

ปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย
พุทธศักราช 2481 เพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย
ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน*

Problems Concerning the Application of Conflict of Laws Act,
B.E. 2481 (1938) for the Determination of Legal Parenthood of
Children Born out of Surrogacy

อรรัมภา ไวยมุข
Awnrumpa Waiyamuk

อาจารย์ประจำ
คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา
169 ถนนลงหาดบางแสน ต.แสนสุข อ.เมือง จ.ชลบุรี
Full-Time Lecturer
Faculty of Political Science and Law, Burapha University,
Long-Haad Bangsaen Road, Saensuk, Muang, Chonburi 20130
Corresponding author Email: awnrumpa@gmail.com

ทรงสรร ศรีจำรัส
Songsan Seejamraj

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา
169 ถนนลงหาดบางแสน ต.แสนสุข อ.เมือง จ.ชลบุรี
LL.M Candidate
Faculty of Political Science and Law, Burapha University,
Long-Haad Bangsaen Road, Saensuk, Muang, Chonburi 20130
Corresponding author Email: 63920237@go.buu.ac.th
(Received: November 28, 2022; Revised: May 8, 2023; Accepted: June 6, 2023)

* บทความนี้เรียบเรียงและขยายความเพิ่มเติมจากงานนิพนธ์เรื่อง ปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มุ่งศึกษาสภาพปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นกรณีมีข้อพิพาทในศาลไทยเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในกรณีข้อเท็จจริงมีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง

จากการศึกษาพบว่า ในขณะที่กฎหมายสารบัญญัติไทยในปัจจุบันบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน แต่ในกรณีที่มีการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อาจนำไปสู่การใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่ไม่รับรองความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคลดังกล่าวถึงแม้จะเป็นการตั้งครรภ์แทนที่ชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทยก็ตาม เพื่อบรรเทาผลดังกล่าว การศึกษานี้มีข้อเสนอแนะว่าควรนำกลไกต่าง ๆ ของหลักกฎหมายขัดกัน เช่น การย้อนส่งหรือหลักความสงบเรียบร้อยในทางระหว่างประเทศมาปรับใช้เพื่อจำกัดผลของการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นในศาลไทย และควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้มีบทบัญญัติเฉพาะสำหรับประเด็นการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

คำสำคัญ : กฎหมายขัดกัน, การตั้งครรภ์แทน, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

Abstract

This documentary research examines the state of legal problems that may arise from disputes before Thai courts regarding the legal parenthood of a child born out of surrogacy in cases with foreign elements.

The findings reveal that Thai substantive law clearly states that lawful husband and wife intending to have a child shall be the legal parents of the child born out of surrogacy, whereas the application of the Conflict-of-Laws Rules Act, B.E. 2481 may lead to the application of foreign substantive law denying legal parenthood of the intending parents even in cases which the surrogacy is lawful under Thai law. To alleviate such effects, this study suggests the use of various mechanisms of Conflict-of-Laws Rules, such as renvoi, or international public order exception to limit the effects of the application of such foreign law in Thai courts. Moreover, the Conflict-of-Laws Rules should be amended to contain specific provisions for the issues of legal parenthood of children born out of surrogacy.

Keywords: Conflict of Laws, Surrogacy, Private International Law

1. ความนำ

“เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์” (Assisted reproductive technology) ซึ่งถือว่าเป็นเทคโนโลยีที่สามารถช่วยบุคคลผู้ที่ประสบภาวะการมีบุตรยากได้ วิธีการรักษาผู้มีบุตรยากมีหลายวิธีขึ้นอยู่กับสาเหตุของการมีบุตรยากของคู่สมรสแต่ละคู่ว่าต้นเหตุของการมีบุตรยากนั้นเกิดจากฝ่ายหญิงหรือฝ่ายชายหรือทั้งสองฝ่ายซึ่งจะมีวิธีการที่ต่างกันไป อาทิ การผสมเทียมโดยการฉีดอสุจิเข้าสู่โพรงมดลูกโดยตรง การทำกิฟท์ การทำซิฟท์ การปฏิสนธิภายนอกร่างกายหรือเด็กหลอดแก้ว หรือการตั้งครรภ์แทน หรือที่เรียกกันอย่างไม่ติดปากว่า “การอุ้มบุญ” เป็นต้น¹ โดยในประเทศไทยปัจจุบันมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ถูกสร้างขึ้นและใช้บังคับเพื่อควบคุมกำกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

สำหรับการตั้งครรภ์แทนจะมีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนประกอบไปด้วยบุคคลหลายฝ่าย โดยอย่างน้อยที่สุดในการนี้ชายและหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรสามารถใช้เซลล์อสุจิและเซลล์ไข่ของตนเอง เพียงแต่หญิงที่ประสงค์มีบุตรไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเองนั้นยอมประกอบไปด้วย ชายที่ประสงค์จะมีบุตร หญิงที่ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่สำหรับกรณีที่ชายหรือหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรไม่สามารถใช้เซลล์อสุจิหรือเซลล์ไข่ของตนเอง กระบวนการตั้งครรภ์แทนย่อมมีบุคคลที่เกี่ยวข้องเพิ่มขึ้นมา ได้แก่ ชายที่ให้เชื้ออสุจิของตนหรือหญิงที่ให้ไข่ของตนในกระบวนการตั้งครรภ์แทน

สำหรับเงื่อนไขการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ให้การรับรองในปัจจุบันคือผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องเป็นคู่สามีภรรยาที่จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายและอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งจะต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีคู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสกับบุคคลสัญชาติไทยมาไม่น้อยกว่า 3 ปี หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีใบพิการิหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร แต่ต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ โดยประกาศกระทรวงสาธารณสุขฉบับปัจจุบันกำหนดให้หญิงนั้นต้องมีสัญชาติเดียวกันกับสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน²

¹ ธาณี วรภัทร์ และคณะ, รายงานผลการวิจัย เรื่อง ศึกษาและวิเคราะห์การบังคับใช้กฎหมายเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2561), หน้า 11-14.

² ประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558

ข้อ 5 หญิงอื่นที่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะรับตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

5.1 มีสัญชาติเดียวกันกับสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

นอกจากนี้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาแล้วเท่านั้นและถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย³ โดยการตั้งครรภ์แทนจะทำได้เพียงสองวิธีคือ 1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน และ 2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น โดยต้องห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน⁴ ดังนั้นเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกรอบของกฎหมายไทยปัจจุบัน จะต้องมีความเชื่อมโยงทางพันธุกรรมกับสามีหรือภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายโดยหลักการแล้วจะยังไม่ได้รับสิทธิให้เข้าถึงกระบวนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการนี้ได้⁵

นอกจากนี้ความสำคัญอีกประการหนึ่งของพระราชบัญญัติดังกล่าวคือการกำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยกำหนดให้คู่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยชัดแจ้ง ดังนั้นในกรณีที่เป็นการตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นในประเทศไทยตามกรอบของพระราชบัญญัติดังกล่าว หากข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตั้งครรภ์แทนไม่ได้มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตั้งครรภ์แทนมีสัญชาติไทยและอาศัยอยู่ในประเทศไทยทุกคน การวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กก็ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตั้งครรภ์แทน

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้อนุญาตให้คู่สมรสที่เป็นชาวต่างชาติใช้วิธีการ “อุ้มบุญ” ได้ เพียงแต่คู่

5.2 มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์และไม่เกิน 40 ปีบริบูรณ์ และเคยมีบุตรมาแล้ว โดยการคลอดตามธรรมชาติไม่เกิน 3 ครั้ง หรือในกรณีที่ผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง

5.3 เป็นผู้ที่มีสุขภาพร่างกายและจิตใจแข็งแรงสมบูรณ์ดี โดยผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจ และสภาพแวดล้อม ทั้งนี้ ตามที่แพทยสภาประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการตรวจประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

5.4 เป็นผู้ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา

5.5 มีหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนพร้อมเอกสารตามแบบ คทพ. 1 ท้ายประกาศนี้

³ มาตรา 21 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

⁴ มาตรา 22 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

⁵ โพชนันต์ เจริญสุข และพินิจ ทิพย์มณี, “การรับรองสิทธิของคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์”, วารสารนิติศาสตร์และสังคมท้องถิ่น 4, 1 (ม.ค.-มิ.ย. 2563), หน้า 1-31.

สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทยและจดทะเบียนสมรสกับบุคคลสัญชาติไทยมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ซึ่งหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในศาลไทยในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ขอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากข้อเท็จจริงของคดีมีองค์ประกอบต่างประเทศ (Foreign elements) จึงเป็นกรณีที่สามารปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 โดยอาจนำไปสู่การใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศซึ่งอาจไม่รับรองการ “อัมบุญ” และปฏิเสธความเป็นบิดาหรือมารดาที่ขอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ ซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่ประสงค์บัญญัติให้สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ขอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยไม่ได้แบ่งแยกว่าคู่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรนั้นจะเป็นบุคคลสัญชาติไทยทั้งคู่ด้วยหรือไม่ การศึกษานี้จึงมุ่งสำรวจสภาพปัญหาทางเทคนิคกฎหมายที่เกิดขึ้นในการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ขอบด้วยกฎหมายในกรณีที่การ “อัมบุญ” มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องและนำเสนอแนวทางการแก้ปัญหาด้วยเทคนิควิธีของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

2. ขอบเขตการวิจัย

การวิจัยนี้จำกัดขอบเขตไว้ที่สภาพปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากกรณีที่อาจมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในศาลไทยเกี่ยวกับความเป็นบิดาหรือมารดาที่ขอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่คู่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทย ในกรอบของการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดอยู่ในปัจจุบัน กล่าวคือ สามีและภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรต้องเป็นสามีภริยาที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย ในส่วนปัญหาการรับรองในต่างประเทศเกี่ยวกับความเป็นบิดาหรือมารดาที่ขอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยและประเด็นการขยายขอบเขตสิทธิการเข้าถึงบริการการให้กำเนิดบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทนของคู่สมรสโดยพลตินัย ของบุคคลที่ไม่ได้ใช้ชีวิตคู่ และในบริบทของความหลากหลายทางเพศอยู่นอกขอบเขตของการวิจัยนี้

3. วิธีการวิจัย

ศึกษาโดยวิธีการวิจัยกฎหมาย โดยใช้การวิจัยเอกสารในการศึกษาและเก็บรวบรวมข้อมูล จากเอกสารชั้นต้น ได้แก่ ตัวบทกฎหมาย คำพิพากษา คำวินิจฉัย และเอกสารชั้นรอง ได้แก่ หนังสือ ตำราทางวิชาการ งานวิจัย บทความวิชาการ และ เอกสารต่าง ๆ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาและบุตรที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในกรณีการตั้งครรภ์แทน

4. การกำหนดบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายไทย

ก่อนที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จะมีผลใช้บังคับ เคยปรากฏประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการวินิจฉัยความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) ได้วินิจฉัยในเรื่องเสร็จที่ 100 / 2543 และเรื่องเสร็จที่ 209 / 2550 สรุปความได้ว่า การจะถือว่าผู้ใดเป็นบิดามารดาของทารกที่คลอดออกมานั้นต้องเป็นไปตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก” ซึ่งต้องเป็นการคลอดตามสภาพความเป็นจริงคือสภาพในขณะที่ออกจากครรภ์มารดาและมาตรา 1546 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีที่ชายหญิงไม่ได้สมรสกันเด็กที่เกิดจากหญิงให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น แต่ถ้าหญิงชายได้สมรสกันเด็กที่เกิดจากหญิงขณะที่เป็นภริยาของชายนั้น มาตรา 1536 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรของหญิงและชายนั้น แต่ถ้าหากการสมรสสิ้นสุดลงเด็กที่เกิดจากหญิงภายใน 310 วันนับแต่วันที่มีการสมรสสิ้นสุดลงให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีด้วย ประกอบกับเด็กที่เกิดจากหญิงที่ไม่ได้สมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงแต่ผู้เดียว จะเห็นได้ว่าผลจากการตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้หญิงที่ตั้งครรภ์และคลอดเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ดังนั้นเด็กจึงเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ส่วนสามีภริยาที่ซึ่งต้องการมีบุตรทำได้เพียงรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น

ต่อมาเมื่อมีการออกพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยมาตรา 29⁶ ได้กำหนดเรื่องความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้มีผลยกเว้นการใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องดังกล่าว โดยมาตราดังกล่าวกำหนดหลักเกณฑ์ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรแม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ดังนั้นภายหลังจากที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยี

⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 29 “เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำการโดยการให้ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก”

ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทนย่อมมิใช่บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนอีกต่อไปแต่มีสถานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตร และแม้ว่าสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะตายก่อนเด็กเกิดก็ยังถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่ตายไป ส่วนผู้บริจาคไข่ อสุจิ หรือตัวอ่อนกับเด็กนั้นไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันในฐานะบิดามารดาและบุตรตามกฎหมาย

สำหรับการลงรายการเกิดในสูติบัตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย เนื่องจากปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดเงื่อนไขความเป็นบิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนและกำหนดผู้มีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะและให้ผู้อำนวยการทะเบียนกลางประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 32 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และมาตรา 8/2(1) แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 ผู้อำนวยการทะเบียนกลางออกประกาศไว้ ดังต่อไปนี้

“ผู้มีหน้าที่แจ้งการเกิด” หมายถึง สามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนตามที่ปรากฏรายการบุคคลในเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนหรือผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากบุคคลดังกล่าว หรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (ผู้คลอดเด็ก) ตามที่ปรากฏรายการบุคคลเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนในกรณีสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด หรือไม่อยู่ในประเทศไทย หรือไม่ปรากฏตัวเกินกว่า 15 วันนับแต่วันที่เด็กเกิด หรือเจ้าบ้านของสถานพยาบาลที่ทำคลอดเด็กซึ่งเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ในกรณีสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (ผู้คลอดเด็ก) ตามที่ปรากฏรายการบุคคลเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนในกรณีสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด หรือไม่อยู่ในประเทศไทย หรือไม่ปรากฏตัวเกินกว่า 15 วันนับแต่วันที่เด็กเกิดไม่สามารถแจ้งการเกิดได้

การแจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้ผู้มีหน้าที่แจ้งการเกิดยื่นคำร้องขอแจ้งเกิดที่สำนักทะเบียนอำเภอหรือสำนักทะเบียนท้องถิ่นแห่งท้องที่ที่เด็กเกิด หรือท้องที่อื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 พร้อมยื่นพยานหลักฐานบัตรประจำตัวของผู้แจ้ง, สำเนาบัตรประจำตัวหรือเอกสารแสดงตัวของสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน หรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน กรณีมอบอำนาจให้บุคคลอื่นแจ้ง สำเนาทะเบียนบ้านฉบับเจ้าบ้านที่จะเพิ่ม

ซื้อเด็กเข้าในทะเบียนบ้าน หลักฐานการจดทะเบียนสมรสของสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยถ้าเป็นการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายของต่างประเทศจะต้องมีหลักฐานการจดทะเบียนบันทึกฐานะแห่งครอบครัว หนังสือเดินทางของสามีหรือภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกรณีสามีหรือภริยาเป็นคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนระหว่างสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนซึ่งจัดทำขึ้นตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขกำหนด หนังสือรับรองการเกิด (ท.ร.1/1) หนังสือมอบอำนาจ (ถ้ามี) เมื่อนายทะเบียนได้รับแจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแล้วให้เรียกตรวจหลักฐานจากผู้แจ้งสอบสวนสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนให้ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุผลที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ประวัติของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ความสัมพันธ์ระหว่างสามีหรือภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน การปกครองและการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ความประสงค์จะให้บุคคลใดเป็นบิดาและมารดาของเด็กระหว่างสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ความประสงค์จะให้บันทึกและเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนของเด็กที่เกิดในสุติบัตรและฐานข้อมูลทะเบียนราษฎร กรณีสามีหรือภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นคนต่างด้าวให้สอบสวนบุคคลที่เกี่ยวข้องให้ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประวัติภูมิลาเนาเดิมที่อยู่ อาชีพ การเดินทางเข้าออกประเทศไทย สาเหตุที่แต่งงานกับคู่สมรสที่เป็นคนสัญชาติไทย ความต้องการนำเด็กที่เกิดไปต่างประเทศ เป็นต้น

เมื่อตรวจสอบพยานหลักฐานถูกต้องแล้วให้ดำเนินการออกสุติบัตรให้แก่เด็กที่เกิดโดยลงรายการตามหนังสือรับรองการเกิด ท.ร.1/1 เว้นแต่รายการบิดาและมารดาให้เป็นไปตามข้อตกลงของสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและให้บันทึกสถานที่ เลขที่ และวันที่ที่ออกหนังสือรับรองการเกิด ท.ร.1/1 ไว้ในสุติบัตรและทะเบียนคนเกิดด้วย บันทึกจัดเก็บหนังสือรับรองการเกิด ท.ร.1/1 และเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนรวมถึงเอกสารแสดงตนของสามีหรือภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนที่เป็นคนต่างด้าวไว้ในฐานข้อมูลการทะเบียนราษฎรด้วยระบบคอมพิวเตอร์ บันทึกความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามี (ถ้ามี) ตามเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนไว้ในทะเบียนประวัติราษฎรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนรวมถึงเงื่อนไขในการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวตามความประสงค์ของผู้แจ้งการเกิดและมอบสุติบัตรให้แก่ผู้แจ้งการเกิดโดยให้ผู้รับลงชื่อรับมอบเอกสารดังกล่าวพร้อมวันเดือนปีที่รับไว้เป็นหลักฐาน

ข้อมูลเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนที่จะเก็บไว้ในฐานข้อมูลการทะเบียนราษฎรให้เก็บเป็นความลับห้ามมิให้เปิดเผยแก่บุคคลใด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วย

กฎหมายตามที่ระบุไว้ในสูติบัตร หรือเจ้าของข้อมูลกรณีบรรลุนิติภาวะแล้ว หรือการเปิดเผยตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534

กรณีบุคคลที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ใช้บังคับ และมีคำสั่งของศาลที่สั่งให้ผู้นั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน มีความประสงค์จะขอแก้ไขรายการบิดาและมารดาในสูติบัตร ทะเบียนคนเกิด และทะเบียนบ้านให้ดำเนินการตามระเบียบสำนักทะเบียนกลางว่าด้วยการจัดทำทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 และให้นายทะเบียนอำเภอหรือนายทะเบียนท้องถิ่นของสำนักทะเบียนที่แก้ไขรายการดังกล่าวบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนไว้ในทะเบียนประวัติ ราษฎรของบุคคลที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วย⁷

5. การกำหนดบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับประเทศที่กฎหมายสารบัญญัติภายในให้การรับรองการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน จากสำรวจพบว่ายังคงมีการบัญญัติเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้แตกต่างกัน⁸ โดยขอยกเป็นตัวอย่าง ดังต่อไปนี้

ประเทศที่ให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการชี้ว่าผู้ใดจะมีสิทธิ์เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก กล่าวคือ ยังคงกำหนดให้การวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามเดิมจนกว่าจะมีคำสั่งศาลเป็นอื่น ตัวอย่างเช่น กฎหมายของรัฐ South Australia ตาม South Australia's Surrogacy Act 2019⁹ เป็นต้น

ประเทศที่กฎหมายบัญญัติให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมโดยไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งศาลหรือมีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

⁷ ข้อ 1-5 ประกาศสำนักทะเบียนกลาง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการแจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

⁸ General Affairs and Policy, **A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangement** (Hague Conference on Private International Law, 2014), p. 8-11.

⁹ South Australia's Surrogacy Act 2019 Part 2-8 "The presumptions and other rules as to the parentage of a child under the Family Relationships Act 1975 continue to apply to a child born as a result of a surrogacy arrangement until such time as the Court makes an order or orders as to parentage of the child under Part 4." [online] Available from: https://www.legislation.sa.gov.au/_/legislation/lz/c/a/surrogacy%20act%202019/current/2019.31.auth.pdf [10 July 2022]

เช่น กฎหมายของสหพันธรัฐรัสเซียตาม Family Code of Russia¹⁰ เป็นต้น

ประเทศที่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ตัวอย่างเช่น สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ บัญญัติให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามข้อตกลงที่มีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายให้ถือว่าเป็นบุตรของบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตร (Commissioning parent or parents) ตั้งแต่เวลาที่เด็กเกิด หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องส่งมอบเด็กให้กับบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ หลังเด็กเกิด ดังนั้นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน สามิ คู่ชีวิต ญาติของหญิงนั้นจะไม่มีสิทธิ์ในเด็กนั้น และในทางตรงกันข้ามเด็กก็ไม่มีสิทธิ์เรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูหรือรับมรดกในฐานะทายาทจากบุคคลดังกล่าว แต่หากข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับได้เนื่องจากไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด จะถือว่าเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดาที่ให้กำเนิด¹¹

นอกจากนี้กฎหมายของประเทศยูเครนบัญญัติไว้เช่นเดียวกับกฎหมายไทย โดย the Family Code, Article 123-2 กำหนดอย่างชัดเจนให้เด็กที่เกิดจากกระบวนการดังกล่าวเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตร มิใช่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน¹²

¹⁰ The Family Code of Russian Federation. Article 51-4. “Married persons who have given their consent in written form to the artificial fertilization or to the implantation of the embryo, shall be written down in the Register of Births if a child is born as a result of the application of these methods, as this child’s parents.

The married persons who have given their consent in written form to the implantation of an embryo in another woman for bearing it, may be written down as the child’s parents only with the consent of the woman who has given birth to the child (of the surrogate mother).” [online] Available from: <https://www.refworld.org/docid/5492cbf64.html> [10 July 2022]

¹¹ Section 297 of Children’s Act 2005. “Effect of surrogate motherhood agreement on status of child.

(1) The effect of a valid surrogate motherhood agreement is that—

(a) any child born of a surrogate mother in accordance with the agreement is for all purposes the child of the commissioning parent or parents from the moment of the birth of the child concerned;

(b) the surrogate mother is obliged to hand the child over to the commissioning parent or parents as soon as is reasonably possible after the birth;

(c) the surrogate mother or her husband, partner or relatives has no rights of parenthood or care of the child; (...)” [online] Available from : https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/a38-053.pdf [10 July 2022] ; พนิดสุภา สุตสงวน และคณะ, “สิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน”, วารสารรัฐศาสตร์รอบรู้และสหวิทยาการ 5, 1 (มค.-ก.พ. 2565), หน้า 35.

¹² Article 123.-2 of Family Code of Ukraine. If an ovum conceived by the spouses is implanted to another woman, the spouses shall be the parents of the child. [online] Available from: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5d667af64> [10 July 2022]

กฎหมายสาธารณรัฐอินเดียในปัจจุบัน โดย The Surrogacy (Regulation) Act, 2021 บัญญัติรับรองอย่างชัดเจนว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีสถานะเป็นบุตรทางชีวภาพของกลุ่มสมรสหรือหญิงที่ประสงค์จะมีบุตร¹³

สำหรับประเทศที่กฎหมายภายในไม่รับรอง “การอุมบุญ” ก็จะไม่มีการบัญญัติเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม จากความแตกต่างของนโยบายและกฎหมายของการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนของแต่ละประเทศในโลก ทำให้ศาลของประเทศที่ไม่รับรองการตั้งครรภ์แทนก็อาจต้องวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นในประเทศอื่นที่รับรองการตั้งครรภ์แทนด้วยเช่นกัน ขอยกกรณีศึกษาจากประเทศเยอรมันซึ่งมีกฎหมายกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับบุคคล (บุคลากรทางการแพทย์) ที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน¹⁴ ตัวอย่างคำพิพากษาศาลสหพันธ์รัฐของเยอรมนี (Bundesgerichtshof, BGH) ในปีค.ศ. 2019¹⁵ โดยข้อเท็จจริงของคดีมีดังนี้ โจทก์ทั้งสองเป็นคู่สมรสที่ถือสัญชาติเยอรมันและอาศัยอยู่ในประเทศเยอรมนี โดยได้มีการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงชาวยูเครนที่ประเทศยูเครนโดยใช้ไข่ของภรรยา กับอสุจิของสามี ชายผู้เป็นสามีได้ดำเนินการรับรองความเป็นบิดาของเด็ก ณ สถานเอกอัครราชทูตเยอรมนี ณ กรุงเคียฟ โดยได้รับความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หลังจากเด็กเกิดหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้รับรองต่อเจ้าหน้าที่รับรองเอกสาร ณ กรุงเคียฟว่าเด็กเกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนและโจทก์ทั้งสองเป็นบิดามารดาทางพันธุกรรม โดยทะเบียนราษฎรของยูเครนได้จัดแจ้งให้โจทก์ทั้งสองเป็นบิดามารดาของเด็กและออกสูติบัตรให้ เมื่อโจทก์ทั้งสองเดินทางกลับประเทศเยอรมนีพร้อมเด็กในเดือนมกราคม 2016 โจทก์ทั้งสองได้นำหลักฐานการเกิดในต่างประเทศตามสูติบัตรของยูเครนไปจดทะเบียนราษฎรของประเทศเยอรมนี โดยในขณะนั้นทะเบียนราษฎรของเยอรมนียังไม่ได้รับทราบว่าได้เกิดจากการ

¹³ The Surrogacy (Regulation) Act, 2021. 8. A child born out of surrogacy procedure, shall be deemed to be a biological child of the intending couple or intending woman and the said child shall be entitled to all the rights and privileges available to a natural child under any law for time being in force. [online] Available from : <https://dhr.gov.in/document/acts-circulars/surrogacy-regulation-act-2021> [10 July 2022]

¹⁴ Embryonenschutzgesetz – EschG.

§ 1 Mißbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

(...)

7. es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen. [online] Available from : <https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html> [10 July 2022]

¹⁵ BGH, Mar. 20, 2019 Docket No. XII ZB 530/17 [online] Available from : <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=XII%20ZB%20530/17&nr=94770> [10 July 2022]

ตั้งครรภ์แทนจนกระทั่งสถานเอกอัครราชทูตเยอรมนี ณ กรุงเคียฟ ได้ส่งคำร้องขอจดทะเบียนการเกิดในต่างประเทศของเด็กดังกล่าวตามมาด้วยในภายหลัง ต่อมาหน่วยงานกำกับดูแลฝ่ายทะเบียนราษฎรจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้น (Amtsgericht, AG) เพื่อให้ศาลสั่งให้ฝ่ายทะเบียนราษฎรดำเนินการแก้ไขการจดทะเบียนโดยให้ระบุว่าหญิงที่ตั้งครรภ์เป็นมารดาของเด็ก โจทก์อุทธรณ์คำสั่งของศาลชั้นต้นต่อศาลสูงแห่งรัฐ (Oberlandesgericht, OLG) แต่ศาลสูงแห่งรัฐไม่รับอุทธรณ์ของโจทก์เพื่อโต้แย้งการแก้ไขการจดทะเบียนดังกล่าว โจทก์ทั้งสองจึงยื่นอุทธรณ์ต่อศาลสหพันธ์รัฐ (Bundesgerichtshof, BGH)

ในคดีนี้ศาลสหพันธ์รัฐวินิจฉัยว่ามาตรา 1591 ประมวลกฎหมายแพ่ง¹⁶ (Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB) กำหนดให้หญิงซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยในคำพิพากษานี้ศาลได้ตัดสินให้นำกฎหมายแห่งสาธารณรัฐเยอรมันมาบังคับใช้กับการระบุความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กซึ่งเป็นผลมาจากจากการปรับใช้มาตรา 19-1 แห่งกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche-EGBGB)¹⁷ ซึ่งปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศเยอรมัน โดยในเรื่องดังกล่าวได้กำหนดให้วินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรตามกฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ประจำ (Gewöhnlicher Aufenthalt) ของเด็กหรือกฎหมายของประเทศที่บิดามารดาถือสัญชาติหรือกฎหมายที่บังคับใช้กับผลของการสมรสของบิดามารดา โดยศาลได้ตีความว่าบุคคลมีถิ่นที่อยู่อาศัยประจำในสถานที่ที่พวกเขามีการใช้ชีวิตอย่างแท้จริง โดยการปรากฏตัวในสถานที่ดังกล่าวจะต้องแสดงให้เห็นถึงความเป็นอยู่อย่างถาวรในระดับที่เพียงพอและต้องไม่ใช่เป็นการอยู่อย่างชั่วคราวหรือไม่ต่อเนื่อง สำหรับการกำหนดถิ่นที่อยู่อาศัยประจำของผู้เยาว์โดยเฉพาะกรณีของทารกจำเป็นต้องพิจารณาถึงสภาพแวดล้อมทางสังคมและครอบครัวของบิดามารดาด้วย เนื่องจากโดยทั่วไปเด็กย่อมอาศัยในสภาพแวดล้อมดังกล่าวด้วยเช่นกัน ถิ่นที่อยู่อาศัยประจำของเด็กและบิดามารดาจะแตกต่างกันในเฉพาะกรณีพิเศษเท่านั้น โดยในคดีดังกล่าว ศาลวินิจฉัยว่าเด็กมีถิ่นที่อยู่อาศัยประจำในประเทศเยอรมนีเนื่องจากคู่กรณีทุกฝ่ายตกลงให้พาเด็กเดินทางไปประเทศเยอรมันพร้อมโจทก์ทั้งสองในทันทีภายหลังการเกิดและเพื่อใช้ชีวิตในประเทศเยอรมนีอย่างถาวร นอกจากนี้ทั้งกฎหมายยูเครนและเยอรมันต่างรับรองความเป็นบิดา

¹⁶ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). § 1591 Mutterschaft “Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat.” [online] Available from: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> [10 July 2022]

¹⁷ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) Artikel 19(1): Die Abstammung eines Kindes unterliegt dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Sie kann im Verhältnis zu jedem Elternteil auch nach dem Recht des Staates bestimmt werden, dem dieser Elternteil angehört. Ist die Mutter verheiratet, so kann die Abstammung ferner nach dem Recht bestimmt werden, dem die allgemeinen Wirkungen ihrer Ehe bei der Geburt nach Artikel 14 Absatz 2 unterliegen; ist die Ehe vorher durch Tod aufgelöst worden, so ist der Zeitpunkt der Auflösung maßgebend. [online] Available from: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html#BJNR006049896BJNG032901360> [10 July 2022]

ที่ชอบด้วยกฎหมายของสามี ดังนั้นเด็กจึงมีสัญชาติเยอรมันและอาศัยอยู่ในประเทศเยอรมนีอย่างถูกต้องตามกฎหมาย และเด็กไม่เคยมีถิ่นที่อยู่อาศัยประจำในประเทศยูเครน ดังนั้นผลจากการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติเยอรมันซึ่งเป็นกฎหมายแห่งถิ่นที่เด็กมีถิ่นที่อยู่ประจำ ทำให้หญิงชาวยูเครนที่รับตั้งครรภ์แทนและคลอดทารกเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายไม่ใช่โจทก์ที่เป็นภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร

6. ปัญหาการปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน การปรับใช้บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มีปัญหาการใช้การตีความเนื่องจากพระราชบัญญัตินี้กล่าวถูกร่างขึ้นมาเป็นเวลานานแล้ว ผู้ร่างกฎหมายในขณะนั้นย่อมไม่ได้คาดการณ์ถึงกรณีการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรและประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่อาจจะเกิดขึ้นจากปรากฏการณ์ดังกล่าว

6.1 ปัญหาการระบุจุดเกาะเกี่ยวสำหรับการวินิจฉัยความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับกฎหมายที่ใช้บังคับกับการวินิจฉัยความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ปรากฏบทบัญญัติเฉพาะในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างมารดาและบุตรปรากฏอยู่เพียงในมาตรา 30 ซึ่งกล่าวถึงแต่เพียงเรื่องสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตร โดยวรรคแรกกำหนดเรื่องสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนวรรคสองบัญญัติเรื่องสิทธิหน้าที่ระหว่างบุตรและมารดาในกรณีบุตรไม่มีบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁸

ในกรณีการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนในขอบเขตของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในปัจจุบัน กล่าวคือ มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ได้แก่ ภริยาซึ่งประสงค์จะมีบุตรซึ่งได้จดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายกับสามีที่ประสงค์จะมีบุตร หากมีข้อพิพาทในการอ้างสิทธิความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและข้อเท็จจริงมีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง

¹⁸ มาตรา 30 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481

“สิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตรชอบด้วยกฎหมาย ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดา

ในกรณีที่เด็กเกิดจากหญิงที่ไม่ได้มีการสมรสกับชาย สิทธิและหน้าที่ระหว่างมารดากับบุตร ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของมารดา”

เช่น จากสัญญาที่แตกต่างกันของหญิง 2 คน¹⁹ อันนำไปสู่การกล่าวอ้างและปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 หากมีประเด็นพิพาทดังกล่าวในศาลไทย เช่น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสัญชาติของประเทศที่ไม่รับรองความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรแต่รับรองความเป็นมารดาของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและคลอดบุตรตามหลัก *Mater semper certa est* หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในศาลไทยก็จะมีบทบัญญัติใดที่ช่วยระบุดูเคาะเกี่ยวสำหรับการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับประเด็นนี้ได้อย่างชัดเจน²⁰ จึงน่าจะต้องนำไปสู่การใช้บทบัญญัติมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวด้วย “กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” ซึ่งนำไปสู่ความไม่แน่นอนในการเลือกใช้จุดเกี่ยวเนื่อง จากจุดเกี่ยวที่ใช้นิยามความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของนานารัฐแม้เป็นกรณีทั่วไปที่ไม่ใช่ข้อพิพาทในกรณีการตั้งครรภ์แทนในปัจจุบันก็ยังไม่ได้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน²¹

6.2 ปัญหาการระบุดูเคาะเกี่ยวสำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่ข้อเท็จจริงมีองค์ประกอบต่างประเทศ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 29 วรรคแรกบัญญัติว่า “การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติแห่งสามีของมารดาในขณะที่ยุ้นันเกิด ถ้าหากในขณะที่ยุ้นันสามีได้ถึงแก่ความตายเสียแล้วก็ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามีในขณะที่ยุ้นันถึงแก่ความตาย”

ลักษณะข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องของบทบัญญัตินี้ถึงแม้ตัวบทจะไม่ได้เขียนไว้ชัดเจนนักแต่มีการตีความสอดคล้องกันว่าบทบัญญัตินี้ใช้บังคับกับเรื่องความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายโดยกำหนดจุดเกี่ยว (Connecting factor) ไว้ที่ “สัญชาติของสามีของมารดาในขณะที่ยุ้นันเกิด”

สำหรับการวินิจฉัยว่าบุคคลใดมีสัญชาติใดนั้นก็ย่อมเป็นไปตามกฎหมายของรัฐเจ้าของสัญชาตินั้น

¹⁹ กรณีอาจเกิดขึ้นได้ในกรอบของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และหลักเกณฑ์ตามกฎหมายลูกบทที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากหลักเกณฑ์ปัจจุบันกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีสัญชาติเดียวกันกับสามีหรือภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง เช่น สามีที่ประสงค์จะมีบุตรมีสัญชาติฝรั่งเศส ภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรมีสัญชาติไทย แต่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสัญชาติฝรั่งเศส เป็นต้น

²⁰ ในประเด็นเรื่องความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย คงมีเพียงการพยายามตีความบทบัญญัติมาตรา 30 อย่างกว้าง เพื่อให้ครอบคลุมประเด็นดังกล่าว โปรดดู สายหยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย : หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา (โรงพิมพ์สยามพาณิชย์การ, 2482), หน้า 335.

²¹ โปรดดู หัวข้อ 6.3

ในกรณีที่บุคคลมีสัญชาติมากกว่า 1 สัญชาติหรือเป็นบุคคลไร้สัญชาติในขณะที่บุตรเกิดจะต้องนำมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาประกอบการปรับใช้มาตรา 29 เพื่อให้ทราบได้ว่าจะต้องใช้กฎหมายของประเทศใด สำหรับการวินิจฉัยว่าบุคคลใดมีสัญชาติไทยหรือไม่ก็ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติสัญชาติที่ใช้บังคับในขณะที่บุคคลนั้นเกิด โดยหากบุคคลมีมากกว่า 1 สัญชาติและหนึ่งในนั้นคือสัญชาติไทยด้วยก็จะต้องปรับใช้กฎหมายไทยตามมาตรา 6 วรรคสาม และหากเป็นบุคคลไร้สัญชาติก็ต้องนำมาตรา 6 วรรคสี่มาใช้บังคับและปรับใช้กฎหมายภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ของชายผู้เป็นสามีของมารดาแทน

โดยถ้อยคำว่า “สามีของมารดา” หมายความว่าสามีของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย มาตรานี้จึงใช้บังคับกับประเด็นความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายจากการสมรส ซึ่งหากเป็นกรณีความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดนอกสมรสจะต้องใช้บทบัญญัติมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวมาวินิจฉัย ดังนั้น จึงอาจมีประเด็นข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับปัญหาว่าสามีของมารดาได้ทำการสมรสกับมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ให้ศาลต้องพิจารณาก่อนที่จะวินิจฉัยว่าบุตรนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยศาลอาจต้องวินิจฉัยตามมาตรา 19 และมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ตามหลักการวินิจฉัยปัญหาล่องหน้า (Incidental question) แบบ *lege fori*

ปัญหาเกี่ยวกับการเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีของมารดานั้น จากการสำรวจกฎหมายสารบัญญัติประเทศต่าง ๆ พบว่ายังมีแนวทางที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ²² ดังนั้นหากศาลไทยพิจารณาพิพากษาคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ โดยคู่ความกล่าวอ้างและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศให้เป็นที่น่าพอใจแก่ศาลตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 แล้ว ศาลก็ต้องวินิจฉัยความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายจากกฎหมาย “สัญชาติแห่งสามีของมารดาขณะบุตรเกิด” โดยประเด็นพิพาทที่เข้าลักษณะข้อกฎหมายตามมาตรา 29 เช่น การสันนิษฐานว่าเป็นบิดาและระยะเวลาที่เด็กอาจเกิดจากบิดานั้นได้ ปัญหาที่ว่าเด็กที่เกิดจากการสมรสอันเป็นโมฆะจะมีฐานะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ประเด็นว่ามารดาของเด็กได้ทำการสมรสหลังจากได้หย่าขาดจากสามีเดิมและเด็กที่เกิดมานั้นอยู่ในฐานะที่อาจเป็นบุตรของสามีเดิมก็ได้ ถ้าหากสามีของมารดาทั้งสองคนมีสัญชาติอันเดียวกันความยุ่งยากจะหมดไปเพราะการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาและระยะเวลาที่เด็กอาจเกิดจากบิดาได้ย่อมจะอยู่ได้บังคับแห่งกฎหมายของประเทศเดียวกัน แต่ถ้าสามีของมารดาแต่ละคนมีสัญชาติแตกต่างกันและกฎหมายสัญชาติของสามีทั้งสองกำหนดข้อสันนิษฐานและระยะเวลาที่เด็กอาจเกิดจากบิดาไว้แตกต่างกันอีกด้วยศาลไทยก็ต้องถือเอากฎหมายสัญชาติของสามีในขณะบุตรนั้นเกิดเป็นสำคัญ

²² General Affairs and Policy, *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangement*. p.14.

ถ้าหากในขณะที่เด็กเกิดสามีที่ชอบด้วยกฎหมายของมารดาถึงแก่ความตายเสียแล้วก็ให้ใช้กฎหมายสัญชาติของสามีของมารดาในขณะที่ถึงแก่ความตายวินิจฉัยว่าเด็กนั้นเป็นบุตรอันชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้เพราะแม้บิดาจะถึงแก่ความตายไปแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีประโยชน์ได้เสียบางประการในการที่จะทราบว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ถึงแก่ความตายหรือไม่โดยอาจเป็นไปได้เพื่อวินิจฉัยประเด็นปัญหาตามกฎหมายมรดกหรือการได้มาซึ่งสัญชาติของเด็กตามบิดา เป็นต้น

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 29 วรรคท้ายวางหลักสอดคล้องกับวรรคแรกไว้ว่า ให้ใช้กฎหมายเช่นเดียวกันบังคับการฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร ดังนั้นเงื่อนไขในการที่สามีของมารดาจะฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรมีอะไรบางอย่างต้องพิจารณาจากกฎหมายสัญชาติของสามีของมารดาในขณะที่เด็กเกิดด้วยเช่นกัน

ในการปรับจุดเกาะเกี่ยว “สัญชาติสามีของมารดาขณะบุตรเกิด” ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 กับกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทน อาจมีความยุ่งยากในการตีความว่าชายคนใดคือ “สามีของมารดา” เนื่องจากในการ “อุ้มบุญ” มีหญิงที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการนี้อย่างน้อย 2 คนคือ ภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ถึงแม้การตีความบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะอ้างอิงนิยามตามระบบกฎหมายของประเทศของศาลที่กำลังพิจารณาคดี (*lege fori*) ซึ่งก็คือระบบกฎหมายไทยแล้ว แต่ก็ยังคงไม่ชัดเจนเนื่องจากหากใช้นิยาม “มารดา” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการให้ถ้อยคำต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 สอดรับกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²³ ก็จะหมายถึงหญิงที่คลอดบุตรซึ่งก็คือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่หากตีความโดยอาศัยนิยามตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ผู้ที่เป็น “มารดา” ที่ชอบด้วยกฎหมายก็ต้องหมายถึงภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร การตีความว่าหญิงใดคือ “มารดา” ของเด็กมีผลต่อการวินิจฉัยความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเนื่องจากหากตีความจุดเกาะเกี่ยวในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 โดยอ้างอิงความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “สามีของมารดา” ก็จะหมายถึงสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่หากตีความโดยอ้างอิงมาตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 “สามีของมารดา” ก็จะหมายถึงสามีที่ประสงค์จะมีบุตร ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการตีความในกรณีนี้ควรจะต้องอ้างอิงการตีความโดยค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายตามทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective theory) โดยอ้างอิงตามนิยามทั้งความเป็น

²³ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายสัญชาติ (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 9 พ.ศ. 2516) พร้อมด้วยพระราชบัญญัติสัญชาติ (Nationality Act) พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Act on Conflict of Laws), (นิติบรรณการ, 2516), หน้า 57-58; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 165.

มารดาและความเป็นบิดาตามที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายไทยทั้งระบบโดยไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะนิยามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น จึงมีความเห็นว่าการตีความจุดเกาะเกี่ยว “สามีของมารดา” ในมาตรา 29 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายควรจะให้ความหมายคำว่า “มารดา” ว่าหมายถึงหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรและสามีของมารดาจึงหมายถึงสามีของหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรนั้นโดยตรง ทั้งนี้โดยไม่ต้องผ่านการวินิจฉัยประเด็นความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรก่อนในลักษณะที่เป็นปัญหาล่วงหน้า (Incidental question)

6.3 กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายต่างประเทศในประเด็นความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย

บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องการวินิจฉัยความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายมักบัญญัติให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวเดียวกันสำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดาและมารดาตามกฎหมายเพื่อความเป็นเอกภาพของสถานะครอบครัวแต่การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวมีหลายแนวทางโดยผู้วิจัยขอยกตัวอย่างประเทศกลุ่มยุโรปตะวันตกบางประเทศซึ่งมีระบบกฎหมายครอบครัวใกล้เคียงกัน เช่น กฎหมายเบลเยียมบัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของมารดาในขณะที่เกิด²⁴ กฎหมายฝรั่งเศสในปัจจุบันบัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของมารดาขณะเด็กเกิด หากไม่ปรากฏมารดาให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของเด็ก²⁵ อย่างไรก็ตามในโครงการร่างประมวลกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของฝรั่งเศสได้บัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของเด็กในขณะที่เกิด แต่หากกฎหมายดังกล่าวปฏิเสธนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายครอบครัวก็ให้ใช้กฎหมายฝรั่งเศสบังคับหากคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลฝรั่งเศสตาม (ร่าง) ประมวลกฎหมายนี้²⁶ กฎหมายสวิตเซอร์แลนด์บัญญัติให้เป็นไปตาม

²⁴ Art 62-1 Loi portant le Code de droit international privé. L'établissement et la contestation de paternité ou de maternité d'une personne sont régis par le droit de l'Etat dont elle a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant ou, si cet établissement résulte d'un acte volontaire, au moment de cet acte. [online] Available from: <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2004/07/16/2004009511/justel> [14 July 2022]

²⁵ Article 311-14 Code Civil. La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant. [online] Available from: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2023-02-22/ [14 July 2022]

²⁶ Article 59 Projet de Code de droit international privé, Si le présent code n'en dispose autrement, l'établissement et la contestation de la filiation sont régis par la loi de l'Etat dont l'enfant a la nationalité, au jour de sa naissance.

Cette loi s'applique au règlement des conflits de filiations.

Si, en raison d'une discrimination liée aux circonstances de sa naissance, cette loi refuse à l'enfant le droit d'établir sa filiation, le droit français est applicable, dès lors que les juridictions françaises sont compétentes en vertu du présent code. [online] Available from: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/projet_code_droit_international prive.pdf [14 July 2022]

กฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ประจำของเด็กขณะที่เด็กเกิด แต่หากไม่มีบิดาหรือมารดาคนใดเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศที่เด็กมีถิ่นที่อยู่ประจำประกอบกับบิดามารดาและเด็กมีสัญชาติเดียวกันก็ให้ใช้กฎหมายสัญชาติร่วมกันนั้นแทน²⁷ กฎหมายอิตาลีบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวทางเลือกโดยให้ใช้กฎหมายที่เป็นประโยชน์ต่อเด็กมากกว่าระหว่างกฎหมายสัญชาติของเด็กและสัญชาติบิดามารดาในขณะที่เด็กเกิด²⁸ กฎหมายเยอรมันบัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่เด็กมีถิ่นที่อยู่ประจำหรือกฎหมายของประเทศที่บิดามารดาถือสัญชาติหรือกฎหมายที่บังคับใช้กับผลของการสมรสของบิดามารดา²⁹ กฎหมายเนเธอร์แลนด์กำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติร่วมของมารดาและคู่สมรสหรือหุ้นส่วนชีวิต (Geregistreerd partnerschap, Registered partnership) ของมารดา หากไม่มีสัญชาติร่วมให้ใช้ถิ่นที่อยู่ประจำร่วมเป็นจุดเกาะเกี่ยว หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมก็ให้ใช้ถิ่นที่อยู่ประจำของเด็กเป็นจุดเกาะเกี่ยว³⁰

²⁷ Article 68 Loi fédérale sur le droit international privé

1. L'établissement, la constatation et la contestation de la filiation sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant.

2. Toutefois, si aucun des parents n'est domicilié dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant et si les parents et l'enfant ont la nationalité d'un même Etat, le droit de cet Etat est applicable.

Art. 69

1. Pour déterminer le droit applicable à l'établissement, à la constatation ou à la contestation de la filiation, on se fondera sur la date de la naissance.

2. Toutefois, en cas de constatation ou de contestation judiciaires de la filiation, on se fondera sur la date de l'action si un intérêt prépondérant de l'enfant l'exige.

[online] Available from: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2549/fr> [14 July 2022]

²⁸ Art. 33- 1 Legge 31 maggio 1995, n. 218 Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Lo stato di figlio e' determinato dalla legge nazionale del figlio o, se piu' favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori e' cittadino, al momento della nascita. [online] Available from: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995-05-31;218!vig=2020-09-17> [14 July 2022]

²⁹ Artikel 19(1) Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) Die Abstammung eines Kindes unterliegt dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Sie kann im Verhältnis zu jedem Elternteil auch nach dem Recht des Staates bestimmt werden, dem dieser Elternteil angehört. Ist die Mutter verheiratet, so kann die Abstammung ferner nach dem Recht bestimmt werden, dem die allgemeinen Wirkungen ihrer Ehe bei der Geburt nach Artikel 14 Absatz 2 unterliegen; ist die Ehe vorher durch Tod aufgelöst worden, so ist der Zeitpunkt der Auflösung maßgebend. [online] Available from: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html#BJNR006049896BJNG032901360> [14 July 2022]

³⁰ Artikel 92-1 Burgerlijk Wetboek. Of een kind door geboorte in familierechtelijke betrekkingen komt te staan tot de vrouw uit wie het is geboren en de met haar gehuwde of gehuwd geweest zijnde persoon of de persoon met wie zij door een geregistreerd partnerschap is verbonden of verbonden is geweest, wordt bepaald door het recht van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de vrouw en die persoon of, indien dit ontbreekt, door het recht van de staat waar de vrouw en die persoon elk hun gewone verblijfplaats hebben, of indien ook dit ontbreekt, door het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind.

[online] Available from: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0030068/2022-10-01> [23 February 2023]

ความยุ่งยากซับซ้อนของการ “อัมบุญ” ข้ามประเทศนั้นทำให้ที่ประชุมกรุงเฮก ที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague Conference on Private International Law – HCCH) ตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญ (Experts’ Group) เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดทำตราสารทางกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย (Private International Law Instruments on Legal Parentage) โดยมีข้อพิจารณาพิเศษสำหรับกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทน³¹ นอกจากนี้โครงการจัดทำร่างประมวลกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของฝรั่งเศส (Projet de code de droit international privé) ก็มีความพยายามกำหนดแนวทางการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายสำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นการเฉพาะในมาตรา 63 โดยสำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศที่รับรองให้มีการตั้งครรภ์แทน ศาล (ฝรั่งเศส) อาจวินิจฉัยเรื่องความเป็นบิดามารดาตามกฎหมายของประเทศดังกล่าวได้โดยให้อำนาจศาลฝรั่งเศสในการใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ต่าง ๆ โดยเฉพาะหลักผลประโยชน์สูงสุดต่อเด็กและผลของการปรับใช้กฎหมายของประเทศดังกล่าวในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ทั้งนี้ตามหลักความได้สัดส่วน³² โดยแนวทางดังกล่าวถือเป็นความพยายามของผู้ร่างที่จะประนีประนอมระหว่างนโยบายห้ามการใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งนำไปสู่การปฏิเสธการรับรองความเป็นบุตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยถูกต้องตามกฎหมายของต่างประเทศในต่างประเทศและหลักการต่าง ๆ ตามที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) เรียกร้อง³³

7. ปัญหาจากการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งนำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศที่กำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแตกต่างจากกฎหมายไทย

จากการที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 29 กำหนดชัดเจนให้สามีที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของ

³¹ โปรดดู <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

³² Article 63. Lorsqu’une convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui a été conclue dans un État qui l’autorise, la filiation de l’enfant qui en est issu peut être établie par le juge selon la loi de cet État, si une partie en fait la demande. Le juge s’assure au préalable que la convention a été conclue et exécutée dans le respect des dispositions du droit de l’État en cause. Conformément au principe de proportionnalité, il tient compte des buts poursuivis, des intérêts en présence et notamment de l’intérêt de l’enfant, ainsi que des effets de l’application de cette loi dans l’ordre juridique français. [online] Available from: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/projet_code_droit_international prive.pdf [14 July 2022]

³³ Dominique Foussard, Marie-Laure Niboyet, and Cyril Nourissat, «Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé,» *Revue critique de droit international privé*, 3 (2022), p.477-501.

เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนซึ่งหากบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนที่ดำเนินการในประเทศไทย มีสัญชาติไทยอาศัยอยู่ในประเทศไทยทั้งหมดก็จะมีปัญหาใด ๆ เนื่องจากหากมีคดีพิพาทย่อมต้องปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติไทยในการวินิจฉัยคดีดังกล่าว

ในกรณีที่มีการดำเนินการให้มีการให้กำเนิดบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยโดยที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทย ปัจจุบันนายทะเบียนไทยก็จะออกหลักฐานการเกิดตามกฎหมายไทย ดังนั้นบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรคือบิดามารดาตามกฎหมาย โดยในการลงรายการทะเบียนราษฎร แม้ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งเป็นชาวต่างชาตินายทะเบียนจะพิจารณาตามกฎหมายไทยเท่านั้นโดยไม่นำพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาประกอบการพิจารณา³⁴

ดังนั้นหากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องไม่มีข้อพิพาทระหว่างกันก็ไม่มีปัญหาการดำเนินการไม่สอดคล้องกับมาตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แต่ถึงแม้ว่าจะไม่มีปัญหาเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในมุมมองของระบบกฎหมายไทยก็ตาม ก็ยังอาจมีปัญหาการรับรองความเป็นบุตรในประเทศสัญชาติหรือภูมิลำเนาของบิดาหรือมารดา โดยอาจนำไปสู่ปัญหาว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยและได้รับการรับรองความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรในมุมมองของระบบกฎหมายไทยแล้วแต่อาจไม่ได้ได้รับการรับรองให้เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายในมุมมองของระบบกฎหมายต่างประเทศได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่สามีหรือภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นชาวต่างชาติซึ่งไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลไทยโดยอาจเป็นกรณีการอ้างสิทธิหรือปฏิเสธความเป็นบิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนของบุคคลที่เกี่ยวข้องช่องทางหนึ่งที่สามารถยกขึ้นต่อสู้เพื่อไม่ให้ปรับใช้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งบัญญัติเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้อย่างชัดเจนแล้วได้คือ การปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งอาจนำไปสู่การบังคับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศเพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ตัวอย่างเช่น หากบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรมีสัญชาติของประเทศที่ไม่รับรองความเป็นบิดาหรือ

³⁴ เที่ยบเคียงจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1950 / 2529 ซึ่งศาลเคยวินิจฉัยว่า “การที่ผู้ร้องทั้งสองซึ่งเป็นบุคคลสัญชาติญวน ร้องขอต่อศาลให้สั่งนายอำเภอในฐานะนายทะเบียนครอบครัวจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องทั้งสองนั้น แม้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 10 และมาตรา 19 จะบัญญัติว่าความสามารถของบุคคลและเงื่อนไขแห่งการสมรสให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้นนั้นก็ตาม แต่ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวผู้ร้องก็หาได้มีหน้าที่พิสูจน์ถึงความสามารถและเงื่อนไขดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่และเมื่อไม่มีฝ่ายใดนำสืบว่าตามกฎหมายสัญชาติของผู้ร้องในเรื่องนี้มีอยู่อย่างใดจึงต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อปรากฏว่าผู้ร้องทั้งสองมีเงื่อนไขที่จะทำการสมรสได้ครบถ้วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว นายอำเภอก็ไม่ชอบที่จะปฏิเสธไม่ยอมจดทะเบียนสมรสให้ผู้ร้องทั้งสอง”

มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ชายหรือหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายนั้นไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน การปรับใช้กฎหมายของประเทศดังกล่าวก็มักนำไปสู่การปฏิเสธความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายหรือหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรนั้น เป็นต้น

ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทย การปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวและกลไกต่าง ๆ ในหลักกฎหมายขัดกันและพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อาจนำไปสู่การปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศได้ จากการศึกษากฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนทั้งของประเทศที่รับรองให้มีการ “อุ้มบุญ” และของประเทศที่ยังคงกำหนดให้การ “อุ้มบุญ” เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายยังมีความแตกต่างกันค่อนข้างมาก โดยในหลายประเทศไม่ได้รับรองความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้กับคู่สมรสหรือบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอัตโนมัติ ดังนั้นการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในศาลไทยยังสามารถนำไปสู่การใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศซึ่งไม่รับรองความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ได้

เนื่องจากกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ในปัจจุบันยังยึดหลัก *Mater semper certa est* เพื่อวินิจฉัยความเป็นมารดาของเด็ก³⁵ ส่งผลให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนคือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรอาจเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายไทยแต่อาจไม่ได้เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในมุมมองของระบบกฎหมายต่างประเทศที่ภริยาอาจมีสัญชาติหรือภูมิลำเนา

สำหรับความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่จัดให้มีการให้กำเนิดบุตรโดยใช้เซลล์สุจิของชายที่ประสงค์จะมีบุตรก็อาจไม่ก่อให้เกิดปัญหามากนักเพราะเด็กย่อมมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายผู้ประสงค์จะมีบุตร และกฎหมายของหลายประเทศในปัจจุบันที่ถึงแม้ไม่รับรองการ “อุ้มบุญ” ในประเทศของตนเอง ก็ยังพร้อมรับรองความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กในกรณีที่พิสูจน์ได้ว่ามีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก³⁶ อย่างไรก็ตามกรณีนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายอย่างมากคือในกรณีที่ข้อสุจิของผู้บริจาคในการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนซึ่งกฎหมายกำหนดให้สามารถทำได้ กรณีดังกล่าวย่อมส่งผลให้เด็กไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับสามีที่ประสงค์จะมีบุตร ดังนั้นเมื่อสามีที่ประสงค์จะมีบุตรไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กและภริยาของตนเองก็ไม่ได้เป็นผู้ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรด้วยตนเองด้วย จึงเป็นกรณีที่บุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรไม่สามารถมีสถานะเป็นบิดามารดาตามกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ได้ จากสถานการณ์ดังกล่าวข้างต้น ทำให้เด็กอยู่ใน

³⁵ Yuko Nishitani. «Identité culturelle en droit international privé de la famille (Volume 401),» in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, (Brill, 2019). p.395.

³⁶ Ibid., p. 393-394.

สถานะที่อาจมีมารดาหรือบิดาตามกฎหมายแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เกิดสถานการณ์ที่เรียกว่า บุคคลสองสถานะ (Limping situation)³⁷

8. การใช้นิติวิธีของหลักกฎหมายขัดกันเพื่อบรรเทาปัญหากรณีการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 นำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศที่กำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแตกต่างจากกฎหมายไทย

กระบวนการปรับใช้หลักกฎหมายขัดกันไม่ได้มีเพียงการปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวเท่านั้นแต่ยังประกอบไปด้วยนิติวิธีหลายเรื่องซึ่งอาจมีผลเปลี่ยนแปลงกฎหมายสารบัญญัติที่จะต้องนำมาวินิจฉัยคดีได้ ถึงแม้โดยหลักการของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในรูปแบบบทบัญญัติพร้อมบูรณ (Multilateral หรือ Bilateral rules) ตามกระบวนการที่แบบ Savigny จะตั้งอยู่บนฐานคิดที่ว่ากฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศมีฐานะเทียบเท่ากฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี (lex fori) ก็ตามจากลักษณะที่เป็นนามธรรม (Abstract) ของบทบัญญัติพร้อมบูรณ ทำให้บทบัญญัติพร้อมบูรณมีสถานะเสมือนเป็นป้ายบอกทางสำหรับผู้ปรับใช้กฎหมายว่าจะต้องนำกฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดมาใช้บังคับ ซึ่งอาจเป็นกฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศ (lex causae) หรือกฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี (lex fori) ก็ได้ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาวิธีของระบบกฎหมายขัดกันในภาพรวมก็จะพบว่าระบบกฎหมายขัดกันไม่ได้รับรองความเท่าเทียมระหว่างกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดีอย่างแท้จริง จากการที่กลไกต่าง ๆ ในระบบกฎหมายขัดกันมักถูกใช้เป็น “เครื่องมือหลบเลี่ยง” (Escape devices) การใช้กฎหมายต่างประเทศ หรือ “เครื่องมือปิดบัง” (Cover-up devices) ของการพยายามปรับใช้กฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี³⁸ แม้ Savigny เองก็ยอมรับว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศก็มีข้อจำกัด และต้องอยู่ภายในกรอบของความสงบเรียบร้อยของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี³⁹ ในการศึกษาเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับการวินิจฉัยความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนผู้วิจัยจึงสนใจศึกษาว่านิติวิธีในกฎหมายขัดกันสามารถใช้เพื่อสร้างความยืดหยุ่นให้กับกระบวนการปรับใช้กฎหมายขัดกันในกรณีที่กฎหมายที่จุดเกาะเกี่ยวชี้ให้ให้นำไปสู่การใช้กฎหมายของประเทศที่ไม่รับรองความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของ

³⁷ Anastasia Grammaticaki-Alexiou. “Best Interests of the Child in Private International Law (Volume 412),” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, (Brill, 2020). p.408.

³⁸ Bernard Audit. “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Volume 186),” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, (Brill, 1984), p.306-351.

³⁹ Ibid., p. 306.

เด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทน โดยงานวิจัยนี้เลือกศึกษาเฉพาะผลของการปรับใช้นิติวิธีที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ได้รับรองไว้อย่างชัดเจน ได้แก่ การย้อนส่งตามมาตรา 4 และหลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามมาตรา 5

8.1 การย้อนส่งตามมาตรา 4

การย้อนส่งตามที่ปรากฏในระบบกฎหมายขัดกันไทยมีลักษณะเป็นการย้อนส่งแบบชั้นเดียว (Single หรือ Partial renvoi) มิใช่การย้อนส่งทั้งหมด (Total renvoi หรือ English renvoi)⁴⁰ ผลของการปรับใช้กลไกการย้อนส่งสามารถทำให้กฎหมายสารบัญญัติที่นำมาใช้บังคับกับคดีเปลี่ยนแปลงจากกฎหมายของประเทศที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ชี้ให้ใช้โดยตรงเป็นกฎหมายของประเทศอื่นโดยอาจเป็นกฎหมายสารบัญญัติไทยในกรณีเกิดการย้อนส่งกลับ (Renvoi au premier degré, Remission) หรือกฎหมายสารบัญญัติของประเทศอื่นต่อไปอีกก็ได้ในกรณีเกิดการย้อนส่งต่อไป (Renvoi au second degré, Transmission) ดังนั้น การใช้เทคนิคการย้อนส่งจึงสามารถเปลี่ยนแปลงกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับกับการวินิจฉัยคดีซึ่งอาจนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงผลของคดีได้

ถึงแม้การย้อนส่งจะเป็นหนึ่งในนิติวิธีของกฎหมายขัดกันที่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 โดยเฉพาะอย่างยิ่งการย้อนส่งกลับ (Renvoi au premier degré) แต่กลับเป็นกลไกที่ไม่ได้ถูกนำมาใช้จริงในทางปฏิบัติโดยน่าจะมีผลมาจากการที่มาตรา 8 พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดให้ภาระหน้าที่นำสืบกฎหมายต่างประเทศให้เป็นหน้าที่ของศาลนั้นตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่ต้องการกล่าวอ้าง กฎหมายต่างประเทศจึงอยู่ในสถานะของข้อเท็จจริงที่ศาลไม่รู้เอง ศาลไม่สามารถยกกฎหมายต่างประเทศนั้นขึ้นได้เองแม้ในความเป็นจริงผู้พิพากษาในคดีอาจมีความรู้กฎหมายของต่างประเทศนั้นก็ตาม ดังนั้น ด้วยความที่กระบวนการใช้กลไกการย้อนส่งตามมาตรา 4 ในการต่อสู้คดีนั้น ถึงแม้จะมีบทบัญญัติกฎหมายไทยรองรับกลไกดังกล่าวไว้โดยชัดเจนแต่คู่ความที่ต้องการให้ปรับใช้มาตรา 4 เพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับจากประเทศที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายชี้ให้ใช้เป็นกฎหมายของประเทศอื่นที่อาจเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายตนมากกว่าก็จำเป็นที่จะต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยชี้ให้ใช้ ว่ากฎหมายขัดกันของประเทศดังกล่าวนั้นชี้ให้ใช้กฎหมายของประเทศใดต่อไปหรือส่งกลับมาให้ใช้กฎหมายไทย และในกรณีที่กฎหมายขัดกันของประเทศดังกล่าวระบุให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สามต่อไปก็อาจต้องพิสูจน์กฎหมายขัดกันหรือกฎหมายสารบัญญัติของประเทศนั้น ๆ ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลต่อไป ความยุ่งยากในการปรับใช้กระบวนการดังกล่าวทำให้มาตรา 4 ไม่ได้ถูกนำมาใช้ให้เป็นประโยชน์สำหรับคู่ความในทางปฏิบัติ ด้วย

⁴⁰ กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, รายงานฉบับสมบูรณ์ การยกเลิกหลักการย้อนส่งในการขัดกันแห่งกฎหมาย : ความเป็นไปได้ในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ. (คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559). หน้า 56

ข้อจำกัดจากการที่กฎหมายต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายหรือกฎหมายสารบัญญัติไม่ได้อยู่ในสถานะ “ข้อกฎหมาย” ศาลไทยจึงไม่สามารถยกและปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของต่างประเทศขึ้นได้เอง ถึงแม้ผู้พิพากษาที่รับผิดชอบคดีจะมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายขัดกันของประเทศดังกล่าวก็ตาม⁴¹ ทำให้กลไกการย้อนส่งจึงอาจไม่ใช่วิธีที่ศาลจะนำมาปรับใช้ในสถานะ “เครื่องมือหลบเลี่ยง” (Escape device) ของกฎหมายขัดกันของไทย

8.2 ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 5

ในกรณีที่คู่ความกล่าวอ้างกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อนำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศนั้น หากคู่ความสามารถพิสูจน์กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่ต้องการให้ศาลนำมาวินิจฉัยคดีให้เป็นที่น่าพอใจแก่ศาลตามมาตรา 8 โดยหลักแล้วศาลจะต้องวินิจฉัยคดีตามกฎหมายต่างประเทศนั้น อย่างไรก็ตามการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศนั้นอาจไม่ถูกนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเสมอไป หากศาลวินิจฉัยว่าผลของการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของไทยตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 จะเห็นได้ว่าการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามมาตรา 5 นั้นมีความไม่แน่นอนสูงในลักษณะเดียวกันกับหลักความสงบเรียบร้อยฯ ในกฎหมายทั่วไป เนื่องจากขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของศาลเป็นกรณี ๆ ไป สำหรับแนวทางการพิจารณาการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามมาตรา 5 ของศาลไทยในประเด็นนี้ยังไม่ชัดเจนว่าศาลไทยตีความหลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามมาตรา 5 สอดคล้องกับหลักการที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปในหลักกฎหมายขัดกันหรือไม่ กล่าวคือ ในฐานะหลักการหรือคุณค่าทางสังคมหรือศีลธรรมอันเป็นพื้นฐานของรัฐนั้น ๆ (a clear conflict in fundamental policy) จนไม่สามารถยอมรับให้มีการละเมิดได้แม้ในความสัมพันธ์หนึ่ง ๆ จะมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับรัฐที่มีการยอมรับผลที่แตกต่างกันได้ก็ตาม ดังนั้นหลักความสงบเรียบร้อยฯ ในความหมายของหลักกฎหมายขัดกัน (International public policy, Ordre public international) จึงต้องมีความแตกต่างจากหลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามกฎหมายภายใน การปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยฯ เพื่อปฏิเสธการใช้กฎหมายต่างประเทศทุกครั้งไปเมื่อกฎหมายต่างประเทศนั้นมีเนื้อหาต่างจากเนื้อหาของกฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดีหรือให้ผลที่แตกต่างจากการปรับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยฯ ของประเทศของศาลที่พิจารณาคดีย่อมทำให้บทบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไม่มีประโยชน์อันใดเลย⁴²

⁴¹ สำหรับข้อจำกัดอื่น ๆ จากการที่กฎหมายต่างประเทศอยู่ในสถานะของ “ข้อเท็จจริง” โปรดดู ยศพนธ์ นิธิจุโรจน์ และ ดิณเมธ วงศ์ใหญ่, “การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย”, *จุลนิติ* (ก.ค.-ส.ค. 2558), หน้า 73-89.

⁴² Pippa Rogerson, *Collier's Conflict of Laws*, 4th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), p.326-329.; Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, and Pascal De Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10e ed. (Paris: Dalloz, 2013). p. 356-357; Peter Hay, Patrick J. Borchers, and Symeon Symeonides, *Conflict of laws*. 5th ed. (St. Paul, MN: West, 2010), p.168-169. Marie-Laure Niboyet and Géraud de Geouffre de La Pradelle, *Droit international*

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถ้อยคำในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย” ไม่ปรากฏว่าผู้ร่างมีการเน้นย้ำถึงความแตกต่างหรือลักษณะเฉพาะของหลักความสงบเรียบร้อยฯ ในหลักกฎหมายขัดกันเลยซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายของหลายประเทศ สำหรับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่มีการปรับใช้มาตรา 5 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ก็ยังไม่ปรากฏแนวทางที่ชัดเจนนักเนื่องจากจำนวนคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้มาตราดังกล่าวมีอยู่ไม่มากนัก

ถึงแม้หลักความสงบเรียบร้อยฯ ระหว่างประเทศ (International public policy) เป็น “escape device” ที่ถูกใช้มากที่สุดในการตีความเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว⁴³ อันเนื่องมาจากความแตกต่างหรือการขัดแย้งกันทางวัฒนธรรมของประเทศต่าง ๆ ในโลกจึงส่งผลให้มีการนำหลักความสงบเรียบร้อยฯ มาใช้เพื่อจำกัดผลของการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศในประเทศของศาลที่พิจารณาคดี⁴⁴ แต่คดีพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวที่มีการวินิจฉัยเรื่องหลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามมาตรา 5 โดยศาลไทยยังปรากฏไม่มากนัก

สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2524 ซึ่งมีประเด็นที่ศาลต้องวินิจฉัยเรื่องการสมรสตามประเพณีจีนของผู้เยาว์ชาวจีนอายุ 10 และ 12 ปีที่เกิดขึ้นที่ประเทศจีนก่อนที่บุคคลทั้งสองจะเดินทางมาอาศัยอยู่ในประเทศไทย ศาลได้วินิจฉัยว่าการสมรสดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยฯ ของไทย โดยผลของคำพิพากษาพอจะอธิบายได้ว่าไม่ใช้การยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้เยาว์สมรสโดยใช้เงื่อนไขการสมรสตามกฎหมายสัญชาติ (จีน) ของผู้เยาว์ในประเทศไทย แต่เป็นเพียงการยอมรับผลของสถานะทางกฎหมาย (สถานะสมรส) ที่เกิดขึ้นมานานแล้วในต่างประเทศ (ประเทศจีน) เพียงเพื่อให้โจทก์มีสถานะเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ถูกทำละเมิดซึ่งมีผลทำให้โจทก์สามารถฟ้องเรียกค่าขาดรู้อุปการะจากจำเลยผู้ทำละเมิดต่อบุตรของตนได้

สำหรับคำพิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางที่ 2561/2548 ซึ่งเป็นเรื่องการรับรองคำพิพากษาศาลสวีเดนที่ให้บิดาชาวสวีเดนเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์แต่เพียงผู้เดียว หากศาลไทยรับรองสถานะตามคำพิพากษาศาลสวีเดน บิดาก็จะมีอำนาจฟ้องคดีเรียกคืนผู้เยาว์จากจำเลย (มารดา

privé, 7e ed. (Paris: LGDJ, 2020), p.283.; Paul Torremans. “Exclusion of Foreign Law,” Chap. 8 in **Cheshire, North & Fawcett: Private International Law**, eds. Paul Torremans et al., 114-44 (Oxford University Press, 2017), p.133.

⁴³ Anastasia Grammaticaki-Alexiou, “Best Interests of the Child in Private International Law (Volume 412),” p. 266

⁴⁴ Yuko Nishitani, «Identité culturelle en droit international privé de la famille (Volume 401),» p. 317

สัญชาติไทย) หนึ่งในประเด็นที่ต้องมีการพิจารณาประกอบการพิจารณารับรองคำพิพากษาศาลสวีเดน ที่ถึงที่สุดแล้วคือประเด็นที่ว่า คำพิพากษาของศาลสวีเดนขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ในคดีนี้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางพิพากษาว่าคำพิพากษาของศาลสวีเดนซึ่งวินิจฉัยโดยใช้กฎหมายสวีเดนดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะเห็นได้ว่าบริบทของคำพิพากษานี้ก็ไม่ใช่การขอให้ศาลไทยวินิจฉัยความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายโดยใช้กฎหมายต่างประเทศที่บัญญัติแตกต่างจากกฎหมายไทยเพียงแต่เป็นการรับรองสถานะบุคคลตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ นอกจากนี้ผลของการรับรองสถานะตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศก็เพียงแค่ทำให้โจทก์ (บิดาชาวสวีเดน) มีอำนาจฟ้องในศาลไทยเท่านั้น ส่วนประเด็นว่าโจทก์มีสิทธิ์ฟ้องเรียกคืนผู้เยาว์จากจำเลยได้หรือไม่ก็กลับมาวินิจฉัยตามกฎหมายสารบัญญัติไทยต่อไป

สำหรับประเด็นเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน การกำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายสารบัญญัติของประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องหรือไม่กับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยฯ ของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตามลำพังความแตกต่างระหว่างกฎหมายสารบัญญัติของประเทศต่าง ๆ รวมถึงกฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยฯ ของประเทศนั้น ๆ ไม่เพียงพอที่จะทำให้ศาลที่พิจารณาคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศปฏิเสธการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นและปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศของศาลที่พิจารณาคดีแทนโดยอัตโนมัติ เป็นที่ยอมรับกันว่าการปฏิเสธการใช้กฎหมายต่างประเทศตามหลักความสงบเรียบร้อยฯ ในกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศจะต้องเป็นกรณีที่หลักการหรือคุณค่าทางสังคมหรือศีลธรรมอันเป็นพื้นฐานของรรัฐนั้น ๆ ถูกละเมิดจากผลของการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ จึงเป็นข้อที่ต้องพิจารณากันต่อไปว่า การกำหนดให้บิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรมีสถานะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่ใช่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามี (ถ้ามี) เป็นสิ่งที่ระบบกฎหมายไทยให้คุณค่าอย่างไม่สามารถละเมิดได้หรือไม่ ต่อประเด็นดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่าลำพังการที่กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศยังคงยึดหลัก *Mater semper certa est* ในการวินิจฉัยความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งแตกต่างจากมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่น่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยฯ ในทางระหว่างประเทศของไทย อย่างไรก็ตามนโยบายของประเทศไทยในปัจจุบันที่พร้อมรับรองการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ใช่เพื่อการพาณิชย์เป็นกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีเงื่อนไขควบคู่กับเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่จะคุ้มครองเด็กที่เกิดมาด้วยวิธีการดังกล่าวประกอบกันด้วย ทั้งนี้เพื่อป้องกันปัญหาจากการที่บุคคลที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเมื่อเด็กอาจเกิดมาพร้อมกับความบกพร่องทางร่างกายบางประการ จะเห็นได้จากการที่มาตรา 33 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วย

การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์บัญญัติว่า “ห้ามมิให้สามีหรือหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว” ดังนั้นหากเป็นกรณีที่มีบุคคลได้ใช้ประโยชน์จากระบวนการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยตามกรอบของพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว การกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศผ่านพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อให้มีผลเป็นการปฏิเสธความเป็นบุตรของเด็กที่เกิดภายใต้การรับรองคุ้มครองของกฎหมายฉบับดังกล่าว จึงเป็นสิ่งที่ไม้อาจยอมรับได้ในมุมมองของระบบกฎหมายไทย การใช้มาตรา 5 จึงเป็นช่องทางที่คู่ความและศาลสามารถเลือกใช้เพื่อหลีกเลี่ยงผลดังกล่าวได้

สำหรับกรณีที่อาจมีข้อพิพาทเกี่ยวกับความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายในศาลไทยโดยที่เด็กไม่ได้เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย การใช้มาตรา 5 เพื่อจำกัดผลของกฎหมายต่างประเทศนั้นก็ยังสามารถเกิดขึ้นได้หากผลของการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศที่กฎหมายขัดกันชี้ให้ใช้ส่งผลกระทบในทางที่ลบต่อเด็ก เช่น ทำให้เด็กไม่สามารถก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวกับบุคคลใดเลยหรือกับบุคคลเดียวที่ประสงค์จะเลี้ยงดูเด็กนั้น เป็นต้น

9. แนวทางการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเป็นกฎหมายที่ร่างขึ้นมาเป็นเวลานานมาแล้วจึงเป็นเรื่องธรรมดาที่จะไม่สอดคล้องกับบริบทของสังคมปัจจุบันที่มีประเด็นปัญหาทางกฎหมายใหม่ ๆ เกิดขึ้นมาก ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าหากมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยก็ควรกำหนดบทบัญญัติสำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนขึ้นมาเป็นการเฉพาะในลักษณะเดียวกันกับโครงการจัดทำประมวลกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของฝรั่งเศส

สำหรับจุดเกาะเกี่ยวที่เลือกใช้ ผู้วิจัยเห็นว่าการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวควรหลีกเลี่ยงจุดเกาะเกี่ยวที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคล (Personal connecting factors) ของเด็กไม่ว่าจะเป็นสัญชาติ ภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่ของเด็ก เนื่องจากกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนอาจมีประเด็นปัญหาและข้อพิพาททางกฎหมายเกี่ยวกับสัญชาติของเด็กอันเนื่องมาจากสถานะตามกฎหมายครอบครัวที่มักคลุมเครือหรืออาจไม่เป็นที่ยอมรับทำให้เด็กอาจตกอยู่ในสภาวะไร้สัญชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการได้สัญชาติตามหลักสืบสายโลหิตก็เป็นเรื่องที่กฎหมายของประเทศต่าง ๆ มักนำไปเชื่อมโยงกับความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กอีกทอดหนึ่ง⁴⁵ ดังนั้นหากกำหนดให้สัญชาติของเด็กเป็นจุดเกาะเกี่ยวสำหรับการวินิจฉัย

⁴⁵ พวงรัตน์ ปฐมสิริรักษ์, รายงานการวิจัย เรื่อง ปัญหาการกำหนดสัญชาติของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย (คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562) ; European Network on Statelessness, No Child

ความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กก็อาจเกิดปัญหาความยุ่งยากได้ในกรณีดังกล่าว ส่วนการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่ภูมิลำเนาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นก็อาจพบปัญหาในลักษณะเดียวกันกับปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของเด็กเนื่องจากการตีความจุดเกาะเกี่ยวที่ปรากฏในบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยโดยหลักก็ย่อมต้องอ้างอิงนิยามความหมายตามความเข้าใจของระบบกฎหมายของไทยในเรื่องภูมิลำเนา⁴⁶ และเมื่อกฎหมายแพ่งสารบัญญัติกำหนดให้ภูมิลำเนาของผู้เยาว์ผูกพันเชื่อมโยงอยู่กับภูมิลำเนาของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย⁴⁷ หากกำหนดให้ใช้ภูมิลำเนาของเด็กเป็นจุดเกาะเกี่ยวก็อาจทำให้ประสบปัญหาในการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้เนื่องจากการที่จะสามารถระบุภูมิลำเนาของผู้เยาว์ได้กลับต้องวินิจฉัยประเด็นความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเสียก่อน แต่หากคู่พิพาทเกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กมีภูมิลำเนาอยู่คนละประเทศกันก็จะเกิดความยุ่งยากในการวินิจฉัยภูมิลำเนาของเด็ก และถึงแม้จะเลือกไม่อ้างอิงการตีความจุดเกาะเกี่ยวด้วยภูมิลำเนาตามกฎหมายซึ่งผูกโยงอยู่กับภูมิลำเนาของผู้แทนโดยชอบธรรมนั้นก็จะต้องค้นหาเจตนาในการก่อตั้งภูมิลำเนาของตัวเด็กเองซึ่งคงไม่สามารถกระทำได้ในกรณีที่ยังคงเป็นผู้เยาว์โดยเฉพาะกรณีที่เด็กมีอายุน้อยมาก ๆ สำหรับจุดเกาะเกี่ยวเฉพาะตัวของเด็กที่อาจพอนำมาใช้ได้นั้น คือ ถิ่นที่อยู่ประจำ (Habitual residence) ของเด็ก เนื่องจากถิ่นที่อยู่ไม่ใช่ข้อความคิดทางกฎหมาย (Legal concept) ดังเช่นกรณีของภูมิลำเนาแต่เป็นเรื่องของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไปว่าในความเป็นจริงเด็กอาศัยอยู่ในประเทศใดก็น่าจะถือว่ามีถิ่นที่อยู่ในประเทศนั้น ๆ โดยถิ่นที่อยู่ประจำเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่บางประเทศเลือกใช้สำหรับการวินิจฉัยความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น กฎหมายขัดกันของสวิตเซอร์แลนด์และเยอรมันที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่าในกรณีผู้เยาว์โดยเฉพาะเมื่อมีอายุน้อยมาก ๆ ในทางปฏิบัติก็จะไม่สามารถเลือกถิ่นที่อยู่ได้ด้วยตนเองการกำหนดให้ใช้ถิ่นที่อยู่ของผู้เยาว์เป็นจุดเกาะเกี่ยวก็เป็นการให้ถิ่นที่อยู่ของบุคคลที่เด็กอาศัยอยู่ด้วยเป็นจุดเกาะเกี่ยวไปโดยปริยาย

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจึงเห็นควรกำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับประเด็นดังกล่าวที่จุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวกับบุคคล (Personal connecting factors) จากบิดามารดาแทน ถึงแม้ในกรณีการตั้งครรภ์แทนอาจจะมีบุคคลที่เกี่ยวข้องมากกว่าคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรแต่ผู้วิจัยเลือกกำหนด

Should be Stateless. (European Network on Statelessness, 2015). ; General Affairs and Policy, A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangement. p. 64.

⁴⁶ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายสัญชาติ (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 9 พ.ศ. 2516) พร้อมด้วยพระราชบัญญัติสัญชาติ (Nationality Act) พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Act on Conflict of Laws). หน้า 57-58.

⁴⁷ มาตรา 44 วรรคแรก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วางหลักไว้ว่า “ภูมิลำเนาของผู้เยาว์ ได้แก่ ภูมิลำเนาของผู้แทนโดยชอบธรรมซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครอง”

จุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคลจากตัวคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร เนื่องจากสามารถใช้บังคับได้ทั้งในกรณีที่ตัวคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรเองหรือบุคคลที่มีส่วนได้เสียเรื่องการตกทอดทรัพย์สินมรดกต้องการฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรรวมถึงกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและ/หรือสามีของหญิงนั้นด้วย

สำหรับจุดเกาะเกี่ยวที่เลือกใช้ เนื่องจากคู่สมรสอาจมีสัญชาติที่แตกต่างกันการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของคู่สมรสแต่ละฝ่ายที่มีข้อพิพาท เช่น กฎหมายสัญชาติของสามีหรือของภรรยา หากกฎหมายของสองประเทศนี้แตกต่างกันก็อาจทำให้สถานะความสัมพันธ์ภายในครอบครัวไม่เป็นเอกภาพได้ สำหรับการปรับใช้จุดเกาะเกี่ยว “ภูมิลำเนาคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร” กับกรณีที่คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรนั้นไม่ได้มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย แต่หากฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทยก็อาจเลือกมาใช้วิธีการให้กำเนิดบุตรด้วยการ “อุ้มบุญ” ในประเทศไทยเมื่อกลับไปยังภูมิลำเนา ก็อาจมีความจำเป็นให้กฎหมายของประเทศที่คู่สมรสใช้ชีวิตอยู่ดังกล่าวรับรองความบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน ในมุมมองของการรับรองสถานะหรือคำพิพากษาจากต่างประเทศจากประเทศที่ขอรับการรับรอง การที่ศาลต่างประเทศเจ้าของคำพิพากษาได้วินิจฉัยคดีโดยใช้กฎหมายของประเทศที่ขอรับการรับรองก็จะมีส่วนเพิ่มโอกาสให้คำพิพากษาของศาลไทยได้รับการรับรองในประเทศที่คู่สมรสมีภูมิลำเนาอีกทางหนึ่งด้วย เป็นการลดความเสี่ยงในการเกิดปัญหาคู่สมรสสองสถานะ (Limping situation)

นอกจากนี้การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่ภูมิลำเนาของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรซึ่งจะทำให้คู่สมรสที่อาจต่างสัญชาติกัน เช่น หญิงไทยกับสามีสัญชาติต่างประเทศหรือหญิงสัญชาติต่างประเทศกับสามีสัญชาติไทยที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยและใช้กระบวนการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยซึ่งต้องเป็นการดำเนินการในรอบที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 รองรับ ไม่สามารถอ้างกฎหมายต่างประเทศเพื่อหลีกเลี่ยงบทบัญญัติมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้อีกทางหนึ่ง⁴⁸

⁴⁸ การร่างบทบัญญัติพร้อมบูรณในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายโดยมีจุดประสงค์เพื่อเอื้อให้เกิดผลบางประการในทางคดีเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในการร่างกฎหมายมาในทุกยุคสมัย โปรดดู Symeon C. Symeonides, “Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism General Course on Private International Law (Volume 384),” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (Brill, 2017), p. 121-125. สำหรับพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 การบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวในบางมาตราก็เพื่อเอื้อให้เกิดผลให้มีการใช้กฎหมายไทยในศาลไทย เช่น มาตรา 38 ซึ่งผู้ร่างกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่ภูมิลำเนาของเจ้ามรดกขณะที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย ไม่ใช่สัญชาติ ทั้งนี้ก็เพื่อต้องการให้การตกทอดของทรัพย์สินมรดกของชาวจีนที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยให้เป็นไปตามกฎหมายไทย โปรดดู รายงานการประชุมอนุกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวางกฎเกณฑ์วินิจฉัยข้อขัดกันระหว่างกฎหมายของนานาประเทศ ครั้งที่ 49/2481 วันพฤหัสบดีที่ 14 กรกฎาคม 2481, หน้า 172 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 289 เชิงอรธ 18

ทั้งนี้การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวควรให้รองรับกรณีที่ศาลไทยอาจต้องพิจารณาพิพากษาคดีที่คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรอาจมิใช่ระหว่างชายและหญิงเพียงอย่างเดียวแต่ควรต้องคำนึงถึงบริบทความหลากหลายทางเพศด้วย จึงควรหลีกเลี่ยงการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ข้อความ “สามี” และ “ภรรยา” และเลือกใช้คำว่า “คู่สมรส” แทน

นอกจากนี้ผู้วิจัยเห็นว่าควรใช้เทคนิค “บทบัญญัติพิเศษของหลักความสงบเรียบร้อย” (Clauses spéciales d'ordre public หรือ Clause d'ordre public positif) ซึ่งหมายถึง การกำหนดบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในลักษณะที่มีการกำหนดข้อยกเว้นในการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติที่จุดเกาะเกี่ยวหลักชี้ให้ใช้ในบางกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายเห็นสมควรโดยเฉพาะเพื่อให้การปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสอดคล้องกับนโยบายทางสารบัญญัติ (Substantive policy) ของรัฐ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นการบัญญัติบังคับให้ศาลต้องปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยโดยอัตโนมัติในบางกรณีโดยไม่ต้องผ่านการใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยว่าผลของการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่กฎหมายขัดกันชี้ให้ใช้จะขัดกับความสงบเรียบร้อย ในทางระหว่างประเทศในปัจจุบันของประเทศของศาลที่พิจารณาคดีหรือไม่โดยผ่านบทบัญญัติทั่วไปของหลักความสงบเรียบร้อย (ตัวอย่างเช่น มาตรา 5 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย) เทคนิคดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของบางประเทศ ตัวอย่างเช่น ในการร่างประมวลกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของเบลเยียมฉบับปี 2004 ถึงแม้จะยังคงใช้แนวทางบทบัญญัติพร้อมบูรณ (Multilateral หรือ Bilateral Rules) ก็มีการใช้เทคนิค “บทบัญญัติพิเศษของหลักความสงบเรียบร้อย” (Clauses spéciales d'ordre public) ในบางมาตราที่เกี่ยวกับสถานะบุคคลและครอบครัว⁴⁹ ตัวอย่างเช่น มาตรา 46 ที่ถึงแม้จะกำหนดจุดเกาะเกี่ยวหลักสำหรับเงื่อนไขการสมรสไว้ที่สัญชาติของคู่สมรสแต่ละฝ่ายในขณะที่ทำการสมรสแต่ก็มีการกำหนดให้กฎหมายสัญชาตินั้นไม่มีผลใช้บังคับหากกฎหมายสัญชาติที่กฎหมายขัดกันชี้ให้ใช้นั้นห้ามการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในบางกรณี ได้แก่ กรณีที่คู่สมรสอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติหรือถิ่นที่อยู่ประจำอยู่ในประเทศที่รับรองการสมรสดังกล่าว⁵⁰

⁴⁹ Marc Fallon. «La loi belge de droit international privé, pour un bicentenaire,» in *Travaux du Comité français de droit international privé année 2004-2006*. (Paris: Editions Pedone, 2008). p. 105-106

⁵⁰ Art. 46. Loi portant le Code de droit international privé

Sous réserve de l'article 47, les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage.

L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1er est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet un tel mariage. [online] Available from: <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm> [14 July 2022]

ในส่วนที่เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในระบบกฎหมายขัดกันไทย ผู้วิจัยเห็นว่าควรบัญญัติให้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่หลักกฎหมายขัดกันของไทยชี้ให้ใช้ไม่สามารถมีผลใช้บังคับได้หากมีผลเป็นการปฏิเสธความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยกระบวนการตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นในประเทศไทยโดยชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ข้อยกเว้นการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศดังกล่าวมีขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรและเลือกใช้กระบวนการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยภายในกรอบที่กฎหมายไทยกำหนด ซึ่งผ่านกระบวนการไตร่ตรองและแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งแล้วว่า บุคคลใดพร้อมที่จะรับเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก โดยเป็นกรณีข้อเท็จจริงมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับประเทศไทยอย่างมาก การอาศัยองค์ประกอบต่างประเทศของข้อเท็จจริงเพื่อเป็นช่องทางการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่กำหนดแตกต่างจากกฎหมายไทยเพื่อปฏิเสธความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในภายหลังจึงขัดต่อเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนของกฎหมายไทย

10. ข้อเสนอแนะ

1. สำหรับการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ในกรณีที่คดีพิพาทในประเทศไทยเพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ในสถานะของกฎหมายปัจจุบัน ไม่ว่าการตีความบทบัญญัติจะนำไปสู่การปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดจากการปรับใช้พระราชบัญญัติดังกล่าวแล้วกำหนดให้ใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่ไม่รับรองความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร ศาลไทยอาจปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายพุทธศักราช 2481 เพื่อจำกัดผลของการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นในศาลไทยได้และให้ปรับใช้มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แทน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่กรณีได้เลือกใช้กระบวนการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวในประเทศไทย

2. สำหรับแนวทางการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยในอนาคต ควรมีบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรกำหนดจุดเกาะเกี่ยวหลักไว้ที่ ภูมิลำเนาของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรและบัญญัติให้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่หลักกฎหมายขัดกันของไทยชี้ให้ใช้ไม่สามารถมีผลใช้บังคับได้หากมีผลเป็นการปฏิเสธความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย

ของบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยกระบวนการตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นในประเทศไทยโดยชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558