จาก <http://www.gotoknow.org/posts/454719>.

³⁵ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา (น.360). เล่มเดิม.

³⁶ จาก อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (น.130), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2557, กรุงเทพฯ:วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2557 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

เกิดประโยชน์อย่างอื่นไม่ได้ ไม่ว่าจะเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ลงโทษเองหรือแก่สังคม เป็นส่วนรวมก็ตาม การลงโทษในทุกกรณีจะต้องเนื่องมาจากเหตุที่ว่าบุคคลที่ถูกลงโทษได้กระทำความผิดเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะเป็นการไม่สมควรที่จะปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งเพียงเพื่อที่จะเป็นเครื่องมือให้บังเกิดผลแก่บุคคลอื่น ทุกคนมีสิทธิในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ในอันจะไม่ถูกปฏิบัติเช่นนั้น³⁷

ปัญหามีอยู่ว่าทำไมสังคมต้องเข้าไปลงโทษผู้กระทำความผิด การที่รัฐเข้ามารับหน้าที่ลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นการทดแทนก็เพื่อป้องกันไม่ให้มีการแก้แค้นกันเอง ทำให้สังคมวุ่นวาย เพราะมีการแก้แค้นกันเองโดยไม่สิ้นสุด ซึ่งแสดงถึงความรู้ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในขณะที่เดียวกันก็เพื่อช่วยเหลือผู้ที่อ่อนแอกว่าให้ได้รับความเป็นธรรม โดยการลงโทษผู้กระทำความผิดให้ได้รับผลร้ายที่สาสมและทดแทนกันอย่างยุติธรรม วัตถุประสงค์ในการลงโทษข้อนี้เป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับความรู้สึกของประชาชนส่วนใหญ่ในทุกสังคม แม้ว่า จะเป็นวัตถุประสงค์ที่ปัจจุบันเริ่มที่จะลดความสำคัญลงเพราะสังคมมีเหตุผลหรือวัตถุประสงค์อื่น ในการจะใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดมากขึ้น ประกอบกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อแก้แค้น ทดแทนมีจุดอ่อนหลายประการ คือ การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้พิจารณาถึงประโยชน์ในอนาคต คือ ไม่ได้พิจารณาถึงว่าการลงโทษนั้นจะมีผลในการป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น อีกหรือไม่ การลงโทษเพื่อการทดแทนมิได้ทำให้เกิดผลอะไรกลับคืนมาในเชิงความคิดในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมในอนาคต และการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้คำนึงถึงความจำเป็นของสังคม แต่คำนึงถึงความเหมาะสมของโทษกับความผิดที่กระทำ ฉะนั้น เมื่อได้ลงโทษผู้กระทำความผิดตามอัตราโทษแล้ว ก็ต้องปล่อยตัวออกมาต่างๆ ที่ยังเป็นอันตรายต่อสังคมอยู่ หรือ เช่นกรณีการตัดมือผู้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ สังคมจะไม่ได้อะไรจากการลงโทษดังกล่าว นอกจากคนพิการให้ที่สังคมจะต้องเป็นภาระเลี้ยงดูต่อไป หรือแม้กระทั่งความผิดเกี่ยวกับเพศจะมีวิธีการอย่างไรลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนก็ยังคงเป็นปัญหาอยู่ นอกจากนี้ยังเป็นการยากมากที่จะวัดขนาดความรุนแรงของโทษกับความผิดว่ามีความเท่าเทียมกันจริงหรือไม่ เพราะในสภาพความเป็นจริง สังคมยังไม่สามารถมีมาตรการใดๆ ที่จะลงโทษให้ได้สัดส่วนกับความผิดอย่างแท้จริงได้ เช่น กรณีการลักทรัพย์ การจะลงโทษอย่างไรจึงจะสาสม หากจะใช้โทษจำคุก จะต้องจำคุกกี่ปีจึงจะทดแทนกันได้ เป็นเรื่องของความรู้สึกทั้งสิ้น ยังไม่มีมาตรฐานใด ๆ ที่จะวัดได้ว่าทดแทนกันได้ ปัญหาจึงเกิดว่าผู้กระทำความผิดถูกลงโทษอย่างยุติธรรมหรือผู้เสียหายได้รับการตอบแทนที่ยุติธรรมหรือไม่

³⁷ จาก หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก (น.31), โดย ธาณี วรภัทร์ ,2553, กรุงเทพฯ : วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2553 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

ในปัจจุบัน การลงโทษโดยถือหลักการแก้แค้นตอบแทนได้วิวัฒนาการไปตามแนวคิดทางอาชญาวินัยศาสตร์ใหม่ คือ หลักเล็งเล็งใช้วิธีการทรมานร่างกายจึงใช้โทษจำคุกแทนมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับลักษณะความหนักเบาแห่งการกระทำผิด แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่า สังคมปัจจุบันยังคงมีแรงกระตุ้นเตือนในการแก้แค้นผู้กระทำความผิด ซึ่งการมีบทลงโทษต่างๆ เป็นการเปิดโอกาสให้แก่ชุมชนได้แก้แค้นผู้กระทำความผิดโดยผ่านทางกฎหมาย กฎหมายจึงเปรียบเสมือนเครื่องมือเพื่อการลงโทษแทน

(2) การลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งหรือข่มขู่ (Utilitarian or Reductive Justification)

การลงโทษมีเหตุผลในการลดจำนวนอาชญากรรม การลงโทษรุนแรงจะเป็นการยับยั้งการกระทำความผิด หรือมีผลป้องกันอาชญากรรม (Deterrence) เพราะ³⁸

(2.1) ยับยั้งผู้ที่กระทำความผิด มิให้กระทำความผิดอีก

(2.2) ยับยั้งผู้ที่อาจจะกระทำความผิด หรือผู้ที่จะเลียนแบบ

(2.3) แก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด

(2.4) ให้การศึกษาแก่สาธารณชนเพื่อจะได้ตระหนักถึงการกระทำความผิด และมีความระมัดระวังอันเป็นการช่วยลดปัญหาอาชญากรรม

(2.5) ให้ความคุ้มครองแก่สาธารณชน หรือผู้ที่อาจจะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม โดยการแยกผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคม

ในการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำของผู้อื่น (Specific deterrence) และเพื่อให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่าง เช่น การนำโทษประหารชีวิตมาใช้ นั่น เชื่อว่าวิธีประหารชีวิตเป็นการยับยั้งผู้อื่นมิให้เอาเยี่ยงอย่างในการประกอบอาชญากรรม โดย เจมส์ ชูทเธอร์ (Jame Chuter) กล่าวว่า ไม่มีบทลงโทษอื่นใดที่จะมีผลยับยั้งบุคคลมิให้กระทำความผิดทางอาญาเท่ากับโทษประหารชีวิต นอกจากนี้ ยังมีวิธีการลงโทษประเภทต่างๆ อีก เช่น การใช้ข้อ การเขี่ย การจำคุก การให้นักโทษทำงานหนัก เป็นต้น การลงโทษด้วยวิธีการต่างๆ เหล่านี้ เกี่ยวเนื่องกับหลักธรรมชาติที่ว่า มนุษย์ปรารถนาที่จะได้รับความสุขความสบาย และหลีกเลี่ยงความทุกข์ทรมาน ฉะนั้น การลงโทษจึงก่อให้เกิดการยับยั้งอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า การยับยั้งเป็นพิเศษ (Special deterrence) เพ็งเล็งเฉพาะตัวผู้กระทำความผิดเพื่อให้เกิดความกลัวต่อโทษและไม่กล้ากระทำความผิดในอนาคต³⁹

³⁸ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวินัย (น.361). เล่มเดิม.

³⁹ อาชญาวินัยและทัณฑวิทยา (น.131). เล่มเดิม.

(3) การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข (Reformation and Rehabilitation)

ในปัจจุบันมนุษย์เห็นความมีคุณค่าของการอยู่ร่วมกันและการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันมากขึ้น และคำนึงถึงหลักศีลธรรม และหลักมนุษยธรรมมากยิ่งขึ้น และเป็นที่เห็นพ้องต้องกันได้ว่า การลงโทษแต่เพียงอย่างเดียวไม่อาจทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดีได้ แต่กลับเป็นการเสริมสร้างสันดานหยาบกระด้างยิ่งขึ้น หรือเพิ่มความเหี้ยมโหด ทารุณกักขฬะแก่ผู้กระทำความผิดเพิ่มมากยิ่งขึ้นไปอีก ซึ่งเห็นว่าไม่เป็นผลดีต่อคนในชุมชนหรือสังคมแม้แต่น้อย และไม่อาจเป็นหลักประกันว่าจะไม่การกระทำความผิดซ้ำเกิดขึ้นอีก⁴⁰

โดยทั่วไปการแก้ไขผู้กระทำความผิดในเรือนจำมักจะเรียกว่า Reformation และการแก้ไขผู้กระทำความผิดในชุมชนมักจะเรียกว่า Rehabilitation เพื่อให้เห็นความแตกต่างระหว่างบุคคลที่อยู่ในและนอกเรือนจำ หรือถูกลงโทษและใช้วิธีการหลีกเลี่ยงการลงโทษ อย่างไรก็ตามก็ยังมิใช่คำทั้งสองทดแทนกันในความหมายเดียวกัน การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดในที่นี้หมายถึงการแก้ไขฟื้นฟู และบำบัดรักษา ทั้งทางร่างกาย จิตใจ หรือรวมทั้งการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบุคลิกภาพ (Modification) เพื่อส่งเสริมให้ผู้ต้องโทษเป็นพลเมืองที่เคารพกฎหมายเมื่อพ้นโทษหรือมีทัศนคติที่ดีต่อสังคม การแก้ไขฟื้นฟูจะประสบผลสำเร็จอย่างน้อยที่สุดต้องมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงในระยะสั้น หรือเป็นครั้งคราวเท่านั้น⁴¹

การแก้ไขผู้กระทำความผิด จึงเป็นการห้ามปรามมิให้เกิดการประกอบอาชญากรรม จึงเป็นงานที่รัฐบาลจะต้องกระทำเพื่อแก้ไขฟื้นฟูหรือเยียวยารักษาผู้กระทำความผิดเปลี่ยนให้เขาเคารพกฎหมายให้ได้⁴²

อย่างไรก็ตาม การแก้ไขผู้กระทำความผิดในปัจจุบัน แม้จะเป็นแนวทางที่ยอมรับกันในวงการราชทัณฑ์โดยทั่วไป แต่ก็ยังเป็นที่สงสัยว่าจะได้รับผลตามประสงค์เพียงไร เพราะการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดจะมีอุปสรรคหลายประการ กล่าวคือ

1) ผู้กระทำความผิดบางส่วนเปรียบเสมือนกับแก้วที่แตกไปแล้วยากต่อการที่จะมาต่อให้เหมือนเดิมเพราะได้สูญเสียบุคลิกภาพไปแล้วโดยถูกหล่อหลอมและขัดเกลาให้มีบุคลิกลักษณะเช่นนั้นมาเป็นเวลานาน แต่ใช้เวลาในเรือนจำไม่นาน เพื่อที่จะแก้ไขฟื้นฟูให้ฟื้นคืนกลับมา และให้ปรับตัวเข้ากับคนโดยทั่วไปในสังคมนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก

⁴⁰ แหล่งเดิม.

⁴¹ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา (น.362). เล่มเดิม.

⁴² อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (น.132). เล่มเดิม.

2) การลงโทษเพื่อการแก้ไขขัดกับความรู้สึกของคนในสังคมว่าผู้กระทำผิดไม่ควรได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าคนทั่วไป ตามหลักของเจเรมี เบนเทม (Jeremy Bentham) ที่เรียกว่า “หลักการได้รับประโยชน์ที่น้อยกว่า” (Principle of less eligibility) ทั้งนี้เพราะคนโดยทั่วไปจะเห็นว่าเป็นการไม่เป็นธรรมที่ผู้กระทำผิดจะได้รับประโยชน์มากกว่าคนสุจริตโดยทั่วไป เช่น ผู้กระทำผิดจะได้รับการอบรมแก้ไขฝึกวิชาชีพ สวัสดิการ อาหาร ที่อยู่อาศัย ตลอดจนการจัดการศึกษา การหางาน ในขณะที่คนโดยทั่วไปในสังคมอีกจำนวนมากไม่ได้รับบริการดังกล่าว สังคมภายนอกยังมีความยากจน ไม่มีงานทำเลี้ยงดูตนเองและความคร่ำ จึงทำให้ความรู้สึกของคนทั่วไปดังกล่าวเห็นได้ว่าขัดกับหลักของการแก้ไขฟื้นฟู

3) การแก้ไขฟื้นฟูเหมาะสำหรับผู้กระทำผิดบางประเภทเท่านั้น เช่น ผู้กระทำผิดครั้งแรก ซึ่งได้กระทำผิดไปเพราะอารมณ์ชั่ววูบหรือโดยพลั้งพลาด หรือทำไปเพราะความจำเป็น การแก้ไขฟื้นฟูไม่ทำให้กระทำผิดซ้ำขึ้นอีกย่อมมีทางทำสำเร็จได้มาก แต่สำหรับผู้กระทำผิดที่เคยกระทำผิดและถูกลงโทษมาหลายครั้งแล้ว หรือพวกอาชญากรอาชีพหรือพวกทำผิดติดนิสัย โอกาสที่จะแก้ไขฟื้นฟูให้กลับตัวจะยอมเป็นไปได้น้อย ดังนั้น การแก้ไขฟื้นฟูจึงไม่สามารถจะทำให้ผู้กระทำผิดกลับตัวได้ทุกกรณีไป

4) การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดในเรือนจำ จะทำให้ผู้กระทำผิดได้รับทราบปฏิกายเป็นคนที่ถูกขังติดตาย เมื่อพ้นโทษออกไปก็จะไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม จึงต้องไปคบหาสมาคมกับพวกเดียวกันที่ยอมรับและกลับเข้ามาในเรือนจำใหม่ อันตรงกับทฤษฎีการติดตรา (Labeling Theory)

อย่างไรก็ตาม แม้การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูจะมีข้อจำกัดอยู่หลายประการดังกล่าว แต่ก็ยังเป็นวัตถุประสงค์ที่ได้รับการยอมรับและปฏิบัติอยู่ในวงการราชทัณฑ์ของประเทศต่างๆ โดยทั่วไปโดยจะต้องทำควบคู่ไปกับหลักการจำแนกลักษณะผู้ต้องขัง เพื่อแยกคนที่สมควรแก้ไขฟื้นฟูมาดำเนินการอย่างจริงจัง ทั้งนี้ โดยผสมผสานไปกับวัตถุประสงค์ข้ออื่นๆ⁴³

(4) การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสกระทำความผิดได้อีก (Incapacitation)

เป็นวัตถุประสงค์หรือแนวที่ทำให้ผู้กระทำความผิดหมดโอกาสกระทำความผิด อาจได้แก่ การลงโทษจำคุกตลอดชีวิต จำคุกมีกำหนดระยะเวลา การประหารชีวิต เป็นต้น โดยประสงค์ที่จะกำจัดผู้กระทำความผิดให้ออกไปจากสังคมอย่างถาวรหรือชั่วคราวก็ตาม อันเป็นการป้องกันให้คนในสังคมอยู่ได้อย่างปลอดภัย ไม่ต้องหวาดระแวงภัยจากบุคคลนั้นๆ อีกต่อไป นอกจากนี้ วิธีการที่จะตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคมอาจทำได้โดยการเนรเทศเพื่อป้องกัน

⁴³ นัทธี จิตสว่าง. (ม.ป.ป.). วัตถุประสงค์ในการลงโทษ. สืบค้น 20 สิงหาคม 2557 ,จาก <http://www.goto know.org/posts/454719>.

สังคมออกจากอาชญากรโดยการกักอาชญากรไปอยู่ที่อื่นเพื่อให้สังคมปลอดภัย เช่น อังกฤษเคยส่งนักโทษไปไว้ที่ออสเตรเลีย หรือโดยการทำลายอวัยวะเพื่อตัดโอกาสผู้กระทำผิดในการประกอบอาชญากรรม เช่น ตัดมือพวกลักขโมย ทำให้หมดโอกาสลักขโมย หรือการประหารชีวิต⁴⁴ หรือสหรัฐอเมริกาเคยส่งผู้ต้องขังคดีอาชญากรรมไปอยู่บนเกาะอัลคาทาส (Alcatraz island) เป็นต้น

(5) การลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crime)⁴⁵

การลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันให้ชุมชน หรือสังคมนั้นปลอดภัยจากอาชญากรรม และเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก และได้แก้ไขฟื้นฟูในระหว่างต้องโทษ พร้อมทั้งให้การศึกษาฝึกอาชีพเมื่อพ้นโทษแล้วจะได้กลับตนและประกอบอาชีพในทางสุจริต เพื่อเป็นแนวทางป้องกันมิให้อาชญากรรมเกิดขึ้นอีก

มาร์ค แอนเซล (Marc Ancel)⁴⁶ เป็นนักอาชญาวิทยาที่มีชื่อเสียงของประเทศฝรั่งเศสได้ให้คำนิยามของการป้องกันสังคม ว่าหมายถึง การปกป้องคุ้มครองสังคมที่เปรียบพร้อมบริบูรณ์ด้วยปัจจัยจำเป็นยิ่งต่อการธำรงค้ำต่อด้านอาชญากรรมโดยยึดหลักความถูกต้องชอบธรรมอย่างใดก็ดำเนินนโยบายในการรักษาความสงบสุขและความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมสามารถแบ่งเป็นขั้นตอน ดังนี้ คือ

- 1) วางแผนการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม
 - ก) เร่งรัดเจ้าหน้าที่ป้องกันและปราบปรามโจรผู้ร้าย
 - ข) ขอความร่วมมือจากราษฎรอาสาสมัคร
 - ค) ควบคุมการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการป้องกันอาชญากรรม
 - ง) สอดส่องดูแลการปฏิบัติงานพร้อมทั้งความประพฤติ
 - จ) จัดวางสายงานการให้ข่าวกรองที่เชื่อถือได้
 - ฉ) ให้มีการประเมินผล
- 2) ให้การศึกษาแก่ประชาชนในเรื่องการป้องกันทรัพย์สินและความปลอดภัย
- 3) จริยธรรมของผู้ปฏิบัติงานในกระบวนการยุติธรรม
- 4) การประสานงานของสถาบันที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม

จะเห็นได้ว่า สังคมจะปลอดภัยจากอาชญากรรมได้นั้น จำเป็นต้องกระทำร่วมกันหลายฝ่าย เพื่อให้อาชญากรรมลดจำนวนลง ซึ่งแนวทางการป้องกันสังคมจำเป็นจะต้องเกี่ยวข้องกับ

⁴⁴ แหล่งเดิม.

⁴⁵ อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (น.133). เล่มเดิม.

⁴⁶ พงจจิตต์ อธิคมนันท์ (อ้างถึงใน อัจฉริยา ชูตินันท์. , 2557, น.133).

การปฏิบัติต่อผู้กระทำผิด เพื่อให้ผู้กระทำผิดกลับตนเป็นคนดี นอกจากนี้ จะต้องเพิ่มประสิทธิภาพของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรม โดยวางแนวทางปฏิบัติที่จำเป็นจะต้องกระทำ วางระบบการควบคุมการลงโทษ การกำหนดโทษหรือวางเงื่อนไข ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครอง ป้องกันสังคม

วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามที่กล่าวมานี้ เป็นพื้นฐานสำคัญในการลงโทษทางอาญา โดยในการนำไปใช้นั้นจะเน้นหนักไปทางใดก็เป็นไปตามลักษณะทางวัฒนธรรมของกลุ่มชนนั้น สภาพชีวิตความเป็นอยู่ ศาสนา และแนวนโยบายแห่งรัฐในบางช่วงเวลา แนวคิดของทฤษฎีต่างๆเหล่านี้ อาจเป็นเครื่องมือของรัฐในการคุ้มครองป้องกันสังคมในสถานการณ์ที่วิกฤตได้ หากเราพิจารณาประวัติการลงโทษอาญาของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน จะพบว่ามีการนำทฤษฎีต่างๆมาใช้ผสมกลมกลืนกันอยู่หลายทฤษฎี ปรากฏในโทษและวิธีการบังคับโทษในทางอาญา

สำหรับวิธีการลงโทษที่สนองต่อวัตถุประสงค์นี้และใช้กันแพร่หลายในปัจจุบันก็คือ การจำคุกโดยกันผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคมเพื่อให้สังคมปลอดภัย แต่การจำคุกเป็นวิธีแยกผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคมเพียงชั่วคราว ผู้กระทำผิดยังคงต้องกลับมาอยู่ในสังคม และเมื่อกลับมาแล้วผู้กระทำความผิดอาจมีความโกรธแค้นสังคมมากยิ่งขึ้น เป็นผลต่อเนื่องจากการลงโทษที่เขาได้รับหรือการอยู่ในเรือนจำเป็นระยะเวลานานๆ ทำให้บุคคลนั้นปรับตัวเข้าอยู่ร่วมกับสังคมได้ยากยิ่งขึ้น ประกอบกับโดยทั่วไปสังคมไม่ยอมรับบุคคลที่ผ่านการรับโทษจำคุกมาแล้ว คนเหล่านี้จึงมีตราบาปของการเป็นคนชั่วคุก ทำให้กลายเป็นคนที่สังคมไม่ยอมรับอีก⁴⁷

แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากวัตถุประสงค์การลงโทษตามที่กล่าวมาแล้ว การลงโทษยังจำต้องคำนึงถึงหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด(Individualization) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่จะส่งผลให้การบังคับโทษเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ซึ่งการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด พิจารณาจากความเป็นจริงที่ว่า มนุษย์แต่ละคนมีความสามารถที่ไม่เท่าเทียมกันในการรับผิดชอบ ทั้งยังมีบุคคลหลายประเภทที่ควรได้รับการลดโทษหรือไม่ต้องรับโทษเลย การลงโทษตามแนวคิดนี้จะมุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรงหาได้ต้องการให้มีผลถึงบุคคลอื่นไม่ โดยมุ่งที่จะปรับปรุงแก้ไขอบรมบ่มนิสัยของผู้กระทำความผิดให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับตนเป็นคนดีและกลับคืนสังคมได้ เพราะการลงโทษโดยการทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบากหรือได้รับผลร้ายนั้น ในบางกรณีก็ไม่เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด และไม่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดประพฤติตนเป็นคนดีได้

⁴⁷ หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก (น.36). เล่มเดิม.

ทั้งนี้ การลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลนั้น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด เป็นองค์ประกอบสำคัญต่อการดำเนินคดีอาญา เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด โดยนำข้อเท็จจริง เหล่านั้นมาประกอบการพิจารณาสิ่งคดีของพนักงานอัยการและตัดสินคดีของศาล อันได้แก่ ความร้ายแรงของการกระทำความผิด ประวัติของตัวผู้กระทำความผิด ความประพฤติ สุขภาพ ร่างกาย ภาวะแห่งจิต รวมทั้งสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับตัวผู้กระทำความผิดอีกด้วย⁴⁸ ซึ่งหากนำ ข้อเท็จจริงเหล่านี้มาประกอบการพิจารณาก็จะทำให้การลงโทษเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการ ลงโทษและหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด (Individualization) อันจะทำให้ เกิดผลสัมฤทธิ์มาจากการลงโทษมากขึ้น

2.1.4.2 แนวคิดเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือลดโทษให้

ในยุคก่อนมีสำนักทางอาชญาวิทยา ระบบกฎหมายขณะนั้นมีลักษณะคลุมเครือ ไม่ชัดเจน และมีช่องว่างมาก เปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจตีความได้ตามอำเภอใจ ทำให้ เกิดอคติในการพิจารณาพิพากษาคดี รวมทั้งขาดหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน มีการทรมาน เพื่อได้รับสารภาพด้วยวิธีการต่างๆ

เมื่อเกิดสำนักความคิดทางอาชญาที่เรียกว่า สำนัก Classical School โดย Cesare Beccaria ที่พยายามต่อต้านวิธีพิจารณาพิพากษาคดีที่กระทำโดยปราศจากขอบเขตของศาล จึงเสนอ ให้มีหลักเกณฑ์เพื่อหลีกเลี่ยงการตีความตามอำเภอใจ และในทัศนะของสำนักความคิดนี้เห็นว่า กฎหมายจะต้องได้รับการบังคับใช้สำหรับประชาชนโดยเสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมาย ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาในชั้นศาล คือ การพิจารณาว่าจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ ถ้าบุคคลได้ กระทำความผิดจริงก็ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย ไม่จำกัดเพศ วัย สติปัญญา และสถานภาพทางสังคม ผู้พิพากษาควรเป็นเพียงกลไกของกฎหมายที่ทำหน้าที่พิจารณาว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดจริงหรือไม่ เท่านั้น ไม่ควรมีอำนาจในการตีความกฎหมายและการลดหย่อนผ่อนโทษ ทั้งนี้ เพราะอำนาจ ในการบัญญัติกฎหมายและบทกำหนดโทษเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ กฎหมายที่พึงประสงค์จึงควร มีลักษณะที่เด็ดขาด เคร่งครัด แน่นนอนและไม่มีอคติ และโทษที่จะลงต้องมากพอที่จะก่อให้เกิดผู้กระทำ ผิดรู้สึกสูญเสียยิ่งกว่ารู้สึกว่าได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิด หลักในเรื่องการลดหย่อนโทษหรือ เหตุปรานีต่างๆ จึงยังไม่ได้มีการพิจารณาในยุคนี้⁴⁹

⁴⁸ จาก ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดเพื่อประกอบการดำเนินคดีอาญา (บทคัดย่อ), โดย พรชิตา เอี่ยมศิลา, 2549, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. ลิขสิทธิ์ 2549 โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁴⁹ จาก อาชญาวิทยา:สหวิทยาการว่าด้วยปัญหาอาชญากรรม (น.25), โดย ประชัช เปี่ยมสมบูรณ์, 2531, กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2531 โดยโรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ต่อมาเมื่อเข้าสู่ศตวรรษที่ 19 แนวความคิดของสำนัก Classical School ได้รับการพัฒนาขึ้นมาในแนวทางใหม่ มีทัศนะกว้างขึ้นโดยให้ความสำคัญต่อบัจจัยต่างๆ เกี่ยวกับตัวผู้กระทำมากขึ้น เกิดเป็นสำนักใหม่ที่เรียกว่า Neo Classical School มีสาระสำคัญ 4 ประการ⁵⁰ คือ

- 1) เสนอให้มีการนำพฤติกรรมแห่งคดีเข้ามาใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล
- 2) การชี้แนะของให้ศาลเห็นถึงความจำเป็นในการพิจารณาถึงประวัติภูมิหลังของผู้กระทำผิด
- 3) เสนอให้ศาลยอมรับฟังคำให้การของผู้เชี่ยวชาญ
- 4) กระตุ้นให้ศาลสนใจกับบุคคลบางประเภทที่มีความรับผิดชอบทางอาญา แตกต่างจากบุคคลทั่วไป เนื่องจากไม่อาจกำหนดเจตจำนงโดยอิสระได้ โดยสมควรที่กฎหมายจะให้ความปรานีและผ่อนปรนการลงโทษแก่บุคคลบางประเภท เช่น เด็ก บุคคลวิกลจริต คนชรา เป็นต้น สาระสำคัญดังกล่าวนำไปสู่การแก้ไขกฎหมายอาญา

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าในยุค Neo Classical School เป็นยุคแรกที่สังคมหันมาให้ความสำคัญกับเหตุปรานีต่างๆ และให้ความสำคัญกับการกำหนดโทษที่เหมาะสม ซึ่งหลักการนี้ทำให้หลายประเทศหันมาปรับปรุงระบบกฎหมายของตนเอง โดยยอมรับเอาพฤติกรรมต่างๆ ที่เห็นว่าผู้กระทำผิดสมควรได้รับความปรานีหรือลดหย่อนโทษให้ สำหรับประเทศไทย อิทธิพลทางความคิดดังกล่าวนี้ได้เข้ามาครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งเป็นยุคที่มีการปฏิรูปกฎหมายของประเทศ เพื่อให้สอดคล้องกันประเทศอื่นๆ และในประมวลกฎหมายปัจจุบัน เราก็ได้ยอมรับแนวคิดข้างต้นไว้ด้วย เช่น การกระทำความผิดของเด็ก การกระทำด้วยความจำเป็น การกระทำความผิดต่อสามีภริยา การกระทำความผิดต่อญาติสนิท เป็นต้น

2.1.4.3 แนวคิดเกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว

ปัญหาอาชญากรรมเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นควบคู่กับสังคม ไม่ว่าจะเป็นสังคมที่เจริญแล้วหรือกำลังพัฒนาต่างก็ประสบปัญหาอาชญากรรมทั้งสิ้น ปัญหาอาชญากรรมเป็นปัญหาที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของมนุษย์ สังคมต้องสร้างหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในสังคม รวมทั้งแสวงหาวิธีการต่างๆ ในการป้องกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลให้ปลอดจากการกดขี่ข่มเหง การเอารัดเอาเปรียบ และการใช้อำนาจเกินขอบเขตของรัฐ ดังนั้นแม้บุคคลจะมีลักษณะเป็นอิสระ แต่ต่างก็แสดงความยินยอมพร้อมใจกันที่จะเข้าร่วมกันในสังคม และเพื่อการอยู่ร่วมกันอย่างสันติและมั่นคง บุคคลจึงได้ยอมสละเสรีภาพหรือความสะดวกสบายบางประการของตน

⁵⁰ แหล่งเดิม.

เพราะฉะนั้นสังคมจึงมีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อบุคคล และบุคคลก็มีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อสังคม บุคคลไม่ได้ยินยอมสละสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลทั้งหมดให้กับรัฐ แต่บุคคลได้มอบสิทธิเสรีภาพเพียงบางส่วนเท่าที่จำเป็นต่อการรวมตัวทางสังคมเท่านั้นให้กับรัฐ ดังนั้น กฎหมายซึ่งเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นในการลงโทษก็ควรใช้เพียงเพื่อป้องกันสิทธิเสรีภาพของสาธารณชนจากการล่วงละเมิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง บุคคลผู้กระทำความผิดจึงจำเป็นต้องรับโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้กำหนดโทษไว้ล่วงหน้า การลงโทษเช่นนี้ก็มีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันการกระทำความผิดทั้งของผู้กระทำความผิดเองและเพื่อป้องกันมิให้ผู้อื่นนำไปเป็นเยี่ยงอย่าง

ในด้านของจุดประสงค์ของการลงโทษที่ให้ผู้กระทำความผิดประกอบเหตุกรรจ์ต้องรับโทษหนักขึ้นนั้น ก็จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่สำคัญๆ คือ⁵¹

- 1) เพื่อเป็นการแก้แค้นและทดแทนการกระทำความผิด
- 2) เพื่อเป็นการข่มขู่และป้องกันอาชญากรรม

จุดประสงค์ทั้ง 2 ประการนี้เป็นจุดประสงค์ของการลงโทษที่มีมาตั้งแต่สมัยโบราณ และตามแนวความคิดในการลงโทษสมัยใหม่ถือว่าการลงโทษเช่นนี้เป็นสิ่งที่ล้าสมัยและไม่ชอบด้วยมนุษยธรรม โดยนักอาชญาวิทยาได้ให้ความเห็นว่า การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สมควรและไม่ชอบด้วยเหตุผล เพราะถือว่าการแก้แค้นทดแทนนั้นไม่ได้คำนึงถึงความปลอดภัยของสังคม คือ ไม่ได้คำนึงว่าการลงโทษนั้นจะเป็นการทำให้อาชญากรรมลดลงหรือไม่ และเมื่อไม่ได้คำนึงถึงอนาคตแล้ว การลงโทษหรือไม่ลงโทษก็จะมีผลเท่ากัน เพราะความผิดได้กระทำไป และเกิดขึ้นแล้ว แม้จะลงโทษหรือไม่ลงโทษ ก็จะไม่มีการทำให้ผลร้ายจากการกระทำความผิดนั้นกลับคืนมาได้ นอกจากนั้นจุดประสงค์เพื่อการแก้แค้นทดแทนนี้ยังมิได้คำนึงถึงความปลอดภัยของสังคม เพราะเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษจนสาสมความผิดแล้ว ก็จะถูกปล่อยออกมาทั้งๆ ที่ยังอาจเป็นภัยต่อสังคม

แม้จุดประสงค์เพื่อการแก้แค้นทดแทน และข่มขู่ป้องกันอาชญากรรมจะมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการก็ตาม และในปัจจุบันยึดหลักว่าการลงโทษควรเป็นการมุ่งประสงค์ให้เป็นการปรับปรุงแก้ไขตัวบุคคลเพื่อให้กลับตัวเป็นพลเมืองดีด้วย แต่ในสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน จุดประสงค์ของการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนก็ยังคงจะต้องมีอยู่เพราะความรู้สึกนึกคิดของคนส่วนมากยังต้องการให้อาชญากรได้รับผลร้ายจากการกระทำความผิดหนักพอกับความอุกฉกรรจ์ของความผิดที่กระทำลง และเมื่อกฎหมายเป็นเครื่องมือของสังคม กฎหมาย

⁵¹ จาก เหตุการณ์ในความคิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ (น.13-16), โดย ขวัญธิดา สุวรรณบัตร, 2545, กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2545 โดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

จึงไม่อาจจะทิ้งจุดประสงค์ดังกล่าวเสียได้ การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น เนื่องจากเหตุการณ์ในคดีอาญาจึงยังคงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในสภาวะการณ์ปัจจุบัน ซึ่งมีสถิติการกระทำความผิดเกิดขึ้นและรูปแบบของการกระทำความผิดก็ยิ่งรุนแรงมากขึ้นด้วย

ทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษ⁵²

1) ระดับความร้ายแรงของการกระทำกำหนดโทษสำหรับความผิดในกฎหมายอาญาไทย

ตามกฎหมายไทยส่วนใหญ่จะกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดให้ได้สัดส่วนกับการกระทำ โดยมีแนวคิดที่คำนึงถึงสิ่งต่างๆ ที่สำคัญ ดังนี้

(1) การคำนึงถึงผลของการกระทำ

ถ้าผลของการกระทำเกิดขึ้นร้ายแรงมาก ประมวลกฎหมายอาญาก็กำหนดโทษหนักมากขึ้นตามส่วนของผลที่กระทำ แต่ในทางตรงข้าม ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นเป็นผลเล็กน้อย ประมวลกฎหมายอาญาก็กำหนดโทษให้น้อยลง เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กาย หรือจิตใจ ตามมาตรา 295 แต่หากการทำร้ายร่างกายนั้นเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัส ก็เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 297 และเช่นกัน หากการทำร้ายนั้นเป็นเหตุให้เกิดความตายแม้ผู้กระทำเพียงแต่เจตนาทำร้ายเท่านั้น ผู้กระทำก็มีความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 290 แม้จะปรากฏต่อไปว่า ผู้กระทำมีเจตนาเพียงทำร้ายร่างกายผู้อื่นไม่ได้ถึงกับเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจก็ตาม ซึ่งระวางโทษในความผิดดังกล่าวข้างต้นจะสูงขึ้นตามผลของการกระทำ

(2) การคำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำ

ถ้าผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้ายมาก ประมวลกฎหมายอาญาก็กำหนดโทษหนักมากส่วนของความชั่วของจิตใจ กล่าวคือ ผู้กระทำมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลร้ายแรงเพียงใดหรือไม่ ดังเห็นได้จากการที่ประมวลกฎหมายอาญาใช้ระบบคำนึงถึงจิตใจด้วย ในความผิดบางมาตราจึงมิได้กำหนดว่า จะต้องเป็นการกระทำอย่างไร และแม้ว่าการกระทำความผิดอย่างเดียวกัน กฎหมายอาญาอาจจะกำหนดโทษแตกต่างกันไป ตามแต่ผู้กระทำจะมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลร้ายเพียงใด เช่น การใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ถ้าผู้กระทำมีเจตนาที่จะทำร้ายร่างกายบุคคลปกติ ผู้กระทำย่อมมีความผิดตามมาตรา 391 โดยเพียงเป็นความผิดลหุโทษ

⁵² เหตุการณ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยเจตนา ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ (น.13). เล่มเดิม.

