

ความเป็นพ่อแม่และเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (อุ้มบุญ) จาก AB Wilkinson and KM Norrie: The Law Relating to Parent & Child in Scotland (SULI) 3rd Ed (2013)

Kenneth McKenzie Norrie, LLB, Dip.LP, PhD, FRSE

แปลโดยนางสาวอัมภัสสา ดิษฐอำนาจ*

ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทนเป็นการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับชีวิตผู้หญิงคนหนึ่งที่มีความตั้งใจที่จะให้กำเนิดบุตรของตน โดยมีเจตนาที่จะมอบบุตรที่ถือกำเนิดมานั้นให้แก่บุคคลอื่นให้เป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูอย่างบุตรของเขาเอง ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับหญิงที่ "รับตั้งครรภ์แทน" ที่ตั้งครรภ์โดยการปฏิสนธิจากไข่ของเธอเองหรือผ่านการฝังไข่ที่ปฏิสนธิแล้วของหญิงอื่นในร่างกายของตน ตามกฎหมายจารีตประเพณี ข้อตกลงที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์มอบลูกของเธอให้ผู้อื่นจะไม่ถือเป็นความผิดทางอาญาแต่ข้อตกลงดังกล่าวก็ไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย เคยมีกรณีที่เกิดขึ้นในอังกฤษที่ข้อตกลงในการมอบเด็กให้บุคคลอื่นจะไม่มีผลบังคับเมื่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเปลี่ยนใจ^๑ และเกือบจะแน่นอนว่า หากข้อตกลงดังกล่าวได้มีการดำเนินการไป ก็ไม่มีกฎหมายรองรับ ด้วยผลที่ว่าหญิงผู้ให้กำเนิดยังคงมีสถานะเป็น “มารดา” ตามกฎหมาย^๒ ในสกอตแลนด์ที่การอุปถัมภ์เด็กมีประวัติศาสตร์ยาวนานกว่าในอังกฤษมาก กฎหมายจารีตก็มีผลเช่นเดียวกับของอังกฤษแม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวอาจได้รับการยอมรับทางกฎหมายว่า เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอาจได้รับผลตราบเท่าที่ไม่ล่วงล้ำ

*เลขานุการแผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลฎีกา

^๑ ดู *Humphrys v Polak* [1901] 2 K.B. 385; *A v C* (1978) 8 Fam.Law 170; (1984) 14 Fam. Law 241; [1985] F.L.R. 445.

^๒ ใน *Humphrys v Polak* [1901] 2 K.B. 385, วินิจฉัยว่า ผู้ที่เป็นมารดา ไม่สามารถสละอำนาจปกครองเพราะอำนาจปกครองมีขึ้นเพื่อให้ผู้เป็นมารดาสามารถทำหน้าที่เลี้ยงดูบุตรได้

หน้าที่รับผิดชอบของผู้ปกครองหรือสิทธิของผู้ปกครอง^๓ ตามกฎหมายจะไม่มีคำสั่งศาลให้ส่งมอบเด็ก หากการส่งมอบเด็กจะทำให้เป็นอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพของเด็กหรือศีลธรรม^๔ และคำถามดังกล่าวต้องพิจารณาบนฐานของสวัสดิภาพเด็กเป็นสำคัญยิ่งและแม้ในข้อตกลงจะไม่มี การขอหรือปฏิเสธการส่งมอบเด็ก ข้อตกลงนั้นก็ไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์แบบพ่อแม่-ลูกที่สมบูรณ์ ตัวอย่างเช่น สิทธิในการรับมรดก ซึ่งแทบ จะไม่ทำลายความสัมพันธ์ระหว่างพ่อแม่และลูกที่มีอยู่เดิม จนกระทั่งมี Human Fertilization and Embryology Act 1990 การรับบุตรบุญธรรมเป็นเพียงวิธีเดียวที่ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ เช่นนี้ อย่างไรก็ตาม แนวทางปฏิบัติของการตั้งครรภ์แทนได้เติบโตขึ้นและองค์กรต่างๆ ได้จัดตั้งขึ้นในช่วงปี ๑๙๘๐ เพื่อสนับสนุนผู้ที่เกี่ยวข้องและบางครั้งก็ได้กำไรจากการดำเนินการ คณะกรรมการ Warnock พิจารณาแล้วว่าปัญหานี้อยู่ในเขตอำนาจของคณะกรรมการ แต่ไม่สามารถมีมติเป็นเอกฉันท์เกี่ยวกับ มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อแนะนำรัฐสภาได้ เสียงส่วนใหญ่ต้องการทำให้การจัดตั้งหรือการ ดำเนินงานของหน่วยงานที่ดำเนินการเรื่องอัมบุญเป็นความผิดทางอาญา ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อแสวงหาผล กำไรหรือไม่ก็ตาม^๕ ในขณะที่เสียงส่วนน้อยเห็นโอกาสของรัฐในการควบคุมการตั้งครรภ์แทน^๖ เนื่องมาจาก แรงกดดันของสังคมในประเด็นนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังจาก "Baby Cotton Case" หรือ Re C (A Minor)^๗ รัฐบาลรู้สึกว่าจะไม่สามารถให้เวลาสำหรับการปรึกษาหารือและการพิจารณาในเรื่องอื่นๆ ที่ยกมาในรายงาน ของคณะกรรมการ Warnock และหลังจากรายงานนั้นได้รับการตีพิมพ์ไม่นาน ก็มีการเสนอร่าง

^๓ ดู Kerrigan v Hall (1901) 4 F.10; Macpherson v Leishman (1887) 14 R 780, ซึ่งลอร์ดอิงลิส (Lord President Inglis) รู้สึกเสียใจที่ข้อตกลงถูกระงับสิ้นไป (พิจารณาบนฐานสวัสดิภาพของเด็ก)

^๔ Sutherland v Taylor (1887) 15 R 224; Mackenzie v Keilor (1982) 19 R" 963; Campbell v Croall (1895) 22 R. 869.

^๕ Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, Cmnd. 9314 (1984), para.8.18.

^๖ Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, Expression of Dissent "A".

^๗ [1985] F.L.R. 846

พระราชบัญญัติ Surrogacy Arrangements Act 1985 ผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากรัฐสภา โดยกฎหมายกำหนดให้ การกระทำใด ๆ ที่ออกแบบมาเพื่อจัดให้มีการตั้งครรภ์แทน^๘ ถ้าการจัดการนั้นทำขึ้นในเชิงพาณิชย์ การกระทำนั้นถือเป็นความผิดทางอาญา หมายถึง ถ้าเงินหรือสิ่งตอบแทนถูกส่งผ่านบุคคลหรือองค์กรที่ดำเนินการจะมีความผิดในความผิดนี้ได้^๙ การโฆษณาที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนก็เป็นความผิดทางอาญาด้วย^{๑๐} ต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติปี ๑๙๘๕ โดย Human Fertilisation and Embryology Act 2008 ยกเว้นความรับผิดขององค์กรที่ไม่แสวงหาผลกำไร^{๑๑}

พระราชบัญญัติปี ๑๙๘๕ มีการบังคับใช้อย่างจำกัด จัดทำขึ้นเพื่อกีดกันหน่วยงานที่ดำเนินการเพื่อผลกำไรโดยการจับคู่คู่สามีภรรยาที่มีบุตรยากและสตรีที่เต็มใจทำหน้าที่เป็นแม่อุ้มบุญ ทำให้กลายเป็นว่า เพียงการทำข้อตกลงตั้งครรภ์แทนจะไม่ถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญา การให้เงินหรือสินน้ำใจแก่หญิง หรือเพื่อประโยชน์ในการตั้งครรภ์เด็ก ก็หาได้เป็นความผิดไม่^{๑๒} คู่สามีภรรยาที่มีบุตรยากและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเองก็ได้กระทำความผิดใด ๆ หากพวกเขาทำข้อตกลงส่วนตัว แม้จะให้ค่าตอบแทนบ้างก็ตาม^{๑๓} ปัญหาการบังคับใช้สัญญาการตั้งครรภ์แทนเป็นปัญหาที่ถูกหลีกเลี่ยงโดยเจตนา ตามที่มาตรา ๑ (๙) ซึ่งผ่านครั้งแรกในปี ๑๙๘๕ กำหนดไว้อย่างไม่มีสภาพบังคับว่า การกระทำเป็นความผิด "ไม่ว่าข้อตกลงนั้นจะถูกบังคับใช้หรือไม่" พระราชบัญญัติ Human Fertilisation and Embryology 1990

^๘ จำกัดความในมาตรา ๑ (๒) และ (๓) ในการข้องเกี่ยวกับ แม่อุ้มบุญ (Surrogate mother) ซึ่งหมายความว่า “หญิง ซึ่งตั้งท้องเด็กตามที่ได้มีการทำข้อตกลง (a) ที่ทำขึ้นก่อนหญิงนั้นจะตั้งครรภ์ และ (b) มีความตระหนักรู้ว่าสิทธิความเป็นผู้ปกครองของเด็กที่ตนตั้งท้องนั้นจะถูกโอนไปยังบุคคลอื่น”

^๙ Surrogacy Arrangement Act 1985, ss.1(8) and 2(3).

^{๑๐} Surrogacy Arrangement Act 1985, s.3.

^{๑๑} Human Fertilisation and Embryology Act 2008, s.59

^{๑๒} per Lord President Hope in *C v S*, 1996 S.L.T. 1387 at 1390D.

^{๑๓} s.2(3) กำหนดว่า ค่าตอบแทนแก่หรือเพื่อประโยชน์ในการตั้งครรภ์แทนหรือจะตั้งครรภ์แทน ไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อห้าม

ยกเลิกคำเหล่านี้^{๑๔} และเพิ่มมาตรา 1A ใหม่ลงในพระราชบัญญัติปี ๑๙๘๕ ว่า "ไม่มีการจัดการการตั้งครรภ์แทนใดที่บังคับใช้ได้หรือใช้บังคับต่อบุคคลที่ทำสัญญานั้นได้"^{๑๕} ดังนั้น กลายเป็นว่า กฎหมายไม่ได้ห้ามการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน และเมื่อเกิดขึ้นแล้ว ก็สามารถนำไปสู่การโอนสถานภาพการเป็นบิดามารดา แต่ถ้าต่อมาฝ่ายที่ตกลงทำสัญญากันเห็นต่างกันไปว่าในเรื่องใด (เช่น มารดาผู้ให้กำเนิดไม่ยินยอมส่งมอบบุตร^{๑๖} หรือคู่สามีภรรยาที่ว่าจ้างปฏิเสธที่จะรับเด็กไว้ หรือหญิงที่ตั้งครรภ์แทนขอทำแท้ง หรือคู่สามีภรรยาที่ว่าจ้างขอเงินค่าชดเชยใด ๆ ที่จ่ายไป) ข้อตกลงตั้งครรภ์แทนที่ทำไว้นั้นจะไม่มีผลบังคับในทางกฎหมายและไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างคู่สัญญา นับตั้งแต่พระราชบัญญัติปี ๑๙๙๐ มีผลเป็นกฎหมาย การตั้งครรภ์แทนก็เพิ่มมากขึ้น และเสียงวิพากษ์วิจารณ์ในสังคมแม้ว่าจะลดน้อยลงแต่ก็ไม่ได้หายไปเลย ในปี พ.ศ. ๒๕๔๐ รัฐบาลอังกฤษได้รับรายงานจากคณะกรรมการภายใต้การนำของศาสตราจารย์มาร์กาเรต บราเซียร์ (Margaret Brazier) และรายงานดังกล่าวได้รับการตีพิมพ์ในปี พ.ศ. ๒๕๔๑^{๑๗} มีการนำข้อเสนอแนะบางส่วนไปใช้ในการแก้ไข Human Fertilisation and Embryology Act 1990 โดย Human Fertilisation and Embryology Act 2008^{๑๘}

คำสั่งตั้งผู้ปกครองจากข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน

พระราชบัญญัติปี ๑๙๘๕ ไม่ได้กล่าวถึงสถานะทางกฎหมายของเด็กและการตั้งครรภ์แทน และไม่มีผลต่อการเป็นบิดามารดาตามกฎหมายของเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทน อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่ Human

^{๑๔} Human Fertilisation and Embryology Act 2008, s.36(2)(b)

^{๑๕} Human Fertilisation and Embryology Act 2008, s.36(1)

^{๑๖} As in *A v C*, [1985] F.L.R. 445 and in *Re P (Minors) (Wardship: Surrogacy)* [1987] 2 F.L.R. 421.

^{๑๗} Surrogacy: Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation: Report of the Review Team ("The Brazier Report"). 1998 Cm. 4068

^{๑๘} ดู *Horsley and Sheldon, Still Hazy After All These Years: The Law Regulating Surrogacy* (2012) 20 Med.L.R.48.

Fertilisation and Embryology Act 1990 มีผลบังคับใช้^{๑๙} ศาลมีอำนาจสั่งให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้รับการปฏิบัติทางกฎหมายในฐานะบุตรของคู่สามีภรรยาที่จัดให้มีการตั้งครรภ์แทน^{๒๐} คำสั่งดังกล่าว (ไม่มีผลเท่าใดนัก) รู้จักกันว่า เป็น "คำสั่งตั้งเป็นผู้ปกครอง" ซึ่งอาจปรับใช้ได้ตามมาตรา ๕๕ ของ Human Fertilisation and Embryology Act 2008 ซึ่งแทนที่และขยายความบทบัญญัติก่อนหน้านี้

ผลของคำสั่ง

ผลของคำสั่งตั้งเป็นผู้ปกครองตามมาตรา ๕๕ คือ คู่สมรสที่ยื่นคำร้องขอต้องปฏิบัติต่อเด็กเสมือนเป็นบุตรตามกฎหมาย^{๒๑} ซึ่งหมายความว่าเด็กที่อยู่ในบังคับของคำสั่งดังกล่าวจะต้องได้รับการปฏิบัติตามกฎหมายตั้งแต่วันที่มิคำสั่ง (ก) เสมือนว่าเขาได้เกิดมาเป็นบุตรของผู้ได้รับคำสั่ง และ (ข) เสมือนว่าเขาไม่ใช่บุตรของบุคคลอื่น นอกจากเป็นบุตรของบุคคลที่ได้รับคำสั่ง^{๒๒} สิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองเกี่ยวกับเด็กตกเป็นของผู้ยื่นคำร้อง^{๒๓} เว้นแต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับช่วงเวลาใดก่อนมีคำสั่ง^{๒๔} และผลของคำสั่งทำให้ความรับผิดชอบ สิทธิ หน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นอันระงับไป

(ก) ความรับผิดชอบของผู้ปกครองและสิทธิของผู้ปกครองที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่เป็นของบุคคลอื่นก่อนที่ศาลจะมีคำสั่ง

^{๑๙} s.30(1). มาตรานี้ถูกเพิ่มเข้าไปในพระราชบัญญัติปี ๑๙๙๐ ในช่วงการพิจารณาท้าย ๆ เพื่อการค้นคว้าเพิ่มเติมดูที่ Hogg, "Surrogacy-Nobody's Child" [1991] Fam. Law 276; Douglas and Lowe, "Becoming a Parent in English Law" (1992) 108 L.Q.R.414; Blyth, "Section 30-The Acceptable Face of Surrogacy" (1993) J.Soc. Wel. And Fam. L. 248; Wallbank, "Too Many Mothers? Surrogacy, Kinship and the Welfare of the Child" (2002) Med.L.R.271.

^{๒๐} อาจดูภาพรวมของกฎหมาย ณ ขณะนั้นได้ที่ *Bridoy v St Helens and Knowsley Area Health Authority* [2002] Q.B. 856, esp. Hale L.J.

^{๒๑} Human Fertilisation and Embryology Act 2008, s.54(1).

^{๒๒} Adoption and Children (Scotland) Act 2007, s.40, as applied to parental orders by the Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010 (SI 2010/985).

^{๒๓} Adoption and Children (Scotland) Act 2007, s.28, as so applied.

^{๒๔} Adoption and Children (Scotland) Act 2007, s.35, as so applied.

(ข) หน้าที่ใด ๆ ที่เด็กค้างชำระ ก่อนที่ศาลจะมีคำสั่ง (i) ให้จ่ายหรือให้ค่าเลี้ยงดูในส่วนที่เกี่ยวข้องกับระยะเวลาใด ๆ ที่เกิดขึ้นหลังจากศาลมีคำสั่ง และ (ii) การชำระเงินที่เกิดขึ้นจากความรับผิดชอบของผู้ปกครองและสิทธิของผู้ปกครองในช่วงเวลาที่เกิดขึ้นหลังจากศาลมีคำสั่ง^{๒๕}

อย่างไรก็ตาม คำสั่งไม่ได้ระงับหน้าที่ใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากพินัยกรรมหรือข้อตกลงที่ก่อให้เกิดทรัสต์หรือที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าหน้าที่จะไม่ถูกระงับโดยคำสั่งตั้งผู้ปกครอง^{๒๖} คำสั่งตั้งผู้ปกครองอาจมีข้อกำหนดและเงื่อนไขตามที่ศาลเห็นสมควร^{๒๗}

(มีต่อ)

แผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลฎีกา

พฤศจิกายน ๒๕๖๕

^{๒๕} Adoption and Children (Scotland) Act 2007, s.35, as so applied.

^{๒๖} Adoption and Children (Scotland) Act 2007, s.35, as so applied.

^{๒๗} Adoption and Children (Scotland) Act 2007, s.28(3), as so applied.