

บทที่ 4

ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน

ในบทนี้จะแยกพิจารณาใน 2 ประเด็นใหญ่ คือ การตั้งครรภ์แทนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ และการตั้งครรภ์แทนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในตัวเด็ก คือ ปัญหาการเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้เพราะสองประเด็นนี้เป็นประเด็นที่เป็นปัญหาใหญ่ของการตั้งครรภ์แทน และเป็นประเด็นที่มักจะมีข้อพิพาทอยู่เสมอ

การตั้งครรภ์แทนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของสัญญา

1. ลักษณะของสัญญารับตั้งครรภ์แทน

สัญญารับตั้งครรภ์แทน (surrogate motherhood agreement หรือ surrogacy contract) คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับตั้งครรภ์แทน ตกลงจะตั้งครรภ์แทนให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน โดยมีได้มีการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ และตกลงว่าจะให้ทารกอยู่ในครรภ์ของตนจนครบกำหนด เมื่อทารกคลอดออกมาแล้วจะส่งมอบทารกนั้นให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้ไม่ว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม

จากบทนิยามดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทน แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1.1 สัญญารับตั้งครรภ์แทนโดยมีค่าตอบแทน หรือสัญญารับจ้าง

ตั้งครรภ์ คือ สัญญาที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิได้ค่าตอบแทน ค่าตอบแทนนั้นอาจเป็น
 ในรูปของค่าใช้จ่ายในทางการแพทย์ ค่าตรวจสุขภาพในขณะที่ก่อนตั้งครรภ์จน
 กระทั่งถึงคลอด ค่าเสื้อผ้าที่ผู้รับจ้างตั้งครรภ์จำเป็นต้องใช้ในขณะตั้งครรภ์ ค่า
 ประกันสุขภาพ ค่าเดินทางไปพบแพทย์เพื่อตรวจสุขภาพ และค่าตอบแทนพิเศษนอก
 เหนือจากค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้ว เป็นต้น ค่าตอบแทนที่ผู้รับจ้างตั้ง
 ครรภ์จะได้รับนั้นจะมีจำนวนค่อนข้างสูง นอกจากนี้ในกรณีที่มิใช่นายหน้าจัดหาหญิง
 มารับตั้งครรภ์แทน คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรก็จะต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่นายหน้าเป็น
 จำนวนเงินอีกจำนวนหนึ่งด้วย

1.2 สัญญารับตั้งครรภ์แทนโดยไม่มีค่าตอบแทน คือ สัญญาที่ผู้รับ
 ตั้งครรภ์แทนรับตั้งครรภ์โดยไม่หวังผลประโยชน์ใด ๆ ตอบแทน หากแต่ทำไปเพื่อ
 ช่วยเหลือคู่สมรสที่มีบุตรยากที่ประสงค์จะมีบุตรไว้สืบสกุล สัญญารับตั้งครรภ์แทน
 ประเภทนี้ ผู้รับตั้งครรภ์แทนมักเป็นบุคคลที่ใกล้ชิด หรือเป็นญาติของสามีภริยาผู้
 ขอให้ตั้งครรภ์แทน

ในสัญญารับตั้งครรภ์แทน จะประกอบด้วยคู่สัญญา 2 ฝ่าย คือ

1) คู่สมรสที่ต้องการจะมีบุตร จึงให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน คู่
 สมรสนี้จะเป็นผู้รับเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมา และเป็นผู้ที่ได้รับสิทธิและหน้าที่ในการเป็น
 บิดามารดาทางสังคม (social parents) ของเด็ก และหากมีการจดทะเบียน
 รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมก็จะเป็นบิดามารดาทางกฎหมายด้วย ทั้งนี้ไม่ว่าคู่สมรสนั้น
 จะมีความสัมพันธ์ทางชีววิทยากับเด็กหรือไม่ก็ตาม ¹

¹ ธนิชญา ศรีไพบลย์, "ปัญหาทางจริยธรรมของการรับตั้งครรภ์แทน,"

2) หญิงที่รับตั้งครรภ์ให้แก่คู่สมรส เพื่อให้คู่สมรสนั้นมีบุตร ไม่ว่าจะ การตั้งครรภ์แทนนั้นจะเกิดจากความเห็นอกเห็นใจโดยไม่หวังค่าตอบแทนก็ดี หรือ โดยการหวังค่าตอบแทนก็ดี การที่หญิงนั้นยอมรับตั้งครรภ์แทน ถือว่าหญิงนั้นได้ แสดงเจตนาที่จะให้กำเนิดบุตรเพื่อขกเลิก เพิกถอน และมอบสิทธิและหน้าที่ใน การเป็นมารดาภายหลังการคลอดให้แก่คู่สมรส หญิงรับตั้งครรภ์ไม่ได้มีความตั้งใจ หรือมีเจตนาที่จะให้กำเนิดเด็กเพื่อการเลี้ยงดูด้วยตนเอง ไม่ว่าจะหญิงนั้นจะมีความ สัมพันธ์ทางชีววิทยากับเด็กหรือไม่ก็ตาม ²

2. สาระสำคัญของสัญญารับตั้งครรภ์แทน

สำหรับหญิงที่รับตั้งครรภ์จะให้สัญญาว่า จะยอมรับการผสมเทียม จากแพทย์ และยอมตั้งครรภ์จนกระทั่งคลอด โดยระหว่างตั้งครรภ์ตนจะรักษาสุขภาพ เป็นอย่างดี เช่น จะไม่ดื่มเหล้า ไม่สูบบุหรี่ หรือไม่เสพยาเสพติดในขณะตั้ง ครรภ์ จะไปพบแพทย์เพื่อให้ตรวจสุขภาพร่างกายเป็นประจำสม่ำเสมอจนกว่าจะ คลอด ในระหว่างตั้งครรภ์ตนจะไม่เปลี่ยนใจไปทำแท้ง เมื่อเด็กคลอดออกมาจะ ส่งมอบเด็กให้แก่คู่สามีภริยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนในทันทีที่เด็กเกิด หรือเร็วที่สุด ภายหลังจากที่เด็กเกิด โดยจะสละสิทธิการเป็นมารดาของเด็ก และในกรณีที่ หญิงที่รับตั้งครรภ์เป็นหญิงมีสามี ต้องได้รับความยินยอมจากสามีในการทำสัญญาดัง กล่าวนี้ด้วย

ฝ่ายคู่สามีภริยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะให้สัญญาว่า จะนำตัวอ่อน มาให้แพทย์ทำการเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และจะรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น เช่น ค่าใช้จ่ายในด้านการให้ บริการทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของแพทย์ ค่าตรวจสุขภาพ ค่าประกัน

² เรื่องเดียวกัน

สุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์ ค่าจ้างหรือค่าชดเชยในการเสียเวลาที่หญิงที่รับตั้งครรภ์ต้องหยุดงานในระหว่างตั้งครรภ์จนถึงคลอด (ค่าใช้จ่ายส่วนนี้เฉพาะกรณีเป็นสัญญาจ้างตั้งครรภ์เท่านั้น ไม่รวมถึงสัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนโดยไม่มีค่าตอบแทนหรือค่าจ้าง) นอกจากนี้ยังให้สัญญาว่า เมื่อเด็กเกิดมาแล้วจะยอมรับเลี้ยงดูเด็กเสมือนหนึ่งว่าเป็นบุตรของตน และรับภาระที่จะต้องจ่ายค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เกี่ยวกับเด็กทั้งหมด รวมทั้งยินยอมจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมด้วย

3. ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศ

ในต่างประเทศมีคดีที่เกิดขึ้นจากสัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนหลายคดี เช่น

ในประเทศอังกฤษมีคดีอยู่เรื่องหนึ่ง คือ สามีภริยาคู่หนึ่งไม่สามารถมีบุตรได้ สามีจึงเดินทางเข้าไปในประเทศอังกฤษเพื่อนำน้ำอสุจิมาให้แพทย์ทำการผสมเทียมกับหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์ โดยหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์ได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินจำนวน 6,500 ปอนด์ ต่อมาหญิงรับจ้างตั้งครรภ์คลอดบุตรเป็นหญิง และทันทีที่เด็กคลอดเด็กถูกจัดให้ได้รับการคุ้มครองจากกรมประชาสงเคราะห์ ตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติเด็กและเยาวชน ค.ศ. 1969 สามีภริยาคู่นี้ได้ยื่นคำร้องขอเป็นผู้ปกครองเด็ก ซึ่งเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นของกรมประชาสงเคราะห์ได้ทำการสอบสวนแล้วมีความเห็นว่าสามีภริยาคู่นี้มีความเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กหลายประการ และสามารถจะให้ความอบอุ่นแก่เด็กและทำให้เด็กเจริญเติบโตขึ้นมามีสภาพร่างกายและจิตใจที่สมบูรณ์ และไม่มีใครที่จะเป็นผู้ปกครองเด็กผู้ที่เหมาะสมไปกว่าสามีภริยาคู่นี้ ศาลได้ทำการไต่สวนแล้วเห็นว่ามารดาเด็กได้เต็มใจสละสิทธิทางกฎหมายที่มีต่อเด็กทุกประการแล้ว ข้อโต้แย้งที่ว่าสามีภริยามีส่วนในการจัดการเชิงพาณิชย์ในการทำให้เด็กเกิดมาและไม่เหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดาเด็กนั้น ฟังไม่ขึ้น ดังนั้น ศาลจึงอนุญาตให้สามีภริยาคู่นี้เป็นผู้ปกครองเด็ก

และนำเด็กออกนอกประเทศอังกฤษได้³

ในสหรัฐอเมริกา มีคดีแรกที่ฟ้องร้องกันคือ คดี Doe v. Kelley คดีนี้ John และ Jane Doe สามีภริยาได้ยื่นคำร้องร่วมกับ Mary Roe ต่อศาลว่า John และ Jane Doe ได้ว่าจ้างให้ Mary Roe ตั้งครรภ์แทนให้กับ Jane Doe โดยใช้น้ำอสุจิของ John Doe เมื่อ Mary Roe ตั้งครรภ์และคลอดบุตรออกมาแล้ว John และ Jane Doe จะรับเป็นผู้ปกครองเด็กในทันทีที่เด็กออกจากโรงพยาบาล โดย Mary Roe ยินยอมให้สามีภริยาผู้จัดการจดทะเบียนรับเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรบุญธรรม และ Mary Roe จะได้รับค่าตอบแทนจากการนี้เป็นเงินจำนวน 50,000 ดอลลาร์ รวมกับค่าใช้จ่ายทางการแพทย์และค่าประกันสุขภาพอีกจำนวนหนึ่งด้วย ผู้ร้องขอให้ศาลสั่งมิให้รัฐฟ้องคดีผู้ร้องในการทำสัญญาจ้างตั้งครรภ์ดังกล่าว เพราะกฎหมายของรัฐมิขกนบัญญัติห้ามการให้เงินหรือของมีค่าเป็นการตอบแทนการรับบุตรบุญธรรม ผู้ร้องขอให้ศาลวินิจฉัยใน 3 ประเด็นต่อไปนี้ คือ

(1) กฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของรัฐมิขกนเป็นโมฆะ เพราะปราศจากความชัดเจน มีลักษณะกำกวมไม่แน่นอน

(2) ผู้ร้องมีสิทธิส่วนตัว (Right of privacy) ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งรัฐจะมารบกวนไม่ได้

(3) เหตุผลที่จะคุ้มครองผลประโยชน์รัฐในการตรากฎหมายดังกล่าวยังมีน้ำหนักหรือความสำคัญน้อยกว่าสิทธิส่วนตัวของผู้ร้อง

³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การผสมเทียมกับกฎหมาย," หน้า 60.

ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า สิทธิส่วนตัวของผู้ร้องในกรณีนี้ ไม่ใช่สิทธิสมบูรณ์ ผลประโยชน์ของรัฐที่เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวก็คือ การป้องกันการนำกิจการค้าเข้ามาเกี่ยวข้องกับการค้าสินค้าของเด็กที่จะยอมให้เด็กเป็นบุตรบุญธรรมแก่ผู้อื่น และศาลเห็นว่าการซื้อขาย แลกเปลี่ยนเด็ก เป็นการผิดกฎหมายของรัฐว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรม และเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะ (Public policy) ด้วย เพราะหลักเกณฑ์พื้นฐานก็คือ การยอมรับว่าเด็กไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการซื้อขายไม่ว่ากรณีใด ๆ ทั้งสิ้น จึงสั่งยกคำร้อง และศาลยังเห็นว่ารัฐธรรมนู้นคุ้มครองการค้าสินค้าที่จะมีบุตรโดยวิธีนี้ แต่ไม่อาจยินยอมให้มีข้อตกลงเช่นนั้นได้ และวินิจฉัยว่า

(1) กฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของรัฐมิใช่แก่นมิได้ขัดกับรัฐธรรมนุญ และเป็นบทบัญญัติที่แน่นอนชัดเจนแล้ว ซึ่งใคร ๆ ย่อมปฏิบัติได้

(2) แม้ว่าสิทธิส่วนตัวจะครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ในชีวิตสมรส การให้กำเนิดบุตร และการคุมกำเนิดไว้ด้วยก็ตาม แต่ผู้ร้องก็ไม่มีสิทธิที่จะใช้อำนาจของศาลเพื่อขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยมีสัญญาให้ค่าตอบแทนกันได้

ต่อมาศาลอุทธรณ์มิใช่แก่นพิพากษาขึ้นตามศาลชั้นต้น โดยสรุปว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ห้าม John Doe และ Mary Roe ที่จะมีการรับบุตรตามวิธีของตนโดยตรง แต่กฎหมายไม่ยอมให้ผู้ร้องจ่ายค่าตอบแทนโดยผ่านขบวนการรับบุตรบุญธรรมของรัฐเท่านั้น [แสดงว่ากฎหมายไม่ได้ห้ามการตั้งครรภ์แทน แต่ห้ามการจ่ายเงินหรือค่าตอบแทนในการตั้งครรภ์แทน] คำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์นี้ถึงที่สุด เพราะศาลสูงของรัฐและศาลสูงของสหพันธ์ไม่รับฎีกาของผู้ร้องไว้พิจารณา⁴



ต่อมาเมื่อคดีคล้าย ๆ กันนี้เกิดขึ้นอีกคดีหนึ่งในรัฐมิชิแกน คือ คดี Syrkowski v. Appleyard คดีมีอยู่ว่าสามีภริยาคู่หนึ่งไม่มีบุตร ได้ตกลงว่าจ้างหญิงคนหนึ่งซึ่งมีสามีและมีบุตรแล้วให้ตั้งครรภ์แทนโดยใช้น้ำอสุจิของฝ่ายสามี โดยตกลงกันว่าเมื่อหญิงนั้นคลอดบุตรแล้ว จะยอมยกเด็กให้กับสามีภริยาคู่นี้ไปปกครองดูแลโดยหญิงรับจ้างตั้งครรภ์จะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินจำนวน 10,000 ดอลลาร์ รวมทั้งยังจะได้รับเงินเป็นค่าใช้จ่ายทางการแพทย์อีกด้วย แต่ก่อนที่หญิงนั้นจะคลอดบุตร ฝ่ายสามีผู้ว่าจ้างได้ยื่นคำร้องต่อศาลขอเป็นบิดาเด็กที่จะเกิดมา เพราะตนเป็นบิดาทางชีววิทยา (biological father) พนักงานอัยการของรัฐยื่นคำคัดค้าน โดยอ้างว่าสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ควรเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็ก เพราะขณะเด็กเกิดเขาเป็นคู่สมรสของมารดาเด็กตามกฎหมาย ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่า คำร้องของผู้ร้องอยู่นอกเหนือบทบัญญัติในรัฐบัญญัติที่ว่าด้วยการเป็นบิดามารดา ต่อมาศาลอุทธรณ์วินิจฉัยทำนองเดียวกันว่า ศาลไม่อาจวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างตั้งครรภ์ดังกล่าวจะผิดต่อความรู้สึกของสาธารณชนหรือไม่ รัฐบัญญัติที่ว่าด้วยการเป็นบิดามารดานั้น มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองเด็กที่เกิดนอกสมรส กรณีของผู้ร้องนี้ไม่อยู่ในข่ายของรัฐบัญญัติดังกล่าว และยังไม่มีการกฎหมายบัญญัติรับรองวิธีการตั้งครรภ์แทนนี้ไว้แต่อย่างใด^๕

เมื่อประมาณปีพ.ศ. 2530 มีคดีเกิดในรัฐนิวเจอร์ซีย์ เป็นชาวคริสตโรมไปทั่วโลก ในคดีดังกล่าวนาย William และนาง Elizabeth Stern ได้ตกลงว่าจ้างให้นาง Mary Beth Whitehead อายุ 30 ปี ซึ่งมีสามีแล้วและมีบุตรอีก 2 คนให้ตั้งครรภ์ โดยหลังจากที่ได้มีการทดสอบทางจิตใจและปรึกษากับที่ปรึกษาทางกฎหมายแล้ว นาง Mary Beth Whitehead ก็ได้รับการฉีดเชื้ออสุจิของนาย William Stern โดยนาย William และนาง Elizabeth Stern สัญญาว่าจะให้เงินตอบแทนแก่นาง Mary Beth Whitehead เป็นเงิน

^๕ เรื่องเดียวกัน

10,000 ดอลลาร์ และให้อีก 5,000 ดอลลาร์ เป็นค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ระหว่างตั้งครรภ์ หลังจากนั้นนาง Mary Beth Whitehead ได้ตั้งครรภ์และคลอดบุตรออกมา ต่อมานาง Mary Beth Whitehead ไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญา โดยไม่ยอมส่งมอบบุตรให้แก่ นาย William และนาง Elizabeth Stern ผู้ว่าจ้างตามสัญญา และไม่ยอมรับเงินค่าจ้างตามที่ตกลงกันไว้โดยอ้างว่าสัญญาเป็นโมฆะ เพราะการจ้างหรือจ่ายเงินเพื่อรับเด็กเป็นบุตรเป็นการขัดต่อกฎหมายของรัฐนิวเจอร์ซีย์ และตนเหมาะสมที่จะดูแลบุตรได้ดีกว่า ศาลแห่งรัฐนิวเจอร์ซีย์โดยผู้พิพากษา Sorkow วินิจฉัยว่า สัญญาที่ทำกันไว้ระหว่างนาง Mary Beth Whitehead กับครอบครัว Stern นั้น มีผลบังคับใช้ได้ ข้อโต้แย้งที่ว่าสัญญานั้นอาจขัดกับความรู้สึกของสาธารณชน หรือขัดกับกฎหมายที่ห้ามการซื้อขายเด็กจึงตกไป ผู้พิพากษากล่าวว่าผู้ที่ เป็นพ่อเด็กนั้นไม่จำเป็นต้องซื้อในสิ่งที่ เป็นของของตน และสิทธิในการเลือกรับการผสมเทียมเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญว่าเป็นสิทธิส่วนตัว ซึ่งรวมถึงสิทธิในการให้กำเนิดบุตรด้วย แม้กระนั้นก็ตาม ข้อบังคับตามสัญญานั้นก็มีได้ใช้บังคับได้โดยอัตโนมัติ เพราะเมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น ผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของเด็ก (best interests of the child) จะเป็นสิ่งที่สำคัญกว่า⁷ ดังนั้น เพื่อผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของเด็ก ศาลจึงวินิจฉัยว่า นาง Mary Beth Whitehead มารดา รับจ้างตั้งครรภ์ ต้องส่งมอบเด็กให้แก่ นาย William และนาง Elizabeth Stern ตามสัญญา และมีสิทธิเพียงค่าจ้างตามที่ตกลงกันไว้เท่านั้น คำพิพากษาศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ดังกล่าว สอดคล้องกับคำพิพากษาศาลสูงของอังกฤษซึ่งตัดสินคดีในทำนองเดียวกันนี้ ซึ่งวินิจฉัยว่า การที่สามีภริยาจ่ายเงิน 5,000 ปอนด์ ให้แก่มารดา รับจ้างตั้งครรภ์แล้ว สามารถรับ

⁶ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: ไทลิตการพิมพ์, 2538), หน้า 518.

⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การผสมเทียมกับกฎหมาย", หน้า 62.

เด็กที่เกิดจากการว่าจ้างนั้นเป็นบุตรบุญธรรมตามกฎหมายได้ อย่างไรก็ตามต่อมา ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์วินิจฉัยคดีดังกล่าวกลับคำพิพากษาศาลชั้นต้น โดยวินิจฉัยว่าการที่นาย William และนาง Elizabeth Stern ว่าจ้างนาง Mary Beth Whitehead ให้ตั้งครรภ์และคลอดบุตรให้นั้น เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อกฎหมาย เทียบได้กับการซื้อขายเด็กหรือเป็นการขายสิทธิความเป็นแม่ ซึ่งขัดต่อนโยบายสาธารณะ (public policy) และกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ที่ห้ามการจ่ายเงินหรือรับเงินเพื่อการรับบุตรบุญธรรมด้วย อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดได้วินิจฉัยต่อไปด้วยว่า การยอมรับที่จะตั้งครรภ์แทนโดยสมัครใจโดยไม่มีค่าจ้างเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ถือว่าเป็นเรื่องผิดกฎหมายแต่อย่างใด แต่กรณีเช่นนี้จะต้องมีข้อตกลงยกเลิกสิทธิความเป็นมารดาของตนควบคู่กันไปด้วย^๘

ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียก็มีคดีที่เกิดจากสัญญารับจ้างตั้งครรภ์เช่นกัน คดีมีอยู่ว่า นาย Mark และนาง Crispina Calvert ต้องการมีบุตร แต่นาง Calvert ไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ เพราะนางเป็นมะเร็งบังคับต้องตัดมดลูกออก ครอบครัวนี้จึงจ้างนางสาว Anna Johnson ให้ตั้งครรภ์แทน โดยใช้เชื้อสุจิของนาย Calvert และไข่ของนาง Calvert นำมาผสมกันในหลอดทดลองจนเกิดการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนแล้วถ่ายกลับตัวอ่อนเข้าสู่มดลูกของนางสาว Anna Johnson นาย Mark และนาง Crispina Calvert สัญญาว่าจะให้เงินตอบแทนแก่นางสาว Anna Johnson เป็นจำนวนเงิน 10,000 ดอลลาร์ เมื่อเด็กเกิดมาแล้วครอบครัว Calvert ก็รับเด็กมาเลี้ยงดูด้วยความภาคภูมิใจว่าเด็กเป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของทั้งสองสามีภรรยา แต่ต่อมาในวันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2533 นางสาว Anna Johnson ได้ฟ้องร้องครอบครัว Calvert

^๘ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 519.

โดยอ้างว่านางควรมีสติในตัวเด็ก แม้นางจะไม่มีส่วนเกี่ยวพันทางสายเลือดกับเด็กก็ตาม เพราะนางมีความผูกพันกับเด็กขณะที่อุ้มท้องอยู่ และครอบครัว Calvert ก็ทอดทิ้งนางในขณะที่นางตั้งครรภ์ รวมทั้งไม่ปฏิบัติตามสัญญาว่าจ้างในข้อที่ว่า จะจ่ายค่าตอบแทนให้ตามที่นางต้องการ^{๑๐} คดีนี้ผู้พิพากษา Parslow ได้วินิจฉัยว่า สัญญาจ้างตั้งครรภ์แตกต่างจากการซื้อขายเด็กที่ต้องห้ามตามกฎหมาย เพราะการจ่ายเงินค่าจ้างเป็นเสมือนการให้ค่าตอบแทนในการบริการ มิใช่จ่ายเพื่อตัวเด็ก ผู้รับจ้างมิได้ขายเด็ก หากแต่ขายความเจ็บปวดและทนทุกข์ทรมาน ตลอดจนความฮากลำบากอันเกิดจากการที่ต้องอุ้มท้องต่างหาก^{๑๑} และตามความเห็นของท่านผู้พิพากษาเองเห็นว่า พันธุกรรมมีความสำคัญเหนือกว่าสิ่งแวดล้อมและศาลเห็นว่าสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย ต่อมาศาลอุทธรณ์ได้พิพากษายืนตามศาลชั้นต้นด้วยคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์โดยศาลได้วินิจฉัยประเด็นที่ว่าระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์และคลอดเด็กออกมากับหญิงเจ้าของไข่ใครควรจะเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็ก (the child's natural mother) ปัญหาที่ศาลเห็นว่าการตรวจพิสูจน์เลือดจะพิสูจน์ความเป็นบิดามารดาได้^{๑๒} ซึ่งผลจากการพิสูจน์เลือดของเด็กแล้ว นางสาว Anna Johnson มิใช่มารดาตามธรรมชาติของเด็ก ดังนั้น ตามกฎหมายแคลิฟอร์เนีย ข้ออ้างของนางสาว Anna Johnson ที่จะเป็นมารดาตามกฎหมายจึงถูกปฏิเสธ ด้วยเหตุนี้เมื่อมีพยานหลักฐานพิสูจน์ได้ว่าเด็กมีความผูกพันทางสายเลือดกับครอบครัว Calvert จึงไม่มีเหตุผลอันใดที่ศาลอุทธรณ์จะกลับคำตัดสินของศาลชั้นต้น^{๑๓} ดังนั้นเด็กจึงอยู่ภาย

^{๑๐} วิชา มหาคุณ, "จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่," หน้า 26.

^{๑๑} เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

^{๑๒} วิทยุ อึ้งประพันธ์, "การคลอดบุตรกับความเป็นแม่," สารศิริราช 45, 4 (เมษายน 2536): 286.

^{๑๓} วิชา มหาคุณ, "จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่," หน้า 28.

ใต้การปกครองดูแลของครอบครัว Calvert

ในประเทศออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย มีคดีเกี่ยวกับการรับตั้ง
 ครรภ์แทนอยู่คดีหนึ่ง คือ คดีของ Baby Alice คดีมีอยู่ว่า นาง Linda ซึ่ง
 สมรสแล้ว มีบุตรหลายคน ได้อาสาตั้งครรภ์แทนให้กับพี่สาวของเธอ คือ นาง
 Maggie Kirkman ซึ่งไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง การตั้งครรภ์ครั้งนี้
 อาศัยกรรมวิธีของเด็กหลอดแก้ว (IVF) โดยใช้ไข่ของนาง Maggie Kirkman
 ผสมกับเชื้อสpermของผู้บริจาคในห้องทดลอง แล้วเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าสู่มดลูกของ
 นาง Linda หลังจากทีนาง Linda คลอด Baby Alice แล้ว ก็ได้ส่งมอบ
 เด็กให้กับนาง Maggie และสามีทันทีที่เด็กเกิด และต่อมาผู้พิพากษาก็ได้มีคำสั่ง
 ให้นาง Maggie และสามีรับ Baby Alice เป็นบุตรบุญธรรม ตามบทบัญญัติ
 แห่งกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของรัฐวิกตอเรีย (the provision of
 Victoria's adoption legislation) อย่างไรก็ตาม นาง Linda
 และสามีก็ยังคงเป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของ Baby Alice
 ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสถานะของเด็ก (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม) พ.ศ.
 2527 (the Status of Children (Amendment) Act 1984)
 มาตรา 10D และ 10E ¹³

ในประเทศฝรั่งเศส เคยมีเรื่องเกิดขึ้นที่เมืองมงเปอลีเย
 (Montpellier) เรื่องมีอยู่ว่ามากาลี (Magali) และคริสติน (Christine)
 เป็นพี่น้องฝาแฝด มากาลีไม่สามารถจะมีบุตรได้ จึงขอให้คริสตินตั้งครรภ์แทน
 โดยการผสมเทียมจากการนำเชื้อสpermของสามีเธอไปใส่ในมดลูกของคริสติน ต่อ

¹³ Louis Waller, "Surrogate Parenting," First World Congress on Family Law and Children's Rights (5 July 1993), p.4.

มาคริสตินก็ให้กำเนิดเด็กชายสเตฟาน (Stephane) ขึ้นมา และได้ส่งมอบเด็กให้กับமாகาลีและสามีทันทีที่เด็กคลอด เพื่อให้மாகาลีและสามีรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ในขณะที่มีเรื่องดังกล่าวนี้เกิดขึ้น ประเทศฝรั่งเศสยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะในเรื่องนี้ แต่ต่อมาเมื่อต้นปี พ.ศ. 2535 ประเทศฝรั่งเศสได้ออกกฎหมายห้ามมีการรับตั้งครรภ์แทน¹⁴

ในประเทศแอฟริกาใต้ ที่เมืองไซฮันเนสเบิร์ก มีกรณีที่ว่ามารดา รับตั้งครรภ์แทนลูกสาวของตน โดยการนำไข่ของลูกสาว และเชื้อสperms ของลูกเขย มาผสมกัน แล้วเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าสู่มดลูกของมารดาผู้นั้น ต่อมานางก็ได้คลอดลูกแฝดสามออกมา ตามกฎหมายของประเทศแอฟริกาใต้ บุคคลที่คลอดเด็กเท่านั้นที่มีสิทธิเป็นมารดาของเด็ก เพราะเป็นผู้ให้กำเนิด โดยไม่คำนึงว่าเด็กจะปฏิสนธิจากไข่ของใคร ดังนั้นชายของเด็กจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

จากคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ จะเห็นได้ว่าปัญหาทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทน ประเด็นที่มักจะเป็นข้อพิพาทกันอยู่เสมอก็คือ เรื่องความสมบูรณ์ของสัญญารับจ้างตั้งครรภ์ กล่าวคือ สัญญารับจ้างตั้งครรภ์เป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ สัญญานี้จะใช้บังคับตามกฎหมายได้หรือไม่ สัญญานี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ นอกจากนี้อีกประเด็นที่มักจะเป็นข้อพิพาทกันก็คือ เรื่องอำนาจในการปกครองบุตร ใครจะเป็นผู้มีอำนาจในการปกครองบุตรระหว่างผู้ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์กับผู้รับจ้างตั้งครรภ์ จากคดีต่าง ๆ ที่ได้ยกตัวอย่างมาให้คุณั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายของแต่ละประเทศไม่สอดคล้องกัน คำพิพากษาของศาลตัดสินคดีแตกต่างกันทั้ง ๆ ที่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีก็มีลักษณะในทำนองเดียวกัน แม้แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเอง

¹⁴ พิมลรัตน์ วรธนะหทัย และคณะ, วงการกฎหมายทั่วไป "การฝากลูกให้เกิดในครรภ์คนอื่น," คอลพาน 39 (มกราคม-กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535): 111.

มอริสแต่ละมอริสก็ตัดสินใจแตกต่างกันไป แต่โดยภาพรวมแล้วประเทศสหรัฐอเมริกาก็เปิดช่องให้มีการตั้งครรรภ์แทนได้ และถือว่าสัญญารับจ้างตั้งครรรภ์บังคับได้ตามกฎหมาย ไม่ขัดต่อกฎหมายและจริยธรรม¹⁵ อย่างไรก็ตามได้มีข้อโต้แย้งว่า สัญญารับจ้างตั้งครรรภ์ขัดต่อกฎหมายรับบุตรบุญธรรม ซึ่งห้ามการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมในเชิงพาณิชย์ หรือมีการซื้อขายแลกเปลี่ยนเด็ก (the commercialization of babies) รวมทั้งขัดต่อความสงบเรียบร้อย (public order) ที่ห้ามมิให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยวิธีการลักลอบ (black market adoption) เช่น ในคดี Baby M. ศาลสูงสุดแห่งรัฐนิวเจอร์ซีย์วินิจฉัยว่า สัญญารับจ้างตั้งครรรภ์ผิดกฎหมาย เพราะมีวัตถุประสงค์ในการซื้อขายเด็ก แต่ศาลสูงสุดแห่งรัฐเคนตักกีมีความเห็นที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ ศาลสูงสุดแห่งรัฐเคนตักกีมีความเห็นว่า กฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายเด็กไม่อาจปรับใช้ได้กับกรณีรับจ้างตั้งครรรภ์ ตามความเห็นของศาลนี้ ถือว่าการรับจ้างตั้งครรรภ์ไม่ใช่ทางเลือกที่มีผลเมื่อหญิงนั้นตั้งครรรภ์แล้ว และไม่ใช่วิธีทางที่จะแลกเปลี่ยนเด็กที่ตนไม่ต้องการกับเงิน หากแต่เป็นวิธีการที่เป็นไปได้สำหรับคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ต้องการใช้กรรมวิธีทางชีววิทยาเพื่อให้ได้มาซึ่งบุตร ในคำตัดสินของศาลสูงสุดแห่งรัฐเคนตักกีให้เหตุผลว่า วิทยาศาสตร์เป็นคำตอบหนึ่งของปัญหาสังคม และกฎหมายก็ไม่ควรที่จะแสดงออกซึ่งการทอดทิ้งทางกีดกัน กล่าว ส่วนในคดีของนางสาว Anna Johnson นั้น ศาลชั้นต้นแห่งรัฐแคลิฟอร์เนียก็ได้วินิจฉัยไว้เช่นเดียวกันว่า สัญญารับจ้างตั้งครรรภ์แตกต่างจากการซื้อขายเด็กที่ต้องห้ามตามกฎหมาย เพราะการจ่ายเงินค่าจ้างเป็นเสมือนการให้ค่าตอบแทนในการบริการ มิใช่จ่ายเพื่อตัวเด็ก ผู้รับจ้างมิได้ขายเด็ก หากแต่ขายความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน ตลอดจนความยากลำบากอันเกิดจากการที่ต้องอุ้มท้องต่างหาก ต่อมาศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาขึ้นตามศาลชั้นต้นโดยถือตามข้อเท็จจริงที่ว่า

¹⁵ วิสา มหาคุณ, "จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีใหม่," หน้า 32.

จากการพิสูจน์เลือดของเด็กแล้ว นางสาว Anna Johnson มิใช่มารดาตามธรรมชาติ (natural mother) ของเด็ก ดังนั้น ตามกฎหมายของแคลิฟอร์เนีย ข้ออ้างที่จะเป็นมารดาตามกฎหมายจึงถูกปฏิเสธ¹⁰ ฉะนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนียยึดหลักในเรื่องของพันธุกรรมเป็นตัวกำหนดความเป็นบิดามารดาของเด็กโดยการตรวจพิสูจน์เลือด

แม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีความเคลื่อนไหวในการยอมรับความถูกต้องตามกฎหมายของสัญญาจ้างตั้งครรภ์ แต่ในประเทศออสเตรเลีย สถานการณ์กลับตรงกันข้าม คณะกรรมการเด็กหลอดแก้วแห่งรัฐวิคตอเรีย (Victorian IVF Committee) ได้ลงมติเป็นเอกฉันท์ว่าการจัดการให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ (commercial surrogacy arrangements) เป็นสิ่งต้องห้ามที่จะไม่ได้รับอนุญาตให้กระทำในโครงการเด็กหลอดแก้ว ส่วนการจัดการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นนั้น ถือว่ามีสภาพที่แตกต่างจากกรณีดังกล่าวข้างต้น เพราะอาจมีการตั้งครรภ์แทนด้วยเหตุผลอันเกิดจากความรักความสงสารภายในครอบครัว หรือเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรด้วยความสมัครใจโดยไม่มีสิ่งตอบแทน ฉะนั้น ถ้าเป็นกรณีการตั้งครรภ์แทนโดยไม่มีค่าตอบแทน (กรณีรับตั้งครรภ์แทนโดยสมัครใจ) ก็อาจได้รับอนุญาตให้กระทำได้ตามโครงการเด็กหลอดแก้ว ซึ่งรัฐวิคตอเรียได้เสนอร่างกฎหมายใหม่อนุญาตให้พี่สาว น้องสาว ญาติ มารดา ตลอดจนถึงเพื่อนสนิทของหญิงที่ไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ สามารถอาสารับตั้งครรภ์แทนได้ อย่างไรก็ตาม การตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ ยังคงถือว่าเป็นสิ่งผิดกฎหมายตามกฎหมายฉบับนี้ ความจริงรัฐวิคตอเรียมีกฎหมายที่ห้ามทั้งการกระทำในทางธุรกิจหรือเสนอการบริการรับตั้งครรภ์แทนโดยได้รับค่าตอบแทน คือ กฎหมายว่าด้วยการไม่มีบุตร (วิธีการทางการแพทย์) พ.ศ.2527 (the Infertility

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27-28.

(Medical Procedures) Act 1984) ซึ่งกำหนดว่าสัญญารับจ้างตั้งครรภ์เป็น
 โฆษะ และไม่อาจบังคับได้ตามกฎหมาย แต่ไม่มีบทบัญญัติห้ามการกระทำเพื่อ
 บุคคลอื่นหรือสมัครใจรับตั้งครรภ์แทน (altruistic or voluntary
 surrogacy arrangements) อันเป็นกรณีที่ไม่มีผลประโยชน์ตอบแทน ส่วนใน
 รัฐเซาท์ออสเตรเลียนั้นได้ผนวกเรื่องการรับตั้งครรภ์แทนไว้ในกฎหมายว่าด้วย
 ความสัมพันธ์ครอบครัว ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2531 กฎหมายดังกล่าวถือว่า
 สัญญารับจ้างตั้งครรภ์เป็นสิ่งผิดกฎหมายและเป็นโทษ การโฆษณาบริการรับจ้าง
 ตั้งครรภ์และการกระทำในทางรับจัดการเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์
 ทุกประเภทเป็นความผิดในทางอาญา เช่นเดียวกับรัฐควีนส์แลนด์ซึ่งมีกฎหมายว่า
 ด้วยการตั้งครรภ์แทน ที่มีบัญญัติว่าข้อตกลงที่ให้ตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะมียาค่าตอบแทน
 หรือไม่ก็ตาม ตกเป็นโทษ และมีความผิดในทางอาญา ¹⁷

จะเห็นได้ว่าในประเทศออสเตรเลีย การจัดทำให้มีการตั้งครรภ์
 แทนไม่เป็นที่ยอมรับทั้งในทางกฎหมายและในทางจริยธรรม ทั้งนี้จะเห็นได้จาก
 รายงานของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายแห่งรัฐนิวเซาท์เวลส์ ซึ่งตีพิมพ์ในเดือน
 ธันวาคม พ.ศ.2531 ว่าคณะกรรมการคัดค้านการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากการตั้ง
 ครรภ์แทนทำให้ร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกลายเป็นส่วนที่ต้องบริการตาม
 ความประสงค์ของผู้ว่าจ้าง ซึ่งวางเงื่อนไขที่จะแยกตัวเด็กออกจากมารดาผู้ให้
 กำเนิดตั้งแต่ในวัยอ่อนเยาว์อย่างที่สุด และเมินเฉยอย่างจงใจต่อประโยชน์สุข
 ของครอบครัวอื่น นอกจากนี้ทั้งตัวหญิงผู้ว่าจ้างและหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทนย่อม
 จะอยู่ในสภาวะการเสี่ยงภัยอย่างมาก เพราะมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดความ
 กดดันในอันจะต้องยินยอมปฏิบัติตามข้อตกลง แม้แต่ในกรณีรับตั้งครรภ์แทนเพื่อ
 ประโยชน์ของผู้อื่นโดยบริสุทธิ์ใจ ก็ไม่มีสิ่งใดที่จะเป็นหลักประกันว่าหญิงทั้งสองจะ
 มีอิสระอย่างแท้จริงในการเลือกที่จะปฏิบัติตามข้อตกลง นอกจากนี้คณะกรรมการ

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 29-30.

ยังเห็นว่า กฎหมายและสังคมไม่ควรสนับสนุนให้มีการรับตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะ การตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ และการโฆษณาการกระทำดังกล่าวควรเป็นสิ่ง ต้องห้าม ไม่ว่าจะกระทำโดยตัวแทนหรือการชักชวนก็ตาม ดังนั้นสัญญารับจ้างตั้ง ครรภ์ควรเป็นโมฆะ ใช้บังคับตามกฎหมายไม่ได้ ¹⁸

อย่างไรก็ตาม ประเทศออสเตรเลียมีแนวโน้มที่จะผ่อนคลายความ เข้มงวดในการห้ามรับตั้งครรภ์แทน ดังจะเห็นได้จากการเสนอร่างกฎหมายของ รัฐวิคตอเรียที่อนุญาตให้การตั้งครรภ์แทนกระทำได้ในกรณีจำกัดเฉพาะพี่สาว น้อง สาว ญาติ มารดา และเพื่อนสนิทของหญิงที่ไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ ซึ่งไม่ เกี่ยวข้องกับผลตอบแทนในเชิงพาณิชย์ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ¹⁹

สำหรับในประเทศสหราชอาณาจักร ซึ่งเป็นประเทศแรกที่จัดให้ มีกฎหมายวางระเบียบและกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้อยู่ 2 ฉบับ ฉบับแรก ได้แก่ กฎ หมายว่าด้วยการให้กำเนิดมนุษย์และเด็กหลอดแก้ว พ.ศ. 2533 (Human Fertilisation and Embryology Act 1990) ซึ่งจัดตั้งองค์กรที่มีอำนาจ ออกใบอนุญาตเกี่ยวกับการทำเด็กหลอดแก้ว การเก็บตัวอ่อน อสุจิ และไข่ รวมถึง การวิจัยในเรื่องดังกล่าว ²⁰

กฎหมายที่สำคัญอีกฉบับหนึ่ง ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการจัดให้มีการ ตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2528 (The Surrogacy Arrangements Act 1985) ซึ่งกำหนดไว้ว่าการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นกฎหมายไม่อาจรับบังคับให้ ได้ สัญญาหรือข้อตกลงใด ๆ ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย การกระทำเพื่อการติดต่อรับตั้งครรภ์แทนรวมทั้งการโฆษณาการกระทำนั้น เป็นสิ่ง

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 31.

²⁰ เรื่องเดียวกัน

ต้องห้ามตามกฎหมาย ซึ่งจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาด้วย ²¹

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ยังมีความไม่ลงรอยกันอยู่ในแง่ของการยอมรับว่าการตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่ยอมรับด้วยกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นเปิดช่องให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ และถือว่าสัญญารับจ้างตั้งครรภ์บังคับได้ตามกฎหมาย ไม่ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนในประเทศออสเตรเลีย เข้มงวดกับการตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะกรณีรับจ้างตั้งครรภ์ถือว่าขัดต่อกฎหมายและศีลธรรม อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นให้สำหรับกรณีตั้งครรภ์แทนโดยบริสุทธิ์ใจหรืออาสาตั้งครรภ์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น มิใช่เพื่อผลประโยชน์ของตนเอง แต่ก็ยังมีได้มีกฎหมายรับรองอย่างเป็นทางการ เป็นแต่เพียงการตีความ ซึ่งมีแนวโน้มที่จะปรับปรุงกฎหมายในอนาคต ส่วนประเทศสหราชอาณาจักรนั้น ไม่ยอมรับบังคับให้สำหรับสัญญารับจ้างตั้งครรภ์ แต่เปิดโอกาสให้มีการผสมเทียม ซึ่งกระทำโดยการบำบัดรักษาในทางการแพทย์ ซึ่งได้รับอนุญาตอย่างถูกต้องจากองค์กรที่มีอำนาจ นอกจากนี้การกระทำทุกอย่างเกี่ยวกับการนี้จะต้องได้รับอนุญาตจากทางการทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการสร้างเด็กหลอดแก้ว ตัวอ่อน อสุจิ หรือไข่ก็ตาม ²²

4. กฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนของประเทศต่าง ๆ

4.1 สหรัฐอเมริกา

4.1.1 District of Columbia

²¹ เรื่องเดียวกัน

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 32-33.

ตามกฎหมายของ District of Columbia สัญญารับ
จ้างตั้งครรภ์เป็นโมฆะ การมีส่วนร่วมในการจัดให้มีสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็น
ความผิดทางอาญา ²³

4.1.2 มลรัฐแมริแลนด์

สัญญารับจ้างตั้งครรภ์ไม่ผิดกฎหมาย และไม่ขัดต่อบทบัญญัติ
ว่าด้วยการซื้อขายเด็ก ²⁴

4.1.3 มลรัฐเนวาด้า

ปัจจุบันมลรัฐเนวาด้ามีกฎหมายว่าด้วยสัญญารับตั้งครรภ์
แทนโดยใช้ไข่และเชื้ออสุจิของคู่สมรสที่มีบุตรยากผสมกันแล้วฝากในครรภ์ของ
หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ²⁵

4.1.4 มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์

กฎหมายของมลรัฐนิวแฮมป์เชียร์อนุญาตให้มีสัญญารับตั้งครรภ์
แทนโดยไม่มีค่าบำเหน็จ (gratuitous surrogacy contract) และต้อง
ขออนุญาตจากศาล, ต้องมีการตรวจประสิทธิภาพทั้งทางการแพทย์และไม่ใช้ทาง

²³ Linda D. Elord, "Family Law in the Fifty States
1993-1994," Family Law Quarterly 28 (Winter, 1995): 603.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

การแพทย์ และต้องได้รับคำแนะนำปรึกษาก่อนที่จะมีการผสมเทียม ²⁶

4.1.5 มลรัฐนิวเจอร์ซีย์

สัญญารับจ้างตั้งครรภ์เป็นโมฆะ และไม่สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แต่สัญญารับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีค่าตอบแทนไม่เป็นโมฆะ กฎหมายอนุญาตให้มีสัญญาดังกล่าวได้ ²⁷

4.1.6 มลรัฐวอชิงตัน

สัญญารับตั้งครรภ์แทนโดยไม่มีค่าบำเหน็จ (gratuitous surrogacy agreement) บังคับใช้ได้ ²⁸

4.1.7 มลรัฐเวสต์เวอร์จิเนีย

กฎหมายอนุญาตให้มีการจ่ายค่าตอบแทน และค่าใช้จ่ายต่าง ๆ สำหรับสัญญารับตั้งครรภ์แทน ²⁹

4.1.8 มลรัฐแคลิฟอร์เนีย

ศาลฎีกาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียพิพากษาว่าหญิงที่รับตั้ง

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

ครรภ์แทนโดยใช่เชื้อสุจิและไข่ของกลุ่มสมรสที่มีบุตรหากไม่ใช่มารดาตามธรรมชาติของเด็กที่เกิดมา มารดาตามธรรมชาติไม่ใช่มารดาที่ตั้งครรภ์ การตรวจพิสูจน์เลือดจะเป็นตัวกำหนดความเป็นมารดาตามธรรมชาติ นอกจากนี้ศาลยังได้พิพากษาขึ้นตามศาลอุทธรณ์ว่าสัญญาจ้างตั้งครรภ์สามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมาย และศาลปฏิเสธที่จะใช้หลักผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของเด็ก^{๓๐}

4.1.9 มลรัฐอาร์แคนซอร์

กฎหมายกำหนดว่าถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงไม่มีสามี คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กไม่ใช่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน^{๓๑} จะเห็นได้ว่ากฎหมายเปิดช่องให้คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้เฉพาะกรณีที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงไม่มีสามี แต่ถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงมีสามี หญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิงนั้นจะเป็นมารดาบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

มลรัฐที่กำหนดว่าสัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม สามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมาย ได้แก่ แคลิฟอร์เนีย, อิลลินอยส์, แมรี่แลนด์, แมสซาชูเซตส์, ออริกอน, เพนซิลวาเนีย, คาโรไลนาใต้ และมิสซูรี^{๓๒}

มลรัฐที่กำหนดว่าสัญญาจ้างตั้งครรภ์เท่านั้นที่ใช้บังคับตามกฎหมายไม่ได้ (เป็นโมฆะ) ได้แก่ หลุยส์เซียนา, อลาบามา, มิเนสโซต้า,

^{๓๐} Ibid.

^{๓๑} Richard T. Hull, Ethical Issues in the New Reproductive Technologies, p.187.

^{๓๒} Ibid, p.192.

นิวฮอว์ค , ฟลอริดา , District of Columbia , วิสคอนซิน , มิชิแกน , นิวเจอร์ซี และเนแบรสกา (เฉพาะมลรัฐนี้กฎหมายกำหนดว่าสัญญาใช้บังคับไม่ได้ แต่บิดาทงษ์วิวิทยามีสิทธิและหน้าที่ในความเป็นบิดา) ³³

มลรัฐที่กำหนดว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม ใช้บังคับตามกฎหมายไม่ได้ ได้แก่ คอนเนคติกัต, คาโรไลนาเหนือ และโรดไอส์แลนด์ ³⁴

มลรัฐที่กำหนดให้มีการตั้งครรภ์แทนได้เฉพาะกรณีที่มีเหตุผลทางการแพทย์เท่านั้น ได้แก่ แคลิฟอร์เนีย, อิลลินอยส์, แมสซาชูเซตส์, มิชิแกน, นิวฮอว์ค, เพนซิลวาเนีย, District of Columbia และนิวเจอร์ซี ³⁵

4.2 เดนมาร์ค กฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรม มาตรา 33 กล่าวว่า ³⁶

³³ Ibid, p.191.

³⁴ Ibid, p.188.

³⁵ Ibid, p.192.

³⁶ Adoption Act, section 33 provided that

(1) A financial reward may not be rendered or received for the purpose of making and arrangement between a woman and another person who wishes that woman to bear a child for this person.

(2) Advertising for the purpose of setting up a surrogacy arrangement such as mentioned in subsection 1, is prohibited.

(1) ค่าตอบแทนทางการเงินไม่อาจได้รับสำหรับการทำข้อตกลงระหว่างหญิงคนหนึ่งกับบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งต้องการให้หญิงนั้นตั้งครรภ์แทนตน

(2) การโฆษณาเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้มีการจัดการให้ตั้งครรภ์แทนตามที่บัญญัติไว้ใน (1) เป็นสิ่งต้องห้าม

บทลงโทษสำหรับการฝ่าฝืนกฎหมายมาตรานี้ซึ่งได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 34 คือ โทษปรับหรือจำคุก³⁷

จากมาตรา 33 จะเห็นได้ว่ากฎหมายห้ามมิให้มีการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนรวมทั้งการโฆษณาการกระทำดังกล่าว นอกจากนี้กฎหมายยังเอาผิดกับการรับเงินที่เกี่ยวข้องกับการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนด้วย

4.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายใดอนุญาตหรือห้ามโดยชัดแจ้งซึ่งการตั้งครรภ์แทน อย่างไรก็ตาม ชายคนหนึ่งในเมืองบาดโอเฮนเฮา เช่น ถูกปรับเป็นจำนวนเงิน 1,750 เหรียญสหรัฐฯ (ประมาณ 40,000 บาท) เนื่องจากหลงโฆษณาหาหญิงที่สามารถรับอ้อมครรภ์โดยการฉีดตัวอ่อน และเมื่อทารกคลอดแล้วให้ยกทารกให้แก่คู่สมรสที่ไม่เป็นบุตรคู่หนึ่งรับเป็นบุตรบุญธรรม ชายดังกล่าวยังไม่สามารถหาหญิงที่สมัครตั้งครรภ์ได้ก็มาถูกจับเสียก่อน เพราะกฎหมายสหพันธ์

³⁷ Jorgen Graversen, "Denmark : Legislation on Surrogate Maternity and Other Developments," Journal of Family Law 26 (1987-1988): 61.

สาธารณรัฐเยอรมันห้ามการโฆษณาใด ๆ ที่เกี่ยวกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม^{๓๖} แสดงว่าถ้าไม่มีการโฆษณาใด ๆ ที่เกี่ยวกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมย่อมสามารถทำได้ตามกฎหมาย และตามกฎหมายครอบครัวของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ผู้ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาของเด็กที่เกิดมา ถ้าผู้ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์ต้องการเด็กเป็นบุตรตามกฎหมายก็ต้องจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

4.4 สเปน

ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ ห้ามการตั้งครรภ์แทน มาตรา 10 ของกฎหมายฉบับนี้กำหนดว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนใด ๆ ไม่ว่าจะมิตำตอบแทนหรือไม่มีคำตอบแทนก็ตามเป็นโมฆะ และใช้บังคับตามกฎหมายไม่ได้^{๓๗}

4.5 สหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักรเป็นประเทศแรกที่จัดให้มีกฎหมายวางระเบียบและกฎเกณฑ์ในเรื่องการตั้งครรภ์แทน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวนี้มีอยู่ 2 ฉบับ ได้แก่กฎหมายว่าด้วยการให้กำเนิดมนุษย์และเด็กหลอดแก้ว พ.ศ. 2533 (Human Fertilisation and Embryology Act 1990) ซึ่งจัดตั้งองค์กรที่มีอำนาจออกใบอนุญาตเกี่ยวกับการทำเด็กหลอดแก้ว การเก็บตัวอ่อน

^{๓๖} ภราดร ภคพัฒน, "วงการกฎหมายทั่วไป," หน้า 111.

^{๓๗} Gabriel Garcia Cantero, "Spain : Artificial Insemination and Other Matters ," Journal of Family Law 28 (1989-1990): 617.

อสุจิ และไข่ รวมทั้งการวิจัยในเรื่องดังกล่าว ⁴⁰

สาระสำคัญของ Human Fertilisation and Embryology Act 1990 มีดังนี้ ⁴¹

1. หญิงที่ตั้งครรภ์เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรเสมอ (มาตรา 27 (1))

2. โดยทั่วไปแล้วบุคคลที่เป็นเจ้าของเชื้ออสุจิที่ทำให้เกิดการตั้งครรภ์เป็นบิดาของเด็ก แต่หลักนี้มีข้อยกเว้น 2 ประการในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมโดยใช้เชื้ออสุจิของผู้บริจาค (AID)

2.1 สามีของหญิงที่รับการผสมเทียมถือว่าเป็นบิดาของเด็ก เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้ให้ความยินยอมในการผสมเทียม และสามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานที่ว่าสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์เป็นบิดาของเด็กที่เกิดมา (มาตรา 28 (2))

2.2 ในกรณีที่หญิงรับการผสมเทียมเพื่อชายคนหนึ่งภายใต้กรรมวิธีที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายฉบับนี้ ชายคนนั้นถือว่าเป็นบิดาของเด็ก (มาตรา 28(3))

⁴⁰ วิชา มหาคณ, "จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีอันใหม่," หน้า 31.

⁴¹ Stephen M. Cretney, Elements of Family Law, 2nd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1992), p.203.

ตามกฎหมายฉบับนี้ทำให้เด็กอาจจะไม่มีบิดาตามกฎหมาย ยกตัวอย่าง เช่น ชายคนหนึ่งได้บริจาคเชื้ออสุจิของตนเพื่อนำไปใช้ในการผสมเทียมที่อยู่ภายใต้กฎหมายนี้ โดยปกติแล้วสามีของหญิงที่รับการผสมเทียมจะถูกถือว่าเป็นบิดาของเด็กตามมาตรา 28 (2) และ 28(3) แต่ถ้าสามีพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้ให้ความยินยอมในการผสมเทียม สามีก็จะไม่ถูกถือว่าเป็นบิดาของเด็ก หรือในกรณีที่หญิงที่รับการผสมเทียมเป็นหญิงไม่มีสามี เด็กก็จะไม่มีบิดาตามกฎหมาย

กฎหมายที่สำคัญอีกฉบับหนึ่ง ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2528 (Surrogacy Arrangements Act 1985) ซึ่งกำหนดไว้ว่าการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น กฎหมายไม่อาจรับบังคับให้ได้ สัญญาหรือข้อตกลงใด ๆ ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย⁴² การกระทำเพื่อการติดต่อรับตั้งครรภ์แทนรวมทั้งการโฆษณาการกระทำนั้น เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย ซึ่งจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาด้วย นอกจากนี้กฎหมายได้มีบทบัญญัติสำคัญเกี่ยวกับสถานะของมารดาและบุตรไว้ว่า หญิงซึ่งตั้งครรภ์อันเนื่องมาจากการนำตัวอ่อนหรืออสุจิหรือไข่มาจากภายนอกตามกรรมวิธีผสมเทียมนั้น ถือว่าเป็นมารดาเพียงผู้เดียวของเด็กที่เกิดมา ดังนั้น หากมีการตั้งครรภ์แทน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนย่อมจะเป็นมารดา หากมีการบริจาคไข่ ผู้บริจาคจะมีไข่มารดาของเด็กที่เกิดมา และถ้าหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนมีสามี ผู้เป็นบิดาของเด็กก็คือสามีของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีหลักฐานชัดเจนแจ้งว่าสามีของหญิงนั้นไม่ยินยอม ในกรณีที่ตัวอ่อนหรืออสุจิและไข่ได้นำเข้าในร่างกายหญิงที่ไม่มีสามี หรือผสมเทียมโดยฉีดเชื้อชายเข้าไปในร่างกายหญิงตามข้อตกลงในการบำบัดรักษาผู้ไม่มีบุตรของแพทย์ กฎหมายกำหนดว่าจะกระทำให้นายที่หญิงนั้นมีชายคนหนึ่งซึ่งจะถือว่าเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมา แม้ตัวอ่อนที่เกิดขึ้นจะไม่ได้เกิดจากอสุจิของชายนั้นก็ตาม และ

⁴² วิชา มหาคุณ, "จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่," หน้า 31.

จะต้องเป็นการกระทำโดยบุคคลผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตจากทางการแล้วเท่านั้น ⁴³

4.6 ออสเตรเลีย

- มลรัฐนิวเซาท์เวลส์

ตามกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรม (Adoption of Children Act 1965) ห้ามการจ่ายค่าตอบแทนในการรับบุตรบุญธรรม ความยินยอมในการยกบุตรให้เป็นบุตรบุญธรรมที่ไว้ไว้ก่อนที่บุตรจะเกิดใช้บังคับไม่ได้ ⁴⁴ และความยินยอมใด ๆ ที่มารดาให้ภายใน 3 วันนับแต่วันที่เด็กเกิดใช้บังคับไม่ได้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าในเวลานั้นมารดาได้เขียนหนังสือให้ความยินยอม ⁴⁵ ดังนั้น สัญญาที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าว่าจะยกบุตรให้เป็นบุตรบุญธรรมจึงขัดกับกฎหมายเหล่านี้ วัตถุประสงค์ของกฎหมายก็เพื่อปกป้องคุ้มครองมารดาตามธรรมชาติไม่ให้ถูกข่มขู่บังคับ และให้มีเวลาเพียงพอในการที่จะตัดสินใจยกบุตรให้เป็นบุตรบุญธรรมแก่ผู้อื่น ⁴⁶ นอกจากนี้มาตรา 50(1) กล่าวว่า การทำให้, ใต้ หรือรับค่าตอบแทนหรือรางวัล ในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม หรือในการโอนความเป็นเจ้าของหรืออำนาจปกครองบุตรเพื่อการรับบุตรบุญธรรม หรือการเจรจาเพื่อให้มีการจัดการรับบุตรบุญธรรมเป็นความผิด

⁴³ เรื่องเดียวกัน

⁴⁴ Adoption of Children Act 1965 section 31(2)

⁴⁵ Adoption of Children Act 1965 section 31(3)

⁴⁶ Carolyn Sappideen, "The Surrogate Mother - A Growing Problem," U.N.S.W. Law Journal 6 (1983): 92.

อาญา ^{47.48}

จากหัวข้อที่ 3 และ 4 จะเห็นได้ว่าการตั้งครรภ์แทนได้เกิดเป็นปัญห
ขึ้นในประเทศต่าง ๆ และประเทศแต่ละประเทศเหล่านั้นก็ได้พยายามที่จะนำกฎ
หมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายว่าด้วยครอบครัว
กฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรม ฯลฯ และในบางประเทศก็ได้ออกกฎหมายที่
บัญญัติถึงการตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะ สำหรับประเทศไทย แม้ว่าปัญหาต่าง ๆ ที่
เคยเกิดขึ้นในต่างประเทศยังไม่ได้เกิดขึ้นในประเทศไทย แต่ในอนาคตอาจจะ
เกิดขึ้นได้ ดังนั้นจึงสมควรที่จะพิจารณาปัญหาเหล่านี้ว่าถ้าเกิดขึ้นในประเทศไทย
แล้วจะมีผลเป็นประการใด

5. ปัญหาทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายไทย

5.1 ความสมบูรณ์ของสัญญา

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าปัญหาทางกฎหมายอื่นเกี่ยวกับการตั้งครรภ์
แทนนั้น ประเด็นส่วนใหญ่ที่มักเป็นที่ถกเถียงกันก็คือ สัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็น
สัญญาที่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ กล่าวโดยสรุปก็คือ สัญญาดังกล่าวนั้นเป็น
โมฆะหรือไม่นั่นเองซึ่งจะได้พิจารณาดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

⁴⁷ Ibid, 91.

⁴⁸ Section 50 (1) provides that it is a criminal offence, to make, give or receive a payment or reward in consideration of the adoption of a child or transfer of possession or control of a child with a view to adoption, or to conduct negotiations to make arrangements with a view to the adoption of a child.

โดยทั่วไปแล้วกฎหมายจะเคารพการแสดงเจตนาระหว่างคู่กรณี กล่าวคือ คู่กรณีมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาที่จะทำนิติกรรมสัญญาใด ๆ ต่อกัน ตราบเท่าที่นิติกรรมนั้นไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายก็จะยอมรับและบังคับให้เป็นไปตามสัญญาที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ แต่ถ้านิติกรรมดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว นิติกรรมนั้นย่อมมีผลเป็นโมฆะไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้กฎหมายได้บัญญัติไว้ในพ.พ. มาตรา 150

มาตรา 150 บัญญัติว่า "การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ"

จากมาตรา 150 แยกอธิบายรายละเอียดได้ดังนี้

1. ความหมายของวัตถุประสงค์

วัตถุประสงค์ของนิติกรรม หมายถึง จุดประสงค์หรือจุดมุ่งหมายสุดท้ายของคู่กรณีในการทำนิติกรรม นิติกรรมทุกประเภทจะต้องมีวัตถุประสงค์ หากไม่มีวัตถุประสงค์ย่อมไม่เป็นนิติกรรม ดังได้กล่าวมาแล้วว่าวัตถุประสงค์ของนิติกรรม คือประโยชน์สุดท้ายที่ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมปรารถนามุ่งประสงค์ไว้จะให้เกิดขึ้น ประโยชน์สุดท้ายนั้นไม่ได้จำกัดว่าผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมจะต้องเป็นผู้ได้รับประโยชน์เสมอไป อาจเป็นฝ่ายเสียประโยชน์ก็ได้ เช่น การให้โดยเสน่หา วัตถุประสงค์ของนิติกรรมก็คือ การให้ทรัพย์สินตกเป็นของผู้รับ จะเห็นได้ว่าผู้ให้ไม่ได้ประโยชน์อะไรเลย ผู้ได้ประโยชน์คือผู้รับฝ่ายเดียว การตั้งกรรมแก่ตนโดยไม่มีค่าตอบแทนก็เช่นกัน วัตถุประสงค์ของนิติกรรมก็คือ การช่วยเหลือคู่สมรสที่มีบุตรยากให้มีบุตรไว้สืบสกุลตามที่ประสงค์ จะเห็นได้ว่าผู้รับตั้งกรรมไม่ได้รับประโยชน์ (ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน) อะไรเลย ผู้ได้รับประโยชน์

คือ คู่สามีภริยาที่ต้องการบุตรนั้น นอกจากนั้นประโยชน์สุดท้ายที่จะได้มาก็ไม่จำเป็นต้องเป็นไปในทางที่ก่อให้เกิดขึ้นเพื่อได้มาซึ่งทรัพย์สิน แม้ในทางที่จะทำให้ระงับสิ้นไปก็ถือว่าเป็นวัตถุประสงค์ของนิติกรรมได้ เช่น การปลดหนี้ เป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ในอันที่จะทำให้หนี้ระงับสิ้นไป ดังนั้นนิติกรรมทุกประเภทจะต้องมีวัตถุประสงค์ของนิติกรรม

2. วัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย

นิติกรรมใดที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายนั้น ตามมาตรา 150 บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวมีผลตกเป็นโมฆะ คือไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย แต่การพิจารณาว่านิติกรรมใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายต้องพิจารณาประกอบกับมาตรา 151 ด้วย กล่าวคือ วัตถุประสงค์อันเป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายนั้น จะต้องเป็นกฎหมายอื่นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงจะตกเป็นโมฆะ*

เนื่องจากในกรณีของการตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่กำหนดห้ามไม่ให้มีการตั้งครรภ์แทน ดังนั้นการตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสิ่งที่สามารถทำได้โดยไม่ผิดกฎหมาย นอกจากนี้ในกรณีของการตั้งครรภ์แทนที่มีค่าตอบแทนที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะได้รับสินจ้างหรือผลประโยชน์อื่นใดเพื่อเป็นการตอบแทนในการยกเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สามีภริยาที่มีบุตรยากก็ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้น เนื่องจากตามกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่อง

* มาตรา 151 บัญญัติว่า "การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอื่นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ"

การรับบุตรบุญธรรมทั้งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ไม่มีบทบัญญัติห้ามการจ่ายเงินหรือรับเงินเพื่อการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ดังนั้น ไม่ว่าจะ เป็นสัญญารับตั้งครรรภ์แทนที่มีค่าตอบแทน หรือสัญญารับตั้งครรรภ์แทนที่ไม่มีค่าตอบแทน จึงเป็นสัญญาที่ไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย อันจะมีผลทำให้สัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะได้

ในเรื่องวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายนั้น ในบางประเทศที่กฎหมายอันว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของประเทศนั้น ๆ ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการจ่ายเงินหรือรับเงินเพื่อการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ถ้าการรับบุตรบุญธรรมใดมีเงินหรือค่าตอบแทนมาเกี่ยวข้อง การรับบุตรบุญธรรมนั้นจะเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายทันที ดังนั้น สัญญารับจ้างตั้งครรรภ์ (ที่มีค่าตอบแทน) จึงเป็นโมฆะ เพราะเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ซึ่งกรณีนี้ได้เคยมีคำพิพากษาในคดี Doe v. Kelley และคดี Stern v. Whitehead ซึ่งได้กล่าวมาแล้ว

3. วัตถุประสงค์เป็นการพันวิสัย

ตามมาตรา 150 ได้กำหนดให้นิติกรรมใดที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพันวิสัยนั้นตกเป็นโมฆะเช่นกัน

ลักษณะของวัตถุประสงค์ของนิติกรรมเป็นการพันวิสัย สรุปตามแนวความคิดของนักนิติศาสตร์มีดังนี้^{๔๐}

^{๔๐} ไชยยศ เหมะรัชตะ, "กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม" (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 142-144.

ก. ต้องเป็นการพันวิสัยโดยเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ หรือ เป็นสิ่งที่ไม่อาจปฏิบัติได้โดยเด็ดขาด ซึ่งอาจเป็นการพันวิสัยโดยเป็นไปได้โดยธรรมชาติ หรือนิติกรรมนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นเรื่องเหลวไหลที่ไม่อาจปฏิบัติได้

ข. ต้องเป็นกรณีที่บุคคลทุกคนไม่อาจปฏิบัติได้ หากมีบุคคลบางคนหรือบุคคลอื่นอาจทำได้ ก็มีใช้การพันวิสัย นอกจากนี้การอันตกเป็นพันวิสัยนั้น ต้องไม่ใช่การปฏิบัติไม่ได้เฉพาะคู่กรณี ดังนั้น ถ้าคู่กรณีตามนิติกรรมนั้นไม่อาจปฏิบัติได้ แต่บุคคลอื่นสามารถปฏิบัติได้ การนั้นก็ย่อมมิใช่การอันเป็นพันวิสัย

ค. ต้องเป็นการที่ไม่อาจปฏิบัติได้เลย หากการที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมนั้น เป็นแต่เพียงการปฏิบัติได้ยาก จะมากน้อยเพียงใด ไม่ว่าจะต้องเสียค่าใช้จ่ายมากน้อยเพียงใด หรือการปฏิบัตินั้นจะต้องเสียเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายมากเพียงใด จนไม่อาจปฏิบัติตามสัญญานั้นได้เพราะจะประสบการขาดทุนอย่างมากมายก็ตาม ก็ไม่ถือว่าเป็นการพันวิสัย

ง. การตกเป็นพันวิสัยต้องเป็นเหตุการณ์หรือสภาพการณ์อันเป็นอยู่ หรือเกิดขึ้นในขณะที่กระทำนิติกรรมนั้น หากมีเหตุการณ์เกิดขึ้นภายหลังการกระทำนิติกรรมนั้นแล้ว การนั้นย่อมมิใช่เป็นการอันมีวัตถุประสงค์เป็นการพันวิสัย แต่อาจเป็นกรณีที่เรียกว่า การชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยตาม ป.พ.พ. มาตรา 218, 219 และมาตรา 370-372

4. วัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ก่อนที่จะพิจารณาว่าสัญญาับตั้งควรเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ จะต้องพิจารณาให้ได้เสียก่อนว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนคืออะไร

อะไรคือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นั้น ไม่มีบทนิยามหรือวิเคราะห์ศัพท์ของกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นจึง ต้องอาศัยคำอธิบายที่ผู้ทรงคุณวุฒิในวิชานิติศาสตร์ได้ให้ไว้ดังต่อไปนี้

พระยาเทพวิฑูรย์ ได้อธิบายว่า "การที่จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติ ข้อใดจะต้องด้วยลักษณะที่ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชนนั้น ปัญหาข้อนี้จะวางหลักโดยเจือปนขาดหาได้ไม่ จะพูดได้ก็เพียงเป็น เวลา ๆ ว่า กฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่ใช่เกี่ยว แก่คู่กรณีโดยเฉพาะแล้ว นับอยู่ในพวกที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ที่ว่ากฎหมายเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนนั้น คือ กฎหมายทั้งหลายซึ่งนับเนื่อง อยู่ในพวกที่เรียกว่ากฎหมายมหาชน แม้ในกฎหมายที่อยู่ในพวกกฎหมายเอกชนก็ยัง มีบทที่นับว่าเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนอยู่มาก อาทิเช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับ สภาพและความสามารถของบุคคล บทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและอำนาจในครอบครัว บทบัญญัติในเรื่องทรัพย์สินหรือเกี่ยวกับเศรษฐกิจ บทบัญญัติเพื่อป้องกันผล ประโยชน์ของบุคคลภายนอกเหล่านี้ เป็นต้น และในส่วนศีลธรรมอันดีนั้นก็คือ ศีลธรรมตามที่นิยมกันในหมู่มชนทั่วไป ซึ่งทั้งนี้ในที่สุดก็จะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ"^{๕๐}

ศาสตราจารย์ เอช. เอกูต์ อธิบายว่า "ที่ว่าความสงบ เรียบร้อยของประชาชนนั้นจะต้องเข้าใจอย่างไร กฎหมายไม่ได้วิเคราะห์ศัพท์ หรือชี้แจงไว้อย่างกว้าง ๆ เลย ถึงกระนั้นก็ดีในประเทศเป็นจำนวนมากเขาถือ กันว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น หมายรวมถึงสิ่ง 2 อย่างคือ การคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน และการคุ้มครองส่วนได้เสียทั่วไปของ หมู่ประชาชน

^{๕๐} พระยาเทพวิฑูรย์ (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1 ถึง 240, หน้า 407-408.

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น ไม่ได้มีอยู่ทั้งหมดใน บทกฎหมาย กล่าวคือ การที่การใด ๆ จะเป็นโทษนั้น ไม่จำเป็นจะต้องขัดต่อบทกฎหมายที่มีบัญญัติไว้โดยชัดว่า จะต้องเป็นโทษ เราก็ยังพบบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนในลักษณะต่อไปนี้ ในกฎหมายแพ่งคืออายุแห่งความสามารถ เกณฑ์ในการสมรส อำนาจอิสระของสามีในภรรยา และอำนาจอิสระของบิดาในบุตร ระเบียบการรับมรดก แบบของพินัยกรรม การรับผิดชอบโดยการละเมิด ในลักษณะทั้งหลายเหล่านี้เราจะทำความเข้าใจกับกฎหมายไม่ได้ นอกจากนั้นความตกลงนี้เป็นโทษ ไม่ใช่แต่เพียงเป็นโทษ^{๕๑}

ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช อธิบายว่า "ลักษณะอย่างไรจึงจะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ยากที่จะให้วิเคราะห์ศัพท์ได้ แต่พอจะเห็นได้ว่า เรื่องใดมิได้เกี่ยวด้วยส่วนได้เสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณีโดยเฉพาะ แต่อาจกระทบกระเทือนพาดพิงไปถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่น เรื่องนั้นพอจะจัดได้ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน"^{๕๒}

ดร.จิต เศรษฐบุตร อธิบายว่า "อะไรเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น อธิบายว่า เป็นข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ และข้อที่ควรจดจำก็คือที่ต้องการให้สังคมดำรงอยู่ได้นั้น ก็เพื่อจะได้คุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง

^{๕๑} เอช. เอกุตต์, คำอธิบายธรรมศาสตร์ชั้นปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ (พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2475), หน้า 71.

^{๕๒} เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, หน้า 148-149.

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนี้ได้วางขึ้นเพื่อสาเหตุ 2 ประการคือ ก. สาเหตุทางการเมือง ข. สาเหตุทางเศรษฐกิจ ซึ่งจะได้อธิบายเป็นข้อ ๆ โดยย่อดังนี้

ก. ความสงบเรียบร้อยทางการเมืองนั้น ได้วางขึ้นเพื่อปกป้องรักษาสถาบันของสังคมอันมีอยู่ 3 สถาบัน คือ รัฐ ครอบครัว และเอกชน

1. ปกป้องรักษาความมั่นคงของรัฐ ได้แก่ กฎหมายมหาชนที่ตั้งสถาบันของรัฐ คือ รัฐธรรมนูญ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชบัญญัติเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กฎหมายมหาชนเกี่ยวกับการเก็บภาษีอากรเพื่อได้มาซึ่งรายได้ของรัฐ กฎหมายมหาชนอื่นเป็นกฎหมายอาญาเพื่อรักษาไว้ซึ่งความปลอดภัยในรัฐ บทบัญญัติเหล่านี้ย่อมถือว่าเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชน นิติกรรมของเอกชนอันมีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายมหาชนเหล่านี้ไม่ได้ หากฝ่าฝืนนิติกรรมดังกล่าวจะไม่มีผลตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็นโมฆะ

2. ปกป้องรักษาความมั่นคงของครอบครัว หมายถึง กฎหมายเอกชนอื่นเป็นกฎหมายแพ่ง แต่เกี่ยวข้องกับสถาบันของครอบครัว ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา ความสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตร เหล่านี้ย่อมเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน อันเอกชนจะทำนิติกรรมแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ นอกจากกฎหมายเกี่ยวกับระบบครอบครัวนั้นเอง จะได้ระบุนุญาตให้ทำนิติกรรมแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ เช่น เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภริยาในเรื่องทรัพย์สินนั้นมาตรา 1458 บัญญัติว่า สามีและภริยาอาจทำความตกลงต่างกับกฎหมายที่บัญญัติไว้ได้แต่ต้องทำก่อนการสมรส และยังมีข้อความต่อไปอีกว่าต้องไม่เอากฎหมายประเทศอื่นมาใช้แทน และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย

3. ปกป้องรักษาความมั่นคงของเอกชนเอง กล่าวคือนิติกรรมจะเป็นโมฆะ หากมีวัตถุประสงค์ขัดต่อสิทธิของบุคคลตามที่กฎหมายมหาชนได้มอบหมายให้เพื่อรักษาความมั่นคงของเอกชน เช่น สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นต้น

ข. ความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจนั้น วางขึ้นเพื่อรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสังคมและของเอกชนเอง

1. ปกป้องรักษาประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสังคมนั้น โดยมากใช้ในกรณีฉุกเฉินหรือภาวะคับขัน เช่น กฎหมายห้ามแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศผิดจากอัตราที่ทางการกำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อมิให้ราคาถีบสูงขึ้น หรือกฎหมายห้ามนำสินค้าบางชนิดออก หรือนำสินค้าบางชนิดเข้าซึ่งนอกหรือในประเทศเป็นการปกป้องรักษาการผลิตของสินค้านั้น เป็นต้น

2. ปกป้องรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเอกชนนั้น เช่น กฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราร้อยละสิบห้าต่อปี (ป.พ.พ. มาตรา 655 และพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475) พระราชบัญญัติควบคุมการเช่าเคหะและที่ดิน พ.ศ. 2504 และอื่น ๆ อีก"^{๕๖}

จากคำอธิบายข้างบนของท่านผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวมา พอจะสรุปความหมายได้ว่า เรื่องใดมิได้เกี่ยวข้องกับได้เสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณีโดยเฉพาะ หากแต่เป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน

^{๕๖} จี๊ด เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ม.ป.ป.), หน้า 21-23.

เรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน และการคุ้มครองส่วนได้เสียของประชาชนในทางการเมืองและทางเศรษฐกิจ ย่อมถือว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่อยู่ในพวกกฎหมายเอกชน ก็ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนรวมอยู่ด้วย

ส่วนความหมายของคำว่า "ศีลธรรมอันดีของประชาชน" นั้น ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ ได้ให้ความหมายไว้ว่า "หมายความถึงธรรมเนียมประเพณีของสังคม ธรรมเนียมประเพณีนั้นอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย สิ่งซึ่งสังคมไม่ยอมรับในสมัยหนึ่ง อาจกลับกลายเป็นธรรมเนียมประเพณีของสังคมอีกสมัยหนึ่งก็ได้ และธรรมเนียมประเพณีของสังคมในชาติหนึ่งอาจไม่เป็นที่ยอมรับของสังคมในอีกชาติหนึ่งก็ได้ ดังนั้น การที่จะพิจารณาว่าธรรมเนียมประเพณีของสังคมอันใดเป็นศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงต้องพิจารณาทั้งยุคสมัยและท้องถิ่นประกอบกัน การใดที่กระทบกระเทือนถึงศาสนาหรือหลักในศาสนาใดศาสนาหนึ่ง อาจเกี่ยวถึงความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะศาสนาก็เป็นเรื่องของสังคมด้วย มิใช่เกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณีอย่างเดียว นอกจากนี้ ศีลธรรมอันดีของประชาชนกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็มักจะเกี่ยวพันกัน เพราะการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย ดังนั้น ในการวินิจฉัยคดี ศาลมักจะวินิจฉัยรวมไปว่าการกระทำอย่างใดเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยไม่แยกเป็นการกระทำแต่ละอย่างซึ่งยากแก่การวินิจฉัย"^{๕๔}

^{๕๔} ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2539), หน้า 48.

ดังนั้น การที่จะถือว่าการนิโคกรรมหรือข้อตกลงใดมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น หมายความว่าขัดต่อนโยบายที่มุ่งเพื่อประโยชน์ได้เสียทั่วไปของรัฐและสังคม หรือเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่ใช่เกี่ยวข้องกับคู่กรณีโดยเฉพาะ ส่วนการที่จะถือว่าการนิโคกรรมหรือข้อตกลงใดมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อศีลธรรมของประชาชนทั่วไป โดยถือเอาความรู้สึคนึกคิดอันดีและปานกลางของวิญญูชนเป็นเกณฑ์ ซึ่งจะแตกต่างกันไปในแต่ละยุคแต่ละสมัย

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ สัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่

เนื่องจากการที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นการกระทำที่ฮากยิ่ง แม้ผู้ร่างกฎหมายเองก็ไม่กล้าให้คำจำกัดความหรือบทวิเคราะห์ศัพท์ไว้ ปล่อยให้อยู่ในอำนาจของศาลซึ่งเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดี เป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการวินิจฉัยชี้ขาด เมื่อมีข้อพิพาทมาสู่ศาล ดังนั้น การกระทำใดเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ จึงต้องยึดถือคำวินิจฉัยของศาลเป็นบรรทัดฐาน^{๕๕} ประกอบกับการพิจารณาตามสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม กรณีของการตั้งครรภ์แทนนั้นยังไม่เคยมีคดีขึ้นสู่ศาลเลย จึงต้องอาศัยความคิดเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้มาเป็นแนวทางในการวินิจฉัย

ปัญหานี้มีความเห็นของนักกฎหมายแบ่งออกเป็นสองฝ่าย

ฝ่ายแรกเห็นว่า ทั้งสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีค่าตอบแทนและสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่มีค่าตอบแทนหรือสัญญารับจ้างตั้งครรภ์นั้น เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์

^{๕๕} เรื่องเดียวกัน

ส่งคัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยเฉพาะสัญญารับจ้างตั้งครรภ์เท่ากับเป็นสัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยนเด็ก เป็นการเช่ามดลูกและเนื้อตัวร่างกายมนุษย์ เป็นการฝืนความรู้สึกของสาธารณชน และมีปัญหาเกี่ยวกับทางจริยธรรม และปัญหาสังคม สัญญารับตั้งครรภ์แทนจึงตกเป็นโมฆะ ฟ้องร้องบังคับกันไม่ได้ จากการออกแบบสอบถามมีนักกฎหมายที่เห็นว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะ ใช้บังคับตามกฎหมายไม่ได้ ร้อยละ 20.00

แต่ฝ่ายที่สองมีความเห็นว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ใช่สัญญาซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนเด็กโดยแท้ เนื่องจากผู้ว่าจ้างมีส่วนได้เสียในตัวเด็ก โดยเป็นเจ้าของเชื้อสpermsหรือไข่ที่เจริญพันธุ์ทำให้เกิดทารก และมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญในการนี้เพื่อรับทารกเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย สัญญาดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันตามสัญญาดังกล่าวได้ จากการออกแบบสอบถามมีนักกฎหมายที่เห็นว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่เป็นโมฆะ และสามารถใช้บังคับตามกฎหมายได้ ร้อยละ 80.00

โดยส่วนตัวแล้วผู้เขียนมีความเห็นว่า ในปัจจุบันยังไม่มีบทกฎหมายใดที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการรับตั้งครรภ์แทนไว้โดยเฉพาะ อีกทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับบุตรบุญธรรมทั้งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ก็ไม่มีบทบัญญัติห้ามการจ่ายเงินหรือรับเงินเพื่อการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเหมือนกับกฎหมายของบางประเทศ สัญญาดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อกฎหมาย นอกจากนี้หากพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาซื้อขายเด็ก แลกเปลี่ยนเด็ก ตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรก หรือเป็นสัญญาที่นำเด็กมาเป็นทาส ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312 ก็เป็นไปไม่ได้ เพราะสัญญาดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและมีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ในป.พ.พ.มาตรา 1598/19 อีกทั้งสามีภริยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนก็มีส่วนได้เสียในตัวเด็กโดยเป็นเจ้าของเชื้อสpermsหรือไข่ที่เจริญพันธุ์ทำให้เกิดทารกดังกล่าวด้วย นอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม

เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาดังกล่าวนี้นั้น เป็นไปเพื่อช่วยเหลือคู่สมรสที่มีบุตรยากให้มีบุตรไว้สืบสกุลโดยที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นแต่เพียงผู้ให้การเลี้ยงดูทารกในครรภ์ให้เจริญเติบโตเท่านั้น ซึ่งเปรียบเสมือนกับการรับเลี้ยงดูเด็กตามธรรมดาโดยทั่วไป และผู้รับตั้งครรภ์ก็มิได้มีความสัมพันธ์ใด ๆ ทางสายโลหิตกับเด็กนั้นเลย เพราะมิใช่เจ้าของไข่ และตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏคู่สามีภรรยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้นก็ เป็นบิดามารดาทางชีววิทยาซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเด็กโดยตรง ดังนั้นการทำสัญญาว่าเมื่อเด็กคลอดออกมาแล้วให้ยกให้เป็นบุตรของสามีภรรยาผู้นั้นจึงเป็นการกระทำที่ชอบธรรม ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่ประการใด สัญญาที่ตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสัญญาที่สมบูรณ์และสามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมาย ถ้าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิฟ้องร้องคดีบังคับตามสัญญาหรือฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แต่เมื่อนำคดีขึ้นสู่ศาลแล้ว จะบังคับได้ตามสัญญาทุกประการหรือไม่นั้น เป็นอีกประเด็นหนึ่งซึ่งต้องขึ้นอยู่กับสภาพแห่งนั้น ๆ ว่าเปิดช่องให้บังคับกันได้หรือไม่

เมื่อสัญญาที่ตั้งครรภ์แทนมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายคือไม่ตกเป็นโมฆะแล้ว ก็มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าจะบังคับสัญญานั้นตามบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องสัญญาอะไร

สัญญาที่มีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาที่ตั้งครรภ์แทน ที่จะนำมาพิจารณามีดังต่อไปนี้

1. สัญญาเช่า : สัญญาที่ตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาเช่าหรือไม่

ป.พ.พ. มาตรา 537 บัญญัติว่า "อันว่าเช่าทรัพย์สินนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้เช่า ตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งระยะเวลาอันมีจำกัด และผู้เช่าตกลงจะให้ค่าเช่าเพื่อการนั้น"

จากคำนิยามข้างต้น จะเห็นได้ว่าวัตถุแห่งสัญญาเข้าต้องเป็น
ทรัพย์สินเท่านั้น ประเด็นที่ต้องพิจารณาก็คือ มดลูกของมนุษย์ถือว่าเป็นทรัพย์สิน
หรือไม่

คำว่า "ทรัพย์สิน" นั้น กฎหมายได้ให้คำนิยามไว้ในป.พ.พ.
มาตรา 138 ว่า "ทรัพย์สิน หมายความว่า ความรวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่ง
อาจมีราคาและอาจถือเอาได้" และคำว่า "ทรัพย์สิน" นั้น กฎหมายได้ให้คำนิยาม
ไว้ในป.พ.พ.มาตรา 137 ว่า "ทรัพย์สิน หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง"
จากสองมาตราดังกล่าวนี้สรุปได้ว่า ทรัพย์สินก็คือวัตถุที่มีรูปร่างและวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง
ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้นั้นเอง มดลูกเป็นอวัยวะส่วนหนึ่งของร่างกาย
หญิงซึ่งมีไว้สำหรับอุ้มตัวอ่อนอันเกิดจากการผสมกันระหว่างไข่สุกแล้วของหญิง
และเชื้อสperms ของชายจนกระทั่งตัวอ่อนพัฒนาเป็นทารกและคลอดออกมาเป็นมนุษย์
เมื่อร่างกายมนุษย์มิใช่วัตถุแล้ว มดลูกอันเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมนุษย์จึงมิใช่
วัตถุไปด้วย^{๕๐} แต่ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายที่มีลักษณะหลุดออกมาจากร่าง
กาย เช่น ผม ที่ตัดออกมาขายเพื่อนำไปทำเป็นวิก ก็จะเป็นทรัพย์สินที่มีราคา
และอาจถือเอาได้ หรือศพมนุษย์ หากญาติต้องการเก็บไว้เพื่อทำพิธีทางศาสนา
หรือมอบให้โรงพยาบาลเพื่อนำไปใช้ประโยชน์ในการศึกษา ศพก็จะกลายเป็น
ทรัพย์สินนั้นมานอกจากนี้คำว่า "ได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สิน..." นั้น
หากพิจารณากลับกันว่ามนุษย์ที่มีชีวิตอยู่มิใช่ทรัพย์สินแล้วมดลูกก็หาใช่ทรัพย์สินไม่
และโดยสภาพของมดลูกของมนุษย์จะทำหน้าที่อุ้มตัวอ่อนได้ก็จะต้องเป็นมดลูกของ
หญิงที่มีชีวิตอยู่เท่านั้น นอกจากนั้นการจะตัดเอามดลูกออกจากร่างกายหญิงเพื่อ
ให้ตัวอ่อนก็ทำไม่ได้ มดลูกจึงไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สิน เมื่อวัตถุแห่งสัญญาไม่ใช่
ทรัพย์สิน สัญญานี้จึงไม่ใช่สัญญาเช่าทรัพย์สิน

^{๕๐} เดช เสวตไกรพ, "มดลูกะอวัยวะของมนุษย์สำหรับเช่า,"
วารสารอัยการ 11, 121 (มกราคม 2531): 28.

2. สัญญาจ้างแรงงาน : สัญญาจ้างตั้งครุฑ์แทนเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่

ป.พ.พ.มาตรา 575 บัญญัติว่า "อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้"

การที่หญิงตั้งครุฑ์เพราะการฉีตัวอ่อนของผู้ว่าจ้างเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับจ้าง ขึ้นตอนต่าง ๆ ในการพัฒนาจากตัวอ่อนเป็นทารกในครุฑ์จนกระทั่งคลอดออกมานั้น เป็นไปตามกระบวนการทางชีวเคมีของร่างกายหญิงโดยอัตโนมัติ ปัจจัยภายนอกไม่สามารถจะควบคุมเปลี่ยนแปลงกระบวนการนี้ได้ จึงไม่น่าจะเรียกว่า "ตกลงจะทำงานให้" เพราะโดยสภาพของหญิงระหว่างนั้น ทารกในครุฑ์และหญิงไม่ใช่เป็นการทำงานแต่ประการใด ทุกอย่างเกี่ยวกับระบบการสืบพันธุ์ของหญิงนั้น (Female Reproductive System) ซึ่งเป็นขั้นตอนตามธรรมชาติของมนุษย์และโดยอัตโนมัติ ความหมายตามป.พ.พ.มาตรา 575 จึงน่าจะหมายความถึง การลงมือทำงานอย่างใดอย่างหนึ่งตามความสามารถและความชำนาญของลูกจ้างเอง เช่น รับจ้างพิมพ์ดีด ในฐานะเป็นลูกจ้างประจำ เป็นต้น ^{๕๗} ดังนั้นสัญญาจ้างตั้งครุฑ์จึงไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน

3. สัญญาจ้างทำของ : สัญญาจ้างตั้งครุฑ์แทนเป็นสัญญาจ้างทำของหรือไม่

ป.พ.พ.มาตรา 587 บัญญัติว่า "อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงรับทำกรงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่

^{๕๗} เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำงาน"

สัญญาจ้างทำของนี้มีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาจ้างแรงงานมาก จะต่างกันก็ตรงที่สัญญาจ้างแรงงานไม่ได้คำนึงถึงผลสำเร็จของงาน หมายความว่างานที่ทำไม่จำเป็นต้องสำเร็จแล้วจึงจะได้สินจ้าง แต่สัญญาจ้างทำของนั้นผู้รับจ้างจะต้องทำงานให้ผู้ว่าจ้างจนสำเร็จจึงจะได้รับค่าจ้าง นอกจากนี้ความแตกต่างระหว่างสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาจ้างทำของอยู่ตรงที่อำนาจบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้าง สัญญาจ้างแรงงานผู้ว่าจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาผู้รับจ้างได้ แต่สัญญาจ้างทำของของผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจบังคับบัญชาผู้รับจ้าง

ดังได้อธิบายแล้วว่า การที่หญิงตั้งครรภ์เพราะการฉ้อฉลของตัวอ่อนของผู้ว่าจ้างเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับจ้าง ชั้นตอนต่าง ๆ ในการพัฒนาจากตัวอ่อนเป็นการก่อกำเนิดจนกระทั่งคลอดออกมานั้นเป็นไปตามกระบวนการทางชีวเคมีของร่างกายหญิงโดยอัตโนมัติ ปัจจัยภายนอกไม่สามารถจะควบคุมเปลี่ยนแปลงกระบวนการนี้ได้ จึงไม่น่าจะเรียกว่า "ตกลงรับทำการงานให้" เพราะโดยสภาพของหญิงระหว่างนั้น การก่อกำเนิดและหญิงไม่ใช่เป็นการทำงานแต่ประการใด ทุกอย่างเกี่ยวข้องกับระบบการสืบพันธุ์ของหญิงนั้น ซึ่งเป็นขั้นตอนตามธรรมชาติของมนุษย์และโดยอัตโนมัติ ความหมายตามป.พ.พ. มาตรา 587 จึงน่าจะหมายความถึงการลงมือทำงานอย่างใดอย่างหนึ่งตามความสามารถและความชำนาญของผู้รับจ้างเอง ^{๕๐} เช่น รับจ้างตัดเสื้อ เป็นต้น ดังนั้นสัญญาจ้างตั้งครรภ์จึงไม่ใช่สัญญาจ้างทำของ

^{๕๐} เรื่องเดียวกัน

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้จะเห็นได้ว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ใช่สัญญาเช่า (มดลูก) ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน และไม่ใช่สัญญาจ้างทำของ อันเป็นเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 สัญญารับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสัญญานอกบรรพ 3 หรือเป็นสัญญาที่ไม่มีชื่ออย่างหนึ่ง และเมื่อไม่มีกฎหมายใดที่บัญญัติถึงสัญญารับตั้งครรภ์แทนไว้โดยเฉพาะแล้ว การบังคับตามสัญญานี้จึงต้องนำหลักของสัญญาทั่วไปมาใช้บังคับ

2. การบังคับตามสัญญา

เมื่อสัญญาเกิดขึ้น ความผูกพันระหว่างคู่สัญญาหรือที่เรียกว่าหนี้นั้น ย่อมเกิดขึ้นตาม คู่สัญญาจึงมีสิทธิและหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกันตามสัญญา หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือผิดสัญญานั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ แต่จะบังคับได้มากน้อยเพียงใด ต้องขึ้นอยู่กับสภาพแห่งหนี้ว่าเปิดช่องให้บังคับกันได้หรือไม่ นอกจากนี้คู่สัญญาก็ยังมีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญานั้นได้ ประเด็นที่จะพิจารณาคือต่อไปก็คือ ถ้าคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะบังคับตามสัญญาได้หรือไม่ เพียงใด

2.1 กรณีหญิงรับตั้งครรภ์แทนผิดสัญญา

ในกรณีที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ยอมรับการผสมเทียม หรือไม่ยอมไปพบแพทย์ขณะตั้งครรภ์ หรือดื่มสุรา เสพชลาเสพติด ในขณะที่ตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดไปจากข้อตกลงในสัญญาเช่นนี้ คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะฟ้องบังคับให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ จริ่งอยู่ถึงแม้กฎหมายจะกำหนดว่า ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้^{๕๐}

แต่เมื่อลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้
 เว้นแต่สภาพแห่งหนี้นั้นจะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้ ^{๑๐} การที่ศาลจะสั่งบังคับ
 ให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนปฏิบัติตามสัญญา คือให้ยอมรับการผสมเทียม ให้ไปพบแพทย์
 เป็นประจำสม่ำเสมอ ไม่ให้ดื่มสุราหรือเสพยาเสพติดในขณะตั้งครรภ์ ไม่ได้
 เพราะโดยสภาพแห่งหนี้นั้นไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้ อย่างไรก็ตามคู่สมรสที่ขอ
 ให้ตั้งครรภ์แทนยังมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากการนี้ได้ ^{๑๑} นอกจากนี้ถ้าคู่สมรสที่
 ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้หาหญิงอื่นมาตั้งครรภ์แทนหญิงที่ผิดสัญญานั้น คู่สมรสที่ขอให้ตั้ง
 ครรภ์แทนก็มีสิทธิบังคับให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนที่ผิดสัญญาจ่ายค่าใช้จ่ายให้กับหญิงที่
 มารับตั้งครรภ์แทนอีกคนด้วย ^{๑๒} ส่วนในกรณีที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนเมื่อคลอด
 บุตรออกมาแล้วไม่ยอมส่งมอบเด็กให้กับคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน คู่สมรสดังกล่าว
 จะฟ้องศาลให้บังคับหญิงรับตั้งครรภ์แทนให้ยกบุตรแก่คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน
 เพื่อนำไปจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้หรือไม่ ตามป.พ.พ.มาตรา 1598/21
 บัญญัติว่า

"การรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมจะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอม
 ของบิดาและมารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม ในกรณีที่บิดาหรือมารดาคนใดคน
 หนึ่งตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองต้องได้รับความยินยอมของมารดาหรือบิดาซึ่ง
 ยังมีอำนาจปกครอง

ถ้าไม่มีผู้มีอำนาจให้ความยินยอมดังกล่าวในวรรคหนึ่ง หรือมีแต่บิดา
 หรือมารดาคนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองคนไม่สามารถแสดงเจตนาให้ความยินยอมได้
 หรือไม่ให้ความยินยอม และการไม่ให้ความยินยอมนั้นปราศจากเหตุผลอันสมควร

^{๑๐} ป.พ.พ. มาตรา 213

^{๑๑} ป.พ.พ. มาตรา 213 วรรค 4

^{๑๒} ป.พ.พ. มาตรา 213 วรรค 2



และเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญหรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ มารดาหรือบิดา หรือผู้ประสงค์จะขอรับบุตรบุญธรรมหรืออัยการจะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาต แทนการให้ความยินยอมตามวรรคหนึ่งก็ได้”

จากมาตราดังกล่าวจะเห็นได้ว่าคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะรับเด็ก เป็นบุตรบุญธรรมได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็น มารดาตามกฎหมายของเด็ก (ป.พ.พ.มาตรา 1546) ถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทน ไม่ยอมมอบเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน คู่สมรสที่ขอให้ ตั้งครรภ์แทนหรืออัยการจะร้องขอต่อศาลให้มีการดำเนินการรับบุตรบุญธรรมแทน การให้ความยินยอมของบุคคลผู้มีอำนาจให้ความยินยอม (ในที่นี้คือหญิงที่รับตั้งครรภ์ แทน) ก็ได้ ถ้าการปฏิเสธไม่ให้ความยินยอมนั้นปราศจากเหตุผลอันสมควรและ เป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญ หรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ที่จะเป็นบุตร บุญธรรมนั้น ศาลที่มีอำนาจพิจารณาและมีคำสั่งอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมนี้คือ ศาลเยาวชนและครอบครัว ทั้งนี้เพราะเป็นคดีแห่งที่ร้องขอต่อศาลเกี่ยวกับผู้เยาว์ หรือครอบครัวซึ่งจะต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันถือได้ว่าเป็นคดีครอบครัวตามมาตรา 11 (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและ ครอบครัว ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมของบิดามารดา ตามมาตรา 1598/21 วรรคท้ายนี้ คำสั่งศาลดังกล่าวเป็นการอนุญาตให้มีการดำเนินการรับบุตรบุญธรรมแทนการให้ความยินยอมของบิดามารดาผู้มีอำนาจให้ความ ยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น มิใช่ว่าเมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตแล้วก็ไปจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้เลยโดยไม่ต้องคำนึงถึงเงื่อนไขอื่น ๆ ประกอบอีก ดังนั้น แม้ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมแล้วก็ตาม ก็ยังคงจะต้อง ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 กำหนดไว้ด้วย คือ จะต้องผ่านขั้นตอนของการทดลองเลี้ยงดูเด็กเป็นระยะเวลาไม่น้อย กว่า 6 เดือน และต้องได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

ก่อนจึงจะจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้^{๑๖}

2. กรณีคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนผิดสัญญา

ในกรณีที่คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนผิดสัญญา เช่น ปฏิเสธที่จะจ่ายสินจ้าง หรือปฏิเสธที่จะให้ตัวอ่อนไปใช้ในการผสมเทียม หรือปฏิเสธที่จะรับมอบเด็ก เพราะเด็กเกิดมามีร่างกายผิดปกติ เช่น ตาบอด แขนขาด้วน เช่นนี้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายตามสัญญา เรียกค่าใช้จ่ายต่างๆ รวมทั้งค่ารักษาพยาบาลได้ แต่จะฟ้องขอให้ศาลบังคับคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนรับมอบเด็กและไปจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหาได้ไม่ เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ นอกจากนี้กฎหมายกำหนดว่าการรับบุตรบุญธรรมจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้จดทะเบียนตามกฎหมายแล้ว (ป.พ.พ.มาตรา 1598/27) ซึ่งเป็นหลักเดียวกันกับเรื่องการจดทะเบียนสมรส หากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมไปจดทะเบียน ก็จะไม่ฟ้องร้องบังคับให้ไปจดทะเบียนไม่ได้ (ป.พ.พ.มาตรา 1457) เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้เช่นเดียวกัน ดังนั้นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงมีสิทธิเพียงเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาได้เท่านั้น

จะเห็นได้ว่าแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายห้ามมิให้มีการตั้งครรภ์แทนก็ตาม แต่การที่ไม่มีกฎหมายรองรับการตั้งครรภ์แทนให้ชัดเจนทำให้เกิดปัญหาในการที่จะบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญา จริงอยู่แม้ว่าคู่สัญญาจะมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อกันได้ก็ตาม แต่นั่นก็ไม่ใช่ความประสงค์ที่แท้จริงของคู่สัญญา คนส่วนใหญ่ที่มาทำสัญญาต่อกันก็ล้วนแล้วแต่ต้องการให้เป็นไปตามที่ตกลงในสัญญาคือมีการปฏิบัติตามสัญญา มีใครบ้างที่ทำสัญญาเพื่อต้องการแต่เพียงการเรียกค่าเสียหาย การที่

^{๑๖} ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 519.

กฎหมายกำหนดให้มีการเรียกค่าเสียหายได้ก็เป็นเพียงการเยียวยาชดใช้บรรเทาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาที่ได้ผิดสัญญาเท่านั้น การตั้งครรภ์แทนก็เช่นกันวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของคู่สัญญาก็คือ ต้องการให้คู่สมรสที่มีบุตรยากได้มีบุตรไว้สืบสกุล แต่กฎหมายเท่าที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่เอื้อให้เป็นเช่นนั้น กล่าวคือ ในกรณีที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ยอมส่งมอบบุตรให้กับคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน คู่สมรสจะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมได้ก็ต่อเมื่อหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอมในการขอรับเป็นบุตรบุญธรรมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรและเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญ หรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ดังนั้นถ้าไม่เข้าตามที่กฎหมายกำหนดศาลก็จะไม่สั่งอนุญาตให้เด็กเป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรส คู่สมรสก็จะไม่มีทางได้เด็กไว้เป็นทายาทสืบสกุลต่อไป ในทำนองกลับกันถ้าเด็กที่เกิดมาพิการและคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนปฏิเสธไม่ยอมรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม หญิงรับตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถบังคับคู่สมรสนั้นให้รับเด็กเป็นบุตรได้ ทำให้เกิดปัญหาต่อหญิงรับตั้งครรภ์แทนในทางที่จะต้องเลี้ยงดูบุตรพิการนั้นต่อไป ซึ่งในความเป็นจริงหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ได้มีเจตนาที่จะคลอดบุตรมาเพื่อที่จะเลี้ยงดูไม่ว่าบุตรนั้นจะพิการหรือไม่ เจตนาของหญิงรับตั้งครรภ์แทนก็คือต้องการคลอดบุตรมาเพื่อส่งมอบให้กับคู่สมรสที่มีบุตรยากที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้เลี้ยงดูบุตรต่อไป ดังนั้นจึงสมควรมีการแก้ไขกฎหมายให้รองรับกับความต้องการของคู่สัญญาทุกฝ่ายเพื่อแก้ไขปัญหาค่าเสียหายที่จะเกิดขึ้น ซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหานี้ในบทต่อไป

ปัญหาการตั้งครรภ์แทนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัว

เนื่องจากสัญญารับตั้งครรภ์แทน เป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างสัญญาทั่วไป กล่าวคือ เป็นสัญญาที่แบ่งออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสัญญาทั่วไป และส่วนที่เกี่ยวข้องเนื่องด้วยความสัมพันธ์ในทางครอบครัว ซึ่งส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสัญญาทั่วไปได้ศึกษาผ่านมาแล้ว หัวข้อต่อไปที่จะกล่าวถึงก็คือส่วนที่เกี่ยวข้องเนื่องด้วยความสัมพันธ์ในทางครอบครัวคือ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญานี้ ไม่ว่าจะเป็นคู่สามีภรรยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามี (ถ้ามี) และเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยจะศึกษาว่าบุคคลต่าง ๆ เหล่านี้มีความสัมพันธ์กันทางครอบครัวอย่างไร

เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนจะมีบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องอย่างน้อย 3 คน คือ คู่สมรสที่มีบุตรยากที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน นอกจากนี้ในกรณีที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงมีสามี สามีของหญิงนั้นก็จะมีส่วนเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนด้วย ดังนั้นจะแยกพิจารณาความสัมพันธ์ในครอบครัวของหญิงรับตั้งครรภ์แทน และครอบครัวของคู่สมรสที่มีบุตรยากดังต่อไปนี้

พิจารณาในด้านผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามีของผู้รับตั้งครรภ์แทน

1. ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา

1.1 กรณีสามีให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทน

ในกรณีที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงมีสามี ในสัญญาจะระบุ ว่าสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทนด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะให้ความยินยอมก็ตาม แต่ก็อาจมีปัญหาต่อมาในภายหลังได้

ก. การตั้งครรภ์แทนโดยสามีให้ความยินยอมจะเป็นเหตุหย่าหรือไม่

ในกรณีที่สามีให้ความยินยอมในการตั้งครรภ์แทน และการตั้งครรภ์แทนได้ดำเนินการไปจนถึงขั้นที่หญิงรับตั้งครรภ์ได้ตั้งครรภ์แล้ว ต่อมาสามีของหญิงนั้นเปลี่ยนใจไม่ต้องการให้ภริยาของตนรับตั้งครรภ์แทน เพราะตนไม่ต้องการมีภรรยาหน้าตาที่ต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ จึงประสงค์ที่จะฟ้องหย่าภริยาโดยอ้างว่าภริยามีชู้ได้หรือไม่

กรณีนี้ต้องพิจารณาว่าเข้าเหตุฟ้องหย่าตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ หากเข้าเหตุฟ้องหย่าตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ สามีก็สามารถฟ้อง

ห่าได้ หากไม่เข้าเหตุฟ้องห่าตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ สามีก้ฟ้องห่าไม่ได้ ตามกฎหมายได้บัญญัติเหตุฟ้องห่าไว้ 12 ประการ (โปรดดูป.พ.มาตรา 1516 ประกอบ) เมื่อพิจารณาตามกฎหมายดังกล่าวเห็นได้ว่า การที่ภริยารับตั้ง ครรภ์แทนนั้นจะถือว่าเป็นการมีชู้หาได้ไม่ เพราะคำว่า "ชู้" ตามเจตนารมณ์ ของกฎหมายหมายถึง การร่วมประเวณีตามธรรมชาติ แต่การรับตั้งครรภ์แทนเป็น เพียงการรับตัวอ่อนจากคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนเข้าสู่ร่างกายโดยอาศัยวิธีการ ทางการแพทย์ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมิได้มีการร่วมประเวณีหรือมีความสัมพันธ์กัน ชู้สาวกับเจ้าของเชื้ออสุจิ และวัตถุประสงค์ของการมีชู้กับวัตถุประสงค์ของการ ตั้งครรภ์แทนก็แตกต่างกัน การมีชู้นั้นเป็นการกระทำเพื่อความพึงพอใจทางเพศซึ่ง จำต้องมีการสัมผัสทางกายระหว่างชายและหญิง และด้วยการบรรลุจุดสุดขั้วของการ กระทำนั้นเอง^{๑๔} แต่การตั้งครรภ์แทนนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์ไม่ได้มีกระทำเพื่อ ความพึงพอใจทางเพศ เพราะมิได้มีการสัมผัสทางกายระหว่างชายและหญิง ไม่มี เรื่องอารมณ์ใคร่มาปะปน หากแต่กระทำเพื่อต้องการช่วยเหลือคู่สมรสที่มีบุตรยาก ให้มีบุตรไว้สืบสกุลเท่านั้น ดังนั้น จะถือว่าเป็นเหตุฟ้องห่าเพราะมีชู้ไม่ได้ แต่ การที่ภริยาไปรับตั้งครรภ์นั้น อาจถือว่าเป็นการประพฤติชั่วเป็นเหตุให้สามีได้รับความ อับอายขายหน้าหรือได้รับความเดือดร้อนเกินสมควรตาม ป.พ.พ. มาตรา 1516 (2) ได้ เพราะการที่ภริยารับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นและต่อมาให้กำเนิดบุตรนั้น เมื่อบุตรเกิดมาในระหว่างสมรส สามีย่อมต้องข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่าเป็น บิดาของเด็กนั้น (ป.พ.พ. มาตรา 1536) ทำให้สามีต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบใน ตัวเด็ก ซึ่งถ้าสามีไม่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กแล้ว สามีจะมีความผิด เนื่องจากป.พ.พ.มาตรา 1564 กำหนดว่าบิดามารดามีหน้าที่ในการอุปการะ เลี้ยงดูบุตร เมื่อสามีถูกข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่าเป็นบิดาของเด็ก สามีจึงมี หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรด้วย นอกจากนี้เด็กที่เกิดมาย่อมมีสิทธิในการรับ

^{๑๔} รัชฎา เมธาวิกุล, "บุตรนอกสมรส," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ม.ป.ป.), หน้า 168.

มรดกของสามีด้วย อย่างไรก็ตาม ข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่ว่าด้วยความเป็นบิดาของเด็กตามมาตรา 1536 นี้ มิใช่ข้อสันนิษฐานที่เด็ดขาด สามีสามารถพิสูจน์หักล้างได้ แต่การพิสูจน์หักล้างนั้นก็ต้องทำภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นจะถือว่าข้อสันนิษฐานของกฎหมายเช่นว่านั้นเป็นเด็ดขาด อนึ่ง ถึงแม้ว่าจะเข้าเหตุฟ้องหย่าตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่เมื่อสามีให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทน สามีก็ย่อมอ้างเป็นเหตุหย่าไม่ได้ ตามมาตรา 1517 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า

"เหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 (1) และ (2) ถ้าสามีหรือภริยาแล้วแต่กรณี ได้ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำที่เป็นเหตุหย่านั้น ฝ่ายที่ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจนั้นจะยกเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้"

การที่สามีให้ความยินยอมแก่ภริยาในการตั้งครรภ์แทนนั้น ถือว่าสามียินดีที่จะรับผลต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้น ฉะนั้นแม้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนจะเข้าเหตุหย่าตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม แต่เมื่อสามีให้ความยินยอมแล้ว สามีก็จะอ้างเหตุฟ้องหย่าไม่ได้

เพื่อที่จะขจัดปัญหาในการที่สามีที่ให้ความยินยอมแก่ภริยาในการรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นเปลี่ยนใจภายหลัง ผู้เขียนเห็นว่าควรมีกฎหมายกำหนดว่า เมื่อสามีได้ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แล้ว ห้ามถอนความยินยอมดังกล่าวนั้นในภายหลังจากที่ภริยาได้ตั้งครรภ์แล้วหรือให้กำเนิดบุตรแล้ว แต่ไม่ห้ามถอนความยินยอมก่อนที่ภริยาจะตั้งครรภ์ เหตุที่ห้ามสามีถอนความยินยอมภายหลังจากที่ภริยาได้ตั้งครรภ์แล้วหรือให้กำเนิดบุตรแล้ว เพราะเมื่อภริยาตั้งครรภ์หรือให้กำเนิดบุตรแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับสามีของหญิงรับตั้งครรภ์ย่อมเกิดขึ้นตามกฎหมาย แต่ทั้งนี้ไม่กระทบสิทธิของสามีในการฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรถ้าเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

ข. ความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ปัญหาใหญ่ของการตั้งครรภ์แทนที่ต้องพิจารณาก็คือ ปัญหาเรื่องความเป็นบิดามารดากับบุตรว่า บุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นบุตรของใคร เพราะจะมีผลถึงเรื่องต่าง ๆ ตามมา เช่น สิทธิในการรับมรดก สิทธิในการเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู เป็นต้น

ความเป็นมารดากับบุตร

เนื่องจากในปัจจุบันนี้ยังไม่มีกฎหมายฉบับใดที่รับรองคุ้มครองหรือบัญญัติในเรื่องการตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะ ดังนั้น จึงต้องอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งก็คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว มาตรา 1546 ที่บัญญัติว่า

"เด็กเกิดจากหญิงที่ได้สมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น"

เมื่อวิเคราะห์ดูตามมาตรา 1546 แล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรคนใด ย่อมเป็นมารดาของบุตรคนนั้น ดังนั้น แม้บุตรจะเกิดจากการผสมเทียมนอกมดลูกโดยใช้ไข่และอสุจิของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรก็ตาม หรือบุตรนั้นจะไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ตาม ก็ต้องถือว่าเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเสมอ ส่วนหญิงที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้น แม้จะเป็นเจ้าของไข่ก็ตาม แต่ไม่ใช่ผู้ที่ให้กำเนิดเด็กด้วยตนเอง จึงไม่ใช่มารดาตามกฎหมายของเด็ก เป็นได้แต่เพียงมารดาทางชีววิทยา (biological mother) เท่านั้น ซึ่งหลักการนี้เป็นหลักสากลที่ยอมรับกันทั่วโลก ประเทศที่ใช้หลักการนี้ได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา (บางมลรัฐ) แอฟริกาใต้ เป็นต้น ประเทศเหล่านี้ต่างก็ยึดถือหลักที่ว่า "หญิงที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมา ถือว่าเป็นมารดาของบุตร" (mater est quam

gestatio demonstrat หรือ the mother is demonstrated by gestation) ทั้งนี้เพราะการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรปรากฏหลักฐานทางชีววิทยาในการเป็นมารดา ^{๑๕}

สำหรับประเทศอังกฤษนั้นมีบทบัญญัติสำคัญเกี่ยวกับสถานะของมารดาและบุตรไว้ว่า "หญิงซึ่งตั้งครรภ์อันเนื่องมาจากการนำตัวอ่อน หรือสperm หรือไข่มาจากภายนอกตามกรรมวิธีผสมเทียมนั้น ถือว่าเป็นมารดาเพียงผู้เดียวของเด็กที่เกิดมา" ดังนั้น ในกรณีที่มีการรับตั้งครรภ์แทน หญิงผู้รับตั้งครรภ์ย่อมจะเป็นมารดา หากมีการบริจาคไข่ ผู้บริจาคจะมีไข่มารดาของเด็กที่เกิดมา ^{๑๖}

ในสหรัฐอเมริกา มลรัฐส่วนมากก็ถือหลัก "mater est quam gestatio demonstrat หรือ the mother is demonstrated by gestation" เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ เพราะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม มีบางมลรัฐที่ออกกฎหมายกำหนดให้หญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์เป็นมารดาของบุตร อาทิเช่น มลรัฐอาร์แคนซอร์ มลรัฐเวอร์จิเนีย มลรัฐแคลิฟอร์เนีย สำหรับมลรัฐที่ถือหลักการให้หญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์เป็นมารดาของบุตร เช่น มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์นั้น การทำสัญญาจ้างต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน และหญิงผู้รับจ้างมีเวลาตัดสินใจ 72 ชั่วโมงหลังจากคลอดบุตร หรืออย่างช้าไม่เกิน 7 วัน ที่จะสละสิทธิการเป็นมารดาของบุตรที่เกิดมา ^{๑๗}

^{๑๕} ประสพสุข บุญเดช, "การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์", วารสารกฎหมาย, 16, 1 (ตุลาคม 2538): 18.

^{๑๖} เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

^{๑๗} เรื่องเดียวกัน

ในประเทศแอฟริกาใต้ กรณีที่มารดาตั้งครรภ์แทนบุตรสาวโดย
ใช้ไข่ของบุตรสาวและเชื้อสpermsของบุตรชาย แล้วให้กำเนิดทารกแฝด 3 คน ก็ถือ
ว่ามารดาที่ตั้งครรภ์แทนบุตรสาวนี้เป็นมารดาของฝาแฝดทั้งสามคนจนกว่าบุตรสาว
และบุตรชายจะรับฝาแฝดทั้งสามเป็นบุตรบุญธรรมของตน ๖๖

ดังนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย
ของเด็กในทุกกรณี สามีภริยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะอ้างว่าเป็นบุตรของตนไม่ได้
เลย ในทำนองกลับกัน หากสามีภริยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนเปลี่ยนใจภายหลังไม่
ยอมรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว เพราะเด็กที่คลอดออกมานั้น
มีร่างกายผิดปกติหรือพิการ หรือเพราะมีเหตุผลอื่น ในกรณีเช่นนี้หญิงที่รับตั้ง
ครรภ์แทนจะปฏิเสธว่าเด็กนั้นไม่ใช่บุตรของตนหาได้ไม่ เพราะตามกฎหมายถือว่า
เด็กที่คลอดมาจากครรภ์ของหญิงคนใด หญิงคนนั้นก็ เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย
ของเด็กคนนั้น ไม่ว่าหญิงคนนั้นจะมีสามีหรือไม่ก็ตาม ๖๗

จากหลักกฎหมายดังกล่าว เป็นที่สังเกตได้ว่ากฎหมายมิได้คำนึง
ว่าเด็กที่คลอดจากครรภ์ของหญิงคนใดคนหนึ่งจะมีความเป็นมาอย่างไร กล่าวคือ
จะเกิดจากการขอให้ตั้งแทนหรือไม่ และเชื้อสpermsและไข่ที่นำมาใช้ในการตั้งครรภ์
แทนนั้นจะเป็นเชื้อของผู้ใดไม่สำคัญ กฎหมายคำนึงถึงแต่เพียงว่าเด็กที่คลอดออก
มานั้นคลอดออกมาจากครรภ์ของหญิงใด ก็ให้ถือว่าหญิงคนนั้นเป็นมารดาโดยชอบ
ด้วยกฎหมายของเด็กคนนั้น ๗๐

๖๖ เรื่องเดียวกัน

๖๗ ป.พ.พ. มาตรา 1546

๗๐ วิชัย ตันติกุลานันท์, "เด็กหลุดแก้วกับปัญหาทางกฎหมาย", หมอบ
ความยุติธรรม 21 (พฤศจิกายน 2530): 18.

อย่างไรก็ดี มีนักกฎหมายไทยบางท่านให้ความเห็นว่า ในกรณี
ที่สามีมีเชื้ออสุจิและภริยาสามารถผลิตไข่ได้ แต่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ จึงต้อง
ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนนั้น สามีภริยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนควรมีสิทธิในตัวเด็ก
มากกว่าผู้รับตั้งครรภ์ เพราะผู้รับตั้งครรภ์ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเด็ก
เปรียบเสมือนการรับจ้างเลี้ยงเด็กตามธรรมดาทั่วไป ผู้รับตั้งครรภ์จึงไม่มีสิทธิ
ใด ๆ ในตัวเด็ก ⁷¹

นอกจากนี้จากการออกแบบสอบถามนักกฎหมาย (อันประกอบ
ด้วยผู้พิพากษาศาลแพ่ง ศาลอาญา และศาลเยาวชนและครอบครัว อัยการ
ทนายความ และอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์) จำนวน 100 คน และบุคคลที่
ไม่ใช่ นักกฎหมาย จำนวน 100 คน ในประเด็นว่าใครควรจะเป็นบิดามารดา
โดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทน ปรากฏผลออกมาว่า
นักกฎหมายส่วนใหญ่ (ร้อยละ 66.00) เห็นว่าคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนควร
เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่นักกฎหมายร้อยละ 31.00 เห็น
ว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และร้อยละ
3.00 ไม่สามารถตัดสินใจได้ว่าใครควรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของ
เด็ก ในทำนองเดียวกันบุคคลที่ไม่ใช่ นักกฎหมายส่วนใหญ่ (ร้อยละ 84.00) ก็
เห็นว่าการที่คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนควรเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก
แต่ร้อยละ 15.00 เห็นว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย
ของเด็ก และร้อยละ 1.00 ไม่สามารถตัดสินใจได้ว่าใครควรเป็นบิดามารดา
โดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

⁷¹ คณะพยาบาลศาสตร์ (มหาวิทยาลัยมหิดล) บันทึกการอภิปรายจริย
ธรรมพยาบาล "ลูกใครในท้องเธอ" 26 กันยายน 2529

สำหรับผู้เขียนเองเห็นว่ามัทริก "mater est quam gestatio demonstrat หรือ the mother is demonstrated by gestation" ที่มีบัญญัติให้หญิงที่ให้กำเนิดบุตรคนใดย่อมเป็นมารดาของบุตรคนนั้น จะเป็นหลักสากลที่ยอมรับกันอยู่ทั่วไปก็ตาม แต่หลักดังกล่าวนั้นอาศัยหลักการเกิดโดยวิธีธรรมชาติ (คือการเกิดที่เกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างหญิงและชาย) แต่การตั้งครรภ์แทนเป็นการให้กำเนิดมนุษย์โดยวิธีที่ไม่ใช่ธรรมชาติ (คือการเกิดที่ต้องอาศัยเทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เข้าช่วย) จึงไม่ควรนำหลักดังกล่าวนี้มาใช้กับการตั้งครรภ์แทน หากนำหลักดังกล่าวมาใช้กับการตั้งครรภ์แทนจะทำให้เกิดปัญหาอื่นตามมาซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในภายหลัง อย่างไรก็ตาม หากจะนำกฎหมายที่มีอยู่ปัจจุบันมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทน กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างหนึ่งที่นำมาใช้เพื่อให้คู่สมรสสามารถมีบุตรได้ก็คือ กฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ซึ่งตามป.พ.พ.มาตรา 1598/19 ได้บัญญัติว่า "บุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่าสิบห้าปีจะรับบุคคลอื่นเป็นบุตรบุญธรรมก็ได้ แต่ผู้นั้นต้องมีอายุแก่กว่าผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมอย่างน้อยสิบห้าปี"

ดังนั้นเมื่อผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ให้กำเนิดเด็กแล้วก็ให้ยกเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของสามีภริยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน เพื่อที่สามีภริยาดังกล่าวจะได้มีบุตรไว้สืบสกุลต่อไป การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนี้ทำให้บุตรบุญธรรมมีฐานะเสมือนบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี สิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ของผู้รับบุตรบุญธรรมก็แตกต่างจากสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรจะนำหลักเรื่องการรับบุตรบุญธรรมมาใช้ในการตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้เนื่องจากแนวความคิดของการรับบุตรบุญธรรมนั้นคือ การรับเอาบุตรของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่สายโลหิตโดยตรงของตนมาเลี้ยงเสมือนเป็นบุตรของตัวเอง แต่การตั้งครรภ์แทนนั้นเด็กที่เกิดมามีสายโลหิตโดยตรงกับคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน นอกจากนี้การรับบุตรบุญธรรมก็มีเงื่อนไขบางประการที่เป็นอุปสรรคต่อการมีบุตรโดยวิธีการตั้งครรภ์แทน ซึ่งจะได้อธิบายในภายหลัง อย่างไรก็ตามเนื่องจากหลัก "mater est quam gestatio demonstrat

หรือ the mother is demonstrated by gestation" ที่บัญญัติให้หญิงที่ให้กำเนิดบุตรคนใดช่อมเป็นมารดาของบุตรคนนั้น เป็นหลักสากลที่ทุกประเทศยอมรับ ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงแก้ไขหลักดังกล่าวนี้คงเป็นไปได้ยาก การที่ผู้เขียนได้เสนอไม่ให้นำหลักดังกล่าวนี้มาใช้ในการตั้งครรภ์แทน ก็เป็นเพียงการเสนอความคิดเห็นของผู้เขียนเท่านั้น ซึ่งนักกฎหมายท่านอื่น ๆ อาจจะไม่เห็นด้วย

ความเป็นบิดากับบุตร

ในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงมีสามี ตามกฎหมายให้ถือว่าชายผู้เป็นสามีของหญิงนั้นเป็นบิดาของเด็ก ซึ่งป.พ.พ. มาตรา 1536 วรรคแรก ได้บัญญัติว่า

"เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามีแล้วแต่กรณี"

อย่างไรก็ตาม ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายมาตรานี้เป็นข้อสันนิษฐานที่ไม่เด็ดขาด ชายผู้เป็นสามีของหญิงดังกล่าวสามารถพิสูจน์หักล้างว่าตนมิได้เป็นบิดาของเด็กได้แม้ว่าชายผู้เป็นสามีจะให้ความยินยอมภริยาในการรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นก็ตาม แต่การให้ความยินยอมนั้นก็มิได้ตัดสิทธิของชายผู้เป็นสามีในการฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร เพราะการให้ความยินยอมดังกล่าวเป็นเพียงทำให้ชายผู้เป็นสามีไม่มีสิทธิยกขึ้นเป็นเหตุหย่าเท่านั้น ส่วนเรื่องบุตรเป็นอีกประเด็นหนึ่ง ฉะนั้นชายผู้เป็นสามีจึงฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ ไม่ว่าชายผู้เป็นสามีจะให้ความยินยอมแก่ภริยาในการรับตั้งครรภ์แทนหรือไม่ก็ตาม โดยฟ้องเด็กกับมารดาเด็กเป็นจำเลยร่วมกันและพิสูจน์ว่าตนไม่ได้อยู่ร่วมกับมารดาเด็กในระยะเวลาตั้งครรภ์ คือ ระหว่างร้อยแปดสิบวันถึงสามร้อยสิบวันก่อนเด็กเกิด หรือตน

ไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กได้เพราะเหตุอย่างอื่น⁷² แต่การฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรนั้นต้องฟ้องภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดคือ ต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันรู้ถึงการเกิดของเด็ก แต่ห้ามมิให้ฟ้องเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันเกิดของเด็ก ถ้าพ้นระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ข้อสันนิษฐานของกฎหมายตามมาตรา 1536 ย่อมเป็นที่เด็ดขาดไว้ชั้นชายผู้เป็นสามีและบุคคลอื่นได้ตลอดไป นอกจากนี้มีข้อพึงระวังว่า การฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรตามป.พ.พ. มาตรา 1539 ถูกจำกัดด้วยป.พ.พ.มาตรา 1541 กล่าวคือ กฎหมายได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ว่า

"ถ้าปรากฏว่าตนเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็กในทะเบียนคนเกิดเองว่าเป็นบุตรของตน หรือจัดหรือยอมให้มีการแจ้งดังกล่าว ชายผู้นั้นจะฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรไม่ได้"

ลักษณะของบทบัญญัติในมาตรานี้มีลักษณะเป็นข้อสันนิษฐานจากพฤติการณ์ของบิดาซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานที่เด็ดขาด ซึ่งไม่สามารถพิสูจน์หักล้างหรือโต้แย้งให้เป็นอย่างอื่นได้เลย ดังนั้น ถ้าชายผู้เป็นสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็กในทะเบียนคนเกิดเองว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของตน หรือจัดให้ผู้อื่นไปแจ้งหรือยอมให้มีการแจ้งดังกล่าวแล้ว ชายผู้เป็นสามีก็จะหมดสิทธิที่จะปฏิเสธความเป็นบุตรของเด็กที่เกิดมาเพราะการแจ้งเกิดนั้น ถึงแม้ว่าจะกระทำด้วยความสำคัญผิดว่าตนเป็นบิดาเด็ก แต่ต่อมาภายหลังทราบว่าตนไม่ใช่บิดาเด็กก็ไม่อาจฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรตามป.พ.พ.มาตรา 1539 ได้⁷³

ในขณะเดียวกันเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็มีสิทธิร้องขอให้อัยการยกคดีขึ้นว่ากล่าวปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีของมารดาของตนได้ตามป.พ.พ.มาตรา 1545 ที่บัญญัติว่า

⁷² ป.พ.พ. มาตรา 1539

⁷³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การผสมเทียมกับกฎหมาย," หน้า 58.

"เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงต่อเด็กว่าตนมิได้เป็นบุตรสืบสายโลหิตของชายผู้เป็นสามีของมารดาตน เด็กจะร้องขอต่ออัยการให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรชอด้วยกฎหมายของชายนั้นก็ได้

การฟ้องคดีตามวรรคหนึ่ง ถ้าเด็กได้รู้ข้อเท็จจริงก่อนบรรลุนิติภาวะว่าตนมิได้เป็นบุตรของชายผู้เป็นสามีของมารดา ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ แต่ถ้าเด็กได้รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวหลังจากบรรลุนิติภาวะแล้วห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กรู้เหตุนั้น

ไม่ว่ากรณีใด ๆ ห้ามมิให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ"

จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมิใช่ผู้สืบสายโลหิตของชายผู้เป็นสามีของมารดา ดังนั้น เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงมีสิทธิร้องขอให้อัยการฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรของชายผู้เป็นสามีของมารดาตนได้ โดยต้องฟ้องภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ ในกรณีที่เด็กได้รู้ข้อเท็จจริงก่อนบรรลุนิติภาวะว่าตนมิได้เป็นบุตรของชายผู้เป็นสามีของมารดา ต้องฟ้องภายในระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ แต่ถ้าเด็กได้รู้ข้อเท็จจริงหลังจากบรรลุนิติภาวะแล้วต้องฟ้องภายในระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กรู้เหตุนั้น แต่ไม่ว่ากรณีใด ๆ ก็ตามก็ต้องฟ้องภายในสิบปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ มิฉะนั้นจะหมดสิทธิฟ้องคดี เมื่ออัยการฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรและชนะคดีดังกล่าวแล้ว เด็กและสามีของมารดาก็จะไม่มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ ต่อกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสิทธิหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู ตามป.พ.พ. มาตรา 1563 และมาตรา 1564 สิทธิในการรับมรดก ตามมาตรา 1599 มาตรา 1602-1604 และมาตรา 1629

1.2 กรณีสามีมิได้ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทน

ก. การตั้งครรภ์แทนโดยสามีไม่ให้ความยินยอมจะเป็นเหตุหย่าหรือไม่

ในบางครั้งภริยาอาจจะรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่ได้บอกให้สามีรับรู้ เพราะเกรงว่าสามีจะคัดค้าน หรือบอกให้สามีรับรู้แล้ว แต่สามีไม่ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้เพราะสามีอาจไม่ต้องการมีนิติสัมพันธ์ใด ๆ กับเด็ก การที่ภริยารับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นโดยสามีมิได้รู้เห็น หรือมิได้ให้ความยินยอมนั้นย่อมเป็นการเสี่ยงต่อการที่จะถูกฟ้องหย่าได้ โดยสามีจะอ้างว่าภริยาของตนมีชู้ แต่การที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดที่จะถือว่าเป็นการมีชู้นั้น ต้องพิจารณาเอาพฤติการณ์เป็นสำคัญเป็นกรณี ๆ ไป

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานให้คำจำกัดความว่า "มีชู้" หมายถึง หญิงที่ลักลอบร่วมประเวณีกับชายอื่นซึ่งมิใช่สามีตน"

จากคำจำกัดความข้างต้นทำให้เห็นได้ว่า การตั้งครรภ์แทนไม่ถือว่าเป็นการมีชู้ เพราะหญิงที่รับตั้งครรภ์มิได้มีการลักลอบร่วมประเวณีกับชายอื่นที่ไม่ใช่สามีเลย ฉะนั้น แม้สามีของหญิงรับตั้งครรภ์จะไม่ได้ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์ก็ตาม จะอ้างว่าภริยาของตนมีชู้เพื่อเป็นเหตุฟ้องหย่าหาได้ไม่ อย่างไรก็ตาม สามีของหญิงรับตั้งครรภ์อาจจะฟ้องหย่า โดยอ้างว่าภริยาของตนประพฤติชั่ว เป็นเหตุให้สามีได้รับความอับอายขายหน้าหรือได้รับความเดือดร้อนเกินสมควร ตามป.พ.พ.มาตรา 1518 (2) ได้ แต่ถ้าสามีได้กระทำการอันแสดงให้เห็นว่าได้ให้อภัยในการกระทำของภริยาแล้ว สามีจะฟ้องหย่าไม่ได้⁷⁴

⁷⁴ ป.พ.พ.มาตรา 1518

ข. ความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ตามที่ได้อธิบายมาแล้วว่า หญิงที่ให้กำเนิดบุตรคนใด ย่อมเป็นมารดาของบุตรคนนั้นในทุกกรณี ดังนั้นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นมารดาของเด็ก ส่วนชายผู้เป็นสามีของมารดาเด็กนั้น แม้จะไม่ได้ให้ความยินยอมในการตั้งครรภ์แทนก็ตาม แต่ตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ถือว่าชายผู้เป็นสามีของมารดาเป็นบิดาของเด็กตามมาตรา 1536 วรรคแรก ที่มีบัญญัติว่า "เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีแล้วแต่กรณี"

อย่างไรก็ตาม ชายผู้เป็นสามีนั้นมิสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ โดยฟ้องเด็กกับมารดาเด็กเป็นจำเลยร่วมกันและพิสูจน์ว่าตนไม่ได้อยู่ร่วมกับมารดาเด็กในระยะตั้งครรภ์ หรือตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กได้ เพราะเหตุอย่างอื่น⁷⁵ แต่ต้องฟ้องภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และชายผู้เป็นสามีนั้นจะต้องไม่เป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็กในทะเบียนคนเกิดเองว่าเป็นบิดาของเด็กหรือจัดหรือยอมให้มีการแจ้งดังกล่าว ในขณะที่เด็วกันเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็มีสิทธิร้องขอให้อัยการฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรของชายผู้เป็นสามีของมารดาตนได้ ทั้งนี้เพราะเด็กมิได้เป็นผู้สืบสายโลหิตของชายเป็นสามีของมารดาเด็ก⁷⁶



⁷⁵ ป.พ.พ. มาตรา 1539

⁷⁶ ป.พ.พ. มาตรา 1545

1.3 กรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงที่ไม่มีคู่สมรส

เนื่องจากไม่มีกฎหมายใดบัญญัติห้ามหญิงที่ไม่มีคู่สมรสรับตั้งครรภ์แทน ดังนั้น ไม่ว่าจะ เป็นหญิงโสดหรือหญิงหม้าย ก็ย่อมเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ทั้งสิ้น

ก. กรณีหญิงโสดรับตั้งครรภ์แทน

ความเป็นมารดากับบุตร

ตามป.พ.พ. มาตรา 1546 บัญญัติว่า "เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น ดังนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นมารดาของเด็ก ซึ่งรายละเอียดต่าง ๆ ได้กล่าวมาแล้ว จึงไม่ขอกล่าวซ้ำอีก

ความเป็นบิดากับบุตร

ในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงโสด จะถือว่าชายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นเจ้าของเชื้อสัจที่นำมาผสมเป็นบิดาของเด็กหรือไม่ ปัญหานี้ในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา มลรัฐอลาบามา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐโคโรลาโด มลรัฐคอนเนตติคัต มลรัฐอิลลินอยส์ มลรัฐมิเนสโซต้า มลรัฐมอนทานา มลรัฐเนวาด้า มลรัฐเท็กซัส มลรัฐวอชิงตัน มลรัฐวิสคอนซิน และ มลรัฐไวโอมิ่ง ถือหลักว่าเจ้าของเชื้อสัจซึ่งนำมาผสมเทียมไม่ใช่บิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก^{๗๗} ตามหลักกฎหมายไทยถือว่าผู้ที่จะเป็นบิดาของเด็กได้จะต้อง

^{๗๗} ประสพสุข บุญเดช, "มารดารับจ้างตั้งครรภ์," คณาพา 35, 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2531): 23.

เป็นผู้ที่ร่วมประเวณีกับมารดาของเด็กเท่านั้น ดังนั้น ชายเจ้าของเชื้อสัจจึงมิใช่บิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และกรณีนี้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงโสดไม่มีสามี จึงไม่มีข้อสันนิษฐานว่าด้วยการเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ดังนั้นเด็กที่เกิดมาจึงไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย มีแต่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเพียงผู้เดียวตามมาตรา 1546

ข. กรณีหญิงที่เคยสมรสแต่การสมรสสิ้นสุดลง เช่น สามีถึงแก่ความตาย หรือหย่าร้างกับสามีแล้ว หญิงดังกล่าวไปรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น เมื่อเด็กคลอดออกมา แน่นนอนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนย่อมเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 1546 ส่วนบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นต้องพิจารณาว่าเด็กเกิดมาภายใน 310 วันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลงตามกฎหมายหรือไม่ หากเด็กเกิดมาภายใน 310 วันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลงตามกฎหมาย ให้สันนิษฐานว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เคยเป็นสามีของหญิงนั้น⁷⁸ แต่ชายผู้เคยเป็นสามีหรือผู้มีสิทธิรับมรดกร่วมกับเด็กหรือผู้จะเสียสิทธิรับมรดกเพราะการเกิดของเด็กแล้วแต่กรณี มีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ตามป.พ.พ.มาตรา 1539 และมาตรา 1544 แต่การฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรนั้นต้องฟ้องภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้คือหนึ่งปีนับแต่วันเด็กเกิด อย่างไรก็ตามห้ามมิให้ฟ้องเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันเกิดของเด็ก⁷⁹ เมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรแล้ว ข้อสันนิษฐานของกฎหมายถือเป็นเด็ดขาด และใช้ยืนยันชายผู้เคยเป็นสามีและบุคคลอื่นได้ตลอดไป อย่างไรก็ตามถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าเด็กเกิดเกินกว่า 310 วันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง เด็กที่เกิดมาก็ไม่ใช่บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เคยเป็นสามีของหญิงนั้น เด็กก็เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแต่เพียงผู้เดียว

⁷⁸ ป.พ.พ. มาตรา 1536

⁷⁹ ป.พ.พ. มาตรา 1542

พิจารณาในด้านสามัญวิชาที่ต้องการบุตร

1. ความสัมพันธ์ระหว่างสามัญวิชาที่ต้องการบุตรและเด็กที่เกิดมา

1.1 ความเป็นมารดากับบุตร

ดังที่ได้อธิบายมาแล้วว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรคนใด ย่อมเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรคนนั้น ไม่ว่าหญิงนั้นจะมีสามีหรือไม่ก็ตาม และกฎหมายก็ได้ค้ำประกันว่าเด็กที่คลอดจากหญิงคนใดคนหนึ่งจะมีความเป็นมาอย่างใด กล่าวคือ แม้ว่าเด็กนั้นจะเกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยให้เชื้อสุจิของชายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและไข่ของหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนก็ตาม แม้ว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตใด ๆ กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ถ้าเด็กคนนั้นคลอดออกมาจากครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ก็ต้องถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทน ดังนั้นหญิงที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนจึงไม่มีสิทธิเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้เลย

อนึ่ง บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายตามป.พ.พ. มาตรา 1547 ก็จะนำมาใช้กับกรณีนี้ไม่ได้เช่นกัน

มาตรา 1547 บัญญัติว่า "บิดาจะจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ต่อเมื่อเด็กหรือมารดาเด็กไม่คัดค้านว่าผู้ขอจดทะเบียนมิใช่บิดา"

ดังนั้น มาตรา 1547 นี้จึงนำมาใช้กับกรณีนี้ไม่ได้เพราะการจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายจะมีได้เฉพาะกรณีผู้ชายขอจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หญิงจะขอจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ ดังนั้นกรณีที่ภริยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นเจ้าของไข่ ก็ไม่มีสิทธิตามกฎหมายที่จะขอจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ หญิงที่ขอให้ตั้ง

ครรภ์แทนจะเป็นมารดาของเด็กเกิดโดยวิธีการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม
เท่านั้น

1.2 ความเป็นบิดากับบุตร

ความเป็นบิดากับบุตรตามกฎหมายนั้น จะต้องเกิดขึ้นจาก
การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงจนหญิงนั้นตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมาตามธรรมชาติ
เท่านั้น การตั้งครรภ์แทนเกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ มิใช่เป็น
การร่วมประเวณีตามธรรมชาติ ดังนั้นแม้ชายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะเป็นเจ้าของ
เชื้ออสุจก็ตาม ก็ไม่ถือว่าเป็นบิดาตามกฎหมายของบุตรที่เกิดมาจากการนี้^{๕๐}

นอกจากนี้ชายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะจดทะเบียนรับรองบุตร
ตามป.พ.พ.มาตรา 1547 ก็ไม่ได้เช่นกัน เพราะบทบัญญัติของกฎหมายเรื่อง
การจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ชายที่ได้เสี
ยกับหญิงโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน มีทางที่จะได้เด็กที่เป็นเลือดเนื้อเชื้อไข
ของตนมาเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องไปจดทะเบียนสมรสกับ
หญิงมารดาของเด็ก เหตุที่กฎหมายมีวัตถุประสงค์เช่นนี้ ผู้เขียนเข้าใจว่าในขณะที่
ที่ร่างกฎหมาย ผู้ร่างกฎหมายคงคิดไม่ถึงว่าจะมีวิธีการให้กำเนิดเด็กได้โดยบิดา
ของเด็กไม่ต้องมีการร่วมประเวณีกับมารดาของเด็ก เพราะในขณะที่ร่างกฎหมาย
นั้น เทคโนโลยีทางการแพทย์ยังไม่เจริญไปถึงขั้นที่สามารถเอาเชื้ออสุจิของชาย
อื่นที่มิใช่สามีมาผสมกับไข่ของหญิงแล้วนำไปใส่ในหลอดของหญิงที่ตั้งครรภ์

^{๕๐} ประสพสุข บุญเดช, "อุ้มบุญ", วารสารกฎหมายสหทัยธรรมมาชิราช
5, 2 (ธันวาคม 2536): 28.

ในทำนองกลับกันเด็กจะฟ้องชายผู้ขอให้ตั้งครรภ์ในฐานะที่เป็นเจ้าของเชื้ออสุจิให้รับตนเป็นบุตรได้หรือไม่

การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายนั้น กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันได้กำหนดกรณีที่สามารถฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายไว้ในกรณีดังต่อไปนี้^๑

1. เมื่อมีการข่มขืนกระทำชำเรา ฉุดคร่าหรือหน่วงเหนี่ยวกักขังหญิงมารดา โดยมีชอบด้วยกฎหมายในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้
2. เมื่อมีการลักพาหญิงมารดาไปในทางซู้สาว หรือมีการล่อลวงร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้
3. เมื่อมีเอกสารของบิดาแสดงว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของตน
4. เมื่อปรากฏในทะเบียนคนเกิดว่าเด็กเป็นบุตรโดยมีหลักฐานว่าบิดาเป็นผู้แจ้งการเกิดหรือรู้เห็นยินยอมในการแจ้งนั้น
5. เมื่อบิดามารดาได้อยู่กินด้วยกันอย่างเปิดเผยในระยะเวลาซึ่งหญิงมารดาอาจตั้งครรภ์ได้
6. เมื่อได้มีการร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้และมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเด็กนั้นมิได้เป็นบุตรของชายอื่น
7. เมื่อมีพฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่าเป็นบุตร

^๑ ป.พ.พ. มาตรา 1555

พฤติการณ์ที่รู้จักกันทั่วไปตลอดมาว่าเป็นบุตรนั้น ให้พิจารณาข้อเท็จจริงที่แสดงความเกี่ยวของอันบิดากับบุตรซึ่งปรากฏในระหว่างตัวเด็กกับครอบครัวที่เด็กอ้างว่าตนสังกัดอยู่ เช่น บิดาให้การศึกษา ให้ความอุปการะเลี้ยงดูหรือยอมให้เด็กนั้นใช้ชื่อสกุลของตนหรือโดยเหตุประการอื่น

เมื่อพิจารณาตามมาตราดังกล่าวแล้วเห็นว่ากรณีไม่เข้าตามที่กฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้ ดังนั้นเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงไม่สามารถฟ้องชายเจ้าของเชื้ออสุจิให้รับตนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายได้

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันซึ่งนำมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทน จะเห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิงนั้นว่า เด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน (ตามป.พ.พ.มาตรา 1546) และสามี (ตามป.พ.พ.มาตรา 1536) ถ้าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงไม่มีสามีเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นก็ เป็นบุตรของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเพียงผู้เดียว ในขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะเป็นเพียงแค่บุตรบุญธรรมเท่านั้น ซึ่งกฎหมายสวนทางกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้น เนื่องจากในทางชีววิทยาคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนที่เป็นเจ้าของไข่และอสุจิเป็นบิดามารดาทางชีววิทยาของเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทน แต่กฎหมายกลับไม่ยอมให้คู่สมรสนั้นเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ตอบสนองต่อความต้องการของคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนเท่าใดนัก อีกทั้งยังเป็นอุปสรรคต่อการใช้วิธีการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากการรับบุตรบุญธรรมมีข้อจำกัดบางประการ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของคุณสมบัติของผู้รับบุตรบุญธรรมที่ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปี ทำให้คู่สมรสที่มีอายุต่ำกว่า 25 ปี จะขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนไม่ได้ เพราะถ้าให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนก็ต้องรอจนอายุครบ 25 ปีเสียก่อน จึงจะรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมได้ ซึ่งอาจใช้เวลาเป็นปี ซึ่งขัดกับหลักการของการตั้งครรภ์แทนที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะต้องส่งมอบเด็กให้เป็นบุตรของคู่

สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนทันที นอกจากนั้นการรับบุตรบุญธรรมยังต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาของเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรมเสียก่อน ซึ่งกฎหมายได้มีข้อสันนิษฐานให้สามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ดังนั้นจึงมีปัญหาว่าในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีไม่ยอมยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของกลุ่มสมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน กลุ่มสมรสนั้นก็ไม่สามารถรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ และในกรณีที่กลุ่มสมรสนั้นไม่ยอมรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถบังคับให้กลุ่มสมรสนั้นรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้เช่นกัน ปัญหานี้ถือว่าเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการต้องการมีบุตรโดยอาศัยวิธีการตั้งครรภ์แทน ทำให้สัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่คู่สัญญาต้องการ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องรับผิดชอบต่อตัวเองในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา นอกจากนั้นการที่จะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ก็ต้องมีการทดลองเลี้ยงดูเด็กนั้นก่อนเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือน^{๒๒} ทำให้ไม่สอดคล้องกับหลักการของการตั้งครรภ์แทนที่ต้องส่งเด็กให้เป็นบุตรของกลุ่มสมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนทันที และจากการที่กฎหมายกำหนดว่าการรับบุตรบุญธรรมสามารถมีการบอกเลิกการรับบุตรบุญธรรมได้ ทำให้เกิดผลกระทบแก่ครอบครัวของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและครอบครัวของกลุ่มสมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้เพราะการรับบุตรบุญธรรมไม่ทำให้สิทธิและหน้าที่ที่เด็กมีกับครอบครัวเดิมสูญสิ้นไป^{๒๓} ดังนั้นเมื่อมีการเลิกการรับบุตรบุญธรรมไม่ว่าจะโดยความตกลงยินยอมหรือโดยการฟ้องให้เลิกการรับบุตรบุญธรรมก็ตาม เด็กที่เกิดมาก็ต้องกลับมาอยู่ในอำนาจปกครองของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ทำให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีการะหน้าที่และความรับผิดชอบต่อเด็กนั้นทั้ง ๆ ที่เจตนาที่แท้จริงของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนคือต้องการช่วยเหลือคู่สมรสที่มีบุตรยากให้มีบุตรไว้สืบสกุล ไม่ได้มีเจตนาที่จะเลี้ยงดูเด็กนั้นเป็นบุตรของตนเอง คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนก็ได้รับผลกระทบดังกล่าวด้วย คือ เมื่อมีการ

^{๒๒} พ.ร.บ. การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 23

^{๒๓} ป.พ.พ มาตรา 1598/28

เลิกรับบุตรบุญธรรมและเด็กต้องกลับคืนสู่ครอบครัวของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนก็จะประสบปัญหาของการไม่มีบุตรอีก ส่วนตัวเด็กเองก็อาจมีปัญหาในการปรับตัวให้เข้ากับครอบครัวของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งถ้าเด็กปรับตัวไม่ได้ก็จะเกิดปัญหาตามมา นอกจากนี้เนื่องจากเด็กนั้นไม่ได้มีความผูกพันทางสายโลหิตกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเลย ความรัก ความผูกพัน และความอบอุ่นที่หญิงนั้นจะมีต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนอาจน้อยกว่าบุตรแท้ ๆ ของหญิงนั่นเอง ทำให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนขาดความอบอุ่นและเกิดปมด้อย ซึ่งอาจนำไปสู่ปัญหาสังคมในที่สุด และเหตุที่กฎหมายปัจจุบันเปิดช่องให้คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นได้เพียงผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้น ทำให้ส่งผลกระทบไปถึงสิทธิของเด็กในการรับมรดกด้วย

ปัญหาทางมรดกที่เกิดขึ้นกับเด็กที่น่าจะพิจารณาก็คือ ในกรณีที่คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนตายก่อนที่เด็กจะเกิดมานั้น เด็กจะมีสิทธิรับมรดกของคู่สมรสนั้นได้หรือไม่ ถ้านำกฎหมายเรื่องการรับบุตรบุญธรรมมาใช้ เด็กก็จะไม่มีสิทธิรับมรดกของคู่สมรส เนื่องจากการรับบุตรบุญธรรมจะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการจดทะเบียน ดังนั้น ตราบใดที่เด็กยังไม่ได้รับการจดทะเบียนเป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน ตราบนั้นเด็กก็ไม่มีสิทธิรับมรดกของคู่สมรสนั้น เด็กคงมีเพียงสิทธิรับมรดกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น ทำให้สิทธิในการรับมรดกของทายาทของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องถูกกระทบ กล่าวคือ มรดกส่วนหนึ่งจะต้องถูกแบ่งให้กับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในฐานะที่เป็นทายาทลำดับแรกของเจ้ามรดก ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ ก็ควรจะมีจุดที่จะตัดความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนออกไป ซึ่งถ้านำกฎหมายเรื่องการรับบุตรบุญธรรมมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทน ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนยังคงมีอยู่ เนื่องจากการรับบุตรบุญธรรมไม่ทำให้เด็กสูญเสียสิทธิและหน้าที่ที่มีต่อครอบครัวเดิม และผลของการที่นำกฎหมายเรื่องการรับบุตรบุญธรรมมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทน ทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและทายาทของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน นั่นคือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีหน้าที่ในการอุปการะ เลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์

แทน ทายาทของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะได้รับส่วนแบ่งในมรดกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนน้อยลง ซึ่งทายาทของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนเลย ทำไมจะต้องมารับผลกระทบในเรื่องนี้ด้วย ฉะนั้น ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่สามารถปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทนได้ครอบคลุมทุกประเด็น หากแต่ต้องมีกฎหมายโดยเฉพาะมาขยายความและยกเว้นหลักกฎหมายปัจจุบันที่มีอยู่ ซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาต่อไปในบทที่ 5

ปัญหาเกี่ยวกับตัวอ่อน

เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนต้องใช้กระบวนการแช่แข็งตัวอ่อนเป็นหลัก ดังนั้น จึงมีปัญหากที่ควรพิจารณาดังนี้

1. ในขณะที่ตัวอ่อนอยู่นอกร่างกายนั้น ใครควรมีสิทธิเป็นเจ้าของตัวอ่อน

ปัญหานี้ได้เคยเกิดเป็นคดีขึ้นในศาลมลรัฐเทนเนสซี ประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อปี ค.ศ.1987 คือคดี Davis v. Davis (1978) ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่านายหลุยส์ เดวิส และนางแมรี เดวิส เป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย แต่นางแมรีไม่สามารถตั้งครรภ์ตามธรรมชาติได้ ทั้งคู่ตัดสินใจใช้วิธีการตั้งครรภ์ IVF และเก็บแช่แข็งไข่ที่ผสมกับอสุจิเป็นตัวอ่อน 7 ตัว เพื่อนำมาใช้ภายหลังอีก ต่อมานายหลุยส์และนางแมรีหย่าขาดจากกัน และตกลงกันไม่ได้ว่าจะจัดการอย่างไรกับตัวอ่อน 7 ตัวที่เก็บแช่แข็งไว้ จึงขอให้ศาลตัดสิน นางแมรีถือว่าตัวเองเป็นมารดาของตัวอ่อนเหล่านั้นและเป็นผู้มีอำนาจปกครอง เพื่อจะได้นำตัวอ่อนฝังในมดลูกของเธอและคลอดเป็นบุตร แต่นายหลุยส์ไม่ประสงค์เช่นนั้น และไม่ต้องการให้บริจาคตัวอ่อนแก่ผู้อื่นด้วย โดยอ้างว่าตัวอ่อนเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ย่อมสามารถทิ้งหรือทำลายได้ คดีนี้ศาลมลรัฐเทนเนสซีได้วินิจฉัยว่า ชีวิตมนุษย์นับตั้งแต่ปฏิสนธิ จึงถือได้ว่าทั้งนายหลุยส์และนางแมรีประสบความสำเร็จในการให้กำเนิดมนุษย์ที่เป็นสายโลหิตของตน ศาลปฏิเสธไม่รับฟังข้ออ้างของนายหลุยส์

ที่ว่าตัวอ่อนเป็นทรัพย์สิน และพิพากษาให้นางแมรีเป็นผู้มีอำนาจปกครองตัวอ่อนที่เก็บแช่แข็งไว้ นายหลุยส์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษาให้นายหลุยส์และนางแมรีมีสิทธิร่วมกันในการจัดการตัวอ่อน 7 ตัวนั้นตามกฎหมาย ศาลอุทธรณ์ให้เหตุผลว่าเป็นการขัดและละเมิดต่อหลักการแห่งรัฐธรรมนูญหากศาลมีคำสั่งให้นางแมรีนำตัวอ่อนฉีดเข้าไปในท้องเพื่อให้ตั้งครรภ์โดยตัวเธอมิได้ยินยอมฉันใด การมีคำสั่งให้นายหลุยส์ต้องได้รับผลทางจิตวิทยาจากการเป็นบิดาของบุตรโดยตนไม่ยินยอม แม้จะไม่มีผลทางกฎหมายก็ตาม ก็เป็นการขัดและละเมิดต่อหลักการแห่งรัฐธรรมนูญเท่าเทียมกันฉันนั้น นายหลุยส์และนางแมรีฎีกาต่อไปยังศาลสูงสุด ศาลสูงสุดพิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ แต่ไม่ยอมวินิจฉัยว่าตัวอ่อนทั้ง 7 ตัวนี้เป็นบุคคลหรือเป็นทรัพย์สิน คงวินิจฉัยเพียงว่าทั้งนายหลุยส์และนางแมรีต่างมีส่วนได้เสียในลักษณะของการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่จะมีคำสั่งให้กระทำการใด ๆ ต่อตัวอ่อนนี้ในขอบเขตของกฎหมาย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ขณะที่ศาลสูงสุดพิจารณาคดีนี้ นางแมรีไม่ประสงค์จะนำตัวอ่อนทั้ง 7 ตัวนี้มาฉีดเข้าไปในมดลูกเพื่อตั้งครรภ์ แต่ต้องการบริจาคให้แก่คู่สมรสที่ไม่มีบุตร ฉะนั้นการที่นางแมรีผู้เป็นภริยามีสิทธิที่จะเลือกไม่ตั้งครรภ์เป็นมารดาของบุตรได้ฉันใด นายหลุยส์ผู้เป็นสามีก็มีสิทธิที่จะเลือกไม่成为บิดาของบุตรได้ฉันนั้น เมื่อซึ่งน้ำหนักสิทธิของนางแมรีกับสิทธิของนายหลุยส์แล้วเห็นว่า ภาระหน้าที่ของนายหลุยส์อันเนื่องจากผลทางกฎหมายและจิตวิทยาที่จะดำเนินการผสมเทียมนอกมดลูกต่อไปจนทำให้ทารกกำเนิดขึ้นมาพร้อมกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะไม่ให้กำเนิดบุตรแล้ว สิทธิของนายหลุยส์มีความสำคัญมากกว่าสิทธิประโยชน์ของนางแมรีที่จะบริจาคตัวอ่อนดังกล่าว ศาลสูงสุดจึงมีคำสั่งให้คลินิกเจริญพันธุ์น็อควิลล์ซึ่งเป็นสถานที่เก็บรักษาตัวอ่อนทั้ง 7 ตัว จัดการกับตัวอ่อนดังกล่าวตามวิธีการปกติในการจัดการกับตัวอ่อนที่ไม่ใช้แล้วของคลินิกต่อไป^{๒๔}

^{๒๔} ประสพสุข บุญเดช, "การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์," หน้า

มลรัฐอิลลินอยส์ ซึ่งเป็นมลรัฐแรกที่ตรากฎหมายเกี่ยวกับ IVF โดยบทบัญญัติที่ตราขึ้นในปี ค.ศ. 1979 กำหนดว่า แพทย์ที่ทำการผสมเทียมนอก มดลูกเป็นผู้มีอำนาจปกครองตัวอ่อนตามกฎหมาย และอาจถูกฟ้องคดีในข้อหากรรมาน เด็ก (Child abuse) ได้ ตามกฎหมายเก่าที่มีมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1877 ผลของ กฎหมายดังกล่าวทำให้แพทย์หลายรายเลิกผสมเทียม แม้ว่ารัฐมนตรีกระทรวง ยุติธรรมของมลรัฐจะกล่าวว่า การผสมเทียมไม่เป็นการผิดตามกฎหมายก็ตาม^{๑๕}

2. ถ้าระหว่างนั้นบิดา หรือมารดา หรือทั้งบิดามารดาเกิดเสียชีวิต จะดำเนินการจัดการกับตัวอ่อนนั้นอย่างไร และตัวอ่อนที่ไม่ต้องการนำไปถ่าย กลับเข้าร่างกายจะทำอย่างไรกับตัวอ่อนนั้น

ปัญหานี้ได้เคยเกิดขึ้นในประเทศออสเตรเลีย เรื่องมีอยู่ว่า นาง เอลซ่า ริโอส เคยมีสามีและลูกมาแล้ว ครั้นต่อมาได้สามีใหม่ชื่อนายมาริโอ ริโอส โดยเอาลูกติดของเขามาเลี้ยงด้วยกัน ต่อมาลูกสาวของเธอเกิดอุบัติเหตุเป็นลัน ดาย ทำให้สามีภริยาคู่นี้ประสงค์ที่จะมีบุตรไว้สืบสกุลอีกสักคนหนึ่ง ทั้งนี้เพราะทั้งคู่ มีทรัพย์สินสมบัติมากมาย สามีภริยาคู่นี้ได้เริ่มพยายามมีลูกคนใหม่ตั้งแต่ปี 1978 ซึ่ง เป็นปีที่ลูกสาวของนางเอลซ่า ริโอสตาย แต่ความพยายามมีลูกโดยวิธีธรรมชาติ ไม่ได้ผล เพราะนายมาริโอซึ่งแม้จะเคยมีบุตรมาแล้ว แต่ขณะนั้นเชื้ออสุจิไม่ทำงาน จึงไม่สามารถมีบุตรได้ จนกระทั่งปีค.ศ. 1981 สามีภริยาคู่นี้ได้เดินทางจากสหรัฐ- อเมริกาไปยังกรุงเมลเบิร์นเพื่อใช้วิธี IVF ของโรงพยาบาลควีน วิกตอเรีย ซึ่ง มีชื่อเสียงในการผลิตเด็กหลอดแก้ว ทางโรงพยาบาลควีน วิกตอเรีย ได้เอาตัว อสุจิจากชายไม่เปิดเผยชื่อมาผสมกับไข่ของนางเอลซ่า ริโอส แล้วใส่เข้าไปใน มดลูกของนางเอลซ่า ริโอส แต่ครั้งแรกไม่ประสบผลสำเร็จเพราะนางเอลซ่า

^{๑๕} กราตร กคพันธ์, "วงการกฎหมายทั่วไป," หน้า 111.

ริโอส แท่งเสียก่อน แพทย์ได้เตรียมตัวอ่อนที่ปฏิสนธิแล้วแช่แข็ง 2 ตัว เพื่อไว้เป็นตัวสำรอง พร้อมทั้งใส่เข้าไปในมดลูกของนางเอลซ่า ริโอส แต่ขณะนั้นนางเอลซ่าริโอส ยังไม่พร้อม จึงขอผัดผ่อนไปสักระยะหนึ่งก่อน ในระหว่างนั้นเองนางเอลซ่า ริโอส และนายมาริโอ ริโอส ได้เดินทางโดยเครื่องบินไปชิลี แต่ประสบอุบัติเหตุเครื่องบินตกที่สหรัฐอเมริกาเสียชีวิตทั้งสองคน สามีกิริยาคู่นี้มีทรัพย์สินสมบัติมากมาย และไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้ ทำให้มีปัญหาว่าตัวอ่อนที่แช่แข็งอยู่นั้น มีสิทธิได้รับมรดกของสามีกิริยาคู่นี้หรือไม่

ความเห็นของนักกฎหมายต่างประเทศมีดังนี้

นักกฎหมายส่วนมากเห็นว่า ถ้าเอาตัวอ่อนทั้งสองตัวนั้นใส่เข้าไปในมดลูกของหญิงคนหนึ่งคนใดแล้ว เด็กที่เกิดมานั้นจะไม่มีสิทธิใด ๆ ในกองมรดกของนางเอลซ่า ริโอส และนายมาริโอ ริโอส

ในส่วนที่เกี่ยวกับชายผู้บริจาคตัวอ่อนสุจินัน คริส ว เรย์ โฆษกประจำสถาบันกฎหมายแห่งรัฐวิตตอเรียได้กล่าวว่า ตัวอ่อนทั้งสองตัวนั้นหาได้เป็นสิทธิของชายผู้บริจาคมานั้นไม่ แต่เป็นสิทธิของชายหญิงที่เด็ก (ตัวอ่อน) นั้นเกิดมาในที่สุด ซึ่งถือเป็นบิดามารดา

อย่างไรก็ดี ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียได้ตั้งข้อสังเกตว่า เจตนารมณ์ของบิดามารดาย่อมต้องถือเป็นเงื่อนไขสุดท้ายในการชี้ขาดปัญหา ซึ่งเจตนารมณ์เหล่านั้นจะต้องได้กระทำเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย แต่กรณีของนายมาริโอ ริโอส และนางเอลซ่า ริโอส มิได้ทำหนังสือดังกล่าว^{๑๑} จึงทำให้เกิดปัญหาขึ้น

^{๑๑} ศรีนิตา พรหมพิตาธร, "ปัญหาของทารกในครรภ์เช่น," วารสารอัยการนิเทศ 47, 4 (2528): 575.

หากเรื่องดังกล่าวนี้เกิดขึ้นในประเทศไทย ก็ต้องพิจารณาตามป.พ.พ.
มาตรา 15 และมาตรา 1604

มาตรา 15 บัญญัติว่า "สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอด
เป็นทารก และสิ้นสุดลงเมื่อตาย

ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถจะมีสิทธิต่าง ๆ ได้ หากว่าภายหลัง
เกิดมารอดอยู่"

มาตรา 1604 "บุคคลธรรมดาจะเป็นทาสหากได้ก็ต่อเมื่อมีสภาพบุคคล
หรือสามารถมีสิทธิได้ตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายนี้ในเวลาที่เขาจรด
ถึงแก่ความตาย

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ให้ถือว่าเด็กที่เกิดมารอดอยู่ภายในสามร้อย
สิบวันนับแต่เวลาที่เขจรดถึงแก่ความตายนั้น เป็นทารกในครรภ์มารดาอยู่ใน
เวลาที่เขจรดถึงแก่ความตาย"

เมื่อพิจารณาตามป.พ.พ.มาตรา 15 ประกอบกับมาตรา 1604 แล้ว
บุคคลที่จะเป็นทาสหากได้รับมรดกนั้น จะต้องสภาพบุคคลหรือเป็นทารกในครรภ์
มารดาในเวลาที่เขาจรดถึงแก่ความตาย แต่จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏนั้น ตัวอ่อน
ยังไม่มีสภาพบุคคล อีกทั้งยังเป็นทารกนอกครรภ์มารดาในเวลาที่เขาจรดถึง
แก่ความตาย ดังนั้น ตัวอ่อนนี้จึงไม่อาจเป็นทาสหากและไม่มีสิทธิได้รับมรดกของ
สามีภริยาคู่นั้น หรือถ้าหากจะมีการนำตัวอ่อนดังกล่าวไปฝากเลี้ยงในร่างกาย
ของหญิงอื่นจนเจริญเติบโตเป็นทารกได้สำเร็จ ตัวอ่อนก็ยังคงไม่มีสิทธิได้รับ
มรดกของสามีภริยาคู่นั้น ทั้งนี้เนื่องจากในขณะที่สามีภริยาคู่นั้นถึงแก่ความตาย ตัว
อ่อนยังไม่มีสภาพบุคคล [เพราะสภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็น
ทารกตามป.พ.พ.มาตรา 15 วรรคแรก] และไม่ได้เป็นทารกในครรภ์มารดา

(ภริยาที่ถึงแก่ความตาย) ซึ่งเป็นเจ้ามรดก^{๑๗} แต่ตัวอ่อนที่เป็นทารกในครรภ์ของหญิงอื่นอาจจะมีสิทธิได้รับมรดกของหญิงอื่นได้ ถ้าหากว่าภายหลังคลอดออกมาแล้วอยู่รอดเป็นทารก

ส่วนที่ว่า จะจัดการอย่างไรกับตัวอ่อนที่แช่แข็งนั้น เป็นปัญหาที่ต้องพิจารณา มาก เพราะย่อมกระทบกระเทือนถึงปัญหาทางศีลธรรม ถ้านำตัวอ่อนนั้นไปทำลาย ในบางศาสนาจะถือว่ามีชีวิต เช่น ความเห็นของพวกนิกายคาทอลิก ชาวฮิวไนทิสต์ ออร์ทอด็อกซ์ รวมทั้งกลุ่มไรท์ทูล์ฟ (สิทธิในการมีชีวิต) ในสหรัฐอเมริกา มีความเห็นว่าการปล่อยให้ตัวอ่อนนั้นละลายตัวเองและตายไปตามธรรมชาติ เป็นการละเมิดความศักดิ์สิทธิ์ของชีวิตที่พระเจ้าประทานมาให้ มีผลเท่ากับการฆ่าคนตายโดยเจตนา

แต่ถ้าพิจารณาในแง่ของกฎหมายไทยแล้ว การทำลายตัวอ่อนไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาแต่ประการใด ไม่ว่าจะมีความผิดฐานทำแท้ง หรือความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา เพราะความผิดฐานทำแท้งนั้นจะต้องเข้าองค์ประกอบดังต่อไปนี้คือ

ความหมายของการทำแท้ง คือ การทำให้ทารกในครรภ์คลอดออกมา ก่อนกำหนดโดยไม่มีชีวิตหรือไม่สามารถมีชีวิตรอดได้ ดังนั้น การจะทำแท้งได้ก็ต้องเริ่มที่การตั้งครรภ์เสียก่อน ซึ่งการตั้งครรภ์นั้นจะถือเอาเพียงการที่ไข่ปฏิสนธิแต่เพียงอย่างเดียวนั้นยังไม่พอ แต่ต้องมีการฝังตัวในผนังมดลูกในครรภ์มารดาเสียก่อน ตราบใดที่ยังฝังตัวไม่ได้ โอกาสเจริญเติบโตก็ไม่มี จะเรียกว่า

^{๑๗} วิชัย เอื้ออังกษากุล และวิชัย อริษะนันท์กะ, "วงการกฎหมายทั่วไป," คณาพาท 31, 4 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2527): 127.

เป็นการตั้งครรภ์มิได้ ดังนั้น เมื่อไม่มีการตั้งครรภ์เกิดขึ้นความเป็นทารกในครรภ์มารดาก็ไม่มี ความผิดฐานทำแท้งจึงเกิดขึ้นไม่ได้

หากจะพิจารณาว่าเป็นความผิดฐานฆ่าคนตายก็ยังไม่เป็นไปไม่ได้ เพราะองค์ประกอบความผิดฐานฆ่าคนตายนั้น วัตถุประสงค์การกระทำความผิดจะต้องเป็นมนุษย์ นั่นคือจะต้องมีสภาพบุคคลตามป.พ.พ.มาตรา 15 แต่ตัวอ่อนที่แช่แข็งไว้นั้น ยังไม่มีสภาพบุคคลจึงไม่ใช่มนุษย์ เพราะฉะนั้นเมื่อไม่เข้าองค์ประกอบความผิดฐานฆ่าคนตาย การที่แพทย์ทำลายตัวอ่อนจึงไม่มีความผิดฐานฆ่าคนตายเช่นกัน ดังนั้น การทำลายตัวอ่อนจึงมีปัญหาทางด้านศีลธรรมและศาสนา ซึ่งขึ้นอยู่กับแนวคิดของแต่ละศาสนาว่าถือว่าชีวิตเริ่มต้นขึ้นเมื่อใด ถ้าถือว่าการที่ตัวอ่อนเกิดการปฏิสนธิและเกิดการแบ่งเซลล์แล้วชีวิตก็เกิดขึ้นแล้ว เมื่อมีการทำลายชีวิตในขณะนั้นก็มีความผิดทางศาสนา

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายกำหนดกรอบการใช้ IVF และการทำลายไข่ที่ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อน ทั้งหมดจึงขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของแพทย์ผู้ปฏิบัติในวิชาชีพ^{๑๑}ว่าจะจัดการอย่างไรกับตัวอ่อนนั้น เช่น อาจนำตัวอ่อนนั้นไปใช้ในการวิจัย หรืออาจจะทำลายตัวอ่อนนั้นเสีย หรืออาจจะนำตัวอ่อนนั้นไปใส่ในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ต่อไป

ในกรณีที่แพทย์เลือกใช้วิธีการทำลายตัวอ่อนนั้น มีตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ คดีแรกเกิดขึ้นในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ เมื่อปีพ.ศ. 2521 โดยเจ้าหน้าที่โรงพยาบาลแห่งหนึ่งได้ทำลายตัวอ่อนในหลอดแก้วไป คู่สามีภรรยาที่เป็นเจ้าของตัวอ่อนนั้นจึงได้นำคดีขึ้นสู่ศาล ศาลพิพากษาให้โรงพยาบาลชดเชยค่าเสียหายจำนวน 50,000 ดอลลาร์ แก่สามีภรรยาคู่นั้นเป็นค่าสินไหมทดแทนความโศกเศร้า เสียใจ

^{๑๑} วิจารณ์ พันชนะ, "เทคโนโลยีชีวภาพกับกฎหมาย", หน้า 41.

และความทุกข์เนื่องจากการทำลายตัวอ่อนโดยมิชอบ^{๑๐}

จากที่กล่าวมาทั้งหมดในบทนี้ จะเห็นได้ว่าการตั้งครรภ์แทนมีปัญหาในทางกฎหมายให้พิจารณาหลายประการ ถึงแม้ว่าในปัจจุบันยังไม่มีข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญารับตั้งครรภ์แทนก็ตาม แต่ในเวลาอันใกล้ข้อพิพาทดังเช่นที่เคยเกิดในต่างประเทศอาจจะเกิดในประเทศไทยก็ได้ เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น จึงสมควรที่จะพิจารณาถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหา ซึ่งจะได้กล่าวถึงในบทสรุปและข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^{๑๐} Del Zio v. Presbyterian Hosp. (1978)