ปัญหาผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558

นางสาวบุญราศรี เกิดโชค

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย
The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2559
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PROBLEMS CONCERNING THE EFFECTS OF A SURROGACY AGREEMENT WHICH IS NON-COMPLIANT WITH THE PROTECTION FOR CHILDREN BORN THROUGH ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES ACT B.E. 2558

Miss Boonrasri Kirdchok

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2016
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558
โดย	นางสาวบุญราศรี เกิดโชค
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้นับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญามหาบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์)

.....กรรมการ

(ดร. สุรัชดา รีคี)

.....กรรมการ

(ศาสตราจารย์ นายแพทย์ สุรศักดิ์ ฐานีพานิชสกุล)

บุญราศรี เกิดโชค : ปัญหาผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 (PROBLEMS CONCERNING THE EFFECTS OF A SURROGACY AGREEMENT WHICH IS NON-COMPLIANT WITH THE PROTECTION FOR CHILDREN BORN THROUGH ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES ACT B.E. 2558) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร. ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, 286 หน้า.

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มิได้กำหนดผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเอาไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้ต้องพิจารณาว่าผลของสัญญานั้นจะเป็นเช่นไร

จากการศึกษาพบว่า หากพิจารณาผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนโดยนำเอากฎหมายลักษณะนิติกรรมมาปรับใช้จะพบว่า ไม่สามารถนำเอาหลักลาภมิควรได้มาใช้กับผลในทางสถานะของบุคคลได้ หากนำเอาหลักตามกฎหมายครอบครัวมาใช้จะส่งผลให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้น และชายผู้ประสงค์จะมีบุตรก็มิอาจพิสูจน์ความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้แม้ในกรณีที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาก็ตาม ซึ่งผลดังกล่าวอาจไม่สอดคล้องกับการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กอันเป็นจุดประสงค์ในการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และหากพิจารณาในมุมที่ว่าจะสามารถนำเอาผลตามกฎหมายใดมาปรับใช้แล้วจะเป็นการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กได้นั้น จะพบว่าหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่พบในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องอำนาจปกครองบุตรนั้นก็มิสามารถนำมาใช้ได้ เนื่องจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมิได้มีสถานะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายที่อาจเข้ามาพิพาทในประเด็นอำนาจปกครองบุตรได้ และก็มิสามารถนำหลักประโยชน์สูงสุดที่บัญญัติไว้กว้าง ๆ ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาปรับใช้กับการกำหนดสถานะของบุคคลในกรณีนี้ได้เช่นกัน

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่า แต่ละประเทศกำหนดผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเอาไว้แตกต่างกัน ในประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐเท็กซัส กำหนดให้ใช้ผลตามหลักกฎหมายครอบครัวทั่วไป แต่ในกฎหมายครอบครัวนั้นมีบทบัญญัติให้ชายสามารถขอให้ศาลมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นบิดาได้โดยพิสูจน์ความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก รัฐเวอร์จิเนียร์กำหนดผลไว้ 2 ทาง ทางแรกคือให้ผลเป็นไปตามลำดับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลต่าง ๆ กับเด็ก ในฐานะผู้ให้กำเนิด ผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม และเจตนาทั้งก่อนและหลังเด็กเกิด โดยให้ความสำคัญกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนผู้ให้กำเนิดมาเป็นลำดับแรก ทางที่สองคือให้ศาลสามารถปรับปรุงสัญญาที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายนั้นให้ใช้ได้ตามความเท่าที่กฎหมายกำหนด รัฐนิวแฮมป์เชียร์มีกฎเกณฑ์ในเรื่องคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเพื่อก่อตั้งความเป็นบิดามารดาให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร โดยแม้คู่สัญญาไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับสัญญาตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายกำหนด ศาลก็อาจใช้ดุลพินิจมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาได้หากพบว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายมีเจตนาที่จะเข้าร่วมในสัญญาตั้งครรภ์แทนและหากพบว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กจะเกิดขึ้นได้ด้วยการมีคำสั่งก่อตั้งความเป็นบิดามารดาตามนี้เท่านั้น รัฐอิลลินอยส์ให้ศาลพิจารณาจากพยานหลักฐานที่แสดงถึงเจตนาของคู่สัญญาทุกฝ่ายเป็นสำคัญ และมีการกำหนดผลกรณีมีความผิดพลาดทางห้องปฏิบัติการเอาไว้เป็นการเฉพาะ รัฐนิวยอร์ค ไม่ได้กำหนดผลของการไม่ทำตามกฎหมายเอาไว้ เนื่องจากกำหนดไว้ชัดแจ้งว่าการตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้ แต่เมื่อมีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น ศาลก็มิได้ตัดสินโดยใช้หลักกฎหมายครอบครัวทั่วไปโดยลำพัง ในประเทศสหราชอาณาจักร โดยหลักกำหนดให้การตั้งครรภ์แทนไม่สามารถบังคับได้ แต่หากมีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นก็มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเป็นเครื่องมือให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อก่อตั้งสถานะความเป็นบิดามารดาของตนได้ หากได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กำหนด อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้น ปัจจัยที่ศาลจะต้องคำนึงถึงมากที่สุดคือสวัสดิภาพในระยะยาวของเด็ก ทำให้แม้ว่าคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งนั้นจะมิได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ศาลก็อาจมีคำสั่งได้หากเป็นไปเพื่อสวัสดิภาพของเด็กนั่นเอง

ผู้เขียนเห็นว่า การจะแก้ไขปัญหาผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนี้ควรจะมีการบัญญัติผลเอาไว้เป็นกรณีเฉพาะในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยเห็นว่าควรกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเพื่อให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ โดยในการพิจารณานั้นก็ให้ศาลคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญที่สุด และควรกำหนดปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเอาไว้อย่างชัดแจ้งด้วย

สาขาวิชา นิติศาสตร์ ลายมือชื่อนิสิต .....

ปีการศึกษา 2559 ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

5885990434 : MAJOR LAWS
KEYWORDS: SURROGACY / ตั้งครรภ์แทน

BOONRASRI KIRDCHOK: PROBLEMS CONCERNING THE EFFECTS OF A SURROGACY AGREEMENT WHICH IS NON-COMPLIANT WITH THE PROTECTION FOR CHILDREN BORN THROUGH ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES ACT B.E. 2558. ADVISOR: PROF. DR. SANUNKORN SOTTHIBANDHU, 286 pp.

As there is no provision in the Protection of Child Born by Assisted Reproductive Technology Act B.E. 2558 regarding the results of a surrogacy agreement which is non-compliant with the law, what are the effects of that agreement is a problem to be deliberated.

It is apparent that the law of Juristic Acts cannot be applied to this situation due to the principle of Undue Enrichment which cannot justify the legal status of a person. If the Family law in the Civil and Commercial Code is to be applied, the surrogate will become the legal mother of the child born through surrogacy while the intended father, even though genetically related to the child, will not be able to claim paternity of the child. The application of these principles does not yield a result that aligns with the best interests of the child which is the purpose of in the Protection of Child Born by Assisted Reproductive Technology Act. In consideration of what regulation should be applied so that the best interests of the child is preserved, I have found that although there is the best interests of the child principle exists in the child custody determination in Civil and Commercial Code, the intended parents cannot be involved herein because they are not legal parents of the child. Furthermore, the best interests of the child principle which is broadly regulated in Child Protection Act B.E. 2546, also cannot be applied to solve the specific dispute about the legal status of a person.

The study shows different kinds of regulations and court decisions concerning the effects of this non-compliant with the law agreement in several states and countries. In the Unites States of America, Texas' law dictates that parent-child relationship is to be determined as provided in Uniform Parentage Act. However there is a rule for adjudication of paternity allowing a man to prove his paternity by the results of genetic testing. Whereas in Virginia, the results of this agreement is split in two options. First, the parent-child relationship can be determined based on the relationships – as a gestational parent, *intent*-based *parents* or genetic parents - between the parties, which are intended parents, the surrogate, and the child, by which the law gives priority to a surrogate who gives birth to the child. Second, the agreement can be reformed by court and will be enforceable only as mentioned in the law. The statute of New Hampshire issues the parentage order as a method for establishing the parent-child relationship between the intended parents and the child. And despite the fact that a petition for parentage order is not substantially compliant with the law, the court may in its discretion issue such order upon a finding that the parties intended to enter into a gestational carrier arrangement and the best interests of the child would be met by permitting parentage to be established in this manner. In Illinois, the court will determine parentage based on evidence of the parties' intent and there is a specific provision defining the parenthood in the event of a laboratory error in which the resulting child is not genetically related to either of the intended parents. In New York, a surrogacy agreement is void and unenforceable by law therefor there is no provision defining the effects of a non-compliant with the law agreement. In the event that surrogacy occurs, however, the court does not make a decision based only on the traditional family law. A surrogacy agreement is also unenforceable in the United Kingdom. Nevertheless, if there is a child born through surrogacy the court may make a parental order providing for a child to be treated in law as the child of the intended parents if an application submitted conforms with the requirement of the law. However, most of all the court must have taken the welfare of the child as the paramount consideration whether it will grant the order or not. For this reason, the court may make a parental order even when an application is not compliant with the law providing it preserves the welfare of the child.

In my opinion, to effectively deal with this issue, specific provisions should be provided in the Protection of Child Born by Assisted Reproductive Technology Act about the effects of a non-compliant with the law agreement. Any parties of the surrogacy agreement should be able to petition to the court for a parental order establishing the parent-child relationship between the intended parents and the child while the best interests of the child should be the paramount consideration. Also, there should be a list of factors that need to be considered by the court in order to determine what is in the best interests of the child.

Field of Study: Laws Student's Signature .....

Academic Year: 2016 Advisor's Signature .....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จะสำเร็จลุล่วงไปมิได้ หากปราศจากความกรุณาของท่านศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์ ผู้เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งเป็นทั้งผู้ให้ทั้งความรู้ ให้แนวคิดทั้งในทางวิชาการและการดำเนินชีวิต และให้กำลังใจผู้เขียนในการสร้างสรรค์งานออกมาให้ดีที่สุด ผู้เขียนรู้สึกขอบคุณเป็นอย่างยิ่ง และขอถือโอกาสนี้แสดงความขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูงมา ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านศาสตราจารย์ นายแพทย์สุรศักดิ์ ฐานีพานิชสกุล และท่านอาจารย์ ดร.สุรัชดา รีคี กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าในการอ่านวิทยานิพนธ์ที่มีเนื้อหาค่อนข้างมาก เพื่อที่จะได้ให้คำแนะนำแก่ผู้เขียนในการแก้ไขปรับปรุง ชี้ให้เห็นมุมมองใหม่ ๆ ทำให้ผู้เขียนสามารถพิจารณาเรื่องต่าง ๆ ได้อย่างรอบด้าน และสามารถทำให้วิทยานิพนธ์เล่มสมบูรณ์ขึ้นได้ เพื่อที่จะให้คำแนะนำ

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ท่านศาสตราจารย์พิเศษ ประสพสุข บุญเดช ที่ได้สละเวลาเพื่อให้ความรู้และแนวคิดที่เป็นประโยชน์เพื่อการทำวิยานิพนธ์นี้ ขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ประจำห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และเจ้าหน้าที่ประจำห้องหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตทุกท่าน สำหรับความช่วยเหลืออย่างเต็มความสามารถในการอำนายความสะดวก รวมไปถึงการตอบข้อสงสัยในการจัดทำและสืบค้นข้อมูลเพื่อประกอบการเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้

ผู้เขียนขอขอบคุณครอบครัวสำหรับความเข้าใจและกำลังใจที่มีให้มาโดยตลอด ขอขอบคุณ คุณพันตรี เกิดโชค ที่เป็นที่ปรึกษาที่ดีเสมอมา ขอบคุณ คุณลักขณา ยุ้นพันธ์ และเด็กๆ สำหรับกำลังใจและความช่วยเหลือทั้งทางวิชาการและทางจิตใจ ขอบคุณ คุณศรัณย์ พิมพ์งาม ที่อดทนต่อสู้มาด้วยกันตลอดการทำวิทยานิพนธ์ ขอบคุณ คุณศุภกรณ์ จิตติมาพร สำหรับความช่วยเหลือทางวิชาการและกำลังใจ ขอบคุณเพื่อน ๆ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจทุกท่าน รวมถึงทุกท่านผู้มีส่วนทำให้วิทยานิพนธ์นี้สาเร็จลงได้ โดยผู้เขียนไม่สามารถเอ่ยนามได้ครบถ้วน และขอบคุณคุณยายระเบียบ ยิ่งเจริญ ที่คอยเป็นกำลังใจสำคัญในการดำเนินชีวิตมาโดยตลอด

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนมีความตั้งใจสูงสุดให้ผู้ที่ได้ศึกษาวิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้รับประโยชน์ และหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเป็นแรงผลักดันให้เกิดความเปลี่ยนแปลงที่ดียิ่งขึ้นแก่วงการกฎหมายของประเทศไทย ทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของวิทยานิพนธ์เล่มนี้

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย ..... ง

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ ..... จ

กิตติกรรมประกาศ ..... ฉ

สารบัญ ..... ช

บทที่ 1 บทนำ 14

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 14

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา 18

1.3 สมมุติฐานของการศึกษา 18

1.4 ขอบเขตของการศึกษา 18

1.5 วิธีการศึกษาค้นคว้า 19

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ 19

1.7 ทบทวนวรรณกรรม 19

บทที่ 2 ความคิดพื้นฐานของการตั้งครรภ์แทนในระบบกฎหมายไทย 24

2.1 ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตร 24

2.2 ความคิดพื้นฐานของการตั้งครรภ์แทน 24

2.2.1 ความหมายของการตั้งครรภ์แทน 26

2.2.2 ประเภทของการตั้งครรภ์แทน 27

2.2.2.1 แบ่งตามวิธีการตั้งครรภ์แทน 28

2.2.2.1.1 การตั้งครรภ์แทนโดยปฏิสนธิภายใน 28

2.2.2.1.2 การตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิภายนอก 28

2.2.2.2 แบ่งตามลักษณะสัญญาตั้งครรภ์แทน 29

2.2.2.2.1 สัญญาตั้งครรภ์แทนเพื่อมนุษยธรรม 29

หน้า

2.2.2.2.2 สัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ 29
2.3 สาระสำคัญในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 29
2.3.1 ความเป็นมา 29
2.3.2 เงื่อนไขเกี่ยวกับสัญญา 32
2.3.2.1 การตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ 32
2.3.2.2 วิธีการตั้งครรภ์แทน 35
2.3.2.3 รูปแบบของสัญญา 36
2.3.3 เงื่อนไขเกี่ยวกับตัวบุคคล 38
2.3.3.1 คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร 40
2.3.3.2 หญิงที่ตั้งครรภ์แทน 40
2.3.3.3 บุคคลที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ 42
2.4 การตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด 45
2.4.1 ผลตามกฎหมายลักษณะหลักนิติกรรม 46
2.4.1.1 การตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน 46
2.4.1.2 ข้อตกลงที่ไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด 50
2.4.1.3 ข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย 51
2.4.1.4 ผลของโมฆะกรรม 52
2.4.1.4.1 การยกความเป็นโมฆะขึ้นกล่าวอ้าง 53
2.4.1.4.2 การคืนทรัพย์ตามหลักลาภมิควรได้ 53
2.4.1.4.3 โมฆะแยกส่วน 53
2.4.2 ผลตามกฎหมายครอบครัว 54
2.4.2.1 ความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย 55

หน้า

2.4.2.2 ความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย 58
2.4.2.2.1 การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร 60
2.4.2.2.2 การฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย 61
2.4.2.2.3 การฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร 62
2.4.2.2.4 การฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย 63
2.4.2.3 การรับบุตรบุญธรรม 64
2.4.2.3.1 ความยินยอม 64
2.4.2.3.2 การทดลองเลี้ยง 65
2.4.3 ผลตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก 66
2.4.3.1 ความเป็นมา 66
2.4.3.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็ก 69
2.4.3.3 ขอบเขตการปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 72
2.4.3.4 อำนาจปกครองบุตร 75
บทที่ 3 การตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดในต่างประเทศ 78
3.1 ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับเด็ก 78
3.1.1 พัฒนาการความคิดเกี่ยวกับสิทธิเด็ก 78
3.1.2 ทฤษฎีการกำหนดความเป็นบิดามารดา 81
3.1.2.1 ทฤษฎีการให้กำเนิด 82
3.1.2.2 ทฤษฎีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม 86
3.1.2.3 ทฤษฎีเจตนา 89
3.1.2.4 ทฤษฎีประโยชน์สูงสุดของเด็ก 93
3.1.2.5 โครงสร้างครอบครัวแบบใหม่ 96

หน้า

3.1.3 เศรษฐศาสตร์กับการคุ้มครองเด็ก 96
3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา 97
3.2.1 รัฐบาลกลาง 98
3.2.2 รัฐเท็กซัส 102
3.2.2.1 เงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน 102
3.2.2.2 ผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด . 105
3.2.3 รัฐเวอร์จิเนีย 107
3.2.3.1 เงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน 108
3.2.3.2 ผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด . 111
3.2.4 รัฐนิวแฮมป์เชียร์ 115
3.2.4.1 เงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน 115
3.2.4.2 ผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด . 118
3.2.5 รัฐอิลลินอยส์ 121
3.2.5.1 เงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน 121
3.2.5.2 ผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด . 124
3.2.6 รัฐนิวยอร์ก 126
3.2.6.1 เงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน 127
3.2.6.2 ผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด . 128
3.3 สหราชอาณาจักร 131
3.3.1 ความเป็นมา 131
3.3.2 เงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน 133
3.3.3 ผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด 139
3.3.3.1 สวัสดิภาพของเด็ก 140

3.3.3.2 คำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็ก 157

บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด 164

4.1 ปัญหาผลทางกฎหมายของการนำผลตามกฎหมายลักษณะนิติกรรมมาปรับใช้กับสัญญาตั้งครรภ์แทน 164

4.1.1 การยกความเป็นโมฆะขึ้นกล่าวอ้าง 164

4.1.3 ผลในทางทรัพย์สิน 165

4.1.3 ผลเรื่องสถานะบุคคล 166

4.2 ปัญหาผลทางกฎหมายของการนำผลของกฎหมายครอบครัวมาปรับใช้กับสัญญาตั้งครรภ์แทน 172

4.3 ปัญหาผลทางกฎหมายของการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้กับสัญญาตั้งครรภ์แทน 193

4.4 ปัญหาผลทางกฎหมายของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขต่าง ๆ 214

4.4.1 ปัญหาผลทางกฎหมายของสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ 214

4.4.2 ปัญหาผลทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม 221

4.4.2.1 กรณีที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน 221

4.4.2.2 กรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน 224

4.4.3 ปัญหาผลทางกฎหมายของการไม่ทำเป็นหนังสือ 227

4.4.4 ปัญหาผลทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทนข้ออื่น ๆ 229

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 231

5.1 บทสรุป 231

5.2 ข้อเสนอแนะ 235

5.2.1 กำหนดผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะโดยไม่ใช้ผลตามหลักการให้กำเนิดเพียงอย่างเดียว 235

5.2.1.1 กำหนดผลกรณีไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม 235

5.2.1.1.1 หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน 235

5.2.1.1.2 คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน 236

5.2.1.2 กำหนดผลกรณีไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ 237

5.2.1.3 กำหนดผลกรณีไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายข้ออื่น ๆ 237

5.2.1.3.1 กำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 238

5.2.1.3.2 นำแนวทางในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กที่กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549 มาปรับใช้ 240

5.2.2 ปรับใช้หลักสุจริตกับการทำผิดเงื่อนไขโดยสุจริตบางประการ 241

5.2.3 การปรับปรุงกฎหมายให้คุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กมากยิ่งขึ้น 241

5.2.3.1 แก้ไขเงื่อนไขในการการตรวจประเมินโดยแพทย์ 241

5.2.3.1.1 แก้ไขให้เงื่อนไขในการได้รับการตรวจประเมินให้เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย 241

5.2.3.1.2 เพิ่มเติมให้มีบุคคลผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาค 242

5.2.3.2 แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทนิยาม “การตั้งครรภ์แทน” 242

5.2.3.3 เพิ่มเติมมาตรา 33 ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น..... 243

5.2.3.4 แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 24 ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น 244

5.2.3.5 แก้ไขเพิ่มเติมความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ 244

5.2.3.6 เพิ่มเติมความรับผิดของนายหน้าในการตั้งครรภ์แทน 245

รายการอ้างอิง 246

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ 286

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความก้าวหน้าของเทคโนโลยีในปัจจุบันได้เพิ่มขีดความสามารถของมนุษย์ไปอย่างมากและอย่างต่อเนื่อง สิ่งที่เป็นไปไม่ได้มีน้อยลงเรื่อย ๆ ด้วยความช่วยเหลือจากเทคโนโลยีล้ำสมัยอย่างที่มนุษย์ในอดีตไม่อาจจินตนาการถึง เช่นเดียวกับการมีบุตรที่เดิมนั้นต้องเป็นไปตามขั้นตอนทางธรรมชาติ กล่าวคือ เกิดจากการมีความสัมพันธ์ทางกายระหว่างชายกับหญิง ทำให้หญิงตั้งครรภ์และคลอดบุตรออกมา ใครจะคาดคิดได้ว่าปัจจุบันมนุษย์จะสามารถมีบุตรได้โดยไม่จำเป็นต้องมีขั้นตอนทางธรรมชาตินั้นเลย เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Assisted Reproductive Technology) แยกการมีเพศสัมพันธ์ออกจากความสามารถในการสืบพันธุ์[1] สร้างความหวังให้แก่คนกลุ่มหนึ่งที่มีความบกพร่องทางร่างกายจนไม่สามารถมีบุตรตามวิธีทางธรรมชาติได้ แก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ด้วยวิธีที่แตกต่างหลากหลาย ทำให้คนเหล่านั้นสามารถสร้างครอบครัวที่สมบูรณ์แบบได้ตามที่พวกเขาปรารถนา และหนึ่งในเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่เข้ามามีบทบาทมากขึ้นเรื่อย ๆ ก็คือ “การตั้งครรภ์แทน (Surrogacy)” ที่ทำให้หญิงซึ่งไม่สามารถอุ้มท้องได้ สามารถมีบุตรได้โดยการให้หญิงอื่นอุ้มท้องแทนให้

การตั้งครรภ์แทนสร้างมิติใหม่ในการให้กำเนิด เติมเต็มความปรารถนาของมนุษย์ที่จะมีครอบครัวที่สมบูรณ์ แต่ก็มาพร้อมกับผลกระทบและประเด็นปัญหาต่าง ๆ ทั้งในทางสังคม ศีลธรรม มนุษยธรรม และกฎหมาย เนื่องจากสาระสำคัญของการตั้งครรภ์แทนมีความแตกต่างจากการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ ทำให้เกิดข้อถกเถียงในทางกฎหมายอย่างกว้างขวางในประเด็นต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นกฎหมายครอบครัวและการกำหนดสถานะของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในครอบครัวที่มีลักษณะแตกต่างไปจากครอบครัวแบบดั้งเดิม เมื่อความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบันสามารถทำให้เด็กที่เกิดมาอาจถือเป็นบุตรของบุคคลได้มากที่สุดถึง 5 คนด้วยสาเหตุที่แตกต่างกัน[2] หญิงที่ให้กำเนิดไม่จำเป็นต้องเป็นหญิงที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเหมือนในสมัยก่อน ทำให้เกิดคำถามเกี่ยวกับความเป็นธรรมและความ

---

[1] Marjorie Maguire Shultz, "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality," Wisconsin Law Review Vol. 1990, Issue 2 (1990): 337.

[2] Nora Udell, "A Riddle for Dr.Seuss “Are You My(Adoptive, Biological, Gestational, Genetic, De Facto) Mother(Father, Second Parent, or Stepparent)? And an Answer for Our Time: A Gender-Neutral, Intention-Based Standard for Determine Parentage," Tulane Journal of Law & Sexuality Vol. 21(2012): 154.

เหมาะสมที่จะนำเอากฎหมายครอบครัวดั้งเดิมมาปรับใช้กับประเด็นปัญหาทางข้อเท็จจริงที่ต่างไปจากเดิม[3] หลายประเทศจึงเริ่มตระหนักถึงความสำคัญในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้นำมาใช้ได้อย่างเหมาะสม โดยเฉพาะประเทศที่มีเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่ก้าวหน้า เอื้อให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ก่อนประเทศอื่น ๆ จึงประสบปัญหาจากความเปลี่ยนแปลงทางสภาพข้อเท็จจริงนี้ก่อนประเทศอื่นเช่นกัน

ก่อนที่ประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ผลทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีกฎหมายมาจัดการนั้นไม่ชัดเจน ความเห็นของนักวิชาการฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากเป็นการลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Dehumanization) ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนลงเสมือนเป็นแค่เครื่องมือในการผลิตเด็ก และเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการซื้อขายเด็ก (Baby-Selling) อีกทั้งยังทำลายระบบครอบครัวที่มีการสืบสายโลหิตและการดำรงเผ่าพันธุ์ที่ชัดเจนในอดีต (Traditional Family) เนื่องจากทำให้ไม่สามารถบอกได้ว่าใครเป็นบิดามารดาที่แท้จริง ส่วนอีกฝ่ายที่สนับสนุนเห็นว่า การตั้งครรภ์แทนไม่เป็นการซื้อขายเด็กโดยแท้เนื่องจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีส่วนได้เสียในตัวเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์นั่นก็คือการมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก และเห็นว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่มีสิทธิในการสืบพันธุ์ (Procreative Rights) ประกอบกับไม่มีกฎหมายห้ามไว้อย่างชัดแจ้ง จึงเห็นว่าสามารถทำการตั้งครรภ์แทนได้

กรมบัญชีกลางเคยมีข้อหารือไปที่คณะกรรมการกฤษฎีกา ในกรณีคู่สมรสซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดมหาวิทยาลัยขอรับสิทธิเบิกเงินสวัสดิการการรักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตรที่เกิดจากการนำเซลล์สืบพันธุ์ของสามีผสมกับเซลล์สืบพันธุ์ของข้าราชการหญิงแล้วนำตัวอ่อนไปฝากในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่อตั้งครรภ์แทน กรณีเช่นนี้จะถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการอันมีสิทธิได้รับสวัสดิการของทางราชการหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นในเรื่องนี้ว่าทารกในครรภ์มารดาตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึงทารกที่เกิดมานั้นจะต้องเกิดจากครรภ์ของมารดา บุตรที่เกิดโดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์นั้นหญิงที่คลอดบุตรจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนหญิงที่เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์และชายที่เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์แต่ไม่ได้เป็นสามีหรือมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงที่ตั้งครรภ์ไม่ใช่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

---

[3] แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ ดาราพร ถิระวัฒน์, รายงานฉบับสมบูรณ์ ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และคัดเลือกพันธุกรรม (โครงการชีวจริยธรรมกับการวิจัยวิทยศาสตร์ทางการแพทย์สมัยใหม่, 2548)

สังคมเริ่มตระหนักถึงปัญหาและข้อบกพร่องของกฎหมายในเรื่องนี้มากขึ้นเมื่อมีการนำเสนอข้อเท็จจริงในเรื่องที่มีคู่สามีภรรยาชาวออสเตรเลียเดินทางมาที่ประเทศไทยเพื่อจ้างหญิงไทยให้ตั้งครรภ์แทน โดยตกลงจะให้ค่าตอบแทนกับหญิงนั้นแลกกับการที่หญิงตั้งครรภ์ คลอดเด็ก และส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่เขา ต่อมาเมื่อหญิงนั้นคลอดเด็กออกมาเป็นเด็กฝาแฝดชายหญิง แต่แฝดชายหรือที่ต่อมาสังคมรู้จักกันในนาม “เด็กชายGammy”นั้น มีความบกพร่องทางสมอง คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรชาวออสเตรเลียจึงรับไปแต่แฝดหญิงที่มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงและทิ้งแฝดชายไว้กับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายเฉพาะออกมากำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนจึงต้องนำกฎหมายครอบครัวทั่วไปมาปรับใช้อันส่งผลให้หญิงที่เป็นตั้งครรภ์แทนมีสถานะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เป็นผู้ที่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรและไม่อาจจะสละสิทธิในตัวเด็กได้ ในขณะที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่เป็นผู้ว่าจ้างและเป็นจุดเริ่มต้นของทุกอย่างกลับไม่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายใด ๆ กับเด็ก ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบใด ๆ ต่อเด็ก เนื่องจากไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายในฐานะบิดามารดา ถึงแม้ในความเป็นจริงคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นจะมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กและเป็นผู้มีเจตนาแรกเริ่มในการทำให้เด็กเกิดมาก็ตาม กลายเป็นผลประหลาดที่ผู้ปฏิบัติข้อตกลงทุกอย่างกลับต้องมีภาระเพิ่มเติมในสิ่งที่ตนไม่ได้ต้องการผูกพัน ในขณะที่ผู้ละเมิดข้อตกลงไม่มีความผิดใด ๆ และไม่อาจเรียกร้องให้เขาต้องรับผิดชอบอะไรได้ และที่แย่ไปกว่านั้นก็คือการที่เด็กที่เกิดมาโดยไม่รู้เรื่องอะไรเลยต้องอยู่ในความดูแลของบุคคลที่ไม่พร้อมจะเลี้ยงดูตนอย่างไม่มีทางเลือก

หลังจากมีเหตุการณ์นี้เกิดขึ้น สังคมรวมถึงรัฐบาลก็เริ่มมีความตื่นตัวมากขึ้นในการหาทางจัดการกับปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต เพราะประเทศไทยเป็นหนึ่งในสถานที่อันเป็นจุดหมายที่ชาวต่างชาตินิยมเดินทางมาทำสัญญาตั้งครรภ์แทน[4] ส่วนหนึ่งก็เพราะว่ายังไม่มีกฎหมายควบคุมหรือวางหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ในการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนนั้นก็มีการพูดคุยถกเถียงทางวิชาการในวงกว้างถึงความเหมาะสมของการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นมาจัดการการตั้งครรภ์แทน ว่าควรกำหนดอย่างไร จนในเวลาต่อมาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เกิดขึ้น โดยถือเป็นกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับฉบับแรกที่เข้ามาจัดการปัญหาและสร้างความชัดเจนในประเด็นปัญหาบางประการ ซึ่งโดยหลักแล้วมุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยใช้วิธีการกำหนดให้คู่สัญญาที่ประสงค์จะมีบุตรมีสถานะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนและห้ามปฏิเสธไม่รับเด็กนั้น

---

[4] ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "ฎีกาวิเคราะห์ : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10442/2558 (มดลูกหญิงไทย)," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 45 ฉบับที่ 4 (2559): 1107-1112.

โดยมีการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนไว้อย่างรัดกุม รวมถึงกำหนดโทษในทางอาญาบางประการในการกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายในบางข้อ

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ไม่ได้กำหนดผลในทางแพ่งของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติกำหนดเอาไว้โดยตรง ซึ่งการไม่ได้กำหนดผลไว้ก็ทำให้เกิดข้อสงสัยต่อไปว่าหากสัญญาตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นนั้นได้ทำขึ้นโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายข้อใดข้อหนึ่งในพระราชบัญญัตินี้จะมีผลอย่างไร จะทำให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะไปเสียทั้งหมดตามผลทางกฎหมายในเรื่องนิติกรรม หรือจะนำเอาผลของโมฆะกรรมตามหลักกฎหมายนิติกรรมธรรมดาหรือผลในกฎหมายครอบครัวทั่วไปมาปรับใช้เพื่อกำหนดผลเกี่ยวกับสถานะของบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเหมือนอย่างครั้งก่อนที่จะมีพระราชบัญญัตินี้ขึ้น และการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขแต่ละข้อนั้นจะมีผลเหมือนกันหมดหรือไม่ ซึ่งผลของการไม่ทำตามกฎหมายจะเป็นเช่นไรนั้นจะส่งผลสำคัญที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นข้อบกพร่องที่ไม่อาจมองข้ามได้ก็คือผลต่อตัวเด็กที่เกิดมาจากสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายนั้น ใครจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็ก และผลดังกล่าวจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่ต้องการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่ ซึ่งเมื่อคำนึงถึงสภาพสังคมในประเทศไทยที่ในอดีตปรากฏหญิงที่ตั้งครรภ์แทนอยู่มากประกอบกับข้อมูลในทางสถิติที่มีเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก[5] หากไม่มีการกำหนดผลของการตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ทำตามที่กฎหมายไว้ให้ชัดเจนแล้ว อาจส่งผลเสียทั้งต่อเด็กและต่อสังคมในระยะยาวได้

ผู้เขียนจึงต้องการจะศึกษาเพื่อหาทางแก้ไขข้อบกพร่องของพระราชบัญญัติในข้อนี้เพื่อที่จะหาทางออกที่ดีที่สุดสำหรับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายของสัญญาตั้งครรภ์แทน และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งจากการศึกษาในเบื้องต้นปัญหานี้ไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะในประเทศไทย ดังที่ได้กล่าวไว้ในเบื้องต้นว่าการตั้งครรภ์แทนเป็นพัฒนาการทางการแพทย์ที่เพิ่งเกิดขึ้นได้ไม่นาน ประเทศที่มีการพัฒนาการทางการแพทย์นี้มาก่อนก็ล้วนผ่านการพูดคุยถกเถียง พินิจพิเคราะห์และเรียนรู้ที่จะกำกับดูแล วางกฎเกณฑ์หรือหาทางออกในรูปแบบอื่นเพื่อมาจัดการปัญหาที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นมาก่อนแล้ว โดยแต่ละรัฐแต่ละประเทศก็มีกฎเกณฑ์ในที่แตกต่างกันออกไป เนื่องจากการหยิบเอาทฤษฎีทางกฎหมายที่แตกต่างกันมาปรับใช้ประกอบกับ

---

[5] Mrinal Vijay, "Commercial Surrogacy Arrangements: The Unresolved Dilemmas," UCL Journal of Law and Jurisprudence Vol. 3(2014): 201-202

นโยบายของประเทศนั้น ๆ ผู้เขียนจึงเห็นควรที่จะศึกษากฎหมายของต่างประเทศควบคู่ไป เพื่อหาหลักเกณฑ์ที่เป็นประโยชน์และอาจนำมาประยุกต์ใช้ในกฎหมายไทยได้อย่างเหมาะสม

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.เพื่อให้มีความรู้เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ลักษณะ วิธีการ ตลอดจนบทบาท ของบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการตั้งครรภ์แทน

2.เพื่อให้มีความรู้ความเข้าใจกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำการตั้งครรภ์แทนที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันในประเทศไทยและในต่างประเทศ รวมทั้งแนวความคิดพื้นฐานทางกฎหมายที่ถูกนำมาใช้ในการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ

3.เพื่อให้เข้าใจหลักการพื้นฐานในการกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและอำนาจปกครอง อันอาจจะทำให้สามารถแก้ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นกับเด็กที่เกิดโดยสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

4.เพื่อที่จะนำไปเป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้มีความชัดเจนและเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยที่เปลี่ยนแปลงไป

1.3 สมมุติฐานของการศึกษา

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มิได้กำหนดผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงอาจก่อผลที่ไม่แน่นอนสำหรับเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้น

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ในส่วนของกฎหมายไทย ผู้เขียนจะทำการศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ต้นร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวบางส่วนที่มีข้อมูลเกี่ยวโยงถึง และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบรรพ 5 ลักษณะครอบครัวที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรและอำนาจปกครอง และบรรพ 1 หลักทั่วไปในเรื่องนิติกรรม พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 แล้วจะได้ทำการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหราชอาณาจักร และในบางรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อศึกษาเป็นแนวทางในการกำหนดผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดให้เหมาะสมและสอดคล้องกับจุดมุ่งหมายของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

1.5 วิธีการศึกษาค้นคว้า

ผู้เขียนใช้วิธีวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) จากบทบัญญัติในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนของประเทศไทย รวมถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะครอบครัวและนิติกรรม กฎหมายและแนวคำพิพากษาศาลที่เกี่ยวข้องของ ประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา และศึกษาความเห็นของนักกฎหมายจากบทความวิชาการ รายงานการวิจัย ตำรา และข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ข่าว ตลอดจนข้อมูลจากหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมารวบรวมและวิเคราะห์หาผลทางกฎหมายที่เหมาะสมและสอดคล้องกับจุดมุ่งหมายของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.ทำให้มีความรู้เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ลักษณะ วิธีการ ตลอดจนบทบาทของบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการตั้งครรภ์แทน

2.ทำให้มีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำการตั้งครรภ์แทนที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันในประเทศไทยและในต่างประเทศ รวมทั้งแนวความคิดพื้นฐานทางกฎหมายที่ถูกนำมาใช้ในการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ

3.ทำให้เกิดความเข้าใจหลักการพื้นฐานในการกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและอำนาจปกครอง อันอาจจะทำให้สามารถแก้ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นกับเด็กที่เกิดโดยสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

4.ทำให้สามารถนำผลของการศึกษาได้ไปเป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้มีความชัดเจนและเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยที่เปลี่ยนแปลงไป

1.7 ทบทวนวรรณกรรม

1.สหทยา สุนทรเกตุ. ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539

วิทยานิพนธ์กล่าวถึงปัญหาของการไม่มีกฎหมายมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทนได้อย่างเหมาะสม ทำให้เกิดประเด็นปัญหาต่าง ๆ ตามมา เช่น ปัญหาว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาอะไร มีผลใช้บังคับตามกฎหมายอย่างไร เด็กที่เกิดมาจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของใคร ผู้เขียนให้ความเห็นว่าหากไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องนี้ไว้อย่างชัดแจ้งจะเป็นปัญหาต่อสังคม แม้จะมีการนำกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้อย่างกฎหมายว่าด้วยสัญญา กฎหมายว่าด้วยครอบครัว

กฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ก็ไม่สามารถครอบคลุมการตั้งครรภ์แทนได้ มีการทำแบบสำรวจความคิดเห็นของประชาชน 200 คน ในประเด็นปัญหาต่าง ๆ เช่น สิทธิของเด็กที่จะได้รับทราบต้นกำเนิดของตนเอง ทัศนคติของคนไทยที่มีต่อการตั้งครรภ์แทน เช่น ยอมรับให้มีการตั้งครรภ์แทนได้หรือไม่ ทัศนคติทางศีลธรรมที่มีต่อการตั้งครรภ์แทนรูปแบบต่าง ๆ เป็นต้น ผู้เขียนวิเคราะห์ถึงความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะออกมาควบคุมหรือรับรองโดยชัดแจ้ง โดยมีความเห็นว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ผู้เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีส่วนได้เสียในตัวเด็ก คือกรณีที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นมีความบกพร่องทางร่างกายไม่สามารถมีบุตรได้นั้นไม่ขัดต่อกฎหมาย คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรสามารถเป็นรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นสัญญาที่สมบูรณ์และสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย มีหนี้เกิดขึ้นแต่จะบังคับกันได้มากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับสภาพแห่งหนี้ว่าเปิดช่องหรือไม่ วิเคราะห์ผลตามกฎหมายครอบครัวของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่สามารถนำมาใช้เพื่อกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรได้ โดยผู้เขียนได้วิเคราะห์ทั้งหมดนั้นก็เพื่อแสดงให้เห็นความจำเป็นในการมีกฎหมายพิเศษออกมารับรองเรื่องการตั้งครรภ์แทน ให้สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาพิเศษแตกต่างจากสัญญาทั่วไปและกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง

วิทยานิพนธ์ดังกล่าวจึงมีความแตกต่างจากวิทยานิพนธ์ที่ผู้เขียนศึกษา เนื่องจากผู้เขียนต้องการศึกษาผลทางกฎหมายในการไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่เพิ่งมีผลบังคับใช้ไม่นาน แต่วิทยานิพนธ์ดังกล่าวนั้นศึกษาตั้งแต่ครั้งยังไม่มีพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยชี้ให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องของกฎหมายเพื่อสนับสนุนให้เกิดกฎหมายขึ้นเป็นการเฉพาะ

2.ณัฐวิวรรณ อภิสิทธิ์โยธิน. <u>การตั้งครรภ์แทน: ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก</u> วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2543

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้เป็นการวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ในขณะที่ยังไม่มีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กับการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย การรับบุตรบุญธรรม และมรดก โดยวิเคราะห์ถึงปัญหาในกรณีต่าง ๆ เพื่อตอบคำถามว่าควรจะแก้ไขกฎหมายส่วนไหนอย่างไรเพื่อให้สอดคล้องกับธรรมชาติของการตั้งครรภ์แทน

มีความแตกต่างจากวิทยานิพนธ์ที่ผู้เขียนต้องการศึกษาที่เป็นไปเพื่อการกำหนดผลของกฎหมายสำหรับการไม่ทำตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ อันเป็นกฎหมายเฉพาะที่ออกมาด้วยความพยายามแก้ปัญหาความไม่

สอดคล้องของความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงหรือความก้าวหน้าทางวิทยาการกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่เป็นปัญหาของวิทยานิพนธ์ของคุณณัฐวิวรรณ

3. แสวง บุญเฉลิมวิภาส. และ ดาราพร ถิระวัฒน์. รายงานฉบับสมบูรณ์ ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และคัดเลือกพันธุกรรม โครงการชีวจริยธรรมกับการวิจัยวิทยศาสตร์ทางการแพทย์สมัยใหม่, 2548

เป็นรายงานที่จัดทำขึ้นเพื่อช่วยในการหาแนวทางที่เหมาะสมในการจัดการกับการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย โดยพิจารณาถึงบริบทต่าง ๆ ทางศาสนา จริยธรรม สังคม และศึกษากฎหมายต่างประเทศและแนวคำพิพากษาของแต่ละประเทศที่ใช้อยู่ในขณะนั้น และเห็นว่าข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนนั้นหากมิได้มีกฎหมายพิเศษบัญญัติไว้อย่างในขณะนั้น ข้อตกลงตั้งครรภ์แทนดังกล่าวจะเป็นโมฆะเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ประชาชนไม่สามารถทำสัญญาเปลี่ยนแปลงสถานะที่กฎหมายกำหนดได้ การตั้งครรภ์แทนควรทำได้เฉพาะภายในกรอบที่สมเหตุสมผลซึ่งอาจแตกต่างไปในแต่ละสังคม การร่างกฎหมายเพื่อมาจัดการปัญหาดังกล่าวจำเป็นต้องเกิดขึ้นและต้องใช้ความรู้ความสามารถหลายแขนง และยังได้วิเคราะห์อย่างกว้างไปถึงสิทธิของเด็กที่เกิดมาในเรื่องต่าง ๆ เช่น สิทธิในการเข้าถึงข้อเท็จจริงเพื่อทราบต้นกำเนิดของตนเอง สิทธิหน้าที่ทางแพ่งและอาญาของบุคคลกรทางการแพทย์ โดยท้ายสุดผู้เขียนได้เสนอว่าควรจะมีกฎหมายเฉพาะออกมาจัดการเรื่องการตั้งครรภ์แทน โดยกำหนดให้ทำได้หากเป็นไปเพื่อรักษาภาวะมีบุตรยากและกำหนดกฎเกณฑ์ให้ชัดเจน

รายงานฉบับนี้มีความแตกต่างจากวิทยานิพนธ์ที่ผู้เขียนศึกษาตรงที่รายงานนี้เป็นการศึกษาเพื่อพิจารณาการตั้งครรภ์แทนกับกฎหมายในขณะนั้น ความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาความเหมาะสมและสอดคล้องกับมุมมองทางสังคมและจริยธรรม เพื่อช่วยในการหาแนวทางที่เหมาะสมในการจัดการกับการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยต่อไป

4.กานต์ กาญจนไพบูลย์. ปัญหากฎหมายของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้วิเคราะห์การปรับใช้หลักกฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญากับสัญญาตั้งครรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะในเรื่องดังกล่าว การเกิดสัญญา การเลิกสัญญา การชดใช้และความเสียหายจากการผิดสัญญาจึงต้องนำหลักนิติกรรมสัญญามาปรับใช้ โดยได้ข้อสรุปว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ ไม่ใช่สัญญาที่มีลักษณะส่งผลในเชิงทรัพย์สิน และเป็นสัญญาที่มีระยะเวลายาวนาน ไม่สามารถนำเอาหลักนิติกรรมมาปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายขึ้นโดยเฉพาะ

วิทยานิพนธ์นี้จึงมีความแตกต่างจากวิทยานิพนธ์ที่ผู้เขียนต้องการศึกษาตรงที่เป็นการศึกษาการใช้หลักนิติกรรมกับสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะ ในขณะวิทยานิพนธ์

ของที่ผู้เขียนนั้นต้องการศึกษาผลที่จะเกิดขึ้นเมื่อไม่ทำตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

5.พิลาสินี โยงสมบัติ. วิเคราะห์ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552

วิทยานิพนธ์นี้ได้ศึกษาวิเคราะห์มาตราต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... เพื่อเสนอแนะให้มีการปรับปรุงแก้ไขในบางมาตราที่ยังมีช่องว่างอยู่ แต่ในร่างพระราชบัญญัตินั้นไม่ได้มีการกำหนดผลของการไม่ทำตามพระราชบัญญัติไว้ ซึ่งผู้เขียนก็ได้เสนอให้มีการกำหนดผลในกรณีดังกล่าวไว้ด้วย แต่ไม่ได้มีการวิเคราะห์เปรียบเทียบในเชิงลึกว่าควรจะให้ผลเป็นไปอย่างไร มีเพียงการกล่าวไว้ในข้อเสนอแนะอย่างคร่าว ๆ ให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรต้องจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมา

วิทยานิพนธ์เรื่องดังกล่าวจึงมีความแตกต่างกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่ผู้เขียนศึกษานี้ เนื่องจากวิทยานิพนธ์เรื่องที่ผู้เขียนกำลังศึกษานี้ต้องการหาผลของการไม่ทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดโยเฉพาะ มิได้มีขอบเขตในการพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติโดยรวม อีกทั้งวัตถุแห่งการศึกษาก็มีความแตกต่างกันอีกด้วย กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... กับ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นั่นเอง

6.ปทิตตา ไชยปาน. ปัญหาการตั้งครรภ์แทนกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557

ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในด้านศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ที่ผู้เขียนมองว่าการกระทำดังกล่าวกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดมา เนื่องจากมีลักษณะเป็นการเช่ามดลูกและการซื้อขายเด็ก และการที่ประเทศไทยไม่มีการกำหนดกฎเกณฑ์แน่นอนในเรื่องดังกล่าวไว้ทำให้ไม่สามารถลงโทษบุคคลที่หาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากการตั้งครรภ์แทนได้ การใช้กฎหมายในขณะนั้นที่เป็นอยู่ไม่เหมาะสมสอดคล้องกับเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป

วิทยานิพนธ์ที่กล่าวมานี้มุ่งเน้นไปที่การศึกษาภาพรวมของการตั้งครรภ์แทนหากให้มีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นได้อย่างกว้างขวางก็อาจจะกระทบต่อจริยธรรม ศีลธรรม ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่ก็ยอมรับว่าเรื่องการตั้งครรภ์แทนนั้นมีความสลับซับซ้อนและละเอียดอ่อน มีทั้งข้อดีและข้อเสีย และการให้มีการตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่ไม่มีค่าตอบแทนก็จะเป็นประโยชน์ในขณะเดียวกันก็ไม่มีปัญหาการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ท้ายสุดก็ได้เสนอให้มีการออกกฎหมายมาบังคับใช้กับเรื่องการตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะ ซึ่งแตกต่างจากวิทยานิพนธ์เล่มนี้ที่ผู้เขียนทำการศึกษาเนื่องจาก

ผู้เขียนต้องการศึกษาหาผลทางกฎหมายในกรณีที่ไม่ทำตามกฎหมายกำหนดโดยเฉพาะ ไม่ใช่การศึกษาแนวกว้างในประเด็นเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บทที่ 2
ความคิดพื้นฐานของการตั้งครรภ์แทนในระบบกฎหมายไทย

2.1 ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตร

กฎหมายไทยในสมัยโบราณนั้นถือว่าบุตรเป็นเพียงทรัพย์สินประเภทหนึ่งของครอบครัวซึ่งมีบิดาเป็นหัวหน้าและมีสิทธิขาดเหนือตัวบุตร มีความสัมพันธ์ในเชิงอำนาจที่บิดามารดามีอำนาจเหนือชีวิตของบุตร มีสิทธิแม้กระทั่งนำบุตรไปขายเป็นทาสได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุตร ดังที่ปรากฏตามกฎหมายพระไอย-การทาษ มาตรา 1 ที่กำหนดว่า “ถ้าผัวและพ่อแม่นายเงินเอาชื่อลูกเมียข้าคนใส่ในกรมธรรม์ขาย ท่านว่าเป็นสิทธิ แม้นว่าเจ้าสินบอกก็ดีมิได้บอกก็ดีแก่ตัวเรือนเบี้ยซึ่งมีอยู่ในกรมธรรม์นั้น ท่านว่าเป็นสิทธิ์ได้โดยกระบิลมือ ท่านเหตุว่าเจ้าผัว พ่อแม่ นายเงินนั้นเป็นอิสระภาพแล”[1] ประกอบกับขนบธรรมเนียมประเพณีไทยถือว่าการทำตามความประสงค์ของบิดามารดาเป็นการแสดงความกตัญญูรู้คุณหากไม่ทำตามจะกลายเป็นคนอกตัญญูต่อบิดามารดา จึงทำให้การกระทำของบิดาดังกล่าวนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องทั้งในทางกฎหมายและในมุมมองทางขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงามของไทย แต่ในปัจจุบันก็ได้ยกเลิกกฎหมายในลักษณะดังกล่าวและขนบธรรมเนียมอันสุดโต่งในเรื่องนี้ก็เปลี่ยนแปลงไป[2] เห็นได้ชัดจากการเปลี่ยนแปลงตามกระแสสังคมโลกที่ให้ความสำคัญในเรื่องสิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองสิทธิเด็กมากยิ่งขึ้น โดยประเทศไทยเองก็ได้ลงนามเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535 และได้ปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เด็กมากยิ่งขึ้น

2.2 ความคิดพื้นฐานของการตั้งครรภ์แทน

เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการทางการแพทย์ในปัจจุบัน ผู้ที่ประสบปัญหามีบุตรยากหรือไม่สามารถตั้งครรภ์สามารถหาทางออกอื่น ๆ มาทดแทนความบกพร่องในการไม่สามารถสืบพันธุ์ตามธรรมชาติได้โดยใช้เทคโนโลยีล้ำสมัยมาเป็นเครื่องมือช่วยในการผสมเซลล์สืบพันธุ์ก่อให้เกิดเป็นตัวอ่อน (Embryo) ซึ่งจะพัฒนาต่อไปเป็นมนุษย์ ตอบสนองความต้องการมีบุตรของผู้มี

---

[1] อัญชลี กัมทรทิพย์, "หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า : ศึกษาตามแนวคำพิพากษาศาล" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547) หน้า 64.

[2] ชุษณา บุญยรัตพันธุ์, "อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเด็ก : ผลกระทบต่อประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536) หน้า 1-2.

ความบกพร่องด้วยสาเหตุต่าง ๆ เทคโนโลยีที่ว่านี้มีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่าเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Assisted Reproductive Technology) ทำให้คนสามารถมีบุตรได้โดยไม่ต้องมีความสัมพันธ์ทางร่างกาย โดยมีวิธีการหลากหลายเพื่อนำไปใช้กับผู้ที่มีความบกพร่องในลักษณะที่แตกต่างกันออกไป เช่น การทำเด็กหลอดแก้ว (In Vitro Fertilization / IVF) เป็นการนำเอาเซลล์สืบพันธุ์ของชายหรือผู้บริจาคมาผสมกับเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงหรือผู้บริจาคภายนอกร่างกาย แล้วจึงนำเอาตัวอ่อนที่ได้จากการผสมนั้นใส่กลับเข้าไปที่รังไข่ของหญิงผู้เป็นมารดา[3] วิธีนี้เรียกอีกอย่างว่าการผสมเทียมโดยการปฏิสนธิภายนอก การทำ GIFT (Gamete Intrafallopian Transfer) ซึ่งจะต่างจากวิธีแรกที่การปฏิสนธิจะเกิดขึ้นภายในท่อนำไข่ (fallopian tube) ของหญิง[4] และการตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) หรือที่รู้จักกันในอีกชื่อหนึ่งคือ “การอุ้มบุญ” คือการให้หญิงคนหนึ่งที่เรียกว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ตั้งครรภ์โดยตกลงจะมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอีกคนหนึ่ง[5] หรืออีกคู่หนึ่งขึ้นอยู่กับว่าฝ่ายที่ประสงค์จะให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้นนั้นจะมีกี่คน โดยหญิงที่ตั้งครรภ์แทนตกลงจะสละสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ เหนือตัวเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้นให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร[6]

ในด้านหนึ่งความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์นี้ก็ช่วยบุคคลที่มีความบกพร่องทางร่างกายให้สามารถมีบุตรได้ตามใจปรารถนา สามารถสร้างครอบครัวที่มั่นคงสมบูรณ์ได้ แต่ในอีกด้านหนึ่งมันก็ส่งผลให้เกิดปัญหาทางกฎหมายและทางจริยธรรมตามมา เพราะเดิมนั้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ บัญญัติไว้เพื่อปรับใช้กับการปฏิสนธิและการให้กำเนิดตามธรรมชาติ[7] จึงไม่เหมาะสมที่จะเอามาปรับใช้กับการเกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่มีลักษณะอันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกัน เช่น ความก้าวหน้านี้ทำให้สามารถแยกความเป็นมารดาในทางพันธุกรรมออกจากความเป็นมารดาจากการตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรได้ ทำให้ความเป็น

---

[3] Karen L Goldstein, "Assisted Reproductive Technology," Georgetown Journal of Gender and the Law Vol. 3, Issue 2 (Spring 2002): 411.

[4] ibid และ Lindsey Zaldivar. "Types of Assisted Reproductive Technologies (Art) " [Online]. Available from: http://www.conceiveeasy.com/get-pregnant/types-of-assisted-reproductive-technologies-art/ [8 October 2016]

[5] Denise Meyerson, "Surrogacy Agreements," Acta Juridica Vol. 1994 (1994): 121.

[6] Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood," Connecticut Law Review Vol. 33 (2000): 128.

[7] แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ ดาราพร ถิระวัฒน์, รายงานฉบับสมบูรณ์ ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และคัดเลือกพันธุกรรม (โครงการชีวจริยธรรมกับการวิจัยวิทยศาสตร์ทางการแพทย์สมัยใหม่, 2548) หน้า 2.

มารดาที่ในอดีตกำหนดได้อย่างง่ายดายเนื่องจากมีความชัดเจนแน่นอนเป็นหนึ่งเดียวนั้น[8]อาจถูกตั้งคำถามถึงความชัดเจนนั้น เป็นปัญหาว่าหากใช้หลักการให้กำเนิดตามกฎหมายครอบครัวทั่วไปมาปรับกับข้อเท็จจริงในการตั้งครรภ์แทนเลยทันทีอาจส่งผลกระทบในทางลบต่อบุคคลทั้งหลายที่เกี่ยวข้องในการตั้งครรภ์แทนนั้น เป็นเหตุให้ต้องมีการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อคุ้มครองคนที่เป็นผลจากการกระทำดังกล่าวซึ่งก็คือเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีนั้น ๆ ซึ่งเมื่อไม่นานมานี้ในประเทศไทยก็ได้มีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์เฉพาะแยกต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.2.1 ความหมายของการตั้งครรภ์แทน

นิยามการตั้งครรภ์แทนอาจแตกต่างกันออกไปแล้วแต่มุมมองของแต่ละบุคคล หากศึกษาลึกลงไปในอดีตอาจมีความหมายกว้างไปถึงขนาดรวมเอาการตั้งครรภ์ที่ฝ่ายหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายชายที่ต้องการมีบุตรเข้าไว้ด้วย ดังที่ปรากฏในคัมภีร์ไบเบิล Old Testament ว่าซาราห์ ภรรยาของอับราฮัมไม่สามารถมีบุตรได้ จึงให้ฮาการ์ที่เป็นสาวใช้เป็นผู้ตั้งครรภ์แทนโดยให้ฮาการ์มีเพศสัมพันธ์กับอับราฮัม ดังนั้นหากพิจารณาความหมายโดยกว้าง การตั้งครรภ์แทนก็อาจหมายรวมถึงการที่หญิงคนหนึ่งตกลงรับตั้งครรภ์ด้วยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด และตกลงว่าจะส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยสละสิทธิใด ๆ ที่มีอยู่เหนือตัวเด็กนั้น[9]

นิยามในพจนานุกรมในปัจจุบันก็ได้ให้ความหมายการตั้งครรภ์แทนไว้กว้าง ๆ เช่น ใน Black's Law Dictionary[10] ได้นิยามการตั้งครรภ์แทนไว้ ว่าเป็นกระบวนการที่ตั้งครรภ์และคลอดบุตรออกมาเพื่อมอบให้แก่บุคคลอื่น และใน A Dictionary of Law ของ Oxford นิยามว่าเป็นบทบาทที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนตกลงจะอุ้มท้องเพื่อคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้[11]

---

8 Browne C Lewis, "Due Date: Enforcing Surrogacy Promises in the Best Interest of the Child," St. John's Law Review Vol. 87 Issue 4 (Fall 2013): 906.

9 J.K. Mason, Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood, second edition (England: Dartmouth Publishing co. ltd, 1998) page 251.; David M Smolin, "Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children," Pepperdine Law Review Vol. 43 Issue 2 (2016): 289-291.

10 Henry Campbell Black, Black's Law Dictionary, Eight Edition (United States of America: West Publising, 2004) page 4529.

11 Elizabeth A. Martin, Oxford a Dictionary of Law, Fifth Edition (New York: Oxford University Press, 2003) page 488.

คณะกรรมการ Warnock (The Warnock committee) ของสหราชอาณาจักร นิยามการตั้งครรภ์แทนไว้อย่างกว้าง ๆ เช่นกัน ว่าเป็นกระบวนการที่หญิงคนหนึ่งอุ้มท้องเพื่อบุคคลอื่นโดยมีเจตนาจะส่งมอบเด็กให้หลังจากเด็กเกิด[12]

สำหรับนักวิชาการของไทยนั้น ก็มีการอธิบายความหมายของการตั้งครรภ์แทนไว้เช่นกัน เช่น ท่านศาสตราจารย์ แสวง บุญเฉลิมวิภาส ได้นิยามการตั้งครรภ์แทนว่าหมายถึง การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงผู้ตั้งครรภ์แทนมีเจตนาหรือข้อตกลงไว้ก่อนตั้งครรภ์ที่จะให้ทารกในครรภ์นั้นเป็นบุตรหรืออยู่ในอำนาจปกครองของผู้อื่น[13]

ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นิยามการตั้งครรภ์แทนไว้แคบกว่านิยามที่กล่าวมาข้างต้น โดยนิยามว่าเป็น การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

เมื่อพิจารณาจากนิยามต่าง ๆ แล้ว จะเห็นได้ว่าใจความสำคัญของการตั้งครรภ์แทนนั้นก็คือการที่หญิงตั้งครรภ์โดยมีเจตนาจะให้เด็กที่เกิดมานั้นเป็นบุตรของบุคคลอื่น โดยแม้การจำกัดความนั้นอาจรวมถึงกรณีที่ชายที่ตั้งใจจะมีบุตรมีความสัมพันธ์ทางกายกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนด้วยก็ตาม แต่ในปัจจุบันก็เป็นที่เข้าใจกันดีว่าการตั้งครรภ์แทนไม่ได้มีความหมายกว้างขนาดนั้น แต่คำว่าการตั้งครรภ์แทนนั้นถูกใช้เพื่อสื่อถึงกระบวนการการตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่น โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นตัวช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้น

2.2.2 ประเภทของการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทนนั้นอาจมีได้หลายลักษณะ ขึ้นอยู่กับกระบวนการที่ทำให้เกิดการตั้งครรภ์และลักษณะเงื่อนไขที่คู่สัญญาตกลงกัน โดยอาจแบ่งประเภทได้โดยอาศัยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

---

[12] Report of The Committee of Inquiry Into Human Fertilisation And Embryology (1984) at para.8.1, โปรดดูภาคผนวก ข.

[13] แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ ดาราพร ถิระวัฒน์, รายงานฉบับสมบูรณ์ ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และคัดเลือกพันธุกรรม (โครงการชีวจริยธรรมกับการวิจัยวิทยศาสตร์ทางการแพทย์สมัยใหม่, 2548) หน้า 5.

2.2.2.1 แบ่งตามวิธีการตั้งครรภ์แทน

2.2.2.1.1 การตั้งครรภ์แทนโดยปฏิสนธิภายใน

การตั้งครรภ์แทนโดยปฏิสนธิภายในหรือที่เรียกว่าการอุ้มบุญแท้(Traditional Surrogacy/ Artificial Insemination Surrogacy/ AI) เป็นการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยวิธีการฉีดเซลล์สืบพันธุ์ของชายซึ่งเป็นของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรหรือของผู้บริจาค เข้าสู่ตัวหญิงที่ตั้งครรภ์แทน[14] ให้ผสมกับเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงภายในตัวหญิงนั้น ด้วยเหตุนี้จึงส่งผลให้เด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนโดยวิธีนี้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน[15] ในขณะที่ไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับหญิงที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเลย[16] และหากเป็นกรณีที่ได้รับบริจาคเซลล์สืบพันธุ์จากบุคคลภายนอกแล้ว ก็จะทำให้เด็กไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับทั้งหญิงและชายผู้เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรโดยสิ้นเชิง

2.2.2.1.2 การตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิภายนอก

การตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิภายนอก หรือที่เรียกว่าการอุ้มบุญเทียม (Gestational surrogacy/In Vitro Fertilization Surrogacy/ IVF) คือการนำเซลล์สืบพันธุ์ ทั้งไข่และสเปิร์ม ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรหรือของผู้บริจาค มาปฏิสนธิกันก่อนภายนอกร่างกายแล้วจึงจะนำเข้าไปในตัวของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน[17] ให้ฝังตัวในมดลูกของหญิงนั้น หญิงที่ตั้งครรภ์แทนทำหน้าที่ในการอุ้มท้องแทน[18] เป็นที่อาศัยให้ตัวอ่อนนั้นฟักตัวตามกำหนดเวลาเท่านั้น ไม่ได้มีส่วนในการเกิดขึ้นของตัวอ่อนแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจึงไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา เว้นแต่ว่าเซลล์สืบพันธุ์ที่ใช้ผสมภายนอกร่างกายนั้นเป็นเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วเกิดขึ้นได้ยาก เพราะหากจะใช้เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนด้วยแล้วย่อมไปใช้วิธีปฏิสนธิภายในซึ่งง่ายกว่า

---

14 Weldon E. Havins และ James J Dalessio, "Reproductive Surrogacy at the Millennium: Proposed Model Legislation Regulating Non-Traditional Gestational Surrogacy Contracts," McGeorge Law Review Vol. 31, Issue 3 (Spring 2000): 675.

15 Dominique Ladomato, "Protecting Traditional Surrogacy Contracting through Fee Payment Regulation," Hastings Women's Law Journal Vol. 23, Issue 2 (Summer 2012): 247.

16 ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558) หน้า 18.

17 เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

18 Martha A. Field, "Surrogacy Contracts - Gestational and Traditional: The Argument for Non Enforcement," Washburn Law Journal Vol. 31, Issue 1 (Fall 1991): 1-17.; Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood," Connecticut Law Review : 127-128.

2.2.2.2 แบ่งตามลักษณะสัญญาตั้งครรภ์แทน

2.2.2.2.1 สัญญาตั้งครรภ์แทนเพื่อมนุษยธรรม

สัญญาตั้งครรภ์แทนเพื่อมนุษยธรรม (Altruistic Surrogacy) คือสัญญาตั้งครรภ์แทนซึ่งหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ได้เงินหรือประโยชน์ใด ๆ ตอบแทนจากการตั้งครรภ์นั้น มีเจตนาเพียงเพื่อช่วยเหลือคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเท่านั้น โดยส่วนใหญ่แล้วคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ เช่น ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในทางการแพทย์ หรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์นั้น[19]

2.2.2.2.2 สัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์

สัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ (Commercial Surrogacy) คือสัญญาตั้งครรภ์แทนที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้รับค่าตอบแทนหรือประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการตอบแทนเนื่องจากการตั้งครรภ์นั้น[20] หรือในบางตำรานิยามว่าเป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนตกลงเข้าร่วมในสัญญาเนื่องด้วยเหตุผลทางการเงินเป็นหลัก[21] สัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์นี้อาจไม่เหมือนสัญญาตั้งครรภ์แทนที่มีค่าตอบแทนเสียทีเดียว เนื่องจากในบางครั้งการได้รับค่าตอบแทนตามสมควรนั้นกฎหมายในบางประเทศก็อาจไม่ถือเป็นเป็นทางพาณิชย์[22] หากเป็นการได้รับค่าตอบแทนตามที่กฎหมายอนุญาตให้ได้รับและไม่มีลักษณะเป็นในทางธุรกิจการค้าหรือเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์

2.3 สาระสำคัญในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

2.3.1 ความเป็นมา

ก่อนจะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นี้ มีการถกเถียงกันเป็นอย่างมากว่าในระบบกฎหมายไทยนั้น สัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถทำได้หรือไม่ เป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ และผลของสัญญาหากมีการทำขึ้นจะเป็นอย่างไร การตั้งครรภ์แทนในช่วงก่อนนี้ไม่มีกฎหมายมารับรองหรือ

---

19 Sama, Surrogacy Information Brief, (New Delhi: Rource Group for Women and Health, 2014) page 3.

20 ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 หน้า 19.

21 Sama, Surrogacy Information Brief page 3.

22 เช่น กฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักร

ควบคุม มีก็แต่ประกาศของแพทยสภา 2 ฉบับ[23] ได้แก่ ประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสถานบริการ การให้บริการการรับตั้งครรภ์แทนของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์โดยมุ่งให้มีมาตรฐานในการบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เท่านั้น[24] และประกาศแพทยสภาที่ 21/2544 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) กำหนดให้การตั้งครรภ์แทน หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติโดยสายโลหิตของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร และห้ามมิให้จ่ายค่าตอบแทนในลักษณะที่ทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์แทน และกำหนดให้ต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรส ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงจะให้บริการได้ อย่างไรก็ดี ประกาศทั้งสองฉบับนี้ออกมาเพื่อควบคุมมาตรฐานวิชาชีพ จรรยาบรรณทางการแพทย์ ให้ความรู้กับคนทั่วไปและใช้เป็นข้อควรปฏิบัติของแพทย์เท่านั้นไม่ได้ใช้กับคนทั่วไป[25] ไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย ประกอบกับในความเป็นจริงกฎเกณฑ์ในแพทยสภาดังกล่าวก็ไม่ได้มีการบังคับใช้อย่างจริงจังนัก[26] จึงกล่าวได้ว่า ในช่วงนั้นประเทศไทยเป็นประเทศที่ไม่มีกฎหมายออกมาควบคุมการตั้งครรภ์แทนอย่างชัดเจน ซึ่งการขาดกฎเกณฑ์อย่างชัดเจนประกอบกับค่าใช้จ่ายที่ถูกกว่าในประเทศพัฒนาแล้วหลาย ๆ ประเทศ[27] ทำให้ประเทศไทยเป็นหนึ่งในจุดหมายสำคัญสำหรับชาวต่างชาติที่ประสงค์จะดำเนินการตั้งครรภ์แทน[28]

ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีทางการแพทย์มีความแพร่หลายมากขึ้นและสังคมเริ่มตระหนักถึงความจำเป็นของการมีกฎหมายมาควบคุมและคุ้มครองผู้เกี่ยวข้องฝ่ายต่าง ๆ ก็ได้เริ่มมีความคิดที่จะออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนและเพื่อป้องกันไม่ให้มีการแสวงหาประโยชน์จากการตั้งครรภ์แทน จึงมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติการรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ... ขึ้น ซึ่งต่อมาก็ได้ปรับปรุงแก้ไขจนกลายเป็น ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย

---

23 ประกาศแพทยสภา ที่1/2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และ ประกาศแพทยสภา ที่ 21/2544 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2)

24 ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 หน้า 91-92.

25 กานต์ กาญจนไพบูลย์, "ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551) หน้า 35-36.

26 Jocelyn Gecker. "A Guide to Thailand's Surrogacy Scandals and Laws." [Online]. Available from: http://nwasianweekly.com/2014/09/guide-thailands-surrogacy-scandals-laws/ [3 December 2016] ; Visith Chuan. "กสม.เปิดเวทีถกกฎหมายอุ้มบุญ ชงเพิ่มคุ้มครองหญิงตั้งท้องแทน." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://oknation.nationtv.tv/blog/LittleLee/2014/08/20/entry-1 [3 ธันวาคม 2559]

27 Jocelyn Gecker. "A Guide to Thailand's Surrogacy Scandals and Laws." [Online]. Available from: http://nwasianweekly.com/2014/09/guide-thailands-surrogacy-scandals-laws/ [3 December 2016]

28 Allison L. Zimmerman, "Thailand's Ban on Commercial Surrogacy: Why Thailand Should Regulate, Not Attempt to Eradicate," Brooklyn Journal of International Law Vol. 41, Issue 2 (2016): 917-918.

การเจริญพันธ์ พ.ศ...[29] และปรับปรุงแก้ไขต่อมาจนกระทั่งได้ผ่านรัฐสภาออกมาเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธ์ พ.ศ. 2558 นี้

เหตุผลที่จำต้องมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นี้ ระบุอยู่ในคำชี้แจงบทตรวจสอบความจำเป็นในการตราร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ...[30] กล่าวถึงการตระหนักถึงความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธ์ทางการแพทย์ที่สามารถช่วยให้ผู้มีภาวะมีบุตรยากสามารถตั้งครรภ์ได้ และก้าวหน้าไปถึงการสามารถตั้งครรภ์แทนได้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดความลักลั่นระหว่างความสัมพันธ์ในความเป็นจริงของเด็กที่เกิดมา ไม่ว่าจะเป็นลักษณะทางพันธุกรรมของเด็ก ผู้อุปการะเลี้ยงดู ซึ่งแตกต่างไปจากผลในทางกฎหมายตามหลักทั่วไปที่ใช้อยู่ในกฎหมายครอบครัวปกติ จึงมีความจำเป็นจะต้องตราพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้น เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ว่าโดยวิธีใด และเพื่อควบคุมมิให้ใช้เทคโนโลยีดังกล่าวไปในทางที่ไม่ถูกต้อง[31] โดยมีวัตถุประสงค์ในการร่าง 3 ประการ ได้แก่

1. เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตร รวมถึงหน้าที่ตามกฎหมายให้สัมพันธ์ถูกต้องตามความเป็นจริง

2. เพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงได้กำหนดความผิดและบทลงโทษห้ามมิใช้มีการทำการวิจัย ทดลอง หรือดำเนินการใด ๆ ที่อาจเกิดผลกระทบต่อมวลมนุษย์ชาติในทางที่ไม่ถูกต้อง แต่ในขอบเขตของวิทยานิพนธ์นี้จะไม่ได้กล่าวไปถึงการทำการวิจัยในข้อนี้

3. กำหนดหลักเกณฑ์การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และให้มีคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (กคทพ.) เพื่อดูแลควบคุมขอบเขตการใช้การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เป็นไปอย่างถูกต้องเหมาะสม

---

29 พิลาสินี โยงสมบัติ, "วิเคราะห์ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ..." (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552) หน้า 75-76.

30 คำชี้แจงบทตรวจสอบความจำเป็นในการตราร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... , ข้อมูลประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... (ครม. เป็นผู้เสนอ)

31 คำชี้แจงบทตรวจสอบความจำเป็นในการตราร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... , ข้อมูลประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... (ครม. เป็นผู้เสนอ)

โดยในขั้นตอนการดำเนินงานนั้น คณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ (กยช.) ได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับเด็กตามมาตรฐานรัฐธรรมนูญและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเพื่อทำหน้าที่ปรับปรุงและร่างกฎหมายให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก[32] โดยได้ทำการประชุมกันหลายครั้งเพื่อที่จะยกร่างกฎหมายขึ้นมา และรับฟังความเห็นผ่านการจัดเสวนา จากหน่วยงานภาครัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ เพื่อนำมาแก้ไขร่างพระราชบัญญัติให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น จนกระทั่งออกมาเป็นกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน อันมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิให้การตั้งครรภ์แทนสามารถกระทำได้เท่าที่จำเป็นและภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัดเท่านั้น

2.3.2 เงื่อนไขเกี่ยวกับสัญญา

ถึงแม้ว่าจะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ออกมารับรองสัญญาตั้งครรภ์แทนให้สามารถกระทำได้ตามกฎหมาย แต่พระราชบัญญัตินี้ก็ไม่ได้ให้อิสระกับคู่สัญญาที่จะตกลงทำสัญญากันอย่างไรก็ได้ ในทางกลับกันพระราชบัญญัตินี้ได้จำกัดขอบเขตหรือเงื่อนไขในการทำสัญญาไว้หลายประการ ทำให้สัญญาตั้งครรภ์แทนสามารถทำได้อย่างจำกัด

2.3.2.1 การตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์

การตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์นั้นหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ได้ทำเพียงเพื่อจะช่วยเหลือคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่มีความบกพร่องทางร่างกายเท่านั้น แต่หญิงนั้นมุ่งจะรับประโยชน์ตอบแทนจากตั้งครรภ์นั้นด้วย หลาย ๆ ประเทศไม่ยอมรับการตั้งครรภ์แทนรูปแบบนี้ เพราะมองว่าเป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์[33] แนวคิดในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมองจากความรู้สึกที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ดังนั้นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยลดคุณค่าเขาให้ต่ำลงจึงเป็นสิ่งต้องห้ามมิอาจกระทำได้ การตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ถูกมองว่าเป็นการปฏิบัติต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเหมือนเครื่องจักรในการผลิตเด็ก[34] และมองเด็กเสมือนสินค้าหรือทรัพย์สินที่จ่ายเงินซื้อหามาได้จึงถือเป็นการไม่เคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สอดคล้องกับหลักนิติปรัชญาของ Immanuel Kant ที่ได้อธิบายไว้ว่าไม่มีมนุษย์คนใดมีสิทธิที่จะใช้มนุษย์ด้วยกันเองเป็นเครื่องมือ (Means) เพื่อบรรลุจุดประสงค์เชิงอัตวิสัยหรือจุดมุ่งหมายของตน มนุษย์แต่ละคนย่อมต้องปฏิบัติต่อ

---

32 ความก้าวหน้าการดำเนินงานนำเสนอกฎหมาย ฝ่ายนิติการ กองกลาง สำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส และผู้สูงอายุ (สท.)

33 รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ปทิตตา ไชยปาน, “ปัญหาการตั้งครรภ์แทนกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557)

34 Alan Wertheimer, "Exploitation and Commercial Surrogacy," Denver University Law Review Vol. 74, Issue 4 (1997): 1215.

มนุษย์ด้วยกันในฐานะที่เป็นจุดหมายในตัวมนุษย์นั้นเองเสมอ การใช้มนุษย์เป็นเครื่องมือหรือเป็นวิถีทางไปสู่จุดหมายจึงเป็นอาชญากรรมต่อศักดิ์ศรีที่มีอยู่ในฐานะเป็นมนุษย์[35] เมื่อการตั้งครรภ์แทนเป็นการเอาร่างกายของหญิงเป็นเครื่องมือไปสู่เป้าหมายคือการต้องการมีบุตร และยังเป็นการทำไปเพื่อประโยชน์ทางทรัพย์สิน จึงได้รับการโจมตีอย่างมากว่าเป็นการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน อีกทั้งยังมองได้ว่าเด็กในกรณีนี้ก็เป็นเพียงเครื่องมือเพื่อตอบสนองความสุขของผู้ใหญ่ที่ต้องการมีบุตรเท่านั้น เป็นการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของเด็กด้วยเช่นกัน

ในขณะที่ฝ่ายตรงข้ามที่เห็นว่าการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์นั้นเกิดขึ้นได้ก็โต้แย้งโดยใช้มุมมองในเรื่องสิทธิเสรีภาพของบุคคล แสดงความเห็นว่าการตั้งครรภ์แม้ว่าจะมีค่าตอบแทนก็เป็นสิทธิของผู้หญิงคนหนึ่ง ๆ ที่จะทำสิ่งใดต่อร่างกายของตนเองก็ได้ เสมือนเป็นการใช้แรงงานของตนเองแลกกับเงิน การห้ามไม่ให้หญิงกระทำการดังกล่าวเท่ากับเป็นการปฏิเสธความเป็นเจ้าของอย่างสมบูรณ์เหนือเนื้อตัวร่างกายของมนุษย์คนหนึ่ง[36]

เมื่อพิจารณาในระบบกฎหมายไทยแล้วจะสังเกตได้ว่า ผู้ร่างกฎหมายมีแนวโน้มที่จะเห็นด้วยกับฝ่ายแรก เห็นได้จากที่พระราชบัญญัติได้มีการบัญญัติห้ามการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 24 และยังได้กำหนดโทษในทางอาญากรณีฝ่าฝืนไว้ด้วยตามมาตรา 48[37]

มาตรา 24 “ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า”

แต่เดิมในร่างพระราชบัญญัติการรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ... มาตรา 7 นั้นได้กำหนดให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนหรือสิทธิประโยชน์อื่นที่จำเป็นตามสมควรและไม่มีลักษณะเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้า แต่ภายหลังได้มีการแก้ไขใน ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ พ.ศ... มาตรา 19 โดยเหลือไว้เพียงแค่ ห้ามการดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้าเท่านั้น จนได้แก้ไขมาเป็นมาตรา 24 ในปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาถ้อยคำที่กฎหมายใช้ คำว่า “ประโยชน์ทางการค้า” นั้น ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นคำที่ล้อมาจากคำว่า “Commercial” ในภาษาอังกฤษ ซึ่งเป็นคำที่ใช้บ่งบอกลักษณะของสัญญาตั้งครรภ์แทนประเภทหนึ่งก็คือ Commercial Surrogacy หรือที่ผู้เขียนได้แปลไว้ข้างต้นว่า “สัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์” หรือสัญญาตั้งครรภ์แทนที่มีค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นค่าตอบแทนหรือค่าจ้างในการตั้งครรภ์แทน ดังนี้โดยปกติแล้วการห้ามการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์

---

35 จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไรพรมแดน : ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556) หน้า 121-122.; Michael J. Sandel, ปรัชญาสาธารณะ, trans. สฤณี อาชวนันทกุล, (กรุงเทพฯ: โอเพ่นเวิลด์ส พับลิชชิ่ง เฮ้าส์, 2558) หน้า 224.

36 Mary Shanley, Making Babies, Making Families, (Massachusetts: Beacon Press, 2002): 105-110.

37 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 48 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 24 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

อาจไม่ได้หมายความว่าห้ามมิให้มีเงินเข้ามาเกี่ยวข้องเลย แต่เป็นการห้ามทำสัญญาตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้ค่าตอบแทนหรือประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งตอบแทนนอกเสียจากสิ่งที่จำเป็นแก่การดำเนินการตั้งครรภ์แทนนั้นหรือที่กฎหมายกำหนดให้สามารถได้รับ ซึ่งปัญหาเรื่องสิ่งตอบแทนที่ว่าอย่างไรจึงจะเข้าข่าย “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” ก็อาจจะยังสร้างความสับสนหรืออาจเป็นช่องว่างให้ผู้ที่ต้องการหลบเลี่ยงกฎหมายในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ได้หากไม่ระบุขอบเขตให้ชัดเจน เช่น นอกจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะเป็นผู้ออกค่ารักษาพยาบาลทั้งหมดแล้ว ก็ได้ให้ค่าตอบแทนในลักษณะเป็นค่าขาดรายได้ของหญิงในช่วงที่ต้องขาดงานเนื่องจากการตั้งครรภ์แทนนั้นด้วย หรือในกรณีไม่ได้ให้เป็นเงินแต่ให้ความสะดวกสบายในการดำรงชีวิตอื่น ๆ เช่น ค่าเดินทาง อย่างนี้ก็อาจเป็นปัญหาว่าจะถือเป็นกรณีที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้รับสิ่งตอบแทนในลักษณะเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่

ปัญหาในเรื่องค่าใช้จ่ายนี้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย ณ ปัจจุบัน ก็จะเห็นได้ว่ามีค่าใช้จ่ายอยู่ประเภทเดียวที่กฎหมายรับรองแน่นอนให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรสามารถจ่ายได้และมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบ คือค่าใช้จ่ายเพื่อบำรุงสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน และค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็ก ตามมาตรา 25 โดยกำหนดให้รัฐมนตรีกระทรวงสาธารณสุขมีหน้าที่ในการออกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ[38]ซึ่งในปัจจุบันก็ได้มีประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558 ข้อที่ 3[39] ได้นิยามคำว่าค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพไว้ ประกอบกับในข้อ 4(3) [40] กำหนดค่าใช้จ่ายที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรต้องรับผิดชอบให้รวมถึงค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่ระบุไว้ ซึ่งได้ระบุไว้อย่างจำกัด ชัดแจ้งและเป็นรูปธรรม โดยสรุปแล้วค่าใช้จ่ายในการบำรุงสุขภาพที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรต้องรับผิดชอบนั้นได้แก่

---

38 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 25 บัญญัติว่า “ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำของคณะกรรมการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน”

39 ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558 ข้อ 3

40 ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558 ข้อ 4 (3)

1. ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด เช่น ค่าฝากครรภ์ ค่าฉีดวัคซีน โดยเป็นความตกลงยินยอมของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย และหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

2. ค่าใช้จ่าย ในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

3. ค่าใช้จ่ายในการตรวจ ค่ารักษาพยาบาลตามกระบวนการรับตั้งครรภ์แทนของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

4. ค่าตรวจวินิจฉัยสุขภาวะของทารกในครรภ์ และค่าวินิจฉัยทางพันธุกรรมของเด็กก่อนตั้งครรภ์ ระหว่างตั้งครรภ์ และหลังคลอด อันเนื่องมาจากข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน

เห็นได้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นี้กำหนดค่าใช้จ่ายที่ให้สามารถจ่ายได้ไว้ชัดเจนเฉพาะในเรื่องของค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางการแพทย์เพื่อประโยชน์ในการตั้งครรภ์และการดูแลเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยแท้เท่านั้น โดยมิได้ระบุว่าให้สามารถมีค่าใช้จ่ายอื่นๆได้หรือไม่ เพียงใด ประกอบกับพัฒนาการของการร่างบทบัญญัติที่มีการตัดสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในการได้รับค่าตอบแทนหรือสิทธิประโยชน์อื่นที่จำเป็นตามสมควรออกไป ก็อาจทำให้เห็นแนวโน้มในที่ต้องการการห้ามมิให้มีการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์อย่างชัดเจน จนอาจทำให้เข้าใจได้ว่ากฎหมายปฏิเสธการได้ค่าตอบแทนใด ๆ ก็ตาม แม้จะเป็นไป “ตามสมควร” ก็ตาม ซึ่งประเด็นเรื่องการตีความคำว่า “ประโยชน์ในทางการค้า” นี้จะมีความหมายอย่างไรผู้เขียนเห็นว่าเป็นประเด็นที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง

เงื่อนไขการห้ามมิให้มีการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์นี้ แม้จะมีบทบัญญัติของกฎหมายห้ามไว้อย่างชัดแจ้ง แต่พระราชบัญญัตินี้กลับมิได้กำหนดผลในทางแพ่งของสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ไว้แต่อย่างใด กำหนดไว้เพียงโทษทางอาญาในมาตรา 48[41] ซึ่งเมื่อมองในมุมที่ว่าประเทศไทยในอดีตนั้นมีการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์เป็นอย่างมากแล้ว การไม่กำหนดผลในกรณีนี้จึงเป็นปัญหาที่ไม่ควรมองข้ามและควรได้รับการแก้ไขโดยเร็วที่สุด โดยเฉพาะผลต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว ซึ่งผลจะเป็นอย่างไรนั้นผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 4

2.3.2.2 วิธีการตั้งครรภ์แทน

วิธีการตั้งครรภ์แทนในที่นี้หมายถึงกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ที่ใช้ในการปฏิสนธิตัวอ่อนและทำให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้น ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้ได้รับรองไว้ 2 วิธีตามที่ปรากฏในมาตรา 22

---

[41]พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 48 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 24 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

“การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้สองวิธีดังต่อไปนี้

(1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

(2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน”

วิธีแรกคือการใช้ทั้งเซลล์สืบพันธุ์ของสามีและภรรยาผู้เป็นคู่สัญญาที่ประสงค์จะมีบุตรผสมกันเพื่อสร้างตัวอ่อน วิธีที่สองคือใช้เซลล์สืบพันธุ์ของสามีหรือภรรยาคนใดคนหนึ่งผสมกับเซลล์สืบพันธุ์ของบุคคลอื่น แต่บุคคลอื่นนั้นห้ามเป็นของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ดังนี้ จึงอาจสรุปได้ว่ากฎหมายไทยไม่รับรองการตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิภายในที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม และการตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิภายนอกที่ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน โดยรับรองการตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิภายนอกเฉพาะที่ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคนเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายได้พยายามจำกัดความผูกพันระหว่างเด็กที่เกิดมากับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ให้รวมไปถึงความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือทางพันธุกรรม และวางเงื่อนไขให้เด็กต้องมีสายสัมพันธ์ทางชีววิทยาบางประการกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรซึ่งจะกลายเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายในอนาคตด้วย อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัตินี้ก็ไม่ได้กำหนดผลว่าหากใช้วิธีอื่นในการตั้งครรภ์แทน เช่น หากใช้เซลล์สืบพันธุ์ของผู้บริจาคทั้งหมด เด็กที่เกิดมานั้นจะเป็นอย่างไร จะกลับไปใช้หลักกฎหมายครอบครัวหรือไม่ หรือผลของการตั้งครรภ์แทนนั้นจะเป็นอย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะได้ศึกษาต่อไป

2.3.2.3 รูปแบบของสัญญา

รูปแบบของสัญญาในที่นี้ผู้เขียนต้องการสื่อความหมายถึงวิธีที่กฎหมายกำหนดให้ทำในลักษณะคล้าย ๆ แบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือในทางนิติกรรม ซึ่งแม้ในหมวดของการตั้งครรภ์แทนในพระราชบัญญัตินี้จะไม่ได้กำหนดรูปแบบของสัญญาเอาไว้ แต่ก็ปรากฏในส่วนของนิยามการตั้งครรภ์แทนในมาตรา 3 ว่า

““การตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น”

การกำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนต้องทำเป็นหนังสือนี้เป็นการเพิ่มเติมภายหลังร่างกฎหมายผ่านสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว ซึ่งในการแก้ไขเดียวกันนั้นก็ได้แก้ไขเพิ่มเติม

หน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขให้มีหน้าที่ออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนขณะตั้งครรภ์ คลอด และหลังคลอด และเพิ่มเติมหน้าที่ในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนเพื่อเป็นกรอบในการดำเนินการ โดยมีจุดประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น[42] ซึ่งก็คือหน้าที่อันปรากฏอยู่ในมาตรา 25 ของพระราชบัญญัตินี้นั่นเอง

ดังนี้ กระทรวงสาธารณสุขจึงได้ออกประกาศกระทรวง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน และค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558 มากำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับตัวเนื้อหาของสัญญา ซึ่งได้นิยามความหมายของ “ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน” ไว้ในลักษณะเดียวกับ “การตั้งครรภ์แทน” ที่กล่าวไว้ข้างต้น[43] และยังได้กำหนดรูปแบบและเนื้อหาของสัญญาในเชิงสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) อันเป็นเนื้อหาที่ต้องปรากฏในสัญญาตั้งครรภ์แทนไว้ในข้อ 4 ด้วย

ข้อ 4 “ในการทำหนังสือที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายตามแบบ คทพ. 2 ท้ายประกาศนี้ ต้องประกอบไปด้วยสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะดูแลทารกในครรภ์ เช่นวิญญูชนพึงกระทำ

(2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ต้องรับผิดชอบ ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพตามข้อ 3

(4) ในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้รับความเจ็บป่วยทางสุขภาพอันเนื่องมาจากการรับตั้งครรภ์แทน สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร เป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในความเจ็บป่วยที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน

---

42 บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... , ข้อมูลประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... (ครม. เป็นผู้เสนอ)

43 ประกาศกระทรวงสาธารณะสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558 ข้อ 3

(5) กรณีเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับความเจ็บป่วยทางสุขภาพอันเนื่องมาจากการรับตั้งครรภ์แทน สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในความเจ็บป่วย

(6) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายอาจตกลงกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในเรื่องการทำประกันสุขภาพให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยก็ได้"

จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องทั้งหมดที่กล่าวมา สามารถสรุปหลักเกณฑ์ในเรื่องรูปแบบของสัญญาที่กฎหมายกำหนด ได้เป็น 4 ข้อ คือ

1. หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร
2. ข้อตกลงนั้นต้องมีเนื้อหาว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์นั้นให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร
3. ต้องเป็นข้อตกลงที่ทำไว้ก่อนการตั้งครรภ์แทน และ
4. เนื้อหาของสัญญาเบื้องต้นต้องมีสาระสำคัญตามที่ประกาศกระทรวงกำหนด

เป็นที่น่าสังเกตว่าในข้อ 4 ของประกาศกระทรวงดังกล่าวได้ใช้คำว่า *"...ตามแบบ คทพ. 2 ท้ายประกาศ..."* และเมื่อดูแบบ คทพ. 2 แล้วก็พบว่าด้านบนสุดของข้อสัญญามาตรฐานนั้นใช้คำว่า "แบบข้อตกลงการรับตั้งครรภ์แทน..."[44] ทำให้เกิดข้อสงสัยว่า คทพ. 2 นี้ถือเป็นแบบตามที่กฎหมายกำหนดในมิติของมาตรา 152 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ กล่าวคือ ถ้าสัญญาตั้งครรภ์แทนไม่ได้ทำโดยใช้ แบบ คทพ. 2 แล้วสัญญาจะตกเป็นโมฆะหรือไม่ หรือเป็นเพียงแค่ตัวอย่างสัญญาที่อำนวยความสะดวกให้แก่คู่สัญญาเท่านั้น หรือแบบของการตั้งครรภ์แทนคือต้องทำ "ข้อตกลงเป็นหนังสือ" ตามที่กำหนดในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติเท่านั้นโดยไม่จำเป็นต้องใช้ คพท. 2 เพียงแค่มีเนื้อหาครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดก็สามารถใช้ได้ หรือมีลักษณะเป็นอย่างอื่นใด ซึ่งผู้เขียนจะได้ศึกษาต่อไปในหัวข้อ 2.4.2.2 ข้อตกลงที่ไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด

2.3.3 เงื่อนไขเกี่ยวกับตัวบุคคล

บุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการตั้งครรภ์ได้แก่ คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร (Intended Parents/ Commissioning Party) หญิงที่ตั้งครรภ์แทน (Surrogate/ Surrogate Mother/ Gestational Mother) และในหลาย ๆ ครั้งบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับสัญญาตั้งครรภ์แทนอาจรวมถึง

---

[44]แบบข้อตกลงการรับตั้งครรภ์แทน แนบท้ายประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่เกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอดและหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

ตัวกลางที่เป็นผู้ประสานระหว่างทั้งสองฝ่าย หรืออาจทำหน้าที่คล้ายนายหน้าในการติดต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือแพทย์ผู้เชี่ยวชาญที่รับดำเนินการ และในกฎหมายของหลาย ๆ ประเทศจะรวมไปถึงบุคคลผู้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนด้วย โดยกำหนดให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องได้รับความยินยอมจากสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของตนก่อน

ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นั้นได้บัญญัติถึงเงื่อนไขเกี่ยวกับตัวบุคคลนี้ไว้เช่นกัน โดยปรากฏในมาตรา 21 และยังให้อำนาจกระทรวงสาธารณสุขในการออกประกาศเพิ่มเติมเอาไว้ด้วย ซึ่งปัจจุบันก็มีประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มิใช่ญาติสืบสายโลหิต ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558

มาตรา 21 “ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามิได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

(2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมิใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1)

(3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

(4) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย”

ใน (3) ยังให้อำนาจกระทรวงสาธารณสุขในการออกประกาศเพิ่มเติมเอาไว้ ซึ่งปัจจุบันก็มีประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มิใช่ญาติสืบสายโลหิต ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 [45] ซึ่งมีใจความ

---

[45] ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มิใช่ญาติสืบสายโลหิต ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558

สำคัญเกี่ยวกับตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญาอยู่ในข้อ 3 – ข้อ 7 ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา 21 ควบคู่ไปกับประกาศกระทรวงสาธารณสุขแล้ว อาจพอสรุปเงื่อนไขเกี่ยวกับตัวบุคคลได้ดังนี้

2.3.3.1 คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร

คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร (Intended Parents/ Commissioning Party)หมายถึงบุคคลที่มีเจตนาเข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทน โดยตกลงจะรับเด็กที่เกิดมาจากการอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้นเป็นบุตร โดยปกติคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร อาจเป็นสามีหรือภรรยาหรือทั้งสามีและภรรยาเข้าเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งร่วมกันเป็นคู่สัญญาผู้มีเจตนาริเริ่มที่ทำให้มีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น นอกจากนี้ในบางประเทศก็อาจระบุกว้างขึ้นโดยไม่เฉพาะเจาะจงว่าต้องเป็นสามีภรรยาที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น แต่อาจรวมถึงคู่รักที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาหรือคู่รักเพศเดียวกันด้วยก็ได้

ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้ คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรต้องเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายโดยอาจเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายไทยหรือตามกฎหมายต่างประเทศก็ได้ และต้องเข้าเป็นคู่สัญญาร่วมกันทั้งคู่เท่านั้น[46] สามีภรรยานั้นจะต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทยทั้งคู่ หรือหากผู้ใดผู้หนึ่งมีสัญชาติไทยเพียงคนเดียวก็จะต้องจดทะเบียนสมรสกันมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 ปี ผู้เป็นภรรยาจะต้องไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ โดยต้องผ่านการตรวจร่างกายจากแพทย์ก่อนมีการดำเนินการเพื่อการตั้งครรภ์แทน โดยตรวจอสุจิของผู้ขอรับบริการหรือผู้บริจาคในกรณีที่ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของผู้บริจาค ตรวจประเมินมดลูกและรังไข่ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหญิง ประเมินสภาพแวดล้อม เช่น ปัจจัยด้านครอบครัว ด้านฐานะทางเศรษฐกิจ อาชีพ และความพร้อมทางด้านสภาพจิตใจ อย่างน้อยด้วยวิธีการสัมภาษณ์ และสังเกตพฤติกรรมการแสดงออกในด้านต่าง ๆ เพื่อค้นหาความผิดปกติ หากกรณีมีข้อบ่งชี้ควรผ่านการตรวจสอบจากจิตแพทย์[47]

2.3.3.2 หญิงที่ตั้งครรภ์แทน

หญิงที่ตั้งครรภ์แทน (Surrogate/ Surrogate Mother/ Gestational Mother) ตาม Black's Law Dictionary ได้นิยาม หญิงที่ตั้งครรภ์แทน (Surrogate mother) ไว้ว่า คือหญิงที่ตกลงจะดำเนินการตั้งครรภ์และคลอดเด็ก โดยตกลงจะสละสิทธิความเป็นบิดามารดา (Paterntal

---

[46]ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มิใช่ญาติสืบสายโลหิต ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558, ข้อ 3

[47] ประกาศแพทยสภา ที่ 95(3)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

Rights) ใด ๆ ที่มีอยู่เหนือตัวเด็กที่เกิดมาให้แก่คู่สมรสที่มีความผิดปกติทางร่างกาย โดยหญิงนั้นอาจมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กหรือไม่ก็ได้[48] อาจเป็นหญิงที่โสดหรือสมรสแล้วก็ได้

แต่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้ได้กำหนดเงื่อนไขไว้เฉพาะเจาะจงลงไปอีก โดยให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นบุคคลที่มิใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของคู่สัญญาที่ประสงค์จะมีบุตร ต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาผู้เป็นคู่สัญญาที่ประสงค์จะมีบุตร โดยได้รับความยินยอมจากสามีตามกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภรรยาของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนแล้ว เคยมีบุตรมาก่อน และผ่านการตรวจสอบตามประกาศแพทยสภา[49] ได้แก่ การตรวจประวัติสุขภาพและตรวจร่างกายทั่วไปว่ามีสุขภาพสมบูรณ์เหมาะสมที่จะได้รับบริการด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และไม่มีข้อห้ามในการใช้ยาฮอร์โมนขณะตั้งครรภ์ ตรวจเลือดเพื่อคัดกรองโรคหรือภาวะที่มีผลต่อสุขภาพ ตรวจประเมินมดลูกและรังไข่รวมถึงสภาพท่อนำไข่ ในกรณีที่มีความจำเป็น ตรวจประเมินสภาพแวดล้อม เช่น ปัจจัยด้านครอบครัว ด้านเศรษฐกิจ อาชีพ เป็นต้น ตรวจประเมินความพร้อมทางด้านสภาพจิตใจอย่างน้อยโดยการสัมภาษณ์และสังเกตพฤติกรรมการแสดงออกในด้านต่าง ๆ เพื่อค้นหาความผิดปกติ หากกรณีมีข้อบ่งชี้ควรผ่านการตรวจสอบจากจิตแพทย์ ซึ่งการกำหนดให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตนี้มีที่มาจากความเห็นของกระทรวงสาธารณสุขที่เห็นว่าการกำหนดดังกล่าวจะทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความผูกพันและความรับผิดชอบต่อเด็กและเป็นการขจัดเงื่อนไขการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ไปในตัว[50]

เฉพาะในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตเท่านั้นที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนอาจเป็นหญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิตได้ โดยจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์[51] โดยยื่นแบบคำขออนุญาตดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามแบบ คทพ. 3 พร้อมกับ แบบข้อตกลงการรับตั้งครรภ์แทนตามแบบ คทพ. 2 และแบบ

---

48 Henry Campbell Black, Black's Law Dictionary page 3209.

49 ประกาศแพทยสภา ที่ 95(3)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

50 บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... , ข้อมูลประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... (ครม. เป็นผู้เสนอ)

51 ประกาศกระทรวงสาธารณะสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มิใช่ญาติสืบสายโลหิต ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 และ ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558

หนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตามแบบ คทพ. 4[52] โดยหญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นต้องมีลักษณะดังนี้[53] มีสัญชาติเดียวกับสามีหรือภริยาที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ต้องมีอายุระหว่าง 20-40 ปีบริบูรณ์และเคยมีบุตรมาแล้วโดยการคลอดตามธรรมชาติไม่เกิน 3 ครั้ง ถ้าเป็นกรณีที่ผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง ต้องผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อม ตามประกาศแพทยสภาเหมือนในกรณีหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นญาติที่ได้กล่าวไปข้างต้น[54] หากมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยาจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีหรือชายนั้นด้วย ต้องมีหนังสือแสดงความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นพร้อมเอกสารตามแบบคทพ. 1[55] พร้อมทั้งระบุความสัมพันธ์ในทางสังคมกับสามีหรือภริยาที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไว้ด้วย[56] นอกจากนี้กฎหมายยังได้จำกัดให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนสามารถจะรับตั้งครรภ์แทนได้ไม่เกิน 2 ครั้ง[57] อีกด้วย

2.3.3.3 บุคคลที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ

นอกจากในสัญญาตั้งครรภ์แทนจะต้องมีคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนแล้ว ในบางกรณีอาจมีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องได้ เช่น ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้ กำหนดให้หากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา ก็จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีหรือชายนั้นด้วย ในด้านหนึ่งการกำหนดเช่นนั้นอาจเป็นการคุ้มครองบุคคลที่ต้องอยู่กับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนใน

---

52 แบบคำขออนุญาตดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน และ แบบหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทน(สำหรับคู่สามี – ภริยา) แนบท้ายประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558

53 ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มิใช่ญาติสืบสายโลหิต ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558, ข้อ 5 และ ข้อ 7

54 ประกาศแพทยสภา ที่ 95(3)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

55 แบบหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทน(สำหรับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน) แนบท้ายประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558

56 ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มิใช่ญาติสืบสายโลหิต ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 ข้อ 7 ข

57 ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มิใช่ญาติสืบสายโลหิต ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 ข้อ 6 ข

ระหว่างที่ตั้งครรภ์ แต่ในอีกด้านหนึ่งการกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมจากชายที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยากับหญิงด้วยนี้อาจทำให้เกิดปัญหาที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่อาจทราบได้ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีบุคคลดังกล่าวอยู่ในชีวิตด้วย เพราะในความเป็นจริงแล้วไม่มีวิธีที่จะสามารถตรวจสอบได้แน่นอน และหากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนตั้งใจปิดบังข้อเท็จจริงดังกล่าวก็จะยิ่งเป็นไปได้ยากที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นจะทราบ

นอกจากนี้ ในกรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่ได้ติดต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนด้วยตนเอง แต่มีคนกลางหรือนายหน้าคอยช่วยประสานงานให้ หลาย ๆ ประเทศก็ออกกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนให้ครอบคลุมไปถึงการควบคุมบรรดาคนกลางหรือนายหน้านั้น ๆ ด้วย เช่นเดียวกับในพระราชบัญญัตินี้ก็มีกำหนดห้ามมิให้มีการกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้าโดยได้รับประโยชน์ตอบแทน[58] และห้ามการโฆษณาว่ามีบุคคลใดต้องการรับตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่นหรือบุคคลใดต้องการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน[59] นอกจากนี้ก็ได้กำหนดโทษในทางอาญาแก่ผู้กระทำการฝ่าฝืนไว้ด้วย[60] แต่การกระทำในลักษณะคนกลางนี้จะตีความกว้างให้หมายรวมไปถึงแพทย์ผู้เชี่ยวชาญผู้ดำเนินการเพื่อการตั้งครรภ์แทนให้ด้วยหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะรวมไปถึง เพราะไม่ได้กระทำการอันมีลักษณะเป็นนายหน้าที่ต้องเป็นบุคคลที่ทำหน้าที่ชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการกับบุคคลภายนอกเข้าทำสัญญากัน[61]

ในส่วนของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้ก็ได้กำหนดเงื่อนไขของแพทย์ที่จะสามารถเป็นผู้ดำเนินการได้และเงื่อนไขบางประการที่กำหนดไว้ให้เป็นหน้าที่ของแพทย์ที่ต้องปฏิบัติก่อนมีการดำเนินการเพื่อช่วยการเจริญพันธุ์ โดยกำหนดให้ต้องเป็นแพทย์ที่มีคุณสมบัติตามประกาศแพทยสภา[62] เป็นข้อกำหนดคุณสมบัติของแพทย์ที่จะเป็นผู้ให้บริการโดยเน้นไปที่ลักษณะของแพทย์ที่

58พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 27 บัญญัติว่า “ห้ามกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้า โดยเรียก รับ หรือ ยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน”

59 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 28 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือไขข่าวให้แพร่หลายด้วยประการใด ๆ เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม”

60 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 49 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 33 หรือมาตรา 40 ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

61 จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วย ตัวแทน-นายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557) หน้า 110.

62 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 15 บัญญัติว่า “ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามและต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งนี้ ตามที่แพทยสภา

สมควรเป็นผู้ดำเนินการให้ต้องเป็นมีความรู้ความเชี่ยวชาญและมีความประพฤติที่เหมาะสม ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนจะมีโทษอาญาตามที่ปรากฏในมาตรา 46 ของพระราชบัญญัตินี้[63]

นอกจากนี้แพทย์ยังมีหน้าที่สำคัญการตรวจประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์อันระบุไว้ในมาตรา 16[64] ตามวิธีการที่ระบุในประกาศแพทยสภา ที่ 95(3)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์[65] แต่การฝ่าฝืนในกรณีนี้ไม่ได้มีความผิดทางอาญาร้ายแรงเป็นแต่เพียงการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น[66] อย่างไรก็ดี การไม่ได้รับการตรวจอย่างถูกต้องตามข้อกำหนดในแพทยสภานี้อาจส่งผลกระทบต่อสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นอย่างมาก เนื่องจากแม้ว่ามาตรา 16[67] จะเป็นบทบัญญัติอยู่ในหมวดของหน้าที่แพทย์ แต่มาตรา 21 นั้น อยู่ภายใต้มาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 ของพระราชบัญญัตินี้ กล่าวคือ ก่อนที่จะได้มีการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนจะต้องผ่านกระบวนการตามมาตรา 16 เสียก่อน และแม้ว่าจะกำหนดรายละเอียดการตรวจประเมินไว้ในแพทยสภา[68]แต่ก็เป็นรายละเอียดที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ จึงไม่

ประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ" ประกอบ ประกาศแพทยสภาที่ 95(1)/2558 เรื่อง คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

63 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 46 บัญญัติว่า "ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์โดยไม่มีคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 15 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

64 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 16 บัญญัติว่า "ก่อนให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องจัดให้มีการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการ"

65 ประกาศแพทยสภา ที่ 95(3)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ข้อ 2

66 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 45 บัญญัติว่า "ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 16 มาตรา 17 มาตรา 18 มาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 26 มาตรา 37 หรือมาตรา 42 ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม"

67 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 16 บัญญัติว่า "ก่อนให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการ เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องจัดให้มีการตรวจและประเมินความพร้อม ทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิ หรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการ รวมทั้งการป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบ"

68 ประกาศแพทยสภา ที่ 95(3)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย

น่าจะส่งผลถึงแค่ทำให้แพทย์มีความผิดเท่านั้น แต่น่าจะถือเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่ต้องปฏิบัติตามเพื่อให้สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นไปโดยสมบูรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดด้วยเช่นกัน

เช่นเดียวกับเงื่อนไขเกี่ยวกับสัญญาที่กล่าวมาข้างต้น เงื่อนไขเกี่ยวกับตัวบุคคลนี้ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ก็ไม่กำหนดผลกรณีสัญญาตั้งครรภ์แทนทำขึ้นโดยบุคคลที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเช่นกัน อีกทั้งพระราชบัญญัตินี้ยังมีกรณีที่เชื่อมโยงกับการให้อำนาจแพทยสภาในการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มีการให้ออกประกาศกระทรวงซึ่งก็ได้เชื่อมโยงไปยังการออกประกาศแพทยสภาเช่นเดียวกันตามมา ส่งผลให้เงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นมีความละเอียดและข้อจำกัดหลายประการ โดยเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดไว้อย่างละเอียดนั้นปรากฏในกฎเกณฑ์หลายรูปแบบอันมีลำดับศักดิ์ของกฎหมายและขอบเขตการบังคับใช้โดยปกติแตกต่างกัน ซึ่งก็น่าสงสัยว่าการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่แตกต่างกันจะส่งผลทางกฎหมายเหมือนกันหรือต่างกันหรือไม่อย่างไร หรือจะสามารถทำให้ครบตามที่กฎหมายกำหนดภายหลังจากหญิงตั้งครรภ์แล้วหรือหลังจากเด็กเกิดได้หรือไม่ ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไปในบทที่ 4

ท้ายสุดในเรื่องสาระสำคัญในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ในกระบวนการร่างกฎหมายนั้น เมื่อมีการสอบถามความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัตินี้ไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ กระทรวงสาธารณสุขได้มีความเห็นข้อหนึ่งว่า ควรเพิ่มบทบัญญัติในหมวดการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ด้วย โดยเขียนไว้เพียงกว้าง ๆ ไม่ได้ระบุว่าเป็นอะไรอย่างชัดเจน[69] ซึ่งแม้ท้ายสุดจะไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายในหมวดดังกล่าว แต่การมีความเห็นเช่นนี้ก็อาจสะท้อนให้เห็นการตระหนักถึงความสำคัญของกฎหมายนี้ที่มีต่อการจะคุ้มครองเด็กที่เกิดมาเป็นอย่างยิ่งก็ได้

2.4 การตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น วัตถุประสงค์สำคัญในการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ก็คือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก

จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ข้อ 2

[69] บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... , ข้อมูลประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... (ครม. เป็นผู้เสนอ)

ที่เกิดมา จึงได้มีกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ผู้ร่างเห็นว่าจะเป็นการคุ้มครองเด็กนั้น โดยเฉพาะในเรื่องการกำหนดรับรองสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดมาให้สอดคล้องเท่าทันกับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่พัฒนาไปไกลเกินกว่าจะใช้แนวคิดเดิม ๆ เพียงลำพัง อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่าเด็กที่เกิดมานั้นจะมีสถานะอย่างไร หรือจะส่งผลอย่างไรต่อเด็กนั้นบ้าง ด้วยเหตุนี้ทำให้ต้องย้อนกลับไปพิจารณากฎหมายทั่วไปที่อาจนำมาปรับใช้ได้และจะให้ผลที่เหมาะสมที่สุด

2.4.1 ผลตามกฎหมายลักษณะหลักนิติกรรม

ถ้านำเอาหลักเรื่องนิติกรรมในระบบกฎหมายไทยมาปรับกับกรณีการตั้งครรภ์แทนอย่างเคร่งครัด หากการตั้งครรภ์แทนได้ทำตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดครบถ้วนแล้ว สัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นก็จะสมบูรณ์ และก่อให้เกิดผลตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ กำหนดไว้ กล่าวคือ เด็กที่เกิดมานั้นจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร[70] เมื่อเป็นเช่นนั้นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็น่าจะสามารถบังคับให้หญิงที่ต้องครรภ์แทนส่งมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้ได้ด้วยผลจากการมีสถานะเป็นบิดามารดานั้น หรือในทางกลับกันหญิงก็สามารถบังคับให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นรับเด็กที่เกิดมาไปอุปการะได้เพราะคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นมีหน้าที่ตามกฎหมาย ส่วนกรณีสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายบัญญัตินั้น อาจมีผลได้ดังนี้

2.4.1.1 การตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

โดยหลักแล้ว แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างไร บุคคลต่างมีเสรีภาพในการตัดสินใจจะเข้าทำนิติกรรมใด ๆ และกำหนดเนื้อหาอย่างไรก็ได้ ตามหลักอิสระทางแพ่ง (Private autonomy) แต่ในบางกรณีอิสระนั้นอาจถูกจำกัดลงได้เพื่อประโยชน์ที่สำคัญหรือยิ่งใหญ่กว่าบางประการ โดยการจำกัดนั้นก็พึงจะต้องทำแต่พอดีตามความจำเป็น มิฉะนั้นจะกลายเป็นการลิดรอน

---

[70] พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 29 “เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด”

สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร[71] ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีบทบัญญัติที่แสดงถึงหลักอิสระทางแพ่งและในขณะเดียวกันก็แสดงสิ่งที่สำคัญยิ่งกว่าที่ต้องรักษาไว้ นั่นก็คือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 151[72] กล่าวคือหากมีการกระทำที่แตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติเกิดขึ้นเมื่อใด สิ่งที่ต้องพิจารณาก็คือกฎหมายที่ไม่ได้ทำตามนั้นเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ หากเป็นดังนั้น นิติกรรมที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายนั้นก็จะตกเป็นโมฆะ

เมื่อเป็นเช่นนี้ ผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายจะเป็นอย่างไรจึงต้องพิจารณาว่ากฎหมายที่ตกลงแตกต่างซึ่งในที่นี้ก็คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นั้นเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ โดยปัญหาที่ว่ากฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหมายความว่าอย่างไร บทบัญญัติของกฎหมายแบบไหนที่จะถือว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนั้นไม่ได้มีนิยามที่แน่นอน เป็นเรื่องที่ชี้ให้ชัดเจนได้ยาก แม้แต่ผู้ร่างกฎหมายเองก็ไม่อาจสรุปคำจำกัดความหรือบทวิเคราะห์ศัพท์ได้ จึงต้องขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาในคดีนั้น ๆ ว่าจะใช้ดุลพินิจไปในทางใด แต่มีผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านได้ให้ความเห็นไว้ เช่น

ท่านพระยาเทพวิทุร ได้แสดงความเห็นไว้ว่า การพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดจะต้องด้วยลักษณะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นจะวางหลักไว้โดยเด็ดขาดมิได้ แต่สรุปได้อย่างคร่าว ๆ ว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่ใช่แค่คู่กรณี เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ส่วนศีลธรรมอันดี คือศีลธรรมตามที่นิยมกันในหมู่ชนทั่วไป ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ โดยได้ยกตัวอย่างต่อไปว่า บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยครอบครัวและอำนาจในครอบครัวถือเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับผลประโยชน์ของมหาชนด้วย[73]

ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช กล่าวว่า เป็นเรื่องยากที่จะนิยามว่ากฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมีลักษณะอย่างไร แต่พอจะมองได้ว่าถ้าเรื่องนั้นไม่ได้กระทบต่อส่วนได้เสียของเอกชนคู่กรณีเท่านั้น แต่อาจกระทบไปถึงส่วนได้เสีย

---

71 บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555) หน้า 247-291.

72 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

73 พระยาเทพวิทุร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ1-2 (มาตรา1-240), (พระนคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2509) หน้า 407-408.

ของประชาชนคนอื่น เรื่องนั้นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน[74] และบทกฎหมายใดจะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ จะต้องพิจารณาดูตามแต่ละบทบัญญัติแยกกันไป ไม่ใช่ว่าบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติหนึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยแล้วจะทำให้ทุกบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินั้นเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไปเสียหมด[75]

ท่านศาสตราจารย์ ดร. จิ๊ด เศรษฐบุตร ได้อธิบายโดยอ้างอิงความคิดของ Planoil นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ ข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมย่อมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ เพื่อคุ้มครองปกปักรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง[76] และ อธิบายต่อไปว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนี้มีขึ้นเพื่อปกปักรักษาสิ่งที่มีความสำคัญทางการเมืองและทางเศรษฐกิจบางประการ และหนึ่งในสิ่งที่ความสงบเรียบร้อยของประชาชนปกปักรักษาอยู่นั้นก็คือความมั่นคงของครอบครัว ซึ่งหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา บิดามารดาบุตร เหล่านี้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน[77]

ท่านศาสตราจารย์ ดร. อุกฤษ มงคลนาวิน ให้ความเห็นว่า การที่จะให้คำจำกัดความไว้อย่างแน่นอนครบถ้วนนั้นไม่น่าจะเป็นไปได้ แต่ถ้าพิจารณาเพียงวัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่า เมื่อประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน”จะถูกยกขึ้นมาเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม จึงอาจสรุปได้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” หมายถึงประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติและสังคม ส่วน “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายถึงทัศนะโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม และได้ให้ความเห็นต่อไปว่า ทั้งสองคำนี้มีขอบเขตแห่งความหมายที่สอดคล้องกันและในทางทฤษฎีก็ไม่ได้มีความแตกต่างกันมากนักคล้ายคลึงกับท่าน ศาสตราจารย์ ดร. จิ๊ดฯ ท่าน ดร. อุกฤษฯ ได้จำแนกลักษณะของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นหลายประเภทโดยพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลและแนวคิดทางทฤษฎี หนึ่งในนั้นคือความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านครอบครัวโดยให้ความเห็นว่า ครอบครัวเป็นสถาบันที่สำคัญและสมควรได้รับความคุ้มครองพิเศษ ดังนั้นกฎหมาย

---

74 เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559) หน้า 110.

75 เรื่องเดียวกัน, หน้า 108.

76 จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ถิระวัฒน์, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) หน้า 27.

77 เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

เกี่ยวกับครอบครัวโดยทั่วไปจึงเป็นกฎหมายพิเศษ คู่สัญญาจะตกลงเปลี่ยนแปลงแก้ไขตามอำเภอใจไม่ได้[78]

ท่านสุรพล ธรรมสถิติ ได้สรุปใจความสำคัญของความสงบเรียบร้อยของประชาชนไว้ว่า คือหลักกฎหมายที่ถือว่าผลประโยชน์ของส่วนรวมอยู่เหนือผลประโยชน์ของเอกชน ซึ่งจะมีความเปลี่ยนแปลงตามกาลเวลา สภาพสังคม รวมทั้งมุมมองทางมหาชนด้วย[79]

จากความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิที่ยกขึ้นมา ณ ที่นี้ อาจพอสรุปได้ว่า กฎหมายใดเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ต้องพิจารณาว่ากฎหมายนั้นมีขึ้นเพื่อคุ้มครองส่วนได้เสียของสังคมโดยรวมหรือประชาชนทั่วไปอยู่ด้วย หรือเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น หากกฎหมายนั้นไม่ได้กระทบต่อส่วนได้เสียของคู่กรณีเท่านั้น กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่อาจตกลงแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดได้

เมื่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นให้เหมาะสม จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวพันกับสถานะของบุคคลและความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในทางครอบครัว ซึ่งจากความเห็นของนักวิชาการและแนวคำพิพากษาของศาลไทยแล้ว บทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้เขียนจึงเห็นว่าการไม่ทำตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้เป็นการไม่ทำตามกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเป็นกรณีที่บุคคลไม่อาจอ้างหลักอิสระในทางแพ่งได้เพื่อจะกระทำการแตกต่างไปจากกฎหมายบัญญัติอย่างที่มาตรา 151 วางหลักไว้ ซึ่งผลในทางนิติกรรมที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนนี้ก็จะทำให้สัญญาตั้งครรภ์แทนดังกล่าวตกเป็นโมฆะตามมาตรา 151

---

78 อุกฤษ มงคลนาวิน, "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน," บทบัณฑิตย์ เล่ม 32, ตอน 1(มีนาคม 2518): 13-18.

79 สุรพล ธรรมสถิติ, "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน," บทบัณฑิตย์ เล่ม 44, ตอน 2(มีนาคม 2531): 79.

2.4.1.2 ข้อตกลงที่ไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด

แบบในการทำนิติกรรมนั้นในความหมายทั่วไปหมายถึงวิธีการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรม ซึ่งผู้ทำนิติกรรมมีอิสระที่จะเลือกทำในรูปแบบใด ๆ ก็ได้[80] โดยหลักการแล้ว นิติกรรมย่อมสมบูรณ์เมื่อมีการแสดงเจตนา หรือกรณีนิติกรรมหลายฝ่ายก็เมื่อคู่กรณีได้แสดงเจตนาตกลงกัน อันเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา[81] อย่างไรก็ดี ในบางกรณีเพื่อประโยชน์ของรัฐและประชาชนส่วนรวม กฎหมายก็กำหนดแบบพิธีบางประการให้ผู้แสดงเจตนาต้องปฏิบัติตามเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม[82] เป็นหลักขัดขวางเจตนา[83]ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามนิติกรรมนั้นจะตกเป็นโมฆะดังที่ปรากฏในมาตรา 152[84]

อย่างไรก็ดี ในบางบทบัญญัติของกฎหมายที่ระบุหลักเกณฑ์ให้ต้องทำ แต่ไม่ได้ระบุผลว่าหากไม่ทำแล้วจะมีผลอย่างไรนั้น ยังเป็นที่ถกเถียงกันว่าผลของการไม่ทำตามหลักเกณฑ์นั้นคืออะไร โดยสามารถแยกความเห็นออกเป็น 2 ฝ่าย[85] ฝ่ายแรกเห็นว่า เมื่อกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการให้กระทำไว้แล้ว แม้จะไม่ได้กำหนดผลว่าหากไม่ทำตามจะตกเป็นโมฆะ แต่หากผู้ทำนิติกรรมนั้นไม่ได้ทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว นิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะตามหลักทั่วไปในมาตรา 152[86] ฝ่ายที่สองเห็นว่าหากไม่ได้กำหนดผลเอาไว้โดยเฉพาะแล้ว ผลจะเป็นอย่างไรนั้น ในแต่ละกรณีไม่เหมือนกัน จะเอามาตรา 152 มาปรับว่าถ้าไม่ทำตามจะตกเป็นโมฆะไม่ได้[87] เช่น การสมรสที่กฎหมายกำหนดให้ต้องจดทะเบียน ถ้าไม่มีการจดทะเบียนการสมรสนั้นก็ยังไม่เกิดขึ้น ไม่ใช่การสมรสเป็น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

80 ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 20 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559) หน้า 90.

81 เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) หน้า 119.; จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา หน้า 40.

82 ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2557) หน้า 80.

83 เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) หน้า 122.

84 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 152 บัญญัติว่า “การได้มิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ”

85 ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา หน้า 95.

86 จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, แก้ไขเพิ่มเติมโดย จิตติ ติงศภัทย์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526) หน้า 34.

87 หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517) หน้า 131.

โมฆะ[88] การทำนิติกรรมตามมาตรา 1574 ของผู้แทนโดยชอบธรรมโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ก็เป็นประเด็นซึ่งมีข้อถกเถียงในเรื่องผลของการทำนิติกรรมนั้น ๆ เช่นกัน[89] เป็นต้น

เมื่อพิจารณารูปแบบที่กำหนดในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ให้มีข้อตกลงเป็นหนังสือและมีเนื้อหาตามที่กฎหมายกำหนดไว้แต่ไม่ได้กำหนดไว้ว่าหากไม่ทำตามแล้วการตั้งครรภ์แทนจะตกเป็นโมฆะ จึงเป็นกรณีที่มีความเห็นในทางวิชาการแตกต่างกันอยู่ดังที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายที่สองว่าไม่ควรนำมาตรา 152 มาปรับใช้ในทุกกรณี ส่วน คทพ.2 ที่อยู่ท้ายประกาศกระทรวงสาธารณสุขนั้น ผู้เขียนเห็นว่าน่าเป็นแบบในความหมายทั่วไป ที่จัดทำขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่สัญญาเสียมากกว่า ดังนั้นหากคู่สัญญาได้ทำข้อตกลงเป็นหนังสือต่อกันแล้วมีเนื้อหาตามที่กฎหมายกำหนด แม้ไม่ได้ใช้แบบตาม คทพ.2 ก็น่าจะยังถือเป็นการทำตามเงื่อนไขในเรื่องการทำข้อตกลงเป็นหนังสือตามมาตรา 3 อยู่

อย่างไรก็ดี ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นในหัวข้อการตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ถึงแม้ว่าสุดท้ายแล้วจะตีความการให้มีข้อตกลงเป็นหนังสือนี้ว่าไม่เป็นแบบตามนัยของมาตรา 152 ทำให้การตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้ทำเป็นหนังสืออาจจะไม่ตกเป็นโมฆะเสมอไป แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นเมื่อมีการตกลงแตกต่างจากกฎหมายกำหนดแล้ว นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 151 อยู่แล้ว

2.4.1.3 ข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย

หลักอิสระทางแพ่งนั้น นอกจากจะถูกจำกัดด้วยการห้ามมิให้ตกลงแตกต่างจากกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และแบบที่กฎหมายกำหนดแล้ว

---

88 ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา หน้า 96.

89 รายละเอียดเพิ่มเติมที่ ลัษมณลัษมณ วิริยะงามวงศ์, "ปัญหาทางกฎหมายของนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำไปโดยฝ่าฝืนมาตรา 1574 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558)

การที่ปัจเจกชนจะใช้เสรีภาพในการทำนิติกรรมใด ๆ นั้น จะต้องเป็นนิติกรรมที่ไม่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายด้วย ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150[90]

วัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายนี้ หมายถึง นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ที่กฎหมาย บัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายอื่นใด[91] ดังนั้น เมื่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 24 บัญญัติห้ามไว้อย่างชัดแจ้ง มิให้มีการดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในทางการค้า ซึ่งก็คือการห้ามการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ ดังที่ผู้เขียนได้อธิบายไปเบื้องต้นนั้น หากมีการดำเนินการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว สัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นก็จะมีลักษณะเป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ส่งผลให้สัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นตกเป็นโมฆะ

2.4.1.4 ผลของโมฆะกรรม

โมฆะ หมายความว่า เสียเปล่า ไม่เกิดผลในทางกฎหมาย กล่าวคือ แม้ในทางข้อเท็จจริงจะมีการกระทำอันเหมือนว่าทำให้เกิดนิติกรรมหนึ่ง ๆ ขึ้นแล้ว แต่ในสายตาของกฎหมายการกระทำเหล่านั้นไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ[92] ไม่ทำให้มีการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ใด ๆ ระหว่างบุคคลที่กระทำการนั้น ๆ ต่อกันอันจะทำให้บุคคลนั้นอาจกล่าวอ้างเพื่อถือเอาประโยชน์ได้เลย เป็นการเสียเปล่าที่เกิดขึ้นทันทีโดยผลของกฎหมายเมื่อเข้าเหตุที่กฎหมายกำหนด[93] และเป็นความเสียเปล่าสำหรับบุคคลทั่วไปทุกคน ไม่ใช่เฉพาะแต่คู่กรณีเท่านั้น[94] กฎหมายให้เสมือนหนึ่งว่าไม่ได้มีการกระทำใด ๆ เกิดขึ้น สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องการให้เกิดขึ้นจากนิติกรรมนั้นก็ไม่เคยเกิดขึ้นเลย และความเสียเปล่านี้ไม่อาจแก้ไขหรือให้สัตยาบันเพื่อให้มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายในภายหลังได้[95] เนื่องจากไม่มีฐานของนิติกรรมใด ๆ เกิดขึ้นที่จะให้สามารถแก้ไขได้อยู่เลย[96] ซึ่งผลของนิติกรรมที่

---

90 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพ้นวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

91 ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา หน้า 67-68.

92 เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) หน้า 161.

93 ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา หน้า 161-162.

94 จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา หน้า 140.

95 ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535) หน้า 594.; ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา หน้า 246.; ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา หน้า 161.

96 ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา หน้า 165.

ตกเป็นโมฆะนั้นจะเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 172 มาตรา 173 และมาตรา 174 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.4.1.4.1 การยกความเป็นโมฆะขึ้นกล่าวอ้าง

โมฆะกรรมนั้นเป็นผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นทันทีตั้งแต่กระทำการที่กฎหมายไม่ยอมรับและกำหนดให้ตกเป็นโมฆะ ผู้มีส่วนได้เสียอันได้แก่บุคคลที่อาจได้รับประโยชน์หรือเสียประโยชน์จากความเป็นโมฆะนั้น จึงอาจยกความเป็นโมฆะนั้นขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอโดยไม่ต้องมีการบอกล้างหรือบอกเลิกใด ๆ ก่อนโดยไม่ได้มีกำหนดระยะเวลาว่าจะต้องยกขึ้นกล่าวอ้างภายในระยะเวลาเท่าใด[97]

อย่างไรก็ดี ในกรณีของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่มีความก้ำกึ่งระหว่างนิติกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์และนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสถานะบุคคลนี้ หากนำผลของการนำเรื่องการยกขึ้นกล่าวอ้างของผู้มีส่วนได้เสียมาใช้กับสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นจะเหมาะสมหรือไม่ ผู้เขียนจะได้พิจารณาต่อไป

2.4.1.4.2 การคืนทรัพย์ตามหลักลาภมิควรได้

ผลประการหนึ่งที่กำหนดไว้ชัดแจ้งในเรื่องโมฆะกรรมก็คือการคืนทรัพย์ตามหลักลาภมิควรได้ตามมาตรา 172 อันเป็นการที่บุคคลใดได้ทรัพย์สิ่งใดมาจากการที่ได้รับชำระหนี้หรือโดยประการอื่นใด โดยปราศจากมูลเหตุอันจะอ้างกฎหมายได้ เป็นเหตุให้อีกฝ่ายเสียเปรียบ ต้องคืนทรัพย์นั้น[98] โดยคำว่า “ทรัพย์สิ่งใด” ในที่นี้ย่อมหมายความรวมทั้งทรัพย์และทรัพย์สิน[99] กล่าวคือ ทั้งวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าเป็นการบัญญัติผลของโมฆะกรรมเพื่อใช้กับทรัพย์สินที่เคลื่อนไหวในนิติกรรมที่โมฆะนั้นโดยเฉพาะ ดังนี้การจะทำหลักเรื่องลาภมิควรได้มาใช้กับความเป็นโมฆะของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้มีเฉพาะสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินนั้น จะเป็นไปได้หรือไม่ เพียงใด จะได้พิจารณาต่อไป

2.4.1.4.3 โมฆะแยกส่วน

โมฆะกรรมนี้ โดยปกติแล้วตามกฎหมายไทยเมื่อนิติกรรมใดเป็นโมฆะก็ย่อมเป็นโมฆะทั้งหมด ยกเว้นแต่ในกรณีที่หากนิติกรรมนั้นสามารถแยกส่วนได้และสามารถสันนิษฐานได้ว่า

---

97 เรื่องเดียวกัน, หน้า 163-164.

98ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 406 บัญญัติว่า “บุคคลใดได้มาซึ่งทรัพย์สิ่งใดเพราะการที่บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำเพื่อชำระหนี้ก็ดีหรือได้มาด้วยประการอื่นก็ดี โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้และเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเสียเปรียบไซร้ ท่านว่าบุคคลนั้นจำต้องคืนทรัพย์ให้แก่เขา อนึ่งการรับสภาพหนี้สินว่ามีอยู่หรือหาไม่นั้น ท่านก็ให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อชำระหนี้ด้วย”

99 ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา หน้า 259.

คู่กรณีมีเจตนาจะให้แยกส่วนที่เป็นโมฆะออกจากส่วนที่ไม่เป็นโมฆะด้วย[100] กฎหมายก็ยอมรับเจตนาของบุคคลไม่บังคับให้เสียไปทั้งหมด อันเป็นการสอดคล้องกับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนา[101] ดังนั้นส่วนไหนที่เสียเปล่าไปก็จะไม่กระทบต่อส่วนที่ยังสมบูรณ์บังคับได้อยู่[102] เช่น สัญญากู้ที่มีข้อกำหนดเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด พฤติการณ์สามารถสันนิษฐานได้ว่าคู่สัญญามีเจตนาแยกส่วนที่ไม่เป็นโมฆะออกจากส่วนที่เป็นโมฆะ สัญญาตกเป็นโมฆะเฉพาะส่วนของดอกเบี้ย เงินต้นที่กู้นั้นไม่เป็นโมฆะไปด้วย

การที่กฎหมายให้โมฆะเพียงบางส่วนได้นี้ ท่านศาสตราจารย์ ดร. จิ๊ดฯ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า เหตุที่เบื้องต้นกฎหมายให้โมฆะไปทั้งหมดนั้นก็เพราะสันนิษฐานว่าในนิติกรรมหนึ่งนิติกรรมนั้นย่อมประกอบด้วยหน่วยย่อย ๆ ที่รวมกันเป็นเอกภาพหนึ่งเดียว ซึ่งคู่กรณีในนิติกรรมนั้นได้ต่อรองกันมากน้อยรวมกันในเอกภาพนั้น ดังนั้นหากบางส่วนในเอกภาพนั้นใช้ไม่ได้เพราะเป็นโมฆะนิติกรรมทั้งหมดก็ควรถือว่าไม่สมบูรณ์ไปด้วย ดังนั้นหากสันนิษฐานว่าคู่กรณียินยอมให้แยกส่วนที่สมบูรณ์ออกจากที่เป็นโมฆะได้จึงเป็นข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ดังกล่าว[103] ซึ่งในกรณีของสัญญาตั้งครรภ์แทนนี้จะสามารถนำเรื่องโมฆะแยกส่วนมาใช้ได้หรือไม่นั้น ผู้เขียนจะได้พิจารณาต่อไป

2.4.2 ผลตามกฎหมายครอบครัว

ถึงแม้ในความเป็นจริงแล้วความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์จะทำให้สาระสำคัญในการเกิดของเด็กเปลี่ยนไปอย่างมาก กล่าวคือสามารถแยกความสัมพันธ์ในฐานะผู้ให้กำเนิดออกจากความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือทางพันธุกรรมได้ ประกอบกับการพิจารณาเจตนาที่ต้องการให้เด็กเกิดและเจตนาที่จะเลี้ยงดูเด็กนั้น ทำให้นานาประเทศต่างออกกฎเกณฑ์เฉพาะแทนที่จะใช้กฎหมายครอบครัวที่มีขึ้นเพื่อปรับใช้กับความสัมพันธ์ตามธรรมชาติทั่วไป เช่นเดียวกับในประเทศไทย ที่มีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาบุตรระหว่างเด็กที่เกิดมากับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไว้โดยเฉพาะ

---

100 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 173 บัญญัติว่า “ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโมฆะ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้”

101 หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง หน้า 153.

102 เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) หน้า 165.; ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา หน้า 252 – 253.

103 จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา หน้า 144.

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ไม่ได้กำหนดผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ เมื่อพระราชบัญญัติดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองและกำหนดสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน อันมีลักษณะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคลและความมั่นคงในครอบครัว[104] ธรรมชาติของกฎเกณฑ์จึงมีความใกล้เคียงกับกฎหมายครอบครัวในบรรพ 5 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นอย่างมาก อีกทั้งการที่มาตรา 34 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้บังคับเพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ ก็อาจพอเป็นข้อสนับสนุนในการนำหลักกฎหมายครอบครัวทั่วไปมาปรับใช้เพื่อหาผลที่เกิดต่อเด็กในสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดซึ่งพระราชบัญญัติไม่ได้กำหนดไว้ได้ ซึ่งหากนำกฎหมายครอบครัวมาปรับใช้ก็อาจมีผลได้ดังนี้

2.4.2.1 ความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

“Mater semper certa est, etiamsi vulgo conceperit’” เป็นภาษิตกฎหมายภาษาละติน แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า maternity is always certain, even of illegitimate children หรืออาจแปลเป็นไทยว่าความเป็นมารดาย่อมแน่นอน แม้กระทั่งต่อบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แสดงให้เห็นแนวคิดที่มีมาแต่เดิมว่า เด็กเกิดมาจากหญิงใดก็ย่อมเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้นเสมอ[105] หลักการกำหนดความเป็นมารดานี้เรียกว่าหลักการให้กำเนิด[106] อันเป็นหลักซึ่งใช้มายาวนานและได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายทั่วโลก เนื่องจากความเป็นมารดานั้นปรากฏชัดแจ้ง กล่าวคือเป็นข้อเท็จจริงที่สามารถเห็นได้โดยตรงจากการที่หญิงนั้นตั้งครรภ์เป็นเวลานานและคลอดบุตรอันเป็นข้อเท็จจริงที่ยากที่จะปิดบังได้[107] จึงไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายมาจัดการ

---

104 KatarinaTrimmings และ Paul Beaumont, "Parentage and Surrogacy in a European Perspective," in European Family Law Volume Iii, ed. Jens M. Scherpe (Miami: Edward Elgar Publishing, 2016) page 236.; พิลาสินี โยงสมบัติ, "วิเคราะห์ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ..." หน้า 137.

105 วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, "ความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการผสมเทียม (Artificial Insemination)," บทบัณฑิตย์ เล่ม 58 ตอน 4 130-137. (ธันวาคม 2545): 133.

106 หรือเรียกว่า หลักความเป็นมารดาย่อมแสดงออกด้วยการตั้งครรภ์(mater est questatio demonstrate หรือ the mother is demonstrated by gestation) รายละเอียดเพิ่มเติมที่ ประสพสุข บุญเดช, "ปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัฒน์," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เล่ม 16, 185-198. (ตุลาคม 2538): 18.

107 ปวเลิศ โสภณวัต, "ความเป็นบิดามารดาบุตร" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523) หน้า 165-166.

หรืออธิบายความสัมพันธ์นี้เป็นพิเศษอีก[108] ผนวกกับที่แต่เดิมนั้นการที่หญิงเป็นผู้คลอดบุตรก็ย่อมทำให้หญิงนั้นมีความผูกพันทางสายโลหิต กล่าวคือมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาอย่างแน่นอน หลักการให้กำเนิดจึงเพียงพอและเหมาะสมที่จะใช้เป็นตัวกำหนดความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่มีความจำเป็นที่จะต้องตั้งเป็นข้อสันนิษฐานเหมือนอย่างในกรณีของบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ในระบบกฎหมายไทย ความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายโดยหลักการให้กำเนิดปรากฏในมาตรา 1546[109] ซึ่งแม้ตัวบทกฎหมายจะไม่ได้บัญญัติหลักหญิงที่ตั้งครรภ์และคลอดบุตรเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไว้โดยตรง แต่ก็วางหลักที่ทำให้เห็นว่า ขนาดหญิงที่ไม่ได้สมรสกับชายอย่างถูกต้องตามกฎหมายยังเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดมา แล้วทำไมหญิงที่สมรสอย่างถูกต้องและให้กำเนิดบุตรออกมาจะไม่ถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้เด็กจึงเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้คลอดบุตรเสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น ซึ่งเป็นข้อความที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่19) พ.ศ.2551 อันเป็นการเปิดช่องให้มีการบัญญัติกฎหมายพิเศษอื่นเพื่อกำหนดสถานะให้แตกต่างไปจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดได้ ซึ่งการกำหนดสถานะของเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ก็ถือเป็นกฎหมายอื่นที่กำหนดสถานะไว้ตามความหมายของมาตรา 1546 นั่นเอง[110] ทำให้เด็กที่เกิดมาจากสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ได้มีสถานะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนตามหลักการให้กำเนิดในมาตรา 1546 แต่เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรตามผลของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นั่นเอง

แต่หากสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ได้มีลักษณะตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ กำหนดแล้ว เด็กที่เกิดมาก็ไม่อาจมีสถานะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างที่พระราชบัญญัติกำหนดได้ จึงต้องกลับมาใช้ผลในทางกฎหมายครอบครัวทั่วไป หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจึงมีสถานะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาเสมอเพราะเป็นผู้คลอดเด็ก

---

108 ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "บุตรนอกสมรสในกฎหมายรัสเซีย," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 15 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2528): 96.

109 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1546 บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มิได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

110 ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556) หน้า 309.

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตเล็กน้อยในเนื้อความของร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... มาตรา 24 ที่กำหนดให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายนี้เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร และมาตรา 25 กำหนดไว้ว่า ในกรณีการตั้งครรภ์แทนมิได้เป็นไปตามองค์ประกอบของกฎหมายโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ[111] ให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น และให้สามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ให้ความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น[112] อันเป็นการกำหนดให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน แต่เมื่อประกาศใช้พระราชบัญญัติกลับไม่ปรากฏข้อความในมาตรา 25 ที่กำหนดผลนี้แต่อย่างใด จึงเป็นที่น่าสงสัยว่าทำไมคณะกรรมการร่างจึงตัดสินใจเอาข้อความดังกล่าวออกไป เป็นไปได้หรือไม่ว่า คณะกรรมการเองก็เห็นว่าการเอาหลักการให้กำเนิดมาใช้อย่างเด็ดขาดเหมือนในกรณีเด็กที่เกิดโดยวิธีการตามธรรมชาติอาจไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นการคุ้มครองเด็กที่เกิดมาอย่างที่พระราชบัญญัติมีจุดมุ่งหมาย

ส่วนคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหญิงนั้น แม้ในกรณีที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเนื่องจากใช้เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงนั้นมาทำการตั้งครรภ์แทนโดยวิธีปฏิสนธิภายนอก[113] ก็ไม่อาจเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายให้อำนาจในการพิสูจน์ความเป็นมารดาเป็นอย่างอื่นได้เลย หากหญิงนั้นต้องการเลี้ยงดูเด็กเยี่ยงบุตรก็ทำได้เพียงแค่รับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งในประเด็นการแก้ปัญหาด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่ามีข้อบกพร่องอยู่มาก ทั้งในด้านของความรู้สึกทางจิตใจและผลในทางกฎหมาย ซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไป

---

111 ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... มาตรา 18 วรรค 2 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนเสนอเรื่องขออนุญาตดำเนินการต่อคณะกรรมการ ซึ่งหากคณะกรรมการพิจารณาเห็นสมควรจะอนุญาตเป็นการเฉพาะรายก็ได้ คำสั่งของคณะกรรมการให้เป็นที่สิ้นสุด” อ้างถึงใน พิลาสินี โยงสมบัติ, “วิเคราะห์ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ..,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 77 และ 230.

112 ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... มาตรา 25 บัญญัติว่า “ในกรณีการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 18 (1) (2) หรือ (3) โดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นการเฉพาะรายจากคณะกรรมการตามมาตรา 18 วรรค 2 ให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น

ให้สามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ตนมิได้ให้ความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทน” อ้างถึงใน พิลาสินี โยงสมบัติ, “วิเคราะห์ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ..,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 81-82 และ 232.

113 โปรดดูหัวข้อ การตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิภายนอก

2.4.2.2 ความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ความเป็นบิดานั้นก็เกิดขึ้นโดยธรรมชาติเช่นเดียวกับความเป็นมารดา กล่าวคือเกิดจากการที่ชายนั้นมีความสัมพันธ์ทางกายกับหญิงที่เป็นมารดา เพียงแต่ว่าในทางข้อเท็จจริงนั้นอาจไม่สามารถบอกได้ชัดเจนเป็นหนึ่งเดียวอย่างกรณีของมารดา ตัวอย่างเช่น บางกรณีมารดาอาจมีความสัมพันธ์ทางกายกับชายมากกว่าหนึ่งคน ไม่แน่ชัดว่าชายคนใดที่เป็นผู้ทำให้เด็กเกิด ไม่สามารถอาศัยข้อเท็จจริงตามธรรมชาติเพียงอย่างเดียวในการระบุความเป็นบิดาได้ เนื่องจากความเป็นบิดาไม่มีข้อเท็จจริงที่แสดงออกให้เห็นชัดแจ้งอย่างความเป็นมารดาที่มีการตั้งครรภ์และคลอดบุตร กฎหมายจึงไม่ได้กำหนดความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายไว้อย่างเด็ดขาด แต่เข้ามาช่วยจัดการโดยกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาไว้เบื้องต้นซึ่งอาจพิสูจน์หักล้างได้ ซึ่งข้อสันนิษฐานดังกล่าวนั้นก็มีมาตั้งแต่ในสมัยโรมัน จากหลักที่ว่า ‘Pater est quem nuptia demonstrant’ แปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า ‘By marriage the father is demonstrated’ หรือที่อาจแปลเป็นภาษาไทยว่า ความเป็นบิดาก่อเกิดขึ้นโดยการสมรส อันเป็นข้อสันนิษฐานในยุคแรกเริ่ม[114] อันผูกติดสถานะทางกฎหมายของบิดากับสถานะการสมรสตามกฎหมาย ดังนี้ในอดีตกาลหากเด็กเกิดขึ้นโดยบิดามารดาไม่ได้สมรสกันโดยถูกต้องก็จะไม่ได้รับการสันนิษฐานดังกล่าว

ข้อสันนิษฐานนั้นได้พัฒนาขอบเขตให้กว้างขึ้นและครอบคลุมสถานการณ์ต่าง ๆ มากขึ้น ซึ่งในกฎหมายไทยปัจจุบัน ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ ข้อสันนิษฐานว่าสามีที่ชอบด้วยกฎหมายของมารดาเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก[115] ในกรณีหญิงจดทะเบียนสมรสซ้อนสันนิษฐานว่าชายคนที่จดทะเบียนสมรสด้วยทีหลังเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย[116] เด็กที่เกิดจากหญิงหม้ายที่ทำการสมรสใหม่ในเวลาไม่เกิน 310 วันนับแต่วันที่ขาดจากการสมรสเดิมสันนิษฐานว่าเป็นบุตรของสามีใหม่[117] เด็กที่เกิดก่อนศาลมีคำสั่งว่าการสมรสเป็นโมฆะ[118]หรือก่อนศาล

---

114 KatarinaTrimmings และ Paul Beaumont, "Parentage and Surrogacy in a European Perspective," in European Family Law Volume Iii page 237.

115 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1536 บัญญัติว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบ วันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วย กฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามี แล้วแต่กรณี”

116 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1538 บัญญัติว่า “ในกรณีชายหรือหญิงสมรสฝ่าฝืน มาตรา 1452 เด็กที่เกิด ในระหว่างการสมรสที่ฝ่าฝืนนั้น ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วย กฎหมายของชายผู้เป็นสามีซึ่งได้จดทะเบียนสมรสครั้งหลัง”

117 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1537 บัญญัติว่า “ในกรณีที่หญิงทำการสมรสใหม่นั้นเป็นการฝ่าฝืน มาตรา 1453 และคลอดบุตรภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กที่เกิดแต่หญิงนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ของชายผู้เป็นสามีคนใหม่ และห้ามมิให้นำข้อสันนิษฐานใน มาตรา 1536 ที่ว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีเดิมมาใช้บังคับ ทั้งนี้เว้นแต่ มีคำพิพากษาของศาลแสดงว่าเด็กมิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของชาย ผู้เป็นสามีคนใหม่นั้น”

118 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1536 วรรค2 บัญญัติว่า “ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับแก่บุตรที่เกิดจากหญิงก่อนที่ได้มีคำ พิพากษาถึงที่สุดของศาลแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะ หรือภายในระยะเวลา สามร้อยสิบวันนับแต่วันนั้น”

เพิกถอนการสมรสที่เป็นโมฆียะ[119]เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีเดิม ซึ่งเมื่อพิเคราะห์ดูแล้วจะเห็นได้ว่า การกำหนดความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นอิงอยู่กับความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภรรยาเป็นหลัก กล่าวคือ กฎหมายมักจะสันนิษฐานให้บุคคลที่มีความเป็นไปได้มากที่สุดที่จะมีความสัมพันธ์ทางกายกับมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กในระยะเวลาที่อาจเกิดเป็นเด็กขึ้นมาได้นั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

หากนำหลักกฎหมายครอบครัวมาปรับเพื่อหาผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย หากหญิงที่เป็นผู้ตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ด้วยแล้ว เมื่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาดังที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้น สามีของหญิงนั้นก็จะถูกกฎหมายสันนิษฐานว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นเช่นกัน ไม่ว่าชายนั้นจะยินยอมหรือไม่ยินยอมในการตั้งครรภ์แทนนั้นก็ตาม แต่หากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือมีเพียงชายที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส เด็กที่เกิดมาก็อาจตกอยู่ในสถานะที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

การที่สามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องตกอยู่ในข้อสันนิษฐานว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น แม้จะดูเหมือนสร้างความแน่นอนของสถานะของเด็กได้ แต่ก็อาจไม่ได้เป็นประโยชน์ต่อเด็กในระยะยาว ที่ผู้เขียนเห็นเช่นนี้ก็เพราะว่าชายที่เป็นสามีนั้นไม่ได้มีเจตนาจะให้เด็กนั้นเกิดมา และไม่ได้ตั้งใจจะเลี้ยงดูในฐานะบุตร และแม้ว่าสามีนั้นจะได้ให้ความยินยอมในการตั้งครรภ์แทนของภรรยาตน ก็ไม่อาจมองได้ว่าเป็นการยอมรับหรือมีเจตนาจะดูแลเด็กในฐานะบุตร แต่เป็นแค่เพียงการยินยอมให้ภรรยาของตนกระทำการดังกล่าวเท่านั้น ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่าสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนส่วนใหญ่ไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา สายสัมพันธ์ระหว่างสามีกับเด็กที่เกิดมานั้นแทบจะไม่มีเลย จึงจินตนาการได้ยากว่าการให้เด็กอยู่ในความดูแลของบุคคลดังกล่าวจะทำให้เด็กได้รับความรักความอบอุ่น และจะเป็นการอันก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็กนั้นอย่างไร

ส่วนคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายชายนั้น แม้ในกรณีที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเนื่องจากใช้เซลล์สืบพันธุ์ของชายนั้นในการผสมเป็นตัวอ่อน ก็มิใช่บุคคลที่จะได้รับการพิจารณาว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเนื่องจากไม่มีความสัมพันธ์ทางกายใด ๆ กับ

---

[119] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1560 บัญญัติว่า “บุตรเกิดระหว่างสมรสซึ่งศาลพิพากษาให้เพิกถอน ภายหลังนั้นให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย”

หญิงที่ตั้งครรภ์แทน[120] ส่วนจะพิสูจน์หรือดำเนินการโดยวิธีการอื่น ๆ เพื่อให้ตนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นได้หรือไม่จะขอกล่าวในหัวข้อจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรต่อไป

2.4.2.2.1 การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร[121]

การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรนี้ใช้กับกรณีเด็กเกิดจากบิดามารดาที่มิได้สมรสกันทำให้เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดาเท่านั้น แต่บิดาต้องการมาจดทะเบียนเพื่อให้เด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของเขาด้วย การจดทะเบียนนี้ต้องได้รับความยินยอมจากเด็กและมารดาของเด็กก่อน แต่ถ้าหากเด็กหรือมารดาไม่ให้ความยินยอม ชายนั้นก็อาจร้องขอต่อศาลได้[122] โดยจะต้องเป็นบิดาที่แท้จริงของเด็กนั้น[123] และบิดามารดานั้นต้องมีความสัมพันธ์ในลักษณะเป็นสามีภรรยากันตามธรรมชาติ กล่าวคือมีการร่วมประเวณีกันทำให้เด็กเกิดมาจากการนั้น[124]

ดังนี้ชายที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรถึงแม้จะมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมแม้จะได้รับความยินยอมจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถใช้บทบัญญัติของกฎหมายนี้เพื่อขอจดทะเบียนรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายเป็นบุตรได้ เนื่องจากชายนั้นไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางกายในเชิงสามีภรรยากับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ถ้าไปจดทะเบียนก็จะมีความผิดทางอาญาฐานแจ้งความเท็จแก่เจ้าพนักงานได้

---

120 แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ ดาราพร ถิระวัฒน์, รายงานฉบับสมบูรณ์ ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และคัดเลือกพันธุกรรม (โครงการชีวจริยธรรมกับการวิจัยวิทยศาสตร์ทางการแพทย์สมัยใหม่, 2548) หน้า 92.

121 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1547 บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากบิดามารดาที่มิได้สมรสกันจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อบิดามารดาได้สมรสกันในภายหลังหรือบิดาได้จดทะเบียนว่าเป็นบุตรหรือศาลพิพากษาว่าเป็นบุตร”

122 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1548 บัญญัติว่า “บิดาจะจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของเด็กและมารดาเด็ก

ในกรณีที่เด็กและมารดาเด็กไม่ได้มาให้ความยินยอมต่อหน้านายทะเบียน ให้นายทะเบียนแจ้งการขอจดทะเบียนของบิดาไปยังเด็กและมารดาเด็ก ถ้าเด็กหรือมารดาเด็กไม่คัดค้านหรือไม่ให้ความยินยอมภายในหกสิบวันนับแต่การแจ้งนั้นถึงเด็กหรือมารดาเด็กให้สันนิษฐานว่าเด็กหรือมารดาเด็กไม่ให้ความยินยอม ถ้าเด็กหรือมารดาเด็กอยู่นอกประเทศไทยให้ขยายเวลานั้นเป็นหนึ่งร้อยแปดสิบวัน

ในกรณีที่เด็กหรือมารดาเด็กคัดค้านว่าผู้ขอจดทะเบียนไม่ใช่บิดา หรือไม่ให้ความยินยอม หรือไม่อาจให้ความยินยอมได้ การจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรต้องมีคำพิพากษาของศาล

เมื่อศาลได้พิพากษาให้บิดาจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรได้ และบิดาได้นำคำพิพากษาไปขอจดทะเบียนต่อนายทะเบียน ให้นายทะเบียนดำเนินการจดทะเบียนให้”

123 คำพิพากษาฎีกาที่ 46/2501

124 ประสพสุข บุญเดช, "อุ้มบุญ," วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช เล่มที่ 26 ปี 5 ฉบับ 2, 26-29. (2536): 28.

2.4.2.2.2 การฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย[125]

ในกรณีที่ชายนั้นไม่จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร เด็กก็อาจฟ้องขอให้ชายรับตนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งหากมีคำพิพากษาว่าเด็กนั้นเป็นบุตรแล้วก็จะถือว่าเด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายนั้นตั้งแต่วันที่เด็กเกิด[126] ในการฟ้องขอให้รับเป็นบุตรนี้ กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานที่เป็นประโยชน์ต่อเด็กเอาไว้ในมาตรา 1555 หลายกรณี โดยแต่ละกรณีก็ใช้พฤติการณ์ในทางข้อเท็จจริงเป็นสำคัญ กล่าวคือ อยู่บนฐานความคิดเรื่องการร่วมประเวณีในเวลาที่มารดาของเด็กนั้นอาจตั้งครรภ์ได้ และพฤติการณ์ที่ชายนั้นแสดงออกให้สังคมรับรู้[127] ไม่ได้รวมความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมให้เป็นหนึ่งในข้อสันนิษฐานที่เป็นประโยชน์กับเด็กด้วย ซึ่งไม่ได้หมายความว่าเด็กจะไม่สามารถฟ้องด้วยเหตุอื่นได้ เพียงแต่หากเด็กจะอ้างความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมซึ่งเป็นเหตุที่กฎหมายมิได้สันนิษฐานเป็นประโยชน์ไว้ให้นั้น เด็กก็จะมีภาระในการพิสูจน์ความเป็นบิดาที่แท้จริงนั้น

มีข้อสังเกตว่าใน (3) ได้วางข้อสันนิษฐานกรณีมีเอกสารของบิดาแสดงว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของตนเอาไว้ ซึ่งก็น่าคิดว่าเอกสารในที่นี้จะตีความรวมถึงว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนได้ด้วยหรือไม่ ซึ่งตามความเห็นทางวิชาการแล้ว เอกสารที่บิดาแสดงว่าเด็กเป็นบุตรของบิดานี้ต้องมีข้อความชัดเจนและมีลายมือชื่อของบิดา[128] โดยอาจอยู่ในลักษณะใดก็ได้ที่แสดงความยอมรับว่าเด็กเป็นบุตรของตนเอง[129] ในรูปบันทึก จดหมาย เอกสารที่บิดาลงชื่อรับเป็นผู้ปกครองเด็ก พินัยกรรม หรืออื่น ๆ ก็ได้

---

125 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1555 บัญญัติว่า “ในคดีฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) เมื่อมีการข่มขืนกระทำชำเรา ฉุดคร่า หรือหน่วงเหนี่ยวกักขังหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้

(2) เมื่อมีการลักพาหญิงมารดาไปในทางชู้สาวหรือมีการล่อลวงร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้

(3) เมื่อมีเอกสารของบิดาแสดงว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของตน

(4) เมื่อปรากฏในทะเบียนคนเกิดว่าเด็กเป็นบุตรโดยมีหลักฐานว่าบิดาเป็นผู้แจ้งการเกิดหรือรู้เห็นยินยอมในการแจ้งนั้น

(5) เมื่อบิดามารดาได้อยู่กินด้วยกันอย่างเปิดเผยในระยะเวลาซึ่งหญิงมารดาอาจตั้งครรภ์ได้

(6) เมื่อได้มีการร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้ และมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเด็กนั้นมิได้เป็นบุตรของชายอื่น

(7) เมื่อมีพฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่าเป็นบุตร”

126 ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพฯ:สำนักอบรมกฎหมายเนติบัณฑิตยสภา, 2558), หน้า 572.

127 แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ ดาราพร ถิระวัฒน์, รายงานฉบับสมบูรณ์ ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และคัดเลือกพันธุกรรม (โครงการชีวจริยธรรมกับการวิจัยวิทยศาสตร์ทางการแพทย์สมัยใหม่, 2548): 75.

128 ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายเนติบัณฑิตยสภา, 2558) หน้า 576.

129 ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว หน้า 346.

โดยไม่สนใจว่าชายจะตั้งใจหรือไม่ตั้งใจทำขึ้นก็ตาม[130] สัญญาตั้งครรภ์แทนอันมีใจความสำคัญให้หญิงส่งมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้เป็นบุตรของชายจึงดูเป็นพฤติการณ์ที่น่าจะเข้าตามเงื่อนไขดังกล่าว

แต่ถึงแม้ว่าเด็กจะสามารถใช้ประโยชน์จากข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้ หรือสามารถพิสูจน์ความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมได้แล้วนั้น ในกรณีสัญญาตั้งครรภ์แทนนี้ผู้เขียนก็เห็นว่าเมื่อความเป็นบิดาในกฎหมายครอบครัวโดยปกติอยู่บนหลักของการที่ชายนั้นได้ร่วมประเวณีกับมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วเด็กเกิดมาจากเหตุนั้นเป็นสำคัญ ดังนั้นในการพิสูจน์ว่าตนไม่ใช่บิดาหากชายผู้นั้นพิสูจน์พฤติการณ์ตามข้อเท็จจริงว่าตนไม่เคยมีความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวกับมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเลย ก็เป็นไปได้เป็นอย่างมากว่าศาลจะไม่มีคำสั่งให้รับเด็กนั้นเป็นบุตร

2.4.2.2.3 การฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร[131]

ชายผู้เป็นสามีที่ต้องข้อสันนิษฐานว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรสามารถฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ ถ้าเด็กนั้นไม่ใช่บุตรที่ตนให้กำเนิดอย่างแท้จริง โดยเป็นสิทธิเฉพาะตัวของชายนั้นเท่านั้น เว้นแต่กรณีชายนั้นตายไปเสียก่อนเด็กเกิดหรือก่อนพ้นระยะเวลาที่พึงฟ้องได้[132] โดยจะต้องพิสูจน์ว่าตนไม่ได้อยู่ร่วมกับมารดาเด็กในระยะเวลาตั้งครรภ์ เช่น ชายอาจจะเดินทางไปต่างประเทศเป็นเวลานาน หรือตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กได้เพราะเหตุอย่างอื่น เช่น ชายเป็น

---

130 คำพิพากษาฎีกาที่ 1053/2480 และ 21/2486 อ้างถึงใน รัศฎา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บิดามารดาบุตร, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552) หน้า 41.

131 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1539 บัญญัติว่า “ในกรณีที่สันนิษฐานว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีตามมาตรา 1536 มาตรา 1537 หรือมาตรา 1538 ชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีจะไม่รับเด็กเป็นบุตรของตนก็ได้ โดยฟ้องเด็กกับมารดาเด็กร่วมกันเป็นจำเลยและพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้อยู่ร่วมกับมารดาเด็กในระยะเวลาตั้งครรภ์คือระหว่างหนึ่งร้อยแปดสิบวันถึงสามร้อยสิบวันก่อนเด็กเกิด หรือตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กได้เพราะเหตุอย่างอื่น

แต่ถ้าในขณะยื่นฟ้องมารดาเด็กไม่มีชีวิตอยู่จะฟ้องเด็กแต่ผู้เดียวเป็นจำเลยก็ได้ถ้าเด็กไม่มีชีวิตอยู่ไม่ว่ามารดาของเด็กจะมีชีวิตอยู่หรือไม่ จะยื่นคำร้องขอให้ศาลแสดงว่าเด็กนั้นไม่เป็นบุตรก็ได้ ในกรณีที่มารดาของเด็กหรือทายาทของเด็กยังมีชีวิตอยู่ ให้ศาลส่งสำเนาคำร้องนี้ไปให้ด้วย และถ้าศาลเห็นสมควรจะส่งสำเนาคำร้องไปให้อัยการพิจารณาเพื่อดำเนินคดีแทนเด็กด้วยก็ได้”

132 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1544 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร ผู้มีสิทธิได้รับมรดกร่วมกับเด็กหรือผู้จะเสียสิทธิรับมรดกเพราะการเกิดของเด็กอาจฟ้องได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีตายก่อนพ้นระยะเวลาที่ชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีจะพึงฟ้องได้

(2) เด็กเกิดภายหลังการตายของชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามี

การฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรในกรณี (1) ต้องฟ้องภายในหกเดือนนับแต่วันที่รู้ถึงการตายของชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามี การฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรในกรณี (2) ต้องฟ้องภายในหกเดือนนับแต่วันที่รู้ถึงการเกิดของเด็ก แต่ไม่ว่าเป็นกรณีใด ห้ามมิให้ฟ้องเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันเกิดของเด็ก”

หมัน การตรวจหมู่เลือด หรืออาจใช้วิธีตรวจพิสูจน์รหัสพันธุกรรม(DNA)[133] โดยจะต้องฟ้องภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดด้วย[134]

ดังนี้ สามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน แม้ถูกข้อสันนิษฐานว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายก็ตาม ก็สามารถฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรได้โดยการพิสูจน์รหัสพันธุกรรม เว้นแต่ว่าชายนั้นจะเป็นผู้แจ้งการเกิดเด็ก ที่กฎหมายจะปิดปากห้ามมิให้ปฏิเสธความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นอีก[135]

2.4.2.2.4 การฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย[136]

สิทธิในการฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรนี้เป็นสิทธิของเด็กที่จะร้องขอให้อัยการดำเนินการฟ้องคดีแทน เนื่องจากหากเด็กฟ้องเองจะกลายเป็นคดีอุทลุมเนื่องจากขณะฟ้องยังถือว่าชายนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กอยู่ และหากเด็กยังเป็นผู้เยาว์อยู่เด็กจะต้องได้รับความยินยอมจากมารดา แต่หากมารดาไม่ให้ความยินยอมเมื่อเด็กบรรลุนิติภาวะแล้วก็ยังมีสิทธิร้องขอให้อัยการฟ้องแทนได้อีกภายใน 1 ปี โดยจะปฏิเสธได้ด้วยเหตุผลเดียวคือเด็กมิใช่บุตรสืบสายโลหิตของชาย[137]

หากพิจารณาตามสิทธิที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วางไว้ให้นี้ เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายก็สามารถที่จะฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรของสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้ เนื่องจากบุคคลนั้นมิใช่บิดาที่แท้จริง อย่างไรก็ดี แม้จะไม่มีชายดังกล่าวเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว เด็กนั้นก็ไม่อาจฟ้องให้ชายผู้เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เนื่องจากชายนั้นไม่มีความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยากับมารดาของเด็กนั้นเอง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

133 การตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์เพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนี้ ถือเป็นสิทธิของคู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องว่าจะยอมหรือไม่ก็ได้ แต่หากคู่ความฝ่ายใดไม่ยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควรให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าข้อเท็จจริงที่ต้องการพิสูจน์เป็นผลร้ายแก่คู่ความฝ่ายนั้น

134 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1544 วรรค 2, เพิ่งอ้าง.

135 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1541 บัญญัติว่า “ชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีจะฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรตามมาตรา 1539 ไม่ได้ ถ้าปรากฏว่าตนเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็กในทะเบียนคนเกิดเองว่าเป็นบุตรของตน หรือจัดหรือยอมให้มีการแจ้งดังกล่าว”

136 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1545 บัญญัติว่า “เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงต่อเด็กว่าตนมิได้เป็นบุตรสืบสายโลหิตของชายผู้เป็นสามีของมารดาตน เด็กจะร้องขอต่ออัยการให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายนั้นก็ได้

การฟ้องคดีตามวรรคหนึ่ง ถ้าเด็กได้รู้ข้อเท็จจริงก่อนบรรลุนิติภาวะว่าตนมิได้เป็นบุตรของชายผู้เป็นสามีของมารดา ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ แต่ถ้าเด็กรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวหลังจากบรรลุนิติภาวะแล้ว ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กรู้เหตุนั้น”

137 วิมลศิริ ชำนาญเวช, "บิดามารดาบุตร," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 20, ฉบับ 4, 36-49. (ธันวาคม 2533): 41.

2.4.2.3 การรับบุตรบุญธรรม

เมื่อปรับใช้ผลตามกฎหมายครอบครัว เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นก็จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและถ้าหญิงนั้นมีสามีและไม่ได้มีการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาตามกฎหมายสามีของหญิงก็จะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น การที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะเป็นผู้ปกครองดูแลเด็กได้นั้นก็จำต้องพึ่งกระบวนการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม อันเป็นรูปแบบความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย[138] ซึ่งโดยหลักการแล้วเป็นการนำบุตรของคนอื่นที่ไม่มีความเกี่ยวข้องทางสายโลหิตมาอุปการะเลี้ยงดูในฐานะบุตรตน[139] อย่างไรก็ดี การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนี้ก็ได้ถูกนำมาใช้เป็นทางออกของการก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในหลาย ๆ ประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะหรือมีกฎหมายเฉพาะในลักษณะไม่ก่อตั้งสถานะความเป็นบิดามารดาบุตรขึ้นใหม่ ในประเทศไทยเองเดิมก่อนจะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ก็ใช้กระบวนการนี้เป็นทางออกเช่นเดียวกัน

วัตถุประสงค์ของการรับบุตรบุญธรรมนั้นเดิมเป็นเรื่องของการทำความดี เสียสละ และมักเกิดขึ้นในหมู่เครือญาติ หรือการนำบุตรของตนไปยกให้แก่เจ้านายเพื่อเป็นสิริมงคลและความก้าวหน้าของบุตร แต่ในปัจจุบันได้ปรากฏวัตถุประสงค์สำคัญอีกประการหนึ่งอันได้แก่เพื่อเป็นการเติมเต็มทางจิตวิทยาของความรู้สึกที่ขาดหายไปแก่บุคคลที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วย ดังนั้นปัจจุบันการรับบุตรบุญธรรมจึงมีวัตถุประสงค์ 3 ประการ คือ เพื่อแสดงความเมตตากรุณาและเสียสละ เพื่อสนองความต้องการของผู้รับบุตรบุญธรรม เพื่อสนองความต้องการของบุคคลที่ขาดบิดามารดา[140]

การรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายไทยอยู่ภายใต้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ซึ่งตราขึ้นโดยคำนึงถึงการคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์ของเด็กที่เป็นบุตรบุญธรรมเป็นสำคัญ และป้องกันกระบวนการค้ามนุษย์[141] โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้หลายประการ อันผู้เขียนจะขอยกเฉพาะบางหลักการขึ้นเป็นตัวอย่าง เพื่อที่จะแสดงให้เห็นผลกระทบต่อการรับบุตรบุญธรรมที่ในกรณีการตั้งครรภ์แทน

2.4.2.3.1 ความยินยอม

เรื่องความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมนั้นเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่ง ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสของตน และต้องได้รับความยินยอมจากบิดา

---

138 รัศฎา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บิดามารดาบุตร หน้า 19.

139 ไกรฤกษ์ ทุมโฆษิต, "บุตรบุญธรรม" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529) หน้า 1.

140 ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว หน้า 673.

141 ณัฐวรรณ อภิสิทธิ์โยธิน, "การตั้งครรภ์แทน: ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2543) หน้า 103.

มารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย[142]หรือผู้มีอำนาจแทนบิดามารดาของเด็กที่เป็นผู้เยาว์ เช่น สถานสงเคราะห์ และถ้าเด็กที่จะรับเป็นบุตรบุญธรรมนั้นมีอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปีแล้ว ก็ต้องให้เด็กนั้นยินยอมด้วย

กรณีของมารดาตามกฎหมายนั้น หากไม่ให้ความยินยอม ผู้ต้องการรับบุตรบุญธรรมอาจร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรม แต่จะต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าการไม่ให้ความยินยอมของมารดานั้นปราศจากเหตุผลอันควร และการไม่ให้ความยินยอมนั้นขัดต่อความเจริญหรือสวัสดิภาพของเด็ก[143]

2.4.2.3.2 การทดลองเลี้ยง

ในกรณีที่เด็กที่รับเป็นบุตรบุญธรรมนั้นยังเป็นผู้เยาว์อยู่นั้น ก่อนที่จะจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมจะต้องมีการทดลองเลี้ยงเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือน[144] โดยระหว่างนั้นจะมีเจ้าหน้าที่คอยสังเกตการณ์สภาพความเป็นอยู่และสภาพร่างกายและจิตใจของเด็ก เพื่อให้แน่ใจว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมจะดำเนินไปได้โดยดีเมื่อมีการใช้ชีวิตร่วมกันจริง ๆ หากพบว่าสามารถดำเนินชีวิตอยู่ร่วมกันได้อย่างดีและผู้รับบุตรบุญธรรมเหมาะสมที่จะเลี้ยงดู คณะกรรมการก็จะอนุญาตให้มีการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้[145]

ผลเมื่อมีการรับบุตรบุญธรรมแล้วนั้นทำให้ผู้รับบุตรบุญธรรมมีอำนาจปกครองเหนือเด็กที่เป็นบุตรบุญธรรม บุตรบุญธรรมมีฐานะเสมือนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ดี ก็ไม่ได้

---

142 คำพิพากษาฎีกาที่ 2795/2530 การจดทะเบียนรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมโดยมารดาของผู้เยาว์ดังกล่าวมิได้ให้ความยินยอมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ ไม่มีผลตามกฎหมาย ศาลเพิกถอนการรับบุตรบุญธรรมนั้นได้

143 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1598/21 บัญญัติว่า “การรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมจะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของบิดาและมารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม ในกรณีที่บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองต้องได้รับความยินยอมของมารดาหรือบิดาซึ่งยังมีอำนาจปกครอง”

ถ้าไม่มีผู้มีอำนาจให้ความยินยอมดังกล่าวในวรรคหนึ่ง หรือมีแต่บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองคนไม่สามารถแสดงเจตนาให้ความยินยอมได้หรือไม่ให้ความยินยอมและการไม่ให้ความยินยอมนั้นปราศจากเหตุผลอันสมควรและเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพความเจริญหรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ มารดาหรือบิดาหรือผู้ประสงค์จะขอรับบุตรบุญธรรมหรืออัยการจะร้องขอต่อศาลให้ มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมตามวรรคหนึ่งก็ได้

144 พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 19 บัญญัติว่า “การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมต้องมีการทดลองเลี้ยงดูและได้รับอนุมัติให้รับเป็นบุตรบุญธรรมตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้”
และ มาตรา 23 “เมื่ออธิบดีหรือผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งให้ทดลองเลี้ยงดูเด็กแล้วให้ผู้ขอรับเด็กรับมอบเด็กที่จะรับเป็นบุตรบุญธรรมไปทดลองเลี้ยงดูได้

การทดลองเลี้ยงดูต้องมีระยะเวลาไม่น้อยกว่าหกเดือน”

145 พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 27 บัญญัติว่า “เมื่อได้มีการทดลองเลี้ยงดูครบกำหนดแล้ว ปรากฏว่าผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเหมาะสมที่จะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และคณะกรรมการสั่งอนุมัติให้รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ให้ดำเนินการขอจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น”

ทำให้บุตรบุญธรรมนั้นสูญเสียสิทธิในครอบครัวเดิม[146] กล่าวคือ บุตรบุญธรรมนั้นยังคงมีสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ กับบิดามารดาโดยการให้กำเนิดตามเดิม ซึ่งหากนำมาปรับกับกรณีการตั้งครรภ์แทนนี้ก็จะทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับสามียังคงมีสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ เหนือตัวเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนอยู่

การรับบุตรบุญธรรมนี้ดูเหมือนจะเป็นทางออกที่ดีทางหนึ่งของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรในสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายที่จะได้เลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาตามใจปรารถนา แต่จะเป็นทางออกที่ดีที่สุดในมุมของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นหรือไม่ ผู้เขียนจะได้พิจารณาต่อไป

2.4.3 ผลตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

2.4.3.1 ความเป็นมา

หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child/ Child's Best Interests) เป็นหลักการสำคัญหลักการหนึ่งที่ใช้เพื่อการคุ้มครองเด็ก ประเทศไทยในอดีตนั้นแม้ไม่ชัดเจนแต่ก็ปรากฏแนวคิดการคำนึงถึงเด็กอยู่บ้างเล็กน้อยในการพิจารณาผู้มีอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า ประกาศพระราชบัญญัติลักพารัชกาลที่ 4 จ.ศ.1221 กำหนดให้ "บุตรชายให้แก่มารดา บุตรหญิงให้แก่บิดา เว้นไว้แต่เมื่อผัวเมียมีศักดินา 400 ไร่ขึ้นไป จึงให้ตามใจบิดา บิดามีอำนาจเลือกได้ บุตรไหนที่บิดาไม่ต้องการจึงให้ตกเป็นของมารดา ถ้ามารดาเป็นฝ่ายที่มีศักดิ์สูงบุตรต้องตามใจมารดาทั้งหมด" ซึ่งเป็นการกำหนดโดยเห็นได้ชัดว่ามีวัตถุประสงค์ให้ผู้เยาว์อยู่ในความคุ้มครองของบิดาหรือมารดาที่มีฐานะดีกว่า แม้จะยังคงมีความโน้มเอียงไปทางที่ให้ความสำคัญกับสิทธิของชายผู้เป็นบิดามากกว่า

การคำนึงถึงบุตรในกฎหมายไทยสมัยโบราณนั้นสะท้อนออกมาให้เห็นได้ชัดในคำพิพากษาที่ศาลคำนึงถึงการความต้องการของบุตรประกอบการพิจารณาในการกำหนดบุคคลที่เด็กจะอยู่ด้วยในคำพิพากษาฎีกาที่ 258/2448[147] ระหว่างจีนตินโจทก์ อำแดงเอียดจำเลย จีนนอกมีภริยาและมีบุตรด้วยกัน ต่อมาภริยาตายบุตรจึงไปอาศัยอยู่กับยาย จีนตินจึงฟ้องยายให้ส่งบุตรคืน ศาลตัดสินโดยคำนึงถึงความต้องการของเด็กและกล่าวต่อไปว่าการจะส่งตัวเด็กออกนอกราชอาณาจักรไปนั้นไม่สมควรจะบังคับเด็ก ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการตัดสินโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรด้วย

---

146 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1598/28 บัญญัติว่า "บุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น แต่ไม่สูญสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวที่ได้กำเนิดมา ในกรณีเช่นนี้ ให้บิดามารดาโดยกำเนิดหมดอำนาจปกครองนับแต่วันเวลาที่เด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว"

147 วรพรรณ ชังพิชิต, "อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า" (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533) หน้า 71-72.

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 บัญญัติในเรื่องอำนาจปกครองบุตรไว้โดยกำหนดให้เมื่อมีการหย่าโดยคำพิพากษา ผู้ที่ชนะคดีจะได้เป็นผู้ปกครองบุตรทันที กล่าวคือต้องพิจารณาว่าศาลนั้นพิพากษาให้หย่าเนื่องจากความผิดของฝ่ายใด ฝ่ายที่ไม่ผิดนั้นก็จะเป็นผู้ปกครองบุตรเมื่อมีการหย่า[148] อันเป็นการกำหนดอำนาจปกครองบุตรโดยผูกติดอยู่กับความดีร้ายในฐานะสามีภรรยามิใช่พิจารณาจากเด็กเป็นศูนย์กลาง อย่างไรก็ดี ก็มีบทบัญญัติของกฎหมายที่แสดงให้เห็นแนวคิดเรื่องการคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์ของเด็กอยู่ โดยให้ศาลสามารถตั้งบุคคลอื่นเป็นผู้ปกครองบุตรได้โดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของบุตรเป็นประมาณในกรณีที่ผู้ชนะคดีไม่เหมาะสมที่จะปกครองบุตรหรือมีพฤติการณ์ภายหลังเปลี่ยนแปลงไป[149] และตั้งแต่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปี พ.ศ. 2533 เป็นต้นมา หลักการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นก็มีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยกฎหมายกำหนดให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณากำหนดบุคคลที่จะเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าโดยคำพิพากษาได้ โดยให้คำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับผลแพ้ชนะแห่งคดีอีกต่อไป[150] ทั้งนี้ก็เพราะมีความคิดที่ว่าแม้ว่าชายหรือหญิงนั้นจะบกพร่องในการทำหน้าที่ในฐานะสามีภรรยาและเป็นเหตุให้เกิดการฟ้องหย่าขึ้นก็ตาม แต่บุคคลนั้นๆก็อาจเป็นบิดามารดาที่ดีและเป็นผู้สมควรจะเลี้ยงดูเด็ก

การแยกการพิจารณาว่าบุคคลใดที่จะมีอำนาจปกครองเหนือตัวเด็กออกจากข้อพิพาทในเรื่องการฟ้องหย่านั้น สามารถเห็นได้ชัดเจนจากคำพิพากษาในหลายๆคดี เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2504/2552 ภรรยาใช้อาวุธปืนอานุภาพร้ายแรงยิงขู่สามี ถือว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภรรยาอย่างร้ายแรง ศาลให้ภรรยาเป็นฝ่ายแพ้คดี แต่ก็ให้ภรรยาซึ่งมีอาชีพเป็นครูนั้นเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็ก ศาลพิพากษาฎีกาที่ 116/2547 ภรรยาถูกพิพากษาจำคุกในข้อหาเป็นเจ้าของดูแลและผู้จัดการสถานการค้าประเวณี และศาลพิพากษาให้หย่าด้วยเหตุประพฤติชั่วทำให้สามีที่เป็นปลัดอำเภอนั้นได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง กับได้รับการดูถูกเกลียดชัง แต่ศาลก็เห็นสมควรให้ฝ่ายภรรยาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรชายแต่เพียงผู้เดียว คำพิพากษาฎีกาที่ 3035/2533 ศาลตัดสินให้เด็กอยู่กับมารดา เนื่องจากแม้ว่าบิดาจะมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่ามารดา

---

148 เรื่องเดียวกัน, หน้า 81.

149 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ พ.ศ. 2478 มาตรา 1503 บัญญัติว่า “ถ้าปรากฏว่าผู้ปกครองตามความในมาตรา 1502 ประพฤติตนไม่สมควร หรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลมีอำนาจสั่งเปลี่ยนตัวผู้ปกครองได้โดยเพ่งเล็งถึงความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของบุตรเป็นประมาณ”

150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1520 วรรคท้าย บัญญัติว่า “ในกรณีหย่า โดยคำพิพากษาของศาล ให้ศาล ซึ่งพิจารณาคดีฟ้องหย่านั้น ชี้ขาดด้วยว่า ฝ่ายใดจะเป็น ผู้ใช้อำนาจปกครอง บุตรคนใด ในการพิจารณาชี้ขาด ถ้า ศาลเห็นว่า มีเหตุที่จะถอนอำนาจปกครอง ของคู่สมรสนั้นได้ ตาม มาตรา 1582 ศาลจะถอนอำนาจปกครอง ของคู่สมรส และ สั่งให้ บุคคลภายนอก เป็นผู้ปกครอง ก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลคำนึงถึง ความผาสุก และ ประโยชน์ ของบุตรนั้น เป็นสำคัญ”

แต่ทั้งบิดาและมารดาก็มีความสามารถในการเลี้ยงดูบุตรชายวัย 3 ขวบได้พอ ๆ กัน และการให้เด็กอยู่กับมารดาที่อยู่ใกล้ชิดกับบุตรมาตลอดตั้งแต่คลอดนั้นจะทำให้บุตรได้รับความอบอุ่นมากกว่า[151]

นอกจากนี้ในปี พ.ศ. 2535 ประเทศไทยยังได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ซึ่งมีหลักการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 3(1)[152] และได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับหลักการที่อนุสัญญานั้นวางไว้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก เช่น แก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องกฎเกณฑ์ของเด็กที่ต้องรับผิดในการกระทำความผิดอาญา แก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความทางอาญา ในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับเด็ก แก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1546 1555 1557 และ 1598/37 แม้จะไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าเป็นการแก้ไขบนฐานของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก แต่ก็เห็นได้ว่าเป็นการแก้ไขเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่เด็กมากที่สุดและคุ้มครองสิทธิของเด็กอย่างมีประสิทธิภาพ[153] นอกจากนี้ยังมีการออกกฎหมายใหม่ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ซึ่ง มีวัตถุประสงค์ในการปรับปรุงวิธีการปฏิบัติต่อเด็กให้มีความเหมาะสม[154] โดยได้บัญญัติถึงหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ในมาตรา 22 ว่า

“การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใดให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือก ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

การกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็กหรือไม่ ให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดในกฎกระทรวง”

แต่มิได้มีการนิยามความหมายของคำว่า “ประโยชนสูงสุดของเด็ก” ไว้อย่างชัดเจน หรืออะไรบ้างที่จะนำมาพิจารณาว่าเป็น “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วก็พบว่าแม้แต่ในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายในประเทศอื่น ๆ ส่วนใหญ่นั้น ก็ไม่ได้มีการนิยามไว้ชัดแจ้งเช่นเดียวกัน เพราะ การจำกัดความหมายของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กก็ยังไม่แน่นอนและไม่มีข้อยุติที่ยอมรับร่วมกัน[155]

Jean Zermatten นักวิชาการผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิเด็ก เห็นว่า “Best Interest” หมายถึง สภาพแวดล้อมทั้งหมดโดยผลประโยชน์ของเด็กต้องมาก่อนผลประโยชน์อื่น ซึ่งคำว่า Best

---

151 ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว หน้า 232-233.

152 The Convention on the Rights of the Child “Article 3 (1): the best interests of the child as a primary consideration in all actions concerning children.”

153 จิราวัฒน์ แช่มชัยพร, "การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551) หน้า 141.

154 เรื่องเดียวกัน, หน้า 142-143.

155 เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

เมื่อรวมกับ Interest แล้วก็จะแสดงให้เห็นถึงเป้าหมายสูงสุดนั่นคือ ความผาสุก (Well-Being) ของเด็กนั่นเอง[156]

ส่วนนักวิชาการในประเทศไทย ท่านวัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล ที่ได้นิยามผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ว่าหมายถึงสิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่พึงมีพึงได้ในฐานะที่เกิดมาและมีชีวิตอยู่รอด อยู่ภายใต้กรอบอนุสัญญาฯ ให้การรับรองหรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็ก[157]

ท่านอาจารย์ ศาสตราจารย์พิเศษ ประสพสุข บุญเดช ได้กล่าวถึงความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ว่ามิได้หมายความแต่เฉพาะความผาสุกทางร่างกายหรือประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินของบุตรเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงประโยชน์ในทางศีลธรรม ศาสนา ปัญญา อนามัย และความผาสุกทางจิตใจ รวมถึงความรักความผูกพัน และจะไม่นำเอาความประพฤติของบิดามารดาในอดีตมาพิจารณาประกอบเว้นแต่ความประพฤตินั้นจะมีผลกระทบกระเทือนถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็ก[158]

2.4.3.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ก่อนหน้าที่ประเทศไทยจะเข้าร่วมในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯในปี พ.ศ. 2535[159] และมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ออกมาสอดรับกับหลักการของอนุสัญญานั้นในปี พ.ศ. 2546 นั้น ในการพิจารณาความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของศาลยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวว่าปัจจัยที่ใช้พิจารณานั้นต้องคำนึงถึงปัจจัยใดบ้าง จะมีก็แต่หลักที่ศาลใช้ในทางปฏิบัติเมื่อต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในการกำหนดผู้มีอำนาจปกครองบุตรซึ่งก็พิจารณาหลายปัจจัยประกอบกันและแตกต่างกันไปในแต่ละกรณี โดยพิจารณาจากคำพิพากษาอาจจัดกลุ่มปัจจัยที่ศาลนำมาคำนึงถึงได้แบ่งได้เป็น 7 ปัจจัยใหญ่ ๆ [160] ได้แก่

1.ให้มารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรที่ยังอายุน้อย

2.พี่น้องควรอยู่ร่วมกัน

---

156 Jean Zermatten, "The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function," International Journal of Children's Rights Vol. 18, Issue 4(2010): 488-489.

157 วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, "มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก," ดุลพาห เล่มที่ 5, ปีที่ 41, 18-26. (กันยายน - ตุลาคม 2537) หน้า 19.

158 ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว หน้า 427-473.

159 กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. "อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://humanrights.mfa.go.th/th/kids/72/ [11 ธันวาคม 2559]

160 อัญชลี กัมทรทิพย์, "หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า : ศึกษาตามแนวคำพิพากษาศาล," หน้า 95-105.

3.ความผาสุกและความอบอุ่นที่บุตรจะได้รับ

4.ความต้องการของบุตร

5.ความสามารถในการให้การศึกษา

6.ความสามารถในการจัดหาที่พัก และการรักษาพยาบาลให้แก่บุตร

7.ความประพฤติของบิดามารดา

นอกจากนี้ก็อาจพิจารณาการปรับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กได้จากหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในข้อเสนอแนะแนวทางในการพิจารณาในกรณีข้อพิพาทในการกำหนดผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรซึ่งท่านอาจารย์ประสพสุขฯ ได้หมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 750/2533 ว่าให้ศาลคำนึงถึงปัจจัยสำคัญ 8 ประการ ซึ่งก็มีความใกล้เคียงกับปัจจัยที่ศาลใช้ในทางปฏิบัติที่ได้กล่าวไปข้างต้น ได้แก่[161]

1.บุตรที่ยังอายุน้อยต้องการมารดา (Young Children Need Mothers)

2.บุตรอยู่ในความดูแลของฝ่ายใดแล้วควรให้ฝ่ายนั้นดูแลต่อไปตามเดิม (Continuity of Care)

3.บุตรทั้งหลายควรจะได้อยู่ร่วมกันในครอบครัวเดียวกัน (Keeping the Children Together)

4.ความประสงค์และความรู้สึกของบุตร (Wishes and Feelings of the Child) โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุตรที่โตพอที่จะมีความรู้สึกรับผิดชอบด้วยแล้ว

5.ความสามารถในการจัดการศึกษาอบรม (Education) ด้านวิชาการ วิชาชีพ ศาสนา (Religion) ศีลธรรม การพัฒนาทางสติปัญญา (Intellectual Development) ให้แก่บุตรทั้งในโรงเรียนและที่บ้าน

6. ความสามารถในการจัดหาที่พักอาศัย (Accommodation) อาหาร เครื่องนุ่งห่ม และการรักษาพยาบาล (Medical Care) ให้แก่บุตร

7.ระยะเวลาที่บุตรได้อยู่ในสภาวะที่เป็นอยู่ (Existing Environment) และผลกระทบในการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมนั้น ซึ่งรวมถึงการเปลี่ยนแปลงสถานศึกษา เพื่อนนักเรียน เพื่อนบ้าน และการเยี่ยมเยียนของญาติพี่น้อง

8. ความรักใคร่เอ็นดู (Love and Affection) และความรู้สึกผูกพันทางจิตใจ (Emotional Ties) ระหว่างบุตรกับบิดามารดา

---

161 หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 750/2533

ต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ก็ได้มีกฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัตินั้นในปี พ.ศ. 2549[162] กำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก ที่ออกมาเพื่อเป็นกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพื่อการพิจารณาหาประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งมีหลักการกำหนดไว้ในข้อ 1 ระบุว่าปัจจัยหรือประโยชน์ใดบ้างที่จะนำมาพิจารณาหากต้องการพิจารณาหาประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยวางหลักไว้ว่า

“การกระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กให้ พิจารณาตามแนวทาง ดังต่อไปนี้

(1) ลักษณะเฉพาะตัวของเด็กแต่ละคน

(2) ความเหมาะสม ความต้องการ และความจำเป็นของเด็ก

(3) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านร่างกาย สุขภาพอนามัย การเจริญเติบโต การออกกำลังกาย การส่งเสริมสุขภาพ การป้องกันโรค การรักษาพยาบาล การฟื้นฟูสภาพอย่างเหมาะสม การพักผ่อน และนันทนาการ

(4) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านการพัฒนาทางสติปัญญา โดยให้เด็กได้มีโอกาสเรียนรู้จาก ประสบการณ์จริง การทดลองปฏิบัติตามความเหมาะสม และการได้รับข้อมูลสารสนเทศที่เหมาะสม จากแหล่งต่าง ๆ

(5) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านการพัฒนาทางจิตใจและอารมณ์ โดยได้รับการอบรม เลี้ยงดู ด้วยความรัก ความเข้าใจ ความเอาใจใส่ให้มีความรู้ และทักษะในการดำรงชีวิต มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ มีเจตคติที่ดีต่อครอบครัว สังคม และการดำเนินชีวิต มีความเข้าใจเกี่ยวกับตนเองอย่างถูกต้อง

(6) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านสังคม สภาพแวดล้อมที่ไม่เป็นพิษภัยต่อสุขภาพกาย สุขภาพจิต ทั้งนี้ให้เหมาะสมตามวัยและเอื้อต่อการพัฒนาและการเรียนรู้ของเด็ก

(7) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านการศึกษา โดยได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานอย่างต่อเนื่อง ไม่ หยุดชะงัก และเป็นการศึกษาตามความสามารถของเด็ก

(8) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านวัฒนธรรม ศีลธรรม และศาสนา

(9) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านการเตรียมความพร้อม เพื่อการประกอบอาชีพที่เหมาะสม กับความถนัด ความสามารถ เพศ และวัย

(10) การประสานงานกันระหว่างผู้เกี่ยวข้อง เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองและช่วยเหลือ อย่างรวดเร็ว

---

162 กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549

(11) การคุ้มครองเด็กให้พ้นจากการใช้ ความรุนแรง การถูกทำร้าย การล่วงเกินทางเพศ การ แสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการถูกทอดทิ้ง

(12) การสงเคราะห์ช่วยเหลืออย่างเหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นเด็กผู้ด้อยโอกาส เด็กถูกทอดทิ้ง เด็กพิการ หรือเด็กที่อยู่ในสภาวะที่จะต้องได้รับการสงเคราะห์

(13) การคุ้มครองเด็กให้พ้นจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในทางเศรษฐกิจและการทำงาน หรือกิจการใดที่น่าจะเป็นการเสี่ยงอันตราย เป็นอันตรายต่อสุขภาพ หรือเป็นการขัดขวาง การศึกษาของเด็ก หรือขัดขวางการพัฒนาทางร่างกาย สมอง จิตใจ ศีลธรรม และสังคมของเด็ก

(14) การคุ้มครองเด็กจากการโฆษณา เผยแพร่ทางสื่อมวลชน หรือสื่อสารสนเทศ ในลักษณะ ที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือสิทธิประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดของเด็ก

(15) การให้เด็กได้รับโอกาสเข้าถึงบริการขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ในสังคม ทั้งภาครัฐและเอกชน

(16) การให้เด็กได้รับความคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิและผลประโยชน์พื้นฐาน รวมทั้งได้รับ ความช่วยเหลือในเวลาที่ประสบปัญหาทางด้านต่าง ๆ ให้สามารถแก้ปัญหาและอยู่ในสังคมได้โดยปกติ สุข

(17) การเปิดโอกาสให้เด็กมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจหน้าที่และการปฏิบัติที่มีผลกระทบต่อเด็ก”

แต่ถึงแม้ว่าในกฎกระทรวงจะกำหนดปัจจัยเป็นแนวทางที่จะนำมาพิจารณาประโยชน์สูงสุดไว้ก็ตาม กฎเกณฑ์ดังกล่าวก็เป็นการกำหนดหลักการกว้าง ๆ เพราะต้องการจะนำไปปรับใช้กับ “การกระทำ” ทั้งหลายที่กินความกว้างไปถึงการกระทำต่าง ๆ มากมาย ไม่ได้มีเจตนาให้เฉพาะแต่ในการพิจารณาของศาลเท่านั้น และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กประกอบกับกฎกระทรวงนี้ก็ไม่ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายเจาะจงไว้ชัดเจนว่าให้นำไปใช้ในเรื่องใดบ้าง ในทางข้อเท็จจริงจึงไม่ชัดเจนว่าหลังจากมีหลักเกณฑ์แน่นอนตามกฎกระทรวงดังกล่าวออกมาแล้ว ศาลจะต้องนำแนวทางหรือหลักเกณฑ์นั้น ๆ ไปใช้พิจารณาในการตัดสินข้อพิพาทที่ต้องพิจารณาความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของเด็กแค่ไหน เพียงใด อันจะได้กล่าวต่อไป

2.4.3.3 ขอบเขตการปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ นั้นบัญญัติกว้าง ๆ ว่าให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กไม่ว่าในกรณีใด ไม่ได้บัญญัติขอบเขตที่ต้องนำพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ไปปรับใช้ ว่าจะต้องนำไปใช้ในกรณีใดบ้าง ซึ่งก็ทำให้เกิดคำถามว่าหลักนี้จะครอบคลุมการพิจารณาของศาลที่ต้องตัดสิน

คดีที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็กเสมอหรือไม่ หรือศาลจะสามารถหยิบยกหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาเพื่อใช้เป็นหลักในการตัดสินคดีใด ๆ ก็ตามที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็กได้หรือไม่ เพียงใด และจำต้องใช้ปัจจัยในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กตามที่กฎกระทรวงกำหนดไว้เมื่อจะมีการตัดสินประโยชน์สูงสุดของเด็กในทุก ๆ กรณีหรือไม่ หรือจะให้น้ำหนักกับเงื่อนไขตามกฎกระทรวงนั้นมากน้อยเพียงใด ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไป

ในการพิจารณาบทบาทของปัจจัยการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กตามกฎกระทรวงกำหนดที่มีต่อการพิพากษาของศาลนั้น อาจสังเกตได้จากการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในเรื่องการกำหนดอำนาจปกครองบุตรในประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์บรรพ 5 ซึ่งจะคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญดังที่ได้เกริ่นนำไว้ข้างต้น

ข้อพิพาทเรื่องอำนาจปกครองบุตรที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งให้ศาลพิจารณา “ความผาสุกและประโยชน์ของเด็ก” เป็นสำคัญนั้นพบในหลายกรณี เช่น กรณีเมื่อสามีภรรยาต้องการหย่าขาดจากกัน[163] หรือกรณีการสมรสเป็นโมฆะ[164] อันเป็นกรณีที่ศาลจะพิจารณากำหนดอำนาจปกครองบุตรเมื่อมีข้อพิพาทดังกล่าว รวมถึงกรณีที่มีการเปลี่ยนตัวผู้ใช้อำนาจปกครองในภายหลังจากที่ศาลได้กำหนดตัวบุคคลหนึ่ง ๆ ไว้แล้ว เช่น กรณีที่ผู้มีอำนาจปกครองหรือผู้ปกครองเดิมนั้นประพฤติตนไม่สมควรหรือมีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป[165] ซึ่งก่อนหน้าที่จะมีหลักเกณฑ์ตามกฎกระทรวงมากำหนดปัจจัยในการพิจารณาว่าอะไรถือเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น ก็เป็นหน้าที่ของศาลในการใช้ดุลพินิจเป็นรายกรณีซึ่งมิได้มีกฎเกณฑ์ใดมากำหนดชัดเจน มีเพียงแต่แนวปฏิบัติของศาลในคดีก่อนหน้า แต่แม้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดปัจจัยในการพิจารณาไว้เช่นที่ปรากฏในกฎกระทรวงนี้แล้ว ก็ยังเป็นที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการบังคับให้ศาลต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กโดยใช้ดุลพินิจภายใต้กรอบปัจจัยที่กฎกระทรวงกำหนดไว้หรือไม่

---

163 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1520 บัญญัติว่า “ในกรณีหย่าโดยความยินยอมให้สามีภริยาทำความตกลงเป็นหนังสือว่าฝ่ายใดจะเป็น ผู้ใช้อำนาจปกครอง บุตรคนใด ถ้า มิได้ตกลงกัน หรือ ตกลงกันไม่ได้ ให้ศาล เป็นผู้ชี้ขาด

ในกรณีหย่า โดยคำพิพากษาของศาล ให้ศาล ซึ่ง พิจารณาคดีฟ้องหย่านั้น ชี้ขาดด้วยว่า ฝ่ายใดจะเป็น ผู้ใช้อำนาจปกครอง บุตรคนใด ในการพิจารณาชี้ขาด ถ้าศาลเห็นว่ามีเหตุที่จะถอนอำนาจปกครองของคู่สมรสนั้นได้ตามมาตรา 1582 ศาลจะถอนอำนาจปกครองของคู่สมรสและ สั่งให้ บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครองก็ได้ ทั้งนี้ให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้นเป็นสำคัญ”

164 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1499/1 บัญญัติว่า “ในกรณีที่การสมรสเป็นโมฆะ ข้อตกลงระหว่างคู่สมรสว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด หรือฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายจะเป็นผู้ออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นจำนวนเท่าใด ให้ทำเป็นหนังสือ หากตกลงกันไม่ได้ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด ในการพิจารณาชี้ขาดถ้าศาลเห็นว่ามีเหตุที่ถอนอำนาจปกครองของคู่สมรสนั้นได้ตามมาตรา 1582 ศาลจะถอนอำนาจปกครองของคู่สมรสและสั่งให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครองก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้นเป็นสำคัญ และให้นำความในมาตรา 1521 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

165 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1521 บัญญัติว่า “ถ้าปรากฏว่าผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองตามมาตรา 1520 ประพฤติตนไม่สมวร หรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลมีอำนาจสั่งเปลี่ยนตัว ผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญ”

เมื่อพิจารณาทางปฏิบัติของศาลตามความเป็นจริงแล้ว ศาลมักจะพิจารณาโดยกล่าวถึงปัจจัยแวดล้อมตัวเด็กและให้เหตุผลโดยไม่ได้ระบุแน่ชัดว่าเป็นการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ใดอย่างแน่ชัด ประกอบกับในการกำหนดอำนาจปกครองบุตรนี้ ท่านศ.ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ และรศ.ดร.รัศฎา เอกบุตร ได้อธิบายไว้ว่าในการพิจารณาของศาล ศาลจะกำหนดโดยคำนึงถึงประโยชน์และความผาสุกของบุตรเป็นสำคัญ กล่าวคือต้องคำนึงถึงความผูกพัน ความรัก ความอบอุ่นที่บุตรจะได้รับเป็นสำคัญ รวมถึงสภาพแวดล้อมที่จะทำให้บุตรเจริญเติบโตได้อย่างสมบูรณ์ ส่วนประโยชน์ในเรื่องทรัพย์สินสำคัญน้อยกว่า เนื่องจากศาลอาจกำหนดให้ฝ่ายที่ไม่ได้ใช้อำนาจปกครองจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรได้[166] จึงเห็นว่าในการพิจารณาหลักความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของเด็กตามกฎหมายครอบครัว ณ ปัจจุบันนี้ก็ไม่ได้มีการนำเอาหลักที่กฎกระทรวงกำหนดไว้มาใช้ แต่ศาลมักจะพิจารณาหลักเกณฑ์โดยรวมที่อาจมีผลกระทบต่อความผาสุกและประโยชน์ของเด็กเป็นรายกรณีไปดังเช่นที่เคยเป็นมา ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2668/2556[167] ศาลพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กโดยปัจจัยในเรื่องสุขภาพจิตของเด็กและความต้องการของเด็ก

---

166 ไพโรจน์ กัมพูสิริ และ รัศฎา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วย ครอบครัว, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555) หน้า 183.

167 "..เมื่อข้อเท็จจริงได้ความว่า ศาลรัฐฟลอริด้า ประเทศสหรัฐอเมริกา พิพากษาให้โจทก์และจำเลยหย่ากัน โดยมิได้กล่าวถึงเรื่องอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ว่าจะให้ฝ่ายใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ ซึ่งต้องยังถือว่าอำนาจปกครองอยู่กับโจทก์และจำเลย แต่เมื่อศาลได้พิเคราะห์พฤติการณ์แห่งคดีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์และจำเลยกับบุตรผู้เยาว์ ภายหลังโจทก์และจำเลยหย่ากันแล้ว เห็นว่า การที่จำเลยยังคงเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ร่วมกับโจทก์ต่อไปจะเป็นผลร้ายต่อสุขภาพจิตของบุตรผู้เยาว์ แต่หากให้โจทก์เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรเพียงผู้เดียวจะเกิดความผาสุกและเป็นประโยชน์แก่บุตรผู้เยาว์มากกว่า ศาลย่อมมีคำพิพากษาให้โจทก์เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียว โดยกำหนดให้จำเลยพบปะเยี่ยมเยียนบุตรผู้เยาว์ได้ตามสมควรโดยให้อยู่ภายใต้การดูแลของโจทก์ได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้เยาว์ และกรณีไม่ถือว่าเป็นการสั่งเพิกถอนอำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1582 วรรคหนึ่ง ดังที่จำเลยฎีกา ส่วนที่จำเลยฎีกาว่า ลำพังเพียงแค่รายงานการตรวจสภาพจิตซึ่งคณะแพทย์ผู้ตรวจสรุปผลการตรวจวิเคราะห์สภาพจิตของบุตรผู้เยาว์ยังไม่เพียงพอที่จะนำมาเป็นเหตุผลในการถอนการใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ให้ตกแก่โจทก์เพียงผู้เดียว ควรต้องให้โอกาสจำเลยสร้างสัมพันธ์ภาพกับบุตรผู้เยาว์บ้าง และการที่ศาลมีคำสั่งเพิกถอนการใช้อำนาจปกครองของจำเลยมีผลผูกพันตลอดไปเป็นการทำลายความสัมพันธ์ระหว่างจำเลยกับบุตรผู้เยาว์ เห็นว่า นอกจากผลการตรวจวิเคราะห์สภาพจิตบุตรผู้เยาว์แล้ว โจทก์ยังอ้างตนเอง และนางแซนดร้า ซึ่งเป็นครูสอน ด.ญ.ช. เป็นพยานเบิกความเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์และจำเลยกับบุตรผู้เยาว์ สอดคล้องกับคำแถลงของ ด.ญ.ช. ซึ่งกล่าวถึงเหตุผลที่ ด.ญ.ช. ไม่ต้องการอยู่กับจำเลย แต่ต้องการอยู่กับโจทก์ ทั้งตามฎีกาของจำเลยก็ยอมรับว่าบุตรผู้เยาว์มีความรู้สึกไม่พอใจจำเลยอันเป็นการเจือสมกับทางนำสืบของโจทก์ กรณีจึงมิใช่เป็นการรับฟังข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานเฉพาะผลการตรวจวิเคราะห์สภาพจิตบุตรผู้เยาว์เท่านั้น อย่างไรก็ตาม จำเลยก็ยังมีโอกาสไปเยี่ยมเยียนบุตรผู้เยาว์ได้ตามสมควร โดยความสมัครใจของบุตรผู้เยาว์และอยู่ในความดูแลของโจทก์ ซึ่งหากภายหลังมีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ศาลก็อาจมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงการใช้อำนาจปกครองได้โดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของผู้เยาว์ การที่ศาลพิพากษาให้โจทก์เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ฝ่ายเดียวจึงมิได้เป็นการทำลายความสัมพันธ์ระหว่างจำเลยกับบุตรผู้เยาว์ตลอดไป ดังที่จำเลยอ้างในฎีกาของจำเลย ฎีกาของจำเลยประการอื่นล้วนเป็นเพียงรายละเอียดที่ไม่มีผลให้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10442/2558[168] ศาลพิจารณาข้อเท็จจริงที่ว่ามารดาเป็นผู้เลี้ยงดูเด็กมาโดยตลอดระยะเวลา 2 ปี ไม่ปรากฏว่ามีพฤติการณ์เสียหายใด ๆ ต่อสวัสดิภาพและอนาคตของผู้เยาว์ ในขณะที่บิดาไม่เคยกลับมาดูแลเด็กอย่างใกล้ชิด ศาลให้มารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรในส่วนกำหนดที่อยู่ของผู้เยาว์แต่เพียงผู้เดียว ในคำพิพากษานี้ข้อเท็จจริงเป็นการสมรสกันโดยไม่มีเจตนาจะใช้ชีวิตอย่างสามีภรรยาอย่างแท้จริง กล่าวคือ ไม่ยินยอมที่จะอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา แต่มีวัตถุประสงค์ให้ฝ่ายหญิงตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้สเปิร์มของโจทก์ แต่ที่ศาลตัดสินให้เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยนี้ก็เนื่องจากเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาในกรณีเด็กเกิดในขณะที่การสมรสยังไม่ตกเป็นโมฆะ แม้ว่าความเป็นจริงแล้วเด็กจะไม่ได้เกิดจากการที่ทั้งสองมีความสัมพันธ์ทางกายกันและไม่แม้กระทั่งมีเจตนาจะอยู่กินกันฉันสามีภรรยาก็ตาม ซึ่งถึงแม้จะคุ้มครองเด็กที่เกิดมาแต่ก็น่าสงสัยว่ากรณีเช่นนี้จะสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายมาตรา 1536 นั้นหรือไม่ แต่ในส่วนนี้ผู้เขียนจะไม่ได้พิจารณาไปถึง

2.4.3.4 อำนาจปกครองบุตร

อำนาจปกครองบุตร (Patria potesta หรือ Parentail Power) เป็นอำนาจของบิดามารดาต่อบุตร ซึ่งให้ไว้เพื่อเป็นประโยชน์ในการเลี้ยงดูบุตรให้เติบโต จึงไม่ใช่อำนาจอิสระที่จะทำประการใดต่อบุตรก็ได้ มีขึ้นตั้งแต่บุตรถือกำเนิดและสิ้นสุดลงเมื่อบุตรบรรลุนิติภาวะ[169] สาเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ผู้เยาว์ต้องมีผู้ใช้อำนาจปกครองก็เพราะเห็นว่าผู้เยาว์ยังขาดประสบการณ์ และยัง

คำวินิจฉัยข้างต้นเปลี่ยนแปลงไปได้ ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษามา ศาลฎีกาแผนกคดีเยาวชนและครอบครัวเห็นพ้องด้วย ฎีกาของจำเลยฟังไม่ขึ้น”

168 จำเลยให้จดทะเบียนสมรส และใช้วิทยาการทางการแพทย์โดยการผสมเชื้ออสุจิเพื่อตั้งครรภ์เด็กชาย ม. ให้โจทก์ โดยไม่เคยได้ใช้ชีวิตดังสามีภริยาเลย เมื่อเด็กชาย ม. คลอด โจทก์ไม่ส่งเงินมาให้ ไม่ชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรแต่กลับขู่ให้ส่งมอบบุตรให้ เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังเป็นยุติว่า การจดทะเบียนสมรสระหว่างโจทก์กับจำเลยเป็นการจดทะเบียนที่ปราศจากความยินยอมที่จะอยู่กินฉันสามีภริยากันอย่างแท้จริง เนื่องจากโจทก์กับจำเลยจดทะเบียนสมรสกันเพราะโจทก์ตกลงว่าจ้างจำเลยให้ตั้งครรภ์บุตรให้แก่โจทก์ด้วยวิธีการผสมเทียม โดยต่างไม่ยินยอมเป็นสามีภริยากันอย่างแท้จริงและไม่ประสงค์ที่จะอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา จึงเป็นการสมรสที่ผิดเงื่อนไขตาม ป.พ.พ. มาตรา 1458 ซึ่งมีผลให้การสมรสระหว่างโจทก์กับจำเลยเป็นโมฆะ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1496 วรรคหนึ่ง...แต่เมื่อบุตรผู้เยาว์คลอด ระหว่างที่ศาลยังไม่ได้มีคำพิพากษาว่าการสมรสระหว่างโจทก์กับจำเลยเป็นโมฆะ ผู้เยาว์จึงเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของโจทก์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1536 วรรคสอง... แม้โจทก์กับจำเลยในฐานะบิดามารดาของผู้เยาว์เป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ร่วมกัน แต่จำเลยเป็นฝ่ายเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์เพียงคนเดียวมาตั้งแต่ผู้เยาว์เกิด ไม่ปรากฏว่ามีพฤติการณ์เสียหายใดๆต่อสวัสดิภาพและอนาคตของผู้เยาว์ ส่วนโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลสัญชาติกรีซและรับราชการอยู่ที่กรีซ โจทก์ไม่เคยกลับมาประเทศไทยและไม่เคยดูแลผู้เยาว์อย่างใกล้ชิด ดังนั้น ศาลฎีกาจึงเห็นสมควรกำหนดให้จำเลยเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ในส่วนของอำนาจปกครองในการกำหนดที่อยู่ของผู้เยาว์แต่เพียงผู้เดียวตามมาตรา 1499/1 และมาตรา 1567

169 เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมฤดก, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508) หน้า 307.

ไม่สามารถดูแลรับผิดชอบตนเองได้ จึงจำเป็นต้องมีบุคคลที่คอยให้ความคุ้มครองในเรื่องต่าง ๆ และที่กำหนดให้ผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคือบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้เยาว์นั้นก็เพราะมองว่าเป็นบุคคลที่มีความใกล้ชิดและมีความปรารถนาดีต่อผู้เยาว์มากที่สุด[170] เป็นอำนาจที่บิดามารดามีขึ้นตามประเพณีมิต้องให้ศาลมีคำสั่งแต่อย่างใด[171] ดังนั้นโดยปกติไม่ว่าบุคคลใดก็เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการใช้อำนาจนี้ไม่ได้เพราะถือว่าบิดามารดาย่อมใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ของครอบครัว บิดามารดาย่อมมีความรักใคร่เอ็นดูบุตร ดังนั้นจึงเชื่อว่าจะใช้ความระมัดระวังในการดูแลและกระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของบุตรอยู่แล้ว[172] โดยหลักแล้วทั้งบิดาและมารดาก็จะมีอำนาจปกครองบุตร ยกเว้นแต่ในบางกรณีที่อาจให้อยู่กับผู้ใดผู้หนึ่งก็ได้หากอีกคนหนึ่งมีเหตุบางประการอันเป็นเหตุที่ไม่สมควรจะให้ใช้อำนาจปกครองเด็กต่อไปหรือโดยสภาพแล้วไม่สามารถใช้อำนาจปกครองบุตรได้ซึ่งกรณีเหล่านี้มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แตกต่างจากกรณีที่สามีภรรยาหย่าขาดจากกันหรือการสมรสเป็นโมฆะที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นที่ไม่ได้มีความจำเป็นต้องกำหนดผู้ใช้อำนาจปกครองเนื่องจากอีกคนหนึ่งใช้อำนาจปกครองโดยมิชอบ ไม่สมควรให้ใช้ หรือไม่สามารถใช้ได้ แต่เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่าสามีภรรยาจะแยกกันอยู่ ส่งผลมายังเด็กทำให้ไม่สามารถอยู่กับทั้งบิดาและมารดาได้ ในกรณีกฎหมายกำหนดให้ศาลจะใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในการพิจารณา

เมื่ออำนาจปกครองอยู่กับบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นในสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายหากใช้ผลตามกฎหมายครอบครัวปกติ อำนาจปกครองเด็กก็ย่อมตกอยู่กับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนผู้เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น (ถ้ามี) ดังนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจึงไม่อาจอ้างหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าหากเด็กอยู่กับตนเองแล้วจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเด็กมากกว่าเพื่อให้ตนเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กได้ เนื่องจากคู่สัญญาผู้ประสงค์ไม่มีสถานะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก นอกเสียจากว่าจะใช้วิธีการขอเป็นผู้ปกครองเด็ก ซึ่งก็จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงบางประการที่แสดงให้เห็นว่าบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นไม่เหมาะสมจะเป็นผู้ดูแลเด็กโดยต้องถูกถอนอำนาจปกครองเด็กไปเสียก่อน[173] และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นก็ไม่ใช่บุคคลที่

---

170 พรรณวลี เพชรพลอย, "การถอนอำนาจปกครองบุตร" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555) หน้า 81-82.

