

สัญญารับตั้งครรภ์แทนกับกฎหมายต่างประเทศ



1. ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าในด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มากแห่งหนึ่งในโลกและมีการรับตั้งครรภ์แทนมาแต่ช้านาน ดังนั้นปัญหาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนจึงมีมากเช่นกัน จนถึงขั้นคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทนฟ้องคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้ปฏิบัติตามสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นคดีความในศาลหลายคดี ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้ประเทศอังกฤษได้ตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนมาใช้บังคับโดยเฉพาะขึ้นเป็นประเทศแรกของโลก ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน ค.ศ. 1985 (Surrogacy Arrangement Act 1985) และพระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 (Human Fertilization and Embryology Act 1990) ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1.1 พระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน 1985 (Surrogacy Arrangement Act 1985)

พระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน 1985 นี้เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อควบคุมไม่ให้เกิดการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ โดยพระราชบัญญัตินี้จะถูกบังคับใช้กับข้อตกลงที่ทำขึ้นก่อนผู้รับตั้งครรภ์แทนจะตั้งครรภ์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนไปเลี้ยงดู ดังนั้นพระราชบัญญัตินี้จะไม่ใช้บังคับกับข้อตกลงที่ทำขึ้นหลังจากที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ตั้งครรภ์ขึ้นแล้ว โดยมีมาตราที่สำคัญดังต่อไปนี้

มาตรา 2 บัญญัติว่า การติดต่อ จัดหา หรือเข้าร่วมเจรจาต่อรองสัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนในทางการค้าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

หมายความว่า การจัดให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยผู้จัดการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ ซึ่งรวมทั้งการรวบรวมข้อมูลข่าวสารเพื่อใช้ในการกระทำการดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ดังนั้นการที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนที่ให้คำปรึกษาและ/หรือจัดหาผู้รับตั้งครรภ์แทนและ/หรือผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนโดยมิได้มุ่งหากำไรในเชิงพาณิชย์จึงไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ แต่อย่างไรก็

ตามแม้จะมีการจ่ายเงินให้หรือให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน และแม้จะเป็นการกระทำในเชิงพาณิชย์ก็ตาม แต่หากว่าผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้จ่ายเงินหรือให้ผลประโยชน์ดังกล่าวแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้ไม่ถือเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เพราะด้วยเหตุผลที่ว่าเพื่อมิให้เกิดก่อกำเนิดต้องมีผลจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย

มาตรา 3 ห้ามมิให้มีการโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน

การโฆษณาที่ชักจูงให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เช่น การโฆษณาหาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือผู้รับตั้งครรภ์แทนแล้วแต่กรณี ซึ่งทั้งผู้โฆษณาและสื่อที่ลงโฆษณาดูว่าเป็นผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ แม้ว่าจะเป็นการโฆษณาตามที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือผู้รับตั้งครรภ์แทนร้องขอก็ตาม¹

และต่อมามาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 (Human Fertilization and Embryology Act 1990) ได้บัญญัติให้เพิ่มมาตรา 1A ไว้ในพระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน 1985 ดังนี้

มาตรา 1A บัญญัติว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถบังคับได้โดยหรือต่อคู่สัญญาฝ่ายใด²

ซึ่งหมายความว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย คือ ไม่สามารถบังคับให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนมอบเด็กให้ได้ตามสัญญารับตั้งครรภ์แทน หากผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ยินยอม ในทางกลับกันผู้รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถบังคับให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนชำระค่าตอบแทนให้แก่ตนได้ แต่อย่างไรก็ตามศาลสามารถมีคำสั่งบังคับให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนมอบเด็ก (อำนาจปกครอง) ให้แก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้ แม้ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอม โดย มาตรา 1(1)³ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก บัญญัติว่า ให้ศาลพิจารณาสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ⁴

ดังในคดี Re W (minors) (surrogacy) [1991] 1 FLR 385

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

² Section 1A of the Surrogacy Arrangement Act บัญญัติว่า "No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it."

³ Section 1(1) of the Children Act 1989 บัญญัติว่า "The child welfare is the court's paramount consideration."

⁴ Department of Health, Review of the Human Fertilisation and Embryology Act A Public Consultation (2005) p. 55.

"ศาลมีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยคำนึงถึงสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นประการแรกและประการสูงสุด ซึ่งอนาคตของเด็กนั้นขึ้นอยู่กับบิดามารดาทางพันธุกรรมและจำเป็นอย่างยิ่งที่จะติดตามบิดามารดาทางพันธุกรรมและเด็กจะอยู่ด้วยกันเป็นครอบครัว สวัสดิภาพของเด็กจึงมีความสำคัญที่สุด"⁵

ดังนั้นหากศาลเห็นว่าข้อตกลงที่คู่สัญญาได้ทำกันไว้ต่อกันนั้น มิได้เป็นไปในทางที่เป็นผลดีต่อสวัสดิภาพของเด็ก ศาลย่อมมีอำนาจที่จะเพิกถอนเปลี่ยนแปลงข้อตกลงดังกล่าวได้

1.2 พระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 (Human Fertilization and Embryology Act 1990)

พระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนสามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน (parental order) และควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการศึกษาวิจัยในตัวอ่อนมนุษย์โดยการออกใบอนุญาต โดยมีมาตราที่สำคัญดังนี้

มาตรา 13(5) บัญญัติว่า การให้บริการแก่หญิงที่มีบุตรยากนั้นจะต้องพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะกำเนิดจากการให้บริการ (รวมถึงความจำเป็นของเด็กที่จะมีบิดา)⁶

หมายความว่า อาจไม่ให้บริการต่อหญิงที่ไม่มีความเหมาะสมที่จะเป็นมารดาเพราะมีประวัติอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีและมีความเข้าใจในการเลี้ยงเด็กน้อยมาก หรืออาจให้บริการเฉพาะต่อคู่รักที่มีความสัมพันธ์มั่นคง เพราะต้องพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะกำเนิดมาเช่นกัน⁷

⁵ Peter de Cruz, *Comparative Healthcare Law*, p. 181-182.

⁶ Section 13(5) of the Human Fertilisation and Embryology Act บัญญัติว่า "A woman shall not be provided with treatment services unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for a father), and of any other child who may be affected by the birth."

⁷ R v. Ethical Committee of St Mary's Hospital (Manchester) Ex p. Harrott [1988] 1FLR 512

มาตรา 27(1) บัญญัติว่า หญิงซึ่งกำลังตั้งครรภ์หรือได้ตั้งครรภ์เด็กอันสืบเนื่องมาจากการนำเอาตัวอ่อนหรือเชื้อสุมิและไข่ไปใส่ไว้ในร่างกายย่อมถือว่าเป็นบุคคลคนเดียวเท่านั้นที่เป็นมารดาของเด็กที่กำเนิดมา⁸

เป็นการกำหนดให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้ซึ่งคลอดเด็กเป็นมารดา โดยเป็นไปตามหลักกฎหมายคอมมอนลอร์ที่กำหนดให้หญิงผู้คลอดเป็นมารดาซึ่งเป็นหลักการเดียวที่ใช้ในประเทศไทยในการพิจารณาว่าใครเป็นมารดาของเด็ก

มาตรา 28(2) บัญญัติว่า หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย สามีของหญิงนั้นก็จะเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมิได้ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น

ความยินยอมของสามีมีความสำคัญมากเพราะแม้สามีจะพิสูจน์ได้ว่าเด็กที่เกิดมานั้นไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตนเอง เช่น พิสูจน์ลายพิมพ์ดีเอ็นเอ สามีย่อมต้องถือเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กเพราะตนได้ให้ความยินยอมแล้ว แต่หากสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้ให้ความยินยอม จึงจะไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็ก แต่จะถือว่าเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วย⁹

มาตรา 28(6) บัญญัติว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายต้องพิจารณาว่ากระบวนการตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายหรือไม่ หากกระบวนการตั้งครรภ์เกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ชายที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะมีสถานะเป็นเพียงผู้บริจาคเชื้อสุมิเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายจะไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็ก

แต่ถ้าการตั้งครรภ์นั้นไม่ได้เกิดขึ้นจากช่วยเหลือของแพทย์ในสถานบริการที่ได้รับอนุญาต เช่น โดยการที่หญิงนั้นฉีดเชื้อสุมิของฝ่ายชายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเข้าโพรงมดลูกด้วยตนเอง หรือโดยการมีเพศสัมพันธ์กับชายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ชายที่เป็นเจ้าของเชื้อสุมินั้นย่อมเป็นบิดาโดยชอบของเด็กตามกฎหมายซึ่งพิจารณาจากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างบิดาและเด็ก

⁸ Section 27(1) of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 บัญญัติว่า "The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of embryo or sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child."