เท่านั้น แต่ถ้าผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาต่อบุพการี ต่อเจ้าพนักงาน ก็เป็นความผิดตามมาตรา 296 ซึ่งมีโทษสูงขึ้น

(3) การคำนึงถึงภัยอันจะเกิดขึ้น

เป็นการคำนึงถึงผลของการกระทำความผิด แม้ว่าการกระทำนั้นผลของความผิดจะยังไม่เกิดขึ้น หรือเจตนาของผู้กระทำความผิดไม่มีเช่นนั้นก็ตาม แต่ผลของการกระทำความผิดอาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งกฎหมายมักใช้คำว่า มีลักษณะอันน่าจะเป็นอันตราย เช่น ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน เช่น มาตรา 220 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้เกิดเพลิงไหม้แก่วัตถุใดๆ แม้จะเป็นของตนเอง จนน่าจะเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น....” ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าว แม้ผลของการกระทำจะยังไม่เกิดขึ้นแต่ก็เป็นการกำหนดบทลงโทษไว้โดยคำนึงถึงภัยอันอาจเกิดขึ้นได้

2.2 เหตุผลและแนวคิดทางศาสนา และสังคมวิทยา ที่มีผลต่อการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญากรณีผู้สืบสันดาน กระทำต่อบุพการีตามมาตรา 71วรรคสอง และมาตรา 289(1)

2.2.1 แนวคิดทางศาสนา และศีลธรรม

ความเชื่อทางพุทธศาสนาเป็นสิ่งที่มีความเป็นมาช้านาน กล่าวถึงความกตัญญูกตเวทีต่อผู้มีพระคุณนั้น ในทางพุทธศาสนาพระพุทธเจ้าตรัสบรรยายคุณธรรมของบุตรธิดาไว้อย่างสั้นๆ แต่จับความไว้ได้อย่างครบถ้วน คือคำว่า กตัญญู กตเวที คุณค่าและศักดิ์ศรีของความเป็นบุตรธิดาที่ดื่มนมอยู่ใน 2 คำนี้ กตัญญู เป็นธรรมอันเป็นมงคลที่ 25 ที่พระพุทธเจ้าทรงตรัสไว้โดยเน้นให้นำไปพัฒนาคุณสมบัติของคนดี การรู้บุญคุณคนหรือรู้อุปการคุณที่ผู้อื่นทำให้ตนเองนับถือเป็นหลักแห่งความยุติธรรมและความเป็นธรรมอย่างหนึ่งในสังคมมนุษย์ เฉพาะกตัญญูต่อบิดามารดาในฐานะบุพการี หมายถึง รู้คุณเห็นคุณบิดามารดา คือ เห็นด้วยใจ เห็นด้วยปัญญา ว่าบิดามารดาเป็นผู้มีพระคุณต่อตนอย่างแท้จริง ประโยชน์ที่บิดามารดาทำแก่บุตรแตกต่างจากคนทั่วไป บิดามารดาทำหน้าที่ให้กำเนิดและสงเคราะห์บุตรจนสุดชีวิตโดยไม่หวังสิ่งใดตอบแทน ความกตัญญูจึงเป็นคุณธรรมเบื้องต้นของบุตร และเป็นบ่อเกิดของความรับผิดชอบต่อความเป็นมนุษย์ เป็นเครื่องทำลายความเห็นแก่ตัว ซึ่งเป็นอันตรายสำคัญของความดี ส่วนกตเวทีตา หมายถึง การตอบแทนคุณบิดามารดา โดยการประกาศคุณ และการตอบแทนคุณ⁵³

⁵³ จาก ศึกษาวิเคราะห์การบำรุงบิดามารดาตามแนวคิดทางพระพุทธศาสนาเถรวาท (น.51-54), โดย นัยนา นามเข็ม, 2554, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, ลิขสิทธิ์ 2554 โดย มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย.

บุตรบางคนได้ทำบาปด้วยการประทุษร้ายต่อบุพการีของตนด้วยกายกรรมบ้าง วาจกรรมบ้าง มโนกรรมบ้าง ทั้งเบาไปหาหนัก บางคนอาจประทุษร้ายต่อบุพการีจนถึงแก่กรรม ผู้ทำย่อมได้รับโทษสูงสุดทันที เช่นตัวอย่าง บุพกรรมในอดีตของพระมหาโมคคัลลานะ ที่เคยประทุษร้ายมารดาจนถึงแก่กรรม เพราะหลงเชื่อคำพูดที่ภรรยาของส่อเสียดให้ฆ่ามารดาของตน ทางพุทธศาสนาถือว่าบุคคลนี้ได้ทำอนันตริยกรรม คือ กรรมอันหนักห้ามสวรรค์ห้ามนิพพานเลยทีเดียว แม้ในชาติสุดท้ายของพระมหาโมคคัลลานะ ท่านจึงถูกโจรทำร้ายถึงแก่กรรมเช่นเดียวกับที่ทำไว้แก่มารดาของตนในอดีตชาติ ดังนั้น บุตรจึงควรรู้โทษหรือผลกระทบที่จะเกิดแก่ตนทั้งในปัจจุบันชาติและภพหน้า หากเป็นคนอกตัญญูและประทุษร้ายต่อบุพการี⁵⁴

บิดามารดา ในพุทธศาสนา พระพุทธเจ้าทรงตรัสยกย่องไว้ในพรหมสูตร แห่งคณินิบาตและจุกกนิบาต อัง กุตตรนิกายว่า "พรหมมาติ ภิกขเว มาตาปิตุณเมตฺถ อธิวณฺโณ เป็นต้น แปลความว่า ภิกขุทั้งหลาย คำว่า พรหม นั้น เป็นชื่อของบิดามารดา เพราะบิดามารดา เป็นผู้มียุประการมาก บำรุงเลี้ยงดูและเป็นผู้แสดงโลกนี้แก่บุตรทั้งหลาย ดังนี้ บิดามารดามีคุณธรรมเหมือนกับพระพรหม ที่เรียกว่า พรหมวิหารธรรม แปลว่า ธรรมเป็นเครื่องอยู่อย่างประเสริฐ เป็นเครื่องอยู่ของพระพรหม ซึ่งบิดามารดาควรจะมีคุณสมบัติต่อบุตร 4 ประการ คือ⁵⁵

- 1) เมตตา มีความเอ็นดู ปรารถนาให้บุตรธิดามีความสุข ความเจริญ
- 2) กรุณา มีความสงสาร ต้องการจะให้บุตรธิดาที่มีความทุกข์พ้นจากความทุกข์
- 3) มุทิตา แสดงความยินดีด้วยความจริงใจเมื่อบุตรธิดาได้ดีมีสุข
- 4) อุเบกขา วางเฉย ไม่ชวนชว้ายกังวล เมื่อทราบว่าบุตรธิดาเติบโตใหญ่ มีงานทำเลี้ยงตัวเองและครอบครัวเป็นหลักฐานแล้ว

เมื่อกล่าวถึงการตั้งครุฑแทนนั้น ในทางพุทธศาสนาเป็นศาสนาที่ค่อนข้างเปิดกว้างในเรื่องการตั้งครุฑแทนมากกว่าศาสนาอื่นๆ โดยถือเพียงว่าถ้าไม่เป็นการทำลาย หรือฆ่าสัตว์ตัดชีวิตกันแล้วก็น่าจะกระทำได้ไม่เป็นการผิดศีลธรรม แตกต่างจากศาสนาคริสต์ที่มีแนวคิดที่ไม่เห็นด้วยกับการกำเนิดบุตรที่ไม่ธรรมชาติ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางพุทธศาสนาอาจจะไม่ชี้ชัดว่าการตั้งครุฑแทนไม่ผิดถ้ามีเหตุผลเพียงพอ แต่อาจจะมิข้อโต้แย้งได้หากว่าการกำเนิดชีวิตโดยการใช้เทคโนโลยีการแพทย์สมัยใหม่ มีตัวอ่อนบางส่วนถูกทำลายไป ตัวอ่อนนั้นก็คงถือว่า

⁵⁴ แหล่งเดิม.

⁵⁵ พระเทพคุณาภรณ์. (2554 ,30 เมษายน). พระพรหมของลูก. *ข่าวสดรายวัน* (7457), น. 31.

มีชีวิตแล้ว การทำลายตัวอ่อนก็ต้องเป็นบาปเช่นกัน⁵⁶ และกรณีที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนยินยอมตั้งครรภ์โดยมิใช่บุตรของตนเอง หรืออาจจะเป็นบุตรทางชีววิทยาของตนก็ได้ มีเจตนาจะสละความเป็นมารดาของเด็กที่เกิดมาเพื่อยกเป็นบุตรของผู้อื่น ถูkmองว่าร่างกายของหญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นเสมือนที่รับบริการตามแต่ใจของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน หรือเป็นโรงงานที่สามารถผลิตสินค้า คือเด็กกลายเป็นสินค้าที่สามารถซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนได้ด้วยเงิน ความผูกพันทางสายเลือด และสายสัมพันธ์ระหว่างมารดาผู้ให้กำเนิดและเด็กที่เกิดมาจะหมดไป พื้นฐานอันแข็งแกร่งของระบบครอบครัวที่เกิดจากบิดามารดาและบุตรถูกทำลาย ก่อให้เกิดความสับสนแก่เด็กที่เกิดมาว่าชาติกำเนิดของตนมีอย่างไร⁵⁷

จะเห็นได้ว่าสถาบันศาสนา ได้มีส่วนอย่างสำคัญในความเกี่ยวข้องเกี่ยวเนื่องกับกฎหมาย โดยเฉพาะพุทธศาสนาซึ่งประชากรส่วนใหญ่ในประเทศไทยนับถือนั้น มีส่วนทำให้กฎหมายมีลักษณะผสมผสานกับความเชื่อในกฎแห่งกรรม ก่อให้เกิดหลักอันมั่นคงแห่งศีลธรรม จรรยาที่วางรากฐานการประพฤติปฏิบัติของผู้คนในสังคม จนหลักแห่งศีลธรรมจรรยาที่วางรากฐานการประพฤติปฏิบัติของผู้คนในสังคม จนหลักศีลธรรมได้ค่อยๆ มีวิวัฒนาการมาเป็นหลักกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่าศาสนามีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อระบบกฎหมายไทย ที่เห็นเด่นชัดได้แก่ กฎหมายตราสามดวง ซึ่งเป็นหลักฐานสำคัญที่แสดงถึงความเชื่อ ประเพณี พิธีกรรม ที่ผสมผสานจากฐานแห่งศาสนา และจากการที่กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่ใช้มาแต่ครั้งกรุงศรีอยุธยา มาจนถึง 5 รัชกาลแรกแห่งกรุงรัตนโกสินทร์ จึงมีผลอย่างมากต่อการตรากฎหมายในชั้นหลังที่ปรากฏอย่างชัดเจนว่าพุทธศาสนาได้มีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อระบบกฎหมายไทยในปัจจุบัน⁵⁸

เมื่อกฎหมายมีความสอดคล้องกับจารีตประเพณี ศาสนา และศีลธรรม การบังคับใช้กฎหมายก็คงไม่ยาก เพราะผู้ที่คิดจะฝ่าฝืนก็ต้องคำนึงอยู่เสมอว่าตนมิได้ฝ่าฝืนเฉพาะกฎหมายเท่านั้น แต่ยังฝ่าฝืนมาตรการอื่นๆ ที่ควบคุมสังคมด้วย เช่น ศีลธรรมทางศาสนา ที่กล่าวมานี้ เป็นต้นตามจารีตประเพณีของไทยแต่โบราณนั้น แม้เพียงจับเนื้อต้องตัวระหว่างชายหญิง ก็ถือเป็น

⁵⁶ จาก การตั้งครรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก (น.26-27), โดย ฌีววรรณ อภิสิทธิ์ โยธิน, 2543, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. ลิขสิทธิ์ 2543 โดย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁵⁷ จาก “จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีใหม่”, โดย วิชา มหาคุณ, 2537, วารสารศาลกฎหมาย, 15(1), 20.

⁵⁸ จาก “อิทธิพลของพระพุทธศาสนาต่อระบบกฎหมายไทย”, โดย จารุณี สุวรรณธารณ์, 2553, วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, 4(3), 3.

ที่เสียหายแก่หญิงแล้ว และถ้าถึงขนาดยื้อยุดมือถือแขน หรือลักลอบพุดจากกับภริยาของผู้อื่นในกฎหมายลักษณะฟัวเมียถือว่ามีความผิด ต้องโทษปรับไหมด้วย⁵⁹

ความผิดอาญาที่ร้ายแรง เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ล้วนแต่ผิดศีลธรรมทั้งสิ้น อย่างไรก็ตามก็ยังมีกรกระทำบางอย่างที่ถือว่าผิดศีลธรรมแต่ไม่เป็นความผิดกฎหมาย เช่น การพุดโกหก เว้นแต่การโกหกนั้นจะเป็นการโกหก โดยการแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน หรือการฉ้อโกง เป็นต้น การดื่มสุรา เว้นแต่เมาจนครองสติไม่ได้ ส่งผลเสียไว้วางยในสาธารณสถาน การทำชั่ว ซึ่งเป็นความผิดทางศีลธรรม แต่ไม่มีโทษในทางอาญา การที่พระภิกษุร่วมประเวณีกับหญิงในภุิพระ เป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม และไม่สมควรอย่างยิ่ง แต่ไม่เป็นความผิดทางอาญาเช่นกัน หรือในทางกลับกัน ก็มีความผิดหลายฐานที่เป็นความผิดทางอาญา แต่ไม่ผิดศีลธรรม เช่น ความผิดลหุโทษ เห็นได้ว่าศีลธรรมกับกฎหมายอาญาเองก็ไม่ได้สอดคล้องกันไปในทุกกรณี ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ให้นิยามคำว่า ศีลธรรม ไว้ว่าหมายถึงความรู้สึนึกคิดของมนุษย์ ว่าการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ชอบ การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ผิด เช่นเดียวกับในประเทศทางตะวันตก แพตริก เดฟลิน (Patrik Devlin) เห็นว่าการกระทำความผิดทางอาญาและศีลธรรมนั้นมีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด เดฟลิน เห็นว่าสมควรที่จะใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมศีลธรรมให้คงอยู่ในสังคม ซึ่งเขาได้แสดงความคิดเห็นในหนังสือชื่อ The Enforcement of Morals ว่า การปราบปรามสิ่งชั่วร้ายเป็นหน้าที่ของกฎหมายพอๆกับ การปราบปรามการกระทำการก่อการร้ายต่างๆ เพื่อลบล้างเปลี่ยนแปลงสังคมทีเดียว เดฟลินได้รับแนวคิดในเรื่องกฎหมายอาญาและศีลธรรมมาจาก เจมส์ ฟิตส์เจมส์ สตีเฟน (James Fitzjames Stephen)

ประการต่อมาเมื่อพิจารณาถึงอาชญากรรมกับศาสนา⁶⁰ จะเห็นได้ว่า ศาสนาก็เป็นสถาบันทางสังคมที่ยึดเหนี่ยวจิตใจของสมาชิกในสังคมและส่งเสริมให้มีการปฏิบัติต่อกันอย่างถูกต้องตามครรลองคลองธรรม เพื่อความสงบสุขในสังคมเช่นกัน ฉะนั้นอาชญากรรมกับศาสนาจึงมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด จะเห็นได้ว่าการประกอบอาชญากรรมมักเกิดจากการกระทำผิดศีลห้าข้อใดข้อหนึ่ง เช่น การลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฆ่าคนตาย เป็นต้น และเมื่อพิจารณาถึงธรรมที่พระพุทธเจ้าได้ทรงแสดงไว้ในพระไตรปิฎก ก็จะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายบัญญัติความผิดที่กระทำต่อบุพการีไว้แตกต่างจากการกระทำต่อบุคคลทั่วไป ก็เป็นเพราะบุพการีเป็นผู้มี

⁵⁹ จาก การกระทำความผิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดฐานร่วมประเวณี ในระหว่างเครือญาติ (น.12), โดย สุพจน์ เกรือคล้าย, 2548, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. ลิขสิทธิ์ 2548 โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁶⁰ อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (น.31). เล่มเดิม.

พระคุณต่อมนุษย์ทุกคนในโลกใบนี้ทำให้บุพการีมีความสัมพันธ์ที่พิเศษยิ่งกว่าบุคคลอื่น การทำความผิดต่อบุพการีจึงควรมีโทษที่แตกต่างออกไป ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมาย ซึ่งเป็นมาตรการในการควบคุมอาชญากรรมนั้นมีต้นกำเนิดมาจากบทบัญญัติของศาสนาเป็นส่วนใหญ่ และความหย่อนยานในการนับถือศาสนาย่อมมีส่วนผลักดันให้มนุษย์ขาดหลักธรรมประจำใจ อันนำไปสู่สาเหตุของการเกิดอาชญากรรมได้

อาชญากรรมกับขนบธรรมเนียมประเพณี ซึ่งเป็นสิ่งที่สังคมยึดถือปฏิบัติต่อกันมานานและเป็นเครื่องยึดเหนี่ยวให้สมาชิกในสังคมเกิดความรู้สึกเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ดังนั้นเมื่อบ้านเมืองเปลี่ยนแปลงไป ความนึกคิด ความเชื่อ และความยึดถือในขนบธรรมเนียมประเพณีของสมาชิกในสังคมก็เปลี่ยนแปลงไปตามความเหมาะสมกับสภาพเหตุการณ์และสิ่งแวดล้อมนั้นด้วย ขนบธรรมเนียมประเพณีไทยนั้น มีมากมายหลายประการที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทย ซึ่งการเคารพขนบต่อผู้มีพระคุณ ก็เป็นประการหนึ่งที่ได้รับการยอมรับจากสังคมมาอย่างช้านาน บิดามารดาซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดชีวิตก็ย่อมมีลักษณะพิเศษมากกว่าบุคคลทั่วไป กฎหมายจึงได้กำหนดความผิดและโทษเอาไว้โดยเฉพาะในความผิดบางประเภท แต่ขนบธรรมเนียมที่ไม่ดีงามบางประเภทก็อาจได้รับการยกเลิกโดยกฎหมายได้ เช่น การลงโทษผู้กระทำความผิดโดยวิธี ตาต่อตา ฟันต่อฟัน เป็นต้น หรือขนบธรรมเนียมบางประเภทก็อาจนำไปสู่ปัญหาการเกิดอาชญากรรมได้ เช่น การเคารพผู้มีอิทธิฤทธิ์ชน การถือพรตถือพรต เป็นต้น จึงเป็นหน้าที่ของนักอาชญาวิทยาที่จะต้องศึกษาถึงผลดี ผลเสีย โดยเฉพาะกฎหมายอาญาว่าจะมีส่วนสนับสนุนหรือต่อต้านขนบธรรมเนียมประเพณีนั้นๆ พร้อมทั้งหาทางป้องกันอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นตามกรณีดังกล่าว

อาชญากรรมกับศีลธรรม ศีลธรรม หมายถึงระเบียบปฏิบัติที่ทำให้คนเป็นคนดี มีศีล มีตักจะ มีความกตัญญู ซึ่งอยู่ในส่วนลึกของจิตใจเป็นการยากที่จะแสดงออก หรือประกาศเกียรติคุณ ระดับศีลธรรมในจิตใจของคนย่อมสูงต่ำแตกต่างกัน กฎหมายจึงเข้ามามีบทบาทสำคัญในสังคม โดยเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมที่จะพึงปฏิบัติต่อกัน อันเป็นหลักประกันของการมีศีลธรรมขั้นพื้นฐานในสังคมที่สมาชิกแต่ละคนสามารถเข้าใจและปฏิบัติได้ ซึ่งเป็นเครื่องมือในการควบคุมสังคมประเภทหนึ่ง พฤติกรรมที่เป็นอาชญากรรมจึงอาจมีลักษณะที่ผิดต่อกฎหมาย แต่ไม่ผิดศีลธรรม หรือเป็นการกระทำที่ผิดทั้งกฎหมายและผิดทั้งศีลธรรม⁶¹ เช่น การฆ่าบุพการีการลักทรัพย์บุพการี ย่อมเป็นทั้งอาชญากรรมที่ผิดต่อกฎหมาย และผิดต่อศีลธรรมด้วย แต่การบุกรุกเข้าไปในเคหสถานของบุพการีแม้จะมีความผิดต่อกฎหมาย แต่ก็มิได้มี

⁶¹ แหล่งเดิม .

ความผิดต่อศีลธรรมแต่อย่างใด ประกอบกับสังคมก็มิได้เห็นว่าเป็นพฤติกรรมนั้นร้ายแรงถึงขั้นจะอยู่ในข่ายของการประกอบอาชญากรรมด้วย เป็นต้น

2.2.2 แนวคิดทางสังคมวิทยาและความรุนแรงในครอบครัว

2.2.2.1 แนวคิดทางสังคมวิทยา

แนวความคิดและทฤษฎีทางด้านนี้สามารถจำแนกออกได้เป็นสองลักษณะ คือ⁶²

1) ทฤษฎีเกี่ยวกับโครงสร้างทางสังคม (Social Structural Theories) ซึ่งกล่าวถึงระบบโครงสร้างของสังคมอันเป็นตัวกำหนดให้เกิดอาชญากรรม

โครงสร้างทางสังคมทางด้านเศรษฐกิจ มีนักสังคมวิทยาและนักอาชญาวิทยาหลายท่าน ให้ทัศนะเกี่ยวกับผลของปัจจัยทางด้านเศรษฐกิจต่อการเกิดอาชญากรรม เช่น คาร์ล มาร์ก (Karl Mark) เชื่อว่าปัญหาต่างๆ ในสังคมรวมตลอดถึงปัญหาอาชญากรรมด้วยนั้น มีผลมาจากการได้รับบริการและสินค้าในสังคมที่ไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งจะเป็นปัญหาคู่กับสังคมเสมอ ทางแก้ คือ การปฏิวัติสังคมใหม่และเปลี่ยนระบบเศรษฐกิจทั้งหมด

2) ทฤษฎีสภาวะไร้ระเบียบของสังคม (Anomie Theory) ของ Robert K. Merton เป็นทฤษฎีที่เห็นว่าโครงสร้างทางวัฒนธรรม เป็นตัวกำหนดเป้าหมายชีวิตของคนในสังคม แต่ในขณะเดียวกันโครงสร้างทางสังคม จะเป็นตัวกำหนดวิถีทาง หรือความประพฤติที่เข้าสู่เป้าหมายดังกล่าว เหตุที่ทำให้พฤติกรรมเบี่ยงเบนในตัวคนเรานั้น เนื่องจากคนไม่สามารถปรับตัว (Adaptation) เข้ากับเงื่อนไขสองประการ หรือเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่ง

จากการศึกษาวิจัยของนักสังคมวิทยาพบว่าการกระทำผิดของเด็กจะมีจำนวนสูงมากในท้องที่ที่เป็นย่านสลัมและย่านธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในย่านที่มีความเปลี่ยนแปลง อันได้แก่ ย่านที่มีการอพยพ ซึ่งเป็นเขตของธุรกิจย่อย บ้านเช่าราคาถูกๆ ใกล้กับใจกลางเมืองและอัตราจะลดลงตามระยะห่างจากใจกลางเมืองด้วย

3) ทฤษฎีเกี่ยวกับกระบวนการทางสังคม (Social Process Theories) เป็นทฤษฎีที่อธิบายถึงสาเหตุของพฤติกรรมอาชญากรรมของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลว่ามีกระบวนการอย่างไร อันมีผลให้เขากลายเป็นอาชญากร หรือมีพฤติกรรมอาชญากร ทฤษฎีนี้มีสมมติฐานว่าพฤติกรรมของมนุษย์เรียนรู้ได้ และดังนั้นพฤติกรรมอาชญากรก็อาจจะได้รับมาโดยกระบวนการเรียนรู้ เช่นเดียวกับพฤติกรรมมิใช่อาชญากร ก็ได้รับกระบวนการเรียนรู้

ในเรื่องของการตั้งครุฑแทน ทศนาคีและการยอมรับในสังคมนั้น กำลังขยายวงกว้างออกไปเรื่อยๆ สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะสังคมมีค่านิยมในเรื่องการมีบุตรไว้สืบสกุล มนุษย์ถูกสั่งสอน

⁶² การกระทำผิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ (น 28). เล่มเดิม.

ว่า การมีลูก มีทายาทเป็นเรื่องดี ชายหญิงเมื่อแต่งงานกันแล้วก็คาดหวังจะมีลูกเพื่อสร้างครอบครัวที่สมบูรณ์ ตามที่สังคมบอกไว้ ถ้าชายหญิงคู่ใดไม่มีลูก ก็จะถูกผลักดัน สนับสนุน โดยค่านิยมของสังคม ให้พยายามลองทุกวิธีทางที่จะได้ลูก ทำให้คู่สมรสพยายามจะลองทุกวิธีทางเพื่อให้มีลูกให้ได้ ไม่ว่าจะใช้วิธีการใด หรือเสียค่าใช้จ่ายเท่าไรก็ตาม และเมื่อมีเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่เจริญก้าวหน้า คู่สมรสหลายคู่จึงใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนเพื่อให้ได้ลูกไว้เชยชม เพราะเป็นวิธีการที่ดีกว่าให้สามีไปมีความสัมพันธ์กับหญิงอื่น อีกทั้งการตั้งครรภ์แทนนั้น คู่สมรสทั้งคู่อาจมีส่วนร่วมในการให้กำเนิดด้วย เพราะเป็นเจ้าของตัวอสุจิและไข่ที่ใช้ในการผสมเทียม

จากผลการวิจัย ในวิทยานิพนธ์ของสหทยา สุนทรเกตุ เรื่องปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน⁶³ ได้แสดงผลการยอมรับในเรื่องการตั้งครรภ์แทนโดยแบ่งเป็นเพศชายให้การยอมรับร้อยละ 89.69 แต่ร้อยละ 10.31 ยอมรับไม่ได้ ส่วนฝ่ายหญิงยอมรับได้ร้อยละ 83.50 แต่ร้อยละ 16.50 ยอมรับไม่ได้

2.2.2.2 ความรุนแรงในครอบครัว

ปัญหาเรื่องความรุนแรงในครอบครัวเป็นประเด็นที่สื่อให้ความสนใจนำเสนอข่าวอย่างสม่ำเสมอ และเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นรายวันทั่วประเทศ ในปีพ.ศ. 2552-2554 มีสถิติของความรุนแรงในครอบครัวสูงมาก⁶⁴ กล่าวคือ

ความรุนแรงในครอบครัวที่ถึงแก่ชีวิต ได้แก่ ทำร้ายร่างกายจนเสียชีวิตที่เกิดขึ้นภายในครอบครัวโดยบุคคลในครอบครัวหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด คู่กรณีอาจเป็นทั้งพ่อแม่กับลูก สามีกับภรรยา หรือคู่ความสัมพันธ์ในครอบครัวแบบอื่นๆ ทั้งที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือด การแต่งงาน และนอกสมรส โดยการทำร้ายที่ถึงแก่ชีวิตโดยบุคคลในครอบครัวนั้นมีทั้งสิ้น 4,164 รายการ คิดเป็น 64% ของข่าวในหัวข้อความรุนแรงในครอบครัว แต่กรณีความรุนแรงในครอบครัวระหว่างพ่อ แม่ ลูก ไม่ว่าจะเป็นพ่อแม่กระทำต่อลูก หรือลูกกระทำต่อพ่อแม่จนถึงแก่ชีวิต มีสัดส่วน 26% ของข่าวว่าด้วยความรุนแรงในครอบครัว สาเหตุของความรุนแรงในครอบครัวมีหลายประการด้วยกัน เช่น ฆ่าครอบครัวเพื่อหนีปัญหาบางอย่าง โดยเฉพาะปัญหาเศรษฐกิจ ความเครียด ความผิดหวัง ความเจ็บป่วยร้ายแรง หรือเป็นผลจากเมาเหล้า ดินยาเสพติด การฆ่าในกรณีเหล่านี้ รวมถึงพ่อแม่เลี้ยง หรือพ่อแม่บุญธรรมด้วย

⁶³ จาก ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน (น.50), โดย สหทยา สุนทรเกตุ, 2539, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2539 โดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁶⁴ จาก ภาพและชีวิตครอบครัวในสังคมไทย (น.72), โดย กุลภา วจนสาระ , 2554, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล. ลิขสิทธิ์ 2554 โดยสำนักพิมพ์เดือนตุลา.

2.3 ประวัติความเป็นมาในการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และ มาตรา 289(1)

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือลดโทษให้ และมาตรา 289(1) เป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นเหตุเพิ่มโทษ ปรากฏชัดเจนตั้งแต่ในสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยกำหนดให้ผู้กระทำรับผลพิเศษแตกต่างจากการกระทำต่อบุคคลธรรมดาทั่วไป ดังนั้น การศึกษาถึงประวัติความเป็นมาในการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) จึงเป็นการทำความเข้าใจ เพื่อให้เห็นพัฒนาการ แนวคิด และเบื้องหลังกฎหมาย นำไปสู่แนวทางในการวินิจฉัยปัญหาขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาในมาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) กรณีที่เป็นการกระทำระหว่างผู้สืบสันดานและบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ มารดาที่ตั้งครรภ์แทน และสามีของมารดาที่ตั้งครรภ์แทนหากมี ต่อไป

2.3.1 กฎหมายตราสามดวง

ลักษณะสำคัญของกฎหมายตราสามดวง มีดังต่อไปนี้⁶⁵

1) กฎหมายตราสามดวงมีลักษณะเป็นกฎหมายของนักกฎหมาย กล่าวคือ กฎเกณฑ์ส่วนใหญ่ของกฎหมายตราสามดวงโดยเฉพาะในส่วนที่เป็นพระธรรมศาสตร์ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไปและมีฐานะสูงกว่าจารีตประเพณี กฎเกณฑ์เหล่านี้เกิดจากการใช้เหตุผลปรุงแต่งของนักนิติศาสตร์อินเดีย และได้รับการสืบทอดพัฒนาต่อมาโดยนักนิติศาสตร์มอญและไทยตามลำดับ

กฎหมายตราสามดวงเป็นระบบกฎหมายที่ค่อนข้างซับซ้อนยากที่ชาวบ้านธรรมดาจะได้อ่านจนบางครั้งแม้แต่ นักกฎหมายใหญ่ๆ ก็ยังไม่สามารถทำความเข้าใจและปรับบทกฎหมายบางบทแก่คดีที่เกิดขึ้นได้ ต้องกราบบังคมทูลพระกรุณาเพื่อขอพระบรมราชวินิจฉัย ดังมีตัวอย่างปรากฏในพระราชบัญญัติ ฉบับที่ 2 ว่านักกฎหมายใหญ่อย่างพระเกษมราชสุภาวดี เจ้ากรมศาลแพ่งเกษม ยังเกิดปัญหาในการปรับใช้บทกฎหมาย เพราะไม่เข้าใจกฎหมายบางบทจนไม่รู้ว่าปรับใช้แก่คดีอย่างไร ต้องนำความขึ้นกราบบังคมทูลพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 1 เพื่อทรงมีพระบรมราชวินิจฉัย ซึ่งพระองค์ได้ทรงวินิจฉัย โดยมีพระราชปรารภถึงความซับซ้อนของกฎหมายว่า “บทพระไอยการคำบุราณท่านว่าไว้สุขุมคำภีรภาพยากที่บุคคลจะรู้...”

2) กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายธรรมชาติ โดยที่กฎหมายตราสามดวงได้แสดงไว้ในนิทานต้นเรื่องพระธรรมศาสตร์ว่า พระธรรมศาสตร์เป็นของศักดิ์สิทธิ์ เป็นกฎหมายที่ไม่เปลี่ยนแปลงชั่ววันรันดร์ มนุษย์ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายชนิดนี้ได้ เพราะเป็นกฎของ

⁶⁵ จาก *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* (น.121), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส ข, 2554, กรุงเทพฯ:วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2554 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

ธรรมชาติที่อยู่เหนือมนุษย์ เป็นที่น่าสังเกตว่า แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายเช่นนี้คล้ายคลึงกับกฎหมายธรรมชาติ (Jus natural) ของกฎหมายโรมัน แต่ต่างกันที่กฎหมายธรรมชาติของกฎหมายโรมันเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ในขณะที่พระธรรมศาสตร์ในกฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร

3) ไม่มีการนิติบัญญัติโดยแท้ ตามที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง พระมหากษัตริย์มิได้อำนาจบัญญัติกฎหมายอย่างแท้จริง พระองค์มีพระราชภาระในการดูแลความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองและบำบัดทุกข์บำรุงสุขให้แก่ราษฎร โดยอาศัยบทกฎหมายที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงเป็นสำคัญ หากมีความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายใหม่ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่มีอยู่เดิม ก็จะต้องคำนึงถึงหลักที่มีอยู่ในพระธรรมศาสตร์เพราะกฎหมายที่ออกเพิ่มเติมจะต้องมีเนื้อความสอดคล้องกับหลักกฎหมายในพระธรรมศาสตร์ แตกต่างจากแนวคิดเรื่องการนิติบัญญัติในปัจจุบันที่ว่า ผู้ทรงอำนาจอธิปไตยสามารถบัญญัติกฎหมายอะไรก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด

การออกกฎหมายใหม่หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่มีอยู่เดิมมักเกิดขึ้นจากการที่มีคดีขึ้นสู่ศาล และศาลได้พยายามใช้ตัวบทกฎหมายปรับแก้คดีโดยอาศัยการตีความบทกฎหมายเดิม เมื่อได้รับการรับรองจากพระมหากษัตริย์ จึงได้รับการตราขึ้นเป็นบทกฎหมาย บทกฎหมายใหม่จึงเป็นผลงานของนักกฎหมาย อันได้แก่ ศาลและพระมหากษัตริย์ซึ่งทรงเป็นนักกฎหมายด้วย ไม่ใช่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นด้วยเหตุผลทางเทคนิคโดยกระบวนการนิติบัญญัติอย่างในปัจจุบัน

4) ความนับถือตัวบทกฎหมาย จากคดีอ้าแดงป้อมฟ้องหย่านายบุญศรีช่างเหล็กหลวงที่ปรากฏอยู่ในประกาศพระราชปรารภ มีข้อสังเกตที่สำคัญประการหนึ่งว่า ลูกขุนที่พิจารณาพิพากษาคดีนี้ได้พิจารณาพิพากษาไปตามตัวบทกฎหมายที่ว่า “ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเปนหญิงหาชายหาได้” โดยเคร่งครัด และแม้พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 1 จะทรงเห็นว่าเป็นบทกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม แต่เมื่อลูกขุนได้พิจารณาพิพากษาคดีนี้ไปตามตัวบทกฎหมายดังกล่าว ก็สามารถคุ้มครองป้องกันลูกขุนจากความรับผิดชอบในผลแห่งคดีที่ไม่เป็นธรรมนั้นได้ พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 1 ได้แต่ทรงแก้ไขคำพิพากษาในคดีนี้ให้ถูกต้องเป็นธรรมขึ้น และทรงโปรดเกล้าฯ ให้มีการชำระสะสางตัวบทกฎหมายให้ถูกต้องดุจเดิมนั้น

5) ไม่ใช่ประมวลกฎหมายที่มีเนื้อหาครอบคลุมทุกด้าน กฎหมายตราสามดวงอาจถือได้ว่าเป็นประมวลกฎหมาย แต่ก็ยังเป็นประมวลกฎหมายแบบเก่าซึ่งเป็นที่รวมของบทกฎหมายที่ปรุงแต่งโดยนักกฎหมายและจารีตประเพณีที่สำคัญเท่านั้น แตกต่างจากประมวลกฎหมายแบบใหม่ที่มีบทกฎหมายซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมชีวิตสังคมทุกด้าน

นอกจากกฎหมายตราสามดวงแล้ว ยังมีกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร คือ จารีตประเพณีที่ใช้อยู่ในสังคมด้วย นอกจากนี้กฎหมายตราสามดวงมีแผนการใช้บังคับเฉพาะในเรื่องที่กระทบกับสังคมโดยตรงหรือเป็นความขัดแย้งขนาดที่อำนาจอิสระของเอกชนไม่สามารถหรือไม่เหมาะสมที่จะจัดการกันเองเท่านั้น ยังมีแผนอิสระซึ่งกฎหมายปล่อยให้เอกชนมีอำนาจจัดการความขัดแย้งที่เกิดขึ้นภายในได้เอง ตัวอย่างเช่น อำนาจอิสระที่บิดามารดามีอยู่เหนือบุตรสามีมีอยู่เหนือภริยา มุลนายมีอยู่เหนือไพร่ทาสในสังกัด นายจ้างมีอยู่เหนือลูกจ้าง เป็นต้น

6) กฎหมายเป็นคู่มือในการชี้ขาดตัดสินคดี กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาพิพากษาคดี และใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นหลัก ไม่ใช่กฎหมายที่เขียนขึ้นในลักษณะตำรากฎหมาย จึงเป็นคู่มือของเจ้าหน้าที่บ้านเมืองในการบังคับใช้กฎหมาย ไม่ใช่ตำราที่บุคคลทั่วไปจะรู้เรียนได้ ประกอบกับมีบทกฎหมายว่าด้วยฉ้อโกงความ ซึ่งห้ามมิให้บุคคลที่มีได้มีส่วนได้เสียตามกฎหมายกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้าฟ้องคดีแทนหรือสืบทอดคดีแทน คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือช่วยแนะนำการเขียนคำฟ้องหรือคำให้การแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ทำให้กฎหมายตราสามดวงกลายเป็นของหวงห้ามสำหรับเจ้าหน้าที่บ้านเมืองเท่านั้น กระทั่งในรัชกาลที่ 3 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ นายโหมดได้นำกฎหมายตราสามดวงไปให้หมอบรัดเลย์พิมพ์ พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 3 ทรงทราบ ถึงกับโปรดให้รับกฎหมายที่พิมพ์ขึ้นนั้นเสียทั้งสิ้น เพราะเกรงว่าพวกเจ้าถ้อยหมอความจะนำไปใช้เป็นเครื่องมือทำให้เกิดความยากลำบากในการพิจารณาพิพากษาคดี

โครงสร้างของกฎหมายตราสามดวง จะประกอบไปด้วย 3 ส่วน คือ

- 1) พระราชนิติศาสตร์ (ราชนิติคดี)
- 2) พระธรรมศาสตร์ (มูลคดี)
- 3) พระราชศาสตร์ (สาขาคดี)

หลักการใหญ่ๆ ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์จะกำหนดมูลคดีออกเป็นสองประเภท คือ มูลคดีแห่งผู้พิพากษาและตุลาการ 10 ประการ และมูลคดีวิวาท 29 ประการ กล่าวถึงมูลคดีวิวาทเป็นกฎหมายแม่ที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกิดกรณีพิพาทต่อกันไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งอาญา หรืออื่นใด⁶⁶ ซึ่งก็ปรากฏความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ดังนี้

กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายซึ่งมีเนื้อหาส่วนใหญ่มีมาตั้งแต่สมัยอยุธยา และได้รับการชำระใหม่ในรัชสมัยของรัชกาลที่ 1 โดยการรวบรวมตรวจสอบกฎหมายที่กระจัดกระจาย

⁶⁶ แหล่งเดิม.

ให้มาอยู่รวมกันเป็นหมวดหมู่ และคัดถอนบางส่วนที่ขัดแย้งซับซ้อนกันออก เพื่อให้มีความเหมาะสมกับสภาพของสังคมไทยในยุคนั้น

2.3.1.1 เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว หรือลดโทษให้

ในลักษณโจรบทที่ 146 ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเครือญาติ ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว หรือลดโทษให้ ไว้ในลักษณะว่า “การลักทรัพย์ระหว่างพ่อตา แม่ยาย ลูกเขย ลูกสะใภ้ เมียหลวง เมียน้อย ปู่ย่าตายาย ลุงป้า น้าอา หลาน พี่เมีย น้องเขย ให้คืนทรัพย์แก่กัน จะลงโทษหรือปรับไหมแก่กันดังผู้อื่นนั้นมิได้” เพราะ “ท่านว่าใช้อื่นเขา ทรัพย์เรื่องเดียวกัน ยากไร้เขาเสียกันมิได้” ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้ ก็เพราะหากกฎหมายเอาโทษก็กลับจะเป็นการบั่นทอนความมั่นคงของครอบครัวให้เสียไปโดยไม่สมควรคิดนั่นเอง⁶⁷

2.3.1.2 เหตุเพิ่มโทษ

ตามกฎหมายตราสามดวง ความผิดในการกระทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย จะมีบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะต่างๆ หลายลักษณะได้แก่ กฎหมายลักษณะอาญาหลวง กฎหมายลักษณะวิวาท กฎหมายลักษณะผิดเมีย กฎหมายลักษณะโจร กฎหมายลักษณะลักพา กฎหมายลักษณะทาสและกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ โดยข้อความที่บัญญัติไว้จะค่อนข้างมีลักษณะเป็นรายละเอียดเฉพาะแต่ละกรณีไป จะไม่ได้บัญญัติเป็นความผิดในลักษณะที่เป็นบททั่วไป ซึ่งจะสามารถปรับใช้กับการกระทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยทั่วไป ในลักษณะที่เป็นความผิดหลักๆ และการแบ่งแยกฐานความผิดโดยใช้องค์ประกอบภายในของความผิด อย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันโดยตามกฎหมายตราสามดวงนั้น แม้จะมีบทบัญญัติที่แยกให้เห็นถึงเรื่องของการกระทำที่กระทำโดยมีเจตนาและไม่มีเจตนา แต่ไม่ได้แยกให้เห็นว่าเป็นการกระทำที่มีเจตนาฆ่า หรือเจตนาทำร้าย และเป็นโดยความประมาทหรือโดยอุบัติเหตุ แต่จะพิจารณาจากการกระทำ อย่างเช่น การตีฟันแทงผู้อื่น และผลของการกระทำ คือ ความตาย

นอกจากนี้ การบัญญัติถึงความรับผิดชอบในการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามกฎหมายตราสามดวง จะบัญญัติรวมเรื่องของความรับผิดชอบในทางแพ่ง และความรับผิดชอบในทางอาญา ไว้ในมาตราเดียวกัน มีบทกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดในการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย คือการประหารชีวิต โดยไม่คำนึงถึงว่าผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำโดยมีเจตนาฆ่า หรือมีเจตนาทำร้ายอย่างไร ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีเหตุลดโทษหรือไม่ถือเป็นความผิด

⁶⁷ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (น.913), โดย จิตติ ดิงสภักดิ์, 2546, กรุงเทพฯ:เนติบัณฑิตยสภา. ลิขสิทธิ์ 2546 โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

เหตุการณ์จี้ ตามกฎหมายตราสามดวงไม่มีการแยกเหตุการณ์ของความผิดในการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายและผู้กระทำความผิดนี้ก็ไม่มียกเว้นโทษ หรือยกเว้นความผิดเช่นกัน เพราะจะต้องระวางโทษประหารชีวิตให้ตายตกไปตามกันเพียงสถานเดียว

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายตราสามดวงก็มีบัญญัติที่แสดงถึงการคุ้มครองบุคคลบางประเภทไว้เป็นพิเศษ โดยการบัญญัติถึงความผิดในการทำให้บุคคลที่กฎหมายบัญญัติไว้ถึงแก่ความตายเป็นความผิด และต้องรับโทษ เช่น ตามมาตรา 32 ของกฎหมายลักษณะวิวาทบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดวิวาทตีฟันแทงสมณพราหมณ์พฤตจารีย์ แลบิดามารดา ปู่ ย่า ตา ยาย แห่งตน... ถ้าตายใช้ให้ฆ่ามันตายตกไปตามกัน”

นอกจากนั้นยังมีการบัญญัติความผิดกล่าวถึงการจ้างวานใช้ให้ผู้อื่นคนตาย การล่อลวงผู้อื่นไปฆ่า การลอบฆ่าผู้อื่น หรือการใส่ร้ายคนไปฆ่าผู้อื่น ซึ่งมีลักษณะเป็นการฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน และเรื่องการจับกุมผู้อื่นมาลงโทษโดยพลการเองโดยไม่ฟ้องร้องเป็นคดีตามกฎหมายการฆ่าเพื่อนผู้เดินทางไปด้วยกัน การล่อเจ้าของบ้านออกมาฆ่า การฆ่าหญิงมีครรภ์ หรือการฆ่าโดยการใส่สารพิษ ซึ่งตามกฎหมายได้บัญญัติลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวเหล่านี้ โดยให้ฆ่าผู้กระทำความผิดให้ตายตกไปตามกันเช่นกัน⁶⁸

2.3.2 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

2.3.2.1 เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว หรือลดโทษให้

บทบัญญัติในการยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือลดโทษให้ ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ดังนี้

มาตรา 54 “ผู้ใดกระทำความผิดฐานประทุษร้ายต่อทรัพย์สมบัติที่กล่าวไว้ตั้งแต่มาตรา 288 จนถึงมาตรา 296 ก็ดี ตั้งแต่มาตรา 304 จนถึงมาตรา 312 ก็ดี ตั้งแต่มาตรา 324 จนถึงมาตรา 329 ก็ดี แลในมาตรา 340 นั้นก็ดี ถ้ากระทำแก่ทรัพย์ญาติที่สืบสายโลหิตนับโดยตรงขึ้นไป คือ พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด ของมันเองก็ดี นับโดยตรงลงมา คือ ลูก หลาน เหลน ลื้อ ของมันเองก็ดี ท่านว่ามันควรรับอาญาที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นแต่กึ่งหนึ่ง...”⁶⁹

มาตรา 54 นี้เป็นเหตุลดโทษเฉพาะตัวบุคคล ดังนั้น ผู้ใช้ให้กระทำความผิด ตัวการและผู้สมรู้อื่นๆ คงมีความรับผิดชอบในทางอาญาฐานเป็นผู้ใช้ตัวการหรือผู้สมรู้แล้วแต่กรณี

⁶⁸ เหตุการณ์จี้ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยเจตนา ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ (น.17-20). เล่มเดิม.

⁶⁹ จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (น.357-358), โดย หยุต แสงอุทัย ค, 2548, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2548 โดยสำนักพิมพ์ สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ซึ่งมาตรานี้ มีลักษณะเดียวกันกับ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน แต่มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน และบัญญัติให้ผู้กระทำได้รับการลดโทษถึงหนึ่งเท่านั้น ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง ให้ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำสามารถยอมความกันได้ด้วย

2.3.2.2 เหตุเพิ่มโทษ

บทบัญญัติในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ดังนี้

ตามกฎหมายลักษณะอาญาเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของการบัญญัติกฎหมายไทยจากกฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งความผิดในการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ได้แบ่งออกเป็นความผิดฐานต่างๆ โดยใช้อองค์ประกอบภายใน คือ เรื่องของเจตนา และประมาท ซึ่งมีฐานความผิดคล้ายกับประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน แต่ในที่นี้ ผู้วิจัยจะศึกษาถึงความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาเท่านั้น

กฎหมายลักษณะอาญา มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงความผิดฐานฆ่าผู้อื่นไว้ในมาตรา 249 ดังนี้ “มาตรา 249 ผู้ใดกระทำโดยเจตนา ให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ท่านว่ามันฆ่าคนตาย โดยเจตนา มีความผิดให้ลงอาญาแก่มันตามโทษานุโทษเป็นสามสถาน คือ สถานหนึ่งให้ประหารชีวิตให้มันตายตกไปตามกัน สถานหนึ่งให้จำคุกไว้ตลอดชีวิต สถานหนึ่งให้จำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี”

องค์ประกอบความผิดในมาตรานี้มีเช่นเดียวกับมาตรา 288 แห่งประมวลกฎหมายอาญาบับปัจจุบัน เพียงแต่ใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันคือ มีองค์ประกอบภายนอกคือ การฆ่า ซึ่งใช้คำว่า กระทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย มีความหมายถึงการกระทำที่เป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย ซึ่งอาจกระทำได้ด้วยประการใดๆ และมีกรรมคือ ผู้อื่น นอกจากผู้กระทำ นอกจากนี้ยังต้องประกอบด้วยองค์ประกอบภายในของความผิดคือ เจตนาที่จะทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย แต่มีความหมายอย่างเดียวกันว่าเป็นกิริยาที่กระทำลงด้วยอาการอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นเหตุให้เกิดอันตรายต่อชีวิตของบุคคล

ส่วนผู้ถูกฆ่านั้นจะต้องมีสภาพเป็นบุคคล คือ เมื่อได้คลอดออกมาจากครรภ์มารดาแล้วยังมีชีวิตอยู่ ส่วนทารกนั้นจะตายเสียแล้วหรือยัง ไม่เป็นข้อสำคัญ

เหตุกรรจ์ของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาแห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีบัญญัติไว้ในมาตรา 250 ดังนี้⁷⁰

⁷⁰ คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (น.366). เล่มเดิม.

มาตรา 250 “ผู้ใดฆ่าคนโดยเจตนา ต้องตามลักษณะอย่างใดที่ว่าต่อไปในมาตรานี้
คือ

- (1) ฆ่าบิดามารดา หรือฆ่าญาติที่สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปก็ดี
- (2) ฆ่าเจ้าพนักงานผู้ประจำหน้าที่ หรือฆ่าเพราะเหตุที่กระทำการตามหน้าที่ก็ดี
- (3) ฆ่าโดยพยายามด้วยความพยายามตามความหมายก็ดี
- (4) ฆ่าคนด้วยกระทำทรมาณ หรือการแสดงความดุร้าย ทำแก่ผู้ตายให้ได้รับความยากลำบากอย่างสาหัสก็ดี
- (5) ฆ่าคนเพื่อประโยชน์ที่จะเตรียมการ หรือให้เป็นความสะดวกในการที่มันจะกระทำอย่างอื่นก็ดี
- (6) ฆ่าคนเพื่อที่จะเอาผลประโยชน์อันเกิดแต่การกระทำผิดอย่างอื่นมาเป็นของมัน หรือเพื่อจะปกปิดการกระทำผิดอย่างอื่น หรือเพื่อจะหลีกเลี่ยงให้พ้นอาญาในความผิดอย่างอื่นก็ดี

ท่านว่ามันผู้ฆ่าคนตายโดยเจตนา ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังว่ามานี้เป็นคนทารุณร้ายกาจ ให้ลงอาญาฆ่ามันให้ตายตกไปตามกัน”

การฆ่าผู้อื่นตามมาตรานี้ มีหลักเกณฑ์ทำนองเดียวกันกับมาตรา 249 ที่กล่าวมาแล้ว ผิดกันแต่ในข้อเจตนาที่ยิ่งหย่อนกว่ากันเท่านั้น

เหตุจูงใจในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นนี้ เริ่มมีบัญญัติไว้ชัดเจนในกฎหมายลักษณะอาญา ซึ่งเป็นการฆ่าผู้อื่นที่มีเหตุพิเศษประกอบให้เป็นความผิดที่ร้ายแรงยิ่งขึ้นมีลักษณะหลายอย่าง ซึ่งอาจเป็น โดยอาการของการกระทำซึ่งถือเป็นการร้าย หรือบุคคลผู้ถูกประทุษร้ายเป็นผู้ทรงคุณความดีแก่ตน หรือบ้านเมือง หรือเป็นการกระทำด้วยจิตใจซึ่งร้ายแรงกล้า หรือกระทำ ความผิดซ้ำซ้อนหลายประการ ซึ่งเหตุเหล่านี้ถือว่าเป็นความสมควรลงโทษผู้กระทำความผิดให้หนักยิ่งกว่าการฆ่าให้ตายธรรมดา

2.4 แนวคิดและพัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีการตั้งครรภ์แทน

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ซึ่งเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีหลายรูปแบบ เช่น การผสมเทียม (Artificial Insemination) การปฏิสนธิในอกร่างกาย (Invitro Fertilization หรือ IVF) การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อนำไข่ (Gamete Intro Follopion Transfer หรือ GIFT) เป็นต้น โดยไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใดก็หมายถึงการทำให้เกิดการตั้งครรภ์โดยกระบวนการที่ปราศจากการร่วมประเวณีหรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การก่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่มีการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแต่อย่างใด และบางแห่งก็ให้คำนิยามของการผสมเทียม

หรือการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ว่าเป็นการทำให้เกิดการปฏิสนธิ โดยกรรมวิธีอื่นใดที่ไม่มีในการร่วมประเวณี อันผิดไปจากวิธีการตามธรรมชาติก็ได้⁷¹

การแก้ปัญหามีบุตรยากนั้นแพทย์สามารถเลือกใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสม ซึ่งอาจจะ เป็นเพียงให้คำแนะนำในการปฏิบัติตนให้ถูกต้องตามสรีรวิทยาของการเจริญพันธุ์ ก็อาจสามารถ ตั้งครรภ์เองได้ตามธรรมชาติ แต่ถ้าคู่สามีภริยามีปัญหาในการตั้งครรภ์อย่างรุนแรง แพทย์ จำเป็นต้องใช้การผสมเทียม (Artificial Insemination) ซึ่งหมายถึง การนำเชื้อของฝ่ายชายฉีดเข้าทาง ช่องคลอดของฝ่ายหญิง เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนการมีเพศสัมพันธ์ตามปกติ หรือหากฝ่ายหญิง ไม่สามารถมีบุตรได้เพราะ ไม่มีมดลูกที่จะรองรับการตั้งครรภ์หรือมีโรคประจำตัวที่ไม่สามารถ ตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเองก็ยังสามารถใช้วิธีการให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทนตนได้ เป็นต้น

1) ความหมายของการตั้งครรภ์แทน (Surrogacy Arrangement)

ภาวะการมีบุตรยากเป็นปัญหาที่คู่สมรสส่วนใหญ่ต้องการการบำบัดรักษา สาเหตุของ ภาวะมีบุตรยากของคู่สมรสแต่ละคู่มีความแตกต่างกัน ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงก็มีปัญหาที่ทำให้เกิด ภาวะมีบุตรยากแตกต่างกันออกไป แต่ภาวะมีบุตรยากอย่างหนึ่งที่ในปัจจุบันยังไม่สามารถบำบัดได้ คือ การที่หญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ เนื่องจากฝ่ายหญิงที่ปัจจัยที่ไม่เหมาะสมต่อ การตั้งครรภ์ เช่น ฝ่ายหญิงไม่มีมดลูก หรือมีเนื้องอกที่มดลูก หรือมีโรคประจำตัวทางร่างกายที่ ไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ หรือการที่หญิงนั้นมีประวัติการแท้งบ่อยครั้ง ซึ่งหากตั้งครรภ์อาจ เกิดอันตรายแก่สุขภาพหญิงนั้นได้ ในปัจจุบันยังไม่มีเทคโนโลยีที่สามารถทำให้ฝ่ายหญิงสามารถ ตั้งครรภ์โดยปราศจากมดลูกได้และไม่ปรากฏว่าการผลิتمดลูกเทียมประสบความสำเร็จ วิธีการ อย่างเดียวที่สามารถทำให้คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์มีบุตรได้ ก็คือ การให้หญิงอื่นรับ ตั้งครรภ์แทน⁷²

การตั้งครรภ์แทนเป็นคำที่เพิ่งเกิดขึ้นใหม่ในสังคมไทยเมื่อประมาณ 12 ปีที่ผ่านมา ซึ่งบางคนอาจจะเรียกคำๆ นี้ในรูปแบบอื่น เช่น การรับตั้งครรภ์ การรับจ้างตั้งครรภ์ หรือการรับจ้าง ตั้งครรภ์แทน ความแตกต่างในเรื่องของคำเรียกนั้น ภาษาอังกฤษเองก็ยังมี ความแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับว่าแต่ละคนจะใช้คำไหน เช่น Surrogate ,Surrogate mother, Surrogate motherhood หรือ Surrogacy เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเลือกใช้คำใดก็ล้วนแต่มีความหมายไปในแนวทาง เดียวกันทั้งสิ้น แต่สำหรับสังคมไทยแล้วอาจจะคุ้นเคยกับคำว่า อุ้มบุญ มากกว่าคำอื่นๆ เป็น

⁷¹ จาก การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา (น.5), โดย ชมพรรณ รัตนากร, 2543, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. ลิขสิทธิ์ 2543 โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁷² จาก การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (น.21), โดย จักรกฤษณ์ ควรวจน์, 2548, ม.ป.ท. โดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

ความเข้าใจในระดับชาวบ้านว่าเป็นกรณีที่หญิงคนหนึ่งรับตั้งครรภ์แทนสามีภริยาซึ่งไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ แต่แท้จริงแล้ว ความหมายของคำว่าตั้งครรภ์แทน หรือ อุ้มบุญ ยังมีองค์ประกอบอื่นที่มากกว่าเป็นการตั้งครรภ์แทนเพื่อคลอดบุตรแทนผู้อื่นเท่านั้น

ความหมายของคำว่า การตั้งครรภ์แทน หรือ Surrogate ใน Webster's Encyclopedia Unabridged Dictionary of the English Language ได้ให้นิยามความหมายไว้ว่า

Surrogate คือ บุคคล หรือสิ่งของซึ่งกระทำ หรือถูกใช้แทนผู้อื่น หรือแทนสิ่งอื่น⁷³

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “แทน” คือ อาการที่บุคคลหนึ่งทำหน้าที่ในฐานะของบุคคลอีกบุคคลหนึ่ง เช่น รักษาการแทน ทำแทนไปแทน

ศาสตราจารย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้กล่าวถึง การผสมเทียมในมนุษย์ซึ่งกระทำโดยเอา น้ำอสุจิจากชายฉีดเข้าไปในช่องคลอดของหญิงในระยะเวลาใกล้เคียงกับไข่สุก เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนการสืบพันธุ์โดยวิธีธรรมชาติ วิธีการเช่นนี้ทำในกรณีที่สามีภริยาไม่สามารถมีบุตรจากการอยู่ร่วมกันตามปกติได้ และวิธีการผสมเทียมนี้ได้ถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลายมากขึ้น และทำในลักษณะว่าจ้างหญิงอื่นมาตั้งครรภ์แทนภริยาในกรณีที่ภริยาไม่สามารถมีบุตรได้ว่าไม่ว่ากรณีใดๆ แต่สามีมีตัวอสุจิพอที่จะผสมพันธุ์ได้จึงต้องหาหญิงอื่นที่สามารถมีบุตรได้มารับจ้างตั้งครรภ์โดยฉีดอสุจิของฝ่ายสามีเข้าในช่องคลอดของหญิงนั้น เมื่อหญิงนั้นตั้งครรภ์พอคลอดบุตรออกมาก็ยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของสามีภริยาซึ่งฝ่ายสามีเป็นเจ้าของเชื้ออสุจินั้นทันที⁷⁴

นายแพทย์สมชัย โกวิทเจริญกุล ได้ให้นิยามการตั้งครรภ์แทนว่า หมายถึง การนำลูกหรือตัวอ่อนไปฝากไว้ในมดลูกของหญิงคนหนึ่งโดยนำไปกับอสุจิของพ่อและแม่ผสมกันเก็บไว้ในหลอดทดลอง หรือจานเพาะเลี้ยงพักในตู้บ่มในอุณหภูมิพอเหมาะเหมือนอยู่ในร่างกายมนุษย์ คือมีอากาศสภาพแวดล้อมเลียนแบบในท้องแม่ หลังจากนั้น 48 ชั่วโมง จึงคัดเลือกตัวอ่อนที่สมบูรณ์ที่สุด 2-3 ตัว ส่งกลับไปยังผู้หญิงอีกคนหนึ่งให้เป็นผู้ตั้งครรภ์แทน⁷⁵

⁷³ การตั้งครรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก (น.8). เล่มเดิม.

⁷⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ (อ้างถึงใน ญรัฐวิวรรธน์ อภิสิทธิ์ โยธิน. , 2543, น.9).

⁷⁵ การตั้งครรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก (น.10). เล่มเดิม.

2) ประเภทของการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทน หรือที่เรียกว่าการอุ้มบุญ หากแบ่งตามหน้าที่ในการอุ้มท้องแทน (Surrogate function) สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การรับตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์ หรืออุ้มบุญแท้ (Gestational Surrogacy) และการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่สมบูรณ์ หรืออุ้มบุญเทียม (Traditional Surrogacy)⁷⁶

(1) อุ้มบุญแท้ (Gestational Surrogacy) คือ การนำไข่ของมารดามาปฏิสนธิกับเชื้อของบิดาแล้วอาศัยมดลูกของคนอื่นอุ้มท้องแทน ซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อมดลูกของมารดามีปัญหาจนไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ ไม่ว่าจะด้วยสาเหตุใดก็ตาม แต่รังไข่ยังสามารถผลิตไข่ได้ตามปกติ กรณีเช่นนี้จึงมีผู้เปรียบเทียบกับเป็นเสมือนการเช่ามดลูก (Womb Leasing) เท่านั้น การรับตั้งครรภ์แทนประเภทนี้บางครั้งจึงถูกเรียกว่า การรับตั้งครรภ์แทนโดยการตั้งครรภ์ หรือการรับตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์ (Full surrogacy)⁷⁷ เนื่องจากคู่สมรสทั้งสองฝ่ายจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดขึ้นทั้งหมด

(2) อุ้มบุญเทียม (Traditional Surrogacy) คือ การใช้ตัวอ่อนซึ่งเกิดจากการผสมระหว่างเชื้อของบิดากับไข่ของผู้รับหน้าที่ท้องแทน หรือผู้อุ้มบุญ (surrogacy mother) เมื่อผสมกันจนได้ตัวอ่อนแล้วก็ใส่เข้าไปในมดลูกของผู้อุ้มบุญ กระบวนการนี้ใช้เพียงเชื้อของบิดาเท่านั้น ลักษณะเช่นนี้เกิดในกรณีที่มารดาไม่มีไข่และอุ้มท้องไม่ได้ จึงต้องอาศัยไข่ของคนอื่นในการสร้างตัวอ่อนแทน การรับตั้งครรภ์แทนในลักษณะเช่นนี้ได้กระทำก่อนการรับตั้งครรภ์แทนประเภทอื่น ในบางครั้งจึงเรียกการตั้งครรภ์แทนประเภทนี้ว่า การรับตั้งครรภ์แบบดั้งเดิม⁷⁸ หรือการรับตั้งครรภ์แทนแบบไม่สมบูรณ์ (Partial Surrogacy)⁷⁹ และวิธีการนี้จะทำให้เด็กมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับฝ่ายชายที่ว่าจ้างและกับฝ่ายหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

สำหรับการศึกษาในครั้งนี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญาที่เกิดขึ้นกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์ หรือการอุ้มบุญแท้ (Gestational Surrogacy) เนื่องจากเป็นลักษณะการตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ เพื่อเป็นการแก้ปัญหาคriminal law อีกทั้ง ยังมีกรณีศึกษาที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับสถานะของบิดามารดา ซึ่งเป็นการรับตั้งครรภ์แทนประเภทที่กล่าวมานี้ด้วย

⁷⁶ จาก “การพิจารณากฎหมายว่าด้วยคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือการตั้งครรภ์แทน (กฎหมายอุ้มบุญ)”, โดย นุชกุล สัจจิตติเสริม, 2555, รัฐสภาสาร, 60(4), 77-82.

⁷⁷ McHale J, Fox M, and Murphy (อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์, 2548, น.24).

⁷⁸ Kerian C (อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์, 2548, น.24).

⁷⁹ McHale J, Fox M, and Murphy (อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์, 2548, น.24).

การตั้งครุฑแทนทำให้สถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กมีลักษณะที่ซับซ้อน เนื่องจากมีหลายฝ่ายต่างๆที่เข้ามาเกี่ยวข้องเพิ่มเติมขึ้นอีก สำหรับในประเทศไทยนั้น เคยมีข้อหาหรือจากกรมบัญชีกลางไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องหนึ่งเกี่ยวกับกรณีคู่สมรสซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดของมหาวิทยาลัยว่าได้มีการแจ้งจำนวนบุตรพร้อมแสดงหลักฐานของทางราชการเพื่อขอรับสิทธิเบิกเงินสวัสดิการรักษายาบาลและการศึกษาของบุตร แต่เป็นบุตรที่เกิดจากการนำเชื้อสุจิของข้าราชการชายกับไข่ของข้าราชการหญิงแล้วนำตัวอ่อนไปฝากในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่อตั้งครุฑแทน จะถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการอันจะมีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการของทางราชการหรือไม่ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาตามบันทึกเลขเสร็จ 100/2543 ให้ความเห็นว่าการในกรณีมารดาตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึง ทารกที่เกิดนั้นจะต้องเกิดจากครุฑมารดาของผู้เป็นบุตร ดังนั้น บุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์ โดยการนำเชื้อสุจิของข้าราชการชายผสมกับไข่ของข้าราชการหญิงและให้หญิงอื่นตั้งครุฑแทน หญิงซึ่งเป็นผู้ตั้งครุฑแทนและคลอดทารกจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก ส่วนหญิงเจ้าของไข่แต่ไม่ได้เป็นผู้ตั้งครุฑและชายเจ้าของเชื้อสุจิแต่ไม่ได้เป็นสามีของหญิงผู้ตั้งครุฑ จึงมิใช่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁸⁰

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 3) มีความเห็นเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวว่า เนื่องจากเป็นกฎหมายที่เริ่มใช้มาตั้งแต่ พ.ศ. 2477 และมีการปรับปรุงเมื่อ พ.ศ. 2519 และ พ.ศ. 2533 ซึ่งเป็นการใช้มา 64 ปีแล้ว ไม่มีบทบัญญัติมาตราใดที่กล่าวถึงการปฏิสนธิด้วยการนำเชื้อสุจิของสามีผสมกับไข่ของภรรยาแล้วนำเข้าไประหว่างในครรภ์ของหญิงอื่น โดยรับอาหารจากร่างกายของหญิงอื่นภายในระยะเวลา 310 วัน จะเป็นบุตรของสามีภรรยาเจ้าของเชื้อสุจิและไข่ และในเรื่องนี้จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 มาใช้เพื่ออนุโลมโดยวิธีการต่างๆ ตามมาตรา 4 นั้น ย่อมทำไม่ได้เพราะเป็นปัญหาครอบครัวอันเกี่ยวกับขนบธรรมเนียมและการดำเนินชีวิตอันละเอียดอ่อนของคนไทยโดยเฉพาะ เว้นแต่จะมีการแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้ โดยทำให้ถูกต้องตามหลักวิชาการ และรับรองด้วยว่าหญิงที่รับไข่ที่ได้รับการผสมแล้วนั้นไม่มีเชื้อของชายอื่นอยู่ในครรภ์มาก่อน ตลอดจนบังคับว่า บุตรเช่นนี้ต้องมีการจดทะเบียน⁸¹

⁸⁰ จาก “ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์”, โดย แสงว นุญเจติมิวิภาส และดารารพร ธีระวัฒน์, 2548, *คูลพาท*, 52(2), 13-14.

⁸¹ แหล่งเดิม.

กฎหมายไทยในขณะนี้ยังไม่มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมและสามารถแก้ไขปัญหาที่ยุ่ยากอย่างเหมาะสมในเรื่องของการรับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายที่คำนึงถึงผลกระทบที่เกิดกับฝ่ายต่างๆ ทั้งฝ่ายที่เป็นผู้ประสงค์เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองหรือบิดามารดาทางพันธุกรรมฝ่ายเด็ก และฝ่ายของหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทน ในกรณีที่อนุญาตให้ใช้เทคนิคเจริญพันธุ์นี้ได้ก็สมควรพัฒนากฎหมายให้รับรองความก้าวหน้าทางการแพทย์ และเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและประชาชนทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องด้วย⁸² อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ของการรับตั้งครรภ์แทนในปัจจุบันนั้น เป็นไปตามประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 และเมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2557 คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ได้เห็นชอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... แล้ว และได้เสนอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) เป็นผู้พิจารณาต่อไป⁸³ โดยประกาศแพทยสภา และร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

2.4.1 ประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 และ 21/2545

กฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการตั้งครรภ์แทนในปัจจุบัน คือ ประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และประกาศแพทยสภาที่ 21/2545 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ซึ่งแพทยสภาออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 21(1) ในส่วนของการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน มีสาระสำคัญดังนี้⁸⁴

- 1) ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะต้องการทำสำเนาชีวิต (Human Cloning)
- 2) กรณีคู่สมรสต้องการมีบุตรโดยให้ภรรยาเป็นผู้ตั้งครรภ์ กระทำได้โดยใช้เซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคเพื่อการปฏิสนธิไม่ว่าจะทำภายในหรือภายนอกร่างกาย รับบริจาคตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์
- 3) กรณีคู่สมรสต้องการมีบุตรโดยให้ผู้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาตั้งครรภ์แทน (อุ้มบุญ) จะกระทำได้เฉพาะในกรณีที่ใช้ตัวอ่อนมาจากเซลล์สืบพันธุ์ (ไข่และอสุจิ) ของคู่สมรส

⁸² แหล่งเดิม.

⁸³ คสช.เห็นชอบร่างกม.อุ้มบุญ พร้อมเสนอ สนช.พิจารณา. (2557). สืบค้น 10 กันยายน 2557 ,จาก www.manager.co.th/politics/ViewNews.aspx?NewsID=9570000092214.

⁸⁴ จาก การตั้งครรภ์แทน โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ :กรณีศึกษาตามกฎหมายต่างประเทศ และศึกษากฎหมายไทย (น.14), โดย พัฒนา ศิลปะอนันต์, 2554, กรุงเทพฯ:วิทยาลัยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม. ลิขสิทธิ์ 2554 โดย วิทยาลัยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม.

