

## บทที่ 5

### วิเคราะห์เปรียบเทียบสัญญารับตั้งครรภ์แทน ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

จากการที่ได้ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องทั้งกฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษและกฎหมายสหรัฐอเมริกาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าสามารถแบ่งและวิเคราะห์เปรียบเทียบได้ดังนี้

# 1. สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรรภ์แทนและการกระทำที่เกี่ยวข้อง

## ตารางที่ 1. สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรรภ์แทนและการกระทำที่เกี่ยวข้อง

สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรรภ์แทนและการกระทำที่เกี่ยวข้อง			
ประเทศ	กฎหมาย	ผลดี	ผลเสีย
ไทย	ยังไม่มีกฎหมายและคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง	สามารถกระทำการที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรรภ์แทนได้	ไม่ชัดเจนว่าเป็นการกระทำอันชอบด้วยกฎหมายและ/หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่
อังกฤษ	<p>1. เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่สัญญารับตั้งครรรภ์แทนไม่สามารถใช้บังคับได้</p> <p>2. การติดต่อ จัดหา หรือเข้าร่วมเจรจาต่อรองของสัญญารับจ้างตั้งครรรภ์แทนของผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนในทางการค้าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย</p> <p>3. การโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย</p>	<p>1. มีความชัดเจน</p> <p>2. คุ้มครองผู้รับตั้งครรรภ์แทน</p> <p>ป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ</p> <p>ไม่เป็นการส่งเสริมให้มีการรับตั้งครรรภ์แทนมากเกินไป</p>	<p>ไม่สามารถบังคับสัญญาได้สมบูรณ์ของคู่สัญญาได้</p> <p>จำกัดสิทธิเสรีภาพ</p> <p>จำกัดสิทธิเสรีภาพ</p>
สหรัฐอเมริกา	<p>1</p> <p>เป็นการกระทำอันชอบด้วยกฎหมาย</p> <p>1. ทั้งเพื่อการช่วยเหลือและเพื่อการพาณิชย์</p> <p>2. เฉพาะเพื่อการช่วยเหลือ</p> <p>2</p> <p>ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน</p> <p>3</p> <p>เป็นกระทำที่เป็นความผิดอาญา</p>	<p>1. มีความชัดเจน</p> <p>2. มีสิทธิเสรีภาพ</p> <p>ป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ</p> <p>มีความชัดเจน</p> <p>มีความชัดเจน</p>	<p>อาจมีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ</p> <p>ยากต่อการตรวจสอบและแบ่งประเภท</p> <p>จำกัดสิทธิเสรีภาพ</p> <p>จำกัดสิทธิเสรีภาพ</p>

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งครรรภ์แทน ซึ่งวัตถุประสงค์ของผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน คือ การได้รับบริการฝากเลี้ยงตัวอ่อน ส่วนวัตถุประสงค์ของผู้รับตั้งครรรภ์แทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรรภ์แทนว่าผู้รับตั้งครรรภ์นั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

