

บทที่ 3

ขอบเขตของบุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีและกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรรค์แทนในต่างประเทศ

ขอบเขตของบุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี ในต่างประเทศนั้น มีทั้งที่เป็นเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบ และเหตุเพิ่มโทษ โดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ มักจะบัญญัติไว้เพราะประสงค์ให้ผู้กระทำได้ตระหนักถึงความสำคัญของผู้ที่มีสัมพันธ์ใกล้ชิดเป็นครอบครัวเดียวกัน จึงควรให้ได้รับความคุ้มครองมากกว่าบุคคลทั่วไป ซึ่งมีปรากฏในหลายประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศฟิลิปปินส์ และประเทศเวียดนาม เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีประเทศใดที่บัญญัติให้ครอบคลุมไปถึงบุคคลผู้ที่มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรรค์แทน เช่น มารดาที่ตั้งครรรค์แทน ขณะเดียวกันหลายประเทศเกิดปัญหาการตีความสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่มีการตั้งครรรค์แทน จึงมีทั้งการกำหนดไว้ในกฎหมาย และวินิจฉัยในคำพิพากษาดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจในเรื่องสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่มีการตั้งครรรค์แทนในต่างประเทศ นำไปสู่การกำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการีในประมวลกฎหมายอาญา จึงจะขอนำเสนอถึงกฎหมายและคำพิพากษาที่ปรากฏในต่างประเทศ ดังนี้

3.1 ขอบเขตของคำว่าบุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี อันเป็นเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบในประเทศฟิลิปปินส์

ประเทศฟิลิปปินส์ได้รับอิทธิพลของศาสนาอิสลาม และอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของประเทศสเปน และสหรัฐอเมริกา ทำให้ระบบกฎหมายมีลักษณะรวมกันหลายระบบเข้าไว้ แต่มีพื้นฐานมาจากคัมภีร์กุระอ่าน ส่วนระบบกฎหมายสเปนมีพื้นฐานมาจากกฎหมายโรมันหรือระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) และระบบแองโกล สหรัฐอเมริกามีพื้นฐานมาจากกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) กฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์มีหลักกฎหมายอิสลามปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา โดยเฉพาะกฎหมายแพ่งที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว นอกจากนี้

แล้วในทางปฏิบัติศาลแห่งฟิลิปปินส์ก็ได้ยึดถือคำพิพากษาของศาลอเมริกามาเป็นหลักประกอบการวินิจฉัยเป็นจำนวนมากด้วย¹⁰⁷

แสดงให้เห็นว่ากฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์นั้น ได้รับอิทธิพลมาจากศาสนา และให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัวเช่นเดียวกัน จึงปรากฏการกระทำ ความผิดอาญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างบุคคลในครอบครัว เป็นเหตุยกเว้นความรับผิด ดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญาฟิลิปปินส์ มาตรา 332¹⁰⁸ บัญญัติว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญา แต่ยังคงรับผิดในทางแพ่ง ในความผิดฐานลักทรัพย์ น้อโกง หรือทำให้เสียทรัพย์สิน หากเป็นการกระทำต่อบุคคล ดังต่อไปนี้

1. คู่สมรส , ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา, หรือญาติซึ่งมีความสัมพันธ์ทางการแต่งงานกับบุคคลในสายโลหิตนั้น
 2. คู่สมรสที่ทำการหย่าร้างแต่ยังคงมีสิทธิในทรัพย์สิน; และ
 3. พี่ชายน้องชายและ พี่สาวน้องสาวตามสายโลหิต และตามกฎหมาย ถ้าอาศัยอยู่ด้วยกัน
- บทบัญญัติมาตรานี้ มิใช่บังคับกับผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด แต่มิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับบุคคลเหล่านี้ด้วย”

จะเห็นได้ว่า กฎหมายอาญาของประเทศฟิลิปปินส์ บังคับเฉพาะความผิดฐานลักทรัพย์ น้อโกง และทำให้เสียทรัพย์สิน เท่านั้น ซึ่งเป็นเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด หมายความว่า ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในทางอาญา แต่ยังคงต้องรับผิดในทางแพ่ง โดยได้ระบุถึงความสัมพันธ์ของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำไว้อย่างชัดเจน ว่าเป็นผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปและลงมา

¹⁰⁷ จาก “ระบบศาลและวิชาชีพทางกฎหมายในประเทศฟิลิปปินส์”, โดย ฐานันท์ วรรณโกวิท และชินวัฒน์ สุกนิษฐ์, 2556, *ข่าวเนติบัณฑิตยสภา*, 285(26), 15.

¹⁰⁸ An act revising the penal code and other penal laws 1930 Art. 332. “Persons exempt from criminal liability. No criminal, but only civil liability, shall result from the commission of the crime of theft, swindling or malicious mischief committed or caused mutually by the following persons:

1. Spouses, ascendants and descendants, or relatives by affinity in the same line.
2. The widowed spouse with respect to the property which belonged to the deceased spouse before the same shall have passed into the possession of another; and
3. Brothers and sisters and brothers-in-law and sisters-in-law, if living together.