เท่านั้น โดยมีเงื่อนไข คือ ไม่มีคำตอบแทนแก่ผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ที่ทำให้เข้าใจว่าเป็นการซื้อขาย ไม่มีคำตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนที่อาจทำให้เข้าใจว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของกลุ่มสมรส และการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูกให้กระทำได้ตามความจำเป็นและสมควรแต่ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ

การบังคับใช้ประกาศนี้ยังมีข้อเสียอีกมาก เนื่องจากไม่ครอบคลุมในทุกเรื่อง เช่น การคุ้มครองทารกที่เกิดมา สิทธิในการเป็นผู้ปกครองทางกฎหมาย เป็นต้น

2.4.2 ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ...

ด้วยข้อขัดข้องทางกฎหมาย ซึ่งทำให้เกิดปัญหากับกรณีการตั้งครรภ์แทน กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์จึงได้เสนอ “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ...” ต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาความสงบแห่งชาติ (กสช.) และได้รับความเห็นชอบ เพื่อนำเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาต่อไป สำหรับร่างกฎหมายนี้มีลักษณะมุ่งที่จะช่วยแก้ปัญหาทางกฎหมายสำหรับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อมิให้เกิดปัญหาข้อกฎหมายว่าผู้ใดควรเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งนักวิชาการบางท่านยังมีความเห็นว่าร่างกฎหมายนี้มีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิของสามีและภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตร โดยกรรมวิธีทางการแพทย์ ยิ่งกว่าการมุ่งคุ้มครองเด็ก และจะมีผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะเป็นการก่อให้เกิดเด็กโดยวิธีทางการแพทย์ที่ก้าวหน้า และใช้กระบวนการทางนิติบัญญัติตัดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรตามธรรมชาติ ความรู้สึกทางศีลธรรมจึงอาจจะไปด้วยกันไม่ได้ โดยเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งตามธรรมชาติแล้ว เรามีความผูกพันกันในฐานะแม่ลูกตามความเป็นจริง แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในปัจจุบันมีการรับตั้งครรภ์แทนกันอย่างแพร่หลาย จนเกิดเป็นปัญหาทางสังคมอย่างมาก เช่น การทอดทิ้งเด็กไว้ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเลี้ยงดู การรับจ้างตั้งครรภ์แทนด้วยการโฆษณาผ่านทางสื่อออนไลน์ และการว่าจ้างตั้งครรภ์แต่มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหามิบุตรยาก หลายฝ่ายจึงเล็งเห็นความสำคัญ และมุ่งที่จะแก้ปัญหาการรับตั้งครรภ์แทน ให้มีกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน เพื่อควบคุมมิให้เกิดปัญหาดังกล่าว โดยร่างกฎหมายฉบับนี้มีสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

1) ร่างกฎหมายฉบับนี้มีการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อยู่ 2 วิธี คือ

1.1) การผสมเทียม หมายความว่า การนำสุจิเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงเพื่อให้หญิงนั้นตั้งครรภ์โดยไม่มีการร่วมประเวณี

1.2) การตั้งครุฑแทน (อุ้มบุญ) หมายความว่า การตั้งครุฑโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครุฑแทนมีข้อตกลงกับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครุฑว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย นั้น (มาตรา 3)

2) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องมีคุณสมบัติและต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามที่แพทยสภาประกาศกำหนด (มาตรา 15)

3) ก่อนให้บริการ จะต้องจัดให้มีการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้รับบริการและของผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการรวมทั้งป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย (มาตรา 16) และมีการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน ที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความจำเป็นและสมควร แต่ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ เพราะสามีภริยาบางคู่อาจต้องการเฉพาะลูกหญิงหรือลูกชาย ก็จะใช้วิธีการให้แพทย์ทำการตรวจตามมาตรฐานนี้ เพื่อขอทราบเพศล่วงหน้า หากทราบว่ามิใช่เพศที่ตนต้องการก็จะเกิดความผิดหวังถึงขั้นรังเกียจเด็ก นับเป็นบาปเคราะห์ของเด็กที่ต้องรับกรรมเมื่อเกิดมา

4) การผสมเทียมต้องการกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายและให้เป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภากำหนด (มาตรา 19) ดังนั้นตามร่างมาตรา 19 นี้ หญิงโสดที่ไม่มีสามีเช่นเป็นหม้ายเคยมีบุตรมาก่อนแต่มีเฉพาะบุตรชายหรือบุตรหญิงต้องการมีบุตรเพิ่มที่เป็นเด็กหญิงหรือเด็กชาย โดยไม่ต้องมีสามีใหม่ หรือหญิงโสดไม่เคยมีเพศสัมพันธ์ หรือมีแต่ไม่ได้แต่งงานเช่นอยู่กินกับชาย แต่ไม่ต้องการจดทะเบียนสมรสกันแล้วเลิกกันไป ต่อมาต้องการมีบุตร ก็อาจใช้วิธีผสมเทียมแทน ซึ่งปัจจุบันหญิงโสดจำนวนไม่น้อยได้ใช้วิธีนี้กันอยู่ รวมทั้งกรณีหญิงต่อหญิงที่รักเพศเดียวกันประสงค์มีบุตรร่วมกัน แต่ต่อไปบุคคลเหล่านี้จะต้องถูกจำกัดสิทธิโดยร่างมาตรา 19

5) การผสมเทียมโดยใช้อสุจิของผู้บริจาคต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีภริยา ที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียมด้วย (มาตรา 20) เพราะกรณีใช้อสุจิจากชายอื่นนั้น หากไม่ได้รับความยินยอมจากสามีของหญิงนั้น สามีอาจจะรู้สึกรังเกียจเด็กที่เกิดมาและไม่ยอมรับลูกจะเกิดเป็นปัญหาในการเลี้ยงดู และไม่เป็นที่ชอบธรรมแก่สามีของหญิงนั้นที่จะต้องรับภาระเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากอสุจิของชายอื่น เพราะกฎหมายให้อือเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาเท่านั้น

6) ส่วนการตั้งครุฑแทนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่อไปนี้

6.1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้มีประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีความพร้อมทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจที่จะเป็นบิดามารดาของเด็ก

6.2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีใช้บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม 6.1) ซึ่งจะเปลี่ยนแปลงหลักการจากเดิมตามประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 ที่กำหนดว่าหญิงตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติโดยสายเลือด เช่น แม่หรือยายหรือพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันเท่านั้น เหตุที่มาตรา 21 ห้ามใช้บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาผู้นั้นตั้งครรภ์แทน ก็คงไม่ประสงค์ให้เกิดความสับสนในการนับญาติกันระหว่างเด็กกับหญิงที่รับตั้งครรภ์ว่าจะนับญาติกันอย่างไร เช่น ให้แม่ของหญิงนั้นตั้งครรภ์แทน ผู้ตั้งครรภ์แทนจะมีสถานะเป็นทั้งยายและแม่ตามความเป็นจริงของเด็กนั้นด้วย

6.3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้น มีสามีต้องได้รับความยินยอมจากสามีด้วย (มาตรา 21)

7) การดำเนินการให้ตั้งครรภ์แทนจะกระทำได้ 2 วิธี คือ

7.1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากเชื้อสุจิและไข่ของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน เป็นกรณีที่มีเชื้อสุจิและไข่ของภรรยาแข็งแรง แต่ภรรยาตั้งครรภ์เองไม่ได้ เช่น มดลูกไม่ดีจึงต้องให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

7.2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับสุจิหรือไข่ของผู้อื่น แต่ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (มาตรา 22) เป็นกรณีที่สุจิของสามีไม่มีปัญหาแต่ไข่ของภรรยาอาจมีปัญหา เช่น ไม่แข็งแรงหรือภรรยาเป็นหมัน จึงต้องใช้ ไข่ของหญิงอื่นแทน หรือเชื้อสุจิของสามีมีปัญหา เช่น ไม่แข็งแรงหรือสามีเป็นหมัน แต่ไข่ของภรรยาใช้ได้ดี จึงต้องใช้เชื้อสุจิของชายอื่นแทน แล้วนำไปใส่ในหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

ซึ่งกฎหมายไม่อนุญาตให้ใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ก็เพราะไม่ประสงค์ให้เกิดความผูกพันระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับเด็กที่กฎหมายรับตั้งครรภ์แทน มิฉะนั้นอาจไม่ยอมคืนเด็ก ให้สามีภรรยาผู้นั้นก็ได้ ซึ่งกรณีเช่นนี้ก็เคยเกิดปัญหาในสหรัฐอเมริกาแล้ว

8) กฎหมายห้ามมิให้ดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า (มาตรา 23) คือ ห้ามรับจ้างตั้งครรภ์แทนกันโดยทำเป็นธุรกิจ แต่มิได้บัญญัติห้ามชัดแจ้งว่าหากจะมีค่าตอบแทนแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งก็น่าจะทำได้เพราะเมื่อกฎหมายไม่ให้ใช้หญิงอื่นที่เป็นบุพการีหรือผู้สืบสายโลหิตกันแล้ว ก็ต้องใช้หญิงอื่นทั่วไปซึ่งจะต้องเสี่ยงภัยในการตั้งครรภ์แทน ต้องเสียเวลา เสียค่าใช้จ่ายต่างๆ เกี่ยวกับการดูแลในท้อง รวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับ

การตั้งครรภ์แทน รวมทั้งผลกระทบต่างๆ อันเกิดแก่บุคคลภายในครอบครัวของผู้ตั้งครรภ์ด้วย ก็ควรมีค่าตอบแทนให้ได้ด้วย มิฉะนั้นก็อาจจะไม่มีใครยอมรับตั้งครรภ์แทนให้ แม้กฎหมายจะอนุญาตให้มีค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์ การคลอดและหลังคลอด (มาตรา 24) ก็ยังเป็นค่าใช้จ่ายเพียงบางส่วนเท่านั้น

9) ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น ร่างกฎหมายบัญญัติว่าเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคแล้ว แต่กรณีไม่ว่าจะโดยการผสมเทียมหรือการตั้งครรภ์แทน ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด (มาตรา 27) เช่น สามีของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมเกิดตายก่อนเด็กเกิด เด็กนั้นก็ถือเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีที่ตายไปก่อนแล้ว มีสิทธิรับมรดกของบิดาได้หรือสามีภริยาให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ขณะตั้งครรภ์ฝ่ายสามีหรือภรรยาคนหนึ่งคนใดหรือทั้งสองคนเกิดอุบัติเหตุตายไปพร้อมกันทั้งที่ทารกยังอยู่ในครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เด็กที่เกิดมาก็ยังถือเป็นบุตรที่ชอบด้วยสามีภริยาคนนั้น ยังมีสิทธิต่างๆ อาทิ รับมรดกของผู้ตายได้ โดยกฎหมายบัญญัติว่าให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนทำหน้าที่เป็นผู้ปกครองเด็กนั้น จนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ (มาตรา 28) แต่เด็กคนนั้นมิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด จึงไม่มีสิทธิตามกฎหมายอย่างใดๆ กับผู้ที่ให้กำเนิดคลอดออกมา และกรณีที่เด็กเกิดจากอสุจิของผู้บริจาคให้ เด็กคนนั้นก็มิใช่บุตรของชายที่บริจาคอสุจิแต่อย่างใด แม้จะทราบชื่อชายผู้บริจาคอสุจิก็ตาม

ศาสตราจารย์พิเศษประสพสุข บุญเดช ได้เคยให้ความเห็นในเรื่องมารดาที่ตั้งครรภ์แทนไว้ก่อนที่จะมีการร่างกฎหมายนี้ว่า⁸⁵ “น่าจะมีการออกกฎหมายยอมรับสัญญาจ้างตั้งครรภ์ให้มีผลบังคับได้ และควรมีการควบคุมมิให้มีการรับจ้างตั้งครรภ์ในทางการค้า ต้องกำหนดคุณสมบัติและอายุของผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างไว้ แพทย์ผู้ทำการผสมเทียมควรเป็นแพทย์ที่จดทะเบียนเพื่อการนี้โดยเฉพาะ โดยก่อนดำเนินการผู้ว่าจ้างต้องยื่นคำร้องขออนุญาตต่อศาล เพื่อให้ศาลมีโอกาสควบคุมตรวจสอบความสามารถของผู้ว่าจ้างในการให้ความอุปการะเลี้ยงดู ให้การศึกษา ให้ความรัก ความห่วงใยแก่เด็ก ที่จะเกิดมา สุขภาพร่างกายและจิตใจ สติปัญญาและความรู้สึนึกคิดทางศีลธรรมของผู้ว่าจ้าง ทั้งนี้ เพื่อความผาสุกและประโยชน์ของเด็ก การรับจ้างตั้งครรภ์ในหมู่ญาติมิตรแต่มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขการสมรสที่ห้ามญาติสืบสายโลหิตหรือพี่น้องสมรสกันควรต้องห้าม เช่น มารดาที่ตั้งครรภ์แทนลูกสะใภ้ โดยใช้อสุจิของบุตรชายและไข่ของลูกสะใภ้

⁸⁵ จาก “การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์”, โดย ประสพสุข บุญเดช, 2538, บทบัญญัติ, 51(4), 196.

เหล่านี้ไม่ควรอนุญาตให้กระทำ เพราะทำให้เด็กที่เกิดมามีความสับสนในเครือญาติ และอาจมีผลร้ายทางพันธุกรรมแก่เด็กอีกด้วย” ซึ่งหลักเกณฑ์ในการตั้งครรรค์แทนเหล่านี้ ก็ปรากฏอยู่ในร่างกฎหมายนี้ด้วย แต่มีความแตกต่างกันในเรื่องการกำหนดสถานะของมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจาก ศาสตราจารย์พิเศษประสพสุข บุญเดช เห็นว่า ให้ผู้ว่าจ้างจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ส่วนหญิงที่ตั้งครรรค์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย⁸⁶

การที่นักวิชาการมีความเห็นว่าหญิงที่ตั้งครรรค์แทน เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นก็เนื่องมาจากปัญหาระหว่างมารดาและบุตรนั้น มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 1546 แต่เดิมบัญญัติไว้เพียงว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น” ทำให้เด็กที่เกิดนอกสมรสเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดาเท่านั้นเอง ที่เป็นเช่นนี้เพราะเรื่องมารดากับบุตรเป็นเรื่องข้อเท็จจริง ไม่ใช่ข้อกฎหมาย เด็กคลอดจากครรภ์มารดาคนไหน ก็นำพยานมาสืบก็แล้วกันไป ต่อมาตามตรา 4 แห่ง พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์(ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2551 ได้เพิ่มข้อความต่อมาว่า “เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” เนื่องจากกรณีที่มีเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เจริญก้าวหน้ามาก เด็กจึงอาจจะมิใช่บุตรของหญิงที่คลอดตน หากหญิงนั้นรับตั้งครรรค์แทน⁸⁷

นอกจากปัญหาสถานะของมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดในกฎหมายครอบครัวดังที่กล่าวมาแล้ว ความเป็นมารดายังอาจก่อให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยความรับผิดชอบในทางอาญา หากเป็นการกระทำความผิดต่อบุพการีแต่เป็นกรณีที่ถูกกฎหมายยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือลดโทษให้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง และกรณีที่เป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวตามมาตรา 289(1) คือ การฆ่าบุพการี กฎหมายอาญามิได้ให้คำจำกัดความของคำว่าบุพการีไว้ให้ชัดเจน มีเพียงการตีความโดยคำพิพากษา หรือความเห็นของนักวิชาการ ซึ่งยังมีความเห็นที่ไม่ตรงกันอยู่เช่นเดียวกัน และในการตีความกฎหมายอาญานั้น ก็มีความแตกต่างจากการตีความกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกฎหมายอาญานั้น มุ่งประสงค์จะคุ้มครองให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม โดยมีศีลธรรมอันดีเป็นสิ่งที่อยู่เบื้องหลังกฎหมาย ฉะนั้น จะเห็นได้ว่าเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการตั้งครรรค์แทนนั้น นอกจากจะส่งผลกระทบต่อกฎหมายแพ่งแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อกฎหมายอาญาอีกด้วย

⁸⁶ จาก “มารดารับจ้างตั้งครรรค์”, โดย ประสพสุข บุญเดช, 2531, *คูลพาท*, 35(1), 16-24.

⁸⁷ จาก *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว* (น.308), โดย ไพโรจน์ กำพูศิริ, 2556, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2556 โดยสำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

2.5 ขอบเขตความรับผิดทางอาญา กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีและบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน

2.5.1 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง

โครงสร้างความรับผิดทางอาญาตามแนวคิดของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต้องวินิจฉัยเรียงตามลำดับ ดังนี้⁸⁸

- 1) เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่
- 2) เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่
- 3) เป็นการกระทำที่มีความชั่วหรือไม่

การบัญญัติเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวเกิดขึ้นจากเหตุผลที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวจึงไม่กระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของข้อสาระสำคัญทั้งสามประการ ดังนั้นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวจึงไม่กระทบกระเทือนต่อคุณธรรมทางกฎหมาย กับทั้งไม่เกี่ยวข้องกับวิธีการกระทำความผิดของผู้กระทำ เพราะคุณธรรมทางกฎหมายและวิธีการกระทำต่างเป็นเนื้อหาของข้อสาระองค์ประกอบของความผิด⁸⁹

ดังนั้น เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว จึงหมายถึง ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา และเป็นข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัว

เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว ทั้งหลายที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วก่อนการกระทำความผิดนั้น ในทางตำราเรียกว่า เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว แต่หากเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด ในทางตำราเรียกว่า เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว⁹⁰

1) เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีผลห้ามลงโทษผู้กระทำความผิด และข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์นั้นต้องมีอยู่แล้วในเวลากระทำความผิด เช่น ความเป็นสามีภริยาตามมาตรา 71 วรรคหนึ่ง อย่างไรก็ตามการห้ามลงโทษนี้อาจเป็นการห้ามลงโทษเลย หรืออาจเป็นการห้ามลงโทษเต็มตามที่กฎหมายกำหนด และนอกจากนั้นในบางกรณีกฎหมายให้ดุลพินิจแก่ศาลที่จะไม่ลงโทษผู้กระทำเหล่านี้ ถือว่าเป็นเหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัวทั้งสิ้น ฉะนั้น เหตุตามมาตรา 71 วรรคสอง จึงเป็นเหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัวด้วย

⁸⁸ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.131). เล่มเดิม.

⁸⁹ จาก พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา (น.49), โดย คณิต ณ นคร ค , 2553, กรุงเทพฯ:วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2553 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

⁹⁰ แหล่งเดิม.

2) เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงแห่งเรื่องในตัวผู้กระทำความผิดที่ไม่ขึ้นอยู่กับความผิดกฎหมาย และความชั่ว ที่ย้อนหลังไปจัดการลงโทษซึ่งมีอยู่เดิมออกไป เพราะความสมควรลงโทษซึ่งมีอยู่เดิมนั้นไม่มีอีกต่อไป

เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวอันเนื่องมาจากความเป็นญาติ คือ การกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน จะเปลี่ยนสภาพความผิดจาก ความผิดอาญาแผ่นดิน เป็น ความผิดอันยอมความได้ ตามมาตรา 71 วรรคสอง ซึ่งกรณีนี้ไม่ใช่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว แต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ เจตนาให้อำนาจดำเนินคดี ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่การที่กฎหมายบัญญัติว่า ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ นั้น เป็นเรื่องของการลดโทษให้ และเหตุแห่งการลดโทษให้ก็คือความเป็นบุพการีและผู้สืบสันดานต่อกัน หรือความเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน ซึ่งก็เป็นเหตุผลส่วนตัว ฉะนั้น บทบัญญัติมาตรา 71 วรรคสอง เฉพาะส่วนที่มีเหตุผลโทษให้ในกรณีดังกล่าวนี้ จึงเป็น เหตุยกเว้นโทษให้เฉพาะตัว อันเนื่องมาจากความเป็นญาติ ซึ่งความเป็นญาติเป็นสิ่งที่อยู่ก่อนแล้วก่อนการกระทำความผิด และกรณีนี้เป็น เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว เช่นเดียวกัน เพียงแต่ไม่ใช่ห้ามลงโทษเลย หากแต่ห้ามลงโทษเต็มระวางโทษเท่านั้น⁹¹

การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางมาตราระหว่างผู้สืบสันดานและบุพการี ตามมาตรา 71 วรรคสอง นี้ เป็นเรื่องที่กฎหมายเล็งเห็นความเป็นเอกภาพในครอบครัว เหตุผลของการลดโทษให้ จึงเป็นเหตุผลพิเศษที่ไม่อยู่ในโครงสร้างความผิดอาญา แต่เป็นเหตุผลที่เกี่ยวกับการรักษาความเป็นปึกแผ่นของสถาบันครอบครัว เพราะกฎหมายไม่อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเรื่องทุกเรื่องในครอบครัวได้ และความผิดเหล่านี้ เมื่อเทียบกับความเป็นเอกภาพในครอบครัวแล้ว ย่อมมีความด้อยกว่า ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้อธิบายว่า ครอบครัวนั้นมีขนบธรรมเนียม ประเพณี และกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นเอง ที่อำนาจรัฐเข้าไปยุ่งเกี่ยวไม่ได้ เรียกว่าเป็น Autonomous legal หรือ Autonomous domain of unwritten law⁹² และนอกจากนี้แล้วยังเป็นเหตุผลในทางศีลธรรม ถึงแม้ว่าในทางกฎหมายจะไม่รับรู้ก็ตาม สืบเนื่องจากความคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับสภาพครอบครัว หมู่เหล่าที่แยกกันไม่ออกในทางทรัพย์สิน หากกฎหมายเอาโทษก็กลับจะเป็นการบั่นทอนความมั่นคงของครอบครัวให้เสียไปโดยไม่สมกับความผิด⁹³

⁹¹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.131). เล่มเดิม.

⁹² ปรีดี เกษมทรัพย์ (อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส ก. , 2551, น.102).

⁹³ คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (น.912-913). เล่มเดิม.

ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 71 กฎหมายลศโทษให้เฉพาะที่เกี่ยวกับความผิดที่กระทำต่อทรัพย์เท่านั้น หากเป็นเรื่องที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย กฎหมายไม่ได้ยกเว้น หรือลศโทษให้ จะสังเกตเห็นได้ว่า แม้ในความผิดฐานวิ่งราวทรัพย์ กฎหมายบัญญัติยกโทษให้เฉพาะมาตรา 336 วรรคแรก คือ เฉพาะที่ไม่เป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเท่านั้น⁹⁴

2.5.2 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 และมาตรา 289(1)

2.5.2.1 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 เป็นการบัญญัติความผิดที่กระทำต่อชีวิต โดยเจตนาซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี” โดยมีองค์ประกอบความผิด ดังต่อไปนี้⁹⁵

องค์ประกอบภายนอก

1) ฆ่า โดยไม่ได้จำกัดรูปแบบของการกระทำ อาจเป็นการยิงให้ตาย แทะให้ตาย หรือวางยาพิษให้ตาย หรือทำให้ตกใจตายก็เป็นการฆ่าเช่นเดียวกัน เช่น เราทราบว่ายิงฆาตรเป็นโรคหัวใจและรักบุตรชายที่ไปทำสงครามมาก จึงแกล้งโทรไปบอกว่าบุตรของยิงฆาตรถึงแก่ความตายแล้ว ยิงฆาตรจึงตกใจและหัวใจวายตาย เราก็มีความผิดฐานฆ่าคนตายเหมือนกัน เป็นต้น อย่างไรก็ตามแม้ความตายจะผิดไปจากความตั้งใจของผู้กระทำบ้าง แต่ผลที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำตามทฤษฎีเงื่อนไข ก็ต้องถือว่าผลเกิดจากการกระทำเช่นกัน

การฆ่าอาจกระทำโดยทางอ้อมได้ เช่น นายแพทย์หลอกพยาบาลให้วางยาพิษคนไข้โดยบอกว่าเป็นยาบำรุงกำลัง ซึ่งกรณีนี้แพทย์จะเป็นผู้กระทำความผิดเองโดยอ้อมต้องรับโทษฐานเจตนาฆ่าผู้อื่น

2) ผู้อื่น คำว่าผู้อื่น หมายความว่า เป็นบุคคลอื่นที่นอกจากผู้กระทำเอง ฉะนั้นการพยายามฆ่าตัวตายจึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา

องค์ประกอบภายใน

คือ เจตนาฆาตรมดา ซึ่งหมายถึงเจตนาโดยประสงค์ต่อผล หรือเจตนาโดยย้อมเล็งเห็นผล การที่จะหยั่งทราบเจตนา นั้น อาศัยหลัก กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา เช่น ดูจากอาวุธที่ใช้ในการฆ่า ตำแหน่งของบาดแผล จำนวนบาดแผล เป็นต้น

⁹⁴ แหล่งเดิม.

⁹⁵ จาก กฎหมายอาญา ภาค 2-3 (น.184-185), โดย หยุด แสงอุทัย ง , 2548, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2548 โดยสำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

คุณธรรมทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางอาญามาตรา 288 คือ การคุ้มครองชีวิตมนุษย์⁹⁶

2.5.2.2 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289(1)

มาตรา 289 เป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นความเป็นลำดับจากน้อยไปหามากของกฎหมายอาญา โดยมาตรา 288 แสดงให้เห็นว่าความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเป็นความผิดพื้นฐานของความผิดฐานทำให้มนุษย์ถึงแก่ความตายโดยเจตนา ส่วนมาตรา 289 เป็นเหตุเพิ่มโทษที่ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นเป็นการเฉพาะตัว ซึ่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289 บัญญัติว่า “ ผู้ใด

(1) ฆ่าบุพการี

(2) ฆ่าเจ้าพนักงาน

(3) ฆ่าผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงาน ในการที่เจ้าพนักงานนั้นกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่บุคคลนั้นจะช่วยเจ้าพนักงาน ซึ่งกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่บุคคลนั้นได้ช่วยเจ้าพนักงาน ซึ่งกระทำการตามหน้าที่

(4) ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

(5) ฆ่าผู้อื่นโดยทรนินหรือโดยทารุณโหดร้าย

(6) ฆ่าผู้อื่นเพื่อเตรียมการในการที่จะกระทำความผิดอย่างอื่น หรือเพื่อความสะดวกในการที่จะกระทำความผิดอย่างอื่น

(7) ฆ่าผู้อื่นเพื่อจะเอาผลประโยชน์อันเกิดจากการที่ตนได้กระทำความผิดอื่น หรือเอาไว้ซึ่งผลประโยชน์อันเกิดจากการที่ตนได้กระทำความผิดอื่น หรือปกปิดความผิดอื่นของตน หรือหลีกเลี่ยงให้พ้นอาญาในความผิดอื่นที่ตนทำไว้”

ผู้วิจัยขอกล่าวถึงเฉพาะองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติของความผิดฐานฆ่าบุพการี คือ การที่ผู้สืบสันดานทำให้บุพการีของตนถึงแก่ความตาย โดยเจตนาฆ่าบุพการี⁹⁷

องค์ประกอบภายนอก

1) ผู้กระทำ คือ ผู้สืบสันดานของผู้ถูกระทำ

2) กรรมของการกระทำ หรือผู้ถูกระทำ คือ บุพการี

สำหรับการกระทำ คงเป็นไปในทำนองเดียวกันกับความผิดฐานฆ่าผู้อื่น และในกรณีที่บุพการีถึงแก่ความตาย ก็จะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลด้วย กรณีจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ

⁹⁶ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.82-83). เล่มเดิม.

⁹⁷ แหล่งเดิม.

องค์ประกอบภายใน

เจตนาฆ่าบุพการี คือ การที่ผู้กระทำรู้ว่าบุคคลที่ตนจะฆ่าเป็นบุพการีตน และผู้กระทำต้องการที่จะกระทำให้ผู้นั้นถึงแก่ความตาย

เนื่องจากว่าเจตนาฆ่าบุพการีต้องร้ายแรงกว่าเจตนาฆ่าบุคคลทั่วไป คือ นอกจากเจตนาฆ่าแล้ว ผู้ฆ่าต้องรู้ว่าผู้ที่ตนฆ่าคือบุพการีของตนด้วย เพื่อนั้นให้เห็นว่าผู้ฆ่ามีเจตนาโหดเหี้ยม ผิดธรรมชาติ ซึ่งหากผู้ฆ่าไม่รู้ จะเป็นกรณีที่ไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม เช่น มารดาและบุตรแยกกันไปตั้งแต่บุตรยังเป็นทารก พบกันอีกครั้งเมื่อบุตรโตเป็นหนุ่มและมารดาก็แก่มาก หากบุตรฆ่ามารดาโดยไม่รู้ว่าเป็นมารดาซึ่งให้กำเนิดตนมา บุตรจะมีความผิดตามมาตรา 288 เท่านั้น เป็นต้น⁹⁸

คุณธรรมทางกฎหมายในการกระทำความผิดต่อชีวิต

ความผิดฐานฆ่าบุพการี เป็นลักษณะความผิดของประเทศในทวีปเอเชีย และกล่าวได้ว่าเป็นอิทธิพลของศาสนา และลัทธิ ต่างๆ ในภูมิภาคนี้⁹⁹

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดต่อชีวิต คือ ชีวิตมนุษย์ ซึ่งชีวิตมนุษย์ เป็นสิ่งที่เป็นคุณค่าพื้นฐานที่เกี่ยวกับมนุษย์ที่สังคมอารยะทั้งหลายยอมรับว่าเป็นคุณค่าที่สูงที่สุด กฎหมายอาญาจึงได้บัญญัติคุ้มครองชีวิตมนุษย์และให้ความสำคัญอย่างมากต่อชีวิตมนุษย์ ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติกฎหมายสำหรับความผิดต่อชีวิตที่สูงมาก ในขณะที่การทำลายชีวิตในกรรมมารดา มีพระราชโทษที่เบาว่ามาก

ชีวิตมนุษย์ เป็นคุณธรรมทางกฎหมายประเภทที่เป็นส่วนบุคคล ซึ่งผู้เป็นเจ้าของสามารถสละความคุ้มครองได้ แต่ในทางกฎหมายอาญาแล้ว ชีวิตมนุษย์เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของไม่สามารถที่จะสละความคุ้มครองได้ ความเห็นของศาลก็ได้ยืนยันหลักการนี้เช่นกัน ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 59/2502 การใช้ปืนยิงคนโดยเชื่อว่าอยู่ยงคงกระพัน มีความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา ผู้กระทำความผิดจะอ้างว่าผู้ตายยินยอมไม่ได้

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานฆ่าบุพการี นอกจากจะเป็นชีวิตมนุษย์แล้ว ยังมีความกตัญญูต่อบุพการีด้วย

⁹⁸ จาก *เชิงปฏิบัติ : คดีความผิดต่อชีวิตและร่างกาย* (น.66-67), โดย สมพร พรหมพิตร และศรีนิดา พรหมพิตร , 2543, กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด บี.เจ.เพลท โปรเซสเซอร์. ลิขสิทธิ์ 2543 โดยสำนักพิมพ์นิติธรรม.

⁹⁹ *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (น.82-83). เล่มเดิม.

ความผิดฐานเหล่านี้เห็นได้ว่านอกจากจะมีความเกี่ยวข้องกับศีลธรรมอันดีแล้ว ยังมีความเกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีในสังคมไทยด้วย ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่ากฎหมายไทยนั้นได้รับอิทธิพลมาจากศาสนาและศีลธรรมอย่างแท้จริง

ในสมัยที่ยังมีการให้กำเนิดชีวิตมนุษย์ด้วยวิธีธรรมชาติ มีปัญหาว่าตามประมวลกฎหมายอาญา คำว่า บุพการี หมายความว่าอย่างไร หากว่าสามีและภริยาได้จดทะเบียนสมรสกัน และได้คลอดบุตรระหว่างนั้น สามีซึ่งไม่ใช่บิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่มีสายโลหิตเดียวกัน จะเป็นบุพการีหรือไม่ นักกฎหมายยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ว่า ในกรณีนี้จะหมายถึง บุพการีที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือรวมไปถึงบุพการีตามความเป็นจริงซึ่งมีสายโลหิตเดียวกันด้วย

คำว่าบุพการี ตามความหมายในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายความว่า ผู้ที่ทำอุปการะมาก่อน เช่น บิดามารดาเป็นบุพการีของบุตรธิดา , ญาติทางสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด¹⁰⁰

นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า “บุพการี” หมายถึง บุพการีที่ชอบด้วยกฎหมาย

โดย ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย¹⁰¹ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทัย¹⁰² และศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นกร¹⁰³ เห็นว่า หมายถึงบุพการีที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

ส่วนนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า “บุพการี” หมายถึงรวมถึง บุพการีตามความเป็นจริง หรือบุพการีที่มีสายโลหิตเดียวกันนั่นเอง

โดย ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์¹⁰⁴ และรองศาสตราจารย์อรรถนิริยา ชูตินันท์¹⁰⁵ เห็นว่าผู้ให้กำเนิดและผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปของผู้ให้กำเนิดเป็นบุพการี ดังนั้น นอกจากจะหมายถึงบุพการีที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ให้หมายรวมถึงบุพการีตามความเป็นจริง คือ มีสายโลหิตเดียวกันด้วย ซึ่งความเห็นนี้เทียบเคียงได้กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ให้ความหมายของคำว่าบุพการีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5(2) ว่าให้หมายถึง บุพการีตามความเป็นจริง

¹⁰⁰ ราชบัณฑิตยสถาน. (ม.ป.ป.). พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน. สืบค้น 10 สิงหาคม 2557,จาก <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp>.

¹⁰¹ หยุด แสงอุทัย (อ้างถึงใน คณิต ฒ นกร ก. , 2556, น.92).

¹⁰² จิตติ ดิงศภัทัย (อ้างถึงใน คณิต ฒ นกร ข. , 2556, น.92).

¹⁰³ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.92). เล่มเดิม.

¹⁰⁴ สัญญา ธรรมศักดิ์ (อ้างถึงใน คณิต ฒ นกร ข. , 2556, น.92).

