

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*

คำตอบแทนและการอนุญาต (ต่อ)

นโยบายของรัฐในการมีกฎหมายอุ้มบุญ คือ รัฐต้องการห้ามไม่ให้เกิดการสร้างความสัมพันธ์
ระหว่างบิดามารดาและบุตรในเชิงพาณิชย์ และผลจากนโยบายนั้นไม่เฉพาะ Surrogacy Arrangements
Act 1985 เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการห้ามไม่ให้ศาลมีคำสั่งตั้งผู้ปกครองในกรณีที่ไม่เป็นที่พอใจว่า ไม่มีเงินหรือ
ผลประโยชน์อื่นใด (นอกเหนือจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นตามสมควร) ให้หรือรับโดยผู้ยื่นคำร้องคนใดคนหนึ่ง
สำหรับหรือในการพิจารณา (ก) มีคำสั่ง (ข) ความยินยอมที่กำหนดโดยพระราชบัญญัติ (ค) การมอบตัวเด็ก
ให้แก่ผู้ยื่นคำร้อง หรือ (ง) การดำเนินการใด ๆ เพื่อประโยชน์ในการมีคำสั่ง^๑ อย่างไรก็ตาม (i) อาจมี
ค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลแม้จะเกินไปบ้าง เพื่อสวัสดิภาพของเด็กที่มีการขอคำสั่งตั้งผู้ปกครอง (ii) ที่แทบจะ
ไม่มีเส้นแบ่งที่ชัดเจนระหว่าง "ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นอย่างสมเหตุสมผล" กับ ค่าตอบแทนทางการค้าสำหรับ
บริการที่ให้^๒ จึงเป็นการเปิดช่องทางให้มีคำสั่งได้ กฎเหล่านี้มีความคล้ายคลึงกับกฎหมายห้ามการจ่ายเงินที่มี
อยู่ในกฎหมายการรับบุตรบุญธรรม อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าเหตุผลในการจ่ายเงินที่ฝ่าฝืนกฎหมาย

* เลขานุการแผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลฎีกา

^๑ มาตรา ๕๔ (๘) แห่งพระราชบัญญัติ Human Fertilisation and Embryology ปี ๒๐๐๘

^๒ มาตรา ๕๔ (๘) แห่งพระราชบัญญัติ Human Fertilisation and Embryology ปี ๒๐๐๘

การรับบุตรบุญธรรม เพียงเหตุเดียวไม่ได้ทำให้ฝ่าฝืนกฎหมายการตั้งครรภ์แทนด้วย และในทางกลับกัน เช่นกัน การจ่ายเงินเพื่อให้มีการรับบุตรบุญธรรมไม่ใช่การจ่ายเงินเพื่อเกิดการตั้งครรภ์แทน ดังนั้น จึงเป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องระบุแรงจูงใจในการจ่ายเงิน^๓ ค่าใช้จ่ายที่ "เกิดขึ้นอย่างสมเหตุสมผล" ไม่เป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา ๕๔ ของ Human Fertilisation and Embryology Act 2008^๔ ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากศาล และเมื่อจำเป็น การอนุญาตสามารถให้ย้อนหลังได้ และในลักษณะของกรณีนี้ จะเป็นลำดับปกติของสิ่งต่าง ๆ^๕ ใน *Re Q* (คำสั่งตั้งผู้ปกครอง)^๖ การจ่ายเงินจำนวน ๘,๒๘๐ ปอนด์ ได้รับอนุญาตโดยเป็นเงิน ๕,๐๐๐ ปอนด์ สำหรับแม่ผู้บุญที่สูญเสียโอกาสในการทำงาน ใน *C v S*^๗ การจ่ายเงินจำนวน ๘,๐๐๐ ปอนด์จะได้รับอนุญาต (หากคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งตั้งผู้ปกครอง) เนื่องจากการไม่ปรากฏความไม่สุจริตของฝ่ายต่าง ๆ และใน *Re C* (การตั้งครรภ์แทน: ค่าตอบแทน)^๘ การจ่ายเงิน ๑๒,๐๐๐ ปอนด์ได้รับอนุญาตเนื่องจากความสุจริตใจของคู่สามีภรรยาที่ว่าจ้าง ในการพิจารณาว่า การอนุญาตให้จ่ายเงินที่ฝ่าฝืนข้อห้ามสวัสดิภาพของเด็กและผลกระทบที่คำสั่งจะมีต่อเด็กนั้นเป็นปัจจัยที่เกี่ยวข้องกันและหากไม่มี

^๓ *C v S*, 1996 S.L.T. 1387. ดู Lord President Hope at 1396A-B. คดีนี้เกี่ยวข้องกับหลักความได้สัดส่วนในมาตรา ๓๐ แห่ง the Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

^๔ ใน *Re an Adoption Application (Surrogacy)* [1987] 2 All E.R. 826 ศาลพิพากษาว่าการจ่ายเงินซึ่งไม่ครอบคลุมถึงค่าใช้จ่ายหรือรายได้ที่ขาดหายไปของแม่ผู้บุญ ไม่เป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามของกฎหมายรับบุตรบุญธรรม.

^๕ *Re an Adoption Application (Surrogacy)*, above; *Re MW (Adoption: Surrogacy)* [1995] 2 F.L.R. 789; *Re Q (Parental Order)* [1996] 1 F.L.R. 369; *Re C (Surrogacy: Payments)* [2002] 1 F.L.R. 909; *Re X and anor (Children) (Parental Order: Foreign Surrogacy)* [2009] Fam. 71; *Re S (Parental Order)* [2010] 1 F.L.R. 1156; *A v P* [2011] EWHC 1738 (Fam); *Re D (Minors) (Surrogacy)* [2013] 1 All E.R. 962.

^๖ [1996] 1 F.L.R. 369.

^๗ 1996 S.L.T. 1387.

^๘ [2002] 1 F.L.R. 909.

การจูงใจพยายามเลี่ยงกฎหมาย โดยปกติแล้วศาลจะมีคำสั่งตั้งผู้ปกครองเพื่อประโยชน์ของเด็ก^๙ การอนุญาตในประเด็นนี้ได้รับการพิจารณาโดย Hedley J ใน *Re X และ anor (Children)* (คำสั่งตั้งผู้ปกครอง : การตั้งกรรมแทนของต่างประเทศ)^{๑๐} ที่มีการจ่ายเงินรายเดือนให้กับหญิงยูเครนในระหว่างการตั้งกรรมและเงินก้อน ๒๕,๐๐๐ ยูโรที่ให้กับเธอเพื่อแลกกับความยินยอมเป็นเอกสารประกอบการยื่นคำร้องขอคำสั่งตั้งผู้ปกครอง การจ่ายเงินนี้ขัดต่อกฎหมายของสหราชอาณาจักรอย่างชัดเจน แต่สามารถกระทำได้อย่างถูกกฎหมายในยูเครน Hedley J. กล่าวว่า :

“ในประเด็นเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ กรณีที่มีผลบังคับใช้ (และฉันเห็นพ้องด้วย) ว่าศาลตั้งคำถามไว้สามข้อ : (๑) จำนวนเงินที่จ่ายไปไม่สมส่วนกับค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลหรือไม่ (๒) ผู้ยื่นคำร้องกระทำการโดยสุจริตและปราศจาก “มลทินทางศีลธรรม” ในการติดต่อกับแม่อุ้มบุญหรือไม่ (๓) ผู้ยื่นคำร้องเป็นฝ่ายพยายามที่จะหลอกลวงเจ้าหน้าที่หรือไม่”^{๑๑}

เขาเห็นว่าจำนวนเงินที่จ่ายในคดีนี้ไม่ได้ไม่สมส่วนกับ “ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นอย่างสมเหตุสมผล” จนไม่สามารถยอมรับคำสั่งตั้งผู้ปกครองได้ขนาดนั้น หากพิจารณาจากนโยบายสาธารณะ^{๑๒} นอกจากนี้ เขายังถืออีกว่าผู้ยื่นคำร้องได้กระทำการโดยสุจริตต่อแม่อุ้มบุญ เขาระบุว่าผลอาจแตกต่างออกไปหากพวกเขาพยายามใช้ประโยชน์จากเธอหรือถ้าเธออยู่ในสภาวะเปราะบาง และแม้ว่าการจ่ายเงินให้หญิง

^๙ Lord Weir in *C v S*, above, at 1399 ได้กล่าวอย่างระมัดระวังถึงสวัสดิภาพของเด็กว่า ไม่ควรถูกใช้จนทำให้นโยบายสาธารณะเสียไป เขาพิจารณาเป็นพิเศษถึงนโยบายในการป้องปรามการค้ามนุษย์ ข้อสังเกตในทำนองเดียวกันได้กล่าวถึงโดย Baker J. in *Re D (Minors) (Surrogacy)*, above.

^{๑๐} [2009] Fam. 71. See also *Re I.J. (A Child) (Foreign Surrogacy Agreement: Parental Order)* [2011] EWHC 921; *Re C (A Child) (Parental Order: Foreign Surrogacy)* [2011] EWHC 3146.

^{๑๑} [2009] Fam. 71 at [21].

^{๑๒} [2009] Fam. 71 at [22]. See also *A and B v SA* [2013] EWHC 426 (Fam).

ยูเครนในยูเครนมีขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการห้ามจ่ายเงินในสหราชอาณาจักร แต่ Hedley J. ไม่ได้พิจารณาว่านี่เป็นการพยายามหลอกลวงเจ้าหน้าที่ การจ่ายเงินภายในสหราชอาณาจักร โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากทำอย่างลับๆ ก็น่าจะเป็นไปได้มากที่จะไม่ได้รับอนุญาตจากศาลอังกฤษ Hedley J. ยังให้ความสำคัญกับสวัสดิภาพของเด็กที่เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย^{๑๓} แนวทางเดียวกันนี้ถูกนำมาใช้ใน *Re X (Children)* (คำสั่งตั้งผู้ปกครอง : การอนุญาตย้อนหลังของการจ่ายเงิน)^{๑๔} ซึ่งเป็นที่ยอมรับว่า องค์ประกอบของกำไรนอกเหนือจากค่าใช้จ่ายรวมอยู่ในการจ่ายเงินสำหรับการอุ้มบุญ อย่างไรก็ตาม จะเป็นการผิดที่จะสรุปว่าสวัสดิภาพของเด็กในทุกกรณีจะแสดงให้เห็นถึงความชอบธรรมในการมีคำสั่งตั้งผู้ปกครอง แม้ว่าจะมีการจ่ายเงินที่ผิดกฎหมายก็ตาม (เรื่องที่ไม่ได้กล่าวถึงในมาตรา ๕๔ แม้ว่าจะเกี่ยวข้องอย่างชัดเจนในการพิจารณาคุณสมบัติคำร้องตามมาตรา ๑๔ ของ Adoption and Children (Scotland) Act 2007) นโยบายของมาตรา ๕๔ คือ กีดกันการจ่ายเงินนอกเหนือจากค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล กีดกันการที่ผู้หญิงสมัครใจตั้งครรภ์เพื่อรับรางวัลทางการเงิน หากไม่มีคำสั่งตั้งผู้ปกครองใน *Re X* และ *anor* เด็ก ๆ จะถูกทิ้งให้ทั้งไร้ผู้ปกครองและไร้สัญชาติ^{๑๕} และคำสั่งตั้งผู้ปกครองเป็นวิธีเดียวที่จะแก้ไขปัญหานั้นได้ แต่หากเป็นสถานการณ์ภายในประเทศ ศาลอาจมีคำสั่งอื่นให้กับผู้ยื่นคำร้องได้ เช่น คำสั่งถิ่นที่อยู่ ภายใต้มาตรา ๑๑ แห่ง The Children (Scotland) Act 1995 หากไม่มีความเสียหายที่ร้ายแรงต่อเด็กศาลจะมีคำสั่งถิ่นที่อยู่แทน

^{๑๓} The same judge revisited the matter in *Re L (A Child) (Parental Order: Foreign Surrogacy)* [2011] 2 W.L.R. 1006 where he authorized a payment made in terms of an agreement entered into, and given effect to, in Illinois, USA, where such payments are lawful.

^{๑๔} [2012] 1 F.L.R. 1347.

^{๑๕} Without the order, UK law would regard the surrogate and her husband as the children's parents, but Ukrainian law (the law of the domicile of the surrogate and her husband, and the place where the children were) would regard the commissioning couple as the parents and had registered them as such. See also *Re D (Minors) (Surrogacy)* [2013] 1 All E.R. 962.

คำสั่งตั้งผู้ปกครอง การใช้ตัวเลือกลี้หนีแทนการอนุญาตการจ่ายเงินที่ผิดกฎหมายอาจทำให้นโยบายที่ขัดแย้งกัน
ของมาตรา ๕๔ สอดคล้องกันได้ดีขึ้น

การมีคำสั่งตั้งผู้ปกครอง

คำว่า "อาจ" ที่ใช้ในมาตรา ๕๔ ซึ่งระบุว่า การมีคำสั่งอนุญาตเป็นดุลพินิจของศาล เช่นเดียวกับกรณีที่มีการรับบุตรบุญธรรม ในการพิจารณามีคำสั่งเกี่ยวกับคำร้องขอคำสั่งตั้งผู้ปกครอง ศาลต้อง (i) คำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งหมดของคดี (ii) คำนึงถึงความจำเป็นในการปกป้องและส่งเสริมสวัสดิภาพของเด็ก ตลอดชีวิตของเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญยิ่ง และ (iii) เท่าที่ทำได้โดยสมเหตุสมผล คำนึงถึงคุณค่าของหน่วย ครอบครัวที่มั่นคงในการพัฒนาเด็ก มุมมองที่แน่วแน่ของเด็กเกี่ยวกับการตัดสินใจ (คำนึงถึงอายุและวุฒิภาวะ ของเด็ก) การโน้มน้าวใจทางศาสนา เชื้อชาติ ภูมิหลังทางวัฒนธรรมและภาษา และผลกระทบที่น่าจะเกิดกับ เด็กตลอดชีวิตของเด็กในการมีคำสั่งปกครอง^{๑๖} ศาลอาจไม่พิจารณาคำร้องขอสำหรับคำสั่งตั้งผู้ปกครองใน กรณีที่มีการยื่นคำร้องขอ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กคนเดียวกันโดยบุคคลคนเดียวกันซึ่งถูกปฏิเสธโดยศาลใด ๆ เว้นแต่ (a) ในการปฏิเสธคำขอก่อนหน้าที่ศาลสั่งว่าไม่ควรใช้กฎหมายนี้หรือ (b) ปรากฏต่อศาลว่า พฤติการณ์ได้ เปลี่ยนแปลงไปหรือปรากฏเหตุผลอื่นจึงสมควรจะรับพิจารณาคำร้องขอ^{๑๗}

หากคำขอตามมาตรา ๕๔ ไม่สามารถทำได้ เนื่องจากไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขใด ๆ ศาลยังคงเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีสิทธิ (หรือแม้แต่หนึ่งในนั้น) ร้องขอคำสั่งกำหนดถิ่นที่อยู่หรือคำสั่งให้ติดต่อ

^{๑๖} Adoption and Children (Scotland) Act 2007, มาตรา ๑๔, ปรับใช้คำสั่งตั้งผู้ปกครองโดย the Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010 (SI 2010/985), reg.4 and Sch.3.

^{๑๗} Adoption and Children (Scotland) Act 2007, มาตรา ๓๓, ปรับใช้คำสั่งตั้งผู้ปกครองโดย the Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010 (SI 2010/985), reg.4.

โดยศาลจะพิจารณาสวัสดิภาพเด็กเป็นหลักสำคัญ^{๑๘} อีกทางหนึ่ง คู่สมรสอาจหาทางที่จะรับเด็กไปเป็นบุตรบุญธรรม เมื่อไม่สามารถปฏิบัติตามเกณฑ์คำสั่งตั้งผู้ปกครองได้ ซึ่งไม่กีดกันการรับบุตรบุญธรรม ตัวอย่างเช่น หากการยินยอมของมารดาถูกระงับ คำสั่งตั้งผู้ปกครองไม่สามารถมีได้ แต่การขอคำสั่งรับบุตรบุญธรรมแทนจะเป็นการเปิดทางให้ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง^{๑๙}

แผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลฎีกา

มกราคม ๒๕๖๖

^{๑๘} ดู Re C (A Minor) [1985] F.L.R. 846 (พิจารณาก่อนมีคำสั่งตั้งผู้ปกครองตามพระราชบัญญัติปี ๑๙๙๐) ซึ่งคู่สามีภรรยาได้รับคำสั่งดูแลและควบคุมเด็กและได้รับอนุญาตให้นำเด็กออกจากเขตอำนาจ, และใน Re H (A Minor) [1993] Fam. Law 205 ซึ่งศาลมีคำสั่งอนุมัติให้นำไปกับคู่สามีภรรยา (ศาลไม่อาจมีคำสั่งตั้งผู้ปกครองในขณะนั้นได้ เนื่องจากทั้งคู่เป็นผู้หญิง).

^{๑๙} ดู Re MW (Adoption: Surrogacy) [1995] 2 F.L.R. 789; C v S , 1996 S.L.T. 1387.