

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในเรื่องของการกระทำความผิดอาญาต่อบุพการีนั้น เป็นลักษณะความผิด อันอาจกล่าวได้ว่าเป็นอิทธิพลของศาสนา และลัทธิ ของประเทศต่างๆ ในภูมิภาค จึงทำให้มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากการกระทำความผิดต่อบุคคลทั่วไป เพราะความกตัญญูกตเวทิต่อบุพการี และความเป็นปึกแผ่นในครอบครัวเป็นสิ่งสำคัญในสังคมไทย ซึ่งเป็นวัฒนธรรมประเพณีมาตั้งแต่สมัยโบราณกาล ในความรู้สึกรักของวิญญูชนทั่วไปเห็นว่าเป็นการกระทำต่อผู้มีพระคุณ และกระทบต่อความสัมพันธ์ในครอบครัว ประกอบกับอิทธิพลทางศาสนา ได้กล่าวถึงความกตัญญูกตเวทิต่อบุพการี พระคุณไว้อย่างชัดเจน ในพระพุทธศาสนา พระพุทธเจ้าได้ทรงแสดงไว้ในพระไตรปิฎก ว่า การรู้คุณและตอบแทนคุณเป็นคุณธรรมพื้นฐานของคนดีกตัญญู คือ รู้คุณท่าน กตเวทิตี 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 ให้ผู้กระทำคำนึงถึงความเป็นเอกภาพในครอบครัว ความผิดเล็กน้อยบางประการจึงสมควรที่จะลดโทษ ยอมความกันได้ เพราะเมื่อเทียบกับความเป็นเอกภาพในครอบครัวแล้ว ย่อมมีลักษณะที่น้อยกว่า แต่การกระทำความผิดที่ร้ายแรงต่อบุคคลเหล่านี้ ก็จะต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำต่อบุคคลทั่วไปโดยมีโทษถึงประหารชีวิต ในความผิดฐานฆ่าบุพการี ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้นและทดแทนการกระทำความผิด และข่มขู่ และป้องกันอาชญากรรม แม้ว่าจุดประสงค์เพื่อการแก้แค้นทดแทน และข่มขู่ป้องกันอาชญากรรม จะมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการก็ตาม และในปัจจุบันยึดหลักว่าการลงโทษควรเป็นการมุ่งประสงค์ให้เป็นการปรับปรุงแก้ไขตัวบุคคล 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) โดยการอุ้มบุญแท้จะมีลักษณะใช้ไข่ของหญิงที่ว่าจ้างและเชื้ออสุจิของชาย ที่ว่าจ้าง วิธีการนี้ทางการแพทย์อนุญาตให้ทำได้ ซึ่งมักจะใช้กับกรณีที่หญิงที่ว่าจ้างมดลูกมีปัญหา หรือไม่สามรถตั้งครรภ์ได้ แต่รังไข่ยังใช้งานได้ แต่กรณีที่ใช้ไข่ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน จะเรียกว่า อุ้มบุญเทียม เนื่องจากหญิงที่ว่าจ้างไม่สามารถใช้ไข่ของตัวเองได้เลย ต้องอาศัยไข่ของหญิงที่ ตั้งครรภ์แทน ดังนี้ จึงทำให้เกิดความซับซ้อนในสถานะของบิดามารดามากขึ้น เกิดปัญหาในทาง กฎหมายครอบครัวว่า 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 โดยกำหนดให้สามีภรรยาที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากว่าสามีภรรยาที่ว่าจ้างถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด หญิงที่ตั้งครรภ์แทนสามารถเป็นผู้ปกครองเด็กไปก่อนได้ นอกจากนี้ยังห้ามมิให้มีการรับจ้างตั้งครรภ์แทนในเชิงธุรกิจ หากผู้ใดฝ่าฝืนมีโทษจำคุกและโทษปรับ แต่อย่างไรก็ตามร่างกฎหมายนี้ยังไม่สามารถใช้งบบังคับได้ และในปัจจุบันยังมีความเห็นที่โต้แย้งอยู่ว่าร่างกฎหมายนี้ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หลายประการ