¹⁰⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น.345), โดย อรรถนิริยา ชูตินันท์, 2546, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. ลิขสิทธิ์ 2543 โดยมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1384/2516 “ผู้บุพการีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5(2) นั้น หมายถึง ผู้บุพการีตามความเป็นจริง โจทก์กับนางล้นแต่งงานกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมาย ผู้ตายอายุ 17 ปี ยังเป็นผู้เยาว์ เป็นบุตรเรือนเดียวกัน และอยู่ในความปกครองของโจทก์กับนางล้น โจทก์ก็เป็นผู้ไปแจ้งเกิดว่าผู้ตายเป็นบุตรตน และให้การศึกษาตลอดมา แต่โจทก์ไม่เคยยื่นต่ออำเภอรับรองว่าผู้ตายเป็นบุตร แม้ผู้ตายจะมีใช้บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของโจทก์ แต่โจทก์ก็เป็นผู้บุพการีตามความเป็นจริง เมื่อผู้ตายถูกจำเลยทำร้ายถึงแก่ความตาย โจทก์ซึ่งเป็นบุพการีตามความเป็นจริงของผู้ตายย่อมมีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้ตายได้”

นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 956/2509 วินิจฉัยว่า “คำว่าสืบสันดานตามพจนานุกรมหมายความว่า สืบเชื้อสายมาโดยตรง และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28 มาตรา 1598/29 และมาตรา 1627 แสดงว่าบุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะแตกต่างกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม และผู้รับบุตรบุญธรรมมีฐานะแตกต่างกับบุพการีโดยตรงของบุตรบุญธรรมอยู่หลายประการ มาตรา 1598/28 และมาตรา 1627 เป็นบทพิเศษให้สิทธิบางประการแก่บุตรบุญธรรมในทางแพ่งเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางครอบครัวและมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้น ต้องใช้โดยเคร่งครัด จึงหาชอบที่จะนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวมาใช้ตีความคำว่าผู้สืบสันดานตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง ไม่ บุตรบุญธรรมจึงไม่ใช่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีตามมาตรา 71 จึงยอมความไม่ได้” และในคำพิพากษาศาลฎีกานี้มีบันทึกท้ายฎีกาซึ่งได้กล่าวถึงข้อสังเกตเกี่ยวกับบุพการี ผู้สืบสันดาน และบุตรบุญธรรมไว้ ดังนี้¹⁰⁶

1) ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ถึง 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึง มาตรา 364 ถ้าเป็นการกระทำที่บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดานหรือกลับกัน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ และศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ (ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71) ในกรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีต้องได้รับโทษหนักกว่ากรณีธรรมดา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289 296 และมาตรา 298 เป็นต้น

2) บุตรบุญธรรมนั้น เห็นได้ชัดว่ามีใช้บุตรที่เป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของผู้รับบุตรบุญธรรม มิใช่บุตรโดยธรรมชาติ (natural) การรับและเลิกรับบุตรบุญธรรมจะต้องมีการจดทะเบียนตามกฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1598/27,31) บุตรบุญธรรมจึงมิใช่ผู้สืบสันดาน สิทธิและหน้าที่ของบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมที่มีต่อกันหา

¹⁰⁶ จาก “บันทึกท้ายฎีกาเกี่ยวกับบุพการี ผู้สืบสันดานและบุตรบุญธรรม”, โดย ไพจิตร บุญญพันธุ์, 2537, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช, (6), 6-8.

เกี่ยวกับความผิดทางอาญาไม่ การที่บุตรบุญธรรมผู้รับบุตรบุญธรรมกระทำต่อกัน กรณีจึงไม่ต้องด้วยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 มาตรา 289 มาตรา 296 และมาตรา 298 ถ้าหากผู้รับบุตรบุญธรรมประสงค์จะให้รับผิดหนักขึ้นก็ย่อมจะบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง อย่างเช่นประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส บัญญัติว่า ถ้าฆ่าบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายที่แท้จริงหรือบิดามารดาเลี้ยงหรือบุพการีที่ชอบด้วยกฎหมายคนใด ก็ถือว่าเป็นความผิดฐานฆ่าบิดามารดาหรือญาติพี่น้อง

3) ถ้าเป็นบุตรที่เกิดจากหญิงชายที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน ถ้ามีการกระทำผิดระหว่างกัน กรณีจะต้องด้วยมาตรา 71 มาตรา 289 มาตรา 296 และมาตรา 298 หรือไม่ บุตรที่เกิดจากหญิงชายนั้น ย่อมเห็นได้ว่าเป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของหญิงชายนั้นโดยแท้ จึงจะนำบทมาตราดังกล่าวมาใช้บังคับได้ ดังกล่าวมาแล้วในข้อ 2) ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสบัญญัติไว้ชัดว่า ถ้าฆ่าบิดามารดาที่แท้จริง (ซึ่งอาจไม่เป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย) ก็เป็นความผิดฐาน Parricide เหมือนกัน

ดังที่กล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่าขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาซึ่งเป็นการกระทำของผู้สืบสันดานต่อบุพการี ยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ว่า หมายถึง บุพการีที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หรือหมายถึงบุพการีตามความเป็นจริง อันมีสายโลหิตเดียวกันด้วย เมื่อมีปัญหาที่ต้องตีความเช่นนี้ ประกอบกับพัฒนาการทางการแพทย์ในการตั้งครรภ์แทน ซึ่งไม่ใช่การตั้งครรภ์ตามธรรมชาติที่เกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างชายและหญิง แต่เป็นวิธีการที่มีขึ้นเพื่อแก้ปัญหาการมีบุตรยาก โดยใช้เชื้ออสุจิของสามีและไข่ของภรรยาฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน จึงเกิดความซับซ้อนเพิ่มเติมว่า คู่สมรสผู้ว่าจ้าง ผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน หรือสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน เป็นบุพการีหรือไม่ และใครคือบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อพิจารณาหญิงที่ตั้งครรภ์แทนซึ่งไม่มีสายโลหิตเดียวกับเด็ก แต่เป็นบุคคลที่ให้กำเนิดและเลี้ยงดูทารกในครรภ์ มีความผูกพันกับทารกทั้งทางร่างกายและจิตใจตลอดระยะเวลาของการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” เรื่องมารดากับบุตรเป็นเรื่องข้อเท็จจริง ไม่ใช่ข้อกฎหมาย เด็กคลอดจากครรภ์หญิงคนไหน หญิงนั้นก็เป็มารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบันก็ยังมิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น คณะกรรมการกฤษฎีกา จึงได้ให้ความเห็นว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย และหากหญิงมีสามี สามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็จะเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536 เนื่องจากเด็กคลอดระหว่างที่ชายและหญิงคู่นี้สมรสกัน จะเห็นได้ว่ากฎหมายแพ่งนั้นมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิของเด็กให้มีบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงคำนึงถึงสายสัมพันธ์ระหว่างทารกและผู้ให้กำเนิด แต่ก็ยังขัดต่อ

หลักความเป็นจริงอยู่ เพราะบิดามารดาและบุตรจะมีได้มีลักษณะทางพันธุกรรมที่ตรงกัน และจะมีได้อยู่ร่วมกันเป็นสถาบันครอบครัว ในขณะที่กฎหมายอาญามีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อย โดยมีบทลงโทษ และลดโทษให้กับผู้กระทำความผิด ซึ่งบทลงโทษก็มีมาตรการที่รุนแรงถึงประหารชีวิต โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม และยับยั้งมิให้ผู้อื่นเอาเยี่ยงอย่าง ในขณะที่การลดโทษบางประการเกิดจากการคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ คือ ความสัมพันธ์ในครอบครัว ซึ่งรัฐส่งเสริมความเป็นเอกภาพในครอบครัว รัฐจึงให้ยกเว้นโทษเฉพาะตัวผู้กระทำ ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอนไม่ว่าจะเทียบเคียงกับกฎหมายที่ใกล้เคียงกัน อาศัยจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปได้ ทำให้กฎหมายอาญามีความแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้ง เมื่อพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมาย ในความผิดฐานฆ่าบุพการี กฎหมายมุ่งคุ้มครองชีวิตมนุษย์ และความกตัญญูต่อผู้มีพระคุณ การกำหนดความหมายของบุพการีในกฎหมายอาญา จึงต้องคำนึงถึงสิ่งเหล่านี้ประกอบด้วย ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นบุตรมีความระลึกถึงศีลธรรมอันดี และบุญคุณของผู้มีพระคุณ ผู้ที่มีสายโลหิตเดียวกัน และความเป็นสถาบันครอบครัวประกอบกัน เมื่อมีการกระทำความผิดทางอาญาจะต้องมีบทบัญญัติบังคับกับเรื่องดังกล่าวแตกต่างจากการกระทำต่อบุคคลทั่วไป ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประมวลกฎหมายอาญาจะต้องกำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการีให้มีความชัดเจน คำนึงถึงหลักสายโลหิต (Jus sanguinis) ความเป็นเอกภาพของครอบครัว และให้มีความสอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์คุ้มครอง โดยครอบคลุมถึงบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็นเจ้าของเชื้อสุจิและไข่ เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายอีกต่อไป

บทที่ 3

ขอบเขตของบุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีและกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรรค์แทนในต่างประเทศ

ขอบเขตของบุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี ในต่างประเทศนั้น มีทั้งที่เป็นเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบ และเหตุเพิ่มโทษ โดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ มักจะบัญญัติไว้เพราะประสงค์ให้ผู้กระทำได้ตระหนักถึงความสำคัญของผู้ที่มีสัมพันธ์ใกล้ชิดเป็นครอบครัวเดียวกัน จึงควรให้ได้รับความคุ้มครองมากกว่าบุคคลทั่วไป ซึ่งมีปรากฏในหลายประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศฟิลิปปินส์ และประเทศเวียดนาม เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีประเทศใดที่บัญญัติให้ครอบคลุมไปถึงบุคคลผู้ที่มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรรค์แทน เช่น มารดาที่ตั้งครรรค์แทน ขณะเดียวกันหลายประเทศเกิดปัญหาการตีความสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่มีการตั้งครรรค์แทน จึงมีทั้งการกำหนดไว้ในกฎหมาย และวินิจฉัยในคำพิพากษาดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจในเรื่องสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่มีการตั้งครรรค์แทนในต่างประเทศ นำไปสู่การกำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการีในประมวลกฎหมายอาญา จึงจะขอนำเสนอถึงกฎหมายและคำพิพากษาที่ปรากฏในต่างประเทศ ดังนี้

3.1 ขอบเขตของคำว่าบุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี อันเป็นเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบในประเทศฟิลิปปินส์

ประเทศฟิลิปปินส์ได้รับอิทธิพลของศาสนาอิสลาม และอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของประเทศสเปน และสหรัฐอเมริกา ทำให้ระบบกฎหมายมีลักษณะรวมกันหลายระบบเข้าไว้ แต่มีพื้นฐานมาจากคัมภีร์กุระอ่าน ส่วนระบบกฎหมายสเปนมีพื้นฐานมาจากกฎหมายโรมันหรือระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) และระบบแองโกล สหรัฐอเมริกามีพื้นฐานมาจากกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) กฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์มีหลักกฎหมายอิสลามปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายมาก โดยเฉพาะกฎหมายแพ่งที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว นอกจากนี้

แล้วในทางปฏิบัติศาลแห่งฟิลิปปินส์ก็ได้ยึดถือคำพิพากษาของศาลอเมริกามาเป็นหลักประกอบ การวินิจฉัยเป็นจำนวนมากด้วย¹⁰⁷

แสดงให้เห็นว่ากฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์นั้น ได้รับอิทธิพลมาจากศาสนา และ ให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัวเช่นเดียวกัน จึงปรากฏการกระทำ ความผิดอาญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างบุคคลในครอบครัว เป็นเหตุยกเว้นความรับผิด ดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญาฟิลิปปินส์ มาตรา 332¹⁰⁸ บัญญัติว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษ ทางอาญา แต่ยังคงรับผิดในทางแพ่ง ในความผิดฐานลักทรัพย์ นื้อโกง หรือทำให้เสียทรัพย์ หากเป็นการกระทำต่อบุคคล ดังต่อไปนี้

1. คู่สมรส , ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา, หรือญาติซึ่งมีความสัมพันธ์ ทางการแต่งงานกับบุคคลในสายโลหิตนั้น
 2. คู่สมรสที่ทำการหย่าร้างแต่ยังคงมีสิทธิในทรัพย์สิน; และ
 3. พี่ชายน้องชายและ พี่สาวน้องสาวตามสายโลหิต และตามกฎหมาย ถ้าอาศัยอยู่ด้วยกัน
- บทบัญญัติมาตรานี้ มิใช่บังคับกับผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด แต่มิได้มีส่วน เกี่ยวข้องกับบุคคลเหล่านี้ด้วย”

จะเห็นได้ว่า กฎหมายอาญาของประเทศฟิลิปปินส์ บังคับเฉพาะความผิดฐานลักทรัพย์ นื้อโกง และทำให้เสียทรัพย์ เท่านั้น ซึ่งเป็นเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด หมายความว่า ผู้กระทำไม่ ต้องรับโทษในทางอาญา แต่ยังคงต้องรับผิดในทางแพ่ง โดยได้ระบุถึงความสัมพันธ์ของผู้กระทำ และผู้ถูกกระทำไว้อย่างชัดเจน ว่าเป็นญาติ ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปและลงมา

¹⁰⁷ จาก “ระบบศาลและวิชาชีพทางกฎหมายในประเทศฟิลิปปินส์”, โดย ฐานันท์ วรรณโกวิท และ ชินวัฒน์ สุกนิษฐ์, 2556, *ข่าวเนติบัณฑิตยสภา*, 285(26), 15.

¹⁰⁸ An act revising the penal code and other penal laws 1930 Art. 332. “Persons exempt from criminal liability. No criminal, but only civil liability, shall result from the commission of the crime of theft, swindling or malicious mischief committed or caused mutually by the following persons:

1. Spouses, ascendants and descendants, or relatives by affinity in the same line.
2. The widowed spouse with respect to the property which belonged to the deceased spouse before the same shall have passed into the possession of another; and
3. Brothers and sisters and brothers-in-law and sisters-in-law, if living together.

The exemption established by this article shall not be applicable to strangers participating in the commission of the crime”

3.2 ขอบเขตของคำว่าบุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี อันเป็นเหตุเพิ่มโทษในต่างประเทศ

3.2.1 ประเทศฝรั่งเศส¹⁰⁹

ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้น มีการแบ่งประเภทความผิดอย่างชัดเจน ซึ่งแบ่งไว้อย่างมีเอกลักษณ์และเป็นระบบ เรียกว่า การแบ่งประเภทความผิดแบบไตรภาค (Tripartite Classification) โดยแบ่งประเภทความผิดออกเป็น 3 กลุ่มใหญ่ด้วยกัน ต่างกับระบบการแบ่งประเภทความผิดของประเทศส่วนใหญ่ที่แบ่งประเภทความผิดแบบทวิภาค (Bipartite Classification) ซึ่งการแบ่งประเภทความผิดตามประมวลกฎหมายฝรั่งเศส แบ่งออกเป็นไตรภาคดังนี้

- 1) ความผิดอุกฤษฏ์โทษ (Les crimes)
- 2) ความผิดมิชฌิมโทษ (Les delits)
- 3) ความผิดลหุโทษ (Les contraventions)

คุณลักษณะของการแบ่งประเภทความผิดอาญาในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส นอกจากจะทำให้สามารถจัดกลุ่มประเภทความผิดตามความร้ายแรงของโทษอย่างเป็นระบบแล้ว ยังมีความสัมพันธ์อย่างสอดคล้องกับการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมอาญา ตั้งแต่ชั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาล

การแบ่งกลุ่มประเภทความผิดแบบไตรภาคดังกล่าว ทำให้ผู้ศึกษากฎหมายอาญาฝรั่งเศสสามารถทราบทันทีที่ผู้อตราโทษสำหรับความผิดฐานใดฐานหนึ่งว่า ความผิดฐานนั้นจะจัดอยู่ในกลุ่มประเภทความผิดอุกฤษฏ์โทษ มิชฌิมโทษ หรือลหุโทษ และสามารถทราบได้ทันทีว่าการดำเนินคดีดังกล่าวจะเริ่มต้นที่ใคร และมีกระบวนการดำเนินคดีอย่างไร ศาลไหนเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีนั้นๆ และมีกระบวนการพิจารณาคดีในศาลอย่างไร

ความผิดอุกฤษฏ์โทษตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1993 มาตรา 131-1 ได้แก่ ความผิดที่มีระวางโทษ ดังต่อไปนี้

- 1) จำคุกตลอดชีวิตหรือกักขังตลอดชีวิต
- 2) จำคุกหรือกักขังสามสิบปี
- 3) จำคุกหรือกักขังยี่สิบปี
- 4) จำคุกหรือกักขังสิบห้าปี

ระยะเวลาจำคุกหรือกักขังสำหรับความผิดอุกฤษฏ์โทษที่ต่ำที่สุดกำหนดไว้สิบปี

¹⁰⁹ รวบรวมบทความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส (น.6). เล่มเดิม.

ความผิดที่จัดอยู่ในประเภทของความผิดอุกฤษฏ์โทษนั้นส่วนใหญ่ คือ ความผิดที่อยู่ในภาคความผิดว่าด้วยความผิดอุกฤษฏ์โทษที่กระทำต่อบุคคล ได้แก่

1) ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 211-1 โดยมีอัตราโทษจำคุกตลอดชีวิต

2) ความผิดต่อมนุษยชาติ ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 212-1 โดยมีอัตราโทษจำคุกตลอดชีวิต

3) ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 221-1 อัตราโทษจำคุกสามสิบปี ถ้ามีพฤติการณ์แห่งคดีที่ทำให้โทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 221-2 วรรคแรก กล่าวคือ การฆาตกรรมที่กระทำก่อน ในขณะที่เดียวกัน หรือภายหลัง การกระทำความผิดอุกฤษฏ์โทษอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

4) ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่ต้องรับโทษหนักขึ้นอันเนื่องมาจากสถานะของบุคคลที่ถูกกระทำ ได้แก่ การฆาตกรรมเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี บุพการิตามกฎหมายหรือตามความเป็นจริง หรือบิดามารดาบุญธรรม บุคคลผู้อ่อนแออันเนื่องมาจากอายุ โรค ความพิการ ความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ ผู้มีครรภ์ ผู้พิพาษา ลูกขุน ทนายความ เจ้าพนักงาน ทหาร เจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ ฯลฯ ซึ่งปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 221-4 ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท ได้กล่าวว่าความผิดที่มีโทษขั้นสูงนี้ จะใช้วิธีการลงโทษจำคุกเป็นหลัก เพื่อเป็นการข่มขู่หรือยับยั้งไม่ให้กระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวอีก และเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมด้วย ส่วนวิธีพิจารณาคดีนั้น ได้กำหนดให้ต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องทุกคดี และต้องขึ้นศาลที่ประกอบด้วยคณะลูกขุนและผู้พิพากษาอาชีพ เพื่อเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดี ทั้งนี้ เพื่อต้องการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของคนในสังคมนั่นเอง¹¹⁰

ความผิดฐานฆ่าบุพการี

มาตรา 221-4 ข้อ 2 บัญญัติว่า “ฆาตกรรม คือ การกระทำความผิดทางอาญาต่อชีวิต ซึ่งมีการกระทำความผิดดังนี้

¹¹⁰ จาก “สรุปการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง แนวทางการจัดแบ่งกลุ่มความผิดและโทษในประมวลกฎหมายอาญาไทย”, โดย เพลินดา ตันรังสรรค์, 2554, จุลินิติ, 10(4), 70.

(2) การกระทำต่อบุพการีตามความเป็นจริง หรือบุพการีตามกฎหมาย หรือบิดามารดาบุญธรรม”¹¹¹

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 221-4 ข้อ 2 ซึ่งได้กำหนดโทษจำคุกตลอดชีวิตสำหรับความผิดฐานฆ่าบุพการี (Parricide) เห็นได้ว่า การฆ่าบุพการีตามกฎหมายฝรั่งเศส หมายความว่า ฆ่าบิดา มารดา โดยชอบด้วยกฎหมาย บิดามารดาที่รับบุตรบุญธรรม บิดามารดาตามธรรมชาติ หรือบุพการีเหนือขึ้นไปที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนบุตรที่เกิดจากชู้ (Adulterling) หรือเกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างญาติสนิท ต้องมีการพิสูจน์ตามกฎหมายแล้ว

3.2.2 ประเทศฟิลิปปินส์

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า กฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์นั้น ได้รับอิทธิพลจากศาสนา จึงปรากฏบทบัญญัติที่ให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ของผู้กระทำและผู้ถูกระทำซึ่งเป็นครอบครัวเดียวกัน และในการกระทำความผิดต่อชีวิตนั้น ก็เป็นเหตุที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ตามประมวลกฎหมายอาญาฟิลิปปินส์ ซึ่งได้บัญญัติความผิดฐานฆ่าบุพการีไว้ ดังต่อไปนี้

ความผิดฐานฆ่าบุพการี

ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายฟิลิปปินส์ มาตรา 246 คือ

มาตรา 246 บัญญัติว่า “ความผิดฐานฆ่าบุพการี บุคคลใดฆ่าบิดา มารดา หรือบุตร ทั้งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือบรรพบุรุษที่เหนือขึ้นไปหรือสืบลงมา หรือคู่สมรส ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฆ่าบุพการี ต้องระวางโทษประหารชีวิต”¹¹²

เนื่องจากการฆ่าบุพการีส่วนใหญ่เป็นลักษณะความผิดที่รับอิทธิพลมาจากศาสนา และลัทธิ ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงทำให้ปรากฏความผิดในกฎหมายของประเทศในแถบเอเชีย เช่นที่ปรากฏใน ประมวลกฎหมายอาญาประเทศฟิลิปปินส์ มาตรา 246 ซึ่งความผิดฐานฆ่าบุพการี หมายความว่า ฆ่าบิดา มารดา หรือบุตรทั้งที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งบรรพบุรุษที่เหนือขึ้นไปและสืบลงมา ซึ่งหมายถึงเฉพาะที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น และนอกจากนี้ หากเป็นการฆ่าคู่สมรส หรือฆ่าบุตรด้วย ซึ่งเป็นการฆ่าคู่สมรสและฆ่าบุตรนั้น มิได้ปรากฏในกฎหมายไทยด้วย การกระทำความผิดฐานนี้ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษประหารชีวิต

¹¹¹ French Penal code Art221-4 “Murder is punished by criminal imprisonment for life where it is committed: (2) against a natural or legitimate ascendant or the adoptive father or mother”

¹¹² An act revising the penal code and other penal laws 1930 Art. 246. “Parricide. Any person who shall kill his father, mother, or child, whether legitimate or illegitimate, or any of his ascendants, or descendants, or his spouse, shall be guilty of parricide and shall be punished by the penalty of reclusion perpetua to death”

3.2.3 ประเทศเวียดนาม

ประชากรในประเทศเวียดนามส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธ คิดเป็นร้อยละ 70 โดยเวียดนามมีความสัมพันธ์กับประเทศจีนมาก่อนการปฏิรูปการปกครอง จึงทำให้มีความเชื่อ ศิลปะ วิธีการดำรงชีวิต ประเพณี วัฒนธรรม ที่ใกล้เคียงกับจีน ด้านระบบกฎหมายของประเทศ เวียดนามนั้น มีพื้นฐานสำคัญจากระบบกฎหมายคอมมิวนิสต์ และระบบประมวลกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส¹¹³

สำหรับการบัญญัติใช้กฎหมายในประเทศเวียดนามต่อปัญหาอาชญากรรมนั้น ได้รับอิทธิพลมาจากกฏนิชงจือ (Napoleonic Code) และลัทธิมาร์กซิสต์ลิซซึ่มและเลนินลิซึ่ม คือ แนวคิดที่ว่าสังคมไม่ได้ถูกควบคุมโดยกฎหมาย แต่ควบคุมโดยคนที่มีคุณธรรม ดังนั้น การกระทำใดๆ ที่ขาดคุณธรรมซึ่งก่อให้เกิดความขัดแย้งและแตกแยกถือเป็นอาชญากรรมทั้งสิ้น สิ่งสำคัญที่สุด คือ จริยธรรม อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ก็ได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในประเทศ เวียดนาม ซึ่งในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น ถือว่าการพิจารณาพิพากษาคดีต้องเป็นไปอย่างเที่ยงธรรมและมีการกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสม¹¹⁴

ประเทศเวียดนามให้ความสำคัญกับการหาสาเหตุและการเยียวยา มากกว่า การปราบปรามหรือการลงโทษ ด้วยการปลูกฝังค่านิยมของพลเมืองและรัฐให้มีส่วนร่วม ในการรับผิดชอบต่อสังคมภายใต้เงื่อนไขของความถูกต้องและศีลธรรม¹¹⁵

เมื่อพิจารณากฎหมายอาญาของประเทศเวียดนาม พบว่า ได้มีการกำหนดความผิดฐานฆ่าบุพการีไว้ด้วย ดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 93 บัญญัติว่า “ฆาตกรรม

1) ผู้ใดฆ่าคนในกรณีต่อไปนี้ จะได้รับการตัดสินให้จำคุกระหว่างสิบสองถึงยี่สิบปี จำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิต:

- ก) คดีฆาตกรรมคนมากกว่าหนึ่งคน;
- ข) การฆาตกรรมโดยผู้กระทำรู้ว่าเป็นหญิงมีครรภ์;
- ค) คดีฆาตกรรมเด็ก
- ง) การฆาตกรรมบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ให้กับสาธารณะ หรือประชาชนผู้ประสพภัย ;
- จ) การฆาตกรรมปู่ ย่า ตา ยาย บิดา มารดา บุคคลที่เลี้ยงดู และหรือ ครู;¹¹⁶

¹¹³ จาก *มาตรการส่งเสริมการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ* (น.198-200), โดย กมลวรรณ จิรวินัย และคณะ, ม.ป.ท., โดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

¹¹⁴ แหล่งเดิม.

¹¹⁵ แหล่งเดิม.

- ฉ) การฆาตกรรมโดยการก่ออาชญากรรมที่ร้ายแรง;
- ช) การฆาตกรรมเพื่อที่จะดำเนินการหรือปกปิดการกระทำความผิดอื่น;
- ซ) การฆาตกรรมเพื่อที่จะใช้วิธีจาก ร่างกายของเหยื่อ ;
- ฌ) การก่ออาชญากรรมในลักษณะที่โหดร้าย;
- ญ) ก่ออาชญากรรมโดยการดูถูกอาชีพของพวกเขา
- ฎ) ก่ออาชญากรรมโดยวิธีการซึ่งอาจก่อให้เกิดการเสียชีวิต มากกว่าคนหนึ่ง;
- ฏ) อาชญากรรมที่มีการจ้างวาน หรือบุคคลที่จ้างวาน;
- ฐ) การก่ออาชญากรรมในลักษณะอันธพาล;
- ณ) การก่ออาชญากรรมในลักษณะเป็นองค์กร;
- บ) การกระทำความผิดซ้ำอันเป็นอันตราย
- ป) อาชญากรรมเกิดโดยบุคคลที่มีแรงจูงใจอันชั่วร้าย

2) ผู้ก่ออาชญากรรมที่ไม่ตกอยู่ในกรณีที่ระบุไว้ในข้อ 1 ของมาตรานี้จะต้องถูกตัดสินจำคุกระหว่างเจ็ดและสิบห้าปี”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาในประเทศเวียดนาม มาตรา 93 ได้บัญญัติให้การฆ่าบิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย เป็นความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น มีโทษสูงสุดถึงประหารชีวิต โดยมาตรา 93 จ) ได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงการกระทำต่อผู้ที่เลี้ยงดู และครู ต้องรับโทษหนักขึ้นด้วย อันเป็นขอบเขตที่กว้างกว่าประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย เนื่องจากดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ประเทศเวียดนามให้ความสำคัญกับคุณธรรมมาก จึงน่าจะทำให้มีการบัญญัติกฎหมายครอบคลุมไปถึงทั้งผู้เลี้ยงดู และครู ซึ่งเป็นผู้มีพระคุณต่อผู้กระทำนอกจากบุพการีเช่นกัน

3.3 การกำหนดสถานะของบิดามารดากรณีที่มีการตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศ

กฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ บางประเทศไม่อนุญาตให้กระทำได้ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิตาลี สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศจีน และประเทศญี่ปุ่น ได้มีกฎหมายห้ามการตั้งครรภ์แทน แม้ว่าจะไม่มีข้อตกลงในเชิงพาณิชย์ก็ตาม ส่วนประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศอิสราเอล และประเทศเนเธอร์แลนด์ ได้กำหนดห้ามเฉพาะการตกลงในเชิงพาณิชย์เท่านั้น ในขณะที่ประเทศ

¹¹⁶ Article 93. Murder 1. “Those who commit murder in one of the following cases shall be sentenced to between twelve and twenty years of imprisonment, life imprisonment or capital punishment:

e) Murder of one's grand father, grand mother, father, mother, fosterer, and/or teachers;”

อินเดีย ประเทศยูเครน ประเทศรัสเซีย และบางรัฐในสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะมลรัฐแคลิฟอร์เนีย และมลรัฐฟลอริดา ได้รับอนุญาตให้มีข้อตกลงในเชิงพาณิชย์ได้¹¹⁷

ในปัจจุบันได้มีการรับตั้งครรกแทนระหว่างประเทศ กฎหมายที่บังคับใช้ก็ย่อมจะมีความแตกต่างขัดแย้งกันได้ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อสัญชาติของเด็กและกระบวนการการตรวจคนเข้าเมืองด้วย ปัญหาที่เกิดขึ้นจากความแตกต่างในการกำหนดสถานะบุคคลในแต่ละประเทศ มีตัวอย่างที่เห็นเด่นชัด ในคดีของ Balaz คดีนี้คู่สามีภริยาชาวเยอรมัน ได้ทำข้อตกลงตั้งครรกแทนในประเทศอินเดีย โดยใช้อุสจิชของบิดาผู้ว่าจ้างและไข่ของผู้บริจาค ต่อมามารดาที่ตั้งครรกแทนได้ให้กำเนิดฝาแฝดในปี 2008 โดยระบุชื่อคู่สามีภริยาผู้ว่าจ้างเป็นบิดามารดาของเด็ก แต่เมื่อครอบครัว Balaz ได้เข้ามาในประเทศเยอรมัน ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ไม่ยอมรับสัญชาติของเด็กทั้งสอง และไม่อนุญาตให้ใช้สัญชาติเยอรมัน เพราะการตั้งครรกแทนเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย ตามกฎหมายเยอรมัน คู่สามีภริยาจึงพยายามที่จะแก้ไขปัญห โดยการใส่ชื่อมารดาที่ตั้งครรกแทนชาวอินเดียเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ยังถูกปฏิเสธจากเจ้าหน้าที่ประเทศอินเดีย จนกระทั่งมีคำพิพากษาศาลสูงของประเทศอินเดียในปี 2009 ได้เสนอให้ใช้วิธีการรับบุตรบุญธรรมเป็นการแก้ปัญหา ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเฮก ในเรื่องของการรับเป็นบุตรบุญธรรม เพราะการรับบุตรบุญธรรมมีแนวโน้มที่จะเกิดปัญหาน้อยที่สุด¹¹⁸

ปัญหาสำคัญที่ผู้ใช้วิธีการตั้งครรกแทนต้องเผชิญอยู่ คือ ในกรณีที่มิสัญญาดังครรกแทน จะมีปัญหาในการกำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายของบิดามารดาและเด็ก ทำอย่างไรที่จะทำให้บิดามารดาผู้ว่าจ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ในอดีตที่ผ่านมา ลักษณะของการตั้งครรกแทน จะใช้ไข่ของมารดาที่ตั้งครรกแทนและเชื้ออสุจิของบิดาที่ว่าจ้าง ซึ่งทั้งบิดามารดาผู้ว่าจ้างและมารดาที่ตั้งครรกแทนก็จะอยู่ภายในประเทศเดียวกัน บิดาผู้ว่าจ้างก็จะเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่ปัญหาในการกำหนดสถานะมักจะเกิดกับมารดาผู้ว่าจ้าง จึงต้องมีการตรากฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดสถานะให้ชัดเจนว่าใครคือบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในประเทศที่มีกฎหมายรองรับก็อาจกำหนดให้บิดามารดาผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะปกครองเด็ก ไม่ใช่มารดาที่ตั้งครรกแทน หรือสามีของมารดาที่ตั้งครรกแทน¹¹⁹

¹¹⁷ Michael Nicholls. (2013). *Legal Problems With International Surrogacy*. Retrieved August 23, 2014, from <http://www.rtc.org.au/events/docs/Michael%20Nicholls%20presentation%20Probs%20with%20Int%20Surrogacy%20Arrangements.pdf>.

¹¹⁸ แหล่งเดิม.

¹¹⁹ แหล่งเดิม.

สหพันธ์นานาชาติว่าด้วยสูตินรีเวชวิทยา (International Federation of Gynecology and Obstetrics – FIGO) ได้ออกแนวทางปฏิบัติสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน ได้แก่ Surrogacy Motherhood 1988 วางหลักปฏิบัติพื้นฐานที่น่าสนใจหลายประการ เช่น การรับตั้งครรภ์แทนจะต้องกระทำเฉพาะในกรณีมีข้อบ่งชี้ถึงความจำเป็นและสำคัญเท่านั้น การเคารพในสิทธิและอำนาจการตัดสินใจของหญิงที่ตั้งครรภ์และต้องไม่แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ฯลฯ¹²⁰

จากตัวอย่างทางปฏิบัติของนานาชาติมีการใช้หลักพิจารณา 3 ประการ ในการกำหนดความเป็นบิดาและมารดาสำหรับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ กล่าวคือ ความสัมพันธ์กับเด็กทางพันธุกรรม ความสัมพันธ์กับเด็กในทางชีววิทยาโดยการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร และความประสงค์หรือเจตนาแรกเริ่มที่จะเป็นบิดามารดา แต่ทั้งสามประการยังไม่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปอย่างเป็นเอกภาพเพราะต่างก็มีข้อดีและข้อจำกัดเมื่อต้องนำมาเปรียบเทียบกัน

ซึ่งจะกล่าวถึงสภาพทั่วไปของการรับตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศ และเน้นให้เห็นถึงปัญหาในการกำหนดสถานะของบิดามารดา ดังต่อไปนี้

3.3.1 ประเทศฝรั่งเศส¹²¹

ในปี ค.ศ. 1983 ได้มีเหตุการณ์เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เกิดขึ้น 2 เหตุการณ์ ทำให้รัฐบาลฝรั่งเศสหันกลับมาสนใจนโยบายด้านนี้มากขึ้นกว่าในอดีต รัฐบาลฝรั่งเศส จึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งเรียกว่า National Ethical Committee for Life Sciences and Health เพื่อทำการศึกษาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาด้านจริยธรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยีนี้

ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1984 คณะกรรมการชุดดังกล่าวได้เสนอความเห็นต่อรัฐบาลฝรั่งเศส สำหรับประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนนั้น คณะกรรมการชุดนี้มีความเห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนเปรียบเสมือนการซื้อขายเด็ก ส่วนสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดกับกฎหมายรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งกำหนดให้ศาลพิจารณาอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมจากประโยชน์สูงสุดของเด็ก ดังนั้น คนกลางที่ช่วยเหลือให้มีการรับตั้งครรภ์ ไม่ว่าจะเป็นแพทย์หรือไม่ก็ตาม จะต้องมีความผิดทางอาญาฐานยุยงให้หญิงละทิ้งเด็กนั้น ตามความเห็นของคณะกรรมการชุดนี้ การรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

ในปี ค.ศ. 1987 รัฐบาลฝรั่งเศสได้ตัดสินใจดำเนินคดีกับองค์กรเอกชนที่จัดหาหญิงที่ประสงค์รับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสที่มีบุตรยาก ซึ่งในที่สุดศาลฎีกาของฝรั่งเศส ได้ตัดสินว่า

¹²⁰ ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (น.16). เล่มเดิม.

¹²¹ McLean S. (อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ วรรพจน์ และคณะ , 2548, น. 120).