⁹ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน, รายงานการวิจัย, หน้า 85

มาตรา 30 บัญญัติว่า ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน (คู่สมรส) อาจยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้ (parental order) ภายใต้งบเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- ก. เด็กนั้นต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง
- ข. ผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามีต้องให้ความยินยอมในการขอให้ศาลมีคำสั่ง (parental order) แต่ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่อาจให้ความยินยอมก่อน 6 สัปดาห์นับจากวันที่เด็กคลอดได้
- ค. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายและมีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี
- ง. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องยื่นคำร้องต่อศาลภายใน 6 เดือนนับแต่วันที่เด็กคลอด
- จ. ต้องไม่มีการชำระค่าตอบแทนที่นอกจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นตามสมควรในการตั้งครรภ์ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาล
- ฉ. เด็กที่เกิดมานั้นต้องอาศัยอยู่กับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนทั้งในขณะที่ยื่นคำร้องและขณะที่ศาลมีคำสั่ง และผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องอาศัยอยู่ในประเทศอังกฤษ หรือหมู่เกาะแมนแนล หรือเกาะแมน¹⁰

เพราะปกติแล้วผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะเป็นบิดาและ/หรือมารดาตามกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้โดยการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น ตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ค.ศ. 1978 ที่มีขั้นตอนมากมายและใช้เวลานาน การที่มีมาตรา 30 นี้ เพื่อลดขั้นตอนการเป็นบิดาและ/หรือมารดาตามกฎหมาย โดยต้องมีองค์ประกอบตามข้อ ก. ถึง ฉ.

นอกจากที่ได้บัญญัติไว้เป็นมาตราแล้วพระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 ยังมีแนวทางปฏิบัติอีกเช่นกัน เพราะการรับตั้งครรภ์แทนนี้เป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความช่วยเหลือจากแพทย์ดังที่ได้กล่าวมาไว้แล้วข้างต้นในบทที่ 2 และการที่แพทย์จะสามารถดำเนินการเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนได้นั้นแพทย์ต้องได้รับใบอนุญาต แนวทางปฏิบัติของพระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 (1993) ย่อหน้าที่ 3.19 กำหนดว่า เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะนำไปใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนได้ต่อเมื่อหญิงที่ขอให้ตั้งครรภ์

¹⁰ Margaret Brazier, Surrogacy, "review for the UK Health Ministers of current arrangements for payments and regulation," Human Reproduction Update 1997, Vol. 3, No. 6, p. 625.

แทนมีความผิดปกติทางร่างกายซึ่งไม่สามารถมีบุตรได้ตามปกติหรือมีเหตุผลที่สมควรทางการแพทย์เท่านั้น¹¹

จากที่ได้ศึกษาพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรงทั้งสองพระราชบัญญัติ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนของประเทศอังกฤษแล้ว ทำให้เห็นได้ว่าผู้ที่มีอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นคือ ผู้รับตั้งครรภ์แทนที่ให้กำเนิดเด็กซึ่งเป็นมารดาของเด็กตามกฎหมาย และสัญญาารับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถโอนอำนาจปกครองเด็กได้ ไม่ว่าในสัญญานั้นจะระบุว่าผู้รับตั้งครรภ์แทนยินยอมให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม หรือการที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนได้มอบเด็กให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนไปดูแลเลี้ยงดูหลังจากที่ตนเองคลอดแล้ว เพราะสัญญาารับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมายและสัญญาไม่สามารถโอนอำนาจปกครองได้ ศาลเท่านั้นที่มีอำนาจกำหนดอำนาจปกครองของเด็กในสัญญาารับตั้งครรภ์แทนโดยศาลจะพิจารณาจากสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญว่าเด็กนั้นจะได้รับจากผู้สัญญาฝ่ายใดมากกว่ากัน ดังนั้นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนอาจมีอำนาจปกครองเด็กแทนผู้รับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นมารดาตามกฎหมายก็ได้ แต่หากว่าเด็กที่เกิดมานั้นมีความพิการไม่ว่าทางร่างกายหรือจิตใจ เป็นเหตุให้ผู้สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างไม่ต้องการที่จะรับเด็กนั้นอยู่ในอำนาจปกครองของตน ดังนั้น การกำหนดให้เด็กอยู่ในอำนาจปกครองของผู้รับตั้งครรภ์แทนหรือผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้น ย่อมขัดต่อสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็ก ศาลย่อมมีอำนาจที่จะกำหนดให้บุคคลที่สามเป็นผู้ปกครองเด็กได้เช่นกัน¹²

จากการศึกษาพระราชบัญญัตินี้ทำให้สรุปได้ว่า

1. การตั้งครรภ์แทนไม่เป็นความผิดอาญา สัญญาารับตั้งครรภ์แทนไม่เป็นสัญญาที่ต้องห้ามตามกฎหมาย คู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทนไม่มีความผิดอาญาไม่ว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะเพื่อผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ มีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม สัญญาารับตั้งครรภ์แทนนั้น

¹¹ HFEA's Code of Practice (1993) para. 3.19 กำหนดว่า "The application of assisted conception techniques to initiate surrogate pregnancy should only be considered where it is physically impossible or highly undesirable for medical reasons for the commissioning mother to carry the child."

¹² Kennedy, I, and A. Grubb, Medical Law: Text with Materials (Butterworths, 2001) p. 859.

เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษแต่ไม่อาจใช้บังคับได้ ผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

2. ยังไม่มีการกำหนดอายุและคุณสมบัติของคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทน มีเพียงแต่การกำหนดอายุและคุณสมบัติของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน เพื่อให้สามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้ (parental order)

3. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน และ/หรือสัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้รับตั้งครรภ์แทน สามารถแบ่งได้ 2 กรณี คือ

- ก. สัญญาที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนเข้าทำสัญญาเพื่อผลกำไรในเชิงพาณิชย์ การทำสัญญาดังกล่าวผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีความผิดอาญา ดังนั้นสัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน และ/หรือสัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้รับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสัญญาที่ไม่สมบูรณ์เพราะเป็นสัญญาที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย
- ข. สัญญาที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนเข้าทำสัญญาโดยมิได้มุ่งหมายเพื่อผลกำไรในเชิงพาณิชย์ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีความผิดอาญา และเป็นสัญญาที่สมบูรณ์

2. ประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีความเจริญก้าวหน้าในด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มากแห่งหนึ่งในโลกและมีการรับตั้งครรภ์แทนมาแต่ช้านาน ทั้งยังให้ความสำคัญต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก ซึ่งสิทธิเสรีภาพนั้นรวมถึงสิทธิในการสืบพันธุ์เช่นกัน แต่ที่แตกต่างกับประเทศอังกฤษอย่างเห็นได้ชัดคือ สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีคนกลางหรือผู้จัดการตั้งครรภ์แทนที่คอยอำนวยความสะดวกในการหาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือผู้รับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายอย่างมากมาย ตั้งแต่ช่วงปลายของคริสต์ศักราช 1970 ผู้รับตั้งครรภ์แทนและผู้จัดการตั้งครรภ์แทนเริ่มให้ความสนใจในการจัดตั้งการดำเนินการการตั้งครรภ์แทน และได้มีการเสนอให้บริการดังกล่าว เช่น การคัดเลือกหาหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ให้คำแนะนำต่างๆแก่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน และจัดให้มีการผสมเทียมในนามของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน เพื่อแลกกับค่านายหน้า ซึ่งส่วนใหญ่กระทำผ่านการโฆษณาทางอินเทอร์เน็ต¹³ ซึ่งมลรัฐส่วนใหญ่ไม่มีกฎหมายห้ามโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนและห้ามมิให้มีผู้จัดการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ เพราะสังคมอเมริกาเป็นสังคมที่แสวงหาความเป็นเลิศให้แก่ชีวิตจึงไม่มีข้อคัดค้านในเรื่องที่จะให้ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนที่เป็นมืออาชีพที่มีความสามารถเป็นผู้จัดหาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนให้มาทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนกัน แต่ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นจำนวนมาก มีคลินิกระดับสถานพยาบาลขนาดใหญ่ที่เป็นศูนย์ช่วยการเจริญพันธุ์จำนวนมาก แต่ในทางกลับกันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นสาขาการแพทย์ที่มีการควบคุมกำกับดูแลน้อยที่สุด โดยไม่มีการขึ้นทะเบียนหรือขอใบอนุญาตเหมือนเช่นในประเทศอังกฤษ¹⁴ กฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถแบ่งได้ดังนี้

¹³ Peter de Cruz, *Comparative Healthcare Law*, p. 460.

¹⁴ ณัฐวิวรรณ อภิสิริโยธิน, "การตั้งครรภ์ : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2543) หน้า 51.

2.1 กฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษา

กฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาก่อให้เกิดหลักเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนตามคำพิพากษาที่กำหนดความเป็นบิดามารดาตามกฎหมายในการรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย มี 3 หลักดังนี้¹⁵

1. หลักความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิด (Gestational Motherhood Standard)

ในปี ค.ศ. 1989 ศาลสูงแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้พิพากษาคดีแรกซึ่งเกี่ยวกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนไว้ในคดี Baby M และได้สร้างหลักเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนไว้ว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและแถลงว่าผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาตามกฎหมายของเด็กที่เธอคลอด หลังจากคดีนี้เป็นเวลามากกว่า 10 ปี ศาลสูงแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้นำหลักในคดี Baby M มาปรับใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกายในคดี A.H.W v. G.H.B.¹⁶ มีข้อเท็จจริง คือ คู่สมรสผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนคนหนึ่งได้ขอให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์แทนโดยใช้เชื้ออสุจิและไข่ของคู่สมรสผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน และก่อนที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะคลอด คู่สมรสผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งระบุชื่อคู่สมรสทั้งสองเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่จะเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้ในสูติบัตร ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์เห็นว่าตลอดระยะเวลา 9 เดือนที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์ยอมมีความสัมพันธ์กับเด็กในครรภ์ และนอกจากนั้นตามกฎหมายการรับบุตรบุญธรรมแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ มารดาจะสูญเสียความเป็นมารดาได้ต่อเมื่อพ้น 72 ชั่วโมงนับแต่คลอดบุตร ดังนั้นหากศาลยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงชื่อบิดามารดาเป็นอย่างอื่นนอกจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายก็จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และศาลยังบันทึกเพิ่มเติมว่า เป็นเพราะมลรัฐมีเวลา 5 วันเพื่อจัดทำใบสูติบัตร ดังนั้นชื่อของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนสามารถปรากฏในใบสูติบัตรได้หากได้ทำการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหลังผ่านพ้น 72 ชั่วโมงนับแต่ผู้รับตั้งครรภ์แทนคลอดบุตรแล้ว

หลักความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิดนี้จึงมีหลักว่า หญิงใดๆที่ตั้งครรภ์และคลอดนั้นหญิงนั้นถือเป็นมารดาตามกฎหมายของเด็กนั้น หลักการนี้ปรับใช้ได้ทั้งกับการรับตั้งครรภ์แทนทั้งสองแบบ คือ ทั้งแบบฉีดเชื้อและแบบปฏิสนธินอกร่างกาย¹⁷

¹⁵ KRISTA SIROLA, "ARE YOU MY MOTHER?," JOURNAL OF GENDER, SOCIAL POLICY & THE LAW Vol. (14:1, 2006): p. 135.

¹⁶ 772 A.2d 948, 953 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 2000)

¹⁷ KRISTA SIROLA, JOURNAL OF GENDER, SOCIAL POLICY & THE LAW, p. 136.

2. หลักความเป็นบิดามารดาโดยเจตนา (Intent-Based Approach)

ในปี ค.ศ. 1993 ศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟลอเนียได้วางหลักความเป็นบิดามารดาโดยเจตนาไว้ในคดี *Johnson v. Calvert*¹⁸ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่านายมาร์ก คาลเวิร์ท ผู้เป็นสามีและนางคริสปีนา คาลเวิร์ท ภรรยา ต้องการมีบุตรแต่เนื่องจากนางคริสปีนาไม่สามารถตั้งครรภ์ได้เพราะได้ตัดมดลูกออก จึงให้นางแอนนา จอห์นสัน เป็นผู้ตั้งครรภ์แทนโดยการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวใช้ไข่ของนางคริสปีนาผสมกับเชื้ออสุจิของนายมาร์ก แล้วจึงนำตัวอ่อนเคลื่อนย้ายเข้าไปฝังในโพรงมดลูกของนางแอนนา โดยนางแอนนาจะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ พร้อมกับการประกันชีวิตในวงเงิน 200,000 ดอลลาร์สหรัฐ และนางแอนนาตกลงที่จะสละสิทธิความเป็นมารดาของเด็กและมอบเด็กนั้นให้แก่นางคริสปีนาและมาร์กเลี้ยงดูอย่างลูก หลังจากที่นางแอนนาคลอดเด็ก นางแอนนาได้ปฏิเสธที่จะมอบเด็กตามสัญญาและต้องการที่จะมีอำนาจปกครองเด็กนั้น¹⁹ ศาลสูงของเมืองออเรนจ์มลรัฐแคลิฟลอเนียได้ตัดสินโดยอาศัยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนสามารถใช้บังคับได้²⁰ ศาลได้ให้ความเห็นว่าทั้งนางแอนนาและทั้งนางคริสปีนาสามารถพิสูจน์ความเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็กได้ แต่ศาลยังคงเห็นว่ากฎหมายแคลิฟลอเนียยอมรับให้เด็กมีมารดาแต่เพียงคนเดียวเท่านั้น ศาลจึงเห็นว่าในกรณีนี้ นางแอนนาซึ่งเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนซึ่งคลอดเด็กออกมามิใช่มารดาของเด็ก เพราะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก และให้นางคริสปีนาและนายมาร์กเป็นมารดาและบิดาของเด็กโดยรับฟังพยานหลักฐานทางการแพทย์ ซึ่งแสดงให้เห็นว่านางคริสปีนาและนายมาร์กมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กมากถึงร้อยละ 99.999 และนอกจากนี้การที่นางแอนนาทำสัญญาตกลงที่จะสละสิทธิความเป็นมารดาของเด็กและส่งมอบเด็กนั้นให้แก่นางคริสปีนาและมาร์กถือว่าตนได้สละสิทธิการเป็นมารดาตามสัญญาไปแล้ว (Contractual Intent) ดังนั้นนางแอนนาจึงต้องส่งมอบเด็กให้แก่นางคริสปีนาและนายมาร์ก เป็นการปฏิบัติการณ์ที่ที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กด้วย²¹ ดังนั้น

¹⁸ *Johnson v. Calvert*, No X 63 31 90 (Cal. Super. Ct 1990)

¹⁹ PAMELA LAUFER-UKELES, "GESTATION: WORK FORHIRE OR THE ESSENCE OF MOTHERHOOD? A COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS," *DUKE JOURNAL OF GENDER LAW & POLICY* Volume 9:91 (2002): p. 99.