กฎหมายเหล่านี้ จุดประสงค์หลักได้บัญญัติมาเพื่อแก้ไขปัญหาค่าจ้างตั้งครรภ์แทน และแก้ไขปัญหามาตราฐานของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยให้มีสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาของการตีความคำว่า บุพการีตามประมวลกฎหมายอาญามาตราก็ยังคงเป็นปัญหาอยู่ และมีความซับซ้อนเพิ่มเติม หากเป็นการกระทำความผิดทางอาญาต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากว่ากฎหมายอาญาบัญญัติมาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม จะต้องมีลักษณะชัดเจนแน่นอน ไม่อาจนำเอาจารีตประเพณี หลักกฎหมายทั่วไป กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง มาใช้บังคับได้ และในการตีความกฎหมายอาญานั้น ก็จะต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อประสงค์ที่จะเข้าใจความหมายของคำว่าบุพการีในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) ก็ควรที่จะพิจารณาจากประวัติความเป็นมา และความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย สำหรับบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้ เป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งให้ความสำคัญกับสถาบันครอบครัว คำนึงถึงความเป็นปึกแผ่นในครอบครัว และสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองที่เรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งในความผิดฐานฆ่าบุพการีนั้น คุ้มครองชีวิตมนุษย์และความกตัญญูต่อผู้มีพระคุณ

แม้ว่าความผิดที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หากมี จะไม่เคยปรากฏเป็นกรณีตัวอย่างมาก่อน และยังมีประเทศใดที่บัญญัติกฎหมายครอบคลุม

ถึงกรณีเหล่านี้ แต่การกำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการี ในต่างประเทศ มีความชัดเจนมากกว่า ในประเทศไทย นอกจากนี้การกำหนดสถานการณืเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายกรณีที่มีการตั้งครรรภ์แทน ก็เป็นปัญหาที่พบในหลายประเทศทั่วโลกเช่นกัน ซึ่งแต่ละประเทศ ก็มีหลักการ ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายแตกต่างกัน ทั้งที่ปรากฏในกฎหมาย และคำพิพากษา

ประเทศฟิลิปปินส์ การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินของบุพการี ในความผิดฐาน ลักทรัพย์ ฉ้อโกง และทำให้เสียทรัพย์ เป็นเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบให้กับผู้กระทำ ซึ่งผู้กระทำ จะต้องรับผิดชอบในทางแพ่งเท่านั้น โดยกฎหมายอาญาฟิลิปปินส์ กำหนดขอบเขตของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำไว้ชัดเจน ว่าหมายถึงการกระทำต่อ ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปและลงมา และญาติที่มีความสัมพันธ์ทางการแต่งงานกับบุคคลที่มีสายโลหิตเดียวกัน และนอกจากนี้ยังบัญญัติให้ การกระทำต่อคู่สมรสที่ย่ำร้างไปแล้ว และพี่น้องตามสายโลหิต พี่น้องที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาศัย อยู่ด้วยกันเป็นเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบ การกำหนดบทบัญญัติเช่นนี้จึงมีลักษณะที่ชัดเจน และขอบเขตกว้างกว่าประเทศไทย

