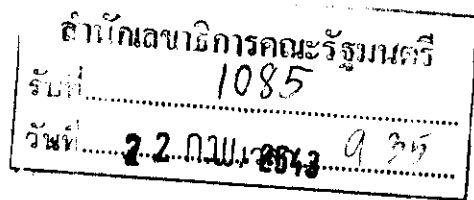


วาระเพื่อทราบ

เรื่องที่.....

ที่ นร 0601/ 2/8



สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ๒๖
ทำช่างวังหน้า กรุงเทพฯ 10200

๑๗ กุมภาพันธ์ 2543

เรื่อง การใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร

เรียน เลขาธิการคณะกรรมการรัฐมนตรี

สิ่งที่ส่งมาด้วย (1) สำเนาหนังสือกรมบัญชีกลาง ที่ กค 0526.5/1988

ลงวันที่ 20 สิงหาคม 2541

- (2) บันทึก เรื่อง การใช้สิทธิเบิกเงินค่าสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตรที่เกิดจากการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน
- (3) บันทึกการตรวจสอบกฎหมายของประเทศ เรื่อง การรับรองสถานะของบุตรในการทำความตกลงรับจ้างตั้งครรภ์แทนผู้อื่น

ด้วยกรมบัญชีกลางได้มีหนังสือตามสิ่งที่ส่งมาด้วย (1) ขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นในปัญหาข้อกฎหมาย กรณีคู่สมรสซึ่งเป็นข้าราชการมหาวิทยาลัยศิลปากรแจ้งจำนวนบุตรพร้อมแสดงหลักฐานของทางราชการเพื่อขอรับสิทธิเบิกเงินสวัสดิการรักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร แต่เป็นบุตรที่เกิดจากการนำเชื้ออสุจิของข้าราชการชายผสมกับไข่ของข้าราชการหญิงแล้วนำตัวอ่อนไปฝากในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่่อตั้งครรภ์แทน จะถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการอันจะมีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการจากทางราชการหรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา(กรรมการกฤษฎีกา คณะที่ 3) ได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวแล้ว เห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักของสภาพบุคคลไว้ในมาตรา 15 ว่า สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก โดยขยายความคำว่า “ทารก” หมายถึง ทารกในครรภ์มารดา กล่าวคือ บุตรที่เกิดขึ้นต้องเกิดจากครรภ์มารดา

กน.ก.ม. วันที่ 21
วันที่ 22 ก.พ. 2543
เวลา 10.45 น.
(กนค)

7/26

22 ก.พ. 2543

ก.ว.อ.

22 ก.พ. 43

ของผู้เป็นบุตร ในกรณีที่หญิงชายไม่ได้สมรสกัน มาตรา 1546 ได้วางหลักไว้ว่า เด็กที่เกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น แต่ถ้าหญิงชายสมรสกัน เด็กที่เกิดจากหญิงขณะเป็นภริยาชาย มาตรา 1536 ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรของหญิงชายนั้น แต่ถ้าเด็กเกิดจากหญิงภายในสามร้อยสิบวันนับแต่การสมรสสิ้นสุดลงให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก มาตรา 1604 ก็ได้บัญญัติยืนยันหลักการดังกล่าวว่า บุคคลธรรมดาจะเป็นทายาทได้ต่อเมื่อมีสภาพบุคคลหรือสามารถมีสิทธิได้ตามมาตรา 15 ในเวลาที่เจ้ามรดกตายและให้ถือว่าเด็กที่เกิดมารอคอยอยู่ในสามร้อยสิบวันนับแต่เจ้ามรดกตาย เป็นทารกในครรภ์มารดาอยู่ในเวลาที่เจ้ามรดกตาย เมื่อกฎหมายบัญญัติรับรองเฉพาะบุตรที่เกิดจากครรภ์ของหญิงผู้เป็นมารดาเท่านั้น บุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์โดยการนำเชื้อสุจิของสามีผสมกับไข่ของภริยาและให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนหญิงซึ่งเป็นผู้ตั้งครรภ์และคลอดทารกจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกนั้น ส่วนหญิงที่เป็นเจ้าของไข่แต่มิได้เป็นผู้ตั้งครรภ์ไม่อาจอ้างว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กและชายเจ้าของเชื้อสุจิมิได้เป็นสามีของหญิงผู้ตั้งครรภ์จึงไม่อาจอ้างว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเช่นเดียวกัน

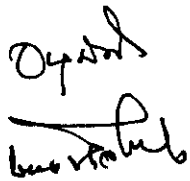
นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา(กรรมการกฤษฎีกา คณะที่ 3) ได้มีความเห็นเพิ่มเติมว่า ในเรื่องนี้จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 มาใช้เพื่ออนุโลมยอมทำไม่ได้เพราะเป็นปัญหาครอบครัวอันเกี่ยวกับขนบธรรมเนียมประเพณีและการดำเนินชีวิตอันละเอียดอ่อนของคนไทยโดยเฉพาะ ถ้าจะยอมรับในเรื่องนี้จะต้องแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยบัญญัติให้ชัดเจนว่าการนำเชื้อสุจิและไข่ของสามีภริยาไปอาศัยในมดลูกของหญิงอื่นนั้นทำอย่างถูกต้องตามหลักวิชาการ และรับรองด้วยว่าหญิงที่รับไข่ที่ได้รับการผสมแล้วนั้นไม่มีเชื้อของชายอื่นอยู่ในครรภ์มาก่อน ตลอดจนการกำหนดไว้ด้วยว่าบุตรที่เกิดมาในลักษณะนี้ต้องมีการจดทะเบียน

ดังรายละเอียดปรากฏในบันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการกฤษฎีกา คณะที่ 3) (สิ่งที่ส่งมาด้วย (2))

ในการนี้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาขอเรียนชี้แจงเป็นข้อสังเกต เพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีว่า ปัญหาเรื่องการนำเอาเชื้ออสุจิ(Sperm) ของชายผู้เป็นสามีและไข่ (Ovum) ของหญิงซึ่งเป็นภริยามาผสมพันธุ์กันในหลอดแก้วหรือ ในจานทดลอง และเมื่อเกิดปฏิสนธิเป็นตัวอ่อน(Embryo) แล้วนำไปเพาะเลี้ยงในครรภ์ ของหญิงอื่น หรือที่เรียกว่า การผสมพันธุ์ในหลอดแก้ว(in vitro fertilization หรือ IVF) ดังเช่นเรื่องที่กรมบัญชีกลางขอหารือมานี้ รวมทั้งการรับจ้างตั้งครรภ์ในกรณีอื่น ๆ โดยใช้ เทคโนโลยีช่วยเหลือนั้น แม้ว่าแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา(กรรมการกฤษฎีกา คณะที่ 3) จะตรงกับแนวทางของบางประเทศ แต่ก็มีกฎหมายของบางประเทศที่บัญญัติ แตกต่างกันออกไป ปัญหาในเรื่องนี้จึงยังไม่เป็นที่ยุติในทางหนึ่งทางใดและเป็นปัญหา ที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสภาพสังคมเป็นอย่างมากกว่าจะมีการยอมรับการเกิดของบุคคล ด้วยวิธีการเหล่านี้เพียงใด และสิทธิต่าง ๆ ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกันจะเป็นอย่างไร ด้วยเหตุนี้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้ทำการติดตามศึกษาความเคลื่อนไหว ในทางกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องเหล่านี้ และจัดทำเป็นบันทึกทางวิชาการเพื่อเป็น ข้อมูลเบื้องต้นที่แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดที่แตกต่างกันของกฎหมายต่างประเทศ และสภาพปัญหาที่จำเป็นต้องมีการศึกษาในรายละเอียดต่อไป รายละเอียดปรากฏตาม สิ่งที่ส่งมาด้วย (3) และโดยที่การแก้ปัญหในเรื่องนี้จำเป็นต้องมีการวิจัยในทาง นิติศาสตร์ซึ่งครอบคลุมถึงการทำให้ปัญหาข้อขัดแย้งของสังคมยุติลงในแนวทางที่เหมาะสม รวมทั้งต้องศึกษาถึงศาสตร์สาขาต่าง ๆ ให้สอดคล้องกันก่อนที่จะตรากฎหมายในกรณี ดังกล่าวให้เป็นที่ยอมรับได้ทั้งทางวิชาการและทางสังคม ซึ่งการศึกษาวิจัยในแนวทาง ดังกล่าวอยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายตามกฎหมายว่าด้วย คณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้เสนอเรื่องดังกล่าว ต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมายเพื่อทำการศึกษาวิจัยเรื่องนี้เสนอต่อคณะรัฐมนตรี ต่อไปด้วยแล้ว

ในการพิจารณาเรื่องนี้ผู้แทนกระทรวงการคลัง(กรมบัญชีกลาง) ผู้แทน
ทบวงมหาวิทยาลัย(มหาวิทยาลัยศิลปากร) และผู้แทนกระทรวงมหาดไทย(กรมการปกครอง)
เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริง
จึงเรียนมาเพื่อโปรดทราบ

ขอแสดงความนับถือ


2 ต.ค. ๖๓
(นายชวน หลีกภัย)
นายกรัฐมนตรี


(นายอัคราทร จุฬารัตน)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานเลขาธิการกรม

โทร. 2220206-9

โทรสาร 2266201

www.krisdika.go.th

ทอ ๙/๑๑
สสอ ได้นำเสนอคณะรัฐมนตรี
เมื่อวันที่ 29 ก.พ. 2543 ลงมติว่า
ทราบ
นายชวน

กรมวิทย์ฯ นรม.
ส่งกองอำนวยการฯ เลขา
จน. ทบ. ๒๖/๑๑/๒๕๔๓
๕๓



<เหมือนต้นฉบับจริง>

เลขที่ 671/541
ฉบับที่ 671
กระทรวงมหาดไทย
กรมมหาดไทย



ที่ กค 0526.5/ 1988

กรมมหาดไทย

ถนนพระราม 6 กรุงเทพฯ 10400

80 สิงหาคม 2541

เรื่อง การให้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร

เรียน เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

ด้วยกรมมหาดไทยได้รับข้อหาจากมหาวิทยาลัยศิลปากรเกี่ยวกับการให้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดได้ให้เทคนิคทางการแพทย์สมัยใหม่เพื่อการมีบุตร โดยขอเบิกเงินสวัสดิการของข้าราชการที่ตนสมกับได้ครองชีวิตการสมรส แล้วนำใบที่ได้รับความช่วยเหลือแล้วส่งกล่าว ไม่ปรากฏว่าได้ภาคินท้องของหญิงคน จนกระทั่งการเกิดบุตรในครรภ์ของหญิงคนผู้นี้ในขณะนั้นตนคลอดออกมาจำนวน 2 คน ซึ่งในหลักฐานแสดงการเกิดของสำนักทะเบียนท้องถิ่นระบุว่า บุตรของข้าราชการดังกล่าว และได้แจ้งไปยังกรมมหาดไทยเพื่อขอรับสิทธิเบิกเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร โดยมีเอกสารส่งทางราชการประกอบการพิจารณา ด้วยดังกล่าวมหาวิทยาลัยฯ จะสามารถดำเนินการเบิกจ่ายเงินสวัสดิการดังกล่าวได้ตามและการศึกษาของบุตรได้ตามพระราชกฤษฎีกา ทั้ง 2 ฉบับ ได้หรือไม่

กรมมหาดไทยพิจารณาแล้ว เห็นว่า

1. ตามหลักกฎหมายตามพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2523 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการศึกษาของบุตร พ.ศ. 2523 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้กำหนดว่า บุตรของข้าราชการที่จะได้รับความช่วยเหลือสวัสดิการดังกล่าวจะต้องเป็นบุตรที่คลอดตามกฎหมาย กล่าวคือ ต้องเป็นไปตามอายุครรภ์ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2. ในหลักการของวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการสวัสดิการผู้มีสิทธิต้องยื่นหลักฐานที่เกี่ยวข้องมาด้วย เช่น สำเนาทะเบียนสมรส ใบสูติบัตร ทะเบียนบ้าน เป็นต้น โดยเสนอต่อผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น เพื่อแสดงว่าเป็นผู้มีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการดังกล่าวสำหรับบุตรจริง

3. ตามกรณีของมหาวิทยาลัยศิลปากร หลักฐานที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นเอกสารราชการที่ถูกต้องสมบูรณ์ แสดงว่าข้าราชการทั้งสองคนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเป็นการให้เทคนิค

ทางการแพทย์เพื่อการมีบุตร โดยการนำเชื้อสpermatozoa จากสมกับไข่ของหญิง แล้วนำไปฝากไว้ที่ฝ่ายในของ
ของหญิงอื่นนั้น จึงขอหารือว่า บุตรที่เกิดมาโดยวิธีการดังกล่าวจะถือว่าเป็นบุตรที่คลอดจากภรรยาของ
ข้าราชการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ อย่างไร เพื่อจักได้เป็นแนวทางในการพิจารณา
เบิกจ่ายเงินสวัสดิการตามพระราชกฤษฎีกาต่อไป

จึงเรียนมาเพื่อโปรดพิจารณาและแจ้งให้กรมบัญชีกลางทราบด้วย จักขอบคุณมาก

แสดงความนับถือ



(นายประกอบ ต้าเดียวพงศ์)
รองอธิบดี ปฏิบัติราชการแทน
อธิบดีกรมบัญชีกลาง

สำนักงานเงินการคลัง 3

ส่วนกฎหมายและระเบียบการคลัง

โทร. 2739573

บันทึก

เรื่อง การใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษา
ของบุตรที่เกิดจากการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

กรมบัญชีกลางได้มีหนังสือที่ กค 0526.5/1988 ลงวันที่ 20 สิงหาคม 2541 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า กรมบัญชีกลางได้รับข้อหารือจากมหาวิทยาลัยศิลปากร กรณีคู่สมรสซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดได้แจ้งจำนวนบุตรเพื่อขอรับสิทธิเบิกเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร โดยมีเอกสารของทางราชการแสดงว่าตนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายประกอบ การพิจารณา แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุตรของข้าราชการดังกล่าวเป็นบุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์ โดยแพทย์ได้นำเชื้ออสุจิของข้าราชการชายผสมกับไข่ของข้าราชการหญิงแล้วนำไข่ที่ได้รับการผสมแล้วไปฝาก ในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่อตั้งครรภ์แทน กรมบัญชีกลางพิจารณาแล้วเห็นว่า บุตรของข้าราชการที่จะได้รับการ ช่วยเหลือตามพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2523 และพระราชกฤษฎีกาเงิน สวัสดิการเกี่ยวกับการศึกษาของบุตร พ.ศ. 2523 จะต้องเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ โดยผู้มิสิทธิจะต้องยื่นคำขอพร้อมหลักฐานที่เกี่ยวข้อง เช่น ทะเบียนสมรส ใบสูติบัตร ฯลฯ เพื่อแสดงว่าเป็นผู้มีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการดังกล่าวจริง กรมบัญชีกลางจึงขอหารือว่าบุตรที่เกิดจากการใช้ เทคนิคทางการแพทย์เพื่อการมีบุตรดังกล่าวจะถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ อย่างไร เพื่อจักได้ถือเป็นแนวทางในการพิจารณาการเบิกจ่ายเงินสวัสดิการ ตามพระราชกฤษฎีกาต่อไป

คณะกรรมการกฤษฎีกา(กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 3) ได้พิจารณาข้อหารือดังกล่าว โดยได้ รับฟังคำชี้แจงจากผู้แทนกระทรวงการคลัง(กรมบัญชีกลาง) ผู้แทนทบวงมหาวิทยาลัย(มหาวิทยาลัยศิลปากร) และผู้แทนกระทรวงมหาดไทย (กรมการปกครอง) แล้ว มีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้วางหลักของสภาพบุคคลไว้ในมาตรา 15¹ ว่าสภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 15 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติขยายความคำว่า "ทารก" ไว้ว่าหมายถึง ทารกในครรภ์ มารดา กล่าวคือ บุตรที่เกิดนั้นต้องเกิดจากครรภ์มารดาของผู้เป็นบุตร นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและ

¹ มาตรา 15 สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย
ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่าง ๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก

พาณิชย์ยังได้วางหลักกฎหมายครอบครัไว้บรรพ 5 มาตรา 1546²ว่าในกรณีที่หญิงชายไม่ได้สมรสกัน เด็กที่เกิดจากหญิงให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น แต่ถ้าหญิงชายสมรสกันเด็กที่เกิดจากหญิงขณะที่เป็นภริยาชาย มาตรา 1536³ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรของหญิงชายนั้น แต่ถ้าหากการสมรสสิ้นสุดลง มาตรา 1536 ได้วางหลักไว้ว่า เด็กเกิดแต่หญิงภายในสามร้อยสิบวันนับแต่การสมรสสิ้นสุดลงให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก มาตรา 1604⁴ก็ได้บัญญัติยืนยันหลักไว้ว่าบุคคลธรรมดาจะเป็นทายาทได้ต่อเมื่อมีสภาพบุคคลหรือสามารถมีสิทธิได้ตามมาตรา 15 ในเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย และให้ถือว่าเด็กที่เกิดมารอดอยู่ภายในสามร้อยสิบวันนับแต่เจ้ามรดกตายเป็น ทารกในครรภ์มารดาอยู่ในเวลาที่เจ้ามรดกตาย สรุปแล้วเห็นว่ากฎหมายบัญญัติรับรองเฉพาะบุตรที่เกิดจากครรภ์ของหญิงผู้เป็นมารดาเท่านั้น ดังนั้นบุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์โดยการนำเชื้ออสุจิของสามีผสมกับไข่ของภริยาและให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน หญิงซึ่งเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนและคลอดทารกจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกนั้น ส่วนหญิงที่เป็นเจ้าของไข่ แต่มิได้เป็นผู้ตั้งครรภ์จึงหาอาจอ้างว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของทารกนั้นไม่ ส่วนชายเจ้าของเชื้ออสุจิก็น่าจะเป็นสามีของหญิงผู้ตั้งครรภ์จึงไม่อาจอ้างว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของทารกนั้นเช่นเดียวกัน

อนึ่ง คณะกรรมการกฤษฎีกา(กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 3) เห็นว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวซึ่งเริ่มใช้มาตั้งแต่ พ.ศ. 2477 และมีการปรับปรุงใหม่เมื่อ พ.ศ. 2519 และ พ.ศ. 2533 ซึ่งเป็นการใช้มา 64 ปีแล้ว ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดที่กล่าวถึงการปฏิสนธิ

² มาตรา 1546 เด็กที่เกิดจากหญิงที่มิได้มีการสมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น

³ มาตรา 1536 เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่มีการสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามีแล้วแต่กรณี

ฯลฯ

ฯลฯ

⁴ มาตรา 1604 บุคคลธรรมดาจะเป็นทายาทได้ก็ต่อเมื่อมีสภาพบุคคลหรือสามารถมีสิทธิได้ตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายนี้ในเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ให้ถือว่าเด็กที่เกิดมารอดอยู่ภายในสามร้อยสิบวันนับแต่เวลาที่เจ้าของมรดกถึงแก่ความตายนั้นเป็นทารกในครรภ์มารดาอยู่ในเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย

ด้วยวิธีการนำเชื้ออสุจิของสามีผสมกับไข่ของภริยาเข้าไปอยู่ในครรภ์หญิงอื่น โดยรับอาหารจากร่างกายของหญิงอื่นภายในระยะเวลาสามร้อยสิบวันนั้น จะเป็นบุตรของสามีภริยาเจ้าของเชื้ออสุจิและไข่ และในเรื่องนี้จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4⁵ มาใช้เพื่ออนุโลมโดยวิธีการต่าง ๆ ตามมาตรา 4 นั้น ย่อมทำไม่ได้เพราะเป็นปัญหาครอบครัวอันเกี่ยวกับชนบธรรมเนียมประเพณีและการดำเนินชีวิตอันละเอียดอ่อนของคนไทยโดยเฉพาะ ถ้าจะยอมรับในเรื่องนี้ก็จะต้องมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบัญญัติให้ชัดเจนว่าการนำเชื้ออสุจิและไข่ของสามีภริยาไปอาศัยในมดลูกของหญิงอื่นนั้นได้ทำอย่างถูกต้องทางวิชาการ และรับรองได้ว่าหญิงที่รับไข่ที่ได้รับการผสมแล้วนั้นไม่มีเชื้อของชายอื่นอยู่ในครรภ์มาก่อน ตลอดจนบังคับด้วยว่าบุตรเช่นนี้ต้องมีการจดทะเบียน กรณีจึงเป็นเรื่องของกลุ่มสมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ และเป็นเรื่องที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้⁶



(นายอรรถาทร จุฬารัตน)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

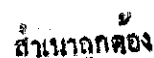
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

กุมภาพันธ์ 2543

⁵ มาตรา 4 กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมาย ตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายนั้น ก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

⁶ เทียบตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 157/2524 (การฟ้องขอให้ศาลเปลี่ยนทะเบียนจากเพศชาย เป็นเพศหญิงนั้นจะต้องมีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมา เมื่อคำว่า "หญิง" หมายถึงคนที่ออกลูกได้ แต่ผู้ร้องถือกำเนิดมาเป็นชายแม้จะได้ผ่าตัดแปลงอวัยวะเป็นเพศหญิงแล้วก็ตาม ผู้ร้องก็ไม่สามารถมีบุตรได้ ผู้ร้องจึงเป็นเพศชายเนื่องจากเพศของบุคคลธรรมดา กฎหมายรับรองและถือตามเพศ ที่กำเนิดมา)



(นายอรรถาทร จุฬารัตน)

บันทึกการตรวจสอบกฎหมายของต่างประเทศ
เรื่อง การรับรองสถานะของบุตรในการทำความตกลงรับจ้างตั้งครรภ์แทนผู้อื่น

ตามที่กรมบัญชีกลางได้หารือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับผลทางกฎหมายของบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ โดยการนำเชื้อสุจิของชายผสมกับไข่ของหญิง แล้วนำไปที่ที่ได้รับการผสมแล้วไปฝากในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่อให้ตั้งครรภ์แทน นั้น

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาสำคัญที่อาจมีผลเปลี่ยนแปลงสภาพของสังคมได้เป็นอย่างมาก จึงสมควร ได้มีการศึกษาแนวทางของกฎหมายต่างประเทศเพื่อใช้เป็นข้อมูลเบื้องต้นในการนำไปประกอบการพิจารณาในรายละเอียดต่อไป

1. สรุปผลของการตรวจสอบ

ปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียยังไม่มีกฎหมายในระดับสหพันธรัฐ (federal government legislation) เพื่อควบคุมการตั้งครรภ์แทนผู้อื่น (surrogacy) โดยตรง กฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎหมายของมลรัฐ ซึ่งก็มีลักษณะแตกต่างกันออกไปตามมลรัฐ และหลายมลรัฐก็ยังมีได้ออกกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมการตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด นอกจากนี้ กฎเกณฑ์ที่ได้มีการกำหนดขึ้นยังมีความหลากหลายโดยอาจอยู่ในรูปคำพิพากษาของศาล (common law) หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statute) โดย

1.1 ในจำนวน 50 มลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐ 32 แห่ง ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับเรื่องการตั้งครรภ์แทน แต่บางมลรัฐในกลุ่มนี้ได้มีคำพิพากษาในคดีเรื่องตั้งครรภ์แทนหลายคดี ซึ่งมีผลเป็นการสร้างหลักกฎหมาย (common law) ไว้แตกต่างกัน เช่น ศาลสูงสุดรัฐแคลิฟอร์เนียได้ยอมรับให้สัญญาตั้งครรภ์แทนมีผลใช้บังคับได้และบุตรที่เกิดขึ้นเป็นบุตรตามกฎหมายของบุคคลที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทน (contracting parents) แต่ศาลสูงสุดของรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้พิพากษาว่าสัญญาว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย (public policy) แต่ได้ตัดสินโดยใช้เกณฑ์ประโยชน์สูงสุดของเด็กให้พ่อแม่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้เลี้ยงดูเด็ก

สำหรับมลรัฐที่ได้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่น นั้น กฎหมายที่ได้ตราขึ้นก็ยังมีเนื้อหาต่างกัน โดยแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม คือ

- (1) กลุ่มที่กำหนดให้ให้สัญญาว่าจ้างและรับจ้างตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่นตกเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับใช้ ซึ่งบุตรที่เกิดขึ้นจะเป็นบุตรตามกฎหมายของผู้รับจ้าง
- (2) กลุ่มที่กำหนดให้การรับจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นความผิดกฎหมายและกำหนดโทษทางอาญาไว้ โดยบุตรที่เกิดขึ้นจะเป็นบุตรตามกฎหมายของผู้รับจ้างเช่นเดียวกัน และ
- (3) กลุ่มที่ยอมรับการทำสัญญาและกำหนดให้บุตรที่เกิดขึ้นเป็นบุตรตามกฎหมายของผู้ว่าจ้าง (contracting parents) หากได้ดำเนินการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้

1.2 สำหรับประเทศออสเตรเลียซึ่งประกอบด้วย 8 มลรัฐนั้น มลรัฐ 5 แห่ง ได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนจำนวนหลายฉบับ แต่มีลักษณะร่วมกัน 3 ประการ คือ

- (1) ห้ามการโฆษณาการรับจ้างตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่น
- (2) กำหนดให้สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนไม่มีผลใช้บังคับ (unenforceable) ซึ่งหมายความว่า บุตรที่เกิดขึ้นจะตกเป็นบุตรตามกฎหมายของผู้รับจ้างตั้งครรภ์และผู้ว่าจ้าง ไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้รับจ้างส่งมอบบุตรแต่อย่างใด
- (3) การไม่มีผลบังคับของสัญญานั้นยังรวมถึงกรณีที่ผู้หญิงที่ตั้งครรภ์แล้วทำสัญญาส่งมอบบุตรที่จะเกิดขึ้นให้แก่บุคคลอื่นด้วย

นอกจากนั้น กฎหมายของหลายมลรัฐยังกำหนดให้การรับจ้างตั้งครรภ์แทนที่มีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์ (commercial surrogacy) ถือเป็นความผิดอาญาด้วย

1.3 ประเทศอังกฤษ เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่มีวัตถุประสงค์ในทางพาณิชย์ กฎหมายในปี 1985 กำหนดให้เป็นบุตรตามกฎหมายของผู้ให้กำเนิด และการทำสัญญาดังกล่าวถือเป็นความผิดอาญา ส่วนเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์ก็จะถือเป็นบุตรของผู้ให้กำเนิดเช่นกันตามกฎหมาย Common Law แต่การทำสัญญาดังกล่าวไม่เป็นความผิดแต่อย่างใด

2. รายละเอียดกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในหัวข้อนี้จะแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการตั้งครรภ์แทนของมลรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้แก่ กฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล โดยอาจแบ่งแยกประเภทตามตาราง ดังนี้

1. กำหนดให้สัญญาเป็น โฉมและไม่มีผลใช้บังคับ	Arizona, Indiana, New York North Dakota, Utah, New Jersey
2. กำหนดห้ามการทำสัญญาเพื่อผลประโยชน์ทางพาณิชย์	Kentucky, Louisiana, Nebraska, Nevada, Washington
3. กำหนดให้การทำสัญญาเป็นความผิดกฎหมายอาญา	Michigan
4. กำหนดให้สัญญาไม่มีผลใช้บังคับ	Florida, New Hampshire, Virginia, California, Ohio

2.1 ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายระดับรัฐบาลกลางเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน แต่ในปี 1989 มีการเสนอกฎหมายสภา Congress สองครั้งเพื่อควบคุมเรื่องดังกล่าว โดยร่างกฎหมายทั้งสองฉบับที่ได้รับการเสนอมุ่งที่จะกำหนดให้การเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนไม่ว่าในทางใดเป็นความผิดอาญา กฎหมายฉบับแรกมีชื่อว่า “Surrogacy Arrangements Act of 1989” และฉบับที่สองมีชื่อว่า “Anti – Surrogate Mother Act of 1989” แต่กฎหมายทั้งสองฉบับไม่ได้รับการสนับสนุนโดยสมาชิกสภา Congress ตามจำนวนที่กำหนดจึงตกไป

2.2 กฎหมายลายลักษณ์อักษรของมลรัฐที่อนุญาตให้มีการทำสัญญาดังครรภ์แทนได้นั้น ได้แก่ กฎหมายของ Florida, New Hampshire และ Virginia โดยมีลักษณะร่วมกัน คือ จำกัดค่าตอบแทนที่จะให้ผู้รับจ้างเฉพาะค่าตั้งครรภ์ (pregnancy costs) และรับรองสิทธิของผู้รับจ้างในการบอกเลิกสัญญา แต่กฎหมายของทั้งสามมลรัฐยังมีข้อแตกต่างกันออกไปดังนี้

(1) กฎหมายของรัฐ Florida (Fla stat Ann. 742.15) กำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนจะมีผลใช้บังคับต่อเมื่อผู้ที่จะเป็นผู้ปกครองของเด็กแต่งงานตามกฎหมาย ผู้รับจ้างตั้งครรภ์มีอายุไม่ต่ำกว่าสิบแปดปีและมีคำยืนยันจากแพทย์ว่าผู้ว่าจ้างที่จะเป็นมารดาไม่สามารถมีบุตรได้เองหรืออาจเกิดความเสี่ยงต่อตนเองหรือบุตรหากมีการตั้งครรภ์

(2) กฎหมายของรัฐ New Hampshire (N. H. Rev. Stat Ann. 162 – B: 25)

กำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อน และผู้รับจ้างตั้งครรภ์มีสิทธิเด็ดขาดที่จะบอกเลิกสัญญาด้วยเหตุใด ๆ เป็นเวลา 72 ชั่วโมง นับแต่มีการคลอดทารก ซึ่งหากมีการบอกเลิก บุตรก็จะเป็นบุตรตามกฎหมายของผู้รับจ้าง มิเช่นนั้นบุตรก็จะตกเป็นบุตรตามกฎหมายของผู้ว่าจ้างต่อไป

(3) กฎหมายของรัฐ Virginia (Va. Code Ann. 20 – 162 (B)) กำหนดให้

สัญญาตั้งครรภ์แทนต้องได้รับอนุญาตเช่นเดียวกับกฎหมายของ New Hampshire โดยกำหนดให้ฝ่ายต่าง ๆ ในสัญญาตั้งครรภ์แทนต้องผ่านการสัมภาษณ์ การตรวจสอบสภาพจิตใจ และการศึกษาสภาพความเป็นอยู่ และกำหนดให้บิดามารดาผู้ว่าจ้างมีสิทธิในบุตรโดยอัตโนมัติ หากผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทนมิได้บอกเลิกสัญญาภายใน 180 วันนับแต่วันที่มีการปฏิสนธิ (conception) อย่างไรก็ตาม หากมีการทำสัญญาโดยไม่ได้รับความยินยอมจากศาลก่อน ผู้ว่าจ้างอาจมีสิทธิในบุตรได้ หากผู้รับจ้างลงนามในเอกสารของรัฐยินยอมมอบสิทธิการเป็นผู้ปกครองให้แก่ผู้รับจ้าง

อนึ่ง ในสัญญาทั้งสองประเภทกฎหมายกำหนดให้ผู้ว่าจ้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ต้องมีความสัมพันธ์ทางสายพันธุ์ (Genetic link) กับบุตรด้วย ดังนั้น กฎหมายของ Virginia จึงไม่รับรองกรณีการนำเชื้อของบุคคลขึ้นมาผสมแล้วนำไปฝากให้บุคคลอื่นตั้งครรภ์แทน (Gestational Surrogacy)

2.3 ในรัฐ California ได้มีคำพิพากษายอมรับสัญญาตั้งครรภ์แทน โดยการนำเชื้อของบุคคลอื่นฝังเข้าในมดลูกของผู้รับจ้าง โดยผู้รับจ้างมิได้มีความเกี่ยวข้องทางสายพันธุ์กับบุตร (gestational surrogacy) ตั้งแต่ปี 1993 โดยในคดี Johnson v. Calvert, 851 P. 2d 776 (Cal. 1993) ศาลสูงสุดของ California ได้ตัดสินว่าสัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนไม่มีวัตถุประสงค์ต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและกำหนดให้บุตรเป็นบุตรตามกฎหมายของบิดามารดาผู้ว่าจ้าง

ข้อเท็จจริงของคดีโดยย่อคือ นายและนาง Calvert ได้ว่าจ้างให้นาง Johnson ตั้งครรภ์แทน โดยการนำเชื้อของผู้ว่าจ้างทั้งสองปฏิสนธิภายนอก (In vitro fertilization) แล้วฝังในมดลูกของนาง Johnson โดยมีข้อตกลงว่า นาง Johnson จะละสิทธิการเป็นผู้ปกครองให้แก่ นายและนาง Calvert และนาง Johnson จะได้รับค่าตอบแทนจำนวน 200,000 เหรียญ ในระหว่างตั้งครรภ์นาง Johnson ขู่ที่จะไม่ส่งมอบเด็กที่จะคลอดให้แก่ นายและนาง Calvert หากบุคคล

ทั้งสองไม่จ่ายค่าตอบแทนจำนวนที่เหลือ นายและนาง Calvert ฟ้องคดีต่อศาลชั้นต้นขอให้พิพากษาว่าตนเป็นบิดามารดาตามกฎหมายของเด็ก ศาลชั้นต้นสั่งให้เด็กอยู่ในความดูแลของครอบครัว Calvert แต่ให้นาง Johnson มีสิทธิเยี่ยม (visitation rights) ศาลอุทธรณ์พิพากษาโดยตัดสินว่า (1) นายและนาง Calvert เป็นบิดาและมารดาตามกฎหมายของเด็ก (2) นาง Johnson ไม่มีสิทธิใด ๆ ในตัวเด็ก (3) สัญญาตั้งครรภ์แทนมีผลใช้บังคับ และ (4) นาง Johnson ไม่มีสิทธิเยี่ยมเด็ก

ศาลสูงสุดของ California วินิจฉัยว่า นายและนาง Calvert ได้ใช้ความพยายามที่จะมีบุตร โดยใช้เชื้อของตนเอง และทั้งสองไม่มีเจตนาที่จะบริจาคเชื้อที่ได้รับการปฏิสนธิแล้ว (zygote) แก่นาง Johnson ศาลยังกำหนดว่าประเด็นที่ต้องวินิจฉัยต่อไปคือ เจตนาของคู่สัญญาในขณะที่มีการปฏิสนธิ ท้ายที่สุดศาลตัดสินว่าโดยที่ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลเห็นว่าสัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและนายและนาง Calvert เป็นบิดามารดาตามกฎหมายของเด็ก

2.4 ในปี 1998 ศาล California ต้องพิจารณาคดีการตั้งครรภ์แทนที่มีลักษณะซับซ้อนกว่าคดี Calvert ข้างต้น โดยในคดี In re Marriage of Buzzanca, 72 Cal. Rptr. 2d 280 นั้นข้อเท็จจริงมีว่า นายและนาง Buzzanca ได้นำอสุจิและไข่ที่ได้รับการบริจาคจากบุคคลไม่ทราบชื่อ (anonymous donors) ปฏิสนธิภายนอก (In vitro Fertilization) แล้วนำไปฝังในมดลูกของผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทน แต่ก่อนที่เด็กจะคลอดเป็นเวลา 1 เดือน นายและนาง Buzzanca ได้แยกทางกัน เมื่อเด็กคลอดแล้ว นาง Buzzanca ได้ฟ้องเรียกร้องค่าเลี้ยงดูบุตรจากนาย Buzzanca ศาลชั้นต้นได้พิพากษาว่า นาย Buzzanca มีค่าใช้จ่ายของเด็ก จึงไม่มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าเลี้ยงดู และไม่มีบุคคลใดเป็นบิดาและมารดาตามกฎหมายของเด็ก ประเด็นแห่งคดีจึงมีว่าผู้ใดเป็นบิดาและมารดาตามกฎหมายของเด็กระหว่างสามีภรรยาผู้ว่าจ้าง บุคคลผู้บริจาคไข่และอสุจิหรือผู้รับจ้างตั้งครรภ์และสามี

ศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินให้นายและนาง Buzzanca เป็นบิดาและมารดาตามกฎหมายของเด็กที่คลอด โดยให้เหตุผลในประการสำคัญว่า เด็กย่อมไม่มีโอกาสเกิดขึ้นหากบุคคลทั้งสองไม่นำเอาเชื้อที่ปฏิสนธิแล้วฝังในมดลูกของผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทน

ประเด็นที่น่าสนใจคือกฎหมายครอบครัวของ California (ในกรณีนี้คือ Uniform Parentage Act (UPA) ซึ่งตราขึ้นในปี 1973 และ 18 มลรัฐได้รับเป็นกฎหมายของมลรัฐ โดย California ได้รับ UPA เมื่อปี 1978) ซึ่งกำหนดว่าความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและผู้ปกครอง

อาจเกิดขึ้นได้ดังต่อไปนี้ (a) ระหว่างเด็กและมารดา ความสัมพันธ์อาจเกิดขึ้นโดยการพิสูจน์ว่าเป็นผู้ให้กำเนิดเด็กหรือตามที่กำหนดในส่วนนี้ (b) ระหว่างเด็กและบิดา ความสัมพันธ์อาจเกิดขึ้นตามที่กำหนดในส่วนนี้ (c) ระหว่างเด็กและผู้รับบุตรบุญธรรม ความสัมพันธ์อาจเกิดขึ้นโดยการพิสูจน์การรับเป็นบุตรบุญธรรม¹ ศาลได้ตีความคำว่า “ตามที่กำหนดในส่วนนี้” หรือ “under this part” ให้หมายความรวมถึงการพิสูจน์ความสัมพันธ์ทางสายพันธุ์ (Genetic proof) และวิธีการอื่น ศาลกำหนดให้นาง Buzzanca เป็นมารดาตามกฎหมายด้วยเหตุแห่งความยินยอม (consent) ของนางที่ทำให้เกิดกระบวนการซึ่งนำไปสู่การคลอดของเด็ก ประกอบกับเจตนาของนางที่จะเป็นผู้ปกครองตามที่ปรากฏในสัญญาตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้ ตามหลักเหตุผล (Holding) แห่งคดี Calvert

2.5 อย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงแห่งคดีเปลี่ยนไป หลักกฎหมายและผลแห่งคดีก็จะต่างออกไป โดยในกรณีที่สามีภรรยาไม่อาจมีลูกได้ จึงได้นำเชื้ออสุจิของสามีผสมกับไข่ของหญิงอื่นโดยให้หญิงนั้นตั้งครรภ์ เมื่อมีการคลอดเด็กก็จะให้หญิงนั้นส่งมอบเด็กให้กับผู้ว่าจ้างนั้น (Traditional Surrogacy) นั้น ศาลอุทธรณ์ California ได้ตัดสินในคดี Moschetta v. Jordan, 25 Cal. App 4th 1218 (1994) ว่า หญิงผู้รับจ้างและสามีผู้ว่าจ้างเป็นมารดาและบิดาตามกฎหมายของเด็ก โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าตามกฎหมายครอบครัว (UPA) เมื่อเป็นที่ชัดเจนว่าหญิงเป็นผู้คลอดบุตรและบุตรมีความสัมพันธ์ทางสายพันธุ์กับหญิงดังกล่าว กรณีไม่จำเป็นต้องนำความยินยอมดังในคดี Calvert มาพิจารณาต่อไป และศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการพิจารณากรณีการรับจ้างตั้งครรภ์โดยใช้ไข่ของหญิงผู้รับจ้าง 2 ประการ คือ

(1) หากสามารถกำหนดความเป็นบิดามารดาตามกฎหมายตาม ULA ได้แล้ว การพิจารณาสัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนจึงไม่จำเป็น

(2) แต่หากไม่เป็นที่ชัดเจนตาม ULA แล้ว จะต้องพิจารณาสัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนเพื่อดูถึงเจตนาของคู่กรณี

¹ ข้อความใน UPA นี้ ตรงกับมาตรา 7610 ของกฎหมายครอบครัวของ California (Cal. Fam. Code 7610) ที่กำหนดว่า “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. (b) Between the child and his natural father, it may be established under this part. (c) Between a child and an adoptive parent, it may be established by proof of adoption.”

2.6 ในรัฐ Ohio เกิดคดีที่มีข้อเท็จจริงคล้ายกับคดี Calvert กล่าวคือ สามีภรรยาได้นำเชื้อของคนปฏิสนธิภายนอกแล้วนำไปฝังในมดลูกของหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทน (gestational surrogacy) ภายใต้การควบคุมดูแลของโรงพยาบาล อย่างไรก็ตาม ปัญหาในคดี Belsito v. Clark, 644 N.E. 2d 760 (Ohio Com. Pl. 1994) นี้แตกต่างจาก Calvert ตรงที่ผู้ที่ได้แจ้งการเป็นบิดามารดาตามกฎหมายของผู้ว่าจ้างมิใช่เป็นผู้รับจ้าง แต่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิเสธไม่ยอมรับจดทะเบียนในเอกสารมหาชนต่าง ๆ ว่าผู้ว่าจ้างเป็นบิดามารดาตามกฎหมายของเด็ก บิดาผู้ว่าจ้างจึงฟ้องคดีต่อศาล เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ได้พิจารณากฎหมายครอบครัวของ Ohio ซึ่งได้รับ Uniform Parentage Act แล้ว เห็นเหมือนกับศาลในคดี Calvert และคดี Buzzanca ว่า การเป็นมารดาอาจพิสูจน์ได้จากทั้งการให้คลอดและวิธีอื่น เช่น การพิสูจน์สายพันธุ์ และตัดสินให้บิดามารดาผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นผู้มีสายพันธุ์ตรงกับเด็กเป็นบิดามารดาตามกฎหมายของเด็ก

2.7 ในรัฐ New Jersey ศาลสูงสุดของมลรัฐได้พิจารณา In re Baby M, 525 A. 2d 1128 (N.J. Super. Ch. Div. 1987) ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในประเทศสหรัฐอเมริกา คดีแรกในปี 1987 ข้อเท็จจริงแห่งคดีคล้ายกับคดี Moschetta โดยเป็นการที่สามีผู้ว่าจ้างนำเอาเชื้ออสุจิของตนผสมเทียมกับไข่ของหญิงผู้รับจ้างและให้หญิงนั้นตั้งครรภ์ ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อหญิงผู้รับจ้างต้องการมีสิทธิในเด็กที่ตนให้กำเนิด (และมีสายพันธุ์ของตน) ศาลสูงสุดของ New Jersey ตัดสินว่า (1) สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนขัดต่อกฎหมายห้ามการใช้เงินในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง (2) สัญญาดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (3) สิทธิให้กำเนิดมิได้ทำให้สามีและภรรยาผู้ว่าจ้างเป็นผู้มีสิทธิเลี้ยงดูเด็กแต่ผู้เดียว (4) อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของเด็ก (best interest of the child) แล้ว สมควรให้สามีภรรยาผู้ว่าจ้างเป็นผู้เลี้ยงดูเด็ก และ (5) หญิงผู้รับจ้างมีสิทธิเยี่ยมเยียนเด็ก

3. กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

กฎหมายประเทศออสเตรเลียเป็นไปตามที่ได้กล่าวไว้ในข้อสรุปคือไม่มีกฎหมายของรัฐบาลกลางและมีเพียง 5 มลรัฐที่ได้ออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือควบคุมการตั้งครรภ์แทน และกฎหมายต่าง ๆ มักกำหนดให้สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่มีผลใช้บังคับ โดยในที่นี้จะขอเสนอรายชื่อกฎหมายของรัฐต่าง ๆ และรายละเอียดโดยสังเขป

3.1 รัฐ Victoria (เมืองหลวงคือ Melbourne)

- Infertility (Medical procedures) Act 1984 กำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนทั้งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพาณิชย์ และที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น (Commercial and altruistic surrogacy) เป็นโมฆะและไม่มีผลใช้บังคับ และกำหนดให้การทำสัญญาเพื่อการพาณิชย์เป็นความผิดอาญา

- Status of Children (Amendment) Act 1984 กำหนดให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรตามกฎหมายของหญิงผู้รับจ้างที่ให้กำเนิดและสามีของหญิงนั้น

3.2 รัฐ Australian Capital Territory (มีอยู่เมืองเดียว คือ เมือง Canberra ซึ่งเป็นเมืองหลวงของประเทศออสเตรเลีย)

- Substitute Parent Agreement Act 1994 กำหนดให้สัญญาการเป็นผู้ปกครองแทนเป็นโมฆะและกำหนดให้สัญญาเพื่อการพาณิชย์เป็นความผิดอาญา อย่างไรก็ตามยังกำหนดให้สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นไม่อาจใช้บังคับได้ในศาล แต่ไม่เป็นความผิดอาญา ทำให้ทั้งสองกรณีเด็กที่คลอดเป็นบุตรตามกฎหมายของหญิงผู้รับจ้าง

3.3 รัฐ South Australia (เมืองหลวงคือ Adelaide)

- ตาม Family Relationship Act 1975 สัญญาเพื่อการพาณิชย์เป็นความผิดอาญา และเด็กที่คลอดถือเป็นบุตรตามกฎหมายของหญิงที่ให้กำเนิดและสามีของหญิงในกรณีที่มีการนำเชื้ออสุจิของชายอื่นผสมกับไข่ของหญิงผู้นั้น

3.4 รัฐ Queensland (อยู่ทางตะวันออกเฉียงเหนือ เมืองหลวงคือ Brisbane)

- Surrogate Parenthood Act 1988 กำหนดให้สัญญาทั้งสองประเภทเป็นโมฆะ

3.5 รัฐ Tasmania (เป็นเกาะทางตอนใต้มีเมืองหลวงคือ Hobart)

- Surrogacy Contracts Act 1993 ห้ามการรับหรือจ่ายเงินในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน และกำหนดให้บุตรที่คลอดเป็นบุตรตามกฎหมายของหญิงที่ให้กำเนิด

4. กฎหมายของประเทศอังกฤษ

กฎหมายของประเทศอังกฤษที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ได้แก่ Surrogacy Arrangements Act ที่ตราขึ้นในปี 1985 โดยมีมูลเหตุประการสำคัญจากกรณีศาลอังกฤษตัดสินให้คู่สามีภรรยาอเมริกันเป็นผู้มีสิทธิเลี้ยงดูเด็กที่สตรีชาวอังกฤษซึ่งรับจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ให้กำเนิด

กฎหมายดังกล่าวมีหลักการห้ามและกำหนดให้การทำสัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เป็นความผิดทางอาญา โดยในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้อง 7 ประเด็นคือ

- (1) ความเสี่ยงต่อผู้รับจ้างตั้งครรภ์ ที่ต้องตั้งท้องและอาจได้รับผลกระทบกระเทือนทางจิตใจในการยกเด็กที่ตนคลอดให้แก่ผู้อื่น
- (2) ความเสี่ยงต่อสามีภรรยาผู้ว่าจ้าง
- (3) ความเสี่ยงตัวเด็ก จากที่ต้องถูกแยกจากผู้ให้กำเนิด
- (4) การขายเด็กควรถูกห้าม เด็กไม่ควรเป็นวัตถุแห่งการซื้อขายและผลประโยชน์ของเด็กควรเป็นข้อพิจารณาประการแรก
- (5) ความเสี่ยงต่อสถาบันครอบครัว จากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมชาติ
- (6) ความเสี่ยงต่อศีลธรรมอันดีของสังคม การเน้นถึงจำนวนเงินที่จะได้รับทำให้คุณค่าความเป็นมนุษย์เสื่อมลง

(7) ความเห็นของประชาชนในทางลบต่อการตั้งครรภ์แทน

มีการวิจารณ์ว่ากฎหมายของอังกฤษฉบับนี้มีข้อด้อยอย่างน้อย 2 ประการ คือ

1. กฎหมายมิได้ห้ามการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ (non - commercial) แต่ไม่ได้กำหนดกระบวนการเพื่อคุ้มครองผู้ตั้งครรภ์แทนและผู้ว่าจ้าง

2. กฎหมายยังไม่ได้กล่าวถึงความสมบูรณ์ (Validity) และการมีผลบังคับใช้ (enforceability) ของสัญญาดังกล่าว ศาลจึงเป็นผู้วินิจฉัย หลักกฎหมายในเรื่องนี้เป็นที่รู้จักกันคือ mater est quam gestatio demonstrat (the mother is demonstrated by gestation) จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าในประเทศอังกฤษ การทำสัญญาตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เป็นความผิดอาญา และเด็กที่เกิดถือเป็นบุตรตามกฎหมายของผู้ให้คลอดเช่นเดียวกับสัญญาที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์ซึ่งจะตีความตามหลักกฎหมายครอบครัว แต่การทำสัญญาดังกล่าวจะไม่ใช่ความผิด

5. คำวินิจฉัยของกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3)

เรื่องที่น่ามาสู่การตีความของกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) เป็นเรื่อง gestational surrogacy กล่าวคือ เป็นการที่คู่สามีภรรยานำเชื้อของตนเอง (เช่น ในกรณีคดี Calvert ของรัฐ California) ไปฝังในหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์ อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้นคือสถานะการเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย (กรณีพิพาทคือพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2523) กรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) ได้วินิจฉัยโดยอาศัยกฎหมายครอบครัวว่าเด็กที่คลอดเป็นบุตรตามกฎหมายของหญิงรับจ้าง อันเป็นการวินิจฉัยตามประเด็นที่หน่วยงานประสงค์จะหารือ

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ยังมีประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องที่สมควรได้รับการพิจารณาซึ่งเป็นเรื่องผลกระทบทางสังคม ได้แก่ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (best interests of the child)² และความสมบูรณ์ของสัญญา (validity and enforceability) ซึ่งหากเปรียบเทียบข้อเท็จจริงกรณีนี้กับคดี Calvert แล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายครอบครัวของรัฐ California (ซึ่งอนุวัติตาม Uniform Parentage Act) เปิดโอกาสให้มีการพิสูจน์ความเป็นมารดาตามกฎหมายได้หลายวิธี แตกต่างจากกฎหมายครอบครัวของไทย

² ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่อาจถูกโต้แย้งได้ เนื่องจากประเทศไทยเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ซึ่งกำหนดหลักการในมาตรา 3 วรรคแรกว่า “ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะทำโดยสถาบันสังคม सरकारของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก” และบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ต่อไปนี้ด้วย ได้แก่

(1) มาตรา 7 วรรคแรก เด็กจะได้รับการจดทะเบียนทันทีหลังการเกิด และจะมีสิทธิที่จะมีชื่อ นับแต่เกิด และสิทธิที่จะได้สัญชาติ และเท่าที่จะเป็นไปได้ สิทธิที่จะรู้จักและได้รับการเลี้ยงดูจากบิดามารดาของตน

(2) มาตรา 8 วรรคแรก รัฐภาคีรับที่จะเคารพต่อสิทธิของเด็ก ในการรักษาเอกลักษณ์ของตนไว้ รวมถึงสัญชาติและความสัมพันธ์ทางครอบครัวของตนตามที่กฎหมายรับรอง โดยปราศจากการแทรกแซงที่มีขอบด้วยกฎหมาย

(3) มาตรา 9 วรรคแรก รัฐภาคีจะต้องดูแลว่าเด็กจะไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความประสงค์ของฝ่ายหนึ่งนอกจากในกรณีที่มีอำนาจได้ตัดสินใจว่าการแยกนั้นจำเป็น เพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของเด็ก โดยอาศัยบทบัญญัติและกระบวนการที่กฎหมายกำหนด โดยทั้งที่ศาลอาจมีคำสั่งให้บทวนการตัดสินใจได้ การตัดสินใจดังกล่าวอาจจะจำเป็นในบางกรณีเป็นพิเศษ เช่น ในกรณีที่เด็กถูกฉ้อโกงเลี้ยงดู หรือถูกทอดทิ้งละเลยจากบิดามารดา หรือในกรณีที่บิดามารดาแยกกันอยู่ และต้องมีการตัดสินใจว่าเด็กจะต้องไปอยู่กับฝ่ายใด

ปัญหาต่อไปที่จะเกิดขึ้นจากคำวินิจฉัย เช่น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะไม่ยอมจดทะเบียนในเอกสารมหาน ว่าเด็กเป็นบุตรตามกฎหมายของบิดามารดาผู้ว่าจ้าง ทั้งที่เป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกันกับเด็กดังเช่นที่เกิดขึ้นในคดี Moschetta โดยอ้างเหตุผลตามคำวินิจฉัย

6. ข้อสังเกตต่อการเสนอแก้ไขกฎหมาย

การตั้งข้อสังเกตให้มีการแก้ไขกฎหมายครอบครัวเพื่อกำหนดสถานะของบิดามารดาตามกฎหมายของเด็กที่เกิดจากสิทธิตั้งครรภ์แทนนั้น ยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าจะสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวไว้เป็นตัวอย่างต่อไปนี้ได้หมดหรือไม่

1) ปัญหาความสมบูรณ์ของสัญญาตั้งครรภ์แทน ซึ่งอาจแบ่งออกได้ 2 ประเภท คือ Traditional surrogacy ซึ่งเด็กจะมีความสัมพันธ์ทางสายพันธุ์กับผู้ตั้งครรภ์ และ Gestational surrogacy ซึ่งเด็กจะไม่มีความสัมพันธ์ทางสายพันธุ์กับผู้ตั้งครรภ์

2) ปัญหาความเป็นเจ้าของ (ownership) ของอสุจิและไข่กรณีมีการบริจาคหรือมีการเก็บรักษาไว้ในแหล่งเก็บ เช่น Sperm bank³

3) ปัญหาความเสี่ยงต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนในกรณีที่รัฐยังไม่มี การให้คำแนะนำที่ถูกต้องและเหมาะสม แต่ก็ปรากฏเป็นข้อเท็จจริงว่ามีการรับจ้างตั้งครรภ์แทน

4) ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางครอบครัวและทรัพย์สิน เช่น การรับมรดกและภาระหน้าที่การเลี้ยงดู

5) ปัญหาทางสังคมประการอื่นดังที่ปรากฏในคดีต่าง ๆ และในกรณีกฎหมายของประเทศอังกฤษที่ได้ยกไว้

ทางแก้ไขปัญหาก็ประเทศต่าง ๆ ได้ดำเนินการคือ การตั้งคณะกรรมการ เพื่อศึกษาปัญหาทางกฎหมาย ปัญหาทางสังคม และความคิดเห็นสาธารณะต่อการตั้งครรภ์แทน นอกจากนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกาเอง ขณะนี้ก็มีความพยายามในการเสนอกฎหมายมาตรฐานเกี่ยวกับเทคโนโลยีการผสมเทียมแล้ว (Model Assisted Reproductive Technologies Act) โดยมีข้อที่น่าสังเกตว่าร่างกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนมีผลใช้บังคับและเด็กที่เกิดจะถือเป็นบุตรตามกฎหมายของบิดามารดาผู้ว่าจ้าง ทั้งนี้ หากได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด

และโดยที่ปัจจุบันมีองค์กรในรูปคณะกรรมการที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายหรือการพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างเป็นระบบอยู่แล้ว คือ

³ มีคดีศาลรัฐ Louisiana ว่าใครเป็นผู้มีสิทธิในเชื้ออสุจิที่ผู้ทำพันธกรรมฝากเก็บไว้ที่ sperm bank ระหว่างหญิงผู้รับพันธกรรมหรือกองมรดก หากหญิงผู้รับพันธกรรมมีสิทธิก็จะนำเชื้อดังกล่าวผสมกับไข่ของตนเพื่อให้กำเนิดบุตรที่มีสายพันธุ์ของผู้ทำพันธกรรมต่อไป ศาลกำหนดประเด็นเพียงว่าเจตนาของผู้ทำพันธกรรมสมบูรณ์หรือไม่ (Hall v. Fertility Institute of New Orleans, 647 So. 2d 1348 (La App. 4 Cir. 1994)) ขณะนี้ยังมิได้ตรวจสอบผลที่สุดแห่งคดี

คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย⁴ ซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิจากทั้งมหาวิทยาลัยและหน่วยงานของรัฐและเอกชน จึงควรให้คณะกรรมการพัฒนากฎหมายรับผิดชอบในการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวเพื่อเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมต่อไป

⁴ จัดตั้งขึ้นตามความในหมวด 2 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2534 โดยบทบัญญัติที่สำคัญได้แก่มาตรา 17 ทวิ และมาตรา 17 ครี ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 17 ทวิ ให้มีคณะกรรมการเรียกว่า “คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย” ประกอบด้วยกรรมการร่างกฎหมายตามมาตรา 11 และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจากมหาวิทยาลัย หรือหน่วยงานของรัฐหรือเอกชน ซึ่งประธานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นผู้แต่งตั้ง มีจำนวนไม่น้อยกว่าเก้าคน แต่ไม่เกินสิบห้าคน เป็นกรรมการพัฒนากฎหมาย ในจำนวนนี้ให้มีกรรมการร่างกฎหมายเป็นประธาน และกรรมการร่างกฎหมายอื่นไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง และให้เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นกรรมการพัฒนากฎหมายโดยตำแหน่ง ให้คณะกรรมการพัฒนากฎหมายมีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้

ให้เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาแต่งตั้งข้าราชการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นเลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการ

ในกรณีที่เห็นสมควร ประธานกรรมการกฤษฎีกาจะแต่งตั้งคณะกรรมการพัฒนากฎหมายตามสาขาวิชากฎหมายก็ได้

ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดแห่งมาตรา 12 มาใช้บังคับแก่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิโดยอนุโลม

มาตรา 17 ครี ให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีหน้าที่ศึกษาพิจารณาตรวจสอบบรรดากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ถ้าเห็นว่ากฎหมายฉบับใดหรือเรื่องใดมีบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในร่างกาย ทรัพย์สิน หรือการประกอบอาชีพของประชาชนโดยไม่สมควรหรือก่อให้เกิดภาวะแก่การประกอบอาชีพหรือธุรกิจของบุคคลโดยไม่จำเป็น หรือไม่สอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลหรือการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม การเมือง หรือการบริหารราชการ หรือเห็นว่าประเทศไทยควรมีกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น หรือเพื่อประโยชน์แก่การพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม การเมือง หรือการบริหารราชการ ให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมายเพื่อจัดทำแผนงานหรือโครงการพัฒนากฎหมายต่อไป โดยระบุขอบเขตของงาน ขั้นตอน และวิธีการดำเนินการ ตลอดจนงบประมาณสำหรับดำเนินการและในกรณีที่มีความจำเป็นต้องมีงบประมาณเพิ่มเติม ให้นำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติต่อไป ความในวรรคนี้ไม่ใช้บังคับแก่การตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของกระทรวง ทบวง กรม ซึ่งคณะรัฐมนตรีส่งให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา

การเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย ถ้าได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการพัฒนากฎหมายตามสาขาวิชากฎหมาย ให้เสนอต่อคณะกรรมการตามสาขาวิชากฎหมาย