

บทที่ 3

สัญญาับตั้งครรรค์แทนกับกฎหมายไทย

ในบทนี้จะกล่าวถึงเรื่อง การนำหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา มาปรับใช้กับสัญญาับตั้งครรรค์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้อง เนื่องว่าหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญานั้นสามารถนำมาปรับใช้กับสัญญาับตั้งครรรค์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องได้มากน้อย และมีประสิทธิภาพเพียงใด โดยพิจารณาในเรื่อง การเกิดสัญญา ความสมบูรณ์ของสัญญา ความเป็นผลของสัญญา การแก้ไขสัญญา การผิดสัญญา และการเลิกสัญญา

สัญญาคืออะไรนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีได้บัญญัติคำนิยามของคำว่า "สัญญา" เอาไว้โดยตรง แต่ได้บัญญัติคำนิยามของคำว่า "นิติกรรม" เอาไว้ในมาตรา 149 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "นิติกรรม หมายความว่า การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ"

ดังนั้นเมื่อสัญญานั้น คือ นิติกรรมหลายฝ่าย คำนิยามของคำว่า "สัญญา" จึงสามารถอาศัยคำนิยามของคำว่า "นิติกรรม" มาเทียบเคียงได้ และนอกจากนี้ยังมีพจนานุกรมและนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า "สัญญา" ไว้ เช่น

ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความหมายไว้ว่า "สัญญา คือ การที่บุคคลสองฝ่ายแสดงเจตนาทำนิติกรรมคำเสนอคำสนองรับ มีความประสงค์ตกลงตรงกัน และร่วมใจกันในอันที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์กันอย่างไรอย่างหนึ่งเกิดขึ้น"¹

ท่านศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ ได้ให้ความหมายไว้ว่า "สัญญา คือ นิติกรรมหลายฝ่ายซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป อันต่างกับนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียว การแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปนั้นแต่ละฝ่ายอาจเป็นบุคคลเดียวหรือหลายคนรวมเป็นฝ่ายเดียวกันก็ได้"²

¹ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) (กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 336.

² ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2547), หน้า 333.

ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ ไสตติพันธ์ ได้ให้ความหมายไว้ว่า "สัญญา หมายถึงนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปซึ่งมุ่งจะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์"³

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยามไว้ว่า "สัญญา คือ ข้อตกลงระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย หรือหลายฝ่ายว่าจะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง"⁴

จากความหมายดังกล่าวข้างต้นสาระสำคัญของสัญญาจึงประกอบด้วย

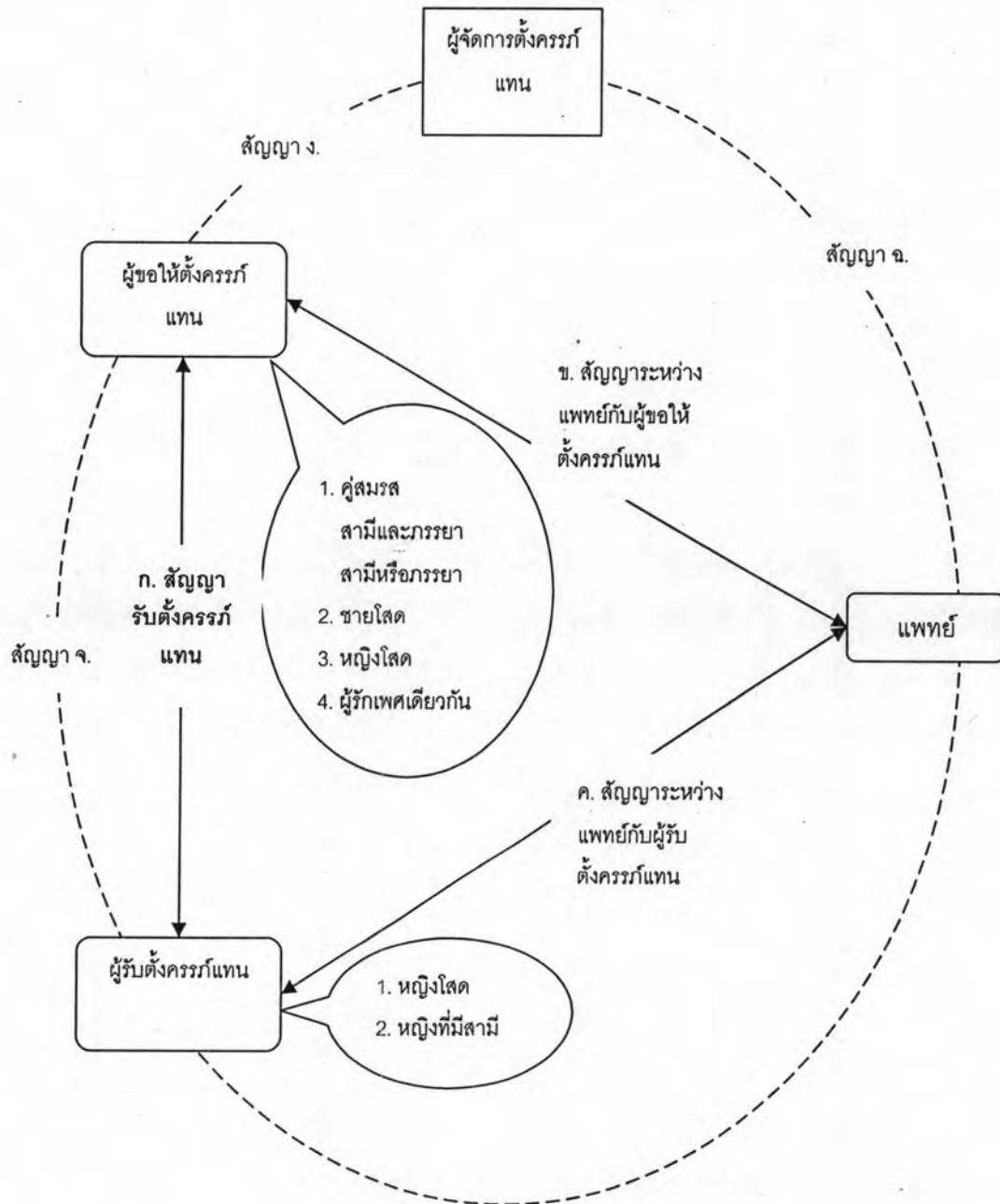
1. ต้องมีบุคคลเป็นคู่สัญญาตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป นั่นคือ ผู้เสนอฝ่ายหนึ่งและผู้สนองอีกฝ่ายหนึ่งโดยคู่สัญญาแต่ละฝ่ายอาจมีเพียงบุคคลเดียวหรือมีหลายบุคคลรวมเป็นฝ่ายเดียวก็ได้
2. ต้องมีการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและคำสนอง ซึ่งคำเสนอและคำสนอนั้นต้องถูกต้องตรงกัน
3. ต้องมีวัตถุประสงค์ของสัญญา ซึ่งคือ จุดประสงค์หรือความมุ่งหมายในการทำสัญญา หรือ ข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาว่าประสงค์จะทำอะไร ก่อให้เกิดความผูกพันกันในทางกฎหมายระหว่างคู่สัญญา

³ ศนันท์ภรณ์ ไสตติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), หน้า 233.

⁴ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, (กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชันส์, 2546), หน้า 1162.

ดังนั้นเมื่อได้ทราบความหมายของสัญญาและสาระสำคัญของสัญญา กับความหมายและชนิดของการรับตั้งครรรภ์แทนและการกระทำที่เกี่ยวข้องที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 แล้ว สัญญารับตั้งครรรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องมีความหมาย มีลักษณะ และความเกี่ยวข้องกัน ดังนี้

รูปที่ 1. สัญญารับตั้งครรรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้อง



สัญญา ก. สัญญารับตั้งครรรภ์แทน เป็นสัญญาที่มีการกำหนดรายละเอียดของสัญญาเอาไว้มากที่สุด ซึ่งรวมทั้งยังกำหนดความสัมพันธ์ของผู้เกี่ยวข้องทั้งหมดที่ทำให้การตั้งครรรภ์แทนนั้นเกิดขึ้นได้ และสัญญารับตั้งครรรภ์แทนนี้ยังอาจถือได้ว่าเป็น

สัญญาหลักซึ่งทำให้เกิดสัญญาที่เกี่ยวข้องอื่นๆขึ้นตามมาเพื่อให้วัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นผล รายละเอียดของสัญญาจะกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาว่าให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อบุคคลอื่นอย่างไร

หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันระหว่างคู่สัญญา

1. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะรับผิดชอบค่าใช้จ่ายใดๆทั้งสิ้นที่เกิดขึ้นจากการรับตั้งครรภ์แทน ทั้งค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับตัวของผู้รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่อยู่ในครรภ์
2. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องรับผิดชอบค่าตอบแทนอื่นใดแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนในกรณีที่มีการกำหนดค่าตอบแทนอื่นใดดังกล่าวไว้
3. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องรับเลี้ยงเด็กที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะได้คลอดในอนาคต โดยการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม
4. ผู้รับตั้งครรภ์แทนยอมตั้งครรภ์จนกระทั่งคลอด
5. ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะไม่ทำให้ตนรู้สึกผูกพันกับเด็กที่ตนตั้งครรภ์แทน
6. ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะมอบเด็กที่ตนตั้งครรภ์แทนเมื่อตนได้คลอดให้แก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและจะให้ความยินยอมเพื่อให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนสามารถจดทะเบียนรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม
7. ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะดูแลสุขภาพของตนและเด็กในครรภ์ จนถึงยอมจำกัดสิทธิต่างๆของตนเองที่อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพหรืออาจเกิดอันตรายต่อเด็กได้ในระยะเวลาตั้งครรภ์
8. ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์เพื่อรักษาสุขภาพของตนเองและของเด็กในครรภ์

หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อบุคคลอื่น

1. ผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนจะนำตัวอ่อนที่ได้รับจากการผสมเทียมหรือเชื้ออสุจิให้แพทย์เพื่อเคลื่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิงผู้รับตั้งครุฑแทน
2. ผู้รับตั้งครุฑแทนจะยอมรับการผสมเทียมซึ่งกระทำโดยแพทย์
3. ผู้รับตั้งครุฑแทนยินยอมให้มีการตรวจสุขภาพของตนและของเด็กในครุฑระหว่างการตั้งครุฑ

สัญญา ข. สัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งครุฑแทน (สัญญาว่าจ้างแพทย์) เป็นสัญญาที่ผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนต้องการได้รับการบริการจากแพทย์เพื่อกระทำการใดๆ ให้การตั้งครุฑแทนนั้นเกิดขึ้น ซึ่งการตั้งครุฑแทนนั้นจะเกิดขึ้นได้จากการที่แพทย์ให้บริการแก่ผู้ขอให้ตั้งครุฑแทน (โดยผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนให้ความยินยอม) และผู้รับตั้งครุฑแทน โดยผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนจะเป็นผู้รับผิดชอบในค่าจ้างแพทย์และค่าใช้จ่ายต่างๆ

หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันระหว่างคู่สัญญา

1. แพทย์จะทำการผสมเทียมให้ผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนตามประเภทของการตั้งครุฑแทนตามที่ตกลง
2. แพทย์จะให้คำแนะนำและกระทำการอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครุฑแทน
3. ผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนจะชำระค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ทั้งหมด
4. ผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนยินยอมให้แพทย์ทำการผสมเทียมตามประเภทของการตั้งครุฑแทนที่ตกลง และตกลงจะปฏิบัติตามคำแนะนำและคำสั่งของแพทย์

หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อบุคคลอื่น

1. แพทย์จะทำการผสมเทียมโดยฉีดเชื้ออสุจิหรือเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าสู่โพรงมดลูกของผู้รับตั้งครุฑแทนตามประเภทที่ตกลง
2. แพทย์ตกลงตรวจสุขภาพ ดูแลรักษา ให้คำแนะนำ และกระทำการอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครุฑแทนแก่ผู้รับตั้งครุฑแทน

สัญญา ค. สัญญาระหว่างแพทย์กับผู้รับตั้งครรภ์แทน สัญญานี้เป็นสัญญาที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญารับตั้งครรภ์แทนตามข้อ ก. ที่กำหนดว่าผู้รับตั้งครรภ์แทนจะปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์เพื่อรักษาสุขภาพของตนเองและของเด็กในครรภ์ และสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนตามข้อ ข. เพราะการผสมเทียมของแพทย์ต่อผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถกระทำได้หากไม่ได้รับความยินยอมจากผู้รับตั้งครรภ์แทน

1. แพทย์จะทำการผสมเทียมโดยฉีดเชื้ออสุจิหรือเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าสู่โพรงมดลูกของผู้รับตั้งครรภ์แทนตามประเภทที่ตกลง
2. แพทย์ตกลงตรวจสุขภาพ ดูแลรักษา ให้คำแนะนำ และกระทำการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน
3. ผู้รับตั้งครรภ์แทนยินยอมให้แพทย์ผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออสุจิหรือเคลื่อนตัวอ่อนเข้าสู่โพรงมดลูกตามประเภทที่ตกลง
4. ผู้รับตั้งครรภ์แทนตกลงดูแลรักษาสุขภาพ และไปตรวจสุขภาพตามคำแนะนำของแพทย์และกระทำการอื่นใดที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนตามคำสั่งแพทย์

ในกรณีที่การตั้งครรภ์แทนนั้นเกิดขึ้นโดยมีผู้จัดการตั้งครรภ์แทนเข้าร่วมด้วย

ผู้จัดการตั้งครรภ์แทน จะเป็นผู้จัดหาผู้รับตั้งครรภ์แทนให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน หรือจัดหาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนให้ผู้รับตั้งครรภ์แทน และจัดหาแพทย์ โดยมีมาตรฐานในการคัดเลือกจัดหา ให้คำแนะนำ และจัดเตรียมสัญญา

สัญญา ง. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน สัญญานี้เป็นกรณีที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องการให้ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนเป็นผู้อำนวยความสะดวกจัดการทุกๆด้านที่จำเป็นต้องมีเพื่อให้การตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นได้ โดยผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนไม่ต้องกระทำการต่างๆ เช่น การหาผู้รับตั้งครรภ์แทน การหาแพทย์ การร่างสัญญา เพียงแต่ชำระค่าดำเนินการต่างๆตอบแทนผู้จัดการตั้งครรภ์แทน

1. ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนจะให้คำแนะนำและให้ข้อมูลเกี่ยวกับขั้นตอนการดำเนินการของผู้จัดการตั้งครรภ์แทน ราคาค่าใช้จ่าย ขั้นตอนการคัดเลือกผู้รับตั้งครรภ์แทน ขั้นตอนปฏิบัติทางการแพทย์ และประเด็นข้อกฎหมาย

2. ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนตกลงจะคัดเลือกผู้รับตั้งครรภ์แทนที่เหมาะสมโดยจะนำรูปภาพและประวัติของผู้รับตั้งครรภ์แทนมาให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนคัดเลือก และจะจัดให้พบกันโดยเร็ว
3. ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนจะจัดหาแพทย์เพื่อทำการผสมเทียม ตรวจสุขภาพ ดูแลรักษา ให้คำแนะนำ และกระทำการอื่นๆที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน
4. ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนตกลงร่างสัญญาับตั้งครรภ์แทนที่เหมาะสมกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนกับผู้รับตั้งครรภ์แทน
5. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะชำระค่าดำเนินการ ค่าอำนวยความสะดวก สะดวกที่ผู้จัดการรับตั้งครรภ์แทนจัดสรรให้
6. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนตกลงรับการผสมเทียมจากแพทย์ที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนจัดหามาให้

สัญญา จ. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์กับผู้รับตั้งครรภ์แทน เป็นสัญญาที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องการตั้งครรภ์แทนโดยให้ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนเป็นผู้อำนวยความสะดวก ทุกๆด้าน เช่น จัดหาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน จัดหาแพทย์ ร่างสัญญา เป็นต้น เพียงแต่ชำระค่าดำเนินการต่างๆตอบแทนผู้จัดการตั้งครรภ์แทน

1. ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนตกลง ให้คำแนะนำและให้ข้อมูลเกี่ยวกับ ขั้นตอน การดำเนินการของผู้จัดการตั้งครรภ์แทน ราคา ค่าใช้จ่ายที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะได้รับ (ถ้ามี) ขั้นตอนการคัดเลือกผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ขั้นตอนปฏิบัติทางการแพทย์ และ ประเด็นข้อกฎหมาย
2. ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนตกลงจะคัดเลือกผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนที่เหมาะสม และจะจัดให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนพบกันโดยเร็ว
3. ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนตกลงจะจัดหาแพทย์เพื่อให้แพทย์ทำการผสมเทียม ตรวจสุขภาพ ดูแลรักษา ให้คำแนะนำ และกระทำการอื่นๆที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน ต่อผู้รับตั้งครรภ์แทน
4. ผู้รับตั้งครรภ์แทนยินยอมให้แพทย์ที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนจัดหาทำการผสมเทียมตามที่ได้ตกลง ตรวจสุขภาพ ดูแลรักษา ให้คำแนะนำ และกระทำการอื่นๆที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน

สัญญา จ. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับแพทย์ เป็นสัญญาที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนจัดหาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ผู้รับตั้งครรภ์แทนให้แพทย์ โดยแพทย์จะให้บริการเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนต่อผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและต่อผู้รับตั้งครรภ์แทน เพียงแต่ชำระค่าดำเนินการต่างๆตอบแทนผู้จัดการตั้งครรภ์แทน

1. ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนตกลงจัดหาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนมาให้แพทย์ดำเนินการเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทน
2. แพทย์ตกลงจะดำเนินการเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้นแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน

จึงต้องพิจารณาต่อไปว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาอะไร เป็นเอกเทศสัญญาหรือไม่ หากเป็นเอกเทศสัญญานั้น สัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาเช่า หรือเป็นสัญญาจ้างแรงงาน หรือเป็นสัญญาจ้างทำของ โดยพิจารณาดังต่อไปนี้

1. สัญญาเช่า

มาตรา 537 บัญญัติว่า "อันว่าเช่าทรัพย์สินนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ให้เช่า ตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้เช่าได้ใช้หรือ ได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งชั่วคราวระยะเวลาอันมีจำกัด และผู้เช่าตกลงจะให้ค่าเช่าเพื่อการนั้น"

จึงต้องพิจารณาว่าการที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นรับตั้งครรภ์แทนเป็นการให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินหรือไม่ ซึ่งมาตรา 137 บัญญัติว่า "ทรัพย์สิน หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง" และ มาตรา 137 บัญญัติว่า "ทรัพย์สิน หมายความว่า มรรวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้"

มดลูก เป็นอวัยวะในระบบสืบพันธุ์ของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งมีไว้เพื่ออุ้มตัวอ่อนที่เกิดจากการผสมเทียมระหว่างไข่ของหญิงและเชื้ออสุจิของชายตามแต่ลักษณะและชนิดที่ได้ตกลงกัน จนกระทั่งตัวอ่อนนั้นพัฒนาเป็นทารกและคลอดออกมาเป็นมนุษย์ เมื่อร่างกายไม่ใช่วัตถุแล้ว มดลูกอันเป็นอวัยวะส่วนหนึ่งของร่างกายมนุษย์จึงไม่ใช่วัตถุไปด้วย⁵ แต่ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของ

⁵ เดช เสวตไกรพ, "มดลูก: อวัยวะของมนุษย์สำหรับเช่า," วารสารอัยการ 11, 121 (มกราคม 2531):

ร่างกายที่มีลักษณะหลุดออกมาจากร่างกาย เช่น ผมที่ตัดมาขาย เลือดที่บริจาค ย่อมมีสภาพเป็น วัตถุซึ่งสามารถถือเอาได้ ซึ่งรวมทั้งศพของมนุษย์เช่นกัน⁶

ดังนั้นเมื่อพิจารณาแล้วทำให้ทราบได้ว่า มดลูก มิใช่ทรัพย์สินที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะสามารถใช้หรือ ได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินได้ สัญญารับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ใช่สัญญาเช่าตามมาตรา 537 นี้

2. สัญญาจ้างแรงงาน

มาตรา 575 บัญญัติว่า "อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าลูกจ้างตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายจ้างและนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้"

การที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนยอมให้แพทย์เคลื่อนย้ายตัวอ่อนที่ได้จากการผสมเทียมเข้าไปสู่อมดลูกของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน แล้วตัวอ่อนจึงได้เจริญเติบโตต่อไป การเจริญเติบโตของตัวอ่อนในครรภ์นี้เป็นไปตามธรรมชาติซึ่งเป็นการพัฒนาตามขั้นตอนปกติของการที่แม่ทุกคนตั้งครรภ์ ซึ่งไม่สามารถควบคุมหรือบังคับหรือสั่งการเจริญเติบโตของตัวอ่อนได้ ผู้รับตั้งครรภ์แทนอาจแท้งได้ เด็กที่คลอดออกมาอาจมีความผิดปกติทางร่างกายหรือทางจิตใจได้ ดังนั้นขั้นตอนต่างๆ ในครรภ์ของผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นขั้นตอนของระบบสืบพันธุ์ของหญิงเองซึ่งเป็นไปอย่างอัตโนมัติ จึงไม่ใช่การที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนตกลงจะทำงานให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ดังนั้นสัญญารับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 575 นี้ได้

3. สัญญาจ้างทำของ

มาตรา 587 บัญญัติว่า "อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่ บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อ ผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น"

สัญญาจ้างทำของกับสัญญาจ้างแรงงานนี้มีลักษณะคล้ายกันมาก ต่างกันเพียงสัญญาจ้างแรงงานไม่ได้คำนึงถึงความสำเร็จของงาน แต่สัญญาจ้างทำของนั้นคำนึงถึงความสำเร็จของงาน คือ สัญญาจ้างแรงงานแม้งานไม่สำเร็จลูกจ้างก็ได้ค่าจ้างตามที่ตกลง แต่สัญญาจ้างทำของถ้างานไม่สำเร็จผู้รับจ้างย่อมไม่ได้รับค่าจ้าง และนอกจากนี้ยังต่างที่สัญญาจ้างแรงงานนายจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้างให้ทำตามหรือทำตามแนวทางที่นายจ้างกำหนดได้ แต่สัญญาจ้างทำของผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจบังคับบัญชาดังกล่าวกับผู้รับจ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาความต่าง

⁶ สหทยา สุนทรเกตุ, "ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 120.

ของสัญญาจ้างแรงงานกับสัญญาจ้างทำของแล้ว ทำให้เห็นได้ว่าสัญญารับตั้งครุภัณฑ์นั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาจ้างทำของมากกว่าสัญญาจ้างแรงงาน แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นสัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทนไม่เป็นสัญญาจ้างทำของเพราะจากที่ได้พิจารณาเรื่องสัญญาจ้างแรงงานแล้วว่า การเจริญเติบโตของตัวอ่อนในครรภ์นี้เป็นไปตามธรรมชาติซึ่งเป็นการพัฒนาตามขั้นตอนปกติของการที่แม่ทุกคนตั้งครุภัณฑ์ ซึ่งไม่สามารถควบคุมหรือบังคับหรือสั่งการเจริญเติบโตของตัวอ่อนได้ ผู้รับตั้งครุภัณฑ์แทนอาจแท้งได้ เด็กที่คลอดออกมาอาจมีความผิดปกติทางร่างกายหรือทางจิตใจได้ ดังนั้นขั้นตอนต่างๆในครรภ์ของผู้รับตั้งครุภัณฑ์แทนเป็นขั้นตอนของระบบสืบพันธุ์ของหญิงเองซึ่งเป็นไปอย่างอัตโนมัติ จึงไม่ใช่การที่หญิงผู้รับตั้งครุภัณฑ์แทนตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้สำเร็จได้

จากการพิจารณา เมื่อสัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทนไม่ใช่ทั้งสัญญาเช่า สัญญาจ้างแรงงานและสัญญาจ้างทำของ สัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทนจึงเป็นสัญญาไม่มีชื่อซึ่งโดยหลักการการบังคับตามสัญญาจึงต้องอาศัยหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญาทั่วไปมาใช้บังคับ และเมื่อได้ทราบถึงความหมาย ลักษณะ และความเกี่ยวเนื่องของสัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องแล้ว ผู้เขียนจะนำหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา มาปรับใช้กับสัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้อง โดยแบ่งพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1. การเกิดสัญญา

สัญญานั้นจะเกิดขึ้นได้เมื่อคำเสนอ และคำสนองของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปตรงกัน

1.1 คำเสนอ คือ การแสดงเจตนาแสดงความประสงค์ของผู้เสนอต่อบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อขอให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเข้าทำสัญญาด้วย อาจกล่าวอย่างง่ายๆว่า คำเสนอ คือ คำขอทำสัญญา คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งมีผลผูกพันผู้เสนอจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอน และสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งมีคำสนองรับตามคำเสนอ ดังนั้นถ้าหากมีการสนองรับแล้วสัญญาไม่เกิดขึ้น ย่อมไม่ใช่คำเสนอ อาจเป็นเพียงคำเชื้อเชิญ คำปรารภ คำทาบถาม เท่านั้น

1.2 คำสนอง คือ การแสดงเจตนาแสดงความประสงค์ของผู้สนองต่อผู้เสนอว่าตกลงรับคำเสนอ อาจกล่าวอย่างง่ายๆว่าเป็น คำตอบรับทำสัญญาตามคำเสนอ คำสนองเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งมีผลผูกพันผู้สนองต้องมีความชัดเจนโดยปราศจากเงื่อนไขใดๆ ผู้สนองจะต้องแสดงเจตนา

ต่อผู้เสนอ เมื่อคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกัน ก็จะเป็นสัญญาผูกพันทั้งสองฝ่าย แต่การแสดงเจตนาทำคำสนอนั้น คำสนองจะต้องมาถึงผู้เสนอก่อนคำเสนอสิ้นความผูกพัน

1.3 การเกิดสัญญารับตั้งครุฑแทนและสัญญาที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษาหลักการเกิดสัญญาข้างต้นแล้ว สัญญารับตั้งครุฑแทนและสัญญาที่เกี่ยวข้อง ย่อมใช้หลักการเกิดสัญญาข้างต้นเช่นเดียวกัน คือ ต้องมีผู้เสนอและผู้สนองอย่างน้อยฝ่ายละหนึ่งบุคคล และคำเสนอและคำสนอนั้นต้องถูกต้องตรงกัน กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาแต่ละสัญญาย่อมสามารถเป็นได้ทั้งผู้เสนอหรือผู้สนอง ซึ่งขึ้นอยู่กับแต่ละกรณีว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ต้องการให้เกิดสัญญาขึ้นก่อน ซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) เช่น

ในการเกิดสัญญารับตั้งครุฑแทนนั้น ถ้าผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนต้องการที่จะมีบุตร ผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนก็จะเป็นผู้เสนอ และถ้าผู้รับตั้งครุฑแทนต้องการตั้งครุฑแทนผู้รับตั้งครุฑแทนก็จะเป็นผู้เสนอ อีกฝ่ายจึงเป็นผู้สนอง

ส่วนการเกิดสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนและสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้รับตั้งครุฑแทนนั้นถ้าพิจารณาถึงลักษณะของสัญญาแล้ว จะพิจารณาได้ว่าในกรณีทั่วๆไปแล้ว การรับตั้งครุฑแทนนั้นต้องเกิดสัญญารับตั้งครุฑแทนขึ้นก่อนหรืออย่างน้อยสัญญารับตั้งครุฑแทนก็เกิดพร้อมสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนและสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้รับตั้งครุฑแทน แต่ถ้าผู้ขอให้ครุฑแทนหรือผู้รับตั้งครุฑแทนไม่สามารถหาคู่สัญญาอีกฝ่ายในสัญญารับตั้งครุฑแทนได้ ผู้ขอให้ครุฑแทนหรือผู้รับตั้งครุฑแทนอาจเข้าทำสัญญากับแพทย์ก่อนเกิดสัญญารับตั้งครุฑแทนก็ย่อมได้

ส่วนการเกิดสัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครุฑแทนกับผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนหรือกับผู้รับตั้งครุฑแทนนั้น ย่อมมีลักษณะการเกิดสัญญาตามหลักข้างต้นที่กล่าวไว้ว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ต้องการให้เกิดสัญญาขึ้นก่อนเช่นเดียวกัน

แต่เนื่องจากการที่สัญญารับตั้งครุฑแทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องนั้น เป็นสัญญาที่มีรายละเอียด มีขั้นตอนที่มีความยุ่งยากและซับซ้อนมาก และทั้งยังใช้ระยะเวลายาวนานในการปฏิบัติตามสัญญา ฝ่ายที่ต้องการให้เกิดสัญญาขึ้นก่อนจึงไม่สามารถทำคำเสนอที่มีความชัดเจนและแน่นอนหรือมีรายละเอียดที่ครอบคลุมได้ หรือถ้าได้ก็มีความเป็นไปได้น้อยมากที่อีกฝ่ายหนึ่งจะตอบรับคำเสนอทุกประการโดยไม่มีเงื่อนไขหรือเพิ่มเติมขึ้น ซึ่งการไม่ตอบรับคำเสนอทุกประการโดยมีเงื่อนไขหรือเพิ่มเติมขึ้นนั้นถือเป็นการทำคำเสนอขึ้นมาใหม่ อันทำให้กว่าที่จะเกิดสัญญาขึ้นได้นั้น อาจต้องมีการทำคำเสนอมากมายหลายครั้งก็ได้ วิธีการที่ดีที่สุดคือ ฝ่ายที่

ต้องการให้เกิดสัญญาขึ้นก่อนนั้นทำเป็นคำเชิญชวนให้อีกฝ่ายเข้ามาร่วมเจรจาในรายละเอียดของข้อตกลงในสัญญากัน เมื่อเจรจาข้อตกลงกันได้ สัญญาต่างๆก็เกิดขึ้น และอย่างไรก็ตามสัญญาฉบับเดียวได้ แต่เนื่องจากผู้เขียนต้องการแยกสัญญาตามคู่สัญญาและนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในแต่ละสัญญา เพื่อให้สามารถเห็นได้โดยชัดเจน ผู้เขียนจึงได้เขียนแยกสัญญาออกเป็นสัญญาต่างๆ

2. ความสมบูรณ์ของสัญญา

เมื่อเกิดสัญญาขึ้นแล้ว สัญญาที่เกิดขึ้นนั้นจะสามารถบังคับได้ตามกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาต่อไปว่าสัญญานั้นมีความสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ เพราะการที่จะบังคับตามสัญญาได้นั้นต้องเป็นสัญญาที่มีความสมบูรณ์ตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งการพิจารณาว่าสัญญามีความสมบูรณ์หรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบดังต่อไปนี้

2.1 วัตถุประสงค์ของสัญญา

วัตถุประสงค์ คือ ประโยชน์สุดท้ายที่ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมปรารถนามุ่งประสงค์ไว้จะให้เกิด ให้มีขึ้น ให้เป็นไปอย่างไรโดยอาศัยนิติกรรมนั้น เป็นประโยชน์สุดท้ายที่นิติกรรมจะอำนวยความสะดวก หรือ จุดประสงค์หรือความมุ่งหมายสุดท้ายในการทำนิติกรรม ซึ่งคือข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาว่าจะประสงค์อะไร

ส่วนวัตถุประสงค์ของสัญญาตั้งครรรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องเนื่องนั้น ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นในบทนี้แล้ว สามารถเข้าใจได้ว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาแต่ละฉบับตามกฎหมายจะวิสัยมีดังต่อไปนี้

1. สัญญารับตั้งครรรภ์แทน

วัตถุประสงค์ของผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน คือ การได้รับบริการฝากเลี้ยงตัวอ่อน

⁷ ม.ร.ว. เสณีย์ ปราโมช, ประมวลแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), หน้า 132.

⁸ รศ.ดร. ศนันทกรรณ์ โสคติพันธ์ กล่าวว่ ทฤษฎีภาวะวิสัยนี้จะพิจารณาวัตถุประสงค์ใน หนี้ หรือหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกัน

วัตถุประสงค์ของผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรภ์แทนว่าผู้รับตั้งครรภ์นั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

1. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงินหรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์
2. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้

2. สัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน

วัตถุประสงค์ของแพทย์นั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรภ์แทนว่าผู้รับตั้งครรภ์นั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

1. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงินหรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์
2. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้

วัตถุประสงค์ของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน คือ การได้รับบริการเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้น

3. สัญญาระหว่างแพทย์กับผู้รับตั้งครรภ์แทน

วัตถุประสงค์ของแพทย์ คือ การให้บริการเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้น(ตามสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน)

วัตถุประสงค์ของผู้รับตั้งครรภ์แทน คือ การได้รับบริการเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้น(ตามสัญญารับตั้งครรภ์แทน)

4. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน

วัตถุประสงค์ของผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรภ์แทนว่าผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

1. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงินหรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์
2. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้

วัตถุประสงค์ของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน คือ การได้รับบริการเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้น

5. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้รับตั้งครรภ์แทน

วัตถุประสงค์ของผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรภ์แทนว่าผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

1. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงินหรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์
2. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ต้องการตั้งครรภ์

วัตถุประสงค์ของผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรภ์แทนว่าผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

1. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงินหรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์
2. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้

6. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับแพทย์

วัตถุประสงค์ของผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรภ์แทนว่าผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

1. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงินหรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์
2. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้

วัตถุประสงค์ของแพทย์นั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรภ์แทนว่าผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

3. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงินหรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์
4. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้

เมื่อได้ทราบถึงวัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งครรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องแล้ว จึงต้องพิจารณาต่อไปว่า วัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งครรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องนั้น

ต้องห้ามโดยชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือเป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือไม่ ดังนี้

โดยมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามโดยชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ"

ดังนั้นจากบทบัญญัติมาตรา 150 ข้างต้น ทำให้สามารถแบ่งพิจารณาวัตถุประสงค์ได้ 3 ประเภท คือ

2.1.1 วัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ตามมาตรา 150 นี้ ต้องเป็นวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 151⁹ ด้วย เช่น สัญญาซื้อขายยาเสพติด, สัญญาจ้างฆ่าคน เป็นต้น เมื่อปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติห้ามโดยตรงมิให้กระทำการใดๆ ที่เกี่ยวกับการตั้งครุฑแทน และกฎหมายเรื่องการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ของไทยมิได้บัญญัติห้ามไม่ให้มีการจ่ายเงินหรือการให้ผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เพื่อตอบแทนการรับบุตรบุญธรรม ดังนั้นสัญญารับตั้งครุฑแทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องจึงมีวัตถุประสงค์ที่ไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย

ส่วนประกาศแพทยสภานั้นเป็นกฎหมายซึ่งเป็นแนวทางปฏิบัติที่เกิดจากการที่แพทยสภาซึ่งเป็นองค์กรตัวแทนผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2511 บริหารโดยคณะกรรมการแพทยสภาโดยมีนายกแพทยสภาหรือเลขาธิการแพทยสภาเป็นผู้ดำเนินการต่างๆ ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ซึ่งการดำเนินการของแพทยสภามีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของประชาชนในเรื่องที่เกี่ยวกับการแพทย์และสาธารณสุข โดยมาตรการหลัก 4 ประการ คือ การควบคุมมาตรฐานวิชาชีพ ควบคุมจริยธรรมวิชาชีพ พัฒนาวิชาชีพและเผยแพร่ความรู้แก่ประชาชน รวมทั้งให้ข้อเสนอแนะต่อรัฐบาล¹⁰ ใช้บังคับกับแพทย์เท่านั้น ไม่มีผลบังคับต่อประชาชนทั่วไป

การตั้งครุฑแทนโดยส่วนใหญ่แล้วจะต้องมีแพทย์เข้ามาเป็นผู้ดำเนินการต่างๆ เพื่อให้เกิดการตั้งครุฑแทนขึ้น และการตั้งครุฑแทนนั้นย่อมมีความเกี่ยวพันกับปัญหาทางจริยธรรม ดังนั้นแพทยสภาซึ่งเป็นองค์กรที่ควบคุมจริยธรรมวิชาชีพของแพทย์ จึงกำหนดมาตรฐาน

⁹ มาตรา 151 บัญญัติว่า "การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ"

¹⁰ <http://www.tmc.or.th/about.php>

ทางจริยธรรมการให้บริการเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพ ตามจริยธรรมวิชาชีพที่ควรจะเป็นและสามารถคุ้มครองผู้รับบริการได้ในขณะเดียวกัน แพทยสภาจึงได้ออกประกาศแพทยสภาเรื่องการให้บริการเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนขึ้น 2 ฉบับ คือ

1. ประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ในปี 2540 ซึ่งประกาศฉบับนี้มีรายละเอียดเกี่ยวกับความหมายของการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และกำหนดว่าผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ตามจะต้องได้รับหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย และ

2. ประกาศแพทยสภาที่ 21/2544 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ในปี 2544 กำหนดมาตรฐานซึ่งเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเพิ่มเติมดังนี้การตั้งครรภ์แทนต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะเป็นการทำสำเนาชีวิต (Human Cloning)

ผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนได้ต่อเมื่อ

- ก. ใช้ตัวอ่อนที่ได้มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคุณสมรส
- ข. ต้องไม่ปรากฏว่ามีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์ และ
- ค. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของคุณสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
- ง. การให้บริการนอกเหนือไปจากมาตรฐานที่กำหนดไว้ข้างต้น ผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ต้องได้รับความเห็นชอบจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย ก่อนการให้บริการทุกครั้ง

ดังนั้นหลักเกณฑ์ 3 หลักเกณฑ์แรกข้างต้น ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่ควรปฏิบัติมิใช่หลักเกณฑ์ที่เป็นข้อบังคับให้ปฏิบัติตามเสมอไป แพทย์สามารถให้บริการที่แตกต่างไปจากหลักการพื้นฐานดังกล่าวได้ หากได้รับความเห็นชอบจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ เช่น เรื่องการใช้ตัวอ่อนที่มีได้มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคุณสมรส การใช้เชื้ออสุจิหรือไข่ที่ได้รับการบริจาคมาใช้ในการปฏิสนธิตัวอ่อนในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถนำเซลล์สืบพันธุ์ของตนเองมาใช้ในการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อน หรือการใช้เชื้ออสุจิของฝ่ายชายที่ต้องการมีบุตรฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือการใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคในกรณีที่แพทย์ไม่สามารถนำเซลล์สืบพันธุ์ของคุณสมรสมาใช้ในการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนได้ เป็นต้น

2.1.2 วัตถุประสงค์เป็นการพันวิสัย ก็คือ วัตถุประสงค์ที่เป็นไปไม่ได้เมื่อคู่กรณีได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์พันวิสัยมาตั้งแต่ขณะทำนิติกรรมแล้ว ก็เท่ากับว่าคู่กรณีตั้งใจมิให้นิติกรรมที่ทำนั้นบังเกิดผลตามกฎหมายเลย กฎหมายจึงไม่อาจบังคับให้ได้ เพราะคู่กรณีมิได้มีเจตนาให้เกิดผลอยู่แล้ว¹¹ การพันวิสัยหรือการไม่มีทางปฏิบัติตามสัญญาได้เช่นนั้นต้องเป็นการพันวิสัยสำหรับทุกคนไม่ใช่แค่เฉพาะผู้ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา คือ ไม่มีทางปฏิบัติตามสัญญาให้สำเร็จได้ ไม่ใช่เพียงแต่เป็นสัญญาที่ปฏิบัติยาก หรือสัญญาที่ปฏิบัติแล้วจะเกิดการเสียเปรียบขึ้นเท่านั้น

วัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งครรรภ์แทนไม่เป็นวัตถุประสงค์ที่เป็นการพันวิสัย เพราะจากที่กล่าวมาข้างต้นการพันวิสัยหมายถึงเรื่องที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ แต่การตั้งครรรภ์แทนนี้สามารถเกิดขึ้นได้ หญิงผู้รับตั้งครรรภ์แทนนั้นสามารถตั้งครรรภ์โดยได้รับการบริการการผสมเทียมจากแพทย์และส่งมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์ได้ แต่ถ้าสัญญาตั้งครรรภ์แทนนี้มีคู่สัญญาฝ่ายรับตั้งครรรภ์แทนเป็นผู้ชายหรือเป็นหญิงที่ไม่มีมดลูกเช่นนี้คงเป็นการพันวิสัย เพราะชายและหญิงที่ไม่มีมดลูกนั้นย่อมไม่สามารถตั้งครรรภ์ได้โดยแน่แท้ ดังนั้นสัญญารับตั้งครรรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องจึงไม่มีวัตถุประสงค์ที่เป็นการพันวิสัย

2.1.3 วัตถุประสงค์เป็นการขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มิได้มีการนิยามหรืออธิบายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลจึงเป็นผู้พิจารณาว่า วัตถุประสงค์ใดขัดหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้อาจแยกออกได้เป็น วัตถุประสงค์ที่เป็นการขัดความสงบเรียบร้อยของประชาชน และวัตถุประสงค์ที่เป็นการขัดศีลธรรมอันดีของประชาชน

1. วัตถุประสงค์เป็นการขัดความสงบเรียบร้อยของประชาชน ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ การที่ประชาชนดำรงชีวิตได้อย่างสงบสุข เมื่อประชาชนสงบสุขสังคมก็จะดำรงอยู่ได้ และเป็นการคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน ซึ่งอาจหมายถึง ข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชนเพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้เพื่อคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง¹² ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹³ ได้แก่

¹¹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 66-67.

¹² จี๊ด เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 16.

¹³ อุกฤษ มงคลนาวิน, "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน," บทบัณฑิตย, เล่ม 32 (มีนาคม 2518): หน้า 16-24.

1. ความสงบเรียบร้อยทางการเมือง การปกครอง เช่น การทำสัญญาตกลง ยกเว้นหรือเปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตย
2. ความสงบเรียบร้อยทางครอบครัว
3. ความสงบเรียบร้อยทางวิชาชีพในวิชาชีพบางประเภท เช่น สัญญาจ้างว่า ความที่ผู้ว่าจ้างตกลงให้ค่าตอบแทนแก่ทนายความเป็นจำนวนร้อยละ 3 ของมูลค่าของทรัพย์สินมรดกหรือจำนวนเงินที่ได้รับ
4. ความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ

2. วัตถุประสงค์ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ หลักจริยธรรม ศีลธรรม วัฒนธรรม ประเพณี ความรู้สึกนึกคิดในแง่ทางจิตใจของประชาชน ส่วนรวม ซึ่งอาจแตกต่างกันไปในแต่ละสังคม แต่ละยุค แต่ละสมัย¹⁴ สิ่งที่สังคมไม่ยอมรับในสมัยหนึ่ง ในอีกสมัยหนึ่งอาจเป็นที่ยอมรับในสังคมเดิมได้ นิติกรรมบางอย่างอาจแยกไม่ออกว่าเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจเข้าทั้งสองกรณีก็ได้

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยส่วนใหญ่แล้ว จะมีความเกี่ยวพันกัน ซึ่งเป็นการยากที่จะแบ่งให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าวัตถุประสงค์ใด ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือวัตถุประสงค์ใดขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยส่วนใหญ่แล้วในการพิจารณาคดีของศาล ศาลจะวินิจฉัยโดยรวมเลยว่า วัตถุประสงค์นั้นๆเป็นวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน

จากการที่ศาลเป็นผู้พิจารณาว่าวัตถุประสงค์ใดขัดหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในประเทศไทยนี้ยังไม่เคยมีคดีใดๆที่มีความเกี่ยวข้องกับการตั้งครุฑแทนขึ้นสู่ศาลเลย ทำให้ยังคงเป็นที่ถกเถียงระหว่างนักกฎหมายด้วยกันว่า วัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งครุฑแทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ จึงสรุปความเห็นของนักกฎหมายได้เป็นสองความเห็นด้วยกัน คือ

¹⁴ จิต เศรษฐบุตร, คำอธิบายหลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 17.

ฝ่ายแรก¹⁵ เห็นว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนมีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะเท่ากับว่าเป็นการซื้อขายแลกเปลี่ยนเด็ก เป็นการเช่ามดลูกและเนื้อตัวร่างกายของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นแม่ลดลงเหลือแค่ความเป็นโรงงานผลิตมนุษย์ ซึ่งยังคงเป็นปัญหาทั้งด้านกฎหมาย ด้านจริยธรรม ด้านสังคม จึงไม่สามารถบังคับใช้สัญญาับตั้งครรภ์แทนได้ สัญญาเป็นโมฆะ

ฝ่ายที่สอง¹⁶ เห็นว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนนั้นมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะไม่ถือเป็นสัญญาซื้อขายแลกเปลี่ยนเด็กโดยแท้ เพราะผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมีส่วนได้ส่วนเสียกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เช่น มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก หรือเป็นเจ้าของเชื้อที่ใช้ในการผสมเทียม และยังมีเรื่องสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เช่น สิทธิในการสืบพันธุ์ (Procreative Rights) ทัศนภาพของบุคคล (Personal Autonomy) และสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) และเห็นว่าคนที่มีร่างกายพร้อมเขาก็ควรรับจ้างตั้งครรภ์ได้ เพื่อให้คนที่อยากมีบุตรได้สมหวัง และให้พ่อแม่เจ้าของเชื้อเป็นพ่อแม่ที่ถูกต้อง จะได้ไม่ส่งผลเสียทั้งในเรื่องของการรับมรดกหรือการเบิกค่าใช้จ่ายให้ลูกในกรณีที่พ่อแม่เป็นข้าราชการ¹⁷ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ สัญญาับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ไม่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาดังกล่าวนี้เป็นไปเพื่อช่วยเหลือคู่สมรสที่มีบุตรยากให้มีบุตรไว้สืบสกุลโดยที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นแต่เพียงผู้ให้การเลี้ยงดูทารกในครรภ์ให้เจริญเติบโตเท่านั้น ซึ่งเปรียบเหมือนการรับเลี้ยงดูเด็กตามธรรมดาทั่วไป ดังนั้นสัญญาับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสัญญาที่สมบูรณ์และบังคับได้ตามกฎหมาย¹⁸

ส่วนตัวผู้เขียนเองมีความเห็นว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนนี้มีวัตถุประสงค์ที่มีทั้งขัดและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งขึ้นอยู่กับประเภทของการ

¹⁵ วิชา มหาคุณ, "จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่," วารสารกฎหมาย ปีที่ 15 (1 ธันวาคม 2537): หน้า 17-18.

¹⁶ ประสพสุข บุญเดช, "มารดารับจ้างตั้งครรภ์," อุลพาณ ฉบับที่ 35 (1 มกราคม 2531): หน้า 40.

¹⁷ เกาะติดกฎหมาย 'อุ้มบุญ' สู้ใครจะได้เป็นแม่, Woman plus Vol.7 No.333 (21-27 Apr 2006)

¹⁸ สหทยา สุนทรเกตุ, "ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 118-119.

ตั้งครรภ์แทน และคุณลักษณะของคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้อง
ดังต่อไปนี้

ประเภทของการตั้งครรภ์แทนดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นในบทที่ 2 คือ การรับตั้งครรภ์
แทนโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination Surrogacy) และการรับตั้งครรภ์แทนโดยการ
ปฏิสนธินอกร่างกาย (In Vitro Fertilization Surrogacy) ซึ่งส่วนใหญ่แล้วการตั้งครรภ์แทนทั้งสอง
ประเภทจะใช้เชื้ออสุจิและไข่ของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน หรืออย่างน้อยก็ใช้เชื้ออสุจิหรือไข่ของผู้ขอให้
ตั้งครรภ์แทนอย่างใดอย่างหนึ่งในการผสมเทียม เพื่อให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีความ
เกี่ยวข้องทางพันธุกรรมอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน (พ่อหรือแม่ที่ต้องการ
เด็ก) ซึ่งความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมระหว่างเด็กกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้นย่อมเป็นเหตุผลและ
จุดมุ่งหมายของการตั้งครรภ์แทน การตั้งครรภ์ประเภทดังกล่าวจึงมีเหตุผลที่สมควรที่ให้กระทำได้
จึงไม่น่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่การตั้งครรภ์แทนก็สามารถ
เกิดขึ้นได้โดยใช้เชื้ออสุจิและไข่ที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนไม่ได้เป็นเจ้าของ เด็กที่เกิดมานั้นย่อมไม่มี
ความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมใดๆกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเลย การตั้งครรภ์แทนเช่นนี้จึงไม่เกิด
ประโยชน์สมจุดมุ่งหมายที่ควรจะเป็นของการตั้งครรภ์แทน ซึ่งไม่ต่างจากการรับบุตรบุญธรรม
ทั่วไป จึงอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีเหตุผลอันสมควรเพราะเด็กที่เกิดมาไม่มี
ความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมใดๆกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน และทำให้เกิดผลกระทบต่อสังคม
มากกว่าประโยชน์ที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้รับ ดังนั้นจึงอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม
อันดีของประชาชนได้

คุณลักษณะของคู่สัญญาตั้งครรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้อง ในปัจจุบันยังไม่มี
กฎหมายกำหนดคุณลักษณะของคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องไว้ ทั้งไม่
มีการกำหนดอายุขั้นต่ำในการเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทน แต่หากลองพิจารณาจาก
มาตรา 1448 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า "การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและ
หญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว" จะเห็นได้ว่ากฎหมายยอมให้แต่งงานกันได้ตอนอายุ 17 ปี ซึ่ง
การแต่งงานนั้นเป็นที่มาของความเป็นบิดามารดา และการตั้งครรภ์ ดังนั้นคู่สัญญาในสัญญารับ
ตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนถ้ามีอายุต่ำกว่า 17 ปี น่าจะ
ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ถ้าหากลองพิจารณาในมุมเรื่อง
ความสามารถของคู่สัญญาแล้ว แม้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนจะมีอายุ 17 ปี ซึ่ง
ยังคงถือเป็นผู้เยาว์ สัญญารับตั้งครรภ์แทนอาจไม่สมบูรณ์ได้ ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดต่อไป

1. ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน ได้แก่

- ก. คู่สมรส หมายถึง สามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งยังสามารถแบ่งออกเป็น
1. คู่สมรสที่ภรรยาสามารถมีบุตรได้แต่ไม่ต้องการตั้งครรรภ์ด้วยตนเอง ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดๆก็ตาม เช่น ไม่ต้องการตั้งครรรภ์เพราะไม่ยากให้รูปร่างของตนเปลี่ยนแปลงไปหรือกลัวทนความเจ็บปวดไม่ไหว ถือได้ว่าไม่มีเหตุผลอันเพียงพอในการเป็นผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน แต่จะเป็นลักษณะที่ไม่ต้องการให้เป็นไปตามขั้นตอนธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งอาจทำให้ค่านิยมของการมีบุตรผิดแปลกแตกต่างไปจากเดิม ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งมีโทษในเชิงสังคมมากกว่าผลดี จึงน่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
 2. คู่สมรสที่ภรรยาไม่สามารถมีบุตรได้ตามธรรมชาติ เพราะปัญหาด้านสุขภาพหรือความผิดปกติของภรรยา หมายถึง หากภรรยาตั้งครรรภ์ด้วยตนเองอาจจะเกิดอันตรายต่อตัวภรรยาเองได้ เช่น ภรรยาเป็นโรคหัวใจ โรคไต โรคตับ โรคที่เกี่ยวกับต่อมไร้ท่อ หรือในอีกกรณีหนึ่งคือ สภาพร่างกายของภรรยาไม่สามารถตั้งครรรภ์ด้วยตนเองได้ เช่น ภรรยาไม่มีหรือมีความบกพร่องที่มดลูก ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าการตั้งครรรภ์แทนเป็นวิธีการสุดท้ายที่ทำให้คู่สมรสสามารถมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับคู่สมรสทั้งสองฝ่ายหรือกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ การตั้งครรรภ์แทนลักษณะนี้จึงมีเหตุอันสมควรในการเป็นผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนได้ แต่ยังคงต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าคู่สมรสทั้งสามีและภรรยาหรือไม่ ที่จะต้องเป็นคู่สัญญาฝ่ายผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน
 1. ทั้งสามีและภรรยา เป็นกรณีที่มีความเหมาะสมที่สุดในการเป็นคู่สัญญาฝ่ายผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน เพราะแสดงว่าทั้งคู่ต้องการมีบุตร และทั้งการมีบุตรโดยปกติแล้วเกิดจากความต้องการของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย
 2. สามีหรือภรรยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ในกรณีนี้อาจมีปัญหาที่อาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะสามีและภรรยาต้องใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน แต่การที่ฝ่ายหนึ่งต้องการมีบุตรแต่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ต้องการมีบุตร ความเห็นที่แตกต่างขัดแย้งกันนี้ย่อมอาจทำให้เกิดปัญหาครอบครัวตามมาได้และไม่เป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็กที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ดังนั้นในกรณีนี้

ควรได้รับความเห็นชอบ หรือได้รับความยินยอมที่เป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้
สมรสอีกฝ่ายหนึ่งก่อน

ข. ชายโสด หญิงโสด ผู้รักเพศเดียวกัน ในกรณีนี้ยังไม่มีเหตุอันสมควรที่จะเป็นผู้ขอให้
ตั้งครรภ์แทนได้เพราะเป็นสิ่งที่ผิดไปจากธรรมชาติมากเกินไป ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อ
สังคม และยิ่งไปกว่านั้นผลกระทบต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งเด็ก
ต้องการทั้งบิดามารดา มิใช่เพียงบิดาหรือมารดาเพียงคนใดคนหนึ่งและต้องเป็นบิดา
มารดาตามปกติทั่วไป มิใช่บิดามารดาที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งการที่มีบิดามารดาเพศ
เดียวกันนี้อาจทำให้เด็กเกิดความสับสนและทำให้เด็กมองชีวิตคู่ต่างจากคนปกติทั่วไป
ได้ จึงอาจจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้

2. ผู้รับตั้งครรภ์แทน สามารถแบ่งประเภทได้โดยพิจารณาจากสถานภาพการสมรสและการที่เคย
ตั้งครรภ์และคลอดเด็กหรือไม่

1. หญิงโสด

2. หญิงที่มีสามี หมายถึง หญิงที่จดทะเบียนสมรสกับชายโดยชอบด้วย
กฎหมาย สมควรต้องได้รับความยินยอมจากสามีเป็นลายลักษณ์อักษรก่อน
เพราะการตั้งครรภ์แทนนี้ย่อมมีผลกระทบต่อผู้รับตั้งครรภ์และครอบครัวของ
ผู้รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นระหว่างสามีและภรรยาได้

กรณีของผู้รับตั้งครรภ์แทนนี้ ผู้เขียนเห็นว่าไม่ว่าหญิงโสดหรือหญิงที่มีสามีซึ่งผ่านการ
ตั้งครรภ์และการคลอดเด็กแล้วหรือไม่ก็ตาม ก็ล้วนสามารถเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนได้โดยไม่
ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหากหญิงนั้นมีสุขภาพร่างกายที่
สมบูรณ์แข็งแรงไม่มีโรคภัยไข้เจ็บ อยู่ในวัยที่พร้อมและสามารถตั้งครรภ์ได้ แต่ทั้งนี้หญิง
ผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นควรบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่ในความเห็นของผู้เขียน ผู้รับตั้งครรภ์แทน
นั้นควรผ่านการตั้งครรภ์มาแล้ว เพราะผู้ที่ผ่านการตั้งครรภ์มาแล้วจะทราบถึงลักษณะและ
ความรู้สึกของตนตอนตั้งครรภ์และหลังคลอดว่ามีผลเช่นไรบ้าง ซึ่งสามารถใช้ลักษณะและ
ความรู้สึกเหล่านั้นมาช่วยในการพิจารณาว่าตนสมควรเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนหรือไม่

3. ผู้จัดการตั้งครรภ์แทน พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของผู้จัดการตั้งครรภ์แทน แบ่งได้เป็น

1. วัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือผู้ที่ต้องการมีบุตร

ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าถ้าผู้จัดการตั้งครรภ์แทนมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือผู้ที่ต้องการมีบุตร แม้จะมีการการเก็บเป็นค่าธรรมเนียมเพื่อใช้ชำระค่าใช้จ่ายต่างๆ ของผู้จัดการตั้งครรภ์แทน ทำให้ผู้จัดการตั้งครรภ์สามารถดำรงชีพอยู่ได้ ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนประเภทนี้ย่อมไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

2. วัตถุประสงค์เพื่อผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ในกรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะการที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนเป็นบุคคลภายนอกที่มีได้มีส่วนได้เสียโดยตรงกับการตั้งครรภ์แทน ทำให้ถูกมองได้ว่าเป็นคนกลางที่ต้องการเงินหรือผลตอบแทนอื่นใดจากการใช้ความสามารถในการสืบพันธุ์ของเพศหญิง เป็นนายหน้าในการเข้ามดลูกและเนื้อตัวร่างกายของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นแม่ลดลงเหลือแค่ความเป็นโรงงานผลิตมนุษย์ได้

2.2 แบบของสัญญา

โดยปกติการแสดงเจตนาทำสัญญา อาจทำได้โดยวิธีการที่ผู้แสดงเจตนาต้องการ เช่น อาจแสดงโดยวาจา หรืออาจทำเป็นหนังสือ ก็ทำให้สัญญาดังกล่าวสมบูรณ์ได้ แต่ถ้ามีกฎหมายกำหนดวิธีในการแสดงเจตนาไว้ เช่น ต้องทำเป็นหนังสือ ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ต้องมีรายการหรือข้อความตามที่กฎหมายบังคับไว้ให้มีหรือให้เขียนไว้ ผู้แสดงเจตนาต้องปฏิบัติตามวิธีการดังกล่าวตามที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นสัญญาดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152¹⁹

เรื่องการรับตั้งครรภ์แทนนี้มีได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดเรื่องแบบไว้ ดังนั้นการแสดงเจตนาจึงเป็นไปตามการแสดงเจตนาทั่วไปคือ ย่อมแล้วแต่คู่สัญญาว่าคู่สัญญาตกลงกันที่จะแสดงเจตนาในลักษณะใด อาจแสดงเพียงวาจา หรือทำเป็นหนังสือก็ย่อมได้

2.3 ความสามารถในการทำสัญญา

โดยปกติทั่วไปบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) แต่บุคคลที่มีสิทธิเสรีภาพโดยสมบูรณ์ได้นั้นต้องเป็นบุคคลที่มี

¹⁹ มาตรา 152 บัญญัติว่า "การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ"

ความสามารถ มีความคิด มีสติ มีความปกติทางด้านต่างๆ เพียงพอในการตัดสินใจหรือกระทำการใดๆของตนเอง เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์และรู้ถึงผลที่เกิดจากการกระทำของตนเอง ดังนั้นกฎหมายจึงเข้ามาเพื่อรักษาผลประโยชน์ของบุคคลที่มีความสามารถ มีความคิด มีสติ มีความปกติทางด้านต่างๆ ไม่เพียงพอ หรืออาจเรียกว่า บุคคลหย่อนความสามารถ ซึ่งได้แก่ ผู้เยาว์ คนวิกลจริต คนที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ คนที่ศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ

1. ผู้เยาว์ คือ บุคคลซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะเป็นบุคคลที่ อ่อนทั้งอายุ อ่อนทั้งประสบการณ์ และอาจยังไม่สามารถควบคุมอารมณ์และจิตใจของตนเองได้ จึงทำให้มีความสามารถในการจัดการกิจการและทรัพย์สินไม่เพียงพอ ดังนั้น กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองจนกว่าผู้เยาว์นั้นจะบรรลุนิติภาวะ การทำนิติกรรมของผู้เยาว์จึงต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน หากผู้เยาว์ได้ทำนิติกรรมโดยปราศจากความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมนิติกรรมดังกล่าวย่อมเป็นโมฆียะ เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ได้แก่ การทำนิติกรรมของผู้เยาว์ ที่ผู้เยาว์สามารถทำนิติกรรมได้เอง โดยมีต้องได้รับคำยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน ตามมาตรา 22-25 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การที่ผู้เยาว์จะเข้าเป็นคู่สัญญา ทั้งในฐานะผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน หรือผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องพิจารณาว่าการตั้งครรภ์แทนนั้น เป็นนิติกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้เอง โดยมีต้องได้รับคำยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน ตามมาตรา 22-24 หรือไม่

1. นิติกรรมที่ทำให้ผู้เยาว์ได้สิทธิหรือหลุดพ้นจากหน้าที่ตามมาตรา 22 เช่น รับการให้โดยเสน่หา รับการปลดหนี้จากเจ้าหนี้ เป็นต้น แต่การที่ผู้เยาว์เข้าเป็นคู่สัญญาทั้งในฐานะผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือผู้รับตั้งครรภ์แทนมิได้เป็นการได้สิทธิหรือหลุดพ้นจากหน้าที่ มิได้เป็นสัญญาที่ผู้เยาว์มีแต่ได้ไม่มีเสีย²⁰
2. การที่ผู้เยาว์ต้องทำอะไรเฉพาะตัว โดยความคิดและการตัดสินใจของตนเองตามมาตรา 23 คือ ต้องทำอะไร มอบอำนาจให้คนอื่นทำแทนไม่ได้ เช่น จดทะเบียนรับรองบุตร²¹ แต่การที่ผู้เยาว์เข้าเป็นคู่สัญญาทั้งในฐานะผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่เป็นการที่

²⁰ คณันท์กรณ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 52.

²¹ <http://www.arjarnsomchai.com/webboard/show.php?Category=news1&No=382> ตอบโดย อาจารย์สมชาย พงษ์พัฒนาศิลป์

ผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัวเพราะสามารถมอบอำนาจให้คนอื่นทำแทนได้

3. นิติกรรมที่สมแก่ฐานานุกรมและการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควรตามมาตรา 24 เช่น การซื้ออาหาร เครื่องดื่ม ของใช้ประจำวัน แต่การที่ผู้เยาว์เข้าเป็นคู่สัญญาทั้งในฐานะผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนหรือผู้รับตั้งครรรค์แทนไม่เป็นการสมแก่ฐานานุกรมและการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควรตาม

ดังนั้นการที่ผู้เยาว์จะเข้าเป็นคู่สัญญาทั้งในฐานะผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนหรือผู้รับตั้งครรรค์แทนจึงต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน มิฉะนั้นสัญญาจะตกเป็นโมฆียะ

2. คนวิกลจริต คือ บุคคลที่มีจิตผิดปกติ สมองพิการ จิตใจไม่ปกติ ปราศจากความรู้ผิดชอบ ซึ่งศาลยังไม่ได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ และสามารถทำนิติกรรมได้เองโดยนิติกรรมที่ได้ทำขึ้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เว้นแต่คนวิกลจริตได้ทำนิติกรรมในขณะที่วิกลจริตอยู่ และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้ว่าผู้ทำนิติกรรมเป็นคนวิกลจริต ผลของนิติกรรมนั้นจะตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 30 ดังนั้นคนวิกลจริตจึงสามารถเป็นคู่สัญญาได้ทั้งในฐานะผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนหรือผู้รับตั้งครรรค์แทนได้และสัญญามีผลสมบูรณ์ในเรื่องความสามารถเว้นแต่คนวิกลจริตได้เข้าทำสัญญาในขณะที่วิกลจริตอยู่ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้ว่าคู่สัญญาเป็นคนวิกลจริตซึ่งจะทำให้สัญญาดังกล่าวมีผลเป็นโมฆียะ

3. คนไร้ความสามารถ คือ คนวิกลจริตที่ศาลได้มีคำสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถให้อยู่ในความอนุบาลของผู้อนุบาลตามมาตรา 28 คนไร้ความสามารถ ไม่ว่าจะกระทำการใด การนั้นเป็นโมฆียะ ตามมาตรา 29 แสดงว่าคนไร้ความสามารถไม่สามารถจัดการสิ่งใด ๆ ได้ด้วยตนเอง ต้องอาศัยผู้อนุบาลเป็นผู้ทำแทน ซึ่งรวมทั้งการทำสัญญาตั้งครรรค์แทน เช่นกัน

4. คนเสมือนไร้ความสามารถ คือ บุคคลที่ไม่สามารถจัดการงานของตนเองหรือถ้าจัดกิจการไป อาจจะเป็นการเสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัว เพราะกายพิการ จิตฟั่นเฟือน ไม่สมประกอบ หรือมีความประพฤตีสุรุ่ยสุร่ายเสเพลเป็นอาชญา หรือเป็นคนติดสุรายาเมา และบุคคลนั้นถูกศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ ให้อยู่ในความพิทักษ์ของผู้พิทักษ์ตามมาตรา 32

โดยปกติแล้วคนเสมือนไร้ความสามารถ สามารถทำนิติกรรมต่าง ๆ ได้เอง เว้นแต่
นิติกรรมบางประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 34 ต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ก่อน
มิฉะนั้นนิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ ได้แก่

1. นำทรัพย์สินไปลงทุน
2. รับคืนทรัพย์สินที่ไปลงทุน ต้นเงินหรือทุนอย่างอื่น
3. กู้ยืมหรือให้กู้ยืมเงิน ยืมหรือให้ยืมสังหาริมทรัพย์อันมีค่า
4. รับประกันโดยประการใดๆ อันมีผลให้ตนต้องถูกบังคับชำระหนี้
5. เช่าหรือให้เช่าสังหาริมทรัพย์ที่กำหนดระยะเวลาเกินกว่าหกเดือน
หรืออสังหาริมทรัพย์ที่กำหนดระยะเวลาเกินกว่าสามปี
6. ให้โดยเสนาหา เว้นแต่การให้ที่พอควรแก่ฐานะานุรูป เพื่อการกุศล การ
สังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา
7. รับการให้โดยเสนาหาที่มีเงื่อนไขหรือค่าภาระติดพัน หรือไม่รับการให้
โดยเสนาหา
8. ทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อจะได้มาหรือปล่อยไปซึ่งสิทธิใน
อสังหาริมทรัพย์หรือในสังหาริมทรัพย์อันมีค่า
9. ก่อสร้างหรือดัดแปลงโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น หรือ
ซ่อมแซมอย่างใหญ่
10. เสนอคดีต่อศาลหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ เว้นแต่การร้องขอ
ตามมาตรา 35 หรือการร้องขอถอนผู้พิทักษ์
11. ประนีประนอมยอมความหรือมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการ
วินิจฉัย

เมื่อพิจารณาจากทั้ง 11 ข้อข้างต้นแล้วคนเสมือนไร้ความสามารถสามารถเข้า
เป็นคู่สัญญาในสัญญารับตั้งกรรมแทนได้โดยมิต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ก่อน

ความสามารถในการทำสัญญาของคู่สัญญารับตั้งกรรมแทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องยังคง
ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์เรื่องความสามารถทั่วไป เพราะกฎหมายยังมิได้มีการกำหนดอายุ
หรือคุณลักษณะของบุคคลที่เป็นคู่สัญญาในสัญญารับตั้งกรรมแทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องไว้แต่
อย่างไร ซึ่งไม่เพียงพอต่อการป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้น เช่น

ในกรณีของผู้เยาว์หากผู้เยาว์ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมให้เข้าทำสัญญา
รับตั้งกรรมแทน ปัญหาที่อาจตามมา ได้แก่

1. ผู้เยาว์มีวุฒิภาวะเพียงพอต่อการดูแลครรภ์หรือไม่
2. ความเจริญเติบโตทางร่างกายของผู้เยาว์เพียงพอหรือไม่ในการเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน
3. เมื่อผู้เยาว์คลอดเด็กแล้ว ผู้เยาว์ยังคงไม่บรรลุนิติภาวะผู้เยาว์จะให้ความยินยอมในการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้หรือไม่

ในกรณีของคนวิกลจริตซึ่งหากเข้าทำสัญญาในขณะที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่รู้ว่าเป็นคนวิกลจริต หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ ปัญหาที่อาจตามมา ได้แก่

1. ความเหมาะสมในการเป็นคู่สัญญา คนวิกลจริตหรือคนเสมือนไร้ความสามารถจะสามารถดูแลครรภ์ที่ตนรับตั้งครรภ์แทน หรือ เด็กที่เกิดจากการที่ตนขอให้ตั้งครรภ์แทนได้หรือไม่ เพราะคนวิกลจริตหรือคนเสมือนไร้ความสามารถยังดูแลตนเองไม่ได้ดี
2. ถ้าคนวิกลจริตรับตั้งครรภ์แทนแล้วคลอดเด็กออกมาจะมีปัญหาในการความยินยอมในการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้หรือไม่

จากตัวอย่างปัญหาข้างต้นสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาประเภทที่ต้องอาศัยคุณลักษณะเฉพาะตัวของคู่สัญญาเป็นสำคัญมิใช่สัญญาที่จะส่งผลในเชิงทรัพย์สินจึงไม่สมควรที่จะใช้หลักเกณฑ์เรื่องความสามารถทั่วไปในการพิจารณา ดังนั้นจึงควรกำหนดอายุหรือคุณลักษณะของบุคคลที่เป็นคู่สัญญาต่างๆไว้ให้ชัดเจน ผู้เขียนจะเสนอไว้ในบทสรุปและเสนอแนะต่อไป

3. ความเป็นผลแห่งสัญญา

เมื่อเกิดสัญญาขึ้นและสัญญานั้นเป็นสัญญาที่มีความสมบูรณ์ ความผูกพันหรือความเป็นผลแห่งสัญญานั้นย่อมเกิดขึ้นทันที เป็นเหตุให้คู่สัญญามีนิติสัมพันธ์ มีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน สัญญาจึงเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ สัญญาจึงมีผลผูกพันและก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิระหว่างคู่สัญญา ผลของสัญญาย่อมเป็นไปตามข้อตกลงที่คู่สัญญาตกลงกันในสัญญา เช่น ผลทางหนี้ คือ การก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง โอนสิทธิเรียกร้อง ความผูกพันที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติชำระหนี้ต่อกัน ผลทางทรัพย์สิน คือ การก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง โอนสิทธิในทรัพย์สิน และถ้าในสัญญาคู่สัญญามีข้อตกลงกันในเรื่องบางเรื่อง กฎหมายจะเข้ามาเป็นส่วนเติมเต็มให้สัญญาที่มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น เช่น ถ้ามิได้มีการตกลงในเรื่องกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินให้โอนไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อใด จึงต้องอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายนั้น ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อ ตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญาซื้อขาย

กันตามมาตรา 458 และถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ของตนไม่ทำตามข้อตกลงในสัญญา แต่เนื่องจากสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงในสัญญามีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาจึงเป็นบุคคลสิทธิ และการที่คู่สัญญาจะเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้หรือปฏิบัติตามสัญญาได้นั้นต้องใช้สิทธิโดยอาศัยอำนาจของรัฐ ซึ่งกล่าวคือ ต้องกระทำโดยการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คู่สัญญาไม่สามารถที่จะไปบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สินได้ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นไม่ยินยอมผลของสัญญาที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นนี้จึงรวมถึงสัญญารับตั้งครุฑแทนและสัญญาที่เกี่ยวข้อง เช่นกัน

แต่หากสัญญารับตั้งครุฑแทนเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะส่งผลให้สัญญารับตั้งครุฑแทนเป็นโมฆะ ซึ่งจะมีผล คือ สัญญารับตั้งครุฑแทนจะไม่เกิดผลทางกฎหมายใดๆ ไม่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่แต่อย่างใด ในทางกฎหมายทุกอย่างยังคงอยู่ในสภาพเช่นเดียวกับสภาพก่อนทำสัญญา²² ผลของสัญญารับตั้งครุฑแทนที่เป็นโมฆะมีผลตาม มาตรา 172²³ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ โมฆะกรรมนั้นไม่อาจให้สัตยาบันได้ และผู้มีส่วนได้เสียจะยกความเสียหายแก่แห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างได้ ผู้มีส่วนได้เสีย เช่น ผู้ขอให้ตั้งครุฑแทน ผู้รับตั้งครุฑแทน หรือบุคคลที่จะได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์จากสัญญารับตั้งครุฑแทนที่เป็นโมฆะ และถ้ามีการชำระเงินหรือให้ผลประโยชน์อื่นใดต่อกันจะต้องคืนทรัพย์สินที่ได้รับมาในฐานะลามมิควรรได้

4. การแก้ไขสัญญา

การแก้ไขสัญญานั้นโดยปกติคู่สัญญาจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงกันได้โดยการตกลงระหว่างคู่สัญญากันเองว่าให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงในเรื่องใดและเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยอมรับในสัญญาข้อใหม่ที่แก้ไข การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาก็จะเป็นผล ถ้าไม่ได้เกิดจากการตกลงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายการแก้ไขสัญญาอาจเกิดจากการกำหนดสิทธิการแก้ไขสัญญาไว้ในสัญญาซึ่งอาจเป็นการกำหนดสิทธิการแก้ไขสัญญาแก่คู่สัญญาฝ่ายเดียวได้

²² ศนันท์กรณธ์ โสคติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 149.

²³ มาตรา 172 บัญญัติว่า "โมฆะกรรมนั้นไม่อาจให้สัตยาบันแก่กันได้ และผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะยกความเสียหายแก่แห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างก็ได้"

ถ้าจะต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรม ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลามมิควรรได้แห่งประมวลกฎหมายนี้มาใช้บังคับ"

กรณีการแก้ไขสัญญาที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดให้ทำตามแบบ หลังจากที่คุณสัญญาได้ตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือใช้สิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวแล้วมีปัญหว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญานั้นต้องทำตามแบบที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดตามสัญญาก่อนที่จะได้รับการแก้ไขหรือไม่ และผลที่เกิดจากการไม่ทำตามแบบหลังจากแก้ไขสัญญาเป็นเช่นไรสัญญาที่ถูกแก้ไขจะเป็นโมฆะหรือไม่ ถ้าผลเป็นโมฆะสัญญาทั้งฉบับจะเป็นโมฆะหรือจะโมฆะเฉพาะส่วนที่ได้แก้ไข ซึ่งแบ่งความเห็นได้เป็น 2 ความเห็น คือ

1. ฝ่ายแรก²⁴ เห็นว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาต้องทำตามแบบเช่นเดียวกับสัญญาเดิม มิฉะนั้นแล้วส่วนที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงจะตกเป็นโมฆะ แต่ส่วนสัญญาเดิมยังคงสมบูรณ์ต่อไป อันเป็นความเห็นของท่านศาสตราจารย์จิติ ติงศภทิพย์ ตามหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1192/2518 ตอนที่ 9 หน้า 1086 และท่านรองศาสตราจารย์ ดร.ศันท์ภรณ์ โสติพันธ์
2. ฝ่ายที่สอง²⁵ เห็นว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาไม่ต้องทำตามแบบเช่นเดียวกับสัญญาเดิม

เมื่อสัญญารับตั้งครุภัณฑ์และสัญญาที่เกี่ยวข้องมิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดให้ทำตามแบบไว้ ปัญหาเรื่องการแก้ไขสัญญาว่าต้องทำตามแบบหรือไม่นั้นจึงไม่เกิดปัญหาขึ้น แต่จากที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่าสัญญารับตั้งครุภัณฑ์ เป็นสัญญาที่ใช้ระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญา กว่าที่สัญญาจะบรรลุผล ระหว่างระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญานั้น อาจเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาขึ้นได้ ระยะเวลาอาจทำให้คู่สัญญาเปลี่ยนใจ อาจเป็นเพราะ สถานการณ์แวดล้อมต่างๆที่เกิดขึ้น เช่น เกิดการหย่าร้างกันระหว่างคู่สามีภรรยา เกิดการเจ็บป่วยขึ้น เกิดการตาย หรือแม้กระทั่งการแต่งงานของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ปัญหาทุกอย่างอาจหาทางออกได้โดยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา ซึ่งจากที่ได้กล่าวมาข้างต้นอาจทำให้เห็นได้ว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญานั้นสามารถกระทำได้เพียงแต่คู่สัญญาตกลงกันที่จะแก้ไข เช่น การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา การเปลี่ยนแปลงคำตอบแทนต่างๆ การเปลี่ยนแปลงภาระหน้าที่ต่างๆ ที่กำหนดไว้ในสัญญา การเปลี่ยนแปลงต่างๆย่อมสามารถกระทำได้ แต่หากเป็นการเปลี่ยนแปลงในกรณีที่เกิดผลกระทบต่อเด็กที่อยู่ในครรภ์ของผู้รับตั้งครุภัณฑ์หลังจากที่แพทย์ทำการผสม

²⁴ ศันท์ภรณ์ โสติพันธ์, คำอธิบายเข่าทรัพย์-เข่าชื่อ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), หน้า 177-178.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 177.

เทียบให้แก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์ขึ้น เช่น การให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนหยุดการตั้งครรภ์ก่อนแล้วค่อยกลับมาตั้งครรภ์ใหม่เมื่อผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมีความพร้อม การตกลงเปลี่ยนตัวผู้รับตั้งครรภ์แทน เมื่อตกลงเปลี่ยนผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นคนใหม่แล้ว ผู้รับตั้งครรภ์แทนคนแรกจึงหมดหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาในการตั้งครรภ์ต่อไป จึงอาจมีปัญหาเรื่องเกิดการทำให้แท้งลูกขึ้นตามมาได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301-305 ได้ ซึ่งการทำให้แท้งลูกเป็นความผิดอาญา จึงไม่สามารถตกลงให้ทำลายเด็กในครรภ์ของผู้รับตั้งครรภ์แทนได้

จากการพิจารณาแล้วเห็นได้ว่าคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทนสามารถแก้ไขสัญญาได้ ไม่ว่าจะก่อนการผสมเทียม หลังการผสมเทียม หรือแม้แต่หลังจากผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ตั้งครรภ์แล้ว แต่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่ใช่ทรัพย์สิน แต่เป็นมนุษย์ที่มีชีวิต จิตใจ สัญญารับตั้งครรภ์แทนมิใช่สัญญาที่จะส่งผลในเชิงทรัพย์สินจึงไม่สมควรที่จะใช้หลักเกณฑ์เรื่องการแก้ไขสัญญาทั่วไปในการพิจารณา ดังนั้นจึงควรกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการแก้ไขสัญญาไว้โดยเฉพาะ ผู้เขียนจะเสนอไว้ในบทสรุปและเสนอแนะต่อไป

5. การผิดสัญญา

เมื่อสัญญาที่สมบูรณ์เกิดขึ้น สัญญานั้นจะมีผลผูกพันต่อคู่สัญญา คู่สัญญาจึงต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญา แต่ถ้าคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นๆ กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นเลย หรือเป็นการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้องตรงตามสัญญา ถือเป็น การผิดสัญญา การผิดสัญญานี้ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญามีสิทธิบังคับตามสัญญาและเรียกค่าเสียหายหรือบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้

สัญญารับตั้งครรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องนี้ เป็นสัญญาที่มีช่วงระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาที่ยาวนาน ทั้งขั้นตอนและกระบวนการมีความสลับซับซ้อน และผลที่ได้จากการทำสัญญานั้นอาจไม่เป็นไปตามเจตนาหรือความต้องการของคู่สัญญาได้ เพราะขณะที่ทำสัญญากันนั้นเกิดก่อนที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์ขึ้น จึงไม่สามารถทราบล่วงหน้าได้ว่าเด็กจะมีความพิการทางร่างกายหรือพิการทางสมองหรือไม่ ถ้าเด็กคลอดออกมาแล้วปรากฏว่าเด็กมีความพิการ ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนอาจปฏิเสธที่จะปกครองเด็กได้ หรือในกรณีที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนมีความรู้สึกผูกพันกับเด็กที่ตนคลอด ผู้รับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ส่งมอบเด็ก หรือแม้กระทั่งการเกิดการเปลี่ยนแปลงต่างขึ้นกับคู่สัญญาระหว่างระยะเวลาที่ปฏิบัติตามสัญญา เช่น คู่สัญญาเสียชีวิต เมื่อมีการผิดสัญญาขึ้นมาจึงต้องมีการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาขึ้น ปัญหาที่ตามมาคือ การบังคับใช้สัญญานั้นสามารถใช้บังคับได้หรือไม่ หรือได้มากน้อยเพียงไร

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นในบทที่ 2 เรื่องหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรรค์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องเนื่อง ถ้าคู่สัญญาในสัญญาต่างๆไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามที่ตนได้ตกลงไว้ในสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ปฏิบัติตามสัญญา ปฏิบัติตามสัญญาได้ถ้าสภาพแห่งหนั้นนั้นเปิดช่องให้บังคับได้ ถ้าสภาพแห่งหนั้นนั้นไม่เปิดช่องให้บังคับได้และการที่มีได้ปฏิบัติตามสัญญานั้นทำให้เกิดความเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายอาจฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ ตามมาตรา 213²⁶

5.1 การบังคับสัญญารับตั้งครรรค์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้อง

1. การบังคับสัญญารับตั้งครรรค์แทน

1.1 ผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนผิดสัญญา

ผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนไม่ปฏิบัติตามสัญญา ไม่นำตัวอ่อนที่ได้รับจากการผสมเทียมหรือเชื้ออสุจิให้แพทย์เพื่อเคลื่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิงผู้รับตั้งครรรค์แทน ไม่รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายในการรับตั้งครรรค์ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับตัวของหญิงรับตั้งครรรค์แทนและเด็กที่อยู่ในครรรค์ ค่าตอบแทนอื่นแก่หญิงผู้รับตั้งครรรค์แทนในกรณีที่มีการกำหนดค่าตอบแทน ไม่รับเลี้ยงเด็กที่หญิงรับตั้งครรรค์แทนได้คลอดโดยการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

ผู้รับตั้งครรรค์แทนสามารถฟ้องเรียกสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายจากการผิดสัญญาต่อศาลให้ศาลบังคับเอาแก่ผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนได้ เช่น ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับตัวของหญิงรับตั้งครรรค์แทนและเด็ก และค่าตอบแทนในการที่ผู้รับตั้งครรรค์แทนตั้งครรรค์แทนในการตั้งครรรค์แทนเพื่อผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ค่าขาดรายได้ในขณะที่ตั้งครรรค์ เพราะเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเกิดขึ้นแล้วต่อผู้รับตั้งครรรค์แทน ส่วนในกรณีที่ผู้รับตั้งครรรค์แทนตั้งครรรค์แทนเพื่อเป็นการ

²⁶ มาตรา 213 บัญญัติว่า "ถ้าลูกหนึ่งละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะ ร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนั้นจะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้

เมื่อสภาพแห่งหนั้นไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ ถ้าวัตถุแห่งหนั้น เป็นอันให้กระทำการอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับ ให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นโดยให้ลูกหนึ่งเสียค่าใช้จ่ายให้ก็ได้ แต่ถ้าวัตถุแห่งหนั้นเป็นอันให้กระทำการนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งไซ้ ศาลจะสั่งให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนึ่งก็ได้

ส่วนหนี่ซึ่งมีวัตถุเป็นอันจะให้งดเว้นการอันใด เจ้าหนี้จะเรียกร้อง ให้รื้อถอนการที่ได้กระทำลงแล้วนั้น โดยให้ลูกหนึ่งเสียค่าใช้จ่าย และ ให้จัดการอัน ควรเพื่อถ่วงน้ำหนักด้วยก็ได้

อนึ่ง บทบัญญัติในวรรคทั้งหลายที่กล่าวมาาก่อนนี้ หากกระทบกระทั่ง ถึงสิทธิที่จะเรียกเอาค่าเสียหาย "ไม่"

ช่วยเหลือผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ผู้รับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ได้รับความเสียหายจากการสูญเสียรายได้ในการที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนผิดสัญญา แต่อาจเกิดความเสียหายจิตใจหวังขึ้นได้แต่ก็ไม่อาจเรียกค่าเสียหายจากความรู้สึกดังกล่าวได้ ส่วนการที่จะขอให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้นรับเลี้ยงเด็กโดยการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้นหาทำได้ไม่เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ ส่วนความเสียหายในอนาคตที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะได้รับ เช่น ค่าใช้จ่ายต่างๆในการเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจากการที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนผิดสัญญาไม่รับเลี้ยงเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ซึ่งตามปกติแล้วหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นหน้าที่ของบิดา มารดา²⁷ ซึ่งในกรณีนี้เป็นของผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้เป็นมารดาตามมาตรา 1546²⁸ แต่เนื่องการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนี้เป็นการเกิดโดยสัญญาที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องการให้เด็กเกิดและต้องการที่จะอุปการะเลี้ยงดูเด็กอย่างลูก ผู้เขียนเห็นว่าค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนของผู้รับตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้อาจใช้พิจารณาคิดเป็นจำนวนค่าเสียหายซึ่งเกิดจากการผิดสัญญาได้ ซึ่งความเสียหายในกรณีนี้ผู้รับตั้งครรภ์แทนเพื่อการช่วยเหลือผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนย่อมเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาเช่นกัน

1.2 ผู้รับตั้งครรภ์แทนผิดสัญญา

ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ปฏิบัติตามสัญญา ไม่ยอมรับการผสมเทียมซึ่งกระทำโดยแพทย์ ไม่ยอมตั้งครรภ์จนกระทั่งคลอด ไม่ยินยอมให้มีการตรวจสุขภาพของตนและของเด็กในครรภ์ระหว่างการตั้งครรภ์ ทำให้เกิดความผูกพันกับเด็กในครรภ์ ไม่ดูแลสุขภาพของตนและเด็กในครรภ์ ไม่ยอมจำกัดสิทธิต่างๆของตนเองที่อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพหรืออาจเกิดอันตรายต่อเด็กได้ในระยะเวลาตั้งครรภ์ ไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์เพื่อรักษาสุขภาพของตนเองและของเด็กในครรภ์ ไม่มอบเด็กให้แก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและสละความเป็นมารดาโดยยินยอมให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนสามารถฟ้องเรียกสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายจากการผิดสัญญาที่ตนได้รับความเสียหายต่อศาลให้ศาลบังคับเอาแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ เช่น ค่าใช้จ่ายต่างๆที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้ชำระไป เช่น ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ ค่าเดินทาง ค่าตอบแทนการที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์แทน แต่จะบังคับให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนกลับมาปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้

²⁷ มาตรา 1564 บัญญัติว่า "บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควร แก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่เฉพาะ ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้"

²⁸ มาตรา 1546 บัญญัติว่า "เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็น บุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น"

เพราะสภาพแห่งหนึ่งไม่เปิดช่องให้บังคับได้ กล่าวคือไม่สามารถบังคับให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนรับการผสมเทียม ไปพบแพทย์ ดูแลสุขภาพของตนและเด็กในครรภ์ ยอมจำกัดสิทธิของตนเองในระยะเวลาตั้งครรภ์ เช่น ไม่ดื่มเครื่องดื่มที่เป็นอันตรายหรือไม่ดีต่อตนเองและเด็กในครรภ์ ไม่สูบบุหรี่ ไม่มีเพศสัมพันธ์ ปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์เพื่อรักษาสุขภาพของตนเองและของเด็กในครรภ์ และการที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่จำกัดสิทธิของตนตามสัญญาจะต้องเป็นเหตุทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน เช่น เด็กที่เกิดมามีร่างกายหรือจิตใจที่ผิดปกติและสามารถพิสูจน์ได้ว่าเกิดจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของผู้รับตั้งครรภ์แทน เป็นเหตุให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมีภาระค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นมากกว่าการเลี้ยงดูเด็กซึ่งมีสภาพปกติ ค่าเสียหายในกรณีนี้อาจมีจำนวนเท่ากับค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นมากกว่าการเลี้ยงดูเด็กซึ่งมีสภาพปกติ หรือผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนอาจจะไม่รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมก็ย่อมได้ นอกจากนี้หากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนสามารถหาผู้รับตั้งครรภ์แทนคนใหม่มาตั้งครรภ์แทนได้ผู้รับตั้งครรภ์แทนคนเดิมที่ผิดสัญญา ในกรณีที่มีค่าใช้จ่ายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนสามารถบังคับเอาจากผู้รับตั้งครรภ์คนเดิมที่ผิดสัญญาได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้รับตั้งครรภ์แทนคนเดิมนั้นจะรับตั้งครรภ์แทนเพื่อผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือเพื่อช่วยเหลือผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ส่วนในกรณีที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่มอบเด็กให้แก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนโดยไม่ยินยอมให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม กรณีนี้ต้องพิจารณาตามมาตรา 1598/21²⁹ คือ ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของผู้รับตั้งครรภ์แทน (มารดาของเด็ก) ดังนั้นถ้าผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอม ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถไปจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ เว้นแต่การที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ยินยอมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร และเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพความเจริญหรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะร้องขอต่อศาล (ศาลเยาวชนและครอบครัว) ให้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมได้ แล้วจึงไปดำเนินการตามขั้นตอนการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมต่อไปตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ต่อไป ดังนั้นจะเห็นได้ว่าหากผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีพฤติการณ์ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพความเจริญหรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ศาลก็จะไม่ออกคำสั่งอนุญาตแทนการยินยอมให้ ส่วนถ้าในสัญญารับ

²⁹ มาตรา 1598/21 บัญญัติว่า "การรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมจะกระทำได้ ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของบิดาและมารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งตายหรือถูกถอนอำนาจปกครอง ต้องได้รับความยินยอมของมารดาหรือบิดาซึ่งยังมีอำนาจปกครอง

ถ้าไม่มีผู้มีอำนาจให้ความยินยอมดังกล่าวในวรรคหนึ่ง หรือมีแต่บิดา หรือมารดาคนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองคน ไม่สามารถแสดงเจตนาให้ความยินยอมได้ หรือไม่ให้ความยินยอมนั้นปราศจากเหตุผลอันสมควร และเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพความเจริญหรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ มารดาหรือบิดาหรือผู้ประสงค์ขอรับบุตรบุญธรรมหรืออัยการจะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอม"

ตั้งครรภ์แทนนั้นมีข้อตกลงที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมไว้ในสัญญาแล้ว ความยินยอมที่ได้ให้ไว้แล้วก่อนเด็กคลอด สามารถนำมาใช้เป็นความยินยอมได้ตาม มาตรา 1598/21 ได้หรือไม่ เพราะมิได้มีการกำหนดไว้ว่าความยินยอมนั้นต้องให้ ณ เวลาใด ถ้าใช้ได้แล้ว ผู้รับตั้งครรภ์แทนสามารถถอนความยินยอมได้หรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่า คำยินยอมนั้นไม่สามารถให้ก่อนเด็กเกิดได้เพราะสิทธิที่จะให้ความยินยอมนั้นยังไม่เกิด และแม้ผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ให้ความยินยอมหลังจากเด็กเกิดแล้วผู้รับตั้งครรภ์แทนก็ย่อมสามารถถอนความยินยอมที่ตนเคยให้ไว้ได้

2. การบังคับสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน

สัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน เป็นสัญญาจ้างทำของ โดยแพทย์เป็นผู้รับจ้างทำการผสมเทียม ดูแลรักษา ให้คำแนะนำแก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทน โดยผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะให้ค่าตอบแทนจากที่แพทย์กระทำการดังกล่าว

2.1 ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนผิดสัญญา ไม่ชำระค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ ไม่ยินยอมให้แพทย์ทำการผสมเทียม ไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำและคำสั่งของแพทย์

แพทย์สามารถฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายจากการผิดสัญญาที่ตนได้รับความเสียหายต่อศาล ให้ศาลบังคับเอาแก่ผู้ขอให้รับตั้งครรภ์แทนได้ คือ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์และค่าใช้จ่ายอื่นๆที่แพทย์ได้เสียไปจากการกระทำเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้น แต่จะขอให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนรับการผสมเทียมและปฏิบัติตามคำแนะนำและคำสั่งของแพทย์หาได้ไม่ เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้

2.2 แพทย์ผิดสัญญา แพทย์ไม่ทำการผสมเทียมให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ไม่ให้คำแนะนำและกระทำการอื่นๆที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน ไม่ทำการผสมเทียมให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนตามประเภทที่ตกลง ไม่ตรวจสุขภาพ ไม่ดูแลรักษา ไม่ให้คำแนะนำ และกระทำการอื่นๆที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน

ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนสามารถฟ้องเรียกสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายจากการผิดสัญญาที่ตนได้รับความเสียหายต่อศาล ให้ศาลบังคับเอาแก่แพทย์ได้ คือ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์และค่าใช้จ่ายอื่นๆที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้เสียไปเพื่อทำให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้น เช่น ค่าใช้จ่ายต่างๆที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้จ่ายให้หรือออกให้ผู้รับตั้งครรภ์แทน แต่จะขอให้แพทย์ทำการผสมเทียม ให้คำแนะนำ ตรวจสุขภาพ ดูแลรักษาหาได้ไม่ เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้

นอกจากนี้หากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนสามารถหาแพทย์คนใหม่มาทำการผสมเทียม ให้คำแนะนำ และกระทำการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนแทนแพทย์คนเดิมที่ผิดสัญญา ในกรณีที่มี ค่าใช้จ่ายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนสามารถบังคับเอาากับแพทย์คนเดิมที่ผิดสัญญาได้

3. การบังคับตามความยินยอมระหว่างแพทย์กับผู้รับตั้งครรภ์แทน

สัญญาระหว่างแพทย์กับผู้รับตั้งครรภ์แทน เป็นการที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมต่อแพทย์เพื่อให้แพทย์สามารถทำการผสมเทียมได้โดยไม่เป็นการละเมิดต่อผู้รับตั้งครรภ์แทน แต่ความยินยอมนั้นไม่เป็นนิติกรรม เพราะมิได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือเกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้ความยินยอมและผู้ได้รับความยินยอมแต่อย่างใด ความยินยอมส่งผลเพียงการที่ผู้ให้ความยินยอมสละประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง และความยินยอมมิได้ก่อให้เกิดสิทธิใดๆต่อผู้ได้รับความยินยอม³⁰ จึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างแพทย์กับผู้รับตั้งครรภ์แทน ผู้รับตั้งครรภ์แทนจึงสามารถถอนความยินยอมที่ตนได้ให้ไว้เมื่อใดก็ได้ เมื่อความยินยอมไม่เป็นนิติกรรม ความยินยอมในส่วนนี้จึงไม่ใช่สัญญา แต่แพทย์มีหน้าที่ในการผสมเทียม ตรวจสุขภาพ ดูแลรักษา ให้คำแนะนำ กระทำการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนให้แก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งหน้าที่ของแพทย์ในส่วนนี้ยังคงเป็นสัญญาอยู่

3.1 ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ปฏิบัติตามความยินยอมที่ตนได้ให้ไว้ ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมให้แพทย์ผสมเทียม ไม่ดูแลรักษาสุขภาพ ไม่ไปตรวจสุขภาพตามคำแนะนำของแพทย์ ไม่กระทำการอื่นใดที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนตามคำสั่งแพทย์

เมื่อสัญญาไม่ได้เกิดขึ้นจึงไม่เกิดหนี้ระหว่างกัน แพทย์จึงไม่สามารถฟ้องร้องได้

3.2 แพทย์ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง แพทย์ไม่ทำการผสมเทียมโดยฉีดเชื้ออสุจิหรือเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าสู่โพรงมดลูกของผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ตรวจสุขภาพ ไม่ดูแลรักษา ไม่ให้คำแนะนำ ไม่กระทำการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน

เมื่อพิจารณาแล้ว ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ที่จะได้รับความเสียหายจากการที่แพทย์ไม่ปฏิบัติตามที่ตนตกลงไว้ เพราะเป็นผู้ชำระค่าใช้จ่ายต่างๆ ดังนั้นผู้รับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ใช่ผู้ที่ได้รับความเสียหายในกรณีนี้ แต่ถ้าแพทย์ได้ทำการผสมเทียมให้แก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนแล้ว แต่ไม่ตรวจสุขภาพ ไม่ดูแลรักษา ไม่ให้คำแนะนำ ไม่กระทำการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนแก่

³⁰ ศนันท์ภรณ์ ไสตติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), หน้า 122.

ผู้รับตั้งครรภ์แทน และเป็นเหตุให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนแท้งขึ้น ผู้รับตั้งครรภ์แทนจึงต้องรับการผสมเทียมใหม่ การที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องรับการผสมเทียมและตั้งครรภ์ใหม่นี้อาจถือได้ว่าผู้รับตั้งครรภ์แทนได้รับความเสียหายแล้ว จึงอาจฟ้องเรียกค่าเสียหายได้

4. การบังคับสัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน

สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน เป็นสัญญาจ้างทำของโดยผู้จัดการตั้งครรภ์แทนจะอำนวยความสะดวกแก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน เพียงแค่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนทำสัญญากับผู้จัดการตั้งครรภ์แทน ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนจะดำเนินการทุกอย่าง ทุกขั้นตอน ที่ทำให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้น

4.1 ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนผิดสัญญา ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนไม่ให้คำแนะนำและให้ข้อมูลเกี่ยวกับขั้นตอนการดำเนินการของผู้จัดการตั้งครรภ์แทน ราคาค่าใช้จ่าย ขั้นตอนการคัดเลือกผู้รับตั้งครรภ์แทน ขั้นตอนปฏิบัติทางการแพทย์และประเด็นข้อกฎหมาย ไม่คัดเลือกผู้รับตั้งครรภ์แทนที่เหมาะสม ไม่จัดหาแพทย์เพื่อทำการผสมเทียม ตรวจสอบสุขภาพ ดูแลรักษา ให้คำแนะนำ และกระทำการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์ ไม่ร่างสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่เหมาะสมกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน

ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนสามารถฟ้องเรียกสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายจากการผิดสัญญาที่ตนได้รับความเสียหายต่อศาลให้ศาลบังคับเอาแก่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนได้ คือ ค่าใช้จ่ายที่ตนได้ชำระไป แต่ไม่สามารถให้ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกระทำการต่างๆได้เพราะสภาพแห่งนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้

4.2 ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนผิดสัญญา ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนไม่ชำระค่าดำเนินการ ค่าอำนวยความสะดวกที่ผู้จัดการรับตั้งครรภ์แทนจัดสรรให้

ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนสามารถฟ้องเรียกสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายจากการผิดสัญญาที่ตนได้รับความเสียหายต่อศาลให้ศาลบังคับเอาแก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้ คือ ค่าดำเนินการค่าอำนวยความสะดวก แต่ไม่สามารถให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนรับการผสมเทียมได้เพราะสภาพแห่งนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้

5. การบังคับสัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้รับตั้งครรภ์แทน

สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้รับตั้งครรภ์แทน เป็นสัญญาจ้างทำของโดยผู้จัดการตั้งครรภ์แทนจะอำนวยความสะดวกแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน เพียงแค่ผู้รับตั้งครรภ์แทนทำสัญญากับผู้จัดการตั้งครรภ์แทน ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนจะดำเนินการทุกอย่าง ทุกขั้นตอน ที่ทำให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้น

5.1 ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนผิดสัญญา ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนไม่ให้คำแนะนำและให้ข้อมูลเกี่ยวกับ ขั้นตอน การดำเนินการของผู้จัดการตั้งครรภ์แทน ราคาค่าใช้จ่ายที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะได้รับ (ถ้ามี) ขั้นตอนการคัดเลือกผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ขั้นตอนปฏิบัติทางการแพทย์ และประเด็นข้อกฎหมาย ไม่คัดเลือกผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนที่เหมาะสม ไม่จัดหาแพทย์เพื่อให้แพทย์ทำการผสมเทียม ตรวจสุขภาพ ดูแลรักษา ให้คำแนะนำ และกระทำการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน ต่อผู้รับตั้งครรภ์แทน

ผู้รับตั้งครรภ์แทนสามารถฟ้องเรียกสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายจากการผิดสัญญาที่ตนได้รับความเสียหายต่อศาลให้ศาลบังคับเอาแก่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนได้ คือ ราคาค่าใช้จ่ายที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะได้รับ (ถ้ามี)

5.2 ผู้รับตั้งครรภ์แทนผิดสัญญา ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมให้แพทย์ที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนจัดหา ทำการผสมเทียม ตรวจสุขภาพ ดูแลรักษา ให้คำแนะนำ และกระทำการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน

ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนสามารถฟ้องเรียกสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายจากการผิดสัญญาที่ตนได้รับความเสียหายต่อศาลให้ศาลบังคับเอาแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ คือ ราคาค่าใช้จ่ายที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนจะได้รับ (ถ้ามี) ค่าใช้จ่ายต่างๆที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนต้องเสียไป แต่จะบังคับให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนกลับมาปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้

6. การบังคับสัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับแพทย์

6.1 ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนผิดสัญญา ผู้จัดการตั้งครรภ์แทน ไม่จัดหาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ไม่จัดหาผู้รับตั้งครรภ์แทนมาให้แพทย์ดำเนินการเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้น

แพทย์สามารถฟ้องเรียกสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายจากการผิดสัญญาที่ตนได้รับความเสียหายต่อศาลให้ศาลบังคับเอาแก่ผู้จัดการตั้งกรรมแทนได้ คือ ค่าที่แพทย์ขาดรายได้จากการที่ผู้จัดการตั้งกรรมแทนไม่ปฏิบัติตามสัญญา ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์และค่าใช้จ่ายอื่นๆที่แพทย์ได้เสียไปจากการกระทำเพื่อให้เกิดการตั้งกรรมแทนขึ้น แต่จะขอให้ผู้จัดการตั้งกรรมแทนให้ผู้ขอให้ตั้งกรรมแทนหรือผู้รับตั้งกรรมแทนแล้วแต่กรณี รับการผสมเทียมและปฏิบัติตามคำแนะนำและคำสั่งของแพทย์หาได้ไม่ เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้

6.2 แพทย์ผิดสัญญา แพทย์ไม่ดำเนินการเพื่อให้เกิดการตั้งกรรมแทนขึ้นแก่ผู้รับตั้งกรรมแทนที่ผู้จัดการตั้งกรรมแทนจัดหา

ผู้จัดการตั้งกรรมแทนสามารถฟ้องเรียกสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายจากการผิดสัญญาที่ตนได้รับความเสียหายต่อศาลให้ศาลบังคับเอาแก่แพทย์ได้ คือ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์และค่าใช้จ่ายอื่นๆที่ผู้จัดการตั้งกรรมแทนได้เสียไปเพื่อทำให้เกิดการตั้งกรรมแทนขึ้น เช่น ค่าใช้จ่ายต่างๆที่ผู้จัดการตั้งกรรมแทนได้จ่ายให้หรือออกให้ผู้รับตั้งกรรมแทน ค่าที่ผู้จัดการตั้งกรรมแทนขาดรายได้ (ถ้ามี) แต่จะขอให้แพทย์ทำการผสมเทียม ให้คำแนะนำและคำสั่ง ตรวจสอบสุขภาพ ดูแลรักษาหาได้ไม่ เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้

6. การเลิกสัญญา

เมื่อเกิดสัญญาที่สมบูรณ์ขึ้น คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจึงมีสิทธิและหน้าที่ผูกพันซึ่งกันและกัน ในการปฏิบัติตามสัญญา และสัญญาที่สมบูรณ์นั้นยังดำรงคงอยู่ตลอดไป ไม่ว่าจะมีการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาแล้วหรือไม่ก็ตาม แต่การคงอยู่ของสัญญานั้นจะมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ถ้าสัญญานั้นคู่สัญญาได้ปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาแล้วหนี้ตามสัญญาย่อมระงับไป แต่ตัวสัญญานั้นยังคงอยู่ในฐานะบ่อเกิดแห่งหนี้ แต่ถ้าสัญญานั้นมิได้มีการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาซึ่งหมายถึงเกิดการผิดสัญญาขึ้น หนี้ตามสัญญาและสัญญาย่อมยังคงอยู่ เพราะการผิดสัญญานั้นมิได้ทำให้สัญญาระงับ แต่อาจทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีผิดสัญญามีสิทธิบอกเลิกสัญญาเพื่อให้สัญญาสิ้นสุดลงได้ การเลิกสัญญาจึงเป็นการทำลายบ่อเกิดแห่งหนี้ ดังนั้นเมื่อบ่อเกิดแห่งหนี้นั้นถูกทำลาย หนี้อย่อมถูกระงับไปเช่นกัน การเลิกสัญญานี้สามารถกระทำได้ 2 วิธี คือ

6.1 การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายเดียว

การเลิกสัญญาเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวดังนั้นหากฝ่ายที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้แสดงเจตนาทำการบอกเลิกสัญญาต่ออีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ย่อมมีผลให้สัญญานั้นระงับลง สิทธิในการบอกเลิกสัญญา มี 2 ประการ คือ สิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญา และสิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ตามมาตรา 386³¹

6.1.1 สิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญา

สิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญา คือ สิทธิเลิกสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันและกำหนดไว้ในสัญญา ถ้าเกิดการผิดสัญญา หรือเกิดเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งขึ้นตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ให้เกิดสิทธิเลิกสัญญาขึ้นตามข้อตกลงในสัญญานั้น เช่น ให้ผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนเกิดสิทธิเลิกสัญญาหากผู้รับตั้งครุฑแทนไม่มาให้แพทย์ทำการผสมเทียมตามที่กำหนด เหตุที่กฎหมายยอมให้มีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาได้นั้นเพราะถือตามความศักดิ์สิทธิ์ของการเจตนาของคู่สัญญา และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ข้อสัญญาที่กำหนดสิทธิเลิกสัญญานี้ นอกจากกำหนดไว้ในสัญญาที่เป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งแล้ว ยังสามารถกำหนดไว้ในสัญญาฉบับใหม่ได้เช่นกัน

6.1.2 สิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

สิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คือ สิทธิเลิกสัญญาที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าจะให้คู่สัญญาฝ่ายใดมีสิทธิเลิกสัญญาได้ในกรณีใดบ้าง นอกจากการกำหนดสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญา สิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายสามารถแยกได้เป็น

ก. บทบัญญัติทั่วไป ได้แก่

1. สิทธิเลิกสัญญาเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ชำระหนี้ภายในเวลาที่บอกรอชำระให้ชำระซึ่งสิทธิเลิกสัญญาในกรณีนี้ใช้ได้กับทั้งหนี้ที่มีกำหนดเวลาและไม่มีกำหนดเวลาตามมาตรา 387³²

³¹ มาตรา 386 บัญญัติว่า "ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติของกฎหมาย การเลิกสัญญาเช่นนั้นย่อมทำด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง"

³² มาตรา 387 บัญญัติว่า "ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดระยะเวลาพอสมควรแล้วบอกรอชำระหนี้ภายในระยะเวลานั้นก็ได้ ถ้าและฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ไว้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้"

เช่น ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ยอมมาให้แพทย์ทำการผสมเทียม ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน อาจกำหนดระยะเวลาให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนมาพบแพทย์เพื่อรับการผสมเทียม ถ้าผู้รับตั้งครรภ์แทน ยังคงไม่มาพบแพทย์ภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมีสิทธิเลิกสัญญา

2. สิทธิเลิกสัญญาเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ชำระหนี้ภายในกำหนดเวลาในกรณี ที่เวลาในการชำระหนี้ถือเป็นสาระสำคัญตามมาตรา 388³³

เช่น ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ยอมมาให้แพทย์ทำการผสมเทียมวันนี้ โดยทราบอยู่แล้ว ว่าแพทย์ผู้ทำการผสมเทียมนี้นี้จะเดินทางกลับไปประเทศของตนในวันรุ่งขึ้น การที่ผู้รับตั้งครรภ์แทน ต้องรับการผสมเทียมในวันนี้ วันนี้จึงถือเป็นสาระสำคัญ ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมีสิทธิเลิกสัญญา

3. สิทธิเลิกสัญญาของเจ้าหนี้เมื่อการชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้หนี้ กลายเป็นพันวิสัยโดยโทษลูกหนี้ได้ตามมาตรา 389³⁴

เช่น ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ปฏิบัติตามสัญญาจนเป็นเหตุให้ตนเองแท้ง

ข. บทบัญญัติเฉพาะ ได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาเช่าทรัพย์สิน กฎหมายเกี่ยวกับ สัญญาเช่าซื้อ กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงาน กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาจ้างทำของ กฎหมาย เกี่ยวกับสัญญาอัยม

6.1.3 วิธีการเลิกสัญญา

เมื่อเกิด สิทธิเลิกสัญญา ขึ้นแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธินั้นมีอำนาจในการ ตัดสินใจว่าจะใช้สิทธินั้นหรือไม่ ในกรณีที่เลือกจะไม่ใช้สิทธิ สัญญานั้นก็ยังคงมีผลผูกพันคู่สัญญา อยู่เป็นผลให้คู่สัญญายังคงมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเดิมอยู่ยังคงต้องชำระหนี้ให้กันและกัน แต่ คู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิเลิกสัญญาอาจเกิดสิทธิในการเรียกค่าเสียหายเพิ่มขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายที่ผิด สัญญา เช่น ผู้รับตั้งครรภ์แทนมิได้ปฏิบัติตามสัญญา ไม่ดูแลตนเอง ไม่งดสูบบุหรี่ ไม่งดมี เพศสัมพันธ์ ทำให้เด็กเกิดมาพร้อมกับความพิการต่างๆ ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนยอมมีสิทธิในการ เรียกค่าเสียหายดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้นได้ แต่ในกรณีที่เลือกจะใช้สิทธิผลที่ได้คือสัญญานั้น ลินสุดโดยมีหลักดังนี้

³³ มาตรา 388 บัญญัติว่า "ถ้าวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น ว่าโดยสภาพหรือโดยเจตนาที่คู่สัญญาได้ แสดงไว้ จะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ ณ เวลาที่กำหนดก็ดี หรือภายในเวลาอันใดอันหนึ่งซึ่งกำหนด ไว้ก็ดี และกำหนดเวลาหรือระยะเวลานั้นได้ล่วงพ้นไปโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ชำระหนี้ไว้ ท่านว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะ เลิกสัญญานั้นเสียก็ได้ มีพักต้องบอกกล่าวดังไว้ในมาตราก่อนนั้นเลย"

³⁴ มาตรา 389 บัญญัติว่า "ถ้าการชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนกลายเป็นพันวิสัยเพราะเหตุอย่างใด อย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้ได้ไซ้ เจ้าหนี้จะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้"

1. ต้องแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 386 ซึ่งการแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาถือเป็นการผิดสัญญาอย่างหนึ่งจึงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์การแสดงเจตนาทุกประการ
2. การใช้สิทธิเลิกสัญญาเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือแต่ละฝ่ายมีบุคคลหลายคนนั้นให้ใช้สิทธิได้ก็ต่อเมื่อบุคคลเหล่านั้นทั้งหมดรวมกันใช้สิทธิและใช้สิทธิต่อบุคคลที่เป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายทุกคนด้วยตามมาตรา 390³⁵ เช่น ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนมีทั้งสามีและภรรยา หากจะเลิกสัญญาสามีและภรรยาต้องแสดงเจตนาต่อคู่สัญญาอีกฝ่าย หรือหากเป็นฝากถูกบอกเลิกสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายก็ต้องแสดงเจตนาต่อทั้งสามีและภรรยา

6.1.4 ผลการเลิกสัญญารับตั้งครรรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้อง

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิเลิกสัญญาได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยชอบแล้ว ทำให้สัญญาเป็นอันเลิกกันไป จะมีผลตามมาตรา 391³⁶ คือ

1. คู่สัญญาแต่ละฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเหมือนก่อนที่จะได้ทำสัญญากัน
2. แต่การกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายนั้นจะทำให้บุคคลภายนอกเสื่อมเสียสิทธิไม่ได้
3. ถ้าเป็นเงินที่ต้องใช้คืนให้บวกดอกเบี้ยซึ่งคิดตามอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตั้งแต่เวลาที่ได้รับ
4. ถ้าเป็นการงานที่ได้ทำให้ซึ่งโดยสภาพมีอาจคืนได้ ให้ใช้เงินตามควรสำหรับการทำงานดังกล่าว

³⁵ มาตรา 390 บัญญัติว่า "ถ้าในสัญญาใดคู่สัญญาเป็นบุคคลหลายคนด้วยกัน อยู่ข้างหนึ่งหรืออีกข้างหนึ่ง ท่านว่าจะใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ก็ต่อเมื่อ บุคคลเหล่านั้นทั้งหมดรวมกันใช้ ทั้งใช้ต่อบุคคลเหล่านั้นรวมหมดทุกคนด้วย ถ้าสิทธิเลิกสัญญาอันมีแก่บุคคลคนหนึ่งในจำนวนที่มี สิทธินั้นเป็นอันระงับสิ้นไปแล้ว สิทธิเลิกสัญญาอันมีแก่คนอื่น ๆ ก็ย่อมระงับสิ้นไปด้วย"

³⁶ มาตรา 391 บัญญัติว่า "เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่ทั้งนี้จะเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่"

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้นท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วย คิดตั้งแต่วันที่ที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นการทำงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สิน การที่จะชดใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้น ๆ หรือถ้าในสัญญามีกำหนดเวลาว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่"

5. ถ้าเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สินโดยสภาพมีอาจคืนได้เพราะเป็นการได้ใช้ไปแล้ว ให้ใช้เงินตามควรหรือตามอัตราเงินตอบแทนที่กำหนดไว้ในสัญญาสำหรับการยอมให้ใช้ทรัพย์สิน
6. การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหากคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิเลิกสัญญานั้นยังมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายอีก

ดังนั้นหากมีการเลิกสัญญา ผลของการเลิกสัญญาเป็นไปตามมาตรา 391 ก็อาจจะไม่มีความเหมาะสมกับสภาพของสัญญารับตั้งครรรภ์แทน ฉะนั้นผลของการเลิกสัญญารับตั้งครรรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องเนื่องตามมาตรา 391 อาจมีผลดังนี้

- ก. สัญญารับตั้งครรรภ์แทนที่ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนจ่ายค่าใช้จ่ายต่างๆหรือจ่ายค่าตอบแทน(ถ้ามี) ให้ผู้รับตั้งครรรภ์แทน ผู้รับตั้งครรรภ์แทนต้องคืนเงินทั้งหมดที่ตนได้รับมารวมดอกเบี้ยซึ่งคิดตามอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตั้งแต่วันที่ผู้รับตั้งครรรภ์แทนได้รับมา ส่วนการใดๆที่ผู้รับตั้งครรรภ์แทนได้กระทำไปที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรรภ์แทนผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนจึงต้องจ่ายเงินตามควรสำหรับการที่ผู้รับตั้งครรรภ์แทนได้กระทำการนั้นไป

แต่หากเป็นการเลิกสัญญาหลังจากที่ผู้รับตั้งครรรภ์แทนได้ตั้งครรรภ์แล้ว นอกจากผู้รับตั้งครรรภ์แทนต้องคืนเงินทั้งหมดที่ตนได้รับมารวมดอกเบี้ยซึ่งคิดตามอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตั้งแต่วันที่ผู้รับตั้งครรรภ์แทนได้รับมา ผู้รับตั้งครรรภ์แทนยังคงต้องตั้งครรรภ์ต่อไป แม้ว่าตัวอ่อนที่อยู่ในครรภ์ของผู้รับตั้งครรรภ์แทนนั้นจะเกิดจากเชื้ออสุจิที่ผสมกับไข่ของผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน ผู้รับตั้งครรรภ์แทนไม่สามารถคืนตัวอ่อนหรือเด็กที่อยู่ในครรภ์ให้แก่ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนได้เพราะหากคืนจะเป็นการทำให้แท้งลูกซึ่งเป็นการขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง ส่วนการที่ผู้รับตั้งครรรภ์แทนตั้งครรรภ์นั้นถือว่าโดยสภาพแล้วมีอาจคืนได้ ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนจึงต้องจ่ายเงินตามควรสำหรับการที่ผู้รับตั้งครรรภ์แทนตั้งครรรภ์แทน

แต่หากเป็นการเลิกสัญญาหลังจากที่ผู้รับตั้งครรรภ์แทนได้ให้กำเนิดเด็กแล้ว นอกจากผู้รับตั้งครรรภ์แทนต้องคืนเงินทั้งหมดที่ตนได้รับมารวมดอกเบี้ยซึ่งคิดตามอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตั้งแต่วันที่ผู้รับตั้งครรรภ์แทนได้รับมา ผู้รับตั้งครรรภ์แทนยังคงมีหน้าที่ต้องเลี้ยงดูเด็กเพราะผู้รับตั้งครรรภ์แทนเป็นมารดาของเด็ก แม้ว่าเด็กที่ผู้รับตั้งครรรภ์แทนให้กำเนิดมาจะเกิดจากเชื้ออสุจิที่ผสมกับไข่ของผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนก็ตาม ส่วนการที่ผู้รับตั้งครรรภ์แทนตั้งครรรภ์นั้นถือว่าโดยสภาพแล้วมีอาจคืนได้ ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนจึงต้องจ่ายเงินตามควรสำหรับการที่

ผู้รับตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์แทน ซึ่งหากเป็นเช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาในอนาคต ผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 จึงไม่เหมาะสม

- ข. สัญญาระหว่างผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนกับแพทย์ แพทย์ต้องคืนค่าใช้จ่ายต่างๆที่ตนได้รับจากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน รวมดอกเบี้ยซึ่งคิดตามอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตั้งแต่วันที่แพทย์ได้รับมา

แต่หากเป็นการเลิกสัญญาหลังจากที่แพทย์ได้ทำการผสมเทียม ให้คำแนะนำต่างๆ ไปแล้วนั้น แพทย์ต้องคืนค่าใช้จ่ายต่างๆที่ตนได้รับจากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน รวมดอกเบี้ยซึ่งคิดตามอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตั้งแต่วันที่แพทย์ได้รับมา ส่วนการที่แพทย์ได้ให้บริการต่างๆไปแล้วนั้น ถือว่าโดยสภาพแล้วมีอาจคืนได้ ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจึงต้องจ่ายเงินตามควรสำหรับการนั้น

- ค. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนต้องคืนค่าใช้จ่ายต่างๆที่ตนได้รับจากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน รวมดอกเบี้ยซึ่งคิดตามอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตั้งแต่วันที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนได้รับมา

แต่หากเป็นการเลิกสัญญาหลังจากที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนได้ให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำ จัดหาผู้รับตั้งครรภ์แทน จัดหาแพทย์ไปแล้วนั้น ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนต้องคืนค่าใช้จ่ายต่างๆที่ตนได้รับจากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน รวมดอกเบี้ยซึ่งคิดตามอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตั้งแต่วันที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนได้รับมา ส่วนการที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทน ให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำ จัดหาผู้รับตั้งครรภ์แทน จัดหาแพทย์นั้น ถือว่าโดยสภาพแล้วมีอาจคืนได้ ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจึงต้องจ่ายเงินตามควรสำหรับการให้บริการนั้น

- ง. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้รับตั้งครรภ์แทน ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนต้องคืนค่าใช้จ่ายต่างๆที่ตนได้รับจากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน รวมดอกเบี้ยซึ่งคิดตามอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตั้งแต่วันที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนได้รับมา

แต่หากเป็นการเลิกสัญญาหลังจากที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนได้ให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำ จัดหาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน จัดหาแพทย์ไปแล้วนั้น ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนต้องคืนค่าใช้จ่ายต่างๆที่ตนได้รับจากผู้รับตั้งครรภ์แทน รวมดอกเบี้ยซึ่งคิดตามอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตั้งแต่วันที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนได้รับมา ส่วนการที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทน ให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำ จัดหาผู้

ขอให้ตั้งครุฑแทน จัดหาแพทย์นั้น ถือว่าโดยสภาพแล้วมีอาจคืนได้ ผู้รับตั้งครุฑแทนจึงต้องจ่ายเงินตามควรสำหรับการให้บริการนั้น

๑. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครุฑแทนกับแพทย์ ผู้จัดการตั้งครุฑแทนต้องคืนค่าใช้จ่ายต่างๆที่ตนได้รับจากแพทย์(ถ้ามี) รวมดอกเบี้ยซึ่งคิดตามอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตั้งแต่วันที่ผู้จัดการตั้งครุฑแทนได้รับมา

แต่หากเป็นการเลิกสัญญาหลังจากที่ผู้จัดการตั้งครุฑแทน ได้จัดหาผู้ขอให้ตั้งครุฑแทน จัดหาผู้รับตั้งครุฑแทนแล้วนั้นผู้จัดการตั้งครุฑแทนต้องคืนค่าใช้จ่ายต่างๆที่ตนได้รับจากแพทย์ (ถ้ามี) รวมดอกเบี้ยซึ่งคิดตามอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตั้งแต่วันที่ผู้จัดการตั้งครุฑแทนได้รับมา ส่วนเวลาที่ผู้จัดการตั้งครุฑแทน จัดหาผู้ขอให้ตั้งครุฑแทน จัดหาผู้รับตั้งครุฑแทนนั้น ถือว่าโดยสภาพแล้วมีอาจคืนได้ แพทย์จึงต้องจ่ายเงินตามควรสำหรับการให้บริการนั้น

6.2 การเลิกสัญญาโดยความตกลงของคู่สัญญา

การเลิกสัญญาข้างต้นเป็นการเลิกสัญญาที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว คู่สัญญาที่มีสิทธิเลิกสัญญาเท่านั้นที่สามารถแสดงเจตนาเลิกสัญญาได้ นอกจากนี้สัญญายังสามารถเลิกกันได้โดยอาศัยหลักการเกิดสัญญาหรือหลักการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา ซึ่งคือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เช่น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันเลิกสัญญาอันเป็นการทำสัญญาใหม่เพื่อระงับนิติสัมพันธ์ในสัญญาเดิม วิธีการในการทำสัญญาใหม่นี้อาจทำโดย การที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเห็นพ้องกันว่าให้เลิกสัญญา หรืออาจเกิดจากคำเสนอขอเลิกสัญญาซึ่งคำเสนอนี้อาจเกิดจากคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่มีสิทธิเลิกสัญญาที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว แต่คู่สัญญาอีกฝ่ายทำคำสนองตอบกลับต้องตรงกัน

ส่วนผลของการเลิกสัญญาโดยความตกลงของคู่สัญญา การทำสัญญาฉบับใหม่เพื่อยุตินิติสัมพันธ์ในสัญญาเดิมหรือเพื่อเลิกสัญญาเดิมนั้น สัญญาเดิมจะเลิกเมื่อไหร่หรือมีผลเป็นเช่นไรขึ้นอยู่กับข้อตกลงในสัญญาฉบับใหม่นั้นเอง แต่ถ้ามิได้มีการตกลงไว้ต้องใช้หลักการเดียวกับผลของการเลิกสัญญาของคู่สัญญาที่มีสิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวข้างต้น แต่ในส่วนของค่าเสียหายหากคู่สัญญามีได้ตกลงกันได้ ย่อมแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างไม่ได้รับความเสียหาย ค่าเสียหายในส่วนนี้จึงไม่อาจเรียกต่อกันได้และส่วนของมัดจำและเบี้ยปรับที่ได้มีการส่งมอบให้กันเมื่อการเลิกสัญญามิได้เกิดจากการผิดสัญญา ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับมอบมัดจำหรือเบี้ยปรับไว้ต้องคืนมัดจำหรือเบี้ยปรับนั้นให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายพร้อมดอกเบี้ยซึ่งคิดตามอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตั้งแต่เวลาที่ได้รับ

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทนสามารถเลิกสัญญาโดยความตกลงของคู่สัญญาได้ ไม่ว่าการเลิกสัญญานั้นจะก่อนการผสมเทียม หลังการผสมเทียม หรือแม้แต่หลังจากผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ตั้งครรภ์แล้ว แต่ในกรณีที่การเลิกสัญญานั้นเกิดหลังจากที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ตั้งครรภ์แล้ว ผู้รับตั้งครรภ์แทนยังคงต้องตั้งครรภ์ต่อไป เพราะไม่เช่นนั้นจะเป็นการทำให้แท้งลูกซึ่งเป็นการขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง แต่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่ใช่ทรัพย์สิน แต่เป็นมนุษย์ที่มีชีวิต จิตใจ สัญญารับตั้งครรภ์แทนมิใช่สัญญาที่จะส่งผลในเชิงทรัพย์สิน การเลิกสัญญาย่อมส่งผลกระทบต่อเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน แต่หลักเกณฑ์เรื่องการเลิกสัญญาทั่วไปนั้นไม่ได้ให้ความคุ้มครองถึงเด็กที่จะเกิดมา ดังนั้นการเลิกสัญญารับตั้งครรภ์แทนจึงควรกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการเลิกสัญญาไว้โดยเฉพาะ ผู้เขียนจะเสนอไว้ในบทสรุปและเสนอแนะต่อไป

สรุป

จากการศึกษาสัญญารับตั้งครรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องโดยนำหลักนิติกรรม-สัญญาตามกฎหมายไทยมาปรับใช้ ทำให้เห็นได้ว่าหลักนิติกรรม-สัญญานั้นสามารถปรับใช้กับสัญญาที่เกี่ยวข้องได้เพราะสัญญาที่เกี่ยวข้องนั้นเป็นสัญญาที่มีลักษณะเดียวกับสัญญาทั่วไปที่มีอยู่ในปัจจุบัน แต่หลักนิติกรรม-สัญญานั้นไม่สามารถป้องกันและแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสัญญารับตั้งครรภ์แทนในเรื่องต่างๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น อายุและคุณลักษณะของคู่สัญญา สัญญากับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การแก้ไขสัญญา การเลิกสัญญา การบังคับสัญญาที่ไม่สามารถบังคับให้ได้สมจุดมุ่งหมายของคู่สัญญา ผลหลังจากการปฏิบัติตามสัญญา เช่น แม้มีการจดทะเบียนรับเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนแล้ว ซึ่งผลของการเป็นบุตรบุญธรรมย่อมมีความแตกต่างกับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนั้นยังอาจมีปัญหาระหว่างการจดทะเบียนการเลิกรับบุตรบุญธรรมได้เช่นกัน