²⁰ วิชา มหาคุน, "จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่," *วารสารกฎหมาย*, (1 ธันวาคม 2537): หน้า 13.

²¹ ประสพสุข บุญเดช, "มารดารับจ้างตั้งครรภ์," *อุลพาณ* ฉบับที่ 35 (1 มกราคม 2531): หน้า 188-189.

จึงสรุปได้ว่าผู้ใดมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมและมีเจตนาที่ให้เกิดมาเพื่อที่จะเลี้ยงดูเด็กนั้น เหมือนลูก ให้ถือว่าเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติตามกฎหมายแคลิฟลอเนีย หลักการเช่นนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นหลักเจตนา (Intent-Based Approach)

หลังจากเกิดคดี Johnson v. Calvert แล้วมีคดีหลายคดีที่ใช้หลักเจตนา เช่น ในคดี Buzzanca v. Buzzanca²² ซึ่งมีข้อเท็จจริง คือ มีการนำตัวอ่อนที่เกิดจากการผสมเทียมจากไข่และเชื้ออสุจิของผู้บริจาคซึ่งไม่ใช่ทั้งของฝ่ายคู่สมรสผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน นำมาฝังในโพรงมดลูกของหญิงผู้รับตั้งครรภ์ ศาลได้พิพากษาว่าคู่สมรสเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมาย ในคดี McDonald v. McDonald²³ ศาลได้พิพากษาว่า ผู้รับตั้งครรภ์โดยการปฏิสนธินอกร่างกายเป็นมารดาตั้งแต่เมื่อได้รับไข่จากผู้บริจาคและมีเจตนาที่จะเลี้ยงเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ของตน ทั้งสองคดีนี้ศาลได้นำหลักการที่ปรากฏในคำพิพากษาคดี Johnson v. Calvert มาเป็นเหตุผลหลักในการวินิจฉัย คือ แม้เด็กที่เกิดมาจะไม่มีความสัมพันธ์ของพันธุกรรมกับคู่สมรสในคดี Buzzanca v. Buzzanca หรือผู้รับตั้งครรภ์ในคดี McDonald v. McDonald แม้แต่น้อย ดังนั้นไม่ว่าผู้รับตั้งครรภ์หรือบิดามารดาที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กก็สามารถเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติหรือตามกฎหมายของเด็กได้โดยพิจารณาจากเจตนาในการให้กำเนิดและเลี้ยงดูเด็ก

3. หลักความเป็นบิดามารดาโดยพันธุกรรม (Genetic Provider Standard)

ศาลสูงแห่งมลรัฐโอไฮโอได้วางหลักสุดท้ายซึ่งเป็นหลักที่ตรงข้ามกับหลักเจตนาไว้ในคดี Belisto v. Clark²⁴ โดยศาลสูงแห่งมลรัฐโอไฮโอ ต้องพิจารณาว่าใครเป็นมารดาตามกฎหมายในการรับตั้งครรภ์โดยการปฏิสนธินอกร่างกาย ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังนี้ คือ นางเบลลิสโต้ต้องตัดมดลูกออกเป็นเวลา 1 เดือนก่อนที่จะแต่งงานกับนายแอนโรนี เบลลิสโต้ ทำให้ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ แต่นางเบลลิสโต้ยังคงมีรังไข่ที่สามารถผลิตไข่ได้ ดังนั้นนางเบลลิสโต้และนางแคโรล คลาก ผู้เป็นน้องสาวจึงได้ตกลงกันว่านางแคโรลจะตั้งครรภ์แทนโดยใช้เชื้ออสุจิของนายแอนโรนีกับไข่ของนางเบลลิสโต้ ซึ่งตามกฎหมายของมลรัฐโอไฮโอ เมื่อเด็กเกิดนางแคโรล จะถูกระบุว่าเป็นมารดาของเด็กในใบสูติบัตร ดังนั้นนายแอนโรนีและนางเบลลิสโต้จึงได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลให้นายแอนโรนีและนางเบลลิสโต้เป็นบิดามารดาที่ให้กำเนิดในใบสูติบัตรเพื่อจะได้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องไปจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ศาลได้พิพากษาให้นายแอนโรนีและนางเบลลิสโต้

²² 72 Cal. Rptr. 2d 280 (1998)

²³ 608 N.Y.S.2d 477 (1994)

²⁴ 644 N.E.2d 760 (Ohio 1994)

เป็นบิดามารดา โดยให้เหตุผลว่า เด็กและบิดามารดาต้องมีสายเลือดเดียวกันหรือมีความเกี่ยวข้องกันทางสายเลือด บิดามารดานั้นจึงถือเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติ และสายเลือดนี้ย่อมนำความรวมถึงพันธุกรรมเช่นกัน นอกจากนี้ศาลสูงแห่งมลรัฐโอไฮโอยังได้ปฏิเสธที่จะนำหลักเจตนา ในคดี Johnson v. Calvert มาปรับใช้เพราะศาลเห็นว่า เป็นการขายหรือการโอนความเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติก่อนที่เด็กจะเกิดและเห็นว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยให้เหตุผลไว้ 3 ประการ

ประการที่ 1 คือ อุปสรรคของการนำเอาหลักเจตจำนงมาใช้บังคับ โดยศาลได้กล่าวว่า แม้ว่าจะมีการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็เป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่า คู่สัญญาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนมีเจตนาที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กอย่างแท้จริง

ประการที่ 2 ในประเด็นนี้ศาลเห็นว่า การยอมรับให้บิดามารดาทางพันธุกรรมเป็นบิดามารดาตามกฎหมายจะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็กและสังคมเนื่องจากบิดามารดาทางพันธุกรรมนั้นย่อมสามารถถ่ายทอดข้อมูลเกี่ยวกับลักษณะทางพันธุกรรมของตระกูลนั้นให้แก่เด็กที่กำเนิดมาได้ เช่น หากบิดามารดาของเด็กมีลักษณะทางพันธุกรรมบางอย่างที่บกพร่องหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม บิดามารดานั้นก็ย่อมจะแจ้งให้เด็กที่เกิดมาเข้าใจถึงความบกพร่องทางพันธุกรรมนั้นได้

ประการที่ 3 ศาลเห็นว่าหลักเจตจำนงไม่ได้ให้ความสำคัญแก่สิทธิที่จะยินยอมให้มีการสืบพันธุ์ (Right to consent to procreation) ของบุคคลที่เป็นเจ้าของหน่วยทางพันธุกรรมนั้น และหลักการดังกล่าวยังละเลยที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะสละสิทธิความเป็นบิดามารดา (Right to surrender potential parental rights) ด้วย²⁵

2.2 กฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน

2.2.1 สถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทน

ปัจจุบันนี้ประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่มีกฎหมายแม่แบบ(uniform regulations) ที่กำหนดเรื่องความสมบูรณ์และการบังคับใช้สัญญารับตั้งครรภ์แทนให้ในแต่ละมลรัฐเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ทำให้หลายมลรัฐให้ศาลเป็นผู้พิจารณาสัญญารับตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาตามแต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น และหลายมลรัฐได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับ

²⁵ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน, หน้า 109.

การรับตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะขึ้นตั้งแต่มลรัฐมีความแตกต่างกัน²⁶ แต่สามารถแบ่งกฎหมายในมลรัฐออกได้เป็น 3 กลุ่ม²⁷ ดังนี้

1. มลรัฐที่กำหนดโทษทางอาญาไว้

มี 6 มลรัฐที่กำหนดโทษทางอาญาไว้ เช่น โทษปรับ โทษจำคุก สำหรับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ ไม่ว่าจะเป็นผู้สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทนหรือผู้สัญญาในสัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้สัญญาฝ่ายอื่น ได้แก่ มลรัฐมิชิแกน ยูทาห์ วอชิงตัน นิวเจอร์ซีย์ คอนเนตทิคัต และดิสมิทริคอฟโคลัมเบีย โดยแต่ละมลรัฐมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่แตกต่างกันออกไป เช่น มลรัฐมิชิแกน ห้ามมิให้บุคคลใดๆ เป็นผู้สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทนหรือเป็นผู้สัญญากับผู้จัดการตั้งครรภ์แทน โดยมีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 50,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือทั้งจำและปรับ มลรัฐดิสมิทริคอฟโคลัมเบียห้ามมิให้บุคคลใดๆ เป็นผู้สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทนหรือผู้จัดการตั้งครรภ์แทน โดยมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือทั้งจำทั้งปรับ มลรัฐคอนเนตทิคัตกำหนดโทษในลักษณะเช่นเดียวกันไว้ คือ จำคุกไม่เกิน 30 วันหรือปรับระหว่าง 100 ถึง 200 ดอลลาร์สหรัฐ ส่วนมลรัฐนิวเจอร์ซีย์กำหนดโทษทางแพ่ง (civil penalty) สำหรับผู้สัญญารับตั้งครรภ์แทนกับผู้จัดการตั้งครรภ์ไว้ต่างกันโดยผู้สัญญารับตั้งครรภ์แทนต้องโทษปรับไม่เกิน 500 ดอลลาร์สหรัฐ แต่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนต้องโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ แต่หากมีการกระทำความผิดเป็นครั้งที่สอง ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนี้จะถือว่ากระทำความผิดทางอาญาสถานเบา (felony) มลรัฐยูทาห์และมลรัฐวอชิงตันถือว่าทั้งผู้สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทนและผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกระทำความผิดทางอาญาสถานเบา (misdemeanor) เท่านั้น²⁸

2. มลรัฐที่ถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

ในมลรัฐส่วนใหญ่ที่ได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนไว้โดยเฉพาะ สัญญารับตั้งครรภ์แทนจะถือว่าเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและตกเป็นโมฆะไม่ว่าทั้งการตั้งครรภ์แทนโดยการฉ้อฉลหรือการปฏิสนธินอกร่างกาย²⁹ กฎหมายในกลุ่มมลรัฐเหล่านี้ อาจแบ่งได้ออกเป็นสองประเภท คือ กลุ่มที่ถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะทั้งหมดไม่ว่าใน

²⁶ Vanessa S. Browne-Barbour, Bartering for Babies: Are Preconception Agreements in the Best Interests of Children?, 26 Whittier L. Rev. 429 (2004).

²⁷ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน, หน้า 91-93.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 92.

²⁹ KRISTA SIROLA, JOURNAL OF GENDER, SOCIAL POLICY & THE LAW, p. 138.

เชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม ได้แก่ มลรัฐโคลัมเบีย อินเดียนา มิชิแกน นิวยอร์ก นอร์ทดาโกตา และยูทาห์ อีกกลุ่มหนึ่งถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์เท่านั้นที่เป็นโมฆะ ได้แก่ มลรัฐเคนตักกี หลุยส์เซียนา เนบราสก้า และวอชิงตัน³⁰ นอกจากนี้มลรัฐอริโซนา นอร์ทดาโกตา ยูทาห์ ยังกำหนดให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามีของผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นมารดาและบิดาตามกฎหมาย

3. มลรัฐที่ถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับได้

ในปัจจุบันมีเพียง 5 มลรัฐคือ มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ เวอร์จิเนีย ฟลอริดา อิลลินอยส์ และเนวาดา อย่างไรก็ตามกฎหมายในมลรัฐเหล่านี้ได้ห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากรักษาพยาบาลทางการแพทย์ที่จำเป็นเท่านั้น มีข้อสังเกตว่าในมลรัฐเวอร์จิเนียและนิวแฮมป์เชียร์นั้นกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขที่เข้มงวดก่อนที่จะมีการทำสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้กำหนดให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนเพื่อคุ้มครองประโยชน์และความผาสุกของคู่สัญญาทุกฝ่ายตลอดจนเด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นด้วย

2.2.2 สถานะความเป็นบิดามารดา

กฎหมายของทุกมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่จะใช้หลักกฎหมายตามกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีหลักว่า หญิงที่คลอดบุตรเท่านั้นที่ถือว่าเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้น และหากหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายผู้เป็นสามีย่อมถือเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมา³¹ เว้นแต่พิสูจน์ได้เป็นอย่างอื่น โดยไม่คำนึงว่าเด็กจะเกิดจากการปฏิสนธิโดยวิธีใด ไม่ว่าจะเป็นการมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติหรือการผสมเทียมชนิดใดก็ตาม ซึ่งเป็นหลักการกำหนดความเป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดความเป็นมารดาและบิดาในประเทศไทย ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า

ความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นจะพิจารณาโดยให้ถือว่าหญิงที่คลอดเด็กนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น

ความเป็นบิดาของเด็กนั้นจะพิจารณาจากสถานภาพของการสมรสระหว่างหญิงที่คลอดเด็กนั้นว่ามีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย จะถือว่าสามีของหญิงที่คลอดเด็กเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา เว้นแต่สามารถพิสูจน์ได้เป็นอย่างอื่น

³⁰ PAMELA LAUFER-UKELLES, *DUKE JOURNAL OF GENDER LAW & POLICY*, p. 103.

³¹ Goodwin, A, Determination of Legal Parentage in Egg Donation, Embryo Transplantation, and Gestational Surrogacy Arrangements, 1992, 26 Fam. L.Q. 275, 277.

แต่อย่างไรก็ตามเมื่อเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีความก้าวหน้ามากขึ้น มีการรับตั้งครรภ์แทนเพิ่มขึ้น หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่เป็นการเอื้ออำนวยต่อการตั้งครรภ์แทน ดังนั้นบางมลรัฐจึงได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในเรื่องสถานะความเป็นบิดามารดาให้แตกต่างไปจากหลักคอมมอนลอว์เดิม จึงอาจสามารถแบ่งสถานะความเป็นบิดามารดาในแต่มลรัฐได้เป็น 3 กลุ่ม³² คือ

1. ผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และหากผู้รับตั้งครรภ์แทนมีสามี สามีของผู้รับตั้งครรภ์นั้นจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเช่นกัน และถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย การกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กจึงยังคงยึดถือหลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์เดิม มลรัฐเหล่านี้ได้แก่ มลรัฐออริโซนา นอร์ธดาโกทา และยูทาห์

2. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่

ก. มลรัฐอาร์คันซอร์³³

มีหลักเกณฑ์ คือ ในกรณีแรก ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ว่าจะใช้เชื้อสุจิของฝ่ายสามีที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือไม่ ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะถือเป็นบิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที ในกรณีที่สอง หากชายและหญิงที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนมิได้เป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย จะถือว่าฝ่ายชายที่ให้อสุจิเท่านั้นที่เป็นบิดาของเด็ก และจะถือว่าผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาในการจดทะเบียนเกิดเท่านั้น แต่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายหญิงมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้เปลี่ยนแปลงชื่อมารดาในสูติบัตรเป็นชื่อของฝ่ายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้ ซึ่งศาลอาจมีคำสั่งให้เปลี่ยนแปลงชื่อมารดาหรืออาจให้ฝ่ายชายที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนมีสิทธิในการเลี้ยงดูบุตรแต่เพียงผู้เดียวก็ได้

ข. มลรัฐฟลอริดา

มลรัฐฟลอริดาตรากฎหมายเพื่ออนุญาตเฉพาะสัญญารับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย(Gestational Surrogacy) และปฏิเสธสิทธิความเป็นมารดาของผู้รับตั้งครรภ์แทน สัญญารับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกายจะสามารถใช้บังคับได้ต่อเมื่อ

³² จักรกฤษณ์ ควรพจน์, การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน, หน้า 99-101.

³³ PAMELA LAUFER-UKELES, DUKE JOURNAL OF GENDER LAW & POLICY, p. 104.

1. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยทั้งผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป
2. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเข้าทำสัญญากับผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ต่อเมื่อมีเหตุผลทางการแพทย์ตามที่แพทย์ที่ได้รับอนุญาตเห็นสมควร ได้แก่
 - ก. หญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องไม่สามารถตั้งครรภ์ได้
 - ข. หากหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์จะเกิดอันตรายต่อสุขภาพของตน
 - ค. หากหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์จะเกิดอันตรายต่อสุขภาพของเด็กในครรภ์
3. สัญญารับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกายและต้องมีข้อกำหนดดังต่อไปนี้
 - ก. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนตกลงให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการให้ความยินยอมในการรับบริการทางการแพทย์และการจัดการที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน
 - ข. ผู้รับตั้งครรภ์แทนตกลงจะไปตรวจร่างกายและรับการผสมเทียม และจะปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์
 - ค. เว้นแต่กำหนดไว้ใน ข้อ จ. ผู้รับตั้งครรภ์แทนตกลงจะสละสิทธิความเป็นมารดาตั้งแต่เวลาที่คลอดเด็ก
 - ง. เว้นแต่กำหนดไว้ใน ข้อ จ. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนตกลงจะรับอำนาจปกครองความเป็นบิดามารดาและความรับผิดชอบเด็กทันทีที่เด็กคลอด โดยไม่คำนึงถึงความผิดปกติของเด็ก
 - จ. ผู้รับตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะกลับมามีสิทธิในความเป็นมารดาและจะรับผิดชอบเด็กที่ตนคลอดหากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนไม่ว่าทั้งหญิงหรือชายไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเลย
4. ผู้รับตั้งครรภ์แทนอาจตกลงจ่ายเงินให้แก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ เพียงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์และค่าใช้จ่ายในชีวิตประจำวันในจำนวนที่เหมาะสม³⁴

³⁴ 742.15 Gestational surrogacy contract.--

(1) Prior to engaging in gestational surrogacy, a binding and enforceable gestational surrogacy contract shall be made between the commissioning couple and the gestational surrogate. A contract for gestational surrogacy shall not be binding and enforceable unless the gestational surrogate is 18 years of age or older and the commissioning couple are legally married and are both 18 years of age or older.

กฎหมายยังกำหนดให้ภายใน 3 วันนับจากผู้รับตั้งครรภ์แทนคลอดเด็ก ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำสั่งรับรองความเป็นบิดามารดาของตน หากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหญิงหรือชายมีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับเด็กแม่เพียงฝ่ายเดียวจะถือว่าผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติของเด็ก³⁵ นอกจากนี้ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถถอนความยินยอม

(2) The commissioning couple shall enter into a contract with a gestational surrogate only when, within reasonable medical certainty as determined by a physician licensed under chapter 458 or chapter 459:

(a) The commissioning mother cannot physically gestate a pregnancy to term;

(b) The gestation will cause a risk to the physical health of the commissioning mother; or

(c) The gestation will cause a risk to the health of the fetus.

(3) A gestational surrogacy contract must include the following provisions:

(a) The commissioning couple agrees that the gestational surrogate shall be the sole source of consent with respect to clinical intervention and management of the pregnancy.

(b) The gestational surrogate agrees to submit to reasonable medical evaluation and treatment and to adhere to reasonable medical instructions about her prenatal health.

(c) Except as provided in paragraph (e), the gestational surrogate agrees to relinquish any parental rights upon the child's birth and to proceed with the judicial proceedings prescribed under s. 742.16.

(d) Except as provided in paragraph (e), the commissioning couple agrees to accept custody of and to assume full parental rights and responsibilities for the child immediately upon the child's birth, regardless of any impairment of the child.

(e) The gestational surrogate agrees to assume parental rights and responsibilities for the child born to her if it is determined that neither member of the commissioning couple is the genetic parent of the child.

(4) As part of the contract, the commissioning couple may agree to pay only reasonable living, legal, medical, psychological, and psychiatric expenses of the gestational surrogate that are directly related to prenatal, intrapartal, and postpartal periods.

History.--s. 2, ch. 93-237.

³⁵ 742.16 Expedited affirmation of parental status for gestational surrogacy.--

(1) Within 3 days after the birth of a child delivered of a gestational surrogate, the commissioning couple shall petition a court of competent jurisdiction for an expedited affirmation of parental status.

(2) After the petition is filed, the court shall fix a time and place for hearing the petition, which may be immediately after the filing of the petition. Notice of hearing shall be given as prescribed by the rules of civil procedure, and service of process shall be made as specified by law for civil actions.

หรือยกเลิกสัญญาได้ เว้นแต่เหตุในการถอนความยินยอมหรือยกเลิกสัญญานั้นคือเรื่องเด็กกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนไม่มีเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกัน³⁶

(3) Upon a showing by the commissioning couple or the child or the gestational surrogate that privacy rights may be endangered, the court may order the names of the commissioning couple or the child or the gestational surrogate, or any combination thereof, to be deleted from the notice of hearing and from the copy of the petition attached thereto, provided the substantive rights of any person will not thereby be affected.

(4) Notice of the hearing shall be given by the commissioning couple to:

(a) The gestational surrogate.

(b) The treating physician of the assisted reproductive technology program.

(c) Any party claiming paternity.

(5) All hearings held in proceedings under this section shall be held in closed court without admittance of any person other than essential officers of the court, the parties, witnesses, and any persons who have received notice of the hearing.

(6) The commissioning couple or their legal representative shall appear at the hearing on the petition. At the conclusion of the hearing, after the court has determined that a binding and enforceable gestational surrogacy contract has been executed pursuant to s. 742.15 and that at least one member of the commissioning couple is the genetic parent of the child, the court shall enter an order stating that the commissioning couple are the legal parents of the child.

(7) When at least one member of the commissioning couple is the genetic parent of the child, the commissioning couple shall be presumed to be the natural parents of the child.

(8) Within 30 days after entry of the order, the clerk of the court shall prepare a certified statement of the order for the state registrar of vital statistics on a form provided by the registrar. The court shall thereupon enter an order requiring the Department of Health to issue a new birth certificate naming the commissioning couple as parents and requiring the department to seal the original birth certificate.

(9) All papers and records pertaining to the affirmation of parental status, including the original birth certificate, are confidential and exempt from the provisions of s. 119.07(1) and subject to inspection only upon order of the court. The court files, records, and papers shall be indexed only in the name of the petitioner, and the name of the child shall not be noted on any docket, index, or other record outside the court file.

³⁶ PAMELA LAUFER-UKELES, DUKE JOURNAL OF GENDER LAW & POLICY, p. 103.

ค. มลรัฐเนวาดา

กำหนดให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน หากมีองค์ประกอบดังนี้

1. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย เข้าทำสัญญากับผู้รับตั้งครรภ์แทนเพื่อรับตั้งครรภ์แทน และในสัญญาต้องมีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย รวมทั้ง

ก. ความเป็นบิดามารดาของเด็ก

ข. อำนาจปกครองเด็กในกรณีที่สถานการณ์เปลี่ยนแปลง และ

ค. ภาระหน้าที่ของคู่สัญญา

2. จะถือว่าผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติของเด็กในทุกสถานะการณ์

3. การให้หรือการเสนอให้เงินหรือผลประโยชน์อื่นใดนอกเหนือจากค่ารักษาทางการแพทย์ และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการดำรงชีวิตให้แก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย³⁷

³⁷ NRS 126.045 Contract requirements; treatment of intended parents as natural parents; unlawful acts.

1. Two persons whose marriage is valid under chapter 122 of NRS may enter into a contract with a surrogate for assisted conception. Any such contract must contain provisions which specify the respective rights of each party, including:

(a) Parentage of the child;

(b) Custody of the child in the event of a change of circumstances; and

(c) The respective responsibilities and liabilities of the contracting parties.

2. A person identified as an intended parent in a contract described in subsection 1 must be treated in law as a natural parent under all circumstances.

3. It is unlawful to pay or offer to pay money or anything of value to the surrogate except for the medical and necessary living expenses related to the birth of the child as specified in the contract.

4. As used in this section, unless the context otherwise requires:

(a) "Assisted conception" means a pregnancy resulting when an egg and sperm from the intended parents are placed in a surrogate through the intervention of medical technology.

(b) "Intended parents" means a man and woman, married to each other, who enter into an agreement providing that they will be the parents of a child born to a surrogate through assisted conception.

3. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแต่ผู้รับตั้งครรภ์แทน มีสิทธิยกเลิกข้อตกลงภายในระยะเวลาที่กำหนด และหากผู้รับตั้งครรภ์แทนยกเลิกข้อตกลงผู้รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก มลรัฐที่ใช้กฎหมายในลักษณะนี้ได้แก่

ก. มลรัฐเวอร์จิเนีย

กฎหมายแห่งมลรัฐเวอร์จิเนียกำหนดความเป็นบิดามารดาในการรับตั้งครรภ์แทนไว้ดังนี้

1. ผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของเด็ก
2. สามีของผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาของเด็ก ถึงแม้ว่าการแต่งงานกับผู้รับตั้งครรภ์แทนจะถูกประกาศว่าเป็นโมฆะหลังจากเกิดการรับตั้งครรภ์แทนขึ้น
3. ผู้บริจาคเชื้ออสุจิไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็ก เว้นแต่ผู้บริจาคเป็นสามีของผู้รับตั้งครรภ์แทน

เว้นแต่เป็นเด็กที่เกิดจากสัญญาที่ได้รับอนุญาตจากศาลก่อน (Court Approved Surrogacy Contract) ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาของเด็ก แต่หากศาลได้ยกเลิกการอนุญาต ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะถือเป็นมารดาและสามีของผู้รับตั้งครรภ์แทนจะถือเป็นบิดา ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะเป็นบิดามารดาได้เพียงการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

สัญญาที่ได้รับอนุญาตจากศาลก่อน มีองค์ประกอบดังนี้³⁸

(c) "Surrogate" means an adult woman who enters into an agreement to bear a child conceived through assisted conception for the intended parents.

(Added to NRS by 1993, 2050; A 1995, 1075)

³⁸ Va. Code Ann. § 20-160 (A) โปรดดู Va. Code Ann. § 20-162 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้ "In the case of any surrogacy agreement for which prior court approval has not been obtained pursuant to § 20-160, the provisions of this section and §. 20-156 through 20-159 and §. 20-163 through § 20-165 shall apply. Any provision in a surrogacy contract that attempts to reduce the rights or responsibilities of the intended parents, surrogate, or her husband, if any, or the rights of any resulting child shall be reformed to include the requirements set forth in this chapter. A provision in the contract providing for compensation to be paid to the surrogate is void and unenforceable. Such surrogacy contracts shall be enforceable and shall be construed only as follows:

1. The surrogate, her husband, if any, and the intended parents shall be parties to any such surrogacy contract.
2. The contract shall be in writing, signed by all the parties, and acknowledged before an officer or other person authorized by law to take acknowledgments.

- ก. คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น
- ข. ผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและสามีต้องเข้าเป็นคู่สัญญาด้วย
- ค. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเคยผ่านการมีบุตรมาก่อน
- ง. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายหญิงต้องไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ หรือสามารถตั้งครรภ์ได้ แต่การตั้งครรภ์นั้นอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของตัวเองหรือต่อเด็กที่จะเกิดมา
- จ. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องมีคนใดคนหนึ่งมีความเกี่ยวข้องกับทางพันธุกรรมกับเด็กที่จะเกิดมากล่าวคือ คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ที่ใช้ในการปฏิสนธิ
- ฉ. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นฝ่ายออกค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์นั้นทั้งหมด
- ช. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามีต้องได้ผ่านตรวจร่างกายและจิตใจ

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

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

เมื่อครอบครัวประกอบข้างต้นแล้ว ศาลจะแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ศาลขึ้นมาเพื่อพิจารณาว่าคู่สัญญามีความเหมาะสมที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่ โดยรวมทั้งพิจารณาความเหมาะสมของผู้ที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนในการเป็นบิดามารดาของเด็กจากหลักเกณฑ์ทำนองเดียวกันกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และหากศาลให้ความเห็นชอบกับสัญญารับตั้งครรภ์แทน ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะถือเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันทีที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนได้คลอดเด็ก อย่างไรก็ตามภายในกำหนด 180 วันนับแต่วันที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์ ผู้รับตั้งครรภ์แทนก็มีสิทธิยกเลิกสัญญาได้ แม้สัญญานั้นว่าศาลจะได้ให้ความเห็นชอบแล้ว หากผู้รับตั้งครรภ์แทนยกเลิกสัญญา ผู้รับตั้งครรภ์จะเป็นมารดาของเด็กและไม่ต้องรับผิดชอบชำระค่าเสียหายให้แก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนใดๆ ทั้งสิ้น³⁹

ส่วนสัญญาที่ไม่ได้รับอนุญาตจากศาลก่อน ความเป็นบิดามารดาของเด็กมีดังนี้

1. ผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาเว้นแต่ผู้ขอตั้งครรภ์แทนฝ่ายหญิงมีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับเด็ก
2. หากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับเด็ก ให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายชายเป็นบิดาของเด็ก แต่อย่างไรก็ตามหาก
 1. ผู้รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย
 2. สามีของผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทน และ
 3. ผู้รับตั้งครรภ์แทนใช้สิทธิในการเรียกอำนาจปกครองและความเป็นมารดากลับมา ให้ถือว่าสามีของผู้รับตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาของเด็ก
3. หากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนไม่มีฝ่ายใดมีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน ผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดา และสามีของผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาหากได้เข้าร่วมเป็นคู่สัญญาด้วย
4. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นได้ยื่นคำร้องต่อศาลแสดงเจตนาละสิทธิในการเป็นมารดาของเด็กภายใน 25 วันนับแต่การคลอดเด็ก หากศาลมีคำสั่งอนุญาตผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที⁴⁰

³⁹ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน, หน้า 101-104.

⁴⁰ Va. Code Ann. § 20-158. บัญญัติไว้ดังนี้ D. Birth pursuant to court approved surrogacy contract. - After approval of a surrogacy contract by the court and entry of an order as provided in subsection D of § 20-160, the intended parents are the parents of any resulting child. However, if the court vacates the order approving the agreement pursuant to subsection B of § 20-161, the

ข. มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์

กฎหมายแห่งมลรัฐนิวแฮมป์เชียร์กำหนดให้สัญญารับตั้งครรภ์แทนต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนเท่านั้น ส่วนสัญญาที่สร้างขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาลจะไม่สามารถนำมาขอรับความเห็นชอบได้ ตามกฎหมายนี้เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้กำเนิดเด็ก คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที แต่กฎหมายก็ให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในอันที่จะยกเลิกสัญญาอย่างไม่มีเงื่อนไขได้ โดยยกเลิกสัญญาภายใน 72 ชั่วโมงนับแต่คลอดเด็กนั้น และในพฤติการณ์พิเศษ ระยะเวลาดังกล่าวอาจขยายได้จนถึงหนึ่งสัปดาห์นับแต่ที่เด็กนั้นกำเนิดมา ในกรณีเช่นนี้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะเป็นมารดาของเด็กนั้น

ค. มลรัฐอิลลินอยส์

วันที่ 1 มกราคม 2005 มลรัฐอิลลินอยส์ได้บังคับใช้กฎหมายการรับตั้งครรภ์แทน โดยการปฏิสนธินอกครรภ์ (Gestational Surrogacy Act) ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีความก้าวหน้าที่สุดแห่งหนึ่งในประเทศสำหรับ คนโสด คู่สมรสและผู้รักเพศเดียวกันในฐานะผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ในการทำสัญญากับผู้รับตั้งครรภ์แทน เพื่อให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมีอำนาจปกครองและสิทธิความ

surrogate is the mother of the resulting child and her husband is the father. The intended parents may only obtain parental rights through adoption as provided in Chapter 12 (§ 63.2-1200 et seq.) of Title 63.2.

E. Birth pursuant to surrogacy contract not approved by court. - In the case of a surrogacy contract that has not been approved by a court as provided in § 20-160, the parentage of any resulting child shall be determined as follows:

1. The gestational mother is the child's mother unless the intended mother is a genetic parent, in which case the intended mother is the mother.
2. If either of the intended parents is a genetic parent of the resulting child, the intended father is the child's father. However, if (i) the surrogate is married, (ii) her husband is a party to the surrogacy contract, and (iii) the surrogate exercises her right to retain custody and parental rights to the resulting child pursuant to § 20-162, then the surrogate and her husband are the parents.
3. If neither of the intended parents is a genetic parent of the resulting child, the surrogate is the mother and her husband is the child's father if he is a party to the contract. The intended parents may only obtain parental rights through adoption as provided in Chapter 12 (§ 63.2-1200 et seq.) of Title 63.2.
4. After the signing and filing of the surrogate consent and report form in conformance with the requirements of subsection A of § 20-162, the intended parents are the parents of the child and the surrogate and her husband, if any, shall not be the parents of the child.

เป็นบิดามารดาแต่เพียงฝ่ายเดียวทันทีที่เด็กคลอด การปรับใช้กฎหมายนี้ผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องคลอดเด็กในมลรัฐอิลลินอยส์ และสัญญาผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องทำเป็นหนังสือโดยลงลายมือชื่อของคู่สัญญาครบถ้วนก่อนที่ขั้นตอนทางการแพทย์จะเริ่มขึ้น โดยผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนมีอิสระในการตกลงกันในข้อสัญญา เช่น ห้ามมิให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนสูบบุหรี่ หรือดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ หรือห้ามกระทำการใดๆที่จะเป็นอันตรายต่อการตั้งครรภ์หรือต่อเด็กในอนาคต และยังสามารถตกลงเรื่องค่าใช้จ่ายที่จะจ่ายให้แก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ เช่น ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ กฎหมายและค่าตั้งครรภ์แทน ตามสมควรตามแต่ค่าใช้จ่ายต่างๆ และการรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกายนี้ ไข่และเชื้ออสุจิอาจเป็นของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน หรือของผู้บริจาค หรือเป็นของทั้งผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือผู้บริจาคตก็ได้ โดยสามารถแบ่งประเภทของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้ดังนี้ได้ดังนี้

1. คู่สมรส ไม่ว่าจะ เป็นสามีภรรยาตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม กฎหมายกำหนดว่า ฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ผลคือ ทั้งฝ่ายชายและหญิงจะมีอำนาจปกครองและมีความเป็นบิดามารดาเท่าเทียมกันทันทีนับแต่เมื่อเด็กคลอด และหากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนใช้ไข่หรือเชื้ออสุจิของผู้บริจาค กฎหมายยังกำหนดไม่ถือว่าผู้บริจาคตมีความสัมพันธ์ใดๆทางกฎหมายกับเด็ก แต่อย่างไรก็ตามไม่สามารถปรับใช้กฎหมายนี้ได้ในกรณีที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นเจ้าของไข่

2. คนโสด ไม่ว่าจะชายหรือหญิง กฎหมายกำหนดให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์ของตนเองผสมเทียมกับเซลล์สืบพันธุ์ของผู้บริจาคเพื่อให้ได้ตัวอ่อน ผลคือ ผู้ขอให้ตั้งครรภ์จะมีอำนาจปกครองและความเป็นบิดาหรือมารดาทันทีนับแต่เมื่อเด็กคลอด แต่อย่างไรก็ตามไม่สามารถปรับใช้กฎหมายนี้ได้ในกรณีที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นเจ้าของไข่

นอกจากนั้นกฎหมายได้กำหนดอายุและคุณลักษณะทั้งของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนไว้ดังนี้

ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ต้องมีความจำเป็นทางการแพทย์เพียงพอที่จะขอให้ตั้งครรภ์แทน ตามที่แพทย์ที่ได้รับอนุญาตในมลรัฐอิลลินอยส์เห็นสมควร ได้ผ่านการตรวจสอบและประเมินทางร่างกายและจิตใจ ได้รับคำแนะนำทางกฎหมายจากนักกฎหมายอิสระเกี่ยวกับข้อตกลงและผลของสัญญาผู้รับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย

ผู้รับตั้งครรภ์แทน ต้องมีอายุตั้งแต่ 21 ปี ขึ้นไป เคยคลอดเด็กมาก่อนแล้วอย่างน้อย 1 คน ได้ผ่านการตรวจสอบและประเมินทางร่างกายและจิตใจ ได้รับคำแนะนำทางกฎหมายจากนักกฎหมายอิสระเกี่ยวกับข้อตกลงและผลของสัญญาผู้รับตั้งครรภ์แทนโดย

การปฏิสนธินอกร่างกาย ได้รับการขยายประกันสุขภาพตลอดระยะเวลาตั้งครรภ์ และหากผู้รับตั้งครรภ์แทนได้สมรสแล้ว สามีของผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องตกลงที่จะปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญารับตั้งครรภ์แทนและจะสละอำนาจครองเด็กให้แก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนทันทีที่เด็กคลอด

ส่วนการรับตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อนั้นไม่สามารถปรับใช้กับกฎหมายการรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกายได้แต่ต้องไปปรับใช้กับกฎหมายการรับบุตรบุญธรรมแทน ตามกฎหมายการรับบุตรบุญธรรม ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถสละความเป็นมารดาของเด็กให้แก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้จนกว่าจะครบ 72 ชั่วโมงนับแต่เด็กคลอด หากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนใช้เชื้ออสุจิของตนเองในการผสมเทียม ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายชายและผู้รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นบิดามารดาของเด็ก ส่วนผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายหญิงจะไม่มีสิทธิใดๆตามกฎหมายกับเด็กเลย จนกว่าจะได้รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และการผสมเทียมนั้นหากใช้เชื้ออสุจิของผู้บริจาค ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนทั้งชายและหญิงจะไม่มีสิทธิใดๆตามกฎหมายกับเด็กเลย⁴¹

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าอายุและคุณลักษณะของคู่สัญญารับตั้งครรภ์แทนส่วนใหญ่ในแต่่มลรัฐจะกำหนดคล้ายกัน คือ มีการกำหนดอายุขั้นต่ำของคู่สัญญา และผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายและมีเหตุผลในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน คือ ฝ่ายหญิงต้องไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้หรือสามารถตั้งครรภ์ได้ แต่การตั้งครรภ์นั้นอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของตัวเองหรือต่อเด็กที่จะเกิดมา และผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องมีคนใดคนหนึ่งมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่จะเกิดมา ซึ่งคือ ต้องใช้ไข่และเชื้ออสุจิของสามีหรือภรรยาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการผสมเทียม ส่วนผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องเคยตั้งครรภ์และคลอดเด็กมาแล้วอย่างน้อย 1 คน

สรุป

จากการศึกษากฎหมายและคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศสหรัฐอเมริกาทำให้เห็นได้ว่าสถานะของสัญญาและความเป็นบิดามารดา ยังไม่มีความเป็นเอกภาพกันทั้งประเทศ ซึ่งในแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกัน มีทั้งมลรัฐที่ได้ตรากฎหมายเฉพาะขึ้นและมลรัฐที่ให้ศาลวินิจฉัยคดีโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นคดีๆไป สัญญารับตั้งครรภ์แทนจึงมีทั้งที่สมบูรณ์สามารถใช้บังคับได้ และทั้งไม่สามารถบังคับได้เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือเพราะเป็นสัญญาที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ส่วนสัญญาระหว่างผู้จัดการ

⁴¹ John J. Weltman, http://www.surrogacy.com/Articles/news_view.asp?ID=119

ตั้งครรภ์แทนกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและ/หรือผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นก็เช่นเดียวกัน มีทั้งมลรัฐที่พิจารณาว่าเป็นสัญญาที่สมบูรณ์สามารถบังคับได้ และทั้งมลรัฐที่พิจารณาว่าเป็นสัญญาที่ไม่สามารถบังคับได้เพราะเป็นสัญญาที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย