

## บทที่ 3

# มาตรการทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับ สัญญารับตั้งครุฑแทนโดยอนุญาโตตุลาการ ตามหลักกฎหมายไทยและต่างประเทศ

การแสดงเจตนาของเอกชนในการทำสัญญารับตั้งครุฑแทนย่อมสามารถทำได้โดยหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา แต่เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็ต้องมีการระงับข้อพิพาท หากคู่กรณีต้องการระงับข้อพิพาทโดยศาลก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งจะแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่จะทำได้ต้องมีสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้นมาก่อน กล่าวคือ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องแสดงเจตนายินยอมให้เสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาทำคำชี้ขาด หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมก็ไม่สามารถทำการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งการระงับข้อพิพาทในสัญญารับตั้งครุฑแทนนั้น สามารถเลือกทำการระงับข้อพิพาทโดยศาลหรือทำการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็ได้ ซึ่งจะมีวิธีการ และข้อดี ข้อเสียอย่างไรบ้าง ผู้วิจัยจะได้อธิบาย ดังต่อไปนี้

### 3.1 การระงับข้อพิพาทในสัญญารับตั้งครุฑแทน

ข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในสัญญารับตั้งครุฑแทน คู่กรณีสามารถเลือกได้ว่าจะใช้วิธีการใดในการระงับข้อพิพาท โดยมาก ศาลเป็นองค์กรที่ได้รับความนิยมนมากที่สุดในการระงับข้อพิพาท อย่างไรก็ตามยังมีวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่น ดังจะได้ศึกษาต่อไปนี้

#### 3.1.1 การระงับข้อพิพาทโดยศาล

เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างคู่กรณี วิธีการระงับข้อพิพาททางกฎหมายที่คนส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นทางออกที่ดีที่สุด คือ การฟ้องคดีต่อศาล หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า เป็นการระงับข้อพิพาทในศาล โดยจะมีองค์คณะผู้พิพากษาผู้ใช้อำนาจตุลาการอันเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐ ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามกฎหมาย และให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายนำพยานหลักฐานของตนเข้าสืบเพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตนและปฏิเสธข้ออ้างของอีกฝ่ายหนึ่ง สำหรับกรณีข้อ

พิพาทเกี่ยวกับสัญญารับตั้งครุฑแทนเกี๊ยะกัน ที่คู่กรณีสามารถนำข้อพิพาทฟ้องคดีต่อศาลได้

การระงับข้อพิพาทโดยอาศัยกระบวนการยุติธรรมทางศาล อันเป็นส่วนที่เกิดจากการใช้อำนาจรัฐในการระงับข้อพิพาทให้ยุติลงเป็นกระบวนการที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทตามปกติทั่วไป มีกระบวนการ ขั้นตอนและวิธีการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งอาจแบ่งศึกษาได้เป็น 3 วิธีดังนี้

### 3.1.1.1 การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี<sup>1</sup>

เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่กรณีสามารถยื่นฟ้องต่อศาลได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ใช้กันตามปกติ ปัญหาของการดำเนินคดีของศาลมีหลายประการ ประการแรก คือ เรื่องความล่าช้าที่เกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณาคดีซึ่ง จะเห็นได้ว่ามีจุดที่ก่อให้เกิดความล่าช้าหลายประการ เช่น กระบวนการพิจารณาที่ซับซ้อน ยุ่งยากมีแบบพิธีมาก และสิ่งที่เห็นเด่นชัดที่สุด คือ การใช้เทคนิคประวิงคดีของคู่ความ หรือเลื่อนนัดพิจารณาคดีของแต่ละฝ่าย เช่น ข้ออ้างว่า ทนายป่วย พยานมาศาลไม่ครบ อยู่ในระหว่างการขอเอกสาร หมายถึงพยานส่งไม่ถึง หรืออยู่ในระหว่างการเจรจาหรือการประนีประนอมยอมความ เป็นต้น จึงทำให้ไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาในวันนั้นได้ ประกอบกับการเลื่อนนัดแต่ละครั้งใช้เวลาหลายเดือนอันเนื่องจากปัญหาที่มีคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก สำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการรับตั้งครุฑแทนเกี๊ยะนั้น บุคคลที่ได้รับความเสียหาย หรือถูกโต้แย้งสิทธิก็อาจเสนอคดีของตนขึ้นสู่ศาลได้ เพื่อให้ศาลเป็นผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาข้อพิพาทดังกล่าว จากปัญหาที่กระบวนการพิจารณาของศาลมีความล่าช้าในแต่ละขั้นตอน ประกอบกับคดีการก่อสร้างนั้นเป็นคดีที่มีพยานบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็น แพทย์ ผู้เชี่ยวชาญ ทั้งพยานเอกสารก็อาจมีจำนวนมาก และอาจมีการขอให้ศาลทำการเผชิญสืบอีก จึงอาจก่อให้เกิดความล่าช้ามากยิ่งขึ้น ประกอบกับการพิจารณาคดีของศาลจะมีลักษณะที่เคร่งครัด มีแบบพิธีมากมาย เพราะต้องดำเนินกระบวนการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทั้งผู้พิพากษาเองก็มิได้เป็นผู้เชี่ยวชาญในเรื่องการรับตั้งครุฑ ดังนั้น ข้อพิพาทที่เสนอต่อศาลก็อาจไม่สามารถยุติลงได้ด้วยความเร็วและเป็นธรรม ผู้ที่ได้รับความเสียหายก็จะได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทนล่าช้า จึงกล่าวได้ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาของระบบศาลยุติธรรมเป็นปัญหาและอุปสรรคที่สำคัญ ในการนำวิธีการนี้มาใช้ระงับข้อพิพาทได้

<sup>1</sup> วิสุทธิ์ พุฒิกรดุรงค์. (2542). *การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาการก่อสร้างโดยการอนุญาโตตุลาการ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 15-16.

นอกจากนี้ ข้อเสียของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยศาลยังมีอีก เช่น

1. การพิจารณาคดีของศาลมีขั้นตอนการดำเนินคดีหลายขั้นตอนและมีความซับซ้อนยุ่งยากจึงทำให้คดีเกิดความล่าช้า และคู่กรณีก็อาจประวิงเวลาได้โดยง่าย
2. การพิจารณาคดีในศาลต้องกระทำโดยเปิดเผย คู่กรณีไม่สามารถรักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทของตนจากบุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องได้
3. การพิจารณาคดีในศาลที่ต้องมีการซักถามพยาน ถ้าม้าน หรือถามตึง อาจทำให้คู่กรณีเกิดความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน และไม่อาจรักษาความสัมพันธ์ที่ดีต่อกันได้
4. การพิจารณาคดีในศาลต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก เช่น ค่าธรรมเนียมศาล ค่าทนายความ ค่าป่วยการพยาน และค่าใช้จ่ายอื่นๆที่เกี่ยวข้องในการดำเนินคดี
5. การพิจารณาคดีในศาลไม่สมประโยชน์ของคู่กรณี เพราะในบางกรณีค่าเสียหายหรือค่าทนายความที่คู่กรณีได้รับตามคำพิพากษาของศาลอาจไม่ตรงกับจำนวนเงินที่คู่กรณีต้องจ่ายไปจริง

### 3.1.1.2 การไกล่เกลี่ยเพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความ<sup>2</sup>

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติเรื่องการประนีประนอมยอมความ ไว้ในบรรพ 3 เรื่องเอกเทศสัญญา ลักษณะ 17 มีเพียง 3 มาตรา คือ

มาตรา 850 อันว่าประนีประนอมยอมความนั้น คือสัญญาซึ่งผู้เป็นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่ หรือจะมีขึ้นนั้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน

มาตรา 851 อันสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ หรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้นเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้ บังคับคดีหาได้ไม่

มาตรา 852 ผลของสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ย่อมทำให้การเรียกร้องซึ่งแต่ละฝ่ายได้ยอมสละนั้นระงับสิ้นไป และทำให้แต่ละฝ่ายได้สิทธิตามที่แสดงในสัญญานั้นว่าเป็นของตน

จากบทมาตราดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นว่า สัญญาประนีประนอมยอมความนั้น คือ การที่บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งมีจำนวนตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป มีข้อพิพาทในทางแพ่งหรือกำลังจะมีข้อพิพาทต่อกัน ตกลงที่จะระงับข้อพิพาทเหล่านั้น ด้วยข้อตกลงที่ทั้งสองฝ่ายยอมผ่อนผันให้แก่กัน ข้อตกลงเหล่านี้จะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา และผลของการทำสัญญา

<sup>2</sup> วิสุทธิ พุทธิกรดุรงค์. *เรื่องเดียวกัน*. หน้า 16-20.

ประนีประนอมยอมความนี้ ย่อมเป็นการระงับหนี้เดิมหรือข้อเรียกร้องเดิมโดยสิ้นเชิง และทั้งสองฝ่ายจะได้สิทธิใหม่ตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่ทั้งสองฝ่ายได้ลงชื่อโดยถูกต้องแล้วเท่านั้น ซึ่งการประนีประนอมยอมความลักษณะนี้ เป็นกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วหรือกำลังจะเกิด แต่ยังไม่มีการนำคดีมาฟ้องต่อศาล และทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะทำสัญญาประนีประนอมยอมความในข้อพิพาทเหล่านั้น

สำหรับกรณีที่มีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลแล้ว ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 ได้บัญญัติว่า “ไม่ว่าการพิจารณาคดีจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด ให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ตกลงกัน หรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาทนั้น” จึงเห็นได้ว่า แม้จะมีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลแล้ว ผู้พิพากษาก็มีอำนาจที่จะทำการไกล่เกลี่ย หรือเรียกให้คู่ความประนีประนอมยอมความทำการตกลงกันได้ แต่ในทางปฏิบัติมีอุปสรรคบางประการที่ทำให้การไกล่เกลี่ย หรือการประนีประนอมยอมความไม่ได้ผลเท่าที่ควร อุปสรรคดังกล่าวอาจแยกได้ดังนี้

1. ตัวผู้พิพากษา ผู้พิพากษาแต่ละท่านในแต่ละวันมีคดีที่จะต้องพิจารณาหลายคดี จึงไม่มีเวลาเพียงพอที่จะไกล่เกลี่ยหรือทำให้คดีใดคดีหนึ่งเกิดการประนีประนอมกันได้อย่างเต็มที่

2. ตัวความ การเจรจาไกล่เกลี่ย หรือประนีประนอมยอมความในห้องพิจารณานั้น ตัวความจะไม่กล้าเปิดเผยความจริงหรือยอมรับข้อเท็จจริง เพราะเกรงว่าหากคดีตกลงกันไม่ได้รูปคดีของตนจะเสียหายเพราะข้อเท็จจริงหรือข้อมูลของตนถูกแถลงในห้องพิจารณาไปแล้ว อาจทำให้ตนแพ้คดีได้

3. สถานที่ ในห้องพิจารณาคดีนั้น บรรยากาศไม่เอื้ออำนวยต่อการเจรจาเพราะห้องพิจารณานั้นมีความน่าเกรงขามเยียบขรึม ประกอบกับมีผู้พิพากษาสวมครุยนั่งอยู่บนบัลลังก์ที่สูงสง่าจ้องมองอยู่ คู่ความจะต้องเคารพสถานที่และผู้พิพากษา คู่ความจะพูดจาอะไรก็ต้องสำรวมและขออนุญาตก่อน มีความรู้สึกไม่เป็นกันเองและต้องระวังถ้อยคำเพราะมีกฎระเบียบมากสร้างความอึดอัดให้กับตัวความได้

ระเบียบศาลแพ่งว่าด้วยการไกล่เกลี่ยเพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความ พ.ศ.2537 ที่ศาลแพ่งได้จัดทำขึ้นเพื่อใช้ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์โดยทั่วไปที่มาสู่ศาล ในเรื่องนี้ ท่านวรุฒิ ทวาทศิน<sup>3</sup> ผู้อำนวยการบริหารสำนักงานอนุญาตตุลาการ กระทรวง

<sup>3</sup> วรุฒิ ทวาทศิน. (2538). การนำกระบวนการระงับข้อพิพาทของศาลในต่างประเทศมาประยุกต์ใช้เพื่อลดปัญหาปริมาณคดีของศาลชั้นต้น. *บทบัณฑิตย, ตอน 3 เล่ม 51*. หน้า 130.

ยุติธรรม ได้วิจารณ์ไว้ว่า “ปัญหาและข้อบกพร่องของระเบียบศาลแพ่งว่าด้วยการไกล่เกลี่ยเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความ พ.ศ.2537” มีดังนี้

1. รูปแบบการประนีประนอมข้อพิพาทตามระเบียบศาลแพ่งฯ ฉบับนี้ ไม่ได้มีการวางระบบหรือรูปแบบใหม่ เพื่อให้ใช้เป็นทางเลือกแทนการดำเนินคดีโดยปกติของศาล เป็นเพียงการแก้ปัญหาในเรื่องการใช้อำนาจในการไกล่เกลี่ยของผู้พิพากษาในการไกล่เกลี่ยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติไว้เท่านั้น โดยเสริมจากเดิมที่ผู้พิพากษาไม่มีเวลาพอที่จะมาดำเนินการไกล่เกลี่ยคู่ความ เนื่องจากต้องพิจารณาคดีในแต่ละวันเป็นจำนวนหลายเรื่อง เป็นการตั้งให้มีคณะผู้พิพากษาที่จะทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยคู่ความไว้เฉพาะ การใช้วิธีตามระเบียบเช่นนี้อาจมีผลให้ลดปริมาณคดีลงไปได้บ้าง แต่ไม่อาจใช้ให้ได้ผลในระยะยาวสมกับเจตนารมณ์ของระเบียบฯ ที่ออกมา เนื่องจากในการตั้งคณะผู้พิพากษาการไกล่เกลี่ยนั้น จะต้องดึงกำลังผู้พิพากษาซึ่งมีหน้าที่จะต้องพิจารณาคดีตามปกติของตนอยู่แล้ว มาทำหน้าที่โดยเฉพาะ ทั้งในการไกล่เกลี่ยจะต้องใช้เวลาานพอสมควร มิใช่วันเดียวสามารถทำการไกล่เกลี่ยคดีให้สามารถตกลงกันได้เป็นจำนวนหลายคดี และเมื่อมีคดีส่งมาให้ทำการไกล่เกลี่ยจำนวนเพิ่มขึ้น ก็ต้องดึงกำลังของผู้พิพากษาที่จะต้องนั่งพิจารณาตามปกติอยู่แล้วมาช่วยเสริมอีก ซึ่งทำให้จำนวนผู้พิพากษาในปัจจุบันซึ่งมีจำนวนไม่เพียงพอกับคดีที่เพิ่มขึ้นอยู่แล้ว ต้องขาดกำลังคนไปอีก ทั้งเมื่อปริมาณคดีที่ส่งไปให้ไกล่เกลี่ยมีจำนวนมากขึ้นจะส่งผลให้ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย ไม่สามารถทำการไกล่เกลี่ยให้ทันกับปริมาณคดีที่ส่งเข้ามา อันจะมีผลให้คดีเหล่านี้ต้องใช้เวลารอนานกว่าจะได้มีการไกล่เกลี่ยกันจริง ซึ่งคดีเหล่านี้หากยังไม่สามารถตกลงกันได้ก็จะต้องกลับไปสู่ขั้นตอนการดำเนินคดีตามปกติของศาลทำให้คดีต้องล่าช้าไปอีกก่อนจะมีการพิจารณาคดีเสร็จ

2. รูปแบบในการไกล่เกลี่ยนั้น ไม่ได้มีการวางรูปแบบหรือกระบวนการประนีประนอมข้อพิพาทอื่นมาใช้เป็นพิเศษ ระเบียบฯ เพียงกำหนดให้ผู้พิพากษาดำเนินการโดยไม่ชักช้าตามที่เห็นสมควรและเป็นธรรมแก่คู่ความ ปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากถ้อยคำของระเบียบฯว่า การดำเนินการตามที่เห็นสมควรและเป็นธรรมแก่คู่ความนั้น ต้องเป็นการดำเนินการเฉพาะที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยเท่านั้นหรือไม่ ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถดำเนินการสืบพยานเฉพาะในบางประเด็นที่คู่ความต้องการพิสูจน์กัน หรือเรียกผู้เชี่ยวชาญคนกลางมาให้ความเห็นและชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทได้หรือไม่ หรือถ้าคู่ความต้องการให้ตั้งอนุญาโตตุลาการชี้ขาดเฉพาะเป็นประเด็นทางเทคนิคที่สำคัญ ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถดำเนินการสั่งเองได้หรือไม่เพื่อไม่ให้เป็นการเสียเวลาต้องส่งสำนวนกลับไปสู่เจ้าของสำนวนเดิมอีก เป็นต้น

3. เมื่อการวางรูปแบบในการไกล่เกลี่ยไม่ได้รับการกำหนดไว้ชัดเจน จึงไม่อาจทราบแน่ชัดว่า วิธีการหรือเทคนิคที่จะนำมาใช้ในการไกล่เกลี่ย มีขอบเขตหรือจำกัดเพียงแค่นั้น ในกรณีนี้จะส่งผลให้ไม่สามารถกำหนดแนวทางที่ชัดเจนในการฝึกอบรมผู้พิพากษา ที่จะทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยให้มีความรอบรู้และเชี่ยวชาญในกระบวนการไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ความสามารถแค่เฉพาะตัวของผู้พิพากษาเพียงอย่างเดียว คงไม่เพียงพอที่จะทำให้กระบวนการนี้ประสบความสำเร็จและสัมฤทธิ์ผลตามจุดประสงค์ที่วางไว้

4. ปัญหาการถ่วงคดี เนื่องจากระเบียบฯ ไม่ได้มีการกำหนดระยะเวลาที่จะใช้ในการไกล่เกลี่ยไว้ชัดเจน จึงต้องขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้ไกล่เกลี่ยแต่ละคน ทั้งขอบเขตและรูปแบบในการให้อำนาจไกล่เกลี่ยไม่ชัดเจน จะมีผลให้การดำเนินการไกล่เกลี่ยและขอบเขตระยะเวลาที่จะใช้ในการดำเนินการไกล่เกลี่ยไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน อันจะมีผลให้เกิดการถ่วงคดีของทนายความได้ รวมทั้งการกำกับดูแลและการควบคุมผลการดำเนินการของอธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่ง และรองอธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่ง จะกระทำได้อย่างขึ้น

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากผู้พิพากษามีจำนวนจำกัด ไม่สอดคล้องกับปริมาณคดีที่มาสู่ศาลทำให้ในแต่ละวันต้องนัดพิจารณาคดีเป็นจำนวนหลายคดี ผู้พิพากษาจึงไม่อาจใช้เวลาในการไกล่เกลี่ยได้เท่าที่ควร และไม่สามารถใช้อำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติให้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจากสถิติในแต่ละปีที่ผ่านมา จะมีคดีที่ประนีประนอมยอมความกันเอง มีเพียงประมาณ 1-2 เปอร์เซ็นต์เท่านั้น สำหรับคดีที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาไปแล้ว และศาลสามารถไกล่เกลี่ยได้สำเร็จ เมื่อนำวิธีการนี้มาพิจารณากับข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับตั้งครุฑแทนที่มีข้อพิพาทค่อนข้างสลับซับซ้อนแล้ว ในทางปฏิบัติก็จะเกิดปัญหาและอุปสรรคเช่นเดียวกัน และถึงแม้การไกล่เกลี่ยและการประนีประนอมยอมความในศาลจะมีข้อดีตรงที่ทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นถูกระงับโดยรวดเร็วก็ตาม แต่ก็ยังมีข้อเสีย ดังนี้

1. ไม่สามารถรักษาความลับได้ เพราะมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง
2. ค่าใช้จ่ายเพิ่ม เพราะมีบุคคลภายนอกเกี่ยวข้อง และต้องให้ค่าตอบแทนแก่บุคคลภายนอก
3. ผลของการไกล่เกลี่ยยังไม่ผูกพันคู่กรณี
4. ไม่ผูกพันบุคคลภายนอก เว้นแต่จะมีคำพิพากษาตามที่จะได้ประนีประนอมกัน

### 3.1.1.3 การอนุญาตตุลาการในศาล<sup>4</sup>

ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ถ้าคู่กรณีสมัครใจ สามารถตกลงกันให้อุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทในบางประเด็นหรือทั้งหมดแทนการพิจารณาตามปกติของศาลได้ สาระสำคัญของการอนุญาตตุลาการในศาล อยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 210 บัญญัติว่า “บรรดาคดีทั้งปวงซึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้น คู่ความจะตกลงกันเสนอข้อพิพาทอันเกี่ยวกับประเด็น ทั้งปวงหรือแต่ข้อใดข้อหนึ่งให้อุญาตตุลาการคนเดียว หรือหลายคนเป็นผู้ชี้ขาดก็ได้ โดยยื่นคำขอร่วมกันกล่าวถึงข้อความแห่งข้อตกลงเช่นว่านั้นต่อศาล

ถ้าศาลเห็นว่าข้อตกลงนั้นไม่ผิดกฎหมาย ให้ศาลอนุญาต ตามคำขอ นั้น”

สำหรับการตั้งอนุญาตตุลาการ ตามมาตรา 211 ถ้าในข้อตกลงมิได้กำหนดข้อความไว้เป็นอย่างอื่น การตั้งอนุญาตตุลาการให้ใช้ข้อบังคับดังต่อไปนี้

คู่ความชอบที่จะตั้งอนุญาตตุลาการได้ฝ่ายละคน แต่ถ้าคดีมีโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วมหลายคน ให้ตั้งอนุญาตตุลาการเพียงคนหนึ่งแทนโจทก์ร่วมทั้งหมด และคนหนึ่งแทนจำเลยร่วมทั้งหมด ถ้าคู่ความจะตั้งอนุญาตตุลาการคนเดียวหรือหลายคนด้วยความเห็นชอบพร้อมกัน การตั้งเช่นว่านี้ให้ทำเป็นหนังสือ ลงวัน เดือน ปี และให้คู่ความลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ ถ้าตกลงกันให้คู่ความฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ตั้งอนุญาตตุลาการ การตั้งเช่นว่านี้ ให้ทำเป็นหนังสือ ลงวัน เดือน ปี และลงลายมือชื่อของคู่ความหรือบุคคลภายนอกนั้น แล้วส่งไปให้คู่ความอื่นๆ ถ้าศาลไม่เห็นชอบด้วยบุคคลที่คู่ความตั้งหรือที่เสนอตั้ง เป็นอนุญาตตุลาการ ให้ศาลสั่งให้คู่ความตั้งบุคคลอื่น หรือเสนอบุคคลอื่นตั้งเป็นอนุญาตตุลาการ ถ้าคู่ความมิได้ตั้งหรือเสนอให้ตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาตตุลาการ ให้ศาลมีอำนาจตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาตตุลาการได้ตามที่เห็นสมควร แล้วให้ศาลส่งคำสั่งเช่นว่านี้ ไปยังอนุญาตตุลาการที่ตั้งขึ้นและคู่ความที่เกี่ยวข้องโดยทางเจ้าพนักงานศาล

หากคู่ความฝ่ายหนึ่งจะถอนการตั้งอนุญาตตุลาการ หรือมีการคัดค้านอนุญาตตุลาการ ก็สามารถทำได้โดยต้องได้รับความยินยอมของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ตามที่ มาตรา 213 ได้บัญญัติว่า “เมื่อบุคคลหรือคู่ความที่มีสิทธิ ได้ตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นแล้ว ห้ามมิให้บุคคลหรือคู่ความนั้นถอนการตั้งเสีย เว้นแต่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยินยอมด้วย...และถ้าการคัดค้านอนุญาตตุลาการนั้นฟังขึ้น ให้ตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นใหม่”

<sup>4</sup> วิสุทธิ์ พุฒิกรดุรงค์. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1*. หน้า 20-23.

ส่วนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ จะเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 215 และมาตรา 216 กล่าวคือ ถ้ามิได้กำหนดประเด็นข้อพิพาทไว้ ให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดประเด็นข้อพิพาท และก่อนที่จะทำคำชี้ขาดให้อนุญาโตตุลาการฟังคู่ความทั้งสองและอาจทำการไต่สวนตามที่เห็นสมควรในข้อพิพาทที่เสนอมมาให้พิจารณานั้น นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการยังมีอำนาจตรวจเอกสารทั้งสองฝ่ายที่ยื่นขึ้นมาและฟังพยาน หรือผู้เชี่ยวชาญซึ่งเต็มใจมาให้การ รวมถึงมีอำนาจขอให้ศาลส่งคำคู่ความหรือบรรดาเอกสารอื่นๆ ในสำนวนเช่นว่านั้นมาให้ตรวจดูด้วยก็ได้

หากอนุญาโตตุลาการเห็นว่า จำเป็นที่จะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างใดที่ ต้องดำเนินการทางศาล เช่น ออกหมายเรียกพยาน ให้พยานสาบานตน หรือให้ส่งเอกสาร เป็นต้น อนุญาโตตุลาการอาจยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล ให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาเช่นนั้น ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นอยู่ในอำนาจศาลและพึงรับทำให้ได้แล้ว ให้ศาลจัดการให้ ตามคำขอเช่นว่านี้โดยเรียกค่าธรรมเนียมศาลตามอัตราที่กำหนดไว้ สำหรับกระบวนการที่ อนุญาโตตุลาการขอให้จัดการนั้น ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 215 และมาตรา 216 อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะดำเนินการตามวิธีพิจารณาใดๆ ตามที่เห็นสมควรก็ได้ เว้นแต่ใน ข้อตกลงจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น อนึ่ง คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในศาลยังไม่ผูกพันคู่ความ จนกว่าศาลได้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น ตามมาตรา 218 วรรคสอง และคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 140, 141 และ 142 ว่าด้วยคำพิพากษาและ คำสั่งของศาล ซึ่งจะทำการชี้ขาดเกินคำขอ หรือนอกจากที่ปรากฏในฟ้องไม่ได้

การจะนำวิธีการอนุญาโตตุลาการในศาลมาใช้กับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งรวมทั้งคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับตั้งกรรมแทนด้วยนั้น จะต้องเกิดจากความตกลงโดยสมัครใจ ของคู่ความที่จะใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในศาล ในการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อพิพาททั้งหมด หรือบางส่วนโดยยื่นคำร้องขอร่วมกันต่อศาล จะเห็นได้ว่าเมื่อคดีขึ้นสู่ศาลแล้ว กรณีดังกล่าวจะ เกิดขึ้นได้ค่อนข้างยาก เพราะโอกาสที่คู่ความจะตกลงกันได้ในการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมา ใช้จะมีน้อย ในทางปฏิบัติศาลไทยหรือคู่ความไม่ค่อยนำการอนุญาโตตุลาการในศาลมาใช้กัน เท่าใดนัก หรืออาจกล่าวได้ว่าเกือบไม่มีการใช้เลยก็ว่าได้ ดังนั้น โอกาสที่คู่ความที่พิพาทเกี่ยวกับ การรับตั้งกรรมแทนจะตกลงกันใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในศาล มาระงับข้อพิพาทก็จะเกิดขึ้น น้อยมากเช่นกัน

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าในส่วนของกระบวนการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับตั้งกรรม แทนในศาลตามระบบศาลยุติธรรมของประเทศไทย ระบบของการดำเนินกระบวนการพิจารณาและ พิพากษาของศาลไทย จะมีลักษณะที่เคร่งครัด มีพิธีการขั้นตอนมาก และกว่าคดีแต่ละเรื่องจะถึง



ที่สุดย่อมต้องใช้ระยะเวลามาก เนื่องจากระบบของศาลต้องการให้คู่ความสามารถต่อสู้ในคดีได้อย่างเต็มที่ นอกจากระบบของศาลจะถูกสร้างขึ้นมาเพื่อให้สามารถใช้ระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ได้ทุกเรื่อง แม้จะมีการสร้างวิธีการต่างๆ อันเป็นกลไกทางกฎหมายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล เพื่อเสริมกระบวนการให้มีความคล่องตัวและรวดเร็วยิ่งขึ้น เช่น การออกระเบียบศาลแพ่งว่าด้วยการไกล่เกลี่ยเพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความ พ.ศ.2537 และการอนุญาตตุลาการในศาล แต่วิธีการเหล่านี้ ยังคงมีข้อบกพร่องและปัญหาหลายประการหากจะนำมาใช้ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับตั้งกรรมการแทน อีกทั้งการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับตั้งกรรมการแทน ต้องใช้บุคคลที่มีประสบการณ์ มีความรู้ความสามารถเฉพาะด้านมาทำการวินิจฉัย ด้วยเหตุผลทั้งหลายเหล่านี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าวิธีการระงับข้อพิพาทในศาลอาจจะยังไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับตั้งกรรมการแทน

เมื่อการระงับข้อพิพาทโดยการฟ้องคดีต่อศาลมีข้อเสียอยู่มาก ในปัจจุบันจึงมีการนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) นอกเหนือไปจากการฟ้องคดีต่อศาลมาใช้เป็นทางเลือกเพื่อใช้ระงับข้อพิพาท เช่น การทำสัญญาประนีประนอมยอมความ (compromise) การเจรจกันระหว่างคู่กรณี (negotiation) การไกล่เกลี่ยโดยบุคคลที่สาม (mediation) การประนอมข้อพิพาทตามความเห็นของบุคคลที่สาม (conciliation) และการอนุญาตตุลาการ (Arbitration) เป็นต้น ซึ่งการระงับข้อพิพาทที่เป็นที่นิยมมากรองลงมาจากการฟ้องคดีต่อศาล ก็คือ การอนุญาตตุลาการนั่นเอง

### 3.1.2 การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ

จากที่ได้กล่าวรายละเอียดเกี่ยวกับประเภทของอนุญาตตุลาการไว้ในบทที่ 2 แล้วว่า ประเภทของการอนุญาตตุลาการมีทั้งกรณีการอนุญาตตุลาการนอกศาลและการอนุญาตตุลาการในศาล ซึ่งในประเทศไทยการอนุญาตตุลาการที่ได้รับความนิยมมากที่สุด คือ การอนุญาตตุลาการนอกศาล โดยลักษณะของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาลนี้ คู่พิพาทมักตกลงกันไว้ล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทเกิดขึ้นซึ่งมักอยู่ในรูปของข้อสัญญาอนุญาตตุลาการที่อยู่ในสัญญาหลัก เช่น ระบุข้อสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการไว้ในสัญญารับตั้งกรรมการแทน ที่เป็นสัญญาหลักว่าหากเกิดข้อพิพาทขึ้นให้ระงับโดยการอนุญาตตุลาการ หรือที่เรียกว่า ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการหรืออาจเกิดจากการที่คู่กรณีตกลงกันให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วก็ได้ โดยจะขออธิบายรายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตตุลาการในหัวข้อต่อไป ดังนี้

## 3.2 สัญญาอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง ดังนั้น จะต้องทำการพิจารณาด้วยว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการมีลักษณะสำคัญอย่างไรบ้าง ดังจะได้อธิบายต่อไปนี้

### 3.2.1 ลักษณะสำคัญของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

จากนิยามความหมายของคำว่า "การอนุญาโตตุลาการ" ของนักกฎหมายหลายท่าน จึงอาจสรุปลักษณะสำคัญของสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ว่าเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากความตกลงของคู่กรณี โดยการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณีดังจะกล่าวในรายละเอียดต่อไปนี้<sup>5</sup>

#### 3.2.1.1 เกิดจากความตกลงของคู่กรณี

โดยปกติวิธีการระงับข้อพิพาททางกฎหมายโดยทั่วไป คือการฟ้องคดีต่อศาลซึ่งคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถใช้สิทธิเริ่มต้นฟ้องคดีต่อศาลได้โดยฝ่ายเดียว และเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเริ่มต้นฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายแล้ว ก็จะเป็นผลให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถปฏิเสธอำนาจของศาลที่มีเหนือข้อพิพาทนั้นได้ ดังนี้ ลักษณะสำคัญประการแรกของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ คือ คู่กรณีทุกฝ่ายต้องมีความตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแทนการฟ้องคดีต่อศาลกล่าวคือ ต้องมีสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) ระหว่างคู่กรณีนั่นเอง<sup>6</sup>

อย่างไรก็ดี กฎหมายในบางประเทศอาจกำหนดให้คู่กรณีในข้อพิพาทบางประเภทต้องทำการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแทนการฟ้องคดีต่อศาล แม้ว่าคู่กรณีมิได้สมัครใจจะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการและไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีก็ตาม จึงอาจเรียกได้ว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการโดยผลบังคับของกฎหมาย (Compulsory Arbitration)

สำหรับรูปแบบของการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในหลายๆ ประเทศส่วนใหญ่จะกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ<sup>7</sup> ซึ่งอาจหมายความรวมถึงการสื่อสารโต้ตอบกันทางจดหมาย โทรสาร โทร

<sup>5</sup> วโรตม ศิริมณีธรรม. (2549). *การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 7.

<sup>6</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

<sup>7</sup> Model Law, Article 11; Arbitration Act 1996 (England), Section 5; United States Federal Arbitration Act, Section 2; พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11.

เลข โทรพิมพ์ หรือทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 11 วรรคสองก็ได้กำหนดว่า "สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา..." ไว้เช่นกัน โดยคู่กรณีอาจตกลงกันทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกันล่วงหน้าก่อนที่จะเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างคู่กรณี หรืออาจตกลงกันภายหลังจากที่เกิดข้อพิพาทขึ้นแล้วก็ได้ (submission to arbitration) โดยสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจทำโดยระบุเป็นข้อสัญญาที่ปรากฏอยู่ในสัญญาหลัก (Arbitration Clause) หรืออาจทำเป็นสัญญาอีกฉบับแยกต่างหากจากสัญญาหลัก นอกจากนี้ คู่กรณียังสามารถตกลงกันให้นำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาหลักหรือที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหลักให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนก็ได้

ด้วยเหตุที่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการต้องอาศัยสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นจุดเริ่มต้นของการระงับข้อพิพาท สัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีจึงต้องอยู่ในบังคับของหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาในแต่ละประเทศด้วย เช่น ความสามารถในการทำสัญญาของคู่กรณี ความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา การตีความสัญญา เป็นต้น รวมถึงต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมดาด้วย

เมื่อเกิดสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ระหว่างคู่กรณีแล้ว ย่อมเป็นการตัดสิทธิคู่กรณีในการนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างตนตามสัญญาอนุญาโตตุลาการไปฟ้องคดีต่อศาล และต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแทน ทั้งนี้ หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละเมิดสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาล คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถคัดค้านการฟ้องคดีและขอให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีเพื่อบังคับให้คู่กรณีฝ่ายนั้นปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการได้

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อพิพาทที่คู่กรณีจะตกลงให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดว่า ข้อพิพาทนั้นต้องเป็นข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitrability) เท่านั้น ทั้งนี้ การพิจารณาข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการอาจแตกต่างกันออกไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งโดยปกติประเทศส่วนใหญ่จะถือว่าข้อพิพาททางการค้าเป็นข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการ ส่วนข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการ (non-arbitrability) อาจได้แก่ ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับความผิดทางอาญา หรือข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสำคัญของรัฐ เช่น สถานะของบุคคล การผูกขาดทางการค้า หรือการลงทุนในสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานและทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ เป็นต้น

### 3.2.1.2 มีการมอบอำนาจให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

นอกจากคู่กรณีในข้อพิพาทแล้ว การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการยังจำเป็นต้องมีบุคคลที่สามที่เรียกว่า อนุญาตตุลาการ (Arbitrator) ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยคู่กรณีเพื่อเข้ามาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทด้วย

ในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้น คู่กรณีสามารถทำความเข้าใจเกี่ยวกับวิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการได้หลายวิธี เช่น การระบุชื่อโดยชัดเจนว่าจะให้บุคคลใดเป็นอนุญาตตุลาการ การกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมาเป็นอนุญาตตุลาการ การกำหนดวิธีการเลือกอนุญาตตุลาการ หรือตกลงกันให้บุคคลอื่นเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแทนคู่กรณี (appointing authority) และสำหรับในกรณีที่คู่กรณีไม่สามารถทำความเข้าใจในเรื่องการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการก็กำหนดให้คู่กรณีสามารถยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งตั้งอนุญาตตุลาการให้แก่คู่กรณีก็ได้<sup>๘</sup> อย่างไรก็ตาม เพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาตตุลาการที่มีประสิทธิภาพและเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่าย ผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการควรเป็นบุคคลภายนอกที่มีความอิสระและเป็นกลาง มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีคุณสมบัติเท่าที่จำเป็นในการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้แก่คู่กรณีได้อย่างเหมาะสม

องค์คณะอนุญาตตุลาการ (Arbitration tribunal) อาจมีจำนวนเพียงหนึ่งคนหรือมากกว่านั้นก็ได้ ทั้งนี้ ข้อดีของอนุญาตตุลาการคนเดียว (sole arbitrator) ก็คือ สามารถประหยัดค่าใช้จ่ายเนื่องจากคู่กรณีไม่ต้องจ่ายค่าปฎิบัติการให้อนุญาตตุลาการหลายคน และกระบวนการพิจารณาอาจมีความรวดเร็ว เพราะการนัดหมายอนุญาตตุลาการเพียงคนเดียวย่อมง่ายกว่าการนัดหมายอนุญาตตุลาการหลายคน แต่หากข้อพิพาทที่ต้องพิจารณามีประเด็นพิพาทมากหรือมีปัญหาซับซ้อน การพิจารณาโดยอนุญาตตุลาการคนเดียวก็อาจเป็นการลำบากและก่อให้เกิดความล่าช้าได้เช่นกัน ในทางตรงกันข้าม คณะอนุญาตตุลาการหลายคนอาจทำให้คู่กรณีต้องเสียค่าปฎิบัติการอนุญาตตุลาการเพิ่มขึ้น ซึ่งอาจไม่เหมาะสมต่อข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์พิพาทเป็นจำนวนไม่มากนัก ทั้งยังอาจต้องใช้เวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณามากกว่า แต่ก็มีข้อดี คือ การวินิจฉัยข้อพิพาทย่อมจะดำเนินไปด้วยความละเอียดรอบคอบมากกว่าอนุญาตตุลาการคนเดียว เพราะอนุญาตตุลาการสามารถปรึกษากันในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้

<sup>๘</sup> Model Law, Article 11; Arbitration Act 1996 (England), Section 18; United States Federal Arbitration Act, Section 5; พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 18.

นอกจากนี้ ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ หากอนุญาโตตุลาการมีความเห็นต่างกันเป็นสองฝ่ายเท่าๆ กัน ก็อาจเป็นปัญหาให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ ดังนี้ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในบางประเทศจึงกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคี่ และแม้ว่าคู่กรณีจะได้ตกลงกันให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ก็ตาม กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการก็อาจกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งคนเพื่อทำหน้าที่เป็นประธานอนุญาโตตุลาการ<sup>9</sup>

สำหรับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท โดยหลักแล้วอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปตามที่คู่กรณีกำหนด ตามหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Party Autonomy) ทำให้คู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีอำนาจร่วมกันในการกำหนดวิธีพิจารณาที่จะใช้กับการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนภาษาที่ใช้ในการพิจารณา ด้วยเหตุดังกล่าว จึงทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมมากกว่าการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นๆ เนื่องจากทำให้กระบวนการมีความยืดหยุ่น ไม่เคร่งครัด คู่กรณีจึงสามารถตกลงกันกำหนดวิธีพิจารณาให้เกิดความสะดวกแก่คู่กรณีและเหมาะสมต่อข้อพิพาทได้ อย่างไรก็ตาม อำนาจในการกำหนดวิธีพิจารณาของคู่กรณีดังกล่าวมิใช่อำนาจโดยเด็ดขาด กล่าวคือ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอาจมีบทบัญญัติอันเป็นบทบังคับ (mandatory provisions) เป็นข้อจำกัดอำนาจดังกล่าวทำให้คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันกำหนดวิธีพิจารณาให้ขัดต่อบทบัญญัติอันเป็นบทบังคับดังกล่าวได้

### 3.2.1.3 คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณี

ลักษณะประการสำคัญที่ทำให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมีความแตกต่างจากการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นๆ ก็คือ ความเป็นที่สุด และผลผูกพันของคำชี้ขาด (Final and Binding of Arbitral Awards) ทำให้คู่กรณีมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดทันที โดยไม่สามารถอุทธรณ์คำชี้ขาดต่อศาลได้ ทั้งนี้ หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถร้องขอต่อศาลให้บังคับตามคำชี้ขาดได้ โดยที่ศาลไม่สามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจหรือเหตุผลในการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้

<sup>9</sup> Arbitration Act 1996 (England), Section 15; พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 17.

ในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น มีข้อสังเกตว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในประเทศหนึ่งสามารถนำไปบังคับในต่างประเทศได้ด้วย โดยผลของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) ซึ่งทำสำเร็จลงในที่ประชุมของสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1958 ณ นครนิวยอร์ก จึงมักเรียกสั้นๆ ว่า อนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) โดยในปัจจุบันมีรัฐภาคีถึง 146 ประเทศ<sup>10</sup>

อนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดให้ศาลในรัฐภาคีต้องยอมรับและบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการรวมถึงคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในต่างประเทศ โดยมีข้อยกเว้นเพียงบางประการเท่านั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในประเทศหนึ่งจึงผูกพันคู่กรณีและสามารถนำไปบังคับในต่างประเทศได้ด้วย ส่วนข้อยกเว้นที่ศาลสามารถปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดก็ถูกจำกัดเอาไว้เพียงกรณีที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการขัดต่อหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ (Due Process) หรือข้อพิพาทนั้นไม่อาจจะจับได้โดยอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายของประเทศที่ขอให้มีการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด (Non-Arbitrability) หรือการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย (Public Policy) ของประเทศนั้นเท่านั้น ดังนั้น การระงับข้อพิพาททางเลือกโดยอนุญาโตตุลาการจึงเป็นที่นิยมมากกว่าการระงับข้อพิพาททางเลือกประเภทอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ

### 3.2.2 คณะอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการเป็นปัจจัยสำคัญอย่างยิ่งในการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากเป็นผู้ที่ทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ดังนั้น การจัดให้มีคณะอนุญาโตตุลาการและการแต่งตั้งผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น มีข้อพิจารณาหลายประการด้วยกัน ดังต่อไปนี้

#### 3.2.2.1 จำนวนอนุญาโตตุลาการ

ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา คู่สัญญาที่มีอำนาจที่จะตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการว่าจะให้มีจำนวนเท่าใด โดยคู่สัญญาจะเป็นผู้ที่พิจารณาเองว่าจากความสลับซับซ้อนของข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นหรือจำนวนทุนทรัพย์ที่อาจจะพิพาทกัน สมควรจะให้วินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการกี่คน หากข้อพิพาทนั้นมีความสลับซับซ้อนมากหรือมีจำนวนทุน

<sup>10</sup> Status 1958 - Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (ออนไลน์).

เข้าถึงได้จาก : [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)  
[2554, 1 พฤศจิกายน].

ทรัพย์สินสูงก็อาจจะใช้อนุญาตตุลาการหลายคนเพื่อให้การพิจารณาเป็นไปด้วยความละเอียดรอบคอบ และได้ผู้เชี่ยวชาญแขนงต่างๆ ที่เกี่ยวข้องมาร่วมเป็นคณะอนุญาตตุลาการครบถ้วน แต่หากข้อพิพาทนั้นไม่สลับซับซ้อนมากนัก หรือแม้จะมีความยุ่งยากแต่จำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทไม่สูงมาก คู่สัญญาอาจจะตกลงให้ใช้อนุญาตตุลาการเพียงคนเดียวเพื่อเป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย และทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการมีความสะดวกคล่องตัวมากยิ่งขึ้น

โดยหลักแล้ว คู่สัญญามักจะกำหนดให้จำนวนอนุญาตตุลาการเป็นเลขคี่เพื่อจะได้สามารถมีคำวินิจฉัยชี้ขาดที่หาเสียงข้างมากได้โดยง่าย เช่น อาจจะกำหนดให้มีอนุญาตตุลาการจำนวน 3 คน 5 คน หรือแม้แต่ 7 คน อีกทั้ง มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ก็ได้กำหนดให้คู่สัญญาแต่งตั้งคณะอนุญาตตุลาการเป็นจำนวนเลขคี่ เนื่องจากในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้กำหนดให้จำนวนอนุญาตตุลาการต้องเป็นเลขคี่เท่านั้น ทำให้ในกรณีที่มีการตั้งอนุญาตตุลาการเป็นเลขคู่ คณะอนุญาตตุลาการมักจะไม่สามารถตกลงวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้ ซึ่งในระบบเดิมได้กำหนดวิธีการแก้ไขปัญหาโดยให้แต่งตั้ง "ผู้ชี้ขาด" (Umpire) ในภายหลัง แต่ก็เกิดปัญหาเกี่ยวกับการทำงานของ "ผู้ชี้ขาด" มาก เนื่องจากผู้ชี้ขาดเพิ่งได้รับแต่งตั้งเข้ามาพิจารณาข้อพิพาทภายหลังจากที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาไปแล้ว และต้องเสียเวลาในการศึกษาข้อเท็จจริงในเรื่องที่พิพาทก่อน ไม่สามารถวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้ทันที ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องล่าช้า พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ต้องการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงได้บัญญัติให้ต้องแต่งตั้งคณะอนุญาตตุลาการเป็นจำนวนเลขคี่เท่านั้น แต่ก็มีข้อน่าสังเกตว่าหากคู่สัญญามีความประสงค์จะใช้จำนวนอนุญาตตุลาการเป็นเลขคู่จริงและรับรู้ปัญหาที่จะเกิดขึ้นคืออยู่แล้ว กฎหมายก็ไม่น่าจะจำเป็นต้องเข้าไปควบคุมความประสงค์ของคู่สัญญาเพราะคู่สัญญาอาจจะมีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดเป็นพิเศษ จึงได้ตกลงกันไว้เช่นนั้น กฎหมายน่าจะกำหนดวิธีการแก้ไขปัญหาไว้รองรับให้คู่สัญญา แต่ไม่ควรเข้าไปวางหลักเกณฑ์จำกัดสิทธิคู่สัญญาแต่แรก

ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการเป็น "เลขคู่" มาตรา 17 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 กำหนดให้อนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทแต่งตั้งขึ้นสองคนแรกต้องร่วมกันแต่งตั้งอนุญาตตุลาการเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งคนเพื่อมาทำหน้าที่เป็น "ประธานคณะอนุญาตตุลาการ"

หากคู่สัญญาไม่ได้มีการกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการไว้โดยเฉพาะไม่ว่าจะเนื่องจากการหลงลืม หรือไม่สามารถหาข้อสรุปตกลงกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการกันได้ ก็ให้มี

อนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว (Sole Arbitrator) ตามมาตรา 17 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545<sup>11</sup>

### 3.2.2.2 การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

ตามปกติ คู่สัญญา ย่อมมีอิสระในการตกลงกำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้เป็นอย่างไรก็ได้แล้วแต่คู่สัญญานั้นจะเห็นสมควร เช่น อาจจะกำหนดให้บุคคลภายนอกเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนก็ได้ หรืออาจจะตกลงกำหนดตัวคณะอนุญาโตตุลาการไว้ตั้งแต่แรกในสัญญาก็ได้ การที่คู่สัญญาตกลงกำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเองนั้น ตามมาตรา 6 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ให้รวมถึงการตกลงกันกำหนดวิธีการแต่งตั้งทางอ้อมด้วยการกำหนดให้ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดแห่งหนึ่ง ซึ่งตามปกติข้อบังคับของสถาบันต่างๆ จะกำหนดวิธีการหรือขั้นตอนในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย ในกรณีเช่นนี้ต้องถือว่าคู่สัญญามีการตกลงกำหนดวิธีการแต่งตั้งไว้แล้ว และการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินการตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันที่กำหนด

ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกำหนดวิธีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการไว้ โดยเฉพาะโดยไม่ได้กำหนดวิธีการแต่งตั้งไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ และไม่ได้กำหนดให้ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของสถาบันที่มีการกำหนดวิธีการแต่งตั้งไว้ในข้อบังคับด้วย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 18 ได้กำหนดทางออกไว้ให้คู่กรณี ดังนี้<sup>12</sup>

#### 1. การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว (Sole Arbitrator)

ในขั้นแรกคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องร่วมกันเลือกผู้ที่เหมาะสมจะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ เมื่อทั้งสองฝ่ายสามารถทำความตกลงกันได้เกี่ยวกับผู้ที่เหมาะสมได้แล้ว คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมกันแต่งตั้งบุคคลนั้นเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่

<sup>11</sup> ในกรณีนี้ กฎหมายแม่แบบกำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการสามคน เหตุที่กฎหมายไทยกำหนดให้แตกต่างจากกฎหมายแม่แบบ เนื่องจากเห็นว่าข้อพิพาทส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมีความยุ่งยากไม่มากนักและอาจจะมีทุนทรัพย์ที่ไม่สูงมาก จึงให้อนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวก็น่าจะเพียงพอ ในขณะที่กฎหมายแม่แบบกำหนดโดยคำนึงถึงสภาพข้อพิพาทที่เป็นเรื่องทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นหลัก ข้อพิพาทประเภทนี้อาจจะมีความยุ่งยากมากกว่า และในทางปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ก็มักจะให้อนุญาโตตุลาการสามคนเสียเป็นส่วนใหญ่.

<sup>12</sup> สรวิศ ลิ้มปริงซี. (2545). *อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท*. กรุงเทพฯ : นิติรัฐ. หน้า 67.



สามารถตกลงกันเกี่ยวกับบุคคลที่เหมาะสมได้ตามมาตรา 18(1) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้ศาลเป็นผู้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณี ในทางปฏิบัติ อาจจะมีข้อขัดข้องเกี่ยวกับการร้องขอต่อศาลอยู่บ้าง เนื่องจากตามปกติศาลไม่อยู่ในสถานะที่จะรู้ได้ว่าในเรื่องที่พิพาทมีบุคคลใดบ้างที่มีความรู้เชี่ยวชาญเหมาะสมจะแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ในกรณีเช่นนี้ ศาลอาจจะต้องขอความร่วมมือไปยังสถาบันอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้ส่งรายชื่อบุคคลที่เชี่ยวชาญในสาขาที่พิพาทไปให้ศาลใช้ประกอบการพิจารณา

## 2. การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหลายคน (Arbitral Tribunal)

ในกรณีที่มีอนุญาโตตุลาการหลายคน เช่น 3 คน หรือ 5 คน มาตรา 18(2) กำหนดให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่าๆ กันก่อน เช่น ในกรณีของอนุญาโตตุลาการ 3 คน แต่ละฝ่ายจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนขึ้นมา 1 คนก่อน หรือในกรณีของอนุญาโตตุลาการ 5 คน แต่ละฝ่ายจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนขึ้นมา 2 คนก่อน จากนั้นอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้แต่งตั้งขึ้นมา 2 คนแรก หรือ 4 คนแรก แล้วแต่กรณี จะร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 หรือ คนที่ 5 ขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่เป็น "ประธานคณะอนุญาโตตุลาการ" (Chairman of the Arbitral Tribunal) ก็จะได้คณะอนุญาโตตุลาการครบ 3 คน หรือ 5 คน ตามที่ต้องการ

ในกรณีที่ (1) คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมิได้ตั้งอนุญาโตตุลาการที่ตนมีหน้าที่ต้องแต่งตั้ง กล่าวภายในกำหนด 30 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือ (2) อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้แต่งตั้งขึ้นมาทั้งหมดไม่สามารถตกลงตั้ง "ประธานคณะอนุญาโตตุลาการ" ได้ภายในกำหนด 30 วันนับแต่วันที่อนุญาโตตุลาการนั้นได้รับการแต่งตั้ง คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือประธานคณะอนุญาโตตุลาการแทน หากอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งนั้นได้รับการแต่งตั้งไม่พร้อมกัน ระยะเวลา 30 วันนั้น ควรจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่อนุญาโตตุลาการคนสุดท้ายได้รับการแต่งตั้ง เนื่องจากเป็นวันแรกที่คณะอนุญาโตตุลาการจะสามารถร่วมกันหารือเกี่ยวกับผู้ที่ทำหน้าที่เป็น "ประธานคณะอนุญาโตตุลาการ" ได้

## 3. กรณีที่ไม่สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการตามวิธีที่ตกลงกันได้

ในบางกรณี แม้ว่าคู่กรณีจะได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้าเกี่ยวกับวิธีการหรือขั้นตอนในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ แต่เมื่อถึงเวลาที่ต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นจริง ปรากฏว่าไม่สามารถดำเนินการตั้งอนุญาโตตุลาการตามวิธีการหรือขั้นตอนที่กำหนดไว้ได้ โดยอาจจะมีสาเหตุมาจาก (ก) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้ หรือ (ข) คู่กรณีหรือ

อนุญาตตุลาการไม่อาจตกลงกันตามวิธีการที่กำหนดไว้ หรือ (ค) บุคคลที่สามหรือหน่วยงานใด หน่วยงานหนึ่งมิได้ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้

ตัวอย่าง (1) ในสัญญาอนุญาตตุลาการกำหนดให้สถาบันอนุญาตตุลาการแห่งหนึ่งเสนอรายชื่อบุคคลที่เหมาะสมเป็นอนุญาตตุลาการจำนวน 10 ชื่อ แล้วให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายให้คะแนนตามลำดับความพึงพอใจจากมากไปหาน้อยเพื่อให้คนที่มีคะแนนสูงสุดได้รับการแต่งตั้งปรากฏว่าเมื่อสถาบันอนุญาตตุลาการเสนอรายชื่อดังกล่าวแล้ว คู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ยอมส่งคะแนนที่ตนให้แก่บุคคลในรายชื่อแต่ละคน ทำให้ไม่สามารถหาผู้ที่ได้คะแนนสูงสุดได้ (2) ในสัญญา กำหนดให้สถาบันอนุญาตตุลาการเสนอรายชื่อบุคคลแล้วให้คู่กรณีหรืออนุญาตตุลาการร่วมกันเลือกผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นประธานคณะอนุญาตตุลาการ แต่ปรากฏว่าคู่กรณีหรือ อนุญาตตุลาการไม่สามารถตกลงตั้งบุคคลจากรายชื่อนั้นได้ หรือ (3) ในสัญญา กำหนดให้สถาบัน อนุญาตตุลาการเสนอรายชื่อบุคคลให้คู่พิพาทเลือก หรือให้สถาบันอนุญาตตุลาการเป็นผู้แต่งตั้ง อนุญาตตุลาการหรือประธานคณะอนุญาตตุลาการแทนคู่กรณี แต่ปรากฏว่าสถาบัน อนุญาตตุลาการไม่เสนอรายชื่อหรือแต่งตั้งอนุญาตตุลาการตามที่ข้อสัญญากำหนดไว้

ในกรณีตามตัวอย่างนี้ จะเห็นได้ว่าสัญญาอนุญาตตุลาการได้กำหนดวิธีการหรือ ขั้นตอนโดยเฉพาะ แต่มีเหตุขัดข้องทำให้ไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาตตุลาการตามวิธีการหรือ ขั้นตอนที่ตกลงไว้ได้ หากในสัญญาไม่ได้กำหนดวิธีการแก้ไขปัญหาเหล่านี้ไว้โดยเฉพาะและคู่กรณี ไม่สามารถตกลงแก้ไขปัญหาได้เอง ตามมาตรา 18 วรรคสอง คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้อง ต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการแทนการตั้งอนุญาตตุลาการตามวิธีที่กำหนดไว้ เดิมได้

### 3.2.2.3 คุณสมบัติของอนุญาตตุลาการ

เนื่องจากอนุญาตตุลาการต้องทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในลักษณะที่ คล้ายคลึงกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 จึงได้กำหนดคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการไว้ว่าจะต้องมีความเป็นกลางและมีความ เป็นอิสระ กล่าวคือ มีอิสระจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย แม้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ตั้งตนให้ทำหน้าที่ อนุญาตตุลาการก็ตาม ซึ่งคุณสมบัติดังกล่าวเป็นเพียงคุณสมบัติเบื้องต้นเท่านั้น ส่วนคุณสมบัติ พิเศษนอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 นั้น โดยปกติ อนุญาตตุลาการจะเป็นผู้ที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่คู่กรณีพิพาท กัน เพราะการมีความรู้และความเชี่ยวชาญจะช่วยให้สามารถทำหน้าที่ได้รวดเร็วและถูกต้องเป็น

ธรรมกับคู่กรณี ซึ่งเป็นเรื่องที่คุณสัญญาจะตกลงกัน หรือมีคุณสมบัติตามข้อบังคับของสถาบัน  
อนุญาตตุลาการที่คุณสัญญาตกลงให้ดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการ

#### 3.2.2.4 สิทธิและหน้าที่ของอนุญาตตุลาการ

บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาตตุลาการย่อมมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนหรือ  
ค่าป่วยการในการปฏิบัติหน้าที่ รวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่อนุญาตตุลาการต้องเสียไปในการทำ  
หน้าที่ ซึ่งคู่กรณียอมตกลงกันในสัญญาอนุญาตตุลาการ แต่ในกรณีที่คู่กรณีมิได้กำหนดไว้ใน  
สัญญาอนุญาตตุลาการ มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 บัญญัติว่า  
ให้กำหนดไว้ในคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการ แต่ถ้ามิได้กำหนดไว้ในชั้นอนุญาตตุลาการ  
หรือในคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคณะอนุญาตตุลาการสามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มี  
เขตอำนาจมีคำสั่งเรื่องค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาตตุลาการและค่าป่วยการ  
อนุญาตตุลาการได้

ส่วนหน้าที่ของอนุญาตตุลาการนั้น อนุญาตตุลาการมีหน้าที่ปฏิบัติตาม  
บทบัญญัติของกฎหมายและตามที่คู่กรณีระบุไว้ในสัญญาระหว่างคู่กรณีกับอนุญาตตุลาการ โดย  
หน้าที่ของอนุญาตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอาจแบ่งได้ดังนี้

1. หน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการ โดยมาตรา 19 วรรคสอง แห่ง  
พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้กำหนดหน้าที่ให้บุคคลซึ่งจะถูกตั้งให้เป็น  
อนุญาตตุลาการมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการที่อาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความ  
เป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน ซึ่งหน้าที่นี้มีขึ้นตั้งแต่เวลาที่ได้รับการแต่งตั้งและตลอด  
ระยะเวลาที่ดำเนินการอนุญาตตุลาการ

2. หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายด้วยตนเอง การที่คู่กรณีได้เลือก  
แต่งตั้งบุคคลใดให้ทำหน้าที่อนุญาตตุลาการนั้นก็เพราะคุณสมบัติและความสามารถของบุคคล  
นั่นเอง ดังนั้น ในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาตตุลาการจึงถือเป็นเรื่องเฉพาะตัวของบุคคลที่ได้รับการ  
แต่งตั้งที่ต้องทำหน้าที่นั้นด้วยตนเอง จะตั้งตัวแทนหรือให้บุคคลอื่นปฏิบัติหน้าที่แทนตนมิได้

3. หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายโดยเท่าเทียมกันและเป็น  
ธรรม หน้าที่นี้มีมาจากหลักการฟังความสองฝ่ายซึ่งเป็นการให้สิทธิที่เท่าเทียมกันในการดำเนิน  
กระบวนการพิจารณา โดยอนุญาตตุลาการจะต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการเบิกความ  
และนำเสนอพยานหลักฐานของตนอย่างเต็มที่ และจะต้องรับฟังพยานหลักฐานในขณะที่คู่กรณีทั้ง  
สองฝ่ายอยู่ในการพิจารณา เว้นแต่ กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัด เพื่อป้องกันการกล่าวอ้างว่าไม่  
ยุติธรรม

4. หน้าที่ที่จะปฏิบัติตามสัญญาที่ทำไว้กับคู่กรณีโดยเคร่งครัด เนื่องจาก อนุญาตตุลาการเกิดขึ้นจากสัญญา ดังนั้น หากในสัญญาอนุญาตตุลาการได้มีการระบุถึงอำนาจ หน้าที่ของอนุญาตตุลาการไว้ อนุญาตตุลาการก็ต้องปฏิบัติตามนั้นอย่างเคร่งครัด รวมถึงการตกลงกันภายหลังจากที่ทำสัญญาด้วย ซึ่งเป็นไปตามหลักความประสงค์ของคู่ความและหลักความ คัดลึทธิของการแสดงเจตนา ด้วยเหตุนี้ อนุญาตตุลาการจึงมีหน้าที่ที่ชี้ขาดได้เฉพาะข้อพิพาทที่ เสนอต่อตนตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้น

5. หน้าที่ในการรับฟังข้อเท็จจริงและชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมายหรือตามหลัก ความเป็นธรรม กล่าวคือ อนุญาตตุลาการมีหน้าที่ต้องรับฟังข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่างๆ ของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเพื่อนำมาพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และในส่วนของการทำงาน คำชี้ขาด นั้น อนุญาตตุลาการต้องชี้ขาดโดยใช้หลักกฎหมายมาปรับแก้ประเด็นที่พิพาท ขึ้นอยู่กับว่าคู่กรณี ตกลงว่า จะให้นำกฎหมายใดมาใช้ก็ต้องชี้ขาดตามหลักกฎหมายนั้น จะชี้ขาดตามอำเภอใจไม่ได้ อย่างไรก็ตาม หากคู่กรณีได้ตกลงกันว่าให้ชี้ขาดข้อพิพาทตามหลักความเป็นธรรมโดยไม่ต้องชี้ ขาดตามหลักกฎหมาย อนุญาตตุลาการก็มีหน้าที่ต้องชี้ขาดข้อพิพาทตามหลักความเป็นธรรม

6. หน้าที่ตามจริยธรรม แม้ว่าประมวลจริยธรรมของอนุญาตตุลาการจะเป็นเพียง ข้อกำหนดของสถาบันอนุญาตตุลาการต่างๆ ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย แต่ประมวล จริยธรรมเหล่านี้ก็มีสภาพบังคับในทางศีลธรรม โดยเป็นตัวกำหนดกรอบการกระทำของผู้เป็น อนุญาตตุลาการให้อยู่ในขอบเขตที่เหมาะสมและถูกต้อง

### 3.2.2.5 ความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการ

ในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตตุลาการ ทั้งในขณะที่ยังดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือการทำงาน คำชี้ขาด อาจมีผลกระทบหรือก่อความเสียหายต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ แม้ อนุญาตตุลาการได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างถูกต้องและสุจริตแล้วก็ตาม แต่อาจเกิดความผิดพลาดได้ ดังนั้น พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 จึงได้บัญญัติเรื่องความคุ้มกันความรับผิดทาง แพ่งของอนุญาตตุลาการไว้ใน มาตรา 23 กล่าวคือ อนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดในการปฏิบัติ หน้าที่ เว้นแต่การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และก่อความเสียหายแก่ คู่กรณี เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อ พิพาท โดยอนุญาตตุลาการไม่จำเป็นต้องเกรงกลัวว่าจะถูกฟ้องคดีจากคู่กรณีที่ไม่พอใจในการทำ หน้าที่หรือผลคำชี้ขาด หากอนุญาตตุลาการได้ปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องและสุจริต อย่างไรก็ตาม มาตรา 23 มิได้ให้ความคุ้มกันความรับผิดในทางอาญา ในกรณีที่อนุญาตตุลาการเรียก รับ หรือ ยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่

กระทำการอย่างใดในหน้าที่ของตน เนื่องจากการกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำ ความผิดต่อหน้าที่ซึ่งตนได้กระทำในการอนุญาตตุลาการ อันขัดกับหลักการปฏิบัติต่อคู่กรณีอย่าง เท่าเทียม และขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

### 3.2.3 ประเภทของข้อพิพาทที่อาจระงับโดยวิธีอนุญาตตุลาการ (Arbitrability)

พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 บัญญัติว่า "สัญญา อนุญาตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้น แล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธี อนุญาตตุลาการ..."<sup>13</sup> จากบทบัญญัติข้างต้นอาจแยกประเภทของข้อพิพาทที่อาจระงับโดยวิธี อนุญาตตุลาการได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้ คือ

#### 3.2.3.1 ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต

ข้อพิพาทที่จะเสนอให้อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาดนั้น คู่กรณีอาจทำสัญญา เสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วลงในสัญญา (Submission) หรือระบุลงในสัญญาว่าให้เสนอข้อพิพาท ที่เกิดขึ้นในอนาคตจากสัญญาที่มีอยู่ต่อกันนั้นต่ออนุญาตตุลาการ (Arbitration Clause) ก็ได้<sup>14</sup> บทบัญญัติในมาตรา 11 วรรคหนึ่ง ส่วนที่กล่าวว่า "สัญญาอนุญาตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาท...ที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต..." นั้นได้ร่าง ขึ้นตรงกับหลักการในอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958<sup>15</sup> เจนีวาโปรโตคอล ค.ศ.1923<sup>16</sup> และ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration<sup>17</sup> แสดงว่าการทำสัญญาระบุ ให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในอนาคตจากสัญญาดังกล่าวโดยการอนุญาตตุลาการนั้นได้รับการ ยอมรับในระดับสากลแล้ว โดยสาเหตุน่าจะมาจากความจำเป็นทางการค้าโดยเฉพาะอย่างยิ่งใน ระดับการค้าระหว่างประเทศ จึงต่างจากสมัยก่อนที่บางประเทศยังไม่ให้การยอมรับหลักการนี้

<sup>13</sup> พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง ลอกแบบมาจาก UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 7 ข้อ 1 ที่บัญญัติว่า "Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship whether contractual or not..."

<sup>14</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2543). คำอธิบายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 66.

<sup>15</sup> Article 2, paragraph 1.

<sup>16</sup> Article 1.

<sup>17</sup> Article 7, paragraph 1.

### 3.2.3.2 ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือทางอื่นโดยไม่จำกัดว่าต้องเป็นข้อพิพาททางแพ่งเท่านั้น

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 5 บัญญัติว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด...” จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับเก่าได้จำกัดว่าข้อพิพาทที่อาจะระงับโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการต้องเป็นข้อพิพาททางแพ่งเท่านั้น จึงต่างกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับปัจจุบัน ที่กำหนดเพียงว่าข้อพิพาทที่อาจะระงับโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่ โดยไม่ได้จำกัดว่าต้องเป็นข้อพิพาททางแพ่งเท่านั้น

คำว่า “ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่” กินความกว้างมากจึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นได้ว่า ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ฉบับปัจจุบันจะมีข้อจำกัดเกี่ยวกับประเภทข้อพิพาทที่อาจะระงับด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการหรือไม่

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้ให้คำจำกัดความของข้อพิพาทที่อาจะระงับโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการว่าต้องเป็นข้อพิพาททางแพ่งดังที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ดังนั้น ข้อพิพาทที่อาจะระงับโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ในประเทศไทยจึงน่าจะเป็นข้อพิพาทใดๆ ที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งอาจเป็นข้อพิพาททางแพ่ง หรือข้อพิพาททางแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา โดยอาจตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทได้เฉพาะในส่วนข้อพิพาททางแพ่งเท่านั้น เพราะข้อพิพาททางอาญา มีบทกำหนดโทษทางอาญาไว้ด้วย อันได้แก่ โทษประหารชีวิต, จำคุก, กักขัง, ปรับ หรือริบทรัพย์สิน<sup>18</sup> โดยมีวัตถุประสงค์มุ่งลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดให้เป็นคนดี เพื่อป้องปราม เพื่อแก้แค้นทดแทน และเพื่อตัดออกจากสังคม ส่วนละเมิดซึ่งเป็นข้อพิพาททางแพ่งนั้นมุ่งเฉพาะเพื่อทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนมีการละเมิด<sup>19</sup> นอกจากนี้ กฎหมายอาญายังเป็นกฎหมายมหาชน เมื่อมีการกระทำผิดทางอาญาเกิดขึ้น รัฐก็มีอำนาจใช้บังคับกฎหมายอาญาได้โดยตรงโดยที่ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยต่างกับกรณีข้อพิพาททางแพ่งซึ่งไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่ก็ตาม รัฐจะไม่เข้า

<sup>18</sup> มาตรา 18, ประมวลกฎหมายอาญา.

<sup>19</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2538). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9.

ไปเกี่ยวข้องกับด้วยจนกว่าคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะขอให้รัฐเข้าไปเกี่ยวข้องกับเสียก่อน คือ จะต้องมีการฟ้องร้องคดีต่อศาลและโจทก์จะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลด้วย ศาลจึงจะรับฟ้องและพิพากษาบังคับคดีได้ ในทางกลับกัน ถ้าคู่กรณีไม่ต้องการนำคดีขึ้นสู่ศาล คู่กรณีอาจตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการก็ได้เพราะข้อพิพาททางแพ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน

ในส่วนของข้อพิพาททางแพ่ง นอกจากจะเกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาแล้วยังมีกรณีอื่น เช่น ละเมิด อีกด้วย ซึ่งกฎหมายยินยอมให้ใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทในเรื่องละเมิดได้ในบางกรณี เช่น การขั้บรถยนต์ชนรถยนต์ของผู้อื่นจนได้รับความเสียหาย ซึ่งในปัจจุบันสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.) ได้พยายามส่งเสริมให้คู่กรณีระงับข้อพิพาทเรื่องค่าเสียหายโดยให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดโดยกำหนดให้มีข้อสัญญามาตรฐานเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการไว้ในกรมธรรม์ประกันภัยด้วย

### 3.2.3.3 ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 15 บัญญัติว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”

การแบ่งสาขาวิชากฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ในปัจจุบันโดยพิจารณาถึงการดำเนินคดีเพื่อระงับข้อพิพาทต่างๆ นั้น จะแบ่งเป็น 3 สาขาใหญ่ๆ ด้วยกัน คือ สาขากฎหมายแพ่ง สาขากฎหมายอาญา และสาขากฎหมายมหาชน ในแต่ละสาขาจะประกอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติภายในขอบเขตของสาขากฎหมายนั้นๆ ก่อน พ.ศ.2542 ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่ใช้ระบบ Civil Law และมีกฎหมายในรูปของประมวลกฎหมายและพระราชบัญญัติต่างๆ เกือบจะครบถ้วนในทุกสาขากฎหมาย คงขาดแต่เพียงกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความปกครอง สาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะในสมัยนั้นยังไม่มีการจัดตั้งศาลปกครอง เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับคดีปกครองเกิดขึ้น ศาลยุติธรรมก็รับพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวโดยถือเสมือนหนึ่งว่าเป็นคดีแพ่งสามัญ ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 แล้ว ก็ยังคงไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เป็นคดีปกครองอันเกิดจากสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด เนื่องจากขณะนั้นแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองยังไม่เกิดเป็นรูปธรรมชัดเจนและไม่มีการกำหนดแนวทางปฏิบัติให้แตกต่างจากสัญญาประเภทอื่น จนเมื่อมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาความปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 แห่ง

พระราชบัญญัติฉบับนี้ให้ความหมายของ "สัญญาทางปกครอง" ว่า หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาที่จัดให้มีสิ่ง สาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และมาตรา 9(4) บัญญัติ "ให้ศาล ปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง" ทำให้ เกิดข้อถกเถียงในทางวิชาการว่าภายหลังจากที่ศาลปกครองเปิดทำการแล้ว อนุญาโตตุลาการจะ ยังคงมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือไม่ พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 15 จึงได้บัญญัติไว้ให้ชัดเจนว่า "ในสัญญาระหว่างหน่วยงาน ของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการ อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพัน คู่สัญญา" คำว่า "ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม" แสดงให้เห็นว่าให้ใช้บังคับกับ สัญญาประเภทอื่นที่หน่วยงานของรัฐหรือฝ่ายปกครองไปผูกนิติสัมพันธ์กับบุคคลอื่นแต่มิใช่ สัญญาทางปกครองได้ด้วย เช่น สัญญาที่ผูกนิติสัมพันธ์กันในขอบเขตของกฎหมายแพ่งและ พาณิชย เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้างทำของ สัญญาเช่า อันมิใช่นิติสัมพันธ์ในขอบเขตของ กฎหมายมหาชน<sup>20</sup>

### 3.2.4 ผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

เมื่อสัญญาอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นมาแล้ว ผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการจะมีผล บังคับอย่างไรบ้างนั้น มีดังนี้

#### 3.2.4.1 ผลผูกพันของสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่สัญญา

สัญญาอนุญาโตตุลาการยอมผูกพันแม้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายหรือสิ้นสุด สภาพความเป็นนิติบุคคล ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด หรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือ เสมือนไร้ความสามารถ

มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 บัญญัติว่า "ความ สมบูรณ์แห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการและการตั้งอนุญาโตตุลาการยอมไม่เสียไปแม้ในภายหลัง คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายหรือสิ้นสุดสภาพความเป็นนิติบุคคล ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือถูก ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ" จะเห็นได้ว่าความเป็นคู่สัญญา อนุญาโตตุลาการไม่ถือว่าเป็นเรื่องเฉพาะตัวของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ไม่ว่าบุคคลใดก็สามารถเข้า

<sup>20</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2542). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ : วิศิษฐ์สรอรรถ (ฝ่ายการพิมพ์). หน้า 142-143.



เป็นคู่สัญญาอนุญาตตุลาการได้หากได้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดครบถ้วน คุณสมบัติของคู่สัญญาอนุญาตตุลาการไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญ ซึ่งจะต่างจากกรณีคุณสมบัติของผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการ ดังนั้น ภายหลังจากที่สัญญาอนุญาตตุลาการมีผลสมบูรณ์แล้ว แม้สถานะของคู่สัญญาอนุญาตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเปลี่ยนแปลงไปก็ไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาตตุลาการ

#### 3.2.4.2 สัญญาอนุญาตตุลาการผูกพันผู้รับโอนสิทธิเรียกร้อง<sup>21</sup>

เนื่องจากสัญญาอนุญาตตุลาการเป็นการตกลงกันในวิธีการระงับข้อพิพาทเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งจะต้องมีสัญญาอันใดอันหนึ่งเกิดขึ้นเสียก่อนและมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญานั้นเกิดขึ้นหรือจะเกิดขึ้นในอนาคต และคู่กรณีประสงค์จะให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทดังกล่าวแทนการฟ้องร้องดำเนินคดีตามปกติในศาล หากภายหลังคู่กรณีได้โอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาดังกล่าว พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 13 บัญญัติว่า "เมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบใด สัญญาอนุญาตตุลาการที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบนั้นย่อมผูกพันผู้รับโอนด้วย"

สาเหตุที่กฎหมายจำเป็นต้องบัญญัติให้ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องต้องผูกพันตามสัญญาอนุญาตตุลาการด้วย ก็เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการหลีกเลี่ยงข้อผูกพันตามสัญญาอนุญาตตุลาการและไปใช้วิธีนำข้อพิพาทเสนอต่อศาลแทน เนื่องจากพบปัญหาบ่อยครั้งที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงความผูกพันตามสัญญาอนุญาตตุลาการที่ตนได้ทำไว้ จึงได้โอนสิทธิเรียกร้องในมูลคดีที่พิพาทกันแล้วอ้างว่าผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องไม่ได้ตกลงทำสัญญาอนุญาตตุลาการไว้ด้วยจึงไม่จำเป็นต้องใช้อนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท

#### 3.2.4.3 ความเป็นเอกเทศเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตตุลาการ (Severability or Separability of arbitration clause)

ในอดีตวงการนิติศาสตร์มีความเข้าใจกันว่าสัญญาอนุญาตตุลาการที่คู่กรณีตกลงให้มีขึ้น ไม่ว่าจะทำในรูปแบบของสัญญาอนุญาตตุลาการที่แยกต่างหาก (Arbitration agreement) หรือรูปแบบที่เป็นข้อสัญญาในสัญญาหลัก (Arbitration Clause) ก็ตาม ล้วนแต่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ไม่มีความเป็นเอกเทศแยกออกมาจากสัญญาหลักอย่างชัดเจน ดังนั้นจึงมีปัญหว่าสัญญาอนุญาตตุลาการมีสถานะเป็นสัญญาอุปกรณ์ และสัญญาหลักมีสถานะเป็นสัญญาประธานหรือไม่ เพราะถ้าหากสัญญาอนุญาตตุลาการมีสถานะเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาหลักแล้ว เมื่อมีเหตุที่ทำให้สัญญาหลักไม่สมบูรณ์โดยอาจตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ สัญญา

<sup>21</sup> สรวิศ ลิ้มปริงซี่. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 54-55.

อนุญาโตตุลาการก็ย่อมไม่มีผลสมบูรณ์เช่นเดียวกับสัญญาหลักด้วย ปัญหาในประเด็นนี้อาจทำให้ คู่กรณีฝ่ายที่ไม่ต้องการให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการต่อสู้ว่าสัญญาหลักเป็น โฆษะ ดังนั้นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งอยู่ในเอกสารสัญญาฉบับเดียวกันซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ สัญญาหลัก (สัญญาประธาน) จึงตกเป็นโฆษะไปด้วย ซึ่งถือเป็นการประวิงคดีอย่างหนึ่งเพราะ หากมีการโต้แย้งเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาหลัก ก็ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ไปด้วย และมีผลให้อนุญาโตตุลาการไม่สามารถพิจารณาปัญหาว่าสัญญาหลักเป็นโฆษะหรือไม่ ซึ่ง จะต้องให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ของสัญญาหลักเสียก่อน

ดังนั้น เพื่อลดปัญหาการประวิงคดีดังกล่าว จึงมีการนำเทคนิคอย่างหนึ่งใน กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาใช้ กล่าวคือ การแบ่งข้อเท็จจริงออกเป็นส่วนๆ โดยใช้ หลักการแยกสัญญาอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลัก (Doctrine of Separability) ที่ถือว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งแยกต่างหากจากสัญญาหลัก แม้ว่าสัญญา อนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณี จะมีลักษณะเป็นข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญาหลัก ก็ตาม ความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการก็มีความเป็นอิสระแยกจากความสมบูรณ์ของ สัญญาหลัก ดังนี้ ถึงแม้ว่าสัญญาหลักจะตกเป็นโฆษะ หรือไม่สามารถบังคับได้ไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ คู่กรณีก็ยังคงผูกพันและมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการต่อไป ทำให้ปัญหาเรื่อง สัญญาอนุญาโตตุลาการมีสถานะเป็นสัญญาอุปกรณ์และสัญญาหลักมีสถานะเป็นสัญญา ประธานหรือไม่หมดไป

### 3.2.5 การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ก่อนมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 แนวคำพิพากษาฎีกาของไทยมัก ตัดสินในทำนองปฏิเสธที่จะบังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ<sup>22</sup> ซึ่งน่าจะมีสาเหตุ มาจากศาลไม่สนับสนุนให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเพราะเห็นว่าการที่ คู่กรณีตกลงมอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่กำลังจะเกิดขึ้นให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ทำการ วินิจฉัยและทำคำชี้ขาดนั้น เป็นการลิดรอนอำนาจศาลทางหนึ่ง อีกทั้ง ศาลน่าจะตัดสินไปตามแนว คำพิพากษาของศาลอังกฤษในยุคก่อนๆ ที่ไม่สนับสนุนการอนุญาโตตุลาการมากเท่าใดนัก เพราะ เห็นว่าเป็นเรื่องของการลิดรอนอำนาจของศาลเช่นกัน

ในปัจจุบันพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 14 ได้บัญญัติ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการว่า “ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะ

<sup>22</sup> เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 812/2482, 945/2498, 1732/2503, 1296/2518 และ 182/2521 เป็นต้น.

อนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมาย ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย

ในระหว่างการพิจารณาคำร้องของศาลตามวรรคหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ หรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาต่อไป และมีคำชี้ขาดในข้อพิพาทนั้นได้”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 14 แล้ว ก็พอจะแยกหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ดังนี้

1. ต้องมีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทในเรื่องสัญญารับตั้งกรรมแทนตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามสัญญา เพื่อให้อนุญาโตตุลาการทำการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้นเสียก่อน อย่างไรก็ตาม ถ้าคู่สัญญาไม่ได้ฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่กระทำการอย่างอื่น เช่น ไม่ยอมเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่สามารถบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการได้<sup>23</sup> ในเรื่องนี้มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติรับรองว่า ถ้าคู่กรณีสามารถอ้างได้ว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการ ศาลก็มีอำนาจสั่งให้คู่กรณีเข้าร่วมในอนุญาโตตุลาการ<sup>24</sup> เหตุที่มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 บัญญัติให้ศาลมีอำนาจทำได้เพียงประการเดียว คือ จำหน่ายคดีนั้นก็เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ได้ให้อำนาจศาลบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ยอมเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการตามสัญญาต้องเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการ น่าจะด้วยสาเหตุเพราะเป็นเรื่องการบังคับนี้โดยเฉพาะเจาะจงซึ่งไม่สามารถบังคับตัวบุคคลเนื่องจากสภาพแห่งหนึ่งไม่เปิดช่องให้ทำได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนึ่งจะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้”<sup>25</sup> อย่างไรก็ตาม อาจมี

<sup>23</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 14*. หน้า 77.

<sup>24</sup> Uniform Arbitration Act, Section 2.

<sup>25</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 14*. หน้า 77.

ทางออก โดยให้อนุญาตโตตุลาการดำเนินกระบวนการไปโดยมีคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวได้ (ex parte proceedings) หรือ ที่เรียกอีกอย่างว่าการดำเนินกระบวนการลับหลังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ถึงแม้จะไม่มีบทบัญญัติอนุญาตให้ทำได้เช่นนั้นอย่างชัดแจ้งก็ตาม แต่ถือว่าเป็นความจำเป็นที่อนุญาตโตตุลาการต้องดำเนินการเช่นนั้น เนื่องจากอนุญาตโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมและในทางปฏิบัติ ศาลไทยก็ได้ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดที่มีคู่กรณีเข้าร่วมเพียงฝ่ายเดียวมาแล้ว ตัวอย่างคือ ในคำพิพากษาฎีกาที่ 698/2521<sup>26</sup> โดยมีข้อพิพาทดังนี้ "จำเลยสัญญาขายพริกแห้งแก่โจทก์ ทำสัญญาในประเทศไทย โจทก์มีภูมิลำเนาในประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดให้ชำระข้อพิพาทโดยอนุญาตโตตุลาการในกรุงนิวยอร์กตามกฎหมายของสมาคมการค้าอเมริกัน ใช้บังคับได้ ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อย คำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการที่ให้จำเลยรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายนั้น บังคับในศาลไทยได้โดยไม่ต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงว่าจำเลยผิดสัญญาอายุความ 10 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168 (เดิม)<sup>27</sup>

ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยใช้เงิน 45,524.03 บาทกับดอกเบี้ยแก่โจทก์ ศาลอุทธรณ์เห็นว่าโจทก์นำข้อชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการเสนอศาลในต่างประเทศเป็นการเกินความจำเป็น จึงพิพากษาแก้ให้ชำระเงิน 39,236.18 บาท จำเลยฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายว่า ข้อเท็จจริงตามที่ศาลอุทธรณ์ฟังมาว่า จำเลยซึ่งเป็นบริษัทจำกัดในประเทศไทยได้ทำสัญญาส่งขายพริกแดงแห้งให้แก่บริษัทโจทก์ในประเทศสหรัฐอเมริกา และได้ส่งไปแล้วตามสัญญาแต่พริกจำนวนดังกล่าวมีสิ่งสกปรกเจือปน ไม่ได้รับอนุญาตให้นำเข้าประเทศจนกว่าผู้ส่ง (จำเลย) จะได้ทำความสะอาดพริกจำนวนนั้นให้ได้ มาตรฐานขั้นต่ำที่คณะกรรมการควบคุมอาหารและยา กระทรวงสาธารณสุขแห่งสหรัฐอเมริกา ชื่อ ยอว่า ยู.เอส.เอฟ.ดี.เอ. กำหนดไว้ โจทก์จึงจำต้องแจ้งให้ทำความสะอาดพริก โดยเสียค่าใช้จ่ายไปก่อนแล้วเรียกร้องเอากับจำเลย แต่จำเลยปฏิเสธไม่ยอมชำระ โจทก์จึงเสนอข้อพิพาทนี้ต่ออนุญาตโตตุลาการแห่งรัฐนิวยอร์กให้วินิจฉัยชี้ขาดโดยได้แจ้งให้จำเลยทราบแล้ว แต่จำเลยไม่ยอมไปร่วมในการพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการ (ข้อความปรากฏอยู่ในเอกสารหมาย จ.5) อนุญาตโตตุลาการจึงได้ทำการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดให้จำเลยชำระค่าใช้จ่ายที่โจทก์ต้องเสียแทนไปแก่โจทก์ ปรากฏตามเอกสารหมาย จ.5 คำแปลหมาย จ.6 กับได้แจ้งให้จำเลยทราบแล้วตามเอกสารหมาย จ.7 จำเลยตอบปฏิเสธไปตามเอกสารหมาย จ.8 โจทก์จึงเสนอคำวินิจฉัยชี้ขาดของ

<sup>26</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 698/2521 (เนติ.), หน้า 447-450.

<sup>27</sup> ปัจจุบัน คือ มาตรา 193/30 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

อนุญาตตุลาการต่อศาลสูงแห่งรัฐนิวยอร์กและศาลสูงได้พิพากษาให้จำเลยชำระตามคำชี้ขาด อนุญาตตุลาการแล้วตามเอกสารหมายเลข ๑.11

ได้พิเคราะห์แล้ว ที่จำเลยฎีกาว่า จำเลยมิได้ให้การรับว่าได้ทำสัญญาตามเอกสาร หมายเลข ๑.3 กับโจทก์นั้น ตามคำให้การจำเลย แม้ตอนแรกจะใช้คำว่า "โจทก์จำเลยไม่เคยตกลง ไม่เคยได้ทำสัญญาต่อกันดังฟ้องโจทก์เลย" แต่ในตอนต่อมาเมื่อได้อ่านโดยตลอดแล้ว สรุปรวมความ ได้ว่าจำเลยรับว่าได้ทำสัญญาทำยฟ้องกับโจทก์จริง เป็นแต่ต่อสู้ว่าสัญญาดังกล่าวจะต้องบังคับ ตามกฎหมายไทย กับอ้างเหตุไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาทำยฟ้องหลายประการ ตามคำให้การของ จำเลยดังกล่าว ฟังได้ว่าจำเลยรับว่าได้ทำสัญญาซื้อขายตามสำเนาทำยฟ้องกับโจทก์ ศาลจึงรับฟัง ความมีอยู่ความถูกต้องของสัญญาได้อยู่แล้ว ส่วนที่ฎีกาโต้แย้งว่า สัญญาตามฟ้องทำในประเทศ ไทย ต้องบังคับตามกฎหมายไทย และคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตตุลาการแห่งรัฐนิวยอร์กใช้ บังคับจำเลยไม่ได้ นั้น ได้ความว่าโจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา จำเลยอยู่ใน ประเทศไทย และตามสัญญาที่โจทก์จำเลยทำไว้ต่อกัน ตกลงกันว่าเมื่อมีข้อพิพาทอันเกี่ยวกับ สัญญาให้ยื่นต่อและทำการชำระความโดยอนุญาตตุลาการในนิวยอร์ก เอ็น.วาย. ตามกฎหมายของ สมาคมการค้าเครื่องเทศอเมริกัน (อันเป็นภูมิลำเนาของโจทก์) ศาลฎีกาเห็นพ้องกับคำวินิจฉัยของ ศาลอุทธรณ์ว่าเป็นข้อตกลงที่เกิดจากความสมัครใจของคู่กรณีและไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความ สงบเรียบร้อยแต่อย่างใด จึงใช้บังคับกันได้ ดังนั้น เมื่อได้มีการนำข้อพิพาทเสนอให้ อนุญาตตุลาการในรัฐนิวยอร์ก วินิจฉัยถูกต้องตามขั้นตอนกฎหมายของรัฐนั้น และไม่ปรากฏว่า อนุญาตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาดโดยฝ่าฝืนไม่ชอบด้วยกฎหมายแห่งรัฐนั้นแต่อย่างใดแล้ว คำ วินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตตุลาการแห่งรัฐนิวยอร์กดังกล่าวจึงฟ้องร้องให้บังคับกันได้ศาลไทย และตามฟ้องเป็นเรื่องบังคับให้จำเลยรับผิดชอบตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการอันมีอายุความ 10 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168 (เดิม) ซึ่งปัจจุบันคือ มาตรา 193/30 ไม่มี ข้อเท็จจริงในปัญหาว่าฝ่ายใดผิดสัญญาอันจะต้องวินิจฉัยแต่อย่างใด ที่ศาลอุทธรณ์ไม่รับวินิจฉัย ข้อเท็จจริงเรื่องฝ่ายใดผิด และว่าคดีไม่ขาดอายุความ พิพากษาให้จำเลยรับผิดชอบตามคำวินิจฉัย ชี้ขาดของอนุญาตตุลาการแห่งรัฐนิวยอร์ก จึงชอบแล้ว"

2. คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่น คำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมาย ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้ คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ

คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องที่ยังต้องการให้ดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ อาจยื่นคำ ร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้ ซึ่งควรเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 21(2) ประมวลกฎหมายวิธี

พิจารณาความแพ่งที่บัญญัติว่า “เมื่อคู่ความฝ่ายใดเสนอคำขอหรือคำแถลงต่อศาล ถ้าประมวลกฎหมายนี้มีได้บัญญัติว่า คำขออันใดจะทำได้แต่ฝ่ายเดียว ห้ามมิให้ศาลทำคำสั่งในเรื่องนั้นๆ โดยมีให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหรือคู่ความอื่นๆ มีโอกาสคัดค้านก่อน แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติของประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการขาดนัด” กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องยื่นคำร้องต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีแล้ว กฎหมายห้ามมิให้ศาลทำคำสั่งจำหน่ายคดีโดยมิให้คู่สัญญาฝ่ายที่ฟ้องคดีมีโอกาสดัดค้านคำร้องดังกล่าวเสียก่อน และสำหรับกรณีที่ไม่มี การคัดค้านคำร้องขอให้จำหน่ายคดีของคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้อง ศาลอาจงดการไต่สวนและมีคำสั่งจำหน่ายไป ได้ทันทีเนื่องจากข้อเท็จจริงอาจฟังเป็นยุติได้แล้วว่าเป็นกรณีที่มีข้อสัญญาอนุญาตตุลาการระหว่างคู่ความจริง<sup>28</sup>

สำหรับบทบัญญัติในส่วนที่กฎหมายกำหนดว่า “ให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ” ควรหมายความว่าเมื่อคู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาตตุลาการแล้วปรากฏว่า มีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินการทางอนุญาตตุลาการต่อไปได้ จนคดีเสร็จสมบูรณ์ คู่กรณีจึงจะสามารถนำข้อพิพาทนั้นมาฟ้องร้องเป็นคดีในศาลได้<sup>29</sup> ในกรณีดังกล่าวหากคดีกำลังจะขาดอายุความ แต่ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ และปรากฏว่าในภายหลังมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินการทางอนุญาตตุลาการต่อไปได้จนคดีเสร็จสมบูรณ์เกิดขึ้นก็ไม่เกิดปัญหาเรื่องคดีขาดอายุความเพราะ มาตรา 193/14(4) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “อายุความย่อมระงับหยุดลงในกรณีดังต่อไปนี้...(4) เจ้าหนี้ได้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณา” กล่าวคือ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น และเจ้าหนี้ได้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณาเพื่อชี้ขาดตามสัญญาอนุญาตตุลาการแล้ว อายุความสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ก็ย่อมระงับหยุดลงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/14(4) ไปด้วย อย่างไรก็ตาม อาจเกิดปัญหาว่าเมื่อเจ้าหนี้ได้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดตามสัญญาอนุญาตตุลาการแล้ว จะถือว่าการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการเริ่มต้นขึ้นตั้งแต่เมื่อใด เพราะบทบัญญัติในมาตรา 193/14(4) ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน

เกี่ยวกับปัญหานี้ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 27 บัญญัติว่า “ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการ ให้ถือว่ามี การมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการ

<sup>28</sup> สรวีศ ลิ้มปรางษี. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12*. หน้า 59-60.

<sup>29</sup> อนันต์ จันทโรภากร. (2536). *กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการนอกศาล*. กรุงเทพฯ : นิติธรรม. หน้า 58.

พิจารณาตามมาตรา 193/14(4) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะเริ่มต้นในกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ระงับข้อพิพาทนั้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

(2) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งบอกกล่าวเป็นหนังสือแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการหรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้น

(3) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแจ้งข้อพิพาทที่ประสงค์จะระงับต่อคณะอนุญาโตตุลาการในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดคณะอนุญาโตตุลาการไว้

(4) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันได้<sup>30</sup>

3. ศาลต้องไต่สวนคำร้องก่อนมีคำสั่งจำหน่ายคดีว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับได้จริงหรือไม่ โดยให้คู่สัญญาฝ่ายที่ฟ้องคดีมีโอกาสคัดค้านภายในระยะเวลาตามที่ศาลกำหนด เช่น ศาลอาจกำหนดให้ทำคำคัดค้านภายในระยะเวลา 7 วัน หรือภายในระยะเวลาตามที่ศาลนัดในครั้งต่อไป ถ้าศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่จะทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย ตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 14 วรรคหนึ่งตอนท้าย

4. บทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 14 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มเติมขึ้นมาซึ่งแต่เดิมในมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้บัญญัติเอาไว้ โดยลอกแบบมาจากกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) Article 8 เรื่อง Arbitration agreement and substantive claim before court ข้อ 2<sup>31</sup> ซึ่งกำหนดว่าในระหว่างการพิจารณาคำร้องของศาล คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเริ่ม

<sup>30</sup> มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เป็นมาตราที่บัญญัติเพิ่มเติมขึ้นมาโดยลอกแบบมาจาก UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration มาตรา 21 เรื่อง Commencement of arbitral proceedings.

<sup>31</sup> "2. Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court."

ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ หรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการระบวนพิจารณาต่อไป และมีคำชี้ขาดในข้อพิพาทนั้นได้ ทั้งนี้ น่าจะเป็นเพราะกฎหมายป้องกันมิให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้ามาขัดขวางการดำเนินการตามสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยการไปฟ้องคดีต่อศาล<sup>32</sup> หรืออีกนัยหนึ่งเพื่อลดปัญหาการฟ้องคดีโดยมีเจตนาหลีกเลี่ยงการดำเนินการตามสัญญาอนุญาโตตุลาการนั่นเอง

### 3.2.6 วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

ในกระบวนการวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น พอจะแบ่งออกเป็น 2 ส่วนใหญ่ๆ คือ การเริ่มต้นของการอนุญาโตตุลาการ และกระบวนการวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

#### 3.2.6.1 การเริ่มต้นของการอนุญาโตตุลาการ

แต่เดิมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้บัญญัติเอาไว้ว่าให้วันใดเป็นวันเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ ทั้งที่เป็นเรื่องที่มีความสำคัญเพราะมีความสัมพันธ์กับการใช้สิทธิเรียกร้องและระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการที่กำหนดให้คู่พิพาทต้องเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ในปัจจุบันพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 27 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการเริ่มต้นของการอนุญาโตตุลาการเอาไว้ว่าจะเริ่มในกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ระงับข้อพิพาทนั้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

(2) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งบอกกล่าวเป็นหนังสือแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการหรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้น

(3) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแจ้งข้อพิพาทที่ประสงค์จะระงับต่อคณะอนุญาโตตุลาการในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดคณะอนุญาโตตุลาการไว้

(4) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันได้

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration มาตรา 21 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการเริ่มต้นของการอนุญาโตตุลาการไว้เพียงกรณีเดียว คือ จะเริ่มต้นในวันที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับคำบอกกล่าวจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ระงับข้อพิพาทนั้นโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น (หลักการเดียวกับบทบัญญัติในมาตรา 27(1) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545)

<sup>32</sup> สรวิศ ลิ้มปริงซี่. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 60.



### 3.2.6.2 กระบวนการวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

หลักพื้นฐานของวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ คือ การดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปตามที่คู่พิพาทตกลงกำหนดไว้ แต่หากในเรื่องใดที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงไว้ หรือไม่สามารถหาข้อสรุปร่วมกันได้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาจึงจะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งสอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระของคู่สัญญาในการกำหนดกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการในกฎหมายแม่แบบฯ โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในวรรคสองของมาตรา 25 ดังนี้

"ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ได้ตามความเห็นสมควร อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ให้รวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐาน และการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงด้วย"

วิธีพิจารณาหรือกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะเริ่มต้นหลังจากที่อนุญาโตตุลาการได้รับแต่งตั้งให้ทำหน้าที่โดยสมบูรณ์ครบถ้วนแล้ว โดยอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ทำหน้าที่นัดคู่พิพาททั้งสองฝ่ายมาพร้อมกันเพื่อกำหนดสถานที่และวันเวลาที่จะทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท สำหรับหลักเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับวิธีพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการที่สำคัญได้แก่

1. หลักประการสำคัญที่อนุญาโตตุลาการจะต้องคำนึงถึงในการดำเนินกระบวนการพิจารณา คือ หลักการปฏิบัติต่อคู่พิพาทอย่างเท่าเทียม ซึ่งปรากฏอยู่ใน มาตรา 25 วรรคแรก หลักการดังกล่าวทำให้อนุญาโตตุลาการต้องเปิดโอกาสเสนอพยานหลักฐานเพื่อประกอบข้อเรียกร้องหรือข้อโต้แย้งของตนไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ รวมทั้งการเดินเผชิญสืบได้เท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์ของข้อพิพาทนั้น แต่การปฏิบัติต่อคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมมิได้หมายถึงการปฏิบัติต่อคู่พิพาทเหมือนกันทุกประการ และการให้โอกาสนำเสนอพยานหลักฐานก็ได้เป็นสิทธิที่ให้แก่คู่พิพาทอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด แต่ต้องพิจารณาพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทด้วย เพื่อมิให้มีการประวิงการดำเนินกระบวนการพิจารณา

2. ในส่วนของข้อกำหนดประเด็นข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดฝ่ายที่เรียกร้องจะต้องเสนอ "ข้อเรียกร้อง" ที่ระบุข้อเท็จจริงที่สนับสนุนข้อเรียกร้อง ประเด็นที่พิพาทและคำขอที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการบังคับให้อีกฝ่ายปฏิบัติ ส่วนฝ่ายที่ถูกเรียกร้องจะต้องยื่น "คำคัดค้าน" ที่แสดงรายละเอียดเกี่ยวกับข้อต่อสู้ของตนเพื่อโต้แย้งข้ออ้างของอีกฝ่าย และเมื่อมีการยื่นข้อเรียกร้องและคำคัดค้านแล้ว คู่พิพาทจะขอแก้ไขเพิ่มเติมข้อเรียกร้องหรือคำ

คัดค้านในระหว่างพิจารณาก็ได้ แต่อนุญาตตุลาการจะไม่อนุญาตก็ได้หากเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมจะทำให้เกิดความล่าช้า

3. การสืบพยานในชั้นอนุญาตตุลาการเป็นโอกาสให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้เสนอพยานหลักฐานของตนอย่างเต็มที่เพื่อที่จะให้อนุญาตตุลาการรับฟังข้อเท็จจริงในส่วนของตน ซึ่งการสืบพยานในชั้นอนุญาตตุลาการจะมีความยืดหยุ่น ไม่เคร่งครัดดังเช่นการสืบพยานในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล อย่างไรก็ตาม กฎหมายมิได้บังคับว่าการสืบพยานในชั้นอนุญาตตุลาการจะต้องทำในรูปแบบใด หากคู่พิพาทมิได้กำหนดวิธีการนำสืบพยานอนุญาตตุลาการก็มีอำนาจที่จะกำหนดรูปแบบการนำสืบพยานหลักฐานได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 30

นอกจากนี้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการในบางกรณีอนุญาตตุลาการก็ไม่สามารถดำเนินการบางอย่างได้ด้วยตนเอง เนื่องจากไม่มีอำนาจในการดำเนินการในเรื่องนั้นๆ เช่น การออกหมายเรียกพยานบุคคลเพื่อให้มาเป็นพยานหรือให้ถ้อยคำหรือการให้บุคคลภายนอกหรือคู่พิพาทส่งพยานเอกสารหรือพยานวัตถุเพื่อใช้ประกอบการพิจารณา การใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีระหว่างการพิจารณาอนุญาตตุลาการหรือคู่พิพาทจำเป็นต้องร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจออกหมายเรียกพยานจากบุคคลภายนอกหรือคู่พิพาท ตามมาตรา 33 หรือออกคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณี ตามมาตรา 16

### 3.2.7 คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

เมื่ออนุญาตตุลาการทำการพิจารณาพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่พิพาทเสนอจนครบถ้วนแล้ว ก็ต้องทำคำชี้ขาดข้อพิพาทนั้นโดยตัดสินให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายกระทำการหรือละเว้นกระทำการ หรือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โดยคณะอนุญาตตุลาการจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ถ้ามีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) ไม่ใช่ กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ของประเทศนั้น แต่ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้กับข้อพิพาทไว้ ก็ให้คณะอนุญาตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมายก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้ (พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 34 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง)

สำหรับหลักเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น แม้ว่าโดยหลักแล้ว คำชี้ขาดจะผูกพันคู่พิพาททุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องตามที่บัญญัติในมาตรา 41 แต่หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าว การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องให้ศาลที่มีเขตอำนาจมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาด เนื่องจากการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวเป็นเรื่องอำนาจรัฐ หากให้อนุญาโตตุลาการหรือคู่พิพาทซึ่งเป็นเอกชนสามารถบังคับได้ด้วยตนเองก็อาจเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคมได้

อย่างไรก็ตาม ศาลอาจปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์เหตุที่ทำให้คำชี้ขาดดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 43 ซึ่งเหตุที่จะทำให้ศาลปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่เป็นสาเหตุเดียวกับเหตุแห่งการคัดค้านหรือเพิกถอนคำชี้ขาด เช่น คู่สัญญาไม่สามารถบกพร่อง สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้อง มีความผิดปกติในกระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาดไม่มีผลผูกพันคู่กรณี แต่ในมาตรา 43 ได้เพิ่มเหตุที่ศาลอาจปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดอีกกรณี คือ กรณีที่คำชี้ขาดนั้นยังไม่มีผลผูกพันหรือได้ถูกเพิกถอนหรือระงับใช้โดยศาลที่มีเขตอำนาจหรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด ตามมาตรา 43(6) ซึ่งกรณีเหล่านี้ไม่มีคำชี้ขาดที่ผูกพันจึงไม่มีกรณีที่จะขอเพิกถอน จึงไม่มีเหตุแห่งการเพิกถอนในมาตรา 40

นอกจากนี้ ศาลอาจปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดหากศาลเห็นได้เองว่า คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ หรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งเป็นเหตุเดียวกับที่ศาลอาจยกเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อศาลได้พิจารณาและมีคำสั่งหรือคำพิพากษาเป็นอย่างไรแล้ว มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดห้ามมิให้คู่พิพาทอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลอีก เพื่อให้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการเสร็จสิ้นอย่างรวดเร็ว เว้นแต่กรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์ได้ ซึ่งมีอยู่ 5 กรณี ดังนี้

1. การบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
2. คำสั่งหรือคำพิพากษาฝ่าฝืนบทกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน

3. คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นไม่ตรงกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ
4. ผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาคดีได้ทำความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษา
5. กรณีที่เป็นคำสั่งเกี่ยวข้องด้วยการใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณี

### 3.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครุฑแทนตามกฎหมายไทย

แม้ว่าในขณะนี้ประเทศไทยได้มีร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.....แล้วก็ตาม แต่ยังมีได้มีการประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย ดังนั้น ในเรื่องสัญญารับตั้งครุฑแทนจึงยังคงต้องนำหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา มาปรับใช้ และต้องพิจารณาว่าสามารถนำมาปรับใช้ได้มากน้อย และมีประสิทธิภาพเพียงใด โดยจะพิจารณาในเรื่องการเกิดสัญญา ความสมบูรณ์ของสัญญา และการเกิดข้อพิพาท

#### 3.3.1 การเกิดสัญญา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีได้บัญญัติคำนิยามของคำว่า "สัญญา" ไว้โดยตรง แต่ได้บัญญัติคำนิยามของคำว่า "นิติกรรม" ไว้ในมาตรา 149 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ"

ดังนั้น เมื่อสัญญา คือ นิติกรรมหลายฝ่าย คำนิยามของคำว่า "สัญญา" จึงสามารถอาศัยคำนิยามของคำว่า "นิติกรรม" มาเทียบเคียงได้ และนอกจากนี้ยังมีพจนานุกรมและนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า "สัญญา" ไว้ เช่น

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสณีย์ ปราโมช ให้ความหมายไว้ว่า "สัญญา คือ การที่บุคคลสองฝ่ายแสดงเจตนาทำนิติกรรมค้ำเสนอค้ำสนองรับ มีความประสงค์ตกลงตรงกัน และร่วมใจกันในอันที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์กันอย่างไรก็ตามอย่างหนึ่งเกิดขึ้น"<sup>33</sup>

รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์ ให้ความหมายไว้ว่า "สัญญาหมายถึงนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่

<sup>33</sup> เสณีย์ ปราโมช. (2527). *ประมวลแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2)*. กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 336.

สองฝ่ายขึ้นไปที่มีมุ่งจะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์<sup>34</sup>

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ ให้ความหมายไว้ว่า "สัญญา คือ นิติกรรมหลายฝ่ายที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป อันต่างกับนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียว การแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปนั้น แต่ละฝ่ายอาจเป็นบุคคลเดียวหรือหลายคนรวมเป็นฝ่ายเดียวกันก็ได้"<sup>35</sup>

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยามไว้ว่า "สัญญา คือ ข้อตกลงระหว่างบุคคลสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายว่าจะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง"<sup>36</sup>

จากความหมายดังกล่าวข้างต้นสาระสำคัญของสัญญาจึงประกอบด้วย

1. ต้องมีบุคคลเป็นคู่สัญญาดังแต่สองฝ่ายขึ้นไป กล่าวคือ มีผู้เสนอฝ่ายหนึ่งและผู้สนองอีกฝ่ายหนึ่งโดยคู่สัญญาแต่ละฝ่ายอาจมีเพียงบุคคลเดียวหรือมีหลายบุคคลรวมเป็นฝ่ายเดียวกันก็ได้

2. ต้องมีการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและคำสนอง ซึ่งคำเสนอและคำสนอนั้นต้องถูกต้องตรงกัน

3. ต้องมีวัตถุประสงค์ของสัญญา กล่าวคือ จุดประสงค์หรือความมุ่งหมายในการทำสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาว่าประสงค์จะทำอะไร ก่อให้เกิดความผูกพันกันตามกฎหมายระหว่างคู่สัญญา

จึงอาจสรุปได้ว่าสัญญานั้นจะเกิดขึ้นได้เมื่อคำเสนอและคำสนองของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปถูกต้องตรงกัน ดังนั้น สัญญารับตั้งครุภแทน ย่อมต้องใช้หลักการเกิดสัญญาตามหลักนิติกรรม-สัญญาเช่นเดียวกัน โดยต้องมีผู้เสนอและผู้สนองอย่างน้อยฝ่ายละหนึ่งบุคคล และคำเสนอและคำสนอนั้นต้องถูกต้องตรงกัน กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาแต่ละสัญญาย่อมสามารถเป็นได้ทั้งผู้เสนอหรือผู้สนอง ขึ้นอยู่กับแต่ละกรณีว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ต้องการให้เกิดสัญญาขึ้นก่อน ซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) เช่น

<sup>34</sup> ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์. (2550). คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง. (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 233.

<sup>35</sup> ศักดิ์ สนองชาติ. (2547). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ : นิติบรรณาการ. หน้า 333.

<sup>36</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542. (2546). กรุงเทพฯ : นานมีบุ๊คส์พับลิเคชันส์. หน้า 1162.

ในการเกิดสัญญารับตั้งกรรมแทนนั้น ถ้าผู้ขอให้ตั้งกรรมแทนต้องการที่จะมีบุตร ผู้ขอให้ตั้งกรรมแทนก็จะเป็นผู้เสนอ แต่ถ้าผู้รับตั้งกรรมแทนต้องการรับตั้งกรรมแทน ผู้รับตั้งกรรมแทนก็จะเป็นผู้เสนอ และอีกฝ่ายหนึ่งก็จะเป็นผู้สนอง แล้วแต่กรณี

ส่วนการเกิดสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งกรรมแทนและสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้รับตั้งกรรมแทนนั้นถ้าพิจารณาถึงลักษณะของสัญญาแล้ว จะพิจารณาได้ว่าในกรณีต่างๆ ไปแล้ว การรับตั้งกรรมแทนนั้นต้องเกิดสัญญารับตั้งกรรมแทนขึ้นก่อนหรืออย่างน้อยสัญญารับตั้งกรรมแทนก็เกิดพร้อมสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งกรรมแทนและสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้รับตั้งกรรมแทน แต่ถ้าผู้ขอให้ตั้งกรรมแทนหรือผู้รับตั้งกรรมแทนไม่สามารถหาคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในสัญญารับตั้งกรรมแทนได้ ผู้ขอให้ตั้งกรรมแทนหรือผู้รับตั้งกรรมแทนอาจเข้าทำสัญญากับแพทย์ก่อนเกิดสัญญารับตั้งกรรมแทนก็ย่อมได้

ส่วนการเกิดสัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งกรรมแทนกับผู้ขอให้ตั้งกรรมแทนหรือกับผู้รับตั้งกรรมแทนนั้นย่อมมีลักษณะการเกิดสัญญาตามหลักข้างต้นที่กล่าวไว้ว่า ฝ่ายใดจะเป็นผู้ต้องการให้เกิดสัญญาขึ้นก่อนเช่นเดียวกัน

เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้น สัญญานั้นจะมีผลผูกพันต่อคู่สัญญา คู่สัญญาจึงต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญา แต่ถ้าคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นๆ กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นเลย หรือเป็นการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้องตรงตามสัญญา ถือเป็นกรณีผิดสัญญา เมื่อมีการผิดสัญญาและคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาไม่สามารถบังคับให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาปฏิบัติตามสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้ หรืออาจจะบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหาย แต่อีกฝ่ายไม่ยินยอมให้เลิกสัญญา จึงถือว่าเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้ว

เช่นเดียวกับสัญญารับตั้งกรรมแทน ถ้าคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามที่ตนได้ตกลงไว้ในสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถดำเนินคดีเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ปฏิบัติตามสัญญา ปฏิบัติตามสัญญาได้ ถ้าสภาพแห่งนั้นเปิดช่องให้บังคับได้ (ถ้าสภาพแห่งนั้นไม่เปิดช่องให้บังคับได้และการที่มีได้ปฏิบัติตามสัญญานั้นทำให้เกิดความเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอาจฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213) หรืออาจบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้ โดยนำข้อพิพาทให้อนุญาตไต่ตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด

### 3.3.2 ความสมบูรณ์ของสัญญา

เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว สัญญาที่เกิดขึ้นนั้นจะสามารถบังคับได้ตามกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาต่อไปว่าสัญญานั้นมีความสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ เพราะการที่จะบังคับ

ตามสัญญาได้นั้นต้องเป็นสัญญาที่มีความสมบูรณ์ตามกฎหมายเท่านั้น

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เป็นทางเลือกที่ในปัจจุบันมีคู่กรณีนิยมใช้เป็นจำนวนมาก และตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ก็กำหนดประเภทของข้อพิพาทไว้กว้างๆ โดยข้อพิพาทที่จะใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้นั้น ต้องไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น ปัญหาต่อไปที่ผู้วิจัยจะศึกษา คือ สัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เพราะหากสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ใช่สัญญาที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญารับตั้งครรภ์แทนย่อมสมบูรณ์ตามกฎหมาย และสามารถนำการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทในกรณีที่เกิดข้อพิพาทได้

สัญญาที่เกิดขึ้นจากความตกลงของคู่กรณีจะสามารถบังคับได้ตามกฎหมายหรือไม่ ต้องเป็นสัญญาที่มีความสมบูรณ์ตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งการพิจารณาว่าสัญญาที่มีความสมบูรณ์หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญา ดังจะได้อธิบายต่อไปนี้

วัตถุประสงค์สัญญา คือ ประโยชน์สุดท้ายที่ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมมุ่งประสงค์ที่จะให้เกิด ให้มีขึ้น<sup>37</sup> ซึ่งก็คือ ข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีความประสงค์อย่างไร

สำหรับวัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งครรภ์แทนสามารถแยกได้ ดังต่อไปนี้<sup>38</sup>

1. สัญญาระหว่างผู้รับตั้งครรภ์แทนกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน

วัตถุประสงค์ของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน คือ การได้รับบริการฝากเลี้ยงตัวอ่อน

วัตถุประสงค์ของผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรภ์แทนว่าผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

ก. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงิน หรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ข. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้

<sup>37</sup> เสนีย์ ปราโมช. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33*. หน้า 132.

<sup>38</sup> กานต์ กาญจนะไพบูลย์. (2550). *ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน*. วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 33-34.

2. สัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน

วัตถุประสงค์ของแพทย์นั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรรภ์แทนว่าผู้รับตั้งครรรภ์นั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

- ก. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงิน หรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์
  - ข. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้
- วัตถุประสงค์ของผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน คือ การได้รับบริการเพื่อให้เกิดการตั้งครรรภ์แทนขึ้น

3. สัญญาระหว่างแพทย์กับผู้รับตั้งครรรภ์แทน

วัตถุประสงค์ของแพทย์ คือ การให้บริการเพื่อให้เกิดการตั้งครรรภ์แทนขึ้น (ตามสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน)

วัตถุประสงค์ของผู้รับตั้งครรรภ์แทน คือ การได้รับบริการเพื่อให้เกิดการตั้งครรรภ์แทนขึ้น (ตามสัญญารับตั้งครรรภ์แทน)

4. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนกับผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน

วัตถุประสงค์ของผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรรภ์แทนว่าผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

- ก. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงิน หรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์
  - ข. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้
- วัตถุประสงค์ของผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน คือ การได้รับบริการเพื่อให้เกิดการตั้งครรรภ์แทนขึ้น

5. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนกับผู้รับตั้งครรรภ์แทน

วัตถุประสงค์ของผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรรภ์แทนว่าผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

- ก. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงิน หรือผลประโยชน์



โยชนีในเชิงพาณิชย์

ข. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ต้องการตั้งครรภ์

วัตถุประสงค์ของผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรภ์แทนว่าผู้รับตั้งครรภ์นั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

ก. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงิน หรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ข. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้

#### 6. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับแพทย์

วัตถุประสงค์ของผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรภ์แทนว่าผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

ก. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงิน หรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ข. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้

วัตถุประสงค์ของแพทย์นั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรภ์แทนว่าผู้รับตั้งครรภ์นั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่คือ

ก. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงิน หรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ข. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้

เมื่อได้ทราบถึงวัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งครรภ์แทนแล้วจึงต้องพิจารณาต่อไปว่า วัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ดังนี้

โดยมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการ...ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ"

ดังนั้นจากบทบัญญัติมาตรา 150 ข้างต้น ทำให้สามารถแบ่งพิจารณาวัตถุประสงค์ได้

ดังนี้<sup>39</sup>

คำว่า "วัตถุประสงค์เป็นการขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน" มิได้มีการนิยามหรืออธิบายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลที่จะพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ใดขัดหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยจะขอแยกออกเป็น วัตถุประสงค์ที่เป็นการขัดความสงบเรียบร้อยของประชาชน และ วัตถุประสงค์ที่เป็นการขัดศีลธรรมอันดีของประชาชน

### 3.3.2.1 วัตถุประสงค์เป็นการขัดความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ การที่ประชาชนดำรงชีวิตได้อย่างสงบสุข เมื่อประชาชนสงบสุขสังคมก็จะดำรงอยู่ได้ และเป็นการคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน ซึ่งอาจหมายถึง ข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชนเพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้เพื่อคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนที่อยู่ในสังคมนั้นเอง ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน ได้แก่

1. ความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ
2. ความสงบเรียบร้อยทางครอบครัว
3. ความสงบเรียบร้อยทางการเมือง การปกครอง เช่น การทำสัญญาตกลงยกเว้นหรือเปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตย
4. ความสงบเรียบร้อยทางวิชาชีพในวิชาชีพบางประเภท เช่น สัญญาจ้างว่าความที่ผู้ว่าจ้างตกลงให้ค่าตอบแทนแก่ทนายความเป็นจำนวนร้อยละ 3 ของมูลค่าของทรัพย์สินมรดกหรือจำนวนเงินที่ได้รับ

### 3.3.2.2 วัตถุประสงค์ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

ศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ หลักจริยธรรมศีลธรรมวัฒนธรรมประเพณีความรู้ สึกนึกคิดในแง่ทางจิตใจของประชาชนส่วนรวม ซึ่งอาจแตกต่างกันไปในแต่ละสังคม แต่ละยุค แต่ละสมัย สิ่งที่สังคมไม่ยอมรับในสมัยหนึ่ง ในอีกสมัยหนึ่งอาจเป็นที่ยอมรับในสังคมเดิมได้ นิติกรรมบางอย่างอาจแยกไม่ออกว่าเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจเข้าทั้งสองกรณีก็ได้

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยส่วนใหญ่แล้วจะมีความเกี่ยวพันกัน ซึ่งเป็นการยากที่จะแบ่งให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าวัตถุประสงค์ใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือวัตถุประสงค์ใดขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยส่วน

<sup>39</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 37-40

ใหญ่แล้วในการพิจารณาคดีของศาล ศาลจะวินิจฉัยโดยรวมเลยว่าวัตถุประสงค์นั้นๆ เป็นวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน

จากการที่ศาลเป็นผู้พิจารณาว่าวัตถุประสงค์ใดขัด หรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในประเทศไทยนี้ยังไม่เคยมีคดีใดๆที่มีความเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนชั้นสู่ศาลเลยทำให้ยังคงเป็นที่ถกเถียงระหว่างนักกฎหมายด้วยกันว่าวัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งครรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ จึงสรุปความเห็นของนักกฎหมายได้เป็นสองความเห็นด้วยกัน คือ

ฝ่ายแรก เห็นว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนมีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะเท่ากับว่าเป็นการซื้อขายแลกเปลี่ยนเด็ก เป็นการเช่ามดลูกและเนื้อตัวร่างกายของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นแม่ลดลงคงเหลือแค่ความเป็นโรงงานผลิตมนุษย์ ซึ่งยังคงเป็นปัญหาทั้งด้านกฎหมาย ด้านจริยธรรม ด้านสังคม จึงไม่สามารถบังคับใช้สัญญารับตั้งครรภ์แทนได้ สัญญาเป็นโมฆะ

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีวัตถุประสงค์ที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาดังกล่าวนี้เป็นไปเพื่อช่วยเหลือคู่สมรสที่มีบุตรยากให้มีบุตรไว้สืบสกุลโดยที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นแต่เพียงผู้ให้การเลี้ยงดูทารกในครรภ์ให้เจริญเติบโตเท่านั้น ซึ่งเปรียบเหมือนการรับเลี้ยงดูเด็กตามธรรมดาทั่วไป ดังนั้นสัญญารับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสัญญาที่สมบูรณ์และบังคับได้ตามกฎหมาย

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนนี้มีวัตถุประสงค์ที่มีทั้งขัดและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งขึ้นอยู่กับประเภทของการตั้งครรภ์แทนและคุณลักษณะของคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทน ดังต่อไปนี้

1) ประเภทของการรับตั้งครรภ์แทน หากเป็นกรณีของการรับตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination Surrogacy) และการรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิในร่างกาย (In Vitro Fertilization Surrogacy) ซึ่งส่วนใหญ่แล้วการรับตั้งครรภ์แทนทั้งสองประเภทจะใช้เชื้ออสุจิและไข่ของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน หรืออย่างน้อยก็ใช้เชื้ออสุจิหรือไข่ของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนอย่างใดอย่างหนึ่งในการผสมเทียม เพื่อให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ซึ่งความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมระหว่างเด็กกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้นย่อมเป็นเหตุผลและจุดมุ่งหมายของการรับตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์ประเภทดังกล่าวจึงมีเหตุผลอันสมควรที่ให้กระทำได้ จึงไม่น่าขัดต่อความสงบ

เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

แต่การรับตั้งครรรค์แทนก็สามารถเกิดขึ้นได้โดยใช้เชื้ออสุจิและไข่ที่ผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนไม่ได้เป็นเจ้าของ เด็กที่เกิดมานั้นย่อมไม่มีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมใดๆ กับผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนเลย การรับตั้งครรรค์แทนเช่นนี้จึงไม่เกิดประโยชน์สมจุดมุ่งหมายที่ควรจะเป็นของการรับตั้งครรรค์แทน ซึ่งไม่ต่างจากการรับบุตรบุญธรรมทั่วไป จึงอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการรับตั้งครรรค์แทนที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร เพราะเด็กที่เกิดมาไม่มีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมใดๆ กับผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนและทำให้เกิดผลกระทบต่อสังคมมากกว่าประโยชน์ที่ผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนได้รับ ดังนั้นจึงอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ ซึ่งในกรณีนี้ หากมีการประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.....จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับนิยามของคำว่า "การตั้งครรรค์แทน" ไว้ชัดเจนและจะทำให้การรับตั้งครรรค์แทนไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนจะต้องมีข้อตกลงไว้กับสามีภริยาที่ขอด้วย กฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรรค์แทนก่อนการดำเนินการตั้งครรรค์แทนว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรขอด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่ขอด้วยกฎหมายนั้น (ตามร่างมาตรา 3) โดยการดำเนินการตั้งครรรค์แทนกระทำได้สองกรณี คือ กรณีแรก การตั้งครรรค์แทนจะเกิดจากการใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีภริยาที่ขอด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรรค์แทน และกรณีที่สอง การตั้งครรรค์แทนเกิดจากการใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ขอด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรรค์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน<sup>40</sup>

2) คุณลักษณะของคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรรค์แทน ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายกำหนดคุณลักษณะของคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรรค์แทนไว้ ทั้งไม่มีการกำหนดอายุขั้นต่ำในการเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรรค์แทน แต่หากลองพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ซึ่งบัญญัติว่า "การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว" จะเห็นได้ว่ากฎหมายยอมให้แต่งงานกันได้ตอนอายุ 17 ปี ซึ่งการแต่งงานนั้นเป็น

<sup>40</sup> ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.....มาตรา 22 "การดำเนินการให้มีการตั้งครรรค์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้สองวิธี ดังต่อไปนี้

- (1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีและภริยาที่ขอด้วยกฎหมาย
- (2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ขอด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรรค์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน"

ที่มาของความเป็นบิดามารดา และการตั้งครรภ์ ดังนั้นคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนถ้ามีอายุต่ำกว่า 17 ปี น่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยจะขอแบ่งการพิจารณาคุณลักษณะของคู่สัญญา ดังนี้<sup>41</sup>

1. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ได้แก่

ก. คู่สมรส หมายถึง สามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น

1) คู่สมรสที่ภรรยาสามารถมีบุตรได้แต่ไม่ต้องการตั้งครรภ์ด้วยตนเองไม่อาจจะด้วยเหตุผลใดๆ ก็ตาม เช่น ไม่ต้องการตั้งครรภ์เพราะไม่ยากให้รูปร่างของตนเปลี่ยนแปลงไปหรือกลัวทนความเจ็บปวดไม่ไหว ถือได้ว่าไม่มีเหตุผลอันเพียงพอในการเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน แต่จะเป็นลักษณะที่ไม่ต้องการให้เป็นไปตามขั้นตอนธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งอาจทำให้ค่านิยมของการมีบุตรผิดแปลกแตกต่างไปจากเดิมซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และมีโทษในเชิงสังคมมากกว่าผลดี จึงน่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

2) คู่สมรสที่ภรรยาไม่สามารถมีบุตรได้ตามธรรมชาติ เพราะปัญหาด้านสุขภาพหรือความปลอดภัยของภรรยา หมายถึง หากภรรยาตั้งครรภ์ด้วยตนเองอาจจะเกิดอันตรายต่อภรรยาได้ เช่น ภรรยาเป็นโรคหัวใจ โรคไต โรคตับ โรคที่เกี่ยวกับต่อมไร้ท่อ หรือในอีกกรณีหนึ่งคือ สภาพร่างกายของภรรยาไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ เช่น ภรรยาไม่มีมดลูกหรือมีความบกพร่องที่มดลูก ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นวิธีการสุดท้ายที่ทำให้คู่สมรสสามารถมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับคู่สมรสทั้งสองฝ่ายหรือกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ การรับตั้งครรภ์แทนลักษณะนี้จึงมีเหตุอันสมควรในการเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้ แต่ยังคงต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าคู่สมรสทั้งสามีและภรรยาจะต้องเข้าเป็นคู่สัญญาฝ่ายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนทั้งสองคนหรือไม่ ดังนี้

- สามีและภรรยา เป็นกรณีที่มีความเหมาะสมที่สุดในการเป็นคู่สัญญาฝ่ายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน เพราะแสดงว่าทั้งคู่ต้องการมีบุตร และทั้งการมีบุตรโดยปกติแล้วเกิดจากความต้องการของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย

- สามีหรือภรรยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ในกรณีนี้อาจมีปัญหาที่อาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะสามีและภรรยาต้องใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน แต่

<sup>41</sup> กานต์ กาญจนะไพบุลย์. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 38*. หน้า 40-42.

เป็นกรณีที่ฝ่ายหนึ่งต้องการมีบุตร แต่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ต้องการมีบุตร

ความเห็นที่แตกต่างขัดแย้งกันนี้ย่อมอาจทำให้เกิดปัญหาครอบครัวตามมาได้และไม่เป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็กที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ดังนั้น ในกรณีนี้ควรได้รับความเห็นชอบ หรือได้รับความยินยอมที่เป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งก่อน

ข. ชายโสด หญิงโสด ผู้รักเพศเดียวกัน ในกรณีนี้ยังไม่มีเหตุอันสมควรที่จะเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้เพราะเป็นสิ่งที่ผิดไปจากธรรมชาติมากเกินไป ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อสังคม และยิ่งไปกว่านั้นผลกระทบย่อมเกิดต่อเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งเด็กต้องการทั้งบิดาและมารดา มิใช่เพียงบิดาหรือมารดาเพียงคนใดคนหนึ่ง และต้องเป็นบิดา มารดาตามปกติทั่วไปมิใช่บิดามารดาที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งการที่มีบิดามารดาเพศเดียวกันนี้อาจทำให้เด็กเกิดความสับสนและทำให้เด็กมองชีวิตคู่ต่างจากคนปกติทั่วไปได้จึงอาจจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้

อย่างไรก็ตาม หากร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.....ประกาศใช้ บุคคลผู้ที่จะเป็นผู้ขอรับตั้งครรภ์แทนได้ จะต้องเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้เท่านั้น (ร่างมาตรา 21(1))

2. ผู้รับตั้งครรภ์แทน สามารถแบ่งประเภทได้โดยพิจารณาจากสถานภาพการสมรสและการที่เคยตั้งครรภ์และคลอดเด็กหรือไม่

1) หญิงโสด

2) หญิงที่มีสามี หมายถึง หญิงที่ทำการจดทะเบียนสมรสกับชายโดยชอบด้วยกฎหมาย สมควรต้องได้รับความยินยอมจากสามีเป็นลายลักษณ์อักษรก่อนเพราะการรับตั้งครรภ์แทนนี้ย่อมมีผลกระทบต่อผู้รับตั้งครรภ์แทนและครอบครัวของผู้รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นระหว่างสามีและภรรยาได้

กรณีของผู้รับตั้งครรภ์แทนนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าไม่ว่าจะเป็นหญิงโสดหรือหญิงที่มีสามีซึ่งผ่านการตั้งครรภ์และการคลอดเด็กมาแล้วหรือไม่ก็ตาม ล้วนสามารถเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนได้โดยไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หากหญิงนั้นมีสุขภาพร่างกายที่สมบูรณ์แข็งแรงไม่มีโรคภัยไข้เจ็บ อยู่ในวัยที่พร้อมและสามารถตั้งครรภ์ได้ แต่ทั้งนี้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นควรบรรลุนิติภาวะแล้ว อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยยังเห็นว่าผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นควรผ่านการตั้งครรภ์มาแล้ว เนื่องจากผู้ที่ผ่านการตั้งครรภ์มาแล้วจะทราบถึงลักษณะและความรู้สึกของตนขณะตั้งครรภ์และหลังคลอดว่ามีผลเช่นไรบ้าง ซึ่งสามารถนำลักษณะและความรู้สึก

เหล่านั้นมาช่วยในการพิจารณาว่าตนสมควรเป็นผู้รับตั้งครรรภ์แทนหรือไม่

อย่างไรก็ตาม หากร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.....ประกาศใช้ บุคคลผู้ที่จะเป็นผู้รับตั้งครรรภ์แทนได้ จะต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้ว ถ้าหญิงนั้นมีสามีจะต้องได้รับความยินยอมจากสามีด้วย (ร่างมาตรา 21(3)) และหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนต้องมีใช่ผู้บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรรภ์ได้ (ร่างมาตรา 21(2))

3. ผู้จัดการตั้งครรรภ์แทน พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของผู้จัดการตั้งครรรภ์แทน แบ่งได้เป็น

1) วัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือผู้ที่ต้องการมีบุตร

ในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า ถ้าผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือผู้ที่ต้องการมีบุตร แม้จะมีการเก็บค่าธรรมเนียมเพื่อใช้สำหรับชำระค่าใช้จ่ายต่างๆ ของผู้จัดการตั้งครรรภ์แทน ทำให้ผู้จัดการตั้งครรรภ์สามารถดำรงชีพอยู่ได้ ผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนประเภทนี้ย่อมไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

2) วัตถุประสงค์เพื่อผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ในกรณีนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เป็นกรณีที่มีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะการที่ผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนเป็นบุคคลภายนอกที่มีได้มีส่วนได้เสียโดยตรงกับการรับตั้งครรรภ์แทน ทำให้ถูกมองได้ว่าเป็นคนกลางที่ต้องการเงินหรือผลตอบแทนอื่นใดจากการใช้ความสามารถในการสืบพันธุ์ของเพศหญิง เป็นนายหน้าในการเช่ามดลูกและเนื้อตัวร่างกายของหญิงผู้รับตั้งครรรภ์แทนทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นแม่ลดลงเหลือแค่ความเป็นโรงงานผลิตมนุษย์เท่านั้น

จากการศึกษาวิจัยทำให้ทราบว่า สัญญารับตั้งครรรภ์แทน อาจเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ก็ได้ โดยต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป ซึ่งถ้าสัญญารับตั้งครรรภ์แทนไม่ใช่สัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็สามารถนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้

### 3.4 บุคคลผู้เป็นคู่สัญญาและการเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องในสัญญารับตั้งกรรมแทน

เมื่อมีสัญญารับตั้งกรรมแทน ต่อไปก็จะทำการพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นคู่สัญญาในสัญญารับตั้งกรรมแทน และข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องในสัญญารับตั้งกรรมแทนว่ามีกรณีใดบ้าง ดังนี้

#### 3.4.1 คู่สัญญาที่เกี่ยวข้องในสัญญารับตั้งกรรมแทน

คู่สัญญาที่เกี่ยวข้องในสัญญารับตั้งกรรมแทน ได้แก่

3.4.1.1 ผู้ขอให้ตั้งกรรมแทน<sup>42</sup> หมายถึง บุคคลที่ต้องการมีบุตรโดยขอให้ผู้รับตั้งกรรมแทนตั้งกรรมแทน ซึ่งสามารถแบ่งประเภทได้ดังนี้

ก. คู่สมรส หมายถึง สามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ ชายกับหญิงที่ยอมอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาโดยการจดทะเบียนสมรสเป็นสามีภรรยากัน

คนส่วนใหญ่คิดว่า การมีครอบครัวที่สมบูรณ์นั้น บุตรถือเป็นองค์ประกอบสำคัญ การที่คู่สมรสไม่สามารถมีบุตรหรือไม่อยากมีบุตรโดยการตั้งกรรมตามธรรมชาติ ไม่ว่าจะเพราะสาเหตุใดก็ตาม เช่น คู่สมรสคนหนึ่งคนใดเป็นหมัน คู่สมรสคนหนึ่งคนใดมีสุขภาพหรือร่างกายที่ไม่สมบูรณ์แข็งแรง การไม่มีบุตรนี้ย่อมมีผลกระทบต่อความรู้สึกและจิตใจของคู่สมรส เพราะหากคู่สมรสหรือคู่สามีภรรยาไปเจอกับคนรู้จัก เพื่อน หรือญาติ ก็อาจต้องเจอคำถามว่า มีลูกหรือยัง มีลูกกี่คนแล้ว ถ้ายังไม่มีวางแผนว่าจะมีลูกกี่คน จากคำถามดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่าการมีบุตรถือว่าเป็นสิ่งที่สังคมไทยให้ความสำคัญมากและสำคัญมานับแต่อดีต นอกจากนั้น การมีลูกยังทำให้ครอบครัวแข็งแรงมั่นคงยิ่งขึ้น เพราะคู่สมรสทั้งสามีและภรรยาจะต้องมีความอดทนและให้อภัยกันมากขึ้น การกระทำต่างๆของสามีภรรยาย่อมมีผลกระทบต่อลูก ทำให้ก่อนที่สามีภรรยาจะทำอะไรต้องคำนึงถึงลูกด้วย การมีลูกจะทำให้ครอบครัวมีความรักและความอบอุ่นมากขึ้น คู่สมรสส่วนใหญ่จึงต้องการมีบุตร เมื่อคู่สมรสไม่สามารถมีบุตรได้โดยวิธีการธรรมชาติไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุใดก็ตาม จึงเกิดการขอให้ตั้งกรรมแทนขึ้น

1) สามีและภรรยา หมายถึง ทั้งสามีและภรรยาเป็นผู้ขอให้ตั้งกรรมแทน ในกรณีนี้ทั้งสามีและภรรยาต้องการที่จะมีบุตร หรือสามีหรือภรรยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องการมีบุตร และสามีหรือภรรยาอีกฝ่ายหนึ่งยอมที่จะเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาฝ่ายเดียวกับสามีหรือภรรยาของตน ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม จึงเป็นคู่สัญญาฝ่ายผู้ขอให้ตั้งกรรมแทนทั้งคู่

<sup>42</sup> กานต์ กาญจนะไพบุลย์. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 38*. หน้า 14-16.



2) สามีหรือภรรยา หมายถึง สามีหรือภรรยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ในกรณีนี้สามีหรือภรรยาเพียงฝ่ายเดียวต้องการมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับตนเอง หรือกับสามีหรือภรรยาของตน หรือกับทั้งตนเองและสามีหรือภรรยาของตน แต่ยังไม่ได้บอกให้คู่สมรสของตนทราบถึง การขอให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนหรือเป็นกรณีที่คู่สมรสอีกฝ่ายของตนไม่เห็นด้วยกับการขอให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน ดังนั้น หากเป็นอย่างกรณีหลังนี้อาจทำให้เกิดปัญหาระหว่างคู่สมรสขึ้น

ข. ชายโสด หมายถึง ชายที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับหญิง หรือเคยจดทะเบียนสมรสแล้วแต่ได้หย่ากับหญิงในภายหลัง เหตุผลในการเป็นคู่สัญญาฝ่ายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้อาจเป็นเพราะหาชีวิตไม่ได้ หรือเคยแต่งงานมาแล้วแต่ประสบปัญหาจนเกิดความกลัวในการมีชีวิตคู่อีกในอนาคต หรือไม่ว่าด้วยเหตุผลใดๆ ก็ตาม แต่ต้องการที่จะมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับตน

ค. หญิงโสด หมายถึง หญิงที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับชาย หรือเคยจดทะเบียนสมรสแล้วแต่ได้หย่ากับชายในภายหลัง เหตุผลในการเป็นคู่สัญญาฝ่ายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้อาจเป็นเพราะหาชีวิตไม่ได้ หรือเคยแต่งงานมาแล้วแต่ประสบปัญหาจนเกิดความกลัวในการมีชีวิตคู่อีกในอนาคต หรือไม่ว่าด้วยเหตุผลใดๆ ก็ตาม แต่ต้องการที่จะมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับตน

ง. ผู้รักเพศเดียวกัน หมายถึง ผู้ที่มีความรู้สึกรักใคร่ชอบพอกันในเพศเดียวกันแบบคู่สาว ซึ่งเกิดขึ้นได้ทั้งชายและหญิง เช่น คู่ Lesbian (หญิงที่รักเพศเดียวกัน) คู่ Gay (ชายที่รักเพศเดียวกัน) ยังไม่ทราบสาเหตุที่แน่นอนว่าทำไมถึงเกิดการรักเพศเดียวกันขึ้น บางคนเชื่อว่าเป็นเรื่องทางพันธุกรรมซึ่งเป็นมาแต่กำเนิด แต่บางคนเชื่อว่าเป็นผลมาจากการอบรมเลี้ยงดู ซึ่งบุคคลประเภทนี้ต้องการมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับตัวเอง เช่น คู่ Lesbian ต้องการมีบุตร อาจใช้วิธีนำไข่ของหญิงคู่รักคนหนึ่งไปผสมเทียมกับเชื้ออสุจิที่ได้รับจากการบริจาคแล้วนำตัวอ่อนที่ได้รับจากการผสมเทียมไปฝังไว้ในโพรงมดลูกของหญิงคู่รักอีกคนหนึ่ง ทำให้หญิงคู่รักเพศเดียวกันทั้งสองคนมีความรู้สึกเกี่ยวข้องกับบุตรเพราะหญิงคู่รักคนหนึ่งมีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับบุตรและหญิงคู่รักอีกคนหนึ่งตั้งครรภ์จึงเกิดความรู้สึกผูกพันกับเด็กระหว่างตั้งครรภ์ เป็นต้น

3.4.1.2 ผู้รับตั้งครรภ์แทน<sup>43</sup> หมายถึง หญิงที่ตกลงรับตั้งครรภ์แทนผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ซึ่งสามารถแบ่งประเภทได้ดังนี้

<sup>43</sup> กานต์ กาญจนะไพบุลย์. *อ่วงแล้วเชิงอรรถที่ 38*. หน้า 16.

ก. หญิงที่มีสามี หมายถึง หญิงที่จดทะเบียนสมรสกับชายโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว

ข. หญิงโสด หมายถึง หญิงที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับชาย หรือเคยจดทะเบียนสมรสแล้ว แต่ได้หย่ากับชายแล้วในภายหลัง

3.4.1.3 ผู้จัดการตั้งครรภ์แทน<sup>44</sup> หมายถึง ผู้อำนวยการความสะดวกให้กับบุคคลที่ต้องการมีบุตรในการจัดหาผู้ที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทน หรือให้กับบุคคลที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนในการจัดหาผู้ที่ต้องการมีบุตร และยังรวมถึงการอำนวยความสะดวกต่างๆ เช่น คัดเลือกผู้รับตั้งครรภ์แทน การผสมเทียม การรักษาทางการแพทย์ในระหว่างตั้งครรภ์และคลอดบุตร การให้บริการ ให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษา รวมทั้งจัดเตรียมสัญญาซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งคือ คนกลางที่คอยประสานงานต่างๆ

ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ควรเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือคู่สมรสที่ภรรยาไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ และต้องไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ โดยหน่วยงานต้องมีบุคลากรและอุปกรณ์ที่มีคุณภาพเพื่อสามารถคัดเลือกผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนที่มีความพร้อมและเหมาะสมได้

3.4.1.4 แพทย์<sup>45</sup> หมายถึง ผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์ ผู้ที่สำเร็จการศึกษาตามหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิต ได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามที่แพทยสภารับรอง และแพทย์ในกรณีนี้ต้องเป็นแพทย์ที่ได้รับหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย ที่ให้บริการทางการแพทย์ตามสัญญาให้เกิดการรับตั้งครรภ์แทนขึ้น แพทย์มีหน้าที่ต่างๆ ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

### 3.4.2 การเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องในสัญญารับตั้งครรภ์แทน

เมื่อมีการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนขึ้น กรณีอาจเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้ โดยลักษณะข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นได้ในสัญญารับตั้งครรภ์แทน มีดังนี้

#### 3.4.2.1 ข้อพิพาทระหว่างผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนกับผู้รับตั้งครรภ์แทน<sup>46</sup>

##### 1. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนผิดสัญญา

ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนไม่ปฏิบัติตามสัญญา เช่น ไม่นำตัวอ่อนที่ได้รับจากการผสม

<sup>44</sup> กานต์ กาญจนะไพบูลย์. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 38*. หน้า 16-17.

<sup>45</sup> กานต์ กาญจนะไพบูลย์. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 38*. หน้า 17.

<sup>46</sup> กานต์ กาญจนะไพบูลย์. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 38*. หน้า 51-52.

เทียมหรือเชื้ออสุจิให้แพทย์เพื่อเคลื่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่รับผิดชอบในส่วนของค่าใช้จ่ายในการรับตั้งครรภ์ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับตัวของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่อยู่ในครรภ์ ค่าตอบแทนอื่นแก่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนในกรณีที่มีการกำหนดค่าตอบแทน ไม่รับเลี้ยงเด็กที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนได้คลอดโดยการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเนื่องจากเด็กที่เกิดมามีความพิการ หรือผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนอยากได้ลูกที่เป็นผู้ชายแต่เด็กที่คลอดออกมาเป็นผู้หญิง

## 2. ผู้รับตั้งครรภ์แทนผิดสัญญา

ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ปฏิบัติตามสัญญา เช่น ไม่ยอมรับการผสมเทียมซึ่งกระทำโดยแพทย์ ไม่ยอมรับตั้งครรภ์แทนจนกระทั่งคลอด ไม่ยินยอมให้มีการตรวจสุขภาพของตนและของเด็กในครรภ์ระหว่างการตั้งครรภ์ ไม่ดูแลสุขภาพของตนและเด็กในครรภ์ ไม่ยอมจำกัดสิทธิต่างๆ ของตนเองที่อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพหรืออาจเกิดอันตรายต่อเด็กได้ในระยะเวลาตั้งครรภ์ ไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์เพื่อรักษาสุขภาพของตนเองและของเด็กในครรภ์ หรือภายหลังที่คลอดเด็กออกมาแล้วเกิดความรู้สึกผูกพันกับเด็กจนไม่ยอมมอบเด็กให้แก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน และสละความเป็นมารดาโดยยินยอมให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

### 3.4.2.2 ข้อพิพาทระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน<sup>47</sup>

สัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาจ้างทำของ โดยแพทย์เป็นผู้รับจ้างทำการผสมเทียม ดูแลรักษา ให้คำแนะนำแก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทน โดยผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะให้ค่าตอบแทนจากที่แพทย์กระทำการดังกล่าว

1. ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนผิดสัญญา ไม่ชำระค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ ไม่ยินยอมให้แพทย์ทำการผสมเทียม ไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำและคำสั่งของแพทย์

2. แพทย์ผิดสัญญา แพทย์ไม่ทำการผสมเทียมให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ไม่ให้คำแนะนำและกระทำการอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน ไม่ทำการผสมเทียมให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนตามประเภทที่ตกลง ประมาทเลินเล่อทำการผสมเทียมที่ไม่ใช่เชื้ออสุจิหรือไข่ของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนตามที่ได้ตกลงไว้ ไม่ตรวจสุขภาพ ไม่ดูแลรักษา ไม่ให้คำแนะนำ และกระทำการอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน

### 3.4.2.3 ข้อพิพาทระหว่างแพทย์กับผู้รับตั้งครรภ์แทน<sup>48</sup>

สัญญาระหว่างแพทย์กับผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นการที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนให้ความ

<sup>47</sup> กานต์ กาญจนะไพบุลย์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า 54.

<sup>48</sup> กานต์ กาญจนะไพบุลย์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า 55.

ยินยอมต่อแพทย์เพื่อให้แพทย์สามารถทำการผสมเทียมได้โดยไม่เป็นการละเมิดต่อผู้รับตั้งครรภ์แทน แต่ความยินยอมนั้นไม่เป็นนิติกรรม เพราะมิได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือเกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้ความยินยอมและผู้ได้รับความยินยอมแต่อย่างใด ความยินยอมส่งผลเพียงการที่ผู้ให้ความยินยอมสละประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง และความยินยอมมิได้ก่อให้เกิดสิทธิใดๆ ต่อผู้ได้รับความยินยอม จึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างแพทย์กับผู้รับตั้งครรภ์แทน ผู้รับตั้งครรภ์แทนจึงสามารถถอนความยินยอมที่ตนได้ให้ไว้เมื่อใดก็ได้ เมื่อความยินยอมไม่เป็นนิติกรรม ความยินยอมในส่วนนี้จึงไม่ใช่สัญญา แต่แพทย์มีหน้าที่ในการผสมเทียม ตรวจสุขภาพ ดูแลรักษาให้คำแนะนำ กระทำการอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนให้แก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งหน้าที่ของแพทย์ในส่วนนี้ยังคงเป็นสัญญาอยู่

1. ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ปฏิบัติตามความยินยอมที่ตนได้ให้ไว้ ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมให้แพทย์ผสมเทียม ไม่ดูแลรักษาสุขภาพ ไม่ไปตรวจสุขภาพตามคำแนะนำของแพทย์ ไม่กระทำการอื่นใดที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนตามคำสั่งแพทย์

2. แพทย์ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง แพทย์ไม่ทำการผสมเทียมโดยฉีดเชื้ออสุจิหรือเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าสู่โพรงมดลูกของผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ตรวจสุขภาพ ไม่ดูแลรักษา ไม่ให้คำแนะนำ ไม่กระทำการอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนเมื่อพิจารณาแล้วผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ที่จะได้รับความเสียหายจากการที่แพทย์ไม่ปฏิบัติตามที่ตนตกลงไว้ เพราะเป็นผู้ชำระค่าใช้จ่ายต่างๆ ดังนั้นผู้รับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ใช่ผู้ได้รับความเสียหายในกรณีนี้ แต่ถ้าแพทย์ได้ทำการผสมเทียมให้แก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนแล้ว แต่ไม่ตรวจสุขภาพ ไม่ดูแลรักษา ไม่ให้คำแนะนำ ไม่กระทำการอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน และเป็นเหตุให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนแท้งขึ้น ผู้รับตั้งครรภ์แทนจึงต้องรับการผสมเทียมใหม่ การที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องรับการผสมเทียมและตั้งครรภ์ใหม่นี้อาจถือได้ว่า ผู้รับตั้งครรภ์แทนได้รับความเสียหายแล้ว

#### 3.4.2.4 ข้อพิพาทระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน<sup>49</sup>

สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน เป็นสัญญาจ้างทำของโดยผู้จัดการตั้งครรภ์แทนจะอำนวยความสะดวกแก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน เพียงแค่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนทำสัญญากับผู้จัดการตั้งครรภ์แทน ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนจะดำเนินการทุกอย่าง ทุกขั้นตอนที่ทำให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้น

1. ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนผิดสัญญา ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนไม่ให้คำแนะนำและให้ข้อมูลเกี่ยวกับขั้นตอนการดำเนินการของผู้จัดการตั้งครรภ์แทน ราคาค่าใช้จ่าย ขั้นตอนการคัดเลือก

<sup>49</sup> กานต์ กาญจนะไพบุลย์ อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า 56.

ผู้รับตั้งครุฑแทน ขั้นตอนปฏิบัติทางการแพทย์และประเด็นข้อกฎหมาย ไม่คัดเลือกผู้รับตั้งครุฑแทนที่เหมาะสม ไม่จัดหาแพทย์เพื่อทำการผสมเทียม ตรวจสุขภาพ ดูแลรักษา ให้คำแนะนำ และกระทำการอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครุฑแทน ไม่ร่างสัญญาผู้รับตั้งครุฑแทนที่เหมาะสมกับผู้ขอให้ตั้งครุฑแทน

2. ผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนผิดสัญญา ผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนไม่ชำระค่าดำเนินการ ค่าอำนวยความสะดวกที่ผู้จัดการรับตั้งครุฑแทนจัดสรรให้

#### 3.4.2.5 ข้อพิพาทระหว่างผู้จัดการตั้งครุฑแทนกับผู้รับตั้งครุฑแทน<sup>50</sup>

สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครุฑแทนกับผู้รับตั้งครุฑแทน เป็นสัญญาจ้างทำของ โดยผู้จัดการตั้งครุฑแทนจะอำนวยความสะดวกแก่ผู้รับตั้งครุฑแทน เพียงแต่ผู้รับตั้งครุฑแทนทำสัญญากับผู้จัดการตั้งครุฑแทน ผู้จัดการตั้งครุฑแทนจะดำเนินการทุกอย่าง ทุกขั้นตอน ที่ทำให้เกิดการตั้งครุฑแทนขึ้น

1. ผู้จัดการตั้งครุฑแทนผิดสัญญา ผู้จัดการตั้งครุฑแทนไม่ให้คำแนะนำและให้ข้อมูลเกี่ยวกับ ขั้นตอน การดำเนินการของผู้จัดการตั้งครุฑแทน ราคาค่าใช้จ่ายที่ผู้รับตั้งครุฑแทนจะได้รับ (ถ้ามี) ขั้นตอนการคัดเลือกผู้ขอให้ตั้งครุฑแทน ขั้นตอนปฏิบัติทางการแพทย์ และประเด็นข้อกฎหมาย ไม่คัดเลือกผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนที่เหมาะสม ไม่จัดหาแพทย์เพื่อทำการผสมเทียม ตรวจสุขภาพ ดูแลรักษา ให้คำแนะนำ และกระทำการอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครุฑแทนต่อผู้รับตั้งครุฑแทน

2. ผู้รับตั้งครุฑแทนผิดสัญญา ผู้รับตั้งครุฑแทนไม่ยินยอมให้แพทย์ที่ผู้จัดการตั้งครุฑแทนจัดหา ทำการผสมเทียม ตรวจสุขภาพ ดูแลรักษา ให้คำแนะนำ และกระทำการอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการรับตั้งครุฑแทน

#### 3.4.2.6 ข้อพิพาทระหว่างผู้จัดการตั้งครุฑแทนกับแพทย์<sup>51</sup>

1. ผู้จัดการตั้งครุฑแทนผิดสัญญา ผู้จัดการตั้งครุฑแทนไม่จัดหาผู้ขอให้ตั้งครุฑแทน ไม่จัดหาผู้รับตั้งครุฑแทนมาให้แพทย์ดำเนินการเพื่อให้เกิดการตั้งครุฑแทนขึ้น

2. แพทย์ผิดสัญญา แพทย์ไม่ดำเนินการเพื่อให้เกิดการตั้งครุฑแทนขึ้นแก่ผู้รับตั้งครุฑแทนที่ผู้จัดการตั้งครุฑแทนจัดหา

<sup>50</sup> กานต์ กาญจนะไพบูลย์. *อ่าวแล้วเชิงอรรถที่ 38*. หน้า 57.

<sup>51</sup> กานต์ กาญจนะไพบูลย์. *อ่าวแล้วเชิงอรรถที่ 38*. หน้า 57-58.

### 3.5 กรณีศึกษาการรับตั้งครรภ์แทนที่เกิดในประเทศไทยในปัจจุบัน

ประเทศไทยขณะนี้ มีประเด็นที่กำลังเป็นปัญหาและเป็นที่ถกเถียงกันอย่างหนัก คือ เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2555 ที่ผ่านมา นายจรินทร์ ลักษณวิศิษฏ์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข แถลงว่า ได้รับรายงานจากโรงพยาบาลนพรัตนราชธานีถึงการเข้าไปดูแลหญิงชาวเวียดนาม 6 ราย ที่เข้ามารับจ้างตั้งครรภ์แทนและอาศัยอยู่ในประเทศไทย โดยมีหญิงชาวเวียดนามคนหนึ่งตั้งครรภ์เด็กฝาแฝดและมีอายุครรภ์ขณะนั้น 20 สัปดาห์ได้แจ้งกับทางโรงพยาบาลว่าตนต้องการจะยุติการตั้งครรภ์ ทำให้เกิดปัญหาว่าจะทำอย่างไรกับการตั้งครรภ์ของหญิงชาวเวียดนามรายนี้ หญิงชาวเวียดนามจำเป็นจะต้องตั้งครรภ์แทนต่อไปจนกระทั่งคลอดเด็กตามกำหนด หรือสามารถขอให้แพทย์ช่วยดำเนินการให้ยุติการตั้งครรภ์ได้ ซึ่งกรณีนี้หากมีการยินยอมให้หญิงชาวเวียดนามยุติการตั้งครรภ์ก็เท่ากับเป็นการยินยอมให้มีการทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมายอาญา ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาวิจัยถึงประเด็นดังกล่าวว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแล้วต้องการยุติการตั้งครรภ์แทนจะทำแท้งได้หรือไม่ หรือจะต้องตั้งครรภ์แทนต่อไป และจะเป็นการขัดต่อจริยธรรมหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่

#### 3.5.1 การบังคับตามสัญญารับตั้งครรภ์แทน

จากข่าวข้างต้นซึ่งเป็นกรณีศึกษาได้อย่างดีว่า ขณะนี้ประเทศไทยกำลังประสบกับปัญหาทางกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากการรับตั้งครรภ์แทนเกิดจากสัญญาระหว่างคู่กรณีที่ตกลงทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนขึ้น โดยตามหลักของสัญญาหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถฟ้องขอให้บังคับฝ่ายที่ผิดสัญญาปฏิบัติตามสัญญาได้รวมถึงเรียกร้องค่าเสียหายได้อีกด้วย และในกรณีนี้ก็ เป็นเรื่องที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนขอยุติการตั้งครรภ์เสียก่อนครบกำหนดคลอด ซึ่งหากมองในแง่ของสัญญาก็ถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ปฏิบัติตามสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่ตกลงว่าจะตั้งครรภ์แทนจนครบกำหนดคลอดเช่นกัน แม้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะยินยอมขอใช้ค่าเสียหายจากการที่ตนไม่ปฏิบัติตามสัญญารับตั้งครรภ์แทนให้แก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนก็ตาม แต่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถยุติการรับตั้งครรภ์ได้

การที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องตั้งครรภ์ต่อไปจนครบกำหนดคลอดนั้นมิใช่เป็นการนำหลักกฎหมายในเรื่องนี้มาปรับใช้ เนื่องจากกรณีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับชีวิตมิใช่การบังคับเป็นตัวเงินหรือสิ่งของทั่วไป จึงไม่สามารถนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า "ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้" มาปรับใช้ได้ ดังนั้น หากหญิงที่รับตั้งครรภ์

แทนไม่ต้องการที่จะรับตั้งครรรค์แทนอีกต่อไปและต้องการให้เอาเด็กออกก่อนครบกำหนดคลอด (ไม่ปฏิบัติตามสัญญา) ตนก็ไม่สามารถอ้างเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ชำระหนี้ได้มาบังคับใช้ เพื่อให้ตนมีสิทธิเอาเด็กออกได้ นอกจากนี้ หากจะกล่าวว่าเมื่อหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนไม่ยินยอมที่จะตั้งครรรค์แทนให้อีกต่อไป ผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนสามารถบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนต้องทำการตั้งครรรค์ต่อไปจนครบกำหนดคลอด ก็คงจะบังคับไม่ได้เช่นกัน เพราะการที่หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนต้องทำการตั้งครรรค์ต่อไปนั้น มิใช่เป็นการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญา ดังนั้นการที่หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนจะต้องทำการตั้งครรรค์แทนต่อไปจึงมิได้เกิดจากผลของสัญญา แต่เป็นการกระทำที่เกิดโดยผลของกฎหมาย (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301-305) ที่ห้ามมิให้ทำแท้งนั่นเอง

### 3.5.2 การจะไม่ปฏิบัติตามตามสัญญาโดยการทำแท้ง

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่า หากหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนต้องการยุติการตั้งครรรค์ก่อนครบกำหนดคลอด ก็เท่ากับเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญารับตั้งครรรค์แทน การจะทำแท้งเด็กในครรภ์ได้นั้น ตามประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติใน มาตรา 305 โดยกำหนดให้ผู้ที่จะทำแท้งได้ต้องเป็นแพทย์ และการอนุญาตให้ทำแท้งได้จะต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรรค์ หรือหญิงนั้นตั้งครรรค์เนื่องจากถูกข่มขืนกระทำชำเราหรือถูกกระทำอนาจารเท่านั้น กรณีที่การตั้งครรรค์ไม่ได้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ก็ไม่สามารถทำแท้งได้ และถ้าเหตุแห่งการทำแท้งนั้นอยู่นอกเหนือจากบทบัญญัติตามมาตรา 305 ประมวลกฎหมายอาญาให้ลงโทษทั้งผู้ที่ทำให้หญิงที่ตั้งครรรค์แท้ง รวมถึงหญิงที่ตั้งครรรค์ที่ทำแท้งเองหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งด้วย (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 และมาตรา 302) เมื่อมีการรับตั้งครรรค์แทนเกิดขึ้น แต่หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนต้องการที่จะยุติการตั้งครรรค์ หญิงที่รับตั้งครรรค์ก็ไม่สามารถขอให้แพทย์ช่วยเอาเด็กออกได้เพราะกรณีถือเป็นการทำแท้ง ซึ่งไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ที่หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนนั้นจะทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนก็ต้องตั้งครรรค์ต่อไปจนกระทั่งคลอดเด็ก

จากการศึกษาความหมายของการทำแท้งนั้น "การทำแท้ง" หมายถึง การรีดลูก มีเจตนาทำให้ทารกออกจากครรภ์มารดา ก่อนถึงกำหนดหรือตาย ซึ่งต้องหมายถึงการผ่านของทารกเป็นสำคัญ ไข่ที่ผสมแล้วไม่มีสภาพเป็นทารกจึงเรียกไม่ได้ว่าเป็นการทำแท้ง<sup>52</sup> ดังนั้นน่าจะใช้คำว่า

<sup>52</sup> วิทยุर्थ อึ้งประพันธ์. (2537). วัตถุกันกำเนิดในโพรงมดลูก ปัญหานิติเวชศาสตร์. ใน *หนังสือกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ*. กรุงเทพฯ : เจเนเดอร์เพลส. หน้า 51-52.

"การยุติการตั้งครรภ์" แทนคำว่า "ทำแท้ง" เพราะสามารถเข้าใจได้ว่าการยุติการตั้งครรภ์จะเริ่มเป็นความผิดได้ต่อเมื่อมีการตั้งครรภ์<sup>53</sup>

การยุติการตั้งครรภ์ (Termination of pregnancy) หมายถึง การให้การเจริญเติบโตของชีวิตในครรภ์ยุติลงนอกจากการคลอดตามปกติ<sup>54</sup> แต่เรามักใช้ตามรูปศัพท์ภาษาอังกฤษ "ทำแท้ง" (Abortion) หมายถึง การทำแท้งลูก การรีดลูก สิ่งที่เกิดก่อนกำหนด

ตามพจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2552 ได้ให้ความหมายของการ "แท้ง" ไว้ว่า หมายถึง การสิ้นสุดการตั้งครรภ์ก่อนกำหนดคลอดโดยที่ลูกในครรภ์ไม่สามารถมีชีวิตอยู่ได้

สำหรับประเทศต่างๆ ได้มีการกำหนดความหมายของ "การทำแท้งบุตร" หรือ "Abortion" ไว้โดยมีนิยามที่แตกต่างกันออกไป คือ<sup>55</sup>

กฎหมายอินเดีย มาตรา 312 ได้กำหนดความหมายของการทำแท้งบุตรว่า หมายถึง การทำให้ทารกในครรภ์คลอดก่อนกำหนด การฆ่าทารกขณะที่ส่วนใดส่วนหนึ่งไหล่ออกมาจากช่องคลอดมีความผิดเท่ากับฆ่าคนโดยไม่ต้องรอให้ทารกคลอดออกมาหมดทั้งตัวก่อน

กฎหมายเยอรมัน มาตรา 218 กำหนดความหมายของการทำแท้งบุตรว่าหมายถึง การทำลายทารกในการคลอด

กฎหมายฝรั่งเศส กำหนดความหมายของการทำแท้งบุตรว่าหมายถึง การทำให้ทารกคลอดก่อนกำหนดซึ่งมีผลทำให้ทารกถึงแก่ความตาย การพยายามทำแท้งในกฎหมายฝรั่งเศสก็ลงโทษผู้กระทำความผิดเพราะกฎหมายถือว่าการพยายามกระทำความผิดเท่ากับความผิดสำเร็จ

จากนิยามของความหมายการทำแท้งบุตรในแต่ละประเทศมีความหมายโดยรวมที่เหมือนกัน คือ จะถือเป็นการทำแท้งบุตรได้จะต้องเป็นการทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนคลอดออกมา

สำหรับประมวลกฎหมายอาญาของไทยในหมวดความผิดฐานทำแท้งนั้น มิได้มีการกำหนดคำนิยามกันไว้ว่า "การทำแท้ง" มีความหมายว่าอย่างไร จึงต้องนำความหมายของคำว่า

<sup>53</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2538). การผสมเทียม : ปัญหาการให้กำเนิดและการทำแท้ง. วารสารนิติศาสตร์ 25, 2, หน้า 280.

<sup>54</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 280.

<sup>55</sup> ลิดา ไชยธรรม. (2551). ปัญหาของการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9-10.



“แท้ง” จากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานมาพิจารณาประกอบกับแนววินิจฉัยของศาลฎีกา ซึ่งมีคำพิพากษาฎีกาที่ 667/2510<sup>56</sup> วินิจฉัยไว้ว่า แท้งลูกต้องเป็นกรณีกระทำให้ลูกในครรภ์ของผู้ถูกทำร้ายคลอดออกมาในลักษณะที่ลูกนั้นไม่มีชีวิต คำว่า “การทำให้แท้งลูก” ตามประมวลกฎหมายอาญาใช้คำว่า “Induced Abortion” อาจให้คำนิยามได้ว่า “แท้ง” หมายถึง การที่ทารกในครรภ์มารดาคลอดออกมาโดยปราศจากชีวิต หรือการทำให้ทารกในครรภ์ตายก่อนกำหนดที่จะคลอดออกมา ซึ่งถือเป็นคำนิยามที่เป็นการตีความในตีบทเท่านั้น

จากที่กล่าวมาแล้วว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องตั้งครรภ์ต่อไปจนครบกำหนดคลอดนั้น มิใช่เป็นกรณีที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนสามารถบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องทำการตั้งครรภ์ต่อไปตามสัญญาและหลักเรื่องการชำระหนี้ (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 วรรคแรก) เพราะการที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องทำการตั้งครรภ์ต่อไปนั้น มิได้เกิดจากผลของสัญญา แต่เป็นการกระทำที่เกิดโดยผลของกฎหมาย (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301-305) ที่ห้ามมิให้ทำแท้งนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม การที่จะให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจำต้องยินยอมตั้งครรภ์แทนต่อไป โดยที่หญิงนั้นต้องการยุติการตั้งครรภ์ กล่าวคือ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่เต็มใจที่จะรับตั้งครรภ์แทนอีกต่อไปแล้วและต้องการทำแท้งนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะมีช่องทางอย่างไรบ้างสำหรับตนเองเพื่อให้สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ เนื่องจากการตั้งครรภ์นั้น หญิงผู้ตั้งครรภ์ทุกคนย่อมมีความเสี่ยงต่อชีวิตร่างกายของตนเองอยู่ทุกขณะ ดังคำกล่าวที่ว่า “วันเกิดของลูก คือ วันตายของแม่” การแบกรับภาระตั้งครรภ์ลูกของคนอื่นโดยที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ต้องการจะตั้งครรภ์ต่อไป เหตุใดหญิงนั้นจึงไม่สามารถเอาเด็กออกได้ ทั้งๆ ที่ร่างกายก็เป็นร่างกายของตนเองและตนก็อาจได้รับอันตรายต่อชีวิตได้ทุกเมื่อขณะตั้งครรภ์ กรณีนี้เป็นที่ถกเถียงกันอยู่ระหว่างเรื่อง “ศีลธรรม” กับ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งฝ่ายที่เน้นเรื่องศีลธรรม มุ่งปกป้อง รักษา และคุ้มครองศีลธรรมอันดีงาม ในเชิงศาสนา ขณะที่อีกฝ่ายเน้นเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองเป็นสำคัญ ประเด็นเรื่องนี้หากหญิงที่รับตั้งครรภ์หยาบยกเรื่อง

<sup>56</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 677/2510 “หญิงมีครรภ์ได้เจ็ดเดือนถูกจำเลยกระแทกบริเวณท้องเวลา 15 นาฬิกา น้ำทูนหัวเด็กในครรภ์แตกก่อน หญิงไปโรงพยาบาลเมื่อเวลา 19 นาฬิกา หญิงคลอดลูกเวลา 21 นาฬิกา เด็กอยู่ได้ 8 วันก็ตายเนื่องจากเป็นโรคปอดบวม จำเลยถูกกล่าวหาว่าทำร้ายร่างกายหญิงถึงแท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295(5) ศาลวินิจฉัยว่าการทำร้ายร่างกายถึงแท้งลูกตามมาตรา 295(5) ต้องเป็นกรณีที่กระทำให้ลูกในครรภ์ของผู้ถูกทำร้ายคลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิต ส่วนการคลอดก่อนกำหนดเวลาในลักษณะที่เด็กยังมีชีวิตอยู่ ต่อมาอีก 8 วันจึงตาย ดังกรณีของหญิงรายนี้ไม่เป็นการทำให้ได้รับอันตรายสาหัสถึงแท้งลูก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295(5)”. เนติบัณฑิตยสภา หน้า 1012.

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของตนมาใช้เป็นข้ออ้างในการที่ตนสามารถทำแท้งได้ ก็อาจเกิดปัญหาในการตีความได้ว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น หากไม่ต้องการที่จะตั้งครรภ์อีกต่อไป และจะทำแท้งหญิงนั้นมีสิทธิที่จะทำแท้งได้หรือไม่ เนื่องจากขณะนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2550 มาตรา 4 ก็ได้ให้ความคุ้มครองเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แก่บุคคลทุกคน โดยบัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” นอกจากนี้ปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 3<sup>57</sup> ก็ได้รับรองคุ้มครองว่า “บุคคลมีสิทธิในการดำเนินชีวิต ในเสรีภาพ และในความมั่นคงแห่งร่างกาย”

### 3.5.3 สถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน

เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องทำการตั้งครรภ์แทนต่อไปจนกระทั่งคลอดแล้ว ปัญหาต่อไปที่จะต้องพิจารณา ก็คือ เรื่องสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน โดยเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

#### 3.5.3.1 การตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าการตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย เป็นกรณีที่มีการนำเชื้ออสุจิและไข่ของคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนมาผสมกันภายนอกแล้วนำตัวอ่อนที่ได้ใส่เข้าไปยังมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในพันธุกรรมใดๆ กับทารกที่จะเกิดมานั้นเลย ในประเด็นนี้ประเทศไทยเคยมีปัญหาเกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน และได้ส่งข้อหารือไปให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยข้อเท็จจริงมีว่า ข้าราชการในสังกัดมหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งได้แจ้งขอรับสิทธิเบิกเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร แต่ความปรากฏว่าเด็กที่เกิดมานั้น ข้าราชการฝ่ายหญิงมิได้ตั้งครรภ์ด้วยตนเอง แต่ได้นำตัวอ่อนที่ได้รับการผสมแล้วจากเชื้ออสุจิของสามีของข้าราชการฝ่ายหญิงกับไข่ของข้าราชการฝ่ายหญิงไปฝากไว้ในครรภ์ของหญิงอื่น จึงเกิดปัญหาว่าเด็กที่เกิดมานั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการทั้งสองหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตอบข้อหารือ โดยมีความเห็นว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและให้กำเนิดเด็กนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนข้าราชการหญิงซึ่งเป็นเจ้าของไข่ ไม่อาจอ้างหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ว่าตนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ในทำนองเดียวกัน เมื่อข้าราชการฝ่ายชายไม่ได้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงไม่อาจอ้างได้ว่าตนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

<sup>57</sup> United Nations. Universal Declaration of Human Rights. Article 3 “Everyone has the right to life, liberty and security of person.”

ที่เกิดขึ้นนั้น แม้ว่าตนจะเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิกก็ตาม ทำให้ข้าราชการทั้งสองคนไม่สามารถใช้สิทธิข้าราชการเพื่อเบิกค่ารักษาพยาบาลและค่าการศึกษาให้แก่เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นได้ ซึ่งความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกานี้ก็เป็นไปในทำนองเดียวกับคำพิพากษาศาลชั้นต้นเรื่องหนึ่งซึ่งมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสถานะความเป็นมารดาของเด็กที่เกิดจากสัญญารับตั้งครรภ์แทน โดยคดีนี้ไม่ได้เป็นปัญหาขึ้นสู่ศาลฎีกา และศาลชั้นต้นก็ได้มีคำวินิจฉัยว่า มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้น คือ หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 ที่บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” เป็นที่แน่ชัดว่าศาลไทยได้มีคำตัดสินโดยเป็นไปตามตัวบทกฎหมาย โดยมีได้มองเห็นข้อเท็จจริงว่าเด็กนั้นมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับผู้ใด ซึ่งในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า ตามเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะครอบครัว ก็เล็งเห็นถึงความสำคัญในเรื่องความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างบิดา มารดา และบุตร โดยจะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 1629(1) ที่ให้ความสำคัญกับบุตรของผู้ตายเป็นทายาทผู้มีสิทธิได้รับมรดกอันดับหนึ่งโดยใช้คำว่า “ผู้สืบสันดาน” ซึ่งคำว่า “ผู้สืบสันดาน” นี้ หมายความว่า บุตรของผู้ตายตามความเป็นจริง (ไม่คำนึงว่าจะจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่) หลักการนี้เป็นไปตามทฤษฎีของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่กล่าวว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายที่มีอยู่ตามธรรมชาติเกิดขึ้นเอง มนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้น เป็นกฎหมายที่อยู่เหนือรัฐและใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลาและสถานที่ เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายต่างๆ ในอุดมคติซึ่งอยู่นอกกว่ากฎหมายที่รัฐสร้างขึ้น โดยถือว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้มีที่มาจากกฎหมายธรรมชาติของสรรพสิ่ง ซึ่งอาจค้นพบได้โดยการใช้เหตุผล และศาลไทยควรมองในเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นสำคัญ เนื่องจากแม้ว่าเด็กจะเกิดจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่เด็กก็มีได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด อีกทั้งโดยสภาพสังคมครอบครัวทั่วไปบุตรที่เกิดมาจะมีทั้งบิดาและมารดา หากให้เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแต่ผู้เดียว ก็อาจเกิดปัญหาที่ตามมาในอนาคตว่าใครเป็นบิดาของตน

เกี่ยวกับเรื่องสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน โดยการปฏิสนธินอกร่างกาย ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาโดยวางหลักไว้ 3 หลักดังนี้<sup>58</sup>

<sup>58</sup> กานต์ กาญจนะไพบูลย์ *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 38*, หน้า 74-76.

## 1. หลักความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิด (Gestational Motherhood Standard)

ในปี ค.ศ.1989 ศาลสูงแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้พิพากษาคดีแรกซึ่งเกี่ยวกับสัญญา รับตั้งครรภ์แทนไว้ในคดี Baby M และได้สร้างหลักเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนไว้ว่า สัญญา รับตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดยาเพื่อขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและแถลงว่าผู้รับตั้งครรภ์แทน เป็นมารดาตามกฎหมายของเด็กที่เธอคลอด หลังจากคดีนี้เป็นเวลามากกว่า 10 ปี ศาลสูงแห่งมล รัฐนิวเจอร์ซีย์ได้นำหลักในคดี Baby M มาปรับใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิภายนอ กร่างกายในคดี A.H.W v. G.H.B. โดยมีข้อเท็จจริง คือ คู่สมรสผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนคนหนึ่งได้ขอให้ ผู้รับตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์แทนโดยใช้เชื้ออสุจิและไข่ของคู่สมรสผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน และก่อนที่ ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะคลอด คู่สมรสผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งระงับ ชื่อคู่สมรสทั้งสองเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่จะเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้ในสูติบัตร ศาลแห่ง มลรัฐนิวเจอร์ซีย์เห็นว่าตลอดระยะเวลา 9 เดือนที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์ย่อมมีความสัมพันธ์กับ เด็กในครรภ์ และนอกจากนั้นตามกฎหมายการรับบุตรบุญธรรมแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ มารดาจะสละ สิทธิความเป็นมารดาได้ต่อเมื่อพ้น 72 ชั่วโมงนับแต่คลอดบุตร ดังนั้น หากศาลยอมให้มีการ เปลี่ยนแปลงชื่อบิดามารดาเป็นอย่างอื่นนอกจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายก็จะเป็นการขัดต่อความ สงบเรียบร้อยของประชาชน และศาลยังบันทึกเพิ่มเติมว่า เป็นเพราะมลรัฐมีเวลา 5 วันเพื่อจัดทำ ใบสูติบัตร ดังนั้นชื่อของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนสามารถปรากฏในใบสูติบัตรได้หากได้ทำการรับเด็ก เป็นบุตรบุญธรรมหลังผ่านพ้น 72 ชั่วโมงนับแต่ผู้รับตั้งครรภ์แทนคลอดบุตรแล้ว

หลักความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิดนี้จึงมีหลักว่า หญิงใดๆที่ตั้งครรภ์และ คลอดนั้น หญิงนั้นถือเป็นมารดาตามกฎหมายของเด็กนั้น หลักการนี้ปรับใช้ได้ทั้งกับการรับ ตั้งครรภ์แทนทั้งสองแบบ คือ ทั้งแบบฉีดยาและแบบปฏิสนธิภายนอกร่างกาย

## 2. หลักความเป็นบิดามารดาโดยเจตนา (Intent - Based Approach)

ในปี ค.ศ.1993 ศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟลอเนียได้วางหลักความเป็นบิดามารดา โดยเจตนาไว้ในคดี Johnson v. Calvert โดยมีข้อเท็จจริงว่า นายมาร์กคาลเวิร์ท ผู้เป็นสามีและ นายคริสพินา คาลเวิร์ท ภรรยา ต้องการมีบุตรแต่เนื่องจากนางคริสพินาไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ เพราะได้ตัดมดลูกออก จึงได้ให้นางแอนนา จอห์นสัน เป็นผู้ตั้งครรภ์แทนโดยการตั้งครรภ์แทน ดังกล่าวไข่ไข่ของนางคริสพินาผสมกับเชื้ออสุจิของนายมาร์ก แล้วจึงนำตัวอ่อนเคลื่อนย้ายเข้าไป ผังในโพรงมดลูกของนางแอนนา โดยนางแอนนาจะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงิน 10,000 ดอลลาร์ สหรัฐ พร้อมกับการประกันชีวิตในวงเงิน 200,000 ดอลลาร์สหรัฐ และนางแอนนาตกลงที่จะสละ

สิทธิความเป็นมารดาของเด็กและมอบเด็กนั้นให้แก่นางคริสพินาและนายมาร์กเลี้ยงดูอย่างลูก หลังจากทีนางแอนนาคลอดเด็ก นางแอนนาได้ปฏิเสธที่จะมอบเด็กให้ตามสัญญาและต้องการที่จะมีอำนาจปกครองเด็กนั้น ศาลสูงของเมืองออเรนจ์มัลรัฐแคลิฟลอเนียได้ตัดสินโดยอาศัยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงสามารถบังคับได้ ศาลได้ให้ความเห็นว่าทั้งนางแอนนาและนางคริสพินาสามารถพิสูจน์ความเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็กได้ แต่ศาลยังคงเห็นว่าการกฎหมายแคลิฟลอเนียยอมรับให้เด็กมีมารดาแต่เพียงคนเดียวเท่านั้น ศาลจึงเห็นว่าในกรณีนี้ นางแอนนาซึ่งเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนซึ่งคลอดเด็กออกมามิใช่มารดาของเด็ก เพราะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก และให้นางคริสพินาและนายมาร์กเป็นมารดาและบิดาของเด็กโดยรับฟังพยานหลักฐานทางการแพทย์ ซึ่งแสดงให้เห็นว่านางคริสพินาและนายมาร์กมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กมากถึงร้อยละ 99.999 นอกจากนี้การที่นางแอนนาได้ทำสัญญาตกลงที่จะละสิทธิความเป็นมารดาของเด็กและส่งมอบเด็กนั้นให้แก่นางคริสพินาและนายมาร์กถือว่าตนได้ละสิทธิการเป็นมารดาตามสัญญาไปแล้ว (Contractual Intent) ดังนั้น นางแอนนาจึงต้องส่งมอบเด็กให้แก่นางคริสพินาและนายมาร์ก เป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กด้วย ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าผู้ใดมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมและมีเจตนาที่ให้เด็กเกิดมาเพื่อที่จะเลี้ยงดูเด็กนั้นเหมือนลูก ให้ถือว่าเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติตามกฎหมายแคลิฟลอเนีย หลักการเช่นนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นหลักเจตนา (Intent-Based Approach)

หลังจากเกิดคดี *Johnson v. Calvert* แล้วมีคดีหลายคดีที่ใช้หลักเจตนา นี้ เช่น ในคดี *Buzzanca v. Buzzanca* ซึ่งมีข้อเท็จจริง คือ มีการนำตัวอ่อนที่เกิดจากการผสมเทียมจากไข่และเชื้ออสุจิของผู้บริจาคซึ่งไม่ใช่ทั้งของฝ่ายคู่สมรสผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนำมาฝังในโพรงมดลูกของหญิงผู้รับตั้งครรภ์ ศาลได้พิพากษาว่าคู่สมรสเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมาย ในคดี *McDonald v. McDonald* ศาลได้พิพากษาว่า ผู้รับตั้งครรภ์โดยการปฏิสนธินอกอวัยวะเป็นมารดาตั้งแต่เมื่อได้รับไข่จากผู้บริจาคและมีเจตนาที่จะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ของตน ทั้งสองคดีนี้ศาลได้นำหลักการที่ปรากฏในคำพิพากษาคดี *Johnson v. Calvert* มาเป็นเหตุผลหลักในการวินิจฉัย คือ แม้เด็กที่เกิดมาจะไม่มีความสัมพันธ์ของพันธุกรรมกับคู่สมรสในคดี *Buzzanca v. Buzzanca* หรือผู้รับตั้งครรภ์ในคดี *McDonald v. McDonald* แม้แต่น้อย ดังนั้นไม่ว่าผู้รับตั้งครรภ์หรือบิดามารดาที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กก็สามารถเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติหรือตามกฎหมายของเด็กได้โดยพิจารณาจากเจตนาในการให้กำเนิดและเลี้ยงดูเด็ก

### 3. หลักความเป็นบิดามารดาโดยพันธุกรรม (Genetic Provider Standard)

ศาลสูงแห่งมลรัฐโอไฮโอได้วางหลักสุดท้ายซึ่งเป็นหลักที่ตรงข้ามกับหลักเจตนาไว้ในคดี *Belisto v. Clark* โดยศาลสูงแห่งมลรัฐโอไฮโอ ต้องพิจารณาว่าใครเป็นมารดาตามกฎหมายในการรับตั้งกรรมโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังนี้ คือ นางเบลลิสโต้ต้องตัดมดลูกออก 1 เดือน ก่อนที่จะแต่งงานกับนายแอนโรนี เบลลิสโต้และนางแคโรล คลาก ผู้เป็นน้องสาวจึงได้ตกลงกันว่านางแคโรลจะตั้งกรรมแทนโดยใช้เชื้ออสุจิของนายแอนโรนีกับไข่ของนางเบลลิสโต้ ซึ่งตามกฎหมายของมลรัฐโอไฮโอ เมื่อเด็กเกิดนางแคโรลจะถูกระบุว่าเป็นมารดาของเด็กในใบสูติบัตร ดังนั้นนายแอนโรนีและนางเบลลิสโต้จึงได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลให้นายแอนโรนีและนางเบลลิสโต้เป็นบิดามารดาที่กำเนิดในใบสูติบัตรเพื่อจะได้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องไปจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ศาลได้พิพากษาให้นายแอนโรนีและนางเบลลิสโต้เป็นบิดามารดาโดยให้เหตุผลว่า เด็กและบิดามารดาต้องมีสายเลือดเดียวกันหรือมีความเกี่ยวข้องกันทางสายเลือด บิดามารดานั้นจึงถือเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติ และสายเลือดนี้ย่อมหาความรวมถึงพันธุกรรมเช่นกัน นอกจากนั้นศาลสูงแห่งมลรัฐโอไฮโอยังได้ปฏิเสธที่จะนำหลักเจตนาในคดี *Johnson v. Calvert* มาปรับใช้เพราะศาลเห็นว่า เป็นการขายหรือการโอนความเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติก่อนที่เด็กจะเกิดและเห็นว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยให้เหตุผลไว้ 3 ประการ

ประการที่ 1 คือ อุปสรรคของการนำเอาหลักเจตจำนงมาใช้บังคับ โดยศาลได้กล่าวว่าแม้ว่าจะมีการทำสัญญารับตั้งกรรมแทนเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็เป็นกรยากที่จะพิสูจน์ว่า คู่สัญญาที่ขอให้ตั้งกรรมแทนมีเจตนาที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กอย่างแท้จริง

ประการที่ 2 ในประเด็นนี้ศาลเห็นว่า การยอมรับให้บิดามารดาทางพันธุกรรมเป็นบิดามารดาตามกฎหมายจะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็กและสังคมเนื่องจากบิดามารดาทางพันธุกรรมนั้นย่อมสามารถถ่ายทอดข้อมูลเกี่ยวกับลักษณะทางพันธุกรรมของตระกูลนั้นให้แก่เด็กที่กำเนิดมาได้ เช่น หากบิดามารดาของเด็กมีลักษณะทางพันธุกรรมบางอย่างที่บกพร่องหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม บิดามารดานั้นก็ย่อมจะแจ้งให้เด็กที่เกิดมาเข้าใจถึงความบกพร่องทางพันธุกรรมนั้นได้

ประการที่ 3 ศาลเห็นว่าหลักเจตจำนงไม่ได้ให้ความสำคัญแก่สิทธิที่จะยินยอมให้มีการสืบพันธุ์ (Right to consent to procreation) ของบุคคลที่เป็นเจ้าของหน่วยทางพันธุกรรมนั้น และหลักการดังกล่าวยังละเลยที่จะให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิที่จะสละสิทธิความเป็นบิดามารดา (Right to surrender potential parental rights) ด้วย

### 3.5.3.2 การตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อ<sup>59</sup>

การตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อ เป็นการฉีดน้ำอสุจิของคู่สมรสฝ่ายชายที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนเข้าไปในช่องคลอดของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ดังนั้นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นเจ้าของพันธุกรรมเพราะหญิงนั้นเป็นเจ้าของไข่ที่ได้รับการผสม ทำให้เด็กที่เกิดมามีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายชายที่ว่าจ้างกับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ทารกที่เกิดมาจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างเลย สำหรับในประเด็นนี้อาจเกิดปัญหาได้ในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนคลอดเด็กออกมาแล้ว ไม่ยอมส่งมอบเด็กให้กับคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน คู่สมรสฝ่ายชายจะสามารถอ้างสิทธิความเป็นบิดาที่แท้จริงโดยชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ การพิสูจน์สถานะความเป็นบิดาที่แท้จริงเป็นปัญหาที่มีความสลับซับซ้อนกว่าการพิสูจน์สถานะความเป็นมารดามาก เพราะความเป็นมารดาของเด็กย่อมพิสูจน์ได้โดยชัดแจ้งจากการที่หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์และให้กำเนิดเด็ก และการตั้งครรภ์ของหญิงก็เป็นกระบวนการที่มีระยะเวลายาวนานถึงประมาณ 9 เดือน ซึ่งโดยปกติแล้วย่อมเป็นที่รับรู้ของสาธารณชนโดยทั่วไป ในทางตรงกันข้าม การพิสูจน์ความเป็นบิดาที่แท้จริงนั้นย่อมจะต้องพิสูจน์ว่ามีการร่วมประเวณีกันระหว่างหญิงกับชาย และชายนั้นเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิที่ต่อมาได้ปฏิสนธิจนกระทั่งเป็นเด็กที่กำเนิดมา แต่การร่วมประเวณีระหว่างหญิงชายนั้นโดยปกติย่อมเป็นที่รับรู้กันเฉพาะหญิงชายนั้นเท่านั้น และในอดีตก่อนที่เทคโนโลยีพันธุกรรม ซึ่งในการตรวจพิสูจน์บุคคลจะเจริญก้าวหน้าดังเช่นในปัจจุบัน การพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ว่าเด็กนั้นเกิดมาจากเชื้ออสุจิของบุคคลโดยยอมเป็นสิ่งที่กระทำได้โดยยาก ด้วยเหตุนี้กฎหมายของประเทศต่างๆ จึงมักจะมีบทสันนิษฐานความเป็นบิดาของเด็กโดยพิจารณาจากสถานภาพสมรสของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นสำคัญ โดยถือว่าสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่หากหญิงนั้นไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กนั้นก็จะเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม บทสันนิษฐานเช่นนี้ไม่ได้เป็นบทสันนิษฐานที่เด็ดขาด ชายผู้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิในการพิสูจน์ว่าตนไม่ได้เป็นบิดาที่แท้จริงของเด็กนั้นได้ โดยพิสูจน์ว่าตนไม่ได้ร่วมประเวณีกับหญิงผู้เป็นภริยาจนกระทั่งหญิงนั้นให้กำเนิดบุตร

สำหรับประเทศไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยลักษณะครอบครัวก็มีลักษณะเดียวกับกฎหมายต่างประเทศ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้บัญญัติอย่างชัดแจ้งว่าการพิสูจน์สถานะความเป็นบิดาของเด็กจะต้องพิสูจน์จากการร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิง และชายนั้นเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิที่ปฏิสนธิจนเป็นทารกนั้นก็

<sup>59</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 40*. หน้า 139-141

ตาม แต่เมื่ออนุมานจากบทบัญญัติต่างๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าการพิสูจน์สถานะความเป็นบิดาของเด็กย่อมกระทำได้โดยการพิสูจน์ว่าชายได้ร่วมประเวณีกับหญิงจนหญิงนั้นตั้งครรภ์และให้กำเนิดทารกขึ้นมา

อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยยังคงมีบทบัญญัติสันนิษฐานความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับหลักกฎหมายต่างประเทศ โดยมาตรา 1536 บัญญัติว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามี แล้วแต่กรณี” ภายใต้หลักกฎหมายนี้ ชายผู้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงหรือเคยเป็นสามีในช่วงระยะเวลาสามร้อยสิบวันก่อนที่เด็กจะเกิดย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น การพิสูจน์หักล้างบทสันนิษฐานตามกฎหมายนี้ย่อมกระทำได้ตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น กล่าวคือ ชายนั้นจะต้องพิสูจน์ว่าตนไม่ได้อยู่ร่วมกับหญิงภายในระยะเวลาที่หญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ คือ ระหว่างหนึ่งร้อยแปดสิบวันถึงสามร้อยสิบวันก่อนเด็กนั้นเกิด หรือตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กนั้นได้ด้วยเหตุประการอื่น และการพิสูจน์นี้ต้องกระทำโดยการฟ้องคดีต่อศาลภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่รู้ถึงการกำเนิดของเด็ก ทั้งนี้ ต้องไม่เกินสิบปีนับแต่เด็กนั้นเกิดด้วย นอกจากนี้ต้องปรากฏว่าชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีจะต้องไม่ใช่บุคคลที่แจ้งการเกิดของเด็กหรือจัดให้มีการแจ้งการเกิดของเด็กนั้นในทางทะเบียนอีกด้วย

เมื่อนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับกับการรับตั้งครรภแทน กรณีจึงเป็นว่า หากหญิงที่ให้กำเนิดบุตรจากการรับตั้งครรภแทนเป็นหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายเด็กนั้นจะเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะกฎหมายไทยมีบทสันนิษฐานความเป็นบิดาเฉพาะกรณีที่หญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นหญิงที่มีสามีหรือเคยมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น มีข้อน่าพิจารณาว่า หากคู่สมรสฝ่ายชายที่ให้มีการตั้งครรภแทนเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิที่ใช้ในการปฏิสนธิ ไม่ว่าจะโดยการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภแทน หรือโดยการนำมาปฏิสนธิกับไข่ของหญิงอื่นภายนอกร่างกายจนเป็นตัวอ่อนแล้วนำมาใส่เข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภแทน จะถือว่าชายนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้หรือไม่ เพราะตนเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิที่ปฏิสนธิจนเด็กถือกำเนิดมา ในกรณีเช่นนี้เห็นได้ว่า กฎหมายไทยไม่ถือว่าชายนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เพราะตามกฎหมายไทย การที่จะพิสูจน์ว่าบุคคลใดเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กจะต้องปรากฏข้อเท็จจริง 2 ประการ คือ ชายได้ร่วมประเวณีกับหญิงที่ให้กำเนิดเด็กและชายต้องเป็นเจ้าของเชื้ออสุจินั้นด้วย เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงแต่เพียงว่าชายนั้นเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิ แต่ไม่ได้ร่วมประเวณีกับหญิง ย่อมไม่อาจถือได้



ว่าชายเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น หลักการเช่นนี้ย่อมนำไปใช้ในกรณีที่หญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายให้กำเนิดบุตรโดยใช้กรรมวิธีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากผู้บริจาคด้วย โดยถือว่าผู้บริจาคเชื้ออสุจิไม่ได้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เพราะผู้บริจาคเชื้ออสุจิไม่ได้ร่วมประเวณีกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม หลักการตามกฎหมายไทยในประเด็นนี้จะมีข้อแตกต่างจากกฎหมายของอังกฤษเล็กน้อย เพราะตามกฎหมายของอังกฤษ หากมีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ จะต้องพิจารณาว่าการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนั้นได้กระทำในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตหรือไม่ หากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนี้ได้กระทำในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย คู่สมรสฝ่ายชายที่ให้ตั้งครรภ์แทนและเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิ จะถือว่าเป็นผู้บริจาคเชื้ออสุจิตามกฎหมายและไม่ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่หากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนั้นได้ทำนอกสถานบริการที่ได้รับอนุญาต กฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษถือว่าชายนั้นเป็นบิดาของเด็กที่กำเนิดมา แม้จะไม่มีส่วนร่วมประเวณีระหว่างหญิงกับชายนั้นก็ตาม

#### 3.5.4 ปัญหาทางจริยธรรมกับการรับตั้งครรภ์แทน

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เจริญที่ก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็วและเป็นปัจจัยสำคัญที่นำไปสู่การริเริ่มวิธีการรับตั้งครรภ์แทน จนกระทั่งทำให้เกิดปัญหาต่างๆ ตามมามากมาย ดังเช่นกรณีศึกษาข้างต้นที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกลับเปลี่ยนใจและต้องการยุติการตั้งครรภ์ ปัญหาดังกล่าวและปัญหาอื่นๆ ทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์และข้อถกเถียงในเรื่องผลกระทบทางจริยธรรมที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง โดยมีทั้งฝ่ายที่ให้การสนับสนุนและฝ่ายที่คัดค้านเรื่องการรับตั้งครรภ์แทนพร้อมกันให้เหตุผลสนับสนุนความคิดเห็นของตน ดังจะได้อธิบายโดยจะพยายามชี้ให้เห็นถึงเหตุผลของแต่ละฝ่ายรวมถึงข้อดีและข้อด้อย เพื่อจะได้นำไปใช้ในการวิเคราะห์ว่าควรให้มีการรับตั้งครรภ์แทนหรือไม่

##### 3.5.4.1 มุมมองด้านศาสนา<sup>60</sup>

ศาสนาคริสต์ นิกายโรมันคาทอลิกเห็นว่าการผสมเทียมเป็นเรื่องที่ผิดไปจากธรรมชาติกำหนดไว้ถือว่าผิดศีลธรรม พระสันตะปาปา จอห์น ปอลที่ 2 ทรงประกาศว่า วิธีการก่อกำเนิดบุตรโดยกรรมวิธีผิดไปจากธรรมชาติ (Artificial Procreation) ที่แพร่หลายในปัจจุบันนับว่าเป็นการฝ่าฝืนสิทธิของมนุษย์และกฎเกณฑ์ธรรมชาติทั้งสิ้น ตามความคิดในศาสนาคริสต์ นิกายโรมันคาทอลิกนั้นเชื่อว่าพระเจ้าเป็นผู้กำเนิดทุกสิ่งทุกอย่างที่เกิดขึ้นในโลกนี้ ดังนั้น การ

<sup>60</sup> สหทยา สุนทรเกตุ. (2539). *ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

กระทำใดๆ ก็แล้วแต่ที่ผิดไปจากธรรมชาติถือว่าขัดต่อพระประสงค์ของพระเจ้าทั้งสิ้น บางคนไม่ยอมแม้แต่จะคุมกำเนิดไม่ว่าจะวิธีการใดๆ รวมไปถึงไม่ยอมทำหมันด้วยโดยถือว่าเป็นบาป (Sinful) ด้วยเหตุผลที่ว่าพระเจ้าไม่ได้ให้อำนาจบุคคลใดทำลายชีวิตผู้อื่นซึ่งรวมไปถึงชีวิตที่ควรจะได้เกิดด้วย ดังนั้น การตั้งครรรภ์แทนนอกจากจะเป็นการฝ่าฝืนธรรมชาติแล้ว การนำสุจิมาผสมกับไข่ในหลอดทดลองจะต้องมีสุจิ หรือตัวอ่อนที่ไม่สมบูรณ์ถูกคัดทิ้งไป เป็นการทำลายชีวิตของผู้อื่นถือว่าเป็นบาปแล้ว

อย่างไรก็ตาม ศาสนาคริสต์ นิกายโปรเตสแตนต์ที่มีแนวคิดว่าการทำหมันหรือการคุมกำเนิดนั้นสามารถกระทำได้เพราะบทบัญญัติในคัมภีร์ไบเบิลไม่ได้มีข้อห้ามในเรื่องนี้ ดังนั้น ในส่วนของการตั้งครรรภ์แทน ศาสนาคริสต์ นิกายโปรเตสแตนต์จึงไม่มีข้อห้ามที่เด็ดขาดเหมือนนิกายโรมันคาทอลิก

ศาสนาอิสลาม หลักศาสนาเป็นมากยิ่งขึ้นกว่าคำสอน กล่าวคือ ถือว่าเป็นแบบแผนในการดำเนินชีวิต ศาสนาจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันทุกเรื่อง การกระทำใดๆ ที่ฝ่าฝืนหลักคำสอนในพระคัมภีร์กุรอานถือว่าเป็นบาป การฉีดเชื้ออสุจิที่มิใช่ของสามีเข้าไปในมดลูกจึงมีผลเช่นเดียวกับการมีชู้ถือว่าเป็นบาปซึ่งมีโทษถึงตาย

ศาสนายิว ในหลักการเดิมถือว่าการแต่งงานในหมู่พี่น้อง การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองและการได้รับน้ำเชื้อจากชายอื่นที่มิใช่สามีถือว่าเป็นบาป แต่โดยทั่วไปแล้วในขณะนี้มีส่วนคัดค้านและวางเฉย ในเรื่องเกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทน

สำหรับศาสนาพุทธซึ่งเป็นศาสนาที่ประชากรส่วนใหญ่ในประเทศไทยนับถือมากที่สุด ก็มีได้ปฏิเสธการตั้งครรรภ์แทนโดยตรง แต่เห็นว่าเมื่อมีการผสมระหว่างอสุจิและไข่จนเกิดเป็นตัวอ่อนขึ้นแล้วถือว่าชีวิตได้เริ่มเป็นมนุษย์เพราะเกิดการสืบต่อ เหตุนี้การทำลายตัวอ่อนหรือการนำตัวอ่อนไปทดลองโดยมิได้ย้ายเข้าฝังตัวในมดลูกจึงเป็นบาปในทางศาสนา โดยหลักการแล้วศาสนาพุทธเป็นศาสนาที่ค่อนข้างเปิดกว้างในเรื่องการตั้งครรรภ์แทนมากกว่าศาสนาอื่นๆ โดยถือเพียงว่าถ้าไม่เป็นการทำลาย หรือฆ่าสัตว์ตัดชีวิตแล้ว ก็น่าจะกระทำได้ ไม่เป็นการผิดศีลธรรม แตกต่างจากศาสนาคริสต์ที่มีแนวคิดที่ไม่เห็นด้วยกับการกำเนิดบุตรที่ไม่เป็นไปตามธรรมชาติ อย่างไรก็ตาม ในทางพุทธศาสนาอาจจะไม่ชี้ชัดว่าการตั้งครรรภ์แทนไม่ผิดถ้ามีเหตุผลเพียงพอ แต่ก็ยังมีข้อโต้แย้งว่าถ้าการกำเนิดชีวิตโดยการใส่เทคโนโลยีการแพทย์สมัยใหม่ หรือการทำเด็กหลอดแก้วจะต้องมีตัวอ่อนบางส่วนที่ถูกทำลายไป ตัวอ่อนนั้นก็จะต้องถือว่ามีชีวิตแล้ว การทำลายตัวอ่อนก็ต้องเป็นบาปเช่นกัน

แต่ปัญหาทางจริยธรรมที่สำคัญจริงๆ มิใช่อยู่ที่บาปหรือไม่เพราะเป็นเรื่องของความเชื่อ ความศรัทธาในแต่ละศาสนาของคนๆ นั้น แต่แท้จริงแล้ว การที่หญิงรับตั้งครรภ์แทน ยินยอมตั้งครรภ์แทนให้ไม่ว่าเด็กที่จะเกิดมาจะเป็นบุตรทางชีววิทยาของตนเองหรือไม่ก็ตามมีเจตนาที่จะสละความเป็นมารดาของเด็กที่เกิดมาเพื่อยกให้เป็นบุตรของผู้อื่น ถูกมองว่าร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นเสมือนวัตถุที่รับบริการตามแต่ใจของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน และเด็กกลายเป็นสินค้าที่สามารถซื้อขายได้ด้วยเงิน<sup>61</sup>

#### 3.5.4.2 มุมมองด้านสังคม<sup>62</sup>

การรับตั้งครรภ์แทนได้นำไปสู่ปัญหาการโต้แย้งระหว่างบุคคลสองฝ่ายเสมอ โดยฝ่ายที่สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนอ้างว่า การรับตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน ไม่ว่าจะเป็สิทธิของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีการตามธรรมชาติ และของหญิงที่อาสารับตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่น รัฐจึงไม่อาจแทรกแซงหรือจำกัดไม่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทน

##### 1) ฝ่ายสนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทน

ฝ่ายที่สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนมักอ้างว่า คู่สมรสที่มีบุตรยากจะใช้วิธีการรับตั้งครรภ์แทนก็ต่อเมื่อความพยายามในการตั้งครรภ์ด้วยวิธีการตามปกติไม่ประสบความสำเร็จหรือกรณีที่ฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้อย่างแน่นอนเนื่องจากสภาพความผิดปกติของระบบสืบพันธุ์อย่างถาวร เช่น ไม่มีมดลูก เป็นต้น การรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นวิธีการสุดท้ายประการเดียวเท่านั้นที่จะช่วยคู่สมรสที่ไม่อาจมีบุตรได้ด้วยวิธีการปกติให้สามารถมีบุตรได้สมความปรารถนา ฝ่ายนี้จึงได้ยกเหตุผลในด้านสิทธิและเสรีภาพของบุคคลขึ้นมาเป็นเหตุผลสนับสนุนให้มีการรับตั้งครรภ์แทนได้ กล่าวคือ สิทธิในการสืบพันธุ์ (Procreative Rights) สิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) และอัตภาพของบุคคล (Personal Autonomy)

สิทธิในการสืบพันธุ์ (Procreative Rights) หมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการสืบสายพันธุ์ของตนได้โดยรัฐไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปแทรกแซง เช่น รัฐไม่สามารถห้ามมิให้ชายหญิงที่ต่างเชื้อชาติต่างศาสนาสมรสกันด้วยเหตุผลเพียงว่าชายและหญิงนั้นมีเชื้อชาติหรือศาสนาที่ต่างกัน ในทำนองเดียวกัน รัฐไม่สามารถบังคับให้บุคคลใดทำหมันด้วยเหตุผลเพียงว่าบุคคลนั้นไม่ควรมียาเสพติดต่อไป เป็นต้น แต่สิทธินี้ก็ไม่ใช่สิทธิในทางบวก (Positive

<sup>61</sup> วิชา มหาคุณ. (2537). จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่. *วารสารกฎหมาย*. 15,1. หน้า 20.

<sup>62</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 40*. หน้า 37-46.

Rights) กล่าวคือ ถึงแม้ว่ารัฐจะไม่มีอำนาจเข้าไปแทรกแซงสิทธิในการสืบพันธุ์ แต่รัฐก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องให้ความช่วยเหลือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อให้บุคคลนั้นสามารถสืบพันธุ์หรือดำรงสายพันธุ์ของตนต่อไปได้

สิทธิอีกประการหนึ่งที่ถูกนำมาใช้สนับสนุนการรับตั้งครรภ์ คือ สิทธิในความเป็นส่วนตัวและอัตภาพของบุคคล (Right to Privacy and Personal Autonomy) นอกจากนี้ฝ่ายที่สนับสนุนจะเห็นว่า การรับตั้งครรภ์แทนเป็นสิทธิส่วนตัวของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรแล้ว ฝ่ายนี้ยังอ้างว่าบุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะกำหนดว่าการกระทำอันใดสามารถกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเขาได้ ดังนั้น เมื่อหญิงใดตัดสินใจที่จะอาสารับตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่นแล้ว รัฐย่อมไม่สามารถใช้อำนาจบังคับมิให้หญิงนั้นเข้ารับตั้งครรภ์ได้

## 2) ฝ่ายคัดค้านการรับตั้งครรภ์แทน

ฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรภ์แทน ได้หยิบยกเหตุผลหลายประการมาเป็นข้อโต้แย้งว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อจริยธรรม ยิ่งถ้าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นไปเพียงเพื่อความสะดวกสบายของหญิงที่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองตามวิถีการธรรมชาติถือว่าไม่มีเหตุผลอันสมควร เพราะการรับตั้งครรภ์แทนจะก่อให้เกิดผลกระทบอย่างกว้างขวางทั้งต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เด็กที่จะเกิดขึ้นจากการรับตั้งครรภ์แทน ตลอดจนสังคมโดยรวม โดยข้อโต้แย้งของฝ่ายที่คัดค้านอาจพิจารณาได้เป็นลำดับดังนี้

### 1. การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์

เมื่อหญิงคนหนึ่งตกลงที่จะรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น ข้อตกลงข้อหนึ่งที่ต้องมีอยู่เสมอ คือ เมื่อเด็กได้ถือกำเนิดมาแล้ว หญิงนั้นจะต้องสละอำนาจปกครองหรือสิทธิในความเป็นมารดาของเด็กนั้นให้แก่คู่สมรสที่ขอให้รับตั้งครรภ์แทนทันที ข้อตกลงเช่นนี้เป็นการลดทอนคุณค่า "ความเป็นมารดา" ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพราะเป็นข้อตกลงที่ถือว่า "สถานะความเป็นแม่" นั้นเป็นสินค้าอย่างหนึ่งซึ่งสามารถซื้อขายได้ ข้อตกลงในลักษณะนี้ยังพรากสิทธิในการเลี้ยงดูบุตรไปจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้วย โดยไม่คำนึงถึงว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีความผูกพันกับเด็กที่เกิดมานั้นเพียงใด หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงถูกปฏิบัติเสมือนกับเป็นเพียงเครื่องจักรที่ไม่มีชีวิต และถูกใช้เพื่อผลิตเด็กขึ้นมาเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรภ์แทนจึงเห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการทำลายหรือลดทอนศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์

### 2. การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิง

ภายใต้ข้อจำกัดทางศีลธรรมตามธรรมชาติ ฝ่ายหญิงเท่านั้นที่สามารถตั้งครรภ์และคลอดบุตรได้ ผู้ที่จะรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นได้จึงต้องเป็นหญิงเท่านั้น แม้ว่าในบางกรณีหญิงที่รับ

ตั้งครรรภ์แทนอาจเป็นญาติสนิทกับคู่สมรสที่มีบุตรยาก แต่โดยส่วนใหญ่แล้ว หญิงที่อาสารับตั้งครรรภ์แทนจะเป็นหญิงที่มีฐานะทางการเงินไม่ตึงเครียด หญิงเหล่านี้จึงยอมเข้ารับตั้งครรรภ์แทนด้วยเหตุผลในเรื่องค่าตอบแทนจากการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นส่วนใหญ่ การรับตั้งครรรภ์แทนจึงเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์จากเนื้อตัวร่างกายของหญิง หรือจากศักยภาพในการสืบพันธุ์ของหญิงนั้น และยังถ้าเป็นกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนเป็นเจ้าของไข่ด้วย แนวโน้มในเรื่องค่าตอบแทนยังเป็นปัจจัยสำคัญมาก เพราะหากหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนเป็นหญิงสาวที่มีรูปร่างหน้าตาสวย ผิวพรรณดี มีชาติตระกูลดี ฐานะทางสังคมดี หรือการศึกษาที่สูง หญิงนั้นก็จะได้ค่าตอบแทนจากการรับตั้งครรรภ์แทนสูงขึ้นตามไปด้วย แต่หากหญิงนั้นมีรูปร่างหน้าตาอัปลักษณ์ ไม่มีชาติตระกูล การศึกษาต่ำ ค่าตอบแทนในการรับตั้งครรรภ์แทนก็จะต่ำลงไปตามลำดับ

นอกจากนี้ โดยธรรมชาติของการตั้งครรรภ์ หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนจะต้องระมัดระวังตัวตลอดเวลา เนื่องจากการตั้งครรรภ์มีความเสี่ยงต่อหญิงที่ตั้งครรรภ์อยู่แล้ว ฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรรภ์แทนจึงได้ยกตัวอย่าง กรณีที่มีการรับตั้งครรรภ์แทนเรื่องหนึ่งที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งหญิงคนนั้นป่วยเป็นโรคหัวใจและถึงแก่ความตายเพราะสาเหตุของการรับตั้งครรรภ์แทนมาแสดงให้เห็นว่าการรับตั้งครรรภ์แทนอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตของหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนได้

### 3. การรับตั้งครรรภ์แทนเปรียบเสมือนเป็นการซื้อขายเด็ก

ปัจจุบันการค้ำมนุษย์ถือว่าเป็นสิ่งที่ขัดต่อจริยธรรม เพราะการกระทำเช่นนี้เปรียบชีวิตมนุษย์เหมือนกับเป็นสินค้าชนิดหนึ่งที่สามารถซื้อขายกันได้ ในหลายประเทศจึงมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมาย การซื้อขายเด็กถือเป็นการค้ำมนุษย์อย่างหนึ่ง ในประเด็นนี้มีการโต้เถียงจากฝ่ายที่สนับสนุนการรับตั้งครรรภ์แทนว่า ค่าตอบแทนที่จ่ายให้แก่หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนนั้นมิใช่เป็น "ราคา" ของเด็กแต่อย่างใด แต่เป็นค่าตอบแทนที่จ่ายให้เพื่อตอบแทน "การบริการ" ที่หญิงนั้นรับตั้งครรรภ์แทนให้เท่านั้น แต่ฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรรภ์แทนโต้แย้งว่า ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏทั่วไป หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนจะได้รับค่าตอบแทนทั้งหมดต่อเมื่อส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้แล้วเท่านั้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าค่าตอบแทนดังกล่าวมิใช่เป็นเพียงค่าตอบแทนในการรับตั้งครรรภ์แทนให้เท่านั้น แต่เป็นค่าตอบแทนที่รวมถึงการส่งมอบเด็กนั้นด้วย การกระทำเช่นนี้จึงเป็นการซื้อขายเด็กอย่างชัดแจ้ง และลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กด้วย

#### 4. การรับตั้งครรภ์แทนจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อจิตใจของเด็ก

ผลกระทบต่อจิตใจของเด็กเป็นอีกเหตุผลที่ฝ่ายคัดค้านการรับตั้งครรภ์แทนนำมาใช้เพื่อต่อต้านการรับตั้งครรภ์แทน โดยเห็นว่า เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนจะได้รับผลกระทบทางจิตใจอย่างรุนแรงเมื่อทราบว่าตนได้เกิดมาจากการที่มารดาของตนซึ่งเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องการค่าตอบแทนมากกว่าที่ต้องการให้ตนเองเกิดมาด้วยความรัก นอกจากนี้ หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีบุตร เด็กที่เป็นบุตรของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็อาจได้รับผลกระทบด้วย เพราะเมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์ ความรู้สึกของเด็กนั้นก็ย่อมต้องคิดว่าตนกำลังจะมีน้อง แต่เมื่อแม่ของตนคลอดน้องออกมา แม่กลับส่งมอบน้องให้แก่ผู้อื่น ความรู้สึกที่ต้องสูญเสียน้องไป จะก่อให้เกิดผลกระทบทางจิตใจแก่เด็กนั้น และเมื่อเห็นแม่ส่งมอบน้องของตนให้แก่ผู้อื่นไป เด็กนั้นอาจมีความรู้สึกไม่มั่นคงในสถานะของตนเองว่าในวันใดวันหนึ่งแม่อาจส่งมอบตนเองให้แก่ผู้อื่นก็ได้

#### 3.5.5 ความเป็นโมฆะของสัญญารับตั้งครรภ์แทน

ในกรณีที่มีการเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญารับตั้งครรภ์แทน และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ตกลงยินยอมให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หากในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการพบว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นตกเป็นโมฆะแล้ว แต่เด็กที่จะเกิดขึ้นมาหรือเด็กที่เกิดมาแล้วจากการตั้งครรภ์แทนจะทำอย่างไร เพราะถึงแม้ว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนจะตกเป็นโมฆะไม่สามารถบังคับกันได้แล้ว แต่ก็ต้องพิจารณาว่าสถานะของเด็กจะเป็นอย่างไรต่อไป

ในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ทำข้อตกลงไว้ว่าจะให้ความยินยอมในการยกเด็กนั้นให้เป็นบุตรบุญธรรมแก่คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน แต่ภายหลังหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยอมมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ขอให้รับตั้งครรภ์แทน ในปัญหานี้ นักกฎหมายไทยมีความเห็นแตกออกเป็น 2 ฝ่ายด้วยกัน โดยฝ่ายหนึ่ง<sup>63</sup> เห็นว่า หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนปฏิเสธไม่ยินยอมยกเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร คู่สมรสนี้สามารถฟ้องคดีตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/21 ขอให้ศาลสั่งให้มีการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมได้ โดยถือคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ นักกฎหมายอีกฝ่าย<sup>64</sup> เห็นว่า ข้อสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงตกเป็นโมฆะ ดังนั้น จึงไม่อาจฟ้องร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติ

<sup>63</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2531). การผสมเทียมกับกฎหมาย. *บทบัณฑิตย*, ตอน 2 เล่มที่ 44, หน้า 63-64.

<sup>64</sup> ประสพสุข บุญเดช. (2536). *อุ้มบุญ. วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช ปีที่ 5 ฉบับที่ 2*, หน้า 28.

ตามสัญญาได้ กล่าวคือ คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนไม่สามารถฟ้องขอให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมได้

ในประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า แม้สัญญารับตั้งครรภ์แทนจะตกเป็นโมฆะไปแล้ว แต่ในเรื่องความเป็นอยู่ของเด็กยังคงมีอยู่มิได้ตกเป็นโมฆะไปตามสัญญารับตั้งครรภ์แทน แต่อย่างใดไม่ การที่อนุญาตไตตุลาการจะพิจารณาทำคำชี้ขาดในเรื่องสถานะของเด็กนั้น อนุญาตไตตุลาการจะต้องคำนึงถึงเหตุผลอันสมควรและพิจารณาถึงความเป็นปรปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญ และสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งหากพิจารณาแล้วเห็นว่าเด็กมีความสัมพันธ์ทาง พันธุกรรมกับคู่สมรสที่ขอให้รับตั้งครรภ์แทนทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ เด็กเกิดจากการผสมกันของเชื้อ อสุจิและไข่ของฝ่ายชายและฝ่ายหญิงที่เป็นคู่สมรสที่ขอให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ก็ควรให้คู่สมรสที่ ขอให้ตั้งครรภ์แทนสามารถขอจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้

### 3.5.6 ระยะเวลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตไตตุลาการ

จากกรณีศึกษาข้างต้นทำให้เกิดประเด็นที่น่าสนใจอีกเรื่องหนึ่ง คือ การดำเนิน กระบวนการพิจารณาของอนุญาตไตตุลาการโดยนับตั้งแต่การยื่นคำเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตไตตุลาการ ทำคำชี้ขาดจนถึงระยะเวลาที่อนุญาตไตตุลาการทำคำชี้ขาดมีระยะเวลานานเท่าไร จะสามารถระงับ ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้ก่อนที่เด็กจะคลอดออกมาหรือไม่ หรือหากเด็กคลอด ออกมาแล้วเกิดข้อพิพาทเรื่องสถานะความเป็นบิดามารดาขึ้น ระหว่างนั้นเด็กจะต้องอยู่กับใคร เนื่องจากข้อพิพาทเหล่านี้ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก ผู้วิจัยจึงจะขออธิบายหลักการ ทำงานและระยะเวลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตไตตุลาการตั้งแต่เริ่มยื่นคำขอเสนอ ข้อพิพาทให้อนุญาตไตตุลาการจนกระทั่งอนุญาตไตตุลาการทำคำชี้ขาด โดยเป็นการดำเนินกระบวนการ พิจารณาของสำนักงานอนุญาตไตตุลาการ สมาคมประกันวินาศภัย ให้เข้าพอสังเขป ดังนี้

1. หลักในทางปฏิบัติเมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันให้ยื่นคำร้องขอระงับข้อพิพาท โดยอนุญาตไตตุลาการแล้ว จะมีการกำหนดวันนัดประมาณ 1 เดือนนับวันยื่นคำร้องขอระงับข้อ พิพาทให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไปทำความตกลงเลือกอนุญาตไตตุลาการผู้จะมาทำคำชี้ขาดข้อพิพาท ของตน เมื่อถึงกำหนดนัด หากคู่กรณียังไม่สามารถตัดสินใจว่าจะเลือกอนุญาตไตตุลาการได้ ระเบียบของสำนักงานอนุญาตไตตุลาการ สมาคมประกันวินาศภัย กำหนดให้ คู่กรณีแต่ละฝ่าย สามารถขอเลื่อนวันนัดเพื่อคัดเลือกอนุญาตไตตุลาการได้ฝ่ายละ 1 เดือน (ถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายขอ เลื่อนทั้งคู่ ระยะเวลานัดก็จะเลื่อนออกไปเป็น 2 เดือน) รวมระยะเวลานับแต่วันยื่นคำร้องขอระงับ ข้อพิพาทโดยอนุญาตไตตุลาการแล้วประมาณ 3 เดือน

2. เมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายใช้สิทธิขอเลื่อนนัดแล้ว หากประสงค์จะขอเลื่อนนัดเพื่อคัดเลือกลงอุทธรณ์การอีก ย่อมสามารถทำได้ แต่ในครั้งนี้จะต้องเสียค่าปรับ 300 บาทและอนุญาตให้เลื่อนไปได้อีก 1 เดือน สำหรับการขอเลื่อนวันนัดช่วงนี้จะเป็นการขอเลื่อนวันนัดจากเจ้าหน้าที่ของสำนักงานอุทธรณ์การซึ่งเจ้าหน้าที่มักจะอนุญาตให้เลื่อนวันนัดได้และให้เสียค่าปรับครั้งละ 300 บาท เพราะฉะนั้น ระยะเวลาในช่วงนี้อาจนานกว่า 3 เดือนก็ได้

3. กรณีไม่มีการเลื่อนนัดคัดเลือกลงอุทธรณ์การและคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเข้ามาคัดเลือกลงอุทธรณ์การที่จะมาพิจารณาทำคำชี้ขาดข้อพิพาทของตนได้แล้ว อุทธรณ์การจะนัดทั้งสองสถานประมาณ 1 เดือนเมื่อทั้งสองสถานกันแล้ว จะนัดสืบพยานหลักฐานอีกประมาณ 1 เดือน ซึ่งอุทธรณ์การบางท่านก็อาจนัดทั้งสองสถานและนัดสืบพยานในครั้งเดียวกันไปก็ได้ ระหว่างนี้ หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขออุทธรณ์การเลื่อนกำหนดนัดโดยอ้างว่าพยานหลักฐานยังไม่ครบถ้วน อุทธรณ์การจะอนุญาตให้เลื่อนกำหนดวันนัดสืบพยานออกไปได้อีก 1 เดือนแต่ต้องเสียค่าปรับ 500 บาทสำหรับการขอเลื่อนกำหนดนัดด้วย อย่างไรก็ตาม กรณีที่จะอนุญาตให้เลื่อนกำหนดวันนัดหรือไม่เป็นดุลพินิจของอุทธรณ์การแต่ละท่าน หากอุทธรณ์การเห็นว่าการขอเลื่อนกำหนดนัดไม่มีเหตุผลอันสมควร และคู่กรณีมีเจตนาที่จะประวิงระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณา อุทธรณ์การก็อาจจะไม่อนุญาตให้เลื่อนกำหนดนัดก็ได้

4. เมื่อทำการสืบพยานหลักฐานเสร็จแล้ว อุทธรณ์การก็จะทำคำชี้ขาดต่อไป ซึ่งระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดนี้ อุทธรณ์การบางท่านก็ใช้ระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดเพียง 1 สัปดาห์และจะส่งหนังสือแจ้งให้คู่กรณีไปปรับคำชี้ขาด แต่บางท่านก็ใช้ระยะเวลาประมาณ 1 เดือนซึ่งก็แล้วแต่อุทธรณ์การแต่ละท่าน

5. ระยะเวลาตั้งแต่ยื่นคำเสนอข้อพิพาทให้อุทธรณ์การจนกระทั่งอุทธรณ์การทำคำชี้ขาดก็จะใช้เวลาประมาณ 10 เดือน ซึ่งระยะเวลา 10 เดือนนี้ถือว่าเป็นระยะเวลาที่ค่อนข้างน้อยแล้วในทางปฏิบัติ เนื่องจากการระงับข้อพิพาทนี้ส่วนใหญ่คู่กรณีมักจะขอเลื่อนนัดออกไปเพื่อประวิงการจ่ายค่าสินไหมทดแทน

เมื่อพิจารณาจากขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางปฏิบัติแล้ว จะเห็นได้ว่าการระงับข้อพิพาทโดยอุทธรณ์การใช้ระยะเวลาค่อนข้างนาน และกรณีที่มีการพิพาทเกี่ยวกับสัญญาบังคับคุ้มครองตั้งแต่เด็กยังอยู่ในครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ข้อพิพาทก็ไม่สามารถระงับได้ก่อนที่เด็กจะคลอดออกมา ซึ่งหากพิจารณาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอุทธรณ์การแล้ว จะเห็นได้ว่าขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณามีได้ช้าเพราะคณะอุทธรณ์การ แต่เป็นเพราะคู่กรณีต้องการประวิงคดีทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณานาน



ขึ้นโดยการขอเลื่อนคดีออกไป ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขอเลื่อนนัดให้ชัดเจน ไม่ควรอนุญาตให้คู่กรณีสามารถขอเลื่อนกำหนดนัดได้อย่างไม่มีจำกัด อีกทั้งจำนวนค่าปรับที่ให้คู่กรณีชำระในกรณีที่ขอเลื่อนกำหนดนัดก็เป็นจำนวนที่น้อยเกินไป ทำให้คู่กรณียินยอมที่จะชำระค่าปรับเพื่อแลกกับการประวิงคดีออกไปได้อีกนั่นเอง ดังนั้น เรื่องจำนวนค่าปรับในการขอเลื่อนคดีอาจจำเป็นต้องเพิ่มจำนวนให้มากขึ้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะใช้ระยะเวลาไม่นาน สัมกับเจตนาธรรมณีกก็ตาม แต่หากพิจารณาเปรียบเทียบการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ผู้วิจัยก็เห็นว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ยังคงรวดเร็วกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลอยู่มาก

### 3.6 มาตรการทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาับตั้งครรรภ์ แทนโดยอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ

เนื่องจากสัญญาับตั้งครรรภ์แทนเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยุ่งยากซับซ้อน และละเอียดอ่อน ซึ่งถึงแม้ว่า การรับตั้งครรรภ์แทนจะปรากฏมานานแล้ว แต่ก็ยังถือเป็นเรื่องที่ค่อนข้างใหม่ทางด้านกฎหมายเพราะในหลายๆ ประเทศที่ยินยอมให้มีการทำสัญญาับตั้งครรรภ์แทนได้ แต่ก็ยังไม่มีมาตรการกฎหมายขึ้นมารองรับสัญญาดังกล่าว ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาวิจัยว่า ในต่างประเทศนั้น หากเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาับตั้งครรรภ์แทนขึ้น จะสามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการมาระงับข้อพิพาทได้หรือไม่ โดยจะทำการศึกษาประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา ดังต่อไปนี้

#### 3.6.1 ประเทศอังกฤษ

ประเภทของข้อพิพาทที่อาจจะรับโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ (Arbitrability)

จากการศึกษาข้อมูลต่างๆ ผู้วิจัยพบว่าประเทศอังกฤษไม่ได้กำหนดประเภทของข้อพิพาทที่ไม่อาจจะรับโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเอาไว้อย่างชัดเจน การอนุญาโตตุลาการในอังกฤษสามารถถูกนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้แทบทุกคดีที่คู่สัญญายินยอมให้เป็นเช่นนั้น ไม่ว่าจะ เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญาทั่วไปหรือข้อสัญญาพิเศษ จึงมีผู้กล่าวว่าในประเทศอังกฤษไม่มีข้อพิพาทใดที่ไม่อาจจะรับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ หากยังไม่มีกรออกกฎหมายยกเลิก อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1950 (The Arbitration Act 1950) เคยบัญญัติไว้ในมาตรา 24(2) ว่าหากข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเกิดจากกลฉ้อฉล บุคคลใดๆ ก็สามารถคัดค้านในเรื่องความยินยอมให้มีการอนุญาโตตุลาการได้ แต่มาตรานี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว

โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 (The Arbitration Act 1996) ซึ่งเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับปัจจุบัน นอกจากนี้ ประเทศอังกฤษยังได้ออกกฎหมายยินยอมให้ใช้การอนุญาโตตุลาการระดับข้อพิพาทได้ แม้กระทั่งในกรณีที่ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้เกิดจากความยินยอม เช่น The Building Societies Act 1986 ที่กำหนดให้คู่สัญญาต้องยินยอมให้ใช้การอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายเดิมของ Societies, the Agricultural Holding Act 1986 และ The New Roads and Street Work Act 1991 เป็นต้น

สำหรับกรณีของสัญญาปรับตั้งครรภ์แทน<sup>65</sup> แม้ว่าความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ในประเทศอังกฤษจะมีการพัฒนาต่อเนื่องมาโดยตลอด แต่ความคิดริเริ่มที่จะออกกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการเทคโนโลยีดังกล่าวนี้เพิ่งเริ่มขึ้นอย่างจริงจังหลังจากความสำเร็จของการให้กำเนิดมนุษย์ด้วยการปฏิสนธินอกร่างกายเมื่อปี ค.ศ.1978 เท่านั้น โดยในปี ค.ศ.1982 กระทรวงสุขภาพและประกันสังคม (Department of Health and Social Security) ได้จัดตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งเรียกว่า The Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology ให้มีหน้าที่ศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบทางจริยธรรมของเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ ซึ่งรวมไปถึงการปรับตั้งครรภ์แทนด้วย คณะกรรมการชุดนี้มี Dame Marry Warnock ศาสตราจารย์ด้านปรัชญาจากมหาวิทยาลัยออกฟอร์ดเป็นประธาน คณะกรรมการชุดนี้จึงถูกเรียกชื่อว่า "คณะกรรมการวอร์นอค" (The Warnock Committee)

คณะกรรมการวอร์นอคได้ทำการศึกษาวิจัยเป็นเวลาประมาณ 2 ปี จนกระทั่งในปี ค.ศ.1984 คณะกรรมการชุดนี้ได้เสนอรายงานการศึกษาวิจัยรวมทั้งข้อเสนอแนะต่อรัฐบาลอังกฤษ รายงานการวิจัยฉบับนี้ (ซึ่งมักเรียกกันว่า The Warnock Report) ถือเป็นรายงานการวิจัยเกี่ยวกับประเด็นปัญหาทางจริยธรรมอันเกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่สมบูรณ์ที่สุดในขณะนั้น คณะกรรมการวอร์นอคได้สรุปความเห็นว่าการที่คู่สมรสไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีการตามธรรมชาติถือเป็นความเจ็บป่วยประการหนึ่งที่เหมาะสมควรได้รับการบำบัดรักษาภายใต้การบริการสาธารณสุขของรัฐ คณะกรรมการชุดนี้จึงเสนอให้รัฐออกกฎหมายเพื่อให้การเข้าถึงการบำบัดรักษาเช่นนี้เป็นไปด้วยความสะดวกมากยิ่งขึ้น แต่กระนั้นก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวกับการปรับตั้งครรภ์แทนนั้น คณะกรรมการวอร์นอคกลับประสบปัญหาหลายประการในอันที่จะหาข้อสรุป เนื่องจากมีความเห็นที่แตกต่างกันมากทั้งในเชิงสนับสนุนและคัดค้านการปรับตั้งครรภ์แทน

คณะกรรมการวอร์นอคได้สรุปความเห็นว่าการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนก็เป็นสิ่งที่ไม่สมควรกระทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การปรับตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือ

<sup>65</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 40*. หน้า 66-69.

เป็นไปเพียงเพื่อความสะดวกสบายของหญิงที่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองตามวิถีการธรรมชาติถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอย่างยิ่ง ในที่สุดคณะกรรมการชุดนี้จึงมีความเห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นสิ่งที่ผิดและไม่ควรได้รับการสนับสนุนจากรัฐ ดังนั้น รัฐควรที่จะเข้าไปมีบทบาทในการควบคุมดูแลการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เพื่อมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จากกิจกรรมดังกล่าวนี้

แม้จะได้ข้อสรุปดังกล่าวข้างต้น แต่คณะกรรมการวอร์นอคก็ได้พิจารณาปัญหาต่อไปว่า การนำมาตรรกะทางอาญามาใช้เป็นกลไกในการควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนจะเป็นสิ่งที่เหมาะสมหรือไม่ ในปัญหานี้ คณะกรรมการวอร์นอคเห็นว่ามีคามจำเป็นที่จะต้องนำมาตรรกะทางอาญามาใช้เพื่อป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพราะหากปราศจากมาตรการเหล่านี้ กฎหมายก็ไม่มีทางที่จะบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงมีการเสนอห้ามมิให้มีการก่อตั้งองค์กรหรือสมาคมใดๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในการคัดเลือกหญิงเพื่อให้เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนหรือมีวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่สมรสที่ต้องการหาหญิงมาเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน โดยถือว่าการก่อตั้งหรือดำเนินการของคนกลางในลักษณะเช่นนี้เป็นความผิดทางอาญา อย่างไรก็ตาม แม้คณะกรรมการวอร์นอคได้ยอมรับว่าการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยคนกลางที่ไม่มีผลประโยชน์ทางพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องอาจมีประโยชน์บางประการ แต่ก็ได้ปฏิเสธที่จะยอมรับให้การกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ก็เนื่องจากว่าการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนที่แม้จะไม่มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ก็จะเป็นการส่งเสริมให้มีการรับตั้งครรภ์แทนกันมากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ข้อเสนอที่ให้การจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแล้ว คณะกรรมการวอร์นอคยังเสนอให้การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพ เช่น แพทย์หรือทนายความ ซึ่งให้ความช่วยเหลือแก่คู่สมรสในลักษณะเดียวกันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายด้วย อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวอร์นอคกลับเห็นว่า การกระทำของคู่สมรสที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ควรถือว่าเป็นความผิดทางอาญา ด้วยเหตุผลที่ว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนไม่ควรที่จะถูกถือว่าเป็นผลผลิตของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

บทสรุปของ คณะกรรมการวอร์นอคที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นส่วนที่มีข้อบกพร่องที่สุดในรายงานฉบับนี้ เนื่องจากข้อสรุปดังกล่าวนี้ไม่ได้มาจากการศึกษาวิเคราะห์แนวความคิดในเชิงปรัชญา แต่กลับอาศัยความคิดเห็นของสาธารณชนที่คัดค้านการรับตั้งครรภ์แทนเป็นหลัก ในขณะที่ประเด็นเกี่ยวกับเรื่องการผสมเทียมด้วยวิธีการฉีดเชื้อก็ดี การปฏิสนธินอกร่างกายก็ดี หรือการบริจาคตัวอ่อนก็ดี คณะกรรมการวอร์

นอกคือว่าบุคคลทุกคนมีอัตภาพ (Autonomy) ที่จะตัดสินใจดำเนินการดังกล่าวได้ แต่ในประเด็นการรับตั้งครรภ์แทนนั้น คณะกรรมการวอร์นอคกลับมิได้นำหลักการเดียวกันมาใช้โดยถือว่รัฐต้องเข้ามาบีบบทบาทในการควบคุมดูแล อย่างไรก็ตาม รายงานฉบับนี้ก็มีอิทธิพลเป็นอย่างสูงต่อการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนในเวลาต่อมา

ปัจจุบัน การรับตั้งครรภ์แทนมิได้เป็นสิ่งต้องห้ามในประเทศอังกฤษ ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะมีเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องหรือไม่ก็ตาม ทำให้ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีปัญหาในการฟ้องร้องกันเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนมาก จนทำให้ได้มีการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนมาใช้บังคับ โดยเฉพาะขึ้นเป็นประเทศแรกของโลก ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน ค.ศ. 1985 (Surrogacy Arrangement Act 1985) และพระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 (Human Fertilization and Embryology Act 1990) ซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยไม่ผิดกฎหมายคร่าวๆ ดังนี้

1. พระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน ค.ศ. 1985 (Surrogacy Arrangement Act 1985)

พระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน ค.ศ. 1985 (Surrogacy Arrangement Act 1985) ไม่ถือว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นความผิดทางอาญา หลักการเช่นนี้สอดคล้องกับข้อเสนอของคณะกรรมการวอร์นอคดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น เหตุผลสำคัญที่พระราชบัญญัติฉบับนี้มีได้บัญญัติห้ามการรับตั้งครรภ์แทนก็เนื่องมาจากหากถือว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นความผิดทางอาญาแล้ว รัฐต้องให้ตำรวจเข้าไปควบคุมถึงในห้องนอนของคู่สมรสและหญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทน ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนี้เป็นไปได้โดยยาก นอกจากนั้น หากกฎหมายลงโทษคู่สมรสที่ว่าจ้างตั้งครรภ์หรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะเป็นประโยชน์ต่อเด็กที่กำเนิดขึ้นมา ทั้งเด็กนั้นก็จะถูกถือว่เป็นผลผลิตของการกระทำที่ผิดกฎหมายด้วย

คดีแรกที่มีการฟ้องร้องกันเกี่ยวกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนในประเทศอังกฤษ คือ คดี A v. C ซึ่งเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1978 ในขณะนั้นยังไม่มีกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act ใช้บังคับ ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า นาย A ได้นำสัญญาว่จ้างนาง C ซึ่งเป็นหญิงโสเภณีให้รับตั้งครรภ์แทนโดยวิธีการฉ้อฉล โดยได้ตกลงว่าจ้างเป็นเงิน 3,000 ปอนด์ แต่ต่อมาภายหลังคลอดบุตร นาง C กลับเปลี่ยนใจที่จะไม่รับเงินค่าจ้างและไม่ยอมส่งมอบบุตรตามข้อตกลง คดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล โดยนาย A ขอให้ศาลบังคับให้นาง C ส่งมอบเด็กให้ตามสัญญา ศาล

ขั้นต้นโดยผู้พิพากษา Comyn กล่าวว่า สัญญารับตั้งครรรภ์แทนดังกล่าวเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยให้เหตุผลว่าสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการซื้อขายเด็ก

เมื่อคดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษา Ormrod มีความเห็นไปในทำนองเดียวกัน โดยประณามสัญญานี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาขาดสำนึกความรับผิดชอบ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ความเห็นดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงการให้ความเห็นทางนิติศาสตร์ (Judicial Comment) เท่านั้น ศาลมิได้มีคำพิพากษาโดยตรงเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรรภ์แทน แต่น่าเชื่อว่าหากศาลต้องวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวแล้ว ศาลก็คงจะต้องพิพากษาว่าสัญญารับตั้งครรรภ์แทนเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญารับตั้งครรรภ์แทนได้ถูกพิจารณาโดยคณะกรรมการวอร์นอคเช่นกัน คณะกรรมการชุดนี้เสนอให้บัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนว่าสัญญารับตั้งครรรภ์แทนเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการนี้มีความเห็นว่าสัญญารับตั้งครรรภ์แทนควรที่จะเป็นสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายและไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้

ภายหลังคณะกรรมการวอร์นอคได้จัดทำรายงานเสนอต่อรัฐบาลอังกฤษไม่นานนักเมื่อต้นปี ค.ศ. 1985 ได้มีคดีเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เกิดขึ้นอีกคดีหนึ่งทำให้รัฐสภาของอังกฤษพยายามที่จะเร่งรัดออกกฎหมายการรับตั้งครรรภ์แทนโดยเร็ว ในราวกลางปีนั้นเอง รัฐสภาอังกฤษจึงได้ออกกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act 1985 พระราชบัญญัติฉบับนี้ถูกบัญญัติขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อควบคุมไม่ให้มีการรับตั้งครรรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ และพระราชบัญญัตินี้จะถูกบังคับใช้กับข้อตกลงที่ทำขึ้นก่อนผู้รับตั้งครรรภ์แทนจะตั้งครรรภ์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทนให้ผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนไปเลี้ยงดู แต่ไม่ใช่บังคับกับข้อตกลงที่ทำขึ้นหลังจากที่ผู้รับตั้งครรรภ์แทนได้ตั้งครรรภ์ขึ้นแล้ว โดยถือว่า "การติดต่อ จัดหา หรือเข้าร่วมเจรจาต่อรองสัญญารับจ้างตั้งครรรภ์แทนในทางการค้าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (มาตรา 2)" ซึ่งหมายความว่า การจัดให้มีการรับตั้งครรรภ์แทนโดยผู้จัดการตั้งครรรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ ซึ่งรวมทั้งการรวบรวมข้อมูลข่าวสารเพื่อใช้ในการกระทำการดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว คู่สมรสที่ว่าจ้างหรือหญิงที่รับจ้างตั้งครรรภ์แทนจะไม่ถือว่ามีความผิดตามมาตรานี้เพราะกฎหมายบัญญัติยกเว้นความผิดไว้โดยชัดแจ้ง

และมาตรา 3 ห้ามมิให้มีการโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทน

การโฆษณาที่ชักจูงให้มีการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เช่น การโฆษณาหาผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน หรือผู้รับตั้งครรรภ์แทนแล้วแต่กรณี ซึ่งทั้งผู้โฆษณาและสื่อที่ลง

โฆษณาถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ แม้ว่าจะเป็นการโฆษณาตามที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือผู้รับตั้งครรภ์แทนร้องขอก็ตาม

จะเห็นได้ว่า Surrogacy Arrangement Act 1985 ห้ามเฉพาะคนกลางมิให้แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากการรับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น แต่มิได้ห้ามมิให้คนกลางดำเนินการให้คำปรึกษาและ/หรือจัดหาผู้รับตั้งครรภ์แทนและ/หรือผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ในลักษณะที่มีได้มุ่งหากำไรในเชิงพาณิชย์ คนกลางจึงไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการจ่ายเงินให้หรือให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน และแม้จะเป็นการกระทำในเชิงพาณิชย์ก็ตาม แต่หากว่าผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้จ่ายเงินหรือให้ผลประโยชน์ดังกล่าวแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้ไม่ถือเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ด้วยเหตุผลที่ว่าเพื่อมิให้เด็กที่เกิดมาต้องมิมลทินจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย

การออกกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act 1985 ของรัฐสภาอังกฤษเน้นไปที่เรื่องการห้ามมิให้คนกลางดำเนินการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่การทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น โดยได้ทิ้งปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนไว้ เนื่องจากไม่มีเวลาที่จะพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบได้ พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงได้บัญญัติหลักการแต่เพียงกว้างๆ ว่า ให้ใช้บังคับกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าสัญญานั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม

ความคลุมเครือของสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นเหตุให้ในปี ค.ศ.1987 รัฐบาลอังกฤษได้ออกสมุดปกขาว (White Paper) เสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายรับตั้งครรภ์แทนหลายประเด็น รวมทั้งให้มีการกำหนดสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น จนกระทั่งในปี ค.ศ.1990 ได้มีการออกกฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act 1990 มาควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ดังจะอธิบายต่อไป

2. พระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ.1990 (Human Fertilization and Embryology Act 1990)

พระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 (Human Fertilization and Embryology Act 1990) ถูกบัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนสามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน (parental order) และควบคุมการใช้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์เนื่องจากการรับตั้งครรภ์แทนที่ต้องอาศัยการผสมเทียมหรือการปฏิสนธิ

นอกกร่างกายนั้นมักจะต้องการความช่วยเหลือจากแพทย์อยู่เสมอ รวมถึงควบคุมการศึกษาวิจัยในตัวอ่อนมนุษย์โดยต้องมีการขออนุญาต

พระราชบัญญัติฉบับนี้ถูกตราขึ้นมาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act 1985 โดยมาตรา 36(1) ของ Human Fertilization and Embryology Act 1990 ได้เพิ่มเติมมาตรา 1A ของ Surrogacy Arrangement Act 1985 ว่า สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้ไม่ว่าโดยคู่สัญญาฝ่ายใด และโดยผลของบทบัญญัตินี้ คู่สมรสที่ว่าจ้างจึงไม่อาจฟ้องร้องบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนส่งมอบเด็กแก่ตนได้ และในทำนองเดียวกัน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่อาจเรียกร้องให้คู่สมรสที่ว่าจ้างชำระค่าตอบแทนตามสัญญาได้เช่นกัน

จากการศึกษาวิจัยพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนทั้งสองฉบับของประเทศอังกฤษ ทำให้เห็นได้ว่า สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนที่ไม่ใช่ในเชิงพาณิชย์นั้น สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น เมื่อมีการทำสัญญาจ้างตั้งครรภ์แทน หรือในกรณีที่เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนที่ไม่ใช่ในเชิงพาณิชย์ขึ้นในประเทศอังกฤษ คู่กรณีก็สามารถตกลงกันให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้

### 3.6.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเภทของข้อพิพาทที่อาจระงับโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ (Arbitrability)

ในคำพิพากษาของศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาในช่วงระยะเวลากว่า 20 ปีที่ผ่านมา ศาลได้กำหนดประเภทของข้อพิพาทที่อาจระงับได้โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของสหรัฐ ค.ศ. 1925 ซึ่งกำหนดให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลเช่นเดียวกับข้อสัญญาอื่นๆ ความตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทจึงมีผลสมบูรณ์ไม่ถูกเพิกถอน และสามารถนำมาใช้บังคับได้ และคำพิพากษาของศาลได้แสดงให้เห็นถึงการสนับสนุนอย่างเต็มที่ให้การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทอีกวิธีหนึ่ง โดยกล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของสหรัฐ ค.ศ. 1925 สร้างข้อสันนิษฐานที่แน่นอนเกี่ยวกับประเภทของข้อพิพาทที่อาจระงับโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่า ข้อพิพาททางแพ่งส่วนใหญ่สามารถระงับได้โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ คงมีข้อพิพาททางแพ่งบางชนิดที่ไม่อาจตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากอยู่ใต้อำนาจอรัฐที่จะเป็นผู้พิจารณาตัดสิน แต่ถ้าหากเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมาย ป้องกันการผูกขาด หรือกฎหมายหลักทรัพย์ ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยอมให้ใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทได้

นอกจากศาลแล้ว รัฐสภาแห่งสหรัฐอเมริกาที่มีเจตนารมณ์ที่จะสนับสนุนการอนุญาตโตตุลาการตามนโยบายของพระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการของสหรัฐ ค.ศ.1925 อย่างมากเช่นกัน แทนที่จะเป็นอำนาจของศาล อย่างไรก็ตาม หากเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ไม่สามารถใช้การอนุญาตโตตุลาการระงับข้อพิพาทได้ แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทระหว่างประเทศ โดยเฉพาะข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce contract) ก็อาจมีข้อแตกต่างขึ้นมาเป็นพิเศษ กล่าวคือ ถึงแม้จะมีประเด็นเกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม แต่คู่กรณีก็อาจใช้การอนุญาตโตตุลาการระงับข้อพิพาทได้เพราะสภาพปัจจุบันของกฎหมายระหว่างประเทศและการค้าระหว่างประเทศมีลักษณะที่ไม่แน่นอนซึ่งข้อพิพาทเหล่านี้ควรได้รับการเยียวยาโดยวิธีการอนุญาตโตตุลาการจึงจะมีความเหมาะสม

สำหรับประเด็นเรื่องการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญารับตั้งกรรมแทนโดยการอนุญาตโตตุลาการ คู่สัญญาจะกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตโตตุลาการได้หรือไม่ นั้น จะต้องพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งกรรมแทนของประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนว่าสามารถทำได้โดยถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่

ประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>66</sup> นับได้ว่าเป็นประเทศที่มีการรับตั้งกรรมแทนมากที่สุดในโลก เนื่องจากมีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นอย่างมาก ประกอบกับมีการก่อตั้งตัวแทนหรือคนกลางในการติดต่อหาบุคคลที่ประสงค์จะรับตั้งกรรมแทนขึ้นอย่างเป็นระบบ เมื่อมีการรับตั้งกรรมแทน ปัญหาความขัดแย้งระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในสัญญารับตั้งกรรมแทนย่อมเกิดขึ้น จึงได้มีความพยายามที่จะออกกฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal law) เพื่อให้การรับตั้งกรรมแทนทั้งหมดในประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน

ในปี ค.ศ.1989 ได้มีการเสนอร่างกฎหมายฉบับเพื่อห้ามมิให้มีการรับตั้งกรรมแทนในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายฉบับแรกมีชื่อเรียกว่า "Surrogacy Arrangement" ได้ถูกเสนอโดยนายโธมัส ลูเคน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคเดโมแครตจากรัฐโอไฮโอ ร่างกฎหมายฉบับนี้เสนอให้มีบทลงโทษทางอาญาแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายในสัญญารับตั้งกรรมแทน ตลอดจนตัวแทนหรือคนกลางในการจัดการให้มีการรับตั้งกรรมแทนนั้น หากการรับตั้งกรรมแทนเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า ร่างกฎหมายฉบับนี้ยังเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมาย Federal Trade Commission Act เพื่อให้คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลางมีอำนาจสั่งห้ามมิให้มีการ

<sup>66</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ. *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 40*. หน้า 90-91.



โฆษณาใดๆ เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนด้วย แต่ในที่สุดร่างกฎหมายฉบับนี้ก็ไม่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการการพลังงานและการค้าแห่งสภาผู้แทนราษฎร

ร่างกฎหมายฉบับที่สองถูกเสนอโดยนายโรเบิร์ต ดอร์เนน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรครีพับลิกัน จากรัฐแคลิฟอร์เนีย ร่างกฎหมายฉบับนี้มีชื่อเรียกว่ากฎหมาย "Anti-Surrogate Mother Act of 1989" ภายใต้ร่างกฎหมายฉบับนี้ การกระทำทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะเป็นการจัดหาหญิงรับตั้งครรภ์แทน การโฆษณา หรือการให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์ ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาทั้งสิ้น ร่างกฎหมายฉบับนี้ยังเสนอให้สัญญาารับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะมีประโยชน์ทางการค้าหรือไม่เป็นสัญญาที่เป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายฉบับนี้ก็ไม่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการยุติธรรมของสภาผู้แทนราษฎร เช่นเดียวกัน

จะเห็นได้ว่า แม้จะมีความพยายามในการเสนอร่างกฎหมายเพื่อห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์หลายครั้ง แต่ก็มักจะไม่ประสบความสำเร็จ ในปัจจุบันจึงยังไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางออกมาใช้บังคับ หลักเกณฑ์ของการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ โดยกฎหมายในระดับมลรัฐจะมีหลักเกณฑ์ใหญ่ๆ อยู่ 2 เรื่อง คือ การกำหนดสถานะทางกฎหมายของสัญญาารับตั้งครรภ์แทน และการกำหนดความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน

สถานะทางกฎหมายของสัญญาารับตั้งครรภ์แทน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าปัจจุบันนี้ประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางมาเป็นแม่แบบ (Uniform Regulations) ที่กำหนดเรื่องความสมบูรณ์และการบังคับใช้สัญญาารับตั้งครรภ์แทนให้กับแต่ละมลรัฐเพื่อบังคับให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ทำให้หลายมลรัฐให้ศาลเป็นผู้พิจารณาสัญญาารับตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆ ไป และหลายมลรัฐได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะขึ้นมา ซึ่งกฎหมายของแต่ละมลรัฐก็มีความแตกต่างกันไป โดยสามารถแบ่งกฎหมายในแต่ละมลรัฐออกได้เป็น 3 กลุ่ม ดังนี้<sup>67</sup>

1. มลรัฐที่กำหนดโทษทางอาญาไว้

มีมลรัฐทั้งหมด 6 มลรัฐที่กำหนดโทษทางอาญาไว้ เช่น โทษปรับ โทษจำคุก สำหรับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ ไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาในสัญญาารับตั้งครรภ์แทนหรือคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับคู่สัญญาฝ่ายอื่น ได้แก่ มลรัฐ

<sup>67</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 40*. หน้า 91-93.

มิชิแกน ยูทาห์ วอชิงตัน นิวเจอร์ซีย์ แคนซัส และดิสมิทริคออฟโคโลัมเบีย โดยแต่ละมลรัฐมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่แตกต่างกันออกไป เช่น

มลรัฐมิชิแกนถือเป็นมลรัฐที่มีกฎหมายห้ามการรับตั้งกรรมแทนที่เข้มงวดที่สุด โดยห้ามมิให้บุคคลใดๆ ไม่ว่าจะเป็นผู้ที่ประสงค์จะเป็นคู่สัญญาในสัญญารับตั้งกรรมแทนหรือเป็นคนกลางเข้าทำสัญญาใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งกรรมแทนเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ โดยมีโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย คือ จำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 50,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือทั้งจำทั้งปรับ

มลรัฐดิสมิทริคออฟโคโลัมเบียห้ามมิให้บุคคลใดๆ เป็นคู่สัญญาในสัญญารับตั้งกรรมแทนหรือผู้จัดการตั้งกรรมแทน โดยมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปีหรือปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือทั้งจำทั้งปรับ

มลรัฐแคนซัสกำหนดโทษในลักษณะเช่นเดียวกันไว้ คือ จำคุกไม่เกิน 30 วันหรือปรับระหว่าง 100 ถึง 200 ดอลลาร์สหรัฐ

มลรัฐนิวเจอร์ซีย์กำหนดโทษทางแพ่ง (Civil penalty) สำหรับคู่สัญญารับตั้งกรรมแทนกับผู้จัดการตั้งกรรมแทนไว้ต่างกันโดยคู่สัญญารับตั้งกรรมแทนต้องโทษปรับไม่เกิน 500 ดอลลาร์สหรัฐ แต่ผู้จัดการตั้งกรรมแทนต้องโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ แต่หากมีการกระทำความผิดเป็นครั้งที่สอง ผู้จัดการตั้งกรรมแทนนี้จะถือว่ากระทำความผิดทางอาญาสถานเบา (Felony)

มลรัฐยูทาห์และมลรัฐวอชิงตัน ถือว่าทั้งคู่สัญญาในสัญญารับตั้งกรรมแทนและผู้จัดการตั้งกรรมแทนกระทำความผิดทางอาญาสถานเบา (Misdemeanor) เท่านั้น

## 2. มลรัฐที่ถือว่าสัญญารับตั้งกรรมแทนเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

ในมลรัฐส่วนใหญ่ที่ได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งกรรมแทนไว้โดยเฉพาะ สัญญารับตั้งกรรมแทนจะถือว่าเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและตกเป็นโมฆะไม่ว่าทั้งการตั้งกรรมแทนโดยการฉ้อหรือการปฏิสนธินอกร่างกาย กฎหมายในกลุ่มมลรัฐเหล่านี้ อาจแบ่งได้ออกเป็นสองประเภท คือ กลุ่มที่ถือว่าสัญญารับตั้งกรรมแทนเป็นโมฆะทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นสัญญารับตั้งกรรมแทนแบบมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม ได้แก่ มลรัฐโคโลัมเบีย อินเดียนา มิชิแกน นิวเจอร์ซีย์ นอร์ธดาโกตา และยูทาห์ อีกกลุ่มหนึ่งถือว่าสัญญารับตั้งกรรมแทนเชิงพาณิชย์เท่านั้นที่เป็นโมฆะ ได้แก่ มลรัฐแคนซัส หลุยส์เซียนา เนบราสก้า และวอชิงตัน นอกจากนี้มลรัฐอริโซนา นอร์ธดาโกตา ยูทาห์ ยังกำหนดให้ผู้รับตั้งกรรมแทนและสามีของผู้รับตั้งกรรมแทนนั้นเป็นมารดาและบิดาตามกฎหมาย

## 3. มลรัฐที่ถือว่าสัญญารับตั้งกรรมแทนชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับได้

ในปัจจุบันมีเพียง 5 มลรัฐเท่านั้น คือ มลรัฐนิวแฮมเชียร์ เวอร์จิเนีย ฟลอริดา อิลลินอยส์ และเนวาดา อย่างไรก็ตาม กฎหมายในมลรัฐเหล่านี้ได้ห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากค่ารักษาพยาบาลทางการแพทย์ที่จำเป็นเท่านั้น มีข้อสังเกตว่า ในมลรัฐเวอร์จิเนียและนิวแฮมเชียร์นั้น กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขที่เข้มงวดก่อนที่จะมีการทำสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้กำหนดให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการทำสัญญารับตั้งค่าธรรมเนียมเพื่อคุ้มครองประโยชน์และความผาสุกของคู่สัญญาทุกฝ่ายตลอดจนเด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งค่าธรรมเนียมด้วย

จะเห็นได้ว่า มลรัฐส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกายังคงไม่มีการตรากฎหมายการจัดการตั้งค่าธรรมเนียมขึ้นมา ดังนั้น เรื่องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการยังคงเป็นเรื่องยากและยังคงต้องติดตามความคืบหน้าต่อไป เพราะในบางมลรัฐก็ยินยอมให้สัญญารับตั้งค่าธรรมเนียมสามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด และไม่ให้อถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งหากเป็นดังที่ได้ศึกษาวิจัย ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หากเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญารับตั้งค่าธรรมเนียมในประเทศสหรัฐอเมริกาขึ้น ย่อมสามารถนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมาใช้ได้เช่นกัน

### 3.6.3 ประเทศฝรั่งเศส

ประเภทของข้อพิพาทที่อาจระงับโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ (Arbitrability)

จากการศึกษาข้อมูลต่างๆ ผู้วิจัยพอสรุปได้ว่า ข้อพิพาทที่อาจระงับโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศสต้องไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการหย่า การแยกทางกันโดยทางศาล และข้อพิพาทที่มีสาระสำคัญเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 2060<sup>68</sup> ซึ่งทำให้เห็นได้ว่า ข้อพิพาทที่อาจระงับโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศสต้องไม่เกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเช่นกัน นอกจากนี้ ศาลฝรั่งเศสก็มีแนวคำพิพากษาว่า ถ้าเป็นเรื่องการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ หากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็สามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้<sup>69</sup> อย่างไรก็ตาม ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับความสงบ

<sup>68</sup> Art. 2060 One may not enter into arbitration agreements in matters of status and capacity of the persons, in those relating to divorce and judicial separation or on controversies concerning public bodies and institutions and more generally in all matters in which public policy is concerned.

<sup>69</sup> Samuel, Adam. Separability of Arbitration Clauses – some awkward questions about the law on contracts, conflict of laws and the administration of justice. (4-5). Available from : <http://www.adamsamuel.com/pdfs/separabi.pdf>

เรียบง่ายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้ ศาลฝรั่งเศสเห็นว่าไม่นำมาใช้บังคับในกรณีของการอนุญาตไตตูลาการระหว่างประเทศ เว้นแต่ อนุญาตไตตูลาการจะเป็นผู้เสนอให้กระทำการที่ฝ่าฝืนหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

สำหรับกรณีของการรับตั้งครรภแทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์<sup>70</sup> ในประเทศฝรั่งเศสมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องไม่ต่างไปจากประเทศที่พัฒนาแล้วส่วนใหญ่ โดยในประเทศฝรั่งเศสนั้นได้มีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อมาเป็นเวลานานแล้ว และมีการนำเทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายมาใช้กับมนุษย์ในปี ค.ศ.1982 ซึ่งแต่เดิมนั้น การนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาช่วยคู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากถือว่าเป็นเรื่องของเอกชนที่รัฐจะไม่เข้าไปควบคุมดูแลทั่วโลกที่จะนำมาใช้ในการควบคุมดูแลกิจกรรมเหล่านี้ก็คือ มาตรฐานทางจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพทางแพทย์เท่านั้น 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 และในปี ค.ศ.1978 ก็ได้มีการออกกฎหมายสาธารณสุข (Public Health Act) มาใช้บังคับ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดว่าการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากนั้นเป็นการให้บริการสาธารณสุขขั้นมูลฐานที่รัฐเข้ามาจัดการให้ ดังนั้น คู่สมรสที่มีบุตรยากจึงสามารถรับบริการการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากรัฐได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย

อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ.1983 ได้มีเหตุการณ์เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เกิดขึ้น 2 เหตุการณ์ ที่ทำให้รัฐบาลฝรั่งเศสต้องกลับมาทบทวนนโยบายในด้านนี้มากขึ้น กรณีแรกคือ มีการนำเทคโนโลยีนี้มาใช้ในการรับตั้งครรภแทน และกรณีที่สอง เมื่อมีหญิงหม้ายคนหนึ่งแสดงความจำนงค์ต่อ CECOS เพื่อขอให้นำเชื้ออสุจิของสามีของเธอที่ถึงแก่ความตายแล้วมาใช้ในการผสมเทียม รัฐบาลฝรั่งเศสจึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งเรียกว่า National Ethical Committee for Life Sciences and Health เพื่อทำการศึกษาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาด้านจริยธรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ในเดือนตุลาคม ค.ศ.1984 คณะกรรมการชุดดังกล่าวได้เสนอความเห็นต่อรัฐบาลฝรั่งเศส สำหรับประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภแทนนั้น คณะกรรมการชุดนี้มีความเห็นว่า การรับตั้งครรภแทนเปรียบเสมือนเป็นการซื้อขายเด็ก ส่วนสัญญารับตั้งครรภแทนนั้นเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดกับกฎหมายรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งกำหนดให้ศาลพิจารณาอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมจากประโยชน์สูงสุดของเด็ก ดังนั้น คน

<sup>70</sup> จักรกฤษณ์ ควรวพจน์ และคณะ. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 40*. หน้า 119-121

กลางที่ช่วยเหลือให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นแพทย์หรือไม่ก็ตาม จะต้องมีความผิดทางอาญารฐานยุยงให้หญิงตั้งครรภ์เด็กนั้น ตามความเห็นของคณะกรรมการชุดนี้ การรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย

ดังนั้น ในปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสยังคงห้ามการรับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม ถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนดังกล่าวผิดกฎหมายและไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย ตามประมวลแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 16-7 ที่บัญญัติว่า "สัญญาทุกประเภทที่เกี่ยวกับการให้กำเนิดหรือการรับตั้งครรภ์ให้กับบุคคลอื่นตกเป็นโมฆะ"<sup>71</sup> นอกจากนี้ ศาลฝรั่งเศสได้มีแนวคำพิพากษาว่า ในกรณีที่คู่สามีภรรยาได้ตกลงทำสัญญากับบุคคลอื่นที่จะรับเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนให้ ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน (คู่สามีภรรยา) จะไม่มีสิทธิขอจดทะเบียนรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรม และถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนดังกล่าวผิดกฎหมาย ตามประมวลแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 6 และมาตรา 1128

จากการศึกษาวิจัย ทำให้พบว่า การรับตั้งครรภ์แทนในประเทศฝรั่งเศสยังคงเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและถือว่าเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และขัดต่อกฎหมาย โดยให้ถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนตกเป็นโมฆะ ดังนั้น หากเกิดข้อพิพาทขึ้นเกี่ยวกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถนำการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมาใช้ได้ในประเทศฝรั่งเศส

<sup>71</sup> The Civil Code. (Fr.) Article 16-7 "All agreements relation to procreation or gestation on account of a third party are void".