การรับตั้งครรภ์แทน เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการฝ่าฝืนหลักการที่ห้ามมิให้มีการซื้อขายร่างกายมนุษย์และขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

แต่การรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์และคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องก็ไม่ได้ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายดังกล่าวข้างต้น แต่ประเด็นสถานะของบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้น ให้เป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่ง ซึ่งยังคงถือตามหลักการที่ว่า หญิงที่ให้กำเนิดเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า หากมีกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างหญิงผู้ว่าจ้างและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แม้ประเทศฝรั่งเศสจะไม่ยอมรับให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ แต่ก็ใช้วิธีการนำหลักกฎหมายแพ่ง โดยถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดหรือหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.3.2 สหรัฐอเมริกา

ความเป็นมารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน เป็นปัญหาที่ขึ้นมาสู่ศาลมากเรื่องหนึ่ง เนื่องจากว่ากฎหมายของแต่ละมลรัฐในสหรัฐอเมริกานั้น ก็มีลักษณะเหมือนกับกฎหมายในประเทศคอมมอนลอว์อื่น คือ จะวินิจฉัยให้หญิงผู้ที่ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อเกิดเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ในลักษณะของการตั้งครรภ์แทนขึ้น จึงเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในทุกมลรัฐ ไม่ว่าจะเป็นมลรัฐที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนหรือไม่¹²²

สหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางในการควบคุมการตั้งครรภ์แทน และไม่มีกฎหมายที่กำหนดสถานะของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน แต่ในปี ค.ศ. 1973 ที่ประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐ ประกอบไปด้วยนักกฎหมายจากทุกมลรัฐในประเทศ ได้เสนอรูปแบบของกฎหมายฉบับหนึ่ง เรียกว่า กฎหมายว่าด้วยความเป็นบิดามารดาที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (The Uniform Parentage Act หรือ U.P.A) เพื่อให้เป็นกฎหมายแม่แบบแก่มลรัฐต่างๆ ในการออกกฎหมายเกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน บางมลรัฐจึงได้นำเอาสาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าวมาแก้ไขบัญญัติไว้ ซึ่งกฎหมายนี้กำหนดว่ามารดา พิสูจน์ได้จากการที่หญิงได้ให้กำเนิดเด็กนั้นหรือตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้¹²³

¹²² การพสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (น.94). เล่มเดิม.

¹²³ The Uniform Parentage Act section 3 “The parent and child relationship between a child and...the natural mother may be established [ascertained] by proof of her having giving birth to the child. or under this Act.”

กฎหมาย U.P.A นั้น แก้ปัญหาได้บางกรณีเท่านั้น ยังคงมีช่องว่างทางกฎหมายอยู่ โดยเฉพาะในการผสมเทียมที่ใช้วิธีการตั้งครรภ์แทน ที่ประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน จึงได้ประกาศรับรองรูปแบบของกฎหมายอีกฉบับหนึ่งเรียกว่า กฎหมายด้วยว่าสถานะของเด็กที่เกิดจากการช่วยปฏิสนธิที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Uniform of children of Assisted Conception Act หรือ U.S.C.A.C.A) ซึ่งได้เสนอรูปแบบของกฎหมายให้มลรัฐต่างๆ รับไปบัญญัติเป็นกฎหมายโดยมี 2 ทางเลือก คือ

1) เสนอให้การรับตั้งครรภ์แทนต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนเสมอ และเมื่อศาลได้อนุญาตแล้ว เมื่อมีการรับตั้งครรภ์แทนอย่างสมบูรณ์ คู่สมรสที่จำใจให้ตั้งครรภ์แทนจะถือเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่หากไม่ได้รับอนุญาตจากศาล หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะถือเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นมารดาที่ให้กำเนิดมา

2) คล้ายกับที่กำหนดไว้ใน U.P.A คือ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของเด็ก ซึ่งที่ประชุมใหญ่ของสมาคมได้ประกาศยอมรับให้ กฎหมายด้วยว่าสถานะของเด็กที่เกิดจากการช่วยปฏิสนธิที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Uniform of children of Assisted Conception Act หรือ U.S.C.A.C.A) เป็นกฎหมายแม่แบบ และต่อมาในปี ค.ศ. 2000 ได้มีการนำหลักการของ U.S.C.A.C.A มาบัญญัติไว้ใน U.P.A และในปัจจุบัน มีเพียง U.P.A เท่านั้น ที่เป็นรูปแบบของกฎหมายในระดับกลาง

ดังนั้น ในเรื่องของการรับตั้งครรภ์แทน ตามกฎหมายแม่แบบนี้ หากคู่สมรสได้รับการพิจารณาจากศาลอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน คู่สมรสก็จะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามในแต่ละมลรัฐอาจมีแนวทางในการบัญญัติกฎหมาย และตัดสินข้อพิพาทที่แตกต่างกันไป ซึ่งก็เป็นผลในการสร้างหลักกฎหมายหรือ Common Law ไว้แตกต่างกันด้วย ดังนี้¹²⁴

3.3.2.1 มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California)

มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มีกฎหมายครอบครัวที่เรียกว่า Uniform Parentage Act: U.P.A โดยบัญญัติถึงการกำหนดความสัมพันธ์มารดาและบุตรไว้ในมาตรา 7610(a)¹²⁵ ว่า ความสัมพันธ์อาจเกิดขึ้นโดยการพิสูจน์ว่าเป็นผู้ให้กำเนิดเด็กหรือตามที่กฎหมายในส่วนนี้กำหนด

¹²⁴ การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (น.98). เล่มเดิม.

¹²⁵ Uniform Parentage Act: U.P.A. Cal Fam Code section 7610(a) The parent and child relationship may be established as follows:

(a) Between a child and the natural mother. It may be established by proof of her having given birth to the child, or under this part.

แต่กฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ศาลสูงสุดของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เคยมีคำพิพากษาเมื่อปี ค.ศ. 1993 ในคดี Johnson v. Calvert¹²⁶ เป็นบรรทัดฐาน อันเป็นการสร้างหลักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ คดีนี้คู่สมรสผู้ว่าจ้างได้ใช้เชื้อสุจิและไข่ของคน นิดเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับว่าจ้างตั้งครรภ์แทน แต่ในระหว่างตั้งครรภ์ หญิงผู้รับจ้างสร้างอำนาจต่อรองว่าจะไม่ยอมมอบเด็กให้แก่คู่สมรสผู้ว่าจ้าง หากไม่จ่ายค่าตอบแทนส่วนที่เหลือให้แก่ตนจนครบจำนวน คู่สมรสจึงฟ้องต่อศาลให้พิพากษาว่าตนเป็นบิดามารดาของเด็กที่กำลังจะเกิดขึ้น โดยศาลพิพากษาว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และตัดสินให้บุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาผู้ว่าจ้าง คำพิพากษานี้จึงถือเป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดีอื่นๆ ด้วย

3.3.2.2 มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey)

มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ได้ใช้หลักการของความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิด (Gestational Motherhood) ปรากฏในคดี A.H.W v. G.H.B. กล่าวคือ คู่สมรสได้ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยใช้เชื้อสุจิและไข่ของคู่สมรส เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้คลอดทารกออกมา คู่สมรสได้ยื่นคำร้องต่อศาล ขอให้มีการสั่งให้ระบุชื่อของตนเป็นบิดาและมารดาของเด็กในทะเบียนสูติบัตร ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์เห็นว่า ตลอดระยะเวลา 9 เดือนที่ตั้งครรภ์ หญิงที่ตั้งครรภ์ย่อมมีความสัมพันธ์อย่างลึกซึ้งกับตัวอ่อนที่อยู่ในท้อง การตั้งครรภ์มีความสำคัญที่ทำให้ตัวอ่อนเจริญเติบโต จนกระทั่งคลอดออกมามีชีวิตด้วยตัวเองได้ และตามกฎหมายของมลรัฐมารดาจะสละสิทธิความเป็นมารดาของเด็กได้ต่อเมื่อพ้นกำหนดเวลา 72 ชั่วโมงนับแต่คลอดบุตร หากศาลยอมยอมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี และหากศาลให้เปลี่ยนแปลงยอมเป็นการบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์สละสิทธิความเป็นมารดาของเด็ก อาจก่อให้เกิดผลเสียมากกว่า¹²⁷

3.3.2.3 มลรัฐโอไฮโอ

ศาลของมลรัฐโอไฮโอเห็นว่าการยอมรับบิดามารดาทางพันธุกรรมเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย ซึ่งจะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็กและสังคม เนื่องจากการถ่ายทอดข้อมูลทางพันธุกรรมของตระกูลให้แก่เด็กที่กำลังกำเนิดมา โดยศาลสรุปเหตุผลว่า บุคคลใดก็ตามที่ได้ถ่ายทอด

¹²⁶ จาก “การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์: ศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายและคำพิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกา”, โดย รัชฎ์ลักษณ์ เบ็ญจมะโน เดชะวุฒิพันธุ์, 2555, วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม, 4(1), 144-146.

¹²⁷ การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (น.110). เล่มเดิม.

พันธุกรรมให้แก่เด็ก บุคคลนั้นย่อมถือว่าเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติและตามกฎหมาย เว้นแต่บุคคลนั้นจะได้สละสิทธิความเป็นบิดามารดานั้น ซึ่งหลักการนี้ถูกเรียกว่า หลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-Based Approach)¹²⁸

3.3.2.4 มลรัฐเวอร์จิเนีย

กฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนของมลรัฐเวอร์จิเนียมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1993¹²⁹ โดยตามกฎหมายฉบับนี้ สัญญารับตั้งครรภ์แทนที่จะมีผลบังคับตามกฎหมายมี 2 ประเภท คือ สัญญาที่ได้รับอนุญาตจากศาลก่อน (Court-Approved Surrogacy Contract) กับสัญญาที่ต้องได้รับการปรับปรุงตามคำสั่งของศาล (Court-Reformed Surrogacy Contract) สำหรับสัญญาที่จะขอรับความเห็นชอบจากศาลได้ต้องปรากฏข้อเท็จจริง ดังต่อไปนี้¹³⁰

¹²⁸ แหล่งเดิม.

¹²⁹ แหล่งเดิม.

¹³⁰ Va. Code Ann. S20-160 (A) “In the case of any surrogacy agreement for which prior court approval has not been obtained pursuant to S 20-160, the provisions of this section and S. 20-156 through 20-159 and S. 20-163 through 20-165 shall apply. Any provision in a surrogacy contract that attempts to reduce the rights or responsibilities of the intended parents, surrogate, or her husband, if any, or the rights of any resulting child shall be reformed to include the requirements set forth in this chapter. A provision in the contract providing for compensation to be paid to the surrogate is void and unenforceable. Such surrogacy contracts shall be enforceable and shall be construed only as follows:

1. The surrogate, her husband, if any, and the intended parents shall be parties to any such surrogacy contract.
2. The contract shall be in writing, signed by all the parties, and acknowledged before an officer or other person authorized by law to take acknowledgments.
3. Upon expiration of twenty-five days following birth of any resulting child, the surrogate may relinquish her parental rights to the intended parents, if at least one of the intended parents is the genetic parent of the child, by signing a surrogate consent and report form naming the intended parents as the parents of the child. The surrogate consent and report form shall be developed, furnished and distributed by the State Registrar of Vital Records. The surrogate consent and report form shall be signed and acknowledged before an officer or other person authorized by law to take acknowledgments. The surrogate consent and report form, a copy of the contract, and a statement from the physician who performed the assisted conception stating the genetic relationships between the child, the surrogate, and the intended parents, at least one of whom shall be the genetic parent of the child, shall be filed with the State Registrar within sixty days after the birth. The statement from the physician shall be signed and acknowledged before an officer or other person

- (1) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น
- (2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและสามีต้องเข้าเป็น

คู่สัญญาด้วย

- (3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเคยผ่านการมีบุตรมาก่อน
- (4) คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างต้องไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ หรือสามารถตั้งครรภ์ได้ แต่การตั้งครรภ์นั้นอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของตัวเองหรือต่อเด็กที่จะกำเนิดมา
- (5) คู่สมรสที่ว่าจ้างคนใดคนหนึ่งต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่จะเกิดมา กล่าวคือ คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ที่ใช้ในการปฏิสนธิ
- (6) คู่สมรสที่ว่าจ้างต้องเป็นฝ่ายออกค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์นั้น

ทั้งหมด

เมื่อศาลเห็นว่ากรณีเป็นไปตามเงื่อนไขข้างต้น ศาลจะแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ศาลขึ้นมาเพื่อให้ช่วยพิจารณาว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายนั้นมีความเหมาะสมที่จะเข้าทำสัญญาในลักษณะเช่นนี้หรือไม่ และจะพิจารณาความเหมาะสมของคู่สมรสที่ว่าจ้างในการเป็นบิดามารดาของเด็กด้วย โดยจะใช้หลักเกณฑ์ทำนองเดียวกันกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ศาลให้ความเห็นชอบกับสัญญารับตั้งครรภ์แทน เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้กำหนดการก็จะถือว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที

แม้ว่าศาลจะให้ความเห็นชอบสัญญารับตั้งครรภ์แทนแล้ว หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็มีสิทธิที่จะยกเลิกสัญญาได้ภายในกำหนด 180 วันนับแต่วันที่ตั้งครรภ์ ในกรณีเช่นนี้ก็จะถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์นั้นเป็นมารดาของเด็ก โดยที่ไม่ต้องรับผิดชอบชำระค่าเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างทั้งสิ้น

นอกจากกรณีที่สัญญารับตั้งครรภ์แทนได้รับความเห็นชอบจากศาลแล้ว หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญาที่รับตั้งครรภ์แทนได้ถูกทำขึ้นโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อน ตามกฎหมายมลรัฐเวอร์จิเนีย จะถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีเป็นมารดาและบิดาของเด็กนั้น แต่กฎหมายของเวอร์จิเนียยังคงเปิดโอกาสให้มีการเปลี่ยนแปลงสถานภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กได้ หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นได้ยื่นคำร้องต่อศาลแสดงเจตนาละสิทธิ ในการเป็นมารดาของเด็กแต่การยื่นคำร้องนี้ต้องกระทำภายใน 25 วันนับแต่การคลอดบุตรนั้น เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตคู่สมรสที่ว่าจ้างก็จะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที

authorized by law to take acknowledgments. There shall be a rebuttable presumption that the statement from the physician accurately states the genetic relationships among the child, the surrogate and the intended parents.

4. Upon the filing of the surrogate consent and report form and the required attachments, including the physician's statement, within sixty days of the birth, a new birth certificate shall be established by the State Registrar for the child naming the intended parents as the parents of the child as provided in S. 32.1-261."

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แม้ว่าจะมีการตั้งครรภ์แทนที่แพร่หลายทั่วโลก แต่ก็ยังมีเพียงบางประเทศเท่านั้นที่ยอมรับให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ เช่น สหรัฐอเมริกา และเนื่องจากเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงมีคำพิพากษา และกฎหมายที่ใช้ในการกำหนดสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยในการวินิจฉัยสถานะของบิดามารดานั้น ศาลแต่ละมลรัฐอาศัยหลักในการพิจารณาแตกต่างกัน กล่าวคือ ศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย และศาลของมลรัฐโอไฮโอตัดสินให้ชายและหญิงผู้ว่าจ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอาศัยหลักความประสงค์แรกเริ่มที่จะมีบุตรและหลักทางพันธุกรรม เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะคลอดออกมา ส่วนศาลของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์อาศัยหลักการตั้งครรภ์และให้กำเนิด จึงวินิจฉัยให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย คำพิพากษาเหล่านี้ถือเป็นการสร้างหลักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ด้วย ในขณะที่กฎหมายของมลรัฐเวอร์จิเนียมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการรับตั้งครรภ์แทนที่ชัดเจน หากศาลเห็นว่ามีมีการตั้งครรภ์แทนที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว คู่สมรสที่ว่าจ้างก็จะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายได้ อย่างไรก็ตามในบางประเทศยังคงไม่ยอมรับให้มีการตั้งครรภ์แทน เช่น ในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายซีวิลลอว์ หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ไม่ยอมรับให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ แต่หากเกิดกรณีพิพาทว่าหญิงผู้ว่าจ้างหรือหญิงผู้รับจ้างเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ได้อาศัยหลักตามกฎหมายแพ่งวินิจฉัยให้หญิงผู้รับจ้างเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตของคำว่าบุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อ บุพการี และบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน

ศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง และกฎหมายต่างประเทศ ในเรื่องขอบเขตของคำว่าบุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี และบุคคลผู้ที่มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ผู้บริจาคเชื้อสpermหรือไข่ มารดาที่ตั้งครรภ์แทน และสามีของมารดาที่ตั้งครรภ์แทนหากมี ผู้วิจัยได้นำมาวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา กำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการี ให้มีความชัดเจน และไม่เกิดปัญหาในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาในอนาคต ดังนี้

4.1 วิเคราะห์ขอบเขตของคำว่าบุพการีในประมวลกฎหมายอาญา กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา มิได้มีการกำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการีไว้ให้ชัดเจนว่ามีความหมายครอบคลุมเพียงใด จึงทำให้มีปัญหาในการตีความคำว่าบุพการี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) ว่าหมายถึงบุพการีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกา ว่าให้หมายถึงบิดามารดาตามความเป็นจริง โดยคำนึงถึงความเป็นสายโลหิตเดียวกัน (Jus sanguinis) ในขณะที่นักกฎหมายมีความเห็นที่แตกต่างกัน โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าจะต้องเป็นบุพการีที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า รวมถึงบุพการีตามสายโลหิตด้วย แสดงให้เห็นว่า ความหมายของคำว่าบุพการี แต่เดิมนั้นก็เป็นปัญหาที่แสดงให้เห็นถึงความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาอยู่แล้ว

ยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไป และมีวิวัฒนาการทางเทคโนโลยี โดยเฉพาะทางการแพทย์ ที่ก้าวหน้ามากขึ้นเรื่อยๆ ประเทศไทยนั้นก็ได้มีวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีที่ซับซ้อนขึ้นตามลำดับเช่นกัน ในเรื่องของ การตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นการให้กำเนิดชีวิตมนุษย์ด้วยวิธีที่ผิดธรรมชาติ ทำให้สถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กมีลักษณะที่ซับซ้อนเพิ่มเติมจากเดิม เนื่องจากมีบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทนหลายฝ่าย คือ คู่สมรสผู้ว่าจ้าง ผู้บริจาคเชื้อสpermหรือไข่ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนหากมี กรณีดังกล่าวจึงเกิดเป็นปัญหา

ในการกำหนดสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นให้ทารกที่คลอดออกมานั้น เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หากหญิงมีสามีสามีของหญิงนั้นก็จะเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กด้วย ส่วนคู่สมรสผู้ว่าจ้าง มิได้เป็นผู้ตั้งครรภ์ ก็มีใช้บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แม้จะมีสายโลหิตเดียวกันก็ตาม อาศัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 มาตรา 1536 และมาตรา 1546 ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าเมื่อนำปัญหาดังกล่าวมาพิจารณาในเรื่องของการกระทำผิดทางอาญาต่อบุพการี กรณีนี้จะเกิดปัญหาว่า หากเด็กที่คลอดออกมานั้นได้กระทำความผิดทางอาญาต่อบุคคลเหล่านี้ จะถือเป็นการกระทำต่อบุพการีในความหมายของประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่

ลักษณะของกฎหมายอาญานั้น มีความแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ กฎหมายอาญามีหลักประกันในกฎหมายอาญา ห้ามนำจารีตประเพณีมาลงโทษบุคคล ห้ามนำกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้ กฎหมายอาญาต้องบัญญัติไว้ให้ชัดเจนแน่นอน และจะมีผลย้อนหลังไปลงโทษบุคคลไม่ได้ นอกจากนี้ กฎหมายอาญา มีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อย มีทั้งเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว และเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว โดยมีบทลงโทษบุคคลที่มีความรุนแรงอย่างการประหารชีวิต ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม และยับยั้งมิให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่าง จึงต้องมีความชัดเจนแน่นอนอย่างมาก และต้องตีความอย่างเคร่งครัด

เรื่องของการตีความกฎหมายอาญานั้น ดังที่ได้กล่าวว่า กฎหมายอาญาจะต้องตีความด้วยบทกฎหมายอย่างเคร่งครัดให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่มีอยู่ในกฎหมาย จึงต้องตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ แต่จะตีความขยายความออกไปให้เกิดผลร้ายแก่ผู้กระทำไม่ได้ การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย เป็นการตีความที่มีความสำคัญมากในการค้นหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายอาญา ซึ่งมาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) เป็นการบัญญัติกฎหมายโดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ มาตรา 71 วรรคสอง เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือลดโทษให้โดยคำนึงถึงความเป็นเอกภาพและความเป็นปึกแผ่นในครอบครัว ส่วนมาตรา 289(1) เป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น เพราะความผิดฐานฆ่าบุพการี เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงมาก ในสมัยอดีตกาลกฎหมายมักจะเกิดจากสามัญสำนึก ความรู้สึกผิดชอบชั่วดี กฎหมายและศีลธรรมไม่ได้แยกจากกัน การกระทำที่ผิดศีลธรรมก็คือ ผิดกฎหมาย เพราะฉะนั้นการกระทำที่แสดงออกมาจึงสะท้อนถึงศีลธรรมด้วย การพิจารณาความผิดแต่เดิม จึงไม่ใช่การพิจารณาโดยไม่คำนึงถึงจิตใจเลย แต่สิ่งนั้นได้แสดงออกโดยการกระทำแล้ว ยิ่งความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงมาก ก็คือ การแสดงถึงบาปที่น่ารังเกียจมาก การกระทำความผิดอาญาในสมัยก่อน จึงเป็นสิ่งที่ขัดต่อความรู้สึกทางศีลธรรม

ในสังคมด้วย ทำให้ความผิดฐานฆ่าบุพการีปรากฏชัดเจนตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา สอดคล้องกับการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย ซึ่งเป็นการค้นหาความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย โดยใช้คุณธรรมทางกฎหมายในการช่วยตีความ ทำให้เห็นว่า คุณธรรม เป็นสิ่งที่อยู่เบื้องหลังตัวบทกฎหมาย ตามมาตรา 289(1) กฎหมายประสงฆ์คุ้มครองชีวิตมนุษย์และความกตัญญู กตเวที หมายความว่า เป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นหากกระทำต่อผู้มีพระคุณ คือ บุพการี ซึ่งบทบัญญัติมาตรานี้ก็แสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับสถาบันครอบครัวเช่นเดียวกัน

หากพิจารณาถึงขอบเขตของคำว่าบุพการี ในกรณีที่มีการตั้งครุฑแทน ปัญหาว่าบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครุฑแทนฝ่ายใดจะเป็นบุพการี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) ผู้วิจัยอาศัยหลักการตีความกฎหมาย และคุณธรรมทางกฎหมาย ที่กล่าวมาข้างต้น ในการวิเคราะห์ปัญหานี้ พบว่า มารดาที่ตั้งครุฑแทน แม้จะเป็นบุคคลที่ให้กำเนิดเด็ก แต่ในทางความเป็นจริงแล้ว ไม่ใช่บุคคลที่อยู่อาศัย เลี้ยงดูจนก่อเป็นสถาบันครอบครัวเดียวกัน บางรายอาจจะไม่มีความสนิทชิดเชื้อหรือรู้จักกันเลย และในความเป็นจริงสามีของมารดาที่ตั้งครุฑแทนก็ไม่มีความเกี่ยวข้องใดๆกับเด็ก นอกจากความสัมพันธ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 สันนิษฐานให้เป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็นผู้ที่มีความประสงค์แรกเริ่มที่จะมีบุตร และที่สำคัญคือมีความเกี่ยวข้องตามหลักสายโลหิต (Jus sanguinis) หากไม่มีการรับบริจาคเชื้อสุจิหรือไข่มา หรือแม้จะมีการรับบริจาค ก็มีความแน่นอนว่าบุคคลที่มีความสัมพันธ์เช่นนี้ จะต้องเลี้ยงดูเด็กและก่อเกิดเป็นสถาบันครอบครัวเดียวกัน เมื่อเจตนารมณ์ และความมุ่งหมายของประมวลกฎหมายอาญามาตรา มาตรา 71 วรรคสอง ประสงค์ที่จะคุ้มครองให้เกิดความเป็นเอกภาพในครอบครัว และมาตรา 289(1) ประสงค์คุ้มครองชีวิตของผู้มีพระคุณ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของสถาบันครอบครัวนั้น จึงควรที่จะคุ้มครองให้ผู้สืบสันดานที่กระทำต่อบิดามารดาผู้ว่าจ้าง ได้รับการยกเว้นโทษเฉพาะตัว ตามมาตรา 71 วรรคสอง หรือเพิ่มโทษเฉพาะตัว ตามมาตรา 289(1) แม้ว่าในปัจจุบันจะยังไม่มีกฎหมายที่รับรองให้เป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม

การที่กฎหมายจะครอบคลุมเฉพาะหลักความชอบด้วยกฎหมายเพียงอย่างเดียว ย่อมเป็นกรณีที่โดยตรงต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย สิ่งที่คุณธรรมทางกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง และอาจเป็นการขัดต่อหลักทางศาสนา ประเพณี สังคมของประเทศไทย เพราะหากเกิดการกระทำ ความผิดต่อบิดามารดาผู้ว่าจ้าง ซึ่งมีได้เป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะทำให้ผู้กระทำไม่ได้รับการยกเว้นโทษเฉพาะตัว หรือเพิ่มโทษเฉพาะตัว เพราะกฎหมายอาญาก็มิได้บัญญัติขอบเขตของคำว่าบุพการีไว้ชัดเจนครอบคลุมถึงกรณีนี้ หากจะต้อง

อาศัยการตีความของผู้ใช้กฎหมาย ก็ย่อมไม่ถูกต้องตามหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้น หากว่าไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาก็จะทำให้กฎหมายอาญาไม่มีความชัดเจนแน่นอน ทั้งที่เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด และคุ้มครองสังคม และหากเกิดเป็นกรณีที่ต้องวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาในอนาคต ก็อาจจะทำให้เกิดความเห็นที่ขัดแย้งต่อไปได้

4.2 วิเคราะห์ประกาศแพทยสภา 1/2540 ประกาศแพทยสภา 21/2545 และร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ...

ประเทศไทยยังไม่มีมีการประกาศใช้กฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการกำหนดสถานะของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนที่ชัดเจน หากเกิดข้อพิพาทขึ้น โดยเฉพาะข้อพิพาทเกี่ยวกับการกำหนดสถานะของบิดามารดา ตัวอย่างเช่น ในกรณีของการตั้งครรภ์แทนซึ่งพบเป็นปัญหาในประเทศไทย ที่เรียกว่าการรับตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์ หรือการอุ้มบุญแท้ (Gestational Surrogacy) กล่าวคือการอุ้มบุญประเภทนี้ จะใช้ไข่และเชื้ออสุจิของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร นิดเข้าไปในมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ทำให้เด็กที่คลอดออกมาไม่มีลักษณะทางพันธุกรรมที่ตรงกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน แต่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็จะทำหน้าที่เป็นผู้เลี้ยงดูทารกในครรภ์และให้กำเนิดทารกออกมา กรณีดังกล่าวจึงมีปัญหาที่เลยเกิดเป็นข้อพิพาทว่า ใครจะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก นั้น ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ว่า มารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ก็คือหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หรือมารดาที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิด โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการให้ความเห็นนั้น แม้ว่าความเป็นมารดาที่รับตั้งครรภ์แทนกับบุตรจะไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม เนื่องจากเราไม่มีกฎหมายที่กำหนดสถานะของเด็กที่เกิดจากวิธีการที่ผิดธรรมชาติโดยตรง และนอกจากนี้ หากว่าหญิงนั้นมีสามี สามีของหญิงจะเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กด้วย

ในปัจจุบันการตั้งครรภ์แทน จะเป็นไปตามประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และประกาศแพทยสภาที่ 21/2545 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ซึ่งแพทยสภาออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 21(1) โดยต้องกระทำภายใต้หลักเกณฑ์ที่ประกาศกำหนด แต่ในประกาศฉบับนี้มีมิได้กำหนดครอบคลุมไปถึง สถานะของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน คู่สมรสผู้ว่าจ้าง ใครคือบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก หากให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็อาจเกิดปัญหาต่อไปว่าคู่สามีภรรยาเจ้าของเชื้ออสุจิและไข่ ซึ่งเมื่อตรวจพิสูจน์ทางพันธุกรรมแล้ว มีลักษณะที่ตรงกับเด็ก และมีความประสงค์ที่จะนำเด็ก

ไปเลี้ยงลูกกลับมิได้เป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีปัญหาของการที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ปฏิบัติตามสัญญา บางรายไม่กินบุตรให้กับผู้ว่าจ้างและยังมีปัญหาการรับจ้างตั้งครรภ์ ปัญหาเหล่านี้ ประกาศแพทยสภาฯ ไม่อาจแก้ไขได้ คงกำหนดไว้เพียงหลักเกณฑ์ในการตั้งครรภ์แทน เท่านั้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว จึงทำให้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ... โดยมีหลักการที่เปลี่ยนแปลง และเพิ่มเติมจากประกาศแพทยสภาฯ ที่สำคัญ คือ

1) ประกาศแพทยสภาฯ กำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติโดยสายเลือด แต่ในมาตรา 21 ของร่างพระราชบัญญัติฯ ห้ามใช้บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาก่อนหน้านั้น ซึ่งประเด็นนี้เป็นการบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ปัญหา กรณีเช่น มารดามารดาตั้งครรภ์แทนลูกสะใภ้ โดยใช้น้ำเชื้อของบุตรชายและไข่ของลูกสะใภ้ ซึ่งอาจเป็นปัญหาในการนับญาติและพันธุกรรมต่อไปได้

2) ถ้าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน มีสามีจะต้องได้รับความยินยอมจากสามีด้วย เพราะว่าการตั้งครรภ์นั้น จะต้องใช้เวลาถึง 310 วัน จึงอาจทำให้เกิดปัญหาครอบครัวระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีได้

3) ผู้ที่ทำธุรกรรมหาประโยชน์ทางการค้าในการตั้งครรภ์แทน จะมีบทลงโทษ โดยระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

4) ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ร่างกฎหมายนี้ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าจะถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัวและมรดกในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทุกประการ และหากว่าสามีและภริยาชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าจะถึงแก่ความตายก่อน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ซึ่งจะทำให้สถานะของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ไม่ใช่มารดาที่ชอบด้วยกฎหมายตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และเป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อแก้ปัญหาความไม่ชัดเจนในเรื่องสถานะของบิดามารดา ดังที่กล่าวมาแล้ว

ร่างกฎหมายนี้ จึงมีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ในการกำหนดสถานะของบิดามารดา เป็นการคุ้มครองสิทธิเด็ก คือ ไม่ให้เกิดปัญหาว่าใครควรจะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้บิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตร ได้เป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากจะเป็นการคุ้มครองสิทธิเด็กแล้ว ยังเป็นการสนับสนุนความเป็นสถาบันครอบครัวเดียวกันด้วย ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) ก็เช่นเดียวกัน ที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำได้รับการยกเว้นโทษ

เฉพาะตัว หรือเพิ่มโทษเฉพาะตัว ก็เพื่อที่จะให้เกิดความเป็นเอกภาพในครอบครัว ให้ผู้กระทำ คำนึงถึงความกตัญญูต่อผู้มีพระคุณ และให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อย กฎหมายอาญาจึงต้องมี ลักษณะที่ชัดเจนแน่นอน เพื่อที่จะลงโทษบุคคล มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเครื่องมือ ในการตีความกฎหมาย จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประมวลกฎหมายอาญาจะต้องกำหนดขอบเขต ของคำว่าบุพการีไว้ ให้มีความชัดเจนเช่นเดียวกัน คำนึงถึงหลักสายโลหิต (Jus sanguinis) ความเป็นเอกภาพในครอบครัว และสอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมาย ประสงค์คุ้มครองประกอบกัน โดยให้ครอบคลุมถึงบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับการตั้งครุฑแทน เฉพาะบิดามารดาผู้ว่าจ้าง ซึ่งมีสายโลหิตเดียวกันหากไม่มีการรับบริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ หรือหากมี การรับบริจาค ก็เป็นบุคคลที่ประสงค์มีบุตร เลี้ยงดูบุตร และอาศัยเป็นสถาบันครอบครัวเดียวกัน ไม่ว่าจะมีการประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้หรือไม่ก็ตาม

4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตของคำว่าบุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี และ บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับการตั้งครุฑแทน ของประเทศไทยและต่างประเทศ

แม้ในปัจจุบันยังไม่เคยปรากฏคดีที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกรณีผู้สืบสันดานกระทำ ความผิดทางอาญาต่อบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับการตั้งครุฑแทน แม้แต่ในต่างประเทศเอง ก็มิได้มีการ กำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการีในประมวลกฎหมายอาญาครอบคลุมไปถึงบุคคล ผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครุฑแทน แต่ก็มีกรกล่าวถึงสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่มีการตั้งครุฑแทนไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครุฑแทน ซึ่งในแต่ละประเทศ มีการกำหนดสถานะไว้แตกต่างกัน เช่น ประเทศฝรั่งเศส และมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ สหรัฐอเมริกา กำหนดให้มารดาที่ตั้งครุฑแทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกรณีนี้เองผู้วิจัยเห็นว่าในปัจจุบัน สถิติการก่ออาชญากรรมมีสูงมากขึ้น และปรากฏว่ามีการกระทำผิดอาญาระหว่างผู้สืบสันดานและ บุพการีมากขึ้น จึงอาจทำให้เป็นปัญหาในการตีความ หากผู้สืบสันดานกระทำผิดทางอาญาต่อ บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับการตั้งครุฑแทน ผู้สืบสันดานจะได้รับการลดโทษ หรือเพิ่มโทษ อย่างไร สำหรับกฎหมายในต่างประเทศ มีความแตกต่างจากประเทศไทย ดังนี้

4.3.1 ความผิดที่กระทำต่อทรัพย์สินอันเป็นเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด ในประเทศฟิลิปปินส์

ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาฟิลิปปินส์ มาตรา 332 ซึ่งความผิดที่เป็นเหตุแห่ง การไม่ต้องรับผิด มี 3 ประการ คือ ลักทรัพย์ นอโง และทำให้เสียทรัพย์ โดยหากว่าเป็นการกระทำ ต่อผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา ตามมาตรา 332 ข้อ 1) ผู้กระทำจะไม่ต้องรับโทษ ทางอาญา แต่ยังคงต้องรับผิดทางแพ่ง ซึ่งก็มีความแตกต่างจากประเทศไทย เพราะประเทศไทย จะเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว ทำให้ผู้กระทำได้รับการลดโทษ และสามารถยอมความกันได้

