

ร่างรายงานการวิจัยเรื่อง

“การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน”

เสนอต่อ

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

โดย

รองศาสตราจารย์ ดร. จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ

ร่างรายงานการวิจัยเรื่อง
“การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน”

เสนอต่อ

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

คณะผู้วิจัย

สังกัด

รศ. ดร. จักรกฤษณ์ ควรพจน์

สาขาวิชานิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

นายนั้นทน อินทนนท์

ศาลฎีกา

นางสาวชูจิต ดิยาวลีย์

คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

นางสาวจิรสุดา นาคเอี่ยม

ภาควิชาวิทยาศาสตร์การแพทย์

คณะวิทยาศาสตร์

มหาวิทยาลัยบูรพา

(งานวิจัยยังไม่เสร็จสมบูรณ์ โปรดอย่านำไปใช้อ้างอิง)

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาของโครงการ

การสืบพันธุ์เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้มนุษย์สามารถดำรงเผ่าพันธุ์มาได้นับแต่อดีตจวบจนถึงปัจจุบัน แต่ธรรมชาติไม่ได้สร้างให้มนุษย์ทุกคนสามารถมีทายาทสืบสกุลได้เสมอไป มนุษย์บางคนไม่สามารถมีบุตรได้เนื่องจากความบกพร่องทางพันธุกรรมมาแต่กำเนิด บางคนไม่สามารถมีบุตรได้เนื่องจากผ่านพ้นวัยเจริญพันธุ์มาแล้ว บางรายแม้อยู่ในช่วงวัยเจริญพันธุ์ก็ไม่สามารถมีบุตรได้เนื่องจากสาเหตุอื่น แต่มนุษย์ก็มีความพยายามในการฝ่าอุปสรรคทางธรรมชาติเสมอ ความพยายามในการเอาชนะสถานะที่ไม่สามารถมีบุตรได้จึงเกิดขึ้นควบคู่กับวิวัฒนาการของมนุษย์มาโดยตลอด

ในช่วงระยะเวลาประมาณสามสิบปีที่ผ่านมา วงการแพทย์ได้พัฒนาเทคโนโลยีที่ช่วยบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น เทคโนโลยีนี้ซึ่งเรียกว่า “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์” (Assisted Reproductive Technology) สามารถทำให้อุ้มสมจำนวนมากสามารถมีบุตรได้ตามความประสงค์ เทคนิคและกรรมวิธีใหม่ๆ เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้ถูกพัฒนาขึ้นตลอดเวลา

แม้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะมีส่วนช่วยให้คู่สมรสจำนวนมากมีบุตรตามความประสงค์ แต่ก็ยังมีคู่สมรสจำนวนหนึ่งที่ไม่สามารถมีบุตรได้โดยปราศจากความช่วยเหลือจากบุคคลที่สาม เพราะในบางกรณีคู่สมรสฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์แทนด้วยตนเองได้ ในกรณีเช่นนี้หากคู่สมรสนั้นต้องการมีบุตร ก็จำเป็นต้องหาหญิงอื่นมารับตั้งครรภ์แทน เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีบทบาทอย่างยิ่งต่อกระบวนการในการรับตั้งครรภ์แทนนี้ เนื่องจากเทคโนโลยีนี้สามารถช่วยให้ฝ่ายหญิงสามารถตั้งครรภ์ได้โดยไม่ต้องมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายชาย ดังนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงสามารถตั้งครรภ์ได้โดยไม่ต้องมีเพศสัมพันธ์กับคู่สมรสฝ่ายชายที่ต้องการมีบุตร และเด็กที่เกิดมาก็จะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้

การรับตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) เป็นกระบวนการในการให้กำเนิดเด็กซึ่งหญิงคนหนึ่งรับที่จะตั้งครรภ์แทนผู้อื่นและตกลงที่จะส่งมอบเด็กนั้นให้อยู่ในความอุปการะของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งที่ต้องการมีบุตร การรับตั้งครรภ์แทนในยุคปัจจุบันจำเป็นต้องอาศัยวิทยาการของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาช่วยเสมอ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วอาจทำได้โดยการนำไข่และเชื้ออสุจิของฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นมาผสมกัน แล้วนำไข่ที่ผสมแล้วนั้นไปใส่ในร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพื่อการเจริญพันธุ์ต่อไป

การรับตั้งครรภ์แทนได้ก่อให้เกิดปัญหาทั้งในทางจริยธรรมและกฎหมายเช่นเดียวกันกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อบำบัดภาวะมีบุตรยาก แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นมีความสลับซับซ้อนกว่ามาก เพราะมีบุคคลที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย และแต่ละฝ่ายก็ล้วนสามารถอ้างสิทธิทางกฎหมายหรือทางศีลธรรมเป็นเหตุผลสนับสนุนการกระทำของฝ่ายตนได้

ในทางจริยธรรม อาจมีผู้เห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนจริยธรรมอย่างรุนแรง เนื่องจากเป็นการกระทำที่ผิดธรรมชาติ และมีการนำมนุษย์มาใช้เป็นเครื่องมือในการผลิตเด็กเพียงเพื่อให้เป็นไปตามความประสงค์ของบุคคลหนึ่งเท่านั้น การรับตั้งครรภ์แทนยังอาจก่อให้เกิดแสวงหาประโยชน์ทางการค้าไม่ว่าจะเป็นการอาศัยร่างกายของตนเองในการรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นหรือด้วยการบริหารจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น นอกจากนี้ การรับตั้งครรภ์แทนยังเปรียบเสมือนเป็นการซื้อขายเด็ก เพราะในการรับตั้งครรภ์แทนนั้นมักมีข้อตกลงให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเพื่อแลกเปลี่ยนกับค่าตอบแทนที่จะได้รับจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้น¹

ในทางกฎหมาย การรับตั้งครรภ์แทนอาจก่อให้เกิดปัญหาทั้งในแง่ของสถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรภ์และสภาพบังคับของการรับตั้งครรภ์แทนนั้น ในบางประเทศถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ไม่อาจบังคับได้ตามกฎหมาย² ทั้งยังถือว่าการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยตัวแทนหรือคนกลางในเชิงพาณิชย์ (Surrogacy Arrangement) เป็นความผิดในทางอาญา³ แต่ในบางประเทศก็อนุญาตให้มีการกระทำได้ โดยรัฐเพียงแต่เข้ามาควบคุมดูแลเท่านั้น นอกจากนี้สถานะทางกฎหมายของทารกที่เกิดมาจากการรับตั้งครรภ์แทนก็ยังขาดความชัดเจนว่าทารกดังกล่าวจะเป็นบุตรของผู้ใด

ในประเทศไทยนั้น เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้เจริญรุดหน้าไม่น้อยไปกว่าต่างประเทศ แพทย์ได้นำเทคโนโลยีนี้มาช่วยให้คู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากได้มีบุตรตามความประสงค์เป็นจำนวนมาก การรับตั้งครรภ์แทนจึงเกิดขึ้นพร้อมไปกับความเจริญก้าวหน้าในวิทยาการสาขานี้ แต่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะ ปัญหาในประเทศไทยทั้งทางกฎหมายและทางจริยธรรมโดยส่วนใหญ่มีความคล้ายคลึงกับปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ เช่น

1. การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมหรือไม่ และกฎหมายควรอนุญาตให้มีการรับตั้งครรภ์แทนหรือไม่ ภายใต้ขอบเขตหรือเงื่อนไขประการใด

¹ Freeman, M, (1989) Is Surrogacy Exploitative ? in S. McLean (Ed.) Legal Issues in Human Reproduction, Dartmouth, Aldershort, p. 175.

² J. Montgomery, Health Care Law, Oxford University Press, 1997, p. 382, Surrogacy Arrangement Act 1985, Section 1A, inserted by the Human Fertilisation and Embryology Act 1990, Section 36.

³ Surrogacy Arrangement Act 1985, Section 2.

2. สัญญารับตั้งครรรค์แทนเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ และควรเป็นสัญญาที่มีสภาพบังคับตามกฎหมายหรือไม่
3. เด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนควรมีสถานภาพทางกฎหมายอย่างไร และใครสมควรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น
4. หากมีความขัดแย้งระหว่างคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรกับหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน ใครควรเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรค์แทน

กฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับปัญหาข้างต้นของไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันล้วนแต่เป็นกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อใช้กับการกำเนิดของเด็กตามธรรมชาติเท่านั้น กฎหมายที่มีอยู่จึงไม่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี และเมื่อนำกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับการรับตั้งครรรค์แทนจึงอาจมีข้อบกพร่องและไม่สามารถขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ การศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรรค์แทนทั้งในทางปฏิบัติและกฎหมายจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนทั้งในแง่ของกฎหมายและนโยบาย กับสะท้อนให้เห็นถึงมาตรฐานทางจริยธรรมของสังคมไทยโดยรวมต่อไป

2. วัตถุประสงค์ของโครงการ

1. เพื่อรวบรวมสภาพข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรรค์แทนในประเทศไทย
2. เพื่อทราบถึงสภาพของปัญหาต่างๆ ที่เกิดจากการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรรค์แทนในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสถานภาพของบุตรที่เกิดจากการผสมเทียมด้วยวิธีการดังกล่าว
3. เพื่อทราบถึงสถานะของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ตลอดจนช่องว่างหรือข้อบกพร่องของกฎหมายที่เกี่ยวข้องในปัจจุบัน
4. เพื่อให้มีการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายในเรื่องนี้ของต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย ฝรั่งเศส และเยอรมนี
5. เพื่อนำผลการศึกษาวิจัยไปพิจารณาความเหมาะสมและแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้

3. ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

รายงานการศึกษานี้แบ่งออกเป็น 7 บท โดยในแต่ละบทจะแบ่งเป็นบทย่อยเพื่อให้การศึกษามีความละเอียดและประเด็นปัญหาเป็นไปอย่างชัดเจน ซึ่งจะมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1. บทนำ

ในบทนี้จะได้อธิบายแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน โดยจะชี้ให้เห็นถึงวิวัฒนาการที่เกี่ยวข้องกับการนำเทคโนโลยีทางการแพทย์มาใช้เพื่อช่วยเหลือผู้มีบุตรยาก ตลอดจนอธิบายถึงวิธีการในการรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งจะนำไปสู่ปัญหาที่ตามมาทั้งในทางกฎหมายและจริยธรรม

2. วิวัฒนาการของเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

ในบทนี้จะนำเสนอรูปแบบและวิธีการในการนำเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์มาใช้ในการช่วยเหลือผู้มีบุตรยากโดยละเอียด โดยจะแยกแยะให้เห็นถึงความแตกต่างของกรรมวิธีในการผสมเทียมแต่ละวิธีการ ทั้งที่เป็นการผสมเทียมในร่างกาย (Artificial Insemination) และการปฏิสนธิภายนอกร่างกาย (*In Vitro Fertilization*) ตลอดจนถึงเทคนิคต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ จะได้อธิบายรายละเอียดของลักษณะ ประเภท และวิธีการในการรับตั้งครรภ์แทน ทั้งที่เป็นการรับตั้งครรภ์แทนแบบใช้ตัวอ่อนที่ได้มาจากฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร (Full surrogacy) และการรับตั้งครรภ์แทนที่ใช้ไข่จากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (Partial surrogacy) และจะได้พิจารณาถึงวิวัฒนาการของการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยด้วย

3. ปัญหาทางจริยธรรมที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน

เนื่องจากการผสมเทียมและการรับตั้งครรภ์แทนเป็นวิธีการในการช่วยเหลือผู้มีบุตรยากวิธีการหนึ่งที่มีได้เป็นไปตามกระบวนการปกติตามธรรมชาติ จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางจริยธรรมตามมา ในบทนี้จะทำการศึกษาปัญหาทางจริยธรรมโดยทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงเหตุผลที่สนับสนุนและคัดค้านการกระทำดังกล่าว และผลกระทบทางจริยธรรมที่เกิดขึ้น รวมทั้งจะได้พิจารณาถึงมาตรฐานทางวิชาชีพขององค์กรวิชาชีพต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ

4. บทบัญญัติกฎหมายและกรณีศึกษาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศ

ในบทนี้จะทำการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศที่นำมาใช้ในการจำกัดหรือควบคุมการรับตั้งครรภ์แทน รวมทั้งจะได้ทำการวิเคราะห์ถึงผลดีและผลเสียของการนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับ โดยจะได้ทำการศึกษากฎหมายของต่างประเทศทั้งที่เป็นบทบัญญัติกฎหมาย (Legislation) และที่เป็นกฎหมายตามคำพิพากษาของศาล (Case law) อันได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย ฝรั่งเศส และเยอรมนี นอกจากนี้จะได้นำเสนอกรณีศึกษา (Case study) ที่เกิดขึ้นและได้มีการรายงานไว้ในต่างประเทศเพื่อนำมาใช้ในการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับตัวอย่างที่เกิดขึ้นในประเทศไทยต่อไป

5. บทวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย

การรับตั้งครุฑเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมาเป็นเวลานานแล้ว หากแต่ยังมิได้มีการเก็บรวบรวมสถิติอย่างเป็นระบบและไม่มีข้อโต้แย้งขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาล ในบทนี้ จะทำการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นจากการรับตั้งครุฑแทน เช่น สถานะทางกฎหมายของทารกที่เกิดจากการรับตั้งครุฑ รวมไปถึงสภาพบังคับของสัญญารับตั้งครุฑแทน

การศึกษาวิจัยในบทนี้มุ่งที่จะศึกษาวิเคราะห์ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรับตั้งครุฑแทนในประเทศไทย โดยนำกฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้ ซึ่งจะช่วยให้ทราบว่ากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องมีข้อบกพร่องหรือช่องว่างทางกฎหมายหรือไม่อย่างไร และประเทศไทยควรมีแนวทางอย่างไรในการจัดการกับปัญหาเหล่านี้

6. แนวทางในการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายว่าด้วยการรับตั้งครุฑแทน

ในบทนี้จะทำการสรุปและเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครุฑแทน โดยจะทำการพิจารณาว่าประเทศไทยควรที่จะมีกฎหมายว่าด้วยการรับตั้งครุฑแทนโดยเฉพาะหรือไม่ หากมีความจำเป็น กฎหมายควรที่จะมีลักษณะประการใด โดยจะได้พิจารณาถึงประเด็นปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการรับตั้งครุฑแทนโดยเฉพาะ ซึ่งประกอบด้วยปัญหาดังต่อไปนี้คือ ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครุฑแทน มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมและกำกับกับการรับตั้งครุฑแทน องค์การควบคุมและกำกับกับการรับตั้งครุฑแทน สถานภาพทางกฎหมาย และการกำหนดอำนาจการปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครุฑแทน ทั้งนี้ในแต่ละประเด็นปัญหา จะได้เสนอรูปแบบของกฎหมายต่างๆ รวมทั้งข้อดีและข้อเสียของกฎหมายในแต่ละรูปแบบ เพื่อให้เป็นทางเลือกในการออกกฎหมายที่เหมาะสมต่อไป

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในบทนี้จะได้รวบรวมและประมวลผลจากการศึกษาข้างต้นมาประกอบกันเป็นบทสรุปและเสนอข้อคิดเห็นแบบรวบยอดเพื่อนำไปสู่การพัฒนากฎหมายต่อไป

4. วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยนี้มุ่งเน้นที่จะสังเคราะห์องค์ความรู้เกี่ยวกับหลักกฎหมายและนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครุฑแทน ที่จะสามารถนำมาใช้เพื่อเป็นแนวทางในการออกกฎหมายในประเทศไทยได้อย่างเป็นรูปธรรม โดยไม่เน้นการวิเคราะห์เชิงปรัชญาหรือแนวความคิด วิธีการศึกษาวิจัยจะเป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary research) ทั้งที่เป็นแหล่งข้อมูลปฐมภูมิ (Primary Source) อัน

ได้แก่ บทบัญญัติกฎหมาย คำพิพากษาของศาล และแหล่งข้อมูลทุติยภูมิ (Secondary Source) อันได้แก่ หนังสือและตำราทางวิชาการ บทความในวารสารวิชาการ และรายงานการศึกษาวิจัยต่างๆ

5. ผลที่คาดว่าจะได้รับจากโครงการ

เมื่อดำเนินการศึกษาวิจัยแล้วเสร็จ การศึกษาวิจัยนี้จะทำให้ทราบถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนในต่างประเทศและในประเทศไทย ตลอดจนปัญหาทางกฎหมายและทางจริยธรรมที่เกิดขึ้นจากการรับตั้งครรรภ์แทน และแนวทางในการแก้ไขหรือบรรเทาปัญหาเหล่านั้นเพื่อจะได้นำมาเป็นหลักในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป

บทที่ 2

วิวัฒนาการของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และ การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

ในช่วงสองถึงสามทศวรรษที่ผ่านมา มีการนำเอาเทคโนโลยีมาใช้เพื่อช่วยบำบัดรักษา คู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากอย่างกว้างขวาง เทคนิคและกรรมวิธีใหม่ๆ ที่นำมาใช้เพื่อช่วยให้ คู่สมรสสามารถมีบุตรได้จึงได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง เทคโนโลยีนี้ ซึ่งเรียกโดยรวมว่า เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Assisted Reproductive Technology หรือ ART) จึงเจริญรุดหน้า อย่างรวดเร็ว กระบวนการในการกำเนิดของมนุษย์ ซึ่งแต่เดิมต้องเริ่มต้นมาจากการมีเพศสัมพันธ์ ระหว่างฝ่ายชายกับฝ่ายหญิงได้เปลี่ยนแปลงไป เพราะแพทย์ไม่เพียงแต่สามารถทำให้การปฏิสนธิ เกิดขึ้นได้โดยฝ่ายชายและฝ่ายหญิงไม่จำเป็นต้องมีเพศสัมพันธ์ต่อกันด้วยกรรมวิธีการฉีดน้ำเชื้อ อสุจิของฝ่ายชายเข้าไปในโพรงมดลูกของฝ่ายหญิงเท่านั้น แต่ยังสามารถทำให้กระบวนการในการ เริ่มต้นปฏิสนธิสามารถเกิดขึ้นได้ภายนอกร่างกายของมนุษย์ด้วย

แม้ว่าเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ในปัจจุบันจะมีความก้าวหน้ามากก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถช่วยให้ฝ่ายหญิงมีบุตรได้โดยปราศจากการตั้งครรภ์ คู่สมรสที่ฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วย ตนเองได้จึงต้องประสบปัญหาที่ไม่สามารถมีบุตรได้ต่อไป ดังนั้นจึงได้มีการริเริ่มนำเทคโนโลยีช่วย การเจริญพันธุ์เช่นนี้มาใช้กับคู่สมรสที่ฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเอง โดยการนำเอาเชื้อ อสุจิของคู่สมรสฝ่ายชายใส่เข้าไปที่โพรงมดลูกของหญิงอื่นซึ่งอาสาเข้ารับตั้งครรภ์แทน หรือด้วย การนำเอาตัวอ่อนที่ได้มาจากการปฏิสนธิของเชื้ออสุจิและไข่ของคู่สมรสนั้นใส่เข้าไปในมดลูกของ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

การนำเอาเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้ไม่เท่ากับคู่สมรสที่มีบุตรยากหรือกับหญิงที่ อาสาเข้ารับตั้งครรภ์แทนนั้นได้รับความสนใจจากสาธารณชนอย่างกว้างขวาง เพราะการใช้ เทคโนโลยีในสาขานี้ไม่เพียงแต่สามารถช่วยให้คู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากมีโอกาสที่จะมีบุตรได้ สมตามความปรารถนาเท่านั้น แต่ยังก่อให้เกิดปัญหาทั้งในทางจริยธรรมและทางกฎหมายตามมาอีก หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งก็คือ ปัญหาเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีนี้ในทางที่มีขอบ การแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากการรับตั้งครรภ์แทน ตลอดจนปัญหาเกี่ยวกับสถานะทาง กฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และบุคคลที่เกี่ยวข้อง

การศึกษาวิจัยในบทนี้จะนำเสนอภาพรวมของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยทำการ ศึกษาวิวัฒนาการของเทคโนโลยีดังกล่าว และจะชี้ให้เห็นถึงปัญหาทางจริยธรรมบางประการที่ เกิดขึ้นจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ในส่วนต่อมานำเสนอประเภทและวิธีการของการ

รับตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้ในการรับตั้งครรภ์แทน ในส่วนสุดท้ายจะได้นำเสนอประวัติความเป็นมาของเทคโนโลยีดังกล่าวและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย โดยจะชี้ให้เห็นถึงสภาพของปัญหาที่เกิดขึ้นเพื่อนำมาวิเคราะห์ต่อไป

2.1 วิวัฒนาการของเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์

มีการประมาณการว่า ผู้หญิงคนหนึ่งจะมีโอกาสในการตั้งครรภ์สูงถึงร้อยละ 63 หากมีเพศสัมพันธ์ตามปกติกับคู่สมรสภายในระยะเวลา 6 เดือน และโอกาสในการตั้งครรภ์จะเพิ่มขึ้นเป็นร้อยละ 80 เมื่อมีเพศสัมพันธ์ภายในระยะเวลาหนึ่งปี¹ แต่คู่สมรสบางส่วนก็ไม่สามารถมีบุตรได้ทั้งที่มีเพศสัมพันธ์กันตามปกติและไม่ได้มีการคุมกำเนิด ซึ่งโดยเฉลี่ยแล้วจะมีคู่สมรสประมาณหนึ่งในหกคู่ที่อยู่ในภาวะเช่นนี้ หรือที่เรียกกันว่า “ภาวะมีบุตรยาก” (Infertility)

การที่จะพิจารณาว่าภาวะเช่นใดถือเป็นภาวะมีบุตรยากนั้นจะต้องปรากฏว่าคู่สมรสนั้นได้มีเพศสัมพันธ์กันตามปกติโดยไม่ได้คุมกำเนิดภายในระยะเวลาหนึ่ง แต่ระยะเวลานานเท่าใดที่จะถือว่าคู่สมรสอยู่ในภาวะมีบุตรยากนั้นยังไม่อาจหาข้อสรุปที่ชัดเจนได้ ในทางการแพทย์ถือว่า ภาวะที่คู่สมรสไม่สามารถมีบุตรได้ภายในระยะเวลาหนึ่งปีเป็นภาวะมีบุตรยาก ขณะที่องค์การอนามัยโลก (World Health Organization) ให้ถือว่าภาวะมีบุตรยากเกิดขึ้นเมื่อคู่สมรสไม่สามารถมีบุตรได้ภายในระยะเวลา 2 ปี²

โดยทั่วไปแล้ว ภาวะมีบุตรยากอาจถูกแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทคือ ภาวะมีบุตรยากขั้นต้น (Primary infertility) กับภาวะมีบุตรยากขั้นรอง (Secondary infertility) โดยภาวะมีบุตรยากขั้นต้นหมายความว่า ภาวะมีบุตรยากซึ่งเกิดขึ้นกับคู่สมรสที่ไม่เคยมีบุตรมาก่อน ส่วนภาวะมีบุตรยากขั้นรอง หมายความว่า ภาวะมีบุตรยากซึ่งเกิดขึ้นกับคู่สมรสที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้ว แต่ในปัจจุบันไม่สามารถมีบุตรได้

สาเหตุของภาวะมีบุตรยากที่เกิดขึ้นกับคู่สมรสแต่ละคู่ นั้นมีความแตกต่างกันออกไป แต่โดยเฉลี่ยแล้ว สาเหตุเหล่านี้จะเกิดขึ้นจากความผิดปกติของฝ่ายชายร้อยละ 40 ความผิดปกติของฝ่ายหญิงร้อยละ 50 และความผิดปกติของทั้งสองฝ่ายร้อยละ 10 จากการประมาณการขององค์การอนามัยโลกพบว่า มีคู่สมรสประมาณ 50 ถึง 80 ล้านคู่ทั่วโลกที่อยู่ในภาวะมีบุตรยาก³ ซึ่งส่งผล

¹ Douglas, G, *Law, Fertility, and Reproduction*, Sweet & Maxwell, 1991, p. 104-105.

² เฟื่องอ้าง.

³ WHO Scientific Group. Recent advances in medically assisted conception. WHO Technical Report Series 820, 1992 :1-7.

กระทบต่อสภาพจิตใจของบุคคลในครอบครัวเป็นอย่างมาก ปัญหาภาวะมีบุตรยากจึงนับได้ว่าเป็นปัญหาสุขภาพที่สำคัญปัญหาหนึ่ง แม้จะเป็นปัญหาที่ไม่ส่งผลโดยตรงต่อสุขภาพทางร่างกายของคู่สมรสก็ตาม

ในอดีตที่ผ่านมาก่อนที่จะเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะเจริญก้าวหน้าเช่นในปัจจุบัน การบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากของคู่สมรสเหล่านี้เป็นไปด้วยวิธีการดั้งเดิม เช่น การให้คำแนะนำแก่คู่สมรสในการดูแลรักษาสุขภาพ หรือให้คำแนะนำเกี่ยวกับช่วงระยะเวลาที่เหมาะสมในการมีเพศสัมพันธ์ สำหรับคู่สมรสบางคู่ แพทย์อาจให้การบำบัดโดยการให้ยาบำรุงหรือยาเพิ่มฮอร์โมนหรือโดยการผ่าตัดอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่การบำบัดรักษาด้วยวิธีการดั้งเดิมเช่นนี้มีโอกาสที่จะประสบความสำเร็จไม่มากนักและต้องใช้ระยะเวลาในการบำบัดรักษาค่อนข้างนาน และโดยส่วนใหญ่ การบำบัดรักษาฮอร์โมนหรือโดยการผ่าตัด (hormonal or surgical therapies) จะใช้ได้ผลดีกับการรักษาภาวะมีบุตรยากของฝ่ายหญิงเท่านั้น⁴

สำหรับคู่สมรสที่ไม่ประสบความสำเร็จในการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากด้วยวิธีการดังกล่าวข้างต้น คู่สมรสเหล่านี้จะมีบุตรได้ก็แต่โดยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น แต่อุปสรรคสำคัญของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมก็คือ การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมีกระบวนการที่ยุ่งยากและยาวนาน เนื่องจากการรับบุตรบุญธรรมโดยส่วนใหญ่ต้องผ่านกระบวนการในการคัดเลือกความเหมาะสมในการเป็นผู้ปกครองเด็กและมีการทดลองเลี้ยงดูเด็กก่อน รวมทั้งต้องได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการที่แต่งตั้งขึ้นตามกฎหมายด้วย นอกจากนี้ สาเหตุสำคัญที่ทำให้คู่สมรสส่วนใหญ่ไม่ประสงค์ที่จะรับเด็กมาเป็นบุตรบุญธรรมก็คือเด็กนั้นจะไม่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดหรือทางพันธุกรรมกับคู่สมรสนั้นแม้แต่น้อย การบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์สมัยใหม่จึงเป็นหนทางเดียวที่จะช่วยให้คู่สมรสเหล่านี้สามารถมีบุตรซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตนเองได้

ในส่วนนี้จะเสนอประวัติและความเป็นมาของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ตั้งแต่มีการนำเทคโนโลยีนี้มาใช้กับสิ่งมีชีวิตชนิดอื่นจนกระทั่งมีการนำมาใช้กับมนุษย์ และจะได้แยกแยะประเภทของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แต่ละประเภท โดยเฉพาะที่มีการนำไปใช้กับการรับตั้งครรภ์แทน เพื่อเป็นพื้นฐานของความเข้าใจต่อไป

2.1.1 ประวัติและความเป็นมาของของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

⁴ Ontario Law Reform Commission, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, Ministry of the Attorney General, 1985, p. 15.

ก่อนที่จะมีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์สมัยใหม่กับมนุษย์ ปรากฏว่ามีการใช้เทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อกับสัตว์หลายชนิดมาเป็นเวลานานหลายศตวรรษแล้ว⁵ โดยสัตว์ชนิดแรกที่ได้รับการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้คือม้าตระกูลอาหรับ⁶ (Arabian Horse) ต่อมาวิธีการดังกล่าวนี้ได้ถูกนำมาใช้กับมนุษย์จนประสบความสำเร็จเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1790 โดยศัลยแพทย์ชาวอังกฤษชื่อ Hunter⁷ หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1884 การใช้เทคนิคเดียวกันนี้ก็ประสบความสำเร็จในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยแพทย์ชาวอเมริกันสามารถทำให้หญิงซึ่งสามีเป็นหมันตั้งครรภ์ได้จากการใช้เชื้ออสุจิที่ได้รับการบริจาค⁸

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้รับการพัฒนาขึ้นโดยตลอด ในปี ค.ศ. 1890 Walter Heape ประสบความสำเร็จในการย้ายฝากตัวอ่อน (Embryo transfer) โดยการนำตัวอ่อนจากท้องของกระต่ายพันธุ์แองโกรัน (Angoran doe rabbit) ย้ายไปฝากไว้ในท้องของกระต่ายป่าพันธุ์เบลเยียม (Belgian hare) Heape สรุปผลการทดลองนี้ว่า การย้ายฝากตัวอ่อนสามารถกระทำได้โดยไม่มีผลกระทบต่อพัฒนาการทางร่างกายของตัวอ่อนนั้น จากความสำเร็จนี้ทำให้ระหว่างปี ค.ศ. 1930 ถึงปี ค.ศ. 1950 มีการใช้เทคนิคในการย้ายฝากตัวอ่อนในสัตว์หลายชนิด เช่น หนู แกะ แพะ และสุกร จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1959 นักวิทยาศาสตร์ชื่อ Chang ก็สามารถทำให้กระต่ายคลอดลูกด้วยวิธีการปฏิสนธินอกร่างกายได้⁹

สำหรับการใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายของมนุษย์นั้นได้เริ่มต้นขึ้นที่ประเทศอังกฤษในราวทศวรรษที่ 60 ในปี ค.ศ. 1970 คณะนักวิจัยของมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ได้ประสบความสำเร็จในการเลี้ยงตัวอ่อนมนุษย์จนถึงระยะที่แบ่งตัวเป็น 16 เซลล์¹⁰ (หรือเรียกว่าระยะ morula) ต่อมาในปี ค.ศ. 1973 มีรายงานว่า แพทย์ในกรุงเมลเบิร์นประเทศออสเตรเลียได้ใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายจนสามารถทำให้หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์ได้สำเร็จ แต่หญิงคนนี้ก็แท้งครรภ์ก่อนที่ทารกจะครบกำหนดคลอด¹¹ จนกระทั่งเมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1978 แพทย์ชาวอังกฤษ

⁵ Comment, Artificial Insemination : A New Frontier for Medical Malpractice and Medical Products Liability, 32 Loy. L. Rev. 411, 411.

⁶ Hey, K, Assisted Conception and Surrogacy-Unfinished Business, 1993, 26 J. Marshall L. Rev. 775, fn 39.

⁷ Keller, B, Surrogate Motherhood Contracts in Louisiana: To Ban or to Regulate?, 1988, 49 La. L. Rev. 143, fn. 5.

⁸ Shaman, J, Legal Aspects of Artificial Insemination, 18 J. FAM. L. 331, 331.

⁹ Szoke, H, Regulation of Assisted Reproductive Technology : The State of Play in Australia, in I. Freckelton and K. Petersen, *Controversies in Health Law*, The Federation Press, 1999, p. 240-241.

¹⁰ Libesman, T, and Sripathy, V, *Your Body your Baby: Women's Legal Rights From Conception to Birth*, Redfern Legal Center Publishing, 1996, p. 47.

¹¹ เฟิ่งอ้าง, หน้า 48.

สองคนคือ Dr. Steptoe และ Dr. Edward ก็สามารถใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายทำให้หญิงคลอดบุตรได้เป็นผลสำเร็จ¹² ทารกที่เกิดมานี้มีชื่อว่า ลูอิส บราวน์ (Louise Brown) ซึ่งถือว่าเป็นเด็กคนแรกที่เกิดจากวิธีการปฏิสนธินอกร่างกาย หรือที่เรียกว่าเป็น “เด็กหลอดแก้ว” (Test tube baby) ต่อมากรรมวิธีปฏิสนธินอกร่างกายได้ประสบความสำเร็จในประเทศออสเตรเลียและประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1980 และ ค.ศ. 1981 ตามลำดับ¹³

สำหรับเด็กหลอดแก้วที่เกิดจากกระบวนการปฏิสนธินอกร่างกายและย้ายฝากตัวอ่อนซึ่งได้มาจากการผสมของไข่ที่ได้รับการบริจาคนั้นเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1980 ในประเทศออสเตรเลีย โดยเด็กคนนี้มีชื่อว่า Candice Elizabeth Reed ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาเพิ่งประสบความสำเร็จในปี ค.ศ. 1982 ประเทศออสเตรเลียยังเป็นประเทศแรกที่ประสบความสำเร็จในการย้ายฝากตัวอ่อนที่แช่แข็ง (frozen embryo) ด้วย โดยเมื่อปี ค.ศ. 1984 ได้มีการนำตัวอ่อนที่แช่แข็งไว้เป็นเวลา 2 เดือนของคู่สมรสคู่หนึ่งย้ายฝากไปใส่ในครรภ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ซึ่งต่อมาหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็สามารถคลอดบุตรออกมาได้เป็นผลสำเร็จ¹⁴

จะเห็นได้ว่า เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์มีส่วนเป็นอย่างมากในการช่วยให้คู่สมรสสามารถมีบุตรได้ตามความประสงค์ แต่ในขณะเดียวกัน การนำเทคโนโลยีนี้มาใช้กับมนุษย์ก็ก่อให้เกิดปัญหาทั้งทางจริยธรรมเช่นเดียวกัน เพราะโดยปกติแล้ว การปฏิสนธิของตัวอ่อนจะเกิดขึ้นภายในร่างกายของฝ่ายหญิงหลังจากที่มีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายชาย แต่เมื่อมีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้ ไม่ว่าจะเป็นการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออสุจิ (Artificial Insemination) หรือการปฏิสนธินอกร่างกาย (*In Vitro Fertilization*) การปฏิสนธิของทารกจึงไม่จำเป็นต้องเริ่มต้นมาจากการมีเพศสัมพันธ์อีกต่อไป นอกจากนี้หากหญิงคนใดต้องการมีบุตร แต่ไม่ต้องการมีคู่สมรสหรือมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายชาย หญิงนั้นก็สามรถที่จะมีบุตรได้ตามลำพังโดยอาศัยเทคโนโลยีนี้ ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์ทางเพศกับฝ่ายชายเลย

2.1.2 ประเภทของเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า ตลอดระยะเวลาหลายสิบปีที่ผ่านมา เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ได้เจริญรุดหน้าอย่างรวดเร็ว การนำเอาเทคนิคใหม่ๆ มาใช้ในการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากได้เกิดขึ้นอยู่ตลอดเวลา นอกเหนือไปจากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ ตลอดจนการปฏิสนธินอกร่างกายและการย้ายฝากตัวอ่อนแล้ว ในปัจจุบันยังมีการนำเทคนิคอื่นๆ มาใช้กับเพื่อบำบัดภาวะมีบุตรยาก

¹² Edwards, R, Steptoe, P, *A Matter of Life: The Story of a Medical Breakthrough* (1980), อ้างถึงใน Garrison, M, *Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage*, 2000, 113 *Harv. L. Rev.* 835, 848.

¹³ Libesman, T, and Sripathy, V, อ้างแล้ว, หน้า 48 และ Hey, K, อ้างแล้ว, fn. 38.

¹⁴ เฟ็งอ้าง, หน้า 784.

ด้วย เช่น การย้ายฝากเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อหน้าไข่ (Gamete Intrafallopian Transfer หรือ GIFT) การย้ายฝากตัวอ่อนระยะไซโกตเข้าไปในท่อหน้าไข่ (Zygote Intrafallopian Transfer หรือ ZIFT) หรือเทคนิคที่เรียกกันว่า “อิกซี่” (Intracytoplasmic Sperm Injection หรือ ICSI) ซึ่งเป็นการฉีดเชื้ออสุจิเพียงตัวเดียวเข้าไปในไข่เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิ นอกจากนี้ยังมีเทคนิคอื่นๆ เกิดขึ้นอีกหลายประเภท แต่เทคนิคเหล่านี้ไม่ได้ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายและจริยธรรมที่แตกต่างไปจากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อและการปฏิสนธินอกร่างกายมากเท่าใดนัก ในที่นี้จึงจะพิจารณารายละเอียดของการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อและการปฏิสนธินอกร่างกายเท่านั้น โดยจะได้พิจารณาถึงปัญหาทางกฎหมายและจริยธรรมประกอบกันไปด้วย

1) การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination)

การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อคือ การฉีดน้ำเชื้ออสุจิเข้าไปในช่องคลอด (vagina) ของฝ่ายหญิง ไม่ว่าจะเป็นบริเวณปากมดลูก โพรงมดลูก ท่อนำรังไข่ หรือที่มดลูก (uterus) ในช่วงที่มีการตกไข่ เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิระหว่างตัวอสุจิกับไข่ในร่างกายของฝ่ายหญิงนั้น (*In vivo Fertilization*) และทำให้หญิงนั้นตั้งครรภ์โดยไม่ต้องมีสัมพันธ์ทางเพศกับฝ่ายชายโดยวิธีตามธรรมชาติ

โดยปกติแล้ว การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออสุจิมักจะกระทำโดยนำเอาน้ำเชื้ออสุจิที่ผ่านการล้างเอาเชื้อแบคทีเรียและสารต่างๆ ออกและคัดเฉพาะเชื้ออสุจิที่แข็งแรงในปริมาณพอเหมาะมาฉีดผ่านท่อกลวงที่สอดเข้าไปในช่องคลอด (cannula) หรือโดยใช้กระบอกฉีด (syringe) ซึ่งจะทำให้เชื้ออสุจิของฝ่ายชายเข้าไปผสมกับไข่ของฝ่ายหญิง การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนี้จะต้องกระทำในช่วงระยะเวลาที่ไข่ใกล้สุก เพราะเป็นช่วงระยะเวลาที่ฝ่ายหญิงมีโอกาสตั้งครรภ์มากที่สุด น้ำเชื้ออสุจินี้อาจนำมาจากเชื้อสด (fresh sperm) หรือเชื้อที่ผ่านการแช่แข็ง (frozen sperm) มาก่อนก็ได้ การผสมเทียมด้วยวิธีนี้มีอัตราการตั้งครรภ์ประมาณร้อยละ 10 – 20 ต่อรอบเดือน ตามปกติจะเห็นผลภายใน 3 – 6 รอบเดือนของการรักษา

การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนี้เป็นวิธีการที่ง่าย สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายน้อย และไม่จำเป็นต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญทางการแพทย์มากนัก แต่หากการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้ได้กระทำภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์ก็จะทำให้มีโอกาสประสบความสำเร็จในการตั้งครรภ์มากขึ้น และยังช่วยให้เด็กที่เกิดมามีความเสี่ยงในการเกิดโรคทางพันธุกรรม (genetic disease) น้อยลง เนื่องจากแพทย์สามารถที่จะใช้ความชำนาญในการคัดเลือกเชื้ออสุจิที่เหมาะสมเพื่อประโยชน์ในการตั้งครรภ์หรือเพื่อหลีกเลี่ยงโอกาสในการเกิดโรคทางพันธุกรรมบางชนิดกับทารกได้

การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออาจแบ่งได้เป็นหลายชนิด แต่เมื่อพิจารณาจากแหล่งที่มาของเชื้ออสุจิ การผสมเทียมดังกล่าวนี้อาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภทคือ การผสมเทียมโดยใช้เชื้อของสามี การผสมเทียมโดยใช้เชื้อของผู้บริจาค และการผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อจากผสมระหว่างสามีกับผู้บริจาค

ก. การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อจากสามี (Artificial Insemination by the Husband หรือ AIH)

การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อวิธีแรกคือ การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อของสามี การผสมเทียมด้วยวิธีนี้เป็นวิธีการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากอย่างหนึ่งที่จะนำมาใช้ต่อเมื่อฝ่ายชายซึ่งเป็นสามีสามารถผลิตน้ำอสุจิได้อย่างสมบูรณ์ แต่ไม่สามารถมีเพศสัมพันธ์ได้เนื่องจากเป็นกามตายด้าน หรือมีความผิดปกติทางกายวิภาค ไม่ว่าจะโดยกำเนิดหรือที่เกิดขึ้นภายหลัง ซึ่งทำให้ตัวอสุจิไม่สามารถผ่านเข้าไปผสมกับไข่ได้โดยสะดวก หรือฝ่ายชายนั้นไม่สามารถหลั่งน้ำอสุจิระหว่างการมีเพศสัมพันธ์ได้ หรือกรณีที่ในน้ำเชื้อของฝ่ายชายมีตัวอสุจิน้อย (oligozoospermia) แต่ยังคงมีรูปร่างและการเคลื่อนไหวที่เป็นปกติ การผสมเทียมด้วยวิธีนี้ยังถูกนำไปใช้เพื่อบำบัดภาวะมีบุตรยากที่เกิดจากความผิดปกติของฝ่ายหญิงด้วย เช่น หากฝ่ายหญิงมีเยื่อที่บริเวณปากมดลูกทำให้เชื้ออสุจิไม่สามารถผ่านเข้าไปผสมกับไข่ได้ (mucus hostility) ในกรณีเช่นนี้ก็ต้องฉีดเชื้ออสุจิเข้าไปที่มดลูกของฝ่ายหญิงเพื่อให้เกิดการปฏิสนธิกับไข่ในบริเวณดังกล่าว

การใช้น้ำเชื้อจากสามีในการผสมเทียมอาจเกิดจากสาเหตุอื่นที่ไม่ใช่ภาวะมีบุตรยากของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายก็ได้ เช่น ระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง ทหารสหรัฐได้ส่งน้ำเชื้ออสุจิกลับประเทศเพื่อใช้ในการผสมเทียมเป็นจำนวนมาก¹⁵ การผสมเทียมโดยวิธีนี้อาจนำไปใช้เมื่อฝ่ายสามีต้องเข้ารับการทำเคมีบำบัด (chemotherapy) หรือรังสีบำบัด (radiotherapy) ซึ่งอาจส่งผลให้ชายคนนั้นต้องเป็นหมัน ฝ่ายชายก็อาจจะเลือกที่จะให้แพทย์เก็บน้ำเชื้อของตนเองไว้ก่อนและนำมาใช้เมื่อถึงคราวจำเป็นได้¹⁶

การผสมเทียมด้วยวิธีการนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดปัญหาทางด้านจริยธรรมมากนัก เนื่องจากเป็นการนำน้ำเชื้อของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมาใช้ในการผสมเทียม แต่ฝ่ายที่โต้แย้งคัดค้านการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้คัดค้านว่า การผสมเทียมด้วยวิธีการนี้เป็นการผิดธรรมชาติ และเป็นการทำให้การกำเนิดชีวิตของมนุษย์ถูกแยกออกไปจากความสัมพันธ์ทางเพศ¹⁷ นอกจากนี้ ฝ่ายนี้ยังเห็นว่าการผสมเทียมด้วยวิธีนี้ต้องมีการกระตุ้นอวัยวะเพศฝ่ายชายเพื่อให้หลั่งน้ำอสุจิ (masturbation) ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดในตัวเอง¹⁸ จึงไม่สมควรที่จะมีการอนุญาตให้ทำการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้

¹⁵ วิศุทธิ์ อึ้งประพันธ์, การผสมเทียมกับกฎหมาย, บทบัณฑิตย, เล่ม 44 ตอน 2 (มิถุนายน 2531), หน้า 56.

¹⁶ Warnock, M, A Question of Life : The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology, Basil Blackwell, 1985, p. 17.

¹⁷ Kirby, M, Medical Technology and New Frontiers of Family Law, in S. McLean (Ed.) *Legal Issues in Human Reproduction*, Dartmouth, Aldershot, 1990, p. 5.

¹⁸ Warnock, M, อ้างแล้ว, p.18.

ข้อโต้แย้งอีกประการหนึ่งก็คือ การผสมเทียมด้วยวิธีนี้เป็นการเปิดโอกาสให้มีการผสมเทียมภายหลังสามีถึงแก่ความตายได้ (Posthumous Insemination) ตัวอย่างเช่น หากมีการนำน้ำเชื้ออสุจิของสามีไปฝากไว้ที่ธนาคารเชื้ออสุจิ (sperm bank) ต่อมาเมื่อสามีถึงแก่ความตาย ฝ่ายหญิงอาจขอให้แพทย์นำเชื้ออสุจิของสามีที่ตายไปแล้วมาใช้ในการผสมเทียม¹⁹ ในกรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่า หากอนุญาตให้กระทำได้ เด็กที่เกิดมาก็จะไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และในขณะที่จะนำเชื้ออสุจิดังกล่าวมาใช้ในการผสมเทียม ฝ่ายชายซึ่งเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิไม่สามารถให้ความยินยอมไม่ได้ จึงมีปัญหาว่าการนำเอาเชื้ออสุจิของบุคคลที่ตายไปแล้วมาใช้ในการผสมเทียมโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของเชื้ออสุจินั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยจริยธรรมทางการแพทย์หรือไม่ หรือในกรณีที่มีการอนุญาตโดยชัดแจ้งว่าให้นำเชื้ออสุจิไปใช้ในการผสมเทียมได้ แม้ในภายหลังที่ตนเองถึงแก่ความตายแล้ว ก็คงจะมีปัญหาในทำนองเดียวกันว่าความยินยอมโดยชัดแจ้งเช่นนี้จะใช้บังคับได้เพียงใด เพราะหากอนุญาตให้มีการกระทำเช่นนี้ อาจเกิดผลกระทบในทางจิตใจแก่เด็กหรือหญิงนั้นในระยะยาวได้

ในทางกฎหมาย การผสมเทียมโดยใช้เชื้ออสุจิของสามีอาจก่อให้เกิดปัญหาว่า ฝ่ายชายซึ่งเป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายจะปฏิเสธว่าเด็กที่เกิดมานั้นมิใช่บุตรของตนเองได้หรือไม่ เนื่องจากเด็กนั้นไม่ได้เกิดมาจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ และหากเป็นกรณีที่คู่สมรสนั้นไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมาย หากฝ่ายชายปฏิเสธที่จะรับเด็กเป็นบุตรหรือจ่ายค่าเลี้ยงดูฝ่ายหญิงและเด็กที่กำเนิดมานั้นจะมีสิทธิดำเนินคดีอย่างไรบ้าง นอกจากนี้อาจมีปัญหามากกว่าหากการผสมเทียมได้กระทำขึ้นภายหลังจากที่สามีถึงแก่ความตายแล้ว จะถือว่าเด็กที่เกิดมานั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายและมีสิทธิรับมรดกของชายผู้เป็นสามีหรือไม่²⁰ คำตอบของปัญหาเหล่านี้ยังมีความไม่ชัดเจนนักเมื่อพิจารณาของกฎหมายไทยในปัจจุบัน

ข. การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อจากผู้บริจาค (Artificial Insemination by the Donor หรือ AID)

การผสมเทียมอีกประเภทหนึ่งคือ การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อจากผู้บริจาค ซึ่งเป็นการผสมเทียมที่ใช้เทคนิคเดียวกับการผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อของสามี เพียงแต่เป็นการนำน้ำเชื้อของผู้ที่บริจาคมาใช้ในการผสมเทียมแทนที่จะเป็นน้ำเชื้อของสามีของหญิงนั้น สาเหตุที่ต้องใช้น้ำเชื้อของใน

¹⁹Cusine, D, Legal Issues in Human Reproduction, in S. McLean (Ed.) *Legal Issues in Human Reproduction*, Dartmouth, Aldershort, 1990, p. 20.

²⁰ ปัญหาทั้งในทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการผสมเทียมด้วยวิธีการอื่นนอกจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นปัญหาสำคัญที่ควรได้รับการพิจารณาอย่างลึกซึ้ง แต่ปัญหาดังกล่าวอยู่นอกกรอบของงานวิจัยนี้ ผู้สนใจอาจเปรียบเทียบบทวิเคราะห์ทางกฎหมายของไทยที่สำคัญ ระหว่าง วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, การผสมเทียมกับกฎหมาย, บทบันทึกคดี เล่ม 44 ตอน 2, หน้า 55-56. กับ ประสพสุข บุญเดช, การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์, วารสารกฎหมาย, ปีที่ 16 ฉบับที่ 1, หน้า 17-18.

การผสมเทียมนั้นก็เนื่องมาจากฝ่ายสามีเป็นหมันไม่ว่ามาจากสาเหตุใดก็ตาม รวมทั้งการเป็นหมันหลังจากการทำหมันชาย (vasectomy) แล้วแก้ไขไม่สำเร็จ หรือสามีมีปริมาณตัวอสุจิในน้ำอสุจิน้อยหรือไม่มีเลย รวมทั้งในกรณีที่ฝ่ายสามีมีความผิดปกติของยีน (gene error) ทำให้มีความผิดปกติในการสืบพันธุ์ การผสมเทียมด้วยวิธีการนี้จึงเป็นการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากได้อย่างหนึ่ง แต่การผสมเทียมด้วยวิธีนี้จะทำให้เด็กมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเฉพาะกับฝ่ายหญิงซึ่งเป็นเจ้าของไข่เท่านั้น ส่วนฝ่ายชายซึ่งไม่ได้เป็นเจ้าของอสุจิจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเลย

นอกจากการผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อจากผู้บริจาคจะเป็นไปเพื่อบำบัดภาวะมีบุตรยากแล้ว อาจมีการนำการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้มาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการเกิดโรคทางพันธุกรรมกับเด็กที่จะกำเนิดมาด้วย หากปรากฏว่าฝ่ายชายมีความบกพร่องทางพันธุกรรมที่จะต้องถ่ายทอดไปยังทารกอย่างที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงด้วยวิธีการอื่นได้ นอกจากนี้หญิงที่ไม่มีคู่สมรสก็อาจใช้วิธีการนี้เพื่อให้ตนเองสามารถมีบุตรได้เช่นกัน

การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อของผู้บริจาคก่อให้เกิดปัญหาทางจริยธรรมและกฎหมายมากกว่าการผสมเทียมที่ใช้น้ำเชื้อจากสามีหลายประการ ผู้ที่คัดค้านเห็นว่า การผสมเทียมด้วยวิธีการนี้เป็นการทำลายสถาบันครอบครัว เพราะมีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องในชีวิตสมรส มีการเปรียบเทียบว่าการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้เป็นการกระทำความผิดฐานมีชู้ (adultery) ในอดีตศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา²¹ และในประเทศแคนาดา²² ถือว่าการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้เป็นการมีชู้และเด็กที่เกิดมานั้นเป็นเด็กที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²³ แต่ในปัจจุบัน แนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศโดยส่วนใหญ่ได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว²⁴ โดยถือว่าการมีชู้นั้นจะต้องเกิดจากการมีเพศสัมพันธ์ไม่ใช่การปฏิสนธิของไข่กับเชื้ออสุจิ แต่กระนั้นก็ตาม ศาลต่างประเทศก็ยังคงถือว่าการผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อของผู้บริจาคที่ไม่ได้รับความยินยอมจากสามีเป็นการกระทำที่เป็นปรปักษ์ต่อการเป็นสามีภรรยาอย่างรุนแรง²⁵

ฝ่ายที่สนับสนุนให้มีการอนุญาตให้นำน้ำเชื้ออสุจิของผู้บริจาคมาใช้ในการผสมเทียมมักกล่าวว่า การผสมเทียมด้วยวิธีการนี้เป็นการเปิดโอกาสให้คู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากสามารถมีบุตรที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับมารดาได้ ถึงแม้ว่าเด็กนั้นจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับมารดาเพียงฝ่ายเดียวก็ตาม แต่การที่คู่สมรสมีความตั้งใจอย่างจริงจังในการมีบุตร ประกอบกับทั้ง

²¹ Doornbos v. Doornbos, 12 Ill. App. 2d 473, 139 N.E. 2d 844 (1956).

²² Orford v. Orford, 58 D.L.R. 251 (1921).

²³ Kopytoff, B, Surrogate Motherhood: Questions of Law and Values, 1988, 22 U.S.F.L. Rev. 205, 216.

²⁴ เช่นศาลอังกฤษในคดี McLennan v McLennan 1958 S.C. 105.

²⁵ เฟ็งอ้าง, สำหรับศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา โปรดดู People v. Sorensen, 68 Cal. 2d 280, 437, 139 N.E. 2d 844 (1956)

สองฝ่ายจะได้รับประสบการณ์ระหว่างที่ฝ่ายหญิงตั้งครรภ์จะช่วยให้ทั้งสองฝ่ายมีความรัก ความเข้าใจ และเห็นอกเห็นใจต่อกันมากยิ่งขึ้น ฝ่ายที่สนับสนุนการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้จึงโต้แย้งว่า การผสมเทียมโดยการใช้น้ำเชื้อจากผู้บริจาคจะไม่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ในครอบครัวหรือต่อเด็กที่กำลังเกิดมา

กฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติที่ควบคุมการผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อจากผู้บริจาคหรือกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากวิธีการนี้ การที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อาจก่อให้เกิดปัญหาทางจริยธรรมและกฎหมาย เช่น

1. ใครบ้างที่ควรมีสิทธิเข้าถึงการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้ กล่าวโดยเฉพาะก็คือ คู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย หญิงที่ไม่มีสามี หรือคู่รักร่วมเพศสามารถใช้วิธีการนี้เพื่อมีบุตรได้หรือไม่
2. มีหลักประกันใดบ้างที่แสดงให้เห็นว่าการคัดเลือกน้ำเชื้อของผู้บริจาคเป็นไปตามข้อบ่งชี้ทางการแพทย์เท่านั้น แต่ไม่ได้เป็นไปเพื่อคัดเลือกเพศ (sex selection) หรือคัดเลือกสายพันธุ์มนุษย์ที่ดีขึ้น (Eugenics) และแพทย์จะมีความรับผิดชอบใดหากไม่ได้เลือกเชื้อของผู้บริจาคที่เหมาะสม
3. ควรมีการสร้างระบบการจัดเก็บข้อมูลของผู้บริจคน้ำเชื้อหรือไม่อย่างไร และเด็กที่เกิดจากการใช้น้ำเชื้อของผู้บริจาคมีสิทธิที่จะรับรู้ข้อมูลเกี่ยวกับตนเองได้หรือไม่เพียงใด
4. เด็กที่เกิดจากการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้มีสถานะทางกฎหมายอย่างไร และใครเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

จะเห็นได้ว่าการผสมเทียมโดยการใช้น้ำเชื้อของผู้บริจาคก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายหลายประการ แต่ประเทศไทยก็ยังคงไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ การนำเอาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่เพียงอย่างเดียวมาใช้ในการตีความสามารถทำได้อย่างมีข้อจำกัด และอาจก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงประสงค์ได้ อย่างไรก็ตาม แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงที่มีการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้ในประเทศไทย จวบจนถึงปัจจุบันก็ยังไม่มียางานว่ามีคดีฟ้องร้องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลไทยแม้แต่คดีเดียว

ค. การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อจากผสมระหว่างสามีกับผู้บริจาค (Combined or Confused Artificial Insemination หรือ CAI)

ในกรณีที่น้ำเชื้อของสามีมีปริมาณตัวอสุจิน้อย แพทย์อาจใช้วิธีการผสมน้ำเชื้ออสุจิระหว่างน้ำเชื้ออสุจิของสามีกับของผู้บริจาค เพื่อเพิ่มโอกาสในการที่เชื้ออสุจิของสามีสามารถเข้าไปปฏิสนธิกับไข่ได้มากกว่าที่จะใช้น้ำเชื้อของผู้บริจาคแต่เพียงอย่างเดียว และทำให้คู่สมรสฝ่ายชายรู้สึกว่าการ

อสุจิที่ปฏิสนธิกับไข่เป็นของตนเอง²⁶ ในการนี้แพทย์มักจะคัดเลือกน้ำเชื้อจากผู้บริจาคที่มีลักษณะภายนอกที่ใกล้เคียงกับสามีของหญิงที่จะได้รับการผสมเทียมนั้น

อย่างไรก็ดี การใช้วิธีการผสมเทียมในลักษณะนี้ได้กระทำมาตั้งแต่ก่อนที่เทคโนโลยีเกี่ยวกับการตรวจเลือด (Blood testing) หรือการตรวจลายพิมพ์ดีเอ็นเอ (DNA fingerprint) จะมีความเจริญก้าวหน้าและให้ผลที่น่าเชื่อถือเช่นในปัจจุบัน ดังนั้นเมื่อสามารถใช้วิธีการดังกล่าวตรวจสอบความเป็นบิดาของเด็กได้อย่างแม่นยำแล้ว จึงปรากฏว่ามีการนำวิธีการผสมเทียมเช่นนี้มาใช้น้อยลง²⁷

2) การปฏิสนธินอกร่างกาย (*In vitro* Fertilization หรือ IVF)

ในขณะที่การผสมเทียมด้วยการฉีดน้ำเชื้อช่วยบำบัดภาวะมีบุตรยากโดยที่ฝ่ายหญิงไม่จำเป็นต้องมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายชาย เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายได้เปลี่ยนแปลงกระบวนการปฏิสนธิซึ่งแต่เดิมต้องเกิดขึ้นในร่างกายของฝ่ายหญิงให้สามารถเกิดขึ้นนอกร่างกายของมนุษย์ได้ในระยะเริ่มต้น เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายจะนำมาใช้เมื่อฝ่ายหญิงอยู่ในภาวะที่มีบุตรยาก เช่น ท่อนำไข่ทั้งสองข้างตัน ซึ่งทำให้ไข่ไม่สามารถผ่านจากรังไข่มายังมดลูกได้ แพทย์จะคำนวณเวลา ก่อนที่ไข่ตกตามธรรมชาติจากรอบประจำเดือนของหญิงนั้น แล้วนำไข่ออกมาผสมกับอสุจิของฝ่ายชายที่ผ่านการล้างเอาเมือกออกในจานแก้วที่มีสารเลี้ยงตัวอ่อนอยู่เตรียมไว้ โดยต้องควบคุมอุณหภูมิ ความชื้น ปริมาณก๊าซต่างๆ ในบรรยากาศให้เหมาะสม เมื่อเกิดการปฏิสนธิและไข่เริ่มแบ่งตัวแล้ว แพทย์จะนำไข่ที่ได้รับการผสมนั้นกลับเข้าไปยังมดลูกเพื่อให้ไปฝังตัวที่ผนังมดลูกและเจริญเติบโตต่อไป

แม้ว่ากระบวนการในการบำบัดรักษาผู้มีบุตรยากโดยใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกาย ดูเหมือนจะเกิดขึ้นได้ไม่ยากนัก แต่ในความจริงแล้ว กระบวนการเหล่านี้ล้วนแต่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์อย่างเข้มงวด ความสำเร็จของเทคนิคนี้ไม่ได้อยู่ที่ทำอย่างไรจึงจะทำให้ไข่ผสมกับเชื้ออสุจินอกร่างกาย แต่อยู่ที่ทำอย่างไรตัวอ่อนนั้นจึงจะสามารถกลับไปฝังตัวอยู่ที่ผนังมดลูกแล้วเจริญเติบโตต่อไปได้ ในระยะเริ่มต้นของความพยายามในการใช้เทคนิคนี้ ปรากฏว่าแม้จะสามารถนำไข่ที่ได้รับการผสมนั้นกลับเข้าไปในมดลูกของฝ่ายหญิงได้ แต่ไข่ที่ผสมแล้วนั้นกลับไม่สามารถที่จะเข้าไปฝังตัวที่ผนังมดลูกได้ การใช้เทคนิคนี้จึงไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร

ด้วยสาเหตุดังกล่าวข้างต้น ในการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากด้วยเทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกาย แพทย์จึงมักที่จะต้องนำไข่ที่ได้รับการผสมเข้าไปในมดลูกของฝ่ายหญิงมากกว่าหนึ่งฟองเพื่อเพิ่มโอกาสในการที่ตัวอ่อนนั้นจะฝังตัวในผนังมดลูก ในการนี้แพทย์จึงต้องการไข่หลายฟอง เพื่อจะนำมาใช้ในการปฏิสนธิและเพื่อจะมีตอ้งให้มีการนำไข่ออกมาจากร่างกายหลายครั้งหากการ

²⁶ Wadlington, W, Artificial Conception: The Challenge For Family Law, 1983, 69 Va. L. Rev. 465, 469.

²⁷ Ontario Law Reform Commission, p. 17.

ช่วยให้ตั้งครรภ์ไม่ประสบความสำเร็จ ดังนั้นก่อนที่แพทย์จะทำการนำไข่ออกจากร่างกายของฝ่ายหญิง จึงต้องมีการให้ฮอร์โมนเพื่อกระตุ้นให้ไข่ตกหลายฟองในรอบเดือนนั้น หลังจากนั้นจะนำไข่ที่ได้รับมาผสมกับเชื้ออสุจิ ในขั้นตอนนี้แพทย์มักจะเลือกตัวอ่อนที่สมบูรณ์ที่สุด แล้วนำกลับเข้าไปยังมดลูกของฝ่ายหญิงดังที่กล่าวแล้วต่อไป

เนื่องจากความจำเป็นดังกล่าวข้างต้น แพทย์จึงจำเป็นต้องนำตัวอ่อนหลายตัวกลับเข้าไปในมดลูกของฝ่ายหญิง ในหลายกรณี จึงมีตัวอ่อนหลายตัวสามารถเข้าไปฝังตัวที่ผนังมดลูกได้เป็นผลสำเร็จ ส่งผลให้คู่สมรสนั้นมีบุตรมากกว่าหนึ่งคน ซึ่งในบางครั้งก็เกินกว่าความต้องการของคู่สมรสนั้น ปัญหาที่ตามมาก็คือ คู่สมรสนั้นต้องขอให้แพทย์ทำแท้งตัวอ่อนที่มากเกินไปกว่าความต้องการ ซึ่งอาจเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและฝ่าฝืนต่อจรรยาแพทย์ได้ นอกจากนี้ ในบางกรณี จำนวนตัวอ่อนที่ฝังตัวที่ผนังมดลูกก็มีมากเกินไป ทำให้หญิงนั้นคลอดก่อนกำหนดหรือแท้งครรภ์ได้ องค์การที่ควบคุมวิชาชีพแพทย์จึงมักจะมีข้อกำหนดมาตรฐานวิชาชีพในการกำหนดจำนวนตัวอ่อนที่จะนำกลับเข้าไปในมดลูกไม่ให้มีปริมาณเกินสมควร

กระบวนการในการปฏิสนธินอกร่างกายไม่เพียงแต่ทำให้ฝ่ายหญิงที่มีไข่สมบูรณ์สามารถตั้งครรภ์ได้เท่านั้น แต่กระบวนการนี้ยังเปิดโอกาสให้ฝ่ายหญิงที่ไม่สามารถผลิตไข่ได้สามารถตั้งครรภ์ได้เช่นกัน โดยการที่นำไข่ที่ได้รับการบริจาคมาผสมกับเชื้ออสุจิของฝ่ายสามีแล้วนำกลับเข้าไปในมดลูกของตนเอง ด้วยวิธีการดังกล่าวนี้เอง จึงสามารถทำให้หญิงที่มีสูงอายุหรือแม่แต่อยู่ในวัยที่หมดประจำเดือนแล้วสามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้โดยการใช้ไข่ที่ได้รับการบริจาค ตัวอย่างเช่น มีรายงานว่าเมื่อปี ค.ศ. 1995 หญิงชาวอิตาลีวัยประมาณ 60 ปี ได้ตั้งครรภ์โดยใช้ไข่ที่ได้รับการบริจาคผสมกับเชื้ออสุจิของสามี หลังจากทีบุตรของเธอวัย 17 ปีถึงแก่ความตายและเธอไม่สามารถรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้เนื่องจากมีอายุมากเกินไป นอกจากนี้ก็ยังปรากฏอีกว่าในปีเดียวกันนั้นเอง มีหญิงชาวอิตาลีเลียนผิวดำได้นำไข่ของหญิงผิวขาวมาใช้ผสมกับเชื้ออสุจิของสามีของเธอ แล้วนำไข่ที่ได้รับการผสมนั้นกลับเข้าไปในมดลูกของตัวเองเพื่อตั้งครรภ์ โดยเธอให้เหตุผลของการใช้ไข่ของหญิงผิวขาวว่าเด็กผิวขาวจะได้รับโอกาสมากกว่าเด็กผิวดำ²⁸ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเหล่านี้เกิดปัญหาว่าจำเป็นต้องนำมูลเหตุจูงใจมาใช้ในการพิจารณาอนุญาตให้มีการเข้าถึงการปฏิสนธินอกร่างกายหรือไม่ ซึ่งในที่สุดหลายประเทศต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงการปฏิสนธินอกร่างกายอย่างเข้มงวด

ถึงแม้ว่ากระบวนการในการปฏิสนธินอกร่างกายจะสามารถช่วยบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากได้เป็นอย่างดี กระบวนการนี้ก็ได้นำให้เกิดปัญหาทางจริยธรรมหลายประการ ฝ่ายที่คัดค้านไม่เพียงแต่นำเหตุผลที่ใช้ในการคัดค้านการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อมาใช้ในการคัดค้านการ

²⁸ Hinman, L, Reproductive Technology and Surrogacy : An Introduction to the Issues, available at <http://ethics.acusd.edu>

ปฏิสนธินอกร่างกายเท่านั้น ฝ่ายนี้ยังได้โต้แย้งอีกว่า กระบวนการนี้เกี่ยวข้องกับการทำลายชีวิตมนุษย์หรือตัวอ่อนที่จะเป็นมนุษย์จำนวนมาก ทั้งนี้เนื่องจากว่าแพทย์จะคัดเลือกและนำเฉพาะตัวอ่อนที่สมบูรณ์ที่สุดเท่านั้นกลับไปยังมดลูกของฝ่ายหญิง ส่วนตัวอ่อนที่ไม่สมบูรณ์ก็จะถูกทำลายไป การจูงใจสร้างตัวอ่อนขึ้นมาแล้วทำลายทิ้งเป็นสิ่งไม่ยอมรับไม่ได้ในทางศีลธรรม สำหรับเหตุผลที่สนับสนุนการปฏิสนธินอกร่างกายก็เป็นเหตุผลอย่างง่าย ๆ ว่า การปฏิสนธินอกร่างกายจะช่วยให้คู่สมรสสามารถมีบุตรได้ และในบางครั้งวิธีการนี้ก็เป็นที่เดียวเท่านั้นที่จะทำให้เด็กเกิดมาโดยมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสนั้น

การปฏิสนธินอกร่างกายก็หลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายเช่นกัน สถานภาพของเด็กที่เกิดจากการปฏิสนธินอกร่างกายดูเหมือนจะยังไม่มีคำตอบมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการปฏิสนธินอกร่างกายนั้นมีการนำเข้าหรือเชื้ออสุจิหรือทั้งไข่และเชื้ออสุจิที่ได้รับการบริจาคมาใช้ในการผสมเทียม ก็จะมีปัญหาว่าใครเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาและเด็กนั้นจะมีสิทธิในทางกฎหมายอย่างไรต่อไป คำตอบเหล่านี้จะชัดเจนมากยิ่งขึ้นก็ต่อเมื่อกฎหมายไทยมีบทบัญญัติเรื่องนี้โดยเฉพาะหรือมิฉะนั้นก็ต้องรอให้มีคดีความเกิดขึ้น แล้วให้ศาลตีความกฎหมายเป็นกรณีไป

2.2 การรับตั้งครรภ์แทน (Surrogacy Arrangement)

ภาวะมีบุตรยากถือเป็นปัญหาสำคัญที่คู่สมรสส่วนใหญ่ต้องการการบำบัดรักษา สาเหตุของภาวะมีบุตรยากของคู่สมรสแต่ละคู่มีความแตกต่างกัน ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงก็มีปัญหาที่ทำให้เกิดภาวะมีบุตรยากแตกต่างกันออกไป แต่ภาวะมีบุตรยากอย่างหนึ่งที่ในปัจจุบันยังไม่สามารถบำบัดได้ก็คือการที่ฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ เนื่องจากฝ่ายหญิงมีปัจจัยที่ไม่เหมาะสมต่อการตั้งครรภ์ เช่น ฝ่ายหญิงไม่มีมดลูก หรือมีเนื้องอกมดลูก หรือมีโรคประจำตัวทางร่างกายที่ทำให้ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้ หรือการที่หญิงนั้นมีประวัติการแท้งครรภ์บ่อยครั้ง ซึ่งหากตั้งครรภ์อาจเกิดอันตรายแก่สุขภาพของหญิงนั้นได้²⁹ ในปัจจุบันยังไม่มีเทคโนโลยีที่สามารถทำให้ฝ่ายหญิงสามารถตั้งครรภ์โดยปราศจากมดลูกได้และไม่ปรากฏว่าการผลิตมดลูกเทียมประสบความสำเร็จวิธีการอย่างเดียวที่จะสามารถทำให้คู่สมรสที่ฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์มีบุตรได้ก็คือการให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน

ในปัจจุบัน มีการนำเอาเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้เพื่อให้การรับตั้งครรภ์แทนเป็นไปได้โดยง่ายยิ่งขึ้น ยิ่งเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์พัฒนามากขึ้นเท่าใด รูปแบบของการรับตั้งครรภ์

²⁹ McEwen, A, So You're Having Another Woman's Baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy, 1999, 32 Vand. J. Transnat'l L. 271, 274.

แทนก็จะเปลี่ยนไปตามเทคโนโลยีนั้นด้วย ในส่วนนี้จะได้พิจารณาลักษณะโดยทั่วไปของการรับตั้งครรรค์แทนว่า โดยทั่วไปแล้วการทำสัญญารับตั้งครรรค์แทนนั้นมีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขระหว่างคู่สัญญาอย่างไรบ้าง ตลอดจนจะได้พิจารณาว่าการรับตั้งครรรค์แทนแต่ละประเภทมีความแตกต่างกันอย่างไร เพื่อจะได้นำมาศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

2.2.1 ลักษณะทั่วไปของการรับตั้งครรรค์แทน

ในปัจจุบัน ยังไม่ปรากฏว่ามีนิยามศัพท์ของคำว่า “การรับตั้งครรรค์แทน” ที่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป นักกฎหมาย นักวิชาการ หรือแม้แต่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรรค์แทนต่างก็มักจะกำหนดขอบเขตหรือความหมายของการรับตั้งครรรค์แทนแตกต่างกันออกไป แล้วแต่มุมมองของแต่ละบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาว่าการรับตั้งครรรค์แทนจะครอบคลุมถึงเฉพาะการรับตั้งครรรค์แทนที่ใช้กรรมวิธีการทางการแพทย์เข้าช่วยหรือไม่ หรือจะครอบคลุมถึงการรับตั้งครรรค์ที่หญิงที่รับตั้งครรรค์มีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายชายที่ต้องการมีบุตรด้วย ดังเช่นกรณีที่เกิดปรากฏอยู่ในคัมภีร์ไบเบิล Old Testament ซึ่งมีเรื่องราวมีอยู่ว่า ซาร่าห์ ผู้เป็นภรรยาของอับราฮัมไม่สามารถมีบุตรได้ จึงได้ให้สาวใช้ที่มีชื่อว่า ฮาการ์ เป็นผู้รับตั้งครรรค์แทน ซึ่งการตั้งครรรค์นี้เป็นไปโดยมิได้เป็นไปโดยการใช้เทคโนโลยีเจริญพันธุ์เช่นที่มีในปัจจุบัน แต่เป็นไปโดยการมีเพศสัมพันธ์กับอับราฮัม³⁰

ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วหากถือว่ากรณีดังกล่าวข้างต้นนับได้ว่าเป็นการรับตั้งครรรค์แทนแล้ว การรับตั้งครรรค์แทนก็จะหมายความถึง กระบวนการในการที่หญิงคนหนึ่งตกลงรับที่จะตั้งครรรค์ด้วยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดและตกลงว่าจะส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง พร้อมกับสละสิทธิใดๆ ในความเป็นมารดาของเด็กนั้นทันทีที่เด็กกำเนิดมา

กรรมวิธีการในการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากโดยการรับตั้งครรรค์แทนได้เจริญก้าวหน้าไปพร้อมกับความก้าวหน้าของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งก็คือ เทคนิคการผสมเทียมเทียมโดยการฉีดเชื้อและการปฏิสนธินอกร่างกาย ซึ่งกรรมวิธีที่ทำให้การรับตั้งครรรค์แทนสามารถเป็นไปโดยฝ่ายชายที่ว่าจ้างนั้นไม่จำเป็นต้องมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน³¹ การรับตั้งครรรค์แทนโดยนำเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์เข้ามาช่วยด้วยนั้นสามารถทำให้คู่สมรสที่ว่าจ้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายสามารถที่จะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมานั้น

³⁰ ในยุคก่อนคริสตกาล เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ยังไม่ได้เจริญเท่าทุกวันนี้ การที่ฮาการ์ตกลงรับตั้งครรรค์ก็เป็นไปด้วยวิธีการมีเพศสัมพันธ์กับอับราฮัม แม้ว่าการณีเช่นนี้จะมีข้อเถียงว่าฮาการ์ไม่ได้เป็นหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนในความหมายที่ใช้กันในปัจจุบัน แต่มีฐานะเป็นภรรยาโดยตามกฎหมายของอับราฮัมเท่านั้น อย่างไรก็ตามการที่มีข้อตกลงส่งมอบเด็กเมื่อคลอดเด็กนั้นออกมาก็อาจนับได้ว่าเป็นการรับตั้งครรรค์แทนอย่างหนึ่ง ซึ่งการกระทำเช่นนี้ในปัจจุบันถือได้ว่าเป็นการผิดประเวณี แต่ขอบเขตของงานวิจัยนี้จำกัดอยู่เพียงเฉพาะในปัญหาเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนที่ต้องอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เท่านั้น

³¹ Warnock, M, อ้างแล้ว, หน้า 42.

ในปัจจุบัน การรับตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศจึงเป็นไปอย่างกว้างขวาง ในบางประเทศได้มีการจัดตั้งองค์กรเพื่อจัดหาหญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสที่มีบุตรยาก ซึ่งในบางแห่งก็มีการจัดตั้งองค์กรเช่นนี้ขึ้นมากี่เพื่อแสวงหากำไร โดยมีการคิดค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่ายตลอดจนค่าทนายความอย่างเป็นระบบ ในต่างประเทศจึงมีการออกกฎหมายควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนในบางประเภทด้วย

2.2.2 ประเภทของการรับตั้งครรภ์แทน

นับตั้งแต่ที่มีการนำเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์มาใช้ในการรับตั้งครรภ์แทนทำให้การรับตั้งครรภ์แทนมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น เพราะมีบุคคลเกี่ยวข้องหลายฝ่ายที่สามารถอ้างสิทธิความเป็นบิดามารดาของเด็กได้ นอกจากนั้นการที่จำนวนของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีการตามธรรมชาติก็มีแนวโน้มที่จะเพิ่มขึ้น จึงมีการจัดตั้งคนกลางเพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่สมรสในการหาหญิงมารับตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทนในปัจจุบันจึงอาจแบ่งได้เป็นหลายประเภท โดยพิจารณาได้ทั้งจากเทคโนโลยีที่ใช้ในการรับตั้งครรภ์ และจากวัตถุประสงค์ของการรับตั้งครรภ์นั้น

1) ประเภทของการรับตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาจากเทคโนโลยีที่ใช้ในการรับตั้งครรภ์

ในยุคที่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ยังไม่มี ความเจริญก้าวหน้า การรับตั้งครรภ์แทนไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยที่ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงไม่มีความสัมพันธ์ทางเพศต่อกัน แต่เมื่อได้มีการพัฒนาเทคโนโลยีดังกล่าวขึ้นและนำมาใช้ในการรับตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทนในปัจจุบันจึงเกิดขึ้นโดยฝ่ายชายที่ว่าจ้างไม่จำเป็นต้องมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ดังนั้นเมื่อแบ่งแยกประเภทของการรับตั้งครรภ์แทน โดยพิจารณาจากเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ที่นำมาใช้ การรับตั้งครรภ์แทนอาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภทคือ การรับตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination Surrogacy) การรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิออกร่างกาย (*In Vitro* Fertilization Surrogacy) และการรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาค (Donated Embryo Surrogacy)³²

ก. การรับตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination Surrogacy)

การรับตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อเป็นกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นตั้งครรภ์โดยมีการนำเชื้ออสุจิของฝ่ายชายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์มาฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงนั้น การรับตั้งครรภ์แทนในลักษณะเช่นนี้ได้กระทำมาก่อนการรับตั้งครรภ์แทนประเภทอื่น โดยมีการพัฒนาหลังจากที่

³² Archer, C, Scrambled Eggs: Defining Parenthood and Inheritance Rights of Children Born of Reproductive Technology, 2002, 3 Loy. J. Pub. Int. L. 152, 152-153.

เทคโนโลยีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อเจริญขึ้นไม่นานนัก ในบางครั้งจึงเรียกการรับตั้งครรภ์ประเภทนี้ว่า “การรับตั้งครรภ์แบบดั้งเดิม” (Traditional Surrogacy)

การรับตั้งครรภ์แทนด้วยวิธีการนี้จะทำให้เด็กที่เกิดมามีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับฝ่ายชายที่ว่าจ้างและกับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพราะหญิงนั้นเป็นเจ้าของไข่ที่ได้รับการผสม แต่เด็กนั้นจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างเลย การรับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้ในบางครั้งจึงถูกเรียกว่า “การรับตั้งครรภ์แทนแบบไม่สมบูรณ์” (Partial Surrogacy) เพราะเด็กที่เกิดมานั้นจะมีความสัมพันธ์เพียงบางส่วนกับคู่สมรสที่ว่าจ้างคือฝ่ายชายเท่านั้น

ข. การรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย (*In Vitro* Fertilization Surrogacy)

เมื่อมีการนำเทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายมาใช้ในการรับตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้ก็จะถูกเรียกว่า การรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย การรับตั้งครรภ์แทนประเภทนี้จะมีการนำเอาไข่ของคู่สมรสที่ว่าจ้างฝ่ายหญิงมาผสมกับเชื้ออสุจิของคู่สมรสที่ว่าจ้างฝ่ายชายนอกร่างกายของฝ่ายหญิง หลังจากนั้นเมื่อเกิดการปฏิสนธิแล้ว ก็จะนำไข่ที่ได้รับการผสมนั้นใส่เข้าไปยังมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพื่อให้ฝังตัวยังผนังมดลูกแล้วเจริญเติบโตต่อไป

ด้วยวิธีการดังกล่าวข้างต้น เด็กที่เกิดมาจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสทั้งสองฝ่ายเพราะฝ่ายชายเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิ ส่วนฝ่ายหญิงเป็นเจ้าของไข่ ส่วนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นแม้จะมีความสัมพันธ์ทางสายเลือดกับเด็กในระหว่างการตั้งครรภ์ แต่ก็จะไม่มีความสัมพันธ์กับเด็กที่เกิดมานั้นเลย กรณีเช่นนี้จึงมีผู้เปรียบเทียบว่าเป็นเสมือนการเช่ามดลูก (Womb Leasing) เท่านั้น การรับตั้งครรภ์แทนประเภทนี้ในบางครั้งจึงถูกเรียกว่า “การรับตั้งครรภ์แทนโดยการตั้งครรภ์” (Gestational Surrogacy) หรือ “การรับตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์” (Full Surrogacy) เนื่องจากคู่สมรสที่ว่าจ้างทั้งสองฝ่ายจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กนั้นทั้งหมด³³

ค. การรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาค (Donated Embryo Surrogacy)

ในกรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถมีบุตรได้โดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ทั้งสองฝ่ายไม่สามารถนำเซลล์สืบพันธุ์ของแต่ละฝ่ายมาใช้ในการปฏิสนธิได้เลย คู่สมรสนั้นอาจว่าจ้างให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยการขอรับบริจาคตัวอ่อนจากบุคคลอื่น แล้วนำตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคมานั้นย้ายฝากเข้าไปยังมดลูกของฝ่ายหญิงที่ตกลงรับตั้งครรภ์แทน เมื่อทารกคลอดออกมา หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะส่งมอบทารกนั้นให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้าง การรับตั้งครรภ์แทนในลักษณะเช่นนี้จะทำให้ทั้งคู่สมรสที่ว่าจ้างและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเลย

³³ McHale, J, Fox, M, and Murphy, J, *Health Care Law: Text and Materials*, Sweet & Maxwell, 1997, p. 635.

การรับตั้งครรภ์แทนประเภทนี้อาจถือเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยการตั้งครรภ์ (Gestational Surrogacy) ประเภทหนึ่งก็ได้ เพราะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ จะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเช่นกัน การรับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้เกิดขึ้นไม่บ่อยครั้งนัก เนื่องจากต้องเสียค่าใช้จ่ายสูง เพราะต้องเสียค่าใช้จ่ายหลายขั้นตอน คือ ค่าใช้จ่ายจากการซื้อเชื้ออสุจิและไข่ ค่าใช้จ่ายในการนำเชื้ออสุจิและไข่นั้นมาผสม และค่าใช้จ่ายในการนำไข่ที่ได้รับการผสมแล้วใส่เข้าไปที่มดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตลอดจนค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียจากการว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนนั้น แต่เมื่อเด็กนั้นคลอดมา ก็จะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสที่ว่าจ้าง โดยส่วนใหญ่แล้ว คู่สมรสในภาวะเช่นนี้มักจะเลือกวิธีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมากกว่าเพราะเสียค่าใช้จ่ายน้อยและได้ผลที่เท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ดี มีรายงานว่าเมื่อปี ค.ศ. 1994 ที่รัฐแคลิฟลอเนีย คู่สมรสคู่หนึ่งมีชื่อว่า จอห์น และลูแอน บัชแซนคา ได้ตกลงว่าจ้างหญิงคนหนึ่งให้ตั้งครรภ์แทน โดยการนำไข่และเชื้ออสุจิที่ได้รับการบริจาตมาจากบุคคลภายนอกมาผสมเทียม แล้วนำตัวอ่อนนั้นเข้าไปฝังตัวในมดลูกของหญิงที่ตกลงรับตั้งครรภ์แทน แต่ต่อมาปรากฏว่าก่อนที่เด็กจะเกิดมาหนึ่งเดือน ฝ่ายชายได้ฟ้องหย่าฝ่ายหญิงโดยอ้างว่าทั้งสองไม่มีบุตรที่ต้องปกครอง แต่ฝ่ายหญิงให้การต่อสู้ว่าเธอกับสามีกำลังจะมีบุตรตามกฎหมายที่เกิดจากการว่าจ้างให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน และขอให้ศาลสั่งให้ฝ่ายชายจ่ายค่าเลี้ยงดูด้วย

คดีนี้ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า ศาลไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะสั่งให้ฝ่ายชายจ่ายค่าเลี้ยงดูบุตร แต่ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐแคลิฟลอเนีย (California Court of Appeal) พิพากษากลับเป็นว่า ฝ่ายชายเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กและมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมานั้น³⁴ ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวถึงต่อไป

จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นว่า การรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคนี้ถือเป็นการรับตั้งครรภ์แทนที่มีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยมากที่สุด กล่าวคือ จะมีบุคคลทั้งหมด 6 คนเข้ามาเกี่ยวข้องดังนี้

- 1) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (Surrogate Mother) คือฝ่ายหญิงที่ตกลงรับตั้งครรภ์แทนคู่สมรสที่ว่าจ้าง ในกรณีนี้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้ให้กำเนิดเด็กและมีความสัมพันธ์ทางสายเลือดหรือทางชีวภาพกับเด็กนั้น แต่จะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก จึงอาจเรียกหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้ว่า “มารดาทางชีวภาพ” (Biological Mother) หรือ “มารดาที่ตั้งครรภ์” (Gestational Mother)

³⁴ 61 Cal. App. 4th 1410 (1997)

- 2) สามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากการรับตั้งครรภ์แทนอาจมีข้อจำกัดว่าต้องกระทำกับหญิงที่มีหรือเคยมีสามีและบุตรมาก่อนเท่านั้น โดยส่วนใหญ่แล้ว สามีของฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมักจะเข้ามาเป็นคู่สัญญาพร้อมกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้วย กฎหมายในบางประเทศจึงถือว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์ที่สามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีนั้น
- 3) คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าง ซึ่งก็คือฝ่ายหญิงที่ประสงค์ที่จะเป็นแม่ของเด็กจึงตกลงที่จะทำสัญญาว่าจ้างให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน ในกรณีเช่นนี้คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่างจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมหรือทางชีวภาพกับเด็กที่เกิดมาแม่แต่น้อย เพราะมิได้ทั้งเป็นผู้บริจาคไข่หรือตั้งครรภ์เด็กดังกล่าว จึงมีการเรียกหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรนี้ว่า “มารดาตามความประสงค์” (Intended Mother) หรือมารดาทางสังคม (Social Mother)
- 4) คู่สมรสฝ่ายชายที่ว่าง ในทำนองเดียวกัน ฝ่ายชายที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กนั้นเนื่องจากไม่ได้เป็นเจ้าของเชื้ออสุจิ แต่ประสงค์ที่จะเลี้ยงดูและเป็นบิดาของเด็กอาจเรียกได้ว่าเป็น “บิดาตามความประสงค์” (Intended Father) หรือบิดาทางสังคม (Social Father)
- 5) ฝ่ายหญิงที่บริจาคไข่ ในกรณีที่มีการบริจาคไข่เพื่อใช้ในการรับตั้งครรภ์แทน แม้หญิงที่บริจาคไข่นั้นจะไม่มี ความประสงค์ที่จะเป็นมารดาหรือเลี้ยงดูเด็กนั้นเลย แต่หญิงนั้นจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา ดังนั้นหญิงนี้จึงเป็น “มารดาทางพันธุกรรม” (Genetic Mother) ของเด็กที่เกิดมานั้น
- 6) ฝ่ายชายที่บริจาคเชื้ออสุจิ ในทำนองเดียวกัน ฝ่ายชายที่บริจาคเชื้ออสุจิ แต่ไม่มีความประสงค์ที่จะเลี้ยงดูหรือเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็ก อาจถูกเรียกว่าเป็น “บิดาทางพันธุกรรม (Genetic Father)

ในบรรดาการรับตั้งครรภ์แทนทุกประเภทที่กล่าวมาแล้วนั้น การรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคดูเหมือนว่าจะมีปัญหาทางจริยธรรมมากที่สุด เพราะกรณีเช่นนี้ไม่มีความแตกต่างมากนักกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม แต่การรับตั้งครรภ์แทนประเภทนี้ไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการพิจารณาความเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดาของเด็ก เมื่อเด็กที่เกิดมานั้นไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสที่ว่างแม่แต่น้อย คู่สมรสที่ว่างจึงไม่มีความผูกพันกับเด็กที่เกิดมาและพร้อมที่จะละทิ้งเด็กนั้นได้ตลอดเวลา ดังเช่นในกรณีตามคำพิพากษาข้างต้น

2) ประเภทของการรับตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการรับตั้งครรภ์

นอกเหนือไปจากการแบ่งแยกประเภทของการรับตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่นำไปใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนแล้ว การแบ่งประเภทของการรับตั้งครรภ์แทนอาจพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการรับตั้งครรภ์แทนก็ได้ ซึ่งหากแบ่งตามวัตถุประสงค์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทนจะแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อ

ประโยชน์เชิงพาณิชย์ (Commercial Surrogacy) และการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น (Altruistic Surrogacy)³⁵

ก. การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ (Commercial Surrogacy)

การตั้งครรภ์เป็นประสบการณ์ที่ยิ่งใหญ่ที่สุดอย่างหนึ่งของหญิงในวัยเจริญพันธุ์ ตลอดระยะเวลาประมาณเก้าเดือนของการตั้งครรภ์ หญิงนั้นจะได้มีโอกาสสัมผัสกับพัฒนาการของทารกในครรภ์ตั้งแต่ช่วงระยะเวลาที่เด็กนั้นปฏิสนธิขึ้นมาจนกระทั่งคลอดออกจากครรภ์ ทารกในครรภ์ไม่สามารถเจริญเติบโตได้หากปราศจากอาหารที่ผ่านทางสายรกของมารดา ขณะที่มารดาก็จะได้รับประสบการณ์ที่สำคัญเช่นเมื่อทารกเริ่มดิ้น เตะ หรือเมื่อแม่ได้ยินเสียงหัวใจของเด็กเต้น ความสัมพันธ์ระหว่างแม่และเด็กจึงเป็นไปอย่างลึกซึ้ง เกินกว่าที่ผู้ไม่เคยสัมผัสจะอธิบายได้

แต่กระนั้นก็ตาม การตั้งครรภ์ก็มีความเสี่ยงต่อสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนด้วย มีผู้หญิงจำนวนมากที่ได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิตในขณะที่คลอดบุตรหรืออันเนื่องมาจากการตั้งครรภ์ การตั้งครรภ์ยังเป็นการเพิ่มภาระให้แก่หญิงมีครรภ์หลายอย่างด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นสภาพร่างกายหรือจิตใจที่เปลี่ยนแปลงไปในขณะตั้งครรภ์ ยิ่งอายุครรภ์มากขึ้น การเคลื่อนไหวทางร่างกายของหญิงนั้นก็จะเป็นไปโดยลำบากขึ้น การตั้งครรภ์จึงอาจเป็นอุปสรรคต่อการเดินทาง การทำงาน การแต่งกาย หรือการใช้ชีวิตประจำวันตามปกติ หญิงที่ตั้งครรภ์มักจะมีอารมณ์ที่หงุดหงิด อ่อนไหวง่าย และต้องการการดูแลเอาใจใส่มากกว่าปกติ การตั้งครรภ์จึงอาจเป็นประสบการณ์ที่ยากลำบาก ซึ่งผู้หญิงบางคนที่เคยมีประสบการณ์ผ่านการตั้งครรภ์มาแล้วไม่ต้องการที่จะสัมผัสซ้ำอีก

เมื่อเปรียบเทียบระหว่างความประสบการณ์ที่ยิ่งใหญ่ของการตั้งครรภ์กับความเสี่ยงหรือภาระที่จะเกิดขึ้น ผู้หญิงส่วนใหญ่มักจะเลือกที่จะได้รับประสบการณ์จากการตั้งครรภ์เพราะต้องการมีทายาทของตนไว้สืบสกุล การตั้งครรภ์จึงถือเป็นเรื่องปกติตามธรรมชาติ แต่การที่หญิงคนหนึ่งจะตกลงรับตั้งครรภ์แทนให้แก่ผู้อื่นโดยตกลงว่าจะส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่ผู้อื่นนั้นไม่ใช่เรื่องปกตินัก ความตกลงเช่นนี้จึงมักจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์นั้น การรับตั้งครรภ์แทนที่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงเรียกได้ว่าเป็น “การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์” (Commercial Surrogacy)

โดยปกติแล้ว ในสัญญาารับตั้งครรภ์แทนนั้น คู่สมรสฝ่ายที่ว่างมักจะต้องเป็นฝ่ายออกค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เกิดจากการตั้งครรภ์นั้นให้แก่ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์เสมอ เช่น ค่าบริการทางการแพทย์ ค่ายา ค่าอาหารเสริม ค่าเสื้อผ้า ค่าเดินทางไปพบแพทย์ ค่าประกันสุขภาพ ค่าขาดประโยชน์จากการทำงาน เป็นต้น นอกจากนี้ อาจจะมีการกำหนดเงินหรือผลประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างหนึ่งเป็นค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์ด้วย เพื่อเป็นแรงจูงใจให้ฝ่ายหญิงนั้นตกลงที่จะ

³⁵ McEwen, A, อ้างแล้ว, หน้า 276.

เข้าทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนกับคู่สมรสที่มีบุตรยาก ซึ่งในต่างประเทศมีการกำหนดค่าใช้จ่ายประมาณ 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ³⁶ หรือประมาณ 400,000 บาท

อย่างไรก็ดี คู่สมรสที่มีบุตรยากจะแสวงหาหญิงคนใดคนหนึ่งมารับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นไปได้โดยไม่ยากนัก แม้ว่าจะมีการจ่ายค่าตอบแทนเป็นจำนวนเงินที่สูงก็ตาม เพราะการคัดเลือกหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ต้องเป็นไปได้โดยง่ายมรดกเช่นกัน ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วคู่สมรสที่มีบุตรยากมักจะต้องการหญิงที่จะรับตั้งครรภ์แทนซึ่งมีความประพฤติดี ไม่สูบบุหรี่หรือยาเสพติด มีสุขภาพพลานามัยสมบูรณ์ ตลอดจนต้องสามารถเชื่อมั่นได้ว่าหญิงนั้นจะส่งมอบเด็กให้เมื่อเด็กนั้นกำเนิดมา ในต่างประเทศ จึงมีการจัดตั้งคนกลางขึ้นมาเพื่อช่วยอำนวยความสะดวกให้แก่คู่สมรสที่มีบุตรยากในการแสวงหาหญิงที่ต้องการที่จะรับตั้งครรภ์แทน และในทำนองกลับกันก็เป็นการช่วยให้หญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนในการแสวงหาคู่สมรสซึ่งมีบุตรยากที่ต้องการหาหญิงที่จะมารับตั้งครรภ์แทนด้วย การจัดตั้งคนกลางในลักษณะเช่นนี้มีทั้งที่เป็นการดำเนินการโดยไม่แสวงหากำไรและที่ดำเนินการเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ โดยมีการคิดค่าใช้จ่ายในการดำเนินการต่าง ๆ เช่น ค่าบริการทางการแพทย์ หรือค่าทนายความ อย่างเป็นระบบ ซึ่งทำให้การรับตั้งครรภ์แทนเป็นไปได้โดยง่ายมากยิ่งขึ้น

ข. การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น (Altruistic Surrogacy)

ในบางกรณี ผลประโยชน์เชิงพาณิชย์อาจมิได้เป็นวัตถุประสงค์หลักของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ได้ เพราะการรับตั้งครรภ์แทนในระหว่างพี่น้องหรือเพื่อนสนิทอาจไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้อง การรับตั้งครรภ์แทนในประเภทนี้จะเป็นไปเพียงเพื่อช่วยเหลือให้พี่น้องหรือเพื่อนสนิทสามารถมีบุตรได้เท่านั้นโดยไม่มีผลประโยชน์อื่นแอบแฝง ดังนั้นจึงไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน กรณีเช่นนี้จึงมักเรียกกันว่า “การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น” (Altruistic Surrogacy)

ในความเป็นจริงแล้ว การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนระหว่างพี่น้องหรือเพื่อนสนิทเท่านั้น แต่อาจเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายที่ไม่มีความสัมพันธ์กันหรือไม่สนิทคุ้นเคยกันมาก่อนโดยไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้อง แม้การรับตั้งครรภ์แทนประเภทนี้อาจเกิดขึ้นได้ไม่บ่อยครั้งนักก็ตาม การรับตั้งครรภ์แทนนี้ก็ถือเป็นการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นเช่นกัน

ในบางกรณี การรับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้อาจมีการจ่ายเงินให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนบ้าง แต่เงินนั้นเป็นเงินสำหรับค่าใช้จ่ายที่จำเป็นอันเกิดจากการตั้งครรภ์เท่านั้น เช่น ค่ายาบำรุงครรภ์ ค่า

³⁶ Lewis, M, Tamparo, C, *Medical Law, Ethics, and Bioethics for Ambulatory Care*, F.A Davis, 1998, p. 188.

ตรวจเลือด หรือค่าบริการทางการแพทย์อื่น การรับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้ก็ยังคงถือว่าเป็นการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น เพราะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะไม่ได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์ใดๆ จากการรับตั้งครรภ์แทนเลย

การแยกแยะความแตกต่างระหว่างการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์กับการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นนับว่าเป็นสิ่งที่สำคัญ เพราะกฎหมายของบางประเทศห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ แต่อนุญาตให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นได้ ในทำนองเดียวกัน มาตรฐานทางจริยธรรมของแพทย์ในบางประเทศก็มีข้อกำหนดทำนองนี้เช่นกัน แพทย์จึงไม่อาจช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่คู่สมรสที่มีบุตรยากในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนได้ หากแพทย์ทราบว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นมีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้อง การฝ่าฝืนข้อกำหนดเช่นนี้ นอกจากอาจจะเป็นความผิดตามกฎหมายของประเทศนั้นแล้ว ยังถือเป็นการละเมิดจริยธรรมทางการแพทย์ด้วย

อย่างไรก็ดี การแยกแยะความแตกต่างระหว่างการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์กับการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นจะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือจากคำตอบแทนที่ให้แก่หญิงนั้นแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้ ในกรณีที่มีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงจำเป็นที่ต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของคนกลางที่เข้ามาช่วยจัดหาหรือให้ความสะดวกแก่การรับตั้งครรภ์แทนนั้นด้วย เพราะในบางประเทศห้ามมิให้มีการจัดตั้งองค์กรเพื่อจัดหาหรืออำนวยความสะดวกแก่การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ ตลอดจนการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์เกี่ยวกับกิจการนั้นๆ ดังนั้นหากการรับตั้งครรภ์แทนมีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้อง ก็จำเป็นที่จะต้องพิจารณาด้วยว่าการดำเนินการนั้นมีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่เช่นกัน

มีข้อที่ควรคำนึงว่า ถึงแม้กฎหมายของหลายประเทศจะห้ามเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ แต่ฝ่ายที่โต้แย้งว่าการรับตั้งครรภ์แทนขัดต่อศีลธรรมอันดีนั้นไม่ได้คัดค้านเฉพาะเพียงการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เท่านั้น³⁷ ตามความเห็นของฝ่ายนี้ การรับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะเพื่อไปเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตามล้วนแต่ขัดต่อจริยธรรมทั้งสิ้น ในบางประเทศการรับตั้งครรภ์แทนหรือการโฆษณาชักจูงให้มีการรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นความผิด โดยไม่ต้องคำนึงว่าการรับตั้งครรภ์แทนมีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เกี่ยวข้องด้วยหรือไม่ก็ตาม

2.3 เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย

³⁷ Stuhmcke, A, For Love or Money: The Legal Regulation of Surrogate Motherhood, 1996, 3(1) Murdoch University Electronic Journal of Law.

ภาวะมีบุตรยากเป็นภาวะที่เกิดขึ้นกับคู่สมรสจำนวนมากในประเทศไทย จากการศึกษาพบว่า มีคู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากโดยเฉลี่ยประมาณร้อยละ 8 ถึง 10 โดยในจำนวนนี้เป็นคู่สมรสที่มีบุตรยากโดยยังไม่ตั้งครรภมาก่อน (primary infertility) ประมาณร้อยละ 2 และคู่สมรสที่มีบุตรยากแต่เคยตั้งครรภมาแล้ว (secondary infertility) ประมาณร้อยละ 8 ถึง 11³⁸ ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากจำนวนประชากรในประเทศไทยจึงมีผู้ประเมินว่า มีคู่สมรสที่ต้องการตรวจรักษาให้มีบุตรประมาณ 1 ล้านคู่³⁹

สาเหตุของภาวะความมีบุตรยากในประเทศไทยไม่ได้มีความแตกต่างไปจากในต่างประเทศเท่าใดนัก จากการศึกษาความผิดปกติในระบบสืบพันธุ์ของคู่สมรสจำนวน 1,333 คู่ ในโรงพยาบาลรามารินทร์ระหว่างปี พ.ศ. 2525 ถึง 2530 พบว่า ความผิดปกติในฝ่ายหญิงที่สำคัญได้แก่ ความผิดปกติของการตกไข่ ท่อนำไข่อุดตันและเยื่อพังผืดในอุ้งเชิงกราน ส่วนในฝ่ายชายพบความผิดปกติของอสุจิถึงร้อยละ 49⁴⁰

สำหรับวิธีการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากในประเทศไทยนั้นก็ไม่ได้มีความแตกต่างจากการบำบัดรักษาในต่างประเทศนัก ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ⁴¹

แนวทางที่หนึ่ง การรักษาแบบดั้งเดิม ซึ่งเป็นการรักษาตามสาเหตุที่ตรวจพบ เช่น ถ้าพบว่าไข่ของคู่สมรสฝ่ายหญิงไม่ตก แพทย์ก็อาจกระตุ้นด้วยการให้ยากระตุ้นการตกไข่ หรือในบางรายที่พบว่ามี การอุดตันของท่อนำไข่ หรือมีพังผืดในช่องเชิงกราน ก็อาจทำการผ่าตัดท่อนำไข่ใหม่ หรือ ผ่าตัดเลาะพังผืด เป็นต้น

อย่างไรก็ตามการรักษาโดยวิธีดังกล่าวพบว่า คู่สมรสจำนวนไม่มากนักที่ประสบความสำเร็จในการมีบุตร เนื่องจากขบวนการตั้งครรภยังจำเป็นต้องอาศัยปัจจัยทางธรรมชาติอื่นๆ อีกหลายประการ นอกจากนั้นความผิดปกติบางประการก็ไม่อาจบำบัดรักษาได้โดยง่าย

แนวทางที่สอง การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ซึ่งไม่ได้พึ่งพากระบวนการของการตั้งครรภตามธรรมชาติ เช่น การทำเด็กหลอดแก้ว หรือกิ๊ฟท์ เป็นการนำเอาเซลล์สืบพันธุ์คือ ไข่ของเพศหญิงและเชื้ออสุจิของเพศชาย มาเลี้ยงภายนอกร่างกายให้ผสมเป็นตัวอ่อน แล้วจึงใส่กลับเข้าไปในโพรงมดลูกเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ วิธีการนี้สามารถช่วยให้คู่สมรสตั้งครรภได้สำเร็จเป็นจำนวนมาก

³⁸ Virutamasen P. Need of developing countries for MAC. Presented at workshop on medical assisted conception, Hua-Hin, Thailand, 1-5 March, 1993.

³⁹ พวงเพ็ญ ริมดุสิต, การประเมินปัญหาในคู่สมรสที่มีบุตรยาก, ใน พวงเพ็ญ ริมดุสิต, บก. ความก้าวหน้าในหลักการและวิธีการแก้ไขปัญหามีบุตรยาก, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ข้าวฟ่าง , 2533, หน้า1-29.

⁴⁰ มงคล เตชะก้าฟู, เทคโนโลยีการย้ายฝากตัวอ่อนเพื่อการปรับปรุงพันธุ์ในปศุสัตว์, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543, หน้า 361-381.

⁴¹ สุภักดี จุลวิจิตรพงษ์, ความหวังใหม่ของผู้มีบุตรยาก, นิตยสารใกล้หมอปีที่ 25 ฉบับที่ 5 พฤษภาคม 2544

เนื่องจากเป็นวิธีการที่ไม่จำเป็นต้องแก้ไขความผิดปกติบางประการที่เป็นสาเหตุโดยตรงของภาวะมีบุตรยาก

วิทยาการความก้าวหน้าด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในต่างประเทศได้ถูกนำเข้ามาเพื่อช่วยเหลือคู่สมรสที่มีปัญหาเกี่ยวกับภาวะมีบุตรยากในประเทศไทยด้วย ในช่วงหลายสิบปีที่ผ่านมา หน่วยงานภาครัฐของไทยได้ทำการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาโดยตลอด ส่งผลให้เทคโนโลยีด้านนี้ได้รับการพัฒนามาอย่างต่อเนื่อง จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2529 ได้มีรายงานความสำเร็จของการปฏิสนธินอกร่างกายและการย้ายฝากตัวอ่อนในคนครั้งแรกที่คณะแพทยศาสตร์จุฬาลงกรณ์ โดยศาสตราจารย์นายแพทย์ประมวล วีรุตมเสน และคณะ ส่วนที่คณะแพทยศาสตร์โรงพยาบาลรามาธิบดี ได้ริเริ่มโครงการปฏิสนธินอกร่างกายในปี พ.ศ. 2534

ตารางที่ 1 การพัฒนาที่สำคัญของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในต่างประเทศและประเทศไทย

พ.ศ.	เหตุการณ์
2487	มีการศึกษาเกี่ยวกับการปฏิสนธินอกร่างกายในคน
2498	เลี้ยงตัวอ่อนนอกร่างกายถึงระยะ morula
2513	การเก็บไข่โดยใช้กล้องสำรวจอุ้งเชิงกราน
2519	การตั้งครรภ์ครั้งแรกจากการปฏิสนธินอกร่างกาย (ครรภ์นอกมดลูก)
2521	การกำเนิดของทารกจากการปฏิสนธินอกร่างกายรายแรกของโลก
2526	การแช่แข็งตัวอ่อน
	การเก็บไข่โดยการอาศัยเครื่องตรวจคลื่นเสียงความถี่สูงทางช่องคลอด
2527	การตั้งครรภ์จากการบริจาคไข่
2527	การนำเซลล์สืบพันธุ์ไปใส่ที่ท่อนำไข่
2528	การเก็บไข่โดยอาศัยเครื่องตรวจคลื่นเสียงความถี่สูงทางช่องคลอด
2529	ความสำเร็จของการปฏิสนธินอกร่างกายและการย้ายฝากตัวอ่อนในคนครั้งแรกในประเทศไทย / การแช่แข็งไข่
2530	การนำไข่ที่ได้รับการปฏิสนธิแล้วไปใส่ที่ท่อนำไข่
	การนำไข่ที่ปฏิสนธิแล้วที่ระยะ pronuclear ไปใส่ที่ท่อนำไข่
2530	การบริจาคไข่และการนำเซลล์สืบพันธุ์ไปใส่ที่ท่อนำไข่
2531	การสอดท่อเข้าสู่ท่อนำไข่ผ่านทางปากมดลูก
2532	การตั้งครรภ์จากการนำสุจิฉีดได้ชั้น zona pellucida
2533	การตั้งครรภ์จากการทำ partial zona dissection
2535	การคลอดจากตัวอ่อนที่ทำ blastomere biopsy
	การตั้งครรภ์จากการฉีดสุจิเข้าไปในเซลล์ของไข่

ที่มา : เสบีียง ศรีวรรณบุรณ, ภาวะมีบุตรยาก, คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล มหาวิทยาลัยมหิดล

กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราศิริราช คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล, 2526.

การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากเป็นวิธีการที่มีค่าใช้จ่ายค่อนข้างสูง เช่น ในการทำเด็กหลอดแก้ว มีค่าใช้จ่ายครั้งละประมาณ 50,000-100,000 บาท ซึ่งขึ้นอยู่กับหน่วยงานที่ให้บริการ⁴² ในปัจจุบันการให้บริการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากถือว่าเป็นธุรกิจทางการแพทย์ที่สำคัญอย่างหนึ่ง ดังจะเห็นได้จากการจัดตั้งศูนย์รักษาผู้มีบุตรยากหลายแห่งทั้งในโรงพยาบาลรัฐบาล และโรงพยาบาลเอกชน ทั้งในกรุงเทพมหานครและต่างจังหวัด

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่ถูกนำมาใช้ในประเทศไทยนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. การรักษาในกรณีที่เกิดมาจากฝ่ายชาย

กล่าวคือ ในระยะแรกของการรักษา จะใช้วิธีการกระตุ้นการผลิต โดยการทานยา หรือฉีดยาให้ฝ่ายชาย⁴³ แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ฝ่ายชายไม่มีตัวน้ำเชื้อในน้ำอสุจิ ก็อาจจะมีการแก้ไขปัญหามาโดยวิธีเทเซอ์อิกซี่ (TESE/ICSI) หรือ พีซ่าอิกซี่ (PESA/ICSI) หรือ การทำมีซ่า (MESA) ซึ่งเป็นการผ่าตัดที่อวัยวะ เพื่อหาตัวอสุจิออกมาทำอิกซี่

สำหรับประเทศไทยนั้น มีการทำ เทเซอ์อิกซี่ สำเร็จเป็นครั้งแรก ที่โรงพยาบาลตำรวจ โดย พ.ต.อ.นายแพทย์ จงเจตน์ อวเจนพงษ์ เมื่อเดือนมีนาคม พ.ศ.2539 ทารกที่ได้เป็นทารกคู่แฝดแข็งแรง สมบูรณ์ดี และปัจจุบันได้มีการใช้วิธีการนี้ในการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากในโรงพยาบาลหลายแห่ง เช่น โรงพยาบาลพญาไท เป็นต้น

2. การรักษาในกรณีที่เกิดมาจากฝ่ายหญิง (ร่วมกับฝ่ายชาย)

การบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากเนื่องจากสาเหตุนี้มีหลายวิธีคือ

1. เด็กหลอดแก้ว (IVF : In Vitro Fertilization) จากข้อมูลที่มีการเปิดเผย พบว่าได้มีการให้บริการตั้งแต่ในปี พ.ศ.2530 ที่คณะแพทยศาสตร์ โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์⁴⁴

การทำเด็กหลอดแก้ว เป็นวิธีที่ได้รับความนิยมและมีการเปิดเผยข้อมูลของตัวผู้ที่ได้รับการรักษาโดยวิธีนี้ค่อนข้างมาก เช่น ครอบครัวมีเดช ซึ่งได้รับการรักษาจากคลินิกผู้มีบุตรยาก โรงพยาบาลรามคำแหง โดยวิธีการทำเด็กหลอดแก้ว (IVF&ET)⁴⁵ ครอบครัวคุณโนรี ใจหาญ ปัจจุบันมีบุตรอายุ 4 เดือน⁴⁶ นอกจากนี้ การให้บริการเด็กหลอดแก้วยังมีบริการอยู่อีกหลายแห่ง เช่น โรงพยาบาลวิชัยยุทธ โรงพยาบาลพญาไท โรงพยาบาลพระราม 9 โรงพยาบาลรามคำแหง

⁴² เสรี ชีรพงษ์ "บทความพิเศษ" หมอชาวบ้าน ปีที่ 18 ฉบับ 207 ก.ค. 2539

⁴³ เสรี ชีรพงษ์, คนมีลูกยาก คนอยากมีลูก, สุขภาพใจ: กรุงเทพฯ, 2544, หน้า 19

⁴⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, การผสมเทียมกับกฎหมาย, บทบัณฑิตย์ มิถุนายน 2531, หน้า 65

⁴⁵ <http://www.ram-hosp.co.th/books/16infer.htm>

⁴⁶ วารสารวิชัยยุทธ ฉบับสุขภาพสตรีและเด็ก ฉบับที่ 1 ปีที่ 2547 หน้า 9

2. การทำกิ๊ฟ (GIFT : Gamete Intrafallopian Transfer) มีการให้บริการในหลายโรงพยาบาลเช่น โรงพยาบาลวิชัยยุทธ โรงพยาบาลพระราม 9 โรงพยาบาลพญาไท เป็นต้น

สำหรับผู้ได้รับการรักษาโดยวิธีการนี้มีการเปิดเผยข้อมูลบ้าง เช่น ครอบครัวคุณสุธาสนี เกียรติศักดิ์พิชิต ปัจจุบันนี้มีบุตรอายุ 6 ปีแล้ว⁴⁷

3. การทำซิบ (ZIFT : Zygote Intrafallopian Transfer) ได้มีการให้บริการ ณ โรงพยาบาลพระราม 9 โรงพยาบาลวิชัยยุทธ เป็นต้น

4. การทำอี๊กซี่ (ICSI : Intracytoplasmic Sperm Injection) ค่าใช้จ่ายค่อนข้างสูงสำหรับโรงพยาบาลรัฐบาลจะมีค่าใช้จ่ายอยู่ที่ 70,000 – 80,000 บาท ส่วนโรงพยาบาลเอกชน จะอยู่ที่ 100,000 บาทขึ้นไป⁴⁸ เช่น โรงพยาบาลพญาไท เป็นต้น

5. การฉีดตัวอสุจิเข้าโพรงมดลูก (IUI : Intrauterine Insemination) การฉีดเชื้ออสุจิหมายถึงการคัดเชื้ออสุจิเอาตัวที่แข็งแรง ตัวที่มีคุณภาพดีฉีดกลับเข้าไปในโพรงมดลูกในวันที่ไข่ตก

6. การทำ IUI หากใช้ยากระตุ้นไข่ชนิดรับประทาน ค่าใช้จ่ายไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทตั้งแต่มาพบแพทย์ครั้งแรกจนกระทั่งทราบว่าตั้งครรภ์หรือไม่ โรงพยาบาลที่ให้บริการ เช่น โรงพยาบาลพระราม 9 เป็นต้น

7. การทำบลาสโตซิสท์ คัลเจอร์ (Blastocyst Culture) เป็นการปฏิสนธินอกร่างกายวิธีหนึ่ง โดยการนำไข่และอสุจิมาทำการปฏิสนธิ แล้วเลี้ยงตัวอ่อนต่อไปในห้องทดลองจนถึงระยะฝังตัวเกิดเป็นเด็กคือระยะ Blastocyst แล้วใส่ตัวอ่อนกลับคืนสู่อโพรงมดลูก การฝังตัวจะเกิดขึ้นในทันทีและเป็นวิธีการที่ได้ผลดีที่สุด⁴⁹ ซึ่งวิธีการนี้ มีนักแสดงคือ คุณธนาภรณ์ รัตนเสน ได้ใช้วิธีการดังกล่าวเพื่อกำเนิดบุตรคนที่ 2-4⁵⁰ โรงพยาบาลที่ให้บริการด้านนี้มีหลายแห่ง เช่น โรงพยาบาลพระราม 9 โรงพยาบาลวิชัยยุทธ เป็นต้น

การแก้ไขปัญหามีบุตรยากนี้จะแตกต่างกันไปเนื่องจากปัจจัยหลายประการ เช่น อายุของฝ่ายหญิง ระยะเวลาของการมีบุตรยาก สาเหตุความผิดปกติที่ตรวจพบ ความต้องการหรือความรีบด่วนที่ต้องการมีบุตร รวมไปถึงระดับเศรษฐกิจด้วย ทั้งนี้พบว่า โดยมากแล้วแพทย์จะแนะนำให้ใช้วิธีการทางธรรมชาติก่อน แล้วจึงใช้เทคโนโลยีในการช่วยเจริญพันธุ์เป็นระดับต่อมา

⁴⁷ วารสารวิชัยยุทธ ฉบับสุขภาพสตรีและเด็ก ฉบับที่ 1 ปีที่ 2547 หน้า 8

⁴⁸ อุ่มบุญ” เกิดรายวัน บมีไก...ได้ลูก พันธุ์ดีจาก”ว่าที่หมอ”

⁴⁹ โรงพยาบาลพระราม 9 เรื่อง วิธีการรักษาด้วยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์สมัยใหม่

<http://www.blastocystcenter.com/treatmentth.htm>

⁵⁰ นิตยสารใกล้หมอ หน้า 57

นอกจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธ์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีกระบวนการช่วยเหลือคู่สมรสที่มีบุตรยากในกรณีที่สาเหตุเกิดมาจากฝ่ายชาย คือ การนำเชื้ออสุจิมาจากธนาคารสเปิร์มหรือธนาคารอสุจิ จากข้อมูลของโรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ ปรากฏว่ามีการเก็บเชื้ออสุจิไว้โดยมีวัตถุประสงค์ในขั้นต้นที่สำคัญอยู่ 2 ประการ⁵¹ คือ

1. การเก็บอสุจิสำรองไว้ให้กับคนไข้ที่ต้องการจะทำหมัน แต่ไม่มั่นใจเกี่ยวกับเรื่องของครอบครัว และการมีบุตร หรือต้องเข้ารับการรักษาทางการแพทย์ที่เสี่ยงต่อการมีบุตร เช่น ต้องเข้ารับรังสีรักษาหรือยารักษามะเร็ง

2. การเก็บอสุจิสำรองสำหรับผู้ที่ไม่สามารถมีลูกได้ด้วยอสุจิของตนเอง เช่น มีปัญหาเชื้ออสุจิของฝ่ายไม่แข็งแรง หรือได้รับอุบัติเหตุทางกีฬา อุบัติเหตุทางรถยนต์ ซึ่งส่งกระทบต่อการสร้างอสุจิ จึงจำเป็นที่จะต้องใช้อสุจิของคนอื่นๆ

ดังนั้นในช่วงแรกผู้ที่เป็นผู้บริจาคอสุจิส่วนใหญ่ก็คือ นิสิตแพทย์ ซึ่งถือว่าเป็นผู้ที่มีสติปัญญาดี แพทย์รู้อะไรมาก่อน มีการตรวจสุขภาพกาย สุขภาพจิต เลือดอย่างละเอียด และสามารถตามตัวได้สะดวก ส่วนคนนอกที่ต้องการจะมาบริจาคอสุจินั้น ในทางทฤษฎีสามารถทำได้ แต่ทางปฏิบัติแล้วไม่ค่อยทำกัน ยกเว้นจะมีผู้มายืนยันว่าต้องการจะรับบริจาคเชื้อของบุคคลผู้หนึ่งเท่านั้น

ในปัจจุบันธนาคารสเปิร์มไม่เพียงแต่ทำการเก็บอสุจิจากผู้บริจาคเท่านั้น แต่ยังทำการเก็บอสุจิของบุคคลที่ต้องเก็บเชื้อไว้อีกด้วย มีการเปิดเผยว่า กลุ่มอาชีพที่นิยมนำอสุจิมาฝากส่วนใหญ่ คือ ผู้ที่มีเวลาการทำงานไม่แน่นอนแต่อยากมีลูก เช่น นักธุรกิจ นักบิน ดารา นักการเมือง และบุคคลในแวดวงสังคมชั้นสูง โดยผู้ที่ต้องการจะเก็บอสุจิจะเสียค่าบริการเพียง 300 บาทต่อปีเท่านั้น

นอกจากโรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ ยังมีบริการธนาคารสเปิร์มที่โรงพยาบาลศิริราชด้วย โดยได้ให้บริการด้านนี้มานานกว่า 10 ปีแล้ว โดยแต่ละปีมีคู่สมรสมาขอความช่วยเหลือประมาณ 100 ราย สำหรับธนาคารสเปิร์มจะให้บริการใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ การบริจาคสเปิร์มให้คู่สมรสที่มีบุตรยาก ในกรณีที่ฝ่ายสามีเป็นฝ่ายที่มีปัญหา และ การบริจาคสเปิร์มที่เป็นของคู่สมรสเอง โดยที่ผู้เป็นสามีจะต้องเข้ารับการรักษาร่างกายด้วยการผ่าตัด การใช้รังสีรักษา หรือการกินยาต้านมะเร็ง ซึ่งการรักษาที่ว่านี้อาจจะมีผลกระทบต่อเซลล์สืบพันธุ์ จึงจำเป็นต้องเอาสเปิร์มออกมาเก็บไว้ก่อน เพื่อจะต้องการมีลูกในอนาคต แต่ในลักษณะที่สองนี้ จะมีการให้บริการน้อยกว่าแบบแรก

สำหรับคุณสมบัติผู้บริจาค นั้น จะต้องผ่านการตรวจสุขภาพเสียก่อน จะต้องเป็นคนที่มีสุขภาพแข็งแรง อายุไม่เกิน 40 ปี ไม่มีโรคประจำตัว ไม่เป็นโรคทางกรรมพันธุ์ โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ เช่น ซิฟิลิส หนองใน หรือโรคติดต่อร้ายแรงอื่น

⁵¹ หนังสือพิมพ์ผู้จัดการรายวัน วันอังคารที่ 22 กุมภาพันธ์ 2544

นอกจากนี้ ยังมีการพิจารณาถึงระดับสติปัญญาของผู้บริจาคด้วย และมีการบันทึกด้วยว่าผู้บริจาคสเปิร์มมีรูปร่าง สีผิว-สีผม สีตาเป็นอย่างไร และเมื่อมีคู่สมรสมาขอใช้บริการนี้ การให้บริการมักจะพิจารณาว่า สามีนั้นมีรูปร่างลักษณะอย่างไร เพื่อที่จะจัดสเปิร์มที่มีลักษณะใกล้เคียงกับสามีให้ เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาลักษณะของลูกที่ต่างจากลักษณะของพ่อ

นอกจากธนาคารสเปิร์มแล้วก็มี ธนาคารไข่ของผู้หญิง แต่ค่อนข้างน้อย เพราะยุ่งยากมาก เก็บรักษาด้วยวิธีการแช่แข็งเหมือนสเปิร์มก็ไม่ได้ ต้องใช้ไข่แบบสด ๆ และผู้ที่จะมาบริจาคไข่นั้นจะต้องมาให้แพทย์ฉีดยากระตุ้นไข่ประมาณ 10 วันก่อนที่ไข่จะตก และวันที่ไข่ตกจะต้องนำสเปิร์มมาผสม จากนั้นนำไปฉีดในภรรยาที่จะตั้งครรภ์อีกทีหนึ่ง

สำหรับการบริจาคไข่นั้น ปกติจะไม่ค่อยมีผู้บริจาคมากนัก เพราะต้องเสียเวลาและเจ็บตัวจากการฉีดยาด้วย คู่สมรสที่ภรรยามีความผิดปกติส่วนใหญ่จะต้องขอรับบริจาคไข่จากญาติสนิท เนื่องจากมีความสะดวกและเพื่อป้องกันปัญหาโต้แย้งที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต สำหรับคุณสมบัติของผู้บริจาคไข่นั้นก็เป็นไปเช่นเดียวกับผู้บริจาคสเปิร์ม แต่ส่วนใหญ่แล้วมักจะกำหนดอายุไว้ไม่เกิน 30 ปี

สำหรับการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยนั้น ยังไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่ามีการรับตั้งครรภ์แทนครั้งแรกตั้งแต่เมื่อใด แต่มีการคาดการณ์ว่า โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์เป็นโรงพยาบาลแห่งแรกที่มีการให้บริการในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน โดยเริ่มให้บริการมาตั้งแต่ปี 2534 และมีเด็กที่เกิดจากกระบวนการนี้ไม่น้อยกว่า 5 ราย⁵² อย่างไรก็ดี หากพิจารณาจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีด้านนี้ในปัจจุบันแล้ว จะพบว่ามีโรงพยาบาลหลายแห่งทั้งของรัฐและเอกชนที่มีศักยภาพในการให้บริการในด้านนี้ได้

การรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยโดยส่วนใหญ่จะกระทำในหมู่เครือญาติ เช่น พี่สาวรับตั้งครรภ์แทนน้องสาว หรือน้องสาวรับตั้งครรภ์แทนพี่สาว เป็นต้น ซึ่งจะเป็นการรับตั้งครรภ์แทนกันโดยไม่เปิดเผยให้บุคคลภายนอกทราบ จวบจนถึงปัจจุบัน มีการรับตั้งครรภ์เพียงรายเดียวเท่านั้นที่ได้มีการเปิดเผยต่อสาธารณชนในวงกว้าง กล่าวคือ ในปี 2537 มีดาราสาวคนหนึ่งเปิดเผยว่าได้รับตั้งครรภ์แทนให้แก่พี่สะใภ้ของสามี โดยมีการนำเชื้ออสุจิของพี่ชายสามีมาผสมกับไข่ของพี่สะใภ้ของสามีนอกร่างกาย หลังจากนั้นได้ย้ายตัวอ่อนเข้ามาฝังตัวในมดลูกของดาราสาวคนนั้น ซึ่งปรากฏว่าต่อมาเมื่อทารกนั้นได้กำเนิดมา ดาราสาวนั้นก็ได้ยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของพี่ของสามีและพี่สะใภ้ของสามีนั้น⁵³

⁵² กิตติอาภา กาคำ, อัมบุญญ์ให้เกิดหนทางของผู้มีลูกยาก, กรุงเทพฯธุรกิจ (1 กุมภาพันธ์ 2537), หน้า 2.

⁵³ สหทยา สุนทรเกตุ, ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539, หน้า 16.

นอกจากการรับตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นดังกล่าวข้างต้นแล้ว การรับตั้งครรภ์แทนอีกกรณีหนึ่ง ที่ปรากฏข้อเท็จจริงโดยชัดแจ้งก็คือ กรณีที่ข้าราชการในสังกัดมหาวิทยาลัยศิลปากรได้แจ้งจำนวน บุตรเพื่อขอรับสิทธิเบิกเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร โดยแสดงหลักฐานของทางราชการว่าเด็กนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏเป็นที่รู้ทั่วไป ในหมู่ข้าราชการที่ร่วมงานในสถานที่ทำงานแห่งเดียวกันกลับปรากฏว่า ข้าราชการฝ่ายหญิงนั้นไม่ได้ตั้งครรภ์ด้วยตนเอง แต่ได้นำเชื้อสุมของฝ่ายชายมาผสมกับไข่ของฝ่ายชาย แล้วนำไข่ที่ได้รับการผสมนั้นไปฝากไว้ในครรภ์ของหญิงอื่น ดังนั้นเมื่อข้าราชการทั้งสองคนดังกล่าวได้ยื่นหลักฐานแจ้งจำนวนบุตรเพื่อขอรับสิทธิเบิกค่ารักษาพยาบาลและค่าการศึกษาของบุตร มหาวิทยาลัยศิลปากร ซึ่งเป็นต้นสังกัดของข้าราชการดังกล่าวจึงได้หารือไปยังกรมบัญชีกลางว่า กรณีเช่นนี้ถือว่าเด็กที่เกิดมานั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการทั้งสองหรือไม่

ต่อมากรมบัญชีกลางได้มีหนังสือที่ กค. 0526.5/1988 ลงวันที่ 20 สิงหาคม 2541 ถึง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อหารือปัญหาดังกล่าว ซึ่งในที่สุดคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 3) มีความเห็นว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและให้กำเนิดเด็กนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนข้าราชการหญิงซึ่งเป็นเจ้าของไข่ไม่อาจอ้างหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ว่าตนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ในทำนองเดียวกัน เมื่อข้าราชการฝ่ายชายไม่ได้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงไม่อาจอ้างได้ว่าตนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมานั้น แม้ว่าตนจะเป็นเจ้าของเชื้อสุมก็ตาม ดังนั้นในกรณีเช่นนี้ ข้าราชการทั้งสองคนดังกล่าวจึงไม่สามารถใช้สิทธิในความเป็นข้าราชการเบิกค่ารักษาพยาบาลและค่าการศึกษาให้แก่เด็กที่เกิดมาจากการรับตั้งครรภ์แทนและไข่ของตนได้

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า (1) การรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยนั้นได้มีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้ด้วย (2) การรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยไม่ได้จำกัดอยู่ เฉพาะในหมู่เครือญาติสนิทเท่านั้น แต่อาจมีบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นญาติเข้ารับตั้งครรภ์แทนด้วย และ (3) มีการจัดแจ้งหลักฐานทางทะเบียนว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรของคู่สมรสที่ว่าง

สำหรับข้อมูลเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นข้อมูลที่ค่อนข้างปกปิดเป็นความลับ และแทบจะไม่มีมีการเก็บรวบรวมข้อมูลทางสถิติไว้ คณะผู้วิจัยเคยได้ติดต่อไปยังโรงพยาบาลหลายแห่ง แต่ได้รับการปฏิเสธว่า ไม่มีที่ใดให้บริการบริการด้านนี้

บทสรุป

กล่าวโดยสรุป เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนมีการเปลี่ยนแปลงและพัฒนาโดยตลอด ประเทศไทยได้รับเอาเทคโนโลยีเหล่านี้มาจากต่างประเทศซึ่งทำให้การบำบัด

รักษาคู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากมีความเจริญก้าวหน้าทัดเทียมกับต่างประเทศ แต่ข้อมูลและสถิติเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากในประเทศไทยยังคงมีไม่มากนักและขาดการรวบรวมอย่างเป็นระบบ ส่วนการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยนั้น แม้จะเป็นที่ทราบกันทั่วไปว่ามีการให้บริการเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในสถานพยาบาลชั้นนำหลายแห่ง แต่ก็มักจะเป็นไปโดยไม่เปิดเผยให้สาธารณชนทราบ และยังไม่ปรากฏว่ามีกรณีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องการแข่งขันอำนาจปกครองของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้เนื่องมาจากการรับตั้งครรภ์แทนส่วนใหญ่จะทำการในหมู่ญาติสนิทหรือระหว่างบุคคลที่เป็นพี่น้องกัน และมีการจดทะเบียนให้คู่สมรสที่จำบังเป็นบิดามารดาของเด็กทันที ซึ่งการกระทำเช่นนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กหากมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นในภายหลัง อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาครั้งนี้ ยังไม่พบว่าในประเทศไทยมีการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากการรับตั้งครรภ์แทนอย่างเป็นระบบนัก ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งคนกลางขึ้นเพื่อจัดหาบุคคลในการเข้าทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน หรือการติดต่อระหว่างคู่สัญญากันเองเพื่อหาประโยชน์จากการรับตั้งครรภ์แทนก็ตาม

บทที่ 3

ปัญหาทางจริยธรรมที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทน

ตลอดระยะเวลาหลายสิบปีที่ผ่านมา เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว และเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ปริมาณการรับตั้งครรรค์แทนเพิ่มขึ้นมากตามลำดับ การรับตั้งครรรค์แทนได้นำไปสู่ข้อถกเถียงเกี่ยวกับผลกระทบทางจริยธรรมที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง โดยทั้งฝ่ายที่สนับสนุนและฝ่ายที่คัดค้านต่างมีเหตุผลในทางจริยธรรมเป็นเครื่องรองรับ ในบทนี้จะได้นำเสนอแนวความคิดทางด้านจริยธรรมที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทน โดยจะพิจารณาเหตุผลทั้งที่สนับสนุนและคัดค้าน และจะพยายามชี้ให้เห็นว่าฝ่ายที่สนับสนุนมีเหตุผลใดบ้างที่ต้องการให้การรับตั้งครรรค์แทนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และฝ่ายที่คัดค้านโต้แย้งในประเด็นดังกล่าวว่าอย่างไร และในทำนองกลับกัน งานวิจัยนี้จะชี้ให้เห็นถึงเหตุผลที่ฝ่ายคัดค้านการรับตั้งครรรค์แทนนำมาเป็นข้อโต้เถียงว่าเหตุใดการรับตั้งครรรค์แทนจึงเป็นสิ่งที่ต้องห้ามหรือต้องควบคุมอย่างเข้มงวด และเหตุผลเช่นนี้ได้รับการหักล้างจากฝ่ายที่สนับสนุนอย่างไร และในส่วนต่อไปจะได้พิจารณาถึงมาตรฐานทางจริยธรรมขององค์กรวิชาชีพต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรรค์แทน โดยเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ ซึ่งในส่วนของประเทศไทยนั้น จะได้พิจารณาจากมาตรฐานจริยธรรมที่กำหนดโดยแพทยสภา ซึ่งถือเป็นองค์กรวิชาชีพเพียงแห่งเดียวของประเทศไทยในปัจจุบันที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนไว้โดยเฉพาะ

3.1 แนวความคิดทางจริยธรรมเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทน

ในทุกประเทศทั่วโลก การรับตั้งครรรค์แทนได้นำไปสู่ปัญหาการโต้แย้งระหว่างบุคคลสองฝ่ายเสมอ โดยฝ่ายที่สนับสนุนการรับตั้งครรรค์แทนอ้างว่า การรับตั้งครรรค์แทนมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน ไม่ว่าจะเป็นของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีการตามธรรมชาติและของหญิงที่อาสาที่จะตั้งครรรค์แทนบุคคลอื่น รัฐจึงไม่อาจแทรกแซงหรือจำกัดไม่ให้มีการรับตั้งครรรค์แทน แต่ฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรรค์แทนโต้แย้งว่า การรับตั้งครรรค์แทนจะก่อให้เกิดผลกระทบอย่างกว้างขวางทั้งต่อหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน เด็กที่จะเกิดขึ้นจากการรับตั้งครรรค์แทน ตลอดจนสังคมโดยรวม เพราะว่าการรับตั้งครรรค์แทนมักจะมีการจ่ายค่าตอบแทนให้กับหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนเสมอ การกระทำเช่นนี้ถือเป็นการใช้ประโยชน์จากเนื้อตัวร่างกายของฝ่ายหญิงโดยมิชอบ การจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนเพื่อแลกเปลี่ยนกับสิทธิในอำนาจปกครองเด็กนั้นไม่แตกต่างไปจากการซื้อขายเด็ก การรับตั้งครรรค์แทนจึงเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ด้วย

ในส่วนนี้จะได้พิจารณาเหตุผลของทั้งฝ่ายที่สนับสนุนและโต้แย้งการรับตั้งครรภ์แทนโดยละเอียด โดยจะพยายามชี้ให้เห็นว่าเหตุผลของแต่ละฝ่ายมีข้อดีหรือข้อด้อยประการใดบ้าง ทั้งนี้เพื่อจะได้นำเหตุผลเหล่านี้มาใช้ในการวิเคราะห์เพื่อจะนำไปสู่ปัญหาว่าสมควรอนุญาตให้มีการรับตั้งครรภ์แทนหรือไม่ภายใต้เงื่อนไขหรือข้อจำกัดประการใด

3.1.1 เหตุผลสนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทน

ฝ่ายที่สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนมักอ้างว่า คู่สมรสที่มีบุตรยากจะใช้วิธีการรับตั้งครรภ์แทนก็ต่อเมื่อความพยายามในการตั้งครรภ์ด้วยวิธีการตามปกติไม่ประสบความสำเร็จ หรือกรณีที่ฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้อย่างแน่นอนเนื่องจากสภาพความผิดปกติของระบบสืบพันธุ์อย่างถาวรเช่น ไม่มีมดลูก เป็นต้น การรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นวิธีการสุดท้ายประการเดียวเท่านั้นที่จะช่วยคู่สมรสที่ไม่อาจมีบุตรได้ด้วยวิธีการปกติให้สามารถมีบุตรได้สมความปรารถนา ฝ่ายนี้จึงได้ยกเหตุผลในด้านสิทธิและเสรีภาพของบุคคลขึ้นมาเป็นเหตุผลสนับสนุนให้มีการรับตั้งครรภ์แทนได้ โดยสิทธิและเสรีภาพที่ฝ่ายนี้มักนำมาเป็นข้ออ้างอยู่เสมอก็คือ สิทธิในการสืบพันธุ์ (Procreative Rights) อดัตภาพของบุคคล (Personal Autonomy) และสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy)¹

การสืบพันธุ์อาจนับได้ว่าเป็นกิจกรรมพื้นฐานของมนุษย์ที่ทำให้มนุษย์คงดำรงสายพันธุ์มาได้จวบจนทุกวันนี้ แต่ก็ยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนนักว่า มนุษย์จะมีสิทธิในการสืบพันธุ์หรือไม่และสิทธิเช่นนี้จะอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือมีขอบเขตเพียงใด เมื่อหลายสิบปีก่อน ศาลสหรัฐ เคยให้การรับรองสิทธิของบุคคลในการตัดสินใจทำแท้งภายในช่วงเริ่มต้นของการปฏิสนธิ² ฝ่ายที่สนับสนุนการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จึงมักจะตีความว่า สิทธิในการสืบพันธุ์เป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย กระนั้นก็ตาม แม้ว่าสิทธิในการสืบพันธุ์จะมีอยู่ แต่สิทธินี้ดูเหมือนจะเป็นสิทธิในทางปฏิเสธ (Negative Rights) เท่านั้น กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการสืบสายพันธุ์ของตนได้โดยรัฐไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปแทรกแซง เช่น รัฐไม่สามารถห้ามมิให้ชายหญิงที่ต่างเชื้อชาติต่างศาสนาสมรสกันด้วยเหตุผลเพียงว่าชายและหญิงนั้นมีเชื้อชาติหรือศาสนาที่ต่างกัน เป็นต้น ในทำนองเดียวกัน รัฐไม่สามารถบังคับให้บุคคลใดทำหมันด้วยเหตุผลว่าบุคคลนั้นไม่ควรมีทายาทสืบสกุลต่อไป กระนั้นก็ตาม แม้สิทธิในการสืบพันธุ์จะได้รับการรับรองว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่ง แต่สิทธินี้ก็ไม่ใช่อำนาจในทางบวก (Positive Rights) กล่าวคือ รัฐไม่มีหน้าที่ที่จะต้องให้ความช่วยเหลือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อให้บุคคลนั้นสามารถสืบพันธุ์หรือดำรงสายพันธุ์ของตนต่อไปได้ เช่น เมื่อชายคนหนึ่งไม่มีคู่สมรส รัฐก็ไม่มีหน้าที่ช่วยเหลือให้ชายคนดังกล่าวในการมีคู่สมรสแต่อย่างใด

¹ Gostin, L, Surrogacy from the Perspectives of Economic and Civil Liberties, 2001, 17 J. Contemp. Health L. & Pol'y 429, 432-434

² Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 115 (1973)

อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของสิทธิในการสืบพันธุ์ก็ยังคงมีความไม่ชัดเจนมากเท่าใดนัก ศาสตราจารย์จอห์น โรเบิร์ตสัน กล่าวว่า การสืบพันธุ์เป็นกิจกรรมที่ซับซ้อน มีพัฒนาการตลอดเวลา และเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมและกิจกรรมที่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นการตั้งครรภ์ การคลอดบุตร หรือ การเลี้ยงดูบุตร กิจกรรมเช่นนี้แม้จะมีความเกี่ยวเนื่องกัน แต่ก็สามารถแบ่งแยกจากกันได้ กล่าวคือ ฝ่ายหญิงจะมีส่วนในการสืบพันธุ์ เนื่องจากเป็นผู้ตั้งครรภ์และคลอดบุตร ซึ่งเป็นทายาทในการสืบสายพันธุ์ของหญิงนั้น ส่วนฝ่ายชายก็มีส่วนในการสืบพันธุ์เช่นกัน เพราะเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิที่ได้ปฏิสนธิกับไข่ และกลายมาเป็นทายาทที่สืบสายพันธุ์นั้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่า แม้ฝ่ายชายจะไม่ได้ตั้งครรภ์หรือคลอดบุตรด้วยตนเอง แต่ก็ถือว่าฝ่ายชายมีส่วนในการสืบพันธุ์เช่นกัน

นอกจากการเป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ที่มีการปฏิสนธิ ตลอดจนการตั้งครรภ์และคลอดบุตรแล้ว ศาสตราจารย์จอห์น โรเบิร์ตสัน ยังกล่าวต่อไปว่า การเลี้ยงดูเด็กก็เป็นกิจกรรมหนึ่งของการสืบพันธุ์เช่นกัน เพราะหากปราศจากการเลี้ยงดูเด็ก เด็กนั้นก็ไม่สามารถดำรงชีวิตต่อไปได้ สายพันธุ์ของมนุษย์ก็จะสูญสิ้นไป ด้วยเหตุนี้ บุคคลทุกคนที่มีส่วนในการทำให้มนุษย์สามารถดำรงสายพันธุ์ต่อไปได้ ย่อมมีสิทธิในการสืบพันธุ์ทั้งสิ้น แม้บุคคลนั้นจะไม่ได้เป็นเจ้าของเชื้ออสุจิหรือไข่ หรือไม่ได้ตั้งครรภ์ด้วยตนเองก็ตาม ดังนั้น เมื่อคู่สมรสใดตัดสินใจที่จะใช้วิธีการมีบุตรด้วยการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนแล้ว รัฐก็ย่อมไม่มีอำนาจที่จะเข้าแทรกแซงได้ เพราะการปิดกั้นโอกาสของบุคคลในการเลี้ยงดูเด็กก็ย่อมถือว่าการละเมิดสิทธิของบุคคลในการสืบพันธุ์เช่นกัน

สิทธิในการสืบพันธุ์ได้ถูกนำมาใช้เพื่อเป็นเหตุผลหลักในการสนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทน โดยฝ่ายที่สนับสนุนเห็นว่า เมื่อคู่สมรสใดไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีการปกติตามธรรมชาติ คู่สมรสนั้นย่อมสามารถใช้วิธีการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อให้ตนมีบุตรไว้สืบพันธุ์ได้ ข้อโต้แย้งใดๆ เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ล้วนแต่เป็นสิ่งที่ไม่มีน้ำหนักหักล้างประโยชน์ของการนำเทคโนโลยีนี้มาใช้เพื่อช่วยให้คู่สมรสสามารถมีบุตรได้⁴ เมื่อการรับตั้งครรภ์แทนเป็นวิธีการหนึ่งในการช่วยให้มีบุตร จึงเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บริบทของสิทธิในการสืบพันธุ์ด้วย

สิทธิอีกประการหนึ่งที่ถูกนำมาใช้สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนก็คือ สิทธิในความเป็นส่วนตัวและอัตภาพของบุคคล (Right to Privacy and Personal Autonomy) ฝ่ายที่สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนไม่เพียงแต่เห็นว่า การรับตั้งครรภ์แทนเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเท่านั้น แต่ยังอ้างด้วยว่าบุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพที่จะกำหนดจะการกระทำอันใดสามารถกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเขาได้ ดังนั้นเมื่อหญิงใดตัดสินใจที่จะอาสารับตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่นแล้ว รัฐย่อมไม่สามารถใช้อำนาจบังคับมิให้หญิงนั้นเข้ารับตั้งครรภ์ได้ เพราะเป็นการ

³ Robertson, J, Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy, and Childbirth, 1983, 69 Va. L. Rev. 405, 409.

⁴ Robertson, J, Assisted Reproductive Technology and the Family, 1996, 47 HASTINGS L.J. 911, 914

ล่วงล้ำต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของหญิงนั้น และยังเป็น การไม่เคารพต่อเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom to Contract) ของหญิงนั้นอีกด้วย⁵

ปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณาก็คือ หากสิทธิในการสืบพันธุ์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไม่ว่าในทางกฎหมายหรือในทางจริยธรรม สิทธิเช่นนี้จะครอบคลุมไปถึงอำนาจในการตัดสินใจที่จะกำหนดให้มีการรับตั้งครรภ์แทนด้วยหรือไม่

มีข้อพิงคำหนึ่งว่า ไม่มีสิทธิมนุษยชนใดเป็นสิทธิที่สมบูรณ์ (Absolute Rights) โดยปราศจากการควบคุม แม้ว่าสิทธิในการสืบพันธุ์อาจจะถูกรับรองว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าบุคคลทุกคนสามารถมีเพศสัมพันธ์ได้โดยปราศจากขอบเขต เพราะสังคมส่วนใหญ่ยังถือว่าการมีเพศสัมพันธ์ในบางกรณีเป็นสิ่งที่ต้องห้าม เช่น การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุพการีกับผู้สืบสายโลหิตหรือระหว่างมนุษย์กับสัตว์ เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายของหลายประเทศยังบัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์กับผู้เยาว์บางกรณีเป็นความผิดทางอาญาด้วย แม้จะปรากฏว่าเด็กหญิงนั้นยินยอมก็ตาม ในกรณีเช่นนี้ บุคคลย่อมไม่สามารถอ้างสิทธิในการสืบพันธุ์มาเป็นข้อแก้ตัวเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบได้ สิทธิในการสืบพันธุ์จึงไม่ได้หมายความว่าบุคคลสามารถมีบุตรหรือเป็นบิดามารดาได้ตามความปรารถนาเสมอไป⁶

สิทธิในความเป็นส่วนตัวก็เช่นเดียวกัน สิทธินี้ไม่ได้เป็นไปโดยปราศจากขอบเขต หากพิจารณาจากกรณีของการทำแท้ง แม้ว่าในบางประเทศจะยอมรับให้หญิงที่ตั้งครรภ์สามารถทำแท้งในบางกรณีได้โดยไม่มี ความผิด แต่รัฐก็ยังมีอำนาจห้ามมิให้ทำแท้งในบางกรณี เช่น เมื่อทารกในครรภ์เจริญวัยมาจนสามารถมีชีวิตอยู่รอดภายนอกครรภ์ได้ เป็นต้น โดยในกรณีดังกล่าวนี้ จะถือว่ารัฐสามารถเข้าแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวด้วยการห้ามมิให้มีการทำแท้งทารกในครรภ์ได้ ดังนั้น ฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรภ์แทน จึงเห็นว่า แม้สิทธิในการสืบพันธุ์และสิทธิในความเป็นส่วนตัว (สำหรับกรณีของการรับตั้งครรภ์แทน) จะเป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับในทางศีลธรรมหรือกฎหมาย แต่รัฐก็ย่อมจะมีอำนาจที่จะเข้าแทรกแซงโดยห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในบางกรณี เช่น การรับตั้งครรภ์แทนที่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ ทั้งนี้ก็เพื่อที่จะคุ้มครองมิให้มีการใช้ประโยชน์ในเนื้อตัวร่างกายของหญิงที่จะเข้ารับตั้งครรภ์แทนโดยมิชอบนั่นเอง

⁵ Tong, R, *Feminist Perspectives and Gestational Motherhood: The Search for a Unified Legal Focus*, in Joan C. Callahan (Editor), *Reproduction, Ethic and the Law*, 1995, cited in Kerian , C, *Surrogacy: A Last Resort Alternative for Infertile Women or a Commodification of Women's Bodies and Children?*, 1997, 12 *Wis. Women's L.J.* 113, 153.

⁶ Deech, R, *Cloning and Public Policy*, in J. Burley (Ed.) *The Genetic Revolution and Human Rights*, Oxford University Press, 1998, p. 98

ส่วนข้ออ้างที่ว่าบุคคลทุกคนต้องมีเสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะใช้เนื้อตัวร่างกายของตนเองในการรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นได้โดยเสรีนั้น ฝ่ายที่คัดค้านการตั้งครรภ์ก็ได้แย้งว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีทางที่จะได้รับข้อมูลอย่างเพียงพอ ความยินยอมในการตัดสินใจเข้ารับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นจึงไม่ใช่ความยินยอมที่แจ้งให้ทราบและไม่ใช่ความยินยอมที่แท้จริง (Real and Informed Consent)

“ความยินยอมที่แจ้งให้ทราบ” (Informed Consent) เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งในมาตรฐานจริยธรรมทางการแพทย์ หลักการนี้มีรากฐานมาจากความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย (Doctor-Patient Relationship) ซึ่งถือเป็นหลักว่า ในการบำบัดรักษาผู้ป่วยนั้น แพทย์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนเสมอ เว้นแต่ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาชีวิตของผู้ป่วยและการบำบัดรักษานั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยนั่นเอง ความยินยอมในการบำบัดรักษาทางการแพทย์มีหน้าที่สำคัญ 2 ประการคือ⁷ เพื่อเป็นหลักประกันว่าแพทย์จะไม่มีเจตนาที่จะทำร้ายหรือร่างกายหากการบำบัดรักษานั้นเป็นไปตามมาตรฐานทางการแพทย์ และเพื่อให้การบำบัดรักษาเป็นไปโดยสมบูรณ์ที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ เพราะเมื่อผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมในการบำบัดรักษาแล้ว ผู้ป่วยก็ย่อมจะให้ความร่วมมือแก่แพทย์ในการบำบัดรักษานั้นมากที่สุด ไม่ว่าจะด้วยการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับความเจ็บป่วยของตนเอง หรือการปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์ในการบำบัดรักษา

ในปัจจุบัน หลักความยินยอมที่แจ้งให้ทราบไม่ได้เป็นหลักการพื้นฐานแต่เฉพาะการบำบัดรักษาทางการแพทย์เท่านั้น แต่กิจกรรมใดๆ ของแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเนื้อตัวร่างกายของบุคคลล้วนแต่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้นทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการศัลยกรรมในมนุษย์ การบริจาคโลหิต การบริจาคอวัยวะ การบริจาคเซลล์สืบพันธุ์ หรือแม้แต่การรับตั้งครรภ์เองก็ตาม

ในกรณีของการรับตั้งครรภ์แทนนั้น ฝ่ายที่คัดค้านเห็นว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถให้ความยินยอมที่แท้จริงได้ ด้วยเหตุผลหลัก 2 ประการคือ ประการแรก หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นมักจะตกอยู่ภายใต้อิทธิพลบางอย่างที่ทำให้การตัดสินใจคลาดเคลื่อนได้ ไม่ว่าจะเป็นอิทธิพลทางการเงินที่มักจะจูงใจให้หญิงที่มีฐานะยากจนอาสาเข้ารับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรืออิทธิพลที่เกิดจากความแตกต่างทางชนชั้นหรือสังคม ที่จะทำให้ฝ่ายหญิงที่มีฐานะทางสังคมต่ำกว่าอาสาเข้ารับตั้งครรภ์แทนผู้ที่มีฐานะทางสังคมเหนือกว่า

เหตุผลประการที่สองก็คือ หญิงที่อาสาเข้ารับตั้งครรภ์แทนไม่มีทางที่จะให้ความยินยอมที่แท้จริงได้ในขณะที่ตัดสินใจเข้ารับตั้งครรภ์แทนนั้น เนื่องจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะได้รับข้อมูล

⁷ Harper, R, Medical Treatment and the Law, Jordan Publishing Ltd., 1999, p.3.

⁸ Rae, S, Parental Rights And The Definition of Motherhood in Surrogate Motherhood, 1994, 3 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 219, 270.

อย่างจำกัด ซึ่งทำให้ไม่สามารถคาดหมายถึงผลกระทบในระยะยาวที่อาจเกิดขึ้นได้ และการรับตั้งครรภ์เป็นกระบวนการที่ยาวนานและเกี่ยวข้องกับชีวิตของเด็กที่จะเกิดขึ้นใหม่อีกหนึ่งชีวิต ตลอดระยะเวลาประมาณเก้าเดือนที่ตั้งครรภ์ หญิงที่ตั้งครรภ์นั้นจะได้รับประสบการณ์ที่หลากหลาย ความรู้สึกผูกพันระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์กับทารกนั้นจะเพิ่มมากขึ้นตามลำดับ เมื่อทารกนั้นคลอดมาความรู้สึกผูกพันต่อตัวทารกนั้นก็จะมีเพิ่มขึ้น ซึ่งอาจทำให้หญิงที่รับตั้งแทนไม่ต้องการให้มีการพรากเด็กนั้นไป ความยินยอมที่เข้ารับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นโดยตกลงล่วงหน้าว่าจะสละอำนาจปกครองเด็กนั้นจึงถือไม่ได้ว่าเป็นความยินยอมที่แท้จริง

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนก็ได้โต้แย้งว่า การตีความหลักความยินยอมที่แท้จริงให้ราบดังกล่าวเป็นการตีความที่คลาดเคลื่อน เพราะหากตีความเช่นนั้น ก็จะไม่มีการคุ้มครองให้ความยินยอมในการบำบัดรักษาทางการแพทย์ได้เลย ไม่ว่าจะเป็นการทำหมัน การทำแท้ง การผ่าตัดหัวใจ หรือการบำบัดรักษาทางการแพทย์อื่นๆ เพราะผู้ป่วยเหล่านั้นย่อมไม่สามารถจะคาดการณ์ผลของการบำบัดรักษาในแต่ละกรณีได้อย่างถูกต้อง ประเด็นสำคัญของความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ได้อยู่ที่ว่าหญิงนั้นจะสามารถคาดคะเนความรู้สึกล่วงหน้าได้หรือไม่ แต่อยู่ที่ว่าหญิงนั้นได้ตกลงใจที่จะเข้ารับตั้งครรภ์แทนหรือไม่เมื่อรู้ว่าการส่งมอบเด็กตามข้อตกลงนั้นอาจมีผลกระทบต่อจิตใจของตนเองได้¹⁰

3.1.2 เหตุผลคัดค้านการรับตั้งครรภ์แทน

ฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรภ์แทนได้หยิบยกเหตุผลหลายประการมาเป็นข้อโต้แย้งว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อจริยธรรม เพราะการรับตั้งครรภ์แทนจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เด็กที่จะเกิดมาจากกระบวนการรับตั้งครรภ์แทน และต่อสังคมโดยรวม ข้อโต้แย้งของฝ่ายที่คัดค้านอาจพิจารณาได้เป็นลำดับไปดังนี้

1) การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์

เมื่อหญิงคนหนึ่งตกลงที่จะรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น ข้อตกลงข้อหนึ่งที่ต้องมีอยู่เสมอก็คือเมื่อเด็กได้ถือกำเนิดมาแล้ว หญิงนั้นจะต้องสละอำนาจปกครองหรือสิทธิในความเป็นมารดาของเด็กนั้นให้แก่คู่สมรสที่จ้างทันที ฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรภ์แทนเห็นว่า ข้อตกลงเช่นนี้เป็นการลดทอนคุณค่า “ความเป็นมารดา” ของหญิงที่ตั้งครรภ์ เพราะเป็นข้อตกลงที่ถือว่า “สถานะความเป็นแม่” นั้นเป็นสินค้าอย่างหนึ่งซึ่งสามารถซื้อขายได้ ข้อตกลงในลักษณะนี้ยังพรากรสิทธิในการเลี้ยงดูบุตรไป

⁹ Brinig, M, A Maternalistic Approach to Surrogacy: Comment on Richard Epstein's Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement, 1995, 81 Va. L. Rev. 2377, 2388.

¹⁰ Andrews, L, Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood, 1995, 81 Va. L. Rev. 2343, 2363.

จากหญิงที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดทารกนั้นมาด้วย โดยไม่คำนึงถึงว่าหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นจะมีความผูกพันกับเด็กที่เกิดมานั้นเพียงใด หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงถูกปฏิบัติเหมือนกับเป็นเพียงเครื่องจักรที่ไม่มีชีวิต วิทยาณ หรืออารมณ์ความรู้สึก ที่ถูกใช้เพื่อการผลิตเด็กขึ้นมาเท่านั้น¹¹ ด้วยเหตุนี้ ฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรภ์แทนจึงเห็นว่า การรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นการทำลายหรือลดทอนศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์

ฝ่ายที่สนับสนุนการตั้งครรภ์โต้แย้งว่า การรับตั้งครรภ์แทนไม่ได้เป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แต่อย่างใด เนื่องจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิที่จะตัดสินใจว่าจะยอมตนเข้ารับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นหรือไม่ วิทยุชนทุกคนย่อมมีความสามารถในการตัดสินใจและซึ้งผลได้ผลเสียที่จะเกิดขึ้นจากการเข้ารับตั้งครรภ์แทนนั้น นอกจากนี้ การรับตั้งครรภ์แทนก็ไม่ได้ปฏิบัติกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเหมือนเป็นเพียงเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตลูก เพราะทั้งคู่สมรสที่ว่าจ้างและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต่างมีความปรารถนาอย่างแรงกล้าที่จะให้เด็กถือกำเนิดมา เจตนาเช่นนี้เป็นเจตนาอันบริสุทธิ์ที่ทั้งฝ่ายคู่สมรสที่ว่าจ้างและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีต่อเด็ก จึงไม่อาจถือได้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนในตัวเองเป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แต่อย่างใด

2) การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิง

ภายใต้ข้อจำกัดทางสี่ระ ฝ่ายหญิงเท่านั้นจึงจะสามารถตั้งครรภ์และคลอดบุตรได้ ผู้ที่จะรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นได้จึงต้องเป็นหญิงเท่านั้น แม้ว่าในบางกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอาจเป็นญาติสนิทกับคู่สมรสที่มีบุตรยาก แต่โดยส่วนใหญ่แล้ว หญิงที่อาสาตั้งครรภ์แทนผู้อื่นจะเป็นหญิงที่มีฐานะทางการเงินไม่ดีนัก หญิงเหล่านี้มักจะยอมเข้ารับตั้งครรภ์แทนก็ต่อเมื่อได้รับค่าตอบแทนจากการตั้งครรภ์แทนเท่านั้น การรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์จากเนื้อตัวร่างกายของหญิง หรือจากศักยภาพในการสืบพันธุ์ของหญิงนั้น¹²

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วโดยละเอียดในบทที่ 2 ว่า การรับตั้งครรภ์แทนมีหลายประเภท ทั้งที่กรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นเจ้าของไข่ และกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นเพียงผู้ที่รับตั้งครรภ์แทนแต่เพียงอย่างเดียว โดยมีได้เป็นเจ้าของไข่ด้วย ในกรณีของการรับตั้งครรภ์แทนที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นเจ้าของไข่ด้วยนั้น ก็มักจะมีแนวโน้มว่า หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นหญิงสาวที่มีรูปร่างหน้าตาสวย ผิวพรรณดี มีชาติตระกูล ฐานะทางสังคม หรือการศึกษาที่สูง หญิงนั้นก็

¹¹ Recht, S, "M" is for Money: *Baby M* and the Surrogate Motherhood Controversy, 1988, 37 Am. U.L. Rev. 1013, 1022-1023.

¹² O'Brien, S, Commercial Conceptions: A Breeding Ground for Surrogacy, 1986, 65 N. C. L. Rev. 127, 142.

ได้ค่าตอบแทนจากการรับตั้งครรภ์แทนสูงขึ้นไปด้วย แต่หากหญิงนั้นมีรูปร่างหน้าตาอัปลักษณ์ ไม่มีชาติตระกูล การศึกษาต่ำ ค่าตอบแทนในการรับตั้งครรภ์แทนก็จะต่ำลงไปตามลำดับ¹³

การตั้งครรภ์ไม่ได้เป็นภาวะที่ปราศจากความเสี่ยง หญิงที่ตั้งครรภ์จะต้องระมัดระวังตัว ตลอดเวลาที่ตั้งครรภ์ อุบัติเหตุที่เกิดขึ้นระหว่างการตั้งครรภ์อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่หญิงที่ตั้งครรภ์ได้มากกว่าหญิงที่ไม่ได้ตั้งครรภ์ ในระหว่างการคลอดบุตร หญิงที่ตั้งครรภ์ก็อาจได้รับอันตราย เช่นเดียวกัน¹⁴ ฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรภ์แทนจึงเห็นว่า การรับตั้งครรภ์แทนก่อให้เกิดอันตรายแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยไม่จำเป็น ฝ่ายนี้ได้ยกกรณีการรับตั้งครรภ์แทนเรื่องหนึ่งที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งสตรีคนหนึ่งซึ่งป่วยเป็นโรคหัวใจได้ถึงแก่ความตายเพราะสาเหตุของการรับตั้งครรภ์แทนนั้น¹⁵ มาแสดงให้เห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้

แต่ฝ่ายที่สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนเห็นว่า การตั้งครรภ์ของหญิงย่อมมีความเสี่ยงอยู่ตามปกติ หญิงที่ตั้งครรภ์ไม่ว่าจะเป็นกรณีรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นหรือไม่ ก็ล้วนแต่มีความเสี่ยงทั้งสิ้น แต่ทุกสังคมก็ไม่เคยห้ามมีกฎหมายห้ามมิให้หญิงตั้งครรภ์เนื่องจากการตั้งครรภ์นั้นมีความเสี่ยงเลย

ข้อโต้แย้งเช่นนี้แม้ว่าจะถูกต้องตามข้อเท็จจริง แต่พึงคำนึงว่าการตั้งครรภ์ของหญิงในกรณีปกติกับกรณีรับตั้งครรภ์แทนย่อมมีความแตกต่างกัน เพราะกรณีของหญิงที่ตั้งครรภ์ตามปกติ การเสี่ยงภัยในการตั้งครรภ์และคลอดบุตรนั้นก็เกินไปเพื่อประโยชน์ของตนเอง แต่สำหรับกรณีการรับตั้งครรภ์แทนนั้น การเสี่ยงภัยเช่นนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นโดยแท้ เพราะเมื่อคลอดบุตรหญิงนั้นก็ต้องยกเด็กนั้นให้แก่บุคคลอื่นนั่นเอง

นอกจากปัญหาในเรื่องอันตรายที่อาจเกิดขึ้นแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแล้ว ปัญหาในเรื่องสิทธิเสรีภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็มักจะถูกหยิบยกมาพิจารณาอยู่เสมอ เพราะในระหว่างการรับตั้งครรภ์แทน กิจวัตรต่างๆ ของหญิงที่รับตั้งครรภ์มักจะถูกควบคุมโดยสัญญาการรับตั้งครรภ์แทน เช่น หญิงที่รับตั้งครรภ์ต้องถูกห้ามมิให้มีเพศสัมพันธ์ในช่วงระยะเวลาที่มีการฉีดเชื้ออสุจิเข้าไปในตนลูกของตน เพื่อป้องกันปัญหาความสับสนในสถานะของเด็กที่จะกำเนิดมา หรือต้องถูกจำกัดไม่ให้กระทำการบางอย่างเพื่อความปลอดภัยหรือความสมบูรณ์ของทารกในครรภ์ เช่น ห้ามมิให้ออกกำลังกาย เล่นกีฬา ดื่มสุราหรือของมีเมา หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนยังมักถูกบังคับให้ต้องตรวจ

¹³ Radin, M, Market-Inalienability, 1987, 100 Harv. L. Rev. 1849, 1932.

¹⁴ Stienbock, B, Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption, in Larry Gostin (Editor), Surrogate Motherhood: Politics and Privacy, 1990, cited in Kerian, C, Surrogacy: A Last Resort Alternative for Infertile Women or a Commodification of Women's Bodies and Children?, op cit, p.153.

¹⁵ Surrogate Mother Dies of Heart Condition, UPI, Nov. 11, 1987, cited in Andrews, L, Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood, 1995, 81 Va. L. Rev. 2343, FN 32.

ร่างกายภายในเวลาที่กำหนด และในบางกรณี สัญญารับตั้งครรรค์แทนอาจกำหนดวิธีการในการคลอดบุตร เช่น บังคับให้มีการคลอดบุตรด้วยการผ่าตัด หรือบังคับให้มีการทำแท้งหากตรวจพบความผิดปกติของทารกในครรภ์ด้วย

จะเห็นได้ว่า การรับตั้งครรรค์แทนมักจะจำกัดเสรีภาพบางอย่างของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน และจะวัดมูลค่าของคำตอบแทนแก่หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนจากลักษณะภายนอกของหญิงนั้น ฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรรค์แทนจึงถือว่า การรับตั้งครรรค์แทนเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงรูปแบบหนึ่งที่ไม่ต่างไปจากการนำหญิงมาเป็นทาสหรือการเป็นโสเภณีนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่สนับสนุนการรับตั้งครรรค์แทนกลับเห็นว่า หญิงที่ตกลงรับตั้งครรรค์แทนย่อมมีวิจรรย์ญาณที่จะตัดสินใจว่าตนควรจะเข้ารับตั้งครรรค์แทนหรือไม่¹⁶ การชำระคำตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนไม่ถือว่าเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงนั้น ในทางตรงกันข้าม หากห้ามมิให้มีการจ่ายคำตอบแทนแก่หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนจะกลับเป็นการแสวงหาประโยชน์จากหญิงนั้นโดยมิชอบมากกว่าเสียอีก¹⁷

3) การรับตั้งครรรค์แทนเปรียบเสมือนเป็นการซื้อขายเด็ก

ในสังคมยุคปัจจุบัน การค้ามนุษย์ถือเป็นสิ่งที่ขัดต่อจริยธรรม เพราะการกระทำเช่นนี้เปรียบชีวิตมนุษย์เหมือนเป็นสินค้าชนิดหนึ่งที่สามารถซื้อขายกันได้เท่านั้น หลายประเทศทั่วโลกจึงมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย การซื้อขายเด็กถือเป็นการค้ามนุษย์อย่างหนึ่ง ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งที่ขัดต่อจริยธรรมและต้องห้ามตามกฎหมายเช่นกัน หลายประเทศให้ความสำคัญคุ้มครองเด็กด้วยมาตรฐานที่สูงกว่าการคุ้มครองบุคคลทั่วไป เพราะเด็กถือเป็นกลุ่มบุคคลที่อ่อนไหว ง่ายต่อการถูกชักจูง รัฐจึงต้องมีมาตรการในการคุ้มครองเด็กเป็นกรณีพิเศษเพิ่มมากยิ่งขึ้น

ในหลายประเทศทั่วโลก นอกจากจะมีกฎหมายห้ามการซื้อขายเด็กโดยตรงแล้ว การซื้อขายเด็กโดยใช้วิธีการรับบุตรบุญธรรมบังหน้าก็เป็นสิ่งที่ต้องห้ามด้วย กฎหมายรับบุตรบุญธรรมของบางประเทศจึงมีบทบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งห้ามมิให้มีการชำระคำตอบแทนแก่บิดามารดาของเด็ก เพราะการกระทำเช่นนี้ไม่แตกต่างไปจากการซื้อขายเด็กแต่อย่างใด

ฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรรค์ถือว่า การรับตั้งครรรค์แทนเป็นกิจกรรมที่ไม่แตกต่างไปจากการซื้อขายเด็ก เพราะเป็นการแลกเปลี่ยนระหว่างตัวเด็กและสิทธิความเป็นบิดามารดาของเด็กนั้นกับคำตอบแทนที่ได้รับจากการรับตั้งครรรค์แทน ฝ่ายนี้ยังชี้ให้เห็นว่าการรับตั้งครรรค์แทนบางกรณีคู่สมรสที่จ้างใช้วิธีการขอรับบริจาคตัวอ่อนจากบุคคลภายนอก แล้วนำมาว่าจ้างให้หญิงอื่นรับ

¹⁶ Epstein, R, Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement, 1995, 81 Va. L. Rev. 2305, 2326.

¹⁷ Wilkinson, s, The Exploitation Argument Against Commercial Surrogacy, 2003, 17(2) Bioethics, 169, 178-180.

ตั้งครรภ์แทน หากการกระทำเช่นนี้เป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะทำให้คู่สมรสนี้หลีกเลี่ยงกระบวนการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมและเงื่อนไขที่ห้ามจ่ายค่าตอบแทนในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้

ในประเด็นนี้ ฝ่ายที่สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนกลับเห็นว่า การรับตั้งครรภ์แทนมิใช่เป็นการซื้อขายเด็ก และค่าตอบแทนที่จ่ายให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่ใช่เป็น “ราคา” ของเด็กแต่อย่างใด เพราะเด็กไม่มีทางเป็นสินค้าที่สามารถนำมาซื้อขายได้¹⁸ และการตั้งครรภ์แทนโดยส่วนใหญ่ คู่สมรสที่ว่าจ้างก็จะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก ไม่ว่าจะเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิหรือไข่อย่างใดอย่างหนึ่งหรือเป็นเจ้าของทั้งเชื้ออสุจิและไข่นั้น ดังนั้น คู่สมรสที่ว่าจ้างจึงเป็นบิดามารดาที่แท้จริง และเมื่อเป็นบิดามารดาที่แท้จริง คู่สมรสที่ว่าจ้างก็ไม่จำเป็นต้องซื้อเด็กนั้น เพราะว่าเป็นบิดามารดาทางพันธุกรรมอยู่แล้ว แต่ค่าตอบแทนนั้นเป็นค่าตอบแทนที่จ่ายให้เพื่อตอบแทน “การบริการ” ที่หญิงนั้นรับตั้งครรภ์แทน

อย่างไรก็ดี ฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรภ์แทนโต้แย้งว่า หากค่าตอบแทนนั้นเป็นค่าตอบแทนการให้บริการจริง คู่สมรสที่ว่าจ้างก็ต้องจ่ายค่าตอบแทนทั้งหมดให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเมื่อเด็กนั้นถือกำเนิดมา โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าหญิงนั้นจะส่งมอบเด็กให้หรือไม่ แต่จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏทั่วไป หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะได้รับค่าตอบแทนทั้งหมดต่อเมื่อส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้าง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าค่าตอบแทนนั้นไม่ใช่ค่าตอบแทนในการรับจ้างตั้งครรภ์แทนนั้น แต่เป็นค่าตอบแทนที่รวมถึงการส่งมอบเด็กนั้นด้วย ฝ่ายที่คัดค้านยังชี้ให้เห็นต่อไปว่า ค่าตอบแทนที่จ่ายให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของเด็กด้วย เช่น ในสัญญารับตั้งครรภ์แทนอาจมีข้อกำหนดว่าหากเด็กเกิดมาพิการหรือไม่สมบูรณ์ ค่าตอบแทนนั้นก็ลดลงตามส่วน หรือในบางกรณีคู่สมรสที่ว่าจ้างก็จะปฏิเสธไม่รับเด็กเลย การกระทำเช่นนี้จึงเป็นการซื้อขายเด็กอย่างชัดแจ้ง และลดทอนศักดิ์ศรีคุณค่าความเป็นมนุษย์ของเด็กนั้นเพราะเด็กนั้นจะถูกวัดคุณค่าหรือราคาจากความสมบูรณ์ของร่างกาย ซึ่งไม่ต่างไปจากการตีราคาสินค้าจากคุณภาพของสินค้า (Product Quality) นั้นเอง

4) การรับตั้งครรภ์แทนจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อจิตใจของเด็ก

ผลกระทบต่อจิตใจของเด็กเป็นอีกเหตุผลที่ฝ่ายคัดค้านการรับตั้งครรภ์แทนนำมาใช้เพื่อต่อต้านการรับตั้งครรภ์แทน โดยฝ่ายนี้เห็นว่า เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนจะได้รับผลกระทบทางจิตใจอย่างรุนแรงเมื่อทราบว่าตนได้เกิดมาจากการที่มารดาของตนซึ่งเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องการได้ค่าตอบแทนมากกว่าที่ต้องการให้ตนเองเกิดมาด้วยความรัก นอกจากนี้ หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีบุตร เด็กที่เป็นบุตรของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็อาจได้รับผลกระทบด้วย

¹⁸ Lascarides, D, A Plea for the Enforceability of Gestational Surrogacy Contracts, 1997, 25 Hofstra L. Rev. 1221, 1241.

เพราะเมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์ ความรู้สึกของเด็กนั้นก็ย่อมต้องคิดว่าตนกำลังจะมีน้อง แต่เมื่อแม่ของตนเองคลอดน้องออกมา แม่กลับส่งมอบน้องให้แก่ผู้อื่น ความรู้สึกที่ต้องสูญเสียน้องไปจะก่อให้เกิดผลกระทบทางจิตใจแก่เด็กนั้น และเมื่อเห็นแม่ส่งมอบน้องของตนให้แก่ผู้อื่นไป เด็กนั้นอาจมีความรู้สึกไม่มั่นคงในสถานะของตนเองว่าในวันใดวันหนึ่งแม่อาจส่งมอบตนเองให้แก่ผู้อื่นก็ได้¹⁹

3.2 มาตรฐานทางวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

โดยทั่วไปแล้ว การรับตั้งครรภ์แทนมักจะต้องมีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้เสมอ ดังนั้น การรับตั้งครรภ์แทนส่วนใหญ่ไม่อาจกระทำได้โดยปราศจากความช่วยเหลือของผู้มีวิชาชีพ แต่เมื่อการรับตั้งครรภ์แทนมักจะก่อให้เกิดผลกระทบทางจริยธรรมเสมอ องค์กรวิชาชีพต่างๆ ที่เกี่ยวข้องจึงมักจะกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมเพื่อให้การให้บริการเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดและคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องด้วย ในส่วนนี้จะได้พิจารณามาตรฐานทางจริยธรรมที่กำหนดโดยองค์กรวิชาชีพต่างๆ ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ โดยจะชี้ให้เห็นถึงพัฒนาการของการกำหนดมาตรฐานดังกล่าวนี้ และนำเสนอหลักการสำคัญที่กำหนดไว้ในมาตรฐานทางจริยธรรมเหล่านี้ เพื่อนำมาใช้ในการศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

3.3.1 มาตรฐานทางวิชาชีพในต่างประเทศ

1) ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ หน่วยงานราชการและองค์กรวิชาชีพต่างๆ ได้ทำการศึกษาประเด็นทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาอย่างต่อเนื่อง ความเห็นขององค์กรเหล่านี้ได้ถูกนำมากำหนดเพื่อเป็นมาตรฐานทางวิชาชีพของบุคลากรที่เกี่ยวข้อง โดยในปี ค.ศ. 1960 ซึ่งเป็นช่วงที่ประเทศอังกฤษยังไม่มีกฎหมายควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ กรมสถานสงเคราะห์ของอังกฤษและสกอตแลนด์ (Home Office and Scottish Home Department) ได้จัดตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งเรียกว่าคณะกรรมการว่าด้วยการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ (Departmental Committee on Human Artificial Insemination) เพื่อศึกษาประเด็นทางกฎหมายและจริยธรรมที่เกี่ยวข้องกับการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ โดยกฎหมายอังกฤษในขณะนั้นไม่เพียง

¹⁹ Hollinger, J, From Coitus to Commerce: Legal and Social consequences of Noncoital Reproduction, 18 U. Mich. J.L. Ref. 865, 902, cited in Andrews, L, Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood, 1995, 81 Va. L. Rev. 2343, 2358.

แต่ไม่มีการควบคุมการผสมเทียมเท่านั้น แต่สถานะของเด็กที่เกิดมาจากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากผู้บริจาคก็ไม่ชัดเจนด้วย เนื่องจากเด็กเหล่านี้ไม่ได้ถือกำเนิดมาจากเชื้ออสุจิของสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์ จึงไม่ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์นั้น²⁰

คณะกรรมการการของกรมสถานสงเคราะห์ฯ ได้พิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการนำกฎหมายมาใช้เพื่อควบคุมการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ แต่คณะกรรมการเสียงข้างมากมีความเห็นว่า การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากผู้บริจาค (Artificial Insemination by the Donor หรือ A.I.D) ไม่ควรถูกควบคุมโดยกฎหมาย เพราะหากใช้กฎหมายในการควบคุมก็ย่อมเปรียบเสมือนเป็นการให้การรับรองว่าการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนปัญหาว่าเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นอย่างไรนั้น คณะกรรมการเสียงข้างมากชุดนี้เห็นว่ากฎหมายที่กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กก็ไม่ควรที่จะเปลี่ยนแปลงไป เพราะจะทำให้การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อเพิ่มขึ้น แต่คณะกรรมการเสียงข้างน้อยเห็นว่า หากสามีของหญิงที่ได้รับการฉีดเชื้อนั้นได้ให้ความยินยอมแล้ว สามีของหญิงนั้นก็ควรที่จะถือว่าเป็นบิดาของเด็ก

หลังจากที่คณะกรรมการดังกล่าวได้ศึกษาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากผู้บริจาคแล้ว เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศอังกฤษก็พัฒนาขึ้นตามลำดับ มีหน่วยงานราชการทำการศึกษาประเด็นด้านกฎหมายและจริยธรรมอันเกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มากขึ้น ที่สำคัญก็คือ การศึกษาวิจัยของคณะกรรมการออร์นอค แต่นอกเหนือจากนั้นก็คือ องค์กรวิชาชีพต่างๆ ที่ได้ทำการศึกษาและนำมาเป็นแนวปฏิบัติสำหรับบุคคลกรภายใต้สังกัดด้วย ในส่วนนี้จะได้พิจารณาถึงมาตรฐานทางจริยธรรมขององค์กรต่างๆ ในประเทศอังกฤษ

ก) แพทยสมาคมแห่งอังกฤษ (British Medical Association)

ในปี ค.ศ. 1973 แพทยสมาคมแห่งอังกฤษ (British Medical Association) ได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งเพื่อศึกษาประเด็นด้านกฎหมายและจริยธรรมในปัญหาข้างต้นเช่นเดียวกัน คณะกรรมการชุดนี้ไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการเสียงข้างมากที่จัดตั้งขึ้นโดยกรมสถานสงเคราะห์ดังกล่าว โดยเห็นว่าหากปล่อยให้มีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อโดยปราศจากกฎเกณฑ์ในการควบคุมอาจก่อให้เกิดอันตรายขึ้นได้ และคณะกรรมการชุดนี้จึงได้พิจารณาแนวทางในการควบคุมการให้บริการการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อเป็น 2 กรณีด้วยกัน คือ การขึ้นทะเบียนสถานประกอบการที่ให้บริการ และการออกใบอนุญาตให้แก่แพทย์ที่ให้บริการเหล่านี้ ซึ่งในที่สุดคณะกรรมการชุดนี้ได้เสนอให้มีการควบคุมการให้บริการการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ ด้วยการ

²⁰ United Kingdom, Home Office and Scottish Home Department, Departmental Committee on Human Artificial Insemination, *Report* (Cmnd. 1105, 1960), cited in Ontario Law Reform Commission, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, Ministry of the Attorney General, 1985, vol. 2, p. 313.

กำหนดให้สถานประกอบการที่ให้บริการดังกล่าวนี้ต้องขึ้นทะเบียนก่อนเสมอ แต่สำหรับการควบคุม โดยการออกใบอนุญาตให้แก่แพทย์ที่ให้บริการนั้น คณะกรรมการเห็นว่าเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น เนื่องจาก ระบบที่ใช้ในการควบคุมแพทย์มีความสมบูรณ์เพียงพออยู่แล้ว²¹

สำหรับในประเด็นเกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมโดยใช้เชื้อ จากผู้บริจาค นั้น คณะกรรมการชุดนี้ก็ไม่เห็นด้วยกับคณะกรรมการเสียงข้างมากของกรมสถาน สงเคราะห์ฯ อีกเช่นกัน โดยคณะกรรมการมีความเห็นว่า สามีมของหญิงที่ได้รับการผสมเทียมควรมี สถานะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น หากได้ให้ความยินยอมในการผสมเทียมโดยการ ฉีดเชื้อจากผู้บริจาคแล้ว

ต่อมาภายหลังจากการใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายและการย้ายฝากตัวอ่อนประสบความสำเร็จ ในปี ค.ศ. 1982 แพทยสมาคมของอังกฤษก็ได้ตั้งคณะทำงานขึ้นอีกชุดหนึ่งเพื่อศึกษา ประเด็นด้านจริยธรรมและสังคมที่เกิดขึ้นจากการปฏิสนธินอกร่างกาย (*In Vitro Fertilisation*) และได้ ตีพิมพ์รายงานในปีถัดมา ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุปว่า²²

1. การใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายควรจำกัดอยู่ในสถานประกอบการที่มีมาตรฐาน เท่านั้น
2. ข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิสนธินอกร่างกายต้องเก็บรักษาไว้เป็นความลับเช่นเดียวกับข้อมูล ทางการแพทย์อื่น แต่ผู้ที่มีหน้าที่รับผิดชอบควรที่จะมีการเก็บข้อมูลทางสถิติต่างๆ เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับความผิดปกติทางพันธุกรรม ไว้ด้วย
3. ในการพิจารณาใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายให้แก่คู่สมรสที่มีบุตรยากนั้น นอก เหนือจากเหตุผลทางการแพทย์ที่ต้องพิจารณาอย่างเข้มงวดแล้ว ควรจะต้องพิจารณา ถึงความมั่นคงในสถานภาพการสมรสของคู่สมรสนั้น และต้องปรากฏว่าคู่สมรสนั้นได้ ตระหนักดีถึงภาระหน้าที่ในการเลี้ยงดูเด็กที่จะเกิดมานั้นด้วย
4. การใช้วิธีการปฏิสนธินอกร่างกายโดยใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคมานั้นไม่ได้เป็นสิ่งที่ขัด ต่อศีลธรรม แต่ต้องเป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้เชื้ออสุจิและไข่จากคู่สมรสนั้นได้ และต้อง ได้รับความยินยอมจากผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายก่อนเสมอ

สำหรับในประเด็นการรับตั้งครรภ์แทนนั้น คณะทำงานได้กล่าวไว้อย่างรวบรัดว่า คณะ ทำงานยังไม่อาจพอใจว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่ยอมรับได้เสมอไป และในรายงานประจำปีของ แพทยสมาคมแห่งอังกฤษในปีเดียวกันนั้นเอง ก็ได้มีการกล่าวถึงการรับตั้งครรภ์แทนอีกครั้งหนึ่งว่า

²¹ British Medical Association, Working Group on In Vitro Fertilisation, "Appendix VI: Interim report on human in vitro fertilisation and embryo replacement and transfer" (1983), 286 Brit. Med. J. 1594, cited in Ontario Law Reform Commission, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, p. 315.

²² เฟิงอ้าง.

เมื่อได้พิจารณาอุปสรรคต่างๆ ความไม่แน่นอนเกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดา และผลกระทบทางจิตใจที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายแล้ว แพทยสมาคมเห็นว่า การที่แพทย์ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อนำไปสู่การรับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นการขัดต่อจริยธรรม

ในปี ค.ศ. 1990 แพทยสมาคมแห่งอังกฤษได้พยายามที่จะกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนอีกครั้ง และได้มีการตั้งคณะทำงานว่าด้วยการรับตั้งครรภ์แทนขึ้น เรียกว่า “Working Party on Human Infertility Services” คณะทำงานชุดนี้ได้สรุปว่า การให้บริการในการรับตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่ขัดต่อจริยธรรมทางการแพทย์ และไม่ควรส่งเสริมให้แพทย์ให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด²³

ต่อมากลับในปี ค.ศ. 1996 แพทยสมาคมแห่งอังกฤษได้ตีพิมพ์รายงานการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนอีกครั้ง ซึ่งมีชื่อว่า “Changing Conceptions of Motherhood” รายงานฉบับนี้ได้เปลี่ยนแปลงแนวความคิดของแพทยสมาคมฯ ไปในทางยอมรับให้มีการรับตั้งครรภ์แทนมากยิ่งขึ้น โดยกล่าวว่า การรับตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่ยอมรับได้หากเป็นทางเลือกสุดท้ายสำหรับผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีการตามธรรมชาติ รายงานฉบับนี้ยังได้เสนอแนวทางปฏิบัติแก่แพทย์ที่ต้องเกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนหลายประการ ดังต่อไปนี้²⁴

1. ในการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กที่จะเกิดมาเป็นสำคัญ และต้องทำให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีความเสี่ยงน้อยที่สุด
2. แพทย์ที่ให้คำปรึกษาในการรับตั้งครรภ์แทนจะต้องตระหนักถึงสถานะทางกฎหมายของตนเองก่อนที่จะให้คำปรึกษา และต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าสัญญาการรับตั้งครรภ์แทนไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมาย และต้องสามารถให้คำแนะนำเกี่ยวกับสถานภาพของบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนได้อย่างถูกต้อง
3. ในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น แพทย์จะมีความรับผิดชอบทางศีลธรรมต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องในระดับที่ต่างกัน ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าแพทย์เข้าไปมีบทบาทต่อการรับตั้งครรภ์แทนนั้นเพียงใด โดยแพทยสมาคมแบ่งความรับผิดชอบทางศีลธรรมของแพทย์เป็น 3 กลุ่มคือ (1) เมื่อแพทย์ได้รับการปรึกษาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน (2) เมื่อแพทย์ได้รับคำปรึกษาโดยหญิงที่ต้องการผสมเทียมด้วยตนเอง (Self-insemination) (3) เมื่อแพทย์จะต้องให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์สำหรับการรับตั้งครรภ์แทนนั้น ในกรณีดังกล่าวนี้ แพทย์จะต้องมีความรับผิดชอบต่อผู้ป่วยทุกคน แต่หากมีการให้บริการเพื่อช่วยเหลือให้

²³ British Medical Association, *Surrogacy: Ethical Considerations*, Report of the Working Party on Human Infertility Services, 1990, cited in McHale, J, Fox, M, and Murphy, J, *Health Care Law: Text and Materials*, Sweet & Maxwell, 1997, p. 646.

²⁴ British Medical association, *Changing Conception of Motherhood*, 1996, p.59.

มีการรับตั้งครรภ์แทนนั้น แพทย์จะต้องมีความรับผิดชอบเพิ่มเติมต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย

4. เมื่อมีการรับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น แพทย์จะต้องมีความรับผิดชอบต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กเช่นเดียวกับการตั้งครรภ์ในกรณีปกติทั่วไป แต่แพทย์จะต้องให้คำแนะนำและความช่วยเหลือเพิ่มมากขึ้นทั้งระหว่างการตั้งครรภ์และหลังจากการคลอดบุตรด้วย
5. แพทย์ที่ได้รับการปรึกษาเกี่ยวกับการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อด้วยตนเอง ควรแนะนำผู้ขอรับคำปรึกษาให้พิจารณาประเด็นและผลกระทบต่างๆ อย่างละเอียดรอบคอบ และต้องทำให้ผู้ขอรับคำปรึกษาทราบถึงวิธีการในการได้มาซึ่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับประเด็นด้านการแพทย์ จิตวิทยา และกฎหมาย อันเกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนได้
6. ก่อนที่จะตกลงให้บริการทางการแพทย์ที่จะต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมาย เช่น การให้บริการปฏิสนธินอกร่างกายหรือการผสมเทียมโดยใช้เชื้อของผู้บริจาค แพทย์ต้องแน่ใจว่าผู้รับบริการทราบถึงประเด็นต่างๆ ทางทางการแพทย์ จิตวิทยา และกฎหมายเป็นอย่างดี และจะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะเกิดมาด้วย การให้บริการเช่นนี้จะต้องทำในสถานประกอบการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายจากองค์กรการ Human Fertilisation and Embryology Authority หรือ HFEA ทั้งต้องปฏิบัติตามแนวปฏิบัติ (Code of Practice) ของ HFEA ด้วย และก่อนที่จะมีการให้บริการบำบัดรักษา จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงจนเป็นที่พอใจแก่แพทย์ว่าคู่สมรสได้พยายามมีบุตรด้วยวิธีการอื่นทั้งหมดแล้ว แต่ไม่ประสบความสำเร็จ
7. ในบางกรณี แพทย์ที่ไม่ได้เป็นผู้ให้บริการในการบำบัดรักษาผู้มีบุตรยาก อาจทราบว่ามียุติหรือคู่สมรสใดที่ต้องการให้มีการตั้งครรภ์แทน ในกรณีเช่นนี้ แพทย์ควรให้คำแนะนำแก่บุคคลนั้นในการเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเพื่อให้สามารถนำข้อมูลนั้นมาใช้ในการวิเคราะห์ประโยชน์ของเด็กที่จะเกิดขึ้นจากการรับตั้งครรภ์แทน และเป็นกรจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการเปิดเผยข้อมูล เช่น ประวัติในการทำร้ายหรือละทิ้งเด็ก ให้แก่แพทย์ซึ่งจะเป็นผู้บำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากนั้น หากข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลที่ก่อให้เกิดถึงอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง ยุติหรือคู่สมรสที่ต้องการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนจะต้องทราบว่าแพทย์อาจเปิดเผยข้อมูลนั้นโดยปราศจากความยินยอมของตนได้ ในกรณีเช่นนี้ ยุติหรือคู่สมรสนั้นจะต้องทราบถึงความจำเป็นเช่นนี้และจะต้องได้รับโอกาสที่จะเปิดเผยข้อมูลนั้นด้วยตนเองโดยสมัครใจ หรือโต้แย้งการเปิดเผยข้อมูลเช่นนั้นได้
8. แพทย์ที่ให้คำแนะนำหรือให้บริการในการรับตั้งครรภ์แทนควรแนะนำให้บุคคลที่เกี่ยวข้องนั้นได้รับคำปรึกษาและเข้ารับการทดสอบหาโรคติดเชื้อชนิดต่างๆ ด้วย
9. แพทย์ที่ให้คำแนะนำหรือให้บริการในการรับตั้งครรภ์แทนควรเน้นย้ำถึงความสำคัญของการปรึกษาหารือระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งก่อนการตั้งครรภ์ ระหว่างการตั้งครรภ์

และภายหลังจากการคลอดบุตรแล้ว การปรึกษาหารือเช่นนี้จะต้องรวมถึงการตัดสินใจเกี่ยวกับจำนวนตัวอ่อนที่ย้ายฝากเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน การทดสอบต่างๆ ก่อนการคลอด วิธีการที่เหมาะสมในการคลอดบุตร การเลี้ยงดูเด็กภายหลังการคลอด ซึ่งหากเป็นไปได้ การตัดสินใจในปัญหาเหล่านี้จะต้องได้รับความยินยอมพร้อมใจของบุคคลทุกฝ่าย แต่หากมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น ปัญหาเหล่านี้จะต้องเป็นการตัดสินใจร่วมกันระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับแพทย์นั้น

10. บุคคลทุกฝ่ายจะต้องมีความไว้วางใจซึ่งกันและกัน ไม่ว่าจะมีความไว้วางใจระหว่างแพทย์กับบุคคลที่เกี่ยวข้อง หรือระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายเอง
11. เป็นความสำคัญอย่างยิ่งที่การดูแลและการบำบัดรักษาจะต้องเป็นไปโดยปราศจากอคติ
12. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องมีบุตรมาแล้วอย่างน้อยคนหนึ่ง และสมควรที่จะมีครอบครัวของตนเอง และมีคู่สมรส บุคคลในครอบครัว หรือเพื่อนที่ให้การสนับสนุนตลอดเวลาที่ตั้งครรภ์และภายหลังการคลอดเด็ก และในบางกรณี จะต้องให้ความใส่ใจเพิ่มมากยิ่งขึ้น หากบุคคลในครอบครัวที่ให้การสนับสนุนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและหญิงที่ต้องการมีบุตรนั้นเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกัน
13. เมื่อพิจารณาถึงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นแก่สุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คู่สมรสที่ให้ตั้งครรภ์แทนควรได้รับคำแนะนำให้ทำประกันสุขภาพให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น
14. คณะแพทย์ที่เกี่ยวข้องจะต้องทราบโดยชัดแจ้งว่าใครเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการการตั้งครรภ์ของหญิงนั้น
15. คณะแพทย์ต้องตระหนักว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและครอบครัว ตลอดจนคู่สมรสที่ให้ตั้งครรภ์แทน มักจะต้องได้รับความช่วยเหลือและคำแนะนำเพิ่มเติมด้วย และในการนี้ แพทย์ที่ทำการคลอดและผู้ที่เกี่ยวข้องก็จะต้องมีบทบาทในการให้ความช่วยเหลือและแนะนำด้วยเช่นกัน
16. แพทย์จะต้องตระหนักถึงผลกระทบในระยะยาวที่อาจเกิดขึ้นกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนด้วย
17. การเปิดเผยและบอกกล่าวความจริงระหว่างบิดามารดากับเด็กนั้นเป็นสิ่งที่ควรส่งเสริมและสนับสนุน
18. แพทย์ที่มีจิตสำนึกในแนวทางที่คัดค้านรับตั้งครรภ์แทนไม่มีภาระหน้าที่ที่จะต้องเข้าร่วมในการให้คำแนะนำหรือให้บริการทางการแพทย์ในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น แต่มีหน้าที่ในทางศีลธรรมที่จะต้องส่งผู้ป่วยไปยังแพทย์อื่นเพื่อพิจารณาให้ความช่วยเหลือและแนะนำต่อไป

จะเห็นได้ว่า ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1996 เป็นต้นมา แพทยสมาคมแห่งอังกฤษได้ยอมรับให้มีการรับตั้งครรภ์แทนมากยิ่งขึ้น แต่มาตรฐานทางจริยธรรมที่กำหนดไว้ก็ยังคงมุ่งที่จะคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ไม่ว่าจะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้

และรวมถึงเด็กที่จะเกิดมาจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้น แม้ว่าเด็กนี้จะยังไม่มีฐานะเป็นผู้ป่วยของแพทย์นั้นก็ตาม

ข) ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งอังกฤษ (Royal College of Obstetricians and Gynaecologists)

นอกเหนือไปจากแพทยสมาคมแล้ว ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งอังกฤษเป็นองค์กรวิชาชีพอีกองค์กรหนึ่งในอังกฤษที่พยายามออกคำแนะนำเกี่ยวกับการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากให้แก่บุคคลกรทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องและผู้ที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากด้วย ในปี ค.ศ. 1983 ราชวิทยาลัยฯ ได้จัดตั้งคณะกรรมการจริยธรรมว่าด้วยการปฏิสนธินอกร่างกายและการย้ายฝากตัวอ่อน (Ethics Committee on In Vitro Fertilisation and Embryo Replacement or Transfer) ในประเด็นเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนนั้น แม้คณะกรรมการชุดนี้ยอมรับว่าในบางกรณีจะมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ให้เห็นถึงความจำเป็นในการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อช่วยบำบัดภาวะมีบุตรยากก็ตาม แต่การรับตั้งครรภ์แทนได้ก่อให้เกิดปัญหาทั้งทางกฎหมายและผลกระทบต่อจิตใจทั้งของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและของเด็กที่กำเนิดมา ดังนั้นคณะกรรมการชุดนี้จึงเห็นว่าไม่ควรมีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้ในการรับตั้งครรภ์แทน²⁵

ต่อมาในช่วงปี ค.ศ. 1998 ถึงค.ศ. 2000 ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งอังกฤษ ได้ออกคำแนะนำมาด้วยกัน 3 ฉบับ และต่อมาเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 2004 ได้มีการได้ปรับปรุงและออกคำแนะนำอีกฉบับหนึ่งชื่อว่า “Fertility: Assessment and Treatment for People with Fertility Problems”

คำแนะนำฉบับล่าสุดนี้ครอบคลุมถึงการให้คำแนะนำแก่แพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากแทบทุกประเภทและทุกขั้นตอน เช่น ovarian stimulation, oocyte collection, sperm preparation, in vitro fertilisation, embryo transfer, intrauterine insemination (IUI), donor insemination, intracytoplasmic sperm injection (ICSI), gamete intrafallopian transfer (GIFT), zygote intrafallopian transfer (ZIFT), pronucleate stage tubal transfer (PROST) cryopreservation เป็นต้น นอกจากนี้ คำแนะนำฉบับนี้ยังมีรายละเอียดเกี่ยวกับการบำบัดรักษาโดยใช้กรรมวิธีปฏิสนธินอกร่างกาย เช่น ช่วงอายุที่เหมาะสม จำนวนครั้งของการให้บริการ และจำนวนตัวอ่อนที่เหมาะสมในการใส่เข้าไปในร่างกายของผู้หญิงนั้นด้วย

²⁵ Royal College of Obstetricians and Gynaecologists, Report of the RCOG Ethics Committee on In Vitro Fertilisation and Embryo Replacement or Transfer, 1983, cited in Ontario Law Reform Commission, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, p. 320-321.

อย่างไรก็ตาม คำแนะนำฉบับนี้ได้กล่าวไว้โดยชัดเจนว่า ประเด็นที่มีความขัดแย้งเป็นอย่างมากในปัจจุบัน 3 เรื่องคือ การบริจาคตัวอ่อน (Embryo donation) การตรวจวินิจฉัยทางพันธุกรรมก่อนย้ายตัวอ่อนเข้าไปในมดลูก (Preimplantation genetic diagnosis) และการรับตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) นั้นไม่อยู่ในขอบเขตของคำแนะนำฉบับนี้ แต่เมื่อพิจารณาจากภาพรวมของคำแนะนำฉบับนี้ที่โดยส่วนใหญ่แล้วมีการอ้างถึงกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act จึงอาจสรุปได้ว่าราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ของอังกฤษก็ไม่ได้คัดค้านหลักการต่างๆ ที่อยู่ในกฎหมายดังกล่าวนี้โดยชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้หญิงที่ให้กำเนิดเด็กเป็นมารดาของหญิงนั้น หรือการที่กฎหมายนี้เพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act ที่กำหนดให้สัญญาับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะแต่อย่างใด

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

แม้ว่าแทบทุกมลรัฐในสหรัฐอเมริกาจะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน แต่องค์กรวิชาชีพในประเทศสหรัฐก็จะมีความคิดเห็นเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเป็นของตัวเองและแนะนำให้บุคคลากรในองค์กรถือปฏิบัติด้วย ในส่วนนี้จะพิจารณาถึงมาตรฐานทางวิชาชีพและข้อคิดเห็นที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนขององค์กรวิชาชีพ 2 แห่งคือ แพทยสมาคมแห่งอเมริกาและวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งอเมริกา

ก) แพทยสมาคมแห่งอเมริกา (American Medical Association)

แพทยสมาคมแห่งอเมริกาได้ออกประมวลจริยธรรม (Code of Ethics) เพื่อให้แพทย์ถือเป็นแนวปฏิบัติมาเป็นเวลานานแล้ว และประมวลจริยธรรมนี้ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับมาตรฐานทางจริยธรรมและความเป็นไปของสังคมอยู่ตลอดเวลา ในปี ค.ศ. 2000 แพทยสมาคมแห่งอเมริกาได้รับความเห็นของสภาว่าด้วยกิจการจริยธรรมและการยุติธรรม (Council on Ethical and Judicial Affairs) และนำความเห็นดังกล่าวมาบัญญัติเป็นประมวลจริยธรรมที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน²⁶

การรับตั้งครรภ์แทนเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งที่ถูกระบุไว้ในประมวลจริยธรรม โดยประมวลจริยธรรมฉบับนี้ยอมรับว่า²⁷ การรับตั้งครรภ์แทนโดยส่วนใหญ่จะเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดยิ่ง ซึ่งหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นเจ้าของไข่ที่มีการปฏิสนธิ ซึ่งส่งผลให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา แต่แพทยสมาคมฯ ก็ยอมรับว่าในบางกรณีการรับตั้งครรภ์แทนก็อาจมีการใช้เชื้อสุมของฝ่ายชายผสมกับไข่ซึ่งมิใช่เป็นของหญิงที่รับ

²⁶ American Medical Association's Code of Medical Ethics, Council on Ethical and Judicial Affairs, 2001, available at <http://www.ama-assn.org/ama/pub/category/8289.html>

²⁷ American Medical Association's Code of Medical Ethics, E-2.18.

ตั้งครรภ์แทน และยอมรับว่าการรับตั้งครรภ์แทนโดยส่วนใหญ่มักจะมีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเสมอ

แพทยสมาคมฯ แสดงความกังวลว่า การรับตั้งครรภ์แทนจะก่อให้เกิดปัญหาทั้งด้านจริยธรรม สังคม และกฎหมาย การรับตั้งครรภ์แทนอาจเป็นการซื้อขายเด็ก ใช้ประโยชน์จากร่างกายของหญิงที่มีฐานะยากจนเพื่อการตั้งครรภ์ และความยินยอมในการรับตั้งครรภ์นั้นอาจไม่ได้เป็นไปโดยความสมัครใจอย่างแท้จริง ตามความเห็นของแพทยสมาคมฯ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอาจได้รับผลกระทบทางจิตใจเมื่อต้องส่งมอบเด็กที่ตนตั้งครรภ์มานั้นให้แก่ผู้อื่น ในบางกรณี หญิงที่รับตั้งครรภ์นี้อาจจะตัดสินใจทำแท้งหรือปฏิเสธที่จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้าง และหากเด็กที่เกิดมานั้นมีความพิการ คู่สมรสที่ว่าจ้างหรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นก็อาจไม่ต้องการรับเลี้ยงดูเด็กเลยก็ได้

อย่างไรก็ตาม แพทยสมาคมฯ ก็เห็นว่า การรับตั้งครรภ์แทนอาจเป็นวิธีการสุดท้ายที่จะช่วยให้คู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากสามารถมีบุตรซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตนได้ และโดยส่วนใหญ่ การรับตั้งครรภ์แทนก็ก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายและไม่มีปัญหาข้อขัดแย้งระหว่างกัน แต่เมื่อพิจารณาจากความกังวลดังกล่าวข้างต้นแล้ว แพทยสมาคมฯ ก็ยังคงมีความเห็นว่า การรับตั้งครรภ์แทนไม่ควรเป็นไปโดยเสรี แต่ควรมีมาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น ดังนั้น แพทยสมาคมฯ จึงเห็นควรให้การรับตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กควรที่จะมีสิทธิปฏิเสธข้อตกลงตามสัญญาที่ให้ส่งมอบเด็กได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดภายหลังการคลอดเด็กแล้ว และในกรณีเช่นนี้ การกำหนดอำนาจปกครองเด็กควรที่จะพิจารณาจากประโยชน์สูงสุดของหญิงนั้น

สำหรับกรณีการรับตั้งครรภ์แทนซึ่งหญิงที่รับตั้งครรภ์ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก แพทยสมาคมฯ เห็นว่าเหตุผลที่จะสนับสนุนให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนปฏิเสธข้อสัญญานั้นยังไม่มี ความชัดเจนนัก ดังนั้นในกรณีเช่นนี้ ทั้งสองฝ่ายจึงไม่ควรที่จะมีสิทธิในการปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้น

ข) วิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งอเมริกา (American College of Obstetricians and Gynecologists)

เมื่อต้นปี ค.ศ. 2004 วิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งอเมริกาได้รวบรวมความเห็นและแนวปฏิบัติของสูตินรีแพทย์มาไว้ในเอกสารชื่อ “จริยธรรมในสูตินรีวิทยา” (Ethics in Obstetrics and Gynecology, 2nd Edition) ในเอกสารฉบับนี้ได้รวบรวมแนวปฏิบัติและมาตรฐานทางจริยธรรมของสูตินรีแพทย์ไว้หลายเรื่องด้วยกัน และการรับตั้งครรภ์แทนก็เป็นประเด็นหนึ่งที่วิทยาลัยสูตินรีแพทย์ฯ ได้ให้ความสนใจเป็นอย่างยิ่ง

วิทยาลัยสูตินรีแพทย์ฯ ได้กำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมสำหรับแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนไว้เป็น 4 กรณีด้วยกันคือ (1) เมื่อมีการให้คำแนะนำแก่คู่สมรสที่ต้องการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน (2) เมื่อมีการให้คำปรึกษาแก่หญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทน (3) เมื่อมีการให้บริการทางการแพทย์แก่หญิงในการรับตั้งครรภ์แทน และ (4) เมื่อให้ความช่วยเหลือด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่นำมาใช้ในการรับตั้งครรภ์แทน ในส่วนนี้จะได้พิจารณาถึงมาตรฐานทางจริยธรรมดังกล่าวเป็นลำดับดังนี้²⁸

(1) เมื่อมีการให้คำแนะนำแก่คู่สมรสที่ต้องการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน

เมื่อได้รับการติดต่อเพื่อขอรับคำแนะนำจากคู่สมรสที่ต้องการให้มีการตั้งครรภ์แทน แพทย์ควรที่จะให้คำแนะนำต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนให้ครบถ้วน ไม่ว่าจะเป็นประเด็นด้านกฎหมายหรือจริยธรรม รวมถึงอันตราย ประโยชน์ และทางเลือกอื่นๆ ที่เป็นไปได้ด้วย และแพทย์ที่ไม่มีความเชี่ยวชาญในประเด็นเหล่านี้ควรที่จะส่งผู้ขอคำปรึกษาไปยังแพทย์อื่นที่มีความเชี่ยวชาญแทน

ในการให้คำปรึกษานั้น แพทย์ก็ควรที่จะให้คำแนะนำว่าการรับตั้งครรภ์แทนมีความเสี่ยงหลายประการด้วยกัน ดังนั้นการรับตั้งครรภ์แทนควรกระทำในกรณีที่คู่สมรสนั้นอยู่ในภาวะมีบุตรยากหรือมีปัญหาด้านสุขภาพเท่านั้น การรับตั้งครรภ์แทนไม่ควรกระทำเพื่อความสะดวกของหญิงที่ต้องการมีบุตรเท่านั้น และแพทย์ที่ไม่ต้องการเกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนย่อมมีสิทธิที่จะปฏิเสธการเข้ามีส่วนร่วมใดๆ ในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่ว่าจะเป็นเหตุผลส่วนตัวด้านศีลธรรมหรือทางการแพทย์ก็ตาม

หากสูตินรีแพทย์คนใดตัดสินใจที่จะให้ความช่วยเหลือแก่การรับตั้งครรภ์แทนนั้น แพทย์นั้นควรปฏิบัติตามคำแนะนำดังต่อไปนี้

- แพทย์นั้นต้องมั่นใจว่าคู่สมรสและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นได้ผ่านกระบวนการที่เหมาะสมในการคัดกรองแล้ว กระบวนการคัดกรองนี้ควรประกอบด้วยการศึกษาภาวะความมีบุตรยาก การศึกษาภาวะความสมบูรณ์ของร่างกายหรือทางการแพทย์ และการศึกษาวิเคราะห์ผลกระทบทางจิตใจ
- จะต้องมีการให้คำปรึกษาทางสุขภาพจิตก่อนเริ่มกระบวนการการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อให้คู่สมรสและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นทราบถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นทั้งระยะสั้นและระยะยาว และเพื่อที่จะวิเคราะห์ถึงอันตรายใดๆ ที่อาจเกิดขึ้นแก่ทั้งสองฝ่าย รวมถึงเด็กที่จะเกิดมาด้วย

²⁸ American College of Obstetricians and Gynecologists, Ethics in Obstetrics and Gynecology, 2nd Edition, 2003, p. 50-55, available at <http://www.acog.org>

- หากเป็นไปได้ การรับตั้งครรรภ์แทนนั้นควรมีการสอดส่องดูแลโดยองค์กรเอกชนที่ไม่แสวงหากำไรซึ่งมีความน่าเชื่อถือเช่นเดียวกับองค์กรที่จัดการการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และแพทย์นั้นต้องเชื่อมั่นได้ว่าองค์กรดังกล่าวนี้เป็นองค์กรที่เป็นที่ยอมรับทั้งทางการแพทย์และศีลธรรมซึ่งได้จัดตั้งขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องอย่างเท่าเทียมกัน
- แพทย์ควรได้รับคำตอบแทนเฉพาะเพียงคำตอบแทนในการให้บริการตามปกติเท่านั้น การรับคำตอบแทนอื่น ไม่ว่าจะป็นคำตอบแทนในการจัดการหรือการจัดส่งการรับตั้งครรรภ์แทนไปให้องค์กรให้ควบคุมดูแลนั้น ถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม
- แพทย์ไม่ควรที่จะดำเนินการให้มีการรับตั้งครรรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ที่มีแนวโน้มว่าจะมีการแสวงหาประโยชน์จากหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนในทางที่ไม่ชอบ
- สูตินรีแพทย์ควรแนะนำให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรทำการเจรจาเงื่อนไขและข้อตกลงในกรณีต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นกับหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนเป็นการล่วงหน้า เงื่อนไขและข้อตกลงในกรณีต่างๆ เหล่านี้ควรประกอบด้วย พฤติกรรมต่างๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสุขภาพระหว่างการตั้งครรรภ์ การตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมก่อนคลอด ความสามารถและความประสงค์ที่จะตั้งครรรภ์จนกว่าจะมีการคลอดเด็ก เมื่อกรณีปรากฏว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งตายหรือมีการหย่าขาดระหว่างคู่สมรสนั้นระหว่างการตั้งครรรภ์ เมื่อเด็กเกิดมามีความพิการ เมื่อหญิงที่รับตั้งครรรภ์ปฏิเสธที่จะส่งมอบเด็กตามข้อตกลง เมื่อมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจปกครองเด็กในกรณีที่ใช้เชื้ออสุจิของคู่สมรสฝ่ายชายในการปฏิสนธิ และเงื่อนไขในการจดทะเบียนเด็กนั้นเป็นบุตรตามกฎหมาย
- สูตินรีแพทย์ควรแนะนำให้มีการบันทึกเงื่อนไขและข้อตกลงในกรณีต่างๆ เป็นหนังสือเพื่อเป็นพยานหลักฐานแสดงเจตนาที่ชัดเจนของทุกฝ่ายและเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเด็กที่จะเด็กมาด้วย ในการนี้ ทุกฝ่ายควรมีทนายความอิสระของฝ่ายตนเองด้วย
- คำตอบแทนที่จ่ายให้แก่หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนนั้นควรกำหนดมาจากระยะเวลาของกระบวนการรับตั้งครรรภ์แทน อันตรายที่อาจเกิดขึ้น และค่าสูญเสียโอกาสในการทำงานของหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนเท่านั้น คำตอบแทนเช่นว่านี้ไม่ควรกำหนดจากความสำเร็จของการตั้งครรรภ์หรือความสมบูรณ์ทางสุขภาพของเด็กที่เกิดมานั้น
- หากเป็นไปได้ แพทย์ควรเข้าร่วมหรือให้ความร่วมมือในการศึกษาวิจัยใดๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาผลกระทบของการรับตั้งครรรภ์แทน

(2) เมื่อมีการให้คำปรึกษาแก่หญิงที่ต้องการรับตั้งครรรภ์แทน

เมื่อมีการขอรับคำปรึกษาจากหญิงที่ต้องการรับตั้งครรรภ์แทนผู้อื่น แพทย์ควรที่จะให้คำแนะนำที่เกี่ยวกับผลกระทบต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้น ไม่ว่าจะทางกฎหมายหรือศีลธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แพทย์ควรที่จะเชื่อมั่นได้ว่าหญิงนั้นได้มีการพิจารณาเงื่อนไขและข้อตกลงต่างๆ ในการทำสัญญา

ตั้งครรภ์แทนเป็นอย่างดีโดยมีนายความอิสระให้คำแนะนำแล้ว นอกจากนี้ แพทย์ควรปฏิบัติดังต่อไปนี้คือ

- เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งด้านผลประโยชน์ แพทย์ที่ทำการบำบัดรักษาคู่สมรสที่มีบุตรยากไม่ควรเกลี้ยกล่อมหรือให้ความสะดวกแก่หญิงใดในการรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น
- แพทย์นั้นต้องมั่นใจว่าคู่สมรสและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นได้รับคำปรึกษาและผ่านกระบวนการที่เหมาะสมในการคัดกรองแล้ว และจะต้องมีการให้คำปรึกษาด้านสุขภาพจิตเพื่อให้หญิงนั้นทราบถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นก่อน
- แพทย์ซึ่งให้บริการแก่ตัวแทนในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนควรทราบถึงนโยบายของตัวแทนนั้นเป็นอย่างดี และควรปฏิเสธไม่ให้บริการแก่ตัวแทนใดๆ ที่มีนโยบายขัดกับคำแนะนำนี้
- ค่าตอบแทนที่จ่ายให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นควรกำหนดมาจากระยะเวลาของกระบวนการรับตั้งครรภ์แทน อันตรายที่อาจเกิดขึ้น และค่าสูญเสียโอกาสในการทำงานของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น ค่าตอบแทนเช่นว่านี้ไม่ควรกำหนดจากความสำเร็จของการตั้งครรภ์หรือความสมบูรณ์ทางสุขภาพของเด็กที่เกิดมานั้น
- แพทย์ควรหลีกเลี่ยงที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องการรับรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ที่มีแนวโน้มว่าจะมีการใช้ประโยชน์จากหญิงนั้นในทางมิชอบ และแพทย์ต้องมีหน้าที่ต้องพยายามหาข้อมูลต่างๆ เกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบให้ได้มากที่สุด เพื่อเป็นข้อมูลในการประกอบการตัดสินใจในการให้บริการนั้น แพทย์ซึ่งได้รับทราบข้อมูลว่ามีการแสวงหาประโยชน์จากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยมิชอบมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือกับบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย และอาจเลือกที่จะโอนความดูแลในการให้บริการนั้นไปยังผู้อื่นได้

(3) เมื่อมีการให้บริการทางการแพทย์แก่หญิงในการรับตั้งครรภ์แทน

เมื่อการรับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นแล้วและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นได้รับบริการทางการแพทย์ สติแพทย์จะต้องเชื่อมั่นได้ว่าหญิงนั้นได้ทราบและเข้าใจถึงเงื่อนไขและข้อตกลงต่างๆ ในสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นอย่างดีแล้ว หากสติแพทย์นั้นเห็นว่าเงื่อนไขและข้อตกลงนั้นขัดกับสำนึกในวิชาชีพของตน แพทย์นั้นย่อมสามารถปฏิเสธไม่รับหญิงนั้นเป็นผู้ป่วยในความดูแลได้ แต่หากแพทย์นั้นรับที่จะให้บริการแก่หญิงนั้นแล้ว การปฏิบัติต่อหญิงนั้นต้องเป็นเช่นเดียวกับหญิงที่ตั้งครรภ์คนอื่น โดยไม่คำนึงถึงวิธีการในการตั้งครรภ์นั้น และแพทย์ควรปฏิบัติดังนี้

- ภาระกิจของสูติแพทย์นั้นต้องเป็นไปเพื่อความผาสุกของหญิงนั้น และรวมถึงเด็กในครรภ์ด้วย และหากแพทย์นั้นไม่เต็มใจที่จะให้บริการ ก็ควรที่จะส่งตัวหญิงนั้นไปให้แพทย์อื่นต่อไป
- เมื่อต้องได้รับความยินยอมในการบำบัดรักษาทางการแพทย์ใดๆ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นบุคคลเพียงคนเดียวในการให้ความยินยอมนั้น
- ข้อตกลงต่างๆ ในสัญญาับตั้งครรภ์แทนจะต้องไม่ส่งผลใดๆ ต่อการให้บริการทางการแพทย์แก่หญิงนั้น และแพทย์จะต้องให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์สูงสุดแก่หญิงนั้น รวมถึงเด็กในครรภ์ โดยไม่ต้องคำนึงถึงข้อตกลงในสัญญาับตั้งครรภ์แทน
- ข้อมูลทางการแพทย์เกี่ยวกับการตั้งครรภ์ของหญิงนั้นจะต้องเก็บรักษาไว้เป็นความลับ คู่สมรสที่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนจะเข้าถึงข้อมูลนี้ได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากหญิงที่ตั้งครรภ์นั้น
- สูตินรีแพทย์ควรให้ความช่วยเหลือในการพัฒนานโยบายของสถานประกอบการทางการแพทย์เกี่ยวกับกรณีต่างๆ ที่มีการรับตั้งครรภ์แทนเข้าไปเกี่ยวข้องด้วย

(4) เมื่อให้ความช่วยเหลือด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่นำมาใช้ในการรับตั้งครรภ์แทน

ในการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน แพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากควรที่จะปฏิบัติตามคำแนะนำดังกล่าวข้างต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งแพทย์ดังกล่าวต้องมั่นใจได้ว่าคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นได้ผ่านกระบวนการที่เหมาะสมในการคัดกรองแล้ว รวมทั้งต้องได้รับการให้คำปรึกษาด้านสุขภาพจิตก่อนที่จะเริ่มกระบวนการในการตั้งครรภ์นั้น และในการนี้มีคำแนะนำเพิ่มเติมดังนี้คือ

- แพทย์ที่ให้บริการโดยใช้กรรมวิธีผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อหรือการปฏิสนธินอกร่างกายจะต้องมีความสัมพันธ์ทั้งกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่บุคคลทั้งสองฝ่ายควรที่จะมีที่ปรึกษาและตัวแทนทางกฎหมายที่เป็นอิสระทั้งสองฝ่าย และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนควรที่จะได้รับการดูแลจากสูติแพทย์ซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้น
- แพทย์ซึ่งให้บริการแก่ตัวแทนในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนควรทราบถึงนโยบายของตัวแทนนั้นเป็นอย่างดี และควรปฏิเสธไม่ให้บริการแก่ตัวแทนใดๆ ที่มีนโยบายขัดกับคำแนะนำนี้
- แพทย์ผู้เชี่ยวชาญในการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากควรเข้าร่วมในการศึกษาวิจัยใดๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาผลกระทบของการรับตั้งครรภ์แทน

จะเห็นได้ว่า วิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งอเมริกาได้กำหนดมาตรฐานจริยธรรมเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนไว้อย่างเข้มงวดและครอบคลุมการให้บริการทางการแพทย์ไว้ทุกขั้นตอน โดยเฉพาะ

อย่างยิ่ง ตามมาตรฐานจริยธรรมนี้ได้กำหนดไว้โดยชัดเจนว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นบุคคล เดียวเท่านั้นที่มีอำนาจตัดสินใจใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์นั้น และพยายามที่จะกำหนดให้ บุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งสองฝ่ายไม่ว่าจะเป็นคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต่างต้อง มีที่ปรึกษาทางการแพทย์และที่ปรึกษากฎหมายที่เป็นอิสระต่อกัน เพื่อป้องกันมิให้มีการขัดแย้งซึ่ง ผลประโยชน์ด้วย

3.3.2 มาตรฐานทางวิชาชีพในประเทศไทย

ในประเทศไทย แพทยสภาเป็นองค์กรวิชาชีพที่ให้ความสำคัญกับการกำหนดมาตรฐานใน การให้บริการทางการแพทย์เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาอย่างต่อเนื่อง โดยในปี 2540 แพทยสภาได้ออกประกาศฉบับหนึ่งเรียกว่า ประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 เรื่องมาตรฐานการให้ บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และได้มีการเพิ่มเติมอีกครั้งในปี 2544 ตามประกาศ แพทยสภาที่ 21/2544 แต่ก็ดูเหมือนว่าประกาศแพทยสภาดังกล่าวก็ยังคงเป็นหลักเกณฑ์ที่มุ่งจะ ควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ มากกว่าที่จะมุ่งคุ้มครอง สวัสดิภาพและประโยชน์ของผู้ให้บริการเป็นสำคัญ

ในประเด็นเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน ประกาศแพทยสภาได้กำหนดหลักเกณฑ์สำคัญไว้ ว่าการรับตั้งครรภ์แทนจะทำได้ต่อเมื่อ²⁹

- 1) ใช้ตัวอ่อนที่ได้มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรส
- 2) ต้องไม่ปรากฏว่ามีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่อาจเข้า ใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์ และ
- 3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

หลักการทั้งสามประการข้างต้นถือเป็นหลักการพื้นฐานของการให้บริการในการรักษาภาวะ มีบุตรยากโดยใช้วิธีรับตั้งครรภ์แทนที่กำหนดขึ้นโดยแพทยสภา แต่หลักการนี้ไม่ใช่หลักการที่ บังคับโดยเด็ดขาด ประกาศแพทยสภาดังกล่าวยังคงเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ให้ บริการสามารถให้บริการที่แตกต่างไปจากหลักการพื้นฐานดังกล่าวได้ หากได้รับความเห็นชอบจาก ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ กล่าวคือ ในกรณีแรก แม้จะมีการกำหนดว่า การรับตั้งครรภ์แทนจะต้องใช้ ตัวอ่อนที่ได้มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสเท่านั้น แต่หากปรากฏว่าคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ สามารถนำเซลล์สืบพันธุ์ของฝ่ายตนมาใช้ในการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนได้ แพทย์ที่ให้บริการสามารถ ขอความเห็นชอบจากราชวิทยาลัยฯ ในการยกเว้นไม่ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสนั้นได้ ในกรณีเช่น นี้ แพทย์นั้นก็จะต้องนำเชื้ออสุจิหรือไข่ที่ได้รับการบริจาคมาใช้ในการปฏิสนธิตัวอ่อนนั้น ซึ่งอาจเกิด

²⁹ ประกาศแพทยสภาที่ 21/2544 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ข้อ 4/2

ขึ้นโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย หรือโดยการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อก็ได้ นอกจากนั้น แพทย์อาจใช้เชื้ออสุจิของฝ่ายชายที่ต้องการมีบุตรฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ได้ เพราะประกาศแพทยสภาไม่ได้ห้ามราชวิทยาลัยฯ ในการให้ความเห็นชอบในกรณีเช่นนี้ ซึ่งจะทำให้เด็กที่เกิดมานั้นมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้วย และในบางกรณี หากแพทย์ไม่สามารถนำเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสมาใช้ในการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนได้ แพทย์นั้นก็อาจขอความเห็นชอบจากราชวิทยาลัยฯ ในการใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้จะทำให้เด็กที่เกิดมานั้นไม่มีความสัมพันธ์กับคู่สมรสทั้งสองฝ่ายเลย

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น แม้ว่าโดยทั่วไปแล้ว ประกาศแพทยสภาจะกำหนดว่าจะต้องไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์ แต่ประกาศฉบับนี้ก็ไม่ได้กำหนดแน่ชัดจะกรณีเช่นใดบ้างที่ถือว่าเป็นการจ่ายค่าตอบแทนในลักษณะเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์ และหากแพทย์ทราบว่ามี การจ่ายค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจ้างให้มีการรับตั้งครรภ์แทนจะเกิดผลเช่นใด นอกจากนี้ การที่ประกาศแพทยสภาเปิดโอกาสให้มีการขอความเห็นชอบจากราชวิทยาลัยฯ โดยไม่ได้กำหนดห้ามมิให้ราชวิทยาลัยฯ ให้ความเห็นชอบหากมีการว่าจ้างให้ตั้งครรภ์ จึงหมายความว่าราชวิทยาลัยฯ สามารถให้ความเห็นชอบแก่การจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์ได้ แม้การรับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้จะเป็นการฝ่าฝืนจริยธรรมของแพทย์หรือของบุคคลบางส่วนในสังคมก็ตาม

ส่วนเงื่อนไขประการสุดท้ายที่กำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้น ประกาศแพทยสภาฉบับดังกล่าวนี้ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “ญาติโดยสายเลือด” ไว้ว่าหมายความว่าถึงบุคคลใด และต้องมีความสัมพันธ์กับคู่สมรสนั้นเพียงใด โดยหลักเกณฑ์เช่นนี้ ญาติที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดที่ห่างกันอย่างยิ่งก็ย่อมสามารถรับตั้งครรภ์แทนคู่สมรสนั้นได้ การที่ไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่า “ญาติโดยสายเลือด” ไว้ จึงเปิดโอกาสให้แพทย์ที่ให้บริการสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางเกินสมควร ทั้งยังเปิดโอกาสให้หญิงที่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดอย่างยิ่งกับคู่สมรส ไม่ว่าจะเป็นมารดาของฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงสามารถรับตั้งครรภ์แทนได้เช่นเดียวกัน ซึ่งหากเกิดกรณีเช่นนี้ ก็อาจทำให้เกิดความสับสนในการลำดับความสัมพันธ์ในครอบครัวเป็นอย่าง และปัญหาอีกประการหนึ่งก็คือ ประกาศแพทยสภาก็ยังเปิดโอกาสให้แพทย์สามารถขอความเห็นชอบจากราชวิทยาลัยฯ ในการนำหญิงอื่นที่ไม่ได้เป็นญาติซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสายเลือดมาเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ โดยปราศจากกฎเกณฑ์ว่าหญิงนี้จะต้องมีคุณสมบัติประการอื่นด้วยหรือไม่ เช่น ต้องรู้จักกับคู่สมรสนั้นมาแล้วเป็นเวลากี่ปี ต้องมีบุตรแล้วหรือไม่ หากหญิงนั้นมีสามีจะต้องได้รับความยินยอมจากสามีหรือไม่ หรือหญิงนั้นจะต้องผ่านการให้คำปรึกษาใดๆ หรือไม่ก่อนที่จะเข้ารับตั้งครรภ์แทน

กล่าวโดยสรุป มาตรฐานทางจริยธรรมของแพทยสภาซึ่งเป็นองค์กรวิชาชีพที่สำคัญในประเทศไทยดูเหมือนจะเป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์กว้างๆ เพื่อให้การให้บริการทางการแพทย์

เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าในวิทยาการสาขานี้เท่านั้น มาตรฐานดังกล่าวไม่มีเจตนากรณีที่ควบคุมครองประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการรับตั้งครรภ์แทนอย่างเข้มงวด ดังจะเห็นได้จากการที่ประกาศแพทยสภาได้กำหนด ข้อยกเว้นไว้อย่างกว้างขวาง โดยไม่มีหลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดใดๆ ที่ควบคุมการใช้ดุลพินิจของ ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แม้แต่แต่เพียง และเมื่อเปรียบเทียบกับมาตรฐานจริยธรรมของต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ทั้งของแพทยสมาคมแห่งอังกฤษและวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งอเมริกา จะเห็น ได้ว่า มาตรฐานทางจริยธรรมของต่างประเทศมีหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติของแพทย์ที่ชัดเจนกว่ามาก และมาตรฐานทางจริยธรรมเหล่านี้ยังสะท้อนให้เห็นถึงความพยายามที่จะคุ้มครองประโยชน์และสวัสดิ ภาพทั้งของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตลอดจนเด็กที่จะเกิดมาด้วย ซึ่ง หลักเกณฑ์เหล่านี้ไม่ปรากฏให้เห็นอย่างเป็นทางการแพทยสภาของไทย

บทที่ 4

บทบัญญัติกฎหมายและกรณีศึกษาเกี่ยวกับ การรับตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศ

การรับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นในหลายประเทศทั่วโลก ในประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาก ศักยภาพในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนก็ย่อมมีสูงขึ้นไปด้วย ประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีดังกล่าวนี้ส่วนใหญ่จะมีกฎหมายในการจำกัดหรือควบคุมการใช้เทคโนโลยีนี้โดยเฉพาะ ทั้งนี้ก็เพื่อมิให้มีการนำเทคโนโลยีดังกล่าวไปใช้ในทางที่มีขอบหรือฝ่าฝืนต่อมาตรฐานด้านจริยธรรมที่ประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศนั้นกำหนดขึ้น ตลอดจนเพื่อให้การจัดเก็บข้อมูลและสถิติเป็นไปอย่างมีระบบ ซึ่งจะทำให้การตรวจสอบหรือรายงานผลเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

กฎหมายควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยส่วนใหญ่จะมีบทบัญญัติที่กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กในกรณีนี้อาจจะแตกต่างไปจากหลักการดั้งเดิมในกฎหมายครอบครัวที่ใช้บังคับในประเทศนั้นก็ได้ แต่ทั้งนี้วัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวก็จะเป็นไปเพื่อประโยชน์และสวัสดิภาพของเด็กนั่นเอง

นอกเหนือไปจากกฎหมายควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แล้ว ในบางประเทศมีกฎหมายที่ควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนบัญญัติไว้โดยเฉพาะ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนบางประเภท ตลอดจนจำกัดมิให้มีคนกลางในการดำเนินการจัดหาหรือให้ความช่วยเหลือในการรับตั้งครรภ์แทน กฎหมายในลักษณะเช่นนี้มักจะกล่าวถึงสถานะทางกฎหมายของสัญญาการรับตั้งครรภ์แทนไว้ด้วยว่ามีผลบังคับตามกฎหมายได้หรือไม่

การศึกษาวิจัยในบทนี้จะวิเคราะห์และเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศทั้งระบบ ซึ่งจะพิจารณาจากกฎหมายของต่างประเทศที่ใช้ในการควบคุมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และกฎหมายที่ว่าด้วยการรับตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะ โดยกฎหมายของประเทศที่จะนำมาใช้ในการศึกษาวิเคราะห์นั้นมีทั้งกฎหมายของประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์และระบบประมวลกฎหมาย อันประกอบด้วยประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย ฝรั่งเศส และเยอรมนี โดยมีประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาดังนี้คือ ประการแรก สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศเหล่านี้เป็นอย่างไร และสัญญาการรับตั้งครรภ์แทนมีผลบังคับในทางกฎหมายหรือไม่ ประการที่สอง กฎหมายของประเทศเหล่านั้นกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้หรือไม่อย่างไร และประการที่สาม

กฎหมายของต่างประเทศมีหลักการในการกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภแทนไว้อย่างไรเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีในสัญญารับตั้งครรภแทน

4.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภแทนในประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษนับว่าเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มากที่สุดแห่งหนึ่งในโลก ดังจะเห็นได้จากการกำเนิดของลูอิส บราวน์ จากกรรมวิธีปฏิสนธินอกร่างกายเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษ วิทยาการความก้าวหน้าทางชีววิทยาที่สำคัญส่วนใหญ่อีกจะเกิดขึ้นจากการศึกษาวิจัยในภูมิภาคนี้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการค้นพบโครงสร้างของดีเอ็นเอ (Deoxyribonucleic Acid) ในปี ค.ศ. 1953 หรือความสำเร็จในการโคลนสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมจากเซลล์ร่างกายในประเทศสก๊อตแลนด์ในปี ค.ศ. 1997 นอกจากความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ดังกล่าวแล้ว ประเทศอังกฤษยังเป็นประเทศที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีความขึ้นสู่ศาลเกี่ยวกับการรับตั้งครรภแทนจำนวนหลายคดี ซึ่งส่งผลให้มีการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภแทนมาใช้บังคับโดยเฉพาะ

แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วการรับตั้งครรภแทนในประเทศอังกฤษจะเกี่ยวข้องกับกฎหมายต่าง ๆ หลายฉบับ แต่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภแทนโดยตรงจะมีเพียง 2 ฉบับคือ Surrogacy Arrangement Act 1985 และ Human Fertilisation and Embryology Act 1990 กฎหมายทั้งสองฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายฉบับแรกมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมไม่ให้เกิดการรับตั้งครรภแทนในเชิงพาณิชย์ โดยถือว่าการจัดการให้มีการรับตั้งครรภแทนโดยคนกลาง ตลอดจนการโฆษณาชักจูงให้มีการรับตั้งครรภแทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ส่วนกฎหมายฉบับหลังมีวัตถุประสงค์หลักที่จะควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการศึกษาวิจัยในตัวอ่อนมนุษย์ ดังนั้นการศึกษากฎหมายอังกฤษจึงต้องแยกแยะความแตกต่างของกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ให้ชัดเจนเท่านั้น ทั้งยังต้องเข้าใจหลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษที่กฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวนี้ไม่ได้เข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงด้วย ซึ่งงานวิจัยฉบับนี้จะได้กล่าวถึงรายละเอียดของกฎหมายทั้งสองฉบับและหลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษต่อไป

4.1.1 แนวความคิดในการควบคุมการรับตั้งครรภแทน

แม้ว่าความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ในประเทศอังกฤษจะมีการพัฒนาต่อเนื่องมาโดยตลอด แต่ความคิดริเริ่มที่จะออกกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการเทคโนโลยีดังกล่าวนี้เพิ่งเริ่มขึ้นอย่างจริงจังหลังจากความสำเร็จของการให้กำเนิดมนุษย์ด้วยการปฏิสนธินอกร่างกายในปี

ค.ศ. 1978 เท่านั้น¹ ในปี ค.ศ. 1982 รัฐบาลอังกฤษโดยกระทรวงสุขภาพและประกันสังคม (Department of Health and Social Security) ได้จัดตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งเรียกว่า The Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology โดยให้มีหน้าที่ศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบทางจริยธรรมของเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ ซึ่งรวมไปถึงการรับตั้งครรภ์แทนด้วย² คณะกรรมการชุดนี้มี Dame Marry Warnock ศาสตราจารย์ด้านปรัชญาจากมหาวิทยาลัยออกฟอร์ดเป็นประธาน คณะกรรมการชุดนี้จึงถูกเรียกชื่อว่า “คณะกรรมการวอร์นอค” (The Warnock Committee)

คณะกรรมการวอร์นอคได้ทำการศึกษาวิจัยเป็นเวลาประมาณ 2 ปี จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1984 คณะกรรมการชุดนี้ได้เสนอรายงานการศึกษาวิจัยรวมทั้งข้อเสนอแนะต่อรัฐบาลอังกฤษ รายงานการวิจัยฉบับนี้ (ซึ่งมักเรียกกันว่า The Warnock Report) ถือว่าเป็นรายงานการวิจัยเกี่ยวกับประเด็นปัญหาทางจริยธรรมอันเกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่สมบูรณ์ที่สุดในขณะนั้น คณะกรรมการวอร์นอคได้สรุปความเห็นว่าการที่คู่สมรสไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีการตามธรรมชาติ นั้นถือเป็นความเจ็บป่วยประการหนึ่งที่สามารถได้รับการบำบัดรักษาภายใต้การบริการสาธารณสุขของรัฐ คณะกรรมการชุดนี้จึงเสนอให้รัฐออกกฎหมายเพื่อให้การเข้าถึงการบำบัดรักษาเช่นนี้เป็นไปด้วยความสะดวกมากยิ่งขึ้น แต่กระนั้นก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนนั้น คณะกรรมการวอร์นอคกลับประสบปัญหาหลายประการในอันที่จะหาข้อสรุปเนื่องจากมีความเห็นที่แตกต่างกันมาก ทั้งในเชิงสนับสนุนและคัดค้านการรับตั้งครรภ์แทน

ในที่สุด คณะกรรมการวอร์นอคได้สรุปความเห็นว่าการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนก็เป็นสิ่งที่ไม่สมควรกระทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การรับตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือเป็นไปเพียงเพื่อความสะดวกสบายของหญิงซึ่งสามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองตามวิธีการธรรมชาติถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอย่างยิ่ง ในที่สุดคณะกรรมการชุดนี้จึงมีความเห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นเป็นสิ่งที่ไม่ดี และไม่ควรถูกได้รับการส่งเสริมสนับสนุนจากรัฐ ดังนั้นรัฐควรที่จะเข้าไปมีบทบาทในการควบคุมดูแลการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เพื่อมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จากกิจกรรมดังกล่าวนี้³

แม้จะได้ข้อสรุปดังกล่าวข้างต้น แต่คณะกรรมการวอร์นอคก็ได้พิจารณาปัญหาต่อไปว่า การนำมาตรการทางอาญามาใช้เป็นกลไกในการควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนจะเป็นสิ่งที่เหมาะสมหรือไม่ ในปัญหานี้ คณะกรรมการวอร์นอคเห็นว่ามีคามจำเป็นที่จะต้องนำมาตรการทางอาญามาใช้เพื่อ

¹ Kennedy, I, and A. Grubb, *Medical Law: Text with Materials*, Butterworths, 1994, p. 759.

² Cusine, D, *New Reproductive Techniques : A Legal Perspective*, Dartmouth, p. 171-172.

³ Warnock, M, *A Question of Life : The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Basil Blackwell, 1985, p. xii.

ป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพราะหากปราศจากมาตรการเหล่านี้กฎหมายก็ไม่มีทางที่จะบังคับใช้ได้โดยมีประสิทธิภาพ จึงมีการเสนอห้ามมิให้มีการก่อตั้งองค์กรหรือสมาคมใด ๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในการคัดเลือกหญิงเพื่อเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน หรือมีวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่สมรสที่ต้องการหาหญิงมาเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน โดยถือว่าการก่อตั้งหรือดำเนินการของคนกลางในลักษณะเช่นนี้เป็นความผิดทางอาญา⁴

จะเห็นได้ว่า ตามข้อเสนอของคณะกรรมการวอร์นอค การจัดตั้งหรือดำเนินการของคนกลางในการจัดหาหรืออำนวยความสะดวกแก่คู่สมรสที่ต้องการหาหญิงมารับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำเพื่อผลประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม ล้วนแต่ควรที่จะเป็นความผิดในทางอาญาทั้งสิ้น แม้คณะกรรมการวอร์นอคได้ยอมรับว่าการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยคนกลางที่ไม่มีผลประโยชน์ทางพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องอาจมีประโยชน์บางประการ แต่ก็ได้ปฏิเสธที่จะยอมรับให้การกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ก็เนื่องจากการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนที่แม้จะไม่มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ก็จะเป็นการส่งเสริมให้มีการรับตั้งครรภ์แทนกันมากยิ่งขึ้น⁵

นอกจากข้อเสนอที่ให้การจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแล้ว คณะกรรมการวอร์นอคยังเสนอให้การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพ เช่น แพทย์หรือทนายความ ซึ่งให้ความช่วยเหลือแก่คู่สมรสในลักษณะเดียวกันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายด้วย อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวอร์นอคกลับเห็นว่า การกระทำของคู่สมรสที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ควรถือว่าเป็นความผิดทางอาญา ด้วยเหตุผลที่ว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนไม่ควรที่จะถูกถือว่าเป็นผลผลิตของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶

บทสรุปของคณะกรรมการวอร์นอคที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นส่วนที่มีข้อบกพร่องที่สุดในรายงานฉบับนี้ เนื่องจากข้อสรุปดังกล่าวไม่ได้มาจากการศึกษาวิเคราะห์แนวความคิดในเชิงปรัชญา แต่กลับอาศัยความคิดเห็นของสาธารณชนที่คัดค้านการรับตั้งครรภ์แทนเป็นหลัก⁷ ในขณะที่ประเด็นเกี่ยวกับเรื่องการผสมเทียมด้วยวิธีการฉีดเชื้อก็ดี การปฏิสนธินอกอสุจิก็ดี หรือการบริจาคตัวอ่อนก็ดี คณะกรรมการวอร์นอคถือว่าบุคคลทุกคนมีอัตภาพ (Autonomy) ที่จะตัดสินใจดำเนินการดังกล่าวได้ แต่ในประเด็นการรับตั้งครรภ์แทนนั้น คณะกรรมการวอร์นอคกลับมิได้นำหลักการเดียวกันมาใช้ โดยถือว่ารัฐต้องเข้ามามีบทบาทในการ

⁴ เฟ็งอ้าง, หน้า 47.

⁵ เฟ็งอ้าง.

⁶ เฟ็งอ้าง.

⁷ McHale, J, Fox, M, and Murphy, J, *Health Care Law: Text and Materials*, Sweet & Maxwell, 1997, p. 636-637.

ควบคุมดูแล⁸ อย่างไรก็ตามก็ดี รายงานฉบับนี้ก็มีอิทธิพลเป็นอย่างสูงต่อการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนในเวลาต่อมา

4.1.2 สถานะของสัญญารับตั้งครรภ์แทน

การรับตั้งครรภ์แทนมิได้เป็นสิ่งที่ต้องห้ามในประเทศอังกฤษ ไม่ว่าจะการกระทำนั้นเป็นจะมีเงินหรือผลประโยชน์อื่นเข้ามาเกี่ยวข้องหรือไม่ก็ตาม กฎหมาย Surrogacy Arrangement Act ไม่ถือว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นความผิดทางอาญา หลักการเช่นนี้สอดคล้องกับข้อเสนอของคณะกรรมการวอร์นอคดังที่กล่าวไว้ข้างต้น เหตุผลสำคัญที่กฎหมายฉบับนี้มีได้บัญญัติห้ามการรับตั้งครรภ์แทนก็เนื่องมาจากหากถือว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นความผิดทางอาญาแล้ว ก็จำเป็นต้องมีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาจากสภาพความเป็นจริง มีคู่สมรสจำนวนมากที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีการธรรมชาติ และในกลุ่มบุคคลเหล่านี้มีจำนวนไม่น้อยที่ต้องการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน หากมีกฎหมายบังคับใช้ ก็จำเป็นต้องบังคับใช้กับคนเหล่านี้ทั้งหมด กล่าวกันว่า หากมีกฎหมายบังคับห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทน รัฐต้องให้ตำรวจเข้าไปควบคุมถึงในห้องพักของคู่สมรสและหญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทน⁹ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนี้เป็นไปได้โดยยาก นอกจากนั้น หากกฎหมายลงโทษคู่สมรสที่ว่าจ้างตั้งครรภ์หรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะไม่เป็นประโยชน์ต่อเด็กที่เกิดขึ้นมา ทั้งเด็กนั้นก็จะถูกถือว่าเป็นผลผลิตของการกระทำที่ผิดกฎหมายด้วย

แม้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนจะไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act แต่ก็ยังมีปัญหาที่ควรพิจารณาว่าการรับตั้งครรภ์แทนที่มีข้อตกลงว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่ผู้ว่าจ้างและผู้ว่าจ้างตกลงที่จะจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงนั้นเป็นความผิดตามฐานซื้อขายเด็ก (Baby Selling) หรือไม่ ในปัญหานี้ มีผู้เห็นว่าการกระทำเช่นนี้ไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายคอมมอนลอว์เพราะกฎหมายคอมมอนลอว์เพียงแต่ถือว่าการซื้อขายเด็กเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดี (*contra bonos mores*) เท่านั้น โดยมีได้ถือว่าเป็นอาชญากรรม¹⁰

ปัญหาต่อไปก็คือ หากผู้ว่าจ้างมีวัตถุประสงค์ที่จะรับเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม การจ่ายเงินให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นความผิดตามกฎหมายการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือไม่ ตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ค.ศ. 1976 (Adoption Act 1976) มาตรา 57 ถือว่าการชำระเงินหรือมอบผลประโยชน์อื่นใดเพื่อเป็นการตอบแทนที่เกี่ยวข้อง

⁸ Freeman, M, Is Surrogacy Exploitative ? in S. McLean (Ed.) *Legal Issues in Human Reproduction*, Dartmouth, Aldershort, 1990, p. 166.

⁹ Department of Health, Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation, October 1998, p. 39.

¹⁰ Kennedy, I, and A. Grubb, อ้างแล้ว, หน้า 839.

กับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹¹ ปัญหาดังกล่าวนี้ได้ถูกยกขึ้นในคดี *Re an Adoption Application (Surrogacy)*¹² โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า คู่สมรสคู่หนึ่งได้ทำสัญญากับหญิงคนหนึ่งให้รับตั้งครรภ์แทนโดยมีการตกลงกันว่า จะชำระเงินจำนวน 10,000 ปอนด์ให้แก่หญิงนั้น ต่อมาหญิงที่รับจ้างได้มีเพศสัมพันธ์กับคู่สมรสฝ่ายชายที่ว่าจ้างและได้ให้กำเนิดเด็กคนหนึ่ง เด็กคนนี้ได้อยู่อาศัยกับคู่สมรสที่ว่าจ้างมาโดยตลอด จนกระทั่งเด็กมีอายุได้ 2 ปี 4 เดือน คู่สมรสคู่นี้ได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ศาลสูงของอังกฤษ (High Court) โดยผู้พิพากษา *Latey* ได้วินิจฉัยว่าการชำระเงินดังกล่าวให้แก่หญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ถือว่าขัดต่อมาตรา 50 (ซึ่งต่อมาคือมาตรา 57) ของพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ด้วยเหตุผลที่ว่าจำนวนเงินที่จ่ายให้แก่หญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นเงินที่ชำระให้เป็นการตอบแทนสำหรับการใช้จ่ายในการตั้งครรภ์ ในขณะที่มีการทำข้อตกลงรับตั้งครรภ์แทน ทั้งสองฝ่ายมิได้มีเจตนาที่เกี่ยวข้องกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม เงินดังกล่าวจึงไม่ถือว่าเป็นค่าตอบแทนสำหรับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ นอกจากศาลจะไม่ถือว่าเป็นเงินจำนวนดังกล่าวเป็นค่าตอบแทนตามมาตรา 57 แล้ว ผู้พิพากษา *Latey* ยังวินิจฉัยด้วยว่าหากการชำระเงินนั้นเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ศาลก็จะใช้อำนาจในการอนุญาตให้มีการชำระค่าตอบแทนย้อนหลังได้

จากคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่าศาลอังกฤษได้ผ่อนปรนเงื่อนไขการชำระค่าตอบแทนที่เกี่ยวข้องกับการรับบุตรบุญธรรมอันเกิดขึ้นมาจากการรับตั้งครรภ์แทนลงมาก¹³ ต่อมาศาลอังกฤษก็ได้มีคำพิพากษาตามคำพิพากษาข้างต้นอีกหลายคดี และในคดี *Re MW (Adoption)*¹⁴ ศาลก็ได้มีคำพิพากษานุญาตให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้รับค่าตอบแทนย้อนหลังได้ แม้จะถือว่าการชำระเงินนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตั้งแต่ต้นก็ตาม อย่างไรก็ตาม ฟังสังเกตว่าการรับตั้งครรภ์แทนคดีนี้เกิดขึ้นก่อนที่มีกฎหมาย *Surrogacy Arrangement Act 1985* และแม้ในกรณีนี้การตั้งครรภ์จะเกิดขึ้นโดยการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์กับฝ่ายชายที่ต้องการมีบุตร ศาลอังกฤษก็ถือว่าเป็นการรับตั้งครรภ์แทนเช่นเดียวกัน

¹¹ S. 57(1) of the Adoption Act บัญญัติว่า "Subject to the provisions of this section, it shall not be lawful to make or give any person any payment or reward for or in consideration of –

- (a) the adoption by that person of a child;
- (b) the grant by that person of any agreement or consent required in connection with the adoption of a child;
- (c) the handing over of a child by that person of a view to the adoption of a child; or
- (d) the making by that person of any arrangement for the adoption of a child."

¹² [1987] Fam 81, [1987] All ER 826.

¹³ *McHale, J, Fox, M, and Murphy, J*, อ้างแล้ว, หน้า 644.

¹⁴ [1995] 2 F.L.R. 759.

ในปัจจุบัน อาจกล่าวได้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศอังกฤษไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา ไม่ว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีการจ่ายค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม ส่วนในทางแพ่งนั้น มีปัญหาว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะสามารถฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้อีกคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาได้หรือไม่

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ข้อตกลงที่จะสละอำนาจปกครองไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้ หากขัดกับความประสงค์ของคู่สัญญาในขณะที่มีการฟ้องร้องกันนั้น¹⁵ ศาลอังกฤษเคยวินิจฉัยว่า มารดาไม่อาจสละสิทธิในอำนาจปกครองบุตรได้เพราะกฎหมายให้สิทธินั้นต่อมารดาเพียงเพื่อให้มารดาปฏิบัติหน้าที่ในฐานะมารดาให้สมบูรณ์เท่านั้น¹⁶

คดีแรกที่มีการฟ้องร้องกันเกี่ยวกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนในประเทศอังกฤษคือ คดี A v. C¹⁷ ซึ่งเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1978 ในขณะนั้นยังไม่มีกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act ใช้บังคับ ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า นาย A ได้นำสัญญาว่าจ้างนาง C ซึ่งเป็นหญิงโสเภณีให้รับตั้งครรภ์แทนโดยวิธีการฉ้อฉล โดยได้ตกลงค่าว่าจ้างเป็นเงิน 3,000 ปอนด์ แต่ต่อมาภายหลังคลอดบุตรนาง C กลับเปลี่ยนใจที่จะไม่รับเงินค่าจ้างและไม่ยอมส่งมอบบุตรตามข้อตกลง คดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล โดยนาย A ขอให้ศาลบังคับให้นาง C ส่งมอบเด็กให้ตามสัญญา ศาลชั้นต้นโดยผู้พิพากษา Comyn กล่าวว่า สัญญารับตั้งครรภ์ดังกล่าวเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยให้เหตุผลว่าสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการซื้อขายเด็ก เมื่อคดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษา Ormrod มีความเห็นไปในทำนองเดียวกัน โดยประณามสัญญานี้ว่าเป็นสัญญาที่คู่สัญญาขาดสำนึกความรับผิดชอบ อย่างไรก็ตามก็มิได้มีข้อสังเกตว่า ความเห็นดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงการให้ความเห็นทางนิติศาสตร์ (Judicial comment) เท่านั้น ศาลมิได้มีคำพิพากษาโดยตรงเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทน แต่น่าเชื่อว่าหากศาลต้องวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวแล้ว ศาลก็จะต้องพิพากษาว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹⁸

ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้ถูกพิจารณาโดยคณะกรรมการวอร์นอคเช่นกัน โดยคณะกรรมการชุดนี้เสนอให้บัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการนี้มีความเห็นว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนควรที่จะเป็นสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายและไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้¹⁹

¹⁵ Norrie, K, United Kingdom: Legal Regulation of Human Reproduction, S. McLean (Ed.) *Law Reform and Human Reproduction*, Dartmouth, Aldershot, 1992, p. 209.

¹⁶ *Humphreys v. Palak* [1901] 2 KB 385.

¹⁷ [1985] FLR 445. (คดีนี้เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1978 แต่เพิ่งมีรายงานเมื่อปี ค.ศ. 1985)

¹⁸ Kennedy, I, and A. Grubb, อ้างแล้ว, หน้า 846.

¹⁹ Warnock, M, อ้างแล้ว, หน้า 47.

ภายหลังคณะกรรมการวอร์นอคได้จัดทำรายงานเสนอต่อรัฐบาลอังกฤษไม่นานนัก เมื่อต้นปี ค.ศ. 1985 ได้มีคดีเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เกิดขึ้นอีกคดีหนึ่ง ทำให้รัฐสภาของอังกฤษพยายามที่จะเร่งรัดออกกฎหมายการรับตั้งครรภ์แทนโดยเร็ว ในราวกลางปีนั้นเอง รัฐสภาอังกฤษจึงได้ออกกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act 1985 ห้ามมิให้มีคนกลางดำเนินการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่การทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน อย่างไรก็ตาม รัฐสภาของอังกฤษได้ทิ้งปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนไว้ เนื่องจากไม่มีเวลาที่จะพิจารณาอย่างรอบคอบได้²⁰ กฎหมายรับตั้งครรภ์แทนฉบับนี้จึงได้บัญญัติหลักการแต่เพียงกว้าง ๆ ว่า กฎหมายฉบับนี้ให้ใช้บังคับกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าสัญญานั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม²¹

ความคลุมเครือของสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นเหตุให้ในปี ค.ศ. 1987 รัฐบาลอังกฤษได้ออกสมุดปกขาว (White Paper) เสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายรับตั้งครรภ์แทนหลายประเด็น รวมทั้งให้มีการกำหนดสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น²² จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1990 ได้มีการออกกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act มาควบคุมการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ มาตรา 36(1) ของกฎหมายฉบับนี้ได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act โดยได้เพิ่มเติมมาตรา 1A ว่า สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้ไม่ว่าโดยคู่สัญญาฝ่ายใด²³ โดยผลของบทบัญญัตินี้ คู่สมรสที่ว่าจ้างจึงไม่อาจฟ้องร้องบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนส่งมอบเด็กแก่ตนเองได้ และในทำนองเดียวกัน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่อาจเรียกร้องให้คู่สมรสที่ว่าจ้างชำระค่าตอบแทนตามสัญญาได้เช่นกัน

มีข้อสังเกตว่า แม้ออกกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act จะมีได้ห้ามการรับตั้งครรภ์แทนไว้โดยตรง การรับตั้งครรภ์แทนในบางกรณีก็ยังคงควบคุมในทางอ้อมตามกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act ทั้งนี้เนื่องจากการรับตั้งครรภ์แทนที่ต้องอาศัยการผสมเทียมหรือการปฏิสนธินอกร่างกายนั้นมักจะต้องความช่วยเหลือจากแพทย์อยู่เสมอ และการกระทำเช่นนี้จะต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมายดังกล่าว ซึ่งตามแนวทางปฏิบัติ (Code of Practice) ของ The Human Fertilisation and Embryology Authority กำหนดว่าเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะนำไปใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนได้ต่อเมื่อหญิงที่ว่าจ้างมีความผิดปกติทางร่างกายซึ่งไม่สามารถมี

²⁰ Norrie, K, United Kingdom: Legal Regulation of Human Reproduction, อ้างแล้ว, หน้า. 211.

²¹ Section 1(9) of the Surrogacy Arrangement Act 1985 บัญญัติว่า "This Act applies to arrangements whether or not they are lawful."

²² Human Fertilisation and Embryology: A Framework for Legislation (1987, Cmnd 259) para. 65.

²³ Section 1A of the Surrogacy Arrangement Act บัญญัติว่า "No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it."

บุตรได้ตามปกติหรือมีเหตุผลที่สมควรทางการแพทย์เท่านั้น²⁴ การฝ่าฝืนแนวทางปฏิบัติในข้อนี้อาจทำให้ถูกเพิกถอนใบอนุญาตได้ ดังนั้นกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act จึงมีส่วนสำคัญในการควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนเช่นกัน

4.1.3 การควบคุมการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน

ประเด็นปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนอีกประการหนึ่งก็คือการควบคุมดูแลการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยคนกลาง คณะกรรมการวอร์นอคได้พยายามที่จะเสนอห้ามมิให้มีการจัดตั้งหรือดำเนินการของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดๆ ขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรในการหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทน หรืออำนวยความสะดวกแก่หญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนในการหาคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ไม่ว่าการดำเนินการนั้นจะเป็นไปในเชิงพาณิชย์หรือไม่ ความกังวลของคณะกรรมการวอร์นอคในประเด็นนี้ก็สืบเนื่องมาจากได้มีการก่อตั้งบริษัทตัวแทนรับดำเนินการจัดหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ขึ้นเป็นจำนวนมากในประเทศสหรัฐอเมริกา

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า หลังจากคณะกรรมการวอร์นอคได้เสนอความเห็นต่อรัฐบาลอังกฤษได้ไม่นานนัก เมื่อต้นปี ค.ศ. 1985 ได้มีรายงานว่าได้มีคดีฟ้องร้องเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์โดยมีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษ ในคดีนี้ ซึ่งเรียกกันโดยทั่วไปว่าคดี Baby Cotton²⁵ มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า คู่สมรสคนหนึ่งซึ่งฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ตามธรรมชาติได้ติดต่อกันคนกลางในประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อให้หาหญิงที่ต้องการรับจ้างตั้งครรภ์แทน ซึ่งในที่สุดก็ได้พบหญิงคนหนึ่งในประเทศอังกฤษที่ประสงค์ที่จะรับจ้างตั้งครรภ์ คู่สมรสฝ่ายชายจึงได้เดินทางมาที่ประเทศอังกฤษและได้มอบเช็คอสุจิให้แก่พยาบาลคนหนึ่ง ซึ่งต่อมาพยาบาลคนนี้ได้นำเชื้ออสุจิฉีดใส่โพรงมดลูกของหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์ หลังจากนั้นหญิงคนนี้ได้ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรซึ่งสื่อมวลชนเรียกว่า Cotton ที่โรงพยาบาลแห่งหนึ่งในกรุงลอนดอน เมื่อคลอดทารกแล้ว หญิงคนนี้ได้เดินทางออกจากโรงพยาบาลโดยมิได้นำทารกไปด้วย ส่วนคู่สามีภรรยาที่จ้างได้เดินทางเข้ามาในประเทศอังกฤษเพื่อรับตัวทารกไปดูแล คดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลโดยมีประเด็นว่าโรงพยาบาลสามารถมอบเด็กคนนี้ให้แก่คู่สามีภรรยาที่จ้างตั้งครรภ์ได้หรือไม่ ในที่สุดศาลได้วินิจฉัยว่าสมควรที่จะให้สามีภรรยาคนนี้เป็นผู้ปกครองเด็กคนดังกล่าว

แม้คดี Baby Cotton จะแตกต่างจากคดีอื่นที่ขึ้นสู่ศาลเนื่องจากไม่มีข้อโต้แย้งระหว่างคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นก็ตาม แต่คดีนี้ได้แสดงให้เห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนอาจเป็น

²⁴ HFEA's Code of Practice (1993) para. 3.19 กำหนดว่า "The application of assisted conception techniques to initiate surrogate pregnancy should only be considered where it is physically impossible or highly undesirable for medical reasons for the commissioning mother to carry the child."

²⁵ Re C (A Minor) (Wardship : Surrogacy) (1985) F.L.R. 486.

ไปเพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์โดยมีคนกลางเข้ามาช่วยจัดการแทนอย่างเป็นระบบ คดีนี้จึงเป็นที่มาของการออกกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act มาตรา 2 ที่บัญญัติให้การติดต่อ จัดหา หรือ เข้าร่วมในการเจรจาต่อรองสัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนในทางการค้าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวแล้ว คู่สมรสที่ว่าจ้างหรือหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนจะไม่ได้ถือว่ามีความผิดตามมาตรานี้เพราะมีกฎหมายบัญญัติยกเว้นไว้โดยชัดแจ้ง²⁶

จะเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวห้ามเฉพาะคนกลางมิให้แสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากการรับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น แต่มิได้ห้ามมิให้คนกลางดำเนินการให้คำปรึกษาหรือจัดหาหญิงเพื่อรับจ้างตั้งครรภ์แทน หากการดำเนินการนั้นมีได้มุ่งทางการค้าหรือหากำไร กฎหมายนี้จึงแตกต่างจากความเห็นของคณะกรรมการวอร์นอคที่ต้องการให้ห้ามการดำเนินการของคนกลางทั้งหมดเพื่อเป็นการจำกัดปริมาณการรับตั้งครรภ์แทนลง จึงดูเหมือนว่ากฎหมายฉบับนี้สนับสนุนแนวความคิดที่ว่า การแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยคนกลางจากการรับตั้งครรภ์แทนเท่านั้นที่เป็นสิ่งที่น่ารังเกียจ²⁷ ส่วนการรับตั้งครรภ์แทนในตัวเองเป็นสิ่งที่กระทำได้ แม้จะเป็นการกระทำในทางพาณิชย์ก็ตาม

ภายหลังจากกฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับ ได้มีการจัดตั้งองค์กรเอกชนที่ไม่แสวงหากำไรซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนหลายองค์กรด้วยกัน โดยมีองค์กรที่มีชื่อเสียง 2 องค์กรคือ Childlessness Overcome Through Surrogacy (COTS) และ Surrogate Parenting Center (SPC) องค์กรแรกได้ช่วยคู่สมรสจัดหาหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนประมาณ 250 ราย ส่วนองค์กรหลังได้ทำการจัดหาประมาณ 16 ราย²⁸

นอกจากการห้ามคนกลางในการดำเนินการจัดหาหญิงเพื่อรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์แล้ว มาตรา 3 ของกฎหมายดังกล่าวข้างต้นยังได้ห้ามมิให้มีการโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนด้วย ไม่ว่าจะการโฆษณานั้นจะเป็นไปเพื่อหาหญิงมารับตั้งครรภ์แทนหรือเพื่อหาคู่สมรสที่ต้องการว่าจ้างให้มีการรับตั้งครรภ์ นอกจากนั้นกฎหมายมาตรานี้ยังเอาผิดแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาเช่น เจ้าของ บรรณาธิการ และผู้พิมพ์โฆษณาหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์อื่นที่มีการลงโฆษณานั้น รวมทั้งผู้แจกจ่ายหรือกระจายข้อความโฆษณานั้นทางสื่ออื่นๆ อีกด้วย

²⁶ Section 2(2) of the Surrogacy Arrangement Act 1985

²⁷ Kennedy, I, and A. Grubb, อ้างแล้ว, หน้า 848.

²⁸ Department of Health, อ้างแล้ว, หน้า 24.

ตารางสรุปสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายอังกฤษ		
สถานะทางกฎหมายของ	การรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์	การรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์
การเข้าเป็นคู่สัญญาโดยตรงในสัญญารับตั้งครรภ์แทน	ไม่เป็นความผิดอาญา	ไม่เป็นความผิดอาญา
การจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยการตั้งคนกลางหรือให้คำแนะนำให้มีการตั้งครรภ์แทน	เป็นความผิดอาญา	ไม่เป็นความผิดอาญา
การโฆษณาหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์หรือเสนอรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น	เป็นความผิดอาญา	เป็นความผิดอาญา
ผลทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทน	เป็นโมฆะ ฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้	เป็นโมฆะ ฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้

4.1.4 การเข้าถึงการรับตั้งครรภ์แทน

การเข้าถึงการบำบัดรักษาความมีบุตรยาก (Access to infertility treatment) นับว่าเป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่รัฐได้เข้ามามีบทบาทในการให้บริการสาธารณสุขภายใต้โครงการบริการสุขภาพแห่งชาติ (National Health Service หรือ NHS) ประเด็นปัญหามีอยู่ว่า คู่สมรสที่มีบุตรยากสามารถที่จะเข้ารับการบำบัดรักษาจากโครงการดังกล่าวได้หรือไม่

ในการพิจารณาปัญหาว่าผู้ที่มีบุตรยากสามารถขอรับการบำบัดรักษาภายใต้โครงการ NHS ได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาก่อนว่าความมีบุตรยากเป็นความเจ็บป่วยโรคชนิดหนึ่งหรือไม่ มาตรา 128 ของพระราชบัญญัติการบริการสุขภาพแห่งชาติ (National Health Service Act 1977) ให้ความหมายของคำว่า “ความเจ็บป่วย” (illness) ไว้แต่เพียงกว้าง ๆ ว่า “ความเจ็บป่วยให้รวมถึงการบาดเจ็บหรือพิการที่ต้องการการบำบัดรักษาทางการแพทย์หรือทางทันตกรรมหรือการรักษาพยาบาล”²⁹

คณะกรรมการวอร์นอคไม่ได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ปัญหานี้มากเท่าใดนัก ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากเหตุผลว่าในช่วงระยะเวลานั้นผู้ที่มีบุตรยากได้เข้ารับการบำบัดโดยใช้กรรมวิธีผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อภายใต้โครงการดังกล่าวมาโดยตลอด และการบำบัดรักษาเช่นนี้ก็ไม่ได้มีค่าใช้จ่ายที่สูงนำเมื่อ

²⁹ Section 128 of the National Health Service Act 1977 บัญญัติว่า “...’illness’ includes any injury or disability requiring medical or dental treatment or nursing.”

เปรียบเทียบกับการใช้กรรมวิธีปฏิสนธินอกร่างกายซึ่งเพิ่งจะพัฒนาได้ไม่นานและมีค่าใช้จ่ายค่อนข้างสูง

ประเด็นที่คณะกรรมการวอร์นอคให้ความสนใจก็คือ ปัญหาว่าสมควรที่จะมีการนำเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ ไม่ว่าจะเป็นการฉีดเชื้ออสุจิของผู้บริจาคและการปฏิสนธินอกร่างกายมาใช้ในการบำบัดรักษาความมีบุตรยากหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้คณะกรรมการวอร์นอคยอมรับว่าเทคโนโลยีนี้อาจฝ่าฝืนสำนึกทางศีลธรรมของคนบางกลุ่ม แต่ก็สมควรที่จะอนุญาตให้มีการนำเทคโนโลยีดังกล่าวมาใช้ภายใต้ข้อจำกัดที่เข้มงวด คณะกรรมการวอร์นอคยังได้เสนอด้วยว่าควรที่จะนำเทคโนโลยีดังกล่าวนี้มาใช้ต่อไปภายใต้โครงการ NHS ซึ่งก็หมายความว่าผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีการปกติสามารถที่จะขอรับการบริการสาธารณสุขจากรัฐได้³⁰ แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นก็ขึ้นอยู่กับกระบวนการในการจัดสรรทรัพยากรสาธารณสุข (Allocation of Healthcare Resources) ของรัฐนั้นด้วย

มีข้อสังเกตว่า คณะกรรมการวอร์นอคไม่ได้มีความเห็นเกี่ยวกับการเข้าถึงการรับตั้งครรภ์แทนภายใต้โครงการ NHS อย่างไรก็ตาม มีรายงานว่าเมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 1996 องค์การสุขภาพแห่งเมืองยอคเคียร์ได้ใช้วิธีการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อช่วยคู่สมรสคู่หนึ่งในการมีบุตร โดยได้เสียค่าใช้จ่ายเป็นเงิน 5,000 ปอนด์ กรณีนี้จึงถือเป็นครั้งแรกที่การรับตั้งครรภ์แทนได้รับการสนับสนุนภายใต้โครงการบริการสุขภาพแห่งชาติ³¹

ปัญหาต่อไปเกี่ยวกับการเข้าถึงการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากก็คือ ปัญหาว่าใครสมควรได้รับการบำบัดรักษาโดยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ ในปัญหานี้อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณีคือ กรณีแรกความเหมาะสมของบุคคลที่จะเป็นบิดามารดา (suitability to be a parent) และกรณีที่สองความเหมาะสมของคู่สมรสที่มีได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย (suitability of unmarried couple)

ในกรณีแรกนั้น ความเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดามักจะถูกกำหนดเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการบำบัดรักษาความมีบุตรยากเสมอ การกำหนดเงื่อนไขในลักษณะเช่นนี้เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับเงื่อนไขของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมที่กำหนดให้ผู้ขอรับบุตรบุญธรรมต้องมีความเหมาะสมในการเป็นบิดาหรือมารดาบุญธรรม โดยทั่วไปแล้วหน่วยงานที่ให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะถูกกำหนดให้จัดตั้งคณะกรรมการจริยธรรมขึ้นเพื่อที่จะทำการพิจารณาว่าการให้บริการบำบัดรักษาคู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากแต่ละกรณีนั้นเป็นไปโดยคุ้มครองสิทธิของผู้เข้ารับการบำบัดและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทารกที่จะกำเนิดมาหรือไม่ ดังนั้นคณะกรรมการจริยธรรมจึงมักจะพิจารณาความเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดาของผู้เข้ารับการบำบัดรักษาด้วยกรณีเช่นนี้จึงมีปัญหว่าการกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

³⁰ Warnock, M, อ้างแล้ว, หน้า 32.

³¹ McHale, J, Fox, M, and Murphy, J, อ้างแล้ว, หน้า 651.

ศาลอังกฤษได้พิจารณาปัญหาที่เกี่ยวข้องกับปัญหาข้างต้นในคดี R v. Ethical Committee of St Mary's Hospital (Manchester) Ex p. Harriott³² โดยในคดีนี้มีหญิงคนหนึ่งซึ่งไม่สามารถมีบุตรตามวิธีการปกติได้ยื่นคำร้องขอเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม แต่ปรากฏว่าคำขอดังกล่าวถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลที่ว่าเธอมีประวัติอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีและมีความเข้าใจเกี่ยวกับการเลี้ยงบุตรที่น้อยมาก ต่อมาหญิงคนนี้ได้เข้าขอรับการบำบัดโดยวิธีการปฏิสนธินอกร่างกายที่โรงพยาบาลเซนต์แมรีในเมืองแมนเชสเตอร์ แต่ปรากฏว่าคำขอได้ถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลในทำนองกัน เธอจึงได้นำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล

โดยปกติแล้ว ศาลอังกฤษมักจะไม่ได้เข้าไปวินิจฉัยดุลพินิจของฝ่ายบริหารหรือเปลี่ยนแปลงความเห็นของแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยทางการแพทย์ หากกระบวนการในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเป็นไปโดยชอบธรรม ศาลอังกฤษจะก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยดุลพินิจของฝ่ายบริหารหรือความเห็นของแพทย์เฉพาะแต่ในกรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นความเห็นที่ขัดต่อเหตุผลที่ชอบธรรมเท่านั้น (ในอังกฤษเรียกหลักการนี้ว่า Wednesbury unreasonableness) ในคดีดังกล่าวข้างต้น ศาลอังกฤษจึงไม่ได้วินิจฉัยปัญหาว่าหญิงคนนี้เหมาะสมที่จะเป็นมารดาของเด็กหรือไม่ แต่ศาลเห็นว่าโรงพยาบาลได้เปิดโอกาสให้เธอพบกับที่ปรึกษาและให้โอกาสเธอส่งมอบเอกสารที่เกี่ยวข้องอย่างเต็มที่แล้ว กระบวนการที่นำไปสู่การวินิจฉัยนั้นจึงเป็นไปโดยชอบ ศาลจึงไม่สมควรที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้น อย่างไรก็ตาม ศาลได้ชี้ให้เห็นว่ากฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นเพื่อตรวจสอบความเหมาะสมของความเป็นบิดามารดาอาจเป็นไปโดยขัดต่อกฎหมายก็ได้ เช่น หากคณะกรรมการจริยธรรมมีนโยบายว่าจะไม่ให้บริการการปฏิสนธินอกร่างกายแก่คนเชื้อชาติยิวหรือคนผิวสี ศาลก็จะพิพากษาว่านโยบายเช่นนั้นขัดต่อกฎหมาย

จากความเห็นของศาลดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า หากนโยบายในการพิจารณาความเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดาของผู้เข้ารับการบำบัดความมีบุตรยากเป็นไปโดยกีดกันกลุ่มบุคคลบางกลุ่มไม่ว่าจะโดยเหตุของเชื้อชาติ เพศ สถานภาพสมรส หรือความพิการย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็กฎหมาย Race Relation Act 1976 หรือ Disability Discrimination Act แล้วแต่กรณี³³ อย่างไรก็ตาม การกำหนดความเหมาะสมของบุคคลที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดในการบำบัดรักษาอาจไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติก็ได้ แม้ว่าการกำหนดเงื่อนไขเช่นนั้นจะเป็นการกีดกันบุคคลในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งก็ตาม ตัวอย่างเช่น ตามนโยบายของโรงพยาบาลเซนต์แมรีนั้น โรงพยาบาลจะทำการบำบัดรักษาผู้ป่วยฝ่ายหญิงที่อายุไม่เกิน 40 ปี และฝ่ายชายที่อายุไม่เกิน 50 ปี เท่านั้น หากพิจารณาตามกฎหมายจะเห็นได้ว่า กฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act ไม่ได้กำหนดอายุของผู้รับบริการการรักษาความมีบุตรยากไว้ ในกรณีเช่นนี้ หากพิสูจน์ได้ว่าอายุมีส่วนสำคัญที่จะทำให้การบำบัดรักษามีประสิทธิภาพ ทั้งนี้เพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการจัดสรร

³² [1988] 1 FLR 512.

³³ Montgomery, J, *Health Care Law*, Oxford University Press, 1997, p. 68-69.

ทรัพยากร (Allocation of Health Care Resources) ก็อาจจะไม่ขัดต่อกฎหมายก็ได้ แต่หากการกำหนดอายุนั้นเป็นไปโดยปราศจากเหตุผลและมีได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยและเด็กที่จะกำเนิดมานั้นก็จะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อกฎหมาย

ประเด็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ เป็นการสมควรหรือไม่ที่จะให้บริการบำบัดรักษาภาวะความมีบุตรยากเฉพาะแก่คู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายเท่านั้น คณะกรรมการวอร์นอคเห็นว่า การให้บำบัดรักษาผู้ป่วยเช่นนี้ไม่ควรที่จะพิจารณาจากสถานภาพของการสมรสตามกฎหมายเท่านั้น คู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสควรที่จะเข้าถึงเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ได้เช่นกัน³⁴ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวอร์นอคตระหนักว่าเทคโนโลยีนี้อาจถูกนำไปใช้กับคู่รักร่วมเพศ (homosexual couples) เช่น เกย์หรือเลสเบี้ยนได้ คณะกรรมการวอร์นอคมีมติคัดค้านการให้บริการนี้แก่คู่รักร่วมเพศ โดยเพียงแต่ให้ความเห็นว่า ตามหลักการทั่วไปแล้ว การกำเนิดในครอบครัวที่มีทั้งบิดาและมารดาย่อมเป็นประโยชน์แก่เด็กมากกว่า ถึงแม้ว่าจะเป็นการยากที่จะคาดการณ์ล่วงหน้าว่าความสัมพันธ์ของคู่สามีภรรยาจะมีความยั่งยืนเพียงใด

ในช่วงเวลาที่มีการร่างกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act ได้มีความพยายามที่จะเสนอให้กฎหมายจำกัดการให้บริการเฉพาะแก่คู่สมรสที่จดทะเบียนตามกฎหมายหรือคู่สมรสต่างเพศ (heterosexual couples) ที่มีความสัมพันธ์อันมั่นคงเท่านั้น ข้อเสนอไม่ได้รับการยอมรับ³⁵ โดยมาตรา 13(5) ของกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act ได้บัญญัติไว้แต่เพียงว่าการให้บริการบำบัดรักษาแก่หญิงที่มีบุตรยากนั้นจะต้องพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะกำเนิดจากการบำบัดรักษานั้นและของเด็กคนอื่นที่อาจได้รับผลกระทบจากการกำเนิดนั้นเป็นสิ่งสำคัญ สวัสดิภาพของเด็กในที่นี้ย่อมหมายถึงความรวมถึงความจำเป็นของเด็กที่จะมีบิดาด้วย³⁶

จะเห็นได้ว่า หลักการดังกล่าวนี้ยังคงเปิดโอกาสให้คู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนและคู่รักร่วมเพศสามารถได้รับการบำบัดรักษาได้ มีข้อสังเกตว่าแต่เดิมตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย (doctor-patient relationship) แพทย์มีหน้าที่ต้องพิจารณาเฉพาะแต่ประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย (Best interest of the patient) เท่านั้น แต่ตามกฎหมายนี้แพทย์ต้องพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะกำเนิดมาและเด็กคนอื่นที่อาจได้รับผลกระทบด้วย³⁷

³⁴ Warnock, M, อ้างแล้ว, หน้า 10.

³⁵ Kennedy, I, and A. Grubb, อ้างแล้ว, หน้า 780.

³⁶ Section 13(5) of the Human Fertilisation and Embryology Act บัญญัติว่า "A woman shall not be provided with treatment services unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for a father), and of any other child who may be affected by the birth."

³⁷ Kennedy, I, and A. Grubb, อ้างแล้ว, หน้า 781.

สำหรับประเด็นการเข้าถึงการรับตั้งครรภ์แทนนั้น จะเห็นได้ว่าทั้งคณะกรรมการวอร์นอค และกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act ไม่ได้มีการกล่าวถึงไว้โดยตรง แต่หลักการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้ย่อมต้องถูกนำไปใช้กับการเข้าถึงการรับตั้งครรภ์แทนด้วย หากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องอาศัยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ที่กฎหมายได้ควบคุมไว้ ส่วนการรับตั้งครรภ์แทนอื่นเช่นโดยโดยการฉีดน้ำเชื้อด้วยตนเอง (Self-insemination) ย่อมไม่ถูกควบคุมโดยกฎหมายฉบับนี้

4.1.5 สถานภาพของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน

ตามกฎหมายอังกฤษ สถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนับว่ามีความสำคัญมาก เนื่องจากเด็กโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นจึงจะมีสิทธิภายในครอบครัวตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะเป็นสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือสิทธิที่จะได้รับมรดกก็ตาม ดังนั้นหากพิจารณาในแง่ของสิทธิภายในครอบครัว บุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะมีสถานภาพที่ต่ำกว่าบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เดิมกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่ได้พิจารณาสถานภาพทางกฎหมายของเด็กจากความสัมพันธ์ระหว่างเด็กนั้นกับบิดามารดา แต่จะพิจารณาจากสถานภาพทางสมรสระหว่างสามีกับภรรยาอันเป็นสิ่งสำคัญ³⁸ เด็กที่เกิดมาจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาต่อเมื่อได้ปฏิสนธิหรือคลอดเป็นทารกในขณะที่สามีภรรยาอันเป็นสามีภรรยากันตามกฎหมายเท่านั้น ตามหลักการนี้ เด็กที่เกิดจากการสมรสที่เป็นโมฆะหรือการสมรสที่เป็นโมฆียะแล้วมีการบอกล้างก็จะเป็นเด็กที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ต่อมาบิดามารดาจะได้สมรสกันโดยถูกต้องก็ตาม

อย่างไรก็ตาม ในช่วงหลายสิบปีที่ผ่านมา สังคมอังกฤษได้เปิดกว้างยอมรับเสรีภาพของคู่สมรสในการกำหนดสถานภาพทางการสมรสของตนเองมากยิ่งขึ้น หลักการข้างต้นของกฎหมายคอมมอนลอว์จึงได้เปลี่ยนแปลงไป โดยถือว่าเด็กที่เกิดจากการสมรสที่เป็นโมฆะหรือโมฆียะจะเป็นเด็กที่ชอบด้วยกฎหมาย หากต่อมาบิดามารดาได้สมรสกัน³⁹ นอกจากนั้น สิทธิตามกฎหมายของเด็กที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็มีเพิ่มมากขึ้นด้วย จนในที่สุดได้มีการยกเลิกสถานะของ “เด็กที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” จนหมดสิ้น สิทธิในทางกฎหมายของเด็กทุกคนจึงเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเกิดมาจากครอบครัวที่บิดามารดาสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

การกำเนิดของทารกโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสถานภาพของทารกตามกฎหมาย เพราะตามกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น การพิสูจน์ความเป็นบิดาของเด็กยังคงต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (genetic relationship) ระหว่างบิดากับเด็กนั้น ดังนั้นหากนำหลักการนี้มาใช้กับเด็กที่เกิดจากการฉีดเชื้ออสุจิของผู้บริจาคแล้ว ก็จะมีปัญหาเกิดขึ้นคือ ประการแรก หากมีการพิสูจน์ว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของใคร

³⁸ Norrie, K, United Kingdom: Legal Regulation of Human Reproduction, อ้างแล้ว, หน้า 205.

³⁹ Cusine, D, *New Reproductive Techniques : A Legal Perspective*, p. 160.

ก็จะพบว่าเด็กนั้นไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับสามีของมารดาที่ให้กำเนิด ดังนั้นจึงไม่ถือว่าเด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี ประการที่สอง เมื่อเด็กมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับผู้บริจาคเชื้ออสุจิ ก็ต้องถือว่าผู้บริจาค่นั้นเป็นบิดาของเด็กที่กำเนิดมา ทั้งที่ผู้บริจาคเชื้ออสุจิไม่ได้มีความต้องการที่จะเป็นบิดาของเด็กแม่แต่น้อย

จะเห็นได้ว่า หากนำหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ข้างต้นมาใช้บังคับกับสถานะของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ย่อมจะทำให้สถานะของเด็กมีความคลุมเครือและก่อให้เกิดผลที่วิปริต จึงได้มีความพยายามที่จะแก้ไขปรับปรุงกฎหมายกำหนดสถานะของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ให้ชัดเจน ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขกฎหมายหลายฉบับแสดงสถานะความเป็นบิดาและมารดาของเด็กไว้โดยชัดเจนยิ่งขึ้น โดยอาจพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

4.1.5.1 ความเป็นมารดา

ในอดีตเมื่อเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ยังไม่มีความเจริญก้าวหน้า มารดาที่ให้กำเนิดทารกย่อมมีความสัมพันธ์ทั้งในทางสายเลือดและทางพันธุกรรมกับทารก ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นที่กฎหมายต้องแยกสถานะระหว่างมารดาที่ตั้งครรภ์กับมารดาทางพันธุกรรม ตามกฎหมายคอมมอนลอว์จึงมีหลักเพียงกว้างๆ ว่า การตั้งครรภ์ย่อมเป็นเครื่องบ่งชี้ความเป็นมารดาของบุตร กฎหมายอังกฤษที่ออกมาในรูปของพระราชบัญญัติก็ถือตามกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนการเกิดและการตาย (Births and Deaths Registration Act 1953 และ Registration of Births Deaths and Marriages Act (Sc) Act 1965) ก็ถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรมีหน้าที่ต้องแจ้งจดทะเบียนการเกิดของเด็กนั้นว่าเป็นบุตรของตน

แม้ว่าเมื่อเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีความก้าวหน้ามากขึ้น หลักการดังกล่าวในกฎหมายอังกฤษก็ได้เปลี่ยนแปลงไปและได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act 1990 ด้วย มาตรา 27(1) ของกฎหมายฉบับนี้กล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่า “หญิงซึ่งกำลังตั้งครรภ์หรือได้ตั้งครรภ์เด็กอันสืบเนื่องมาจากการนำเอาตัวอ่อนหรือเชื้ออสุจิและไข่ไปใส่ไว้ในร่างกายย่อมถือว่าเป็นบุคคลคนเดียวเท่านั้นที่เป็นแม่ของเด็กที่กำเนิดมา”⁴⁰

บทบัญญัติเช่นนี้เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความเชื่อที่ว่าหญิงซึ่งได้อุทิศสร้างการเพื่อการตั้งครรภ์เป็นเวลาเก้าเดือนย่อมมีสิทธิในทางกฎหมายเหนือกว่าหญิงอื่นไม่ว่าจะเป็นหญิงซึ่งประสงค์ที่จะเลี้ยงดูเด็กนั้นหรือซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กนั้นก็ตาม

จากบทบัญญัติกฎหมายข้างต้น ข้อสังเกตสองประการดังนี้

⁴⁰ Section 27(1) of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 บัญญัติว่า “The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of embryo or sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.”

ประการแรก บทบัญญัติดังกล่าวจะนำไปใช้กับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่มีการนำตัวอ่อนเข้าไปในร่างกาย เช่น โดยใช้เทคนิคการย้ายฝากตัวอ่อน (Embryo transfer) กับการนำเชื้ออสุจิและไข่เข้าไปในร่างกายเท่านั้น ซึ่งในกรณีหลังนี้ จะต้องเป็นการนำทั้งเชื้ออสุจิและไข่เข้าไปในร่างกาย เช่นโดยใช้เทคนิคการย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อนำไข่ (Gamete Intrafallopian Transfer หรือ GIFT) หากเป็นการนำเชื้ออสุจิหรือไข่แต่เพียงอย่างเดียวเข้าไปในร่างกายก็จะไม่อยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรานี้ ดังนั้นหากมีการนำไข่ที่ได้รับการบริจาคเข้าไปในร่างกายและไข่นั้นได้รับการผสมตามธรรมชาติ กรณีเช่นนี้ก็จะต้องนำหลักกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้ ซึ่งก็จะมีผลไปในการทำงานเดียวกันคือมารดาผู้ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่สอง หลักเกณฑ์ที่กล่าวมานี้จะต้องนำไปใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนด้วย กล่าวคือหากการรับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นโดยการฉีดเชื้ออสุจิและไข่เข้าไปในร่างกายหรือมีการปฏิสนธินอกในร่างกายแล้วย้ายฝากตัวอ่อนเข้าไปในร่างกาย ความเป็นมารดาของเด็กก็ต้องถือตามกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act 1990 แต่หากการรับตั้งครรภ์เกิดจากการปฏิสนธิด้วยวิธีอื่นก็ต้องนำกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้บังคับ

กล่าวโดยสรุป กฎหมายอังกฤษจะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นมารดาของบุตรเฉพาะจากการให้กำเนิดบุตรเท่านั้น โดยมารดาที่ให้กำเนิดจะถือเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายตามผลของกฎหมายใด จำต้องพิจารณาเป็นกรณีไปดังที่กล่าวข้างต้น สำหรับการรับตั้งครรภ์แทนนั้นมารดาที่ให้กำเนิดย่อมถือว่าเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายแต่เพียงผู้เดียว โดยไม่ถือว่าหญิงที่ทำสัญญาว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาตามกฎหมาย ไม่ว่าจะมีการนำไข่ของหญิงนั้นมาใช้ในการผสมเทียมหรือไม่ก็ตาม

4.1.5.2 ความเป็นบิดา

ความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ถือเป็นประเด็นที่มีความสลับซับซ้อนและอ่อนไหวมากที่สุดเรื่องหนึ่ง คณะกรรมการวอร์นอคได้เสนอความเห็นในเรื่องนี้ว่า สามียของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรจากการฉีดเชื้ออสุจิของผู้บริจาคนั้นควรที่จะถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น หากสามียของหญิงนั้นให้ความยินยอมในการกระทำได้ดังกล่า⁴¹

กฎหมายฉบับแรกของอังกฤษที่ยอมรับหลักการดังกล่าวนี้ก็คือพระราชบัญญัติว่าด้วยการปฏิรูปกฎหมายครอบครัว (Family Law Reform Act 1987) โดยมาตรา 27 ของกฎหมายฉบับนี้มีหลักการว่า หากสามียโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ได้รับการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากผู้บริจาคให้ความยินยอมในการนั้น ชายคนดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของ

⁴¹ Warnock, M, อ้างแล้ว, หน้า 23-24.

เด็กที่เกิดมา โดยผลของมาตรานี้ ชายที่บริจาคเชื้ออสุจิจะไม่มีสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ ต่อเด็กนั้นแม้แต่น้อย

บทบัญญัติมาตรา 27 ของกฎหมายข้างต้นมีข้อจำกัดอยู่ 2 ประการคือ

ประการแรก กฎหมายนี้นำไปใช้บังคับกับเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อของผู้บริจาคเท่านั้น แต่ไม่ครอบคลุมถึงเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยวิธีอื่น เช่น โดยการใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาค (Donated embryo) ดังนั้นเด็กที่เกิดจากกรรมวิธีอื่นนอกจากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อของผู้บริจาคก็จะไม่ถือว่าเป็นบุตรของสามีของหญิงที่ให้กำเนิดเด็กนั้น แม้สามีจะให้ความยินยอมก็ตาม

ประการที่สอง กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับกับเฉพาะแต่คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นหากมีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากผู้บริจาคให้แก่หญิงที่ไม่ได้สมรสโดยชอบ ก็จะไม่ถือว่าสามีของหญิงนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แม้สามีนั้นจะให้ความยินยอมก็ตาม ในกรณีเช่นนี้ก็จะถือว่า ชายผู้บริจาคเชื้ออสุจิเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมาเนื่องจากมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กนั่นเอง⁴²

จะเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวนี้ได้ก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงประสงค์หลายประการ ในการร่างกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act จึงได้มีการถกเถียงประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์อย่างกว้างขวางเพื่อขจัดปัญหาที่คลุมเครือให้หมดไป ซึ่งในที่สุดกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ของความเป็นบิดาของเด็กให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น และได้ยอมรับสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ซึ่งบิดามารดามีได้สมรสกันตามกฎหมายด้วย

สถานะความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 28 ของกฎหมายดังกล่าวข้างต้น โดยหลักการนี้ครอบคลุมไปถึงสถานะความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนซึ่งมีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้ด้วย กฎหมายฉบับนี้แยกแยะความแตกต่างของสถานะความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนไว้เป็น 2 กรณีคือ กรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย และกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีแรก หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย สามีของหญิงนั้นก็จะเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น⁴³ ในกรณีนี้ความยินยอมของสามีมีความสำคัญมากเพราะถึงแม้สามีจะ

⁴² Norrie, K, United Kingdom: Legal Regulation of Human Reproduction, อ้างแล้ว, หน้า 206-207.

⁴³ Section 28(2) of the Human Fertilisation and Embryology Act

พิสูจน์ได้ว่าเด็กที่เกิดมานั้นไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตนเอง เช่น โดยการพิสูจน์ลายพิมพ์ดีเอ็นเอ ชายคนดังกล่าวก็ยังต้องถือเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กเพราะตนได้ให้ความยินยอมแล้ว อย่างไรก็ตาม หากสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้ให้ความยินยอมแล้ว ก็จะไม่ถือว่าชายนั้นเป็นบิดาของเด็ก แต่จะถือว่าเด็กนั้นเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (Legally fatherless child)

ในกรณีที่สองคือเมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น ต้องพิจารณาว่ากระบวนการตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายหรือไม่หากกระบวนการตั้งครรภ์เกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ชายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์จะมีสถานะเป็นเพียงผู้บริจาคเชื้ออสุจิเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายจะไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็ก⁴⁴ ดังนั้นเด็กที่เกิดมาก็จะถือว่าเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน แต่หากปรากฏว่ากระบวนการในการตั้งครรภ์นั้นไม่ได้เกิดขึ้นด้วยความช่วยเหลือของแพทย์ในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย เช่น โดยการที่หญิงนั้นฉีดเชื้ออสุจิของฝ่ายชายที่ว่าจ้างเข้าไปในโพรงมดลูกด้วยตนเอง (Do-it-yourself Insemination) หรือแม้กระทั่งโดยการมีเพศสัมพันธ์กับชายที่ว่าจ้าง ชายที่เป็นเจ้าของเชื้ออสุจินั้นย่อมเป็นบิดาของเด็กตามกฎหมายคอมมอนลอว์ เพราะกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act ไม่ได้เปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายในกรณีเช่นนี้แต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่า กฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act ได้สร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น หลักเกณฑ์ดังกล่าวต้องนำไปใช้กับเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนด้วยเช่นกัน ซึ่งก่อให้เกิดผลดีประการหนึ่งคือ เป็นการกำหนดหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กไว้โดยชัดเจน ดังนั้นแม่เด็กที่เกิดมานั้นจะมีความพิการไม่ว่าทางร่างกายหรือสมอง ซึ่งทำให้คู่สมรสที่ว่าจ้างไม่ต้องการรับเด็กมาอุปการะต่อไป เด็กนั้นก็จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์ รวมทั้งของสามีตามกฎหมายของหญิงนั้นหากได้ให้ความยินยอม บิดามารดาของเด็กย่อมไม่อาจปฏิเสธหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้

4.1.5.3 ความเป็นบิดามารดาตามคำสั่งศาล (Parental Order)

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า ตามกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นย่อมถือว่าเป็นมารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน คู่สมรสที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนจะเป็นบิดามารดาตามกฎหมายของเด็กได้ก็ต่อเมื่อมีการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น ในระหว่างการร่างกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act ได้มีคดีเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอังกฤษ ในคดีนี้คู่สมรสคู่หนึ่งซึ่งภรรยาไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ได้นำไข่ของฝ่ายภรรยาไปผสมกับเชื้ออสุจิของสามี แล้วได้นำตัวอ่อนที่ได้ไปฝากไว้ใน

⁴⁴ Section 28(6) of the Human Fertilisation and Embryology Act

กรรมของหญิงอีกคนหนึ่ง ต่อมาหญิงคนนี้ได้คลอดบุตรฝาแฝด ปัญหาที่ขึ้นสู่ศาลคือ เป็นการสมควรรหรือไม่ที่จะให้เด็กทารกฝาแฝดอยู่ในอำนาจปกครองของคู่สมรสที่ว่าจ้างนี้ ผู้พิพากษา Scott Baker วินิจฉัยว่า ในคดีนี้การที่เด็กได้อยู่กับบิดาและมารดาทางพันธุกรรมย่อมเป็นประโยชน์แก่เด็กมากกว่า และยังได้กล่าวต่อไปว่าในกรณีเช่นปัญหาสำคัญมีได้อยู่ที่ว่าเด็กควรที่จะอยู่ในอำนาจปกครองของใคร แต่อยู่ที่ว่าจะมีมาตรการอย่างไรที่จะเป็นหลักประกันได้ว่าเด็กจะได้อยู่อาศัยกับคู่สมรสที่ว่าจ้าง⁴⁵

จากคำพิพากษาดังกล่าวนี้อาจเห็นได้ว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรยังคงถือเป็นมารดาของเด็ก แม้คู่สมรสที่ว่าจ้างจะได้รับเด็กไปอยู่ในความปกครอง แต่คู่สมรสนั้นก็ยังคงต้องไปจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ค.ศ. 1976 ซึ่งมีขั้นตอนที่ยุ่งยากและใช้เวลานาน คู่สมรสนี้จึงได้นำเรื่องไปร้องเรียนต่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่าเหตุใดตนเองซึ่งเป็นบิดามารดาตามพันธุกรรมยังคงต้องรับบุตรของตนเองเป็นบุตรบุญธรรม⁴⁶ รัฐสภาของอังกฤษจึงได้นำแนวคิดจากคำพิพากษาข้างต้นมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย โดยมีหลักการว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างให้มีการตั้งกรรมแทนอายุยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งกรรมแทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้ ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้⁴⁷

- ก. เด็กนั้นต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย
- ข. คู่สมรสที่ว่าจ้างต้องสมรสกันตามกฎหมายและมีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี
- ค. หญิงที่รับตั้งกรรมแทนและสามีต้องให้ความยินยอม แต่ความยินยอมเช่นว่านี้จะเกิดขึ้นก่อนระยะเวลาหกสัปดาห์หลังจากการคลอดบุตรไม่ได้
- ง. ต้องไม่ปรากฏว่ามีการชำระค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นตามสมควร ในการตั้งกรรมแทน เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาล
- จ. เด็กนั้นต้องอาศัยอยู่กับคู่สมรสที่ว่าจ้างทั้งในขณะที่ยื่นคำร้องและขณะที่ศาลมีคำสั่ง และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายต้องอาศัยอยู่ในสหราชอาณาจักร
- ฉ. ต้องยื่นคำร้องต่อศาลภายในหกเดือนนับแต่เด็กคลอด

บทบัญญัติข้างต้นนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1995 เป็นต้นมา โดยผลของกฎหมายดังกล่าว คู่สมรสที่ว่าจ้างให้ตั้งกรรมแทนสามารถที่จะยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งว่าตนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ โดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม อย่างไรก็ตาม ศาลจะมีคำสั่งให้คู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาตามคำสั่งหรือไม่นั้นยังคงอยู่ในดุลพินิจของศาล มาตรา 30(9) ของกฎหมายนี้ได้บัญญัติให้มีการออกกฎระเบียบในการวาง

⁴⁵ Re W (minors) Surrogacy [1991] 1 F.L.R. 385.

⁴⁶ Department of Health, อ้างแล้ว, หน้า 20.

⁴⁷ Section 30 of the Human Fertilisation and Embryology Act

หลักเกณฑ์ที่จะคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก ซึ่งกฎระเบียบที่ออกตามความในมาตรานี้ได้ให้อำนาจศาลที่จะตั้งผู้แทนเฉพาะคดี⁴⁸ (*Guardians ad litem*) ขึ้นเพื่อพิจารณาว่าคำร้องขอเป็นบิดามารดาของเด็กเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้หรือไม่ และเมื่อพิจารณาจากหลักการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กแล้ว มีเหตุผลใดหรือไม่ที่ศาลไม่ควรออกคำสั่งเช่นนั้น⁴⁹

มีข้อสังเกตว่า แม้ศาลจะมีคำสั่งว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างจะเป็นบิดามารดาตามกฎหมายของเด็ก แต่ในสูติบัตรของเด็กนั้นก็ยังคงต้องปรากฏชื่อของมารดาที่ให้กำเนิดเด็กนั้นอยู่นั่นเอง บทบัญญัติมาตราดังกล่าวข้างต้นไม่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ และเด็กนั้นสามารถที่จะทราบสถานะของตนเองได้เมื่อมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์

จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ตามกฎหมายข้างต้นนี้ไม่ได้ถูกบัญญัติมาเพียงเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างเท่านั้น แต่ยังได้คำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญ ผู้ปกครองที่ศาลแต่งตั้งจะมีบทบาทมากในการพิจารณาว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างสมควรที่จะเป็นบิดามารดาตามคำสั่งศาลหรือไม่ นอกจากนี้การกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถให้ความยินยอมได้ก่อนสิ้นระยะเวลา 6 สัปดาห์นับแต่คลอดบุตรนั้น ก็เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นมาเพื่อเป็นหลักประกันว่าการให้ความยินยอมของหญิงนั้นเป็นความยินยอมที่แท้จริง เนื่องจากในช่วงระยะเวลาดังกล่าวนี้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้สัมผัสกับความเป็นผู้ให้กำเนิดบุตรแล้ว หากหญิงนั้นยังคงให้ความยินยอมก็น่าเชื่อว่าจะเป็นความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวล่วงหน้าอย่างแท้จริง (*Real informed consent*)

4.1.6 อำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน

ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นปัญหาที่มักเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงที่ทำไว้ล่วงหน้า กรณีที่มักเกิดขึ้นเสมอก็คือเมื่อมีการคลอดบุตรแล้ว หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนปฏิเสธที่จะส่งมอบเด็กนั้นให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างหรือไม่ยอมให้ความยินยอมในการที่คู่สมรสนั้นจะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ปัญหาในเรื่องอำนาจปกครองบุตรจำเป็นต้องแยกออกจากปัญหาความเป็นบิดามารดา เพราะความเป็นบิดามารดาเป็นเพียงสถานะทางกฎหมายที่กำหนดขึ้นเท่านั้น แต่มิได้เป็นเครื่องชี้วัดแต่เพียงอย่างเดียวว่าเด็กนั้นต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเสมอไป เพราะในการพิจารณาอำนาจปกครองเด็กนั้นจะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญ

⁴⁸ *Guardians ad litem* มักเป็นนักกฎหมายที่แต่งตั้งโดยศาลเพื่อเป็นผู้แทนให้กับบุคคลไร้ความสามารถหรือผู้เยาว์ เป็นรายคดี (a lawyer appointed by the court to appear in a lawsuit on behalf of an incompetent or minor party)

⁴⁹ Parental Orders (Human Fertilisation and Embryology) Regulation 1994 (S.I. No. 2767).

พระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก (Children Act 1989) มาตรา 1(1) กำหนดให้ศาลอังกฤษต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นการสูงสุด⁵⁰ ศาลอังกฤษในคดี Re P (minors) (wardship: surrogacy)⁵¹ กล่าวว่า

“ศาลมีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กที่เกี่ยวข้องเป็นประการแรกและประการสูงสุด หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อตกลงที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ทำกันไว้นั้นมิได้เป็นไปโดยคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กอย่างเพียงพอ ศาลก็ย่อมมีอำนาจที่จะเพิกถอนข้อตกลงนั้นได้”

เนื่องจากตามกฎหมายอังกฤษ ศาลเป็นองค์กรเดียวเท่านั้นที่มีอำนาจกำหนดอำนาจปกครองของเด็ก ในสัญญารับตั้งกรรมแทน คู่สัญญาจึงไม่สามารถที่จะตกลงหรือบังคับให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจปกครองเด็กโดยปราศจากความเห็นชอบของศาลได้⁵² การพิจารณาอำนาจปกครองเด็กของศาลนั้น ไม่จำเป็นเสมอไปว่าบิดามารดาตามกฎหมายเท่านั้นที่มีอำนาจปกครองเด็ก ศาลอาจกำหนดให้คู่สมรสที่จำงให้ตั้งกรรมแทนมีอำนาจปกครองก็ได้ เช่น ในคดี Re C (A Minor) (Wardship : Surrogacy) ศาลกำหนดให้คู่สมรสที่จำงมีอำนาจปกครอง แต่ในคดี Re P (Minors) (Wardship: Surrogacy) ศาลมีคำสั่งให้อำนาจปกครองตกแก่หญิงที่รับจำงตั้งกรรมแทน การพิจารณากำหนดอำนาจปกครองของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งกรรมแทนจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป

ในสัญญารับตั้งกรรมแทน ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ก็คือเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างไม่ต้องการที่จะรับเด็กนั้นอยู่ในอำนาจปกครองของตน เช่นเมื่อเด็กที่เกิดมานั้นมีความพิการ ในกรณีเช่นนี้ การกำหนดให้เด็กต้องอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดาตามกฎหมายหรือแม้กระทั่งคู่สมรสที่จำงให้ตั้งกรรมแทนย่อมเห็นได้ชัดว่าไม่เป็นประโยชน์แก่เด็ก ศาลจึงมีอำนาจที่จะกำหนดให้บุคคลที่สามเป็นผู้ปกครองเด็กก็ได้⁵³

กล่าวโดยสรุป ประเทศอังกฤษมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการรับตั้งกรรมแทนที่สลับซับซ้อนและเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายฉบับ แม้ว่าการรับตั้งกรรมแทนในประเทศอังกฤษจะไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย แต่การจัดตั้งองค์กรเพื่อแสวงหากำไรจากการรับตั้งกรรมแทนยังถือเป็นความผิดอยู่ สำหรับสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งกรรมแทนนั้น กฎหมายอังกฤษยังคงยึดถือโดยเคร่งครัดว่ามารดาที่ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

⁵⁰ Section 1(1) of the Children Act 1989 บัญญัติว่า “The child welfare is the court’s paramount consideration.”

⁵¹ [1987] 2 F.L.R. 421.

⁵² Kennedy, I, and A. Grubb, อ้างแล้ว, หน้า 853.

⁵³ Kennedy, I, and A. Grubb, อ้างแล้ว, หน้า 859.

ส่วนสถานะความเป็นบิดานั้นจะเปลี่ยนแปลงไปแล้วแต่กรณี แต่กฎหมายอังกฤษก็มีบทบัญญัติที่อนุญาตให้คู่สมรสที่ว่างใจให้มีการตั้งครรภ์สามารถยื่นคำร้องต่อศาลขอเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งจะมีขั้นตอนที่รวดเร็วกว่าการรับบุตรบุญธรรม แต่ทั้งนี้การยื่นคำร้องขอเป็นบิดามารดาตามคำสั่งศาลนั้นต้องได้รับความยินยอมจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้วย ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาในสัญญาับตั้งครรภ์แทน คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่อาจฟ้องร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาได้ และศาลเท่านั้นที่มีอำนาจกำหนดอำนาจปกครองของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน โดยศาลจะพิจารณาจากสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

4.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งที่มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดเจน ซึ่งทำให้ทุกมลรัฐมีหน้าที่ในการออกกฎหมายไปในทางที่เอื้อประโยชน์แก่การใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน ขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐนั้นมีอยู่กว้างขวางมาก สิทธิและเสรีภาพในการสืบพันธุ์ (Procreative rights and liberty) อาจนับว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพอย่างหนึ่งที่ได้รับการรับรองภายใต้รัฐธรรมนูญ การบัญญัติกฎหมายหรือการวินิจฉัยคดีในศาลเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะเป็นไปในทางส่งเสริมสนับสนุนหรือการจำกัดและควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนจึงมักจะมีปัญหาตามมาอยู่เสมอว่ากฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลเช่นนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในปัจจุบันกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนในแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวนโยบายในการออกกฎหมายของมลรัฐหรือการตีความของศาลที่ตั้งอยู่ในมลรัฐนั่นเอง

ประเทศสหรัฐอาจนับได้ว่าเป็นประเทศที่มีการรับตั้งครรภ์แทนมากที่สุดในโลก เนื่องจากมีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นอย่างมาก ประกอบกับมีการก่อตั้งตัวแทนหรือคนกลางในการติดต่อหาบุคคลที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนขึ้นอย่างเป็นระบบ เมื่อมีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นจำนวนมาก ปัญหาความขัดแย้งระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในสัญญาับตั้งครรภ์แทนก็มีเป็นจำนวนมากเช่นกัน ดังนั้นจึงมีความพยายามที่จะออกกฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal law) เพื่อให้การรับตั้งครรภ์แทนทั้งหมดในประเทศสหรัฐอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน

ในปี ค.ศ. 1989 ได้มีการเสนอร่างกฎหมายสองฉบับเพื่อห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายฉบับแรกซึ่งมีชื่อเรียกว่า “Surrogacy Arrangement Act of 1989” ได้ถูกเสนอโดยนายโรมัส ลูเคน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคเดโมแครตจากรัฐโอไฮโอ ร่างกฎหมายฉบับนี้เสนอให้มีบทลงโทษทางอาญาแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายในสัญญาับตั้งครรภ์แทนตลอดจนตัวแทนหรือคนกลางในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนนั้น หากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า ร่างกฎหมายฉบับนี้ยังเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมาย Federal Trade

Commission Act เพื่อให้อำนาจคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลางมีอำนาจสั่งห้ามมิให้มีการโฆษณาใดๆ เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนด้วย แต่ในที่สุดร่างกฎหมายฉบับนี้ก็ไม่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการพลังงานและการค้าแห่งสภาผู้แทนราษฎร⁵⁴

ร่างกฎหมายฉบับที่สองถูกเสนอโดยนายโรเบิร์ต ดอร์แนส สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรครีพับลิกันจากรัฐแคลิฟอร์เนีย ร่างกฎหมายฉบับนี้มีชื่อเรียกว่ากฎหมาย “Anti-Surrogate Mother Act of 1989” ภายใต้ร่างกฎหมายฉบับนี้ การกระทำทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะเป็นการจัดหาหญิงรับตั้งครรภ์แทน การโฆษณา หรือการให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาทั้งสิ้น ร่างกฎหมายฉบับนี้ยังเสนอให้สัญญาับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะมีประโยชน์ทางการค้าหรือไม่เป็นสัญญาที่เป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายฉบับนี้ก็ไม่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการยุติธรรมของสภาผู้แทนราษฎรเช่นเดียวกัน⁵⁵

จะเห็นได้ว่า แม้จะมีความพยายามในการเสนอร่างกฎหมายเพื่อห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์หลายครั้ง แต่ก็มักจะไม่ประสบความสำเร็จ ในปัจจุบันจึงยังไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางออกมาใช้บังคับ หลักเกณฑ์ของการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศสหรัฐจึงแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ โดยกฎหมายในระดับมลรัฐจะมีหลักเกณฑ์ใหญ่ๆ อยู่ 2 เรื่องคือ การกำหนดสถานะทางกฎหมายของสัญญาับตั้งครรภ์แทนและการกำหนดความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน ในส่วนนี้จะพิจารณาหลักเกณฑ์ตามกฎหมายทั้งสองกรณีโดยละเอียดต่อไป

4.2.1 สถานะทางกฎหมายของสัญญาับตั้งครรภ์แทน

สถานะทางกฎหมายของสัญญาับตั้งครรภ์แทนในแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกันออกไป แต่โดยส่วนใหญ่แล้ว กฎหมายของแต่ละมลรัฐมักจะได้รับอิทธิพลมาจากแนวคำพิพากษาของศาลที่ตั้งอยู่ในมลรัฐนั้น แต่ก็มีบางมลรัฐที่ออกกฎหมายเพื่อเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาเช่นเดียวกัน กล่าวโดยทั่วไปแล้ว อาจแบ่งสถานะทางกฎหมายของสัญญาับตั้งครรภ์แทนออกได้เป็น 3 กลุ่มคือ กลุ่มที่กำหนดโทษทางอาญาไว้ กลุ่มที่ถือว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย และกลุ่มที่ถือว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับได้ ในส่วนนี้จะได้อธิบายรายละเอียดของกฎหมายต่างๆ ต่อไป

ก. กฎหมายกลุ่มที่กำหนดโทษทางอาญาไว้

⁵⁴ Krim, T, Beyond Baby M: International Perspectives on Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother, 1996, 5 Annals Health L. 193, p. 213-214.

⁵⁵ เฟิงอ้าง.

ในประเทศสหรัฐ มีมลรัฐทั้งหมด 6 มลรัฐที่กำหนดโทษทางอาญาไว้สำหรับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรรค์แทน ซึ่งประกอบด้วย มลรัฐมิชิแกน ยูทาห์ วอชิงตัน นิวเจอร์ซีย์ และเดลาแวร์ โดยแต่ละมลรัฐมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่แตกต่างกันออกไป มลรัฐมิชิแกนถือเป็นมลรัฐที่มีกฎหมายห้ามการรับตั้งครรรค์แทนที่เข้มงวดที่สุด โดยห้ามมิให้บุคคลทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่ประสงค์จะเป็นคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรรค์แทนหรือคนกลางเข้าทำสัญญาใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรรค์แทนเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ ผู้ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายจะได้รับโทษสูงมากคือจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับไม่เกิน 50,000 ดอลลาร์สหรัฐหรือทั้งจำและปรับ

ส่วนมลรัฐอื่นของสหรัฐคือ ยูทาห์ วอชิงตัน นิวเจอร์ซีย์ และเดลาแวร์ ได้กำหนดโทษทางอาญาสำหรับการรับตั้งครรรค์แทนเชิงพาณิชย์ไว้เช่นกัน โดยเดลาแวร์ถือว่าบุคคลที่เป็นคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรรค์แทนหรือคนกลางที่ติดต่อหรือชักนำให้มีการทำสัญญาต้องถูกจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐหรือทั้งจำทั้งปรับ มลรัฐเดลาแวร์กำหนดโทษในลักษณะเช่นนี้ไว้คือจำคุกไม่เกิน 30 วันหรือปรับระหว่าง 100 ถึง 200 ดอลลาร์สหรัฐ ส่วนมลรัฐนิวเจอร์ซีย์กำหนดโทษทางแพ่ง (civil penalty) สำหรับคู่สัญญารับตั้งครรรค์แทนกับคนกลางไว้แตกต่างกัน โดยคู่สัญญารับตั้งครรรค์แทนต้องระวางโทษเพียงปรับไม่เกิน 500 ดอลลาร์สหรัฐ แต่คนกลางในสัญญารับตั้งครรรค์แทนต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ แต่หากมีการกระทำความผิดเป็นครั้งที่สอง คนกลางนี้จะถือว่ากระทำความผิดทางอาญาสถานเบา (felony) สำหรับยูทาห์และวอชิงตันถือว่าทั้งคู่สัญญาและคนกลางในสัญญารับตั้งครรรค์แทนกระทำความผิดทางอาญาสถานเบา (misdemeanor) เท่านั้น

ข. กฎหมายกลุ่มที่ถือว่าสัญญารับตั้งครรรค์แทนเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

ในมลรัฐส่วนใหญ่ที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนบัญญัติไว้โดยเฉพาะ สัญญารับตั้งครรรค์แทนจะถือว่าเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและตกเป็นโมฆะ คู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรรค์แทนหรือคนกลางจึงไม่สามารถบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาได้ กฎหมายในกลุ่มนี้อาจแบ่งได้เป็นสองประเภทย่อยๆ คือ กลุ่มที่ถือว่าสัญญารับตั้งครรรค์แทนเป็นโมฆะทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นสัญญารับตั้งครรรค์แทนแบบมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม กฎหมายในกลุ่มนี้ได้แก่กฎหมายในมลรัฐอริโซนา อินเดียนา นอร์ทดาโกตา นิวเจอร์ซีย์ และเทนเนสซี ส่วนกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งถือว่าสัญญารับตั้งครรรค์แทนเชิงพาณิชย์เท่านั้นที่เป็นโมฆะ กฎหมายในกลุ่มนี้ได้แก่กฎหมายในมลรัฐเคนตักกี หลุยส์เซียนา เนบราสก้า ยูทาห์ และวอชิงตัน

ค. กฎหมายกลุ่มที่ถือว่าสัญญารับตั้งครรรค์แทนชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับได้

ในปัจจุบันมีเพียง 4 มลรัฐในสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่บัญญัติกฎหมายรับรองว่าสัญญารับตั้งครรรค์แทนเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและสามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้คือ มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ เวอร์จิเนีย ฟลอริดา และเนวาดา อย่างไรก็ตามกฎหมายในมลรัฐเหล่านี้ได้ห้ามมิให้มีการ

จ่ายค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากค่ารักษาพยาบาลทางการแพทย์ที่จำเป็นเท่านั้น มีข้อสังเกตว่า ในมลรัฐเวอร์จิเนียและนิวแฮมป์เชียร์นั้น กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขที่เข้มงวดก่อนที่จะมีการทำสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้กำหนดให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการทำสัญญารับตั้งครรรภ์แทนเพื่อคุ้มครองประโยชน์และความผาสุกของคู่สัญญาทุกฝ่าย ตลอดจนเด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทนนั้นด้วย รายละเอียดของกฎหมายในมลรัฐดังกล่าวนี้จะได้กล่าวถึงต่อไป

กล่าวโดยสรุป กฎหมายที่กำหนดสถานะของสัญญารับตั้งครรรภ์แทนในประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งได้เป็น 3 กลุ่มดังที่ได้กล่าวมาแล้ว กลุ่มแรกคือกลุ่มที่สัญญาไม่มีผลบังคับทางกฎหมายและได้กำหนดโทษทางอาญาไว้สำหรับผู้ฝ่าฝืนด้วย กลุ่มที่สองคือกลุ่มกฎหมายที่ถือว่าสัญญารับตั้งครรรภ์แทนไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อาจไม่ถือว่าการฝ่าฝืนเป็นความผิดทางอาญา ในบางมลรัฐอาจถือเพียงแต่สัญญารับตั้งครรรภ์แทนเชิงพาณิชย์เท่านั้นที่จะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ แต่กฎหมายในบางมลรัฐถือว่าสัญญารับตั้งครรรภ์แทนเป็นโมฆะทั้งหมด ไม่ว่าจะมีความตอบแทนหรือไม่ก็ตาม และกฎหมายกลุ่มสุดท้ายคือกฎหมายที่ถือว่าสัญญารับตั้งครรรภ์แทนชอบด้วยกฎหมายและสามารถนำมาฟ้องร้องบังคับคดีได้ โดยกฎหมายในกลุ่มนี้มักจะมีเงื่อนไขที่เข้มงวดที่จะคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทน

4.2.2 ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทน

ปัญหาความเป็นบิดามารดาเป็นปัญหาสำคัญที่นำไปสู่ข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนในชั้นศาลมากที่สุดเรื่องหนึ่ง แต่เดิมก่อนที่เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์จะมีความก้าวหน้าดังเช่นในปัจจุบัน กฎหมายของทุกมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาก็เป็นเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศในระบบคอมมอนลอว์อื่น กล่าวคือ หญิงผู้ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่ถือว่าเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้น และหากหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายผู้เป็นสามีย่อมถือว่าเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมา⁵⁶ แต่เมื่อมีการพัฒนาเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์มากยิ่งขึ้น ทำให้มีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องกับการกำเนิดของเด็กและอาจอ้างสิทธิในความเป็นบิดามารดาของเด็กนั้น ปัญหาในลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นในทุกมลรัฐไม่ว่าจะเป็นมลรัฐที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนหรือไม่ก็ตาม ในส่วนนี้จะพิจารณาปัญหาความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทน ทั้งตามกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางและกฎหมายในระดับมลรัฐ ตลอดจนแนวคำพิพากษาของศาลในระดับมลรัฐด้วย

4.2.2.1 กฎหมายระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law)

⁵⁶ Goodwin, A, Determination of Legal Parentage in Egg Donation, Embryo Transplantation, and Gestational Surrogacy Arrangements, 1992, 26 Fam. L.Q. 275, 277.

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางในการควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะ ในทำนองเดียว ก็ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายของรัฐบาลกลางที่บัญญัติแสดงสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนไว้โดยตรง ความพยายามในการสร้างกฎหมายกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันหรือสอดคล้องคล่องกันนั้นได้มีมานานแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปี ค.ศ. 1973 ที่ประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐ (National Conference of Commissioners on Uniform State Law) ซึ่งประกอบไปด้วยตัวแทนนักกฎหมายจากทุกมลรัฐ ในประเทศสหรัฐ ได้เสนอรูปแบบของกฎหมายฉบับหนึ่งเรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยความเป็นบิดามารดาที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน” (The Uniform Parentage Act หรือ U.P.A.) เพื่อให้เป็นกฎหมายแม่แบบแก่มลรัฐต่างๆ ในการออกกฎหมายเกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

กฎหมาย U.P.A. ได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายแม่แบบในการร่างกฎหมายของมลรัฐในประเทศสหรัฐเป็นอย่างมาก บางมลรัฐได้รับเอาหลักการตามกฎหมายดังกล่าวมาบัญญัติไว้ทั้งหมด โดยไม่มีการแก้ไข บางมลรัฐก็ได้นำสาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าวมาบัญญัติไว้โดยมีการแก้ไขเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ตามหลักการในกฎหมายฉบับนี้ ความเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็กย่อมพิสูจน์ได้จากการที่หญิงได้ให้กำเนิดเด็กนั้นหรือตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้⁵⁷ จะเห็นได้ว่าการพิสูจน์ความเป็นมารดาของเด็กตามกฎหมายนี้สามารถทำได้ 2 วิธี คือ โดยการพิสูจน์ว่าหญิงนั้นได้ให้กำเนิดบุตร อย่างหนึ่ง กับโดยการพิสูจน์ด้วยวิธีการอื่นตามกฎหมายนี้ อีกอย่างหนึ่งอย่างไรก็ดี แม้ว่ากฎหมาย U.P.A. จะให้สิทธิแก่บุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตรไว้ แต่ก็มิได้กล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่าการพิสูจน์ด้วยวิธีการอื่นนอกจากที่พิสูจน์ว่าหญิงนั้นให้กำเนิดบุตรจะต้องกระทำการอย่างไร ทั้งนี้ก็อาจจะมาจากเหตุผลที่ว่า คณะกรรมการดังกล่าวเห็นว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตรนั้นเกิดขึ้นไม่บ่อยนัก ดังนั้นผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีเหล่านี้ก็ควรที่จะสามารถใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ในการเลือกนำบทบัญญัติตามกฎหมายฉบับนี้มาใช้บังคับให้สอดคล้องกับสภาพของคดีแต่ละคดีให้มากที่สุด⁵⁸

ประเด็นที่ถือว่ามีผลสำคัญมากในกฎหมาย U.P.A. ก็คือ สถานะความเป็นบิดาของเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เด็กนั้นเกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ มีข้อสังเกตว่า

⁵⁷ Section 3 of the Uniform Parentage Act บัญญัติว่า “The Parent and child relationship between a child and...the natural mother may be established [ascertained] by proof of her having giving birth to the child, or under this Act.”

⁵⁸ Hofheimer, A, Gestational Surrogacy: Unsettling State Parentage Law and Surrogacy Policy, 1992, 19 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 571, 585.

แม้กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้มุ่งที่จะกำหนดสถานะความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์โดยตรง แต่กฎหมายนี้ก็มิมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมด้วย ซึ่งตามกฎหมายนี้ถือว่าสามีของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรจะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของเด็กนั้น การโต้แย้งข้อสันนิษฐานตามกฎหมายนี้จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีพยานหลักฐานที่ชัดเจนและน่าเชื่อถือเท่านั้น⁵⁹

สำหรับสถานะของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมนั้น ตามกฎหมายนี้ถือว่า หากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อได้กระทำแก่หญิงมีสามีภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์ และสามีของหญิงนั้นได้ให้ความยินยอมแล้ว จะถือว่าสามีของหญิงนั้นเป็นบิดาของเด็ก นอกจากนั้น กฎหมายฉบับนี้ยังได้บัญญัติต่อไปว่า ผู้ที่บริจาคน้ำเชื้อให้แก่แพทย์ที่ได้รับอนุญาตนั้นไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็ก เว้นแต่หญิงที่ได้รับการฉีดเชื้อนั้นจะเป็นภรรยาของชายดังกล่าว⁶⁰

จะเห็นได้ว่า แม้กฎหมาย U.P.A. จะสามารถนำไปใช้ในการกำหนดสถานะของเด็กที่เกิดจากการปฏิสนธินอกร่างกายได้ในบางกรณี แต่ก็ยังคงมีช่องว่างหากการปฏิสนธินอกร่างกายนั้นมีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น เมื่อมีการนำไข่บริจาคมาใช้ในการปฏิสนธินอกร่างกายหรือมีการรับตั้งครรภ์แทน เป็นต้น ในปี ค.ศ. 1988 ที่ประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐจึงได้ประกาศรับรองรูปแบบของกฎหมายอีกฉบับหนึ่งเรียกว่า

⁵⁹ Section 4 of the Uniform Parentage Act บัญญัติว่า "(a) A man is presumed to be the natural father of a child if: (1) he and the child's natural mother are or have been married to each other and the child is born during the marriage,... (b) A presumption under this section may be rebutted in an appropriate action only by clear and convincing evidence. If two or more presumptions arise which conflict with each other, the presumption which on the facts is founded on the weightier considerations of policy and logic controls. The presumption is rebutted by a court decree establishing paternity of the child by another man."

⁶⁰ Section 5 of the Uniform Parentage Act บัญญัติว่า "(a) If, under the supervision of a licensed physician and with the consent of her husband, a wife is inseminated artificially with semen donated by a man not her husband, the husband is treated in law as if he were the natural father of a child thereby conceived. The husband's consent must be in writing and signed by him and his wife. The physician shall certify their signatures and the date of the insemination, and file the husband's consent with the [State Department of Health], where it shall be kept confidential and in a sealed file. However, the physician's failure to do so does not affect the father and child relationship. All papers and records pertaining to the insemination, whether part of the permanent record of a court or of a file held by the supervising physician or elsewhere, are subject to inspection only upon an order of the court for good cause shown. (b) The donor of semen provided to a licensed physician for use in artificial insemination of a married woman other than the donor's wife is treated in law as if he were not the natural father of a child thereby conceived."

“กฎหมายว่าด้วยสถานะของเด็กที่เกิดจากการช่วยปฏิสนธิที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน” (Uniform Status of Children of Assisted Conception Act หรือ U.S.C.A.C.A.) โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้เป็นแม่แบบของกฎหมายที่กำหนดสถานะของเด็กที่เกิดจากการช่วยปฏิสนธิโดยเฉพาะ

ในส่วนที่เกี่ยวกับสถานะของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน กฎหมายฉบับนี้ได้เสนอรูปแบบของกฎหมายให้มลรัฐต่างๆ รับไปบัญญัติเป็นกฎหมายโดยมี 2 ทางเลือก ดังต่อไปนี้

ทางเลือกแรก (เรียกว่า Alternative A) ได้เสนอให้การทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนเสมอ และเมื่อศาลได้อนุญาตแล้วให้มีการรับตั้งครรภ์แทนแล้ว หากการตั้งครรภ์แทนประสบความสำเร็จ คู่สมรสที่จ้างให้ตั้งครรภ์แทนก็จะถือว่าเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา นั่น แต่หากสัญญานั้นไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ก็ต้องถือว่าเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นมารดาของเด็กที่เกิดมา ส่วนความเป็นบิดาของเด็กนั้น จะต้องพิจารณาว่าชายที่เป็นสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วยหรือไม่ หากสามีของหญิงนั้นได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วย สามีของหญิงนั้นก็จะเป็นบิดาของเด็ก แต่หากสามีนั้นไม่ได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วยหรือในกรณีที่หญิงนั้นไม่มีสามีตามกฎหมาย ความเป็นบิดาของเด็กก็จะถูกกำหนดโดยกฎหมายของแต่ละมลรัฐนั้น

ในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้น กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดเงื่อนไขไว้หลายประการ กล่าวคือ ประการแรก คู่สัญญาที่จ้างให้มีการรับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นคู่สมรสตามกฎหมายเท่านั้น ประการที่สอง คู่สมรสนั้นต้องได้รับการรับรองจากหน่วยงานที่จัดหาเด็กบุญธรรมว่าเป็นบุคคลที่เหมาะสมที่จะเป็นคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทน และประการที่สาม คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นเจ้าของไข่หรือเชื้ออสุจิ แล้วแต่กรณี

ภายใต้กฎหมายนี้ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทน และมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ส่งมอบเด็กที่เกิดมา นั่นให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ในบางกรณี กล่าวคือ ภายใน 180 วันนับแต่วันที่ได้รับการฉีดเชื้ออสุจิครั้งสุดท้าย หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิที่จะเปลี่ยนใจไม่ส่งมอบเด็กที่จะถือกำเนิดขึ้นได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการผิดสัญญาและไม่ต้องชำระค่าเสียหายใดๆ ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายในทางเลือกแรกให้สิทธิในการปฏิเสธข้อตกลงส่งมอบเด็กแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นเจ้าของไข่เท่านั้น แต่หากทั้งสามีและภรรยาที่จ้างได้นำเชื้ออสุจิกับไข่มาผสมในร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือผสมกันนอกร่างกายเป็นตัวอย่างแล้ว ย้ายตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนี้จะไม่มีความผูกพันตามกฎหมายที่ตกลงกันไว้

ตามกฎหมายทางเลือกที่สอง (Alternative B) สัญญารับตั้งครรภ์แทนจะตกเป็นโมฆะในทุกกรณี ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม ส่วนความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะคล้ายกับที่กำหนดไว้ในกฎหมาย U.P.A. กล่าวคือ หญิงที่รับตั้งครรภ์

แทนจะถือเป็นการบิดาของเด็ก และสามีของหญิงนั้นจะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบิดาของเด็ก แต่สามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิพิสูจน์ว่าตนไม่ใช่บิดาของเด็กนั้น โดยต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลภายใน 2 ปีนับแต่ที่ทราบการกำเนิดของเด็ก และต้องพิสูจน์ด้วยว่าตนไม่ได้ให้ความยินยอมให้มีการรับตั้งครรภ์แทนดังกล่าวนั้น

แม้ว่ากฎหมาย U.S.C.A.C.A. จะไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนก็ตาม แต่กฎหมายฉบับนี้ก็ได้รับการยอมรับให้เป็นแม่แบบสำหรับการกำหนดสถานะของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนได้ดีในระดับหนึ่ง ในปี ค.ศ. 1989 แผนกกฎหมายครอบครัวของสมาคมเนติบัณฑิตแห่งอเมริกา (American Bar Association) ได้เสนอกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการรับตั้งครรภ์แทน (Model Surrogacy Act) ต่อที่ประชุมใหญ่ของสมาคม แต่ในที่สุดที่ประชุมใหญ่ก็มีมติไม่ยอมรับร่างกฎหมายดังกล่าว แต่ได้ประกาศยอมรับกฎหมาย U.S.C.A.C.A. ให้เป็นกฎหมายแม่แบบ⁶¹ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2000 ที่ประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐได้ทำการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยสถานะภาพของเด็กทั้งหมดโดยนำหลักการในกฎหมาย U.S.C.A.C.A. มาบัญญัติไว้ในกฎหมาย U.P.A. และได้ยกเลิกกฎหมาย U.S.C.A.C.A. ทั้งหมด ในปัจจุบันกฎหมาย U.P.A. ซึ่งแก้ไขในปี ค.ศ. 2000 จึงเป็นรูปแบบของกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางเพียงฉบับเดียวเท่านั้นที่กำหนดสถานะภาพของเด็ก ทั้งที่เกิดจากกระบวนการตามธรรมชาติและการผสมเทียม โดยสำหรับการรับตั้งครรภ์แทนนั้น ตามกฎหมายนี้ถือว่าหากสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้รับการพิจารณาจากศาลว่าเป็นสัญญาที่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้นก็ถือว่าเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น⁶²

4.2.2.2 กฎหมายระดับมลรัฐ

ดังที่ได้กล่าวแล้วในเบื้องต้นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ กฎหมายในระดับมลรัฐที่กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาโดยส่วนใหญ่ก็จะถือหลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์ กล่าวคือ มารดาที่ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่ถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าเด็กนั้นจะเกิดมาจากการปฏิสนธิด้วยวิธีใดก็ตาม ส่วนความเป็นบิดาของเด็กนั้นจะกำหนดจากสถานภาพการสมรสระหว่างหญิงที่ให้กำเนิดบุตรกับสามี โดยหากหญิงนั้นสมรสกับชายผู้เป็นสามีโดยถูกต้องตามกฎหมาย ก็จะเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมา เว้นแต่พิสูจน์ได้เป็นอย่างอื่น

⁶¹ Hey, K, Assisted Conception and Surrogacy-Unfinished Business, 1993, 26 J. Marshall L. Rev. 775, 801.

⁶² โปรดดู Uniform Parentage Act 2000 Section 803 ซึ่งบัญญัติว่า "(a) If the requirements of subsection (b) are satisfied, a court may issue an order validating the gestational agreement and declaring that the intended parents will be the parents of a child born during the term of the agreement."

อย่างไรก็ดี เมื่อเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ก้าวหน้ามากขึ้น บางมลรัฐก็ได้แก้ไขกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป แต่บางมลรัฐก็ยังคงใช้หลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์โดยเคร่งครัด ซึ่งอาจแบ่งกฎหมายของมลรัฐในสหรัฐที่กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนได้เป็น 3 กลุ่มดังต่อไปนี้

ก. กลุ่มที่ถือว่าหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์และสามีเป็นมารดาและบิดาของเด็ก มลรัฐที่ใช้กฎหมายในลักษณะนี้คือมลรัฐอริโซนา นอร์ธดาโกตา และยูทาห์ โดยมลรัฐเหล่านี้เป็นมลรัฐที่ถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย ดังนั้นการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กจึงยังคงยึดถือหลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์โดยเคร่งครัด

ข. กลุ่มที่สองคือกลุ่มที่ถือว่าคู่สมรสที่จ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย มลรัฐที่ใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนี้คือ มลรัฐอาร์คันซัส⁶³ โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้คือ หากชายและหญิงที่จ้างเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีการรับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะใช้เชื้อสpermของฝ่ายชายที่จ้างหรือไม่ก็ตาม คู่สมรสที่จ้างนั้นก็ถือว่าเป็นบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเด็กนั้นทันที แต่หากชายและหญิงที่จ้างไม่ได้สมรสกันตามกฎหมาย

⁶³โปรดดู Ark. Code Ann. s. 9-10-201(b)-(c) (Supp.1991) ซึ่งบัญญัติว่า

“(b) A child born by means of artificial insemination to a woman who is married at the time of the birth of the child shall be presumed to be the child of the woman giving birth and the woman's husband except in the case of a surrogate mother, in which event the child shall be that of:

- (1) The biological father and the woman intended to be the mother if the biological father is married;
- or
- (2) The biological father only if unmarried; or
- (3) The woman intended to be the mother in cases of a surrogate mother when an anonymous donor's sperm was utilized for artificial insemination.

(c)(1) A child born by means of artificial insemination to a woman who is unmarried at the time of the birth of the child shall be, for all legal purposes, the child of the woman giving birth, except in the case of a surrogate mother, in which event the child shall be that of:

- (A) The biological father and the woman intended to be the mother if the biological father is married;
- or
- (B) The biological father only if unmarried; or
- (C) The woman intended to be the mother in cases of a surrogate mother when an anonymous donor's sperm was utilized for artificial insemination.

(2) For birth registration purposes, in cases of surrogate mothers the woman giving birth shall be presumed to be the natural mother and shall be listed as such on the certificate of birth, but a substituted certificate of birth may be issued upon orders of a court of competent jurisdiction.”

กฎหมายจะถือว่าฝ่ายชายที่บริจาคเชื้ออสุจิเท่านั้นที่เป็นบิดาของเด็ก ส่วนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะมีฐานะเป็นมารดาของเด็กเพื่อประโยชน์ในการจดทะเบียนการเกิดเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้เปลี่ยนแปลงชื่อของมารดาในสูติบัตรเป็นชื่อของฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างได้ ซึ่งศาลอาจมีคำสั่งให้เปลี่ยนแปลงชื่อมารดาตามคำขอหรืออาจสั่งให้ฝ่ายชายที่ว่าจ้างมีสิทธิในการเลี้ยงดูบุตรแต่เพียงผู้เดียวก็ได้⁶⁴

นอกจากกฎหมายของมลรัฐอาร์คันซัสแล้ว กฎหมายของมลรัฐฟลอริดา⁶⁵ และเนวาดา⁶⁶ ก็มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกัน แต่กฎหมายของทั้งสองมลรัฐนี้ใช้เฉพาะกับกรณีที่เป็นกรับตั้งครรภ์แทนซึ่งใช้ทั้งเชื้ออสุจิและไข่ของคู่สมรสที่ว่าจ้างเท่านั้น⁶⁷

⁶⁴ Goodwin, A, อ้างแล้ว, หน้า 278.

⁶⁵ โปรดดู Fla. Stat. Ann. s 742.15 ซึ่งบัญญัติว่า

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

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

- (a) The commissioning mother cannot physically gestate a pregnancy to term;
- (b) The gestation will cause a risk to the physical health of the commissioning mother; or
- (c) The gestation will cause a risk to the health of the fetus.

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁶ โปรดดู Nev. Rev. Stat. Ann. s 126.045 ซึ่งบัญญัติว่า

ค. กลุ่มที่สนับสนุนฐานว่าคู่สมรสที่ว่างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ให้สิทธิแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนในการยกเลิกข้อตกลงภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งในกรณีเช่นนี้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะถือว่าเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก มลรัฐที่ใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนี้ประกอบด้วยมลรัฐเวอร์จิเนีย นิวแฮมป์เชียร์ และฟลอริดา แต่กฎหมายของมลรัฐเหล่านี้มีการกำหนดเงื่อนไขและรายละเอียดไว้แตกต่างกัน ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้

1) กฎหมายแห่งมลรัฐเวอร์จิเนีย

กฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนของมลรัฐเวอร์จิเนียมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1993 โดยตามกฎหมายฉบับนี้ สัญญารับตั้งครรภ์แทนที่จะมีผลบังคับตามกฎหมายมี 2 ประเภทคือ สัญญาที่ได้รับอนุญาตจากศาลก่อน (Court-Approved Surrogacy Contract) กับสัญญาที่ต้องได้รับการปรับปรุงตามคำสั่งของศาล (Court-Reformed Surrogacy Contract) สำหรับสัญญาที่จะขอรับความเห็นชอบจากศาลได้ต้องปรากฏข้อเท็จจริง ดังต่อไปนี้คือ⁶⁸

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

- (a) Parentage of the child;
- (b) Custody of the child in the event of a change of circumstances; and
- (c) The respective responsibilities and liabilities of the contracting parties.

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

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

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

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

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

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

⁶⁷ Andrews, L, *Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood*, 1995, 81 Va. L. Rev. 2343, 2347.

⁶⁸ Va. Code Ann. s 20-160 (A) โปรดดู Va. Code Ann. s 20-162 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้ “In the case of any surrogacy agreement for which prior court approval has not been obtained pursuant to [S. 20-160](#), the provisions of this section and [S. 20-156](#) through [20-159](#) and [S. 20-163](#) through [20-165](#) shall apply. Any provision in a surrogacy contract that attempts to reduce the rights or responsibilities of the intended

- คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น
- หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและสามีต้องเข้าเป็นคู่สัญญาด้วย
- หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเคยผ่านการมีบุตรมาก่อน
- คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างต้องไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ หรือสามารถตั้งครรภ์ได้ แต่การตั้งครรภ์นั้นอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของตัวเองหรือต่อเด็กที่จะกำเนิดมา
- คู่สมรสที่ว่าจ้างคนใดคนหนึ่งต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่จะเกิดมา กล่าวคือ คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ที่ใช้ในการปฏิสนธิ
- คู่สมรสที่ว่าจ้างต้องเป็นฝ่ายออกค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์นั้นทั้งหมด

parents, surrogate, or her husband, if any, or the rights of any resulting child shall be reformed to include the requirements set forth in this chapter. A provision in the contract providing for compensation to be paid to the surrogate is void and unenforceable. Such surrogacy contracts shall be enforceable and shall be construed only as follows:

1. The surrogate, her husband, if any, and the intended parents shall be parties to any such surrogacy contract.
2. The contract shall be in writing, signed by all the parties, and acknowledged before an officer or other person authorized by law to take acknowledgments.
3. Upon expiration of twenty-five days following birth of any resulting child, the surrogate may relinquish her parental rights to the intended parents, if at least one of the intended parents is the genetic parent of the child, by signing a surrogate consent and report form naming the intended parents as the parents of the child. The surrogate consent and report form shall be developed, furnished and distributed by the State Registrar of Vital Records. The surrogate consent and report form shall be signed and acknowledged before an officer or other person authorized by law to take acknowledgments. The surrogate consent and report form, a copy of the contract, and a statement from the physician who performed the assisted conception stating the genetic relationships between the child, the surrogate, and the intended parents, at least one of whom shall be the genetic parent of the child, shall be filed with the State Registrar within sixty days after the birth. The statement from the physician shall be signed and acknowledged before an officer or other person authorized by law to take acknowledgments. There shall be a rebuttable presumption that the statement from the physician accurately states the genetic relationships among the child, the surrogate and the intended parents.
4. Upon the filing of the surrogate consent and report form and the required attachments, including the physician's statement, within sixty days of the birth, a new birth certificate shall be established by the State Registrar for the child naming the intended parents as the parents of the child as provided in [S. 32.1-261.](#)"

เมื่อศาลเห็นว่ากรณีเป็นไปตามเงื่อนไขข้างต้น ศาลจะแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ศาลขึ้นมาเพื่อช่วยพิจารณาว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายนั้นมีความเหมาะสมที่จะเข้าทำสัญญาในลักษณะเช่นนี้หรือไม่ และจะพิจารณาความเหมาะสมของคู่สมรสที่ว่าจ้างในการเป็นบิดามารดาของเด็กด้วย โดยจะใช้หลักเกณฑ์ทำนองเดียวกันกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ศาลให้ความเห็นชอบกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้น เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์ให้กำเนิดทารก ก็จะถือว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าศาลจะให้ความเห็นชอบสัญญารับตั้งครรภ์แทนแล้ว หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็มีสิทธิที่จะยกเลิกสัญญาได้ภายในกำหนด 180 วันนับแต่วันที่ตั้งครรภ์ ในกรณีเช่นนี้ก็จะถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์นั้นเป็นมารดาของเด็ก โดยที่ไม่ต้องรับผิดชอบชำระค่าเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างทั้งสิ้น

สำหรับกรณีที่สัญญารับตั้งครรภ์แทนได้ถูกทำขึ้นโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีก็จะถือว่าเป็นมารดาและบิดาของเด็กนั้น แต่กฎหมายของเวอร์จิเนียก็ยังคงเปิดโอกาสให้มีการเปลี่ยนแปลงสถานภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กได้ หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นได้ยื่นคำร้องต่อศาลแสดงเจตนาสละสิทธิในการเป็นมารดาของเด็ก แต่การยื่นคำร้องนี้ต้องกระทำภายหลัง 25 วันนับแต่การคลอดบุตรนั้น เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตคู่สมรสที่ว่าจ้างก็จะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที⁶⁹

⁶⁹ โปรดดู Va. Code Ann. s 20-158 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

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

1. The gestational mother is the child's mother unless the intended mother is a genetic parent, in which case the intended mother is the mother.

2. If either of the intended parents is a genetic parent of the resulting child, the intended father is the child's father. However, if (i) the surrogate is married, (ii) her husband is a party to the surrogacy contract, and (iii) the surrogate exercises her right to retain custody and parental rights to the resulting child pursuant to [s. 20-162](#), then the surrogate and her husband are the parents.

3. If neither of the intended parents is a genetic parent of the resulting child, the surrogate is the mother and her husband is the child's father if he is a party to the contract. The intended parents may only obtain parental rights through adoption as provided in Chapter 12 ([s. 63.2-1200 et seq.](#)) of Title 63.2.

4. After the signing and filing of the surrogate consent and report form in conformance with the requirements of [subsection A of s. 20-162](#), the intended parents are the parents of the child and the surrogate and her husband, if any, shall not be the parents of the child.”

2) กฎหมายแห่งมลรัฐนิวแฮมป์เชียร์

กฎหมายของมลรัฐนิวแฮมป์เชียร์มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับกฎหมายของมลรัฐเวอร์จิเนีย ดังกล่าวข้างต้น แต่กฎหมายของนิวแฮมป์เชียร์กำหนดให้สัญญารับตั้งครรภ์แทนต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนเท่านั้น ส่วนสัญญาที่สร้างขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาลจะไม่สามารถนำมาขอรับความเห็นชอบได้ ตามกฎหมายนี้ เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้กำเนิดเด็ก คู่สมรสที่ว่างก็จะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที แต่กฎหมายก็ให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในอันที่จะยกเลิกสัญญาได้ การยกเลิกสัญญาจะกระทำในเวลาใดๆ ก็ได้แต่ต้องกระทำก่อน 72 ชั่วโมงนับแต่การคลอดบุตรนั้น และในพฤติการณ์พิเศษ ระยะเวลาดังกล่าวอาจขยายได้จนถึงหนึ่งสัปดาห์นับแต่ที่เด็กนั้นกำเนิดมา ในกรณีเช่นนี้ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะเป็นมารดาของเด็กนั้น⁷⁰

3) กฎหมายแห่งมลรัฐฟลอริดา

กฎหมายแห่งมลรัฐฟลอริดาได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะ โดยกฎหมายนี้อนุญาตให้คู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้นที่สามารถเข้าทำสัญญาจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนแทน และกำหนดให้คู่สมรสนี้กับหญิงที่รับจ้างต้องมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป นอกจากนี้กฎหมายยังห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนอื่นนอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการ

⁷⁰ โปรดดู N.H. Rev. Stat. Ann. s 168-B : 25 (IV) (Supp. 1991) ซึ่งบัญญัติว่า "A surrogacy contract shall be signed by the intended parents, the surrogate, and, if she is married, the surrogate's husband and shall include the following provisions:

I. The consent of the surrogate that she shall surrender custody of the child or accept the obligation of parenthood if she gives notice of intent to keep the child as provided in paragraph IV.

II. The consent of the husband of the surrogate, if any, that he shall surrender custody of the child or accept the obligation of parenthood, if the surrogate gives notice of intent to keep the child as provided in paragraph IV.

III. The consent of the intended parents that they shall accept the obligations of parenthood, unless the surrogate gives notice of intent to keep the child as provided in paragraph IV.

IV. The right of the surrogate to keep the child if at any time prior to 72 hours after the birth of the child, the surrogate:

(a) Executes a signed writing of her intention to keep the child; and

(b) Delivers the writing to the intended parents, the attending physician, or the hospital medical director or designee.

This right may only be exercised personally by the surrogate and shall not be exercised by any guardian or other representative of the surrogate. Notice of intent to keep the child shall be given within 72 hours after the birth of the child, unless extenuating circumstances prevent the surrogate from making an informed decision, in which case the period shall be one week."

ตั้งครรภ์และค่าใช้จ่ายในชีวิตประจำวันในจำนวนที่เหมาะสมเท่านั้น อย่างไรก็ตามก็ดี กฎหมายนี้ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน คู่สัญญาจึงสามารถทำสัญญาับตั้งครรภ์แทนได้โดยลำพัง ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เมื่อหญิงที่ตั้งครรภ์ให้กำเนิดทารก คู่สมรสฝ่ายที่ว่าจะได้รับการสนับสนุนไว้ก่อนว่าเป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ในเวลาใดๆ ภายใน 7 วันนับแต่การคลอดบุตร⁷¹

4.2.2.3 แนวคำพิพากษาของศาล

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายในระดับมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มีความแตกต่างกัน โดยบางมลรัฐถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดและสามีเป็นมารดาและบิดาของเด็ก บางมลรัฐก็ถือว่าคู่สมรสที่ว่าจะจ้างเป็นบิดามารดาของเด็ก ขณะที่กฎหมายของบางมลรัฐมีข้อสนับสนุนให้คู่สมรสที่ว่าจะจ้างเป็นบิดามารดาของเด็ก แต่ให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์ในการบอกเลิกสัญญาได้ แต่ในบางมลรัฐก็ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ศาลในมลรัฐเหล่านี้ต้องอาศัยการตีความกฎหมายบ้างหรือสร้างหลักกฎหมายขึ้นเอง เมื่อศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาลแล้ว สถานะความเป็นบิดามารดาของทารกอาจถูกกำหนดขึ้นจากปัจจัย 3 ประการคือ เจตจำนงของคู่สัญญา ความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม และการให้กำเนิดทารก⁷² ในส่วนนี้จะได้พิจารณาเป็นลำดับไปดังนี้

ก. ความเป็นบิดามารดาโดยเจตจำนง (Intent-Based Parenthood)

มีรายงานว่า การรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้เชื้ออสุจิและไข่ของคู่สมรสที่ว่าจะจ้างมาปฏิสนธิ นอกράงกายแล้วย้ายฝากเข้าไปยังโพรงมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ประสบความสำเร็จเป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1984 แต่คดีพิพาทในกรณีเช่นนี้เพิ่งมีการนำมาฟ้องร้องต่อศาลเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1990 ที่มลรัฐแคลิฟลอเนีย⁷³ คีคดี *Johnson v. Calvert*⁷⁴ โดยในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า คู่สมรสคู่หนึ่งมีชื่อว่า นายมาร์ก และนางคริสปีนา คาลเวิร์ท ต้องการที่จะมีบุตร แต่เนื่องจากนางคริสปีนามีเนื้องอกในมดลูก ทำให้ต้องตัดมดลูกออก จึงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ เธอจึงได้ติดต่อเพื่อนซึ่งทำงานในโรงพยาบาลเดียวกันชื่อว่านางแอนนา จอห์นสัน เพื่อให้ตั้งครรภ์แทน โดยมีข้อตกลงที่จะใช้ไข่ของนางคริสปีนาผสมกับเชื้ออสุจิของนายมาร์ก แล้วนำเข้าไปฝังตัวที่โพรง

⁷¹ Behm, L, Legal Moral and International Perspective on Surrogate Motherhood: The Call for a Uniform Regulatory Scheme in the United States, 1999, 2 DePaul J. Health Care L. 557, 583.

⁷² Archer, C, Scrambled Eggs: Defining Parenthood and Inheritance Rights of Children Born of Reproductive Technology, 2002, 3 Loy. J. Pub. Int. L. 152, 156.

⁷³ Krim, T, อ้างแล้ว, หน้า 196.

⁷⁴ *Johnson v. Calvert*, No X 63 31 90 (Cal. Super. Ct 1990)

มดลูกของนางแอนนา ในการนี้นางแอนนาจะได้รับค่าใช้จ่ายเป็นเงิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ พร้อมกับการประกันชีวิตในวงเงิน 2000,000 ดอลลาร์สหรัฐ โดยเธอตกลงที่จะละสิทธิความเป็นมารดาของเด็กและส่งมอบเด็กนั้นให้แก่คริสпинаและมาร์ก

หลังจากที่แอนนาตั้งครรภ์ คริสпинаและมาร์กได้ผลิตสัญญาไม่ยอมทำประกันชีวิตให้แก่แอนนา ในขณะที่แอนนาก็ได้ปกปิดข้อมูลว่าเธอเคยแท้งครรภ์มาแล้วหลายครั้งและยังเรียกร้องเงินค่าจ้างล่วงหน้า และต่อมาก็ปรากฏว่าแอนนาได้ปฏิเสธที่จะส่งมอบเด็กนั้นตามสัญญา ก่อนที่เด็กจะคลอดมา คริสпинаและมาร์กได้ยื่นฟ้องต่อศาลขอให้บังคับแอนนาปฏิบัติตามสัญญาและขอให้ศาลมีคำสั่งว่าทั้งคู่เป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ส่วนแอนนาก็ได้ยื่นฟ้องต่อศาลขอให้มีคำสั่งว่าสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะและสั่งให้เธอเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเช่นกัน

ศาลชั้นต้นที่พิจารณาคดีทั้งสองได้มีคำสั่งให้รวมการพิจารณาเข้าด้วยกัน ในชั้นศาลมีพยานหลักฐานที่พิสูจนได้ว่า คริสпинаและมาร์กเป็นมารดาและบิดาทางพันธุกรรมของเด็ก ผู้พิพากษาพาร์สโลว์จึงใช้พยานหลักฐานนี้ชี้ว่าคริสпинаเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ส่วนแอนนามีฐานะเสมือนเป็นมารดาที่รับเลี้ยงเด็ก (Foster parent) เท่านั้น เธอจึงไม่มีสิทธิใดๆ ในตัวเด็กที่กำเนิดมา

ในชั้นพิจารณาของศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐแคลิฟลอเนีย (The California Court of Appeals) ศาลได้นำบทบัญญัติของกฎหมาย U.P.A. ซึ่งใช้ในแคลิฟลอเนียมาประยุกต์ใช้ในคดีนี้ แม้ศาลจะเห็นว่ากฎหมายนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์โดยตรงที่จะกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ก็ตาม แต่ศาลยังคงเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายเดียวเท่านั้นที่สามารถนำมาใช้กำหนดสถานะภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กได้

ผู้พิพากษาซิลส์ ซึ่งเป็นผู้เขียนคำพิพากษาในคดีนี้เห็นว่า ตามบทบัญญัติของกฎหมาย U.P.A. นั้น ความเป็นมารดาของเด็กย่อมพิสูจนได้ทั้งจากการให้กำเนิดบุตรและความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม แต่ผู้พิพากษาซิลส์ได้ตีความบทบัญญัติดังกล่าวว่า การพิสูจนความเป็นมารดาของเด็กนั้นจะต้องพิสูจนจากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมก่อน หากไม่สามารถพิสูจนได้ ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าหญิงนั้นเป็นผู้ให้กำเนิดบุตรหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่านางแอนนาไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก นางจึงไม่ใช่มารดาตามธรรมชาติ (Natural mother) ตามความหมายของกฎหมาย U.P.A. ในที่สุดศาลจึงพิพากษาว่าคริสпинаและมาร์กเป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเท่านั้น⁷⁵

คดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดของมลรัฐแคลิฟลอเนีย (California Supreme Court) ในชั้นนี้ ศาลได้ให้ความเห็นว่าการตีความกฎหมาย U.P.A. ของศาลอุทธรณ์มีความคลาดเคลื่อน

⁷⁵ 286 Cal. Rptr. 369, 377 (Cal. Ct. App. 1991)

เพราะทั้งแอนนาและคริสปีนาสามารถพิสูจน์ความเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็กได้ทั้งสองคน แต่ศาลยังคงเห็นว่ากฎหมายแคลิฟลอเนียยอมรับให้เด็กมีมารดาแต่เพียงคนเดียวเท่านั้น ศาลจึงเห็นว่าในสถานการณ์เช่นนี้ หญิงที่มีเจตจำนงที่จะให้เด็กเกิดมาและมีความประสงค์ที่จะเลี้ยงดูเด็กนั้น ย่อมถือว่าเป็นมารดาตามธรรมชาติแต่เพียงผู้เดียวตามกฎหมายแคลิฟลอเนีย หลักการเช่นนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นหลักเจตจำนง (Intent-Based Approach)

จะเห็นได้ว่า แม้คำพิพากษาของศาลแคลิฟลอเนียทั้งสามชั้นศาลจะมีความเห็นทำนองเดียวกันว่า หญิงที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่เหตุผลกลับมีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแคลิฟลอเนียที่นำเจตจำนงของคู่สมรสมาใช้เป็นปัจจัยกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาเช่นนี้ได้รับการยอมรับจากนักกฎหมายเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มนักกฎหมายที่สนับสนุนสิทธิของสตรีได้เสนอให้มีการนำหลักการเช่นนี้มาบัญญัติให้เป็นกฎหมายเพื่อใช้บังคับในทุกรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา

นอกจากกลุ่มสนับสนุนสิทธิสตรีส่วนหนึ่งเห็นชอบกับแนวคำพิพากษาดังกล่าวแล้ว คำพิพากษานี้ก็มีอิทธิพลอย่างสูงต่อศาลในคดีอื่นๆ ตัวอย่างเช่น ในคดี *In re Marriage of Buzzanca*⁷⁶ ซึ่งปรากฏว่ามีการนำตัวอ่อนมาฝังในโพรงมดลูกของหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทน โดยที่ตัวอ่อนนั้นได้รับการผสมมาจากไข่และเชื้ออสุจิของผู้บริจาค ซึ่งไม่ใช่ทั้งของฝ่ายคู่สมรสที่ว่าจ้างและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ปรากฏว่าก่อนที่เด็กจะคลอด คู่สมรสที่ว่าจ้างนี้ได้ฟ้องหย่าต่อศาลและฝ่ายหญิงขอให้ศาลมีคำสั่งว่าเธอเป็นมารดาของเด็ก ในที่สุดศาลได้พิพากษาว่าคู่สมรสคู่นี้เป็นบิดามารดาของเด็กตามด้วยกฎหมาย โดยศาลได้นำหลักการที่ปรากฏในคำพิพากษาคดี *Johnson v. Calvert* มาเป็นเหตุผลหลักในการวินิจฉัย แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าทารกที่กำเนิดมานั้นไม่มีความสัมพันธ์ของพันธุกรรมกับคู่สมรสคู่นี้แม้แต่น้อย

ข. ความเป็นบิดามารดาโดยพันธุกรรม (Genetic-Based Parenthood)

นอกจากศาลชั้นต้นในคดี *Johnson v. Calvert* ซึ่งได้วินิจฉัยว่าความเป็นบิดามารดาของเด็กย่อมพิสูจน์ได้จากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างเด็กกับบิดามารดาแล้ว ศาลของมลรัฐอื่นก็มีการนำหลักการเช่นเดียวกันนี้มาใช้บังคับเช่นกัน ในคดี *Belisto v. Clark*⁷⁷ ซึ่งเกี่ยวข้องกับ การรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้เชื้ออสุจิและไข่จากคู่สมรสที่ว่าจ้าง มีปัญหาที่ศาลต้องพิจารณาว่า ในการระบุชื่อบิดามารดาของเด็กในสูติบัตรนั้น สมควรระบุชื่อบุคคลใดระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับคู่สมรสที่ว่าจ้าง

⁷⁶ 61 Cal. App. 4th 1410 (1997)

⁷⁷ 664, N.E. 2d 760 (Ohio Ct. of Common Pleas, 1994)

ศาลแห่งมลรัฐโอไฮโอได้ปฏิเสธที่จะนำหลักเจตจำนงมากำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กโดยให้เหตุผลไว้ 3 ประการคือ ประการแรกคือ อุปสรรคของการนำเอาหลักเจตจำนงมาใช้บังคับ โดยศาลได้กล่าวว่า แม้ว่าจะมีการทำสัญญารับตั้งกรรมแทนเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็เป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าคู่สัญญาที่ว่าจ้างให้ตั้งกรรมมีเจตนาที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กอย่างแท้จริง ประการที่สอง ศาลอธิบายว่าการนำหลักเจตจำนงมาใช้บังคับเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะ ในประเด็นนี้ศาลเห็นว่าการยอมรับให้บิดามารดาทางพันธุกรรมเป็นบิดามารดาตามกฎหมายจะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็กและสังคม เนื่องจากบิดามารดาทางพันธุกรรมนั้นย่อมสามารถถ่ายทอดข้อมูลเกี่ยวกับลักษณะทางพันธุกรรมของตระกูลนั้นให้แก่เด็กที่กำลังกำเนิดมาได้ เช่น หากบิดามารดาของเด็กมีลักษณะทางพันธุกรรมบางอย่างที่บกพร่องหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม บิดามารดาที่นั้นก็ย่อมจะแจ้งให้เด็กที่เกิดมาเข้าใจถึงความบกพร่องทางพันธุกรรมนั้นได้ ประการที่สาม ศาลเห็นว่าหลักเจตจำนงไม่ได้ให้ความสำคัญแก่สิทธิที่จะยินยอมให้มีการสืบพันธุ์ (Right to consent to procreation) ของบุคคลที่เป็นเจ้าของหน่วยทางพันธุกรรมนั้น และหลักการดังกล่าวยังละเลยที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะสละสิทธิความเป็นบิดามารดา (Right to surrender potential parental rights) ด้วย อาศัยเหตุผลที่กล่าวมานี้ ศาลจึงสรุปว่า

“บุคคลใดก็ตามที่ได้ถ่ายทอดพันธุกรรมให้แก่เด็ก บุคคลนั้นย่อมถือว่าเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติและตามกฎหมาย เว้นแต่บุคคลเหล่านั้นจะได้สละสิทธิความเป็นบิดามารดา”⁷⁸

หลักการของศาลในมลรัฐโอไฮโอเช่นนี้จึงเป็นการไม่ยอมรับทฤษฎีเจตจำนงซึ่งได้ถูกสร้างขึ้นโดยศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแคลิฟลอเนีย การนำความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของศาลโอไฮโอเช่นนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-Based Approach)

ค. ความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิด (Gestational Motherhood)

ในคดีที่เกี่ยวกับการรับตั้งกรรมแทนโดยการใช้ไข่และเชื้ออสุจิของคู่สมรสที่ว่าจ้าง ศาลในบางมลรัฐก็ยังคงใช้หลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ถือว่า หญิงซึ่งตั้งกรรมและให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกนั้น แม้ว่าหญิงที่ตั้งกรรมนี้จะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทารกนั้นเลยก็ตาม ตัวอย่างเช่น ในคดี A.H.W v. G.H.B.⁷⁹ คู่สมรสคู่หนึ่งได้ว่าจ้างให้หญิงคนหนึ่งตั้งกรรมแทนโดยใช้เชื้ออสุจิและไข่ของคู่สมรสคู่นี้ ต่อมาก่อนที่หญิงที่รับตั้งกรรมแทนจะให้กำเนิดทารก คู่สมรสดังกล่าวได้ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้มีการเปลี่ยนชื่อของทั้งสองคนเป็นบิดาและมารดาของเด็กในทะเบียนสูติบัตร

⁷⁸ เพิ่งอ้าง, หน้า 767.

⁷⁹ 772 A.2d 948 (2000).

ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์เห็นว่า ตลอดระยะเวลา 9 เดือนที่ตั้งครรภ์ หญิงที่ตั้งครรภ์ย่อมมีความสัมพันธ์อย่างลึกซึ้งกับตัวอ่อนที่อยู่ในท้องเป็นอย่างมาก การตั้งครรภ์มีส่วนสำคัญที่ทำให้ตัวอ่อนนั้นเจริญเติบโตขึ้น จนกระทั่งคลอดออกมามีชีวิตด้วยตนเองได้ ศาลเห็นว่า ตามกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ มารดาจะละสิทธิในความเป็นมารดาของเด็กได้ต่อเมื่อพ้นกำหนดเวลา 72 ชั่วโมงนับแต่การคลอดบุตร หากศาลยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงชื่อบิดามารดาเป็นอย่างอื่น นอกจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายก็จะเป็นการขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี นอกจากนี้ ศาลยังเห็นว่า การเปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นมารดาของเด็กในกรณีที่มีการรับตั้งครรภ์แทนจากมารดาที่ให้กำเนิดไปเป็นคู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างก็จะเท่ากับเป็นการบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนละสิทธิความเป็นมารดาของเด็ก ซึ่งจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นผู้เยาว์ที่ยังไม่เคยผ่านประสบการณ์ในการตั้งครรภ์มาก่อน ในที่สุดศาลจึงยังคงถือว่า หญิงที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรเป็นบุคคลเดี่ยวเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก โดยไม่ต้องคำนึงว่าหญิงนั้นจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทารกนั้นหรือไม่ก็ตาม

กล่าวโดยสรุป สถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามแนวคำพิพากษาของศาลในระดับมลรัฐนั้นจะแบ่งออกเป็น 3 กลุ่มคือ กลุ่มที่ถือว่าความเป็นบิดามารดาต้องพิจารณาจากเจตจำนงของบุคคลที่ริเริ่มให้มีการตั้งครรภ์แทน ซึ่งก็คือฝ่ายคู่สมรสที่ว่าจ้าง กลุ่มที่สองถือว่าความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมจะเป็นสิ่งที่บ่งชี้ว่าผู้ใดเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และกลุ่มที่สามจะถือว่าหญิงที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้ สถานะความเป็นบิดาก็จะถูกกำหนดตามกฎหมายอื่น ซึ่งโดยส่วนใหญ่ก็จะสันนิษฐานว่าสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น เมื่อพิจารณาสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะตามกฎหมายในระดับมลรัฐหรือตามแนวคำพิพากษาของศาลแต่ละมลรัฐ ก็จะได้เห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากว่าแต่ละมลรัฐมีนโยบายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนที่ต่างกันอย่างสิ้นเชิง การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสถานะของความเป็นบิดามารดาให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันโดยไม่ปรับเปลี่ยนนโยบายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนให้สอดคล้องกันจึงเป็นสิ่งที่แทบจะเป็นไปไม่ได้ แม้แต่น้อย

4.2.3 อำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน

หากกล่าวถึงคดีเกี่ยวกับการแย่งชิงอำนาจปกครองบุตรซึ่งเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนที่โด่งดังที่สุดในประเทศสหรัฐอเมริกา คงหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะกล่าวถึงคดี *In re Baby M*⁸⁰ ที่เกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1987 คดีนี้มีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า นายวิลเลียม สเติร์นมีภรรยาซึ่งไม่สามารถตั้งครรภ์ได้

⁸⁰ 525 A. 2d. 1128 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1987)

จึงได้ติดต่อนางแมรี เบธ ไวท์เฮด ให้เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน โดยวิธีการใช้เชื้ออสุจิของนายสเตอร์นฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของนางไวท์เฮด และมีข้อตกลงว่านางไวท์เฮดจะได้รับค่าใช้จ่ายเป็นเงิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อนางไวท์เฮดสละสิทธิความเป็นมารดาและส่งมอบเด็กให้แก่นายสเตอร์น ต่อมาเมื่อนางไวท์เฮดให้กำเนิดบุตร ซึ่งมีชื่อว่าเด็กหญิงมาลิสสา (หรือที่เรียกกันว่า Baby M) นางไวท์เฮดก็ได้ส่งมอบเด็กให้อยู่ในความปกครองของนายสเตอร์นตามข้อตกลง แต่ภายหลังเธอได้ติดต่อขอรับเด็กมาดูแลเป็นเวลาหนึ่งอาทิตย์ เมื่อครบกำหนดเธอกลับไม่ยอมที่จะส่งมอบเด็กคืนให้กับนายสเตอร์น และได้พาเด็กนั้นย้ายหนีจากรัฐนิวเจอร์ซีย์ไปยังรัฐฟลอริดา นายสเตอร์นได้ฟ้องต่อศาลของรัฐนิวเจอร์ซีย์ขอให้บังคับนางไวท์เฮดปฏิบัติตามสัญญา ระหว่างการพิจารณาคดีเด็กหญิงมาลิสสาได้ถูกนำมาอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของศาล แต่อนุญาตให้นางไวท์เฮดเข้าเยี่ยมเยียนได้เป็นครั้งคราว

ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey Superior Court) ไม่ได้วินิจฉัยโดยตรงว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายได้ในทุกกรณีหรือไม่ แต่ศาลเห็นว่าในคดีนี้สัญญารับตั้งครรภ์แทนมีผลบังคับตามกฎหมายได้เพราะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best interests of the child) ศาลจึงมีคำสั่งว่าอำนาจปกครองบุตรตกแก่นายสเตอร์นแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ส่วนนางไวท์เฮดไม่มีสิทธิใดๆ ในเด็กหญิงมาลิสสาเลย รวมทั้งสิทธิในการเยี่ยมเยียนเด็ก (Right to visitation) ด้วย

คดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์⁸¹ (New Jersey Supreme Court) ในเบื้องต้นศาลได้วินิจฉัยว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนในคดีนี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เนื่องจากกฎหมายของนิวเจอร์ซีย์ได้ห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนเพื่อแลกเปลี่ยนกับการสละอำนาจปกครองเด็ก การจ่ายค่าตอบแทนแก่นางไวท์เฮดในกรณีนี้จึงเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการป้องกันมิให้มีการซื้อขายเด็ก ศาลจึงเห็นว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

สำหรับปัญหาว่าบุคคลใดสมควรเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กนั้น ศาลเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลล่างที่มีคำสั่งให้อำนาจปกครองตกแก่นายสเตอร์นด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันคือเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก แต่ศาลเห็นว่าหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) นำไปใช้ได้เฉพาะการกำหนดอำนาจปกครองบุตรเท่านั้น แต่ในการเพิกถอนอำนาจปกครองบุตรจะพิจารณาจากหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้ แต่ต้องพิจารณาถึงประโยชน์ของมารดาบิดาในทางวัฒนธรรม ศีลธรรม และตามรัฐธรรมนูญ

⁸¹ 537 A.2d 127 (N.J. 1988)

ด้วย⁸² ในกรณีนี้ เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่านางไวท์เฮดสละสิทธิความเป็นมารดาของเด็กหรือไม่มีความเหมาะสมที่จะเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กต่อไป การเพิกถอนสิทธิในความเป็นมารดาของเด็กทั้งหมดจึงไม่ชอบ ศาลจึงมีคำสั่งอนุญาตให้นางไวท์เฮดมีสิทธิในการเยี่ยมเยียนตามสมควรได้

จะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน หากมีปัญหาคือต้องวินิจฉัยเรื่องการแย่งชิงอำนาจปกครองบุตร (Custody Battle) ศาลจะพิจารณาจากหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งหลักการเช่นนี้เป็นการหลักการที่ใช้ในกฎหมายครอบครัวตามปกติ ในบางมลรัฐ เช่น มิชิแกนและวอชิงตัน จะมีการบัญญัติกฎหมายไว้โดยตรงว่า เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรในคดีที่เกิดจากจากสัญญารับตั้งครรภ์แทน ศาลต้องใช้หลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ แต่ในบางมลรัฐที่ไม่ได้บัญญัติกฎหมายไว้โดยชัดแจ้งก็มีการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้โดยอนุโลมเช่นเดียวกัน⁸³

4.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศหนึ่งที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์เป็นอย่างมาก ในปี ค.ศ. 1973 แพทย์ในประเทศออสเตรเลียได้ประสบความสำเร็จเป็นครั้งแรกในการใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายเพื่อทำให้หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์ได้สำเร็จ แม้ต่อมาหญิงคนดังกล่าวจะแท้งครรภ์ก็ตาม นอกจากนั้น ค.ศ. 1980 ประเทศออสเตรเลียก็เป็นประเทศที่สองในโลกที่ประสบความสำเร็จในการช่วยให้หญิงคนหนึ่งมีบุตรจากกรรมวิธีการปฏิสนธินอกร่างกาย หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1984 ประเทศออสเตรียก็ยังเป็นประเทศแรกที่ประสบความสำเร็จในการนำตัวอ่อนที่แช่แข็งมาใช้ในการปฏิสนธินอกร่างกาย⁸⁴ และในการทำให้ทารกถือกำเนิดขึ้นจากไข่ที่ได้รับการบริจาคได้⁸⁵

สำหรับการรับตั้งครรภ์แทนด้วยกรรมวิธีปฏิสนธินอกร่างกายในประเทศออสเตรเลียได้เริ่มต้นขึ้นในปี ค.ศ. 1988 แต่ก็มีจำนวนไม่มากนัก มีการประมาณการว่าในช่วงทศวรรษที่ 20 มีการ

⁸² Keller, B, Surrogate Motherhood Contracts in Louisiana: To Ban or to Regulate?, 1988, 49 La. L. Rev. 143, 157.

⁸³ Andrews, L, Elster, N, Regulating Reproductive Technologies, 2000, 21 J. Legal Med. 35, 42.

⁸⁴ Singer, P, Making Laws on Making Babies, 15 Hastings Center Rep. 4, 5 (1985) อ้างถึงใน Kopytoff, B, Surrogate Motherhood: Questions of Law and Values, 22 U.S.F.L.Rev. 205, 229.

⁸⁵ Libesman, T, and Sripathy, V, Your Body your Baby: Women's Legal Rights From Conception to Birth, Redfern Legal Center Publishing, 1996, p. 48.

รับตั้งครรภ์แทนโดยใช้เชื้อสุมิและไข่ของผู้บริจาคประมาณ 5 รายเท่านั้น⁸⁶ แต่กรณีที่สร้างความสนใจให้กับสาธารณชนมากที่สุดเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1984 เมื่อสองพี่น้องตระกูล Kirkman ได้ประกาศว่ามีการรับตั้งครรภ์แทนกันขึ้น โดยมีเรื่องราวว่า นางลินดามีพี่สาวคนหนึ่งชื่อว่านางแมคจี ซึ่งไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ ส่วนสามีของเธอก็อยู่ในภาวะที่มีบุตรยากเช่นกัน นางลินดาจึงตกลงที่จะรับตั้งครรภ์แทนพี่สาว โดยการรับตั้งครรภ์แทนนี้เป็นไปโดยใช้ไข่ของนางแมคจีผสมกับเชื้อสุมิที่ได้รับการบริจาค ต่อมาภายหลังจากการคลอดบุตรนางแมคจีและสามีได้รับมอบเด็กจากนางลินดา และได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐวิกตอเรียเพื่อขอรับเด็กดังกล่าวเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งศาลได้มีคำสั่งอนุญาต ต่อมาทั้งคู่ได้เขียนหนังสือเรื่องหนึ่งมีชื่อว่า *My Sister's Child: Maggie and Linda Kirkman, Their Own Story* และนำออกจำหน่าย จากเหตุการณ์ในครั้งนี้ทำให้สาธารณชนในประเทศออสเตรเลียถกเถียงถึงปัญหาด้านจริยธรรมของการรับตั้งครรภ์แทนเป็นอย่างมาก ซึ่งทำให้รัฐบาลของรัฐต่างๆ ในประเทศออสเตรเลียต้องจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาศึกษาปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนหลายคณะ และในเวลาต่อมาก็ได้มีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนขึ้นในหลายรัฐ

ประเทศออสเตรเลียไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางที่ควบคุมดูแลการใช้เทคโนโลยีการเจริญโดยเฉพาะ ทั้งนี้เพราะว่าตามรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย⁸⁷ การออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของประชาชนนั้นเป็นหน้าที่ของรัฐแต่ละรัฐโดยตรง รัฐบาลกลางจึงไม่มีอำนาจออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนได้⁸⁸ ในปัจจุบันรัฐที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนประกอบด้วย รัฐวิกตอเรีย (Victoria)⁸⁹ เซาท์ออสเตรเลีย (South Australia)⁹⁰ ควีนส์แลนด์ (Queensland)⁹¹ ทาสมาเนีย (Tasmania)⁹² และออสเตรเลียแคปิตอล เทอริทอรี (Australian Capital Territory)⁹³ ส่วนรัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) เวสเทิร์นออสเตรเลีย (Western Australia) และนอร์เทิร์นเทอริทอรี (Northern Territory) ไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการรับตั้ง

⁸⁶ Leeton, L, Letter to Editor, Australian and New Zealand Journal of Obstetrics and Gynaecology (1999), อ้างถึงใน Szoke, H, Regulation of Assisted Reproductive Technology : The State of Play in Australia, in I. Freckelton and K. Petersen, *Controversies in Health Law*, The Federation Press, 1999, p. 255.

⁸⁷ Constitution Act, 1901, s 51 (Cth.)

⁸⁸ Skene, L, An Overview of Assisted Reproductive Technology Regulation in Australia and New Zealand, 2000, 35 Tex. Int'l L.J. 31, 33.

⁸⁹ The Infertility Treatment Act 1995 (Vic), as amendmended by The Infertility Treatment Act 1997 (Vic)

⁹⁰ Family Relationships Act 1975 (SA), as amendment made in 1988.

⁹¹ Surrogate Parenthood Act 1988

⁹² Surrogate Contract Act 1993

⁹³ Substitute Parent Agreement Act 1994

ครรรค์แทนไว้ กฎหมายในแต่ละรัฐของออสเตรเลียมีความแตกต่างกันบ้าง แต่โดยส่วนใหญ่แล้วมักจะ เป็นไปในทางที่ควบคุมการรับตั้งครรรค์แทนอย่างเข้มงวด ซึ่งจะได้พิจารณารายละเอียดดังต่อไปนี้

4.3.1 สถานะของสัญญารับตั้งครรรค์แทน

ในกลุ่มของรัฐที่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนไว้โดยเฉพาะนั้น รัฐควีนส แลนด์ถือเป็นรัฐที่มีกฎหมายเข้มงวดที่สุดเพราะถือว่าการรับตั้งครรรค์แทนและการดำเนินการจัดการ จัดให้มีการตั้งครรรค์แทน ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่ล้วนแต่เป็นความผิดทาง อาญาทั้งสิ้น⁹⁴ ส่วนรัฐวิกตอเรีย ทาสมาเนีย และออสเตรเลีย แคนบิตอล เทอริทอรีห้ามเฉพาะการ รับตั้งครรรค์แทนในเชิงพาณิชย์เท่านั้น และในรัฐเหล่านี้ก็ยังคงถือว่าสัญญารับตั้งครรรค์แทน ไม่ว่าจะเป็นไป เพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์หรือไม่เป็นสัญญาที่เป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย⁹⁵ เว้นแต่ออสเตรเลีย แคนบิตอล เทอริทอรี เท่านั้น ที่มีบทบัญญัติพิเศษโดยชัดแจ้งอนุญาตให้มีการ รับตั้งครรรค์แทนซึ่งไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ แต่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น (Altruistic Surrogacy) ได้ แต่กฎหมายของออสเตรเลีย แคนบิตอล เทอริทอรี ก็บัญญัติว่าสัญญา

⁹⁴ โปรดดู Surrogate Parenthood Act 1988 Sect. 3 ซึ่งบัญญัติว่า (1) A person shall not--

(a) publish or cause to be published any advertisement, statement, notice or other document that--

(i) is intended or likely to induce a person to agree to act as a surrogate parent; or

(ii) seeks or purports to seek a person to agree to act as a surrogate parent; or

(iii) states or implies that a person is willing to agree to act as a surrogate parent; or

(iv) states or implies that a person is willing to enter into a prescribed contract; or

(b) make, give or receive or agree to make, give or receive a payment or reward for or in consideration of--

(i) entering into a prescribed contract; or

(ii) a person agreeing to act as a surrogate parent; or

(c) enter into or offer to enter into a prescribed contract.

⁹⁵ เช่น Surrogate Parenthood Act 1988 (Queensland) Sect 4(1) บัญญัติว่า "A prescribed contract made after the commencement of this Act is void.", Infertility Treatment Act 1995 (Vic) Sect. 61 บัญญัติว่า "A surrogacy agreement is void whether made before or after the commencement of this section.", Surrogacy contracts Act 1993 (TAS) Sect. 7 บัญญัติว่า "A surrogacy contract is void and unenforceable wherever the contract is made and whatever law may be the proper law of the contract."

รับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้ไม่สามารถนำมาฟ้องร้องให้ปฏิบัติตามสัญญากันได้⁹⁶ ส่วนตามกฎหมายของเซาท์ออสเตรเลียนั้น แม้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนจะไม่มีโทษทางอาญา แต่กฎหมายก็บัญญัติว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

จะเห็นได้ว่า แม้บางรัฐในออสเตรเลียจะห้ามเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์เท่านั้น แต่การเข้าถึงการรับตั้งครรภ์แทนอาจเป็นไปได้โดยง่ายนัก เช่น ในขณะที่ใช้บังคับกฎหมาย Infertility (Medical Procedures) Act 1984 ของรัฐวิกตอเรีย มาตรา 13(3)(d)(i) บัญญัติว่า การช่วยเหลือพันธุ์โดยวิธีการปฏิสนธินอกร่างกายจะกระทำได้เฉพาะแก่หญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยวิธีการตามธรรมชาติเท่านั้น บทบัญญัติเช่นนี้จึงเปรียบเสมือนการกีดกันมิให้หญิงที่ไม่ได้อยู่ในภาวะมีบุตรยากในการเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนโดยปริยาย⁹⁷

สำหรับในรัฐอื่นนั้น เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะและยังไม่มีคำพิพากษาของศาลที่วางบรรทัดฐานไว้ กรณีจึงยังไม่แน่ชัดว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่ทำขึ้นในรัฐเหล่านั้นจะมีผลบังคับตามกฎหมายหรือไม่ แต่หากศาลในรัฐเหล่านั้นนำหลักกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้บังคับก็น่าเชื่อว่าศาลจะตีความไปในทำนองที่ว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับตามกฎหมายคอมมอนลอว์

ตารางสรุปสถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศออสเตรเลีย							
สถานะทางกฎหมาย	NSW	VICTORIA	QUEENS LAND	SA	WA	ACT	TASSMANIA
การรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์	ไม่มีกฎหมาย	เป็นความผิดอาญา	เป็นความผิดอาญา	ไม่มีความผิดอาญา	ไม่มีความผิดอาญา	เป็นความผิดอาญา	เป็นความผิดอาญา
การรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์	ไม่มีกฎหมาย	ไม่มีความผิดอาญา	เป็นความผิดอาญา	ไม่มีความผิดอาญา	ไม่มีความผิดอาญา	ไม่มีความผิดอาญา	ไม่มีความผิดอาญา
สัญญารับตั้งครรภ์แทน	ไม่มีกฎหมาย	โมฆะ	โมฆะ	โมฆะ	โมฆะตามกฎหมาย common law	โมฆะ	โมฆะ

⁹⁶ Stuhmcke, A, For Love or Money: The Legal Regulation of Surrogate Motherhood, 1996, 3(1) Murdoch University Electronic Journal of Law.

⁹⁷ เฟิ่งอ้าง.

4.3.2 สถานภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน

ในประเทศออสเตรเลียนั้น ไม่มีรัฐใดที่ออกกฎหมายแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการตามกฎหมายคอมมอนลอร์ที่ถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก กฎหมายในบางรัฐ เช่น มาตรา 10(d)(1) ของกฎหมาย Family Relationships Act 1975 (SA) บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า สามีของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรอันเนื่องมาจากการปฏิสนธิเทียม (ไม่ว่าจะเป็นการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อหรือจากการปฏิสนธินอกร่างกาย) ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น

สำหรับในออสเตรเลีย แคนปีตอล เทอร์ริทอรี ซึ่งยอมรับให้มีการรับตั้งครรภ์แทนที่มีได้เป็นไปเพื่อการค้า ก็ไม่มีบทบัญญัติที่ถือว่าคู่สมรสที่จำจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมาย แม้ว่าในปี ค.ศ. 1997 ได้มีการเสนอกฎหมาย Artificial Conception (Amendment) Bill เพื่อเปิดโอกาสให้คู่สมรสที่จำจ้างให้ตั้งครรภ์แทนสามารถเป็นบิดามารดาตามกฎหมายได้ แต่ร่างกฎหมายฉบับนี้ก็ไม่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา⁹⁸ ดังนั้นหากคู่สมรสที่จำจ้างประสงค์ที่จะเป็นบิดามารดาของเด็ก วิธีการเดียวที่สามารถทำได้ก็คือการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรม⁹⁹

4.3.3 อำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน

แม้จะปรากฏว่ามีการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศออสเตรเลียมาเป็นเวลานานแล้ว แต่การฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลเพื่อแย่งชิงอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเพิ่งเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1997¹⁰⁰ ในคดี *Re Evelyn*¹⁰¹ ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อดังนี้ ครอบครัวของนาง S กับครอบครัวของนาง Q มีความสนิทสนมกันมาเป็นเวลานาน โดยนาง S มีบุตร 3 คน ส่วนนาง Q ไม่มีบุตร เนื่องจากเธอไม่สามารถมีตั้งครรภ์ได้ ต่อมานาง S ได้เสนอตัวเข้าเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนให้แก่ครอบครัวของนาง Q โดยไม่ปรากฏว่ามีการจ่ายค่าตอบแทนกันแต่อย่างใด ในการรับตั้งครรภ์แทนนี้ ได้ใช้เชื้อสุจิของสามีของนาง Q โดยที่สามีของนาง S ได้ให้ความยินยอมด้วย การตั้งครรภ์เป็นไป

⁹⁸ Szoke, H, Regulation of Assisted Reproductive Technology : The State of Play in Australia, อ้างแล้ว, หน้า 253.

⁹⁹ กฎหมายปัจจุบันที่กำหนดสถานะของความเป็นบิดามารดาของเด็กที่บังคับใช้ในรัฐ Australian Capital Territory คือ Parentage Act 2004 แต่กฎหมายนี้ก็มิได้เปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด

¹⁰⁰ Otlowski, M, *Re Evelyn* – Reflections on Australia's First Litigated Surrogacy Case, 1999, 7 Medical Law Review 38, 38.

¹⁰¹ *Re Evelyn* No. B.R. 7321 of 1997 (unreported) at 27, อ้างถึงใน Otlowski, M, *Re Evelyn* – Reflections on Australia's First Litigated Surrogacy Case.

ด้วยดี จนกระทั่งนาง S คลอดบุตรมา ซึ่งภายหลังมีการเรียกชื่อว่าเด็กหญิง Evelyn ครอบครัวของนาง S ได้ส่งมอบเด็กให้แก่ครอบครัวของนาง Q ตามข้อตกลง แต่ภายหลังปรากฏว่ามีการติดต่อกันระหว่างครอบครัวทั้งสองน้อยลง จนทำให้นาง S ต้องการที่จะได้เด็กหญิง Evelyn กลับมาเลี้ยงดูแต่เพียงผู้เดียว หลังจากนั้นเธอจึงได้พบครอบครัวของนาง Q แล้วนำเด็กกลับมาเลี้ยงดูโดยไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่นาง Q ต่อไป

นาง Q และสามีได้ยื่นฟ้องต่อศาลครอบครัวแห่งรัฐเซาท์ออสเตรเลียขอให้มีคำสั่งให้เด็กหญิง Evelyn อยู่ในอำนาจปกครองของบุคคลทั้งสอง ก่อนที่ศาลโดยผู้พิพากษาจอร์แดน (Justice Jordan) จะได้วินิจฉัยว่าอำนาจปกครองควรตกแก่บุคคลใด ศาลได้กล่าวว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณารายละเอียดของสัญญาดังกล่าว สำหรับปัญหาว่าฝ่ายใดสมควรมีอำนาจปกครองเด็กนั้น ในเบื้องต้น ศาลเห็นว่าครอบครัวทั้งสองฝ่ายต่างมีความสามารถในการเลี้ยงดูเด็กได้เป็นอย่างดี และศาลได้ให้ความเห็นว่า

“เป็นการสมควรอย่างยิ่งที่ข้าพเจ้าจะพิจารณาเจตนาและความคาดหวังของบุคคลทั้งสองที่ได้มีส่วนร่วมกันให้เด็กกำเนิดมา ตลอดจนพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดที่เกี่ยวกับการกำเนิดของเด็กหญิง Evelyn แต่สิ่งเหล่านี้ก็ย่อมไม่อยู่เหนือประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น”

การนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ทำให้ศาลได้ข้อสรุปว่า แม้ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กหญิง Evelyn กับครอบครัวของนาง Q จะเป็นไปด้วยดี แต่ในอนาคตเด็กหญิง Evelyn จะต้องประสบกับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพของตนเอง ซึ่งในกรณีเช่นนี้บุคคลซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดย่อมอยู่ในฐานะที่จะทำความเข้าใจกับเธอได้ดีที่สุด ศาลจึงมีคำสั่งให้อำนาจปกครองตกแก่นาง S และสามี แต่ก็ให้สิทธิแก่นาง Q และสามีในการติดต่อกับเด็กได้ รวมทั้งมีคำสั่งให้ทั้งสองฝ่ายรับผิดชอบร่วมกันในสวัสดิภาพของเด็กในระยะยาวด้วย

แม้ต่อมาคดีนี้ได้เข้าสู่การพิจารณาของคณะใหญ่ของศาลครอบครัว¹⁰² (Full Court of the Family Court) แต่ศาลก็ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาเป็นอย่างอื่น โดยศาลเห็นว่า ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการแย่งชิงอำนาจปกครองนั้น ไม่ว่าจะเป็กรณีที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนหรือไม่ ก็จะไม่มีการตั้งสมมติฐานไว้ก่อนว่า เด็กต้องอยู่ในอำนาจปกครองของฝ่ายมารดาที่ให้กำเนิดเท่านั้น การพิจารณากำหนดอำนาจปกครองเด็กจะต้องพิจารณาว่ากรณีใดที่จะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กมากที่สุด ศาลก็ต้องพิจารณาพิพากษาไปตามนั้น

การนำหลักประโยชน์สูงสุดมาใช้เพื่อกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้ จะเห็นได้ว่าเป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายมาตรา 65E ที่บัญญัติไว้ว่า “ในการ

¹⁰² Re Evelyn (1998) F.L.C. 92-807.

พิจารณากำหนดอำนาจปกครองเด็กนั้น ศาลจำเป็นต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ”¹⁰³ นอกจากนั้น หลักเกณฑ์เช่นนี้ยังสอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ด้วย¹⁰⁴

กล่าวโดยสรุป ตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลียนั้น โดยส่วนใหญ่จะห้ามมิให้มีการรับตั้งครรรค์แทนในเชิงพาณิชย์ และขณะเดียวกันก็ไม่ส่งเสริมให้มีการรับจ้างตั้งครรรค์แทน แม้จะไม่มีผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้องก็ตาม สัญญารับตั้งครรรค์แทนส่วนใหญ่จะไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงไม่สามารถนำมาฟ้องร้องบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาได้ แต่เมื่อมีคดีเกิดขึ้น ศาลจะนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้เพื่อพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจปกครองของเด็กนั้น

4.4 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรรค์แทนในประเทศฝรั่งเศส¹⁰⁵

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศฝรั่งเศสมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องไม่ต่างไปจากประเทศที่พัฒนาแล้วส่วนใหญ่ โดยในประเทศฝรั่งเศสนั้นได้มีการผสมเทียมโดยการฉีดเข้ามาเป็นเวลานานแล้ว และมีการนำเทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายมาใช้กับมนุษย์ในปี ค.ศ. 1982

แต่เดิมนั้น การนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาช่วยคู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากถือว่าเป็นเรื่องของเอกชนที่รัฐจะไม่เข้าไปควบคุมดูแล กลไกที่จะนำมาใช้ในการควบคุมดูแลกิจกรรมเหล่านี้ก็คือมาตรฐานทางจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์เท่านั้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1984 รัฐได้เริ่มเข้ามามีบทบาทมากขึ้นในกิจกรรมเหล่านี้ โดยกระทรวงสุขภาพ (Department of Health) ได้จัดตั้งเครือข่ายของธนาคารอสุจิในระดับชาติขึ้น โดยมีชื่อเรียกว่า “Centre d’Etude et de Conservation des Oeufs et du sperme” หรือ CECOS เพื่อให้เป็นเครือข่ายในการรวบรวมเชื้ออสุจิในระดับชาติ และต่อมาในปี ค.ศ. 1978 ก็ได้มีการออกกฎหมายสาธารณสุข (Public Health Act) มาใช้บังคับ ซึ่งตามกฎหมายฉบับนี้ การบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากถือเป็นการให้บริการสาธารณสุขขั้นมูลฐานที่รัฐเข้ามาจัดการให้ ดังนั้นคู่สมรสที่มีบุตรยากจึงสามารถได้รับบริการการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากรัฐได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย

¹⁰³ S. 65E ของกฎหมาย Family Law Act 1975 (Cth.) ซึ่งแก้ไขโดยกฎหมาย Family Law Reform Act (Cth.) บัญญัติไว้ว่า “In deciding whether to make a particular parenting order in relation to a child, a court must regard the best interests of the child as the paramount consideration.”

¹⁰⁴ Otowski, M, อ้างแล้ว, หน้า 44.

¹⁰⁵ สรุปความจาก Byk, C, France: Law Reform and Human Reproduction, in S. McLean (Ed.) *Law Reform and Human Reproduction*, Dartmouth, Aldershot, 1992, p. 131–169.

อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1983 ได้มีเหตุการณ์เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เกิดขึ้น 2 เหตุการณ์ ซึ่งทำให้รัฐบาลฝรั่งเศสต้องกลับมาทบทวนนโยบายในด้านนี้มากขึ้น กรณีแรกคือมีการนำเทคโนโลยีนี้มาใช้ในการรับตั้งครรภ์แทน และกรณีที่สอง เมื่อมีหญิงหม้ายคนหนึ่งแสดงความจำนงค์ต่อ CECOS เพื่อขอให้นำเชื้ออสุจิของสามีของเธอที่ถึงแก่ความตายแล้วมาใช้ในการผสมเทียม รัฐบาลฝรั่งเศสจึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งเรียกว่า National Ethical Committee for Life Sciences and Health เพื่อทำการศึกษาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาด้านจริยธรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1984 คณะกรรมการชุดดังกล่าวได้เสนอความเห็นต่อรัฐบาลฝรั่งเศสสำหรับประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนนั้น คณะกรรมการชุดนี้มีความเห็นว่า การรับตั้งครรภ์แทนเปรียบเสมือนเป็นการซื้อขายเด็ก ส่วนสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งกำหนดให้ศาลพิจารณานุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมจากประโยชน์สูงสุดของเด็ก ดังนั้น คนกลางที่ช่วยเหลือให้มีการรับตั้งครรภ์ ไม่ว่าจะ เป็นแพทย์หรือไม่ก็ตาม จะต้องมีความผิดทางอาญาร้ายแรงให้หญิงละทิ้งเด็กนั้น ตามความเห็นของคณะกรรมการชุดนี้ การรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย

ในปี ค.ศ. 1987 รัฐบาลฝรั่งเศสได้ตัดสินใจดำเนินคดีกับองค์กรเอกชนที่จัดหาหญิงที่ประสงค์รับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสที่มีบุตรยาก ซึ่งในที่สุดศาลฎีกาของฝรั่งเศส (Supreme Court of Appeals หรือ Cour de cassation) ได้ตัดสินว่า การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากฝ่าฝืนหลักการที่ห้ามมิให้มีการซื้อขายร่างกายมนุษย์และขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม¹⁰⁶

แต่กระนั้นก็ตาม การรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีประโยชน์ทางพาณิชย์และคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายดังกล่าวข้างต้น แต่สำหรับประเด็นสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นก็จะเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งซึ่งยังคงถือตามหลักการที่ว่า หญิงที่ให้กำเนิดเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก¹⁰⁷ และหากหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายผู้เป็นสามีนั้นก็จะเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็ก แต่ข้อสันนิษฐานนี้สามารถที่จะพิสูจน์หักล้างได้¹⁰⁸ ดังนั้น หากมีการรับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นด้วยวิธีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อของชายที่จำงเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นก็จะเป็นมารดาของเด็ก และในทางปฏิบัติ ชายที่จำงนั้นก็ได้รับการจัดแจงว่าเป็นบิดาของเด็ก

¹⁰⁶ *Procureur General v. Mme Guichard*, cour de cassation, Plenary Assemble, 31 May 1991.

¹⁰⁷ Article 341 of the Civil Code.

¹⁰⁸ Article 314 of the Civil Code.

ส่วนคู่สมรสของชายนั้นก็ต้องรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมต่อไป โดยการรับบุตรบุญธรรมนี้ต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนเสมอ

4.5 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาวิจัยในตัวอ่อนและการผสมเทียมเข้มงวดที่สุดประเทศหนึ่งในโลก เนื่องจากมีการห้ามมิให้มีการนำเอาไข่ของหญิงอื่นมาฝังตัวในผนังมดลูกของหญิงที่เข้ารับการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยาก การฝ่าฝืนต่อกฎหมายนี้ถือเป็นการผิดทางอาญา¹⁰⁹

สำหรับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนนั้น ปรากฏว่าในปี ค.ศ. 1985 ศาลเยอรมันได้มีคำพิพากษาว่า การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้นสัญญารับตั้งครรภ์แทนจึงตกเป็นโมฆะ ซึ่งความเห็นเช่นนี้สอดคล้องกับรายงานของคณะกรรมการชุดหนึ่งของรัฐบาลที่ตั้งขึ้นมาเพื่อศึกษาปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (หรือที่เรียกว่า Brenda report)¹¹⁰

ระหว่างปี ค.ศ. 1989 ถึง 1990 รัฐบาลเยอรมันได้ออกกฎหมายสองฉบับที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน กฎหมายฉบับแรกเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยคนกลางในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (Adoptionsvermittlungsgesetz 1989) โดยกฎหมายฉบับนี้ได้ห้ามมิให้มีการจัดหาหญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสที่ว่าจะว่าจ้าง หรือหากคู่สมรสที่ต้องการจะว่าจ้างให้แก่หญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทน รวมทั้งได้ห้ามมิให้มีการโฆษณาเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าวด้วย¹¹¹

กฎหมายอีกฉบับหนึ่งคือ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน (Embryonenschutzgesetz 1990) โดยกฎหมายฉบับนี้ได้ห้ามมิให้แพทย์ใช้เทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อหรือย้ายฝากตัวอ่อนให้แก่หญิงที่มีความประสงค์ที่จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ว่าจะว่าจ้างตามสัญญารับตั้งครรภ์แทน¹¹² การฝ่าฝืนต่อบทบัญญัตินี้ถือเป็นการกระทำผิดทางอาญาที่มีโทษทั้งจำคุกและปรับตามกฎหมาย โดยผลของกฎหมายฉบับนี้ การรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

¹⁰⁹ McEwen, A, So You're Having Another Woman's Baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy, 1999, 32 Vand. J. Transnat'l L. 271, 281.

¹¹⁰ Keppler, V, and Bokelmann, M, Surrogate Motherhood – The Legal Situation in Germany, available at <http://www.surrogacy.com/legals/article/germany.htm>

¹¹¹ เฟ็งอ้าง.

¹¹² เฟ็งอ้าง.

บทสรุป

กล่าวโดยสรุป ประเทศที่มีการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยส่วนใหญ่จะมีกฎหมายที่ควบคุมการให้บริการด้านเทคโนโลยีนี้โดยเฉพาะ กฎหมายของประเทศเหล่านี้อาจมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนด้วย โดยกฎหมายเหล่านี้ส่วนใหญ่จะห้ามมิให้มีการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากการรับตั้งครรภ์แทน ด้วยการห้ามมิให้มีการจัดตั้งคนกลางที่จะให้ความสะดวกหรือจัดหาหญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทน หากการดำเนินการนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า และในบางประเทศก็อาจจะห้ามมิให้มีการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เสียทีเดียว

สำหรับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้น กฎหมายส่วนใหญ่ของต่างประเทศมักจะถือว่าสัญญาในลักษณะเช่นนี้ขัดต่อนโยบายสาธารณะ ดังนั้นสัญญาเหล่านี้จึงเป็นโมฆะไม่สามารถใช้บังคับได้ ซึ่งทำให้ในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนผิดสัญญาไม่ส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างตามที่ตกลงกัน คู่สมรสที่ว่าจ้างก็ไม่อาจฟ้องร้องต่อศาลขอให้บังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนส่งมอบเด็กให้ตามสัญญาได้ ในทางกลับกัน หญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์ก็จะไม่สามารถฟ้องร้องคู่สมรสที่ว่าจ้างให้จ่ายค่าจ้างหรือค่าใช้จ่ายอื่นใดที่เกิดขึ้นจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาบางมลรัฐกลับถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและใช้บังคับในศาลได้ แม้ว่ากฎหมายในลักษณะเช่นนี้จะมีเป็นส่วนน้อยก็ตาม

ในแง่ของสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้น กฎหมายต่างประเทศโดยส่วนใหญ่ยังคงยึดถือหลักการดั้งเดิมอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ หญิงที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดทารกจะถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกนั้น โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าหญิงที่ให้กำเนิดทารกนั้นจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทารกนั้นหรือไม่ก็ตาม คงมีแต่กฎหมายของสหรัฐอเมริกาบางมลรัฐเท่านั้นที่ถือว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่กำเนิดมา อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า ประเทศอังกฤษและบางมลรัฐในสหรัฐอเมริกาได้สร้างระบบที่ช่วยให้คู่สมรสที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์สามารถเป็นบิดามารดาของเด็กที่กำเนิดมาได้โดยไม่ต้องผ่านระบบการขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ระบบเช่นนี้โดยส่วนใหญ่แล้วจะต้องมีการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้คู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่กระบวนการในการยื่นคำร้องต่อศาลอาจมีความแตกต่างกันออกไป

ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับการแย่งชิงอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนระหว่างคู่สมรสที่ว่าจ้างกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน กฎหมายของประเทศจะอาศัยหลักการเดียวกันในการพิจารณากำหนดอำนาจปกครองของเด็กคือ หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามหลักการนี้ ศาลจะมีอำนาจพิจารณาว่าเด็กนั้นควรอยู่ในอำนาจปกครองของใครระหว่างคู่สมรสที่

ว่าจ้างหรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยพิจารณาจากประโยชน์และสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญ ในบางกรณี ศาลอาจกำหนดให้เด็กอยู่ในอำนาจปกครองของบุคคลที่สามก็ได้ หากศาลพิจารณาเห็นว่าการกำหนดให้เด็กอยู่ในอำนาจปกครองของบุคคลที่สามจะเป็นประโยชน์แก่เด็กมากกว่า

จะเห็นได้ว่า กฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยส่วนใหญ่แล้วจะมีสาระสำคัญและวัตถุประสงค์ที่ไม่แตกต่างกันมากนัก กล่าวคือ กฎหมายของทุกประเทศมุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งสวัสดิภาพของเด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนด้วย แต่วิธีการในการคุ้มครองเด็กดังกล่าวนั้นอาจจะแตกต่างกันออกไป การนำเอากฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้จึงไม่เพียงแต่ต้องศึกษารายละเอียดสาระสำคัญตามกฎหมายของแต่ละประเทศเท่านั้น แต่ต้องศึกษาถึงระบบกฎหมายนั้นๆ ทั้งระบบด้วย ทั้งเพื่อให้สามารถคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพของบุคคลทุกฝ่ายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

บทที่ 5

บทวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทน ในประเทศไทย

แม้วิทยาการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทยจะมีความเจริญก้าวหน้าจนอาจกล่าวได้ว่าทัดเทียมกับประเทศที่พัฒนาแล้วโดยส่วนใหญ่ แต่ประเทศไทยก็ยังคงไม่มีกฎหมายควบคุมหรือจัดการปัญหาที่เกิดขึ้นกับเทคโนโลยีนี้โดยเฉพาะ การพิจารณาปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้นจากเทคโนโลยีดังกล่าวจึงต้องอาศัยการตีความจากกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งก็คือ บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทยไม่มีความแตกต่างออกไปจากปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศมากนัก กล่าวคือ จะมีปัญหาให้ต้องพิจารณา 3 ประการใหญ่ ๆ ประกอบด้วย ประการแรก การรับตั้งครรรค์แทนเป็นหรือควรจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ภายใต้ขอบเขตหรือเงื่อนไขประการใด ประการที่สอง สถานภาพของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรค์แทนควรเป็นเช่นใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ใครควรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรค์แทน และประการที่สาม เมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้นในการใช้อำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรค์แทน สัญญารับตั้งครรรค์แทน ซึ่งมีข้อตกลงให้หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้น ควรเป็นสัญญาที่มีสภาพบังคับตามกฎหมายหรือไม่ และบุคคลใดควรมีอำนาจในการปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรค์แทนนั้น ในบทนี้จะได้พิจารณาสภาพปัญหาของการรับตั้งครรรค์แทนในประเทศไทย และจะได้วิเคราะห์ปัญหาต่าง ๆ ที่กล่าวมา เพื่อจะได้นำมาพิจารณาและเสนอแนะความเห็นในการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนในประเทศไทยต่อไป

5.1 สภาพปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนในประเทศไทย

ในอดีตที่ผ่านมา แม้จะปรากฏข้อมูลอยู่เสมอว่ามีการรับตั้งครรรค์แทนเกิดขึ้นในประเทศไทย แต่ก็ยังไม่ปรากฏว่ามีข้อพิพาทจนถึงขั้นฟ้องร้องดำเนินคดีในชั้นศาล ศาลไทยจึงยังคงไม่มีโอกาสที่จะวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนแม้แต่กรณีเดียว แต่ก็มิได้หมายความว่าหน่วยงานทางกฎหมายของไทยจะไม่เคยพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนเลย เมื่อปี 2543

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้รับข้อหาหรือจากกรมบัญชีกลางเนื่องจากปรากฏข้อเท็จจริงว่า คู่สมรสซึ่งเป็นข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัยคู่หนึ่งไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีการตามธรรมชาติได้ จึงติดต่อให้หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์แทน โดยใช้เชื้ออสุจิและไข่ของคู่สมรสที่เป็นข้าราชการทั้งสองนั้น หลังจากคลอดบุตรหญิงนั้นได้ยกเด็กที่เกิดมาให้แก่ข้าราชการดังกล่าว แต่เป็นที่ทราบกันทั่วไปในหมู่ข้าราชการในมหาวิทยาลัยนั้นว่า ข้าราชการฝ่ายหญิงไม่เคยตั้งครรภ์และคลอดบุตรมาก่อน ต่อมาได้มีการขอเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลอันเนื่องมาจากความเจ็บป่วยของเด็กนั้น ซึ่งทำให้มหาวิทยาลัยต้นสังกัดไม่แน่ใจว่า ในกรณีเช่นนี้จะสามารถเบิกจ่ายค่ารักษาพยาบาลได้หรือไม่ จึงได้สอบถามไปยังกรมบัญชีกลาง แต่กรมบัญชีกลางก็ไม่สามารถให้ความเห็นที่ชัดเจนได้ จึงหารือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ปัญหาที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้รับข้อหาหรือไม่ได้อยู่ที่ว่าข้าราชการดังกล่าวนั้นมีสิทธิเบิกค่ารักษาพยาบาลสำหรับความเจ็บป่วยของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้เชื้ออสุจิและไข่จากข้าราชการนั้นหรือไม่ แต่กรมบัญชีกลางตั้งข้อหาหรือว่า เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนซึ่งใช้เชื้ออสุจิและไข่จากคู่สมรสซึ่งเป็นข้าราชการฝ่ายชายและฝ่ายหญิงถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสนั้นหรือไม่

ในปัญหานี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๓) ได้วิเคราะห์หลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลายมาตราประกอบกันและวินิจฉัยว่า เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ส่วนคู่สมรสที่เป็นข้าราชการนั้น แม้จะเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิและไข่ที่นำมาใช้ในการปฏิสนธิ ก็มีอาจถือได้ว่าเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น¹ ซึ่งส่งผลให้ข้าราชการที่ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นไม่สามารถเบิกค่ารักษาพยาบาลสำหรับเด็กที่เกิดมาได้ แม้ว่าตนจะเป็นมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมและได้เลี้ยงดูเด็กนั้นตามความเป็นจริงก็ตาม

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรงว่าเป็นความเห็นทางกฎหมายที่คลาดเคลื่อนและไม่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในปัจจุบัน รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “ใครคือแม่ตามกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการย้ายฝากตัวอ่อน?” ของประภาพร แสงกาญจนวนิช ได้วิจารณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังนี้²

¹ บันทึกเรื่องเสร็จที่ 100/2543

² ประภาพร แสงกาญจนวนิช, ใครคือแม่ตามกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการย้ายฝากตัวอ่อน?, รวมรายงานการวิจัยของการประชุมวิชาการประจำปีของสมาคมวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย ครั้งที่ 27, หน้า 795.

- (1) ในการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาไม่มีผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์หรือสรีระวิทยาเข้าร่วมด้วย
- (2) คณะกรรมการกฤษฎีกาไม่ได้พิจารณาถึงผลได้ผลเสียที่จะเกิดกับเด็ก
- (3) คณะกรรมการกฤษฎีกาปฏิเสธรูปแบบครอบครัวอื่น นอกเหนือจากรูปแบบหนึ่งบิดาหนึ่งมารดาอย่างชัดเจน
- (4) คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความกฎหมายโดยเคร่งครัด ซึ่งผิดเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ในท้ายที่สุด ประภาพร แสงกาญจนวนิช สรุปว่า “หากเทียบเคียงกรณีนี้กับกรณีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศที่เทคโนโลยีการผสมเทียมเจริญก้าวหน้ามาก่อนประเทศไทย จะเห็นว่ามี ความแตกต่างทั้งกระบวนการคิด และผลการวินิจฉัยอย่างชัดเจน ซึ่งในการพิจารณาของศาลต่างประเทศจะมีผู้เชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีการผสมเทียมและนักจิตวิทยาเด็กมาร่วมด้วย และมีการคำนึงถึงผลดีที่จะเกิดกับเด็กมากกว่า”³ บทสรุปของรายงานการศึกษาวินิจฉัยฉบับนี้มีประเด็นที่น่าสนใจหลายประเด็นด้วยกัน จึงสมควรที่จะวิเคราะห์ข้อโต้แย้งแต่ละประเด็นดังต่อไปนี้

ก) กระบวนการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกามีความบกพร่องหรือไม่

ในการพิจารณาปัญหาว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มสมรสที่ต่างหรือไม่นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาได้รับฟังคำชี้แจงของผู้แทนกระทรวงการคลัง (กรมบัญชีกลาง) ผู้แทนทบวงมหาวิทยาลัย (มหาวิทยาลัยศิลปากร) และผู้แทนกระทรวงมหาดไทย (กรมการปกครอง) เท่านั้น โดยไม่ได้มีการเชิญแพทย์ นักสรีระวิทยา หรือนักจิตวิทยาเด็ก เข้าร่วมชี้แจงด้วย ซึ่งทำให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ในทำนองว่ามีความบกพร่อง

ในความเป็นจริงแล้ว การนำผู้เชี่ยวชาญในสาขาใดสาขาหนึ่งมาชี้แจงต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือมาให้การต่อศาลนั้นมิได้มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันแต่อย่างใด กล่าวคือ เป็นไปเพื่อให้คณะกรรมการหรือศาลที่ไม่มีความรู้ในสาขาวิชานั้นโดยเฉพาะได้รับทราบข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง เมื่อคณะกรรมการหรือศาลได้รับข้อมูลนั้นแล้วก็จะไปประมวลว่าข้อมูลดังกล่าวมีความน่าเชื่อถือเพียงใด เมื่อรับฟังข้อเท็จจริงได้ประการใดแล้ว คณะกรรมการหรือศาลนั้นก็จะเป็นไปวิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายต่อไป

ในกรณีนี้ แม้คณะกรรมการกฤษฎีกาจะไม่ได้เชิญแพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญอื่นมาชี้แจงหรือให้ข้อเท็จจริงก็ตาม แต่จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ระบุว่า “แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุตร

³ เพิ่งอ้าง.

ของข้าราชการดังกล่าวเป็นบุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์ โดยแพทย์ได้นำเชื้ออสุจิของข้าราชการชายผสมกับไข่ของข้าราชการหญิง แล้วนำไข่ที่ได้รับการผสมแล้วไปฝากในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่อตั้งครรภ์แทน” แสดงให้เห็นว่า คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเข้าใจถึงการใช้นโยบายช่วยการเจริญพันธุ์อย่างถ่องแท้และมีได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงคลาดเคลื่อนไปแต่อย่างใด ดังนั้นกระบวนการในการรับฟังข้อเท็จจริงของคณะกรรมการกฤษฎีกาในกรณีนี้จึงไม่น่าที่จะผิดพลาดจนถึงขนาดที่จะทำให้กระบวนการทั้งหมดขาดความชอบธรรมได้

ข) คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาถึงผลได้ผลเสียของเด็กหรือไม่

มีข้อที่ควรกล่าวย้าว่า ปัญหาที่กรมบัญชีกลางหรือคณะกรรมการกฤษฎีกามีอยู่ว่า บุตรที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสที่ว่าจ้างหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาสามารถที่จะนำข้อเท็จจริงที่ปรากฏมาใช้ในการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าวได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาผลได้หรือผลเสียของเด็กนั้น รายงานการวิจัยดังกล่าวไม่ได้กล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่า เหตุใดในการพิจารณาปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าว คณะกรรมการกฤษฎีกาจะต้องพิจารณาผลได้หรือผลเสียที่จะเกิดขึ้นกับเด็กด้วย

ในการพิจารณาผลได้หรือผลเสียของเด็กนั้น ศาลต่างประเทศจะนำหลักการที่เรียกว่า “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก” (The Best Interests of the Child) มาใช้ แต่มีข้อสังเกตว่าหลักการเช่นนี้จะนำไปใช้ต่อเมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองของเด็กเท่านั้น เช่น ในกรณีที่บิดาและมารดาของเด็กต่างแย่งอำนาจปกครองบุตรเมื่อการสมรสสิ้นสุดลง ศาลก็จะนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาพิจารณาว่าเด็กนั้นควรอยู่ในอำนาจปกครองของใครระหว่างบิดาหรือมารดาของเด็กนั้น ในบางกรณี ศาลอาจเห็นว่าทั้งบิดาและมารดาของเด็กต่างไม่มีความเหมาะสมในการปกครองเด็กก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ ศาลก็จะมีคำสั่งแต่งตั้งบุคคลที่สามให้เป็นผู้ปกครองของเด็กแทน หากศาลเห็นว่า การแต่งตั้งผู้ปกครองเด็กเช่นนี้จะเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ในกรณีการรับตั้งครรภ์แทนก็เช่นกัน ศาลจะนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กดังกล่าวมาใช้เมื่อมีความขัดแย้งระหว่างคู่สมรสที่ว่าจ้างตั้งครรภ์กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นปฏิเสธไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้าง ซึ่งเมื่อศาลได้พิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กแล้ว ศาลก็จะมีคำสั่งแต่งตั้งคู่สมรสที่ว่าจ้างหรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองของเด็กก็ได้

แต่สำหรับกรณีที่เกิดขึ้นตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น มีปัญหาที่คณะกรรมการกฤษฎีกาต้องวินิจฉัยแต่เพียงว่าในกรณีนี้ใครเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน โดยไม่ปรากฏว่ามีปัญหาข้อขัดแย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครอง

เด็ก จึงไม่มีเหตุที่คณะกรรมการกฤษฎีกาจะพิจารณาผลได้ผลเสียของเด็ก และถึงแม้ว่ามีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจปกครองเด็ก คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัย เพราะอำนาจในการวินิจฉัยเรื่องอำนาจปกครองบุตรเป็นอำนาจของศาลเท่านั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายจึงพิจารณาเฉพาะปัญหาข้อกฎหมายที่ได้รับการหารือเท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงปัญหาผลได้ผลเสียที่จะเกิดกับเด็กดังที่ทวิภาภรณ์วิจารณ์ อย่างไรก็ตาม การที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้บันทึกแสดงความกังวลว่า ปัญหาครอบครัวเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับขนบธรรมเนียมประเพณีและการดำเนินชีวิตอันละเอียดอ่อนของคนไทย จึงสมควรที่จะมีกฎหมายซึ่งสอดคล้องกับเทคโนโลยีที่มีความเจริญก้าวหน้าด้วย ก็น่าจะเป็นการแสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตระหนักดีถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับเด็กเหล่านี้แล้ว ข้อวิพากษ์วิจารณ์ของประภาพร แสงกาญจนวนิช ตามรายงานวิจัยดังกล่าวจึงคลาดเคลื่อนและไม่ถูกต้อง

ค) คณะกรรมการกฤษฎีกาปฏิเสธรูปแบบครอบครัวอื่น นอกเหนือจากรูปแบบหนึ่งบิดาหนึ่งมารดาหรือไม่

หากพิจารณาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาอย่างถ่องแท้ จะเห็นว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาไม่ได้ปฏิเสธรูปแบบครอบครัวอื่น นอกเหนือไปจากรูปแบบหนึ่งบิดาหนึ่งมารดา คณะกรรมการกฤษฎีกาเพียงแต่พิจารณาว่าจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น มีหลักกฎหมายบัญญัติไว้เช่นใดเท่านั้น

ในปัจจุบัน แม้ว่าจะมีข้อเสนอทางวิชาการให้มีการยอมรับรูปแบบของครอบครัวแบบอื่นที่นอกเหนือไปจากรูปแบบหนึ่งบิดาหนึ่งมารดาก็ตาม⁴ แต่ก็มีข้อคำนึงว่า หลักการเช่นนี้เป็นเพียงข้อเสนอว่า ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการแย่งอำนาจปกครองบุตรระหว่างคู่สมรสที่ว่างจ้งกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งศาลจะกำหนดอำนาจการปกครองโดยพิจารณาจากประโยชน์สูงสุดและสวัสดิภาพของเด็ก (Best interests and welfare of the child) นั้น ศาลไม่จำเป็นที่จะต้องกำหนดอำนาจปกครองให้แก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น (Either/or Approach) แต่ศาลอาจกำหนดให้ทั้งสองฝ่ายมีอำนาจปกครองร่วมกันได้ หากศาลเห็นว่าการกำหนดให้ทั้งสองฝ่ายมีอำนาจปกครองบุตรนั้นจะเป็นประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก แต่หลักการเช่นนี้ก็ไม่ได้ขยายขอบเขตไปถึงกับว่าให้ศาลสามารถกำหนดให้เด็กสามารถมีบิดาหรือมารดาได้มากกว่าหนึ่งคน แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดก็ตาม ข้อเสนอเช่นนี้ไม่เกี่ยวข้องกับปัญหาที่คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณา เนื่องจากคณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจในการพิจารณา

⁴ โปรดดู Kandel, R, Which Came First : The Mother or the Egg? A Kinship Solution to Gestational Surrogacy, 1994, 47 Rutgers Law Review 165. และ Wallbank, J, Too Many Mothers? Surrogacy, Kinship and the Welfare of the Child, 2002, 10 Medical Law Review 271.

ตามข้อหาหรือเพียงว่า เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนในกรณีดังกล่าวเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของใครตามหลักกฎหมายที่มีอยู่เท่านั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาไม่มีอำนาจในการกำหนดให้ใครเป็นบิดามารดาตามกฎหมายตามอำเภอใจได้

ที่รายงานการวิจัยดังกล่าววิพากษ์วิจารณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าไม่ยอมรับระบบครอบครัวอื่นนอกเหนือจากหนึ่งบิดาหนึ่งมารดานั้น ย่อมมีความหมายในตัวเองว่ารายงานการวิจัยดังกล่าวสนับสนุนให้มีระบบครอบครัวรูปแบบอื่นที่นอกเหนือไปจากระบบหนึ่งบิดาหนึ่งมารดา เช่น ระบบสองบิดาสองมารดา หรือหนึ่งบิดาสองมารดา เป็นต้น แต่รายงานการวิจัยดังกล่าวก็ไม่ได้ชี้ให้เห็นว่า รูปแบบของครอบครัวอื่นดังกล่าวนั้นมีข้อดีกว่ารูปแบบปัจจุบันอย่างไร และจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็กได้อย่างไร

จากการศึกษาของคณะผู้วิจัยนี้ ยังไม่พบข้อเสนอมหาวิชาการใดที่สนับสนุนแนวความคิดดังกล่าวข้างต้น รูปแบบครอบครัวที่เด็กสามารถมีบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหลายคนนั้นไม่อาจเป็นหลักประกันได้ว่าจะเกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็กเสมอไป ในปัจจุบันจึงยังไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดในโลกที่น่าหลักการที่ให้เด็กมีบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหลายคนในเวลาเดียวกันมาใช้บังคับกับการรับตั้งครรภ์แทนแม่แต่ประเทศเดียว

ง) คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่

ในปัญหาว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาตีความกฎหมายโดยขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ นั้น รายงานการวิจัยฉบับดังกล่าววิจารณ์ว่าการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกาขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย แต่ก็ไม่ได้ชี้ให้เห็นว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความกฎหมายโดยขัดต่อเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายใด และบทบัญญัตินั้นมีเจตนารมณ์อย่างไร แต่เมื่อพิจารณาจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ซึ่งเมื่อวิเคราะห์หลักกฎหมายครอบครัวของไทยจากบทบัญญัติกฎหมายในหลายมาตราตั้งที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายครอบครัวของไทยถือหลักว่า ความเป็นมารดาของเด็กย่อมพิสูจน์ได้จากการให้กำเนิดเด็กนั้น ซึ่งหลักกฎหมายเช่นนี้แม้ว่าจะเป็นหลักกฎหมายดั้งเดิมที่มีมาก่อนที่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะเจริญก้าวหน้าเช่นทุกวันนี้ก็ตาม แต่ก็มีสอดคล้องกับหลักกฎหมายต่างประเทศที่มีความเจริญ

ก้าวหน้าด้านเทคโนโลยีมากกว่าประเทศไทยโดยส่วนใหญ่⁵ คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงไม่ได้ตีความกฎหมายผิดไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่อย่างใด

มีข้อสังเกตว่า ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นเพียงความเห็นทางกฎหมายขององค์กรที่ปรึกษากฎหมายของรัฐเท่านั้น แต่หากศาลถือตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว ก็จะทำให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรไม่สามารถเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนได้เลย นอกจากนี้จะดำเนินการตามขั้นตอนของการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งซับซ้อนยุ่งยาก และใช้ระยะเวลาค่อนข้างนาน เพราะการรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมจะต้องมีการทดลองเลี้ยงดูเด็กก่อนเสมอ⁶ นอกจากนี้ แม้การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมจะสมบูรณ์ตามกฎหมาย แต่ผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นก็จะมีสถานภาพที่ไม่เท่าเทียมกับบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหลายประการ เช่น ผู้รับบุตรบุญธรรมจะไม่มีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะที่เป็นทายาทโดยธรรม⁷ และไม่มีสิทธิเบิกเงินสวัสดิการเกี่ยวกับค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตรบุญธรรมได้⁸ ในทำนองเดียวกัน หากต่อมาปรากฏว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นได้เข้ารับราชการ ก็ยังคงไม่สามารถเบิกเงินสวัสดิการเกี่ยวกับค่ารักษาพยาบาลของผู้รับบุตรบุญธรรมได้เช่นเดียวกัน⁹

มีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่า ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับสถานภาพของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาไม่ได้วินิจฉัยหรือให้ความเห็นในปัญหาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนประการอื่น ไม่ว่าจะเป็นสถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรภ์แทน ตลอดจนสภาพบังคับตามกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทน ปัญหาเหล่านี้จึงยังคงเป็นปัญหาที่คลุมเครือในกฎหมายไทย ในส่วนต่อไปจะได้วิเคราะห์ปัญหาเหล่านี้เป็นลำดับต่อไป

5.2 ปัญหาทางกฎหมายของการรับตั้งครรภ์แทนและบทวิเคราะห์

⁵ โปรดดูรายละเอียดและบทวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศในบทที่ 4 ของรายงานการวิจัยฉบับนี้

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/27 และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 19

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/29

⁸ พระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2523 มาตรา 4 และพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการศึกษาของบุตร พ.ศ. 2523 มาตรา 4

⁹ พระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2523 มาตรา 4

การที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะ ทำให้เมื่อจะต้องพิจารณาปัญหากฎหมายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการรับตั้งครรภ์แทนจำเป็นต้องนำกฎหมายหลายฉบับมาใช้มาการตีความประกอบกัน แต่ด้วยข้อจำกัดทางกฎหมายจึงอาจก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงประสงค์หรือสมประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายได้ ในส่วนนี้จะได้วิเคราะห์ปัญหากฎหมายต่างๆ ที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้น

5.2.1 สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรภ์แทน

ในประเทศที่มีการพัฒนาด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยส่วนใหญ่ จะมีกฎหมายที่บัญญัติในเรื่องเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนไว้โดยเฉพาะ กฎหมายเหล่านี้จะสร้างความชัดเจนว่าการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศนั้นๆ เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ภายใต้ขอบเขตหรือเงื่อนไขประการใด ซึ่งกฎหมายเหล่านี้จะแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ตัวอย่างเช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา บางมลรัฐถือว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่ แต่บางมลรัฐถือว่าการรับตั้งครรภ์เชิงพาณิชย์เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นความผิดทางอาญา สำหรับประเทศออสเตรเลีย นั้น การรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ส่วนใหญ่จะถือเป็นความผิดทางอาญาเช่นเดียวกัน แต่ก็มีบางมลรัฐที่ถือว่าการรับตั้งครรภ์แทนทุกประเภทเป็นความผิดทางอาญาทั้งหมด ไม่ว่าจะจะมีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม ส่วนในประเทศอังกฤษที่ถือว่าเป็นประเทศที่มีการพัฒนาด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในระดับสูงนั้นกลับไม่ถือว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำผิดทางอาญา ไม่ว่าจะการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะเป็นไปเพื่อผลประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่ แต่กระนั้นก็ตาม กฎหมายอังกฤษก็ยังคงมีบทบัญญัติห้ามมิให้มีการโฆษณาหรือจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ และมีบทบัญญัติทางแพ่งอีกหลายประการที่สามารถควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ได้เป็นอย่างดี

สำหรับประเทศไทยนั้น ไม่มีบทกฎหมายใดที่บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นความผิดทางอาญา แม้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีการจ่ายค่าตอบแทนให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ตาม บทบัญญัติที่ใกล้เคียงที่สุดที่อาจนำมาวิเคราะห์ได้ก็คือ บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดเพื่อจะเอาคนลงเป็นทาส หรือให้มีฐานะคล้ายทาส นำเข้าในหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พามาจากที่ใด ชื่อ ชาย จำหน่าย รับหรือหน่วงเหนี่ยวซึ่งบุคคลหนึ่งบุคคลใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท”

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้มีการกระทำใดๆ ไม่ว่าจะเป็น การนำเข้า ส่งออก พา ซื่อ ชาย จำหน่าย รับหรือหนวงเหนี่ยวบุคคล เพื่อประโยชน์ในการนำเอา บุคคลดังกล่าวมาลงเป็นทาสหรือให้มีฐานะคล้ายทาส แม้กฎหมายจะใช้คำว่าซื่อชายหรือจำหน่ายซึ่ง บุคคล แต่ในความเป็นจริงแล้วบุคคลมิใช่ทรัพย์สินจึงไม่อาจซื่อชายได้ ความหมายของคำว่า “ซื่อชายบุคคล” จึงเป็นความหมายที่มุ่งถึงการส่งมอบบุคคลซึ่งอยู่ในอำนาจใดๆ ของบุคคลหนึ่งไปยัง บุคคลอีกคนหนึ่ง มากกว่าที่จะมุ่งหมายถึงการซื่อชายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปัญหาที่ต้องพิจารณาก็คือ การทำสัญญารับตั้งครรรค์แทนซึ่งมีข้อตกลงให้หญิงต้องตั้งครรรค์แทน ผู้อื่นประกอบกับมีข้อตกลงบางประการในการจำกัดสิทธิในการบางประการของของหญิงนั้น เช่น การห้ามมิให้มีการร่วมประเวณี ห้ามดื่มสุราหรือเสพของมีนเมา ตลอดจนต้องส่งมอบเด็กที่เกิดมาให้ แก่คู่สมรสที่จำจาง จะถือเป็นการกระทำเพื่อเอาคนมาลงเป็นทาสหรือให้มีฐานะคล้ายทาสหรือไม่

ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้อธิบายหรือให้คำจำกัดความคำว่า “ทาส” ไว้โดยเฉพาะ คำว่า “ทาส” จึงต้องเป็นไปตามความหมายปกติทั่วไป ศาลอินเดียอธิบายความหมายของ “ทาส” ว่า ทาสเป็น บุคคลที่ไม่เพียงแต่ปราศจากเสรีภาพในการกระทำโดยสิ้นเชิงเท่านั้น แต่ยังเป็นสิทธิของเจ้าของทาสอัน มีอยู่เหนือชีวิต แรงงานและกรรมสิทธิ์ในตัวทาสในด้วย¹⁰ ดังนั้น “การเอาคนลงเป็นทาส” จึงหมายความ ถึง การที่บุคคลหนึ่งอ้างสิทธิเหนือเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอีกคนหนึ่งโดยเด็ดขาด ซึ่งไม่เพียงแต่จำกัด เสรีภาพในร่างกายของบุคคลนั้นเท่านั้น แต่ยังบังคับใช้แรงงานโดยฝืนความสมัครใจของบุคคลนั้นด้วย¹¹

ปัญหาว่าหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนมีลักษณะเป็นทาสหรือคล้ายทาสหรือไม่นั้น ไม่ปรากฏว่ามี คำพิพากษาศาลฎีกาไทยในเรื่องนี้ ความเห็นของนักวิชาการด้านกฎหมายก็ไม่มี แต่เมื่อพิจารณาถึง ลักษณะทั่วไปของการรับตั้งครรรค์แทนกับการเอาคนมาลงเป็นทาสแล้วคงไม่เหมือนกันเสียทีเดียว การรับตั้งครรรค์แทนมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนว่าหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนตกลงที่จะรับตั้งครรรค์และส่งมอบ เด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์นั้นให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนการเอาคนมาลงเป็นทาสมีความมุ่งหมายที่จะเอา บุคคลหนึ่งบุคคลใดมาใช้ประโยชน์ด้านแรงงานโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพในทางกฎหมายของ บุคคลนั้น โดยทั่วไปแล้ว จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าการให้บุคคลอื่นรับตั้งครรรค์แทนนั้นเป็นการเอาคนมาลง เป็นทาส แต่ทั้งนี้ก็มิได้หมายความว่า การนำบุคคลอื่นมารับตั้งครรรค์แทนจะไม่ถือว่าเป็นการเอาคนมาลง เป็นทาสหรือมีลักษณะคล้ายทาสเสมอไป การรับตั้งครรรค์แทนที่มีวัตถุประสงค์ในการใช้ความสามารถใน การสืบพันธุ์ของหญิงเพื่อการตั้งครรรค์ และมีข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพของหญิงนั้นโดยไม่คำนึงถึงสิทธิ

¹⁰ Mayne no. 168 p. 583 อ้างถึงในจิตติ ดิงศกัทธิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 6 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หน้า 2114.

¹¹ จิตติ ดิงศกัทธิย์, เพิ่งอ้าง, หน้าเดิม.

เสรีภาพพื้นฐานตามกฎหมายของหญิงนั้นแม้แต่น้อย ก็อาจนับได้ว่าเป็นการเอาคนมาลงเป็นทาสหรือมีลักษณะคล้ายทาสได้เช่นกัน หากปรากฏข้อเท็จจริงชัดเจนเช่นนั้น ซึ่งก็จะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป ในทำนองเดียวกัน หากมีคนกลางคอยช่วยจัดหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการซื้อขายหรือจำหน่ายบุคคลเพื่อนำหญิงนั้นมาเป็นทาสหรือมีลักษณะคล้ายทาสเช่นกัน

มีข้อหาพิจารณาต่อไปว่า การรับตั้งครรภ์แทนจะเป็นความผิดฐานซื้อขายเด็กได้หรือไม่ เพราะในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนคลอดเด็กแล้ว ก็จะต้องส่งมอบเด็กนั้นให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร และในบางกรณีจะมีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น ในปัญหาที่นักวิชาการในต่างประเทศที่คัดค้านการรับตั้งครรภ์แทนเห็นว่าเป็นการซื้อขายเด็กและเป็นความผิดตามกฎหมาย หากเกิดขึ้นในประเทศที่มีบทบัญญัติห้ามมิให้มีการซื้อขายเด็ก สำหรับในประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ได้พยายามป้องกันมิให้มีการค้าเด็กในรูปแบบของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม โดยห้ามมิให้บุคคลใดดำเนินการเพื่อให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยไม่ได้รับอนุญาต¹² และห้ามมิให้มีการพาหรือจัดส่งเด็กออกไปนอกราชอาณาจักรเพื่อให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม¹³ แต่กฎหมายนี้ก็มิได้มีการห้ามมิให้จ่ายค่าตอบแทนให้แก่บิดามารดาของเด็กในการยกบุตรให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นโดยตรง และไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติกฎหมายใดที่กำหนดโทษทางอาญาสำหรับการซื้อขายเด็กไว้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยแล้วไม่ว่าการรับตั้งครรภ์แทนจะเป็นการซื้อขายเด็กหรือไม่ก็ตาม การส่งมอบเด็กแล้วรับค่าตอบแทนก็ไม่อาจถือเป็นความผิดทางอาญาได้¹⁴

อาจกล่าวได้ว่า การรับตั้งครรภ์แทนโดยทั่วไปแล้วไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายไทย ไม่ว่าจะเป็นการรับตั้งครรภ์แทนที่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม มีข้อที่พึงพิจารณาต่อไป

¹² พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522, มาตรา 6

¹³ เฟิงอ่าง, มาตรา 18

¹⁴ แม้ในปัจจุบันจะมีพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2540 แต่กฎหมายนี้ก็เพียงแต่เพิ่มมาตรการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็กที่เป็นความผิดตามกฎหมายอื่นอยู่แล้วให้มีประสิทธิภาพเท่านั้น เมื่อการซื้อขายเด็กที่มีวัตถุประสงค์อื่นนอกจากการค้าประเวณี หรือเพื่อการร่อนนอการหรือการแสวงหาความใคร่ของบุคคลอื่น ไม่ได้เป็นความผิดตามกฎหมายอื่นแล้ว การซื้อขายเด็กนั้นก็ย่อมไม่เป็นความผิดที่ต้องบังคับตามพระราชบัญญัติมาตรการฯ ดังกล่าวด้วย ดังนั้นกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์จึงมีความพยายามในการร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ขึ้น โดยกฎหมายฉบับนี้จะห้ามมิให้มีการค้ามนุษย์ทุกประเภทและเพิ่มมาตรการต่างๆ ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และตามร่างกฎหมายนี้การซื้อขายเด็กจะถือว่าเป็นความผิดฐานค้ามนุษย์ด้วย ขณะนี้ร่างกฎหมายกำลังอยู่ระหว่างการเสนอเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

ว่า การโฆษณาเผยแพร่ให้บุคคลอื่นทราบว่าคุณต้องการรับตั้งครรรภ์แทนผู้อื่นหรือต้องการหาหญิงที่จะมารับตั้งครรรภ์จะเป็นการกระทำความผิดทางอาญาหรือไม่ ในปัญหานี้ก็ยังคงไม่มีความเห็นทางกฎหมายที่น่าเชื่อถือมาสนับสนุน แต่เมื่อพิจารณาจากกฎหมายที่มีโทษทางอาญาต่างๆ ตามกฎหมายไทยแล้ว ก็ไม่ปรากฏโดยชัดแจ้งว่ามีบทกฎหมายใดที่บัญญัติว่าการกระทำเช่นนี้เป็นความผิด บทบัญญัติกฎหมายใกล้เคียงที่สุดที่อาจนำมาวิเคราะห์ได้ก็คือ มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการดังต่อไปนี้...(4) โฆษณาทางสื่อมวลชนหรือเผยแพร่ด้วยประการใด เพื่อรับเด็กหรือยกเด็กให้แก่บุคคลอื่นที่มีโชญาติของเด็ก เว้นแต่เป็นการกระทำของทางราชการหรือได้รับอนุญาตจากทางราชการแล้ว”

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติตามมาตรานี้ห้ามมิให้มีการโฆษณาด้วยวิธีการต่างๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ 2 ประการคือ เพื่อรับเด็กหรือยกเด็กให้แก่บุคคลอื่นที่มีโชญาติ จึงมีข้อนำพิจารณาว่า การโฆษณาหาบุคคลอื่นมาเป็นหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทน หรือการโฆษณาประกาศว่าตนต้องการรับตั้งครรรภ์แทนผู้อื่น จะถือเป็นการต้องห้ามตามบทบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ เพราะวัตถุประสงค์ของการโฆษณาหาหญิงเพื่อมารับตั้งครรรภ์แทนก็คือต้องการรับเด็กมาไว้ในอุปการะนั่นเอง และในทำนองเดียวกัน การโฆษณาประกาศรับตั้งครรรภ์แทนผู้อื่นก็คือการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในการยกเด็กที่จะเกิดขึ้นจากการรับตั้งครรรภ์แทนให้ผู้อื่นนั่นเอง เมื่อพิจารณาดังนี้ การโฆษณาประกาศหาหญิงรับตั้งครรรภ์แทนหรือหากคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรด้วยวิธีการรับตั้งครรรภ์แทนจึงอาจเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กได้

แต่กระนั้นก็ตาม การตีความบทบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญาต้องเป็นไปโดยเคร่งครัด การตีความโดยขยายความเพื่อลงโทษบุคคลในทางอาญาเป็นสิ่งที่กระทำไม่ได้ ดังนั้นหากตีความความหมายของบทบัญญัติดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงการโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนจึงอาจไม่ได้รับการยอมรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตามบทบัญญัติข้างต้นซึ่งห้ามการโฆษณาเพื่อรับเด็กหรือยกเด็กให้แก่บุคคลอื่น คำว่า “เด็ก” นี้ย่อมหมายความถึงบุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์เท่านั้น¹⁵ การโฆษณาเพื่อยกหรือรับเด็กที่จะเกิดมาในอนาคต (จากการรับตั้งครรรภ์แทน) ซึ่งในขณะที่ทำการโฆษณายังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย จึงอาจไม่เป็นความผิดตามบทมาตราข้างต้นได้

โดยสรุป ในปัจจุบันกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติทางอาญาใดที่ห้ามมิให้มีการรับตั้งครรรภ์แทน และการกระทำที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นการจัดการให้มีการรับตั้งครรรภ์แทนหรือการโฆษณาใดๆ

¹⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖ มาตรา ๔

เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน แม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงหรือเด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนก็ตาม จึงนับได้ว่าในส่วนใหญ่เป็นช่องว่างของกฎหมายไทยที่ไม่สามารถเอาผิดแก่บุคคลที่สามารถหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากการรับตั้งครรภ์แทนได้

5.2.2 สถานภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน

การรับตั้งครรภ์แทนก่อให้เกิดปัญหาในการกำหนดสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่เกี่ยวข้อง เพราะแต่เดิมก่อนที่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะมีความก้าวหน้า การให้กำเนิดเด็กย่อมเกิดขึ้นจากการร่วมประเวณีระหว่างฝ่ายชายกับฝ่ายหญิงเท่านั้น กฎหมายจึงเพียงแต่กำหนดสถานะทางกฎหมายของเด็กโดยพิจารณาจากสถานภาพสมรสของชายและหญิงที่ร่วมประเวณีกันเท่านั้น แต่เมื่อเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีความเจริญก้าวหน้ายิ่งขึ้น การให้กำเนิดเด็กไม่จำเป็นต้องเริ่มต้นจากการร่วมประเวณีระหว่างชายหญิงอีกต่อไป เพราะแพทย์สามารถนำเซลล์สืบพันธุ์ ไม่ว่าจะไข่หรือเชื้ออสุจิของบุคคลอื่นมาใช้ในการปฏิสนธิได้ บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์จึงอาจมีมากกว่าชายหญิงที่ต้องการมีบุตรร่วมกันเท่านั้น แต่ที่สำคัญก็คือ หากหญิงที่ต้องการมีบุตรไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ แพทย์ก็สามารถนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้ ในกรณีเช่นนี้จึงมีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนเพิ่มขึ้นคือ อาจมีทั้งคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ผู้ที่บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน รวมทั้งสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาว่าบุคคลเหล่านี้ใครเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนตามกฎหมาย

เมื่อกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติสถานภาพของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนไว้โดยเฉพาะ การพิจารณาสถานภาพของเด็กดังกล่าวจึงต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวเท่านั้น ในส่วนนี้จะได้พิจารณาสถานภาพของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน โดยจะพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นมารดาและบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน หากต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้

5.2.2.1 ความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์จะมีหลักกฎหมายพื้นฐานว่า หญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาของเด็กนั้น ตามหลัก *"mater est quam gestatio demonstrat"* (the mother is demonstrated by gestation) ส่วนประเทศอื่นที่แม้จะใช้กฎหมายในระบบที่แตกต่างกันออกไปก็มักจะใช้หลักการเช่นเดียวกันนี้ เพราะไม่มีเหตุผลว่าเหตุใดหญิงที่ให้กำเนิดบุตรไม่ควรจะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น สำหรับประเทศไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า หญิงที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น

แต่หลักการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 1546 ก็คือ “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น” จากหลักการนี้แสดงให้เห็นว่า แม้แต่หญิงที่มีได้สมรสกับชายยังถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แล้วเหตุใดหญิงที่สมรสกับชายแล้วให้กำเนิดบุตรจะไม่ถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ตามกฎหมายไทย หญิงที่ให้กำเนิดบุตรย่อมถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น โดยไม่ต้องคำนึงว่าหญิงนั้นจะมีสถานภาพสมรสเป็นเช่นใด

ในกรณีที่มีการใช้ไข่ที่ได้รับการบริจาคในการปฏิสนธิ เช่น มีการนำไข่ที่ได้รับการบริจาคมารวมกับเชื้อสpermsของคู่สมรสฝ่ายชาย แล้วฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของคู่สมรสฝ่ายหญิง หรือนำตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคมารวมเข้าไปในมดลูกของคู่สมรสฝ่ายหญิง แล้วต่อมาคู่สมรสฝ่ายหญิงนั้นให้กำเนิดบุตร กรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่า หญิงที่บริจาคไข่นั้นจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา ส่วนหญิงที่ให้กำเนิดเด็กจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเลย จึงก่อให้เกิดปัญหาว่า เด็กนั้นจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของใครระหว่างหญิงที่ให้กำเนิดบุตรกับหญิงที่เป็นเจ้าของไข่นั้น

เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า หญิงที่ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่ถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ส่วนหญิงที่บริจาคหรือเป็นเจ้าของไข่จะไม่มีสิทธิใดๆ ในตัวเด็กนั้นเลย เพราะกฎหมายไทยไม่ได้รับรองสิทธิของผู้บริจาคหรือเป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ที่นำมาใช้ในการปฏิสนธิไว้ หญิงที่บริจาคหรือเป็นเจ้าของไข่จึงไม่อาจอ้างได้ว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น แม้จะพิสูจน์ได้โดยแจ้งชัดว่าเด็กนั้นเกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ของตนเองก็ตาม

สำหรับกรณีของการรับตั้งครรภ์แทนนั้น แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าก่อนการตั้งครรภ์หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ตกลงกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรว่าเมื่อตนให้กำเนิดทารกแล้วจะยกเด็กนั้นให้เป็นบุตรหรืออยู่ในอุปการะของคู่สมรสนั้นก็ตาม กรณีเช่นนี้ก็ยังคงต้องถือว่าเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นอยู่นั่นเอง¹⁶ เพราะความตกลงระหว่างเอกชนทั้งสองฝ่ายไม่สามารถไปเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่และสถานภาพทางกฎหมายในความเป็นมารดาของเด็กนั้นได้ วิธีการเดียวที่เด็กนั้นจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นก็คือการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น ซึ่งขั้นตอนของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมในกรณีนี้ก็จำเป็นต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรจะต้องผ่านการเลี้ยงดูเด็กก่อน

¹⁶ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 10, หน้า 541

เพราะถือไม่ได้ว่าคู่สมรสนั้นเป็นญาติของเด็ก แม้จะปรากฏว่าเด็กนั้นจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม เพราะคู่สมรสนั้นเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิหรือไข่ที่ใช้ในการรับตั้งครรภ์แทนก็ตาม

กล่าวโดยสรุป กฎหมายไทยในปัจจุบันถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นเท่านั้น แม้จะปรากฏว่าหญิงนั้นตกลงที่จะรับตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่นหรือไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่ให้กำเนิดมานั้นเลยก็ตาม ส่วนปัญหาว่าในกรณีของการรับตั้งครรภ์แทนนั้น กฎหมายไทยควรกำหนดให้บุคคลใดเป็นมารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้น นักกฎหมายไทยบางส่วนเห็นว่าควรกำหนดให้คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่นักกฎหมายอีกส่วนหนึ่งกลับเห็นว่าไม่ควรที่จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ซึ่งคณะผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ข้อดีข้อเสียของการกำหนดสถานะทางกฎหมายทั้งสองแนวทางและจะได้เสนอแนะความเห็นในบทต่อไป

5.2.2.2 ความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ในทุกประเทศทั่วโลก การพิสูจน์สถานะความเป็นบิดาที่แท้จริงเป็นปัญหาที่มีความสลับซับซ้อนกว่าการพิสูจน์สถานะความเป็นมารดามาก เพราะความเป็นมารดาของเด็กย่อมพิสูจน์ได้โดยชัดเจนจากการที่หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์และให้กำเนิดเด็ก และการตั้งครรภ์ของหญิงก็เป็นกระบวนการที่มีระยะเวลายาวนานถึงประมาณ 9 เดือน ซึ่งโดยปกติแล้วย่อมเป็นที่รับรู้ของสาธารณชนโดยทั่วไป ในทางตรงกันข้าม การพิสูจน์ความเป็นบิดาที่แท้จริงนั้นย่อมจะต้องพิสูจน์ว่ามีการร่วมประเวณีกันระหว่างหญิงกับชาย และชายนั้นเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิที่ต่อมาได้ปฏิสนธิจนกระทั่งเป็นเด็กที่กำเนิดมา แต่การร่วมประเวณีระหว่างหญิงชายนั้นโดยปกติย่อมเป็นที่รับรู้กันเฉพาะหญิงชายนั้นเท่านั้น และในอดีตก่อนที่เทคโนโลยีพันธุกรรมซึ่งในการตรวจพิสูจน์บุคคลจะเจริญก้าวหน้าดังเช่นในปัจจุบัน การพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ว่าเด็กนั้นเกิดมาจากเชื้ออสุจิของบุคคลใดย่อมเป็นสิ่งที่กระทำได้โดยยาก ด้วยเหตุนี้กฎหมายของประเทศต่างๆ จึงมักจะมีบทสันนิษฐานความเป็นบิดาของเด็กโดยพิจารณาจากสถานภาพสมรสของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นสำคัญ โดยถือว่าสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น แต่หากหญิงนั้นไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กนั้นก็จะเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

แต่กระนั้นก็ตาม บทสันนิษฐานเช่นนี้ไม่ได้เป็นบทสันนิษฐานที่เด็ดขาด ชายผู้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายมักจะมีสิทธิในการพิสูจน์ว่าตนไม่ได้เป็นบิดาที่แท้จริงของเด็กนั้นได้ โดยพิสูจน์ว่าตนไม่ได้ร่วมประเวณีกับหญิงผู้เป็นภริยาจนกระทั่งหญิงนั้นให้กำเนิดบุตร ความยากง่ายของการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเช่นนี้จึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป

สำหรับประเทศไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ก็มีลักษณะเดียวกับกฎหมายต่างประเทศ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่าการพิสูจน์สถานะความเป็นบิดาของเด็กจะต้องพิสูจน์จากการร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิง และชายนั้นเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิที่ปฏิสนธิจนเป็นทารกนั้นก็ตาม แต่เมื่ออนุมานจากบทบัญญัติต่างๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าการพิสูจน์สถานะความเป็นบิดาของเด็กย่อมกระทำได้โดยการพิสูจน์ว่าชายนั้นได้ร่วมประเวณีกับหญิงจนหญิงนั้นตั้งครรภ์และให้กำเนิดทารกขึ้นมา¹⁷

อย่างไรก็ดี กฎหมายไทยก็ยังคงมีบทบัญญัติสันนิษฐานความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับหลักกฎหมายต่างประเทศ โดยมาตรา 1536 บัญญัติว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามี แล้วแต่กรณี” ภายใต้หลักกฎหมายนี้ ชายผู้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงหรือเคยเป็นสามีในช่วงระยะเวลาสามร้อยสิบวันก่อนที่เด็กจะเกิดย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น การพิสูจน์หักล้างบทสันนิษฐานตามกฎหมายนี้ย่อมกระทำได้ตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น กล่าวคือ ชายนั้นจะต้องพิสูจน์ว่าตนไม่ได้อยู่ร่วมกับหญิงภายในระยะเวลาที่หญิงนี้อาจตั้งครรภ์คือ ระหว่างหนึ่งร้อยแปดสิบวันถึงสามร้อยสิบวันก่อนเด็กนั้นเกิด หรือตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กนั้นได้ด้วยเหตุประการอื่น¹⁸ และการพิสูจน์นี้ต้องกระทำโดยการฟ้องคดีต่อศาลภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่รู้ถึงการกำเนิดของเด็กนั้น แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินสิบปีนับแต่เด็กนั้นเกิดด้วย นอกจากนี้ยังต้องปรากฏว่าชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีนั้นจะต้องไม่ใช่บุคคลที่แจ้งการเกิดของเด็กหรือจัดให้มีการแจ้งการเกิดของเด็กนั้นในทางทะเบียนอีกด้วย¹⁹

เมื่อนำหลักกฎหมายเช่นนี้มาบังคับกับการรับตั้งครรภ์แทน กรณีจึงเป็นว่า หากหญิงที่ให้กำเนิดบุตรจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กนั้นจะเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะกฎหมายไทยมีบทสันนิษฐานความเป็นบิดาเฉพาะกรณีที่หญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นหญิงที่มีสามีหรือเคยมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น มีข้อที่น่าพิจารณาว่า หากคู่สมรสฝ่ายชายที่ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิที่มาใช้มาในการปฏิสนธิ ไม่ว่าจะโดยการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนั้นเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือโดยการนำมาปฏิสนธิกับไข่ของหญิงอื่นภายนอกร่างกายจนเป็นตัวอ่อนแล้วย้ายฝากเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน จะถือว่าชาย

¹⁷ ประสพสุข บุญเดช, มารดารับจ้างตั้งครรภ์, ดุลพาห, ปีที่ 35 เล่ม 1, 2531, หน้า 24

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1539

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1541

นั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นได้หรือไม่ เพราะตนเป็นเจ้าของเชื้อสัจที่ปฏิสนธิจนเด็กนั้นถือกำเนิดมา ในกรณีเช่นนี้เห็นได้ว่า กฎหมายไทยไม่ถือว่าชายนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เพราะตามกฎหมายไทย การที่จะพิสูจน์ว่าบุคคลใดเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น จะต้องปรากฏข้อเท็จจริง 2 ประการคือ ชายนั้นได้ร่วมประเวณีกับหญิงที่ให้กำเนิดเด็ก และชายนั้นต้องเป็นเจ้าของเชื้อสัจนั้นด้วย เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงแต่เพียงว่าชายนั้นเป็นเจ้าของเชื้อสัจ แต่ไม่ได้ร่วมประเวณีกับหญิงนั้น ย่อมไม่อาจถือได้ว่าชายนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น หลักการเช่นนี้ย่อมนำไปใช้ในกรณีที่หญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายให้กำเนิดบุตรโดยใช้กรรมวิธีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากผู้บริจาคด้วย โดยถือว่าผู้บริจาคเชื้อสัจนั้นไม่ได้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เพราะผู้บริจาคเชื้อสัจนั้นไม่ได้ร่วมประเวณีกับหญิงนั้นนั่นเอง

มีข้อสังเกตว่า หลักการตามกฎหมายไทยนี้จะมีข้อแตกต่างจากกฎหมายของอังกฤษเล็กน้อย เพราะตามกฎหมายของอังกฤษ หากมีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ จะต้องพิจารณาว่าการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนั้นได้กระทำในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตหรือไม่ หากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนี้ได้กระทำในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย คู่สมรสฝ่ายชายที่ให้ตั้งครรภ์แทนและเป็นเจ้าของเชื้อสัจ จะถือว่าเป็นผู้บริจาคเชื้อสัจตามกฎหมายและไม่ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่หากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนั้นได้ทำนอกสถานบริการที่ได้รับอนุญาต กฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษถือว่าชายนั้นเป็นบิดาของเด็กที่กำเนิดมา แม้จะไม่มีร่วมประเวณีระหว่างหญิงกับชายนั้นก็ตาม

ส่วนกรณีที่หญิงที่ให้กำเนิดเด็กจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้ชายที่เป็นสามีของหญิงนั้นจะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าชายนั้นจะให้ความยินยอมในการที่ภริยาของตนรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นหรือไม่ก็ตาม การปฏิสนธิไม่รับเด็กเป็นบุตรนั้นย่อมกระทำได้ตามเงื่อนไขที่กล่าวไว้ข้างต้นคือ ชายผู้เป็นสามีนั้นต้องพิสูจน์ว่าตนไม่ได้ร่วมประเวณีกับภริยาจนกระทั่งภริยาตั้งครรภ์และให้กำเนิดเด็กนั้น และต้องฟ้องคดีภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด กับต้องไม่เป็นผู้แจ้งเกิดหรือจัดให้มีการแจ้งเกิดเด็กนั้นในทางทะเบียนอีกด้วย ซึ่งหากสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวได้แล้ว เด็กนั้นก็ถือว่าเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย²⁰

กล่าวโดยสรุป การนำหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงประสงค์หลายประการ เช่น หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มี

²⁰ กรณีมักจะเกิดปัญหาต่อไปอีกว่าหากภริยาไปรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากสามีจะถือเป็นเหตุหย่าตามกฎหมายได้หรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาที่อยู่นอกกรอบของการวิจัยนี้

สามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นก็ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว คู่สมรสฝ่ายชายที่ทำให้มีการตั้งครรภ์แทนอาจมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กนั้นโดยเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิที่ใช้ในการปฏิสนธิ และต้องการเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นอยู่แล้ว แต่ก็ไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นได้เพราะไม่ได้สมรสกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือร่วมประเวณีกับหญิงนั้น ส่วนในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายที่เป็นสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ทั้งที่ชายผู้เป็นสามีนั้นไม่ได้ประสงค์จะเป็นบิดาของเด็กเลย นอกจากนี้หากเป็นกรณีที่ชายผู้เป็นสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนยินยอมให้ภริยาของตนรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น โดยรู้ถือว่าตนต้องถูกสันนิษฐานตามกฎหมายให้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็กลับเปิดโอกาสให้ชายผู้เป็นสามีนั้นพิสูจน์ว่าตนไม่ได้เป็นบิดาที่แท้จริงของเด็กใด ทั้งที่ปรากฏว่าชายผู้เป็นสามีนั้นได้ให้ความยินยอมในการที่ภริยาของตนรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นแล้ว และหากชายผู้เป็นสามีสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าตนไม่ได้เป็นเจ้าของเชื้ออสุจิได้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็จะถือว่าชายผู้เป็นสามีนั้นไม่ได้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และเด็กนั้นก็จะเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายทันที

กล่าวโดยสรุป ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาตั้งแต่มีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลักการตามกฎหมายไทยก็ยังคงถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดเป็นมารดาของเด็ก และสามีของหญิงนั้นก็ถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของเด็กนั้น เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กหลักการเช่นนี้ดูเหมือนจะไม่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อนำมาใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนที่บุคคลทุกฝ่ายอาจมีความประสงค์ดีและยินยอมพร้อมใจกันมอบอำนาจปกครองให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร แต่คู่สมรสเหล่านี้ก็ยังคงไม่อาจมีสถานภาพเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้ ส่วนการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้น แม้จะทำให้เด็กนั้นมีสถานภาพเสมือนเป็นบุตรของโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม แต่ก็ยังคงมีความขัดข้องหลายประการเกี่ยวกับสิทธิตามกฎหมายของทั้งฝ่ายผู้รับบุตรบุญธรรมและตัวบุตรบุญธรรมนั่นเอง

5.2.3 สถานะทางกฎหมายของสัญญาการรับตั้งครรภ์แทน

การรับตั้งครรภ์แทนเป็นกระบวนการที่สลับซับซ้อน ยาวนาน และเกี่ยวข้องกับบุคคลอย่างน้อยสองฝ่ายคือ คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ในสัญญารับตั้งครรภ์แทนจึงมักมีข้อตกลงที่เกี่ยวสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเสมอ เช่น ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่ต้องยินยอมให้มีการผสมเทียมโดยวิธีการต่างๆ และต้องยินยอมให้มีการตรวจสุขภาพของหญิงและของ

เด็กในระหว่างการตั้งครรภ์ รวมถึงต้องปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์เพื่อรักษาสุขภาพของหญิงและของทารกในครรภ์นั้นด้วย และที่สำคัญก็คือ ในสัญญาับตั้งครรภ์แทนมักจะมีข้อตกลงที่กำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์ส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นแก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ส่วนฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรก็จะมีหน้าที่ต้องชำระค่าใช้จ่ายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นค่าบริการทางการแพทย์ หรือค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับตัวของหญิงและทารกที่ตั้งครรภ์นั้น เช่น ค่าเสื้อผ้าสำหรับหญิงตั้งครรภ์ ค่าใช้จ่ายในการเดินทางเพื่อไปพบแพทย์ หรือค่าใช้จ่ายในการบำรุงครรภ์ เป็นต้น ในบางกรณี สัญญาับตั้งครรภ์แทนอาจกำหนดให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายดังที่กล่าวมาแล้วด้วย

การปฏิบัติตามสัญญาับตั้งครรภ์แทนโดยส่วนใหญ่มักเป็นไปโดยไม่มีอุปสรรค ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นไปในหมู่เครือญาติ ซึ่งเมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนคลอดบุตรออกมาแล้วก็มักจะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเสมอ แต่ในบางกรณีก็ปรากฏว่ามีการประทุติพิตสัญญาสัญญาับตั้งครรภ์แทนต่อกัน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือจากฝ่ายคู่สมรสที่ว่าจ้าง เช่น ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอาจมีความรู้สึกผูกพันกับทารกในครรภ์ระหว่างการตั้งครรภ์ ซึ่งทำให้ไม่ยอมส่งมอบเด็กนั้นให้แก่ฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร หรืออาจเป็นกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องไม่ยอมส่งมอบเด็กให้เนื่องจากต้องการเรียกร้องค่าตอบแทนเพิ่มขึ้น ในทำนองเดียวกัน ฝ่ายคู่สมรสที่ว่าจ้างก็อาจปฏิเสธไม่ยอมรับมอบเด็กจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเนื่องจากเด็กที่เกิดมานั้นมีสภาพร่างกายที่พิการหรือเป็นโรคพันธุกรรมบางชนิด ในบางกรณีคู่สมรสที่ให้ตั้งครรภ์แทนอาจหย่าขาดจากกันระหว่างที่มีการรับตั้งครรภ์แทน ทำให้เมื่อเด็กคลอดออกมาก็ไม่มีคู่สมรสฝ่ายใดต้องการนำเด็กนั้นมาเลี้ยงดูต่อไป

ปัญหาว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนมีสภาพบังคับตามกฎหมายหรือไม่นั้นเป็นปัญหาสำคัญที่มีการโต้เถียงกันในประเทศที่มีการรับตั้งครรภ์แทนเสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีข้อพิพาทในชั้นศาลในคดีเกี่ยวกับการแบ่งชิงอำนาจปกครองเด็กนั้น ศาลก็มักจะต้องพิจารณาสถานะของสัญญาับตั้งครรภ์แทนก่อนเสมอว่าเป็นสัญญาที่อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้หรือไม่ ในต่างประเทศ ศาลบางศาลเคยวินิจฉัยไว้โดยชัดแจ้งว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อนโยบายสาธารณะ (Public Policy) และถือว่าเป็นสัญญาที่เป็นโมฆะไม่สามารถนำมาฟ้องร้องบังคับคดีได้ กฎหมายของบางประเทศก็บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่จะนำมาฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ (unenforceable) แต่บางประเทศการฟ้องร้องดำเนินคดีให้ปฏิบัติตามสัญญาับตั้งครรภ์แทนก็อาจกระทำได้หากได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้ว

สำหรับประเทศไทยนั้น เนื่องจากไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนบัญญัติไว้โดยเฉพาะ การพิจารณาปัญหาว่าสัญญารับตั้งครรรค์แทนเป็นสัญญาที่ฟ้องร้องคืบคบดีได้หรือไม่นั้นจึงต้นพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมาตรา 150 บัญญัติไว้เป็นหลักการพื้นฐานว่า

“การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

บทบัญญัติมาตรา 150 ดังกล่าวนี้นี้ถือว่านิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ 3 ประการต่อไปนี้เป็นนิติกรรมที่เป็นโมฆะคือ นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพนันวิสัย และนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เบื้องต้น เห็นได้ว่าสัญญารับตั้งครรรค์แทนไม่ใช่นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพนันวิสัย เพราะการพนันวิสัยหมายความว่าความถึงเฉพาะเรื่องที่ไม่สามารถเป็นไปได้อย่างแน่นอน แต่สัญญารับตั้งครรรค์แทนที่มีข้อตกลงให้หญิงคนหนึ่งรับตั้งครรรค์แทนผู้อื่นแล้วส่งมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์นั้นให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมเป็นสิ่งที่กระทำได้และไม่ถือว่าเป็นการพนันวิสัย เว้นแต่สัญญารับตั้งครรรค์แทนนั้นได้ทำขึ้นระหว่างฝ่ายชายด้วยกัน แล้วตกลงให้ชายฝ่ายหนึ่งรับตั้งครรรค์แทนชายอีกฝ่ายหนึ่ง เช่นนี้คงเป็นการพนันวิสัย เพราะชายฝ่ายแรกนั้นย่อมไม่สามารถตั้งครรรค์ได้ หรือเป็นกรณีที่คู่สมรสหนึ่งทำสัญญากับหญิงที่ตกลงรับตั้งครรรค์แทน แต่ปรากฏว่าหญิงนั้นเป็นหญิงที่ไม่มีมดลูก และไม่มีเทคโนโลยีใดที่สามารถทำให้หญิงที่ไม่มีมดลูกตั้งครรรค์ได้ เช่นนี้ก็เป็นการพนันวิสัยเช่นกัน แต่กรณีเหล่านี้ย่อมเป็นการเฉพาะเรื่องซึ่งไม่อาจถือได้ว่าสัญญารับตั้งครรรค์แทนทั่วไปเป็นโมฆะเพราะเหตุพนันวิสัยนี้

ส่วนปัญหาว่าสัญญารับตั้งครรรค์แทนเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือไม่นั้น เมื่อในปัจจุบันไม่มีกฎหมายใดห้ามมิให้มีการรับตั้งครรรค์แทน การรับตั้งครรรค์แทนจึงไม่ใช่สิ่งที่จะต้องห้ามตามกฎหมาย ส่วนที่จะเทียบเคียงว่าหากสัญญารับตั้งครรรค์แทนเป็นสัญญาที่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงเพื่อตอบแทนในการส่งมอบเด็กให้ นั่นถือเป็นการซื้อขายเด็ก ก็เห็นได้ว่าการซื้อขายเด็กเพื่อให้เป็นบุตรของบุคคลผู้ซื้อนั้นยังไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทย ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้ข้างต้น สัญญารับตั้งครรรค์แทนจึงไม่อาจเป็นโมฆะเพราะเหตุนี้ได้

เมื่อพิจารณาดังนี้ ประเด็นสำคัญที่สุดในการพิจารณาสถานะของสัญญารับตั้งครรรค์แทนก็คือ สัญญารับตั้งครรรค์แทนเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ในปัญหานี้ นักกฎหมายไทยมีความเห็นเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า สัญญารับตั้งครรรค์แทน ซึ่งมีข้อตกลงว่าเมื่อเด็กคลอดออกมาแล้วให้ยกเด็กให้เป็นบุตรของสามีภรรยา (ที่ต้องการมีบุตร) “ไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่เป็นสัญญาที่ไม่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาดังกล่าวนี้นี้เป็นไปเพื่อช่วยเหลือคู่สมรสที่มีบุตรยากให้มีบุตรไว้สืบสกุลโดย

ที่ผู้รับตั้งครุฑแทนเป็นแต่เพียงผู้ให้การเลี้ยงดูทารกในครรภ์ให้เจริญเติบโตเท่านั้น ซึ่งเปรียบเหมือน การรับเลี้ยงดูเด็กตามธรรมดาทั่วไป..ดังนั้นสัญญาผู้รับตั้งครุฑแทนจึงเป็นสัญญาที่สมบูรณ์และบังคับได้ ตามกฎหมาย²¹

แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า สัญญาผู้รับตั้งครุฑแทนเป็นโมฆะตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากการรับจ้างตั้งครุฑทำให้ลดศักดิ์ศรีแห่งความเป็นแม่ของหญิงนั้นอย่างสิ้นเชิง คงเหลือแต่ความเป็นโรงงานผลิตมนุษย์ อีกทั้งยังเป็นการทำลายระบบครอบครัวที่มีการสืบสายโลหิต และเผ่าพันธุ์ที่ชัดเจน”²²

จะเห็นได้ว่า ตามความเห็นของทั้งสองฝ่ายนั้น ไม่ได้มีการแยกแยะระหว่างสัญญาผู้รับตั้งครุฑแทนที่มีการจ่ายค่าตอบแทนกับสัญญาผู้รับตั้งครุฑแทนที่ไม่มีค่าตอบแทน โดยฝ่ายแรกเห็นว่าสัญญาผู้รับตั้งครุฑแทนเป็นสัญญาที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้จะปรากฏว่ามีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครุฑแทนก็ตาม ส่วนอีกฝ่ายกลับเห็นว่าสัญญาผู้รับตั้งครุฑแทนเป็นโมฆะทั้งหมด โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะมีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครุฑแทนหรือไม่

ตามความเห็นของคณะผู้วิจัย สัญญาผู้รับตั้งครุฑแทนที่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครุฑแทนนั้น เป็นสัญญาที่มีการแสวงหาประโยชน์จากความสามารถในการสืบพันธุ์ของเพศหญิง โดยใช้อำนาจเงินหรือประโยชน์เชิงพาณิชย์อย่างอื่นเป็นเครื่องมือ สัญญาเช่นนี้จึงเป็นการลดทอนศักดิ์ความเป็นมนุษย์ของหญิงนั้นให้เป็นเสมือนโรงงานผลิตเด็กเท่านั้น การทำสัญญาผู้รับตั้งครุฑแทนในลักษณะนี้ยังเปรียบเสมือนเป็นการซื้อขายเด็กล่วงหน้าด้วย ข้อโต้แย้งที่ว่าสัญญาผู้รับตั้งครุฑนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือคู่สมรสให้สามารถมีทายาทไว้สืบสกุลนั้นยังคงขาดน้ำหนักอยู่มา เพราะอิทธิพลสำคัญของการทำสัญญาในลักษณะเช่นนี้ก็คือ เงินหรือผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการรับตั้งครุฑแทนนั้น มากกว่าที่จะต้องการให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรมีทายาทไว้สืบสกุล ส่วนความเห็นที่ว่า การจ่ายค่าตอบแทนตามสัญญาผู้รับตั้งครุฑแทนเป็นค่าตอบแทนที่จ่ายให้เพื่อตอบแทนการที่หญิงต้องเสียเวลาดังครุฑ และต้องเสี่ยงภัยจากการตั้งครุฑและการคลอดนั้น เห็นได้ว่า โดยส่วนใหญ่แล้ว ในสัญญาผู้รับตั้งครุฑแทนนั้นมักจะกำหนดให้จ่ายค่าตอบแทนแก่หญิงที่รับตั้งครุฑแทนทั้งหมดเมื่อได้ปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนคือต้องส่งมอบเด็กให้ก่อนเสมอ หากเป็นการจ่ายค่าตอบแทนเพื่อการเสียเวลาและเสี่ยงภัย เหตุใดจึงไม่จ่ายค่าตอบแทนทั้งหมดให้แก่หญิงที่รับตั้งครุฑแทนเมื่อคลอดบุตร

²¹ สหทยา สุนทรเกตุ, ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครุฑแทน, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539, หน้า 118-119

²² วิชา มหาคุณ, จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่,วารสารกฎหมาย ปีที่ 15 ฉบับที่ 1, 2537, หน้า 17-18

ทั้งหมด โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะมีการส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างหรือไม่ การจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้จึงเป็นการจ่ายค่าตอบแทนเพื่อตอบแทนในการส่งมอบเด็กที่ชัดเจน ดังนั้นในความเห็นของคณะผู้วิจัย สัญญารับตั้งครรภ์แทนที่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องหรือมีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

สำหรับสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์นั้น คณะผู้วิจัยยอมรับว่า คู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีการธรรมชาตินั้นอาจได้รับผลกระทบทางจิตใจอย่างรุนแรง การรับตั้งครรภ์แทนจึงอาจเป็นวิถีทางเดียวที่จะช่วยให้คู่สมรสนั้นสามารถมีบุตรที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมอย่างน้อยกับคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นก็อาจเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับคู่สมรสนั้นและต้องการช่วยเหลือให้คู่สมรสดังกล่าวมีบุตร โดยไม่ได้หวังผลประโยชน์ตอบใดๆ การรับตั้งครรภ์แทนในลักษณะเช่นนี้จึงไม่ควรถูกปิดกั้นเสียทีเดียว แต่กระนั้นก็ตามเพื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยที่ยังคงกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และชายผู้เป็นสามีของหญิงนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ในกรณีที่หญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายไทยที่บัญญัติว่าบิดามารดาย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร และมีสิทธิเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย ข้อสัญญาที่กำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ให้ตั้งครรภ์แทนโดยไม่คำนึงถึงว่าหญิงนั้นจะต้องการส่งมอบเด็กนั้นหรือไม่ จึงเป็นข้อตกลงที่แตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ในความเห็นของคณะผู้วิจัย ข้อสัญญาเช่นนี้จึงเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเช่นเดียวกัน

นอกจากปัญหาว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่มีข้อตกลงให้ส่งมอบเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นแก่คู่สมรสเป็นโมฆะหรือไม่ ยังมีประเด็นข้อกฎหมายอีกประการหนึ่งที่นักกฎหมายต่างประเทศไม่ได้โต้เถียงกัน แต่นักกฎหมายไทยกลับนำมาพิจารณามาก็คือ หากสัญญารับตั้งครรภ์แทนเพียงแต่กำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์ต้องให้ความยินยอมในการยกเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมแก่คู่สมรส ข้อตกลงเช่นนี้ยังคงเป็นโมฆะเช่นเดียวกับกรณีข้างต้นหรือไม่ ในปัญหานี้ นักกฎหมายไทยก็มีความเห็นเป็น 2 ฝ่ายเช่นกัน โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่า หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนปฏิเสธไม่ยินยอมยกเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นให้เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร คู่สมรสนี้สามารถฟ้องคดีตามมาตรา 1598/21 ขอให้ศาลสั่งให้มีการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมได้ โดยถือคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น แต่ในทางตรงกันข้าม หากคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร

ปฏิเสธไม่ยอมรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรม หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะฟ้องศาลขอให้สั่งให้คู่สมรสนั้นปฏิบัติตามสัญญาโดยรับเด็กนั้นเป็นบุตรไม่ได้ เพราะสภาพแห่งนี้ไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้น²³

แต่นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า สัญญารับตั้งครรภ์เช่นนี้มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงตกเป็นโมฆะ ดังนั้นทั้งสองฝ่ายจึงไม่อาจฟ้องร้องอีกฝ่ายหนึ่งให้ปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรไม่สามารถฟ้องขอให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมได้ ในทำนองเดียวกัน หากคู่สมรสนั้นไม่ต้องการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถฟ้องขอให้คู่สมรสนั้นรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเช่นเดียวกัน²⁴

ตามความเห็นของคณะผู้วิจัย ในการพิจารณาปัญหานี้ น่าจะยังคงต้องแยกแยะระหว่างสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์กับสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เช่นเดียวกับกรณีข้างต้น สำหรับสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์นั้น เมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีโดยชัดแจ้งเสียแล้ว ข้อสัญญาที่กำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องให้ความยินยอมในการยกเด็กเป็นบุตรบุญธรรมย่อมต้องเป็นโมฆะด้วย โดยไม่อาจถือได้ว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะเฉพาะเพียงบางส่วนเท่านั้น เพราะกรณีเช่นนี้เป็นนิติกรรมเดียว มิใช่นิติกรรมที่แยกส่วนที่เป็นโมฆะออกจากส่วนที่ไม่เป็นโมฆะได้

สำหรับการรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์นั้น โดยหลักการแล้วข้อตกลงยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมย่อมไม่ใช่ข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่เมื่อบทบัญญัติมาตรา 1598/21 กำหนดให้ศาลพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ให้ความยินยอมนั้นปราศจากเหตุผลอันสมควรและเป็นปรีกษต่อสุขภาพ ความเจริญและสวัสดิภาพของผู้เยาว์หรือไม่ บทบัญญัติกฎหมายนี้มุ่งที่จะคุ้มครองสวัสดิภาพและความผาสุกของผู้เยาว์ จึงเป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้นข้อตกลงที่ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องยกเด็กให้แก่คู่สมรสนั้นเสมอ โดยไม่คำนึงว่าการไม่ให้ความยินยอมนั้นจะเป็นไปโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรและเป็นปรีกษต่อสุขภาพ ความเจริญและสวัสดิภาพของผู้เยาว์หรือไม่ จึงต้องถือว่ามีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีเช่นกัน ดังนั้น ตามความเห็นของคณะผู้วิจัย ข้อตกลงเช่นนี้ก็ยังคงเป็นโมฆะอยู่นั่นเอง

²³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, การผสมเทียมกับกฎหมาย, บทบัญญัติคดี, เล่มที่ 44 ตอน 2, 2531, หน้า 63-64 และวิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, การรับจ้างตั้งครรภ์กับกฎหมาย, คลินิก ปีที่ 6 ฉบับที่ 12, 2533, หน้า 909

²⁴ ประสพสุข บุญเดช, อุ่มบุญ, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช ปีที่ 5 ฉบับที่ 2, 2536, หน้า 28

เมื่อพิจารณาปัญหากฎหมายดังที่กล่าวมาแล้วทั้งหมด จะเห็นได้ว่า การรับตั้งครรรค์แทนไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา แม้ว่าการรับตั้งครรรค์แทนนั้นจะเป็นไปโดยมีค่าตอบแทนหรือเพื่อผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ก็ตาม แต่เมื่อหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนให้กำเนิดทารกแล้ว เด็กนั้นย่อมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนเท่านั้น และจะถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนด้วยตามข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย ส่วนสัญญารับตั้งครรรค์แทนนั้นไม่ว่าจะมีข้อตกลงให้ส่งมอบเด็กหรือตกลงให้หญิงที่ตั้งครรรค์แทนต้องยกเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมแก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ก็ล้วนแต่เป็นสัญญาที่เป็นโมฆะทั้งสิ้น เนื่องจากเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนี้ หากต่อมาปรากฏว่าหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนใช้อำนาจปกครองโดยมิชอบ คู่สมรสที่ให้ตั้งครรรค์ก็ไม่สามารถร้องขอต่อศาลเพื่อให้ถอนอำนาจปกครองนั้นได้ เนื่องจากผู้ที่มีสิทธิยื่นคำร้องขอตามมาตรา 1582 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต้องเป็นญาติของผู้เยาว์หรือพนักงานอัยการเท่านั้น แต่คู่สมรสที่ให้ตั้งครรรค์แทนนั้นก็ไม้อาจถือได้ว่าเป็นญาติของผู้เยาว์ตามกฎหมาย²⁵ ถึงแม้ว่าจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับผู้เยาว์นั้นก็ตาม การพิจารณาแก้ไขกฎหมายในประเด็นเหล่านี้มีทางเลือกได้หลายแนวทาง และต้องเป็นไปโดยรอบคอบ ในบทต่อไปคณะผู้วิจัยจะได้เสนอแนวทางต่างๆ ในการแก้ไขปัญหาค่าตอบแทนเหล่านี้และจะได้อธิบายทางเลือกที่เหมาะสมกับสถานการณ์ในประเทศไทยต่อไป

²⁵ ประสพสุข บุญเดช, การปฏิสนธิ์เทียมยุคโลกาภิวัตน์, วารสารกฎหมาย ปีที่ 16 ฉบับที่ 1, 2538, หน้า 21

บทที่ 6

แนวทางในการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายว่าด้วย การรับตั้งครรรภ์แทน

แม้ว่าเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทยจะเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วตลอดระยะเวลาหลายสิบปีที่ผ่านมา แต่กฎหมายไทยยังไม่ได้รับการพัฒนาให้เท่าทันกับการเปลี่ยนแปลงในเทคโนโลยีสาขานี้ การนำกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจึงก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงประสงค์ได้ สำหรับการรับตั้งครรรภ์แทนนั้น ประเทศไทยก็ไม่มีบทกฎหมายที่บัญญัติไว้สำหรับการรับตั้งครรรภ์แทนโดยเฉพาะจึงก่อให้เกิดปัญหาในตนเองเดียวกัน

ในต่างประเทศ การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนจะถูกพิจารณาไปพร้อมกับการควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เสมอ ในเบื้องต้น คณะผู้วิจัยเห็นว่าการดำเนินการพิจารณาออกกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนควรเป็นไปควบคู่กับการพัฒนากฎหมายว่าด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และกฎหมายเหล่านี้ควรมีเนื้อหาและหลักกฎหมายที่มีความสอดคล้องและประสานกันด้วย ในบทนี้ คณะผู้วิจัยจะเสนอแนวทางในการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรรภ์แทนโดยเฉพาะ ซึ่งจะมีประเด็นหลักที่จะต้องทำการปรับปรุงกฎหมายดังต่อไปนี้คือ สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรรภ์แทน มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมและกำกับกับการรับตั้งครรรภ์แทน องค์กรควบคุมและกำกับกับการรับตั้งครรรภ์แทน สถานภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทน และการกำหนดอำนาจการปกครองของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทน โดยในแต่ละประเด็น คณะผู้วิจัยจะได้เสนอทางเลือกในการออกกฎหมายและชี้ให้เห็นถึงข้อดีและข้อเสียของแต่ละแนวทาง ทั้งจะได้นำเสนอความเห็นของคณะผู้วิจัยว่าแนวทางใดเป็นทางเลือกที่เหมาะสมที่สุด ซึ่งรัฐควรนำไปพิจารณาเพื่อออกกฎหมายต่อไป

6.1 สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรรภ์แทน

ในการพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนนั้น ปัญหาที่อาจเรียกได้ว่าเป็นปัญหาเบื้องต้นที่จะต้องพิจารณาก็คือ ปัญหาว่าการรับตั้งครรรภ์แทนควรเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่ ภายใต้ขอบเขตหรือเงื่อนไขประการใด จากการศึกษาในบทที่ 4 พบว่า กฎหมายของต่างประเทศมีความแตกต่างกันทั้งในสาระสำคัญและรายละเอียด แต่อาจสรุปได้ว่ากฎหมายของ

ต่างประเทศนั้นแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ๆ คือ กลุ่มที่กำหนดโทษทางอาญาสำหรับการรับตั้งครรรค์แทน โดยกฎหมายของกลุ่มประเทศเหล่านี้ถือว่าการรับตั้งครรรค์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ส่วนอีกกลุ่มหนึ่งคือ กลุ่มที่ถือว่าการรับตั้งครรรค์แทนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกลุ่มประเทศเหล่านี้จะมีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนโดยเฉพาะ แต่จะไม่มีบทกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการรับตั้งครรรค์แทนไว้ สำหรับประเทศไทยนั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 5 ว่า ประเทศไทยไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนโดยเฉพาะ และไม่มีกฎหมายใดๆ ที่กำหนดโทษทางอาญาสำหรับการรับตั้งครรรค์แทนไว้ แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่า ประเทศไทยยอมรับว่าการรับตั้งครรรค์แทนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเสมอไป ปัญหาสำคัญที่ควรพิจารณาในเบื้องต้นก็คือ ประเทศไทยควรกำหนดนโยบายเกี่ยวกับสถานะของการรับตั้งครรรค์แทนอย่างไร คณะผู้วิจัยขอเสนอรูปแบบกฎหมายของต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการออกกฎหมายของประเทศไทยเป็น 4 แบบดังนี้คือ

แบบที่ 1 การรับตั้งครรรค์แทนเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายทุกกรณี

กฎหมายในรูปแบบนี้มีใช้บังคับในประเทศที่เจริญแล้วบางประเทศเช่น ประเทศเยอรมนี และในรัฐควีนสแลนด์ของประเทศออสเตรเลีย กฎหมายในลักษณะเช่นนี้ถือว่าการรับตั้งครรรค์แทนเปรียบเสมือนการซื้อขายเด็กและเป็นการแสวงหาประโยชน์จากเนื้อตัวร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนโดยไม่ชอบ จึงได้มีการกำหนดโทษในทางอาญาสำหรับการรับตั้งครรรค์แทนไว้ในทุกกรณี โดยไม่คำนึงถึงว่าการรับตั้งครรรค์แทนนั้นจะมีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนหรือไม่ก็ตาม กฎหมายในลักษณะนี้ห้ามแม้กระทั่งการรับตั้งครรรค์แทนในหมู่พี่น้องหรือญาติสนิทที่แม่หญิงที่รับตั้งครรรค์ประสงค์จะให้ความช่วยเหลือแก่คู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ให้สามารถมีบุตรได้สมควรปราศณาโดยหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนไม่ได้รับค่าตอบแทนใดๆ ทั้งสิ้น

กฎหมายที่ห้ามการรับตั้งครรรค์แทนทุกประเภทในลักษณะเช่นนี้มีข้อดีที่ว่าทำให้เกิดความชัดเจนว่าการรับตั้งครรรค์แทนไม่ว่าจะมีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่ล้วนแต่เป็นความผิดทางอาญาทั้งสิ้น จึงไม่มีปัญหาในเรื่องความคลุมเครือระหว่างการรับตั้งครรรค์แทนเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์กับการรับตั้งครรรค์แทนที่ไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ เพราะไม่มีความจำเป็นต้องแยกแยะความแตกต่างระหว่างการรับตั้งครรรค์แทนทั้งสองประเภท แต่ข้อด้อยของระบบนี้ก็คือกฎหมายเช่นนี้จะเป็นการกีดกันมิให้คู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีอื่นนอกจากการรับตั้งครรรค์แทนสามารถมีบุตรได้เลย จึงเปรียบเสมือนเป็นการพรากสิทธิในการสืบพันธุ์ไปจากคู่สมรสเช่นนั้นทั้งสิ้น นอกจากนี้การห้ามมิให้หญิงอื่นเข้าอาสารับตั้งครรรค์แทนคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้นั้นก็ยังไม่เป็นการเคารพอัธมาภาพของหญิงอื่นที่จะใช้เนื้อตัวร่างกายของตนเองเข้าช่วยเหลือผู้อื่น ทั้งที่หญิงนั้นมีเจตนาที่ดีและไม่ได้ต้องการที่จะได้รับผลประโยชน์ใดๆ ทั้งสิ้นเป็นการตอบแทนอีกด้วย

ข้อด้อยอีกประการหนึ่งของระบบกฎหมายเช่นนี้ก็คือน ประสิทธิภาพของกฎหมายเช่นนี้มีจำกัด เพราะในความเป็นจริงแล้ว คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรด้วยการรับตั้งครรภ์แทนส่วนใหญ่มักเป็นบุคคลที่มีฐานะดี และบุคคลเหล่านี้ก็สามารถที่จะเดินทางไปยังประเทศอื่นที่ไม่ห้ามการรับตั้งครรภ์แทนได้ และเมื่อกระบวนการในการรับตั้งครรภ์แทนสิ้นสุดลงก็สามารถเดินทางกลับมายังประเทศเดิมได้ โดยไม่ถือว่ามีความผิดแต่อย่างใด เพราะกฎหมายเหล่านี้ไม่ได้ล่วงเข้าไปกำหนดให้การรับตั้งครรภ์แทนที่กระทำในต่างประเทศเป็นความผิดในประเทศด้วย ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายจึงอ่อนด้อยลงไป

แบบที่ 2 การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์เป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

กฎหมายในรูปแบบนี้ห้ามเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนที่มีการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ เช่น มีการว่าจ้างให้หญิงอื่นเข้ารับตั้งครรภ์แทนโดยจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงนั้นเท่านั้น แต่จะไม่ห้ามการรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้อง ประเทศที่ใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนี้คือ ประเทศฝรั่งเศส รัฐวิกตอเรีย ทาสมาเนีย และออสเตรเลีย แคนาดา เทอร์ริทอรี ของประเทศออสเตรเลีย และบางมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาคือ มิชิแกน ยูทาห์ วอชิงตัน นิวยอร์ก เคนตักกี และ ดิสทริกคอฟโคลัมเบีย โดยกฎหมายเหล่านี้จะมีบทกำหนดโทษของการรับตั้งครรภ์แทนที่ต้องห้ามตามกฎหมายต่างกันไป บางกรณีมีแต่โทษปรับเท่านั้น แต่บางกรณีก็มีโทษจำคุกด้วย

การที่กฎหมายในรูปแบบนี้ห้ามเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์เท่านั้นทำให้มักจะเกิดปัญหาในการแยกแยะว่า การกระทำเช่นใดถือเป็นการรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย และการกระทำเช่นใดไม่ถือว่าเป็นการรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ ซึ่งกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ ในบางประเทศจึงต้องออกกฎหมายลำดับรองลงมาอีกเพื่อกำหนดว่าการจ่ายค่าตอบแทนในลักษณะเช่นใดเป็นการจ่ายค่าตอบแทนที่ถือว่ามีลักษณะเข้าข่ายเป็นค่าตอบแทนเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ นอกจากปัญหาความคลุมเครือเช่นนี้แล้ว การบังคับใช้กฎหมายก็มีความยากลำบากขึ้นด้วย เพราะการดำเนินคดีอาญาแก่บุคคลที่ต้องหาว่ากระทำความผิดขึ้น เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องสามารถพิสูจน์ให้เห็นว่าการจ่ายค่าตอบแทนในลักษณะดังกล่าวจริง ซึ่งแม้จะเป็นปัญหาเกี่ยวกับการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีก็ตาม แต่ก็ใช่ว่าอุปสรรคสำคัญอย่างหนึ่งในการบังคับใช้กฎหมายได้

อย่างไรก็ดี กฎหมายในลักษณะเช่นนี้ถือว่าการยอมรับสิทธิของคู่สมรสและหญิงที่อาสาเข้ารับตั้งครรภ์แทนได้ดีในระดับหนึ่ง เพราะไม่ได้ปิดกั้นการรับตั้งครรภ์แทนทุกประเภทเสียทีเดียว แต่เปิดโอกาสให้มีการรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ได้ ซึ่งถือว่าเป็นการเคารพสิทธิของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรให้สามารถมีบุตรได้ตามความประสงค์ แต่ก็ยังเป็นการคุ้มครองหญิงที่รับ

ตั้งครรรภ์แทนไม่ให้ถูกแสวงหาประโยชน์จากเนื้อตัวร่างกายของหญิงนั้นด้วยอำนาจเงินหรืออิทธิพลอย่างอื่นด้วย

แบบที่ 3 การรับตั้งครรรภ์แทนทุกประเภทไม่ถือเป็นความผิดทางอาญา

ในประเทศอังกฤษ และมลรัฐต่างๆ ส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าการรับตั้งครรรภ์แทนนั้นจะมีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ตาม แม้ว่าทั้งสองประเทศดังกล่าวนี้จะมีกฎหมายที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน แต่ “เหตุผลหลัก” ที่กฎหมายทั้งสองประเทศนี้ไม่ถือว่าการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นความผิดทางอาญาน่าจะมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น รัฐธรรมนูญอเมริกันให้ความคุ้มครองสิทธิของพลเมืองอย่างกว้างขวาง การออกกฎหมายห้ามไม่ให้มีการรับตั้งครรรภ์แทนทุกประเภทจึงสุ่มเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของพลเมืองอเมริกันเป็นอย่างยิ่ง ส่วนประเทศอังกฤษนั้น แม้ว่าการเคารพต่อสิทธิของคนอังกฤษจะไม่ได้มีน้อยไปกว่าพลเมืองอเมริกัน แต่เหตุผลหลักที่ปรากฏในรายงานของคณะกรรมการวอร์นอคที่เสนอว่าการรับตั้งครรรภ์แทนไม่ควรเป็นความผิดทางอาญานั้นไม่ได้พิจารณาจากสิทธิของปัจเจกชนเป็นหลัก คณะกรรมการวอร์นอคปฏิเสธแนวคิดในการนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อควบคุมการรับตั้งครรรภ์แทนโดยให้เหตุผลว่าเพื่อป้องกันไม่ให้เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทนนั้นเป็นรอยแปดเปื้อนในทางอาญา (taint of criminality) และการลงโทษบุคคลที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรหรือหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทน ล้วนแต่ไม่ได้ก่อให้เกิดผลดีแก่เด็กทั้งสิ้น และต่อมาเมื่อมีการออกกฎหมายการรับตั้งครรรภ์แทนในปี ค.ศ. 1985 กฎหมาย Surrogacy Arrangement Act ก็ไม่ได้กำหนดให้การรับตั้งครรรภ์แทนเป็นความผิดทางอาญาแต่อย่างใด ดังนี้ ถึงแม้จะไม่ได้ปรากฏเหตุผลที่ชัดเจนในกฎหมายฉบับนี้ว่าเหตุใดการรับตั้งครรรภ์แทนจึงไม่เป็นความผิดทางอาญา แต่ก็อาจกล่าวได้ว่า รายงานของคณะกรรมการวอร์นอคมีอิทธิพลต่อการร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่น้อย

มีข้อสังเกตว่า ความแตกต่างประการหนึ่งที่สำคัญของกฎหมายอังกฤษและกฎหมายในระดับมลรัฐของสหรัฐก็คือ กฎหมายอังกฤษจะมีบทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้มีการโฆษณาใดๆ เกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทน และห้ามไม่ให้มีการจัดตั้งคนกลางในการจัดการให้มีการรับตั้งครรรภ์แทนเพื่อแสวงหาประโยชน์จากการรับตั้งครรรภ์แทนนั้น ในขณะที่ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น การประกาศโฆษณาบุคคลในการรับตั้งครรรภ์แทนและการจัดตั้งองค์กรธุรกิจเพื่อเป็นคนกลางรับดำเนินการในการรับตั้งครรรภ์แทนนั้นถือเป็นเรื่องปกติทั่วไป

ระบบกฎหมายที่ไม่ห้ามการรับตั้งครรรภ์แทนไม่ว่าจะมีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่เช่นนั้นก็มีข้อดีหลายประการ เพราะกฎหมายเช่นนี้ไม่เพียงแต่เคารพสิทธิของคู่สมรสและหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนอย่างเต็มที่เท่านั้น แต่ยังสะดวกแก่การบังคับใช้กฎหมายด้วย เพราะรัฐไม่จำเป็นต้องสิ้นเปลือง

งบประมาณในการป้องกันและปราบปรามการกระทำเช่นนี้ นอกจากนั้น เมื่อการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย การรับตั้งครรภ์แทนจึงมีประสิทธิภาพสูงขึ้น เพราะคู่สมรสที่ต้องการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนไม่ต้องไปทำการรับตั้งครรภ์แทนที่ตลาดมืด ซึ่งคุณภาพของบุคคลากรและเครื่องมือเครื่องใช้ในการอำนวยความสะดวกในการรับตั้งครรภ์แทนมีไม่สูงนัก

อย่างไรก็ดี มีข้อพึงคำนึงว่า ระบบกฎหมายเช่นนี้อาจไม่ได้เหมาะสมกับสถานการณ์ของทุกประเทศเสมอไป ประเทศสหรัฐอเมริกาเมืองเคิร์กวิชาชีฟท์ที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนที่มีประสิทธิภาพสูง ดังจะเห็นได้จากการที่แพทยสภาและวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ของสหรัฐได้ออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการให้บริการของแพทย์ในการรับตั้งครรภ์แทนที่มีมาตรฐานสูงมาก ซึ่งสามารถที่จะคุ้มครองสิทธิทั้งของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนได้เป็นอย่างดี ส่วนในประเทศอังกฤษนั้น การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยหลักแล้วต้องทำในสถานประกอบการที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น และสถานประกอบการเหล่านี้ก็ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ขององค์การ Human Fertilisation and Embryology Authority ที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่จะเกิดมาอย่างเคร่งครัด และการฝ่าฝืนต่อแนวปฏิบัติขององค์การนี้จะทำให้สถานประกอบการนั้นถูกเพิกถอนใบอนุญาต นอกจากนี้กฎหมายอังกฤษยังมีกระบวนการอื่นในการป้องกันการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากหญิงด้วยการห้ามไม่ให้คู่สมรสที่จ่ายค่าตอบแทนทางพาณิชย์แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมายื่นคำร้องต่อศาลขอเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (Parental Order) ด้วย มาตรการเหล่านี้จึงสามารถทดแทนมาตรการทางอาญาในการป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้เป็นอย่างดี

สำหรับประเทศไทยนั้น ตามความเห็นของคณะผู้วิจัย การใช้มาตรการทางอาญาเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเพื่อคุ้มครองเด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่มีความจำเป็น ทั้งนี้เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ควบคุมหรือกำกับกับการรับตั้งครรภ์แทนที่มีประสิทธิภาพ ส่วนองค์การวิชาชีพแพทย์ในประเทศไทยที่ควบคุมและกำกับกับการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ไม่ว่าจะเป็นแพทยสภาหรือราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ ก็ไม่มีอำนาจหน้าที่กำกับกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยตรง ส่วนประกาศแพทยสภาเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้น ก็เป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่กำหนดมาตรฐานในการให้บริการที่มีวัตถุประสงค์ที่จะกำหนดให้การให้บริการเป็นไปตามมาตรฐานที่แพทยสภากำหนดเท่านั้น แต่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่จะเกิดมาอย่างจริงจัง ด้วยเหตุนี้การนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อป้องปรามมิให้มีการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากหญิงโดยมิชอบ เช่น การว่าจ้างให้หญิงที่มีฐานะทางการเงินต่ำกว่ามาตั้งครรภ์แทนโดยมีข้อสัญญาบีบบังคับให้หญิงนั้น

ต้องส่งมอบเด็กให้ จึงเป็นมาตรการที่จำเป็น และมาตรการนี้ยังจะช่วยป้องกันมิให้มีการซื้อขายเด็กโดยใช้การรับตั้งครรภ์แทนเป็นเครื่องมือบังหน้าได้อีกด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าคณะผู้วิจัยจะมีความเห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนจะเป็นสิ่งที่ไม่สมควรกระทำ ไม่ว่าจะผลประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม แต่คณะผู้วิจัยก็ยังเห็นว่าการใช้มาตรการทางอาญามาป้องกันการรับตั้งครรภ์แทนนั้นควรจำกัดเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนที่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องเท่านั้น ส่วนการรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์น่าจะอยู่นอกกรอบการควบคุมภายใต้กฎหมายอาญา โดยมีเหตุผลสนับสนุน 2 ประการคือ ประการแรก แม้บางฝ่ายมีความเห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์จะเป็นสิ่งที่ขัดต่อจริยธรรมเช่นเดียวกับการรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ก็ตาม แต่การที่รัฐจะใช้มาตรการทางอาญาในการจำกัดสิทธิของบุคคลได้นั้นจะต้องปรากฏพยานหลักฐานที่ชัดเจนว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายหรือผลกระทบด้านลบต่อสังคมโดยรวมอย่างชัดเจน แต่จากการศึกษาที่ผ่านมา คณะผู้วิจัยยังไม่พบพยานหลักฐานใดที่จะพิสูจน์ได้ว่า การรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อจริยธรรมเสมอไป แม้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในอันที่จะได้รับอันตรายจากการตั้งครรภ์หรือการคลอดบุตรโดยที่ตนเองไม่ได้รับประโยชน์ใดๆ ก็ตาม แต่เหตุผลในเรื่องความเสียหายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนี้ก็ยังมีน้ำหนักน้อย เพราะการที่บุคคลคนหนึ่งมีจิตเมตตาให้ความช่วยเหลือผู้อื่น ไม่ว่าจะเป็นการช่วยเหลือผู้ประสบอุบัติเหตุด้วยการพาไปโรงพยาบาล หรือการช่วยเหลือผู้พิการทางสายตาข้ามถนนก็ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนเองทั้งสิ้น ประเด็นสำคัญจึงอยู่ที่ว่า ภัยที่อาจเกิดขึ้นแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีอยู่สูงมากเกินไปกว่าที่จะควบคุมได้หรือไม่ และบุคคลที่เข้าเสี่ยงภัยนั้นทราบถึงภัยที่จะต้องเสี่ยงหรือไม่ คณะผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากวิทยาการด้านการแพทย์ที่มีอยู่ในปัจจุบันซึ่งอัตราการเสียชีวิตของหญิงมีครรภ์มีอยู่ไม่สูงนักและลดต่ำลงตามลำดับ การรับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ควรถูกกีดกันด้วยเหตุผลเพียงเพราะความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น ส่วนปัญหาว่าหญิงที่จะอาสาเข้ารับตั้งครรภ์แทนนั้นจะทราบถึงอันตรายหรือผลกระทบใดๆ ที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนหรือไม่นั้นจำเป็นต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ออกกฎหมายในการสร้างระบบเพื่อให้หญิงที่จะเข้ารับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นนั้นสามารถทราบได้ถึงอันตรายและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นอย่างจริงจัง ด้วยเหตุนี้ ตามความเห็นของคณะผู้วิจัยนั้น การจำกัดสิทธิของบุคคล “โดยกฎหมาย” ด้วยการห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนซึ่งไม่ได้เป็นไปในเชิงพาณิชย์จึงยังไม่มีเหมาะสมเท่าที่ควร

เหตุผลประการที่สองก็คือ หากมีการห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนแบบเด็ดขาดในทุกกรณี ในขณะที่ยังมีความต้องการของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรตามปกติได้ คู่สมรสเหล่านี้ก็ต้องหาวิธีการในการหลีกเลี่ยงกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการเดินทางไปต่างประเทศเพื่อให้มีการรับตั้งครรภ์แทน หรือสมคบ

กับบุคคลที่มีความสามารถทางการแพทย์ในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อให้สามารถมีบุตรด้วยการรับตั้งครรภ์แทนได้ การหลีกเลี่ยงกฎหมายในลักษณะเช่นนี้จะไม่ก่อให้เกิดผลดีกับบุคคลทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือเด็กที่จะเกิดขึ้นการรับตั้งครรภ์แทนนั้น เพราะการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในตลาดมืด ย่อมต้องมีคุณภาพต่ำกว่าการให้บริการในกรณีทั่วไป และอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือเด็กที่จะเกิดมาเสียยิ่งกว่าการอนุญาตให้มีการรับตั้งครรภ์แทนได้ ด้วยเหตุนี้ การใช้มาตรการทางอาญาจึงควรจำกัดอยู่เฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์เท่านั้น

นอกจากการกำหนดห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์แล้ว คณะผู้วิจัยเห็นว่า รัฐสมควรออกกฎหมายควบคุมมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนดังกล่าวด้วยการห้ามมิให้มีการจัดตั้งคนกลางหรือองค์กรใดๆ ที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าเพื่อช่วยเหลือให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นการช่วยให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทน หรือการช่วยเหลือให้หญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนในการหาคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรด้วยวิธีการนี้ด้วย นอกจากนี้ยังควรห้ามมิให้มีการโฆษณาใดๆ ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนหรือเพื่อแสดงว่าตนต้องการรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นด้วย การออกกฎหมายในลักษณะเช่นนี้จะป็นอีกแนวทางหนึ่งที่สามารถช่วยควบคุมมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์อีกด้วย

6.2 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมและกำกับการรับตั้งครรภ์แทน

ในปัจจุบัน บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ หญิงที่อาสารับตั้งครรภ์แทน หรือแพทย์ที่ให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ สามารถดำเนินการในการรับตั้งครรภ์แทนได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานใดของรัฐ จึงเปิดโอกาสให้มีการแอบแฝงในการให้บริการทั้งที่ทราบหรือควรจะทราบว่า การรับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นการรับตั้งครรภ์แทนที่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่กัน หรือในบางกรณีก็มีการปิดบังไม่ให้แพทย์ที่ให้บริการทราบว่าจ้างให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยได้มีการจ่ายค่าจ้างให้แก่หญิงนั้น ดังนั้นหากรัฐเลือกที่จะไม่ใช้มาตรการทางอาญาในการควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนเลย หรือเลือกที่จะใช้มาตรการทางอาญาควบคุมเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์เท่านั้น ปัญหาต่อไปก็คือ ควรมีมาตรการอย่างไรหรือไม่ในการควบคุมหรือกำกับการรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกฝ่ายอย่างพอเพียง และเพื่อป้องกันมิให้มีการแอบแฝงให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์นั้น และจะมีวิธีการในการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายนั้นได้อย่างไร

ในประเด็นนี้ คณะผู้วิจัยเห็นว่า รัฐควรมีมาตรการเสริมอย่างอื่นเพื่อควบคุมไม่ให้มีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือเด็กที่จะเกิดมาด้วย เพราะในบางกรณี แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏอย่างชัดเจนว่าไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนเชิงพาณิชย์ให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ก็มิได้หมายความว่า การรับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือจะไม่กระทบต่อสวัสดิภาพและความผาสุกของเด็กที่จะเกิดขึ้นเสมอไป เช่น การรับตั้งครรภ์แทนนั้นอาจเกิดจากการข่มขู่หรือหลอกลวงให้หญิงอื่นเข้ารับตั้งครรภ์แทน หรือบุคคลที่ว่าจ้างให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนอาจไม่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมในการเลี้ยงดูเด็กได้ การรับตั้งครรภ์แทนเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับบุคคลหลายฝ่าย ดังนั้นรัฐจึงควรมีมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดในการควบคุมหรือกำกับ การรับตั้งครรภ์แทน แม้ว่า การรับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องอย่างชัดเจนก็ตาม เช่น

1. รัฐต้องพิจารณากำหนดกระบวนการในการคัดกรองบุคคลที่ต้องการมีบุตรด้วยการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนอย่างเข้มงวด เพื่อป้องกันมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่จำเป็น เช่น การรับตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปเพื่อความสะดวกสบายของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเท่านั้น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความผาสุกของเด็กที่จะเกิดมา เช่น การพิจารณาความเหมาะสมของบุคคลบางประเภทในการเป็นผู้ปกครองของเด็กนั้น ซึ่งมีกลุ่มบุคคลที่ควรได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษได้แก่ บุคคลที่มีประวัติเกี่ยวข้องกับสารเสพติด คู่รักร่วมเพศ หญิงหรือชายที่ไม่มีคู่สมรส หรือคู่สมรสที่มีอายุสูงมาก เป็นต้น
2. รัฐต้องพิจารณากำหนดมาตรการในการคัดกรองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอย่างเข้มงวด โดยจำเป็นต้องพิจารณาเงื่อนไขของหญิงที่จะเข้ารับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นว่าจะต้องมีคุณสมบัติประการใดบ้างหรือไม่ เช่น อายุขั้นต่ำหรือขั้นสูง ภูมิลำเนา สถานภาพการสมรส ประวัติในการมีบุตรหรือเลี้ยงดูบุตร ประวัติในการรับตั้งครรภ์แทน และความสัมพันธ์ทางสายโลหิตระหว่างหญิงนั้นกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร เป็นต้น
3. รัฐต้องพิจารณากำหนดมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ด้วยการสร้างกลไกที่จะสามารถทำให้ทั้งสองฝ่ายได้รับถึงสถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรภ์แทน สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลทั้งสองฝ่ายตามสัญญา และผลกระทบทั้งปวงที่จะเกิดขึ้นกับทั้งสองฝ่ายทั้งในกรณีที่มีการปฏิบัติหรือกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามสัญญา

การกำหนดมาตรการต่าง ๆ เหล่านี้จะช่วยป้องกันไม่ให้มีการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์กับหญิงที่อยู่ในสถานะทางสังคมที่ด้อยกว่าได้ และยังจะเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพและความผาสุกของเด็กที่จะเกิดมาด้วย คณะผู้วิจัยขอเสนอรูปแบบในการกำหนดหลักเกณฑ์เหล่านี้เป็น 3 แนวทางด้วยกันคือ

แนวทางแรก กำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ต่างๆ ไว้โดยชัดเจนในกฎหมายแม่บท และแนวทางที่สอง กำหนดให้หน่วยงาน คณะกรรมการ หรือบุคคลที่จะมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกำกับการรับตั้งครรภ์ แทนตามกฎหมาย มีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เหล่านี้ขึ้น และแนวทางที่สาม กำหนดหลักเกณฑ์อย่างกว้างไว้ในกฎหมายแม่บท และกำหนดให้มีการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อรองรับ ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้

แบบที่ 1 กำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมและกำกับการรับตั้งครรภ์แทนในกฎหมายแม่บท

การกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ เป็นเงื่อนไขสำหรับการรับตั้งครรภ์แทนไว้ในกฎหมายแม่บทมีข้อดีที่จะทำให้กฎหมายมีความชัดเจน และสามารถทำให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกฝ่ายได้อย่างชัดเจน โดยไม่ต้องกังวลว่าหากมีการกำหนดให้มือออกกฎหมายลำดับรอง บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีอำนาจออกกฎหมายนั้นจะไม่เข้าใจในเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างลึกซึ้งหรือหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย การออกกฎหมายลักษณะเช่นนี้จึงต้องกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ไว้โดยชัดเจน เช่น กำหนดว่าบุคคลที่จะขอให้มีการรับตั้งครรภ์แทนได้ต้องเป็นคู่สมรสตามกฎหมายซึ่งไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีการอย่างอื่นได้นอกจากการรับตั้งครรภ์แทน ส่วนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ มีสัญชาติไทยและอาศัยในประเทศไทย ไม่น้อยกว่า 5 ปี ต้องเป็นพี่น้องสืบสายโลหิตของคู่สมรสฝ่ายหญิงที่ต้องการมีบุตร ต้องผ่านการมีบุตรมาก่อน ต้องมีบุตรอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูอยู่ในขณะนั้น และทั้งสองฝ่ายต้องได้รับการให้คำปรึกษาก่อนการรับตั้งครรภ์แทนทั้งทางการแพทย์และกฎหมายก่อน เป็นต้น

อย่างไรก็ดี หากมีการกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ต่างๆ เหล่านี้ในกฎหมายแม่บทมากเกินไป จะทำให้กฎหมายขาดความยืดหยุ่นในการบังคับใช้ และอาจไม่เท่าทันต่อกระแสความเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีได้ นอกจากนี้ หลักเกณฑ์ต่างๆ เหล่านี้ไม่ว่าในประเด็นใดก็ล้วนแต่ต้องมีทั้งฝ่ายที่สนับสนุนและฝ่ายที่คัดค้านทั้งสิ้น ตัวอย่างเช่น ปัญหาว่าบุคคลที่จะขอให้มีการรับตั้งครรภ์แทนได้ต้องเป็นคู่สมรสตามกฎหมายเท่านั้น ฝ่ายหนึ่งอาจเห็นว่าต้องเป็นชายหญิงที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายก่อนเท่านั้น เพื่อคุ้มครองให้เด็กที่จะเกิดมามีบิดามารดาโดยสมบูรณ์ และเพื่อพิสูจน์ว่าบุคคลทั้งสองนั้นต้องการมีบุตรอย่างจริงจัง แต่อีกฝ่ายอาจเห็นแต่เพียงว่าต้องเป็นชายหญิงที่อยู่ร่วมกันโดยไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนสมรสก็ได้ เพราะการจดทะเบียนสมรสมิได้เป็นเครื่องยืนยันถึงความมั่นคงของการสมรส และปัจจุบันก็มีชายหญิงจำนวนมากที่อยู่กินฉันสามีภรรยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส แต่อีกฝ่ายหนึ่งก็อาจเห็นกลับกันว่า การขอให้มีการรับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นคู่สมรสฝ่ายชายและฝ่ายหญิงเท่านั้น คู่รักร่วมเพศไม่ว่าจะเป็นเกย์หรือเลสเบียนก็อาจขอให้มีการรับตั้งครรภ์แทนได้เช่นกัน เพราะคู่รักร่วมเพศเหล่านี้ก็ประสบปัญหาไม่สามารถมีบุตรได้ แต่ความสามารถในการเลี้ยงดูเด็กของ

คู่กรรรมเพศก็ไม่ได้น้อยไปกว่าคู่สมรสต่างเพศ ทั้งในปัจจุบันหลายประเทศก็อนุญาตให้คู่กรรรมเพศสามารถขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้แล้ว ในทำนองเดียวกัน ฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงที่ไม่ได้มีคู่สมรสเลยก็อาจอ้างสิทธิในทำนองเดียวกันนี้ และต้องการที่จะมีบุตรด้วยการรับตั้งครรรภ์แทนเช่นเดียวกัน

แบบที่ 2 กำหนดให้มีการออกหลักเกณฑ์ในการควบคุมและกำกับการรับตั้งครรรภ์แทนในกฎหมายลำดับรอง

การกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมและกำกับการรับตั้งครรรภ์แทนอีกวิธีการหนึ่งที่สามารถทำได้ก็คือ การกำหนดให้หน่วยงาน คณะกรรมการ หรือบุคคลที่มีอำนาจตามกฎหมายแม่บทมีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง ซึ่งจะมีรายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการรับตั้งครรรภ์แทนไว้ การออกกฎหมายในลักษณะเช่นนี้มีข้อดีที่ว่า การออกหลักเกณฑ์ในลักษณะเช่นนี้จะมีความยืดหยุ่นสามารถปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ได้โดยง่ายทันต่อกระแสการเปลี่ยนแปลง และจะทำให้มีระยะเวลาในการพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่างๆ ได้โดยละเอียด และหากหน่วยงานหรือคณะกรรมการนั้นมีส่วนประกอบที่เหมาะสมก็จะมีผู้ที่มีความรู้ความสามารถเฉพาะด้านในแต่ละสาขามาให้ความคิดเห็นอย่างจริงจังและรอบคอบ ซึ่งจะทำให้หลักเกณฑ์เหล่านี้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างแท้จริง

แต่ในทางกลับกัน หากผู้มีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองไม่เข้าใจในเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บทอย่างแท้จริง หรือมีส่วนประกอบที่ไม่เหมาะสม ขาดการดูแลและคานกันระหว่างฝ่ายที่มีความเห็นสนับสนุนและคัดค้าน หรือได้รับอิทธิพลจากผู้มีส่วนได้เสีย การออกกฎหมายลำดับรองก็จะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ออกตามกฎหมายลำดับรองก็จะไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกฝ่ายได้ ซึ่งจะทำให้กฎหมายแม่บทขาดประสิทธิภาพไปในทันที

แบบที่ 3 กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานในการควบคุมและกำกับการตั้งครรรภ์แทนในกฎหมายแม่บท และกำหนดให้มีรายละเอียดของหลักเกณฑ์นั้นในกฎหมายลำดับรอง

แนวทางที่สามซึ่งเป็นการประสานประสมระหว่างแนวทางแรกกับแนวทางที่สองคือ กำหนดให้มีการบัญญัติหลักการพื้นฐานบางประการไว้ในกฎหมายแม่บท และกฎหมายแม่บทนี้ก็จะให้อำนาจผู้รับผิดชอบซึ่งไม่ว่าจะเป็นหน่วยงาน คณะกรรมการ หรือบุคคลใดที่กฎหมายกำหนด ดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองต่อไป ข้อดีของการออกกฎหมายในลักษณะนี้ก็คือ จะมีการกำหนดหลักการพื้นฐานตามเจตนารมณ์ของกฎหมายไว้โดยชัดแจ้งเพื่อควบคุมไม่ให้มีการออกกฎหมายลำดับรองขัดแย้งกับเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท ในขณะที่เดียวกันการกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ในกฎหมายลำดับรองก็จะเป็นไปโดยละเอียดรอบคอบ เพราะต้องพิจารณาอยู่เสมอว่าหลักเกณฑ์นั้นไม่ได้ขัดต่อเจตนารมณ์ของ

กฎหมายแม่บท และเมื่อมีการออกกฎหมายลำดับรองแล้ว หากมีการเปลี่ยนแปลงในทางเศรษฐกิจ สังคม หรือเทคโนโลยี ก็จะสามารถปรับปรุงแก้ไขได้โดยง่าย

การออกกฎหมายในแนวทางนี้ควรจะนำมาตรา 13(5) ของกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act ของอังกฤษมาใช้เป็นแนวทางในการออกกฎหมาย โดยมาตราดังกล่าวมีใจความโดยสรุปว่า “การให้บริการบำบัดรักษาแก่หญิงที่มีบุตรยากนั้นจะต้องพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะกำเนิดจากการบำบัดรักษานั้น ซึ่งรวมถึงความจำเป็นของเด็กนั้นในการที่จะมีบิดา และพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กอื่นที่อาจได้รับผลกระทบจากการกำเนิดนั้นด้วย”¹

จะเห็นได้ว่า แม้บทกฎหมายดังกล่าวจะเป็นการกล่าวถึงการให้บริการบำบัดรักษาหญิงที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากโดยทั่วไป ซึ่งไม่ได้เป็นการบัญญัติเพื่อใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนโดยตรง แต่เมื่อการรับตั้งครรภ์แทนโดยส่วนใหญ่จะต้องมีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในการช่วยให้มีการตั้งครรภ์แทนแล้ว ดังนี้ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้จึงสามารถนำมาใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนเช่นกัน

ตามความเห็นของคณะผู้วิจัย การออกกฎหมายในลักษณะเช่นนี้น่าจะเป็นแนวทางที่เหมาะสมที่สุด เพราะจะเป็นการกำหนดกรอบหลักเกณฑ์เบื้องต้นไว้ในกฎหมายแม่บท แต่จะให้อำนาจหน่วยงานหรือคณะกรรมการที่รับผิดชอบไปออกหลักเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียดในกฎหมายลำดับรองได้ ซึ่งการพิจารณากฎหมายลำดับรองก็น่าจะเป็นไปโดยละเอียดรอบคอบ มีความยืดหยุ่น และสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้รวดเร็ว ภายใต้กรอบที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท แต่องค์กรประกอบสำคัญที่จะทำให้กฎหมายนี้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ก็คือ ในการออกกฎหมายลำดับรองนี้ หน่วยงานหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกำกับกับการรับตั้งครรภ์แทนจะต้องเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสียมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นให้มากที่สุด และการออกกฎหมายลำดับรองนี้จะต้องเป็นไปโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บทที่ต้องการคุ้มครองบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนอย่างแท้จริง และปราศจากอิทธิพลครอบงำของกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ดังนี้ ปัญหาสำคัญที่ควรพิจารณาต่อไปก็คือ องค์กรใดควรมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมและกำกับกับการรับตั้งครรภ์แทนเช่นว่านี้

6.3 องค์กรควบคุมและกำกับกับการรับตั้งครรภ์แทน

¹ Section 13(5) of the Human Fertilisation and Embryology Act บัญญัติว่า “A woman shall not be provided with treatment services unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for a father), and of any other child who may be affected by the birth.”

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศในบทที่ 4 คณะผู้วิจัยไม่พบว่ามีกฎหมายของประเทศใดที่ได้จัดตั้งองค์กรหนึ่งองค์กรใดให้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกำกับกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะ แต่จะมีการจัดตั้งองค์กรหรือคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อควบคุมหรือให้คำแนะนำเกี่ยวกับการให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นการทั่วไปเท่านั้น เช่น ในประเทศอังกฤษ มีการจัดตั้งองค์กร Human Fertilisation and Embryo Authority ขึ้น เพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกำกับกับการเก็บรักษาและใช้ประโยชน์จากเซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อน ส่วนในประเทศออสเตรเลีย มีการจัดตั้งสภาสุขภาพและการวิจัยทางการแพทย์แห่งชาติ (National Health and Medical Research Council) สภาแห่งนี้ เป็นองค์กรระดับชาติที่มีหน้าที่ในการให้คำปรึกษาแก่รัฐบาลในระดับรัฐในการออกหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านสุขภาพต่างๆ ซึ่งรวมถึงการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยการออกหลักเกณฑ์ในการควบคุมดูแลการให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของรัฐต่างๆ ในออสเตรเลียส่วนใหญ่จึงอยู่บนพื้นฐานของแนวทางที่ออกโดยสภาสุขภาพและการวิจัยทางการแพทย์แห่งชาติดังกล่าว

สำหรับในประเทศไทยนั้น แม้แพทยสภาได้ออกประกาศเกี่ยวกับมาตรฐานการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ซึ่งกำหนดให้การดำเนินการสถานบริการที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ต้องกระทำโดยผู้รับผิดชอบที่ได้รับหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ก็ตาม แต่ประกาศแพทยสภาดังกล่าวก็เป็นเพียงหลักเกณฑ์ภายในองค์กรวิชาชีพซึ่งมุ่งที่จะควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์เท่านั้น ในปัจจุบันจึงอาจกล่าวได้ว่า ไม่มีองค์กรหรือหน่วยงานใดที่มีอำนาจตามกฎหมายในการควบคุมหรือกำกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยโดยตรง

ดังนั้น หากรัฐเห็นว่ามีมีความจำเป็นในการจัดตั้งหรือมอบหมายให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกำกับกับการรับตั้งครรภ์แทน คณะผู้วิจัยขอเสนอแนวทางเป็น 3 รูปแบบ ดังนี้คือ แนวทางที่หนึ่ง การจัดตั้งองค์กรขึ้นใหม่ให้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกำกับกับการรับตั้งครรภ์แทน แนวทางที่สอง การมอบหมายให้องค์กรวิชาชีพมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกำกับกับการรับตั้งครรภ์แทน และแนวทางที่สาม การมอบหมายให้หน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกำกับกับการรับตั้งครรภ์แทน โดยแต่ละแนวทางมีข้อพึงพิจารณาดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง การจัดตั้งองค์กรขึ้นใหม่ให้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกำกับกับการรับตั้งครรภ์แทน

แนวทางแรกเป็นการจัดตั้งองค์กรของรัฐขึ้นใหม่เพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ควบคุมและกำกับกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยตรง องค์กรนี้อาจเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาอนุญาตให้มีการรับตั้งครรภ์

ตนเอง หรือเป็นลักษณะของการออกใบอนุญาตให้แก่สถานประกอบการที่มาขออนุญาตดำเนินการให้มีการรับตั้งครุภัณฑ์แทนก็ได้ องค์กรนี้หรือสถานประกอบการที่ได้รับอนุญาตจะทำการตรวจสอบว่า การรับตั้งครุภัณฑ์แทนที่ขออนุญาตในแต่ละรายนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดขึ้นหรือไม่

การจัดตั้งองค์กรใหม่ให้มีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการควบคุมและกำกับการรับตั้งครุภัณฑ์แทนมีข้อดีหลายประการ กล่าวคือ เมื่อเป็นการจัดตั้งใหม่ องค์กรประกอบของคณะกรรมการในองค์กรนี้ก็จะเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์ในแต่ละสาขาวิชาอย่างแท้จริง องค์กรประกอบที่หลากหลายของคณะกรรมการจะช่วยดูแลและคานผลประโยชน์ระหว่างผู้มีส่วนได้เสียหลายๆ ฝ่าย และการที่องค์กรนี้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมและกำกับการรับตั้งครุภัณฑ์แทนโดยตรง การตรวจสอบว่าการรับตั้งครุภัณฑ์แทนแต่ละรายเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดหรือไม่ก็จะมีประสิทธิภาพตามไปด้วย นอกจากนี้ การจัดตั้งองค์กรเช่นว่านี้ยังจะเป็นประโยชน์แก่การรวบรวมสถิติข้อมูลและการศึกษาวิจัยที่เกี่ยวกับการรับตั้งครุภัณฑ์แทนด้วย ทั้งการเก็บรักษาความลับหรือเปิดเผยข้อมูลต่างๆ ก็จะเป็นไปโดยสะดวกและน่าเชื่อถือ

อย่างไรก็ตาม การจัดตั้งองค์กรขึ้นใหม่เพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ควบคุมและกำกับการรับตั้งครุภัณฑ์แทนโดยเฉพาะนั้นก็มิใช่ว่าจะมีข้อเสียเช่นเดียวกัน เพราะในปัจจุบันการรับตั้งครุภัณฑ์แทนในประเทศไทยก็ยังมีจำนวนไม่มากนัก บรรดาข้อพิพาทต่างๆ ระหว่างคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรกับหญิงที่รับตั้งครุภัณฑ์แทนก็ยังไม่ปรากฏอย่างชัดเจน การจัดตั้งองค์กรใดๆ ขึ้นใหม่ล้วนแต่ต้องอาศัยงบประมาณทั้งด้านอาคารสถานที่และบุคลากรจำนวนมาก ดังนั้นการจัดตั้งองค์กรเพื่อมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมการรับตั้งครุภัณฑ์แทนแต่เพียงอย่างเดียวจึงดูเหมือนจะได้รับประโยชน์ไม่คุ้มค่าเมื่อเปรียบเทียบกับภาระด้านงบประมาณที่ต้องสูญเสียไป ด้วยเหตุผลหลักเช่นว่านี้ คณะผู้วิจัยจึงเห็นว่า ในขณะนี้ ยังไม่เป็นการสมควรที่จะจัดตั้งองค์กรใดขึ้นใหม่เพื่อควบคุมและกำกับการรับตั้งครุภัณฑ์แทนแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

แนวทางที่สอง การมอบหมายให้องค์กรวิชาชีพมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกำกับการรับตั้งครุภัณฑ์แทน

ในปัจจุบันมีองค์กรวิชาชีพที่ควบคุมความประพฤติของแพทย์ในการให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อยู่แล้วคือ แพทยสภาและราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ โดยแพทยสภาได้ออกประกาศแพทยสภา เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ออกมา 2 ฉบับ คือ ประกาศแพทยสภาฉบับที่ 1/2540 และประกาศแพทยสภาฉบับที่ 21/2544 ซึ่งประกาศแพทยสภาฉบับหลังนี้ได้กล่าวถึงการให้บริการเกี่ยวกับการรับตั้งครุภัณฑ์แทนของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วย แพทยสภาและราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์จึงนับเป็นองค์กรวิชาชีพที่มีความเกี่ยวข้องกับการรับตั้งครุภัณฑ์แทนมากที่สุดในประเทศไทย

อย่างไรก็ดี การดำเนินการของราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ตามประกาศแพทยสภาดังกล่าวยังไม่มีความชัดเจนว่าประสบความสำเร็จมากนัก นับแต่มีการใช้บังคับประกาศแพทยสภาฉบับดังกล่าวเป็นต้นมา ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ไม่เคยรวบรวมสถิติข้อมูลว่ามีการรับตั้งครรภ์แทนในสถานพยาบาลที่รับผิดชอบเป็นจำนวนเท่าใด และไม่มีรายงานว่ามีการตรวจสอบว่าการรับตั้งครรภ์แทนที่ดำเนินการในสถานพยาบาลที่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมได้รับหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์นั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนดหรือไม่ และที่ผ่านมาก็ไม่เคยมีผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมใดที่ขอรับความเห็นชอบจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ในการดำเนินการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ สำหรับการรับตั้งครรภ์แทนที่แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้โดยแพทยสภา ไม่ว่าจะเป็นการรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้ใช้ตัวอ่อนที่มาจากคู่สมรส การใช้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนซึ่งไม่ได้เป็นญาติกับคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือการรับตั้งครรภ์แทนที่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์ ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว การรับตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นในสถานพยาบาลดังกล่าวไม่น่าจะเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในประกาศแพทยสภาทุกกรณี

นอกจากนี้ ประกาศแพทยสภาทั้งสองฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองเฉพาะ “ผู้รับบริการ” เท่านั้น ดังจะเห็นได้จากข้อความที่ระบุไว้ในประกาศแพทยสภา ว่า “เพื่อให้การบริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นไปอย่างมีมาตรฐานสามารถคุ้มครองผู้รับบริการให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ” ประกาศแพทยสภาฉบับนี้ไม่ได้ชี้ให้เห็นว่าใครคือผู้รับบริการ จึงไม่แน่ชัดว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้รับบริการที่จะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ แต่ที่ชัดแจ้งก็คือ ประกาศดังกล่าวไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่เด็กที่จะเกิดแก่การรับตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด

ในความเห็นของคณะผู้วิจัย การควบคุมและกำกับกับการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจำเป็นที่จะต้องอาศัยความรู้และประสบการณ์ของผู้ให้บริการในการรับตั้งครรภ์แทนที่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นการคัดเลือกหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน การให้คำปรึกษาแก่คู่สมรสที่มีบุตรยากและหญิงที่จะเข้ารับตั้งครรภ์แทน ทั้งก่อนและหลังจากการตั้งครรภ์ ไม่ว่าจะเป็นประเด็นทางการแพทย์ กฎหมาย และทางสังคมที่เกี่ยวข้องเนื่องกับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นด้านต่างๆ จากการรับตั้งครรภ์แทนที่มีต่อคู่สมรสนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และต่อเด็กที่จะเกิดมา หรือแม้กระทั่งเด็กอื่นที่อาจได้รับผลกระทบจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้น แต่เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของแพทยสภา จะเห็นว่าล้วนแต่ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ในสาขาต่างๆ เท่านั้น ส่วนราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ก็ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญด้านสูติวิทยาและนรีวิทยาเท่านั้น องค์ประกอบขององค์กรวิชาชีพนี้จึงไม่ได้มีความเหมาะสมแก่การพิจารณาปัญหาที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน เพราะปัญหาส่วนใหญ่เป็นปัญหาทางสังคมมากกว่าปัญหาทางการแพทย์ ด้วยเหตุนี้ คณะผู้วิจัยจึงไม่สนับสนุนให้แพทยสภาหรือราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์เป็นองค์กรที่ควบคุมและกำกับการ

รับตั้งครรรค์แทน เว้นแต่จะมีการเปลี่ยนแปลงประกอบขององค์กรให้มีบุคลากรในสาขาอื่น เข้าร่วมพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนด้วย

แนวทางที่สาม การมอบหมายให้หน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกำกับ การรับตั้งครรรค์แทน

วิธีการอีกอย่างหนึ่งที่น่านำมาใช้ในการควบคุมการรับตั้งครรรค์แทนก็คือ การมอบหมายหน่วยงานของรัฐที่มีอยู่หน่วยงานหนึ่งให้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมการรับตั้งครรรค์แทน โดยไม่จำเป็นต้อง จัดตั้งหน่วยงานใหม่ขึ้นมา เช่น มอบหมายให้กระทรวงสาธารณสุขเป็นหน่วยงานกลางในการควบคุม และกำกับการรับตั้งครรรค์แทน เป็นต้น หน่วยงานนี้อาจเป็นหน่วยงานทางธุรการเพียงอย่างเดียว โดยมีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นตามกฎหมายแม่บท และให้คณะกรรมการนี้ไปออกกฎหมายลำดับรองใน ภายหลัง หรือจะเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นโดยประกาศหรือคำสั่งของรัฐมนตรีที่รับผิดชอบก็ได้ โดยคณะกรรมการชุดนี้จะมีอำนาจหน้าที่ในการออกหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมและกำกับการรับตั้งครรรค์ แทน ตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น การเก็บรักษาข้อมูล การเก็บรวบรวมและ รายงานสถิติต่างๆ หรือหลักเกณฑ์ในการใช้ข้อมูลในการศึกษาวิจัย เป็นต้น

เมื่อมีการออกหลักเกณฑ์ในการควบคุมและกำกับการรับตั้งครรรค์แทนแล้ว ปัญหาก็คือ จำเป็นหรือไม่ที่ผู้จัดให้มีการรับตั้งครรรค์แทนต้องขออนุญาตต่อคณะกรรมการในทุกกรณี และใครจะ เป็นผู้ดำเนินการนั้น ตามความเห็นของคณะผู้วิจัย คณะกรรมการอาจกำหนดให้ผู้ดำเนินการให้มีการ ตั้งครรรค์แทนต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการในทุกกรณี หรืออาจกำหนดให้มีการขึ้นทะเบียนของ ผู้ดำเนินการจัดให้มีการรับตั้งครรรค์แทนต่อหน่วยงานที่รับผิดชอบก็ได้ และเมื่อมีการขึ้นทะเบียนแล้ว หากผู้ดำเนินการนั้นปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนด ก็ไม่จำเป็นต้องมีการขออนุญาตต่อ คณะกรรมการแต่อย่างใด เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลจำเป็นที่แตกต่างไปจากกรณีปกติธรรมดา คณะกรรมการอาจกำหนดให้ผู้ดำเนินการนั้นขออนุญาตต่อคณะกรรมการเป็นรายกรณีก็ได้

ส่วนปัญหาว่าใครจะเป็นผู้ดำเนินการขออนุญาตหรือขอขึ้นทะเบียนต่อหน่วยงานที่รับผิดชอบ ระหว่างสถานบริการที่ให้บริการในการรับตั้งครรรค์แทน หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้ บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แก่คู่สมรสที่มีบุตรยากและหญิงที่อาสารับตั้งครรรค์แทนนั้น ตาม ความเห็นของคณะผู้วิจัย เมื่อได้พิจารณาในเบื้องต้นแล้วว่า ปัญหาเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนไม่ได้ เป็นปัญหาทางการแพทย์เป็นหลัก ดังนั้นผู้ที่ต้องดำเนินการขออนุญาตหรือขึ้นทะเบียนต่อหน่วยงาน ดังกล่าวข้างต้นจึงควรเป็นสถานบริการที่ให้บริการในการให้คำปรึกษาและดำเนินการให้มีการรับ ตั้งครรรค์แทน ซึ่งสถานบริการเช่นนี้จะเป็นสถานพยาบาลที่ผู้ดำเนินการหรือผู้ประกอบการวิชาชีพ เวชกรรมได้รับความเห็นชอบจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์หรือไม่ก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว หากมีการ

ควบคุมและกำกับการรับตั้งครุฑแทนในลักษณะเช่นนี้ สถานบริการที่ขออนุญาตหรือขึ้นทะเบียนย่อมจะต้องเป็นสถานพยาบาลที่ผู้ดำเนินการได้รับอนุญาตจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์อยู่แล้ว

แนวทางในการออกกฎหมายในลักษณะเช่นนี้อาจทำให้ต้องใช้เงินงบประมาณบ้าง แต่ไม่น่าจะสูงนักเมื่อเปรียบเทียบกับการจัดตั้งองค์กรใหม่ขึ้นทั้งหมด ปัจจัยสำคัญที่จะทำให้กฎหมายบรรลุวัตถุประสงค์ได้ก็คือองค์ประกอบของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้น โดยองค์ประกอบของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นนี้ควรประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญในสาขาต่างๆ เพื่อให้การออกหลักเกณฑ์ในการควบคุมและกำกับการรับตั้งครุฑแทนเป็นไปโดยรอบคอบและสามารถคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกฝ่ายได้มากที่สุด เช่น นักสังคมสงเคราะห์ นักจิตวิทยา นักกฎหมาย หรือนักจริยศาสตร์ เป็นต้น แนวทางในการออกกฎหมายนี้จึงเป็นแนวทางที่น่าจะเหมาะสมที่สุด

6.4 สถานภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครุฑแทน

ปัญหาเกี่ยวกับสถานภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครุฑแทนว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของใครนั้นนับว่าเป็นปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งที่มีการถกเถียงกันเป็นอย่างมากในต่างประเทศ ปรากฏว่ามีข้อพิพาทระหว่างคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรกับหญิงที่รับตั้งครุฑแทนที่ต่างฝ่ายต่างกล่าวอ้างว่าฝ่ายตนเป็นมารดาหรือบิดาที่แท้จริงของเด็ก และขอให้ศาลตีความกฎหมายเกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กนั้น สำหรับประเทศไทย การกำหนดสถานะความเป็นมารดาของเด็กนั้นจะพิจารณาจากการให้กำเนิดบุตรเท่านั้น โดยไม่ได้คำนึงถึงว่าเด็กนั้นจะมีที่มาจากเซลล์ไข่ของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรหรือไม่ ดังนั้น หญิงที่รับตั้งครุฑแทนจึงถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครุฑแทนนั้น บทกฎหมายนี้นำไปใช้แม้ในกรณีที่เด็กนั้นไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิงที่รับตั้งครุฑเลยก็ตาม เช่น ในกรณีที่เด็กนั้นมีที่มาจากเซลล์ไข่ของคู่สมรสฝ่ายหญิงที่ต้องการมีบุตร หรือจากเซลล์ไข่ที่ได้รับการบริจาคมาจากบุคคลภายนอก

ส่วนสถานะความเป็นบิดาของเด็กนั้น กฎหมายไทยมีบทสันนิษฐานความเป็นบิดาของเด็กโดยพิจารณาจากสถานภาพสมรสระหว่างชายกับหญิงที่ให้กำเนิดเด็ก โดยหากชายหญิงนั้นสมรสกันตามกฎหมาย ฝ่ายชายก็จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่ทั้งนี้ฝ่ายชายซึ่งเป็นสามีของหญิงที่ให้กำเนิดก็สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้เป็นบิดาที่แท้จริงของเด็กนั้นภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

ดังที่ได้กล่าวไว้โดยละเอียดในบทที่ 5 ว่า การกำหนดสถานะทางกฎหมายของเด็กตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยไม่ได้แยกแยะระหว่างกรณีที่เด็กนั้นเกิดจากการให้กำเนิดเด็กตามปกติ

กับกรณีที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากการรับตั้งครรรค์แทนเช่นนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสถานภาพของเด็กตลอดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องบางประการ การพิจารณาปรับปรุงแก้ไขจึงควรที่จะสอดคล้องกับการกำหนดสถานะของการรับตั้งครรรค์แทนข้างต้นด้วย กล่าวคือ หากมีการกำหนดว่าการรับตั้งครรรค์แทนเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในทุกกรณี กฎหมายในส่วนของสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรค์แทนก็ไม่ควรเปลี่ยนแปลง ไม่ว่าในทิศทางใด เนื่องจากหากมีการเปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรค์แทนจากที่เดิมกฎหมายกำหนดให้หญิงที่คลอดบุตรเป็นมารดาของเด็ก เป็นให้คู่สมรสที่ให้ตั้งครรรค์แทนเป็นบิดามารดาของเด็ก ในกรณีเช่นนี้ก็เท่ากับยอมรับว่าสถานะของการรับตั้งครรรค์แทน ซึ่งจะไม่สอดคล้องกับการกำหนดสถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรรค์แทนที่กำหนดไว้ในเบื้องต้น

อย่างไรก็ดี หากรัฐยอมรับให้มีการรับตั้งครรรค์แทนบางประเภทได้ เช่นการรับตั้งครรรค์แทนที่ไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ ปัญหาต่อไปก็คือ เมื่อมีการรับตั้งครรรค์แทนเช่นนี้แล้ว ฝ่ายใดควรที่จะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรค์แทนนั้น คณะผู้วิจัยขอเสนอแนวทางในการออกกฎหมายออกเป็น 3 แนวทางคือ แนวทางที่หนึ่ง การกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แนวทางที่สอง การกำหนดให้คู่สมรสที่ให้ตั้งครรรค์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และแนวทางที่สาม การกำหนดให้คู่สมรสที่ให้ตั้งครรรค์แทนสามารถยื่นคำร้องต่อศาลขอเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายได้ โดยมีรายละเอียดของแต่ละแนวทางดังต่อไปนี้

แนวทางที่หนึ่ง การกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

กฎหมายในแนวทางแรกเป็นไปตามหลักการดั้งเดิมของกฎหมายครอบครัวที่กำหนดให้หญิงที่คลอดบุตรเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมานั้น หรือเรียกได้ว่าเป็นไปตามหลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพ (Biological Relation Approach) กฎหมายในลักษณะเช่นนี้มีข้อดีคือ สถานภาพของเด็กจะมีความชัดเจนและพิสูจน์ความเป็นมารดาของเด็กได้โดยง่าย เพราะเด็กที่เกิดมานั้นจะมีสถานภาพเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนทันที กฎหมายในแนวทางนี้ยังเป็นการเคารพสิทธิในความเป็นมารดาของหญิงที่ตั้งครรรค์ที่ได้ใช้เวลาในการอุ้มครรภ์มาเป็นเวลานานให้สามารถมีสิทธิเลี้ยงดูเด็กในครรภ์ที่ได้เกิดมาด้วย การกำหนดกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ยังเป็นแนวทางหนึ่งช่วยเป็นการป้องกันไม่ให้มีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิง มิให้มีการใช้อำนาจเงินหรืออิทธิพลใดๆ ชักจูงหรือล่อลวงให้หญิงที่มีสถานะต่ำต่อยกกว่ามารับตั้งครรรค์แทนได้ เพราะเมื่อมีการคลอดบุตรที่เกิดจากการรับตั้งครรรค์แทนแล้ว เด็กที่เกิดมานั้นก็ยังเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรรค์แทนนั้น ทั้งยังเป็นการป้องกันข้อครหาว่าการรับตั้งครรรค์แทนนั้นเป็นการซื้อขายเด็กได้อีกด้วย เนื่องจากเด็กที่เกิดมานั้นก็ยังคงเป็นบุตรของหญิงที่ตั้งครรรค์อยู่เช่นเดิม

อย่างไรก็ดี กฎหมายในลักษณะเช่นนี้ก็มิชอบกพร่องบางประการ เนื่องจากหากทั้งฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรและฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถตกลงกันได้ให้เด็กนั้นอยู่ในอุปการะของฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร โดยฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ต้องการเกี่ยวข้องกับเด็กนั้นอีกต่อไป ฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นก็ต้องดำเนินการขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมต่อไป ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วว่าการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมในกรณีเช่นนี้มีขั้นตอนที่ยุ่งยากและใช้ระยะเวลาในการดำเนินการ ทั้งเมื่อมีการรับเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนแล้ว สิทธิหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร ทั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และตามกฎหมายอื่น ก็ยังคงเป็นไปเช่นเดิม ตัวอย่างเช่น เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นยังคงมีสิทธิรับมรดกในฐานะเป็นทายาทโดยธรรมของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ ขณะที่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นจะมีฐานะเป็นเพียงผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้น ซึ่งจะไม่สามารถรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของบุตรบุญธรรมได้ และหากคู่สมรสนั้นเป็นข้าราชการหรือบุคคลที่มีสิทธิเบิกสวัสดิการต่างๆ ให้แก่บุตร ก็จะไม่สามารถดำเนินการได้ เป็นต้น

ดังนั้น หากรัฐเลือกออกกฎหมายในแนวทางเช่นนี้ ก็จะไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายในส่วนสถานะความเป็นมารดาของเด็กที่กำเนิดมา ส่วนปัญหาว่าใครจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ก็สมควรเป็นไปตามกฎหมายเดิมคือ คงบทสันนิษฐานความเป็นบิดาของเด็กไว้ แต่หากสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ต้องการรับเด็กเป็นบุตรนั้น ก็ให้เป็นหน้าที่ของสามีของหญิงนั้นที่จะต้องไปฟ้องร้องต่อศาลเองว่าตนไม่ได้เป็นบิดาที่แท้จริงของเด็กนั้นตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม คณะผู้วิจัยยังคงเห็นว่า ในกรณีเช่นนี้ รัฐควรดำเนินการแก้ไขกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อไม่ให้เกิดผลที่ไม่พึงประสงค์ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในการรับมรดกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนที่ไม่ควรมีสิทธิรับมรดกของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนได้อีกต่อไป หากมีการยกเด็กนั้นให้เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรแล้ว ตลอดจนควรแก้ไขหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิในการเบิกเงินสวัสดิการต่างๆ ที่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นควรมีสิทธิได้รับเมื่อได้จดทะเบียนรับเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว

แนวทางที่สอง การกำหนดให้คู่สมรสที่ให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

กฎหมายในแนวทางที่สองคือ การกำหนดให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน ในทางทฤษฎีหลักการเช่นนี้อาจเรียกว่าเป็นการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาจากพันธุกรรม (Genetic-based Approach) หรือจากเจตจำนงของคู่สมรสนั้น (Intent-based Approach) ความแตกต่างของทั้งสองหลักการนี้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขทางกฎหมายที่จะกำหนดว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจำเป็นต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่มาจากคู่สมรสที่

ต้องการมีบุตรหรือไม่ หากกำหนดว่าต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนจากคู่สมรสนั้นเท่านั้น ก็จะเป็นไปตามหลักพันธุกรรม แต่หากเห็นว่าในบางกรณีควรอนุญาตให้ใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาค และยังคงสมควรให้คู่สมรสนั้นเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีเช่นนี้ก็จะเป็นไปตามหลักเจตจำนง

การกำหนดสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภในลักษณะเช่นนี้เป็นไปตามข้อเสนอของนักวิชาการจำนวนหนึ่งที่มีแนวคิดในเชิงสนับสนุนการรับตั้งครรภแทน จากการศึกษาของคณะผู้วิจัย ไม่พบว่ามีการใช้หลักกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ คงมีเพียงบางมลรัฐในสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่มีบทบัญญัติเด็ดขาดกำหนดให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ได้แก่มลรัฐอาร์คันซอ ฟลอริดา และเนวาดา แต่บางมลรัฐก็เพียงแต่มีบทสันนิษฐานให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่ให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภแทนที่จะแสดงเจตนายกเลิกสัญญาภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้หญิงที่รับตั้งครรภแทนจะถือว่าเป็นมารดาของเด็กนั้น เช่น กฎหมายของเวอร์จิเนีย และนิวแฮมป์เชียร์ เป็นต้น

กฎหมายที่กำหนดให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเป็นบิดามารดาของเด็กทันทีโดยไม่มีข้อโต้แย้ง ย่อมก่อให้เกิดผลดีแก่ฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร เพราะกฎหมายนี้จะเป็นหลักประกันว่าเมื่อทำสัญญา รับตั้งครรภแทนแล้ว เด็กที่เกิดมาก็จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตนอย่างแน่นอน แต่กฎหมายในลักษณะนี้ดูเหมือนจะไม่ได้คำนึงถึงสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภแทนเท่าที่ควร เพราะเปรียบเทียบเป็นการบีบบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภแทนนั้นจำเป็นต้องส่งมอบเด็กให้กับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรในทุกกรณี โดยไม่คำนึงว่าหญิงนั้นจะมีความผูกพันกับเด็กที่เกิดมานั้นเพียงใด กฎหมายในลักษณะนี้ยังอาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับเด็กที่เกิดมาด้วย เพราะหญิงที่รับตั้งครรภแทนอาจมีความรู้สึกว้าวุ่นเมื่อตนคลอดบุตร ก็จำเป็นต้องส่งมอบเด็กที่จะเกิดมานั้นให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร หญิงนั้นจึงอาจไม่ดูแลรักษาเด็กในครรภ์อย่างดีที่สุด ซึ่งจะมีผลต่อสุขภาพอนามัยของเด็กนั้นได้ นอกจากนี้หากเด็กนั้นเกิดมามีสภาพไม่สมบูรณ์ พิกลพิการ หรือมีความบกพร่องทางร่างกายหรือสมอง คู่สมรสนั้นก็อาจไม่ต้องการรับอุปการะบุตรต่อไปก็ได้ หรือหากปรากฏว่าคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นถึงแก่ความตายก่อนการกำเนิดของเด็ก ก็จะมีปัญหาทางกฎหมายต่อไปว่าเด็กนั้นจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของใครหรือไม่

ตามความเห็นของคณะผู้วิจัย การออกกฎหมายที่กำหนดให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภแทนจะมีความเหมาะสมก็ต่อเมื่อมีการกำหนดเงื่อนไขในการรับตั้งครรภแทนอย่างเข้มงวดเท่านั้น เช่น ต้องกำหนดไว้โดยเด็ดขาดว่าหญิงที่รับตั้งครรภแทนจะต้องเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกับคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด การรับตั้งครรภแทนนั้นจะทำได้ต่อเมื่อมีการใช้ตัวอ่อนของคู่สมรสที่ว่าจ้างเท่านั้น ก่อนการรับตั้งครรภแทนต้องมีการให้คำปรึกษาแก่หญิงที่รับตั้งครรภแทนเกี่ยวกับผลกระทบต่างๆ อย่างเข้มงวด และต้องไม่ปรากฏว่ามีการ

จ่ายค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการตั้งครรภ์เท่านั้น การกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้จะมีส่วนช่วยลดความโอกาสในการเกิดความขัดแย้งระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรได้ในระดับหนึ่ง และจะเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้อีกโสดหนึ่งด้วย

นอกจากทางเลือกเช่นนี้แล้ว รัฐอาจเลือกออกกฎหมายที่มีบทสันนิษฐานให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนก็ได้ โดยมีเงื่อนไขว่า หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเปลี่ยนใจขอยกเลิกสัญญาภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดก็จะทำให้หญิงนั้นมีฐานะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กต่อไป ซึ่งเป็นกฎหมายในทำนองเดียวกับที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของมลรัฐเวอร์จิเนียหรือนิวแฮมป์เชียร์ แต่ระยะเวลาที่กำหนดนี้ (Cooling-off period) ควรมีช่วงระยะเวลาที่เหมาะสม ไม่ควรมากหรือน้อยเกินไป และที่สำคัญ การกำหนดกฎหมายในลักษณะเช่นนี้จะมีความสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อการรับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยเข้มงวด เช่นเดียวกัน ซึ่งอาจจะถือแบบอย่างจากกฎหมายของทั้งสองมลรัฐดังกล่าวที่สัญญาารับตั้งครรภ์แทนต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนเท่านั้นก็ได้

แนวทางที่สาม การกำหนดให้คู่สมรสที่ให้ตั้งครรภ์แทนสามารถยื่นคำร้องต่อศาลขอเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายได้

แนวทางที่สามที่รัฐสามารถเลือกในการออกกฎหมายก็คือ การกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน แต่กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมว่า หากทั้งฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถตกลงกันได้ ทั้งสองฝ่ายอาจร่วมกันยื่นคำร้องต่อศาลภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด ขอให้ศาลมีคำสั่งให้คู่สมรสนั้นเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หลักการเช่นนี้เป็นไปตามกฎหมายอังกฤษที่เรียกคำสั่งของศาลว่า “คำสั่งให้เป็นบิดามารดา” (Parental Order)

ตามกฎหมายอังกฤษ หากเป็นกรณีที่ทั้งสองฝ่ายตกลงปฏิบัติตามสัญญาต่อกันคือ ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงส่งมอบเด็กให้อยู่ในความอุปการะของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร และคู่สมรสนั้นตกลงรับเด็กนั้นไว้ในอุปการะ ทั้งสองฝ่ายจะยื่นคำร้องต่อศาลขอให้มีการสั่งให้คู่สมรสนั้นเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน หลักการเช่นนี้ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ด้วย กล่าวคือ จะต้องยื่นคำร้องหลังจากที่เด็กเกิดแล้วไม่น้อยกว่า 6 สัปดาห์ แต่ต้องไม่เกิน 6 เดือนนับแต่เด็กนั้นเกิด เหตุที่มีการกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ไว้ก็เนื่องจากต้องการให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้มีโอกาสตัดสินใจก่อนว่าจะเปลี่ยนใจไม่ส่งมอบเด็กนั้นให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรหรือไม่ เนื่องจากกฎหมายอังกฤษให้การเคารพแก่สิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์อย่างมาก จึงเปิดโอกาสให้หญิงนั้นมีเวลาตัดสินใจพอสมควร และห้ามมิให้

ยื่นคำร้องต่อศาลในทันทีที่คลอดบุตรเนื่องจากเกรงว่าในการตัดสินใจดังกล่าว หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอาจไม่มีข้อมูลที่เพียงพอในการตัดสินใจได้ แต่ขณะเดียวกันก็กำหนดให้การยื่นคำร้องต้องดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้คือภายในกำหนด 6 เดือนด้วย

กฎหมายในรูปแบบนี้เป็นการประสานประสมระหว่างกฎหมายในแนวทางที่หนึ่งและแนวทางที่สอง ข้อดีของกฎหมายในรูปแบบนี้คือ ให้ความคุ้มครองสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอย่างเต็มที่ และยังเป็นหลักประกันว่าเด็กที่เกิดมาจะมีมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายอย่างแน่นอน ในขณะที่เดียวกันก็เปิดโอกาสให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรสามารถเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ โดยไม่จำเป็นต้องไปดำเนินการขอรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมแต่อย่างใด ส่วนข้อด้อยที่กฎหมายในรูปแบบนี้อาจมีอยู่บ้างก็คือ กฎหมายนี้อาจเป็นช่องทางให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนถือโอกาสไม่ส่งมอบเด็กที่เกิดมาเพื่อเรียกร้องเอาผลประโยชน์บางอย่างจากคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรก็ได้

ตามความเห็นของคณะผู้วิจัย การกำหนดกฎหมายในลักษณะเช่นนี้น่าจะเป็นทางเลือกที่เหมาะสมที่สุดเนื่องจากสามารถแก้ไขปัญหาอุปสรรคที่คู่สมรสนั้นไม่สามารถเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนได้ โดยคู่สมรสนั้นไม่จำเป็นต้องดำเนินการขอจดทะเบียนรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรม และเมื่อมีการยื่นคำร้องต่อศาลขอให้มีการสั่งให้เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนและคู่สมรสนั้นก็มีสิทธิในทางกฎหมายเช่นเดียวกับกรณีที่มีการให้กำเนิดเด็กตามปกติ กล่าวคือ เด็กนั้นก็ย่อมเป็นทายาทโดยธรรมของคู่สมรสนั้น และในทำนองกลับกัน คู่สมรสนั้นก็เป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมายซึ่งถือเป็นทายาทโดยธรรมด้วย ส่วนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะไม่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก จึงไม่มีสิทธิและหน้าที่ใดๆ ในฐานะมารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นต่อไป การเบิกค่าสวัสดิการต่างๆ ตามกฎหมายก็ย่อมไม่เป็นอุปสรรคอีกต่อไป

หากรัฐเลือกที่จะออกกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ ความจำเป็นในการกำหนดเงื่อนไขในการรับตั้งครรภ์แทนอาจไม่ต้องเป็นไปอย่างเข้มงวดดังเช่นแนวทางที่สอง เนื่องจากระบบกฎหมายเช่นนี้สามารถให้ความคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ดีในระดับหนึ่งแล้ว กฎหมายในลักษณะเช่นนี้อาจไม่จำเป็นต้องกำหนดว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกับคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยเปิดโอกาสให้บุคคลที่ไม่ได้เป็นญาติโดยสายโลหิตของคู่สมรสนั้นเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ได้ เพียงแต่จะต้องสร้างระบบที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงนั้นได้อย่างแท้จริงเท่านั้น

สำหรับข้อบกพร่องของระบบกฎหมายนี้ซึ่งยังคงเปิดโอกาสให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเปลี่ยนใจไม่ส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้น คณะผู้วิจัยเห็นว่า รัฐจะต้องสร้างระบบกฎหมายที่เอื้อให้

คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรสามารถฟ้องร้องต่อศาลขอให้ฝ่ายตนมีสิทธิในการปกครองเด็กได้ ส่วนปัญหาว่าเมื่อมีการฟ้องร้องเช่นนี้แล้ว ฝ่ายใดสมควรเป็นฝ่ายปกครองดูแลเด็กนั้นเป็นอีกปัญหาหนึ่งซึ่งจะได้พิจารณาต่อไป

6.5 การกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน

โดยปกติแล้ว เด็กที่เกิดในระหว่างที่ชายหญิงสมรสกันย่อมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสนั้น และบุตรนั้นต้องอยู่ในอำนาจปกครองของคู่สมรสที่ตามกฎหมายถือว่าเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตร จนกว่าบุตรนั้นจะบรรลุนิติภาวะ² การเพิกถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาของบุตรนั้น จะกระทำได้แต่เฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติเหตุที่ศาลจะเพิกถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาไว้ในกรณีดังต่อไปนี้³

- (1) เมื่อผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถโดยคำสั่งของศาล
- (2) เมื่อผู้ใช้อำนาจปกครองใช้อำนาจปกครองเกี่ยวแก่ตัวผู้เยาว์โดยมิชอบ หรือ
- (3) เมื่อผู้ใช้อำนาจปกครองประพฤติชั่วร้าย

นอกจากการเพิกถอนอำนาจปกครองจะต้องเข้าเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งดังที่ระบุไว้แล้ว การเพิกถอนการใช้อำนาจปกครองจะกระทำได้เฉพาะในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความเหตุดังกล่าวข้างต้นเองหรือเมื่อญาติหรืออัยการร้องขอต่อศาลเท่านั้น⁴ และเมื่อมีการเพิกถอนการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาของเด็กนั้นแล้ว ศาลก็จะตั้งผู้ปกครองเด็กที่บิดามารดาถูกเพิกถอนอำนาจปกครองแล้วก็ได้⁵

ดังนั้น หากมีกรณีพิพาทระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเนื่องจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นตามสัญญา ปัญหาว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กนั้นก็ขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายกำหนดให้ฝ่ายใดเป็นบิดามารดาของเด็ก หากกฎหมายกำหนดว่าคู่สมรสนั้นเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ก็จะไม่เกิดปัญหาว่าคู่สมรสนั้นจะฟ้องร้องต่อศาลขอให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนส่งมอบเด็กให้แก่ตนได้หรือไม่ เพราะบิดามารดาโดยชอบ

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 วรรคหนึ่ง

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1582 วรรคหนึ่ง

⁴ เพิ่งอ้าง

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1585 วรรคหนึ่งและวรรคสอง

ด้วยกฎหมายย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กซึ่งเป็นบุตร และย่อมมีสิทธิเรียกคืนบุตรจากบุคคลอื่นที่กักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมายได้⁶

อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนยังคงกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และหญิงนั้นเปลี่ยนใจไม่ยอมส่งมอบเด็กนั้นให้อยู่ในความปกครองของคู่สมรสนั้น ก็จะทำให้เกิดปัญหาว่าคู่สมรสนั้นจะฟ้องร้องต่อศาลขอให้เพิกถอนอำนาจปกครองของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน และร้องขอให้ศาลตั้งตนเป็นผู้ปกครองของเด็กได้หรือไม่ ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1582 ดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าหากหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนนั้นเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ญาติกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร เมื่อพิจารณาอย่างเคร่งครัดแล้ว ย่อมถือไม่ได้ว่าคู่สมรสนั้นเป็นญาติของเด็กที่เกิดจากการรับครรรค์แทน แม้ทั้งสองฝ่ายจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมต่อกันก็ตาม แต่หากหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนเป็นญาติกับคู่สมรสที่รับตั้งครรรค์แทน คู่สมรสนั้นก็อาจร้องขอต่อศาลขอให้เพิกถอนอำนาจปกครองของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนได้ อย่างไรก็ตาม การที่ศาลจะเพิกถอนอำนาจปกครองของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนก็ไม่ได้เป็นไปได้โดยง่ายนัก เพราะคู่สมรสนั้นยังคงต้องพิสูจน์ว่าหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ หรือเป็นกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนนั้นใช้อำนาจปกครองโดยมิชอบหรือมีความประพฤติชั่วร้าย ซึ่งกรณีเช่นนี้ล้วนแต่เป็นเหตุการณ์พิเศษที่เกิดขึ้นโดยยาก ดังนั้นโอกาสที่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรจะร้องขอต่อศาลในกรณีเช่นนี้จึงแทบจะเป็นสิ่งที่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้

ส่วนการที่คู่สมรสนั้นจะฟ้องให้หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนให้ความยินยอมในการยกเด็กนั้นให้เป็นบุตรบุญธรรมแก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้น ก็ไม่ใช่สิ่งที่เป็นไปโดยง่ายเช่นเดียวกัน เพราะคู่สมรสนั้นต้องพิสูจน์ว่าการไม่ให้ความยินยอมนั้นเป็นไปโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร และเป็นปรปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญหรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์⁷ และถึงแม้คู่สมรสนั้นจะพิสูจน์ข้อเท็จจริงเช่นนี้ได้ การรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมก็ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิทางกฎหมายแก่คู่สมรสและเด็กนั้นอย่างเต็มที่ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในตอนต้น

ด้วยเหตุนี้ คณะผู้วิจัยเห็นว่า หากรัฐยังคงเลือกที่จะกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก รัฐควรที่จะออกกฎหมายให้สิทธิแก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นให้สามารถที่จะดำเนินคดีทางศาลขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนอำนาจการปกครองเด็กของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน (และของสามีของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน หากถือว่าสามีนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก) ได้ และควรผ่อนปรนเงื่อนไขในการขอให้ศาลเพิกถอนการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาลง โดยไม่จำเป็น

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567(4)

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/21

ต้องมีเงื่อนไขทั้งสามประการที่กำหนดไว้ ส่วนปัญหาว่าฝ่ายใดควรเป็นฝ่ายที่มีอำนาจปกครองเด็กนั้น คณะผู้วิจัยเห็นว่ามีความเป็นไปได้ทั้งสามประการในการกำหนดหลักกฎหมาย 2 แนวทางด้วยกันคือ แนวทางแรก การกำหนดให้อำนาจปกครองเด็กเป็นไปตามสัญญา และแนวทางที่สอง การกำหนดให้อำนาจปกครองขึ้นอยู่กับประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น โดยแต่ละแนวทางมีข้อพิจารณาดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง การกำหนดให้อำนาจปกครองเป็นไปตามสัญญา (Contractual Model)

กฎหมายในแนวทางแรกจะถือว่า สัญญาที่ตั้งครบกแทนซึ่งเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดนั้น เป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและสามารถบังคับได้ กฎหมายในแนวทางนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายในลักษณะสัญญาที่ถือความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเป็นสำคัญ กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาในสัญญาที่ตั้งครบกแทนตกลงที่จะเข้าผูกพันตามสัญญาแล้ว ทั้งสองฝ่ายต้องปฏิบัติตามสัญญานั้น หลักการเช่นนี้อาจเรียกว่า “หลักสัญญา”

ตามกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ หากหญิงที่ตั้งครบกแทนเปลี่ยนใจไม่ส่งมอบเด็กให้คู่สมรสฝ่ายที่ขอให้ตั้งครบกแทนย่อมสามารถฟ้องร้องต่อศาลขอให้บังคับให้หญิงที่ตั้งครบกแทนส่งมอบเด็กให้ตามสัญญาและขอให้ศาลเพิกถอนอำนาจปกครองของหญิงที่ตั้งครบกแทน กับขอให้แต่งตั้งตนเป็นผู้ปกครองของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครบกแทนได้ และในทางกลับกัน หากคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครบกแทนเป็นฝ่ายผิดสัญญาไม่ยอมรับมอบเด็กนั้นไว้ในอุปการะ เช่น ในกรณีที่เกิดมาพิการทางร่างกายหรือสมอง ซึ่งไม่เป็นที่ต้องการของคู่สมรสที่ตั้งครบกแทนต่อไป หรือในกรณีที่คู่สมรสนั้นหย่าขาดจากกันก่อนการกำเนิดของเด็ก ทำให้ไม่มีคู่สมรสฝ่ายใดต้องการเด็กอีก ฝ่ายหญิงที่ตั้งครบกแทนก็สามารถฟ้องร้องบังคับให้คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครบกแทนนั้นรับเด็กไปไว้ในอุปการะและขอให้ศาลสั่งให้คู่สมรสนั้นเป็นผู้ปกครองเด็กได้

ฝ่ายที่สนับสนุนแนวทางในการออกกฎหมายเช่นนี้เห็นว่า การออกกฎหมายในลักษณะเช่นนี้จะทำให้มีความชัดเจนแน่นอนว่าที่เกิดจากการรับตั้งครบกแทนนั้นจะอยู่ในอำนาจปกครองของผู้ใด เมื่อมีข้อตกลงตามสัญญาที่ตั้งครบกแทนว่าให้หญิงที่ตั้งครบกแทนส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครบกแทน และให้เด็กนั้นอยู่ในความปกครองของคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครบกแทน ศาลก็ควรที่จะบังคับให้ตามสัญญานั้น การกำหนดหลักกฎหมายไว้เช่นนี้จะช่วยให้หญิงที่ตั้งครบกแทนไม่เปลี่ยนใจที่จะไม่ส่งมอบเด็กนั้นให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร เพราะเมื่อมีการฟ้องร้องต่อกัน ศาลก็จะบังคับให้ตามสัญญาที่ตั้งครบกแทน และคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นก็มีความมั่นใจว่าจะได้รับเด็กมาไว้ในอุปการะตามความประสงค์อย่างแน่นอนด้วย

ในทางตรงกันข้ามฝ่ายที่โต้แย้งเห็นว่า การกำหนดกฎหมายในลักษณะเช่นนี้เป็นเสมือนการซื้อขายสิทธิในความเป็นบิดามารดา (Parental Rights) เพราะกฎหมายพิจารณาจากข้อตกลงตามสัญญาเป็นสำคัญ เมื่อมีการตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้สิทธิในความเป็นบิดามารดาของเด็กไปแล้ว คู่สัญญาฝ่ายนั้นก็ต้องปฏิบัติตามสัญญา ทั้งที่ตามหลักกฎหมายนั้น สิทธิในความเป็นบิดามารดาไม่ควรเป็นสิ่งที่สามารถซื้อขายกันได้

แนวทางที่สอง การกำหนดให้อำนาจปกครองขึ้นอยู่กับประโยชน์สูงสุดของเด็ก

กฎหมายในแนวทางที่สองจะถือว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับอำนาจปกครองของเด็ก ระหว่างคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ศาลจะถือประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best Interests of the Child) เป็นสำคัญ ในกรณีเช่นนี้ ศาลอาจมีคำสั่งให้ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเป็นผู้ปกครองหรือผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าทั้งสองฝ่ายมีข้อตกลงตามสัญญาอย่างไร หรือฝ่ายใดเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น และในบางกรณี หากศาลเห็นว่าทั้งสองฝ่ายไม่มีความเหมาะสมในการเป็นผู้ปกครองเด็ก ศาลก็อาจแต่งตั้งให้บุคคลที่สามเป็นผู้ปกครองเด็กโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กก็ได้ หลักการเช่นนี้เรียกว่า “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก”

ตามความเห็นของคณะผู้วิจัย การกำหนดอำนาจการปกครองเด็กตามหลักสัญญาน่าจะไม่มี ความเหมาะสม เนื่องจากหากกฎหมายกำหนดให้อำนาจปกครองเป็นไปตามกฎหมายลักษณะเช่นนี้ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องผูกพันตามสัญญาโดยไม่คำนึงถึงว่าสภาพจิตใจของทั้งสองฝ่ายจะเป็นเช่นใด และการบังคับตามสัญญานั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็กหรือไม่ เช่น ในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเกิดความรู้สึกผู้พันกับเด็กอย่างมากระหว่างการตั้งครรภ์จนทำให้เปลี่ยนใจไม่ส่งมอบเด็กให้ตามสัญญา หรือกรณีที่คู่สมรสที่ให้ตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องการรับเด็กไว้ในอุปการะ ไม่ว่าจะเกิดจากการที่เด็กนั้นเกิดมามีสภาพพิการ หรือคู่สมรสนั้นได้หย่าร้างกันก่อนการกำเนิดของเด็ก หากมีการบังคับให้คู่สมรสฝ่ายนี้ปฏิบัติตามสัญญาโดยต้องรับเด็กไว้ในความปกครองทั้งที่ไม่เต็มใจ กรณีเช่นนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่เด็กได้อย่างไร เพราะคู่สมรสฝ่ายนี้ไม่ได้มีความต้องการที่จะรับเลี้ยงดูเด็กนี้แล้ว

คณะผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดหลักการให้ศาลมีอำนาจกำหนดให้อำนาจการปกครองเด็กในกรณีของการรับตั้งครรภ์แทนอยู่กับฝ่ายใดก็ได้ตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นน่าจะมีความเหมาะสมมากกว่า เพราะตามหลักการนี้ศาลจะใช้สามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างเหมาะสมว่าเด็กนั้นควรอยู่ในอำนาจการปกครองของฝ่ายใด หรือในบางกรณีหากทั้งสองฝ่ายต่างไม่ต้องการเด็กไว้ในความปกครองเลย ศาลก็อาจกำหนดให้เด็กนั้นอยู่ในอำนาจปกครองของบุคคลที่สามซึ่งอาจเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม

กฎหมายคุ้มครองเด็กก็ได้ ซึ่งกรณีเช่นนี้จะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่เด็กได้อย่างสมบูรณ์มากกว่าที่จะบังคับให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยรับเด็กไว้ในอุปการะ ทั้งที่ไม่ได้ต้องการเด็กอีกต่อไป

การออกกฎหมายตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กยังสอดคล้องกับหลักกฎหมายครอบครัวของไทยอีกด้วย เพราะในคดีฟ้องหย่าระหว่างสามีภริยานั้น ศาลจะต้องชี้ขาดว่าฝ่ายใดสมควรเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ในกรณีเช่นนี้ศาลจะคำนึงถึง “ความผาสุกและประโยชน์ของเด็ก” เป็นสำคัญ และหลักการเช่นนี้ยังนำไปใช้กับกรณีที่ศาลเห็นว่าทั้งสองฝ่ายไม่มีความเหมาะสมที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรอีกต่อไป ศาลก็สามารถจะเพิกถอนอำนาจปกครองทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของทั้งสองฝ่าย และสั่งให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครองเด็กโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กได้⁸

กล่าวโดยสรุป การรับตั้งครรรภ์แทนเป็นกิจกรรมที่ก่อให้เกิดการขัดแย้งทางความคิดของบุคคลหลายฝ่าย การพิจารณาออกกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนจึงต้องเป็นไปโดยรอบคอบ ในขณะนี้คณะผู้วิจัยได้เสนอแนวทางในการออกกฎหมายในแต่ละประเด็นปัญหา ซึ่งจะเห็นได้ว่าแต่ละแนวทางนั้นล้วนแต่มีข้อดีและข้อเสียด้วยกันทั้งสิ้น รัฐจึงมีความจำเป็นที่ต้องออกกฎหมายในทางที่สามารถเอื้อประโยชน์แก่ผู้เกี่ยวข้องและต้องคุ้มครองสิทธิของบุคคลเหล่านี้ให้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งต้องไม่เป็นการฝ่าฝืนหรือทำลายมาตรฐานทางจริยธรรมของผู้คนในสังคมโดยรวม ภารกิจในการออกกฎหมายนี้จึงมิได้จำกัดอยู่แค่เพียงสาระัตถะของกฎหมายเท่านั้น แต่รัฐมีความจำเป็นต้องสร้างให้ประชาชนได้ตระหนักถึงปัญหาและผลกระทบต่างๆ ที่จะเกิดขึ้น และต้องเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจได้รับผลกระทบได้เข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นในการออกกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนด้วย

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1520 วรรคสอง

บทที่ 7

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

7.1 บทสรุป

วิทยาการความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีทางการแพทย์ได้ก่อให้เกิดคุณประโยชน์แก่มนุษยชาติอย่างมหาศาล และยังคงแสดงให้เห็นถึงศักยภาพของมนุษย์ในอันที่จะสามารถเอาชนะอุปสรรคต่างๆ ตามธรรมชาติบางประการได้ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นตัวอย่างที่ดีของความเจริญก้าวหน้าในวิทยาการสาขานี้ มนุษย์ได้เปลี่ยนแปลงกระบวนการให้การสืบพันธุ์จากเดิมที่ต้องเริ่มต้นจากการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายชายกับฝ่ายหญิงเป็นการสืบพันธุ์โดยไม่จำเป็นต้องมีเพศสัมพันธ์อีกต่อไป

การใช้เทคโนโลยีต่างๆ ล้วนแต่อาจก่อให้เกิดคุณและโทษได้ทั้งสิ้น เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก็เช่นเดียวกัน การใช้เทคโนโลยีนี้อาจช่วยให้คู่สมรสจำนวนมากสามารถมีบุตรได้ตามความประสงค์ ขณะเดียวกันก็อาจถูกนำไปใช้ในทางที่ขัดต่อศีลธรรมโดยสิ้นเชิงก็ได้ ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในการรับตั้งครรภ์แทนเป็นประเด็นหนึ่งที่อยู่ในความสนใจของผู้คนในสังคมจำนวนมาก การใช้เทคโนโลยีนี้อาจช่วยให้คู่สมรสที่ฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ให้สามารถมีบุตรซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตนเองได้ตามปรารถนา ขณะเดียวกันก็เอื้อให้มีการใช้เนื้อตัวร่างกายของมนุษย์ในกิจกรรมที่ฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ตามธรรมชาติ เปิดโอกาสให้มีการนำบุคคลที่อยู่ในภาวะที่อ่อนแอกว่ามาใช้งานที่ไม่แตกต่างไปจากภาวะความเป็นทาส และส่งเสริมให้มีการพรากเด็กที่กำเนิดมาจากหญิงที่ตั้งครรภ์เด็กนั้น

การรับตั้งครรภ์แทนเป็นกระบวนการหนึ่งในการบำบัดภาวะมีบุตรยากได้เกิดขึ้นและพัฒนาไปพร้อมกับความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ในต่างประเทศ ปรากฏว่ามีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นจำนวนมาก และโดยส่วนใหญ่แล้ว หญิงที่รับตั้งครรภ์ก็จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้น คงมีกรณีไม่มากนักที่ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเปลี่ยนใจไม่ส่งมอบเด็กให้และเกิดปัญหาเป็นคดีความฟ้องร้องในศาลต่อกัน สำหรับในประเทศไทยนั้น ความรู้เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนได้พัฒนาขึ้นพร้อมกับความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์ในสาขานี้เช่นเดียวกัน และปริมาณการรับตั้งครรภ์แทนก็เพิ่มขึ้นตามลำดับ แต่การเก็บรวบรวมสถิติในประเทศไทยยังเป็นไปอย่างไม่มีระบบและไม่มีผู้รับผิดชอบโดยตรงในการดำเนินการ

การรับตั้งครรรภ์แทนเป็นกิจกรรมหนึ่งที่ได้ก่อให้เกิดปัญหาจริยธรรมที่สลับซับซ้อน และได้แบ่งแยกความคิดเห็นของผู้คนในสังคมเป็นสองฝ่ายเสมอ ซึ่งแต่ละฝ่ายก็ต่างมีเหตุผลทางจริยธรรมเป็นเครื่องรองรับ ฝ่ายที่สนับสนุนการรับตั้งครรรภ์แทนอ้างสิทธิของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ว่ามีสิทธิในการสืบพันธุ์เช่นเดียวกับคู่สมรสอื่นที่สามารถมีบุตรได้ตามปกติ และสนับสนุนสิทธิในความเป็นส่วนตัวในอันที่จะกีดกันไม่ให้รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องการกระทำของตนเองที่ปราศจากอันตรายต่อผู้อื่น ฝ่ายนี้เห็นว่าการรับตั้งครรรภ์แทนอาจก่อให้เกิดประโยชน์ร่วมกันของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรและหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนผู้อื่นได้ ในทางตรงกันข้าม ฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรรภ์แทนกลับเห็นว่าการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นกิจกรรมที่ฝ่าฝืนธรรมชาติของมนุษย์ ก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์จากเนื้อตัวร่างกายของหญิงโดยมิชอบ รวมทั้งเป็นกิจกรรมที่ไม่ต่างไปจากการซื้อขายเด็กที่จะส่งผลกระทบต่อเด็กและสังคมโดยรวม

ในต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ การรับตั้งครรรภ์แทนเป็นกิจกรรมที่ถูกควบคุมอย่างเข้มงวด องค์กรวิชาชีพทางการแพทย์ด้านต่าง ๆ ล้วนแต่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการควบคุมไม่ให้มีการนำเทคโนโลยีนี้ไปใช้ในทางมิชอบ องค์กรวิชาชีพเหล่านี้จะมีการออกมาตรฐานวิชาชีพภายในองค์กรของตนเองซึ่งไม่เพียงแต่เป็นไปเพื่อกำหนดมาตรฐานในการให้บริการแก่ผู้เข้ารับบริการเท่านั้น แต่ยังเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องอีกด้วย มาตรฐานทางวิชาชีพขององค์กรวิชาชีพในต่างประเทศจึงเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่สามารถป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทน และสามารถคุ้มครองประโยชน์ของเด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นอย่างดี

การรับตั้งครรรภ์แทนได้นำไปสู่การถกเถียงปัญหากฎหมายหลายประการ เช่น ความชอบด้วยกฎหมายของการรับตั้งครรรภ์แทน สถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทน อำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทน ตลอดจนสภาพบังคับทางกฎหมายของสัญญาารับตั้งครรรภ์แทน ในหลายประเทศทั่วโลก มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนโดยเฉพาะ แต่กฎหมายเหล่านั้นก็มีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ บางประเทศห้ามมิให้มีการรับตั้งครรรภ์แทนอย่างเข้มงวด โดยถือว่าการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นความผิดทางอาญา บางประเทศห้ามมิให้มีการรับตั้งครรรภ์แทน เฉพาะการรับตั้งครรรภ์แทนที่มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เท่านั้น แต่บางประเทศกลับถือว่าการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยหรือไม่ก็ตาม

การกำหนดสถานะภาพของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นปัญหาข้อยุ่งยากที่สุดประการหนึ่งสำหรับประเทศที่มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทน บางประเทศยืนยันที่จะถือว่าการเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนเท่านั้น

ซึ่งในกรณีเช่นนี้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรจะสามารถเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้ตามกระบวนการการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น บางมลรัฐในสหรัฐอเมริกากำหนดให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก โดยไม่ถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นมารดาของเด็กนั้นเลย แต่บางมลรัฐก็เพียงแต่มีข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นเป็นบิดามารดาของเด็ก แต่เปิดโอกาสให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเปลี่ยนใจและขอเป็นมารดาตามกฎหมายของเด็กได้ บางประเทศสร้างกระบวนการในการให้ศาลสามารถมีคำสั่งให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรได้สามารถเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้ โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

การกำหนดสถานภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนไว้โดยเฉพาะทำให้เด็กที่เกิดมาจากการรับตั้งครรภ์แทนนี้มีสถานภาพที่ชัดเจน แต่หากฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเปลี่ยนใจไม่ส่งมอบเด็กให้ตามข้อตกลง ก็มักจะเกิดปัญหาข้อพิพาทที่ต้องฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลตามมา กฎหมายของบางประเทศจึงมักมีการกำหนดด้วยว่าเมื่อมีปัญหาเช่นนี้แล้วจะมีหลักเกณฑ์อย่างไรในการพิจารณาว่าเด็กนั้นควรอยู่ในอำนาจปกครองของฝ่ายใด โดยบางประเทศยังคงใช้หลักการเช่นเดียวกับการพิจารณากำหนดอำนาจปกครองเด็กเมื่อมีความขัดแย้งระหว่างสามีกับภรรยา กล่าวคือ กำหนดให้ศาลพิจารณากำหนดอำนาจปกครองของเด็กโดยพิจารณาถึงประโยชน์และความผาสุกของเด็กเป็นสำคัญ แต่ในบางประเทศก็มีนักวิชาการจำนวนมากที่สนับสนุนให้การกำหนดอำนาจปกครองนั้นเป็นไปตามสัญญาระหว่างคู่กรณี กล่าวคือ ให้ศาลกำหนดอำนาจปกครองนั้นตามที่ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้าแล้ว แต่ข้อเสนอเช่นนี้ก็ยังไม่มียุติวิธีใดที่นำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายอย่างชัดเจน

สำหรับประเทศไทยนั้น การรับตั้งครรภ์แทนได้ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายเช่นเดียวกับต่างประเทศ แต่ประเทศไทยก็ยังคงไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะ การนำเอากฎหมายอื่นมาปรับใช้จึงก่อให้เกิดปัญหาตามมาหลายประการ รายงานการวิจัยนี้ได้พยายามรวบรวมปัญหากฎหมายต่าง ๆ และสรุปว่า การนำกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้อาจก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงประสงค์ในบางกรณี และสมควรที่ประเทศไทยจะพิจารณาออกกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะ โดยแต่ละประเด็นปัญหานั้น คณะผู้วิจัยมีข้อเสนอตั้งรายละเอียดต่อไปนี้

7.2 ข้อเสนอแนะ

7.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรภ์แทน

1) รัฐควรมีมาตรการทางอาญามาใช้เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเพื่อคุ้มครองเด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน แต่ควรจำกัดเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนที่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องเท่านั้น

2) รัฐสมควรออกกฎหมายควบคุมมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนดังกล่าวด้วยการห้ามมิให้มีการจัดตั้งคนกลางหรือองค์กรใดๆ ที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าเพื่อช่วยเหลือให้มีการรับตั้งครรภ์แทน และห้ามมิให้มีการโฆษณาใดๆ ไม่ว่าจะนำไปเพื่อหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนหรือเพื่อแสดงว่าตนต้องการรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นด้วย

7.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมและกำกับการรับตั้งครรภ์แทน

1) หากรัฐเลือกที่จะไม่ใช้มาตรการทางอาญาในการควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนเลย หรือเลือกที่จะใช้มาตรการทางอาญาควบคุมเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์เท่านั้น รัฐควรมีมาตรการเสริมอย่างอื่นเพื่อควบคุมไม่ให้เกิดการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือเด็กที่จะเกิดมาด้วย เช่น

- ก. รัฐต้องพิจารณากำหนดกระบวนการในการคัดกรองบุคคลที่ต้องการมีบุตรด้วยการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนอย่างเข้มงวด เพื่อป้องกันมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่จำเป็น
- ข. รัฐต้องพิจารณากำหนดมาตรการในการคัดกรองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอย่างเข้มงวด โดยจำเป็นต้องพิจารณาเงื่อนไขของหญิงที่จะเข้ารับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นว่าจะต้องมีคุณสมบัติประการใดบ้างหรือไม่ เช่น อายุขั้นต่ำหรือขั้นสูง ภูมิลำเนา สถานภาพการสมรส ประวัติในการมีบุตรหรือเลี้ยงดูบุตร ประวัติในการรับตั้งครรภ์แทน และความสัมพันธ์ทางสายโลหิตระหว่างหญิงนั้นกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร เป็นต้น
- ค. รัฐต้องพิจารณากำหนดมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ด้วยการสร้างกลไกที่จะสามารถทำให้ทั้งสองฝ่ายได้รับถึงสถานะทางกฎหมายการรับตั้งครรภ์แทน สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลทั้งสองฝ่ายตามสัญญา และผลกระทบทั้งปวงที่จะเกิดขึ้นกับทั้งสองฝ่ายทั้งในกรณีที่มีการปฏิบัติหรือกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามสัญญา

2) รัฐควรบัญญัติหลักการพื้นฐานในการควบคุมและกำกับการรับตั้งครรภ์แทนไว้ในกฎหมายแม่บท และกฎหมายแม่บทนี้ควรให้อำนาจผู้รับผิดชอบซึ่งไม่ว่าจะเป็นหน่วยงาน คณะกรรมการ หรือบุคคลใดที่กฎหมายกำหนด ดำเนินการออกกฎหมายในลำดับรองต่อไป

7.2.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับองค์การควบคุมและกำกับการรับตั้งครรรค์แทน

1) รัฐควรมอบหมายให้หน่วยงานของรัฐที่มีอยู่หน่วยงานหนึ่งให้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมการรับตั้งครรรค์แทน โดยไม่จำเป็นต้องจัดตั้งหน่วยงานใหม่ขึ้นมา โดยหน่วยงานนี้อาจเป็นหน่วยงานทางธุรการเพียงอย่างเดียว และมีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาอีกชุดหนึ่งให้มีอำนาจหน้าที่ในการออกหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมและกำกับการรับตั้งครรรค์แทน ตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

2) เมื่อมีการออกหลักเกณฑ์ในการควบคุมและกำกับการรับตั้งครรรค์แทนแล้ว คณะกรรมการอาจกำหนดให้ผู้ดำเนินการให้มีการตั้งครรรค์แทนต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการในทุกกรณี หรืออาจกำหนดให้มีการขึ้นทะเบียนของผู้ดำเนินการจัดให้มีการรับตั้งครรรค์แทนต่อหน่วยงานที่รับผิดชอบก็ได้ และเมื่อมีการขึ้นทะเบียนแล้ว หากผู้ดำเนินการนั้นปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนด ก็ไม่จำเป็นต้องมีการขออนุญาตต่อคณะกรรมการแต่อย่างใด เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลจำเป็นที่แตกต่างไปจากกรณีปกติธรรมดา คณะกรรมการอาจกำหนดให้ผู้ดำเนินการนั้นขออนุญาตต่อคณะกรรมการเป็นรายกรณีก็ได้

3) รัฐควรกำหนดให้สถานบริการที่ให้บริการในการให้คำปรึกษาและดำเนินการให้มีการรับตั้งครรรค์แทนดำเนินการขออนุญาตหรือขึ้นทะเบียนต่อหน่วยงานที่รับผิดชอบก่อนที่จะมีการให้บริการใดๆ เกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทน

7.2.4 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับสภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรค์แทน

1) รัฐควรกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรค์แทน แต่ควรกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมว่า หากทั้งฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรและหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนสามารถตกลงกันได้ ทั้งสองฝ่ายอาจร่วมกันยื่นคำร้องต่อศาลภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด ขอให้ศาลมีคำสั่งให้คู่สมรสนั้นเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

2) หากมีการออกกฎหมายเกี่ยวสถานะความเป็นบิดามารดาดังกล่าวแล้ว ก็ควรเปิดโอกาสให้บุคคลที่ไม่ได้เป็นญาติโดยสายโลหิตของคู่สมรสนั้นเป็นหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนก็ได้ แต่ควรสร้างระบบที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงนั้นได้อย่างแท้จริงด้วย

7.2.5 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรค์แทน

1) หากรัฐยังคงเลือกที่จะกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก รัฐควรที่จะออกกฎหมายให้สิทธิแก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นให้สามารถที่จะดำเนินคดีทางศาลขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนอำนาจปกครองเด็กของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน (และของสามีของหญิง

ที่รับตั้งครรรภ์แทน หากถือว่าสามีนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก) ได้ และควรเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการขอให้ศาลเพิกถอนการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดา โดยถือว่าการไม่ส่งมอบเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทนให้ตามสัญญาเป็นเหตุในการขอให้เพิกถอนอำนาจปกครองเด็กได้

2) ในคดีเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจปกครองของเด็กระหว่างคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรกับหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทน ศาลต้องจะถือประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best Interests of the Child) เป็นสำคัญ โดยไม่จำเป็นต้องบังคับให้ตามข้อตกลงในสัญญารับตั้งครรรภ์แทนว่ามีข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิในตัวเด็กว่าอย่างไร การกำหนดหลักการเช่นนี้จะช่วยให้ศาลได้พิจารณากำหนดอำนาจปกครองเด็กได้โดยเหมาะสมกับกรณีที่เกิดขึ้นได้เป็นอย่างดี ซึ่งศาลมีอำนาจที่จะกำหนดให้อำนาจปกครองตกอยู่แก่ฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรได้ แม้ว่าคู่สมรสนั้นจะไม่ได้เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กก็ตาม หรือจะกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนมีอำนาจปกครองเด็กนั้นก็ได้ และในบางกรณี หากศาลเห็นว่าทั้งสองฝ่ายไม่มีความเหมาะสมที่จะมีอำนาจปกครองเด็กนั้น ศาลก็อาจกำหนดให้บุคคลที่สามเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กนั้นได้

การรับตั้งครรรภ์แทนเป็นปัญหาที่มีความสลับซับซ้อนเกี่ยวข้องกับมาตรฐานทางจริยธรรมของบุคคลหลายฝ่าย ต่างฝ่ายต่างมีเหตุผลสนับสนุนความคิดเห็นของตนเองและคัดค้านความคิดเห็นของอีกฝ่ายหนึ่งเสมอ และเป็นการยากที่จะตัดสินว่าความเห็นของฝ่ายใดผิดหรือฝ่ายใดถูกทั้งหมด กฎหมายเป็นเพียงเครื่องมืออย่างหนึ่งในการกำหนดมาตรฐานในการอยู่ร่วมกันของผู้คนในสังคมเท่านั้น ในบางครั้งจึงอาจสอดคล้องกับมาตรฐานทางจริยธรรมของผู้คนฝ่ายหนึ่ง แต่ขัดแย้งกับมาตรฐานจริยธรรมของผู้คนอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้ ทางเลือกในการออกกฎหมายแต่ละกรณีนั้นย่อมต้องมีข้อดีและข้อเสียในตัวเอง ไม่มีทางที่กฎหมายในลักษณะเช่นนี้จะมีทางสมบูรณ์และเป็นที่ยอมรับของบุคคลทุกฝ่ายได้ มาตรการที่สำคัญที่สุดในการออกกฎหมายในลักษณะเช่นนี้จึงไม่ใช่การเลือกออกกฎหมายที่ดีที่สุด แต่ต้องสร้างกระบวนการในการให้ประชาชนสามารถรับรู้และตระหนักถึงความจำเป็นในการออกกฎหมาย และเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในกระบวนการเหล่านี้ให้มากที่สุดด้วย