การฆ่าบุพการีที่เป็นเหตุเพิ่มโทษปรากฏอยู่ในหลายประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส บุคคลที่ฆ่าบิดา มารดา โดยชอบด้วยกฎหมาย บิดามารดาที่รับบุตรบุญธรรม บิดามารดาตาม ธรรมชาติ หรือบุพการีเหนือขึ้นไปที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนบุตรที่เกิดจากชู้ (Adultering) หรือเกิด จากการร่วมประเวณีระหว่างญาติสนิท ต้องมีการพิสูจน์ตามกฎหมายแล้ว นอกจากนี้เมื่อพิจารณา ประเทศในทวีปเอเชีย ก็พบว่าการบัญญัติความผิดในกรณีที่บุคคลกระทำความผิดต่อชีวิตของ ผู้มีพระคุณไว้เช่นกัน เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ และประเทศเวียดนาม โดยประเทศฟิลิปปินส์ กำหนดให้บุคคลที่ ฆ่าบิดา มารดา หรือบุตรทั้งที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งบรรพบุรุษที่เหนือขึ้นไปและสืบลงมา ส่วนประเทศเวียดนาม บุคคลใดที่ฆ่าปู่ ย่า ตา ยาย บิดา มารดา รวมไปถึง ผู้ที่เลี้ยงดู และครู ต้องรับโทษหนักกว่าการฆ่าบุคคลธรรมดา เห็นได้ว่าเป็น การบัญญัติขอบเขตความรับผิดชอบต่อชีวิต กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีได้ครอบคลุมมากกว่า ประเทศไทย แต่ก็ได้มีการบัญญัติถึงบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรรภ์แทนไว้

เมื่อกล่าวถึงการกำหนดสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายกรณีที่มีการตั้งครรรภ์ แทน ในประเทศฝรั่งเศสอาศัยประมวลกฎหมายแพ่ง เห็นว่าหญิงที่ตั้งครรรภ์แทนเป็นมารดาที่ชอบ ด้วยกฎหมาย ในขณะที่สหรัฐอเมริกา มีกรณีศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดสถานะของบิดามารดาที่ ตั้งครรรภ์แทน เนื่องจากสหรัฐอเมริกามีกฎหมายแม่แบบ กล่าวคือ หากคู่สมรสได้รับการพิจารณา จากศาลอนุญาตให้มีการตั้งครรรภ์แทน คู่สมรสก็จะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามในแต่ละมลรัฐอาจมีแนวทางการตัดสินใจพิพาทที่แตกต่างกันไป ซึ่งก็เป็นผลในการสร้าง

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

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

5.2 ข้อเสนอแนะ

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

1. เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 โดยบัญญัตินิยามศัพท์ของคำว่าบุพการีไว้ ดังนี้

ความหมายในบทนิยามศัพท์ ตามมาตรา 1 “บุพการี หมายความว่า บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย บิดามารดาตามสายโลหิต ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป อันได้แก่ ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด ทั้งนี้มิให้รวมถึงผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ให้คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหญิงที่ตั้งครรภ์แทน 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 ย่อมมีความค้ำยกว่า จึงไม่กระทบกระเทือนต่อคุณธรรมทางกฎหมาย หากผู้กระทำจะได้รับการลดโทษ และยอมความกัน ส่วนในความผิดฐานฆ่าบุพการี กฎหมายมุ่งคุ้มครองชีวิตมนุษย์ และความกตัญญูต่อผู้มีพระคุณ การกำหนดความหมายของบุพการีในกฎหมายอาญา จึงต้องคำนึงถึงสิ่งเหล่านี้ประกอบ ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นบุตรมีความระลึกถึงศีลธรรมอันดี และให้ความสำคัญกับบิดามารดาที่อยู่ร่วมเป็นสถาบันครอบครัวเดียวกัน นอกจากนี้ เหตุผลพิเศษที่มาจากอิทธิพลของศาสนา และขนบธรรมเนียมประเพณี การกระทำความผิดเพียงเล็กน้อยต่อบุคคลในครอบครัว อำนาจรัฐก็ไม่อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวได้ ในขณะที่หากเป็นการกระทำความผิดที่ร้ายแรงถึงแก่ชีวิต ก็เป็นสิ่งที่ผิดบาป และเป็นอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงอย่างยิ่งในสายตาประชาชนทั่วไป ดังนั้น จึงควรกำหนดให้การกระทำต่อบิดามารดาผู้ว่าจ้างเป็นบุพการีในประมวลกฎหมายอาญา เพื่อให้ขอบเขตของคำว่าบุพการีในประมวลกฎหมายอาญาเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

นอกจากนี้ ปัญหาของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทย คือ ไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับกับการตั้งครรภ์แทนอย่างชัดเจน จึงทำให้ไม่อาจควบคุมและบังคับให้การตั้งครรภ์เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และทำให้เกิดปัญหาในการกำหนดสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายดังที่เกิดเป็นกรณีพิพาทมาแล้ว แม้ว่าจะมีประกาศแพทยสภาบังคับใช้ในเรื่องนี้ แต่ก็ยังมีหลักเกณฑ์เฉพาะในส่วนของวิธีการรับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น เมื่อมีการเสนอพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... จึงได้มีการเพิ่มเติมในส่วนของข้อกำหนดสถานะ และกำหนดวิธีการตั้งครรภ์แทนให้มีความชัดเจนขึ้น แต่ยังไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ในปัจจุบัน ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะในส่วนนี้ ดังนี้

2. เห็นควรกำหนดให้มีหลักเกณฑ์ในการตั้งครรภ์แทน กล่าวคือ

2.1 กำหนดให้การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วเท่านั้นและจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามี

เนื่องด้วยเหตุผลว่าการตั้งครรภ์ตลอดอายุครรภ์นั้น จะต้องอาศัยประสบการณ์ในการดูแลครรภ์ ดูแลตนเอง และมีความอดทนอย่างสูง จึงอาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับหญิงที่ไม่เคยตั้งครรภ์มาก่อน และหญิงที่มีสามี แต่ไม่สามารถใช้ชีวิตคู่ตามปกติกับสามีของตนได้

2.2 การกำหนดเงื่อนไขและวิธีการดำเนินการตั้งครรภ์แทน

การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

การกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์ หรือการอุ้มบุญแท้ (Gestational Surrogacy) ซึ่งผู้วิจัยเห็นสมควรอย่างยิ่งกับการกำหนดเงื่อนไขนี้ เพราะหากไม่มีการบัญญัติไว้ อาจมีการใช้วิธีการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่สมบูรณ์ หรืออุ้มบุญเทียม (Traditional Surrogacy) กล่าวคือ ใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับน้ำเชื้อของสามีผู้ว่าจ้างที่ประสงค์มีบุตร ทำให้อาจเกิดปัญหาในอนาคตมากขึ้น และการกำหนดสถานะของมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายอาญาก็จะมีความซับซ้อน เนื่องจากเด็กจะมีลักษณะทางพันธุกรรมที่ตรงกับสามีเจ้าของเชื้ออสุจิผู้ประสงค์จะมีบุตร และหญิงที่ตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นเจ้าของไข่ แต่ไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ กับภรรยาผู้ประสงค์จะมีบุตรเลย ลักษณะแบบนี้ อาจทำให้เกิดปัญหาความสัมพันธ์ในครอบครัว ปัญหาหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่คืนเด็กให้กับสามี ภรรยาผู้ว่าจ้างเนื่องจากความผูกพันทั้งที่ตั้งครรภ์มาและมีสายเลือดเดียวกับตนส่วนหนึ่งด้วย นอกจากนี้ยังอาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับศีลธรรมอันดีได้

2.3 กำหนดให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร ได้เป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากคู่สมรสที่มีเจตนาเริ่มแรก

ที่ประสงค์จะมีบุตรยอมเป็นบุคคลที่จะเลี้ยงดูเด็ก และเป็นสถาบันครอบครัวเดียวกันกับเด็กต่อไป มิเช่นนั้นแล้ว อาจทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทน เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งที่ไม่มีสายโลหิตเดียวกัน และไม่ได้เลี้ยงดูหรืออยู่อาศัยกับเด็ก นอกจากนี้หากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีสามี สามีของหญิงก็จะบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ซึ่งในทางความเป็นจริง ไม่มีความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับเด็กเลย