

## บทที่ 3

### กฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศ

#### 3.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษ เป็นหนึ่งในประเทศที่อาจจะกล่าวได้ว่ามีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในลำดับต้น ๆ ของโลกประเทศหนึ่ง ทั้งนี้ ความเจริญที่ว่่านี้ก็รวมตลอดไปถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเช่นกัน โดยได้มีการค้นพบต่าง ๆ มากมาย ไม่ว่าจะเป็น การกำเนิดของลูอิส บราวน์ จากกรรมวิธีปฏิสนธินอกร่างกายเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษ การค้นพบโครงสร้างของดีเอ็นเอ (Deoxyribonucleic acid) ในปี ค.ศ. 1953 หรือความสำเร็จในการทำารสร้าง (cloning) สัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมจากเซลล์ร่างกายในประเทศสก๊อตแลนด์ในปี ค.ศ. 1997 และเป็นประเทศที่มีปัญหามีข้อโต้แย้งจนทำให้มีคดีความขึ้นสู่ศาลเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนจำนวนมาก ซึ่งส่งผลให้มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนมาใช้บังคับพระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน ค.ศ.1985 (Surrogacy Arrangement Act 1985) และถูกปรับปรุงแก้ไขโดย พระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์ตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ.1990 (Human Fertilization and Embryology Act 1990)

โดยพระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน ปี ค.ศ.1985 บัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมไม่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ โดยถือว่าการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยคนกลางเพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากการรับตั้งครรภ์แทน ตลอดจนการโฆษณาชักจูงให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย นอกจากนี้ สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้ไม่ว่าโดยคู่สัญญาฝ่ายใด โดยผลของบทบัญญัติของกฎหมายนี้ คู่สมรสที่ว่าจ้างจึงไม่อาจฟ้องร้องบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนส่งมอบเด็กแก่ตนเองได้ และในทำนองเดียวกัน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่อาจเรียกร้องให้คู่สมรสที่ว่าจ้างให้กระทำการชำระค่าตอบแทนตามสัญญาได้เช่นกัน

พระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์ตัวอ่อนมนุษย์ค.ศ. 1990 นั้น มีวัตถุประสงค์หลักในการที่จะควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการศึกษาวิจัยตัวอ่อนมนุษย์ และมีส่วนที่แก้ไขเพิ่มเติมจากพระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทนปีค.ศ. 1985 ว่า สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้ ไม่ว่าจะโดยคู่สัญญาฝ่ายใด โดยผลของบทบัญญัตินี้คู่สมรสที่ว่าจ้างจึงไม่อาจฟ้องร้องให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนส่งมอบเด็กให้แก่ตนได้ ส่วนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถเรียกร้องให้คู่สมรสจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ตนเองได้เช่นกัน

### 3.1.1 การควบคุมการรับตั้งครรภ์แทน

ความคิดริเริ่มที่จะออกกฎหมายเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการเทคโนโลยีนี้ เพิ่งเริ่มขึ้นอย่างจริงจังหลังจากความสำเร็จของการให้กำเนิดมนุษย์ด้วยการปฏิสนธิภายนอกร่างกายเมื่อปี ค.ศ. 1978 เท่านั้น<sup>1</sup> โดยในปี ค.ศ. 1982 กระทรวงสุขภาพและประกันสังคม (Department of Health and Social Security) ได้จัดตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งเรียกว่า คณะกรรมการการปฏิสนธิและการพัฒนาตัวอ่อนของมนุษย์ (The Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology) ให้มีหน้าที่ศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบทางจริยธรรมของเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ ซึ่งรวมไปถึงการรับตั้งครรภ์แทนด้วย<sup>2</sup>

คณะกรรมการชุดนี้มี แดม แมรี่ วอร์นอค (Dame Mary Warnock) ศาสตราจารย์ด้านปรัชญาจากมหาวิทยาลัยออกฟอร์ดเป็นประธาน คณะกรรมการชุดนี้จึงถูกเรียกชื่อว่า "คณะกรรมการวอร์นอค" (The Warnock Committee) คณะกรรมการวอร์นอคได้ทำการศึกษาวิจัยเป็นเวลาประมาณ 2 ปี จนกระทั่งในปีค.ศ. 1984 คณะกรรมการชุดนี้ได้เสนอรายงานการศึกษาวิจัยรวมทั้งข้อเสนอแนะต่อรัฐบาลอังกฤษ รายงานการวิจัยฉบับนี้ (ซึ่งมักเรียกกันว่า The Warnock Report) ถือเป็นรายงานการวิจัยเกี่ยวกับประเด็นปัญหาทางจริยธรรมอันเกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่สมบูรณ์ที่สุดในขณะนั้น คณะกรรมการวอร์นอคได้สรุปความเห็นว่าการที่คู่สมรสไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีการตามธรรมชาติถือเป็นความเจ็บป่วยประการหนึ่งที่สมควรได้รับการ

---

<sup>1</sup>จักรกฤษณ์ควรวพันธ์, การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน, รายงานการวิจัย, หน้า67, อ้างถึงในKennedy, I, and A. Grubb, *Medical Law: Text with Materials*, Butterworths, 1994, p. 759.

<sup>2</sup>เรื่องเดียวกัน, อ้างถึงในCusine, D, *New Reproductive Techniques : A Legal Perspective*, Darmouth, pp. 171-172.

บำบัดรักษาภายใต้การบริการสาธารณสุขของรัฐ คณะกรรมการชุดนี้จึงเสนอให้รัฐออกกฎหมาย เพื่อให้การเข้าถึงการบำบัดรักษาเช่นนี้เป็นไปด้วยความสะดวกมากยิ่งขึ้น

แต่คณะกรรมการวอร์นอคกลับประสบปัญหาหลายประการในอันที่จะหาข้อสรุป เนื่องจากมีความเห็นที่แตกต่างกันมากทั้งในเชิงสนับสนุนและคัดค้านการรับตั้งครรภ์แทน

ในที่สุดคณะกรรมการวอร์นอคได้สรุปความเห็นว่าการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนก็เป็น สิ่งที่ไม่สมควรกระทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การรับตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือ เป็นไปเพียงเพื่อความสะดวกสบายของหญิงซึ่งสามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองตามวิถีการธรรมชาติ ถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอย่างยิ่ง ในที่สุดคณะกรรมการชุดนี้จึงมีความเห็นว่าการรับตั้งครรภ์ แทนนั้นเป็นเป็นสิ่งที่ไม่ดี และไม่ควรถูกส่งเสริมสนับสนุนจากรัฐ ดังนั้น รัฐควรที่จะเข้าไปมี บทบาทในการควบคุมดูแลการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เพื่อมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จาก กิจกรรมดังกล่าวนี้<sup>3</sup>

ถึงแม้จะได้ข้อสรุปดังกล่าวข้างต้น แต่คณะกรรมการวอร์นอคก็ได้พิจารณาปัญหา ต่อไปว่า การนำมาตรการทางอาญามาใช้เป็นกลไกในการควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนจะเป็นสิ่ง ที่เหมาะสมหรือไม่

ในปัญหานี้ คณะกรรมการวอร์นอคเห็นว่ามีควมจำเป็นที่จะต้องนำมาตรการทาง อาญามาใช้เพื่อป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพราะหาก ปราศจากมาตรการเหล่านี้กฎหมายก็ไม่มีทางที่จะบังคับใช้ได้โดยมีประสิทธิภาพ จึงมีการเสนอห้าม มิให้มีการก่อตั้งองค์กรหรือสมาคมใด ๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในการคัดเลือกหญิงเพื่อให้เป็นผู้รับตั้งครรภ์ แทนหรือมีวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่สมรสที่ต้องการหาหญิงมาเป็นผู้รับตั้งครรภ์ แทน โดยถือว่าการก่อตั้งหรือดำเนินการของคนกลางในลักษณะเช่นนี้เป็นความผิดทางอาญาจะเห็น ได้ว่า ตามข้อเสนอของคณะกรรมการวอร์นอค การจัดตั้งหรือดำเนินการของคนกลางในการจัดหาหรือ อำนวยความสะดวกแก่คู่สมรสที่ต้องการหาหญิงมารับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะเป็นการ กระทำเพื่อผลประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม ล้วนแต่ควรที่จะเป็นความผิดในทางอาญาทั้งสิ้น แม้ คณะกรรมการวอร์นอคได้ยอมรับว่าการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยคนกลางที่ไม่มี ผลประโยชน์ทางพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องอาจมีประโยชน์บางประการ แต่ก็ได้ปฏิเสธที่จะยอมรับให้การ

---

<sup>3</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 68, อ้างถึงใน Warnock, M, A Question of Life : The Warnock Report on Human Fertilization and Embryology, Basil Blackwell, 1985, p. xii.



### 3.1.2 สถานะของสัญญารับตั้งครรภ์แทนในประเทศอังกฤษ

เนื่องจากการรับตั้งครรภ์แทนมิได้เป็นสิ่งที่ต้องห้ามในประเทศอังกฤษ เพราะฉะนั้นไม่ว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่มีเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องหรือไม่ก็ตาม พระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน ค.ศ. 1985 ไม่ถือว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นความผิดทางอาญา หลักการเช่นนี้ ถือว่าสอดคล้องกับข้อเสนอของคณะกรรมการวอร์นอคดิงที่กล่าวไว้ข้างต้น กล่าวคือ เหตุผลสำคัญที่กฎหมายฉบับนี้มีได้บัญญัติห้ามการรับตั้งครรภ์แทนก็เนื่องมาจากหากถือว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นความผิดทางอาญาแล้ว ก็จำเป็นต้องมีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาจากสภาพความเป็นจริง มีคู่สมรสจำนวนมากที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีการธรรมชาติ และในกลุ่มบุคคลเหล่านี้มีจำนวนไม่น้อยที่ต้องการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน หากมีกฎหมายบังคับใช้ก็จำเป็นต้องบังคับใช้กับคนเหล่านี้ทั้งหมด

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนี้เป็นไปได้โดยยาก นอกจากนั้น หากกฎหมายลงโทษคู่สมรสที่จ้างตั้งครรภ์หรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะเป็นประโยชน์ต่อเด็กที่กำเนิดขึ้นมา ทั้งเด็กนั้นก็จะเป็นผลผลิตของการกระทำที่ผิดกฎหมายด้วย

ถึงแม้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนจะไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายการตั้งครรภ์แทนปี ค.ศ. 1976 แต่ก็มีปัญหาที่ควรพิจารณาว่าการรับตั้งครรภ์แทนที่มีข้อตกลงว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่ผู้ว่าจ้างและผู้ว่าจ้างตกลงที่จะจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงนั้นเป็นความผิดตามฐานซื้อขายเด็ก (Baby Selling) หรือไม่ ในปัญหานี้ มีผู้เห็นว่าการกระทำเช่นนี้ไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายคอมมอนลอว์เพราะกฎหมายคอมมอนลอว์เพียงแต่ถือว่าการซื้อขายเด็กเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดี (contra bonos mores) เท่านั้นโดยมิได้ถือว่าเป็นอาชญากรรม<sup>5</sup>

ปัญหาต่อไปก็คือ หากผู้ว่าจ้างมีวัตถุประสงค์ที่จะรับเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม การจ่ายเงินให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นความผิดตามกฎหมายการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือไม่ ตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ค.ศ. 1976 (Adoption Act 1976) มาตรา 57 ถือว่าการชำระเงินหรือมอบผลประโยชน์อื่นใดเพื่อเป็นการตอบแทนที่เกี่ยวข้องกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>6</sup>

<sup>5</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 69, อ้างถึงใน Kennedy, I, and A. Grubb, อ้างแล้ว, หน้า 839.

<sup>6</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 70, อ้างถึงใน Kennedy, I, and A. Grubb, อ้างแล้ว, หน้า 840.

ปัญหาดังกล่าวได้ถูกยกขึ้นในคดี การรับบุตรบุญธรรมจากการตั้งครรภ์แทน (Re an Adoption Application (Surrogacy))<sup>7</sup> โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า คู่สมรสคู่หนึ่งได้ทำสัญญากับหญิงคนหนึ่งให้รับตั้งครรภ์แทนโดยมีการตกลงกันว่าจะชำระเงินจำนวน 10,000 ปอนด์ให้แก่หญิงนั้น ต่อมาหญิงที่รับจ้างได้มีเพศสัมพันธ์กับคู่สมรสฝ่ายชายที่ว่างและได้ให้กำเนิดเด็กคนหนึ่ง เด็กคนนี้ได้อยู่อาศัยกับคู่สมรสที่ว่างมาโดยตลอด จนกระทั่งเด็กมีอายุได้ 2 ปี 4 เดือน คู่สมรสคู่นี้ได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ศาลสูงของอังกฤษ (High Court) โดยผู้พิพากษาเลตตี (Lately) ได้วินิจฉัยว่าการชำระเงินดังกล่าวให้แก่หญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ถือว่าขัดต่อมาตรา 50(ซึ่งต่อมาคือมาตรา 57) ของพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ด้วยเหตุผลที่ว่าจำนวนเงินที่จ่ายให้แก่หญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นเงินที่ชำระให้เป็นค่าตอบแทนสำหรับการใช้จ่ายในการตั้งครรภ์ เพราะในขณะที่มีการทำข้อตกลงรับตั้งครรภ์แทน นั้นทั้งสองฝ่ายมิได้มีเจตนาที่เกี่ยวข้องกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม เงินดังกล่าวจึงไม่ถือว่าเป็นค่าตอบแทนสำหรับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ นอกจากศาลจะไม่ถือว่าเงินจำนวนดังกล่าวเป็นค่าตอบแทนตามมาตรา 57 แล้ว ผู้พิพากษาเลตตียังวินิจฉัยด้วยว่าหากการชำระเงินนั้นเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ศาลก็จะใช้อำนาจในการอนุญาตให้มีการชำระค่าตอบแทนย้อนหลังได้

---

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

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

<sup>7</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 70, อ้างถึง [1987] Fam 81, [1987] All ER 826

จากคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่า ศาลอังกฤษได้ผ่อนปรนเงื่อนไขการชำระค่าตอบแทนที่เกี่ยวข้องกับการรับบุตรบุญธรรมอันเกิดขึ้นมาจากการรับตั้งครรรภ์แทนลงมา<sup>8</sup> ต่อมา ศาลอังกฤษก็ได้มีคำพิพากษาตามคำพิพากษาข้างต้นอีกหลายคดี และในคดีการตั้งครรรภ์แทนและการรับบุตรบุญธรรม(Re MW(Adoption)<sup>9</sup> ศาลได้มีคำพิพากษาอนุญาตให้หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนได้รับค่าตอบแทนย้อนหลังได้ แม้จะถือว่าการชำระเงินนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตั้งแต่ต้นก็ตาม อย่างไรก็ตามก็พึงสังเกตว่า การรับตั้งครรรภ์แทนคดีนี้เกิดขึ้นก่อนที่มีพระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรรภ์แทนค.ศ.1985 และแม้ในกรณีนี้การตั้งครรรภ์จะเกิดขึ้นโดยการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างหญิงที่รับตั้งครรรภ์กับฝ่ายชายที่ต้องการมีบุตร ศาลอังกฤษก็ถือว่าเป็นการรับตั้งครรรภ์แทนเช่นเดียวกัน

ในปัจจุบัน อาจกล่าวได้ว่าการรับตั้งครรรภ์แทนในประเทศอังกฤษไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา ตามพระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรรภ์แทนค.ศ.1985<sup>10</sup>ไม่ว่าการรับตั้งครรรภ์แทนนั้นจะมีการจ่ายค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม แต่ในส่วนของแพ่งนั้น มีปัญหาว่าสัญญารับตั้งครรรภ์แทนเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะสามารถฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้อีกคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาได้หรือไม่ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ข้อตกลงที่จะลดอำนาจปกครองไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้หากขัดกับความประสงค์ของคู่สัญญาในขณะที่มีการฟ้องร้องกันนั้น<sup>11</sup> ศาลอังกฤษเคยวินิจฉัยว่า มารดาไม่อาจสละสิทธิในอำนาจปกครองบุตรได้เพราะกฎหมายให้สิทธินั้นแก่มารดาเพียงเพื่อให้มารดาปฏิบัติหน้าที่ในฐานะมารดาได้โดยสมบูรณ์เท่านั้นคดีแรกที่มีการฟ้องร้องกันเกี่ยวกับสัญญารับตั้งครรรภ์แทนในประเทศอังกฤษคือ คดีซึ่งเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1978(A v. C17) ในขณะนั้นยังไม่มีพระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรรภ์แทนค.ศ.1985ใช้บังคับ ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า นาย A ได้นำสัญญาว่าจ้างนาง C ซึ่งเป็นหญิงโสเภณีให้รับตั้งครรรภ์แทนโดยวิธีการฉีดน้ำเชื้อ โดยได้ตกลงว่าจ้างเป็นเงิน 3,000 ปอนด์ แต่ต่อมาหลังคลอดบุตร นาง C กลับเปลี่ยนใจที่จะไม่รับเงิน

<sup>8</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า70, อ้างถึงใน McHale, J, Fox, M, and Murphy, J.

<sup>9</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า70, อ้างถึงใน [1995] 2 F.L.R. 759.

<sup>10</sup>พัฒนา ศิลปอนันต์, การตั้งครรรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์: กรณีศึกษาตามปัญหาต่างประเทศ และศึกษากฎหมายประเทศไทย, (รายงานผลงานส่วนบุคคล การอบรมหลักสูตร "ผู้พิพากษา ผู้บริหารในศาลชั้นต้น" รุ่นที่9 สถาบันพัฒนาข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม, 2554), หน้า 3.

<sup>11</sup>จักรกฤษณ์ควรพจน์, การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรรภ์แทน, หน้า 71, อ้างถึงใน McHale, J, Fox, M, and Murphy, J, อ้างแล้ว, หน้า 644.

คำจ้างและไม่ยอมส่งมอบบุตรตามข้อตกลง คดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล โดยนาย A ขอให้ศาล บังคับให้นาง C ส่งมอบเด็กให้ตามสัญญาศาลชั้นต้นโดยผู้พิพากษาคอมมิน (Comyn) กล่าวว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนดังกล่าวเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยให้เหตุผลว่า สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการซื้อขายเด็กเมื่อคดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล อุทธรณ์ ผู้พิพากษาออร์มรอด (Ormrod) มีความเห็นไปในทำนองเดียวกัน โดยประณามสัญญาเห็นว่า เป็นสัญญาที่คู่สัญญาขาดสำนึกความรับผิดชอบอย่างไรก็ดีมีข้อสังเกตว่า ความเห็นดังกล่าวข้างต้น เป็นเพียงการให้ความเห็นทางนิติศาสตร์(Judicial comment) เท่านั้น ศาลมิได้มีคำพิพากษาโดยตรง เกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทน แต่น่าเชื่อว่าหากศาลต้องวินิจฉัยปัญหา ดังกล่าวแล้ว ศาลก็จะต้องพิพากษาว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยของประชาชน<sup>12</sup> ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้ถูก พิจารณาโดยคณะกรรมการวอร์นอคเช่นกัน คณะกรรมการชุดนี้เสนอให้บัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการนี้มีความเห็นว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนควรที่จะเป็นสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายและไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ ภายหลังคณะกรรมการวอร์นอคได้จัดทำรายงานเสนอต่อรัฐบาลอังกฤษไม่นานนัก

เมื่อต้นปี ค.ศ. 1985 ได้มีคดีเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เกิดขึ้นอีกคดี หนึ่งทำให้รัฐสภาของอังกฤษพยายามที่จะเร่งรัดออกกฎหมายการรับตั้งครรภ์แทนโดยเร็วในราวกลาง ปีนั้นเอง รัฐสภาอังกฤษจึงได้ออกพระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทนค.ศ. 1985ห้ามมิให้มีคน กลางดำเนินการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่การทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน

อย่างไรก็ดี รัฐสภาของอังกฤษได้ทิ้งปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของ สัญญารับตั้งครรภ์แทนไว้ เนื่องจากไม่มีเวลาที่จะพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบได้กฎหมายรับ ตั้งครรภ์แทนฉบับนี้จึงได้บัญญัติหลักการแต่เพียงกว้าง ๆ ว่า กฎหมายฉบับนี้ให้ใช้บังคับกับสัญญารับ ตั้งครรภ์แทนไม่ว่าสัญญานั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม

ความคลุมเครือของสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นเหตุให้ในปี ค.ศ. 1987 รัฐบาลอังกฤษได้ออกสมุดปกขาว (White Paper) เสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม กฎหมายรับตั้งครรภ์แทนหลายประเด็น รวมทั้งให้มีการกำหนดสถานะทางกฎหมายของสัญญารับ ตั้งครรภ์ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1990 ได้มีการออกพระราชบัญญัติการ ปฏิสนธิมนุษย์ตัวอ่อนมนุษย์ค.ศ. 1990 มาควบคุมการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์มาตรา 36 (1) ของ

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน.



กฎหมายฉบับนี้ได้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทนค.ศ.1985 โดยได้เพิ่มเติม มาตรา 1A ว่า สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้ไม่ว่าโดยคู่สัญญา ฝ่ายใด โดยผลของบทบัญญัตินี้ คู่สมรสที่ว่าจ้างจึงไม่อาจฟ้องร้องบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนส่ง มอบเด็กแก่ตนเองได้ และในทำนองเดียวกัน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่อาจเรียกร้องให้คู่สมรสที่ ว่าจ้างชำระค่าตอบแทนตามสัญญาได้เช่นกัน

มีข้อสังเกตว่า แม้พระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทนปีค.ศ.1985จะมีได้ห้ามการ รับตั้งครรภ์แทนไว้โดยตรง การรับตั้งครรภ์แทนในบางกรณีก็ยังคงควบคุมในทางอ้อมตาม พระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์ตัวอ่อนมนุษย์ค.ศ.1990 ทั้งนี้ เนื่องจากการรับตั้งครรภ์แทนที่ต้อง อาศัยการผสมเทียมหรือการปฏิสนธิในอกร่างกายนั้นมักจะต้องการความช่วยเหลือจากแพทย์อยู่เสมอ และการกระทำเช่นนี้จะต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมายดังกล่าว ซึ่งตามแนวทางปฏิบัติ(Code of Practice) ของ ผู้มีอำนาจทางด้านการปฏิสนธิและการพัฒนาตัวอ่อนของมนุษย์(The Human Fertilization and Embryology Authority)กำหนดว่าที่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะนำไปใช้กับการ รับตั้งครรภ์แทนได้ต่อเมื่อหญิงที่ว่าจ้างมีความผิดปกติทางร่างกายซึ่งไม่สามารถมีบุตรได้ตามปกติหรือ มีเหตุผลที่สมควรทางการแพทย์เท่านั้น<sup>13</sup> การฝ่าฝืนแนวทางปฏิบัติในข้อนี้อาจทำให้ถูกเพิกถอน ใบอนุญาตได้ ดังนั้น พระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์ตัวอ่อนมนุษย์ค.ศ.1990จึงมีส่วนสำคัญในการ ควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนเช่นกัน

### 3.1.3 การควบคุมการรับตั้งครรภ์แทน

คณะกรรมการวอร์นอคได้พยายามที่จะเสนอห้ามมิให้มีการจัดตั้งหรือดำเนินการของ คนกลางเพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรในการหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทน หรืออำนวยความสะดวกแก่หญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนในการหาคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ไม่ว่าจะการ ดำเนินการนั้นจะเป็นไปในเชิงพาณิชย์หรือไม่ ความกังวลของคณะกรรมการวอร์นอคในประเด็นนี้เกิด ขึ้นมาจากการที่มีการก่อตั้งบริษัทตัวแทนรับดำเนินการจัดหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่ สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ขึ้นเป็นจำนวนมากในประเทศสหรัฐอเมริกา

---

<sup>13</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 74.

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า หลังจากคณะกรรมการวอร์นอคได้เสนอความเห็นต่อรัฐบาลอังกฤษได้ไม่นานนัก เมื่อต้นปี ค.ศ. 1985 ได้มีรายงานว่าได้มีคดีฟ้องร้องเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนในเชิงพาณิชย์โดยมีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษในคดีนี้ ซึ่งเรียกกันโดยทั่วไปว่าคดี เบบี้ คอตตอน (Baby Cotton)<sup>14</sup>

มีข้อเท็จจริงคือคู่สมรสคู่หนึ่งซึ่งฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรรภ์ได้ตามธรรมชาติได้ติดต่อกันกลางในประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อให้หาหญิงที่ดองการรับจ้างตั้งครรรภ์แทน และต่อมาได้พบหญิงคนหนึ่งในประเทศอังกฤษที่ประสงค์ที่จะรับจ้างตั้งครรรภ์ คู่สมรสฝ่ายชายจึงได้เดินทางมาที่ประเทศอังกฤษและมอบเชื้ออสุจิให้แก่พยาบาลคนหนึ่งเพื่อให้นำไปฉีดใส่โพรงมดลูกของหญิงที่รับจ้างตั้งครรรภ์ หลังจากนั้นหญิงคนนี้ได้ตั้งครรรภ์และให้กำเนิดบุตรซึ่งสื่อมวลชนเรียกว่า คอตตอน (Cotton) ที่โรงพยาบาลแห่งหนึ่งในกรุงลอนดอน เมื่อคลอดทารกแล้ว หญิงคนนี้ได้เดินทางออกจากโรงพยาบาลโดยมิได้นำทารกไปด้วย ส่วนคู่สามีภรรยาที่ว่าจ้างได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพื่อรับตัวทารกไปดูแลคดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลโดยมีประเด็นว่า โรงพยาบาลสามารถมอบเด็กคนนี้ให้แก่คู่สามีภรรยาที่ว่าจ้างตั้งครรรภ์ได้หรือไม่ ในที่สุดศาลได้วินิจฉัยว่าสมควรที่จะให้สามีภรรยาคนนี้เป็นผู้ปกครองเด็กคนดังกล่าว

แม้คดี เบบี้คอตตอนจะแตกต่างจากคดีอื่นที่ขึ้นสู่ศาลเนื่องจากไม่มีข้อโต้แย้งระหว่างคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรรภ์แทนนั้นก็ตาม แต่คดีนี้ก็ได้อ้างให้เห็นว่าการรับตั้งครรรภ์แทนอาจเป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์โดยมีคนกลางเข้ามาช่วยจัดการแทนอย่างเป็นระบบคดีนี้จึงเป็นที่มาของการออกพระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรรภ์แทนค.ศ.1985มาตรา 2 ซึ่งบัญญัติให้การติดต่อจัดหา หรือเข้าร่วมในการเจรจาต่อรองสัญญารับจ้างตั้งครรรภ์แทนในทางการค้าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวแล้ว คู่สมรสที่ว่าจ้างหรือหญิงที่รับจ้างตั้งครรรภ์แทนจะไม่ถือว่ามี ความผิดตามมาตรานี้เพราะมีกฎหมายบัญญัติยกเว้นไว้โดยชัดแจ้ง<sup>15</sup>

จะเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวห้ามเฉพาะคนกลางมิให้แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากการรับตั้งครรรภ์แทนเท่านั้น แต่มิได้ห้ามมิให้คนกลางดำเนินการให้คำปรึกษาหรือจัดหาหญิงเพื่อรับจ้างตั้งครรรภ์แทน หากการดำเนินการนั้นมีได้มุ่งทางการค้าหรือหากำไรกฎหมายนี้จึงแตกต่างจากความเห็นของคณะกรรมการวอร์นอคที่ต้องการให้ห้ามการดำเนินการของคนกลางทั้งหมดเพื่อเป็นการจำกัดปริมาณการรับตั้งครรรภ์แทนลงจึงดูเหมือนว่ากฎหมายฉบับนี้สนับสนุน

---

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 75.

แนวความคิดที่ว่า การแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์โดยคนกลางจากการรับตั้งครรภ์แทนเท่านั้นที่เป็นสิ่งผิด ส่วนการรับตั้งครรภ์แทนในตัวเองเป็นสิ่งที่กระทำได้ แม้จะเป็นการกระทำในทางพาณิชย์ก็ตาม

ภายหลังจากกฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับ ได้มีการจัดตั้งองค์กรเอกชนที่ไม่แสวงหากำไรซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนหลายองค์กรด้วยกัน โดยมีองค์กรที่มีชื่อเสียง 2 องค์กรคือ องค์กรที่ช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีลูกได้โดยวิธีการตั้งครรภ์แทน (Childlessness Overcome Through Surrogacy (COTS)) และ องค์กรพ่อแม่จากการตั้งครรภ์แทน (Surrogate Parenting Center (SPC)) โดยองค์กรแรกได้ช่วยคู่สมรสจัดหาหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนประมาณ 250 ราย ส่วนองค์กรหลังได้ทำการจัดหาประมาณ 16 ราย นอกจากการห้ามคนกลางในการดำเนินการจัดหาหญิงเพื่อรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์แล้ว มาตรา 3 ของกฎหมายดังกล่าวข้างต้นยังห้ามมิให้มีการโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนด้วย ไม่ว่าจะการโฆษณานั้นจะเป็นไปเพื่อหาหญิงมารับตั้งครรภ์แทนหรือเพื่อหาคู่สมรสที่ต้องการว่าจ้างให้มีการรับตั้งครรภ์ นอกจากนั้นกฎหมายมาตรานี้ยังเอาผิดแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาเช่น เจ้าของ บรรณาธิการ และผู้พิมพ์โฆษณาหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์อื่นที่มีการลงโฆษณานั้น รวมทั้งผู้แจกจ่ายหรือกระจายข้อความโฆษณานั้นทางสื่ออื่น ๆ อีกด้วย

### 3.1.4 สิทธิในการรับบริการการรับตั้งครรภ์แทน

ประเทศอังกฤษได้มีการจัดสรรงบประมาณสำหรับบริการให้บริการสาธารณสุขภายใต้โครงการที่เรียกว่า "การบริการสุขภาพแห่งชาติ" (National Health Service หรือ NHS) สิทธิในการรับบริการการบำบัดรักษาจึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่ง ประเด็นปัญหาจึงมีอยู่ว่า คู่สมรสที่มีบุตรยากสามารถที่จะเข้ารับการบำบัดรักษาภายใต้โครงการดังกล่าวได้หรือไม่

ในการพิจารณาปัญหาว่าผู้มีบุตรยากสามารถขอรับการบำบัดรักษาภายใต้โครงการ NHS ได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาก่อนว่าความมีบุตรยากเป็นความเจ็บป่วยชนิดหนึ่งหรือไม่ ซึ่งมาตรา 128 ของพระราชบัญญัติการบริการสุขภาพแห่งชาติ (National Health Service Act 1977) กำหนดความหมายของคำว่า "ความเจ็บป่วย" (illness) ไว้แต่เพียงกว้าง ๆ ว่า "ความเจ็บป่วยให้รวมถึง

การขาดเจ็บหรือพิการที่ต้องการการบำบัดรักษาทางการแพทย์หรือทางทันตกรรมหรือการรักษาพยาบาล”<sup>16</sup>

คณะกรรมการวอร์นอคไม่ได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ปัญหานี้มากเท่าใดนัก ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจากเหตุผลว่าในช่วงระยะเวลานั้นผู้มีบุตรยากได้เข้ารับการบำบัดโดยใช้กรรมวิธีผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อภายใต้โครงการดังกล่าวมาโดยตลอด และการบำบัดรักษาเช่นนี้ก็ไม่ได้มีค่าใช้จ่ายที่สูงนักเมื่อเปรียบเทียบกับการใช้กรรมวิธีปฏิสนธินอกร่างกายซึ่งเพิ่งจะพัฒนาได้ไม่นานและมีค่าใช้จ่ายค่อนข้างสูงประเด็นที่น่าสนใจก็คือ ปัญหาว่าสมควรที่จะมีการนำเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ ไม่ว่าจะเป็นการฉีดเชื้ออสุจิของผู้บริจาคและการปฏิสนธินอกร่างกายมาใช้ในการบำบัดรักษาความมีบุตรยากหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้คณะกรรมการวอร์นอคยอมรับว่าเทคโนโลยีนี้อาจฝ่าฝืนสำนึกทางศีลธรรมของคนบางกลุ่ม แต่ก็สมควรที่จะอนุญาตให้มีการนำเทคโนโลยีดังกล่าวมาใช้ภายใต้ข้อจำกัดที่เข้มงวด คณะกรรมการวอร์นอคยังได้เสนอด้วยว่าควรที่จะนำเทคโนโลยีดังกล่าวนี้มาใช้ต่อไปภายใต้โครงการ NHS ซึ่งหมายความว่าผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีการปกติสามารถที่จะขอรับบริการสาธารณสุขจากรัฐได้

แต่ทั้งนี้ก็ยังขึ้นอยู่กับกระบวนการในการจัดสรรทรัพยากรสาธารณสุข (Allocation of Healthcare Resources) ของรัฐนั้นด้วย

มีข้อสังเกตว่า คณะกรรมการวอร์นอคไม่ได้มีความเห็นเกี่ยวกับการเข้าถึงการรับตั้งครรภ์แทนภายใต้โครงการ NHS อย่างไรก็ตาม มีรายงานว่าเมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 1996 องค์การสุขภาพแห่งเมืองยอคเคียร์ได้ใช้วิธีการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อช่วยคู่สมรสคู่หนึ่งในการมีบุตร โดยได้เสียค่าใช้จ่ายเป็นเงิน 5,000 ปอนด์ กรณีนี้จึงถือเป็นครั้งแรกที่การรับตั้งครรภ์แทนได้รับการสนับสนุนภายใต้โครงการบริการสุขภาพแห่งชาติ<sup>17</sup>

ปัญหาต่อไปเกี่ยวกับการเข้าถึงการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากก็คือ ผู้ใดสมควรได้รับการบำบัดรักษาโดยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ ในปัญหานี้อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก ความเหมาะสมของบุคคลที่จะเป็นบิดามารดา (suitability to be a parent) และกรณีที่สอง ความเหมาะสมของคู่สมรสที่มีได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย (suitability of unmarried couple)

---

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 77.

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน.

ในกรณีแรกนั้นความเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดามักจะถูกกำหนดเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการบำบัดรักษาความมีบุตรยากเสมอ การกำหนดเงื่อนไขในลักษณะเช่นนี้เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับเงื่อนไขของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมที่กำหนดให้ผู้ขอรับบุตรบุญธรรมต้องมีความเหมาะสมในการเป็นบิดาหรือมารดาบุญธรรม

โดยทั่วไปแล้วหน่วยงานที่ให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะถูกกำหนดให้จัดตั้งคณะกรรมการจริยธรรมขึ้นเพื่อที่จะทำการพิจารณาว่าการให้บริการบำบัดรักษาคู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากแต่ละกรณีนั้นเป็นไปโดยคุ้มครองสิทธิของผู้เข้ารับการบำบัดและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทารกที่จะกำเนิดมาหรือไม่

ดังนั้น คณะกรรมการจริยธรรมจึงมักจะพิจารณาความเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดาของผู้เข้ารับการบำบัดรักษาด้วย กรณีเช่นนี้จึงมีปัญหว่าการกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ศาลอังกฤษได้พิจารณาปัญหาที่เกี่ยวข้องกับปัญหาข้างต้นในคดีจรรยาบรรณของคณะกรรมการโรงพยาบาลเซนต์แมรี (แมนเชสเตอร์) ซึ่งยกตัวอย่างในกรณีของแฮร์ริอต (R v. Ethical Committee of St Mary's Hospital (Manchester) Exp. Harriott) โดยในคดีนี้มีหญิงคนหนึ่งซึ่งไม่สามารถมีบุตรตามวิธีการปกติได้ยื่นคำร้องขอเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม แต่ปรากฏว่าคำขอดังกล่าวถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลที่ว่าเธอมีประวัติอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีและมีความเข้าใจเกี่ยวกับการเลี้ยงบุตรที่น้อยมาก ต่อมาหญิงคนนี้ได้เข้าขอรับการบำบัดโดยวิธีการปฏิสนธิออกร่างกายที่โรงพยาบาลเซนต์แมรีในเมืองแมนเชสเตอร์ แต่ปรากฏว่าคำขอได้ถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลในทำนองกัน เธอจึงได้นำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลโดยปกติแล้ว ศาลอังกฤษมักจะไม่ได้เข้าไปวินิจฉัยดุลพินิจของฝ่ายบริหารหรือเปลี่ยนแปลงความเห็นของแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยทางการแพทย์ หากกระบวนการในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเป็นไปโดยชอบธรรม ศาลอังกฤษจะก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยดุลพินิจของฝ่ายบริหารหรือความเห็นของแพทย์เฉพาะแต่ในกรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นความเห็นที่ขัดต่อเหตุผลที่ชอบธรรมเท่านั้น (ในอังกฤษเรียกหลักการนี้ว่า Wednesbury unreasonableness)

ในคดีดังกล่าวข้างต้น ศาลอังกฤษจึงไม่ได้วินิจฉัยปัญหาว่าหญิงคนนี้เหมาะสมที่จะเป็นมารดาของเด็กหรือไม่ แต่ศาลเห็นว่าโรงพยาบาลได้เปิดโอกาสให้เธอพบกับที่ปรึกษาและให้โอกาสในการส่งมอบเอกสารที่เกี่ยวข้องอย่างเต็มที่แล้ว กระบวนการที่นำไปสู่การวินิจฉัยนั้นจึงเป็นไปโดยชอบ ศาลไม่สมควรที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้น อย่างไรก็ตาม ศาลได้ชี้ให้เห็นว่ากฎเกณฑ์บางประการที่สร้างขึ้นเพื่อพิจารณาความเหมาะสมของความเป็นบิดามารดาอาจเป็นไปโดยขัดต่อ

กฎหมายได้ เช่น หากคณะกรรมการจริยธรรมมีนโยบายว่าจะไม่ให้บริการการปฏิสนธินอกร่างกายแก่คนเชื้อชาติยิวหรือคนผิวสี ศาลก็จะพิพากษาว่านโยบายเช่นนั้นขัดต่อกฎหมาย เช่นกัน

ประเด็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือเป็นการสมควรหรือไม่ที่จะให้บริการบำบัดรักษาภาวะความมีบุตรยากเฉพาะแก่คู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายเท่านั้น คณะกรรมการวอร์นอคเห็นว่า การให้บำบัดรักษาผู้ป่วยเช่นนี้ไม่ควรที่จะพิจารณาจากสถานภาพของการสมรสตามกฎหมายเท่านั้น คู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสควรที่จะเข้าถึงเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ได้เช่นกัน<sup>18</sup> อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวอร์นอคตระหนักว่าเทคโนโลยีนี้อาจถูกนำไปใช้กับคู่รักร่วมเพศ (homosexual couples) เช่น เกย์หรือเลสเบียนได้คณะกรรมการวอร์นอคมิได้คัดค้านการให้บริการนี้แก่คู่รักร่วมเพศ โดยเพียงแต่ให้ความเห็นว่าตามหลักการทั่วไปแล้ว การกำเนิดในครอบครัวที่มีทั้งบิดาและมารดาย่อมเป็นประโยชน์แก่เด็กมากกว่า

ถึงแม้ว่าจะเป็นการยากที่จะคาดการณ์ล่วงหน้าว่าความสัมพันธ์ของคู่สามีภรรยา นั้น จะมีความยั่งยืนเพียงใดในช่วงเวลาที่มีการร่างกฎหมายการปฏิสนธิและการพัฒนาตัวอ่อนของมนุษย์ ได้มีความพยายามที่จะเสนอให้กฎหมายจำกัดการให้บริการเฉพาะแก่คู่สมรสที่จดทะเบียนตามกฎหมายหรือคู่สมรสต่างเพศ (heterosexual couples) ที่มีความสัมพันธ์อันมั่นคงเท่านั้นข้อเสนอนี้ไม่ได้รับการยอมรับ<sup>19</sup> โดยมาตรา 13 (5) ของกฎหมายการปฏิสนธิและการพัฒนาตัวอ่อนของมนุษย์ปี 1990 ได้บัญญัติไว้แต่เพียงว่าการให้บริการบำบัดรักษาแก่หญิงที่มีบุตรยากนั้นจะต้องพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะกำเนิดจากการบำบัดรักษานั้นและของเด็กคนอื่นที่อาจได้รับผลกระทบจากการกำเนิดนั้นเป็นสำคัญ สวัสดิภาพของเด็กในที่นี้ย่อมหมายถึงความรวมถึงความจำเป็นของเด็กที่จะมีบิดาด้วย<sup>20</sup> จะเห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวนี้ยังคงเปิดโอกาสให้คู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนและคู่รักร่วมเพศสามารถได้รับการบำบัดรักษาได้ มีข้อสังเกตว่าแต่เดิมตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับ

---

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 79.

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>20</sup> Section 13(5) of the Human Fertilization and Embryology Act บัญญัติว่า "A woman shall not be provided with treatment services unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for a father), and of any other child who may be affected by the birth."

ผู้ป่วย (doctor-patient relationship) แพทย์มีหน้าที่ต้องพิจารณาเฉพาะแต่ประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย (Best interest of the patient) เท่านั้น แต่ตามกฎหมายนี้แพทย์ต้องพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะกำเนิดมาและเด็กคนอื่นที่อาจได้รับผลกระทบด้วย<sup>21</sup>

สำหรับประเด็นการเข้าถึงการรับตั้งครรภ์แทนนั้น จะเห็นได้ว่าทั้งคณะกรรมการวอร์นอคและพระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์ตัวอ่อนมนุษย์ค.ศ. 1990 ไม่ได้มีการกล่าวถึงไว้โดยตรง แต่หลักการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้ย่อมต้องถูกนำไปใช้กับการเข้าถึงการรับตั้งครรภ์แทนด้วย หากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องอาศัยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ที่กฎหมายได้ควบคุมไว้ ส่วนการรับตั้งครรภ์แทนอื่นเช่นโดยโดยการฉีดน้ำเชื้อด้วยตนเอง (Self-insemination) ย่อมไม่ถูกควบคุมโดยกฎหมายฉบับนี้

กล่าวโดยสรุป ประเทศอังกฤษมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนที่สลับซับซ้อนและเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายฉบับ แม้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศอังกฤษจะไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย แต่การจัดตั้งองค์กรเพื่อแสวงหากำไรจากการรับตั้งครรภ์แทนยังถือเป็นการมีความผิดอยู่ เนื่องจากยังไม่มีกรอบอนุญาตอย่างเป็นทางการให้แก่องค์กรเหล่านั้นเพื่อจัดทำหรือช่วยจัดการให้มีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น

### 3.1.5 ความเป็นบิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ในอดีตนั้นเทคโนโลยีต่างๆ ยังไม่เจริญมากมายนั้นความสัมพันธ์ของเด็กกับมารดาทางสายเลือดนั้นชัดเจน และไม่ต้องการพิสูจน์ใดๆ ถือได้ว่ามารดาผู้ให้กำเนิดนั้นเป็นมารดาที่ชอบธรรมตามกฎหมาย โดยไม่มีข้อโต้แย้งใดๆ

แต่ในปัจจุบันนี้เทคโนโลยีในการช่วยเจริญพันธุ์ได้เจริญก้าวหน้าไปอย่างมาก หญิงผู้ที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดหรือทางพันธุกรรมกับเด็กก็สามารถที่จะตั้งครรภ์และคลอดเด็กได้จึงเกิดปัญหาทางกฎหมายที่ต้องแยกสถานะระหว่างมารดาทางพันธุกรรมและมารดาที่ตั้งครรภ์แทน

สำหรับประเทศอังกฤษนั้นเริ่มจากการที่มีกฎหมายออกมาในรูปของพระราชบัญญัติก็ถือตามกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนการเกิดและการตาย และกฎหมายการเกิด การตายและการสมรส ปี 1965 (Births and Deaths Registration Act 1953 และ Registration of Births Deaths and Marriages Act (Sc) Act 1965) ก็ถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรมีหน้าที่ต้องแจ้งจดทะเบียนการเกิดของเด็กนั้นว่าเป็นบุตรของตน ต่อมาว่าเทคโนโลยีการช่วยเจริญพันธุ์จะพัฒนาไปมากกว่านี้ แต่กฎหมายอังกฤษก็ได้เปลี่ยนแปลงไปและได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ใน

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน.

พระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์ตัวอ่อนมนุษย์ค.ศ.1990 ด้วย มาตรา 27 ของกฎหมายฉบับนี้กล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่า

(1) "หญิงซึ่งกำลังตั้งครรภ์หรือได้ตั้งครรภ์เด็กอันสืบเนื่องมาจากการนำเอาตัวอ่อนหรือเชื้ออสุจิและไข่ไปใส่ไว้ในร่างกายย่อมถือว่าเป็นบุคคลคนเดียวเท่านั้นที่เป็นแม่ของเด็กที่กำเนิดมา"<sup>22</sup>

(2) บทบัญญัติเช่นนี้เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความเชื่อที่ว่าหญิงซึ่งได้อุทิศร่างกายเพื่อการตั้งครรภ์เป็นเวลาเก้าเดือนย่อมมีสิทธิในทางกฎหมายเหนือกว่าหญิงอื่นไม่ว่าจะเป็นหญิงซึ่งประสงค์ที่จะเลี้ยงดูเด็กนั้นหรือซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กนั้นก็ตาม<sup>23</sup>

จะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษนั้นใช้เกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นมารดาของบุตรเฉพาะจากการให้กำเนิดบุตรเท่านั้น

ส่วนการเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์โดยชอบด้วยกฎหมายนั้น ตามพระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์ตัวอ่อนมนุษย์ค.ศ.1990 อาจแยกพิจารณาเป็นสองกรณี คือ

กรณีแรก หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย จะถือว่าสามีของหญิงนั้นเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น

สำหรับกรณีที่สอง คือ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องพิจารณาว่ากระบวนการตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายหรือไม่ หากกระบวนการตั้งครรภ์เกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ชายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์จะมีสถานะเป็นเพียงผู้บริจาคเชื้ออสุจิเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายจะไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็ก ดังนั้น เด็กที่เกิดมาก็จะถือว่าเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน แต่หากปรากฏว่ากระบวนการในการ

---

<sup>22</sup> Section 27 (1) of the Human Fertilization and Embryology Act 1990 บัญญัติว่า "The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of embryo or sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child."

<sup>23</sup> จักรกฤษณ์ควรพจน์, "การผสมเทียมโดยให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทน," (งานวิจัยอุ้มบุญ เสนอต่อสำนักงานกฤษฎีกา, 2548), หน้า 82-83.



ตั้งครรภ์นั้นไม่ได้เกิดขึ้นโดยความช่วยเหลือของแพทย์ในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย เช่น โดยการที่หญิงนั้นฉีดเชื้ออสุจิของฝ่ายชายที่ว่าจ้างเข้าไปในโพรงมดลูกด้วยตนเองหรือแม้กระทั่ง โดยการมีเพศสัมพันธ์กับชายที่ว่าจ้าง ชายที่เป็นเจ้าของเชื้ออสุจินั้นย่อมเป็นบิดาของเด็กตามกฎหมาย คอมมอนลอว์

ทั้งนี้ คู่สมรสที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนจะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้ ก็ต่อเมื่อได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้เป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายได้โดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

- 1.) เด็กนั้นต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย
- 2.) คู่สมรสที่ว่าจ้างต้องสมรสกันตามกฎหมายและมีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี
- 3.) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีต้องให้ความยินยอม แต่ความยินยอมเช่นว่านี้จะเกิดขึ้นก่อนระยะเวลาหกสัปดาห์หลังจากการคลอดบุตรไม่ได้
- 4.) ต้องไม่ปรากฏว่ามีการชำระค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นตามสมควรในการตั้งครรภ์ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาล
- 5.) เด็กนั้นต้องอาศัยอยู่กับคู่สมรสที่ว่าจ้างทั้งในขณะที่ยื่นคำร้องและขณะที่ศาลมีคำสั่ง และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายต้องอาศัยอยู่ในสหราชอาณาจักร
- 6.) ต้องยื่นคำร้องต่อศาลภายในหกเดือนนับแต่วันที่เด็กคลอด<sup>24</sup>

ถึงแม้ว่าศาลจะมีคำสั่งว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างจะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่ในสูติบัตรของเด็กนั้นยังคงปรากฏชื่อของมารดาที่ให้กำเนิดเด็ก หรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอยู่นั่นเอง และเด็กนั้นสามารถที่จะทราบสถานะของตนเองได้เมื่อมีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ อนึ่ง ตามมาตรา 1 (1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก (Children Act 1989) กำหนดให้ ศาลอังกฤษต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นการสูงสุดและศาลเป็นองค์กรเดียวเท่านั้นที่มีอำนาจกำหนดอำนาจปกครองของเด็ก คู่สัญญาจึงไม่สามารถที่จะตกลงในสัญญารับตั้งครรภ์แทนหรือบังคับให้ฝ่ายใดฝ่าย

---

<sup>24</sup>“บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ....”, หน้า 6

หนึ่งมีอำนาจปกครองเด็กโดยปราศจากความเห็นชอบของศาลได้เพราะฉะนั้นคำตัดสินของศาลถือเป็นอันสิ้นสุด และผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายจำเป็นต้องปฏิบัติตาม<sup>25</sup>

สำหรับประเทศอังกฤษนั้น สามารถสรุปโดยรวมได้ว่า การตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ถือเป็นความผิดทางอาญา และสัญญาการตั้งครรภ์แทนก็ไม่มีผลบังคับใช้ทางกฎหมายกับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่สำหรับการตั้งครรภ์แทนเพื่อการพาณิชย์ทุกชนิดนั้น เป็นสิ่งที่ไม่อนุญาต ทั้งนี้รวมไปถึงการโฆษณาชวนเชื่อ เพื่อให้ผู้อื่นมาให้บริการการตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะเป็นจัดหาหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนหรือจัดหาคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร รวมไปถึงคนกลางผู้ที่จัดการให้มีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นบุคคลหรือองค์กรใดๆก็ตาม

### 3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกานับได้ว่าเป็นประเทศที่มีการรับตั้งครรภ์แทนมากที่สุดในโลก เนื่องจากมีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นอย่างมาก ประกอบกับมีการก่อตั้งตัวแทนหรือคนกลางในการติดต่อหาบุคคลที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนขึ้นอย่างเป็นระบบ สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้น นับได้ว่าเป็นประเทศหนึ่งที่มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ซึ่งทำให้ทุกมลรัฐมีหน้าที่ในการออกกฎหมายไปในทางที่เอื้อประโยชน์แก่การใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน ขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีอยู่กว้างขวางมาก

สิทธิและเสรีภาพในการสืบพันธุ์(Procreative rights and liberty) อาจนับว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพอย่างหนึ่งที่ได้รับการรับรองภายใต้รัฐธรรมนูญ การบัญญัติกฎหมายหรือการวินิจฉัยคดีในศาลเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะไปในทางส่งเสริมสนับสนุนหรือการจำกัดและควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนจึงมักจะมีปัญหาตามมาอยู่เสมอว่ากฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลเช่นนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ประชาชนในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีความเห็นที่ไม่ตรงกันเกี่ยวกับเรื่องการตั้งครรภ์แทนอยู่หลายแนว ทำให้แต่ละรัฐได้มีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นของตนเอง ซึ่งก็แตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับแนวนโยบายในการออกกฎหมายของมลรัฐหรือการตีความของศาลที่ตั้งอยู่ในแต่ละในมลรัฐนั่นเอง ซึ่งบางรัฐก็อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ บางรัฐก็อนุญาตเฉพาะเจาะจง

<sup>25</sup>เรื่องเดียวกัน.

สำหรับการตั้งครรภ์แทนบางประเภทเท่านั้น และบางรัฐก็ไม่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนเลย เพราะฉะนั้นประชากรของสหรัฐอเมริกาจำเป็นต้องรู้กฎหมายเฉพาะของรัฐที่ตนเองอาศัยอยู่และปฏิบัติตาม

เมื่อมีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นจำนวนมาก ปัญหาความขัดแย้งระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในสัญญารับตั้งครรภ์แทนก็มีเป็นจำนวนมากเช่นกัน ดังนั้น จึงมีความพยายามที่จะออกกฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal law) เพื่อให้การรับตั้งครรภ์แทนทั้งหมดในประเทศสหรัฐอเมริกาภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน

ในปี ค.ศ. 1989 ได้มีการเสนอร่างกฎหมายฉบับหนึ่งเพื่อห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายฉบับแรกซึ่งมีชื่อเรียกว่า "การจัดการให้เกิดการตั้งครรภ์แทน ปี 1989 (Surrogacy Arrangement Act of 1989)" ได้ถูกเสนอโดยนายโธมัส ลูเคน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคเดโมแครตจากรัฐโอไฮโอ ร่างกฎหมายฉบับนี้เสนอให้มีบทลงโทษทางอาญาแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายในสัญญารับตั้งครรภ์แทน ตลอดจนตัวแทนหรือคนกลางในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนนั้นหากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า ร่างกฎหมายฉบับนี้ยังเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายระดับรัฐบาลกลางที่เกี่ยวข้องกับค่าตอบแทน (Federal Trade Commission Act) เพื่อให้อำนาจคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลางมีอำนาจสั่งห้ามมิให้มีการโฆษณาใดๆ เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนด้วย แต่ในที่สุดร่างกฎหมายฉบับนี้ก็ไม่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการพลังงานและการค้าแห่งสภาผู้แทนราษฎร<sup>26</sup>

ร่างกฎหมายฉบับที่สองถูกเสนอโดยนายโรเบิร์ต ดอร์เนน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรครีพับลิกันจากรัฐแคลิฟอร์เนีย ร่างกฎหมายฉบับนี้มีชื่อเรียกว่ากฎหมายเพื่อต่อต้านหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ปี 1989 (Anti-Surrogate Mother Act of 1989)" ภายใต้ร่างกฎหมายฉบับนี้ การกระทำทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะเป็นการจัดหาหญิงรับตั้งครรภ์แทน การโฆษณาหรือการให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์ ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาทั้งสิ้น ร่างกฎหมายฉบับนี้ยังเสนอให้สัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะมีประโยชน์ทางการค้าหรือไม่เป็นสัญญาที่เป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายฉบับนี้ก็ยังไม่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการยุติธรรมของสภาผู้แทนราษฎรเช่นเดียวกัน<sup>27</sup>

<sup>26</sup> จักรกฤษณ์ วรรณ, การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน, หน้า 91.

<sup>27</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 91.

จะเห็นได้ว่า แม้จะมีความพยายามในการเสนอร่างกฎหมายเพื่อห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์หลายครั้ง แต่ก็มักจะไม่ประสบความสำเร็จ ในปัจจุบันจึงยังไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางออกมาใช้บังคับ หลักเกณฑ์ของการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ ดังต่อไปนี้

1. อลาบามา: ไม่มีกฎหมายระบุเจาะจงเกี่ยวกับเรื่องการตั้งครรภ์แทน แต่มีกฎหมายเกี่ยวกับการเป็นบิดามารดาที่ขอด้วยกฎหมายของเด็ก
2. อลาสกา: ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้
3. อริโซนา: การตั้งครรภ์แทนนั้นถือว่ามีผลตามกฎหมายในทุกกรณี
4. อาร์คันซอ: สัญญาการตั้งครรภ์แทนถือว่ามีผลบังคับตามกฎหมาย แต่ไม่มีกฎหมายระบุสำหรับผู้ที่มิใช่ผู้ปกครองร่วมเพศ
5. แคลิฟอร์เนีย: สัญญาการตั้งครรภ์แทนถือว่ามีผลบังคับตามกฎหมาย และมีกฎหมายเกี่ยวกับการเป็นบิดามารดาที่ขอด้วยกฎหมายของเด็กอีกด้วย
6. โคโลราโด: ไม่มีกฎหมายระบุเจาะจงเกี่ยวกับเรื่องการตั้งครรภ์แทน
7. คอนเนคติกัต: ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้อย่างชัดเจนแต่สนับสนุนการตั้งครรภ์แทน
8. เดลาแวร์: ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้และไม่สนับสนุนในเรื่องการตั้งครรภ์แทน
9. เขตปกครองพิเศษโคลัมเบีย: การตั้งครรภ์แทนนั้นถือว่ามีผลตามกฎหมายในทุกกรณี
10. ฟลอริดา: อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนแบบดั้งเดิม และแบบที่มีการปลูกถ่ายตัวอ่อนที่ผสมข้างนอกเข้าไปในมดลูกของฝ่ายหญิง
11. จอร์เจีย: ไม่มีกฎหมายและไม่มีคดีที่เปิดเผยเกี่ยวกับเรื่องนี้
12. ฮาวาย: ไม่มีกฎหมายและไม่มีคดีที่เปิดเผยเกี่ยวกับเรื่องนี้
13. ไอดาโฮ: ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้แต่เรื่องการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นที่ยอมรับสำหรับคู่รักชายหญิง
14. อิลลินอยส์: อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนแบบการปลูกถ่ายตัวอ่อนที่ผสมข้างนอกเข้าไปในมดลูกของฝ่ายหญิง แต่การตั้งครรภ์แทนแบบดั้งเดิมและการตั้งครรภ์แทนเพื่อผู้ที่มีพฤติกรรมร่วมเพศนั้นไม่เป็นที่อนุญาต
15. อินเดียนา: การตั้งครรภ์แทนทุกประเภทไม่ถือว่ามีผลบังคับตามกฎหมาย

16. ไอโอวา: ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการการตั้งครรภ์แทนแต่ก็ไม่ได้ระบุว่าผิดถ้าจะทำการตั้งครรภ์แทนสำหรับผู้ที่มีพฤติกรรมรักร่วมเพศที่เป็นคู่หรือโสดนั้นยังไม่ได้รับการพิจารณา

17. แคนซัส: ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้

18. เคนตักกี: ไม่มีกฎหมายที่ระบุเจาะจงเกี่ยวกับเรื่องนี้ศาลสูงสุดได้เสนอแนะให้ยอมรับการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ใช่เพื่อการค้าส่วนการตั้งครรภ์แทนสำหรับผู้ที่มีพฤติกรรมรักร่วมเพศที่เป็นคู่หรือโสดนั้นยังไม่ได้รับการพิจารณา

19. หลุยเซียนา: สัญญาการตั้งครรภ์แทนแบบดั้งเดิมที่มีการจ่ายค่าจ้างถือเป็นโมฆะ ส่วนสัญญาการตั้งครรภ์แทนแบบอื่นๆนั้นก็ยังไม่เป็นที่ยอมรับ

20. เมน: ไม่มีกฎหมายและไม่มีคดีที่เปิดเผยเกี่ยวกับเรื่องนี้

21. แมริแลนด์: ไม่มีกฎหมายที่ระบุเจาะจงเกี่ยวกับเรื่องนี้แต่มีกฎหมายทางอ้อมที่เกี่ยวข้องเสนอให้สัญญาการตั้งครรภ์แทนเพื่อผลประโยชน์มีผลบังคับใช้ตามกฎหมาย ส่วนการตั้งครรภ์แทนสำหรับผู้ที่มีพฤติกรรมรักร่วมเพศที่เป็นคู่หรือโสดนั้นยังไม่ได้รับการพิจารณา

22. แมสซาชูเซตส์: ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้แต่สนับสนุนเรื่องการตั้งครรภ์แทน ส่วนการตั้งครรภ์แทนสำหรับผู้ที่มีพฤติกรรมรักร่วมเพศที่เป็นคู่หรือโสดนั้นยังไม่ได้รับการพิจารณา

23. มิชิแกน: สัญญาการตั้งครรภ์แทนทุกประเภทนั้นถือว่าเป็นที่อนุญาต

24. มินเนโซตา: ไม่มีกฎหมายและไม่มีคดีที่เปิดเผยเกี่ยวกับเรื่องนี้ แต่สำหรับกรณีที่ไม่เปิดเผยนั้นกฎหมายของรัฐนี้มีแนวโน้มไปทางสนับสนุนการตั้งครรภ์แทน

25. มิสซิสซิปปี: ไม่มีกฎหมายและไม่มีคดีที่เปิดเผยเกี่ยวกับเรื่องนี้

26. มิสซูรี: ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ ส่วนการตั้งครรภ์แทนสำหรับผู้ที่มีพฤติกรรมรักร่วมเพศที่เป็นคู่หรือโสดนั้นยังไม่ได้รับการพิจารณา

27. มอนทานา: ไม่มีกฎหมายและไม่มีคดีที่เปิดเผยเกี่ยวกับเรื่องนี้

28. เนบราสก้า: การตั้งครรภ์แทนเพื่อการค้านั้นเป็นที่ต้องห้าม ส่วนการตั้งครรภ์แทนสำหรับผู้ที่มีพฤติกรรมรักร่วมเพศที่เป็นคู่หรือโสดนั้นยังไม่ได้รับการพิจารณา

29. เนวาดา: อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนสำหรับคู่สมรสแต่อย่างไรก็ตามสำหรับ Nevada Domestic Partnership Act สัญญาการตั้งครรภ์แทนสำหรับคู่รักร่วมเพศ คู่รักที่ตอบสนองต่อทั้งเพศหญิงและเพศชาย หรือพวกข้ามเพศ ก็มีผลบังคับใช้ทางกฎหมายเช่นกัน

30. นิวแฮมเชียร์: สัญญาการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นที่อนุญาต แต่ไม่มีรายละเอียดเรื่อง การมีผลบังคับใช้ทางกฎหมายสำหรับสัญญาการตั้งครรภ์แทนสำหรับคู่รักร่วมเพศ คู่รักที่ตอบสนอง ต่อทั้งเพศหญิงและเพศชาย หรือพวกข้ามเพศ

31. นิวเจอร์ซีย์: อนุญาตสำหรับการตั้งครรภ์แทนที่เห็นแก่ผลประโยชน์ของผู้อื่นเป็น หลัก ส่วนสัญญาการตั้งครรภ์แทนสำหรับคู่รักร่วมเพศ คู่รักที่ตอบสนองต่อทั้งเพศหญิงและเพศชาย หรือพวกข้ามเพศนั้นยังไม่ได้รับการพิจารณา

32. นิวแม็กซิโก: อนุญาตสำหรับการตั้งครรภ์แทนที่เห็นแก่ผลประโยชน์ของผู้อื่นเป็น หลัก ส่วนสัญญาการตั้งครรภ์แทนสำหรับคู่รักร่วมเพศ คู่รักที่ตอบสนองต่อทั้งเพศหญิงและเพศชาย หรือพวกข้ามเพศนั้นยังไม่ได้รับการพิจารณา

33. นิวยอร์ก: สัญญาการตั้งครรภ์แทนทุกประเภทถือเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับใช้ ตามกฎหมาย

34. นอร์ทแคโรไลนา: ไม่มีกฎหมายที่ระบุเจาะจงเกี่ยวกับเรื่องนี้ ส่วนกฎหมายอื่นๆ เหมือนจะยอมรับสัญญาการตั้งครรภ์แทนที่เห็นแก่ผลประโยชน์ของผู้อื่นเป็นหลัก ส่วนสัญญาการ ตั้งครรภ์แทนสำหรับคู่รักร่วมเพศ คู่รักที่ตอบสนองต่อทั้งเพศหญิงและเพศชาย หรือพวกข้ามเพศนั้นยัง ไม่ได้รับการพิจารณา

35. นอร์ทดาโคตา: ห้ามให้มีการตั้งครรภ์แทนแบบดั้งเดิม แต่อนุญาตสำหรับแบบที่มี การปลูกถ่ายตัวอ่อนที่ผสมข้างนอกเข้าไปในมดลูกของฝ่ายหญิง ส่วนสัญญาการตั้งครรภ์แทนสำหรับ คู่รักร่วมเพศ คู่รักที่ตอบสนองต่อทั้งเพศหญิงและเพศชาย หรือพวกข้ามเพศนั้นยังไม่ได้รับการ พิจารณา

36. โอไฮโอ: ยังไม่มีกฎหมายที่ได้รับอนุญาต แต่ศาลบางแห่งนั้นยอมรับว่าการ ตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมาย

37. โอกลาโฮมา: ไม่มีกฎหมายที่ระบุเจาะจงเกี่ยวกับเรื่องนี้ แต่ความเห็นของนัก กฎหมายทั่วไปนั้นไม่ยอมรับการตั้งครรภ์แทนเพื่อการค้า แต่ก็รับพิจารณาการตั้งครรภ์แทนที่เห็นแก่ ผลประโยชน์ของผู้อื่นเป็นหลัก โดยมีค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลสำหรับการตั้งครรภ์แทนนั้นๆ ส่วน สัญญาการตั้งครรภ์แทนสำหรับคู่รักร่วมเพศ คู่รักที่ตอบสนองต่อทั้งเพศหญิงและเพศชาย หรือพวก ข้ามเพศนั้นยังไม่ได้รับการพิจารณา

38. ออเรกอน: อนุญาตสำหรับการตั้งครรภ์แทนที่เห็นแก่ผลประโยชน์ของผู้อื่นเป็นหลัก ส่วนสัญญาการตั้งครรภ์แทนสำหรับคูรักร่วมเพศ คูรักรที่ตอบสนองต่อทั้งเพศหญิงและเพศชาย หรือพวกข้ามเพศนั้นยังไม่ได้รับการพิจารณา

39. เพนซิลเวเนีย: มีกฎหมายกว้างๆ สำหรับเรื่องนี้

40. โรดไอส์แลนด์: ไม่มีกฎหมายที่ระบุเจาะจงเกี่ยวกับเรื่องนี้ แต่ในกฎหมายที่ใช้กันอยู่นั้นก็มีข้อเสนอแนะให้มีการอนุญาตสำหรับการตั้งครรภ์แทนบางประเภท ส่วนสัญญาการตั้งครรภ์แทนสำหรับคูรักร่วมเพศ คูรักรที่ตอบสนองต่อทั้งเพศหญิงและเพศชาย หรือพวกข้ามเพศนั้นยังไม่ได้รับการพิจารณา

41. เซาธ์แคโรไลนา: ไม่มีกฎหมายที่ระบุเจาะจงเกี่ยวกับเรื่องนี้ แต่มีกฎหมายที่สนับสนุนให้มีการยอมรับสัญญาการตั้งครรภ์แทน ส่วนสัญญาการตั้งครรภ์แทนสำหรับคูรักร่วมเพศ คูรักรที่ตอบสนองต่อทั้งเพศหญิงและเพศชาย หรือพวกข้ามเพศนั้นยังไม่ได้รับการพิจารณา

42. เซาธ์ดาโกตา: ไม่มีกฎหมายและไม่มีคดีที่เปิดเผยเกี่ยวกับเรื่องนี้

43. เทนเนสซี: ดูเหมือนว่ากฎหมายจะยอมรับสัญญาการตั้งครรภ์แทน โดยการตั้งครรภ์แทนนั้นหมายถึง การที่แม่ผู้ตั้งครรภ์แทนอุ้มท้องแทนและให้กำเนิดบุตรสำหรับคู่สามีภรรยา ส่วนสัญญาการตั้งครรภ์แทนสำหรับคูรักร่วมเพศ คูรักรที่ตอบสนองต่อทั้งเพศหญิงและเพศชาย หรือพวกข้ามเพศนั้นยังไม่ได้รวมอยู่ด้วย

44. เท็กซัส: กฎหมายอนุญาตสำหรับการตั้งครรภ์แทนแบบที่มีการปลูกถ่ายตัวอ่อนที่ผสมข้างนอกเข้าไปในมดลูกของฝ่ายหญิง แต่ไม่อนุญาตสำหรับพวกรักร่วมเพศ

45. ยูทาห์: กฎหมายอนุญาตสำหรับการตั้งครรภ์แทนแบบที่มีการปลูกถ่ายตัวอ่อนที่ผสมข้างนอกเข้าไปในมดลูกของฝ่ายหญิง แต่ไม่อนุญาตสำหรับพวกรักร่วมเพศ

46. เวอร์มอนต์: สนับสนุนการตั้งครรภ์แทนอย่างไม่เป็นทางการ รวมไปถึงการตั้งครรภ์แทนสำหรับคูรักร่วมเพศ คูรักรที่ตอบสนองต่อทั้งเพศหญิงและเพศชาย หรือพวกข้ามเพศทั้งที่เป็นโสดและคูรักรอีกด้วย

47. เวอร์จิเนีย: อนุญาตสำหรับการตั้งครรภ์แทนที่เห็นแก่ผลประโยชน์ของผู้อื่นเป็นหลัก แต่ก็สำหรับคูรักรต่างเพศเท่านั้น ส่วนพวกรักร่วมเพศนั้นไม่เป็นที่อนุญาต

48. วอชิงตัน: การตั้งครรภ์แทนเพื่อการค้านั้นเป็นที่ต้องห้าม แต่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนที่เห็นแก่ผลประโยชน์ของผู้อื่นเป็นหลัก โดยมีค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลสำหรับการ

ตั้งครรภ์แทนนั้นๆ ส่วนสัญญาการตั้งครรภ์แทนสำหรับคู่รักร่วมเพศ คู่รักที่ตอบสนองต่อทั้งเพศหญิง และเพศชาย หรือพวกข้ามเพศนั้นยังไม่ได้รับการพิจารณา

49. เวอร์จิเนียตะวันตก: ไม่มีกฎหมายที่ระบุเจาะจงเกี่ยวกับเรื่องนี้ ส่วนสัญญาการตั้งครรภ์แทนสำหรับคู่รักร่วมเพศ คู่รักที่ตอบสนองต่อทั้งเพศหญิงและเพศชาย หรือพวกข้ามเพศนั้นยังไม่ได้รับการพิจารณา

50. วิสคอนซิน: ไม่มีกฎหมายที่ระบุเจาะจงเกี่ยวกับเรื่องนี้ แต่ศาลก็สนับสนุนเรื่องการตั้งครรภ์แทน ส่วนสัญญาการตั้งครรภ์แทนสำหรับคู่รักร่วมเพศ คู่รักที่ตอบสนองต่อทั้งเพศหญิง และเพศชาย หรือพวกข้ามเพศนั้นยังไม่ได้รับการพิจารณา

51. ไวโอมิง: ไม่มีกฎหมายและไม่มีคดีที่เปิดเผยเกี่ยวกับเรื่องนี้<sup>28</sup>

สรุปแล้วแต่ละรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็มีกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนที่แตกต่างกันออกไปเนื่องจากไม่มีกฎหมายแม่แบบเพื่อบังคับใช้ทั่วประเทศ เพราะฉะนั้นบางรัฐอนุญาตสำหรับการตั้งครรภ์แทน ในขณะที่บางรัฐการตั้งครรภ์แทนถือว่าผิดกฎหมายในทุกกรณี แต่บางรัฐนั้น การตั้งครรภ์แทนบางประเภทนั้นอนุญาตให้ทำได้ในขณะที่บางประเภทถือว่าผิดกฎหมาย และก็ยังมีความหมายเกี่ยวกับกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยสิ้นเชิง สำหรับบทลงโทษนั้นก็แตกต่างกันออกไปในแต่ละรัฐ ทั้งนี้ในทุกๆรัฐนั้นการตัดสินคดีความต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล และถือว่าคำตัดสินของศาลนั้นถือเป็นที่สุด ประชาชนที่อาศัยอยู่ในแต่ละรัฐ จำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐนั้นๆ เช่นกัน

### 3.2.1 การกำหนดสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทน

โดยทั่วไปแล้ว อาจแบ่งสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนออกได้เป็น 3 กลุ่ม คือ กลุ่มที่กำหนดโทษทางอาญาไว้กลุ่มที่ถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย และกลุ่มที่ถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับได้ รายละเอียดดังต่อไปนี้

---

<sup>28</sup>"Surrogacy Laws by State"[<http://www.selectsurrogate.com/surrogacy-laws-by-state.html>], 24 May 2013.



ก. กฎหมายกลุ่มที่กำหนดโทษทางอาญาไว้

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีมลรัฐทั้งหมด 6 มลรัฐที่กำหนดโทษทางอาญาไว้ เช่นโทษจำ โทษปรับ สำหรับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนซึ่งประกอบด้วย มลรัฐมิชิแกน ยูทาห์ วอชิงตันนิวยอร์ก เคนตักกี และดิสทริคออฟโคลัมเบีย โดยแต่ละมลรัฐมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่แตกต่างกันออกไป ดังนี้

มลรัฐมิชิแกนถือเป็นมลรัฐที่มีกฎหมายห้ามการรับตั้งครรภ์แทนที่เข้มงวดที่สุดโดยห้ามมิให้บุคคลทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่ประสงค์จะเป็นคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทนหรือคนกลางเข้าทำสัญญาใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ ผู้ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายจะได้รับโทษสูงมากคือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 50,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือทั้งจำและปรับ

สำหรับกฎหมายของดิสทริคออฟโคลัมเบียถือว่าบุคคลที่เป็นคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทนหรือคนกลางที่ติดต่อหรือชักนำให้มีการทำสัญญาต้องถูก จำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือทั้งจำทั้งปรับ

มลรัฐเคนตักกีกำหนดโทษในลักษณะเช่นนี้ไว้ คือจำคุกไม่เกิน 30 วันหรือปรับระหว่าง 100 ถึง 200 ดอลลาร์สหรัฐ

มลรัฐนิวยอร์กกำหนดโทษทางแพ่ง (civil penalty) สำหรับคู่สัญญารับตั้งครรภ์แทนกับคนกลางไว้แตกต่างกันโดยคู่สัญญารับตั้งครรภ์แทนต้องระวางโทษเพียงปรับไม่เกิน 500 ดอลลาร์สหรัฐ แต่คนกลางในสัญญารับตั้งครรภ์แทนต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ แต่หากมีการกระทำความผิดเป็นครั้งที่สอง คนกลางนี้จะถือว่ากระทำความผิดทางอาญาสถานหนัก (felony)

สำหรับยูทาห์และวอชิงตันถือว่าทั้งคู่สัญญาและคนกลางในสัญญา รับตั้งครรภ์แทนกระทำความผิดทางอาญาสถานเบา (misdemeanor) เท่านั้น

ข. กฎหมายกลุ่มที่ถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

ในมลรัฐส่วนใหญ่ที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนบัญญัติไว้โดยเฉพาะสัญญารับตั้งครรภ์แทนจะถือว่าเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและตกเป็นโมฆะ คู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทนหรือคนกลางจึงไม่สามารถบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาได้ กฎหมายในกลุ่มนี้อาจแบ่งได้เป็นสองประเภทย่อยๆ คือ

กลุ่มที่ถือว่าสัญญาับตั้งครรรค์แทนเป็นโมฆะทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นสัญญาับตั้งครรรค์แทนแบบมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตามกฎหมายในกลุ่มนี้ได้แก่กฎหมายในมลรัฐอริโซนา อินเดียนานอร์ธดาโกทา นิวยอร์ค และเทนเนสซี

ส่วนกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งถือว่าสัญญาับตั้งครรรค์แทนเชิงพาณิชย์เท่านั้นที่เป็นโมฆะกฎหมายในกลุ่มนี้ได้แก่กฎหมายในมลรัฐเคนตักกีหลุยส์เซียนา เนบราสกากายูทาห์ และวอชิงตัน

ค. กฎหมายกลุ่มที่ถือว่าสัญญาับตั้งครรรค์แทนชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับได้

ในปัจจุบันมีเพียง 4 มลรัฐในสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่บัญญัติกฎหมายรับรองว่าสัญญาับตั้งครรรค์แทนเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและสามารถฟ้องร้องบังคับ คดีได้คือ มลรัฐนิวแฮมเชียร์ เวอร์จิเนีย ฟลอริดา และเนวาดา อย่างไรก็ตามกฎหมายในมลรัฐเหล่านี้ได้ห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากค่ารักษาพยาบาล ทางการแพทย์ที่จำเป็นเท่านั้น

มีข้อสังเกตว่าในมลรัฐเวอร์จิเนียและนิวแฮมเชียร์นั้น กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขที่เข้มงวดก่อนที่จะมีการทำสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้กำหนดให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการทำสัญญาับตั้งครรรค์แทนเพื่อคุ้มครองประโยชน์และความผาสุกของคู่สัญญาทุกฝ่ายตลอดจนเด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรรค์แทนนั้นด้วย<sup>29</sup>

โดยสรุปกฎหมายที่กำหนดสถานะของสัญญาับตั้งครรรค์แทนในประเทศสหรัฐอเมริกาอาจแบ่งได้เป็น 3 กลุ่ม

กลุ่มแรกคือกลุ่มที่สัญญาไม่มีผลบังคับทางกฎหมายและได้กำหนดโทษทางอาญาไว้สำหรับผู้ฝ่าฝืนด้วย

กลุ่มที่สองคือกลุ่มกฎหมายที่ถือว่าสัญญาับตั้งครรรค์แทนไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อาจไม่ถือว่าการฝ่าฝืนเป็นความผิดทางอาญาในบางมลรัฐอาจถือเพียงแต่สัญญาับตั้งครรรค์แทนเชิงพาณิชย์เท่านั้นที่จะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ แต่กฎหมายในบางมลรัฐถือว่าสัญญาับตั้งครรรค์แทนเป็นโมฆะทั้งหมด ไม่ว่าจะมีความตอบแทนหรือไม่ก็ตาม

กลุ่มสุดท้ายคือกลุ่มที่ถือว่าสัญญาับตั้งครรรค์แทนชอบด้วยกฎหมายและสามารถนำมาฟ้องร้องบังคับคดีได้โดยกฎหมายในกลุ่มนี้มักจะมีเงื่อนไขที่เข้มงวดเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน

---

<sup>29</sup> กานต์ กาญจนะไพบูลย์. ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรรค์แทน. (วิทยานิพนธ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 78-79.

บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาเช่นมลรัฐอาร์คันซอร์ซึ่งรัฐนี้ถือว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายโดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้คือหากชายและหญิงที่ว่าจ้างเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อมีการรับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะให้เชื้ออสุจิของฝ่ายชายที่ว่าจ้างหรือไม่ก็ตามคู่สมรสที่ว่าจ้างนั้นก็จะเป็นบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันทีแต่หากชายและหญิงที่ว่าจ้างไม่ได้สมรสกันตามกฎหมายกฎหมายจะถือว่าฝ่ายชายที่บริจาคเชื้ออสุจิเท่านั้นที่เป็นบิดาของเด็กสำหรับสถานะความเป็นมารดาของเด็กนั้นตามกฎหมายถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะมีฐานะเป็นมารดาของเด็กเพื่อประโยชน์ในการจดทะเบียนการเกิดเท่านั้นและฝ่ายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้เปลี่ยนแปลงชื่อของมารดาในสูติบัตรเป็นชื่อของฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างได้ซึ่งศาลอาจมีคำสั่งให้เปลี่ยนแปลงชื่อมารดาตามคำขอหรืออาจสั่งให้ฝ่ายชาย

ที่ว่าข้างมีสิทธิในการเลี้ยงดูบุตรแต่เพียงผู้เดียวก็ได้<sup>30</sup> นอกจากกฎหมายของมลรัฐอาร์คันซอร์แล้วยังมีกฎหมายในสหรัฐอเมริกาอีก 2 มลรัฐซึ่งมีบทบัญญัติในทำนองเดียวกันแต่กฎหมายของทั้งสองมลรัฐนี้

---

<sup>30</sup>โปรดดู Ark. Code Ann. s. 9-10-201(a)-(c) (Supp.1991) :ซึ่งบัญญัติว่า

“(a) Any child born to a married woman by means of artificial insemination shall be deemed the legitimate natural child of the woman and the woman's husband if the husband consents in writing to the artificial insemination.

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

(1) The biological father and the woman intended to be the mother if the biological father is married; or

(2) The biological father only if unmarried; or

(3) The woman intended to be the mother in cases of a surrogate mother when an anonymous donor's sperm was utilized for artificial insemination.

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

(A) The biological father and the woman intended to be the mother if the biological father is married; or

(B) The biological father only if unmarried; or

(C) The woman intended to be the mother in cases of a surrogate mother when an anonymous donor's sperm was utilized for artificial insemination.

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

ใช้เฉพาะกับกรณีที่เป็นกรับตั้งครรภ์แทนซึ่งใช้ทั้งเชื้อสุจิและไข่ของคู่สมรสที่จำจางเท่านั้น<sup>31</sup> คือกฎหมายของมลรัฐฟลอริดา<sup>32</sup> และกฎหมายของมลรัฐเนวาดา<sup>33</sup>

จากข้อมูลทั้งหมดนั้น ผู้เขียนสรุปได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ได้มีกฎหมายแม่แบบเพื่อบังคับใช้ในเรื่องของการตั้งครรภ์แทนเพื่อบังคับใช้ทั้งประเทศ แต่ให้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับที่ระบุไว้ในแต่ละรัฐแทน เพราะฉะนั้นถือว่าแต่ละรัฐนั้นเป็นเอกเทศและไม่ขึ้นอยู่กับกันและกันในเรื่องว่าด้วยกฎหมายการตั้งครรภ์แทน โดยศาลจะเป็นผู้พิจารณาเป็นกรณีๆ ไป โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นผลประโยชน์ของเด็กเป็นหลัก ส่วนสัญญาการตั้งครรภ์แทนนั้นในบางรัฐถือว่ามีผลบังคับใช้ตามกฎหมาย ในขณะที่บางรัฐนั้นไม่ถือว่าสัญญานั้นมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายอย่างชัดเจน

---

<sup>31</sup> Andrews, L, Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood, 1995, 81 Va. L. Rev. 2343, 2347.

<sup>32</sup> Fla. Stat. Ann. s 742.15

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

<sup>33</sup> Nev. Rev. Stat. Ann. s 126.045

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

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

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