171 หยุด แสงอุทัย, กฎหมายลักษณะครอบครัวรวมหมายเหตุท้ายฎีกา, รวบรวมโดย ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531) หน้า 295.

172 ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว หน้า 624.

173 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1582 บัญญัติว่า “ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถโดยคำสั่งของศาลก็ดี ใช้อำนาจปกครองเกี่ยวแก่ตัวผู้เยาว์โดยมิชอบก็ดี ประพฤติชั่วร้ายก็ดี ในกรณีเหล่านี้ศาลจะสั่งเองหรือจะสั่งเมื่อญาติของผู้เยาว์หรืออัยการร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองเสียบางส่วนหรือทั้งหมดก็ได้”

จะสามารถร้องขอให้ตั้งผู้ปกครองตามกฎหมายอีกด้วย[174] เนื่องจากมิใช่ญาติในความหมายของกฎหมายครอบครัวที่ต้องเป็นญาติตามสายโลหิตอันเกิดจากการมีความสัมพันธ์ทางกายตามธรรมชาติเท่านั้น[175] จึงเป็นไปได้ยากที่จะมีการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดมาผ่านวิธีการนี้ นอกจากนี้สถานะผู้ปกครองนั้นก็มีความแตกต่างจากสถานะบิดามารดาตามกฎหมายเป็นอย่างมาก เป็นเพียงสถานะชั่วคราว มิได้ทำให้ความเป็นบิดามารดาโดยของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเดิมนั้นจบสิ้นหรือเปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด

หลักประโยชน์สูงสุดกับการใช้อำนาจปกครองเด็กนี้ปรากฏในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ เช่นกัน โดยปรากฏอย่างชัดเจนในกรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรตายก่อนเด็กเกิด กฎหมายให้ศาลตั้งผู้ปกครองเด็กโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ไม่ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายให้นำเอาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในการพิจารณาผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมาย จึงน่าสนใจว่าจะสามารถนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ปรากฏอยู่แล้วในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ มาปรับใช้ในการพิจารณาผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ทำตามกฎหมายได้หรือไม่ เพียงใด เช่น จะเป็นไปได้หรือไม่ที่จะนำหลักการนี้มาปรับเพื่อให้สัญญาตั้งครรภ์แทนยังคงใช้ได้ต่อไป หากเมื่อการทำให้สัญญามีผลสมบูรณ์นั้นจะเป็นการอันเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น หรือจะสามารถนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในลักษณะอื่นใดได้บ้างหรือไม่ ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

และ มาตรา 1585 “บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะและไม่มีบิดามารดาหรือบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครองเสียแล้วนั้น จะจัดให้มีผู้ปกครองขึ้นในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ก็ได้”

174 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1586 บัญญัติว่า “ผู้ปกครองตามมาตรา 1585 นั้นให้ตั้งโดยคำสั่งศาลเมื่อมีการร้องขอของญาติของผู้เยาว์ อัยการ หรือผู้ซึ่งบิดาหรือมารดาที่ตายทีหลังได้ระบุชื่อไว้ในพินัยกรรมให้เป็นผู้ปกครอง”

175 ณัฐวรรณ อภิสิทธิ์โยธิน, "การตั้งครรภ์แทน: ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก," หน้า 119.

บทที่ 3
การตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดในต่างประเทศ

3.1 ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับเด็ก

3.1.1 พัฒนาการความคิดเกี่ยวกับสิทธิเด็ก

ในสมัยโรมัน กฎหมายครอบครัวอยู่บนแนวคิดพื้นฐานที่ว่าทุกครอบครัวมีหัวหน้าครอบครัว (Paterfamilias) อันได้แก่ชายที่มีอายุมากที่สุด หัวหน้าครอบครัวมีอำนาจเหนือทุกคนในครอบครัว และไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของผู้ใด (suis iuris) [1] รวมถึงมีอำนาจเหนือตัวบุตรด้วย โดยสิทธิเหนือตัวบุคคลของหัวหน้าครอบครัวนี้กินความไปถึงสิทธิต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น[2]

สิทธิในการทอดทิ้งเด็ก ในกรณีที่เด็กคนหนึ่ง ๆ นั้นถูกทิ้ง เด็กคนนั้นจะต้องเติบโตไปเป็นทาส

อำนาจเหนือชีวิตและความตาย อันอยู่ในลักษณะคล้ายความสัมพันธ์ระหว่างนายทาสกับทาส โดยในกรณีที่มีการกระทำผิดอย่างร้ายแรง (Serious Misconduct) หัวหน้าครอบครัวสามารถลงโทษจนถึงขั้นทำให้ถึงแก่ชีวิตได้ เช่น บิดาผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวสามารถฆ่าลูกสาวที่สมรสแล้วแต่เป็นชู้หรือกระทำชู้ได้ อย่างไรก็ดี ต่อมาในยุค Constantine การฆ่าบุตรถือเป็นการกระทำที่มีความแรงร้ายเท่ากับการฆ่าบิดามารดา อันเป็นการยุติสิทธิเหนือชีวิตของหัวหน้าครอบครัว และในยุคจักรพรรดิจัสติเนียนอำนาจของหัวหน้าครอบครัวเหลือแต่เพียงอำนาจการลงโทษตามสมควรเท่านั้น

สิทธิในการขาย ยอม รับคืน ในกฎหมายโรมันยุคแรกหัวหน้าครอบครัวสามารถขายบุตรไปเป็นทาสได้ หัวหน้าครอบครัวสามารถปฏิบัติต่อเด็กเสมือนเป็นเจ้าของเด็ก มีสิทธิได้รับการเยียวยาในฐานเจ้าของทรัพย์สิน ถ้าบุตรถูกลักพาตัวไปจะถูกตีความว่าเป็นการขโมยซึ่งทำให้หัวหน้าครอบครัวสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายผ่าน vindication อันเป็นกระบวนการที่ใช้เมื่อเจ้าของทรัพย์สินต้องการเรียกของคืนจากคนอื่น และเรียกค่าเสียหายภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายเรื่องขโมยได้

อำนาจในการสมรสและการหย่าร้าง หัวหน้าครอบครัวสามารถบังคับให้บุตรสมรสได้ ซึ่งต่อมาในยุคสาธารณรัฐหัวหน้าครอบครัวก็ไม่ได้มีอำนาจนี้อีก อย่างไรก็ดี ยังคงมีอำนาจใน

---

[1] Andrew Borkowski and Paul du Plessis, Textbook on Roman Law, fourth edition (New York: Oxford University Press, 2010) page 110.

[2] Ibid. at111-113.

ลักษณะที่สามารถจะไม่ให้ความยินยอมในการสมรสได้ และหัวหน้าครอบครัวยังมีอำนาจในการบังคับให้บุตรหย่าขาดจากการสมรสได้ด้วย

ในทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายสหราชอาณาจักร ก็ปรากฏเรื่องอำนาจของบิดาในลักษณะคล้ายอำนาจที่พบในโรมันเช่นกัน โดยพบการปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะเสมือนเป็นทรัพย์สิน เช่น ในศตวรรษที่ 17 ศาสนาคริสต์ยังยอมรับให้สามารถขายบุตรชายที่มีอายุต่ำกว่า 7 ปีได้หากมีความจำเป็น และหากเด็กมีอายุเกินกว่านั้นก็สามารถขายได้แต่ต้องได้รับความยินยอมจากเด็กก่อน บุตรสาวอาจถูกบังคับให้สมรสหรือขายเป็นทาสได้[3] กฎหมายที่มีจึงเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของบิดาที่มีอยู่เหนือตัวบุตรของเขาไม่ให้บุคคลอื่นมาละเมิดได้ โดยบิดามีสิทธิเหนือตัวเด็กอย่างเกือบจะสมบูรณ์[4]

การตระหนักถึงสวัสดิภาพของเด็ก (Child Welfare) นั้นปรากฏขึ้นในศตวรรษที่ 19 โดยเริ่มมาจากการตั้งใจที่จะแก้ไขปัญหาการใช้แรงงานเด็กในสังคมอุตสาหกรรม[5]

ต่อมาในปี ค.ศ. 1985 ปรากฏคดี The Gillick ที่ทำให้เริ่มเห็นความเปลี่ยนแปลงอย่างเป็นรูปธรรมของความคิดในเรื่องสิทธิเด็กผ่านทางคำพิพากษาของศาล โดยศาลได้แสดงความเห็นว่าความคิดที่มองเด็กเป็นทรัพย์สินของบิดานั้น เป็นความคิดที่ไม่สอดคล้องกับแนวคิดในยุคปัจจุบันซึ่งมองว่าสิทธิของบิดามารดา (Parental Rights) ในการดูแลจัดการเด็กนั้นไม่ได้มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของบิดามารดา แต่มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของเด็ก โดยสิทธินี้มีขึ้นก็เพียงเพื่อให้บิดามารดาสามารถกระทำหน้าที่ที่พวกเขามีต่อเด็กได้ สิทธิของบิดามารดานั้นมาจากหน้าที่ของบิดามารดา และมีอยู่เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองเด็กเท่านั้น[6]

ต่อมา มีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดเกี่ยวกับบิดามารดาอย่างเป็นรูปธรรม ผ่านทางบทบัญญัติของกฎหมาย อันได้แก่การเปลี่ยนแปลงคำว่า “สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดา (Parental Right and Duties)” ที่ปรากฏอยู่ใน Children Act 1975 เป็นคำว่า “ความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดา (Parental Responsibility)” อันเป็นแนวคิดที่เกิดปรากฏขึ้นใหม่ใน Children Act 1989 ซึ่งการเลือกใช้คำที่เปลี่ยนแปลงไปใน Children Act 1989 นี้เป็นความพยายามที่จะให้การยอมรับทาง

---

[3] Pollock Frederick and Maitland Frederic W., The History of English Law Vol.Ii second edition, (London: Cambridge University Press, 1898) page 436-437.

[4] Jo Bridgeman, Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law, (New York: Cambridge University Press, 2007) page 23-24.

[5] Stephen Cretney, Family Law in Twentieth Century a History, (New York: Oxford University Press, 2005) page 628.

[6] Jo Bridgeman, Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law page 23-24.

กฎหมายกับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงจากการให้ความสำคัญกับสิทธิเหนือตัวเด็กไปสู่การให้ความสำคัญกับความรับผิดชอบต่อเด็ก[7]

โดย John Eekelaar ได้แสดงความเห็นว่าการเปลี่ยนถ้อยคำในกฎหมายดังกล่าวทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลง 2 ประการ ประการแรกคือ บิดามารดามีความรับผิดชอบที่จะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับประโยชน์ของเด็ก แทนที่จะเป็นการดำเนินการในลักษณะที่มองว่าบิดามารดานั้นมีสิทธิเหนือตัวเด็ก ประการที่สอง ความรับผิดชอบต่อเด็กนั้นอยู่กับบุคคลที่เป็นบิดามารดามิใช่กับบุคลคลอื่น เช่น รัฐ เป็นต้น บิดามารดาได้รับการมอบหมายให้ดูแลเด็กเนื่องจากได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบุคคลที่มีความห่วงใยต่อสวัสดิภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กมากที่สุด[8]

ในสหรัฐอเมริกา ภายใต้หลักของระบบคอมมอนลอว์ดั้งเดิมนั้น บิดามารดามีเอกสิทธิเหนือบุตรของพวกเขา สิ่งใด ๆ ที่บุตรหามาได้นั้นตกเป็นของบิดามารดาตราบเท่าที่บุตรนั้นยังเป็นผู้เยาว์ ซึ่งแนวความคิดนี้มีอิทธิพลเหนือประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่นาน จนกระทั่งผ่านเข้าศตวรรษที่ 12 จึงเริ่มที่จะตระหนักถึงสภาพที่เด็กเป็นคนภายใต้สิทธิตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน ไม่ใช่สิ่งของของบิดามารดา ดังนี้เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากรัฐและใช้บริการต่าง ๆ ของรัฐ เหมือนบิดามารดาของเด็ก และในที่สุดช่วงปลายศตวรรษที่ 12 จนถึงต้นศตวรรษที่ 13 องค์กรของรัฐจึงกล้าที่จะเข้าไปแทรกแซงสิทธิเด็ดขาดในการครอบครองบุตรของบิดามารดา การที่เด็กถูกใช้งานและไม่ได้รับค่าตอบแทนใด ๆ เนื่องจากเงินทั้งหมดจ่ายตรงไปสู่บิดามารดาของเด็กนั้นเป็นตัวกระตุ้นให้คนตระหนักถึงข้อเท็จจริงที่ว่าเด็กถูกปฏิบัติเหมือนเป็นทรัพย์สิน อันเป็นการนำมาซึ่งการออกกฎหมายคุ้มครองการใช้แรงงานเด็กในเวลาต่อมา และจากการเปลี่ยนแปลงนั้นเอง ได้ส่งผลกระทบอย่างมากมาย หลายรัฐออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก (Child Welfare Act)

ปรากฏการณ์การเปลี่ยนทิศทางความคิดจากที่ว่าอำนาจปกครองของบิดามารดาเป็นสิทธิหรืออำนาจที่บิดามารดามีต่อบุตร กลายเป็นหน้าที่ที่บิดามารดามีต่อบุตรนั้น เกิดขึ้นในระบบซีวิลลอว์เช่นกัน เช่น ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ในปัจจุบันได้กำหนดเรื่องอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดาให้รวมทั้งสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับตัวบุตร โดยสิทธิหน้าที่นั้นต้องอยู่บนหลักการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของบุตร ซึ่งก็มิได้มีการจำกัดความคำว่าประโยชน์สุข (Wohl des Kindes) ไว้ชัดเจน เพียงแต่บัญญัติไว้ว่าให้รวมถึงสวัสดิภาพของบุตรในการติดต่อกับบิดามารดาตลอดจนบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่จำเป็นต่อพัฒนาการของบุตร (มาตรา1626(3)) และจำแนก

---

[7] Tina Bond *et al.*, Family Law, (New York: Oxford University Press, 2003) page 367.

[8] Jo Bridgeman, Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law page 84.

ประโยชน์สุขของบุตร (Kindeswohl) ออกเป็นประโยชน์สุขทางกายภาพ ทางจิตใจ ทางศีลธรรม และทางทรัพย์สิน (มาตรา 1666)[9]

3.1.2 ทฤษฎีการกำหนดความเป็นบิดามารดา

ในสมัยก่อนนั้น ความเป็นมารดามีความชัดเจนและแน่นอนเนื่องจากมารดาต้องผ่านขั้นตอนที่เห็นได้ชัดเจนคือการตั้งครรภ์เป็นระยะเวลานาน และการสืบสายโลหิตหรือความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนั้น ก็ผูกติดอยู่กับการให้กำเนิดเสมอไม่อาจแยกออกจากกันได้ ดังนั้นหญิงที่เป็นผู้ให้กำเนิดย่อมเป็นมารดาของเด็กเสมอ ส่วนความเป็นบิดานั้นไม่ได้ชัดเจนเท่ากับมารดาจึงกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาโดยถือเอาความสัมพันธ์หรือพฤติกรรมระหว่างบิดากับมารดาเป็นสำคัญ อย่างไรก็ดี สถาบันครอบครัวในปัจจุบันได้มีความแตกต่างและหลากหลายกว่าในอดีตมาก คำจำกัดความของบุคคลที่เป็นบิดามารดาเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยและตามแต่ละสังคม[10] พัฒนาการทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ทำให้เกิดคำถามที่ว่าหญิงที่เป็นผู้ให้กำเนิดเด็กควรจะเป็นมารดาของเด็กนั้นแม้ว่าหญิงนั้นจะไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมหรือไม่มีเจตนาจะเลี้ยงดูเด็กนั้นหรือไม่ และหากหญิงนั้นได้สมรสโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ควรจะให้สามีของหญิงนั้นเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมาหรือไม่[11] คำถามดังกล่าวนำไปสู่แนวคิดทฤษฎีใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นเพื่อปรับปรุงเปลี่ยนแปลงหลักการกำหนดความเป็นบิดามารดาให้สอดคล้องและเหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างเป็นสาระสำคัญในปัจจุบัน ซึ่งทฤษฎีต่าง ๆ นี้จะเห็นได้ชัดและเห็นได้ก่อนในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ที่คำพิพากษาเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ซึ่งศาลสามารถสร้างกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมแก่สภาพการณ์และเพื่อความยุติธรรมในแต่ละคดีขึ้นมาได้ เกิดเป็นหลักการใหม่ ๆ อันสอดรับกับความเป็นพลวัตรของสังคมได้อย่างทันท่วงที

อย่างเช่นในสหรัฐอเมริกา ในช่วงแรกที่เทคโนโลยีเกี่ยวกับการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับการพัฒนาและเข้ามามีบทบาทในการดำเนินชีวิตของมนุษย์มากขึ้นนั้น กฎหมายลายลักษณ์อักษรของสหรัฐอเมริกายังไม่ได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้สอดรับกับข้อเท็จจริงทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป[12] โครงสร้างของครอบครัวที่แตกต่างไปในทางข้อเท็จจริงยังไม่ได้รับการยอมรับอย่าง

---

9 ลัษมณ วิริยะงามวงศ์, “ปัญหาทางกฎหมายของนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำไปโดยฝ่าฝืนมาตรา 1574 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558) หน้า 96-97.

10 Jonathan Herring, Family Law Issue, Debates, Policy, (Oregon: Willan publishing, 2001) page 125.

11 KatarinaTrimmings และ Paul Beaumont, “Parentage and surrogacy in a European perspective,” in European Family Law Volume III, ed. Jens M. Scherpe, editor. (Miami: Edward Elgar Publishing) page 238.

12 Janet L Dolgin, "An Emerging Consensus: Reproductive Technology and the Law," Vermont Law Review Vol. 23, Issue 2 (Winter 1998): 234.

เป็นรูปธรรมในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทำให้ศาลถูกกรอบโดยหลักกฎหมายครอบครัวดั้งเดิม[13] อย่างไรก็ดี เนื่องจากสหรัฐอเมริกาเป็นระบบคอมมอนลอว์ ดังนั้นแม้ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้ศาลก็มีอำนาจในการปรับใช้หลักการอื่น ๆ เพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมและสอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาคำพิพากษารวมถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ได้รับการพัฒนาในเวลาต่อมาในเรื่องการตั้งครรภ์แทนของแต่ละรัฐแล้ว ก็จะเห็นทฤษฎีต่าง ๆ ที่ศาลหยิบยกขึ้นมาปรับใช้ในการตัดสินข้อพิพาทและกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาบุตร รวมถึงที่เป็นทฤษฎีเบื้องหลังบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกมาจัดระเบียบและวางบรรทัดฐานเรื่องการตั้งครรภ์แทนซึ่งก็มีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละรัฐ ทั้งนี้ก็เพราะการให้น้ำหนักหรือให้ความสำคัญกับแต่ละทฤษฎีที่แตกต่างกันออกไป และมีความเห็นในทางวิชาการมากมายหลายแง่มุมเพื่อแสดงความเห็นในเชิงวิพากษ์วิจารณ์เพื่อที่จะหาทางออกทางกฎหมายที่เหมาะสมที่สุดกับความเปลี่ยนแปลงของสถานะความเป็นบิดามารดาในครั้งนี้

3.1.2.1 ทฤษฎีการให้กำเนิด

หลักการให้กำเนิดเป็นหลักดั้งเดิมของกฎหมายครอบครัวในระบบคอมมอนลอว์ที่ถูกใช้อย่างแพร่หลายทั่วโลก เป็นหลักที่ถือว่าเด็กเกิดออกมาหรือคลอดจากหญิงใดก็ย่อมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้นเสมอ เนื่องจากความชัดแจ้งที่สังเกตเห็นได้ในทางข้อเท็จจริงประกอบกับการให้กำเนิดตามธรรมชาติที่มีมาแต่อดีตนั้นผู้ให้กำเนิดย่อมเป็นผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเสมอ ไม่อาจแยกสองสิ่งนี้ออกจากกันได้ และก็ไม่อาจคาดการณ์ได้ว่าจะสามารถแยกออกจากกันได้อย่างในปัจจุบัน โดยมีความเชื่อมาตั้งแต่สมัยโบราณว่าความผูกพันในทางชีววิทยาในฐานะเป็นผู้ให้กำเนิดและมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนี้สร้างสายสัมพันธ์ที่แน่นแฟ้นกว่าสายสัมพันธ์ใด ๆ ทั้งหมด ดังที่สะท้อนให้เห็นจากสำนวนที่พบทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทยที่ว่า “Blood is thicker than water” หรือ “เลือดข้นกว่าน้ำ”

เนื่องจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ชื่อว่าเป็นการให้กำเนิดตามธรรมชาติ กล่าวคือไม่มีการกระทำของมนุษย์ที่ผิดแปลกไปจากการกระทำตามธรรมชาติเข้ามาเกี่ยวข้อง หลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงได้รับการสนับสนุนและสอดคล้องกับความเชื่อในทางศาสนา โดยเฉพาะศาสนาคริสต์นิกายคาทอลิก (Catholic Church) ที่มีจุดยืนอันมั่นคงว่าไม่เห็นด้วยกับการให้กำเนิดที่ผิดธรรมชาติ ในที่นี้ก็คือการเกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์[14] เนื่องจากมีความเชื่อว่าการให้

---

[13] Browne C Lewis, “Due Date: Enforcing Surrogacy Promises in the Best Interest of the Child,” St. John's Law Review Vol. 87, Issue 4 (Fall 2013): 906.

[14] Marjorie Maguire Shultz, “Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality,” Wisconsin Law Review Vol. 1990, Issue 2 (1990): 329.

กำเนิดมนุษย์คนหนึ่ง ๆ นั้นควรเป็นไปตามเจตจำนงค์ของพระผู้เป็นเจ้า (God's Will) นอกจากนี้ ศาสนาคริสต์มองว่าการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างมาก และถึงแม้จะเป็นไปเพราะช่วยเหลือบุคคลอื่นหรือเพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์ก็ตาม ศาสนาคริสต์ไม่เห็นด้วยในทุกกรณี แม้ว่าจะมีความยินยอมก็ไม่อาจนำเอาชีวิตร่างกายมนุษย์มาทำในเชิงธุรกิจได้[15]

ข้อดีข้อหนึ่งของการกำหนดความเป็นมารดาจากหญิงที่คลอดนั้น ก็คือการสร้างความแน่นอนให้แก่สถานะความเป็นมารดาและบุตร เนื่องจากสามารถรู้ว่าใครเป็นมารดาของเด็กนั้นได้แน่นอนตั้งแต่วันที่เด็กเกิด ในด้านหนึ่งจึงถือเป็นการคุ้มครองทั้งมารดาและบุตรที่เกิดมาได้ดีอย่างหนึ่ง[16]

เหตุผลที่ทำให้มารดาผู้ให้กำเนิดเป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับมาอย่างยาวนานนั้นก็คือ เหตุผลในเรื่องความสัมพันธ์ทางจิตใจของหญิงที่ตั้งครรภ์และเด็ก ภายใต้กรอบความคิดที่ว่าสายสัมพันธ์ระหว่างมารดาและบุตรนั้นเป็นสายสัมพันธ์ที่แข็งแกร่งที่สุดในโลก มารดาผู้ให้กำเนิดมีความรัก ความห่วงใยให้แก่เด็กซึ่งตนมีความผูกพันมาตั้งแต่ตั้งครรภ์ และจะสามารถดูแลเด็กได้เป็นอย่างดี จึงมีการสันนิษฐานว่าการให้เด็ก ๆ ได้เป็นบุตรและได้อยู่กับมารดาผู้คลอดตนนั้นจะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น ๆ เอง[17] ซึ่งข้อสนับสนุนในเรื่องความผูกพันทางจิตใจระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์และเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตรนั้น เป็นข้อสนับสนุนที่น่าชักจูงใจเป็นอย่างมาก

ในกรณีการตั้งครรภ์ตามปกติ สิ่งที่เป็นหลักฐานยืนยันว่าสายสัมพันธ์ที่หญิงที่ตั้งครรภ์มีต่อบุตรภายในครรภ์นั้นมีอยู่จริง แสดงออกมาให้เห็นในกรณีที่หญิงนั้นโศกเศร้าจากการแท้งบุตรหรือเจตนายุติการตั้งครรภ์เนื่องมาจากความจำเป็นด้วยเหตุผลทางพันธุกรรม โดยงานวิจัยของสหรัฐอเมริกาบอกว่า 71-75% ของหญิงที่ตั้งครรภ์มองการแท้งในลักษณะที่เป็นการสูญเสียบุตร มิใช่แค่การเสียตัวอ่อนที่ไม่มีชีวิตเท่านั้น[18] โดยภาวะโศกเศร้าที่พบเห็นได้จากการแท้งบุตรก็เช่น ความโกรธ ความรู้สึกผิด การครุ่นคิดอยู่กับสิ่งเดิมซ้ำไปมา อาการทางร่างกาย (Somatic Sympton) ความ

---

15 ปทิตตา ไชยปาน, “ปัญหาการตั้งครรภ์แทนกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2557) หน้า 76.

16 George J. Annas และ Sherman Elias, "In Vitro Fertilization and Embryo Transfer: Medicolegal Aspects of a New Technique to Create a Family," Family Law Quarterly Vol. 17, Issue 2 (Summer 1983): 222.

17 KatarinaTrimmings และ Paul Beaumont, "Parentage and Surrogacy in a European Perspective," in European Family Law Volume Iii page 239.

18 Fran Rybarik. "Miscarriage." [Online]. Available from: https://www.midwiferytoday.com/enews/enews0925.asp [2 January 2017]

กังวลเกี่ยวกับความตาย (Death Anxiety)[19] นอกจากนี้ก็มีงานวิจัยแสดงผลในการสูญเสียเด็กแรกเกิดว่าเป็นเหตุการณ์ที่โศกเศร้าพอ ๆ กับการสูญเสียบุคคลที่เป็นที่รัก เป็นการพังทลายของความหวังและส่งผลกระทบต่อครอบครัว อันเป็นข้อมูลที่สนับสนุนความคิดที่ว่ามารดาและเด็กมีสายสัมพันธ์ตั้งแต่เด็กเกิดหรือหลังจากเกิดเป็นเวลาไม่นานก็สามารถสร้างสายสัมพันธ์ได้อย่างรวดเร็ว[20]

ในมุมของเด็กนั้น มีข้อสนับสนุนเรื่องพัฒนาการของเด็กภายในครรภ์[21] ซึ่งมีพัฒนาการทางร่างกายที่เห็นได้ชัดในทางการแพทย์ อย่างไรก็ดี หลักฐานที่แสดงถึงสายสัมพันธ์ทางจิตใจที่เด็กมีต่อหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นมีน้อย เนื่องจากความยากลำบากในการทำวิจัย มีเพียงข้อมูลที่แสดงให้เห็นว่าสายสัมพันธ์นั้นอาจมีอยู่ โดยแสดงให้เห็นว่าเด็กที่อยู่ในครรภ์นั้นสามารถได้ยิน รู้สึกและเรียนรู้ได้ตั้งแต่ก่อนเกิด และเด็กในครรภ์นั้นมีการปรับจังหวะชีวิตให้สอดคล้องกับหญิงที่ตั้งครรภ์ นอกจากนี้ยังอธิบายต่อไปว่าอารมณ์ของมารดาและสภาวะทางจิตใจระหว่างตั้งครรภ์ก็สามารถกระทบต่อตัวอ่อนที่อยู่ในครรภ์ได้ด้วย โดยผลวิจัยแสดงให้เห็นว่าทัศนคติด้านลบของมารดาต่อการตั้งครรภ์และต่อเด็กในครรภ์นำไปสู่ปัญหาทางอารมณ์ (Emotional Disturbance) ของเด็ก[22] และในการตั้งครรภ์นั้นหญิงผู้ตั้งครรภ์จะผลิตฮอร์โมนที่จำเป็นต่อการทำให้ตัวอ่อนเจริญเติบโตกลายเป็นเด็กที่มีอัตลักษณ์หรือมีลักษณะเฉพาะ (Unique Child) ที่แตกต่างกันออกไป[23] รวมถึงยกผลกระทบที่เกิดจากพฤติกรรมของหญิงที่ตั้งครรภ์ต่อเด็กในครรภ์ที่เห็นได้ชัดและได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง ยกตัวอย่างเช่น การที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนติดเชื้อหัดเยอรมันในระยะแรกของการตั้งครรภ์ หรือบริโภคยาบางประเภท อันจะส่งผลต่อร่างกายและอาจรวมถึงสภาวะทางจิตของเด็กที่เกิดมาในระยะยาวด้วย

มีการให้เหตุผลในเชิงสัญลักษณ์แสดงความสำคัญของสายสัมพันธ์ระหว่างมารดาและบุตรที่กลายเป็นสัญลักษณ์ของความสัมพันธ์ของมนุษย์ เป็นแบบอย่างของความรักที่ไม่มีเงื่อนไขในมนุษย์ ซึ่งมีความแตกต่างจากความสัมพันธ์อื่น ๆ รวมถึงแตกต่างจากความสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตรด้วย ความแตกต่างนี้เนื่องมาจากลักษณะเฉพาะ 2 ประการ คือเป็นความสัมพันธ์ที่มีมาตั้งแต่ก่อน

---

19 Claire E. Lindberg, “Grief Response to Mid-trimester Fetal Loss,” Journal of Perinatology Vol.12 (1992): 161 cited in Ilana Hurwitz, “Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood,” Connecticut Law Review Vol. 33 (2000): 160.

20 Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood," Connecticut Law Review : 164.

21 KatarinaTrimmings และ Paul Beaumont, "Parentage and Surrogacy in a European Perspective," in European Family Law Volume Iii page 239.

22 Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood," Connecticut Law Review : 162-163.

23 R. Brian Oxman, "Maternal-Fetal Relationships and Nongenetic Surrogates," Jurimetrics Journal Vol. 33 Issue 3 (Spring 1993): 396-397.

เกิดจากการตั้งครรภ์ และความสัมพันธ์ที่เกิดภายหลังที่เด็กต้องพึ่งมารดาเพื่อการมีชีวิตรอด[24] ซึ่งทำให้สายสัมพันธ์นี้มีความพิเศษและไม่อาจมีสายสัมพันธ์ใดเทียบเท่าได้

นอกจากนี้ยังมีการแสดงน้ำหนักในเรื่องการอุทิศตนของหญิงที่ตั้งครรภ์ ซึ่งต้องทนทุกข์ทรมานจากการอุ้มท้องและการคลอดบุตร ซึ่งต้องใช้ความพยายามทางร่างกายและแบกรับความเสี่ยงเป็นอย่างมาก หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องอดทนเป็นระยะเวลา 40 สัปดาห์อันเป็นการใช้แรงงานที่ถือว่าทรหดมาก ยังมีการอธิบายทฤษฎีนี้ว่ามีลักษณะสอดคล้องกับทฤษฎีแรงงานของจอห์น ล็อก (The Locke's Labor Theory)[25] ที่ว่าการเป็นเจ้าของ "ทรัพย์สิน" นั้นมาจากการที่มนุษย์ได้ใช้แรงงานของคนผสมผสานเข้ากับธรรมชาติที่พระเจ้าให้มาแล้วเกิดเป็นสิ่งใหม่ขึ้น มนุษย์ผู้นั้นก็จะมีกรรมสิทธิ์เหนือสิ่งนั้น สิทธิที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินจึงเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคน หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือทรัพย์สินที่เกิดจากแรงงานของใครย่อมเป็นสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right) ของผู้นั้นที่จะมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นด้วย[26] ความคิดนี้ ล็อคกล่าวขึ้นมาเพื่อสนับสนุนข้อโต้แย้งต่อการอ้างอำนาจอันศักดิ์สิทธิ์ที่กษัตริย์มี[27] กล่าวคือ ต่อต้านความคิดที่ว่ากรรมสิทธิ์นั้นจะมีได้ก็ต่อเมื่อได้รับมอบทรัพย์สินมาจากกษัตริย์เท่านั้น ซึ่งจะนำแนวคิดนี้มาใช้ในบริบทของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนี้จะสามารถใช้ได้อย่างเหมาะสมหรือไม่ จะได้วิเคราะห์ต่อไป

รัฐหรือประเทศที่ปรับใช้ทฤษฎีนี้อย่างเคร่งครัดมีแนวโน้มที่จะกำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนตกเป็นโมฆะหรือขัดต่อกฎหมาย และให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่ตนให้กำเนิดโดยไม่คำนึงว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กหรือไม่ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น หรือในประเทศ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

24 Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood," Connecticut Law Review : 158.

25 "Though the Earth, and all inferior creatures be common to all men, yet every man has a property in his own person. This no body has any right to but himself. The labor of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided and left it In, he hath mixed his labor with, and joyned to it something that is his own, and thereby makes it his property. It begin by him removed from the common state nature placed it in it hath by his labor something annexed to it, that excludes the common right of other men. For this labor being the unquestionable property of the laborer, no man but he can have a right to what that is once joyned to, at least where there is enough, and as good left in common for others."- John Locke in Constitution Society, John Locke: Second Treatise of Civil Government: Chapter 5 [online]. Available from http://www.constitution.org/jl/2ndtr05.htm [14 April 2017]

26 Jessica Berg, "Owning Persons: The Application of Property Theory to Embryos and Fetuses," Wake Forest Law Review Vol. 40, Issue 1 (2005): 182-183.; ท้าวคำไหล. "แนวคิดของจอห์น ล็อค." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.bloggang.com/mainblog.php?id=thaisociety&month=28-03-2010&group=36&gblog=7 [9 ธันวาคม 2559]

27 Walton H Hamilton, "Property--According to Locke," Yale Law Journal Vol. 41 Issue 6 (April 1932): 867.

ที่ไม่ได้นำไปใช้อย่างเข้มงวดนักก็อาจปรับใช้ในลักษณะที่ให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนสามารถเปลี่ยนใจภายหลังเด็กเกิดได้[28] เช่น รัฐเวอร์จิเนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา

อย่างไรก็ดี การนำทฤษฎีนี้มาใช้กับเรื่องสัญญาตั้งครรภ์แทนก็มีข้อบกพร่องที่สำคัญบางประการ นักวิชาการหลายท่านได้แสดงความเห็นไว้ว่าทฤษฎีนี้กระทบต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชนที่เข้าทำสัญญาด้วยใจสมัคร และกระทบต่อสิทธิในการสืบพันธุ์ กล่าวคือ การตัดสินใจที่จะตั้งครรภ์และคลอดเด็ก อันเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรอง[29]

3.1.2.2 ทฤษฎีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม

ความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนี้ไม่ใช่สิ่งใหม่ เป็นลักษณะทางชีววิทยาที่สำคัญอย่างหนึ่งในการบ่ง-บอกความเป็นครอบครัวมาตั้งแต่สมัยโบราณ ตั้งแต่ยังไม่มีความก้าวหน้าเพียงพอที่จะสืบรู้ได้ว่าอะไรทำให้ลูกหลานของเรามีลักษณะคล้ายคลึงกับเรา และรวมเรียกความเชื่อมโยงในครอบครัวนั้นว่าเป็นเพราะการสืบสายโลหิต (Blood Ties) จนความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ได้ทำให้มนุษย์เข้าใจว่าลักษณะที่คล้ายคลึงที่สืบทอดระหว่างบุคคลในครอบครัวที่ว่านั้นเป็นผลเนื่องจากรหัสพันธุกรรมที่ตกทอดมาจากบรรพบุรุษ และที่กลายเป็นปัจจัยในการกำหนดความเป็นบิดามารดาขึ้น แยกต่างหากจากการให้กำเนิดก็เพราะพัฒนาการของเทคโนโลยีที่สามารถแยกสองสิ่งนี้ออกจากกันได้ โดยอยู่บนพื้นฐานความเชื่อที่ว่าพันธุกรรมมีความสำคัญเนื่องจากเป็นหัวใจสำคัญที่กำหนดว่าเราเป็นใครในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง[30] โดยเริ่มมีข้อถกเถียงในการนำหลักการดังกล่าวมากำหนดความเป็นบิดามารดาเมื่อมีพัฒนาการในการใช้เซลล์สืบพันธุ์ของผู้บริจาคเพื่อการมีบุตร และยิ่งเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์พัฒนาจนมาถึงการตั้งครรภ์แทนที่มีความสลับซับซ้อนนี้ ทฤษฎีพันธุกรรมก็ยิ่งเข้ามามีบทบาทและได้รับการพูดถึงมากขึ้นในฐานะเป็นตัวกำหนดความเป็นบิดามารดา

ความปรารถนาที่จะมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมเป็นตัวแปรที่ทำให้คู่สมรสที่มีภาวะมีบุตรยากใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แทนที่จะรับเด็กอื่นมาอุปการะเสมือนบุตรผ่านการรับบุตรบุญธรรม เนื่องจากโดยปกติแล้ว บุคคลคนหนึ่งก็ต้องการมีความเกี่ยวพันบางอย่างกับลูกหลานของตนและต้องการจะให้มีลักษณะบางอย่างของตระกูลหรือของตนเองตกทอดสู่คนรุ่นหลัง และเมื่อมองในมุมของการได้รับการยอมรับจากสังคมแล้ว บิดามารดามักจะมีความรู้สึกถูกบังคับให้ต้องทำตามแบบแผนการให้กำเนิดแบบดั้งเดิมเพื่อที่บุตรของพวกเขาจะมีหน้าตา ร่างกาย

---

28 KatarinaTrimmings และ Paul Beaumont, "Parentage and Surrogacy in a European Perspective," in European Family Law Volume Iii page 240.

29 Carla Spivack, "The Law of Surrogate Motherhood in the United States American," Journal of Comparative Law Vol. 58, Issue - Supplement (2010): 106.

30 KatarinaTrimmings และ Paul Beaumont, "Parentage and Surrogacy in a European Perspective," in European Family Law Volume Iii page 240.

ที่คล้ายคลึงกับเขา การที่เด็กนั้นมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมซึ่งมีลักษณะทางชีววิทยาคล้ายคลึงกับบิดามารดาในมุมหนึ่งก็ช่วยในเรื่องการได้รับการยอมรับจากสังคมด้วย[31]

ผู้ที่สนับสนุนทฤษฎีนี้ให้เหตุผลว่าการใช้ทฤษฎีนี้ทำให้เด็กที่เกิดมาเข้าใจต้นกำเนิดของตนเอง เป็นการบ่งบอกซึ่งลักษณะของเผ่าพันธุ์ ซึ่งสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการสร้างอัตลักษณ์ของเด็ก (Identity Formation)[32] Arthur D. Sorosky เห็นว่า “Genealogical Bewilderment” ซึ่งหมายถึงการที่เด็กซึ่งเป็นบุตรบุญธรรมนั้นมีความสับสนในอัตลักษณ์ของตนเอง (Identity Confusion) เนื่องจากไม่รู้ต้นกำเนิดทางพันธุกรรมของตนเอง เกิดในกรณีของเด็กที่เกิดโดยอาศัยการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เช่นกัน[33] นอกจากนี้ยังมีเหตุผลแสดงน้ำหนักและความสำคัญของพันธุกรรมในฐานะที่เป็นส่วนอันมีอิทธิพลในระยะยาวทั้งกับทางร่างกายและจิตใจของเด็ก เนื่องจากพันธุกรรมเป็นตัวกำหนดลักษณะพิเศษทางร่างกายและมีส่วนในการถ่ายทอดโรคทางพันธุกรรมบางประการ รวมถึงมีบทบาทต่อแนวโน้มของบุคคลที่อาจจะมีอาการทางจิต มีภาวะติดสุราเรื้อรัง และภาวะซึมเศร้าด้วย[34]

นอกจากนี้ยังมีข้อสนับสนุนในเรื่องความแน่นอนในการกำหนดความเป็นบิดามารดา[35] เพราะพันธุกรรมนั้นสามารถตรวจสอบได้โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ และส่งเสริมความเท่าเทียมกันทางเพศโดยการให้คุณค่ากับบทบาทในการสืบพันธุ์ของทั้งชายและหญิงในลักษณะเดียวกัน คือเป็นผู้มีส่วนร่วมในฐานะเป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์เช่นเดียวกัน[36]

ทฤษฎีพันธุกรรมนี้เดิมมีการนำมาใช้ในหลักกฎหมายครอบครัวอยู่บ้าง เช่น ในการพิสูจน์ความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย พบในการพิจารณาของศาลในคดี Perry-Roger v. Fasano[37] ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้รับการพูดถึงเป็นอย่างมาก โดยมีข้อเท็จจริงเบื้องต้นเป็นการตั้งครรภ์แทนอันเกิดจากความผิดพลาด (Surrogacy-By-Mistake) โดยความประมาทเลินเล่อของคลินิกที่ดำเนินการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจากคลินิกนำเอาตัวอ่อนที่เกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ของครอบครัวโรเจอร์ ไปฝังลงในมดลูกของนางฟาซาโน ร่วมกับตัวอ่อนที่เกิดจากเซลล์

---

31 Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood," Connecticut Law Review : 151.

32 Ibid.

33 Ibid.

34 Marjorie Maguire Shultz, "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality," Wisconsin Law Review : 331.

35 KatarinaTrimmings และ Paul Beaumont, "Parentage and Surrogacy in a European Perspective," in European Family Law Volume Iii page 242.

36 Ibid.

37 Perry-Rogers v Fasano 715 N.Y.S.2d 19 (App. Div. 2000).

สืบพันธุ์ของนาง ฟาซาโนและสามี หลังจากนั้นนางฟาซาโนก็ได้ให้กำเนิดเด็กฝาแฝดสองคน คนหนึ่งมีลักษณะอย่างคนอเมริกันผิวขาวเหมือนอย่างครอบครัวฟาซาโน อีกคนเป็นเด็กผิวสีซึ่งปรากฏว่าเป็นเด็กที่เกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ของครอบครัวโรเจอร์ ในคดีนี้ครอบครัวฟาซาโนยินดีที่จะเลี้ยงเด็กทั้งสองคน อย่างไรก็ดี ครอบครัวโรเจอร์ก็ได้ร้องต่อศาลขอให้มีคำสั่งว่าตนเป็นบิดามารดาและให้ตนมีอำนาจปกครองบุตรคนที่เกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ของตน ซึ่งในคดีนี้ศาลได้ให้เหตุผลว่าพันธุกรรมเป็นแก่นหลักของอัตลักษณ์ของเด็กและตัดสินให้นายและนางโรเจอร์มีอำนาจปกครองเด็ก

ส่วนในการตั้งครรภ์แทน รัฐที่ให้ความสำคัญกับทฤษฎีพันธุกรรมนี้มักจะพิจารณาความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมเป็นสำคัญเมื่อมีเจตนาของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรในสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นฐานอยู่ก่อนแล้ว ก็จะให้เด็กที่เกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้มีเจตนาจะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาในฐานะบุตรของตนอยู่แต่แรกนั้น กล่าวคือพิจารณาความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนี้ควบคู่ไปกับทฤษฎีเจตนานั่นเอง เช่น รัฐอิลลินอยส์[38] รัฐฟลอริดา[39] ของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ก็มีบางรัฐที่ให้น้ำหนักกับทฤษฎีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนี้เป็นอย่างมากและใช้ทฤษฎีนั้นในการตัดสินความเป็นบิดามารดาโดยลำพัง เช่น รัฐโอไฮโอ ศาลในคดี Belsito v. Clark[40] ให้คู่สัญญาที่ประสงค์จะมีบุตรที่ความเกี่ยวพันทางพันธุกรรมเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยตัดสินจากหลักความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมเพียงลำพัง ไม่ได้พิจารณาเจตนาในฐานะเป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรแต่อย่างใด และตัดสินว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมก็ไม่มีสิทธิใด ๆ ในตัวเด็ก โดยให้เหตุผลว่าบิดามารดาทางพันธุกรรมจะสามารถสอนเรื่องความสมบูรณ์หรือความอ่อนแอของร่างกายหรือจิตใจที่เกิดขึ้นเป็นปกติในผู้อยู่ในเชื้อสายกรรมพันธุ์เดียวกันนั้นแก่เด็กที่เกิดมาได้ กล่าวคือสามารถอธิบายลักษณะพิเศษที่มาพร้อมกับพันธุกรรมได้ หรือในรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดี Anna J[41] ศาลก็ใช้หลักบิดามารดาทางพันธุกรรมเนื่องจากเห็นว่าพวกเขาสามารถทำให้เด็กเข้าใจต้นกำเนิดที่แท้จริงของตนได้

บางศาลให้ความสำคัญกับบิดามารดาตามทฤษฎีพันธุกรรมเหนือบิดามารดาตามทฤษฎีการให้กำเนิดด้วยเหตุผลที่ว่า การถ่ายทอดทางพันธุกรรมสามารถก่อให้เกิดความผูกพันขั้นพื้นฐานระหว่างบุคคลสองคนได้ ซึ่งสายสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นนั้นจะมีระยะเวลายาวนานอยู่ตลอดชีวิตของพวกเขา และยังกล่าวต่อไปด้วยว่าคนเรานั้นย่อมต้องการจะรู้ว่าบรรพบุรุษและผู้สืบสันดานของเราคือใคร

---

38 750 ILCS 47/20 (b)

39 FLA. STAT. ANN. § 742.16(7)

40 Belsito v. Clark 67 Ohio Misc. 2d 54 (Ct. Corn. Pl. Prob. Div. 1994).

41 “[h]eredity can provide a basis of connection between two individuals for the duration of their lives.” "we want to know who came before us and who's coming after." AnnaJ., 286Cal.Rptr.2dat381.

ในมุมหนึ่งการให้ความสำคัญกับหลักพันธุกรรมมากที่สุดนั้นมาจากแนวความคิดที่ว่าบุคคลมีกรรมสิทธิ์ในเซลล์สืบพันธุ์ของตนดังนั้นควรจะได้รับประโยชน์ในฐานะเจ้าของ (Ownership Interest) เด็กที่เกิดมาจากการใช้เซลล์สืบพันธุ์ของพวกเขา อันเป็นข้อสนับสนุนที่ทำให้นึกถึงทัศนคติต่อเด็กของคนสมัยโบราณที่ยังไม่มีการพัฒนาความคิดในการคุ้มครองเด็กอย่างในปัจจุบัน[42]

อย่างไรก็ดี มีนักกฎหมายจำนวนหนึ่งที่เห็นว่าเมื่อเทียบกับหลักการให้กำเนิดและหลักเจตนาแล้ว ข้ออ้างที่มารดามีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กนั้นมีน้ำหนักเบากว่า[43] ซึ่งความคิดเห็นนี้ดูจะมีน้ำหนักอย่างมากหากมองในมุมของการกำหนดความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ที่ได้รับการบริจาค เพราะถ้าหากให้น้ำหนักกับทฤษฎีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมในกรณีดังกล่าว อาจจะส่งผลให้ผู้บริจาคสเปิร์มหรือไข่นั้นมีสิทธิในตัวเด็กที่เกิดมาจากสเปิร์มหรือไข่นั้นได้ ซึ่งขัดต่อเจตนาของผู้บริจาคอย่างเห็นได้ชัด ทฤษฎีนี้จึงมีความไม่แน่นอนในการบังคับใช้อยู่ในระดับหนึ่ง[44]

3.1.2.3 ทฤษฎีเจตนา

ทฤษฎีนี้ได้แตกต่างจากสองทฤษฎีที่กล่าวมาข้างต้นอย่างมาก ตรงที่ผู้เป็นบิดามารดาตามทฤษฎีเจตนา อาจไม่ใช่บิดามารดาที่มีสายสัมพันธ์ทางชีววิทยาใด ๆ กับเด็กเลยก็ได้ กล่าวคืออาจไม่ได้เป็นบุคคลที่คลอดเด็กหรือบุคคลผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเลย

ทฤษฎีนี้ก็สอดคล้องกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และ อำนาจในการตัดสินใจอย่างอิสระ (Right to Self-Determination) ของปัจเจกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเคารพสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ที่ควรจะมีสิทธิที่จะใช้ร่างกายและเซลล์สืบพันธุ์ของตนเองกระทำการใด ๆ ก็ได้ เหมือนกันผู้ชายที่สามารถให้หรือขายเซลล์สืบพันธุ์ของตนเองได้[45]

ทฤษฎีนี้ได้รับการสนับสนุนเป็นอย่างมากในแวดวงวิชาการ[46] ด้วยความเชื่อที่ว่าบุคคลจะสามารถกระทำการต่าง ๆ ได้ดีเมื่อเป็นสิ่งตนชื่นชอบ ได้มีโอกาสเลือกและตัดสินใจที่จะ

---

42 Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood," Connecticut Law Review : 155-156.

43 John Lawrence Hill, "What Does It Mean to Be a "Parent"? The Claims of Biology as the Basts for Parental Right," New York University Law Review Vol.66(1991): 418.

44 Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood," Connecticut Law Review : 137.

45 Yasmine Ergas, "Babies without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy," Emory International Law Review Vol. 27, Issue 1 (2013): 139-140.

46 See, e.g., Anne Reichman Schiff, "Solomonic Decisions in Egg Donation: Unscrambling the Conundrum of Legal Maternity," Iowa Law Review Vol. 80, Issue 2 (January 1995): 265,274-283.; John Lawrence Hill, “What Does It Mean to Be a "Parent"? The Claims of Biology as the Basts for Parental Right,” New York University Law Review

กระทำ[47] ดังนั้น จึงเชื่อว่าการให้บุคคลนี้อยู่ในฐานะบิดามารดาของเด็กก็จะเป็นการคุ้มครองเด็กอย่างหนึ่ง เมื่อมองในมุมที่ว่ามีความเป็นไปได้อย่างมากว่าบุคคลนั้นจะทำหน้าที่ในฐานะบิดามารดาได้เป็นอย่างดี (Good Parenting)[48] และเพราะว่าการทำหน้าที่ในฐานะบิดามารดานั้นเป็นความรับผิดชอบที่มีระยะเวลายาวนานและเป็นสถานะที่จะต้องทำหน้าที่ต่าง ๆ มากมายหลากหลายแง่มุม เจตนาและความปรารถนาของบุคคลจึงมีความสำคัญในฐานะเป็นพลังใจคอยกระตุ้นให้บุคคลที่อยู่ในสถานะเป็นบิดามารดานั้นต้องการจะทำหน้าที่ของตนต่อไปให้ดีอยู่เสมอ[49]

ผู้สนับสนุนทฤษฎีเจตนายังอธิบายต่อไปว่า การทำหน้าที่เป็นบิดามารดาที่ดีนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับความเกี่ยวข้องทางชีววิทยาเสมอไป กล่าวคือ ไม่เกี่ยวกับการเป็นผู้ให้กำเนิดหรือเป็นผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม เพราะถ้าหากมันเกี่ยวข้องกับทางชีววิทยาจริง ๆ ก็จะกลายเป็นว่าเด็กจำนวนมากในสังคมปัจจุบันตกอยู่ในการอุปการะเลี้ยงดูที่ไม่ดี เพราะมีเด็กมากมายที่อาศัยอยู่กับครอบครัวที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นครอบครัวแบบดั้งเดิมที่ประกอบด้วยชายซึ่งเป็นบิดากับหญิงซึ่งเป็นมารดา เนื่องจากในปัจจุบันครอบครัวมีรูปแบบที่แตกต่างหลากหลาย มีเด็กที่ต้องอาศัยอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายเดียวเนื่องจากบิดามารดาหย่าร้าง อาศัยอยู่กับครอบครัวใหม่ของมารดาหรือบิดา รวมไปถึงอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่บิดามารดาทางชีววิทยานั้นเลย กรณีเหล่านี้พอจะแสดงให้เห็นได้ว่าลักษณะครอบครัวที่ไม่ได้มีสายสัมพันธ์ในทางชีววิทยานั้นก็อาจถือเป็นสภาพแวดล้อมที่ดีสำหรับเด็กได้เช่นกัน ถ้าหากบุคคลที่ดูแลเด็กนั้นดูแลให้ความช่วยเหลือทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจอันมีความสำคัญกับพัฒนาการที่ดีของเด็ก[50]

ทฤษฎีเจตนานี้ถูกใช้เป็นตัวตัดสินความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายในคดีที่เป็นที่รู้จักเป็นอย่างมากคือ คดี Johnson v. Calvert ในรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา[51] ซึ่งเป็น

Chulalongkorn University

Vol.66 (1991): 413-20 cited in Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood," Connecticut Law Review :135.; Marjorie Maguire Shultz, "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality," Wisconsin Law Review : 297-398.

47 Marjorie Maguire Shultz, "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality," Wisconsin Law Review : 323.

48 Ibid. at 379.

49 The general psychological rubric under which these correlations are discussed is "locus of control." Researchers have found that individuals who feel they can affect what happens around them, including choosing freely among alternatives, tend to perform better than those who feel their lives are governed by forces they cannot control. See generally H. Lefcourt, Locuss Of Control: Current Trends In Theory And Research 2d ed. (1982), page 81-99. cited in ibid. at 343.

50 Ibid. at 343-344.

51 Johnson, 851 P.2d at 782 (Cal. 1993).

คดีที่มีการเอาเจตนาของปัจเจกชนมาเป็นตัวกำหนดความเป็นบิดามารดาเป็นครั้งแรก[52] ในคดีนี้เป็นการตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิภายนอกโดยใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรทั้งชายและหญิง ในการพิจารณาของศาลชั้นต้น ศาลตัดสินโดยคำนึงถึงความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กและเห็นว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่มีสิทธิในความเป็นมารดาของเด็กเนื่องจากไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม ต่อมาในชั้นศาลอุทธรณ์ (The California Court of Appeals) ได้นำ Uniform Parentage Act ของรัฐแคลิฟอร์เนียมาใช้ โดยเห็นว่าตาม Uniform Parentage Act นั้น ความเป็นมารดาของเด็กพิสูจน์ได้ทั้งจากการให้กำเนิด และความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม แต่ศาลเห็นว่าการพิสูจน์ทางพันธุกรรมควรมาก่อน และตัดสินไปในทิศทางเดียวกันกับศาลชั้นต้น แต่ศาลสูงของรัฐ (California Supreme Court) ตัดสินโดยให้เหตุผลที่แตกต่างออกไป โดยเห็นว่าแม้กฎหมายจะยอมรับให้ทั้งผู้ที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมและผู้ให้กำเนิดสามารถเป็นมารดาของเด็กได้ แต่เมื่อทั้งสองอย่างนั้นปรากฏอยู่ในบุคคลคนละบุคคลกัน ต้องถือว่าผู้ที่มีเจตนาที่จะให้เด็กกำเนิดมาเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็ก แม้จะไม่ได้ยอมรับตรง ๆ ว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นบังคับได้หรือไม่ แต่ศาลก็คำนึงถึงเจตนาของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรว่าหากมิได้มีเจตนานั้นเด็กก็จะไม่มีทางเกิดขึ้นได้เลย จึงให้เด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ซึ่งเหตุผลในเรื่องที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้มีเจตนาแรกเริ่มนี้เอง ได้กลายเป็นอีกหนึ่งเหตุผลสำคัญเหตุผลหนึ่งในการสนับสนุนทฤษฎีเจตนาให้ได้รับการยอมรับในฐานะเป็นตัวกำหนดความเป็นบิดามารดา

รัฐอื่น ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ให้ความสำคัญกับทฤษฎีเจตนาในการกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรในสัญญาตั้งครรภ์แทนก็เช่น รัฐนิวแฮมป์เชียร์ รัฐฟลอริด้า เป็นต้น และแม้ว่าจะไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเลย ในบางครั้งศาลก็ให้หญิงที่มีเจตนาจะเป็นมารดาของเด็กนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เหตุผลหนึ่งก็เพราะศาลต้องการคุ้มครองความมุ่งหมายที่สมเหตุสมผลของประชาชน (People's Reasonable Expectations)[53] ซึ่งเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายแขนง[54] เพื่อคุ้มครองความคาดหวังของปัจเจกชนว่าสิ่งใดสิ่งหนึ่งจะเกิดขึ้นและวิญญูชนคาดหมายได้ว่าอาจมีการคาดหมายเช่นนั้น[55] กล่าวคือ เช่นเดียวกับการ

---

52 KatarinaTrimmings และ Paul Beaumont, "Parentage and Surrogacy in a European Perspective," in European Family Law Volume Iii page 244.

53 Browne C Lewis, "Due Date: Enforcing Surrogacy Promises in the Best Interest of the Child," St. John's Law Review : 917.

54 Bailey H Kuklin, "The Plausibility of Legally Protecting Reasonable Expectations," Valparaiso University Law Review Vol. 32, Issue 1 (Fall 1997): 19-20.

55 “I suggest that the word "expectations" normally denotes a subjective and probabilistic aspect of the overall concept, and the word "reasonable" denotes an objective and normative aspect. That is, the person must

ทำสัญญาทั่วไปคู่กรณีในสัญญาตั้งครรภ์แทนก็ย่อมคาดหวังให้สิ่งที่ตกลงกันไว้เกิดขึ้น หญิงที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็คาดหวังว่าตนจะได้เป็นมารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น หลักการนี้ไม่เพียงคุ้มครองคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรแต่คุ้มครองไปถึงบุคคลที่เกี่ยวต้องในสัญญาทั้งหลายและคาดหมายได้ว่าผลจะเป็นไปตามที่สัญญากำหนด ศาลจึงใช้ทฤษฎีเจตนามาปรับเพื่อคุ้มครองความคาดหวังนั้น

ผู้สนับสนุนทฤษฎีนี้ยังได้อธิบายความสำคัญของการคำนึงถึงเจตนาของปัจเจกชนโดยอ้างความคิดในทางปรัชญา[56] ที่กล่าวถึงความแตกต่างของมนุษย์กับสิ่งมีชีวิตอื่น ๆ โดยนำมาอธิบายว่าการไม่คำนึงถึงเจตนา เป้าหมายและความคาดหวัง กล่าวคือ ความสามารถในการคาดการณ์และวางแผนอนาคตผ่านการตัดสินใจของบุคคลนั้น ถือเป็นการเพิกเฉยต่อหนึ่งในลักษณะสำคัญที่สุดที่ทำให้เราเป็นมนุษย์[57]

นอกจากนี้ยังมีข้อดีในมุมมองเรื่องความเสมอภาคทางเพศ เนื่องจากการใช้ทฤษฎีเจตนาในการกำหนดความเป็นบิดามารดานี้จะทำให้ทุกเพศสามารถเข้าถึงบทบาทในการเลี้ยงดูเด็ก (Child-Nurturing Roles) มากกว่าระบบที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ที่เมื่อพิจารณาความเป็นบิดามารดาจากทางชีววิทยาแล้ว ก็จำต้องเป็นการพิจารณาความเกี่ยวข้องของชายกับหญิงเท่านั้น เพราะทฤษฎีเจตนานี้คำนึงถึงเพียงเจตจำนงค์ของบุคคลและความสามารถในการก่อเจตนานั้นก็มีอยู่ในบุคคลทุกคน[58]

ถึงแม้ว่าทฤษฎีนี้จะมีข้อสนับสนุนอยู่มาก แต่การนำทฤษฎีนี้มาใช้เพียงลำพังนั้นก็ยังไม่ได้รับการยอมรับเท่าไรนัก การนำมาใช้มักจะนำมาใช้เพื่อเป็นตัวแปรในการตัดสินระหว่างบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องตามทฤษฎีพันธุกรรมกับบุคคลที่เป็นมารดาตามทฤษีการให้กำเนิด อย่างไรก็ดี ก็ปรากฏการใช้หลักเจตนาเดี่ยว ๆ ให้เห็นอยู่เช่นกัน ในการตัดสินของศาลรัฐแคลิฟอร์เนีย คดี In re Marriage of Buzzanca[59] ที่เป็นการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเซลล์สืบพันธุ์ทั้งไข่และเสปิร์มของผู้บริจาค ซึ่งทำให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่มีเจตนาทำให้เด็กเกิดขึ้นนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องทาง

---

subjectively anticipate the future event with a sufficient degree of likelihood, and the anticipation must be objectively supported and normatively acceptable." Ibid. at 19-24.

56 Alasdair Chalmers MacIntyre, After Virtue: A Study in Moral Theory (Indiana: University of Notre Dame Press, 1984) page 206 – 209.

57 Marjorie Maguire Shultz, "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality," Wisconsin Law Review : 377.

58 Ibid. at 378.

59 In Re Marriage of Buzzanca 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280 (Ct. App. 1998)

พันธุกรรมกับเด็กเลย แต่ศาลก็ตัดสินให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยใช้ฐานของเจตนาที่ปรากฏในสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นเอง[60]

3.1.2.4 ทฤษฎีประโยชน์สูงสุดของเด็ก

หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child หรือ Child's Best ilterests)นั้นมีฐานความคิดมาจากหลักความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก (Well-Being of the Child)[61] ซึ่งปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนครั้งแรกในคำพิพากษาของศาลในคดี Blissets[62] ของประเทศสหราชอาณาจักร ในปี ค.ศ. 1774 อันเป็นข้อพิพาทในเรื่องอำนาจปกครองบุตร (Custody) โดยศาลกล่าวว่า "if the parties are disagreed, the court will do what shall appear best for the child" หรือที่แปลว่า "หากคู่กรณีตกลงกันไม่ได้ ศาลก็จะตัดสินตามสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก" อันมีลักษณะไม่ต่างจากหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ใช้อยู่ในปัจจุบันเลย และหลักนี้ปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในกฎหมายระหว่างประเทศในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 และต่อมาในกฎหมายอื่น ๆ อีกหลายฉบับ[63] ประเทศในระบบซีวิลลอว์ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐอิตาลี เป็นต้น ก็ได้รับอิทธิพลในเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็กมาจากกฎหมายระหว่างประเทศ[64]

ทฤษฎีประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นเป็นทฤษฎีที่โดยปกติแล้วศาลจะนำมาปรับใช้เมื่อมีข้อพิพาทที่ต้องตัดสินเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตร (Custody of the child)[65] โดยศาลจะพิจารณา

---

60 ข้อเท็จจริงในคดีนั้น เมื่อคู่สัญญาผู้ประสงค์จมีบุตรทำสัญญากับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนแล้วทั้งสองก็หย่าขาดจากกัน หญิงที่ประสงค์จะมีบุตรมาฟ้องเพื่อให้ชายที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมา แต่ชายนั้นปฏิเสธว่าตนไม่ใช่บิดาและไม่จำต้องรับผิดชอบในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมา โดยศาลชั้นต้นตัดสินว่าเด็กที่เกิดมานั้นไม่มีบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุผล 3 ประการ คือ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามีไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหญิงไม่ใช่มารดาของเด็กเนื่องจากไม่ใช่ผู้ให้กำเนิดหรือผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายชายก็ไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก แต่ภายหลังศาลสูงของรัฐได้กลับคำตัดสินโดยให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา

61 Jean Zermatten. "The Best Interests of the Child Literal Analysis, Function and Implementation, Working Report 2010." [Online]. Available from: http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_best-interest-child2009.pdf [10 Novembeer 2016]

62 Ramsay Laing Klaff, "The Tender Years Doctrine: A Defense," California Law Review Vol. 70, Issue 2 (March 1982): 338.

63 จิราวัฒน์ แช่มชัยพร, "การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551) หน้า 23.

64 ลัษมณ วิริยะงามวงศ์, "ปัญหาทางกฎหมายของนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำไปโดยฝ่าฝืนมาตรา 1574 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์," หน้า 91.

65 Homer H. Clark, The Law of Domestic Relations in the United States, (Minnesota: West Publishing Co., 1968): 574.

จากปัจจัยต่าง ๆ[66] ซึ่งแต่ละสังคมก็มีแนวทางในการพิจารณาแตกต่างกัน[67] เพื่อตัดสินว่าระหว่างบิดากับมารดาใครที่ควรเป็นผู้ดูแลเลี้ยงดูเด็ก[68]อันจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่เด็กมากที่สุด แต่ไม่ได้นำมาใช้ในการกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรในกฎหมายครอบครัวทั่วไป

อย่างไรก็ดี มีการกล่าวถึงทฤษฎีนี้ในสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นครั้งแรกในคดี Johnson v. Calvert[69] รัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนคดีแรกที่ขึ้นสู่ศาลสูง ในคดีนี้องค์คณะของศาลส่วนใหญ่ใช้ทฤษฎีเจตนาตัดสินให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่ผู้พิพากษา Kennard ได้แสดงความเห็นไว้โดยเห็นด้วยว่าหญิงที่เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์กับหญิงที่เป็นผู้ให้กำเนิดนั้นล้วนมีข้อที่จะอ้างว่าตนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาทั้งคู่ แต่ท่านมองว่าการจะตัดสินในกรณีเช่นนี้ ควรตัดสินโดยพิจารณาว่า ควรทำอย่างไรจึงจะเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพและเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กที่สุด[70] โดยได้กล่าวต่อไปอีกว่า ปัจจัยที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการเป็นบิดามารดาที่ดีและเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น หมายรวมถึงความสามารถในการเลี้ยงดูเด็กทั้งทางร่างกายและจิตใจ ความสามารถในการอบรมสั่งสอนทั้งทางศีลธรรมและสติปัญญา สิทธิของเด็กในการมีครอบครัวที่มั่นคงและมีความสัมพันธ์ที่ต่อเนื่อง เจตนาของมารดาทางพันธุกรรมที่ทำให้เกิดเด็กก็มีความสำคัญเช่นกันแต่ไม่ควรนำมาเป็นตัวตัดสินโดยลำพัง[71]

การพิจารณาประโยชน์สูงสุดนี้เป็นวิธีที่ทำให้ศาลสามารถพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี (Contextual Approach) เพื่อหาทางออกที่สอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของ

---

66 ตัวอย่างเช่น Uniform Marriage and Divorce Act 1982 Section 402

67 จิราวัฒน์ แช่มชัยพร, "การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989," หน้า 40.

68 Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood," Connecticut Law Review : 169.

69 Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776,799-800 (Cal. 1993)

70 "I do not agree that the determinative consideration should be the intent to have the child that originated with the woman who contributed the ovum. In my view, the woman who provided the fertilized ovum and the woman who gave birth to the child both have substantial claims to legal motherhood... To determine who is the legal mother of a child born of a gestational surrogacy arrangement, I would apply the standard most protective of child welfare-- the best interests of the child."

71 "Factors that are pertinent to good parenting, and thus that are in a child's best interests, include the ability to nurture the child physically and psychologically, and to provide ethical and intellectual guidance. Also crucial to a child's best interests is the 'well recognized right' of every child to stability and continuity. The intent of the genetic mother to procreate a child is certainly relevant to the question of the child's best interests; alone, however, it should not be dispositive."

เด็กคนหนึ่ง ๆ[72] เพราะเด็กแต่ละคนนั้นอยู่ภายใต้สภาวการณ์ที่แตกต่างกัน การพิจารณาตามความเป็นจริงในแต่ละข้อเท็จจริงนั้นจึงเป็นทางออกที่น่าสนใจอย่างยิ่ง

อย่างไรก็ตาม หลักประโยชน์สูงสุดนี้ก็เป็นหลักที่มีข้อด้อยอันมิอาจมองข้ามได้ คือ ความคลุมเครือไม่ชัดแจ้ง บุคคลที่อาจได้รับผลกระทบไม่สามารถคาดเดาผลที่จะเกิดขึ้นได้ และอาจนำไปสู่การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบของศาล หรือการใช้ความเห็นหรืออคติส่วนบุคคลในการตัดสิน

ศาสตราจารย์ทางกฎหมายผู้มีชื่อเสียง Robert H Mnookin ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในการกำหนดอำนาจปกครองเด็กไว้ โดยแสดงความเห็นถึงปัญหาของการนำหลักประโยชน์สูงสุดมาใช้อันจะทำให้ศาลไม่สามารถตัดสินไปในทางที่จะเป็นประโยชน์ต่อเด็กมากที่สุดได้จริง เนื่องจากศาลขาดองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ อันได้แก่ ประการแรก ศาลขาดข้อมูลที่เพียงพอเกี่ยวกับชีวิตเด็ก ประการที่สอง ศาลไม่สามารถคาดเดาสถานการณ์ที่จะเป็นการสอดคล้องกับความต้องการและประโยชน์ของเด็กในอนาคตได้ และประการสุดท้าย ปัญหาว่าศาลจะนำเอาคุณค่าใดมาพิจารณาว่าอะไรเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก[73]

ในการพิจารณาว่าอะไรคือประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น ศาลจำเป็นต้องมีข้อมูลเกี่ยวกับความประพฤติของบิดามารดาในอดีตซึ่งส่งผลกระทบต่อเด็ก ต้องทราบสถานการณ์ของเด็กในปัจจุบัน และคาดการณ์ถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตหากเด็กนั้นอาศัยอยู่กับบิดามารดาคนนั้น ๆ ในกรณีที่เด็กจะต้องเผชิญกับความเปลี่ยนแปลงจากสถานการณ์ปัจจุบัน เช่น ย้ายที่อยู่อาศัย ย้ายโรงเรียน ย้ายที่อยู่ ศาลก็ต้องคำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับเด็ก ซึ่งในหลาย ๆ ครั้งศาลไม่ได้มีข้อมูลที่เพียงพอต่อการพิจารณา

ในการคาดเดาถึงผลที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตนั้น ศาลจำต้องพินิจพิเคราะห์เพื่อหาว่าสถานการณ์ใดบ้างที่เป็นไปได้ว่าอาจเกิดขึ้น และพิจารณาประโยชน์ที่ได้กับข้อเสียหรืออันตรายที่อาจเกิดขึ้นในแต่ละกรณี ซึ่งถึงแม้จะมีข้อมูลเกี่ยวกับเด็กและบุคคลที่เกี่ยวข้องอย่างเพียงพอในปัจจุบัน การจะคาดการณ์อนาคตก็เป็นเรื่องที่ยากมากและไม่มีความแน่นอน

ประเด็นเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ว่าควรจะนำคุณค่าหรือประโยชน์ใดมาพิจารณานั้นก็เป็นปัญหาเช่นกัน แม้ว่าศาลอาจถามเด็กว่าเด็กต้องการอย่างไร แต่ก็จะมีปัญหาอยู่ดีว่าควรจะนำเอาความต้องการของเด็กมาพิจารณาหรือไม่เพียงใด เนื่องจากศาลก็อาจมองว่าเด็กนั้นอาจจะยังไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอในการตัดสินใจ นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่ว่าควรจะนำเอาประโยชน์ ณ

---

72 Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood," Connecticut Law Review : 130.

73 Robert H Mnookin, "Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy," Law and Contemporary Problems Vol. 39, Issue 3 (Summer 1975) : 257-261.

ปัจจุบันที่ศาลตัดสินนั้นเป็นหลัก หรือว่าเอาประโยชน์ในระยะยาวเป็นหลัก กล่าวคือ ศาลควรจะตัดสินเพื่อความสุขของเด็กในวันนี้ หรือควรจะคำนึงถึงความสุขของเด็กอาจเกิดขึ้นในอนาคตที่ศาลเห็นว่าเมื่อเด็กเป็นผู้ใหญ่แล้วมองกลับมาจะต้องการให้มีการตัดสินใจเช่นนั้น ศาลควรจะให้ความสำคัญกับประโยชน์ใด ศาลควรจะให้น้ำหนักกับความอบอุ่นและความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือการอบรมเลี้ยงดูและความเสียสละ ควรให้น้ำหนักกับความมั่นคงปลอดภัยของเด็กอยู่เหนือประโยชน์ทางสติปัญญา หรือไม่ หรือศาลควรคำนึงถึงประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในทางเศรษฐกิจหรือไม่ เป็นปัญหาที่ไม่สามารถอาจหาคำตอบที่แน่นอนและยากที่จะพิจารณาว่าจะให้น้ำหนักกับประโยชน์ใดมากกว่าประโยชน์ใด

3.1.2.5 โครงสร้างครอบครัวแบบใหม่

ในปัจจุบัน มีความเห็นในทางวิชาการเกี่ยวกับการมีโครงสร้างครอบครัวที่แตกต่างไปจากครอบครัวแบบดั้งเดิมที่ประกอบไปด้วยบิดา มารดา และบุตร เท่านั้น โดยให้ขยายไปถึงบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับการเกิดของเด็กทั้งหลาย โดยไม่ต้องเลือกเพียงแค่คนใดคนหนึ่งเท่านั้น[74] เช่น ในกรณีที่เด็กมีทั้งมารดาที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมหนึ่งคน และมารดาในฐานะเป็นผู้ให้กำเนิดอีกหนึ่งคน ซึ่งทั้งสองล้วนมีความสัมพันธ์ในทางชีววิทยากับเด็ก เป็นมารดาทางชีววิทยา (Biological Mother) ทั้งคู่นั้น ตามแนวคิดเรื่องโครงสร้างครอบครัวแบบใหม่นี้ก็อาจไม่จำเป็นต้องเลือกว่าใครจะเป็นมารดาของเด็ก แต่เด็กอาจมีมารดาสองคน[75] แนวคิดนี้พบในความเห็นของ the New York State Task Force on Life and the Law ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในส่วนของรัฐนิวยอร์ก แต่โดยทั่วไปแล้ว แนวคิดนี้ก็เป็นแนวคิดสมัยใหม่และยังไม่ได้รับการยอมรับมากนัก

3.1.3 เศรษฐศาสตร์กับการคุ้มครองเด็ก

Richard A. Posner นักกฎหมายเชิงเศรษฐศาสตร์ ได้อธิบายว่าการที่เด็กจะเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพได้นั้นบิดามารดาจะต้องลงทุนโดยการให้เวลาและจัดหาสิ่งที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตให้แก่เด็ก เมื่อตามหลักเศรษฐศาสตร์แล้ว ในตัดสินใจในการลงทุนใด ๆ นั้นจะต้องคำนึงถึงต้นทุนและผลประโยชน์ (Costs and Benefits) Posner จึงบอกว่า ระดับที่เหมาะสมในการลงทุนต่อเด็กแต่ละคนนั้น ก็คือระดับที่สวัสดิภาพของเด็ก (Welfare of the Child) ของบิดามารดาและสมาชิกคนอื่น ๆ ในครอบครัวโดยรวมสูงที่สุด ซึ่งระดับนั้นจะแตกต่างไปในแต่ละครอบครัว ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับความสามารถในการเรียนรู้ของเด็ก ฐานะทางการเงินของบิดามารดาและความรักที่บิดามารดามีต่อ

---

74 Julie Wallbank, "Too Many Mothers? Surrogacy, Kinship and the Welfare of the Child," Oxford University Press Medical Law Review Vol. 10(Autumn 2002): 283, 289.; Randy Frances Kandel, "Which Came First: The Mother or the Egg - a Kinship Solution to Gestational Surrogacy," Rutgers Law Review Vol. 47, Issue 1 (Fall 1994): 165-240.

75 Marjorie Maguire Shultz, "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality," Wisconsin Law Review : 332.

บุตร ยิ่งบิดามารดารักบุตรมากเท่าใดต้นทุน (Cost) ในการเลี้ยงดูเด็กก็จะน้อยลงเท่านั้น[76] อย่างไรก็ดี แม้ว่าบิดามารดาจะรักบุตรมากก็ยังมีความเสี่ยงที่จะไม่ลงทุนกับการเลี้ยงดูบุตรมากพอ (Underinvestment) ตัวอย่างเช่น เด็กที่เกิดในครอบครัวยากจนที่ไม่มีรายได้เพียงพอที่จะเลี้ยงดูด้วยปัญหาดังกล่าวผนวกกับข้อเท็จจริงที่มีบิดามารดาบางประเภทที่ไม่ได้รักและห่วงใยลูกของตนอาจเป็นเหตุผลในการอธิบายว่าทำไมต้องกำหนดหน้าที่ตามกฎหมายให้บิดามารดาต้องอุปการะเลี้ยงดู ให้การศึกษาบุตรของพวกเขา

3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีระบบกฎหมายเป็นระบบคอมมอนลอว์นั้น โดยหลักแล้วกฎหมายมีบ่อเกิดมาจากคำพิพากษาของศาล (Precedent) กล่าวคือ ตัวคำพิพากษานั้นเองเป็นกฎหมาย ที่หากมีข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเดียวกันเกิดขึ้นภายหลัง ศาลในคดีหลังจะผูกพันให้ต้องตัดสินตามหลักที่ศาลในคดีก่อนหน้าวางไว้ อย่างไรก็ดี ในระบบคอมมอนลอว์ก็มีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน โดยอาจเกิดจากการนำเอาคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานแน่นอนแล้วมาบัญญัติให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร หรืออาจเกิดจากการบัญญัติขึ้นโดยรัฐสภาเป็นกรณีเฉพาะก็ได้ ในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ถูกบัญญัติขึ้นเฉพาะเรื่องนี้นักวิชาการในระบบคอมมอนลอว์เห็นว่าต้องเป็นการ "ตีความตามตัวอักษร" อย่างเคร่งครัด เพราะมีลักษณะเป็นกฎหมายยกเว้นจากหลักทั่วไปที่เกิดจากคำพิพากษาบรรทัดฐาน ซึ่งจะแตกต่างจากการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบซีวิลลอว์ที่อาจมีการตีความในลักษณะเทียบเคียง (Analogy) ได้[77]

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหนึ่งในประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นอย่างมาก มีการผสมเทียมเกิดขึ้นอย่างแพร่หลาย ทั้งโดยวิธีการใช้เซลล์สืบพันธุ์ของผู้บริจาค การทำเด็กหลอดแก้ว รวมถึงการตั้งครรภ์แทนด้วย[78] เป็นประเทศที่มีการ

---

76 Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, (United State of America Little, Brown and Company, 1992) page 195.

77 สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551) หน้า 27-29.

78 วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, “ความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการผสมเทียม(Artificial Insemination),” บทบัณฑิตย์ เล่ม 58 ตอน 4 (ธันวาคม 2545): 131.

ตั้งครรภ์แทนมากที่สุดในโลก[79] และมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยในช่วงปี ค.ศ. 1993 – 1996 มีอัตราการเกิดโดยอาศัยการตั้งครรภ์แทนเพิ่มมากขึ้นถึงร้อยละ 34[80]

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ผ่านกระบวนการทางกฎหมายมาอย่างต่อเนื่องเป็นเวลาหลายทศวรรษ[81] ถึงกระนั้นในเรื่องการตั้งครรภ์แทนนี้ก็ยังไม่ได้มีกฎหมายของรัฐบาลกลาง (Federal law) ที่ออกมาเพื่อให้ปรับใช้เป็นกฎเกณฑ์ที่เหมือนกันทั่วประเทศ[82] เนื่องจากโดยปกติแล้วรัฐบาลกลางจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่มีความเกี่ยวข้องกับครอบครัวของแต่ละรัฐ ยกเว้นแต่ว่าจะมีเหตุอันเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนเกิดขึ้น[83] ด้วยเหตุนี้จึงทำให้กฎเกณฑ์ในเรื่องการตั้งครรภ์แทนของประเทศสหรัฐอเมริกาขาดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน[84] การศึกษาในเรื่องดังกล่าวจึงจำต้องพิจารณาแยกไปในแต่ละรัฐ ซึ่งผู้เขียนจะขอกำหนดขอบเขตการศึกษาไว้เพียงรัฐที่คาดว่าจะก่อประโยชน์ในการวิเคราะห์เรื่องผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายของประเทศไทยต่อไป โดยจะศึกษารัฐที่มีกฎเกณฑ์เป็นลายลักษณอักษรกำหนดเป็นเงื่อนไขในลักษณะใกล้เคียงกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ได้แก่ รัฐเท็กซัส รัฐเวอร์จิเนีย รัฐนิวแฮมป์เชียร์ รัฐอิลลินอยส์ และจะได้ศึกษารัฐที่มีนโยบายรัฐเป็นปฏิปักษ์กับการตั้งครรภ์แทนอย่างชัดแจ้ง ได้แก่ รัฐนิวยอร์ก เพื่อให้เห็นทางแก้ที่หลากหลายและมุมมองในด้านต่าง ๆ และจะขอเริ่มจากการศึกษากฎหมายแม่แบบ (Model Law) ที่ออกโดยรัฐบาลกลางให้รัฐต่าง ๆ สามารถนำไปเป็นตัวอย่างเพื่อใช้ในการออกกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนของรัฐนั้น ๆ ได้ โดยกฎหมายแม่แบบนี้มิได้มีสภาพบังคับแต่อย่างใด

3.2.1 รัฐบาลกลาง

ถึงแม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะยังไม่มีกฎหมายของรัฐบาลกลางอย่างที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น แต่ในอดีตที่ผ่านมาก็มีความพยายามในการหาหลักเกณฑ์บางประการมาจัดการกับการ

---

79 ปรีชา หยกทองวัฒนา. "เปิดโลกอุ้มบุญในต่างประเทศ." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.oknation.net/blog/splalaw/2015/07/29/entry-1 [10 ตุลาคม 2559]

80 Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood," Connecticut Law Review : 132.

81 Mrinal Vijay. “Commercial Surrogacy Arrangements The Unresolved Dilemmas,” UCL Journal of Law and Jurisprudence Vol. 3 (2014): 212.

82 Usha Rengachary Smerdon, "Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy between the United States and India," Cumberland Law Review Vol. 39, Issue 1 (2008-2009): 25.

83 Browne C Lewis, "Due Date: Enforcing Surrogacy Promises in the Best Interest of the Child," St. John's Law Review : 907.

84 Erica Davis, "The Rise of Gestational Surrogacy and the Pressing Need for International Regulation," Minnesota Journal of International Law Vol. 21, Issue 1 (Winter 2012): 125.

ตั้งครรภ์แทนอยู่ โดยมีการออกกฎหมายแม่แบบว่าด้วยสถานะของเด็กที่เกิดจากการช่วยการเจริญพันธุ์ (Uniform Status of Children of Assisted Conception Act หรือ U.S.C.A.C.A[85]) มาเพื่อเป็นแนวทางให้รัฐต่าง ๆ นำไปปรับใช้

U.S.C.A.C.A ได้การเสนอการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์-แทนไว้ 2 ทางเลือก[86]

ทางเลือก A เสนอให้สัญญาตั้งครรภ์แทนต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนเสมอ หากได้รับอนุญาตแล้วก็จะถือว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ในทางกลับกัน หากไม่ได้รับอนุญาตจากศาลก่อน เด็กก็จะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน โดยหากสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นเข้าร่วมในสัญญาด้วย สามีของหญิงนั้นก็จะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่หากสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ได้เข้าร่วมเป็นคู่สัญญาด้วย ความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะเป็นไปตามกฎหมายครอบครัวของแต่ละรัฐ

ทางเลือก B เสนอให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทน และมีข้อสันนิษฐานให้สามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเด็กนั้น แต่ถ้าสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนสามารถพิสูจน์ได้ว่า ตนไม่ใช่บิดาและไม่ได้ให้ความยินยอมในการตั้งครรภ์แทนนั้น ศาลก็จะมีคำสั่งให้สามีของหญิงนั้นไม่เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้ โดยจะต้องยื่นต่อศาลภายใน 2 ปีนับแต่ทราบว่าเด็กเกิด

ในปี ค.ศ. 2000 ได้ยกเลิก U.S.C.A.C.A และนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในเรื่องการตั้งครรภ์แทนไปบัญญัติไว้ในกฎหมายแม่แบบว่าด้วยความเป็นบิดามารดา (The Uniform Parentage Act หรือ UPA[87]) ซึ่งมีการแก้ไขครั้งล่าสุดในปี ค.ศ. 2002 โดย UPA ได้กำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนจะสมบูรณ์และสามารถบังคับได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลเท่านั้น[88] โดยให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทน รวมถึงสามี(ถ้ามี) ผู้บริจาค และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ทำสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นลายลักษณ์อักษร และกำหนดเนื้อหาของสัญญาให้อย่างน้อยต้องปรากฏว่า หญิงที่ตั้งครรภ์แทนยินยอมตั้งครรภ์โดยวิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามี(ถ้ามี) และผู้บริจาคสละสิทธิและหน้าที่ใด ๆ ที่มีต่อเด็กที่เกิดมานั้น และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วย

---

85 ต่อไปจะขอเรียก Uniform Status of Children of Assisted Conception Act ว่า U.S.C.A.C.A

86 จักรกฤษณ์ ควรพจน์, การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (รายงานวิจัยโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2548) หน้า 97.

87 ต่อไปนี้จะขอเรียก The Uniform Parentage Act ว่า UPA

88 Uniform Parentage Act 2002 Sec 801(c) A gestational agreement is enforceable only if validated as provided in Section 803

กฎหมายของเด็ก[89] เนื้อหาของสัญญาจะต้องไม่เป็นการจำกัดสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในการตัดสินใจเกี่ยวกับสุขภาพของหญิงหรือต่อตัวอ่อน และกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งว่าอาจมีค่าตอบแทนได้[90] โดยจะต้องเป็นค่าตอบแทนที่สมเหตุสมผล[91] และกำหนดเงื่อนไขในการยื่นขอให้ศาลอนุญาตว่าต้องเป็นกรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรหรือหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องอาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกามาอย่างน้อยไม่ต่ำกว่า 90 วัน หากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีสามี สามีจะต้องเข้าร่วมในสัญญาด้วย ต้องมีสำเนาสัญญาตั้งครรภ์แทนแนบมาพร้อมคำร้องต่อศาล[92] โดยศาลจะอนุญาตตามคำขอได้ต้อง

---

89 Uniform Parentage Act 2002 Sec 801 (a) A prospective gestational mother, her husband if she is married, a donor or the donors, and the intended parents may enter into a written agreement providing that:
(1) the prospective gestational mother agrees to pregnancy by means of assisted reproduction;
(2) the prospective gestational mother, her husband if she is married, and the donors relinquish all rights and duties as the parents of a child conceived through assisted reproduction; and
(3) the intended parents become the parents of the child.
(b) The man and the woman who are the intended parents must both be parties to the gestational agreement.

90 Uniform Parentage Act 2002 Sec 801 (e) A gestational agreement may provide for payment of consideration.
(f) A gestational agreement may not limit the right of the gestational mother to make decisions to safeguard her health or that of the embryos or fetus.

91 Uniform Parentage Act 2002 Sec 803
(a) If the requirements of subsection (b) are satisfied, a court may issue an order validating the gestational agreement and declaring that the intended parents will be the parents of a child born during the term of the of the agreement.
(b) The court may issue an order under subsection (a) only on finding that:
(1) the residence requirements of Section 802 have been satisfied and the parties have submitted to the jurisdiction of the court under the jurisdictional standards of this [Act];
(2) unless waived by the court, the [relevant child-welfare agency] has made a home study of the intended parents and the intended parents meet the standards of suitability applicable to adoptive parents;
(3) all parties have voluntarily entered into the agreement and understand its terms;
(4) adequate provision has been made for all reasonable health-care expense associated with the gestational agreement until the birth of the child, including responsibility for those expenses if the agreement is terminated; and
(5) the consideration, if any, paid to the prospective gestational mother is reasonable.

92 Uniform Parentage Act 2002 Sec 802.
(a) The intended parents and the prospective gestational mother may commence a proceeding in the [appropriate court] to validate a gestational agreement.
(b) A proceeding to validate a gestational agreement may not be maintained unless:
(1) the mother or the intended parents have been residents of this State for at least 90 days;
(2) the prospective gestational mother's husband, if she is married, is joined in the proceeding; and
(3) a copy of the gestational agreement is attached to the [petition]

พิจารณาด้วยว่า คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรได้ผ่านการประเมินอย่างใกล้ชิด (Home Study) และผ่านมาตรฐานที่เหมาะสมตามที่ใช้ในการรับบุตรบุญธรรมแล้ว ต้องปรากฏว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายเข้าทำสัญญาด้วยใจสมัครและเข้าใจเนื้อหาของสัญญา ในสัญญาต้องมีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน

นอกจากนี้ในบันทึกข้อความ (Memorandum) ถึงคณะกรรมการร่างกฎหมายฝ่ายปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดา (Drafting Committee, UPA Revisions) เมื่อไม่นานมานี้ในปี ค.ศ. 2016 ได้แสดงให้เห็นแนวโน้มและความเป็นไปได้อย่างมากที่ในอนาคตอันใกล้นี้จะมีการแก้ไขกรอบเรื่องเพศที่เฉพาะเจาะจงให้มีลักษณะเป็นเพศกลาง[93] อันน่าจะเป็นผลมาจากการยอมรับการสมรสในเพศเดียวของกันของศาลสูงประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 2015 ที่ผ่านมา

UPA ยังได้กำหนดผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้รับการอนุญาตจากศาลไว้ในมาตรา 809[94] ว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนดังกล่าวไม่สามารถบังคับได้ (Unenforceable) และในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรนั้นก็ให้เป็นไปตามส่วนที่ 2 ของ UPA ซึ่งก็คือบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรในกรณีปกติ[95] อย่างไรก็ดี UPA ก็ได้กำหนดต่อไปอีกว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจต้องรับผิดชอบค่าอุปการะเลี้ยงดู (Support) เด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นด้วย

โดยสรุปแล้ว กฎหมายแม่แบบของรัฐบาลกลาง ณ ปัจจุบัน กำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนสมบูรณ์และสามารถบังคับได้หากได้รับอนุญาตจากศาล และหากไม่ได้รับอนุญาตแล้วจะต้องกลับไปให้หลักการปกติในกฎหมายครอบครัว แต่ได้กำหนดหน้าที่เพิ่มเติมให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรว่าอาจจะต้องจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมานั้นด้วย

Chulalongkorn University

---

93 Courtney Joslin. "Memorandum." [Online]. Available from: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/2016feb8_AUPA_Memo_Revision%20Drafting%20Committee%20Surrogacy.pdf [16 November 2559]

94 Uniform Parentage Act 2002 Section 809

(a) A gestational agreement, whether in a record or not, that is not judicially validated is not enforceable.

(b) If a birth results under a gestational agreement that is not judicially validated as provided in this [article], the parent-child relationship is determined as provided in [Article] 2.

(c) Individuals who are parties to a nonvalidated gestational agreement as intended parents may be held liable for support of the resulting child, even if the agreement is otherwise unenforceable. The liability under this subsection includes assessing all expenses

95 Uniform Parentage Act 2002 Article 2 Parent-Child Relationship

3.2.2 รัฐเท็กซัส

ในปี ค.ศ. 2001 รัฐเท็กซัสได้รับเอากฎเกณฑ์เรื่องการตั้งครรภ์แทนใน UPA 2000 มาปรับใช้[96] โดยบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความเป็นบิดามารดา (Uniform Parentage Act) อันเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายครอบครัว (Family Code)[97] โดยไม่ได้มีการนิยามคำว่าการตั้งครรภ์แทนเอาไว้อย่างชัดแจ้ง แต่ได้นิยามหญิงที่ตั้งครรภ์แทนว่าเป็นหญิงที่ให้กำเนิดเด็กภายใต้สัญญาตั้งครรภ์แทน[98] และนิยามคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไว้ว่าเป็นบุคคลที่เข้าเป็นคู่สัญญาหนึ่ง ๆ ที่ตกลงให้บุคคลผู้เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยกระบวนการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นจะมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาหรือไม่[99]

3.2.2.1 เงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน

ตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องการตั้งครรภ์แทนของรัฐเท็กซัสแล้ว ไม่ได้ห้ามการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน หรือกำหนดว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ทำนั้นมีผลอย่างไร แต่บัญญัติไว้ในลักษณะว่า สัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นต้องได้รับการรับรองจากศาล (Adjudication Confirming) เสียก่อน กล่าวคือ ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรขึ้น (Parent-Child Relationship) จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ ศาลรับรองว่าหญิงหรือชายนั้นเป็นบิดาหรือมารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนภายใต้สัญญาตั้งครรภ์แทนที่มีผลตามกฎหมาย[100]

---

96 Mary P Byrn และ Steven H. Synder, "The Use of Prebirth Order in Surrogacy Proceedings," Family Law Quarterly Volume 39, Number 3 (2005): 653.

97 Texas Family Code, Title 5. The Parent-Child Relationship And The Suit Affecting The Parent-Child Relationship, Subtitle B. Suits Affecting The Parent-Child Relationship, Chapter 160. Uniform Parentage Act

98 Uniform Parentage Act "gestational mother" means a woman who gives birth to a child conceived under a gestational agreement.

99 Uniform Parentage Act Sec. 160.102 (9) "Intended parents" means individuals who enter into an agreement providing that the individuals will be the parents of a child born to a gestational mother by means of assisted reproduction, regardless of whether either individual has a genetic relationship with the child.

100 Uniform Parentage Act Sec. 160.753 (a) Notwithstanding any other provision of this chapter or another law, the mother-child relationship exists between a woman and a child by an adjudication confirming the woman as a parent of the child born to a gestational mother under a gestational agreement if the gestational agreement is validated under this subchapter or enforceable under other law, regardless of the fact that the gestational mother gave birth to the child.

(b) The father-child relationship exists between a child and a man by an adjudication confirming the man as a parent of the child born to a gestational mother under a gestational agreement if the gestational agreement is validated under this subchapter or enforceable under other law

โดยกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับสัญญาตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายให้สามารถทำได้ไว้ในมาตรา 754[101] ให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรซึ่งต้องเป็นคู่สมรสตามกฎหมายและต้องเข้าเป็นคู่สัญญาร่วมกันทั้งสองคน[102] และหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับสามี(ถ้ามี) ทำข้อตกลงเป็นหนังสือ (Written Agreement) โดยมีเนื้อหาแสดงว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนตกลงจะตั้งครรภ์โดยกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับสามีจะสละสิทธิหน้าที่ใด ๆ ที่มีต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงจะแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับสุขภาพของแต่ละฝ่ายตลอดระยะเวลาดำเนินการตามสัญญา การตั้งครรภ์แทนนั้นต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรหรือผู้บริจาค แต่ต้องมิใช่เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน[103] และเนื้อหาในสัญญาจะต้องมีข้อความที่บ่งบอกว่าแพทย์ที่ดำเนินการตามขั้นตอนของการช่วยการเจริญพันธุ์นั้นได้แจ้งให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายทราบถึงข้อมูลสำคัญต่าง ๆ เช่น ความเสี่ยงต่อสุขภาพเนื่องจากในการดำเนินการ เป็นต้น[104] จะต้อง

---

101 Uniform Parentage Act Sec. 160.754 Gestational Agreement Authorized

(a) A prospective gestational mother, her husband if she is married, each donor, and each intended parent may enter into a written agreement providing that:

(1) the prospective gestational mother agrees to pregnancy by means of assisted reproduction;

(2) the prospective gestational mother, her husband if she is married, and each donor other than the intended parents, if applicable, relinquish all parental rights and duties with respect to a child conceived through assisted reproduction;

(3) the intended parents will be the parents of the child; and

(4) the gestational mother and each intended parent agree to exchange throughout the period covered by the agreement all relevant information regarding the health of the gestational mother and each intended parent..

102 Uniform Parentage Act Sec. 160.754(b) the intended parents must be married to each other. Each intended parent must be a party to the gestational agreement.

103 Uniform Parentage Act Sec. 160.754 (c) The gestational agreement must require that the eggs used in the assisted reproduction procedure be retrieved from an intended parent or a donor. The gestational mother's eggs may not be used in the assisted reproduction procedure.

104 Uniform Parentage Act Sec. 160.754(d) The gestational agreement must state that the physician who will perform the assisted reproduction procedure as provided by the agreement has informed the parties to the agreement of:

(1) the rate of successful conceptions and births attributable to the procedure, including the most recent published outcome statistics of the procedure at the facility at which it will be performed;

(2) the potential for and risks associated with the implantation of multiple embryos and consequent multiple births resulting from the procedure;

(3) the nature of and expenses related to the procedure;

ไม่มีการจำกัดสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในการตัดสินใจเกี่ยวกับสุขภาพของหญิงนั้นหรือของตัวอ่อนภายในครรภ์[105] และสัญญานั้นจะต้องทำขึ้นภายใน 14 วันนับจากวันที่มีการดำเนินกระบวนการถ่ายโอนเซลล์สืบพันธุ์เข้าสู่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเพื่อการตั้งครรภ์แทนนั้น[106]

ในการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลทำให้สัญญาตั้งครรภ์แทนสมบูรณ์นั้น (Petition to Validate Gestational Agreement) จะทำได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่า คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรหรือหญิงที่ตั้งครรภ์แทนอยู่อาศัยในรัฐไม่น้อยกว่า 90 วัน และหากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีสามีจะต้องให้สามีของหญิงเข้าร่วมในการยื่นคำร้องด้วย ทั้งนี้จะต้องแนบสำเนาสัญญาตั้งครรภ์แทนไปพร้อมคำร้อง[107]

และในการพิจารณาของศาลเพื่อจะทำให้สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นผล (Hearing to Validate Gestational Agreement) ศาลจะสามารถมีคำสั่งให้สัญญาดังกล่าวเป็นผลได้ก็ต่อเมื่อพบว่าการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวมีลักษณะครบตามมาตรา 756(b)[108] ได้แก่ ต้องมีหลักฐานทาง

---

(4) the health risks associated with, as applicable, fertility drugs used in the procedure, egg retrieval procedures, and egg or embryo transfer procedures; and

(5) reasonably foreseeable psychological effects resulting from the procedure

[105] Uniform Parentage Act Sec. 160.754(g) A gestational agreement may not limit the right of the gestational mother to make decisions to safeguard her health or the health of an embryo.

[106] Uniform Parentage Act Sec. 160.754(e) The parties to a gestational agreement must enter into the agreement before the 14th day preceding the date the transfer of eggs, sperm, or embryos to the gestational mother occurs for the purpose of conception or implantation.

[107] Uniform Parentage Act Sec. 160.755(b) A person may maintain a proceeding to validate a gestational agreement only if:

(1) the prospective gestational mother or the intended parents have resided in this state for the 90 days preceding the date the proceeding is commenced;

(2) the prospective gestational mother's husband, if she is married, is joined as a party to the proceeding; and

(3) a copy of the gestational agreement is attached to the petition.

[108] Uniform Parentage Act Sec. 160.756(b) The court may validate a gestational agreement as provided by Subsection (c) only if the court finds that:

(1) the parties have submitted to the jurisdiction of the court under the jurisdictional standards of this chapter;

(2) the medical evidence provided shows that the intended mother is unable to carry a pregnancy to term and give birth to the child or is unable to carry the pregnancy to term and give birth to the child without unreasonable risk to her physical or mental health or to the health of the unborn child;

(3) unless waived by the court, an agency or other person has conducted a home study of the intended parents and has determined that the intended parents meet the standards of fitness applicable to adoptive parents;

(4) each party to the agreement has voluntarily entered into and understands the terms of the agreement;

(5) the prospective gestational mother has had at least one previous pregnancy and delivery and carrying another pregnancy to term and giving birth to another child would not pose an unreasonable risk to the child's health or the physical or mental health of the prospective gestational mother; and

การแพทย์แสดงว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้หรือมีความเสี่ยงต่อสุขภาพร่างกายหรือจิตใจเป็นอย่างมาก หรือมีความเสี่ยงต่อเด็กที่จะเกิดมา คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรทั้งสองคนผ่านมาตรฐานการประเมินอย่างใกล้ชิด (Home Study) เพื่อให้แน่ใจว่าเป็นบุคคลที่มีความเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดา โดยนำหลักเกณฑ์การประเมินในเรื่องเรื่องการรับบุตรบุญธรรมมาใช้ เว้นแต่ศาลจะยกเว้นการประเมินนั้นให้ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเคยมีบุตรมาแล้วอย่างน้อยหนึ่งคน และการจะตั้งครรภ์และคลอดบุตรอีกครั้งจะต้องไม่เป็นต้นเหตุให้เกิดความเสี่ยงเกินสมควรแก่ร่างกายหรือจิตใจของหญิงนั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเข้าทำสัญญาด้วยใจสมัครและเข้าใจเนื้อหาของสัญญา และต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าฝ่ายใดเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์รวมถึงกรณีหากมีการยุติสัญญาใครจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายนั้นด้วย

3.2.2.2 ผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

หากศาลเห็นว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 756(b) แล้ว ศาลก็อาจมีคำสั่งให้สัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นสมบูรณ์และให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาจากสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้น อย่างไรก็ดี กฎหมายก็ได้เปิดช่องไว้ให้ศาลอาจใช้ดุลพินิจพิจารณาปัจจัยอื่นเพิ่มเติม โดยกำหนดให้แม้ว่าการตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้ทำตามเงื่อนไขต่าง ๆ ครบแล้วก็ตาม ศาลก็มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการที่จะทำให้สัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นสมบูรณ์หรือไม่ก็ได้[109]

นอกจากจะได้กำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ให้ต้องทำตามแล้ว กฎหมายของรัฐเท็กซัสก็ยังได้กำหนดผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ศาลไม่ได้ทำให้สมบูรณ์ไว้ด้วย (Effect of Gestational Agreement that is not validated)[110] โดยกำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นไม่สามารถบังคับได้

---

(6) the parties have adequately provided for which party is responsible for all reasonable health care expenses associated with the pregnancy, including providing for who is responsible for those expenses if the agreement is terminated.

Sec. 160.756(c) If the court finds that the requirements of Subsection (b) are satisfied, the court may render an order validating the gestational agreement and declaring that the intended parents will be the parents of a child born under the agreement

109 Uniform Parentage Act Sec. 160.756(d) the court may validate the gestational agreement at the court's discretion. The court's determination of whether to validate the agreement is subject to review only for abuse of discretion.

110 Uniform Parentage Act Sec. 160.762.

(a) A gestational agreement that is not validated as provided by this subchapter is unenforceable, regardless of whether the agreement is in a record.

(b) The parent-child relationship of a child born under a gestational agreement that is not validated as provided by this subchapter is determined as otherwise provided by this chapter.

ไม่ว่าจะได้มีการทำเป็นหนังสือหรือไม่ และให้การกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรของเด็กที่เกิดจากสัญญาที่ไม่ได้รับการทำให้สมบูรณ์ดังกล่าวเป็นไปตามที่หลักเกณฑ์อื่นที่กำหนดไว้ในบท (Chapter) นี้ ซึ่งก็คือ Chapter 160 เรื่อง Uniform Parentage Act (UPA) ของประมวลกฎหมายครอบครัว (Family Code) นั่นเอง ซึ่งเมื่อพิจารณาหลักการในมาตรา 160.201 (a) ประกอบมาตรา 160.631. (a) ของ Uniform Parentage Act (UPA)[111] ซึ่งเป็นมาตราที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตร (Estiblishment of Parent-Child Relationaship) และการเปลี่ยนแปลงความเป็น

(c) A party to a gestational agreement that is not validated as provided by this subchapter who is an intended parent under the agreement may be held liable for the support of a child born under the agreement, even if the agreement is otherwise unenforceable.

(d) The court may assess filing fees, reasonable attorney's fees, fees for genetic testing, other costs, and necessary travel and other reasonable expenses incurred in a proceeding under this section. Attorney's fees awarded by the court may be paid directly to the attorney. An attorney who is awarded attorney's fees may enforce the order in the attorney's own name.

111 Sec. 160.201. Estiblishment of Parent-Child Relationaship

(a) The mother-child relationship is established between a woman and a child by:

(1) the woman giving birth to the child;

(2) an adjudication of the woman's maternity; or

(3) the adoption of the child by the woman.

(b) The father-child relationship is established between a man and a child by:

(1) an unrebutted presumption of the man's paternity of the child under Section 160.204;

(2) an effective acknowledgment of paternity by the man under Subchapter D, unless the acknowledgment has been rescinded or successfully challenged;

(3) an adjudication of the man's paternity;

(4) the adoption of the child by the man; or

(5) the man's consenting to assisted reproduction by his wife under Subchapter H, which resulted in the birth of the child.

Sec. 160.631. Rules for Adjudication of Paternity

(a) The court shall apply the rules stated in this section to adjudicate the paternity of a child.

(b) The paternity of a child having a presumed, acknowledged, or adjudicated father may be disproved only by admissible results of genetic testing excluding that man as the father of the child or identifying another man as the father of the child.

(c) Unless the results of genetic testing are admitted to rebut other results of genetic testing, the man identified as the father of a child under Section 160.505 shall be adjudicated as being the father of the child.

(d) Unless the results of genetic testing are admitted to rebut other results of genetic testing, a man excluded as the father of a child by genetic testing shall be adjudicated as not being the father of the child.

(e) If the court finds that genetic testing under Section 160.505 does not identify or exclude a man as the father of a child, the court may not dismiss the proceeding. In that event, the results of genetic testing and other evidence are admissible to adjudicate the issue of paternity.

บิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (Rules for Adjudication of Paternity) แล้วนั้น จะพบว่ากฎหมายของรัฐเท็กซัสกำหนดให้ความเป็นบิดานั้นสามารถเปลี่ยนแปลงได้โดยคำสั่งศาล หากพิสูจน์ได้ว่ามีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก ด้วยเหตุนี้ คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้ตนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กก็ได้ โดยการพิสูจน์ทางพันธุกรรมดังกล่าว

นอกจากนี้ แม้กฎหมายจะกำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนที่ศาลไม่ได้ทำให้สมบูรณ์ไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย แต่กฎหมายก็กำหนดให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจต้องรับผิดชอบค่าอุปการะเลี้ยงดู (Support) เด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นด้วย

ดังนี้จึงเห็นได้ว่ากฎหมายของรัฐเท็กซัสมีความใกล้เคียงกับกฎหมายแม่แบบของรัฐบาลกลางเป็นอย่างมาก โดยกำหนดเป็นเงื่อนไขต่าง ๆ ไว้เพื่อการขอให้ศาลรับรองการตั้งครรภ์แทนหนึ่ง ๆ และยังเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจเพิ่มเติมพิจารณาสิ่งอื่นนอกจากกฎหมายกำหนดได้ด้วย ในเรื่องผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ก็ให้กลับไปใช้หลักปกติของกฎหมายครอบครัว และเพิ่มความรับผิดชอบในค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ในลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายแม่แบบของรัฐบาลกลาง

3.2.3 รัฐเวอร์จิเนีย

รัฐเวอร์จิเนียรับเอาทางเลือก A ของ Uniform Status of Children of Assisted Conception Act ฉบับปี ค.ศ. 1991 ของรัฐบาลกลางสหรัฐบาลมาปรับใช้[112] โดยบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ในบทที่ 9 เรื่องสถานะของเด็กที่เกิดโดยอาศัยการช่วยการเจริญพันธุ์ อันเป็นส่วนหนึ่งของบรรพที่ 20 เรื่องความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ของประมวลกฎหมายเวอร์จิเนีย[113] โดยได้นิยามสัญญาตั้งครรภ์แทนไว้ว่า[114] เป็นสัญญาระหว่างคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามี(ถ้ามี) โดยหญิงที่ตั้งครรภ์แทนตกลงจะตั้งครรภ์และคลอดเด็กที่เกิดจากการช่วยการเจริญพันธุ์ และสละสิทธิความเป็นบิดามารดาและอำนาจปกครอง (Custody) ที่มีเหนือเด็กนั้นให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร และได้นิยามหญิงที่ตั้งครรภ์แทนว่าเป็นหญิงที่ตกลงจะตั้งครรภ์เพื่อคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร[115]

---

[112]Mary P Byrn และ Steven H. Synder, "The Use of Prebirth Order in Surrogacy Proceedings," Family Law Quarterly: 652.

[113] Code of Virginia, Title 20 - Domestic Relations, Chapter 9. Status of Children of Assisted Conception

[114] VA Code § 20-156 "Surrogacy contract" means an agreement between intended parents, a surrogate, and her husband, if any, in which the surrogate agrees to be impregnated through the use of assisted conception, to carry any resulting fetus, and to relinquish to the intended parents the custody of and parental rights to any resulting child.

[115] VA Code § 20-156 "Surrogate" means any adult woman who agrees to bear a child carried for intended parents

3.2.3.1 เงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน

ในกฎหมายของรัฐเวอร์จิเนียนั้นกำหนดให้ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน สามีของหญิง(ถ้ามี) และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร สามารถเข้าทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรระบุให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนสละสิทธิและหน้าที่ในฐานะมารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยการช่วยการเจริญพันธุ์ และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกลายเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กตามมาตรา 20-158 ข้อ D หรือ E[116] โดยได้รับรองให้มีการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนได้ใน 2 กรณี[117] คือ กรณีเมื่อสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นได้รับอนุญาตจากศาลก่อน และกรณีสัญญาตั้งครรภ์แทนได้รับการปรับปรุงจากศาลภายหลัง

กรณีแรกคือการขออนุญาตจากศาลก่อนนั้น คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับสามี (ถ้ามี) จะต้องร่วมกันทำคำร้องต่อศาลที่อย่างน้อยคู่สัญญาคนหนึ่งมีถิ่นที่อยู่ในเขตอำนาจศาลนั้น โดยแนบสำเนาสัญญาตั้งครรภ์แทนมาพร้อมคำร้องซึ่งคู่สัญญาทุกฝ่ายจะต้องลงลายมือชื่อในสัญญาและรับทราบต่อเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่กฎหมายให้อำนาจ หลังจากนั้นศาลจะได้สั่งให้มีการประเมินอย่างใกล้ชิด (Home Study) เพื่อพิจารณาว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องมีความเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดาหรือไม่ ก่อนที่ศาลจะพิจารณาคำร้องนั้น[118]

ศาลอาจอนุญาตให้มีการดำเนินการตามสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นได้หากศาลพิจารณาแล้วพบว่า มีการรายงานผลการประเมินอย่างใกล้ชิด (Home Study) ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับสามีมายังศาลแล้ว โดยบุคคลดังกล่าวได้ผ่านมาตรฐานความเหมาะสมตามหลักเกณฑ์การประเมินในเรื่องการรับบุตรบุญธรรม[119] ต้องปรากฏหลักฐานทางการแพทย์พิสูจน์

---

116 VA Code § 20-159 A. A surrogate, her husband, if any, and prospective intended parents may enter into a written agreement whereby the surrogate may relinquish all her rights and duties as parent of a child conceived through assisted conception, and the intended parents may become the parents of the child as provided in subsection D or E of § 20-158.

117 VA Code § 20-159 B. Surrogacy contracts shall be approved by the court as provided in § 20-160. However, any surrogacy contract that has not been approved by the court shall be governed by the provisions of §§ 20-156 through 20-159 and §§ 20-162 through 20-165 including the provisions for reformation in conformance with this chapter as provided in § 20-162.

118 VA Code § 20-160 A. Prior to the performance of assisted conception, the intended parents, the surrogate, and her husband shall join in a petition to the circuit court of the county or city in which at least one of the parties resides. The surrogacy contract shall be signed by all the parties and acknowledged before an officer or other person authorized by law to take acknowledgments.

A copy of the contract shall be attached to the petition. The court shall appoint a guardian ad litem to represent the interests of any resulting child and shall appoint counsel to represent the surrogate. The court shall order a home study by a local department of social services or welfare or a licensed child-placing agency, to be completed prior to the hearing on the petition.

119 VA Code § 20-160 B.1-3

ว่า หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเคยมีบุตรมาแล้วอย่างน้อยหนึ่งคนและการจะตั้งครรภ์และคลอดบุตรอีกครั้งจะต้องไม่เป็นต้นเหตุให้เกิดความเสี่ยงเกินสมควรแก่ร่างกายหรือจิตใจของหญิงนั้นหรือแก่เด็กที่จะเกิดมา[120] และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหญิงต้องไม่สามารถตั้งครรภ์ได้หรือหากตั้งครรภ์จะมีความเสี่ยงต่อสุขภาพร่างกายหรือจิตใจเป็นอย่างมากต่อหญิงนั้นหรือต่อเด็กที่จะเกิดมา[121] พิจารณาแล้วพบว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก[122] ส่วนฝ่ายหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นหากมีสามี สามีของหญิงต้องเข้าเป็นคู่สัญญาด้วย[123] ก่อนลงลายมือชื่อในสัญญาตั้งครรภ์แทนคู่สัญญาทุกฝ่ายได้รับการตรวจสุขภาพทั้งทางกายและทางจิตใจ[124] และได้รับคำปรึกษาเกี่ยวกับผลของการตั้งครรภ์แทนจากผู้เชี่ยวชาญ[125] คู่สัญญาทุกฝ่ายสมัครใจเข้าร่วมในสัญญาโดยเข้าใจเนื้อหาและผลของกระบวนการ และตระหนักดีว่าข้อตกลงใดก็ตามที่ให้มีการจ่ายค่าตอบแทนการตั้งครรภ์แทนนั้นตกเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้ (Void and

---

B.The court shall hold a hearing on the petition. The court shall enter an order approving the surrogacy contract and authorizing the performance of assisted conception for a period of twelve months after the date of the order, and may discharge the guardian ad litem and attorney for the surrogate upon finding that:

1. The court has jurisdiction in accordance with § 20-157;

2. A local department of social services or welfare or a licensed child-placing agency has conducted a home study of the intended parents, the surrogate, and her husband, if any, and has filed a report of this home study with the court;

3. The intended parents, the surrogate, and her husband, if any, meet the standards of fitness applicable to adoptive parents;

[120] VA Code § 20-160 B 6. The surrogate has had at least one pregnancy, and has experienced at least one live birth, and bearing another child does not pose an unreasonable risk to her physical or mental health or to that of any resulting child. This finding shall be supported by medical evidence;

[121] VA Code § 20-160 B 8. The intended mother is infertile, is unable to bear a child, or is unable to do so without unreasonable risk to the unborn child or to the physical or mental health of the intended mother or the child. This finding shall be supported by medical evidence;

[122] VA Code § 20-160 B 9. At least one of the intended parents is expected to be the genetic parent of any child resulting from the agreement;

[123] VA Code § 20-160 B 10. The husband of the surrogate, if any, is a party to the surrogacy agreement;

[124] VA Code § 20-160 B 7. Prior to signing the surrogacy contract, the intended parents, the surrogate, and her husband, if any, have submitted to physical examinations and psychological evaluations by practitioners licensed to perform such services pursuant to Title 54.1, and the court and all parties have been given access to the records of the physical examinations and psychological evaluations;

[125] VA Code § 20-160 B 11. All parties have received counseling concerning the effects of the surrogacy by a qualified health care professional or social worker, and a report containing conclusions about the capacity of the parties to enter into and fulfill the agreement has been filed with the court;

Unenforceable)[126] ในสัญญามีข้อตกลงรับรองการจ่ายเงินในค่าใช้จ่ายทางการแพทย์และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าปรากฏจะในรูปแบบของประกันภัย เงินสด เอสโครว์ซึ่งเป็นคนกลางอันเป็นตัวแทนอิสระจากคู่สัญญา ตราสารหนี้ หรือวิธีการอื่นใดที่คู่สัญญาเห็นพ้องต้องกัน รวมไปถึงการแบ่งกันรับผิดในกรณีสัญญายุติลงหรือมีการฝ่าฝืนสัญญา[127] และสัญญานั้นจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างเป็นสาระสำคัญแก่ประโยชน์ของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบ (Affected Persons)[128]

ต่อมาเมื่อเด็กเกิดมาจากสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ได้รับอนุญาตจากศาลแล้ว คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะต้องแจ้งศาลภายใน 7 วันนับจากเด็กเกิดพร้อมทั้งยื่นหลักฐานยืนยันทางการแพทย์ว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก ศาลจึงจะมีคำสั่งให้ออกใบสูติบัตรของเด็กใหม่โดยระบุชื่อคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น[129]

อย่างไรก็ดี รัฐเวอร์จิเนียยังได้ให้สิทธิแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมสามารถยุติสัญญา (Terminate) โดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 180 วันนับแต่การ

---

[126] VA Code § 20-160 B 4. All the parties have voluntarily entered into the surrogacy contract and understand its terms and the nature, meaning, and effect of the proceeding and understand that any agreement between them for payment of compensation is void and unenforceable;

[127] VA Code § 20-160 B 5. The agreement contains adequate provisions to guarantee the payment of reasonable medical and ancillary costs either in the form of insurance, cash, escrow, bonds, or other arrangements satisfactory to the parties, including allocation of responsibility for such costs in the event of termination of the pregnancy, termination of the contract pursuant to § 20-161, or breach of the contract by any party

[128] VA Code § 20-160 B 12. The agreement would not be substantially detrimental to the interests of any of the affected persons.

[129] VA Code § 20-160 D. Within seven days of the birth of any resulting child, the intended parents shall file a written notice with the court that the child was born to the surrogate within 300 days after the last performance of assisted conception. Upon the filing of this notice and a finding that at least one of the intended parents is the genetic parent of the resulting child as substantiated by medical evidence, the court shall enter an order directing the State Registrar of Vital Records to issue a new birth certificate naming the intended parents as the parents of the child pursuant to § 32.1-261.

If evidence cannot be produced that at least one of the intended parents is the genetic parent of the resulting child, the court shall not enter an order directing the issuance of a new birth certificate naming the intended parents as the parents of the child, and the surrogate and her husband, if any, shall be the parents of the child. The intended parents may obtain parental rights only through adoption as provided in Chapter 12 (§ 63.2-1200 et seq.) of Title 63.2.

กระทำขั้นสุดท้ายของการดำเนินการช่วยการเจริญพันธุ์[130] ซึ่งหากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนใช้สิทธิดังกล่าวก็จะมีผลตามมาในเรื่องความสัมพันธ์ต่อเด็กที่เกิดมาดังจะได้กล่าวต่อไป

3.2.3.2 ผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

เมื่อสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นได้รับการอนุญาตจากศาลและคู่สัญญาได้ยื่นคำร้องภายใน 7 วันนับแต่เด็กเกิดตามที่กฎหมายกำหนดแล้วคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็จะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น แต่หากศาลอนุญาตตามคำร้องขอยุติการตั้งครรภ์แทนที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนร้องขอแล้วหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับสามีของหญิงนั้นเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และหากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรต้องการจะเลี้ยงดูเด็กก็จะต้องไปใช้กระบวนการรับบุตรบุญธรรม[131]

กรณีสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ได้รับการอนุญาตจากศาลก่อนแล้ว แต่เมื่อต้องแจ้งต่อศาลภายหลังเด็กเกิดคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่มีพยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น กฎหมายก็ได้กำหนดผลไว้ว่ากรณีดังกล่าวไม่ให้ศาลมีคำสั่งให้ออกสูติบัตรใหม่ระบุชื่อคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและสามีของหญิงเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กด้วย[132]

ส่วนกรณีอื่น ๆ มาตรา 158 ข้อE[133] ก็ได้กำหนดผลในเรื่องความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้รับการอนุญาตจากศาลเอาไว้ โดย

---

130 VA Code § 20-161 B. Within 180 days after the last performance of any assisted conception, a surrogate who is also a genetic parent may terminate the agreement by filing written notice with the court. The court shall vacate the order entered pursuant to subsection B of § 20-160 upon finding, after notice to the parties to the agreement and a hearing, that the surrogate has voluntarily terminated the agreement and that she understands the effects of the termination.

131 VA Code § 20-158 D. 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 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.

132 VA Code § 20-160 D.

133 VA Code § 20-158 E. 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

ประการแรกให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ยกเว้นแต่ว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหญิงจะมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก กรณีนั้นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหญิงจะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

ประการที่สองถ้าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรคนใดคนหนึ่งมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายชายก็จะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กด้วย โดยมีข้อยกเว้นในกรณีที่หากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเลือกจะสงวนสิทธิที่ตนมีเหนือตัวเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 20-162 ไว้[134]และหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและสามีเข้าร่วมในสัญญาด้วย ดังนี้สามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ซึ่งตามมาตรา 20-162 นี้เป็นเรื่องสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้รับอนุญาตจากศาลอันจะได้กล่าวต่อไป แต่ที่มีความเกี่ยวข้องกับการกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรในกรณีนี้น่าจะหมายถึงระยะเวลา 3 วันที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนอาจสละสิทธิความเป็นบิดามารดาในตัวเด็กให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรได้ เมื่อกฎหมายกำหนดระยะเวลาไว้ดังนี้เมื่อพิจารณาประกอบมาตรานี้ก็อาจตีความได้ว่าหากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ได้กระทำการสละสิทธิเหนือตัวเด็กภายในระยะเวลาดังกล่าวเด็กนั้นก็จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนหากหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย และสามีได้เข้าร่วมในสัญญาตั้งครรภ์แทนด้วยนั่นเอง

ประการที่สามถ้าหากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเลย หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีที่สามีของหญิงเข้าร่วมในสัญญาด้วยนั้นสามี จะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะมีสิทธิความเป็นบิดามารดา (Parental Rights) ก็ด้วยการรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น

Chulalongkorn University

---

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.

134 VA Code § 20-162 3. Upon expiration of three 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. ซึ่งเดิมในกฎหมายที่บังคับใช้ตอนปี ค.ศ. 2006 นั้นได้กำหนดเวลาให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนสละสิทธิความเป็นมารดาไว้ 25 วันนับแต่เด็กเกิด แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 2010 ก็ได้แก้ไขให้เหลือเพียง 3 วัน

และประการสุดท้ายกรณีที่มีการยื่นแบบแสดงความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์ (Surrogate Consent) พร้อมรายงาน (Report Form) ที่สอดคล้องกับเงื่อนไขที่ปรากฏในมาตรา 20-162 A.[135] คู่สัญญาผู้ประ-สงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก โดยเงื่อนไขตามมาตรา 20-162 A นั้นได้กำหนดให้แบบแสดงความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องมีการลงลายมือชื่อต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่กฎหมายให้อำนาจ โดยจะต้องยื่น แบบแสดงความยินยอมและรายงาน สำเนาสัญญาตั้งครรภ์แทน เอกสารทางการแพทย์ที่ระบุความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมระหว่างเด็ก หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรซึ่งอย่างน้อยคนใดคนหนึ่งต้องมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก ต่อนายทะเบียนของรัฐ (State Registrar) ภายในระยะเวลา 180 วันนับแต่เด็กเกิด

สัญญาตั้งครรภ์แทนแบบที่สองที่พบในกฎหมายของรัฐเวอร์จิเนีย เกิดขึ้นเนื่องจากสัญญาตั้งครรภ์แทนไม่ได้รับอนุญาตจากศาลก่อนอย่างที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมี แต่เป็นกรณีที่

---

135 VA Code § 20-162. A. 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.

3. Upon expiration of three 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.

สัญญาตั้งครรภ์แทนได้รับการปรับปรุง (Reform) จากศาลภายหลังตามที่ปรากฏในมาตรา 20-162[136] ซึ่งวางหลักให้ปรับปรุงข้อสัญญาใดก็ตามที่พยายามจะลดทอดสิทธิหรือหน้าที่ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร หญิงที่ตั้งครรภ์แทนหรือสามีของหญิงนั้น(ถ้ามี) หรือสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยปรับให้เป็นไปตามเงื่อนไขต่าง ๆ ที่บท (Chapter) นี้กำหนดไว้ และข้อสัญญาที่มีการให้ค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนตกเป็นโมฆะและบังคับไม่ได้ (Void and Unenforceable) โดยสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ได้รับการปรับปรุงนี้จะสามารถบังคับและตีความไปได้เพียงที่กำหนด อันได้แก่ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามีกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร เป็นคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทนและสัญญาทำเป็นลายลักษณ์อักษรลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่ายและรับทราบต่อเจ้าหน้าที่แล้ว โดยภายใน 3 วันนับแต่วันที่เด็กเกิด[137] หญิงที่ตั้งครรภ์แทนอาจสละสิทธิความเป็นมารดาให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรได้ถ้าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก ซึ่งจะส่งผลให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย[138]เมื่อมีการออกใบสูติบัตรของเด็กใหม่ระบุชื่อของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และให้ตีความว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายได้อ่านและเข้าใจสิทธิหน้าที่ตามสัญญาเป็นอย่างดี[139] และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่าง ๆ อันจำเป็นต่อการตั้งครรภ์แทน รวมถึงการแบ่งกันรับผิดในกรณีมีการยุติสัญญาหรือละเมิดสัญญาด้วย[140]

กล่าวโดยสรุปก็คือ กฎหมายของรัฐเวอร์จิเนียกำหนดให้โดยหลักแล้วสัญญาตั้งครรภ์แทนต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน โดยกำหนดเงื่อนไขต่างๆเอาไว้อย่างชัดแจ้ง แต่ในกรณีที่ไม่ได้รับอนุญาตจากศาลซึ่งก็คือการไม่ทำตามที่กฎหมายกำหนดนั้น กฎหมายก็ยังได้กำหนดทางออกเอาไว้ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาบุตรโดยแบ่งเป็น 4 กรณีขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาทั้งหลายและเจตนาของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ประการที่สอง ให้ศาล

---

136 VA Code § 20-162. A., ibid

137 มีการแก้ไขในปี ค.ศ .2010 ให้ระยะเวลาสั้นลงจากเดิมที่กำหนดไว้ 25 วัน

138 VA Code § 20-162 B1. The intended parents shall be the parents of any resulting child only when the surrogate relinquishes her parental rights as provided in subdivision A 3of this section and a new birth certificate is established as provided insubdivision A 4 of this section and 32.1-261;

139 VA Code § 20-162 B2. Incorporation of this chapter and a statement by each of the parties that they have read and understood the contract, they know and understand their rights and responsibilities under Virginia law, and the contract was enteredinto knowingly and voluntarily; and

140 VA Code § 20-162 B3. A guarantee by the intended parents for payment of reasonable medical and ancillary costs either in the form of insurance, cash, escrow, bonds, or other arrangements satisfactory to the parties, including allocation of responsibility for such costs in the event of termination of the pregnancy,termination of the contract, or breach of the contract by any party.

สามารถปรับปรุงสัญญาตั้งครรภ์แทนได้ภายหลัง โดยกำหนดให้ใช้ได้เท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ นอกจากนี้ยังกำหนดให้ข้อตกลงในเรื่องค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นอันเสียไปเฉพาะข้อตกลงข้อนั้นด้วย

3.2.4 รัฐนิวแฮมป์เชียร์

รัฐนิวแฮมป์เชียร์ออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนใน ค.ศ. 1990[141] โดยบัญญัติอยู่ในบทที่ 168-B การตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) ซึ่งอยู่ในบรรพที่ 12 ความปลอดภัยสาธารณะและสวัสดิภาพ[142] โดยมีบทบัญญัติของกฎหมายวางกฎเกณฑ์ควบคุมการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนไว้อย่างรัดกุม คล้าย ๆ กับในกฎหมายของรัฐเวอร์จิเนีย โดยได้นิยามข้อตกลงตั้งครรภ์แทน ไว้ให้หมายถึง[143]สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์แทน สามีหรือคนรัก (Spouse or Partner)(ถ้ามี) กับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรโดยอาจมีเพียงคนเดียวหรือมีมากกว่าหนึ่งคนร่วมกันเป็นคู่สัญญาก็ได้ โดยเนื้อหาของสัญญากำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในข้อตกลงตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดชัดเจนถึงเพศหรือสถานะทางกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ว่าต้องเป็นชายกับหญิงหรือต้องเป็นคู่สมรสตามกฎหมายหรือไม่

3.2.4.1 เงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน

สัญญาตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายของรัฐนิวแฮมป์เชียร์นี้หมายถึงกระบวนการที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์เด็กโดยอาศัยกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ โดยใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรหรือของผู้บริจาค แต่ต้องไม่ใช่เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน และมีเจตนาให้เด็กที่คลอดออกมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร[144]

ในบทบัญญัติของกฎหมายได้กำหนดกฎเกณฑ์ขั้นต่ำให้ปฏิบัติตาม ซึ่งหากทำตามแล้วสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นจะเป็นสัญญาตามกฎหมายซึ่งจะได้รับการสันนิษฐานว่าสมบูรณ์และ

---

141 Mary P. Byrn and Steven H. Synder, “The Use of Prebirth Order in Surrogacy Proceedings,” Family Law Quarterly Volume 39, Number 3 (2005): 651.

142 New Hampshire Statutes Title XII - Public Safety and Welfare Chapter 168-B - Surrogacy

143 NH Stat § 168-B X. "Gestational carrier agreement" means a written contract between the gestational carrier, her spouse or partner, if any, and the intended parent or parents, that sets forth the obligations, rights, and duties of the parties to a gestational carrier arrangement.

144 NH Stat § 168-B XI. "Gestational carrier arrangement" means the process by which a gestational carrier attempts to become pregnant with a child through assisted reproduction using the gamete or gametes provided by the intended parent or parents and/or donor or donors, which may or may not be genetically related to the intended parent or parents, and to which the gestational carrier has made no genetic contribution, and carry and give birth to such a child with the intention that the child will be solely the legal child of the intended parent or parents.

สามารถบังคับได้และศาลสามารถบังคับให้ได้ตามกฎหมาย[145] โดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งยืนยันสถานะของสัญญาตั้งครรภ์แทน (An Order Affirming the Status of a Gestational Carrier Agreement) ได้ ศาลจะมีคำสั่งดังกล่าวได้หากพบว่าสัญญานั้นทำตามเงื่อนไขขั้นต่ำที่กำหนดอยู่ในมาตรา 168-B: 11 อันได้แก่[146] สัญญาทำเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นก่อนมีการดำเนินการทางการแพทย์เพื่อทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์ คู่สัญญาทุกฝ่ายต้องมีที่ปรึกษาทางกฎหมายในการทำสัญญา และหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับสามีหรือคู่รักต้องมีที่ปรึกษาทางกฎหมายแยกต่างหากจากของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร

สัญญาตั้งครรภ์แทนต้องปรากฏข้อตกลงชัดแจ้งว่า[147] หญิงที่ตั้งครรภ์แทนตกลงจะร่วมดำเนินการถ่ายโอนตัวอ่อนเพื่อตั้งครรภ์โดยกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์และคลอดเด็ก โดยจะ

---

145 NH Stat § 168-B: 10 to best protect all parties entering into a gestational carrier arrangement, a gestational carrier agreement shall meet the minimum requirements under RSA 168-B: 11. A gestational carrier agreement that conforms to these requirements is a legal contract that is presumed to be valid and enforceable and is legally enforceable by the court. The parties to a gestational carrier agreement may petition the court for an order affirming the status of a gestational carrier agreement. The court shall issue such an order upon a finding that the agreement meets the minimum requirements under RSA 168-B: 11.

146 NH Stat § 168-B:11 A gestational carrier agreement shall meet all of the following minimum requirements:

I. It shall be in writing.

II. It shall be executed prior to the commencement of any medical procedures to impregnate the gestational carrier.

III. All parties shall be represented by legal counsel regarding the gestational carrier agreement and the gestational carrier and her spouse or partner, if any, shall have legal counsel that is separate and independent from the legal counsel for the intended parents.

147 NH Rev Stat § 168-B: 11 IV. It shall expressly provide for the following:

(a) The express written agreement of the gestational carrier to:

(1) Undergo embryo transfer, become pregnant by means of assisted reproduction, and attempt to carry and give birth to the resulting child;

(2) Relinquish all rights, obligations, and duties as a parent of the resulting child; and

(3) Surrender physical custody of the resulting child to the intended parent or parents immediately upon birth of the child.

(b) The express written agreement of the gestational carrier's spouse or partner, if any, if such spouse or partner is a party to the agreement, to abide by the obligations imposed on the spouse or partner pursuant to the terms of the gestational carrier agreement, including, but not limited to, the relinquishment of all rights, obligations, and duties as a parent of the resulting child.

(c) The express written agreement of the intended parent or parents to:

(1) Accept sole rights, obligations, and duties as parent or parents of the resulting child;

สละสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ที่มีเหนือตัวเด็กที่เกิดมาและอำนาจปกครองเด็กทางกายภาพ (Physical Custody) ให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรทันทีที่เด็กเกิด ในกรณีที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีสามีและสามีเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาด้วยนั้นต้องมีข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้งว่าสามีหรือคู่รักของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนยอมรับความผูกพันต่าง ๆ ที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องทำตามข้อตกลงในสัญญาตั้งครรภ์แทนรวมไปถึง การสละสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ในฐานะเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น มีข้อความระบุให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีสิทธิหน้าที่เหนือตัวเด็กที่เกิดแต่เพียงผู้เดียวและจะเป็นผู้ปกครองดูแลเด็กตั้งแต่เด็กเกิดโดยไม่คำนึงถึงจำนวน เพศ สภาพจิตใจหรือร่างกายของเด็ก และมีความรับผิดชอบในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก (Responsibility for the Support of the Resulting Child) ทั้งนี้ สัญญาตั้งครรภ์แทนอาจมีค่าตอบแทนก็ได้[148] แต่จะต้องระบุรายละเอียดการจ่ายค่าตอบแทนอย่างสมเหตุสมผล (Reasonable Compensation) ซึ่งรวมถึง ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่ปรึกษากฎหมาย และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ในสัญญาตั้งครรภ์แทน สัญญาต้องมีข้อตกลงกำหนดรายละเอียดความรับผิดในความเสียหายที่เกิดแก่เด็กที่เกิดมาเนื่องจากการที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญาหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติในบทนี้ซึ่งก็คือ บท 168-B การตั้งครรภ์แทน และระบุว่าการตัดสินใจกรณีจะยุติการตั้งครรภ์จะสามารถทำได้อย่างไร

กฎหมายยังกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับคู่สัญญาแต่ละฝ่ายของสัญญาตั้งครรภ์แทนไว้ในมาตราอื่น ๆ โดยกำหนดให้ต้องผ่านการปรึกษาเกี่ยวกับสุขภาพจิต และได้รับคำปรึกษาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงในสัญญาตั้งครรภ์แทนและผลทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นจากที่ปรึกษากฎหมายคนละ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

(2) Accept sole physical custody of the resulting child immediately upon birth, regardless of number, gender, and/or physical or mental condition; and

(3) Assume sole responsibility for the support of the resulting child immediately upon birth.

(d) The express written agreement of all parties as to how reasonable compensation, if any, shall be paid to the gestational carrier, including, but not limited to, payment of the gestational carrier's reasonable medical, counseling, legal, and/or other expenses related to the gestational carrier arrangement.

(e) The express written agreement of all parties as to how, if the gestational carrier breaches a provision of this chapter or of the gestational carrier agreement, and such a breach causes harm to the resulting child, the gestational carrier will cover her potential liability for such harm, pursuant to RSA 168-B:18.

(f) The express written agreement of all parties as to how decisions regarding termination of the pregnancy shall be made

[148]168-B: 1 III. "Compensation" means payment of any reasonable, valuable consideration to the gestational carrier.

ที่กัน [149] หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องมีอายุไม่น้อยกว่า 21 ปี เคยคลอดบุตรมาแล้วอย่างน้อยหนึ่งครั้ง และต้องผ่านการตรวจร่างกายตามมาตรฐานตามแนวทางที่ the American Society for Reproductive Medicine กำหนด[150]

3.2.4.2 ผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

สัญญาตั้งครรภ์แทนที่ปฏิบัติตามเงื่อนไขขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดนั้น กฎหมายกำหนดให้เด็กที่เกิดโดยอาศัยการช่วยการเจริญพันธุ์และข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน (Gestational Carrier Arrangement) นั้น เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรตั้งแต่เด็กเกิด[151] หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามีไม่ใช่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น[152] นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติในมาตรา168-B:4[153] กำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข (the Requirements)

---

149 NH Stat § 168-B: 8 An intended parent of any child resulting from assisted reproduction and a gestational carrier arrangement shall meet each of the following requirements prior to any medical procedures to impregnate the gestational carrier:

I. He, she, or they have completed a mental health consultation.

II. He, she, or they have undergone legal consultation with independent legal counsel regarding the terms of the gestational carrier agreement and have been advised of the potential legal consequences of the gestational carrier agreement.

150 NH Stat § 168-B: 9 Prior to any medical procedures to impregnate the gestational carrier, a woman, intending to be a gestational carrier, shall meet all of the following requirements:

I. She is at least 21 years of age.

II. She has given birth to at least one child.

III. She has completed a physical medical evaluation, in substantial conformance with the guidelines set forth by the American Society for Reproductive Medicine, relating to the anticipated pregnancy.

IV. She has completed a mental health consultation.

V. She, and her spouse or partner, if any, have undergone legal consultation with independent legal counsel regarding the terms of the gestational carrier agreement and have been advised of the potential legal consequences of the gestational carrier agreement.

151 NH Stat § 168-B: 7 A child conceived as a result of assisted reproduction and a gestational carrier arrangement shall be the child solely of the intended parent or parents. The parental rights of physical custody shall vest with the intended parent or parents immediately upon the birth of the child.

152 NH Stat § 168-B:5 Neither a gestational carrier nor her spouse or partner, if any, shall be a parent of a child conceived as a result of assisted reproduction and a gestational carrier arrangement.

153 NH Stat § 168-B: 4 Noncompliance with the requirements of this chapter shall not affect the determination of parenthood under this chapter. , and

NH Rev Stat § 168-B: 16 Noncompliance by the gestational carrier, the gestational carrier's spouse or partner, if any, or by the intended parent or parents occurs when that party breaches a provision of this chapter and/or a provision of the gestational carrier agreement.

ที่กฎหมายกำหนดไว้ ไม่ให้กระทบการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาบุตรตามบท (Chapter) นี้[154]ซึ่งก็คือ บทที่ 168-B เรื่องการตั้งครรภ์แทนนั่นเอง ผลของการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายและฝ่าฝืนข้อตกลง ยังปรากฏในมาตรา168-B:17 โดยกำหนดให้ศาลมีอำนาจกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เว้นแต่ว่าในสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น[155]

ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาบุตรตามบทที่ 168-B นี้นั้น ปรากฏบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องการขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา (Parentage Order) ตามมาตรา 168-B:12 กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาตั้งครรภ์แทนอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาระบุว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรแต่เพียงฝ่ายเดียว และหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับสามีไม่ใช่บิดามารดาของเด็ก โดยอาจยื่นก่อน ขณะ หรือหลังจากที่มีการตั้งครรภ์ก็ได้ ทั้งนี้ศาลจะมีคำสั่งตามคำร้องหากพบว่าคู่สัญญาปฏิบัติตามเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญ (Substantially Complied with the Requirements) ที่เกี่ยวกับสัญญาตั้งครรภ์แทนที่กำหนดในบทนี้ โดยการมีคำสั่งนั้นจะทำให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรถูกระบุในใบสูติบัตรว่าเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กโดยตรง ไม่ใช่ชื่อของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนที่เป็นผู้คลอดบุตร ส่วนในกรณีที่ขาดการปฏิบัติตามเงื่อนไขในสาระสำคัญนั้น ศาลอาจใช้ดุลพินิจสั่งคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา (Parentage order) หากพบว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายมีเจตนาที่จะเข้าร่วมในสัญญาตั้งครรภ์แทนและประโยชน์สูงสุดของเด็กจะเกิดขึ้นได้ด้วยการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาตามนี้เท่านั้น ซึ่งคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาตามมาตรานี้เองจะเป็นส่วนสุดท้ายที่ก่อตั้งหรือยืนยันความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตร[156]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

154 ซึ่งมีระบุไว้อยู่ใน 3 มาตรา ได้แก่ NH Rev Stat § 168-B: 5 Neither a gestational carrier nor her spouse or partner, if any, shall be a parent of a child conceived as a result of assisted reproduction and a gestational carrier arrangement.

NH Stat § 168-B: 6 A donor shall not be a parent of a child conceived as a result of assisted reproduction and a gestational carrier arrangement.

NH Stat § 168-B: 7 A child conceived as a result of assisted reproduction and a gestational carrier arrangement shall be the child solely of the intended parent or parents. The parental rights of physical custody shall vest with the intended parent or parents immediately upon the birth of the child.

155 NH Stat § 168-B:17 Except as otherwise provided in this chapter, in the event of a party's noncompliance with the requirements of this chapter and/or with a provision of the gestational carrier agreement, the court shall determine the respective rights and obligations of the parties, unless the gestational carrier agreement provides otherwise.

156 NH Stat § 168-B:12 I. Any of the parties to a gestational carrier agreement may petition the circuit court for a parentage order declaring that the intended parent or parents are the sole parents of a child resulting from assisted reproduction and a gestational carrier arrangement, and that the gestational carrier and her spouse or

แม้ว่ารัฐนิวแฮมป์เชียร์จะไม่ได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดปัจจัยหรือแนวทางที่ให้ศาลใช้เพื่อพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ชัดแจ้ง ไม่ว่าจะเป็นกรณีการพิจารณาประโยชน์สูงสุดในเรื่องเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขนี้หรือแม้กระทั่งในการตัดสินข้อพิพาทในเรื่องอำนาจปกครองบุตร แต่ก็รัฐนิวแฮมป์เชียร์ก็มีแนวคำพิพากษาของศาล ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในข้อพิพาทเรื่องอำนาจปกครองบุตรที่อาจนำมาเทียบเคียงได้ โดยศาลจะคำนึงถึง ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาแต่ละคนกับบุตร ความสามารถของบิดามารดาในการจัดการให้เด็กอยู่ในสภาวะแวดล้อมที่ดี ความสามารถในการเอาใจใส่ดูแลเด็ก การปรับตัวของเด็กและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากความเปลี่ยนแปลง ความสมัครใจของบิดามารดาฝ่ายหนึ่งในการให้เด็กได้ติดต่อกับบิดามารดาอีกฝ่าย[157]

วิธีการของรัฐนิวแฮมป์เชียร์ในปัจจุบัน อาจสรุปได้ว่ามีลักษณะเบื้องต้นคล้ายกับการกำหนดเงื่อนไขในการทำสัญญาดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ โดยหากทำตามแล้วกฎหมายก็จะสันนิษฐานว่าสัญญานั้นสมบูรณ์และสามารถบังคับได้ และเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร นอกจากนี้กฎหมายของรัฐนิวแฮมป์เชียร์ยังได้กำหนดผลของการไม่ทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยกำหนดให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และศาลก็

---

partner, if any, are not the parent or parents of such a child. Such a petition may be brought in the circuit court in the county where the gestational carrier resides, where the intended parent or parents reside, or where the resulting child is born or is expected to be born. Such a petition may be brought either before, during, or subsequent to the pregnancy. The court shall, within 30 days, grant the petition upon a finding that the parties have substantially complied with the requirements of this chapter pertaining to the execution of a gestational carrier agreement. Sworn affidavits demonstrating substantial compliance shall be sufficient to permit such a finding and a hearing shall not be required unless the court requires additional information which cannot reasonably be ascertained without a hearing. In the absence of such substantial compliance, the court may in its discretion issue such parentage order upon a finding that the parties intended to enter into a gestational carrier arrangement and the best interests of the child would be met by permitting parentage to be established in this manner. Such parentage orders issued under this section shall conclusively establish or affirm, where applicable, the parent-child relationship.

II. Upon the request of any party, such parentage order shall direct that the certificate of birth name the intended parent or parents as the sole parent or parents of the resulting child and that such a certificate of birth shall not name the gestational carrier or her spouse or partner, if any, as the parent or parents of the resulting child.

157 Debrina Washington. "Child Custody in New Hampshire." [Online]. Available from: http://singleparents.about.com/od/childcustodylaws/a/new_hampshire_child_custody.htm [12 December 2016.]

สามารถใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาได้หากเห็นว่าทุกฝ่ายมีเจตนาที่จะเข้าร่วมในสัญญาและจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก

3.2.5 รัฐอิลลินอยส์

รัฐอิลลินอยส์มีกฎหมายการตั้งครรภ์แทน (Gestational Surrogacy Act) ในปี ค.ศ. 2004[158] โดยกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ให้คู่สัญญาต้องกระทำตาม โดยไม่มีเงื่อนไขให้ต้องขออนุญาตศาลก่อนทำสัญญา โดยปัจจุบันกำหนดอยู่ใน Gestational Surrogacy Act อันเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายของรัฐ บทที่ 750 เรื่องครอบครัว[159]

3.2.5.1 เงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทนตามความหมายที่บทบัญญัติของกฎหมายได้นิยามไว้คือการที่หญิงคนหนึ่งทำการตั้งครรภ์และให้กำเนิดเด็กโดยอาศัยการปฏิสนธิภายนอกจากการใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคน โดยไม่ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน[160] และสัญญาตั้งครรภ์แทนหมายถึงสัญญาลายลักษณ์อักษรที่ระบุเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนนั่นเอง[161]

กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนไว้ซึ่งหากปฏิบัติตามแล้วกฎหมายจะสันนิษฐานว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย เงื่อนไขดังกล่าวได้แก่[162]

---

158 Mary P Byrn และ Steven H. Synder, "The Use of Prebirth Order in Surrogacy Proceedings," Family Law Quarterly: 654.

159 Chapter 750 – FamiliesS 750 ILCS 47/ - Gestational Surrogacy Act.

160 750 ILCS 47/10 "Gestational surrogacy" means the process by which a woman attempts to carry and give birth to a child created through in vitro fertilization using the gamete or gametes of at least one of the intended parents and to which the gestational surrogate has made no genetic contribution.

161 750 ILCS 47/10 "Gestational surrogacy contract" means a written agreement regarding gestational surrogacy.

162 750 ILCS 47/25 (a) A gestational surrogacy contract shall be presumed enforceable for purposes of State law only if:

(1) it meets the contractual requirements set forth in subsection (b) of this Section; and

(2) it contains at a minimum each of the terms set forth in subsection (c) of this Section.

(b) A gestational surrogacy contract shall meet the following requirements:

(1) it shall be in writing;

(2) it shall be executed prior to the commencement of any medical procedures (other than medical or mental health evaluations necessary to determine eligibility of the parties pursuant to Section 20 of this Act) in furtherance of the gestational surrogacy:

(i) by a gestational surrogate meeting the eligibility requirements of subsection (a) of Section 20 of this Act and, if married, the gestational surrogate's husband; and

คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร โดยในกรณีคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรสมรสแล้วนั้น ทั้งสามีและภรรยาจะต้องเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาด้วย ต้องเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด ตกลงเข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามี (ถ้ามี) สัญญาตั้งครรภ์แทนทำเป็นลายลักษณ์อักษรตั้งแต่ก่อนมีการดำเนินการทางการแพทย์ใด ๆ นอกเหนือไปจากการประเมินสุขภาพกายและสุขภาพจิตที่จำเป็นเพื่อตรวจดูความเหมาะสมของคู่สัญญาตามมาตรา 20 คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องมีตัวแทนเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายจากคนละที่แยกต่างหากจากกันในการดำเนินการในทุกขั้นตอนของการตั้งครรภ์แทนและการทำสัญญา

(ii) by the intended parent or parents meeting the eligibility requirements of subsection (b) of Section 20 of this Act. In the event an intended parent is married, both husband and wife must execute the gestational surrogacy contract;

(3) each of the gestational surrogate and the intended parent or parents shall have been represented by separate counsel in all matters concerning the gestational surrogacy and the gestational surrogacy contract;

(3.5) each of the gestational surrogate and the intended parent or parents shall have signed a written acknowledgement that he or she received information about the legal, financial, and contractual rights, expectations, penalties, and obligations of the surrogacy agreement;

(4) if the gestational surrogacy contract provides for the payment of compensation to the gestational surrogate, the compensation shall have been placed in escrow with an independent escrow agent prior to the gestational surrogate's commencement of any medical procedure (other than medical or mental health evaluations necessary to determine the gestational surrogate's eligibility pursuant to subsection (a) of Section 20 of this Act); and

(5) it shall be witnessed by 2 competent adults.

(c) A gestational surrogacy contract shall provide for:

(1) the express written agreement of the gestational surrogate to:

(i) undergo pre-embryo transfer and attempt to carry and give birth to the child; and

(ii) surrender custody of the child to the intended parent or parents immediately upon the birth of the child;

(2) if the gestational surrogate is married, the express agreement of her husband to:

(i) undertake the obligations imposed on the gestational surrogate pursuant to the terms of the gestational surrogacy contract;

(ii) surrender custody of the child to the intended parent or parents immediately upon the birth of the child;

(3) the right of the gestational surrogate to utilize the services of a physician of her choosing, after consultation with the intended parents, to provide her care during the pregnancy; and

(4) the express written agreement of the intended parent or parents to:

(i) accept custody of the child immediately upon his or her birth; and

(ii) assume sole responsibility for the support of the child immediately upon his or her birth.

รัฐอิลลินอยส์อนุญาตให้มีค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายในทางการแพทย์และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่จำเป็นในการตั้งครรภ์และคลอดบุตรได้หากเป็นค่าตอบแทนที่สมเหตุสมผล[163] โดยค่าตอบแทนนั้นจะต้องนำมาวางไว้ที่คนกลางอันเป็นตัวแทนอิสระจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย (An Independent Escrow Agent) ก่อนมีการดำเนินการทางการแพทย์ใด ๆ แต่ไม่รวมถึงการประเมินคุณสมบัติของคู่สัญญาตามมาตรา 20 และจะต้องมีพยานการทำสัญญา 2 คน

เนื้อหาของสัญญาจะต้องแสดงอย่างชัดแจ้งว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนตกลงจะร่วมดำเนินการถ่ายโอนตัวอ่อนเพื่อตั้งครรภ์โดยกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์และคลอดเด็ก โดยจะสละสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ที่มีเหนือตัวเด็กและอำนาจปกครองเด็ก (Custody) ที่เกิดมานั้น ให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรทันทีที่เด็กเกิด ต้องมีข้อตกลงระบุว่าสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน (ถ้ามี) ผูกพันตนเองในความผูกพันต่าง ๆ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องกระทำตามที่ตกลงในสัญญาตั้งครรภ์แทน และสละสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ในฐานะเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น สัญญาต้องให้สิทธิหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในการใช้บริการทางการแพทย์กับแพทย์ที่หญิงนั้นเลือกเพื่อดูแลหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในระหว่างตั้งครรภ์ สัญญาต้องระบุให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะมีอำนาจปกครองบุตร (Custody) และมีความรับผิดชอบในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมา (Responsibility for the Support of the Child) แต่เพียงผู้เดียวทันทีที่เด็กเกิด

คุณสมบัติของบุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญานั้นถูกกำหนดไว้เช่นกัน โดยกำหนดให้ ณ เวลาที่ทำสัญญานั้น หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะต้องมีอายุไม่น้อยกว่า 21 ปี เคยคลอดบุตรมาแล้วอย่างน้อยหนึ่งครั้ง ผ่านการตรวจสภาพร่างกายและจิตใจ ได้รับคำปรึกษาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาและผลที่อาจเกิดขึ้นจากสัญญานั้น มีประกันสุขภาพที่ครอบคลุมการรักษาพยาบาลและมีข้อสัญญาให้สามารถยืดระยะเวลาไปครอบคลุมไปถึง 8 สัปดาห์หลังจากเวลาที่คลอดบุตร โดยประกันสุขภาพนี้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจเป็นผู้ทำขึ้นในนามของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็ได้[164] ฝ่ายของ

---

163 750 ILCS 47/10 "Compensation" means payment of any valuable consideration for services in excess of reasonable medical and ancillary costs. และ 750 ILCS 47/25 (d) A gestational surrogacy contract shall be presumed enforceable for purposes of State law even though it contains one or more of the following provisions: (3) the agreement of the intended parent or parents to pay the gestational surrogate reasonable compensation; (4) the agreement of the intended parent or parents to pay for or reimburse the gestational surrogate for reasonable expenses (including, without limitation, medical, legal, or other professional expenses) related to the gestational surrogacy and the gestational surrogacy contract.

164 750 ILCS 47/20 (a) A gestational surrogate shall be deemed to have satisfied the requirements of this Act if she has met the following requirements at the time the gestational surrogacy contract is executed:

(1) she is at least 21 years of age;

คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องเป็นบุคคลที่มีความจำเป็นทางการแพทย์ที่จะต้องอาศัยการตั้งครรภ์แทนเท่านั้น โดยในการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนนั้นจะต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคน คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรต้องผ่านการตรวจสุขภาพจิตและได้รับคำปรึกษาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาและผลที่อาจเกิดขึ้นจากสัญญานั้น[165]

3.2.5.2 ผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

กฎหมายได้กำหนดให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ปฏิบัติตามเงื่อนไขทั้งในส่วนเนื้อหาของสัญญาและคุณสมบัติของบุคคลที่เกี่ยวข้องเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรตั้งแต่ถือกำเนิดและสิทธิต่าง ๆ ในฐานะเป็นบิดามารดารวมถึงอำนาจปกครองบุตร (Custody) ตกอยู่กับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเพียงผู้เดียว[166] และถึงแม้ว่าจะมีความผิดพลาดของ

---

(2) she has given birth to at least one child;

(3) she has completed a medical evaluation;

(4) she has completed a mental health evaluation;

(5) she has undergone legal consultation with independent legal counsel regarding the terms of the gestational surrogacy contract and the potential legal consequences of the gestational surrogacy; and

(6) she has obtained a health insurance policy that covers major medical treatments and hospitalization and the health insurance policy has a term that extends throughout the duration of the expected pregnancy and for 8 weeks after the birth of the child; provided, however, that the policy may be procured by the intended parents on behalf of the gestational surrogate pursuant to the gestational surrogacy contract.

165 750 ILCS 47/20 (b) The intended parent or parents shall be deemed to have satisfied the requirements of this Act if he, she, or they have met the following requirements at the time the gestational surrogacy contract is executed:

(1) he, she, or they contribute at least one of the gametes resulting in a pre-embryo that the gestational surrogate will attempt to carry to term;

(2) he, she, or they have a medical need for the gestational surrogacy as evidenced by a qualified physician's affidavit attached to the gestational surrogacy contract and as required by the Illinois Parentage Act of 2015;

(3) he, she, or they have completed a mental health evaluation; and

(4) he, she, or they have undergone legal consultation with independent legal counsel regarding the terms of the gestational surrogacy contract and the potential legal consequences of the gestational surrogacy.

166 750 ILCS 47/15 (b) In the case of a gestational surrogacy satisfying the requirements set forth in subsection (d) of this Section:

(1) the intended mother shall be the mother of the child for purposes of State law immediately upon the birth of the child;

(2) the intended father shall be the father of the child for purposes of State law immediately upon the birth of the child;

ห้องปฏิบัติการที่ทำให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร เด็กนั้นก็จะยังถือเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอยู่ดี เว้นแต่ว่าศาลที่มีเขตอำนาจจะได้ตัดสินเป็นอย่างอื่น[167]

นอกจากนี้กฎหมายยังได้กำหนดผลในกรณีที่สัญญาตั้งครรภ์แทนไม่ได้ทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ไว้ในมาตรา 25 ข้อ (e) ด้วย โดยกำหนดให้ศาลตัดสินความเป็นบิดามารดาจากหลักฐานที่แสดงถึงเจตนาของคู่สัญญาทุกฝ่ายในสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้น[168]

โดยสรุปแล้ว กฎหมายของรัฐอิลลินอยส์มีการกำหนดเงื่อนไขของสัญญาตั้งครรภ์แทน ซึ่งหากทำตามแล้วกฎหมายจะสันนิษฐานว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย และเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับการกำหนดเงื่อนไขในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ของไทย โดยมีการบัญญัติเรื่องข้อผิดพลาดของห้องปฏิบัติการไว้เป็นพิเศษด้วย นอกจากนี้ยังกำหนดผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยให้ศาลพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญาทุกฝ่ายเป็นสำคัญ

---

(3) the child shall be considered the legitimate child of the intended parent or parents for purposes of State law immediately upon the birth of the child;

(4) parental rights shall vest in the intended parent or parents immediately upon the birth of the child;

(5) sole custody of the child shall rest with the intended parent or parents immediately upon the birth of the child; and

(6) Neither the gestational surrogate nor her husband, if any, shall be the parents of the child for purposes of State law immediately upon the birth of the child.

(d) The parties to a gestational surrogacy shall assume the rights and obligations of subsections (b) and (c) of this Section if:

(1) the gestational surrogate satisfies the eligibility requirements set forth in subsection (a) of Section 20;

(2) the intended parent or parents satisfy the eligibility requirements set forth in subsection (b) of Section 20; and

(3) the gestational surrogacy occurs pursuant to a gestational surrogacy contract meeting the requirements set forth in Section 25

167 750 ILCS 47/15 (c) In the case of a gestational surrogacy meeting the requirements set forth in subsection (d) of this Section, in the event of a laboratory error in which the resulting child is not genetically related to either of the intended parents, the intended parents will be the parents of the child for purposes of State law unless otherwise determined by a court of competent jurisdiction.

168 750 ILCS 47/25 (e) In the event that any of the requirements of this Section are not met, a court of competent jurisdiction shall determine parentage based on evidence of the parties' intent.

3.2.6 รัฐนิวยอร์ก

รัฐนิวยอร์กมีองค์กรชื่อว่า The New York State Task Force on Life and the Law หรือเรียกสั้น ๆ ว่า “Task Force” เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นเพื่อช่วยเหลือรัฐในการพัฒนานโยบายของรัฐในเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับการแพทย์ กฎหมายและศีลธรรม โดยรวบรวมเอาผู้เชี่ยวชาญในแขนงต่าง ๆ ทั้งทางด้านกฎหมาย ด้านศาสนา ด้านปรัชญา และด้านอื่น ๆ โดยรายงานความเห็นของ Task Force ในเรื่องต่าง ๆ รวมถึงเรื่องเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ได้ส่งอิทธิพลทั้งต่อการร่างกฎหมายของนิติบัญญัติและการตัดสินของศาลเป็นอย่างมาก[169] ในเรื่องการกำหนดความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น Task Force ก็ได้แสดงความเห็นไว้ในรายงาน Assisted Reproductive Technologies: Analysis and Recommendations for Public Policy 1998 โดยให้ความเห็นว่า การกำหนดสิทธิหน้าที่ของบิดามารดาในสัญญาตั้งครรภ์แทน (Gestational Surrogacy) นั้นควรจะสะท้อนถึงความเป็นบิดามารดาโดยทั้งในทางทฤษฎีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมและทฤษฎีการให้กำเนิด ถ้าภายหลังเด็กเกิด มารดาทางพันธุกรรมและมารดาผู้ให้กำเนิดได้ตกลงกันว่าให้มารดาทางผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาแต่เพียงผู้เดียว กฎหมายก็ควรมีกระบวนการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยไม่จำต้องไปใช้กระบวนการรับบุตรบุญธรรม

และยังกล่าวต่อไปถึงกรณีที่ทั้งมารดาผู้ให้กำเนิดและมารดาทางพันธุกรรมอ้างสิทธิความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ก็ควรให้หญิงแต่ละคนมีฐานะเป็นมารดาทางชีววิทยา (Biological Parent) เพื่อเข้าเป็นตัวเลือกการพิจารณาเรื่องความปกครอง (Custody) และสิทธิอื่น ๆ อันเกี่ยวกับเด็ก โดยศาลควรตัดสินข้อพิพาทเหมือนอย่างที่ตัดสินในกรณีข้อพิพาทระหว่างบิดามารดาทางชีววิทยาในครอบครัวทั่วไป ซึ่งก็คือตัดสินบนฐานของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก[170] และได้แสดง

---

169 “Established in 1985 by Governor Mario Cuomo, the New York State Task Force on Life and the Law ("Task Force") consists of 23 Governor-appointed experts who volunteer their time to assist the State in developing public policy on issues arising at the interface of medicine, law, and ethics The Task Force is comprised of leaders in the fields of religion, philosophy, law, medicine, nursing, and bioethics, and is chaired by New York State's Commissioner of Health. The Task Force has produced influential reports on cutting-edge bioethics issues, including the withholding and withdrawing of life-sustaining treatment, assisted reproductive technologies, organ transplantation, dietary supplements, assisted suicide, genetic testing, and the allocation of ventilators in an influenza pandemic.” New York Department of Health. "Task Force on Life and the Law." [Online]. Available from: https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/ [26 November 2016]

170 The New York State Task Force on Life and the Law. "Surrogate Parenting: Analysis and Recommendations for Public Policy." [Online]. Available from: https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/docs/surrogate_parenting.pdf [26 October 2016.]

ความเห็นต่อไปว่า โดยปกติแล้วควรจะมีเพียงฝ่ายเดียวที่ควรจะมีอำนาจปกครองและสิทธิความเป็นมารดาอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม สถานะของมารดาทางชีววิทยาอีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่ควรยุติไป นอกเสียจากจะปรากฏเหตุอันสมควรที่จะให้ยุติไป[171]

3.2.6.1 เงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน

ในปี ค.ศ. 1992 ได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนขึ้น โดยได้รับอิทธิพลมาจากข้อเสนอที่ Task Force เสนอให้ห้ามไม่ให้มีการทำสัญญาและให้สัญญาตกเป็นโมฆะ อันเป็นข้อเสนอก่อนที่ Task Force จะมีการทำรายงาน Assisted Reproductive Technologies: Analysis and Recommendations for Public Policy ในปี 1998 และหลักเกณฑ์ดังกล่าวปัจจุบันปรากฏอยู่ในกฎเกณฑ์เรื่องความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ส่วนที่ 8 สัญญาตั้งครรภ์แทน[172]

บทบัญญัติของกฎหมายของรัฐนิวยอร์กนิยามสัญญาตั้งครรภ์แทนให้รวมถึงข้อตกลงที่ไม่ว่าจะทำด้วยวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ว่าจะโดยวิธีการปฏิสนธิภายในหรือภายนอกอันหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นตั้งใจจะสละสิทธิในตัวเด็กหรือตั้งใจจะให้ความยินยอมในกระบวนการรับบุตรบุญธรรม[173] โดยได้กำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือนโยบายของรัฐ (Public Policy) ตกเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้ (Void and Unenforceable)[174] และยังกำหนดโทษปรับ (Civil Penalty) แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์อีกด้วย[175]

---

171 New York Department of Health. "Reports and Publications." [Online]. Available from: https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/execsum.htm [28 October 2016]

172 New York Laws - Domestic Relations Article 8 - (Domestic Relations) Surrogate Parenting Contracts

173 NY Dom Rel L § 121 "Surrogate parenting contract" shall mean any agreement, oral or written, in which:
(a) a woman agrees either to be inseminated with the sperm of a man who is not her husband or to be impregnated with an embryo that is the product of an ovum fertilized with the sperm of a man who is not her husband; and
(b) the woman agrees to, or intends to, surrender or consent to the adoption of the child born as a result of such insemination or impregnation.

174 NY Dom Rel L § 122 Surrogate parenting contracts are hereby declared contrary to the public policy of this state, and are void and unenforceable.

175 NY Dom Rel L § 123. Prohibitions and penalties. 1. No person or other entity shall knowingly request, accept, receive, pay or give any fee, compensation or other remuneration, directly or indirectly, in connection with any
surrogate parenting contract, or induce, arrange or otherwise assist in arranging a surrogate parenting contract for a fee, compensation or other remuneration, except for:

3.2.6.2 ผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

กฎหมายไม่ได้บัญญัติเรื่องผลของการไม่ทำตามกฎหมายในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนเอาไว้โดยตรง แต่กำหนดไว้ในมาตรา 124[176] ว่า ในกระบวนพิจารณาของศาลในข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิ สถานะความเป็นบิดามารดาหรือความผูกพันใด ๆ เหนือเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรหรือบิดามารดาของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ไม่ให้ศาลนำเอาเหตุที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเข้าร่วมในสัญญามาเป็นผลร้ายกับสิทธิ สถานะความเป็นบิดามารดาและความผูกพันใด ๆ ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้น และโดยคำนึงถึงความสามารถ

(a) payments in connection with the adoption of a child permitted by subdivision six of section three hundred seventy-four of the social services law and disclosed pursuant to subdivision eight of section one hundred fifteen of this chapter; or

(b) payments for reasonable and actual medical fees and hospital expenses for artificial insemination or in vitro fertilization services incurred by the mother in connection with the birth of the child.

2. (a)A birth mother or her husband, a genetic father and his wife, and, if the genetic mother is not the birth mother, the genetic mother and her husband who violate this section shall be subject to a civil penalty not to exceed five hundred dollars.

(b)Any other person or entity who or which induces, arranges or otherwise assists in the formation of a surrogate parenting contract for a fee, compensation or other remuneration or otherwise violates this section shall be subject to a civil penalty not to exceed ten thousand dollars and forfeiture to the state of any such fee, compensation or remuneration in accordance with the provisions of subdivision (a) of section seven thousand two hundred one of the civil practice law and rules, for the first such offense. Any person or entity who or which induces, arranges or otherwise assists in the formation of a surrogate parenting contract for a fee, compensation or other remuneration or otherwise violates this section, after having been once subject to a civil penalty for violating this section, shall be guilty of a felony.

[176] NY Dom Rel L § 124. Proceedings regarding parental rights, status or obligations. In any action or proceeding involving a dispute between the birth mother and (i) the genetic father, (ii) the genetic mother, (iii) both the genetic father and genetic mother, or (iv) the parent or parents of the genetic father or genetic mother, regarding parental rights, status or obligations with respect to a child born pursuant to a surrogate parenting contract:

1. the court shall not consider the birth mother's participation in a surrogate parenting contract as adverse to her parental rights, status, or obligations; and

2. the court, having regard to the circumstances of the case and of the respective parties including the parties' relative ability to pay such fees and expenses, in its discretion and in the interests of justice, may award to either party reasonable and actual counsel fees and legal expenses incurred in connection with such action or proceeding. Such award may be made in the order or judgment by which the particular action or proceeding is finally determined, or by one or more orders from time to time before the final order or judgment, or by both such order or orders and the final order or judgment; provided, however, that in any dispute involving a birth mother who has executed a valid surrender or consent to the adoption, nothing in this section shall empower a court to make any award that it would not otherwise be empowered to direct.

ของคู่สัญญาและความยุติธรรม ศาลอาจให้ค่าใช้จ่ายหรือค่าธรรมเนียมในการดำเนินการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องบางประการตั้งครรภ์แทนบางประการ

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรของรัฐนิวยอร์กจะแสดงไว้อย่างชัดแจ้งว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนตกเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้ (Void and Unenforceable) แต่ผลต่อเด็กนั้นกลับไม่แน่นอน เห็นได้จากที่ปรากฏในคดีต่างๆ เช่น คดี Andres A. V. Judith N.[177] ศาลยอมรับให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายชายที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่ไม่ให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหญิงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแม้ว่าจะมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กก็ตามเนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องความเป็นมารดาไม่ให้อำนาจศาล แต่ในสองปีต่อมา ในคดี Arredondo V. Nodelman[178] ที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งให้พวกเขาเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทน แม้ศาลชั้นต้นจะได้ตัดสินตามหลักการในคดีก่อนหน้าว่าศาลไม่มีอำนาจในการสั่งคำร้องความเป็นมารดานั้น แต่ต่อมาศาลสูงของรัฐนิวยอร์กก็ได้กลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นกำหนดให้หญิงที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนั้นเป็นมารดาของเด็กที่เกิดมาด้วย โดยในการพิจารณานี้ศาลไม่ได้พิจารณาแค่บทบัญญัติของกฎหมาย แต่พิจารณาโดยคำนึงถึงหลักความยุติธรรม (Equity)[179]ด้วย โดยมองว่าข้อเท็จจริงของคดีในเรื่องนี้ไม่มีใครคัดค้านคำขอดังกล่าวของผู้ร้อง[180] และตัดสินบนฐานความคิดของทฤษฎีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก[181]

ต่อมาเมื่อ Task Force มีรายงาน Assisted Reproductive Technologies: Analysis and Recommendations for Public Policy แสดงความเห็นในเรื่องการตั้งครรภ์แทนออกมาในปี ค.ศ. 1998 ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น ความเห็นในเรื่องการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของมารดาในการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวก็ได้ส่งผลต่อการพิพากษาคดีของศาลในช่วงต่อมา

---

177 Andres A. V. Judith N., 156 Misc. 2d 65, 591 N.Y.S.2d 946 (Fam. Ct. 1992)

178 Arredondo v. Nodelman, 163 Misc. 2d 757, 622 N.Y.S.2d 181 (Sup. Ct. 1994)

179 “หลักความยุติธรรมถูกสร้างขึ้นเพื่อแก้ไขความไม่พอเพียงหรือความไม่ยุติธรรมของกฎหมาย คือเมื่อกฎหมายไม่สามารถใช้ได้ในสถานการณ์หนึ่ง ความยุติธรรมจะถูกนำมาใช้แก้ปัญหาเฉพาะกรณีไป เป็นหลักกฎหมายที่พบในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีโดยเป็นหลักที่ใช้เป็นส่วนเสริมหรือแก้ไขความเข้มงวดของกฎหมาย” วิศว พัวเทพนิมิตร, "บทบาทของศาลในการชี้ขาดข้อพิพาทโดยหลักแห่งความเป็นธรรม" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550) หน้า 4-22.

180 Mary P Byrn และ Steven H. Synder, "The Use of Prebirth Order in Surrogacy Proceedings," Family Law Quarterly: 658.

181 Browne C Lewis, "Due Date: Enforcing Surrogacy Promises in the Best Interest of the Child," St. John's Law Review : 913.

ในปีค.ศ. 2011 ก็มีคดี T. V. v. New York State Dept. of Health[182] ศาลก็ได้กล่าวอ้างถึงรายงานของ Task Force ฉบับนี้ รวมถึงอ้างคำพิพากษาคดี Arredondo V. Nodelman ในคดีนี้คู่สัญญาขอให้ศาลประกาศว่าตนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาจากสัญญาตั้งครรภ์แทน ซึ่งศาลเห็นว่าศาลมีอำนาจสามารถกระทำได้ กล่าวคือศาลมีอำนาจที่จะมีคำสั่งกำหนดความเป็นมารดาได้ในกรณีที่หญิงที่เป็นคู่สัญญามีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก โดยมองว่าเมื่อกฎหมายบัญญัติให้สิทธิชายให้สามารถพิสูจน์ความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายจากความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมได้แล้ว การที่ไม่ให้สิทธิแก่หญิงในการกระทำการเช่นเดียวกันนั้น เป็นการอันขัดต่อหลักศุภนิติกระบวนและการคุ้มครองอย่างเท่าเทียม (the Due Process and Equal Protection Clauses)

มีข้อสังเกตอีกเล็กน้อยว่า การนำหลักความยุติธรรมม (Equity) มาใช้ในการกำหนดความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้ตกเป็นโมฆะดังที่ศาลรัฐนิวยอร์กใช้นี้ พบในรัฐอินเดียนาด้วยเช่นกัน[183] โดยให้หญิงที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรสามารถพิสูจน์ความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กและเป็นมารดาของเด็กที่เกิดมานั้นได้[184]

กล่าวโดยสรุปก็คือ กฎหมายของรัฐนิวยอร์กนั้นไม่สนับสนุนให้มีการตั้งครรภ์แทน แต่เมื่อมีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น ผลต่อเด็กจะเป็นเช่นไรนั้น ศาลอาจจะคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ ในการพิจารณาด้วย เช่น หลักความยุติธรรม ความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม และกระบวนการโดยชอบธรรม เป็นต้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

182 T. V. v. New York State Dept. of Health, 929 N.Y.S.2d 139 (N.Y. App. Div. 2011)

183 Catherine R. Connors *et al.* "Maine Supreme Judicial Court Sitting as the Law Court Law Docket No.: Pen-11-393." [Online]. Available from: http://pierceatwood.typepad.com/files/amici-brief-of-concerned-maine-attorneys.pdf [5 December 2016]

184 In re Paternity and Maternity of Infant R.,922 N.E.2d 59,62 (Ind. Ct. App. 2010)
(holding that, under narrow circumstances of gestational surrogacy, equity required that the paternity statutes provide a procedural template to challenge the putative relationship between the infant and [gestational carrier]" and that gestational carrier was the presumptive legal mother unless the intended mother established that she was the biological mother of the baby). Ibid.

3.3 สหราชอาณาจักร

3.3.1 ความเป็นมา

เมื่อครั้งร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ของประเทศไทยนั้น ได้มีการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนของหลายประเทศ รวมถึงของประเทศสหราชอาณาจักรด้วย

ในปี ค.ศ. 1982 มีการจัดตั้งคณะกรรมการ The Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology หรืออีกชื่อหนึ่งก็คือ The Warnock Committee ขึ้นมาเพื่อศึกษาแง่มุมต่าง ๆ ของการช่วยการเจริญพันธุ์ เพื่อประโยชน์ในการร่างกฎหมาย ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวมีความเห็นว่าการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นขัดต่อกฎหมายและไม่สามารถบังคับได้[185] และเห็นว่ารัฐควรที่จะเข้าไปควบคุมดูแลการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์เพื่อไม่ให้มีการแสวงหาประโยชน์จากการกระทำนั้น[186] อีกทั้งยังเสนอให้มีการกำหนดโทษทางอาญาแก่นายหน้าหรือองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการติดต่อเพื่อให้ความสะดวกในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนระหว่างคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ว่าเป็นไปเพื่อการค้าหากำไรหรือไม่ก็ตาม[187] รวมถึงผู้ประกอบวิชาชีพหรือบุคคนที่เข้าช่วยเหลือในการทำสัญญาด้วย[188] แต่ไม่ให้รวมถึงคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเพราะไม่ควรที่จะไปถือว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นผลผลิตจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

185 Report of the Committee of inquiry into Human Fertilisation and Embrylogy. 1984. at 8.19...We recommend that it be provided by statute that all surrogacy agreements are illegal contracts and therefore unenforceable in the courts., โปรดดูภาคผนวก ข.

186 Report of the Committee of inquiry into Human Fertilisation and Embrylogy. 1984. at 8.18., โปรดดูภาคผนวก ข.

187 แต่ในการแก้ไขครั้งล่าสุดใน Human Fertilisation and Embryo Act 2008 ได้อนุญาตให้องค์กรไม่ค้ากำไรสามารถดำเนินการจัดหาหญิงที่มีคุณสมบัติเหมาะสมกับการเป็นหญิงที่ตั้งครรภ์แทนให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรได้ cited in Philip Anderson, "An Evaluation of Surrogacy Law and Its Potential Development in the Uk: Is There a Clear War Forward," King's Student Law Review Vol. 2, Issue 2 (2010): 39.

188 Report of the Committee of inquiry into Human Fertilisation and Embrylogy. 1984. at 8.18 "...We recommend that legislation be introduced to render criminal the creation or the operation in the United Kingdom of agencies whose purposes include the recruitment of women for surrogate pregnancy or making arrangements for individuals or couples who wish to utilise the services of a carrying mother; such legislation should be wide enough to include both profit and non-profit making organisations. We further recommend that the legislation be sufficiently wide to render criminally liable the actions of professionals and others who knowingly assist in the establishment of a surrogate pregnancy.", โปรดดูภาคผนวก ข.

รายงานความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าวนี้มีอิทธิพลต่อการร่างกฎหมายในเวลาต่อมา[189] Surrogacy Agreement Act 1958 เป็นกฎเกณฑ์อันเป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรก มีวัตถุประสงค์มุ่งควบคุมไม่ให้มีการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์[190] และถือว่าการเป็นคนกลางช่วยเหลือเพื่อให้มีการตั้งครรภ์แทนหรือการโฆษณาชักจูงให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย[191] กฎหมายอีกฉบับได้แก่ Human Fertilisation and Embryo Act 1990 มุ่งควบคุมการให้บริการทางการแพทย์เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และการศึกษาวิจัยตัวอ่อนมนุษย์ และตราออกมาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาตั้งครรภ์แทนใน Surrogacy Agreement Act 1958 ด้วย โดยกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนไม่สามารถบังคับได้[192] กล่าวคือระหว่างคู่สัญญาด้วยกันเองก็จะไม่สามารถยกเอาสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ทำแก่กันไว้มาบังคับให้อีกฝ่ายต้องทำตามเนื้อความในสัญญาได้ เช่น ไม่อาจบังคับให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนสละสิทธิในตัวเด็กและมอบเด็กให้ได้ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถอ้างให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจ่ายค่าตอบแทนตามสัญญาได้[193] ไม่สามารถบังคับให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรรับเอาเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรได้[194] เป็นต้น ทำให้คู่สัญญาต้องระลึกไว้เสมอว่าสัญญาที่ทำกันอาจจะถูกละเมิดโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ตลอดเวลา และต่อมาภายหลังได้มีการแก้ไขปรับปรุง Human Fertilisation and Embryo Act 1990 เป็น Human Fertilisation and Embryo Act 2008 (HFEA[195]) ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

---

189 Mrinal Vijay, "Commercial Surrogacy Arrangements: The Unresolved Dilemmas," UCL Journal of Law and Jurisprudence: 200.

190 Philip Anderson, "An Evaluation of Surrogacy Law and Its Potential Development in the Uk: Is There a Clear War Forward," King's Student Law Review: 39.; Surrogacy Arrangements Act 1985 sec. 2
(1) No person shall on a commercial basis do any of the following acts in the United Kingdom, that is-
(a) initiate or take part in any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement,
(b) offer or agree to negotiate the making of a surrogacy arrangement, or
(c) compile any information with a view to its use in making, or negotiating the making of, surrogacy arrangements ; and no person shall in the United Kingdom knowingly cause another to do any of those acts on a commercial basis.

191 Surrogacy Arrangements Act 1985 sec. 2 (2) A person who contravenes subsection (1) above is guilty of an offence

192 Human Fertilisation and Embryo Act 1990 sec. 36 (1) After section 1 of the Surrogacy Arrangements Act 1985 there is inserted - 1A. “No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it.”

193 Philip Anderson, "An Evaluation of Surrogacy Law and Its Potential Development in the Uk: Is There a Clear War Forward," King's Student Law Review: 39.

194 Chris Baton และ Mary Hibbs, Questions & Answers Family Law, third edition (New York: Oxford University Press, 2003) page 93-96.

195 ต่อไปจะขอย่อ Human Fertilisation and Embryo Act 2008 ว่า “HFEA”

เมื่อพิจารณาพัฒนาการในทางข้อเท็จจริงแล้วพบว่าอัตราการเติบโตของการตั้งครรภ์แทนในอังกฤษและเวลส์นั้นมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก โดยมีสถิติแสดงให้เห็นว่าภาวะการเป็นหมันหรือการมีบุตรยากนั้นพบได้มากขึ้น[196] จากข้อมูลของ CAFCASS ซึ่งเป็นหน่วยงานที่เข้ามามีบทบาทในการพิจารณาการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา พบว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนมีจำนวนมากขึ้น โดยในช่วงเดือนเมษายน ค.ศ. 2014 ถึงมีนาคม ค.ศ. 2015 ที่ผ่านมามีคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาจำนวนถึง 241 คำร้อง เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องจากในช่วงเดือนเมษายน ค.ศ. 2013 ถึงมีนาคม ค.ศ. 2014 ที่มีจำนวน 189 คำร้อง ในเดือนเมษายน ค.ศ. 2011 ถึงมีนาคม ค.ศ. 2012 ที่มีจำนวน 138 คำร้อง และในเดือนเมษายน ค.ศ. 2009 ถึงมีนาคม ค.ศ. 2010 ที่มีจำนวนเพียง 58 คำร้อง[197]

3.3.2 เงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน

ตามกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักรแล้ว ไม่ได้มีการกำหนดรูปแบบเงื่อนไขในลักษณะที่หากปฏิบัติตามแล้วสัญญาตั้งครรภ์แทนจะเป็นผล หรือกฎหมายจะสันนิษฐานว่าจะก่อให้เกิดสถานะทางกฎหมายแต่อย่างใด ในทางกลับกันกฎหมายได้ปฏิเสธความผูกพันใด ๆ ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทน[198] สัญญาตั้งครรภ์แทนไม่สามารถบังคับได้ สถานะของเด็กที่เกิดมานั้นจะเป็นไปตาม Human Fertilisation and Embryo Act โดยเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้ให้กำเนิด กล่าวคือ หญิงที่ตั้งครรภ์และคลอดเด็กโดยอาศัยการนำเอาตัวอ่อนหรือเชื้ออสุจิและไข่เข้าไปในร่างกาย[199] และหากหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายสามีของหญิงจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เว้นเสียแต่ว่าสามีนั้นมิได้ยินยอมในการดำเนินการช่วยการเจริญพันธุ์ดังกล่าว[200] แต่แม้ไม่ได้ให้ความยินยอมสามีของหญิงก็ยังคงตกอยู่ในข้อ

---

196 Mrinal Vijay, "Commercial Surrogacy Arrangements: The Unresolved Dilemmas," UCL Journal of Law and Jurisprudence: 217.

197 Holly Rodger. "Cafcass Study of Parental Order Applications Made in 2013/14." [Online]. Available from: https://www.cafcass.gov.uk/media/257188/intranet4cafcass/DavWWWRoot/ce/policy_team/Shared%20Documents/Research/Cafcass%20research/2014-15/Surrogacy/Study%20of%20parental%20order%20applications%202013-14%20(internet).pdf [2 February 2017]

198 Philip Anderson, "An Evaluation of Surrogacy Law and Its Potential Development in the Uk: Is There a Clear War Forward," King's Student Law Review: 38.

199 Human Fertilisation and Embryo Act 1990 sec 33 (1) The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.

200 Human Fertilisation and Embryo Act 1990 sec 35(1) If—
(a) at the time of the placing in her of the embryo or of the sperm and eggs or of her artificial insemination, W was a party to a marriage, and

สันนิษฐานความเป็นบิดาตามกฎหมายครอบครัวทั่วไปอันอาจพิสูจน์หักล้างได้[201] การที่กฎหมายกำหนดผลในลักษณะนี้เป็นการกำหนดผลโดยไม่ได้ให้น้ำหนักกับเจตนาที่แสดงไว้ในการทำสัญญาหรือข้อเท็จจริงที่ว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหญิงนั้นมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมหรือไม่[202] อย่างไรก็ดี ใน HFEA ก็ได้ปรากฏหลักเกณฑ์เกี่ยวคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา (Parental Order)[203] เป็นเครื่องมือช่วยในการกำหนดสถานะทางกฎหมายเมื่อมีการดำเนินการตั้งครรภ์แทนขึ้น

วิธีการที่กฎหมายเปิดช่องให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรสามารถเป็นบิดามารดาของเด็กได้ นอกจากการรับบุตรบุญธรรม คือการขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา (Parental Order) หากศาลมีคำสั่งดังกล่าวแล้วจะทำให้สถานะความเป็นบิดามารดาของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามีหมดไป และเป็นการก่อตั้งสถานะของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรให้เป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้น[204] อาจกล่าวได้ว่าคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นมีผลเป็นการโอนสถานะทางกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามี ที่มีฐานะเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นไปให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ซึ่งหากมิได้มีคำสั่งดังกล่าวแล้วคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็จะไม่เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา[205]

คำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาดังกล่าวปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกใน Human Fertilization and Embryology Act 1990 และต่อมา Human Fertilization and Embryology Act 2008 ได้แก้ไขเพิ่มเติม และได้ขยายขอบเขตให้คู่ชีวิต (Civil Partners) และบุคคลที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาในความสัมพันธ์ที่มั่นคง (Partners in an Enduring Family Relationship) สามารถขอให้ศาลมีคำสั่งให้เป็นบิดามารดาได้ด้วย[206] โดยในการยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้น อาจสรุปเงื่อนไขในการยื่นคำร้องได้ดังนี้

(b) the creation of the embryo carried by her was not brought about with the sperm of the other party to the marriage, then, subject to section 38(2) to (4), the other party to the marriage is to be treated as the father of the child unless it is shown that he did not consent to the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or to her artificial insemination (as the case may be).

201 Chris Baton และ Mary Hibbs, Questions & Answers Family Law page 93-96. page 93-96.

202 Philip Anderson, "An Evaluation of Surrogacy Law and Its Potential Development in the Uk: Is There a Clear War Forward," King's Student Law Review: 39.

203 Human Fertilisation and Embryo Act 1990 sec. 30 and Human Fertilisation and Embryology Act 2008 sec. 54

204 Ashley Hope Elder, "Wombs to Rent: Examining the Jurisdiction of International Surrogacy," Oregon Review of International Law Vol. 16, Issue 2 (2014): 366.; KatarinaTrimmings และ Paul Beaumont, "Parentage and Surrogacy in a European Perspective," in European Family Law Volume Iii page 255.

205 Cafcass. "Parental Orders " [Online]. Available from: https://www.cafcass.gov.uk/media/242877/parental_orders.pdf [1 February 2017]

206 Human Fertilization and Embryology Act 2008 sec. 54

1.ตัวอ่อนที่ใช้ในการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคน และไม่ได้ห้ามมิให้ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด โดยอาจใช้วิธีการปฏิสนธิภายนอกสร้างเป็นตัวอ่อนก่อนฉีดเข้าในมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนหรือปฏิสนธิภายในตัวหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นก็ได้[207]

หลักฐานยืนยันความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนั้นที่อาจมีได้หลายรูปแบบ ไม่จำเป็นต้องมีการแสดงผลการตรวจสอบทางพันธุกรรม (DNA Test) เสมอไป ในทางกลับกัน ส่วนมากแล้วหลักฐานทางพันธุกรรมนี้มักจะพบในรูปแบบของคำรับรองจากคลินิกที่ดำเนินการเพื่อการตั้งครรภ์แทนครั้งนั้น ๆ และในบางกรณีก็อาจเป็นหลักฐานยืนยันจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็ได้[208]

2.ผู้ยื่นคำร้องสมรสกันถูกต้องตามกฎหมาย หรือมีสถานะเป็นคู่ชีวิตกัน หรือเป็นบุคคลที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาในความสัมพันธ์ที่มั่นคง[209]

3.ต้องยื่นคำร้องต่อศาลภายใน 6 เดือนนับแต่เด็กเกิด ยกเว้นกรณีเด็กที่เกิดก่อนที่มาตรานี้จะใช้บังคับ หรือกรณีคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบุคคลที่ไม่สามารถยื่นคำร้องได้ตามมาตรา 30 (2) ของ Human Fertilisation and Embryo Act 1990 ให้สามารถยื่นได้ภายใน 6 เดือนนับตั้งแต่มาตรานี้มีผลใช้บังคับ[210]

---

207 Human Fertilization and Embryology Act 2008 sec. 54 (1) On an application made by two people ("the applicants"), the court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the applicants if—

(a) the child has been carried by a woman who is not one of the applicants, as a result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination,

(b) the gametes of at least one of the applicants were used to bring about the creation of the embryo, and

(c) the conditions in subsections (2) to (8) are satisfied.

208 Holly Rodger. "Cafcass Study of Parental Order Applications Made in 2013/14." [Online]. Available from: https://www.cafcass.gov.uk/media/257188/intranet4cafcass/DavWWWRoot/ce/policy_team/Shared%20Documents/Research/Cafcass%20research/2014-15/Surrogacy/Study%20of%20parental%20order%20applications%202013-14%20(internet).pdf [2 February 2017]

209 Human Fertilization and Embryology Act 2008 sec. 54 (2) The applicants must be—

(a) husband and wife,

(b) civil partners of each other, or

(c) two persons who are living as partners in an enduring family relationship and are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other.

210 Human Fertilization and Embryology Act 2008 sec. 54 (3) Except in a case falling within subsection (11), the applicants must apply for the order during the period of 6 months beginning with the day on which the child is born.

4.ในเวลาที่ยื่นคำร้องและในเวลาที่ศาลมีคำสั่งนั้น เด็กจะต้องอาศัยอยู่กับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรทั้งสองคน และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรทั้งสองคนหรือคนใดคนหนึ่ง ต้องอาศัยอยู่ในสหราชอาณาจักร หมู่เกาะแชนเนล หรือไอล์ออฟแมน[211]

5. ณ ขณะที่ยื่นคำร้อง ผู้ยื่นคำร้องจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์[212]

6.หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและบุคคลอื่นที่เป็นบิดามารดาของเด็ก แต่มิใช่ผู้ร้อง ต้องยินยอมอย่างไม่มีเงื่อนไขกับการยื่นคำร้องนั้นซึ่งจะต้องเป็นโดยสมัครใจและเข้าใจถึงสิ่งที่ตนเข้าร่วมอย่างถ่องแท้[213]

การแสดงความยินยอมของบุคคลดังกล่าวนี้อาจแสดงไว้อย่างชัดแจ้งในแบบ A101A อันเป็นหนึ่งในแบบแสดงความยินยอม แต่ก็ไม่จำเป็นต้องใช้แบบนี้เสมอไป อาจแสดงความยินยอมโดยอาศัยอย่างอื่นก็ได้ เช่น มาปรากฏตัวแสดงความยินยอมต่อศาล[214]

7. เงื่อนไขตามข้อ 6 นี้ไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงของบุคคลที่ไม่สามารถหาตัวพบหรือไม่สามารถทำข้อตกลงได้ และข้อตกลงของหญิงที่ตั้งครรภ์ และความยินยอมที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนให้ไว้ก่อนระยะเวลา 6 สัปดาห์นับจากเด็กเกิดผ่านพ้นไปไม่สามารถนำมาใช้ได้[215] โดยหลักแล้วจึงไม่สามารถนำเอาความยินยอมที่ปรากฏในสัญญาตั้งครรภ์แทนแต่แรกมาใช้ได้

---

211 Human Fertilization and Embryology Act 2008 sec. 54 (4) At the time of the application and the making of the order—

(a) the child's home must be with the applicants, and

(b) either or both of the applicants must be domiciled in the United Kingdom or in the Channel Islands or the Isle of Man.

212 Human Fertilization and Embryology Act 2008 sec. 54(5) At the time of the making of the order both the applicants must have attained the age of 18.

213 Human Fertilization and Embryology Act 2008 sec. 54 (6) The court must be satisfied that both—

(a) the woman who carried the child, and

(b) any other person who is a parent of the child but is not one of the applicants (including any man who is the father by virtue of section 35 or 36 or any woman who is a parent by virtue of section 42 or 43), have freely, and with full understanding of what is involved, agreed unconditionally to the making of the order.

214 Holly Rodger. "Cafcass Study of Parental Order Applications Made in 2013/14." [Online]. Available from: https://www.cafcass.gov.uk/media/257188/intranet4cafcass/DavWWWRoot/ce/policy_team/Shared%20Documents/Research/Cafcass%20research/2014-15/Surrogacy/Study%20of%20parental%20order%20applications%202013-14%20(internet).pdf [2 February 2017]

215 Human Fertilization and Embryology Act 2008 sec. 54 (7) Subsection (6) does not require the agreement of a person who cannot be found or is incapable of giving agreement; and the agreement of the woman who carried the child is ineffective for the purpose of that subsection if given by her less than six weeks after the child's birth.

8.การตั้งครรภ์แทนนั้นต้องไม่มีเงินหรือประโยชน์อื่นใดเกินไปกว่าที่สมเหตุสมผลเพื่อเป็นการตอบแทน การมีคำสั่ง การมีข้อตกลงตาม (6) การส่งมอบเด็กให้ผู้ร้อง การจัดการใด ๆ เพื่อการมีคำสั่ง ยกเว้นแต่ค่าตอบแทนนั้นจะได้รับการอนุญาตจากศาล[216]

จากการศึกษาคำพิพากษาศาลในการพิจารณาว่าค่าตอบแทนนั้นเกินกว่าที่สมเหตุสมผลหรือไม่ ก็พบว่าศาลได้ตีความรวมไปถึงค่าใช้จ่ายต่าง ๆ หลายประการ ตัวอย่างเช่น

คดี **Re A, B and C**[217] ซึ่งมีข้อเท็จจริงเบื้องต้นว่า คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นคู่รักเพศเดียวกัน เข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทน 3 ครั้งในเวลาไล่เลี่ยกันกับ X Y และ Z ที่เป็นหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หนึ่งในประเด็นที่ศาลได้พิจารณานั้นก็คือ เงินที่จ่ายในการตั้งครรภ์แทนแต่ละครั้งนั้นเกินกว่าค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลหรือไม่ ซึ่งหากเกินไปแล้วศาลพิจารณาว่าจะอนุญาตการจ่ายเงินดังกล่าวหรือไม่ เมื่อศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าค่าใช้จ่ายที่ในแต่กรณีนั้นส่วนมากเป็นค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล

คำพิพากษาย่อหน้าที่ 16 ได้กล่าวถึงการวินิจฉัยของศาลในเรื่องค่าใช้จ่ายเอาไว้ โดยอิงจากฐานของการประเมินของผู้ดูแล (Guardian) ในเรื่องค่าขาดรายได้ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนประกอบกับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นโดยทั่วไประหว่างตั้งครรภ์อันรวมไปถึงค่ารักษาพยาบาลและยารักษาโรค ค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปตามนัดก่อนมีการคลอดและเพื่อการคลอดบุตร ค่าใช้จ่ายในการติดต่อสื่อสารกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ค่าใช้จ่ายในการดูแลบุตรของหญิงนั้นเองเมื่อหญิงนั้นเข้ารับการรักษาตามนัดก่อนมีการคลอด และค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมอื่น ๆ ที่จำเป็นในระยะเวลาที่มีการตั้งครรภ์ เช่น ค่าอาหารซื้อกลับบ้านเพื่อให้บุตรของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในเวลาที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นไม่สามารถจะทำอาหารได้เนื่องจากอาการคลื่นไส้หรือการเจ็บป่วยเนื่องจากตั้งครรภ์ นอกจากนี้ศาลยังตีความค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลกว้างไปถึงค่าใช้จ่ายในการพักผ่อนเพื่อการฟื้นฟูภายหลังการคลอดอีกด้วย โดยศาลได้ให้ความเห็นว่า ศาลยอมรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเนื่องจากหญิงที่ตั้งครรภ์จำเป็นจะต้องได้รับการฟื้นฟูทั้งสภาพร่างกายและจิตใจอันเป็นผลมาจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตร

---

216 Human Fertilization and Embryology Act 2008 sec. 54 (8) The court must be satisfied that no money or other benefit (other than for expenses reasonably incurred) has been given or received by either of the applicants for or in consideration of—

(a) the making of the order,

(b) any agreement required by subsection (6),

(c) the handing over of the child to the applicants, or

(d) the making of arrangements with a view to the making of the order, unless authorised by the court.

217 Re A, B and C [2016] EWFC 33

เมื่อพิจารณาถึงพยานหลักฐานอันเป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องค่าใช้จ่ายทั้งหลาย ทั้งสองฝ่ายก็ไม่ได้แสดงหลักฐานอันปรากฏรายละเอียดที่ชัดเจนของค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในกรณีนั้น ๆ ในสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ทำกับ X นั้น X ซึ่งเป็นหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้รับค่าตอบแทนเป็นจำนวน 13,192.80 ปอนด์ และสามารถชี้แจงรายละเอียดชัดแจ้งได้เพียง 1,192.80 ปอนด์ อันเป็นค่าสกู๊ตเตอร์เคลื่อนที่ และค่ารักษาพยาบาลจากอาการไม่สบายตอนเช้า (Morning Sickness) แต่ในส่วนอื่น ๆ นั้นไม่ปรากฏรายละเอียดที่ชัดเจน เช่น ค่าอาหารซื้อกลับบ้านเพื่อให้บุตรของหญิง ค่าทำความสะอาดบ้าน ค่าซักรีดเนื่องจากปัญหาสุขภาพร่างกายไม่สามารถทำได้ ค่ารองเท้าเนื่องจากอาการเท้าบวมอันเป็นผลกระทบจากการตั้งครรภ์ ค่าเดินทางไปพบแพทย์ตามนัด อย่างไรก็ตาม ศาลเองก็ได้คำนึงถึงพฤติกรรมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ที่เป็นพยานผู้มีความซื่อตรงมาตลอดในการพิจารณาด้วย โดยศาลเห็นว่าเห็นว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล

สัญญาตั้งครรภ์แทนที่ทำกับ Y มูลค่า 12,477 ปอนด์ ก็มีลักษณะคล้ายกัน คือ สามารถระบุรายละเอียดค่าใช้จ่ายได้เพียงบางส่วน ในกรณีนี้สามารถระบุได้เพียง 402 ปอนด์ ที่เป็นค่าเครื่องนอน นอกจากนี้ยังปรากฏรายจ่ายอื่น ๆ เช่น เสื้อผ้า รองเท้า ยารักษาโรค ค่าเดินทาง ค่าน้ำมัน ค่าทำความสะอาดเพราะไม่สามารถทำได้เนื่องจากอาการปวดร้าว (Sciatica) อันเกิดจากการตั้งครรภ์ รวมไปถึงค่าใช้จ่ายเนื่องจากต้องจ้างคนอื่นไปจูงสุนัขเดินแทนเพื่อให้ธุรกิจในการรับจูงสุนัขดำเนินต่อไปได้ ค่าขาดรายได้และความเสียหายทางธุรกิจ

ส่วนสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ทำกับ Z มูลค่า 15,000 ปอนด์ ผู้ดูแลประเมินเป็นค่าขาดรายได้ประมาณ 9000 ปอนด์ นอกจากนั้นเป็นค่าใช้จ่ายในการพักผ่อนเพื่อการฟื้นฟูภายหลังการคลอดของหญิงและบุตร และค่าใช่จ่ายอื่น ๆ ในลักษณะคล้ายคลึงกับอีกสองกรณีที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งศาลก็เห็นว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลเช่นกัน

ศาลพิจารณาจากคำให้การของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนทั้งสามคนร่วมด้วย และมีความเห็นว่าหญิงทั้งสามคนกระทำการในลักษณะที่เป็นไปเพื่อช่วยเหลือบุคคลอื่นและไม่ได้รับผลประโยชน์ทางทรัพย์สินอื่นใดอย่างแท้จริงจากการตั้งครรภ์แทน ท้ายที่สุดจำนวนเงินใด ๆ ที่อาจเหลือจากการใช้จ่ายก็จะเป็นแค่เงินเพียงจำนวนเล็กน้อยที่ไม่อาจถือได้ว่ามีลักษณะเป็นการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ เป็นการอันสมเหตุสมผลกับการสละเด็กให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร

ประกอบกับการพิจารณาค่าใช้จ่ายนั้นๆ ศาลยังได้อ้างหลักเกณฑ์ที่ผู้พิพากษา Hedley J วางไว้ในคดี A v P [2011] EWHC 1738 และโดย Sir Nicholas Wall, ในคดี Re X [2011] EWHC 3147 ว่าศาลจะปฏิเสธคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่ขัดต่อนโยบายรัฐ (Public Policy) อย่างชัดเจน

ในคดีนี้ศาลเห็นว่าเหตุที่ไม่สามารถชี้แจงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นได้ทั้งหมดนั้นก็เนื่องจากไม่สามารถหาพยานหลักฐานได้ และก็เห็นได้ว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีความสัมพันธ์อันดีกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนแต่ละคน คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกระทำการด้วยความสุจริตและปฏิบัติต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนอย่างถูกต้องตามศีลธรรม ศาลจึงเห็นว่ากรณีนี้ไม่ใช่การอันขัดต้องความสงบเรียบร้อยอย่างชัดแจ้งเช่นนั้น

ในการยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้น หากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมั่นใจว่ากรณีของตนนั้นตรงตามหลักเกณฑ์ที่มาตรา 54 HFEA กำหนด โดยไม่ต้องการจ้างทนายความ คู่สัญญาก็สามารถยื่นคำร้องต่อศาลโดยใช้แบบฟอร์ม C51 ได้ โดยยื่นพร้อมกับสูติบัตรของเด็ก ทะเบียนสมรสหรือทะเบียนคู่ชีวิต และยื่นแบบฟอร์มอีกหนึ่งชุดเพื่อให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามี (ถ้ามี)

ในกระบวนการยื่นคำร้องให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้น โดยปกติเมื่อศาลรับเรื่องไว้แล้วก็จะแต่งตั้งพนักงานผู้ทำรายงานเพื่อการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา (Parental Order Reporter / POR[218]) โดยอาจแต่งตั้งบุคคลจากหน่วยงานที่เรียกว่า “CAFCASS” (Children and Family Court Advisory and Support Service) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่คอยช่วยเหลือศาลเยาว์ชนและครอบครัว ให้เป็นผู้ช่วยให้ดำเนินการตรวจสอบและทำรายงานยื่นแสดงต่อศาลว่าในข้อเท็จจริงในกรณีหนึ่ง ๆ นั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดตามมาตรา 54 ของ HFEA 2008 หรือไม่ โดยงานวิจัยของ CAFCASS ในเรื่องคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาที่เกิดขึ้นในปี 2013-2014 นั้น แสดงให้เห็นค่าเฉลี่ยของระยะเวลาในการดำเนินการในแต่ละคดีนั้นอยู่ที่ประมาณ 133 วัน หรือ 19 สัปดาห์ โดยคดีที่ใช้เวลาสั้นที่สุดใช้เวลา 24 วัน และที่ยาวที่สุดใช้เวลา 62 สัปดาห์[219]

3.3.3 ผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

หากการตั้งครรภ์แทนและคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นเป็นไปตามมาตรา 54 ของ HFEA แล้ว ศาลก็จะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเพื่อก่อตั้งสถานะบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้นให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร อย่างไรก็ดี นอกจากเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดตามมาตราร 54 แล้ว ศาลก็ยังคำนึงถึงปัจจัยอื่น

---

218 ต่อไปจะขอเรียก “พนักงานผู้ทำรายงานเพื่อการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา” ว่า POR

219 Holly Rodger. "Cafcass Study of Parental Order Applications Made in 2013/14." [Online]. Available from: https://www.cafcass.gov.uk/media/257188/intranet4cafcass/DavWWWRoot/ce/policy_team/Shared%20Documents/Research/Cafcass%20research/2014-15/Surrogacy/Study%20of%20parental%20order%20applications%202013-14%20(internet).pdf [2 February 2017]

ๆ เพื่อประกอบในการพิจารณาด้วย และแม้ไม่ได้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาก็ยังมีเครื่องมืออื่นเพื่อการคุ้มครองเด็กที่เกิดมานั้นด้วย

3.3.3.1 สวัสดิภาพของเด็ก

นอกเหนือจากเงื่อนไขต่าง ๆ ในการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้วนั้น ในการพิจารณาเกี่ยวกับเด็กนั้นศาลจะคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็ก (Child's Welfare) ด้วย โดยเดิมนั้นศาลจะนำ Children Act 1989 มาตรา 1 มาปรับใช้ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ ในการอบรมเลี้ยงดูเด็ก (Upbringing of the Child) นั้นจะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็ก (Child's Welfare) เป็นสำคัญ (Paramount Consideration)[220] ซึ่งการกำหนดให้ต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญนี้ไม่ใช่มีความหมายเพียงให้คำนึงถึงก่อนเป็นอย่างแรกเหมือนอย่างที่เคยเป็นเมื่อขณะที่ยังใช้ Human Fertilisation and Embryo Act 1990 อยู่[221] แต่หมายความว่าสวัสดิภาพของเด็กนั้นจะมีน้ำหนักมากและอยู่เหนือกว่าปัจจัยในการพิจารณาอื่นใดทั้งปวง[222] ซึ่งการเปลี่ยนแปลงจากการพิจารณาสวัสดิภาพของเด็กเป็นอย่างแรก เป็นการพิจารณาสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญนี้ ผู้เขียนเห็นว่าอาจเป็นการสะท้อนให้เห็นแนวโน้มในการให้ความสำคัญกับสวัสดิภาพของเด็กมากยิ่งขึ้นได้

ต่อมามีการแก้ไข Children Act 1989 ในบางส่วน โดย Adoption and Children Act 2002[223] และมีของ Human Fertilisation and Embryology (Parental Order) Regulation 2010 (regulation 2 and schedule 1) ออกมากำหนดให้ศาลในคดีหลังจากนั้นนำ Adoption and Children Act 2002 มาตรา 1 มาใช้[224] ซึ่งมีใจความสำคัญเดียวกันในเรื่องการคำนึงถึงสวัสดิภาพ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

220 Children Act 1989, sec. 1 (1)(a) When a court determines any question with respect to—(a)the upbringing of a child; the child's welfare shall be the court's paramount consideration. Cited in Philip Anderson, "An Evaluation of Surrogacy Law and Its Potential Development in the Uk: Is There a Clear War Forward," King's Student Law Review: 40.

221 Parental Orders (Human Fertilisation and Embryology) Regulations 1994, (S.I. No. 2767) schedule 1(1)(a) cited in Julie Wallbank, "Too Many Mothers? Surrogacy, Kinship and the Welfare of the Child," Oxford University Press Medical Law Review: 272.

222 Tina Bond, Jull Black และ Jane Brudge, Family Law page 383.

223 Deborah Cullen. "The Adoption and Children Act 2002." [Online]. Available from: http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed340 [2 February 2017]

224 A & Another v C & Another [2016] EWFC 4 "Section 1 of the Adoption and Children Act 2002 applies to parental order applications by virtue of the Human Fertilisation and Embryology (parental orders) Regulation 2010 (regulation 2 and schedule 1) which provides "The paramount consideration of the court must be the child's welfare, throughout his life"." ; In re L (A Child) (Parental Order: Foreign Surrogacy) [2010] EWHC 3146 (Fam) "The effect of the Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010 (SI 2010/985) is to import

ของเด็กเป็นสำคัญ เพียงแต่มีการระบุเพิ่มเติมให้ชัดเจนขึ้นไปอีกว่าสวัสดิภาพดังกล่าวนั้นหมายถึงสวัสดิภาพของเด็กในระยะยาว[225] ไม่ใช่เพียงแค่ช่วงที่เด็กเป็นผู้เยาว์เท่านั้น[226]

ดังนั้นนอกจากที่ POR ที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาล จะพิจารณาเงื่อนไขตามมาตรา 54 ของ HFEA แล้ว POR ก็จะพิจารณาและแสดงความเห็นด้วยว่าการมีคำสั่งดังกล่าวจะสอดคล้องสวัสดิภาพของเด็กในระยะยาวหรือไม่ โดยเมื่อ POR ได้ทำการตรวจสอบแล้วก็จะเขียนรายงานแสดงต่อศาลแล้ว ศาลก็จะได้ตัดสินใจว่าควรจะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาหรือไม่ โดยนำเอาความเห็นของ POR มาร่วมในการพิจารณาด้วย

ในการตรวจสอบของ POR นั้น POR ก็จะขอความยินยอมจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเพื่อให้สามารถดำเนินการขอให้ตำรวจตรวจสอบเพื่อให้แน่ใจว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอันเป็นผู้ร้องนั้นไม่เป็นบุคคลที่ถูกพิพากษาลงโทษหรือมีข้อสงสัยว่าอาจเป็นบุคคลที่มีความเสี่ยงที่อาจจะก่ออันตรายต่อเด็ก และตรวจสอบกับองค์กรคุ้มครองเด็กส่วนท้องถิ่น (Local Children's Social Care) เพิ่มเติม ซึ่ง POR จะได้รับรายละเอียดในการยื่นคำร้องให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา และศาลอาจขอให้ผู้ร้องช่วยในการดำเนินการของ POR โดยการช่วยเตรียมเอกสารที่แสดงให้เห็นความเป็นมาของการตั้งครรภ์แทน หลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าผู้ร้องได้กระทำการตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เอกสารแสดงสถานะการสมรส เอกสารทางการเงิน สูติบัตรของเด็ก และสมุดสุขภาพของเด็ก (PCHR / red book)[227] อันจะช่วยทำให้ POR รับทราบถึงเรื่องราวหรือที่มาของการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน ภูมิหลังของผู้ร้องขอให้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา ช่วยให้ POR ทราบที่พักอาศัยของเด็กที่เกิดมาและรายละเอียดต่าง ๆ เป็นจำนวนมากก่อนที่จะมีการไปเยี่ยมเด็ก ณ ที่อยู่อาศัย โดยจุดประสงค์ของการไปเยี่ยมนั้นก็เพื่อสังเกตการณ์ในเรื่อง การดูแลเด็ก ความเป็นอยู่และบรรยากาศภายในครอบครัว กิจกรรมที่ครอบครัวทำร่วมกัน กิจวัตรประจำวันของเด็ก การเจริญเติบโตและพัฒนาการของเด็ก และสังเกตพฤติการณ์เวลาเด็กอยู่กับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมี

---

into section 54 applications the provisions of section 1 of the Adoption and Children Act 2002 "; D and L [2012] EWHC 2631 "I remind myself of the important change to the law affected by the Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010. Regulation 2... The effect of this provision is, inter alia, that section 1 of the 2002 Act applies to the making of parental orders"

225 Adoption and Children Act 2002 section 1(2) The paramount consideration of the court or adoption agency must be the child's welfare, throughout his life.

226 Andrea Woelke. "Parental Orders after Surrogacy." [Online]. Available from: http://www.alternativefamilylaw.co.uk/children/parental-orders/ [2 February 2017]

227 Cafcass. "Parental Order Reporters." [Online]. Available from: https://www.cafcass.gov.uk/media/242823/parental_order_reporters.pdf [2 February 2017]

บุตร[228] หรือ POR อาจสอบถามข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับชีวิตของเด็กตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เช่น เหตุผลที่ตัดสินใจดำเนินการเพื่อการตั้งครรภ์แทน หรือ POR อาจต้องการเข้าใจโครงสร้างทางครอบครัวและบทบาทของเด็กในครอบครัวของผู้ร้อง

ในการตรวจสอบและให้ความเห็นแก่ศาลของ POR นี้ POR จะพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กทั้งในปัจจุบันและในอนาคต ซึ่งจะเป็นข้อพิจารณาที่ศาลให้ความสำคัญมากที่สุดเมื่อจะมีการตัดสินว่าจะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาหรือไม่[229] และ POR ก็จะติดต่อกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเพื่อพยายามเข้าไปพบและพูดคุยต่อหน้า แม้อาจมีบ้างในบางกรณีที่อาจมิได้พบกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเนื่องจากหญิงนั้นอาศัยอยู่ที่ต่างประเทศ[230] POR จะต้องตรวจสอบสถานะการสมรสของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนซึ่งมีความสำคัญต่อการพิจารณาตรงที่หากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนสมรสหรือมีคู่ชีวิต สามีหรือคู่ชีวิตของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ดังนั้น บุคคลเหล่านั้นก็จะต้องให้ความยินยอมในการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาของเด็กนั้นด้วย[231]

ในการพิจารณาสวัสดิภาพของเด็กนั้นมาตรา 1(4) ของ Adoption and Children Act 2002 ได้กำหนดปัจจัยที่ส่งเสริมสวัสดิภาพของเด็ก (Welfare Checklist)[232] อันเป็นหลักเกณฑ์ที่

---

228 Cafcass. "What Is a Parental Order Reporter." [Online]. Available from: https://www.cafcass.gov.uk/grown-ups/surrogacy/grown-upswhat-is-a-parental-order-reporteraspx.aspx [31 January 2017]

229 Cafcass. "Parental Order Reporters." [Online]. Available from: https://www.cafcass.gov.uk/media/242823/parental_order_reporters.pdf [2 February 2017]

230 Holly Rodger. "Cafcass Study of Parental Order Applications Made in 2013/14." [Online]. Available from: https://www.cafcass.gov.uk/media/257188/intranet4cafcass/DavWWWRoot/ce/policy_team/Shared%20Documents/Research/Cafcass%20research/2014-15/Surrogacy/Study%20of%20parental%20order%20applications%202013-14%20(internet).pdf [2 February 2017]

231 Ibid.

232 Section 1 (4)The court or adoption agency must have regard to the following matters (among others)—
(a)the child's ascertainable wishes and feelings regarding the decision (considered in the light of the child's age and understanding),
(b)the child's particular needs,
(c)the likely effect on the child (throughout his life) of having ceased to be a member of the original family and become an adopted person,
(d)the child's age, sex, background and any of the child's characteristics which the court or agency considers relevant,
(e)any harm (within the meaning of the Children Act 1989 (c. 41)) which the child has suffered or is at risk of suffering,
(f)the relationship which the child has with relatives, and with any other person in relation to whom the court or agency considers the relationship to be relevant, including—
(i)the likelihood of any such relationship continuing and the value to the child of its doing so,

กฎหมายกำหนดไว้ให้ศาลนำมาใช้เป็นกรอบในการพิจารณาสวัสดิภาพของเด็ก ซึ่งศาลก็นำเอาหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อพิจารณาสวัสดิภาพของเด็กในการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานี้ด้วย โดยกฎหมายได้กำหนดให้ต้องพิจารณาถึง

1. ความปรารถนาและความรู้สึกของเด็ก (1(4)(a))

เมื่อเด็กได้แสดงความปรารถนาที่จะอาศัยอยู่กับบิดามารดาคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ ศาลจะต้องให้น้ำหนักแก่ความปรารถนาและความรู้สึกของเด็กตามสมควร โดยศาลจะคำนึงถึงอายุและวุฒิภาวะของเด็กว่าจะให้น้ำหนักกับความต้องการของเด็กนั้นเพียงใด ยิ่งเด็กมีอายุมากเท่าใด ความปรารถนาของเขาก็จะมีน้ำหนักมากขึ้นตามไปด้วย[233] และศาลจะคำนึงถึงอิทธิพลที่บุคคลที่เด็กอาศัยอยู่ด้วยที่อาจส่งผลต่อเด็ก กล่าวคือ เด็กอาจจะกลัวที่จะแสดงความเห็นที่แท้จริงเนื่องจากกลัวว่าจะเป็นการทำร้ายจิตใจของบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่ง และศาลจะต้องชั่งน้ำหนักความต้องการของเด็ก ในบางกรณีที่แม้เด็กจะมีความต้องการอย่างแรงกล้า แต่สิ่งที่เด็กต้องการนั้นก็อาจไม่เป็นประโยชน์กับตัวเด็กเองในระยะยาว[234]

ศาลอาจสังเกตความปรารถนาของเด็กได้ในหลายวิธี ซึ่งรวมถึงโดยพยานหลักฐานที่บิดามารดาแสดงต่อศาลว่าเด็กได้พูดกับตน แต่วิธีที่เป็นจะหลักฐานอันแสดงถึงความปรารถนาของเด็กได้ดีที่สุดก็คือรายงานสวัสดิภาพ (Welfare Report) ที่ POR เป็นผู้จัดทำ โดยในรายงานของนั้นก็มักจะระบุความต้องการต่าง ๆ ที่เด็กได้แสดงต่อ POR เอาไว้ หรือโดยวิธีการที่ศาลได้ประเมินจากการได้เจอกับเด็กนั้นเอง ซึ่งในระหว่างการพิจารณานั้นศาลอาจพูดคุยกับเด็กตามลำพังด้วยก็ได้หากศาลเห็นสมควร[235]

2. ความต้องการหรือความจำเป็นของเด็ก (1(4)(b))

ข้อเท็จจริงที่ว่าบิดามารดาคนใดคนหนึ่งมีทรัพย์สินมากกว่าหรือมีความสามารถในการจัดหาสภาวะแวดล้อมที่ดีกว่าอีกฝ่ายหนึ่งนั้นมีน้ำหนักเพียงเล็กน้อยในการพิจารณาข้อพิพาทที่ว่าเด็กจะอยู่ที่ไหน ในข้อพิพาทระหว่างบิดามารดาโดยปกติแล้วนั้นไม่ว่าในกรณีใด ศาลมักจะสามารถหาวิธีทำให้ลดความแตกต่างทางเศรษฐกิจของบิดามารดาลงได้ โดยการมีคำสั่งค่าอุปการะเลี้ยงดู (Maintenance Order) ให้บิดามารดาฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้ดูแลเด็กจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูให้แก่บิดามารดาผู้ที่สุดท้ายได้เป็นผู้ดูแลเด็กนั้น อย่างไรก็ดี คำสั่งค่าอุปการะเลี้ยงดูนี้อาจใช้ไม่ได้ในกรณีการ

(ii)the ability and willingness of any of the child's relatives, or of any such person, to provide the child with a secure environment in which the child can develop, and otherwise to meet the child's needs,

(iii)the wishes and feelings of any of the child's relatives, or of any such person, regarding the child.

233 Re P (Education) [1992] 1 FLR 316

234 Tina Bond, Jull Black และ Jane Brudge, Family Law page 384.

235 Ibid.

พิจารณาเพื่อมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาในกรณีการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากไม่ใช่ข้อพิพาทระหว่างบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กอยู่แล้ว แต่เป็นการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งกำหนดสถานะทางกฎหมายให้แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ถ้ามีพยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่าที่อยู่อาศัยที่ฝ่ายหนึ่งมีอยู่นั้นไม่เหมาะสมไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่งก็อาจส่งผลต่อการตัดสินในเรื่องที่อยู่ของเด็ก ศาลจำเป็นต้องทราบว่าที่อยู่อาศัยนั้นอยู่ในสภาพใด อยู่ในพื้นที่ที่ปลอดภัยหรือไม่ และสภาพการณ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยข้อมูลต่าง ๆ เหล่านี้จะได้มาจากรายงานสวัสดิภาพ[236] นอกจากนี้ การย้ายที่อยู่อันคาดเห็นได้ว่าอาจจะเกิดขึ้นในอนาคตนั้นก็เป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาด้วย เนื่องจากการย้ายนั้นอาจส่งผลกระทบต่อเด็กที่จะต้องเผชิญกับสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น การเปลี่ยนโรงเรียน การหาเพื่อนใหม่ เป็นต้น ถ้าคาดการณ์ได้ว่าจะมีการย้ายที่อยู่เกิดขึ้น บิดามารดาฝ่ายที่จะย้ายที่อยู่นั้นก็ควรแสดงพยานหลักฐานที่ทำให้ศาลเห็นว่าเขาสามารถจัดหาสิ่งที่จำเป็นต่อเด็กในที่อยู่อาศัยใหม่ที่จะย้ายไปนั้นได้ เช่น โรงเรียน และอื่น ๆ[237]

อย่างไรก็ดี สิ่งที่มีความสำคัญมากกว่าที่อยู่อาศัยก็คือการดูแลเลี้ยงดูเด็กในแต่ละวัน โดยปกติแล้วศาลจะไม่ได้ให้น้ำหนักกับรายละเอียดเล็ก ๆ น้อย ๆ ที่เป็นข้อบกพร่องของบิดามารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อย่างไรก็ตาม หากเห็นได้ชัดเจนว่าบุคคลนั้นไม่มีวินัยในการดำเนินชีวิต หรือเด็กนั้นอยู่ในสภาพที่สกปรกหรือในลักษณะที่ไม่ได้รับการดูแลอยู่เสมอ ๆ ความบกพร่องนั้นก็จะถูกนำมาพิจารณาด้วย[238]

ในการพิจารณาความต้องการทางอารมณ์ความรู้สึกของเด็กนั้น ไม่มีกฎเกณฑ์ทั่วไปใดที่กำหนดให้มารดาควรอยู่กับเด็กที่ตนดูแลอยู่ต่อไป[239] ศาลจะให้น้ำหนักกับความใกล้ชิดของสายสัมพันธ์กับบิดามารดา หรือต่อพี่น้องของเด็ก และผลกระทบทางจิตใจที่จะเกิดขึ้นหากเด็กต้องตัดขาดจากสายสัมพันธ์นั้น โดยปกติแล้วศาลไม่ต้องการจะแยกพี่น้องออกจากกัน[240] แต่ก็มีบางครั้งที่ศาลมีคำสั่งเช่นนั้น

ในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ทำงานหารายได้ให้ครอบครัว และอีกฝ่ายไม่ทำงานแต่อยู่บ้านตลอดเวลาเพื่อเลี้ยงดูบุตร บุคคลที่เลี้ยงดูบุตรเต็มเวลานั้นจะได้เปรียบ โดยเฉพาะในกรณีที่เด็กยังไม่เข้าสู่วัยเรียน

---

236 Ibid.

237 Ibid. at 385.

238 Ibid.

239 Re A (Minor)(Custody) [1991] 2 FLR 394

240 Re P (Custody of Children: Split Custody Order) [1991] 1 FLR 337

ในเรื่องความจำเป็นทางการศึกษานั้น ถ้าปรากฏว่าการย้ายไปอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนั้น เป็นการย้ายในช่วงเวลาที่สำคัญและอาจเกิดผลกระทบต่อเด็ก เช่น เป็นช่วงหัวเลี้ยวหัวต่อที่จะเข้ามหาวิทยาลัย บิดาหรือมารดาที่เด็กอาศัยอยู่ด้วยมาตลอดนั้นก็จะได้เปรียบ และหากเป็นกรณีที่มีเหตุบางประการที่ทำให้เด็กนั้นจำเป็นต้องอยู่โรงเรียนที่มีลักษณะพิเศษกว่าโรงเรียนทั่วไป ความจำเป็นนั้นจะมีน้ำหนักอย่างมากในการพิจารณา[241]

3. อายุ เพศ ภูมิหลัง และลักษณะเฉพาะอื่น ๆ ที่มีความสำคัญของเด็ก (1(3)(d))

อายุของเด็กมักจะเป็นปัจจัยที่มีความสำคัญในการตัดสินว่าอะไรเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยมักจะมีส่วนสำคัญในการพิจารณาน้ำหนักในความปรารถนาและการตัดสินใจของเด็ก ที่ได้กล่าวไปข้างต้น นอกจากนี้ ก็มีข้อสันนิษฐานว่าจะเป็นประโยชน์กับเด็กที่ยังเป็นทารกอยู่มากกว่าหากได้อยู่กับมารดา อย่างไรก็ดี เป็นข้อสันนิษฐานที่สามารถหักล้างได้[242]

เพศของเด็กนั้น อาจมีความสำคัญในบางกรณี ตัวอย่างเช่น ความจำเป็นที่เด็กวัยรุ่นผู้หญิงควรได้รับความช่วยเหลือจากมารดาในช่วงแรกเริ่มของวัยเจริญพันธุ์[243]

ภูมิหลังของเด็กหมายรวมถึงได้หลายอย่าง เช่น การนับถือศาสนา สภาพแวดล้อมในครอบครัว เป็นต้น เช่นเดียวกับลักษณะเฉพาะของเด็กที่มีความหมายกว้าง เช่น ความบกพร่องทางร่างกายบางประการ อาการป่วยสาหัส และอาจรวมไปถึง ปัจจัยทางสติปัญญา (Intellectual Factors)[244]

4. อันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อเด็ก หรือมีความเสี่ยงว่าอาจเกิดต่อเด็ก (1(3)(e))

อันตรายในที่นี้อาจเป็นอันตรายที่เกิดแก่ร่างกายหรือแก่จิตใจของเด็กก็ได้ โดยอาจเกิดจากสภาวะแวดล้อมที่เด็กกำลังเผชิญอยู่ หรือมีความเสี่ยงที่อาจต้องเผชิญในอนาคต หรืออาจเกิดจากลักษณะหรือความประพฤติของบุคคลที่เด็กต้องมีปฏิสัมพันธ์ด้วยก็ได้

5. ความสัมพันธ์ที่เด็กมีต่อเครือญาติหรือบุคคลที่ศาลเห็นว่ามีความสำคัญ (1(3)(f)) อันรวมถึง ความเป็นไปได้ที่เด็กจะมีความสัมพันธ์ที่ต่อเนื่อง ความสามารถและความสมัครใจของญาติหรือบุคคลนั้น ๆ ในการจัดหาสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัยที่เด็กจะสามารถเจริญเติบโตและสอดคล้องกับความต้องการของเด็ก และความปรารถนาและความรู้สึกของญาติหรือบุคคลนั้น ๆ ที่มีต่อเด็ก

ศาลจะคำนึงถึงการรักษาความสัมพันธ์อันดีหรือการติดต่อระหว่างเด็กกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ซึ่งสอดคล้องกับจากงานวิจัยที่แสดงให้เห็นว่าการเปิดเผยกับเด็กในเรื่องการปฏิสนธิและ

---

241 Tina Bond, Jull Black และ Jane Brudge, Family Law page 385.

242 Re W (a minor)(residence order) [1992] 2 FLR 332

243 Tina Bond, Jull Black และ Jane Brudge, Family Law page 386.

244 Ibid. at 386.

การเกิดของเด็กนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งกับการปรับตัวของเด็ก (Child's Adjustment) [245]

ศาลต้องประเมินความสามารถในการดูแลเด็กของบุคคลที่เป็นผู้ร้องขอจะเป็นผู้ดูแลเด็ก ถ้ามีข้อพิพาทที่คู่ความทั้งสองฝ่ายมีความสามารถในการดูแลเด็กได้พอ ๆ กัน ปัจจัยที่จะเป็นตัวตัดสินอาจเป็นเหตุที่บุคคลหนึ่งทำงานประจำ ในขณะที่อีกคนหนึ่งสามารดูแลเด็กได้ตลอด ในกรณีที่ในอดีตที่ผ่านมานั้นมีข้อเท็จจริงแสดงให้เห็นว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่สามารถดูแลเด็กได้ดี ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเป็นข้อเท็จจริงที่มีน้ำหนักในการพิจารณาเป็นอย่างมาก นอกจากนี้ศาลยังจะพิจารณาถึงความสามารถของบุคคลอื่น ๆ ที่ศาลเห็นว่ามีความเกี่ยวข้องและมีความสำคัญในการเลี้ยงดูเด็ก เช่น คู่รักคนใหม่ของบิดาหรือมารดา ปู่ย่าตายาย สมาชิกภายในครอบครัว พี่เลี้ยงเด็ก เป็นต้น[246]

นอกจากเงื่อนไขที่กำหนดใน Adoption and Children Act 2002 มาตรา 1(4) แล้ว ในทางวิชาการก็ยังมีการพูดถึงปัจจัยอื่นๆที่ควรนำมาใช้ในการพิจารณาสวัสดิภาพของเด็กในกรณีเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเพิ่มเติมไว้อีกด้วย ตัวอย่างเช่น การให้เด็กจะได้รับรู้ต้นกำเนิดของตนเองและรู้จักกับญาติห่าง ๆ ของตน เพื่อป้องกันความเสียหายทางจิตใจที่อาจเกิดขึ้นกับเด็กในภายหลัง[247]

การที่ศาลต้องให้น้ำหนักในเรื่องสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญเหนือสิ่งอื่นใดนี้ ส่งผลต่อการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาของศาลเป็นอย่างมาก โดยอาจแบ่งผลกระทบของการคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กได้เป็น 2 ประการ

ประการแรก ศาลจะคำนึงสวัสดิภาพของเด็กเสมอ

แม้ว่าคำร้องจะมีลักษณะตรงตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม ศาลก็มักคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญเสมอเมื่อจะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตร เช่น

ในคดี **Re A, B and C**[248] ที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นคู่รักเพศเดียวกัน เข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทน 3 ครั้งในเวลาไล่เลี่ยกัน โดยเด็กแต่ละคนเกิดมาเกิดห่างกัน 6 เดือน และอยู่ใน

---

245 Holly Rodger. "Cafcass Study of Parental Order Applications Made in 2013/14." [Online]. Available from: https://www.cafcass.gov.uk/media/257188/intranet4cafcass/DavWWWRoot/ce/policy_team/Shared%20Documents/Research/Cafcass%20research/2014-15/Surrogacy/Study%20of%20parental%20order%20applications%202013-14%20(internet).pdf [2 February 2017]

246 Tina Bond, Jull Black และ Jane Brudge, Family Law page 386

247 รายละเอียดเพิ่มเติมที่ Julie Wallbank, "Too Many Mothers? Surrogacy, Kinship And The Welfare Of The Child," Oxford University Press Medical Law Review

248 Re A, B and C [2016] EWFC 33

ความดูแลของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรได้กระทำตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 54 ของ HFEA 2008 แต่มีประเด็นที่ยังต้องพิจารณาอยู่อีก 2 ประเด็น ได้แก่ 1.เงินที่ให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และ 2.สวัสดิภาพของเด็กทั้ง 3 คน ที่เกิดมาในเวลาไล่เลี่ยกัน

หลังจากได้พิจารณาประเด็นในเรื่องค่าตอบแทนโดยมีความเห็นว่าค่าตอบแทนสมเหตุสมผลแล้ว[249] ศาลก็ยังได้ตั้งพิจารณาประเด็นเรื่องสวัสดิภาพของเด็กต่อไปด้วย แม้จะได้ความว่าคำร้องนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่มาตรา 54 HFEA กำหนดไว้แล้วก็ตาม แสดงให้เห็นว่าสวัสดิภาพของเด็กมีความสำคัญอย่างยิ่ง ถึงขนาดที่จะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเสมอเมื่อมีการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา โดยในเรื่องของสวัสดิภาพของเด็กทั้งสามคนนั้น ศาลมีความกังวลว่าการที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นตัดสินใจเข้าร่วมทำสัญญาเพื่อมีบุตรถึง 3 คน ในเวลาไล่เลี่ยกันนั้นเป็นการตัดสินใจสร้างครอบครัวโดยคำนึงถึงเด็กเป็นศูนย์กลางหรือไม่ และการที่เด็กทั้งสามคนนั้นเกิดในเวลาใกล้กันอาจทำให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่สามารถใส่ใจดูแลเด็กแต่ละคนได้เต็มที่

ศาลนำเอาความเห็นของผู้ดูแล (Guardian) มาร่วมในการพิจารณาด้วย โดยผู้ดูแลพิจารณาปัจจัยที่ส่งเสริมสวัสดิภาพของเด็ก (Welfare Checklist) ตาม Adoption and Children Act 2002 อันเป็นปัจจัยที่กฎหมายกำหนดให้นำมาใช้ในการพิจารณาในการที่ศาลจะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น โดยผู้ดูแลวิเคราะห์แล้วมีความพึงพอใจกับวิธีการดูแลเลี้ยงดูเด็กทั้ง 3 คนของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร และกล่าวว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นสามารถทำหน้าที่เป็นบิดามารดาของเด็กทั้ง 3 คน ได้อย่างดีเยี่ยม มีกิจวัตรประจำวันที่เหมาะสมและมีความเข้าใจความต้องการของเด็กแต่ละคนได้เป็นอย่างดี มีการวางแผนเพื่ออนาคตของเด็กและได้รับการสนับสนุนจากครอบครัวและเพื่อนฝูง อีกทั้งยังมีสัมพันธภาพอันดีกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนด้วย

ศาลพิจารณาจากพยานหลักฐานของผู้ดูแลที่ว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดาที่ดีเยี่ยมและผู้ดูแลสนับสนุนให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา ศาลจึงเห็นว่าการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งเมื่อคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็ก ณ ปัจจุบันและในระยะยาว ด้วยเหตุนี้ศาลจึงเห็นควรมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร

และยังได้อ้างถึงคำอธิบายของ Sir James Munby ในคดี Re X [2015] 1 FLR 349 [54] ที่ได้กล่าวไว้ว่า“คำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นมีขึ้นเพื่อแก้ปัญหาในเรื่องความเป็นบิดามารดาบุตรอย่างถาวรในกรณีการตั้งครรภ์แทน อันนำไปสู่ประเด็นในเรื่องสูติบัตรอันเป็นการยืนยันอัตลักษณ์ของเด็กตลอดชีวิตของเด็ก ซึ่งไม่มีคำสั่งใดที่จะสามารถให้ความคุ้มครองเช่นนี้ได้อีก” เพื่อแสดง

---

[249] รายละเอียดคดีโปรดดูหัวข้อ 3.2.2 ในตัวอย่างประกอบเรื่องเงื่อนไขเรื่องค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล

เหตุผลสนับสนุนการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเพราะจะเป็นเครื่องมือเดียวเท่านั้นที่จะคุ้มครองเด็กมากที่สุดมากกว่าคำสั่งอื่นใด

ประการที่สอง ศาสจะคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเพื่อผ่อนปรนการที่คำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่มาตรา 54 HFEA กำหนด

ในทางกลับกันกับการพิจารณาสวัสดิภาพของเด็กเสมอแม้คำร้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ศาลอาจคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กและมองข้ามการกระทำที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขตามมาตรา 54 HEFA บางประการเพื่อมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาคุ้มครองเด็กที่เกิดมา ตัวอย่างเช่น

1.เงื่อนไขที่ห้ามมิให้มีค่าใช้จ่ายที่เกินกว่าจำนวนที่สมเหตุสมผลในการตั้งครรภ์แทน เว้นแต่ศาลจะอนุญาตเป็นพิเศษนั้น การพิจารณาอนุญาตของศาลนั้นก็คำนึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญ เช่น

คดี **Re WT**[250] มีประเด็นของคดีที่ศาลจะต้องพิจารณาอยู่ 2 ประเด็น คือหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเข้าทำสัญญาโดยสมัครใจและเข้าใจเนื้อหาของสิ่งที่ตนกำลังเกี่ยวข้องและยินยอมในการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาหรือไม่ และศาลต้องพิจารณาว่าจะอนุญาตจำนวนเงินที่เกินกว่าค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลหรือไม่

เนื่องจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรดำเนินการตั้งครรภ์แทนผ่านทางคลินิกในอินเดียซึ่งมีนโยบายไม่ให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน พบกัน จะรู้เพียงแต่ว่าหญิงนั้นเป็นใครผ่านทางเอกสารราชการ เมื่อเด็กเกิดมาคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรดำเนินการทางเอกสารต่าง ๆ เพื่อพาเด็กเดินทางกลับประเทศสหราชอาณาจักร โดยที่มีคลินิกเป็นผู้อำนวยความสะดวกในการจัดหาเอกสารต่าง ๆ ให้ ได้แก่

1. ใบเสร็จแสดงรายการใช้จ่าย รับรองรายจ่ายที่ให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทน 3,500,000 รูปี เป็นค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทน ค่าอาหาร ค่าเดินทาง ค่าใช้จ่ายในการใช้ชีวิตในช่วงตั้งครรภ์และค่าผู้ดูแล ในเอกสารนี้ยังรับรองว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนยินยอมในการออกวีซ่าของเด็กและหญิงนั้นไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ กับเด็กที่เกิดมาอีกแต่อย่างใด

2. เอกสารยืนยันว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ได้สมรส

3. เอกสารชื่อว่า “ใบแสดงการไม่คัดค้าน” (No Objection Certification) ซึ่งหญิงที่ตั้งครรภ์แทนยืนยันว่าได้รับเงินไว้ครบแล้ว หญิงที่ตั้งครรภ์แทนยืนยันว่าเข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทนโดยสมัครใจและเต็มใจสละสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ที่มีเหนือตัวเด็ก และไม่คัดค้านในการให้เด็กได้รับสัญชาติอังกฤษ

---

250 Re WT [2014] EWHC 1303

ต่อมาเมื่อคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเดินทางกลับมาประเทศสหราชอาณาจักร คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา และให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนซึ่งอยู่อินเดีย แสดงความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรในแบบ A101A แต่ศาลได้แสดงความกังวลในพยานหลักฐานแสดงความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้น เนื่องจากเอกสารต่าง ๆ เป็นภาษาอังกฤษทั้งหมดและไม่มีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถเข้าใจภาษาอังกฤษได้หรือไม่ เพียงใด และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็ไม่เคยพบกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเลยทำให้ไม่สามารถบอกข้อมูลในส่วนนี้ได้ หลังจากศาลได้แสดงความกังวลในประเด็นดังกล่าว คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรได้ให้ที่ปรึกษากฎหมายในอินเดียติดต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเพื่ออธิบายข้อความต่าง ๆ รวมถึงข้อความแสดงความยินยอมในแบบ A101A ด้วย ซึ่งหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นก็ได้ยืนยันเอกสารต่าง ๆ ที่ตนได้ลงชื่อไปก่อนหน้านี้

ในการพิจารณาว่าศาลจะอนุญาตจำนวนเงินที่เกินมาจากค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลหรือไม่นั้น ศาลได้วางหลักการที่สำคัญในการพิจารณาไว้ดังนี้

1. จำนวนเงินนั้นไม่สมส่วนกับค่าใช้จ่ายอย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ กล่าวคือน้อยไปจนทำให้กลายเป็นการแสวงประโยชน์ในทางที่ผิด (Exploitative) จากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนหรือมากเกินไปจนสร้างความกดดันให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนหรือไม่ ซึ่งในทั้งสองกรณีนี้เสี่ยงต่อการที่เงินจะมีอำนาจเหนือการตัดสินใจอย่างอิสระของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

2. หลักเกณฑ์อันเป็นรากฐานของเงื่อนไขที่ปรากฏในมาตรา 54(8) นี้ คือการกระทำดังกล่าวเป็นการอันขัดต่อนโยบายของรัฐ (Public Policy) เพื่อเป็นการลงโทษกรณีเป็นเงินจำนวนมากที่อาจถือเป็นการซื้อขายเด็กได้

3. ในการพิจารณาว่าศาลจะอนุญาตจำนวนเงินที่จ่ายไปแล้วนั้นหรือไม่ เป็นการตัดสินที่เกี่ยวข้องกับการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา และในการมีคำสั่งดังกล่าวนั้นศาลจะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญ (Paramount Consideration)

4. สวัสดิภาพของเด็กนั้นสามารถนำมาประนีประนอมผ่อนปรนกับการพิจารณาของศาลในการปฏิเสธไม่มีคำสั่งตามคำร้องขอให้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นได้ และก็เป็นเรื่องยากที่จะจินตนาการว่าจะมีสถานการณ์ใดที่จะไม่นำเอาสวัสดิภาพของเด็กมาใช้เช่นนั้น

5. คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกระทำการด้วยความสุจริต โดยไม่มีข้อตำหนิทางศีลธรรม (Moral Taint) ในการทำสัญญา และเงินที่ใช้จ่ายนั้นก็ไม่ได้ถึงกับไม่สมส่วน (Disproportionate) ถึงขนาดที่หากมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาไปแล้วจะเป็นการขัดต่อนโยบายของรัฐ

และเมื่อพิจารณาแล้วศาลมีความเห็นว่า จะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กในระยะยาวเป็นสำคัญตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในมาตรา 1 Adoption and Children Act 2002 โดยศาล

พิจารณาจากรายงานที่ POR ได้เสนอต่อศาล อันมาจากการได้ตรวจสอบความเป็นอยู่ตามความเป็นจริงเพื่อพิจารณาปัจจัยที่ส่งเสริมสวัสดิภาพของเด็ก (Welfare Checklist) โดยท้ายสุด POR ได้สนับสนุนให้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา เมื่อพิจารณาจากหลักฐานต่างๆแล้ว ศาลก็เห็นว่าก็เป็นการเหมาะสมที่ศาลจะใช้ดุลพินิจอนุญาตการจ่ายเงินดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่าสวัสดิภาพของเด็กนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเท่านั้น

ในคดี **Re L**[251] คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรชาวอังกฤษไปทำสัญญาตั้งครรภ์แทนในสหรัฐอเมริกา โดยเป็นการตั้งครรภ์แทนอันหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้ค่าตอบแทนเกินสมควร ศาลได้พิจารณาโดยให้เหตุผลว่าจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างนโยบายรัฐกับสวัสดิภาพของเด็ก โดยการจะไม่มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นจะต้องปรากฏอย่างชัดแจ้งว่ามีการกระทำอันขัดต่อนโยบายของรัฐ ประกอบกับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นจาก Regulations 2010 ที่ให้มาตรา 1 ของ Adoption and Children Act 2002 มาใช้ในการพิจารณาสวัสดิภาพของเด็ก ส่งผลให้สวัสดิภาพของเด็กนั้นไม่ใช่เป็นเพียงปัจจัยที่จะต้องนำมาพิจารณาร่วมด้วย แต่เป็นปัจจัยที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญที่สุดเมื่อจะพิจารณาว่าจะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาหรือไม่[252] และสุดท้าย ศาลก็ได้อนุญาตค่าใช้จ่ายที่เกินว่าค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลดังกล่าว มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรในสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์นี้

ในคดี **Re X and Y**[253] ข้อเท็จจริงเป็นการตั้งครรภ์แทนที่มีค่าตอบแทน โดยเด็กที่เกิดมานั้นมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรคนหนึ่ง ได้รับการเลี้ยงดูจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมาโดยตลอด ได้รับความยินยอมจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในการทำคำร้องและทำตามเงื่อนไขอื่น ๆ ที่มาตรา 54 กำหนดไว้อย่างครบถ้วน ข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จ่ายเงินที่เกินกว่าค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล แต่ศาลก็เห็นด้วยกับที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกล่าวว่าการจะคุ้มครองสวัสดิภาพในระยะยาวของเด็กได้นั้นก็มีเพียงแค่โดยการที่ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเท่านั้น และด้วยมาตรา 1 ของ Adoption and Children Act 2002 กำหนดให้

---

251 Re L [2010] EXHC 3146 (Fam)

252 "The significant change in the new Act other than the enlargement of the scope of applicants relates to the welfare test. The effect of the 2010 Regulations (S1 20 10/986) is to import into Section 54 applications the provisions of Section 1 of the Adoption & Children Act 2002... What has changed, however, is that welfare is no longer merely the court's first consideration but becomes its paramount consideration...The effect of that must be to weight the balance between public policy considerations and welfare decisively in favour of welfare. It must follow that it will only be in the clearest case of the abuse of public policy that the court will be able to withhold an order if otherwise welfare considerations supports its making." Mr.Justice Hedley

253 Re X and Y [2011] EWHC 3147 (Fam)

ต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญที่สุดในการพิจารณาว่าจะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาหรือไม่ ประกอบกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกระทำการด้วยความสุจริต ไม่มีเจตนาในการฉ้อฉล และค่าตอบแทนนั้นก็ไม่ได้ไม่สมส่วนถึงขนาดที่หากมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาแล้วจะเป็นการขัดต่อนโยบายของรัฐ (Public Policy)

ศาลในคดีนี้ได้ยอมรับข้อกล่าวอ้างของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร และมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา นอกจากนี้ยังได้อ้างถึงหลักที่ผู้พิพากษา Hedley J ที่กล่าวว่า “สิ่งที่ศาลจำเป็นต้องทำก็คือการสร้างสมดุลของแนวคิดที่ขัดแย้งกันสองแนวคิด นิติบัญญัตินั้นได้วางหลักเกณฑ์อันเป็นปฏิปักษ์กับการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ไว้อย่างชัดแจ้ง... แต่ก็ชัดเจนเช่นเดียวกันว่าหลักการที่เคร่งครัดนั้นสามารถบรรเทาได้ด้วยหลักการพิจารณาสวัสดิภาพของเด็ก... และเป็นไปได้ยากมากที่จะจิตนาการว่า สวัสดิภาพของเด็กนั้นจะไม่นำมาเป็นข้อประนีประนอมผ่อนปรนการปฏิเสธคำร้องขอให้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาหนึ่ง ๆ ”

2.เงื่อนไขที่ต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาภายใน 6 เดือน นับจากเด็กเกิด

ในอดีตนั้นแนวคำพิพากษาของศาลสหราชอาณาจักรเห็นว่าศาลไม่มีอำนาจในการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาได้หากเป็นการยื่นคำร้องภายหลังระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากกฎหมายมิได้ให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการขยายระยะเวลานั้นได้[254] อย่างไรก็ดี ความเคร่งครัดในการบังคับใช้เงื่อนไขดังกล่าวนั้นผ่อนปรนลง เห็นได้ชัดจากแนวคำพิพากษาในช่วงหลังปี ค.ศ. 2014 ตั้งแต่มีคำพิพากษา Re Xเป็นต้นมา Sir James Munby ได้วางบรรทัดฐานใหม่เกี่ยวกับการทำผิดเงื่อนไขระยะเวลา 6 เดือนนี้

ในคดี **Re X**[255] นี้ ศาลต้องพิจารณาว่าจะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาให้ตามคำร้องที่ยื่นเกินกำหนดระยะเวลา 6 เดือนนับจากเด็กเกิดหรือไม่ ข้อเท็จจริงในคดีเป็นการตั้งครรภ์แทนโดยใช้เซลล์สืบพันธุ์ของผู้บริจาคกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายชาย และหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับสามีแสดงเจตนาที่จะสละสิทธิในฐานะบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา โดยมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรชัดแจ้ง เด็กที่เกิดมาอาศัยอยู่กับผู้ร้องมาโดยตลอด และรายงานของผู้ดูแล (Guardian's Report) ก็ระบุว่าผู้ร้องนั้นมีความรักความห่วงใยให้แก่เด็ก และเลี้ยงดูเด็กได้เป็นอย่างดี โดยผู้ดูแลสนับสนุนให้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา

---

254 ตัวอย่างเช่น In re X (Children) (Parental Order: Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 (Fam), [2009] Fam 71, [2009] 1 FLR 733 ; Re S (Parental Order) [2009] EWHC 3146 (Fam), [2010] 1 FLR 1156 ; JP v LP and others [2014] EWHC 595 (Fam) andRe WT (A Child) [2014] EWHC 1303 (Fam).

255 Re X [2014] EWHC 3135 (Fam)

ในการพิจารณาของศาล ศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กแล้ว จะต้องมีคำสั่งอันเป็นการทำให้สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิงนั้นหมดไป และให้สิทธิหน้าที่นั้นมาอยู่กับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างถาวร ซึ่งสามารถทำได้ 2 ทาง คือการรับบุตรบุญธรรม และการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา แต่ศาลเห็นว่าการใช้ทางออกให้ไปรับบุตรบุญธรรมนั้นไม่เหมาะสมเนื่องจากเป็นกรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กด้วย และคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นเป็นการรับรองทางกฎหมายขั้นที่ดีที่สุด อันสอดคล้องกับข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติและทางจิตใจด้วย

Sir James Munby ผู้พิพากษาในคดีนี้ได้กล่าวถึงคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ ที่ศาลมีความเห็นว่าศาลไม่มีอำนาจในการมีคำสั่งในกรณีคำร้องยื่นภายหลังระยะเวลา 6 เดือนที่กฎหมายกำหนด โดย Sir James Munby เห็นว่าคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ ตัดสินไม่ถูกต้อง และเห็นว่าศาลมีอำนาจในการมีคำสั่งตามคำร้องแม้ว่าจะยื่นเกินกำหนด 6 เดือนนับจากเด็กเกิดก็ตาม

ที่ศาลมีความเห็นเช่นนี้นั้น ศาลได้เริ่มต้นจากการพิจารณาคำพิพากษาในคดี Howard v Bodington[256] ที่พิจารณาประเด็นในเรื่องผลของการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่ง Lord Penzance ผู้พิพากษาในคดีนั้นแสดงความเห็นว่า ในกรณีของกฎหมายที่มีความสำคัญอย่างยิ่งไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (Imperative) หากมิได้กระทำตามแล้ว ทุกสิ่งทุกอย่างเป็นอันเสียไปทั้งหมด กระบวนการต่างๆเป็นผลตามมาจากนั้นก็เป็นโมฆะ (Void) ในทางตรงกันข้ามถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมีลักษณะให้กระทำตาม (Mandatory or Directory) เท่านั้น หากแม้มิได้กระทำตาม กระบวนการต่าง ๆ ที่ตามมาก็ไม่ได้เสียไป กล่าวคือบางบทบัญญัติของกฎหมายของกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภานั้น ถึงแม้ว่าจะไม่ได้กระทำตามอย่างเคร่งครัด แต่ศาลอาจเห็นว่าไม่ได้มีความสำคัญในลักษณะเป็นเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญถึงขนาดที่หากไม่ทำตามแล้วจะทำให้กระบวนการต่าง ๆ นั้นเสียไปทั้งหมด ในทางกลับกัน ก็มีบางบทบัญญัติของกฎหมายที่ศาลจะเห็นว่าควรจะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด มิฉะนั้นกระบวนการต่างๆจะเสียไปทั้งหมด ดังนี้คำถามจึงอยู่ที่ว่าบทบัญญัติของกฎหมายในประเด็นที่ปรากฏในข้อพิพาทนั้นเป็นบทบัญญัติของกฎหมายประเภทใด

Lord Penzance เห็นว่าในแต่ละคดีจะต้องพิจารณาสาระสำคัญ ความสำคัญของบทบัญญัติของกฎหมายที่ถูกละเมิดนั้น และความสัมพันธ์ระหว่างบทบัญญัติของกฎหมายนั้นกับวัตถุประสงค์ทั่วไปที่กฎหมายนั้นต้องการคุ้มครอง และใช้การพิจารณาคดีในมุมนี้เพื่อตัดสินว่าประเด็นนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หรือเป็นบทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะให้กระทำตามเท่านั้น ซึ่งหลักการในคดี Howard v Bodington นี้ก็ได้รับการกล่าวถึงในหลายคดี รวมถึงในคดี

---

256 Howard v Bodington (1877) 2 PD 203

Newbold and others v Coal Authority[257] โดย Sir Stanley Burnton ผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวท ได้อธิบายไว้ว่า ในคดีหนึ่งๆนั้น จะต้องมีการตีความตัวบทกฎหมาย เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด กฎหมายนั้นอาจจะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด เนื่องจากเป็นเงื่อนไขในการทำให้มีผลสมบูรณ์ (Validity) ในทางกลับกันการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างพอประมาณ (Adequate Compliance) ก็อาจสมประสงค์ตามบทบัญญัติของกฎหมายแล้วก็ได้ และท้ายที่สุดอาจจะไปถึงขั้นที่การไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นๆเลย อาจไม่ทำให้การกระทำต่าง ๆ นั้นเสียไป ในการพิจารณาคดีหนึ่ง ๆ นั้นจำเป็นจะต้องพิจารณาถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายจากมุมมองในด้านสาระสำคัญของบทบัญญัติของกฎหมาย ความเป็นมา วัตถุประสงค์ของเงื่อนไข และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นตามความเป็นจริงต่อบุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข

เมื่อนำหลักที่ปรากฏในคดี Howard v Bodington และคดี Newbold and others v Coal Authority มาปรับใช้กับประเด็นข้อพิพาทในคดีนี้ Sir James Munby เห็นว่าศาลควรพิจารณามาตรา 54 โดยคำนึงถึงสาระสำคัญของบทบัญญัติของกฎหมาย ความเป็นมา วัตถุประสงค์ ความสัมพันธ์ระหว่างบทบัญญัติของกฎหมายนั้นกับวัตถุประสงค์ทั่วไปที่กฎหมายนั้นต้องการคุ้มครอง และผลกระทบของการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง

ศาลได้พิจารณาถึงประวัติความเป็นมาในการร่าง HFEA ด้วย โดยไม่พบว่าผู้ร่างให้เหตุผลใด ๆ เป็นการพิเศษในการกำหนดระยะเวลา 6 เดือน

ศาลพิจารณาและเห็นด้วยกับการตีความเงื่อนไขในมาตรา 54 ในคดี A v P[258] ซึ่งได้อธิบายไว้ว่าจุดประสงค์แรกเริ่มของมาตรา 54 นั้นมีขึ้นเพื่อเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างเด็กกับผู้ร้อง ผลของการมีคำสั่งจะทำให้เด็กเสมือนเกิดจากผู้ร้อง ซึ่งชัดเจนว่าเกี่ยวข้องกับสิทธิในการได้รับความเคารพในชีวิตครอบครัว (Right to Respect for Family Life) ภายใต้ Article 8 ของ European Convention ซึ่งในคดีนั้นชีวิตครอบครัวได้เกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงที่ว่าเด็กได้อยู่อาศัยและมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร หากศาลไม่มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรก็จะทำให้ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริงไม่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย ซึ่งเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องให้การประกันสิทธิในทางปฏิบัติและที่ก่อให้เกิดผล[259]

ในคดี A v P นี้ ศาลได้อธิบายว่า ชีวิตครอบครัวนั้นไม่ได้เป็นเรื่องของข้อเท็จจริงเท่านั้นแต่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ทางกฎหมายด้วย ซึ่งในกรณีนี้หากมิได้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดา

---

257 Newbold and others v Coal Authority [2013] EWCA Civ 584

258 คดี A v P [2011] EWHC 1738 (Fam)

259 "...the statute must be 'read down' in such a way as to ensure that the "essence" of the protected right is not impaired and that what is being protected are rights that are "practical and effective" and not "theoretical and illusory."

มารดา เด็กกับบิดามารดาทางพันธุกรรมก็จะไม่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมาย เด็กจะไม่ได้รับประโยชน์ทางสังคมและจิตใจจากการที่ความสัมพันธ์ดังกล่าวได้รับการยอมรับ มีผลเสียต่อเด็กในทางเศรษฐกิจเมื่อคำนึงเรื่องการรับมรดก และสภาพทางกฎหมายของเด็กไม่ตรงกับสภาพความเป็นจริงในแต่ละวัน

โดยท้ายสุดศาลในคดี A v P ก็ได้ตีความเป็นคุณกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่เป็นผู้ร้อง โดยให้เหตุผลว่า ไม่มีคำสั่งใดที่จะรับรองสถานะของเด็กได้อีก การมีคำสั่งจะเป็นการอันสอดคล้องกับ Article 8 European Convention และเป็นการคุ้มครองตัวตนของเด็ก (Identity) ในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง ตาม Article 8 The United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC) 1989 การตีความเช่นนี้ไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์หรือนโยบายเบื้องหลังของการกำหนดเงื่อนไขในมาตรา 54 เด็กอยู่อาศัยกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมาโดยตลอด และเห็นได้ชัดเจนว่าประโยชน์ของเด็กนั้นขึ้นอยู่กับการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเพื่อคุ้มครองสถานะทางกฎหมายระหว่างเด็กกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร

ศาลในคดี Re X นี้เห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งว่าประเด็นที่สำคัญของเรื่องนี้อยู่ที่ตัวตนของเด็กและความสัมพันธ์ของเด็กกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ซึ่งคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรนั้นจะก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทั้งทางความสัมพันธ์ตามกฎหมาย และความเป็นจริงเกี่ยวกับตัวเด็กในทางปฏิบัติและทางจิตวิทยา มีผลในทางสังคมและในบางครั้งอาจกว้างไปถึงวัฒนธรรมและศาสนา ยิ่งไปกว่านั้นผลนี้ยังเป็นผลในระยะยาว เป็นผลเพื่อวัตถุประสงค์ในทางปฏิบัติ และไม่สามารถแก้ไขได้ อีกทั้งในการพิจารณามีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาของศาลนั้นก็จะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพในระยะยาวของเด็กเป็นสำคัญที่สุด ซึ่งผู้ร่างย่อมต้องการให้ศาลคำนึงถึงอนาคตในระยะยาวของเด็กในการพิจารณา

ศาลเห็นว่าประเด็นการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาดังกล่าวนี้ไม่ได้ถูกจำกัดอยู่โดยถ้อยคำตามกฎหมายในมาตรา 54 การตีความอย่างแคบเช่นนั้นจะไม่สอดคล้องกับเจตนาของผู้ร่างกฎหมาย ดังนี้ศาลจึงสรุปว่าศาลไม่ได้ถูกจำกัดมิให้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเพียงเพราะการไม่ทำตามมาตรา 54(3) เรื่องกำหนดระยะเวลานี้ โดยอ้างหลักการพิจารณาผลของการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายตามหลักในคดี Howard v Bodington ซึ่งได้กล่าวไปข้างต้น

ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยังแสดงความเห็นต่อไปว่า แม้หากเห็นว่าหลักการที่เป็นบรรทัดฐานจากคดี Howard v Bodington ไม่สามารถนำมาใช้กับการสรุปเช่นนี้ได้ ศาลก็ยังเห็นว่าเมื่อพิจารณา The United Nations Convention on the Rights of the Child ดังที่คดี A v P ได้ปรับใช้ไว้แล้วนั้น ก็จะได้ผลสรุปเดียวกัน ศาลบอกว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นควรจะแปลความ (Read Down) ในทางที่จะไม่ทำให้สาระสำคัญแห่งสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองนั้นเสียหาย และสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองอยู่นั้นคือสิทธิในทางปฏิบัติและที่ก่อให้เกิดผล มิใช่สิทธิในทางทฤษฎีที่ไม่เกิดขึ้นจริง

ศาลเห็นควรจะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาในกรณีแม้ว่าจะผ่านมากว่า 2 ปี นับจากเด็กเกิดแล้วก็ตาม โดยพิจารณาสาระสำคัญจากกฎหมาย ความเป็นมา และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นหากไม่มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา โดยศาลเห็นว่า ประการแรก คำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเกี่ยวข้องกับทั้งสถานะและตัวตนของเด็กในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง ประการที่สอง ศาลมองไปที่อนาคตของเด็กในระยะยาว และประการที่สาม ศาลไม่ได้คำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดกับผู้ร้องเท่านั้น แต่คำนึงถึงผลกระทบต่อเด็กผู้บริสุทธิ์ซึ่งศาลจะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเขาเป็นสำคัญที่สุด

อย่างไรก็ดี ศาลในคดีนี้ได้กล่าวต่อไปว่าศาลไม่มีเจตนาจะวางหลักการทั่วไปที่จะสามารถเอาไปใช้ได้กับทุกกรณี ในทางกลับกันได้อธิบายว่าในแต่ละกรณีนั้นจะมีข้อเท็จจริงที่เฉพาะเจาะจงซึ่งจะต้องพิจารณาแตกต่างจากกันไป

ภายหลังจากมีคำพิพากษาในคดี Re X นี้ ก็มีคำพิพากษาในคดีหลัง ๆ อ้างความเห็นของศาลในการตัดสินคดีที่ยื่นคำร้องไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขในเรื่องระยะเวลา ตัวอย่างเช่น

คดี **A & Another v C & Another**[260] เป็นคดีที่ยื่นคำร้องให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาภายหลัง 6 เดือน โดยยื่นคำร้องเมื่อเด็กทั้ง 3 คนที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนอายุได้ 13 และ 12 ปีแล้ว โดยเหตุที่ยื่นคำร้องช้าเนื่องจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอันเป็นผู้ร้องได้ให้เหตุผลว่าไม่ทราบว่าจำเป็นต้องยื่นคำร้องดังกล่าว เนื่องจากผู้ร้องได้รับ คำสั่งก่อนเด็กเกิด (Pre-birth Order) จากศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่ผู้ร้องได้เข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทน และเมื่อมีคำสั่งดังกล่าวนั้นก็เป็นการก่อตั้งความเป็นบิดามารดาของพวกเขาแล้วตามกฎหมายของสถานที่ที่ดำเนินการตั้งครรภ์แทนนั้น โดยคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่คิดว่าจำเป็นต้องกระทำการยื่นคำร้องขอดังกล่าวในสหราชอาณาจักรอีก

ในการยื่นคำร้องนั้น เนื่องจากผู้ร้องกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นยังคงติดต่อกันอยู่เสมอ ๆ และมีสัมพันธภาพอันดีต่อเรื่อยมา ทำให้ผู้ร้องยังสามารถติดต่อให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนแสดงความยินยอมในแบบ A101A ได้แม้ผ่านระยะเวลามานานแล้ว โดยหญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็สนับสนุนให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา

ในการพิจารณาศาลอ้างคำพิพากษา Re X ที่กล่าวไปข้างต้น ที่ศาลอธิบายว่าในแต่ละคดีนั้นก็จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงของแต่ละคดีเป็นการเฉพาะ และศาลในคดีนี้ได้แสดงความเห็นว่าในการพิจารณานั้นศาลต้องชั่งน้ำหนักระหว่างนโยบายของรัฐ (Public Policy) กับสวัสดิภาพของเด็กแต่ละคนตามหลักใน มาตรา 1 Adoption and Children Act 2002 ที่ให้คำถึงสวัสดิภาพของเด็กในระยะยาวเป็นสำคัญในการพิจารณามีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา ซึ่งศาลได้กล่าวต่อไปว่าศาลไม่มีข้อกังขาเลยว่าในกรณีนี้สวัสดิภาพของเด็กในระยะยาวจะมีขึ้นได้ก็ต่อเมื่อศาลมีคำสั่ง

---

[260] A & Another v C & Another [2016] EWFC 4

กำหนดความเป็นบิดามารดาเท่านั้น และกรณีนี้ก็ไม่ใช่กรณีที่ผู้ร้องตั้งใจจะมีคำร้องล่าช้า เมื่อชั่งน้ำหนักดูแล้วศาลจึงเห็นควรมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา

3.เงื่อนไขที่ต้องได้รับความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนภายหลัง 6 สัปดาห์นับจากเด็กเกิด

คดี **Re AB**[261] มีประเด็นสำคัญอยู่ที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ให้ความยินยอมในการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา โดยการตั้งครรภ์แทนในคดีนี้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรทั้งสองคนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก และกระทำการทุกอย่างตามเงื่อนไขอื่น ๆ ที่มาตรา 54 ได้กำหนดไว้ครบถ้วน แต่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนปฏิเสธที่จะให้ความยินยอมในการขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา ทั้ง ๆ ที่หญิงและสามีนั้นก็มิได้อยากมีส่วนรวมในชีวิตของเด็กที่เกิดมาและไม่ได้คัดค้านหากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีการร้องขอรับเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรบุญธรรม

การไม่ให้ความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนี้เป็นผลมาจากความไม่พอใจต่อการที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรปฏิบัติต่อตนอันเป็นเหตุการณ์ที่เกิดในระหว่างการตั้งครรภ์ ดังที่ POR ได้ระบุไว้ในรายงานถึงความสัมพันธ์ของทั้งสองฝ่ายที่แตกหักลงในระหว่างการตั้งครรภ์

ศาลกล่าวว่าคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็ก (Child Arrangement Order) ที่ใช้อยู่ขณะที่ศาลกำลังพิจารณาคดีนี้นั้นจะมีผลถึงเพียงแค่ขณะเด็กยังเป็นผู้เยาว์เท่านั้น หลังจากนั้นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะไม่มีความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดา (Parental Responsibility) ใด ๆ และเห็นว่าการรับบุตรบุญธรรมนั้นไม่เหมาะสมเนื่องจากไม่สะท้อนความเป็นจริงที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาทางพันธุกรรมและทางธรรมชาติของเด็ก ในทางตรงกันข้ามการรับบุตรบุญธรรมนั้นเป็นการปฏิบัติ “เสมือน” เด็กเป็นบุตรเท่านั้น และก็ได้อธิบายต่อไปว่า คำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นเป็นเครื่องมือที่กฎหมายกำหนดขึ้นมาเพื่อใช้กับสัญญาตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะ เพื่อเป็นการยอมรับความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมระหว่างเด็กกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร

ดังนี้ ศาลจึงสั่งให้เลื่อนการพิจารณา โดยกล่าวว่าแม้จะสามารถดำเนินการพิจารณาคดีจนจบได้ก็ตาม แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้แตกต่างออกไป และศาลก็ได้แสดงความหวัง ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะคิดได้ว่าอะไรที่ทำให้เธอเข้าร่วมในการตั้งครรภ์แทนนี้และให้มองสถานการณ์จากมุมของเด็ก โดยศาลได้ปิดท้ายไว้ว่าจากมุมมองในเรื่องสวัสดิภาพทางร่างกายและจิตใจของเด็กในระยะยาวแล้วนั้น คำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเป็นคำสั่งเดียวที่มีความแน่นอนและเหมาะสมในการสะท้อนอัตลักษณ์ (Identity) ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

แม้ว่าในคดีนี้ศาลจะไม่ได้ตัดสินว่าสวัสดิภาพของเด็กอยู่เหนือความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นผู้คลอดบุตร แต่ก็แสดงให้เห็นน้ำหนักของสวัสดิภาพของเด็กที่มากจนถึงขั้น

---

261 Re AB [2016] EWHC 2643 (Fam)

สามารถทัดทานเจตนาของหญิงผู้คลอดบุตรซึ่งตามหลักดั้งเดิมจะเป็นผู้มีฐานะเป็นมารดาของเด็กเลยทีเดียว

คดี **D and L**[262] ผู้ยื่นคำร้องเป็นคู่รักเพศเดียวกันโดยมีสถานะเป็นคู่ชีวิต โดยดำเนินเพื่อการตั้งครรภ์แทนผ่านทางคลินิกในประเทศอินเดีย ซึ่งมีนโยบายไม่ให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรพบกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน โดยคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็วางแผนที่จะให้ทนายดำเนินการจัดหาเอกสารแสดงความยินยอมเพื่อให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนลงลายมือชื่อแสดงความยินยอมภายหลัง 6 สัปดาห์นับแต่เด็กเกิดตามที่กฎหมายกำหนด เมื่อคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่สามารถพบหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้ พวกเขาจึงติดต่อไปทางคลินิก และคลินิกก็บอกว่ายินดีที่จะช่วยเหลือ อย่างไรก็ดีหลังเด็กเกิดไปแล้ว 3 เดือน คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็ยังคงรอความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนที่ทางคลินิกบอกว่าจะจัดการให้นั้นอยู่ จนกระทั่งได้เอกสารชี้แจงจากผู้จัดการคลินิกคนใหม่ว่าจะไม่ช่วยเหลือในการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมนั้น หลังจากนั้นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็ได้พยายามที่จะตามหาหญิงที่ตั้งครรภ์แทน แต่ก็ไม่สามารถหาพบได้

ศาลในคดีนี้จัดการกับปัญหาในเรื่องความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนี้โดยใช้หลักการคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญตามที่ Adoption and Children Act 2002 กำหนด และมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตร โดยกล่าวว่า “เป็นเฉพาะกรณีที่มีการกระทำการตามสมควรทุกอย่างแล้วในการพยายามหาตัวหญิงที่ตั้งครรภ์แทนแต่ไม่สำเร็จเท่านั้น ที่ศาลจะมีคำสั่งเช่นนี้ให้” และอธิบายต่อไปว่า “ถึงแม้ว่าจะไม่มีความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนภายหลังเด็กเกิด 6 สัปดาห์อย่างที่มาตรา 54 HFEA กำหนด ศาลก็มีอำนาจที่จะคำนึงถึงหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นให้ความยินยอมไว้ก่อนหน้านี้ว่าจะสละเด็กให้ อย่างไรก็ดี น้ำหนักของความยินยอมเช่นนั้นก็มีจำกัด และศาลจะต้องระมัดระวังไม่ใช้ความยินยอมดังกล่าวมาทำลายเงื่อนไขที่กฎหมายวางไว้ให้ต้องมีความยินยอมภายหลังเด็กเกิด 6 สัปดาห์”

3.3.3.2 คำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็ก

นอกจากการผ่อนปรนเงื่อนไขที่กำหนดเพื่อการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรตามมาตรา 54 ของ HFEA แล้ว ในข้อเท็จจริงที่ศาลมิได้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรนั้นก็ยังมิอาจสรุปได้ว่าเด็กจะถูกทิ้งให้ต้องเผชิญชะตากรรมและตกเป็นบุตรของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเสมอไป เนื่องจากศาลสหราชอาณาจักรก็ได้หยิบเอาเครื่องมือที่เรียกว่าคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็ก (Child Arrangement Order) มาใช้ด้วย

คำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็กนั้นเกิดขึ้นแทนที่คำสั่งที่อยู่อาศัย (Residence Order) และคำสั่งการติดต่อ (Contact Order) ที่ถูกยกเลิกไปในปี ค.ศ. 2014 โดยมีลักษณะเป็นคำสั่งที่เป็น

---

262 D and L [2012] EWHC 2631

การกำหนดว่า บุคคลใดที่เด็กจะอาศัยอยู่ด้วยและในระยะเวลาเพียงใด และบุคคลใดที่เด็กจะใช้เวลาหรือติดต่อสื่อสารด้วยมากน้อยเพียงใด ซึ่งก็มีสาระสำคัญเหมือนนำเอาคำสั่งที่อยู่อาศัยและคำสั่งการติดต่อมารวมกัน[263] เป็นคำสั่งที่กำหนดความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดา (Parental Responsibility) เพื่อที่จะระบุว่าเด็กควรอาศัยและใช้เวลาอยู่กับบุคคลใด และศาลมีอำนาจในการมีคำสั่งอีก 2 ประเภท คือ คำสั่งห้ามกระทำการ (Prohibited Steps Order) เช่น ห้ามพาเด็กออกนอกอังกฤษ คำสั่งกรณีเฉพาะ (Specific Issue Order) เป็นคำสั่งในเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น ให้เด็กเข้าโรงเรียนหนึ่งที่กำหนด หรืออาศัยอยู่ในบ้านเลขที่ที่กำหนด[264] หากมีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็กให้แก่บุคคลหนึ่ง บุคคลนั้นจะมีความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาโดยอัตโนมัติตลอดที่คำสั่งนั้นมีผลอยู่ ซึ่งคำสั่งนี้เดิมก็ถูกใช้เป็นหนึ่งในวิธีที่จะทำให้บิดามารดาเลี้ยง (Stepparent) ผู้ที่มิได้สมรสหรือเป็นคู่ชีวิตกับบิดามารดาที่เด็กอาศัยอยู่ด้วยสามารถมีความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาได้[265]

ความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดา (Parental Responsibility) นั้นได้รับการนิยามอย่างกว้างๆว่าคือ สิทธิ หน้าที่ ความสามารถ ความรับผิดชอบและอำนาจทั้งหมดที่กฎหมายกำหนดให้บิดามารดาของเด็กมีเกี่ยวกับเด็กและทรัพย์สินของเขา[266] มิได้มีการอธิบายขอบเขตใด ๆ เพิ่มเติมอีก โดยมีความเห็นของ Law Commission[267] ว่าเนื่องจากขอบเขตของความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาจะมีความเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ จึงบัญญัติไว้ให้สามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงและความต้องการที่แตกต่างกัน ตามกาลเวลาที่เปลี่ยนแปลงไป รวมถึงแตกต่างไปตามอายุของเด็กในแต่ละกรณี[268] ในทางปฏิบัติ บุคคลที่มีความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาจะมีสิทธิในการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจสำคัญ ๆ ในชีวิตของเด็ก เช่น การตัดสินใจเกี่ยวกับการศึกษา เป็นต้น[269]

บุคคลที่มีความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดานี้ไม่จำเป็นต้องเป็นบิดามารดาเสมอไป เนื่องจากความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดานั้นเป็นหน้าที่ของผู้ที่ได้รับมอบหมาย (Trusteeship)

---

263 Andrea Woelke. "Child Arrangements Orders." [Online]. Available from: http://www.alternativefamilylaw.co.uk/children/child-arrangements-orders/ [8 February 2017]

264 Andrea Woelke. "Parental Rights & Child Welfare." [Online]. Available from: http://www.alternativefamilylaw.co.uk/children/parental-rights-child-welfare/ [8 February 2017]

265 Ibid.

266 Children Act 1989 Section 3 Meaning of “parental responsibility”
(1)In this Act “parental responsibility” means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property.

267 เป็นหน่วยงานอิสระของรัฐที่จัดตั้งขึ้นโดย The Law Commissions Act 1965 ทำหน้าที่ตรวจสอบกฎหมายของอังกฤษและเวลส์และให้ความเห็นหากควรจะแก้ไขกฎหมายใด

268 The Law Commission no.172 Family law review of child law and guardianship and custody. paragraph 2.6

269 Tina Bond, Jull Black และ Jane Brudge, Family Law page 367

เหนือตัวเด็กประเภทหนึ่ง เป็นสถานะที่กฎหมายกำหนดขึ้นโดยอาจถือครองโดยผู้ที่มิได้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กหรือไม่ได้มีการทำหน้าที่ในฐานะบิดามารดาในชีวิตประจำวันของเด็กอยู่เลยก็ได้[270] โดยบุคคลที่จะมีความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาโดยอัตโนมัติ (Automatic Parental Responsibility) คือมารดาของเด็กไม่ว่าสถานะการสมรสของมารดาจะเป็นอย่างไร[271] ส่วนบิดาจะมีความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาหรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับว่าเขาสมรสกับมารดาขณะที่เด็กเกิดหรือไม่ ถ้าสมรสกับมารดาของเด็กก็จะมีความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาโดยอัตโนมัติเช่นเดียวกัน[272] ถ้าบิดาไม่ได้สมรสกับมารดา ณ เวลาที่เด็กเกิด บิดาอาจได้รับความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาได้ในหลายวิธี เช่น ทำข้อสัญญาความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดากับมารดาตามแบบที่กฎหมายกำหนด ขอให้ศาลมีคำสั่งความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดา และรวมถึงเมื่อศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็กด้วย โดยถ้ามีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็กให้เด็กอยู่กับบิดา ศาลจะต้องมีคำสั่งความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาให้แก่บิดาเสมอ แต่ถ้ามีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็กให้เด็กใช้เวลาหรือติดต่อกับบิดาศาลก็อาจพิจารณาว่าจะมีคำสั่งความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาหรือไม่[273] นอกจากที่กล่าวมาข้างต้นแล้วก็ยังมีบุคคลอื่นที่อาจเป็นผู้มีความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาได้อีก เช่น บุคคลที่ได้รับคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็ก ก็จะได้รับความรับผิดชอบของบิดามารดาโดยทันที บิดามารดาเลี้ยง (Stepparent) ก็สามารถได้รับความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาได้เช่นกันหากมีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็กหรือคำสั่งนี้โดยเฉพาะ[274] ซึ่งในการร้องขอต่อศาลนั้นศาลก็จะพิจารณาว่าการมีคำสั่งความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดานั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่เป็นสำคัญ[275]

ในคดี **Re Z**[276] เป็นกรณีที่มีคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็ก ในเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมส่งมอบเด็กให้

ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่า หลังจากที่ A และ B คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรซึ่งเป็นผู้ร้องในคดีนี้ได้รับคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา (Parental Order) ของเด็กฝาแฝดที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนครั้งก่อนหน้าไม่นาน A และ B ก็ได้เริ่มดำเนินการเพื่อเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์

---

270 Jo Bridgeman, Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law page 82.

271 Tina Bond, Jull Black และ Jane Brudge, Family Law page 368.

272 Children Act 1989 Section 2(1) Where a child's father and mother were married to each other at the time of his birth, they shall each have parental responsibility for the child.

273 Andrea Woelke. "Parental Rights & Child Welfare." [Online]. Available from: http://www.alternativefamilylaw.co.uk/children/parental-rights-child-welfare/ [8 February 2017]

274 Tina Bond, Jull Black และ Jane Brudge, Family Law page 369.

275 ibid. at 368.

276 Re Z [2016] EWFC 34

แทนอีกครั้ง จึงทำให้ได้พบกับ X ซึ่งเป็นหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในคดีนี้ผ่านทางเว็บไซต์ Facebook โดยหลังจากได้นัดเจอและพูดคุยกันเป็นระยะวลาสั้น ๆ ที่สถานพักรถริมทางด่วน คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็ได้ตกลงทำสัญญากัน โดยในการพิจารณาของศาลนั้น ศาลมีความเห็นว่าในการพูดคุยตกลงกันนั้น A และ B ได้ใช้ภาษาในทางการค้า (Language of the Marketplace) และไม่สนใจความคิดความรู้สึกของ X และวิธีการต่าง ๆ ที่กระทำต่อ X นั้นก็อาจถือเป็นการแสวงประโยชน์ในทางที่ผิด (Exploitative) กับตัว X ได้

A และ B มิได้บอก X เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนครั้งก่อนหน้าที่พวกเขาทำกับ V ซึ่งเป็นหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในการตั้งครรภ์แทนครั้งก่อน โดยพยายามปิดบังความสัมพันธ์ระหว่างพวกเขาที่จบลงอย่างไม่ดีนัก ศาลเห็นว่าการหลอกลวง X ในกรณีดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นความไม่คำนึงถึงและไม่เคารพต่อ X ในฐานะบุคคลบุคคลหนึ่งที่เต็มใจมาช่วยตั้งครรภ์ให้ และศาลพิจารณาถึงข้อตกลงกำหนดค่าชดเชยที่เสนอให้ในกรณีต้องมีการตัดมดลูกนั้นก็ไม่เหมาะสม (1000 ปอนด์) ซึ่งศาลเห็นว่าเป็นเครื่องแสดงให้เห็นว่า A และ B ตีค่าสวัสดิภาพทางกายและจิตใจของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นไว้ต่ำและอาจเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบได้

ศาลยังมีความกังวลอีกว่า X นั้นเข้าใจเนื้อหาของกระบวนการและสิ่งต่าง ๆ ที่ตนต้องเกี่ยวพันจริงหรือไม่ เมื่อมีข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า X มีปัญหาในการเรียนรู้ (Learning Difficulties) ซึ่ง A และ B น่าจะสังเกตุเห็นได้ชัดตั้งแต่แรก และ X ก็มีฐานะทางการเงินที่ไม่ดี

X ร่วมเดินทางไปประเทศไซปรัส (Cyprus) กับ A เพื่อทำการโอนถ่ายตัวอ่อนที่เกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ของ A กับผู้บริจาค โดยก่อนหน้าที่จะเดินทางนั้น X เกิดความรู้สึกไม่มั่นใจ แต่ว่าไม่กล้าที่จะแสดงออกเพราะกลัวว่าจะทำให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นไม่พอใจ หลังจากดำเนินการดังกล่าว เมื่อ X ได้ตั้งครรภ์เด็กฝาแฝดแล้ว ทั้งคู่จึงได้เดินทางกลับมาที่สหราชอาณาจักร และหลังจากที่กลับมาจากไซปรัสนั้นเอง X ก็เริ่มมีความคิดที่จะยุติสัญญา แต่ M ซึ่งเป็นบุคคลที่รู้จักกับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็ชักจูงให้ X เปลี่ยนใจ

ต่อมา X แท้งเด็กในครรภ์ไป 1 คน แต่ได้บอกแก่ A และ B ไปว่าได้แท้งเด็กทั้งคู่ แต่ภายหลัง M ได้บอกความจริงแก่ A และ B ต่อมา A และ B จึงทำคำร้องต่อศาลสูงเพื่อให้ประกาศความเป็นบิดามารดา (a Declaration of Parentage)

หลังจากที่ Z (เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน) ถือกำเนิด A และ B ก็สามารถจะดำเนินการขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเพื่อให้ A และ B เป็นบิดาของ Z ได้ โดยในมาตรา 54(6) HFEA 2008 กำหนดเงื่อนไขว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะต้องให้ความยินยอมโดยไม่มีเงื่อนไขจากการได้รับข้อมูลอย่างเพียงพอ แต่ในกรณีนี้ ไม่เพียงแต่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอม ศาลยังคงสงสัยว่า X นั้นเข้าใจกระบวนการต่าง ๆ ในแต่ละขั้นตอนที่ตนเข้าร่วมนั้นหรือไม่

ศาลกล่าวว่าตามมาตรา 33 ของ HFEA 2008 แล้วนั้น X มีฐานะเป็นมารดาของ Z และ A เป็นบิดา เนื่องจากเป็นชายที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับ Z ในการพิจารณาว่าเด็กจะอยู่กับใครนั้นศาลพิจารณาตัดสินโดยคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็ก (Child's Welfare) และประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best Interests) โดยอ้างคำพิพากษาในคดี Re F[277] ที่ศาลบอกว่า "คำตัดสินใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเลี้ยงดูเด็กจะต้องพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็ก" และศาลก็ได้พิจารณาปัจจัยที่ควรคำนึงถึงในการพิจารณาสวัสดิภาพของเด็กควบคู่ไปกับรายงานที่ได้รับจากผู้ดูแลและความเห็นของจิตแพทย์

Dr. Willemsen (จิตแพทย์) ปฏิเสธข้ออ้างของผู้ร้องที่ว่าปัญหาด้านการเรียนรู้ของ X จะทำให้ X ไม่สามารถทำหน้าที่เป็นบิดามารดา Z ได้ ในทางกลับกันก็กล่าวว่า X นั้นสามารถเลี้ยงดูเด็กได้แน่นอนและกล่าวต่อไปว่า สิ่งสำคัญก็คือ Z ควรได้อยู่กับบิดามารดาที่สามารถสร้างสายสัมพันธ์ได้ดีที่สุด (Best Attachment) ในด้านของ Z นั้น Dr. Willemsen บอกว่าบทบาทของมารดานั้นมีความสำคัญต่อการสร้างอัตลักษณ์ของเด็ก และ Z จำเป็นจะต้องเห็นความสัมพันธ์ในทางปฏิบัติ (Functioning Relationship) ระหว่างบิดามารดาเพื่อช่วยให้เขาเข้าใจการเกิดขึ้นของเขา เมื่อถึงจุดหนึ่งที่ Z เริ่มตั้งคำถามกับความเป็นตัวตนของเขา และเนื่องจากความซับซ้อนของธรรมชาติในการกำเนิดขึ้นของเขา เป็นไปได้ว่าบิดาหรือมารดาของเขาอาจไม่สามารถให้คำตอบที่ชัดเจนแก่เขาได้ แต่ก็ควรทำให้มั่นใจได้ว่าจะมีการพูดคุยในเรื่องดังกล่าว โดยบิดามารดาอาจจะต้องเข้ารับการปรึกษาจากผู้เชี่ยวชาญเพื่อหาวิธีที่ดีที่สุดในการอธิบายประเด็นที่ยากต่อการอธิบายนี้แก่ Z

ศาลพิจารณาความสามารถของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในการให้ความรัก ความปลอดภัยแก่ Z ให้ Z สามารถเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีความสุขและมีความสมดุลในชีวิตและมีศักยภาพอย่างสมบูรณ์ที่สุดในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง ตามความเห็นของผู้ดูแล คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถตอบสนองต่อความต้องการพื้นฐานของ Z ได้ อย่างไรก็ดี สวัสดิภาพของเด็กในอนาคตนั้นขึ้นอยู่กับความสามารถในการปรับตัว การมองโลกในแง่ดีและการร่วมมือกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดย X นั้นพร้อมที่จะปรับตัวเข้าสู่แนวความคิดที่ว่า Z นั้นมีบิดามารดา 4 คน โดย X บอกว่ามันเป็นเรื่องไม่แปลกใหม่สำหรับเขาเนื่องจากบิดามารดาของเขาสมรสใหม่ทั้งคู่และเขาเองก็มีบิดามารดา 4 คน อย่างไรก็ดี คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกลับไม่ได้ยอมรับลักษณะดังกล่าวและยังยึดมั่นกับลำดับศักดิ์ (Hierarchy) บางประการระหว่างบิดามารดาอยู่ ซึ่งศาลบอกว่าในความเป็นจริงแล้ว Z มีบิดามารดา 4 คน

ในการพิจารณา ศาลยังไม่อาจเชื่อได้ว่า A และ B จะสามารถปรับตัวและเปิดเผยเรื่องราวต่าง ๆ กับ Z เมื่อเขาโตขึ้น ในทางกลับกัน X ได้แสดงให้เห็นว่า X ความเข้าใจว่า Z นั้นต้องมี

---

277 Re F (A Child) (International Relocation Cases) [2015] EWCA Civ 882

ความสัมพันธ์บางประการต่อ A และ B และยอมรับบทบาทของ A และ B ในชีวิตของ Z ด้วย ผู้ดูแลยังคงมีความกังวลเนื่องจากไม่มั่นใจว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะเข้าใจถึงความสำคัญในการสานต่อความสัมพันธ์ให้ต่อเนื่องต่อไประหว่าง Z กับ X ซึ่งเป็นมารดาหรือไม่ ซึ่งจากพยานหลักฐานที่ศาลมีก็แสดงให้เห็นว่า คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรผู้ร้องนั้นไม่ยอมรับว่า X มีบทบาทเป็นมารดาเช่นนั้น ศาลจึงสรุปได้ว่าถ้าให้ Z อยู่กับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ก็มีแนวโน้มว่าบทบาทของ X ในชีวิตของ Z จะหมดไป ซึ่งจะเป็นการอันส่งผลเสียต่อสวัสดิภาพของเด็ก ความจำเป็นทางอารมณ์ (Emotional Needs) และการพัฒนาการของ Z

ประกอบกับการตรวจสอบของผู้ดูแลที่ได้เข้าไปพบและตรวจสอบความเป็นอยู่ของ A และ B ที่มีบุตรซึ่งเป็นเด็กเล็กอยู่อีก 3 คน และการเลี้ยงดูก็มีความเข้มงวดกับเด็กมากเกินไปอันมีลักษณะเป็นการปิดกั้นการเรียนรู้และพัฒนาการของเด็ก และลักษณะบ้านของพวกเขาก็ไม่เหมาะแก่การเลี้ยงดูเด็ก ในขณะที่บ้านของ X นั้นมีความรักความอบอุ่นและมีพี่สาวที่คอยช่วยเหลือ X ในการเลี้ยงดู

ศาลจึงสรุปว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กในคดีนี้คือการได้อยู่กับ X เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการทางอารมณ์ (Emotional Needs) และ เหนือสิ่งอื่นใด X นั้นเป็นบุคคลที่มีแนวโน้มจะสามารถปฏิบัติต่อ A และ B ได้อย่างเปิดกว้าง ในลักษณะที่เป็นมิตร อันจะทำให้ Z สามารถพัฒนาความสัมพันธ์ที่ดีต่อ A และB และสามารถพัฒนาอัตลักษณ์ของตนเองได้อย่างดี

ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็กโดยอิงจากรายงานที่ผู้ดูแลแนะนำให้จัดการการดูแลเด็กโดยกำหนดให้ในช่วง 24-30 เดือนแรกนั้นให้ในทุก 8 สัปดาห์ Z ได้ใช้เวลา 1 ช่วงวันหยุดอยู่กับบิดามารดาที่ไม่ได้อาศัยอยู่ด้วย (Non-Residential Parent)

Chulalongkorn University

กฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนของประเทศสหราชอาณาจักรนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า แม้ว่าโดยหลักจะไม่ยอมรับให้มีการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน แต่ก็เปิดโอกาสให้บุคคลที่ทำสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นอาจเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาได้ผ่านทางคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา โดยกำหนดเงื่อนไขในการยื่นคำร้องไว้อย่างชัดแจ้งในมาตรา 54 HFEA อย่างไรก็ดี ศาลยึดเอาสวัสดิภาพระยะยาวของเด็กเป็นสำคัญที่สุด ทำให้แม้คำร้องนั้นจะไม่ได้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ศาลก็อาจมีคำสั่งได้หากเป็นไปเพื่อสวัสดิภาพของเด็ก

นอกจากนี้ยังมีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็กเป็นเครื่องมืออีกชั้นหนึ่ง ในกรณีที่ศาลไม่มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาให้ แต่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก ศาลก็อาจมีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็กโดยจะสั่งอย่างไรนั้น ศาลก็จะพิจารณาสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

ทั้งนี้ผู้เขียนได้ทำตารางแสดงปัจจัยที่ศาลสหราชอาณาจักรใช้พิจารณาเพื่อมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานอกเหนือไปจากเงื่อนไขในมาตรา 54 ของ HFEA ไว้ในภาคผนวก[278]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

278 โปรดดูภาคผนวก ก

บทที่ 4
วิเคราะห์ปัญหาผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

4.1 ปัญหาผลทางกฎหมายของการนำผลตามกฎหมายลักษณะนิติกรรมมาปรับใช้กับสัญญาตั้งครรภ์แทน

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัว อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนี้หากคู่สัญญาตกลงแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดแล้ว ตามหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญานั้นเป็นตกเป็นโมฆะทั้งหมด และในกรณีหากมีการตกลงทำสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ บัญญัติห้ามไว้อย่างชัดแจ้ง สัญญาตั้งครรภ์แทนดังกล่าวก็จะเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย และส่งผลให้ตกเป็นโมฆะเช่นกัน ดังที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 2 ข้อ 2.4.2 เมื่อตกเป็นโมฆะแล้ว ก็จะก่อให้เกิดผลของโมฆะกรรมหลายประการ อย่างไรก็ดี ในความเป็นจริงนั้นผลของความเป็นโมฆะในกฎหมายลักษณะนิติกรรมกับในกฎหมายครอบครัวมีความแตกต่างกัน ดังนั้นจะนำเอาผลของโมฆะกรรมในทางนิติกรรมมาใช้ในกรณีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ได้หรือไม่ เพียงใด จำเป็นจะต้องวิเคราะห์ต่อไป

Chulalongkorn University

4.1.1 การยกความเป็นโมฆะขึ้นกล่าวอ้าง

ผลของโมฆะกรรมในทางนิติกรรมตามมาตรา 172 นั้นทำให้ผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดสามารถยกความเสียเปล่าแห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างได้เลยทันที โดยไม่ต้องพึ่งคำสั่งของศาล เนื่องจากกฎหมายถือว่าไม่มีฐานตามกฎหมายใด ๆ อยู่แล้วตั้งแต่ต้น ซึ่งหลักที่ให้ยกความเป็นโมฆะขึ้นกล่าวอ้างในทางนิติกรรมนี้มีความแตกต่างจากโมฆะในทางครอบครัวอยู่มาก เห็นได้อย่างชัดเจนเมื่อเทียบกับกรณีการสมรสเป็นโมฆะ ที่ถึงแม้ว่าจะใช้คำว่าโมฆะเหมือนกัน แต่โดยส่วนใหญ่แล้วในทางกฎหมายครอบครัวแม้ว่าการสมรสจะเป็นโมฆะก็ไม่อาจให้ผู้มีส่วนได้เสียยกขึ้นกล่าวอ้างได้เอง[1] แต่

[1] ยกเว้นกรณีสมรสซ้อน

ต้องอาศัยคำพิพากษาของศาลเป็นสำคัญ[2] จนอาจกล่าวได้ว่าการสมรสที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายเป็นแต่เพียงเหตุที่จะฟ้องขอให้ศาลพิพากษาแสดงว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะเท่านั้น มิใช่เหตุที่แสดงในตัวเองว่าการสมรสเป็นโมฆะอย่างในกรณีนิติกรรมทั่วไป ทั้งนี้ก็เพราะเหตุผลที่ว่าการสมรสเป็นการก่อสถานะทางครอบครัว เป็นเรื่องที่มีความสำคัญเกี่ยวกับชีวิตของคนและครอบครัว และกฎหมายไม่ต้องการให้ครอบครัวต้องพังทลายลงอย่างง่ายดาย จึงได้บัญญัติหลักไว้เป็นพิเศษ[3]

4.1.3 ผลในทางทรัพย์สิน

ผลของโมฆะกรรมตามกฎหมายลักษณะนิติกรรมในกฎหมายไทยนั้นมีขั้นตอนและผลในทางกฎหมายที่กำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง กล่าวคือโดยปกติจะนำเอาหลักลาภมิควรได้มาใช้ในการคืนทรัพย์สินแก่กัน ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ข้อ 2.4 ซึ่งเมื่อนำมาปรับกับการคืนทรัพย์ในกรณีทำสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนี้แล้ว หากเป็นกรณีของเงินที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจ่ายไปเป็นค่าจ้างแลกเปลี่ยนกับการบริการที่หญิงยอมตั้งครรภ์แทนอันเป็นการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินประเภทหนึ่ง หญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็อาจต้องคืนเงินนั้นให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร อย่างไรก็ดี จะเห็นได้ว่าการชำระเงินนั้นมีลักษณะเป็นการชำระหนี้ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย กล่าวคือเนื่องจากในพระราชบัญญัติได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งห้ามมิให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในทางการค้า แต่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นยังให้ค่าตอบแทนในลักษณะเป็นเชิงพาณิชย์[4] จึงเป็นการละเมิดข้อห้ามตามกฎหมาย อันจะส่งผลให้ไม่สามารถเรียกเงินนั้นคืนได้ตามหลักลาภมิควรได้มาตรา 411 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผลในกรณีนี้ไม่มีปัญหาในการนำหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้

ส่วนกรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงนั้น แม้เป็นเงินที่จ่ายไปเพื่อการดำเนินการทางการแพทย์ในขั้นตอนต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องจ่าย แต่เมื่อข้อตกลงข้ออื่น ๆ ไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดอันมีลักษณะเป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายไม่รับรองให้แล้ว จึงเห็นว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวนั้นก็ไม่สามารถเรียกคืนได้เช่นกันตามผลของมาตรา 411 ซึ่งผลดังกล่าวก็ดูมีความเหมาะสมกับความเป็นจริงในสัญญาตั้งครรภ์แทนดีอยู่แล้ว เนื่องจากเงินที่จ่ายไปในค่ารักษาพยาบาลนั้นแท้จริงแล้วเป็นเงินที่คู่สัญญาจ่ายไปเพื่อเด็กที่จะเกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยแท้ กล่าวคือเป็นค่าใช้จ่ายในทางการแพทย์ที่จำเป็น

---

[2] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1496 บัญญัติว่า “คำพิพากษาของศาลเท่านั้นที่จะแสดงว่า การสมรสที่ ฝ่าฝืน มาตรา 1449 มาตรา 1450 และ มาตรา 1458 เป็นโมฆะ”

[3] เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมฤดก (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508) หน้า 159

[4] โปรดดูรายละเอียดในข้อ 4.4.1

สำหรับการดำเนินการเพื่อให้การตั้งครรภ์และคลอดบุตรนั้นดำเนินไปได้ด้วยดีและปลอดภัย โดยเฉพาะถ้าหากเป็นกรณีที่ไม่ได้มีค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ในลักษณะทางพาณิชย์ ดังนั้น การที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรผู้มีเจตนาเริ่มแรกทำให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้นนั้นไม่ได้รับทรัพย์สินดังกล่าวคืน ก็ไม่ได้ทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้เปรียบอะไรจากการนั้นเลย เมื่อเงินที่ได้มานั้นเป็นเงินที่ใช้ไปเพื่อการตั้งครรภ์ทั้งสิ้น หากให้สามารถเรียกคืนได้ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนอาจต้องแบกรับภาระที่หนักเกินสมควร จนถึงขั้นไม่เป็นธรรมกับหญิงนั้นที่นอกจากจะต้องตั้งครรภ์ คลอดบุตร โดยไม่ได้รับค่าตอบแทนใด ๆ และอาจต้องเลี้ยงดูเด็กที่ตนไม่ได้ปรารถนาจะมีแล้ว ยังต้องชดใช้เงินที่เกิดจากการดำเนินการเช่นนั้นด้วย ในขณะที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่มักจะมีความพร้อมในทางเศรษฐกิจมากกว่าจะไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเลย

4.1.3 ผลเรื่องสถานะบุคคล

แม้ว่าผลเกี่ยวกับเงินต่าง ๆ ในสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายนั้นดูเหมือนจะสามารถนำเรื่องหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้ได้ แต่ในส่วนของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ว่าหากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้มอบเด็กให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรแล้วจะสามารถเรียกเด็กคืนตามหลักนี้ได้หรือไม่นั้น เห็นว่าไม่สามารถเรียกได้ เนื่องจากโดยสภาพแล้วเด็กไม่ใช่ทรัพย์สินเพราะไม่ใช่สิ่งที่มีราคาและอาจถือเอาได้ ด้วยเหตุนี้จึงไม่อาจนำเอาหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้เพื่อเรียกคืนเด็กเหมือนอย่างเป็นสิ่งของได้เพราะหลักลาภมิควรได้นั้นเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้กับทรัพย์สินเท่านั้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ด้วยเหตุทั้งหมดที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่สามารถนำผลตามหลักกฎหมายนิติกรรมมาใช้กับสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายนี้ได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นั้นมีลักษณะคล้ายกับกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะสำคัญที่แตกต่างจากนิติกรรมทั่วไป คือเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์และสถานะของบุคคล การนำจะเอากฎเกณฑ์ในเรื่องการกล่าวอ้างความเป็นโมฆะในทางนิติกรรมมาใช้ก็อาจจะไม่เหมาะสม เนื่องจากอาจทำให้ครอบครัวอันเป็นสถาบันที่สำคัญยิ่งไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร ซึ่งเมื่อเทียบกับการต้องมีคำพิพากษาเพื่อให้การสมรสเป็นโมฆะแล้ว ผลกระทบของการเป็นโมฆะของสัญญาตั้งครรภ์แทนนี้ก็ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน เนื่องจากจะส่งผลถึงสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กผู้บริสุทธิ์ จึงควรใช้ความระมัดระวังอย่างยิ่งยวด ในการกระทำใด ๆ ที่จะกระทบต่อความสัมพันธ์นั้น ๆ เป็นกรณีที่สมควรจะได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบจากศาลก่อนที่จะมีการ

ตัดสินว่าการตั้งครรภ์แทนนั้นมีผลเป็นเช่นไร ไม่ควรให้สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้โดยง่าย และเหนือสิ่งอื่นใด ผลของโมฆะกรรมในเรื่องลาภมิควรได้ก็ไม่อาจนำมาใช้กับเด็กเกิดมาซึ่งมิได้เป็นทรัพย์สินได้อยู่แล้ว ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น การนำเอาผลตามหลักกฎหมายนิติกรรมมาใช้จึงมิอาจทำได้

อีกทั้งในปัจจุบันก็ยังเป็นที่ถกเถียงกันถึงความเหมาะสมในการนำเอาหลักกฎหมายนิติกรรมมาใช้ในการบังคับตามสัญญาตั้งครรภ์แทนในลักษณะเดียวกับสัญญาประเภทอื่น ๆ[5] เพราะหากนำหลักกฎหมายนิติกรรมมาใช้โดยเคร่งครัดก็จะหมายถึงการบังคับให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องสละสิทธิในตัวเด็กเสมอเนื่องจากได้ทำสัญญากับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเอาไว้แต่แรก ซึ่งแม้ว่าจะสร้างผลที่แน่นอนของสัญญาและสอดคล้องกับหลักการไว้เนื้อเชื่อใจระหว่างคู่สัญญา บางคนก็มองว่าข้อตกลงที่บังคับให้มารดาผู้ให้กำเนิดต้องสละสิทธิในตัวเด็กที่ตนให้กำเนิดนี้ขัดต่อศีลธรรมหรือกฎธรรมชาติ ซึ่งก็เป็นประเด็นที่น่าสนใจที่จะหาคำตอบต่อไป แต่ในขอบเขตของวิทยานิพนธ์นี้จะไม่ได้พิจารณาครอบคลุมไปถึง

ในบทบัญญัติของกฎหมายของบางรัฐในสหรัฐอเมริกา เช่น รัฐเวอร์จิเนีย รัฐนิวแฮมป์เชียร์ รัฐฟลอริดา บัญญัติให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนสามารถเปลี่ยนใจได้ภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่งหลังจากทำสัญญาหรือหลังจากเด็กเกิดแล้วแต่กรณี อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงการให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นมารดาทางสายโลหิตเหนือเจตนาที่แสดงไว้ตามหลักกฎหมายนิติกรรม

อย่างไรก็ดี แม้ผู้เขียนจะเห็นว่าไม่สามารถนำผลตามหลักลาภมิควรได้อันเป็นผลของโมฆะกรรมในนิติกรรมมาใช้กำหนดผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนได้ ในบางรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ปรากฏว่ามีการนำเอาหลักในเรื่องโมฆะกรรมมาใช้แก้ปัญหาเรื่องการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายบางส่วน ได้แก่ หลักโมฆะ (Void) แยกส่วนของค่าตอบแทนในเชิงพาณิชย์ ซึ่งจะมีลักษณะเหมือนกับโมฆะแยกส่วนตามความหมายของกฎหมายไทยหรือไม่ จะได้กล่าวต่อไป

นอกจากนี้ ในบางรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นยังมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งให้สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะ หรือในบางรัฐที่กำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนสามารถทำได้ภายใต้เงื่อนไขหนึ่ง ๆ ก็มีบทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะที่หากมีสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข ให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ การจะทำความเข้าใจผลในกรณีเหล่านี้ต้อง

---

[5] Maurice M. Suh, "Surrogate Motherhood: An Argument for Denial of Specific Performance," Columbia Journal of Law and Social Problems Vol. 22, Issue 3 (1989): 357-396.

เข้าใจก่อนว่า โมฆะ ที่เราแปลมาจากคำว่า Void ในระบบคอมมอนลอว์นั้นไม่ว่าจะเป็นโมฆะในทางนิติกรรมหรือโมฆะในกฎหมายครอบครัวก็มีความหมายที่หลากหลายและไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอน[6] เพราะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดผลไว้แน่นอนว่าเมื่อเป็นโมฆะ (Void) แล้วผลจะเป็นเช่นไร หรือต้องนำหลักการใดมาใช้ ศาลในระบบคอมมอนลอว์จึงสามารถพิจารณาเพื่อกำหนดผลเพื่อความยุติธรรมตามข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีได้ ไม่เหมือนโมฆะในทางกฎหมายนิติกรรมของระบบซีวิลลอว์อย่างในกฎหมายไทยที่มีหลักการชัดเจนแน่นอนและแยกออกจากโมฆะในทางครอบครัว ในความเป็นจริงแล้วคำว่า Void Voidable และ Unenforceable ในระบบคอมมอนลอว์นั้นยังมีการใช้ที่สับสนกันอยู่มาก หลายครั้งศาลก็เลือกใช้คำว่า Void โดยไม่แจกแจงให้ชัดเจนว่าต้องการจะให้หมายความถึงโมฆะโดยสมบูรณ์หรือแค่โมฆียะ (absolutely void or merely voidable)[7] แม้กระทั้งในทางตำราและในการตีความของศาลก็ปรากฏการใช้คำทั้งสองคำนี้สลับกันไปมาในลักษณะเสมือนสามารถใช้แทนกันได้[8] เช่น ศาลในรัฐมินนิโซตาบอกว่าธุรกรรมที่ Void เนื่องจากไม่ปฏิบัติตามกฎหมายโดยทั่วไปหมายถึง Voidable ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายมีสิทธิเลือกที่จะทำให้ Void มิใช่ Void มาแต่เริ่มแรก[9] เป็นต้น และบางครั้งก็ใช้คำอื่นแต่ศาลก็เห็นว่าหมายถึง Void หรือ Voidable เช่น ศาลของรัฐคอนเนตทิคัต ให้ความเห็นว่าในกรณีที่สัญญาเช่าระบุว่าหากมีการผิดสัญญา เช่น ให้สัญญาเป็นอันยุติและเลิกไป (shall expire and terminate) คำว่า “ยุติและเลิกไป” นี้ มีความหมายเท่ากับคำว่ากลายเป็น Void (shall become void)[10] และในบางครั้งก็ใช้ Unenforceable แทนคำทั้งสองอย่างกว้าง ๆ หรือใช้ในลักษณะที่ให้ผลคล้ายกับ Voidable

ดังนี้ แม้กฎหมายจะกำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทน Void หรือศาลตัดสินว่า Void ผลของสัญญาจะเป็นอย่างไรนั้นก็มีความยืดหยุ่นกว่าในระบบซีวิลลอว์ และทำให้ไม่มีปัญหาแม้จะมีกฎหมายกำหนดไว้ชัดแจ้งว่าการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ต้องห้ามตามกฎหมายตกเป็นโมฆะ เพราะศาลก็ยังมีโอกาสใช้ดุลพินิจในการพิจารณาให้ผลของโมฆะกรรมนั้นเป็นไปโดยยุติธรรมและกำหนดผลที่เป็นไปได้ในข้อเท็จจริงนั้น ๆ

การตัดสินของศาล**รัฐนิวยอร์ก**เป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นอำนาจของศาลในระบบคอมมอนลอว์ในการพิจารณาผลของโมฆะ (Void) ได้เป็นอย่างดี เนื่องจากแม้ว่ากฎหมาย

---

[6] Blinn v. Schwarz, 177 N. Y. 252 at 259 (1904).

[7] McGarry v. Village of Wilmette, 303 Ill. 147 at 150, 135 N. E. 96 at 98 (1922).

[8] Dayton v. Nell, 4-3 Minn. 246 at 248, 45 N. W. 231 (1890).

[9] Greer v. Kooiker, 312 Minn. 499, 504-05 & n.2, 253 N.W.2d 133, 138 & n.2 (1977) (explaining that statute of frauds, which states that certain contracts “shall be void,” actually renders them voidable

[10] Bowman v. Foot, 29 Conn. 331 (1860)

เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนของรัฐนิวยอร์กนั้นจะกำหนดให้การตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้ (Void and Unenforceable) แต่ศาลก็แทนนั้นตัดสินผลของการตั้งครรภ์โดยคำนึงถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งแตกต่างไปในแต่ละกรณี เช่น ในขณะที่คดี Andres A. V. Judith N. ศาลใช้หลักความยุติธรรม (Equity) กำหนดให้ชายผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ในคดี Arredondo V. Nodelman ตัดสินแตกต่างออกไป โดยศาลพิจารณาโดยใช้หลักความยุติธรรม (Equity) ประกอบกับฐานความคิดของทฤษฎีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม ให้ทั้งชายและหญิงที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จมีบุตรผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา และในคดีต่อมา คดี T. V. v. New York State Dept. of Health ศาลตัดสินให้ชายและหญิงที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาเช่นกัน แต่ใช้หลักศุภนิติกระบวนและการคุ้มครองอย่างเท่าเทียม (the Due Process and Equal Protection Clauses) เป็นเหตุผลในการมีคำพิพากษา

แม้ว่าหลักความยุติธรรมนี้ในทางปฏิบัติของศาลไทย เช่น ในการถกเถียงกันในที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จะมีการยกขึ้นมาเพื่อใช้พิจารณาอยู่บ้างในบางกรณี แต่ก็ไม่ได้มีการใช้ในลักษณะเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่ายกขึ้นมาใช้ได้เสมอ กล่าวคือ ด้วยเหตุที่ประเทศไทยเป็นระบบซีวิลลอว์ การพิจารณาของศาลโดยหลักจำต้องพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายเป็นสำคัญ ยกเว้นในกรณีที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ชัดแจ้งว่าให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาได้ ดังนั้น การยกเอาหลักเกณฑ์อย่างอื่นนอกเหนือจากตัวบทกฎหมายมาใช้นั้น โดยปกติจะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้[11] การจะนำเอาหลักความยุติธรรมขึ้นมาใช้ทั้งที่มีบทบัญญัติของกฎหมายอยู่นั้นจึงเป็นเพียงในกรณีเฉพาะมาก ๆ เท่านั้น ซึ่งก็ไม่แน่ว่าศาลจะนำมาใช้ในกรณีผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายนี้หรือไม่ กรณีที่จะนำหลักการอื่นนอกจากหลักลาภมิควรได้มาใช้ในกรณีสัญญาตั้งครรภ์แทนตกเป็นโมฆะนั้น ก็จะมีแต่กรณีที่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดผลของโมฆะกรรมนั้นแยกต่างหากออกไปอย่างชัดแจ้ง อย่างเช่นที่ปรากฏในกรณีของการสมรสเป็นโมฆะ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาถึงการนำหลักกฎหมายนิติกรรมมาใช้กับการตั้งครรภ์แทนแล้ว ก็จะเห็นว่าสิ่งที่เป็นองค์ประกอบสำคัญอันขาดไม่ได้ของการทำนิติกรรมก็คือ “เจตนา” ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบ

---

11 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 4 บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบท บัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมาย ของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตาม จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัย คดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและถ้าบทกฎหมาย เช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

กับแนวคิดสมัยใหม่ในการกำหนดความเป็นบิดามารดาอย่างทฤษฎีเจตนาแล้วก็จะเห็นว่ามีหัวใจที่สำคัญเป็นอย่างเดียวกัน นั่นก็คือการคำนึงถึงเจตนาของบุคคลเป็นสำคัญ เคารพการตัดสินใจของปัจเจกชน ให้ปัจเจกชนสามารถมีอิสระในการผูกมัดตนกับสิ่งที่เขาคิดและตรึกตรองมาอย่างดีแล้ว ซึ่งเมื่อนำมาปรับใช้กับการกำหนดความเป็นบิดามารดาในสัญญาตั้งครรภ์แทนแล้วก็มีเหตุผลสนับสนุนอีกว่าบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นบิดามารดาได้ดี (good parenting) เนื่องจากเต็มใจและปรารถนาจะเลี้ยงดูเด็ก ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนก็เป็นเหตุผลที่มีน้ำหนักพอสมควร รวมถึงอาจมองในมุมที่ว่าเมื่อบุคคลนั้นมีเจตนาในการเลี้ยงดูเด็กก็ย่อมเป็นบุคคลที่จะให้ความรักแก่เด็กได้เป็นอย่างดี อันจะสอดคล้องกับ แนวทางการวิเคราะห์ต้นทุน ผลประโยชน์ในทางเศรษฐศาสตร์ตามความเห็นของ Richard A. Posner ที่ว่าบิดามารดารักบุตรมากเท่าไร ต้นทุน (Cost) ในการเลี้ยงดูเด็กก็จะน้อยลงเท่านั้น อย่างไรก็ดี การใช้เจตนาเป็นตัวตัดสินผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นผู้เขียนเห็นว่ามีข้อที่ต้องคำนึงถึงอันมองข้ามมิได้อยู่หลายประการ

ประการแรก เจตนาภายในนั้นเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยาก การจะบอกว่าบุคคลหนึ่ง ๆ มีเจตนาที่แท้จริงอย่างไรนั้นไม่อาจดูเพียงแค่การแสดงออกได้เสมอไป คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่อ้างว่าตนนั้นต้องการจะอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาในฐานะบุตรของตนอาจมีเจตนาแอบแฝงที่อาจเป็นอันตรายต่อเด็กที่เกิดมา ซึ่งตรงกันข้ามกับข้อสันนิษฐานที่ว่าเขานั้นจะสามารถดูแลเด็กได้อย่างดี หากจะนำเจตนามาใช้กับเรื่องสำคัญ ๆ อย่างการกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรนั้นอาจจะมีปัญหาได้ หากจะนำเจตนามาใช้ก็ควรจะต้องมีมาตรการรองรับที่ดีเพียงพอให้สามารถมั่นใจได้ว่าจุดประสงค์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นคือการรับเด็กเป็นบุตรอย่างแท้จริงเช่นที่ได้แสดงออกมา เช่น ในหลาย ๆ รัฐของประเทศสหรัฐอเมริกามีการติดตามประเมินอย่างใกล้ชิด (Home Study) ทั้งในด้านการดำรงชีวิต ความประพฤติและสภาวะทางจิตใจของบุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญาตั้งครรภ์แทน เป็นต้น

ประการที่สอง หากมองในมุมของเจตนาของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนแล้ว การเข้าร่วมสัญญาตั้งครรภ์แทนด้วยเจตนาโดยอิสระอย่างแท้จริงของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นอาจไม่สามารถเกิดขึ้นได้จริง เนื่องจากด้วยลักษณะของการตั้งครรภ์แทนเองนั้นทำให้การตัดสินใจที่กระทำไว้ก่อนหน้าที่จะได้มีการดำเนินการตั้งครรภ์แทนไม่ได้เป็นการตัดสินใจบนฐานของข้อมูลที่เพียงพอ เนื่องจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นไม่อาจจะทราบหรือเล็งเห็นถึงสิ่งที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างแท้จริง กล่าวคือ แม้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้ไตร่ตรองและคิดโดยรอบคอบ ณ ขณะที่ทำสัญญาแล้ว ก็เป็นเรื่องยากมากที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะคาดเห็นถึงความรู้สึกหรือความผูกพันที่จะเกิดขึ้นกับเด็กที่เกิดมา นอกจากนี้ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นอาจไม่สามารถมีอิสระในการตัดสินใจได้อย่างแท้จริง ในกรณีที่หญิง

ที่ตั้งครรภ์แทนนั้นมีฐานะยากจน ไม่มีทางเลือกในชีวิตมากนักและอาจไม่มีอำนาจในการต่อรองในการทำสัญญาเท่าที่ควร เจตนาที่แสดงออกมาจึงยากที่จะสรุปว่าเป็นเจตนาอย่างอิสระโดยแท้ ซึ่งจากการพิจารณากฎหมายและคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาก็พบว่ามีการตระหนักถึงความเสียเปรียบของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในส่วนนี้อยู่ อันสะท้อนให้เห็นในบทบัญญัติของกฎหมายของบางรัฐ เช่น รัฐเวอร์จิเนีย รัฐนิวแฮมป์เชียร์ ที่ให้สิทธิหญิงสามารถเปลี่ยนใจได้ภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่งหลังจากทำสัญญาหรือหลังจากเด็กเกิดแล้วแต่กรณี หรือ ในคำพิพากษาอันเป็นที่รู้จักดีอย่างคดี In Re Baby M[12] ที่ศาลก็ได้แสดงความเห็นว่าควรต้องให้มารดาตามชีววิทยา กล่าวคือมารดาโดยการให้กำเนิดหรือทางพันธุกรรม สามารถเปลี่ยนใจหลังจากเด็กเกิดได้ เป็นต้น

ประการที่สาม โดยธรรมชาติและตามมุมมองทางสังคมในปัจจุบัน สถานะความเป็นบิดามารดานั้นไม่ใช่สถานะที่อาจเกิดขึ้นได้เพียงเพราะบุคคลนั้นต้องการจะเป็น โดยธรรมชาติชายและหญิงโดยลำพังไม่อาจมีสถานะเป็นบิดาหรือมารดาได้หากปราศจากเด็กที่เป็นบุตร และเด็กที่ได้ชื่อว่าเป็นบุตรนั้นก็มีความแตกต่างจากเด็กคนอื่น ๆ ทั่วไป กล่าวคือ ถึงแม้ว่าบุคคลจะมีความรักความห่วงใยเด็กคนหนึ่งเสมือนเป็นบุตรของตนเอง เด็กคนหนึ่งคนนั้นก็ไม่อาจถือเป็นบุตรของบุคคลคนนั้นได้ จะเห็นได้ว่ามีสถานะอื่น ๆ มากมายที่มาจำกัดความความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและเด็กนั้น เช่น ผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม บิดา/มารดาอุปถัมภ์ (Godfather/ Godmother) เป็นต้น ดังนี้หากนำหลักเจตนามาใช้กำหนดความเป็นบิดามารดาอย่างกว้างขวาง แม้ในด้านหนึ่งจะเป็นการขยายขอบเขตและสร้างความเท่าเทียมในทางเพศ แต่ในอีกด้านหนึ่งก็เป็นการมองข้ามธรรมชาติของความเป็นบิดามารดาที่ต้องมีความสัมพันธ์พิเศษบางประการที่เกินไปกว่าความรักความผูกพัน คือ มีความสัมพันธ์ในทางชีววิทยาบางอย่าง กล่าวคือ เป็นผู้ให้กำเนิดหรือมีความเกี่ยวข้องทางสายโลหิตหรือพันธุกรรม ซึ่งการมองข้ามความสัมพันธ์ส่วนนี้และขยายขอบเขตของการกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยใช้หลักเจตนาล้วน ๆ อาจส่งผลกระทบถึงการเปลี่ยนแปลงอย่างใหญ่หลวงในหลาย ๆ เรื่องเกี่ยวกับสถานะบิดามารดาบุตรตามมา

ข้อควรคำนึงในประการที่สามนี้จะเกิดผลกระทบร้ายแรงก็ต่อเมื่อใช้ทฤษฎีเจตนาในลักษณะเป็นหลักสำคัญเพื่อการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาในกรณีเป็นการทั่วไป ซึ่งดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้างต้นว่าการตั้งครรภ์แทนนี้เป็นพัฒนาการทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งมีลักษณะสำคัญแตกต่างจากการให้กำเนิดในกรณีทั่วไป ดังนี้ ในความเห็นของผู้เขียนแล้ว ผู้เขียนก็มิได้ไม่เห็นด้วยกับการใช้ทฤษฎีเจตนาเสียทีเดียว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมุมมองของการ

---

[12] In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988)

คุ้มครองเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าเจตนาควรเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีบทบาทในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยการตั้งครรภ์แทนนั้นด้วยเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก โดยต้องพิจารณาร่วมกับปัจจัยอื่น ๆ ไม่ได้เอามาใช้ตามลำพัง ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อ 4.3 ปัญหาผลทางกฎหมายของการปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ประการที่สี่ ในกรณีจะนำเอาหลักเจตนามาใช้ในการกำหนดผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมาย ผู้เขียนมีความเห็นว่า การคำนึงถึงหลักเจตนาของปัจเจกชนนั้นเป็นเรื่องที่ดีในหลาย ๆ ด้านดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 แต่ถึงแม้ว่าโดยหลักแล้วปัจเจกชนในฐานะเสรีชนจะมีอำนาจในการผูกพันตนเองอย่างไรก็ได้ก็ตาม แต่ในกรณีของการตั้งครรภ์แทนที่มีกฎหมายวางกรอบเงื่อนไขต่าง ๆ เป็นข้อยกเว้นการแสดงเจตนาอย่างอิสระตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) ไว้แล้วนั้น ปัจเจกชนที่ดีก็ควรเคารพกฎเกณฑ์ที่กฎหมายวางเอาไว้ เมื่อการไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ การไม่ทำตามกฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ไม่อาจมองข้ามด้วยเหตุนี้การจะคำนึงถึงเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในสถานการณ์นี้หากมองในด้านของการเป็นไปเพื่อเคารพเจตนาของปัจเจกชนแล้วอาจไม่ใช่เหตุผลที่มีน้ำหนักมากนัก เนื่องจากปัจเจกชนคนนั้นเป็นผู้ไม่กระทำการตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้แต่แรก หากยังคงพิจารณาเจตนาของปัจเจกชนนั้นเป็นสำคัญ ในด้านหนึ่งก็มีลักษณะเสมือนไม่มีผลเสียแก่บุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นเลย ส่วนในอีกด้านหนึ่งที่มองว่าเจตนาต้องการจะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาจะเป็นประโยชน์ต่อตัวเด็กนั้นเองและเป็นการคุ้มครองเด็กอย่างหนึ่งนั้น ผู้เขียนก็เห็นว่าหากจะต้องการคุ้มครองเด็กอย่างแท้จริงแล้วก็มีวิธีการอื่นที่ดีกว่าการยึดเอาเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

4.2 ปัญหาผลทางกฎหมายของการนำผลของกฎหมายครอบครัวมาปรับใช้กับสัญญาตั้งครรภ์แทน

ดังที่ได้กล่าวไปเบื้องต้นในบทที่ 2 หลักการและเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นั้น ก็เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กให้เหมาะสมเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดมาจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พระราชบัญญัตินี้จึงเป็นกฎหมายที่มีใจความสำคัญคล้ายคลึงกับหลักการของกฎหมายครอบครัวที่เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสถานะและความสัมพันธ์ของบุคคล ประกอบกับในมาตรา 34 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว

และมรดกมาใช้บังคับเพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ โดยได้บัญญัติไว้ในมาตราท้ายสุดของหมวด 4 ในเรื่องความเป็นบิดาและมารดาของเด็กและการคุ้มครองเด็ก ทำให้ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ในส่วนของความสัมพันธ์และผลต่อเด็กนี้มีความเชื่อมโยงอย่างมีนัยสำคัญบางประการกับกฎหมายครอบครัวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เขียนจึงเห็นว่าพอที่จะสันนิษฐานได้ว่าเมื่อมีปัญหาในเรื่องผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดแล้วนั้น กฎหมายครอบครัวตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเป็นกฎหมายที่ถูกหยิบยกขึ้นมาปรับใช้ในฐานะกฎหมายทั่วไปเพื่อพิจารณาผลในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรในสัญญาตั้งครรภ์แทนดังกล่าวที่ไม่ได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติอันมีเป็นลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะนั่นเอง

ผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ทำตามพระราชบัญญัตินี้เมื่อนำกฎหมายครอบครัวปกติมาปรับใช้ จะส่งผลให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนผู้ซึ่งตั้งครรภ์และคลอดบุตรเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทน ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 และสอดคล้องกับการกำหนดความเป็นมารดาโดยทฤษฎีการให้กำเนิด ที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3

ในส่วนบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นก็จะเป็นไปตามบทสันนิษฐานความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะที่ผูกติดอยู่กับความสัมพันธ์หรือพฤติการณ์ระหว่างชายกับมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ดังนั้น แม้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายชายสามารถพิสูจน์ว่าตนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาได้เนื่องจากใช้เซลล์สืบพันธุ์ของตน แต่หากในทางข้อเท็จจริงชายนั้นไม่มีความสัมพันธ์ทางกายกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ชายนั้นก็จะไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นได้ ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ข้อ 2.4.3

ดังนั้นจึงเห็นได้ชัดว่าด้วยความเปลี่ยนแปลงจากพัฒนาการของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในเรื่องการตั้งครรภ์แทนในปัจจุบันทำให้การพิจารณาความเป็นบิดามารดาจากหลักการดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรให้เหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง กล่าวคือเด็กที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนให้กำเนิดมานั้น อาจไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นเลย และเห็นได้ชัดว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ได้มีเจตนาแต่เริ่มแรกในการทำให้เด็กเกิดมา หรือต้องการจะเลี้ยงดูเด็กนั้นอย่างเป็นบุตรของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นเลย แต่เมื่อยึดตามหลักการให้กำเนิดนี้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็จะมีฐานะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเพราะเป็นผู้คลอดเด็กออกมาซึ่งไม่สอดคล้องกับทฤษฎีพันธุกรรมและทฤษฎีเจตนาในการกำหนดความเป็นมารดา และการกำหนดความเป็นบิดาของเด็กก็จะตกอยู่ภายใต้ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาซึ่งอาจส่งผลร้ายแรงถึงขนาดที่จะทำให้เด็กไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเลยอันจะส่งผลเสียต่อเด็กเป็นอย่างมาก อีกทั้งการไม่อยู่ในสถานะบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายนี้ยังตัด

โอกาสที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะได้เป็นผู้ดูแลเด็กในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจปกครองเหนือเด็กอีกด้วย ดังที่ได้กล่าวไว้เบื้องต้นในข้อ 2.4.4

ด้วยเหตุเหล่านี้เองทำให้แต่ละประเทศตื่นตัวในการออกหลักเกณฑ์มากำหนดความสัมพันธ์ให้สอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไป และไทยเองก็ได้ออกพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาเนื่องจากความไม่สอดคล้องนี้เช่นกัน โดยได้กำหนดสถานะที่แน่นอนให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ดำเนินการตามเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติกำหนด ให้เด็กนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร โดยพระราชบัญญัติได้กำหนดเงื่อนไขให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งฝ่ายต้องมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กซึ่งจะทำให้ผลความเป็นบิดามารดาบุตรนั้นมีความสอดคล้องกับทฤษฎีพันธุกรรม ในขณะเดียวกันก็ห้ามไม่ให้ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเพื่อหลีกเลี่ยงความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับเด็ก ป้องกันความผูกพันที่อาจเกิดขึ้นจากความคล้ายคลึงที่ถ่ายทอดผ่านทางพันธุกรรม และสอดคล้องกับทฤษฎีเจตนาโดยคำนึงถึงเจตนาของคู่สัญญาเมื่อเริ่มต้นทำสัญญากันที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรตั้งใจที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา ในขณะที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่มีเจตนาจะเป็นมารดาของเด็กนั้นแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี ความสัมพันธ์ที่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปในกรณีสัญญาตั้งครรภ์แทนนี้จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายยอมรับรองให้เท่านั้น สัญญาตั้งครรภ์แทนอื่น ๆ ที่ไม่ได้ทำตามเงื่อนไขจะไม่ได้รับผลตามที่พระราชบัญญัติกำหนด ดังนี้หากสัญญาตั้งครรภ์แทนไม่เป็นไปตามเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติกำหนด ไม่ว่าเป็นเงื่อนไขใด เป็นเงื่อนไขที่มีขึ้นเพื่ออะไร หรือเป็นความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่ ผลเกี่ยวกับเด็กในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรนั้นก็จะกลับไปใช้หลักทั่วไปในกฎหมายครอบครัว กล่าวคือ ต้องกลับมาใช้หลักการให้กำเนิดและข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาเสมอ ซึ่งก็จะทำให้ปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นกลับมาได้อีกครั้งอย่างไม่ยากนักเมื่อพิจารณาถึงกฎเกณฑ์จำนวนมากที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้และกำหนดไว้อย่างละเอียดในลักษณะเป็นการจำกัดการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนไว้ในวงแคบ ทั้งนี้ก็เพื่อที่จะรับรองให้การตั้งครรภ์แทนทำได้อย่างจำกัดเฉพาะในลักษณะที่กฎหมายเห็นว่าจะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในสัญญาทั้งหลายอย่างเพียงพอ ปลอดภัยจากประเด็นปัญหาสุ่มเสี่ยงต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในประเด็นที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างแพร่หลายในมุมมองต่าง ๆ ทั้งเรื่องความชอบธรรมและความเหมาะสมต่อสภาพสังคม ข้อถกเถียงในเรื่องเสรีภาพของปัจเจกชน สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสำคัญ ดังที่ได้ปรากฏชัดเจนอยู่ในชื่อพระราชบัญญัติและปรากฏอยู่ในเหตุผลในการร่างที่กล่าวว่าเพื่อคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน กฎหมายจึงกำหนดหลักเกณฑ์โดยละเอียด

เพื่อที่จะให้มั่นใจได้ว่าประโยชน์ของเด็กที่เกิดมาภายใต้การตั้งครรภ์แทนที่มีลักษณะเช่นนี้ได้รับการคุ้มครองมากที่สุด

เงื่อนไขที่มีจำนวนมากครอบคลุมในทุกขั้นตอนการดำเนินการตั้งครรภ์แทนนี้ ในด้านหนึ่งก็เป็นการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามวัตถุประสงค์ที่ผู้ร่างต้องการให้เป็น แต่ในอีกด้านหนึ่งก็ทำให้สุ่มเสี่ยงต่อการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายได้ง่าย ซึ่งจะก่อให้เกิดผลเสียหากไม่ได้กำหนดผลของการไม่ทำตามเงื่อนไขแต่ละข้อไว้และให้กลับไปใช้ผลตามหลักกฎหมายครอบครัวทั้งหมด หรือไม่เปิดโอกาสให้มีการทบทวนเพื่อหาผลที่จะเป็นการคุ้มครองเด็กที่เกิดมาโดยไม่มีส่วนร่วมในหการไม่กระทำตามกฎหมายนั้น

จริงอยู่ที่ในกรณีนี้เป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งโดยหลักแล้วผู้ที่จงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นก็ควรได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษจากการกระทำนั้น อย่างไรก็ดี ต้องไม่ลืมว่าการกระทำที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดนั้นเป็นการกระทำของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร หญิงที่ตั้งครรภ์แทน หรือบุคคลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการตั้งครรภ์แทน ไม่มีทางที่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีส่วนร่วมในการไม่กระทำตามกฎหมายนั้นได้เลย ดังนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการที่จะให้ผลเกี่ยวกับเด็กในสัญญาดังกล่าวกลับไปเป็นเช่นเดิมตามหลักกฎหมายครอบครัวเสมอ ซึ่งก็เป็นหลักที่ผู้ร่างเองก็ยอมรับว่าไม่เหมาะสมและไม่เป็นการคุ้มครองเด็กเท่าที่ควรเห็นได้จากการที่ร่างผลในเรื่องสถานะของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนขึ้นมาในพระราชบัญญัตินี้แยกต่างหากจากกฎหมายครอบครัวทั่วไป ก็เท่ากับกำลังพิจารณาผลที่จะเกิดต่อตัวเด็กโดยตรงจากการกระทำของผู้ใหญ่โดยมิได้คำนึงถึงตัวเด็กจริง ๆ เป็นการปล่อยให้เด็กต้องประสบชะตา-กรรมที่ต้องเป็นเช่นนั้นโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ส่งผลให้เด็กตกเป็นผู้รับเคราะห์กรรมจากการกระทำไม่ดีของผู้ใหญ่ผู้เกี่ยวข้องในสัญญาทั้งหลาย

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการให้ผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนอันเกิดจากการกระทำผิดของผู้ใหญ่ทั้งหลายนั้นเป็นไปตามผู้ร่างกฎหมายครอบครัวเสมอโดยไม่คำนึงถึงตัวเด็ก เท่ากับกฎหมายไม่ได้คุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กดังที่ผู้ร่างกฎหมายตั้งใจจะทำเมื่อมีการตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น แม้จะมองว่าเหตุผลที่ให้เป็นเช่นนั้นก็เพราะหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้เป็นมารดาจากให้กำเนิดมีความผูกพันกับเด็กอย่างที่ไม่มีสายสัมพันธ์อื่นใดในโลกเหมือน และด้วยสายสัมพันธ์นั้นเองจึงเชื่อว่าหญิงนั้นเป็นผู้ที่มีความผูกพันและความหวังดีต่อเด็กซึ่งก็จะเป็นประโยชน์ต่อเด็กที่สุด แต่ผู้เขียนก็ยังไม่อาจเชื่อได้อย่างสนิทใจว่าการพิจารณาประโยชน์ของเด็กโดยคำนึงถึงแต่หลักการให้กำเนิดเพียงลำพังนั้นจะเป็นไปได้ ในทางความเป็นจริงแล้วการมีความสัมพันธ์ในทางชีววิทยาก็ไม่ได้ยืนยันว่าบุคคลนั้นจะสามารถทำหน้าที่เป็นมารดาที่ดีของเด็กได้ ไม่แม้กระทั่งยืนยันความรักความผูกพันที่จะเกิดขึ้นระหว่างหญิงผู้คลอดกับเด็ก ซึ่งเห็นได้ชัดแม้กระทั่งในกรณีการให้กำเนิดตามธรรมชาติที่มารดาไม่ได้มีเจตนาจะให้เด็กเกิดมาจึงนำเด็กไปทิ้ง และในกรณีของสัญญาตั้งครรภ์ที่มีพฤติการณ์อันมีความแตกต่างอย่าง

เป็นนัยสำคัญกับการให้กำเนิดตามข้อเท็จจริงในครอบครัวตามปกติธรรมชาตินี้ การเป็นผู้ให้กำเนิดยิ่งไม่อาจเป็นเครื่องยืนยันถึงความรักความผูกพันที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะมีต่อเด็กได้เลย และถึงแม้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนอาจจะมีความผูกพันกับเด็กในภายหลังและต้องการจะเลี้ยงดูเด็ก การเปลี่ยนเจตนาของหญิงที่ต้งครรภ์แทนนี้ก็อาจหมายถึงการไม่ได้เตรียมพร้อมที่จะเลี้ยงดูเด็กและอาจทำให้เด็กนั้นไม่ได้รับการเลี้ยงดูที่ดีพอ กรณีที่มีความรักความเอาใจใส่ต่อเด็กนั้นก็ยังเป็นตัวอย่างที่ไม่น่าเป็นห่วงมากนัก แต่หากเป็นกรณีที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่มีเจตนาจะเลี้ยงดูเด็ก ไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมและไม่มีความพร้อมทางเศรษฐกิจในการเลี้ยงดูเด็กด้วยแล้ว กรณีเช่นนี้ก็เชื่อได้ยากว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กจะได้รับความคุ้มครองจากการที่เด็กได้รับดูแลโดยมารดาผู้ให้กำเนิดจริง ๆ

ข้อสนับสนุนการให้หญิงที่ตั้งครรภ์เป็นมารดาของเด็กเสมอในเรื่องความผูกพันทางจิตใจของหญิงที่ตั้งครรภ์กับเด็กในครรภ์ ที่เห็นวว่าหญิงที่ตั้งครรภ์มีสายสัมพันธ์แนบแน่นอันจะทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์นั้นมีปัญหาทางสุขภาพจิตอย่างร้ายแรงหากถูกพรากเด็กไปนั้น ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีของการตั้งครรภ์แทนอาจไม่เกิดความผูกพันทางจิตใจเช่นว่านั้น ถึงแม้ว่าสายสัมพันธ์ดังกล่าวอาจจะปรากฏให้เห็นได้อย่างชัดแจ้ง จากข้อเท็จจริงที่มีพิพาทขึ้นสู่ศาลเพื่อแย่งชิงอำนาจปกครองเด็กระหว่างคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนให้เห็นบ่อยครั้งในต่างประเทศ แต่ก็คงมีข้อเท็จจริงอีกจำนวนมากที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนปฏิบัติตามข้อตกลงหญิงที่ตั้งครรภ์แทนยินยอมส่งมอบเด็กให้ได้ตามสัญญาจึงไม่เกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล

งานวิจัยของสหรัฐอเมริกาอย่างน้อยหนึ่งชิ้นแสดงให้เห็นว่าความผูกพันของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต่อเด็กที่อยู่ในครรภ์นั้นอยู่ในระดับต่ำ โดยสำรวจจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนทั้งที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กและกรณีเป็นเพียงผู้ตั้งครรภ์เท่านั้น จำนวน 14 คน ซึ่งรับตั้งครรภ์แทนมาเป็นเวลา 3-10 ปี โดยผลของงานวิจัยแสดงให้เห็นว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนส่วนใหญ่มีความผูกพันกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมากกว่าเด็ก ไม่มีหญิงคนไหนก่อสายสัมพันธ์อย่างลึกซึ้งกับเด็กเลย หนึ่งในกลุ่มตัวอย่างพูดว่าไม่มีความรู้สึกผูกพันใด ๆ เลย คนอื่น ๆ อีกสามคนกล่าวในลักษณะที่ว่า “ฉันคิดอยู่เสมอตั้งแต่เริ่มว่าไม่ใช่ลูกของฉันจึงไม่มีความผูกพันใด ๆ ” และ “มันแปลกมากที่ฉันไม่รู้สึกผูกพันใด ๆ เลย” มีหญิงที่ตั้งครรภ์แทนสองคนอยากจะดูแลเด็กแต่ก็ไม่ได้ตัดสินใจทำตามความต้องการนั้น จากผลการสำรวจผู้วิจัยจึงสรุปว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ได้เจ็บปวดจากการไม่สามารถมีความผูกพันกับเด็กอย่างที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนหลายคนรู้สึกผูกพันกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรในลักษณะที่มองว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นเป็นญาติห่าง ๆ ของพวกเขา (Extended Family)[13] จากการศึกษา

---

13 Janice C. Ciccarelli, The Surrogate Mother A Post-birth Follow-up Study (1997) (unpublished Ph.D. dissertation, California School of Professional Psychology, Los Angeles) cited in Ilana Hurwitz, “Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood,” Connecticut Law Review Vol. 33 (2000): 161.

ผู้เขียนเห็นว่า เหตุที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นมีความผูกพันกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างมากนั้น น่าจะเป็นเพราะกระบวนการทำการตั้งครรภ์แทนในประเทศสหรัฐเมริกา ที่มักจะทำผ่านตัวกลางและมีขั้นตอนในการทำความรู้จักคุ้นเคยกับหญิงที่จะมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนเสียก่อน เป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นก่อนจะมีการตกลงดำเนินการตั้งครรภ์แทน โดยมีจุดมุ่งหมายให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์อันดีต่อกัน[14]

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า ความผูกพันกับเด็กและกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นจะเกิดขึ้นหรือไม่ เพียงใด เป็นเรื่องเฉพาะตัวอย่างมากของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนแต่ละคน ซึ่งอาจแตกต่างไปในแต่ละคน เนื่องจากความเชื่อ วัฒนธรรม สังคม หรือ อื่น ๆ ดังนี้ การจะสรุปว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นมีความผูกพันกับเด็กเหมือนดังหญิงที่ตั้งครรภ์ในกรณีทั่ว ๆ ไป หรือจะสรุปว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีความผูกพันกับเด็กที่คนตนตั้งครรภ์อย่างแน่นอนนั้นจึงมิน่าจะทำได้

เมื่อมองในมุมของสายสัมพันธ์จากมุมของเด็กในครรภ์ ซึ่งเป็นบุคคลที่ควรได้รับการคุ้มครองในกรณีการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ทำตามกฎหมายนี้ ก็ยังไม่ชัดเจนว่าเด็กในครรภ์นั้นมีความผูกพันต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจริงหรือไม่เพียงใด มีเพียงแต่ผลสำรวจที่บ่งบอกถึงผลกระทบที่เด็กได้รับจากหญิงที่ตั้งครรภ์ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 แต่ไม่มีหลักฐานแน่นอนถึงการมีอยู่ของสายสัมพันธ์ที่เด็กมีต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้น ซึ่งจะนำมาซึ่งผลกระทบเมื่อเด็กต้องแยกออกจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

ในส่วนของความยากลำบากในการต้องส่งมอบเด็กให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นอาจมองได้ว่ามีลักษณะเหมือนการสูญเสียบุตรในกรณีทั่วไป อย่างไรก็ดี ตามงานวิจัยของ Forest & MacPhee ที่ศึกษาเรื่องความโศกเศร้าของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนที่ต้องสละสิทธิในตัวเด็กนั้น ปรากฏว่าเมื่อถามหญิงที่ตั้งครรภ์แทนว่าช่วงเวลาใดที่เป็นช่วงเวลาที่ยากลำบากที่สุดในการตั้งครรภ์แทน 28% บอกว่าการตั้งครรภ์และคลอด 25% บอกว่าการไม่ได้ติดต่อกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอีก 22% ที่บอกว่าการสละเด็ก[15] จึงเห็นได้ว่า ความโศกเศร้าจากการสละเด็กนั้นไม่ได้เกิดขึ้นกับการตั้งครรภ์แทนในทุก ๆ กรณี เหมือนอย่างความโสกเศร้าจากการสูญเสียเด็กแรกเกิดของบิดามารดาในครอบครัวตามปกติ กล่าวคือ เป็นความรู้สึกส่วนตัวของแต่ละบุคคลมากกว่า จึงไม่อาจอนุมานโดยรวมได้ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะมีความรู้สึกเหมือนกันหมดได้

---

14 Glenn Cohen. "Bioethics: The Law, Medicine, and Ethics of Reproductive Technologies and Genetics an Introduction to the Study of Bioethics and the Application of Legal and Ethical Reasoning." [Online]. Available from: https://www.edx.org/course/bioethics-law-medicine-ethics-harvardx-hls4x-0 [2 January 2017]

15 Kathy Forest & David MacPhee, Surrogate Mothers' Grief Experiences and Social Support Networks (1989) cited in Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood," Connecticut Law Review : 165.

นอกจากนี้ กรณีที่มีการยกสายสัมพันธ์ที่อาจก่อตัวขึ้นเนื่องจากการตั้งครรภ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนขึ้น เพื่อเป็นประโยชน์แก่หญิงนั้นในการจะเป็นมารดาของเด็กที่เกิดมา ในกรณีที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเกิดเปลี่ยนใจไม่ต้องการส่งมอบเด็กให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้น ในความเห็นของผู้เขียนการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการอ้างข้อได้เปรียบของตนโดยมิชอบ เนื่องจากหญิงนั้นกำลังจะเอาประโยชน์จากการกระทำที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายของตนเอง กล่าวคือ หญิงนั้นไม่ตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่กฎหมายกำหนดแต่แรก แต่กลับจะมาเอาผลของการกระทำนั้นอ้างเพื่อให้ได้สิ่งที่ตนปรารถนา ผู้จึงเขียนเห็นว่าการให้ความสำคัญกับสายสัมพันธ์นี้จนถึงขนาดส่งผลให้ยึดเอาหลักการให้กำเนิดมากำหนดความเป็นมารดาในกรณีนี้เป็นสิ่งที่ไม่สมควร กล่าวคือ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยหากจะนำเอาข้ออ้างดังกล่าวเพียงลำพังมาเป็นปัจจัยชี้ขาดว่าเด็กควรจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนหากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นได้แสดงการเปลี่ยนเจตนานั้นขึ้นนั่นเอง

ส่วนข้อสนับสนุนในทางคริสต์ศาสนาว่าด้วยเรื่องลักษณะอันเป็นไปตามธรรมชาติของการเป็นมารดาจากการให้กำเนิด และข้อโต้แย้งที่ว่าการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นขัดต่อธรรมชาติและมนุษย์ไม่ควรเข้าไปก้าวก่ายนั้น ก็เป็นข้ออ้างที่อยู่บนฐานของความเชื่อทางศาสนามากกว่าการคิดวิเคราะห์ตามหลักเหตุผล เพราะเมื่อพิจารณาตามเหตุและผลอย่างแท้จริงแล้ว ถ้ามนุษย์ไม่ควรเข้าไปกระทำการอันผิดธรรมชาติ กระบวนการทางการแพทย์มากมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันซึ่งก็ได้รับการยอมรับว่ามีคุณประโยชน์มากมายนั้นก็จะเสียไป เนื่องจากเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับความเป็นความตายอย่างผิดธรรมชาติ เช่น การใช้เครื่องช่วยหายใจ การใช้เครื่องกระตุ้นหัวใจ เป็นต้น ประกอบกับสภาพสังคมไทยที่ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธด้วยแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าข้อสนับสนุนนี้มีน้ำหนักน้อย

ในมุมมองของข้ออ้างที่ว่าทฤษฎีการให้กำเนิดนี้มีความสอดคล้องกับทฤษฎีแรงงานของจอห์น ล็อก (The Locke's Labor Theory) ที่มีสาระสำคัญว่ามนุษย์มีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากแรงงานของตนนั้น เหตุที่มีผู้ยกหลักนี้ขึ้นอ้างว่าหลักการให้กำเนิดมีความสอดคล้องกับทฤษฎีของล็อกก็น่าจะเพราะมองว่าหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นเป็นผู้ใช้แรงงานของตนเองก็คือการตั้งครรภ์และต่อมาได้เกิดเป็นเด็กขึ้นมา แต่ผู้เขียนไม่เห็นว่าสมควรจะนำทฤษฎีนี้มาเป็นเหตุผลสนับสนุนความชอบธรรมในการกำหนดความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิดได้ เนื่องจากหากมองว่าเด็กที่เกิดมานั้นมีสถานะเป็น "ทรัพย์สิน" ของหญิงที่ตั้งครรภ์และคลอดมาเนื่องจากหญิงนั้นเป็นผู้ใช้แรงงานของตนเองทำให้เด็กเกิดขึ้นมาจะเท่ากับเป็นการลดคุณค่าของเด็กในฐานะเป็นมนุษย์คนหนึ่งลงเท่ากับวัตถุสิ่งของหนึ่งที่คนอาจเป็นเจ้าของและถือครองเอาได้ ซึ่งแม้ว่าจะเคยมีแนวความคิดว่าเด็กเป็นทรัพย์สินของหัวหน้าครอบครัวในสมัยก่อน แต่ในบริบทของสังคม ณ ปัจจุบัน ทัศนคติดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับอีกต่อไป เนื่องจากความก้าวหน้าของแนวความคิดด้านสิทธิมนุษยชนที่เชื่อว่ามนุษย์เท่าเทียม

กันมาตั้งแต่กำเนิดโดยลักษณะธรรมชาติของมนุษย์ ความคิดในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และพัฒนาการการคุ้มครองสิทธิเด็กในปัจจุบัน

ที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนไม่ได้พยายามที่จะปฏิเสธการใช้หลักการให้กำเนิดในการกำหนดความเป็นมารดาแต่อย่างใด ผู้เขียนเข้าใจดีว่าหากใช้ทฤษฎีการให้กำเนิดในด้านหนึ่งก็เป็นการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์ในฐานะมารดา และก็อาจเป็นการคุ้มครองเด็กที่เกิดมาด้วยเนื่องจากจะมีมารดาที่แน่นอน และสำหรับบุคคลที่เชื่อว่าเด็กในครรภ์ได้สร้างความสัมพันธ์บางประการกับหญิงที่ตั้งครรภ์ด้วยแล้วนั้น การกำหนดให้หญิงที่ให้กำเนิดเป็นมารดาของเด็กก็จะสอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่เด็กมีต่อหญิงที่ตั้งครรภ์ในขณะอยู่ในครรภ์ด้วย อย่างไรก็ดี ด้วยข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปจากการให้กำเนิดในอดีตเนื่องจากเป็นการเกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผนวกกับไม่การปฏิบัติตามกฎหมายของหญิงผู้ให้กำเนิด ผู้เขียนเห็นว่าการจะกำหนดผลทางสถานะใด ๆ ก็ตาม ในกรณีนี้ ควรจะคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญเพื่อเป็นการคุ้มครองเด็ก ให้การคุ้มครองเด็กนั้นอยู่เหนือสิทธิและความเห็นใจที่มีต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนผู้ที่ไม่กระทำตามบทบัญญัติของกฎหมาย

การคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ซึ่งผู้ร่างได้พิจารณาแล้วว่าหากเด็กเกิดมาจากการสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ทำถูกต้องตามเงื่อนไขนั้น ๆ ให้เด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะเป็นการคุ้มครองเด็กที่เกิดมาที่สุดและแน่ใจได้ว่าบุคคลที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กนั้นเป็นบุคคลที่ดีที่สุดในด้านของการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยกฎหมายไม่ได้มีจุดประสงค์ในทางที่ต้องการหาคำตอบว่าใครมีสิทธิในตัวเด็กมากกว่า เห็นได้จากการที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติในลักษณะที่บ่งบอกว่าการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสิทธิอันบุคคลที่มีลักษณะตามเงื่อนไขสามารถทำได้ แต่เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในลักษณะคุ้มครองเด็กที่หากมีการตั้งครรภ์แทนขึ้นแล้วจะต้องมีผู้รับผิดชอบเลี้ยงดูเด็กนั้นเป็นสำคัญ การที่กำหนดให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นก็เพื่อที่จะเป็นการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาบุตรที่แน่นอนเพื่อจุดประสงค์ในการคุ้มครองเด็กที่เกิดมาให้มีบุคคลที่พร้อมและเหมาะสมที่จะเป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้น

ด้วยเหตุที่กล่าวมานี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าการใช้หลักการให้กำเนิดและข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาตามกฎหมายครอบครัวโดยทั่วไปมากำหนดผลที่เกิดต่อเด็กในทุกกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นจะเป็นผลที่ไม่ได้คำนึงถึงการคุ้มครองเด็กตามที่พระราชบัญญัตินี้ตั้งใจจะให้เป็น อันจะส่งผลร้ายต่อตัวเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้น จึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้เป็นผลที่แน่นอนเพียงลำพังในทุกกรณี

ในข้อเสนอที่ว่าให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่ต้องการจะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้นไปหาทางออกโดยการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรม ผู้เขียนมีความเห็นว่ามีข้อบกพร่องดังต่อไปนี้

ประการแรก ผลทางกฎหมายจากการมีสถานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมมีความแตกต่างจากสถานะบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ความแตกต่างที่เห็นได้อย่างชัดแจ้งก็คือสิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม กล่าวคือบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นจะมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมตามที่กำหนดในมาตรา 1629(2) สามารถเข้ารับมรดกของบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้เมื่อบุตรถึงแก่ชีวิต ในขณะที่ผู้รับบุตรบุญธรรมมิได้มีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมเช่นนั้น อีกทั้งมาตรา 1598/29 ยังกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งว่าการรับบุตรบุญธรรมไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการรับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะทายาทโดยธรรมแต่อย่างใด ดังนั้น ในมุมหนึ่งสิทธิของผู้รับบุตรบุญธรรมจึงมีขอบเขตจำกัดกว่าสิทธิของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ดี ในข้อบกพร่องประการนี้ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อนำมาพิจารณากับข้อเท็จจริงในเรื่องการจะใช้การรับบุตรบุญธรรมเป็นเครื่องมือในการแก้ปัญหาในเรื่องผลของสถานะของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว ก็ไม่ได้มีน้ำหนักมากถึงขนาดเพียงเพราะมีข้อบกพร่องตามเหตุนี้เพียงเหตุเดียวจะทำให้ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการใช้วิธีการรับบุตรบุญธรรมเป็นหาทางออกแต่อย่างใด เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าข้อบกพร่องประการนี้เป็นข้อบกพร่องที่จะส่งผลเสียต่อคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรซึ่งในกรณีนี้เป็นผู้ที่กระทำการไม่ถูกต้องตามกฎหมายอยู่แต่แรก การต้องรับผลร้ายบางประการก็อาจถือเป็นการอันสมควรได้ อย่างไรก็ดี เนื่องจากการรับบตรบุญธรรมมีข้อบกพร่องอื่น ๆ ร่วมด้วย ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่ควรนำเอาการรับบุตรบุญธรรมมาใช้เป็นทางออกในเรื่องผลของสัญญาที่ไม่ทำตามกฎหมายนี้

ประการที่สอง เมื่อพิจารณาจากมุมมองของเด็กที่เป็นบุตรบุญธรรมแล้ว การรับบุตรบุญธรรม ไม่ได้ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรบุญธรรมซึ่งในกรณีนี้ก็คือหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับสามีของหญิงนั้น กับเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนผู้เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นขาดไปอย่างสิ้นเชิง ซึ่งการดำรงไว้ซึ่งสิทธิหน้าที่ดังกล่าวส่งผลเสียทั้งกับเด็กและต่อบุคคลที่เป็นครอบครัวดั้งเดิม ของเด็กคือครอบครัวของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่ได้ส่งผลเสียแค่เฉพาะคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนผู้ไม่กระทำการตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เนื่องจากเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้นอาจต้องตกเป็นผู้รับภาระในการเลี้ยงดูบุคคลที่ตนไม่รู้จักมาก่อนหรือไม่เคยเลี้ยงดูเด็กนั้นเลยเนื่องจากมีหน้าที่ตามกฎหมายในฐานะบุตร รวมถึงทายาทของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนอาจไม่ได้รับมรดกหรือได้รับมรดกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนน้อยลงเนื่องจากมีจำนวนทายาทเข้ามาร่วมในการแบ่งมรดกมากขึ้นด้วย เด็กอาจต้องมีความเกี่ยวพันทางกฎหมายกับบุคคลซึ่งเด็กนั้นอาจไม่เคยพบปะพูดคุยหรือแม้แต่รู้ว่ามีตัวตนอยู่ แต่

ในทางกฎหมายมีศักดิ์เป็นญาติสนิทกัน เช่น มีศักดิ์เป็นพี่ตามกฎหมายเนื่องจากเป็นบุตรของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน เป็นต้น

ประการที่สาม คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจไม่กระทำการเพื่อรับเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นได้และเคยเกิดขึ้นให้เห็นประจักษ์มาแล้วในกรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรชาวออสเตรเลียไม่รับเอาเด็กที่เกิดมาพิการไปอุปการะตามที่ได้ตกลงในสัญญาตั้งครรภ์แทนแต่แรก[16] ปัญหาจะเกิดกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนหากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นไม่รับเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายเป็นบุตรบุญธรรม เพราะหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในฐานะมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีหน้าที่ตามกฎหมายต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้น ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนาที่แท้จริงของหญิงที่ไม่ได้มีเจตนาจะเลี้ยงดูเด็ก มีเจตนาเพียงแค่ตั้งครรภ์เพื่อบุคคลอื่นโดยตั้งใจจะมอบเด็กนั้นให้เป็นบุตรของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ซึ่งก็ไม่สามารถบังคับให้คู่สัญญาดังกล่าวนั้นรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ หรือเมื่อมีการรับเด็กไปทดลองเลี้ยงเป็นระยะเวลา 6 เดือนแล้ว แม้ในด้านหนึ่งจะเป็นระยะเวลาเพื่อตรวจสอบความเหมาะสมในการเลี้ยงดูเด็ก แต่ในอีกด้านหนึ่งคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็อาจเปลี่ยนใจได้ภายในช่วงเวลาดังกล่าว ซึ่งหมายความว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจนำเด็กมาคืนให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้ ซึ่งจะส่งผลเสียอย่างมากทั้งต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและต่อเด็กที่ไม่ได้สร้างสายสัมพันธ์แรกเกิดกับบุคคลที่เป็นผู้เลี้ยงดูตนต่อไป

ประการที่สี่ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนอาจเปลี่ยนใจไม่ยินยอมในการที่คู่สัญญาจะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมก็ได้เช่นกัน และแม้ว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะสามารถร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งแทนความยินยอมนั้นได้ตามมาตรา 1598/21 ก็ตาม แต่ถ้าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนแสดงเจตนาว่าจะอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมานั้น ก็เป็นเหตุอันควรที่ศาลจะไม่สั่งตามคำร้องของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรแล้ว โดยอาจไม่ได้พิจารณาถึงความเหมาะสมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้น

เมื่อพิจารณาเหตุในประการที่สามและประการที่สี่นี้แล้ว จะเห็นได้ว่า การนำหลักในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมมาใช้นี้มีความไม่แน่นอนในผลต่อตัวเด็กอยู่มาก ซึ่งในกรณีล้วนแต่เป็นความไม่แน่นอนที่อยู่บนฐานของเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในการตั้งครรภ์แทนโดยแท้ ไม่ใช่ความไม่แน่นอนอันเกิดจากการคำนึงถึงผลที่เด็กจะได้รับอย่างกรณีของการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กแต่อย่างใด

ประการที่ห้า โดยธรรมชาติของการรับเป็นบุตรบุญธรรมนั้นเป็นการรับเอาเด็กซึ่งเป็นบุตรของบุคคลอื่นมาอุปการะเลี้ยงดูในฐานะเป็นบุตรของตน กล่าวคือเป็นการรับเอาเด็กที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับตนมาเลี้ยงดู ก่อเป็นครอบครัวที่มีความเกี่ยวพันทางกฎหมายและ

---

16 STRONGLY55. "กรณี Gammy ไข่ทิ้งในเมืองไทย กระตุ้นให้ปฏิรูปกฎหมายอุ้มบุญ " [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://jingjonews.com/2014/08/04/กรณี-gammy-ไข่ทิ้งในเมืองไทย/ [20 ธันวาคม 2559]

สังคมมากกว่าทางชีววิทยา ซึ่งในข้อเท็จจริงเรื่องการตั้งครรภ์แทนนั้นก็อาจปรากฏทั้งกรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีความเกี่ยวข้องและไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม หากเป็นกรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม ก็จะขัดต่อธรรมชาติของการรับบุตรบุญธรรมนี้ ซึ่งเป็นเหตุผลที่ศาลของประเทศสหราชอาณาจักรได้ยกขึ้นพิจารณาว่าไม่ควรนำเอาเรื่องการรับบุตรบุญธรรมมาใช้กับกรณีการตั้งครรภ์แทนที่มีลักษณะดังกล่าว จึงมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาซึ่งจะก่อตั้งสถานะความเป็นบิดามารดาบุตรตามกฎหมายอันสอดรับกับสายสัมพันธ์ตามความเป็นจริง

และประการสุดท้าย ผู้เขียนเห็นว่าการให้เด็กอยู่ในสถานะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลที่เลี้ยงดูตนมาเสมือนเป็นบิดามารดาที่แท้จริงซึ่งในบางครั้งอาจมีสภาพใกล้เคียงบิดามารดาตามธรรมชาติมากเนื่องจากมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม อาจสร้างความสับสนและอาจสร้างปมด้อยภายในจิตใจให้แก่เด็กได้ ที่เห็นอย่างนี้ก็เพราะว่า เมื่อมองในมุมของความรู้สึกที่สังคมมีต่อสถานะบิดามารดากับสถานะผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นยังมีความแตกต่างและความห่างชั้นกันในด้านความผูกพันต่อเด็ก

ใน **รัฐเวอร์จิเนีย** ประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎเกณฑ์อันเป็นลายลักษณ์อักษรตราขึ้นเพื่อกำหนดเงื่อนไขการตั้งครรภ์แทนที่จะได้รับอนุญาตจากศาลไว้โดยละเอียด และมีความคล้ายคลึงกับเงื่อนไขในพระราชบัญญัติของไทยในหลายส่วน แต่ในเรื่องผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดซึ่งในกรณีของรัฐเวอร์จิเนียนี้ก็คือการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาลก่อนนั้น ผลในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรของกฎหมายรัฐเวอร์จิเนียนั้นไม่ได้กลับไปใช้หลักกฎหมายครอบครัวทั่วไปเสมอไป แต่วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาผลไว้โดยแยกตามข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงสายสัมพันธ์ในลักษณะต่าง ๆ ระหว่างคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทน กับเด็กที่เกิดมา ตามที่ปรากฏในมาตรา 20-158 อันสามารถอธิบายได้ดังนี้

ประการแรก โดยหลักกำหนดให้เป็นไปตามหลักการให้กำเนิด คือให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ยกเว้นแต่ว่าหญิงที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กก็จะให้หญิงนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก กล่าวคือถ้าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหญิงไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก ไม่ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กหรือไม่ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาจากสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้รับอนุญาตจากศาล

ในกรณีที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กด้วยนั้น เมื่อพิจารณาตามทฤษฎีการกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรก็จะเห็นว่าหญิงนั้นมีลักษณะเข้าตามทฤษฎีถึง 2 ทฤษฎี คือเป็นไปตามทฤษฎีการให้กำเนิดและทฤษฎีพันธุกรรม อันมีระดับความเกี่ยวพันกับเด็กในลักษณะประหนึ่งเป็นมารดาตามธรรมชาติเลยก็ว่าได้ ขาดก็แต่เจตนาในการเลี้ยงดูเด็กในฐานะบุตร ซึ่งในความเป็นจริงแล้วในสังคมปัจจุบันก็ไม่ใช่ว่ามารดาตามปกติธรรมชาติทุกคนจะมีเจตนานั้น เห็น

ได้ชัดจากข่าวที่มารดาทิ้งบุตรซึ่งพบเห็นได้เป็นระยะ ๆ[17] ด้วยความเกี่ยวข้องที่มีในระดับเกือบจะเท่ามาตรฐานของมารดาตามธรรมชาตินี้น่าจะพอทำให้สันนิษฐานได้ว่าหญิงนั้นกับเด็กจะมีความผูกพันหรือสามารถสร้างความผูกพันในภายหลังได้ไม่ยาก ดังนั้นการที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าผู้ร่างกฎหมายก็น่าจะเชื่อได้มากว่าน่าจะเป็นไปในทิศทางที่เป็นประโยชน์แก่เด็กที่เกิดมาด้วย

ในกรณีที่หญิงนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเลยก็จะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของผู้บริจาคในการปฏิสนธิ กรณีดังกล่าวนั้นก็จะทำให้การกำหนดความเป็นมารดาโดยทฤษฎีการให้กำเนิด ทฤษฎีพันธุกรรม ทฤษฎีเจตนา ปรากฏอยู่ในหญิงคนละคนกันถึง 3 คน กล่าวคือหญิงผู้ประสงค์จะมีบุตรมีเจตนาจะเป็นมารดาอุปการะเลี้ยงดูเด็กแต่ไม่ได้ตั้งครรภ์เอง หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ตั้งครรภ์และคลอดเด็กแต่ไม่ใช่เจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ หญิงที่เป็นผู้บริจาคมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมแต่ไม่ได้ต้องการผูกพันในฐานะมารดา ในกรณีนี้กฎหมายของรัฐเวอร์จิเนียกำหนดให้หญิงที่เป็นมารดาโดยการให้กำเนิดมีฐานะที่ดีกว่าผู้ที่มีความสัมพันธ์กับเด็กในแง่มุมอื่น ซึ่งก็เป็นไปตามทฤษฎีการให้กำเนิดที่เชื่อว่าความสัมพันธ์ระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์กับเด็กที่คลอดออกมานั้นมีความลึกซึ้งแน่นแฟ้น และในมุมมองของเด็กจะเป็นประโยชน์แก่เด็กที่จะมีผู้ที่มีความรักให้ตนเป็นผู้ดูแล ดังที่ได้กล่าวไปในบทที่ 3 มีความเชื่อว่าเด็กและหญิงมีความผูกพันกันตั้งแต่เด็กยังอยู่ในครรภ์ ซึ่งแม้จะยังไม่สามารถพิสูจน์ความผูกพันที่เด็กมีต่อหญิงที่ตั้งครรภ์ได้ แต่ความผูกพันที่หญิงที่ตั้งครรภ์มีต่อเด็กนั้นก็มีความเห็นของนักวิชาการส่วนหนึ่งที่เห็นว่ามีอยู่จริงตามการพิสูจน์ทางสังคมศาสตร์ประกอบกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้เห็นเป็นประจักษ์ในกรณีที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นต้องการเก็บบุตรไว้เอง[18] อย่างไรก็ดี ในมุมของผู้ที่ตั้งครรภ์โดยตระหนักดีกว่าเด็กที่ตนจะคลอดออกมานั้นจะไม่ได้มีฐานะเป็นบุตรของตนอย่างหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนี้ก็มีนักวิชาการแสดงหลักฐานให้เห็นเช่นกันว่าความผูกพันในลักษณะเหมือนอย่างที่หญิงปกติตั้งครรภ์บุตรของตนเองนั้นอาจไม่มีอยู่เลยหรือมีอยู่น้อยมาก ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

ถึงแม้ว่ากฎหมายจะจัดให้หญิงผู้ให้กำเนิดมีฐานะดีกว่าหญิงคนอื่น ๆ และเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กในกรณีนี้ แต่ก็เห็นได้ชัดว่าหลักการให้กำเนิดก็ยังไม่ได้ถูกหยิบยกขึ้นมาใช้ในทุกกรณีที่เกิดขึ้น การที่กฎหมายกำหนดว่าหากหญิงผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมอยู่ด้วย ให้หญิงนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา แสดงให้เห็นว่า

---

17 ตัวอย่างเช่น ข่าวสด. "สลด!คนงานเจอทารกถูกทิ้งปล่อยนอนร้องตัวเปียกฝน หลังห้องน้ำแคมป์คนงานที่สามโคก." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.khaosod.co.th/around-thailand/news_38739 [7 ธันวาคม 2559] ; ไทยรัฐออนไลน์. "สลด! พ่อแม่ทิ้งลูกแรกเกิด 2 สัปดาห์ กลางตลาดนัดสระบุรี." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.thairath.co.th/content/484141 [7 ธันวาคม 2559]

18 เช่น คดี Johnson v. Calvert (1993) ที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทน(ไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก) ปฏิเสธที่จะสละสิทธิความเป็นมารดาให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร

กฎหมายยังคำนึงถึงเจตนาแรกเริ่มของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่หากไร้ซึ่งเจตนานั้นแล้วเด็กก็มิอาจเกิดมาได้เลย แต่ไม่ให้น้ำหนักถึงขนาดที่จะอยู่เหนือความสัมพันธ์ทางชีววิทยาคือการให้กำเนิดและความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม โดยกฎหมายนำเอาหลักเจตนามาใช้พิจารณาร่วมกันกับความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม หากหญิงผู้ประสงค์จะมีบุตรมีทั้งสองอย่างร่วมกันแล้วจึงจะมีสถานะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กและอยู่เหนือความสัมพันธ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นผู้ให้กำเนิด อย่างไรก็ดี หลักการนี้ต้องพิจารณาร่วมกับการที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่สละสิทธิในตัวเด็กที่จะกล่าวต่อไปนี้ด้วย

ประการที่สอง คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายชายจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กก็ต่อเมื่อคู่สัญญาคนใดคนหนึ่งมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก กล่าวคือ แม้ว่าชายนั้นจะไม่ได้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กก็อาจเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้หากหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรมีความเกี่ยวข้องนั้น เป็นการกำหนดความเป็นบิดาโดยอิงฐานของทฤษฎีเจตนาเพียงอย่างเดียว แต่ในความเห็นของผู้เขียนการกำหนดไว้เช่นนั้นก็สมเหตุสมผลเมื่อมองในมุมเพื่อประโยชน์ของเด็ก เนื่องจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรตามกฎหมายของรัฐเวอร์จิเนียนั้นต้องเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย และเด็กก็ได้ชื่อว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายภรรยาซึ่งก็คือหญิงผู้ประสงค์จะมีบุตร การกำหนดให้ชายนั้นมีฐานะเป็นบิดาก็จะช่วยเติมเต็มครอบครัวให้สมบูรณ์และสอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เด็กจะได้รับการเลี้ยงดูต่อไปในฐานะบุตรของทั้งสองคน ผนวกกับที่ชายนั้นก็เข้าร่วมในการตั้งครรภ์แทนโดยมีเจตนาจะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาในฐานะบุตรของตนอยู่ก่อนแล้ว การกำหนดให้ชายเป็นบิดาในกรณีดังกล่าวจึงเป็นทางออกที่ดีอย่างหนึ่ง

อย่างไรก็ดี ได้มีข้อยกเว้นในกรณีที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนใช้อำนาจในการรักษาสิทธิความเป็นมารดาและอำนาจปกครองบุตรไว้[19] และหญิงนั้นสมรสแล้วโดยสามีได้เข้าร่วมเป็นคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทนนี้ด้วย กรณีนี้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามีจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ซึ่งเป็นการยอมรับให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีช่วงเวลาหนึ่งที่อาจสละสิทธิความเป็นบิดามารดา (Parental Rights) ให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร หากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้สละสิทธิดังกล่าวและปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรคนใดคนหนึ่งมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กแล้ว เด็กก็จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญานั้น ในทางตรงกันข้ามถ้าเกินระยะเวลา 3 วันตามที่กฎหมายกำหนดไปแล้ว[20] ก็จะเท่ากับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นรักษาสิทธิเหนือตัวเด็กไว้ตามข้อยกเว้นในมาตรานี้ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามีอาจเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้ ซึ่งการบัญญัติไว้เช่นนี้สะท้อนให้เห็นการเคารพซึ่งสิทธิของหญิงที่เป็นผู้ให้กำเนิด

---

19 VA Code § 20-162

20 ก่อนหน้านี้กำหนดไว้ 25 วัน แก้ไขในปี ค.ศ. 2010 กำหนดระยะเวลาสั้นลง

ซึ่งมีฐานะเป็นมารดาและการคำนึงถึงข้อบกพร่องของทฤษฎีเจตนาในประเด็นที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่อาจมีเจตนาอิสระอย่างแท้จริง ดังที่ได้กล่าวไปในข้อ 4.1

การกำหนดให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนี้สามารถไม่สละสิทธิความเป็นมารดาได้นั้น มีลักษณะเป็นการจัดลำดับความสำคัญของทฤษฎีการกำหนดความเป็นบิดามารดา โดยยึดเอาทฤษฎีการให้กำเนิดเป็นสำคัญ หากผู้ให้กำเนิดนั้นมีเจตนาที่จะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาด้วย เจตนาของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กนั้นไม่มีฐานะเหนือไปกว่าผู้ให้กำเนิดที่มีเจตนาเลี้ยงดูเด็ก ต่อเมื่อหญิงผู้ให้กำเนิดนั้นได้แสดงอย่างชัดแจ้งว่าไม่ต้องการจะเลี้ยงดูเด็กที่ตนคลอดออกมาเท่านั้นที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะอาจเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งก็ต้องพิจารณาความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรต่อไป กล่าวคือ หากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหญิงมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก คู่สัญญาทั้งสองคนจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่หากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายชายเพียงฝ่ายเดียวที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม ชายนั้นก็จะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ซึ่งกรณีหลังนี้ผู้เขียนมีความเห็นจากการศึกษาคำตัดสินของศาลในสหรัฐอเมริกา[21]ประกอบกับการพิจารณาตามสภาพความเป็นจริงแล้วเป็นไปได้ว่าจะเป็นประเด็นที่นำไปสู่การพิจารณาอำนาจปกครองบุตร (Custody of the Child) โดยศาล เนื่องจากบิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กไม่ได้อยู่ด้วยกันในทางข้อเท็จจริง การจะเลี้ยงดูเด็กเหมือนดังสามีภรรยาตามธรรมชาติย่อมเป็นไปไม่ได้ จึงจะต้องพิจารณาว่าจะให้ใครเป็นผู้ดูแลเด็กที่เกิดมา โดยหลักการอันเป็นหัวใจในการพิจารณากำหนดอำนาจปกครองบุตรก็คือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กนั่นเอง ซึ่งเมื่อเป็นการพิจารณาโดยคำนึงถึงตัวเด็กเป็นสำคัญเช่นนี้ก็ย่อมทำให้มั่นใจได้เป็นอย่างมากว่าเด็กนั้นจะได้รับการคุ้มครองสูงสุด เพราะศาลจำต้องคำนึงถึงปัจจัยและสภาพแวดล้อมต่าง ๆ ที่อาจส่งผลต่อสวัสดิภาพความเป็นอยู่ของเด็กก่อนตัดสินเสมอ ในประเด็นการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อปัญหาทางกฎหมายของการปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า เงื่อนไขในการที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นอาจเป็นมารดาของเด็กเสียเองที่ ไม่ได้กำหนดให้โดยคำนึงถึง “สิทธิ” ของหญิงตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นหญิงผู้ให้กำเนิดเท่านั้น แต่ให้สามารถทำได้ก็ต่อเมื่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่สละสิทธิความเป็นบิดามารดา (Parental Rights) ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ภายใต้ข้อเท็จจริงที่หญิงนั้นต้องสมรสแล้วและสามีของหญิงเข้าร่วมในสัญญาตั้งครรภ์แทนด้วยนี้ สะท้อนให้เห็นการตระหนักถึงความจำเป็นในการคุ้มครองเด็ก กล่าวคือ กฎหมายคำนึงถึงความสมบูรณ์ของครอบครัวที่เด็กจะไปเติบโตอยู่ด้วยให้เด็กมีทั้งบิดาและมารดา เหนือกว่าเจตนาและข้อเท็จจริงของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นผู้ให้กำเนิด กล่าวคือ

---

[21] เช่น In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396

แม้ว่าหญิงนั้นจะได้ชื่อว่าเป็นมารดาตามหลักการให้กำเนิด แต่จะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อสถานะดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับการคุ้มครองประโยชน์ของเด็กนั่นเอง

ประการที่สาม ในกรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเลย บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามีหากสามีได้เข้าร่วมในสัญญาด้วย การกำหนดผลเช่นนี้แสดงให้เห็นถึงการให้น้ำหนักความสำคัญกับทฤษฎีการให้กำเนิดมากกว่าทฤษฎีเจตนา ซึ่งที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้ก็อาจเป็นเพราะกลับไปยึดตามหลักทั่วไปที่กำหนดความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจากทฤษฎีการให้กำเนิดโดยถือว่าเป็นผู้ที่น่าจะดูแลเด็กได้ดีที่สุดเนื่องจากมีความผูกพันกับเด็กมากที่สุดเมื่อเทียบกับบุคคลอื่นที่เชื่อว่าไม่มีความผูกพันแนบแน่นเท่า จึงสมควรกำหนดให้เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็จะมีปัญหาตรงที่สิ่งที่เชื่อมาตลอดว่าผู้ให้กำเนิดนั้นจะเป็นผู้ที่มีความรักความผูกพันและมีเจตนาดีต่อเด็กที่ตนให้กำเนิดเสมอนั้นอาจใช้ไม่ได้ในบริบทการตั้งครรภ์แทนนี้ ดังที่ได้กล่าวไปในข้างต้น และหากนำมาใช้ในบริบทสังคมไทยก็อาจมีปัญหาในเรื่องความพร้อมทางเศรษฐกิจของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเพิ่มเข้ามา เห็นได้ชัดจากข้อเท็จจริงที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนในอดีตส่วนมากเป็นบุคคลที่ประสบปัญหาทางการเงินอยู่ก่อนแล้วจึงจำต้องมารับจ้างตั้งครรภ์แทน จึงเชื่อได้ยากว่าเด็กที่เกิดมานั้นจะได้รับการเลี้ยงดูที่ดี ยิ่งในกรณีไม่คำนึงถึงความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับเด็กด้วยแล้ว การสร้างความผูกพันระหว่างทั้งสองอาจเป็นเรื่องของโชคชะตามากกว่าที่จะเป็นไปเพื่อคุ้มครองเด็กอย่างแท้จริง ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อปัญหาผลทางกฎหมายของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม

ประการสุดท้าย หากได้มีการลงลายมือชื่อและยื่นแสดงความยินยอมหญิงที่ตั้งครรภ์แทน (Surrogate Consent) และรายงานที่สอดคล้องกับเงื่อนไขที่ปรากฏในมาตรา 20-162 A. คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ในประการสุดท้ายนี้หากดูแต่ผิวเผินอาจเข้าใจคลาดเคลื่อนไปได้ว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจเป็นบิดามารดาของเด็กได้ด้วยเหตุแห่งการแสดงความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเท่านั้น แต่ในเงื่อนไขตามมาตรา 20-162 A. นั้นก็ได้กำหนดให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรคนใดคนหนึ่งต้องมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเช่นกัน จึงยังเป็นกรณีที่ยังคำนึงความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอยู่ไม่ใช่ขึ้นอยู่กับเจตนาเพียงลำพัง แม้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะมีเจตนาที่สอดคล้องกันกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร กล่าวคือแม้ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะต้องการสละสิทธิในตัวเด็กก็ตาม

จากการพิจารณาเห็นว่า รัฐเวอร์จิเนียนั้นแก้ปัญหาสถานะของบิดามารดาบุตรในการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายโดยกำหนดเป็นกรณีแยกย่อยหลายประการ เพื่อให้มีความแน่นอนในผลที่จะเกิดขึ้น โดยจัดลำดับความสำคัญของความเกี่ยวพันระหว่างบิดามารดาบุตรตามตัวแปร 3 อย่าง คือ ตามทฤษฎีการให้กำเนิด ทฤษฎีพันธุกรรม และทฤษฎีเจตนา โดยกฎหมายให้

ความสำคัญกับทฤษฎีการให้กำเนิดมากที่สุด เห็นได้จากการให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนสามารถไม่สละเด็กให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรได้ ภายใต้เงื่อนไขและระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด ถ้าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ต้องการเด็กไว้กับตน หรือไม่สามารถกระทำได้เนื่องจากไม่ได้เป็นบุคคลตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรผู้มีเจตนาให้เด็กเกิดมาและเป็นผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก จึงจะสามารถมีสถานะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้

ในขณะที่ผู้ที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมเพียงอย่างเดียวอย่างผู้บริจาคนั้นไม่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องเป็นหนึ่งในตัวเลือกการเป็นบิดามารดาของเด็กเลย ทั้งนี้ก็น่าจะเป็นเพราะผู้ร่างกฎหมายเห็นว่า การนำเอาทฤษฎีพันธุกรรมมาใช้พิจารณาเป็นปัจจัยเพียงประการเดียวในการกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นจะก่อให้เกิดผลเสียและไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง กล่าวคือ อาจทำให้บุคคลที่ไม่มีเจตนาจะรับผิดชอบและอุปการะเลี้ยงดูเด็ก แต่มีเพียงเจตนาช่วยเหลือบุคคลที่ไม่สามารถมีบุตรได้อย่างผู้บริจาคนั้นต้องตกอยู่ในสถานะบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ของตน และเนื่องจากลำพังแค่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนั้นไม่สามารถยืนยันได้ว่าบุคคลนั้นจะเป็นบิดามารดาที่ดีได้ การที่บุคคลนั้นไม่มีเจตนาจะเลี้ยงดูเด็กด้วยจึงเป็นเหตุที่ควรคำนึงถึงเมื่อพิจารณาความเหมาะสมในการกำหนดความเป็นบิดามารดา เพราะเมื่อมนุษย์ต้องการจะเป็นบิดามารดาเด็กสักหนึ่งคนนั้น แม้ในทางอุดมคติแล้วก็คือการที่เขาต้องการมีบุตรที่เกิดมาโดยมีความสัมพันธ์ทางชีววิทยากับตนเอง แต่ในทางความเป็นจริงแล้วเหตุผลนั้นไม่ใช่เหตุผลทั้งหมดของความปรารถนาจะเป็นบิดามารดา มีนักวิชาการแสดงความเห็นไว้ว่า แรงขับเคลื่อนแรกสุดที่ทำให้บุคคลต้องการเป็นบิดามารดานั้นก็เนื่องมาจากความต้องการที่จะสร้างความผูกพันกับเด็กที่เกิดมาซึ่งเขาจะได้เป็นผู้อบรมเลี้ยงดู สั่งสอน และดูแลบุตรเด็กนั้นเติบโตขึ้นมาอย่างดีและมองว่าการผูกพันตนเพื่อจะเป็นผู้ดูแลเอาใจใส่เด็กให้เติบโตสมบูรณ์นี้เป็นหัวใจสำคัญของความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดา[22] ซึ่งจากความเห็นนี้นั้นผู้เขียนก็เห็นด้วยในแง่มุมที่จะนำเอาความต้องการของบุคคลมาถ่วงดุลน้ำหนักความสำคัญของความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมในกรณีการกำหนดสถานะของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นี้ด้วย

แม้ว่าพันธุกรรมจะสร้างความคล้ายคลึงกันทางชีววิทยาระหว่างบุคคลนั้นกับเด็กซึ่งจะเป็นสิ่งที่ติดตัวเด็กไปตลอดชีวิต ผู้เขียนก็เห็นว่าในการดำรงชีวิตนั้นการที่เราเกิดมาเป็นอย่างไรก็ส่วนหนึ่ง แต่การที่เราได้รับการเลี้ยงดูอย่างไรก็เป็นอีกส่วนหนึ่ง หมายความว่าแม้เด็กนั้นจะเกิดมาโดยมีลักษณะทางชีววิทยาอย่างไร การอบรมเลี้ยงดูก็มีส่วนสร้างอัตลักษณ์ของเด็กเช่นเดียวกัน ความสับสันในต้นกำเนิดของตนเองของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นย่อม

---

22 Paul Lauritzen, Pursing Parenthood: Ethical Issues in Assisted Reproduction 74 (1993) cite in Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood," Connecticut Law Review : 154.

เกิดขึ้นอยู่แล้ว แต่สิ่งที่สำคัญก็คือบุคคลที่เป็นผู้เลี้ยงดูเด็กนั้นจะต้องให้ความรักความเข้าใจและสามารถอธิบายให้เด็กยอมรับในตนเองและใช้ชีวิตร่วมกับคนในสังคมได้ ซึ่งบุคคลที่จะกระทำเช่นนั้นได้เป็นอย่างดีก็คือบุคคลที่มีความปรารถนาที่ดีและต้องการเลี้ยงดูเด็กให้เติบโตมาเป็นผู้ใหญ่ที่สมบูรณ์ ส่วนข้ออ้างในเรื่องการได้รับประโยชน์ในฐานะเจ้าของ (ownership interest) เซลล์สืบพันธุ์นั้นก็เป็นข้ออ้างที่ล้าสมัยไปมาก เนื่องจากในโลกปัจจุบันเด็กไม่ได้เป็นทรัพย์สินที่จะมีกรรมสิทธิ์เหนือได้อย่างในสมัยโรมันที่หัวหน้าครอบครัวมีอำนาจเหนือบุตรที่สามารถกระทำการเหมือนบุตรเป็นทรัพย์สินและขายบุตรของตนเองไปได้อีกต่อไป

การที่รัฐเวอร์จิเนียได้กำหนดผลในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรในสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายไว้ โดยไม่ได้ปล่อยให้ผลเป็นไปตามหลักกฎหมายครอบครัวทั่วไปเสมอไปนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของกฎหมายในการคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้อง และสายสัมพันธ์ตามความเป็นจริงของเด็กกับบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหลายด้วย เห็นได้จากการพิจารณาข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญที่ทำให้การให้กำเนิดโดยการตั้งครรภ์แทนแตกต่างจากการให้กำเนิดตามธรรมชาติร่วมด้วยก่อนจะมีการกำหนดความสัมพันธ์หนึ่ง ๆ ซึ่งทำให้ผลทางกฎหมายนั้นมีความยืดหยุ่นในระดับหนึ่ง ไม่เถรตรงจนเกินไปในลักษณะที่ไม่คำนึงถึงปัจจัยโดยรอบ

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนก็เห็นว่าอาจจะยังมีข้อบกพร่องอยู่บ้างหากมองในมุมของประโยชน์สูงสุดของเด็กโดยแท้ กล่าวคือถึงแม้ว่ากฎหมายจะพยายามกำหนดกฎเกณฑ์ที่คิดว่าจะเป็นการคุ้มครองเด็กมากที่สุดโดยพิจารณาความผูกพันหรือสายใยเชื่อมโยงระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหลายกับเด็ก ไม่ว่าจะเป็นในฐานะผู้ให้กำเนิด ผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม หรือผู้มีเจตนาเลี้ยงดูเด็กในฐานะบุตร และกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมเพื่อให้แน่ใจว่าเด็กจะได้อยู่ในครอบครัวที่สมบูรณ์แล้วก็ตาม เช่น เงื่อนไขที่ให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนสามารถไม่สละสิทธิในตัวเด็กได้หากหญิงนั้นสมรสและสามีของหญิงเข้าร่วมในสัญญาด้วย แต่ในความเป็นจริงแล้วผลแต่ละกรณีจะเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีประกอบด้วย การกำหนดผลเป็นขั้น ๆ หลายประการของรัฐเวอร์จิเนียนี้ ในความเห็นของผู้เขียน เป็นความพยายามที่จะจัดลำดับความสำคัญของสายสัมพันธ์ของเด็กกับบุคคลต่าง ๆ โดยให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ในฐานะผู้ให้กำเนิดมากที่สุด แต่ไม่ได้พิจารณาถึงตัวเด็ก ตัวบุคคลแต่ละบุคคลที่เด็กต้องไปอาศัยอยู่ด้วย หรือสถานการณ์ต่าง ๆ ที่เด็กต้องเผชิญอยู่หรืออาจต้องเผชิญในอนาคต แต่ให้ผลเป็นไปตามสายสัมพันธ์ทางชีววิทยาและเจตนาของผู้ใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดของเด็ก กล่าวคือ ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนว่าจะสละสิทธิในตัวเด็กหรือไม่ คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กหรือไม่ ซึ่งหากนำมาพิจารณากับวัตถุประสงค์หลักของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ของไทยที่ต้องการคุ้มครองเด็กแล้ว ก็จะเห็นว่าข้อบกพร่องนี้ทำให้กฎหมายของรัฐเวอร์จิเนียอาจไม่เหมาะสมที่จะนำมาเป็นแนวทางเพื่อการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย ใน

เรื่องผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของไทย เพราะไม่ได้เป็นการส่งเสริมการคุ้มครองเด็กอย่างเต็มที่

สุดท้ายแล้วเด็กอยู่กับบุคคลใดแล้วจะเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์ต่อเด็กมากที่สุดนั้น ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าบุคคลนั้นเป็นผู้ให้กำเนิด ผู้เป็นบรรพบุรุษต้นสายโลหิต หรือผู้ปรารถนาจะอุปการะเลี้ยงดู แต่ขึ้นอยู่กับว่าบุคคลนั้นมีลักษณะเป็นอย่างไร เช่น มีความพร้อมทางสุขภาพกาย สุขภาพใจ มีความประพฤติที่เหมาะสมจะอบรมเลี้ยงดูในฐานะบิดามารดาของเด็กได้หรือไม่ มีปัจจัยทางเศรษฐกิจเพียบพร้อมเพียงพอจะเลี้ยงดูเด็กหรือเปล่า ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อปัญหาทางกฎหมายของการปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

นอกจากรัฐเวอร์จิเนียจะกำหนดผลในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรไว้อย่างยืดหยุ่นหลายประการแล้ว สัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้รับอนุญาตจากศาลก่อนดำเนินการนั้นยังอาจได้รับการปรับปรุงจากศาลอีกครั้งได้ด้วยตามมาตรา 20-162 โดยได้กำหนดขอบเขตการตีความและบังคับใช้เนื้อหาของสัญญาเหล่านั้นไว้ ซึ่งมีข้อดีที่เป็นการเพิ่มความเป็นไปได้ในการบังคับตามสัญญาตั้งครรภ์แทนซึ่งจะสร้างความแน่นอนให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและเด็กที่จะเกิดมาจากสัญญานั้น ในขณะเดียวกันก็ล้อมกรอบครอบคลุมไว้เฉพาะเนื้อหาที่กฎหมายยอมรับเท่านั้น ซึ่งจะทำให้สัญญาที่ฝ่าฝืนกฎหมายในคราวแรกแต่ผู้ร่างพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ได้เป็นการขัดต่อสาระสำคัญถึงขนาดควรต้องให้สัญญานั้นเสียไปทั้งหมดยังสามารถใช้ได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการ เป็นการหาความสมดุลระหว่างสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครองกับเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา เช่น การจัดการกับการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ที่กฎหมายไม่ยอมรับ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อปัญหาผลทางกฎหมายของสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ เป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่าการหาจุดประนีประนอมระหว่างสองสิ่งนี้ได้ก็จะเป็นประโยชน์กับเด็กในแง่มุมที่ว่าเพิ่มโอกาสที่เด็กจะได้อยู่กับบุคคลที่ต้องการจะเลี้ยงดูตน หากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะสละสิทธิความเป็นมารดาภายในกำหนดระยะเวลา 3 วันนับจากเด็กเกิด[23] และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็จะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นได้ การกำหนดให้สัญญาบังคับได้เท่าที่กฎหมายกำหนดนี้จึงดูเหมือนจะเป็นทางออกที่น่าสนใจทางหนึ่งในการแก้ปัญหาสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดผลเช่นนี้ก็ยังไม่ใช่ผลที่จะให้การคุ้มครองแก่เด็กได้ดีที่สุด เนื่องจากยังคงเป็นการกำหนด

---

23 ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ระยะเวลา 3 วันนี้ หากย้อนกับไปพิจารณาในทางพัฒนาการของบทบัญญัติของกฎหมายจะเห็นว่า ในปี ค.ศ. 2006 กำหนดระยะเวลาที่อาจสละสิทธิไว้ให้นานถึง 25 วัน แต่เมื่อปี ค.ศ.2010 ได้ลดลงเหลือเพียง 3 วัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอาจจะเป็นเพราะระยะเวลาที่นานเกินไปอาจสร้างความผูกพันระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดมาจนอาจยากกับทั้งหญิงที่คลอดและเด็กที่จะพรากจากกัน และอาจเป็นประโยชน์ต่อการสร้างสายสัมพันธ์ระหว่างเด็กแรกเกิดกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรให้มีความคุ้นเคยกัน ทำให้คู่สัญญาไม่เป็นคนแปลกหน้าสำหรับเด็ก ซึ่งอาจเกิดขึ้นหากปล่อยระยะเวลาให้นานเกินไป

ผลบนฐานของสายสัมพันธ์และเจตนาของบุคคลที่เกี่ยวข้องเป็นสำคัญ โดยไม่ได้พิจารณาจากแง่มุมของเด็กที่เกิดมาเป็นสำคัญ ในทางกลับกัน หากให้ศาลเข้ามาเกี่ยวข้องแต่พิจารณาจากมุมมองเรื่องการคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญนั้น ผู้เขียนเห็นว่าอาจจะเหมาะสมกว่า

รัฐอิลลินอยส์เป็นรัฐที่มีการกำหนดเงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนไว้อย่างละเอียดเป็นเงื่อนไขของสัญญาที่หากกระทำตามแล้วกฎหมายให้สันนิษฐานว่าเป็นสัญญาที่สามารถบังคับได้ตามกฎหมายทันทีและเด็กที่เกิดมาจากสัญญานั้นก็จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรทันทีตั้งแต่ถือกำเนิด และมีในรายละเอียดเงื่อนไขก็มีลักษณะเบื้องต้นหลายประการที่คล้ายกับที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ กำหนดไว้

ในกรณีสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นรัฐอิลลินอยส์นั้นมีทางแก้ที่แตกต่างไปจากรัฐเวอร์จิเนียอย่างชัดเจน โดยนั้นกำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ ว่าหากเกิดกรณีที่สัญญาตั้งครรภ์แทนไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดแล้วนั้น ในการกำหนดความเป็นบิดามารดาให้ศาลคำนึงถึงพยานหลักฐานที่แสดงถึงเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ[24] ซึ่งหากพิจารณาเพียงผิวเผินอาจจะเข้าใจไปได้ว่าเป็นการยกเอาทฤษฎีเจตนามาใช้กำหนดผลเพียงลำพัง แต่เมื่อพิจารณาควบคู่กับคำจำกัดความ (Definitions) แล้วจะพบว่า นิยามของการตั้งครรภ์แทน (Gestational Surrogacy) ตามกฎหมายนี้นั้นหมายความถึงกรณีการตั้งครรภ์แทนที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคนต้องมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก และหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเท่านั้น ดังนั้นเข้าใจได้ว่าจะนำทฤษฎีเจตนาที่กำหนดไว้ในมาตรา 25 มาปรับในเรื่องผลได้ก็ต่อเมื่อเป็นการตั้งครรภ์แทนที่มีเงื่อนไขความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมตรงกับที่กฎหมายนิยาม กล่าวคือ ถ้าเป็นกรณีที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กหรือผู้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรทั้งสองคนไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก เช่นนี้ก็จะไม่ตรงตามบทนิยามของกฎหมายนี้ ซึ่งเมื่อไม่สามารถนำกฎหมายนี้มาใช้ได้ ก็จะต้องกลับไปใช้หลักตามกฎหมายครอบครัวปกติก็คือการกำหนดความเป็นมารดาจากการให้กำเนิดอันจะทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา

แต่หากเป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนที่เข้าตามบทนิยามแล้ว แต่มีการไม่กระทำการตามกฎหมายในรายละเอียดอื่นใด ก็จะนำเอาทฤษฎีเจตนามาปรับใช้เป็นสำคัญ โดยกฎหมายไม่ได้กำหนด

---

[24] 750 ILCS 47/25(e) In the event that any of the requirements of this Section are not met, a court of competent jurisdiction shall determine parentage based on evidence of the parties' intent

ว่าให้ใช้อะไรในการพิจารณาเจตนานั้นบ้าง เพียงแต่ระบุไว้กว้าง ๆ ว่าให้พิจารณาบนฐานของพยานหลักฐานที่แสดงเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งในที่นี้ย่อมไม่ได้หมายความถึงแค่เจตนาของฝ่ายคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเท่านั้น แต่ย่อมหมายรวมถึงเจตนาของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนด้วย และเมื่อไม่ได้กำหนดให้หมายเฉพาะเจตนาที่แสดงไว้ตั้งแต่ทำสัญญาเท่านั้น ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าน่าจะตีความรวมไปถึงเจตนาภายหลังที่อาจเปลี่ยนแปลงไปของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้ด้วย จึงเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ค่อนข้างเปิดกว้างและอาจให้ผลที่หลากหลาย เช่น หากเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสอดคล้องกัน ฝ่ายหนึ่งต้องการเลี้ยงดูเด็กอีกฝ่ายต้องการสละเด็กให้ เด็กก็สามารถถูกตัดสินให้เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายที่ต้องการเลี้ยงดูตนได้ แต่หากเป็นกรณีเจตนาของสองฝ่ายไม่สอดคล้องกัน เช่น ทั้งสองฝ่ายอยากเลี้ยงดูเด็กทั้งคู่ หรือสถานการณ์ที่เลวร้ายมากที่สุดกรณีทั้งสองฝ่ายไม่อยากเลี้ยงดูเด็กทั้งคู่ กรณีนี้การใช้หลักเจตนาในการพิจารณาอาจจะเป็นปัญหาได้ว่าควรจะถือเจตนาของใครเป็นสำคัญกว่ากัน และผู้เขียนยังเห็นว่าการพิจารณาผลโดยคำนึงถึงเพียงเจตนาของทั้งสองฝ่ายนี้อาจทำให้ได้ผลที่ไม่เป็นการคุ้มครองเด็กเท่าที่ควร เช่น แม้ว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กด้วย และมีหลักฐานแสดงเจตนาจะเลี้ยงดูเด็กด้วยก็ตาม แต่การไม่ได้ตรวจสอบให้แน่นอนว่าบุคคลนั้นเป็นบุคคลที่สมควรจะเป็นผู้ดูแลเด็กหรือไม่ เช่น ไม่มีการตรวจสอบว่าเป็นบุคคลที่มีปัญหาทางสุขภาพร่างกายหรือจิตใจที่อาจส่งผลเสียต่อเด็กหรือไม่ หรือมีพฤติกรรมที่น่าเป็นกังวลว่าอาจส่งผลเสียต่อเด็ก อาจทำให้เด็กต้องกลายเป็นบุตรของบุคคลที่อาจสร้างอันตรายอันใหญ่หลวงให้แก่เด็กนั้นเอง ประกอบกับข้อโต้แย้งทฤษฎีเจตนา 4 ประการที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อ 4.1 ผู้เขียนจึงเห็นว่า ในเการกำหนดผลกรณีการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายนี้ไม่ควรกำหนดโดยอาศัยเพียงเจตนาของบุคคลที่เกี่ยวข้องเท่านั้น แต่ควรพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ร่วมด้วย

ใน**รัฐเท็กซัส**นั้นให้สามารถมีการตั้งครรภ์แทนโดยมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ศาลมีคำสั่งให้เป็นผลก่อน (Validate) ในกรณีที่สัญญาตั้งครรภ์แทนที่ศาลไม่ได้ทำให้เป็นผลหรือไม่ได้ทำให้สมบูรณ์นั้น กฎหมายก็ได้กำหนดผลไว้ให้สัญญานั้นไม่สามารถบังคับได้และกำหนดไว้ชัดแจ้งว่าความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นให้กำหนดเป็นไปตามหลักเกณฑ์อื่นที่บท (Chapter) นี้กล่าวไว้ อธิบายก็คือ ตัวบทในเรื่องเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนของรัฐเท็กซัสนี้อยู่ในหมวด (Subchapter) I เรื่อง Gestational Agreement ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของบท (Chapter) 160 เรื่อง Uniform Parentage Act (UPA) ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาบุตร เปรียบเทียบก็เหมือนกับการที่ต้องกลับไปใช้กฎหมายครอบครัวทั่วไปนั่นเอง

อย่างไรก็ดี ผลในการกลับไปใช้ Uniform Parentage Act (UPA) ของรัฐเท็กซัสนี้ก็มีความแตกต่างจากการกลับไปใช้หลักกฎหมายครอบครัวของกฎหมายไทยอยู่มาก เนื่องจากชายที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กนั้นอาจเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้โดยอาศัยคำสั่งศาล ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ซึ่งในความเห็นของผู้เขียน ในกรณีที่ชายผู้ประสงค์จะมีบุตรได้รับคำสั่งศาลเปลี่ยนแปลงสถานะ ให้มีสถานะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก อันจะทำให้เกิดกรณีที่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งในที่นี้ก็คือหญิงที่ตั้งครรภ์แทน และบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายคือชายผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่ได้อยู่ร่วมกันในชีวิตจริงนั้น เป็นไปได้อย่างมากว่าจะนำไปสู่การพิจารณาว่าใครที่จะเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตร (Custody of the Child) ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในข้างต้น[25]

นอกจากนี้ กฎหมายของรัฐเท็กซัสยังกำหนดให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจต้องมีความรับผิดในค่าอุปการะเลี้ยงดู (Support) เด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้นด้วย ซึ่งถ้าเทียบกับในกฎหมายไทยแล้วจะพบว่า กรณีหากกลับไปใช้หลักตามกฎหมายครอบครัวของไทยนั้น จะไม่สามารถเรียกให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้เลย เนื่องจากคู่สัญญานั้นไม่มีหน้าที่ในฐานะบิดามารดาที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้น ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วเป็นบุคคลที่ทำให้เกิดกระบวนการตั้งครรภ์แทนทั้งหมดนี้ขึ้น การกำหนดเช่นนี้ ในด้านหนึ่งอาจมองเป็นการลงโทษในทางแพ่งแก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย และในด้านหนึ่งก็มองได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดมา เนื่องจากหากเด็กที่เกิดมาจากสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายนั้นต้องจบลงที่การเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ในหลาย ๆ ครั้ง โดยเฉพาะในบริบทของประเทศไทย หญิงที่ตั้งครรภ์แทนอาจไม่ใช่บุคคลที่มีความพร้อมทางเศรษฐกิจเพียงพอที่จะสามารถดูแลอีกหนึ่งชีวิตที่เกิดมาได้ แม้ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนอาจมีความรักและมีความผูกพันต่อเด็กขึ้นในภายหลัง แต่ข้อจำกัดทางเศรษฐกิจก็เป็นกำแพงสูงใหญ่ขั้นกลางเส้นทางไปสู่ประโยชน์สูงสุดของเด็ก ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรผู้ที่มักจะมีความพร้อมทางเศรษฐกิจมากกว่าหรืออย่างน้อยก็พร้อมพอที่จะตัดสินใจมีบุตรอีกหนึ่งคนได้นั้น ต้องจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูให้แก่เด็กมที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนี้ เป็นวิธีทางแก้ไขที่ดีวิธีหนึ่ง แต่ก็เห็นว่าไม่ควรจะนำมาใช้กับการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายในทุกกรณี เนื่องจากเหตุผลที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่าการกำหนดความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิดนั้นไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนไปในการเกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และยังไม่

---

[25] โปรดดูในการวิเคราะห์กฎหมายของรัฐเวอร์จิเนีย

สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ด้วย

4.3 ปัญหาผลทางกฎหมายของการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้กับสัญญาตั้งครรภ์แทน

หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในกฎหมายครอบครัวของไทยนั้นพบในการตัดสินอำนาจปกครองบุตรระหว่างบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายชาย แม้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาแต่เมื่อมิใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กย่อมไม่สามารถเข้ามาพิพาทในเรื่องอำนาจปกครองบุตรได้ ดังที่ได้กล่าวไปในบทที่ 2 ด้วยเหตุนี้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพครอบครัวจึงไม่อาจนำมาใช้เพื่อพิจารณากำหนดบุคคลที่จะเป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้ และโดยหลักตามกฎหมายครอบครัวก็ชัดเจนว่าไม่ได้มีการนำเอาหลักประโยชน์สูงสุดมาใช้ในการกำหนดสถานะของบุคคลแต่อย่างใด

ในส่วนของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ที่บัญญัติไว้ว่า “การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใดให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ” ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดแนวทางในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น จะสามารถนำมาใช้เพื่อให้สัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดนั้นกลายเป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายรับรองหากเป็นไปเพื่อประโยชนส์สูงสุดของเด็กได้หรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะนำมาใช้ในลักษณะนี้ได้ เนื่องจากในเรื่องสัญญาตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายรับรองนั้นได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ บัญญัติไว้โดยเฉพาะอย่างชัดแจ้งแล้ว สัญญาใดจะได้รับการรับรองจากกฎหมายนั้นก็จะต้องผ่านเงื่อนไขตามที่พระราชบัญญัตินั้นกำหนดไว้โดยเฉพาะ จะนำเอาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ที่บัญญัติคุ้มครองเด็กในกรณีทั่วไปมาใช้จึงไม่น่าจะทำได้

ในประเด็นที่จะนำเอาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ปรากฏในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ประกอบกับกฎกระทรวงมาใช้เพื่อกำหนดผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายได้หรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากขอบเขตการนำพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ประกอบกับกฎกระทรวงนี้ไปใช้ก็ยังไม่แน่นอน ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้นำพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ไปปรับใช้ในกรณีใดบ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาตามทางปฏิบัติแล้วศาลเองก็มิได้หยิบเอาหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้อย่างกว้างขวาง แม้แต่ในเรื่องการกำหนดอำนาจปกครองบุตรที่

กฎหมายกำหนดให้ต้องคำนึงถึงความผาสุกของเด็ก ศาลก็ยังคงใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาต่าง ๆ ตามแนวคำพิพากษาเดิม มิได้อ้างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กประกอบกับปัจจัยที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่อย่างใด ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 และจากการศึกษาแล้วพบว่ายังไม่มีการนำมาใช้ในกรณีเพื่อการกำหนดความเป็นบิดามารดาของบุตร หรือการพิจารณาว่าจะให้ใครเป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อันมิใช่การเกิดตามธรรมชาติแต่อย่างใด อีกทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพครอบครัวนั้น ก็มีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดสถานะทางกฎหมายระหว่างบิดามารดาบุตรกำหนดไว้โดยเฉพาะอย่างชัดเจนอยู่แล้ว เทียบกับการกำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ โดยทั่วไปถึงการปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใดของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ แล้ว โดยนิติวิธีย่อมต้องใช้กฎหมายหลักเกณฑ์ตามกฎหมายครอบครัวที่มีความเฉพาะเจาะจงกว่า ผู้เขียนจึงเห็นว่าศาลไม่น่าจะนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ มาใช้ในกรณีการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้ทำตามกฎหมายได้ นอกเสียจากจะมีการกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งให้พิจารณาผลตามนั้น

อย่างไรก็ดี ในคำสั่งคดีหมายเลขดำที่ พ.1239/2558 หมายเลขแดงที่ พ.716/2559 หรือที่รู้จักกันโดยทั่วไปในชื่อ “คดีคาร์เมน” กรณีที่ผู้ร้องคือ นายกอร์ดอนผู้เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ได้ยื่นคำร้องขอให้เด็กหญิงคาร์เมนซึ่งเป็นเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ จะบังคับใช้ เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนนั้น ศาลก็ได้มีคำสั่งให้ผู้ร้องเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กและเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กแต่เพียงผู้เดียว โดยศาลให้เหตุผลว่าเป็นการปรับตามบทบัญญัติมาตรา 56 ซึ่งเป็นบทเฉพาะกาล[26] ซึ่งในความเป็นจริงแล้วมีความเห็นว่าไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่จะสามารถปรับเข้าลักษณะที่บทเฉพาะกาลกำหนดได้เนื่องจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นไม่ใช่สามีภรรยาแต่เป็นคู่รักเพศเดียวกัน[27] อย่างไรก็ดี แม้ศาลจะอธิบายว่าเป็นการปรับบทเฉพาะกาล แต่ในการให้เหตุผลในคำสั่งของศาลในคดีนี้ ศาลก็ได้กล่าวถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในการคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์

---

26 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 56 บัญญัติว่า “ให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับไม่ว่าจะมีข้อตกลงเป็นหนังสือหรือไม่ก็ตาม สามีหรือภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน หรือพนักงานอัยการมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนนับแต่วันที่ผู้นั้นเกิด ทั้งนี้ไม่ว่าสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนจะเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แต่ทั้งนี้จะอ้างเป็นเหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตในระหว่างเวลาตั้งแต่เด็กเกิดจนถึงเวลาที่ศาลมีคำสั่งว่าเป็นบุตรไม่ได้”

27 รายละเอียดอ่านเพิ่มเติมที่ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "คำสั่งศาลคดีอุ้มบุญ Carmen," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 45, ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2559): 601-605.

สูงสุดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน[28] และได้พิจารณาเหตุต่าง ๆ อันเห็นได้ชัดว่าเป็นตัวแปรในการพินิจพิเคราะห์เพื่อนำไปสู่ผลอันจะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กที่เกิดมา โดยศาลพิจารณาถึงข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

1. ในช่วงต้นของคำพิพากษาศาลได้กล่าวถึงลักษณะของการตั้งครรภ์แทนที่เป็นการปฏิสนธิภายนอกอันเกิดจากการใช้เซลล์สืบพันธุ์ของผู้ร้องกับเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงผู้บริจาคผสมกันแล้วฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าที่ศาลได้กล่าวขึ้นมานี้ก็น่าจะเป็นเพราะตระหนักถึงความสำคัญของความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมระหว่างคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกับเด็กในฐานะที่เป็นหนึ่งในบทบาทสำคัญในการสร้างอัตลักษณ์ของเด็ก และในฐานะเป็นลักษณะทางธรรมชาติของความเป็นบิดามารดาบุตรที่มีมาแต่ครั้งอดีตกาล และผู้เขียนเห็นว่าหากมิได้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนี้คำตัดสินในคดีนี้ก็อาจเปลี่ยนแปลงไปได้

2. ศาลได้กล่าวถึงข้อเท็จจริงที่ว่า “...ผู้ร้องรับเด็กหญิงคนดังกล่าวไปอุปการะเลี้ยงดูนับแต่แรกเกิดจนถึงปัจจุบัน อีกทั้งพยานหลักฐานที่ผู้ร้องนำมาไต่สวนก็มีน้ำหนักรับฟังได้ว่า ผู้ร้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กหญิงด้วยความรักและเอาใจใส่...” อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงการคำนึงถึงความต่อเนื่องในการเลี้ยงดู (Continuity of Care) และความรักความเอาใจใส่ อันเป็นการให้ความสำคัญกับพฤติกรรมของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรผู้อุปการะเลี้ยงดูบุตรมาตลอด

3. ศาลพิจารณาเจตนาที่สอดคล้องกันของคู่สัญญา กล่าวคือ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนผู้คัดค้าน แถลงไม่คัดค้านการที่ศาลจะมีคำสั่งให้เด็กหญิงเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้อง อันแสดงให้เห็นถึงเจตนาของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ณ ขณะที่มีคำร้องนั้นซึ่งสอดคล้องกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร อันจะเป็นการดีกับเด็กที่ได้อยู่กับบุคคลที่ต้องการจะเลี้ยงดูตนและไม่ต้องอยู่กับบุคคลที่ไม่ต้องการตน

ในประเด็นต่อมา ศาลก็ได้พิจารณาว่าควรจะให้ผู้ร้องกับผู้คัดค้านใช้อำนาจปกครองร่วมกันหรือสมควรให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นประเด็นที่น่าสนใจที่ว่า การพิจารณาดังกล่าวของศาลนั้นเท่ากับว่าศาลถือว่าทั้งคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นมีฐานะเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา อันเท่ากับเป็นการตีความความเป็นบิดามารดาที่กว้างขึ้นกว่าสถานการณ์ปกติที่เคยเป็นมา กล่าวคือ บิดามารดาในลักษณะที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางกายกันจริง ๆ แต่ผูกพันกับเด็กผ่านสายสัมพันธ์บางประการ ซึ่งตามกฎหมายครอบครัวเดิมแล้วไม่อาจตีความเช่นนี้ได้ และเท่ากับศาลตีความว่าแม้ปรับใช้บทเฉพาะกาลอันเป็น

---

28 “ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในบทเฉพาะกาลมาตรา 56 มีเจตนารมณ์ให้ศาลใช้ดุลพินิจมีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามสมควรแก่กรณีของแต่ละคดี ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน”

การก่อตั้งสถานะความเป็นบิดาตามกฎหมายแล้ว สถานะความเป็นมารดาตามกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็ยังไม่หมดไป โดยในการตัดสินประเด็นดังกล่าวนั้น ศาลได้คำนึงถึง

1. “...ผู้ร้องรับเด็กไปอุปการะเลี้ยงดูตลอดมานับแต่แรกเกิด ปัจจุบันเด็กหญิงมีอายุ 1 ปี 3 เดือนเศษ อยู่ในวัยที่พอจะรู้ความและมีความรู้สึกผูกพันกับผู้ที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูอยู่เป็นประจำ หากเปลี่ยนผู้อุปการะเลี้ยงดูย่อมก่อผลกระทบต่อจิตใจและความรู้สึกของเด็กหญิง...” อันเป็นการคำนึงถึงความรู้สึกผูกพันทางจิตใจ (Emotional Ties) ระหว่างบุตรกับบิดามารดาที่อาศัยอยู่ด้วยกันมานานซึ่งถ้ามีการเปลี่ยนแปลงโดยไม่จำเป็นก็อาจจะส่งผลเสียต่อเด็กมากกว่าผลดี

2. “...ถึงแม้ผู้ร้องเป็นคนรักร่วมเพศ แต่ความเป็นคนรักร่วมเพศมิใช่อุปสรรคที่จะทำให้ผู้ร้องไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูเด็กหญิงให้ได้รับความสุขและความอบอุ่น...” อันเป็นการคำนึงถึงความสามารถในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กในฐานะคนคนหนึ่งว่าจะสามารถอบรมเลี้ยงดูเด็กได้หรือไม่ โดยไม่นำเพศมาเป็นตัวตัดสิน

3. ในทางปฏิบัติตามความเป็นจริงอาจเป็นอุปสรรคในการใช้อำนาจปกครองและการอุปการะเลี้ยงดูหากให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนใช้อำนาจปกครองร่วมกัน เพราะผู้ร้องและผู้คัดค้านมีภูมิลำเนาอยู่คนละประเทศกัน

จากการพิจารณาที่กล่าวมาข้างต้น ศาลจึงตัดสินให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กแต่เพียงผู้เดียว เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก

จากที่กล่าวมาในการพิจารณาคดีนี้ แม้ว่าผู้เขียนจะเห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่เข้าลักษณะที่อาจใช้บทเฉพาะกาลซึ่งจะทำให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้ แต่จากการให้เหตุผลในคำสั่งของศาลนี้ที่ระบุไว้ชัดแจ้งว่านำบทเฉพาะกาลมาใช้ “เพื่อเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน” ประกอบกับประเด็นต่าง ๆ ที่ศาลหยิบขึ้นมาพิจารณา ก็เห็นว่าได้ชัดว่าศาลพยายามที่จะทำให้ผลนั้นเป็นไปอย่างสอดคล้องต่อการคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็กผู้บริสุทธิ์ที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้น แม้ข้อพิพาทในกรณีนี้จะมิใช่กรณีการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดอย่างที่ผู้เขียนต้องการศึกษา แต่การคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดในการพิจารณาคำร้องนี้ก็เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดนี้ก็ได้รับการยอมรับว่ามีความสำคัญในบริบทของการแก้ปัญหาเรื่องเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน และน่าจะมีความเป็นไปได้ที่จะนำมาใช้ในการกำหนดผลต่อเด็กในสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดมาได้ในอนาคต

อย่างไรก็ดี การยกหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กขึ้นมาโดยไม่มีฐานกฎหมายรองรับแน่นอน ก็อาจสร้างข้อกังขาในเรื่องการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบของศาล สุ่มเสี่ยงต่อการถูกมองเป็นการ

ใช้อำนาจตามอำเภอใจของศาล และอาจสร้างความไม่แน่นอนในการบังคับใช้เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องนำมาใช้อย่างชัดเจน ไม่มีขอบเขตการบังคับใช้ที่แน่นอน

ในการพิจารณาเพื่อจะนำเอาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในการแก้ปัญหานั้น จำเป็นต้องคำนึงถึงข้อเสียของหลักการดังกล่าว ที่เป็นหลักเกณฑ์ซึ่งมีความคลุมเครือ ไม่มีความแน่นอน อาจก่อให้เกิดผลเสียอันเกิดจากอคติ มุมมองและความเชื่อที่ไม่เหมือนกันของผู้พิพากษาแต่ละท่านที่มีทัศนคติในเรื่องต่าง ๆ แตกต่างกัน อาจทำให้เกิดการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมหรืออาจเกิดความเสียหายจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบได้ หากนำเอาหลักนี้มาใช้ในกรณีสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อการกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวด เป็นต้นกำเนิดสิทธิหน้าที่ของบุคคลตามความสัมพันธ์ และติดตัวบุคคลไปตลอดชีวิตของบุคคลนั้น ๆ อาจเกิดผลเสียแก่เด็ก ซึ่งความเสียหายนี้จะร้ายแรงกว่ากรณีที่อาจเกิดในการใช้หลักประโยชน์สูงสุดกับการกำหนดอำนาจปกครองบุตรหรือผู้ปกครองที่ใช้อยู่ในปัจจุบันมาก เพราะในเรื่องอำนาจปกครองบุตรและผู้ปกครองนั้นอาจเปลี่ยนแปลงได้หากมีข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไป[29] แต่สถานะความเป็นบิดามารดานั้น ในสายตาของสังคมในปัจจุบันไม่ใช่สิ่งที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ หากจะนำมาใช้ก็จำต้องหาวิธีการที่จะลดข้อด้อยต่าง ๆ ลงให้ได้มากที่สุด

สำหรับผู้เขียนนั้น ถึงแม้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กจะมีความสุ่มเสี่ยงต่อการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจของศาล หรือมีความไม่แน่นอนของผลที่เกิดจากมุมมองที่แตกต่างกันของผู้พิพากษาและปัจจัยในการพิจารณาที่ไม่ชัดเจน แต่ข้อดีของการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้นั้นก็เป็นสิ่งที่ผู้เขียนเห็นว่าไม่อาจมองข้ามได้ เนื่องจากหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นการพิจารณาโดยวางตัวเด็กแต่ละคนไว้เป็นประธานของเรื่อง เป็นจุดศูนย์กลางในการพิจารณาโดยแท้ ไม่ใช่การสันนิษฐานว่าเด็กจะได้รับการดูแลที่ดี จะได้รับการคุ้มครองอย่างมากที่สุดจากบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องทางกายภาพ ทางพันธุกรรมหรือโดยเจตนาเพียงเท่านั้น แต่หลักนี้พิจารณาที่เด็กแต่ละคนเป็นสำคัญอย่างแท้จริง อันทำให้สามารถพิจารณาไปถึงสภาพการณ์ตามความเป็นจริงที่เกิดขึ้นต่อเด็กแต่ละคน รวมไปถึงการคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของเด็กที่อาจอยู่ในสภาพหรือสภาวะที่มีความจำเป็นหรือมีความต้องการพิเศษที่แตกต่างไปจากเด็กคนอื่น ๆ ความแตกต่างนี้เองส่งผลให้วิธีการในการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กแต่ละคนนั้นอาจไม่เหมือนกันเสมอไปและอาจไม่สอดคล้องกับสิ่งที่กฎหมายสันนิษฐานว่าเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น เช่น หากกฎหมายสันนิษฐานว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่เป็นผู้ริเริ่มสัญญาทำให้เด็กเกิดมาเป็นผู้ที่ต้องการอุปการะเลี้ยงดูเด็กในฐานะบุตร

---

[29] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฯ มาตรา 1521 “ถ้าปรากฏว่าผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองตามมาตรา 1520 ประพฤติตนไม่สมควร หรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลมีอำนาจสั่งเปลี่ยนตัวผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญ”

ควรจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าในกรณีใด ๆ แต่ในบางกรณีคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นอาจมีพฤติการณ์เป็นผู้ทำธุรกิจค้ามนุษย์และต้องการนำเด็กที่เกิดมาไปขายหรือกระทำการอื่นใดที่ไม่ใช่เจตนาในการเลี้ยงดูในฐานะบุตร หรือหากกฎหมายสันนิษฐานว่าหญิงที่เป็นผู้คลอดเด็กน่าจะเป็นบุคคลที่มีความรักความผูกพันกับเด็กที่ตนคลอดออกมาและเป็นผู้ที่หวังดีต่อเด็กที่สุด ในบางกรณีหญิงนั้นอาจไม่ต้องการหรือไม่มีความพร้อมในการเลี้ยงดูเด็กให้ดีได้ จึงก่อให้เกิดผลเสียต่อเด็กมากกว่าผลดี เป็นต้น การใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาพิจารณาจะทำให้สามารถคำนึงถึงสถานการณ์ตามความเป็นจริงนั้น ๆ ได้ มีความยืดหยุ่น ไม่ติดอยู่กับความเชื่อมโยงในทางทฤษฎีที่กล่าวไว้ข้างต้นเสมอไป

จริงอยู่ที่หากมีการกำหนดผลความเป็นบิดามารดาแน่นอน โดยชั่งน้ำหนักระหว่างทฤษฎีต่าง ๆ และกำหนดไว้อย่างชัดเจน เช่น กฎหมายพิจารณาแล้วควรให้ในกรณีสัญญาที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้น มารดาผู้ให้กำเนิดมีความสำคัญเหนือบุคคลผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม จะเป็นการสร้างความแน่นอน ทำให้คาดการณ์ได้ว่าผลทางกฎหมายจะเป็นเช่นไร และสอดคล้องกับนิติวิธีของระบบซิวิลลอว์ที่ศาลมีหน้าที่เป็นเพียงผู้ปรับใช้กฎหมาย ไม่เหมือนในระบบคอมมอนลอว์ที่ศาลสามารถสร้างกฎหมายขึ้นมาจากคำพิพากษาได้ ทำให้การที่ศาลเป็นผู้กำหนดสถานะของบุคคลนั้นสามารถทำได้โดยหลักอยู่แล้ว ในขณะที่ระบบซิวิลลอว์สถานะบุคคลนั้นเกิดขึ้นได้ด้วยผลของกฎหมายมีความแน่นอนและไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้โดยคำพิพากษาของศาล หากมิได้มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ แต่หากผลที่แน่นอนนั้นอาจต้องแลกมากับสวัสดิภาพและความผาสุกของเด็ก ผู้เขียนก็เห็นว่าการคุ้มครองเด็กต้องมาก่อน โดยควรจะมีหลักเกณฑ์บางประการที่ทำให้ศาลในระบบซีวิลลอว์ของไทยสามารถคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นได้ พร้อมกันนั้นก็ควรจะกำหนดปัจจัยหรือแนวทางที่จะเป็นกรอบให้ศาลใช้ในการพิจารณาด้วย

ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่าเด็กที่เกิดมาจากสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนี้ไม่ได้มีส่วนรู้เห็นในการไม่ทำตามเงื่อนไขของกฎหมายของผู้ใหญ่ที่เกี่ยวข้อง ไม่แม้กระทั่งมีทางเลือกอื่นใดนอกจากต้องเกิดมาเท่านั้น จึงเรียกได้ว่าเป็นผู้บริสุทธิ์อย่างแท้จริง ผู้เขียนจึงเห็นว่ากฎหมายควรจะหาเครื่องมือที่จะปกป้องคุ้มครองผู้บริสุทธิ์นี้ให้ได้มากที่สุด และในเมื่อความเชื่อมโยงหรือความผูกพันที่กฎหมายสันนิษฐานว่ามีอยู่และจะทำให้เชื่อได้ว่าเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับการคุ้มครองอาจไม่แน่นอนเสมอไป การพิจารณาประโยชน์ของเด็กเป็นรายบุคคลจึงเป็นทางออกหนึ่งที่ควรนำมาพิจารณา เพื่อจะใช้เป็นเครื่องมือที่จะทำให้มั่นใจได้ว่า เด็กคนหนึ่ง ๆ นั้นจะได้รับการคุ้มครองประโยชน์อย่างดีที่สุดและไม่ตกเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายมากที่สุดในการไม่กระทำตามกฎหมายครั้งนี้

ในความเห็นของผู้เขียนนั้น การพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญนี้ยังเป็นการสนับสนุนการมองเด็กในฐานะมนุษย์คนหนึ่งที่ต้องได้รับการคุ้มครอง โดยไม่ได้มองว่าบุคคลใดมี

ส่วนได้เสียในการเกิดมาของเด็กมากน้อยกว่ากัน แล้วกำหนดให้บุคคลนั้นเป็นผู้มีสิทธิดีที่สุดในการมีสถานะเป็นบิดามารดา กล่าวคือ ไม่ได้มองในด้านที่หญิงที่ตั้งครรภ์ต้องอุทิศตนผ่านกระบวนการอันยากลำบากและยาวนาน ไม่ได้มองในด้านที่ผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมเป็นเจ้าของพันธุกรรมอันก่อให้เกิดตัวเด็กคนหนึ่ง ๆ และไม่ได้มองในด้านของผู้มีเจตนาเริ่มต้นทำให้เด็กเกิดขึ้นซึ่งหากไม่ได้มีแล้วจะไม่มีทางเกิดเด็กนั้นขึ้นได้เลย แล้วให้บทบาทเหล่านั้นมาเป็นตัวกำหนดว่าใครควรจะมีสิทธิเหนือตัวเด็ก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการมองเช่นนั้นเป็นการมองจากมุมมองของบุคคลอื่นที่จะมามีสิทธิในตัวเด็กมากกว่าที่จะมองจากมุมมองของเด็กและพยายามคุ้มครองเด็กนั้น ในด้านหนึ่งอาจจะมองไปถึงขั้นว่าการพิจารณาว่าใครมีส่วนได้เสียในตัวเด็กมากกว่ากันให้บุคคลนั้นเป็นบิดามารดาเด็กนั้น ก็เหมือนกับการมองหาข้อสรุปในข้อพิพาทว่าใครมีสิทธิในทรัพย์สินหนึ่ง ๆ นั้นมากกว่ากัน ในทางกลับกัน หากพิจารณาตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กแล้วจะเป็นการพิจารณาเพื่อมุ่งคุ้มครองเด็กนั้นโดยไม่ได้คำนึงถึงการมีส่วนได้เสียของบุคคลอื่น ๆ นอกไปเสียจากจะนำมาพิจารณาในฐานะที่เป็นปัจจัยหนึ่งที่อาจส่งเสริมให้เด็กได้รับการคุ้มครองมากยิ่งขึ้นตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเท่านั้น เช่น คำนึงถึงความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมในฐานะที่จะช่วยให้เด็กสามารถเข้าใจโรคที่อาจถ่ายทอดมาทางพันธุกรรม หรือทำให้เด็กไม่สับสนในต้นกำเนิดของตนเอง ไม่ใช่คำนึงถึงในฐานะที่บุคคลหนึ่งเป็นเจ้าของรหัสพันธุกรรมที่ถ่ายทอดไปให้เด็ก เป็นต้น

ข้อดีอีกประการหนึ่งหากนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้ในบริบทของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นั้นก็คือ นอกจากความยืดหยุ่นในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันแล้ว หลักการที่มีความยืดหยุ่นและมีลักษณะเป็นการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณากว้าง ๆ ให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้จะสามารถปรับเปลี่ยนให้สอดรับตามพัฒนาการทางเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งอาจเป็นการเปลี่ยนแปลงที่เหนือความคาดหมายและท้าทายแนวคิดการให้กำเนิดแบบเดิม ๆ ที่เป็นอยู่ การรอให้มีการออกกฎหมายมาใหม่เพื่อจัดการปัญหานั้น ๆ อาจไม่ทันท่วงที เพราะแม้แต่ระยะเวลาในการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้ก็ยังใช้เวลากว่า 10 ปี ผู้เขียนจึงเห็นว่าการมีหลักเกณฑ์ที่สามารถนำไปปรับใช้ได้กับข้อเท็จจริงหลายรูปแบบแต่มีวัตถุประสงค์ชัดเจนเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างนี้เหมาะกับการนำมาใช้กับวิทยาการที่มีก้าวหน้าอย่างรวดเร็วและส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อชีวิตคน และจะเป็นมาตรการที่คุ้มครองเด็กที่เกิดมาได้ดีและยาวนานที่สุด และเมื่อเด็กได้รับการคุ้มครองที่ดีจนสามารถเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดี ไม่เป็นภาระแก่สังคมในอนาคต ย่อมส่งผลดีต่อสังคมโดยรวมไปด้วย

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ในการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ แล้ว จะพบว่ามีจุดมุ่งหมายประการสำคัญอันกล่าวไว้เป็นประการแรกคือ “เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง

การแพทย์ โดยกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตร รวมถึงหน้าที่ตามกฎหมายให้สัมพันธ์ถูกต้องตามความเป็นจริง” จึงเห็นได้ชัดว่าหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้แม้มิได้นำมาใช้โดยตรงในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรในพระราชบัญญัตินี้ แต่ก็เป็นหลักการที่อยู่เบื้องหลัง เป็นหลักใหญ่ใจความสำคัญที่ทำให้เกิดการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้ขึ้นนั่นเอง

การคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กในการกระทำการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กนี้ยังสอดคล้องกับหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีและพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ก็ออกมาเนื่องด้วยผลของการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญานั้น ซึ่งในขั้นตอนการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้เอง ก็มีการคำนึงถึงอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กด้วยเช่นกันดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 โดยต้องการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กนั่นเอง

ด้วยเหตุที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการจะนำเอาหลักประโยชน์สูงสุดมาเป็นส่วนสำคัญในการแก้ปัญหาผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายนี้มีความเหมาะสมอยู่มาก

อย่างไรก็ดี ที่ผู้เขียนเห็นว่าควรนำมาเป็นส่วนหนึ่งและส่วนที่สำคัญ แต่ไม่ใช่โดยลำพังหนึ่งเดียวทั้งหมดนี้ก็เพราะผู้เขียนเห็นว่าหากจะเอามาใช้โดยไม่คำนึงถึงความเชื่อมโยงหรือความผูกพันในทางธรรมชาติ กล่าวคือ ไม่คำนึงถึงความเกี่ยวข้องในฐานะผู้ให้กำเนิด ฐานะผู้เกี่ยวข้องทางพันธุกรรมเลยนั้น ก็จะเหมือนเป็นการมองข้ามถ้อยคำที่แสดงชัดแจ้งอยู่ในวัตถุประสงค์ของการร่างนั้นในประโยคถัดมาที่ว่า กฎหมายนั้นต้องการตอบสนองต่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยผ่านการกำหนดความเป็นบิดามารดารวมถึงหน้าที่ตามกฎหมายให้สัมพันธ์ถูกต้องตาม “ความเป็นจริง” กล่าวคือ ผู้ร่างเชื่อว่าการกำหนดความสัมพันธ์ให้ถูกต้องตามความเป็นจริงนั้นจะเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กนั่นเอง

เมื่อพิจารณาผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายกำหนดกรณีเป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ถูกต้องครบถ้วนตามกฎหมายแล้ว ก็พอสรุปได้ว่า “ความเป็นจริง” ที่ผู้ร่างต้องการสื่อถึงนี้น่าจะหมายถึงการสืบสายโลหิตหรือความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมตามทฤษฎีพันธุกรรมนั่นเอง เพราะกฎหมายกำหนดผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปตามกฎหมายให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา โดยต้องเป็นกรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรซึ่งอย่างน้อยหนึ่งคนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กนั้น และหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก เป็นการที่กฎหมายกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาไว้อย่างชัดแจ้งเพื่อหวังที่จะคุ้มครองเด็กที่เกิดมา ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยในส่วนหนึ่งว่าการกำหนดสถานะระหว่างบิดามารดาบุตรให้แน่นอนโดยคำนึงถึงความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนี้จะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของ

เด็ก หากพิจารณาในกรณีของผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากหากได้กระทำการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ก็ย่อมมั่นใจได้เป็นอย่างมากว่าบุคคลที่เด็กจะไปอยู่ด้วยตามความเป็นจริงนั้นจะเป็นผู้ที่สมควรและเหมาะสมจะเป็นบิดามารดาของเด็กด้วยประการทั้งปวงเพราะเด็กย่อมจะได้รับการคุ้มครองที่ดี เนื่องการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นได้ผ่านกระบวนการต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อใช้ในการตรวจสอบบุคคลดังกล่าว และขั้นตอนต่าง ๆ ตามหลักเกณฑ์ที่ผู้ร่างเล็งเห็นแล้วว่าหากกระทำการเช่นนั้นเด็กย่อมได้รับความคุ้มครองเป็นแน่แท้

ในกรณีของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ทำตามกฎหมายนั้น ผู้เขียนเห็นว่าสายสัมพันธ์ตามความเป็นจริงหรือตามหลักพันธุกรรมนี้ก็ควรเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาเช่นเดียวกัน โดยเห็นว่าควรจะนำมาเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็ก กล่าวคือ ข้อดีในการที่สามารถเป็นผู้ถ่ายทอดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะที่ถ่ายทอดทางกรรมพันธุ์ให้แก่เด็กได้ ก็ควรได้รับการพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งที่จะเป็นประโยชน์ต่อเด็กในอนาคตด้วย เช่นเดียวกับข้อเท็จจริงทั้งในฐานะเป็นผู้ให้กำเนิดที่ศาลอาจมองว่าเด็กมีความผูกพันกับหญิงนั้น แต่การนำมาพิจารณานี้ ไม่ควรให้ถือว่าเป็นปัจจัยชี้ขาด กล่าวคือ นำมาคำนึงถึงเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็ก แต่ไม่ใช่นำมาเป็นตัวตัดสินในลักษณะที่เป็นการกำหนดลำดับขั้นความสำคัญว่าทฤษฎีใดควรมีน้ำหนักหรืออยู่ในฐานะที่ดีกว่าอีกทฤษฎีหนึ่ง

การนำหลักประโยชน์สูงสุดมาใช้ในการกำหนดผลในเรื่องสถานะความเป็นบิดามารดาบุตรนี้เป็นสิ่งที่ต้องพึงกระทำอย่างรอบคอบ โดยต้องพยายามลดข้อเสียและหาแนวทางในการปรับปรุงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กให้สามารถนำมาใช้ได้จริง เป็นไปตามนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์ และจะเป็นการคุ้มครองเด็กอย่างแท้จริง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสามารถทำได้โดยวิธีการดังต่อไปนี้

1. กำหนดปัจจัยที่ศาลจะใช้ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ดังที่ผู้เขียนได้แสดงความเห็นไว้ข้างต้นว่าหลักประโยชน์สูงสุดที่ศาลใช้อยู่ในปัจจุบันในการกำหนดอำนาจปกครองบุตรนั้นไม่มีปัจจัยในการพิจารณาที่แน่นอน มีเพียงแนวปฏิบัติของศาล และแม้จะมีกฎกระทรวงออกมาระบุปัจจัยเพื่อใช้ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กแต่ศาลก็มิได้นำมาปรับใช้ ทำให้การพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในกฎหมายไทยนั้นยังมีความคลุมเครือไม่ชัดเจนอยู่มาก ซึ่งจะเป็นผลเสียที่ร้ายแรงมากหากนำมาใช้กับการกำหนดสถานะบุคคล ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรที่จะกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณาหาประโยชน์สูงสุดในกรณีนี้ไว้ให้ชัดเจนว่าจะให้ศาลพิจารณาจากปัจจัยใดบ้างเพื่อสร้างความชัดเจนและหลีกเลี่ยงการใช้อคติส่วนตนให้การตัดสินขของศาล และการกำหนดกรอบปัจจัยให้ศาลใช้ในการพิจารณานี้จะทำให้สามารถนำเอาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ได้อย่างสอดคล้องถูกต้องตามนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ที่ศาลเป็นผู้ปรับใช้กฎหมายด้วย

ในการหาคำตอบว่าควรจะพิจารณาปัจจัยใดบ้างนั้น ก็อาจเริ่มจากการพิจารณาแนวทางที่กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งในกฎกระทรวงและปัจจัยที่ศาลใช้อยู่ในปัจจุบัน ว่าจะสามารถนำมาใช้ได้มากน้อยเพียงใด และมีปัจจัยอื่นใดเพิ่มเติมอันอาจเกิดจากลักษณะเฉพาะของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ที่ควรคำนึงถึงอีกหรือไม่

ดังที่ได้กล่าวไปในบทที่ 2 ข้อ 2.4.4 หลักเกณฑ์การพิจารณาที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงนั้นมีลักษณะเป็นการกำหนดแนวทางกว้าง ๆ เพื่อให้สามารถใช้ได้กับการกระทำหลายรูปแบบ ถ้ายกเอากฎเกณฑ์ของกฎกระทรวงมาใช้ในการกำหนดผลในเรื่องสถานะบุคคลนี้ก็อาจไม่เหมาะสม ผู้เขียนเห็นว่าหากมีการกำหนดให้แคบลงในลักษณะที่เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในเรื่องผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายโดยเฉพาะจะส่งผลดีและเป็นการคุ้มครองเด็กมากกว่าเมื่อนำกฎกระทรวงมาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ที่ศาลในคดีครอบครัวใช้ ซึ่งในความเห็นผู้เขียนเป็นปัจจัยที่มีความใกล้เคียงกันแต่หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้นั้นมีความเฉพาะเจาะจงกว่าเนื่องจากเป็นการใช้เพื่อกำหนดอำนาจปกครองโดยเฉพาะนั้น ก็อาจแบ่งปัจจัยในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ

1.1 ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับบุคคลผู้เป็นบิดามารดา หมายถึงการคำนึงถึงบุคคลที่เป็นบิดามารดาว่ามีความเหมาะสมจะเป็นผู้ดูแลเด็กหรือไม่ ได้แก่ การพิจารณาถึงความประพฤติที่อาจส่งผลกระทบต่อเด็ก ความรักความเอาใจใส่ ความสามารถในการอบรมสั่งสอน ความสามารถจัดหาที่อยู่อาศัยและปัจจัยในการดำรงชีวิต ซึ่งเมื่อนำปัจจัยที่เกี่ยวกับบิดามารดานี้มาพิจารณาในบริบทของบุคคลที่เกี่ยวข้องในการกำหนดความสัมพันธ์ในสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายแล้วก็คือการพิจารณาบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั่นเอง

การกำหนดให้ต้องพิจารณาความประพฤติที่อาจส่งผลกระทบต่อเด็กนี้จะส่งผลดีต่อเด็กที่เกิดมาในบริบทนี้เป็นอย่างมาก เนื่องจากในปัจจุบันนี้บางครั้งการตั้งครรภ์แทนอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือของผู้มีจิตใจโหดร้ายทารุณหรือมีพฤติกรรมวิปริต ต้องการเด็กไปเพื่อการอื่นไม่ใช่เพื่อเลี้ยงดูอย่างบุตร หากมีการตรวจสอบความประพฤติเสียก่อนก็จะสามารถคุ้มครองไม่ให้เด็กถูกนำไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในทางเศรษฐกิจได้ หรือคุ้มครองเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ ถูกทำร้ายร่างกาย จากบิดามารดาที่มีพฤติกรรมอันสุ่มเสี่ยงจะก่อให้เกิดอันตรายเช่นนั้น

การพิจารณาความรักความเอาใจใส่หากนำมาใช้ในบริบทของการตั้งครรภ์แทนนี้อาจมีความแตกต่างจากการปรับใช้ในเรื่องอำนาจปกครองบุตรที่เป็นการพิจารณาการกระทำที่แสดงให้เห็นความรักความเอาใจใส่ที่มีให้บุตรในอดีต เนื่องจากประเด็นปัญหาในเรื่องสถานะของบิดามารดาบุตรมักจะเกิดขึ้นตั้งแต่เด็กเกิดหรือมีอายุไม่มาก ในกรณีที่เป็นเด็กแรกเกิดเลยนั้น การพิจารณาความรักความเอาใจใส่นี้น่าจะเปรียบได้กับการพิจารณาตามทฤษฎีเจตนา กล่าวคือพิจารณาว่าฝ่ายใดที่มีเจตนาจะเลี้ยงดูเด็กในฐานะบุตรนั่นเอง ซึ่งดังที่ได้กล่าวไปในบทที่ 3 เจตนานั้นเข้ามามีบทบาทใน

ฐานะเป็นอีกพัฒนาการในการกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรในปัจจุบัน แต่ก็ยังไม่ได้รับการยอมรับให้นำมาใช้เดี่ยว ๆ แต่ครั้นจะไม่พิจารณาถึงเลยก็อาจส่งผลกระทบที่ร้ายแรงต่อเด็กได้เพราะการต้องอยู่กับบุคคลที่ไม่ยอมรับ ไม่มีความรักความเอาใจใส่ตนนั้น มีแนวโน้มอย่างมากที่จะทำให้เด็กมีปัญหาทางด้านพัฒนาการทางอารมณ์และการใช้ชีวิตร่วมกับบุคคลอื่นในสังคมในระยะยาว ส่วนในกรณีที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นเมื่อเวลาผ่านไประยะหนึ่งจนสามารถมองเห็นความรักความเอาใจใส่ของผู้ที่ดูแลเด็กอยู่ตลอดมาได้นั้น ก็สามารถนำเหตุนั้นมาพิจารณาร่วมด้วยได้ ประกอบกับปัจจัยในเรื่องความต่อเนื่องในการเลี้ยงดูอันจะได้กล่าวต่อไป

ความสามารถในการอบรมสั่งสอน ด้านวิชาการ ศีลธรรม การพัฒนาทางสติปัญญา โดยอาจพิจารณาจากการศึกษา สติปัญญาของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หรือพิจารณาควบคู่กับความประพฤติหรืออุปนิสัยในชีวิตประจำวัน[30] หรือพิจารณาควบคู่กับความประพฤติในเชิงศีลธรรม

ในส่วนความสามารถจัดหาที่อยู่อาศัยและปัจจัยในการดำรงชีวิตนั้น ผู้เขียนเห็นว่าต้องนำมาใช้อย่างระมัดระวัง เนื่องจากความสามารถดังกล่าวตั้งอยู่บนฐานของการมีสถานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่า ซึ่งในทางความเป็นจริงแล้วเมื่อพิจารณากับสภาพข้อเท็จจริงที่เกิดในสังคมไทยในอดีตที่ผ่านมาที่มีการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์อย่างแพร่หลาย ก็จะพบว่ามีความเป็นไปได้อย่างมากว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะเป็นบุคคลที่มีสถานะทางการเงินที่ดีกว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนซึ่งอาจเป็นบุคคลที่ไม่มีทางเลือกในการทำมาหากินมากนักจึงมารับจ้างตั้งครรภ์แทน และถึงแม้ว่าในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ จะได้ห้ามไม่ให้มีการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์อีกแล้ว แต่กรณีนี้เรากำลังพิจารณาการไม่ทำตามเงื่อนไขของกฎหมายซึ่งอาจรวมถึงการฝ่าฝืนในข้อห้ามการตั้งครรภ์แทนนี้ด้วย ดังนี้หากกำหนดให้คำนึงถึงความสามารถในการจัดหาปัจจัยในการดำรงชีวิตนี้ในลักษณะเปรียบเทียบความสามารถในทางเศรษฐกิจ ก็อาจส่งผลให้โอกาสที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะได้มีสถานะเป็นมารดาของเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นลดน้อยลงเป็นอย่างมาก

ผู้เขียนจึงเห็นว่าการนำความสามารถจัดหาที่อยู่อาศัยและปัจจัยในการดำรงชีวิตมาปรับใช้นั้น หากเป็นการพิจารณาความสามารถจากฐานะทางเศรษฐกิจแล้วก็ไม่ควรจะทำมาพิจารณา และที่ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรให้น้ำหนักกับการพิจารณาความสามารถที่เชื่อมโยงกับสถานะทางเศรษฐกิจของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนี้ ไม่ใช่ว่าผู้เขียนเห็นว่าสิ่งเหล่านี้ไม่มีความสำคัญหรือไม่จำเป็นแต่อย่างใด เพียงแต่ผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องการไม่มีความสามารถทาง

---

30 เทียบเคียงจากคำพิพากษาฎีกาที่ 5484/2537 ที่ศาลพิจารณาว่าความประพฤติเรียบร้อยและอุปนิสัยประหยัดมัธยัสถ์ของโจทก์ อาจฝึกหัดอบรมบุตรให้มีระเบียบวินัยดี โดยพิจารณาประกอบระดับการศึกษาของโจทก์ด้วย

เศรษฐกิจดังกล่าวนั้นสามารถแก้ได้โดยการมีสถานะทางเศรษฐกิจที่ดีขึ้น กล่าวคือ หากเปรียบเทียบกับการพิจารณาอำนาจปกครองบุตรแล้วนั้น อาจแก้ไขได้โดยการกำหนดให้อีกฝ่ายที่ไม่ได้มีอำนาจปกครองบุตรจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของบิดามารดาที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร ส่วนในสัญญาตั้งครรภ์แทนนี้ สมมติว่าหากกำหนดให้เด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนแล้ว คู่สัญญาย่อมไม่มีหน้าที่ในฐานะเป็นบิดามารดาและย่อมไม่มีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร แต่ในทางความเป็นจริงแล้วในเมื่อเป็นผู้ที่มีส่วนทำให้เด็กเกิดขึ้นมา ผู้เขียนก็เห็นว่ามีความเหมาะสมที่จะกำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษให้อีกฝ่ายหนึ่งที่อาจมีฐานะดีกว่าบุคคลที่สุดท้ายเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กต้องช่วยเหลือในค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นด้วย เหมือนอย่างในกฎหมายแม่แบบของสหรัฐอเมริกาและรัฐเท็กซัส

ผู้เขียนเห็นว่าในการกำหนดปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับบุคคลผู้เป็นบิดามารดาเพื่อการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในกรณีการตั้งครรภ์แทนนี้ควรจะระบุให้ชัดแจ้งไว้เลยว่า ไม่ให้ศาลนำเอาปัจจัยในเรื่องสถานะทางเศรษฐกิจมาพิจารณา ควบคู่กันนั้นควรกำหนดให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งสองฝ่ายอาจต้องรับผิดชอบจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนอันไม่เป็นไปตามกฎหมายนั้น แม้เด็กจะไม่ได้มีฐานะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของพวกเขาก็ตาม

1.2 ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับบุตร อันได้แก่ การพิจารณาให้เด็กอยู่ในความดูแลของฝ่ายใดแล้วควรให้ฝ่ายนั้นดูแลต่อไปตามเดิมต่อไป การให้เด็กที่เป็นพี่น้องกันอยู่ร่วมกันในครอบครัวเดียวกัน การคำนึงถึงผลกระทบในการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมที่อาจเกิดขึ้น ความประสงค์และความรู้สึกของเด็ก ลักษณะเฉพาะของเด็ก ซึ่งในบางปัจจัยนั้นก็ขึ้นอยู่กับระยะเวลาของเด็กที่ใช้ชีวิตอยู่ในบริบทนั้น ๆ หรืออายุ การรับรู้และความสามารถในการใช้เหตุผลของเด็กแต่ละคน

การพิจารณาให้เด็กอยู่ในความดูแลของฝ่ายใดแล้วควรให้ฝ่ายนั้นดูแลต่อไปตามเดิมต่อไปในการพิจารณาอำนาจปกครองบุตรนั้น นั้นเป็นหลักที่มีขึ้นเนื่องจากต้องการให้การเลี้ยงดูนั้นต่อเนื่องสืบไปถ้าการเลี้ยงดูโดยบุคคลหนึ่ง ๆ ที่เป็นอยู่ตลอดมานั้นไม่ได้มีความเสียหายเกิดขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากบุคคลนั้นเป็นผู้มีความสัมพันธ์อันดีในฐานะผู้เลี้ยงดูเด็กมาตลอด ความต่อเนื่องของความรักและการดูแลเอาใจใส่จะเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้เด็กรู้สึกถึงคุณค่าในตนเองและความปลอดภัย มีงานวิจัยของผู้เชี่ยวชาญด้านพัฒนาการเด็กแสดงให้เห็นผลกระทบในด้านลบกรณีแยกเด็กออกจากบิดามารดาผู้เลี้ยงดูซึ่งมีผลกระทบแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับอายุของเด็ก สำหรับเด็กทารกอายุไม่เกิน 18 เดือน การเลี้ยงดูที่ไม่ต่อเนื่องอาจส่งผลถึงความไม่สบายทางกาย (Physical Discomport) การร้องไห้ ระบบการย่อยมีปัญหา (Digestive Upset) ปัญหาการนอนหลับ (Sleeping Problems) ความล่าช้าในการปรับตัวสู่สภาพแวดล้อม สำหรับเด็กเล็ก (Toddlers/ Young children) อาจทำให้การเจริญเติบโตและความสามารถในการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลของเด็กลดน้อยลง เนื่องจากเป็นการบั่นทอนความรู้สึกปลอดภัยที่จำเป็นต้องมีเพื่อก่อตั้งความสัมพันธ์ที่ไว้เนื้อเชื่อใจกัน

สำหรับเด็กวัยเรียน (School-Age Children) การแยกเด็กออกจากบิดามารดาที่เลี้ยงดูนั้น อาจมีผลทำให้เด็กไม่มีแบบอย่างในการเรียนรู้คุณค่าต่าง ๆ ในชีวิต และอาจทำให้มีปัญหาในพัฒนาการด้านการทำตามเป้าหมายให้สำเร็จ

จะเห็นได้ว่าปัจจัยในการพิจารณาข้อนี้นั้นจะมีน้ำหนักมากในกรณีที่มีเด็กอยู่ในความดูแลของบุคคลนั้นมาเป็นระยะเวลานานอันเชื่อได้ว่าจะมีความผูกพันบางประการระหว่างกัน และจะยิ่งมีน้ำหนักมากขึ้นถ้าบิดามารดาผู้เลี้ยงดูมาตลอดนั้นมีความรักความเอาใจใส่ให้เด็กเสมอมา ความต่อเนื่องของการเลี้ยงดูนี้เป็นประเด็นที่มีความสำคัญซึ่งมีการถกเถียงในทางวิชาการกรณีสิทธิของบิดามารดาทางชีววิทยาในการเรียกบุตรคืนจากบุคคลที่ไม่ได้เกี่ยวข้องทางชีววิทยา เช่น ในคดี Baby Lenore ของรัฐนิวยอร์ก คดีนี้ศาลสั่งตามคำร้องของมารดาตามธรรมชาติขอเพิกถอนความยินยอมให้รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม โดยให้บุตรบุญธรรมกลับมาเป็นบุตรของมารดาตามธรรมชาติเมื่อผ่านระยะเวลารับบุตรบุญธรรมไปกว่า 10 เดือนแล้ว โดยไม่คำนึงถึงผลเสียที่จะเกิดขึ้นต่อเด็ก ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก จนต่อมามีการแก้ไขกฎหมาย กำหนดระยะเวลาเพิกถอนความยินยอมของมารดาผู้ยินยอมให้รับบุตรของตนเป็นบุตรบุญธรรมให้ต้องทำภายใน 30 วัน

สำหรับผู้เขียนนั้น ผู้เขียนเห็นว่าความต่อเนื่องในการเลี้ยงดูนี้เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่อาจทำให้สายสัมพันธ์ทางชีววิทยามีน้ำหนักน้อยลงในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็ก เนื่องจากความเกี่ยวข้องทางชีววิทยานั้น หากมองในมุมของเด็กแล้วไม่ได้เป็นสิ่งที่ก่อให้เด็กเกิดความผูกพันทางอารมณ์กับบิดามารดา แต่สิ่งที่เป็นตัวก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางจิตใจนั้นมาจากการเอาใจใส่ดูแล การตอบสนองต่อความต้องการของเด็กในแต่ละวัน การอบรมเลี้ยงดู และการที่เด็กได้รับความรักความเอาใจใส่ เฉพาะบุคคลที่มอบสิ่งเหล่านั้นให้เด็กเท่านั้นที่จะก่อความผูกพันทางจิตใจ(Psycological Relationship) และจะกลายเป็นบิดามารดาทางจิตใจ (Psycological Parents) ของเด็ก ในขณะที่บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องทางชีววิทยาก็จะเป็นเพียงคนแปลกหน้าเท่านั้น[31] ดังนั้นการให้เด็กต้องกลับมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายและอยู่ในความดูแลของบิดามารดาทางชีววิทยาที่อาจเป็นคนแปลกหน้าสำหรับเด็กไปแล้วนั้นอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายทางจิตใจอย่างถาวรกับเด็กที่เกิดมา แต่ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับระยะเวลาในการเลี้ยงดูด้วย ซึ่งในบริบทของสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้น ส่วนมากจะเกิดประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาขึ้นตั้งแต่ระยะแรกที่เด็กเกิดดังที่ได้กล่าวไปในข้างต้น ดังนั้นจึงอาจจะสั้นเกินกว่าที่จะสร้างความผูกพันอันแนบแน่นกับผู้เลี้ยงดู ด้วยเหตุนี้ในการพิจารณานั้นศาลจะให้น้ำหนักกับปัจจัยนี้เพียงใดก็จำต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี

ข้อที่ว่าให้เด็กที่เป็นพี่น้องกันควรอยู่ร่วมกันในครอบครัวเดียวกัน และการคำนึงถึงผลกระทบในการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมที่อาจเกิดขึ้นนั้น เป็นการคำนึงถึงเด็กที่เติบโตมาใน

---

[31] Joseph Goldstein, Beyond the Best Interests of the Child, (New York: Free Press, 1979) page 17.

สภาพแวดล้อมหนึ่ง ๆ กับคนกลุ่มหนึ่ง ๆ และมีความคุ้นเคยกับสภาวะแวดล้อมเช่นนั้น การไม่ทำให้เด็กต้องทุกข์ทรมานหรือตกอยู่ในสภาวะสับสนเนื่องจากความเปลี่ยนแปลงย่อมส่งผลดีต่อเด็ก แต่การคำนึงถึงการเปลี่ยนแปลงสภาวะแวดล้อมนี้จะมีน้ำหนักมากเฉพาะในกรณีที่เด็กที่เกิดจากตั้งครรภ์แทนนั้นโตพอที่จะมีความสัมพันธ์หรือผูกพันกับบุคคลและสภาพแวดล้อมนั้น ๆ แล้ว

การคำนึงถึงความประสงค์และความรู้สึกของเด็กนั้นมีบทบาทเป็นอย่างยิ่งในการกำหนดอำนาจปกครองบุตรในคดีหย่าซึ่งบุตรโตพอที่จะสามารถตัดสินใจได้อย่างมีเหตุผลแล้วและหากการกระทำตามความต้องการของบุตรนั้นจะไม่ก่อให้เกิดอันตรายกับบุตร เช่นเดียวกับในบริบทของเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทน ถ้าประเด็นพิพาทเกิดในขณะที่เด็กนั้นมีวุฒิภาวะและสติปัญญาสมบูรณ์เพียงพอที่จะตัดสินใจอย่างมีเหตุผลได้แล้ว ศาลก็ต้องให้ความสำคัญกับความต้องการของเด็กด้วย

ลักษณะเฉพาะของเด็กแต่ละคนนั้นเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ผู้เขียนเห็นว่ามีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กที่มีความผิดปกติทางร่างกายหรือจิตใจ ที่อาจจำเป็นต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ การคำนึงถึงความจำเป็นส่วนนี้จะทำให้ศาลต้องคำนึงถึงบุคคลที่จะสามารถดูแลเด็กได้อย่างใกล้ชิดหรืออย่างเพียงพอต่อการรับมือกับลักษณะของเด็กคนนั้น ๆ

2. มีข้อมูลที่เพียงพอในการพิจารณา

ปัญหาของการใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กอีกข้อหนึ่งก็คือ ในการจะพิจารณาว่าอะไรคือประโยชน์สูงสุดของเด็กในกรณีหนึ่ง ๆ นั้น ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี ศาลต้องมีข้อมูลเกี่ยวกับเด็ก บุคคลที่เกี่ยวข้องกับเด็ก สภาพการณ์ในอดีตและปัจจุบัน อันนำไปสู่การแสวงหาข้อเท็จจริงที่ต้องมีความละเอียดรอบคอบและอาจกินเวลายาวนานเพราะจำต้องพิจารณาองค์ประกอบต่าง ๆ หลายประการ เช่น การตรวจสอบความประพฤติของบุคคลที่เกี่ยวข้อง การพิจารณาสภาพแวดล้อมที่เด็กจะไปอยู่ การตรวจสอบในทางการแพทย์ถึงความเหมาะสมทางสภาพร่างกายและสภาพจิตใจ เป็นต้น ซึ่งหากปราศจากข้อมูลที่เพียงพอ ศาลก็จะไม่สามารถพิจารณาว่าอะไรคือประโยชน์สูงสุดของเด็กได้อย่างแท้จริง และในการได้มาซึ่งข้อมูลจำนวนมากเช่นนั้น หากจะให้ศาลเป็นผู้ค้นหาความจริงทั้งหมด โดยอิงจากพยานหลักฐานของคู่ความในคดีนั้น ๆ ก็อาจเป็นการสร้างภาระให้แก่ศาลจนเกินไป รวมถึงอาจทำให้ได้ข้อมูลที่ไม่ถูกต้องแท้จริง ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะมีหน่วยงานที่ช่วยศาลในการค้นหาข้อเท็จจริงที่จำเป็นในการพิจารณาเหล่านั้น เหมือนอย่างที่ในประเทศสหราชอาณาจักรมีพนักงานผู้ทำรายงานเพื่อการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา (Parental Order Reporter) เป็นผู้ช่วยศาล

เมื่อพิจารณาในกฎหมายไทย ณ ปัจจุบันนั้น หากไม่มีการกำหนดหน่วยงานใหม่ขึ้นมาทำหน้าที่ในกรณีนี้โดยเฉพาะ ผู้เขียนก็เห็นว่าบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 ที่ได้กำหนดบุคคลผู้ที่จะเข้ามา

ช่วยศาลในการหาข้อมูลเกี่ยวกับความเป็นอยู่ของครอบครัวเพิ่มเติมเพื่อสวัสดิภาพและอนาคตของเด็ก โดยศาลอาจมอบหมายให้พนักงานสังคมสงเคราะห์หรือนักจิตวิทยาเป็นผู้ดำเนินการ[32] ก็น่าจะเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ให้ศาลมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเพื่อเข้ามาช่วยทำหน้าที่สำคัญในการแบ่งเบาภาระของศาลในการสืบเสาะหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดี และอาจรวมไปถึงให้ทำการประเมินหรือให้คำแนะนำในเบื้องต้นเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายนี้

การคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายนี้ พบในประเทศ**สหราชอาณาจักร** ซึ่งมีหลักในเรื่องคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา (Parental Order) ที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรสามารถยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งกำหนดให้ตนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ โดยพิสูจน์ว่าคำร้องนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วน

อย่างไรก็ดี แม้ว่าจะมีเงื่อนไขระบุไว้ชัดเจนเพื่อการขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา การไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นก็ไม่ได้แปลว่าจะไม่ได้รับคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเสมอไป เนื่องจากศาลจะพิจารณาการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานี้โดยคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กในระยะยาวเป็นสำคัญเหนือสิ่งอื่นใดอันเป็นผลจากการปรับใช้ Adoption and Children Act 2002

การคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กนี้ส่งผลให้ในบางกรณีศาลก็มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรแม้ว่าคู่สัญญานั้นจะไม่ได้ทำตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ก็ตาม ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 ข้อ 3.2 และปัจจัยในการพิจารณาสวัสดิภาพของเด็กในสหราชอาณาจักรนั้นก็มีความใกล้เคียงกับหลักที่ศาลไทยใช้ในการพิจารณาความผาสุกและประโยชน์ของเด็กในไทยอยู่หลายประการ เช่น ความต้องการและความรู้สึกของบุตรโดยพิจารณาอายุ ความเข้าใจและสภาวการณ์แวดล้อม ความต้องการทางร่างกาย อารมณ์และการศึกษา ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับบุตรเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อม ความสามารถของบิดามารดาแต่ละฝ่าย เป็นต้น

---

[32] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 มาตรา 152 “ในกรณีที่ศาลเห็นว่าจำเป็นเพื่อสวัสดิภาพและอนาคตของบุตรที่เป็นผู้เยาว์ในระหว่างการไกล่เกลี่ยหรือพิจารณาคดี ศาลอาจมอบหมายให้ผู้อำนวยการสถานพินิจ นักสังคมสงเคราะห์ หรือนักจิตวิทยา ดำเนินการสืบเสาะภาวะความเป็นอยู่ของครอบครัวเพื่อประโยชน์ในการเปรียบเทียบให้คู่ความได้ตกลงหรือประนีประนอมกันในข้อพิพาทหรือเมื่อเห็นเป็นการสมควรและคู่ความได้ยินยอมแล้ว จะสั่งให้แพทย์หรือจิตแพทย์ตรวจสภาพร่างกายหรือสภาพจิตของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้”

หากพิจารณาตามพัฒนาการของกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักรแล้ว ก็จะเห็นแนวโน้มในการคำนึงถึงสวัสดิภาพเด็กที่มีมากขึ้น จากเดิมที่ให้ศาลคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นอย่างแรกเท่านั้น พัฒนากลายเป็นให้คำนึงถึงสวัสดิภาพระยะยาวของเด็กเป็นสำคัญอีกด้วย

การที่ศาลของประเทศสหราชอาณาจักรนำเอาหลักเกณฑ์ของ Adoption and Children Act 2002 มาใช้กับการพิจารณาสวัสดิภาพของเด็กในการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้น เป็นไปโดยผลของ Human Fertilisation and Embryology (Parental Order) Regulation 2010 ที่กำหนดให้ศาลนำเอาบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมาใช้ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้ว ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดกำหนดให้นำเอาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ที่มีเนื้อหาในการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้กับกรณีผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายแต่อย่างใด อันเป็นเหตุผลที่ผู้เขียนเห็นว่าศาลไม่น่าจะสามารถหยิบเอาพระราชบัญญัติดังกล่าวมาใช้ ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

นอกจากนี้ในประเทศสหราชอาณาจักรยังมีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็ก (Child Arrangement Order) ซึ่งศาลหยิบขึ้นมาใช้ในข้อพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดา (Parental Responsibility) ระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก ในกรณีที่การตั้งครรภ์แทนนั้นศาลไม่มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร คำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็ก นี้เป็นเครื่องมือที่ช่วยรับรองคุ้มครอง สวัสดิภาพของเด็กได้อีกชั้นหนึ่ง กล่าวคือ แม้ว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะไม่ได้รับคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา แต่ก็อาจเป็นผู้ที่สมควรจะดูแลเด็กหรือสมควรให้เด็กอยู่อาศัยด้วย โดยศาลอาจมีคำสั่งให้เด็กอยู่อาศัยกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นได้ หากการสั่งเช่นนั้นจะสอดคล้องกับสวัสดิภาพของเด็ก แม้ว่าผลของคำสั่งดังกล่าวจะอยู่เพียงแค่ชั่วระยะเวลาหนึ่ง หรือเพียงเท่าที่เด็กยังไม่บรรลุนิติภาวะ คือยังไม่ถึง 18 ปีก็ตาม แต่ก็ถือเป็นการคุ้มครองเด็กได้ในช่วงเวลาที่จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับการคุ้มครองถึงแม้จะไม่ใช่การคุ้มครองที่ดีที่สุด ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็กดังกล่าวอาจเทียบได้กับการมีคำสั่งในเรื่องอำนาจปกครองเด็กหรือการตั้งผู้ปกครองเด็ก แต่การจะใช้หลักเกณฑ์เรื่องการพิจารณาอำนาจปกครองเด็กหรือการตั้งผู้ปกครองของไทยมาเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายกำหนดนี้ไม่สามารถทำได้อย่างกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักร เนื่องจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็ไม่มีสถานะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังที่ได้กล่าวไปแล้วเบื้องต้น

รัฐ**นิวแฮมป์เชียร์** ประเทศสหรัฐอเมริกา ยอมรับให้มีการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนได้โดยกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการตั้งครรภ์แทนเอาไว้ให้ปฏิบัติตามในลักษณะใกล้เคียงกับเงื่อนไขของกฎหมายไทย นอกจากนี้ ยังปรากฏการใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ในการขอให้ศาลมีคำสั่ง

กำหนดความเป็นบิดามารดา (Parentage Order) อีกด้วย โดยกฎหมายกำหนดให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาตามคำขอได้หากพิจารณาแล้วเห็นว่า “the parties have substantially complied with the requirements” อันอาจแปลได้ว่าเมื่อ “คู่สัญญาได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขต่าง ๆ อันเป็นสาระสำคัญ” ซึ่งผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าเป็นการกำหนดในลักษณะอะลุ่มอล่วยกว่าในหลาย ๆ รัฐที่บัญญัติไว้อย่างเข้มงวด เช่น ในการขออนุญาตศาลในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนในรัฐเท็กซัสที่กำหนดหลักเกณฑ์ในศาลอนุญาตได้หากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยใช้คำว่า “the requirements of Subsection (b) are satisfied” หรือในการพิจารณาของศาลในรัฐเวอร์จิเนียเพื่ออนุญาตให้มีการดำเนินการตั้งครรภ์แทนได้ กฎหมายใช้คำว่า “upon finding that” ให้ศาลต้องพิจารณาให้ครบตามเงื่อนไขทั้งหมดที่กฎหมายระบุไว้ เป็นต้น จากการตีความตามตัวอักษรดังกล่าวประกอบกับธรรมชาติของศาลในระบบคอมมอนลอว์ที่สามารถสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาจากคำพิพากษาได้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การบัญญัติเช่นนี้น่าจะเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลสามารถพิจารณาความสำคัญของเงื่อนไขที่ขาดหายไปได้ หากเป็นเงื่อนไขที่ไม่กระทบต่อสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครองก็อาจจะไม่กระทบต่อผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนตามที่กฎหมายกำหนดไว้

นอกจากนี้ แม้ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทนจะไม่เป็นไปตามกฎหมายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ กฎหมายก็กำหนดให้ศาลมีอำนาจในการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาได้หากใช้ดุลพินิจแล้วพบคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตั้งใจจะเข้าร่วมในสัญญาตั้งครรภ์แทน และประโยชน์สูงสุดของเด็กจะเกิดขึ้นได้ด้วยการมีคำสั่งก่อตั้งความเป็นบิดามารดาตามนี้เท่านั้นอีกด้วย ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจศาลในการพิจารณาถึงประโยชน์ของตัวเด็กผู้บริสุทธิ์อย่างแท้จริง กล่าวคือ เมื่อการเข้าทำสัญญาอันไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขเช่นนั้นเป็นไปตามเจตนาของทั้งสองฝ่ายแล้ว ผลสุดท้ายจะเป็นอย่างไรไม่ได้ขึ้นอยู่กับทั้งสองฝ่าย แต่พิจารณาจากประโยชน์ของเด็กเป็นหลัก ซึ่งเมื่อพิจารณาตามแนวคำพิพากษาของศาลแล้ว ปัจจัยที่ศาลใช้ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของรัฐนิวแฮมป์เชียร์ก็มีความคล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในในประเทศไทยเป็นอย่างมาก เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาแต่ละคนกับบุตร ความสามารถของบิดามารดาในการให้เด็กอยู่ในสภาวะแวดล้อมที่ดี ความสามารถในการเอาใจใส่ดูแลเด็ก การปรับตัวของเด็กและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากความเปลี่ยนแปลง เป็นต้น

อย่างไรก็ดี กฎเกณฑ์ของรัฐนิวแฮมป์เชียร์ที่ให้ศาลใช้ดุลพินิจเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กดังกล่าวได้นี้ไม่ได้ใช้ได้กับสัญญาตั้งครรภ์แทนทุกกรณี แต่จะใช้เฉพาะกับสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ตรงตามนิยามของกฎหมายเท่านั้น ซึ่งในนิยามคำว่าสัญญาตั้งครรภ์แทน (Gestational Carrier Arrangement) นั้นได้ระบุไว้ให้หมายถึงเฉพาะการตั้งครรภ์แทนที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเท่านั้น ดังนั้นหากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม

แล้ว ก็จะไม่เข้าตามคำจำกัดความของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ศาลอาจใช้ดุลพินิจดังกล่าวได้ ซึ่งผู้เขียนก็เห็นด้วยว่า หากหญิงนั้นเป็นทั้งผู้ที่ตั้งครรภ์และยังมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กด้วยแล้วนั้น ก็ควรจะให้หญิงนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา อันได้จะกล่าวต่อไปในข้อ 4.4.2

เมื่อพิจารณารูปแบบการปรับใช้หลักการคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กและหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในสหราชอาณาจักรและรัฐนิวแฮมป์เชียร์แล้ว ก็จะเห็นว่ากฎหมายกำหนดให้นำมาใช้ผ่านทางการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา (Parental Order หรือ Parentage Order) แต่มีความแตกต่างกันตรงที่ กฎหมายของสหราชอาณาจักรกำหนดให้ผู้ร้องต้องเป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ในขณะที่รัฐนิวแฮมป์เชียร์ คู่สัญญาประสงค์จะมีบุตรหรือหญิงตั้งครรภ์แทนก็อาจเป็นผู้ร้องได้ ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนนั้น การให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนสามารถมีคำร้องให้ศาลสั่งให้เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรด้วยนี้น่าจะเป็นการคุ้มครองหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมากกว่า และยังเป็นการคุ้มครองเด็กที่เกิดมามากขึ้นด้วย เช่น ในกรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่ยอมรับเด็กนั้นไปตามที่ตกลงไว้ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็อาจดำเนินการขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาได้ โดยให้ศาลพิจารณาบนฐานของประโยชน์สูงสุดของเด็ก เด็กที่เกิดมานั้นจะได้อยู่กับบุคคลที่ส่งเสริมให้เด็กได้อยู่ในสภาวะที่ดีที่สุด และด้านหนึ่งก็เป็นการคุ้มครองหญิงที่ตั้งครรภ์แทนให้ไม่ต้องรับภาระในการเลี้ยงดูเด็ก อีกทั้งเมื่อพิจารณาสภาพสังคมไทยที่ในอดีตมีหญิงที่ตั้งครรภ์แทนอยู่มาก ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดให้หญิงนั้นสามารถเป็นผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาด้วยนั้นจะเหมาะสมมากกว่า

นอกจากนี้ หลักการคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กยังปรากฏในข้อพิพาทอันโด่งดังของรัฐนิวเจอร์ซี ประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดี **In Re Baby M**[33] เช่นกัน ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ โดยใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายชายคือนายสเติร์น ฉีดเข้าไปผสมกับเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนคือนางไวท์เฮด ซึ่งหลังจากคลอดเด็กหญิงเมริสาออกมา นางไวท์เฮดก็มอบเด็กให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร แต่ต่อมานางไวท์เฮดก็เกิดภาวะหดหู่ จมอยู่กับความโศกเศร้า และต้องการเด็กคืนจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร โดยบอกว่าขอใช้เวลากับเด็กอีกครั้งเป็นเวลา 1 สัปดาห์และจะคืนเด็กให้ คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเชื่อดังนั้นจึงมอบเด็กคืนให้ แต่ต่อมานางไวท์เฮดก็ไม่คืนเด็กให้และพาเด็กหนีไปอยู่ที่รัฐฟลอริดา มีการพาเด็ก

---

33 In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988) see also Joanna L. Grossman, The Complications of Surrogacy: A New Jersey Court Refuses to Uphold a Surrogacy Arrangement, but Awards Full Custody to the Intended Father[online], 28 December 2016. Available from https://verdict.justia.com/2012/01/10/the-complications-of-surrogacy

หนีไปอยู่ตามโรงแรมต่าง ๆ กว่า 12 แห่ง และโทรศัพท์มาขู่ว่าจะฆ่าตัวตายและฆ่าเด็กด้วย จึงเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้น

ศาลชั้นต้นของรัฐ เห็นว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนมีผลบังคับเพราะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยตัดสินให้นางไวท์เฮดสิ้นสุดความเป็นมารดาของเด็ก และให้อำนาจปกครองตกแก่นายสเติร์นแต่เพียงผู้เดียว โดยให้นางสเติร์นสามารถรับเด็กหญิงเมริสาเป็นบุตรบุญธรรมได้ แต่ต่อมาเมื่อคดีขึ้นสู่ศาลสูงของรัฐ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนขัดกับกฎหมายของรัฐและขัดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและไม่มีผลบังคับ เนื่องจากมีลักษณะคล้ายการรับบุตรบุญธรรมที่ห้ามมิให้มีค่าตอบแทน อย่างไรก็ดี ศาลก็ได้ตัดสินให้อำนาจปกครอง (Custody) เด็กหญิงมาริสาตกแก่นายสเติร์นบิดาตามธรรมชาติ (Natural Father) เนื่องจากคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Child's Best Interests) โดยไม่ได้ให้ความเป็นมารดาของนางไวท์เฮดสิ้นสุดลงเนื่องจากไม่ได้มีเหตุที่ไม่เหมาะสมเกิดขึ้น จึงยังเป็นมารดาที่มีสิทธิเยี่ยม (Visitation) ได้

ศาลยังได้กล่าวถึงข้ออ้างของนางไวท์เฮดที่อ้างว่า แม้ว่าการให้เด็กอยู่ในอำนาจปกครองของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก แต่ศาลก็ไม่ควรทำเช่นนั้นเนื่องจากจะเป็นการส่งเสริมสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย (Public Policy) ซึ่งในส่วนนี้ศาลก็เห็นด้วยว่าจะเป็นการสนับสนุนเช่นนั้นได้ โดยนางไวท์เฮดอ้างต่อไปว่าเพื่อที่จะยับยั้งการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน อำนาจปกครองควรตกอยู่แก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนอกเสียจากว่าหญิงนั้นจะไม่เหมาะสมเท่านั้น โดยไม่ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งในส่วนนี้ศาลไม่เห็นด้วย ศาลอธิบายว่าการที่ศาลตัดสินว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนขัดต่อกฎหมายและใช้บังคับไม่ได้นั้นเป็นการเพียงพอที่จะยับยั้งการทำข้อตกลงที่มีลักษณะดังกล่าวแล้ว ไม่จำเป็นที่จะต้องเสียสละประโยชน์สงสุดของเด็กเพื่อที่จะทำให้ชัดเจนในประเด็นนั้นอีก[34]

ในคดีนี้ศาลไม่ได้พิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กจากเพียงแค่ความสัมพันธ์ทางกายภาพ ทางพันธุกรรม หรือเจตนาของบุคคลที่เกี่ยวข้อง แต่พิจารณาถึงความต่อเนื่องในการเลี้ยงดูเด็กด้วย กล่าวคือ ในคดีนี้ศาลชั้นต้นมีคำสั่งระหว่างพิจารณาให้นายเสติร์นเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กที่เกิดมาไปชั่วคราวระหว่างพิจารณา เนื่องจากพิสูจน์ได้จากคำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญกว่า 11 คนว่านางไวท์เฮดมีปัญหาเรื่องความไม่แน่นอนทางอารมณ์ ด้วยเหตุนี้นายสเติร์นจึงเป็นผู้ดูแลเด็กหญิงเมริสาอยู่ตลอดเวลาที่มีการพิจารณาคดีดังกล่าวกว่า 1 ปีครึ่ง ประกอบกับพฤติการณ์ของหญิงที่

---

34 "Our declaration that this surrogacy contract is unenforceable and illegal is sufficient to deter similar agreements. We need not sacrifice the child's interests in order to make that point sharper." In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396

ตั้งครรภ์ที่โทรศัพท์มาขู่ว่าจะฆ่าตัวตายหากไม่ได้เด็กคืนและการพาเด็กหนีไปอยู่อีกรัฐ ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่แสดงให้เห็นความไม่เหมาะสมของนางไวท์เฮด

ถึงแม้ว่าคดีดังกล่าวจะเป็นการตัดสินของศาลในประเด็นเรื่องผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนในกรณีที่ไม่ได้มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยชัดแจ้ง ไม่ใช่เรื่องการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดตามที่ผู้เขียนต้องการจะศึกษาโดยตรง แต่ก็พอจะแสดงให้เห็นความสำคัญของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เข้ามามีบทบาทในการกำหนดผลของการตั้งครรภ์แทนได้เป็นอย่างดี เพราะไม่ว่าจะเป็นในกรณีที่ศาลชั้นต้นพิจารณาว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนมีผลใช้บังคับได้ หรือที่ศาลสูงกลับคำพิพากษาว่าสัญญาตกเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับ คำพิพากษาในเรื่องผลต่อเด็กนั้นก็เป็นไปบนฐานของการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กทั้งสิ้น โดยในคดีที่ศาลพิจารณาว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนตกเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับนั้น ศาลก็ยังนำเอาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในการพิจารณาอำนาจปกครองเด็กระหว่างชายประสงค์จะมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ไม่ได้กลับไปใช้หลักการให้กำเนิดและให้เด็กต้องตกอยู่กับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนตามหลักของระบบคอมมอนลอว์เท่านั้น

ไมเคิล ซานเดล ศาสตราจารย์ทางปรัชญาของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ได้แสดงความเห็นในเรื่องการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนเอาไว้ประกอบกับการยกคดีนี้ขึ้นอธิบาย ซึ่งโดยรวมแล้วซานเดลมีความเห็นไปในทิศทางไม่สนับสนุนให้มีการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนและมองว่าการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นมีลักษณะเป็นการทำสัญญาซื้อขายเด็ก ซึ่งไม่สามารถทำได้ ในการแสดงความเห็นอันเป็นปฏิปักษ์กับการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์นั้น ซานเดลได้ให้ความเห็นไว้ในหลายประเด็น เช่น สัญญาตั้งครรภ์แทนถูกทำขึ้นก่อนที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นจะรู้ได้ว่าหญิงนั้นจะมีความผูกพันกับเด็กมากเพียงใด และการมีเงินเข้ามาเป็นแรงจูงใจในการทำสัญญา ทำให้ไม่อาจกล่าวได้ว่าการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความสมัครใจอย่างแท้จริง แต่ที่สำคัญที่สุดในความเห็นของซานเดล ที่เขาเห็นว่าเป็นส่วนที่เลวร้ายที่สุดในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นก็คือ สัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเลย กล่าวคือไม่ปรากฏว่าจะได้มีกระบวนการตรวจสอบ (Inquiry) เพื่อค้นหาความเหมาะสมของนายสเติร์นที่จะเป็นบิดาผู้มีอำนาจปกครองและนางสเติร์นที่จะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม หรือเพื่อแสดงว่าพวกเขาอยู่ในสถานะที่ดีกว่านางไวท์เฮด หรือผลกระทบต่อเด็กในการไม่ได้อยู่กับมารดาตามธรรมชาติ ในขั้นตอนใดของการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญากันเลย[35] ซึ่งความกังวลของซานเดลนี้ก็ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย

---

35 Michael Sandel. " In the Matter of Baby “M” (1988)." [Online]. Available from: http://www.justiceharvard.org/resources/in-the-matter-of-baby-%E2%80%9Cm%E2%80%9D-1988/ [25 December 2016]

การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ เช่นกัน เห็นได้ชัดจากการกำหนดเงื่อนไขหลักเกณฑ์ไว้อย่างรัดกุม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองเด็กนั่นเอง

ในความเห็นของผู้เขียนนั้น การปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กของศาลรัฐนิวเจอร์ซีแม้จะพิพากษาว่าสัญญาขัดต่อกฎหมายและบังคับไม่ได้ และความเห็นของซานเดลที่ให้ความสำคัญกับเด็กเป็นหลักนี้ เป็นไปเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดมาไม่ให้ต้องได้รับความกระทบกระเทือนจากการกระทำอันไม่สมควรที่ตนไม่มีส่วนรู้เห็นด้วย และหากนำมาใช้กับกรณีที่ผู้เขียนต้องการศึกษาคือการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายแล้ว สิทธิของบุคคลบุคคลเดียวที่ควรได้รับการคุ้มครองมากที่สุดก็คือบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการกระทำการอันไม่เป็นไปตามกฎหมายนั้นซึ่งก็คือเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั่นเอง ผู้เขียนมองว่าเมื่อมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ออกมากำหนดหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายรองรับแล้ว เท่ากับว่ากฎหมายแสดงอย่างแจ้งชัดว่าไม่ได้เพิกเฉยต่อสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องฝ่ายต่าง ๆ แต่มีข้อจำกัดที่จะให้การคุ้มครองแก่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายอย่างไรบ้าง กล่าวคือ ให้มีการทำการตั้งครรภ์แทนได้ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ตามที่ได้ชั่งน้ำหนักมาแล้วว่าเป็นการอันสมควรรับรองเมื่อพิจารณาถึงมุมมองทางศีลธรรม มนุษยธรรม สิทธิและเสรีภาพ และการคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องฝ่ายต่าง ๆ โดยเฉพาะเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ดังนั้นการกำหนดผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ทำตามกฎหมายโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ จึงไม่ใช่การเพิกเฉยต่อสิทธิของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนอย่างไม่มีเหตุผล แต่เป็นเพราะทั้งสองฝ่ายนั้นเลือกที่จะไม่กระทำการอันกฎหมายให้พึงกระทำเพื่อที่จะให้เป็นการตั้งครรภ์แทนที่ได้รับการยอมรับและรับรองสิทธิให้กระทำได้ตามกฎหมาย ในขณะที่เด็กที่เกิดมานั้นไม่ได้มีส่วนร่วม การคุ้มครองสิทธิของผู้บริสุทธิ์จึงเป็นสิ่งที่สมควรกระทำอย่างยิ่ง

นอกจากนี้ในคดี In Re Baby M ดังกล่าวยังแสดงให้เห็นการตีความความเป็นบิดามารดาในลักษณะที่กว้าง กล่าวคือ ไม่ได้ผูกติดอยู่กับหลักการให้กำเนิดและการมีความสัมพันธ์ทางร่างกายอย่างในกฎหมายไทยเสมอไป โดยศาลอธิบายว่านายสเติร์นซึ่งเป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนั้นเป็นบิดาตามธรรมชาติ (Natural Father) ซึ่งเมื่อศาลตีความบิดาในทางที่กว้างเช่นนี้ก็จึงทำให้ศาลสามารถหยิบหลักประโยชน์สูงสุดขึ้นมาเพื่อการพิจารณาประเด็นข้อพิพาทในเรื่องอำนาจปกครองบุตรระหว่างคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้เหมือนที่ใช้ในกรณีมีข้อพิพาทเรื่องอำนาจปกครองบุตรเมื่อมีการหย่าร้างซึ่งเป็นหลักการที่ใช้อยู่เป็นปกติในกฎหมายครอบครัว ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับการมีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็กระหว่างคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในประเทศสหราชอาณาจักร แต่ในกฎหมายไทยยังไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาของศาลที่ตีความครอบคลุมไปถึงชายที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนั้น และโดยหลักแล้วไม่อาจตีความไปถึงได้ เพราะ

ความเป็นบิดานั้นขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ในทางข้อเท็จจริงที่บิดาต้องมีความสัมพันธ์ทางกายกับมารดาผู้ให้กำเนิดเด็กนั้นด้วยดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้างต้น

4.4 ปัญหาผลทางกฎหมายของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขต่าง ๆ

นอกจากผลทางกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นในลักษณะเป็นการทั่วไปให้สามารถปรับใช้ในกรณีที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่งแล้ว ในกฎหมายต่างประเทศบางแห่งก็กำหนดผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขบางเงื่อนไขไว้โดยเฉพาะด้วย

4.4.1 ปัญหาผลทางกฎหมายของสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์

เนื่องจากในอดีตประเทศไทยที่เป็นหนึ่งในจุดหมายสำคัญในการทำสัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทน การตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์จึงเป็นปัญหาหลักปัญหาหนึ่งที่ผู้ร่างต้องการกำจัดให้หมดไป โดยในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มีบทบัญญัติของกฎหมายห้ามการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์อย่างชัดแจ้ง มีการออกกฎกระทรวงสาธารณสุขกำหนดค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนที่ให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรต้องรับผิดชอบไว้อย่างรัดกุม โดยไม่ได้บัญญัติในลักษณะที่เป็นการเปิดช่องเพิ่มเติมถึงค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลอื่น ๆ ว่าสามารถจ่ายได้หรือไม่ เพียงใด พร้อมกันนั้นการกำหนดลักษณะของบุคคลที่จะมารับตั้งครรภ์แทนได้ไว้อย่างเคร่งครัดให้ต้องเป็นบุคคลที่มีความใกล้ชิดกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ก็เป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นความพยายามจำกัดการตั้งครรภ์แทนให้อยู่ในลักษณะเป็นการที่บุคคลหนึ่งต้องการช่วยเหลืออีกบุคคลหนึ่งที่ตนรู้จักซึ่งประสบปัญหาทางสุขภาพไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ ดังที่ได้กล่าวไว้เบื้องต้นในบทที่ 2 ข้อ 2.3 การฝ่าฝืนกฎหมายในเรื่องดังกล่าวจึงขัดต่อนโยบายของรัฐที่ต้องการจะทำให้สัญญาตั้งครรภ์แทนหมดไป เป็นการทำผิดเงื่อนไขของกฎหมายอย่างที่ไม่อาจมองข้ามได้ง่าย ๆ และอาจต้องชั่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กและจุดยืนของรัฐที่ต่อต้านการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์

ดังที่ได้เกริ่นนำไว้ในหัวข้อปัญหาผลทางกฎหมายของการนำผลตามหลักกฎหมายนิติกรรมมาใช้กับสัญญาตั้งครรภ์แทน ในรัฐเวอร์จิเนีย ประเทศสหรัฐอเมริกานั้น สัญญาตั้งครรภ์แทนจะต้องขออนุญาตจากศาลก่อนโดยมีเงื่อนไขที่ระบุไว้ในการขอต่อศาลในว่า ข้อสัญญาที่มีการจ่ายค่าตอบแทนการตั้งครรภ์แทนนั้นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้ แต่สัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้ทำการขอหรือไม่ได้รับอนุญาตจากศาลนั้นก็อาจได้รับการปรับปรุงจากศาลภายหลังได้ โดยกฎหมายกำหนดให้สัญญานั้นบังคับหรือตีความได้เท่าที่กฎหมายกำหนด และในส่วนสัญญาที่มีข้อตกลงเรื่อง

ค่าตอบแทนการตั้งครรภ์แทนนั้น กฎหมายกำหนดให้เฉพาะข้อตกลงข้อดังกล่าวนั้นเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้ และให้สัญญาตั้งครรภ์แทนยังสามารถบังคับได้ตามเนื้อหาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนสละสิทธิความเป็นบิดามารดาที่มีในเด็กที่เกิดมาภายใน 3 วัน คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็ยังสามารถเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้อยู่ อันสอดคล้องกับเจตนาของคู่สัญญา และเป็นการบัญญัติกฎหมายที่สะท้อนให้เห็นความพยายามในการรักษาสัญญาเอาไว้ตามหลักการรักษาอีกด้วย ผู้เขียนเห็นว่าการพยายามรักษาสัญญาตั้งครรภ์แทนนี้ไว้ เป็นการการคุ้มครองเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายได้เป็นอย่างดีอีกวิธีหนึ่ง เมื่อมองในมุมที่ว่าหากสัญญานั้นได้กระทำตามเงื่อนไขอื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดมาอย่างครบถ้วนแล้ว ผิดก็แต่เป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ การให้สัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นเสียไปทั้งหมดก็อาจไม่สอดคล้องกับการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กได้

หลักการรักษาสัญญา (Utile per inutile non vitiatur) นี้ปรากฏในกฎหมายไทยเช่นกัน โดยเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นหลักการเบื้องหลังของเรื่องโมฆะแยกส่วน[36] แต่หากนำหลักเกณฑ์ในเรื่องโมฆะแยกส่วนในกฎหมายไทยมาปรับกับเรื่องสัญญาตั้งครรภ์แทนนี้ ผลที่เกิดขึ้นจะมีความแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายของรัฐเวอร์จิเนีย เนื่องจากตามลักษณะของสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์แล้วไม่ปรากฏพฤติการณ์ที่สันนิษฐานได้ว่าคู่สัญญานั้นมีเจตนาที่จะให้ส่วนที่เป็นโมฆะซึ่งในกรณีนี้คือส่วนที่เป็นค่าตอบแทนในเชิงพาณิชย์นั้นแยกออกจากส่วนที่ไม่เป็นโมฆะคือสัญญาข้ออื่น ๆ เนื่องจากค่าตอบแทนที่ขัดต่อกฎหมายนี้เป็นการชำระให้เพื่อที่จะให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นตั้งครรภ์ คลอดเด็ก และส่งมอบเด็กนั้นให้ อันมีลักษณะเป็นการต่างตอบแทนกัน ไม่ได้มีลักษณะเป็นนิติกรรมแยกย่อยอีกส่วนที่อาจแยกส่วนจากกันได้ ด้วยเหตุนี้หากปรากฏว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นมีค่าตอบแทนในเชิงพาณิชย์ สัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นก็จะตกเป็นโมฆะไปทั้งหมด

ดังนั้น เมื่อการทำให้สัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นตกเป็นโมฆะไปทั้งหมดนี้อาจทำให้เกิดผลที่ไม่สอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะมีการทบทวนผลดังกล่าวอีกครั้ง โดยอาจต้องกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งเป็นกรณีเฉพาะให้โมฆะไปเฉพาะส่วนของค่าตอบแทน เหมือนตัวอย่างที่ปรากฏในกฎหมายของรัฐเวอร์จิเนีย

อย่างไรก็ดี สิ่งที่ต้องพิจารณาควบคู่ไปด้วยนั้นก็คือ เป้าหมายหนึ่งของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ที่ต้องการปราบปรามและทำให้การตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์หมดไป เมื่อปัญหาการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์

---

[36] จำปี โสตถิพันธุ์, "หลักการรักษาสัญญา," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 22, ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2535): 564.

เป็นประเด็นปัญหาใหญ่ที่ผู้ร่างต้องการแก้ไข การให้สัญญาตั้งครรภ์แทนโมฆะไปเฉพาะส่วนของค่าตอบแทนเชิงพาณิชย์นั้น ในกรณีที่ยังไม่ได้มีการจ่ายค่าตอบแทนให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนไป ก็ยังพอจะเห็นผลร้ายที่เกิดขึ้นแก่การกระทำฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวอยู่บ้าง กล่าวคือ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นจะไม่สามารถเรียกเอาค่าตอบแทนนั้นได้ แต่ในบางครั้งที่มีการจ่ายค่าตอบแทนดังกล่าวให้แก่หญิงนั้นไปแล้วและไม่อาจเรียกเงินที่จ่ายไปคืนได้เนื่องจากเป็นการชำระหนี้ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายผลตามหลักลาภมิควรได้ และหากยังให้การตั้งครรภ์แทนนั้นมิได้เสียไป กล่าวคือยังเป็นการตั้งครรภ์แทนที่กฎมายรับรองและก่อตั้งสถานะความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกับเด็กที่เกิดมาจากสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์นั้นได้อยู่ ก็จะเสมือนหนึ่งว่าสัญญานั้นเป็นไปตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ตั้งแต่แรก ซึ่งเท่ากับว่าแม้ตัวบทกฎหมายจะห้ามอย่างชัดแจ้งไม่ให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า แต่ในทางปฏิบัติถึงมีการกระทำฝ่าฝืนข้อกฎหมายนั้นก็อาจไม่มีผลร้ายใดเกิดขึ้น อันอาจทำให้วัตถุประสงค์ในการต่อต้านการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ไม่อาจบรรลุผลได้

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ที่ทั้งต้องการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก และต้องการกำจัดการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ ไม่ให้ประเทศไทยได้ชื่อว่าเป็นหนึ่งในจุดหมายสำคัญของการรับจ้างตั้งครรภ์แทนที่เป็นประเด็นที่มีข้อถกเถียงในทางศีลธรรม เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว เครื่องมือที่น่าจะนำมาใช้เพื่อให้บรรลุเป้าหมายในการทำให้ตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์หมดไป และไม่ส่งผลร้ายต่อการคุ้มครองเด็กนั้นก็คือ กฎหมายอาญา

ซึ่งในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ก็มีการกำหนดโทษทางอาญาเอาไว้ในมาตรา 48 ลงโทษผู้ฝ่าฝืน มาตรา 24 ซึ่งกำหนด “ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า” โดยกำหนดโทษทางอาญาให้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีและปรับไม่เกินสองแสนบาท ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าคำว่า “ผู้ใดดำเนินการให้มี” นี้น่าจะหมายความรวมถึงบุคคลทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการทำให้เกิดการตั้งครรภ์แทนและไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายข้ออื่น ๆ กำหนดความผิดแยกไว้โดยเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร หญิงที่ตั้งครรภ์แทน หรือ แพทย์ผู้ดำเนินการ เป็นต้น แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าการลงโทษในทางอาญานี้ไม่ควรลงโทษแก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ผู้ซึ่งอาจตกเป็นบุคคลที่ต้องเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้น เนื่องจากหากตีความรวมไปถึงคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนด้วยแล้วนั้น เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นถูกถือว่าเป็นผลผลิตของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคิดของ

Warnock Committee ของสหราชอาณาจักรที่ว่าไม่ควรให้เป็นเช่นนั้น และการลงโทษต่อบุคคลเหล่านี้ยังอาจจะส่งผลกระทบต่อเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้นที่บิดามารดาของตนอาจเป็นบุคคลที่มีความผิดทางอาญา ซึ่งมีโทษถึงขั้นต้องถูกจำคุก อันจะส่งผลให้ไม่มีผู้ดูแลเด็กตามความเป็นจริง หรือหากเห็นว่าจำเป็นต้องมีการลงโทษจริง ๆ อย่างน้อยก็ควรเป็นบทลงโทษที่ไม่กระทบต่อการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก

สาเหตุที่ผู้เขียนเห็นว่า คำว่า “ผู้ใดดำเนินการให้มี” น่าจะรวมไปถึงแพทย์ที่เป็นผู้ดำเนินการทางการแพทย์ให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้นด้วยนั้น นอกจากข้อเท็จจริงที่ว่าแพทย์เป็นผู้ลงมือดำเนินการทางการแพทย์ให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้นแล้ว เมื่อพิจารณาถึงการแก้ไขปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติก่อนที่จะประกาศใช้แล้วนั้น ผู้เขียนพบว่า เดิมเคยมีบทบัญญัติมาตรา 20 กำหนด “ห้ามมิให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการด้วยวิธีใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อให้หญิงใดตั้งครรภ์โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าหญิงนั้นรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นเพื่อความประสงค์แห่งการค้าหรือโดยการค้า” แต่ได้มีการแก้ไขโดยรวบหลักการไปอยู่ในมาตรา 23 ในร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ซึ่งมีเนื้อความเดียวกับมาตรา 24 ของพระราชบัญญัติที่ประกาศใช้ซึ่งกำลังพิจารณาอยู่นี้ คือบัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ ห้ามมิให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า[37]

การที่คำว่า “ผู้ใดดำเนินการให้มี” รวมไปถึงแพทย์ด้วยนี้ พิจารณาโดยผิวเผินอาจเห็นว่าอาจมีปัญหาได้ในกรณีที่แพทย์ไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนระหว่างคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นมีค่าตอบแทนในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากสัญญานั้นย่อมเป็นคนละส่วนกับสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายทำกับแพทย์ และอาจทำให้แพทย์ต้องรับผิดทางอาญานั้นด้วย แต่หากพิจารณาในทางอาญาแล้ว แม้กฎหมายมิได้กำหนดไว้ว่าเป็นความผิดที่ต้องการเจตนาแต่โดยหลักแล้วก็ย่อมต้องตีความไปในทางที่ว่าต้องการเจตนาของผู้กระทำ[38] และการไม่รู้ว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนระหว่างคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์นั้นก็น่าจะถือได้ว่าแพทย์ไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ซึ่งเป็นการขาดเจตนาในการกระทำความผิดนั้น ดังนี้หากแพทย์ไม่รู้ว่าเป็นการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ แพทย์จะไม่มีความผิดทางอาญาแต่อย่างใด

---

37 ร่างฉบับเทียบข้อแก้ไขกับร่างเสร็จจาก สคก. (27/01/2552) หน้า 10

38 ประมวลกฎหมายอาญาฯ มาตรา 59 “บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำ โดยเจตนาเว้นแต่จะได้กระทำความโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมาย บัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณี ที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา”

นอกจากความผิดอาญาของผู้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า ยังปรากฏมาตรา 49 กำหนดความผิดอาญาในกรณีกระทำการฝ่าฝืน มาตรา 27 ที่บัญญัติ “ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้า โดยเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน” ให้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับในรัฐเวอร์จิเนียที่มิได้มีบทบัญญัติของกฎหมายลงโทษเรื่องตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ไว้เป็นพิเศษ แต่กำหนดลงโทษบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางหรือนายหน้าที่ได้รับประโยชน์จากการช่วยจัดการหรือแนะนำคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนให้เข้าทำสัญญาในฐาน Class 1 misdemeanor ซึ่งจะมีโทษจำคุกไม่เกิน 12 เดือน ปรับไม่เกิน 2,500 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยมิได้มีบทลงโทษคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ กำหนดโทษอาญาให้กับตัวกลางหรือนายหน้านั้นก็น่าจะช่วยลดจำนวนการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ลงได้มาก เนื่องจากบุคคลดังกล่าวเป็นตัวแปรสำคัญในการทำให้เกิดการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ขึ้นได้ ในทางข้อเท็จจริงแล้วบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นคนกลางนั้นมีบทบาทสำคัญในการติดต่อระหว่างคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนซึ่งไม่ได้รู้จักกันมาก่อน ซึ่งก็เป็นไปได้มากว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนระหว่างคนแปลกหน้ากันนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์ ที่เห็นเช่นนี้เนื่องจากผู้เขียนสันนิษฐานจากความเป็นจริงที่ทั้งสองฝ่ายไม่ได้รู้จักกันมาก่อนแต่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนกลับยอมกระทำการอันเป็นการเสี่ยงต่อชีวิต ร่างกาย และต้องทนทุกข์ทรมานเป็นระยะเวลายาวนาน ย่อมเป็นไปได้ยากมากที่หญิงนั้นจะยอมเสียสละโดยไม่ได้รับสิ่งใดตอบแทน การลงโทษบุคคลผู้เป็นคนกลางดังกล่าวจึงน่าจะเป็นการยับยั้งการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ได้เป็นอย่างดีและยังไม่ก่อผลเสียต่อเด็กที่เกิดมาอีกด้วย

ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายของเวอร์จิเนียยังกำหนดโทษที่น่าสนใจอีกโทษหนึ่ง คือให้บุคคลซึ่งเป็นนายหน้า (surrogate broker) มีความรับผิดต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นเงิน 3 เท่าของค่าตอบแทนที่ได้รับโดยให้แก่แต่ละฝ่ายฝ่ายละครึ่งหนึ่งอีกด้วย เป็นการนำเอากลไกทางอาญามาใช้เพื่อคุ้มครองการกระทำที่กฎหมายไม่ยอมรับในอีกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งผู้เขียนก็เห็นว่าเป็นมาตรการที่น่าจะช่วยป้องกันการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ได้เป็นอย่างดี เนื่องจากนอกจะมีโทษต่อเสรีภาพแล้วยังมีโทษในทางเศรษฐกิจด้วย

เมื่อพิจารณากฎหมายของ**สหราชอาณาจักร**เกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์นี้ ในเรื่องการขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้น ถึงแม้จะมีเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งว่าต้องเป็นกรณีสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีการจ่ายเงินเกินกว่า

ค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล แต่ก็มีข้อยกเว้นให้ศาลสามารถอนุญาตได้ โดยคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญในการพิจารณา ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 ทำให้ในทางปฏิบัติแล้วปรากฏว่าการที่สัญญาตั้งครรภ์แทนมีค่าตอบแทนเกินกว่ากฎหมายกำหนดนั้นไม่เป็นเหตุให้ศาลสามารถปฏิเสธคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาได้เลย หากการมีคำสั่งเช่นนั้นจะสอดคล้องกับสวัสดิภาพของเด็กในระยะยาว กล่าวคือ แม้จะเป็นการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นก็อาจจะมีสถานะเป็นบิดามารดาของเด็กได้ หากเป็นไปเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กนั่นเอง

ศาลของสหราชอาณาจักรพิจารณาประเด็นในเรื่องการตั้งครรภ์แทนที่มีค่าตอบแทนที่ไม่สมเหตุสมผลนี้โดยให้ความเห็นว่าศาลจะต้องชั่งน้ำหนักแนวคิดที่ขัดแย้งกันสองแนวคิดคือ นโยบายของรัฐที่เป็นปฏิปักษ์กับการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์กับสวัสดิภาพของเด็ก โดยเห็นว่ากรณีที่ขัดต่อนโยบายของรัฐโดยชัดแจ้งนั้นคือกรณีที่เงินนั้นมีจำนวนมากจนอาจถือเป็นการซื้อขายเด็กได้[39] และหากมิใช่กรณีดังกล่าวแล้ว แม้มีการไม่ทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด แต่หากการมีคำสั่งนั้นเป็นไปเพื่อสวัสดิภาพของเด็กแล้ว ศาลก็ควรมีคำสั่งนั้น ซึ่งศาลก็ยังได้แสดงความเห็นต่อไปอีกว่า เป็นเรื่องยากที่จะจินตนาการว่าจะมีสถานการณ์ใดที่จะไม่นำเอาสวัสดิภาพของเด็กมาใช้ผ่อนปรนการไม่ทำตามเงื่อนไขในการยื่นคำร้องนั้นได้[40]

นอกจากมีคำสั่งศาลเป็นเครื่องมือในกรณีมีค่าใช้จ่ายที่เกินไปกว่าที่สมเหตุสมผลแล้วนั้น ยังเห็นได้ว่าคำว่า “ค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล” ในสายตาของศาลของสหราชอาณาจักรก็ยังมีความหมายกว้างเป็นอย่างมากเมื่อเทียบกับค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่ประกาศกระทรวงสาธารณสุขกำหนดไว้ ทำให้เป็นไปได้ยากที่ค่าใช้จ่ายในการตั้งครรภ์แทนหนึ่ง ๆ จะถูกจัดให้เป็นค่าใช้จ่ายที่ไม่สมเหตุสมผลและเสี่ยงต่อการไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนนั้น การตีความค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลให้ไม่จำกัดอยู่เพียงแค่ค่าใช้จ่ายในทางการแพทย์อย่างเคร่งครัดนั้นมีความเหมาะสมต่อสภาพความเป็นจริงในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน เนื่องจากแม้จะมีความต้องการป้องกันไม่ให้มีการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ แต่การจะคาดหวังให้บุคคลบุคคลหนึ่งดำเนินการตั้งครรภ์ซึ่งเป็นการกระบวนการที่มีความเสี่ยงสูงและกินระยะเวลายาวนานให้อีกบุคคลหนึ่งโดยนอกจากจะไม่ได้รับค่าตอบแทนแล้ว ยังอาจจะต้องเสียประโยชน์ที่ตนเคยมีอยู่ เช่น จำเป็นต้องลาออกจากงาน หรือไม่สามารถดำเนินชีวิตประจำวันตามปกติทำให้ต้องปรับเปลี่ยนวิถีชีวิตบางอย่างอันอาจส่งผลต่อสถานะทางการเงินของหญิงที่ตั้งครรภ์

---

39 A v P [2011] EWHC 1738

40 Re WT [2014] EWHC 1303

แทนนั้น เช่น จำเป็นต้องเปลี่ยนวิธีการเดินทางในชีวิตประจำวัน เป็นต้น การคาดหวังให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเสียสละมากถึงเพียงนั้นน่าจะเป็นการคาดหวังที่มากเกินไปและเป็นอุดมคติเกินไป

จากการศึกษาตัวอย่างการตีความของศาลของสหราชอาณาจักรแล้ว ประกอบกับข้อมูลประกอบการสัมภาษณ์ เรื่อง การร่างกฎหมายอุ้มบุญของท่านรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ (นายสันติ พร้อมพัฒน์)[41] ซึ่งเป็นบทสัมภาษณ์ในเรื่องการยกร่างกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ซึ่งได้มีการกล่าวถึงประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 ในเงื่อนไขที่ต้องไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่ทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์แทน และเอกสารสรุปประเด็นข้อสังเกตที่ได้จากการหารือร่วมกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ (นายสันติ พร้อมพัฒน์) เกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... (เมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน 2555)[42] ที่เห็นว่าแม้จะมีการห้ามมิให้รับจ้างตั้งครรภ์แทน แต่ก็ควรมีค่าตอบแทนอื่นตอบแทนแก่ผู้ตั้งครรภ์แทนในความเสียสละ เช่น ค่าเสื่อมสุขภาพ ค่าเจ็บตัวจากการคลอดบุตร ค่าเสียเวลาที่ไม่สามารถทำงานได้ในขณะตั้งครรภ์ โดยการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องมิได้มีวัตถุประสงค์เป็นการรับจ้างเพื่อผลประโยชน์ตอบแทนซึ่งดูเข้าลักษณะเป็นการค้า เช่น เคยรับตั้งครรภ์แทนมาแล้วมากกว่า 1 ครั้ง โดยมิได้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร เป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่าการตีความ “ประโยชน์ทางการค้า” ในกฎหมายไทยนั้นก็ไม่ควรตีความแคบให้หมายถึงแค่เพียง ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงเท่านั้น แต่เห็นว่าการกำหนดไว้ชัดเจนในประกาศกระทรวงนั้นน่าจะเป็นไปเพื่อกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรในการรับผิดชอบค่าใช้จ่ายดังกล่าวในเบื้องต้นเท่านั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากมีการจ่ายเงินที่เกินไปกว่านั้น แต่ไม่ได้มีเจตนาให้เงินนั้นเป็นแรงจูงใจสำคัญในการตัดสินใจเข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทน แต่เป็นไปเพื่อตอบแทนหญิงที่ตั้งครรภ์แทนที่อาจต้องเสียประโยชน์ที่พึงมีหากมิได้เข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทน ก็ไม่ควรตีความว่าเงินดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางการค้าแต่อย่างใด ซึ่งการตีความประโยชน์ในทางการค้าเช่นนี้ก็จะทำให้สัญญาตั้งครรภ์แทนส่วนหนึ่งที่มีค่าตอบแทน แต่ไม่ได้เป็นค่าตอบแทนอันถึงขนาดไม่สมเหตุสมผลจนถึงขั้นถือเป็นการซื้อขายเด็กนั้นยังสามารถใช้ได้ และหากได้ทำตามเงื่อนไขข้ออื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนดแล้วก็จะส่งผลให้เด็กที่เกิดมามีสถานะเป็นบุตรโดย

---

[41] ข้อมูลประกอบการสัมภาษณ์ เรื่อง การร่างกฎหมายอุ้มบุญของท่านรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ (นายสันติ พร้อมพัฒน์)

[42] เอกสารสรุปประเด็นข้อสังเกตที่ได้จากการหารือร่วมกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์(นายสันติ พร้อมพัฒน์) เกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... (เมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน 2555)

ชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าจะเป็นผลที่คุ้มครองเด็กที่เกิดมามากกว่า

4.4.2 ปัญหาผลทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม

ในบรรดาเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้นั้น เงื่อนไขสำคัญที่ปรากฏในหลาย ๆ ประเทศคือเงื่อนไขเกี่ยวกับความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม ซึ่งเป็นประเด็นอันเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์แรกเริ่มที่ทำให้เกิดการตั้งคำถามเรื่องความเหมาะสมของการให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาเสมอ ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 1 เนื่องจากวิทยาการทางการแพทย์สามารถแยกความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมออกจากหญิงผู้ให้กำเนิด ความสำคัญในฐานะมีความผูกพันทางสายโลหิต ที่เชื่อว่าสิ่งที่สร้างความเชื่อมโยงบางประการระหว่างเด็กและบุคคลนั้นจึงได้รับความสนใจมากยิ่งขึ้น แต่ส่วนมากแล้วความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนี้มักไม่ได้ถูกหยิบยกขึ้นมาใช้โดยลำพังดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะเป็นเงื่อนไขสำคัญอันสนับสนุนความสัมพันธ์ในฐานะบิดามารดาของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร แต่การตั้งครรภ์แทนที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนี้แต่ละประเทศก็มีวิธีการจัดการที่แตกต่างกัน

4.4.2.1 กรณีที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

ส่วนมากในกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนของหลาย ๆประเทศจะกำหนดห้ามมิให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดไว้ในบทนิยาม เช่น รัฐนิวแฮมป์เชียร์ รัฐอิลลินอยส์ หรือกำหนดไว้ในเงื่อนไขของสัญญาที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ เช่น รัฐเท็กซัส ส่วนในกฎหมายไทยกำหนดอยู่ในลักษณะของวิธีการตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายยอมรับในมาตรา 22 แต่ก็ยังมีบางรัฐ เช่น รัฐเวอร์จิเนีย ที่ไม่ได้กำหนดห้ามไม่ให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมเอาไว้อย่างเหมือนรัฐอื่น ๆ กล่าวคือโดยหลักสามารถใช้เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้ แต่ก็ได้กำหนดในลักษณะให้สิทธิหญิงที่ตั้งครรภ์แทนผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมด้วยสามารถขอยุติสัญญา ภายใน 180 วันนับแต่ดำเนินการช่วยการเจริญพันธุ์เป็นครั้งสุดท้าย

แต่ถึงจะมีการกำหนดเป็นเงื่อนไขไม่ให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมไว้คล้ายกัน ในส่วนของผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในเรื่องนี้ ก็มีความแตกต่างกันในแต่ละรัฐ ในกฎหมายไทยนั้นดังที่ได้กล่าวไปในข้างต้น เนื่องจากไม่ได้กำหนดผลของการไม่ทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง จึงต้องกลับไปใช้หลักการให้กำเนิดตามประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะทำให้ผลของการไม่ทำตามเงื่อนไขใด ๆ ก็ตามมีผลเหมือนกันคือ เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

ในรัฐนิวแฮมป์เชียร์และรัฐอิลลินอยส์ ซึ่งบัญญัติไว้ในลักษณะของคำนิยามการตั้งครรภ์แทน โดยหลักแล้วหากไม่เข้าลักษณะตามคำนิยามก็จะไม่เป็นการตั้งครรภ์แทนที่อาจนำเอาหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น ๆ มาใช้ได้เลย ซึ่งอาจหมายความว่าจะต้องกลับไปใช้หลักตามกฎหมายครอบครัวทั่วไปของแต่ละรัฐ อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า เนื่องจากทั้งสองรัฐอยู่ในระบบคอมมอนลอว์ซึ่งมีคำพิพากษาเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญ ดังนั้นศาลอาจพิจารณาถึงความยุติธรรมเฉพาะคดีแล้วพิพากษาไปเป็นประการอื่นนอกจากกลับไปใช้กฎหมายครอบครัวทั่วไปก็ได้ หรืออาจพิพากษาว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และให้ชายผู้ประสงค์จะมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แล้วจึงพิจารณาอำนาจปกครองบุตรว่าบุตรควรอยู่ในปกครองของฝ่ายไหน โดยใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก อย่างในคดี In Re Baby M ที่ได้กล่าวไปข้างต้นก็อาจเป็นได้

ส่วนในรัฐเท็กซัสที่กำหนดเงื่อนไขไม่ให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก ไว้ในเงื่อนไขของสัญญาที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้นั้นหากไม่ปฏิบัติตามอาจมีผลให้ศาลไม่ทำให้สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นผล (Validate a gestational agreement) อย่างไรก็ดี หากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายชายมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กแล้วก็อาจร้องข้อต่อศาลให้มีคำสั่งว่าตนเป็นบิดาของเด็กได้ ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ข้อ 3.1.2.2 และอาจนำไปสู่การพิจารณาอำนาจปกครองเด็กตามหลักประโยชน์สูงสุดตามมา นอกจากนี้ กฎหมายของรัฐเท็กซัสก็ยังกำหนดเพิ่มเติมไว้ด้วยว่า แม้ว่าสุดท้ายหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะมีสถานะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็อาจมีความรับผิดในค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรด้วยโดยไม่คำนึงว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นจะมีสถานะทางกฎหมายเกี่ยวข้องกับเด็กหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีความเหมาะสมอย่างยิ่ง เนื่องจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีส่วนสำคัญที่ทำให้เด็กนั้นเกิดมา จึงควรจำต้องรับผิดชอบการกระทำของคนเองไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่ง และการกระทำดังกล่าวหากนำมาใช้กับสังคมไทยที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมักมีสถานะทางเศรษฐกิจที่ไม่ดีพอที่จะสามารถอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้ ก็จะเป็นการช่วยรับรองความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นของเด็กได้ในระดับหนึ่งอีกด้วย

ในการตั้งครรภ์แทนที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กนั้น หากพิจารณาในด้านของทฤษฎีการกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตร ก็จะเห็นว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นมีความเกี่ยวข้องกับเด็กที่เกิดมาทั้งในฐานะเป็นผู้ให้กำเนิดและเป็นผู้มีพันธุกรรมเกี่ยวข้องกัน ซึ่งโดยธรรมชาติจะเป็นสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดสายสัมพันธ์ระหว่างหญิงนั้นกับเด็กที่เกิดมาได้ง่าย

กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีแนวโน้มเป็นไปได้อย่างมากที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นก่อความผูกพันกับเด็กที่เกิดมาได้มากกว่าการตั้งครรภ์แทนประเภทอื่น ซึ่งอาจสันนิษฐานได้ว่าหญิงผู้มีลักษณะเช่นนั้นจะเป็นบุคคลที่เลี้ยงดูเด็กได้อย่างดี และจะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก อีกทั้งลักษณะสายสัมพันธ์ดังกล่าวยังทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีสถานะที่เฉกเช่นเดียวกับมารดาตามธรรมชาติของเด็กคนหนึ่ง ๆ เหมือนดังกรณีครอบครัวตามธรรมชาติอีกด้วย ดังที่ได้อธิบายไปในหัวข้อปัญหาผลทางกฎหมายของการนำผลทางกฎหมายครอบครัวมาปรับใช้ ผู้เขียนเห็นว่าการแยกเด็กออกจากหญิงที่มีลักษณะดังกล่าวจึงสุ่มเสี่ยงที่จะถูกมองว่ามีลักษณะเป็นการแยกบุตรออกจากมารดาซึ่งขัดต่อกฎเกณฑ์ตามธรรมชาติที่พึงเป็น และอาจกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมารดาในกรณีนี้ที่เป็นทั้งผู้ตั้งครรภ์และเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม[43] และจากการศึกษากฎหมายของแต่ละประเทศก็จะเห็นว่ามีแนวโน้มไปในทิศทางเดียวกันที่ต้องการห้ามไม่ให้ความสัมพันธ์ดังกล่าวเกิดขึ้น

ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีสถานะเป็นทั้งผู้ให้กำเนิดและผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมเช่นนี้ ก็ควรจะให้หญิงนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรด้วยลักษณะทางธรรมชาติ ทั้งนี้เพราะเห็นว่าเป็นไปได้มากที่สถานการณ์ดังกล่าวจะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก แม้ว่าผู้เขียนจะตระหนักดีถึงผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นหากกำหนดไว้ชัดเจนเช่นนี้ ซึ่งอาจทำให้เด็กที่เกิดมาไม่ได้อยู่ในสถานะที่จะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กนั้นเสมอไป เช่น ในบางกรณีที่สายสัมพันธ์ระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับเด็กไม่ได้เกิดขึ้น และหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องการเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาอย่างบุตรของตน เป็นต้น แต่ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อมีบุคคลที่มีสถานะทางธรรมชาติเป็นมารดาอย่างจริงแท้แล้ว การจะปฏิเสธสถานะทางธรรมชาตินั้นโดยสิ้นเชิงก็เหมือนปฏิเสธความจริงที่ไม่สามารถปฏิเสธได้ แม้จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดมาก็ตาม เพราะไม่ว่าผลที่เกิดขึ้นจะเป็นเช่นไร สิ่งที่ไม่อาจปฏิเสธได้ก็คือ ตั้งแต่อดีตกาล “มารดา” คือหญิงที่ให้กำเนิดบุตรที่สืบสายโลหิตมาจากตน ไม่ว่าหญิงนั้นจะมีเจตนาที่จะมีบุตรหรือไม่ ความจริงข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นความจริงแท้ตามธรรมชาติ ไม่ใช่เพียงความจริงที่กฎหมายกำหนดให้เป็นเท่านั้น และเห็นว่าเป็นความจริงที่ไม่อาจปฏิเสธได้โดยกฎหมาย และความจริงนี้ก็มิน่าจะเป็นสิ่งที่เราสามารถจะนำเอาประโยชน์สูงสุดของเด็กมาประนีประนอมได้เช่นกัน

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายนี้ ก็สมควรที่จะหาเครื่องมืออื่นมาเพื่อพยายามรับรองประโยชน์สูงสุดของเด็กให้ได้มากที่สุดแม้ว่าสถานะความเป็นมารดาจะคงอยู่กับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็ตาม ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึง

---

[43] ปทิตตา ไชยปาน, “ปัญหาการตั้งครรภ์แทนกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557) หน้า 49.

เห็นว่า หากกำหนดให้ชายผู้ประสงค์จะมีบุตรผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กสามารถพิสูจน์ความเป็นบิดาได้โดยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ แล้วให้ศาลมีอำนาจในการมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงความเป็นบิดาโดยกำหนดให้แก่ชายผู้ประสงค์จะมีบุตรดังกล่าวเป็นบิดาของเด็กได้ ก็จะเป็นเครื่องมือที่ดีเครื่องมือหนึ่งในการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กมากยิ่งขึ้น โดยเมื่อชายดังกล่าวนั้นมีสถานะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กแล้ว การพิจารณาว่าเด็กจะอยู่ในอำนาจปกครองของใครนั้น ก็ให้ศาลพิจารณาโดยคำนึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ นอกจากนี้ยังเห็นว่าควรกำหนดให้แม้ในกรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นไม่ได้มีสถานะทางกฎหมายเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น แต่ถ้าหากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนหรือหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่สามารถเลี้ยงดูเด็กได้ด้วยเหตุที่ขาดปัจจัยในทางเศรษฐกิจ ก็ควรให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นอาจต้องมีหน้าที่ต้องรับผิดในค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาด้วย ก็จะเป็นการช่วยคุ้มครองประโยชน์ของเด็กได้มากยิ่งขึ้น

4.4.2.2 กรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

การกำหนดให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมานั้นเป็นเงื่อนไขที่พบได้ในประเทศส่วนใหญ่ที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้เช่นกัน ดังที่ได้เกริ่นนำไปในข้างต้นการแยกพันธุกรรมออกจากการให้กำเนิดสร้างประเด็นปัญหาให้ต้องครุ่นคิดถึงความหมายของคำว่าบิดามารดาขึ้นมาว่าควรจะให้หมายถึงใคร ซึ่งในปัจจุบันความเห็นกระแสหลักที่ยึดการให้กำเนิดเป็นหลักในเรื่องการกำหนดความเป็นมารดานั้นก็ยังคงอยู่ และยังมีเหตุผลรองรับอยู่มากซึ่งรวมไปถึงข้อโจมตีการกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยพันธุกรรมในกรณีของผู้บริจาค แต่ก็มีแนวโน้มที่จะเริ่มยอมรับการเข้ามามีบทบาทของพันธุกรรมในการกำหนดความเป็นบิดามารดามากขึ้น โดยให้ใช้เป็นตัวกำหนดความเป็นบิดามารดาได้หากมีเจตนาเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ดังที่ในหลาย ๆ ประเทศที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนจึงกำหนดกฎเกณฑ์ให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยคนใดคนหนึ่งต้องมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กด้วย ซึ่งหากมองในด้านการคุ้มครองเด็กแล้ว การกำหนดดังกล่าวก็เห็นว่าจะเป็นประโยชน์ต่อเด็กเป็นอย่างมาก เพราะพันธุกรรมเป็นปัจจัยที่แสดงออกซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลได้เป็นอย่างดีในระยะยาว ความเหมือนกันของบิดามารดาบุตรนั้นนอกจากจะทำให้เด็กมีความเข้าใจในต้นกำเนิดของตนเองได้เป็นอย่างดี ยังทำให้เด็กไม่รู้สึกแปลกแยกและมีความรู้สึกเป็นส่วนหนึ่งของสังคมที่มีลักษณะส่วนใหญ่เป็นเช่นนั้น เช่น เด็กที่เกิดจากการใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรชาวอเมริกัน เกิดโดยมีหญิงไทยเป็นผู้ตั้งครรภ์ เกิดมามีลักษณะสูงใหญ่ ตาสีฟ้า ผมสีทอง เหมือนผู้เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ หากใช้ชีวิตอยู่

กับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรในสังคมอเมริกันย่อมไม่สับสนในต้นตระกูลของตนเองเพราะก็มีลักษณะที่คล้ายบุคคลที่ตนเรียกว่าบิดามารดาและก็มีลักษณะเป็นหนึ่งเดียวกันกับสังคมที่อาศัยอยู่ที่มีลักษณะเผ่าพันธุ์เดียวกัน ในทางกลับกันหากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมเลยก็อาจเกิดปัญหาในเรื่องดังกล่าวได้

หลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ของไทยนั้นก็ปรากฏหลักเกณฑ์ดังกล่าวเช่นกัน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 22 ในเรื่องวิธีการตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายยอมรับให้ทำได้โดยกำหนดให้ต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคนในการดำเนินการตั้งครรภ์แทน แต่ไม่ได้กำหนดผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ทำตามวิธีที่กฎหมายกำหนดนี้ไว้ จึงต้องกลับไปใช้กฎหมายครอบครัวดังที่ได้กล่าวไปแล้วในข้างต้น

แม้ว่าในนิยามการตั้งครรภ์แทนของรัฐนิวแฮมป์เชียร์ห้ามมิให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมแต่ก็ไม่ได้กำหนดให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรต้องมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก คือ จะใช้เซลล์สืบพันธุ์ของผู้บริจาคก็ได้ เช่นเดียวกับเงื่อนไขของสัญญาที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ของรัฐเท็กซัส แต่รัฐอิลลินอยส์นั้นได้นิยามไปรวมถึงเงื่อนไขให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคนต้องมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาด้วย ซึ่งมีเหมือนกับหลักเกณฑ์ในการขออนุญาตในรัฐเวอร์จิเนีย

ผลการไม่ทำตามเงื่อนไขความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมของรัฐเวอร์จิเนียนี้จะส่งผลให้ศาลอาจไม่มีคำสั่งอนุญาตให้ทำการตั้งครรภ์แทนได้ โดยผลในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรในการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้รับอนุญาตจากศาลของรัฐเวอร์จิเนียนั้นผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในปัญหาผลทางกฎหมายของการนำผลทางกฎหมายครอบครัวมาปรับใช้ ข้อ 4.2 ในกรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมเลยนั้น เด็กที่เกิดมาจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับสามีถ้าสามีเข้าร่วมในสัญญาด้วย

แต่ในกฎหมายของรัฐอิลลินอยส์นั้น หากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กก็จะไม่เข้าลักษณะตามคำนิยาม ซึ่งจะไม่เป็นการตั้งครรภ์แทนที่อาจนำเอาหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น ๆ มาใช้ได้เลย ซึ่งอาจหมายความว่าจะต้องกลับไปใช้หลักตามกฎหมายครอบครัวทั่วไปของรัฐ อย่างไรก็ดี ผู้เขียนก็มีความเห็นเหมือนที่กล่าวไปแล้วข้างต้นในประเด็นเรื่องผลกรณีหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมของรัญอิลลินอยส์ว่าด้วย

ลักษณะของศาลในระบบคอมมอนลอว์แล้ว ศาลอาจจะไม่ยึดตามหลักการให้กำเนิดตามกฎหมายครอบครัวเสมอไปก็ได้

นอกจากนี้ รัฐอิลลินอยส์ยังมีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นพิเศษในกรณีเกิดความผิดพลาดในห้องปฏิบัติการทำให้เด็กที่เกิดมานั้นไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรด้วย โดยกำหนดให้ไม่นำเอาความผิดพลาดนั้นมาเป็นเหตุให้เด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์ที่ทำถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไม่เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ซึ่งเป็นการบัญญัติในลักษณะที่คุ้มครองคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรผู้ตั้งใจจะกระทำการตามที่กฎหมายกำหนด ในขณะเดียวกันก็อาจมองได้ว่าเป็นการคุ้มครองเด็กด้วย เพราะถึงแม้ว่าเด็กอาจจะตกอยู่ในสถานการณ์ที่สร้างความสับสนในต้นกำเนิดของตนเองและอาจเกิดความรู้สึกแปลกแยกจากสังคมที่เป็นอยู่ แต่ก็อาจมองได้ว่าหากเด็กได้อยู่กับบุคคลที่กฎหมายกลั่นกรองผ่านหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดมาให้แล้วว่าสมควรและเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กและจะสามารถทำหน้าที่เป็นบิดามารดาที่ดีให้แก่เด็กได้ ก็พอจะสันนิษฐานได้ว่าเด็กนั้นจะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูที่ดีและอาจมาชดเชยความรู้สึกทางด้านลบเหล่านั้นได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการบัญญัติกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีความเหมาะสม

การที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่ได้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนี้ ทำให้เหตุผลในการสนับสนุนให้ก่อตั้งความเป็นบิดามารดาของพวกเขานั้นลดน้อยลงไปมาก เพราะเท่ากับว่าความเชื่อมโยงเดียวที่มีระหว่างคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกับเด็กที่เกิดมาก็คือเจตนาของคู่สัญญาที่เป็นผู้ทำให้เกิดเด็กขึ้นมา ซึ่งตามหลักเหตุผลแล้ว หากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นต้องการที่จะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาโดยที่เด็กนั้นไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับพวกเขาเลยทั้งทางพันธุกรรมและการให้กำเนิด ก็อาจเปรียบได้กับการต้องการรับเด็กคนหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมตั้งแต่ยังเล็ก ถึงแม้ว่าจะมีความแตกต่างที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นจะเป็นผู้ก่อเจตนาแรกเริ่มซึ่งหากไม่มีเจตนานั้นแล้วเด็กจะไม่อาจเกิดขึ้นได้เลยก็ตาม แต่หากลำพังความต้องการจะเลี้ยงดูบุตรนั้นก่อให้เกิดสถานะทางกฎหมายได้ก็อาจจะขัดต่อธรรมชาติของความเป็นบิดามารดา

จริงอยู่ที่เป็นไปได้อย่างมากว่าหากเด็กได้อยู่ภายใต้ความดูแลของบุคคลที่ต้องการจะดูแลตนและมีความพร้อมในการจะอุปการะเลี้ยงดูนั้นจะเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของเด็กเป็นอย่างดี และในความเป็นจริงแล้วหญิงที่ตั้งครรภ์แทนอาจจะไม่ได้ต้องการหรือไม่พร้อมที่จะเลี้ยงดูเด็กเลย แต่เมื่อคำนึงถึงธรรมชาติของสถานะความเป็นบิดามารดาแล้ว เจตนาจะมีความสำคัญถึงขนาดสามารถนำมาเป็นเครื่องมือในการกำหนดสถานะเป็นบิดาหรือมารดาแต่เพียงลำพังได้จริงหรือ ในความเห็นของผู้เขียน กฎเกณฑ์ทางธรรมชาติของความเป็นบิดามารดานั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ด้วยข้อเท็จจริงที่มี

ลักษณะพิเศษบางประการของบุคคลหนึ่ง ๆ ซึ่งในที่นี้ก็คือ การเป็นผู้ให้กำเนิดหรือการมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมอันเป็นความผูกพันในทางชีววิทยา เป็นลักษณะตามธรรมชาติของบิดามารดา และเป็นเครื่องบ่งบอกถึงสถานะตัวบุคคลที่ถูกเรียกว่าบิดาหรือมารดามาอย่างช้านาน ดังนั้นหากจะคำนึงถึงแต่เจตนาของคู่สัญญาก็เหมือนว่าเราเอาองค์ประกอบในส่วนของความเป็นมนุษย์ตามธรรมชาตินั้นออกไปจากการกำหนดสถานะของมนุษย์เองโดยสิ้นเชิง

อย่างไรก็ดี ในกรณีเช่นนี้ ที่บิดามารดาโดยการให้กำเนิด โดยทางพันธุกรรม โดยเจตนา แยกออกจากกันไปอยู่กับบุคคลแต่ละคน การจะบอกว่าใครควรเป็นบิดามารดาโดยการลำดับความสำคัญว่าควรจะให้น้ำหนักกับบิดามารดาตามทฤษฎีใดมากกว่ากันดูเหมือนจะเป็นข้อถกเถียงอันไม่มีที่สิ้นสุด เพราะหลักการแต่ละอย่างล้วนมีเหตุผลรองรับในมุมมองที่แตกต่างกัน แต่ไม่ว่าจะเป็นเหตุผลสนับสนุนทฤษฎีใดก็ล้วนมีเหตุผลในเรื่องประโยชน์ของเด็กเข้ามาเกี่ยวข้องทั้งสิ้น และเด็กก็เป็นบุคคลเดียวในความสัมพันธ์นี้ที่ไม่มีส่วนในการไม่กระทำการตามกฎหมายนั้น ประกอบกับที่การคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นเป็นวัตถุประสงค์หลักของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญในกรณีดังกล่าวนี้ ถึงแม้ว่าผลสุดท้ายจะขัดต่อหลักธรรมชาติความเป็นบิดามารดาบุตร แต่ก็ไม่ใช่การขัดต่อธรรมชาติเพราะเห็นคุณค่าของเจตนาของปัจเจกชนเหนือกว่า แต่ล้วนเป็นไปเพื่อคุ้มครองเด็กผู้บริสุทธิ์ทั้งสิ้น

4.4.3 ปัญหาผลทางกฎหมายของการไม่ทำเป็นหนังสือ

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในเบื้องต้นในหัวข้อ 2.4.2.2 เรื่องข้อตกลงที่ไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ว่าผู้เขียนนั้นมีความเห็นในกรณีที่กฎหมายกำหนดแบบให้ต้องกระทำตาม แต่ไม่ได้กำหนดผลของการไม่ทำตามแบบนั้นไว้ว่าไม่ได้ทำให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะตามมาตรา 152 เสมอไป ประกอบกับที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นั้นได้บัญญัติแบบที่ให้คู่สัญญาต้องทำเป็นหนังสือไว้ในมาตรา 3 ซึ่งเป็นบทนิยามของการตั้งครรภ์แทน ซึ่งโดยปกติแล้วตามหลักการใช้การตีความกฎหมาย เมื่อพระราชบัญญัติหนึ่ง ๆ นั้นมีบทนิยามกำหนดความหมายเฉพาะที่ใช้แก่ถ้อยคำในพระราชบัญญัตินั้น ๆ ไว้ หากสิ่งหนึ่งสิ่งใดไม่มีลักษณะตรงตามคำนิยามนั้น แม้ในทางปฏิบัติตามความเป็นจริงอาจเข้าใจว่าหมายรวมถึงสิ่งเหล่านั้นได้ด้วย ก็ย่อมไม่ใช่สิ่งเหล่านั้นในสายตาของพระราชบัญญัตินั้น ๆ กล่าวคือ ในนิยามมาตรา 3 นั้นนิยามให้การตั้งครรภ์แทนหมายถึง การตั้งครรภ์แทนที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร แม้ในความเป็นจริงการตั้งครรภ์แทนอาจหมายรวมถึงวิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ลักษณะหนึ่งที่ไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงเป็นหนังสือระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับคู่สัญญานั้น แต่การ

ตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีข้อตกลงนั้นย่อมไม่ใช่การตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ ผลของการไม่ทำสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นหนังสือในที่นี้จึงน่าจะทำให้ไม่เป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนตามความหมายของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นั่นเอง

ผู้เขียนเข้าใจดีว่าวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้นก็เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรวมถึงเด็กที่เกิด และเพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์การกระทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ซึ่งผู้เขียนก็เห็นด้วยเห็นอย่างยิ่งว่าควรจะกำหนดให้มีการทำเป็นหนังสือ ซึ่งหากเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนี้การจะกำหนดในบทนิยามหรือกำหนดในฐานะเป็นเงื่อนไขของการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนในมาตราอื่น ๆ ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นั้นก็อาจไม่ส่งผลแตกต่างกันมากนัก แต่ว่าการกำหนดไว้ในบทนิยามนั้นอาจส่งผลให้ แม้ในอนาคตจะได้มีการแก้ไขผลทางกฎหมายของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายแล้วดังที่ผู้เขียนต้องการเสนอแล้ว ก็ไม่อาจนำผลดังกล่าวไปใช้กับการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้ทำเป็นหนังสือนั้นได้ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าในเมื่อไม่ว่าจะกำหนดในบทนิยามหรือกำหนดในบทบัญญัติมาตราอื่นก็ส่งผลให้คู่สัญญาต้องทำเป็นหนังสือเฉกเช่นเดียวกันแล้ว หากการกำหนดให้อยู่ในมาตราอื่นนั้นจะเป็นประโยชน์มากกว่าในมุมมองที่สามารถใช้ผลในเรื่องการไม่กระทำตามกฎหมายหากได้มีการกำหนดแก้ไขในอนาคต ก็น่าจะนำเอาหลักเกณฑ์ดังกล่าวมากำหนดในมาตราอื่นที่ไม่ใช่บทนิยาม เช่น หากในอนาคตมีการแก้ไขให้นำเอาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ตัดสินผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด แต่การตั้งครรภ์แทนระหว่างนายและนางซิมป์ซันคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร กับนางแมรี่หญิงที่ตั้งครรภ์แทน ไม่ได้มีการทำข้อตกลงเป็นหนังสือ การตั้งครรภ์แทนดังกล่าวก็จะไม่เข้าลักษณะ “การตั้งครรภ์แทน” ในบทนิยามของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ จึงไม่อาจนำเอาผลที่เป็นไปตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่กฎหมายแก้ไขนั้นมาใช้ได้ ในขณะที่หากนำเอาเงื่อนไขในการต้องทำข้อตกลงเป็นหนังสือนั้นไปไว้เป็นหนึ่งในเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยนิยามการตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่สื่อความถึงการที่หญิงผู้หนึ่งตั้งครรภ์โดยวิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยตกลงจะสละสิทธิที่มีเหนือตัวเด็กทั้งหมดให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเท่านั้น แม้การตั้งครรภ์แทนระหว่างนายและนางซิมป์ซัน กับนางแมรี่จะไม่ได้มีการทำข้อตกลงเป็นหนังสือก็จะยังสามารถนำเอาผลตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ได้

กฎหมายต่างประเทศนั้น ในรัฐนิวแฮมป์เชียร์และรัฐอิลลินอยส์ซึ่งมีการกำหนดกฎเกณฑ์ของการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายยอมรับให้มีได้ไว้ในลักษณะเดียวกับกฎหมายไทยนั้นได้กำหนดเงื่อนไขการทำเป็นหนังสือนี้ไว้ในบทนิยามเช่นกัน แต่ในรัฐเท็กซัสและรัฐเวอร์จิเนียที่

กำหนดให้การตั้งครรภ์แทนต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนนั้นกำหนดไว้ในมาตราอื่น ๆ ส่วนในรัฐนิวยอร์กนั้นกำหนดไว้ในนิยาม แต่หมายรวมถึงทั้งสัญญาที่ทำโดยวาจาและที่ทำเป็นหนังสือซึ่งน่าจะเป็นเพราะว่ารัฐนิวยอร์กนั้นต้องการให้การตั้งครรภ์แทนทุกลักษณะเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้

4.4.4 ปัญหาผลทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทนข้ออื่น ๆ

เงื่อนไขอื่น ๆ ที่ไม่ได้กำหนดแยกผลไว้ต่างหากนี้ ตัวอย่างเช่น เงื่อนไขเกี่ยวกับตัวบุคคลกรณีอื่น ๆ ที่ไม่ใช่เรื่องความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม เช่น เงื่อนไขเกี่ยวกับการตรวจสอบสภาพจิตใจและสภาพร่างกายของบุคคลที่เกี่ยวข้อง เงื่อนไขเกี่ยวกับลักษณะของบุคคล เช่น อายุ ประสบการณ์ ความบกพร่องทางร่างกาย และเงื่อนไขเกี่ยวกับสัญญา เช่น เนื้อความให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรยอมรับเด็กที่เกิดมาในฐานะบุตรของตน หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามีเข้าใจและยินยอมเข้าร่วมในสัญญา

ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น ในกฎหมายไทยนั้นมิได้มีการกำหนดผลของการไม่ทำตามเงื่อนไขไว้ ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขใดก็ตาม ส่วนในต่างประเทศนั้นโดยส่วนมากแล้วกฎหมายจะกำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ในลักษณะรวม ๆ กัน คือ กำหนดเป็นหลักเกณฑ์ที่สามารถนำไปใช้ในกรณีมีการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายโดยไม่ได้แยกว่าเป็นการไม่ทำตามในเงื่อนไขใดเป็นพิเศษ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นเพราะหากกำหนดแยกต่างหากออกจากกันในเงื่อนไขแต่ละเงื่อนไขนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหา อันเนื่องจากผลที่ขัดแย้งกันเองในกรณีสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขหลายข้อ และโดยสภาพแล้วเงื่อนไขต่าง ๆ นั้นต้องใช้ร่วมกันจึงจะก่อให้เกิดผลที่กฎหมายต้องการคุ้มครองได้ ดังนั้นการจัดลำดับความสำคัญว่าควรให้เงื่อนไขใดอยู่เหนือกว่าเงื่อนไขอื่นนั้นอาจเป็นไปได้ยาก ส่วนที่ทำได้บ้างก็คือเงื่อนไขที่ผู้เขียนได้แยกให้เห็นไปในข้างต้นแล้ว

ในการไม่ทำตามเงื่อนไขอื่น ๆ นี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นที่ตั้งเช่นเดียวกัน เพราะเงื่อนไขต่าง ๆ เหล่านั้นก็ล้วนมีขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็กทั้งสิ้น การใช้หลักประโยชน์สูงสุดจึงมีความเหมาะสมอย่างยิ่ง

ท้ายสุดนี้ ผู้เขียนได้ทำตารางแสดงข้อสนับสนุน – ข้อโต้แย้งของทฤษฎีการกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตร ตารางเงื่อนไขของการตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายกำหนดของแต่ละประเทศ

และตารางผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดของแต่ละประเทศ ไว้ในภาคผนวก[44]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[44] โปรดดูภาคผนวก ก

บทที่ 5
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

พัฒนาการของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบัน สร้างคุณูปการให้แก่สังคมเป็นอย่างมาก การตั้งครรภ์แทนก็เป็นหนึ่งในพัฒนาการนั้น ซึ่งในด้านหนึ่งก็ดูเหมือนจะมาเติมเต็มความปรารถนาในการดำรงชีวิตของมนุษย์ เติมเต็มความต้องการที่จะมีครอบครัวที่สมบูรณ์ของมนุษย์ โดยไม่จำต้องพึ่งกระบวนการทางธรรมชาติอีกต่อไป แต่ในอีกด้านหนึ่งก็สร้างประเด็นปัญหาที่ทำให้ต้องกลับมาตั้งคำถามกับการกำหนดความสัมพันธ์พื้นฐานในครอบครัวที่มีลักษณะเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม

หลายประเทศตระหนักดีว่ากฎหมายครอบครัวดั้งเดิมนั้นไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้อย่างเหมาะสม จึงมีการตรากฎหมายออกมาใหม่เพื่อนำมาปรับใช้ในกรณีการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยเฉพาะ เช่นเดียวกับประเทศไทยที่ในปัจจุบันมีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ขึ้น เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ โดยกำหนดสถานะที่แน่นอนให้เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร และเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้บริการทางการแพทย์ที่เหมาะสม รวมไปถึงกำหนดโทษในทางอาญาแก่การกระทำที่ผู้ร่างเห็นว่าส่งผลกระทบร้ายแรงต่อสังคม เนื้อหาของพระราชบัญญัติดังกล่าวประกอบไปด้วยมาตราต่าง ๆ ที่กำหนดรายละเอียดอันเป็นเงื่อนไขในการดำเนินการเพื่อการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขที่เกี่ยวกับเนื้อหาหรือเงื่อนไขที่เกี่ยวกับบุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญา อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดผลของการไม่ทำตามเงื่อนไขที่พระราชบัญญัตินั้นกำหนดไว้ จึงมีประเด็นที่จำต้องพิจารณาว่า หากสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ กำหนดแล้ว จะมีผลเป็นเช่นไร

เมื่อพิจารณากฎหมายไทยในปัจจุบัน หากนำนิติกรรมมาปรับใช้กับเรื่องดังกล่าวที่เป็นการตกลงอันแตกต่างจากกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว ผลของสัญญาก็จะตกเป็นโมฆะ และในกรณีของมีการตกลงทำสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ บัญญัติห้ามไว้อย่างชัดแจ้งแล้ว สัญญานั้นก็จะตกเป็นโมฆะเช่นกันเนื่องจากมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ซึ่งผลของโมฆะกรรมในทางนิติกรรมตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดนั้นคือ

การให้นำหลักลาภมิควรมาปรับใช้ อันเป็นผลที่มุ่งใช้บังคับกับทรัพย์สินในนิติกรรมนั้น ๆ ดังนั้น เมื่อแนวคิดในปัจจุบันไม่ได้มองว่าเด็กเป็นทรัพย์สินของบิดามารดาอีกต่อไป และโดยสภาพแล้วเด็กมิใช่ทรัพย์ จึงไม่อาจนำผลในเรื่องลาภมิควรได้นี้มาใช้กับเรื่องผลในทางสถานะของเด็กที่เกิดจากสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายได้

กฎหมายที่ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะถูกหยิบขึ้นมาใช้กำหนดผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในปัจจุบันก็คือกฎหมายครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะกำหนดผลความเป็นบิดามารดาบุตรจากหลักการให้กำเนิดและข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาอันเป็นหลักที่ใช้กับครอบครัวแบบดั้งเดิม กล่าวคือ หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับและถูกนำมาใช้กับการให้กำเนิดตามธรรมชาติตั้งแต่ครั้งที่ยังไม่ปรากฏเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่สามารถแยกการมีความสัมพันธ์ทางกายตามความเป็นจริงออกจากการสืบพันธุ์ของมนุษย์ได้ ซึ่งในความเห็นของผู้เขียน กฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริงที่เปลี่ยนแปลงไปและไม่สอดคล้องกับความต้องการที่จะคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน แม้ว่าการตั้งครรภ์แทนนั้นจะไม่ได้กระทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแต่การให้เด็กที่เกิดมาต้องเป็นบุตรของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเสมอไปก็เสมือนว่าบุคคลที่รับผลร้ายที่สุดในเรื่องนี้ก็คือเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ซึ่งไม่สามารถเลือกอะไรได้และไม่ได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำอันไม่เป็นไปตามกฎหมายนั้นของผู้ใหญ่ที่เกี่ยวข้องในสัญญาแต่อย่างใด เพราะเด็กอาจตกอยู่ในความดูแลของบุคคลที่ไม่ปรารถนาจะเลี้ยงตน ไม่สมควรจะดูแล หรือไม่พร้อมด้วยปัจจัยทั้งปวง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศไทยที่เรียกได้ว่าเคยเป็นตลาดการรับจ้างตั้งครรภ์แทน ซึ่งหญิงที่ตั้งครรภ์แทนส่วนมากมีฐานะยากจน การให้เด็กอยู่กับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจึงจะสร้างปัญหาหรือส่งผลเสียต่อทั้งกับเด็ก ต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนซึ่งอาจรวมไปถึงครอบครัวของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้น ต่อคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร และอาจสร้างปัญหาให้แก่สังคมในระยะยาวด้วยก็เป็นได้

จากการศึกษาพบว่า ในต่างประเทศก็มีการกำหนดผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายไว้แตกต่างกัน ไม่มีกฎเกณฑ์หนึ่งเดียวที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วกัน

ในประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐเท็กซัสก็กลับไปยึดหลักการให้กำเนิด แต่ชายผู้ประสงค์จะมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมอาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้ตนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ นอกจากนี้ยังกำหนดเพิ่มเติมให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจต้องรับผิดในค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาด้วย รัฐเวอร์จิเนียกำหนดผลไว้หลายระดับโดยลำดับตามความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับบุคคลต่าง ๆ รวมถึงให้โอกาสคู่สัญญาสามารถยื่นขอให้ศาลปรับปรุงสัญญาที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่ได้ขออนุญาตในตอนแรกเพื่อให้ศาลปรับปรุงภายหลังจากเริ่มดำเนินการทางการแพทย์แล้วได้ด้วย รัฐนิวแฮมป์เชียร์กำหนดให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาได้หากเห็นว่าทุกฝ่ายมีเจตนาที่จะ

เข้าร่วมในสัญญาและการมีคำสั่งนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก รัฐอิลลินอยส์ให้ศาลกำหนดความเป็นบิดามารดาจากหลักฐานที่แสดงถึงเจตนาของคู่สัญญาทุกฝ่ายและมีบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องข้อผิดพลาดของห้องปฏิบัติการไว้เป็นพิเศษ รัฐนิวยอร์กแม้มีกฎหมายกำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้ แต่ในกรณีที่เกิดการฝ่าฝืนทำสัญญาตั้งครรภ์แทนขึ้นนั้นผลกลับไม่แน่นอน ศาลพิจารณาคำนึงถึงหลักการอื่น ๆ เช่น หลักความยุติธรรม (Equity) ประกอบด้วย ไม่ได้กลับไปใช้หลักการให้กำเนิดเสมอไป

ในประเทศสหราชอาณาจักรนั้น ไม่ยอมรับให้มีการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน แต่เปิดช่องให้สามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาได้โดยกำหนดเงื่อนไขของคำร้องเอาไว้ อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาของศาลนั้น ด้วยผลของ Human Fertilisation and Embryology (Parental Order) Regulation 2010 (regulation 2 and schedule 1) ศาลจะคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กในระยะยาวเป็นสำคัญที่สุด ทำให้บางครั้งอาจมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาได้แม้ว่าจะไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด นอกจากในกรณีที่ศาลไม่มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานี้ ยังมีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็กพิจารณาว่าในระหว่างเด็กยังเป็นผู้เยาว์นั้น เด็กควรอยู่กับบุคคลใดระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับชายผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายชายหากชายนั้นมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาด้วย

ในข้อถกเถียงเรื่องการกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรในสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้น มีทฤษฎีต่าง ๆ มาสนับสนุนผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ควรจะเกิดขึ้น โดยในบางประเทศยึดหลักการให้กำเนิดอยู่เสมอไป เช่น ประเทศอื่น ๆ ที่ไม่มีกฎหมายพิเศษ ในบางประเทศใช้ความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมควบคู่ไปกับเจตนาของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร เช่น ประเทศไทย และก็มีอยู่บ้างที่ใช้หลักเจตนาล้วน ๆ เช่น รัฐแคลิฟอร์เนียของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการจะกำหนดผลขึ้นมาได้นั้นก็มีข้อพิจารณาต่าง ๆ ที่ต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น ความผูกพันของหญิงที่ตั้งครรภ์ต่อเด็ก ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และประโยชน์ต่อเด็กที่เกิดมา เมื่อกำหนดผลออกมาได้แล้วว่าแต่ละประเทศแต่ละรัฐนั้นจะยอมรับการตั้งครรภ์แทนรูปแบบใดและให้ผลเป็นเช่นไร เท่ากับว่าในสายตาของกฎหมายที่ผ่านการพินิจพิเคราะห์มาอย่างดีแล้วนั้นเล็งเห็นว่าการกำหนดเช่นนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทุกฝ่ายและบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายก็ควรปฏิบัติตาม หากบุคคลเหล่านั้นเลือกที่จะไม่ปฏิบัติตามกฎหมายแล้วการคำนึงถึงผลที่จะเกิดขึ้นก็ไม่ควรนำเอาประโยชน์ของบุคคลที่ไม่ทำตามกฎหมายนั้นมามีน้ำหนักในการพิจารณาเหนือไปกว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดมาที่ไม่มีส่วนในการไม่กระทำการตามกฎหมายนั้นและเป็นผู้บริสุทธิ์อย่างแท้จริงในสถานการณ์นี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ของไทย ที่ต้องการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กด้วยแล้ว การคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย

จึงเป็นสิ่งที่สมควรกระทำอย่างยิ่ง การคำนึงถึงสายสัมพันธ์อื่น ๆ เหนือกว่าประโยชน์ของเด็กในกรณีนี้ที่ผู้ใหญ่ที่สามารถอ้างสายสัมพันธ์นั้น ๆ ได้เป็นผู้ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายก็เท่ากับเป็นการปล่อยให้ประโยชน์หรือผู้อ้างสิทธิซึ่งไม่กระทำการตามกฎหมายนั้นอยู่เหนือสิทธิของผู้บริสุทธิ์ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าผลที่ควรจะเกิดขึ้นเมื่อมีการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนอันละเมิดต่อกฎหมายนั้นควรเป็นผลที่เป็นไปตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

การคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้ จริงอยู่ที่ว่าอาจจะทำให้มีความแน่นอนชัดเจนยิ่งขึ้นโดยการลำดับความสำคัญของสายสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนั้น ๆ กับเด็ก กล่าวคือชั่งน้ำหนักความสัมพันธ์เป็นขั้น ๆ อย่างกฎหมายของรัฐเวอร์จิเนีย แต่การกำหนดเช่นนั้นก็ไม่ได้รับรองประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริง เป็นเพียงข้อสันนิษฐานว่าผลนั้นจะเป็นไปโดยสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็กส่วนมากเท่านั้น และการพิจารณาสายสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นนี้ก็ยังเป็นการพิจารณาผลต่อเด็กจากมุมมองของบุคคลอื่น มิใช่การมองจากมุมของเด็กโดยแท้

ส่วนการพิจารณาเจตนาของคู่สัญญาทุกฝ่ายอย่างในกฎหมายของรัฐอิลลินอยส์ แม้อาจจะทำให้เด็กได้อยู่กับบุคคลที่ต้องการจะเลี้ยงดูตนซึ่งเป็นบุคคลที่มีแนวโน้มจะที่จะทำหน้าที่ในฐานะบิดามารดาได้ดีและจะเป็นประโยชน์ต่อเด็ก แต่ก็ยังเป็นเพียงการสันนิษฐานที่อาจไม่เกิดขึ้นจริงและอาจเกิดปัญหากรณีที่เจตนาของทั้งสองฝ่ายขัดแย้งกัน นอกจากนี้ การใช้เจตนาโดยลำพังในการกำหนดสถานะของบุคคลนั้นก็ยังมีข้อโต้แย้งอยู่มาก อีกทั้งการพิจารณาเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยังไม่ใช่การมองจากมุมมองของเด็กอย่างแท้จริงอีกด้วย

และการให้เด็กมีสถานะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในทุกกรณี อย่างผลที่กำหนดในกฎหมายของรัฐเท็กซัส ผู้เขียนก็เห็นว่าไม่ใช่วิธีที่คุ้มครองเด็กได้มากที่สุด แม้ว่าจะมีการกำหนดหน้าที่ในการจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็ตาม เพราะการคุ้มครองเด็กนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่แค่กับการมีสถานะทางเศรษฐกิจที่ดีเท่านั้นแต่ควรจะต้องพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ อีกหลายปัจจัย ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่สมควรให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นมีเพียงกรณีเดียว คือกรณีที่หญิงนั้นมีธรรมชาติที่เหมือนหนึ่งเป็นมารดาโดยธรรมชาติของเด็กเป็นอย่างยิ่ง กล่าวคือ เป็นทั้งหญิงที่ให้กำเนิดและมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กนั่นเอง

การพิจารณาผลต่อเด็กในกรณีการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายให้ได้ผลที่คุ้มครองเด็กมากที่สุดนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการพิจารณาเป็นรายกรณี โดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไปในแต่ละคดีนั้นจะสามารถค้นหาคำตอบที่สอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็กแต่ละคนได้มากที่สุด เพราะเป็นการพิจารณาจากมุมมองของเด็กแต่ละคนเป็นสำคัญอย่างแท้จริง อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดนี้ ก็ควรมีการกำหนดปัจจัยหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้อย่างชัดแจ้งเพื่อเป็นกรอบให้ศาลนำไปใช้ในการพิจารณา โดยกำหนดไว้เป็นการเฉพาะเนื่องจากมีบางปัจจัยที่ควร

คำนึงถึงซึ่งแตกต่างจากการพิจารณาประโยชน์สูงสุดในกรณีทั่วไป ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในข้อเสนอแนะ

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาค้นคว้าเรื่องผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดตามกฎหมายไทย กฎหมายต่างประเทศ ประกอบกับทฤษฎีทางกฎหมายต่าง ๆ ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายที่ใช้อยู่ ณ ปัจจุบัน อาจจะก่อให้เกิดปัญหากับเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวได้ เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวให้ได้มากที่สุด ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

5.2.1 กำหนดผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะโดยไม่ใช้ผลตามหลักการให้กำเนิดเพียงอย่างเดียว

5.2.1.1 กำหนดผลกรณีไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม

5.2.1.1.1 หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

หากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก ควรให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา เนื่องจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับมารดาตามธรรมชาติเป็นอย่างยิ่ง

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าควรเปิดโอกาสให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายชายสามารถพิสูจน์ความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้โดยพิสูจน์ว่าตนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมานั้น และหากพิสูจน์ได้เช่นนั้นก็ให้ศาลพิจารณาว่าผู้ใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ โดยให้กำหนดไว้เป็นกรณีเฉพาะในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นี้ นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจต้องมีหน้าที่รับผิดในค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นแม้ว่าสุดท้ายแล้วตนจะไม่ได้มีสถานะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นก็ตาม โดยอาจบัญญัติเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ไว้ดังนี้

“หากการตั้งครรภ์แทนใด หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมทางกับเด็กที่เกิดมา ให้กำหนดสถานะความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในกรณีการตั้งครรภ์แทนตามวรรคแรก ชายผู้เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งให้ตนมีสถานะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นได้ หากพิสูจน์ได้ว่าตนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก

หากศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดาตามวรรคสอง ผู้ใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ให้ศาลพิจารณาถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ

คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่ไม่มีสถานะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนตามวรรคแรก อาจต้องร่วมรับผิดชอบในค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้นด้วย”

ในการบริหารเงินที่ได้จากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรให้มีประสิทธิภาพมากที่สุดนั้น อาจกระทำผ่านทางหน่วยงานของรัฐหรือมูลนิธิ โดยให้เงินหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นรายเดือนตามสมควร และติดตามผลในการเลี้ยงดูเด็กของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นระยะ ๆ หากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรต้องการจะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาก็ให้นำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมมาปรับใช้

5.2.1.1.2 คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

หากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรทั้งสองคนไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาและไม่ใช่กรณีหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กดังที่กล่าวไปข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าควรคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กในการกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตร โดยให้ศาลเป็นผู้พิจารณามีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเป็นรายกรณี ซึ่งจะขอกล่าวรวมกับข้อเสนอแนะข้อ 5.2.1.3

แต่ในกรณีที่เป็นความผิดของห้องปฏิบัติการนั้นผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรจะยกขึ้นเป็นข้อที่ทำให้สัญญาตั้งครรภ์แทนเสียไป เพราะเหตุผลที่ว่าไม่ใช่ความผิดของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่มีเจตนาสุจริต โดยอาจบัญญัติเพิ่มเติมในมาตรา 29 วรรค 1 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่บัญญัติไว้ว่า “มาตรา 29 เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด” โดยอาจเพิ่มเติมในวรรคต่อมาว่า

“ความในวรรคหนึ่งนี้ให้ใช้บังคับกับกรณีที่เด็กที่เกิดโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร เนื่องจากความผิดพลาดของห้องปฏิบัติการด้วย”

และเห็นว่าควรมีการพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดของแพทย์หรือห้องปฏิบัติการที่เป็นผู้ดำเนินการตามเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้น ๆ ผิดพลาด เนื่องจากหากใช้ความรับผิดทางละเมิดในปัจจุบันอาจจะยังมีปัญหาว่าเด็กที่เกิดมานั้นถือเป็นความเสียหายตามขอบเขตของกฎหมายละเมิดหรือไม่อย่างไร หรือเป็นความเสียหายที่เกิดจากการทำผิดสัญญาหรือไม่เพียงใด ซึ่งในส่วนนี้อยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์นี้

5.2.1.2 กำหนดผลกรณีไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์

ผู้เขียนเห็นว่าควรจะให้ข้อตกลงในส่วนที่เป็นค่าตอบแทนในลักษณะทางพาณิชย์เป็นโมฆะแยกส่วนไป แต่ไม่กระทบถึงความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรที่ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมายจากการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปตามเงื่อนไขอื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนดแล้วอย่างครบถ้วน โดยอาจกำหนดเพิ่มเติมไว้อย่างชัดแจ้งในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ว่า

“หากในสัญญาตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงที่กำหนดให้มีการจ่ายค่าตอบแทนหรือให้ประโยชน์อื่นใด ในทางการค้า ให้ข้อตกลงดังกล่าวนั้นเป็นโมฆะไปเฉพาะข้อตกลงนั้น”

ในส่วนของการพยายามควบคุมการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ให้หมดไปนั้น ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการทางอาญา ไม่ว่าจะเป็นความผิดอาญาที่ลงโทษผู้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า และความผิดอาญาลงโทษคนกลางหรือนายหน้า ที่เรียก รับ หรือ ยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ถ้าหากมีการใช้บังคับอย่างเคร่งครัดแล้วก็จะช่วยปราบปรามและยับยั้งการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ที่กฎหมายไม่ประสงค์ให้เกิดขึ้นนั้นได้เป็นอย่างมากแล้ว

5.2.1.3 กำหนดผลกรณีไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายข้ออื่น ๆ

ในการทำผิดเงื่อนไขอื่น ๆ นอกจากที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ผู้เขียนเห็นว่าผลในทางสถานะของเด็กจะเป็นอย่างไรนั้น ควรให้ศาลเป็นผู้พิจารณาโดยคำนึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ โดยกำหนดให้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเป็นเครื่องมือ กล่าวคือ กำหนดให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรให้เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์ หากได้ความว่าการมีคำสั่งเช่นนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย

ในส่วนของผู้ที่สามารถยื่นคำร้องของให้ศาลมีคำสั่งได้นั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้ทั้งคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนสามารถมีคำร้องดังกล่าวได้ และเพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กมากขึ้นไปอีกระดับหนึ่ง เห็นว่าควรกำหนดอำนาจให้อัยการสามารถเป็นผู้ร้องขอได้ด้วย โดยอาจกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ว่า

“ในกรณีที่การตั้งครรภ์แทนไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ บุคคลผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน หญิงที่ตั้งครรภ์แทน หรืออัยการ อาจยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา กำหนดให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนแต่เพียงฝ่ายเดียว และหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับสามีไม่ใช่บิดามารดาของเด็กได้

ในการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา ให้ศาลพิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นเป็นสำคัญ”

ประเด็นที่ว่า อย่างไรถือเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น ผู้เขียนเห็นว่าในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาเพื่อกำหนดขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของศาลไว้โดยเฉพาะอย่างชัดแจ้งว่าให้ศาลคำนึงถึงปัจจัยใดบ้างในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในกรณีของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดนี้ ตามข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

5.2.1.3.1 กำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

กำหนดปัจจัยในการพิจารณาแยกต่างหากออกมาใช้เฉพาะกรณีผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ทำตามกฎหมายนี้เท่านั้น โดยผู้เขียนเสนอให้ใช้ปัจจัยในการพิจารณาดังต่อไปนี้ประกอบกัน

1. ความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม แต่ไม่ให้นำความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมของผู้บริจาคมาพิจารณาเพื่อให้มีสถานะเป็นบิดามารดาของเด็ก และไม่นำมาเป็นเหตุที่มีน้ำหนักจนถึงขนาดไม่พิจารณาเหตุอื่น

2. ความสัมพันธ์ในฐานะเป็นผู้ให้กำเนิด แต่ไม่นำมาเป็นเหตุที่มีน้ำหนักจนถึงขนาดไม่พิจารณาเหตุอื่น

3. เจตนาของคู่กรณีในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก และความรักความผูกพันต่อเด็ก ในกรณีที่มีระยะเวลานานพอที่จะมีพฤติการณ์บ่งบอกได้ รวมถึงเจตนาหรือความยินยอมของสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน (ถ้ามี)

4. ความประพฤติและอุปนิสัยที่อาจส่งผลกระทบต่อเด็กของคู่กรณี รวมถึงสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน (ถ้ามี) และบุคคลที่อาจเข้ามามีบทบาทในการเลี้ยงดูเด็กตามความเป็นจริง เช่น ญาติที่อาศัยอยู่ร่วมกันกับคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

5. ความสามารถในการอบรมสั่งสอนทั้งทางศีลธรรมและวิชาการ ซึ่งอาจรวมถึงบุคคลอื่น ๆ ในชีวิตจริงที่อาจเข้ามามีบทบาทในการเลี้ยงดูเด็ก

6. ลักษณะพิเศษ หรือความต้องการพิเศษของเด็ก เช่น สภาพร่างกายต้องการบุคคลที่สามารถดูแลได้อย่างใกล้ชิด

7. ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อม ไม่ว่าจะเป็นสถานที่สังคม รวมถึงผู้เลี้ยงดู ซึ่งอาจมีน้ำหนักมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีว่าเกิดขึ้นเมื่อใดและเด็กมีความผูกพันกับสภาพแวดล้อมนั้นเพียงใด

8. เจตนาและความปรารถนาของเด็ก ในกรณีที่เด็กโตพอจะเข้าใจสถานการณ์และตัดสินใจอย่างมีเหตุผลได้

9. ทัศนคติและแนวโน้มในการเปิดเผยต่อเด็กเกี่ยวกับความเป็นมาของเด็ก

และผู้เขียนเห็นว่าในการพิจารณาตามหลักประโยชน์สูงสุดนี้ ควรจะกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งด้วยว่าไม่ให้นำเอาความสามารถทางเศรษฐกิจมาร่วมพิจารณาด้วย และกำหนดให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจต้องรับผิดในค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรแม้ว่าตนไม่เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม

โดยอาจบัญญัติเพิ่มเติมไว้ว่า

“ในการพิจารณาความผาสุกและประโยชน์ของเด็กตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ศาลพิจารณาตามแนวทางดังต่อไปนี้

1. ความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม

2. ความสัมพันธ์ในฐานะเป็นผู้ให้กำเนิด

3. เจตนาของคู่กรณีในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก และความรักความผูกพันต่อเด็ก รวมถึงเจตนาหรือความยินยอมของสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

4. ความประพฤติและอุปนิสัยที่อาจส่งผลกระทบต่อเด็กของคู่กรณี สามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน (ถ้ามี) และบุคคลอื่นที่อาจเข้ามามีบทบาทในการเลี้ยงดูเด็กตามความเป็นจริง

5. ความสามารถในการอบรมสั่งสอนทั้งทางศีลธรรมและวิชาการ ของบุคคลนั้นและบุคคลอื่นที่อาจเข้ามามีบทบาทในการเลี้ยงดูเด็กตามความเป็นจริง

6. ลักษณะพิเศษ หรือความต้องการพิเศษของเด็ก

7. ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อม

8. เจตนาและความปรารถนาของเด็ก

9. ทัศนคติและแนวโน้มในการเปิดเผยต่อเด็กเกี่ยวกับความเป็นมาของเด็ก

ทั้งนี้ มิให้ศาลนำเอาฐานะ หรือความสามารถทางเศรษฐกิจของบุคคลผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน และหญิงที่ตั้งครรภ์แทน มาร่วมพิจารณา

คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจต้องร่วมรับผิดชอบในค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทน แม้ไม่มีสถานะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นก็ตาม”

ในทางปฏิบัตินั้น ศาลซึ่งมีภาระหน้าที่ในการพิจารณาข้อพิพาทที่มีอยู่เป็นจำนวนมากนั้นอาจไม่สามารถดำเนินการตรวจสอบปัจจัยในทางข้อเท็จจริงที่จำเป็นต่อการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กได้อย่างครบถ้วน เนื่องจากโดยธรรมชาติและลักษณะของข้อเท็จจริงแล้วมิใช่ข้อเท็จจริงที่อาจได้มาจากการไต่สวนในชั้นศาลเท่านั้น จึงควรมีหน่วยงานที่เข้ามาช่วยศาลในการตรวจสอบและให้ความเห็นในเบื้องต้นเพื่อใช้ประกอบการพิจารณา เพื่อความรอบคอบและความรวดเร็วในพิจารณาคดี และในกรณีที่ไม่มีการตั้งหน่วยงานใดขึ้นมาใหม่ ผู้เขียนเห็นว่าศาลอาจมอบหมายให้พนักงานสังคมสงเคราะห์หรือนักจิตวิทยาเป็นผู้ดำเนินการตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534ได้

5.2.1.3.2 นำแนวทางในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กที่กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549 มาปรับใช้

หากมิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ก็อาจกำหนดให้นำเอา แนวทางในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กที่กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549 มาปรับใช้ก็ได้ โดยอาจเพิ่มเติมไปในบทบัญญัติเกี่ยวกับการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรว่า

“ในกรณีที่การตั้งครรภ์แทนไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ บุคคลผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน หญิงที่ตั้งครรภ์แทน หรืออัยการ อาจยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา กำหนดให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนแต่เพียงฝ่ายเดียว และหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับสามีไม่ใช่บิดามารดาของเด็กได้

ในการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา ให้ศาลพิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นเป็นสำคัญ

การพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กตามวรรคสองนั้น ให้เป็นไปตามที่กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549 กำหนด”

5.2.2 ปรับใช้หลักสุจริตกับการทำผิดเงื่อนไขโดยสุจริตบางประการ

ผู้เขียนเห็นว่า เงื่อนไขที่กำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยากับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่ได้มีเจตนาที่จะไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว แต่ไม่อาจทราบได้เนื่องจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ได้บอกกล่าวหรือตั้งใจปกปิด ศาลอาจพิจารณาโดยใช้หลักสุจริตในฐานะกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) เพื่อให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรผู้สุจริตไม่ต้องรับผลร้ายจากอันเกิดจากการที่สัญญาตั้งครรภ์แทนที่ตนตั้งใจจะทำถูกต้องตามกหมายต้องกลายเป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดโดยทั้งที่มิใช่ความผิดของตน เพื่อให้เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรผู้สุจริต

5.2.3 การปรับปรุงกฎหมายให้คุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กมากยิ่งขึ้น

5.2.3.1 แก้ไขเงื่อนไขในการการตรวจประเมินโดยแพทย์

5.2.3.1.1 แก้ไขให้เงื่อนไขในการได้รับการตรวจประเมินให้เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

การที่พระราชบัญญัติของไทยกำหนดเงื่อนไขการตรวจประเมินความพร้อมทางร่างกายและจิตใจไว้แต่กำหนดไว้ในลักษณะบังคับกับแพทย์นี้[1] ผู้เขียนเห็นว่าควรจะกำหนดเป็นเงื่อนไขกว้าง ๆ ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ทั้งคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องปฏิบัติ จะเป็นการคุ้มครองเด็กได้ดีกว่า เนื่องจากเงื่อนไขดังกล่าวมีความสำคัญอันจะส่งผลต่อเด็กที่เกิดมาเป็นอย่างมาก เพื่อที่จะมั่นใจได้ว่าเด็กจะเกิดมาสมบูรณ์แข็งแรงและตรวจสอบบุคคลที่เกี่ยวข้องที่อาจมีส่วนได้เสียในชีวิตของเด็กเพื่อให้มั่นใจได้ว่าเด็กจะได้รับการเลี้ยงดูจากผู้ที่มีสุขภาพกายสุขภาพใจเหมาะสมจะทำหน้าที่เป็นบิดามารดา จึงไม่ควรให้เกิดเหตุการณ์ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจจะอ้างได้ว่าตนไม่มีเจตนาจะไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย แต่ที่ไม่ได้ทำตามเป็นเพราะความผิดของแพทย์ที่ไม่ทำตามเงื่อนไขโดยคู่กรณีไม่ได้รู้ถึงความผิดพลาดดังกล่าวนั้นด้วย เพราะเป็นส่วนของความรับผิดชอบของ

---

[1] พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 16 “ก่อนให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการ เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องจัดให้มีการตรวจและประเมินความพร้อม ทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิ หรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการ รวมทั้งการป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบ”

แพทย์ที่ต้องกระทำในขั้นตอนก่อนมีการดำเนินการช่วยการเจริญพันธุ์ ซึ่งเป็นอีกส่วนหนึ่งแยกต่างหากออกไปจากสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกัน ในขณะที่ถ้าหากนำมากำหนดไว้ในลักษณะเงื่อนไขที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องทำตามอย่างชัดเจน คู่สัญญาก็จะอ้างไม่ได้ว่าตนไม่ได้รู้เรื่องด้วยในการไม่กระทำตามของแพทย์นั้น ถึงแม้ว่าผู้เขียนจะเห็นว่าแม้จะมีการกำหนดในลักษณะให้เป็นหน้าที่แพทย์อย่างในปัจจุบัน เงื่อนไขนั้นก็ถือเป็นเงื่อนไขหนึ่งของสัญญาอยู่แล้วก็ตาม แต่การกำหนดให้ชัดเจนจะทำให้การได้รับการตรวจประเมินนั้นไม่ใช่เพียงหน้าที่ที่แพทย์ต้องปฏิบัติ แต่เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่ต้องทำตามอย่างระมัดระวังและรอบคอบด้วย จะเป็นประโยชน์กับทั้งเด็กที่เกิดมาและคู่สัญญาที่จะได้รับรู้สิ่งที่ตนต้องกระทำต่าง ๆ อย่างชัดแจ้งด้วย

ดังนั้นในเรื่องเงื่อนไขในการตรวจประเมินสุขภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ที่กำหนดไว้ให้เป็นหน้าที่ของแพทย์นั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดเป็นเงื่อนไขกว้าง ๆ ให้ต้องกระทำการ โดยไม่ได้ระบุให้เป็นหน้าที่ของแพทย์เท่านั้น โดยอาจกำหนดเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจนว่าเป็นเงื่อนไขที่ต้องทำก่อนมีการตั้งครรภ์แทน โดยอาจบัญญัติว่า

“ผู้ขอรับบริการ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิ หรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการ จะต้องได้รับการตรวจและประเมินความพร้อม ทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมก่อนมีการดำเนินการทางการแพทย์เพื่อการตั้งครรภ์แทน”

5.2.3.1.2 เพิ่มเติมให้มีบุคคลผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาค

ในเรื่องความเหมาะสมในการให้แพทย์เป็นผู้ประเมินสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่ไม่เหมาะสม เนื่องจากในทางปฏิบัติแล้วการประเมินดังกล่าวจะต้องใช้ระยะเวลาในการตรวจสอบเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่เป็นอยู่อย่างแท้จริงของบุคคลที่เกี่ยวข้อง และแพทย์ไม่น่าจะมีเวลามากเพียงพอที่จะดำเนินการติดตามผลเพื่อการนั้น ดังนี้จึงควรกำหนดให้มีหน่วยงานแยกออกมาต่างหากเพื่อตรวจสอบสภาพทางสังคมของบุคคลที่เกี่ยวข้องและควรเป็นการตรวจสอบอย่างใกล้ชิดเป็นระยะเวลาตามสมควรเพื่อให้มั่นใจได้ว่าบุคคลที่อาจมีความเกี่ยวข้องกับเด็กที่เกิดมาในอนาคตนั้นเป็นบุคคลที่จะไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก

5.2.3.2 แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทนิยาม “การตั้งครรภ์แทน”

เดิมจากที่มีการกำหนดนิยามการตั้งครรภ์แทนให้ต้องทำข้อตกลงเป็นหนังสือ ทำให้การตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้มีการทำเป็นหนังสือนั้นมิใช่การตั้งครรภ์แทนตามความหมายของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าเพื่อให้สามารถนำหลักเกณฑ์ในเรื่องผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้เป็นไปตาม

กฎหมายที่อาจจะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมตามข้อเสนอแนะนี้ไปปรับใช้ในกรณีสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้ทำเป็นหนังสือได้ด้วยแล้ว จึงควรเปลี่ยนแปลงบทนิยาม “การตั้งครรภ์แทน” ให้เป็นเพียงบทนิยามที่แสดงถึงลักษณะของการตั้งครรภ์แทนที่เข้าใจได้โดยทั่วกันแบบกว้าง ๆ โดยอาจนิยามว่า

““การตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงกับบุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตรก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของบุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้น”

ส่วนหากต้องการให้มีการทำข้อตกลงเป็นหนังสือนั้น ผู้เขียนเห็นว่าก็สามารถนำมาบัญญัติเป็นหนึ่งในเงื่อนไขที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตาม โดยอาจกำหนดว่า

“การตั้งครรภ์แทนต้องมีข้อตกลงเป็นหนังสือระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับสามีและภริยาผู้ประสงค์จะมีบุตร”

5.2.3.3 เพิ่มเติมมาตรา 33 ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

ในความเห็นของผู้เขียนคำว่า “เด็ก” ใน มาตรา 29 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ซึ่งบัญญัติว่า “เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด” อันเป็นมาตราที่กำหนดสถานะทางครอบครัวให้แก่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน และมาตรา 33 ที่กำหนด “ห้ามมิให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว” นั้นน่าจะมีความหมายกว้างรวมไปถึงทั้งกรณีที่เด็กที่เกิดมาสมบูรณ์แข็งแรงดีและเด็กที่พิการด้วย เพราะไม่ว่าเด็กนั้นจะเกิดมามีลักษณะเป็นอย่างไรก็เป็นเด็กในทางธรรมชาติอยู่แล้ว และผู้เขียนยังเห็นว่า การที่กฎหมายบัญญัติไว้กว้าง ๆ ว่าเป็นเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้ สะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายให้ความสำคัญกับเด็กที่เกิดมา ไม่ว่าจะเป็นเด็กที่เกิดมามีลักษณะตามที่ตกลงในสัญญาหรือไม่ เพียงแค่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ กฎหมายก็กำหนดสถานะให้เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรทันที

นอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นว่า คำว่าเด็กในที่นี้จึงน่าจะหมายความรวมไปถึงเด็กทุกคนที่เกิดมา แม้ว่าความเป็นจริงแล้วในสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นอาจจะกำหนดให้มีการกำเนิดบุตรเพียงคนเดียวก็ตาม หากมีเด็กที่เกิดมาจากผลของการตั้งครรภ์แทนครั้งนั้น ๆ เกินกว่าหนึ่งคนแล้ว ก็น่าจะรวม

ไปถึงเด็กทุกคนด้วย คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่อาจปฏิเสธไม่รับเด็กเหล่านั้นที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนครั้งหนึ่ง ๆ นั้นได้ ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ที่ต้องการคุ้มครองเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนด้วย อย่างไรก็ดี หากมีการบัญญัติไว้ให้ชัดแจ้งก็จะทำมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อเป็นการประกันสถานะของเด็กที่เกิดมาและคุ้มครองเด็กได้อย่างเต็มที่ โดยอาจแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 33 เป็น

“ห้ามมิให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว ไม่ว่าเด็กนั้นจะมีจำนวน เพศ สภาพจิตใจหรือร่างกายเป็นอย่างไร หรือเป็นไปตามแสดงเจตนาไว้ในสัญญาตั้งครรภ์แทนหรือไม่”

5.2.3.4 แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 24 ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

แก้ไข มาตรา 24 ที่บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า” โดยเพิ่มเติมให้ชัดแจ้งว่าให้สามารถมีการจ่ายเงินให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้หากเป็นค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล เพื่อสร้างความแน่นอนให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในสัญญาตั้งครรภ์แทนที่มีค่าตอบแทนในจำนวนที่สมเหตุสมผลให้แก่หญิง ว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาที่ตรงตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดและจะก่อสถานะความเป็นบิดามารดาบุตรตามผลของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้ โดยแก้ไขเป็น

“ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า แต่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนตามสมควรโดยต้องไม่มีลักษณะเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้า”

Chulalongkorn University

5.2.3.5 แก้ไขเพิ่มเติมความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์

ปัจจุบันนี้มาตรา 48 ได้กำหนดให้ผู้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้ามีความผิด ซึ่งทำให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์นี้มีความผิดอาญาด้วย ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อเด็กที่เกิดมาซึ่งอาจจะมีสถานะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่ควรลงโทษทางอาญากับบุคคลดังกล่าว โดยอาจแก้ไขเป็น

“มาตรา 48 นอกจากบุคคลซึ่งประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนแล้ว ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 24 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

5.2.3.6 เพิ่มเติมความรับผิดของนายหน้าในการตั้งครรภ์แทน

เพื่อยับยั้งไม่ให้การตั้งครรภ์แทนกลายเป็นธุรกิจ ผู้เขียนเห็นว่าการลงโทษที่จะส่งผลกระทบในทางเศรษฐกิจนั้นน่าจะช่วยได้มาก จึงเห็นว่าควรเพิ่มเติมโทษในทางเศรษฐกิจแก่นายหน้าในการตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นบุคคลที่จะทำให้เกิดการเจริญเติบโตทางธุรกิจการตั้งครรภ์แทน ให้นายหน้ามีความรับผิดต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นเงิน 3 เท่าของค่าตอบแทนที่ได้รับ โดยให้แก่แต่ละฝ่ายฝ่ายละครึ่งหนึ่ง โดยอาจบัญญัติเพิ่มเติมว่า

“ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 27 ต้องรับผิดต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นเงิน 3 เท่าของค่าตอบแทนที่ได้รับ โดยให้แก่คู่สัญญาแต่ละฝ่าย ฝ่ายละกึ่งหนึ่ง”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2). พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

———. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมฤดก. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ ดาราพร ถิระวัฒน์, รายงานฉบับสมบูรณ์ ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และคัดเลือกพันธุกรรม (โครงการชีวจริยธรรมกับการวิจัยวิทยศาสตร์ทางการแพทย์สมัยใหม่, 2548)

ไกรฤกษ์ ทุมโฆษิต. บุตรบุญธรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2529.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.

ไทยรัฐออนไลน์. "สลด! พ่อแม่ทิ้งลูกแรกเกิด 2 สัปดาห์ กลางตลาดนัดสระบุรี." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.thairath.co.th/content/484141 [7 ธันวาคม 2559]

ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำสั่งศาลคดีอุ้มบุญ Carmen. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 45, ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2559): 597-601.

———. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

———. ฎีกาวิเคราะห์ : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10442/2558 (มดลูกหญิงไทย). วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 45 ฉบับที่ 4 (2559): 1107-1112.

———. บุตรนอกสมรสในกฎหมายรัสเซีย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 15 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2528): 95-124.

ไพโรจน์ กัมพูสิริ และ รัศฎา เอกบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วย ครอบครัว. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.

กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. "อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://humanrights.mfa.go.th/th/kids/72/ [11 ธันวาคม 2559]

กานต์ กาญจนไพบูลย์. ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2551.

ข่าวสด. "สลด!คนงานเจอทารกถูกทิ้งปล่อยนอนร้องตัวเปียกฝน หลังห้องน้ำแคมป์คนงานที่สามโคก." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.khaosod.co.th/around-thailand/news_38739 [7 ธันวาคม 2559]

จรัญ โฆษณานันท์. สิทธิมนุษยชนไรพรมแดน : ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์, การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (รายงานวิจัยโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2548)

จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วย ตัวแทน-นายหน้า. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557.

จำปี โสตถิพันธุ์. หลักการรักษาสัญญา. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 22, ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2535): 559-569.

จิ๊ด เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

———. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.

จิราวัฒน์ แช่มชัยพร. การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2551.

ชุษณา บุญยรัตพันธุ์. อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเด็ก : ผลกระทบต่อประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2536.

ณัฐวรรณ อภิสิทธิ์โยธิน. การตั้งครรภ์แทน: ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. 2543.

ท้าวคำไหล. "แนวคิดของจอห์น ล็อค." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.bloggang.com/mainblog.php?id=thaisociety&month=28-03-2010&group=36&gblog=7 [9 ธันวาคม 2559]

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายมหาชนเบื้องต้น. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายกฎหมายครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายเนติบัณฑิตยสภา, 2558.

———. ปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัฒน์. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เล่ม 16, 185-198. (ตุลาคม 2538).

———. อุ้มบุญ. วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช เล่มที่ 26 ปี 5 ฉบับ 2, 26-29. (2536).

ปรีชา หยกทองวัฒนา. "เปิดโลกอุ้มบุญในต่างประเทศ." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.oknation.net/blog/splalaw/2015/07/29/entry-1 [10 ตุลาคม 2559]

ปวเลิศ โสภณวัต. ความเป็นบิดามารดาบุตร. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2523.

พรรณวลี เพชรพลอย. การถอนอำนาจปกครองบุตร. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2555.

พระยาเทพวิทุร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ1-2 (มาตรา1-240). พระนคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2509.

พิลาสินี โยงสมบัติ. วิเคราะห์ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552.

ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

รัศฎา เอกบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บิดามารดาบุตร. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

ลัษมณ วิริยะงามวงศ์. ปัญหาทางกฎหมายของนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำไปโดยฝ่าฝืนมาตรา 1574 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2558.

วรพรรณ ชังพิชิต. อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2533.

วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. ความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการผสมเทียม (Artificial Insemination). บทบัณฑิตย์ เล่ม 58 ตอน 4 130-137. (ธันวาคม 2545).

———. มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก. ดุลพาห เล่มที่ 5, ปีที่ 41, 18-26. (กันยายน - ตุลาคม 2537).

วิมลศิริ ชำนาญเวช. บิดามารดาบุตร. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 20, ฉบับ 4, 36-49. (ธันวาคม 2533).

วิศว พัวเทพนิมิตร. บทบาทของศาลในการชี้ขาดข้อพิพาทโดยหลักแห่งความเป็นธรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2550.

ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์. คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 20 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2557.

สมยศ เชื้อไทย. ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.

สุรพล ธรรมสถิติ. ความสงบเรียบร้อยของประชาชน. บทบัณฑิตย์ เล่ม 44, ตอน 2 (มีนาคม 2531): 75-84.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.

———. กฎหมายลักษณะครอบครัวรวมหมายเหตุท้ายฎีกา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

อัญชลี กัมทรทิพย์. หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า : ศึกษาตามแนวคำพิพากษาศาล. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2547.

อุกฤษ มงคลนาวิน. ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน. บทบัณฑิตย์ เล่ม 32, ตอน 1 (มีนาคม 2518): 11-32.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ภาษาต่างประเทศ

Alan Wertheimer. Exploitation and Commercial Surrogacy. Denver University Law Review Vol. 74, Issue 4 (1997): 1215-1230.

Alasdair Chalmers MacIntyre. After Virtue: A Study in Moral Theory Indiana: University of Notre Dame Press, 1984.

Allison L. Zimmerman. Thailand's Ban on Commercial Surrogacy: Why Thailand Should Regulate, Not Attempt to Eradicate. Brooklyn Journal of International Law Vol. 41, Issue 2 (2016): 917-960.

Andrea Woelke. "Child Arrangements Orders." [Online].

Available from: http://www.alternativefamilylaw.co.uk/children/child-arrangements-orders/ [8 February 2017]

———. "Parental Orders after Surrogacy." [Online]. Available from: http://www.alternativefamilylaw.co.uk/children/parental-orders/ [2 February 2017]

———. "Parental Rights & Child Welfare." [Online]. Available from: http://www.alternativefamilylaw.co.uk/children/parental-rights-child-welfare/ [8 February 2017]

Andrew Borkowski and Paul du Plessis. Textbook on Roman Law. fourth edition. New York: Oxford University Press, 2010.

Anne Reichman Schiff. Solomonic Decisions in Egg Donation: Unscrambling the Conundrum of Legal Maternity. Iowa Law Review Vol. 80, Issue 2 (January 1995): 265-296.

Ashley Hope Elder. Wombs to Rent: Examining the Jurisdiction of International Surrogacy. Oregon Review of International Law Vol. 16, Issue 2 (2014): 347-374.

Bailey H Kuklin. The Plausibility of Legally Protecting Reasonable Expectations. Valparaiso University Law Review Vol. 32, Issue 1 (Fall 1997): 19-66.

Browne C Lewis. Due Date: Enforcing Surrogacy Promises in the Best Interest of the Child. St. John's Law Review Vol. 87 Issue 4 (Fall 2013): 899-952.

Cafcass. "Parental Order Reporters." [Online]. Available from: https://www.cafcass.gov.uk/media/242823/parental_order_reporters.pdf [2 February 2017]

———. "Parental Orders " [Online]. Available from: https://www.cafcass.gov.uk/media/242877/parental_orders.pdf [1 February 2017]

———. "What Is a Parental Order Reporter." [Online]. Available from: https://www.cafcass.gov.uk/grown-ups/surrogacy/grown-upswhat-is-a-parental-order-reporteraspx.aspx [31 January 2017]

Carla Spivack. The Law of Surrogate Motherhood in the United States American. Journal of Comparative Law Vol. 58, Issue - Supplement (2010): 97-114.

Catherine R. Connors, Nolan L. Reichl, and Kyle N. Kirby. "Maine Supreme Judicial Court Sitting as the Law Court Law Docket No.: Pen-11-393." [Online]. Available from: http://pierceatwood.typepad.com/files/amici-brief-of-concerned-maine-attorneys.pdf [5 December 2016]

Chris Baton และ Mary Hibbs. Questions & Answers Family Law. third edition. New York: Oxford University Press, 2003.

Courtney Joslin. "Memorandum." [Online]. Available from: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/2016feb8_AUPA_Memo_Revision%20Drafting%20Committee%20Surrogacy.pdf [16 November 2559]

David M Smolin. Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children. Pepperdine Law Review Vol. 43 Issue 2 (2016): 265-344.

Deborah Cullen. "The Adoption and Children Act 2002." [Online]. Available from: http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed340 [2 February 2017]

Debrina Washington. "Child Custody in New Hampshire." [Online]. Available from: http://singleparents.about.com/od/childcustodylaws/a/new_hampshire_child_custody.htm [12 December 2016.]

Denise Meyerson. Surrogacy Agreements. Acta Juridica Vol. 1994 (1994): 121-145.

Dominique Ladomato. Protecting Traditional Surrogacy Contracting through Fee Payment Regulation. Hastings Women's Law Journal Vol. 23, Issue 2 (Summer 2012): 245-274.

Elizabeth A. Martin. Oxford a Dictionary of Law. Fifth Edition. New York: Oxford University Press, 2003.

Erica Davis. The Rise of Gestational Surrogacy and the Pressing Need for International Regulation. Minnesota Journal of International Law Vol. 21, Issue 1 (Winter 2012): 120-144.

Fran Rybarik. "Miscarriage." [Online]. Available from: https://www.midwiferytoday.com/enews/enews0925.asp [2 January 2017]

George J. Annas and Sherman Elias. In Vitro Fertilization and Embryo Transfer: Medicolegal Aspects of a New Technique to Create a Family. Family Law Quarterly Vol. 17, Issue 2 (Summer 1983): 199-224.

Glenn Cohen. "Bioethics: The Law, Medicine, and Ethics of Reproductive Technologies and Genetics an Introduction to the Study of Bioethics and the Application of Legal and Ethical Reasoning." [Online]. Available from: https://www.edx.org/course/bioethics-law-medicine-ethics-harvardx-hls4x-0 [2 January 2017]

Henry Campbell Black. Black's Law Dictionary. Eight Edition. United States of America: West Publising, 2004.

Holly Rodger. "Cafcass Study of Parental Order Applications Made in 2013/14." [Online]. Available from: https://www.cafcass.gov.uk/media/257188/intranet4cafcass/DavWWWRoot/ce/policy_team/Shared%20Documents/Research/Cafcass%20research/2014-15/Surrogacy/Study%20of%20parental%20order%20applications%202013-14%20(internet).pdf [2 February 2017]

Homer H. Clark. The Law of Domestic Relations in the United States. Minnesota: West Publishing Co., 1968.

Ilana Hurwitz. Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood. Connecticut Law Review Vol. 33 (2000): 127-180.

J.K. Mason. Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood. second edition. England: Dartmouth Publishing co. ltd, 1998.

Janet L Dolgin. An Emerging Consensus: Reproductive Technology and the Law. Vermont Law Review Vol. 23, Issue 2 (Winter 1998): 225-282.

Jean Zermatten. "The Best Interests of the Child Literal Analysis, Function and Implementation, Working Report 2010." [Online]. Available from: http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_best-interest-child2009.pdf [10 Novembeer 2016]

———. The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function. International Journal of Children's Rights Vol. 18, Issue 4 (2010): 483-500.

Jessica Berg. Owning Persons: The Application of Property Theory to Embryos and Fetuses. Wake Forest Law Review Vol. 40, Issue 1 (2005): 159-220.

Jo Bridgeman. Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law. New York: Cambridge University Press, 2007.

Jocelyn Gecker. "A Guide to Thailand's Surrogacy Scandals and Laws." [Online]. Available from: http://nwasianweekly.com/2014/09/guide-thailands-surrogacy-scandals-laws/ [3 December 2016]

John Lawrence Hill. What Does It Mean to Be a "Parent"? The Claims of Biology as the Basts for Parental Right. New York University Law Review Vol.66 (1991): 353-421.

Jonathan Herring. Family Law Issue, Debates, Policy. Oregon: Willan publishing, 2001.

Joseph Goldstein. Beyond the Best Interests of the Child. New York: Free Press, 1979.

Julie Wallbank. Too Many Mothers? Surrogacy, Kinship and the Welfare of the Child. Oxford University Press Medical Law Review Vol. 10 (Autumn 2002): 271-294.

Karen L Goldstein. Assisted Reproductive Technology. Georgetown Journal of Gender and the Law Vol. 3, Issue 2 (Spring 2002): 409-438.

KatarinaTrimmings and Paul Beaumont. Parentage and Surrogacy in a European Perspective. In Edited by Jens M. Scherpe, European Family Law Volume Iii. Miami: Edward Elgar Publishing, 2016.

Klaff, R. L. The Tender Years Doctrine: A Defense. California Law Review Vol. 70, Issue 2 (March 1982): 335-372.

Lindsey Zaldivar. "Types of Assisted Reproductive Technologies (Art) " [Online]. Available from: http://www.conceiveeasy.com/get-pregnant/types-of-assisted-reproductive-technologies-art/ [8 October 2016]

Marjorie Maguire Shultz. Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality. Wisconsin Law Review Vol. 1990, Issue 2 (1990): 297-398.

Martha A. Field. Surrogacy Contracts - Gestational and Traditional: The Argument for Non Enforcement. Washburn Law Journal Vol. 31, Issue 1 (Fall 1991): 1-17.

Mary P Byrn และ Steven H. Synder. The Use of Prebirth Order in Surrogacy Proceedings. Family Law Quarterly Volume 39, Number 3 (2005): 633-662.

Mary Shanley. Making Babies, Making Families. Massachusetts: Beacon Press, 2002.

Maurice M. Suh. Surrogate Motherhood: An Argument for Denial of Specific Performance. Columbia Journal of Law and Social Problems Vol. 22, Issue 3 (1989): 357-396.

Michael J. Sandel. ปรัชญาสาธารณะ. Translated by อาชวนันทกุล, ส. กรุงเทพฯ: โอเพ่นเวิลด์ส พับลิชชิ่ง เฮ้าส์, 2558.

Michael Sandel. " In the Matter of Baby “M” (1988)." [Online]. Available from: http://www.justiceharvard.org/resources/in-the-matter-of-baby-%E2%80%9Cm%E2%80%9D-1988/ [25 December 2016]

Mrinal Vijay. Commercial Surrogacy Arrangements: The Unresolved Dilemmas. UCL Journal of Law and Jurisprudence Vol. 3 (2014): 200-236.

New York Department of Health. "Reports and Publications." [Online]. Available from: https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/execsum.htm [28 October 2016]

———. "Task Force on Life and the Law." [Online]. Available from: https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/ [26 November 2016]

Nora Udell. A Riddle for Dr.Seuss “Are You My(Adoptive, Biological, Gestational, Genetic, De Facto) Mother(Father, Second Parent, or Stepparent)? And an Answer for Our Time: A Gender-Neutral, Intention-Based Standard for Determine Parentage. Tulane Journal of Law & Sexuality Vol. 21 (2012): 147-168.

Philip Anderson. An Evaluation of Surrogacy Law and Its Potential Development in the Uk: Is There a Clear War Forward. King's Student Law Review Vol. 2, Issue 2 (2010): 37-50.

Pollock Frederick and Maitland Frederic W. The History of English Law Vol.Ii London: Cambridge University Press, 1898.

R. Brian Oxman. Maternal-Fetal Relationships and Nongenetic Surrogates. Jurimetrics Journal Vol. 33 Issue 3 (Spring 1993): 387-426.

Randy Frances Kandel. Which Came First: The Mother or the Egg - a Kinship Solution to Gestational Surrogacy. Rutgers Law Review Vol. 47, Issue 1 (Fall 1994): 165-240.

Richard A. Posner. Economic Analysis of Law. United State of America Little, Brown and Company, 1992.

Chulalongkorn University

Robert H Mnookin. Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy. Law and Contemporary Problems Vol. 39, Issue 3 (Summer 1975): 226-294.

Sama. Surrogacy Information Brief. New Delhi: Rource Group for Women and Health, 2014.

Stephen Cretney. Family Law in Twentieth Century a History. New York: Oxford University Press, 2005.

STRONGLY55. "กรณี Gammy ไข่ทิ้งในเมืองไทย กระตุ้นให้ปฏิรูปกฎหมายอุ้มบุญ " [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://jingjonews.com/2014/08/04/กรณี-gammy-ไข่ทิ้งในเมืองไทย/ [20 ธันวาคม 2559]

The New York State Task Force on Life and the Law. "Surrogate Parenting: Analysis and Recommendations for Public Policy." [Online]. Available from: https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/docs/surrogate_parenting.pdf [26 October 2016.]

Tina Bond, Jull Black, and Jane Brudge. Family Law. New York: Oxford University Press, 2003.

Usha Rengachary Smerdon. Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy between the United States and India. Cumberland Law Review Vol. 39, Issue 1 (2008-2009): 15-86.

Visith Chuan. "กสม.เปิดเวทีถกกฎหมายอุ้มบุญ ชงเพิ่มคุ้มครองหญิงตั้งท้องแทน." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://oknation.nationtv.tv/blog/LittleLee/2014/08/20/entry-1 [3 ธันวาคม 2559]

Walton H Hamilton. Property--According to Locke. Yale Law Journal Vol. 41 Issue 6 (April 1932): 864-880.

Weldon E. Havins และ James J Dalessio. Reproductive Surrogacy at the Millennium: Proposed Model Legislation Regulating Non-Traditional Gestational Surrogacy Contracts. McGeorge Law Review Vol. 31, Issue 3 (Spring 2000): 673-702.

Yasmine Ergas. Babies without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy. Emory International Law Review Vol. 27, Issue 1 (2013): 117-188.

ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ภาคผนวก ก.

1. **ตารางแสดงปัจจัยที่ศาลสหราชอาณาจักรใช้พิจารณาเพื่อมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา นอกเหนือไปจากเงื่อนไขในมาตรา 54 HFEA**
2. **ตารางข้อสนับสนุน – ข้อโต้แย้งของทฤษฎีการกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตร**
3. **ตารางเงื่อนไขของการตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายกำหนดของแต่ละประเทศ**
4. **ตารางผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดของแต่ละประเทศ**

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ตารางแสดงปัจจัยที่ศาลของประเทศสหราชอาณาจักรใช้พิจารณาเพื่อมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา นอกเหนือไปจากเงื่อนไขในมาตรา 54 HFEA

คดี	ประเด็นที่ศาลต้องพิจารณา	ปัจจัยเกี่ยวกับสวัสดิภาพของเด็ก		ปัจจัยอื่นๆ
		เหตุผลที่ศาลอ้าง	กฎหมายที่อ้าง	
Re L [2010] EXHC 3146	อนุญาตค่าใช้จ่ายเกินกว่าค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล		Adoption and Children Act 2002 มาตรา 1	1.ไม่ขัดต่อนโยบายรัฐอย่างชัดแจ้ง
Re X and Y [2011] EWHC 3147	อนุญาตค่าใช้จ่ายเกินกว่าค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล		Adoption and Children Act 2002 มาตรา 1	1.ไม่ขัดต่อนโยบายรัฐอย่างชัดแจ้ง 2.สุจริต ไม่มีเจตนาในการฉ้อฉล
A v P [2011] EWHC 1738	ผู้ร้องคนหนึ่งเสียชีวิตก่อนศาลมีคำสั่ง		Adoption and Children Act 2002 มาตรา 1	1.Article 8 The United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC) 1989 2.วัตถุประสงค์เบื้องหลังการกำหนดเงื่อนไขในมาตรา 54 3.ผลทางกฎหมายที่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง
D and L [2012] EWHC 2631	ไม่มีความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนภายหลังเด็กเกิด		Adoption and Children Act 2002 มาตรา 1	1.กระทำการทุกอย่างแล้วในการพยายามหาตัวหญิงที่ตั้งครรภ์แทน 2.หลักฐานแสดงความยินยอมที่ให้ไว้ล่วงหน้า
Re X [2014]	ยื่นคำร้องเกินกำหนด	1.เด็กอาศัยอยู่กับคู่สัญญาฯมา		1.Article 8 The United Nations

คดี	ประเด็นที่ศาลต้องพิจารณา	ปัจจัยเกี่ยวกับสวัสดิภาพของเด็ก		ปัจจัยอื่นๆ
		เหตุผลที่ศาลอ้าง	กฎหมายที่อ้าง	
EWHC 3135	ระยะเวลา 6 เดือนนับจากเด็กเกิด	โดยตลอด 2.ผู้ร้องมีความสามารถในการดูแลเด็ก 3. คำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเกี่ยวข้องกับทั้งสถานะและตัวตนของเด็กในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง 4.ศาลมองไปที่อนาคตของเด็กในระยะยาว โดยคำนึงถึงผลกระทบต่อเด็กผู้บริสุทธิ์ และคำนึงถึงสวัสดิภาพของเขาเป็นสำคัญที่สุด		Convention on the Rights of the Child (UNCRC) 1989 2.วัตถุประสงค์เบื้องหลังการกำหนดเงื่อนไขในมาตรา 54 3.ผลทางกฎหมายที่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง
Re A, B and C [2016] EWFC 33	สัญญาเป็นไปตามเงื่อนไขของม. 54 แต่ศาลก็พิจารณาสวัสดิภาพเด็กประกอบด้วย	1.ได้รับความสนับสนุนและความช่วยเหลือจากญาติและเพื่อน 2.ผู้ร้องมีความรักและดูแลเด็กเป็นอย่างดี	Adoption and Children Act 2002 มาตรา 1	คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีสัมพันธภาพที่ดีกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน
A & Another v C & Another	ยื่นคำร้องเกินกำหนดระยะเวลา 6 เดือนนับจาก		Adoption and Children Act 2002 มาตรา 1	ผู้ร้องไม่มีเจตนาที่จะยื่นคำร้องล่าช้า

คดี	ประเด็นที่ศาลต้องพิจารณา	ปัจจัยเกี่ยวกับสวัสดิภาพของเด็ก		ปัจจัยอื่นๆ
		เหตุผลที่ศาลอ้าง	กฎหมายที่อ้าง	
[2016] EWFC 4	เด็กเกิด			
Re WT [2014] EWHC 1303	อนุญาตค่าใช้จ่ายเกินกว่าค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล		Adoption and Children Act 2002 มาตรา 1	1.ไม่ขัดต่อนโยบายรัฐอย่างชัดแจ้งเนื่องจากมิใช่การซื้อขายเด็ก 2.การจะอนุญาตหรือไม่เกี่ยวข้องกับการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาซึ่งต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพเด็กเป็นสำคัญ 3.กระทำการด้วยความสุจริต

ตารางข้อสนับสนุน – ข้อโต้แย้งของทฤษฎีการกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตร

	ข้อสนับสนุน	ข้อโต้แย้ง
ทฤษฎีการให้กำเนิด	1.ความสัมพันธ์ทางจิตใจของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและเด็กในครรภ์ 2.สอดคล้องกับความเชื่อในทางศาสนา โดยเฉพาะศาสนาคริสต์นิกายคาทอลิก 3.การอุทิศตนของหญิงที่ตั้งครรภ์ อันสอดคล้องกับ ทฤษฎีแรงงานของจอห์น ล็อก 4.ข้อสันนิษฐานว่าจะเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก 5.สถานะความเป็นมารดาและบุตรมีความแน่นอน 6.เหตุผลในเชิงสัญลักษณ์	1.ความสัมพันธ์ทางจิตใจของหญิงกับเด็กในครรภ์อาจไม่ได้เกิดขึ้นในกรณีการตั้งครรภ์แทน และยังไม่มีหลักฐานปรากฏชัดเจนว่าเด็กในครรภ์นั้นมีความผูกพันต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจริงหรือไม่เพียงใด 2.ข้ออ้างที่อยู่บนฐานของความเชื่อทางศาสนา ไม่สอดคล้องกับการวิเคราะห์ตามหลักเหตุผล 3.ทฤษฎีแรงงานของจอห์น ล็อก มองเด็กในสถานะเป็น “ทรัพย์สิน” ของหญิงที่ตั้งครรภ์ 4.อาจไม่ใช่วิธีที่สอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก 5.เทคโนโลยีปัจจุบันทำให้หญิงที่คลอดบุตรอาจไม่ใช่บุคคลที่ต้องการเป็นมารดาและอาจไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก 6.ความสัมพันธ์ในทางชีววิทยาไม่ได้ยืนยันว่าบุคคลนั้นจะสามารถทำหน้าที่เป็นมารดาที่ดี 7.เมื่อนำมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทนแล้วจะกระทบต่อเสรีภาพในการทำสัญญาและสิทธิในการสืบพันธุ์

ทฤษฎีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม	1.พันธุกรรมเป็นหัวใจที่กำหนดว่าเราเป็นใครในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง ทำให้แต่ละบุคคลมีอัตลักษณ์ที่แตกต่างกัน 2.เด็กที่เกิดมาเข้าใจต้นกำเนิดของตนเอง 3.บุคคลมีกรรมสิทธิ์ในเซลล์สืบพันธุ์ของตนดังนั้นควรจะได้รับประโยชน์ในฐานะเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ 4.อิทธิพลในระยะยาวทั้งกับทางร่างกายและจิตใจ 5.ช่วยให้ได้รับการยอมรับจากสังคม 6.ทำให้สถานะบิดามารดามีความแน่นอนเนื่องจากสามารถพิสูจน์ได้ทางวิทยาศาสตร์	1. การอบรมเลี้ยงดูก็มีส่วนสร้างอัตลักษณ์ของเด็กเช่นเดียวกัน 2.มีปัญหาในการอธิบายความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ที่ได้รับการบริจาค 3. การพิจารณากรรมสิทธิ์ในเซลล์สืบพันธุ์ นั้นเป็นการมองเด็กในสถานะเดียวกับทรัพย์สิน
ทฤษฎีเจตนา	1.สอดคล้องกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และ การมีอำนาจในการตัดสินใจอย่างอิสระของปัจเจกชน 2.คุ้มครองความมุ่งหมายที่สมเหตุสมผลของประชาชน และมีความแน่นอนและคาดหมายได้ต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย 3.บุคคลจะสามารถกระทำการต่างๆได้ดีเมื่อเป็นสิ่งที่ตนมีโอกาสเลือกและตัดสินใจ 4.การทำหน้าที่เป็นบิดามารดาที่ดีนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับความเกี่ยวข้องทางชีววิทยาเสมอไป 5.สอดคล้องกับความคิดในทางปรัชญาเรื่อง การคำนึงถึงเจตนาและเป้าหมายของมนุษย์	1.โดยธรรมชาติแล้วสัญญาหรือเจตนาไม่อาจก่อให้เกิดสถานะบุคคลได้ 2.ในมุมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน เจตนาโดยอิสระอย่างแท้จริงนั้นอาจไม่สามารถเกิดขึ้นได้ตั้งแต่ขั้นเข้าทำสัญญา 3.เจตนาอันแท้จริงนั้นพิสูจน์ได้ยาก 4.ในการนำมาใช้กับผลของสัญญาตั้งครรภ์-แทน ที่ไม่ทำตามกฎหมายนั้น การเคารพเจตนาของปัจเจกชนอาจมีน้ำหนักน้อยเนื่องจากปัจเจกชนที่แสดงเจตนานั้นเป็นผู้ไม่กระทำการตามกฎหมายเสียเอง

	6.ความเสมอภาคทางเพศในการเข้าถึงบทบาทบิดามารดา 7.หากปราศจากเจตนาของบุคคลนี้เด็กจะไม่อาจเกิดขึ้นเลย 8.สอดคล้องกับแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ในการวิเคราะห์ต้นทุนผลประโยชน์	
ทฤษฎีประโยชน์สูงสุดของเด็ก	1.พิจารณาโดยมีเด็กแต่ละคนเป็นศูนย์กลางอย่างแท้จริง 2.สามารถปรับใช้ในข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันและรองรับความเปลี่ยนแปลงที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต 3.เมื่อนำมาใช้กับการพิจารณาผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ทำตามกฎหมายจะเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของเด็กผู้บริสุทธิ์เป็นสำคัญ 4.สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของพ.ร.บ.คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ 5.เป็นการมองเด็กในฐานะบุคคลไม่ใช่ทรัพย์สินที่ใครจะมีสิทธิดีกว่า	1.ปัจจัยในการพิจารณาที่ไม่แน่นอนเสี่ยงต่อการใช้ความคิดหรือความเชื่อส่วนบุคคลของผู้พิพากษาในการตัดสิน 2.ทำให้สถานะทางกฎหมายไม่แน่นอนไม่อาจคาดหมายได้ 3.ต้องการข้อเท็จจริงจำนวนมากเพื่อการพิจารณาอย่างรอบด้าน

ตารางเงื่อนไขของการตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายกำหนดของแต่ละประเทศ

เงื่อนไข	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
1.วิธีการที่กฎหมายรับรอง	กำหนดเป็นเงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน	ให้ศาลอนุญาตก่อน (An Order Validating the Gestational Agreement)	ต้องได้รับการรับรองจากศาล (Adjudication Confirming)	ต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน (Approved by the Court)	กำหนดเป็นเงื่อนไขในการทำสัญญา ซึ่งถ้าทำตามแล้วจะสันนิษฐานว่าสัญญาสมบูรณ์และสามารถบังคับได้	กำหนดเป็นเงื่อนไขในการทำสัญญา ซึ่งถ้าทำตามแล้วจะสันนิษฐานว่าสัญญาสมบูรณ์และสามารถบังคับได้	กฎหมายไม่รับรองสัญญาตั้งครรภ์แทน โดยกำหนดให้เป็นการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อย (Public Policy) ตกเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้	สัญญาตั้งครรภ์แทนไม่สามารถบังคับได้ แต่กฎหมายเปิดช่องให้คู่สัญญาผู้ตั้งครรภ์แทนสามารถเป็นบิดามารดาของเด็กได้ โดยการขอให้ศาลมีคำสั่งความเป็นบิดามารดา (Parental Order)
2.นิยามการตั้งครรภ์แทน และสัญญาตั้งครรภ์แทน	การตั้งครรภ์แทน หมายถึง การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับ	-	-	สัญญาตั้งครรภ์แทน หมายถึง สัญญาระหว่างคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามี (ถ้ามี) โดยหญิงที่ตั้งครรภ์แทนตกลงจะอุ้มท้องและ	สัญญาตั้งครรภ์แทน หมายถึง สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์แทน สามีหรือคนรัก (ถ้ามี) กับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร	การตั้งครรภ์แทน คือการที่หญิงคนหนึ่งทำการตั้งครรภ์และให้กำเนิดเด็กโดยอาศัยการปฏิสนธิภายนอก โดยใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร	สัญญาตั้งครรภ์แทน หมายถึง ข้อตกลงที่ไม่ว่าจะทำด้วยวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ว่าจะโดยวิธีการปฏิสนธิภายในหรือภายนอก อันหญิงที่ตั้งครรภ์	-

เงื่อนไข	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
	สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น			คลอดเด็กที่เกิดจากการช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และสละสิทธิความเป็นบิดามารดาและอำนาจปกครองที่มีเหนือเด็กนั้นให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร	คนหนึ่งหรือหลายคน กำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งหลายในข้อตกลงตั้งครรภ์แทน	อย่างน้อยหนึ่งคนและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา สัญญาตั้งครรภ์แทนหมายถึงสัญญาอันเป็นลายลักษณ์อักษรระบุเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน	นั้นตั้งใจจะสละสิทธิในตัวเด็กหรือตั้งใจจะให้ความยินยอมในกระบวนการรับบุตรบุญธรรม	
3.วิธีการตั้งครรภ์แทน	ปฏิสนธิภายนอก (IVF) โดยใช้ทั้งเซลล์สืบพันธุ์ของสามีและภรรยาผู้เป็นคู่สัญญาที่ประสงค์จะมีบุตรหรือใช้เซลล์สืบพันธุ์ของสามีหรือภรรยาคนใดคนหนึ่งกับเซลล์	-	ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรหรือผู้บริจาค โดยไม่ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน	ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคน	ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรหรือผู้บริจาค โดยไม่ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน	ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคน โดยไม่ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน	-	ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคน

เงื่อนไข	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
	สืบพันธุ์ของบุคคลอื่น แต่ห้ามใช้เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน							
4.คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร	สามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยภรรยาจะต้องไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ สัญชาติไทยทั้งคู่ หรือหากผู้ใดผู้หนึ่งมีสัญชาติไทยเพียงคนเดียวก็จะต้องจดทะเบียนสมรสกันมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 ปี ผ่านการตรวจ	หญิงและชาย คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรหรือหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นผู้ที่อาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกามาอย่างน้อยไม่ต่ำกว่า 90 วัน ผ่านการประเมินอย่างใกล้ชิดและปรากฏว่าเป็นบุคคลที่มีความเหมาะสม (ตาม	คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย ต้องเข้าเป็นคู่สัญญาร่วมกันทั้งสองคน มีหลักฐานทางการแพทย์แสดงว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้หรือมีความเสี่ยงต่อสุขภาพร่างกายหรือจิตใจเป็นอย่างมาก หรือมีความเสี่ยง	คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้หรือมีความเสี่ยงต่อสุขภาพร่างกายหรือจิตใจเป็นอย่างมากหรือต่อเด็กที่จะเกิดมา ผ่านการประเมินอย่างใกล้ชิดและปรากฏว่าเป็นบุคคลที่มีความเหมาะสม (ตามมาตรฐานที่ใช้ในการพิจารณาการ	คนเดียวหรือหลายคนก็ได้ ก่อนมีการดำเนินการให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์ต้อง 1.ได้รับคำปรึกษาเกี่ยวกับสุขภาพจิต 2.ได้รับคำปรึกษาทางกฎหมายจากที่ปรึกษาอันแยกต่างหากจากที่ปรึกษาของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน	กรณีสมรสแล้วทั้งสามีและภรรยาจะต้องเข้าร่วมเป็นสัญญา 1.เป็นบุคคลที่มีความจำเป็นทางการแพทย์ที่จะต้องอาศัยการตั้งครรภ์แทนเท่านั้น 2.ต้องผ่านการตรวจสุขภาพจิต 3.ได้รับคำปรึกษาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาและผลที่อาจเกิดขึ้นจาก	-	1.มีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ 2.คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรคนใดคนหนึ่งต้องอาศัยอยู่ในสหราชอาณาจักร 3.ต้องสมรสกันถูกต้องตามกฎหมาย หรือเป็นหุ้นส่วนทางแพ่ง หรืออยู่ในความสัมพันธ์ที่มั่นคงถาวร

เงื่อนไข	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
	ความพร้อมตามประกาศแพทยสภา 1.ตรวจเลือดเพื่อคัดกรองโรคหรือภาวะที่มีผลต่อสุขภาพ 2.ตรวจอสุจิ 3.ตรวจประเมินมดลูกและรังไข่ 4.ประเมินสภาพแวดล้อม 5.ประเมินความพร้อมทางด้านสภาพจิตใจ	มาตรฐานที่ใช้ในการพิจารณาการรับบุตรบุญธรรม) (เว้นแต่ศาลจะยกเว้นการประเมินนั้นให้) เข้าทำสัญญาโดยสมัครใจและเข้าใจเนื้อหาของสัญญา	ต่อเด็กที่จะเกิดมา ผ่านการประเมินอย่างใกล้ชิดและปรากฏว่าเป็นบุคคลที่มีความเหมาะสม (ตามมาตรฐานที่ใช้ในการพิจารณาการรับบุตรบุญธรรม) (เว้นแต่ศาลจะยกเว้นการประเมินนั้นให้) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเข้าทำสัญญาด้วยใจสมัคร และได้แสดงให้ศาลเห็นว่าฝ่ายใดเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์รวมถึงกรณีหากมีการยุติสัญญาใครจะเป็น	รับบุตรบุญธรรม) ก่อนลงลายมือชื่อในสัญญาตั้งครรภ์แทนได้รับการตรวจร่างกายและสภาพจิตใจ ได้รับคำปรึกษาเกี่ยวกับผลของการตั้งครรภ์แทนจากผู้เชี่ยวชาญ คู่สัญญาทุกฝ่ายสมัครใจเข้าร่วมในสัญญาโดยเข้าใจเนื้อหาและผลของกระบวนการ และตระหนักดีว่าข้อตกลงใดก็ตามที่ให้มีการจ่ายค่าตอบแทนการตั้งครรภ์แทน		สัญญานั้น มีตัวแทนเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายจากคนละที่แยกต่างหากจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทน		

เงื่อนไข	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนีย	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
			ผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายนั้นด้วย คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรหรือหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นผู้ที่อาศัยอยู่ในมลรัฐอย่างน้อยไม่ต่ำกว่า 90 วัน เข้าทำสัญญาโดยสมัครใจและเข้าใจเนื้อหาของสัญญา	นั้นตกเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้				
5.หญิงที่ตั้งครรภ์แทน	ญาติสืบสายโลหิตของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร (โดยมิใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดาน) ได้รับความยินยอมจากสามี	หญิงที่ตั้งครรภ์แทนหรือคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรต้องเป็นผู้ที่อาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกามาอย่างน้อยไม่ต่ำ	คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรหรือหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นผู้ที่อาศัยอยู่ในมลรัฐอย่างน้อยไม่ต่ำกว่า 90 วัน	เคยมีบุตรมาแล้วอย่างน้อยหนึ่งคน และการจะตั้งครรภ์และคลอดบุตรอีกครั้งจะไม่เป็นเหตุให้เกิดความเสี่ยงเกินสมควรแก่	ก่อนมีการดำเนินการให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์ต้อง 1.ได้รับคำปรึกษาเกี่ยวกับสุขภาพจิต	ณ เวลาที่ทำสัญญา หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะต้อง 1.อายุไม่น้อยกว่า 21 ปี 2.เคยคลอดบุตรมาแล้วอย่างน้อย	-	หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามีที่เป็นบิดาของเด็ก (ถ้ามี) ต้องเห็นด้วยกับการยื่นคำร้องนั้น ซึ่งจะต้องเป็นการเห็นด้วยหรือยินยอมที่

เงื่อนไข	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
	ตามกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภรรยา เคยมีบุตรมาก่อน และผ่านการตรวจสอบโดยแพทย์ตามหลักเกณฑ์ตามประกาศแพทยสภาที่ 95(3)/2558 ได้แก่ 1.ตรวจความเสี่ยงจากโรคทางพันธุกรรมที่อาจมีผลต่อเด็กและตรวจร่างกายทั่วไปว่ามีสุขภาพสมบูรณ์เหมาะสมและไม่มีข้อห้ามในการใช้ยาฮอร์โมนขณะ	กว่า 90 วัน เข้าทำสัญญาโดยสมัครใจและเข้าใจเนื้อหาของสัญญา	เคยมีบุตรมาแล้วอย่างน้อยหนึ่งคน และการจะตั้งครรภ์และคลอดบุตรอีกครั้งจะต้องไม่เป็นต้นเหตุให้เกิดความเสี่ยงเกินสมควรแก่ร่างกายหรือจิตใจของหญิงนั้น เข้าทำสัญญาโดยสมัครใจและเข้าใจเนื้อหาของสัญญา	ร่างกายหรือจิตใจของหญิงนั้นหรือแก่เด็กที่จะเกิดมาก่อนลงลายมือชื่อในสัญญาตั้งครรภ์แทนได้รับการตรวจร่างกายและสภาพจิตใจ ผ่านมาตรฐานความเหมาะสมโดยนำหลักเกณฑ์การประเมินในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมมาใช้ ได้รับคำปรึกษาเกี่ยวกับผลของการตั้งครรภ์แทนจากผู้เชี่ยวชาญ คู่สัญญาทุกฝ่ายสมัครใจเข้าร่วมในสัญญาโดย	2.ได้รับคำปรึกษาทางกฎหมายจากที่ปรึกษาอันแยกต่างหากจากที่ปรึกษาของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร 3.อายุไม่น้อยกว่า 21 ปี 4.เคยคลอดบุตรมาแล้วอย่างน้อยหนึ่งครั้ง 5.ผ่านการตรวจร่างกายตามมาตรฐานที่กำหนด	หนึ่งครั้ง 3.ผ่านการตรวจสภาพร่างกายและจิตใจ 4.ได้รับคำปรึกษาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาและผลที่อาจเกิดขึ้นจากสัญญานั้น 5.มีประกันสุขภาพที่ครอบคลุมการรักษาพยาบาลและมีข้อสัญญาให้สามารถยืดระยะเวลาไปครอบคลุมไปถึง 8 สัปดาห์หลังจากเวลาที่คลอดบุตร มีตัวแทนเป็นที่ปรึกษาทาง		หญิงที่ตั้งครรภ์แทนให้ไว้หลัง 6 สัปดาห์นับจากเด็กเกิดด้วย

เงื่อนไข	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
	ตั้งครรภ์ 2.ตรวจเลือดเพื่อคัดกรองโรคหรือภาวะที่มีผลต่อสุขภาพ 3.ตรวจประเมินมดลูกและรังไข่ 4.ตรวจประเมินสภาพท่อนำไข่ในกรณีที่มีความจำเป็น 5.ประเมินสภาพแวดล้อม 6.ตรวจประเมินความพร้อมทางด้านสภาพจิตใจ กรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการฯ โดยต้อง			เข้าใจเนื้อหาและผลของกระบวนการ และตระหนักดีว่าข้อตกลงใดก็ตามที่ให้มีการจ่ายค่าตอบแทนการตั้งครรภ์แทนนั้นตกเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้		กฎหมายจากคนละที่แยกต่างหากจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร		

เงื่อนไข	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
	1.สัญชาติเดียวกับสามีหรือภริยาผู้ประสงค์จะมีบุตร 2.อายุระหว่าง 20-40 ปี 3.เคยมีบุตรมาแล้วโดยการคลอดตามธรรมชาติไม่เกิน 3 ครั้ง ถ้าเป็นกรณีที่ผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง 4.ผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมตามประกาศแพทยสภาที่ 95(3)/2558 (ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น)							

เงื่อนไข	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
	5.ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา 6.มีหนังสือแสดงความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นพร้อมเอกสารตามแบบ คทพ. ๑. 7.สามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยาให้ความยินยอมเป็นหนังสือ 8.ระบุความสัมพันธ์ในทางสังคมกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร							

เงื่อนไข	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
	โดยแสดงหลักฐานตามแบบ คทพ. ๑ 9.รับตั้งครรภ์แทนไม่เกิน 2 ครั้ง							
6.บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง	สามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยาของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะต้องให้ความยินยอมเป็นหนังสือ ห้ามมิให้มีการกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้าโดยได้รับประโยชน์ตอบแทน และห้ามการโฆษณา	สามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน (ถ้ามี) จะต้องเข้าร่วมในสัญญาด้วย ผู้บริจาคจะต้องเข้าร่วมในสัญญาด้วย	สามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน (ถ้ามี) จะต้องเข้าร่วมในกระบวนการขอให้ศาลรับรองด้วย	สามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน (ถ้ามี) ต้องเข้าเป็นคู่สัญญาและร่วมทำคำร้องต่อศาลด้วย (กรณีขอให้ศาลอนุญาตก่อน) และ เป็นบุคคลที่ผ่านมาตรฐานความเหมาะสม โดยนำหลักเกณฑ์การประเมินในเรื่องเรื่องการรับบุตรบุญธรรมมาใช้	สามีหรือคู่รักของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน (ถ้ามี) และถ้าเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาด้วย ต้องให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรอันแสดงว่าบุคคลนั้นยอมรับความผูกพันต่างๆ ที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องทำตามที่ตกลงในสัญญาตั้งครรภ์แทน รวมถึงบุคคลนั้นจะสละสิทธิหน้าที่ต่างๆในฐานะเป็นบิดามารดาของ	-	-	-

เงื่อนไข	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
					เด็กที่เกิดมา			
7.รูปแบบ	ทำเป็นหนังสือ โดยทำไว้ก่อนการตั้งครรภ์แทน	สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นลายลักษณ์อักษร (A Written Agreement) โดยต้องมีสำเนาสัญญาตั้งครรภ์แทนแนบมาพร้อมคำร้องต่อศาล	สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นลายลักษณ์อักษร (A Written Agreement) โดยต้องทำขึ้นภายใน 14 วันนับจากวันที่มีการดำเนินกระบวนการถ่ายโอนเซลล์สืบพันธุ์สู่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเพื่อการตั้งครรภ์แทนนั้น	สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นลายลักษณ์อักษร (A Written Agreement) โดยคู่สัญญาทุกฝ่ายจะต้องลงลายมือชื่อในสัญญาและรับทราบต่อเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่กฎหมายให้อำนาจ ร่วมกันทำคำร้องต่อศาลที่อย่างน้อยคู่สัญญาคนใดคนหนึ่งมีถิ่นที่อยู่ในเขตอำนาจศาลนั้น แนบสำเนาสัญญาตั้งครรภ์แทนมา	สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นลายลักษณ์อักษร (Be in Writing) โดยทำขึ้นก่อนมีการดำเนินการให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์	สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นลายลักษณ์อักษร (Be in Writing) โดยทำขึ้นก่อนมีการดำเนินการทางการแพทย์	-	-

เงื่อนไข	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
				พร้อมคำร้องต่อศาล				
8.เนื้อหาของสัญญา	1.หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตกลงที่จะดูแลทารกในครรภ์ เช่น วิญญูชนพึงกระทำ 2.หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย 3.คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพ 4.คู่สัญญาผู้	1.หญิงที่ตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะตั้งครรภ์โดยการช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 2.หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามี (ถ้ามี) และผู้บริจาคสละสิทธิและหน้าที่ใดๆที่มีต่อเด็กที่เกิดมา 3.คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก 4.ไม่จำกัดสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในการตัดสินใจเกี่ยวกับสุขภาพ	1.หญิงที่ตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะตั้งครรภ์โดยการช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 2.หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามี (ถ้ามี) (และผู้บริจาคถ้าใช้เซลล์สืบพันธุ์ของผู้บริจาค) จะสละสิทธิหน้าที่ใดๆที่มีต่อเด็กที่เกิดมา 3.คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก 4.ไม่จำกัดสิทธิของหญิงที่	1.ข้อตกลงรับรองการจ่ายเงินในค่าใช้จ่ายทางการแพทย์และค่าใช้จ่ายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง รวมไปถึงการแบ่งกันรับผิดในกรณีสัญญายุติลงหรือมีการฝ่าฝืนสัญญา 2.สัญญานั้นจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างเป็นสาระสำคัญแก่ประโยชน์ของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบ	1.หญิงที่ตั้งครรภ์แทนตกลงจะร่วมดำเนินการถ่ายโอนตัวอ่อนเพื่อตั้งครรภ์โดยอาศัยการช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และคลอดเด็ก 2.หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะสละสิทธิหน้าที่ต่างๆที่มีเหนือตัวเด็กรวมถึงอำนาจปกครองเด็กทันทีนับแต่เด็กเกิด 3.คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีสิทธิหน้าที่เหนือตัวเด็กที่เกิดและเป็นผู้ปกครองดูแลเด็กตั้งแต่เด็ก	1.หญิงที่ตั้งครรภ์แทนตกลงจะร่วมดำเนินการถ่ายโอนตัวอ่อนเพื่อตั้งครรภ์โดยกระบวนการช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และคลอดเด็ก 2.หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะสละสิทธิหน้าที่ต่างๆที่มีเหนือตัวเด็กรวมถึงอำนาจปกครองเด็กทันทีนับแต่เด็กเกิด 3.สามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน (ถ้ามี) ผูกพันตนเองในความผูกพันต่างๆหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้อง	-	1.ยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งความเป็นบิดามารดาภายใน 6 เดือนนับแต่เด็กเกิด 2.ในเวลาที่ยื่นเด็กจะต้องอาศัยอยู่กับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร

เงื่อนไข	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
	ประสงค์จะมีบุตรรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในกรณีหญิงที่ตั้งครรภ์แทนหรือเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้รับความเจ็บป่วยอันเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนนั้น 6.คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจตกลงกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในเรื่องการทำประกันสุขภาพให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยก็ได้	ของหญิงนั้นหรือต่อตัวอ่อน 5.มีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน	ตั้งครรภ์แทนในการตัดสินใจเกี่ยวกับสุขภาพของหญิงนั้นหรือของตัวอ่อน 5.คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงจะแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับสุขภาพของแต่ละฝ่ายตลอดระยะเวลาดำเนินการตามสัญญา 6.มีข้อความที่บ่งบอกว่าแพทย์ที่ดำเนินการตามขั้นตอนของการช่วยเจริญพันธุ์นั้นได้แจ้งให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายทราบถึงข้อมูลสำคัญต่างๆ แล้ว 6.ได้แสดงให้ศาลเห็นว่าฝ่ายใดเป็น		เกิดโดยไม่คำนึงถึงจำนวนเพศ สภาพจิตใจหรือร่างกายของเด็ก และรับผิดชอบในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก 4.ระบุรายละเอียดค่าตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลอันรวมไปถึงค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ ที่ปรึกษากฎหมายและค่าใช้จ่ายอื่นๆที่กำหนดไว้ในสัญญาตั้งครรภ์แทน 5.กำหนดรายละเอียดความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจาก	กระทำตามที่ตกลงในสัญญาตั้งครรภ์แทนและสละสิทธิหน้าที่ต่างๆในฐานะเป็นบิดาของเด็ก 4.ให้สิทธิหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในการใช้บริการทางการแพทย์กับแพทย์ที่หญิงนั้นเลือกเพื่อดูแลหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในระหว่างตั้งครรภ์ (แต่ต้องมีการปรึกษากับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก่อนแล้วด้วย) 5.คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะมีอำนาจปกครองบุตรและความรับผิดชอบ		

เงื่อนไข	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
			ผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์รวมถึงกรณีหากมีการยุติสัญญาใครจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายนั้นด้วย ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่ง		การที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญาหรือหรือบทบัญญัติ 6.การตัดสินใจกรณีจะยุติการตั้งครรภ์จะสามารถทำได้อย่างไร	ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาแต่เพียงผู้เดียวทันทีนับแต่เด็กเกิด		
9.ค่าตอบแทน	ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า	อนุญาตให้มีค่าตอบแทนที่สมเหตุสมผลได้	ไม่มีบทบัญญัติชัดแจ้งว่าห้ามหรืออนุญาต	-	มีค่าตอบแทนที่สมเหตุสมผลได้	มีค่าตอบแทนที่สมเหตุสมผลได้ โดยต้องนำมาวางไว้ที่คนกลางอันเป็นตัวแทนอิสระจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ก่อนมีการดำเนินการทางการแพทย์	-	ต้องไม่มีค่าตอบแทนเกินไปกว่าที่กฎหมายอนุญาตด้วย ยกเว้นแต่ว่าได้รับการอนุญาตจากศาล

ตารางผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดของแต่ละประเทศ

	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
ผลทางแพ่ง	ไม่ได้กำหนดผลทางแพ่งเอาไว้อย่างชัดเจน	สัญญาไม่สามารถบังคับได้ ความเป็นบิดามารดาบุตร พิจารณาตามบทบัญญัติที่ใช้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรในกรณีปกติ แต่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจต้องรับผิดชอบค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมา	สัญญาไม่สามารถบังคับได้ ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรของเด็กที่เกิดมาเป็นไปตาม UPA แต่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจต้องรับผิดชอบค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมา	ความเป็นบิดามารดาเป็นได้ 4 กรณี 1.หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ยกเว้นแต่หญิงผู้ประสงค์จะมีบุตรจะมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก หญิงนั้นจะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (ยกเว้นหญิงที่ตั้งครรภ์แทนใช้สิทธิไม่สละความเป็นมารดา) 2.ถ้าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรคนใดคนหนึ่งมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก ชายผู้ประสงค์จะมีบุตรจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก	ศาลมีอำนาจกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถมีคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งความเป็นบิดามารดา (Parentage Order) ให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาของเด็กได้ โดยมีเงื่อนไข คือ 1.ยื่นก่อน ขณะ หรือหลังจากมีการตั้งครรภ์ก็ได้ 2.มีคำสั่งตามคำ	ให้ศาลตัดสินความเป็นบิดามารดาจากหลักฐานที่แสดงถึงเจตนาของคู่สัญญาทุกฝ่ายในสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้น	กฎหมายไม่ได้บัญญัติเรื่องผลของการไม่ทำตามกฎหมายในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนเอาไว้โดยตรง แต่กำหนดไว้ในมาตรา 124 ไม่ให้ศาลนำเอาเหตุที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเข้าร่วมในสัญญามาเป็นผลร้ายกับสิทธิ สถานะความเป็นบิดามารดาและความผูกพันใดๆของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้น	เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้ที่ตั้งครรภ์แทน และสามีของหญิงเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เว้นเสียแต่ว่าสามีนั้นมิได้ยินยอมในการดำเนินการช่วยการเจริญพันธุ์นั้น แต่ถ้ามีคำสั่งความเป็นบิดามารดาแล้ว คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะเป็นบิดา

	ราชอาณาจักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
				(ยกเว้นหญิงที่ตั้งครรภ์แทนใช้สิทธิไม่สละความเป็นมารดา) 3.หากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเลย หญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับสามี (ถ้าเข้าร่วมในสัญญาด้วย) จะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก 4.หญิงที่ตั้งครรภ์ยื่นแบบแสดงความยินยอม พร้อมรายงานที่สอดคล้องกับเงื่อนไขที่ปรากฏในมาตรา 20-162 A. คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก	ร้องหากพบว่าคู่สัญญาปฏิบัติตามเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญที่เกี่ยวกับสัญญาตั้งครรภ์แทนที่กำหนดในบทนี้ 3.แม้ไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญอย่างครบถ้วน ศาลอาจใช้ดุลพินิจมีคำสั่งความเป็นบิดามารดาได้หากพบว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายมีเจตนาที่จะเข้าร่วมในสัญญาตั้งครรภ์แทนและประโยชน์สูงสุดของเด็กจะเกิดขึ้นได้ด้วยการมีคำสั่งก่อตั้งความเป็นบิดามารดาตามนี้		ผลต่อเด็กไม่แน่นอน เนื่องจากศาลคำนึงถึงปัจจัยอื่นในการพิจารณาด้วย เช่น หลักความยุติธรรม (Equity) หลักศุภนิติกระบวน (Due Process)	มารดาของเด็กที่เกิดมา ในการพิจารณามีคำสั่งนั้น แม้คำร้องจะไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดตามมาตรา 54 HFEA แต่ศาลก็อาจมีคำสั่งได้หากเป็นไปเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพในระยะยาวของเด็ก (Child's Welfare) ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ๆ ได้

	ราชอาณา-จักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
					เท่านั้น			
การคุ้มครองสัญญาตั้งครรภ์แทนเพิ่มเติม	-	-	-	ศาลสามารถปรับปรุงสัญญาภายหลังได้ โดยให้สัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถบังคับใช้ได้ดังนี้ 1.ข้อสัญญาที่พยายามจะลดทอนสิทธิหรือหน้าที่ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร หญิงที่ตั้งครรภ์แทนหรือสามีของหญิงนั้นหรือสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ให้เป็นไปตามเงื่อนไขต่างๆที่กฎหมายนี้กำหนดไว้ 2.ข้อสัญญาที่มีการให้ค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนตกเป็นโมฆะและบังคับไม่ได้ 3.สัญญาตั้งครรภ์แทนที่ได้รับการ	-	กำหนดให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ปฏิบัติตามเงื่อนไขเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ถึงแม้ว่าจะมีความผิดพลาดของห้องทดลองที่ทำให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร (ซึ่งที่จริง	-	-

	ราชอาณา-จักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
				ปรับปรุงนี้จะสามารถบังคับและตีความไปได้เพียงที่กำหนด อันได้แก่ 3.1 หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามี กับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร เป็นคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทน 2.สัญญาทำเป็นลายลักษณ์อักษรลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่ายและรับทราบต่อเจ้าหน้าที่แล้วภายใน 3 วันนับแต่เด็กเกิด 3.หญิงที่ตั้งครรภ์แทนอาจสละสิทธิความเป็นมารดาให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรได้ 4.คู่สัญญาทุกฝ่ายได้อ่านและเข้าใจสิทธิหน้าที่ตามสัญญาเป็นอย่างดี 5.คู่สัญญาผู้		แล้วถือว่าไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด)เว้นแต่ว่าศาลที่มีเขตอำนาจจะได้ตัดสินเป็นอย่างอื่น		

	ราชอาณา-จักรไทย	รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา	รัฐเท็กซัส	รัฐเวอร์จิเนียร์	รัฐนิวแฮมป์เชียร์	รัฐอิลลินอยส์	รัฐนิวยอร์ก	สหราชอาณาจักร
				ประสงค์จะมีบุตรจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่างๆอันจำเป็นต่อการตั้งครรภ์แทน รวมถึงการแบ่งกันรับผิดในกรณีมีการยุติสัญญาหรือละเมิดสัญญาด้วย				

ภาคผนวก ข.

1. **Report of The Committee of Inquiry Into Human Fertilisation And Embryology (1984)**

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

Department of Health & Social Security

REPORT OF THE COMMITTEE OF INQUIRY INTO HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY

Chairman:- Dame Mary Warnock DBE

Chulalongkorn University

Presented to Parliament by ***the Secretary of State for Social Services***
the Lord Chancellor
the Secretary of State for Education and Science
the Secretary of State for Scotland
the Secretary of State for Wales
the Secretary of Stare for Northern Ireland

by Command of Her Majesty
July 1984

CHAPTER EIGHT

TECHNIQUES FOR THE ALLEVIATION OF INFERTILITY *cont'd* :

What is surrogacy?

8.1 Surrogacy is the practice whereby one woman carries a child for another with the intention that the child should be handed over after birth. The use of artificial insemination and the recent development of *in vitro* fertilisation have eliminated the necessity for sexual intercourse in order to establish a surrogate pregnancy. Surrogacy can take a number of forms. The commissioning mother may be the genetic mother, in that she provides the egg, or she may make no contribution to the establishment of the pregnancy. The genetic father may be the husband of the commissioning mother, or of the carrying mother; or he may be an anonymous donor. There are thus many possible combinations of persons who are'relevant to the child's conception, birth and early environment. Of these various forms perhaps the most likely are surrogacy involving artificial insemination, where the carrying mother is the genetic mother inseminated with semen from the male partner of the commissioning couple, and surrogacy using *in vitro* fertilisation where both egg and semen come from the commissioning couple, and the resultant embryo is transferred to and implants in the carrying mother.

8.18 We have considered whether the criminal law should have any part to play in the control of surrogacy and have concluded that it should. We recognise that there is a serious risk of commercial exploitation of surrogacy and that this would be difficult to prevent without the assistance of the criminal law.[1] We have considered whether a limited, non-profit making surrogacy service, subject to licensing and inspection, could have any useful part to play but the majority agreed that the existence of such a service would in itself encourage the growth of surrogacy. We recommend that legislation be introduced to render criminal the creation or the operation in the United Kingdom of agencies whose purposes include the recruitment of women for surrogate pregnancy or making arrangements for individuals or couples who wish to utilise the services of a carrying mother; such legislation should be wide enough to include both profit and non-profit making organisations. We further recommend that the legislation be sufficiently wide to render criminally liable the actions of professionals and others who knowingly assist in the establishment of a surrogate pregnancy.

8.19 We do not envisage that this legislation would render private persons entering into surrogacy arrangements liable to criminal prosection, as we are anxious to avoid children being born to mothers subject to the taint of criminality. We nonetheless recognise that there will continue to be privately arranged surrogacy agreements. While we consider that most, if not all, surrogacy arrangements would be legally unenforceable in any of their terms, we feel that the position should be put beyond any possible doubt in law. We recommend that it be provided by statute that all surrogacy agreements are illegal contracts and therefore unenforceable in the courts.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาว บุญราศรี เกิดโชค เกิดวันที่ 14 มีนาคม 2534 สำเร็จการศึกษาปริญญานิติศาสตร์บัณฑิต เกียรตินิยมอันดับสอง จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อมีการศึกษา 2555 สอบผ่านความรู้ชั้นเนติบัณฑิต จากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 68 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเอกชนและธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2558

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University