The exemption established by this article shall not be applicable to strangers participating in the commission of the crime”

3.2 ขอบเขตของคำว่าบุพการี กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี อันเป็นเหตุเพิ่มโทษในต่างประเทศ

3.2.1 ประเทศฝรั่งเศส¹⁰⁹

ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้น มีการแบ่งประเภทความผิดอย่างชัดเจน ซึ่งแบ่งไว้ อย่างมีเอกลักษณ์และเป็นระบบ เรียกว่า การแบ่งประเภทความผิดแบบไตรภาค (Tripartite Classification) โดยแบ่งประเภทความผิดออกเป็น 3 กลุ่มใหญ่ด้วยกัน ต่างกับระบบการแบ่ง ประเภทความผิดของประเทศส่วนใหญ่ที่แบ่งประเภทความผิดแบบทวิภาค (Bipartite Classification) ซึ่งการแบ่งประเภทความผิดตามประมวลกฎหมายฝรั่งเศส แบ่งออกเป็นไตรภาค ดังนี้

- 1) ความผิดอุกฤษฏ์โทษ (Les crimes)
- 2) ความผิดมิชฌิมโทษ (Les delits)
- 3) ความผิดลหุโทษ (Les contraventions)

คุณลักษณะของการแบ่งประเภทความผิดอาญาในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส นอกจากจะทำให้สามารถจัดกลุ่มประเภทความผิดตามความร้ายแรงของโทษอย่างเป็นระบบแล้ว ยังมีความสัมพันธ์อย่างสอดคล้องกับการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของเจ้าหน้าที่ใน กระบวนการยุติธรรมอาญา ตั้งแต่ชั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาล

การแบ่งกลุ่มประเภทความผิดแบบไตรภาคดังกล่าว ทำให้ผู้ศึกษากฎหมายอาญา ฝรั่งเศสสามารถทราบทันทีที่ผู้อตราโทษสำหรับความผิดฐานใดฐานหนึ่งว่า ความผิดฐานนั้นจะจัด อยู่ในกลุ่มประเภทความผิดอุกฤษฏ์โทษ มิชฌิมโทษ หรือลหุโทษ และสามารถทราบได้ทันที ว่าการดำเนินคดีดังกล่าวจะเริ่มต้นที่ใคร และมีกระบวนการดำเนินคดีอย่างไร ศาลไหนเป็นศาลที่มี อำนาจพิจารณาคดีนั้นๆ และมีกระบวนการพิจารณาคดีในศาลอย่างไร

ความผิดอุกฤษฏ์โทษตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1993 มาตรา 131-1 ได้แก่ ความผิดที่มีระวางโทษ ดังต่อไปนี้

- 1) จำคุกตลอดชีวิตหรือกักขังตลอดชีวิต
- 2) จำคุกหรือกักขังสามสิบปี
- 3) จำคุกหรือกักขังยี่สิบปี
- 4) จำคุกหรือกักขังสิบห้าปี

ระยะเวลาจำคุกหรือกักขังสำหรับความผิดอุกฤษฏ์โทษที่ต่ำที่สุดกำหนดไว้สิบปี

¹⁰⁹ รวบรวมบทความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส (น.6). เล่มเดิม.

ความคิดที่จัดอยู่ในประเภทของความคิดอุกฤษฏ์โทษนั้นส่วนใหญ่ คือ ความคิดที่อยู่ในภาคความคิดว่าด้วยความผิดอุกฤษฏ์โทษที่กระทำต่อบุคคล ได้แก่

1) ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 211-1 โดยมีอัตราโทษจำคุกตลอดชีวิต

2) ความผิดต่อมนุษยชาติ ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 212-1 โดยมีอัตราโทษจำคุกตลอดชีวิต

3) ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 221-1 อัตราโทษจำคุกสามสิบปี ถ้ามีพฤติการณ์แห่งคดีที่ทำให้โทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 221-2 วรรคแรก กล่าวคือ การฆาตกรรมที่กระทำก่อน ในขณะที่เดียวกัน หรือภายหลัง การกระทำความผิดอุกฤษฏ์โทษอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

4) ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่ต้องรับโทษหนักขึ้นอันเนื่องมาจากสถานะของบุคคลที่ถูกกระทำ ได้แก่ การฆาตกรรมเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี บุพการีตามกฎหมายหรือตามความเป็นจริง หรือบิดามารดาบุญธรรม บุคคลผู้อ่อนแออันเนื่องมาจากอายุ โรค ความพิการ ความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ ผู้มีครรภ์ ผู้พิพาทกษัตริย์ ลูกขุน ทนายความ เจ้าพนักงาน ทหาร เจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ ฯลฯ ซึ่งปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 221-4 ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท ได้กล่าวว่าความคิดที่มีโทษขั้นสูงนี้ จะใช้วิธีการลงโทษจำคุกเป็นหลัก เพื่อเป็นการข่มขู่หรือยับยั้งมิให้กระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวอีก และเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมด้วย ส่วนวิธีพิจารณาคดีนั้น ได้กำหนดให้ต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องทุกคดี และต้องขึ้นศาลที่ประกอบด้วยคณะลูกขุนและผู้พิพากษาอาชีพ เพื่อเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดี ทั้งนี้ เพื่อต้องการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของคนในสังคมนั้นเอง¹¹⁰

ความผิดฐานฆ่าบุพการี

มาตรา 221-4 ข้อ 2 บัญญัติว่า “ฆาตกรรม คือ การกระทำความผิดทางอาญาต่อชีวิต ซึ่งมีการกระทำดังนี้

¹¹⁰ จาก “สรุปการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง แนวทางการจัดแบ่งกลุ่มความคิดและโทษในประมวลกฎหมายอาญาไทย”, โดย เพลินตา ตันรังสรรค์, 2554, *อุทธรณ์*, 10(4), 70.

(2) การกระทำต่อบุพการีตามความเป็นจริง หรือบุพการีตามกฎหมาย หรือบิดามารดาบุญธรรม”¹¹¹

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 221-4 ข้อ 2 ซึ่งได้กำหนดโทษจำคุกตลอดชีวิตสำหรับความผิดฐานฆ่าบุพการี (Parricide) เห็นได้ว่า การฆ่าบุพการีตามกฎหมายฝรั่งเศส หมายรวมถึง ฆ่าบิดา มารดา โดยชอบด้วยกฎหมาย บิดามารดาที่รับบุตรบุญธรรม บิดามารดาตามธรรมชาติ หรือบุพการีเหนือขึ้นไปที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนบุตรที่เกิดจากชู้ (Adulterling) หรือเกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างญาติสนิท ต้องมีการพิสูจน์ตามกฎหมายแล้ว

3.2.2 ประเทศฟิลิปปินส์

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า กฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์นั้น ได้รับอิทธิพลจากศาสนา จึงปรากฏบทบัญญัติที่ให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นครอบครัวเดียวกัน และในการกระทำความผิดต่อชีวิตนั้น ก็เป็นเหตุที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ตามประมวลกฎหมายอาญาฟิลิปปินส์ ซึ่งได้บัญญัติความผิดฐานฆ่าบุพการีไว้ ดังต่อไปนี้

ความผิดฐานฆ่าบุพการี

ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายฟิลิปปินส์ มาตรา 246 คือ

มาตรา 246 บัญญัติว่า “ความผิดฐานฆ่าบุพการี บุคคลใดฆ่าบิดา มารดา หรือบุตร ทั้งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือบรรพบุรุษที่เหนือขึ้นไปหรือสืบลงมา หรือคู่สมรส ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฆ่าบุพการี ต้องระวางโทษประหารชีวิต”¹¹²

เนื่องจากการฆ่าบุพการีส่วนใหญ่เป็นลักษณะความผิดที่รับอิทธิพลมาจากศาสนา และลัทธิ ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงทำให้ปรากฏความผิดในกฎหมายของประเทศในแถบเอเชีย เช่นที่ปรากฏใน ประมวลกฎหมายอาญาประเทศฟิลิปปินส์ มาตรา 246 ซึ่งความผิดฐานฆ่าบุพการี หมายรวมถึง ฆ่าบิดา มารดา หรือบุตรทั้งที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งบรรพบุรุษที่เหนือขึ้นไปและสืบลงมา ซึ่งหมายถึงเฉพาะที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น และนอกจากนี้ หากเป็นการฆ่าคู่สมรส หรือฆ่าบุตรด้วย ซึ่งเป็นการฆ่าคู่สมรสและฆ่าบุตรนั้น มิได้ปรากฏในกฎหมายไทยด้วย การกระทำความผิดฐานนี้ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษประหารชีวิต

¹¹¹ French Penal code Art221-4 “Murder is punished by criminal imprisonment for life where it is committed: (2) against a natural or legitimate ascendant or the adoptive father or mother”

¹¹² An act revising the penal code and other penal laws 1930 Art. 246. “Parricide. Any person who shall kill his father, mother, or child, whether legitimate or illegitimate, or any of his ascendants, or descendants, or his spouse, shall be guilty of parricide and shall be punished by the penalty of reclusion perpetua to death”

3.2.3 ประเทศเวียดนาม

ประชากรในประเทศเวียดนามส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธ คิดเป็นร้อยละ 70 โดยเวียดนามมีความสัมพันธ์กับประเทศจีนมาก่อนการปฏิรูปการปกครอง จึงทำให้มีความเชื่อ ศิลปะ วิธีการดำรงชีวิต ประเพณี วัฒนธรรม ที่ใกล้เคียงกับจีน ด้านระบบกฎหมายของประเทศเวียดนามนั้น มีพื้นฐานสำคัญจากระบบกฎหมายคอมมิวนิสต์ และระบบประมวลกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส¹¹³

สำหรับการบัญญัติใช้กฎหมายในประเทศเวียดนามต่อปัญหาอาชญากรรมนั้น ได้รับอิทธิพลมาจากกฏฑิขงจื้อ (Napolionic Code) และกฏฑิขมาร์กซิสต์ลิซึ่มและเลนินลิซึ่ม คือ แนวคิดที่ว่าสังคมไม่ได้ถูกควบคุมโดยกฎหมาย แต่ควบคุมโดยคนที่มีคุณธรรม ดังนั้น การกระทำใดๆ ที่ขาดคุณธรรมซึ่งก่อให้เกิดความขัดแย้งและแตกแยกถือเป็นอาชญากรรมทั้งสิ้น สิ่งสำคัญที่สุดคือจริยธรรม อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ก็ได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในประเทศเวียดนาม ซึ่งในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น ถือว่าการพิจารณาพิพากษาคดีต้องเป็นไปอย่างเที่ยงธรรมและมีการกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสม¹¹⁴

ประเทศเวียดนามให้ความสำคัญกับการหาสาเหตุและการเยียวยามากกว่าการปราบปรามหรือการลงโทษ ด้วยการปลูกฝังค่านิยมของพลเมืองและรัฐให้มีส่วนร่วมในการรับผิดชอบต่อสังคมภายใต้เงื่อนไขของความถูกต้องและศีลธรรม¹¹⁵

เมื่อพิจารณากฎหมายอาญาของประเทศเวียดนาม พบว่า ได้มีการกำหนดความผิดฐานฆ่าบุพการีไว้ด้วย ดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 93 บัญญัติว่า “ฆาตกรรม

1) ผู้ใดฆ่าคนในกรณีต่อไปนี้ จะได้รับการตัดสินให้จำคุกระหว่างสิบสองถึงยี่สิบปี จำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิต:

- ก) คดีฆาตกรรมคนมากกว่าหนึ่งคน;
- ข) การฆาตกรรมโดยผู้กระทำรู้ว่าเป็นหญิงมีครรภ์;
- ค) คดีฆาตกรรมเด็ก
- ง) การฆาตกรรมบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ให้กับสาธารณะ หรือประชาชนผู้ประสพภัย ;
- จ) การฆาตกรรมปู่ ย่า ตา ยาย บิดา มารดา บุคคลที่เลี้ยงดู และหรือ ครู;¹¹⁶

¹¹³ จาก *มาตรการส่งเสริมการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ* (น.198-200), โดย กมลวรรณ จิรวินิชย์ และคณะ, ม.ป.ท., โดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

¹¹⁴ แหล่งเดิม.

¹¹⁵ แหล่งเดิม.

- ฉ) การฆาตกรรมโดยการก่ออาชญากรรมที่ร้ายแรง;
- ช) การฆาตกรรมเพื่อที่จะดำเนินการหรือปิดกั้นการกระทำความผิดอื่น;
- ซ) การฆาตกรรมเพื่อที่จะใช้อวัยวะจาก ร่างกายของเหยื่อ ;
- ฌ) การก่ออาชญากรรมในลักษณะที่โหดร้าย;
- ญ) ก่ออาชญากรรมโดยการดูถูกอาชีพของพวกเขา
- ฎ) ก่ออาชญากรรมโดยวิธีการซึ่งอาจก่อให้เกิดการเสียชีวิต มากกว่าคนคนหนึ่ง;
- ฏ) อาชญากรรมที่มีการจ้างวาน หรือบุคคลที่จ้างวาน;
- ฐ) การก่ออาชญากรรมในลักษณะอันธพาล;
- ณ) การก่ออาชญากรรมในลักษณะเป็นองค์กร;
- บ) การกระทำความผิดซ้ำอันเป็นอันตราย
- ป) อาชญากรรมเกิดโดยบุคคลที่มีแรงจูงใจอันชั่วร้าย

2) ผู้ก่ออาชญากรรมที่ไม่ตกอยู่ในกรณีที่ระบุไว้ในข้อ 1 ของมาตรานี้จะต้องถูกตัดสินจำคุกระหว่างเจ็ดและสิบห้าปี”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาในประเทศเวียดนาม มาตรา 93 ได้บัญญัติให้การฆาตกรรมดา ปู่ ยา ตา ยาย เป็นความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น มีโทษสูงสุดถึงประหารชีวิต โดยมาตรา 93 จ) ได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงการกระทำต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง และครู ต้องรับโทษหนักขึ้นด้วย อันเป็นขอบเขตที่กว้างกว่าประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย เนื่องจากสิ่งที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ประเทศเวียดนามให้ความสำคัญกับคุณธรรมมาก จึงน่าจะทำให้มีการบัญญัติกฎหมายครอบคลุมไปถึงทั้งผู้เลี้ยงดู และครู ซึ่งเป็นผู้มีพระคุณต่อผู้กระทำนอกจากบุพการีเช่นกัน

3.3 การกำหนดสถานะของบิดามารดากรณีที่มีการตั้งครรรค์แทนในต่างประเทศ

กฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรรค์แทนมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ บางประเทศไม่อนุญาตให้กระทำได้ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิตาลี สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศจีน และประเทศญี่ปุ่น ได้มีกฎหมายห้ามการตั้งครรรค์แทน แม้ว่าจะไม่มีข้อตกลงในเชิงพาณิชย์ก็ตาม ส่วนประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศอิสราเอล และประเทศเนเธอร์แลนด์ ได้กำหนดห้ามเฉพาะการตกลงในเชิงพาณิชย์เท่านั้น ในขณะที่ประเทศ

¹¹⁶ Article 93. Murder 1. “Those who commit murder in one of the following cases shall be sentenced to between twelve and twenty years of imprisonment, life imprisonment or capital punishment:

e) Murder of one's grand father, grand mother, father,mother, fosterer, and/or teachers;”

อินเดีย ประเทศยูเครน ประเทศรัสเซีย และบางรัฐในสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะมลรัฐแคลิฟอร์เนีย และมลรัฐฟลอริดา ได้รับอนุญาตให้มีข้อตกลงในเชิงพาณิชย์ได้¹¹⁷

ในปัจจุบันได้มีการรับตั้งครรภ์แทนระหว่างประเทศ กฎหมายที่บังคับใช้ก็ย่อมจะมีความแตกต่างขัดแย้งกันได้ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อสัญชาติของเด็กและกระบวนการการตรวจคนเข้าเมืองด้วย ปัญหาที่เกิดขึ้นจากความแตกต่างในการกำหนดสถานะบุคคลในแต่ละประเทศ มีตัวอย่างที่เห็นเด่นชัด ในคดีของ Balaz คดีนี้คู่สามีภรรยาชาวเยอรมัน ได้ทำข้อตกลงตั้งครรภ์แทนในประเทศอินเดีย โดยใช้อุสจิจของบิดาผู้ว่าจ้างและไซของมารดาที่ตั้งครรภ์แทนได้ให้กำเนิดฝาแฝดในปี 2008 โดยระบุชื่อคู่สามีภรรยาผู้ว่าจ้างเป็นบิดามารดาของเด็ก แต่เมื่อครบครวั Balaz ได้เข้ามาในประเทศเยอรมัน ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ไม่ยอมรับสูติบัตรของเด็กทั้งสอง และไม่อนุญาตให้ใช้สัญชาติเยอรมัน เพราะการตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย ตามกฎหมายเยอรมัน คู่สามีภรรยาจึงพยายามที่จะแก้ไขปัญหานี้ โดยการใส่ชื่อมารดาที่ตั้งครรภ์แทนชาวอินเดียเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ยังถูกปฏิเสธจากเจ้าหน้าที่ประเทศอินเดีย จนกระทั่งมีคำพิพากษาศาลสูงของประเทศอินเดียในปี 2009 ได้เสนอให้ใช้วิธีการรับบุตรบุญธรรมเป็นการแก้ปัญหา ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเฮก ในเรื่องของการรับเป็นบุตรบุญธรรม เพราะการรับบุตรบุญธรรมมีแนวโน้มที่จะเกิดปัญหาน้อยที่สุด¹¹⁸

ปัญหาสำคัญที่ผู้ใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนต้องเผชิญอยู่ คือ ในกรณีที่มิสัญญาตั้งครรภ์แทน จะมีปัญหาในการกำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายของบิดามารดาและเด็ก ทำอย่างไรที่จะทำให้บิดามารดาผู้ว่าจ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ในอดีตที่ผ่านมา ลักษณะของการตั้งครรภ์แทน จะใช้ไซของมารดาที่ตั้งครรภ์แทนและชื่ออุสจิจของบิดาที่ว่าจ้าง ซึ่งทั้งบิดามารดาผู้ว่าจ้างและมารดาที่ตั้งครรภ์แทนก็จะอยู่ภายในประเทศเดียวกัน บิดาผู้ว่าจ้างก็จะเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่ปัญหาในการกำหนดสถานะมักจะเกิดกับมารดาผู้ว่าจ้าง จึงต้องมีการตรากฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดสถานะให้ชัดเจนว่าใครคือบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในประเทศที่มีกฎหมายรองรับก็อาจกำหนดให้บิดามารดาผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะปกครองเด็ก ไม่ใช่มารดาที่ตั้งครรภ์แทน หรือสามีของมารดาที่ตั้งครรภ์แทน¹¹⁹

¹¹⁷ Michael Nicholls. (2013). *Legal Problems With International Surrogacy*. Retrieved August 23, 2014, from <http://www.rtc.org.au/events/docs/Michael%20Nicholls%20presentation%20Probs%20with%20Int%20Surrogacy%20Arrangements.pdf>.

¹¹⁸ แหล่งเดิม.

¹¹⁹ แหล่งเดิม.

สหพันธ์นานาชาติว่าด้วยสูตินารีเวชวิทยา (International Federation of Gynecology and Obstetrics – FIGO) ได้ออกแนวทางปฏิบัติสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน ได้แก่ Surrogacy Motherhood 1988 วางหลักปฏิบัติพื้นฐานที่น่าสนใจหลายประการ เช่น การรับตั้งครรภ์แทนจะต้องกระทำเฉพาะในกรณีมีข้อบ่งชี้ถึงความจำเป็นและสำคัญเท่ากับการเคารพในสิทธิและอำนาจการตัดสินใจของหญิงที่ตั้งครรภ์และต้องไม่แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ฯลฯ¹²⁰

จากตัวอย่างทางปฏิบัติของนานาชาติมีการใช้หลักพิจารณา 3 ประการ ในการกำหนดความเป็นบิดาและมารดาสำหรับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ กล่าวคือ ความสัมพันธ์กับเด็กทางพันธุกรรม ความสัมพันธ์กับเด็กในทางชีววิทยาโดยการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร และความประสงค์หรือเจตนาแรกเริ่มที่จะเป็นบิดามารดา แต่ทั้งสามประการยังไม่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปอย่างเป็นทางการเพราะต่างก็มีข้อดีและข้อจำกัดเมื่อต้องนำมาเปรียบเทียบกัน

ซึ่งจะกล่าวถึงสภาพทั่วไปของการรับตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศ และเน้นให้เห็นถึงปัญหาในการกำหนดสถานะของบิดามารดา ดังต่อไปนี้

3.3.1 ประเทศฝรั่งเศส¹²¹

ในปี ค.ศ. 1983 ได้มีเหตุการณ์เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เกิดขึ้น 2 เหตุการณ์ ทำให้รัฐบาลฝรั่งเศสหันกลับมาสนใจนโยบายด้านนี้มากขึ้นกว่าในอดีต รัฐบาลฝรั่งเศสจึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งเรียกว่า National Ethical Committee for Life Sciences and Health เพื่อทำการศึกษาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาด้านจริยธรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยีนี้

ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1984 คณะกรรมการชุดดังกล่าวได้เสนอความเห็นต่อรัฐบาลฝรั่งเศส สำหรับประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนนั้น คณะกรรมการชุดนี้มีความเห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนเปรียบเสมือนการซื้อขายเด็ก ส่วนสัญญาารับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดกับกฎหมายรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งกำหนดให้ศาลพิจารณาอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมจากประโยชน์สูงสุดของเด็ก ดังนั้น คนกลางที่ช่วยเหลือให้มีการรับตั้งครรภ์ ไม่ว่าจะแพทย์หรือไม่ก็ตาม จะต้องมีความผิดทางอาญฐานยุยงให้หญิงละทิ้งเด็กนั้น ตามความเห็นของคณะกรรมการชุดนี้ การรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

ในปี ค.ศ. 1987 รัฐบาลฝรั่งเศสได้ตัดสินใจดำเนินคดีกับองค์กรเอกชนที่จัดหาหญิงที่ประสงค์รับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสที่มีบุตรยาก ซึ่งในที่สุดศาลฎีกาของฝรั่งเศส ได้ตัดสินว่า

¹²⁰ ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (น.16). เล่มเดิม.

¹²¹ McLean S. (อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ วรรพจน์ และคณะ , 2548, น. 120).

การรับตั้งครรรภ์แทน เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการฝ่าฝืนหลักการที่ห้ามมิให้มีการซื้อขายร่างกายมนุษย์และขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

แต่การรับตั้งครรรภ์แทนที่ไม่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์และคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องก็ไม่ได้ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายดังกล่าวข้างต้น แต่ประเด็นสถานะของบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทนนั้น ให้เป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่ง ซึ่งยังคงถือตามหลักการที่ว่า หญิงที่ให้กำเนิดเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า หากมีกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างหญิงผู้ว่าจ้างและหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทน แม้ประเทศฝรั่งเศสจะไม่ยอมรับให้มีการตั้งครรรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ แต่ก็ใช้วิธีการนำหลักกฎหมายแพ่ง โดยถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดหรือหญิงที่ตั้งครรรภ์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.3.2 สหรัฐอเมริกา

ความเป็นมารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทน เป็นปัญหาที่ขึ้นมาสู่ศาลมากเรื่องหนึ่ง เนื่องจากว่ากฎหมายของแต่ละมลรัฐในสหรัฐอเมริกานั้น ก็มีลักษณะเหมือนกับกฎหมายในประเทศคอมมอนลว์อื่น คือ จะวินิจฉัยให้หญิงผู้ที่ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อเกิดเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ในลักษณะของการตั้งครรรภ์แทนขึ้น จึงเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในทุกมลรัฐ ไม่ว่าจะเป็นมลรัฐที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนหรือไม่¹²²

สหรัฐอเมริกามีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางในการควบคุมการตั้งครรรภ์แทน และไม่มีกฎหมายที่กำหนดสถานะของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทน แต่ในปี ค.ศ. 1973 ที่ประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐ ประกอบไปด้วยนักกฎหมายจากทุกมลรัฐในประเทศ ได้เสนอรูปแบบของกฎหมายฉบับหนึ่ง เรียกว่า กฎหมายว่าด้วยความเป็นบิดามารดาที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (The Uniform Parentage Act หรือ U.P.A) เพื่อให้เป็นกฎหมายแม่แบบแก่มลรัฐต่างๆ ในการออกกฎหมายเกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน บางมลรัฐจึงได้นำเอาสาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าวมาแก้ไขบัญญัติไว้ ซึ่งกฎหมายนี้กำหนดว่ามารดา พิสูจน์ได้จากการที่หญิงได้ให้กำเนิดเด็กนั้นหรือตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้¹²³

¹²² การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรรภ์แทน (น.94). เล่มเดิม.

¹²³ The Uniform Parentage Act section 3 “The parent and child relationship between a child and...the natural mother may be established [ascertained] by proof of her having giving birth to the child. or under this Act.”

กฎหมาย U.P.A นั้น แก้ปัญหาได้บ้างกรณีเท่านั้น ยังคงมีช่องว่างทางกฎหมายอยู่ โดยเฉพาะในการผสมเทียมที่ใช้วิธีการตั้งครรภ์แทน ที่ประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน จึงได้ประกาศรับรองรูปแบบของกฎหมายอีกฉบับหนึ่งเรียกว่า กฎหมายด้วยว่าสถานะของเด็กที่เกิดจากการช่วยปฏิสนธิที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Uniform of children of Assisted Conception Act หรือ U.S.C.A.C.A) ซึ่งได้เสนอรูปแบบของกฎหมายให้มลรัฐต่างๆ รัับไปบัญญัติเป็นกฎหมาย โดยมี 2 ทางเลือก คือ

1) เสนอให้การรับตั้งครรภ์แทนต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนเสมอ และเมื่อศาลได้อนุญาตแล้ว เมื่อมีการรับตั้งครรภ์แทนอย่างสมบูรณ์ คู่สมรสที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนจะถือเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่หากไม่ได้รับอนุญาตจากศาล หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะถือเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นมารดาที่ให้กำเนิดมา

2) คล้ายกับที่กำหนดไว้ใน U.P.A คือ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของเด็ก ซึ่งที่ประชุมใหญ่ของสมาคมได้ประกาศยอมรับให้ กฎหมายด้วยว่าสถานะของเด็กที่เกิดจากการช่วยปฏิสนธิที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Uniform of children of Assisted Conception Act หรือ U.S.C.A.C.A) เป็นกฎหมายแม่แบบ และต่อมาในปี ค.ศ. 2000 ได้มีการนำหลักการของ U.S.C.A.C.A มาบัญญัติไว้ใน U.P.A และในปัจจุบัน มีเพียง U.P.A เท่านั้น ที่เป็นรูปแบบของกฎหมายในระดับกลาง

ดังนั้น ในเรื่องของการรับตั้งครรภ์แทน ตามกฎหมายแม่แบบนี้ หากคู่สมรสได้รับการพิจารณาจากศาลอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน คู่สมรสก็จะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามในแต่ละมลรัฐอาจมีแนวทางในการบัญญัติกฎหมาย และตัดสินข้อพิพาทที่แตกต่างกันไป ซึ่งก็เป็นผลในการสร้างหลักกฎหมายหรือ Common Law ไว้แตกต่างกันด้วย ดังนี้¹²⁴

3.3.2.1 มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California)

มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มีกฎหมายครอบครัวที่เรียกว่า Uniform Parentage Act: U.P.A โดยบัญญัติถึงการกำหนดความสัมพันธ์มารดาและบุตรไว้ในมาตรา 7610(a)¹²⁵ ว่า ความสัมพันธ์อาจเกิดขึ้นโดยการพิสูจน์ว่าเป็นผู้ให้กำเนิดเด็กหรือตามที่กฎหมายในส่วนนี้กำหนด

¹²⁴ การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (น.98). เล่มเดิม.

¹²⁵ Uniform Parentage Act: U.P.A. Cal Fam Code section 7610(a) The parent and child relationship may be established as follows:

(a) Between a child and the natural mother. It may be established by proof of her having given birth to the child, or under this part.

แต่กฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ศาลสูงสุดของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เคยมีคำพิพากษาเมื่อปี ค.ศ. 1993 ในคดี Johnson v. Calvert¹²⁶ เป็นบรรทัดฐาน อันเป็นการสร้างหลักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ คดีนี้คู่สมรสผู้ว่าจ้างได้ใช้เชื้อสุจิและไข่ของคน นิดเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับว่าจ้างตั้งครรภ์แทน แต่ในระหว่างตั้งครรภ์ หญิงผู้รับจ้างสร้างอำนาจต่อรองว่าจะไม่ยอมมอบเด็กให้แก่คู่สมรสผู้ว่าจ้าง หากไม่จ่ายค่าตอบแทนส่วนที่เหลือให้แก่ตนจนครบจำนวน คู่สมรสจึงฟ้องต่อศาลให้พิพากษาว่าตนเป็นบิดามารดาของเด็กที่กำลังจะเกิดขึ้น โดยศาลพิพากษาว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และตัดสินให้บุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาผู้ว่าจ้าง คำพิพากษานี้จึงถือเป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดีอื่นๆ ด้วย

3.3.2.2 มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey)

มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ได้ใช้หลักการของความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิด (Gestational Motherhood) ปรากฏในคดี A.H.W v. G.H.B. กล่าวคือ คู่สมรสได้ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยใช้เชื้อสุจิและไข่ของคู่สมรส เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้คลอดทารกออกมา คู่สมรสได้ยื่นคำร้องต่อศาล ขอให้มีการสั่งให้ระบุชื่อของตนเป็นบิดาและมารดาของเด็กในทะเบียนสูติบัตร ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์เห็นว่า ตลอดระยะเวลา 9 เดือนที่ตั้งครรภ์ หญิงที่ตั้งครรภ์ย่อมมีความสัมพันธ์อย่างลึกซึ้งกับตัวอ่อนที่อยู่ในท้อง การตั้งครรภ์มีความสำคัญที่ทำให้ตัวอ่อนเจริญเติบโต จนกระทั่งคลอดออกมามีชีวิตด้วยตัวเองได้ และตามกฎหมายของมลรัฐมารดาจะสละสิทธิความเป็นมารดาของเด็กได้ต่อเมื่อพ้นกำหนดเวลา 72 ชั่วโมงนับแต่คลอดบุตร หากศาลยอมยอมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี และหากศาลให้เปลี่ยนแปลงยอมเป็นการบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์สละสิทธิความเป็นมารดาของเด็ก อาจก่อให้เกิดผลเสียมากกว่า¹²⁷

3.3.2.3 มลรัฐโอไฮโอ

ศาลของมลรัฐโอไฮโอเห็นว่าการยอมรับบิดามารดาทางพันธุกรรมเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย ซึ่งจะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็กและสังคม เนื่องจากการถ่ายทอดข้อมูลทางพันธุกรรมของตระกูลให้แก่เด็กที่กำเนิดมา โดยศาลสรุปเหตุผลว่า บุคคลใดก็ตามที่ได้ถ่ายทอด

¹²⁶ จาก “การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์: ศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายและคำพิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกา”, โดย รัชฎญลักษณ์ เบ็ญจมะโน เดชะวุฒิพันธุ์, 2555, วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม, 4(1), 144-146.

¹²⁷ การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (น.110). เล่มเดิม.

พันธุกรรมให้แก่เด็ก บุคคลนั้นย่อมถือว่าเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติและตามกฎหมาย เว้นแต่บุคคลนั้นจะได้สละสิทธิความเป็นบิดามารดานั้น ซึ่งหลักการนี้ถูกเรียกว่า หลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-Based Approach)¹²⁸

3.3.2.4 มลรัฐเวอร์จิเนีย

กฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนของมลรัฐเวอร์จิเนียมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1993¹²⁹ โดยตามกฎหมายฉบับนี้ สัญญารับตั้งครรภ์แทนที่จะมีผลบังคับตามกฎหมายมี 2 ประเภท คือ สัญญาที่ได้รับอนุญาตจากศาลก่อน (Court-Approved Surrogacy Contract) กับสัญญาที่ต้องได้รับการปรับปรุงตามคำสั่งของศาล (Court-Reformed Surrogacy Contract) สำหรับสัญญาที่จะขอรับความเห็นชอบจากศาลได้ต้องปรากฏข้อเท็จจริง ดังต่อไปนี้¹³⁰

¹²⁸ แหล่งเดิม.

¹²⁹ แหล่งเดิม.

¹³⁰ Va. Code Ann. S20-160 (A) “In the case of any surrogacy agreement for which prior court approval has not been obtained pursuant to S 20-160, the provisions of this section and S. 20-156 through 20-159 and S. 20-163 through 20-165 shall apply. Any provision in a surrogacy contract that attempts to reduce the rights or responsibilities of the intended parents, surrogate, or her husband, if any, or the rights of any resulting child shall be reformed to include the requirements set forth in this chapter. A provision in the contract providing for compensation to be paid to the surrogate is void and unenforceable. Such surrogacy contracts shall be enforceable and shall be construed only as follows:

1. The surrogate, her husband, if any, and the intended parents shall be parties to any such surrogacy contract.
2. The contract shall be in writing, signed by all the parties, and acknowledged before an officer or other person authorized by law to take acknowledgments.
3. Upon expiration of twenty-five days following birth of any resulting child, the surrogate may relinquish her parental rights to the intended parents, if at least one of the intended parents is the genetic parent of the child, by signing a surrogate consent and report form naming the intended parents as the parents of the child. The surrogate consent and report form shall be developed, furnished and distributed by the State Registrar of Vital Records. The surrogate consent and report form shall be signed and acknowledged before an officer or other person authorized by law to take acknowledgments. The surrogate consent and report form, a copy of the contract, and a statement from the physician who performed the assisted conception stating the genetic relationships between the child, the surrogate, and the intended parents, at least one of whom shall be the genetic parent of the child, shall be filed with the State Registrar within sixty days after the birth. The statement from the physician shall be signed and acknowledged before an officer or other person

- (1) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น
- (2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและสามีต้องเข้าเป็นคู่สัญญาด้วย
- (3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเคยผ่านการมีบุตรมาก่อน
- (4) คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าข้างต้องไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ หรือสามารถตั้งครรภ์ได้ แต่การตั้งครรภ์นั้นอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของตัวเองหรือต่อเด็กที่จะกำเนิดมา
- (5) คู่สมรสที่ว่าข้างคนใดคนหนึ่งต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่จะเกิดมา กล่าวคือ คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ที่ใช้ในการปฏิสนธิ
- (6) คู่สมรสที่ว่าข้างต้องเป็นฝ่ายออกค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์นั้นทั้งหมด

เมื่อศาลเห็นว่ากรณีเป็นไปตามเงื่อนไขข้างต้น ศาลจะแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ศาลขึ้นมาเพื่อให้ช่วยพิจารณาว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายนั้นมีความเหมาะสมที่จะเข้าทำสัญญาในลักษณะเช่นนี้หรือไม่ และจะพิจารณาความเหมาะสมของคู่สมรสที่ว่าข้างในการเป็นบิดามารดาของเด็กด้วย โดยจะใช้หลักเกณฑ์ทำนองเดียวกันกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ศาลให้ความเห็นชอบกับสัญญารับตั้งครรภ์แทน เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้กำเนิดทารก ก็จะถือว่าคู่สมรสที่ว่าข้างเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที

แม้ว่าศาลจะให้ความเห็นชอบสัญญารับตั้งครรภ์แทนแล้ว หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็มีสิทธิที่จะยกเลิกสัญญาได้ภายในกำหนด 180 วันนับแต่วันที่ตั้งครรภ์ ในกรณีเช่นนี้ก็จะถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์นั้นเป็นมารดาของเด็ก โดยที่ไม่ต้องรับผิดชอบชำระค่าเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่คู่สมรสที่ว่าข้างทั้งสิ้น

นอกจากกรณีที่สัญญารับตั้งครรภ์แทนได้รับความเห็นชอบจากศาลแล้ว หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญาที่รับตั้งครรภ์แทนได้ถูกทำขึ้น โดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อน ตามกฎหมายของรัฐเวอร์จิเนีย จะถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีเป็นมารดาและบิดาของเด็กนั้น แต่กฎหมายของเวอร์จิเนียยังคงเปิดโอกาสให้มีการเปลี่ยนแปลงสถานภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กได้ หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นได้ยื่นคำร้องต่อศาลแสดงเจตนาละสิทธิในการเป็นมารดาของเด็กแต่การยื่นคำร้องนี้ต้องกระทำภายใน 25 วันนับแต่การคลอดบุตรนั้น เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตคู่สมรสที่ว่าข้างก็จะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที

authorized by law to take acknowledgments. There shall be a rebuttable presumption that the statement from the physician accurately states the genetic relationships among the child, the surrogate and the intended parents.

4. Upon the filing of the surrogate consent and report form and the required attachments, including the physician's statement, within sixty days of the birth, a new birth certificate shall be established by the State Registrar for the child naming the intended parents as the parents of the child as provided in S. 32.1-261.”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แม้ว่าจะมีการตั้งครรภ์แทนที่แพร่หลายทั่วโลก แต่ก็มีเพียงบางประเทศเท่านั้นที่ยอมรับให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ เช่น สหรัฐอเมริกา และเนื่องจากเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงมีคำพิพากษา และกฎหมายที่ใช้ในการกำหนดสถานะของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยในการวินิจฉัยสถานะของบิดามารดานั้น ศาลแต่ละมลรัฐอาศัยหลักในการพิจารณาแตกต่างกัน กล่าวคือ ศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย และศาลของมลรัฐโอไฮโอตัดสินใจให้ชายและหญิงผู้ว่าจ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอาศัยหลักความประสงค์แรกเริ่มที่จะมีบุตรและหลักทางพันธุกรรม เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะคลอดออกมา ส่วนศาลของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์อาศัยหลักการตั้งครรภ์และให้กำเนิด จึงวินิจฉัยให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย คำพิพากษาเหล่านี้ถือเป็นการสร้างหลักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ด้วย ในขณะที่กฎหมายของมลรัฐเวอร์จิเนียมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการรับตั้งครรภ์แทนที่ชัดเจน หากศาลเห็นว่ามีการตั้งครรภ์แทนที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว คู่สมรสที่ว่าจ้างก็จะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายได้ อย่างไรก็ตามในบางประเทศยังคงไม่ยอมรับให้มีการตั้งครรภ์แทน เช่น ในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายซีวิลลอว์ หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ไม่ยอมรับให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ แต่หากเกิดกรณีพิพาทว่าหญิงผู้ว่าจ้างหรือหญิงผู้รับจ้างเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ได้อาศัยหลักตามกฎหมายแพ่งวินิจฉัยให้หญิงผู้รับจ้างเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย