

## ความสมบูรณ์ของสัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทน VALIDITY OF SURROGACY CONTRACT

รัฐธีร์ หนูเทศ

นักศึกษา หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม

E-mail: i-am-dan@hotmail.com

### บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทนและการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรม-สัญญาที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้กับสัญญาตั้งรับครุภัณฑ์แทน เพื่อให้เป็นสัญญาที่มีความสมบูรณ์ รวมถึงแนวทางในการบัญญัติกฎหมายที่เหมาะสมเกี่ยวกับสัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทนในประเทศไทย

ผลจากการศึกษาพบว่า หากสัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทนไม่เข้าข่ายเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทนจะไม่ตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสามารถนำหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ได้

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาข้างพบอีกว่า เนื่องจากสัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทนดังกล่าว เป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะแตกต่างจากสัญญาทั่วไปอื่น ๆ เมื่อนำหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา มาปรับใช้ ก็เป็นการปรับใช้ที่ยังขาดประสิทธิภาพ อาทิ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจไม่สามารถบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาได้ และยังขาดหลักเกณฑ์ที่สามารถให้ความคุ้มครองหรือแก้ไขปัญหาที่จะเกิดจากการทำสัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทนได้อย่างครอบคลุม เป็นต้น

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงมีข้อเสนอแนะด้วยว่า รัฐควรมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครุภัณฑ์แทน โดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในหลาย ๆ ประการ ขึ้นใช้บังคับต่อไป

**คำสำคัญ :** สัญญา การรับตั้งครุภัณฑ์แทน

### ABSTRACT

The purpose of this thesis to study the validity of surrogacy contract and the application of the current Thai Civil and Commercial Code regarding general rules of contract for this particular type of contract. This thesis, additionally, studies the possibility for a new legislation of surrogacy contract to be applicable in Thailand in the future.

Following the study, if the surrogacy contract does not violate the principle of law regarding 'good moral' which is applicable in Thailand, it would thus not be void under Section 150 of the current Civil and

Commercial Code. However, since the surrogacy contract is independent and distinctive from any other contract, its application under the general rule of contract is somehow troublesome e.g. it may be incapable to be enforced between the parties and it is subject to insufficient rules to govern the parties' rights and obligations, etc.

This thesis, therefore, also proposes that Thailand should enact a direct and specific law for surrogacy contract which will benefit us all.

**KEYWORDS:** Contract, Surrogacy

## 1. ความเป็นมาและสภาพของปัญหา

การตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) เป็นกระบวนการในการที่หญิงคนหนึ่งตกลงรับที่จะตั้งครรภ์ด้วยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดและตกลงว่าจะส่งมอบเด็กที่เกิดมาให้นี้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง พร้อมกับสละสิทธิใดๆ ในความเป็นมารดาของเด็กนั้นทันทีที่เด็กกำเนิดมา การรับตั้งครรภ์แทนในยุคปัจจุบันจำเป็นต้องอาศัยวิทยาการของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาช่วยเสมอ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วอาจทำได้โดยการนำไข่และเชื้ออสุจิของฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นมาผสมกัน แล้วนำไข่ที่ผสมแล้วนั้นไปใส่ในร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพื่อการเจริญพันธุ์ต่อไป

ในประเทศไทยนั้น เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้เจริญรุดหน้าไม่น้อยไปกว่าในต่างประเทศ ทางแพทย์ได้นำเทคโนโลยีนี้มาช่วยให้คู่สามีและภรรยาที่อยู่ในภาวะมีบุตรยาก ช่วยให้มิบุตรได้ตามความประสงค์เป็นจำนวนมาก การรับตั้งครรภ์แทนจึงเกิดขึ้นพร้อมไปกับความเจริญก้าวหน้าในวิทยาการสาขานี้ แต่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนสำหรับปัญหาของประเทศไทยยังไม่มิตั้งในทางกฎหมายและทางจริยธรรมส่วนใหญ่มีความคล้ายคลึงกับปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ดังนี้ เช่น

สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 และน่าที่จะเป็นสัญญาที่มีสภาพบังคับตามกฎหมายหรือไม่

กฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับปัญหาข้างต้นของไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันล้วนแต่เป็นกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อใช้กับการกำเนิดของเด็กตามธรรมชาติเท่านั้น กฎหมายที่มีอยู่จึงไม่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี และเมื่อนำกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนจึงอาจมีข้อบกพร่องและไม่สามารถขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ การศึกษาวิจัยเกี่ยวกับสัญญาตั้งครรภ์แทน และมาตรการควบคุมการตั้งครรภ์แทน ในทางกฎหมายจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในด้านของกฎหมายและชี้ให้เห็นถึงมาตรฐาน ทางด้านจริยธรรมของสังคมไทยโดยรวมต่อไป

## 2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อให้ทราบถึงที่มาและสภาพของปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาตั้งครรภ์แทน
  2. เพื่อให้ทราบถึงวิวัฒนาการทางด้านเทคโนโลยี และประวัติความเป็นมาของการรับตั้งครรภ์แทน
- และแนวความคิดรวมทั้งทฤษฎีสัญญาตั้งครรภ์แทน

3. เพื่อให้ทราบถึงกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับสัญญารับตั้งครรภ์ตั้งครรภ์แทน

4. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาทางกฎหมายและบทวิเคราะห์เกี่ยวกับเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญารับตั้งครรภ์แทน

5. เพื่อให้ทราบถึงข้อสรุปและข้อเสนอแนะ ในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญารับตั้งครรภ์แทน

### 3. สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

การทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน ที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบันนั้น เป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งถือเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญา ในการทำนิติกรรมตามมาตรา 150 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นสัญญารับตั้งครรภ์แทนดังกล่าวจึงเป็นสัญญาที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของสัญญา ย่อมเป็นโมฆะ

### 4. ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

การศึกษาถึงเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญารับตั้งครรภ์แทน โดยจะทำการศึกษาจาก ร่างพระราชบัญญัติการรับตั้งครรภ์แทน ร่างพระราชบัญญัติการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเรื่องนิติกรรม สัญญา และแนวความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา รวมไปถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลในต่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศเพื่อนำมาประกอบการศึกษา

### 5. วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย

ดำเนินการวิจัยโดยใช้วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลทางด้านเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะได้มาจากหนังสือ บทความ วารสาร จดสาร เอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานราชการหรือหน่วยงานเอกชนต่างๆ รายงานสัมมนา รายงานวิจัย วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์กฎหมายต่างๆ อาทิเช่น ร่างพระราชบัญญัติการรับตั้งครรภ์แทน ร่างพระราชบัญญัติการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตลอดจนการศึกษาข้อมูลจากตำรา บทความ วารสารต่างๆ ของต่างประเทศ รวมตลอดถึงจากข้อมูลสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ

### 6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงที่มาและสภาพของปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญารับตั้งครรภ์แทน
2. ทำให้ทราบถึงวิวัฒนาการของเทคโนโลยี และประวัติความเป็นมาของการรับตั้งครรภ์แทน แนวคิดและทฤษฎีสัญญารับตั้งครรภ์แทน
3. ทำให้ทราบถึงกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับสัญญารับตั้งครรภ์แทน
4. ทำให้ทราบถึงปัญหาทางกฎหมายและผลจากการศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญารับตั้งครรภ์แทน
5. ทำให้ทราบถึงข้อสรุปและข้อเสนอแนะ ในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญารับตั้งครรภ์แทน

## 7. เนื้อหาโดยสังเขป

วิทยาการความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีทางการแพทย์ได้ก่อให้เกิดคุณประโยชน์แก่มนุษยชาติอย่างมหาศาล และยังคงแสดงให้เห็นถึงศักยภาพของมนุษย์ ในอันที่จะสามารถเอาชนะอุปสรรคต่างๆ ตามธรรมชาติ บางประการได้ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นตัวอย่างที่ดีของความเจริญก้าวหน้าในวิทยาการสาขานี้ มนุษย์ได้เปลี่ยนแปลงกระบวนการให้การสืบพันธุ์จากเดิมที่ต้องเริ่มต้นจากการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายชายกับฝ่ายหญิง เป็นการสืบพันธุ์โดยไม่จำเป็นต้องมีเพศสัมพันธ์กันอีกต่อไป

การใช้เทคโนโลยีต่างๆ ล้วนแต่อาจก่อให้เกิดคุณและโทษได้ทั้งสิ้นเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก็เช่นเดียวกันการใช้เทคโนโลยีนี้อาจช่วยให้คู่สมรสจำนวนมากสามารถมีบุตรได้ตามความประสงค์ขณเดียวกัน อาจถูกนำไปใช้ในทางที่ขัดต่อศีลธรรมโดยสิ้นเชิงก็ได้ ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในการรับตั้งครรภ์แทนเป็นประเด็นหนึ่งที่อยู่ในความสนใจของผู้คนในสังคมจำนวนมาก การใช้เทคโนโลยีนี้อาจช่วยคู่สมรสฝ่ายหญิงที่ไม่อาจตั้งครรภ์ให้สามารถมีบุตรซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตนเองได้ตามปรารถนา ขณะเดียวกันก็เอื้อให้มีการใช้เนื้อตัวร่างกายของมนุษย์ในกิจกรรมที่ฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ตามธรรมชาติ เปิดโอกาสให้มีการนำบุคคลที่อยู่ในภาวะที่อ่อนแอกว่ามาใช้งานที่ไม่แตกต่างไปจากภาวะความเป็นทาสและส่งเสริมให้มีการพรากเด็กที่กำเนิดมาจากหญิงที่ตั้งครรภ์เด็กนั้น

การรับตั้งครรภ์แทนเป็นกระบวนการหนึ่งในการบำบัดภาวะมีบุตรยาก ได้เกิดขึ้นและพัฒนาไปพร้อมกับความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ในต่างประเทศปรากฏว่าการรับตั้งครรภ์แทนมีเป็นจำนวนมาก โดยส่วนใหญ่แล้วหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ส่วนกรณีที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนเปลี่ยนใจไม่ส่งมอบเด็กให้และเกิดปัญหาเป็นคดีความฟ้องร้องในศาลต่อกันมีไม่มากนัก สำหรับในประเทศไทยนั้นความรู้เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนได้พัฒนาไปพร้อมกับความก้าวหน้าทางการแพทย์ในสาขานี้ เช่นเดียวกันและปริมาณการรับตั้งครรภ์แทนได้เพิ่มขึ้นตามลำดับ แต่การเก็บรวบรวมสถิติในประเทศไทยยังเป็นไปอย่างไม่มีระบบและไม่มีผู้รับผิดชอบโดยตรงในการดำเนินการ

การรับตั้งครรภ์แทนเป็นกิจกรรมหนึ่งที่เกิดปัญหาจริยธรรมที่สลับซับซ้อน และได้แบ่งแยกความคิดเห็นของผู้คนในสังคมเป็นสองฝ่ายเสมอ ซึ่งแต่ละฝ่ายก็ต่างมีเหตุผลทางจริยธรรมเป็นเครื่องรองรับฝ่ายที่สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทน โดยอ้างสิทธิของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ว่ามีสิทธิในการสืบพันธุ์ เช่นเดียวกับคู่สมรสอื่นที่สามารถมีบุตรได้ตามปกติและสนับสนุนสิทธิในความเป็นส่วนตัวในอันที่จะกีดกันไม่ให้รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องของการกระทำของตนเองที่ปราศจากอันตรายต่อผู้อื่น ฝ่ายนี้เห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนอาจก่อให้เกิดประโยชน์ร่วมกันของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนผู้นี้ ในทางตรงกันข้ามฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรภ์แทนกลับเห็นว่ากรรับตั้งครรภ์แทนเป็นกิจกรรมที่ฝ่าฝืนธรรมชาติของมนุษย์ก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์จากเนื้อตัวร่างกายของหญิงโดยมิชอบรวมทั้งเป็นกิจกรรมที่ไม่ต่างไปจากการซื้อขายเด็กที่จะส่งผลกระทบต่อเด็กและสังคมโดยรวม

ในต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ การรับตั้งครรภ์แทนเป็นกิจกรรมที่ถูกควบคุมอย่างเข้มงวด องค์การวิชาชีพทางการแพทย์ด้านต่าง ๆ ล้วนแต่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการควบคุมไม่ให้มีการนำเทคโนโลยีนี้ไปใช้ในทางมิชอบของกรวิชาชีพเหล่านี้จะมีการกำหนดมาตรฐานวิชาชีพภายในองค์กรของตนเองซึ่งไม่เพียงแต่เป็นไปเพื่อกำหนดมาตรฐานในการให้บริการแก่ผู้เข้ารับ

บริการเท่านั้นแต่ยังเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องอีกด้วย มาตรฐานทางวิชาชีพขององค์กรวิชาชีพในต่างประเทศจึงเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่สามารถป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และสามารถคุ้มครองประโยชน์ของเด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นอย่างดี

การรับตั้งครรภ์แทนได้นำไปสู่การถกเถียงปัญหาทางกฎหมายหลายประการ เช่น ความชอบด้วยกฎหมายของการรับตั้งครรภ์แทน สถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน ตลอดจนสภาพบังคับทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทน ในหลายประเทศทั่วโลก มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนไว้ โดยเฉพาะ<sup>1</sup> แต่กฎหมายเหล่านั้นก็มีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศบางประเทศห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนอย่างเข้มงวดโดยถือว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นความคิดทางอาญา<sup>2</sup> บางประเทศห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนที่มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เท่านั้น<sup>3</sup> แต่บางประเทศกลับถือว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะมิใช่ผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยหรือไม่ก็ตาม

สำหรับประเทศไทยนั้นการรับตั้งครรภ์แทนได้ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายเช่นเดียวกับต่างประเทศ แต่ประเทศไทยยังคงไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะการนำกฎหมายอื่นมาปรับใช้จึงก่อให้เกิดปัญหาตามมาหลายประการวิชานิติพนธ์ฉบับนี้ได้พยายามรวบรวมปัญหาทางกฎหมายต่างๆ และสรุปว่าการนำกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้อาจก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงประสงค์ ในบางกรณีและสมควรที่ประเทศไทยจะพิจารณาบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะ

สำหรับกรณีสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่ต้องพิจารณาจากทฤษฎีทางสัญญาด้วยนั้นก็คือ หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (The Autonomy of the Will) หลักนี้ถือว่าบุคคลมีความเป็นอิสระที่จะแสดงเจตนาอันก่อให้เกิด สิทธิและหน้าที่ตามที่ตนเองปรารถนา เจตนาจึงเป็นแหล่งกำเนิดของสิทธิ และหน้าที่ของบุคคล หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเป็นหลักการพื้นฐานของเสรีภาพของปัจเจกชนนิยมตามหลักกฎหมายธรรมชาติ แต่เพื่อที่จะให้สังคมมีความสุข รัฐจึงต้องแทรกแซงหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาในบางกรณี ได้แก่กรณีที่การนั้นขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้ถือว่าเป็นโมฆะ เมื่อสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเป็นหลักที่สูงกว่าความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาที่ว่า “บุคคลมีความเป็นอิสระที่จะแสดงเจตนาอันก่อให้เกิด สิทธิและหน้าที่ตามที่ตนเองปรารถนา เจตนาจึงเป็นแหล่งกำเนิดของสิทธิ และหน้าที่ของบุคคล หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเป็นหลักการพื้นฐานของเสรีภาพของปัจเจกชน กรณีที่การนั้นขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้ถือว่าเป็นโมฆะ

บทสรุปเมื่อพิจารณาปัญหากฎหมายดังกล่าวมาแล้วทั้งหมด จะเห็นได้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนไม่ถือว่าเป็นความคิดทางอาญา เพราะไม่มีกฎหมายกำหนด แม้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนจะเป็นไปโดยมีค่าตอบแทนหรือเพื่อผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ก็ตาม แต่เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้กำเนิดทารกแล้วเด็กย่อมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น และจะถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีของหญิงที่รับ

<sup>1</sup> Surrogacy Arrangement Act 1985, section 2.

<sup>2</sup> Surrogate Parenthood Act 1988, section 3

<sup>3</sup> Surrogate Parenthood Act 1988 (Queensland), section 4(1)

ตั้งครรภ์แทนด้วยตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ส่วนสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่ว่าจะมิใช่ข้อตกลงให้ส่งมอบเด็กหรือตกลงให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมแก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ก็ล้วนแต่เป็นสัญญาที่เป็นโมฆะทั้งสิ้นเนื่องจากเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเป็นหลักที่สูงกว่าความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาที่ว่า “บุคคลมีความเป็นอิสระที่จะแสดงเจตนาอันก่อให้เกิด สิทธิและหน้าที่ตามที่ตนเองปรารถนา เจตนาจึงเป็นแหล่งกำเนิดของสิทธิ และหน้าที่ของบุคคล หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเป็นหลักการพื้นฐานของเสรีภาพของปัจเจกชน กรณีที่การนั้นขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้ถือว่าเป็นโมฆะ”

ดังนั้นหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาที่เข้าทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนของคู่สัญญานั้นจะอ้างหลักดังกล่าวนี้ไม่ได้ ผู้เขียนวิทยานิพนธ์จึงได้เสนอแนวทางต่างๆ ในการแก้ไขปัญหาข้อกฎหมายเหล่านี้ ตลอดจนทางเลือกที่เหมาะสมกับสถานการณ์ในประเทศไทยต่อไป

## 8. ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้สัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 โดยเป็นสัญญาที่มีความสมบูรณ์และเกิดนิติสัมพันธ์ต่อกันระหว่างคู่สัญญา ดังนี้

1. รัฐควรบัญญัติกฎหมายกำหนดให้การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย
2. รัฐควรมีมาตรการทางอาญามาใช้เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและเพื่อคุ้มครองเด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน แต่ควรจำกัดเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนที่มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องเท่านั้น
3. รัฐควรบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ด้วยการห้ามมิให้มีการจัดตั้งคนกลางหรือองค์กรใดๆ ที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าเพื่อช่วยเหลือให้มีการรับตั้งครรภ์แทน และห้ามมิให้มีการโฆษณาใดๆ ไม่ว่าจะออกไปเพื่อหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนหรือเพื่อแสดงว่าตนต้องการรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นด้วย
4. คู่สัญญาฝ่ายที่รับตั้งครรภ์แทน เป็นได้ทั้งหญิงโสดที่บรรลุนิติภาวะหรือหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องได้รับความยินยอมหรือได้รับความเห็นชอบที่เป็นลายลักษณ์อักษรจากสามีก่อน
5. ผู้จัดการรับตั้งครรภ์แทนจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร โดยไม่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เท่านั้น
6. คู่สัญญาไม่สามารถแก้ไขและ/หรือเลิกสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้ หลังจากได้มีการทำสัญญากันแล้ว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลเยาวชนและครอบครัว

## 9. รายการอ้างอิง

- กมล สนธิเกษตริน, 2539. **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล**. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ.  
กานต์ กาญจนะไพบูลย์, 2550. **ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน**. วิทยานิพนธ์  
ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ, 2550. **การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน**. รายงานวิจัย (ฉบับสมบูรณ์).  
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- ณัฐวิวรรธน์ อภิสิทธิ์โยธิน, 2542. **การตั้งครรภ์แทน: ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก**. วิทยานิพนธ์  
ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- เดช เสวตไกรพ, 2531. “มดลูก: อวัยวะของมนุษย์สำหรับเช่า.” **วารสารอัยการ**. 11: 28.
- ธนา เบญจาทิกุล จำัด, 2537. **ที่มาของกฎหมายในระบบกฎหมาย**. (ออนไลน์) จาก  
<http://www.thanalaw.co.th/tips-law3.html>
- ประมวณ วิรุฒนเสน, 2535. “เทคโนโลยีกับการกำเนิดชีวิต.” **จุฬาลงกรณ์วารสาร**, 4: 17.
- พินัย ณ นคร, 2542. **หลักกฎหมายสัญญาของประเทศไทย**. เล่าเรื่องเมืองนคร. อนุสรณ์งานพระราชทาน  
เพลิงศพ อาจารย์บุญกุล ณ นคร. กรุงเทพฯ: เพรสมีเดีย.
- มงคล เดชะกัมพู, 2534. **เทคโนโลยีการย้ายฝากตัวอ่อนเพื่อการปรับปรุงพันธุ์ในปศุสัตว์**. กรุงเทพมหานคร:  
สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วิชา มหาคุณ, 2537. “จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่.”  
**วารสารกฎหมาย**. 15 (1 ธันวาคม 2537): 18.
- ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์, 2550. **คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ.  
ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง**. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพฯ:  
วิญญูชน.
- สนิท ตรุกุลพราย, 2536. “ปัญหากฎหมายที่เกิดจากการผสมเทียม.” **อุลพาห**, 40: 98.
- สหทยา สุนทรเกตุ, 2539. **ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- อุกฤษ มงคลนาวิน, 2518. “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.” **บทบัญญัติ**. 32: 18.
- Douglas, G, Law, 1991. **Fertility, and Reproduction**. London: Sweet & Maxwell.