

## อุ้มบุญ – อุ้มบาป

พ.ร.บ.คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ๒๕๕๘

นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์\*

### ความเป็นมา

เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายแก่ครอบครัวที่ประสงค์จะมีบุตรด้วยเทคโนโลยีดังกล่าว อย่างน้อย 2 รายที่ปรากฏเป็นข้อขัดข้องทางกฎหมาย กล่าวคือ สามีภรรยาคนหนึ่งเป็นข้าราชการ มีบุตรยากจึงไปให้แพทย์ช่วยโดยใช้เทคโนโลยีช่วยให้ตั้งครรภ์และมีบุตรได้ โดยใช้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน แพทย์ได้ใช้วิธีเก็บไข่จากภรรยาและน้ำอสุจิจากสามี เอามาผสมกันในภาชนะนอกร่างกายจนได้ตัวอ่อนเกิดขึ้น แล้วแพทย์ได้ย้ายตัวอ่อนเข้าไปในมดลูกของหญิงอีกคนหนึ่ง เมื่อตัวอ่อนเจริญเติบโตจนถึงกำหนดคลอด เจ้าของไข่และอสุจิซึ่งเป็นสามีและภรรยากันก็รับเด็กไปเลี้ยง ต่อมาเด็กป่วยสามีภรรยาที่เลี้ยงเด็กอยู่นั้นก็ทำเรื่องขอรับค่ารักษาพยาบาลจากทางราชการ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าฝ่ายมารดาไม่ได้เป็นผู้คลอดเพราะไม่เคยตั้งครรภ์ กรมบัญชีกลางจึงส่งเรื่องหรือคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า หญิงซึ่งเป็นเจ้าของไข่แต่มิได้เป็นผู้ตั้งครรภ์หาอาจอ้างว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ของทารกนั้นไม่ (คณะ 3 เรื่องเสร็จที่ 100/2543) และต่อมารกรมบัญชีกลางจึงมีหนังสือเวียนไปยังส่วนราชการต่างๆ แจ้งว่า กรณีให้ผู้อื่นรับตั้งครรภ์เพื่อให้กำเนิดบุตรนั้น บุตรที่คลอดโดยผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสิทธิเบิกค่ารักษาพยาบาลของข้าราชการได้ เพราะถือว่ามีได้เป็นมารดา (บิดา) ตามกฎหมาย

รายที่ 2 หญิงไปคลอดบุตรแฝด 3 คน โดยมีข้อเท็จจริงว่าแพทย์ได้ใช้อสุจิและไข่ของสามีภรรยาคนหนึ่งทำการผสมภายนอกในร่างกายจนเกิดตัวอ่อนขึ้น แล้วฉีดตัวอ่อนเข้าไปในมดลูกของหญิงที่คลอดนั้นตามใบรับรองแพทย์ของสถานพยาบาลที่ผสมให้เกิดตัวอ่อนขึ้น กรุงเทพมหานครและสำนักทะเบียนกลางกระทรวงมหาดไทยเห็นว่า ควรจะลงชื่อหญิงและสามีเจ้าของไข่และอสุจิเป็นมารดาและบิดาเด็กทั้ง 3 และได้ให้กรมการปกครองมีหนังสือหารือทางปฏิบัติมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการกฤษฎีกาคณะที่ 1 วินิจฉัยว่าหญิงที่คลอดยอมเป็นมารดาของทารกแฝดและสามีของหญิงต้องเป็นบิดาเด็ก แม้สามีของหญิงที่คลอดจะปฏิเสธความเป็นบิดาเด็กแฝดดังกล่าวต้องไปดำเนินการทางศาลต่อไป (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 209/2550) ซึ่งสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาคณะที่ 3

---

\* ศาสตราจารย์เกียรติคุณ ภาควิชานิติเวชศาสตร์ คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล มหาวิทยาลัยมหิดล

ต่อมาผู้เขียนและศาสตราจารย์กิตติคุณ ประมวล วิรุฒมเสน จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้รับแต่งตั้งเป็นคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับเด็กให้เป็นไปตามมาตรฐานของรัฐธรรมนูญและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งมีอาจารย์สายสุรี จุติกุล เป็นประธาน คณะอนุกรรมการชุดนี้ได้รับการแต่งตั้งจากนายกรัฐมนตรีในฐานะประธานกรรมการส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ เมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน 2552\* (สุदारักษ์ เสรีวัฒน์ 2557: 12-31)

คณะอนุกรรมการฯ ได้ปรารภกันว่า ปัจจุบันประชาชนผู้มีบุตรยากได้ใช้บริการทางการแพทย์ ด้านการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์กันเป็นจำนวนมาก และปีหนึ่งๆ ก็คงมีเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีดังกล่าวจำนวนมิใช่น้อย (แต่ไม่เป็นที่เปิดเผยและไม่มีการทำสถิติไว้ที่ใด) สมควรจะมีกฎหมายสักฉบับหนึ่งออกมารับรองฐานะของเด็กเหล่านั้น ให้เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของพันธุ์กรรมที่แท้จริงของเด็ก ดังนั้นคณะอนุกรรมการจึงตัดสินใจที่จะทำการร่างกฎหมายดังกล่าวขึ้น โดยใช้ชื่อว่า ร่าง พ.ร.บ.คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ....

ในระยะเวลาใกล้เคียงกันนั้นฝ่ายพัฒนากฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้ให้ทุนวิจัยแก่ รศ. ดร.จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ ให้ทำการวิจัยในหัวข้อวิจัยว่า “การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรถ์แทน” เมื่อวิจัยเสร็จ ดร.จักรกฤษณ์ ก็ไปต่างประเทศ ต่อมาคุณนนทน อินทนนท์ หนึ่งในคณะของดร.จักรกฤษณ์ มีความประสงค์จะวิจัยโดยจัดทำเป็นร่างกฎหมายขึ้นโดยใช้ชื่อว่า “ร่างพระราชบัญญัติการรับตั้งครรถ์แทน พ.ศ. ....” เมื่อมีการจัดทำร่างกฎหมายดังกล่าวเสร็จก็นำเข้าสู่การทำประชาพิจารณ์ เมื่อวันที่ 10 มกราคม พ.ศ.2550 ที่ห้องประชุมชั้น 13 อาคารศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ร่างฉบับดังกล่าวเน้นเฉพาะการควบคุมการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อการตั้งครรถ์แทนเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์

ผลของการเสวนาในครั้งนั้น ผู้เข้าร่วมสัมมนาให้ข้อคิดเห็นการไขปรับปรุงร่างในหลายประเด็น และบางท่านจึงขอให้ชะลอการเสนอร่างกฎหมายไว้ก่อน

สำหรับการทำงานของคณะอนุกรรมการชุดนี้ได้กำหนดนิยามคำว่า “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” ไว้ว่า “หมายความว่ากรรมวิธีใดๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำตัวสุจิและไข่ ออกจากร่างกายมนุษย์เพื่อให้เกิดการตั้งครรถ์โดยไม่เป็นไปโดยธรรมชาติรวมทั้งการผสมเทียม”

“การผสมเทียม” หมายความว่า “การนำอสุจิเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง เพื่อให้หญิงตั้งครรถ์โดยไม่มีการร่วมประเวณี”

ผู้เขียนจำได้ว่า คุณหมอประมวลฯ ซึ่งเป็นผู้ชำนาญทางด้านนี้ได้ทักท้วงว่า ในทางวิชาการการผสมเทียมไม่ควรถือว่าเป็นเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพราะมิใช่เป็นวิธีการที่ซับซ้อนอะไร คนไม่ใช่หมอก็อาจทำได้ แต่ผู้เขียนเห็นว่าหมอได้ใช้วิธีผสมเทียมแก่ผู้มีบุตรยากมาเป็นเวลานาน

---

\* อนุกรรมการชุดนี้ได้รับการแต่งตั้งต่อกันมาตั้งแต่ พ.ศ.2538 แล้วในชื่ออื่น โดยทั่วไปเรียกกันว่า “กลุ่มมาเจ็สติก” เพราะประชุมกันที่โรงแรมมาเจ็สติก ระหว่าง 17.00 – 20.30 น. ภายใต้การอุปถัมภ์ขององค์การ UNICEF ประชุมติดต่อกันมาจนกระทั่งโรงแรมได้เลิกกิจการไป จึงได้ย้ายไปประชุมกันที่สำนักงานส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ (ส.ย.ช.) ปัจจุบันเปลี่ยนชื่อเป็นกรมกิจการเด็กและเยาวชน

หลายสิบปี (ตั้งแต่ผู้เขียนเป็นนักเรียนแพทย์) และมีเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมเป็นจำนวนมาก ปัจจุบันก็อาจยังมีคนใช้วิธีนี้อยู่ การจะคุ้มครองเด็กที่เกิดมาโดยวิธีดังกล่าวน่าจะรวมวิธีนี้อยู่ด้วย เพราะการผสมเทียมให้กับคนโสดก็ดี ให้กับหญิงที่สามีไม่ทราบก็ดี หรือสามีไม่ยินยอมก็ดี มีผลกระทบต่อชีวิตเด็กที่จะเกิดมาในครอบครัวดังกล่าวทั้งสิ้นจึงจำเป็นต้องรวมการผสมเทียมเข้าไว้ใน “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” ด้วย

ในเรื่องของการตั้งครรรภ์แทน คณะอนุกรรมการพิจารณากันว่า เมื่อเรามีเจตนาจะให้กฎหมายรับรองความเป็นบิดามารดาแก่บุตรที่จะเกิดมาโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ความหมายของการตั้งครรรภ์แทนก็ควรจะบัญญัติให้เป็นไปตามที่เราต้องการทางหลักวิชาโดยเคร่งครัด ดังนี้

“การตั้งครรรภ์แทน” หมายความว่า “การตั้งครรรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนมีข้อตกลงไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรรภ์ว่าจะให้ทารกในครรรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

เมื่อการร่างกฎหมายดำเนินไปจนเสร็จสิ้นก็มีการทำประชาพิจารณ์หลายครั้ง ก็มีการปรับปรุงกันหลายจุด จนสุดท้ายก็เสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์เสนอขอรับหลักการจากคณะรัฐมนตรีและได้รับอนุมัติหลักการเมื่อ 30 ตุลาคม 2550 แล้วส่งให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาจนแล้วเสร็จเมื่อ พ.ศ.2553 (เรื่องเสร็จที่ 167/2553) ต่อมามีการยุบสภาฯ ร่างกฎหมายฉบับนี้จึงตกไป

ต่อมามีกรณีที่เจ้าหน้าที่พบหญิงต่างชาติหลายคนถูกนายหน้านำมาให้เป็นผู้รับจ้างตั้งครรรภ์ บางคนกำลังตั้งครรรภ์อยู่ และถูกกักตัวไว้ในที่แห่งหนึ่งและสื่อมวลชนรายงานข่าว บางคนคลอดลูกออกมาแล้ว ผู้ว่าจ้างไปปรับเด็กออกจากสถานพยาบาลแล้วนำตัวไปต่างประเทศ ปัญหาของเจ้าหน้าที่ในการดำเนินคดีกับผู้เกี่ยวข้องก็ยังไม่ชัดเจนว่าจะใช้กฎหมายฉบับใดกันแน่

จากกรณีสุดท้ายนี้เอง กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์จึงนำร่างกฎหมายที่ตกไปเข้าพิจารณาในคณะรัฐมนตรีอีกครั้งในช่วงที่มีรัฐบาลของ คสช. และคณะรัฐมนตรีรับหลักการให้คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาอีกรอบหนึ่ง และในที่สุดสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ผ่านร่างกฎหมายฉบับนี้และประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับ 1 พฤษภาคม 2558 เล่ม 132 ตอนที่ 38 ก. หน้า 1-12 โดยมีพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรีเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ และ พ.ร.บ.ฉบับนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2558 เป็นต้นมา (90 วันนับจากประกาศในราชกิจจานุเบกษา)

### สาระสำคัญของกฎหมาย

ก. นิยามศัพท์ : ส่วนใหญ่เป็นไปตามที่ยกร่างครั้งแรกโดยเฉพาะคำว่า

**การตั้งครรรภ์แทน** หมายความว่า การตั้งครรรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรรภ์ว่าจะให้ทารกในครรรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

ตามนิยามศัพท์ข้างต้น บทบัญญัติในมาตรา 21 ได้บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันดังนี้

มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทน อย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่อไปนี้

(1) สามีสละภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่อาจตั้งครุฑได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครุฑแทน ต้องมีสัญชาติไทยในกรณีที่สามีสละภริยาได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

(2) หญิงตั้งครุฑแทน ต้องมิใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามี หรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย (1)

(3) หญิงที่รับตั้งครุฑแทน ต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายให้หญิงอื่นรับตั้งครุฑแทนได้ ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

(4) หญิงที่รับตั้งครุฑแทน ต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กันฉันสามีภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย

มาตรา 22 การดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทน ตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้สองวิธีดังต่อไปนี้

(1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครุฑแทน

(2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครุฑแทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครุฑแทน

(ทั้งนี้ก็เพื่อให้ทารกที่เกิดมาไม่มีพันธุกรรมจากหญิงตั้งครุฑแทนอยู่เลย เป็นการป้องกันปัญหาโต้แย้งในการพิพาทเรื่องแย่งบุตร)

มาตรา 23 ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทน ตามพระราชบัญญัตินี้แก่สามีและภรรยาตามมาตรา 21(1) รายใดได้ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการให้ดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทนแก่สามีและภรรยาเท่านั้น

หลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาต ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

(มาตรานี้หมายความว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 15 ต้องเป็นผู้ขออนุญาตดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทนแก่สามีและภรรยาต่อคณะกรรมการเป็นรายๆ ไป)

มาตรา 24 ห้ามมิให้ผู้ดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทน เพื่อประโยชน์ทางการค้า

(ผู้ฝ่าฝืนมาตรานี้มีโทษตามมาตรา 48 คือระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท)

มาตรา 25 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำของคณะกรรมการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงของการตั้งครุฑแทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงรับตั้งครุฑแทนในขณะที่ตั้งครุฑ การยุติการตั้งครุฑแทน การคลอดและหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

มาตรา 26 การยุติการตั้งครุฑแทน ต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครุฑแทนและหญิงรับตั้งครุฑแทนนั้น เว้นแต่ในกรณีหญิงรับตั้งครุฑแทนไม่ยินยอมให้ถือว่าข้อตกลงการตั้งครุฑแทนตามมาตรา 25 เป็นอันยุติลง และหญิงที่รับตั้งครุฑแทนนั้นไม่ต้องขอใช้ค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าว

การยุติการตั้งครุฑตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

(มาตราทั้ง 2 นี้ บัญญัติไว้เป็นแนวทางในการทำสัญญาระหว่างผู้รับตั้งครุฑแทนกับคู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายที่เป็นผู้จ้าง ซึ่งจะเป็นการประกันว่า สัญญานี้ไม่ใช่เป็นการค้าตามข้อห้ามในมาตรา 24)

มาตรา 27 ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้าโดยเรียกรับหรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครุฑแทน (ผู้ฝ่าฝืนมาตรานี้มีความผิดตามมาตรา 49 ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ)

มาตรา 28 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือโฆษณาให้แพร่หลายด้วยประการใดๆ เกี่ยวกับการตั้งครุฑแทน ว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครุฑแทนผู้อื่น หรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครุฑแทน ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม

(ผู้ฝ่าฝืนมาตรานี้ มีความผิดตามมาตรา 49 ว่างต้น)

เมื่อเกิดกรณีชายชาวญี่ปุ่นที่จ้างให้หญิงต่างชาติหลายคนตั้งครุฑเพื่อเขาจะนำทารกที่คลอดออกนอกประเทศไป ทำให้ผู้เขียนนึกคิดได้ว่า นิยามการตั้งครุฑแทนที่บัญญัติไว้ในร่างกฎหมายดังกล่าวจะไม่เหมาะสมดังเหตุผลต่อไปนี้

1. มาตรา 21 22 และ 23 จะใช้กับการตั้งครุฑแทนตามที่บัญญัติไว้ในนิยามศัพท์เท่านั้น กรณีตามข่าวที่เกิดขึ้นที่ชายชาวญี่ปุ่นว่าจ้างให้หญิงหลายคนตั้งครุฑ โดยใช้อุสจิจของใครไม่ปรากฏ ไม่ใช่การตั้งครุฑแทนตามที่บัญญัติไว้ในนิยามศัพท์ หรือกรณีคู่ชาวเกย์จ้างให้หญิงตั้งครุฑเพื่อให้เด็กเป็นบุตรของคนใดคนหนึ่งก็ไม่ใช่การตั้งครุฑแทน มาตรา 21 22 และ 23 จึงไม่สามารถใช้บังคับกับกรณีดังกล่าว

การกำหนดนิยามศัพท์ไว้ดังกล่าว และการดำเนินการตามนิยามศัพท์เท่านั้น มาตรา 21 22 และ 23 จึงใช้บังคับได้ ดังนั้นการกำหนดนิยามดังกล่าวจึงมีขอบเขตแคบเกินไป เป็นการเปิดช่องให้มีการกระทำการตั้งครุฑแทนที่หลีกเลี่ยงกฎหมายมากขึ้น เพราะกฎหมายควบคุมไม่ถึง

2. มาตรา 24 27 และ 28 เป็นข้อห้ามที่มีโทษทางอาญา ซึ่งตามหลักกฎหมายทั่วไป ต้องตีความโดยเคร่งครัด การกำหนดนิยามศัพท์ดังกล่าวเป็นการบัญญัติถึงกระบวนการการตั้งครุภัณฑ์ตั้งแต่คุณสมบัติของคู่สมรสที่ต้องการบุตรว่าเป็นสามีภริยาที่ถูกต้องตามกฎหมาย และข้อตกลงที่สามีและภริยาที่จะรับบุตรต้องเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ข้อห้ามตามมาตรา 24, 27 และ 28 เป็นข้อห้ามไม่ให้ทำการตั้งครุภัณฑ์เพื่อประโยชน์ทางการค้า, ข้อห้ามเป็นคนกลางหรือนายหน้าเพื่อรับผลประโยชน์ตอบแทนในการซื้อช่องให้มีการรับตั้งครุภัณฑ์ และเป็นข้อห้ามในการโฆษณาหรือโฆษณาให้แพร่หลายเกี่ยวกับการตั้งครุภัณฑ์

พฤติกรรมตามกฎหมายทั้ง 3 มาตราดังกล่าว เป็นพฤติกรรมซึ่งการตั้งครุภัณฑ์ยังเกิดขึ้นไม่สมบูรณ์ตามที่บัญญัติไว้ในนิยามศัพท์ กล่าวคือยังไม่รู้ตัวผู้ต้องการเด็กที่จะเกิดขึ้นได้ชัดเจนว่าเป็นคู่สามีภริยาที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือเปล่า มีข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ เมื่อเป็นเช่นนี้ความผิดตาม 3 มาตราดังกล่าวจึงไม่อาจใช้บังคับได้ เพราะผู้ต้องหาอาจโต้แย้งว่าไม่ได้กระทำการต่างๆ (ทั้ง 3 มาตราที่มีโทษ) ตามที่เป็นการตั้งครุภัณฑ์ ตามที่บัญญัติไว้ในนิยามศัพท์ ดังนั้นความผิดตามมาตรา 24, 27 และ 28 ศาลอาจลงโทษได้เพียงแต่พยายามกระทำความผิดเท่านั้น เพราะการตั้งครุภัณฑ์ยังไม่เกิดขึ้น ซึ่งโทษฐานพยายามกระทำความผิดมีโทษเพียงสองในสามของโทษที่บัญญัติไว้ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 วรรคสอง)

เนื่องจากนิยามศัพท์ของคำว่า ตั้งครุภัณฑ์นั้น ระบุถึงกระบวนการที่ทำให้การตั้งครุภัณฑ์จนสำเร็จ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 21, มาตรา 22 และมาตรา 23 ส่วนข้อห้ามตามมาตรา 24, 27 และมาตรา 28 ซึ่งผู้ฝ่าฝืนมีโทษอาญานั้น เป็นกระบวนการที่การตั้งครุภัณฑ์ตามนิยามศัพท์ยังไม่เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ กล่าวคือ การดำเนินการตั้งครุภัณฑ์ เพื่อประโยชน์ทางการค้า (มาตรา 24) ก็คือการเป็นคนกลางหรือนายหน้า เพื่อรับผลประโยชน์ตอบแทนในการซื้อช่องให้มีการรับตั้งครุภัณฑ์ (มาตรา 27) ก็คือ หรือมาตรา 28 ที่ห้ามโฆษณาหรือโฆษณาให้แพร่หลาย เกี่ยวกับการตั้งครุภัณฑ์ก็อาจเกิดขึ้นก่อนการตั้งครุภัณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในนิยามศัพท์เป็นส่วนมาก ซึ่งถ้าเกิดก่อนการตั้งครุภัณฑ์ตามนิยามศัพท์ก็ไม่อาจถือเป็นความผิดตามที่บัญญัติไว้ได้ เพราะยังไม่มีการตั้งครุภัณฑ์เกิดขึ้น ยิ่งถ้าผู้ต้องหาอ้างว่าการกระทำของเขาเป็นการให้มีการตั้งครุภัณฑ์ในคู่สามีภริยาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายแต่อย่างใด หรือการตั้งครุภัณฑ์ของเขาจะเอาไปใช้กับคู่ที่เป็นเกย์หรือคู่หญิงกับหญิงเหล่านี้ความผิดตามมาตรา 24, 27 และมาตรา 28 ก็ยังไม่เกิดขึ้น ดังนั้นศาลจะลงโทษได้อย่างมากก็แค่พยายามกระทำความผิด เพราะความผิดยังไม่สำเร็จ ซึ่งศาลจะลงโทษได้ไม่เกิน 2 ใน 3 ของโทษในมาตรา 24, 27 หรือ 28 เท่านั้น (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 วรรคสอง) โดยเฉพาะมาตรา 28 แสดงชัดเจนว่าองค์ประกอบความผิดไม่ตรงกับคำว่าตั้งครุภัณฑ์ในนิยามศัพท์ด้วยซ้ำไป

ดังนั้นผู้เขียนจึงเสนอนิยามคำว่า ตั้งครุภัณฑ์ใหม่ โดยให้มีขอบเขตให้กว้างขึ้น ดังนี้

“การตั้งครุภัณฑ์” หมายความว่ากระบวนการที่ทำให้หญิงใดเกิดการตั้งครุภัณฑ์ขึ้นโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ภายใต้เงื่อนไขที่หญิงนั้นมีข้อตกลงไว้กับบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือคู่สามีภรรยาคู่ใดคู่หนึ่งว่าทารกในครรภ์ของหญิงตั้งครุภัณฑ์ เมื่อคลอดออก

มาแล้วมีชีวิตรอดเป็นทารก หญิงตั้งครรภ์นั้นจะยินยอมมอบทารกดังกล่าวให้เป็นบุตรหรือบุตรบุญธรรมของบุคคลนั้น หรือสามีภรรยาผู้นั้นแล้วแต่กรณี (วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ 2558: 136-149)

โดยหวังว่า เมื่อได้แก่นิยามศัพท์เป็นดังกล่าวแล้วอาจจะช่วยอุดช่องโหว่ของกฎหมายได้ระดับหนึ่ง และหวังว่านักกฎหมายจะเข้าใจตามที่ได้อธิบายมาแล้ว และในช่วงนั้นมีกระแสสังคมทำให้รัฐบาลต้องรีบผลักดันให้กฎหมายที่ผ่านคณะกรรมการกฤษฎีกาไปแล้วเข้าสภาโดยเร็ว แต่ในที่สุดกรมก็สั่งให้คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาอีกรอบหนึ่ง

แต่ในการพิจารณาในคณะกรรมการกฤษฎีกาครั้งที่ 2 แม้จะผ่านการพิจารณาในคณะ 10 ซึ่งผู้เขียนเป็นกรรมการอยู่ด้วยก็มีการพิจารณาอย่างรวดเร็วเพียง 2 ครั้งเท่านั้น และครั้งสุดท้ายบังเอิญผู้เขียนต้องไปสอนที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง เลยต้องลาประชุม แต่ได้พยายามเสนอนิยามข้างต้นให้ฝ่ายเลขาเสนอที่ประชุมแทน แต่คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ผ่านไปอย่างเดิม หลังจากนั้นผู้เขียนก็เสนอคำนิยามดังกล่าวให้ผู้เกี่ยวข้องหลายคนเข้าไปแปรญัตติในสภานิติบัญญัติแห่งชาติ แต่สภาก็ผ่านร่างเดิมไปโดยไม่มีใครสนใจประเด็นนิยามศัพท์ มิฉะนั้นการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้จะมีผลน้อยมาก

ผู้รับผิดชอบกฎหมายฉบับนี้ควรเสนอขอแก้ไขนิยามศัพท์คำว่า “ตั้งครรภ์แทน” โดยเร็วต่อสภานิติบัญญัติในขณะนี้ เรื่องนี้เป็นเรื่องเส้นผู้เขียนบังภูเขาที่นักกฎหมายจำนวนมากมองข้ามไป

นิยามศัพท์คำอื่น ได้แก่

“ตัวอ่อน” หมายความว่า อสุจิและไข่ของมนุษย์ ซึ่งรวมกันจนเกิดการปฏิสนธิไปจนถึงแปดสัปดาห์

“ทารก” หมายความว่า ตัวอ่อนของมนุษย์ที่มีอายุเกินกว่าแปดสัปดาห์ ไม่ว่าจะอยู่ในหรือนอกมดลูกของมนุษย์

“ขาย” หมายความว่า จำหน่ายจ่ายแจก แลกเปลี่ยน หรือให้เพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือประโยชน์อื่นใดที่มีควรได้สำหรับตนเองหรือผู้อื่น และให้หมายความรวมถึงการเสนอขายด้วย

“คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ข. อำนาจศาลและรัฐมนตรีรักษาการ

ในมาตรา 4 บัญญัติให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามพระราชบัญญัติฉบับนี้เฉพาะคดีที่เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของผู้ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้คือ ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเยาวชนและครอบครัวตามกฎหมายว่าด้วยศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว

มาตรา 5 กำหนดให้รัฐมนตรีรักษาการ ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข

ค. บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการเป็นบิดามารดาของเด็ก

มาตรา 29 เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคแล้วแต่กรณีโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยให้ภริยาที่ชอบด้วย

กฎหมายของสามี ซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น\* ให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตรแม้ว่าสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าวไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก

มาตรา 30 ในกรณีที่สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพนักงานอัยการ มีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ

บทบัญญัติ 2 มาตรา นี้ กำหนดให้สามีภรรยาที่ต้องการเด็กเป็นบุตร เป็นสามีภรรยาที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้นตามความประสงค์ แม้ว่าฝ่ายสามีหรือภรรยาจะถึงแก่กรรมก่อนเด็กเกิดก็ตาม โดยให้ศาลเข้ามามีบทบาทตั้งผู้ปกครองให้เด็กที่จะเกิดมานั้น

มาตรา 31 เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะไปฝากครรภ์หรือไปคลอดบุตรยังสถานพยาบาลใดให้นำข้อตกลงตามมาตรา 25 ไปแสดงต่อแพทย์ผู้รับฝากครรภ์ หรือผู้ที่จะทำคลอด ณ สถานพยาบาลแห่งนั้น เพื่อเป็นหลักฐานในการออกหนังสือรับรองการเกิดและการแจ้งการเกิดของเด็กต่อไป

มาตรา 32 ให้สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน มีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ต่อนายทะเบียนผู้รับแจ้งตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร

ในกรณีสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ไม่อยู่ในประเทศไทยหรือไม่ปรากฏตัวภายหลังการคลอดเด็กนั้น ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว

การแจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีและเงื่อนไขที่ผู้อำนวยการทะเบียนกลางประกาศกำหนดตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร

มาตรา 33 ห้ามมิให้สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนดังกล่าว (ผู้ฝ่าฝืนจะมีความผิดตามมาตรา 49 เท่ากับผู้ฝ่าฝืนมาตรา 27)

มาตรา 34 ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้บังคับโดยอนุโลมเพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้

บทบัญญัติในกลุ่มนี้นอกจากจะกำหนดให้สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตร ซึ่งเกิดจากไข่หรืออสุจิที่บริจาคจากผู้ใดก็ตาม จะเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดตามข้อตกลงที่ทำไว้กับหญิงที่ตั้งครรภ์

\* เมื่อมีการแก้ไขนิยามศัพท์ใหม่แล้ว ควรเติมข้อความว่า “ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 21 และ 22” ลงไปด้วย



และยังได้บัญญัติวิธีปฏิบัติไว้ว่าให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องนำข้อตกลงนั้นไปแจ้งต่อแพทย์ผู้รับฝากครรภ์หรือผู้ทำคลอดในสถานพยาบาลที่เด็กจะเกิด เพื่อเป็นหลักฐานรับรองการเกิดและการแจ้งเกิดของเด็ก และการแจ้งเกิดก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่วิธีการเงื่อนไขที่ผู้อำนวยการทะเบียนกลางประกาศกำหนดออกมา ซึ่งอาจต้องกำหนดให้มีใบรับรองแพทย์ผู้ทำให้เด็กเกิดโดยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยหรือไม่ เพราะนายทะเบียนจะเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการออกใบสำคัญคือใบเกิดของเด็กว่าใครเป็นบิดามารดาของเด็ก และยังมีบัญญัติไว้อีกว่าให้ถือตามบทบัญญัติใน พ.ร.บ. นี้เป็นหลัก โดยมีให้ถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บทบัญญัติบางมาตราขัดกับ พ.ร.บ. นี้

นอกจากนั้น กฎหมายนี้ยังสนับสนุนสิทธิของสามีภรรยาที่ต้องตามกฎหมายที่ทำข้อตกลงไว้ว่าจะรับเด็กเป็นบุตร มีหน้าที่ผูกพันตามข้อตกลงดังกล่าวแม้ว่าฝ่ายสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะถึงแก่กรรมไปก่อนเด็กเกิด หากมีการปฏิเสธกฎหมายกำหนดโทษอาญาไว้สำหรับผู้ปฏิเสธ ผู้เขียนรู้สึกว่าการบัญญัติกฎหมายทำนองนี้น่าจะเคร่งครัดเกินไป เพราะเหตุการณ์ของชีวิตอาจผันแปรไปต่างๆ ซึ่งไม่อาจคาดการณ์ได้ กฎหมายน่าจะเปิดช่องให้มีทางที่จะคุ้มครองเด็กที่เหมาะสมมากกว่าใช้ความผิดอาญาเข้ามาบังคับ

อีกประเด็นหนึ่งที่บัญญัติให้สามีภรรยาที่ต้องการเด็กเป็นบุตรเป็นผู้ไปแจ้งเกิด น่าจะไม่เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร ผู้อำนวยการทะเบียนกลางจำเป็นต้องออกประกาศ หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการแจ้งเกิดให้เป็นไปตาม พ.ร.บ. ฉบับนี้ด้วย

ง. บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มีดังนี้

มาตรา 15 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามและต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งนี้ตามที่แพทยสภาประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา 16 ก่อนให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องจัดให้มีการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้รับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการ รวมทั้งการป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา 17 การสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ แต่จะกำหนดให้เก็บรักษาหรือใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่าสิบสี่วันนับแต่วันปฏิสนธิไม่ได้ ทั้งนี้อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน

มาตรา 18 ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัว

อ่อนที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ

การตรวจวินิจฉัยตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภา ประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา 19 ภายใต้ข้อบังคับมาตรา 15 และมาตรา 16 การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภา ประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา 20 การผสมเทียมโดยใช้อสุจิของผู้บริจาคต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามี และภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียม

การให้ความยินยอมตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขที่แพทยสภา ประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา 15 ถึงมาตรา 18 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับผู้ให้บริการเกี่ยวกับการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องมีคุณสมบัติตามประกาศของแพทยสภา และต้องปฏิบัติตามที่ประกาศของแพทยสภาด้วย นอกจากนั้นการให้บริการในเรื่องดังกล่าวก็ต้องจัดให้มีการตรวจประเมินความพร้อมของผู้เกี่ยวข้องทั้งด้านร่างกายและจิตใจ ตามที่แพทยสภาประกาศกำหนดเหมือนกัน และควบคุมเกี่ยวกับการสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์ ตลอดจนการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน ซึ่งก็ต้องทำตามเกณฑ์ที่แพทยสภาประกาศกำหนดเช่นกัน และมาตรา 18 มีลักษณะเป็นการปรามผู้ให้บริการเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไม่ควรมุ่งไปในทำนองเลือกเพศเป็นด้านหลัก อยากรักดีก็ต้องดำเนินการตามที่แพทยสภาประกาศกำหนดเช่นเดียวกัน

ส่วนมาตรา 18 และ 20 เป็นการควบคุมการผสมเทียม

มาตรา 35 ห้ามมิให้ผู้ใดซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รวมทั้งรับฝาก รับบริจาค ใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่หรือตัวอ่อน หรือทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน

(ผู้ฝ่าฝืนมีความผิดตามมาตรา 50 ระวังโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ)

มาตรา 36 ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในกิจการใดๆ เว้นแต่เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

(ผู้ฝ่าฝืนมีความผิดตามมาตรา 51 ระวังโทษจำคุกไม่เกินสามปี ปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ)

มาตรา 37 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ประสงค์จะใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

หลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาต ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

การศึกษาวิจัยตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่าสิบสี่วัน นับแต่วันปฏิสนธิจะกระทำมิได้ ทั้งนี้อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน

(ผู้ฝ่าฝืนมีความผิดตามมาตรา 52 ซึ่งเท่ากับความผิดตามมาตรา 51)

มาตรา 38 ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการใดๆ เพื่อมุ่งหมายให้เกิดมนุษย์โดยวิธีการอื่นนอกจากการปฏิสนธิระหว่างอสุจิกับไข่

(ผู้ฝ่าฝืนมีความผิดตามมาตรา 53 ระวังโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท)

มาตรา 39 ห้ามมิให้ผู้ใดนำอสุจิ ไข่ ตัวอ่อน หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของเซลล์ดังกล่าวใส่เข้าไปในร่างกายของสัตว์ หรือเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ เซลล์ที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ใส่เข้าไปในร่างกายของมนุษย์

(ผู้ฝ่าฝืนมีโทษเท่ากับผู้ฝ่าฝืนมาตรา 38)

มาตรา 40 ห้ามมิให้ผู้ใดสร้าง เก็บรักษา ขยาย นำเข้า ส่งออก หรือใช้ประโยชน์ซึ่งตัวอ่อนที่มีสารพันธุกรรมของมนุษย์มากกว่าสองคนขึ้นไป หรือตัวอ่อนซึ่งมีเซลล์หรือส่วนประกอบของเซลล์มนุษย์กับสิ่งมีชีวิตสายพันธุ์อื่นรวมกันอยู่

(ผู้ฝ่าฝืนมีโทษเท่ากับผู้ฝ่าฝืนมาตรา 27)

มาตรา 41 ห้ามมิให้ผู้ใดซื้อ เสนอซื้อ ขยาย นำเข้าหรือส่งออกซึ่งอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน

(ผู้ฝ่าฝืนมีความผิดตามมาตรา 51 มีโทษเท่ากับผู้ฝ่าฝืนมาตรา 36)

มาตรา 42 การรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค เนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา 43 การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หากเจ้าของอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่ฝากไว้กับผู้รับฝากตามมาตรา 42 ตายลง ห้ามนำอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนดังกล่าวมาใช้ เว้นแต่มีการให้ความยินยอมเป็นหนังสือไว้ก่อนตาย และการใช้อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนต้องใช้เพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีหรือภริยาดังกล่าวที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น

การให้ความยินยอมตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา 44 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 15 ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม

มาตรา 45 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 16 มาตรา 17 มาตรา 18 มาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 21 มาตรา 26 มาตรา 37 หรือมาตรา 42 ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจรรยาบรรณตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม

บทบัญญัติที่นำมาเสนอนี้ตั้งแต่มาตรา 35 ถึงมาตรา 45 ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และการตั้งครรรภ์แทนแต่อย่างใด เนื้อหาของมาตราดังกล่าวเป็นการควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่การใช้เทคโนโลยีดังกล่าวต้องมีการตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะยังกำหนดเป็นความผิดทางอาญาแล้ว ต้องมีหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดที่ชัดเจน อสุจิกัด ไข่กัต ตัวอ่อนกัต สารพันธุกรรมกัต เป็นสิ่งที่มองไม่เห็นจับต้องไม่ได้ การตรวจต้องใช้เครื่องมือวิทยาศาสตร์ และเทคโนโลยีขั้นสูง พนักงานสอบสวนหรือสำนักงานแพทยสภาเองก็ไม่มีศักยภาพในการตรวจสอบพยานหลักฐานต่างๆ ได้อาเข้าจริงๆ ข้อห้ามต่างๆ ก็คงเป็นตัวหนังสือในกระดาษเท่านั้น

ผู้เขียนเคยเสนอกฎหมายอังกฤษที่ควบคุมเรื่องเหล่านี้และเคยเสนอเป็นบทความไว้แล้ว 2 ตอน ซึ่งจะขอสรุปโดยย่อ ดังนี้ กฎหมายอังกฤษดังกล่าวชื่อว่า Human Fertilisation and Embryo Act 1990 มีบทบัญญัติให้จัดตั้งหน่วยงานกลางที่มีความเป็นอิสระชื่อว่า Human Fertilisation and Embryo Authority จัดตั้งโดยงบประมาณของรัฐ มีกรรมการที่แต่งตั้งโดย Secretary of State (คล้ายๆ รมต.ประจำสำนักนายกรัฐมนตรี) มีประธาน รองประธาน และกรรมการอย่างน้อย 1 คนที่เป็นแพทย์ และเคยเกี่ยวข้องกับการเก็บ หรือนำเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนมาใช้นอกร่างกาย สำนักงานนี้มีหน้าที่ออกใบอนุญาตต่างๆ เพื่อทำกิจกรรมต่างๆ ใบอนุญาตการให้บริการ ใบอนุญาตเก็บสำรองเซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อน ใบอนุญาตให้ทำการวิจัยเป็นต้น การทำกิจกรรมตามใบอนุญาตต้องปฏิบัติเฉพาะสถานที่ที่กำหนดและต้องอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของผู้รับผิดชอบ กรรมการหรือลูกจ้างของสำนักงานดังกล่าวถ้ามีความจำเป็นและเมื่อได้แสดงบัตรประจำตัวแล้วจะต้องได้รับอนุญาตให้เข้าไปในสถานที่ในเวลาที่เหมาะสมเพื่อเข้าไปตรวจตราเครื่องมือเครื่องใช้ตลอดจนทะเบียนต่างๆ รวมทั้งเข้าไปสังเกตการปฏิบัติงานตามที่ได้รับอนุญาตด้วย ดังนั้น Human Fertilisation and Embryo Authority จึงสามารถควบคุมปฏิบัติงานการดำเนินการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตัวอ่อนที่นำมาใช้ต้องลงทะเบียนและทำรายงานจำนวนที่มีอยู่และที่ใช้ไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ (วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ 2540; 301 – 306 และ 366 – 370)

ส่วนการตั้งครรรภ์แทน ในประเทศอังกฤษมีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งชื่อว่า Surrogacy Arrangement Act 1985 ซึ่งต้องปรับปรุงให้สอดคล้องกับกฎหมาย Fertilisation and Embryo Act 1990 นี้ด้วย โดยบัญญัติให้สัญญาการรับตั้งครรรภ์แทนไม่มีผลบังคับใช้

จ. คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือเรียกย่อว่า กคทพ. (มาตรา 6) องค์ประกอบของคณะกรรมการชุดนี้ประกอบด้วย

ปลัดกระทรวงสาธารณสุข	เป็นประธานกรรมการ
นายกแพทยสภา	เป็นรองประธานกรรมการ
ผู้แทนกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์	เป็นกรรมการ
ผู้แทนกรมอนามัย	เป็นกรรมการ
ผู้แทนคณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติ	เป็นกรรมการ
ประธานราชวิทยาลัยกุมารแพทย์แห่งประเทศไทย	เป็นกรรมการ
ประธานราชวิทยาลัยจิตแพทย์แห่งประเทศไทย	เป็นกรรมการ
ประธานราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย	เป็นกรรมการ

ผู้ทรงคุณวุฒิ 6 คน ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ แต่งตั้งจากผู้ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ด้านกฎหมาย สิทธิสตรี สิทธิเด็ก ด้านละหนึ่งคน และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขแต่งตั้งจากผู้ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ด้านเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ เวชพันธุศาสตร์ และการวิจัยด้านละหนึ่งคนเป็นกรรมการ

ให้อธิบดีกรมสนับสนุนบริการสุขภาพเป็นกรรมการและเลขานุการ และให้อธิบดีกรมสนับสนุนบริการสุขภาพแต่งตั้งข้าราชการของกรมสนับสนุนบริการสุขภาพจำนวนไม่เกินสองคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

มาตรา 7 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ มีดังต่อไปนี้

(1) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการกำหนดนโยบายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

(2) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการพัฒนาหรือแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

(3) เสนอความเห็นหรือให้คำแนะนำต่อรัฐมนตรีในการออกประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

(4) ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาต และการอนุญาตเกี่ยวกับการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 23

(5) พิจารณาอนุญาตเกี่ยวกับการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 23

(6) ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาต และการอนุญาตเกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยตามมาตรา 37

(7) พิจารณาอนุญาตเกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยตามมาตรา 37

(8) ให้ความเห็นชอบในการออกประกาศของแพทยสภาเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยประกาศของแพทยสภาดังกล่าวให้ใช้บังคับได้ต่อเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษา

(9) ควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

(10) ส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาวิจัยทางจริยธรรม กฎหมาย หรือวัฒนธรรมที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

(11) จัดทำรายงานผลการดำเนินงานตามพระราชบัญญัตินี้ เสนอต่อรัฐมนตรีอย่างน้อยปีละครั้ง

(12) ปฏิบัติการอื่นตามที่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

มาตรา 8 วาระและการดำรงตำแหน่งของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิมีกำหนด 4 ปี ได้รับแต่งตั้งซ้ำได้ แต่ติดต่อกันเกิน 2 วาระไม่ได้

มาตรา 9 การพ้นตำแหน่งของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ นอกจากพ้นตามวาระ ได้แก่ ตาย ลาออก เป็นบุคคลล้มละลาย เป็นบุคคลไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขแล้วแต่กรณีให้ออก เนื่องจากมีความประพฤติไม่เหมาะสมตามข้อเสนอของคณะกรรมการ ทั้งนี้มติของกรรมการที่ให้ออกต้องไม่น้อยกว่าสองในสามของกรรมการของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

มาตรา 10 ให้กรณีที่คณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขแล้วแต่กรณีแต่งตั้งผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ด้านเดียวกันให้ดำรงตำแหน่งแทน และให้ผู้ได้รับแต่งตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างนั้นอยู่ในตำแหน่งเท่ากับวาระที่เหลืออยู่ของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้แต่งตั้งไว้แล้ว แต่ถ้าวาระการดำรงตำแหน่งเหลือน้อยกว่าเก้าสิบวันจะไม่ดำเนินการให้มีผู้ดำรงตำแหน่งแทนก็ได้

ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ ให้คณะกรรมการประกอบด้วยกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่จนกว่าจะมีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามวรรคหนึ่ง

มาตรา 11 เมื่อกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งตามวาระ ให้ดำเนินการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิขึ้นใหม่ภายในเก้าสิบวัน ในระหว่างที่ยังมิได้มีการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิขึ้นใหม่ให้คณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะมีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิขึ้นใหม่

มาตรา 12 การประชุมคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด จึงจะเป็นองค์ประชุม

ในการประชุมคณะกรรมการให้ประธานกรรมการเป็นประธานที่ประชุม ถ้ากรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้รองประธานกรรมการเป็นประธานในที่ประชุม ถ้าประธานและรองประธานไม่มาหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้ที่ประชุมเลือกกรรมการคนหนึ่งเป็นประธานในที่ประชุมสำหรับการประชุมคราวนั้น

การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมถ้ามีได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งมีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ประธานในที่ประชุมออกเสียงอีกเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

มาตรา 13 คณะกรรมการอาจแต่งตั้งอนุกรรมการเพื่อพิจารณาและเสนอความเห็นหรือปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กรรมการมอบหมายได้ การประชุมคณะอนุกรรมการให้นำมาตรา 12 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 14 ให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข ทำหน้าที่สนับสนุนการดำเนินงานของคณะกรรมการ โดยมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) ปฏิบัติงานธุรการทั่วไปของคณะกรรมการ
- (2) ประสานงานและร่วมมือกับส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ และเอกชนที่เกี่ยวข้อง ในการดำเนินงานเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ
- (3) ดำเนินการจัดทำทะเบียนหน่วยงานหรือองค์กรที่ดำเนินงานเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และทะเบียนผู้ขอรับบริการ
- (4) ดำเนินการรวบรวมข้อมูลและผลการวิจัย และวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินงานเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
- (5) ปฏิบัติการอื่นตามที่คณะกรรมการมอบหมาย

จากตัวบทบัญญัติที่เสนอมานี้ จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการ กคทพ. จะมีหน้าที่มากมายแต่ปัญหาการตรวจสอบ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพจะสามารถทำหน้าที่ได้เพียงใดคงเป็นปัญหา เช่น การดำเนินการให้มีการตั้งครุภัณฑ์ทุกรายต้องได้รับอนุญาตจาก กคทพ. ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าการอนุญาตว่ามีความพร้อมตามมาตรา 7(4) และมาตรา 23 หรือไม่เพียงใด เพราะการตรวจหลักฐานเพียงพิจารณาเอกสารต่างๆ น่าจะไม่เพียงพอ ต้องไปตรวจสถานที่ด้วยหรือไม่เพียงใด และเมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ต่างๆ ของคณะกรรมการ กคทพ. ด้วยแล้ว ดูจะมีภาระงานไม่น้อย แต่เจ้าหน้าที่ที่จะปฏิบัติงานอาจมีปัญหาได้

#### **บทเฉพาะกาล**

มาตรา 54 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบหรือให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ว่าด้วยมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ เมื่อได้แจ้งราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย ภายในเก้าสิบวัน นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ดำเนินการต่อไปได้จนกว่าจะมีประกาศ

แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม และมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 15 ใช้บังคับ

มาตรา 55 ข้อบังคับระเบียบหรือประกาศของแพทยสภา เกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้คงใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้จนกว่าจะมีประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 56 ให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ไม่ว่าจะมิชอบหรือไม่ก็ตาม สามีหรือภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน หรือพนักงานอัยการ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน นับแต่วันที่ผู้นั้นเกิด ทั้งนี้ไม่ว่าสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนจะเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้จะอ้างเป็นเหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต ในระหว่างเวลาตั้งแต่เด็กเกิดจนถึงเวลาที่ศาลมีคำสั่งว่าเป็นบุตรไม่ได้

บทเฉพาะกาลนี้มีลักษณะ 2 ประการ คือ

1. ผ่อนผันให้มีการใช้ระเบียบข้อบังคับและกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่มีอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ใช้บังคับได้ก่อนที่จะมีประกาศตามพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และให้ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับให้แจ้งให้ราชวิทยาลัยสูติแพทย์แห่งประเทศไทยภายในเก้าสิบวัน นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ แล้วก็ให้บริการต่อไปได้จนกว่าจะมีประกาศแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 15 ใช้บังคับ

2. เป็นคล้ายๆ รับรองผู้ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ย้อนหลังก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติฉบับนี้ แล้วยังเป็นการผ่อนผันว่าผู้ที่ได้รับการรับรองย้อนหลังนั้นไม่ต้องเข้าเกณฑ์ตามกฎหมายฉบับนี้ก็ได้คือ

ก. ผู้ที่ตั้งครรภ์แทนกับสามีภริยาผู้ที่ประสงค์จะได้บุตรจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงเป็นหนังสือก็ได้

ข. สามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้

3. การรับรองตามบทเฉพาะกาลนี้ สามีหรือภริยาหรือพนักงานอัยการต้องยื่นคำร้องให้ศาลสั่ง ปัญหาที่มีอยู่ว่าศาลต้องไต่สวนตามคำร้องก่อนจึงจะสั่งดังกล่าวได้ และการไต่สวนคงต้องใช้พยานหลักฐานประกอบว่าเด็กนั้นเกิดโดยการตั้งครรภ์แทน (ซึ่งก็จะไม่ตรงกับนิยามศัพท์ในกฎหมายฉบับนี้อยู่ดี ถ้ายังไม่แก้กฎหมาย)

นอกจากนั้น นอกจากนิยามการตั้งครรภ์แทนแล้ว อาจจะมีอีกหลายมาตราที่ต้องแก้ไข

ท้ายที่สุดหวังว่าการปฏิบัติตามกฎหมายคงดำเนินไปด้วยดี แต่ถ้านิยามศัพท์คำว่าตั้งครรภ์ยังไม่แก้ไข อุ้มบุญก็อาจจะเป็นอุ้มบาปไปได้ และผู้ที่ดำเนินการให้บริการอยู่ขณะนี้จำนวนหนึ่งอาจจะเลิกให้บริการไปเลย หรืออีกจำนวนหนึ่งอาจให้บริการไปโดยไม่ได้แจ้งแก่ราชวิทยาลัยสูติแพทย์แห่ง



ประเทศไทย ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับ ตามบทเฉพาะกาลมาตรา 54 ด้วยซ้ำ

### เอกสารอ้างอิง

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2540). หลักการของกฎหมายควบคุมเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ของประเทศ  
อังกฤษ (ตอน 1 และ 2) วารสารคลินิก.

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2558) ร่างพระราชบัญญัติคุมครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ  
พันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. .... ในสิทธิเด็กและการคุ้มครองทางกฎหมายกับกลุ่มมาเจ็สติด (สุดา  
รัตน์ เสรีวัฒน์ บรรณาธิการ) กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

สุदारักษ์ เสรีวัฒน์. (บรรณาธิการ) (2557) เรื่องเล่าเกี่ยวกับกลุ่มมาเจ็สติด ใน สิทธิเด็กและการ  
คุ้มครองทางกฎหมายกับกลุ่มมาเจ็สติด. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 209/2550