นอกจากนี้ประเทศฟิลิปปินส์ยังบัญญัติผู้ถูกกระทำที่ชัดเจนว่าจะต้องเป็นบุคคลที่มีสายโลหิตเดียวกันทั้งโดยตรงขึ้นไปและลงมา และครอบคลุมไปถึงการกระทำต่อทรัพย์สินของญาติที่มีความสัมพันธ์ทางการแต่งงานกับบุคคลที่มีสายโลหิตเดียวกัน คู่สมรสที่หย่าร้างกันไปแล้ว และพี่น้องตามหลักสายโลหิตและที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาศัยอยู่ด้วยกัน แสดงให้เห็นถึงว่าประเทศฟิลิปปินส์ให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ของบุคคลที่อยู่ร่วมกันเป็นสถาบันครอบครัวที่ชัดเจนอย่างมาก

4.3.2 ความผิดฐานฆ่าบุพการีอันเป็นเหตุเพิ่มโทษ

1) ประเทศฝรั่งเศส ปรากฏบทบัญญัติการฆ่าบุพการีใน มาตรา 221-4 ข้อ 2 ซึ่งได้กำหนดโทษจำคุกตลอดชีวิตสำหรับความผิดฐานฆ่าบุพการี (Parricide) กล่าวคือ การฆ่าบุพการีตามกฎหมายฝรั่งเศส หมายความว่า ฆ่าบิดา มารดา โดยชอบด้วยกฎหมาย บิดามารดาที่รับบุตรบุญธรรม บิดามารดาตามธรรมชาติ หรือบุพการีเหนือขึ้นไปที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนบุตรที่เกิดจากชู้ (Adulterering) หรือเกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างญาติสนิท ต้องมีการพิสูจน์ตามกฎหมายแล้ว การที่ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสบัญญัติไว้ครอบคลุมเช่นนี้ จึงทำให้ทั้งบิดามารดาตามหลักสายโลหิต (Jus sanguinis) และบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นบุพการีตามกฎหมาย และยังหมายรวมไปถึงบิดามารดาที่เป็นผู้รับบุตรบุญธรรม ซึ่งอาจมีหรือไม่มีสายโลหิตเดียวกับบุตรบุญธรรมก็ได้ จึงเป็นความหมายในลักษณะที่กว้างกว่าการตีความตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาก เนื่องจากประเทศไทยนักกฎหมายและศาลไม่ได้ตีความรวมไปถึงผู้รับบุตรบุญธรรมด้วย

2) ประเทศฟิลิปปินส์ ได้ให้ความหมายของความผิดฐานฆ่าบุพการีว่าหมายถึงทั้ง บิดามารดาที่ชอบและไม่ชอบกฎหมาย แต่ไม่รวมถึงบิดามารดาที่รับบุตรบุญธรรมเช่นประเทศฝรั่งเศส จึงทำให้ประเทศฟิลิปปินส์มีความหมายของคำว่าบุพการีที่แคบลงมาเนื่องจากไม่ได้อ้างถึงผู้รับบุตรบุญธรรมด้วย แต่ก็ยังได้กำหนดความหมายของบุพการีไว้ชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาฟิลิปปินส์ มาตรา 246 ว่าชอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาของผู้สืบสันดาน ต้องรับผิดชอบไม่ว่าจะกระทำต่อบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3) ประเทศเวียดนาม เป็นประเทศในกลุ่มอาเซียน และมีวัฒนธรรม ที่ใกล้เคียงกับประเทศไทย ซึ่งประเทศเวียดนามได้รับอิทธิพลของระบบกฎหมายมาจากประเทศฝรั่งเศส ทำให้มีบทบัญญัติที่ใกล้เคียงกัน ตามกฎหมายอาญาเวียดนาม มาตรา 93 จ) ซึ่งได้บัญญัติให้การฆ่าบิดามารดา ปู่ ย่า ตา ยาย เป็นความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น โดยมาตรานี้ยังได้บัญญัติให้ผู้กระทำที่กระทำต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง และครู ต้องรับโทษหนักขึ้นด้วย อันเป็นขอบเขตที่กว้างกว่าประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย แสดงให้เห็นว่าประเทศเวียดนามให้ความสำคัญกับคุณธรรม

อย่างมาก แม้แต่บุคคลที่ไม่ใช่บุพการี ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ก็ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเวียดนาม เมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์ของประเทศเวียดนาม จึงอาจเป็นเพราะได้รับอิทธิพลของลัทธิขงจื๊อทำให้มีการบัญญัติกฎหมายครอบคลุมไปถึงทั้งผู้เลี้ยงดู และครู ซึ่งเป็นผู้มีพระคุณต่อผู้กระทำเช่นกัน ในขณะที่ประเทศไทยมิได้บัญญัติให้การกระทำต่อผู้ที่เลี้ยงดู และครู เป็นความผิดที่ต้องรับโทษหนักขึ้น แม้ว่าจะเป็นผู้มีพระคุณต่อผู้กระทำ กฎหมายไทยให้รับโทษหนักขึ้นเฉพาะการกระทำต่อบุพการีเท่านั้น

4.3.3 การกำหนดสถานะของบิดามารดากรณีที่มีการตั้งครรภ์แทน

ประเทศฝรั่งเศสแม้จะไม่ยอมรับให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ เพราะถือว่าเป็นการละเมิดต่อการให้ความสำคัญในร่างกายมนุษย์ ซึ่งศาลฝรั่งเศสเคยพิพากษาคัดสินไว้ด้วยว่ามีให้การตั้งครรภ์แทนมีผลใดๆตามกฎหมาย แต่หากเกิดปัญหาพิพาทเกี่ยวกับสถานะของมารดา หญิงที่ตั้งครรภ์แทนย่อมเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นการวินิจฉัยปัญหาแนวทางเดียวกับที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ โดยยึดหลักตามกฎหมายแพ่ง

ส่วนในสหรัฐอเมริกามีความชัดเจนในเรื่องของการกำหนดสถานะบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยปรากฏทั้งในการวินิจฉัยคดีของศาล อันเป็นบรรทัดฐานในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และมีการบัญญัติไว้ในกฎหมาย

ตามกฎหมายแม่แบบของสหรัฐอเมริกา หากคู่สมรสได้รับการพิจารณาจากศาลอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน คู่สมรสก็จะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามในแต่ละมลรัฐอาจมีแนวทางในการออกกฎหมาย และตัดสินข้อพิพาทที่แตกต่างกันไป ซึ่งก็เป็นผลในการสร้างหลักกฎหมาย อันเป็นไปตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งผู้วิจัยได้ทำการศึกษาคำพิพากษาของศาลพบที่มีการกำหนดสถานะของมารดาออกเป็นสองแนวทาง กล่าวคือการกำหนดให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ปรากฏในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ด้วยเหตุผลทางชีวภาพและการคลอดบุตร และการกำหนดให้หญิงที่ประสงค์มีบุตรเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ปรากฏในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย และมลรัฐโอไฮโอ ด้วยเหตุผลตามหลักเจตนาแรกเริ่มของผู้ประสงค์มีบุตร และหลักทางพันธุกรรม โดยศาลสูงมลรัฐแคลิฟอร์เนียเห็นว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของศีลธรรมอันดีแต่อย่างใด จึงควรที่จะให้หญิงเจ้าของไข่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ในขณะที่มลรัฐเวอร์จิเนียมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ในการรับตั้งครรภ์แทนไว้ ซึ่งมีหลักเกณฑ์บางประการที่สอดคล้องกับร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ... เช่น หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะต้องผ่านการมีบุตรมาก่อน และการตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นไปเพื่อแก้ปัญหาการมีบุตรยาก แต่มลรัฐเวอร์จิเนียได้กำหนดให้ศาลพิจารณาสัญญาตั้งครรภ์แทน

ว่าเป็นการเข้าทำสัญญาที่เหมาะสมหรือไม่ หากศาลเห็นชอบแล้ว คู่สมรสที่ว่าจ้างจึงจะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย

ทางปฏิบัติของนานาชาติได้อาศัยหลักพิจารณาสถานะของมารดาที่ตั้งครรภ์แทน 3 ประการ แต่หลักการเหล่านี้ยังมิได้เป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไป เนื่องจากต่างก็มีข้อดีข้อเสีย หากนำมาเปรียบเทียบกัน คือ

- 1) ความสัมพันธ์กับเด็กในทางชีวภาพโดยการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร
- 2) ความสัมพันธ์กับเด็กทางพันธุกรรม
- 3) ความประสงค์หรือเจตนาเริ่มแรกที่จะเป็นบิดามารดา

สำหรับหลักในเรื่องความสัมพันธ์กับเด็กในทางชีววิทยาโดยการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรนั้น เป็นหลักการที่สนับสนุนคุณค่าของความเป็นบิดามารดาจะเห็นได้ว่าความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาก็มีความสอดคล้องไปในแนวทางนี้ อันเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 บุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารก สิ้นสุดลงเมื่อตาย ในต่างประเทศก็มีการกำหนดสถานะให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งถือหลักการตามกฎหมายแพ่ง นอกจากนี้ ในสหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์เห็นว่า ตลอดระยะเวลา 9 เดือนที่ตั้งครรภ์ หญิงที่ตั้งครรภ์ย่อมมีความสัมพันธ์อย่างลึกซึ้งกับตัวอ่อนที่อยู่ในท้อง การตั้งครรภ์มีความสำคัญที่ทำให้ตัวอ่อนเจริญเติบโต จนกระทั่งคลอดออกมามีชีวิตด้วยตัวเองได้ จึงมีความสัมพันธ์กับเด็กในทางชีววิทยาโดยการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร

ส่วนหลักของความสัมพันธ์กับเด็กทางพันธุกรรม ซึ่งเน้นความผูกพันทางสายโลหิต อันเป็นแนวคิดที่มีมาตั้งแต่ในประวัติศาสตร์ ประกอบกับการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ ทารกที่คลอดออกมาก็จะต้องมีลักษณะ นิสัย ที่คล้ายคลึงกับคู่สมรสที่ประสงค์มีบุตร อันเป็นลักษณะทางธรรมชาติ และในหลักการนี้ ก็ย่อมจะสอดคล้องกับเจตนาเริ่มแรกของคู่สมรสที่จะเป็นบิดามารดาซึ่งเหตุผลทางพันธุกรรมนี้ ปรากฏในคำพิพากษาของศาลในมลรัฐแคลิฟอร์เนียและมลรัฐโอไฮโอด้วย

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าในการจะพิจารณาสถานะของบิดามารดา เพื่อกำหนดความหมายให้เกิดความรับผิดชอบในทางอาญานั้น จะต้องคำนึงถึงหลักความสัมพันธ์กับเด็กทางพันธุกรรม และเจตนาเริ่มแรกที่จะเป็นบิดามารดา เพราะทั้งสองหลักจะนำไปสู่ความเป็นสถาบันครอบครัวเดียวกัน ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง ที่ประสงค์คุ้มครองความเป็นเอกภาพในครอบครัว และมาตรา 289(1) ซึ่งมุ่งคุ้มครองชีวิตของผู้มีพระคุณ อันเป็นคุณธรรมตามกฎหมาย ดังนั้น บุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทนที่สมควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอาญา คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง เพื่อให้ตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญา ที่มุ่งส่งเสริมให้เกิดความเป็นปึกแผ่นในครอบครัว

จึงได้บัญญัติให้การกระทำต่อผู้ที่มีความสัมพันธ์ร่วมกันในครอบครัว มีลักษณะที่แตกต่างจากการกระทำต่อบุคคลทั่วไป

4.4. เหตุผลความจำเป็นในการกำหนดขอบเขตที่เหมาะสมของคำว่าบุพการีกับการกระทำของผู้สืบสันดานต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน

จากการวิเคราะห์ในเรื่อง ขอบเขตของคำว่าบุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี วิเคราะห์ประกาศแพทยสภา 1/2540 ประกาศแพทยสภา 21/2545 และร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ... และวิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตของคำว่าบุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน ของประเทศไทยและต่างประเทศ เหตุผลที่ควรจะกำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการีให้มีความเหมาะสม โดยครอบคลุมถึงบิดามารดาผู้ว่าจ้าง มีดังนี้

1) การตีความกฎหมายอาญา เพื่อค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น แตกต่างจากการตีความกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญามีความเชื่อมโยงกับคุณธรรมทางกฎหมาย เพราะคุณธรรมทางกฎหมายเป็นสิ่งที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายอาญาและกฎหมายอาญามุ่งที่จะคุ้มครองให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว ทำให้ผู้กระทำได้รับการลดโทษ และสามารถยอมความกันได้ เป็นเหตุผลที่เกี่ยวกับการรักษาความเป็นปึกแผ่นของสถาบันครอบครัว และความผิดที่กำหนดไว้ในมาตรา 71 วรรคสองนี้ เมื่อเทียบกับความเป็นเอกภาพในครอบครัวแล้ว ย่อมมีความด้อยกว่าจึงไม่กระทบกระเทือนต่อคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครอง ส่วนมาตรา 289(1) เป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว ประสงค์คุ้มครองชีวิตมนุษย์ และความกตัญญูทดแทนที่ต่อผู้มีพระคุณ ดังนั้น เมื่อคำนึงถึงความเป็นสายโลหิตเดียวกัน และองค์ประกอบของสถาบันครอบครัวแล้ว บุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง จึงสมควรที่จะได้รับการคุ้มครองแตกต่างจากบุคคลทั่วไปเพราะหากไม่มีการรับบริจาคเชื้อสุจิหรือไข่อย่างใดอย่างหนึ่ง บุคคลทั้งสองก็จะเป็นผู้มีความสัมพันธ์ตามหลักสายโลหิต มีเจตนาแรกเริ่มที่จะมีบุตร และเลี้ยงดูบุตรให้เจริญเติบโตหรือแม้จะมีการรับบริจาค บุคคลทั้งสองก็ยังเป็นผู้ที่มีเจตนาแรกเริ่มที่จะมีบุตร เลี้ยงดูบุตรให้เจริญเติบโต โดยอยู่อาศัยเป็นสถาบันครอบครัวเดียวกัน ซึ่งไม่ควรที่จะคุ้มครองไปถึงผู้บริจาคเชื้อสุจิหรือไข่ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และหากหญิงมีสามีก็ไม่ให้รวมไปถึงสามีของหญิงนั้นด้วย เพราะจะทำให้บทบัญญัติมาตรานี้ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญา และในความเป็นจริงแล้ว บุคคลเหล่านี้ก็ไม่ใช่บุคคลที่มีความสัมพันธ์เป็นสถาบันครอบครัวเดียวกันแต่อย่างใด

2) เมื่อมีการใช้เทคโนโลยีการตั้งครรภ์แทนอย่างแพร่หลาย เพื่อแก้ปัญหาการมีบุตรยาก และเราไม่อาจปฏิเสธได้ว่า อาชญากรรมที่ผู้สืบสันดานจะกระทำต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์

แทนจะไม่เกิดขึ้น หากเกิดขึ้นแล้ว กฎหมายอาญาก็ย่อมที่จะตีความตามถ้อยคำที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งผู้ใช้กฎหมายก็อาจจะตีความคำว่าบุพการีแตกต่างกันไป เพราะกฎหมายอาญายังมิได้บัญญัติให้ชัดเจนและครอบคลุมไปถึงการกำเนิดชีวิตมนุษย์ด้วยวิธีที่ผิดธรรมชาติ และแม้ว่าร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ... จะมีผลบังคับใช้ในอนาคตก็น่าจะทำให้บิดามารดาผู้ว่าจ้าง เป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย และสอดคล้องกับหลักสายโลหิต และเจตนาเริ่มแรกที่จะประสงคจะมีบุตร แต่กฎหมายอาญาก็ไม่อาจจะตีความตามร่างกฎหมายดังกล่าว จะต้องบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนแน่นอน สามารถวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาได้ เพราะกฎหมายอาญาเองก็มีหลักประกันในกฎหมายอาญาที่ชัดเจนว่า ไม่อาจนำเอากฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างอื่นมาใช้ได้ อีกทั้งความมุ่งหมายของกฎหมายอาญามุ่งที่จะคุ้มครองให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่กฎหมายอาญาคควรจะกำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการีให้มีความเหมาะสมครอบคลุมถึง บิดามารดาผู้ว่าจ้างให้มีบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนซึ่งมีสายโลหิตเดียวกัน ไม่ว่าจะมีการประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ... หรือไม่

3) เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับขอบเขตของคำว่าบุพการีในกฎหมายอาญาของต่างประเทศ แม้ว่าจะยังไม่มีประเทศใดบัญญัติครอบคลุมบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน แต่กฎหมายของต่างประเทศก็ได้บัญญัติขอบเขตความรับผิดชอบไว้ครอบคลุมชัดเจนมากกว่าประเทศไทย ซึ่งหากว่าประเทศไทยได้กำหนดขอบเขตความหมายของคำว่าบุพการีไว้ให้ชัดเจน และครอบคลุมถึงบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์ ก็จะทำให้กฎหมายอาญาไม่เกิดปัญหาในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาในอนาคต และรองรับเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีความก้าวหน้ามากขึ้นต่อไป

ดังนั้น ด้วยเหตุผลทั้งสามประการข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญามีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะกำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการีให้ชัดเจน และแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) ไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายต่อไปในอนาคต เพื่อให้กฎหมายอาญามีความชัดเจนแน่นอน ตีความได้อย่างเคร่งครัด สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและหลักคุณธรรมทางกฎหมาย ที่กฎหมายประสงคจะมีคุ้มครองทำให้ขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำความผิดบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว และเพิ่มโทษเฉพาะตัว ผู้กระทำก็จะได้รับการลดโทษ สามารถยอมความกันได้ หรือได้รับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำต่อบุคคลทั่วไป ผู้กระทำจะเล็งเห็นถึงความสำคัญของสถาบันครอบครัว ศีลธรรมอันดี ประเพณีและวัฒนธรรมของคนในสังคมไทย ซึ่งให้ความสำคัญกับความเป็นเอกภาพในครอบครัวรักษาความเป็นปึกแผ่นในครอบครัว จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะบัญญัติให้ครอบคลุมไว้เช่นนี้

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในเรื่องของการกระทำความผิดอาญาต่อบุพการีนั้น เป็นลักษณะความผิด อันอาจกล่าวได้ว่าเป็นอิทธิพลของศาสนา และลัทธิ ของประเทศต่างๆในภูมิภาค จึงทำให้มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากการกระทำความผิดต่อบุคคลทั่วไป เพราะความกตัญญูกตเวทีต่อบุพการี และความเป็นปึกแผ่นในครอบครัวเป็นสิ่งสำคัญในสังคมไทย ซึ่งเป็นวัฒนธรรมประเพณีมาตั้งแต่สมัยโบราณกาล ในความรู้สึกของวิญญูชนทั่วไปเห็นว่าเป็นการกระทำต่อผู้มีพระคุณ และกระทบต่อความสัมพันธ์ในครอบครัว ประกอบกับอิทธิพลทางศาสนา ได้กล่าวถึงความกตัญญูกตเวทีต่อผู้มีพระคุณไว้อย่างชัดเจน ในพระพุทธศาสนา พระพุทธเจ้าได้ทรงแสดงไว้ในพระไตรปิฎก ว่า การรู้คุณและตอบแทนคุณเป็นคุณธรรมพื้นฐานของคนดีกตัญญู คือ รู้คุณท่าน กตเวที คือ ตอบแทนหรือสนองคุณท่านในทางมนุษย์ ท่านว่าพ่อและแม่เป็นบุคคลแรกและบุคคลสูงสุดของลูกทุกคนในด้านพระคุณเพราะพ่อและแม่เป็นผู้ให้ชีวิตเรา ถ้าไม่มีพ่อให้เชื้อ ไม่มีแม่อุ้มท้อง ลูกทุกคนก็ไม่อาจจะเกิดมาในโลกนี้ได้ จึงเป็นภูมิหลังและเป็นที่มาของการบัญญัติกฎหมายมาตั้งแต่โบราณกาล

การกระทำความผิดทางอาญาต่อบุพการี มีทั้งที่เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวตาม มาตรา 289(1) ซึ่งเป็นความผิดที่ประเทศไทยได้บัญญัติไว้มาตั้งแต่กรุงศรีอยุธยา คือ ในกฎหมายตราสามดวง โดยพิจารณาจาก ผลของการกระทำ จิตใจของผู้กระทำ และภัยที่จะเกิดขึ้น ทั้งนี้ทั้งสองมาตราแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับสถาบันครอบครัว ให้ผู้กระทำความผิดคำนึงถึงความเป็นเอกภาพในครอบครัว ความผิดเล็กน้อยบางประการจึงสมควรที่จะลดโทษ ยอมความกันได้ เพราะเมื่อเทียบกับความเป็นเอกภาพในครอบครัวแล้ว ย่อมมีลักษณะที่น้อยกว่า แต่การกระทำความผิดที่ร้ายแรงต่อบุคคลเหล่านี้ ก็จะต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำต่อบุคคลทั่วไปโดยมีโทษถึงประหารชีวิตในความผิดฐานฆ่าบุพการี ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้นและทดแทนการกระทำความผิด และข่มขู่และป้องกันอาชญากรรม แม้ว่าจุดประสงค์เพื่อการแก้แค้นทดแทน และข่มขู่ป้องกันอาชญากรรมจะมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการก็ตาม และในปัจจุบันยึดหลักว่าการลงโทษควรเป็น การมุ่งประสงค์ให้เป็นการปรับปรุงแก้ไขตัวบุคคล เพื่อให้กลับตัวเป็นพลเมืองดีด้วย แต่ในสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน จุดประสงค์ของการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนก็ยังคงจะต้อง

มีอยู่ เพราะความรู้สึกนึกคิดของคนส่วนมากยังต้องการให้อาชญากรได้รับผลร้ายจากการกระทำ ความผิดหนักพอกับความอุกฉกรรจ์ของความผิดที่กระทำลง

อย่างไรก็ตามในประเทศไทย แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาจะบัญญัติความผิดที่กระทำ ต่อบุพการีไว้ แต่ก็มิได้กำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการี ว่ามีความหมายครอบคลุมอย่างไร มีเพียงการตีความหมายโดยคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งเห็นว่า บุพการี คือ บุพการีตามความเป็นจริง ที่มีสายโลหิตเดียวกัน และความเห็นของนักวิชาการ ซึ่งฝ่ายหนึ่งเห็นว่า หมายถึง บุพการีที่ชอบด้วย กฎหมาย ส่วนฝ่ายหนึ่งเห็นว่า หมายถึง บุพการีตามความเป็นจริงด้วย ปัญหาเช่นนี้ ย่อมทำให้ ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีความชัดเจนแน่นอน

เมื่อมีวิวัฒนาการเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้ปัญหาดังกล่าว มีความซับซ้อนขึ้น กล่าวคือ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Reproductive Technology) ในปัจจุบัน ได้เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วและได้ช่วยคู่สมรสซึ่งไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยการให้หญิงอื่น ตั้งครรภ์แทน หรือที่เรียกว่าการอุ้มบุญ มีอยู่ 2 ประเภท คือ การรับตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์ หรือ การอุ้มบุญแท้ (Gestational Surrogacy) และการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่สมบูรณ์หรืออุ้มบุญเทียม (Traditional Surrogacy) โดยการอุ้มบุญแท้จะมีลักษณะใช้ไข่ของหญิงที่ว่างและเชื้ออสุจิของชาย ที่ว่าง วิธีการนี้ทางการแพทย์อนุญาตให้ทำได้ ซึ่งมักจะใช้กับกรณีที่หญิงที่ว่างมดลูกมีปัญหา หรือไม่สามารตั้งครรภ์ได้ แต่รังไข่ยังใช้งานได้ แต่กรณีที่ใช้ไข่ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน จะเรียกว่า อุ้มบุญเทียม เนื่องจากหญิงที่ว่างไม่สามารถใช้ไข่ของตัวเองได้เลย ต้องอาศัยไข่ของหญิงที่ ตั้งครรภ์แทน ดังนี้ จึงทำให้เกิดความซับซ้อนในสถานะของบิดามารดามากขึ้น เกิดปัญหาในทาง กฎหมายครอบครัว่า หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ประเด็นนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นในกรณีพิพาทเรื่องหนึ่ง ซึ่งใช้วิธีการอุ้มบุญแท้ว่าหญิงที่ ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นผู้ให้กำเนิดทารก โดยเป็นไปตามหลัก ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปัจจุบันการตั้งครรภ์แทน หรือการอุ้มบุญ นั้น เป็นไปตามประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และประกาศแพทยสภาที่ 21/2545 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องกระทำภายใต้หลักเกณฑ์ คือ ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะ ต้องการทำสำเนาชีวิต กรณีคู่สมรสต้องการมีบุตรโดยให้ภรรยาเป็นผู้ตั้งครรภ์ กระทำโดยใช้เซลล์ สืบพันธุ์จาก ผู้บริจาคเพื่อการปฏิสนธิไม่ว่าจะทำภายในหรือภายนอกร่างกายหรือรับบริจาคตัวอ่อน เพื่อการตั้งครรภ์ และกรณีคู่สมรสต้องการมีบุตร โดยให้ผู้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาตั้งครรภ์แทน (อุ้มบุญ) จะกระทำได้เฉพาะในกรณีที่ใช้ตัวอ่อนมาจากเซลล์สืบพันธุ์ (ไข่และอสุจิ) ของคู่สมรส

เท่านั้น โดยมีเงื่อนไขคือไม่มีค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ที่ทำให้เข้าใจว่าเป็นการซื้อขาย ไม่มีค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทน ที่อาจทำให้เข้าใจว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของคู่สมรสและการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูก ให้กระทำได้ตามความจำเป็นและสมควร แต่ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ

แต่ประกาศแพทยสภาฯ ดังกล่าวไม่ได้กำหนดสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ได้มุ่งเน้นควบคุมการกระทำในเชิงธุรกิจมากนัก ต่อมาจึงได้มีการเสนอ “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ...” ซึ่งมีเนื้อหาที่ครอบคลุมมากขึ้น โดยกำหนดให้สามีภรรยาที่จ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากว่าสามีภรรยาที่จ้างถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด หญิงที่ตั้งครรภ์แทนสามารถเป็นผู้ปกครองเด็กไปก่อนได้ นอกจากนี้ยังห้ามมิให้มีการรับจ้างตั้งครรภ์แทนในเชิงธุรกิจ หากผู้ใดฝ่าฝืนมีโทษจำคุกและโทษปรับ แต่อย่างไรก็ตามร่างกฎหมายนี้ยังไม่สามารถใช้อย่างบังคับได้ และในปัจจุบันยังมีความเห็นที่ได้แย้งอยู่ว่าร่างกฎหมายนี้ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หลายประการ

กฎหมายเหล่านี้ จุดประสงค์หลักได้บัญญัติมาเพื่อแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์แทน และแก้ไขปัญหาสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยให้มีสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาของการตีความคำว่า บุพการีตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๗๑ ยังคงเป็นปัญหาอยู่ และมีความซับซ้อนเพิ่มเติม หากเป็นการกระทำความผิดทางอาญาต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากว่ากฎหมายอาญาบัญญัติมาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม จะต้องมีลักษณะชัดเจนแน่นอน ไม่อาจนำเอาจารีตประเพณี หลักกฎหมายทั่วไป กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง มาใช้บังคับได้ และในการตีความกฎหมายอาญานั้น ก็จะต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อประสงค์ที่จะเข้าใจความหมายของคำว่าบุพการีในประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๗๑ วรรคสอง และมาตรา ๒๘๙(๑) ก็ควรที่จะพิจารณาจากประวัติความเป็นมา และความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย สำหรับบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้ เป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งให้ความสำคัญกับสถาบันครอบครัว คำนึงถึงความเป็นปึกแผ่นในครอบครัว และสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองที่เรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งในความผิดฐานฆ่าบุพการีนั้น คุ้มครองชีวิตมนุษย์และความกตัญญูต่อผู้มีพระคุณ

แม้ว่าความผิดที่ผู้สืบสันดานกระทำความผิดต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หากมี จะไม่เคยปรากฏเป็นกรณีตัวอย่างมาก่อน และยังไม่มีประเทศใดที่บัญญัติกฎหมายครอบคลุม

ถึงกรณีเหล่านี้ แต่การกำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการี ในต่างประเทศ มีความชัดเจนมากกว่าในประเทศไทย นอกจากนี้การกำหนดสถานการณ์เป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายกรณีที่มีการตั้งครรภ์แทน ก็เป็นปัญหาที่พบในหลายประเทศทั่วโลกเช่นกัน ซึ่งแต่ละประเทศ ก็มีหลักการในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายแตกต่างกัน ทั้งที่ปรากฏในกฎหมายและคำพิพากษา

ประเทศฟิลิปปินส์ การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินของบุพการี ในความผิดฐานลักทรัพย์ นอโง และทำให้เสียทรัพย์ เป็นเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบให้กับผู้กระทำ ซึ่งผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในทางแพ่งเท่านั้น โดยกฎหมายอาญาฟิลิปปินส์ กำหนดขอบเขตของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำไว้ชัดเจน ว่าหมายถึงการกระทำต่อ ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปและลงมา และญาติที่มีความสัมพันธ์ทางการแต่งงานกับบุคคลที่มีสายโลหิตเดียวกัน และนอกจากนี้ยังบัญญัติให้การกระทำต่อคู่สมรสที่ย่ำร้างไปแล้ว และพี่น้องตามสายโลหิต พี่น้องที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาศัยอยู่ด้วยกันเป็นเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบด้วย การกำหนดบทบัญญัติเช่นนี้จึงมีลักษณะที่ชัดเจน และขอบเขตกว้างกว่าประเทศไทย

การฆ่าบุพการีที่เป็นเหตุเพิ่มโทษปรากฏอยู่ในหลายประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส บุคคลที่ฆ่าบิดา มารดา โดยชอบด้วยกฎหมาย บิดามารดาที่รับบุตรบุญธรรม บิดามารดาตามธรรมชาติ หรือบุพการีเหนือขึ้นไปที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนบุตรที่เกิดจากชู้ (Adultering) หรือเกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างญาติสนิท ต้องมีการพิสูจน์ตามกฎหมายแล้ว นอกจากนี้เมื่อพิจารณาประเทศในทวีปเอเชีย ก็พบว่าการบัญญัติความผิดในกรณีที่บุคคลกระทำความผิดต่อชีวิตของผู้มีพระคุณไว้เช่นกัน เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ และประเทศเวียดนาม โดยประเทศฟิลิปปินส์ กำหนดให้บุคคลที่ ฆ่าบิดา มารดา หรือบุตรทั้งที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งบรรพบุรุษที่เหนือขึ้นไปและสืบลงมา ส่วนประเทศเวียดนาม บุคคลใดที่ฆ่าปู่ ย่า ตา ยาย บิดา มารดา รวมไปถึง ผู้ที่เลี้ยงดู และครู ต้องรับโทษหนักกว่าการฆ่าบุคคลธรรมดา เห็นได้ว่าเป็นการบัญญัติขอบเขตความรับผิดชอบต่อชีวิต กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีได้ครอบคลุมมากกว่าประเทศไทย แต่ก็ได้มีการบัญญัติถึงบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทนไว้

เมื่อกล่าวถึงการกำหนดสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายกรณีที่มีการตั้งครรภ์แทน ในประเทศฝรั่งเศสอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งเห็นว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่สหรัฐอเมริกา มีกรณีศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดสถานะของบิดามารดาที่ตั้งครรภ์แทน เนื่องจากสหรัฐอเมริกามีกฎหมายแม่แบบ กล่าวคือ หากคู่สมรสได้รับการพิจารณาจากศาลอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน คู่สมรสก็จะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามในแต่ละมรัฐอาจมีแนวทางการตัดสินใจพิพาทที่แตกต่างกันไป ซึ่งก็เป็นผลในการสร้าง

หลักกฎหมายหรือ Common Law ไว้แตกต่างกันด้วย เช่น ศาลมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ได้วินิจฉัยให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายโดยอาศัยหลักทางชีวภาพและการตั้งครรภ์ ศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนีย พิพากษาว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการจัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และตัดสินให้บุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาผู้ว่าจ้าง คำพิพากษานี้จึงถือเป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดีอื่นๆ ด้วยเป็นต้น

เมื่อพิจารณาจากหลักประกันในกฎหมายอาญา การตีความกฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด และจะต้องมีความชัดเจนแน่นอน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประมวลกฎหมายอาญาจะต้องกำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการีให้มีความชัดเจน คำนี้ถึงหลักสายโลหิต (Jus sanguinis) ความเป็นเอกภาพของครอบครัว และสอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์คุ้มครอง โดยให้ครอบคลุมถึงบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายอีกต่อไป

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการวิเคราะห์ปัญหา ผู้วิจัยเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา โดยอาศัยเจตนารมณ์ของกฎหมาย และคุณธรรมทางกฎหมาย เป็นพื้นฐานในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ให้มีความชัดเจนแน่นอน เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม สอดคล้องกับสิ่งที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) ประสงค์คุ้มครอง ไม่ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ผู้บริจาคเชื้อสุจิหรือไข่ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนหากมี เพื่อให้กฎหมายอาญามีความชัดเจนแน่นอนมากขึ้น ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 โดยบัญญัตินิยามศัพท์ของคำว่าบุพการีไว้ ดังนี้

ความหมายในบทนิยามศัพท์ ตามมาตรา 1 “บุพการี หมายความว่า บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย บิดามารดาตามสายโลหิต ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป อันได้แก่ ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด ทั้งนี้มิให้รวมถึงผู้บริจาคเชื้อสุจิหรือไข่ให้คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหญิงที่ตั้งครรภ์แทน และถ้าหากหญิงนั้นมีสามีก็มีให้รวมถึงชายผู้เป็นสามีของหญิงนั้นด้วย”

เมื่อพิจารณาข้อเสนอแนะดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นความหมายที่ครอบคลุมบุพการีฝ่ายคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ซึ่งมีสายโลหิตเดียวกันกับบุตรที่คลอดออกมาจากการตั้งครรภ์แทน มีลักษณะทางพันธุกรรมเดียวกัน หากไม่มีการรับบริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ หรือแม้จะมีการรับบริจาค บุคคลทั้งสองก็เป็นผู้ที่มีเจตนาแรกเริ่มที่จะมีบุตร และเป็นบุคคลที่อยู่อาศัยเป็นสถาบันครอบครัวเดียวกัน โดยมีให้รวมถึงผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนหากมีด้วย แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 จะถือว่ามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน คือ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และมาตรา 1536 หากหญิงมีสามี สามีของหญิงนั้นก็จะได้รับการสันนิษฐานให้เป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากในทางความเป็นจริงแล้ว บุคคลเหล่านี้ไม่มีความสัมพันธ์เป็นสถาบันครอบครัวเดียวกันกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน แต่จะเห็นได้ว่ากฎหมายแพ่งมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองสิทธิเด็ก ให้เด็กมีบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงคำนึงถึงสายสัมพันธ์ระหว่างทารกและผู้ให้กำเนิด ในขณะที่กฎหมายอาญามีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อย โดยบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อลงโทษบุคคล กฎหมายอาญาจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอน ไม่อาจที่จะเทียบเคียงกับกฎหมายที่ใกล้เคียงกัน หรืออาศัยจารีตประเพณี หลักกฎหมายทั่วไปเหมือนดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ อีกทั้ง เจตนารมณ์ของกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง มุ่งส่งเสริมความเป็นเอกภาพในครอบครัว จึงให้ยกเว้นโทษเฉพาะตัวผู้กระทำ ทำให้ผู้กระทำได้รับการลดโทษ และสามารถยอมความกันได้ เป็นเหตุผลที่เกี่ยวกับการรักษาความเป็นปึกแผ่นของสถาบันครอบครัว และความผิดที่กำหนดไว้ในมาตรา 71 วรรคสองนี้ เมื่อเทียบกับความเป็นเอกภาพในครอบครัวแล้ว ย่อมมีความน้อยกว่า จึงไม่กระทบกระเทือนต่อคุณธรรมทางกฎหมาย หากผู้กระทำจะได้รับการลดโทษ และยอมความกัน ส่วนในความผิดฐานฆ่าบุพการี กฎหมายมุ่งคุ้มครองชีวิตมนุษย์ และความกตัญญูต่อผู้มีพระคุณ การกำหนดความหมายของบุพการีในกฎหมายอาญา จึงต้องคำนึงถึงสิ่งเหล่านี้ประกอบ ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นบุตรมีความระลึกถึงศีลธรรมอันดี และให้ความสำคัญกับบิดามารดาที่อยู่ร่วมเป็นสถาบันครอบครัวเดียวกัน นอกจากนี้ เหตุผลพิเศษที่มาจากอิทธิพลของศาสนา และขนบธรรมเนียมประเพณี การกระทำความผิดเพียงเล็กน้อยต่อบุคคลในครอบครัว อำนาจอรัฐก็ไม่อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวได้ ในขณะที่หากเป็นการกระทำความผิดที่ร้ายแรงถึงแก่ชีวิต ก็เป็นสิ่งที่ผิดบาป และเป็นอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงอย่างยิ่งในสายตาประชาชนทั่วไป ดังนั้น จึงควรกำหนดให้การกระทำต่อบิดามารดาผู้ว่าจ้างเป็นบุพการีในประมวลกฎหมายอาญา เพื่อให้ขอบเขตของคำว่าบุพการีในประมวลกฎหมายอาญาเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

นอกจากนี้ ปัญหาของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทย คือ ไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับกับการตั้งครรภ์แทนอย่างชัดเจน จึงทำให้ไม่อาจควบคุมและบังคับให้ การตั้งครรภ์เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และทำให้เกิดปัญหาในการกำหนดสถานะของบิดา มารดาที่ชอบด้วยกฎหมายดังที่เกิดเป็นกรณีพิพาทมาแล้ว แม้ว่าจะมีประกาศแพทยสภาบังคับใช้ใน เรื่องนี้ แต่ก็ยังมีหลักเกณฑ์เฉพาะในส่วนของวิธีการรับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น เมื่อมีการเสนอ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... จึงได้มีการเพิ่มเติมในส่วนของการกำหนดสถานะ และกำหนดวิธีการตั้งครรภ์แทนให้มีความชัดเจนขึ้น แต่ยังไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ในปัจจุบัน ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะในส่วนนี้ ดังนี้

2. เห็นควรกำหนดให้มีหลักเกณฑ์ในการตั้งครรภ์แทน กล่าวคือ

2.1 กำหนดให้การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว เท่านั้นและจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามี

เนื่องด้วยเหตุผลว่าการตั้งครรภ์ตลอดอายุครรภ์นั้น จะต้องอาศัยประสบการณ์ ในการดูแลครรภ์ ดูแลตนเอง และมีความอดทนอย่างสูง จึงอาจเกิดปัญหากับหญิงที่ไม่เคยตั้งครรภ์ มาก่อน และหญิงที่มีสามี แต่ไม่สามารถใช้ชีวิตคู่ตามปกติกับสามีของตนได้

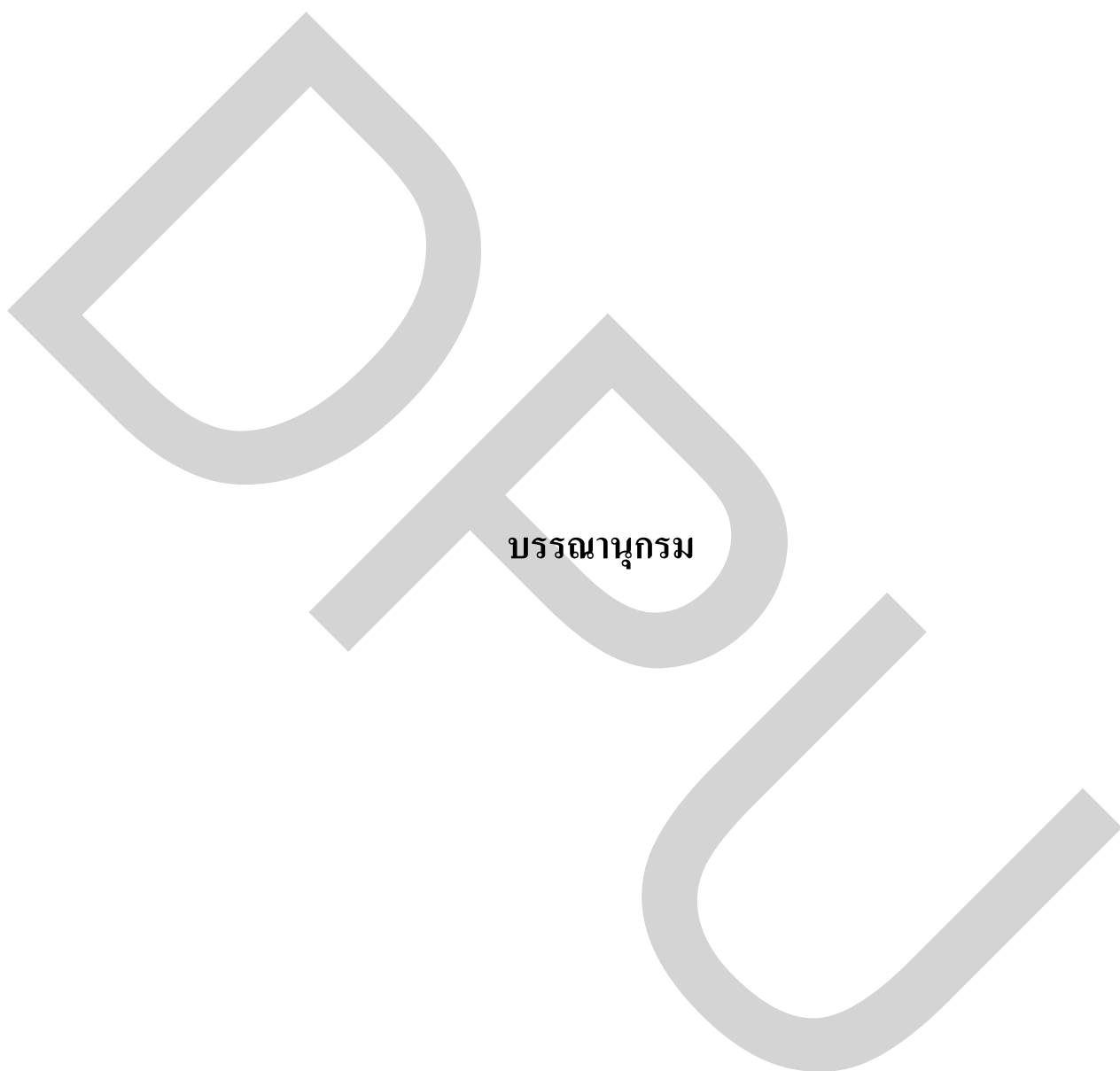
2.2 การกำหนดเงื่อนไขและวิธีการดำเนินการตั้งครรภ์แทน

การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะ ให้มีการตั้งครรภ์แทน ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

การกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์ หรือการอุ้มบุญแท้ (Gestational Surrogacy) ซึ่งผู้วิจัยเห็นสมควรอย่างยิ่งกับการกำหนดเงื่อนไขนี้ เพราะหากไม่มีการบัญญัติไว้ อาจมีการใช้วิธีการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่สมบูรณ์ หรือ อุ้มบุญเทียม (Traditional Surrogacy) กล่าวคือ ใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับน้ำเชื้อของสามี ผู้ว่าจ้างที่ประสงค์มีบุตร ทำให้อาจเกิดปัญหาในอนาคตมากขึ้น และการกำหนดสถานะของมารดา ที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายอาญาก็จะมีความซับซ้อน เนื่องจาก เด็กจะมีลักษณะทางพันธุกรรมที่ตรงกับสามีเจ้าของเชื้ออสุจิผู้ประสงค์จะมีบุตร และหญิงที่ตั้งครรภ์ แทนซึ่งเป็นเจ้าของไข่ แต่ไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ กับภรรยาผู้ประสงค์จะมีบุตรเลย ลักษณะแบบนี้ อาจทำให้เกิดปัญหาความสัมพันธ์ในครอบครัว ปัญหาหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่คืนเด็กให้กับสามี ภรรยาผู้ว่าจ้างเนื่องจากความผูกพันทั้งที่ตั้งครรภ์มาและมีสายเลือดเดียวกับตนส่วนหนึ่งด้วย นอกจากนี้ยังอาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับศีลธรรมอันดีได้

2.3 กำหนดให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร ได้เป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากคู่สมรสที่มีเจตนาเริ่มแรก

ที่ประสงค์จะมีบุตรย่อมเป็นบุคคลที่จะเลี้ยงดูเด็ก และเป็นสถาบันครอบครัวเดียวกันกับเด็กต่อไป มิเช่นนั้นแล้ว อาจทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทน เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งที่ไม่มีสายโลหิตเดียวกัน และไม่ได้เลี้ยงดูหรืออยู่อาศัยกับเด็ก นอกจากนี้หากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีสามี สามีของหญิงก็จะบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ซึ่งในทางความเป็นจริง ไม่มีความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับเด็กเลย



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กมลวรรณ จิรวิศิษฐ์, และคณะ. (ม.ป.ป.). *มาตรการส่งเสริมการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ*. (รายงานผลการวิจัย).

กุลพล พลวัน. (2556). การผสมเทียมและการอุ้มบุญกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. *บทบัญญัติ*. 69(1), 7-8.

กุลภา วจนสาระ. (2554). *ภาพและชีวิตครอบครัวในสังคมไทย*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *กฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่10). กรุงเทพฯ: พลสยามพริ้นติ้ง

ไกรฤกษ์ เกษมสันต์,ม.ล.. (2555). *รวมคำบรรยายเนติสมัยที่ 65*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

ขวัญธิดา สุวรรณบัตร. (2545). เหตุผลกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา : ศึกษาเปรียบเทียบ กับกฎหมายต่างประเทศ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

คณะ กก.เด็กฯ เปิดรับจดแจ้งลงทะเบียน “แม่อุ้มบุญ”. (2557). สืบค้น 28 สิงหาคม 2557,จาก http://www.mcot.net/site/content?id=53fc4e8fbc0470afb68b456b#.VCi0_GlaySM.

คสช. เห็นชอบร่างกม.อุ้มบุญ พร้อมเสนอ สนช.พิจารณา. (2557). สืบค้น 28 สิงหาคม 2557, จาก www.manager.co.th/politics/ViewNews.aspx?NewsID=9570000092214

คณิต ฌ นกร. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (2556). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

จักรกฤษณ์ ควรรพจน์, และคณะ. (2548). *การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน* (รายงานผลการวิจัย). ม.ป.ท.

จารุณี ฐานรตาภรณ์. (2553). อิทธิพลของพระพุทธศาสนาต่อระบบกฎหมายไทย. *วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์*. 4(3), 3.

จิตติ ดิงศภักย์. (2546). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่10). กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

- ชมพวรรณ รัตนกร. (2545). *การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ชาญณรงค์ วงศ์วิชย์. (2553). *กฎหมายอุ้มบุญทางแพ่งที่ต้องเลือกเดิน*. สืบค้น 13 กุมภาพันธ์ 2557,
จาก <http://www.thaingo.org/writer/view.php?id=422> .
- ฐานันท์ วรรณโกวิท, และชินวัฒน์ สุภณิตย์. (2556). ระบบศาลและวิชาชีพทางกฎหมายใน
ประเทศฝรั่งเศส. *ข่าวเนติบัณฑิตยสภา*. 285(26), 15.
- ณัฐวิวรรณ อภิสัทธิโยธิน. (2543). *การตั้งครรภ์แทน ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก*
(วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2556). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ* (พิมพ์ครั้งที่10).
กรุงเทพฯ:วิญญูชน.
- ธรรมรักษา. (ม.ป.ป.). *เลี้ยงลูกถูกธรรม*. สืบค้น 13 กุมภาพันธ์ 2557, จาก <http://www.dhammadjak.net/book-dhammaraksa/-13.html>.
- ธานี วรภัทร์. (2553). *หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- ธัญญลักษณ์ เบ็ญจะมโน เตชะวุฒิพันธุ์. (2555). การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์: ศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายและคำพิพากษาของ
ประเทศสหรัฐอเมริกา. *วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม*. 4(1), 144-146.
- นฤมล อังคณาภิวัฒน์. (2537). *เหตุนรโทษ : ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการใช้ในศาลไทยกับ
ศาลต่างประเทศ* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นัทธี จิตสว่าง. (ม.ป.ป.). *วัตถุประสงค์ในการลงโทษ*. สืบค้น 20 สิงหาคม 2557, จาก <http://www.gotoknow.org/posts/454719>.
- นัยนา นามเข็ม. (2554). *ศึกษาวิเคราะห์การบำรุงบิดามารดาตามแนวคิดทางพระพุทธศาสนา
เถรวาท* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย.
- นุกูล สันยัติเสรี. (2555). การพิจารณากฎหมายว่าด้วยคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือการตั้งครรภ์แทน (กฎหมายอุ้มบุญ). *รัฐสภาสาร*.
60(4), 77-82.
- ปกรณ มณีปกรณ์. (2553). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่2). กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนวิไลเทรด.
- ประธาน วัฒนาวณิชย์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา*. กรุงเทพฯ:ประกายพริก.
- ประสพสุข บุญเดช. (2531). *มารดารับจ้างตั้งครรภ์*. *สุลพาท*. 35(1), 16.
- _____. (2538). การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์. *บทบัณฑิตย*. 51(4), 185-198.

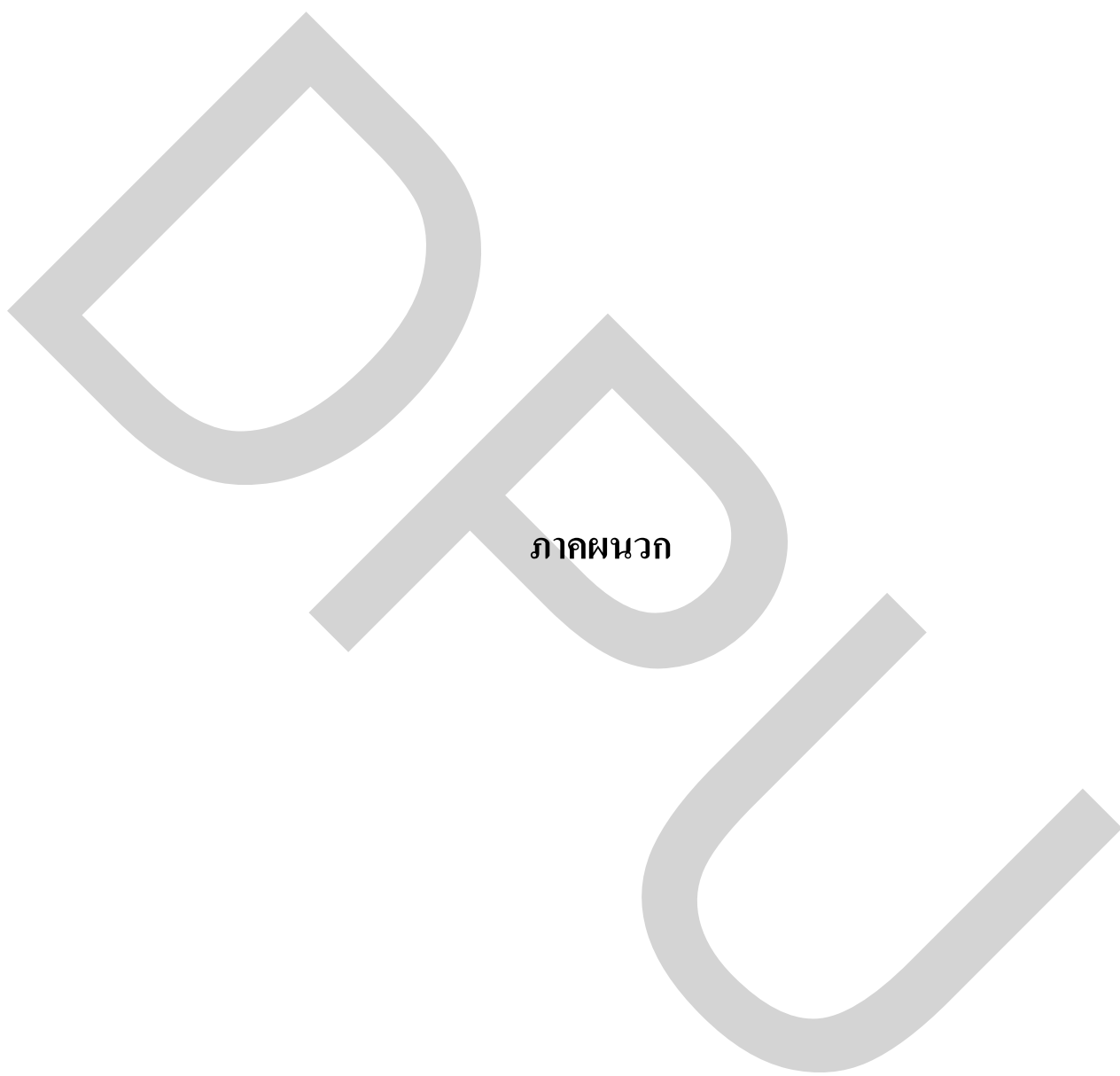
- ปรีดี เกษมทรัพย์, จิตติ ดิงศภัทัย, และคณิต ณ นคร. (2527). การตีความกฎหมายอาญา. *วารสารนิติศาสตร์*. 14(4), 43.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). *กฎหมายแพ่ง:หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่5). กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ประชัย เปี่ยมสมบูรณ์. (2531). *อาชญาวิทยา:สหวิทยาการว่าด้วยปัญหาอาชญากรรม*. กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ผจงจิตต์ อธิคมนันทะ. (2525). *สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ*. กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- พรธิดา เอี่ยมศิลา. (2549). *ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดเพื่อประกอบการดำเนินคดีอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- พัฒนา ศิลปะอนันต์. (2554). *การตั้งครรภ์แทน โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์: กรณีศึกษาตามกฎหมายต่างประเทศ และศึกษากฎหมายไทย* (รายงานการอบรมหลักสูตรผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น). กรุงเทพฯ:วิทยาลัยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม.
- เพลินดา ดันรังสรรค์. (2554). *สรุปการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง แนวทางการจัดแบ่งกลุ่มความผิดและโทษในประมวลกฎหมายอาญาไทย*. *จุลนิติ*. 10(4), 70.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. (2537). *บันทึกท้ายฎีกาเกี่ยวกับบุพการี ผู้สืบสันดานและบุตรบุญธรรม*. *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช*, 6-8.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. (2556). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว*. (พิมพ์ครั้งที่8). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ภาสพงษ์ เรณูมาศ. (2549). *มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- มงคล เตชะกำพูน. (2543). *เทคโนโลยีการย้ายฝากตัวอ่อนเพื่อการปรับปรุงพันธุ์ในปศุสัตว์*. กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ราชบัณฑิตยสถาน. (ม.ป.ป.). *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน*. สืบค้น 10 สิงหาคม 2557, จาก <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp>.
- วรรณรวิ ชันทอง. (2557). *การตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) และการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน*. *วารสารศาลยุติธรรม*. 7(4), 39.

- วิชา มหาคุณ. (2537). จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผ่นใหม่. *วารสารกฎหมาย*. 15(1), 20.
- วิสาร พันธนะ. (2528). เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 1 : ภาคบทบัญญัติทั่วไป หน่วยที่ 1-7. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา.
- สหทยา สุนทรเกตุ. (2539). ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สมพร พรหมหิตธร, และศรีนิตา พรหมหิตธร. (2543). *เชิงปฏิบัติ คดีความผิดต่อชีวิตและร่างกาย*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- สองแสน คำจ้างอุ้มบุญ ร้างกฎหมายไล่หลัง. (ม.ป.ป.). สืบค้น 13 กุมภาพันธ์ 2557, จาก http://women.sanook.com/mombaby/pregnancy/pregnancy_41956php
- สุปิ่น พูลพัฒน์. (ม.ป.ป.). คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 ความผิด-สูญโทษ. กรุงเทพฯ: โฉมิตการพิมพ์.
- เสรี ชีรพงษ์. (2551). *อุ้มบุญ*. สืบค้น 15 กรกฎาคม 2557, จาก <http://drseri.com>.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส, และคาราพร ธีระวัฒน์. (2548). ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมาย และจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์. *ศุลพาห*. 52(2), 122.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่5)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2554). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (พิมพ์ครั้งที่10)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2543). *กฎหมายอาญาเรียนด้วยตนเอง (พิมพ์ครั้งที่2)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2548). *กฎหมายอาญาภาค2-3 (พิมพ์ครั้งที่10)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2548). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พิมพ์ครั้งที่6)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2554). *กฎหมายอาญาภาค1 (พิมพ์ครั้งที่21)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อุทัย อาภิเวช. (2554). *รวมบทความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: วิ.จ.พรินต์ติ้ง
- อัจฉริยา ชูตินันท์. (2556). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- _____. (2557). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (พิมพ์ครั้งที่2)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ภาษาต่างประเทศ

- Archer, C. (2002). *Scrambled Eggs: Defining Parenthood and Inheritance Rights of Children Born of Reproductive Technology*. Chicago : Loyola.

- Eberhard, S. (1970). *Strafrecht : Allgemeiner Teil*. Tübingen : Auflage.
- Hans, J. (1975). *Systematischer Kommentar Zum Strafgesetzbuch : Band I, Allgemeiner Teil*. Berlin : Auflage.
- Hans, W. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. Berlin : Auflage.
- Harro, O. (2004). *Grundkurs Strafrecht : Allgemeine Strafrechtslehre*. Berlin : Auflage.
- Kerian, C. (1997). *Surrogacy: A Last Resort Alternative for Infertile Women or a Commodification of Women's Bodies and Children?*. Madison : Wisconsin.
- McHale, J, Fox, M, and Murphy, J. (1997). *Health Care Law: Text and Materials*, Sweet & Maxwell. Tennessee : Vanderbilt.
- Nicholls, M. (2013). *Legal Problems With International Surrogacy Arrangements*. Retrieved May 1, 2014 , from www.rtc.org.au/events/docs/Michael%20Nicholls%20presentation%20Probs%20with%20Int%20Surrogacy%20Arrangements.pdf .



ร่าง

พระราชบัญญัติ

คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

พ.ศ.

โดยที่เป็นการสมควรมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 43 และมาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.”

มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวัน นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“อสุจิ” หมายความว่า เซลล์สืบพันธุ์ของเพศชาย

“ไข่” หมายความว่า เซลล์สืบพันธุ์ของเพศหญิง

“เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” หมายความว่า กรรมวิธีใด ๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำอสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ รวมทั้งการผสมเทียม

“การผสมเทียม” หมายความว่า การนำอสุจิเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง เพื่อให้หญิงนั้นตั้งครรภ์ โดยไม่มีการร่วมประเวณี

“การตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

“ตัวอ่อน” หมายความว่า อสุจิและไข่ของมนุษย์ซึ่งรวมกันจนเกิดการปฏิสนธิไปจนถึงแปดสัปดาห์

“ทารก” หมายความว่า ตัวอ่อนของมนุษย์ที่มีอายุเกินกว่าแปดสัปดาห์ ไม่ว่าจะอยู่ในหรือนอกมดลูกของมนุษย์

“ขาย” หมายความว่า จำหน่าย จ่าย แจก แลกเปลี่ยน หรือให้ เพื่อประโยชน์ในการค้าหรือประโยชน์อื่นใดที่มิควรได้สำหรับตนเองหรือผู้อื่น และหมายความรวมถึงการเสนอขายด้วย

“คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

“รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 4 ให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเยาวชนและครอบครัวตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามพระราชบัญญัตินี้ เฉพาะคดีที่เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของผู้ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้

ในกรณีมีปัญหาว่าคดีใดจะอยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวหรือศาลยุติธรรมอื่นให้เสนอปัญหาดังกล่าวให้ประธานศาลฎีกาเป็นผู้วินิจฉัย คำวินิจฉัยของประธานศาลฎีกาให้เป็นที่สุด

มาตรา 5 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

หมวด 1

คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

มาตรา 6 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” หรือเรียกโดยย่อว่า “กคพ.” ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงสาธารณสุข เป็นประธานกรรมการ นายกแพทยสภา เป็นรองประธานกรรมการ ผู้แทนกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ผู้แทนกรมอนามัย ผู้แทนคณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติ ประธานราชวิทยาลัยกุมารแพทย์แห่งประเทศไทย ประธานราชวิทยาลัย

จิตแพทย์แห่งประเทศไทย ประธานราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย เป็นกรรมการ โดยตำแหน่ง และผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนห้าคนซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขแต่งตั้งจากผู้ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ในด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์สองคน ด้านเวชพันธุศาสตร์หนึ่งคน ด้านกฎหมายหนึ่งคน และด้านสิทธิเด็กหนึ่งคน เป็นกรรมการให้อธิบดีกรมสนับสนุนบริการสุขภาพเป็นกรรมการและเลขานุการ และให้อธิบดีกรมสนับสนุนบริการสุขภาพแต่งตั้งข้าราชการของกรมสนับสนุนบริการสุขภาพจำนวนไม่เกินสองคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

มาตรา 7 ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการกำหนดนโยบายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
- (2) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการพัฒนาหรือแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
- (3) ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตเกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยตามมาตรา 32
- (4) พิจารณาอนุญาตเกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยตามมาตรา 32
- (5) ให้ความเห็นชอบต่อแพทยสภาในการออกประกาศเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ประกาศของแพทยสภาให้ใช้บังคับได้เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษา
- (6) ควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลให้การให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้
- (7) ส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาวิจัยทางจริยธรรม กฎหมาย หรือวัฒนธรรมที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

(8) จัดทำรายงานผลการดำเนินงานเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เสนอต่อรัฐมนตรีอย่างน้อยปีละครั้ง

(9) ปฏิบัติการอื่นตามที่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

มาตรา 8 กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสี่ปี

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระอาจได้รับแต่งตั้งอีกได้

มาตรา 9 นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

(1) ตาย

(2) ลาออก

(3) เป็นบุคคลล้มละลาย

(4) เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

(5) ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(6) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขให้ออกเนื่องจากมีความประพฤติไม่เหมาะสมตามข้อเสนอของคณะกรรมการ ทั้งนี้ มติของคณะกรรมการที่ให้ออกต้องไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดที่มีอยู่

มาตรา 10 ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขแต่งตั้งผู้ซึ่งมีคุณสมบัติเช่นเดียวกันดำรงตำแหน่งแทน และให้ผู้ได้รับแต่งตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างนั้นอยู่ในตำแหน่งเท่ากับวาระที่เหลืออยู่ของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้แต่งตั้งไว้แล้ว

ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ ให้คณะกรรมการประกอบด้วยกรรมการทั้งหมดที่มีอยู่จนกว่าจะมีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามความในวรรคหนึ่ง

มาตรา 11 ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิดำรงตำแหน่งครบวาระ หากยังมีได้มีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิใหม่ ให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระนั้นอยู่ในตำแหน่งเพื่อดำเนินงานต่อไปจนกว่ากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับแต่งตั้งใหม่เข้ารับหน้าที่

มาตรา 12 การประชุมคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุม

ในการประชุมคณะกรรมการ ให้ประธานกรรมการเป็นประธานในที่ประชุม ถ้าประธานกรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้รองประธานกรรมการเป็นประธานในที่ประชุม ถ้ารองประธานกรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้ที่ประชุมเลือกกรรมการคนหนึ่งเป็นประธานในที่ประชุม สำหรับการประชุมในคราวนั้น

การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมถ้ามิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

มาตรา 13 คณะกรรมการจะแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณาและเสนอความเห็นในเรื่องหนึ่งเรื่องใดหรือปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่คณะกรรมการมอบหมายก็ได้

การประชุมคณะอนุกรรมการให้นำมาตรา 13 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 14 ให้กองการประกอบโรคศิลปะ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ ทำหน้าที่สนับสนุนการดำเนินงานของคณะกรรมการ โดยให้มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) ปฏิบัติงานธุรการทั่วไปของคณะกรรมการ
- (2) ประสานงานและร่วมมือกับส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้องในการดำเนินงานเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ
- (3) ดำเนินการจัดทำทะเบียนหน่วยงานหรือองค์กรที่ดำเนินงานเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และทะเบียนผู้ขอรับบริการ

- (4) ดำเนินการรวบรวมข้อมูลและผลการวิจัยและวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินงานเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
- (5) ปฏิบัติการอื่นตามที่คณะกรรมการมอบหมาย

หมวด 2

การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

มาตรา 15 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องมีคุณสมบัติและต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามที่แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด

มาตรา 16 ก่อนให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องจัดให้มีการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการและของผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการ รวมทั้งการป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด

มาตรา 17 การสร้าง เก็บรักษา ใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือทำให้สิ้นสภาพการเป็นตัวอ่อน ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด แต่จะกำหนดให้เก็บรักษา หรือใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่าสิบสี่วันนับแต่วันปฏิสนธิไม่ได้ ทั้งนี้ อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน

มาตรา 18 ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อนที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ

การตรวจวินิจฉัยตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด

มาตรา 19 ภายใต้บังคับมาตรา 15 และมาตรา 16 การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด

มาตรา 20 การผสมเทียมโดยเชื้อสุจิของผู้บริจาคต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียม

การให้ความยินยอมตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด

หมวด 3 การตั้งครรภ์แทน

มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีความพร้อมทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจที่จะเป็นบิดามารดาของเด็ก

(2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีใบอนุญาตหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1) และ

(3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีจะต้องได้รับความยินยอมจากสามีด้วย

แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการอาจประกาศกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร

มาตรา 22 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้สองวิธี ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย
ที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

(2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย
ที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับ
ตั้งครรภ์แทน

มาตรา 23 ห้ามดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า

มาตรา 24 ให้แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด
หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์
แทนในขณะตั้งครรภ์ การคลอดและหลังคลอด

มาตรา 25 ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้า โดยเรียก รับ หรือยอมจะ
รับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการ
การรับตั้งครรภ์แทน

มาตรา 26 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือโฆษณาให้แพร่หลายด้วยประการใด ๆ ว่ามีหญิงที่
ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน
ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม

หมวด 4

ความเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

มาตรา 27 เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่
ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ให้เด็ก
นั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามี
หรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์ หรือ
ผู้บริจาคตัวอ่อน และเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่
ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก

มาตรา 28 ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ

มาตรา 29 ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้บังคับโดยอนุโลมเพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้

หมวด 5

การควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

มาตรา 30 ห้ามมิให้ผู้ใดซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมทั้งรับฝาก รับบริจาค ใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน หรือทำให้สิ้นสภาพการเป็นตัวอ่อน

มาตรา 31 ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในการกิจการใด ๆ เว้นแต่เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

มาตรา 32 ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่ประสงค์จะใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

การศึกษาวิจัยตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่าสิบสี่วันนับแต่วันปฏิสนธิจะกระทำมิได้ ทั้งนี้ อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน

มาตรา 33 ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการใด ๆ เพื่อมุ่งหมายให้เกิดมนุษย์โดยวิธีการอื่นนอกจากการปฏิสนธิระหว่างอสุจิกับไข่

มาตรา 34 ห้ามมิให้ผู้ใดนำอสุจิ ไข่ ตัวอ่อน หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของเซลล์ดังกล่าวใส่เข้าไปในร่างกายของสัตว์ หรือนำเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ เซลล์ที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของเซลล์ดังกล่าวใส่เข้าไปในร่างกายของมนุษย์

มาตรา 35 ห้ามมิให้ผู้ใดสร้าง เก็บรักษา ขยาย นำเข้า ส่งออก หรือใช้ประโยชน์ซึ่งตัวอ่อนที่มีสารพันธุกรรมของมนุษย์มากกว่าสองคนขึ้นไป หรือตัวอ่อนที่มีเซลล์หรือส่วนประกอบของเซลล์มนุษย์กับสิ่งมีชีวิตสายพันธุ์อื่นรวมกันอยู่

มาตรา 36 ห้ามมิให้ผู้ใดซื้อ เสนอซื้อ ขยาย นำเข้า หรือส่งออก ซึ่งอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน

มาตรา 37 การรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค เนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือการทำให้สิ้นสภาพการเป็นตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด

มาตรา 38 การให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หากเจ้าของอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่ฝากไว้กับผู้รับฝากตามมาตรา 37 ตายลง ห้ามนำอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนดังกล่าวมาใช้ เว้นแต่มีการให้ความยินยอมเป็นหนังสือไว้ก่อนตาย และการใช้อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนต้องใช้เพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีหรือภริยาดังกล่าวที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น

การให้ความยินยอมตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด

มาตรา 39 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 15 ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

มาตรา 40 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 16 มาตรา 17 มาตรา 18 มาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 32 หรือมาตรา 37 ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืน จริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

หมวด 6

บทกำหนดโทษ

มาตรา 41 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยไม่มีคุณสมบัติตามที่แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ประกาศกำหนดตามมาตรา 15 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 42 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 23 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

มาตรา 43 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 25 มาตรา 26 หรือมาตรา 35 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 44 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 30 มาตรา 33 หรือมาตรา 34 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 45 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 31 มาตรา 36 หรือมาตรา 38 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 46 ผู้ใดมิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทำการศึกษาวิจัยตามมาตรา 32 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

บทเฉพาะกาล

มาตรา 47 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบหรือให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามประกาศแพทยสภาว่าด้วยมาตรฐานการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ เมื่อได้แจ้งราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

ให้ดำเนินการต่อไปได้ จนกว่าจะมีประกาศแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการเกี่ยวกับคุณสมบัติและมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตาม มาตรา 15 ใช้บังคับ

มาตรา 48 ข้อบังคับ ระเบียบ หรือประกาศของแพทยสภาเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้คงใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ จนกว่าจะมีประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 49 ให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ สามีหรือภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน หรือพนักงานอัยการ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนนับแต่วันที่ผู้นั้นเกิด ทั้งนี้ ไม่ว่าสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนจะเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ทั้งนี้จะเป็นเหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตในระหว่างเวลาตั้งแต่เด็กเกิดจนถึงเวลาที่ศาลมีคำสั่งว่าเป็นบุตรไม่ได้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

.....
นายกรัฐมนตรี

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ นามสกุล

ประวัติการศึกษา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ฉัตรวรรณ ศรีพุ่ม

ปีการศึกษา 2552 นิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับ 1

มหาวิทยาลัยขอนแก่น

ปีการศึกษา 2553 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 63

พ.ศ. 2555 ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ รุ่นที่ 37

นิติกร สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม