



การตั้งครรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก

นางสาวณัฐวิวรรณ อภิสิตโยธิน

	พ 940.017 พ350ก
34B0137901	
Title : การตั้งครรภ์แทน	
หอสมุดและศูนย์ค้นคว้า มหาวิทยาลัยราชภัฏจันทรเกษม	

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยราชภัฏจันทรเกษม

พ.ศ. 2543

ISBN 974-281-437-6

Surrogate motherhood : Problems on Family Law and Inheritance Law.

MISS. NATHVIWAN APISITHYOTIN

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of Requirement
for the Degree of Master of Law.

Department of Law.

Graduate School Dhurakijpundit University

2000

ISBN 974-281-437-6

เลขทะเบียน.....	0137901
วันลงทะเบียน.....	17.ค.ค 2543
เลขเรียกหนังสือ.....	วท 346.017 54359ก ก2

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้เป็นเพราะความกรุณาของท่านอาจารย์ ประสพสุข บุญเดช ที่ได้สละเวลาอันมีค่าของท่านรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา พร้อมทั้งให้คำแนะนำและตรวจหาข้อบกพร่อง เพื่อให้ผู้เขียนนำมาพัฒนาจนเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนรู้สึกซาบซึ้งในพระคุณ จึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ไว้ ณ. ที่นี้ด้วย

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ (เกียรติคุณ) ดร.นพ. วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการ อีกทั้งยังให้ข้อมูลและคำแนะนำอันเป็นประโยชน์ยิ่งแก่ผู้เขียน อนึ่งขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.วารี นาสกุล ท่านอาจารย์ อัครวิทย์ สุมาวงศ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์นุชทิพย์ ป.บรรจงศิลป์ ที่กรุณาสละเวลารับเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำในการแก้ไขปรับปรุงแก่ผู้เขียน เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ในระหว่างการค้าค้นคว้าข้อมูลผู้เขียนได้รับความอนุเคราะห์จาก ~~อาจารย์~~ เพ็ญศรี เจ้าหน้าที่สำนักงานเลขาธิการแพทยสภา เจ้าหน้าที่ห้องสมุดมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฯลฯ ในการช่วยเหลือด้านข้อมูลทางวิชาการต่างๆ นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณนายวีระศักดิ์ เตชะสุขนิรันดร์ และนางสุวิมลใจ ฉัตรชัยเดช ปิยมิตรทั้งสองที่ได้ให้กำลังใจแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด นอกจากนี้ยังมีเพื่อนคนอื่นๆ ที่ผู้เขียนไม่สามารถเอ่ยนามได้หมด ณ. ที่นี้

เหนือสิ่งอื่นใดทั้งหมด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณพ่อวิศาลและคุณแม่วิไลพร อภิลิทธิโยธิน บิดามารดาผู้ซึ่งเป็นกำลังใจอันสำคัญและมีส่วนผลักดันให้ผู้เขียนมีความมานะพยายามจนประสบผลสำเร็จในวันนี้ รวมถึงครอบครัวอันเป็นที่รักยิ่งของผู้เขียนที่เป็นกำลังใจเสมอมา หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะพึงบังเกิดประโยชน์แก่ผู้อื่นในลักษณะใดก็ตาม ผู้เขียนขอมอบเป็นการแสดงความกตัญญูกตเวทิตาแต่บิดามารดา ผู้ซึ่งหว่านเมล็ดพันธุ์แห่งปัญญาแก่ลูกเป็นคนแรก

ณัฐวิวรรณ อภิลิทธิโยธิน

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๙
กิตติกรรมประกาศ.....	๗

บทที่		หน้า
1	บทนำ.....	1
	1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
	2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	4
	3. ขอบเขตและวิธีการดำเนินการศึกษา.....	5
	4. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
	5. นิยามต่างๆ ที่ใช้ในการศึกษา.....	5
2	การตั้งครรภ์แทนและเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์.....	7
	1. ความหมายของการตั้งครรภ์แทน.....	7
	1.1 เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์กับการตั้งครรภ์แทน.....	11
	1.2 ลักษณะและประเภทของการตั้งครรภ์แทน.....	15
	1.3 ข้อดีและข้อเสียของการตั้งครรภ์แทน.....	18
	2. ปัญหาทางจริยธรรมของการตั้งครรภ์แทนในสังคมไทย.....	21
	2.1 ความเป็นมาของการตั้งครรภ์แทน.....	21
	2.2 ปัญหาทางจริยธรรมกับการตั้งครรภ์แทน.....	24
	2.3 ทศนคติและการยอมรับของสังคมกับการตั้งครรภ์แทน.....	27
	3. ผลกระทบทางสังคมของบุคคลที่เกี่ยวข้อง.....	29
	3.1 ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรส.....	30
	3.2 ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรส.....	30
	3.3 หญิงรับตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรส.....	31
	3.4 หญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรส.....	33
	3.5 ชายเจ้าของอสุจิหรือหญิงเจ้าของไข่.....	33
	3.6 เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน.....	34

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3 ปัญหาทางกฎหมายกับการตั้งครรภ์แทน.....	36
1. ปัญหาทางกฎหมายกับการตั้งครรภ์แทนในสังคมไทย.....	36
1.1 ลักษณะของสัญญารับตั้งครรภ์แทน.....	37
1.2 ประเภทของสัญญารับตั้งครรภ์แทน.....	40
1.2.1 สัญญาเช่า.....	40
1.2.2 สัญญาจ้างแรงงาน.....	41
1.2.3 สัญญาจ้างทำของ.....	42
1.2.4 การบังคับตามสัญญา.....	43
1.2.5 ความรับผิดของแพทย์หรือสถานบริการ.....	44
1.3 ช่องว่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทย.....	45
2. กฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศ.....	48
2.1 สหราชอาณาจักร.....	48
2.2 สหรัฐอเมริกา.....	51
2.3 ประเทศออสเตรเลีย.....	54
2.4 ประเทศเดนมาร์ค.....	56
2.5 ประเทศสเปน.....	56
2.6 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.....	57
3. ปัญหาทางกฎหมายกับการตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศ.....	57
4 ปัญหากฎหมายครอบครัวกับการตั้งครรภ์แทน.....	64
1. ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญารับตั้งครรภ์แทน.....	64
1.1 ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนกับหญิงรับตั้งครรภ์แทน.....	65
1.1.1 ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรสกับหญิงรับตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรส.....	65
1.1.2 ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรสกับหญิงรับตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรส.....	69
1.1.3 ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรสกับหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรส.....	71

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
1.1.4 ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรสกับหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรส.....	72
1.2 ชายเจ้าของอสุจิหรือหญิงเจ้าของไข่กับหญิงรับตั้งครรภ์แทน.....	73
1.2.1 หญิงรับตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรส.....	74
1.2.2 หญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรส.....	74
2. ความเป็นบิดามารดาและบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย.....	75
2.1 ความเป็นมารดาและบุตร.....	76
2.2 ความเป็นบิดาและบุตร.....	79
2.2.1 หญิงรับตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรส.....	81
2.2.2 หญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรส.....	84
2.3 ความเป็นบุตร.....	85
3. สิทธิและหน้าที่ของผู้เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน.....	89
3.1 ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน.....	90
3.2 หญิงรับตั้งครรภ์แทน.....	91
3.3 สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทน.....	91
3.4 ชายเจ้าของอสุจิหรือหญิงเจ้าของไข่.....	92
3.5 เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน.....	93
5 ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวในการรับบุตรบุญธรรมกับการตั้งครรภ์แทน.....	95
1. สาเหตุและการรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย.....	95
1.1 สาเหตุของการรับบุตรบุญธรรม.....	95
1.2 การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	97
1.2.1 คุณสมบัติของผู้รับบุตรบุญธรรม.....	97
1.2.2 เงื่อนไขในเรื่องความยินยอม.....	98
1.2.3 การเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลเพียงคนเดียว.....	99
1.2.4 การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม.....	99
1.2.5 ผลของการรับบุตรบุญธรรม.....	99

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
1.2.6 การเลือกรับบุตรบุญธรรม.....	100
1.2.7 ผลของการเลือกรับบุตรบุญธรรม.....	102
2. ปัญหาในการรับบุตรบุญธรรมตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 กับการตั้งครรภ์แทน.....	102
2.1 คุณสมบัติของผู้รับบุตรบุญธรรม.....	103
2.2 การทดลองเลี้ยงดูบุตรบุญธรรม.....	106
2.3 การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม.....	108
2.4 สถานะของบุตรบุญธรรม.....	110
2.5 การสิ้นสุดของการเป็นบุตรบุญธรรม.....	111
3. ปัญหาทางกฎหมายของการรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม.....	115
3.1 การให้ความยินยอมของผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในการจดทะเบียนรับและเลิกเป็นบุตรบุญธรรม.....	115
3.1.1 ความยินยอมของคู่สมรส.....	115
3.1.2 ความยินยอมของหญิงรับตั้งครรภ์แทน.....	116
3.2 หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู.....	118
3.3 สิทธิในการฟ้องคดีขอเลือกรับบุตรบุญธรรม.....	121
3.4 สิทธิในการรับมรดก.....	122
4. องค์กรในการกำกับดูแลการรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม.....	123
6 ปัญหาทางกฎหมายมรดกกับการตั้งครรภ์แทน.....	126
1. กรณีจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม.....	126
1.1 การเป็นทายาท.....	127
1.1.1 ทายาทโดยธรรม.....	127
1.1.2 ทายาทโดยพินัยกรรม.....	128

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
1.2 ลำดับแห่งการเป็นทายาท.....	129
1.3 การรับมรดกแทนที่.....	130
1.4 สิทธิในการรับมรดกของบุตรบุญธรรม.....	131
2. กรณีแจ้งทะเบียนการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยผู้ว่าจ้าง ตั้งครรภ์แทน.....	134
2.1 การเป็นทายาท.....	135
2.2 ลำดับแห่งการเป็นทายาท.....	136
2.3 การรับมรดกแทนที่.....	137
2.4 สิทธิในการรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน.....	138
3. ปัญหาทางกฎหมายในการรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน.....	139
3.1 การเป็นผู้สืบสันดาน.....	140
3.1.1 หญิงรับตั้งครรภ์แทน.....	141
3.1.2 ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน.....	141
3.1.3 ชายเจ้าของอสุจิหรือหญิงเจ้าของไข่.....	142
3.2 ทายาทโดยธรรมในทางมรดกกับการตั้งครรภ์แทน.....	143
3.2.1 ทายาทโดยธรรมของผู้รับบุตรบุญธรรม.....	144
3.2.2 ทายาทโดยธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน.....	144
3.2.3 ทายาทโดยธรรมของหญิงรับตั้งครรภ์แทน.....	145
3.2.4 ทายาทโดยธรรมของชายเจ้าของอสุจิหรือหญิงเจ้าของไข่.....	145
4. สิทธิในการฟ้องคดีมรดกกับการตั้งครรภ์แทน.....	146
4.1 ทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนฟ้องคดี.....	147
4.2 ทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียของสามีหญิงรับตั้งครรภ์แทนฟ้องคดี.....	148
4.3 ทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียของชายเจ้าของอสุจิฟ้องคดี.....	148
4.4 ทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียของหญิงเจ้าของไข่ฟ้องคดี.....	148

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
7 สรุปและข้อเสนอแนะ.....	152
บรรณานุกรม.....	167
ภาคผนวก.....	172
ประวัติผู้เขียน.....	190

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การตั้งครรรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก
ชื่อนักศึกษา	นางสาวณัฐวิวรรณ อภิสัทธโยธิน
อาจารย์ที่ปรึกษา	นายประสพสุข บุญเดช
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม	ผู้ช่วยศาสตราจารย์นุชทิพย์ ป.บรรจงศิลป์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2542

บทคัดย่อ

ความเจริญก้าวหน้าทางด้านวิทยาศาสตร์การแพทย์ในปัจจุบัน ได้มีการคิดค้นเทคโนโลยีเพื่อใช้ในการช่วยการเจริญพันธุ์ที่มีประสิทธิภาพ จนทำให้มนุษย์เราไม่จำเป็นต้องอาศัยธรรมชาติมาเป็นตัวกำหนดการให้กำเนิดชีวิตเหมือนเช่นในอดีตที่ผ่านมา การตั้งครรรภ์แทนเป็นกรรมวิธีหนึ่งในการมีบุตรที่ผิดธรรมชาติก่อให้เกิดปัญหาทางด้านจริยธรรมในสังคมและกฎหมายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเมืองไทยจนถึงขณะนี้ยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะมารองรับปัญหาที่เกิดขึ้น

วัตถุประสงค์หลักของการศึกษานี้ก็เพื่อศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดกที่เกิดจากการทำสัญญารับตั้งครรรภ์แทน การจะนำเอาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่มาปรับใช้จึงไม่สอดคล้องกับสภาพปัญหาต่างๆ เพราะปัญหาครอบครัวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับขนบธรรมเนียมประเพณีและการดำเนินชีวิตอันละเอียดอ่อนในสังคมไทย แม้จะได้มีการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เมื่อปี พ.ศ. 2533 แล้วก็ตาม แต่ก็ไม่มีมาตราใดกล่าวถึงกรณีตั้งครรรภ์แทนเอาไว้เลย

จากผลการศึกษาพบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยและอีกหลายประเทศถือว่า หญิงใดเป็นผู้คลอดบุตร หญิงนั้นเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดมาเสมอ ทำให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนซึ่งอาจเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิหรือไข่ที่ใช้ในการผสมเทียมไม่ถือเป็นบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา ซึ่งอันที่จริงปัญหานี้สามารถแก้ไขได้โดยการให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนจดทะเบียนรับเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรบุญธรรม แต่กฎหมายก็ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการรับบุตรบุญธรรมที่เป็นอุปสรรคหรือปัญหาในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย เช่น

ต้องได้รับความยินยอมหรือต้องมีการทดลองเลี้ยงดูเด็กไม่น้อยกว่า 6 เดือน เป็นต้น ทำให้ผู้ว่าจ้าง
ตั้งครรรค์แทนหลักเลี้ยงการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแต่ไปแจ้งทะเบียนคนเกิดของเด็กว่าเป็น
บุตรของผู้ว่าจ้างตั้งครรรค์แทนเสียเองอันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและทำให้สถานะทาง
กฎหมายของเด็กที่เกิดมาไม่แน่นอน ซึ่งอาจถูกเพิกถอนในภายหลังได้ ส่งผลกระทบต่อยังสิทธิและ
หน้าที่ตามกฎหมาย

จากการขยายตัวในการทำสัญญารับตั้งครรรค์แทนที่เพิ่มมากขึ้น เพื่อเป็นการป้องกัน
และรองรับกับปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้น จึงจำเป็นจะต้องมีการควบคุมการทำสัญญารับตั้งครรรค์แทน
โดยการอาศัยกฎหมายมาเป็นตัวกำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการตั้งครรรค์
แทนให้ชัดเจน โดยเฉพาะเด็กที่เกิดมาควรได้รับการคุ้มครองสิทธิ สวัสดิภาพและประโยชน์ต่างๆ
เป็นประการสำคัญ

Thesis Title	Surrogate motherhood : Problems on Family Law and Inheritance Law.
Name	Miss. Nathviwan Apisithyotin
Thesis Advisor	Mr. Prasobsook Boondej
Co. Thesis Advisor	Asst. Prof. Nuchthip P.Bunchongsil
Department	Law
Academic Year	1999

ABSTRACT

The development of medical science has created methods of assisted reproductive technology – processes of which human does not need a natural birth for its reproduction as it has traditionally been since the past. Assisted surrogate motherhood is one of the processes that can give unnatural birth to human being. The process has inevitably caused moral and legal problems to the society, especially when there is no specific law to deal with the problems.

The main purpose of this thesis is to study the problems that affect the families and inheritance due to surrogate motherhood contracts. Provisions in the current Civil and Commercial Act should not be applicable in this case because of the specific technicality of the problem. Besides, family problems are usually related to the refined traditions and life – styles of the Thai society as a whole. Although some amendments were made to the Civil and Commercial Act in B.E. 2533 (1990), none of the provisions mentions anything about this assisted surrogate motherhood.

Results of the study reveal that the Thai law and laws of many countries recognize only the woman who gives birth to a child as the legal mother of the new – born child. As a result, the hirer in the surrogate motherhood contract who may be the owner of the semen or eggs used in the artificial insemination is not

considered a legal parent of the new – born child. As a matter of fact, this problem can be overcome by having the hirer of the contract register the new – born child as his/her foster child. But the current law on fostering of children sets so rigid the requirements that make the practice inconvenient. For example, one of the conditions stipulated in the law requires that anyone seeking to be a foster parent must receive a consent of the legal parent and then, take care of the child for at least six months on a trial basis. As a result, the hirer goes ahead with registering the child as his/her own child, which is against the law, instead of registering the child as his/her foster child. This practice makes the legal status of the new – born child uncertain as this illegal registration can be revoked later on, and the rights and duties under the law of the child are affected.

As the process of surrogate motherhood gains more popularity, a law must be drafted to regulate the contracts and to specify clearly the rights and duties of everyone involved in the process, especially the rights and benefits under the law of the new – born child must be well protected.

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันวิชาการแพทย์และวิทยาศาสตร์มีความเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมาก มีการนำเอาเทคโนโลยีมาใช้ในวงการแพทย์ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการตรวจวินิจฉัยโรค การคิดค้นผลิตยาตัวใหม่ การปลูกถ่ายอวัยวะ การช่วยยืดชีวิตของผู้ป่วยที่สิ้นหวังให้มีอายุต่อไปได้อีก แต่ทุกข์ของมนุษย์นั้นมิได้อยู่ที่การมีชีวิตโดยปราศจากโรคภัยไข้เจ็บ การไม่มีบุตรสืบสกุลก็เป็นทุกข์ของสามีภริยาจำนวนมากไม่น้อยที่ไม่สามารถมีบุตรได้ตามธรรมชาติ ซึ่งในปัจจุบันแพทย์สามารถแก้ไขปัญหาล่าช้าได้ขึ้นอยู่กับแต่ละกรณีว่า วิธีการใด จะเป็นวิธีการที่เหมาะสม ปลอดภัย และมีประสิทธิภาพมากที่สุด จนกล่าวได้ว่าแพทย์สมัยนี้สามารถบังคับให้มีการกำเนิดมนุษย์ได้แทนที่จะอาศัยธรรมชาติเป็นตัวกำหนดแต่เพียงอย่างเดียว

การแก้ปัญหามีบุตรยากนั้นแพทย์สามารถเลือกใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสม ซึ่งอาจจะเพียงให้คำแนะนำในการปฏิบัติตนให้ถูกต้องตามสรีรวิทยาของการเจริญพันธุ์ก็อาจสามารถตั้งครรภ์ได้เองตามธรรมชาติ แต่ถ้าคู่สามีภริยามีปัญหาในการตั้งครรภ์อย่างรุนแรง แพทย์ก็จำเป็นต้องใช้การผสมเทียม (Artificial Insemination) ซึ่งหมายถึง การนำน้ำอสุจิของฝ่ายชายฉีดเข้าทางช่องคลอดของฝ่ายหญิง เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนการมีเพศสัมพันธ์ตามปกติ¹ หรือแพทย์อาจใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์สมัยปัจจุบันที่มีเพื่อใช้ในการแก้ปัญหามีบุตรยาก ที่เรียกว่า การช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยี (Assisted-Reproductive Technology) ซึ่งหมายถึง การที่แพทย์ นักวิทยาศาสตร์ต้องใช้วิธีการนำไข่ของฝ่ายหญิงออกจากรังไข่ นำมาผสมกับตัวอสุจิของฝ่ายชาย ซึ่งอาจจะรอให้มีการปฏิสนธิก่อนหรือไม่ก็ได้แล้วนำกลับสู่หลอดมดลูก หรือโพรงมดลูกของฝ่ายหญิงเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ต่อไป² โดยปกติแล้วไข่และตัวอสุจิมักจะเป็นของคู่สามีภริยาที่มาปรึกษาแพทย์ แต่ก็อาจจะเป็นผู้อื่นซึ่งบริจาคมาไว้เพื่อใช้ในการผสมเทียมก็ได้หากไข่ หรือตัวอสุจิของคู่สามีภริยามีความสมบูรณ์ไม่เพียงพอ

¹ ประมวล วีรุตมเสน. "เทคโนโลยีกับการกำเนิดชีวิต." จุฬาลงกรณ์วารสาร. 4, 15 เมษายน-มิถุนายน 2535, หน้า 17.

² เรื่องเดียวกัน.

การผสมเทียมหรือการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีเพื่อให้มีบุตรนั้น ได้รับความนิยมอย่างมากจากคู่สามีภริยาจำนวนไม่น้อยที่ไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ หากสามีภริยาทำการผสมเทียม หรือใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีแล้วภริยาเป็นผู้ตั้งครรภ์เอง จะไม่มีปัญหาในทางสังคมและกฎหมาย แม้ว่าบุตรที่เกิดมานั้นจะมีได้เกิดจากการร่วมประเวณีก็ตาม แต่ถ้าเป็นกรณีที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีข้อบกพร่อง เช่น ฝ่ายสามีไม่มีตัวอสุจิเพียงพอต้องอาศัยตัวอสุจิจากผู้บริจาคมาผสมกับไข่ของภริยา หรือฝ่ายภริยาไม่มีไข่ หรือมีไข่แต่ไม่สมบูรณ์ก็จำเป็นต้องอาศัยไข่จากผู้บริจาคมาผสมกับตัวอสุจิของสามี หากเป็นกรณีเช่นนี้จะเกิดปัญหาว่าเด็กที่เกิดมานั้นเป็นบุตรของใคร ใครสมควรเป็นผู้รับผิดชอบเลี้ยงดู และใช้อำนาจปกครองเด็กที่เกิดมา ปัญหาเหล่านี้ยังมีไม่มากนัก ถ้าเปรียบเทียบกับกรณีที่ต้องอาศัยหญิงอื่นมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนภริยาที่ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้ หรือที่เรียกกันว่า "อุ้มบุญ" เมื่อหญิงรับตั้งครรภ์แทน (Surrogate arrangement) คลอดเด็กออกมาจึงยกให้เป็นบุตรบุญธรรมแก่สามีภริยาที่ทำสัญญาตั้งครรภ์แทน โดยการผสมเทียม หรือใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยี เด็กที่เกิดมานั้นจะมีใครเป็นมารดา ระหว่างหญิงรับตั้งครรภ์แทน หญิงบริจาคไข่ หรือหญิงภริยาที่ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้ แม้ว่าในปัจจุบันปัญหาต่างๆ เหล่านี้ยังไม่ถูกนำมาพิจารณาในชั้นศาลเหมือนเช่นต่างประเทศ แต่ในอนาคตข้างหน้า การรับตั้งครรภ์แทนอาจจะกลายเป็นธุรกิจประเภทหนึ่ง ทำให้เกิดอาชีพใหม่แก่หญิง คือ อาชีพเป็นมารดารับจ้างตั้งครรภ์³ การก้าวไม่ทันของกฎหมายกลายเป็นปัญหาที่ไม่อาจจะหาข้อยุติได้โดยง่ายอีกต่อไป แม้แต่ในต่างประเทศที่เคยมีคดีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นนั้น ข้อวินิจฉัยของแต่ละศาลยังมีความแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับสถานะการณ์ ความคิด และระบบกฎหมายของแต่ละศาลนั้น ๆ

หญิงรับตั้งครรภ์แทนเมื่อคลอดบุตรออกมาแล้วยกบุตรให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน เพื่ออุปการะเลี้ยงดูเป็นบุตรต่อไปนั้นจะต้องมีการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมไว้ ซึ่งการรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นเดียวกัน ซึ่งหากพิจารณาถึงบทบัญญัติดังกล่าวจะพบว่าหลักเกณฑ์บางประการไม่เป็นประโยชน์ต่อตัวเด็กเลย เจตนารมณ์ในการประกาศใช้บทบัญญัตินี้ เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรมโดยคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ และป้องกันการค้าเด็กในรูปของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และเพื่อคุ้มครอง

³ ประสพสุข บุญเดช. "คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว.", พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ. , 2539 , หน้า 536.

ประโยชน์ของบิดามารดาที่แท้จริงของเด็กตลอดจนประโยชน์ของผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ดังนั้นบทบัญญัติบางประการ เช่น ต้องมีการทดลองเลี้ยงดูเด็กไม่น้อยกว่า 6 เดือน⁴ จึงจะจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่การรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมาเป็นบุตรบุญธรรมนั้น ก็ไม่น่าจะต้องมีการทดลองเลี้ยงดูเด็กอีกเหตุผลเพราะเด็กนั้นเกิดจากเจตนา และการกระทำอันเป็นวัตถุประสงค์หลักในการตั้งครรภ์แทนโดยการผสมเทียมหรือใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีอยู่แล้ว ข้อเท็จจริงบางประการ เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนอาจจะเป็นบุตรของผู้รับบุตรบุญธรรมตามหลักชีววิทยา เพียงแต่อาศัยครรภ์ของผู้อื่นเจริญเติบโตแล้วคลอดออกมาเท่านั้น จึงไม่จำเป็นจะต้องมีการทดลองเลี้ยงดูบุตรตามชีววิทยาของตนแต่อย่างใด ปัญหาในเรื่องการคุ้มครองเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติดังกล่าวยังมีอีกหลายกรณี ล้วนแต่เป็นปัญหาที่ทำให้การคุ้มครองสิทธิในตัวเด็กลดน้อยลงไปทั้งสิ้น

ปัญหาที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมิได้มีผลเฉพาะในทางแพ่งเท่านั้น แต่ยังอาจก่อให้เกิดการกระทำผิดในทางอาญาได้เช่นกัน เพราะหากหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนข้ามขั้นตอนไม่ดำเนินการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม แต่ไปแจ้งจดทะเบียนการเกิดของเด็กนั้นว่าตนเป็นผู้ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมาเองอันเป็นการแจ้งความเท็จ⁵ หญิงรับตั้งครรภ์แทนสามารถเพิกถอนทะเบียนการเกิดของเด็กนั้นได้โดยไม่มีอายุความ ทำให้สถานะทางกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่แน่นอนส่งผลไปถึงสิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทของเจ้ามรดก เพราะทายาทของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีสิทธิฟ้องคดีเช่นเดียวกันโดยจะฟ้องในทันที หรือรอให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายไปก่อนแล้วยกเป็นข้อต่อสู้ในคดีมรดกก็ได้ ทายาทของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีสิทธิคัดค้านว่าเด็กนั้นมีใช่บุตรของเจ้ามรดกจึงไม่อยู่ในฐานะทายาทที่เป็นผู้มีสิทธิรับมรดกของผู้ตาย⁶ แต่ถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนดำเนินการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย นอกจากจะเป็นการรับรองสถานะว่าเป็นบุตรชอบกฎหมายของตนยังทำให้เด็กนั้นมีสิทธิได้รับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม⁷ แต่ถ้ามีการเพิกถอนทะเบียนการเกิดเด็กนั้นจะกลายเป็นบุตรชอบกฎหมายของหญิงที่

⁴ พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 23.

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137 และ มาตรา 267.

⁶ ประสพสุข บุญเดช. "การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์." บทบัณฑิตย. 51.4 ธันวาคม 2538. หน้า 197.

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1603.

คลอดบุตรออกมาก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องมรดกอีกมากมาย เช่น หากหญิงรับตั้งครรภ์แทนมีสามีหรือมีบุตรชอบด้วยกฎหมายคนอื่น สามีและบุตรชอบด้วยกฎหมายคนอื่นในฐานะทายาทโดยธรรมจะฟ้องปฏิเสธความเป็นทายาทของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้หรือไม่ โดยเฉพาะในส่วนของสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะอ้างว่าเด็กนั้นมีใช้บุตรชอบกฎหมายของตน เพราะมิได้เกิดจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ เป็นต้น

เมื่อมนุษย์สามารถเอาชนะธรรมชาติได้ และเพื่อเป็นการรองรับปัญหาทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต จำเป็นที่เราจะต้องตระหนักถึงความล้าหลังของกฎหมายในปัจจุบันว่ายังก้าวไม่ทันต่อเทคโนโลยีสมัยใหม่ ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 รวมไปถึงการที่ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการตั้งครรภ์แทนเป็นการเฉพาะแต่กลับยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น แม้ว่าจะยังไม่มีการนำข้อพิพาทต่างๆขึ้นสู่การพิจารณาในชั้นศาล เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาที่จะมาวางบรรทัดฐานในการแก้ไขปัญหาก็จะเกิดในอนาคต จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาและพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายเดิมที่มีความเกี่ยวข้อง เพื่อเป็นแนวทางในการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเดิมที่มีอยู่ หรือเสนอร่างบทบัญญัติในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะต่อฝ่ายนิติบัญญัติ หรือเป็นแนวทางเพื่อให้ศาลได้ยึดถือเป็นหลักปฏิบัติต่อไป

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหากฎหมายครอบครัว และกฎหมายมรดกที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยการผสมเทียม หรือการใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยี
2. เพื่อศึกษาถึงข้อบกพร่องของบทบัญญัติต่างๆที่เกี่ยวข้อง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ว่ามีข้อบกพร่องไม่สอดคล้องกับสภาพปัญหาอย่างไร โดยศึกษาจากปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในต่างประเทศ
3. นำเสนอปัญหาที่เกิดขึ้นเพื่อให้นักกฎหมาย แพทย์ หรือผู้สนใจร่วมมือกันในการจัดระเบียบแก้ไขบทบัญญัติเดิมที่มีอยู่ หรือนำเสนอให้มีการร่างบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการตั้งครรภ์แทนเป็นการเฉพาะเพื่อรองรับปัญหาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

3. ขอบเขตและวิธีการดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน (Surrogate motherhood) โดยการผสมเทียม (Artificial Insemination) หรือใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยี (Assisted Reproductive Technology) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายครอบครัว และกฎหมายมรดก

การดำเนินการศึกษานี้จะเป็นการศึกษาจากเอกสารภาษาไทย และภาษาต่างประเทศ ในรูปของตำรากฎหมาย วารสาร บทความทางสาขานิติศาสตร์ และวิทยาศาสตร์การแพทย์ ตั๋วบทกฎหมาย ข้อบังคับแพทยสภาและเอกสารต่างๆที่เกี่ยวข้องรวมทั้งคำพิพากษาของศาล ซึ่งเอกสารเหล่านี้จะนำมาศึกษาและวิเคราะห์ เพื่อหาข้อสรุปและเสนอแนะแนวทางที่ควรจะเป็น

4. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงปัญหาและข้อจำกัดของกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน และปัญหาต่างๆ ในอนาคตที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน
2. ทำให้ทราบถึงปัญหาในทางกฎหมายครอบครัว กฎหมายมรดกและการรับบุตรบุญธรรมของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน
3. ทำให้ทราบถึงสถานะทางกฎหมาย สิทธิและหน้าที่ของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน
4. เพื่อกระตุ้นให้มีการจัดระเบียบ หลักเกณฑ์ที่สำคัญในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนทั้งในส่วนของนักนิติศาสตร์ แพทย์ ศาล หรือบุคคลทั่วไป
5. เพื่อควบคุมการตั้งครรภ์แทนที่จะเกิดขึ้นควรมีองค์กร หรือหน่วยงานที่รัฐกำหนดขึ้นเข้ามาดำเนินการกำกับดูแล และร่างหลักเกณฑ์เพื่อป้องกันปัญหาต่างๆที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต และเป็นการควบคุมมิให้เกิดการตั้งครรภ์แทนโดยไม่จำเป็นอย่างแท้จริงเกิดขึ้น

5. นิยามต่างๆ ที่ใช้ในการศึกษา

1. การตั้งครรภ์แทน หมายถึงการทำสัญญาของฝ่ายที่ต้องการบุตรที่เรียกว่าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนกับหญิงรับตั้งครรภ์แทน โดยมีข้อตกลงว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะยอมตนเข้ารับการผสมเทียมจากแพทย์จนตั้งครรภ์กระทั่งครบกำหนดคลอด เมื่อคลอดบุตรแล้วจะยกเด็กนั้นให้ฝ่ายผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอุปการะเลี้ยงดูเป็นบุตรบุญธรรมต่อไป

2. การผสมเทียม หมายถึงการผสมเทียม (Artificial Insemination) โดยการนำน้ำอสุจิของฝ่ายชายฉีดเข้าไปในช่องคลอดของหญิงรับตั้งครรภ์แทน แทนการมีเพศสัมพันธ์ตามปกติหรือเป็นการใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยี (Assisted Reproductive Technology) โดยการนำไข่ของฝ่ายหญิงออกจากรังไข่นำมาผสมกับตัวอสุจิของฝ่ายชายจนเกิดการปฏิสนธิแล้วจึงนำตัวอ่อนกลับสู่หลอดมดลูก หรือโพรงมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทน

3. เชื้อพันธุ์ หมายถึงไข่ของฝ่ายหญิง หรือเชื้ออสุจิของฝ่ายชายที่ใช้ในการผสมเทียม เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทน เจ้าของเชื้อพันธุ์อาจเป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนหรือผู้บริจาคก็ได้

4. ผู้บริจาค หมายถึงผู้ที่เป็นเจ้าของไข่ หรือเชื้ออสุจิที่บริจาคไว้โดยจะปรากฏตัวหรือไม่ก็ได้เพื่อให้แพทย์นำไปผสมเทียม

บทที่ 2

การตั้งครรภ์แทนและเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์

วิทยาศาสตร์การแพทย์ในปัจจุบันมีความเจริญก้าวหน้าอย่างมาก ช่วยให้คู่สมรสซึ่งมีบุตรยากหรือไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ ได้สมความปรารถนาในการมีบุตรไว้เซยชมสืบสกุลประสบผลสำเร็จมากพอจะเป็นความหวังให้แก่คู่สมรสที่มีปัญหาในการมีบุตรยากได้ทั่วโลก เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์นี้ได้พัฒนาไปจนสามารถกระทำได้หลายรูปแบบ การตั้งครรภ์แทนก็เป็นกรรมวิธีหนึ่งที่สามารถช่วยให้คู่สมรสจำนวนไม่น้อยได้มีโอกาสสร้างครอบครัวให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น การตั้งครรภ์แทนนอกจากจะเป็นความสำเร็จทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ในระดับหนึ่งแล้ว ยังเป็นความสำเร็จของบุคคลสองฝ่ายที่ตกลงทำสัญญาตั้งครรภ์แทนด้วยเช่นกัน แต่หากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นย่อมจะเกิดปัญหาในทางปฏิบัติตามสัญญา และเกิดปัญหาทางกฎหมายในการฟ้องร้องต่อกันได้ ในต่างประเทศหลายๆ แห่งที่มีความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ก่อนหน้าประเทศไทย เคยเผชิญกับปัญหาอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจนส่งผลทำให้มีการออกบทบัญญัติทางกฎหมายในเรื่องนี้ขึ้นมาเป็นการเฉพาะ นอกจากปัญหาในทางกฎหมายแล้วการตั้งครรภ์แทนยังส่งผลให้เกิดปัญหาทางด้านจริยธรรมและสังคมรอบข้างอีกด้วย ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

1. ความหมายของการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทนเป็นคำที่เพิ่งเกิดขึ้นใหม่ในสังคมไทยเมื่อประมาณ 12 ปีที่ผ่านมา ซึ่งบางคนอาจจะเรียกคำๆ นี้ในรูปแบบอื่น เช่น การรับตั้งครรภ์ การรับจ้างตั้งครรภ์ หรือการรับจ้างตั้งครรภ์แทน ความแตกต่างในเรื่องของคำเรียกนั้น ภาษาอังกฤษเองก็ยังมี ความแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับแต่ละคนจะใช้คำไหน เช่น Surrogate , Surrogate mother , Surrogate motherhood หรือ Surrogacy เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเลือกใช้คำใดก็ล้วนแต่มีความหมายไปในแนวทางเดียวกันทั้งสิ้น แต่สำหรับสังคมไทยแล้วอาจจะคุ้นเคยกับคำว่า "อุ้มบุญ" มากกว่าคำอื่นๆ เหตุเพราะว่าเป็นชื่อละครโทรทัศน์ที่มีคุณหมยันตินักประพันธ์ชื่อดังเป็นผู้วางโครงเรื่องให้คุณดวงหทัยและคุณทิพย์ธิดา ศรีธาทิพย์เป็นผู้เขียนบทละคร¹ จากเนื้อหาละครเรื่อง

¹ หมยันตินี ดัดสินคดีกาฟักไข่ "ทำลูกนอกไส้ไม่ใช่เรื่องยาก." ผู้จัดการ. 22-28 มีนาคม 2536, หน้า 54.

“อุ้มบุญ” นั้นได้รับความนิยมจากผู้ชมอย่างมากจนทำให้เกิดความเข้าใจในระดับของชาวบ้านว่าเป็นกรณีที่หญิงคนหนึ่งรับตั้งครรภ์แทนสามีภรรยาซึ่งไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ แต่แท้ที่จริงแล้ว ความหมายของคำว่า “ตั้งครรภ์แทน” หรือ “อุ้มบุญ” ยังมีองค์ประกอบอื่นที่มากกว่าเป็นการตั้งครรภ์เพื่อคลอดบุตรแทนผู้อื่นเท่านั้น

ความหมายของคำว่า การตั้งครรภ์แทน หรือ Surrogate ใน Webster's Encyclopedia Unabridged Dictionary of the English Language ได้ให้นิยามความหมายไว้ว่า

Surrogate คือ บุคคล หรือสิ่งของซึ่งกระทำ หรือถูกใช้แทนผู้อื่น หรือแทนสิ่งอื่น²

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “แทน” คือ อาการที่บุคคลหนึ่งทำหน้าที่ในฐานะของอีกบุคคลหนึ่ง เช่น รักษาการแทน ทำแทนไปแทน³

การตั้งครรภ์แทน หรือ Surrogate นั้นจึงมีความหมาย ดังนี้

Moghissi ได้ให้ความหมาย คือ หญิงที่สามารถมีบุตรได้ตกลงยินยอมตั้งครรภ์ให้แก่คู่สมรสที่มีบุตรยาก และจะส่งมอบเด็กที่คลอดให้กับคู่สมรสทันทีไม่ว่าจะยกให้เป็นบุตรบุญธรรมหรือโดยการสละสิทธิและหน้าที่ในการเป็นมารดา⁴

Susine ให้ความหมายของ การตั้งครรภ์แทน คือ การที่หญิงคนหนึ่งตกลงที่จะตั้งครรภ์แทนบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง⁵

การรับตั้งครรภ์แทนอาจจะเป็นการตั้งครรภ์แทนด้วยเหตุผลอันเกิดจาก ความรัก ความสงสาร หรือเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ ด้วยความสมัครใจของหญิงรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งอาจจะมีสินจ้างเป็นรางวัลหรือค่าตอบแทนหรือไม่ก็ได้

² Webster's Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language. New York : Dilithium Press Ltd. , 1994, P.1432.

³ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525. กรุงเทพฯ : บริษัทอักษรเจริญทัศน์ อจท. จำกัด. 2538, หน้า 412.

⁴ Kamran S. Moghissi. "The Technology of AID and surrogacy." in New approaches to human. reproduction : Social and ethical dimension . Eds. Linda M. Whiteford and Marilyn L. Poland . Colorado : Westview . Press, Inc 1989 , P.129.

⁵ Douglas J. Cusine. New reproductive techniques : a legal perspective . Dartmouth. 1990 , P.18.

การตั้งครรภ์แทนในกรณีที่มีสินจ้างรางวัล หรือมีค่าตอบแทนนั้น Anderson อธิบายลักษณะของการตั้งครรภ์แทนเพื่อสินจ้าง เป็นกรณีที่หญิงรับตั้งครรภ์ยอมรับเงินในการตั้งครรภ์แทนเมื่อคลอดบุตรออกมาแล้วจะสละสิทธิในการเป็นมารดา เพื่อให้ผู้อื่นอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้นเสมือนเป็นบุตรของตนเอง⁶

รายงานการประชุมของวอลเลอร์ (Waller) เกี่ยวกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์โดยโครงการทดลองเด็กหลอดแก้ว ได้กล่าวถึงกรณีการทำเด็กหลอดแก้วให้แก่หญิงอื่นซึ่งมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทน โดยมีเจตนาที่จะส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่ผู้อื่นทันที หรือโดยเร็วที่สุดภายหลังจากการคลอดเด็กนั้น⁷

ศาสตราจารย์นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้กล่าวถึง การผสมเทียมในมนุษย์ซึ่งกระทำโดยเอาน้ำอสุจิจากชายฉีดเข้าในช่องคลอดของหญิงในระยะเวลาใกล้กับไข่สุก เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนการสืบพันธุ์โดยวิธีธรรมชาติ วิธีการเช่นนี้ทำในกรณีที่สามีภริยาไม่สามารถมีบุตรจากการอยู่ร่วมกันตามปกติได้ และวิธีการผสมเทียมนี้ได้ถูกนำไปใช้แพร่หลายมากขึ้น และทำในลักษณะว่าจ้างหญิงอื่นมาตั้งครรภ์แทนภริยาในกรณีที่ภริยาไม่สามารถมีบุตรได้ไม่ว่ากรณีใดๆ แต่สามีมีตัวอสุจิพอที่จะผสมพันธุ์ได้จึงต้องหาหญิงอื่นที่สามารถมีบุตรได้มารับจ้างตั้งครรภ์โดยฉีดอสุจิของฝ่ายสามีเข้าในช่องคลอดของหญิงนั้น เมื่อหญิงนั้นตั้งครรภ์พอคลอดบุตรออกมาก็ยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของสามีภริยาซึ่งฝ่ายสามีเป็นเจ้าของเชื้ออสุจินั้นทันที⁸

ปัจจุบันเทคโนโลยีทางการเจริญพันธุ์มีการพัฒนาไปจนแพทย์สามารถเอาไข่จากรังไข่ของหญิงออกมาภายนอกร่างกายและนำเอาเชื้ออสุจิเข้าไปผสมในหลอดทดลอง เมื่ออสุจิเข้าผสมกับไข่เกิดตัวอ่อนขึ้นแล้วจึงนำตัวอ่อนกลับเข้าไปในมดลูกของหญิง ซึ่งอาจจะเป็นหญิงเจ้าของไข่ที่ใช้ผสมเป็นตัวอ่อนนั้นหรือหญิงอื่น เพื่อให้มดลูกของหญิงเป็นที่อาศัยเจริญเติบโตของตัวอ่อนไปจนคลอดเท่านั้น⁹ หญิงที่อาสาสมัครตั้งครรภ์แทนภริยา (Surrogate motherhood) โดยการใช้ น้ำอสุจิของฝ่ายสามีฉีดเข้าในช่องคลอดของหญิงอาสาสมัครนั้น จะมีการทำสัญญาระหว่างหญิงอาสาสมัครกับฝ่ายสามีภริยาที่ต้องการบุตร โดยมีข้อตกลงว่าฝ่ายสามีภริยาจะต้องจ่ายเงิน

⁶ Elizabeth S. Anderson. "Is woman's labor a commodity." Philosophy public affairs. 19 No.1 Winter, 1990 , P.71.

⁷ The report on the disposition of embryo produced by In Vitro Fertilization. August . 1984 , P.10.

⁸ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ . "การผสมเทียมกับกฎหมาย." บทบัณฑิตย . 44, 2 มิถุนายน 2531 , หน้า 54.

⁹ เรื่องเดียวกัน.

ทดแทนต่างๆ ให้แก่อาสาสมัคร และฝ่ายอาสาสมัครเมื่อคลอดบุตรออกมาแล้วจะต้องยกเด็กนั้นให้แก่ฝ่ายสามีเจ้าของเชื้ออสุจิกับภรรยา เพื่อนำไปอุปการะเลี้ยงดูและจดทะเบียนเป็นบุตรบุญธรรมตามกฎหมายต่อไป¹⁰

นายแพทย์สมชัย โกวิทเจริญกุล ได้ให้นิยามของการตั้งครรภ์แทนว่า

“การอุ้มบุญ” หรือ “การตั้งครรภ์แทน” หมายถึง การนำลูกหรือตัวอ่อนไปฝากไว้ในมดลูกของหญิงอีกคนหนึ่งโดยนำไข่กับอสุจิของพ่อและแม่ผสมกันเก็บไว้ในหลอดทดลอง หรือจานเพาะเลี้ยงพักในตู้อบในอุณหภูมิพอเหมาะเหมือนอยู่ในร่างกายมนุษย์ คือมีอากาศสภาพแวดล้อมเลียนแบบในท้องแม่ หลังจากนั้น 48 ชั่วโมงจึงคัดเลือกตัวอ่อนที่สมบูรณ์ที่สุด 2-3 ตัวส่งกลับไปยังผู้หญิงอีกคนหนึ่งให้เป็นผู้ตั้งครรภ์แทน¹¹

จากทั้งหมดที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นจึงพอสรุปได้ว่า การตั้งครรภ์แทน หรือ Surrogate motherhood นั้นเป็นการตกลงกันเข้าทำสัญญาของบุคคล 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายที่ต้องการบุตรแต่ไม่สามารถมีบุตรหรือตั้งครรภ์เองได้กับอีกฝ่ายหนึ่งคือ หญิงที่ทำหน้าที่ตั้งครรภ์แทนหญิงภริยาที่ต้องการบุตร ซึ่งการตั้งครรภ์นั้นจะต้องเป็นการตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีวิทยาศาสตร์การแพทย์เข้าช่วยเหลือจนทำให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้น อนึ่ง การตั้งครรภ์นั้นจะกระทำด้วยความบริสุทธิ์ใจ คือเป็นการสงเคราะห์ช่วยเหลือผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรด้วยความรัก สงสาร หรืออาจจะเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยได้รับค่าตอบแทนไม่ว่าจะอยู่ในรูปของสินจ้าง รางวัล หรือค่าตอบแทนอื่นๆ อันเนื่องมาจากการตั้งครรภ์นั้นก็ได้อ และเมื่ออาสาสมัครหรือหญิงรับตั้งครรภ์แทนคลอดบุตรออกมาแล้วจะสละสิทธิในการเป็นมารดาโดยการยกบุตรให้แก่ฝ่ายที่ต้องการบุตร เพื่อนำไปอุปการะเลี้ยงดูเป็นบุตรของตนโดยการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามที่กฎหมายกำหนดไว้

เทคนิคหรือวิธีการทำให้เกิดการตั้งครรภ์นอกเหนือธรรมชาติมีอยู่หลายรูปแบบ หญิงรับตั้งครรภ์แทนอาจจะมี หรือไม่มีส่วนในการทำให้เกิดการปฏิสนธิของตัวอ่อนเลย กล่าวคือ ตัวอ่อนที่ได้รับการปฏิสนธินั้นอาจจะมีได้เกิดจากไข่ของหญิงรับตั้งครรภ์แทน การผสมกันระหว่างไข่กับเชื้ออสุจิจนปฏิสนธิเป็นตัวอ่อน แพทย์สามารถคัดเลือกตัวอ่อนที่มีความสมบูรณ์ที่สุดได้มากกว่า 1 ตัว เพื่อย้ายตัวอ่อนเข้าไปฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิงที่จะเป็นผู้ตั้งครรภ์ในรายเดียว หรือหลายรายพร้อมกันก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะแพทย์จะใช้กรรมวิธีหรือเทคนิคทางวิทยาศาสตร์การแพทย์

¹⁰ เรื่องเดียวกัน , หน้า 59.

¹¹ สมชัย โกวิทเจริญกุล. “บทสัมภาษณ์ในจุดประกาย.” กรุงเทพธุรกิจ. 1 กุมภาพันธ์ 2537, หน้า 7.

ทำให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้น หากเป็นกรณีของการตั้งครรภ์แทนแล้วจะต้องมีองค์ประกอบซึ่งเป็นสาระสำคัญอยู่ 3 ประการ คือ¹²

1. การตั้งครรภ์แทนจะต้องเกิดจากการผสมเทียม หรือการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์เข้าช่วยเหลือจนทำให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้นเท่านั้น มิใช่เกิดจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ
2. เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น หญิงอาสาสมัครหรือหญิงรับตั้งครรภ์แทนเมื่อคลอดบุตรออกมาแล้วนั้น มีเจตนาแต่แรกเข้าทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนจะสละความเป็นมารดาและอำนาจปกครองบุตรโดยการยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของฝ่ายที่ต้องการบุตร แต่ถ้าหญิงอาสาสมัคร หรือหญิงรับตั้งครรภ์แทนเลี้ยงดูบุตรต่อไปก็ไม่ถือว่าเป็นการตั้งครรภ์แทน
3. ผู้ที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียในตัวเด็ก เช่น เป็นเจ้าของไข่หรือเจ้าของอสุจิที่ใช้ในการผสมเทียม หรือเป็นคู่สมรสของเจ้าของไข่หรือเชื้ออสุจิ หรือเป็นผู้จัดหาไข่หรือเชื้ออสุจิที่ใช้ในการผสมเทียมเพื่อให้มีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น

1.1. เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์กับการตั้งครรภ์แทน

นายแพทย์ ม.ร.ว.ทองทิศ ทองใหญ่ ได้กล่าวถึงสาเหตุของการมีบุตรยากนั้นมีสาเหตุพื้นฐานที่สำคัญอยู่ 3 ประการ คือ ปัญหาที่เกิดขึ้นกับไข่ที่เกิดจากรังไข่ของฝ่ายหญิง ปัญหาที่เกิดจากเชื้ออสุจิที่เกิดจากลูกอ้วนทะของฝ่ายชาย และปัญหาที่เกิดขึ้นบริเวณที่เชื้ออสุจิและไข่มาเจอกันคือบริเวณมดลูกหรือท่อนำไข่¹³ ดังนั้นเมื่อผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรมาปรึกษาแพทย์ฯ ก็จะทำการศึกษาความผิดปกติหรือข้อบกพร่องในแต่ละฝ่ายเพื่อหาหนทางในการแก้ไข ในบางกรณีการแก้ไขข้อบกพร่องเพียงเล็กน้อยก็สามารถช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติได้ โดยไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ที่มีขั้นตอนยุ่งยากซับซ้อนแต่ประการใด

ผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรยากจะมีความกดดันทางจิตใจว่าตนมีข้อบกพร่องไม่อาจให้กำเนิดบุตรได้ตามวิถีของความเป็นมนุษย์อยู่ตลอดเวลา แต่ในปัจจุบัน แพทย์ได้อาศัยความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสมัยใหม่ ทำให้เกิดการกำเนิดมนุษย์ได้โดยไม่ต้องอาศัยธรรมชาติมาเป็นผู้กำหนดแต่อย่างใด การแก้ไขปัญหของผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรยาก อาจจะแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับปัญหาและความรุนแรงของปัญหานั้นๆ แพทย์สามารถเลือกใช้เทคโนโลยีที่

¹² ประสพสุข บุญเดช. "อุ้มบุญ." วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช. 5, 2 ธันวาคม 2536. หน้า 26.

¹³ วัชร อยู่นุ่น. "การผสมเทียมมนุษย์ วิวัฒนาการทางการแพทย์บนรากฐานจริยธรรม." อรุณสวัสดิ์ธุรกิจรายเดือน. 7, 75 มิถุนายน 2537, หน้า 157.

เหมาะสมตามขั้นตอนที่ควรจะเป็น ซึ่งต้องอาศัยความร่วมมือและความตั้งใจจริงของผู้ที่มีปัญหาด้วยเช่นกัน

ส่วนใหญ่แล้วผู้ที่มาขอรับคำปรึกษากับแพทย์เพื่อแก้ไขปัญหาในการมีบุตรยากมักจะเป็นคู่สามีภรรยาที่ได้พยายามมีบุตรเองตามธรรมชาติแต่ไม่สำเร็จ (ซึ่งโดยปกติถ้าสามีภรรยาที่มีร่างกายแข็งแรง และอยู่ในช่วงวัยเจริญพันธุ์ที่สมบูรณ์จะสามารถมีบุตรได้ร้อยละ 70-80 ภายหลังจากสมรส 1 ปี)¹⁴ เมื่อไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติคู่สามีภรรยาก็จะมาพบแพทย์เพื่อให้แพทย์ช่วยให้ตนมีบุตร บางกรณีคู่สามีภรรยาเพียงได้รับคำแนะนำจากแพทย์ในการปฏิบัติตนให้ถูกต้องตามสรีรวิทยาของการเจริญพันธุ์ก็สามารถตั้งครรภ์ได้โดยง่าย แต่ถ้ามีความผิดปกติหรือมีข้อบกพร่องไม่ว่าจะเป็นฝ่ายหญิง หรือฝ่ายชายหรือทั้งสองฝ่าย แพทย์ก็จำเป็นต้องอาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่เข้าช่วยในการแก้ไขปัญหาค่าการมีบุตรยาก

เทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีไว้เพื่อใช้แก้ปัญหาค่าการมีบุตรยากมีอยู่หลายรูปแบบขึ้นอยู่กับว่าผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรยากมีข้อบกพร่องอย่างไร และเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์นี้ได้มีการพัฒนาไปจนสามารถกระทำได้หลายรูปแบบ เช่น การปฏิสนธิภายนอกร่างกาย (in vitro fertilization or IVF) การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อนำไข่ (gamete intro fallopian transfer (GIFT), pronuclear stage tubal transfer (PROST), Tubal embryo transfer (TET), Zygote intra fallopian transfer (ZIFT) นอกจากนั้นยังสามารถคิดค้นวิธีการเก็บไข่ การเตรียม ตัวอ่อน การแช่แข็งตัวอ่อน การแช่แข็งอสุจิเพื่อนำไปใช้ในการปฏิสนธิเทียม¹⁵ เป็นต้น การตั้งครรภ์แทนก็เป็นวิธีหนึ่งในการแก้ไขปัญหาค่าการมีบุตรยากของคู่สามีภรรยา โดยเฉพาะในกรณีที่ฝ่ายภรรยาเป็นผู้ที่ไม่สามารถตั้งครรภ์และคลอดบุตรได้เอง ก็จำเป็นต้องอาศัยหญิงอื่นมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทน

เทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีไว้เพื่อใช้แก้ปัญหาค่าการมีบุตรยากมีอยู่หลายรูปแบบ ผู้เขียนขอเสนอวิธีการที่แพทย์มักจะใช้เทคโนโลยีเพื่อช่วยการเจริญพันธุ์ที่สำคัญๆ ดังนี้

ก. การผสมเทียม (Artificial Insemination) หมายถึง การผสมเทียมในมนุษย์ซึ่งกระทำโดยเอาน้ำอสุจิจากชายฉีดเข้าไปในช่องคลอดของหญิงในระยะเวลาใกล้เคียงกับไข่สุก เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนการสืบพันธุ์โดยวิธีธรรมชาติ¹⁶ ซึ่งการผสมเทียมนี้นี้มีอยู่ 2 รูปแบบ คือ

¹⁴ ประมวล วิรุฒมเสน. "เทคโนโลยีกับการกำเนิดชีวิต." , หน้า 17.

¹⁵ แสง บุญเฉลิมวิภาส และอนเนก ยมจินดา. กฎหมายการแพทย์. กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์ วิทยุชน จำกัด. , 2540 , หน้า 39.

¹⁶ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เรื่องเดียวกัน , หน้า 54.

การผสมเทียมโดยใช้อสุจิของสามี (Artificial Homologous Insemination or Artificial Insemination by Husband = AIH) การผสมเทียมแบบ AIH นี้ถือว่าเป็นมาตรการทางนรีเวชวิทยา (gynecological measures) เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะเยียวยาการแก้ไขปัญหการไร้บุตรของคู่สมรสที่ได้รับการปฏิบัติด้วยความสมัครใจ ซึ่งจะกระทำในกรณีที่มีความผิดปกติของสามีที่ทำให้น้ำอสุจิไม่อาจพุ่งออกมาโดยแรงในขณะร่วมเพศได้ เช่น มีความผิดปกติของอวัยวะเพศหรือในกรณีที่สามีอยู่ห่างจากภริยาไม่สามารถอยู่ร่วมกันตามปกติได้¹⁷

การผสมเทียมโดยใช้อสุจิของผู้อื่น (Artificial Heterologous Insemination or Artificial Insemination by Doner = AID) วิธีนี้จะใช้ในคู่สามีภริยาที่มีบุตรยาก เนื่องจากฝ่ายสามีมีข้อบกพร่องด้านเชื้ออสุจิจนไม่สามารถนำเชื้ออสุจิของสามีมาผสมเทียมกับภริยาได้แต่ฝ่ายภริยามีความสมบูรณ์ หรือในกรณีที่สามีมีโรคทางกรรมพันธุ์ซึ่งอาจถ่ายทอดไปยังเด็กที่จะเกิดมา หรือในกรณีที่ภริยามีภูมิคุ้มกันต่อต้านต่อตัวอสุจิของสามี เมื่อตัวอสุจิของสามีเข้าไปในช่องคลอดของภริยาแล้วมีปฏิกิริยาจับกลุ่มกันทำให้ไม่สามารถผสมพันธุ์ได้¹⁸

โดยปกติแล้ว แพทย์จะนำเชื้ออสุจิจากสามีมาใช้ในการผสมเทียมเว้นแต่เชื้ออสุจิของสามีไม่อาจใช้ในการผสมเทียมได้จึงใช้ตัวอสุจิของชายอื่นซึ่งได้บริจาคไว้แทน ดังนั้นการผสมเทียมแบบ AID จำเป็นที่สามีภริยาจะต้องสมัครใจและมีจิตใจที่จะยอมรับเด็กที่จะเกิดมาในอนาคตด้วยเช่นกัน โดยส่วนใหญ่แล้ว แพทย์จะไม่เปิดเผยว่าชายที่บริจาคอสุจิเป็นใครเพื่อป้องกันปัญหาอันอาจเกิดขึ้นได้ ในทางปฏิบัติแล้วเชื้ออสุจิของผู้บริจาครายหนึ่งอาจจะนำมาผสมเทียมได้ในหลายคราว และบางคราวเชื้ออสุจิที่นำไปใช้ในการผสมเทียมอาจจะเป็นเชื้ออสุจิที่ผสมกันระหว่างเชื้ออสุจิของสามีกับเชื้ออสุจิของผู้บริจาคก็ได้ ซึ่งการผสมเทียมในลักษณะนี้จะเรียกว่าเป็นการผสมเทียมโดยใช้เชื้ออสุจิผสมกันระหว่างสามีกับผู้บริจาค (Confused Artificial Insemination = CAI)¹⁹ เชื้ออสุจิที่นำมาใช้ในการผสมเทียมแบบ CAI แพทย์เองก็ไม่อาจทราบได้ว่าแน่ชัดว่าการปฏิสนธิของตัวอ่อนนั้นเกิดจากเชื้ออสุจิของใคร เพราะเชื้ออสุจิของผู้บริจาคอาจจะมาจากผู้บริจาคเพียงคนเดียวหรือหลายคนก็ได้เช่นกัน

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 56.

¹⁹ สนิท ตระกูลพราย. "ปัญหากฎหมายที่เกิดจากการผสมเทียม." *ตุลพาน*. 40, 6 พฤศจิกายน-ธันวาคม 2536, หน้า 81.

ข. การช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยี (Assisted Reproductive Technology) หมายถึง แพทย์ นักวิทยาศาสตร์ต้องใช้วิธีการนำไข่ออกจากรังไข่นำมาผสมกับตัวอสุจิ อาจจะทำให้มีการปฏิสนธิก่อนหรือไม่ก็ได้แล้วนำกลับสู่หลอดมดลูกหรือโพรงมดลูกเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ต่อไป²⁰ การช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีเป็นการทำให้เกิดการปฏิสนธิภายนอกในร่างกายมนุษย์จนกลายเป็นตัวอ่อน แล้วจึงเคลื่อนย้ายตัวอ่อนนี้ใส่กลับเข้าไปในโพรงมดลูกเพื่อการฝังตัวและเจริญเติบโตเป็นทารกต่อไป ในทางการแพทย์จะเรียกว่า การปฏิสนธิภายนอกร่างกาย (Vitro Fertilization : IVF) หรือเรียกกันทั่วไปว่า " เด็กหลอดแก้ว " สาเหตุที่จะต้องทำ IVF ส่วนใหญ่แล้วพบว่าเกิดจากฝ่ายหญิงมีความผิดปกติ เช่น ท่อนำไข่อักเสบเรื้อรัง ท่อนำไข่อุดตันมากจนผ่าตัดแก้ไขไม่ได้ กรณีที่มีการผ่าตัดท่อนำไข่แล้วแต่ไม่ได้ผล หรือมีการทำหมันโดยตัดท่อนำไข่ออกทั้งสองข้าง เป็นต้น²¹

การผสมเทียมหรือการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นขั้นตอนขั้นพื้นฐานที่จะนำไปใช้กับวิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ในวิธีการอื่นๆ เพื่อความเหมาะสมและเป็นการเพิ่มประสิทธิผลซึ่งจะมีความยุ่งยากซับซ้อนทางด้านเทคนิคเพิ่มขึ้น เช่น การนำตัวอสุจิและไข่ใส่หลอดมดลูก หรือที่เรียกว่า GIFT (Gamete Intra fallopian Tube Transfer) วิธีการนี้จะเหมาะสมเฉพาะสตรีที่มีหลอดมดลูกไม่ตันอย่างน้อย 1 ข้าง และตัวอสุจิจะต้องมีคุณภาพที่จะปฏิสนธิกับไข่ได้²² วิธีการทำ GIFT คือการนำไข่ที่สุกแล้วออกจากรังไข่ของฝ่ายหญิง โดยการนำกลับเข้าไปในท่อนำไข่พร้อมๆ กับตัวอสุจิของฝ่ายชายเพื่อให้เกิดการผสมพันธุ์กันในท่อนำไข่ตามขบวนการธรรมชาติ และเคลื่อนตัวไปยังมดลูกเพื่อเจริญเติบโตต่อไป²³

ส่วนการทำ ZIFT (Pronuclear Stage Tubal Transfer, PROST หรือ Zygote Intrafallopian Transfer) จะเป็นอีกวิธีหนึ่งที่คล้ายคลึงกับการทำ GIFT การทำ ZIFT เป็นการนำเอาไข่ที่ได้รับการผสมระยะแรกเข้าสู่หลอดมดลูก โดยการเอาไข่และตัวอสุจิมาเพาะเลี้ยงในตูบ 16-20 ชั่วโมงเพื่อให้เกิดการผสมพันธุ์กัน ถ้าไข่ได้รับการปฏิสนธิจะได้ pronuclear จากนั้นนำไข่ที่ปฏิสนธิแล้วในระยะนี้ใส่เข้าหลอดมดลูกโดยเจาะผ่านทางหน้าท้องหรือทางช่องคลอดก็ได้ การทำ

²⁰ ประมวล วิรุฒมเสน. เรื่องเดียวกัน, หน้า 17-18.

²¹ เอื้อพงศ์ จตุรธำรง และ สมหมาย ดงสุวรรณ. "การผสมเทียม." ในนริเวชวิทยา สมหมาย ดงสุวรรณ บรรณาธิการ พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2527, หน้า 595.

²² ประมวล วิรุฒมเสน. เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

²³ วัชร อยู่นุ่น. "อุ้มบุญ วิวัฒนาการทางการแพทย์ที่กฎหมายยังตามไม่ทัน." เอกสารภาชีอากร. 152 พฤษภาคม 2537, หน้า 39.

ZIFT ได้นั้นฝ่ายหญิงที่จะเป็นผู้ตั้งครรภ์จะต้องมีหลอดมดลูกไม่ตีบตันอย่างน้อย 1 ข้าง เช่นเดียวกับการทำ GIFT ข้อดีของการทำ ZIFT แพทย์จะทราบได้เลยว่ามี การปฏิสนธิระหว่างไข่กับตัวอสุจิแล้ว แต่การทำ GIFT นั้นจะยังไม่ทราบว่ามีการปฏิสนธิระหว่างไข่กับตัวอสุจิเกิดขึ้นหรือยัง²⁴

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นยังมีวิธีการอื่นๆ อีกมากที่แพทย์นำมาใช้กับการแก้ไข ปัญหาการมีบุตรยาก ซึ่งผู้เขียนไม่สามารถกล่าวได้หมด ณ. ที่นี้ ประกอบกับวิธีการเหล่านั้นยังไม่เป็นที่แพร่หลาย เนื่องด้วยยังได้ประสิทธิผลไม่ดีพอที่จะนำมาปฏิบัติ

1.2. ลักษณะและประเภทของการตั้งครรภ์แทน

การแก้ปัญหาในการมีบุตรยากมีอยู่หลายวิธีขึ้นอยู่กับความรุนแรงของข้อบกพร่อง โดยแพทย์จะเป็นผู้พิจารณาว่าวิธีการใดจะเป็นวิธีการที่เหมาะสม ในบางกรณีอาจจะไม่จำเป็นจะต้องใช้วิธีการผสมเทียม หรือการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีแต่อย่างใด โดยหลักการแล้วมูลเหตุของการที่สามีภริยาไม่สามารถตั้งครรภ์ได้เองตามธรรมชาติ อาจเกิดจากการที่สามีภริยาไม่สามารถมีเพศสัมพันธ์กันได้ เช่น มีความบกพร่องจากสภาพจิตใจที่ไม่สมบูรณ์ ร่างกายทุพพลภาพหรือไม่แข็งแรง หรือสามีเป็นหมัน หรือมีตัวอสุจิในปริมาณที่น้อยเกินไป คือ มีตัวอสุจิน้อยกว่า 10 ล้านตัวต่อมิลลิลิตร มีอัตราการเคลื่อนไหวตัวของอสุจิน้อย หรือรูปของตัวอสุจิมีนากเกินไป เป็นต้น²⁵

หากข้อบกพร่องในการมีบุตรตามธรรมชาตินั้นเกิดจากฝ่ายชาย แพทย์อาจจำเป็นต้องอาศัยเชื้ออสุจิของชายอื่นที่บริจาคมาใช้ในการผสมเทียมแล้วให้ภริยาเป็นผู้ที่ตั้งครรภ์ในกรณีที่ฝ่ายภริยาไม่มีข้อบกพร่อง แต่ถ้าหากภริยามีข้อบกพร่องจนไม่อาจตั้งครรภ์ได้เองตามธรรมชาติ โดยมีความผิดปกติในระบบสืบพันธุ์ เช่น ไม่สามารถผลิตไข่ที่อาจเจริญพันธุ์ได้ รวมไปถึงไม่สามารถเป็นผู้ที่ตั้งครรภ์หรือเลี้ยงตัวอ่อนในมดลูกของตนได้ ในกรณีเช่นนี้จำเป็นจะต้องอาศัยหญิงอื่นมาเป็นผู้ที่ตั้งครรภ์แทนหญิงภริยา

ลักษณะของการตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะเป็นการตั้งครรภ์โดยการผสมเทียม หรือการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยี สามารถแบ่งลักษณะการตั้งครรภ์แทนได้ 6 ลักษณะดังนี้ คือ

1.2.1. การฉีดตัวอสุจิของชายสามีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเข้าไปผสมเทียมในมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทน การตั้งครรภ์แทนในลักษณะนี้ สามีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะต้องมีเชื้ออสุจิที่สมบูรณ์ในการเจริญพันธุ์ แต่หญิงภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอาจมีความผิดปกติ เช่น

²⁴ ประมวล วีรณนเสน. เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

ขาดไข่เจริญพันธุ์หรือไม่สามารถอุ้มครรภ์เองได้ จึงให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนทำการผสมเทียมและตั้งครรภ์แทน

1.2.2. การใช้ตัวอสุจิของชายสามีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนผสมกับไข่ของหญิงภริยา
ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนแล้วจึงฉีดตัวอ่อนเข้าไปในมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทน การตั้งครรภ์แทน
ในลักษณะนี้ สามีและภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีความสมบูรณ์ของเชื้อพันธุทั้งคู่ แต่หญิงภริยา
ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีข้อบกพร่องไม่สามารถให้ตัวอ่อนเจริญเติบโตในมดลูกของตนได้ ดังนั้น
หญิงรับตั้งครรภ์แทนจึงทำหน้าที่ตั้งครรภ์แทนหญิงภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน

1.2.3. การใช้ตัวอสุจิของชายสามีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนผสมกับไข่ของหญิงบริจาคน
แล้วฉีดตัวอ่อนเข้าไปในมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทน การตั้งครรภ์แทนในลักษณะนี้ ชายสามี
ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีเชื้ออสุจิที่สมบูรณ์ แต่หญิงภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนขาดไข่เจริญพันธุ์และ
ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้ การผสมเทียมจึงใช้ไข่ของหญิงบริจาคนผสมเข้ากับเชื้ออสุจิของสามี
ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน เมื่อได้ตัวอ่อนมาจึงใส่กลับเข้าไปในมดลูกของหญิงอีกคนหนึ่งเพื่อตั้งครรภ์
แทน

1.2.4. การใช้ตัวอสุจิของชายบริจาคนผสมกับไข่ของหญิงภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์
แทน แล้วฉีดตัวอ่อนเข้าไปในมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทน การตั้งครรภ์แทนในลักษณะนี้ ชาย
สามีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่มีเชื้ออสุจิที่สามารถเจริญพันธุ์ได้ เช่น มีจำนวนน้อยเกินไปหรือไม่มี
เลย แพทย์ก็จะใช้ตัวอสุจิของชายอื่นมาผสมเข้ากับไข่ของหญิงภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน เมื่อได้
ตัวอ่อนแล้วจึงนำตัวอ่อนเข้าไปในมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทน

1.2.5. การฉีดตัวอสุจิของชายบริจาคนเข้าไปผสมเทียมในมดลูกของหญิงรับ
ตั้งครรภ์แทน การตั้งครรภ์แทนในลักษณะนี้ สามีและภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนขาดอสุจิและไข่ที่
สามารถเจริญพันธุ์ได้ทั้งคู่ แพทย์ก็จะใช้อสุจิของชายอื่นที่บริจาคนมาผสมเทียมให้กับหญิงรับ
ตั้งครรภ์แทน

1.2.6. การใช้ตัวอสุจิของชายบริจาคนผสมกับไข่ของหญิงบริจาคนแล้วฉีดตัวอ่อนเข้า
ไปในมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทน การตั้งครรภ์แทนในลักษณะนี้ สามีและภริยาผู้ว่าจ้าง
ตั้งครรภ์แทนมีความบกพร่องทางด้านเชื้อพันธุทั้งคู่ รวมทั้งหญิงรับตั้งครรภ์เองก็ขาดไข่เจริญพันธุ์
แต่สามารถให้ตัวอ่อนเจริญเติบโตในมดลูกได้ แต่การตั้งครรภ์แทนในลักษณะนี้จะเกิดขึ้นได้ยาก
เพราะโดยปกติแล้วแพทย์จะใช้ไข่ของหญิงภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน หรือไข่ของหญิงรับตั้งครรภ์
แทนมาผสมเทียม เว้นแต่ว่าทั้งคู่ขาดไข่เจริญพันธุ์จึงต้องอาศัยไข่จากหญิงบริจาคนมาใช้ในการ
ผสมเทียม เมื่อได้ตัวอ่อนแล้วจึงนำตัวอ่อนเข้าไปในมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทนจะมีผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการนำไข่และอสุจิมาใช้ในการผสมเทียม คือ เชื้ออสุจิจากสามีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนและเชื้ออสุจิของชายบริจาค ส่วนไข่ได้มาจากหญิงภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน หญิงรับตั้งครรภ์หรือหญิงบริจาค ขึ้นอยู่ว่าการตั้งครรภ์แทนนั้นจะเกิดขึ้นในลักษณะใดตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น ทำให้สามารถแบ่งประเภทการตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณา จากความสัมพันธ์ทางชีววิทยาของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนกับหญิงตั้งครรภ์แทน เป็น 2 ประเภท คือ

ก. หญิงรับตั้งครรภ์แทนมีความสัมพันธ์ทางชีววิทยากับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งได้แก่การตั้งครรภ์แทนในกรณีที่เป็นการใช้เชื้ออสุจิของชายสามีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเข้าไปผสมเทียมในมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทน (ลักษณะที่ 1.2.1.) และในกรณีที่เป็นการใช้เชื้ออสุจิของชายบริจาคเข้าไปผสมเทียมในมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทน (ลักษณะที่ 1.2.5.) การตั้งครรภ์แทนทั้ง 2 ลักษณะนี้ เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์จะได้รับการถ่ายทอดทางพันธุกรรมจากเชื้อพันธุที่เป็นของพ่อและแม่ซึ่งก็คือไข่และอสุจิ โดยอสุจินั้นจะเป็นของผู้ใดก็ตามแต่ไข่เป็นของหญิงรับตั้งครรภ์แทน ดังนั้นเด็กที่เกิดมาจึงมีความสัมพันธ์ทางชีววิทยากับหญิงรับตั้งครรภ์แทน การตั้งครรภ์แทนในลักษณะเช่นนี้ไม่ถือว่าการตั้งครรภ์แทนแบบลมบุญ (Partial Surrogacy)²⁶ เพราะหญิงรับตั้งครรภ์แทนมีส่วนในการปฏิสนธิของตัวอ่อนเองด้วย แต่ก็เป็นการตั้งครรภ์แทนที่ได้รับความนิยมมากที่สุดเช่นกัน และ

ข. หญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีความสัมพันธ์ทางชีววิทยากับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งได้แก่การตั้งครรภ์แทนในกรณีที่เป็นการใช้ตัวอสุจิของสามีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนผสมกับไข่ของหญิงภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน (ลักษณะที่ 1.2.2.) หรือในกรณีที่เป็นการใช้ตัวอสุจิของสามี ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนผสมกับไข่ของหญิงบริจาค (ลักษณะที่ 1.2.3.) และในกรณีเป็นการใช้ตัวอสุจิของชายบริจาคผสมกับไข่ของหญิงภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน (ลักษณะที่ 1.2.4.) การตั้งครรภ์แทนทั้ง 3 ลักษณะนี้จะมีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีส่วนในการปฏิสนธิของตัวอ่อน ไม่ว่าจะชายสามีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนหรือภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะมีความสัมพันธ์ทางชีววิทยากับผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่สำหรับหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะไม่มีความสัมพันธ์ทางชีววิทยากับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเลย การตั้งครรภ์แทนในลักษณะดังกล่าวมานี้ถือว่าการตั้งครรภ์แทนเต็มรูปแบบ (Full

²⁶ Athena Liu. "Artificial reproduction and reproductive rights." Dartmouth 1991, P.15.

Surrogacy or Gestational Surrogacy)²⁷ เพราะหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีส่วนในการปฏิสนธิของตัวอ่อนแต่อย่างใด

นอกจากที่ได้กล่าวมาแล้วยังมีการตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนทั้งสามีภรรยาไม่มีความสัมพันธ์ทางชีววิทยากับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ในขณะที่เดียวกันหญิงรับตั้งครรภ์แทนก็ไม่มีความสัมพันธ์ทางชีววิทยากับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยเช่นกัน ซึ่งได้แก่การตั้งครรภ์แทนในกรณีที่ใช้เชื้ออสุจิจากชายบริจาคผสมกับไข่ของหญิงบริจาคเมื่อได้ตัวอ่อนจึงนำไปฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทน เพื่อให้ตัวอ่อนเจริญเติบโตต่อไป (ลักษณะ 1.2.6.) การตั้งครรภ์แทนในลักษณะนี้จะเรียกว่า Donated Embryo Surrogacy²⁸ ตัวอ่อนที่ได้เกิดจากการปฏิสนธิของไข่และอสุจิที่ได้รับการบริจาคมมา ส่วนหญิงรับตั้งครรภ์แทนทำหน้าที่ให้ร่างกายตนเป็นที่เพาะเลี้ยงตัวอ่อนซึ่งได้รับอาหาร และสิ่งจำเป็นสำหรับการเจริญเติบโตจากหญิงรับตั้งครรภ์แทนโดยผ่านทางรกจนกระทั่งครบกำหนดคลอด

สิ่งที่แพทย์ทำการผสมเทียมหรือการใช้วิธีการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีควรคำนึงคือ การคัดเลือกเชื้อพันธุ์ซึ่งใช้ในการผสมเทียม ถ้าเป็นไปในกรณีที่ต้องอาศัยเชื้อพันธุ์จากผู้บริจาคไม่ว่าจะเป็นชายบริจาคอสุจิหรือหญิงบริจาคไข่ แพทย์จะต้องคัดเลือกเชื้อพันธุ์ที่มีความแข็งแรงปลอดจากโรคติดต่อทางกรรมพันธุ์รวมถึงการเป็นพาหะของโรคด้วยเช่นกัน การคัดเลือกเชื้อพันธุ์ซึ่งใช้ในการผสมเทียม หากกระทำโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็อาจเกิดปัญหาที่ยุ่งยากตามมาได้ นอกจากนั้น ลักษณะของเชื้อพันธุ์แพทย์จะพยายามคัดเลือกเชื้อพันธุ์ที่มีลักษณะใกล้เคียงกับผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน โดยการพิจารณาจาก สีผิว สีผม ลักษณะเส้นผม หรือพิจารณาจากลักษณะภายนอก เช่น สีตา ลักษณะของรูปร่าง รูปร่าง เป็นต้น เพื่อให้เด็กที่เกิดมามีลักษณะใกล้เคียงกับผู้ที่จะเป็นบิดามารดาในอนาคต

1.3. ข้อดีและข้อเสียของการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทนเป็นแนวทางปฏิบัติทางหนึ่งที่น่าสนใจที่นักวิทยาศาสตร์และแพทย์คิดค้นขึ้นมาทำให้เกิดความก้าวหน้าทางด้านวิชาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ เพื่อแก้ปัญหาให้กับผู้มีบุตรยากหรือไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ แต่ความเจริญก้าวหน้าทุกอย่างเปรียบเสมือนดาบสองคม กล่าวคือ เมื่อมีผลดีก็ย่อมจะมีผลเสียควบคู่กันไป ดังนั้นการตั้งครรภ์แทนจึงมีทั้งข้อดีและข้อเสีย ซึ่งผู้เขียนแยกเป็นกรณีดังนี้

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid, P.16.

ข้อดีของการตั้งครรภ์แทน

1. เป็นการศึกษาวิจัยเพื่อความก้าวหน้าทางด้านวิชาการพันธุศาสตร์ (genetic counseling) และการเจริญพันธุ์ ส่งผลให้เกิดเทคโนโลยีสมัยใหม่ที่ช่วยหนุนการเจริญพันธุ์หลากหลายวิธี เช่น การผสมเทียม (Artificial Insemination) การปฏิสนธินอกร่างกาย (In vitro fertilization: IVF) การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อไข่ (Gamete intrafallopian transfer : GIFT) ตลอดจนวิธีการอื่นๆ เช่น Pronuclear stage tubal transfer : ZIFT และ micromanipulation เป็นต้น นอกจากนี้ยังสามารถคิดค้นวิธีการเก็บรักษาไข่ การเตรียมตัวอ่อน การแช่แข็งตัวอ่อน การแช่แข็งอสุจิเพื่อนำไปใช้ในการปฏิสนธิเทียมต่อไป

2. เป็นการแก้ปัญหาให้แก่ผู้มีบุตรยากหรือไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ ทำให้สามารถมีบุตรไว้สืบสกุลตามสัญชาติญาณในการดำรงไว้ซึ่งเผ่าพันธุ์มนุษยชาติ ในครอบครัวปกติคู่สมรสย่อมปรารถนาที่จะมีบุตรไว้เซยชม แม้ว่าการไม่มีบุตรนั้นไม่ถึงกับทำให้เกิดความแตกแยกภายในครอบครัว แต่ก็อาจจะทำให้ความผูกพันระหว่างสามีภริยาขาดความแน่นแฟ้น และขาดความหวังหรืออนาคตซึ่งครอบครัวพึงมี เพราะบุตรย่อมเป็นสายใยชีวิตที่เชื่อมโยงให้บิดามารดามีความผูกพันยิ่งขึ้น²⁹

3. เมื่อวิทยาศาสตร์การแพทย์มีความเจริญก้าวหน้าจนถึงขั้นประสบผลสำเร็จ ก่อให้เกิดผลพลอยได้ทางธุรกิจบางประเภท เช่น เกิดศูนย์รับฝากเชื้อพันธุ์ (Sperm Bank) ผู้ชายสามารถที่จะฝากเชื้อพันธุ์ของตนได้ ซึ่งปัจจุบันตั้งอยู่ ณ. โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ โดยผู้ที่ฝากเชื้อพันธุ์จะต้องเสียค่าบริการในการเก็บเชื้อพันธุ์³⁰ ซึ่งเป็นการดีสำหรับชายที่มีปัญหาในด้านการสืบพันธุ์ เช่น มีตัวอสุจิน้อย จึงสะสมไว้ให้ได้จำนวนมากพอที่จะนำมาใช้ในการผสมเทียม เป็นต้น

4. การตั้งครรภ์แทนเป็นการก่อให้เกิดชีวิตใหม่ขึ้นมาโดยมีความรัก และความปรารถนาที่จะอุปการะเลี้ยงดูเป็นบุตรเสมือนเป็นบุตรที่เกิดตามธรรมชาติ มิใช่เป็นการทำลายชีวิตเหมือนการทำแท้งจึงไม่มีปัญหาทางด้านศีลธรรมโดยเฉพาะประเทศไทยซึ่งนับถือศาสนาพุทธ แม้ว่าการมีบุตรอาจจะกระทำได้โดยการรับอุปการะเลี้ยงดูเด็กกำพร้า หรือเด็กที่ขาดผู้ปกครองมาเป็นบุตรบุญธรรมก็ตาม แต่การตั้งครรภ์แทนเป็นการสร้างชีวิตใหม่ที่ได้รับการถ่ายทอดทาง

²⁹ ลีฟูน จิระวัฒนาสมกุล. ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับผสมเทียม. วิทยานพนธ์ปริญญาเนหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2529, หน้า 19.

³⁰ หมอซี.พี. "ทารกในหลอดแก้ว : คำตอบสำหรับคู่สมรสที่มีบุตรยาก." ไกล่หมอ. 9, 1 มกราคม 2528, หน้า 428.

พันธุกรรม หรือมีความสัมพันธ์ทางชีววิทยากับผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนทั้งคู่ หรืออย่างน้อยก็เป็นบุตรทางชีววิทยาของคุณสมรสคนใดคนหนึ่งจึงถือได้ว่าเป็นการให้ของขวัญแห่งชีวิตแก่สามีภรรยา³¹

ข้อเสียของการตั้งครรภ์แทน

1. การตั้งครรภ์แทนกระทำขึ้นโดยยังไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายในการควบคุมดูแลหรือรองรับปัญหาอันอาจเกิดขึ้นในอนาคตนั้น จึงก่อให้เกิดความสับสนว่าการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นความผิดหรือไม่ และหากคู่สัญญาตั้งครรภ์แทนกระทำผิดสัญญาไม่ปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันได้ เช่น หญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ส่งมอบเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน หรือในทางกลับกันผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นฝ่ายปฏิเสธไม่ยอมรับเด็กนั้น เนื่องจากพิการหรือเป็นเพศที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ต้องการ ก็เกิดการฟ้องร้องบังคับให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันได้

2. การตั้งครรภ์แทนเป็นการนำเอาเทคโนโลยีทางการแพทย์มาใช้ จึงมีค่าใช้จ่ายสูงมาก เฉพาะค่าใช้จ่ายทางการแพทย์จะเป็นระหว่าง 20,000-30,000 บาทต่อการกระทำหนึ่งครั้ง อัตราความสำเร็จยังต่ำอยู่ประมาณร้อยละ 15-20 และหากการปฏิบัติการในครั้งแรกไม่สำเร็จ จะต้องทำซ้ำทำให้มีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น³² และถ้าจะต้องมีการว่าจ้างหญิงอื่นมาทำการตั้งครรภ์แทน ก็จะมีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มยิ่งขึ้นไปอีก เพราะเป็นการยากที่จะหาหญิงอื่นมารับตั้งครรภ์แทนให้หากมิใช่ญาติมิตรใกล้ชิดกัน

3. ก่อให้เกิดอาชีพใหม่แก่หญิง คือ อาชีพมารดารับจ้าง เพราะเป็นการยากที่จะหาหญิงที่มีความสมบูรณ์และสมัครใจเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากการตั้งครรภ์ก่อให้เกิดผลเสียแก่ลัทธิระวางกายอย่างถาวร เช่น เกิดจุดหย่อนยานในบางส่วน หน้าท้องลาย เป็นต้น ดังนั้นการตั้งครรภ์แทนโดยมีค่าตอบแทนจึงถูกมองว่าเป็นการลดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์โดยการเอาเนื้อตัวร่างกายออกให้เช่า

4. ก่อให้เกิดปัญหาในด้านกฎหมายครอบครัวและกฎหมายมรดกในเรื่องความเป็นบิดามารดาของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ว่ามีใครเป็นมารดากันแน่ระหว่างหญิงรับตั้งครรภ์แทนหรือหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ปัญหาในด้านการใช้อำนาจปกครองบุตรอาจเกิดขึ้นได้ทั้งกรณีที่ทั้งสองฝ่ายต้องการเด็กหรือไม่ต้องการเด็กก็ได้ นอกจากนี้ ความไม่ชัดเจนทางด้าน

³¹ ประสพสุข บุญเดช. "อุ้มบุญ.", หน้า 29.

³² สหยา สุทรเกตุ. "ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539, หน้า 29.

สถานะความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายอาจส่งผลไปถึงการสืบสิทธิในมรดกได้ เพราะผู้ที่เสียสิทธิเพราะการเกิดของเด็กนั้นอาจจะฟ้องร้องในคดีมรดกได้

5. ในระหว่างหญิงรับตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์อยู่มีการตรวจพบว่าเด็กในครรภ์มีความผิดปกติ หรือเป็นเพศที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ต้องการ แพทย์ผู้รับผิดชอบดูแลหรือผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่สามารถบังคับให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนยุติการตั้งครรภ์หรือทำแท้งได้ เพราะจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 และแพทย์ไม่สามารถอ้างความผิดปกติของเด็กในครรภ์เป็นเหตุทำแท้งไม่ได้เช่นกัน เพราะการทำแท้งที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 จะต้องเป็นการทำแท้งในกรณีที่ต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงตั้งครรภ์เป็นสำคัญมิใช่เพราะสุขภาพของเด็กในครรภ์ เว้นแต่ความผิดปกติของการตั้งครรภ์จะเป็นเหตุทำให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพของหญิงรับตั้งครรภ์แทน แพทย์สามารถทำแท้งได้โดยไม่มี ความผิด แต่ก็อาจจะเกิดปัญหากับผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้หากไม่ได้รับความยินยอมโดยจะถือเหตุเป็นการผิดสัญญาที่ได้ตกลงกันได้

2. ปัญหาทางจริยธรรมของการตั้งครรภ์แทนในสังคมไทย

2.1. ความเป็นมาของการตั้งครรภ์แทน

เป็นเวลานานนับศตวรรษแล้วที่มนุษย์พยายามเอาชนะธรรมชาติในเรื่องการสร้างทารกโดยการผสมเทียม ผลงานความสำเร็จของการผสมเทียมมนุษย์รายแรกนั้นเกิดขึ้นในปี พ.ศ.2342 โดย Dr.John Hunter ชาวอังกฤษ ได้ทดลองเอาเชื้อพันธุ์ของสามีผสมให้กับภริยาจนทำให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้น³³ แต่ก็มีผู้โต้แย้งว่าไม่น่าจะเป็นไปได้ ในขณะนั้นยังไม่มีใครคำนึงถึงปัญหาทางกฎหมายเพราะหลงใหลที่ได้บุตรและภูมิใจในผลสำเร็จ นับจากนั้นมาวิวัฒนาการของการผสมเทียมก็มีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น จนมีการนำเอาไข่และตัวสุจิออกจากร่างกายมาผสมกันในหลอดทดลองหรือที่เรียกว่า IVF (เด็กหลอดแก้ว) จนในปี พ.ศ.2521 หนูน้อยหลุยส์ บราวน์ ผู้เป็นผลผลิตของการผสมเทียมในหลอดแก้วรายแรกของโลกก็ลืมตามาดูโลก³⁴ หลังจากนั้นการผสมเทียมก็ถูกนำมาใช้รักษาแก่คู่สามีภริยาที่ไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติอย่างกว้างขวางจนถึงปัจจุบัน

³³ เอื้อพงศ์ จตุรธำรง และสมหมาย ดงสุวรรณ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 580.

³⁴ ชุมศักดิ์ พุกษาพงศ์. "ศาสตร์และศิลป์แห่งการสร้างทารกในยุคโลกาภิวัตน์." โกล์หมอ. 22. 5 พฤษภาคม 2541, หน้า 39.

การผสมเทียมที่กำลังได้รับความนิยมแพร่หลายไปทั่วโลก ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายและจริยธรรมมากมาย ทารกที่เกิดจากการผสมเทียมในหลอดแก้ว เฉพาะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเพียงประเทศเดียวก็มีเด็กหลอดแก้วถึง 33,000 คน โดยบูมสุดขีดเมื่อปี พ.ศ.2537 ซึ่งสามารถทำการผสมเทียมในหลอดแก้วจนได้ทารกถึง 7,000 คน³⁵ และยังมีคลินิกที่รับผสมเทียมอยู่อีกทั่วโลก ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นตลาดของการผสมเทียมที่ใหญ่ที่สุด เนื่องจากความร่ำรวยของบรรดาลูกค้ากลุ่มเป้าหมาย แต่การพัฒนาเทคนิคในการช่วยการเจริญพันธุ์ครั้งแรกๆ ก็เกิดขึ้นที่ประเทศอังกฤษ ส่วนประเทศออสเตรเลียก็มีทารกที่เกิดจากตัวอ่อนที่แช่แข็งมาก่อน และการฉีดตัวอสุจิเข้าไปในเซลล์ไข่โดยตรงก็เป็นผลงานของนักวิจัยที่ประเทศเบลเยียม เป็นต้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีคลินิกระดับสถานพยาบาลขนาดใหญ่ที่เป็นศูนย์ช่วยการเจริญพันธุ์ (Fertility Clinic) กระจายอยู่ทั่วประเทศถึง 315 แห่ง และยังมีอีกหลายร้อยแห่งทั่วโลกที่ตั้งขึ้นเพื่อรองรับความต้องการของคู่สมรสที่ต้องการบุตร โดยเฉพาะประเทศอุตสาหกรรมในสามทศวรรษที่ผ่านมา ผู้หญิงมีอัตราการมีบุตรยากสูงขึ้นโดยส่วนใหญ่แล้วเป็นผลมาจากการที่ผู้หญิงสมรสเมื่ออายุมากขึ้น หรือมีบุตรช้าลง สถิติระหว่างปี พ.ศ.2532 - 2538 พบว่าผู้หญิงชาวอเมริกันในวัยเจริญพันธุ์ มีบุตรยากเพิ่มจาก 4.9 ล้านคนเป็น 6.1 ล้านคน³⁶ ซึ่งสถิติของศูนย์สถิติสาธารณสุขแห่งชาติ (National Center for Health Statistics) รายงานว่าเมื่อปี พ.ศ.2526 มีหญิงอเมริกันไม่อาจตั้งครรภ์ได้ 4.3 ล้านคน และอย่างน้อยที่สุดหญิงจำนวน 2 ล้านคนมีความประสงค์ที่จะมีบุตร³⁷ มีผู้ประมาณไว้ว่าคู่สมรสซึ่งมีบุตรไม่ได้จำนวน 500,000 คู่ ได้แสวงหาความช่วยเหลือโดยวิธีการตั้งครรภ์แทน หรือการบริการเชื้ออสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนในแต่ละปี³⁸

ความต้องการของครอบครัวชาวอเมริกันที่ไม่สามารถมีบุตรได้ตามธรรมชาติมีจำนวนมากขึ้น ทางเลือกหนึ่งที่ได้รับการยอมรับคือการขอรับเด็กอื่นเป็นบุตรบุญธรรม แต่ก็มีขั้นตอนที่ยุ่งยากทำให้การดำเนินการพิจารณาขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมีความล่าช้ากินเวลาข้ามปี ซึ่งสาเหตุที่แท้จริง คือการที่สตรีทำแท้งได้ตามกฎหมายและสังคมให้การยอมรับหญิงที่มีบุตรโดยมิได้มีการสมรสมากขึ้น ทำให้จำนวนเด็กที่รอรับการอุปการะจากบิดามารดาบุญธรรมลดจำนวนลง ประกอบกับระยะเวลาในการรอคอยที่จะได้เด็กมาอุปการะเลี้ยงดูเป็นบุตรบุญธรรมกินเวลาประมาณ 3 ถึง 7 ปี ทำให้คู่สมรสที่มีปัญหาในการมีบุตรตามธรรมชาติไม่ได้ จึงหันไปใช้วิธีการ

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

³⁷ N. Y. Times. 14 June 1983, at c1, col.4.

³⁸ L. A. Times. 3 March 1991, at A1, col.5.

ว่าจ้างหญิงอื่นมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทน ในรอบสิบปีที่ผ่านมา มีผู้ประมาณการว่ามีเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมากกว่า 4,000 คน³⁹ และจากการที่คู่สมรสที่มีปัญหาในการมีบุตรหันมาใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนมากขึ้น ก่อให้เกิดคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้สิทธิปกครองเด็กที่เกิดมามากขึ้นจนทำให้ต้องมีการออกบทบัญญัติในเรื่องการตั้งครรภ์แทนขึ้นมาเป็นการเฉพาะในบางมลรัฐ

สำหรับประเทศไทยวงการแพทย์ได้รับเอาวิทยาการด้านการผสมเทียมมาใช้เป็นครั้งแรกเมื่อใดไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัด แต่ได้มีการกล่าวถึงการผสมเทียมกันอย่างเปิดเผยเมื่อประมาณ พ.ศ.2512 และทำให้เกิดการตั้งครรภ์ได้ถึงร้อยละ 64.44 ขอผู้มารับบริการ⁴⁰ การแพทย์ของไทยได้มีวิวัฒนาการในด้านการช่วยการเจริญพันธุ์มากขึ้นจนสามารถทำการตั้งครรภ์แทนได้เช่นเดียวกับในต่างประเทศ โดยในปี พ.ศ.2534 ที่คณะแพทย์ของโรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์เป็นแห่งแรก จนปัจจุบันการให้บริการในด้านนี้ขยายตัวไปยังเอกชนทำให้เกิดคลินิก หรือศูนย์ช่วยเหลือผู้มีบุตรยากรวมถึงโรงพยาบาลเอกชนที่สามารถใช้วิธีการผสมเทียมนอกมดลูก และทำให้เกิดการตั้งครรภ์แทนเพิ่มมากขึ้น เพื่อตอบสนองความต้องการของคู่สมรสไทยที่มีปัญหาในการมีบุตรยาก

แต่อย่างไรก็ตาม การตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยก็ยังจำกัดอยู่ในวงแคบๆ ยังไม่มีการขยายตัวออกไปจนกลายเป็นธุรกิจให้บริการรับตั้งครรภ์แทนเช่นในต่างประเทศ การตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยส่วนใหญ่จะได้รับความยินยอมจากญาติมิตรสนิทมาเป็นหญิงรับตั้งครรภ์แทนมากกว่าจะเป็นกรณีที่เป็นการว่าจ้างหญิงอื่นมาเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนโดยมีค่าตอบแทน ประกอบกับแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในด้านการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีนั้นยังมีอยู่น้อย มีเฉพาะในโรงพยาบาลของรัฐบางแห่ง หรือไม่ก็เป็นคลินิก หรือโรงพยาบาลเอกชนที่มีค่าใช้จ่ายสูง ผลสำเร็จในการตั้งครรภ์โดยการผสมเทียมนั้นยังอยู่ในเกณฑ์ต่ำ แต่ในอนาคต แนวโน้มของผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรยากจะให้ความสนใจการมีบุตรจากการตั้งครรภ์แทนมากขึ้น เพราะส่วนใหญ่แล้วผู้ที่มีความต้องการบุตรมักจะมีฐานะการเงินที่ดี มีความพร้อมที่จะเสี่ยงเพื่อจะได้มีบุตรไว้เรื่อยๆ

³⁹ Smith , Brent Parker . "Anna J. V. Mark C. : Proof of The Imminent Need for Surrogate motherhood Reculation ." Journal of Family Law . 30, 2 1991-1992, P.494-495.

⁴⁰ Srivannaboon, S " ten year experiences in artificial insemination with fresh donor semen." สารศิริราช. 2524,33 , หน้า 425-428.

2.2. ปัญหาทางจริยธรรมกับการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทนหรืออุ้มบุญนั้นไม่มีกฎหมายห้ามไว้ เพราะเป็นสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงที่จะกระทำการใดๆ ตามที่ใจปรารถนา⁴¹ แม้จะเป็นการตั้งครรภ์แทนโดยมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม ประกอบกับประเทศไทยยังมิได้มีบทบัญญัติโดยตรงเกี่ยวกับขบวนการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีสมัยใหม่ แต่แพทย์ไทยก็สามารถทำการผสมเทียมหรือใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ได้จนถึงขั้นมีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น แม้ว่าวัตถุประสงค์ของการตั้งครรภ์แทนจะเป็นการช่วยเหลือผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรก็ตาม ก็ยังเป็นที่ยกเถียงกันว่าการกำเนิดชีวิตโดยการฝืนธรรมชาติเช่นนี้ เป็นการกระทำที่ขัดหลักศีลธรรมหรือจริยธรรมหรือไม่ ก็ต้องขึ้นอยู่กับว่าผู้นั้นมีแนวคิดหรือนับถือศาสนาใด

ศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกเห็นว่าการผสมเทียมเป็นเรื่องที่ผิดไปจากธรรมชาติกำหนดไว้ถือว่าผิดศีลธรรม พระสันตปาปา จอห์น ปอลที่ 2 ทรงประกาศว่า วิธีการก่อกำเนิดบุตรโดยกรรมวิธีผิดไปจากธรรมชาติ (Artificial Procreation) ที่แพร่หลายในปัจจุบัน นับว่าเป็นการฝ่าฝืนสิทธิของมนุษย์และกฎเกณฑ์ธรรมชาติทั้งสิ้น⁴² ตามความคิดในศาสนาโรมันคาทอลิกนั้นเชื่อว่าพระเจ้าเป็นผู้กำเนิดทุกสิ่งทุกอย่างที่เกิดมาในโลกนี้ ดังนั้นการกระทำใดๆ ก็แล้วแต่ที่ผิดไปจากธรรมชาติถือว่าขัดต่อพระประสงค์ของพระเจ้าทั้งสิ้น บางคนไม่ยอมแม้แต่จะคุมกำเนิดไม่ว่าจะวิธีการใดๆ รวมไปถึงไม่ยอมทำหมันด้วยโดยถือว่าเป็นบาป (Sinful) ด้วยเหตุผลที่ว่าพระเจ้าไม่ได้ให้อำนาจบุคคลใดทำลายชีวิตของผู้อื่นซึ่งรวมไปถึงชีวิตที่ควรจะได้เกิดด้วย⁴³ ดังนั้นการตั้งครรภ์แทนนอกจากจะเป็นการฝ่าฝืนธรรมชาติแล้ว การนำอสุจิมาผสมกับไข่ในหลอดทดลองจะต้องมีอสุจิ หรือตัวอ่อนที่ไม่สมบูรณ์ถูกคัดทิ้งไป เป็นการทำลายชีวิตของผู้อื่นถือว่าเป็นบาปแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม นิกายโปรเตสแตนต์ที่มีแนวคิดว่าการทำหมันหรือการคุมกำเนิดนั้นสามารถกระทำได้เพราะบทบัญญัติในคัมภีร์ไบเบิลไม่ได้มีข้อห้ามในเรื่องนี้ ดังนั้นในส่วนของ การตั้งครรภ์แทน นิกายโปรเตสแตนต์จึงไม่มีข้อห้ามที่เด็ดขาดเหมือนนิกายโรมันคาทอลิก

⁴¹ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

⁴² วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "การรับจ้างตั้งครรภ์กับกฎหมาย." คลินิก. 6, 12 ธันวาคม 2533, หน้า 910.

⁴³ Glanville Williams. The Sanctity of Life and the Criminal Law. London : Faber and Faber Ltd. , 1958, P.99-101.

ศาสนายิว ในหลักการเดิมถือว่าการแต่งงานในหมู่พี่น้อง การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองและการได้รับน้ำเชื้อจากชายอื่นที่มีใช้สามีถือว่าเป็นบาป แต่โดยทั่วไปแล้วในขณะนี้มีส่วนคัดค้านและวางเฉย⁴⁴ในเรื่องเกี่ยวกับการตั้งครมภ์แทน

ศาสนาอิสลาม หลักศาสนาเป็นมากยิ่งขึ้นกว่าคำสอน กล่าวคือถือว่าเป็นแบบแผนในการดำเนินชีวิต ศาสนาจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันทุกเรื่อง การกระทำใดๆ ที่ฝ่าฝืนหลักคำสอนในพระคัมภีร์กูรอันถือว่าเป็นบาป การฉีดเชื้ออสุจิที่มีใช้ของสามีเข้าไปในมดลูกจึงมีผลเช่นเดียวกับการมีคู่ที่ถือว่าเป็นบาปซึ่งมีโทษถึงตาย⁴⁵

สำหรับประเทศไทยซึ่งประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธก็มีได้ปฏิเสธการตั้งครมภ์แทนโดยตรง แต่เห็นว่าเมื่อมีการผสมระหว่างอสุจิและไข่จนเกิดเป็นตัวอ่อนขึ้นแล้วถือว่าชีวิตได้เริ่มเป็นมนุษย์เพราะเกิดการสืบต่อ เหตุนี้การทำลายตัวอ่อนหรือการนำตัวอ่อนไปทดลองโดยมิได้ย้ายเข้าฝังตัวในมดลูกจึงเป็นบาปในทางศาสนา⁴⁶ โดยหลักการแล้ว ศาสนาพุทธเป็นศาสนาที่ค่อนข้างเปิดกว้างในเรื่องการตั้งครมภ์แทนมากกว่าศาสนาอื่นๆ โดยถือเพียงว่าถ้าไม่เป็นการทำลาย หรือฆ่าสัตว์ตัดชีวิตกันแล้วก็น่าจะกระทำได้ไม่เป็นการผิดศีลธรรม แตกต่างจากศาสนาคริสต์ที่มีแนวคิดที่ไม่เห็นด้วยกับการกำเนิดบุตรที่ไม่ธรรมชาติ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางพุทธศาสนาอาจจะไม่ชี้ชัดว่าการตั้งครมภ์แทนไม่ผิดถ้ามีเหตุผลเพียงพอ แต่ก็ยังมีข้อโต้แย้งว่าถ้าการกำเนิดชีวิตโดยการใช้เทคโนโลยีการแพทย์สมัยใหม่ หรือการทำเด็กหลอดแก้วจะต้องมีตัวอ่อนบางส่วนที่ถูกทำลายไป ตัวอ่อนนั้นก็ต้องถือว่ามีชีวิตแล้ว การทำลายตัวอ่อนก็ต้องเป็นบาปเช่นกัน

ตามพุทธบัญญัติที่ว่าด้วยปาราชิก ได้บัญญัติไว้ว่า "โย ปน ภิกขุ สญฺจีจ มนุสฺสวคฺคหํ ชีวิตา โวโรเปยฺย ... อยมฺปิ ปาราชิกโ โหติ อสฺวาโส" แปลว่า "ภิกษุใดจงใจพรากรชีวิตมนุษย์ : ภิกษุนี้เป็นปาราชิก หมดสิทธิ์อยู่ร่วมกับสงฆ์

คำว่า "มนุสฺสวคฺคหํ" หรือ "ชีวิตมนุษย์" ได้แก่ จิตที่เป็นปฐม คือวิญญาณแรกซึ่งปรากฏในครมภ์มารดาจนกระทั่งมรณะ

ในอรรถกถาได้อธิบาย "จิตที่เป็นปฐม" ว่าได้แก่ ปฏิสนธิจิตของสัตว์ที่มีขันธห้า ท่านพระธรรมปิฎก ได้อธิบายความหมาย ปฏิสนธิจิต หรือวิญญาณแรกว่าตรงกับภาษาอังกฤษว่า relinking consciousness การ relinking คือการเข้าไปเชื่อมใหม่ และในภาษาบาลี " สนธิ "

⁴⁴ สหทยา สุนทรเกตุ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.

⁴⁵ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 911.

แปลว่า ต่อ " ปฏิ " แปลว่า ใหม่⁴⁷ และท่านได้กล่าวต่อไปอีกว่า ได้มี " กลลรูป " เกิดขึ้นพร้อมด้วยปฐมจิตนั้นเท่ากับได้มีการเกิดขึ้นทั้งทางด้านนามธรรม หรือจิตใจกับทางด้านรูปธรรม หรือด้านร่างกาย คือการเกิดของกลลรูป

กลลระนี้ท่านว่าเป็นหยาดน้ำใส เป็นหยดที่เล็กเหลือเกินอุปมาเอาชนจามรี(สัตว์ซึ่งมีขนละเอียดมาก)มาเส้นหนึ่งมาจุ่มในน้ำมันงาแล้วสลัดเจ็ดครั้ง แม้จะทำเช่นนั้นแล้วก็ยังเหลือติดอยู่นิดหนึ่งซึ่งเล็กเหลือเกิน ซึ่งเป็นขนาดของกลลระเป็นชีวิตในฝ่ายรูปธรรม จากนั้นในลำดับดาห์ที่สองก็เป็น อัพพุทะ หรือเมือกขึ้น จากนั้นในลำดับดาห์ที่สามเป็น เปลิ หรือขึ้นเนื้อ และในลำดับดาห์ที่สี่จะเป็นก้อนเรียกว่า ฆนะ และต่อมามีส่วนงอกออกมาเป็นปุ่มห้าปุ่มเรียก ปัญจสาขา ตามลำดับ⁴⁸

เมื่อเป็นเช่นนั้น การทำลายชีวิตตั้งแต่เมื่อเป็นกลลรูปจึงถือว่าเป็นบาป ส่วนจะมีโทษมากหรือน้อย จะบาปมากหรือบาปน้อยขึ้นอยู่กับเจตนาแห่งการทำลาย จากความรู้ด้านพุทธศาสนาดังกล่าวมาข้างต้น หากนำมาวินิจฉัยกับกรณีการตั้งครุฑแทนว่าการทำลายตัวอ่อน ซึ่งถือว่าเป็นชีวิตแล้วนั้นเป็นบาปในทางพุทธศาสนาหรือไม่ ท่านพระธรรมปิฎก ได้อธิบายต่อว่า ต้องตัดสินด้วยเจตนา ซึ่งเจตนาที่ว่านี้จะมีผลต่อคุณสมบัติของกรรมให้แรงหรือเบาต่างกัน การทำลายชีวิตถือว่าเป็น ปาณาติบาต แต่ก็ต้องขึ้นอยู่กับเจตนาและเหตุผลอื่นๆ ด้วย และเจตนาที่ว่านั้นจะต้องเป็นเจตนาที่ประกอบด้วยเมตตากรุณาโดยแท้จริง ซึ่งในทางจริยธรรมก็มีคำลอนว่า เพื่อประโยชน์สุขที่คุณค่ายิ่งใหญ่กว่าพึงสละประโยชน์สุขที่มีคุณค่าน้อยกว่า⁴⁹ ดังนั้นระหว่างตัวอ่อนที่แข็งแรงกับตัวอ่อนที่ไม่แข็งแรง แพทย์จำเป็นต้องเลือกตัวอ่อนที่แข็งแรงเพื่อใช้ในการผสมเทียม หรือเด็กหลอดแก้ว โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ในอนาคตว่าเด็กที่เกิดมานั้นจะเป็นเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรง ผู้เขียนเห็นว่าการทำลายตัวอ่อนในลักษณะเช่นนี้ไม่น่าจะเป็นบาป หรือถ้าจะบาปก็คงเป็นบาปที่น้อยมาก

แต่ปัญหาทางจริยธรรมที่สำคัญจริงๆ มิใช่อยู่ที่บาปหรือไม่เพราะเป็นเรื่องของความเชื่อ ความศรัทธาในแต่ละศาสนาของคนๆ นั้น แต่แท้จริงแล้ว กรณีที่หญิงรับตั้งครุฑแทนยินยอมตั้งครุฑโดยมิใช่บุตรของตนเอง หรืออาจจะเป็นบุตรทางชีววิทยาของตนก็ได้ มีเจตนาจะสละความเป็นมารดาของเด็กที่เกิดมาเพื่อยกเป็นบุตรของผู้อื่น ถูกมองว่าร่างกายของหญิงรับตั้งครุฑแทนเป็นเสมือนวัตถุที่รับบริการตามแต่ใจของผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทน หรือเป็นโรงงานที่

⁴⁷ พระธรรมปิฎก (ป.อ. ปยุตฺต). "ทำแท้งตัดสินอย่างไร ชีวิตเริ่มต้นเมื่อใด." มุลนิธิพุทธธรรม..2538. หน้า 5.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.

สามารถผลิตสินค้า คือเด็กกลายเป็นสินค้าที่สามารถซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนได้ด้วยเงิน ความผูกพันทางสายเลือด และสายสัมพันธ์ระหว่างมารดาผู้ให้กำเนิดและเด็กที่เกิดมาจะหมดไป พื้นฐานอันแข็งแกร่งของระบบครอบครัวที่เกิดจากบิดามารดาและบุตรถูกทำลาย ก่อให้เกิดความสับสนแก่เด็กที่เกิดมาว่าชาติกำเนิดของตนมีมาอย่างไร⁵⁰ นอกเหนือจากนี้ ในระยะเวลาตั้งครรภ์แทนนานนับ 9 เดือนอาจจะก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างหญิงตั้งครรภ์แทนกับเด็กได้ แม้ว่าเด็กนั้นจะมีใช้บุตรตามสายโลหิตก็ตามความสัมพันธ์ระหว่างแม่และลูกนั้นเกิดขึ้นได้โดยง่าย จึงทำให้เกิดปัญหาในการแย่งตัวเด็กซึ่งในต่างประเทศเคยมีเหตุการณ์เช่นนี้มาแล้ว

ในศาสนาพุทธการพลัดพรากจากของรักเป็นทุกข์ แต่เนื่องจากการตกลงกันได้แต่แรกเข้าทำสัญญาว่าจะสละความเป็นมารดาและยกเด็กให้เป็นบุตรของผู้อื่น หญิงรับตั้งครรภ์ก็จะต้องส่งมอบเด็กให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ หรือถ้าเป็นกรณีที่เกิดมาพิการ หรือเป็นเพศที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ต้องการก็ก่อให้เกิดปัญหาในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้น โดยหลักแล้ว หญิงรับตั้งครรภ์แทนมักจะมีความรักและเมตตาเด็กที่ตนตั้งครรภ์แทนอยู่แล้ว แต่ถ้าเด็กนั้นเกิดจากไข่และเชื้ออสุจิของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์เอง เด็กจึงไม่ใช่สายโลหิตของหญิงตั้งครรภ์แทน ส่วนผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ที่เป็นบิดามารดาทางชีววิทยาไม่ยอมอุปการะเลี้ยงดูบุตรสายโลหิตของตน กลับผลักร่างไปให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นมารดาผู้ให้กำเนิดทำหน้าที่อุปการะเลี้ยงดู จึงเป็นการไม่ยุติธรรมแก่เด็กที่เกิดมาเลย

ขบวนการการกำเนิดชีวิตใหม่ด้วยเทคโนโลยีหรือการตั้งครรภ์แทน ควรจะคำนึงถึงปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในสังคมไทยให้มาก เพื่อป้องกันปัญหาอันไม่อาจหาข้อยุติได้โดยง่าย การตั้งครรภ์แทนควรกระทำขึ้นเนื่องจากไม่มีหนทางอื่นที่จะมีบุตรได้ นอกจากนั้น รัฐควรเข้ามาเกี่ยวข้องในด้านการจัดระเบียบและขั้นตอนดำเนินการในเรื่องดังกล่าว เพื่อหากเกิดปัญหาขึ้นมาจริงๆจะได้สามารถแก้ไขได้

2.3. ทศนคติและการยอมรับของสังคมกับการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทน แม้จะมีหลักทางศาสนาบางศาสนาห้ามมิให้มีการกำเนิดชีวิตโดยการผืนธรรมชาติ แต่สังคมส่วนใหญ่ก็ให้การยอมรับวิธีการมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีมากขึ้น โดยเฉพาะการตั้งครรภ์แทน เพราะเห็นว่าเป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้และยังเป็นความยินยอมของหญิงรับตั้งครรภ์แทนเอง แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏส่วนใหญ่แล้วการ

⁵⁰ วิชา มหาคุณ. "จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่." วารสารกฎหมาย. 15, 1 ธันวาคม 2537, หน้า 20.

ตั้งครรรภ์แทนในประเทศไทยมักจะเกิดขึ้นในหมู่เครือญาติมากกว่าจะเป็นการว่าจ้างหญิงอื่นมาตั้งครรรภ์โดยได้รับค่าตอบแทน แต่ผู้เขียนเคยทราบว่ามีกรรับจ้างตั้งครรรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เกิดขึ้นจริงๆ แต่ไม่เป็นที่เปิดเผย เหตุเพราะอาจจะกลัวว่าเป็นความผิดในทางกฎหมายก็เป็นได้

การเปิดเผยเรื่องการตั้งครรรภ์แทนเท่าที่ปรากฏคงมีแต่เฉพาะกรณีดาราสาวผู้หนึ่งเท่านั้นที่รับตั้งครรรภ์ให้กับญาติทางสามี แต่ก็มีดาราสาวหลายคนที่มีปัญหาในเรื่องการมีบุตรออกมาให้สัมภาษณ์ทางสื่อมวลชนว่าตนเองก็ให้ความสนใจกับการตั้งครรรภ์แทน ทำให้สังคมส่วนใหญ่เห็นว่าการตั้งครรรภ์แทนไม่ใช่เรื่องแปลกเท่ากับเป็นการยอมรับไปโดยปริยาย

ทัศนคติและการยอมรับในเรื่องการตั้งครรรภ์แทนที่กำลังขยายวงกว้างออกไปเรื่อยๆ สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะสังคมมีค่านิยมในเรื่องการมีบุตรไว้สืบสกุล จนผู้เขียนเห็นว่าค่านิยมเช่นนี้กลายเป็นวัฒนธรรมทางความคิดว่า เมื่อทำการสมรสแล้วครอบครัวที่สมบูรณ์จะต้องประกอบด้วยพ่อแม่และลูก ทั้งๆ ที่ในความเป็นจริงแล้วการมีบุตรเป็นความรับผิดชอบที่ยิ่งใหญ่มาก หากเด็กได้รับการอบรมดูแลอย่างดีก็จะเป็นทรัพยากรที่มีคุณภาพของสังคม แต่ถ้าเด็กนั้นไม่ได้รับการอบรมดูแลที่ดีก็จะกลายเป็นปัญหาทางสังคม สามีภรรยาบางคนไม่ยอมมีบุตรเพราะกลัวว่าตนจะเลี้ยงดูบุตรได้ไม่ดี ทั้งนี้ไม่ใช่ว่าไม่มีความรัก ความเมตตา แต่สภาวะทางสังคมในปัจจุบันที่มีปัญหา เช่น ยาเสพติด การรับเอาค่านิยมทางตะวันตกมาแบบผิดๆ อาจจะทำให้เด็กนั้นกลายเป็นปัญหาของสังคมได้ แต่ผู้คิดเช่นนี้ก็มีอยู่น้อย

เหตุที่สังคมยอมรับเอาวิทยาการด้านการเจริญพันธุ์โดยง่ายก็เพราะมนุษย์ในเกือบทุกสังคมถูกสั่งสอนว่า การมีลูก มีทายาทเป็นเรื่องดี ชายหญิงเมื่อแต่งงานกันแล้วก็คาดหวังจะมีลูกเพื่อสร้างครอบครัวที่สมบูรณ์ (ตามที่สังคมบอกไว้) ถ้าชายหญิงคู่ใดยังไม่มีลูก คนคู่นั้นก็จะถูกผลักดัน สนับสนุน (โดยค่านิยมของสังคม) ให้พยายามลองทุกวิธีทางที่จะได้ลูก ความพยายามที่จะมีลูกของคนนั้นเป็นเรื่องเข้าใจได้ไม่ยาก เพราะการมีลูกเป็นผลในทางบวกต่อการดำรงชีวิตในสังคม เช่น ทำให้ใครๆ ยอมรับ ทำให้รู้สึกว่ามีผู้ที่จะสืบสกุลของตนต่อไป รู้สึกเป็นผู้ใหญ่มีความรับผิดชอบและมีที่พึ่งในยามแก่เฒ่า⁵¹ เป็นต้น ดังนั้นคู่สมรสที่ยังไม่มีบุตรก็จะเกิดความรู้สึกผิดหวังในชีวิต ความภาคภูมิใจในตัวเองลดลง บางคนรู้สึกว่าไร้อำนาจที่จะสร้างชีวิตขึ้นมาสักชีวิตหนึ่ง ทำให้เกิดความพยายามที่จะลองทุกวิธีทางเพื่อให้มีลูกให้ได้ ไม่ว่าจะใช้วิธีการใด หรือเสียค่าใช้จ่ายเท่าไรก็ตาม แต่เดิมที่พึ่งแห่งแรกของคู่สมรสที่มีบุตรยาก หรือยังไม่มีบุตรมักจะนิยมใช้วิธีการบนบานสานกล่าวต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์ แต่ในปัจจุบัน เทคโนโลยีทางการแพทย์เจริญพันธุ์มีความก้าวหน้า

⁵¹ กฤตยา อาชวนิจกุล. "วิทยาการสร้างลูกนอกไข่ : ผู้หญิงได้หรือเสีย." สตรีทัศน์. พฤศจิกายน 2529-มกราคม 2530, หน้า 17.

มากจนทำให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้น คู่สมรสหลายคู่จึงใช้วิธีตั้งครรภ์แทนเพื่อให้ได้ลูกไว้เซยชม เพราะเป็นวิธีการที่ดีกว่าให้สามีไปมีความสัมพันธ์กับหญิงอื่น อีกทั้งการตั้งครรภ์แทนนั้นคู่สมรสทั้งคู่อาจมีส่วนร่วมในการให้กำเนิดด้วยเพราะเป็นเจ้าของตัวอสุจิและไข่ที่ใช้ในการผสมเทียม

จากผลการวิจัย ทศนคติของคนในสังคมไทยที่มีต่อการตั้งครรภ์แทนของสหยาสุนทรเกตุ ในวิทยานิพนธ์เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยนั้น ได้แสดงผลการยอมรับในเรื่องการตั้งครรภ์แทนโดยแบ่งเป็นเพศชายให้การยอมรับร้อยละ 89.69 แต่ร้อยละ 10.31 ยอมรับไม่ได้ ส่วนฝ่ายหญิงยอมรับได้ร้อยละ 83.50 แต่ร้อยละ 16.50 ยอมรับไม่ได้⁵² จากผลการวิจัยดังกล่าวจะเห็นได้ว่าสังคมไทยส่วนใหญ่ให้การยอมรับวิทยาการกำเนิดชีวิตโดยเทคโนโลยีหรือการตั้งครรภ์แทน สาเหตุหนึ่งอาจจะมาจากความเห็นอกเห็นใจผู้ที่มีปัญหา หรือเห็นว่าเป็นเรื่องของความยินยอมสมัครใจของทั้งผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนกับหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทนก็ได้ ประการสำคัญวิทยาการในเรื่องการตั้งครรภ์แทนถูกนำไปใช้จนประสบผลสำเร็จเรียบร้อยไปแล้วก่อนที่จะมาถกเถียงถึงข้อดี ข้อเสีย หรือคำนึงถึงปัญหาอันอาจจะเกิดขึ้นในอนาคต แม้จะไม่เห็นด้วยกับการตั้งครรภ์แทนก็เป็นเรื่องยากที่จะห้ามให้มีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นได้

3. ผลกระทบทางสังคมของบุคคลที่เกี่ยวข้อง

การผสมเทียมและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ล้วนเป็นการกำเนิดชีวิตใหม่ขึ้นมาทั้งสิ้น แม้จะเป็นการสวนทางกับนโยบายในการควบคุมจำนวนประชากรของโลกก็ตามก็ไม่อาจห้ามความต้องการมีบุตรของผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรได้เองตามธรรมชาติได้ เมื่อเทคโนโลยีทางการแพทย์มีความเจริญก้าวหน้าไปจนทำให้สามารถตั้งครรภ์แทนกันได้ ถือได้ว่าเป็นความก้าวหน้าและผลสำเร็จในวงการแพทย์ของไทยระดับหนึ่ง หากการตั้งครรภ์แทนเกิดจากการนำไข่และเชื้ออสุจิของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมาใช้ในการผสมเทียม และให้หญิงอีกคนมาเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนซึ่งกระทำกันโดยไม่เปิดเผยให้ผู้อื่นทราบมากนัก ผลกระทบทางสังคมก็อาจจะไม่เกิดขึ้น แต่ถ้าเป็นการนำเอาเชื้อพันธุ์ของผู้บริจาคมามีส่วนในการปฏิสนธิของตัวอ่อนก็ต้องมีบุคคลอื่นนอกเหนือจากคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง การทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนนี้อาจส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่นด้วยเช่นกัน

⁵² สหยา สุนทรเกตุ. เรื่องเดียวกัน , หน้า 50.

3.1. ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรส

โดยปกติแล้วผู้ที่ให้ความสนใจในด้านเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์มักจะมีคู่สมรส เมื่อสมรสไปได้ระยะหนึ่งแล้วมีความปรารถนาต้องการมีบุตรเพื่อสร้างครอบครัวให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นแต่ก็ไม่อาจมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ จึงมาขอรับคำปรึกษาจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญเพื่อให้แก้ไขปัญหา หรือข้อบกพร่องซึ่งในบางคู่ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจจะเป็นหมัน หรือฝ่ายภริยาไม่สามารถเป็นผู้ตั้งครรภ์เองได้ก็จำเป็นต้องอาศัยหญิงอื่นมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทน ซึ่งก็มักจะได้รับความยินยอมจากฝ่ายที่มีข้อบกพร่องโดยเฉพาะฝ่ายหญิงภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน จึงไม่ค่อยมีปัญหาแต่อย่างใด แต่ถ้าเป็นกรณีที่ทำสัญญาตั้งครรภ์แทนโดยที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ให้ความยินยอมก็อาจจะเกิดปัญหาขึ้นได้ เพราะคู่สมรสจะต้องมีส่วนร่วมในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนในอนาคต เช่น สามีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นหมัน หรือมีตัวอ่อนน้อย หรือไม่สมบูรณ์พอที่แพทย์จะนำมาผสมเทียมกับไข่ของภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ก็จำเป็นต้องอาศัยเชื้ออสุจิจากผู้บริจาค ในกรณีเช่นนี้ ฝ่ายสามีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอาจจะรู้สึกว่าเด็กที่เกิดมามีไข่มุมของตนแต่ต้องมาเป็นผู้สืบสกุลของตนต่อไป รวมไปถึงมีสิทธิในการรับมรดกของตนด้วย

ความปรารถนาที่จะมีบุตรของคู่สมรสที่มีปัญหาไม่ว่าจะเป็นบุตรชาย หรือบุตรหญิงก็ให้ความพึงพอใจแก่ครอบครัวเช่นเดียวกัน แต่ระบบประเพณีของสังคมไทยส่วนใหญ่แล้วนิยมให้เพศชายเป็นผู้สืบสกุล ฉะนั้น ความต้องการบุตรเพื่อสืบสกุลให้ดำรงอยู่ต่อไปจึงเท่ากับเป็นการกำหนดเพศของเด็กที่จะเกิดมาด้วยว่าควรจะต้องเป็นเพศชาย แต่ถ้าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นเพศหญิงและเกิดจากเชื้อพันธุของผู้บริจาค สามีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอาจจะมีความรู้สึกไม่ต้องการเด็กนั้นได้ แต่ในทางกลับกัน แม้ว่าเด็กที่เกิดมาจะเป็นเพศใดก็ตามหญิงภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ก็สามารถยอมรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรได้สนิทใจกว่า ซึ่งอาจจะเป็นเพราะเพศหญิงเป็นเพศที่มีจิตใจอ่อนโยน มีความเมตตากรุณา และอย่างน้อยก็เป็นบุตรทางชีววิทยาของสามีของตนเอง ข้อดีของการตั้งครรภ์แทนแม้จะใช้ไข่ของผู้บริจาคมาผสมเทียมก็เป็นหนทางที่ดีกว่าให้สามีไปมีความสัมพันธ์กับหญิงอื่นเพื่อให้มีบุตร หากเป็นเช่นนี้อาจจะก่อให้เกิดความแตกแยกในครอบครัวได้

3.2. ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรส

ยังไม่เคยมีการเปิดเผยอย่างเป็นทางการว่ามีการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนให้กับหญิงโสดหรือชายโสด เหตุเพราะหากชายโสดหรือหญิงโสดเมื่อทำการสมรสในภายหลังก็อาจจะมีบุตรได้เองตามธรรมชาติได้ รวมถึงกรณีที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรสแต่ต่อมาคู่สมรสตายลงใน

ภายหลังที่ได้ทำการแข่งชิงเชือกพันธุ์ของตนไว้ในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ แม้ว่าแพทย์จะสามารถนำเอาเชือกพันธุ์ที่แข่งชิงไว้กลับมาทำการผสมเทียม หรือทำให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้นมาได้ แต่ก็อาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นมาได้ เพราะการเลี้ยงบุตรโดยลำพังย่อมไม่อบอุ่นเท่ากับการช่วยกันอุปการะดูแลของบิดามารดา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าแม้จะมีได้มีกฎหมายใดห้ามมิให้ทำการผสมเทียม หรือรับตั้งครรภ์แทนให้กับบุคคลซึ่งไม่มีคู่สมรสก็ตามก็ไม่ควรยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนในลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้น เว้นแต่ว่ามีข้อพิสูจน์ได้ว่าแม้จะทำการสมรสในภายหลังก็ไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ เช่น เป็นหมัน ได้รับการผ่าตัดรังไข่ หรือมดลูกออกไปแล้ว เช่นนี้เป็นต้น

สิ่งที่ควรวิตกมากที่สุดในกรณีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรสอยู่ในกลุ่มบุคคลที่มีอาการผิดปกติทางจิตใจในเรื่องเพศ หรือที่เรียกว่า "รักร่วมเพศ" ซึ่งกลุ่มคนเหล่านี้ไม่ว่าจะเป็นทอม ตุ๊ด ดี เกย์ หรือเลสเบียน ก็มีความต้องการมีบุตรเพื่อให้มีความเป็นครอบครัวปกติเสมือนครอบครัวของชายจริงหญิงแท้โดยทั่วไป และเป็นภาระกระทำเพื่อให้สังคมรอบข้างยอมรับสภาพแห่งความผิดปกติทางด้านจิตใจเช่นนั้นด้วย เช่น ชายที่มีความผิดปกติทางจิตใจไปทางเพศหญิงเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศจนสภาพร่างกายเป็นหญิง ซึ่งสังคมรอบข้างหากไม่ทราบมาก่อนก็อาจจะเข้าใจผิดว่าเป็นผู้หญิงโดยกำเนิด ซึ่งอยู่กันฉันสามีภริยากับชายอีกคนหนึ่งก็ปรารถนาที่จะมีบุตรเพื่อให้ครอบครัวสมบูรณ์ขึ้น ก็ว่าจ้างหญิงอื่นมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนโดยให้แพทย์นำเชื้ออสุจิของใครคนใดคนหนึ่งมาผสมกับไข่ของหญิงรับตั้งครรภ์แทนหรือหญิงบริจาค เมื่อเด็กคลอดออกมาก็รับอุปการะเลี้ยงดูเป็นบุตรบุญธรรมของคนใดคนหนึ่ง แต่สภาพความเป็นจริง เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์จะมีทั้งพ่อและแม่ตามปกติ ซึ่งแท้ที่จริงแล้วชายที่ผ่าตัดแปลงเพศ แม้จะมีร่างกายเป็นผู้หญิงก็ไม่สามารถเข้าใจจิตใจของความเป็นแม่ได้เหมือนผู้หญิงแท้จริง ซ้ำยังก่อให้เกิดความสับสนต่อเด็กที่เกิดมาว่าทำไมผู้ที่ตนเรียกว่าแม่ กลับมีค่านำหน้าชื่อในเอกสารว่าเป็นนาย เป็นต้น

สำหรับการผสมเทียมหรือการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนให้กับกลุ่มคนที่มีความผิดปกติทางจิตใจเช่นนี้ แพทย์โดยทั่วไปจะไม่ยอมดำเนินการให้โดยเห็นว่าบุคคลเหล่านี้มีสภาพจิตใจไม่ปกติย่อมก่อให้เกิดผลร้ายต่อเด็กที่จะเกิดมา ซึ่งเด็กอาจจะซึมซับเอาความผิดปกตินี้ไปด้วยเมื่อเด็กโตขึ้น หรือมีทัศนคติว่าความผิดปกติทางจิตใจเช่นนี้กลายเป็นเรื่องปกติ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับเหตุผลนี้เช่นกันเพราะประโยชน์ที่เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะได้รับมีน้อยกว่าโทษ

3.3. หญิงรับตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรส

แม้ว่าการตั้งครรภ์ของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะเป็นสิทธิโดยชอบธรรมในการเข้าทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน ซึ่งไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนก่อน

ก็ตาม แต่หากเป็นการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนโดยมิได้รับความเห็นชอบหรือความยินยอมจากสามี ก็อาจจะก่อให้เกิดปัญหาขึ้นได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาภายในครอบครัว หรือปัญหาทางกฎหมาย ปัญหาภายในครอบครัวที่อาจจะเกิดขึ้น เนื่องจากในขณะตั้งครรภ์หญิงรับตั้งครรภ์แทนอาจจะไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของภริยาได้ตามปกติ สามีของหญิงรับตั้งครรภ์ก็จะเกิดความรู้สึกไม่พอใจ หรือเกิดความแตกร้างภายในครอบครัว ส่วนปัญหาทางกฎหมายนับว่าเป็นปัญหาที่สำคัญอย่างยิ่งหากสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนมิให้ความยินยอมในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน เพราะสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะมีฐานะเป็นบิดาของเด็กที่หญิงรับตั้งครรภ์เป็นผู้คลอดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 แม้ว่ากฎหมายจะให้สิทธิแก่สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทน สามารถเพิกถอนความเป็นบิดาของบุตรที่ภริยาตนเป็นผู้คลอดในภายหลังได้ก็ตามโดยอ้างว่ามีใช่เป็นบุตรของตน และการตั้งครรภ์ของภริยาตนเกิดจากการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เข้าช่วยเหลือ มิใช่เป็นบุตรโดยสายโลหิตที่เกิดตามธรรมชาติ

การเข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทนของหญิงรับตั้งครรภ์แทนโดยสามีไม่ได้ให้ความยินยอม สามีจะถือเป็นเหตุแห่งการฟ้องหย่าได้โดยอ้างว่าภริยาประพฤติชั่ว และทำการปฏิบัติต่อการเป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (2) และ (6)⁵³ เหตุแห่งการฟ้องหย่านั้นไม่ถือว่าเป็นการฟ้องหย่าเพราะมีชู้ ซึ่งการมีชู้ หมายถึงการที่หญิงภริยาสมัครใจร่วมประเวณีกับชายอื่น แต่การตั้งครรภ์แทนจะต้องไม่มีการร่วมประเวณีจึงไม่ถือว่าเป็นการมีชู้ตามกฎหมาย สำหรับกรณีหญิงรับตั้งครรภ์แทนได้รับความยินยอมจากสามีในการเข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทนก็ยังมีปัญหาทางกฎหมายอยู่เช่นเดิม เนื่องจากสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะมีฐานะเป็นบิดาของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย แต่กฎหมายก็ไม่จำกัดสิทธิในการฟ้องปฏิเสธไม่รับเด็กนั้นเป็นบุตรของตน เว้นแต่สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็กในทะเบียนคนเกิดว่าเป็นบุตรของตน หรือจัด หรือยอมให้มีการแจ้งการเกิดดังกล่าวตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1539 ซึ่งสิทธิในการฟ้องปฏิเสธไม่รับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรก่อให้เกิดความคิดเห็นแตกต่างกันออกไป ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงปัญหาทางกฎหมายทั้งในส่วนของกฎหมายครอบครัว พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และกฎหมายมรดกในลำดับต่อไป

⁵³ ประสพสุข บุญเดช. "การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์", หน้า 187.

3.4. หญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรส

โดยปกติแล้วหญิงรับตั้งครรภ์แทนในขณะที่ตั้งครรภ์จะมีการเปลี่ยนแปลงทางสรีระร่างกายเป็นอย่างมาก เช่น หน้าท้องที่ขยายตัวเพื่อให้ตัวอ่อนเจริญเติบโตหรือเต้านมขยายตัว ซึ่งการเปลี่ยนแปลงทางสรีระร่างกายนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถปกปิด หรืออำพรางมิให้สังคมนับข้างทราบได้ว่าการตั้งครรภ์เกิดขึ้น ดังนั้นหญิงโสดที่ยังไม่มีคู่สมรสจึงไม่นิยมเป็นอาสาสมัครหรือหญิงรับตั้งครรภ์แทน แต่ก็มีได้มีการจำกัดสิทธิไว้เช่นกันว่าห้ามมิให้หญิงโสดรับตั้งครรภ์แทน เพราะถือว่าเป็นสิทธิส่วนบุคคล และเป็นเนื้อตัวของหญิงรับตั้งครรภ์แทนเอง แต่โดยส่วนตัวแล้วผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการที่หญิงโสดเป็นหญิงรับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากการตั้งครรภ์โดยปราศจากประสบการณ์อีกทั้งผลของความเปลี่ยนแปลงทางสรีระร่างกายบางอย่างเป็นที่คงอยู่ถาวรเช่น หน้าท้องลาย เกิดจุดหย่อนยานในบางส่วน หรือถ้าการคลอดบุตรนั้นมิได้คลอดโดยธรรมชาติ กล่าวคือ เป็นการทำคลอดโดยการผ่าหน้าท้องก็จะปรากฏรอยแผลจากการผ่าตัดนั้นๆ ได้ประการสำคัญ สังคมนับข้างจะมีทัศนคติที่ไม่ดีต่อหญิงรับตั้งครรภ์แทนว่าประพฤติดนไม่เหมาะสมแก่จารีตประเพณี ซึ่งสุกก่อนห้าม เป็นต้น เพราะสังคมนับข้างไม่ทราบถึงการเข้าทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน แต่ถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทนสามารถยอมรับผลกระทบทางสังคมได้ก็น่าจะสามารถรับตั้งครรภ์แทนได้ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีเช่นนี้ควรจะเป็นกรณีมีความจำเป็นหรือเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

3.5. ชายเจ้าของอสุจิ หรือหญิงเจ้าของไข่

ผู้ที่บริจาคเชื้อพันธุ์เพื่อให้แพทย์นำไปใช้ในการผสมเทียมให้กับผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรเองตามธรรมชาติไม่ได้โดยปกติมักจะไม่มีปัญหามากนัก เพราะไม่ปรากฏว่าเจ้าของเชื้อพันธุ์ที่ได้บริจาคเป็นของผู้ใดเนื่องจากแพทย์จะเก็บข้อมูลของผู้บริจาคไว้เป็นความลับเพื่อป้องกันปัญหาอันอาจจะเกิดขึ้นในอนาคต หรือในบางกรณีแพทย์ผู้ทำการผสมเทียมเองก็ไม้อาจทราบได้ว่าเชื้อพันธุ์นั้นเป็นของผู้ใด เพราะการนำเชื้อพันธุ์มาใช้ในการผสมเทียมอาจจะมีมากกว่าหนึ่งคนผสมกัน ซึ่งกรณีเช่นนี้แพทย์จะไม่สามารถทราบได้เลยว่าเชื้อพันธุ์ที่ผสมพันธุ์กันจนเกิดการปฏิสนธิตัวอ่อนเป็นของผู้บริจาครายใดกันแน่

ผู้ที่บริจาคเชื้อพันธุ์ซึ่งโดยส่วนมากแล้วจะเป็นชายบริจาคเชื้ออสุจิมากกว่าจะเป็นหญิงบริจาคไข่ เหตุเพราะการนำไข่ออกจากร่างกายหญิงจำเป็นจะต้องมีการเจ็บตัวบ้างไม่เหมือนกับการนำเชื้ออสุจิออกจากร่างกายของชาย ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์โดยมากแล้วมีเจตนาที่จะสงเคราะห์ผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรยากให้ได้มีโอกาสเป็นพ่อแม่ซักครั้งในชีวิต มักจะไม่เรียกร้องสิทธิในตัวเด็กที่เกิดมาเพราะไม่มีเจตนาจะเป็นบิดาหรือมารดาของเด็กแต่อย่างใด และการบริจาคก็จะเป็น

กรณีที่ไม่มีความตอบแทน แต่ปัจจุบันนี้ความต้องการซื้อพันธบัตรที่มีคุณสมบัติตามที่ผู้ต้องการมีบุตรนั้น มีการซื้อขายเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์สามารถบันทึกไว้เป็นประวัติศาสตร์ของวงการแพทย์ ได้เลยว่ามีราคาแพงที่สุดซึ่งเกิดขึ้นในประเทศไทยได้ทุกวัน เมื่อมีหญิงชาวไต้หวันประกาศตามสื่อมวลชนว่าต้องการซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่มีคุณสมบัติต่างๆ ได้แก่ มีเชื้อชาติจีน มีเลือดหมูโอ มีการศึกษาระดับปริญญาโทหรือเอก และต้องมีตำแหน่งหน้าที่การงานในระดับดีเช่น วิศวกร แพทย์ สถาปนิก อาจารย์มหาวิทยาลัย นายธนาคาร ฯลฯ โดยเธอจะให้ค่าสมนาคุณประมาณ 2,000,000 บาท (สองล้านบาทถ้วน) เป็นการตอบแทน ซึ่งปรากฏว่ามีผู้ยื่นความจำนงขอบริจาคอสังหาริมทรัพย์มากกว่า 500 คนทั้งที่มาจากไต้หวันและต่างประเทศ เช่น จีน ฮองกง ญี่ปุ่น ยุโรป สหรัฐอเมริกาบางคน เป็นถึงอธิการบดีอีกด้วย ซึ่งผู้ที่ประกาศขอซื้ออสังหาริมทรัพย์นี้ทำการคัดเลือกอสังหาริมทรัพย์จากบุคคลต่างๆ จนได้ผู้ที่อยู่ในเกณฑ์เพียง 10 คน ซึ่งทุกคนเป็นโสด มีการศึกษาระดับปริญญาโท 4 คน และปริญญาเอก 6 คน⁵⁴ ซึ่งต่อมาภายหลังได้ทำการคัดเลือกซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่จะนำมาใช้ในการผสมเทียมต่อไป

จากเดิมวัตถุประสงค์ในการบริจาคซื้อพันธบัตรเป็นเรื่องของการกุศล แต่ปัจจุบันซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่มีความสำคัญในการก่อกำเนิดชีวิตใหม่ทำให้สามารถซื้อขายได้ ซึ่งในทางกฎหมายเอง ก็ถือว่าซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่ใช้ในการผสมพันธุ์เป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง เชื่อได้ว่าในอนาคตคงจะมีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์กันมากขึ้น เพราะทุกๆ ครอบครัวก็ล้วนต้องการบุตรที่ดีด้วยกันทั้งนั้น

3.6. เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน

เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนับว่าเป็นบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากสังคมมากที่สุดเพราะเป็นชีวิตที่กำเนิดโดยการใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่มีไข่มุขที่เกิดตามธรรมชาติ ถ้าการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามวัตถุประสงค์โดยดี เด็กนั้นย่อมได้รับการเลี้ยงดูด้วยความรักอย่างที่สุดจากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนแต่ก็อาจจะเกิดปัญหาในภายหลังได้ หากต่อมาเด็กนั้นทราบว่าแท้จริงแล้วตนเป็นบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หรือหากเป็นกรณีเป็นการผสมเทียมโดยการใช้เชื้อพันธุ์จากผู้บริจาคในการผสมเทียม เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนอาจจะเกิดความสับสนในชาติกำเนิดของตนว่าแท้จริงแล้วตนเป็นบุตรของใครกันแน่ และจะเกิดความต้องการสืบหาพ่อแม่ทางชีววิทยาของตนเอง หรือหญิงรับตั้งครรภ์แทนที่เป็นผู้คลอดตนออกมาในภายหลังได้

⁵⁴ บัญญัติ สุขศรีงาม. "เรื่องของอสังหาริมทรัพย์ในไต้หวันและสิงคโปร์." ไกล่หมอ. 21, 11 พฤศจิกายน 2540, หน้า 59.

ผลกระทบทางด้านจิตใจของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์เป็นจุดที่เปราะบางและเกิดขึ้นได้โดยง่ายหากเด็กปฏิเสธความจริงที่เป็นอยู่ แม้จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูด้วยความรักจากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอยู่แล้วก็ตามก็อาจจะกลายเป็นเด็กที่มีปัญหา และทำตัวต่อต้านบิดามารดาที่อุปการะเลี้ยงดูตน รวมไปถึงต่อต้านสังคมกลายเป็นเด็กมีปัญหาในสังคมได้

แต่ในความเป็นจริงแล้วผลกระทบของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์โดยมากเกิดจากการผิดสัญญาของหญิงรับตั้งครรภ์แทน ที่ปฏิเสธไม่ยอมส่งมอบบุตรที่ตนคลอดให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ หรือผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์เป็นฝ่ายปฏิเสธการอุปการะเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากเด็กที่เกิดมาพิการ หรือเป็นเพศที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ไม่ต้องการ ในกรณีที่มีการผิดสัญญาไม่ว่าจะเกิดจากฝ่ายใดก็ตามหากมีการฟ้องร้องเกิดขึ้นเด็กก็ย่อมได้รับผลกระทบไปด้วย ซึ่งในกรณีเช่นนี้ผู้เขียนจะนำเสนอถึงปัญหาทางด้านกฎหมายต่างๆ ต่อไป

บทที่ 3

ปัญหาทางกฎหมายกับการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทนเป็นวิวัฒนาการทางการแพทย์สมัยใหม่ที่สามารถแก้ไขปัญหาในการมีบุตรยากให้แก่คู่สมรสที่มีปัญหาในการมีบุตรตามธรรมชาติ ซึ่งความเจริญทางการแพทย์ดังกล่าว นอกจากจะก่อให้เกิดปัญหาทางสังคม และจริยธรรมแล้วยังก่อให้เกิดปัญหาทางด้านกฎหมายอีกเช่นกัน แม้ว่าสังคมส่วนใหญ่จะให้การยอมรับการตั้งครรภ์แทนกันมากขึ้น เพราะมีความเห็นอกเห็นใจผู้ที่มีปัญหา แต่ทว่าปัญหาในทางกฎหมายนั้นไม่สามารถหาข้อยุติได้ง่ายเหมือนปัญหาทางสังคม หนทางส่วนใหญ่จึงมักจะให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด ซึ่งคำพิพากษาของศาลที่เคยวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน อาจจะเหมือนหรือต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับสถานะการณ์ แนวคิดและหลักการของศาลนั้นๆ จึงไม่อาจหาข้อยุติที่ตรงกันเป็นหลักสากลได้ ดังนั้นผู้เขียนจึงจะขอกล่าวถึงหลักกฎหมายและปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นทั้งในประเทศ และต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน ดังนี้

1. ปัญหาทางกฎหมายกับการตั้งครรภ์แทนในสังคมไทย

การตั้งครรภ์แทนเป็นการก่อกำเนิดชีวิตใหม่ขึ้นมาโดยการทำสัญญาของบุคคล 2 ฝ่าย คือ ผู้ที่ต้องการบุตรหรือผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนกับหญิงรับตั้งครรภ์แทน โดยอาศัยความช่วยเหลือจากแพทย์และเทคโนโลยีทางการแพทย์ด้านการเจริญพันธุ์เข้าช่วย ปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นโดยมากแล้วจะเป็นปัญหาทางด้านกฎหมายครอบครัว เรื่องสิทธิในการปกครองเด็ก การเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย ซึ่งในต่างประเทศที่มีเทคโนโลยีทางการแพทย์ก่อนหน้าประเทศไทยก็เกิดคดีต่างๆ ขึ้นมากมาย ไม่ว่าจะเป็นที่ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร หรือออสเตรเลีย ฯลฯ จนทำให้ประเทศเหล่านี้มีการพิจารณาทบทวนปัญหาทางกฎหมายว่า สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย และบังคับตามสัญญาได้หรือไม่ ถ้าสามารถบังคับใช้ได้ ใครจะเป็นผู้มีสิทธิดีกว่ากันระหว่างผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนกับหญิงรับตั้งครรภ์แทน หรือบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน

สำหรับประเทศไทย การตั้งครรภ์แทนส่วนใหญ่จะเป็นการให้ญาติสนิทของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมาเป็นหญิงรับตั้งครรภ์แทนเสียเอง ปัญหาในการฟ้องร้องบังคับคดีจึงยังไม่เกิดขึ้นเหมือนเช่นในต่างประเทศ แต่ในอนาคต การทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนอาจจะกลายเป็นธุรกิจ

เชิงพาณิชย์ คือเป็นการตั้งครรถแทนโดยมีค่าตอบแทนให้แก่หญิงรับตั้งครรถแทนก็ได้ หากเป็นเช่นนั้นก็อาจจะเกิดปัญหาฟ้องร้องคดีได้ ศาลจะใช้บทบัญญัติทางกฎหมายใดมาเป็นเกณฑ์พิจารณา เพราะปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการตั้งครรถแทนเป็นการเฉพาะ จึงต้องนำบทบัญญัติทางกฎหมายเดิมที่มีอยู่มาพิจารณา ซึ่งผู้เขียนแยกวิเคราะห์ดังนี้

1.1. ลักษณะของสัญญารับตั้งครรถแทน

สัญญารับตั้งครรถแทน คือสัญญาซึ่งหญิงตกลงรับที่จะตั้งครรถโดยมิได้มีการร่วมประเวณี และตกลงว่าจะให้ทารกอยู่ในครรภ์ของตนจนครบกำหนด เมื่อทารกคลอดออกมาแล้วก็จะส่งมอบทารกนั้นให้กับผู้ว่าจ้างตั้งครรถแทนเพื่อรับเป็นบุตรบุญธรรมต่อไป ทั้งนี้ไม่ว่าการทำสัญญารับตั้งครรถแทนนี้จะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม การตั้งครรถแทนในประเทศไทยกระทำขึ้นโดยไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายห้ามไว้ ปัญหาที่น่าคิดอยู่ที่ว่าสัญญารับตั้งครรถแทนเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 หรือไม่ เพราะถ้าวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายแล้ว สัญญาดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะและไม่สามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมาย แต่ถ้าวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ขัดต่อข้อกำหนดตามกฎหมายก็สามารถใช้บังคับได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151

การตีความว่าวัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งครรถแทนเป็นการขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น นักกฎหมายเองก็ให้ความคิดเห็นกันแตกต่างกันออกไป คือ

ฝ่ายแรกมีความเห็นว่า สัญญารับตั้งครรถแทนมีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นการทำสัญญาซื้อขายแลกเปลี่ยนเด็ก เป็นการเช่ามดลูกและเนื้อตัวร่างกายมนุษย์ เป็นการกระทำที่ฝืนความรู้สึกของสาธารณชนก่อให้เกิดปัญหาทางจริยธรรมและสังคม สัญญารับตั้งครรถแทนจึงตกเป็นโมฆะ ฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้

เดช เสวตไกรพ ได้ให้ความเห็นว่า "แม้สัญญาระหว่างผู้รับจ้างและผู้ว่าจ้างจะเป็นไปโดยสมัครใจก็ไม่น่าจะปรับเข้ากับสัญญาตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ไม่ว่าจะป็นสัญญาจ้างแรงงาน หรือสัญญาจ้างทำของ อีกประการหนึ่ง สัญญา

ตั้งครรภ์แทนจะก่อให้เกิดปัญหาด้านศีลธรรมเป็นแน่ โดยเหตุว่าคนไทยยึดมั่นอยู่ในกรอบของศีลธรรมแน่นแฟ้นมากโดยเฉพาะความผูกพันระหว่างสามีภริยาและบุตร”¹

เหตุผลที่สนับสนุนแนวความคิดของฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะ เพราะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน คือเป็นการลดศักดิ์ศรีแห่งความเป็นแม่ของหญิงนั้นลงอย่างสิ้นเชิงคงเหลือแต่ความเป็นโรงงานผลิตมนุษย์ อีกทั้งยังเป็นการทำลายระบบครอบครัวที่มีการสืบสายโลหิตและเผ่าพันธุ์ที่ชัดเจน จนไม่อาจบอกได้ว่าใครเป็นบิดามารดาที่แท้จริงกันแน่ แม้จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ยอมรับให้มีการรับบุตรของผู้อื่นมาเป็นบุตรบุญธรรมได้ก็ตาม ประกอบกับกฎหมายไทยแม้จะไม่มีข้อห้ามในการจ่ายเงิน หรือรับเงินตอบแทนในกรณีรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเหมือนในบางประเทศ ก็ต้องถือว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทน เป็นสัญญาที่ซื้อขายเด็กล่วงหน้า และอาศัยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมบังหน้า²

ส่วนฝ่ายที่สองกลับมีความคิดเห็นไปในทางตรงข้ามกัน โดยเห็นว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะสัญญาดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นสัญญาซื้อขายแลกเปลี่ยนเด็กโดยแท้ เพราะผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนหรืออย่างน้อยคนใดคนหนึ่งมีส่วนได้ส่วนเสียในตัวเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน เช่น เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ที่ใช้ในการผสมเทียม ประกอบกับการทำสัญญาับตั้งครรภ์แทนมิได้มีกฎหมายห้ามไว้อย่างชัดเจน และไม่น่าจะถือว่าเป็นการซื้อขายทาสอันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312 แต่อย่างใด เพราะวัตถุประสงค์มิได้เป็นการเอาคนลงเป็นทาส หรือให้มีฐานะคล้ายทาส แต่เป็นการให้เด็กไปเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย³ สัญญาับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

สนิท ตระกูลพรายงาม ได้ให้ความเห็นว่า “ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการรับจ้างตั้งครรภ์ไว้โดยเฉพาะ และกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการรับบุตรบุญธรรมทั้งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ.2522 ก็ไม่มีบทบัญญัติห้ามการจ่ายเงินหรือรับเงิน เพื่อการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเหมือน

¹ เดช เสวตไกรพ. “มดลูก : อวัยวะของมนุษย์สำหรับเช่า.”, วารสารอัยการ. 11,121 มกราคม 2531, หน้า 29.