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

จึงต้องพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ของสัญญานั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งศาลเป็นผู้พิจารณาว่าวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ แต่ในปัจจุบันนี้ประเทศไทยยังไม่เคยมีคดีใดๆที่มีความเกี่ยวข้องกับการตั้งครรรภ์แทนขึ้นสู่ศาล ทำให้ยังคงเป็นที่ถกเถียงระหว่างนักกฎหมายด้วยกันว่าวัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งครรรภ์แทนนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ความเห็นของนักกฎหมายจึงแยกเป็นสองฝ่ายดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดังนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าประเทศไทยควรกำหนดสถานะของการรับตั้งครรรภ์แทนไว้ให้มีความชัดเจน หากเห็นว่าการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่สมควรมีได้ในสังคมไทย ควรกำหนดให้การรับตั้งครรรภ์แทนและการกระทำที่เกี่ยวข้องเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ถ้าหากเห็นว่าการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นการกระทำอันชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นการช่วยเหลือคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ให้สามารถมีบุตรได้ซึ่งเป็นการเติมเต็มคู่สมรสให้มีความรู้สึกว่าครอบครัวของคู่สมรสเป็นครอบครัวที่สมบูรณ์ แต่ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการขัดต่อศีลธรรมและความรู้สึกของประชาชนส่วนใหญ่มากเกินไป ดังนั้นจึงควรกำหนดให้การรับตั้งครรรภ์แทนเป็นการกระทำอันชอบด้วยกฎหมาย และกำหนดให้สัญญารับตั้งครรรภ์แทนใช้บังคับได้ โดยกำหนดประเภทและลักษณะของสัญญารับตั้งครรรภ์แทนที่สามารถใช้บังคับได้ให้ชัดเจน เพราะสัญญารับตั้งครรรภ์แทนมีทั้งสัญญารับตั้งครรรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อและสัญญารับตั้งครรรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย และการรับตั้งครรรภ์แทนในสัญญารับตั้งครรรภ์แทนทั้งสองประเภทนั้น ต้องมีการใช้เชื้ออสุจิและไข่ในการผสมเทียมด้วยเหตุนี้จึงควรกำหนดให้ชัดเจนว่าไข่และเชื้ออสุจิที่ใช้ในการผสมเทียมเป็นของบุคคลใด แต่อาจกำหนดได้ว่าห้ามใช้ไข่ของผู้รับตั้งครรรภ์แทนได้เพราะจะทำให้ผู้รับตั้งครรรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก และอาจห้ามใช้เชื้ออสุจิและไข่ของบุพการีหรือผู้สืบสันดานของผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนและของผู้รับตั้งครรรภ์แทนได้ เพราะจะเป็นการใช้ไข่หรือเชื้ออสุจิของผู้ขอให้ตั้งครรรภ์

แทนมาผสมเทียมกับไข่หรือเชื้ออสุจิของบุพการีหรือผู้สืบสันดานของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน และทำให้เกิดความสับสนในลำดับญาติและอาจเป็นผลร้ายต่อเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมที่ใช้ไข่กับเชื้ออสุจิที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมมาผสมกันได้ การรับตั้งครรภ์แทนยังสามารถแบ่งออกได้อีกเป็นสองชนิด คือ การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อเงินหรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ กับการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อการช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้ หากเห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อเงินหรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ คือ การใช้เงินหรือประโยชน์เชิงพาณิชย์แลกกับความสามารถในการสืบพันธุ์ของเพศหญิงเป็นการลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงและยังเปรียบเสมือนเป็นการซื้อขายเด็กล่วงหน้า ควรกำหนดให้การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อการช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้เท่านั้นที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากเห็นว่าทั้งการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อเงินหรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์และเพื่อการช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้นั้นต่างก็เพื่อช่วยเหลือคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ให้มีบุตรไว้สืบสกุลโดยที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นแต่เพียงผู้ให้การเลี้ยงดูทารกในครรภ์ให้เจริญเติบโตเท่านั้น ซึ่งเปรียบเหมือนการรับเลี้ยงดูเด็กตามธรรมดาทั่วไป ซึ่งการให้เงินหรือผลประโยชน์เชิงพาณิชย์อื่นๆแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน ก็เสมือนเป็นการจ่ายค่าตอบแทนตามปกติจากการได้รับบริการอื่นโดยทั่วไป จึงไม่ต้องมีการกำหนดใดๆในประเด็นนี้ และอาจกำหนดว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่สามารถที่จะแก้ไขหรือเลิกสัญญาได้เมื่อสัญญามีผลสมบูรณ์แล้วเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะเกิดมา นอกจากนั้นยังควรกำหนดให้การโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเพื่อไม่เป็นการส่งเสริมให้มีการรับตั้งครรภ์แทนมากเกินไปในเชิงพาณิชย์ ส่วนสัญญาที่เกี่ยวข้องนั้นเป็นสัญญาที่ไม่มีความสลับซับซ้อนในลักษณะของสัญญา เพราะเหมือนกับสัญญาทั่วไปที่มีการทำในปัจจุบัน หลักกฎหมายลักษณะนิติกรรม-สัญญาในปัจจุบันจึงเพียงพอต่อการปรับใช้

## 2. อายุและคุณลักษณะของคู่สัญญารับตั้งครรรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้อง

ตารางที่ 2. อายุและคุณลักษณะของคู่สัญญารับตั้งครรรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้อง

อายุและคุณลักษณะของคู่สัญญารับตั้งครรรภ์แทน			
ประเทศ	กฎหมาย	ผลดี	ผลเสีย
ไทย	ไม่มีกฎหมายกำหนดอายุและคุณลักษณะของคู่สัญญารับตั้งครรรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องไว้โดยเฉพาะ ต้องอาศัยหลักเรื่องความสามารถในหลักนิติกรรมสัญญามาใช้	ทุกคนสามารถเป็นผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนและผู้รับตั้งครรรภ์แทนได้	ห ล ก เ รื่ อ ง ความสามารถไม่สามารถป้องกันและแก้ปัญหาได้ อ ย่ า ง มี ประสิทธิภาพ
อังกฤษ	1. ไม่มีการกำหนดอายุและคุณลักษณะของคู่สัญญา แต่มีการกำหนดอายุและคุณลักษณะของผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนไว้เพื่อให้ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนสามารถขอต่อศาลให้มีคำสั่งว่าเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้ (parental order) 2. ผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการช่วยเหลือเท่านั้น	1. มีความชัดเจน 2. ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนสามารถเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้	ไม่สามารถบังคับสัญญาได้สมเจตนาของคู่สัญญาได้ จำกัดสิทธิเสรีภาพ
สหรัฐอเมริกา			
1	ไม่มีการกำหนดอายุและคุณลักษณะของคู่สัญญา	ศาลสามารถพิจารณาความเหมาะสมได้เอง	ไม่มีความชัดเจน
2	มีการกำหนดอายุและคุณลักษณะของคู่สัญญา	1. มีความชัดเจน 2. ป้องกันและแก้ไขปัญญาได้อย่างดี	อาจจำกัดสิทธิเสรีภาพในการเข้าเป็นคู่สัญญา

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ในเรื่องความสามารถว่าบุคคลทุกคนที่มีความสามารถ มีความคิด มีสติ มีความปกติ ย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลักเสรีภาพ แต่สำหรับผู้เยาว์ คนวิกลจริต คนที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ คนที่ศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ กฎหมายจะเข้ามามีส่วนช่วยเพื่อรักษาผลประโยชน์ในทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าว

แต่สัญญาับตั้งครรรภ์แทนนั้นต้องการคุณลักษณะเฉพาะตัวของคู่สัญญาเป็นสำคัญมิใช่สัญญาที่จะส่งผลในเชิงทรัพย์สินจึงไม่สมควรที่จะใช้หลักเกณฑ์เรื่องความสามารถทั่วไปในการพิจารณา

ดังนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าหากกำหนดให้การรับตั้งครรรภ์แทนเป็นการกระทำอันชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทย จึงควรกำหนดอายุและคุณลักษณะของคู่สัญญาับตั้งครรรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องให้มีความชัดเจน ดังนี้

1. หากเห็นว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทนควรมีทั้งบิดาและมารดาเพื่อคุ้มครองถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะมีทั้งบิดามารดา และยังเป็น การแสดงว่าผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนมีความต้องการสร้างครอบครัวให้มีความสมบูรณ์ ควรกำหนดว่าผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนต้องเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังมลรัฐส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาับตั้งครรรภ์แทนโดยเฉพาะขึ้น แต่หากเห็นว่าไม่ว่าชายโสด หญิงโสด ผู้รักเพศเดียวกัน นั้นต่างเป็นบุคคลที่มีสิทธิในการเป็นบิดาหรือมารดาของเด็ก จึงไม่จำเป็นในการกำหนดใดๆ ในข้อนี้
2. หากเห็นว่าผู้รับตั้งครรรภ์แทนนั้นควรทราบถึงความรู้สึก ลักษณะต่างๆ เวลาตั้งครรรภ์และผลที่เกิดต่อร่างกายของผู้รับตั้งครรรภ์แทนภายหลังจากคลอดเด็ก ควรกำหนดว่าผู้รับตั้งครรรภ์แทนต้องเคยผ่านการตั้งครรรภ์และคลอดเด็กมาแล้วอย่างน้อย 1 คน ดังมลรัฐส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาับตั้งครรรภ์แทนโดยเฉพาะขึ้น แต่หากเห็นว่าการตั้งครรรภ์แทนนั้นเหมือนการตั้งครรรภ์ทั่วไป หญิงทุกคนมีสิทธิในการตั้งครรรภ์ครั้งแรก ไม่ว่าจะเป็นการตั้งครรรภ์ทั่วไปหรือการตั้งครรรภ์แทนจึงไม่มีจำเป็นในการกำหนดใดๆ ในข้อนี้
3. หากเห็นว่าควรกำหนดช่วงอายุที่สามารถเข้าเป็นคู่สัญญา คือ การกำหนดอายุทั้งขั้นต่ำ ดังมลรัฐส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาับตั้งครรรภ์แทนโดยเฉพาะขึ้น การกำหนดอายุขั้นต่ำนี้เพื่อป้องกันปัญหาเรื่องความสามารถของผู้เยาว์ที่จะเป็นคู่สัญญา ดังนั้นจึงควรกำหนดให้เฉพาะบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วเท่านั้นที่จะเป็นคู่สัญญาได้ และอาจกำหนดอายุสูงสุดเช่นกัน ส่วนการกำหนดอายุสูงสุดนี้เพื่อป้องกันปัญหาเรื่องการเข้าเป็นคู่สัญญาของผู้สูงอายุ เช่น
  1. ผู้รับตั้งครรรภ์แทนเป็นหญิงที่อายุเกิน 40 ปี การตั้งครรรภ์จะมีความเสี่ยงเพิ่มขึ้น ทั้งโอกาสแท้ง โอกาสที่จะได้รับอันตรายจากการคลอด โอกาสที่เด็กพิการทั้งทางร่างกายและจิตใจ
  2. ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนเป็นหญิงที่อายุเกิน 40 ปี ไช้ของหญิงที่อายุเกิน 40 ปี ไช้จะมีโอกาสกลายพันธุ์ทำให้เซลล์มีการแบ่งตัวผิดปกติได้มาก เป็นผลให้เด็กมีโอกาสเป็นดาวน์ซินโดรมมากขึ้น
  3. ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนเป็นผู้สูงอายุ เช่น อายุ 80 ปี เวลาที่จะเลี้ยงดูเด็กย่อมมีน้อยกว่าผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนอายุ 40 ปี และเด็กที่เกิดมา

ต้องเรียกผู้สูงอายุที่ขอให้ตั้งครรรภ์แทนว่า พ่อแม่ อาจทำให้เกิดปัญหาทางจิตใจต่อเด็กได้ ดังนั้นจึงควรกำหนดอายุขั้นสูงสุดของคู่สัญญาไว้ เพื่อเพิ่มโอกาสให้เด็กที่จะเกิดมามีความปกติที่สุด ทั้งยังเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพและผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเช่นกัน จึงควรกำหนดอายุของคู่สัญญาไว้ปกติให้ไม่เกิน 40 ปี

4. หากเห็นว่าควรป้องกันมิให้ คนวิกลจริต คนเสมือนไร้ความสามารถ คนที่มีโรคติดต่อเข้ามาเป็นคู่สัญญารับตั้งครรรภ์แทน และเห็นว่าสัญญารับตั้งครรรภ์แทนเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับความรู้สึกรักของคู่สัญญาที่มีต่อเด็กที่ตนรับตั้งครรรภ์แทน หรือที่ตนขอให้ตั้งครรรภ์แทน คู่สัญญาจึงต้องมีความเข้าใจในตนเองอย่างดีว่ามีความพร้อมที่จะเข้าเป็นคู่สัญญาหรือไม่ ควรกำหนดว่าคู่สัญญาต้องได้ผ่านการตรวจร่างกาย ตรวจเลือด ตรวจสุขภาพจิตจากแพทย์และจิตแพทย์
5. หากเห็นว่าคู่สัญญาต้องมีความเข้าใจในลักษณะและผลของสัญญารับตั้งครรรภ์แทนเป็นอย่างดี เพราะสัญญารับตั้งครรรภ์แทนมีความสลับซับซ้อนและเกี่ยวข้องกับความรู้สึกรักของคู่สัญญาเป็นอย่างมาก ควรกำหนดว่าคู่สัญญาต้องได้รับคำแนะนำคำอธิบายจากนักกฎหมายจนเข้าใจ
6. หากเห็นว่าผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนควรมีวัตถุประสงค์เพื่อการช่วยเหลือเท่านั้น ดังกฎหมายประเทศอังกฤษ ควรกำหนดโทษทางอาญาหากผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนจัดการตั้งครรรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ และหากเห็นว่าควรกำหนดคุณลักษณะของผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนซึ่งเป็นคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติมเพราะดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนมีหน้าที่ในการตรวจสอบคัดเลือก ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน ผู้รับตั้งครรรภ์แทน จึงต้องมีความรู้ในเรื่องการผสมเทียมและการรักษาทางการแพทย์ในระหว่างการตั้งครรรภ์และคลอดบุตร ต้องให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษา รวมทั้งจัดเตรียมสัญญาต่างๆ ได้ ดังนั้นผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนจึงไม่ควรเป็นแค่บุคคลปกติทั่วไป แต่ต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญที่สามารถวิเคราะห์และตรวจสอบคัดเลือกผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนและผู้รับตั้งครรรภ์แทนที่มีความเหมาะสม ดังนั้นอาจกำหนดให้สถานบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เท่านั้นที่เป็นผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนได้ และนอกจากนี้ยังอาจกำหนดให้สถานบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่เป็นผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนต้องจัดหาแพทย์จากแพทย์ในหลายสถานบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไม่เฉพาะแพทย์ในสถานบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของตนเท่านั้น โดยให้ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนหรือผู้รับตั้งครรรภ์แทนแล้วแต่กรณีเป็นผู้ตัดสินใจเลือกแพทย์ และทั้งนี้ควรกำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้ที่ไม่มีความรู้ตามที่กำหนดกระทำการเยี่ยงเช่นผู้จัดการตั้งครรรภ์แทน

### 3. แบบของสัญญาับตั้งครรรค์แทน

ตารางที่ 3. แบบของสัญญาับตั้งครรรค์แทน

แบบของสัญญาับตั้งครรรค์แทน			
ประเทศ	กฎหมาย	ผลดี	ผลเสีย
ไทย	ไม่มีกฎหมายกำหนดแบบของสัญญาับตั้งครรรค์แทนไว้โดยเฉพาะ ต้องอาศัยหลักเรื่องแบบในหลักนิติกรรมสัญญามาใช้	มีอิสระ โดยอาจแสดงเจตนาโดยวาจา หรือทำเป็นหนังสือก็ยอมได้	1. ยากต่อการนำสืบ 2. ไม่สามารถตรวจสอบและควบคุมได้
อังกฤษ	ไม่มีกฎหมายกำหนดแบบของสัญญาับตั้งครรรค์แทนไว้โดยเฉพาะ เพราะสัญญาับตั้งครรรค์แทนไม่สามารถใช้บังคับได้		
สหรัฐอเมริกา	1. ไม่มีการกำหนดแบบ	มีอิสระ โดย อาจแสดงเจตนาโดยวาจา หรือทำเป็นหนังสือก็ยอมได้	1. ยากต่อการนำสืบ 2. ไม่สามารถตรวจสอบและควบคุมได้
	2. มีการกำหนดแบบ 1. ทำเป็นหนังสือเพียงอย่างเดียว  2. ทำเป็นหนังสือและต้องมีข้อสัญญาพื้นฐานที่กำหนดไว้ในสัญญา 3. ทำเป็นหนังสือและต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อน	ทำได้ง่าย  คุ้มครองคู่สัญญาได้ในระดับหนึ่ง  ตรวจสอบและควบคุมได้	1. อาจไม่เป็นธรรม 2. ควบคุมได้ยาก ควบคุมได้ยาก  มีขั้นตอนมาก

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ในเรื่องแบบซึ่งโดยปกติการแสดงเจตนาทำสัญญา อาจทำได้โดยวิธีการที่ผู้แสดงเจตนาต้องการ เช่น แสดงโดยวาจา หรืออาจทำเป็นหนังสือ ก็ทำให้สัญญาดังกล่าวสมบูรณ์ได้ แต่หากมีกฎหมายกำหนดวิธีในการแสดงเจตนาไว้ เช่น ต้องทำเป็นหนังสือ ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ต้องมีรายการหรือข้อความตามที่กฎหมายบังคับไว้ให้มีหรือให้เขียนไว้ ผู้แสดงเจตนา



ต้องปฏิบัติตามวิธีการดังกล่าวตามที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นสัญญาดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะตาม มาตรา 152 ซึ่งการรับตั้งครรรภ์แทนนี้มีได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดเรื่องแบบไว้ จึงสามารถ แสดงเจตนาได้ตามแบบที่ต้องการ หากแสดงโดยวาจาถ้าเกิดการฟ้องร้องคดีขึ้นจะเป็นการยากต่อ การนำสืบต่อศาลได้ หากทำเป็นหนังสืออาจไม่สามารถตรวจสอบและควบคุมได้

ดังนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าหากกำหนดให้การรับตั้งครรรภ์แทนในประเทศไทยเป็นการ กระทำอันชอบด้วยกฎหมาย ควรกำหนดแบบของสัญญารับตั้งครรรภ์แทน โดยอาจทำเป็นหนังสือ เพราะเนื่องจากสัญญารับตั้งครรรภ์แทนเป็นสัญญาที่มีรายละเอียดและมีความยุ่งยากซับซ้อน เพราะสามารถทำได้ง่ายและเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา หรืออาจทำเป็นหนังสือและต้องมีข้อ สัญญาพื้นฐานที่กำหนดไว้ในสัญญา เช่น ผู้รับตั้งครรรภ์แทนมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการให้ความ ยินยอมในการรับบริการทางการแพทย์และการจัดการที่เกี่ยวกับการตั้งครรรภ์ ผู้รับตั้งครรรภ์ แทนตกลงจะไปตรวจร่างกายและรับการผสมเทียมและจะปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์ ผู้รับตั้งครรรภ์ แทนตกลงจะสละสิทธิความเป็นมารดาตั้งแต่เวลาที่คลอดเด็ก ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนตกลงจะรับ อำนาจปกครอง ความเป็นบิดามารดาและความรับผิดชอบเด็กทันทีที่เด็กคลอด โดยไม่คำนึงถึง ความผิดปกติของเด็ก ผู้รับตั้งครรรภ์แทนตกลงที่จะกลับมามีสิทธิในความเป็นมารดาและจะ รับผิดชอบเด็กที่ตนคลอดหากผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนไม่ว่าทั้งหญิงหรือชายไม่มีความเกี่ยวข้องทาง พันธุกรรมกับเด็กเลยดังกฎหมายมลรัฐฟลอริดา หรืออาจทำเป็นหนังสือและต้องได้รับความ เห็นชอบจากศาลก่อนเพื่อให้ศาลพิจารณาว่าคู่สัญญามีความเหมาะสมที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่ และอาจพิจารณาได้ว่าสัญญารับตั้งครรรภ์แทนเป็นสัญญาที่กำหนดให้ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนเป็น บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทน ซึ่งความเป็นบิดามารดา นี้ย่อมมีอำนาจปกครองเด็ก ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยในการเปลี่ยนแปลงอำนาจปกครอง จึงควรมีส่วนในการตรวจสอบคุณลักษณะของคู่สัญญาและความเป็นธรรมในสัญญาก่อนเพื่อ ความยุติธรรม แต่ทั้งหมดนี้แบบต้องทำก่อนที่ขั้นตอนทางการแพทย์จะเริ่มขึ้น(เว้นแต่การตรวจ ร่างกายและจิตใจของคู่สัญญารับตั้งครรรภ์แทน)

## 4. ผลของสัญญารับตั้งครรรภ์แทน

ตารางที่ 4. ผลของสัญญารับตั้งครรรภ์แทน

ผลของสัญญารับตั้งครรรภ์แทน			
ประเทศ	กฎหมาย	ผลดี	ผลเสีย
ไทย	ไม่มีกฎหมายกำหนดถึงผลของสัญญารับตั้งครรรภ์แทนไว้โดยเฉพาะ ต้องอาศัยหลักนิติกรรมสัญญา มาปรับใช้ เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรของผู้รับตั้งครรรภ์แทน ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนต้องจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม	คุ้มครองผู้รับตั้งครรรภ์แทน ผู้รับตั้งครรรภ์แทนมีสิทธิในตัวเด็ก	1. ไม่สามารถบังคับให้ผู้รับตั้งครรรภ์แทนให้ความยินยอมในการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ 2. ไม่สามารถบังคับให้ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนรับเลี้ยงเด็กโดยการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้
อังกฤษ	สัญญาไม่สามารถใช้บังคับได้ เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรของผู้รับตั้งครรรภ์แทน ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนต้องจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม	คุ้มครองผู้รับตั้งครรรภ์แทน ผู้รับตั้งครรรภ์แทนมีสิทธิในตัวเด็ก	ไม่สามารถบังคับสัญญาได้
สหรัฐอเมริกา			
1	ให้เด็กเป็นบุตรของผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน	1. มีความชัดเจน 2. เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา	ไม่คุ้มครองผู้รับตั้งครรรภ์แทน ผู้รับตั้งครรรภ์แทนไม่มีสิทธิในตัวเด็ก
2	ให้เด็กเป็นบุตรของผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนแต่ผู้รับตั้งครรรภ์แทนสามารถยกเลิกสัญญาหลังจากคลอดเด็กได้ ผลจะทำให้ผู้รับตั้งครรรภ์กลับมามีสิทธิในความเป็นมารดาของเด็ก	1. คุ้มครองผู้รับตั้งครรรภ์แทน 2. ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยไม่ต้องรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม	ไม่สามารถบังคับให้ผู้รับตั้งครรรภ์แทนไม่ยกเลิกสัญญาได้

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ในเรื่องผลของสัญญาและเรื่องผิดสัญญาว่า หากสัญญา มีความสมบูรณ์ ความผูกพันหรือความเป็นผลแห่งสัญญานั้นย่อมเกิดขึ้นทันที เป็นเหตุให้คู่สัญญา มีนิติสัมพันธ์ มีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน แต่สัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นสัญญาที่มีข้อตกลงว่า ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องจดทะเบียนรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมและผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องให้คำยินยอม แต่หากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ยอมรับเลี้ยงเด็กโดยการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมตามสัญญารับตั้งครรภ์แทน ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถบังคับให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้นรับเลี้ยงเด็กโดยการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้เพราะสภาพ แห่งนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับ และหากผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่มอบเด็กให้แก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนโดยไม่ ยินยอมให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถไปจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้เพราะสภาพแห่งนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับเช่นกัน เว้นแต่การที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ยินยอมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร และเป็นปฏิปักษ์ต่อ สุขภาพความเจริญหรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะร้องขอต่อศาล (ศาลเยาวชน และครอบครัว) ให้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมได้ และถึงแม้ว่าในสัญญารับตั้งครรภ์ แทนนั้นจะมีข้อตกลงที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมไว้แล้ว ความ ยินยอมที่ได้ให้ไว้แล้วนั้นไม่สามารถให้ได้อีกก่อนเด็กคลอดได้เพราะสิทธิที่จะให้ความยินยอมของผู้รับ ตั้งครรภ์แทนนั้นยังไม่เกิด และแม้ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะได้ให้ความยินยอมหลังจากเด็กแล้ว ผู้รับ ตั้งครรภ์แทนสามารถถอนความยินยอมที่ตนเคยให้ไว้ได้ ผลสัญญารับตั้งครรภ์แทนจึงไม่สามารถ ใช้บังคับได้สมเจตนาของคู่สัญญา และนอกจากนี้ผลของการเป็นบุตรบุญธรรมย่อมมีความ แตกต่างกับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น บุตรบุญธรรมไม่สิทธิได้รับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรม และยังอาจมีปัญหาเรื่องการจดทะเบียนการเลิกรับบุตรบุญธรรมได้อาจทำให้ผู้รับตั้งครรภ์แทน กลับมามีหน้าที่เลี้ยงดูเด็กได้อีก

ดังนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าหากกำหนดให้การรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยเป็นการ กระทำอันชอบด้วยกฎหมาย ควรกำหนดผลของสัญญารับตั้งครรภ์แทนให้มีความชัดเจน อาจ กำหนดให้เด็กเป็นบุตรของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนทันทีที่เด็กคลอด หากการรับตั้งครรภ์แทนใน สัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามประเภทที่กำหนด คู่สัญญามีอายุและคุณลักษณะตามที่กำหนด ได้ทำสัญญาตามแบบที่กำหนด เพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญาและความเกี่ยวข้องทาง พันธุกรรมระหว่างเด็กกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน หรืออาจกำหนดให้เด็กเป็นบุตรของผู้ขอให้ตั้งครรภ์ แทนแต่ผู้รับตั้งครรภ์แทนสามารถยกเลิกสัญญาหลังจากคลอดเด็กได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ทำให้ผู้รับตั้งครรภ์กลับมามีสิทธิในความเป็นมารดาของเด็ก เป็นการคุ้มครองผู้รับตั้งครรภ์แทน เพราะให้ความสำคัญกับผู้รับตั้งครรภ์แทนที่ตั้งครรภ์มากกว่าหลักเจตนาและความเกี่ยวข้องทาง พันธุกรรมระหว่างเด็กกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน