

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*

ผลของคำสั่ง (ต่อ)

เด็กที่มีคำสั่งตั้งผู้ปกครองจะถูกกำหนดความสัมพันธ์ที่ต้องห้ามตามกฎหมายเกี่ยวกับการแต่งงานหรือคุณสมบัติของบุคคลที่จะจดทะเบียนเป็นคู่สมรสด้วย เนื่องจากความกังวลในการประพฤติดิตประเวณีระหว่างพี่น้อง (Incest) เสมือนหนึ่งว่า (ก) เป็นบุตรของผู้ได้รับคำสั่ง และ (ข) เป็นบุตรของบุคคลอื่นใด ก่อนที่จะมีคำสั่งตั้งผู้ปกครอง^๑ ถ้อยคำนี้ไม่ได้สะท้อนการจำกัดเหมือนกฎเกณฑ์ที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรม ด้วยการแก้ไขกฎหมายการแต่งงานและการร่วมประเวณีระหว่างพี่น้องและการขยายกฎหมายหุ้นส่วนชีวิต (Civil Partnership) เด็กจะถูกเลี้ยงดูโดยห้ามมีการแต่งงานและการเป็นหุ้นส่วนชีวิตและการดิตประเวณีระหว่างพี่น้องเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการเป็นบิดามารดาบุญธรรมและดูเหมือนว่าไม่มีคนอื่นอีก อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติต่อเด็กที่ศาลมีคำสั่งตั้งผู้ปกครองเสมือนว่าเป็นบุตรของคู่สมรสหรือคู่ที่เป็นหุ้นส่วนชีวิต แต่ไม่ได้มีข้อจำกัดกับคู่สามีภรรยาหรือคู่หุ้นส่วนชีวิต แสดงให้เห็นว่าเขาหรือเธอจะได้รับการปฏิบัติต่อความสัมพันธ์ที่สืบเนื่องมาจากคู่ของตนจากการแต่งงานหรือการเป็นหุ้นส่วนชีวิตเอง หากสิ่งนี้ถูกต้อง ในขณะที่บุตรบุญธรรมอาจแต่งงานกับบุตรตามกรรมพันธุ์ของพ่อแม่บุญธรรมได้ เด็กที่มี

* เลขานุการแผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลฎีกา

^๑ Adoption and Children (Scotland) Act 2007, s.41, as so applied. Th

คำสั่งตั้งผู้ปกครองจะไม่สามารถทำได้ ความแตกต่างนี้ อาจทำความเข้าใจได้โดยอาศัยพื้นฐานที่ว่าแท้จริงแล้วเด็กที่มีคำสั่งตั้งผู้ปกครองก็เป็นลูกทางพันธุกรรมของคู่สามีภรรยาอย่างน้อยหนึ่งคู่ที่ยื่นคำร้องและได้รับคำสั่งดังกล่าว ดังนั้น ข้อห้ามในวงกว้างจึงเหมาะสม

ดังนั้น ผลของคำสั่งตั้งผู้ปกครองแทบจะเหมือนกับผลของคำสั่งรับบุตรบุญธรรม และเนื่องจากเป็นคำสั่งที่ส่งผลกระทบต่อสถานะของบุคคล ซึ่งความแน่นอนและความชัดเจนเป็นสิ่งสำคัญ คำสั่งตั้งผู้ปกครองจึงไม่อาจเพิกถอนได้ง่ายๆ เว้นแต่ในกรณีที่สามารถเพิกถอนคำสั่งรับบุตรบุญธรรมได้ใน $G \vee G^2$ 170 ผู้ร้องที่ได้รับคำสั่งตั้งผู้ปกครองแล้วภายหลังแยกกันอยู่กับคู่สมรส และฝั่งสามีประสงค์ที่จะให้มีการเพิกถอนคำสั่งตั้งผู้ปกครอง ด้วยเหตุที่กระบวนการพิจารณาไม่เป็นไปตามปกติและที่ถูกรรยาหลอกลวงในระหว่างยื่นคำร้อง ข้อกล่าวหาก็คือว่าตัวภรรยาตั้งใจที่จะแยกจากสามีอยู่แล้วและตั้งใจที่จะเลี้ยงดูลูกเพียงลำพังมาโดยตลอด และได้กระทำการเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายที่มีแต่คู่สมรสเท่านั้นที่สามารถยื่นคำร้องขอตั้งผู้ปกครองได้โดยไม่คำนึงถึงกระบวนการที่ผิดปกติและ “ความเป็นไปได้ที่สมเหตุสมผล” ที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะไม่ยินยอมให้มีคำสั่งตั้งผู้ปกครอง หากเธอรู้อยู่แล้วว่าคู่สามีภรรยาเป็นครอบครัวที่ไม่มั่นคง ศาลปฏิเสธที่จะเพิกถอนคำสั่งตั้งผู้ปกครอง การพิจารณาสำคัญ (แต่ไม่ใช่เพียงอย่างเดียว) ของศาล คือ ผลของการเพิกถอนคำสั่งจะเป็นการเพิกถอนความเป็นแม่ของหญิงที่เป็นผู้เลี้ยงดูเด็ก ซึ่งไม่เป็นการส่งเสริมสวัสดิภาพของเด็กแต่อย่างใด^๓

เงื่อนไขในการออกคำสั่งตั้งผู้ปกครอง

^๒ [2012] EWHC 1979, [2013] 1 F.L.R.286: see comment by *Bridge at (2012) 42 Fam. Law. 1209.*

^๓ เป็นที่น่าสนใจและไม่ปรากฏบ่อยนักว่า ผู้พิพากษาหวังว่าคำพิพากษาของเขาจะถูกอุทธรณ์เพื่อให้ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยถึงประเด็น considerable importance อีกครั้งหนึ่ง

พระราชบัญญัติ Human Fertilisation and Embryology Act 2008 กำหนดเงื่อนไขจำนวนหนึ่ง ซึ่งแต่ละเงื่อนไขต้องมีขึ้นก่อนที่จะมีคำสั่งตั้งผู้ปกครอง

(๑) การยื่นคำร้องต้องทำโดยคนสองคนร่วมกัน และผู้ยื่นคำร้องจะต้องเป็น (i) สามีและภรรยา หรือ (ii) หุ่นส่วนชีวิตของกันและกัน หรือ (iii) อาศัยอยู่เป็นคู่ในครอบครัวที่มีความสัมพันธ์แน่นแฟ้น และไม่เข้าข่ายยกเว้นความสัมพันธ์ที่ต้องห้าม^๔ ประเภท (iii) สะท้อนถึงการกำหนด "คู่" ที่สามารถขอรับบุตรบุญธรรมภายใต้กฎหมายของอังกฤษได้^๕ แต่แตกต่างจากรูปแบบที่เทียบเคียงได้ของ "คู่" ในกฎหมายของสกอตแลนด์^๖ ซึ่งกำหนดให้ทั้งคู่ต้องอยู่ด้วยกันเสมือนเป็นสามีภริยาหรือเสมือนเป็นหุ่นส่วนชีวิต คำว่า "คู่" ในวลี "คู่ในความเป็นครอบครัวที่มีความสัมพันธ์แน่นแฟ้น" แทบจะตัดขาดความสัมพันธ์ในครอบครัว นอกเหนือจาก การสมรส ลักษณะของการสมรสก็ได้ถูกระบุไว้ในพระราชบัญญัติ แต่อาจแปลได้ว่าการสมรสนั้นจะต้องดำรงอยู่ในขณะที่มีคำสั่ง (และมีอยู่ในเวลาที่ยื่นคำร้องขอด้วย) ซึ่งอาจหมายถึง การแต่งงานที่ผิดหรือการแต่งงานที่เป็นโมฆะก็ได้^๗ ซึ่งมีความเป็นไปได้เมื่อเปรียบเทียบกับ การรับบุตรบุญธรรม^๘ ที่ว่า หากการสมรสหรือการเป็นคู่ชีวิตได้รับการพิสูจน์ว่าไม่มีผล หลังจากการออกคำสั่งตั้งผู้ปกครอง คำสั่งตั้งผู้ปกครองนั้นยังคงมีผลบังคับ ในทำนองเดียวกัน หากต่อมาพบว่าผู้ยื่นคำร้องขอทั้งสองไม่ได้อาศัยอยู่เป็นคู่ในความสัมพันธ์แบบครอบครัวที่แน่นแฟ้น และบางทีแม้ต่อมาพบว่าพวกเขา

^๔ Human Fertilisation and Embryology Act 2008, s.54(2). สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับคู่รักเพศเดียวกันที่ไม่ได้เป็นคู่ชีวิต, ดู *Z v C (Parental Order: Domicile)* [2011] EWHC 3181. และใน *Re D (Minors) (Surrogacy)* [2012] EWHC 2631, [2013] 1 All E.R.962 คู่รักเพศเดียวกันที่สมรสในประเทศเบลเยียมได้รับการปฏิบัติเหมือนเป็นคู่ชีวิต

^๕ Adoption and Children Act 2002, s.144(4)

^๖ Adoption and Children (Scotland) Act 2007, s.29(3)(c) and (d).

^๗ ประเด็นนี้จะไม่เกิดขึ้นกับกรณีคู่ชีวิต เนื่องจากไม่มีแนวคิดของการตกเป็นโมฆะหรือกรณีที่ผิดปกติของการเป็นคู่ชีวิต

^๘ ดู *Re F (Infants) (Adoption Order: Validity)* [1977] 2 All E.R. 777.

อยู่ในระดับความสัมพันธ์ที่ต้องห้ามจะไม่ทำให้คำสั่งตั้งผู้ปกครองเป็นโมฆะหากมีการทำคำสั่งขึ้น
อย่างถูกต้อง แม้ว่าการยื่นคำร้องจะต้องทำโดยคนสองคนตามประเภทที่ระบุไว้ข้างต้น แต่ก็ถือได้ว่าคำสั่งนั้น
สามารถมีขึ้นแม้ผู้ยื่นคำร้องขอจะเหลือเพียงคนเดียวได้ เช่น ถ้าอีกคนเสียชีวิตหลังจากการยื่นคำร้องขอ^๙
A v P 178 อย่างไรก็ตาม สำหรับกรณีของคู่สามีภรรยาที่หย่าร้างหรือแยกทางกันหลังจากยื่นคำร้องและ
มีเพียงฝ่ายเดียวที่ประสงค์จะดำเนินการกับคำร้องขอ น่าจะต้องปรับใช้เหตุผลคนละอย่าง สำหรับนโยบาย
ของพระราชบัญญัตินี้คือเพื่อให้แน่ใจว่าเด็กจะมีผู้ปกครองสองคน คือ มีทั้งพ่อและแม่ และ *A v P* น่าจะจำกัด
อยู่ที่ข้อเท็จจริงในคดีเท่านั้น อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวทำให้เกิดความไม่สอดคล้องกับกฎหมาย
การรับบุตรบุญธรรม

(๒) เด็กจะต้องอยู่ในครรภ์ของหญิงซึ่งไม่ใช่ผู้ยื่นคำร้องขออันเป็นผลมาจากการวางตัวอ่อน
หรือสเปิร์มและไข่หรือการผสมเทียม^{๑๐} และต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์ของผู้ยื่นคำร้องขออย่างน้อยหนึ่งคน
เพื่อสร้างตัวอ่อน^{๑๑} (กล่าวคือ ผู้ยื่นคำร้องขออย่างน้อยหนึ่งคนจะต้องเป็นพ่อแม่ทางพันธุกรรม^{๑๒})

(๓) ต้องมีการยื่นคำร้องขอภายในหกเดือนนับแต่วันที่เด็กเกิด^{๑๓} หรือภายในหกเดือนนับแต่วันที่
พระราชบัญญัติปี ๒๐๐๘ มีผลใช้บังคับ ในกรณีของเด็กที่เกิดก่อนที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับกับ

^๙ *A v P* [2011] EWHC 1738 (Fam).

^{๑๐} Human Fertilisation and Embryology Act 2008, s.54(1)(a) มาตรานี้ใช้บังคับ ไม่ว่าผู้หญิงจะอยู่ในสหราชอาณาจักรหรือที่อื่น ๆ
ในเวลาที่มีการใส่ตัวอ่อนหรือสเปิร์มและไข่หรือการผสมเทียมในตัวเธอ: s.54(10).

^{๑๑} s.54(1)(b).

^{๑๒} ไม่เพียงพอที่ผู้ยื่นคำร้องขอคนใดคนหนึ่งจะอ้างสิทธิความเป็นบิดามารดาด้วยวิธีอื่น เช่น การยื่นคำร้องขอของข้อสันนิษฐานความเป็นบิดา
มารดา (cf. *Re Q (Parental Order)* [1996] 1 F.L.R. 369). S.54(1)(b) บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าต้องมีความเกี่ยวพันทางพันธุกรรม

^{๑๓} s.54(3).

คู่สมรส ที่ไม่มีสิทธิยื่นคำร้องขอที่เทียบเท่าคำสั่งภายใต้พระราชบัญญัติ Human Fertilisation and Embryology Act 1990^{๑๔}

(๔) ทั้งในเวลาที่ยื่นคำร้องและในเวลาที่ศาลมีคำสั่ง เด็กจะต้องมีที่อยู่อาศัยอยู่กับผู้ยื่นคำร้องขอ^{๑๕} และผู้ยื่นคำร้องขอคนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองจะต้องมีภูมิลำเนาในสหราชอาณาจักรหรือในช่อง หมู่เกาะ (Channel Islands) หรือไอล์ออฟแมน (Isle of Man)^{๑๖} ในระหว่างพิจารณาคำร้องขอ บุคคลใดก็ไม่อาจนำเด็กออกจากการดูแลของผู้ยื่นคำร้องขอได้ เว้นแต่ ผู้ยื่นคำร้องขอทั้งคู่ยินยอม ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้นำเด็กแยกออกไปได้ เด็กถูกจับกุม หรือการแยกออกได้รับอนุญาตโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติอื่นของกฎหมาย^{๑๗}

(๕) ผู้ยื่นคำร้องขอทั้งสองต้องมีอายุครบ ๑๘ ปี บริบูรณ์ในเวลาที่ศาลมีคำสั่งตั้งเป็นผู้ปกครอง^{๑๘} โดยต้องยื่นคำร้องภายในหกเดือนนับตั้งแต่เด็กเกิด (ดูด้านบน) และเมื่อได้รับคำร้องขอแล้วเป็นอำนาจของศาล ที่จะเลื่อนการมีคำสั่งตั้งเป็นผู้ปกครองไปจนกว่าผู้ยื่นคำร้องขอจะมีอายุครบ ๑๘ ปีบริบูรณ์

^{๑๔} s.54(11). ส่วนนี้ของพระราชบัญญัติปี ๒๐๐๘ มีผลใช้บังคับวันที่ ๖ เมษายน ๒๕๕๓ ภายใต้พระราชบัญญัติปี ๑๙๙๐ มีเพียงคู่สมรสเท่านั้นที่สามารถยื่นคำร้องขอคำสั่งตั้งผู้ปกครองตามมาตรา ๓๐ ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

^{๑๕} s. 54(4)(a)

^{๑๖} s. 54(4)(b) ศาลยกคำร้องขอเนื่องจากผู้ยื่นคำร้องขอไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile) [2008] 1 F.L.R. 1047*. มีการพิจารณาถึงภูมิลำเนาและศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องขอ ใน *A and B n SA [2013] EWHC 426 (Fam)*.

^{๑๗} Adoption and Children (Scotland) Act 2007, s.22, ตามที่ได้ปรับใช้กับคำสั่งตั้งผู้ปกครองโดย Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010 (SI 2010/985), reg.4 and Sch.3. หากเด็กถูกพรากไปจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติ ศาลอาจสั่งให้ผู้พรากเด็กไป คืนเด็กแก่ผู้ยื่นคำร้องขอ: s.24(1), as similarly applied.

^{๑๘} Human Fertilisation and Embryology Act 2008, s.54(5)

(๖) ศาลต้องไต่สวนจนเป็นที่พอใจว่าทั้งหญิงที่อุ้มบุญเด็ก และชายหรือหญิงคนใดที่เป็นบิดามารดาของเด็กแต่ไม่ใช่ผู้ยื่นคำร้องขอ (รวมถึงบุคคลที่ยื่นคำร้องที่จะเป็นบิดา หรือผู้ปกครอง ตามบทบัญญัติอื่น ๆ ของพระราชบัญญัติปี ๒๐๐๘^{๑๙}) ได้เข้าใจอย่างอิสระและอย่างถ่องแท้ถึงสิ่งที่เข้าไปเกี่ยวข้องและยินยอมโดยไม่มีเงื่อนไขในการที่ศาลจะมีคำสั่งตั้งผู้ปกครอง^{๒๐} ความยากลำบากในทางปฏิบัติอาจเกิดขึ้นในการระบุว่าใครคือบุคคลที่เหมาะสมที่จะทำการตกลงในฐานะบิดา แต่ตามหลักการแล้ว ความเป็นพ่อถูกกำหนดด้วยวิธีปกติว่า ถ้าแม่อุ้มบุญแต่งงานแล้ว จะถือว่าผู้เป็นสามีของหญิงนั้นเป็นพ่อ และจะถือว่าเป็นพ่อที่จำเป็นต้องให้ความตกลงด้วย^{๒๑} แม้ว่าเขาจะไม่ใช่ว่าทางพันธุกรรมก็ตาม ตราบใดที่ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า เขาจะรับความยินยอมในการที่ให้ภรรยาของเขาตั้งครรภ์ ในทำนองเดียวกัน คู่ชีวิตของแม่อุ้มบุญจะได้รับการปฏิบัติเสมือนเป็นผู้ปกครองซึ่งจำเป็นต้องให้ความยินยอม เช่นเดียวกับบุคคลที่ได้รับการปฏิบัติเหมือนบิดาหรือผู้ปกครองภายใต้พระราชบัญญัติปี ๒๐๐๘ นอกเหนือจากการแต่งงานหรือการเป็นคู่ชีวิต ความเป็นบิดาและความเป็นผู้ปกครอง เพื่อวัตถุประสงค์ในการให้ความยินยอมตามคำสั่งตั้งผู้ปกครองตามพระราชบัญญัติปี ๒๐๐๘ จะถูกกำหนดโดยกฎเกณฑ์ภายใน รวมทั้งกฎเกณฑ์ในพระราชบัญญัติปี ๒๐๐๘ แทนที่จะเป็นกฎเกณฑ์ของบิดาสมมุติหรือกฎเกณฑ์ตามกฎหมายของลูกของผู้ปกครอง^{๒๒} มักจะเกิดขึ้นว่าผู้ยื่นคำร้องคนหนึ่งเป็นผู้ปกครองตามกฎหมายของเด็ก และในกรณีนี้ ความยินยอมของผู้ปกครองในการมีคำสั่งตั้งผู้ปกครองย่อมเป็นไปโดยปริยายในขณะยื่นคำร้องและไม่จำเป็นต้องแสดงอีก ในบางกรณี (เช่น เมื่อสามีของแม่อุ้มบุญ

^{๑๙} ดู *Re Q (Parental Order) [1996] 1 F.L.R.369*.

^{๒๐} s.54(6).

^{๒๑} *Re Q (Parental Order) [1996] 1 F.L.R. 369*, per Johnson J. at 372D.

^{๒๒} *Re X and anor (Children) (Parental Order: Foreign Surrogacy) [2009] Fam.71*.

ไม่ยินยอมให้ตั้งครรภ์ หรือมีการใช้สุจิที่บริจาคมาผสมเทียมกับหญิงซึ่งไม่มีสามี) เด็กจะมีผู้ปกครองเพียงคนเดียว คือ แม่ ซึ่งในกรณีนี้ ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมอื่นใดอีก ในการมีคำสั่งตามมาตรา ๕๔^{๒๓} ความยินยอมเป็นสิ่งจำเป็น โดยมีข้อยกเว้นอยู่สองประการ คือ (ก) เมื่อไม่สามารถหาตัวผู้ที่จะให้ความยินยอมได้หรือบุคคลนั้นไม่สามารถให้ความยินยอมได้^{๒๔} และ (ข) ความยินยอมของผู้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะไม่มีผล หากให้ไว้ก่อนครบหกสัปดาห์นับจากคลอดบุตร^{๒๕} เป็นที่น่าสังเกตว่า ไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจศาลโดยไม่ต้องคำนึงถึงความยินยอมของผู้ปกครอง^{๒๖} ดังนั้น การไม่ให้ความยินยอมของสามีแม่อุ้มบุญใน *Re G (การตั้งครรภ์แทน: ภูมิลำเนาในต่างประเทศ)*^{๒๗} หมายความว่า ศาลก็ไม่อาจมีคำสั่งตั้งผู้ปกครองได้

(มีต่อ)

แผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลฎีกา

ธันวาคม ๒๕๖๕

^{๒๓} *Re Q (Parental Order)* [1996] 1 F.L.R. 369.

^{๒๔} *Re D (Minors) (Surrogacy)* [2013] 1 All E.R. 962.

^{๒๕} s.54(7).

^{๒๖} *G v G* [2012] EWHC 1979, [2013] 1 F.L.R. 286.

^{๒๗} [2008] 1 F.L.R. 1047.