² วิชา มหาคุณ. “จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่.”, หน้า 18.

³ ประสพสุข บุญเดช. “มารดาจ้างตั้งครรภ์.”, ดุลพาน. 35,1 มกราคม-กุมภาพันธ์ 2531, หน้า 40.

กฎหมายในบางประเทศ สัญญาดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อกฎหมายและไม่ใช้สัญญาซื้อขายเด็กแลกเปลี่ยนเด็กหรือนำเด็กมาเป็นทาส ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312”⁴

นอกจากจะเห็นว่าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในตัวเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน และมีเจตนาจะรับเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว สัญญารับตั้งครรภ์แทนน่าจะเทียบเคียงได้กับสัญญากู้ยืมเงิน เพื่อไปซื้อวัตถุโบราณมาจัดตั้งพิพิธภัณฑ์ส่วนตัวที่ไม่ตกเป็นโมฆะเพราะไม่มีกฎหมายห้ามไว้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 4140/2529) หรือสัญญาที่ขายมีคู่สมรสอยู่แล้วทำกับหญิงอื่นที่อยู่กินกัน โดยขายยินยอมจ่ายค่าเลี้ยงดูให้หญิงนั้นซึ่งเป็นสัญญาที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (คำพิพากษาฎีกาที่ 125/2521)⁵ เพราะการทำสัญญาใดๆนั้นจะตกลงกันให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้ได้เปรียบ หรือเสียเปรียบแก่กันอย่างไรก็ได้แล้วแต่ความสมัครใจของคู่สัญญา

จากแนวคิดของนักกฎหมายทั้งสองจะเห็นว่าต่างฝ่ายต่างก็มีเหตุผลสนับสนุนแนวคิดของตนทั้งสิ้น การจะวินิจฉัยว่าการกระทำใดๆจึงจะถือว่าเป็นการขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นเรื่องยากที่จะชี้ชัดได้ แม้แต่ผู้ร่างกฎหมายเองก็ไม่อาจสรุปคำจำกัดความหรือบทวิเคราะห์ที่ชัดได้ จึงต้องขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาในคดีนั้นๆว่าจะใช้ดุลพินิจไปในทางใด สัญญารับตั้งครรภ์แทนเองก็เช่นกัน เนื่องจากในขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะ และยังไม่เคยมีคดีขึ้นสู่การพิจารณาในชั้นศาล จึงไม่อาจสรุปได้ว่าศาลไทยจะวินิจฉัยว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายและตกเป็นโมฆะหรือไม่ แต่สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ตกเป็นโมฆะเพราะในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติใดห้ามมิให้มีการตั้งครรภ์แทน และวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีเจตนาจะรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย ซึ่งบทบัญญัติในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ก็ไม่มีข้อห้ามการจ่ายเงินหรือรับเงินเพื่อการรับบุตรบุญธรรม ดังนั้นสัญญารับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ขัดต่อกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ดี หากสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ใช้บังคับต่อกันได้แล้วและมีกรณีที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดผิดสัญญาก็อาจจะก่อให้เกิดปัญหาแก่คู่สัญญาแต่ละฝ่าย รวมไปถึง

⁴ สนิท ตระกูลพรายงาม. “ปัญหากฎหมายที่เกิดจากการผสมเทียม.” หน้า 98.

⁵ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

บุคคลภายนอกที่มีส่วนได้ส่วนเสียในการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน เช่น ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ปฏิเสธการจ่ายเงินค่าตอบแทนให้แก่หญิงรับตั้งครรภ์แทน หรือหญิงรับตั้งครรภ์แทน ปฏิเสธที่จะรับเงินและไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน กรณีเช่นนี้แต่ละฝ่ายจะมีสิทธิเรียกร้องต่อกันอย่างไร ก็จะต้องนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรณีนี้มาพิจารณา ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวในบทต่อไป

1.2. ประเภทของสัญญารับตั้งครรภ์แทน

ในกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติในเรื่องนั้นไว้เป็นการเฉพาะ ผู้พิพากษาก็จะต้องตัดสินคดีตามคลองจารีตประเพณีและศีลธรรมอันดี ซึ่งกฎหมายไทยก็ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และถ้าในกรณีที่ไม่มีคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นเคยกระทำไว้ ก็ต้องวินิจฉัยคดีโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้ายังไม่มีอีกก็ต้องวินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ในกรณีของสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นเรื่องใหม่ในสังคมไทย หลักแห่งศีลธรรมและจริยธรรมถูกนำมาพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้นก็ยังไม่อาจหาข้อสรุปที่ชี้ชัดได้ แต่ความคิดเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ให้การยอมรับว่าน่าจะเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่ตกเป็นโมฆะ ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบ้างที่มีความใกล้เคียงกับสัญญารับตั้งครรภ์แทน ซึ่งผู้เขียนนำมาพิจารณา มีดังนี้

1.2.1. สัญญาเช่า

มาตรา 537 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า "อันว่าเช่าทรัพย์สินนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้เช่า ตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งชั่วคราวอันมีจำกัด และผู้เช่าตกลงจะให้ค่าเช่าเพื่อการนั้น"

เมื่อพิจารณาคำว่า "ทรัพย์สิน" ตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 "ทรัพย์สิน" หมายความว่าวัตถุที่มีรูปร่าง" และมาตรา 138 "ทรัพย์สิน" หมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ดังนั้นต้องพิจารณาว่ามดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นทรัพย์สินตามกฎหมาย และสามารถนำออกให้เช่าได้หรือไม่

มดลูก (Uterus) เป็นอวัยวะในระบบสืบพันธุ์ของผู้หญิงทุกคนที่ทำหน้าที่อุ้มตัวอ่อน (Embryo) ที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างไข่ที่สุกแล้วกับเชื้ออสุจิของฝ่ายชาย ซึ่งมดลูกนั้นมีเยื่อผนังมดลูกที่มีคุณสมบัติในการยืดหยุ่นได้มากกว่าอวัยวะส่วนอื่นๆ ของร่างกายเพราะ

ตัวอ่อนจะค่อยๆ เจริญเติบโตขึ้นมดลูกก็จะการขยายตัวตามไปด้วยจนกระทั่งครบกำหนดคลอด ซึ่งปกติจะกินเวลาประมาณ 9 เดือน แต่มนุษย์มิใช่ทรัพย์สินตามความคิดทางกฎหมายเพราะมีสภาพบุคคล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ดังนั้นร่างกายหรืออวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายมนุษย์ไม่ถือเป็นทรัพย์สินที่มีราคาจึงไม่อาจทำการซื้อขายหรือให้เช่าได้ เพราะมิฉะนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ก็อาจจะมีข้อยกเว้นอยู่บ้างในบางกรณี เช่น เส้นผมที่แม้จะเป็นส่วนหนึ่งของร่างกาย แต่เมื่อถูกตัดขาดออกจากร่างกายก็ไม่ทำให้เกิดอันตรายใดๆ หรือเลือดที่สามารถซื้อขายกันได้ในปัจจุบัน เหตุเพราะว่าเลือดนั้นร่างกายสามารถสร้างทดแทนได้ในเวลาไม่นาน และในการถ่ายเลือดแต่ละครั้งจะถ่ายเลือดในปริมาณที่กำหนดไว้ มิฉะนั้นเจ้าของเลือดอาจเกิดอันตรายได้ ซึ่งศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับถึงการซื้อขายเลือดได้โดยให้เหตุผลว่าเลือดนั้นมาจากการบริจาค การซื้อขายเลือด จึงเป็นการให้บริการมิใช่การซื้อขายสินค้า⁶

และถ้าพิจารณาถึงคำว่า "ได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สิน" มนุษย์ในขณะที่มีชีวิตอยู่มิใช่ทรัพย์สิน มดลูกมนุษย์ซึ่งมีหน้าที่อุ้มตัวอ่อนได้ก็ต้องเป็นมดลูกของหญิงที่มีชีวิตอยู่เท่านั้น ดังนั้นมดลูกจึงไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินด้วย ในเมื่อวัตถุแห่งสัญญาหรือมดลูกของหญิงในขณะที่มีชีวิตอยู่ไม่เป็นทรัพย์สินแล้ว สัญญานี้จึงไม่ใช่สัญญาเช่าทรัพย์สินตามกฎหมาย⁷

1.2.2. สัญญาจ้างแรงงาน

มาตรา 575 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า "อันว่าสัญญาจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้"

สัญญารับตั้งครรภ์แทน หญิงรับตั้งครรภ์แทนจะต้องยินยอมให้แพทย์ทำการผสมเทียมหรือใช้วิธีการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีต่างๆ จนทำให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้น ขั้นตอนต่างๆ ตั้งแต่การที่แพทย์ฉีดเชื้ออสุจิของฝ่ายชายเข้าไปในช่องคลอดของหญิงรับตั้งครรภ์แทนหรือการผสมไข่กับเชื้ออสุจิในหลอดทดลองจนกลายเป็นตัวอ่อนแล้วจึงย้ายตัวอ่อนไปฝังตัวในมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทน เพื่อให้ตัวอ่อนเจริญเติบโตจนครบกำหนดแล้วคลอดเด็กออกมา ร่างกายของหญิงรับตั้งครรภ์นอกจากจะเป็นสิ่งรองรับตัวอ่อน หรือเป็นที่อยู่ของตัวอ่อนแล้วยังเป็นแหล่งอาหารให้แก่ตัวอ่อนด้วย เพราะตัวอ่อนจะได้รับสารอาหารและอากาศจากหญิงรับตั้งครรภ์

⁶ Perlmutter V. Beth David Hosp. 123 N. E. 2d. 792 (1954)

⁷ เดช เสวตไกรพ. เรื่องเดียวกัน , หน้า 28.

แทนผ่านทางสายสะดือ เป็นขบวนการทางชีวเคมีของร่างกายหญิงโดยอัตโนมัติปัจจัยภายนอกไม่สามารถจะควบคุมเปลี่ยนแปลงได้ จึงไม่น่าจะเรียกว่า “ตกลงจะทำงานให้” เพราะโดยสภาพของหญิงรับตั้งครรภ์แทนและตัวอ่อนในครรภ์ไม่ใช่เป็นการทำงานแต่ประการใด ทุกอย่างเป็นไปตามระบบสืบพันธุ์ของแม่ (Female Reproductive System) เป็นขั้นตอนตามธรรมชาติของมนุษย์หรือสัตว์โดยอัตโนมัติ ความหมายของ “ตกลงจะทำงานให้” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 น่าจะหมายถึงการลงมืออย่างใดอย่างหนึ่งตามความสามารถ และความชำนาญของลูกจ้าง เช่น รับจ้างพิมพ์ดีดในฐานะลูกจ้างประจำ ดังนั้นสัญญาับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน⁸

1.2.3. สัญญาจ้างทำของ

มาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงรับทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำงานนั้น”

ข้อแตกต่างของสัญญาจ้างแรงงานกับสัญญาจ้างทำของ คือสัญญาจ้างแรงงาน ลูกจ้างไม่จำเป็นจะต้องทำงานจนสำเร็จให้แก่นายจ้างจึงจะได้รับสินจ้าง เช่น การเป็นลูกจ้างประจำ เมื่อครบเดือนนายจ้างก็จะจ่ายค่าจ้างให้โดยไม่คำนึงว่างานของลูกจ้างที่ทำงานนั้นจะเสร็จสิ้นลงหรือไม่ หรือลักษณะของงานที่ทำงานเป็นงานที่มีความต่อเนื่องกันไม่สามารถกำหนดได้ว่าจะเสร็จเมื่อไร ส่วนสัญญาจ้างทำของ ลูกจ้างจะต้องทำงานให้แก่นายจ้างจนสำเร็จตามที่ได้ตกลงไว้ เช่น จ้างตัดผม ลูกจ้างก็ต้องตัดผมให้เสร็จสิ้นเสียก่อนจึงจะได้รับค่าจ้างจากนายจ้าง ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงสัญญาับตั้งครรภ์แทนแล้วน่าที่จะมีความใกล้เคียงไปทางสัญญาจ้างทำของมากกว่า⁹ เพราะหญิงรับตั้งครรภ์แทนเมื่อคลอดบุตรแล้วส่งมอบเด็กให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ก็น่าจะถือว่าเป็นการทำงานจนเป็นผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของสัญญาแล้ว แต่ถ้าในระหว่างตั้งครรภ์ หญิงรับตั้งครรภ์แทนตายลงทารกหรือตัวอ่อนที่อยู่ในมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทนก็ต้องตายตามไปด้วย สัญญาับตั้งครรภ์แทนจึงน่าจะเป็นสัญญาจ้างทำของ

แต่ถ้าพิจารณาถึงลักษณะของงานที่จ้างทำของเป็นกรณีที่ถือเอาความสำเร็จของงานเป็นสาระสำคัญแล้ว ก็ต้องพิจารณาถึงคุณสมบัติหรือความสามารถอย่างหนึ่งอย่างใดของลูกจ้างในการลงมือทำงานด้วย เช่น จ้างตัดผมก็ต้องว่าจ้างผู้ที่มีอาชีพรับตัดผม ซึ่งมี

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

⁹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. “สัญญาเช่ามดลูก.”, หน้า 22.

ความรู้ ความชำนาญในการตัดผม เป็นต้น แต่การตั้งครุฑแทนของหญิงรับตั้งครุฑแทนนั้น หญิงรับตั้งครุฑแทนเพียงแต่ให้ความยินยอมในการผสมเทียม และเมื่อคลอดบุตรแล้วจึงส่งมอบเด็กให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทน ความสามารถในการตั้งครุฑจนกระทั่งคลอดไม่ถือว่าเป็นความสามารถเฉพาะตัว เพราะผู้หญิงทุกคนที่มีร่างกายแข็งแรง สมบูรณ์ อยู่ในวัยเจริญพันธุ์ก็สามารถตั้งครุฑแล้วคลอดบุตรได้อยู่แล้ว ดังนั้นสัญญารับตั้งครุฑแทนจึงไม่ใช่สัญญาจ้างทำของ

โดยสรุปแล้วผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญารับตั้งครุฑแทนที่ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนและหญิงรับตั้งครุฑแทนจะให้ความยินยอม และมีเสรีภาพในการทำสัญญาโดยสมัครใจก็ไม่น่าจะเป็นสัญญาเช่ามดลูก หรือสัญญาจ้างแรงงาน หรือสัญญาจ้างทำของ... ใดๆ อย่างไรก็ดี สัญญารับตั้งครุฑแทนน่าจะเข้าลักษณะของสัญญาที่ไม่มีชื่ออย่างหนึ่ง ซึ่งไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ แม้จะตกลงกันด้วยวาจาก็ฟ้องร้องบังคับคดีกันได้

1.2.4. การบังคับตามสัญญา

สัญญารับตั้งครุฑแทนเป็นสัญญาทั่วไปหรือเป็นสัญญาชนิดหนึ่งที่ไม่มิใช่ข้อ แต่ก็ยังเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดพันธะผูกพันระหว่างคู่สัญญาตามที่ได้ตกลงกันได้ ดังนั้นคู่สัญญาจึงมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันได้ ซึ่งจะบังคับได้เพียงใดนั้นก็ต้องพิจารณาถึงสภาพแห่งหนี้ว่าเปิดช่องให้บังคับกันได้เพียงใด ถ้าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้ก็สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน หรือค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาไว้ เช่น ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนปฏิเสธที่จะจ่ายสินจ้างให้แก่หญิงรับตั้งครุฑแทน หรือปฏิเสธที่จะให้เชื้ออสุจิหรือไข่ไปทำการผสมเทียม หรือภายหลังจากทารกคลอดออกมาแล้วผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนปฏิเสธที่จะรับมอบทารกเพราะเป็นเพศที่ไม่ต้องการหรือมีร่างกายพิการผิดปกติ หญิงรับตั้งครุฑแทนก็มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายตามสัญญาโดยเรียกค่าใช้จ่ายต่างๆ เช่น ค่าชดเชยจากการขาดรายได้ในขณะตั้งครุฑ รวมไปถึงค่ารักษาพยาบาลต่างๆ จนกระทั่งคลอด หรือถ้าหญิงรับตั้งครุฑแทนเป็นฝ่ายปฏิเสธไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนเสียเอง ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนก็มีสิทธิเพียงเรียกค่าสินไหมทดแทน หรือค่าใช้จ่ายอื่นใดอันเนื่องมาจากการทำสัญญาตั้งครุฑแทน เช่น ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ ค่ารักษาพยาบาล ค่าใช้จ่ายของหญิงรับตั้งครุฑแทนในระหว่างตั้งครุฑ เช่น ค่าบำรุงครุฑ แต่ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนไม่มีสิทธิเรียกร้องให้หญิงรับตั้งครุฑแทนส่งมอบเด็กให้แก่ตน

หรือกรณีที่หญิงรับจ้างตั้งครุฑแทนเป็นฝ่ายผิดสัญญาตั้งแต่แรก คือปฏิเสธไม่ยอมรับการผสมเทียม ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนแม้จะมีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แต่ก็ไม่มี

สามารถฟ้องให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องปฏิบัติตามที่ได้ตกลงไว้ในสัญญาไม่ได้ เพราะสภาพแห่ง
 หนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ หรือในระหว่างตั้งครรภ์ หญิงรับตั้งครรภ์แทนผิดเงื่อนไขของสัญญา
 เช่น สูบบุหรี่ เสพสุรา ยาเม้าหรือยาเสพติด ไม่บำรุงครรภ์ให้แข็งแรง ไม่ยอมรับการตรวจเช็คตามที่
 แพทย์แนะนำ หรือยุติการตั้งครรภ์นั้นเสียก่อนครบกำหนดคลอด แม้หญิงรับตั้งครรภ์แทนยินยอม
 خذใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ก็ตาม หญิงรับตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถยุติการ
 ตั้งครรภ์ได้ เพราะจะเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา มาตรา 301 ดังนั้นการบังคับตามสัญญา
 รับตั้งครรภ์แทนจะต้องดูสภาพแห่งหนี้ด้วยว่าสามารถบังคับได้หรือไม่ ถ้าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง
 ให้บังคับได้ ก็คงมีสิทธิเพียงเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน หรือค่าเสียหายตามสัญญาเท่านั้น

1.2.5. ความรับผิดของแพทย์หรือสถานบริการ

นอกจากปัญหาในเรื่องสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้น
 แล้ว ปัญหาในเรื่องความรับผิดของสถานบริการหรือแพทย์ผู้ทำการผสมเทียมนั้นจะเป็น
 อย่างไร เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดความรับผิดของแพทย์
 หรือสถานบริการไว้เป็นการเฉพาะ แต่ในฐานะที่พลเมืองทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในกรอบที่
 กฎหมายรัฐธรรมนูญรับรอง ในขณะที่ทุกคนก็มิหนำซ้ำไม่กระทำการใดๆ อันก่อให้เกิดความ
 เสียหายแก่ผู้อื่นไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม ผู้ที่ได้รับ
 ความเสียหายอาจฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ โดยปกติแล้วความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์
 หรือสถานบริการที่ให้บริการด้านการเจริญพันธุ์กับผู้มารับการรักษา เป็นความสัมพันธ์ที่อาศัย
 ความนับถือไว้วางใจในประสบการณ์ และผลสำเร็จที่ผ่านมาในอดีตของแพทย์หรือสถานบริการ
 นั้นๆ เป็นเกณฑ์ในการว่าจ้างให้แพทย์หรือสถานพยาบาลนั้นเป็นผู้ทำการผสมเทียม

มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจ
 หรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี
 อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดีทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นกระทำละเมิดจำต้อง
 ใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

ดังนั้นหากมีความผิดพลาดในการผสมเทียมหรือการใช้เทคโนโลยีเพื่อการ
 เจริญพันธุ์เกิดขึ้นทำให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ แพทย์หรือสถานบริการไม่
 จำเป็นต้องรับผิดขอในการตั้งครรภ์ที่ไม่ประสบผลสำเร็จนั้น เนื่องจากขบวนการกำเนิดชีวิตที่ผิด
 ธรรมชาติมีปัจจัยอย่างอื่นมาเป็นอุปสรรคในการตั้งครรภ์ เช่น ความสมบูรณ์ของตัวอ่อนที่ได้มา
 จากการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิอาจมีความสมบูรณ์ไม่เพียงพอ หรือสภาวะร่างกายของหญิงรับ
 ตั้งครรภ์แทนไม่ยอมรับสิ่งแปลกปลอมที่เข้าสู่ร่างกาย จึงทำการผลัดดันตัวอ่อนให้หลุดออกไปก็ทำ

ให้ไม่สามารถตั้งครุฑแทนได้ แม้ว่าแพทย์จะอาศัยประสบการณ์และใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เข้าช่วยเหลืออย่างเต็มที่แล้วก็ตาม นอกจากนี้อัตราความสำเร็จของการตั้งครุฑแทนตามที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วนั้นยังอยู่ในเกณฑ์ต่ำ ดังนั้นหญิงรับตั้งครุฑแทนจึงมีโอกาที่จะไม่ตั้งครุฑเลยหรือตั้งครุฑไปได้ระยะหนึ่งแล้วแท้งบุตรจึงมีสูง ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนย่อมได้รับการแนะนำจากแพทย์มาก่อนแล้วว่าอัตราความสำเร็จจะมีมากน้อยเพียงใด แต่ถ้าแพทย์หรือสถานบริการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้การตั้งครุฑนั้นไม่ประสบผลสำเร็จ ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนก็อาจฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์หรือสถานบริการนั้นๆ ได้

นอกจากนี้แล้ว หากการตั้งครุฑแทนประสบผลสำเร็จแต่ทารกที่เกิดมามีความผิดปกติเช่น พิการทุพพลภาพ แพทย์หรือสถานบริการจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาว่าความพิการหรือความผิดปกตินั้น เกิดจากการประมาทเลินเล่อของแพทย์หรือสถานบริการหรือไม่ หากแพทย์หรือสถานบริการได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพของตนแล้วก็ไม่ต้องรับผิดชอบในการทำให้ทารกที่เกิดมาผิดปกติหรือพิการนั้นๆ แต่ถ้าแพทย์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้กระทำการประกอบวิชาชีพโดยใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์แห่งวิชาชีพแล้วก็ต้องรับผิดชอบฐานละเมิดต่อทารกที่เกิดมา

1.3. ช่องว่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทย

ปัญหาอันเกิดจากสัญญารับตั้งครุฑแทน นอกจากจะพิจารณาถึงลักษณะหรือประเภทของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 แล้ว จะเห็นว่าสัญญารับตั้งครุฑแทนเป็นสัญญาที่ไม่เข้าลักษณะของสัญญาเช่าทรัพย์ หรือสัญญาจ้างแรงงาน หรือสัญญาจ้างทำของแต่เป็นสัญญาที่อยู่นอกบรรพ 3 จึงต้องนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายของสัญญาทั่วไปมาใช้บังคับ ซึ่งก็ต้องพิจารณาว่าปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นเกี่ยวกับเรื่องใดบ้าง เช่น ถ้าเป็นกรณีที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดผิดสัญญาและสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้ ก็ยังมีสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายจากการผิดสัญญานั้นๆ แต่อย่างไรก็ตาม การทำสัญญารับตั้งครุฑแทนมิใช่นิติกรรมสัญญาทั่วไป เหตุเพราะว่าสัญญารับตั้งครุฑก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างอื่นตามมาด้วย คือ กฎหมายครอบครัวและกฎหมายมรดก และถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครุฑแทนเป็นบุตรบุญธรรม ก็จะต้องนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมทั้งในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ.2522 มาใช้บังคับด้วย ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว ปัญหาที่เกิดจากสัญญารับตั้งครุฑแทนมักจะเป็นปัญหาในทางกฎหมายครอบครัว กฎหมายมรดก และพระราชบัญญัติ

การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ.2522 ดังนั้นผู้เขียนจึงได้แยกออกเป็นบทเฉพาะซึ่งจะได้กล่าวถึงในบทที่ 4, 5 และ 6 ในลำดับต่อไป

นอกจากปัญหาในทางกฎหมายที่ได้กล่าวมาข้างแล้ว ปัญหาอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมิได้จำกัดอยู่แต่ในกรณีที่คุณคู่สัญญาผิดสัญญาต่อกันเท่านั้น การกระทำบางอย่างก็เป็นปัญหาทางกฎหมายด้วย เช่น การแจ้งทะเบียนการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์ กฎหมายไทยยึดหลักความเป็นมารดาของบุตรโดยถือหลักของการคลอด ตามมาตรา 1546 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยไม่คำนึงว่าการตั้งครรภ์นั้นจะเกิดจากการร่วมประเวณีตามปกติหรือเป็นการผสมเทียม ดังนั้นปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้หากหญิงภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไปแจ้งการเกิดของเด็กในทะเบียนการเกิด โดยอ้างว่าตนเป็นผู้ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมาเองอันเป็นความเท็จ ในกรณีเช่นนี้ หญิงรับตั้งครรภ์แทนที่คลอดบุตรออกมาหรือตัวเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเองมีสิทธิฟ้องเพิกถอนทะเบียนคนเกิดนั้นได้ ในทำนองเดียวกับกรณีที่โรงพยาบาลทำคลอดหญิง 2 คนในเวลาเดียวกันแล้วเกิดการสลับตัวเด็กกัน นอกจากนี้ หญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนที่ไปดำเนินการแจ้งการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน อาจมีความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน และฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารราชการ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137 และ 267 ซึ่งความผิดทั้งสองฐานนี้มีอายุความ 5 ปีและ 10 ปี ตามมาตรา 95 (3) และ (4) โดยอายุความเริ่มนับแต่วันที่แจ้งการเกิดของเด็ก และการฟ้องขอเพิกถอนทะเบียนคนเกิดก็เป็นการฟ้องขอให้แสดงว่าฐานะของบุตรและหญิงรับตั้งครรภ์แทนมิได้เปลี่ยนแปลงเพราะการออกใบทะเบียนคนเกิด มิใช่เป็นการใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อเพิกถอนฐานะการเป็นมารดากับบุตร กรณีนี้จึงไม่อยู่ในบังคับว่าด้วยอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/9 และมาตรา 193/30 ที่ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิฟ้องขอเพิกถอนได้เสมอแม้จะเกินกำหนด 10 ปี นับแต่วันออกใบทะเบียนคนเกิด ในทำนองเดียวกันกับการฟ้องขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมที่ไม่สมบูรณ์ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 344/2531 ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าผู้มีส่วนได้เสียจะฟ้องคดีเมื่อไรก็ได้แม้จะเกิน 10 ปี นับแต่วันจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแล้วก็ตาม¹⁰

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นจะเห็นว่าถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์เกรงผลกระทบ หรือมีปัญหาในกรณีที่เด็กเมื่อโตขึ้นทราบว่ามีบุตรที่หญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์เป็นผู้คลอดออกมาก็จะใช้วิธีการแจ้งทะเบียนคนเกิดเท็จเสียตั้งแต่แรก ถ้าไม่มีใครมาฟ้องขอเพิกถอนทะเบียนคนเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนี้ เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็จะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย

¹⁰ ประสพสุข บุญเดช. "การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์.", หน้า 189-190.

ของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์อันจะมีผลไปถึงสิทธิในการรับมรดกด้วย ซึ่งการแจ้งทะเบียนคนเกิดเท่านั้น เจ้าพนักงานจะไม่มีทางทราบได้เลยว่า หญิงที่อ้างว่าตนเป็นผู้ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรนั้นได้ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรจริงหรือไม่

ปัญหาอีกประการที่มักจะเกิดขึ้นได้แก่ กรณีหญิงรับตั้งครรภ์แทนปฏิเสธไม่ยอมส่งมอบเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์เพื่อจดทะเบียนรับเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/21 วรรคหนึ่ง กำหนดให้การรับบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมจากมารดาของเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรมด้วย แม้ว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนจะสามารถใช้บังคับกันได้ ศาลก็จะบังคับให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องให้ความยินยอมในการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมไม่ได้ ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนคงมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากหญิงรับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น แม้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์อาจจะใช้สิทธิตามมาตรา 1598/21 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยร้องขอต่อศาลเยาวชนและครอบครัว หรือศาลจังหวัด เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้มีการรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมแทนการให้ความยินยอมของหญิงรับตั้งครรภ์แทน¹¹ แต่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า หญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรและเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญหรือสวัสดิภาพของเด็ก ดังนั้น หากหญิงรับตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการส่งมอบเด็ก หรือไม่ให้ความยินยอมในการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม โดยประสงค์จะอุปการะเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้เองก็ได้ เพราะสิทธิในความเป็นมารดาตามกฎหมายเท่ากับเป็นการปิดหนทาง การเรียกร้องสิทธิในตัวเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน แต่ในทางกลับกัน หากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อน การเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน หญิงรับตั้งครรภ์แทนก็จะต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้นต่อไป โดยจะเรียกร้องให้ญาติของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนรับเด็กไว้อุปการะเลี้ยงดูแทนผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ได้ เพราะไม่ถือว่าญาติของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นญาติของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วย

การตั้งครรภ์แทนเป็นการให้กำเนิดชีวิตใหม่โดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เข้าช่วย และยังไม่มียกเว้นบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยก็อาจจะเกิดปัญหาดังที่ผู้เขียนได้เสนอไปแล้วได้ แม้คู่สัญญาจะมีสิทธิเรียกร้องเอา กับคู่สัญญาอีกฝ่ายในกรณีเกิดการผิดสัญญาได้ แต่สภาพแห่งหนึ่งบางอย่างไม่อาจเปิดช่องให้

¹¹ เรื่องเดียวกัน.

บังคับได้คงมีสิทธิเพียงได้รับค่าสินไหมทดแทนต่อกันเท่านั้น ซึ่งนั่นก็มิได้เจตนาแท้จริงของคู่สัญญาที่ต้องการให้ต่างฝ่ายต่างปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันได้ มากกว่าจะได้รับการชดเชยค่าเสียหาย การที่กฎหมายกำหนดให้มีการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้นั้น ก็เป็นเพียงการเยียวยาหรือชดเชยความเสียหายให้แก่ฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาเท่านั้น ประกอบกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายบางประการก็ก่อให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบต่อกันได้ ขึ้นอยู่กับฝ่ายที่ผิดสัญญาจะอาศัยช่องว่างของกฎหมายใดเป็นข้อต่อสู้ ดังนั้นเมื่อกฎหมายในปัจจุบันพัฒนาไปไม่ทันกับการเจริญของเทคโนโลยีต่างๆ ผู้เขียนเห็นว่า ควรจะต้องมีการทบทวนถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายเดิมที่มีอยู่ว่ามีข้อบกพร่องหรือไม่สอดคล้องกับสภาวะการณ์ในปัจจุบันอย่างไรบ้าง หรือหากเป็นไปได้ก็ควรจะมีการออกกฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนขึ้นเป็นการเฉพาะ เพื่อรองรับกับปัญหาอันอาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคต

2. กฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศ

ในต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศที่มีเทคโนโลยีและวิทยาศาสตร์การแพทย์ก้าวไกล ก่อนหน้าประเทศไทยนั้น การตั้งครรภ์แทนก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ขึ้นมากมายจนทำให้มีการพิจารณาถึงบทบัญญัติทางกฎหมายที่มีอยู่ ตลอดจนมีการออกบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนี้ ขึ้นเป็นการเฉพาะ ซึ่งบางประเทศก็ให้การยอมรับการตั้งครรภ์แทนโดยเห็นว่าการตั้งครรภ์แทนเป็นหนทางหนึ่งที่ทำให้ผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรตามธรรมชาติได้มีบุตรไว้เชยชม แต่ในบางประเทศกลับเห็นว่าการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์นั้นเป็นสิ่งต้องห้าม การทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่แตกต่างไปจากการทำสัญญาซื้อขายเด็ก เป็นการทำให้ร่างกายของหญิงกลายเป็นส่วนที่ต้องบริการตามความต้องการของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ฯลฯ ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายของต่างประเทศจะมีอย่างไรบ้างนั้น ผู้เขียนแยกออกเป็นกรณีดังนี้

2.1. สหราชอาณาจักร

ประเทศสหราชอาณาจักรนับเป็นประเทศแรกที่ได้มีการออกกฎหมายวางระเบียบและกฎเกณฑ์ในการควบคุมเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ของมนุษย์มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2533 ภายใต้ชื่อพระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 (Human Fertilization and Embryology Act 1990) ซึ่งเป็นกฎหมายควบคุมกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับตัวอ่อนของมนุษย์ เช่น การสร้างตัวอ่อน การเก็บรักษาหรือการนำตัวอ่อนไปใช้ การเก็บสำรองของเซลล์สืบพันธุ์ รวมทั้งการทำการวิจัยในเรื่องดังกล่าว เป็นต้น

สาระสำคัญของ Human Fertilization and Embryology Act 1990 มีดังต่อไปนี้

1. ควบคุมกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับตัวอ่อนมนุษย์ เช่น การสร้างตัวอ่อน การเก็บรักษาตัวอ่อน การนำตัวอ่อน หรือเชื้ออสุจิและไข่ใส่ในร่างกายของหญิง ฯลฯ ห้ามมิให้กระทำเว้นแต่จะได้รับใบอนุญาต

2. จัดตั้งสำนักงานปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ (Human Fertilization and Embryology Authority) ซึ่งมีหน้าที่ทั่วไป ได้แก่ เก็บรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตัวอ่อนทั้งหมดรวมทั้งตัวอ่อนที่แยกจากตัวอ่อนเดิมด้วยซึ่งนำไปใช้ในการให้บริการเพื่อรักษาการมีบุตรยาก เผยแพร่ข้อมูลในการให้บริการ หรือการออกใบอนุญาตต่างๆ ต่อสาธารณชน ให้คำแนะนำและจัดหาข้อมูลต่างๆ สำหรับผู้ที่ต้องการจะขอใบอนุญาต หรือผู้ที่จะไปขอรับบริการรักษาหรือจัดหาเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนเพื่อนำไปใช้ในกิจกรรมต่างๆ ที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ หรือปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่ได้ระบุไว้ในระเบียบ เช่น คณะกรรมการต่างๆ และคณะกรรมการออกใบอนุญาตกำหนดเงื่อนไขสำหรับผู้รับใบอนุญาตทุกชนิด เช่น เงื่อนไขสำหรับผู้รับใบอนุญาตให้รักษาการมีบุตรยาก เงื่อนไขสำหรับผู้รับใบอนุญาตให้เก็บสำรองเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน หรือเงื่อนไขสำหรับผู้รับใบอนุญาตให้ทำการวิจัย เป็นต้น¹²

3. หญิงใดที่ตั้งครรภ์หรือคลอดบุตรซึ่งเกิดจากการนำตัวอ่อน หรือการนำเชื้ออสุจิและไข่ใส่เข้าไปในร่างกาย และไม่มีหญิงอื่นเกี่ยวข้องให้ถือว่าหญิงนั้นเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรเสมอ (มาตรา 27 (1))

4. ให้ถือว่าสามีของหญิงซึ่งได้รับตัวอ่อนหรือได้รับเชื้ออสุจิและไข่ใส่ในร่างกาย หรือได้รับการฉีดเชื้ออสุจิโดยการผสมเทียมเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เว้นแต่จะมีหลักฐานแสดงให้ปรากฏว่าสามีของหญิงนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมในการนำตัวอ่อน หรือเชื้ออสุจิและไข่หรือการฉีดเชื้ออสุจิโดยการผสมเทียมเข้าไปในร่างกายของหญิง และสามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานที่ว่าสามีของหญิงนั้นเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมา (มาตรา 28 (2)) แต่ถ้าสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์ไม่อาจเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมาได้ แต่การใส่ตัวอ่อนหรือการใส่เชื้ออสุจิและไข่หรือการฉีดน้ำเชื้ออสุจิเข้าไปในร่างกายหญิงนั้น เป็นการให้บริการการรักษาหญิงนั้นร่วมกับชายอื่นโดยได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ และตัวอ่อนไม่ได้เกิดจากเชื้ออสุจิของชายที่ร่วมรับการรักษาให้ถือว่าชายนั้นเป็นบิดาของเด็ก (มาตรา 28 (3))

¹² วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "หลักของกฎหมายควบคุมเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ของประเทศอังกฤษ (ตอนที่ 1)." คลินิก. 13, 149. พฤษภาคม 2540., หน้า 301-306.

5. ชายที่ไม่อาจถือเป็นบิดาของเด็กได้ ได้แก่ผู้ที่ยินยอมให้นำเชื้ออสุจิไปใช้โดยได้รับความยินยอมไว้ล่วงหน้าโดยไม่อาจเพิกถอนได้ หรือผู้ซื้อเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนซึ่งมาจากเชื้ออสุจิของชายถูกนำไปใช้เมื่อชายนั้นเสียชีวิตแล้ว¹³

เนื่องจากพระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 นั้นมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่นอีกหลายฉบับ จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอื่นที่สำคัญคือ¹⁴

ก. พระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน 1985 (Surrogacy Arrangement Act 1985) โดยการเพิ่มเติมสาระสำคัญในกฎหมายดังกล่าว 2 ประการ คือ

- การจัดทำให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยมีสัญญาผูกพันผู้ใดนั้นใช้บังคับไม่ได้
- ความหมายของคำว่า แม่ที่ตั้งครรภ์แทน (surrogate mother) ให้รวมถึงผู้ที่รับตัวอ่อน หรือไข่ที่กำลังปฏิสนธิ หรือเชื้ออสุจิและไข่เข้าไปในร่างกายแล้วแต่กรณี

ข. พระราชบัญญัติการทำแท้ง 1967 (Abortion Act 1967) โดยเพิ่มเติมข้อความที่เป็นเงื่อนไขให้ทำแท้งได้เพิ่มขึ้น คือ อนุญาตให้ทำแท้งได้หากไม่เกิน 24 ลัปดาห์ของการตั้งครรภ์ในกรณีที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันอันตรายอันจะเกิดแก่หญิงทั้งทางร่างกายและสุขภาพจิต หรือมีการเสี่ยงภัยอย่างมากแก่เด็กที่จะเกิดมาใน 3 กรณี คือ จะพิการอย่างร้ายแรงไม่ว่าทางกายหรือทางจิตใจ การทำแท้งจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการนี้เท่านั้น จึงจะยินยอมให้กระทำได้¹⁵

โดยสรุปแล้ว ในประเทศสหราชอาณาจักรการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นกฎหมายไม่อาจรับบังคับได้ หญิงรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นมารดาแต่เพียงผู้เดียวของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน หญิงที่ได้บริจาคไข่ที่ใช้ในการผสมเทียมมิใช่มารดาของเด็กที่เกิดมา และถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทนมีสามี สามีของหญิงนั้นจะมีฐานะเป็นบิดาของเด็กด้วย เว้นแต่จะมีหลักฐานชัดเจนว่าสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนมิได้ให้ความยินยอมในการผสมเทียมหรือรับตั้งครรภ์แทน ในกรณีที่ตัวอ่อนหรืออสุจิและไข่ที่ได้นำเข้าไปในตัวหญิงที่ไม่มีสามี หรือการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออสุจิของชายเข้าไปในช่องคลอดของหญิงในระยะใกล้ไข่สุกนั้น กฎหมายกำหนดว่าจะกระทำได้อีกก็ต่อเมื่อหญิงนั้นมีชายคนหนึ่งซึ่งจะเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมา แม้ว่าตัวอ่อนหรืออสุจินั้นจะมีไข่ของชายดังกล่าวก็ตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้จึงเท่ากับเป็นการตัดสิทธิหญิงรับตั้งครรภ์แทนที่เป็นโสด

¹³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "หลักของกฎหมายควบคุมเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ของประเทศอังกฤษ (ตอนที่ 2)." คลินิก. 13, 150. มิถุนายน 2540., หน้า 366-370.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 369.

¹⁵ วิชา มหาคุณ. "จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่.", หน้า16.

โดยปริยาย สิ่งที่ถูกหมายประสงค์คือ การย้ายเดือนหญิงที่จะเข้ารับการผสมเทียมควรจะมีชายร่วมอยู่ด้วย (a male partner) เพื่อให้เด็กที่จะเกิดมานั้นมีทั้งบิดาและมารดา¹⁶

2.2. สหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาถือได้ว่าเป็นตลาดของการผสมเทียมมนุษย์ที่ใหญ่ที่สุด เนื่องจากกลุ่มลูกค้าซึ่งเป็นกลุ่มเป้าหมายนั้นส่วนใหญ่แล้วจะมีฐานะการเงินที่ดี จนทำให้สหรัฐอเมริกาคลินิกระดับสถานพยาบาลขนาดใหญ่ที่เป็นศูนย์ช่วยการเจริญพันธุ์ (Fertility Clinic) กระจายอยู่ทั่วประเทศมากกว่า 315 แห่ง¹⁷ แต่การช่วยการเจริญพันธุ์ (Assisted Reproduction) ก็เป็นสาขาการแพทย์ที่มีการควบคุมกำกับดูแลน้อยที่สุดเช่นกัน¹⁸ เพราะคลินิกเหล่านี้ไม่จำเป็นจะต้องขึ้นทะเบียน หรือขอใบอนุญาตเหมือนเช่นในประเทศสหราชอาณาจักร การแพร่หลายของการช่วยการเจริญพันธุ์ในสหรัฐอเมริกานั้น ส่งผลให้เกิดปัญหาทางด้านกฎหมายอย่างมากจนทำให้ในบางมลรัฐมีการออกบทบัญญัติห้ามมิให้มีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น แต่ในบางมลรัฐกลับยอมรับให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่างในบางมลรัฐที่สำคัญ ดังนี้

2.2.1. มลรัฐแคลิฟอร์เนีย

ศาลสูงของเมืองออเรนจ์รัฐแคลิฟอร์เนีย ตัดสินโดยอาศัยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งว่าสัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนสามารถใช้บังคับได้¹⁹ โดยพิจารณาจากคดีของรัฐแคลิฟอร์เนียที่ศาลฎีกาพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น ในคดีของนางแอนนา จอห์นสัน ว่ามารดารับจ้างตั้งครรภ์ที่คลอดบุตรออกมามิใช่มารดาของบุตร และไม่มีส่วนได้เสียในความสัมพันธ์กับบุตรที่ตนคลอดออกมาแต่อย่างใด และวินิจฉัยว่าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาตาม "สายพันธุ์ชีวภาพและตามธรรมชาติ" ของบุตรโดยรับฟังพยานหลักฐานทางการแพทย์ ซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีความเป็นไปได้ที่สามีภริยาคู่นี้เป็นบิดามารดาตามสายพันธุ์ถึงร้อยละ 99.999 นอกจากนี้ การที่มารดารับจ้างตั้งครรภ์แทนทำสัญญากับผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนว่าจะส่งมอบบุตรให้ก็ถือว่าตนได้ละสิทธิการเป็นมารดาไปแล้วตามสัญญา ฉะนั้นการบังคับให้มารดารับจ้างตั้งครรภ์แทนต้องส่ง

¹⁶ เรื่องเดียวกัน.

¹⁷ อ่างแล้ว.

¹⁸ ชุมศักดิ์ พุกชาพงษ์. "ศาสตร์และศิลป์แห่งการสร้างทารกในยุคโลกาภิวัตน์.", หน้า 41.

¹⁹ วิชา มหาคุณ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 13

มอบบุตรให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทน จึงเป็นวิธีการปฏิบัติการชำระหนี้ที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์สูงสุดแก่บุตรด้วย²⁰

2.2.2. มลรัฐโคโลัมเบีย

บทบัญญัติแห่งกฎหมายรัฐโคโลัมเบียถือว่า การทำสัญญาตั้งครรรภ์แทนเป็นโมฆะ การมีส่วนร่วมในการจัดให้มีการตั้งครรรภ์แทนถือได้ว่าเป็นการกระทำความผิดทางกฎหมายอาญา²¹

2.2.3 มลรัฐแมริแลนด์

สัญญารับจ้างตั้งครรรภ์แทนไม่อยู่ในการควบคุมของกฎหมาย ดังนั้นการทำสัญญารับตั้งครรรภ์แทนไม่ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และไม่ถือได้ว่าเป็นการซื้อขายเด็ก²²

2.2.4 มลรัฐเนวาดา

ปัจจุบันมลรัฐเนวาดาได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทนโดยใช้ไขและอสุจิจากผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนที่มีเจตนาจะเป็นบิดามารดาของเด็ก²³

2.2.5. มลรัฐนิวแฮมเชียร์

มลรัฐนิวแฮมเชียร์ยอมให้มีการทำสัญญารับตั้งครรรภ์แทนได้ โดยผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนจะต้องยื่นคำร้องขออนุญาตจากศาลโดยมีคำวินิจฉัย หรือคำแนะนำของแพทย์ผู้ตรวจประเมินค่าก่อนมีการผสมเทียมเกิดขึ้น²⁴

2.2.6. มลรัฐนิวยอร์ก

สัญญารับจ้างตั้งครรรภ์แทนตกเป็นโมฆะ และไม่สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้²⁵

2.2.7. มลรัฐนิวเจอร์ซีย์

ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์วินิจฉัยว่า สัญญารับจ้างตั้งครรรภ์แทนผิดกฎหมายเพราะมีวัตถุประสงค์ในการซื้อขายเด็ก²⁶

²⁰ ประสพสุข บุญเดช. "มารดาจ้างตั้งครรรภ์.", หน้า 188-189.

²¹ Linda D. Elord. "Family Law in The fifty states 1993-1994.". Family Law Quarterly. Vol. 28 No. 4 Winter. 1995 , P.603.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

2.2.8. มลรัฐเคนตักกี

ศาลสูงสุดแห่งรัฐเคนตักกีมีความเห็นว่า กฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายเด็ก ไม่อาจปรับใช้ได้กับกรณีรับจ้างตั้งครรภ์แทน ตามความเห็นของศาลนี้ถือว่าการรับจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ใช่ทางเลือกที่มีผลเมื่อหญิงนั้นตั้งครรภ์แล้ว และไม่ใช่หนทางที่จะแลกเปลี่ยนเด็กที่ตนไม่ต้องการกับเงิน หากแต่เป็นวิธีการที่เป็นไปได้สำหรับคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้²⁷

2.2.9. มลรัฐวอชิงตัน

การทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนโดยไม่มีค่าตอบแทนสามารถใช้บังคับตามกฎหมายได้²⁸

2.2.10. มลรัฐเวสต์เวอร์จิเนีย

มลรัฐเวสต์เวอร์จิเนียยอมให้มีการจ่ายเงินค่าตอบแทน หรือค่าใช้จ่ายอื่นๆ เพื่อการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้²⁹

จากแนวคิดที่แตกต่างกันออกไปนี้ทำให้ในมลรัฐต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนที่แตกต่างกันออกไป ตั้งแต่ให้การยอมรับไปจนถึงห้ามโดยเจตนา ถ้าในมลรัฐที่ให้การยอมรับการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้ ใครจะมีสิทธิในความเป็นบิดามารดาของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ในมลรัฐอาร์แคนซอร์ เวอร์จิเนียและแคลิฟอร์เนีย กฎหมายกำหนดให้หญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของบุตร แต่สำหรับมลรัฐนิวแฮมเชียร์ถือหลักการให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของบุตร³⁰ เป็นต้น ส่วนบิดาของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ในมลรัฐอลาบามา เท็กซัส แคลิฟอร์เนีย โคโรลาโด คอนเนคติกัต มิเนโซตา มอนทานา เนวาดา อิลลินอยส์ วิสคอนซิน และไวโอมิ่ง ถือหลักว่าเจ้าของเชื้อสฤจที่เจริญพันธุ์ซึ่งนำมาผสมเทียมมิใช่บิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน³¹

²⁶ วิชา มหาคุณ. เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

²⁷ เรื่องเดียวกัน.

²⁸ Linda D. Elord. Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน, หน้า 188.

³¹ ประสพสุข บุญเดช. "คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว.", หน้า 541.

มลรัฐที่ให้การยอมรับสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ ไม่ตกเป็นโมฆะสามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมาย ได้แก่ มลรัฐแคลิฟอร์เนีย อิลลินอย แมรี่แลนด์ แมสซาชูเซตส์ มิเนโซต้า มิสซูรี นิวเจอร์ซีย์ นิวยอร์ก ออริกอน เพนซิลวาเนีย เป็นต้น³²

ส่วนมลรัฐที่เห็นว่าการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือมีบทบัญญัติทางกฎหมายห้ามไว้ ได้แก่ มลรัฐอริโซนา ฟลอริดา เคนตักกี หลุยส์เซียน่า มิชิแกน เนแบรสกา เนวาดา นิวแฮมป์เชียร์ นอร์ทดาโกต้า ยูทาห์ และวอชิงตัน³³ แต่อย่างไรก็ตามในบางมลรัฐนั้นก็อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นหรือมีเหตุผลทางการแพทย์ เช่น มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ เนวาดา วอชิงตัน นิวยอร์ก

โดยสรุปแล้วบทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยรวมยังก่อให้เกิดความสับสน และไม่แน่นอนว่าจะให้การยอมรับการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนหรือไม่ ส่งผลให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยของศาลต่างๆ ขึ้นมากมาย ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในภายหลัง

2.3. ประเทศออสเตรเลีย

คณะกรรมการเด็กหลอดแก้วแห่งรัฐวิกตอเรีย (Victorian IVF Committee) ได้จัดทำรายงานเกี่ยวกับการผลิตตัวอ่อนโดยกรรมวิธีเด็กหลอดแก้ว และได้กล่าวไว้ในรายงานว่า "การจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ (Commercial surrogacy arrangements) ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของโครงการเด็กหลอดแก้วในชุมชนแห่งรัฐวิกตอเรียอย่างเด็ดขาด ถ้าการขายเชื้อของมนุษย์ไม่ถือว่าเป็นลักษณะการเยี่ยงมนุษย์แล้วไซ้ ความตกลงที่สนับสนุนให้มีการผลิตเด็กเพื่อค่าตอบแทนก็ยิ่งเลวร้ายกว่านั้น คำว่า "รับจ้าง" มันก็ชัดเจนอยู่แล้วที่มีการซื้อและขายเด็ก ซึ่งเป็นจุดมุ่งหมายของข้อตกลงการขาย และซื้อเด็กถือว่าเป็นสิ่งต้องห้ามตลอดมาจึงไม่ควรอนุญาตให้เกิดขึ้น เหตุนี้การช่วยเหลือทางเทคโนโลยีแก่คู่สมรสที่ไม่อาจมีบุตรได้ย่อมไม่ควรให้สนับสนุนให้มีการกระทำเช่นนั้น" ในขณะที่คณะกรรมการลงมติเป็นเอกฉันท์ว่าการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เป็นสิ่งต้องห้าม แต่การตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นนั้นถือว่ามีสภาพที่แตกต่างจากกรณีดังกล่าวข้างต้น เพราะอาจจะเป็นการรับตั้งครรภ์แทนด้วยเหตุผลอันเกิดจากความรัก ความสงสาร หรือเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยความสมัครใจ ไม่มีค่าตอบแทน การรับตั้งครรภ์แทนก็อาจจะได้รับอนุญาตให้กระทำได้

³² Richard T. Hull Ethical issues in the new reproductive technologies. , P.187.

³³ Smith, Rarker. "Anna J. V. Mark C : Proof of the eminent need for Surrogate Motherhood Regulation." , P.495.

ซึ่งรัฐวิคตอเรียได้เสนอร่างกฎหมายใหม่ อนุญาตให้พี่สาว น้องสาว ญาติ มารดาตลอดจนเพื่อนสนิทของหญิงที่ไม่สามารถมีบุตรได้เป็นอาสาสมัครรับตั้งครรภ์แทนได้ แต่อย่างไรก็ตาม การตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ที่เรียกว่าเป็นการขายมดลูกนั้น ก็ยังคงถือว่าเป็นสิ่งผิดกฎหมาย³⁴

รัฐวิคตอเรียมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ห้ามมิให้มีการกระทำการตั้งครรภ์แทนในทางธุรกิจหรือเสนอการบริการรับตั้งครรภ์แทนโดยได้รับค่าตอบแทน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวคือ กฎหมายว่าด้วยการไม่มีบุตร (วิธีการทางการแพทย์) พ.ศ.2529 (The Infertility Medical Procedures Act 1984) ซึ่งกำหนดว่า สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะ และไม่อาจบังคับได้ตามกฎหมาย แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติห้ามการกระทำเพื่อบุคคลอื่น หรือสมัครใจรับตั้งครรภ์แทน (altruistic or voluntary surrogacy arrangements) อันเป็นกรณีที่ไม่มีผลประโยชน์หรือค่าตอบแทนใดๆ

ส่วนในรัฐเซาท์ออสเตรเลียนั้น ได้ผนวกเรื่องการรับตั้งครรภ์แทนไว้ในกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ในครอบครัว ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2531 โดยถือว่าสัญญาจ้างตั้งครรภ์แทน เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายและเป็นโมฆะ การโฆษณา บริการรับจ้างตั้งครรภ์แทน และการกระทำในทางบริหารจัดการเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ทุกประเภทเป็นความผิดในทางอาญา เช่นเดียวกับรัฐควีนส์แลนด์ ซึ่งมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถือว่าข้อตกลงที่ให้รับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ ตกเป็นโมฆะและมีความผิดในทางอาญา³⁵

โดยสรุปแล้วประเทศออสเตรเลียไม่ให้การยอมรับการรับตั้งครรภ์แทนทั้งในด้านกฎหมายและในทางจริยธรรม แม้กระนั้นก็ตาม ประเทศออสเตรเลียเองก็เริ่มที่จะให้ความสนใจ และทำการพิจารณาถึงความจำเป็นในการใช้วิธีการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีสมัยใหม่มากขึ้น โดยมีแนวโน้มที่จะผ่อนคลายความเข้มงวดในการห้ามรับตั้งครรภ์แทนโดยเด็ดขาดเป็นการยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ในกรณีจำกัด เช่น จะต้องเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยเป็นญาติมิตรสนิทของหญิงที่ไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ และจะต้องเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่มีค่าตอบแทนในเชิงพาณิชย์เท่านั้น การรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ยังถือว่าเป็นสิ่งผิดกฎหมายอยู่

³⁴ วิชา มหาคุณ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

2.4. ประเทศเดนมาร์ค

ไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายที่ห้ามมิให้มีการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะ แต่ถ้าพิจารณาถึงพระราชบัญญัติการรับบุตรบุญธรรมจะพบว่ามีกรกล่าวถึงการตั้งครรภ์แทนไว้เช่นกัน ในหัวข้อที่กล่าวถึงการจัดการในการรับบุตรบุญธรรม ตามมาตรา 33

ก. เงินหรือค่าตอบแทนไม่สามารถรับได้ สำหรับข้อตกลงระหว่างหญิงคนหนึ่งกับหญิงอีกคนหนึ่งที่น่าจะให้นางตั้งครรภ์แทนตน

ข. การโฆษณาเพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทน ตามอนุมาตรา (1) นั้นเป็นสิ่งต้องห้าม

บทลงโทษสำหรับการฝ่าฝืนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ บัญญัติไว้ในมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ตั้งแต่มาตรา 31 – มาตรา 33 ในเรื่องเกี่ยวกับเงิน หรือค่าตอบแทนในการรับบุตรบุญธรรม และการรับตั้งครรภ์แทน คือ โทษปรับหรือจำคุก³⁶

สรุปแล้วประเทศเดนมาร์คห้ามมิให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ รวมถึงการโฆษณาดังกล่าวด้วย

2.5. ประเทศสเปน

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ปรากฏในมาตรา 10 แห่งกฎหมายว่าด้วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยี สัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะมีหรือไม่มีค่าตอบแทนตกเป็นโมฆะ ไม่สามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย ไม่เพียงเท่านั้นยังสามารถบอกล้างนิติกรรมนั้นได้³⁷

³⁶ Adoption Act's section 33

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

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

Jorgen Graversen . "Denmark : Legislation an surrogate maternity and other developments." . Journal of Family Law. Vol.26 No .1 1987-1988 , P.61.

³⁷ Gabriel Garcia Cantero. "Spain : rtificial insemination and other matters." Journal of Family Law. . Vol. 28 No. 3 1989-1990 , P.617.

2.6. สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

เมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. 2533 รัฐสภาเยอรมันได้ผ่านร่างกฎหมายว่าด้วยการห้ามนำมดลูกของคนมาวิจัย ห้ามผู้หญิงรับจ้างท้อง และห้ามนำอสุจิของชายที่เสียชีวิตแล้วมาผสมกับไข่เพื่อให้กำเนิดชีวิตใหม่³⁸ ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่ามนุษย์ไม่ใช่พระเจ้า มนุษย์ไม่ใช่ผู้สร้าง ดังนั้นจึงควรพอใจในสิ่งที่เป็นอย่างอยู่และมีอยู่

3. ปัญหาทางกฎหมายกับการตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศ

การรับตั้งครรภ์แทนก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ มากมายในต่างประเทศ แต่ที่เป็นข่าวเกรียวกราวไปทั่วโลกและทำให้นักกฎหมายทั้งหลายได้ตื่นตัวเกี่ยวกับปัญหานี้คือ คดีของศาลครอบครัวมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ในคดีดังกล่าว นายวิลเลียมและนางอลิซาเบธ สเติร์น ได้ตกลงว่าจ้างให้นางแมรี เบธ ไวท์เฮด แม่บ้านวัย 30 ปีซึ่งมีสามีและบุตรอีกสองคนให้ตั้งครรภ์แทน โดยนางไวท์เฮดนั้นเข้ารับอาสาตั้งครรภ์โดยติดต่อผ่านทางศูนย์ช่วยเหลือผู้เป็นหมั้นแห่งรัฐนิวยอร์ก ด้วยเหตุผลว่าต้องการช่วยเหลือคู่สมรสที่ไม่อาจมีบุตรได้ หลังจากที่ได้มีการทดสอบทางจิตใจและปรึกษากับที่ปรึกษาทางกฎหมายแล้ว นางไวท์เฮดก็ได้รับการฉีดเชื้ออสุจิของนายวิลเลียม สเติร์น โดยสามีภริยาสเติร์นสัญญาว่าจะให้เงินตอบแทนแก่นางไวท์เฮดเป็นเงิน 10,000 เหรียญ และอีก 10,000 เหรียญแก่ศูนย์ช่วยเหลือผู้เป็นหมั้นรวมถึงค่าใช้จ่ายอื่นๆ อีกประมาณ 5,000 เหรียญ หลังจากที่มีการคลอดแล้วนางไวท์เฮดเริ่มไม่ปฏิบัติตามสัญญา โดยการไม่ยอมส่งมอบทารกให้แก่สามีภริยาสเติร์นและไม่ยอมรับเงินตามที่ได้ตกลงกันไว้ เงินจำนวนดังกล่าวจึงถูกนำไปฝากไว้ในบัญชีกลาง อีก 2 เดือนต่อมา สามีภริยาสเติร์นขอให้ตำรวจช่วยนำตัวเด็กกลับมาคืนให้ แต่นางไวท์เฮดกลับให้นายริชาร์ดผู้เป็นสามีพาเด็กหนีไปฟลอริดา ในที่สุด เอฟ บี ไอ และนักสืบเอกชนก็สามารถติดตามตัวเด็กกลับมาคืนมาได้

การที่นางไวท์เฮดไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่สามีภริยาสเติร์นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ และไม่ยอมรับเงินค่าจ้างตามที่ได้ตกลงไว้ นั้น นางไวท์เฮดอ้างว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่ทำไว้นั้นเป็นโมฆะเพราะการจ้างหรือจ่ายเงินเพื่อรับเด็กเป็นบุตรเป็นการขัดต่อกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ บุตรที่เกิดมาอาจจะเป็นบุตรของสามีตนก็ได้ และตนเป็นผู้เหมาะสมที่จะดูแลบุตรได้ดีกว่า เพราะเป็นแม่บ้านที่มีเวลาดูแลบุตรต่างกับนางอลิซาเบธ สเติร์น ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนซึ่งประกอบ

³⁸ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ อเนก ยมจินดา. กฎหมายการแพทย์., หน้า 42.

อาซีฟเป็นแพทย์กุมารเวช³⁹ ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์วินิจฉัยว่านางไวท์เฮด มารดารับจ้างตั้งครรภ์ ต้องส่งมอบเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้แก่สามีภริยาเสดิรน์ตามสัญญา และมีสิทธิได้รับค่าจ้างตามที่ได้ตกลงกันไว้เท่านั้น ซึ่งคำพิพากษาศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์นี้สอดคล้องกับคำพิพากษาศาลสูงของสหราชอาณาจักรซึ่งตัดสินคดีในทำนองเดียวกันนี้ เมื่อเดือนมีนาคม พ.ศ.2530 โดยวินิจฉัยว่าการที่สามีภริยาจ่ายเงินให้แก่มารดารับจ้างตั้งครรภ์แทนแล้วนั้น ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนสามารถรับเด็กที่เกิดจากการว่าจ้างนั้นเป็นบุตรบุญธรรมได้ เพราะเจตนาารมณ์ของกฎหมายนั้นต้องการให้มีคำวินิจฉัยที่"ฉลาดและมีมนุษยธรรม" ซึ่งเด็กที่เกิดจากการว่าจ้างตั้งครรภ์แทนนี้ได้อยู่กับผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนตั้งแต่เกิดมาได้ 2 วัน โดยได้รับความรักแบบบิดามารดากับบุตรอยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ดี ในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ.2531 ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้กลับคำพิพากษาศาลชั้นต้น โดยวินิจฉัยว่าสามีภริยาเสดิรน์ได้ว่าจ้างนางไวท์เฮดให้ตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อกฎหมายเทียบได้กับการซื้อขายเด็ก หรืออย่างน้อยก็เป็นการขายสิทธิความเป็นแม่ ซึ่งขัดต่อนโยบายสาธารณสุขและกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ที่ห้ามการจ่ายเงินหรือรับเงินเพื่อการรับบุตรบุญธรรมด้วย ซึ่งศาลสูงสุดได้วินิจฉัยต่ออีกว่า การยอมรับที่จะตั้งครรภ์แทนโดยสมัครใจโดยไม่มีค่าตอบแทน ไม่ถือว่าเป็นเรื่องผิดกฎหมายแต่อย่างใด แต่ในกรณีเช่นนี้จะต้องมีข้อตกลงยกเลิกสิทธิความเป็นมารดาของตนควบคู่กันไปด้วย⁴⁰

นอกจากนี้แล้ว ที่มลรัฐมิชิแกนยังมีคดีที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนที่น่าสนใจอีกคดีหนึ่งคือ คดี Doe V Kelley ซึ่งมีสามีภริยา Doe ได้ว่าจ้าง Mary Roe ตั้งครรภ์แทนโดยการผสมเทียมโดยใช้เชื้ออสุจิของสามี Doe และเมื่อ Mary Roe คลอดบุตรออกมาแล้ว สามีภริยา Doe จะรับเป็นผู้ปกครองเด็กในทันทีที่เด็กออกจากโรงพยาบาล โดยหญิงรับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมแก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในการจดทะเบียนรับเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรบุญธรรม ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์และหญิงรับตั้งครรภ์แทนได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งมิให้รัฐฟ้องคดีแก่ผู้ร้องในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน เพราะกฎหมายของรัฐมิชิแกนมีข้อห้ามในการให้เงิน หรือของมีค่าเป็นการตอบแทนการรับบุตรบุญธรรม ผู้ร้องขอให้ศาลวินิจฉัย ใน 3 ประเด็นดังต่อไปนี้ คือ

³⁹ ประสพสุข บุญเดช. "คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว". หน้า 536-537.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน.

1. กฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของมลรัฐมิชิแกนเป็นโมฆะ เพราะปราศจากความชัดเจน มีลักษณะกำกวมไม่แน่นอน

2. ผู้ร้องมีสิทธิส่วนตัว (Right of privacy) ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐจะมารบกวานไม่ได้ และ

3. เหตุผลที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐในการตรากฎหมายดังกล่าวยังมีน้ำหนักหรือความสำคัญน้อยกว่าสิทธิส่วนตัวของผู้ร้อง

ศาลชั้นต้นมลรัฐมิชิแกนพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า สิทธิส่วนตัวของผู้ร้องในกรณีนี้มีใช้สิทธิที่สมบูรณ์ ผลประโยชน์ของรัฐที่เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวคือ การป้องกันการนำกิจการค้าเข้ามาเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของมารดาเด็ก ที่จะยอมให้เด็กเป็นบุตรบุญธรรมแก่ผู้อื่น และศาลเห็นว่าการซื้อขายแลกเปลี่ยนเด็กเป็นการผิดกฎหมายของรัฐว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรม และเป็นการฝืนความรู้สึกของสาธารณชน (Public policy) เพราะหลักเกณฑ์พื้นฐานก็คือการยอมรับว่าเด็กไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการซื้อขายไม่ว่ากรณีใดๆ ทั้งสิ้นจึงสั่งยกคำร้อง และศาลยังเห็นว่ารัฐธรรมนูญนั้นคุ้มครองการตัดสินใจที่จะมีบุตรโดยวิธีให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทนได้ แต่เป็นคนละเรื่องกับสัญญาที่คู่กรณีทำต่อกัน ศาลสนับสนุนการตัดสินใจที่จะมีบุตรโดยวิธีนี้แต่ไม่อาจยินยอมให้มีข้อตกลงเช่นนั้นได้ และวินิจฉัยว่า

1. กฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของมลรัฐมิชิแกน มิได้ขัดกับรัฐธรรมนูญและเป็นบทบัญญัติที่แน่นอนชัดเจนแล้ว ซึ่งใครๆ ย่อมปฏิบัติได้

2. แม้ว่าสิทธิส่วนตัวจะครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ในชีวิตสมรส การให้กำเนิดบุตร และการคุมกำเนิดด้วยก็ตาม แต่ผู้ร้องก็ไม่มีสิทธิที่จะใช้อำนาจของศาลเพื่อขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยมีสัญญาจะให้ค่าตอบแทนต่อกันได้

ในคดีนี้ต่อมาศาลอุทธรณ์มิชิแกนได้มีคำพิพากษายืนตามศาลชั้นต้น โดยสรุปว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ห้ามสามีภรรยา Doe และ Mary Boe ที่จะมีการมีบุตรตามวิธีของตนโดยตรง แต่กฎหมายของรัฐมิชิแกนไม่ยอมให้ผู้ร้องจ่ายค่าตอบแทนโดยผ่านขบวนการรับบุตรบุญธรรมของรัฐเท่านั้น ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์นี้ถึงที่สุดเพราะศาลสูงของรัฐและศาลสูงของสหพันธ์ไม่รับฎีกาของผู้ร้องไว้พิจารณา⁴¹

จากกรณีดังกล่าวข้างต้นนั้นเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้วิธีการผสมเทียม กล่าวคือตัวหญิงรับตั้งครรภ์แทนเองมีส่วนในการให้กำเนิดตัวอ่อนด้วยเช่นกัน แต่การรับตั้งครรภ์แทนใน

⁴¹ วิฑูรย์ อังประพันธ์. "การผสมเทียมกับกฎหมาย." , หน้า 61.

บางรายนั้นกระทำโดยการใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยี ซึ่งวิธีการเช่นนี้นั้นหญิงรับตั้งครรภ์แทนอาจจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับชีววิทยากับตัวเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็ได้ หากตัวอ่อนที่ได้มานั้นเป็นการปฏิสนธิของไข่และอสุจิผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ตนเอง ซึ่งการรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีนั้น มีคดีฟ้องร้องเกิดขึ้น คือ คดีนายมาร์คและนางคริสพินา คาลเวิร์ต ต้องการมีบุตรแต่นางคาลเวิร์ตไม่สามารถมีบุตรได้เพราะตัดมดลูกทิ้งไปแล้ว สามีภริยาคาลเวิร์ตจึงว่าจ้างนางแอนนา จอห์นสัน มาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนนางคาลเวิร์ต โดยฉีดตัวอ่อนที่ได้รับการปฏิสนธิจากไข่และอสุจิของสามีภริยาคาลเวิร์ตแล้วใส่ในโพรงมดลูกของนางแอนนา หญิงรับตั้งครรภ์แทนซึ่งได้รับค่าจ้างประมาณ 250,000 บาท เมื่อเด็กเกิดมาแล้ว สามีภริยาคาลเวิร์ตก็จะรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมาเลี้ยงดูด้วยความภาคภูมิใจว่าเด็กนั้นเป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของสามีภริยาคาลเวิร์ตเอง แต่ต่อมาภายหลังนางแอนนาหญิงรับตั้งครรภ์แทนได้ฟ้องสามีภริยาคาลเวิร์ตว่านางควรเป็นผู้มีสิทธิในตัวเด็ก แม้ว่านางจะไม่มีความสัมพันธ์ทางชีววิทยากับเด็กก็ตาม แต่เพราะนางมีความผูกพันกับเด็กในขณะที่ตั้งครรภ์อยู่ และสามีภริยาคาลเวิร์ตก็ทอดทิ้งนางในขณะที่นางตั้งครรภ์ รวมถึงการไม่ปฏิบัติตามสัญญาว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในข้อที่ว่า จะจ่ายค่าตอบแทนให้ตามที่นางต้องการ ปรากฏว่าศาลสูงของเมืองออเรนจ์ รัฐแคลิฟอร์เนียตัดสินโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งว่า สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ใช้บังคับได้ ซึ่งตามสัญญานางแอนนาหญิงรับตั้งครรภ์แทนได้สละสิทธิในตัวเด็กที่เกิดมาแล้ว และผลของการสละสิทธินั้นได้มีขึ้นก่อนการเพาะตัวอ่อน ดังนั้นนางแอนนาจึงหมดสิทธิในการใช้อำนาจปกครองบุตรที่เกิดมา⁴²

ในคดีของสามีภริยาสเติร์น ศาลสูงสุดแห่งรัฐนิวเจอร์ซีย์วินิจฉัยว่าสัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนผิดกฎหมายเพราะมีวัตถุประสงค์ในการซื้อขายเด็ก แต่ศาลสูงสุดแห่งรัฐเคนตักก็กลับมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป โดยกล่าวว่ากฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายเด็กไม่อาจปรับใช้ได้กับกรณีรับจ้างตั้งครรภ์แทน ซึ่งผู้พิพากษาฮาร์วีย์ ซอร์โกว์แห่งศาลครอบครัวมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ก็ได้วินิจฉัยในคดีของครอบครัวคาลเวิร์ตว่า สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนแตกต่างจากการซื้อขายเด็กที่ต้องห้ามตามกฎหมาย เพราะการจ่ายเงินค่าจ้างเป็นเสมือนการให้ค่าตอบแทนในการบริการ มิใช่จ่ายเนื้อตัวเด็ก ผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทนมิได้ขายเด็ก หากแต่ขายความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานตลอดจนความยากลำบากอันเกิดจากการที่ต้องอุ้มท้อง ซึ่งในคดีนี้ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษายืนโดยถือตาม

⁴² วิชา มหาคุณ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

ข้อเท็จจริงที่ว่า จากการพิสูจน์เลือดของเด็กแล้ว นางแอนนา จอห์นสันหญิงรับตั้งครรภ์แทนมิใช่ มารดาตามธรรมชาติของเด็ก (Natural mother) ดังนั้นตามกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนีย ข้ออ้าง จะเป็นมารดาตามกฎหมายจึงถูกปฏิเสธไป⁴³

ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นโดยมากแล้วมักจะเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งอาจจะ เพราะเป็นตลาดแห่งการผสมเทียมที่ใหญ่ที่สุด จำนวนเด็กทารกที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็มี จำนวนมากที่สุดเช่นกัน ประกอบกับสถานพยาบาลเหล่านั้นไม่จำเป็นจะต้องขออนุญาต หรือขึ้น ทะเบียนก็สามารถดำเนินการช่วยการเจริญพันธุ์ในเชิงธุรกิจได้แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ในประเทศ อื่นๆ ก็มีคดีต่างๆ ที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นเช่นกัน เช่น

ในประเทศฝรั่งเศสแม้จะยังไม่มียกกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะในเรื่องนี้ แต่เคยมีเรื่อง เกิดขึ้นที่เมืองมงเปอลีเย (Montpellier) มากาลี (Magali) และคริสติน (Christine) เป็นพี่น้อง ฝาแฝด มากาลีไม่สามารถจะมีลูกได้ จึงขอให้คริสตินอุ้มท้องแทนโดยการผสมเทียมจากการนำเชื้อ อสุจิของสามีเธอไปใส่ให้แก่คริสติน ต่อมาคริสตินก็ให้กำเนิดเด็กชายสเตฟาน (Stephane) ขึ้นมา และจำเป็นต้องทอดทิ้งเด็กทันทีหลังคลอด เพื่อให้มากาลีและสามีสามารถรับเป็นบุตรบุญธรรมได้ ส่วนกรณีที่เกิดในประเทศแถบแอฟริกาใต้ ยายซึ่งได้รับการผสมเทียมจากไข่ของลูกสาวและ เชื้ออสุจิของลูกเขยได้คลอดลูกแฝดสามออกมา ซึ่งเด็กสามคนนี้เป็นลูกของลูกสาวนางแต่ตาม กฎหมายผู้เป็นยายเท่านั้นที่มีสิทธิเป็นมารดาเด็กเพราะเป็นผู้ให้กำเนิด แม้ว่าเด็กจะปฏิสนธิจาก ไข่ของลูกสาวก็ตาม อย่างไรก็ตามได้ทราบว่ามีตั้งแต่ปี ค.ศ.1992 นี้ประเทศฝรั่งเศสได้ออก กฎหมายห้ามการกระทำดังกล่าวแล้ว⁴⁴

ในประเทศออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย มีคดีเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนอยู่คดีหนึ่ง คือ คดีของ Baby Alice คดีมีอยู่ว่า นาง Linda ซึ่งสมรสแล้วมีบุตรหลายคน ได้อาสาตั้งครรภ์แทนให้ กับพี่สาวของเธอ คือ นาง Maggie Kirkman ซึ่งไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง การตั้งครรภ์ ครั้งนี้อาศัยกรรมวิธีของเด็กหลอดแก้ว (IVF) โดยใช้ไข่ของนาง Maggie Kirkman ผสมกับเชื้ออสุจิ ของผู้บริจาคในห้องทดลอง แล้วเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าสู่มดลูกของนาง Linda หลังจากทีนาง Linda คลอด Baby Alice แล้ว ก็ได้ส่งมอบเด็กให้กับนาง Maggie และสามีทันทีที่เด็กเกิด และ ต่อมาผู้พิพากษาก็ได้มีคำสั่งให้นาง Maggie และสามีรับ Baby Alice เป็นบุตรบุญธรรม ตามบท

⁴³ เรื่องเดียวกัน , หน้า 13-14.

⁴⁴ พิมลรัตน์ วรณะหทัย และคณะ. "วงการกฎหมายทั่วไป." ดุลพาห. 39. 1 มกราคม-กุมภาพันธ์ 2535, หน้า 111-112.

บัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของรัฐวิคตอเรีย (the provision of Victoria's adoption legislation) อย่างไรก็ตาม นาง Linda และสามีก็ยังคงเป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของ Baby Alice ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสถานะของเด็ก (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม) พ.ศ. 2527 (the Status of Children (Amendment) Act 1984) มาตรา 10D และ 10E⁴⁵

สำหรับในประเทศสหราชอาณาจักร มีคดีอยู่เรื่องหนึ่ง สามีภริยาไม่อาจมีบุตรได้จึงเดินทางเข้าไปในประเทศอังกฤษเพื่อนำน้ำอสุจิมาร่วมเพศกับหญิงที่อาสาสมัครตั้งครรภ์ โดยหญิงอาสาสมัครทำสัญญายินยอมตกลงจะให้เด็กที่เกิดมาพร้อมกับสามีภริยานั้นทันทีที่เด็กเกิด โดยหญิงอาสาสมัครได้รับค่าตอบแทนเป็นเงิน 6,500 ปอนด์ ต่อมาหญิงอาสาสมัครคลอดบุตรเป็นหญิงและทันทีที่เด็กคลอด เด็กถูกจัดให้ได้รับการคุ้มครองจากกรมประชาสงเคราะห์ สามีและภริยาได้ยื่นคำร้องขอเป็นผู้ปกครองเด็ก ซึ่งเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นของกรมประชาสงเคราะห์ได้ทำการสอบสวนแล้วมีความเห็นว่าสามีภริยาคู่นั้น มีความเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กหลายประการและสามารถจะให้ความอบอุ่นแก่เด็ก และทำให้เด็กเจริญเติบโตขึ้นมามีสภาพร่างกายและจิตใจที่สมบูรณ์ และศาลได้ทำการไต่สวนแล้วเห็นว่ามารดาเด็กได้เต็มใจละสิทธิ์ทางกฎหมายที่มีต่อเด็กแล้ว ข้อโต้แย้งที่ว่าสามีภริยามีส่วนในการจัดการเชิงพาณิชย์ในการทำให้เด็กเกิดมาและไม่เหมาะสมที่จะเป็นมารดาเด็กนั้นฟังไม่ขึ้น ศาลจึงอนุญาตให้สามีภริยาคู่นั้นเป็นผู้ปกครองเด็กและนำเด็กออกนอกประเทศอังกฤษได้⁴⁶

ในประเทศเยอรมันมีคดีที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น แต่เป็นความผิดตามกฎหมายในเรื่องการรับบุตรบุญธรรม ดังนี้ ชายคนหนึ่งในเมืองบาดไอเยนเฮาเซนถูกปรับเป็นจำนวนเงิน 1,750 เหรียญสหรัฐ เนื่องมาจากการลงโฆษณาหาหญิงที่สามารถรับอสุจิมาร่วมเพศโดยการฉีดตัวอ่อน และเมื่อทารกคลอดแล้วให้ยกทารกนั้นให้แก่คู่สมรสที่ไม่มีบุตรคู่หนึ่งรับเป็นบุตรบุญธรรม แต่ไม่ทันที่ชายคนดังกล่าวจะหาหญิงรับตั้งครรภ์แทนได้ก็ถูกจับเสียก่อน เพราะกฎหมายเยอรมันมีข้อห้ามมิให้ทำการโฆษณาใดๆ ที่เกี่ยวกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม⁴⁷

ปัญหาหรือข้อพิพาทที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน มักจะเกิดจากการที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้ ซึ่งโดยมากแล้วจะมีสาเหตุมาจากกรณีที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการส่ง

⁴⁵ Louis Waller. "Surrogate parenting." First world congress on family law and children's right. , 5 July 1993 , P.4.

⁴⁶ สนิท ตระกูลพรายงาม. "ปัญหากฎหมายที่เกิดจากการผสมเทียม." , หน้า 92.

⁴⁷ ภราดร ภาคพัฒน์. "วงการกฎหมายทั่วไป." , หน้า 111.

มอบเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้กับผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมากกว่าจะเป็นกรณีที่ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะเป็นฝ่ายปฏิเสธการรับอุปการเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม ปัญหาทางกฎหมายหรือข้อพิพาทที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นยังมีอยู่มาก เท่าที่ผู้เขียนนำเสนอมานั้นเป็นคดีที่ได้รับความสนใจจากบุคคลทั่วไป หรือเป็นคดีที่นักกฎหมายหยิบยกมาเป็นกรณีศึกษาแต่ก็คงเป็นเพียงตัวอย่างบางส่วนเท่านั้น เชื่อว่าในอนาคตศาลไทยอาจจะต้องวินิจฉัยข้อพิพาทอันเกิดจากการตั้งแทน เหมือนเช่นศาลในต่างประเทศก็เป็นได้

บทที่ 4

ปัญหากฎหมายครอบครัวกับการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทนเป็นการได้มาซึ่งบุตรโดยมิได้มีการร่วมประเวณีกันตามปกติ และถ้าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนสามารถใช้บังคับได้นั้น หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดผิดสัญญา นอกจากจะก่อให้เกิดปัญหาให้แก่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอก และรัฐในฐานะเป็นบิดามารดาของประเทศชาติอีกด้วย¹ อนึ่ง แม้ว่าจะไม่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้นก็ตาม ปัญหาในทางกฎหมายก็ยังคงอยู่เช่นเดิม เพราะบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องครอบครัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นั้น เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา การเป็นบิดามารดาและบุตรซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดจากกลไกตามธรรมชาติ แต่การตั้งครรภ์แทนนั้นต้องถือว่าเป็นขบวนการเกิดที่ไม่เป็นไปตามธรรมชาติทั้งหมด ดังนั้นความสัมพันธ์ในการเป็นบิดามารดาและบุตรตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะเป็นอย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์และอธิบายดังต่อไปนี้

1. ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญารับตั้งครรภ์แทน

การทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้น คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ปฏิบัติต่อกันตามที่ได้ตกลงกันได้ในฐานะเป็นผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างของสัญญา แม้จะไม่อาจชี้ชัดได้ว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นสัญญาประเภทใดก็ตาม นอกเหนือจากฐานะของผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างแล้วคู่สัญญาหรือบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้น จะมีความสัมพันธ์ต่อกันอย่างไรบ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ซึ่งผู้เขียนได้แยกออกเป็นกรณี ดังนี้

¹ ประสพสุข บุญเดช. "มารดารับจ้างตั้งครรภ์.", หน้า 21.

1.1. ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนกับหญิงรับตั้งครุฑแทน สามารถแบ่งออกเป็นกรณีได้ดังนี้

1.1.1. ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนมีคู่สมรส กับหญิงรับตั้งครุฑแทนมีคู่สมรส

การทำสัญญารับตั้งครุฑแทนในกรณีนี้ที่ต่างฝ่ายต่างมีคู่สมรสอยู่ก็น่าที่จะเป็นการทำสัญญาที่ได้รับความเห็นชอบ หรือได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่สมรสก่อนเพื่อป้องกันปัญหาอาจเกิดขึ้น แต่ก็มีบางกรณีที่คู่สมรสของคู่สัญญามีได้ให้ความยินยอมในการทำสัญญารับตั้งครุฑแทนก็อาจจะเกิดปัญหาขึ้นได้ เพราะคู่สมรสเป็นบุคคลซึ่งได้รับผลกระทบทั้งทางสังคมและกฎหมาย โดยปกติแล้วผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนที่มีคู่สมรสนั้นมักจะให้ความยินยอมในการทำสัญญาเพราะปรารถนาที่จะมีบุตรอยู่แล้ว ปัญหาส่วนใหญ่มักจะเกิดจากการไม่ให้ความยินยอมของสามีของหญิงรับตั้งครุฑแทนมากกว่า แม้จะไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดว่าหญิงมีสามีจะตั้งครุฑโดยสามีได้ให้ความยินยอมก่อนไม่ได้ก็ตาม แต่การตั้งครุฑแทนนั้นมีผลต่อการดำรงอยู่ในฐานะสามีภริยากันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะสามีของหญิงรับตั้งครุฑแทนจะต้องขอสันนิษฐานในการเป็นบิดาขอด้วยกฎหมายของบุตรที่ภริยาตนคลอดออกมา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 โดยทันที แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ได้จำกัดสิทธิของสามีที่จะฟ้องปฏิเสธว่าบุตรที่ภริยาตนคลอดออกมานั้นมิใช่บุตรของตนตามมาตรา 1539 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปัญหาที่ควรพิจารณาจึงอยู่ที่ว่า การไม่ให้ความยินยอมแก่คู่สมรสในการทำสัญญารับตั้งครุฑแทนได้ก่อให้เกิดปัญหาอย่างไรบ้าง ซึ่งผู้เขียนได้แยกวิเคราะห์ดังนี้

ก. การไม่ให้ความยินยอมของคู่สมรสของผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทน คู่สมรสฝ่ายที่ไม่ได้ให้ความยินยอมดังกล่าวนั้นจะยกเป็นข้ออ้างในการฟ้องหย่าได้หรือไม่ เช่น ภริยาของผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนไม่ได้ให้ความยินยอมแก่สามีที่จะนำเชื้อสุจิไปผสมเทียม จนทำให้หญิงรับตั้งครุฑแทนตั้งครุฑขึ้นมา จะอ้างว่าการกระทำของสามีเป็นการทำให้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภริยาตั้งครุฑ ถือว่าเป็นพฤติการณ์ที่ไม่เหมาะสม หรือประพฤติดนเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรงได้หรือไม่

เหตุแห่งการฟ้องหย่าตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น หากพิจารณาถึงถ้อยคำซึ่งได้บัญญัติไว้ใน (1) “สามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นอันภริยา” คำว่า “การอุปการะเลี้ยงดูหญิงอื่น” หมายถึง การให้ความช่วยเหลือหญิงที่มีใช่ภริยาตนในสิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีพ ไม่ว่าจะเป็นการให้เงินทองไว้ใช้จ่ายใช้สอยให้เครื่องอุปโภคบริโภค หรือทรัพย์สินอื่นใดเพื่อเป็นปัจจัยในการดำรงชีพนั้นจะต้องเป็นการ

อุปการะเลี้ยงดูหญิงนั้นฉันภริยามิใช่อุปการะเลี้ยงดูในฐานะอื่น² ดังนั้นหากสามีซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรรค์แทนให้ทรัพย์สินหรือเงินทองแก่หญิงรับตั้งครรรค์แทน เพื่อเป็นค่าตอบแทนหรือค่าใช้จ่ายในระหว่างตั้งครรรค์แทน หรือสามีเป็นธุระจัดหาหญิงรับตั้งครรรค์แทนไปพบแพทย์เพื่อตรวจครรรค์ตามปกติหรือเพื่อคลอดบุตรนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำของสามีดังกล่าวไม่น่าจะเป็นเหตุให้ภริยาฟ้องหย่าสามีได้ เพราะเป็นการกระทำในฐานะผู้ว่าจ้างตั้งครรรค์แทนมิใช่กระทำในฐานะที่มีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวแต่อย่างใด

ใน (2) นั้น "ความประพฤติชั่ว" (misconduct) หมายถึง ความประพฤติปฏิบัติที่ฝ่าฝืนศีลธรรมหรือจารีตประเพณีซึ่งวิญญูชนรู้สึกได้ว่าเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ก็ตาม³ การที่สามีให้เชื้ออสุจิของตนแก่แพทย์เพื่อ ทำการผสมเทียมจนทำให้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภริยาตั้งครรรค์ขึ้นมาโดยภริยาไม่ได้ให้ความยินยอมนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่น่าจะถือว่าเป็นความประพฤติชั่วที่ภริยาจะใช้เป็นข้ออ้างในการฟ้องหย่าได้ เพราะการตั้งครรรค์แทนนั้นเป็นการตั้งครรรค์ที่ผิดธรรมชาติ กล่าวคือ เป็นการ ตั้งครรรค์โดยมิได้มีการร่วมประเวณีกันแต่อย่างใด

ส่วน (6) "การทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรง" (commit any act seriously adverse to the relationship between husband and wife) หมายถึง การกระทำที่ขัดขวางต่อการที่ชายและหญิงจะดำเนินชีวิตครอบครัวอย่างปกติสุข และอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกาย จิตใจ สุขภาพ หรืออนามัยของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งด้วย⁴ ซึ่งการกระทำดังกล่าวนั้นจะเป็นเหตุแห่งการฟ้องหย่าได้นั้นจะต้องถึงขนาดที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสุขภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบด้วย ซึ่งก็ต้องพิเคราะห์เหตุการณถึงมูลเหตุในการกระทำและเจตนาของผู้กระทำด้วย⁵ ดังนั้นการที่สามีไปทำสัญญาว่าจ้างหญิงอื่นตั้งครรรค์แทนโดยภริยาไม่ให้ความยินยอมนั้นก็เพื่อจะได้มีบุตรไว้อุปการะเลี้ยงดู โดยส่วนตัวแล้วผู้เขียนเห็นว่าการกระทำดังกล่าวแม้จะเป็นการทำร้ายจิตใจของภริยาทางอ้อม คือ เป็นการตอกย้ำถึงความบกพร่องในระบบสืบพันธุ์ที่ไม่อาจมีบุตรได้เองตามธรรมชาติของภริยา แต่เจตนาของสามีหรือผู้ว่าจ้างตั้งครรรค์แทนก็เพื่อจะได้มีบุตร เป็นการสร้าง

² ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว.. หน้า 347.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 353.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 390.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 392.

ครอบครัวยังขึ้น อีกทั้งถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนสามารถรับภาระค่าใช้จ่ายในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้ การอุปการะเลี้ยงดูบุตรทางชีววิทยาของสามีนั้นก็ไม่น่าจะกระทบถึงฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันภายในครอบครัว

ในทางกลับกัน ถ้าสามีของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นฝ่ายไม่ให้ความยินยอมในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน สามีก็จะยกเป็นข้ออ้างในการฟ้องหย่าไม่ได้เลยเพราะภริยาหรือผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมิใช่หญิงที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรที่จะทำให้สามีต้องเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ดังนั้นแม้ว่าการไม่ให้ความยินยอมของคุณสมรสของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะยกเป็นข้ออ้างในการฟ้องหย่าต่อกันไม่ได้ก็ตาม ก็อาจจะมีปัญหาในการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมได้ เพราะผู้ที่รับบุตรบุญธรรมได้นั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสก่อน⁶ ซึ่งปัญหาในเรื่องการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมนี้ ผู้เขียนจะได้กล่าวในบทต่อไป

ข. การไม่ให้ความยินยอมของคุณสมรสของหญิงรับตั้งครรภ์แทน แม้หญิงรับตั้งครรภ์แทนจะมีสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของตนที่จะกระทำการใดๆ ก็ได้ตามปรารถนา และการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนของหญิงรับตั้งครรภ์แทนก็ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสก่อนก็ตาม แต่ถ้าสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอมแก่ภริยาก็อาจจะยกเป็นเหตุแห่งการฟ้องหย่าได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (2) และ (6)

เหตุฟ้องหย่าตาม (2) นั้น ความประพฤติชั่วที่จะเป็นเหตุให้คุณสมรสอีกฝ่ายหนึ่งที่มีสิทธิฟ้องหย่าได้จะต้องเป็นการกระทำที่ทำให้ได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง หรือได้รับความดูถูกเกลียดชัง หรือได้รับความเสียหาย หรือเดือดร้อนเกินควร โดยคำนึงถึงสภาพฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันอันสามีภริยามาประกอบ ซึ่งมาตรฐานความรู้สึกเช่นนี้ก็ขึ้นอยู่กับความรู้สึกของคุณสมรสนั้นๆ (Subjective) ไม่จำเป็นจะต้องถือเอาตามมาตรฐานความรู้สึกของวิญญูชน (Objective) โดยทั่วไปมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ฉะนั้นแม้ว่าคุณสมรสจะมีความรู้สึกไวต่อความรู้สึกอับอายขายหน้าซึ่งวิญญูชนทั่วไปเห็นว่าเป็นเรื่องปกติก็ตาม ก็ทำให้คุณสมรสอีกฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิในการฟ้องหย่าได้ แต่ในทางกลับกัน ถ้าวิญญูชนเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องร้ายแรงแต่คุณสมรสฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องหย่าถือว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยก็ฟ้องหย่าไม่ได้⁷ ดังนั้นการที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนแอบใช้น้ำเชื้อของชายอื่นทำการผสมเทียมโดยไม่ได้รับอนุญาตจากสามีก่อนจน

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/25.

⁷ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน, หน้า 354.

ตั้งครรรค์ขึ้นมาก็ถือว่าเป็นความประพฤดิชั่ว⁸ และการคลอดบุตรของภริยานั้นทำให้สามีต้องมีฐานะเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่ภริยาคลอดในระหว่างสมรส ทำให้สามีต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบในตัวเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรค์แทนด้วย ก็ต้องถือว่าการตั้งครรรค์แทนของภริยา ทำให้สามีได้รับความเสียหายเดือดร้อนด้วยเช่นกัน สามีของหญิงรับตั้งครรรค์แทนสามารถใช้สิทธิในการฟ้องหย่าภริยาได้ แม้กฎหมายจะให้สิทธิแก่สามีในการฟ้องปฏิเสธว่าเด็กนั้นมีใช้บุตรของตนได้อยู่แล้วก็ตาม และในระหว่างที่หญิงรับตั้งครรรค์แทนตั้งครรรค์อยู่ทำให้หญิงรับตั้งครรรค์แทนไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของภริยาได้ตามปกติแม้จะเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่งก็ตาม แต่เมื่อมาตรฐานของคู่สมรสฝ่ายที่มีสิทธิหย่าได้นั้น ไม่จำเป็นจะต้องเป็นมาตรฐานของวิญญูชนทั่วไปเป็นสำคัญ ถ้าสามีของหญิงรับตั้งครรรค์แทนเห็นว่าการรับตั้งครรรค์แทนของภริยาเป็นเรื่องร้ายแรงหรือเป็นการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากันก็สามารถฟ้องหย่าได้ตามมาตรา 1516 (6)

แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าสามีของหญิงรับตั้งครรรค์แทนให้ความยินยอมแก่ภริยาในการรับตั้งครรรค์แทน เมื่อหญิงรับตั้งครรรค์แทนคลอดบุตรออกมาในระหว่างสมรส สามีของหญิงรับตั้งครรรค์แทนย่อมถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรตามมาตรา 1536 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการสันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีนั้น กฎหมายเพียงแต่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนเท่านั้นมิใช่วางเป็นข้อบัญญัติเด็ดขาดว่าต้องเป็นบุตรของเขา (คำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2492)⁹ ดังนั้นตามมาตรา 1539 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงให้สิทธิแก่สามีที่จะฟ้องปฏิเสธความเป็นบิดาได้ แต่การให้ความยินยอมของสามีของหญิงรับตั้งครรรค์แทนในการทำลัญญารับตั้งครรรค์แทนทำให้สามีของหญิงรับตั้งครรรค์แทนไม่อาจฟ้องหย่าภริยาได้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1517 วรรคแรก บัญญัติว่า "เหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 (1) และ (2) ถ้าสามีหรือภริยาแล้วแต่กรณี ได้ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำที่เป็นเหตุหย่านั้น ฝ่ายที่ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจนั้นจะยกเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้" ดังนั้นการที่สามีของหญิงรับตั้งครรรค์แทนให้ความยินยอมแก่หญิงรับตั้งครรรค์แทนในการทำลัญญารับตั้งครรรค์แทนก็ต้องถือว่าสามีของหญิงรับตั้งครรรค์แทนยินยอมที่จะยอมรับผลต่างๆ ที่เกิดขึ้น สามีของหญิงรับ

⁸ เรื่องเดียวกัน , หน้า 353.

⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540 , หน้า 282.

ตั้งครรภ์แทนจึงไม่อาจฟ้องหย่าได้ อนึ่ง สิทธิในการฟ้องหย่าถูกระงับไปเพราะความยินยอมนั้น ไม่กระทบถึงสิทธิในการฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรตามมาตรา 1539

1.1.2. ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรส กับหญิงรับตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรส

โดยปกติแล้วการผสมเทียมในมนุษย์มักจะทำแต่เฉพาะคู่สามีภรรยาที่ไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ แพทย์จึงมักจะไม่นิยมทำการผสมเทียมให้กับหญิงโสด แต่กรณีของการตั้งครรภ์แทนนั้นจะแตกต่างกับการผสมเทียมของคู่สมรสที่มีปัญหา กล่าวคือ หญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมิใช่หญิงที่เข้ารับการผสมเทียมเพื่อตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมา ดังนั้นจึงอาจมีกรณีที่หญิงโสดหรือชายโสดทำสัญญาว่าจ้างหญิงที่มีคู่สมรสแล้วมาตั้งครรภ์แทน เหตุที่ต้องทำสัญญาวางจ้างหญิงมีคู่สมรสแล้ว ก็เพื่อต้องการประสบการณ์ในการคลอดบุตร ตลอดจนการตั้งครรภ์นั้นส่งผลเสียอย่างถาวรแก่สรีระร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์ หญิงที่ผ่านการมีบุตรแล้วจึงเท่ากับเป็นหญิงมีคู่สมรสแล้วนั่นเอง และในระหว่างการตั้งครรภ์แทนสังคมภายนอกอาจเข้าใจว่าหญิงนั้นตั้งครรภ์ตามปกติ ซึ่งเป็นบุตรของสามีแล้วต่อมาภายหลังเด็กคลอดก็ยกให้ผู้อื่นอุปการะเลี้ยงดูเป็นบุตรบุญธรรม

แม้จะไม่มีข้อห้ามหญิงโสดหรือชายโสดทำสัญญาว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่่าก็ควรจะมีข้อจำกัดไว้ เพราะชายโสดหรือหญิงโสดนั้นหากทำการสมรสก็อาจจะมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ แต่ก็มีบางกรณีเช่นกันที่แม้จะทำการสมรสแล้วก็ไม่สามารถมีบุตรได้ เช่น หญิงทำการสมรสในขณะอายุมากแล้ว เพราะอัตราการตั้งครรภ์ของสตรีที่มีอายุระหว่าง 40-44 ปี มีอัตราการตั้งครรภ์น้อยกว่าร้อยละ 1 ดังนั้นโอกาสที่สตรีที่มีอายุเกินกว่า 40 ปี ในการตั้งครรภ์แต่ละเดือนมีเพียงร้อยละ 5 เท่านั้น และอัตราเสี่ยงของทารกที่เกิดมาจะมีความผิดปกติทางโครโมโซมสูงขึ้นมากเมื่อมารดาอายุเกิน 40 ปี ลูกที่เกิดมาจะมีโอกาสเสี่ยงในการเป็น Down Syndrome¹⁰ ประมาณ 1 ต่อ 106 ของการตั้งครรภ์ และถ้าสตรีนั้นมีอายุมากกว่า 45 ปีแล้ว โอกาสเสี่ยงเป็น Down Syndrome สูงถึง 1 ต่อ 38¹¹ เลยทีเดียว จึงเห็นได้ว่าแม้หญิงโสดที่เป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนนั้นทำการสมรสโอกาสที่จะมีบุตรตามธรรมชาติมีอยู่น้อยมาก ซึ่งผิดกับชายโสดที่แม้จะทำการสมรสในขณะอายุมากแล้วก็ยังสามารถมีบุตรได้ แถมสังคมยังให้การยอมรับเสียอีกว่ายังมีความสามารถทำให้ภริยาตั้งครรภ์ได้

¹⁰ ทารกปัญญาอ่อนที่เรียกว่า Down Syndrome ดาวน์ หรือมองโกลิซึม (Mongolism) ซึ่งชื่อหลังไม่ได้ใช้แล้ว เกิดจากความผิดปกติของโครโมโซมคู่ที่สิบเก้าหรือยีสิบเอ็ด แต่ความผิดปกติอาจเกิดจากโครโมโซมหมายเลขอื่นๆก็ได้

¹¹ จันทรา เจณณวาสิน. "อายุของมารดาสำคัญไฉน.", ใกล้เคียง. 22.11 พฤศจิกายน 2541, หน้า 52.

ความเป็นไปได้ที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะเป็นโสดมีโอกาสเกิดขึ้นได้น้อย เพราะก่อนจะทำการผสมเทียมหรือจัดให้มีการตั้งครรภ์แทน แพทย์ก็จะสอบถามถึงผู้ที่รับอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่จะเกิดมาก่อนว่าอยู่ในสถานะใด เป็นโสดหรือมีคู่สมรสอยู่แล้วแต่ไม่อาจมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ แต่เมื่อไม่มีข้อจำกัดใดๆ โอกาสที่หญิงโสดหรือชายโสดจะเป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็อาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้นหญิงโสดหรือชายโสดจะมีความสัมพันธ์ต่อหญิงตั้งครรภ์แทนที่มีคู่สมรสนั้น ผู้เขียนได้แยกเป็นกรณี ดังนี้

ก. ชายโสดเป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะได้รับความยินยอมจากสามีหรือไม่ก็ตาม ชายโสดที่เป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ แม้จะเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิที่ใช้ในการผสมเทียมจนทำให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนตั้งครรรภ์ขึ้นมาก็มีใช่ชายผู้ของหญิงรับตั้งครรภ์แทน เพราะมิได้มีการร่วมประเวณีกันแต่อย่างใด ถ้าสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอมในการทำสัญญาของภริยาก็ไม่สามารถฟ้องหย่าตาม มาตรา 1516 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ แต่อาจจะฟ้องหย่าได้ตาม (2) และ (6) ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวมาแล้ว

ข. หญิงโสดเป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ความเป็นไปได้ที่หญิงโสดจะเป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน โดยส่วนตัวของผู้เขียนแล้วเห็นว่ามีความเป็นไปได้สูงกว่าชายโสดเป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน เพราะปัจจุบันอัตราการขยายตัวของสตรีที่ไม่แต่งงาน หรือแต่งงานเมื่ออายุมากขึ้นมีเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ จากเดิมสตรีกลุ่มนี้อาจจะเห็นว่าการสมรสเป็นภาระหน้าที่ ที่สามารถหลีกเลี่ยงได้หรืออาจจะไม่พบชายที่เหมาะสมก็จะอยู่เป็นโสดไปเรื่อยๆ แต่เมื่ออายุมากขึ้นก็ปรารถนาจะอุปการะเด็กซักคนหนึ่ง โดยหวังว่าจะเป็นเพื่อนในยามชราหรือเอาไว้ดูแลยามเจ็บไข้ ถ้าฐานะการเงินอยู่ในเกณฑ์ดีก็อาจจะว่าจ้างหญิงอื่นมาทำการตั้งครรภ์แทนก็เป็นได้ แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าแพทย์จะสามารถนำไข่ของหญิงโสดมาทำการผสมเทียมได้ หญิงเจ้าของไข่หรือหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์นั้นก็มิใช่มารดาตามกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด แม้ว่าเด็กนั้นอาจจะเป็นบุตรทางชีววิทยาของตนก็ตาม หญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่สามารถอ้างสิทธิในการเป็นมารดาทางชีวภาพอีกคนของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ เพราะกฎหมายไทยยึดหลักในเรื่องการเป็นมารดาของบุตรโดยการคลอดเท่านั้น

ในประเทศไทยการตั้งครรภ์แทนในลักษณะเช่นนี้ ผู้เขียนคิดว่าคงยังไม่เคยเกิดขึ้น เพราะแพทย์คงไม่ยอมทำการผสมเทียมให้เป็นแน่ แต่ในต่างประเทศเคยมีคดีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนที่เป็นโสดกับหญิงรับตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรส ปรากฏเป็นคดีในมลรัฐมิชิแกน นางจูดี้ สตีเวอร์ รับจ้างตั้งครรภ์โดยการผสมเทียมจาก นายอเล็กซานเดอร์ มาลาซอพ

ในอัตรา 10,000 เหรียญ ต่อมาปรากฏว่าเด็กที่เกิดมามีขนาดสมองเล็กผิดปกติและเป็นโรคปัญญาอ่อน นายมาลาซอพอ้างว่าไม่ใช่บุตรของตนโดยทำให้มีการพิสูจน์เลือดเพื่อดูว่าเด็กเป็นบุตรของตนหรือไม่ ผลปรากฏว่านายมาลาซอพไม่ใช่บิดาของเด็กจริง และข้อเท็จจริงปรากฏว่านางजूดีได้ร่วมประเวณีกับสามีของตนเองด้วยในระยะเวลาใกล้เคียงกับการผสมเทียม ขณะนี้เด็กอยู่ในความดูแลของครอบครัวสวีเวอร์ และทั้งนายมาลาซอพและครอบครัวสวีเวอร์ต่างฟ้องเรียกค่าเสียหายจากกันและกันอย่างยุ่งเหยิง¹²

1.1.3. ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรส กับหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรส

ส่วนใหญ่แล้วผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ปรากฏว่าจะเป็นคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ เมื่อไปปรึกษาแพทย์แล้วพบว่าภริยาเป็นผู้ที่ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้ก็ต้องอาศัยหญิงอื่นมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทน การสรรหาตัวหญิงที่จะมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนก็มักจะว่าจ้างหญิงซึ่งผ่านการมีบุตรมาก่อน อย่างน้อยก็เป็นการตรวจสอบในเบื้องต้นได้ว่าหญิงนั้นสามารถเป็นผู้ที่ตั้งครรภ์ได้หรือไม่มีปัญหาในการแท้งบุตร ซึ่งการแท้งบุตรนี้อาจจะมีสาเหตุได้หลายประการ เช่น ผนังมดลูกบางจนทำให้ตัวอ่อนไม่สามารถยึดเกาะได้ เป็นต้น อีกทั้งหญิงซึ่งผ่านการมีบุตรมาแล้วย่อมมีประสบการณ์ในการบำรุงรักษาครรภ์ตลอดจนการคลอดบุตรมาก่อน ก็ยังเป็นการดีต่อเด็กที่จะเกิดมา แต่เมื่อหันมาพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้วก็ไม่พบว่า มีข้อห้ามมิให้หญิงโสดตั้งครรภ์โดยยังมีสามี เพราะหญิงอาจจะมิบุตรโดยมิได้สมรสก็ได้ ดังนั้น การทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน หญิงโสดที่ยังไม่มีคู่สมรสก็สามารถรับจ้างตั้งครรภ์แทนได้ แต่ก็อาจเกิดปัญหาทางสังคมดังที่ผู้เขียนได้เสนอไปแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม หากหญิงโสดสามารถยอมรับผลกระทบทางสังคมได้ ก็สามารถทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้ แต่ผู้เขียนไม่สนับสนุนการกระทำเช่นนี้ เหตุเพราะการตั้งครรภ์แทนก่อให้เกิดผลเสียทางสรีระร่างกายอย่างถาวร เช่น หน้าท้องลาย เกิดจุดหย่อนยานในบางส่วน หรือถ้าการคลอดบุตรนั้นกระทำโดยการผ่าหน้าท้อง ก็เกิดรอยแผลผ่าตัด ซึ่งในอนาคตหากหญิงโสดทำการสมรสในภายหลังก็อาจจะมีปัญหาเกี่ยวกับสามีได้ อีกทั้งหญิงโสดที่ยังไม่ผ่านการมีบุตรมาก่อนก็จะขาดประสบการณ์ในการบำรุงครรภ์ ซึ่งภาวะการตั้งครรภ์ถือว่าเป็นสิ่งที่สำคัญอย่างยิ่ง เพราะถ้าหญิงตั้งครรภ์แทนเป็นอะไรไปก็อาจจะส่งผลไปยังทารกในครรภ์ด้วยเช่นกัน ซึ่งการตั้งครรภ์โดยการผสมเทียมหรือการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์นั้นยังได้ผลสำเร็จในขั้นต่ำ ในประเทศออสเตรเลียพบว่า ประมาณร้อยละ 20 ที่เกิดการตั้งครรภ์ขึ้นและหนึ่งในสามจะเกิด

¹² ภราดร ภคพัฒน์. "วงการกฎหมายทั่วไป." หน้า 113.

การแท้งบุตร ดังนั้นอัตราความสำเร็จจึงมีเพียงแค่ 13 ใน 100 รายเท่านั้น¹³ ซึ่งจากสาเหตุตรงนี้ จึงทำให้แพทย์ที่ทำการผสมเทียม ใช้วิธีการผสมไข่กับอสุจิคราวละหลายๆ ฟองหรือทำการฝังตัวอ่อนในมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทนมากกว่า 1 โอกาสที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนจะตั้งครรภ์แฝดสองหรือสามจึงมีมาก ถ้าหญิงโสดซึ่งไม่เคยมีประสบการณ์ในการตั้งครรภ์และคลอดบุตรมาก่อน การตั้งครรภ์แฝดจึงนับว่าเป็นภาวะที่เสี่ยงต่อสุขภาพของหญิงรับตั้งครรภ์แทนและทารกในครรภ์อย่างยิ่ง

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะยินดีว่าจ้างหญิงโสดมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนก็ไม่ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์กับหญิงรับตั้งครรภ์แทนแตกต่างไปจากเดิม ยังคงเป็นเพียงผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างตามสัญญาเท่านั้น แต่ถ้ามองในแง่ดีแล้วก็จะพบว่า การว่าจ้างหญิงโสดมาเป็นหญิงรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะขจัดปัญหาในเรื่องการให้ความยินยอมของสามีออกไป ดังนั้นหากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมก็สามารถกระทำได้ทันที เพราะหญิงที่คลอดบุตรเมื่อไม่มีคู่สมรสก็ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทน ในฐานะเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กก่อน

1.1.4. ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรส กับหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรส

ในกรณีที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงโสด และทำสัญญาว่าจ้างให้หญิงโสดเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ทั้งคู่จะมีความสัมพันธ์กันในฐานะผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างเท่านั้น แม้ว่าไข่ที่ใช้ในการผสมเทียมอาจจะ เป็นไข่ของหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ตาม หญิงรับตั้งครรภ์แทนก็ยังคงมีฐานะเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนแต่เพียงผู้เดียว หญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนแม้จะเป็นมารดาทางชีววิทยาของเด็กก็ไม่สามารถอ้างสิทธิในการเป็นมารดาอีกคนของเด็กนั้นได้ ส่วนชายโสดซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนแม้จะเป็นบิดาทางชีววิทยาของเด็กที่หญิงรับตั้งครรภ์คลอดออกมา และหญิงนั้นไม่มีสามีที่จะมีฐานะเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรก็ตาม ชายผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถจดทะเบียนรับรองเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของตนได้ แม้ว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะให้ความยินยอมก็ตาม

มาตรา 1548 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "บิดาจะจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของเด็กและมารดาเด็ก"

¹³ กฤตยา อาชวนิจกุล. "วิทยาการสร้างลูกนอกไข่ : ผู้หญิงได้หรือเสีย..", หน้า 18.

บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา นี้ เป็นกรณีที่บิดามารดาไม่ได้ทำการจดทะเบียนสมรสกันภายหลังเมื่อหญิงคลอดบุตร ชายซึ่งเป็นบิดาก็สามารถจดทะเบียนรับรองบุตรได้ ก็จะทำให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชาย ซึ่งบทบัญญัตินี้เป็นกรณีที่ชายและหญิงที่เป็นบิดามารดามีความสัมพันธ์ต่อกัน กล่าวคือ จะต้องเป็นการเกิดตามธรรมชาติ มีการร่วมประเวณีกันระหว่างชายกับหญิง แต่การเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นชายผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ได้ร่วมประเวณีกับหญิงรับตั้งครรภ์แทนเลย ดังนั้นแม้จะเป็นบิดาทางชีววิทยาของเด็ก ซึ่งสามารถพิสูจน์ทางการแพทย์ได้ก็ตามก็ไม่สามารถจดทะเบียนรับรองบุตรได้

ในกรณีที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรสและหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรสก็ยังคงมีฐานะเป็นเพียงผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างตามสัญญาเท่านั้น หากกรณีเช่นนี้เกิดขึ้นในประเทศสหราชอาณาจักร ชายผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์อาจจะมีฐานะเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่จะเกิดมาได้ ถ้าชายผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ซึ่งได้รับอนุญาตจากทางการแล้วเท่านั้น แต่ถ้าชายผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมิได้รับอนุญาตจากทางการ ก็ไม่ถือว่าชายผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาตามกฎหมายแต่อย่างใด

แต่อย่างไรก็ตาม โดยส่วนตัวของผู้เขียนแล้วไม่เห็นด้วยกับการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนในกรณีที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ไม่มีคู่สมรสอย่างยิ่ง เพราะถ้าแพทย์ยินยอมทำการผสมเทียมให้อาจจะเกิดปัญหาทางสังคมขึ้นได้ เพราะผู้ที่มีความผิดปกติทางจิตใจหรือที่เรียกว่ารกร่วมเพศนั้นจะใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนเพื่อจะได้เด็กมาอุปการะเลี้ยงดูเป็นบุตร เพื่อให้ความสัมพันธ์ระหว่างตนกับคนรักรู้สึกเป็นครอบครัวที่ประกอบด้วยพ่อ แม่และลูกมากยิ่งขึ้น เป็นการขัดแย้งที่ธรรมชาติไม่สามารถทำให้มีบุตรได้เองตามธรรมชาติ เช่น ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง แม้จะมีรูปร่างภายนอกเป็นหญิงก็ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้เพราะไม่มีมดลูก เป็นต้น ส่วนหญิงรับตั้งครรภ์แทน ผู้เขียนเห็นว่าถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรสก็น่าจะเกิดจากการหย่า หรือสามีตาย และควรจะต้องผ่านการมีบุตรมาก่อน เพื่อจะได้มีประสบการณ์ในการดูแลรักษาครรภ์และคลอดบุตร

1.2. ชายเจ้าของอสุจิหรือหญิงเจ้าของไข่ กับหญิงรับตั้งครรภ์แทน

ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์เพื่อให้แพทย์ใช้ในการผสมเทียม โดยมากแล้วแพทย์จะปกปิดเป็นความลับเพื่อป้องกันปัญหาต่างๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นได้ แต่ถ้าในกรณีที่หญิงตั้งครรภ์แทนสามารถทราบว่าเป็นเชื้อพันธุ์ซึ่งใช้ในการผสมเทียมเป็นของใครนั้นจะมีความสัมพันธ์กันอย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะแยกเป็นกรณีดังนี้

1.2.1. หญิงรับตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรส

หญิงซึ่งมีสามีอยู่แล้ว เมื่อคลอดบุตรสามีของหญิงนั้นจะมีฐานะเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรโดยทันที¹⁴ แต่ถ้าการตั้งครรภ์นั้นเกิดจากการใช้เชื้อพันธุ์ของผู้อื่นมาผสมเทียม สามีของหญิงนั้นสามารถใช้สิทธิทางกฎหมายในการปฏิเสธความเป็นบิดาของเด็กนั้นก็ได้ เว้นแต่สามีของหญิงนั้นเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็กในทะเบียนคนเกิดเองว่าเป็นบุตรของตนหรือจัดหรือยอมให้มีการแจ้งดังกล่าว ก็ไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องปฏิเสธความเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายได้ ตามมาตรา 1541 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในกรณีตั้งครรภ์แทนนั้น เชื้อพันธุ์ที่ผู้ว่าจ้างจัดหามาให้แพทย์อาจจะเป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเอง เช่น เป็นไข่ของหญิงภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน หรือเป็นอสุจิของชายสามีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน แล้วนำมาผสมกับเชื้อพันธุ์ของผู้บริจาค ในกรณีเช่นนี้นั้น แม้จะสามารถสืบทราบได้ว่าผู้บริจาคเป็นใครก็ตามก็ไม่มีผลต่อหญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามีแต่อย่างใด กล่าวคือ ชายซึ่งได้บริจาคอสุจิก็นี่ไม่มีฐานะเป็นชายผู้ของหญิงรับตั้งครรภ์แทน หรือหญิงบริจาคไข้ก็นี่ไม่มีฐานะเป็นมารดาอีกคนของบุตรที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนคลอดออกมาเช่นกัน หญิงรับตั้งครรภ์แทนยังคงมีฐานะเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายที่มีสามีของตนเป็นบิดาของบุตรตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย เว้นแต่สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะฟ้องปฏิเสธไม่รับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตร

1.2.2. หญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรส

การตั้งครรภ์แทนในกรณีเช่นนี้ ไข่ที่ใช้ในการผสมเทียมอาจจะเป็นไข่ของหญิงรับตั้งครรภ์แทนเองก็ได้ ถ้าเป็นเช่นนั้นแม้ว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะไม่มีสามีก็ไม่อาจฟ้องชายเจ้าของอสุจิจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรได้เช่นเดิม ส่วนหญิงเจ้าของไข้ก็นี่ไม่สามารถอ้างสิทธิในการเป็นมารดาทางชีววิทยาได้เช่นกัน ฐานะของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ไม่ว่าจะเป็นหญิงบริจาคไข่หรือชายบริจาคอสุจิ จะไม่มีความสัมพันธ์กับหญิงตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด รวมทั้งไม่อยู่ในฐานะใดๆ ตามสัญญาที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนได้ทำไว้กับผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนด้วย

การทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้น คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย คือ ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนและหญิงรับตั้งครรภ์แทนอาจจะมีคู่สมรสหรือไม่ก็ตามก็ขึ้นอยู่กับความสมัครใจและเสรีภาพของคู่สัญญาที่จะตกลงกัน แต่การตั้งครรภ์แทนนั้น นอกจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้วจำเป็นต้องอาศัยการช่วยเหลือจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญทำการผสมเทียมให้ การประกอบวิชาชีพแพทยนั้นเป็น

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536.

งานที่ต้องผูกพันอยู่กับเรื่องจริยธรรมและความถูกต้องตามกฎหมาย กฎหมายที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพของแพทย์จึงมีมานานแล้ว

องค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลให้แพทย์ประกอบวิชาชีพให้ถูกต้องในกรอบของกฎหมายและจริยธรรม คือ แพทยสภา เนื่องจากงานของแพทย์และนักกฎหมายนั้นเป็นงานที่ต้องมีกรอบ ขนบธรรมเนียม และจรรยาบรรณของหมู่คณะโดยเฉพาะ จึงจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติ ในขณะที่เดียวกันก็ต้องมีการสอดส่องดูแลบุคคลในอาชีพเดียวกันเพื่อให้การประกอบวิชาชีพเป็นไปโดยถูกต้องตามกรอบของจริยธรรม¹⁵

สำหรับประเทศไทยนั้นเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ได้มีการพัฒนาไปมากจนอาจกล่าวได้ว่ามีความทัดเทียมกับต่างประเทศ บางเรื่องก็มีกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้ แต่บางเรื่องก็ยังขาดการควบคุม ดูแล ให้อยู่ในกรอบที่เหมาะสม ทั้งทางด้านการใช้เทคโนโลยีและการเรียกร้องค่าตอบแทน ดังนั้นแพทย์ผู้ทำการผสมเทียมให้กับคู่สมรสนั้นนับได้ว่ามีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะถ้าคู่สมรสนั้นฝ่ายใดเป็นผู้ไม่เหมาะสม เช่น ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอยู่ในกลุ่มรักร่วมเพศ หรือหญิงรับตั้งครรภ์แทนยังไม่มีคู่สมรส และไม่เคยผ่านการมีบุตรมาก่อน หรืออายุน้อยหรือมากเกินไปแพทย์ก็อาจจะไม่ทำการผสมเทียมให้ ซึ่งตรงนี้ก็ขึ้นอยู่กับวิจารณญาณและ จริยธรรมของแพทย์นั้นๆ

การควบคุมการใช้เทคโนโลยีให้อยู่ในกรอบขอบเขตที่เหมาะสมโดยเฉพาะเป็นการให้กำเนิดชีวิตใหม่นั้นสิ่งที่ควรคำนึงมากที่สุดคือ ชีวิตใหม่ที่จะกำเนิดมาจะต้องได้รับการคุ้มครอง กล่าวคือ เด็กควรจะมีสิทธิ์เกิดมาโดยมีครอบครัวที่สมบูรณ์ มีพ่อ-แม่เหมือนเด็กปกติทั่วไป มิใช่เพียงแต่มีความสามารถทำให้เกิดมาได้เท่านั้น

2. ความเป็นบิดา มารดาและบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย

ความเป็นบุตรนั้นเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับผู้ให้กำเนิด คือ บิดามารดา จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายครอบครัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นั้น สถานะของการเป็นบิดา มารดา บุตรและสิทธิหน้าที่ระหว่างกันเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะบุคคลใดจะทำสัญญายกเว้นสถานะและสิทธิหน้าที่ดังกล่าวไม่ได้¹⁶ จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นทำให้พ่อประมวลความเป็นบุตรของบิดามารดาได้ 3 ประเภท คือ บุตรชอบด้วยกฎหมาย, บุตรนอกสมรส และบุตรบุญธรรม แต่ในอนาคตอาจจะต้องนับบุตรที่เกิดจากการผสม

¹⁵ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ อเนก ยมจินดา. กฎหมายการแพทย์. หน้า 21-23.

¹⁶ ประสพสุข บุญเดช. "การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์." หน้า 186.

เทียมหรือบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนรวมเข้าไปด้วย เพราะบุตรชอบด้วยกฎหมายและบุตรนอกสมรสนั้นเป็นบุตรที่เกิดจากความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างชายและหญิงที่เป็นบิดาและมารดา แต่บุตรที่เกิดจากการผสมเทียม หรือบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นการเกิดจากการตั้งครรภ์ที่ผิดธรรมชาติ ได้แก่การทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยกระบวนการที่ไม่เป็นไปตามธรรมชาติทั้งหมด กล่าวคือ เป็นการตั้งครรภ์โดยปราศจากการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชาย หรือขาดการร่วมประเวณีกันระหว่างชายกับหญิงนั่นเอง¹⁷ ดังนั้นสถานะของความเป็นบิดามารดาและบุตรจะเป็นเช่นไรนั้น ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปนี้

2.1. ความเป็นมารดาและบุตร

เป็นที่เข้าใจและยอมรับมานานับร้อยพันปีเท่าที่ประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติ จะยอมรับได้ว่า "ผู้ให้กำเนิดคือแม่" ซึ่งตรงกับหลักที่นานาอารยประเทศ ยึดเป็นหลักในเรื่องของการเป็นมารดาว่า "หญิงใดที่ให้กำเนิดบุตร หญิงนั้นต้องเป็นมารดาของบุตร" (Woman who gives birth to a child is the mother of the child) ซึ่งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ก็ถือหลักที่ว่า หญิงที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมาถือว่าเป็นมารดาของบุตร ตามหลัก "mater est, quam gestatio demonstrat" (the mother is demonstrated by gestation) ทั้งนี้เพราะการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรจะปรากฏหลักฐานทางชีววิทยาในการเป็นมารดา¹⁸

การเป็นมารดาและบุตรนั้นเป็นเรื่องของความจริงตามธรรมชาติโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องความเป็นมารดาของบุตร เนื่องจากฝ่ายหญิงมารดานั้นจะแสดงข้อเท็จจริงว่ามีครรภ์เกิดขึ้น มีการอุ้มท้องบุตรอยู่ในครรภ์เป็นระยะเวลาหลายเดือน (ปกติประมาณ 9 เดือน แต่ก็อาจมีบางกรณีที่มากหรือน้อยกว่านั้นได้) บทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยจึงได้กล่าวถึงความเป็นมารดาของบุตรไว้เพียงมาตราเดียวคือ มาตรา 1546 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าเด็กที่เกิดจากหญิงที่ไม่ได้สมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้นเท่านั้น ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะเรื่องความเป็นมารดาและบุตรนั้นเป็นเรื่องของข้อเท็จจริงมิใช่ข้อกฎหมาย เด็กคลอดจาก

¹⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. "ผสมเทียม : ปัญหาการให้กำเนิดและการทำแท้ง." วารสารนิติศาสตร์. 25, 2 มิถุนายน 2538, หน้า 275.

¹⁸ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน, หน้า 188.

ครรภ์มารดาคนไหนก็นำพยานมาสืบว่าเด็กเกิดจากมารดาคนนั้นคนนี้ ไม่จำเป็นต้องบัญญัติข้อกฎหมายใดๆ ขึ้นมาเป็นพิเศษอีก เรียกได้ว่า “แม่คงเป็นแม่วันยันค่ำ”¹⁹

แต่การตั้งครรภ์แทนถือได้ว่าเป็นการกำเนิดที่อาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์มา กำหนด ดังนั้นหญิงที่คลอดบุตรอาจจะมีไข่มารดาที่แท้จริง คือ ไม่มีความสัมพันธ์ทางชีววิทยากับเด็กที่ตนคลอดออกมาเลย เช่น ไข่ที่ใช้ในการผสมเทียมเป็นของหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน หรือหญิงบริจาค กรณีเช่นนี้จะถือว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนยังคงเป็นมารดาของบุตรเช่นเดิมหรือไม่ ก็ต้องมาพิจารณาถึงหลักกฎหมายที่ประเทศไทยยึดถืออยู่ว่าเป็นเช่นไร

สำหรับประเทศไทยแล้วก็ยึดหลักตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่กำหนดให้หญิงที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมาเป็นมารดาของบุตร โดยไม่คำนึงว่าไข่จะเป็นของหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ของผู้บริจาคหรือของหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์เอง ซึ่งหลักในเรื่องการเป็นมารดาของบุตรนี้ถือได้ว่าเป็นหลักสากลที่นานาประเทศยึดถือกัน เช่นในประเทศอาฟริกาใต้ เมื่อปี ค.ศ. 1987 มารดาตั้งครรภ์แทนบุตรสาว โดยใช้ไข่ของบุตรสาวและอสุจิของบุตรชายแล้วให้กำเนิดทารกแฝด 3 คน ก็ถือว่ามารดาผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของฝาแฝดทั้งสามคนเช่นกัน²⁰ แต่ในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกากลับไม่เป็นเช่นนั้น เช่น รัฐอาร์แคนซอร์ เวอร์จิเนีย และแคลิฟอร์เนีย กฎหมายกำหนดให้หญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของบุตร

การที่ต้องเลือกกำหนดให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นผู้ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมาหรือหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ซึ่งอาจจะเป็นเจ้าของไข่ที่ใช้ในการผสมเทียมโดยคนใดคนหนึ่งเป็นมารดาของบุตรนั้นต่างก็มีเหตุผลในการสนับสนุนและคัดค้าน การกำหนดให้หญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นเจ้าของไข่เป็นมารดาของบุตร โดยพิจารณาจากคดีของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ในคดีของ Anna J.V. Mark C., 286 Cal. Rptr. 369 (Et. APP. 199) ที่ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย วินิจฉัยยืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้นว่า หญิงรับตั้งครรภ์แทนที่คลอดบุตรออกมานั้นมิใช่มารดาของบุตร และไม่มีส่วนได้เสียในความสัมพันธ์กับบุตรที่ตนคลอดออกมาแต่อย่างใด โดยศาลเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างหญิงรับตั้งครรภ์แทนกับบุตรที่ตนคลอดเทียบได้เพียงการเป็นมารดาเลี้ยงของบุตรเท่านั้น และศาลยังยอมรับฟังพยานหลักฐานทางการแพทย์ซึ่งแสดงให้เห็นว่า มีความเป็นไปได้ที่สามีภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาตามสายพันธุ์ถึงร้อยละ 99.999 และคำให้การของแพทย์ที่ยืนยันว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนทราบตั้งแต่เริ่มต้นแล้ว

¹⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ. “บุตรนอกสมรสในกฎหมายรัสเซีย.” , วารสารนิติศาสตร์. 15, 4 ธันวาคม 2528. หน้า 96.

²⁰ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน, หน้า 188-189.

ว่าตนจะต้องส่งมอบบุตรที่คลอดให้แก่บิดามารดาตามสายพันธุ์ ดังนั้นความผูกพันทางจิตใจระหว่างหญิงรับตั้งครรภ์แทนกับบุตรย่อมลดน้อยลง การทำสัญญาว่าจะส่งมอบบุตรให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนนั้นเท่ากับว่าเป็นการสละสิทธิการเป็นมารดาไปแล้วตามสัญญา²¹

การที่ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย วินิจฉัยว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนกับบุตรที่ตนคลอดออกมามีความสัมพันธ์กันเพียงในฐานะมารดาเลี้ยง (foster parent) นั้นแท้จริงแล้วหญิงรับตั้งครรภ์แทนมิได้เพียงจัดหาที่อยู่อาศัย และอำนวยความสะดวกให้แก่ตัวอ่อนเหมือนมารดาเลี้ยงทั่วไปที่ปฏิบัติต่อบุตรเลี้ยงเท่านั้น แต่หญิงรับตั้งครรภ์แทนนั้นถือได้ว่ามีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการให้กำเนิดชีวิตใหม่ เพราะถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายทารกในครรภ์ก็ตายตามไปด้วย หรือถ้าหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทนยุติการตั้งครรภ์หรือทำแท้งนั้น ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ไม่อาจจะเปลี่ยนให้หญิงคนอื่นมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนต่อไปได้ ดังนั้นหญิงรับตั้งครรภ์แทนจึงมิใช่เป็นเพียงผู้ดูแลตัวอ่อนชั่วคราว แต่หญิงรับตั้งครรภ์แทนนั้นมีความผูกพันทั้งทางร่างกายและจิตใจต่อทารกในครรภ์ ไม่ว่าจะเป็นการให้อาหาร การถ่ายทออดอารมณ์ เปรียบประดุจมารดาและบุตรโดยทั่วไปรวมไปถึงการเป็นผู้ที่คลอดทารกนั้นออกมา ดังนั้นการมีส่วนร่วมทางร่างกายในการให้กำเนิดบุตรเช่นนี้ จึงมีความสำคัญเทียบเท่ากับการมีส่วนร่วมทางพันธุกรรมของบิดามารดาทางชีววิทยาของบุตรเช่นกัน จึงน่าจะถือได้ว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของบุตรที่ตนคลอดได้ การกำหนดให้หญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาเท่ากับเป็นการยอมรับให้มีการซื้อขายแลกเปลี่ยนเด็กโดยชอบด้วยกฎหมาย สามีภริยาที่ไม่อาจมีบุตรได้เองตามธรรมชาติก็อาจจะจัดหาวัสดุอุปกรณ์ทางสายพันธุ์จากผู้บริจาคแล้วเข้ามาดลูกของหญิงคนอื่นเพื่อจะได้มีบุตรเป็นของตนเอง การเป็นบิดามารดาและบุตรจึงเท่ากับเป็นการซื้อขายสินค้าจากโรงงานผู้ผลิต²² ส่วนหญิงรับตั้งครรภ์แทนก็เป็นเพียงโรงงานผลิตมนุษย์เท่านั้น นอกจากนี้ หากหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนตายก่อนทารกนั้นคลอดออกมา ทารกนั้นก็กลายเป็นบุตรไม่มีมารดา ซึ่งไม่มีทางเป็นไปได้ว่ามนุษย์จะเกิดมาโดยไม่มีมารดาได้อย่างไร

ปัญหาที่สำคัญในการวิเคราะห์ว่าใครสมควรเป็นมารดาของบุตรระหว่างหญิงรับตั้งครรภ์แทนกับหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน เพราะต่างฝ่ายต่างก็มีส่วนสำคัญในการกำเนิดชีวิตด้วยกันทั้งคู่ หญิงรับตั้งครรภ์ซึ่งเป็นผู้ที่อุ้มท้องนั้นเป็นผู้ให้กำเนิดบุตรตามนัยกฎหมายว่าด้วยบุคคลแต่หญิงรับตั้งครรภ์แทนก็มีผู้ให้การปฏิสนธิเด็ก ความเป็นมารดาของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะถือได้ว่าเป็นมารดาแท้ๆ ก็ไม่ได้ จะว่ามีใช้มารดาก็ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเป็นผู้ที่ได้คลอดทารก

²¹ เรื่องเดียวกัน.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 189.

นั้นออกมาเอง ส่วนหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนหรือหญิงเจ้าของไข่ แม้จะมีส่วนในการปฏิสนธิตัวอ่อนแต่ก็มีไข่ที่ผู้ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมา

โดยส่วนตัวของผู้เขียนแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าแม้ว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะไม่มีความสัมพันธ์ทางชีววิทยาแก่เด็กที่ตนคลอดออกมาก็ต้องถือว่าเป็นมารดาของบุตรอยู่ดี เพราะในระหว่างการตั้งครรภ์ หญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นอะไรไปทารกในครรภ์ก็จะได้รับผลกระทบไปด้วย เช่น ในระหว่างตั้งครรภ์หากหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่รักษาสุขภาพ หรือไม่บำรุงครรภ์ให้ดีก็เกิดผลเสียต่อสุขภาพของทารกในครรภ์ หรือถ้าหญิงรับตั้งครรภ์ตายทารกในครรภ์ก็ตายตามไปด้วยเช่นกัน ส่วนหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์หรือหญิงเจ้าของไข่แม้จะมีส่วนในการเป็นมารดาทางชีววิทยาของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็ตาม แต่ถ้าในระหว่างที่เด็กนั้นยังเป็นเพียงตัวอ่อนมนุษย์ซึ่งในแง่กฎหมายแล้วถือว่าเป็นเพียงทรัพย์สินเท่านั้นเพราะยังไม่มีสภาพบุคคล ถ้าตัวอ่อนตายไปหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนหรือหญิงเจ้าของไข่ก็ไม่ได้รับผลกระทบแต่อย่างใด หรือถ้าหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนหรือหญิงเจ้าของไข่ตาย ตัวอ่อนมนุษย์นั้นก็มิได้ตายตามมารดาทางชีววิทยาไปด้วยเช่นกัน ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างหญิงรับตั้งครรภ์แทนกับทารกในครรภ์นั้นถือได้ว่ามีความสำคัญต่อกันมากกว่าหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนหรือหญิงเจ้าของไข่

2.2. ความเป็นบิดาและบุตร

การที่ชายจะเป็นบิดาของบุตรนั้นแม้ว่าตามธรรมชาติแล้ววิญญูชนทั่วไปจะเห็นว่า "พ่อก็เป็นพ่อตั้งแต่เกิดจนตาย" แต่แท้จริงแล้วหาเป็นเช่นนั้นไม่ ความเป็นบิดากับบุตรนั้นจะเกิดขึ้นโดยธรรมชาติ คือ ต้องมีการร่วมประเวณีระหว่างชายและหญิงตามปกติ แต่ในบางครั้งหญิงที่คลอดบุตรออกมาก็ไม่สามารถบอกกับบุตรได้ว่าใครเป็นบิดาที่แท้จริงกันแน่ เพราะข้อเท็จจริงอาจจะมีควมสับสนเกิดขึ้นได้ หากหญิงซึ่งคลอดบุตรนั้นไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายมากกว่าหนึ่งคน ฉะนั้นในเรื่องความเป็นบิดาและบุตรจึงจำเป็นต้องพึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดให้ใครเป็นบิดาและบุตรต่อกัน จะอาศัยข้อเท็จจริงตามธรรมชาติเหมือนกรณีความเป็นมารดากับบุตรเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอ ต้องอาศัยกฎหมายชี้แนวทาง²³

การอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายชี้แนวทางก็เพื่อช่วยเหลือเด็กที่เกิดมาให้มีบิดาตามกฎหมาย ซึ่งมีทั้งการชี้แนวของกฎหมายดังจะเห็นได้จาก "การให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย..." ตามมาตรา 1536 ถึงมาตรา 1538 และในกรณีที่กฎหมายชี้ขาดว่าเป็นบิดา

²³จิตติ ตั้งศัภย์, "ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร." วารสารกฎหมายฉบับครอบครัว, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520, หน้า 103.

ดังจะเห็นได้จากการ “ให้ถือว่าเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมาย” ตามมาตรา 1560 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁴ จึงเห็นได้ว่า ความเป็นบิดาและบุตรนั้นถูกกำหนดโดยผลของกฎหมาย ซึ่งก็ต้องเป็นการเกิดที่มีการร่วมประเวณีระหว่างหญิงและชายแล้วเกิดการปฏิสนธิภายในร่างกายจนหญิงตั้งครรภ์ขึ้นมาจนกระทั่งคลอด บุตรนั้นก็จะมีสายเลือดของฝ่ายหญิง (มารดา) และฝ่ายชาย(บิดา) โดยชายและหญิงนั้นจะทำการสมรสกันหรือไม่ก็ตาม แต่การตั้งครรภ์แทนต้องถือว่าเป็นการเกิดที่ผิดธรรมชาติ กล่าวคือ ไม่มีการร่วมประเวณีกันระหว่างหญิงรับตั้งครรภ์แทนกับชายเจ้าของอสุจิซึ่งอาจจะเป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนด้วย ในกรณีเช่นนี้จะถือว่าชายเจ้าของอสุจินั้นเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนหรือไม่

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ถือหลักว่า หญิงที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมาให้ถือว่าเป็นมารดาของบุตร ทั้งนี้เพราะการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรนั้นเป็นข้อเท็จจริงซึ่งปรากฏหลักฐานทางชีววิทยาในการเป็นมารดา หลักการนี้เป็นที่ยอมรับกันทั่วโลก ประเทศสหราชอาณาจักรก็ถือหลักการเช่นนี้ตาม Family Law Reform Act 1987 มาตรา 27 แต่ในสหรัฐอเมริกาแม้ว่ามลรัฐส่วนใหญ่จะยึดหลักการนี้เช่นเดียวกับประเทศสหราชอาณาจักร เพราะใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เหมือนกัน แต่ในบางมลรัฐกลับมีบทบัญญัติที่ให้หญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นมารดา²⁵ แต่อย่างไรก็ตาม เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องมีมารดาอย่างแน่นอนอย่างน้อยที่สุดหญิงที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรก็ต้องเป็นมารดา แต่ความเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายนั้นอาจจะไม่มีหรือไม่มีก็ได้ หากหญิงคลอดบุตรโดยมิได้ทำการสมรส หรือชายผู้ทำให้หญิงตั้งครรภ์มิได้จดทะเบียนรับรองบุตร กรณีเช่นนี้เด็กที่เกิดมาก็จะไม่มีบิดาแต่อย่างใด

มาตรา 1536 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามีแล้วแต่กรณี”

ดังนั้นหญิงมีสามีหรือเคยมีสามีคลอดบุตรในระหว่างสมรส หรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่การสมรสสิ้นสุดลง บทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมาย ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายนี้มีใช้ข้อสันนิษฐานที่เด็ดขาด ชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามี สามารถพิสูจน์หักล้างในภายหลังได้ว่าตนมิได้เป็นบิดาของเด็ก โดยการฟ้องเด็กและมารดาเด็กร่วมกันเป็นจำเลย ซึ่งจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนมิได้อยู่ร่วมกับ

²⁴ ไพโรจน์ กัมพูศิริ. เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

²⁵ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน, หน้า 188.

มารดาเด็กในระยะเวลาตั้งครรภ์ คือ ระหว่างหนึ่งร้อยแปดสิบวันถึงสามร้อยสิบวันก่อนเด็กเกิด หรือตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กได้เพราะเหตุอื่น ตามมาตรา 1539 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อนึ่ง สิทธิในการฟ้องปฏิเสธความเป็นบิดานั้นชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีจะต้องฟ้องคดีภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเช่นกัน รวมทั้งจะต้องไม่เป็นผู้ถูกจำกัดสิทธิในการฟ้อง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1541 บัญญัติว่า "ชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีจะฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรตามมาตรา 1539 ไม่ได้ ถ้าปรากฏว่าตนเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็กในทะเบียนคนเกิดเองว่าเป็นบุตรของตน หรือจัดหรือยอมให้มีการแจ้งดังกล่าว"

ดังนั้นหากชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีได้กระทำการบางอย่างอันเป็นการยอมรับโดยปริยายว่าเด็กนั้นเป็นบุตรจะฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรในภายหลังไม่ได้ พฤติการณ์ของชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีเป็นผู้แจ้งทะเบียนคนเกิดว่าเป็นบุตรด้วยตนเอง หรือจัดให้บุคคลคนอื่นแจ้งตลอดจนยินยอมให้มีการแจ้งทะเบียนคนเกิดดังกล่าวนั้น ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำอันตระหนักได้โดยปริยายว่าชายผู้เป็นสามียอมรับเด็กนั้นเป็นบุตรที่แท้จริง ข้อเสนอพื้นฐานจากพฤติการณ์นี้ถือเป็นข้อเสนอพื้นฐานที่เด็ดขาดไม่อาจโต้แย้งได้ เข้าลักษณะกฎหมายปิดปาก แต่อย่างไรก็ตามข้อห้ามในการฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรในกรณีนี้ไม่นำมาบังคับใช้ หากการแจ้งเกิดของเด็กกระทำโดยบุคคลอื่น เช่น มารดาเด็ก หรือญาติพี่น้องของมารดาเด็ก ชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีก็ยังคงมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรได้เช่นเดิม²⁶

การตั้งครรภ์แทนถือได้ว่าเป็นการตั้งครรภ์โดยมิได้มีการร่วมประเวณีกันตามปกติเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะมีใครเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมาย ก็ต้องพิจารณาดูว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนนั้นมีคู่สมรสหรือไม่ ถ้ามีคู่สมรส สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนแยกเป็นกรณีดังนี้

2.2.1. หญิงรับตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรส

ชายผู้เป็นสามีของหญิงรับตั้งครรภ์จะต้องข้อเสนอพื้นฐานไว้เบื้องต้นว่าเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน แต่ข้อเสนอพื้นฐานนี้ไม่เป็นข้อเสนอพื้นฐานที่เด็ดขาด สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนสามารถใช้สิทธิฟ้องปฏิเสธไม่รับเด็กเป็นบุตรได้หรือไม่ นั้น แยกวิเคราะห์ได้เป็น 2 กรณี

²⁶ รัชฎา เอกบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและครอบครัว บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว.. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2539, หน้า 29.

ก. สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมในการทำสัญญารับตั้ง
ครรภ์แทน

หากชายผู้เป็นสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง
ให้มีการผสมเทียมโดยใช้เชื้ออสุจิของชายอื่น หรือยอมให้มีการนำตัวอ่อนที่เกิดจากไข่และอสุจิ
ของผู้อื่นมาฝังตัวในมดลูกของภริยา ดังนั้นเด็กที่เกิดมาในระหว่างสมรสต้องถือว่าเป็นบุตรชอบ
ด้วยกฎหมายของหญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา
1536 วรรคหนึ่ง แต่เนื่องจากการเป็นบิดาและบุตรตามกฎหมายนั้นจะเกิดขึ้นได้แต่เฉพาะกรณีมี
การร่วมประเวณีโดยวิธีธรรมชาติเท่านั้น สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจึงมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็ก
อันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรของตนก็ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา
1539 เว้นแต่สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็กในทะเบียนคนเกิดเอง
ว่าเป็นบุตรของตน หรือจัดหรือยอมให้มีการแจ้งทะเบียนดังกล่าวจึงจะถูกจำกัดสิทธิห้ามฟ้อง
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1541 ห้ามมิให้ฟ้องคดี

การที่สามียินยอมให้ภริยารับตั้งครรภ์แทนแล้วมาฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็น
บุตรนั้นไม่ถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5
เพราะสถานะการเป็นบิดามารดา กับบุตรและสิทธิหน้าที่ระหว่างกันนั้น กฎหมายกำหนดไว้โดย
เฉพาะบุคคลใดจะทำสัญญายกเว้นสถานะและสิทธิหน้าที่ดังกล่าวไม่ได้ ดังเช่น บิดาจะสละ
อำนาจปกครองบุตรโดยเด็ดขาดให้มารดาไม่ได้ บิดามารดาจะตกลงกันมอบอำนาจปกครองบุตร
ให้แก่ญาติไม่ได้ หรือแม้มารดาตกลงให้บิดานอกกฎหมายของบุตรเป็นฝ่ายเลี้ยงดูบุตรแล้วก็ยังคง
มีสิทธิเรียกบุตรกลับคืนมาได้ ไม่ใช่เรื่องผิดข้อตกลงหรือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ทั้งนี้ตามนัย
คำพิพากษาฎีกาที่ 3554/2524²⁷

แต่ในประเทศสาธารณรัฐเยอรมัน ศาลสูงของสหพันธ์
(Bundesgerichtshof) มีคำพิพากษา เมื่อวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1983 ว่า สามีมีสิทธิที่จะฟ้องเด็ก
ที่เกิดจากภริยาของตนโดยวิธีผสมเทียมด้วยน้ำอสุจิของผู้บริจาคว่ามีได้เป็นบุตร แม้ว่าสามีจะได้
ให้ความยินยอมในการผสมเทียมนั้นแล้วเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม โดยไม่ถือว่าฝ่ายสามีใช้สิทธิ
โดยไม่สุจริตแต่อย่างใด เพราะเด็กที่เกิดจากอสุจิของผู้บริจาคคนนั้นไม่ถือว่าเป็นบุตรที่เกิดระหว่าง
สมรสของบิดา การยินยอมของสามีเป็นการยอมรับเลี้ยงดูเด็กตามสัญญาซึ่งไม่เกี่ยวกับการรับรอง
เด็กว่าเป็นบุตร ซึ่งศาสตราจารย์ นายแพทย์วิทูร์ย อ็องประพันธ์ มีความเห็นว่าการผสมเทียมโดยใช้
อสุจิของผู้บริจาค ถ้าสามีให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งเด็กที่เกิดมาย่อมมีฐานะเป็นบุตรของสามี

²⁷ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน, หน้า 186.

ตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ตามมาตรา 1536 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่สามีจะฟ้องไม่รับบุตรดังกล่าวเป็นของตน น่าจะถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต” ได้²⁸

สำหรับประเทศไทยแล้ว ปัญหาต่างๆ ที่เกิดจากการผสมเทียมหรือการตั้งครรภ์แทนนั้นยังไม่เคยขึ้นสู่ศาล จึงยังไม่มีคำพิพากษาที่เป็นแนวทางว่าการใช้สิทธิของสามีในการฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1539 นั้นถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ก็ต้องขึ้นอยู่กับศาลจะใช้ดุลพินิจเป็นเช่นไร แต่สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า ถ้าสามีให้ความยินยอมแก่ภริยาในการผสมเทียมโดยมีเจตนาจะอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้นเป็นบุตรของตนเอง และต่อมาภายหลังมาใช้สิทธิฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรนั้นน่าจะถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต แต่ถ้าเป็นการให้ความยินยอมในการตั้งครรภ์แทนแล้วต่อมาภายหลังมาฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรนั้น น่าจะถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต เพราะเจตนาของสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นหญิงรับตั้งครรภ์แทน และสามีจะต้องส่งมอบเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์อยู่แล้ว และการเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นไปตามข้อสันนิษฐานซึ่งไม่เด็ดขาดสามารถหาข้อพิสูจน์มาหักล้างได้ อีกทั้งยังมีพฤติการณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1541 มาเป็นเงื่อนไขอีกว่า ถ้าสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีเจตนาจะเป็นบิดาของเด็กก็ไม่ควรจะเป็นผู้แจ้งการเกิด หรือยอมหรือจัดให้มีการแจ้งทะเบียนคนเกิดของเด็กนั้นต่อนายทะเบียน การใช้สิทธิฟ้องไม่รับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรนั้นน่าจะถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต

ข. สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอมในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน

ในกรณีหญิงแอบทำการผสมเทียมหรือรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้อสุจิของผู้อื่นโดยสามีไม่ทราบหรือมิได้ให้ความยินยอม สามีย่อมฟ้องไม่รับเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1539 โดยการฟ้องเด็กกับมารดาของเด็กเป็นจำเลยร่วมกัน ซึ่งในการฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรนี้ สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะต้องพิสูจน์ลบล้างข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยจะต้องพิสูจน์ว่าตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กได้เพราะเหตุอื่น เช่น เด็กนั้นมิได้เกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างตนกับภริยา หรือการพิสูจน์หมู่เลือด (Blood Test) ของตนและเด็กว่าอยู่คนละกลุ่ม หรือพิสูจน์ถึงการถ่ายทอดทางกรรมพันธุ์ระหว่างตนกับเด็ก เช่น รูปร่าง หน้าตา หรืออวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของเด็กแตกต่างกับชายผู้เป็นสามีโดยสิ้นเชิง

²⁸วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. “การผสมเทียมกับกฎหมาย.” , หน้า 57-58.

แต่อย่างไรก็ตาม การฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรของสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนนั้นอาจจะถูกจำกัดด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1541 ถ้าปรากฏว่าสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็กในทะเบียนคนเกิดว่าเป็นบุตรของตนเอง หรือจัดหรือยอมให้บุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่หญิงรับตั้งครรภ์แทน หรือญาติพี่น้องของหญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็ก ไม่ว่าจะทำไปโดยสำคัญผิดหรือไม่ก็ตามก็ไม่อาจฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรตามบทบัญญัติดังกล่าวได้ และถ้าชายผู้เป็นสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะใช้สิทธิฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรนั้นจะต้องฟ้องคดีภายในหนึ่งปีนับแต่วันรู้ถึงการเกิดของเด็ก แต่ห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันเกิดของเด็ก ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1542 ด้วยเช่นกัน

2.2.2. หญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรส

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น”

เด็กที่เกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชายนั้นถือว่าเป็นบุตรนอกสมรส ตามกฎหมายแล้วให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ชายแม้จะมาอยู่กันฉันสามีภริยากับหญิงโดยเปิดเผยก็ไม่ถือว่าเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมาย เด็กที่เกิดมาหาได้มีความผูกพันทางกฎหมายแต่อย่างใดกับชายผู้เป็นบิดาโดยกำเนิดไม่ เมื่อหญิงมารดาไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับชาย บุตรของหญิงจึงไม่ได้ประโยชน์จากข้อสันนิษฐานให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายเหมือนเช่นบุตรในมาตรา 1536 มาตรา 1538 และ มาตรา 1590 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตรตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในลักษณะ 1 หมวด 2 แห่งบรรพ 5 จึงไม่เกิดขึ้น ไม่เกิดสิทธิก่อนหน้าที่ใดๆ ระหว่างเด็กกับบิดาผู้ให้กำเนิดจึงเข้าลักษณะเป็นเด็กที่กฎหมายไม่รับรองฐานะความเป็นบุตร จึงเป็น “บุตรนอกกฎหมาย” ตามด้วยบัญญัติไว้ในมาตรา 1627 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง²⁹

การที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนคลอดบุตรโดยไม่มีสามีก็ต้องถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงรับตั้งครรภ์แทนแต่เพียงผู้เดียว สำหรับชายผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนหรือชายเจ้าของอสุจิที่ใช้ในการผสมเทียมจะเป็นบิดาของเด็กด้วยหรือไม่นั้น ปัญหาเช่นนี้ในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐอลาบามา แคลิฟอร์เนีย โคโรลาโด คอนเนคติกัต อิลลินอยส์ มิเนสโซต้า มอนทานา เนวาด้า เท็กซัส วอชิงตัน วิสคอนซิน และไวโอมิ่ง ถือหลัก

²⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. หน้า 299.

การที่ว่าชายเจ้าของเชื้ออสุจิที่เจริญพันธุ์ซึ่งนำมาผสมเทียมมิใช่บิดาชอบด้วยกฎหมายของเด็ก³⁰ ส่วนในประเทศสหราชอาณาจักร ชายที่ไม่อาจถือว่าเป็นบิดาของเด็กได้ ได้แก่ ผู้ที่ยินยอมให้นำเชื้ออสุจิของเขาไปใช้ และได้ให้ความยินยอมไว้อย่างถาวรโดยไม่อาจเพิกถอนได้ หรือเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนซึ่งได้มาจากเชื้ออสุจิของชายถูกนำไปใช้เมื่อเขาเสียชีวิตแล้ว³¹ แต่สำหรับประเทศไทยนั้นกฎหมายถือว่าผู้ที่จะเป็นบิดาของเด็กได้นั้นจะต้องเป็นผู้ที่ร่วมประเวณีกับมารดาเด็กเท่านั้น ดังนั้นชายผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน หรือชายเจ้าของอสุจิจึงมิใช่บิดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน

ในกรณีที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนเคยสมรสแต่การสมรสนั้นสิ้นสุดลงเพราะเหตุหย่าหรือตาย ถ้าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนคลอดออกมาภายหลังการสมรสสิ้นสุดลงต้องพิจารณาดูว่าระยะเวลาคลอดนั้นอยู่ภายใต้เงื่อนไขเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ชายผู้เคยเป็นสามีต้องขอสันนิษฐานว่าเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กหรือไม่ เช่น เด็กนั้นคลอดออกมาภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลงก็ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เคยเป็นสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทน³² แต่ก็มีจำกัดสิทธิที่ชายผู้เคยเป็นสามีจะฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไว้ใน 2.2.1.

ดังนั้นหญิงรับตั้งครรภ์แทนที่เป็นโสดไม่มีสามีหรือเคยมีสามีแต่การสมรสสิ้นสุดลง และชายผู้เคยเป็นสามีไม่ต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมาย เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนถือได้ว่าเป็นบุตรที่ไม่มีบิดาตามกฎหมายแต่อย่างใด³³

2.3. ความเป็นบุตร

เด็กที่เกิดในขณะที่หญิงเป็นภริยาชายตามกฎหมาย (child born in wedlock) นั้น บทบัญญัติตามมาตรา 1536 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการของกฎหมายที่ว่า "Pater est quem nuptiae demonstrant" คือชายเป็นบิดาตามที่มีการสมรสบ่งชี้ไว้³⁴ หากหญิงรับตั้งครรภ์

³⁰ ประสพสุข บุญเดช. อ่างแล้ว.

³¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. อ่างแล้ว.

³² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536.

³³ ประสพสุข บุญเดช. "อุ้มบุญ." หน้า 28.

³⁴ ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว.. หน้า 472-473.

แทนมีสามีแล้วคลอดบุตรในระหว่างสมรส สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะมีฐานะเป็นบิดาของบุตรที่เกิดมา แต่สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนสามารถฟ้องปฏิเสธว่าเด็กนั้นมิใช่บุตรของตนได้ โดยพิสูจน์ว่าตนมิได้เป็นบิดาของเด็กเพราะเหตุอื่นเช่น เด็กนั้นเกิดจากการผสมเทียมมิได้เกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างตนกับหญิงรับตั้งครรภ์แทน หรือทำการพิสูจน์หมู่เลือดว่าอยู่ต่างประเภทกัน เป็นต้น ถ้าชายผู้เป็นสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนฟ้องปฏิเสธความเป็นบิดาแล้ว เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนคงเป็นบุตรของหญิงรับตั้งครรภ์แทนแต่เพียงผู้เดียว

ในกรณีที่หญิงมิได้ทำการสมรสแต่ได้ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมา (child born out of wedlock) เด็กนั้นถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดาเสมอไม่ว่ากรณีใดๆ ซึ่งกรณีที่หญิงคลอดบุตรโดยมิได้ทำการสมรสนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมาย มาตรา 1547 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากบิดามารดาที่ได้สมรสกันจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อบิดามารดาได้สมรสกันในภายหลัง หรือบิดาได้จดทะเบียนว่าเป็นบุตรหรือศาลพิพากษาว่าเป็นบุตร” บทบัญญัติตามมาตรานี้เป็นการเปิดโอกาสให้บิดาที่แท้จริงได้มีโอกาสรับผิดชอบต่อบุตรของตน ซึ่งอาจจะทำโดยการสมรสกับมารดาของเด็กหรือจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรโดยมิได้สมรสกับมารดาเด็กแต่อย่างใด รวมไปถึงการที่ศาลมีคำพิพากษาให้ชายนั้นเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของบุตร

แต่ในกรณีการตั้งครรภ์แทนนั้นหากหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรส ชายผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนหรือชายเจ้าของอสุจิก็นำบุตรนั้นมาจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรได้ เพราะการจดทะเบียนรับว่าเป็นบุตรนั้นจะต้องเป็นบุตรที่เกิดจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น ในทางกลับกัน เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนหากภายหลังทราบว่าแท้จริงแล้วตนมิได้เป็นบุตรที่สืบสายโลหิตของผู้เป็นบิดา (สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทน) ก็อาจจะขอให้พนักงานอัยการยกคดีขึ้นว่ากล่าว ปฏิเสธความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีของมารดา (หญิงรับตั้งครรภ์แทน) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1545 ได้ ซึ่งหลักการที่อนุญาตให้เด็กมีสิทธิปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้นี้เป็นหลักการในกฎหมายเยอรมันที่กฎหมายไทยนำมาใช้เมื่อปี พ.ศ. 2519 ซึ่งก่อนหน้านั้นไม่มี³⁵

ในการยกคดีขึ้นว่ากล่าวปฏิเสธความเป็นบุตรของสามีที่เข้าข้อสันนิษฐานว่าเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายนั้น การพิสูจน์ว่าตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กสามารถกระทำได้หลายกรณี ซึ่งในปัจจุบันนี้ วิทยาศาสตร์การแพทย์ได้พัฒนาการตรวจพิสูจน์การเป็นบิดามารดากับบุตร

³⁵ ประสพสุข บุญเดช. “การฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตร.” *ตุลพาทน*. 33, 6 พฤศจิกายน-ธันวาคม 2529, หน้า 6.

โดยใช้วิธีการตรวจพิสูจน์ลายพิมพ์ดีเอ็นเอ หรือการตรวจพิสูจน์เนื้อเยื่อ (DNA fingerprinting or tissue typing) ซึ่งได้ผลในการยืนยันความเป็นบิดามารดากับบุตรได้อย่างแน่นอนชัดเจนมากกว่า การพิสูจน์หมู่เลือด ซึ่งเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนอาจใช้วิธีการเช่นนี้เพื่อพิสูจน์ว่าแท้จริงตนมิใช่บุตรสืบสายโลหิตของชายผู้เป็นสามีของมารดาตนได้ แต่ต้องร้องขอต่อพนักงานอัยการให้ทำการฟ้องคดีแทน เพราะในเบื้องต้นต้องถือว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของสามีของมารดาจึงเท่ากับเป็นคดีอุทลุม เด็กจึงไม่อาจฟ้องคดีเองได้ แต่อย่างไรก็ตาม การตรวจพิสูจน์เนื้อเยื่อ (DNA) นั้นหากเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน สามารถสืบทราบได้ว่าเจ้าของอสุจิที่ใช้ในการผสมเทียมเป็นใครก็ไม่อาจใช้ประโยชน์จากการตรวจพิสูจน์นี้ เพื่อฟ้องคดีขอให้เจ้าของอสุจิรับตนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะกรณีไม่เข้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1555 อนุมาตราใดๆ เลย

เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน หากสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรก็ต้องถือว่าเป็นบุตรที่เกิดในระหว่างสมรส เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรส แต่ถ้าสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนฟ้องปฏิเสธไม่รับเป็นบุตร ก็คงเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงรับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น ส่วนชายเจ้าของอสุจิไม่สามารถจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรได้ และเด็กเองก็ไม่สามารถฟ้องคดีขอให้ชายเจ้าของอสุจิรับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน โดยสรุปแล้วเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนคงเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงรับตั้งครรภ์แทน เพราะเป็นผู้ที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดออกมาและไม่มีบิดาชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด

ปัญหาอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยยังไม่เคยมีการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาในชั้นศาลมาก่อน แต่เมื่อไม่นานมานี้มีปัญหาที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนขึ้น เป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนที่เป็นข้าราชการได้ขอใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร โดยมีเอกสารของทางราชการที่แสดงว่าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นข้าราชการนั้นเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายประกอบการพิจารณา ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุตรของข้าราชการนั้นเป็นบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน จึงได้มีการปรึกษาหารือข้อกฎหมายไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ทางสำนักงานกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นในปัญหาข้อกฎหมายดังนี้

“บุตรที่เกิดจากการนำเชื้ออสุจิของข้าราชการชายผสมกับไข่ของข้าราชการหญิงแล้วนำตัวอ่อนไปฝากไว้ในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่อให้ตั้งครรภ์แทน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติรับรองเฉพาะบุตรที่เกิดจากครรภ์ของหญิงที่เป็นมารดาเท่านั้น บุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์โดยการนำเชื้ออสุจิของสามีผสมกับไข่ของภริยาและให้หญิงอื่นตั้งครรภ์

แทน หญิงซึ่งเป็นผู้ตั้งครรภ์และคลอดทารกจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกนั้น ส่วน หญิงที่เป็นเจ้าของไข่แต่มิได้เป็นผู้ตั้งครรภ์ไม่อาจอ้างว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และชายเจ้าของเชื้ออสุจิมิได้เป็นสามีของหญิงผู้ตั้งครรภ์จึงไม่อาจอ้างว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเช่นเดียวกัน³⁶

โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ในตอนท้ายที่สำคัอีกตอนหนึ่งว่า “บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ซึ่งเริ่มใช้มาตั้งแต่ พ.ศ. 2477 และมีการปรับปรุงใหม่เมื่อ พ.ศ. 2519 และ พ.ศ. 2533 ซึ่งเป็นการใช้มา 64 ปีแล้ว ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดที่กล่าวถึงการปฏิสนธิด้วยวิธีการนำเชื้ออสุจิของ สามีผสมกับไข่ของภริยาเข้าไปอยู่ในครรภ์ของหญิงอื่น โดยรับอาหารจากร่างกายของหญิงอื่นภายในสามร้อยสิบวันนั้น จะเป็นบุตรของสามีภริยาเจ้าของเชื้ออสุจิและไข่ ในเรื่องนี้จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 มาใช้เพื่ออนุโลมโดยวิธีการต่างๆ ตามมาตรา 4 นั้น ย่อมทำไม่ได้ เพราะเป็นปัญหาครอบครัวอันเกี่ยวกับขนบธรรมเนียมประเพณีและการดำเนินชีวิตอันละเอียดอ่อนของคนไทยโดยเฉพาะ ถ้าจะยอมรับในเรื่องนี้ก็ต้องมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบัญญัติให้ชัดเจนว่าการนำเชื้ออสุจิและไข่ของสามีภริยาไปอาศัยในมดลูกของหญิงอื่นนั้นได้ทำอย่างถูกต้องทางวิชาการ และรับรองด้วยว่าหญิงที่รับไข่ที่ได้รับการผสมแล้วนั้นไม่มีเชื้อของชายอื่นอยู่ในครรภ์มาก่อนตลอดจนบังคับด้วยว่าบุตรเช่นนี้ ต้องมีการจดทะเบียนกรณีจึงเป็นเรื่องของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ และเป็นเรื่องที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้”³⁷

จากความเห็นของสำนักงานกฤษฎีกาข้างต้นนั้นยังคงเป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 บัญญัติไว้ ดังนั้นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนหากไม่ดำเนินการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย ก็ไม่ถือว่าเป็นบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตร จึงไม่สามารถใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตรได้

³⁶ สุกัญญา รัตนาคินทร์. “อุ้มบุญ บุตรนอกกฎหมาย?” เดลินิวส์ 18 เมษายน 2543. หน้า 25.

³⁷ สุกัญญา รัตนาคินทร์. “อุ้มบุญ บุตรนอกกฎหมาย?” เดลินิวส์ 25 เมษายน 2543. หน้า 26.

3. สิทธิและหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน

สัญญาับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญา 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายที่ต้องการบุตรกับหญิงรับตั้งครรภ์แทน ดังนั้นลักษณะของสัญญาับตั้งครรภ์แทนที่ทำกันอยู่ในสหรัฐอเมริกาจึงต้องมีสาระสำคัญดังนี้

(1) ฝ่ายหญิงที่รับการผสมเทียมจะต้องผูกพันตามสัญญาดังนี้

ก. ยอมรับการผสมเทียม ซึ่งถ้าเป็นหญิงมีสามีต้องได้รับความยินยอมจากสามีด้วย

ข. ยอมรับการตั้งครรภ์จนถึงกำหนดคลอด

ค. สละสิทธิทางกฎหมายทุกอย่างเมื่อเด็กเกิด

(2) ฝ่ายผู้ต้องการบุตร หรือผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน จะต้องผูกพันตามสัญญาดังนี้

ก. จัดหาน้ำอสุจิของตนมาให้ทำการผสมเทียม

ข. เมื่อเด็กเกิดจะต้องแสดงตนเป็นบิดาทาสายโลหิตของเด็ก

ค. รับผิดชอบที่จะต้องจ่ายค่าใช้จ่ายต่างๆ เกี่ยวกับเด็กทั้งหมด

ง. สามีใช้อำนาจปกครองเด็กและต้องจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมด้วย

จ. ภรรยาต้องเลี้ยงดูเด็กเสมือนหนึ่งเป็นบุตรของตน

ฉ. ถ้าบทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐใด กำหนดให้จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ต้องจดทะเบียนดังกล่าวด้วย

นอกจากสาระสำคัญพื้นฐานดังกล่าวแล้ว ข้อสัญญายังมีเงื่อนไขพิเศษเพิ่มเติมอีกหลายประการ เช่น หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องระวังรักษาสุขภาพของตนในระหว่างตั้งครรภ์เป็นอย่างดี เช่น ต้องไปพบแพทย์ทำการตรวจร่างกายเป็นประจำจนกว่าจะคลอด ยินยอมให้แพทย์ทำการทดสอบต่างๆ ตามความจำเป็นเพื่อตรวจสุขภาพของเด็กในครรภ์ เช่น การเจาะน้ำในถุงห่อเด็กออกมาตรวจวินิจฉัยโรคของทารกในครรภ์ ส่วนผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็มีหน้าที่รับผิดชอบทางการเงินต่างๆ เช่น ค่าบริการทางการแพทย์ ค่ารักษาพยาบาลต่างๆ ในระหว่างตั้งครรภ์ ค่าประกันสุขภาพของหญิงรับตั้งครรภ์แทน นอกจากนี้อาจจะต้องจ่ายเงินชดเชยให้หญิงที่ยอมรับการผสมเทียมอีกจำนวนหนึ่ง เพราะหญิงรับตั้งครรภ์แทนอาจจะต้องหยุดงานหรือขาดรายได้ในขณะที่ตั้งครรภ์ หรือเพื่อชดเชยให้ในการที่หญิงนั้นอาจจะต้องเสี่ยงกับการมีภาวะแทรกซ้อนจากการตั้งครรภ์ เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยแล้วมีการรับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นแต่ไม่แน่ใจว่าจะมีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นนี้หรือไม่ เพราะส่วนใหญ่แล้วจะอาศัยญาติพี่น้องมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทน

มากกว่า แต่อย่างไรก็ตาม หากมีการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นจริง ข้อตกลงที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ก็น่าที่จะมีสาระสำคัญคล้ายกัน ดังนั้นสิทธิและหน้าที่ของแต่ละฝ่ายจะเป็นอย่างไรนั้น ผู้เขียนแยกเป็นกรณี ดังนี้คือ

3.1. ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน

เมื่อหญิงรับตั้งครรภ์แทนคลอดบุตรออกมาแล้วจะต้องส่งมอบบุตรให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน หากหญิงรับตั้งครรภ์แทนปฏิเสธไม่ยอมยกบุตรให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนแล้ว ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะมีสิทธิบังคับตามสัญญาที่ได้ทำไว้ได้หรือไม่ ก็ต้องพิจารณาดูบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องการรับบุตรบุญธรรม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/21 วรรคแรก บัญญัติว่า "การรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมจะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับความยินยอมของบิดามารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม..."

ฉะนั้นโดยหลักการแล้ว หากศาลวินิจฉัยว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ใช้บังคับได้ ไม่ตกเป็นโมฆะ ศาลก็จะบังคับให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องยินยอมให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนดำเนินการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมไม่ได้ แต่อย่างไรก็ดีผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีสิทธิที่จะร้องขอต่อศาลเยาวชนและครอบครัว หรือศาลจังหวัดในกรณีที่ท้องที่นั้นไม่มีศาลเยาวชนและครอบครัวเปิดทำการ เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแทนการให้ความยินยอมของหญิงรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนต้องแสดงให้ศาลเห็นอย่างชัดเจนว่า การไม่ให้ความยินยอมของหญิงรับตั้งครรภ์แทนนั้นปราศจากเหตุผลอันควร โดยเป็นการกระทำที่ควรตำหนิ (culpability) ปราศจากความเมตตากรุณา (callously) ดันทุรัง (bigotry) มีอคติอย่างร้ายแรง หรือขาดสามัญสำนึกเป็นอย่างมาก และแสดงให้ศาลเห็นด้วยว่าการไม่ให้ความยินยอมนั้นเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญ หรือสวัสดิภาพของเด็ก ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/21 วรรคสอง ซึ่งถ้าศาลมีคำสั่งอนุญาตให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ไปยื่นคำขอต่ออธิบดีกรมประชาสงเคราะห์ หรือผู้ว่าการจังหวัดพร้อมคำสั่งศาล ตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 เพื่อดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดต่อไป³⁸

แต่ถ้าศาลไม่มีคำสั่งอนุญาตให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนคงมีสิทธิเพียงเรียกร้องค่าเสียหายจากหญิงรับตั้งครรภ์แทนได้เท่านั้น ซึ่งค่าเสียหายนั้นรวมถึง

³⁸ ประสพสุข บุญเดช. "การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์." หน้า 190.

ค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้รับผิดชอบไปตั้งแต่แรก เช่น ค่าบริการทางการแพทย์ ค่ารักษาพยาบาล ค่าคลอด เป็นต้น

3.2. หญิงรับตั้งครรภ์แทน

ในระหว่างที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์อยู่ หญิงรับตั้งครรภ์แทนแม้จะมีสิทธิเสรีภาพที่จะทำการใดๆ ก็ได้โดยที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่มีสิทธิมาเกี่ยวข้องด้วยแต่อย่างใดนั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ส่งผลกระทบต่อทารกในครรภ์ให้ได้รับอันตราย เช่น การดำเนินชีวิตตามปกติ มีการบำรุงรักษาครรภ์ ยอมรับการตรวจตามคำแนะนำของแพทย์ ไม่เสพสุรายาเมา หรือไม่ทำงานหนักที่อาจเป็นอันตรายต่อทารกได้ จนกระทั่งคลอดบุตรแล้วก็ต้องสละสิทธิในการเป็นมารดาโดยการมอบบุตรให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเพื่อดำเนินการรับเป็นบุตรบุญธรรม หากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนปฏิเสธไม่ยอมรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเพราะเหตุอื่นเช่น เป็นเพศที่ไม่ต้องการ หรือเด็กเกิดมามีความผิดปกติ มีการทุพพลภาพ หญิงรับตั้งครรภ์แทนก็ไม่มีสิทธิบังคับให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนต้องจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ หรือถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการจ่ายค่าชดเชยในการที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องหยุดงาน หรือขาดรายได้ในขณะที่ตั้งครรภ์ หญิงรับตั้งครรภ์แทนก็มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้ตามสัญญา แต่จะฟ้องขอให้บังคับให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนรับมอบเด็ก และไปจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมไม่ได้ เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้ ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/27 ที่การรับบุตรบุญธรรมจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการจดทะเบียนตามกฎหมาย ดังนั้นหากฝ่ายผู้รับบุตรบุญธรรมไม่ยอมจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม บิดามารดาก็ฟ้องร้องให้อีกฝ่ายไปจดทะเบียนไม่ได้ เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้น

3.3. สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทน

หากหญิงรับตั้งครรภ์แทนเข้าทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากสามีก่อน สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนก็ไม่อาจบังคับให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนยุติการตั้งครรภ์หรือทำแท้งได้ เพราะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา และไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในการทำให้ภริยาตนตั้งครรภ์โดยไม่ได้ได้รับความยินยอมด้วย เพราะสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ใช่คู่สัญญา แต่สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนสามารถฟ้องหย่าภริยาตนได้ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว เพราะเป็นเรื่องภายในครอบครัว

หากหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะยุติการตั้งครรภ์หรือทำแท้งเพราะสามีฟ้องหย่านั้นก็ไม่สามารถทำได้เช่นกัน การทำแท้งได้นั้นกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 305 ว่าจะต้องเป็นการกระทำของแพทย์ และจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง หรือหญิงมีครรภ์เนื่องจากการข่มขืนกระทำชำเรา ฉะนั้น หญิงรับตั้งครรภ์แทนยินยอมตั้งครรภ์แทน ตั้งแต่แรกจะเปลี่ยนใจไม่รับตั้งครรภ์แทนต่อไปเพราะสามีไม่ยินยอมและถูกสามีฟ้องหย่าก็ตาม ก็ไม่สามารถทำได้ แต่อย่างไรก็ตาม แม้สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะไม่มีสิทธิให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นภริยาตนทำแท้ง และไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้นั้น แต่ไม่ประสงค์จะฟ้องหย่าภริยาตน ก็ยังมีสิทธิที่จะฟ้องปฏิเสธไม่รับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนว่ามีใบบุตรของตนได้ เพราะสิทธิในการฟ้องคดีดังกล่าวนี้เป็นสิทธิเฉพาะตัว ประกอบกับ การเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้นเป็นเพียงข้อสันนิษฐานที่สามารถพิสูจน์หักล้างได้

3.4. ชายเจ้าของอสุจิหรือหญิงเจ้าของไข่

โดยปกติแล้วผู้ที่บริจาคเชื้อพันธุะนั้นแพทย์จะปกปิดเป็นความลับ ทั้งในทางปฏิบัติ แล้วแพทย์เองก็อาจจะไม่ทราบว่า เชื้อพันธุ๋ที่ใช้ในการผสมเทียมจนเกิดการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนนั้น ได้มาจากผู้ใด อีกทั้งยังเจตนาของผู้บริจาคเชื้อพันธุ๋ไม่มีความประสงค์จะเป็นบิดามารดาของเด็กที่จะเกิดมาแต่อย่างใด ชายเจ้าของอสุจิหากทราบว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น เกิดจากเชื้ออสุจิของตนก็ไม่อาจฟ้องคดีขอเพิกถอนความเป็นบิดาของผู้อื่นได้ เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1544 นั้นเป็นสิทธิในการฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรเป็นสิทธิของชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตร หรือทายาทผู้มีส่วนได้เสียฟ้องคดีแทนชายได้ในกรณีที่ชายนั้นถึงแก่ความตายไปเสียก่อน แต่บุคคลเช่นนี้จะต้องเป็นผู้มีสิทธิรับมรดกร่วมกับเด็ก หรือเป็นผู้จะเสียสิทธิรับมรดกเพราะการเกิดของเด็กด้วย ดังนั้นชายเจ้าของอสุจิ มิใช่สามีหรือเคยเป็นสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทน และไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในมรดกเพราะการเกิดของเด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องเพิกถอนความเป็นบิดาของผู้อื่น รวมทั้งไม่มีสิทธิขอจดทะเบียนว่าเด็กนั้นเป็นบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1548 ด้วย เพราะการจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายจะต้องเกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาโดยการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น

ส่วนหญิงเจ้าของไข่แม้จะเป็นมารดาทางชีววิทยาของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็ตาม แต่เนื่องจากมิใช่เป็นผู้ที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมาเองจึงมิใช่มารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กแต่อย่างใด ชายเจ้าของอสุจิหรือหญิงเจ้าของไข่หากเข้ามาเกี่ยวข้องกับสัญญา รับตั้งครรภ์แทนก็คงเป็นเพียงผู้บริจาคเชื้อพันธุ๋ของตนเท่านั้น ซึ่งมีหน้าที่จะต้องยินยอมให้แพทย์ทำการนำเชื้อพันธุ๋ออกจากร่างกาย ซึ่งในกรณีชายบริจาคอสุจิจะทำได้ง่ายกว่า แต่ส่วนหญิง

บริจาคไข่นั้นจะมีขั้นตอนที่ยุ่งยากซับซ้อนมากกว่า เช่น จะต้องเข้ารับการตรวจประเมินผล หรือติดตามดูการเจริญเติบโตของถุงรังไข่ (follicle) ในขณะที่ให้ยา หรือฮอร์โมนเพื่อกระตุ้นไข่ให้มีไข่สุกหลายใบ หรือตรวจปริมาณฮอร์โมนเอสโตรเจนเป็นระยะๆ หรือทุกวัน ทั้งนี้เพื่อต้องการให้ได้ไข่สุกแก่เต็มที่ และการนำไข่ออกจากรังไข่นั้นสามารถกระทำได้ 2 ทาง คือ ทางช่องคลอดโดยการใส่เครื่องดูดไข่ หรือการนำไข่ออกทางหน้าท้องโดยสอดกล้องพาลาโลสโคป (laparoscope) ผ่านทางหน้าท้อง ซึ่งวิธีนี้หญิงบริจาคไข่จะต้องได้รับยาสลบ³⁹ จากความยุ่งยากเช่นนี้อาจทำให้หญิงบริจาคไข่ซึ่งไม่ใช่หญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน หรือหญิงรับตั้งครรภ์แทนอาจปฏิเสธไม่ยอมเข้ารับการปฏิบัติการในการนำไข่ออกจากร่างกายได้ กรณีเช่นนี้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากหญิงบริจาคไข่ในการผิดสัญญาได้ ซึ่งโดยปกติแล้ว โอกาสที่หญิงบริจาคไข่จะเป็นบุคคลอื่นนั้นเกิดขึ้นได้น้อย เพราะถ้าไม่สามารถใช้ไข่ของหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้ก็สามารถใช้ไข่ของหญิงรับตั้งครรภ์แทนได้ หรือแพทย์อาจจะใช้วิธีการฉีดเชื้ออสุจิเข้าไปในช่องคลอดของหญิงรับตั้งครรภ์แทนในระยะเวลาใกล้ไข่สุก เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ซึ่งเป็นวิธีที่น่าจะได้ผลและมีความยุ่งยากน้อยกว่าการใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยี

3.5. เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน

โดยหลักแล้วในการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม มักจะกระทำในขณะที่เด็กยังเป็นผู้เยาว์อยู่ ซึ่งการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ที่จะเป็นบุตรบุญธรรม บิดามารดาสามารถให้ความยินยอมแทนได้ ดังนั้นหญิงรับตั้งครรภ์แทนเมื่อส่งมอบบุตรให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนดำเนินการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็จะเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนแต่ก็ไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ต่อครอบครัวเดิม คือ หญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามี (ในกรณีที่ไม่ฟ้องปฏิเสธความเป็นบิดา) แต่อำนาจในการปกครองเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน จะได้รับโอนมาจากหญิงรับตั้งครรภ์แทนไปสู่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน เด็กนั้นจึงอยู่ภายใต้การอุปการะดูแลและใช้อำนาจปกครองของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28 ซึ่งหมายความว่า เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีสิทธิได้รับมรดกจากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในฐานะบิดามารดาบุญธรรมและยังคงมีสิทธิได้รับมรดกของหญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามีอีกด้วย

³⁹ ประมวล วิวัฒนาการ. "เทคโนโลยีกับการกำเนิดชีวิต". หน้า 18-19.

หากสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ฟ้องปฏิเสธว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมิใช่บุตรของตน แต่ภายหลังเด็กนั้นทราบว่าตนมิใช่บุตรสืบสายโลหิตของสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทน เด็กนั้นมีสิทธิที่จะฟ้องสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนปฏิเสธความเป็นบุตรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1545 แต่ในทางปฏิบัติแล้วจะไม่เกิดประโยชน์อย่างใดเลยเพราะเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่สามารถฟ้องชายเจ้าของอสุจิให้จดทะเบียนรับตนเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1555 ได้ เพราะกรณีไม่เข้าอนุมาตราใดในบทบัญญัตินี้

เมื่อเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเมื่อเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนแล้วจะเลิกเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ได้ถ้าผู้รับบุตรบุญธรรมยินยอม แต่จะต้องให้เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนบรรลุนิติภาวะก่อน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/31 ซึ่งในเรื่องการรับและเลิกเป็นบุตรบุญธรรมนั้น ผู้เขียนจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

ความเป็นบิดา มารดาและบุตรตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นั้นถือว่ามีผลสำคัญอย่างยิ่ง เพราะกฎหมายได้กำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องรวมทั้งกำหนดถึงความสามารถและข้อจำกัดความสามารถในการใช้สิทธิต่างๆ ไว้ด้วย แม้ว่าการตั้งครรภ์แทนจะก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมาย แต่ถ้าคำนึงถึงบุญกุศลอันยิ่งใหญ่ที่ได้ให้กำเนิดชีวิตใหม่ขึ้นมา แม้จะมีไม่เกิดจากกระบวนการตามธรรมชาติทั้งหมดก็ตามก็ต้องถือว่าผู้ที่ให้กำเนิด หรือผู้ที่รับอุปการะเลี้ยงดูทารกนั้นต้องเป็นไปด้วยจิตอันเป็นกุศล มีความรัก ความเมตตาในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้นให้เติบโตเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่าของสังคม

บทที่ 5

ปัญหาทางกฎหมายครอบครัว ในการรับบุตรบุญธรรมกับการตั้งครรภ์แทน

เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะมีฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามีตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ดังนั้นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะต้องดำเนินการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย เด็กนั้นจึงจะมีฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน การรับบุตรบุญธรรมมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว หมวด 4 บุตรบุญธรรม และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ซึ่งบทบัญญัติทั้งสองได้กำหนดถึงคุณสมบัติ หลักเกณฑ์และเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติตาม และการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมนั้นก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่ผู้ที่เป็นบิดามารดาแท้จริงของเด็กและผู้รับบุตรบุญธรรมแต่อย่างไรก็ตาม เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นผลมาจากการกระทำอันเป็นเจตนาในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน และเด็กนั้นอาจจะเป็นผู้เยาว์หรือผู้เยาว์ของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนซึ่งจะเป็นผู้ขอรับบุตรบุญธรรมนั่นเอง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขบางประการที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าจะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไข และวิธีการในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมที่คำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ และเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบิดามารดาที่แท้จริง ตลอดจนประโยชน์ของผู้รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม จึงควรศึกษาถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ว่าเป็นอย่างไร และมีส่วนใดบ้างที่ไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง

1. สาเหตุและการรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย

1.1. สาเหตุของการรับบุตรบุญธรรม

นักกฎหมายหลายท่านได้ให้นิยามความหมายของการรับบุตรบุญธรรมไว้ ซึ่งสรุปโดยรวมแล้วต่างก็ให้ความหมายไปในทางเดียวกันว่า

การรับบุตรบุญธรรมเป็นเรื่องระหว่างบุคคลสองคนซึ่งเกิดความสัมพันธ์กันโดยผลของกฎหมายโดยที่บุคคลทั้งสองอาจมิได้เป็นญาติสืบสายโลหิตต่อกัน¹ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า

¹รัฐดา เอกบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บิดามารดาและบุตร. , หน้า 19.

การรับบุตรบุญธรรม คือ การรับเอาบุคคลอื่นที่มีบุตรที่แท้จริงแต่เอามาอุปการะเลี้ยงดูเป็นบุตร ซึ่งเป็นวิธีการก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในฐานะบิดามารดาและบุตรระหว่างผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกัน โดยทางสายโลหิต²

สาเหตุในการที่บุคคลหนึ่งรับเอาบุคคลอีกคนหนึ่งมาอุปการะเลี้ยงดูเป็นบุตรบุญธรรม อาจเป็นเพราะสภาวะขาดญาติของมนุษย์ที่ต้องการมีความสัมพันธ์อันบิดามารดาและบุตรต่อกัน บุคคลซึ่งไม่มีบุตรหรือมีบุตรอยู่แล้วแต่ไม่ใช่เพศที่ตนต้องการ หรือไม่ถูกใจตนก็ต้องการมีบุตรที่ถูกใจตน ส่วนผู้ที่ไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูบุตรของตนเองได้ หรือเป็นบุตรกำพร้าบิดามารดาก็ต้องการจะมีผู้ที่สามารถอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษา ความรัก ความเอาใจใส่ดูแลห่วงใย เลี้ยงอาหารแก่บุตรของตน หรือต่อตนเองจึงทำให้มีการรับบุตรบุญธรรมเกิดขึ้น

แต่เดิมวัตถุประสงค์ในการรับบุตรบุญธรรมเป็นเรื่องของการกระทำความดี ความใจบุญ ความเสียสละ และมักจะกระทำอยู่แต่ในหมู่เครือญาติโดยการรับเอาบุตรของญาติพี่น้องที่มีบุตรจำนวนมาก หรือมีฐานะยากจน หรือกำพร้าบิดามารดามาเลี้ยงดูอบรมสั่งสอนเป็นการขยายครอบครัวให้กว้างใหญ่ยิ่งขึ้นสร้างความมั่นคงแก่วงศ์ตระกูล อีกทั้งในสมัยก่อนมีคตินิยมในการนำบุตรของตนไปยกให้เป็นบุตรบุญธรรมแก่เจ้านายเพื่อเป็นสิริมงคล และเพื่อความก้าวหน้าแก่บุตรด้วย³ แต่ในปัจจุบัน วัตถุประสงค์ในการรับบุตรบุญธรรมได้เปลี่ยนไปจากเดิม การรับบุตรบุญธรรมกลายเป็นเรื่องของคนไม่มีบุตรซึ่งในทางจิตวิทยาแล้วบุคคลเหล่านี้จะมีความรู้สึกกังวลขาดความสมบูรณ์ และความสุขทางจิตใจ การเลี้ยงดูเด็กจะช่วยให้เกิดความเพลิดเพลิน บรรเทาความเหงา ความว่าเหวของตนได้ ทำให้สังคมยอมรับและรู้สึกเป็นผู้ใหญ่ที่สมบูรณ์ รู้สึกได้เพื่อนมีที่พึ่งในยามแก่เฒ่าชรา เพิ่มความรู้สึกอบอุ่นภายในครอบครัวที่ประกอบไปด้วย บิดามารดาและบุตร ดังนั้นวัตถุประสงค์ของการรับบุตรบุญธรรมจึงมีการขยายเพิ่มมากขึ้นเป็น 3 ประการคือ⁴

1. เพื่อแสดงความเมตตากรุณาและเสียสละ
2. เพื่อสนองความต้องการของผู้รับบุตรบุญธรรม
3. เพื่อสนองความต้องการของบุคคลที่ขาดบิดามารดา

² ไกรฤกษ์ ทุมโมเชิต ว่าที่ร.ต. บุตรบุญธรรม. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2529 , หน้า 1.

³ ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว.. หน้า 673.

⁴ เรื่องเดียวกัน.

การรับบุตรบุญธรรมถือเป็นวิธีการเพื่อจัดหาบ้านและครอบครัวใหม่ให้แก่เด็กที่ไม่มีบิดามารดาดูแล ทั้งนี้เป็นการทดแทนการเลี้ยงดูเด็กอย่างถาวรตลอดจนพัฒนาวิธีการรับบุตรบุญธรรมให้ถูกต้องตามกฎหมาย พร้อมทั้งจัดหาและส่งเสริมบริการที่จำเป็นต่อสวัสดิภาพของเด็กและครอบครัว แต่อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ในการรับบุตรบุญธรรมที่แต่เดิมนักจะกระทำในวงเครือญาติและเป็นการรับบุตรบุญธรรมเพื่อความเมตตาสงสาร เป็นการตัดความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่มีต่อกันระหว่างบิดามารดาและบุตรในเรื่องอำนาจปกครอง โดยมากก่อตั้งความสัมพันธ์ทางกฎหมายใหม่ระหว่างบุตรบุญธรรมกับผู้รับบุตรบุญธรรม แต่บุตรบุญธรรมกับบิดามารดาโดยกำเนิดก็ยังคงมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันในเรื่องอื่นๆ ตามปกติ

ปัจจุบันเทคโนโลยีทางการแพทย์ได้เจริญก้าวหน้าไปมากจนทำให้มีการกำเนิดบุตรจากการตั้งครรภ์แทนขึ้นมาได้ แต่ยังไม่มียกเว้นกฎหมายในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะ ฉะนั้น ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะรับบุตรทางชีววิทยาของตนมาเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ก็มี แต่การจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น ซึ่งผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เหมือนเช่นการรับบุตรบุญธรรมโดยทั่วไป การตั้งครรภ์แทนได้รับความนิยมน้อยกว่ากว้างขวางทำให้เกิดการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนมากขึ้น การรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมก็มากยิ่งขึ้นตามไปด้วย จึงเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการรับบุตรบุญธรรมนอกจากวัตถุประสงค์ทั้ง 3 ประการที่ได้กล่าวมาข้างต้น ยังเป็นการรับรองสถานะของบุตรอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอีกด้วย

1.2. การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบรรพ 5 เป็นข้อกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการรับบุตรบุญธรรมโดยทั่วไป ทั้งนี้การที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมาเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของตน จำเป็นจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นกัน ดังนี้

1.2.1. คุณสมบัติของผู้รับบุตรบุญธรรม (มาตรา 1598/19)

แต่เดิมกฎหมายได้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำของผู้รับบุตรบุญธรรมไว้ว่าจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 30 ปี แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขกฎหมายลดอายุขั้นต่ำลงมาเป็นไม่ต่ำกว่า 25 ปี ทั้งนี้ก็เพื่อส่งเสริมให้มีการรับบุตรบุญธรรมให้มากยิ่งขึ้น แต่ยังคงไว้ในส่วนของอายุของผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องแก่กว่าบุตรบุญธรรมอย่างน้อย 15 ปี

1.2.2. เงื่อนไขในเรื่องความยินยอม สามารถแบ่งออกเป็นกรณีดังนี้

1.2.2.1. ความยินยอมของบุตรบุญธรรม (มาตรา 1598/20)

การรับบุตรบุญธรรม ถ้าผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมมีอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปี ต้องให้ผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมให้ความยินยอมในการเป็นบุตรบุญธรรมก่อน

1.2.2.2. ความยินยอมของบิดามารดา (มาตรา 1598/21)

การรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาของผู้เยาว์ทั้งสองคนหากบิดา หรือมารดาคนใดคนหนึ่งตาย หรือถูกถอนอำนาจปกครอง บุตรก็ต้องได้รับความยินยอมจากบิดาหรือมารดาซึ่งยังมีอำนาจปกครองอยู่เสียก่อน หากผู้เยาว์นั้นไม่มีบิดามารดา เช่น บิดามารดาถึงแก่ความตายทั้งคู่ หรือมีแต่บิดาหรือมารดาเพียงคนเดียวก็ดี หรือมีบิดามารดาแต่บิดาหรือมารดานั้นไม่สามารถแสดงเจตนาให้ความยินยอมได้ หรือไม่ให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร และเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญหรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ให้บิดาหรือมารดา หรือผู้จะขอรับบุตรบุญธรรม หรือพนักงานอัยการร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมนั้นก็ได้อีก

1.2.2.3. ความยินยอมของผู้มีอำนาจแทนบิดามารดา (มาตรา 1598/22 ถึง มาตรา 1598/24)

ในกรณีที่ผู้เยาว์อยู่ในความดูแลของสถานสงเคราะห์เด็ก หรือบิดามารดาทำหนังสือมอบอำนาจให้สถานสงเคราะห์เด็กเป็นผู้มีอำนาจให้ความยินยอมแทนตน ผู้จะรับบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมในการรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมจากสถานสงเคราะห์เด็กเสียก่อนจึงจะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้ หากสถานสงเคราะห์เด็กไม่ให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรและเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญหรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ผู้จะรับบุตรบุญธรรมหรือพนักงานอัยการอาจร้องขอต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมของสถานสงเคราะห์เด็กได้ และถ้าสถานสงเคราะห์เด็กได้ให้ความยินยอมแล้ว ผู้จะรับบุตรบุญธรรมก็ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาของผู้เยาว์อีก แต่อย่างไรก็ตามหากผู้รับผิดชอบในสถานสงเคราะห์เด็กจะรับเอาผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมเสียเองจะต้องยื่นคำร้องต่อศาล เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตแล้วจึงจะดำเนินการรับบุตรบุญธรรมได้

1.2.2.4. ความยินยอมของคู่สมรส (มาตรา 1598/25)

ผู้จะรับบุตรบุญธรรมหรือผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม ถ้ามีคู่สมรสอยู่ก็จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสของตนเสียก่อนจึงจะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้ หากคู่

สมรสไม่อาจให้ความยินยอมได้เพราะไปเสียจากภุมิลาเนาหรือถิ่นที่อยู่ และหาตัวไม่พบเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมของคู่สมรสนั้นก็ได้

1.2.3. การเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลเพียงคนเดียว (มาตรา 1598/26)

ผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่แล้วจะไปเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นในขณะเดียวกันอีกไม่ได้ เว้นเสียแต่จะไปเป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม ดังนั้นคู่สมรสที่มีความประสงค์จะขอรับเด็กซึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของตนด้วยนั้นสามารถกระทำได้ โดยจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสของตนเสียก่อน แต่ไม่จำเป็นจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือสถานสงเคราะห์เด็กอีก หากผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมยังเป็นผู้เยาว์อยู่

1.2.4. การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม (มาตรา 1598/27)

การรับบุตรบุญธรรมจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้จดทะเบียนตามกฎหมาย และถ้าผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมยังเป็นผู้เยาว์อยู่ ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมก่อน ซึ่งกฎหมายที่ว่านี้คือ พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ดังนั้นผู้จะรับบุตรบุญธรรมจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดเสียก่อนจึงจะจดทะเบียนรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมได้ ถ้าผู้จะรับบุตรบุญธรรมไม่ปฏิบัติตามที่พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 แต่ไปจดทะเบียนรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมเสียถือว่า การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมนั้นไม่สมบูรณ์ หลักเกณฑ์ที่สำคัญของพระราชบัญญัตินี้คือ ผู้จะรับบุตรบุญธรรมจะต้องทำการทดลองเลี้ยงดูผู้เยาว์ไม่น้อยกว่า 6 เดือน จึงจะทำการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้

1.2.5. ผลของการรับบุตรบุญธรรม

เมื่อผู้รับบุตรบุญธรรมจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายแล้วผลของการรับบุตรบุญธรรมจึงมีดังนี้

1.2.5.1. บุตรบุญธรรมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม (มาตรา 1598/28)

เมื่อทำการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแล้ว บุตรบุญธรรมจะมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม บิดามารดาโดยกำเนิดของบุตรบุญธรรมจะหมดอำนาจปกครองไปตั้งแต่วันที่รับบุตรบุญธรรมแล้ว ผู้รับบุตรบุญธรรมจะ

⁵ พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 19 และมาตรา 23.

เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรบุญธรรมเสมือนเป็นบุตรโดยกำเนิด ซึ่งต้องนำบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตั้งแต่มาตรา 156⁶ ถึงมาตรา 1584 มาใช้บังคับโดยอนุโลม⁶

1.2.5.2. ผู้รับบุตรบุญธรรมไม่มีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะทายาทโดยธรรม (มาตรา 1598/29)

การรับบุตรบุญธรรมไม่ทำให้ผู้รับบุตรบุญธรรมมีสิทธิได้รับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะทายาทโดยธรรม ทั้งนี้เพราะการรับบุตรบุญธรรมเป็นเรื่องของการแสดงความเมตตา เสียสละของผู้รับบุตรบุญธรรมจึงไม่ควรหวังประโยชน์ตอบแทนจากการรับมรดกของบุตรบุญธรรม กฎหมายจึงจำกัดสิทธิในการที่ผู้รับบุตรบุญธรรมจะรับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะทายาทโดยธรรมเอาไว้ เพื่อเป็นการป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์จากตัวบุตรบุญธรรม

1.2.5.3. ผู้รับบุตรบุญธรรมมีสิทธิเรียกร้องเอาทรัพย์สินที่ตนได้ให้แก่บุตรบุญธรรมคืนได้หากบุตรบุญธรรมถึงแก่ความตายก่อนผู้รับบุตรบุญธรรม (มาตรา 1598/30)

เป็นกรณีที่บุตรบุญธรรมที่ไม่มีคู่สมรสหรือผู้สืบสันดานได้ถึงแก่ความตายก่อนผู้รับบุตรบุญธรรม ผู้รับบุตรบุญธรรมซึ่งถูกจำกัดสิทธิในการรับมรดกของบุตรบุญธรรมอยู่ก่อนแล้วมีสิทธิเรียกร้องเอาทรัพย์สินที่ตนได้ให้ไว้คืนจากกองมรดกของบุตรบุญธรรมได้ แต่ก็มีสิทธิเรียกคืนได้เพียงเท่าที่เหลืออยู่ภายหลังจากชำระหนี้ของมรดกเสร็จสิ้นแล้วเท่านั้น ถ้าภายหลังจากชำระหนี้ของมรดกเสร็จสิ้นแล้วไม่เหลือทรัพย์สินอยู่เลย หรือทรัพย์สินนั้นแปรสภาพไปจากเดิม ผู้รับบุตรบุญธรรมก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องอะไรได้อีก

1.2.6. การเลิกรับบุตรบุญธรรม

การรับบุตรบุญธรรมก่อให้เกิดผลโดยกฎหมายจึงสามารถเลิกการรับบุตรบุญธรรมกันได้ เมื่อการรับบุตรบุญธรรมสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีการจดทะเบียน ดังนั้นการเลิกรับบุตรบุญธรรมก็จะต้องมีการจดทะเบียนเลิกรับบุตรบุญธรรมเช่นกัน ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ 3 กรณี ดังนี้

1.2.6.1. คู่กรณีตกลงเลิกรับบุตรบุญธรรมกันเอง (มาตรา 1598/31)

ถ้าบุตรบุญธรรมบรรลุนิติภาวะแล้ว ผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมจะตกลงกันเพื่อเลิกการรับบุตรบุญธรรมในเวลาใดๆ ก็ได้ แต่ถ้าบุตรบุญธรรมยังไม่บรรลุนิติภาวะ การเลิกรับบุตรบุญธรรมจะกระทำได้โดยผู้รับบุตรบุญธรรมกับบิดามารดาของบุตรบุญธรรมตกลงยินยอมกัน และถ้าบุตรบุญธรรมมีอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปีก็ต้องให้บุตรบุญธรรมนั้นตกลงยินยอมด้วยเช่นกัน

⁶ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน, หน้า 698-699.

ถ้าบุตรบุญธรรมยังไม่บรรลุนิติภาวะและการรับบุตรบุญธรรมนั้น เป็นไปตามคำสั่งของศาล หรือการรับผู้เยาว์ที่อยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของสถานสงเคราะห์เด็ก กิติ หรือการรับเอาผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสตนอยู่ก่อนแล้วเป็นบุตรบุญธรรมของตน กิติ การเลิกรับบุตรบุญธรรมจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีคำสั่งศาลอนุญาตให้เลิกรับบุตรบุญธรรม โดยผู้รับบุตรบุญธรรม บุตรบุญธรรมที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปี หรือผู้มีส่วนได้เสียคนอื่น ๆ จะร้องขอ ด้วยตนเอง หรือขอให้พนักงานอัยการร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตก็ได้ ซึ่งการเลิกรับบุตรบุญ ธรรมโดยการตกลงกันเอง หรือโดยคำสั่งศาลจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการจดทะเบียนเลิกการรับ บุตรบุญธรรมต่อนายอำเภอ หรือผู้อำนวยการเขตซึ่งเป็นนายทะเบียนในการนี้เสียก่อน มิฉะนั้นก็ ไม่ถือว่าการรับบุตรบุญธรรมนั้นสิ้นสุดลง

1.2.6.2. การเลิกรับบุตรบุญธรรมโดยผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสกับบุตร บุญธรรม (มาตรา 1598/32)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1541 บัญญัติว่า “ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจะสมรสกันไม่ได้”

ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวห้ามมิให้ผู้รับบุตรบุญธรรมทำการสมรสกับ บุตรบุญธรรมเพราะถือว่ามีความสัมพันธ์ฉันบิดามารดาและบุตร แต่เนื่องจากความสัมพันธ์นี้มีได้ เกิดขึ้นตามสายโลหิต ฉะนั้นหากผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมทำการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่ กฎหมายกำหนดห้ามไว้ไปทำการสมรสกัน ผลของความสมบูรณ์ในการสมรสเป็นการบอกล้างการ รับบุตรบุญธรรมไปในตัว⁷ ผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมจึงมีฐานะเป็นสามีภริยากันเพียง อย่างเดียวโดยไม่จำเป็นต้องไปจดทะเบียนเลิกรับบุตรบุญธรรมอีก

1.2.6.3. การเลิกรับบุตรบุญธรรมโดยการฟ้องคดีเลิกรับบุตรบุญธรรม (มาตรา 1598/33)

เมื่อผู้รับบุตรบุญธรรมหรือบุตรบุญธรรมฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์ จะเลิกการรับบุตรบุญธรรม แต่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมเลิกก็จำเป็นต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล ซึ่งกฎหมายได้กำหนดเหตุในการฟ้องคดีเลิกการรับบุตรบุญธรรมไว้ 8 ประการ ตามมาตรา 1598/33 ซึ่งใน (1) ถึง (6) ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือบุตรบุญธรรมสามารถยกเป็นข้ออ้างในการฟ้อง คดีได้ แต่ใน (7) และ (8) เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีของบุตรบุญธรรมแต่เพียงฝ่ายเดียว เมื่อผู้รับ บุตรบุญธรรมทำผิดหน้าที่บิดามารดา และการกระทำนั้นเป็นการละเมิดหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่

⁷ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 มาตรา 23.

⁸ รัชดา เอกบุตร. เรื่องเดียวกัน, หน้า 216.

กฎหมายกำหนดไว้ เช่น ไม่ให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรบุญธรรม ไม่ให้การศึกษา หรือดูด่าเย้ยขี้บุตรบุญธรรมอย่างโหดร้ายเป็นประจำ

1.2.7. ผลของการเลิกรับบุตรบุญธรรม (มาตรา 1598/37)

การเลิกรับบุตรบุญธรรมไม่ว่าจะเป็นการเลิกรับบุตรบุญธรรมเพราะคู่กรณีได้ตกลงกันเอง หรือเพราะผู้รับบุตรบุญธรรมทำการสมรสกับบุตรบุญธรรม หรือเพราะศาลมีคำพิพากษาให้เลิก บุตรบุญธรรมจะกลับคืนสู่ครอบครัวเดิมของตน ถ้าบุตรบุญธรรมยังเป็นผู้เยาว์หรือยังไม่บรรลุนิติภาวะอำนาจปกครองบุตรจะกลับสู่บิดามารดาโดยกำเนิด หรือกลับคืนสู่ผู้มีอำนาจปกครองบุตรบุญธรรมเดิมตามแต่กรณี แต่อย่างไรก็ตามการเปลี่ยนอำนาจปกครองไม่เป็นเหตุเสื่อมสิทธิที่บุคคลภายนอกได้มาโดยสุจริตก่อนมีการจดทะเบียนเลิกการรับบุตรบุญธรรม บุคคลภายนอกมีสิทธิอย่างไรก่อนการจดทะเบียนเลิกการรับบุตรบุญธรรม เมื่อจดทะเบียนเลิกการรับบุตรบุญธรรมแล้วก็ยังคงมีสิทธิอยู่เช่นเดิม

อนึ่ง ถ้าบุตรบุญธรรมถึงแก่ความตายก่อนมีการจดทะเบียนเลิกการรับบุตรบุญธรรมก็ไม่ทำให้การรับบุตรบุญธรรมนั้นเลิกไป บุตรบุญธรรมยังคงมีฐานะเป็นบุตรบุญธรรมของผู้รับบุตรบุญธรรมอยู่เช่นเดิม การตายของบุตรบุญธรรมไม่ทำให้อำนาจปกครองของบิดามารดาโดยกำเนิดของบุตรบุญธรรมแต่อย่างใด

2. ปัญหาในการรับบุตรบุญธรรมตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 กับการตั้งครุฑแทน

การรับบุตรบุญธรรมจะต้องมีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมจึงจะสมบูรณ์ตามกฎหมายการรับบุตรบุญธรรมเป็นการจำลองความสัมพันธ์จากบิดามารดาต่อบุตรจึงจำเป็นต้องอาศัยเอกสารที่ก่อให้เกิดฐานะทางกฎหมาย⁹ การให้ความยินยอมของคู่สมรสในการรับบุตรบุญธรรม แต่มิได้มีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมไม่ถือว่าบุตรบุญธรรมนั้นเป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสซึ่งให้ความยินยอมด้วย การรับบุตรบุญธรรมนั้นบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้กำหนดถึงคุณสมบัติของผู้รับบุตรบุญธรรมและหลักเกณฑ์ เงื่อนไขให้ปฏิบัติตามทั้งในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 4 และถ้าผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมนั้นยังเป็นผู้เยาว์อยู่ การรับบุตรบุญธรรมนั้นก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขแห่งพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 อีกด้วย

⁹ ไพโรจน์ กัมพูศิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว., หน้า 334.

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่บัญญัติทั้ง 2 ฉบับกำหนดไว้เป็นมาตรการเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมโดยคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญและเป็นการป้องกันการค้าเด็กในรูปของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบิดามารดาโดยกำเนิดของเด็กตลอดจนประโยชน์ของผู้จะรับบุตรบุญธรรมด้วย แต่เดิมการรับบุตรบุญธรรมมักเกิดเฉพาะในหมู่เครือญาติและคนรู้จักคุ้นเคยกันดี ได้เปลี่ยนมาเป็นการรับเด็กกำพร้าซึ่งไม่มีความเกี่ยวพันทางสายโลหิตมาเป็นบุตรบุญธรรม แต่การรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมนั้นส่วนใหญ่แล้วจะเป็นบุตรทางชีววิทยาของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนหรืออย่างน้อยที่สุดก็เป็นบุตรทางชีววิทยาของคู่สมรสของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนคนใดคนหนึ่ง ซึ่งถือได้ว่าผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมนั้นมีความเกี่ยวพันทางสายโลหิต ดังนั้นข้อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติตามบทบัญญัติกฎหมายทั้ง 2 ฉบับนี้ ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมจำเป็นต้องปฏิบัติตามเพียงไร และมีข้อกำหนดใดบ้างที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยผู้เขียนแยกวิเคราะห์เป็นประเด็น ดังนี้

2.1. คุณสมบัติของผู้รับบุตรบุญธรรม

มาตรา 1598/19 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบห้าปีจะรับบุคคลอื่นเป็นบุตรบุญธรรมก็ได้ แต่ผู้นั้นจะต้องมีอายุแก่กว่าผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมอย่างน้อยสิบห้าปี”

ผู้รับบุตรบุญธรรม (Adoptor) ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปี และจะต้องมีอายุแก่กว่าบุตรบุญธรรม (Adoptee) อย่างน้อย 15 ปีด้วย ส่วนบุตรบุญธรรมนั้นกฎหมายมิได้จำกัดว่าอายุเท่าใด การที่กฎหมายกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำของผู้รับบุตรบุญธรรมเอาไว้ก็เพื่อให้บุคคลนั้นพยายามมีบุตรตามธรรมชาติของตนเสียก่อน เมื่อพยายามจนถึงอายุ 25 ปีแล้วยังไม่สามารถมีบุตรได้เอง จึงควรให้รับบุคคลอื่นมาเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ แต่เดิมเกณฑ์อายุขั้นต่ำของผู้รับบุตรบุญธรรมถูกกำหนดไว้ที่ 30 ปี ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในปี พ.ศ. 2533 จึงลดเหลืออายุ 25 ปีทั้งนี้เพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการรับบุตรบุญธรรมเพิ่มมากยิ่งขึ้น อันจะเป็นประโยชน์แก่สังคม และเป็นการแบ่งเบาภาระของรัฐในการที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่ถูกทอดทิ้งตามสถานสงเคราะห์เด็กต่างๆ¹⁰

การที่กฎหมายกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำของผู้รับบุตรบุญธรรมไว้ที่ไม่ต่ำกว่า 25 ปี เนื่องจากเห็นว่าในปัจจุบันนี้คนหนุ่มสาวประสบความสำเร็จในชีวิตเร็วขึ้นกว่าเดิม เป็นผู้ใหญ่

¹⁰ ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน, หน้า 676.

เพียงพอ มีงานการทำเป็นหลักฐาน และมีความสามารถที่จะอุปการะเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมได้¹¹ ส่วนเกณฑ์อายุของผู้เป็นบุตรบุญธรรมมิได้กำหนดอายุขั้นต่ำไว้ บุตรบุญธรรมจะมีอายุเท่าใดก็ได้ เพียงแต่มีเงื่อนไขว่าผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุมากกว่าบุตรบุญธรรมไม่น้อยกว่า 15 ปี เนื่องจากผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมจะมีสถานะเช่นเดียวกับบิดามารดาและบุตร ตามกฎหมาย การที่กฎหมายกำหนดอายุห่างกัน 15 ปี เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติ และเหตุผลอีกประการคือเพื่อให้มีความเคารพยำเกรงกัน การกำหนดความแตกต่างของอายุน้อยเกินไป อาจทำให้บุตรบุญธรรมไม่เคารพยำเกรงนับถือผู้รับบุตรบุญธรรมเช่น นับถือบิดามารดา และมีความเป็นไปได้ในการเปลี่ยนแปลงสถานะของบุคคลทั้งสองจากการเป็นบุตรบุญธรรมกับผู้รับบุตรบุญธรรมมาเป็นสามีภริยากัน อันจะกลายเป็นผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีและความรู้สึกของสังคมทั่วไป¹²

เหตุผลของกฎหมายที่กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น ผู้เขียน เห็นด้วยกับเหตุผลเช่นนี้ เพราะบุคคลที่มีอายุเกิน 25 ปี มักจะจบการศึกษามีหน้าที่การงานทำแล้ว และมีความรับผิดชอบพอสมควรน่าจะอุปการะเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมได้ แต่การรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมจำเป็นจะต้องมีอายุตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ จะต้องมียุ่ไม่ต่ำกว่า 25 ปี แต่ถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่กำหนดไว้จะเป็นเช่นไร เพราะการจดทะเบียนรับบุตรถ้าผู้รับบุตรบุญธรรมอายุไม่ถึง 25 ปี การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมนั้นก็ไม่มีสมบูรณ์แม้ต่อมาผู้รับบุตรบุญธรรมจะมีอายุครบ 25 ปี บริบูรณ์แล้วก็ตามเพราะไม่ใช่กรณีที่ให้สัตยาบันได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1884/2497 และคำพิพากษาที่ 6993/2537)

เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้ ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนที่มีอายุไม่ถึง 25 ปี ก็จะไม่สามารถจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนซึ่งอาจเป็นบุตรทางชีววิทยาของตนมาเป็นบุตรบุญธรรมได้ ต้องรอจนกว่าจะมีอายุครบ 25 ปีเสียก่อนจึงจะดำเนินการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้ในบางครั้งอาจกินเวลานานนับปี หากเป็นเช่นนี้ก็อาจจะเกิดปัญหาที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายอาจเปลี่ยนใจไม่ให้ความยินยอมในการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ได้

¹¹ ประสพสุข บุญเดช. "กฎหมายครอบครัวแก้ไขใหม่ ปี 26." ตุลาคม. 30, 2 มีนาคม-เมษายน 2526. หน้า41.

¹² รัฎดา เอกบุตร. เรื่องเดียวกัน , หน้า 191-192.

เจตนาในการขอแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องบุตรบุญธรรมเมื่อปี พ.ศ. 2533 นอกจากจะเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการรับบุตรบุญธรรมมากขึ้นแล้ว ยังเป็นการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับหลักสากลเพราะในต่างประเทศ เกณฑ์อายุของผู้รับบุตรบุญธรรมต่ำกว่าของไทยเรา เช่น ประเทศสหราชอาณาจักร ผู้รับบุตรบุญธรรมต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 21 ปีบริบูรณ์ และหากเป็นการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่สมรส บุคคลทั้งสองจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 21 ปีบริบูรณ์¹³ หรือประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ผู้รับบุตรบุญธรรมต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปีบริบูรณ์¹⁴ หรือในประเทศแถบเอเชีย เช่น ประเทศญี่ปุ่น ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปีบริบูรณ์¹⁵ เป็นต้น แต่การรับบุตรอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งบางครั้งในความเป็นจริงแล้วเป็นบุตรทางชีววิทยาของผู้จะรับบุตรบุญธรรมเอง จำเป็นหรือไม่ที่จะต้องมีอายุครบ 25 ปีบริบูรณ์ จึงจะทำการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้

หากพิจารณาบทบัญญัติในเรื่องคุณสมบัติของผู้รับบุตรบุญธรรมในต่างประเทศ ก็จะพบว่า มีบางประเทศที่มีได้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำของผู้รับบุตรบุญธรรมไว้ เช่น ประเทศเกาหลีใต้ก็มีได้กำหนดอายุของผู้รับบุตรบุญธรรมไว้ เพียงแต่บัญญัติว่าผู้จะรับบุตรบุญธรรมได้จะต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนสามารถเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมได้ และจะต้องมีทรัพย์สินเพียงพอ และมีวิธีการเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมอย่างเพียงพอ ซึ่งที่ประเทศเกาหลีใต้ในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมนั้นมีความละเอียดอ่อนอย่างมาก¹⁶ หรือประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประมวลกฎหมายแพ่งแคลิฟอร์เนียก็มีได้กำหนดอายุขั้นต่ำของผู้รับบุตรบุญธรรมไว้ เพียงแต่กำหนดว่าผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุมากกว่าผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมอย่างน้อย 10 ปี เว้นแต่ผู้จะรับบุตรบุญธรรมเป็นบิดา มารดาเลี้ยง พี่สาว พี่ชาย ลูก ป้า หรือญาติซึ่งทำการสมรสแล้ว และคู่สมรสประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมร่วมกันก็อาจจะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมได้ แม้อายุจะมากกว่าผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมไม่ถึง 10 ปีก็ตาม¹⁷ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศสหราชอาณาจักรซึ่งมีการประกาศใช้กฎหมายควบคุมเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ของมนุษย์มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2533 ภายใต้พระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ.1990 (Human Fertilization and

¹³ Children Act 1975, Section 10 (1), 11 (1).

¹⁴ The German Civil Code, Section 1744.

¹⁵ The Civil Code of Japan, Article 817-4.

¹⁶ สุจินตนา ศรีประเสริฐ. บุตรบุญธรรมตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527, หน้า 52.

¹⁷ The California Civil Code, Section 222.

Embryo Act 1990) ศาลอาจมีคำสั่งให้เด็กอันเกิดจากขบวนการเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์เป็นบุตรของคู่สมรสได้โดยในขณะที่ยื่นคำขอ สามีและภริยาจะต้องมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์¹⁸

จากการที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนซึ่งมีอายุไม่ถึง 25 ปีบริบูรณ์ไม่สามารถจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมได้ในทันทีก็ต้องรอให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีอายุตามที่กฎหมายกำหนดเสียก่อน ซึ่งในระหว่างนั้นอาจจะเกิดปัญหาต่างๆ ขึ้นได้ เช่น ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอาจจะเปลี่ยนใจไม่ยอมรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมของตน หรือหญิงรับตั้งครรภ์แทนเรียกร้องบุตรคืนจากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ฯลฯ ข้อกำหนดในเรื่องเกณฑ์อายุของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นเป็นสิ่งดี แต่ก็น่าจะเป็นระเบียบปฏิบัติเฉพาะการรับบุตรบุญธรรมตามปกติเท่านั้น แต่กรณีการตั้งครรภ์แทนนั้นหากมีการเลื่อนการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมออกไปก็อาจจะเกิดปัญหาขึ้นได้ ซึ่งจะกลายเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่ถือว่ากฎหมายเป็นอุปสรรคทำให้คู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติตามที่ได้แสดงเจตนาไว้ได้ จะมีความเป็นไปได้มากน้อยเพียงใดหากจะมีการแก้ไขกฎหมายในเรื่องอายุของผู้รับบุตรบุญธรรมให้ต่ำกว่า 25 ปี เพราะในบางประเทศที่ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างมานั้นก็มีอายุต่ำกว่า 25 ปี หรือในบางประเทศมิได้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำไว้เลย หรือหากเห็นว่าเกณฑ์อายุ 25 ปีนั้นเป็นอายุที่เหมาะสมแล้วก็น่าที่จะแยกการรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมให้มีเกณฑ์อายุที่ต่ำกว่า 25 ปีได้ โดยการพิจารณาเป็นกรณีไป

2.2. การทดลองเลี้ยงดูบุตรบุญธรรม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/27 กำหนดให้การรับบุตรบุญธรรมต้องมีการจดทะเบียนตามกฎหมายจึงจะสมบูรณ์ อนึ่ง ในมาตราเดียวกันนี้ยังได้กำหนดเงื่อนไขอีกว่าถ้าผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมนั้นเป็นผู้เยาว์ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมก่อน อันได้แก่ พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ.2522 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ได้กำหนดให้มีการทดลองเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมซึ่งถือว่าเป็นกระบวนการที่สำคัญในการรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม เพื่อให้เกิดความแน่ใจว่าภายหลังจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแล้วความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมจะดำเนินไปด้วยดี การทดลองเลี้ยงดูนี้มีระยะเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือน¹⁹ และในระหว่างนั้นจะมี

¹⁸ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "หลักการของกฎหมายควบคุมเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ของประเทศอังกฤษ (ตอนที่ 2).", หน้า 367- 368.

¹⁹ พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 23.

เจ้าหน้าที่ออกไปเยี่ยมเด็กและครอบครัวที่อุปการะเลี้ยงดูเพื่อสังเกตสภาพความเป็นอยู่ สุขภาพ และจิตใจของเด็ก หากปรากฏว่าผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเป็นผู้เหมาะสม คณะกรรมการก็จะสั่งอนุมัติให้มีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้ แต่ถ้าเห็นว่าผู้ขอรับบุตรบุญธรรมไม่มีความเหมาะสมเพียงพอที่จะอุปการะเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมก็ต้องส่งมอบเด็กคืนแก่ผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือพนักงานเจ้าหน้าที่²⁰

บทบัญญัติต่างๆ ในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 เป็นมาตรการใช้บังคับโดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้เยาว์ ทั้งนี้เพราะการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมในปัจจุบัน ได้มีการขยายออกไปสูบุคคลภายนอกอื่นๆ ทั้งคนไทยและคนต่างประเทศ การกำหนดเงื่อนไขและวิธีการในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมก็เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรม โดยคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ และยังเป็นการป้องกันการค้าเด็กในรูปของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม อีกทั้งเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของบิดามารดาที่แท้จริงและผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งถ้าเป็นการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมทั่วไปผู้เขียนเห็นด้วยที่จะต้องมีการทดลองเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมเสียก่อน เพราะผู้ขอรับบุตรบุญธรรมกับเด็กนั้นอาจมิได้มีความเกี่ยวพันหรือรู้จักกันมาก่อนจึงย่อมที่จะต้องศึกษาอุปนิสัยว่าเข้ากันได้หรือไม่ หากอุปนิสัยเข้ากันไม่ได้ก็จะเกิดปัญหาในอนาคต เช่น ไม่เคารพผู้รับบุตรบุญธรรมหรือเด็กนั้นมีอุปนิสัยดีผิดปกติ ผู้รับบุตรบุญธรรมก็อาจจะไม่รัก ไม่ต้องการอุปการะเลี้ยงดูต่อไปทำให้ต้องมีการขอลีกการรับบุตรบุญธรรม

การรับบุตรอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมนั้น ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะต้องทำการทดลองเลี้ยงดูไม่น้อยกว่า 6 เดือนเหมือนเช่นการรับบุตรบุญธรรมโดยทั่วไป ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าน่าที่จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องทดลองเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งแทนอีก เหตุเพราะว่าการตั้งครรภ์แทนนั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้เด็กไว้อุปการะเลี้ยงดูเป็นบุตรอีก ทั้งในข้อเท็จจริงบางอย่างเด็กนั้นอาจเป็นบุตรทางชีววิทยาของผู้จะรับบุตรบุญธรรมเอง บิดามารดาทางชีววิทยาย่อมเต็มใจที่จะอุปการะเลี้ยงดูบุตรของตน ด้วยความรัก ความเอาใจใส่อย่างดีอยู่แล้ว แม้จะเป็นการเกิดจากหญิงอื่นก็ตามก็ต้องถือว่ามีความโยยทางสายโลหิตอยู่แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายมิได้กำหนดจะต้องทดลองเลี้ยงเด็กทุกกรณีไป ถ้ามีเหตุได้รับการยกเว้นไม่ต้องทดลองเลี้ยงดูเด็ก ถ้าผู้ขอรับบุตรบุญธรรมเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดา พี่ร่วมบิดาหรือมารดา ทวด ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา หรือผู้ปกครองของผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรม

²⁰ พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 27 และ มาตรา 28

หรือบุคคลอื่นตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง²¹ ดังนั้นถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นเครือญาติกับผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ก็ถือว่าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นญาติของเด็กก็จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องทดลองเลี้ยงดูเด็กอีกสามารถจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้เลย แต่โอกาสเช่นนั้นจะเกิดได้น้อยเพราะการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนมีขยายตัวมากขึ้นทำให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุคคลภายนอกมากกว่าจะเป็นเครือญาติกันเอง

โดยสรุปแล้ว ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการทดลองเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนอีกเพราะอย่างน้อยก็เป็นบุตรทางชีววิทยาของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน หรือคู่สมรสของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนคนใดคนหนึ่ง แม้เด็กนั้นจะมีอุปนิสัยคือ ปกครองยาก แต่บิดามารดาทางชีววิทยาก็ย่อมที่จะมีความรักและสามารถให้อภัยเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเหมือนบุตรโดยกำเนิดได้อยู่แล้ว อีกทั้งในระยะเวลาทดลองเลี้ยงดูเด็กนาน 6 เดือนหญิงรับตั้งครรภ์แทนเกิดเปลี่ยนใจไม่ยอมยกเด็กให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็สามารถขอให้ยกเลิกคำขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเสียก็ได้²² ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ต้องส่งมอบเด็กคืนให้แก่หญิงรับตั้งครรภ์แทน หรือถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นฝ่ายปฏิเสธเด็กเสียเอง เช่น เด็กนั้นมีความผิดปกติ พิการทุพพลภาพ ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอาจถอนคำขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้²³ หากเป็นเช่นนี้ต้องถือว่ากฎหมายเปิดโอกาสให้คู่สัญญาผิดสัญญากันได้ ถ้าหญิงรับตั้งครรภ์เรียกร้องบุตรคืนจากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ต้องส่งมอบเด็กคืนให้เพราะยังไม่มีภาระจดทะเบียนตามกฎหมาย อำนาจปกครองบุตรจึงยังไม่โอนไปยังผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน หรือถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นฝ่ายขอถอนคำขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม หญิงรับตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถบังคับให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนต้องรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ เพราะสภาพแห่งนี้ไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นตามที่ได้เคยกล่าวมาแล้ว

2.3. การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

เมื่อครบกำหนดในการทดลองเลี้ยงดูเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรมไม่น้อยกว่า 6 เดือนตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ผู้ขอรับบุตรบุญธรรมสามารถจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้โดยมีหนังสือให้ความยินยอมของบุคคลผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย ซึ่งในกรณีที่เป็นารับบุตรอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม ผู้มีอำนาจให้ความยินยอมคือหญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามีในฐานะบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็ก จากการที่

²¹พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 19 วรรคท้าย

²²พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 25

²³พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 24

จะต้องมีการทดลองเลี้ยงดูไม่น้อยกว่า 6 เดือน ทำให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนไม่สามารถจดทะเบียนรับบุตรทางชีววิทยาเป็นบุตรบุญธรรมได้ทันที ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักการและข้อตกลงที่หญิงรับตั้งครรรภ์จะต้องสละความเป็นมารดาของเด็ก และส่งมอบเด็กนั้นให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนในทันทีภายหลังจากเด็กนั้นคลอดออกมา เพื่อเป็นการป้องกันมิให้หญิงรับตั้งครรรภ์แทนเกิดความผูกพันจนปฏิเสธไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทน

แต่จากการที่กฎหมายกำหนดว่าจะต้องมีการทดลองเลี้ยงดูผู้เยาว์ไม่น้อยกว่า 6 เดือน ทำให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนไม่สามารถจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้ในทันทีที่ต้องรอให้มีการทดลองเลี้ยงดูเด็กผ่านไป 6 เดือนเสียก่อน ในระหว่างนั้นผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนก็ดี หญิงรับตั้งครรรภ์แทนก็ดีอาจจะเปลี่ยนใจได้ เมื่อเจตนาของพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมุ่งหมายให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ ก็น่าที่จะให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนสามารถดำเนินการขอจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้โดยเร็ว โดยการข้ามขั้นตอนไม่ต้องทดลองเลี้ยงดูเด็กตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาอันอาจเกิดขึ้นตามที่ผู้เขียนได้กล่าวมาบ้างแล้วนั้น ส่วนระยะเวลาที่เหมาะสมในการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมนับแต่เด็กคลอดออกมา ผู้เขียนเห็นว่าควรจะรีบดำเนินการโดยเร็วที่สุดในขณะที่เด็กนั้นยังเป็นทารกอยู่เพื่อมิให้หญิงรับตั้งครรรภ์แทนเกิดความผูกพันในตัวเด็กที่ตนคลอดซึ่งอาจจะเป็นภายใน 3 วัน แต่ไม่ควรจะเกินกว่า 7 วัน เพราะการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมดำเนินการได้เร็วเท่าไรเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนจะได้รับการคุ้มครองสิทธิและหน้าที่จากผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนเร็วเท่านั้น เช่น หากผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนถึงแก่ความตาย เด็กนั้นก็จะมีสิทธิได้รับมรดกของผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนในฐานะทายาทโดยธรรม²⁴ แต่ถ้ายังไม่มีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมหรืออยู่ในระหว่างการทดลองเลี้ยงดูเด็ก ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนถึงแก่ความตาย เด็กนั้นไม่มีสิทธิรับมรดกของผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนเพราะยังไม่ถือว่าเป็นบุตรบุญธรรมของเจ้ามรดก

อนึ่ง แม้จะมีข้อยกเว้นที่ผู้ขอรับบุตรบุญธรรมไม่ต้องทดลองเลี้ยงดูเด็กในกรณีที่เป็นญาติของบุตรบุญธรรม แต่ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนอาจไม่อยู่ในข่ายที่ได้รับการยกเว้นก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ บทบัญญัติในเรื่องการทดลองเลี้ยงดูเด็กนั้นโดยทั่วไปแล้วต้องถือว่าเป็นมาตรการที่เป็นประโยชน์ต่อตัวเด็กในกรณีการรับบุตรบุญธรรมแบบปกติ แต่กลับเป็นโทษต่อเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนที่จะเป็นบุตรบุญธรรม

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1627.

2.4. สถานะของบุตรบุญธรรม

เมื่อผู้รับบุตรบุญธรรมจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแล้ว บุตรบุญธรรมจะมีฐานะเช่นเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม สิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจึงเป็นไปเช่นเดียวกับสิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร โดยนำบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 2 มาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้นผู้รับบุตรบุญธรรมมีสิทธิและหน้าที่ต่อบุตรบุญธรรมเช่นเดียวกับบุตรโดยกำเนิดของตน ฉะนั้นผู้รับบุตรบุญธรรมจึงมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรบุญธรรมในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ มีสิทธิกำหนดที่อยู่ของบุตรบุญธรรม ให้บุตรบุญธรรมทำการทำงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะรูป²⁵

แต่การเป็นบุตรบุญธรรมนั้นไม่ทำให้สูญเสียสิทธิและหน้าที่ต่อบิดามารดาโดยกำเนิด กล่าวคือ บุตรบุญธรรมมีสิทธิใช้นามสกุลเดิมของตน หากบิดามารดาโดยกำเนิดถึงแก่ความตาย บุตรบุญธรรมจะสมรสกับพี่หรือน้องร่วมสายโลหิตของตนไม่ได้ บิดามารดาโดยกำเนิดมีสิทธิติดต่อเยี่ยมเยียนบุตรบุญธรรมได้ตามสมควร รวมทั้งยังมีสิทธิได้รับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งของบิดามารดาโดยกำเนิดตามมาตรา 1629 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพียง แต่บิดามารดาโดยกำเนิดหมดอำนาจปกครองนับแต่เวลาที่เด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว อำนาจปกครองจะโอนมาสู่ผู้รับบุตรบุญธรรมแทน แม้ต่อมาผู้รับบุตรบุญธรรมจะถึงแก่ความตาย เด็กก็ยังคงเป็นบุตรบุญธรรมของผู้รับบุตรบุญธรรมอยู่ บิดามารดาโดยกำเนิดก็หมดอำนาจปกครองเพราะกรณีไม่ต้องด้วยมาตรา 1598/37 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นเรื่องของการเลิกรับบุตรบุญธรรมอันมีผลให้บิดามารดาโดยกำเนิดได้อำนาจปกครองบุตรคืนมา²⁶ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในลำดับต่อไป

สิทธิและหน้าที่ของบุตรบุญธรรมในครอบครัวเดิมนั้นมิใช่จะมีแต่สิทธิและหน้าที่ต่อบุตรบุญธรรมเท่านั้น กล่าวคือ บุตรมีฐานะเป็นผู้สืบสันดานซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่ง และบิดามารดามีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมอันดับสอง²⁷ ซึ่งมีสิทธิได้รับมรดกของบุตรได้นั้นหมายถึงบิดามารดาโดยกำเนิดแม้จะหมดอำนาจปกครองไปแล้วก็ยังคงมีสิทธิได้รับมรดกของบุตรบุญธรรมอยู่เช่นเดิม นอกจากนี้แล้วบุตรย่อมมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาตามมาตรา 1563

²⁵ ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว.. หน้า 699.

²⁶ รัฐดา เอกบุตร. เรื่องเดียวกัน. หน้า 208.

²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629.

แห่งประมวลกฎหมายแห่งและพาณิชย์ ฉะนั้นแม้บิดามารดาจะยกบุตรให้ผู้อื่นไปแล้วก็ตามแต่บุตรก็ยังคงมีความผูกพันต่อบิดา เมื่อมีบุคคลมากระทำละเมิดให้บุตรตาย บิดาจึงมีอำนาจฟ้องบุคคลที่กระทำละเมิดนั้นได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 689/2512)

การที่กฎหมายบัญญัติให้สิทธิและหน้าที่ของบุตรบุญธรรมกับบิดามารดาโดยกำเนิดไม่สูญไปเพราะการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมนั้น ผู้เขียนเข้าใจว่าความสัมพันธ์ในการเป็นบิดามารดาและบุตรตามสายโลหิตนั้นเป็นความสัมพันธ์ที่ไม่อาจตัดขาดได้ แม้ว่าบิดามารดาจะยกบุตรให้แก่ผู้อื่นแล้วหากต่อมาภายหลังมีการเลิกการรับบุตรบุญธรรม บุตรก็ยังคงมีบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายเช่นเดิม หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูระหว่างบิดามารดาและบุตรที่มีต่อกัน บิดามารดาโดยกำเนิดยังคงมีความรักความห่วงใยในสายโลหิตของตนอยู่เสมอ ส่วนหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดานั้นเป็นการแสดงความกตัญญูต่บิดาต่อบุพการี แม้จะมีได้อุปการะเลี้ยงดูตนก็ตามซึ่งเป็นเรื่องสมควรที่บุตรบุญธรรมยังคงมีสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวเดิมที่ตนกำเนิดมา แต่การรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมนั้น แตกต่างจากการรับบุตรบุญธรรมตามปกติ เมื่อกฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้ทำให้เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนยังคงผูกพันกับหญิงรับตั้งครรภ์แทนซึ่งอาจจะก่อให้เกิดปัญหาได้ เช่น เด็กต้องการกลับไปอยู่กับมารดาที่ให้กำเนิดแทนที่จะอยู่กับผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน นอกจากนั้นสิทธิและหน้าที่ของหญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามีที่มีต่อเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน เช่น สิทธิในการฟ้องคดีละเมิด หรือสิทธิในการฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบุตรนั้นเป็นการไม่ยุติธรรมต่อผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน เพราะเด็กนั้นเกิดจากการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนมิใช่เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาตามปกติแล้วจึงยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น แต่กลับมีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้มากระทำละเมิดได้ หรือมีสิทธิฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่ตนไม่ได้อุปการะเลี้ยงดูแต่อย่างใดเพียงแต่เป็นผู้คลอดเด็กออกมาเท่านั้น

2.5. การสิ้นสุดของการเป็นบุตรบุญธรรม

การรับบุตรบุญธรรมมีลักษณะคล้ายการสมรส คือต้องอาศัยความสมัครใจของคู่กรณีโดยมีเจตนาให้มีฐานะเป็นบุตรบุญธรรม หากต่อมามีเหตุทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายไม่สามารถจะดำเนินต่อไปได้อย่างสงบสุข กฎหมายก็อนุญาตให้ล้มเลิกสถานะดังกล่าวได้²⁸ ทั้งนี้เพราะผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมมิได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตเหมือนบิดามารดากับบุตรโดยทั่วไป แต่การรับบุตรอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม

²⁸ ไพโรจน์ กัมพูสิริ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 344.

นั้นผู้รับบุตรบุญธรรมในฐานะเป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนและบุตรบุญธรรมมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต หรืออย่างน้อยที่สุดก็เป็นสายโลหิตของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรมเอง การรับบุตรบุญธรรมในลักษณะเช่นนี้จะสามารถล้มเลิกสถานะเป็นบุตรบุญธรรมได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนได้แบ่งการสิ้นสุดของการเป็นบุตรบุญธรรมของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนไว้ 3 กรณี ดังนี้

2.5.1. การเลิกรับบุตรบุญธรรมโดยความตกลงของคู่กรณี

โดยปกติแล้วถ้าคู่กรณีตกลงใจโดยเห็นพ้องต้องกันว่าจะยุติความสัมพันธ์ของการเป็นบิดามารดาและบุตรได้ โดยการจดทะเบียนเลิกรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/31 แต่ถ้าบุตรบุญธรรมยังไม่บรรลุนิติภาวะ การเลิกรับบุตรบุญธรรมต้องได้รับความยินยอมจากผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในการรับเป็นบุตรบุญธรรมเสียก่อน ซึ่งในกรณีการรับบุตรอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม ผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในการเลิกรับบุตรบุญธรรมคือ หญิงรับตั้งครรรภ์แทนและสามี ดังนั้นหากผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนก็ดี บุตรอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนก็ดี หรือหญิงรับตั้งครรรภ์แทนในฐานะมารดาชอบด้วยกฎหมายประสงค์จะให้มีการเลิกการรับบุตรบุญธรรมจะสามารถทำได้หรือไม่

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนในฐานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย แม้ว่าข้อเท็จจริงบุตรบุญธรรมอาจเป็นบุตรโดยสายโลหิตผู้รับบุตรบุญธรรมเองก็สามารถเลิกการรับบุตรบุญธรรมได้ แต่การเลิกรับบุตรบุญธรรมนั้นจะเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งครรรภ์แทนที่มีเจตนาจะให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนมีบุตรไว้อุปการะเลี้ยงดู และหญิงรับตั้งครรรภ์แทนเองก็ไม่มีเจตนาที่จะอุปการะเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนแต่อย่างไร แต่ถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนและบุตรบุญธรรมประสงค์จะเลิกการเป็นบิดามารดาและบุตรต่อกันโดยได้รับความยินยอมจากหญิงรับตั้งครรรภ์แทนก็สามารถทำได้ ซึ่งผลของการเลิกรับบุตรบุญธรรมนั้นทำให้เด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนกลับไปอยู่ในความอุปการะดูแลของหญิงรับตั้งครรรภ์แทน ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วยที่จะอนุญาตให้มีการเลิกการรับบุตรบุญธรรมในลักษณะเช่นนี้ เพราะนอกจากจะเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของสัญญาแล้วยังเป็นการทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรโดยสายโลหิตสิ้นสุดลงโดยสิ้นเชิงซึ่งความสัมพันธ์ในการเป็นบิดามารดาและบุตรโดยสายโลหิตนั้นไม่อาจจะตัดขาดกันได้

2.5.2. การเลิกรับบุตรบุญธรรมโดยการสมรส

แม้จะมีข้อห้ามมิให้ผู้รับบุตรบุญธรรมทำการสมรสกับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1451 ก็ตาม แต่ก็มีที่ผู้รับบุตรบุญธรรมทำการสมรสกับบุตรบุญธรรม ผลของการจดทะเบียนสมรสนั้นสมบูรณ์และเป็นการลบล้างการจดทะเบียนรับบุตร

บุญธรรมโดยทันทีโดยไม่ต้องมีการจดทะเบียนเลิกการรับบุตรบุญธรรมแต่อย่างใด เหตุคือเอาการจดทะเบียนสมรสของผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมสมบูรณ์ตามกฎหมาย ไม่ตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะเพราะทั้งคู่ไม่มีความเกี่ยวพันทางสายโลหิตต่อกัน สถานภาพระหว่างบิดามารดาและบุตรจึงสามารถเปลี่ยนเป็นสามีภริยากันได้ แต่บุตรอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นอาจมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับผู้รับตั้งครรภ์แทน หรืออย่างน้อยก็มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตของคุณสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งของผู้รับบุตรบุญธรรม การจดทะเบียนสมรสของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมกับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นบุตรบุญธรรมจะยังคงมีผลสมบูรณ์ทุกประการ และมีผลเป็นการลบล้างการจดทะเบียนการรับบุตรบุญธรรมหรือไม่

การเลิกรับบุตรบุญธรรมในกรณีที่ผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสกับบุตรบุญธรรมเป็นการเลิกกันโดยผลของกฎหมาย เพราะความสัมพันธ์อันบิดามารดาและบุตรนั้นเป็นความสัมพันธ์โดยผลของกฎหมายเช่นกัน ทำให้สามารถเปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตรต่อกันเป็นอย่างอื่นได้ แต่เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น แม้กฎหมายจะถือว่าการสมรสของผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมจะสมบูรณ์อยู่ และเป็นการลบล้างการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมโดยปริยายนั้น ก็ต้องถือว่าเป็นการขัดต่อหลักศีลธรรมและความรู้สึกของสังคมทั่วไป อีกทั้งยังเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของการทำสัญญารับตั้งครรภ์ที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเจตนาจะมีบุตรไว้อุปการะเลี้ยงดู สืบสกุล มิใช่อุปการะเพื่อทำการสมรสในภายหลัง ซึ่งโดยสรุปแล้วผู้เขียนไม่เห็นด้วยที่การสมรสในลักษณะนี้ยังมีผลสมบูรณ์และทำให้การรับบุตรบุญธรรมสิ้นสุดลง ควรมีข้อห้ามมิให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสกับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยเด็ดขาด

2.5.3. การเลิกรับบุตรบุญธรรมโดยการฟ้องคดีเลิกการรับบุตรบุญธรรม

เมื่อผู้รับบุตรบุญธรรมหรือบุตรบุญธรรมฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องการล้มเลิกสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตรต่อกันแต่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ยอม ฝ่ายที่ต้องการเลิกการรับบุตรบุญธรรมสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ โดยมีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/33 กำหนดเหตุในการฟ้องคดีเลิกการรับบุตรบุญธรรมไว้ 8 ประการ เช่น ทำชั่วร้ายไม่ว่าจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ หมิ่นประมาทอย่างร้ายแรง ฯลฯ ซึ่งผู้รับบุตรบุญธรรมหรือบุตรบุญธรรมสามารถอ้างเป็นเหตุในการฟ้องคดีได้ เว้นแต่ (7) และ (8) นั้นเป็นสิทธิของบุตรบุญธรรมฝ่ายเดียวที่จะฟ้องคดีต่อผู้รับบุตรบุญธรรม เพราะเป็นกรณีที่ผู้รับบุตรบุญธรรมทำผิดหน้าที่บิดามารดา และการกระทำนั้นเป็นการละเมิดหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการให้ความอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษาแก่บุตรบุญธรรม ฯลฯ หรือผู้รับบุตรบุญธรรมถูกถอนอำนาจปกครอง

บางส่วนหรือทั้งหมด และเหตุที่ถูกถอนอำนาจนั้นผู้รับบุตรบุญธรรมมีพฤติการณ์ให้เห็นว่าไม่สมควรเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมต่อไป

เหตุที่กฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมสามารถฟ้องคดีขอเลิกการรับบุตรบุญธรรมได้ก็เพราะสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตรเป็นไปตามผลของกฎหมาย เมื่อไม่สมัครใจที่จะเป็นบิดามารดาและบุตรต่อกันเพราะความผิดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอย่างร้ายแรง ซึ่งเหตุแห่งการฟ้องคดีขอเลิกการรับบุตรบุญธรรมส่วนใหญ่จึงมีลักษณะคล้ายเหตุฟ้องหย่าในมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง 6 ประการแรก และการฟ้องคดีของบุตรบุญธรรมนั้นถือว่าเป็นการยกเว้นข้อห้ามฟ้องบุพการีในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1562 ไปในตัว ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิต้องตีความโดยเคร่งครัดจึงห้ามเฉพาะบุตรที่ขอด้วยกฎหมายฟ้องบุพการีของตนเท่านั้น (คำพิพากษา 227/2532) ดังนั้นบุตรบุญธรรมจึงสามารถฟ้องผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นคดีแพ่ง หรือคดีอาญาด้วยตนเอง หรือขอให้พนักงานอัยการฟ้องแทนก็ได้²⁹

อนึ่ง การฟ้องคดีขอเลิกการรับบุตรบุญธรรมของบุตรบุญธรรมนั้นหากบุตรบุญธรรมอายุเกินกว่า 15 ปีบริบูรณ์ สามารถฟ้องขอเลิกรับบุตรบุญธรรมได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลผู้ให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมแต่อย่างใด ดังนั้นหากเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนประสงค์จะฟ้องคดีขอเลิกการรับบุตรบุญธรรมต่อผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมได้ แต่ในทางกลับกันผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนคงไม่ประสงค์จะมีการเลิกการรับบุตรบุญธรรมแต่อย่างใด เพราะวัตถุประสงค์ของการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนก็เพื่อจะมีบุตรไว้อุปการะเลี้ยงดู อีกทั้งเด็กนั้นอาจเป็นบุตรโดยสายโลหิตของตนเองยิ่งไม่ต้องการยุติความสัมพันธ์ในการเป็นบิดามารดาและบุตรต่อกัน แต่บุตรบุญธรรมหากภายหลังทราบประวัติความเป็นมาของตนอาจต้องการไปอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของมารดาผู้ให้กำเนิดก็ได้ จึงอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เปิดช่องให้มีการเลิกรับบุตรบุญธรรมโดยการฟ้องคดีได้ ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วยที่จะให้สิทธิแก่เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนฟ้องคดีต่อผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในการขอเลิกการรับบุตรบุญธรรม นอกจากจะเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของการทำสัญญาแล้ว ยังถือได้ว่าเป็นการเนรคุณต่อบุพการีโดยสายโลหิต หรือผู้มีพระคุณของตน

จากการที่ได้กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มีบางกรณีที่ทำให้เกิดปัญหาในการที่ผู้ว่าจ้างจะจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 345.

เช่น ข้อกำหนดในเรื่องอายุของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนที่จะทำการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม จะต้องมียุ 25 ปีบริบูรณ์เสียก่อน หรือสิทธิในการขอลงคำขอคำรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของหญิงรับตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายและผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ตนเอง กลายเป็น ช่องว่างทางกฎหมายที่คู่สัญญาสามารถใช้เป็นข้ออ้างในการผิดสัญญาได้ เป็นต้น หลักเกณฑ์และ เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดนั้นนอกจากจะก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติแล้ว ยังก่อให้เกิดปัญหาใน ทางกฎหมายอันจะทำให้เกิดการฟ้องร้องคดีระหว่างกันได้อีก ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในลำดับต่อไป

3. ปัญหาทางกฎหมายของการรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม

การรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนนั้น จำเป็นต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายบางประการก่อให้เกิด ความไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน เพราะการจดทะเบียนรับบุตร บุญธรรมตามกฎหมายเป็นการก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นมาตรการคุ้มครอง สวัสดิภาพและประโยชน์ของเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรมเป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม การรับเด็กอัน เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมแตกต่างไปจากการรับบุตรบุญธรรมตามปกติ เนื่องจาก เด็กนั้นเกิดจากการทำสัญญาระหว่างผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนกับหญิงรับตั้งครรภ์แทน โดยผู้ว่าจ้าง ตั้งครรภ์แทนมีเจตนาจะอุปการะเลี้ยงดู ให้ความรัก ให้ความศึกษาแก่เด็กที่เกิดมาดจเป็นบุตรที่เกิด มาตามธรรมชาติของตนอยู่แล้ว ดังนั้นสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดอาจมีบางกรณีเป็น การได้เปรียบและไม่เป็นธรรมต่อผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม ซึ่งผู้เขียนได้ แยกวิเคราะห์ดังนี้

3.1. การให้ความยินยอมของผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในการจดทะเบียนรับ และเลิกเป็นบุตรบุญธรรม

เนื่องจากการรับและเลิกรับบุตรบุญธรรมกระทบกระเทือนต่อสิทธิและหน้าที่ ภายในครอบครัวทั้งความสัมพันธ์ส่วนตัว และความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินของคู่สมรสไม่มากนักน้อย ดังนั้นผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายจึงควรทราบ และให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมและการเลิกการ รับบุตรบุญธรรมด้วย ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.1.1. ความยินยอมของคู่สมรส

การรับบุตรบุญธรรม กฎหมายกำหนดว่าถ้าผู้ที่จะรับบุตรบุญธรรมหรือผู้ที่ จะเป็นบุตรบุญธรรมมีคู่สมรสอยู่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสก่อน ตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/25 เว้นแต่จะมีเหตุที่คู่สมรสไม่อาจให้ความยินยอมได้ การที่ผู้จะ

รับบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสก่อน เนื่องจากภายหลังการรับบุตรบุญธรรมแล้วผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องนำตัวบุตรบุญธรรมมาพำนักอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน เพื่อความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่ระหว่างกัน เช่น การอุปการะเลี้ยงดู การให้การศึกษา การจัดการทรัพย์สิน และอบรมดูแลบุตรบุญธรรม เป็นต้น ซึ่งต้องมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันในทางส่วนตัวและจะต้องมีค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับบุตรบุญธรรมเพิ่มขึ้น อันมีผลกระทบต่อทรัพย์สินอันเป็นสินสมรสของทั้งสองฝ่ายจึงควรให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้รับรู้ปัญหาและให้ความยินยอมก่อน การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมโดยที่คู่สมรสไม่ได้ให้ความยินยอม การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมนั้นไม่สมบูรณ์ ไม่มีผลตามกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 2398/2517)

การรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม ส่วนใหญ่แล้วคู่สมรสของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะให้ความยินยอมมาตั้งแต่ขั้นตอนการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนแล้ว เมื่อมาถึงขั้นตอนการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมจึงมักไม่มีปัญหาเกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตามก็อาจมีกรณีที่คู่สมรสของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอมในการเข้าทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน ซึ่งการไม่ให้ความยินยอมในการทำสัญญานี้ไม่ทำให้สัญญารับตั้งครรภ์แทนสิ้นสุดลง แต่จะส่งผลมาถึงการจดทะเบียนรับบุตรอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้ เนื่องจากการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมนั้นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสของผู้จะรับบุตรบุญธรรมเสียก่อน เมื่อคู่สมรสของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอมในการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมจึงไม่สมบูรณ์ แม้ว่าการให้ความยินยอมนั้นไม่ถือว่าตนเองเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมด้วยก็ตาม และหญิงรับตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถฟ้องบังคับให้คู่สมรสที่ไม่ให้ความยินยอมนั้นต้องให้ความยินยอมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมตามสัญญาได้ คงมีสิทธิเพียงเรียกค่าเสียหายจากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเท่านั้น อนึ่ง คู่สมรสของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนที่ได้ให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมแล้วต่อมายุ่งภายหลัง ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในฐานะผู้รับบุตรบุญธรรมประสงค์จะขอเลิกการรับบุตรบุญธรรมโดยตกลงกับบุตรบุญธรรม การเลิกการรับบุตรบุญธรรมนั้นไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรมอีกแต่อย่างไร สามารถจดทะเบียนเลิกการรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายได้เลย

3.1.2. ความยินยอมของหญิงรับตั้งครรภ์แทน

การที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้คลอดเด็กออกมาจึงมีฐานะเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมาย และถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทนมีสามีซึ่งจะมีต้องขอสันนิษฐานของกฎหมายในการเป็นบิดา การจดทะเบียนรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมนั้นต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรมเสียก่อน ซึ่งตามหลักการแล้วเมื่อหญิงรับตั้งครรภ์แทนทำสัญญารับตั้งครรภ์

แทนก็มีเจตนาแต่แรกที่จะสละความเป็นมารดา และส่งมอบเด็กเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งในขณะนั้น เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนยังเป็นทารกหรือผู้เยาว์อยู่ บิดามารดาจะเป็นผู้ให้ความยินยอม ในการเป็นบุตรบุญธรรมแทนผู้เยาว์ และเมื่อครบกำหนดระยะเวลาทดลองเลี้ยงดูเด็กไม่น้อยกว่า 6 เดือนแล้วผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ก็จะดำเนินการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ แต่ในระหว่าง การทดลองเลี้ยงดูเด็กนั้น หากหญิงรับตั้งครรภ์แทนเปลี่ยนใจไม่ยอมยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรม ของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน โดยการขอถอนคำรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเสียตามมาตรา 25 แห่ง พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม หรือหญิงรับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมแต่สามีของ หญิงรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งมีฐานะเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายเป็นฝ่ายปฏิเสธไม่ให้ความยินยอมใน การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร บุญธรรมได้ เพราะจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดาและมารดาทั้งคู่ เว้นเสียแต่สามีของหญิง รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ไม่มีอำนาจให้ความยินยอม เช่น ฟ้องปฏิเสธว่าเด็กไม่ใช่บุตรของตนและศาล มีคำสั่งว่าเด็กนั้นมิใช่บุตรของสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทน

ในกรณีที่ฝ่ายหญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นฝ่ายปฏิเสธไม่ให้ความยินยอมในการ รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้น ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนยังคงมีสิทธิที่จะร้องขอต่อศาลเยาวชนและ ครอบครัว หรือศาลจังหวัดในกรณีที่ท้องที่นั้นไม่มีศาลเยาวชนและครอบครัวเปิดทำการ ตาม มาตรา 1598/21 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาต ให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแทนการให้ความยินยอมของหญิงรับตั้งครรภ์แทน แต่ผู้ว่าจ้าง ตั้งครรภ์แทนต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า การที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอม นั้นปราศจากเหตุผลอันสมควรและเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญ หรือสวัสดิภาพของเด็ก และหากศาลมีคำสั่งอนุญาตให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไปยื่นคำ ขอดออธิบดีกรมประชาสงเคราะห์หรือผู้ว่าราชการจังหวัด เพื่อขอดำเนินการทดลองเลี้ยงดูเด็กก่อน ขอจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

แต่ถ้าศาลไม่อนุญาตให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร บุญธรรม ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถฟ้องบังคับให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องให้ความ ยินยอมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาไม่ได้เช่นกัน เพราะสภาพแห่ง หนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้คงมีสิทธิที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายตามสัญญาเท่านั้น ในเรื่องการให้ ความยินยอมไม่ว่าจะเป็นความยินยอมของคู่สมรสของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ดี หรือความยินยอม ของหญิงรับตั้งครรภ์แทนก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่อง หนี้ ไม่สามารถใช้ บังคับคู่สัญญาที่ผิดสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้คงมีเพียงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อกัน

เท่านั้น ซึ่งนั่นก็มีไว้วัตถุประสงค์แท้จริงของคู่สัญญาตั้งแต่แรกจึงเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดว่า การรับบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมของคู่สมรสของผู้จะรับบุตรบุญธรรมก็ดี หรือต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาของเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรมก็ดี ตลอดจนถึงสิทธิในการขอถอนคำขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของหญิงรับตั้งครรภ์แทนนั้นก่อให้เกิดปัญหาทางด้านกฎหมาย เมื่อฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามสัญญาอีกฝ่ายก็ต้องฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากกรณีผิดสัญญาดังกล่าว

ส่วนการให้ความยินยอมในการเลิกการรับบุตรบุญธรรมนั้น หากผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนตกลงกับบุตรบุญธรรมว่าจะเลิกรับบุตรบุญธรรม โดยที่บุตรบุญธรรมนั้นยังไม่บรรลุนิติภาวะจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาเสียก่อน ถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอมก็ไม่สามารถจดทะเบียนเลิกรับบุตรบุญธรรมได้ แต่ถ้าบุตรบุญธรรมอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปี และหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอมในการเลิกรับบุตรบุญธรรมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรและเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญหรือสวัสดิภาพของบุตรบุญธรรม ฯลฯ กรณีเช่นนี้ผู้รับบุตรบุญธรรมสามารถร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตให้เลิกรับบุตรบุญธรรมได้เช่นกัน³⁰ ซึ่งปัญหาในการให้ความยินยอมในการเลิกรับบุตรบุญธรรมนั้น ผู้เขียนเห็นว่าคงเกิดขึ้นได้น้อย เพราะผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์มีความยินดีที่จะอุปการะเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยความรักอย่างที่สุดแล้ว เด็กย่อมซึมซับความรู้สึกเช่นนั้นได้จนมีความผูกพันดุจเป็นบิดามารดาโดยกำเนิด อีกทั้งหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีเจตนาจะอุปการะเลี้ยงดูเด็กก็อาจปฏิเสธไม่ให้ความยินยอมในการเลิกรับบุตรบุญธรรม เพราะถ้ามีการเลิกรับบุตรบุญธรรมจริง เด็กนั้นจะกลับไปสู่การอุปการะเลี้ยงดูของหญิงรับตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมาย

3.2. หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู

หากหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอมในการรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน และผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนใช้สิทธิตามมาตรา 1598/21 วรรคสองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อร้องขอต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมแล้วศาลไม่อนุญาตนั้น ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะขอให้ศาลถอนอำนาจปกครองบุตรของหญิงรับตั้งครรภ์แทน และขอให้ศาลตั้งตนเป็นผู้ปกครองเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่ได้เช่นกัน เพราะมาตรา 1582 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น

³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/31 วรรคสอง และวรรคท้าย.

การถอนอำนาจปกครองบุตรจะกระทำได้อีกเมื่อมีเหตุการณ์ หรือพฤติการณ์ของบิดามารดาของเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรมที่แสดงให้เห็นว่าไม่เหมาะสมจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์อีกต่อไป อนึ่ง ผู้มีสิทธิขอให้ศาลมีคำสั่งถอนอำนาจปกครองเสียบางส่วนหรือทั้งหมดนั้นจะต้องเป็นญาติของผู้เยาว์หรือเป็นพนักงานอัยการ เพราะเป็นเรื่องภายในครอบครัว (Family Privacy) ซึ่งผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ถือว่าเป็นญาติของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนทั้งทางกฎหมายหรือตามสายโลหิต เพราะการเป็นญาติตามสายโลหิต หมายถึง การปฏิสนธิตามธรรมชาติแต่บิดามารดาที่มีได้สมรสกันเท่านั้นมิได้หมายความรวมถึงการตั้งครรภ์แทนด้วย เมื่อผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมิใช่ญาติของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน จึงไม่มีสิทธิขอให้ศาลถอนอำนาจปกครองบุตรได้ นอกจากนี้แม้ว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายและเด็กไม่มีผู้ใดมาอุปการะเลี้ยงดู ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ไม่มีสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1586 วรรคหนึ่งที่จะมาร้องขอให้ศาลตั้งตนเป็นผู้ปกครองเด็กได้³¹

แต่ถ้าศาลมีคำสั่งอนุญาตให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน หรือหญิงรับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม เมื่อผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายแล้ว เด็กนั้นจะมีฐานะเช่นเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมแต่ก็ไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ต่อครอบครัวเดิม กล่าวคือแม้อำนาจปกครองบุตรจะมาอยู่ที่ผู้รับบุตรบุญธรรมแล้วก็ตาม แต่บิดามารดาโดยกำเนิดยังคงมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรดังเดิม และบุตรเองก็ย่อมมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาเช่นกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563

การตั้งครรภ์แทนนั้นหญิงรับตั้งครรภ์แทนมีเจตนาแต่แรกแล้วว่า จะสละความเป็นมารดาและอำนาจปกครองบุตร แม้จะเป็นผู้ให้กำเนิดแต่การตั้งครรภ์นั้นก็มิใช่การตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ และมีมิใช่เป็นผู้ให้การปฏิสนธิเด็ก ความเป็นมารดาของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะถือว่าเป็นมารดาแท้ๆ ก็ไม่ได้ จะว่ามีไม้มารดาก็ปรากฏว่าเป็นผู้คลอดบุตรบุญธรรมเสียเอง ฝรั่งเศสบางคนเรียกมารดาประเภทนี้ว่า Surrogate mother หรือจะเรียกว่า อุปมารดา³² เพราะมีลักษณะเป็นเพียงผู้ดูแลรักษาเด็กในครรภ์เท่านั้น ส่วนสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนก็มีฐานะเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายเพราะต้องข้อสันนิษฐานตามกฎหมายเท่านั้น ทั้งคู่อาจจะไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตแต่กลับมีสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้ และเด็กเองยังคงมีสิทธิและหน้าที่

³¹ ประสพสุข บุญเดช. "การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์". หน้า 191.

³² สันหัต ศะควินิช. "มองไปข้างหน้า ปัญหาสมเทียม." วารสารนิติศาสตร์. 2, 15 ธันวาคม 2538, หน้า 114.

ต่อหญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามีด้วยนั้น นอกจากก่อให้เกิดปัญหาตามที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงบ้าง แล้วนั้นยังอาจก่อให้เกิดปัญหาในการฟ้องร้องคดีตามกฎหมายได้ เช่น ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 689/2512 ผู้ที่มาทำละเมิดบุตรซึ่งยกให้ผู้อื่นไปแล้วตาย บิดามีอำนาจฟ้องบุคคลที่มากกระทำละเมิดได้ ส่วนคำพิพากษาฎีกาที่ 713/2517 ผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองจึงยอมมีอำนาจฟ้องผู้ทำละเมิดให้ชดเชยค่าเสียหายได้ ซึ่งจากคำพิพากษาฎีกาททั้งสองนั้น หากบุตรบุญธรรมถูกทำละเมิดถึงตาย ใครจะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้มากกระทำละเมิดได้ระหว่างหญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามีที่มีได้อุปการะเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมกับผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนซึ่งอาจเป็นบิดามารดาโดยสายโลหิตและทำการอุปการะเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมมาตลอด เป็นต้น

จากการที่กฎหมายกำหนดให้สิทธิและหน้าที่ของบุตรบุญธรรมที่มีอยู่กับครอบครัวเดิมไม่สูญไปเพราะการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมนั้น ทำให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนและเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูต่อกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อทุกฝ่าย กล่าวคือ ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนซึ่งได้อุปการะเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนอย่างดีสมควรที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุตรบุญธรรมเป็นการตอบแทน แต่หญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามีมิได้อุปการะเลี้ยงดูเด็กแต่อย่างใดแต่กลับมีสิทธิที่จะฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 1563 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เป็นบทบังคับให้บุตรต้องมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาไม่ว่าบิดามารดาจะมีฐานะมั่งมีหรือยากจน และประกอบอาชีพหาเลี้ยงตนเองได้หรือไม่ก็ตาม³³ หรือการที่บิดามารดาต้องมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร แม้จะได้ยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นแล้วนั้น ทำให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามีต้องมีภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษาแก่บุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนอีก ส่งผลกระทบต่อทรัพย์สินอันเป็นสินสมรส และกระทบต่อบุตรคนอื่นๆของหญิงรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใดด้วยเช่นกัน ผู้เขียนจึงเห็นว่าเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อทุกฝ่าย และเป็น การป้องกันมิให้มีการฟ้องคดีเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูต่อกัน ก็น่าที่จะให้สิทธิและหน้าที่ของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่มีอยู่กับครอบครัวเดิมสิ้นสุดลงนับแต่เวลาที่เด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนแล้ว และควรให้เด็กได้มีโอกาสทราบประวัติความเป็นมาของตนเพื่อประโยชน์ในทางการแพทย์ และยังเป็น การป้องกันมิให้เกิดการสมรสกันเองในหมู่เครือญาติอีกด้วย

³³ ไพโรจน์ กัมพูสิริ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 359.

3.3. สิทธิในการฟ้องคดีขอเลิกรับบุตรบุญธรรม

บุตรบุญธรรมไม่ถือว่าเป็นผู้สืบสันดานของผู้รับบุตรบุญธรรมจึงสามารถฟ้องผู้รับบุตรบุญธรรมในคดีขอเลิกรับบุตรบุญธรรมได้ แต่จะต้องมีลักษณะร้ายแรงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นข้อห้ามฟ้องบุพการี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1562 ไปในตัว ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทกฎหมายจำกัดสิทธิต้องตีความโดยเคร่งครัด จึงห้ามเฉพาะบุตรชอบกฎหมายฟ้องบุพการีเท่านั้นตามคำพิพากษาฎีกาที่ 227/2532 และคำพิพากษาฎีกาที่ 298/2538 ได้วินิจฉัยว่า บุตรบุญธรรมไม่ใช่ผู้สืบสันดานของผู้รับบุตรบุญธรรมจึงมีอำนาจฟ้องผู้รับบุตรบุญธรรมได้ และไม่ถือเป็นคดีอุทลุม

แต่ก็มีผู้เห็นว่าการนำบทบัญญัติในลักษณะ 2 หมวด 2 มาใช้บังคับกับการรับบุตรบุญธรรมโดยอนุโลมนั้น ก็น่าจะแสดงว่าบุตรบุญธรรมไม่สามารถฟ้องผู้รับบุตรบุญธรรมได้ไม่ว่าเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา เพราะความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมเป็นไปแบบเดียวกับบิดามารดาปฏิบัติต่อบุตรชอบด้วยกฎหมายทุกประการ ไม่ว่าจะเป็สิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู ตลอดจนมีสิทธิได้รับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมด้วยก็น่าจะถือได้ว่าผู้รับบุตรบุญธรรมมีฐานะอย่างเดียวกับบุพการีของบุตรบุญธรรมนั่นเอง³⁴ แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องการบังคับใช้บทบัญญัติในลักษณะ 2 หมวด 2 นั้นเป็นการนำมาใช้บังคับโดยอนุโลม คือให้นำมาใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดกับบทบัญญัติในเรื่องการรับบุตรบุญธรรม และบทบัญญัติในเรื่องการฟ้องขอเลิกเป็นบุตรบุญธรรมนั้นถือได้ว่าเป็นเรื่องเฉพาะตัวโดยแท้ และฐานะความเป็นบิดามารดาและบุตรนั้นเป็นไปโดยผลของการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายเท่านั้น มิได้มีความสัมพันธ์เป็นผู้สืบสันดานและบุพการีอย่างแท้จริง บุตรบุญธรรมจึงฟ้องผู้รับบุตรบุญธรรมในคดีขอเลิกเป็นบุตรบุญธรรมได้

จากแนวคำพิพากษาทั้งสองที่วินิจฉัยว่าการตีความถ้อยคำในกฎหมายจะต้องตีความโดยเคร่งครัด หากนำมาพิจารณากับกรณีการรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งผู้รับบุตรบุญธรรมมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับบุตรบุญธรรมนั้นจะต้องตีความโดยเคร่งครัดหรือไม่ หากต้องตีความโดยเคร่งครัดก็แสดงว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นบุตรบุญธรรม ไม่สามารถฟ้องคดีขอเลิกการเป็นบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/33 ได้ มิฉะนั้นจะถือได้ว่าเป็นการฟ้องบุพการีอันเป็นคดีอุทลุม แต่ถ้าผู้รับบุตรบุญธรรมไม่มีความเกี่ยวพันทางสายโลหิตกับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน เพราะเกิดจากการผสมเทียมของเชื้อพันธุ์ที่ได้รับบริจาคมาก็สามารถฟ้องคดีขอเลิกเป็นบุตรบุญธรรมได้ ซึ่งใน

³⁴ ไกรฤกษ์ ทุมโฆสิต. ว่าที่ ร.ต. บุตรบุญธรรม. . หน้า 147-148.

เรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ในความเป็นจริงแล้วเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยสายโลหิตของผู้รับบุตรบุญธรรมก็น่าจะถือได้ว่าเป็นบุพการีของบุตรบุญธรรม ยังคงมีสิทธิที่จะฟ้องขอเลิกการเป็นบุตรบุญธรรมได้ เหตุเพราะยังไม่มีบทบัญญัติใดให้การรับรองเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนนอกจากการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น เมื่อบทบัญญัติในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมเป็นเช่นไรก็ต้องปฏิบัติไปเช่นนั้น ดังนั้นเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงมีสิทธิฟ้องคดีขอเลิกเป็นบุตรบุญธรรมของบิดามารดาโดยสายโลหิตได้ ไม่ถือว่าเป็นคดีอุทลุมเพราะเป็นการใช้สิทธิเฉพาะตัวตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

3.4. สิทธิในการรับมรดก

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28 บุตรบุญธรรมอยู่ในฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม จึงมีสิทธิรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่ง แต่ในทางกลับกัน ผู้รับบุตรบุญธรรมกลับไม่มีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรม เว้นแต่บุตรบุญธรรมจะได้ทำพินัยกรรมระบุให้ผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นผู้รับมรดก ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการรับบุตรบุญธรรมโดยหวังในทรัพย์สินของบุตรบุญธรรมที่มีอยู่ในครอบครัวเดิม แต่ถ้าบุตรบุญธรรมตายก่อนผู้รับบุตรบุญธรรมโดยที่ไม่มีผู้สืบสันดานหรือคู่สมรส ผู้รับบุตรบุญธรรมมีสิทธิเรียกทรัพย์สินที่ได้ให้แก่บุตรบุญธรรมคืนเท่าที่เหลือจากการชำระหนี้กองมรดกเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/30 ซึ่งถ้าเป็นการรับบุตรบุญธรรมตามปกติ ผู้เขียนเห็นด้วยกับเจตนารมณ์กับบทบัญญัตินี้เพราะผู้รับบุตรบุญธรรมมิใช่บิดามารดาโดยกำเนิดของบุตรบุญธรรม สิทธิและหน้าที่ในเรื่องมรดกจึงไม่เหมือนกับสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาโดยกำเนิดที่มีสิทธิได้รับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะเป็นทายาทอันดับสอง ทรัพย์สินของบุตรบุญธรรมที่เป็นกองมรดกจึงควรตกทอดไปยังบิดามารดาโดยกำเนิดมากกว่าจะตกไปยังผู้รับบุตรบุญธรรม

แต่การรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมจำต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วยเช่นกัน ถ้าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนตายก่อนผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ทรัพย์สินที่เป็นกองมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็ตกทอดไปยังหญิงรับตั้งครรภ์แทน และสามีในฐานะเป็นบิดามารดาชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่เป็นธรรมต่อผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเพราะเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์เป็นบุตรโดยสายโลหิตของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนที่ได้ให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรโดยสายโลหิตมาเป็นอย่างดีมาตลอด ควรจะเป็นผู้รับมรดกของเด็ก

อันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมากกว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนที่เป็นเพียงผู้รับตั้งครรภ์แทนแล้วคลอดบุตรออกมาเท่านั้น อีกทั้งยังมีได้อุปการะเลี้ยงดูบุตรที่เกิดมาด้วยแต่กลับมีสิทธิรับมรดกของบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเพราะกฎหมายกำหนดไว้

แม้จะมีบทบัญญัติในเรื่องการเรียกทรัพย์สินที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้ให้แก่เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนคืนได้ ในกรณีที่เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่มีคู่สมรสหรือผู้สืบสันดาน แต่ก็ยังเป็นเพียงการเรียกคืนได้ภายหลังจากการชำระหนี้ของมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน และยังเป็นกรเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ให้ไปเท่านั้น ถ้าเป็นทรัพย์สินที่เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนหามาได้เอง ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ไม่มีสิทธิรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเช่นเดิม ทรัพย์สินในส่วนนี้จะตกทอดไปยังหญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามีในฐานะเป็นทายาทของเจ้ามรดก จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติในเรื่องนี้เมื่อนำมาใช้กับการตั้งครรภ์แทนแล้วก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นบิดามารดาโดยสายโลหิตที่ถูกจำกัดสิทธิห้ามรับมรดกของบุตรโดยสายโลหิตของตนเอง

หรือในทางกลับกัน เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีสิทธิได้รับมรดกของหญิงรับตั้งครรภ์แทนด้วยเช่นกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า สิทธิในการรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่มีอยู่ต่อครอบครัวเดิมนั้น เป็นการไม่ยุติธรรมต่อทายาทของหญิงรับตั้งครรภ์แทนที่จะได้รับส่วนแบ่งในกองมรดกของหญิงรับตั้งครรภ์แทนน้อยลง โดยเฉพาะกองมรดกของสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนที่มีฐานะเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็มีสิทธิได้รับมรดกของสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนด้วยเช่นกัน อาจทำให้ทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียในกองมรดกของสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนฟ้องปฏิเสธว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน หารู้ทายาทของเจ้ามรดกเพราะมิได้เกิดจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงสิทธิการรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยละเอียดในบทต่อไป

4. องค์การในการกำกับดูแลและการรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม

โดยปกติแล้วการขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมสามารถทำได้ด้วยตนเอง แต่ถ้าผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมยังเป็นผู้เยาว์หรือเป็นเด็กกำพร้าบิดามารดานั้น องค์การที่กำกับดูแลการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 กำหนดไว้คือกรมประชาสงเคราะห์ ส่วนราชการที่กรมประชาสงเคราะห์มอบหมาย และองค์การสวัสดิภาพเด็กที่ได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมประชาสงเคราะห์ ซึ่งทั้ง 3 องค์การนั้นเป็นผู้ดำเนินการเพื่อให้มี

การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม โดยเฉพาะกรมประชาสงเคราะห์ที่เป็นหน่วยงานในด้านให้การสงเคราะห์และคุ้มครองประชาชนผู้ประสบปัญหาความเดือดร้อน รวมทั้งการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กด้วย เช่น การอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษาสามัญ การอบรม ฝึกอาชีพ แก้ไขความประพฤติ ปัญหาครอบครัวแก่เด็กกำพร้า อนาคตา ไร้ที่พึ่ง ยากจน คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่ครอบครัวประสบปัญหาต่างๆ พิจารณานำเด็กเข้าอุปการะในสถานสงเคราะห์ ตลอดจนจัดหาครอบครัวใหม่ให้แก่เด็กขาดบิดามารดา ฯลฯ การดำเนินงานของทั้ง 3 องค์กรนั้นเป็นการดำเนินการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมตามที่ได้มีระเบียบวางไว้ตามปกติ

ศาลสถิตยุติธรรมจะเข้ามาเกี่ยวข้องก็ต่อเมื่อกฎหมายบัญญัติให้อำนาจศาลเป็นผู้วินิจฉัยปัญหาต่างๆ ในการรับบุตรบุญธรรม เช่น การร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแทนการได้รับความยินยอมจากบิดามารดา แต่ในทางปฏิบัติแล้วศาลยังมีปัญหาในการสืบเสาะ สืบค้นหาข้อเท็จจริงที่สำคัญต่างๆ ในการประกอบการพิจารณาว่าเหมาะสมให้มีการรับบุตรบุญธรรมหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายได้กำหนดไว้นั้นมีบางประการเป็นอุปสรรคต่อการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน เช่น เงื่อนไขในเรื่องคุณสมบัติของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนที่จะต้องมีความครบ 25 ปีบริบูรณ์เสียก่อนจึงจะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้ หรือจะต้องมีการทดลองเลี้ยงดูเด็กไม่น้อยกว่า 6 เดือน ฯลฯ ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วนั้น ล้วนแต่เป็นอุปสรรคต่อการคุ้มครองสิทธิของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าเพื่อเป็นการป้องกันปัญหาต่างๆ อันอาจจะเกิดขึ้น ศาลควรเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนนับตั้งแต่ก่อนจะมีการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น เช่น ให้ศาลเป็นผู้พิจารณาว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้เหมาะสมที่จะรับตั้งครรภ์แทนหรือไม่ หรือผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีข้อบกพร่องจนไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติจริงหรือไม่ โดยพิจารณาจากเอกสารทางการแพทย์ผู้ทำการตรวจ หรือเป็นผู้ทำการในการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีเพื่อช่วยการเจริญพันธุ์ ซึ่งแพทย์ที่ว่านี้จะต้องเป็นแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญในด้านนี้โดยเฉพาะ หรือเรียกได้ว่าการตั้งครรภ์แทนในครั้งนี้อยู่ภายใต้การดูแลของแพทย์ ส่วนการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องมีข้อกำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ไว้เช่น ผู้ว่าจ้างจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายต่างๆ ส่วนหญิงรับตั้งครรภ์แทนก็ต้องมีหน้าที่ยอมตนเข้ารับการผสมเทียมจนตั้งครรภ์ สาละสำคัญของสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องมีข้อที่ระบุว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะต้องสละความเป็นมารดาของบุตรที่ตนคลอดออกมา และผู้ว่าจ้างจะต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาโดยการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย

นอกจากนี้ศาลจะเข้ามาดูแลจนถึงขั้นตอนการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม ที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนสามารถจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้โดยไม่ต้องมีการทดลองเลี้ยงดูเด็กไม่น้อยกว่า 6 เดือน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ศาลที่ควรเข้ามากำกับดูแลในเรื่องการตั้งครรภ์แทนนั้นควรจะเป็นศาลเยาวชนและครอบครัว เพราะปัญหาส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นมักจะเป็นปัญหาในเรื่องครอบครัว เช่น การเป็นบิดามารดาและบุตร การใช้อำนาจปกครองบุตร สิทธิและหน้าที่ในการอุปการะดูแล ทั้งนี้เพื่อให้ศาลได้ทราบถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนมีการวินิจฉัยปัญหา แทนที่จะรอให้เกิดปัญหาก่อนแล้วจึงหันมาให้ศาลวินิจฉัยเหมือนที่เคยปฏิบัติมา

บทที่ 6

ปัญหาทางกฎหมายมรดกกับการตั้งครรภ์แทน

ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะทำการรับรองสถานะทางกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งมีขั้นตอนและวิธีการตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 กำหนดไว้ เมื่อผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะมีฐานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม และเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะมีฐานะเป็นบุตรบุญธรรม และมีฐานะเป็นบิดามารดาและบุตรตามกฎหมายโดยไม่มีข้อบกพร่องต่อสิทธิในครอบครัวและสิทธิระหว่างมรดก แต่ถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมิได้ดำเนินการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม แต่กลับไปแจ้งการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนในทะเบียนคนเกิดว่าหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นมารดา นอกจากจะเป็นความผิดตามกฎหมายแล้ว ยังทำให้สถานะทางกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่แน่นอน เพราะอาจมีการเพิกถอนทะเบียนดังกล่าวในภายหลังได้ อันจะมีผลไปยังสิทธิระหว่างมรดกด้วย ซึ่งผู้เขียนได้แยกวิเคราะห์ออกเป็นกรณีที่มีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมกับกรณีไม่มีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมว่าแต่ละกรณีนั้น สิทธิระหว่างมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นเช่นไร

1. กรณีจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม

เนื่องจากในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการตั้งครรภ์แทนเป็นการเฉพาะ ดังนั้นการรับรองสถานะของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจึงมีแต่การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น เมื่อได้จดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายแล้ว บุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมจะมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมาย บุตรบุญธรรมมีสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูและได้รับการศึกษาตามสมควรจากผู้รับบุตรบุญธรรม และเมื่อผู้รับบุตรบุญธรรมถึงแก่ความตายบุตรบุญธรรมมีสิทธิได้รับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรม สิทธิของบุตรบุญธรรมที่ว่าย่อมเท่าเทียมกับสิทธิของบุตรชอบด้วยกฎหมายคนอื่นๆ ของผู้รับบุตรบุญธรรม ดังนั้นสิทธิในการรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจึงมีดังนี้

1.1. การเป็นทายาท

มาตรา 1599 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "เมื่อบุคคลใดตายมรดกของบุคคลนั้นตกทอดแก่ทายาท

ทายาทอาจเสียไปซึ่งสิทธิในมรดกได้แต่โดยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น"

มาตรา 1603 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "กองมรดกย่อมตกทอดแก่ทายาทโดยสิทธิตามกฎหมายหรือโดยพินัยกรรม

ทายาทที่มีสิทธิตามกฎหมาย เรียกว่า "ทายาทโดยธรรม"

ทายาทที่มีสิทธิตามพินัยกรรม เรียกว่า "ผู้รับพินัยกรรม" "

มรดกของบุคคลจะตกทอดไปยังทายาทก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์มรดกเรียกว่า "เจ้ามรดก" เมื่อเจ้ามรดกตายมรดกย่อมตกทอดแก่ทายาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1599 แม้ในมาตราดังกล่าวจะไม่ได้บัญญัติให้ตกทอดไปตั้งแต่เวลาใดก็ต้องหมายถึงตกทอดไปในทันทีที่เจ้ามรดกตาย ดังนั้นในเวลามรดกตกทอดแก่ทายาทของเจ้ามรดก มรดกของผู้ตายจะตกทอดแก่ผู้ใดก็ต้องพิจารณาว่าในเวลาที่เจ้ามรดกตาย เจ้ามรดกมีทายาทที่มีสิทธิได้รับมรดกหรือไม่ เพราะถ้าไม่มีผู้ที่มีสิทธิได้รับมรดกของผู้ตายทรัพย์มรดกจะตกทอดแก่แผ่นดิน¹

บุตรบุญธรรมจะเป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมในฐานะเป็นทายาทของเจ้ามรดกนั้นจะต้องเป็นบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย ดังนั้นทายาทในทางมรดกจึงแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1.1.1. ทายาทโดยธรรม

จากมาตรา 1603 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้กองมรดกตกทอดแก่ทายาทโดยสิทธิตามกฎหมายที่เรียกว่า "ทายาทโดยธรรม" บุตรบุญธรรมที่ได้รับการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมมีฐานะเช่นเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม หากผู้รับบุตรบุญธรรมถึงแก่ความตายโดยมิได้ทำพินัยกรรม บุตรบุญธรรมมีสิทธิรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมในฐานะทายาทโดยธรรมของเจ้ามรดก เป็นทายาทที่มีสิทธิในมรดกโดยผลของกฎหมายตามมาตรา 1598/28 และมาตรา 1627 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น บุตรบุญธรรมให้ถือว่าเป็นผู้สืบสันดานของผู้รับบุตรบุญธรรม

¹ เปรียบ หุตางกูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก. พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพฯ : บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลาจำกัด., 2539 , หน้า 23.

มาตรา 1629 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า ทายาทโดยธรรมมีหกลำดับเท่านั้นและภายใต้บังคับแห่งมาตรา 1630 วรรค 2 แต่ละลำดับมีสิทธิได้รับมรดกก่อนหลังดังต่อไปนี้คือ

- (1) ผู้สืบสันดาน
- (2) บิดามารดา
- (3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน
- (4) พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน
- (5) ปู่ ย่า ตา ยาย
- (6) ลุง ป้า น้า อา

คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นเป็นทายาทโดยธรรมภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา 1635 "

เมื่อบุตรบุญธรรมกฎหมายถือว่าเป็นผู้สืบสันดานของผู้รับบุตรบุญธรรมจึงมีสิทธิรับมรดกในฐานะเป็นทายาทโดยธรรมในลำดับชั้นที่หนึ่งของเจ้ามรดก และถ้าผู้รับบุตรบุญธรรมมีคู่สมรสอยู่ก็ได้รับมรดกในส่วนที่เท่าๆ กันกับคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม

1.1.2. ทายาทโดยพินัยกรรม

นอกจากบุตรบุญธรรมจะมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งของผู้รับบุตรบุญธรรมแล้ว ถ้าบุตรบุญธรรมมิได้เป็นผู้ถูกกำจัดมิให้ได้รับมรดกก็มีสิทธิได้รับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1599 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ถ้าบุตรบุญธรรมกลายเป็นผู้ถูกกำจัดมิให้ได้รับมรดกของเจ้ามรดกตามมาตรา 1506 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุใดก็ตาม ก็ยังมีสิทธิได้รับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมได้หากผู้รับบุตรบุญธรรมได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเฉพาะอย่างไว้ในพินัยกรรม ซึ่งการรับมรดกในลักษณะนี้เรียกว่า "ผู้รับพินัยกรรม" แต่ถ้าผู้รับบุตรบุญธรรมได้ทำพินัยกรรมไว้ แต่ได้ระบุให้บุตรบุญธรรมไม่มีสิทธิได้รับมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1508 หรือในพินัยกรรมที่ทำไว้นั้นได้จำหน่ายทรัพย์สิน หรือมีผลบังคับได้เพียงบางส่วนเท่านั้น ส่วนที่เหลืออยู่บุตรบุญธรรมก็ยังคงมีสิทธิได้รับมรดกอยู่ แต่เป็นการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1629 (1)

โดยสรุปแล้ว บุตรบุญธรรมมีสิทธิรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมได้ 2 กรณีคือ เป็นทายาทโดยธรรมจากการเป็นผู้สืบสันดานของผู้รับบุตรบุญธรรม และโดยการเป็นทายาทโดยพินัยกรรมตามที่ผู้รับบุตรบุญธรรมระบุไว้ในพินัยกรรม อนึ่ง การเป็นทายาทของผู้รับบุตร

บุญธรรมนั้นบุตรบุญธรรมจะต้องไม่เสียสิทธิในมรดกไปโดยการเป็นผู้ถูกกำจัดมิให้รับมรดกฐานะเป็นผู้ไม่สมควร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1606 หรือโดยเหตุอื่น

1.2 ลำดับแห่งการเป็นทายาท

มาตรา 1633 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ทายาทโดยธรรมในลำดับเดียวกันในลำดับหนึ่งๆ ที่ระบุไว้ในมาตรา 1629 นั้น ชอบที่จะได้รับส่วนแบ่งเท่ากัน ถ้าในลำดับหนึ่งมีทายาทโดยธรรมคนเดียว ทายาทโดยธรรมคนนั้นมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งทั้งหมด” และ

มาตรา 1635 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “ลำดับและส่วนแบ่งของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ในการรับมรดกของผู้ตายนั้นให้เป็นไปดังต่อไปนี้

(1) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629 (1) ซึ่งยังมีชีวิตอยู่หรือมีผู้รับมรดกแทนที่แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่มีสิทธิได้รับส่วนแบ่งเสมือนหนึ่งว่าตนเป็นทายาทชั้นบุตร”

บุตรบุญธรรมซึ่งมีฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมและเป็นผู้สืบสันดานของผู้รับบุตรบุญธรรม จึงมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมของผู้รับบุตรบุญธรรมในลำดับแรกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 (1) และถ้าผู้รับบุตรบุญธรรมมีคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ คู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรมมีสิทธิได้รับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมในส่วนแบ่งเท่ากับทายาทชั้นบุตรหรือบุตรบุญธรรมนั่นเอง นั่นแสดงว่าถ้าผู้รับบุตรบุญธรรมมิได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้แก่ผู้อื่น บุตรบุญธรรมและคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรมจะได้รับส่วนแบ่งในกองมรดกเท่าๆ กันเว้นแต่ผู้รับบุตรบุญธรรมไม่มีคู่สมรสและมีบุตรบุญธรรมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายเพียงคนเดียว บุตรบุญธรรมก็สามารถรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมแต่เพียงผู้เดียว ตามมาตรา 1633 แต่ถ้าผู้รับบุตรบุญธรรมในฐานะเจ้ามรดกยังมีทายาทที่มีสิทธิได้รับมรดกอีกในลำดับชั้นถัดไปก็ต้องแบ่งทรัพย์สินมรดกกันตามส่วน

อนึ่ง ถ้าเจ้ามรดกมีบิดามารดาซึ่งถือเป็นทายาทโดยธรรมในลำดับสองนั้นกฎหมายบัญญัติไว้เป็นกรณีพิเศษที่ไม่ตัดสิทธิรับมรดกร่วมกับทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่ง² ดังนั้นถ้าผู้รับบุตรบุญธรรมมีบิดามารดาที่ยังมีชีวิตอยู่ บิดามารดานั้นมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งเสมือนหนึ่งว่าเป็นทายาทชั้นบุตรจึงมีสิทธิรับมรดกในลำดับชั้นเดียวกันกับบุตรบุญธรรมของผู้รับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1630

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก. พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม., 2537 , หน้า 196.

1.3. การรับมรดกแทนที่

มาตรา 1639 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "เมื่อบุคคลใดซึ่งเป็นทายาทตามมาตรา 1629 (1) (3) (4) และ (6) ถึงแก่ความตายหรือถูกกำจัดมิให้รับมรดกก่อนเจ้ามรดกตาย ถ้าบุคคลนั้นมีผู้สืบสันดานก็ให้ผู้สืบสันดานรับมรดกแทนที่..."

มาตรา 1642 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "การรับมรดกแทนที่กันนั้นให้ใช้บังคับแต่ในระหว่างทายาทโดยธรรม" และ

มาตรา 1643 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า "สิทธิที่จะรับมรดกแทนที่กันนั้นได้เฉพาะแก่ผู้สืบสันดานโดยตรง ผู้บุพการีหาสิทธินั้นไม่"

การรับมรดกแทนที่เป็นสิทธิในการรับมรดกอย่างหนึ่งของทายาทโดยธรรมที่เป็นญาติของเจ้ามรดกนอกเหนือไปจากสิทธิรับมรดกตามธรรมดา ผู้สืบสันดานชั้นบุตรนับเป็นญาติที่สนิทที่สุดของเจ้ามรดกจึงมีสิทธิในการรับมรดกแทนที่ หลักเกณฑ์ที่สำคัญของการรับมรดกแทนที่จึงอาจจำแนกได้เป็น 4 ประการ คือ³

1. การรับมรดกแทนที่จะมีได้แต่ในระหว่างทายาทโดยธรรม
2. ผู้มีสิทธิรับมรดกแทนที่จะต้องเป็นผู้สืบสันดานโดยตรงของบุคคลซึ่งจะเป็นทายาทตามมาตรา 1629 (1) (3) (4) หรือ (6) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
3. บุคคลซึ่งจะเป็นทายาทนั้นจะต้องเสียสิทธิในการรับมรดกเพราะตายหรือถูกกำจัดมิให้ได้รับมรดกก่อนเจ้ามรดกตายเท่านั้น และ
4. ผู้รับมรดกแทนที่จะต้องมิสิทธิบริบูรณ์ในการรับมรดก

บุตรบุญธรรมถือว่าเป็นทายาทโดยธรรมและเป็นผู้สืบสันดานของผู้รับบุตรบุญธรรมจึงน่าจะเป็นผู้มีสิทธิในการรับมรดกแทนที่ของผู้รับบุตรบุญธรรม หากผู้รับบุตรบุญธรรมตายหรือถูกกำจัดมิให้ได้รับมรดกก่อนเจ้ามรดกตาย⁴ แต่คำว่าผู้สืบสันดานโดยตรง หมายถึงญาติสืบสายโลหิตโดยตรงลงไปของบุพการีได้แก่ บุตร หลาน เหลน เป็นต้น แม้ในมาตรา 1627 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะบัญญัติให้บุตรบุญธรรมเป็นผู้สืบสันดานเหมือนบุตรชอบด้วยกฎหมาย แต่บุตรบุญธรรมเป็นผู้สืบสันดานประเภทที่กฎหมายสมมติขึ้นมีสิทธิรับมรดกในประเภทผู้สืบสันดานตามมาตรา 1629 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น

³ เปรียบ นุตางกูร. เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1639.

บุตรบุญธรรมจึงมิได้เป็นญาติของผู้รับบุตรบุญธรรมจึงไม่มีสิทธิรับมรดกแทนที่ผู้รับบุตรบุญธรรมแต่อย่างใด⁵

เมื่อผู้มีสิทธิรับมรดกแทนที่จะต้องเป็นผู้สืบสันดานโดยตรง ซึ่งหมายถึงผู้สืบสันดานในทางสายโลหิตโดยแท้จริง มิใช่ผู้สืบสายโลหิตโดยอ้อมอันเป็นเหตุให้บุตรบุญธรรมไม่มีสิทธิรับมรดกแทนที่ของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 773/2528) ถ้าบุตรบุญธรรมเป็นเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนซึ่งอาจเป็นผู้สืบสายโลหิตของผู้รับบุตรบุญธรรม จะถือว่าบุตรบุญธรรมนั้นเป็นผู้สืบสันดานที่สืบสายโลหิตโดยแท้จริงได้หรือไม่ หากพิจารณาถึงข้อเท็จจริงทางชีววิทยาแล้วก็น่าจะถือว่าบุตรบุญธรรมเป็นผู้สืบสันดานที่สืบสายโลหิตโดยแท้จริงของผู้รับบุตรบุญธรรมน่าจะมิได้สิทธิได้รับมรดกแทนที่ผู้รับบุตรบุญธรรม แต่อย่างไรก็ตามการเป็นบุตรทางชีววิทยานั้นกฎหมายรับรองแต่เฉพาะบุตรที่เกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างบิดาและมารดาตามธรรมชาติเท่านั้น แต่บุตรบุญธรรมอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรที่เกิดจากการผสมเทียมหรือใช้วิธีการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยี การรับรองสถานะของความเป็นบุตรจึงกระทำได้โดยการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น เมื่อบทบัญญัติทางกฎหมายในเรื่องบุตรบุญธรรมเป็นเช่นไรก็ต้องพิจารณาไปตามนั้น ดังนั้นเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่เป็นบุตรบุญธรรมของผู้รับบุตรบุญธรรมจึงไม่มีสิทธิในการรับมรดกแทนที่

1.4. สิทธิในการรับมรดกของบุตรบุญธรรม

บุตรบุญธรรมมีสิทธิได้รับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งและเป็นผู้สืบสันดานของผู้รับบุตรบุญธรรมตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น สิทธิและหน้าที่ของผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมเป็นไปอย่างเดียวกับบิดามารดาและบุตรชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ไม่ทำให้ผู้รับบุตรบุญธรรมมีสิทธิได้รับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะเป็นทายาทโดยธรรมอันดับสอง เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1598/29 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การรับบุตรบุญธรรมไม่ก่อให้เกิดสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมเพราะการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ดังนั้นผู้รับบุตรบุญธรรมจึงไม่มีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมเพราะเหตุที่เจ้ามรดกเป็นบุตรบุญธรรม แต่ถ้าผู้รับบุตรบุญธรรมอยู่ในฐานะอื่นโดยเฉพาะในฐานะเป็นญาติผู้รับบุตรบุญธรรมอาจมีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมได้เพราะไม่มีกฎหมายห้ามไว้ เช่น เป็นผู้รับมรดกตามพินัยกรรมหรือเป็นลุง ป้า น้า อาของบุตรบุญธรรม เป็นต้น

⁵ เปรียบ หุตางกูร. เรื่องเดียวกัน, หน้า 63.

เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้รับบุตรบุญธรรมมีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมนั้นมีเหตุผลที่ว่า ผู้รับบุตรบุญธรรมควรเป็นผู้ให้มากกว่าเป็นผู้รับเอาทรัพย์สินจากบุตรบุญธรรม⁶ หากให้ผู้รับบุตรบุญธรรมรับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะทายาทโดยธรรมได้แล้วก็อาจจะมีผู้รับบุตรบุญธรรมเพื่อหวังจะรับมรดกโดยเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมให้อดๆ อยากๆ ป่วยไข้ก็ไม่ทำการรักษาพยาบาลหวังจะให้ตายเร็วๆ เพื่อตนจะได้รับมรดกก็เป็นได้ นอกจากนี้บิดามารดาโดยกำเนิดของบุตรบุญธรรมก็เป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดกของบุตรบุญธรรมอยู่แล้ว จึงไม่สมควรให้ผู้รับบุตรบุญธรรมมีสิทธิรับมรดกอีก⁷ ซึ่งในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันก็ยอมรับหลักการที่ไม่ให้ผู้รับบุตรบุญธรรมมา มีสิทธิร่วมรับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะทายาทโดยธรรม แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาและรัฐเคนตักกี ชายที่รับภริยาของตนเป็นบุตรบุญธรรมเพื่อให้เป็นทายาทโดยธรรมรับมรดกของตนได้⁸

ดังนั้นเมื่อบุตรบุญธรรมถึงแก่ความตายก่อนผู้รับบุตรบุญธรรม ทรัพย์สินของบุตรบุญธรรมที่เป็นกองมรดกจึงตกทอดไปยังบิดามารดาโดยกำเนิดของบุตรบุญธรรมในฐานะเป็นทายาทโดยธรรมในลำดับขั้นที่สองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1629 (2) แต่ในกรณีที่บุตรบุญธรรมเป็นบุตรอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนซึ่งอาจเป็นผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมาของผู้รับบุตรบุญธรรมเองนั้นกลับไม่มีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะทายาทโดยธรรม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่เป็นธรรมต่อผู้รับบุตรบุญธรรมอย่างยิ่ง ทรัพย์สินต่างๆ ของบุตรบุญธรรมควรจะตกทอดไปยังผู้รับบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นผู้ที่ได้อุปการะเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมอย่างดีมาตลอด อีกทั้งอาจจะเป็นบิดามารดาที่มีการสืบสายโลหิตต่อกันก็น่าที่จะเป็นทายาทของบุตรบุญธรรม แต่กฎหมายกลับจำกัดสิทธิห้ามมิให้ผู้รับบุตรบุญธรรมมีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรม ส่วนหญิงรับตั้งครรภ์ที่ผู้รับบุตรบุญธรรมในฐานะเป็นทายาทโดยธรรมนั้นตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรบุญธรรมโดยผลของการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น มิได้มีเจตนาที่จะอุปการะเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมเป็นบุตรเช่นบิดามารดาโดยทั่วไป กลับมีสิทธิได้รับมรดกของบุตรบุญธรรมตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่นนี้แล้วผู้รับบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะอ้างสิทธิในการเป็นบุพการีโดยสายโลหิตของบุตรบุญธรรมเพื่อขอรับมรดกของบุตรบุญธรรมแทนหญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามีได้หรือไม่

⁶ ไพโรจน์ กัมพูศิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว., หน้า 339

⁷ ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว., หน้า 704.

⁸ เรื่องเดียวกัน.

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 28 ผู้บุพการีย่อมหมายถึง บิดามารดา ปู่ย่า ตายาย และทวดที่สืบสายโลหิตต่อกันโดยตรงขึ้นไปตามความเป็นจริงเท่านั้น⁹ ผู้รับบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นบิดามารดาโดยสายโลหิตของบุตรบุญธรรม จึงน่าจะถือได้ว่าเป็นบุพการีของบุตรบุญธรรมอันจะมีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมได้ แต่เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการตั้งครุฑแทนเป็นการเฉพาะ จึงต้องรับรองสถานะของเด็กอันเกิดจากการตั้งครุฑแทนก็โดยการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น ดังนั้นสถานะความเป็นบิดามารดาของผู้รับบุตรบุญธรรมจึงเป็นสถานะที่กฎหมายสมมติขึ้นเช่นเดียวกับสถานะความเป็นบุตรของบุตรบุญธรรม แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นบิดามารดาที่มีความเกี่ยวพันทางสายโลหิตต่อกันกับบุตรบุญธรรม ก็ไม่ทำให้ผู้รับบุตรบุญธรรมอ้างสิทธิในการเป็นบุพการีของบุตรบุญธรรมเพื่อขอรับมรดกของบุตรบุญธรรมได้ หากบุตรบุญธรรมประสงค์จะให้ผู้รับบุตรบุญธรรมได้รับมรดกก็สามารถทำได้โดยการทำพินัยกรรม ระบุให้ผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นผู้รับมรดกของตนเท่ากับเป็นการตัดสินใจในการรับมรดกของทายาทโดยธรรมคนอื่น ๆ ไปในตัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1608

จากที่ผู้เขียนได้กล่าวมานั้นการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครุฑแทนเป็นบุตรบุญธรรมนั้น นอกจากจะเป็นการรับรองสถานะความเป็นบุตรโดยสายโลหิตให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายแล้วยังทำให้สิทธิในทางมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครุฑแทนเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้เสมือนเป็นบุตรโดยกำเนิดทุกประการ จะมีข้อยกเว้นในบางกรณีเท่านั้นที่เด็กอันเกิดจากการตั้งครุฑแทนก็ดี หรือผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนไม่สามารถใช้สิทธิในทางมรดกได้เช่นเดียวกับบิดามารดาและชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งได้แก่สิทธิในการรับมรดกแทนที่ของบุตรบุญธรรมที่กฎหมายห้ามมิให้มีสิทธิรับมรดกแทนที่ผู้รับบุตรบุญธรรม เพราะกฎหมายไม่ถือว่าบุตรบุญธรรมเป็นผู้สืบสันดานโดยตรงลงมาของผู้รับบุตรบุญธรรม ดังนั้นเด็กอันเกิดจากการตั้งครุฑแทนจึงไม่ถือได้ว่าเป็นผู้สืบสันดานโดยตรงลงมาของผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนด้วยเช่นกัน และผู้รับบุตรบุญธรรมไม่มีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมตามที่มิบบทบัญญัติห้ามไว้ แม้ในความเป็นจริงแล้วผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจะเป็นบุพการีและผู้สืบสันดานโดยตรงลงมา

แต่อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครุฑแทนก็นับได้ว่าเป็นวิธีการที่ดีที่สุดในปัจจุบัน เพราะเป็นการรับรองสถานะทางกฎหมายที่แน่นอนจนกว่าจะมีการขอเลิกรับบุตรบุญธรรมและทำให้ไม่มีข้อบกพร่องในสิทธิระหว่างมรดกต่อกัน อันจะทำให้ทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินมรดกของเจ้ามรดกอาจใช้สิทธิฟ้องคดีมรดกได้

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 699.

2. กรณีแจ้งทะเบียนการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลว์ต่างยึดหลักว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมาเป็นมารดาของบุตร ซึ่งประเทศไทยเองก็ยึดหลักการนี้เช่นกันโดยไม่คำนึงว่าไซที่ใช้ในการผสมเทียมจะเป็นของหญิงใด เพราะการตั้งครรภ์และคลอดบุตรปรากฏหลักฐานทางชีววิทยาในการเป็นมารดาตามที่อยู่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วนั้น ดังนั้นหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนซึ่งอาจจะเป็นเจ้าของไซที่ใช้ในการผสมเทียมด้วยก็ตามจะรับรองบุตรโดยสายโลหิตที่เกิดมาก็แต่โดยการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น แต่ถ้าหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเกรงว่าจะเกิดปัญหาต่อเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์ หากเด็กนั้นทราบว่ามีไซบุตรที่หญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์เป็นผู้ตั้งครรภ์แล้วคลอดออกมาจะเกิดความรู้สึกเสียใจ เป็นปมด้อยในชีวิตก็อาจจะใช้วิธีการอื่น ซึ่งวิธีการเช่นว่านี้คือ การแจ้งการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนในทะเบียนคนเกิดว่าตนเป็นผู้ตั้งครรภ์และคลอดบุตรออกมาเอง ซึ่งเป็นเรื่องไม่สมควรกระทำอย่างยิ่งเพราะเป็นความผิดทางกฎหมายอาญา มาตรา 137 ฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย และมาตรา 267 ฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานผู้กระทำความผิดตามหน้าที่จัดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการ ซึ่งการกระทำความผิดทั้ง 2 ฐานนี้มีอายุความ 5 ปี และ 10 ปี ตามกฎหมายอาญา มาตรา 95 (3) และ (4) โดยมีอายุความเริ่มตั้งแต่วันที่แจ้งการเกิดของเด็กหญิงรับตั้งครรภ์แทนหรือผู้มีส่วนได้เสียจากการแจ้งทะเบียนคนเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนอาจฟ้องขอเพิกถอนทะเบียนการเกิดในภายหลังได้ ทำให้สถานะทางกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่แน่นอน ส่งผลไปยังสิทธิในการรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วย เพราะทายาทของหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอาจยกเป็นข้อต่อสู้ในคดีมรดกได้

แต่ถ้าการจดทะเบียนการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมิได้ถูกเพิกถอนในภายหลัง เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะมีฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงรับตั้งครรภ์แทน เพราะเจ้าหน้าที่ในการจดทะเบียนไม่อาจทราบได้ว่าหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมาจริงหรือไม่ เมื่อหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมาจดทะเบียนคนเกิดเจ้าหน้าที่ก็ปฏิบัติไปตามหน้าที่เท่านั้นและถ้าหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีสามี สามีของหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536 ด้วยเช่นกัน เว้นแต่สามีของหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะใช้สิทธิขอฟ้องปฏิเสธว่าเด็กมิใช่บุตรของตน¹⁰ เช่นนี้แล้วเด็ก

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1639.

อันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนแต่เพียงผู้เดียว

สิทธิในการรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายเพราะการจดทะเบียนคนเกิดของหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจึงมีดังนี้

2.1. การเป็นทายาท

ทายาทอาจจำแนกได้เป็นสองประเภทคือ ทายาทที่มีสิทธิได้รับมรดกตามกฎหมายบัญญัติไว้ที่เรียกว่า “ทายาทโดยธรรม” และทายาทที่มีสิทธิได้รับมรดกตามที่พินัยกรรมระบุไว้ที่เรียกว่า “ผู้รับพินัยกรรม” บุคคลเดียวอาจเป็นผู้มีสิทธิรับมรดกของเจ้ามรดกได้ทั้งสองฐานะคือ เป็นทั้งทายาทโดยธรรมและผู้รับพินัยกรรมในขณะเดียวกันได้ แต่อย่างไรก็ตามไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดกในฐานะใดก็ตาม ต่างก็จำเป็นต้องมีคุณลักษณะ 3 ประการ จึงจะรับทรัพย์มรดกได้คือ¹¹

1. ต้องเป็นบุคคลหรือเป็นผู้สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ตามกฎหมายซึ่งเรียกว่าความสามารถในการเป็นทายาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1604
2. ต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนดหรือที่พินัยกรรมกำหนดซึ่งได้แก่ทายาทโดยธรรมและผู้รับพินัยกรรม ที่เรียกว่าคุณสมบัติในการรับมรดกหรือความเป็นทายาท
3. ต้องไม่เสียสิทธิในทรัพย์ไปโดยเหตุใดเหตุหนึ่งคือไม่ถูกตัดมิให้รับมรดก ไม่ถูกกำจัดมิให้รับมรดก ไม่ได้สละมรดก ไม่เสียสิทธิโดยขาดอายุความแบ่งปันมรดก

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 สภากบุคคลเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก เมื่อหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไปแจ้งจดทะเบียนคนเกิดว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรที่ตนคลอดออกมา จึงแสดงว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีสภาพบุคคลแล้วมีความสามารถในการเป็นทายาทของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน และเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายถือเป็นผู้สืบสันดานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1629 (1) เป็นทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งของเจ้ามรดก ดังนั้นหากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตาย เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายจึงมีคุณสมบัติในการรับมรดกในฐานะทายาทของเจ้ามรดกไม่ว่าจะเป็นทายาทโดยธรรมหรือเป็นผู้รับพินัยกรรมก็ตาม โดยสิทธิในการรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องไม่เสียไปเพราะเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น หากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนทำพินัยกรรมยกทรัพย์เฉพาะสิ่งเฉพาะอย่างให้แก่ผู้อื่น เด็กอันเกิด

¹¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 76-77.

จากการตั้งครรภ์แทนก็ยังคงมีสิทธิรับมรดกในส่วนที่เหลืออยู่จากกองมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1620 และ 1621

อนึ่ง สิทธิในการรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนโดยการแจ้งทะเบียนคนเกิดนั้นเป็นไปอย่างเดียวกับสิทธิในการรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม เพราะถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนทั้งสองกรณี

2.2 ลำดับแห่งการเป็นทายาท

บุตรชอบด้วยกฎหมายของเจ้ามรดกถือเป็นผู้สืบสันดานที่มีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1629 (1) ซึ่งในขณะเดียวกันก็อาจเป็นผู้รับมรดกในฐานะผู้รับพินัยกรรมตามที่เจ้ามรดกทำพินัยกรรมไว้ได้ เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจดทะเบียนการเกิดว่าเป็นบุตรที่ตนคลอดออกมาเองนั้นจะเป็นผู้สืบสันดานของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน มีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเพราะอยู่ในลำดับชั้นที่สนิทที่สุดกับเจ้ามรดก หรือผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจนกว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะขอเพิกถอนทะเบียนการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน เมื่อมีการถอนทะเบียนการเกิดดังกล่าวแล้ว ก็ไม่ถือว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอีก แต่กลับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงรับตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นมารดาผู้ให้กำเนิด ซึ่งถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทนมิได้ขอเพิกถอนทะเบียนการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็ยังคงมีฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไปตลอด ซึ่งทายาทของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในลำดับอื่นหรือผู้มีส่วนได้เสียก็อาจฟ้องเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนในคดีมรดกได้ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

อนึ่ง บุคคลที่อาจเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1629 ในทุกลำดับชั้นนั้น กฎหมายกำหนดให้สิทธิในการได้รับมรดกก่อนหลังนั้นเป็นไปโดยให้ทายาทลำดับก่อนมีสิทธิดีกว่าทายาทลำดับหลังมิใช่ว่าทุกลำดับมีสิทธิได้รับมรดกร่วมกันแต่อย่างไรก็ตามทายาททุกลำดับของเจ้ามรดกอาจมิใช่ทายาทโดยธรรมของเจ้ามรดกจริงๆ ในเวลาที่เจ้ามรดกตายก็ได้ หากเจ้ามรดกได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์มรดกให้ผู้อื่นทั้งหมดเสียแล้วดังคำพิพากษาฎีกาที่ 1248/2500 ซึ่งวินิจฉัยว่าเจ้ามรดกทำพินัยกรรมยกทรัพย์ทั้งหมดให้โจทก์

จำเลยซึ่งเป็นบุตรของเจ้ามรดกจึงถูกตัดมิให้รับมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1608 วรรคท้าย จำเลยจึงไม่ใช่ว่าทายาทที่จะยกเอาอายุความมรดกขึ้นต่อสู้ได้¹²

ดังนั้นหากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมิได้ทำพินัยกรรมไว้ สิทธิในการรับมรดกของ ทายาทโดยธรรมจึงเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีสิทธิรับ มรดกในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งร่วมกับคู่สมรสหรือบิดามารดาของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ในส่วนเท่าๆ กัน

2.3. การรับมรดกแทนที่

ตามที่คุณเขียนได้กล่าวมาแล้วว่าผู้ที่มีสิทธิรับมรดกแทนที่ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์มาตรา 1639 นั้น จะต้องเป็นผู้สืบสันดานโดยตรงลงมาของเจ้ามรดกเท่านั้น เด็กอัน เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนแท้จริงเป็นการเกิดว่าเป็นบุตรที่คลอดออกมาเอง นั้นถือเป็นผู้สืบสันดานโดยตรงของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน หากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอยู่ในฐานะ ทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1629 (1) (3) (4) หรือ (6) ถึงแก่ ความตาย หรือถูกกำจัดมิให้รับมรดกก่อนเจ้ามรดกตาย เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีสิทธิรับ มรดกแทนที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1643 โดยเป็น ผู้มีสิทธิบริบูรณ์ในการรับมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1644 ด้วยเช่นกัน

สิทธิในการรับมรดกแทนที่ของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นสิทธิโดย ผลของกฎหมายในฐานะเป็นทายาทโดยธรรมที่ผู้สืบสันดานโดยตรงของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน เพราะการจดทะเบียนการเกิดนั้นแตกต่างกับกรณีที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจดทะเบียนรับเด็กเป็น บุตรบุญธรรมที่ไม่มีสิทธิรับมรดกแทนที่ เพราะไม่ถือว่าเป็นผู้สืบสันดานโดยตรงลงมาของผู้ว่าจ้าง ตั้งครรภ์แทน แม้ข้อเท็จจริงแล้วเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะเป็นบุตรที่สืบสายโลหิตของ ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนและมีฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนทั้งสองกรณี แต่สิทธิในการรับมรดกแทนที่นั้นแตกต่างกันคือ ถ้าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายโดยการจดทะเบียน การเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็สามารถรับมรดกแทนที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้ แต่ถ้าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายเพราะการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมก็ไม่มีสิทธิรับมรดกแทนที่ ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้ดังเหตุผลที่คุณเขียนได้กล่าวมาข้างต้น

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 190.

2.4. สิทธิในการรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน

ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนที่ไปแจ้งทะเบียนการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน จะมีฐานะเป็นบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน สิทธิและหน้าที่ในการเป็นบิดามารดากับบุตรชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 2 หมวด 2 บิดามารดาจึงมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตร และบุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาเช่นกัน¹³ ส่วนสิทธิในระหว่างมรดกนั้นเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 เมื่อบิดามารดาถึงแก่ความตาย ทรัพย์สินมรดกของบิดามารดานั้นจะตกทอดแก่ทายาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1599 เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงมีสิทธิรับมรดกในฐานะเป็นทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน และในทางกลับกันหากเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตาย ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนซึ่งมีฐานะเป็นบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิรับมรดกในฐานะเป็นทายาทโดยธรรมอันดับสองของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 เว้นแต่เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินมรดกให้แก่บุคคลอื่น

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้มีสิทธิรับมรดกในฐานะเป็นทายาทโดยธรรมอันดับสองของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่ทำให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์มีสิทธิรับมรดกแทนที่เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1639 เหตุเพราะบทบัญญัติตามมาตรานี้มีบัญญัติให้สิทธิเฉพาะแก่ทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1629 (1) (3) (4) หรือ (6) เท่านั้น ซึ่งผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอยู่ในฐานะบิดามารดาซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมใน (2) และบทบัญญัติในมาตรา 1643 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าสิทธิที่จะรับมรดกแทนที่กันได้แต่เฉพาะผู้สืบสันดานโดยตรงเท่านั้น ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนซึ่งถือได้ว่าเป็นบุพการีที่สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน จึงไม่มีสิทธิรับมรดกแทนที่เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน

อนึ่ง สิทธิในการรับมรดกแทนที่ของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนที่ถูกกฎหมายกำจัดสิทธิ นั้นเป็นไปในลักษณะเดียวกับผู้รับบุตรบุญธรรมที่ไม่มีสิทธิรับมรดกแทนที่ของบุตรบุญธรรมได้ จะมีข้อแตกต่างคือนอกจากผู้รับบุตรบุญธรรมจะไม่มีสิทธิรับมรดกแทนที่แล้ว ยังไม่มีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับสองของบุตรบุญธรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563 และมาตรา 1564.

มาตรา 1598/29 คงมีสิทธิเรียกทรัพย์สินที่ผู้รับบุตรบุญธรรมให้แก่บุตรบุญธรรมคืนได้เท่าที่เหลือจากการชำระหนี้ของมรดกของบุตรบุญธรรมแล้วเท่านั้น แต่ก็ต้องเป็นกรณีที่บุตรบุญธรรมตายก่อนผู้รับบุตรบุญธรรมโดยไม่มีผู้สืบสันดานหรือคู่สมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/30 แต่ผู้รับบุตรบุญธรรมอาจจะเป็นผู้รับมรดกของบุตรบุญธรรมได้ในฐานะเป็นผู้รับพินัยกรรม ส่วนผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีสิทธิรับมรดกทั้งในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับสอง หรือในฐานะเป็นผู้รับมรดกเพียงแต่ถูกจำกัดสิทธิไม่ให้รับมรดกแทนที่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น เห็นได้ว่าการแจ้งทะเบียนการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนทำให้สิทธิระหว่างมรดกของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนกับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีสิทธิในการรับมรดกดีกว่าการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าส่วนใหญ่แล้วผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมักจะใช้วิธีการแจ้งทะเบียนการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน มากกว่าจะดำเนินการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม เพราะการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมีขั้นตอนและวิธีการที่ยุ่งยาก และจะต้องได้รับความยินยอมในการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมก่อนโดยเฉพาะความยินยอมของหญิงรับตั้งครรภ์แทน ประกอบกับยังมีเงื่อนไขในเรื่องอายุของผู้รับบุตรบุญธรรม และยังคงดำเนินการทดลองเลี้ยงดูเด็กไม่น้อยกว่า 6 เดือนตามที่กฎหมายกำหนดไว้อีก ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจึงเสี่ยงไปใช้วิธีการแจ้งทะเบียนการเกิดมากกว่าจะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม แต่อย่างไรก็ตามการแจ้งทะเบียนการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนแม้จะมีข้อดีในเรื่องสิทธิในการรับมรดกดีกว่าแต่ก็มีข้อเสียคือสถานะทางกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่แน่นอนเหมือนการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม เพราะทายาทของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนหรือผู้มีส่วนได้เสียอาจยกเป็นข้อต่อสู้ในคดีมรดกว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของเจ้ามรดก จึงไม่เป็นทายาทโดยธรรมที่จะมีสิทธิรับมรดกของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวอีกครั้งในภายหลัง

3. ปัญหาทางกฎหมายในการรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน

ถ้าการรับรองสถานะของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนกระทำโดยการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมอย่างถูกต้องแล้ว ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะมีฐานะเป็นบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยไม่มีข้อบกพร่องต่อสิทธิในครอบครัวและสิทธิในมรดก

ระหว่างกันแต่อย่างใดทั้งสิ้น¹⁴ คงมีแต่เพียงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมไม่มีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมเท่านั้น แต่มีสิทธิเรียกทรัพย์สินที่ตนได้ให้แก่บุตรบุญธรรมคืนเท่าที่เหลือจากการชำระหนี้ของมรดกของบุตรบุญธรรมแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/29 และมาตรา 1598/30 แต่ถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมิได้ดำเนินการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแต่ไปแจ้งทะเบียนการเกิดว่าเป็นบุตรที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนคลอดออกมา ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องสถานะทางกฎหมายที่ไม่แน่นอน

นอกจากนั้นแล้วสัญญารับตั้งครรภ์แทนมิได้กำจัดปัญหาเฉพาะผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนหรือหญิงรับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น ยังมีบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้อง เช่น สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะมีฐานะเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนคลอดออกมาตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536 เว้นแต่สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะฟ้องปฏิเสธว่าเด็กมิใช่บุตรของตน ซึ่งถ้าสามีหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ใช้สิทธิดังกล่าว เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะมีสิทธิได้รับมรดกของสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนด้วย หรือเชื้อพันธุที่ใช้ในการผสมเทียมได้มาจากการบริจาค ชายเจ้าของอสุจิหรือหญิงเจ้าของไข่กับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะมีสิทธิในมรดกกระหว่างกันอย่างไร โดยผู้เขียนจะนำเสนอในประเด็นที่ว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดกในฐานะใดบ้าง ดังนี้

3.1. การเป็นผู้สืบสันดาน

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้นิยามความหมายของผู้สืบสันดานว่า สืบสายมาโดยตรง¹⁵ และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้สืบสันดาน หมายถึง ผู้สืบเชื้อสายโดยตรงลงมาของเจ้ามรดกซึ่งได้แก่บุตร หลาน เหลน ลื้อ โดยมีได้จำกัดว่าสืบต่อกันมากที่สุดตามกฎหมายมรดกได้จำกัดกรณีผู้สืบสันดานต่างชั้นกันนั้นให้บุตรของเจ้ามรดกอันอยู่ในชั้นที่สนิทเท่านั้นมีสิทธิได้รับมรดก ผู้สืบสันดานในชั้นถัดไปจะรับมรดกได้ก็แต่โดยอาศัยสิทธิในการรับมรดกแทนที่ หรือการสืบมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1631 มาตรา 1607 และมาตรา 1615 เท่านั้น ดังนั้นผู้สืบสันดานในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งของเจ้ามรดกหมายถึงผู้สืบสันดานในชั้นบุตรนั่นเอง¹⁶ ซึ่งสามารถแบ่งเป็นบุตรที่เจ้ามรดกให้กำเนิดเอง

¹⁴ ประสพสุข บุญเดช. "การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์.", หน้า 197.

¹⁵ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, หน้า 842.

¹⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 198.

กับบุตรบุญธรรมที่มีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย ซึ่งจะมีฐานะเป็นผู้สืบสันดานของผู้รับบุตรบุญธรรมและย่อมมีสิทธิได้รับมรดกตกทอดทายาทโดยธรรมในลำดับและชั้นที่ต่ำกว่า (คำพิพากษาฎีกาที่ 1047/2518 และคำพิพากษาฎีกาที่ 3419/2529)

เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ เข้าช่วยเหลือมิใช่บุตรที่เกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างบิดามารดาตามปกติ ดังนั้นเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้สืบสันดานของบุคคลใดบ้าง ผู้เขียนแยกวิเคราะห์ดังนี้

3.1.1. หญิงรับตั้งครรภ์แทน

บุตรที่เกิดจากหญิงยอมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้เป็นมารดาเสมอไป และมีสิทธิได้รับมรดกของมารดาเมื่อมารดาถึงแก่ความตายโดยไม่จำเป็นต้องปรากฏตัวชายผู้ให้กำเนิดแก่เด็ก มีข้อต้องพิจารณาแต่เพียงว่าหญิงนั้นเป็นมารดาของเด็กหรือไม่ ถ้าฟังได้ว่าหญิงนั้นเป็นมารดาของเด็กก็ถือว่าเด็กนั้นเป็นผู้สืบสันดานของมารดา ดังนั้นหญิงรับตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นผู้คลอดเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนย่อมมีฐานะเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมาย และจากการที่เป็นผู้ที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรจึงไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ในเรื่องของการเป็นผู้สืบสันดานของหญิงรับตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด แม้หญิงรับตั้งครรภ์แทนกับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตต่อกันก็ตาม และถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทนมีสามีที่ให้ความยินยอมในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน จะมีฐานะเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่ภริยาตนคลอดออกมาตามข้อสันนิษฐานของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536 เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงมีฐานะเป็นผู้สืบสันดานของสามีของหญิงรับตั้งครรภ์ด้วย เว้นแต่สามีของหญิงรับตั้งครรภ์จะฟ้องปฏิเสธว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมิใช่บุตรของตนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1539 โดยอ้างเหตุว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์มิใช่บุตรที่เกิดจากการร่วมประเวณีของตนกับภริยาตามปกติ กรณีเช่นนี้เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้สืบสันดานของหญิงรับตั้งครรภ์แทนเพียงผู้เดียว

3.1.2. ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน

ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนที่ดำเนินการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะถือว่าเป็นผู้สืบสันดานของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเนื่องจากมาตรา 1627 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติ ให้ถือว่าบุตรบุญธรรมเป็นผู้สืบสันดานเหมือนกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกา 773/2528) แต่อย่างไรก็ตาม เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นจะเป็นผู้สืบสันดานของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ต่อเมื่อผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมถูกต้องตามบทบัญญัติว่าด้วย

การรับบุตรบุญธรรมแล้วเท่านั้น และการเป็นผู้สืบสันดานของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็แต่เฉพาะผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ที่ได้จดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ถ้าคู่สมรสของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมิได้จดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมเพียงแต่ให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรม เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็ไม่ถือว่าเป็นผู้สืบสันดานของคู่สมรสผู้ให้ความยินยอม แต่ถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ได้ดำเนินการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม แต่กลับแจ้งการเกิดในทะเบียนคนเกิดว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตร เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้สืบสันดานของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายจนกว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทน หรือเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์ขอเพิกถอนทะเบียนคนเกิด นอกจากหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์จะมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะกลับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงรับตั้งครรภ์ในฐานะที่เป็นมารดาที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตร

การเป็นผู้สืบสันดานของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจึงต้องพิจารณาถึงขั้นตอนในการรับรองสถานะความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายว่าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนใช้วิธีการใด ถ้าใช้วิธีการรับบุตรบุญธรรมจะเป็นการคุ้มครองสิทธิในครอบครัว และสิทธิในระหว่งมรดกกันได้ดีกว่าการแจ้งทะเบียนการเกิดอันเป็นเท็จเพราะอาจมีการเพิกถอนในภายหลัง โดยเฉพาะทายาทผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอาจยกเป็นข้อต่อสู้ในคดีมรดกได้ว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์ไม่ใช่ผู้สืบสันดานของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน

3.1.3. ชายเจ้าของอสุจิหรือหญิงเจ้าของไข่

โดยปกติแล้วชายเจ้าของอสุจิหรือหญิงเจ้าของไข่ ไม่สามารถอ้างความเป็นบิดามารดาทางชีววิทยาของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเพื่อเป็นบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายได้ เหตุเพราะหญิงเจ้าของไข่มิใช่หญิงที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมา กฎหมายยึดหลักความเป็นมารดาจากการคลอดบุตรเท่านั้น ดังนั้นเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงไม่ใช่ผู้สืบสันดานของหญิงเจ้าของไข่ ส่วนชายเจ้าของอสุจิ ถ้าได้รับความยินยอมจากหญิงรับตั้งครรภ์แทน ชายเจ้าของอสุจิจะดำเนินการจดทะเบียนรับรองบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1548 ได้ แต่เป็นการจดทะเบียนรับรองบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรนั้นจะต้องกระทำโดยบุคคลที่เป็นบิดาเด็ก ซึ่งจะต้องเป็นบิดาที่ได้มีการร่วมประเวณีกับหญิงผู้คลอดบุตร ไม่หมายรวมถึงบิดาทางชีววิทยาแต่อย่างใด ดังนั้นชายเจ้าของอสุจิจึงไม่ถือว่าเป็นบิดาผู้มีสิทธิขอจดทะเบียนรับรองบุตรได้ ถ้าผู้ขอจดทะเบียนมิใช่บิดาของเด็กการจดทะเบียนรับรองเด็กเป็นบุตรก็ไม่ทำให้เด็กนั้นกลายเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาผู้จด

ทะเบียนแต่อย่างใด¹⁷ บุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการจดทะเบียนดังกล่าวมีสิทธิฟ้องขอเพิกถอนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรเพราะเหตุว่าผู้ขอให้จดทะเบียนนั้นมิใช่บิดาก็ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1554 แต่ต้องฟ้องคดีภายในกำหนดเวลา แต่ถ้าทายาทของชายเจ้าของอสุจิหรือผู้มีส่วนได้เสียในมรดกจะยกเป็นข้อต่อสู้ในคดีมรดก โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องขอเพิกถอนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร (คำพิพากษาฎีกาที่ 46/2501)

ซึ่งในความเป็นจริงแล้วชายเจ้าของอสุจิและหญิงเจ้าของไข่มักจะไม่ทราบว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนคนไหนเป็นบุตรทางชีววิทยาของตน เพราะแพทย์จะเก็บเป็นความลับ(เว้นแต่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ หรือเป็นผู้จัดหาเชื้อพันธุ์มาให้แพทย์ทำการผสมเทียม) กรณีเช่นนี้การใช้วิธีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมจะกระทำได้ง่ายกว่า เพราะเมื่อไม่ปรากฏตัวบิดาชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากบิดาชอบด้วยกฎหมายในการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมแต่อย่างใด

3.2. ทายาทโดยธรรมในทางมรดกกับการตั้งครรภ์แทน

ทายาทโดยธรรมคือบุคคลที่มีสิทธิรับมรดกของเจ้ามรดกโดยผลของกฎหมายจริงๆ เท่านั้น กล่าวคือ เป็นบุคคลที่ทรัพย์มรดกตกทอดมาถึงตนแล้วเพราะตนอยู่ในลำดับและชั้นที่สนิทที่สุดกับเจ้ามรดก¹⁸ ซึ่งทายาทโดยธรรมอาจมิใช่เป็นทายาทที่ได้รับมรดกจากเจ้ามรดกก็ได้ เช่นเป็นทายาทโดยธรรมในลำดับชั้นที่ห่างออกไป หรือถูกตัดมิให้มีสิทธิในกองมรดกเพราะเจ้ามรดกได้ทำพินัยกรรมไว้ เป็นต้น

ทายาทที่มีสิทธิตามกฎหมายเรียกว่า ทายาทโดยธรรม ซึ่งแสดงให้เห็นว่าหากทายาทได้รับมรดกของเจ้ามรดกโดยผลของกฎหมายแล้วย่อมถือว่าเป็นทายาทโดยธรรมทั้งสิ้น ซึ่งทายาทโดยธรรมมี 2 ประเภทคือ ทายาทโดยธรรมในกรณีปกติซึ่งหมายถึงทายาทประเภทญาติและคู่สมรส และทายาทโดยธรรมกรณีพิเศษซึ่งได้แก่วัดและแผ่นดิน¹⁹ ปัญหาในการรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ผู้เขียนขอเสนอเฉพาะในส่วนของทายาทโดยธรรมในกรณีปกติในส่วนของญาติ เพราะถ้าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรสซึ่งมีสิทธิได้รับมรดกในฐานะเป็นทายาทโดยธรรม ภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹⁷ ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. หน้า 505.

¹⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 189.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 191.

มาตรา 1635 อยู่แล้ว และในส่วนของทายาทโดยธรรมซึ่งเป็นญาตินั้น ผู้เขียนจะนำเสนอในลำดับชั้นที่น่าจะเป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดกตามกฎหมายจริงๆ เท่านั้น

3.2.1. ทายาทโดยธรรมของผู้รับบุตรบุญธรรม

เมื่อมีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมมีฐานะบิดามารดาและบุตรตามกฎหมาย ดังนั้นเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์เมื่อได้จดทะเบียนเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนแล้ว เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะเป็นทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1627 และมาตรา 1629 (1) แต่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไม่อยู่ในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับสองของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเพราะบทบัญญัติในมาตรา 1598/29 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การรับบุตรบุญธรรมไม่ก่อให้เกิดสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะทายาทโดยธรรม แต่ก็ได้จำกัดสิทธิให้ผู้รับบุตรบุญธรรมรับมรดกในฐานะอื่น เช่น เป็นผู้รับพินัยกรรมหรือเป็นทายาทโดยธรรมในลำดับชั้นอื่นๆ เช่น นำรับเอาหลานเป็นบุตรบุญธรรม นำอาจรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1629 (6) เพราะไม่ใช่เป็นการรับในเหตุที่เจ้ามรดกเป็นบุตรบุญธรรม²⁰

แต่ถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมิได้เป็นญาติอันอาจอยู่ในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับอื่นของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ก็ยังคงมีสิทธิเรียกทรัพย์สินที่ได้ให้แก่เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนในส่วนที่เหลือจากการชำระหนี้ของมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1598/30

3.2.2. ทายาทโดยธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน

เมื่อผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนข้ามขั้นตอนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน จนกว่าจะมีการเพิกถอนทะเบียนคนเกิดอันเป็นเท็จ ดังนั้นเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะอยู่ในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน และผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็จะอยู่ในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับสองของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเช่นกัน ซึ่งสิทธิในมรดกระหว่างผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนและเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามผลของการจดทะเบียนคนเกิด ดังนั้นหญิงรับตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นมารดาผู้คลอดบุตรก็ดี หรือทายาทผู้มีส่วนได้เสียในมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนอาจฟ้องในคดีมรดกได้ว่า ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์มิใช่บิดามารดาชอบด้วยกฎหมายอย่างแท้จริง เพราะการแจ้งทะเบียนคนเกิดดังกล่าวนั้นเป็นเท็จ

²⁰ เปรียบ นุตางกูร. เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

และหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมิใช่หญิงผู้คลอดบุตรจึงไม่ถือเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของเจ้ามรดก

ดังนั้นการเป็นทายาทโดยธรรมระหว่างผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนกับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นไปโดยผลของกฎหมายที่เกิดจากการกระทำผิดกฎหมายอาญา ถ้าไม่มีผู้ใดมาขอเพิกถอนทะเบียนคนเกิด สถานะของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนและเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงเป็นไปตามมาตรา 1629 (1) และ (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.2.3. ทายาทโดยธรรมของหญิงรับตั้งครรภ์แทน

บุตรที่หญิงใดคลอดออกมาย่อมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้คลอดอยู่แล้วจึงไม่มีประเด็นวิเคราะห์ว่า เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งของหญิงรับตั้งครรภ์แทนหรือไม่ แต่ในส่วนของทายาทโดยธรรมของสามีหญิงรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องวิเคราะห์จากองค์ประกอบอื่น ดังนี้

3.2.3.1. สามีหญิงรับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนและเมื่อหญิงรับตั้งครรภ์แทนคลอดบุตร สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนมิได้ฟ้องปฏิเสธความเป็นบิดาและบุตรตามกฎหมาย เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงอยู่ในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งของสามีหญิงรับตั้งครรภ์แทน และสามีหญิงรับตั้งครรภ์แทนอยู่ในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับสองของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยเช่นกัน ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนและสามีหญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นไปอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการร่วมประเวณีตามปกติ จนกว่าจะมีผู้มาคัดค้านหรือทายาทผู้มีส่วนได้เสียในกองมรดกอาจยกเป็นข้อต่อสู้ในคดีมรดกได้ว่า เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของเจ้ามรดกเพราะมิได้เกิดจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ

3.2.3.2. สามีหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอมในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนและฟ้องปฏิเสธความเป็นบิดาและบุตรตามกฎหมาย เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงไม่ถือเป็นทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งของสามีหญิงรับตั้งครรภ์แทน และสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนก็ไม่ถือเป็นทายาทโดยธรรมอันดับสองของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยเช่นกัน เพราะไม่อยู่ในฐานะบิดาและบุตรชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงเป็นทายาทโดยธรรมของหญิงรับตั้งครรภ์แทนแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น

3.2.4. ทายาทโดยธรรมของชายเจ้าของอสุจิหรือหญิงเจ้าของไข่

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าชายเจ้าของอสุจิหรือหญิงเจ้าของไข่ ไม่อาจอ้างตนเป็นบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ดังนั้นหญิงเจ้าของไข่แม้จะ

เป็นมารดาทางชีววิทยาแต่เมื่อมิได้เป็นผู้ที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตร จึงไม่อยู่ในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับสองของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ส่วนชายเจ้าของอสุจิแม้จะได้รับความยินยอมจากหญิงรับตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรได้ เพราะการจดทะเบียนรับรองบุตรจะต้องเป็นกรณีที่ชายและหญิงได้ร่วมประเวณีกันโดยมิได้สมรสตามกฎหมาย ชายเจ้าของอสุจิจึงไม่ถือเป็นบิดาที่มีสิทธิจดทะเบียนรับรองบุตร และเมื่อผู้จดทะเบียนมิใช่บิดาเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็ไม่ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายเจ้าของอสุจิ เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงไม่อยู่ในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับหนึ่งของชายเจ้าของอสุจิหรือหญิงเจ้าของไข่ ในทางกลับกันชายเจ้าของอสุจิและหญิงเจ้าของไข่ก็ไม่อยู่ในฐานะทายาทโดยธรรมอันดับสองของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์ด้วยเช่นกัน

4. สิทธิในการฟ้องคดีมรดกกับการตั้งครรภ์แทน

สิทธิในการรับมรดกนั้นมีอยู่ 2 ทางคือ โดยผลของกฎหมายและโดยพินัยกรรม ในส่วนของพินัยกรรมนั้นจะไม่ค่อยมีปัญหามากนัก เพราะเจ้ามรดกเป็นผู้แสดงเจตนาว่าประสงค์จะยกทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้ใดบ้าง แต่สิทธิในการรับมรดกโดยผลของกฎหมายนั้น เป็นสิทธิที่เกิดจากกฎหมายกำหนดว่าเป็นผู้มีสิทธิและได้สิทธิมาในลักษณะใด การฟ้องคดีในคดีมรดกต้องเป็นการฟ้องเกี่ยวกับทรัพย์สินมรดก ในลักษณะเป็นการขอส่วนแบ่งกองมรดก ถ้าเป็นการฟ้องที่เกี่ยวกับทรัพย์สินอื่นที่มีให้ทรัพย์สินมรดก เช่น การฟ้องขับไล่ผู้อื่น (ที่มีใช้ทายาท) ที่มาครอบครองทรัพย์สินมรดกเช่นนี้ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นคดีมรดกเช่นกัน และการฟ้องคดีมรดกต้องเป็นการฟ้องขอแบ่งส่วนมรดกที่ได้มาโดยสิทธิโดยธรรมหรือโดยพินัยกรรมเท่านั้น ถ้าเป็นการฟ้องแบ่งทรัพย์สินมรดกไปเป็นอย่างอื่น เช่น ฟ้องแบ่งทรัพย์สินมรดกตามสัญญาที่ได้ตกลงกันแล้วนั้นไม่ได้ถือว่าเป็นคดีมรดก

ผู้ที่สามารถฟ้องคดีได้นั้นจะต้องเป็นทายาท ผู้สืบสิทธิของทายาทหรือผู้จัดการมรดก และผู้ถูกฟ้องจะต้องเป็นทายาท ผู้สืบทายาท หรือผู้จัดการมรดกเช่นกัน²¹ ทายาทในฐานะเป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดกโดยตรงนั้นมีสิทธิขอแบ่งมรดกได้อยู่แล้ว แต่ผู้สืบทายาทนั้น หมายถึง ผู้ที่รับโอนสิทธิไปจากทายาท เช่น ผู้ที่รับมรดกของทายาท หรือถ้าเป็นกรณีมรดกมีพินัยกรรม ผู้ที่ฟ้องคดีมรดกอาจเป็นทายาทผู้รับพินัยกรรม หรือผู้มีส่วนได้เสียคือมีสิทธิตามพินัยกรรม²² เป็นต้น ผลจากการที่ผู้ถูกฟ้องต้องเป็นทายาท ผู้สืบสิทธิทายาท หรือผู้จัดการมรดกก็คือ ผู้ถูกฟ้องสามารถยกอายุความมรดกขึ้นต่อสู้ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1755 โดยมีอายุความ 1 ปี

²¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 621-624.

²² เรื่องเดียวกัน.

นับแต่เจ้ามรดกตาย หรือนับแต่เมื่อทายาทโดยธรรมได้รู้ หรือการได้ถึงความตายของเจ้ามรดก โดยสรุปแล้ว อายุความในการฟ้องคดีมรดกจะเริ่มต้นตั้งแต่เวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย แต่อย่างไรก็ตามก็ยังมีกรฟ้องคดีมรดกโดยที่เจ้ามรดกยังไม่ถึงแก่ความตาย โดยผลของการฟ้องร้องดังกล่าวมีผลทำให้ทายาทของเจ้ามรดกเปลี่ยนไป เช่น บิดาฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตร โดยฟ้องมารดาและเด็กเป็นจำเลยร่วมกัน และพิสูจน์ว่าตนมิได้อยู่ร่วมกับมารดาเด็กในระยะเวลา ตั้งครรภ์ หรือตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กได้เพราะเหตุอย่างอื่น การฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร อาจจะฟ้องก่อนที่ชายนั้นจะถึงแก่ความตายก็ได้ หรือผู้มีสิทธิได้รับมรดกร่วมกับเด็ก หรือผู้จะเสีย สิทธิมรดก เพราะการเกิดของเด็กนั้นสามารถฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรได้ภายหลังเจ้ามรดกตาย การตั้งครรภ์แทนเป็นการเกิดของเด็ก โดยใช้เทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เข้า ช่วยก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องความเป็นบิดา มารดาและบุตร ถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนรับเด็กอันเกิด จากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม จะไม่มีปัญหาในเรื่องมรดกเพราะมีกฎหมายรองรับไว้แล้ว แต่ถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนข้ามขั้นตอนการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม จะก่อให้เกิดปัญหาใน ทางมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้

4.1. ทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนฟ้องคดี

ถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนแจ้งการเกิดของเด็กในทะเบียนการเกิดว่าเป็นบุตรที่ตน คลอดออกมา ซึ่งเป็นความผิดทางอาญารฐานแจ้งความอันเป็นเท็จตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137 และ 267 ซึ่งความผิดทั้งสองฐานนั้นมีอายุความ 5 ปี และ 10 ปี ตามมาตรา 95 (3) และ (4) โดยอายุความเริ่มนับแต่วันที่แจ้งการเกิดของเด็ก แต่การฟ้องเพิกถอนทะเบียนคนเกิดนั้น มารดาผู้คลอดบุตร หรือผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิขอเพิกถอนได้เสมอ แม้จะเกินกำหนดอายุความ 10 ปี นับแต่วันออกใบทะเบียนคนเกิดทำนองเดียวกับการฟ้องขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนรับบุตรบุญ ธรรมที่ไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายซึ่งมีคำพิพากษาฎีกาที่ 344/2531 ซึ่งวินิจฉัยว่าผู้มีส่วนได้เสียจะ ฟ้องคดีเมื่อไรก็ได้แม้จะเกินกำหนด 10 ปี นับแต่วันจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแล้วก็ตาม และถ้า ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตาย เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์จะมีสิทธิได้รับมรดกของผู้ว่าจ้าง ตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นผู้สืบสันดานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 (1) ผู้มีสิทธิได้รับมรดกร่วมกับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน หรือเป็นผู้เสียสิทธิรับมรดกของผู้ว่าจ้าง ตั้งครรภ์แทนเพราะการแจ้งทะเบียนการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน มีสิทธิฟ้องคดี มรดกโดยยกเป็นข้อต่อสู้ว่าเด็กนั้นมิใช่ผู้สืบสันดานของเจ้ามรดก จึงไม่ใช่ทายาทที่มีสิทธิได้รับ มรดกของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน

4.2. ทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียของสามีหญิงรับตั้งครรภ์แทนฟองคตี

ถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทนมีสามีซึ่งต้องข้อสันนิษฐานตามกฎหมายในการเป็นบิดาไม่ว่าจะให้ความยินยอมในการเข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทนหรือไม่ก็ตาม ผู้มีสิทธิได้รับมรดกร่วมกับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน หรือเป็นผู้เสียสิทธิรับมรดกเพราะการเกิดของเด็ก อาจฟองคตีไม่รับเด็กเป็นบุตรของเจ้ามรดกในทันทีหรือรอให้ชายผู้เป็นสามีของของหญิงรับตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายไปก่อน จึงยกเป็นข้อต่อสู้คดีมรดกก็ได้ว่าเด็กนั้นมีไม่บุตรของเจ้ามรดก เพราะมิได้เกิดจากการร่วมประเวณีตามปกติ

4.3. ทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียของชายเจ้าของตัวอสุจิ

แม้ว่าโดยหลักแล้วชายเจ้าของตัวอสุจิจะไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้โดยการจดทะเบียนรับรองบุตร เพราะมิได้เกิดจากการร่วมประเวณีกันตามปกติ แต่ถ้าชายเจ้าของตัวอสุจิดำเนินการจดทะเบียนรับรองบุตรโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะทำให้เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะมีฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายเจ้าของตัวอสุจิ จึงมีสิทธิได้รับมรดกของชายเจ้าของอสุจิด้วยเช่นกัน ทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียในมรดกของชายเจ้าของตัวอสุจิอาจใช้สิทธิฟ้องคดีขอเพิกถอนการจดทะเบียนรับรองบุตรอันไม่ชอบด้วยกฎหมายได้โดยไม่มีอายุความเช่นเดียวกันกรณีหญิงรับตั้งครรภ์แทนฟอง ขอเพิกถอนทะเบียนการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่หญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนไปจดทะเบียนการเกิดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนชายเจ้าของตัวอสุจิ แม้จะไม่ได้จดทะเบียนรับรองบุตรโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตามแต่ถ้าในภายหลัง เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายโดยไม่มีทายาทเข้ารับมรดก ชายเจ้าของตัวอสุจิจะอ้างความเป็นบิดาทางชีววิทยาของเจ้าของมรดกเพื่อขอรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่ได้เช่นกัน เพราะชายเจ้าของอสุจิไม่ถือว่าเป็นบิดาของเจ้าของมรดก เนื่องจากการเป็นบิดาตามกฎหมายนั้นจะต้องเป็นกรณีที่เกิดจากการร่วมประเวณีกับหญิงผู้ตั้งครรภ์ หรืออยู่ในฐานะสามีของหญิงตั้งครรภ์ซึ่งจะเป็นบิดาตามข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย

4.4. ทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียของหญิงเจ้าของไข่ฟองคตี

โดยปกติแล้วหญิงใดเป็นผู้ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมาจึงจะถือว่าเป็นมารดาของบุตร หญิงเจ้าของไข่จึงไม่สามารถเป็นมารดาของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้เลย ดังนั้นเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนกับหญิงเจ้าของไข่จึงไม่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายแต่

อย่างไรก็ตามมีความสัมพันธ์ทางชีววิทยาเท่านั้น เมื่อไม่มีความเกี่ยวพันทางกฎหมาย เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงไม่มีสิทธิในมรดกของหญิงเจ้าของไข่เช่นเดียวกัน หญิงเจ้าของไข่ก็ไม่มีสิทธิรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเช่นกัน ดังนั้นทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียของหญิงเจ้าของไข่จึงไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิใดๆ ในคดีมรดก และถ้าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายโดยไม่มีทายาทเข้ารับมรดก หญิงเจ้าของไข่ก็ไม่สามารถยกเอาเหตุแห่งความเป็นมารดาทางชีววิทยาเป็นข้อต่อสู้ว่าตนเป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเช่นกัน เพราะหญิงเจ้าของไข่มิใช่เป็นผู้คลอดเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนออกมา

จากที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ถ้าสถานะทางกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีความแน่นอนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ใด สิทธิในทางมรดกนั้นจะเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ตามกฎหมาย แต่ถ้าสถานะทางกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีความไม่แน่นอน เช่น ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนข้ามขั้นตอนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม โดยการแจ้งทะเบียนคนเกิดว่าตนเป็นผู้ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมานั้น หญิงรับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายอาจใช้สิทธิเพิกถอนทะเบียนคนเกิดของเด็กนั้นได้ หรือทายาทของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนใช้สิทธิฟ้องคดีหรือยกเป็นข้อต่อสู้ในคดีมรดกได้ว่า เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่ใช่ผู้สืบสันดานหรือเป็นทายาทโดยธรรมของเจ้ามรดก หรือในกรณีที่ชายเจ้าของอสุจิ จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็เช่นกัน ทายาทของชายเจ้าของอสุจิอาจยกเป็นข้อต่อสู้ว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมิใช่บุตรที่เกิดตามธรรมชาติของเจ้ามรดก จึงไม่มีสิทธิรับมรดกของชายเจ้าของอสุจิในฐานะทายาทโดยธรรม เช่นนี้แล้วก็จะเกิดปัญหาในการฟ้องร้องต่อสู้ในคดีมรดกได้ ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจึงควรรับรองสถานะของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยการ จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมจะดีที่สุด

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการที่กฎหมายได้กำหนดถึงข้อจำกัดในการรับมรดกแทนที่ซึ่งบุตรบุญธรรมไม่มีสิทธิรับมรดกแทนที่ของผู้รับบุตรบุญธรรมได้เพราะมิใช่ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมา หรือผู้รับบุตรบุญธรรมไม่มีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมนั้น หากเป็นกรณีการรับบุตรบุญธรรมตามปกติก็เป็นเรื่องเหมาะสมอย่างยิ่ง แต่การรับบุตรทางชีววิทยาเป็นบุตรบุญธรรมนั้นมีความแตกต่างไปจากการรับบุตรบุญธรรมโดยทั่วไป กล่าวคือ ผู้รับบุตรบุญธรรมมีความสัมพันธ์ทางชีววิทยาต่อกัน หรือถ้าจะเปรียบได้กับการเป็นบุตรโดยสายโลหิตก็คงไม่ผิดเพียงแต่มารดาไม่ได้เป็นผู้ที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรออกมาเองเท่านั้น การจะรับรองฐานะความเป็นบุตรจึงจำเป็นต้องใช้วิธีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น ทำให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะไม่อาจรับมรดกของบุตรทางชีววิทยาในฐานะทายาทโดยธรรมได้ แต่หญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามีกลับเป็นผู้มีสิทธิรับ

มรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนซึ่งไม่เป็นธรรมต่อผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน แม้จะสามารถแก้ไขโดยการให้เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินมรดกให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 25 ผู้ที่สามารถทำพินัยกรรมได้นั้นเป็นผู้เยาว์อายุสิบห้าปีบริบูรณ์ขึ้นไป ดังนั้นเมื่อเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีอายุครบสิบห้าปีบริบูรณ์ก็สามารถทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินมรดกให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้ทันที แต่ถ้าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายโดยที่ยังไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้ ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ไม่มีสิทธิรับมรดกของบุตรทางชีววิทยาของตนแต่อย่างใด หรือกรณีที่เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่มีสิทธิรับมรดกแทนที่เพราะกฎหมายได้จำกัดสิทธิไว้ นั้น ทำให้ผู้เขียนเกิดแนวคิดที่ว่าถ้าฐานะทางกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเช่นเดียวกับเป็นบุตรที่เกิดตามธรรมชาติ เพียงแต่อาศัยขั้นตอนการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมเป็นการรับรองบุตรคล้ายกับการที่บิดาจดทะเบียนรับเป็นบุตร ก็จะทำให้ปัญหาในการรับมรดกแทนที่หรือปัญหาการถูกจำกัดสิทธิไม่ให้รับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามที่คุณเขียนกล่าวมานั้นหมดไป

แต่อย่างไรก็ตาม อาจจะมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นได้ว่าหากเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมิใช่บุตรทางชีววิทยาของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนทั้งคู่ กล่าวคือเป็นการใช้เชื้อพันธุจากผู้บริจาคมามีส่วนทำให้เกิดการปฏิสนธิของตัวอ่อนที่จะนำไปฝังตัวในมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทน ในกรณีเช่นนี้เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะได้รับการถ่ายทอดทางพันธุกรรมจากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนบางส่วน เรียกได้ว่าเป็นบุตรทางชีววิทยาของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเฉพาะผู้ที่ได้ให้เชื้อพันธุในการผสมเทียมเท่านั้น หรือหากเป็นกรณีที่เป็นการใช้เชื้อพันธุของผู้บริจาคทั้งคู่มาใช้ในการผสมเทียม เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะไม่มีความสัมพันธ์ทางชีววิทยากับผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใดเลยนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีเช่นนี้น่าที่จะใช้วิธีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายเช่นเดิม แต่อาจมีข้อยกเว้นในเรื่องของหลักเกณฑ์บางประการตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้นตามที่ได้นำเสนอไปแล้ว

ปัญหาในทางมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยมากมักจะเกิดแต่เฉพาะกรณีที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนข้ามขั้นตอนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมบางประการเป็นอุปสรรคในการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม เช่น เกณฑ์อายุของผู้รับบุตรบุญธรรมต้องไม่ต่ำกว่า 25 ปี หรือการทดลองเลี้ยงดูเด็กไม่น้อยกว่า 6 เดือน ส่วนปัญหาในการถูกจำกัดสิทธิไม่ให้รับมรดกนั้นบางกรณีก็ยังมีแนวทางในการแก้ไขได้ดังที่

ได้เสนอไปแล้ว ปัญหาในทางมรดกนั้นเป็นปัญหาทางปลายเหตุที่สามารถป้องกันมิให้เกิดการฟ้องคดีกันได้ จึงควรพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบ้างไม่สอดคล้องกับกรณีการตั้งครรภ์แทนก็น่าที่จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็ดี ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ดี หรือผู้ที่มีส่วนได้เสียทั้งในส่วนของกฎหมายครอบครัวและกฎหมายมรดก เป็นไปอย่างถูกต้องและเป็นธรรมต่อทุกฝ่าย

บทที่ 7

สรุปและข้อเสนอแนะ

การตั้งครรภ์แทนเป็นวิวัฒนาการทางวิทยาศาสตร์สาขาชีววิทยาของการสืบพันธุ์ในวงการแพทย์ยุคใหม่ ที่ช่วยแก้ไขปัญหาในเรื่องการมีบุตรยากให้แก่ผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ โดยเฉพาะฝ่ายหญิงเป็นฝ่ายที่มีข้อบกพร่องจนไม่สามารถตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรด้วยตนเองจึงต้องอาศัยหญิงอื่นมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทน การตั้งครรภ์แทนอาจจะเป็นเรื่องใหม่ในสังคมไทย แต่ในปัจจุบันการตั้งครรภ์แทนได้มีการขยายตัวออกไปสู่บุคคลภายนอกที่ไม่มีความเกี่ยวพันอันเครือญาติกับผู้ที่ต้องการบุตร หรือเรียกได้ว่าเป็นการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ กล่าวคือ มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงรับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของการจ่ายค่าตอบแทนในการที่หญิงนั้นต้องเสี่ยงกับภาวะแทรกซ้อน หรือขาดรายได้ในขณะที่ตั้งครรภ์ก็ตาม

ข้อพิพาทอันเกิดจากการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนยังไม่เคยมีการนำคดีข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาคดีในชั้นศาลเหมือนเช่นในต่างประเทศ แต่การขยายตัวของ การตั้งครรภ์แทนที่เพิ่มขึ้นทำให้แนวโน้มในอนาคตศาลไทยจะต้องเผชิญกับปัญหาต่างๆ ที่เกิดจากการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน คำถามที่ติดตามมาคือ ศาลไทยจะนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมาพิจารณาพิพากษาเพราะประเทศไทยเองยังไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการตั้งครรภ์แทนเป็นการเฉพาะ จึงต้องนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายเดิมที่มีอยู่มาปรับใช้ ซึ่งก็ก่อให้เกิดปัญหาอย่างมากเนื่องจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่นั้นไม่สามารถครอบคลุม หรือขจัดปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นได้ และในบางครั้งกฎหมายเองกลับเป็นต้นเหตุแห่งปัญหาอีกด้วย ดังนั้นปัญหาจากการนำบทบัญญัติกฎหมายใกล้เคียงมาปรับใช้จึงมีดังนี้

1. ปัญหาในเรื่องสัญญารับตั้งครรภ์แทน

จากการศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 3 นั้นพบว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ใช่สัญญาเช่าสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างทำของ แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะอยู่ในฐานะผู้ว่าจ้าง และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะผู้ถูกจ้างโดยสมัครใจมุ่งให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างกันก็ตาม แต่สัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาชนิดหนึ่งที่ไม่มีชื่อแม้จะตกลงกันด้วยวาจาก็สามารถใช้บังคับได้ เพราะไม่ตกเป็นโมฆะ เนื่องจากนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่มีแนวคิดไปในทางเดียวกันว่า

วัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะวัตถุประสงค์ของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีเจตนาจะรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นการกระทำชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่สามารถใช้บังคับได้ หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำผิดไปจากที่ได้ตกลงกันไว้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิฟ้องร้องบังคับตามสัญญาได้ แต่อย่างไรก็ตาม สัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่เข้าลักษณะของสัญญาใดๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 การบังคับตามสัญญาจึงต้องพิจารณาดูว่าสามารถบังคับได้มากน้อยเพียงใด เพราะในบางกรณีสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับต่อกันได้ เช่น ถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ยอมส่งมอบเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ศาลก็ไม่อาจบังคับให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องส่งมอบเด็กให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน หรือในทางกลับกันผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นฝ่ายปฏิเสธไม่ยอมรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเนื่องจากเด็กพิการ หรือเป็นเพศที่ไม่ต้องการ ศาลก็ไม่อาจบังคับให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนต้องดำเนินการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้เช่นกัน เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้กระทำได้ คงมีสิทธิเพียงเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาต่อกันเท่านั้น

นอกจากการไม่สามารถบังคับตามสัญญาได้เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้กระทำได้ยังมีข้อขัดข้องประการอื่นอีก กล่าวคือ โดยหลักการแล้วคู่สัญญาที่สมัครใจทำสัญญาต่อกันสามารถยกเลิกสัญญาได้ด้วยความสมัครใจเช่นกัน แต่เมื่อนำมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทนแล้วการยกเลิกสัญญาต่อกันในบางช่วงเวลานั้นไม่สามารถทำได้ เช่น ถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทนอยู่ในระหว่างตั้งครรภ์ ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ก็ดีหรือหญิงรับตั้งครรภ์แทน ประสงค์จะยกเลิกสัญญาหรือยุติการตั้งครรภ์นั้นไม่สามารถทำได้ เพราะการยุติการตั้งครรภ์ก่อนครบกำหนดคลอดนั้นเป็นการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญาฐานทำให้แท้งลูก แต่ถ้าเป็นการยกเลิกสัญญาในขณะที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนยังไม่ได้ตั้งครรภ์ เช่น อยู่ในระหว่างตรวจเช็คร่างกายเพื่อเตรียมความพร้อมเข้ารับการผสมเทียมเช่นนี้สามารถยกเลิกสัญญาต่อกันได้ ดังนั้นการบังคับตามสัญญาหรือการยกเลิกสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องพิจารณาสภาพแห่งหนี้ หรือพฤติการณ์ด้วยว่าสามารถกระทำได้มากน้อยเพียงไร ถ้าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้กระทำได้ ก็คงมีสิทธิแต่เพียงการเรียกร้องค่าเสียหายต่อกันเท่านั้น

2. ปัญหาในเรื่องกฎหมายครอบครัว

แม้ว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนจะใช้บังคับได้เพราะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทน และวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หากคู่สัญญาไม่ได้กระทำผิดไปจากที่ได้ตกลงกันไว้ก็ยังคงเกิดปัญหาทางกฎหมายอยู่เช่นเดิมโดยเฉพาะกฎหมายครอบครัว เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา การเป็นบิดามารดาและบุตรชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยกลไกตามธรรมชาติ แต่เมื่อนำมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นการเกิดที่อาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์เข้าช่วยจึงทำให้เกิดข้อขัดข้องขึ้น จากการศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 4 พบว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนเข้าทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนโดยสามีไม่ได้ให้ความยินยอมนั้น สามีมีสิทธิฟ้องหย่าได้เพราะถือว่าการตั้งครรภ์นั้นเป็นความประพฤติชั่ว และเป็นการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรง แม้จะไม่มีกฎหมายใดห้ามมิให้หญิงตั้งครรภ์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากสามีก่อนก็ตาม และการตั้งครรภ์แทนไม่เพียงแต่ส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ภายในครอบครัวเท่านั้น การที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนคลอดบุตรในระหว่างสมรส สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนทันที แม้กฎหมายจะเปิดโอกาสให้สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนสามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้ แต่จะต้องฟ้องปฏิเสธความเป็นบิดาและบุตรภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นกัน มิฉะนั้นจะถือว่าขาดอายุความ

อนึ่ง สิทธิในการฟ้องปฏิเสธว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมิใช่บุตรของสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทน กฎหมายเปิดโอกาสให้ฟ้องได้แม้ว่าสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะได้รับความยินยอมแก่หญิงรับตั้งครรภ์แทนในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนก็ตาม เพราะเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต แต่ก็ถือได้ว่าไม่เป็นธรรมแก่เด็กที่เกิดมาทำให้เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเกิดความรู้สึกว่าเขาไม่เป็นที่ต้องการของใครบางคนโดยเฉพาะผู้ที่ได้ชื่อว่าเป็นสามีของมารดาตนเอง ผลของการถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนทำให้สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วย ทั้งที่สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีส่วนได้ส่วนเสียในตัวเด็ก หรือไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด แต่กฎหมายกลับกำหนดหน้าที่ให้ต้องปฏิบัติ หากสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่อุปการะเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็จะเป็นความผิดตาม

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 307 จึงนับได้ว่าข้อสันนิษฐานของกฎหมายก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่สามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทน

ส่วนหญิงรับตั้งครรภ์แทน หลักกฎหมายไทยในปัจจุบันถือหลักการที่ว่าหญิงใดเป็นผู้คลอดบุตรหญิงนั้นเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรเสมอ หากผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนปฏิเสธไม่ยอมรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และศาลก็ไม่อาจบังคับให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนต้องดำเนินการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้นั้น ทำให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนที่มีเจตนาเพียงตั้งครรภ์เพื่อคลอดบุตรให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนทำหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูโดยที่ตนไม่มีเจตนาจะอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรของตนแต่อย่างใด กลับต้องมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้นเพียงเพราะตนยอมให้ตัวอ่อนได้เจริญเติบโตภายในร่างกายจนกระทั่งคลอดเท่านั้น ส่วนผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนซึ่งอาจเป็นบิดามารดาทางชีววิทยาของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน อาศัยสภาพแห่งหนี้ที่ไม่เปิดช่องให้บังคับต่อกันได้ปฏิเสธความรับผิดชอบในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรทางชีววิทยาของตนไว้ จึงถือได้ว่ากฎหมายในปัจจุบันเอื้อประโยชน์ให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำผิดสัญญาต่อกันได้

3. ปัญหาในเรื่องการรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม

การรับรองสถานะของบุตรอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนสามารถจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น เพราะชายเจ้าของอสุจิไม่อาจจดทะเบียนรับรองบุตรได้ ส่วนหญิงเจ้าของไข่เมื่อไม่ใช่ผู้ที่ตั้งครรภ์แล้วคลอดบุตรจึงไม่ถือเป็นมารดาของบุตร การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการดำเนินการ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 เมื่อนำมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทน จากการศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 5 พบว่าหลักเกณฑ์และวิธีการบางอย่างเป็นอุปสรรคต่อการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนอยู่หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องคุณสมบัติของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนที่จะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปี บริบูรณ์เสียก่อน ถ้าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอายุไม่ถึง 25 ปี ก็จะต้องรอเวลาซึ่งอาจนานนับปี นอกจากนั้น การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กเสียก่อน ทำให้เกิดปัญหาในการที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนอาศัยบทบัญญัตินี้ปฏิเสธไม่ยอมให้มีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม เมื่อหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอม ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ไม่อาจฟ้องร้องต่อศาลให้บังคับตามสัญญาได้ แม้จะมีสิทธิที่จะร้องขอต่อศาลเยาวชนและครอบครัวให้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมนั้น จะต้องแสดงให้เห็นว่าหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุอันสมควร และเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพความ

เจริญ หรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ซึ่งถ้าหญิงรับตั้งครรภ์แทนเพียงแสดงเจตนาว่าจะอุปการะเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนต่อไปก็ถือเป็นเหตุอันควรแล้ว ศาลก็ไม่อาจมีคำสั่งอนุญาตให้มีการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้

แม้จะไม่มีปัญหาในเรื่องเกณฑ์อายุหรือความยินยอมของบิดามารดาเด็กนั้น ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนก็ยังมีอุปสรรคประการอื่นอีก เนื่องจากกฎหมายกำหนดว่าการรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมจะต้องมีการทดลองเลี้ยงดูเด็กไม่น้อยกว่า 6 เดือน จึงจะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้ ซึ่งขัดกับแนวคิดของการตั้งครรภ์แทนที่จะต้องมีการส่งมอบเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้เป็นบุตรของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในทันทีเมื่อเด็กคลอด จากการกำหนดให้มีการทดลองเลี้ยงดูเด็กไม่น้อยกว่า 6 เดือนก่อนการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ทำให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนหรือผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนใช้สิทธิในการขอลอนคำขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ เท่ากับว่ากฎหมายเปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำผิดสัญญาต่อกันได้

การนำบทบัญญัติเรื่องบุตรบุญธรรมเมื่อนำมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทนยังก่อให้เกิดปัญหาแก่หญิงรับตั้งครรภ์แทนอีก เนื่องจากการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมก่อให้เกิดสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตรโดยผลของกฎหมายเท่านั้น จึงอาจมีการเลิกเป็นบุตรบุญธรรมได้เมื่อผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจดทะเบียนเลิกรับบุตรบุญธรรม ทำให้เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะกลับคืนสู่ครอบครัวเดิม ก่อให้เกิดปัญหาแก่ครอบครัวของหญิงรับตั้งครรภ์แทนเพราะกฎหมายกำหนดไว้ว่าการรับบุตรบุญธรรมไม่ทำให้สิทธิและหน้าที่ของบุตรที่มีต่อครอบครัวเดิมเสียไป หญิงรับตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายจึงต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนต่อไป นอกจากจะเกิดปัญหาในเรื่องการยอมรับภายในครอบครัวของหญิงรับตั้งครรภ์แทนแล้ว ตัวเด็กเองก็ได้รับผลกระทบด้วยเพราะไม่มีความผูกพันอันบิดามารดาและบุตร หรือไม่มีความผูกพันระหว่างพี่น้องร่วมมารดาเดียวกันจึงอาจทำให้มีปัญหาในการปรับตัวไม่สามารถเข้ากับพี่น้องร่วมมารดาเดียวกันได้ รู้สึกเป็นส่วนเกินของครอบครัว เป็นต้น

4. ปัญหาในการรับมรดก

ข้อขัดข้องที่เป็นอุปสรรคต่อการที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม ทำให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนหลีกเลี่ยงปัญหาต่างๆ โดยการข้ามขั้นตอนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแต่ไปแจ้งทะเบียนคนเกิดว่าหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นผู้คลอดบุตรออกมา ซึ่งนับว่าเป็นการกระทำผิดตามกฎหมายอาญาฐานแจ้งความเท็จแล้วยังทำให้สถานะทางกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่แน่นอน เพราะ

อาจถูกเพิกถอนได้ในภายหลังส่งผลไปถึงสิทธิในการรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนจากการศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 6 พบว่าสิทธิในการรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนเป็นไปโดยผลของการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ซึ่งทำให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนไม่มีสิทธิรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนเพราะมีกฎหมายห้ามไว้ แต่กฎหมายกลับให้สิทธิหญิงรับตั้งครรรภ์แทนและสามีที่ไม่ฟ้องปฏิเสธความเป็นบิดา กลับมีสิทธิได้รับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนได้ทั้งๆ ที่การตั้งครรรภ์นั้นเกิดขึ้นโดยผลของการปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น จึงถือได้ว่าบทบัญญัติในส่วนนี้ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนที่เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายต่างๆ ตลอดจนให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรด้วยความรัก ความเอาใจใส่เป็นอย่างดีรวมทั้งอาจเป็นบิดามารดาโดยสายโลหิตของบุตรเองด้วยเป็นผู้ไม่มีสิทธิรับมรดกเพราะกฎหมายห้ามไว้ แต่ผู้ที่ไม่ได้อุปการะเลี้ยงดูบุตรกลับเป็นผู้มีสิทธิแทน หรือเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนซึ่งแท้ที่จริงแล้วเป็นบุตรทางสายโลหิตของผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนเอง ไม่มีสิทธิรับมรดกแทนที่บิดามารดาทางชีววิทยาของตน เพราะกฎหมายไม่ถือว่าเป็นผู้สืบสันดาน แต่กลับมีสิทธิรับมรดกแทนที่หญิงรับตั้งครรรภ์แทนหรือสามีของหญิงรับตั้งครรรภ์แทนได้ ซึ่งเป็นการเบียดบังสิทธิในทางมรดกของทายาทที่มีความสัมพันธ์แท้จริง ก็อาจถูกฟ้องเป็นคดีมรดกได้

หรือผลของการที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนแจ้งทะเบียนการเกิดของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนว่าเป็นบุตรที่ตนคลอดออกมา ทำให้เด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนมีสิทธิรับมรดกของผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนในฐานะเป็นผู้สืบสันดาน และทำให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนมีสิทธิรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนด้วยเช่นกัน ส่งผลทำให้หญิงรับตั้งครรรภ์แทนหรือผู้มีส่วนได้เสียอาจขอเพิกถอนทะเบียนคนเกิดได้ หรือรอให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนหรือเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนถึงแก่ความตายแล้วจึงยกเป็นข้อต่อสู้ในคดีมรดกว่าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนไม่ใช่ผู้สืบสันดาน หรือผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนไม่ใช่บุพการีของเจ้ามรดกอันจะมีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมแต่อย่างใด ถ้าหากมีการเพิกถอนทะเบียนคนเกิด ความเป็นมารดาและบุตรของผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนกับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนนั้นจะสิ้นสุดลง เด็กจะกลับไปมีสิทธิรับมรดกของหญิงรับตั้งครรรภ์แทนในฐานะเป็นมารดาผู้คลอดบุตร ถ้าเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนไม่ทราบว่าหญิงรับตั้งครรรภ์แทนเป็นใครหรือรู้แต่ไม่สามารถติดตามให้พบได้ เด็กนั้นก็จะมีสิทธิรับมรดกของใครเลยเพราะไม่มีบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายที่แท้จริง ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมได้ เพราะมนุษย์จะอยู่โดยไม่มีบิดามารดาได้อย่างไร ซึ่งกรณีนี้จะแตกต่างกับกรณีที่บุตรกำพร้าบิดามารดา

สิทธิในการรับมรดกนั้นเป็นไปตามฐานะการเป็นบิดามารดาและบุตรชอบด้วยกฎหมาย ทำให้เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีสิทธิรับมรดกของสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นบิดาตามข้อสันนิษฐาน สร้างความไม่เป็นธรรมต่อทายาทของสามีของหญิงรับตั้งครรภ์แทนที่จะต้องแบ่งมรดกให้แก่เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนแม้จะเป็นพี่น้องร่วมมารดาเดียวกันก็ตาม แต่ก็อาจจะไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตต่อกัน

5. ปัญหาอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน

นอกเหนือจากปัญหาในทางกฎหมายครอบครัวและกฎหมายมรดกแล้ว จากการศึกษาวิเคราะห์โดยรวมแล้ว ผู้เขียนพบว่ายังมีปัญหาย่อยอื่นเกิดขึ้นอีก เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนในปัจจุบันกระทำให้ขึ้นปราศจากการควบคุมขององค์กรหรือหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง จึงอาจมีการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนในหมู่เครือญาติ ซึ่งมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขการสมรสที่กฎหมายห้ามมิให้ญาติที่สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกันอันเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย เช่น พี่สาวรับตั้งครรภ์แทนให้น้องสะใภ้โดยใช้ไข่ของน้องสะใภ้และอสุจิของน้องชาย หรือมารดารับตั้งครรภ์แทนให้ลูกสาวเหมือนเช่นกรณีที่เกิดในประเทศแถบแอฟริกาใต้ดังตัวอย่างที่ได้เสนอไปนั้น เช่นนี้แล้วทำให้เด็กที่เกิดมามีความสับสนในการลำดับญาติ รวมทั้งส่งผลกระทบต่อปัจจัยสิทธิในทางมรดกและอาจมีผลร้ายทางพันธุกรรมแก่เด็กที่เกิดมาด้วย

การทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่มีอัตราการขยายตัวเพิ่มขึ้น ทำให้สังคมมีเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมากขึ้นไปด้วย จึงอาจเกิดปัญหาการสมรสกันหมู่เครือญาติโดยไม่เจตนาได้ เพราะแพทย์มักจะปกปิดชื่อผู้บริจาคเชื้อพันธุที่ใช้ในการผสมเทียมไว้เป็นความลับ ทำให้ไม่อาจตรวจสอบความเป็นมาในชาติกำเนิดของตนเองได้ นอกจากนั้นการปราศจากการควบคุมของหน่วยงานใดโดยเฉพาะ ทำให้เกิดปัญหาในการหาตัวผู้รับผิดชอบต่อความผิดพลาดที่เกิดจากแพทย์หรือสถานบริการเพราะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน แม้ว่าทางแพทยสภาจะได้มีการพิมพ์เอกสารกำหนดแนวทางการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ และข้อตริ่กครองด้านจริยธรรม (พ.ศ. 2537) เผยแพร่แก่ผู้เกี่ยวข้อง แต่ก็ยังไม่มียกเว้นข้ออื่นใดที่จะให้แพทย์ถือปฏิบัติร่วมกันในลักษณะเป็นกฎหมายที่ชัดเจนและเด็ดขาดเหมือนเช่นในต่างประเทศ

การที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอาศัยช่องว่างของกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ในการจดทะเบียนคนเกิดไม่ทราบความจริงว่า หญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาผู้คลอดบุตรจริงหรือไม่ ทำให้รัฐเสียหายได้ในบางกรณี เช่น จากการที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนใช้สิทธิในการขอหักลดหย่อนภาษี หรือหาก

ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นข้าราชการ ซึ่งมีสิทธิขอเบิกค่ารักษาพยาบาลตลอดจนค่าศึกษาของบุตร ตาทสิทธิหรือในกรณีที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตาย เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้มีสิทธิได้รับเงินบำนาญตกทอด หรือเงินบำเหน็จตกทอดอันเป็นการใช้สิทธิที่ไม่ถูกต้องทำให้รัฐต้องเสียประโยชน์จนเป็นเหตุให้มีการนำปัญหาเหล่านี้ให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อขอความเห็นในปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งได้ความเห็นโดยสรุปว่า “ข้าราชการแม้จะเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ที่ใช้ในการผสมเทียมก็ไม่ถือว่าเป็นบิดามารดาตามกฎหมายของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน หากไม่ได้ดำเนินการจดทะเบียนรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย”

กล่าวโดยสรุปแล้ว การนำเอาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใกล้เคียงมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทนก่อให้เกิดปัญหาแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย บุคคลภายนอกและรัฐในฐานะเป็นบิดามารดาของประเทศไทย และที่สำคัญที่สุดเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ดังที่ควรจะเป็น แม้ว่าปัญหาอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะยังไม่เกิดขึ้นในประเทศไทย แต่วิทยาการในด้านเทคโนโลยีชีวภาพเกี่ยวกับมนุษย์นั้นนับวันจะยิ่งมีการพัฒนาต่อไปเรื่อยๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของมนุษย์ที่ไม่มีวันสิ้นสุด สิ่งที่สังคมควรเร่งพิจารณาคือ การจำกัดขอบเขตความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีเหล่านั้นให้อยู่ในระดับที่เหมาะสม และรัฐในฐานะผู้รับผิดชอบจำเป็นต้องสร้างระบบกฎหมายให้สามารถรองรับปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นก่อนที่ช่องว่างระหว่างกฎหมายกับความเจริญก้าวหน้าต่างๆ จะห่างกันออกไปยิ่งขึ้น

ข้อเสนอแนะ

ตามที่ได้กล่าวถึงปัญหาอันเกิดจากการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทนพบว่ากฎหมายไม่สามารถรองรับหรือจัดปัญหาที่เกิดขึ้นได้ โดยเฉพาะบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งในส่วนของ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และบรรพ 6 ว่าด้วยเรื่องมรดก รวมถึงพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ที่ยังมีความล้าหลังไม่สอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น จึงสมควรให้มีการยอมรับให้ข้อตกลงหรือสัญญารับตั้งครรภ์แทนให้มีผลบังคับใช้ได้ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดผิดสัญญาจะสามารถบังคับตามสัญญาได้ ไม่ใช่อาศัยสภาพแห่งหนี้ที่ไม่สามารถบังคับได้นั้นทำผิดสัญญาต่อกันได้อีก ดังนี้

1. เสนอให้มีการตราพระราชบัญญัติการรับตั้งครรภ์แทนขึ้นมาใช้บังคับเป็นการเฉพาะโดยมีข้อกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการรับตั้งครรภ์แทนไว้ให้ผู้ทำสัญญาต้อง

ปฏิบัติตามภายใต้การกำกับดูแลหรือควบคุมของศาล ซึ่งศาลที่ผู้เขียนเห็นว่ามีเหมาะสมคือ ศาลเยาวชนและครอบครัวหรือศาลจังหวัด ในกรณีที่ท้องถิ่นนั้นไม่มีศาลเยาวชนและครอบครัวเปิดทำการ เพื่อให้ศาลเป็นผู้พิจารณาถึงความเหมาะสมและคุณสมบัติของคู่สัญญาว่ามีเหตุจำเป็น ต้องมีการตั้งครรรภ์แทนหรือไม่ โดยให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนยื่นคำร้องต่อศาลก่อนจะมีการทำ สัญญารับตั้งครรรภ์แทน เพื่อให้ศาลได้มีโอกาสตรวจสอบถึงความสามารถของผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์ แทนในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่จะเกิดมา รวมถึงเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของคู่ สัญญา เช่น ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนจะต้องเป็นผู้ที่มีคู่สมรส หญิงโสดหรือชายโสดควรจะห้ามมิให้มี การทำสัญญารับตั้งครรรภ์แทนเพราะสามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ เว้นแต่จะมีการรับรองจาก แพทย์ว่าไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ เช่น เป็นหมัน หรือหญิงนั้นไม่มีมดลูก ส่วนหญิงรับ ตั้งครรรภ์แทนควรจะเป็นหญิงที่มีคู่สมรสแล้วเช่นกัน และควรเป็นหญิงที่ผ่านการมีบุตรมาก่อน เพราะจะได้มีประสบการณ์ในการบำรุงครรรภ์และคลอดบุตร ส่วนหญิงโสดน่าจะมิชอบห้ามมิให้รับ ตั้งครรรภ์แทนเพราะการตั้งครรรภ์นั้นมีผลกระทบต่อสรีระร่างกายอย่างถาวร รวมถึงมีผลกระทบทาง สังคมในแง่ลบด้วยทำให้เกิดปัญหาในภายหลังได้ นอกจากนี้ควรจะมีข้อกำหนดในเรื่อง เกณฑ์อายุชั้นสูงและชั้นต่ำของหญิงรับตั้งครรรภ์แทน เช่น หญิงรับตั้งครรรภ์แทนไม่ควรจะมีอายุเกิน กว่า 35 ปี เพราะถ้ามีอายุเกินกว่านั้นอาจเป็นอันตรายแก่หญิงรับตั้งครรรภ์และทารกในครรรภ์ได้ ส่วนแพทย์ผู้ทำการผสมเทียมควรจะเป็นแพทย์ หรือสถานบริการที่ได้รับอนุญาตเพื่อการนี้โดย เฉพาะ โดยการประสานงานไปยังหน่วยงานที่กำกับดูแลแพทย์และสถานบริการในการออก ระเบียบปฏิบัติ

การยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้มีการทำสัญญารับตั้งครรรภ์แทนนั้น ผู้ว่า จ้างตั้งครรรภ์แทนควรมีคำวินิจฉัยจากแพทย์ว่ามีข้อบกพร่องอย่างไรจนไม่สามารถมีบุตรได้เอง ตามธรรมชาติประกอบคำร้อง หรือหญิงรับตั้งครรรภ์แทนเป็นผู้ผ่านการตรวจสุขภาพร่างกายและจิต ใจว่ามีสุขภาพแข็งแรง ไม่เป็นโรคติดต่อทางโลหิต มีอายุที่เหมาะสม หรือมีประสบการณ์ในการ ตั้งครรรภ์และคลอดบุตรอย่างปลอดภัย เป็นต้น เพื่อให้ศาลเป็นผู้พิจารณานอกจากนั้นยังเป็นการ เปิดโอกาสให้ศาลได้ควบคุม และตรวจสอบถึงความสามารถของผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนว่าเป็นผู้มี ความสามารถในการอุปการะเลี้ยงดู ให้การศึกษา ความรัก ความเอาใจใส่แก่เด็กที่เกิดมา เป็นผู้ มีสุขภาพจิตดี สติปัญญา และสภาพร่างกายที่แข็งแรง รวมไปถึงข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการ รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมด้วย โดยในระหว่างการตั้งครรรภ์จะต้องมีการรายงานให้ศาลทราบเป็น ระยะเวลาเพื่อให้ศาลทราบว่าคู่สัญญายังมีเจตนาในการทำสัญญาต่อกันอยู่ จนกระทั่งเด็กคลอดออก มาศาลจะได้มีคำสั่งให้มีการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยเร็วที่สุด โดยปราศจากเงื่อนไข

ไซตามที่กฎหมายในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมกำหนดไว้ ซึ่งระยะเวลาในการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมนั้นก็ไม่ควรจะเกินกว่า 7 วันนับแต่เด็กคลอดโดยการข้ามขั้นตอนการทดลองเลี้ยงดูเด็ก เพราะศาลได้ทราบถึงความเป็นมาและความพร้อมของผู้รับบุตรบุญธรรมอยู่แล้ว นอกจากนี้ยังควรกำหนดให้สิทธิและหน้าที่ที่เด็กมีอยู่กับครอบครัวเดิมสิ้นสุดลง ทั้งหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูและสิทธิในทางมรดกระหว่างกัน เป็นต้น

เพื่อให้การดำเนินการตามพระราชบัญญัติรับตั้งครรรภ์แทนที่ผู้เขียนได้เสนอนี้เป็นไปด้วยดี สมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนที่มีความเกี่ยวข้อง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวและพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเพื่อให้มีความสอดคล้องกับการตั้งครรรภ์แทนด้วย

2. ข้อเสนอพื้นฐานในการเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดมาในระหว่างสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1539 ชายผู้ต้องข้อเสนอพื้นฐานมีสิทธิฟ้องไม่รับเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมหรือตั้งครรรภ์แทนได้ เพราะมีใ้บุตรที่เกิดจากการร่วมประเวณีของชาย ฉะนั้น เด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนจึงอาจถูกชายผู้เป็นสามีของหญิงรับตั้งครรรภ์แทนฟ้องไม่รับเป็นบุตร แม้ว่าชายนั้นจะได้ให้ความยินยอมแก่ภริยาในการทำสัญญารับตั้งครรรภ์แทนแล้วก็ตาม จึงเกิดความไม่เป็นธรรมแก่เด็กที่เกิดมา จึงสมควรจำกัดสิทธิในการฟ้องปฏิเสธไม่รับเด็กเป็นบุตรในกรณีที่ชายนั้นได้ให้ความยินยอมในการผสมเทียมหรือตั้งครรรภ์แทนนั้น แต่ถ้าชายนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมในการผสมเทียมหรือการตั้งครรรภ์แทนก็ยังคงมีสิทธิฟ้องคดีได้เช่นเดิม โดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ มาตรา 1539 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยการเพิ่มเติมข้อยกเว้นในตอนท้ายว่า “เว้นแต่เด็กนั้นเกิดจากการผสมเทียมหรือตั้งครรรภ์แทนโดยความยินยอมของชาย”

3. การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว หมวด 4 บุตรบุญธรรมที่ไม่สอดคล้องกับการตั้งครรรภ์แทน มีดังนี้

3.1. เกณฑ์อายุขั้นต่ำของผู้จะรับบุตรบุญธรรมที่กฎหมายกำหนดว่าจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 1598/19 นั้น สำหรับกรณีการรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม ผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัตินี้โดยอนุญาตให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนที่มีอายุต่ำกว่า 25 ปี จดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมได้

3.2. การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาของเด็กก่อนตามมาตรา 1598/21 นั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอมแก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมก็ให้ศาลเป็นผู้มีคำสั่งให้ความยินยอมแทนหญิงรับตั้งครรภ์แทนได้

3.3. สิทธิและหน้าที่ของบุตรบุญธรรมที่มีต่อครอบครัวเดิมไม่สูญไปเพราะการเป็นบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1598/28 ทำให้เกิดความเดือดร้อนต่อครอบครัวหญิงรับตั้งครรภ์แทนในการต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน และมีผลกระทบต่อสิทธิในมรดกของทายาทคนอื่น ๆ อีก จึงสมควรกำหนดให้สิทธิและหน้าที่ใดๆ ในครอบครัวของหญิงรับตั้งครรภ์แทนสิ้นสุดลง รวมทั้งไม่มีสิทธิในการรับมรดกของหญิงรับตั้งครรภ์แทนด้วย นับแต่มีการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนตามกฎหมาย หรืออาจจะกำหนดให้ฐานะของบุตรอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนี้แตกต่างไปจากการเป็นบุตรบุญธรรมตามปกติ กล่าวคือ ให้บุตรอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเสมือนเป็นบุตรที่เกิดในระหว่างสมรส หรือเกิดจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ แต่อย่างไรก็ตามก็ควรจะมีข้อจำกัดให้เป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ที่ใช้ในการผสมเทียมทั้งคู่เท่านั้น เหตุเพราะเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะเป็นบุตรทางชีววิทยาของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ซึ่งจะได้รับการถ่ายทอดลักษณะทางพันธุกรรมจากบิดามารดาถึงร้อยละ 99.99 แต่ถ้าเป็นกรณีที่มีการใช้เชื้อพันธุ์ของผู้อื่นร่วมอยู่ด้วยหรือเป็นเชื้อพันธุ์ของผู้บริจาคทั้งคู่ก็คงวิธีการรับรองบุตรอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้โดยการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายเช่นเดิม

3.4. จากการที่กฎหมายห้ามมิให้ผู้รับบุตรบุญธรรมมีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมนั้นเพื่อเป็นการป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์ในตัวบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1598/29 แต่ถ้าเป็นกรณีตั้งครรภ์แทน ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนย่อมไม่มีเจตนาจะแสวงหาผลประโยชน์จากบุตรทางชีววิทยาของตนแต่อย่างใด อีกทั้งผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมักจะเป็นผู้มีฐานะทางการเงินอยู่ในเกณฑ์ดีอยู่แล้ว การรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นการรับรองสถานะทางกฎหมายของบุตรทางชีววิทยาและต้องการบุตรไว้สืบสกุลให้คงอยู่ต่อไป ผู้เขียนเห็นสมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัตินี้ โดยให้สิทธิแก่ผู้รับบุตรบุญธรรมที่เป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมีสิทธิรับมรดกของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้

3.5.ตามมาตรา 1598/31 ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมประสงค์จะเลิกเป็นบุตรบุญธรรมมีสิทธิที่จะเลิกได้โดยสมัครใจนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรอนุญาตให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนในฐานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม และเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนในฐานะเป็นบุตรบุญธรรมใช้สิทธิตามมาตรานี้ได้ แม้ว่าสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตรจะเกิดโดยผลของกฎหมายก็ตาม แต่ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตในการเป็นบิดามารดาที่มีต่อบุตรนั้นไม่อาจตัดขาดจากกันได้ การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมเป็นการอาศัยกฎหมายทำการรับรองสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตรให้มีสิทธิและหน้าที่ต่อกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย หากยินยอมให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนและเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนใช้สิทธิตามมาตรานี้ได้ จะทำให้ความสัมพันธ์ในการเป็นบิดามารดาและบุตรโดยสายโลหิตนั้นสิ้นสุดลง อันเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของการตั้งครรรภ์แทนด้วย

3.6. การสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมทำให้การรับบุตรบุญธรรมเป็นอันยกเลิกไปโดยปริยายตามมาตรา 1598/32 แม้ว่าผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนจะมีได้เป็นบิดามารดาทางชีววิทยาของเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนก็ตาม ก็ไม่ควรยอมรับให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนทำการสมรสกับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนได้ เพราะนอกจากจะเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของการตั้งครรรภ์แทนที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนต้องการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาเช่นบุตรมิใช่อุปการะเลี้ยงดูเพื่อทำการสมรสในภายหลังแล้วนั้นยังทำให้เกิดปัญหาทางจริยธรรมในสังคมอีกด้วย ผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีข้อห้ามผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนทำการสมรสกับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนโดยเด็ดขาด หากฝ่าฝืนทำการสมรสกันก็ต้องถือว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะ

3.7. บุตรบุญธรรมมีสิทธิฟ้องผู้รับบุตรบุญธรรมในคดีขอเลิกการรับบุตรบุญธรรมได้ตามมาตรา 1598/33 นั้น เหตุเพราะการเป็นบิดามารดาและบุตรเป็นเพียงฐานะสมมุติเท่านั้น แต่การรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม เด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนอาจเป็นบุตรโดยสายโลหิตของผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทน ผู้เขียนเห็นว่าไม่เป็นการสมควรที่เด็กอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนจะยังมีสิทธิฟ้องผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนในคดีขอเลิกการรับบุตรบุญธรรม เพราะเป็นการเนรคุณต่อบิดามารดาโดยสายโลหิตของตนเอง จึงควรมีข้อห้ามมิให้บุตรบุญธรรมอันเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนใช้สิทธิตามมาตรานี้ได้ เป็นต้น

4. บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมบางประการเป็นอุปสรรคต่อการใช้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะดำเนินการจดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมเพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดของการตั้งครรภ์แทน และเป็นการคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของเด็กที่เกิดมาตลอดจนสิทธิของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ดังนี้

4.1. การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมตามปกติแล้วจะต้องมีการทดลองเลี้ยงดูเด็กไม่น้อยกว่า 6 เดือน แต่ถ้าผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเป็นญาติของเด็กก็ไม่ต้องมีการทดลองเลี้ยงดูเด็กอีกตามมาตรา 19 วรรคท้าย ผู้เขียนเห็นว่เพื่อให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์จดทะเบียนรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมโดยเร็วที่สุดนับแต่เด็กคลอด ควรให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนอยู่ในข่ายได้รับการยกเว้นการทดลองเลี้ยงดูเด็กนั้นเช่นเดียวกัน

4.2. มาตรา 24 ในระหว่างการทดลองเลี้ยงดูเด็กไม่น้อยกว่า 6 เดือนนั้น ผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมีสิทธิขอถอนคำขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ปฏิเสธไม่ยอมรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม ผู้เขียนเห็นสมควรห้ามมิให้ผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนใช้สิทธิขอถอนคำขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมตามมาตรา

4.3. ในระหว่างการทดลองเลี้ยงดูเด็ก บิดามารดาของเด็กไม่ว่าจะเป็นผู้ให้ความยินยอมหรือไม่ อาจขอให้ยกเลิกคำขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ ดังนั้นหญิงรับตั้งครรภ์แทนซึ่งอาจเปลี่ยนใจไม่ยอมยกเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนใช้สิทธิตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ขอยกเลิกคำขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้ ดังนั้นเพื่อเป็นการป้องกันกรณีเกิดการผิดสัญญาต่อกัน จึงสมควรห้ามมิให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนในฐานะเป็นมารดาผู้คลอดบุตรมีสิทธิยกเลิกคำขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนได้ เป็นต้น

5. กำหนดให้การกระทำใดๆ เพื่อการติดต่อรับตั้งครรภ์แทนรวมทั้งการโฆษณาทางสื่อมวลชนเพื่อหาหญิงรับตั้งครรภ์แทน หรือการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ที่มีค่าตอบแทนในทำนองเดียวกับเป็นการค้าเด็ก เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายซึ่งจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาด้วย เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดต่อจริยธรรมและศีลธรรมอันดีของประชาชน

6. ประสานงานไปยังองค์กรที่มีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ให้แพทย์ถือปฏิบัติร่วมกัน คือองค์กรแพทยสภา ออกเป็นประกาศกำหนดแนวทางในการควบคุมการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ให้อยู่ในขอบเขตที่เหมาะสมทั้งด้านการใช้เทคโนโลยี และการเรียกค่าตอบแทนในการให้บริการนั้นๆ โดยเฉพาะราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย ในฐานะเป็นองค์กรวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับเวชปฏิบัติเกี่ยวกับการให้บริการด้านเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์โดยตรง ควรมีบทบาทในการยกระดับ และเสริมสร้างขีดความสามารถแก่บุคลากรและสถานพยาบาลที่ให้บริการเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน จัดอบรมบุคลากรที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับเครื่องมือ และสิ่งอำนวยความสะดวกของสถานบริการที่ให้บริการด้านเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ วางระเบียบเกี่ยวกับการทดลองในตัวอ่อนของมนุษย์รวมทั้งจัดตั้งคณะกรรมการเพื่อกำกับ และตรวจสอบสถานพยาบาลที่ดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ เพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ของผู้รับบริการ และเพื่อเป็นไปตามมาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมดังที่บัญญัติไว้ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 เพราะปัจจุบันแพทย์ส่วนหนึ่งได้นำวิชาชีพเวชกรรมไปทำกำไรในเชิงธุรกิจ ถือได้ว่าเป็นการแสวงหากำไรจากความเจ็บป่วยของมนุษย์ด้วยกันเอง เป็นสิ่งไม่สมควรสนับสนุนอย่างยิ่ง นอกจากนั้นควรกำหนดโทษ หรือความรับผิดชอบของแพทย์หรือสถานพยาบาลที่ได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นในการให้บริการ เช่น ทำให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนติดเชื่อจากการเข้ารับการผสมเทียม หรือเด็กที่เกิดมาพิการทุพพลภาพ เป็นต้น

7. ควรออกบทบัญญัติห้ามมิให้เครือญาติทำการตั้งครรภ์แทนให้แก่กัน เพราะถือเป็นการสมรสกันเองในหมู่เครือญาติ อันเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายแล้วยังเป็นการสร้างความสับสนในการลำดับเครือญาติ และอาจเป็นผลร้ายทางพันธุกรรมแก่เด็กได้ เพราะโรคบางชนิดติดต่อได้โดยทางเลือด นอกจากนั้นควรให้สิทธิแก่เด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้รับทราบเหตุแห่งการกำเนิดของตน หรือทราบว่าเป็นเจ้าของเชื้อพันธุที่ใช้ในการผสมเทียมเพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ และยังเป็นการป้องกันการสมรสกันในหมู่เครือญาติที่สืบสายโลหิตต่อกันโดยไม่เจตนา อันเป็นผลร้ายต่อบุตรที่จะเกิดมาในอนาคต และเป็นการผิดศีลธรรมอันดีของสังคมด้วย

ข้อเสนอแนะของผู้เขียนที่ได้นำเสนอมานั้น ทั้งในเรื่องการตราพระราชบัญญัติการรับตั้งครรรค์แทนก็ดี หรือการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายเดิมที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการตั้งครรรค์แทนก็ดี ผู้เขียนมีเจตนาที่จะให้การตั้งครรรค์แทนนั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งครรรค์แทนอย่างแท้จริง และมีเจตนาจะขจัดปัญหาและอุปสรรคในการรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรค์แทนเป็นบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างตั้งครรรค์แทน โดยมุ่งเน้นในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่าย โดยเฉพาะผู้ว่าจ้างตั้งครรรค์แทนและเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรค์แทนซึ่งเป็นผู้ได้รับผลกระทบมากที่สุด บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตควรคำนึงถึงประโยชน์และสวัสดิภาพของเด็กที่จะเกิดมาเป็นประการสำคัญ การตัดสินใจนำเอาเทคโนโลยีสมัยใหม่มาใช้ในเรื่องของการเจริญพันธุ์ที่เกี่ยวกับมนุษย์ จะต้องคำนึงถึงสภาพจิตใจของเด็กที่จะเกิดมาด้วยว่าจะรู้สึกเช่นไร เพราะเด็กที่เกิดมาควรมีสิทธิและได้เกิดมาโดยมีครอบครัวที่มีพ่อแม่เหมือนเช่นบุตรปกติโดยทั่วไป การกระทำใดๆ ก็ตามที่จะกระทบต่อสิทธิของเด็กที่เกิดมา ควรจะต้องคำนึงด้วยว่าเด็กจะได้รับประโยชน์ตามที่ควรจะมีหรือไม่

มนุษย์เองเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของสังคมจึงจำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่สังคมกำหนดไว้ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของหลักจริยธรรมและศีลธรรมอันดี หรืออยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่เทคโนโลยีที่เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วนี้บางครั้งสังคมไม่อาจจะรับมือได้ทัน การตั้งครรรค์แทนแม้จะถูกมองว่าเป็นการกระทำที่ผิดไปจากธรรมชาติ ทำให้คุณค่าของความเป็นมนุษย์ลดลง หรือกลายเป็นสินค้าที่สามารถซื้อขายแลกเปลี่ยนได้ด้วยเงิน และก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ให้ต้องติดตามแก้ไข แต่หากคำนึงถึงความจำเป็นที่เกิดขึ้น และคำนึงถึงคุณค่าของการเป็น "ผู้ให้" และ "เป็นผู้เสียสละ" แล้วปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นก็น่าจะแก้ไขได้ หากสังคมเปิดใจให้กว้างยอมรับความเป็นจริงที่เป็นอยู่แล้วร่วมมือกันคิดหาหนทางในการวางกติกา จัดการกับความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีเหล่านั้นที่นับวันจะมีวิวัฒนาการใหม่ๆ เกิดขึ้น

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญา

พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

พจนานุกรม

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525. กรุงเทพฯ : บริษัทอักษรเจริญทัศน์ อจท. จำกัด, 2538.

หนังสือ

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก. พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537.

ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539.

พระธรรมปิฎก (ป.อ. ปยุตฺ). "ทำแท้งตัดสินใจอย่างไร ชีวิตเริ่มต้นเมื่อใด." มุลนิธิพุทธธรรม., 2538.

เพ็ริียบ หุตางกูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก. พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพฯ : บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลาจำกัด, 2539.

ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540.

รัชฎา เอกบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและครอบครัว บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2539.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอเนก ยมจินดา. กฎหมายการแพทย์. กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540.

เอื้อพงศ์ จตุรธำรง และสมหมาย ฤงสุวรรณ. "การผสมเทียม." ใน *นรีเวชวิทยา สมหมาย ฤงสุวรรณ บรรณาธิการ พิมพ์ครั้งที่ 2*. กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2527.

วารสาร

กฤตยา อาชวนิจกุล. "วิทยาการสร้างลูกนอกไข่ : ผู้หญิงได้หรือเสีย." *สตรีทัศน์*. พฤศจิกายน 2529-มกราคม 2530.

จันทร์ภา เจณณวาสนิน. "อายุของมารดาสำคัญไฉน.", *ใกล้หมอ*. 22,11 พฤศจิกายน 2541.

จิตติ ตั้งศัทพ์ย์. "ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร.", *วารสารกฎหมายฉบับครอบครัว. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 2520.

ชุมศักดิ์ พุทธานพาศ. "ศาสตร์และศิลป์แห่งการสร้างทารกในยุคโลกาภิวัตน์." *ใกล้หมอ*. 22, 5 พฤษภาคม 2541.

เดช เศวตไกรพ. "มดลูก : อวัยวะของมนุษย์สำหรับเช่า.", *วารสารอัยการ*. 11,121 มกราคม 2531.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. "ผสมเทียม : ปัญหาการให้กำเนิดและการทำแท้ง.", *วารสารนิติศาสตร์*. 25, 2 มิถุนายน 2538.

บัญญัติ สุขศรีงาม. "เรื่องของอสุจิในไต้หวันและสิงคโปร์." *ใกล้หมอ*. 21, 11 พฤศจิกายน 2540.

ประมวล วิรุฒมเสน. "เทคโนโลยีกับการกำเนิดชีวิต." *จุฬาลงกรณ์วารสาร*. 4, 15 เมษายน-มิถุนายน 2535.

ประสพสุข บุญเดช. "กฎหมายครอบครัวแก้ไขใหม่ ปี 26." *ตุลพาห*. 30, 2 มีนาคม-เมษายน 2526.

ประสพสุข บุญเดช. "การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์." *บทบัณฑิตย*. 51, 4 ธันวาคม 2538.

ประสพสุข บุญเดช. "การฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตร." *ตุลพาห*. 33, 6 พฤศจิกายน-ธันวาคม 2529.

ประสพสุข บุญเดช. "มารดารับจ้างตั้งครรภ์." *ตุลพาห*. 35,1 มกราคม-กุมภาพันธ์ 2531.

ประสพสุข บุญเดช. "อุ้มบุญ." *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช*. 5, 2 ธันวาคม 2536.

พิมลรัตน์ วรรณะนิตย์ และคณะ. "วงการกฎหมายทั่วไป." *ตุลพาห*. 39, 1 มกราคม-กุมภาพันธ์ 2535.

- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. "บุตรนอกสมรสในกฎหมายรัสเซีย." วารสารนิติศาสตร์. 15, 4 ธันวาคม 2528.
- วัชระ อยู่หุ่น. "การผสมเทียมมนุษย์ วิวัฒนาการทางการแพทย์บนรากฐานจริยธรรม." อรุณ สวัสดิ์ธุรกิจรายเดือน. 7, 75 มิถุนายน 2537.
- วัชระ อยู่หุ่น. "อุ้มบุญ วิวัฒนาการทางการแพทย์ที่กฎหมายยังตามไม่ทัน." เอกสารภาชีอากร. 152 พฤษภาคม 2537.
- วิชา มหาคุณ. "จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่." วารสารกฎหมาย. 15, 1 ธันวาคม 2537.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "การผสมเทียมกับกฎหมาย." บทบัณฑิตย. 44, 2 มิถุนายน 2531.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "การรับจ้างตั้งครรภ์กับกฎหมาย." คลินิก. 6, 12 ธันวาคม 2533.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "หลักของกฎหมายควบคุมเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ของประเทศอังกฤษ (ตอนที่ 1)." คลินิก. 13, 149. พฤษภาคม., 2540.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "หลักของกฎหมายควบคุมเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ของประเทศอังกฤษ (ตอนที่ 2)." คลินิก. 13, 150. มิถุนายน 2540.
- สนิท ตระกูลพราย. "ปัญหากฎหมายที่เกิดจากการผสมเทียม." ดุลพาน. 40, 6 พฤศจิกายน-ธันวาคม 2536.
- สันหัต คะศิวนิช. "มองไปข้างหน้า ปัญหาผสมเทียม." วารสารนิติศาสตร์. 2, 15 ธันวาคม 2538.
- หมอซี.พี. "ทารกในหลอดแก้ว : คำตอบสำหรับคู่สมรสที่มีบุตรยาก." ไกล่หมอ. 9, 1 มกราคม 2528.
- Srivannaboon, S ten year experiences in artificial insemination with fresh donor semen. สารศิริราช. 2524, 33

หนังสือพิมพ์

- ทมยันตี ดัดสินคดีกาฟักไข่ "ทำลูกนอกไส้ไม่ใช่เรื่องยาก." ผู้จัดการ. 22-28 มีนาคม 2536.
- สมชัย โกวิทเจริญกุล. "บทสัมภาษณ์ในจุดประกาย." กรุงเทพธุรกิจ. 1 กุมภาพันธ์ 2537.
- สุกัญญา รัตนาคินทร์ "อุ้มบุญ บุตรนอกกฎหมาย?" เดลินิวส์. 18 เมษายน 2543.
- สุกัญญา รัตนาคินทร์ "อุ้มบุญ บุตรนอกกฎหมาย?" เดลินิวส์. 25 เมษายน 2543.

วิทยานิพนธ์

- ไกรฤกษ์ ทุมโฆษิต ว่าที่ ร.ต. บุตรบุญธรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.
- ลีฟูน จิระวัฒนาสมกุล. ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับผสมเทียม. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529.
- สหยา สุนทรเกตุ. ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.
- สุจินตนา ศรีประเสริฐ. บุตรบุญธรรมตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527.

ภาษาต่างประเทศ

Books

- Athena Liu. "Artificial reproduction and reproductive rights." Dartmouth , 1991.
Children Act 1975.
- Douglas J. Cusine. "New reproductive techniques : a legal pesspective".
Dartmouth, 1990.
- Elizabeth S. Anderson. "Is woman's labor a commodity." Philosophy publice affairs. 19 No.1 Winter, 1990.
- Gabriel Garcia Cantero. "Spain : rtificial insemination and other matters." Journal of Family Law . Vol. 28 No. 3 1989-1990.
- Glanville Williams . The Sanctity of Life and the Criminal Law. London : Faber and Faber Ltd. , 1958.
- Jorgen Graversen . "Denmark : Legislation an surrogate maternity and other developments.". Journal of Family Law. Vol.26 No.1 1987-1988.

Kamran S. Moghissi. "The Technology of AID and surrogacy." in *New approaches to human. reproduction : Social and ethical dimension* . Eds. Linda M. Whiteford and Marilyn L. Poland . Colorado : Westview . Press, Inc 1989.

L. A. Times. 3 March 1991.

Linda D. Elord. "Family Law in The fifty states 1993-1994.". *Family Law Quarterly*. Vol. 28 No. 4 Winter. 1995.

Louis Waller. "Surrogate parenting." *First world congress on family law and children's right* . , 5 July 1993.

Michael D.A. Freeman. "England : Rethinking Family Rights and Respsibilities." *Journal of Family Law*. Vol. 30, No.2 1991-1992.

N. Y. Times. 14 June 1983.

Perlmutter V. Beth David Hosp. 123 N.E. 2d. 792 (1954)

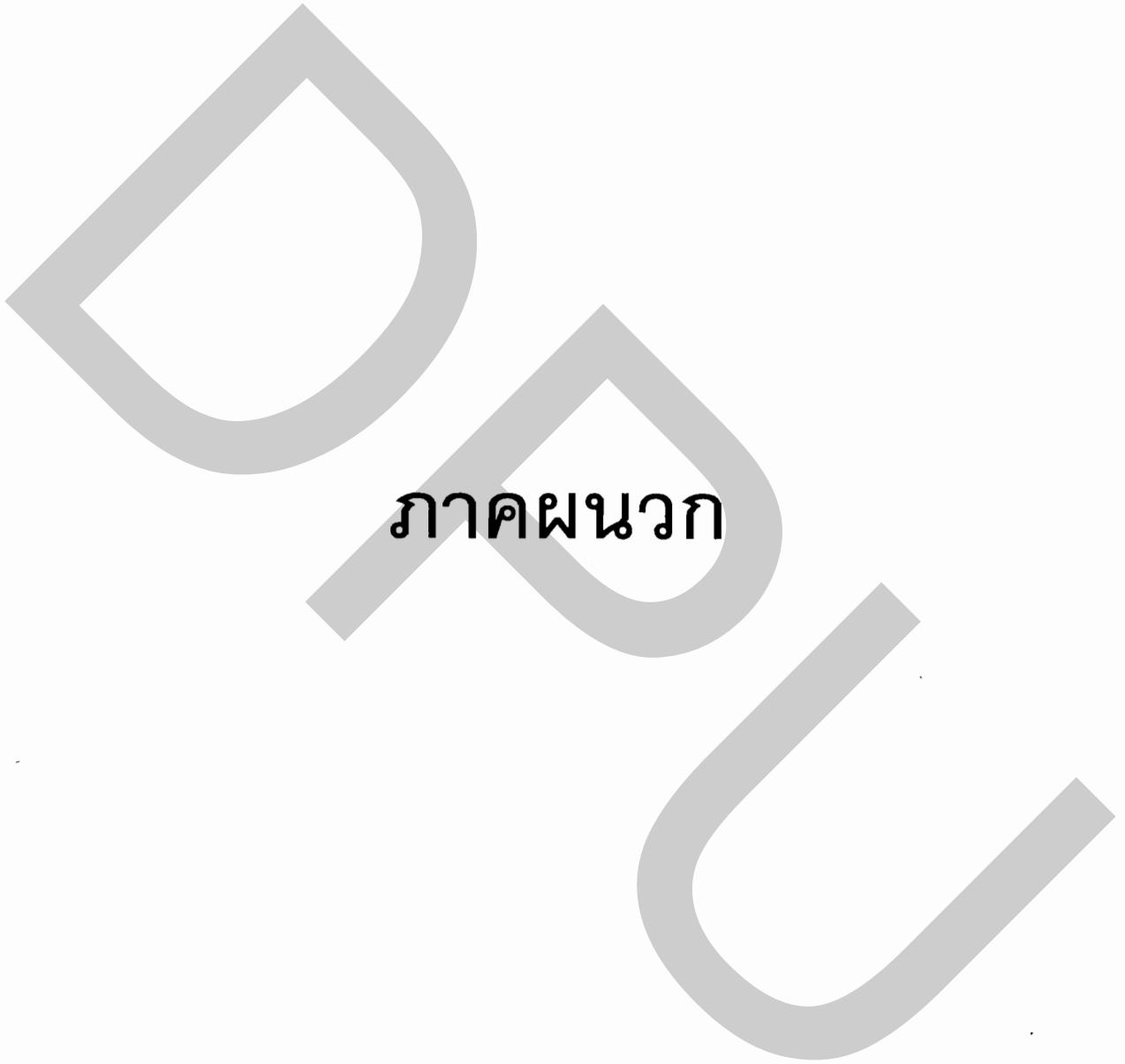
Smith, Brent Parker. "Anna J. V. Mark C. : Proof of The Imminent Need for Surrogate motherhood Reculation ." *Journal of Family Law* . . Vol. 30, No.2 1991-1992.

The Civil Code of Japan.

The German Civil Code.

The report on the disposition of embryo produced by In Vitro Fertilization. August , 1984.

Webster's Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language. New York : Dilithium Press Ltd. , 1994.



ภาคผนวก

ประกาศแพทยสภา
ที่ 1/2540
เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยี
ช่วยการเจริญพันธุ์

เพื่อให้การบริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เป็นไปอย่างมีมาตรฐาน สามารถคุ้มครองผู้รับบริการให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคม ของประเทศ อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 21 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 10/2540 วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2540 ให้ออกประกาศกำหนดมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ดังนี้

ข้อ 1 การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์หมายความว่า กรรมวิธีใดๆ ที่ เป็นการช่วยการเจริญพันธุ์ที่แตกต่างไปจากกระบวนการตามธรรมชาติ โดยการนำเซลล์สืบพันธุ์ทั้ง เพศหญิงและเพศชาย (Gamete) ออกจากร่างกายของผู้รับบริการ และ

- (1) การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในมดลูกและ/หรือหลอดมดลูก (Intrauterine Insemination, Gamete intrafallopian transfer) หรือ
- (2) การปฏิสนธินอกร่างกาย (In vitro fertilization) ด้วยวิธีการต่างๆ และการเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าไปในหลอดมดลูกและ/หรือ โพรงมดลูก (Embryo Transfer)

ข้อ 2 ผู้ดำเนินการสถานพยาบาล หรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งมีหน้าที่ในลักษณะ เดียวกันในหน่วยงานที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทั้งของรัฐและเอกชน จะต้อง รับผิดชอบ หรือจัดให้มีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการดังกล่าว

ข้อ 3 ผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ตามข้อ 2 ของหน่วยงานใด จะต้องได้รับหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย

ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในหน่วยงานใดซึ่งให้บริการก่อนวันที่ประกาศฉบับนี้ใช้บังคับ ให้ ดำเนินการขอหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยภายในร้อยแปดสิบวัน นับแต่วันประกาศนี้ใช้บังคับ

ในกรณีมีการเปลี่ยนแปลงผู้รับผิดชอบตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ให้ขอ หนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยภายใน 60 วัน นับแต่วันที่มีการ เปลี่ยนแปลง

ข้อ 4 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบตามข้อ 3 หรือเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะต้องรักษามาตรฐานการให้บริการให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้แนบท้ายประกาศนี้

ข้อ 5 ให้ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยเป็นผู้กำกับดูแลการดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประกาศฉบับนี้และรายงานผลการดำเนินการต่อแพทยสภาเป็นประจำปีละครั้ง

ข้อ 6 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

ประกาศ ณ วันที่ 22 ตุลาคม 2540

(นายแพทย์อรุณ เผ่าสวัสดิ์)

นายกแพทยสภา

ประกาศในราชกิจจานุเบกษาฉบับประกาศทั่วไป เล่ม 114 ตอนพิเศษ 123 ง ลงวันที่ 26 ธันวาคม 2540

มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์
แนบท้ายประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540
ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2540

ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ต้องรักษามาตรฐานการให้บริการในเรื่องต่างๆ ดังนี้

1. ทีมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ประกอบด้วย

1.1 แพทย์หัวหน้าทีม เป็นสูตินรีแพทย์ที่ได้รับวุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติสาขาสูติศาสตร์นรีเวชวิทยา หรือได้รับประกาศนียบัตรหรือหนังสือรับรองอื่นที่ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ฯ รับรองเป็นผู้ให้การดูแลรักษาและกำกับดูแลการดำเนินการขั้นตอนต่างๆ ในการให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ให้เป็นไปตามหลักวิชาการและข้อบ่งชี้ทางการแพทย์

1.2 ทีมการดูแลรักษา ประกอบด้วย

1.2.1 สูตินรีแพทย์ ซึ่งมี

- ความรู้ในการให้คำปรึกษา และแนะนำเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์
- ความรู้ความสามารถในการเลือกใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่เหมาะสม
- ความรู้ในการกระตุ้นการตกไข่และประสบการณ์ในการตรวจการเจริญเติบโตของไข่
- ความชำนาญในการใช้เครื่องมือตรวจอุ้งเชิงกรานและการนำไข่ออกจากร่างกาย
- ความสามารถในการดูแลแก้ไขปัญหาภาวะแทรกซ้อนที่อาจจะเกิดขึ้น

1.2.2 นักวิทยาศาสตร์ ที่ได้รับปริญญาทางวิทยาศาสตร์ในสาขาที่เกี่ยวข้องหรือบุคคลที่ได้รับวุฒิอื่นที่ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยรับรอง ซึ่ง

- สามารถเพาะเลี้ยงเซลล์และเลี้ยงตัวอ่อนได้และ/หรือ
- สามารถช่วยย้ายเซลล์สืบพันธุ์และหรือช่วยย้ายฝากตัวอ่อนเข้าสู่ร่างกายได้

1.2.3 พยาบาล ซึ่งมีความรู้ความสามารถในการให้คำปรึกษาแนะนำเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

1.2.4 บุคลากรอื่นที่ควรมี เช่น วิศวกรแพทย์ ศัลยแพทย์ระบบปัสสาวะ นักจิตวิทยา นักพันธุศาสตร์ ฯลฯ

2. สถานที่ เครื่องมือและอุปกรณ์ทางการแพทย์

2.1 สถานที่ อย่างน้อยต้องมีห้องปฏิบัติการเพาะเลี้ยงตัวอ่อนและห้องผ่าตัดที่ใช้ในการเก็บไข่

2.2 เครื่องมือและอุปกรณ์การแพทย์ อย่างน้อยต้องมีเครื่องมือเกี่ยวกับการเตรียมอสุจิ, การเพาะเลี้ยงตัวอ่อน, การแช่แข็งเพื่อรองรับเซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อนที่เหลือและอุปกรณ์การกู้ชีวิตที่พร้อมใช้งานเสมอ

หน่วยงานที่ให้บริการเฉพาะบางอย่างเชื่อมโยงกับหน่วยงานที่ให้บริการหลัก (Satellite Clinic) ให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของหน่วยงานที่ให้บริการหลักด้วย

3. การควบคุมคุณภาพและจริยธรรม

แต่ละหน่วยงานต้องมีคณะกรรมการรับผิดชอบอย่างน้อยสามคน ประกอบด้วย สูตินรีแพทย์ นักวิทยาศาสตร์และพยาบาลเพื่อดูแลการบริการให้มีมาตรฐานและควบคุมด้านจริยธรรมภายในหน่วยงานนั้น

กรรมการที่เป็นสูตินรีแพทย์ในคณะกรรมการดังกล่าวอย่างน้อยคนหนึ่งต้องมีได้อยู่ในทีมงานที่ให้บริการ

ให้คณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง มีการประชุมอย่างสม่ำเสมอและต้องจัดให้มีการจัดบันทึกการประชุมไว้เป็นหลักฐานทุกครั้ง

4. บันทึกทางการแพทย์

แต่ละหน่วยงานต้องจัดระบบให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ทำการบันทึกทางการแพทย์ โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับข้อมูลของผู้ป่วยดังนี้

- ข้อมูลทั่วไป
- ข้อมูลทางการแพทย์

บันทึกทางการแพทย์ตามวรรคหนึ่ง ให้เก็บรักษาไว้ให้อยู่ในสภาพที่ตรวจสอบได้ไม่น้อยกว่าสิบปีนับแต่วันที่จัดทำ

ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์รายงานข้อมูลเกี่ยวกับการให้บริการตามแบบที่แนบต่อราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง

5. ใบยินยอม

ให้แต่ละหน่วยงานจัดให้มีใบยินยอมให้ผู้รับบริการและคู่สมรสลงนามรับรองความสมัครใจในการขอรับบริการ โดยก่อนให้ผู้รับบริการและคู่สมรสลงนามในใบยินยอม ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการจะต้องอธิบายให้ความรู้และให้บริการปรึกษาจนผู้รับบริการและคู่สมรสเข้าใจอย่างถ่องแท้

แบบใบยินยอมและแบบคำอธิบายตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยกำหนด

แบบใบยินยอมและแบบคำอธิบาย ให้มอบให้ผู้รับบริการและคู่สมรส 1 ชุด และหน่วยงานต้องเก็บรักษาไว้เป็นหลักฐาน 1 ชุด โดยให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของบันทึกทางการแพทย์

เอกสารแนบท้ายฉบับที่ 1
หนังสือแสดงความยินยอม
เพื่อรับการรักษาด้วยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์
 สถานพยาบาล/สถาบัน.....

คำอธิบาย

การมีบุตรยาก อาจเนื่องมาจากสาเหตุต่างๆ อันเป็นปัจจัยทางฝ่ายหญิง เช่น หลอดมดลูกเสียหายจนไม่อาจตั้งครรภ์ได้ตามปกติ ภาวะเยื่อโพรงมดลูกอยู่ผิดที่ ภาวะพังผืดในอุ้งเชิงกราน ความผิดปกติของมดลูก ปีกมดลูกและอวัยวะสืบพันธุ์ ภาวะมีบุตรยากที่อธิบายสาเหตุไม่ได้จากปัจจัยของคอมดลูก ภาวะมีบุตรยากจากปัจจัยภูมิคุ้มกัน เป็นต้น หรือปัจจัยทางฝ่ายชาย เช่น ตัวอสุจิน้อยกว่าปกติอย่างมาก ความผิดปกติเกี่ยวกับระบบภูมิคุ้มกัน ไม่สามารถหลังน้ำกามในช่องคลอด รูทอับสวาระเปิดผิดที่ ภาวะหลังน้ำกามย้อนกลับ เป็นต้น

ขั้นตอนในการรักษา

ข้าพเจ้าได้รับการดูแลรักษาเกี่ยวกับปัญหาการมีบุตรยากอย่างเป็นขั้นตอน อย่างหนึ่งอย่างใด หรือหลายอย่างดังต่อไปนี้

1. ตรวจวินิจฉัยภาวะการมีบุตรยากตามวิธีมาตรฐาน เพื่อดูว่ามีความเหมาะสมที่จะใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์อย่างหนึ่งอย่างใด หรือไม่ เพียงใด
2. ตรวจเลือดหาระดับฮอร์โมนที่เกี่ยวข้องกับการเจริญพันธุ์เพื่อกำหนดเวลาที่เหมาะสมในการทำกระบวนการต่างๆ
3. ตรวจเลือดหาระดับของฮอร์โมนร่วมกับการใช้ยากระตุ้นให้ไข่สุกที่เหมาะสม
4. ตรวจด้วยเครื่องตรวจคลื่นเสียงความถี่สูงทางช่องคลอดเพื่อทำนายและกำหนดเวลาที่จะเก็บไข่
5. เก็บไข่โดยใช้กล้องส่องตรวจในอุ้งเชิงกราน หรือด้วยเครื่องตรวจคลื่นเสียงความถี่สูงทางช่องคลอด
6. เก็บน้ำเชื้ออสุจิของสามี เพื่อผ่านกระบวนการในห้องปฏิบัติการก่อนการปฏิสนธิ
7. ไข่ที่ได้จะนำมาผสมกับอสุจิ เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนในตู้อบ ในทางห้องปฏิบัติการ หรือเพื่อเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในหลอดมดลูก หรือเก็บแช่แข็งไว้

8. ตัวอ่อนที่ปฏิสนธิแล้วได้รับการเพาะบ่มเพื่อให้เจริญเติบโตจนถึงระดับที่จะเคลื่อนย้ายตัวอ่อนได้

9. เคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าสู่โพรงมดลูก

อัตราความสำเร็จ

ข้าพเจ้าตระหนักดีว่า ในกระบวนการตามขั้นตอนเหล่านี้จะใช้เวลาพอสมควร ตลอดจนเข้าใจดีว่ามีปัจจัยหลายอย่างที่อาจทำให้อัตราการประสบความสำเร็จลดน้อยลง หรือไม่ประสบความสำเร็จแม้ว่าได้กระทำโดยหลักการและวิธีการทางการแพทย์อย่างครบถ้วนแล้วก็ตาม ปัจจัยเหล่านี้ได้แก่

1. การกำหนดเวลาที่จะเก็บไข่อาจคลาดเคลื่อน หรืออาจไม่มีไข่สุก
2. การพยายามที่จะเก็บไข่อาจล้มเหลว สืบเนื่องจากความยุ่งยากทางเทคนิค
3. ไข่ที่เก็บได้อาจผิดปกติ
4. ไม่อาจเก็บอสุจิจากสามีได้
5. การปฏิสนธิอาจไม่ประสบความสำเร็จดังคาดหมาย
6. อาจเกิดการปฏิสนธิที่ผิดปกติ หรืออาจได้ตัวอ่อนที่ผิดปกติ ตัวอ่อนเหล่านั้นจะไม่ได้รับการพิจารณา ให้เคลื่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูก

7. ตัวอ่อนที่เคลื่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูกอาจไม่ฝังตัวเป็นตัวอ่อนที่จะเจริญเติบโตต่อไปได้ ซึ่งเป็นปัญหาที่พบได้มากที่สุดประมาณร้อยละ 80

แม้ว่าจะเกิดการตั้งครรภ์ขึ้นก็ตาม โอกาสที่จะเกิดภาวะแทรกซ้อนจากการตั้งครรภ์ก็สามารถพบได้ เช่น การตั้งครรภ์ เช่น การตั้งครรภ์ปกติทั่วไป อันได้แก่ การแท้งบุตร การตั้งครรภ์นอกมดลูก ทารกตายในครรภ์ หรือทารกมีความพิการแต่กำเนิด อย่างไรก็ตาม ขณะนี้ยังไม่มีข้อมูลมากพอที่จะบอกได้ว่าจะเกิดภาวะแทรกซ้อนเหล่านี้มากขึ้นหรือน้อยลงกว่าการตั้งครรภ์ปกติ นอกจากนั้นการเกิดการตั้งครรภ์แฝดเป็นสิ่งที่สุติแพทย์ทั่วไปไม่พึงประสงค์ และการตั้งครรภ์แฝดสุติแพทย์ถือว่าเป็นภาวะเสี่ยงของการตั้งครรภ์ที่ทำให้อัตราป่วยและอัตราตายของมารดาและทารกสูงกว่าการตั้งครรภ์เดี่ยว อนึ่งในการเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์หรือเคลื่อนย้ายตัวอ่อน เพื่อให้อัตราการประสบความสำเร็จเพิ่มสูงขึ้น วงการแพทย์ยอมรับว่าการเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนมากกว่าหนึ่ง (แต่ไม่เกินสาม) เป็นสิ่งที่กระทำได้ แม้ว่าจะทำให้อัตราการตั้งครรภ์แฝดสูงขึ้นก็ตาม

อัตราความสำเร็จโดยเฉลี่ยของกระบวนการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ มีประมาณร้อยละ 15 ถึง 20

ความเสี่ยง

ในการรับบริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ข้าพเจ้าได้รับรู้รับทราบว่าเป็นขั้นตอนต่างๆ อาจเกิดความเสี่ยงหรือภาวะแทรกซ้อนขึ้นได้ แม้ว่าจะมีโอกาสเกิดขึ้นได้น้อยก็ตาม อาทิเช่น

1. การเจาะเลือดอาจรู้สึกเจ็บหรือบวมซ้ำบริเวณที่เจาะเลือดหรือเป็นก้อนขนาดเล็กที่จะหายไปเองในเวลาไม่กี่วัน
2. มีโอกาสเกิดเป็นถุงน้ำที่รังไข่ เนื่องจากการตอบสนองต่อฮอร์โมนที่ใช้กระตุ้นให้ไข่สุก บางรายอาจมีอาการรุนแรงจนต้องรับไว้รักษาในสถานพยาบาล
3. การส่งกล้องตรวจในอุ้งเชิงกราน อาจเกิดภาวะแทรกซ้อน เช่น เลือดออกในช่องท้อง การติดเชื้อในอุ้งเชิงกรานการเกิดพังผืดในอุ้งเชิงกราน หรือรอยแผลเป็นที่ผนังหน้าท้อง และภาวะแทรกซ้อนอื่นจากการกระทำหัตถการการผ่าตัดได้
4. การเก็บไข่โดยใช้เครื่องตรวจคลื่นเสียงความถี่สูง อาจมีการอักเสบติดเชื้อของกระเพาะปัสสาวะ รังไข่ มดลูกหรือท่อนำไข่ ในบางกรณีอาจเป็นไปได้ที่เข็มเจาะดูไข่จะทำให้เกิดบาดแผลต่อลำไส้หรือหลอดเลือด ทำให้ต้องได้รับการผ่าตัดฉุกเฉิน
5. ภาวะแทรกซ้อนจากการดมยาสลบ หรือการให้ยาระงับความรู้สึก
6. การเคลื่อนตัวอ่อนเข้าสู่โพรงมดลูกอาจรู้สึกเจ็บ หรือมีการอักเสบติดเชื้อในทางเดินอวัยวะเพศเกิดขึ้นได้
7. การตรวจเพื่อติดตามการเจริญเติบโตของไข่ ด้วยเครื่องตรวจคลื่นเสียงความถี่สูง ยังไม่พบว่ามีอันตรายแต่ประการใด นอกจากอาจรู้สึกเจ็บเพียงเล็กน้อย
8. การให้ฮอร์โมนเพื่อปรับประคองการตั้งครรภ์ ไม่พบว่ามีผลความผิดปกติของตัวอ่อน
9. การเกิดครรภ์แฝด

หนังสือแสดงความยินยอม

ข้าพเจ้าได้รับคำอธิบายโดยแพทย์ถึงขั้นตอนในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ข้าพเจ้าเข้าใจดีถึงข้อบ่งชี้ในการทำ

- () การปฏิสนธิภายนอกร่างกาย invitro fertilization (IVF)
 () การย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อนำไข่ gamete intrafallopian transfer

(GIFT)

- () pronuclear stage tubal transfer (PROST)
 () zygote intrafallopian transfer (ZIFT)
 () ICSI

พร้อมกับได้อ่านคำอธิบายหรือมีผู้อ่านให้ข้าพเจ้าฟัง ข้าพเจ้ามีโอกาสได้ซักถามและได้รับคำตอบเป็นที่พอใจ ข้าพเจ้าจึงได้ลงนามยินยอมที่จะรับการรักษากภาวะมีบุตรยากด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ รวมทั้งตระหนักดีว่า ข้าพเจ้ามีสิทธิที่จะถอนตัวจากการรักษานี้เมื่อใดก็ได้โดยไม่มีผลต่อการดูแลรักษาข้าพเจ้าในอนาคต

ข้าพเจ้าได้รับคำยืนยันว่าข้อมูลส่วนบุคคลของข้าพเจ้าในการรับบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะถูกเก็บเป็นความลับ จะไม่มีการเปิดเผยโดยปราศจากความยินยอมของข้าพเจ้า ยกเว้นแต่เป็นการเปิดเผยตามข้อกำหนดที่กำหนดเท่านั้น

ข้าพเจ้าทั้งสามีและภรรยา มีความประสงค์ที่จะขอรับการรักษากภาวะมีบุตรยาก โดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยวิธีการ

- () การปฏิสนธิภายนอกร่างกาย invitro fertilization (IVF)
 () การย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อนำไข่ gamete intrafallopian transfer

(GIFT)

- () pronuclear stage tubal transfer (PROST)
 () zygote intrafallopian transfer (ZIFT)
 () ICSI

โดยการจัดการของ

นายแพทย์/แพทย์หญิง.....และผู้ร่วมงาน

ในกรณีที่ข้าพเจ้าไม่สามารถปฏิสนธิได้ หรือไข่เกิดการปฏิสนธิที่ผิดปกติไป ข้าพเจ้ายินยอมให้นำไปใช้ประโยชน์เพื่อการวิจัยหรือทำลายทิ้ง ทั้งนี้ขึ้นกับระเบียบหรือข้อบังคับที่แพทย์สภากำหนด

ในกรณีที่เกิดปัญหาหรือมีภาวะแทรกซ้อนอันเป็นอันตรายต่อสุขภาพ สืบเนื่องจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยที่สูติแพทย์ได้กระทำตามแนวทางการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยมิได้ประมาทเลินเล่อ ข้าพเจ้าทั้งสามีและภรรยาจะไม่เรียกร้องค่าเสียหายใดๆ ทั้งสิ้น

อนึ่ง ข้าพเจ้าทั้งสามีและภรรยา ได้รับรู้รับทราบเป็นอย่างดีแล้วว่าเด็กที่เกิดจากกระบวนการของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อาจมีโอกาสเกิดความผิดปกติขึ้นได้ไม่แตกต่างจากเด็กที่เกิดขึ้นตามกระบวนการเจริญพันธุ์ตามธรรมชาติ

ลงนาม.....

(.....) (ภรรยา)

ลงนาม.....

(.....) (สามี)

ลงนาม.....

(.....) (พยาน)

ลงนาม.....

(.....) (แพทย์ผู้รักษาและให้คำอธิบาย)

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

เอกสารแนบท้าย ฉบับที่ 2
หนังสือแสดงความยินยอม
เพื่อเข้าร่วมการบริการแช่แข็งตัวอ่อน

สถานพยาบาล/สถาบัน.....

คำอธิบาย

กระบวนการแช่แข็งตัวอ่อนคือ กระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการใช้ความเย็นเพื่อเก็บรักษาไข่ ซึ่งได้ปฏิสนธิแล้ว เพื่อว่าจะได้ย้ายกลับเข้าสู่โพรงมดลูกในระยะต่อไป

วิธีการแช่แข็งตัวอ่อนจะถูกนำมาใช้เมื่อพบว่า ในการให้บริการด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ที่ท่านมารับบริการได้ตัวอ่อนจำนวนมากจากการปฏิสนธินอกร่างกาย โดยปกติไข่ซึ่งได้รับการปฏิสนธิแล้วแต่ยังไม่สามารถย้ายฝากเข้าสู่โพรงมดลูกในรอบระดูที่ให้บริการ หรือมีตัวอ่อนคงเหลือจากการย้ายเคลื่อนในรอบระดูที่ให้บริการ ควรจะได้รับการแช่แข็งเพื่อเก็บรักษาไว้ หากจำเป็นต้องย้ายฝากตัวอ่อนเข้าสู่โพรงมดลูกในรอบระดูถัดไป และในกรณีที่การย้ายฝากตัวอ่อนเข้าสู่โพรงมดลูกในรอบระดูก่อนไม่ประสบความสำเร็จทำให้สามารถเพิ่มโอกาสการตั้งครรภ์ได้

เมื่อต้องการใช้ตัวอ่อนที่ถูกแช่แข็ง ตัวอ่อนจะถูกทำให้กลับคืนสู่ภาวะอุณหภูมิเดิมตามขั้นตอนทางเทคนิค รวมทั้งตรวจสอบว่ามีความเหมาะสมทางการแพทย์หรือไม่ ที่จะได้รับการย้ายฝากเข้าสู่โพรงมดลูกหรือไม่อย่างไร

การแช่แข็งตัวอ่อนเป็นที่ยอมรับทางการแพทย์ว่าไม่มีข้อเสียแต่จะช่วยลดค่าใช้จ่ายในการกระตุ้นให้ไข่ตก หรือการให้บริการปฏิสนธินอกร่างกายและการย้ายฝากตัวอ่อน อัตราความสำเร็จของการแช่แข็งตัวอ่อนในคนประมาณร้อยละ 20-30 อย่างไรก็ตาม การเตรียมพร้อมทางเทคนิคจะช่วยเสริมอัตราการประสบความสำเร็จได้มากขึ้น

ตัวอ่อนถือเป็นสิทธิของสามีและภรรยาด้วยกัน ดังนั้นการตัดสินใจเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน จึงเป็นการเลือกและตัดสินใจของคุณสมรสนั้นร่วมกัน ยกเว้นเสียแต่จะมีข้อตกลงอื่นภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย

หนังสือแสดงความยินยอม

ข้าพเจ้าได้รับคำอธิบายถึงขั้นตอนการให้บริการแช่แข็งตัวอ่อน ข้าพเจ้าเข้าใจดีถึงข้อบ่งชี้ในการแช่ตัวอ่อน พร้อมทั้งได้อ่านคำอธิบายหรือมีผู้อ่านให้ข้าพเจ้าฟัง ข้าพเจ้ามีโอกาสได้ซักถามและได้รับคำตอบเป็นที่พอใจ ข้าพเจ้าได้ลงนามในใบยินยอมที่จะรับการบริการแช่แข็ง

ตัวอ่อน รวมทั้งตระหนักดีว่าข้าพเจ้ามีสิทธิที่จะถอนตัวจากการแข่งขันตัวอ่อนนี้เมื่อใดก็ได้โดยไม่มีผลต่อการดูแลรักษาข้าพเจ้าในอนาคต

ข้าพเจ้าทั้งสามมีและภรรยา มีความประสงค์ที่จะขอรับการบริการแข่งขันตัวอ่อนโดยการจัดการของ

นายแพทย์/แพทย์หญิง.....และผู้ร่วมงาน

ในกรณีที่ตัวอ่อนไม่สามารถเจริญเติบโตเป็นทารกได้ หรือตัวอ่อนเกิดการเจริญเติบโตเป็นทารกที่ผิดปกติไป ทั้งที่สูตินรีแพทย์ได้กระทำตามหลักวิชาการทางการแพทย์ โดยมีได้ประมาณเดินแล้ว ข้าพเจ้าทั้งสามมีและภรรยาจะไม่เรียกร้องค่าเสียหายใดๆ ทั้งสิ้น

อนึ่ง ข้าพเจ้าทั้งสามมีและภรรยาได้รับรู้รับทราบเป็นอย่างดีแล้วว่าเด็กที่เกิดจากกระบวนการแข่งขันตัวอ่อน อาจมีโอกาสเกิดความผิดปกติขึ้นได้ไม่แตกต่างจากเด็กที่เกิดขึ้นตามกระบวนการเจริญพันธุ์ตามธรรมชาติ

ข้าพเจ้าทั้งสามมีและภรรยาได้เข้าใจและตกลงกันว่า ตัวอ่อนอันเกิดจากข้าพเจ้าทั้งสอง การดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดอันเกี่ยวกับตัวอ่อนของข้าพเจ้า เป็นการตัดสินใจของข้าพเจ้าโดยอ้างอิงข้อกฎหมายในปัจจุบันและอนาคต ในขั้นต้นข้าพเจ้าทั้งสองขอให้ความยินยอมเกี่ยวกับการตัดสินใจของข้าพเจ้าเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับตัวอ่อนของข้าพเจ้าทั้งสองต่อไปนี้

1. ในกรณีสามมีข้าพเจ้าเสียชีวิต ข้าพเจ้าต้องการให้สิทธิในตัวอ่อนแข่งขันอยู่ในอำนาจการตัดสินใจเอง

- () ภรรยาของข้าพเจ้า
- () ผู้รับผิดชอบของสถานพยาบาล/สถาบัน

2. ในกรณีที่ภรรยาข้าพเจ้าเสียชีวิต ข้าพเจ้าต้องการให้สิทธิในตัวอ่อนแข่งขันอยู่ในอำนาจการตัดสินใจของ

- () สามมีของข้าพเจ้า
- () ผู้รับผิดชอบของสถานพยาบาล/สถาบัน

3. ในกรณีที่ข้าพเจ้าทั้งคู่เสียชีวิต ข้าพเจ้าต้องการให้มีการดำเนินการเกี่ยวกับตัวอ่อนของข้าพเจ้าทั้งสองอย่างใดต่อไปนี้

- () ทำลายทิ้ง
- () อยู่ในการจัดการของสถานพยาบาล/สถาบัน

4. ในกรณีที่ข้าพเจ้าทั้งคู่หย่าจากกัน ข้าพเจ้าต้องการให้มีการดำเนินการเกี่ยวกับตัวอ่อนของข้าพเจ้าทั้งสองอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้

- () ทำลายทิ้ง
- () อยู่ในการจัดการของสถานพยาบาล/สถาบัน
- () อยู่ในความรับผิดชอบของสามี
- () อยู่ในความรับผิดชอบของภรรยา
- () อื่นๆ ระบุ.....

5. ในกรณีที่ข้าพเจ้าทั้งสองไม่สามารถ หรือไม่ต้องการรับผิดชอบในการจัดการเกี่ยวกับตัวอ่อนของข้าพเจ้าทั้งสอง หรือขาดการติดต่อกับสถานพยาบาลหรือสถาบันนานกว่า 1 ปี หรือไม่สามารถรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายในการเก็บรักษาได้ ข้าพเจ้ายินยอมให้นำไปใช้ประโยชน์เพื่อการวิจัยหรือทำลายทิ้ง ทั้งนี้ขึ้นกับระเบียบหรือข้อบังคับที่แพทย์ศีกษากำหนด

ลงนาม.....

(.....) (ภรรยา)

ลงนาม.....

(.....) (สามี)

ลงนาม.....

(.....) (พยาน)

ลงนาม.....

(.....) (แพทย์ผู้รักษาและให้คำอธิบาย)

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

เอกสารแนบท้าย ฉบับที่ 3

หนังสือแสดงความยินยอมรับอสุจิหรือไข่บริจาค

สถานพยาบาล/สถาบัน.....

หนังสือฉบับนี้เป็นหนังสือยืนยันและแสดงถึงความประสงค์ของข้าพเจ้าทั้งสอง ที่ยอมรับอสุจิ/หรือไข่จากการบริจาค ไม่ว่าจะเพื่อการปฏิสนธิหรือผ่านการปฏิสนธิแล้ว ข้าพเจ้าได้รับรู้ รับทราบว่าการรักษาภาวะมีบุตรยากเนื่องจากสามีไม่มีตัวอสุจิ หรือมีความผิดปกติ หรือสามีมีความผิดปกติทางพันธุกรรม หรือเนื่องเพราะภรรยาไม่สามารถมีไข่เพื่อการปฏิสนธิได้ด้วยสาเหตุต่างๆ ข้าพเจ้าได้ยอมรับการใช้อสุจิหรือไข่จากผู้บริจาค ซึ่งสูตินรีแพทย์ผู้ดูแลรักษาได้พิจารณา คัดเลือก ตรวจหาโรคติดต่อ หรือโรคทางพันธุกรรมที่อาจติดต่อ หรืออาจถ่ายทอดมายังข้าพเจ้า ผู้รับบริจาคโดยหลักวิชาการแพทย์แล้ว

ข้าพเจ้าทั้งสามีและภรรยา มีความประสงค์ที่จะขอรับ.....อสุจิและ/หรือ ไข่จากการบริจาคเพื่อการปฏิสนธิหรือผ่านการปฏิสนธิแล้ว โดยการดำเนินการของ นายแพทย์/แพทย์หญิง.....และผู้ร่วมงาน

ในกรณีที่เกิดปัญหา หรือมีภาวะแทรกซ้อนอันเป็นอันตรายต่อสุขภาพ สืบเนื่องจากการ ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยมิได้ประมาทเลินเล่อ ข้าพเจ้าทั้งสามีและภรรยาจะไม่เรียกร้อง ค่าเสียหายใดๆ ทั้งสิ้น

อนึ่ง ข้าพเจ้าทั้งสามีและภรรยา ได้รับรู้รับทราบเป็นอย่างดีแล้วว่าเด็กที่เกิดจาก กระบวนการของเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์อาจมีโอกาสเกิดความผิดปกติขึ้นได้เช่นเดียวกับเด็กที่ เกิดขึ้นตามกระบวนการเจริญพันธุ์ตามธรรมชาติ

ข้าพเจ้าได้รับคำยืนยันว่า ข้อมูลส่วนบุคคลของข้าพเจ้าในการรับบริจาคอสุจิ และ/หรือ ไข่บริจาค ชาติกำเนิดของบุตรข้าพเจ้าอันเกิดจากอสุจิ และ/หรือไข่บริจาค จะถูกเก็บไว้เป็น ความลับอย่างยี่งวดจะไม่มีเปิดเผยโดยปราศจากความยินยอมของข้าพเจ้า ยกเว้นแต่เป็น การเปิดเผยตามข้อกำหนดที่กำหนดเท่านั้น

ลงนาม.....

(.....) (ภรรยา)

ลงนาม.....

(.....) (สามี)

ลงนาม.....

(.....) (พยาน)

ลงนาม.....

(.....) (แพทย์ผู้รักษาและให้คำอธิบาย)

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

เอกสารแนบท้าย ฉบับที่ 4
หนังสือแสดงความยินยอมรับการช่วยการปฏิสนธิ
หรือช่วยการฝังตัวของตัวอ่อน โดยวิธีจุลหัตถการ
(Micromanipulation)

สถานพยาบาล/สถาบัน.....

หนังสือฉบับนี้เป็นหนังสือยืนยันและแสดงถึงความประสงค์ของข้าพเจ้าทั้งสอง ที่
ยอมรับการให้บริการการปฏิสนธิ หรือช่วยการฝังตัวของตัวอ่อน โดยวิธีจุลหัตถการ

ข้าพเจ้าได้รับรู้รับทราบว่าการรักษาภาวะมีบุตรยากเนื่องจากสามีมีตัวอสุจิจำนวนน้อย
หรืออสุจิไม่แข็งแรง หรือประสบความล้มเหลวจากการปฏิสนธิในอกร่างกาย การช่วยการปฏิสนธิ
หรือช่วยการฝังตัวของตัวอ่อน โดยวิธีจุลหัตถการ เป็นทางเลือกอีกประการหนึ่งของเทคโนโลยีช่วยการ
เจริญพันธุ์ วิธีการดังกล่าวเป็นการนำเอาตัวอสุจิจำนวนน้อย ฉีดผ่านผนังชั้นที่ห่อหุ้มไข่เอาไว้หรือ
ทำการตัดเจาะผนังชั้นที่ห่อหุ้มไข่ให้เป็นรูขนาดเล็ก ทั้งนี้เพื่อเพิ่มโอกาสให้ตัวอสุจิว่ายเข้าไปผสม
กับไข่ได้ หรือแม้แต่การตัดเปลือกนอกของไข่ที่ปฏิสนธิแล้ว เพื่อเพิ่มเสริมกระบวนการฝังตัวของไข่
ที่ปฏิสนธิแล้ว

ข้าพเจ้าทั้งสามีและภรรยา มีความประสงค์ที่จะขอรับการปฏิสนธิหรือช่วยการฝังตัว
ของตัวอ่อน โดยวิธีจุลหัตถการ จากการดำเนินการของ

นายแพทย์/แพทย์หญิง.....และผู้ร่วมงาน

ในกรณีที่เกิดปัญหา หรือมีภาวะแทรกซ้อนอันเป็นอันตรายต่อสุขภาพ สืบเนื่องจากการ
ปฏิสนธิหรือช่วยการฝังตัวของตัวอ่อนโดยวิธีจุลหัตถการ ทั้งที่สูตินรีแพทย์ได้กระทำตามแนวทาง
การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยมิได้ประมาทเลินเล่อ ข้าพเจ้าทั้งสามีและ
ภรรยาจะไม่เรียกร้องค่าเสียหายใดๆ ทั้งสิ้น

อนึ่ง ข้าพเจ้าทั้งสามีและภรรยาได้รับรู้รับทราบเป็นอย่างดีแล้วว่าเด็กที่เกิดจากกระบวนการ
ของการปฏิสนธิหรือช่วยการฝังตัวของตัวอ่อนโดยวิธีจุลหัตถการ อาจมีโอกาสเกิดความผิดปกติ
เกิดขึ้นได้ไม่แตกต่างจากเด็กที่เกิดขึ้นตามกระบวนการเจริญพันธุ์ตามธรรมชาติ

ลงนาม.....

(.....) (ภรรยา)

ลงนาม.....

(.....) (สามี)

ลงนาม.....

(.....) (พยาน)

ลงนาม.....

(.....) (แพทย์ผู้รักษาและให้คำอธิบาย)

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

ประวัติผู้เขียน

นางสาวณัฐวิวรรณ อภิลิทธิโยธิน เกิดเมื่อวันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2512 ที่อำเภอเมือง จังหวัดนครสวรรค์

สำเร็จการศึกษาปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยรามคำแหง เมื่อปีการศึกษา 2535 เข้ารับการฝึกอบรมวิชาว่าความรุ่นที่ 9 เมื่อปี พ.ศ. 2536 หลังจากนั้นเข้ารับการศึกษต่อในระดับปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต ณ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ภาควิชากฎหมายธุรกิจ ในระหว่างการศึกษา เป็นตัวแทนนักศึกษาเข้ารับการแข่งขัน "การแถลงการด้วยวาจาในชั้นอุทธรณ์" ซึ่งจัดโดยสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ได้รับรางวัลชนะเลิศ

ประวัติการทำงาน ประกอบธุรกิจสถานีบริการน้ำมัน