



ปัญหาการจ่ายประโยชน์ทดแทนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533  
อันเนื่องมาจากการตั้งครุฑแทนโดยอาศัยเทคโนโลยี  
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ภาพันธุ์ทิพย์ สามนपाल

สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต  
ปีการศึกษา 2565

PROBLEMS WITH PAYMENT OF BENEFITS UNDER THE SOCIAL SECURITY  
ACT, B.E. 2533 (1990) DUE TO SURROGACY THROUGH MEDICALLY  
ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY

PHAPANTHIP SAMONPAL

A Thematic Paper Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws Department of Law,  
Pridi Banomyong Faculty of Law,  
Dhurakij Pundit University  
Academic Year 2022




## ใบรับรองสารนิพนธ์


คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต  
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อสารนิพนธ์ ปัญหาการจ่ายประโยชน์ทดแทนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533  
อันเนื่องมาจากการตั้งครุฑแทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์  
ทางการแพทย์  
เสนอโดย นางสาวภาพันธ์ทิพย์ สามนपाल  
สาขาวิชา นิติศาสตร์  
หมวดวิชา กฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ  
อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบสารนิพนธ์แล้ว

  
..... ประธานกรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตน์ชื้อสกุล)

  
..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์  
(รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี)

  
..... กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริกานต์ อยู่เรือง)

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ รับรองแล้ว

  
..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตน์ชื้อสกุล)  
วันที่ ๒๖ เดือน พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๕๖

หัวข้อสารนิพนธ์	ปัญหาการจ่ายประโยชน์ทดแทนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 อันเนื่องมาจากการตั้งครุฑแทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
ชื่อผู้เขียน	ภาพันท์ทิพย์ สามนपाल
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ พิณิจ ทิพย์มณี
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2565

### บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2558 มาตรา 65 กำหนดให้ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตรสำหรับตนเองหรือภริยาต่อเมื่อภายในระยะเวลาสิบห้าเดือนก่อนวันรับบริการทางการแพทย์ผู้ประกันตนได้จ่ายเงินสมทบมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าเดือน โดยที่นิยามของการคลอดบุตรได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 โดยให้คำนิยามว่า “การคลอดบุตร” หมายความว่า การที่ทารกออกจากครุฑมารดา ซึ่งมีระยะเวลาตั้งครุฑไม่น้อยกว่ายี่สิบแปดสัปดาห์ไม่ว่าทารกจะมีชีวิตรอดอยู่หรือไม่ มีข้อสังเกตว่าการคลอดบุตรซึ่งจะมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 นั้น จะต้องเป็นกรณีที่หญิงซึ่งคลอดทารกออกจากครุฑจะต้องเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งแต่เดิมการเบิกประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร ค่าตรวจและรับฝากครุฑ ค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรไม่มีปัญหาแต่อย่างใด เนื่องจากหลักการของการคุ้มครองการตั้งครุฑ เป็นไปตามหลักสันนิษฐานแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดให้เด็กที่เกิดจากหญิงที่มีได้จดทะเบียนสมรสกับชายให้ถือว่าเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิง และหญิงนั้นก็ เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่ในปัจจุบันเทคโนโลยีทางการแพทย์มีความเจริญก้าวหน้าประกอบกับยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปจึงทำให้บทบัญญัติของกฎหมายประกันสังคมในการจ่ายประโยชน์ทดแทนอันเนื่องมาจากการมีบุตรที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนั้น อาจไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนไม่สอดคล้องกับหลักการและเจตนารมณ์ในการสร้างหลักประกันแก่ผู้ประกันตน และอาจเกิดปัญหาในการตีความตามกฎหมาย ซึ่งจะส่งผลต่อการจ่ายประโยชน์ทดแทนอันเนื่องมาจากการมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครุฑแทน และอาจเป็นการลิดรอนสิทธิของผู้ประกันตน อันเกิดจากความไม่ชอบธรรมในการตีความกฎหมาย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีแนวความคิดว่า มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาทบทวนเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคมเพื่อให้การตีความในการจ่ายประโยชน์ทดแทนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 อันเนื่องมาจากการตั้งครุฑแทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีหลักการและแนวปฏิบัติที่ก้าวทันต่อเทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบันยิ่งขึ้น และอาจพิจารณาแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติ

ประกันสังคม พ.ศ. 2533 รวมทั้งกฎหมายลำดับรองที่ออกตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 เช่น ประกาศคณะกรรมการการแพทย์หรือแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้อง เพื่อเป็นการพัฒนาปรับปรุงสิทธิประโยชน์ให้แก่ผู้ประกันตน ก่อให้เกิดสวัสดิการในการเข้าถึงการรักษาเพื่อประโยชน์ทางด้านสุขภาพของผู้ประกันตนสูงสุด และให้มีความสอดคล้องกับสภาพสังคมไทยและความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบัน

คำสำคัญ: ประโยชน์ทดแทน, การคลอดบุตร, ครรภ์, ตั้งครรภ์แทน





Thematic Paper Title	PROBLEMS WITH PAYMENT OF BENEFITS UNDER THE SOCIAL SECURITY ACT, B.E. 2533 (1990) DUE TO SURROGACY THROUGH MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY
Author	Phapanthip Samonpal
Thematic Paper Advisor	Associate professor Pinit Tipmanee
Program	Master of Laws
Academic Year	2022

### ABSTRACT

The Social Security Act, B.E. 2533 (1990) and the amendment by the Social Security Act (No. 4), B.E. 2558 (2015), Section 65, stipulates that insured persons are entitled to receive benefits in case of childbirth for themselves or their spouses, provided that within fifteen months before receiving medical services, the insured person has paid contributions for not less than five months. The definition of confinement defined in Section 5 of the Social Security Act, B.E. 2533 (1990), states that "confinement" means "the delivery of an infant from mother's womb in which a period of pregnancy is not less than twenty-eight weeks, irrespective of whether the infant is alive or not." Currently, it is an issue whether the confinement entitled to receive benefits under the Social Security Act, B.E. 2533 (1990) is the case where only the woman who gives birth to the child is legally recognized as the mother or not. Originally, there was no problem with claiming benefits for childbirth, medical examination and prenatal care, and maternity leave because the principle of protecting pregnancy is in accordance with the basis of the Civil and Commercial Code stipulating that a child born to a woman who is not registered as married to a man is deemed to be a child legally recognized by the woman, and that woman is also legally recognized as the mother of the child. However, in the present, medical technology has advanced along with the changing times. This may render the provisions of the Social Security Act regarding payments for maternity benefits that are currently enforced inconsistent with the Protection of Children Born from Medically Assisted Reproductive Technologies Act, B.E. 2558 (2015) regarding the legitimate parents of children conceived through surrogacy. This inconsistency does not align with the principles and intention to provide guarantees to the insured person and may lead to problems with the interpretation

of the law, which may affect the payment of benefits due to the use of surrogacy and may violate the rights of the insured person due to a misinterpretation of the law.

Therefore, the researcher believes that it is necessary to consider reviewing the intention of the law regarding social security in order that the interpretation of benefits provided under the Social Security Act, B.E. 2533 (1990), resulted from surrogacy through medically assisted reproductive technology, maintains principles and practices which keep pace with current medical technology. The suggestions include considering amending the Social Security Act, B.E. 2533 (1990) and subordinate laws issued under it, such as the Medical Committee's announcements or relevant practices, to develop and improve benefits for insured persons, providing access to healthcare for the maximum health benefits of insured persons and aligning with the conditions of Thai society and current advancement in medical technology.

**Keywords:** Benefits, Confinement, Pregnancy, Surrogacy



---

## กิตติกรรมประกาศ

สารนิพนธ์นี้สำเร็จตามความหวังของผู้เขียนได้ เนื่องจากความเมตตาและความกรุณาของท่านอาจารย์ รองศาสตราจารย์ พิณิจ ทิพย์มณี ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและเสียสละเวลาอันมีค่าของท่านอาจารย์ ในการให้คำแนะนำและกำลังใจเกี่ยวกับการทำสารนิพนธ์ฉบับนี้ ศิษย์ขอกราบขอบพระคุณอาจารย์เป็นอย่างสูง อีกทั้งขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตน์เชื้อสกุล ที่รับเป็นประธานกรรมการ สอบสารนิพนธ์ และท่านอาจารย์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริกานต์ อยู่เมือง กรรมการสอบสารนิพนธ์ ในการให้คำแนะนำและกำลังใจในการศึกษาค้นคว้าเพื่อจัดทำสารนิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอขอบพระคุณสำนักงานประกันสังคมที่อุดหนุนทุนการศึกษา และทำให้ผู้เขียนสำเร็จการศึกษา ในระดับปริญญาโท ขอขอบพระคุณมารดา คุณยาย น้าๆ และสามีของผู้เขียน คุณศรัณย์พงศ์ ลิขิตอำนาจ เพื่อนๆ ทุกคนสำหรับกำลังใจในยามท้อถอยและความช่วยเหลือต่างๆ ทำให้ผู้เขียนสามารถจัดทำสารนิพนธ์ สำเร็จลุล่วงได้ ขอขอบพระคุณพี่ๆ เพื่อนๆ น้องๆ กองกฎหมาย สำนักงานประกันสังคม สำหรับกำลังใจ และคำแนะนำที่ดีสำหรับผู้เขียนเสมอมา ขอขอบพระคุณพี่ๆ เจ้าหน้าที่บัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ที่ให้ช่วยเหลือตลอดระยะเวลา 3 ปี และสุดท้ายนี้ขอขอบพระคุณครูปาอาจารย์ทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาท ความรู้ทั้งปวงแก่ผู้เขียนจนกระทั่งมีวันนี้ได้

ภาพันธุ์ทิพย์ สามนपाल



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
สารบัญ.....	ณ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	8
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	9
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	9
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	10
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	10
2. แนวคิด ทฤษฎี การคุ้มครองการจ่ายประโยชน์ทดแทน และการคุ้มครอง.....	11
การตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์	
2.1 แนวคิดการคุ้มครองทางสังคม (Social Protection).....	11
2.2 ความหมาย แนวคิดและวิวัฒนาการของการประกันสังคม.....	12
2.3 ความเป็นมาและรูปแบบการคุ้มครองการตั้งครรภ์ของการประกันสังคม.....	23
2.4 หลักการและทฤษฎีของการตั้งครรภ์แทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์.....	27
ทางการแพทย์	
3. กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง.....	40
3.1 อนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง.....	40
3.2 กรณีศึกษาการจ่ายประโยชน์ทดแทนเกี่ยวกับการตั้งครรภ์และการตั้งครรภ์แทน	49
ของต่างประเทศ	
3.3 กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองการตั้งครรภ์.....	65

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. ปัญหาและการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการจ่ายประโยชน์ทดแทน.....	87
ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 อันเนื่องมาจากการตั้งครุฑแทน	
4.1 ปัญหาการตีความทางกฎหมายในการจ่ายค่าคลอดบุตร.....	88
4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการจ่ายค่าฝากครุฑ.....	92
4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการจ่ายค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร.....	94
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	101
5.1 บทสรุป.....	101
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	105
บรรณานุกรม.....	109
ประวัติผู้เขียน.....	113

## บทที่ 1 บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

แนวคิดการประกันสังคมในประเทศไทยเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2495 สมัยรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม ซึ่งต้องการเห็นคนไทยมีความเป็นอยู่ที่ดี มีหลักประกันในการดำรงชีวิต ไม่ต้องกังวลแม้จะมีบุตรมาก หรือเมื่อต้องคลอดบุตร หรือเมื่อประสบเคราะห์ถึงขั้นพิการทุพพลภาพ รวมไปถึงการมีคนดูแลในยามบั้นปลาย เมื่อแก่ชราจวบจนสิ้นอายุขัย แต่แนวคิดดังกล่าวมีการบังคับใช้อย่างเป็นรูปธรรมในปี พ.ศ. 2533 สมัยรัฐบาล พลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ ภายใต้พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พร้อมกับการจัดตั้งสำนักงานประกันสังคมขึ้นในกระทรวงมหาดไทย และเมื่อมีการจัดตั้งกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมหรือกระทรวงแรงงานในปัจจุบันขึ้นในปี พ.ศ. 2536 สำนักงานประกันสังคมจึงได้โอนมาสังกัดกระทรวงแรงงานจนถึงปัจจุบัน และมีพันธกิจ (Mission) คือการบริหารการประกันสังคมและเงินทดแทนโดยการจัดการที่มีประสิทธิภาพ เพื่อให้แรงงานมีหลักประกันการดำรงชีวิตที่มั่นคง ซึ่งกฎหมายประกันสังคมนี้มีผลบังคับให้นายจ้าง ลูกจ้าง ต้องนำส่งเงินสมทบเข้ากองทุนที่เรียกว่า กองทุนประกันสังคม โดยมีรัฐบาลร่วมออกเงินสมทบเข้ากองทุน และนำเงินสะสมจากกองทุนนี้ไปบริหารจัดการเพื่อจ่ายประโยชน์ทดแทนในกรณีต่าง ๆ ให้แก่สมาชิกของกองทุนประกันสังคมตามแนวทางขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization: ILO)<sup>1</sup>

การประกันสังคม (Social Security) มีหลักการที่สำคัญคือ การให้ความคุ้มครองแก่สมาชิกที่เป็นผู้ประกันตนโดยอาศัยมาตรการของรัฐคือ พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ในการจัดตั้งกองทุนประกันสังคม เพื่อสร้างหลักประกัน และให้การสงเคราะห์แก่ลูกจ้าง และบุคคลอื่นเมื่อผู้ประกันตนประสบปัญหารายได้ลดลง ไม่มีรายได้หรือมีรายจ่ายเพิ่มขึ้น อันเป็นผลมาจากการเจ็บป่วยอันมิใช่เนื่องจากการทำงานการประกันสังคม (Social Security) เป็นหนึ่งในกลไกความคุ้มครองทางสังคม (Social Protection) ที่ผู้ประกันตนในฐานะผู้ได้รับสิทธิประโยชน์ มีส่วนร่วมโดยตรงในการอุดหนุนกองทุนประกันสังคมซึ่งเป็นหลักประกันคุ้มครองตน โดยปัจจุบันพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มีหลักการสำคัญในการให้ความคุ้มครองลูกจ้างซึ่งเป็นผู้ประกันตนตามมาตรา 33 โดยผู้ประกันตนหรือผู้มีสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนจากกองทุนประกันสังคม 7 กรณี กล่าวคือ ประโยชน์ทดแทนในกรณีประสบอันตราย หรือเจ็บป่วย รวมทั้งการส่งเสริมสุขภาพ และการป้องกันโรค ประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตร ประโยชน์ทดแทนในกรณีทุพพลภาพ ประโยชน์ทดแทนในกรณีตาย ประโยชน์ทดแทนในกรณีสงเคราะห์บุตร ประโยชน์ทดแทนในกรณีชราภาพ ประโยชน์ทดแทนในกรณีว่างงาน นอกจากนี้ยังมีผู้ประกันตนในภาคีบังคับตามมาตรา 39

---

<sup>1</sup> กฤตภาส น้อยวงศ์, 'การจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพของผู้ประกันตนมาตรา 39' (การค้นคว้าอิสระ รัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559) 1.

ที่มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนเช่นเดียวกับผู้ประกันตนตามมาตรา 33 ยกเว้นประโยชน์ทดแทนกรณีว่างงาน และผู้ประกันตนภาคสมัครใจตามมาตรา 40 โดยประเภทของประโยชน์ทดแทนที่จะได้รับ ตลอดจนหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขแห่งสิทธิในการรับประโยชน์ทดแทน จะถูกตราเป็นพระราชกฤษฎีกาไว้เป็นการเฉพาะ<sup>2</sup>

ตามมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2558 กำหนดให้ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทน ในกรณีคลอดบุตรสำหรับตนเองหรือภริยาต่อเมื่อภายในระยะเวลาสิบห้าเดือนก่อนวันรับบริการทางการแพทย์ ผู้ประกันตนได้จ่ายเงินสมทบมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าเดือน และมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 กำหนดว่า ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับ ประโยชน์ทดแทนในกรณีสงเคราะห์บุตร ต่อเมื่อภายในระยะเวลาสามสิบหกเดือนก่อนเดือนที่มีสิทธิได้รับ ประโยชน์ทดแทน ผู้ประกันตนได้จ่ายเงินสมทบมาแล้วไม่น้อยกว่าสิบสองเดือน โดยที่นियามของการคลอดบุตร ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 โดยให้คํานิยามว่า “การคลอดบุตร” หมายความว่า การที่ทารกออกจากครรภ์มารดาซึ่งมีระยะเวลาตั้งครรรภ์ไม่น้อยกว่ายี่สิบแปดสัปดาห์ไม่ว่าทารกจะมี ชีวิตรอดอยู่หรือไม่

ประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรเป็นประโยชน์ทดแทนของกองทุนประกันสังคมกรณีหนึ่งที่ทำให้ ความคุ้มครองแก่ผู้ประกันตนตามมาตรา 33 และมาตรา 39 (ผู้ประกันตนตามมาตรา 40 จะไม่ได้รับความคุ้มครอง จากกองทุนประกันสังคมในกรณีคลอดบุตร แต่จะได้รับคุ้มครองตามสิทธิบัตรประกันสุขภาพถ้วนหน้า (บัตรทอง)) ในปัจจุบันผู้ประกันตนตามมาตรา 33 และมาตรา 39 จะมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเดียวกัน ประกอบด้วย<sup>3</sup>

(1) ค่าบริการทางการแพทย์เหมาจ่ายกรณีคลอดบุตร ในอัตรา 15,000 บาท ต่อการคลอดบุตรหนึ่งครั้ง ไม่จำกัดจำนวนครั้ง

(2) ค่าตรวจและรับฝากครรภ์ (เพิ่มเติมจากเงินเหมาจ่ายข้อ 1) ในอัตราจ่ายตามจริง รวมไม่เกิน 1,500 บาท โดยแบ่งเป็น

- ช่วงอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ในอัตราจ่ายตามจริง รวมไม่เกิน 500 บาท
- ช่วงอายุครรภ์มากกว่า 12 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ ในอัตราจ่ายตามจริง รวมไม่เกิน

300 บาท

---

<sup>2</sup> พระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และอัตราการจ่ายเงินสมทบ ประเภทของประโยชน์ทดแทน ตลอดจน หลักเกณฑ์และเงื่อนไขแห่งสิทธิในการรับประโยชน์ทดแทนของบุคคลซึ่งสมัครเป็นผู้ประกันตน พ.ศ. 2561 ออกตามความใน พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2558.

<sup>3</sup> ประกาศคณะกรรมการการแพทย์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม เรื่อง หลักเกณฑ์และอัตราสำหรับประโยชน์ ทดแทนในกรณีคลอดบุตร พ.ศ. 2563 ออกตามความในพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2558.

- ช่วงอายุครรภ์มากกว่า 20 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 28 สัปดาห์ ในอัตราจ่ายตามจริง รวมไม่เกิน 300 บาท
- ช่วงอายุครรภ์มากกว่า 28 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 32 สัปดาห์ ในอัตราจ่ายตามจริง รวมไม่เกิน 200 บาท
- ช่วงอายุครรภ์มากกว่า 32 สัปดาห์ ถึง 40 สัปดาห์ขึ้นไป ในอัตราจ่ายตามจริง รวมไม่เกิน 200 บาท

(3) เงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรแก่ผู้ประกันตนหญิง ในอัตราร้อยละ 50 ของค่าจ้างเฉลี่ยเป็นเวลา 90 วัน เบิกได้ 2 ครั้ง (กรณีลูกคนที่ 3 ขึ้นไปจะไม่ได้สิทธินี้)

นอกจากนี้ ยังมีการจัดสิทธิประโยชน์อื่นที่เกี่ยวข้องกับการคลอดบุตรและการสงเคราะห์บุตร ดังนี้

1. เงินสงเคราะห์บุตร ในอัตราเหมาจ่ายเดือนละ 800 บาท ต่อบุตรหนึ่งคน คราวละไม่เกิน 3 คน โดยให้ตั้งแต่แรกเกิดจนบุตรอายุครบ 6 ปีบริบูรณ์
2. กรณีหญิงตั้งครรภ์สามารถเบิกค่าใช้จ่ายในการฉีดวัคซีนตามฤดูกาล
3. กรณีแท้งบุตร สามารถเบิกค่าคลอดบุตรและเงินสงเคราะห์การหยุดงานได้ โดยมีเงื่อนไข คือ ผู้ประกันตนตามมาตรา 33 และ มาตรา 39 จะต้องจ่ายเงินค่าประกันสังคมแล้ว ไม่น้อยกว่า 5 เดือน ภายในระยะเวลา 15 เดือน ก่อนแท้งบุตร และจะต้องมีอายุครรภ์ไม่น้อยกว่า 28 สัปดาห์

ปัจจุบันในประเทศไทยมีความเจริญก้าวหน้าเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Assisted Reproductive Technology) โดยเฉพาะความก้าวหน้าที่สามารถช่วยเหลือให้มีการตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) เพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยาก หรือที่เรียกว่า “อุ้มบุญ” โดยวิธีการผสมเทียมให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน โดยอาจมีข้อตกลงกันว่าส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่คู่สมรสเจ้าของไข่และเชื้อสperm จนกลายเป็นธุรกิจทางการแพทย์อย่างหนึ่งในสังคมไทย โดยมีการจัดตั้งศูนย์รักษาผู้มีบุตรยากหลายแห่งทั้งในโรงพยาบาลของรัฐและเอกชน ทั้งในกรุงเทพมหานครและต่างจังหวัดเพิ่มมากขึ้น และยังมีการดำเนินการเป็นคนกลาง นายหน้าหรือตัวแทนประกาศผ่านอินเทอร์เน็ตในลักษณะที่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ค่อนข้างชัดเจน แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จะกำหนดมิให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อธุรกิจและการค้าก็ตาม อีกทั้ง เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยวิธีการผสมเทียมให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนดังกล่าว ยังก่อให้เกิดสภาพปัญหาทางกฎหมายมากมาย แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จะกำหนดให้เด็กที่เกิดขึ้นจากการรับตั้งครรภ์แทนให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายและหญิงคู่สมรสที่เป็นเจ้าของไข่ ไม่ใช่บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน แต่ก็ยังมีผลทำให้บทบัญญัติของกฎหมายประกันสังคมในการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนั้น ยังมีความไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยการตั้งครรภ์แทนนั้น อีกทั้งยัง



ไม่สอดคล้องกับหลักการและเจตนารมณ์ในการสร้างหลักประกันแก่ผู้ประกันตน และอาจเกิดปัญหาในการตีความตามกฎหมาย ซึ่งจะส่งผลต่อการจ่ายประโยชน์ทดแทนเกี่ยวกับการคลอดบุตรทั้งหมด และอาจมีการลิดรอนสิทธิของผู้ประกันตนอันเกิดจากความไม่ชอบธรรมในการตีความกฎหมาย

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนมีความสนใจที่จะทำการศึกษถึงปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจ่ายประโยชน์ทดแทนของการประกันสังคม ซึ่งเป็นกองทุนหลักประกันสุขภาพที่มีหลักการในการให้ความคุ้มครองสมาชิกที่เป็นผู้ประกันตนให้ได้รับหลักประกันตามที่กฎหมายให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้ประกันตนที่เป็นสมาชิกดังกล่าว โดยเฉพาะกรณีการตั้งครรภ์แทน หรือการอุ้มบุญ เพื่อให้ผู้ประกันตนได้รับสิทธิประโยชน์อันชอบธรรม ได้รับการคุ้มครองและประโยชน์สูงสุด ซึ่งพอจะสรุปประเด็นปัญหาที่จะทำการศึกษาได้ ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีค่าคลอดบุตร เมื่อพิจารณาถึงหลักกฎหมายที่กำหนดให้ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับค่าคลอดบุตรแล้ว นอกจากผู้ประกันตนจะต้องจ่ายเงินสมทบมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าเดือน ภายในระยะเวลาสิบห้าเดือนก่อนวันที่ผู้ประกันตนเข้ารับบริการทางการแพทย์แล้ว ยังต้องเป็นกรณีที่ผู้ประกันตนซึ่งเป็นหญิงได้คลอดทารกออกจากครรภ์ของตน ซึ่งตนเป็นมารดาของเด็กที่คลอดออกมานั้นตามนัยของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ซึ่งกำหนดว่า “การคลอดบุตร” หมายความว่า การที่ทารกออกจากครรภ์มารดาซึ่งมีระยะเวลาตั้งครรภ์ไม่น้อยกว่ายี่สิบแปดสัปดาห์ไม่ว่าทารกจะมีชีวิตรอดอยู่หรือไม่” หรือในกรณีที่ผู้ประกันตนชาย หากไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับภรรยา หากมีการรับรองได้ว่าตนได้อยู่กินฉันสามีภริยากับหญิงใดโดยเปิดเผย ผู้ประกันตนชายรายดังกล่าวก็จะมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีค่าคลอดบุตรในกรณีหญิงซึ่งได้อยู่กินด้วยกันกับตนฉันสามีภริยาได้คลอดทารกซึ่งเป็นบุตรออกจากครรภ์ของหญิงนั่นเอง ซึ่งในปัจจุบันการตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญ อันเกิดจากเทคโนโลยีทางการแพทย์ได้มีบทบาทในสังคมไทยในยุคปัจจุบันมากขึ้น โดยถือว่าเป็นวิธีการหนึ่งที่แพทย์ใช้เพื่อช่วย แก้ไขปัญหาคู่สมรสที่ประสบภาวะมีบุตรยากและไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตัวเอง ดังนั้น ในกรณีของการตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญ หากผู้ประกันตนชายหรือหญิงที่เป็นคู่สมรสประสบภาวะมีบุตรยากและไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตัวเอง และได้มีการทำข้อตกลงให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทน เมื่อผู้ประกันตนชายหรือหญิงที่เป็นคู่สมรสนั้นยื่นแบบคำขอรับประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร กรณีดังกล่าวพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ทำการวินิจฉัยจ่ายประโยชน์ทดแทนย่อมไม่อาจอนุมัติให้จ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีค่าคลอดบุตรให้กับผู้ประกันตนชายหรือหญิงที่ให้มีการตั้งครรภ์แทนบุตรของตนได้ เนื่องจากอาจขัดกับบทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับสิทธิที่ผู้ประกันตนพึงจะได้รับเนื่องจากการเป็นผู้ประกันตนและเป็นผู้ส่งเงินสมทบตามที่กฎหมายกำหนด

นอกจากนี้ในกรณีหญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทน หากหญิงนั้นเป็นผู้ประกันตนและนำส่งเงินสมทบครบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด หากหญิงนั้นคลอดเด็กซึ่งมีใบบุตรของตนอันเนื่องมาจากการรับตั้งครรภ์แทนในการวินิจฉัยการเบิกจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรก็จะเป็นประเด็นปัญหาว่า หญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนนั้นมีสิทธิได้รับค่าคลอดบุตรอันเป็นประโยชน์ทดแทนจากการให้ความคุ้มครองของการประกันสังคมหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะทำการศึกษาหาแนวทางหรือมาตรการทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองผู้ประกันตนในกรณีที่

มีการตั้งครุฑแทน ให้ผู้ประกันตนได้รับความเป็นธรรมในการได้รับการคุ้มครองให้เกิดประโยชน์สูงสุด และสอดคล้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่มีความเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมากในปัจจุบัน

2. ปัญหาเกี่ยวกับการจ่ายค่าตรวจและรับฝากครรภ์ ค่าตรวจและรับฝากครรภ์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 66<sup>4</sup> กำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมคุณภาพชีวิตที่ดีของผู้ประกันตน หรือคู่สมรสที่ตั้งครรภ์ให้มีคุณภาพตามเกณฑ์มาตรฐานตั้งแต่ระยะแรกของการตั้งครรภ์ให้ได้รับการตรวจอย่างสม่ำเสมอ เพื่อให้การคลอดเป็นไปอย่างราบรื่นซึ่งหลักเกณฑ์และอัตราของค่าตรวจและรับฝากครรภ์เป็นไปตามที่คณะกรรมการการแพทย์กำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ และประกาศคณะกรรมการการแพทย์ ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม เรื่อง หลักเกณฑ์และอัตราสำหรับประโยชน์ทดแทนกรณีการฝากครรภ์ตามเกณฑ์คุณภาพลงวันที่ 9 ธันวาคม 2563 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 15 (2) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2558 และมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 กำหนดให้สำนักงานประกันสังคมจ่ายค่าตรวจและรับฝากครรภ์แก่ผู้ประกันตนกรณีผู้ประกันตน หรือภริยาของผู้ประกันตน หรือหญิงซึ่งอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้ประกันตนโดยเปิดเผย กรณีผู้ประกันตนไม่มีภริยาเข้ารับการฝากครรภ์ตามเกณฑ์คุณภาพในสถานพยาบาลหรือคลินิกตามมาตรฐานงานอนามัยแม่และเด็ก กระทรวงสาธารณสุข<sup>5</sup> ซึ่งในแนวทางทางปฏิบัติของการเบิกจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีฝากครรภ์ตามเกณฑ์คุณภาพ พ.ศ. 2564 ตามประกาศคณะกรรมการการแพทย์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม เรื่อง หลักเกณฑ์และอัตราสำหรับประโยชน์ทดแทนกรณีการฝากครรภ์ตามเกณฑ์คุณภาพ ลงวันที่ 9 ธันวาคม พ.ศ. 2563 กำหนดในเรื่องเอกสารประกอบการยื่นขอรับประโยชน์ทดแทนค่าตรวจและรับฝากครรภ์ ประกอบด้วย

---

<sup>4</sup> มาตรา 66 ประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตร ได้แก่

- (1) ค่าตรวจและรับฝากครรภ์
- (2) ค่าบำบัดทางการแพทย์
- (3) ค่ายาและค่าเวชภัณฑ์
- (4) ค่าทำคลอด
- (5) ค่ากินอยู่และรักษาพยาบาลในสถานพยาบาล
- (6) ค่าบริบาลและค่ารักษาพยาบาลทารกแรกเกิด
- (7) ค่ารถพยาบาลหรือค่าพาหนะรับส่งผู้ป่วย
- (8) ค่าบริการอื่นที่จำเป็น

ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์และอัตราที่คณะกรรมการการแพทย์กำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

ผู้ประกันตนซึ่งต้องหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรให้ได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงาน เพื่อการคลอดบุตรตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 67 ด้วย

<sup>5</sup> ประกาศคณะกรรมการการแพทย์ ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม เรื่อง หลักเกณฑ์และอัตราสำหรับประโยชน์ทดแทนกรณีการฝากครรภ์ตามเกณฑ์คุณภาพ พ.ศ. 2563.

(1) แบบคำขอรับประโยชน์ทดแทนกองทุนประกันสังคม (สปส.2-01) (2) กรณีผู้ประกันตนชายเบิกใช้สำเนา ทะเบียนสมรสหรือหนังสือรับรองกรณีไม่มีทะเบียนสมรส กรณีผู้ประกันตนหญิงใช้สิทธิเบิกต้องมีการระบุเลข ประจำตัวประชาชนของฝ่ายชายในแบบคำขอฯ เพื่อป้องกันการใช้สิทธิซ้ำซ้อน (3) ใบรับรองแพทย์ซึ่งออกโดยสูตินรีแพทย์หรือหนังสือรับรองการรักษาซึ่งออกโดยพยาบาลวิชาชีพ (4) ใบเสร็จค่าตรวจและรับฝากครรภ์ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในแนวทางปฏิบัติของการเบิกจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีค่าตรวจและรับฝากครรภ์ ไม่ได้มีการตรวจสอบว่าการตั้งครรถ์ดังกล่าวเป็นการตั้งครรถ์แทนที่ได้มีการทำข้อตกลงระหว่างคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร กับหญิงที่รับตั้งครรถ์แทนหรือไม่ หากหญิงซึ่งเป็นผู้ประกันตนได้นำส่งเงินสมทบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดก็มีสิทธิได้รับค่าฝากครรภ์ โดยใช้ใบรับรองแพทย์และใบเสร็จค่าฝากครรภ์เป็นหลักฐานประกอบการยื่นขอรับค่าฝากครรภ์ ดังนั้น ในกรณีนี้จะเกิดประเด็นปัญหาว่า หญิงที่รับตั้งครรถ์แทนมีสิทธิได้รับค่าฝากครรภ์หรือไม่ และหากหญิงนั้นไม่ได้แสดงหนังสือข้อตกลงเกี่ยวกับการรับตั้งครรถ์แทนให้กับพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ทำการวินิจฉัยเบิกจ่ายประโยชน์ทดแทน และพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ทำการวินิจฉัยได้จ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีค่าฝากครรภ์ให้กับหญิงตั้งครรถ์แทนไปกรณีนี้พนักงานเจ้าหน้าที่ก็อาจมีความผิดได้ เนื่องจากไม่ได้มีการตรวจสอบเอกสารหลักฐานให้ครบถ้วนประกอบกับกฎหมายและแนวปฏิบัติก็ได้กำหนดให้ผู้ประกันตนหญิงซึ่งรับตั้งครรถ์แทนต้องแสดงหนังสือข้อตกลงดังกล่าวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในการเบิกประโยชน์ทดแทนกรณีค่าฝากครรภ์ ซึ่งในการที่กฎหมายและแนวปฏิบัติได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนก็อาจทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมาย หรือความละเอียดในการตรวจสอบของพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งหากมีการเบิกจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีดังกล่าวไปแล้ว และมีการตรวจสอบพบในภายหลังว่าผู้ประกันตนเป็นผู้ไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีดังกล่าว การติดตามเรียกเงินประโยชน์ทดแทนคืนจากผู้ประกันตน ย่อมเป็นการยากยิ่งกว่าการกำหนดกฎหมายหรือแนวปฏิบัติให้ชัดเจน และการจ่ายค่าฝากครรภ์ให้กับผู้ประกันตนหญิงที่รับตั้งครรถ์แทนโดยมิได้ตรวจสอบเอกสารหลักฐานเนื่องจากกฎหมาย ประกาศ และแนวปฏิบัติไม่ได้กำหนดชัดเจนก็อาจไม่สอดคล้องกับการที่ไม่จ่ายค่าคลอดบุตรให้กับผู้ประกันตนฝ่ายใดทั้งสิ้น ในกรณีนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงหลักการในการจ่ายประโยชน์ทดแทนที่เกี่ยวข้องกับการคลอดบุตรตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และเสนอแนวทางแก้ปัญหาเพื่อให้สามารถนำกฎหมาย ประกาศ และแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องมาใช้ได้อย่างรอบคอบ เพื่อมิให้ก่อให้เกิดปัญหาในการใช้บังคับต่อไป

3. ปัญหาเกี่ยวกับการจ่ายค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร โดยที่ค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 66 วรรคสอง กำหนดว่า “ผู้ประกันตนซึ่งต้องหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรให้ได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร ตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 67 ด้วย” ซึ่งการจ่ายค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่หญิงที่ตั้งครรถ์มีเหตุที่จำเป็นต้องใช้ระยะเวลาในการพักผ่อนและฟื้นฟูร่างกายตามที่แพทย์แนะนำ ในช่วงของการตั้งครรถ์หรือภายหลังการคลอดบุตรเป็นเหตุให้หญิงตั้งครรถ์จำเป็นต้องหยุดงาน โดยให้ผู้ประกันตนหญิงมีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรไม่เกิน

2 ครั้ง เป็นการเหมาจ่ายในอัตราครึ่งละร้อยละ 50 ของค่าจ้างเป็นเวลา 90 วัน ในกรณีนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าผู้ประกันตนหญิงฝ่ายใดจะมีสิทธิได้รับค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร ซึ่งหากจะใช้หลักความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายให้หญิงที่ประสงค์ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ได้รับค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรทั้งที่ตนมิได้มีการตั้งครรภ์แต่อย่างใด ก็จะทำให้เห็นได้ว่าการจ่ายค่าสงเคราะห์การหยุดงานให้กับหญิงที่ไม่ได้ตั้งครรภ์ด้วยตนเองจะเป็นการไม่สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงเท่าใดนัก ซึ่งในกรณีนี้เมื่อพิจารณาหลักการพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองการใช้งานและเป็นข้อปฏิบัติที่นายจ้างทั้งหลายต้องจัดให้แก่ลูกจ้าง สภาพการจ้างงานต่าง ๆ ที่รัฐกำหนดให้เป็นมาตรฐานขั้นต่ำสุดที่นายจ้างทั้งหลายจะต้องจัดให้มีแก่ลูกจ้าง จะเห็นว่า ในส่วนของแรงงานในกิจการภาคเอกชนจะได้รับความคุ้มครอง ให้มีสิทธิลาคลอดตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งแต่เดิมลูกจ้างหญิงตั้งครรภ์มีสิทธิลาเพื่อคลอดบุตรครั้งหนึ่งไม่เกิน 90 วัน ครอบคลุมทั้งในช่วงเวลาทั้งก่อนและหลังการคลอด ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสิทธิลาเพื่อคลอดบุตรตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2562 ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้ประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 5 เมษายน พ.ศ. 2562 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 5 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 เป็นต้นไป จึงทำให้ปัจจุบันลูกจ้างหญิงตั้งครรภ์มีสิทธิลาเพื่อคลอดบุตรได้เพิ่มขึ้นเป็น 98 วัน และให้ถือว่าวันลาเพื่อตรวจครรภ์ก่อนการคลอดบุตรเป็นวันลาเพื่อคลอดบุตรด้วย ดังนั้น ลูกจ้างหญิงตั้งครรภ์จึงมีสิทธิลาเพื่อคลอดบุตร โดยจะใช้สิทธิในวันที่คลอดก่อนหรือหลังคลอด รวมถึงมีสิทธิลาเพื่อตรวจครรภ์ก่อนการคลอดบุตรครั้งหนึ่งไม่เกิน 98 วัน จะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 นั้น กำหนดให้ลูกจ้างหญิงที่ตั้งครรภ์มีสิทธิลาคลอดได้ โดยมีได้พิจารณาถึงความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด แต่เมื่อนำพระราชบัญญัติประกันสังคม มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ที่ได้กำหนดนิยามของคำว่า “การคลอดบุตร หมายความว่า การที่ทารกออกจากครรภ์มารดา...” มาพิจารณาก็จะพบว่าการที่ทารกออกจากครรภ์หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หญิงดังกล่าวย่อมมิใช่มารดาที่มีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรตามมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 กรณีดังกล่าวจึงอาจเป็นความไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 อีกทั้งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ก็มีได้กำหนดการให้ความคุ้มครองสุขภาพของหญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้แต่อย่างใด ซึ่งผู้ศึกษาจะทำการศึกษาและเปรียบเทียบถึงสิทธิและสวัสดิการการให้ความคุ้มครองของแรงงานหญิงซึ่งตั้งครรภ์ตามธรรมชาติและแรงงานหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพื่อเสนอแนวทางแก้ปัญหาเพื่อให้สามารถคุ้มครองผู้ประกันตนหญิงทั้งฝ่ายที่ประสงค์จะมีบุตร และฝ่ายที่รับตั้งครรภ์แทนให้ได้รับสิทธิและความเป็นธรรมในการได้รับการพักผ่อนและฟื้นฟูร่างกาย และการเลี้ยงดูบุตรเท่าเทียมกับหญิงซึ่งตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ

นอกจากปัญหาเกี่ยวกับการจ่ายประโยชน์ทดแทนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 อันเนื่องมาจากการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ผู้เขียนได้กล่าวแล้วข้างต้น

ผู้เขียนยังพบว่า การรักษาการมีบุตรยากซึ่งเป็นกระบวนการเริ่มแรกของการริเริ่มให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ไม่ได้ให้ความคุ้มครองในส่วนของการรักษาพยาบาลดังกล่าว ซึ่งการรักษาพยาบาลในเรื่องของการรักษาการมีบุตรยากมีค่าใช้จ่ายที่ค่อนข้างสูง โดยในปัจจุบันจะเห็นได้ว่าประเทศไทยมีเด็กเกิดใหม่ลดลงเป็นอย่างมาก เมื่อพิจารณาจากระบบสถิติทางการทะเบียน สำนักบริหารการทะเบียน กรมการปกครอง จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยกำลังก้าวเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุ โดยประชากรผู้สูงอายุในปีพ.ศ. 2565 นั้น มีมากถึง 12,116,199 คน คิดเป็น 18.3% ของประชากรทั้งหมด ขณะที่ผู้สูงอายุในประเทศไทยมีจำนวนเพิ่มขึ้น แต่อัตราการเกิดกลับลดลงและมีอัตราที่ต่ำมาก สถานการณ์เด็กเกิดใหม่ของประเทศไทยในปัจจุบัน (ปีพ.ศ. 2565) ต่ำกว่า 600,000 รายต่อปี และในปีนี้มีอัตราการเกิดไม่ถึง 0.5% โดยอยู่ที่ 0.18% ถือเป็นจำนวนที่ค่อนข้างน้อย<sup>6</sup> ซึ่งในอนาคตอาจจะส่งผลอย่างมากต่อโครงสร้างประชากรไทยรวมถึงกำลังแรงงานและเศรษฐกิจของประเทศ อีกทั้ง ยังเป็นความเข้าใจผิดอยู่ว่าภาวะมีบุตรยากไม่ใช่โรจึงไม่สามารถเบิกค่ารักษาได้ โรงพยาบาลรัฐจึงไม่สามารถเปิดแผนกรักษาผู้มีบุตรยากได้ และโรงพยาบาลอีกหลายแห่งไม่ได้เปิดแผนกนี้ ทำให้คนไข้ต้องไปเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลเอกชนแทน แต่ปัจจุบันองค์การอนามัยโลก (WHO) ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ภาวะมีบุตรยากเป็นโรค ดังนั้น คนไข้ซึ่งเป็นผู้ประกันตนก็ควรที่จะมีโอกาสเข้ารับการรักษาโรคได้ เป็นการเปิดโอกาสให้คนเข้าถึงบริการมากขึ้น ซึ่งปฏิเสธไม่ได้ว่าปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เช่น การอุ้มบุญ การทำเด็กหลอดแก้วมีค่าบริการค่อนข้างสูงมาก สำนักงานประกันสังคมจึงควรปรับปรุงประโยชน์ทดแทนให้มีความสอดคล้องกับเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีความเจริญก้าวหน้า และให้สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาทบทวนเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม เพื่อให้การตีความในการจ่ายประโยชน์ทดแทนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 อันเนื่องมาจากการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีหลักการและแนวปฏิบัติที่ก้าวทันต่อเทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบันยิ่งขึ้น และอาจพิจารณาแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม รวมทั้งกฎหมายลำดับรองที่ออกตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 เช่น ประกาศคณะกรรมการการแพทย์หรือแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้อง เพื่อเป็นการพัฒนาปรับปรุงสิทธิประโยชน์ให้แก่ผู้ประกันตน ก่อให้เกิดสวัสดิการในการเข้าถึงการรักษา เพื่อประโยชน์ทางด้านสุขภาพของผู้ประกันตนสูงสุด และให้มีความสอดคล้องกับสภาพสังคมไทยและความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบัน

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และความเป็นมาของการประกันสังคม การจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรค่าตรวจและรับฝากครรภ์ ค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร รวมถึงค่าบริการทางการแพทย์เพื่อการรักษาการมีบุตรยาก

<sup>6</sup> Marketeer Team, 'สถิติผู้สูงอายุไทยปี 65จำนวนผู้สูงอายุเพิ่มขึ้นต่อเนื่อง แต่อัตราการเกิดต่ำ' (MarketeerOnline, 25 กรกฎาคม 2565) <<https://marketeeronline.co/archives/272771>> สืบค้นเมื่อ 21 ธันวาคม 2565.



2. เพื่อศึกษาสิทธิการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายประกันสังคมของแรงงานหญิงที่ตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ แรงงานหญิงซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยให้มีการตั้งครรภ์แทนและแรงงานหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในกฎหมายประกันสังคม กฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กฎหมายคุ้มครองแรงงานและกฎหมายอื่นในต่างประเทศ

3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาการจ่ายประโยชน์ทดแทนตามกฎหมายประกันสังคม อันเกิดจากการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

4. เพื่อเสนอแนวทางแก้ไขกฎหมายประกันสังคมเกี่ยวกับการจ่ายประโยชน์ทดแทนอันเกิดจากการตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

### 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ในปัจจุบันได้มีเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อรักษาภาวะการมีบุตรยากโดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ในขณะที่พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ซึ่งกำหนดให้สมาชิกซึ่งเป็นผู้ประกันตนตามที่กฎหมายมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร ได้แก่ ค่าคลอดบุตร ค่าตรวจและรับฝากครรภ์ ค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร เป็นต้น แต่พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ก็มีได้มีบทบัญญัติหรือหลักการที่แน่ชัดในการให้ความคุ้มครองหรือไม่ให้การคุ้มครองในการจ่ายประโยชน์ทดแทนในกรณีที่มีการรับตั้งครรภ์แทน อันเป็นการไม่สอดคล้องกับเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีความเจริญก้าวหน้า และกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

ฉะนั้น จึงจำเป็นต้องมีการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแรงงานในกรณีที่มีการตั้งครรภ์แทน ทั้งฝ่ายที่ประสงค์จะมีบุตร และฝ่ายที่รับตั้งครรภ์แทน ให้ได้รับสิทธิประโยชน์อันชอบธรรมตามสิทธิที่ตนพึงมี ตามกฎหมายของประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อกำหนดแนวทางแก้ไขกฎหมายประกันสังคมเกี่ยวกับการจ่ายประโยชน์ทดแทนอันเนื่องมาจากการรับตั้งครรภ์แทน ให้ได้รับความคุ้มครองที่เหมาะสม ไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีความเจริญก้าวหน้าและเกิดความเป็นธรรมต่อผู้ประกันตนทุกฝ่ายอย่างสูงสุด

### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

สารนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาปัญหาทางกฎหมายในการจ่ายประโยชน์ทดแทนตามกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม โดยศึกษากรณีการนำมาใช้บังคับกับการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในประเด็นที่เกี่ยวกับการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีค่าคลอดบุตร ค่าตรวจและรับฝากครรภ์ ค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร รวมถึงค่าบริการทางการแพทย์เพื่อรักษาการมีบุตรยาก ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาปัญหาทางกฎหมายในการจ่ายประโยชน์ทดแทนว่าด้วยการประกันสังคมที่เกี่ยวกับกรณีดังกล่าว ได้แก่ พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประกาศและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้อง พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เป็นต้น

นอกจากนี้ยังศึกษาเรื่องนี้ โดยเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายดังกล่าวของประเทศไทยกับกฎหมายของต่างประเทศ ว่ามีความเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทยได้มากน้อยเพียงใดหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ สังคมและเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีความเจริญก้าวหน้า และกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน และเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการได้รับความคุ้มครองในฐานะผู้ประกันตนอย่างเป็นธรรมอีกด้วย

### 1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงเอกสาร (Document Research) กล่าวคือ เป็นการศึกษาโดยวิธีการค้นคว้า รวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูลจากตำรา วารสาร เอกสารวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความทางกฎหมาย เอกสารทางราชการ ทฤษฎีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับระบบประกันสังคมของประเทศไทย ระบบประกันสังคมของต่างประเทศ ความเห็นนักนิติศาสตร์ ตลอดจนข้อมูลทางเว็บไซต์ต่างๆ (Web site) ทางอินเทอร์เน็ต (Internet) ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศเพื่อทราบถึงข้อมูลเกี่ยวกับสภาพปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและแนวทางการแก้ไขกฎหมายประกันสังคมและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี และความเป็นมาของการประกันสังคม การจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร ค่าตรวจและรับฝากครรภ์ ค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร รวมถึงค่าบริการทางการแพทย์เพื่อรักษาการมีบุตรยาก

2. เพื่อให้ทราบถึงสิทธิการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายประกันสังคมของ แรงงานหญิงที่ตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ แรงงานหญิงซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยให้มีการตั้งครรภ์แทนและแรงงานหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในกฎหมายประกันสังคม กฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กฎหมายคุ้มครองแรงงานและกฎหมายอื่นในต่างประเทศ

3. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาการจ่ายประโยชน์ทดแทนตามกฎหมายประกันสังคม อันเกิดจากการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

4. เพื่อให้ทราบถึงแนวทางแก้ไขกฎหมายประกันสังคมเกี่ยวกับการจ่ายประโยชน์ทดแทน อันเกิดจากการตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

## บทที่ 2

### แนวคิด ทฤษฎี การคุ้มครองการจ่ายประโยชน์ทดแทน และการคุ้มครองการตั้งครุภัณฑ์แทน

ในบทนี้ผู้ศึกษาจะขอกล่าวถึงแนวคิด ทฤษฎี การคุ้มครองการจ่ายประโยชน์ทดแทน และการคุ้มครองการตั้งครุภัณฑ์แทน ตลอดจนสิทธิและสวัสดิการพื้นฐานที่ให้การคุ้มครองประชาชนอันเนื่องจากการตั้งครุภัณฑ์ตามธรรมชาติ และการให้ความคุ้มครองการมีบุตรอันเกิดจากการตั้งครุภัณฑ์แทน โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งผู้ศึกษาจะได้นำมาใช้ในการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาตามที่จะกล่าวถึงในสารนิพนธ์ฉบับนี้ต่อไป อันมีรายละเอียด ดังนี้

#### 2.1 แนวคิดการคุ้มครองทางสังคม (Social Protection)<sup>7</sup>

Sabates-Wheeler and Waite (2003) ได้ให้ความหมายการคุ้มครองทางสังคมไว้ว่า “การคุ้มครองทางสังคม คือ การลดภาวะความเปราะบาง และการจัดการความเสี่ยงให้กับบุคคลที่มีรายได้น้อย” โดยสามารถแบ่งแนวคิดการคุ้มครองทางสังคมเป็นมาตรการ 4 ระดับ ได้แก่

(1) มาตรการส่งเสริม (Promotive measures) มุ่งส่งเสริมการเพิ่มรายได้ที่แท้จริงและส่งเสริมความสามารถของบุคคล โดยอาจใช้มาตรการทางด้านเศรษฐศาสตร์มหภาค และมาตรการจากสถาบันและภาคส่วนอื่นเพื่อช่วยลดปัญหาความยากจน มาตรการเหล่านี้ได้แก่ การพัฒนาการศึกษาขั้นพื้นฐาน เรื่องของระบบการเงินระดับฐานราก (Microfinance) การลดปัญหาโรคติดต่อ รวมไปถึงการอำนวยความสะดวกให้เข้าถึงที่ดิน และการดูแลเรื่องสุขอนามัย

(2) มาตรการป้องกัน (Preventive measures) เพื่อป้องกันภาวะการขาดแคลนให้กับกลุ่มบุคคล โดยผ่านการจัดเตรียมการประกันสังคมทั้งที่เป็นของภาครัฐและไม่ใช่ของภาครัฐ ที่เห็นได้ชัดจากมาตรการนี้ก็คือ ระบบประกันสังคมที่มีในเรื่องของเงินบำเหน็จ บำนาญการประกันสังคมด้านสุขภาพ ผลประโยชน์ในการตั้งครุภัณฑ์และการคลอดบุตร และการประกันการว่างงาน โดยนำเงินมาจากกองทุนที่เก็บเงินสมทบจากนายจ้าง ลูกจ้าง และภาครัฐมาจ่ายผลประโยชน์

(3) มาตรการปกป้องคุ้มครอง (Protective measures) เป็นมาตรการที่ช่วยเหลือกลุ่มบุคคลที่มาตรการการส่งเสริมและมาตรการการป้องกันไม่สามารถครอบคลุมถึง มาตรการปกป้องคุ้มครอง ได้แก่

<sup>7</sup> สาทิณี ศิริไพบุลย์, ‘การคุ้มครองทางสังคมและสิทธิประโยชน์ประกันสังคมสำหรับแรงงานต่างด้าว

3 สัญชาติ’ (2561) 2 วารสารวิจัยสังคม 105-106 <<https://so04.tci-thaijo.org/article> > download> สืบค้นเมื่อ 20 ตุลาคม 2565.

เงินโอนช่วยเหลือ เงินบริจาค การช่วยเหลือทางกฎหมาย การให้คำปรึกษา การให้ที่พัก และการช่วยเหลือทางสังคมต่างๆ เป็นต้น

(4) มาตรการการแปรเปลี่ยน (Transformative measures) ซึ่งมุ่งในการปรับเปลี่ยนอำนาจต่อรองของบุคคลและกลุ่มบุคคลในสังคม เพื่อสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้น กลุ่มบุคคลจะได้รับการปกป้องจากความเสียหายทางสังคม เช่น เรื่องของการแบ่งแยก และการละเมิด มาตรการการแปรเปลี่ยนนี้ได้ขยายแนวคิดการคุ้มครองทางสังคมไปสู่การคำนึงถึงความยุติธรรม การเพิ่มพลังอำนาจให้กับกลุ่มบุคคล และการคำนึงถึงสิทธิทางสังคมซึ่งเรื่องเหล่านี้เป็นการให้การคุ้มครองทางสังคมมากกว่าเรื่องถ่ายโอนรายได้หรือการประกันสังคม

นอกจากความหมายข้างต้นแล้ว การคุ้มครองทางสังคมเป็นแนวคิดที่องค์กรสากลต่างๆ ได้ให้ความสนใจและให้ความหมายไว้ โดย World Bank (2016) ได้ให้ความหมายว่า “เป็นการโอนตัวเงินให้แก่กลุ่มคนที่มีความจำเป็นในการได้รับตัวเงินอย่างเพียงพอ โดยเฉพาะกลุ่มเด็กเล็ก นอกจากนี้ควรจัดผลประโยชน์และจัดสวัสดิการให้กับกลุ่มวัยทำงานที่ประสบกับภาวะพิเศษ เช่น การตั้งครรภ์ การคลอดบุตร พิการ เจ็บป่วยจากการทำงาน ว่างงาน รวมทั้งการจัดให้มีเงินบำเหน็จบำนาญ สำหรับผู้สูงอายุ เป็นต้น การคุ้มครองทางสังคมเพื่อจัดการกับภาวะเหล่านี้สามารถจัดการผ่านการประกันสังคม กองทุนภาษีการบริการช่วยเหลือสังคม โครงการงานสาธารณะและโครงการอื่นๆ ที่ช่วยรับประกันความมั่นคงทางรายได้”

จากความหมายทั้งหมดข้างต้น สามารถสรุปความหมายการคุ้มครองทางสังคมได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองทางสังคมแก่กลุ่มสมาชิกในสังคม โดยเน้นที่การจัดความเสี่ยงและลดภาวะเปราะบาง โดยผ่านชุดนโยบาย แผนงาน โครงการและมาตรการต่างๆ มาตรการที่สำคัญ ได้แก่ การประกันสังคม ซึ่งเป็นเรื่องของการป้องกันและขจัดความเสี่ยงให้กับกลุ่มวัยทำงานที่ประสบภาวะเช่น การตั้งครรภ์ การคลอดบุตร พิการ เจ็บป่วยจากการทำงาน การว่างงาน และภาวะสูงอายุ เป็นต้น และนอกจากการประกันสังคมแล้ว ยังมี การช่วยเหลือทางสังคม แผนงานนโยบายตลาดแรงงานกองทุนภาษี โครงการงานสาธารณะ และโครงการอื่น ๆ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการประกันสังคมเป็นสวัสดิการสังคมประเภทหนึ่ง

## 2.2 ความหมาย แนวคิดและวิวัฒนาการของการประกันสังคม

### 2.2.1 ความหมายของการประกันสังคม

องค์การแรงงานระหว่างประเทศ ได้ให้ความหมายว่าการประกันสังคม คือ การค้ำประกันในทางสุขภาพและฐานะทางเศรษฐกิจของเอกชนแต่ละคน รวมตลอดถึงผู้อยู่ในความอุปการะเมื่อต้องเผชิญกับความขาดแคลนรายได้ อันเนื่องมาจากการสูญเสียรายได้ทั้งหมดหรือบางส่วนหรือมีรายได้ไม่เพียงพอแก่การครองชีพ อันประกอบด้วยแบบการประกันหลายแบบที่มุ่งตรงต่อการให้ความคุ้มครองในอุบัติเหตุ มีความเดือดร้อนในกรณีที่มีการเจ็บป่วย คลอดบุตร ภัยอันตรายต่าง ๆ การพิการหรือทุพพลภาพ การชราภาพ และการว่างงาน<sup>8</sup>

<sup>8</sup> จิราภรณ์ เกษรสุจริต, ‘การประกันสังคม : ศึกษาวิเคราะห์การเพิ่มประโยชน์ทดแทน’ (สำนักงานประกันสังคม กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม 2541).

องค์การแรงงานระหว่างประเทศ หรือองค์การไอแอลโอ (International Labour Organization) ได้สรุปความเป็นมาของการประกันสังคมไว้ว่า จุดเริ่มต้นของการประกันสังคมเกิดขึ้นในประเทศสหพันธรัฐเยอรมัน สมัยนายกรัฐมนตรี บิสมาร์ก (พ.ศ. 2426 ถึง พ.ศ. 2432) เริ่มต้นจากการประกันสุขภาพในปี พ.ศ. 2426 ต่อมาได้เริ่มการประกันการเจ็บป่วยจากงานในปี พ.ศ. 2427 และในปี พ.ศ. 2432 เริ่มการประกันทุพพลภาพ และชราภาพ ระบบประกันสังคมที่เริ่มในสหพันธรัฐเยอรมัน เป็นการบังคับให้ผู้มีอาชีพรับจ้างทุกประเภทต้องเข้าประกันตน บุคคลที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ลูกจ้างทั้งที่มีทักษะและไม่มีทักษะ และรวมถึงเยาวชน ผู้สูงอายุไม่ว่าจะเป็นหญิงหรือชายด้วย

กองความมั่นคง กรมประชาสงเคราะห์ ได้รวบรวมความหมายของการประกันสังคมได้ดังนี้

ราล์ฟเฟอช. บลองชาร์ด (Ralph H. Blanchard) ให้ความหมายไว้กว้างๆ ว่า ประกันสังคม คือ การประกันในแบบต่าง ๆ ที่รัฐบาลได้จัดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการที่จะวางหลักประกันให้ประชาชนมีความมั่นคงทางสังคม ซึ่งอาจเป็นวิธีบังคับการประกันตน โดยการบริหารงานของรัฐหรือการให้ความสนับสนุนองค์การสาธารณะที่เป็นเอกเทศ ให้ดำเนินการด้วยวิธีสมัครใจ เพื่อความคุ้มครองทางสุขภาพ การชดเชยลูกจ้างในยามว่างงาน หรือการชราภาพและผู้อยู่ในความอุปการะตลอดจนการขยายขอบเขตของความคุ้มครองด้วยวิธีการบังคับการประกันสังคมในภายหลังอันอาจเกิดขึ้นจากยวดยานพาหนะ การสงคราม การประกันพืชผล

ดับบลิว อาร์ วิลเลียมสัน (W.R. Williamson) ได้ให้ความหมายไว้เพียงสั้น ๆ ว่า การประกันสังคม คือ การจัดงบประมาณใหม่ทางสังคม

อัลเบิร์ตเอช. โมวเบรย์ (Alber H. Mowbray) ได้ให้ความหมายไว้ว่าการประกันสังคม คือ ความพยายามของรัฐบาลในอันที่จะใช้หลักประกันให้บังเกิดผลในทางป้องกันเพื่อมิให้ความยากจนในบ้านเมืองต้องเพิ่มขึ้น และหาทางที่จะบรรเทาความยากจนที่มีอยู่แล้วให้ลดน้อยลงเป็นลำดับ<sup>9</sup>

กองความมั่นคงกรมประชาสงเคราะห์ให้ความหมายว่าการประกันสังคมคือ โครงการบริหารทางสังคมในระยะยาวอีกแบบหนึ่งที่รัฐเป็นผู้จัดดำเนินการขึ้นเพื่อความมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองป้องกันประชาชนมิให้ได้รับความเดือดร้อนในความเป็นอยู่ของชีวิตอันเป็นส่วนรวมและส่งเสริมให้ได้รับความสุขสมบูรณ์ตามควรแก่สภาพอันเป็นหลักประกันร่วมกัน โดยมีหลักการสำคัญอยู่ที่ที่จะจัดให้ประชาชนแต่ละคนช่วยตัวเองของตัว ช่วยครอบครัวและช่วยเหลือซึ่งกันและกันระหว่างบุคคลในสังคมด้วยการออมเงินรายได้ประจำตามความสามารถของแต่ละบุคคลสะสมไว้ในกองทุนกลาง หรือที่เรียกว่ากองทุนประกันสังคม โดยมีนายจ้างและรัฐบาลช่วยออกสมทบทุนเข้ากองทุนนี้ให้อีกฝ่ายละส่วน เพื่อให้กองทุนมีจำนวนมากเพียงพอแก่การดำเนินการตามวัตถุประสงค์แห่งโครงการ หรือสามารถบำบัดความเดือดร้อนอันเนื่องในกรณีที่มีการคลอดบุตร การมีบุตรมากหรือมีครอบครัวใหญ่ การเจ็บป่วย การประสบอุบัติเหตุ หรือเป็นโรคอันเกิดจาก

<sup>9</sup> พิษณุภรณ์ กุลเศรษฐ์, 'มาตรการทางกฎหมายประกันสังคมในการคุ้มครองแรงงาน ศึกษาเฉพาะภาคเกษตรกรรม' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2555) 10.



การทำงาน การพิการ หรือทุพพลภาพ การว่างงาน การชราภาพและมรณกรรม โดยจะจ่ายให้สมาชิกหรือผู้ประกันตนเป็นเงิน สิ่งของและบริการ หรืออาจจ่ายทั้งเงิน สิ่งของและบริการก็ได้

กองทุนจะมีการบริหารงานในรูปที่ทั้ง 3 ฝ่ายได้เข้ามีส่วนร่วม ส่วนประเภทของการประกันสังคมอาจครอบคลุมไปถึงการคลอดบุตร การสงเคราะห์บุตร การเจ็บป่วย การพิการ หรือ ทุพพลภาพ การฌาปนกิจ การประกันสุขภาพและการว่างงาน ตามความเหมาะสมของแต่ละประเทศกฎหมายประกันสังคมจะดำเนินการได้ต้องขึ้นอยู่กับพื้นฐานของหลักการสำคัญ 5 ประการ คือ<sup>10</sup>

(1) หลักการบังคับ โดยให้ลูกจ้างทั้งหมดมาอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย มีการยกเว้นน้อยที่สุด เพื่อให้มีพื้นฐานการดำเนินงานที่กว้างขวางเพียงพอ

(2) หลักการเฉลี่ยทุกข์ เฉลี่ยสุข ลูกจ้างที่มีฐานะดี รายได้สูง ลูกจ้างที่มีสถานภาพดี แม้จะได้ประโยชน์จากการประกันสังคมก็ต้องมาอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายประกันสังคมเพื่อเฉลี่ยสุขให้แก่ลูกจ้างที่ยากจน รายได้ต่ำ และมีปัญหาสุขภาพอนามัย

(3) หลัก 3 ฝ่ายร่วมรับภาระ นอกจากลูกจ้างจะต้องจ่ายเงินสมทบแล้ว นายจ้าง และรัฐบาลควรได้มีส่วนร่วมรับภาระ เพราะเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้างด้วย

(4) หลักการจ่ายตามความสามารถได้ตามความจำเป็น เป็นหลักที่การคำนวณเงินสมทบให้ถือรายได้ลูกจ้างเป็นเกณฑ์ คนมีรายได้สูงจะจ่ายมากกว่าคนที่มียาได้ต่ำ แต่ประโยชน์ที่ได้รับเท่าเทียมกันและได้เมื่อมีความจำเป็นเท่านั้น เช่น ได้รับเมื่อเจ็บป่วยหรือทุพพลภาพ เป็นต้น

(5) หลักมาตรฐานขั้นต่ำ ประโยชน์ที่ได้รับจากการประกันสังคมต้องถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่ลูกจ้างควรได้รับ กิจกรรมที่อยู่นอกบังคับของกฎหมายประกันสังคมได้จะต้องมีมาตรฐานที่สูงกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้เท่านั้น

สรุปได้ว่าการประกันสังคมก็คือโครงการที่รัฐจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ ให้ประชาชนผู้มีรายได้ประจำมีความมั่นคงในการดำรงชีวิตพร้อมออกเงินสมทบเข้ากองทุนกลาง โครงการบางประเภทนายจ้างร่วมออกเงินสมทบด้วยและบางกรณีรัฐบาลร่วมออกเงินสมทบ กองทุนกลางนี้เรียกว่า กองทุนประกันสังคม ซึ่งจะจ่ายประโยชน์ทดแทนให้แก่ผู้ส่งเงินสมทบเมื่อเกิดเคราะห์กรรมหรือความเดือดร้อน เช่น เจ็บป่วย คลอดบุตร ทุพพลภาพ ตาย ว่างงาน ชราภาพ เป็นต้น ทั้งนี้ รัฐเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการโดยอยู่บนพื้นฐานของการบังคับและสมัครใจบางส่วน

## 2.2.2 แนวคิดและวิวัฒนาการของการประกันสังคม<sup>11</sup>

แนวคิดในเรื่องเกี่ยวกับการประกันสังคมเริ่มในประเทศไทยตั้งแต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง โดยคณะราษฎรในปี พ.ศ. 2475 และต่อมาเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ. 2494 มีการทำ

<sup>10</sup> เฟื่องอ้าง.

<sup>11</sup> นิคม จันทรวิทุร, *กฎหมายประกันสังคม : แนวคิด พัฒนาการ และก้าวแรกของการดำเนินงานในประเทศไทย* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2537) 67-73.

รัฐประหารโดยการนำของจอมพล ป.พิบูลสงคราม เกิดความต้องการในการได้รับแรงสนับสนุนจากประชาชน และกลุ่มผลประโยชน์อื่น ๆ จึงมีการตอบรับในรูปของกฎหมายต่าง ๆ เช่น พระราชบัญญัติพรรคการเมือง พระราชบัญญัติที่ดิน พระราชบัญญัติแรงงาน และในปี พ.ศ. 2495 ได้ตั้งคณะกรรมการสังคมสงเคราะห์ขึ้น จึงทำให้เกิดการตราพระราชบัญญัติประกันสังคมมีผลใช้บังคับวันที่ 10 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2497 มีหลักการในการให้ ผู้ที่อยู่ในข่ายต้องประกัน คือ นายจ้าง หรือผู้ทำการจ้าง แต่อาจรวมทั้งผู้ทำงานส่วนตัวและผู้ไม่ทำงานเนื่องจากการจัดตั้งกองทุนประกันสังคมมาจากเงินสมทบของผู้ประกันตน ผู้ว่าจ้าง และรัฐบาล ซึ่งจะได้รับความคุ้มครองกรณีสงเคราะห์บุตรแก่ผู้ประกันตน การคลอดบุตร การเจ็บป่วย พิกัด หรือทุพพลภาพ ชราภาพ และการฌาปนกิจศพ โดยจ่ายประโยชน์ทดแทนให้แก่ลูกจ้างเป็นเงิน สิ่งของ หรือบริการอื่นใด ซึ่งจะมีการออกพระราชกฤษฎีกาอีกครั้งหนึ่ง

ต่อมาในปีพ.ศ. 2510 กรมประชาสงเคราะห์ได้เสนอให้รัฐบาลพิจารณาทบทวนให้นำระบบประกันสังคมมาใช้ คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาแล้วมีมติให้ตั้งคณะกรรมการเตรียมการประกันสังคมขึ้น โดยให้คณะกรรมการชุดนี้พิจารณาปรับปรุงแก้ไขร่างพระราชบัญญัติประกันสังคมและเสนอให้กำหนดเรื่องการประกันสังคมนี้รวมอยู่ในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมชาติ ฉบับที่ 3 เพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างจริงจัง แต่เรื่องการประกันสังคมต้องหยุดชะงักอีก เนื่องจากมีเหตุการณ์รัฐประหารในปีพ.ศ. 2511 และในปี พ.ศ. 2515 รัฐบาลได้ออกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม พ.ศ. 2515 ให้อำนาจกระทรวงมหาดไทยออกประกาศกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยเรื่องกองทุนเงินทดแทน โดยกำหนดให้ตั้งกองทุนเงินทดแทน เพื่อจ่ายเงินทดแทนแก่ลูกจ้างแทนนายจ้างในกรณีที่ลูกจ้างประสบอันตรายหรือเจ็บป่วย หรือตาย เนื่องจากการทำงานให้นายจ้าง โดยกองทุนเงินทดแทนจะเรียกเก็บเงินสมทบจากนายจ้างที่มีลูกจ้าง ตั้งแต่ 20 คนขึ้นไป

วิวัฒนาการของระบบประกันสังคมในประเทศไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2497 ถึง พ.ศ. 2533 ความจำเป็นเพื่อผลักดันการประกันสังคม การเจ็บป่วยนอกงาน สมัยรัฐบาลของ พล.อ.ชาติชาย ชุณหะวัณ มีการผลักดันให้มีการออกกฎหมายตลอดจนกระทั่งศาสตราจารย์นิคม จันทรวิทุร ได้ทำการสรุปร่างพระราชบัญญัติประกันสังคมของกระทรวงมหาดไทยผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการกฤษฎีกา เข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรเมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2532 และได้รับอนุมัติร่างหลักการในวันดังกล่าวจากข้อวิพากษ์วิจารณ์ต่างๆ ของสื่อมวลชนและคนงาน ส่งผลในการผลักดันให้พระราชบัญญัติประกันสังคมผ่านความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎรเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม พ.ศ. 2533 จนกระทั่งมีการจัดตั้งกองทุนประกันสังคมขึ้นอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของสำนักงานประกันสังคม

กฎหมายประกันสังคมเกิดขึ้นเนื่องจากระบบการจ้างงานเปลี่ยนแปลงจากสังคมเกษตรกรรมสู่ระบบสังคมอุตสาหกรรมทำให้ลูกจ้างไม่สามารถพึ่งตนเองได้ ถ้าขาดงานก็ไม่สามารถยังชีพอยู่ในสังคมได้ การประกันสังคมเน้นการเก็บเงินจากทุกฝ่ายเพื่อเฉลี่ยทุกข์เฉลี่ยสุขของคนในสังคมเพื่อเป็นการลดช่องว่างระหว่างรายได้ของชนชั้นในสังคมหรือช่วยชะลอการขยายช่องว่างระหว่างชนชั้น การประกันสังคมจึงเป็นการสร้างความมั่นคงของสังคมผู้มีรายได้ร่วมกันช่วยเฉลี่ยทุกข์เฉลี่ยสุข เป็นการเฉลี่ยทุกข์โดยรวมกันออกเงิน

สมทบ เนื่องจากสังคมใดมีความแตกต่างกันน้อยในเรื่องรายได้และความเป็นอยู่ สังคมนั้นก็จะมีความมั่นคงและสงบสุข<sup>12</sup>

### 2.2.3 รูปแบบและโครงสร้างเกี่ยวกับการประกันสังคม<sup>13</sup>

การประกันสังคมที่ประเทศต่าง ๆ ใช้อยู่ปัจจุบันจะมีหลักการที่ไม่แตกต่างกัน เนื่องจาก การประกันสังคมเป็น (Social Insurance) โครงการการบริหารทางสังคมในระยะยาวอีกระบบหนึ่งที่รัฐเป็นผู้ดำเนินการจัดขึ้น ด้วยการให้ประชาชนผู้มีรายได้แต่ละคนได้มีส่วนช่วยตัวเองหรือครอบครัวโดยรวมกันเสี่ยงภัย หรือช่วยเหลือบำบัดความทุกข์ยากเดือดร้อนซึ่งกันและกันระหว่างผู้มีรายได้ในสังคม ด้วยการออกเงินสมทบเข้ากองทุนเรียกว่า กองทุนประกันสังคม โดยมีนายจ้าง ลูกจ้าง และในบางประเทศมีรัฐบาลร่วมออกเงินสมทบเข้ากองทุนนี้ด้วย กองทุนนี้จะจ่ายประโยชน์ทดแทนให้แก่ผู้ส่งเงินสมทบเมื่อเกิดความเดือดร้อน เช่น เจ็บป่วย คลอดบุตร ว่างาน ชราภาพ เป็นต้น การประกันสังคมจึงเป็นวิธีหนึ่งที่ยึดหลักการพึ่งตนเอง และช่วยเหลือซึ่งกันและกันของประชาชนโดยมีความมุ่งหมายที่จะเป็นหลักประกันและคุ้มครองความเป็นอยู่ของประชาชน ให้มีความมั่นคงในการดำรงชีวิต แม้มีเหตุการณ์ที่ทำให้ต้องขาดแคลนรายได้ ก็สามารถดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างปกติสุข โดยรูปแบบและโครงสร้างเกี่ยวกับการประกันสังคมที่ประเทศต่างๆ ถือปฏิบัติอยู่มี 8 รูปแบบ ซึ่งแต่ละรูปแบบก็จะมี การจ่ายประโยชน์ทดแทนที่แตกต่างกัน และในแต่ละรูปแบบจะมีเกณฑ์ในการกำหนดประโยชน์ทดแทนตามหลักเกณฑ์มาตรฐานทั่วไป ดังนี้

(1) การประกันกรณีเจ็บป่วย การประกันประเภทนี้มีความมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองผู้ประกันตนเกี่ยวกับการเจ็บป่วยด้วยโรคต่างๆ ซึ่งรวมถึงการบาดเจ็บทั่วไป (Ordinary Sickness) โดยให้ความคุ้มครองในด้านบริการทางการแพทย์ (Medical – care service) ตามความจำเป็นซึ่งรวมถึงการส่งเสริมเกี่ยวกับสุขภาพอนามัยและการป้องกันโรค นอกจากนี้ผู้ประกันตนยังมีสิทธิได้รับเงินทดแทนการขาดรายได้ ซึ่งเป็นการจ่ายเงินชดเชยค่าจ้าง (Cash Compensation for wage) ที่ต้องสะดุดหยุดลงเพราะเหตุแห่งการว่างงานในระหว่างเจ็บป่วยนั้น โดยถือหลักที่ว่า มนุษย์เกิดมาแล้วย่อมต้องเจ็บป่วย ไม่ว่าจะเพศหรือวัยใด และการเจ็บป่วยย่อมทำให้ไม่สามารถประกอบอาชีพได้ตามปกติ หรือต้องว่างงานในระหว่างการเจ็บป่วย และอาจจะเป็นสาเหตุให้ไม่มีงานทำต่อไปได้

(2) การประกันกรณีคลอดบุตร (Maternity Insurance) การประกันประเภทนี้มีหลักเช่นเดียวกับกรณีเจ็บป่วย แต่ในกรณีนี้จะรวมถึงให้การบริบาลทารกแรกคลอดเพิ่มเติมขึ้นด้วย สำหรับลูกจ้างที่เป็นหญิงนั้นทางองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ได้ให้ความสนใจเป็นพิเศษเกี่ยวกับกรณีตั้งครรภ์และคลอดบุตร (Maternity Protection Convention) มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2462 และประเทศสมาชิกทั้งหลายขององค์การได้มีการให้สัตยาบันแก่นุสัญญาดังกล่าวด้วย

<sup>12</sup> นิคม จันทรวิฑูร, การประกันสังคม 30 ปี แห่งการรอคอย (พิมพ์ลักษณ์ 2528) 75.

<sup>13</sup> สุกิจจา วาณิชพงษ์พันธ์, 'ปัญหาและผลกระทบจากกฎหมายในระบบประกันสังคม' (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2549) 40-42.

(3) การประกันการประสบอันตรายและเจ็บป่วยด้วยโรคอันเกิดจากการทำงาน (Employment Injury Insurance) จะเห็นได้ว่าอุบัติเหตุอันเกิดจากการทำงานได้รับความสนใจจากประเทศต่าง ๆ มาก่อน หลักการอื่น ๆ ในการให้ความคุ้มครองความมั่นคงทางสังคม (Social Security) โดยประเทศต่าง ๆ ได้ใช้หลักแห่งภัยพิบัติอันเกิดจากการทำงาน (Principle of occupational risk) ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเรียกว่า กฎหมายทดแทนลูกจ้าง (Workmen's Compensation Act) และให้ถือว่าค่าทดแทนเป็นส่วนหนึ่งของการผลิตในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ได้เปลี่ยนแปลงวิธีการดังกล่าวมาดำเนินการในรูปแบบประกันสังคมอันก่อให้เกิดผลดีแก่ผู้ประกันตนหลายประการ เช่น จะได้รับบริการทางการแพทย์เป็นพิเศษ ได้รับเงินชดเชยค่าจ้างสูงกว่าการเจ็บป่วยธรรมดา ได้รับเงินทดแทนความพิการทุพพลภาพตามอัตราแห่งการสูญเสียสมรรถภาพในการทำงาน มีบำนาญตกทอดแก่ทายาท (Survivor's Pension) เป็นต้น จึงนับว่าเป็นหลักประกันที่แน่นอน และไม่ถูกเอาเปรียบจากนายจ้าง

(4) การประกันกรณีทุพพลภาพ (Invalidity Insurance) การประกันในประเภทนี้มีส่วนสัมพันธ์กับการประกันกรณีเจ็บป่วย และการประกันกรณีชราภาพ เพราะการเจ็บป่วยเรื้อรังการบาดเจ็บ และการประสบอันตรายจากสาเหตุอื่นที่ไม่เกี่ยวกับการทำงานก็อาจกระทำให้ผู้ประกันตนต้องกลายเป็นผู้พิการทุพพลภาพได้เช่นเดียวกัน และเมื่อพิการทุพพลภาพจนไม่สามารถประกอบอาชีพให้มีรายได้สำหรับเลี้ยงตัวและครอบครัว ก็สมควรได้รับเบี้ยเลี้ยงชีพไปจนกว่าจะเข้าเกณฑ์ชราภาพ ซึ่งจะเปลี่ยนเป็นรับบำนาญชราภาพแทนต่อไป กรณีทุพพลภาพดังกล่าวนี้ต้องเป็นการทุพพลภาพประเภทถาวร และสูญเสียสมรรถภาพในการทำงานตั้งแต่ 2 ใน 3 ของสมรรถภาพในการทำงานตามปกติของผู้ประกันตนแต่ละคน หรือคิดเป็นร้อยละ 67 ขึ้นไป จึงจะมีสิทธิได้รับเบี้ยเลี้ยงชีพ และบำนาญพิการทุพพลภาพ (Invalidity Pension)

(5) การประกันกรณีชราภาพ เมื่อบุคคลเข้าสู่วัยชราภาพ หรืออายุตั้งแต่ 60 ปีขึ้นไป ย่อมมีสภาพร่างกายและความสามารถในการทำงานลดน้อยถอยลงเป็นธรรมดา ถ้าบุคคลนั้น ๆ เลิกประกอบอาชีพ หรือนายจ้างให้ออกจากงานก็สมควรจะมีเงินบำนาญสำหรับยังชีพให้มีความสุขตามควรแก่อัตราในบั้นปลายของชีวิต การประกันสังคมจึงมีหลักการที่จะให้บุคคลที่ยังอยู่ในวัยหนุ่มสาว และประกอบอาชีพ มีรายได้เลี้ยงตนเองอยู่นั้นไม่เกิดความประมาท โดยร่วมกันสะสมเงินรายได้บางส่วนไว้มีกำหนดระยะเวลา 10 ปี ถึง 15 ปี เพื่อให้มีเงินมากพอที่จะจ่ายกลับคืนให้เป็นเงินบำนาญชราภาพในภายหลัง

(6) การประกันกรณีตาย การตายในที่นี้หมายถึงการตายของหัวหน้าครอบครัวหรือผู้รับผิดชอบในครอบครัว (Death of the Bread – winner) ซึ่งประกอบอาชีพเพื่อหารายได้มาเลี้ยงดูบุคคลในครอบครัว เมื่อบุคคลดังกล่าวต้องตายลง บุคคลในครอบครัวย่อมจะได้รับความเดือดร้อนทั้งในด้านค่าใช้จ่ายในการจัดการศพ และในด้านการดำรงชีวิตของบุคคลในครอบครัว ดังนั้น ความมุ่งหมายของการประกันประเภทนี้จึงกำหนดวิธีการให้ความช่วยเหลือครอบครัวเป็น 2 ประเภท คือ ช่วยเหลือในเรื่องเงินค่าจัดการศพ การจัดบำนาญให้แก่หญิงหม้าย หรือชายหม้าย ที่ไม่สามารถประกอบอาชีพเลี้ยงตนเองได้ บุตรกำพร้าและผู้อยู่ในความอุปการะ โดยเรียกว่า Survivor's Pension

(7) การประกันกรณีว่างงาน บุคคลที่ว่างงาน คือ บุคคลที่ทำงานแล้วต้องออกจากงานและขาดรายได้สำหรับเลี้ยงครอบครัว ซึ่งจะเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดความทุกข์ยาก จึงจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือทางการเงินให้สามารถดำรงชีวิตอยู่ได้ด้วยระบบการประกันสังคม แต่การว่างงานนั้นมีเงื่อนไขอยู่ว่า จะต้องเกิดขึ้นจากกรณีที่นายจ้างยุบ เลิกตำแหน่งงาน เลิกกิจการ หรือกลับแก้งให้ออกจากงานโดยผู้ประกันตนไม่มีความผิด ส่วนการว่างงานในลักษณะอื่นไม่อยู่ในข่ายของการประกันสังคมประเภทนี้

(8) การประกันกรณีสงเคราะห์ครอบครัว ในการประกอบอาชีพเพื่อหารายได้ของบุคคล แต่ละคนนั้นย่อมจะแตกต่างกันตามความรู้ความสามารถบุคคลที่มีรายได้น้อยย่อมจะไม่สามารถให้การเลี้ยงดูบุคคลในครอบครัวได้อย่างเพียงพอหรือบุคคลที่มีครอบครัวใหญ่ มีผู้อยู่ภายใต้การอุปการะมากย่อมจะมีภาระหนักกว่าบุคคลที่มีครอบครัวเล็ก ฉะนั้น การประกันประเภทนี้ จึงมีความมุ่งหมายที่จะช่วยลดภาระในครอบครัวเป็นประการสำคัญเพื่อให้ครอบครัวสามารถดำรงชีวิตได้อย่างปกติสุข เช่น ครอบครัวที่มีรายได้น้อยก็ให้ความช่วยเหลือทางการเงิน ครอบครัวที่มีบุตรมากก็จัดการสงเคราะห์แก่บุตรเป็นรายบุคคลจนกว่าจะสามารถช่วยเหลือตนเองได้

#### 2.2.4 ประโยชน์ทดแทนของการประกันสังคม (Benefits of Social Insurance)<sup>14</sup>

หลักเกณฑ์มาตรฐานทั่วไปที่ประเทศต่าง ๆ ถือเป็นเกณฑ์ในการกำหนดประโยชน์ทดแทนในแต่ละประเภทมี ดังนี้

##### 2.2.4.1 ประโยชน์ทดแทนการเจ็บป่วย

(1) บริการทางการแพทย์ (Medical Care Service) อันได้แก่ การตรวจบำบัดรักษาทางการแพทย์ การให้เวชภัณฑ์ การให้เข้าพักรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาล และการอำนวยความสะดวกในการรับส่งตามความจำเป็น

(2) เงินทดแทนการขาดรายได้หรือเงินชดเชยค่าจ้าง (Cash Compensation for Wage) ระหว่างหยุดงานในการรักษาพยาบาลมีเงื่อนไข ดังนี้

(ก) อัตราเงินทดแทนการขาดรายได้จะอยู่ในระหว่างร้อยละ 50 – 60 ของค่าจ้างที่ผู้ประกันตนได้รับและจะเพิ่มขึ้นในกรณีที่ผู้ประกันตนมีภาระทางครอบครัวสูงหรืออาจลดลงตามส่วนเมื่อผู้ประกันตนเข้ารับการรักษาตัวในโรงพยาบาล

(ข) ระยะเวลาในการให้เงินทดแทนการขาดรายได้จะกำหนดเป็นระยะเวลาการรอเวลา (Waiting Period) ไว้ 3 วันเริ่มให้ตั้งแต่วันที่ 4 ของการเจ็บป่วยไปจนครบกำหนดตามกฎหมาย คือ ประมาณครั้งละ 90 วันและในปีหนึ่งรวมกันแล้วต้องไม่เกิน 180 วัน เว้นแต่การเจ็บป่วยด้วยโรคเรื้อรัง ระยะเวลาดังกล่าวจะขยายออกไปไม่เกิน 1 ปี

<sup>14</sup> วรรณธรรม กาญจนสุวรรณ, 'ความเหมาะสมและความเป็นไปได้ในการขยายความคุ้มครองประกันสังคมสู่แรงงานนอกระบบ' (รายงานการศึกษาวิจัยเสนอต่อสำนักงานประกันสังคม 2548) 13-19.



(3) ผู้ประกันตนซึ่งเข้าประกันตนในครั้งแรก ต้องส่งเงินเข้าสมทบกองทุนประกันสังคมจำนวนหนึ่งก่อน จึงจะมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนจากการเจ็บป่วย ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าประเทศใดจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไร แต่ส่วนใหญ่จะกำหนดเอาไว้ 3 งวด หรือ 3 เดือน

#### 2.2.4.2 ประโยชน์ทดแทนการคลอดบุตร

(1) การบริการทางการแพทย์ อันได้แก่ การตรวจรับฝากครรภ์ การให้เวชภัณฑ์ การเข้ารับการทำคลอดในสถานพยาบาลซึ่งรวมถึงการใช้เครื่องมือในการทำคลอดและการเอาทารกออกทางหน้าท้องด้วย นอกจากนี้ยังรวมถึงการพักรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาล และการอำนวยความสะดวกในการรับส่งตามความจำเป็นด้วย

(2) เงินทดแทนการขาดรายได้ขณะหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรมีเงื่อนไข ดังนี้

(ก) อัตราเงินทดแทนการขาดรายได้จะอยู่ในระหว่างร้อยละ 60 – 70 ของค่าจ้างที่ผู้ประกันตนได้รับ

(ข) การจ่ายเงินทดแทนการขาดรายได้เพื่อการคลอดบุตรนี้กำหนดไว้เป็น 2 ระยะ คือ ก่อนการคลอดประมาณ 42 วัน ในบางประเทศให้รวมกันไม่เกิน 84 วัน หรือ 12 สัปดาห์

(ค) ผู้ประกันตนซึ่งเข้าประกันตนในครั้งแรกต้องส่งเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมแล้วจำนวนหนึ่ง จึงจะมีสิทธิได้รับเงินทดแทนการขาดรายได้ทำนองเดียวกันการประกันการเจ็บป่วย

#### 2.2.4.3 ประโยชน์ทดแทนการอุบัติเหตุและโรคอันเกิดจากการทำงาน

(1) บริการทางการแพทย์ อันได้แก่ การรักษาพยาบาลในลักษณะพิเศษกว่าการเจ็บป่วยที่มีไข้เนื่องจากการทำงาน การให้เวชภัณฑ์ การให้เข้าพักรักษาตัวในโรงพยาบาลและการอำนวยความสะดวกในการรับส่งตามความจำเป็น

(2) เงินทดแทนการขาดรายได้ในระหว่างหยุดงาน เพื่อการรักษาพยาบาลมีเงื่อนไข ดังนี้

(ก) อัตราเงินทดแทนการขาดรายได้นี้ เดิมกำหนดให้สูงกว่าเงินทดแทนการขาดรายได้เกี่ยวกับการเจ็บป่วยธรรมดาประมาณร้อยละ 10 ของค่าจ้างแต่ในปัจจุบันนี้ทางองค์การแรงงานระหว่างประเทศได้พยายามแนะนำให้ประเทศต่าง ๆ ปรับอัตราเงินทดแทนการขาดรายได้ให้เท่ากัน เพราะถ้าให้ในอัตราที่ไม่เท่ากันจะมีข้อพิพาทระหว่างผู้ประกันตนกับเจ้าหน้าที่อยู่เป็นประจำและต้องเสียเวลาในการดำเนินคดีทางศาลประกันสังคมหรือร้องขอทางคณะกรรมการอุทธรณ์เพื่อวินิจฉัยชี้ขาดว่าผู้ประกันตนควรได้รับประโยชน์ทดแทนประเภทการเจ็บป่วยมีไข้เนื่องจากการทำงานหรือประเภทอุบัติเหตุหรือโรคอันเกิดจากการทำงาน

(ข) ระยะเวลาในการให้เงินทดแทนการขาดรายได้จะเป็นเวลานานกว่าการเจ็บป่วยที่มีไข้เนื่องจากการทำงานและมีบางประเทศให้นานถึงครั้งละ 180 วัน ในปีหนึ่งจะประสบอันตรายกี่ครั้งก็หนักก็จะได้รับเงินทดแทนการขาดรายได้ทุกครั้ง

(ค) เงินทดแทนจากการขาดรายได้จากกรณีนี้จะจ่ายให้ผู้ประกันตนนับแต่วันเริ่มเข้าประกันตนโดยไม่ต้องส่งเงินสมทบก่อน เช่น การเจ็บป่วย หรือการคลอดบุตร

(ง) เงินทดแทนความพิการทุพพลภาพ (Disablement Pension) จะจ่ายให้แก่ผู้ประกันตน ในกรณีที่ต้องประสบอุบัติเหตุหรือเจ็บป่วยด้วยโรคอันเกิดจากการทำงานจนถึงทุพพลภาพโดยมีหลักเกณฑ์ การจ่ายตามส่วนแห่งความพิการทุพพลภาพที่กระทำให้สมรรถภาพในการทำงานต้องสูญเสียไปโดยกำหนดว่า บุคคลแต่ละคนมีสมรรถภาพในการทำงานอยู่เดิม 100% การสูญเสียสมรรถภาพในการทำงานเนื่องจากการ พิจารณาเนื่องจากทุพพลภาพให้คิดเทียบจากสมรรถภาพในการทำงานที่มีอยู่เดิม

กรณีที่ประสบอุบัติเหตุหรือเจ็บป่วยด้วยโรคที่เกิดจากการทำงานถึงแก่ความตาย ก็จ่ายเงินให้เป็นค่าจัดการศพ (Funeral Grant) จำนวนหนึ่งสำหรับพอก่อการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา เท่าที่จำเป็นและเงินบำนาญทดแทนการตาย (Survivor's Pension) อีกส่วนหนึ่งให้แก่ทายาท ซึ่งได้แก่ ภรรยา หรือสามีที่ไม่สามารถประกอบอาชีพได้ บุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรือผู้อยู่ในอุปการะอื่นตามที่กฎหมายจะ กำหนดไว้แต่อาจมีส่วนได้รับในอัตราร้อยละที่ต่ำกว่าการให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับการฟื้นฟูสมรรถภาพในการ ทำงานเพื่อให้ผู้พิการทุพพลภาพสามารถประกอบอาชีพได้ใหม่และมีรายได้ตามสมควรอันเป็นหลักการที่จะ ส่งเสริมให้ผู้พิการทุพพลภาพใช้แรงงานให้เป็นประโยชน์แก่สังคมและสามารถเลี้ยงตนเองและครอบครัวได้ต่อไป

นอกจากนี้ยังจะให้ความช่วยเหลือในการให้แขนขาเทียม เครื่องพยุงกายและอื่น ๆ ตามความเหมาะสม และจำเป็นและให้เงินทุนในการประกอบกิจการหรือเครื่องมือเครื่องใช้การทำงานเท่าที่จำเป็นด้วยในกรณีที่ ผู้ประกันตนเจ็บป่วยด้วยโรคอันเกิดจากการทำงานนั้นในทางปฏิบัติใช้วิธีพิจารณาตามลักษณะหรือสภาพ ของงานที่ทำ เงินทดแทนความพิการทุพพลภาพจะจ่ายให้แก่ผู้ประกันตนจนถึงอายุเข้าเกณฑ์รับบำนาญ ชราภาพก็จะเปลี่ยนให้รับบำนาญชราภาพแทน

#### 2.2.4.4 ประโยชน์ทดแทนการพิการทุพพลภาพ ได้แก่

(1) บริการทางการแพทย์ อันได้แก่การรักษาพยาบาลอื่น ๆ เช่นเดียวกับบริการทางการแพทย์ที่ ให้ในกรณีเจ็บป่วยทั่วไป

(2) เงินทดแทนการขาดรายได้ในระหว่างหยุดงาน เพื่อการรักษาพยาบาลในอัตราร้อยละ 50 – 60 ของค่าจ้าง

(3) เงินเบี้ยเลี้ยงชีพหรือบำนาญพิการทุพพลภาพ (Invalidity Pension) จะจ่ายให้แก่ผู้ประกันตน โดยมีเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(ก) การพิการทุพพลภาพต้องเป็นการถาวร (Permanent) และต้องการทุพพลภาพตั้งแต่ 2 ใน 3 หรือร้อยละ 67 ของสมรรถภาพเดิม

(ข) ต้องประกันมาแล้วเป็นระยะเวลา 1 – 5 ปี หรือถ้าเข้าประกันตนเมื่ออายุใกล้จะ เข้าเกณฑ์รับบำนาญชราภาพ ต้องส่งเงินสมทบติดต่อกัน 3 ปี ในระยะ 5 ปีสุดท้าย ทั้งนี้ย่อมสุดแต่กฎหมาย ของแต่ละประเทศจะกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้น

(ค) การคำนวณเงินเบี้ยเลี้ยงชีพหรือบำนาญพิการทุพพลภาพมีหลักเกณฑ์การคำนวณ เช่นเดียวกับเงินทดแทนความพิการทุพพลภาพ ในประเภทการประกันอุบัติเหตุหรือโรคอันเกิดจากการทำงาน

(ง) ความช่วยเหลือในด้านอื่น ๆ เช่น การฟื้นฟูสมรรถภาพในการทำงานการให้แขน-ขาเทียม เครื่องพยุงกาย การจัดหางานให้ทำ ให้เงินทุนประกอบอาชีพ ฯลฯ เป็นต้น คงถือหลักเดียวกับการประกันอุบัติเหตุหรือโรคอันเกิดจากการทำงาน เงินเบี้ยเลี้ยงจะจ่ายให้ผู้ประกันตนจนถึงอายุเข้าเกณฑ์รับบำนาญชราภาพ จึงเปลี่ยนไปรับเงินบำนาญชราภาพแทน

#### 2.2.4.5 ประโยชน์ทดแทนการประกันชราภาพ

(1) เงินบำนาญชราภาพ (Old-age Pension) จะจ่ายให้แก่ผู้ประกันตน โดยมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(ก) ผู้ประกันต้องมีอายุสูงหรือโดยหลักทั่วไปผู้ประกันตนหญิงต้องมีอายุ 60 ปี และผู้ประกันตนชายต้องมีอายุ 65 ปีขึ้นไป หรือแล้วแต่แต่ละประเทศจะกำหนดหลักเกณฑ์ออกมาเป็นกฎหมาย

(ข) ต้องเป็นผู้ประกันตนมาแล้วในระยะเวลาานพอสมควร ซึ่งส่วนมากกำหนดไว้ในระหว่าง 10 – 15 ปี แต่ผู้ประกันตนที่ถูกบังคับให้ประกันตนเมื่ออายุใกล้จะครบ 60 ปีหรือ 65 ปี ก่อนออกจากงานเพื่อรับบำนาญชราภาพ ผู้ประกันตนต้องส่งเงินสมทบติดต่อกันไม่น้อยกว่า 3 ปี

(ค) การคิดคำนวณเงินบำนาญชราภาพ มีหลักการคิด 2 ลักษณะ คือ

1. คิดจากฐานของเงินสมทบ (Defined Contribution หรือ Money Purchase) หมายถึง การใช้ปริมาณของเงินสมทบที่ส่งเป็นฐานในการคิดคำนวณปริมาณของบำนาญ หรือ ในอีกทางหนึ่งก็คือ ปริมาณของเงินบำนาญที่ผู้ประกันตนจะได้รับแปรผันไปตามเงินสมทบและระยะเวลาที่ผู้ประกันตนจ่ายให้กับกองทุน

2. การกำหนดคงที่ (Defined Benefit) บำนาญถูกกำหนดไว้ให้คงที่ หลังจากนั้นจึงนำมาคิดเป็นเงินสมทบที่จะต้องเรียกเก็บจากประชาชนเท่าใด การกำหนดให้บำนาญมีปริมาณคงที่สามารถกระทำได้ ทั้งกรณีการกำหนดปริมาณตายตัวหรือการกำหนดเป็นอัตราร้อยละ (ที่คงที่) ของรายได้ที่ผู้ประกันตนได้รับก็ได้ส่วนใหญ่แล้วจะนิยมคิดจากฐานของเงินสมทบโดยมีการป้องกันปัญหาจากความเลื่อมล้ำของปริมาณบำนาญขั้นต่ำและควบคุมยอดบำนาญสูงสุดไว้และมีการปรับไปตามดัชนีค่าครองชีพอันเป็นตัวเล็งกลาง ทั้งนี้ก็เพื่อให้สามารถครองชีพได้โดยไม่เดือดร้อนและเป็นธรรมต่อทุกกลุ่มในชั้นปลายของชีวิต

(ง) เมื่อผู้ประกันตนซึ่งกำลังรับบำนาญชราภาพเกิดเจ็บป่วยก็มีสิทธิได้รับบริการทางการแพทย์เช่นเดียวกันด้วย

#### 2.2.4.6 ประโยชน์ทดแทนการตาย

(1) เมื่อผู้ประกันตนถึงแก่กรรม ทายาทของผู้ประกันตนย่อมมีสิทธิได้รับเงินค่าจัดการศพ (Funeral Grant) ตามประเพณีทางศาสนาโดยเท่าเทียมกันทุกราย

(2) เงินบำนาญทดแทนการตาย (Survivor's Pension) จะจ่ายให้แก่ทายาทตามวิธีการคำนวณในข้อ 2.2.4.5 (ค) และแบ่งจ่ายให้แก่ทายาทแต่ละคนตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

(3) ทายาทที่มีสิทธิได้รับเงินทดแทนการตายนี้ได้แก่ บุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะหรือไม่สามารถประกอบอาชีพเลี้ยงตนเองได้ ภรรยา หรือสามีที่ไม่สามารถประกอบอาชีพเลี้ยงตนเองได้และผู้อยู่ในอุปการะตามกฎหมายจะกำหนด

#### 2.2.4.7 ประโยชน์ทดแทนการว่างงาน

(1) จ่ายเงินทดแทนการขาดรายได้ให้ในระหว่าง 3 – 6 เดือน ซึ่งเป็นระยะเวลาอันสามารถที่จะหา  
งานทำได้ใหม่ในอัตราร้อยละ 50 ของค่าจ้างหรือสูงกว่า

(2) จัดให้มีการพัฒนาฝีมือแรงงาน (Skill Labour) ในสาขาอาชีพต่างๆ เพื่อให้หางานทำง่ายขึ้น  
หรือประกอบอาชีพได้ด้วยตนเอง

(3) จัดหางานให้ทำตามความเหมาะสมกับความชัดเจนและมีรายได้ใกล้เคียงกับรายได้เดิม

2.2.4.8 ประโยชน์ทดแทนการสงเคราะห์ครอบครัว ความมุ่งหมายอันสำคัญยิ่งในการจ่าย  
ประโยชน์ทดแทนในประเภทนี้ก็เพื่อความสำเร็จและเสริมความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบัน  
ครอบครัวที่มีบุตรที่ยังเป็นเด็กให้ได้รับหลักประกันในการเลี้ยงดูภายใต้หลักการของการกำหนด  
ขนาดครอบครัวระดับรายได้และจำนวนบุตร การจ่ายประโยชน์ทดแทนจะอยู่ในรูปของเงินสนับสนุนค่าใช้จ่าย  
ที่จำเป็น เช่น ค่าอาหาร ค่าใช้จ่ายทางการศึกษา การรักษาพยาบาลจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะ หรือสำเร็จ  
การศึกษา หรือประกอบอาชีพได้แล้ว เป็นต้น

การจ่ายประโยชน์ทดแทนแต่ละประเภทดังได้กล่าวมาแล้วทั้ง 8 ประเภทนั้น แต่ละประเทศจะมีการ  
กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเพิ่ม ลดหรือระงับการจ่ายประโยชน์ทดแทนไว้แตกต่างกันไปได้หลายประการ  
ด้วยกัน เช่น ในเรื่องของการเจ็บป่วย ถ้าผู้ประกันตนมีภาระทางครอบครัวมากหรือมีบุตรหลายคนอาจเพิ่มเงิน  
ทดแทนการขาดรายได้ให้ตามเกณฑ์อีกส่วนหนึ่งหรือหากผู้ประกันตนเข้ารับการรักษาตัวในโรงพยาบาลก็ไม่มี  
ภาระค่าใช้จ่ายอะไร อาจลดเงินทดแทนการขาดรายได้ลงบ้างตามส่วนก็ได้ หรือในกรณีว่างงาน ถ้าทาง  
ประกันสังคมให้ผู้ประกันตนเข้าฝึกอาชีพฝีมือหรือจัดหางานอันเหมาะสมให้ทำได้แล้วผู้ประกันตนปฏิเสธโดยไม่  
มีเหตุผลอันสมควร ทางประกันสังคมอาจงดจ่ายประโยชน์ทดแทนชั่วคราวหรือตลอดไปเสียก็ได้ การกำหนดเงื่อนไข  
เวลารอคอยเพื่อให้เกิดสิทธิประโยชน์จากการจ่ายเงินสมทบนั้น ก็เพื่อมิให้กองทุนประกันสังคมต้องรับภาระ  
เสี่ยงภัยมากเกินไปจากการที่ผู้เอาประกันจะได้รับความคุ้มครองจากประโยชน์ทดแทน ซึ่งถือได้ว่ามีอัตราที่ต้อง  
จ่ายประโยชน์ทดแทนให้สูง เช่น ประโยชน์ที่ได้รับจากการชราภาพ ทุกพลภาพ ดังนั้น จึงต้องส่งเงินสมทบเป็น  
ระยะเวลาพอสมควรการคุ้มครองจึงเริ่มบังเกิดผล เป็นต้น

## 2.3 ความเป็นมาและรูปแบบการคุ้มครองการตั้งครุภคของการประกันสังคม

### 2.3.1 ความเป็นมาของการคุ้มครองการตั้งครุภคของการประกันสังคม

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงความเป็นมาของการคุ้มครองการตั้งครุภคของการประกันสังคมซึ่งมีหลักการ  
และความเป็นมาจากอนุสัญญาต่างๆ ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศในเรื่องมาตรฐานขั้นต่ำของ  
ประกันสังคม และการคุ้มครองหญิงมีครุภค ดังนี้

(1) องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization:ILO) ได้ออกอนุสัญญา  
ความมั่นคงทางสังคม (มาตรฐานขั้นต่ำ) ฉบับที่ 102 พ.ศ. 2495 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO

Social Security Convention (Minimum Standard), 1952 (No.102) เมื่อวันที่ 28 มิถุนายน พ.ศ. 2495 ได้กำหนดประโยชน์ทดแทนครอบคลุม 9 สาขา คือ<sup>15</sup>

1. การรักษาพยาบาลทางการแพทย์
2. การให้ประโยชน์ทดแทนการเจ็บป่วย
3. การให้ประโยชน์ทดแทนการว่างงาน
4. การให้ประโยชน์ทดแทนการชราภาพ
5. การให้ประโยชน์ทดแทนอุบัติเหตุและการเจ็บป่วยเนื่องจากงาน
6. การให้ประโยชน์ทดแทนสงเคราะห์ครอบครัว
7. การให้ประโยชน์ทดแทนการเป็นมารดา (มีบุตร)
8. การให้ประโยชน์ทดแทนการทุพพลภาพ
9. การให้ประโยชน์ทดแทนการขาดผู้อุปการะ

อนุสัญญาความมั่นคงทางสังคม (มาตรฐานขั้นต่ำ) ฉบับที่ 102 The Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 กำหนดให้ประเทศสมาชิกจัดการคุ้มครองด้านการประกันสังคมแก่ลูกจ้างไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของลูกจ้างทั้งหมด รวมทั้งครอบครัว ในเรื่องเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล ประโยชน์ทดแทนกรณีเจ็บป่วย ประโยชน์ทดแทนกรณีว่างงาน ประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพ ประโยชน์ทดแทนกรณีบาดเจ็บจากการทำงาน ประโยชน์ทดแทนสำหรับครอบครัว ประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร ประโยชน์ทดแทนกรณีทุพพลภาพ ประโยชน์ทดแทนสำหรับผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่ (ภรรยาและบุตรของลูกจ้างที่เสียชีวิต) ทั้งนี้ ประโยชน์ทดแทนดังกล่าวต้องมีความสัมพันธ์กับระยะเวลาการจ่ายเงินสมทบ และมีอัตราไม่ต่ำกว่าร้อยละของค่าจ้างที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาความมั่นคงทางสังคม (มาตรฐานขั้นต่ำ) ฉบับที่ 102 นี้<sup>16</sup>

ในปัจจุบันกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคมของไทยตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งมีผลใช้บังคับในปัจจุบันได้กำหนดไว้ในมาตรา 54 โดยให้ความคุ้มครองไว้เพียง 7 ประเภทเท่านั้น ไม่มีประโยชน์ทดแทนสงเคราะห์ครอบครัวและสงเคราะห์ผู้อยู่ในอุปการะ อย่างไรก็ตามประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้ จึงเป็นเหตุผลที่ไม่ได้ปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าว

(2) อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 183 ว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นมารดา ค.ศ. 2000 (Maternity Protection Convention, 2000) องค์การแรงงานระหว่างประเทศ หรือ ILO ได้ทำการแก้ไขปรับปรุงอนุสัญญาคุ้มครองการตั้งครรภ์ หรือ Maternity Protection Convention 1952 และนำมาประกาศใช้

---

<sup>15</sup> ชีระ ศรีธรรมรักษ์, ‘มุมมองและข้อสังเกตเกี่ยวกับการให้สัตยาบัน อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ของประเทศไทยว่าด้วยความมั่นคงทางสังคม’ (2563) 1 วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์, 10.

<sup>16</sup> กองคุ้มครองแรงงานนอกระบบ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน, ‘โครงการศึกษาวิจัย เรื่องการสังเคราะห์องค์ความรู้จากงานวิจัยเกี่ยวกับแรงงานนอกระบบเพื่อการบริหารจัดการแรงงานนอกระบบที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ : รายงานฉบับสมบูรณ์’ <<http://nlrc.mol.go.th/research/TGVOKq0/03TGVOKq0.pdf>> สืบค้นเมื่อ 11 มิถุนายน 2565

เป็นกฎระเบียบใหม่ในปี 2002 โดยจากการประชุมครั้งที่ 88 เมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 2002 ระบุวัตถุประสงค์ของการปรับปรุง คือ เพื่อส่งเสริมคุณภาพของผู้หญิงทุกคนในที่ทำงาน และสุขภาพและความปลอดภัยของแม่ และรู้ถึงความหลากหลายในการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคม รวมทั้งความหลากหลายของการดำเนินการในส่วนของการออกกฎหมายภายในและการปฏิบัติที่เกี่ยวข้อง มีการปรับปรุงในสาระสำคัญดังนี้

(2.1) ขอบเขตการคุ้มครองสิทธิ : ให้รวมถึงการดูแลคุ้มครองเด็กและสตรีทุกคน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ

ในการคุ้มครองของอนุสัญญาฉบับนี้ คำว่า “ผู้หญิง” หมายถึง บุคคลใดๆ ที่เป็นเพศหญิงโดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าประการใดๆ และคำว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลที่เป็นเด็กโดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าประการใด ๆ โดยให้ความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันแก่ผู้หญิงทุกคนที่ได้รับการจ้าง รวมถึงผู้หญิงที่ได้รับการจ้างให้ทำงานในลักษณะที่ต่างจากปกติทั่วไป (atypical forms) และเป็นงานที่ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของบุคคลอื่น (dependent work) อย่างไรก็ตามประเทศสมาชิกที่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้แล้ว สามารถยกเว้นการบังคับใช้อนุสัญญานี้ได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนกับลูกจ้างหรือกิจการบางประเภท หากการบังคับใช้อนุสัญญาฉบับนี้จะก่อให้เกิดปัญหาเฉพาะด้านขึ้น ภายหลังจากที่ได้ปรึกษาหารือกับองค์กรผู้แทนฝ่ายนายจ้างและฝ่ายลูกจ้างที่เกี่ยวข้องแล้ว นอกจากนั้นประเทศสมาชิกยังมีหน้าที่ต้องรายงานการยกเว้นการบังคับใช้อนุสัญญาฉบับนี้ พร้อมทั้งเหตุผลในการยกเว้นการบังคับใช้ต่อสำนักงานแรงงานระหว่างประเทศในรายงานฉบับแรกของรายงานประจำปีของการปฏิบัติตามอนุสัญญาตามมาตรา 22 ของธรรมนูญองค์การแรงงานระหว่างประเทศ และในรายงานฉบับต่อไป ควรอธิบายถึงมาตรการอื่นๆ ที่ใช้เพื่อขยายการบังคับใช้อนุสัญญาให้ครอบคลุมลูกจ้างหรือกิจการที่ได้รับยกเว้น<sup>17</sup>

(2.2) การคุ้มครองด้านสุขภาพ : มีการกำหนดมาตรการที่เหมาะสมสำหรับคนงานหญิงที่ตั้งครรภ์และให้นมบุตร โดยเน้นการส่งเสริมทั้งสุขภาพแม่และเด็ก และป้องกันภาวะเสี่ยงที่จะเกิดกับแม่และเด็ก

ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศพึงต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้มั่นใจว่าผู้หญิงตั้งครรภ์หรือให้นมบุตรไม่ต้องปฏิบัติงานที่เสี่ยงต่อสุขภาพอนามัยของแม่หรือเด็ก หรือประเมินแล้วว่ามีความเสี่ยงต่อสุขภาพอนามัยของแม่หรือเด็ก<sup>18</sup>

(2.3) การให้ลาเพื่อการคลอด : ให้มีการกำหนดในกฎหมายของชาติ โดยระบุให้มีการลาคลอดไม่น้อยกว่า 14 สัปดาห์

ในอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 183 ว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นมารดา ค.ศ. 2000 ได้มีการกำหนดสิทธิลาคลอดบุตรสำหรับลูกจ้างหญิงที่ตั้งครรภ์ระหว่างการทำงานและได้รับการออก

<sup>17</sup> สิริรัตน์ ศิริยุวสมัย, ‘มาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองความเป็นมารดาให้สอดคล้องกับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2561) 67.

<sup>18</sup> อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 183 ว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นมารดา ค.ศ. 2000 มาตรา 3.



ใบรับรองแพทย์แล้ว ทั้งนี้ กำหนดให้ลูกจ้างหญิงต้องได้รับสิทธิวันลาคลอดไม่น้อยกว่า 14 สัปดาห์ ระยะเวลาดังกล่าวสามารถขยายได้ตามความเหมาะสม โดยการนับระยะเวลาการลาคลอดนั้น เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองด้านสุขภาพของมารดาและทารก การลาคลอดบุตรแบบบังคับต้องรวมระยะเวลาหลังคลอดแบบบังคับเป็นเวลา 6 สัปดาห์ เว้นแต่ตกลงกันเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐบาล และองค์กรตัวแทนของนายจ้างและลูกจ้างภายในประเทศนั้น ๆ ในส่วนของการลาก่อนคลอดจะขยายออกไปตามช่วงเวลาใด ๆ ก็ได้ในระหว่างวันที่พึงคาดการณ์ว่าจะคลอดและวันคลอดบุตรที่แท้จริง โดยไม่มีการหักลบออกจากระยะเวลา 6 สัปดาห์หลังคลอดบุตรแบบบังคับ นอกจากนี้ ยังมีกรกล่าวถึงประเด็นเรื่องสิทธิวันลาคลอดบุตรเพิ่มเติมไว้ในข้อแนะนำฉบับที่ 191 ว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นมารดา ค.ศ. 2000 โดยถูกจัดอยู่ในรูปแบบของข้อเสนอเสริมอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นมารดา ค.ศ. 2000<sup>19</sup>

(2.4) การลาในกรณีเจ็บป่วย : เมื่อมีใบรับรองแพทย์ ลูกจ้างหญิงสามารถลาทั้งก่อนและหลังการคลอด นอกจากลูกจ้างหญิงมีสิทธิลาคลอดแล้วลูกจ้างหญิงยังมีสิทธิลาป่วยกรณีมีโรคแทรกซ้อนอันเกิดจากการตั้งครรภ์หรือคลอดบุตร หรือมีความเสี่ยงต่อการเกิดโรคแทรกซ้อนอันเกิดจากการตั้งครรภ์หรือคลอดบุตร ในระหว่างตั้งครรภ์ หรือภายหลังจากคลอดบุตรต่อเนื่องจากการลาคลอดได้ โดยมีใบรับรองแพทย์มาแสดง ทั้งนี้ เงื่อนไขของการใช้สิทธิลาป่วยดังกล่าวและช่วงเวลาสูงสุดที่สามารถลาป่วยดังกล่าวได้นั้น ให้เป็นไปตามกฎหมายหรือแนวปฏิบัติภายในประเทศ และควรได้รับอนุญาตให้ทำงานเพื่อตรวจครรภ์ เมื่อได้แจ้งให้นายจ้างทราบ<sup>20</sup>

#### (2.5) ประโยชน์ทดแทน<sup>21</sup>

1. ต้องมีการจัดผลประโยชน์ในรูปแบบของเงินสด (Cash benefits)
2. จำนวนเงินต้องเพียงพอในระดับที่จะแน่ใจได้ว่าหญิงดังกล่าวจะสามารถบำรุงรักษาตนและลูกได้ภายใต้สภาพที่ดี (proper conditions of health) และมาตรฐานการครองชีพที่เหมาะสม
3. เงินที่จ่ายจะต้องไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของรายได้ที่หญิงนั้นได้รับจากการทำงาน
4. อาจมีการกำหนดวิธีการอื่นๆ ที่เหมาะสมในการจ่ายเงินสด
5. การจ่ายในรูปแบบเงินสด (Cash benefits) จะต้องเป็นไปโดยความเห็นชอบจากผู้หญิงส่วนใหญ่ที่เป็นสมาชิก
6. หากได้ไม่เพียงพอ สามารถที่จะเรียกร้องให้เพียงพอได้จาก Social Assistance Funds เมื่อผ่านการตรวจสอบแล้ว
7. ผลประโยชน์ในทางการแพทย์ ควรจัดให้ผู้หญิงและเด็ก โดยมีกฎ กฏหมาย ระเบียบ ระดับชาติรองรับ ซึ่งต้องรวมทั้งก่อนคลอด (prenatal) ระหว่างคลอด (Childbirth) และหลังคลอด (postnatal care)

<sup>19</sup> ชูติมา สุทธิประภา, 'มาตรการทางกฎหมายคุ้มครองลูกจ้างมารดาในระยะหลังคลอด' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2565) 63-64.

<sup>20</sup> อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 183 ว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นมารดา ค.ศ. 2000 มาตรา 5

<sup>21</sup> อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 183 ว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นมารดา ค.ศ. 2000 มาตรา 6

8. เงื่อนไขต่าง ๆ ของการคุ้มครองต้องกำหนดไว้ในกฎหมาย และระเบียบของชาติ

### 2.3.2 รูปแบบการคุ้มครองการตั้งครุฑของการประกันสังคม<sup>22</sup>

การคุ้มครองการตั้งครุฑของการประกันสังคมจะอยู่ในรูปแบบของประโยชน์ทดแทน ซึ่งประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรส่วนใหญ่ ประกอบด้วย (1) การลาเพื่อการคลอดบุตร (2) การลาเพื่อดูแลบุตร (3) การดูแลการตั้งครุฑ และ (4) เงินช่วยเหลือการคลอดบุตร

ในกรณีสิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตร จะมีความแตกต่างจากสิทธิประโยชน์กรณีเจ็บป่วยทั่วไป เนื่องจากกองทุนประกันสังคมได้มีการจ่ายสิทธิประโยชน์ให้แก่ผู้ประกันตนโดยตรงแบบเหมาจ่าย โดยที่ผ่านมากองทุนประกันสังคมได้มีการพัฒนาสิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตรอย่างต่อเนื่อง โดยมีการปรับเปลี่ยนที่สำคัญใน 4 ประการ ดังนี้

(1) กำหนดให้เบิกสิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตรได้ไม่จำกัดจำนวนครั้งในปีพ.ศ. 2558 จากเดิมที่ผู้ประกันตนแต่ละคนมีสิทธิได้รับความคุ้มครองกรณีคลอดบุตรได้ไม่เกินสองครั้ง จนกระทั่ง พ.ศ. 2558 ได้มีการแก้ไขให้ผู้ประกันตนสามารถเบิกเงินค่าบริการทางการแพทย์เพื่อการคลอดบุตรได้ไม่จำกัดจำนวนครั้ง

(2) กำหนดขยายระยะเวลาชำระเงินชดเชยการหยุดงานกรณีคลอดบุตรเป็นจำนวน 90 วัน จากเดิมที่ผู้ประกันตนจะได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรแบบเหมาจ่ายเพียง 60 วันเท่านั้น จนกระทั่ง พ.ศ. 2538 ได้มีการแก้ไขให้ผู้ประกันตนได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรเป็นเวลา 90 วัน

(3) กำหนดเพิ่มสิทธิในการเบิกค่าฝากครรภ์เท่าที่จ่ายจริงอีกไม่เกิน 1,500 บาท ซึ่งเริ่มบังคับใช้ใน ปี พ.ศ. 2564 จากแรกเริ่มในช่วงก่อน พ.ศ. 2561 เงินค่าตรวจและรับฝากครรภ์ได้รวมอยู่ในค่าบริการทางการแพทย์เพื่อการคลอดบุตรแบบเหมาจ่าย จนกระทั่ง พ.ศ. 2561 ได้มีการให้เงินค่าตรวจและรับฝากครรภ์เพิ่มเติมอีกไม่เกิน 1,000 บาท โดยแบ่งออกเป็น 3 ช่วง คือช่วงอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ จ่ายตามจริงไม่เกิน 500 บาท ช่วงอายุครรภ์มากกว่า 12 สัปดาห์แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ จ่ายตามจริงไม่เกิน 300 บาท และช่วงอายุครรภ์มากกว่า 20 สัปดาห์แต่ไม่เกิน 28 สัปดาห์ จ่ายตามจริงไม่เกิน 200 บาท ต่อมา ใน พ.ศ. 2564 มีการปรับเพิ่มวงเงินให้เบิกค่าฝากครรภ์ได้รวมไม่เกิน 1,500 บาท แบ่งออกเป็น 5 ช่วง ดังนี้

(3.1) ช่วงอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ จ่ายตามจริง รวมไม่เกิน 500 บาท

(3.2) ช่วงอายุครรภ์มากกว่า 12 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ จ่ายตามจริง รวมไม่เกิน 300 บาท

(3.3) ช่วงอายุครรภ์มากกว่า 20 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 28 สัปดาห์ จ่ายตามจริง รวมไม่เกิน 300 บาท

(3.4) ช่วงอายุครรภ์มากกว่า 28 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 32 สัปดาห์ จ่ายตามจริง รวมไม่เกิน 200 บาท

(3.5) อายุครรภ์มากกว่า 32 สัปดาห์ ถึง 40 สัปดาห์ขึ้นไป จ่ายตามจริง รวมไม่เกิน 200 บาท

<sup>22</sup> ศศิวรรณ อนันตกุล, 'รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการสำรวจความคิดเห็นผู้ประกันตนที่มีต่อการปรับเปลี่ยนความคุ้มครองในกรณีคลอดบุตร' <<http://nlrc.mol.go.th/research/HFXPe03.pdf>> สืบค้นเมื่อ 1 ตุลาคม 2565.

(4) กำหนดเพิ่มอัตราค่าบริการทางการแพทย์เพื่อการคลอดบุตรหลายครั้ง เริ่มจาก พ.ศ. 2534 คณะกรรมการการแพทย์ได้กำหนดค่าบริการทางการแพทย์เพื่อการคลอดบุตร แบบเหมาจ่ายในอัตรา 2,500 บาท ต่อการคลอดหนึ่งครั้ง จากนั้นหนึ่งปีถัดมา ได้มีการเพิ่มเป็น 3,000 บาท ต่อการคลอดหนึ่งครั้ง จนกระทั่งพ.ศ. 2538 ได้ปรับเพิ่มค่าบริการทางการแพทย์เพื่อการคลอดบุตรเป็น 4,000 บาท ต่อการคลอดหนึ่งครั้งพร้อมกันนั้นได้ขยายสิทธิไปยังหญิงที่อยู่กินฉันสามีภรรยากับผู้ประกันตนโดยเปิดเผยในกรณีผู้ประกันตนไม่มีภรรยาด้วย ต่อมาปี พ.ศ. 2547 ได้ถูกปรับเพิ่มอีกครั้งเป็น 6,000 บาท ต่อการคลอดหนึ่งครั้ง

ในปีพ.ศ. 2548 เกิดการเปลี่ยนแปลงรูปแบบประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร โดยแบ่งเป็น 2 ทางเลือก คือ ทางเลือกที่หนึ่ง หากผู้ประกันตนไปรับบริการทางการแพทย์ กรณีคลอดบุตรตั้งแต่การฝากครรภ์ จนถึงการคลอดบุตร ณ สถานพยาบาลตามที่ระบุไว้ในบัตรรับรองสิทธิการรักษาพยาบาล หรือสถานพยาบาลในเครือ ผู้ประกันตนจะได้รับการบริการทางการแพทย์กรณีคลอดบุตรโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายใดๆ และทางเลือกที่สอง หากผู้ประกันตนไปรับบริการทางการแพทย์กรณีคลอดบุตร ณ สถานพยาบาลอื่น ผู้ประกันตนต้องสำรองจ่ายก่อนแล้วนำมาเบิกค่าบริการทางการแพทย์เพื่อการคลอดบุตรแบบเหมาจ่ายได้ในอัตรา 6,000 บาท แต่หนึ่งปีถัดมา (พ.ศ. 2549) คณะกรรมการการแพทย์ก็ได้ปรับเปลี่ยนกลับไปใช้รูปแบบการคุ้มครองกรณีคลอดบุตรแบบเดิม แต่ปรับเพิ่มอัตราค่าบริการทางการแพทย์เพื่อการคลอดบุตรแบบเหมาจ่ายเพิ่มอีกเท่าตัวเป็น 12,000 บาท และต่อมาใน พ.ศ. 2554 ได้ปรับเพิ่มเป็น 13,000 บาท โดยล่าสุด พ.ศ. 2564 ได้ปรับเพิ่มเป็น 15,000 บาท ซึ่งเป็นอัตราที่ใช้ในปัจจุบัน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า กองทุนประกันสังคมเป็นสวัสดิการที่สำคัญของแรงงานในระบบ รวมทั้งแรงงานในสถานประกอบการขนาดเล็กที่มีแนวโน้มจะไม่ได้รับสวัสดิการเพิ่มเติมจากนายจ้างกองทุนประกันสังคมจึงเป็นกลไกหนึ่งที่ทำให้ความคุ้มครองครอบคลุมปัญหาทางสุขภาพและความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นนอกเหนือการปฏิบัติงาน

## 2.4 หลักการและทฤษฎีของการตั้งครรภ์แทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เป็นวิธีการหนึ่งที่แพทย์ใช้เพื่อช่วยแก้ปัญหาคู่สมรสที่ประสบภาวะมีบุตรยากและไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตัวเอง ซึ่งในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงความหมายของการตั้งครรภ์แทนโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ว่ามีความหมายและมีลักษณะอย่างไร ตลอดจนหลักเกณฑ์ทั่วไปของการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวในการรักษาผู้มีบุตรยาก โดยเฉพาะการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อนำไปสู่การตั้งครรภ์แทน

### 2.4.1 ความหมายของการตั้งครรภ์แทน<sup>23</sup>

<sup>23</sup> ธนัฐกรณ์ โภคินกรณพงศ์, 'การตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช 2560) 11-14.

คำว่า “ตั้งครรภ์แทน” ยังไม่เป็นที่รู้จักกันในสังคมไทยอาจเป็นเพราะคนที่สามารถเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้เฉพาะบุคคลบางกลุ่มที่มีฐานะพอสมควรมีความรู้และเข้าใจว่าการตั้งครรภ์แทนคืออะไร แต่คนไทยส่วนใหญ่กลับรู้จักคำว่า “อุ้มบุญ” แทน ทั้งจากหนังสือนิตยสาร ละครโทรทัศน์ เป็นต้น

ในความหมายของคนทั่วไป "อุ้มบุญ" คือการให้คนอื่นตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้ "อุ้มบุญ" มี 2 แบบ คือ “อุ้มบุญแท้” (full surrogacy) กับ "อุ้มบุญเทียม" (partial surrogacy) อุ้มบุญเทียม หมายความว่า ไข่เชื้ออสุจิของคนที่เป็นพ่อกับไข่ของผู้หญิงที่อุ้มบุญ อุ้มบุญแท้ คือ ไข่ไข่ของผู้เป็นแม่แท้ๆ จะเป็นกรณีที่มีมดลูกของผู้หญิงของคนที่เป็นแม่มีปัญหา หรือไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ แต่รังไข่ยังใช้งานได้ก็เอาไข่เชื้ออสุจิของผู้เป็นพ่อผสมกับไข่ของผู้เป็นแม่จนเกิดเป็นตัวอ่อน แล้วนำตัวอ่อนไปฝากใส่ไว้ในครรภ์ของหญิงซึ่งตกลงรับตั้งครรภ์ให้

ความหมายของการตั้งครรภ์แทน “เซอร์โรเกต” (Surrogate) ตามรูปแบบคำศัพท์ใน Webster’s Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language อธิบายไว้ว่า “เซอร์โรเกต” (Surrogate) คือ บุคคลหรือสิ่งของซึ่งกระทำหรือถูกใช้แทนผู้อื่นหรือแทนสิ่งอื่น

รัสซาบี (Russaby) ให้นิยามว่า “ตัวแทน” หรือ “เซอร์โรเกต” มีความหมายไม่มากไปกว่าการแทนที่ ดังนั้น หญิงรับตั้งครรภ์แทน คือมารดาแทน คือ บุคคลซึ่งตกลงรับตั้งครรภ์แทนเพื่อผู้อื่น เพื่อการเงินหรือความเห็นอกเห็นใจ

โมกิชซี (Moghissi) ให้ความหมายว่า “เซอร์โรเกต” คือ หญิงที่มีสุขภาพร่างกายสมบูรณ์และอยู่ในวัยเจริญพันธุ์ ตกลงยินยอมตั้งครรภ์ให้แก่คู่สมรสที่มีบุตรยาก โดยมีข้อตกลงว่าจะส่งมอบทารกให้คู่สมรสนั้นทันทีที่ทารกเกิด ไม่ว่าจะโดยการยกให้เป็นบุตรบุญธรรม หรือโดยการสละสิทธิและหน้าที่ในการเป็นมารดา

การตั้งครรภ์แทนอาจจะมีการให้ค่าตอบแทน (สินจ้าง) หรือไม่ให้ค่าตอบแทนก็ได้ ถ้ามีการให้ค่าตอบแทน แอนเดอร์สัน (Anderson) ให้ความหมายในกรณีของหญิงรับตั้งครรภ์เพื่อรับสินจ้างว่า เป็นผู้ซึ่งรับเงินในการตั้งครรภ์ก็เพื่อสินจ้าง เป็นผู้ซึ่งยอมรับเงินในการตั้งครรภ์ให้แก่ผู้อื่น และสละสิทธิความเป็นมารดาเพื่อให้ผู้อื่นเลี้ยงดูเด็กเสมือนบุตรของตนเอง

นายแพทย์สมชัย โกวิทเจริญกุล กรรมการผู้จัดการศูนย์การแพทย์นวัตกร ให้นิยามของการตั้งครรภ์แทนว่า “การอุ้มบุญ” หมายถึง การนำลูกหรือตัวอ่อนไปฝากไว้ในมดลูกของผู้หญิงอีกคนหนึ่ง โดยการนำไข่ของแม่และอสุจิของพ่อผสมกันเก็บไว้ในหลอดแก้ว หรือเรียกว่า จานเพาะเลี้ยงฟักในตู้อบ (Incubator) ในอุณหภูมิที่พอเหมาะเหมือนอยู่ในร่างกายมนุษย์ คือ มีอากาศ สภาพแวดล้อมเลียนแบบในท้องแม่ หลังจากนั้น 48 ชั่วโมง จึงเลือกตัวอ่อนที่สมบูรณ์ที่สุด 2-3 ตัว ส่งกลับไปยังผู้หญิงอีกคนหนึ่งให้ตั้งครรภ์แทน

จากที่กล่าวมาข้างต้นพอจะสรุปได้ว่า การตั้งครรภ์แทน หรือ การอุ้มบุญ คือ การที่หญิงตั้งครรภ์โดยที่ไม่ผ่านการมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติ แต่มีการนำตัวอ่อนที่ได้รับการผสมจากไข่และเชื้ออสุจิของผู้อื่น ไม่จำกัดว่าต้องเป็นสามีหรือภรรยากันตามกฎหมายว่าด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อประสงค์จะให้กำเนิดเด็ก และส่งมอบเด็กให้กับผู้เป็นเจ้าของไข่หรืออสุจิ หรือทั้งสองอย่าง โดยจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม

จากนิยามความหมายดังกล่าว สามารถแยกหลักที่สำคัญได้ 3 ประการคือ

1. การตั้งครรภ์แทน คือ การนำตัวอ่อนที่ได้จากการผสมให้เกิดการปฏิสนธิในห้องทดลอง โดยแพทย์หรือนักวิทยาศาสตร์ แล้วนำกลับเข้าไปในมดลูกของหญิงอีกคนหนึ่งเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์
2. เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ ต้องมอบให้แก่เจ้าของไข่หรือ อสุจิ หรือทั้งสองอย่าง หรือผู้ว่าจ้าง หรือผู้ที่ขอความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมโดยไม่มีค่าตอบแทน โดยหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่มีความประสงค์ หรือเจตนาที่จะรับเด็กที่เกิดจากตนไว้เป็นบุตรตนเอง
3. ผู้ที่ว่าจ้าง หรือขอให้ตั้งครรภ์แทนในทางมนุษยธรรมต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสีย คือ อาจเป็นเจ้าของ อสุจิ หรือ ไข่ หรือเป็นผู้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยใช้เชื้อสุจิและไข่จากผู้บริจาคทางใดทางหนึ่ง

#### 2.4.2 ลักษณะทั่วไปของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

สาเหตุหนึ่งของภาวะการมีบุตรยากของคู่สมรส คือ การที่ฝ่ายหญิงมีปัญหาสุขภาพจนไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้ เช่น ไม่มีมดลูก หรือมีเนื้องอกที่มดลูก หรือมีโรคประจำตัวจนมีผลให้ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ ดังนั้น จึงได้มีการนำเอาเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนมาใช้แก้ไขปัญหาสุขภาพดังกล่าว เดิมทียังไม่ได้มีการให้ความหมายของการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนหรือเรียกกันโดยทั่วไปว่าการอุ้มบุญอย่างเป็นทางการ แต่ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดขอบเขตหรือ ความหมายของความเข้าใจของแต่ละบุคคล ดังนี้

ในความหมายอย่างกว้าง การตั้งครรภ์แทน หมายความว่าถึง กระบวนการในการที่หญิงคนหนึ่งตกลงรับที่จะตั้งครรภ์ด้วยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดและตกลงว่าจะส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งพร้อมกับสละสิทธิใดๆ ในความเป็นมารดาของเด็กนั้นทันทีที่เด็กกำเนิดมา

การตั้งครรภ์แทน หมายถึง การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงผู้ตั้งครรภ์มีเจตนาหรือข้อตกลงไว้ก่อนตั้งครรภ์ที่จะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรหรืออยู่ในอำนาจปกครองของผู้อื่น

ต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้ให้นิยามไว้ใน มาตรา 3 ดังนี้ “การตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามี และภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> จุฑามาศ น้ำเงิน, ‘ความรับผิดชอบทางอาญากรณีรับตั้งครรภ์แทน’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559) 11-12.

#### 2.4.3 ประเภทของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน.<sup>25</sup>

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงประเภทของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนซึ่งจะจำแนกออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ การจำแนกโดยพิจารณาจากเทคโนโลยีที่ใช้ในการตั้งครรภ์แทนและการจำแนกโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการตั้งครรภ์แทน

##### 2.4.3.1 การจำแนกประเภทโดยพิจารณาจากเทคโนโลยีที่ใช้ในการตั้งครรภ์แทน

การจำแนกประเภทของการตั้งครรภ์แทน โดยพิจารณาจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่นำมาใช้ แบ่งเป็น 2 ประเภท ดังต่อไปนี้

##### (1) การตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิภายในร่างกาย

การตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิภายในร่างกายหรือการฉีดเชื้อ (Artificial Incemination Surrogacy) เป็นการนำเชื้ออสุจิของชายที่จำแจ้งให้ตั้งครรภ์ฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นบริเวณปากมดลูก โพรงมดลูก ท่อนำรังไข่ หรือที่มดลูกในช่วงที่มีการตกไข่ เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิระหว่างตัวอสุจิกับไข่ในร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และทำให้หญิงนั้นตั้งครรภ์ได้โดยไม่ต้องมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายชายที่ขอหรือว่าแจ้งให้ตั้งครรภ์แทนซึ่งลักษณะการตั้งครรภ์ในลักษณะเช่นนี้ได้กระทำมาก่อนการตั้งครรภ์ประเภทอื่น โดยมีการพัฒนาหลังจากที่เทคโนโลยีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อเจริญขึ้นไม่นานนัก ในบางครั้งเรียกการตั้งครรภ์ประเภทนี้ว่า “การตั้งครรภ์แบบดั้งเดิม” (Traditional Surrogacy)

โดยปกติแล้ว การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อมักจะกระทำโดยการนำเอาเชื้ออสุจิที่ผ่านการล้างเอาเชื้อแบคทีเรียและสารต่าง ๆ ออก และคัดเฉพาะเชื้ออสุจิที่แข็งแรงในปริมาณพอเหมาะมาฉีดผ่านท่อกลางที่สอดเข้าไปในช่องคลอด หรือโดยใช้กระบอกฉีด (syringe) ซึ่งจะทำให้เชื้ออสุจิของฝ่ายชายเข้าไปผสมกับไข่ของฝ่ายหญิง การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนี้จะต้องกระทำในช่วงระยะเวลาที่ไข่ใกล้สุก เพราะเป็นช่วงระยะเวลาที่ฝ่ายหญิงมีโอกาสตั้งครรภ์มากที่สุด น้ำเชื้ออสุจินี้อาจนำมาจากเชื้อสด (fresh sperm) หรือเชื้อที่ผ่านการแช่แข็ง (frozen sperm) มาก่อนก็ได้ การผสมเทียมด้วยวิธีนี้มีอัตราการตั้งครรภ์ประมาณร้อยละ 10 ถึงร้อยละ 20 ต่อรอบเดือน ตามปกติจะเห็นผลภายใน 3 ถึง 6 รอบเดือนของการรักษา

การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนี้เป็นวิธีการที่ง่าย สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายน้อยและไม่จำเป็นต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญทางการแพทย์มากนัก แต่ถ้าการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้ได้กระทำภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์ก็จะทำให้มีโอกาสประสบความสำเร็จในการตั้งครรภ์มากขึ้นและยังช่วยให้เด็กที่เกิดมามีความเสี่ยงในการเกิดโรคทางพันธุกรรม (genetic disease) น้อยลง เนื่องจากแพทย์สามารถที่จะใช้ความชำนาญในการคัดเลือกเชื้ออสุจิที่เหมาะสมเพื่อประโยชน์ในการตั้งครรภ์หรือเพื่อหลีกเลี่ยงโอกาสในการเกิดโรคทางพันธุกรรม

<sup>25</sup> ปรีณัฐ ทองพานเหล็ก, ‘ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาบางประการตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560) 25-29.



การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออาจแบ่งได้เป็นหลายชนิด แต่เมื่อพิจารณาจากแหล่งที่มาของเชื้ออสุจิการผสมเทียมดังกล่าวอาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ การผสมเทียมโดยใช้เชื้อของสามี การผสมเทียมโดยใช้เชื้อของผู้บริจาค และการผสมเทียมโดยใช้เชื้อที่ผสมระหว่างสามีกับผู้บริจาค

ผลของการตั้งครรภ์แทนโดยการนำเชื้ออสุจิของชายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์ฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เด็กที่เกิดมาจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายชายที่ต้องการมีบุตรเพราะเป็นเจ้าของอสุจิและสัมพันธ์กับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพราะหญิงนั้นเป็นเจ้าของไข่ที่ได้รับการผสม แต่เด็กจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายหญิงที่ต้องการมีบุตรเลย จึงเรียกการตั้งครรภ์ประเภทนี้ว่า “การตั้งครรภ์แทนแบบไม่สมบูรณ์” (Partial Surrogacy) เพราะเด็กที่เกิดมานั้นจะมีความสัมพันธ์บางส่วนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และมีความสัมพันธ์บางส่วนกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร

## (2) การตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิอกร่างกาย

การตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิอกร่างกาย (in vitro fertilization surrogacy) เป็นการนำเอาไข่จากรังไข่ของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรฝ่ายหญิงผสมกับเชื้ออสุจิของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรฝ่ายชาย หลังจากนั้นเมื่อเกิดการปฏิสนธิและเกิดตัวอ่อน ก็นำเอาไข่ที่ได้รับการผสมนั้นใส่กลับเข้ายังมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนโดยผ่านทางช่องคลอด เพื่อให้ไข่ฝังตัวในโพรงมดลูกและเจริญเติบโตเป็นทารกต่อไป

อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่ตัวอ่อนไม่ได้เกิดจากเชื้ออสุจิและไข่ของคู่สมรส แต่เกิดจากเชื้ออสุจิของผู้บริจาคและไข่ของฝ่ายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน หรือไข่ของผู้บริจาค และเชื้ออสุจิของฝ่ายชายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเช่นนี้ เด็กจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ซึ่งปัจจุบันกฎหมายไทยกำหนดเกี่ยวกับวิธีการตั้งครรภ์แทนไว้ 2 วิธี คือ 1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน หรือ 2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ดังนั้น หากเป็นกรณีที่ตัวอ่อนเกิดจากเชื้ออสุจิหรือไข่ของผู้บริจาคกับเชื้อของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนก็เป็นการตั้งครรภ์แทนที่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

นอกจากวิธีการตั้งครรภ์แทนที่กล่าวไปข้างต้น หากเป็นกรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายอยู่ในภาวะไม่สามารถตั้งครรภ์แทนได้โดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ทั้งสองฝ่ายไม่สามารถนำเซลล์สืบพันธุ์ของแต่ละฝ่ายมาใช้ในการปฏิสนธิได้ กรณีเช่นนี้ต้องใช้ตัวอ่อนอันเกิดจากไข่และอสุจิที่ได้รับการบริจาค (Donated Embryo Surrogacy) โดยการขอรับบริจาคตัวอ่อนจากบุคคลอื่น แล้วนำตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคมานั้นย้ายฝากเข้าไปยังมดลูกของฝ่ายหญิงที่ตกลงรับตั้งครรภ์แทน เมื่อทารกคลอดออกมา หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะส่งมอบทารกนั้นให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้าง จะเห็นได้ว่าการตั้งครรภ์ประเภทนี้ เด็กที่เกิดมาไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสที่ว่าจ้างและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม การตั้งครรภ์ประเภทนี้เกิดขึ้นไม่บ่อยครั้งนักเนื่องจากมีค่าใช้จ่ายที่สูงและต้องเสียค่าใช้จ่ายในหลายขั้นตอน ได้แก่ ค่าใช้จ่ายจากการซื้อเชื้ออสุจิและไข่ ค่าใช้จ่ายในการนำเชื้ออสุจิและไข่นั้นมาผสม และค่าใช้จ่ายในการนำไข่ที่ได้รับการผสมแล้วใส่เข้าไปในมดลูก

ของหญิงที่รับมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตลอดจนค่าใช้จ่ายในการว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทน และอีกเหตุผลประการสำคัญที่ทำให้การตั้งครรภ์ประเภทนี้ไม่ได้รับความนิยม คือ เมื่อเด็กคลอดออกมาเด็กจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสที่ว่าจ้าง คู่สมรสที่ว่าจ้างอาจไม่มีความผูกพันกับเด็กที่เกิดมา จึงอาจจะทิ้งเด็กนั้นไปโดยง่ายอย่างไม่มีความรับผิดชอบ

#### 2.4.3.2 การจำแนกประเภทโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทนอาจพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการตั้งครรภ์แทน โดยแบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่

(1) การตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ (Commercial Surrogacy) เป็นการตั้งครรภ์แทนโดยมีค่าตอบแทน ซึ่งค่าตอบแทนนั้นสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

1.1 ค่าตอบแทนในลักษณะของค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริง หรือค่าใช้จ่ายจำเป็นตามสมควร (surrogacy with reasonable compensation) เช่น ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์สำหรับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร ค่าประกันสุขภาพของผู้รับตั้งครรภ์แทน ค่าขาดรายได้ของผู้รับตั้งครรภ์แทนที่ต้องสูญเสียในขณะที่ตั้งครรภ์

1.2 ค่าตอบแทนในลักษณะค่าใช้จ่ายอื่นๆ นอกเหนือจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงหรือค่าใช้จ่ายที่จำเป็นตามสมควร ซึ่งอาจจะเรียกได้ว่าเป็นค่าบริการในการตั้งครรภ์แทน (surrogacy for a fee) การตั้งครรภ์เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เป็นกรณีที่หญิงคนหนึ่งตกลงรับตั้งครรภ์แทนให้แก่ผู้อื่น โดยตกลงว่าจะส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่ผู้ว่าจ้างโดยมีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นค่าตอบแทนในลักษณะค่าใช้จ่ายอื่นๆ นอกเหนือจากค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการดำเนินการตั้งครรภ์แทน อาทิเช่น ค่าบริการทางการแพทย์ ค่ายา ค่าอาหารเสริม ค่าเดินทางไปพบแพทย์ ค่าประกันสุขภาพ ค่าขาดประโยชน์จากการทำงานในช่วงที่ตั้งครรภ์ ทั้งนี้ เพื่อเป็นแรงจูงใจให้หญิงที่ถูกว่าจ้างตกลงเข้าทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสที่มีบุตรยากเสมือนเป็นความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ไม่มีฝ่ายใดได้เปรียบเสียเปรียบโดยค่าบริการในการตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีทั้งแบบเหมาจ่ายและจ่ายแยก ส่วนใหญ่จะเป็นการเหมาจ่ายในราคาหลักล้าน เช่น สหรัฐอเมริกา อยู่ที่ราคาประมาณ 3.8 ล้านบาท (ในประเทศสหรัฐอเมริกาหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ส่วนใหญ่เป็นคนยากจนสมัครเป็นหญิงรับตั้งครรภ์แทนเพื่อต้องการหารายได้มาเพิ่มพูนฐานะของตนเองหรือครอบครัว ดังนั้น ผู้มาสมัครเป็นหญิงรับตั้งครรภ์แทนจำนวนมากจึงมักเป็นคนว่างงาน หรือเป็นผู้ที่อยู่ในระหว่างที่ได้รับรัฐสวัสดิการ) ยูเครน 1.3 ล้านบาท ส่วนประเทศไทยอยู่ที่ราคาประมาณ 1.2 ล้านบาท เป็นต้น

นอกจากที่กล่าวไปข้างต้น การตั้งครรภ์แทนประเภทนี้ ส่วนใหญ่จะมีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง นอกเหนือจากคู่สมรส คือ ผู้รับตั้งครรภ์แทนและคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนเข้ามาเกี่ยวข้อง ที่เรียกว่าเป็น “ตัวแทน” (agent) หรือ “นายหน้า” (broker) โดยตัวแทนหรือนายหน้านี้จะเข้ามาจัดการจับคู่ระหว่างคู่สมรสและผู้รับตั้งครรภ์แทน นอกจากนี้ยังอำนวยความสะดวกในการคัดเลือกหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทน การผสมเทียม การรักษาทางการแพทย์ในระหว่างตั้งครรภ์และคลอดบุตร การให้บริการให้คำปรึกษาและให้คำแนะนำ รวมทั้งจัดเตรียมสัญญาซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง การตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เช่นนี้มีแพร่หลายในประเทศสหรัฐอเมริกา

(2) การตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์เชิงมนุษยธรรม (Altruistic Surrogacy)

การตั้งครรภ์ประเภทนี้ เป็นการที่หญิงคนหนึ่งตกลงรับตั้งครรภ์แทนเพียงเพื่อช่วยเหลือกันในหมู่เครือญาติ หรือเพื่อนสนิท มักจะทำความด้วยความสมัครใจ ความเห็นอกเห็นใจ เป็นการช่วยเหลือเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน หรือทำเพื่อเห็นแก่มนุษยธรรมโดยไม่หวังผลตอบแทนใดๆ ซึ่งผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์เอง เช่น ค่ายาบำรุงครรภ์ ค่าตรวจเลือดหรือค่าบริการทางการแพทย์อื่น ๆ เป็นต้น การตั้งครรภ์แทนประเภทนี้ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะไม่ได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์ใด ๆ จากการตั้งครรภ์แทนทั้งสิ้น

2.4.3.3 ข้อตกลงพื้นฐานในสัญญารับตั้งครรภ์แทน<sup>26</sup>

(1) ข้อตกลงในหน้าที่ของผู้จัดการตั้งครรภ์แทน

(ก.) ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนตกลงให้คำแนะนำและให้ข้อมูลที่สำคัญในการตัดสินใจของผู้รับตั้งครรภ์แทนว่าการตั้งครรภ์เป็นทางเลือกที่ดีของผู้รับตั้งครรภ์แทนหรือไม่ โดยรายละเอียดของข้อมูลที่ให้คือขั้นตอนของการดำเนินการของผู้จัดการตั้งครรภ์แทน ราคาค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะได้รับ ขั้นตอนการเลือกผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ขั้นตอนปฏิบัติทางการแพทย์และประเด็นข้อกฎหมาย

(ข.) ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนตกลงจะคัดเลือกผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและ/หรือผู้บริจาคไข่ที่เหมาะสมกับผู้รับตั้งครรภ์แทนที่สุด โดยอาศัยประวัติและข้อมูลที่ได้รับจากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาว่าผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องการผู้รับตั้งครรภ์แทนและหรือผู้บริจาคไข่ลักษณะใด ผู้จัดการตั้งครรภ์จะจัดให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนพบกันโดยเร็ว

(ค.) ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนตกลงจะจัดหาแพทย์เพื่อให้แพทย์ทำการผสมเทียม ตรวจสอบสุขภาพดูแลรักษา ให้คำแนะนำและกระทำการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ต่อผู้รับตั้งครรภ์แทน

(2) ข้อตกลงในหน้าที่ของผู้รับตั้งครรภ์แทน

ผู้รับตั้งครรภ์แทนตกลงยินยอมให้แพทย์ที่ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนจัดหาทำการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อสุจิหรือเคลื่อนย้ายไข่หรือตัวอ่อนที่ได้จากการผสมเทียมเข้าสู่โพรงมดลูก ตรวจสอบสุขภาพ ดูแลรักษา ให้คำแนะนำ และกระทำการอื่นๆที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน

(3) ข้อตกลงระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับแพทย์

(ก.) ข้อตกลงในหน้าที่ของผู้จัดการตั้งครรภ์แทน  
 ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนตกลงจัดหาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนมาให้แพทย์ดำเนินการเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้น

(ข.) ข้อตกลงในหน้าที่ของแพทย์

แพทย์ตกลงจะดำเนินการเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้นแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน

<sup>26</sup> กานต์ กาญจนะไพบุลย์, 'ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2550) 17-20.

จากการที่ผู้ศึกษาได้ศึกษาหลักการและทฤษฎีของการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งปัจจุบันได้มีมาตรการการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรการการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติดังกล่าวแม้จะกำหนดให้คู่สมรสผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรจะต้องทำข้อตกลงเป็นหนังสือระหว่างกัน และข้อตกลงดังกล่าวเป็นไปตามแบบที่กระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยที่กำหนดให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร เป็นผู้ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพ โดยให้รวมถึงค่าใช้จ่ายในการตรวจ ค่ารักษาพยาบาล ตามกระบวนการรับตั้งครรภ์แทนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ค่าตรวจวินิจฉัย สุขภาวะของทารกในครรภ์ และ ค่าวินิจฉัยทางพันธุกรรมของเด็ก ก่อนตั้งครรภ์ ระหว่างตั้งครรภ์ และหลังคลอด อันเนื่องมาจากข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ เช่น ค่าฝากครรภ์ ค่าฉีควัคซีน และ ค่าใช้จ่ายในความเจ็บป่วยที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนก็ตาม<sup>27</sup> แต่ในเรื่องของการได้รับความคุ้มครองจากสวัสดิการของรัฐจากหลักประกันสุขภาพพื้นฐานกลับไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครอง ไม่ว่าจะเป็นการให้ความคุ้มครองด้านการบริการทางการแพทย์ในการรักษาการมีบุตรยากโดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ การให้การช่วยเหลือด้านสิทธิการลาเพื่อดูแลบุตรที่คลอดออกมาจากการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ การให้เงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนซึ่งมีความจำเป็นในการได้รับฟื้นฟูร่างกาย

2.4.4 สถานะความเป็นมารดาของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน กับหญิงที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

ในปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีความเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมาก สามารถช่วยเหลือให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อรักษาภาวะการมีบุตรยาก โดยคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรแต่ภริยามีปัญหาด้านสุขภาพไม่สามารถอุ้มครรภ์บุตรได้เอง อาจต้องอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Reproductive Technology) ประกอบกับการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของสามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ในฐานะบิดามารดา โดยมาตรา 1546 บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายที่ได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” หากการสมรสสิ้นสุดลงตามมาตรา 1536 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามีแล้วแต่กรณี” ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวประกอบกับถ้อยคำตามมาตรา 15 ที่ว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มตั้งแต่เมื่อคลอด” และ “ทารกในครรภ์มารดา” แสดงให้เห็นว่า “บุตร” ที่เกิดขึ้นต้องเกิดจากครรภ์มารดา

<sup>27</sup> แบบข้อตกลงการรับตั้งครรภ์แทน แบบท้ายประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่เกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอดและหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่า สามสิบวัน (มาตรา 25)

ของผู้เป็นบุตรนั้น ๆ อันเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กและรับรองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในฐานะมารดา โดยการตั้งครรภ์และให้กำเนิดเด็กเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>28</sup>

ตามข้อกฎหมายข้างต้นความเป็นบิดามารดาและบุตรนั้น ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นธรรมชาติ ซึ่งย่อมประกอบขึ้นด้วยกระบวนการปฏิสนธิและการให้กำเนิดที่เป็นไปตามกระบวนการตามธรรมชาติ บิดา มารดาเป็นผู้ถ่ายทอดลักษณะทางพันธุกรรม และมารดาเป็นผู้ตั้งครรภ์และให้กำเนิด หากเป็นกรณีการรับตั้งครรภ์แทนจะกลายเป็นการชั่งน้ำหนักหรือการให้ความสำคัญระหว่างลักษณะทางพันธุกรรมที่เด็กคนนั้น ได้รับจากเจ้าของเชื้อพันธุ และผู้รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งรวมถึงการดูแลขณะตั้งครรภ์ และการให้วินิจฉัยว่าใครจะเป็นบิดามารดาที่แท้จริงโดยเฉพาะทางฝ่ายมารดาที่เป็นเจ้าของเชื้อพันธุและมารดาผู้ตั้งครรภ์แทน

กรณีดังกล่าว เคยมีข้อหาหรือจากกรมบัญชีกลางมายังคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับกรณีคู่สมรส ซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดมหาวิทยาลัยว่าได้มีการแจ้งจำนวนบุตรพร้อมแสดงหลักฐานของทางราชการเพื่อขอรับสิทธิเบิกเงินสวัสดิการรักษายาบาลและการศึกษาของบุตร แต่เป็นบุตรที่เกิดจากการนำเชื้ออสุจิของสามีข้าราชการหญิงไปผสมกับไข่ของข้าราชการหญิงแล้วนำตัวอ่อนไปฝากในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่อตั้งครรภ์แทน จะถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการอันจะมีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการของทางราชการหรือไม่ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาตามบันทึกเลขเสร็จที่ 100/2543 ให้ความเห็นว่าทารกในครรภ์มารดา ตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึงทารกที่เกิดนั้นจะต้องเกิดจากครรภ์มารดาของผู้เป็นบุตร ดังนั้น บุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและคลอดทารก จึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก ส่วนหญิงเจ้าของไข่แต่ไม่ได้ตั้งครรภ์และชายเจ้าของอสุจิ แต่ไม่ได้เป็นสามีของหญิงผู้ตั้งครรภ์ จึงมิใช่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้ทั้งสองไม่สามารถเบิกค่ารักษายาบาลและอาศัยสิทธิอื่น ๆ ในฐานะบิดามารดาของเด็กได้ แม้คู่สมรสที่อาศัยเทคโนโลยีนี้จะสามารถจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ แต่ก็อาจก่อให้เกิดความไม่สบายใจและวิตกกังวลเนื่องจากบุตรที่เกิดจากพันธุกรรมและนับเป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของพวกเขา ฐานะได้เพียงการเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น นอกจากปัญหาข้อกฎหมายแล้วยังอาจมีปัญหาอื่น ๆ ได้แก่ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนอ้างสิทธิความเป็นมารดาและไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีข้อหาหรือจากกรมการปกครองหรือไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อขอหารือเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติในการลงรายการชื่อบิดาและมารดา ในสูติบัตรของทารกแฝดสามคน ซึ่งเกิดจากการนำเชื้ออสุจิของสามีและภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร แล้วนำไปฝากในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งกรุงเทพมหานครเห็นว่า ควรลงรายการของสามีและภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร เป็นมารดาและบิดาของเด็กในสูติบัตร เพื่อให้ตรงตามข้อเท็จจริงและไม่ก่อให้เกิดปัญหาแก่เด็กในอนาคต คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้พิจารณาข้อหาหรือดังกล่าว มีความเห็นไปในทำนองเดียวกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการ

<sup>28</sup> กมลลา เทพวงศ์, 'การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุทางทางการแพทย์ (อุ้มบุญ)' (สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม 2556) 3-4.



ร่างกฎหมายคณะที่ 3) ที่ได้เคยวินิจฉัยไว้ในบันทึก เรื่อง การใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการ ค่ารักษาพยาบาลและ การศึกษาของบุตร ที่เกิดจากการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน โดยเห็นว่า การจะถือว่าผู้ใดเป็นบิดา และมารดาของทารกที่คลอดออกมานั้น ต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ที่บัญญัติว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอด แล้วอยู่รอดเป็นทารก” ซึ่งต้องเป็นการคลอดตาม สภาพความเป็นจริง คือสภาพในขณะที่ออกจากครรภ์มารดา ประกอบกับ มาตรา 1536 อย่างประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชาย ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตร ชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี เมื่อได้พิจารณาตามข้อเท็จจริงที่หาหรือแม้จะปรากฏว่า สามีและภริยาที่ ประสงค์จะมีบุตร จะเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิ และไข่ที่นำไปฝากในตัวมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นหญิงที่มี สามีแล้วก็ตาม แต่เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เป็นผู้ตั้งครรภ์และคลอดทารกแฝดสามคนจึงกล่าวได้ว่า หญิงที่ รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก และเมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน มีสามีในขณะที่คลอด สามีของหญิงนั้นจึงต้องด้วยข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกทั้งสาม<sup>29</sup>

ต่อมาเมื่อได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ เนื่องจากความก้าวหน้าทางการแพทย์ในการบำบัดรักษา ภาวะการมีบุตรยากสามารถช่วยให้ผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากมีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์ อันมีผลทำให้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันในเรื่องความเป็นบิดามารดา ที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ ในทางพันธุกรรม ดังนั้น เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจาก เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์ การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง จึงจำเป็นที่จะต้องมีการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับเพื่อให้สามารถควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่ เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้อย่างครอบคลุม และยังกำหนดสถานะความสัมพันธ์ทาง กฎหมายของเด็กและบิดามารดาไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงสถานะทางกฎหมายของ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน กับความเป็นมารดาของเด็กที่คลอดออกมา โดยเปรียบเทียบกับสถานะทางกฎหมาย ของผู้ที่ขอให้ตั้งครรภ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ดังนี้

#### 2.4.4.1 สถานะทางกฎหมายของหญิงที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน กับความเป็นมารดาของเด็ก

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดค่านิยมของคำว่า “การตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยา

<sup>29</sup> ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 209/2550 เรื่อง การลงรายการชื่อบิดาและมารดาในสูติบัตรของ บุตรที่เกิดจากการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน.



ที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น<sup>30</sup> จะเห็นได้ว่า ความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นในอดีตช่วงที่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ยังไม่ได้มีความเจริญก้าวหน้ามากนัก มารดาที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดเด็กย่อมมีความสัมพันธ์ทั้งในทางสายโลหิตและทางพันธุกรรมกับเด็กนั้น กฎหมายจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแยกสถานะระหว่างมารดาที่ตั้งครรภ์กับมารดาทางพันธุกรรม การที่กฎหมายกำหนดเพียงหลักกว้าง ๆ ว่า การตั้งครรภ์ย่อมเป็นสิ่งที่ยังชี้ความเป็นมารดาของบุตร ย่อมเป็นเรื่องที่ชัดเจน ครอบคลุม และสมเหตุสมผลกับความเป็นจริงตามธรรมชาติที่เกิดขึ้น แต่เมื่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้มีการแยกในเรื่องการให้กำเนิดออกจากความเป็นมารดาทางพันธุกรรมได้ การที่จะนำหลักกฎหมายเดิมมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวคงจะเป็นเรื่องไม่สมเหตุสมผลเท่าใดนัก ในสภาพความเป็นจริง<sup>31</sup> ดังนั้น หากมีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นเมื่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 การกำหนดสถานะทางกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน จะต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

มาตรา 29 เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะการทำให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิ หรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์ หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิไข่หรือตัวอ่อนที่บริจาดดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก

มาตรา 30 ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้น จนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ

บทบัญญัติสอง มาตรานี้กำหนดให้สามีภริยาที่ต้องการเด็กเป็นบุตร เป็นสามีภริยาที่ถูกต้องตามกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้นตามความประสงค์ แม้ว่าฝ่ายสามีหรือภริยาจะถึงแก่กรรมก่อนเด็กเกิดก็ตาม ให้ศาลเข้ามามีบทบาทตั้งผู้ปกครองเด็กที่จะเกิดมานั้น จะเห็นได้ว่าเมื่อ

<sup>30</sup> พระราชบัญญัติเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 3.

<sup>31</sup> อนันต์ แตกิมย์กุล, 'ประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์: ศึกษากฎหมายการตั้งครรภ์แทน' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต 2563) 111.

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีผลใช้บังคับ การกำหนดสถานะความเป็นมารดานั้นแยกในเรื่องการให้กำเนิดกับความเป็นมารดาทางพันธุกรรมออกจากกัน ไม่ได้พิจารณาว่าการคลอดนั้นจะต้องเป็นการให้กำเนิดโดยมารดาซึ่งมีพันธุกรรมเดียวกันกับเด็กที่คลอดออกมา และพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังสนับสนุนสิทธิของสามีภริยาที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ทำข้อตกลงไว้ว่าจะรับเด็กเป็นบุตร มีหน้าที่ผูกพันตามข้อตกลงดังกล่าว แม้ว่าสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะถึงแก่กรรมไปก่อนเด็กเกิด และหากมีการปฏิเสธตามที่กฎหมายกำหนดจะมีโทษทางอาญาไว้สำหรับผู้ปฏิเสธด้วย

#### 2.4.4.2 สถานะทางกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน กับความเป็นมารดาของเด็ก

ตามที่ได้กล่าวในหัวข้อข้างต้นแล้วว่าเมื่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีผลใช้บังคับ การกำหนดสถานะความเป็นมารดานั้นได้แยกในเรื่องการให้กำเนิดกับความเป็นมารดาทางพันธุกรรมออกจากกัน ซึ่งตามพระราชบัญญัติเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสถานะและหน้าที่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ดังนี้

มาตรา 31 เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะไปฝากครรภ์หรือไปคลอดบุตรยังสถานพยาบาลใดให้นำข้อตกลงตามมาตรา 25 ไปแสดงต่อแพทย์ผู้รับฝากครรภ์หรือผู้ที่จะทำคลอด ณ สถานพยาบาลแห่งนั้นเพื่อเป็นหลักฐานในการออกหนังสือรับรองการเกิดและการแจ้งเกิดของเด็กต่อไป

มาตรา 32 ให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน มีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนต่อนายทะเบียนผู้รับแจ้ง ตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร

ในกรณีสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน ถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ไม่ว่าจะอยู่ในประเทศไทย หรือไม่ปรากฏตัวภายหลังจากการคลอดเด็กนั้น ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว

การแจ้งเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธี และเงื่อนไขที่ผู้อำนวยการทะเบียนกลางประกาศกำหนดตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร

มาตรา 33 ห้ามมิให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทน ปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว

มาตรา 34 ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้บังคับโดยอนุโลม เพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้

บทบัญญัติในกลุ่มนี้ นอกจากจะกำหนด ให้สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรซึ่งเกิดจาก ไข่หรืออสุจิ ที่บริจาคจากผู้ใดก็ตาม เป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดตามข้อตกลงที่ทำไว้กับหญิงที่ตั้งครรภ์และยังได้บัญญัติวิธีปฏิบัติไว้ว่า ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องนำข้อตกลงนั้นไปแจ้งต่อแพทย์ผู้รับฝากครรภ์ หรือผู้ทำคลอดในสถานพยาบาลที่เด็กจะเกิด เพื่อเป็นหลักฐานรับรองการเกิดและการแจ้งเกิดของเด็ก และการแจ้งเกิดก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการเงื่อนไข ที่ผู้อำนวยการทะเบียนกลางประกาศกำหนดออกมา นอกจากนี้ยังบัญญัติ ในการ

กำหนดว่าใครเป็นบิดามารดาของเด็กไว้อีกว่า ให้ถือตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้เป็นหลักโดยมิให้ถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บทบัญญัติบางมาตราขัดกับพระราชบัญญัตินี้<sup>32</sup>

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าสถานะทางกฎหมายของสถานะทางกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน กับหญิงที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน กับความเป็นมารดาของเด็กที่คลอดออกมานั้น มีความแตกต่างกันในเรื่องการกำหนดสถานะความเป็นมารดาจากสารพันธุกรรม กล่าวคือ ไข่ และอสุจิ หากหญิงที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นเจ้าของไข่นำไปรวมกับสเปิร์มโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งรวมกันจนเกิดการปฏิสนธิแล้วนำตัวอ่อนนั้นไปฉีดเข้าโพรงมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หญิงที่เป็นเจ้าของไข่ซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ย่อมมีสถานะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่คลอดออกจากครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากตามพระราชบัญญัติเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรเท่านั้น แม้ว่าสามีหรือภริยาจะถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิดก็ตาม ส่วนชายหรือหญิง ผู้บริจาคอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน รวมถึงหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่มีสิทธิและหน้าที่ต่อกันกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ดังนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแม้จะได้คลอดทารกออกจากครรภ์ เป็นผู้ให้กำเนิดทารก หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่ได้มีสถานะความเป็นมารดาของเด็กที่คลอดออกมา และยังคงต้องมีหน้าที่ส่งมอบเด็กให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรตามข้อตกลงที่ได้ทำเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

---

32 วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *กฎหมายการแพทย์สมัยใหม่* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561) 152.

## บทที่ 3

### กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง

ในบทนี้ผู้ศึกษาจะศึกษาถึงอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแรงงานหญิงที่ตั้งครรภ์ ได้แก่ Social Security (Minimum Standards) Convention (C102) Maternity Protection Convention, 2000 (C183) Maternity Protection Recommendation, 2000 (R191) และ Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (C156) และศึกษาการถ่ายโอนประโยชน์ทดแทนเกี่ยวกับการตั้งครรภ์และการตั้งครรภ์แทน ในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศเวียดนาม โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองอันเป็นหลักประกันสุขภาพพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์ของประเทศไทย ซึ่งผู้ศึกษาจะได้นำมาใช้ศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาการถ่ายโอนประโยชน์ทดแทนตามกฎหมายประกันสังคม อันเกิดจากการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และนำไปสู่การเสนอแนวทางแก้ไขกฎหมายประกันสังคมเกี่ยวกับการถ่ายโอนประโยชน์ทดแทนอันเกิดจากการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนี้

#### 3.1 อนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง

Millennium Development Goals ได้กำหนดเป้าหมายการพัฒนาแห่งสหัสวรรษ (Millennium Development Goals: MDGs) เป็นวาระการพัฒนาของโลก ประกอบด้วยเป้าหมายหลัก 8 ข้อ ได้แก่ (1) ขจัดความยากจนและความหิวโหย (2) ให้เด็กทุกคนได้รับการศึกษาระดับประถมศึกษา (3) ส่งเสริมความเท่าเทียมกันทางเพศและบทบาทสตรี (4) ลดอัตราการตายของเด็ก (5) พัฒนาสุขภาพของสตรีมีครรภ์ (6) ต่อสู้กับโรคเอดส์ มาลาเรีย และโรคสำคัญอื่น ๆ (7) รักษาและจัดการสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน (8) ส่งเสริมการเป็นหุ้นส่วนเพื่อการพัฒนาในประชาคมโลก (ข้อ 4 และ 5) ซึ่งการคุ้มครองกรณีตั้งครรภ์และคลอดบุตรเป็นหนึ่งในเป้าหมายของ Millennium Development Goals อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 2015 องค์การอนามัยโลก (World Health Organization: WHO) คาดการณ์ว่ายังมีผู้หญิงที่เสียชีวิตเนื่องจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตรมากกว่า 830 คน ต่อวัน ทำให้การดูแลสุขภาพของผู้หญิงและเด็กแรกเกิดยังคงเป็นความท้าทายต่อเนื่องมาจนถึง Sustainable Development Goals (SDG) รวมทั้งเป็นเป้าหมายขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization: ILO) ที่จะส่งเสริมสุขภาพของแรงงานหญิงผ่านระบบประกันสังคม (International Labour Organization, 2017e)

ในการศึกษาอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมสุขภาพของแรงงานหญิงผ่านระบบประกันสังคม ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการจัดสิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตรให้แก่แรงงานประกอบด้วย อนุสัญญาที่เกี่ยวกับความมั่นคงทางสังคม (Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952: C102) อนุสัญญาการคุ้มครองกรณีตั้งครรภ์และคลอดบุตร (Maternity Protection Convention, 2000: C183) และข้อแนะนำที่เกี่ยวข้องกับ C183 (Maternity Protection Recommendation, 2000: R191) และอนุสัญญาความรับผิดชอบต่อการครอบครัวของแรงงาน (Workers with Family Responsibilities Convention, 1981: C156) ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 3.1.1 Social Security (Minimum Standards) Convention (C102)<sup>33</sup>

อนุสัญญาฉบับนี้ระบุมาตรฐานขั้นต่ำสิทธิประกันสังคม ออกเป็น 9 ด้าน ได้แก่ การรักษาพยาบาล (Medical Healthcare) สิทธิประโยชน์เมื่อเจ็บป่วย (Sickness Benefits) สิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตร (Maternity Benefits) สิทธิประโยชน์เมื่อได้รับบาดเจ็บจากการทำงาน (Employment-Injury Benefits) สิทธิประโยชน์กรณีทุพพลภาพ (Invalidity Benefits) สิทธิประโยชน์กรณีว่างงาน (Unemployment Benefits) สิทธิประโยชน์กรณีชราภาพ (Old-Age Benefits) สิทธิประโยชน์สำหรับครอบครัว (Family Benefits) และสิทธิประโยชน์ที่ให้แก่ทายาทกรณีผู้ประกันตนเสียชีวิต (Survivors Benefits)

อนุสัญญาดังกล่าวออกมาในปี ค.ศ. 1952 และมีผลบังคับใช้ในประเทศที่ให้สัตยาบันทั้งสิ้น 59 ประเทศ (International Labour Organization, 2017c) ซึ่งไม่รวมประเทศไทย ทั้งนี้ อนุสัญญาดังกล่าวระบุขอบเขตลักษณะสิทธิประโยชน์และระยะเวลาของสิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตรไว้ในหมวดที่ 8 โดยกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ และลักษณะของสิทธิประโยชน์

#### (1) ประเทศที่ให้สัตยาบันและสถานะของอนุสัญญาในปัจจุบัน

อนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้ ตั้งแต่ 27 เมษายน พ.ศ. 2498 (ค.ศ. 1955) มี 59 ประเทศที่ให้สัตยาบัน Convention C102 ในขณะที่ประเทศไทยไม่ได้ลงนาม ทั้งนี้ ประเทศที่ให้สัตยาบันอาจไม่ได้ลงนามรับทุกหมวด โดยมี 31 ประเทศจาก 59 ประเทศที่รับหมวดที่ 8 สิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตร ปัจจุบัน Convention C102 เป็นอนุสัญญาที่มีสถานะ Up-to-Date หรือเป็นอนุสัญญาที่ยังใช้ในปัจจุบัน ยังไม่มีอนุสัญญาอื่นทดแทนในเนื้อหาเดียวกัน และยังคงมีการบังคับใช้ใน 52 ประเทศ ยกเว้น 1 ประเทศ คือ Cabo Verde

#### (2) ขอบเขตการคุ้มครอง

การให้สิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตรมีวัตถุประสงค์เพื่อฟื้นฟูและบำรุงสุขภาพของผู้หญิงที่ได้รับสิทธิประโยชน์นี้ให้สามารถกลับไปทำงานและมีรายได้ตามปกติ ซึ่งองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับ

<sup>33</sup> วิโรจน์ ฌ ระนอง และคณะ, รูปแบบแนวทางการจัดบริการทางการแพทย์ กรณีคลอดบุตรที่เหมาะสมสำหรับผู้ประกันตน (สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย 2562) 234-235.

การให้บริการทางการแพทย์กรณีคลอดบุตร ต้องจัดการส่งเสริมให้ผู้หญิงที่มีสิทธิได้รับสิทธิและให้สามารถเข้าถึงบริการทางสุขภาพภายใต้สิทธิประโยชน์ดังกล่าว

- สัดส่วนของผู้ที่ได้รับการคุ้มครอง

สิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตรที่จัดไว้ให้แก่แรงงานหญิงในกลุ่มลูกจ้าง (Employee) ต้องมากกว่าร้อยละ 50 ของแรงงานทั้งหมดในกลุ่มนี้ อีกทั้งภรรยาของแรงงานชายในกลุ่มลูกจ้างต้องได้รับสิทธิประโยชน์ทางการแพทย์ด้วย ส่วนกลุ่มประชากรที่ทำงานในเชิงเศรษฐกิจ (Economically Active Population) คือ ผู้มีงานทำโดยได้รับค่าจ้าง (Paid-Employed Person) ผู้ทำงานอิสระ (Self-Employed Person) และผู้ว่างงาน (Unemployed Person) (International Labour Organization, 1982) ต้องได้รับสิทธิประโยชน์มากกว่าร้อยละ 20 ของแรงงานในกลุ่มนี้

- ช่วงเวลาที่สิทธิประโยชน์ดูแล

สิทธิประโยชน์ครอบคลุมตั้งแต่ระยะตั้งครรภ์จนกระทั่งการคลอด รวมทั้งการดูแลทารกแรกคลอด สิทธิประโยชน์และเงื่อนไขการเกิดสิทธิต้องกำหนดไว้ในกฎหมายหรือระเบียบที่มีผลใช้บังคับของประเทศสมาชิก

- ลักษณะบริการ

สิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตรนี้ถือเป็นการบริการทางการแพทย์อย่างหนึ่ง ซึ่งรวมถึงตั้งแต่การดูแลระหว่างตั้งครรภ์หรือการฝากครรภ์ การคลอดบุตร และการดูแลหลังการคลอดบุตรไม่ว่าจากบุคลากรทางการแพทย์หรือหมอมดคุณครรภ์ รวมไปถึงการเข้าพักรักษาตัวในสถานพยาบาลในกรณีที่เป็น

(3) ระยะเวลาหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรขั้นต่ำและอัตราเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร

สิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตรเป็นสิทธิประโยชน์ระยะสั้น Convention C102 ได้ระบุว่า การให้สิทธิประโยชน์เงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร ในเงื่อนไขตามปกติระยะเวลาที่ได้รับประโยชน์ทดแทนรายเดือน (เงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร) ไม่เกิน 12 สัปดาห์ หรือมีความต้องการในการขาดงานเกินกว่านั้น หรือตามที่กฎหมายของประเทศระบุ โดยระยะเวลาที่จะนำมากำหนดเพื่อการจ่ายเงินสงเคราะห์การหยุดงานฯ ให้คำนึงถึงปัจจัย เช่น อัตราเฉลี่ยค่าจ้างก่อนการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร ความเหมาะสมของเงินสงเคราะห์กับการหยุดงานเพื่อคลอดบุตรและดูแลบุตร เป็นต้น

### 3.1.2 Maternity Protection Convention, 2000 (C183)<sup>34</sup>

(1) ประเทศที่ให้สัตยาบันและสถานะของอนุสัญญาในปัจจุบัน

อนุสัญญาของ ILO ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองกรณีตั้งครรภ์และคลอดบุตรฉบับล่าสุด คือ Convention C183 โดยก่อนหน้าการคุ้มครองกรณีตั้งครรภ์และคลอดบุตรมีอนุสัญญาที่พัฒนามาก่อนหน้าแล้ว 2 ฉบับ คือ Convention C003 จัดทำในปี ค.ศ. 1919 โดยมี 34 ประเทศที่ลงนามให้สัตยาบัน สถานะปัจจุบันเป็นอนุสัญญาฉบับชั่วคราว และ Convention C103 จัดทำในปี ค.ศ. 1952 ที่ให้สัตยาบัน 41 ประเทศ ปัจจุบัน

<sup>34</sup> เพิ่งอ้าง.



อยู่ในสถานะฉบับปรับปรุง โดย Convention C183 เป็นฉบับสมบูรณ์ที่เป็นปัจจุบันที่สุด จัดทำในปี ค.ศ. 2000 เริ่มมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 7 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2545 (ค.ศ. 2002) ลงนามให้สัตยาบันแล้ว 38 ประเทศ และยังมีผลใช้บังคับอยู่ซึ่งประเทศไทยไม่ได้ลงนามให้สัตยาบัน

## (2) ขอบเขตการคุ้มครอง

กลุ่มเป้าหมายของ Convention C183 คือ ผู้หญิงและเด็ก ซึ่งหมายถึงผู้หญิงและเด็กทุกคน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งในมาตรา 1 กำหนดว่า “เพื่อวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญานี้ คำว่า ผู้หญิง หมายถึง บุคคลใดก็ตามที่เป็นเพศหญิง โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าประการใดก็ตาม และคำว่า เด็ก หมายถึง บุคคลใดก็ตามที่เป็นเด็ก โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าประการใดก็ตาม” อนุสัญญานี้บังคับใช้กับแรงงานหญิงทุกคน ข้อกำหนดระบุขอบเขตการคุ้มครองแรงงานหญิงที่ตั้งครรภ์ ทั้งด้านสุขภาพ ความมั่นคงทางรายได้ ทั้งก่อนและหลังคลอด ตลอดจนสิทธิของแรงงานระหว่างการจ้างงาน โดยการคุ้มครองดังกล่าวเป็นรากฐานสำคัญในการเพิ่มความเท่าเทียมทางเพศ ในด้านโอกาสและสวัสดิการการทำงาน และด้านสุขภาพของผู้หญิงและเด็ก ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกที่ลงนามสัตยาบันในอนุสัญญาดังกล่าว อาจกำหนดให้ยกเว้นสิทธิทั้งหมดหรือบางส่วนกับกลุ่มแรงงานบางประเภท โดยต้องผ่านการหารือกับผู้แทนองค์กรนายจ้างและลูกจ้าง และต้องระบุรายการประเภทลูกจ้างที่จะไม่ได้รับสิทธิและเหตุผล รวมทั้งต้องระบุมাত্রการที่จะดูแลลูกจ้างกลุ่มดังกล่าว

เพื่อให้การคุ้มครองสุขภาพของแรงงานหญิงที่ตั้งครรภ์และคลอดบุตร หน่วยงานที่มีการจ้างงานต้องไม่บังคับให้มารดาที่ตั้งครรภ์หรืออยู่ระหว่างการให้นมบุตรต้องทำงานบางประเภทที่จะส่งผลเสียต่อมารดาและบุตรที่อยู่ระหว่างกินนมของมารดา ต้องประเมินการทำงานที่อาจเสี่ยงต่อการตั้งครรภ์หรือให้นมบุตร หรือที่จะส่งผลกระทบต่อสุขภาพของแม่และบุตร (International Labour Organization, 2017b) ซึ่งประเด็นของ Convention C183 สามารถแบ่งออกเป็น 4 ประเด็น ดังนี้

### 1. การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร

ระยะเวลาการหยุดงานที่ ILO กำหนด คือ ให้มารดามีช่วงวันหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรไม่น้อยกว่า 14 สัปดาห์ ซึ่งเป็นช่วงเวลาระหว่างก่อนกำหนดการคลอดจนถึงระยะเวลาหลังคลอดบุตรแล้ว โดยมีใบรับรองแพทย์หรือเอกสารที่เทียบเท่าตามที่กฎหมายของประเทศนั้นกำหนด ทั้งนี้ เพื่อสุขภาพของมารดาและบุตร กำหนดให้ต้องมีวันหยุดงาน 6 สัปดาห์ หลังจากคลอดบุตร หากจะกำหนดระยะเวลาบังคับให้เป็นอื่นจะต้องมีการหารือกันในระดับประเทศ อย่างไรก็ตาม ช่วงวันหยุดงานก่อนคลอดไม่ได้กำหนดวันที่เริ่มหยุดงานได้เนื่องจากกำหนดการคลอดเป็นการประมาณช่วงระยะเวลาแต่ระยะเวลาการหยุดงานดังกล่าวต้องไม่นับรวมจำนวนวันที่ให้ลาหลังคลอดซึ่งต้องกำหนดระยะเวลาให้หยุดขั้นต่ำ 6 สัปดาห์

การหยุดงานเนื่องจากความเจ็บป่วยที่เกี่ยวข้องเนื่องจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตร ทั้งเกิดการเจ็บป่วยมีภาวะแทรกซ้อน (Complications) หรือมีความเสี่ยงที่จะมีภาวะแทรกซ้อนจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตร สามารถทำได้โดยต้องมีใบรับรองแพทย์หรือเอกสารอื่นที่เทียบเท่ากัน โดยหยุดงานได้ทั้งก่อนและ

หลังช่วงระยะเวลาวันหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกอาจกำหนดลักษณะความเจ็บป่วยและระยะเวลาวันหยุดเนื่องจากการเจ็บป่วยที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และคลอดบุตรไว้ในกฎหมาย

### 2. สิทธิประโยชน์และเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร

สิทธิประโยชน์ในรูปแบบเงินสงเคราะห์สำหรับมารดาที่ลางานเพื่อคลอดและดูแลบุตรต้องกำหนดเป็นกฎหมาย จำนวนเงินต้องเหมาะสมกับการดำรงชีวิตของมารดาและบุตรในช่วงเวลาการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานการดำรงชีวิต อัตราสิทธิประโยชน์ในรูปแบบเงินต้องไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 (ร้อยละ 66.67) ของเงินรายได้ที่ได้รับก่อนการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร หรือจ่ายด้วยอัตราอื่นแต่ต้องคำนึงถึงอัตราเงินรายได้ที่ได้รับก่อนหน้าการหยุดงานและให้เหมาะสมกับระยะเวลาการหยุดงานที่กฎหมายอนุญาต สิทธิประโยชน์นี้ต้องออกแบบให้ครอบคลุมกลุ่มแรงงานหญิงที่มีสิทธิส่วนใหญ่ ส่วนแรงงานหญิงที่ไม่มีคุณสมบัติที่จะได้รับสิทธิประโยชน์นี้ต้องได้รับมาตรการอื่นที่เทียบเท่า

สิทธิประโยชน์ทางการแพทย์ที่ให้กับมารดาและบุตรต้องสอดคล้องกับกฎหมาย ในส่วนของบริการทางการแพทย์จะต้องรวมการดูแลก่อนคลอด (ฝากครรภ์) การคลอดบุตร และการดูแลหลังคลอด รวมทั้งการพักรักษาตัวในสถานพยาบาลในกรณีจำเป็น เพื่อเป็นการดูแลแรงงานหญิงในตลาดแรงงาน ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีสิทธิประโยชน์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรในรูปแบบบังคับผ่านระบบประกันสังคม กองทุนของรัฐหรือมาตรการอื่นที่รัฐกำหนดไว้ตามกฎหมาย โดยนายจ้างต้องไม่ใช่เงินของตัวเองเพื่อสนับสนุนสิทธิประโยชน์แก่ลูกจ้างหญิงของตนเอง ยกเว้น กรณีที่นายจ้างเห็นด้วยและเป็นกฎหมายที่ออกก่อนที่ประเทศสมาชิกนั้นจะให้สัตยาบัน หรือได้รับความยินยอมในระดับประเทศจากรัฐบาล ตัวแทนนายจ้างและลูกจ้าง

ในกรณีที่ประเทศสมาชิกซึ่งมีเศรษฐกิจและระบบประกันสังคมที่ยังไม่พัฒนาเพียงพอ อาจงดเว้นการทำตามข้อกำหนดการจ่ายเงินสงเคราะห์ที่กล่าวมา แต่ต้องจ่ายไม่น้อยกว่าอัตราที่จ่ายให้กรณีเจ็บป่วยหรือทุพพลภาพชั่วคราว ทั้งนี้ ต้องชี้แจงก่อนให้สัตยาบัน

### 3. การคุ้มครองการจ้างงานและการไม่เลือกปฏิบัติ

หากนายจ้างเลิกจ้างระหว่างแรงงานหญิงตั้งครรภ์หรือหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรภายในช่วงเวลาที่ยังมีกฎหมายอนุญาต หรือเลิกจ้างในช่วงที่กลับมาทำงานหลังจากการหยุดงานนั้น ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เว้นแต่การเลิกจ้างไม่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์ คลอดบุตรหรือการดูแลบุตร ทั้งนี้ ภาระในการพิสูจน์สาเหตุการเลิกจ้างว่าเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์ คลอดบุตรหรือผลที่เกี่ยวข้องให้เป็นหน้าที่ของนายจ้าง แรงงานหญิงต้องได้รับประกันว่าจะได้กลับไปทำงานในตำแหน่งเดิมหรือได้ค่าจ้างในอัตราที่เทียบเท่ากับที่ได้รับก่อนการหยุดงาน

ทั้งนี้ ต้องมีมาตรการเพื่อไม่ให้เกิดการตั้งครุฑเป็นช่องทางในการถูกเลือกปฏิบัติ รวมถึงการห้ามขอผลตรวจหรือเอกสารรับรองการตั้งครุฑขณะสมัครงาน ยกเว้นมีเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับลักษณะงานที่ทำและได้กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น มีกฎหมายจำกัดหรือห้ามผู้หญิงตั้งครุฑหรืออยู่ระหว่างดูแลบุตรทำงานบางประเภท และกำหนดว่าการทำงานนั้นอาจเป็นอันตรายโดยตรงต่อสุขภาพของแม่และเด็ก

#### 4. การให้นมบุตร

แรงงานหญิงที่อยู่ระหว่างให้นมบุตรต้องมีช่วงเวลาพักอย่างน้อย 1 ครั้งหรือมากกว่า หรือลดระยะเวลาทำงานแต่ละวันลงเพื่อให้มีเวลาให้นมบุตร จำนวนครั้งการพัก ระยะเวลาการพักหรือลดเวลาทำงาน และวิธีการลดเวลาทำงานเพื่อให้มนบุตรนั้นต้องกำหนดไว้ในกฎหมาย การพักหรือการลดเวลาทำงานให้นับรวมอยู่ในระยะเวลาทำงานและอาจได้เงินชดเชย

(3) ระยะเวลาหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรขั้นต่ำและอัตราเงินสงเคราะห์การหยุดงาน

Convention C183 กำหนดให้ประเทศสมาชิกให้ระยะเวลาการหยุดงานอย่างน้อย 14 สัปดาห์และอัตราเงินสงเคราะห์การหยุดงาน ต้องไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 (ร้อยละ 66.67) ของเงินรายได้ที่ได้รับก่อนการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร

##### 3.1.3 Maternity Protection Recommendation, 2000 (R191)

Maternity Protection Recommendation, 2000 (R191) หรือข้อแนะที่ 191 ว่าด้วยการคุ้มครองมารดาปี ค.ศ. 2000 ใช้ประกอบการจัดการคุ้มครองกรณีตั้งครรภ์และคลอดบุตรตามอนุสัญญา C183 โดยข้อกำหนดในอนุสัญญาเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่ประเทศสมาชิกควรจัดให้มี และสามารถพัฒนามาตรฐานขั้นต่ำนั้นให้ดีขึ้นโดยเป็นไปตามข้อแนะที่ 191 ซึ่งถือว่าเป็นการเสริมอนุสัญญาในหลากหลายด้าน เช่น การกำหนดให้ประเทศสมาชิกขยายระยะเวลาการลาคลอดอย่างน้อย 18 สัปดาห์ และการขยายการลาคลอดแม้มีบุตรหลายครั้งรวมทั้งให้สิทธิกับแรงงานหญิงที่ลาคลอดในการเลือกวันลาที่ไม่อยู่ในช่วงบังคับก็ได้ทั้งก่อนและหลังคลอดบุตร ในด้านเกี่ยวกับการประกันสังคมอันเกี่ยวกับการมีครรภ์ของหญิง เรื่องการเสียภาษี โดยนายจ้างจ่ายร่วมกับลูกจ้าง หรือนายจ้างจ่ายแต่เพียงผู้เดียว ให้เก็บเงินสมทบหรือภาษีจากทั้งชายและหญิงโดยไม่คำนึงถึงเพศ และในกรณีที่แรงงานหญิงกลับเข้าทำงานในตำแหน่งเดิม การลาเพื่อคลอดบุตร และลาในกรณีที่มีการเจ็บป่วยหรือโรคแทรกซ้อนให้ถือว่าระยะเวลาที่ลาดังกล่าวเป็นเวลาทำงาน และห้ามแรงงานหญิงที่ตั้งครรภ์ หรือระยะเวลาให้นมบุตร ทำงานในเวลากลางคืนเมื่อมีใบรับรองแพทย์ยืนยันว่างานดังกล่าวไม่เหมาะสม<sup>35</sup>

(1) ประเทศที่รายงานแนวทางและสถานะในปัจจุบัน

ข้อแนะนี้ถูกจัดทำในปีเดียวกันกับ Convention C183 เพื่อเป็นแนวทางพัฒนาการคุ้มครองกรณีตั้งครรภ์และคลอดบุตร ซึ่งมี 144 ประเทศที่รายงานแนวทางและสถานะในปัจจุบัน และประเทศไทยก็ได้รายงานแนวทางการคุ้มครองกรณีตั้งครรภ์และคลอดบุตรเช่นกัน (International Labour Organization, 2017d)

<sup>35</sup> สีวฤทธิ์ นิมกุล, 'มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานหญิงในภาคเกษตรกรรม' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2553) 53.

(2) ขอบเขตคำแนะนำ

แนวทางการพัฒนาการคุ้มครองกรณีตั้งครรภ์และคลอดบุตร ประกอบด้วย 7 หัวข้อ ซึ่งแนะนำทั้งการขยายระยะเวลาการคลอดบุตรและอัตราการจ่ายเงินเพิ่มเติมจาก Convention C183 และการจัดการอื่นๆ รายละเอียด ดังนี้

1. การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร

ประเทศสมาชิกควรขยายระยะเวลาการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรให้เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 18 สัปดาห์ และควรพิจารณาเงื่อนไขการขยายระยะเวลาการหยุดงานสำหรับการคลอดบุตรที่มากกว่า 1 คน แรงงานหญิงควรมีสิทธิเลือกช่วงเวลาและจำนวนวันการหยุดงาน เพื่อการคลอดบุตรทั้งก่อนและหลังคลอด ที่นอกเหนือจากระยะบังคับให้ต้องหยุด (6 สัปดาห์หลังคลอด) ได้อย่างอิสระ

2. สิทธิประโยชน์และเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร

อัตราส่วนเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรควรขยายให้ถึงร้อยละ 100 ของเงินค่าตอบแทนที่ได้รับก่อนการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร และควรกำหนดให้สิทธิประโยชน์ทางการแพทย์ ครอบคลุมการดูแลโดยแพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญ หมอตำแย ทั้งในสำนักงานของแพทย์ บ้านและสถานพยาบาล การฟื้นฟูทั้งในสถานพยาบาลและสถานพยาบาลอื่น ยาและเวชภัณฑ์ที่จำเป็นการตรวจประเมินที่แพทย์สั่ง และทันตกรรมและการผ่าตัด

3. การบริหารจัดการเงิน

การจ่ายเงินสมทบให้ประกันสังคมเพื่อจัดสิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตร ทั้งการจ่ายร่วมกันของนายจ้างและลูกจ้าง หรือนายจ้างจ่ายฝ่ายเดียว ควรจ่ายด้วยการคำนวณจำนวนแรงงานชายและหญิงทั้งหมด โดยไม่เลือกพิจารณาเฉพาะจำนวนของลูกจ้างเพศใดเพศหนึ่ง

4. การคุ้มครองการจ้างงานและการไม่เลือกปฏิบัติ

ลูกจ้างหญิงต้องได้รับการประกันว่าจะได้เข้าทำงานในตำแหน่งเดิมหรือได้รับค่าจ้างเท่ากับที่ได้รับก่อนการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร โดยให้ถือว่าเป็นสิทธิของแรงงานหญิงที่จะตัดสินใจใช้สิทธิการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรและการหยุดงานเนื่องจากความเจ็บป่วยที่เกี่ยวข้องเนื่องจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตร และแรงงานหญิงมีสิทธิจะลางานเพื่อไปรับการตรวจทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์ หากแจ้งนายจ้างแล้ว

5. การคุ้มครองด้านสุขภาพ

ประเทศสมาชิกควรมีมาตรการให้สถานประกอบการประเมินความเสี่ยงของการทำงานที่จะส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงตั้งครรภ์ หญิงที่ดูแลบุตรแรกคลอดและบุตร และแรงงานหญิงควรรับทราบผลการประเมินความเสี่ยงนั้น

ในกรณีที่มีการประเมินพบว่ามียานที่เสี่ยงควรมีมาตรการในการดูแลที่เป็นไปตามคำแนะนำของแพทย์ หรืออาจมีมาตรการลดความเสี่ยง เช่น ปรับเงื่อนไขการทำงานของแรงงานหญิง เปลี่ยนงานในกรณี

ที่ไม่สามารถปรับเงื่อนไขให้เหมาะสมได้ จ้างให้หยุดงานโดยเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องในกรณีที่ไม่สามารถเปลี่ยนงานได้

ลักษณะงานที่อาจมีความเสี่ยงต้องพิจารณาถึงงานที่มีการยก แบก หาม ออกแรงผลักหรือดัน งานที่มีการสัมผัสสารชีวภาพ สารเคมีหรือสารทางกายภาพที่เป็นอันตรายต่อภาวะการเจริญพันธุ์งานที่ส่งผลกระทบต่อร่างกายโดยการนั่งหรือยืนเป็นเวลานาน สัมผัสอุณหภูมิที่สูงหรือต่ำมากกว่าปกติ หรืองานที่มีการสั่นสะเทือน แรงงานหญิงต้องไม่ถูกบังคับให้ทำงานในเวลากลางคืนหากแพทย์แนะนำว่าการทำงานนั้นจะส่งผลต่อการตั้งครรภ์หรือดูแลบุตร และแรงงานหญิงมีสิทธิจะกลับไปทำงานตำแหน่งเดิมหรือเทียบเท่าเมื่อใดก็ได้หากอยู่ในภาวะปลอดภัยแล้ว

#### 6. การให้นมบุตร

ความถี่และระยะเวลาการพักเพื่อให้นมบุตรควรปรับให้สอดคล้องตามคำแนะนำของแพทย์หรือแนวทางที่มีการแนะนำในแต่ละประเทศ ควรมีการตกลงการลดระยะเวลาทำงาน โดยแบ่งเวลาไปให้นมบุตร โดยอาจลดเวลาทำงานในช่วงก่อนเริ่มงานหรือหลังเลิกงาน ควรมีการจัดสถานที่ที่สะอาดและเหมาะสมต่อการให้นมบุตรในหรือใกล้ที่ทำงาน

#### 7. การหยุดงานที่เกี่ยวข้อง

การหยุดงานอื่นๆ ของมารดาและบิดานอกเหนือจากการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรของมารดา (Maternity Leave) อาจกำหนดไว้ในกรณีต่างๆ ดังนี้

ในกรณีที่มารดาเสียชีวิตภายในช่วงระยะเวลาการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร เช่นเดียวกับกรณีที่มารดาป่วยหรือต้องเข้าพักรักษาตัวในช่วงระยะเวลาการหยุดงานหลังคลอดบุตรและมารดาไม่สามารถดูแลบุตรได้ บิดาควรมีสิทธิลาเพื่อดูแลบุตรในช่วงระยะเวลาการหยุดงานที่เหลือของมารดา

ลูกจ้างหญิงหรือชายที่เป็นมารดาหรือบิดาควรมีสิทธิหยุดงานเพื่อการดูแลบุตร (Parental Leave) ในช่วงระยะเวลาหลังจากการหยุดงานเพื่อลาคลอดบุตรที่กฎหมายกำหนดไว้ ระยะเวลาหรือสิทธิประโยชน์อื่นระหว่างการหยุดงานเพื่อดูแลบุตรนั้นต้องกำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น สิทธิประโยชน์เงินสงเคราะห์ การหยุดงานเพื่อการดูแลบุตร และการแบ่งระยะเวลาการหยุดงานระหว่างมารดาและบิดา ควรมีกฎหมายให้บิดามารดาบุญธรรมได้รับสิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตร โดยเฉพาะการหยุดงาน สิทธิประโยชน์เงินสงเคราะห์ และการคุ้มครองการจ้างงาน

#### (3) ระยะเวลาหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรขั้นต่ำและอัตราเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร

ข้อแนะนำ 191 แนะนำให้ตั้งเป้าหมายของการพัฒนาสิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตรสูงกว่า Convention C183 โดยระยะเวลาคลอดบุตร ให้ขยายเป็น 18 สัปดาห์ จากเดิม 14 สัปดาห์ พร้อมกับเพิ่มการจ่ายเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร จาก 2 ใน 3 เป็น ร้อยละ 100 ของรายได้ก่อนหยุดงานเพื่อคลอดบุตร

### 3.1.4 Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (C156)

ประเทศจำนวน 45 ประเทศที่ให้สัตยาบันในอนุสัญญาฯ นี้ และยังมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน โดย C156 กล่าวถึงการดูแลผู้ที่มีภาวะพึ่งพิง ซึ่งทำให้แรงงานไม่สามารถทำกิจกรรมการทำงานได้อย่างปกติ ผู้ที่ต้องการการพึ่งพิงนี้รวมถึงบุตรและญาติ โดยการนิยามผู้ที่มีภาวะพึ่งพิงควรกำหนดไว้ในกฎหมายของแต่ละประเทศเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน โดยกฎหมายนั้นต้องให้ผู้หญิงและผู้ชายสามารถใช้วิธีการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรับผิดชอบครอบครัวอย่างเท่าเทียมกัน เช่น การหยุดงานเพื่อการดูแลบุตร โดยแรงงานต้องมีอิสระในการเลือกการจ้างงาน พิจารณาเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานและการเข้าร่วมระบบประกันสังคม และแต่ละประเทศควรมีมาตรการรองรับ เช่น การทำแผนชุมชน พัฒนาบริการของรัฐและเอกชน จัดให้มีสถานเลี้ยงเด็กและสิ่งอำนวยความสะดวกอื่นเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ปฏิบัติงานที่มีภาวะการพึ่งพิง และต้องประชาสัมพันธ์ให้ความรู้ทุกคนอย่างเท่าเทียมกันเพื่อให้มีโอกาสเข้าถึงบริการ ซึ่งจะช่วยให้แรงงานสามารถบริหารจัดการปัญหาครอบครัวได้อย่างเหมาะสม และมีมาตรการส่งเสริมการทำงาน เช่น การฝึกอบรม การแนะนำงาน เพื่อประโยชน์ต่อการรักษาแรงงานในระบบให้มีประสิทธิภาพ และให้แรงงานนั้นสามารถกลับเข้ามาทำงานได้ตามเดิม และการหยุดงานเพื่อดูแล ผู้มีภาวะพึ่งพิงต้องไม่เป็นเหตุผลการเลิกจ้าง (International Labour Organization, 2017a)

## 3.2 กรณีศึกษาการจ่ายประโยชน์ทดแทนเกี่ยวกับการตั้งครรภ์และการตั้งครรภ์แทนของต่างประเทศ

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษากฎหมายที่เป็นหลักประกันสุขภาพหรือการจ่ายประโยชน์ทดแทนในกรณีที่มีการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย โดยจะศึกษาถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทน ตลอดจนไปจนถึงหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองอันเป็นหลักประกันสุขภาพหรือการจ่ายประโยชน์ทดแทนตามกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม โดยจะทำการศึกษาทั้งในประเทศที่ใช้กฎหมายแบบประมวลกฎหมายและประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี ทั้งที่อยู่ในทวีปยุโรปและทวีปเอเชียซึ่งมีลักษณะวัฒนธรรมขนบธรรมเนียมประเพณีที่คล้ายคลึงกับประเทศไทยโดยศึกษาเทียบเคียงประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศเวียดนาม ดังนี้

### 3.2.1 ประเทศสหราชอาณาจักร 17F<sup>36</sup>

สำหรับประเทศสหราชอาณาจักรนั้น มีหลักการให้ความคุ้มครองแก่แรงงานหญิงที่จะต้องทำหน้าที่หารายได้ควบคู่กับการทำหน้าที่ทางครอบครัวให้มีสิทธิลาคลอด สิทธิลาเพื่อตรวจครรภ์ สิทธิพักในระหว่างทำงานเพื่อให้บุตร การคุ้มครองความปลอดภัยในสถานที่ทำงานเพื่อสุขภาพอนามัยของมารดาและเด็ก และการป้องกันมิให้แรงงานหญิงถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศหรือบทบาทในการเป็นมารดา ดังต่อไปนี้

<sup>36</sup> ศิริรัตน์ ศิริยุสมัย, 'มาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองความเป็นมารดาให้สอดคล้องกับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2561) 87.



### 3.2.1.1 สิทธิลาคลอด

ลูกจ้างหญิงตั้งครรภ์ในประเทศสหราชอาณาจักรจะได้รับความคุ้มครองให้มีสิทธิลาคลอดได้ตามข้อบังคับเกี่ยวกับการลาคลอดและการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตร ค.ศ. 1999 (The Maternity and Parental Leave etc. Regulations 1999) ภายใต้หลักการและกฎเกณฑ์ ดังนี้

#### (1) ระยะเวลาการลา

การลาเพื่อคลอดบุตร มีพื้นฐานมาจากการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างที่ตั้งครรภ์และคลอดบุตร ให้ได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสม ตามกฎหมายแรงงานอังกฤษให้สิทธิแก่ลูกจ้างซึ่งตั้งครรภ์มีสิทธิที่จะลาหยุดเพื่อทำหน้าที่มารดา (คลอดบุตรและเลี้ยงบุตร) ทั้งนี้ หลักการและกฎเกณฑ์ถูกกำหนดไว้ในข้อบังคับเกี่ยวกับการลาคลอดและการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตร ค.ศ. 1999 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยสิทธิในการทำงาน ค.ศ. 1996 (The Employment Right Act 1996) โดยปรากฏว่าลูกจ้างหญิงตั้งครรภ์มีการลาเพื่อคลอดบุตรสูงสุดได้ 52 สัปดาห์ ดังนี้

(1.1) ลูกจ้างหญิงมีสิทธิลาคลอดกรณีทั่วไป (ordinary maternity leave) เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 26 สัปดาห์ โดยกำหนดเงื่อนไขไว้ว่า ก่อนถึงกำหนดคลอด 14 สัปดาห์และลูกจ้างหญิงต้องได้ทำงานให้แก่นายจ้างมาแล้วครบ 26 สัปดาห์ เมื่อลูกจ้างหญิงได้บอกกล่าวแก่นายจ้างล่วงหน้าก่อนถึงกำหนดคลอดเป็นเวลาอย่างน้อย 21 วัน หรือเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เมื่อรู้ว่าตนตั้งครรภ์หรือทราบกำหนดคลอดและจะต้องระบุถึงกำหนดเวลาที่จะเริ่มใช้สิทธิลาคลอดด้วย หากนายจ้างร้องขอลูกจ้างต้องนำไปรับรองจากแพทย์หรือจากพยาบาลผดุงครรภ์ที่ระบุกำหนดเวลาคลอดมาแสดงด้วย ทั้งนี้ ลูกจ้างจะมีสิทธิลาคลอดกรณีทั่วไปได้ต่อเมื่อได้บอกกล่าวแก่นายจ้างว่าตนต้องการใช้สิทธิลาคลอด

(1.2) ลูกจ้างหญิงมีสิทธิลาเพื่อคลอดบุตรเพิ่มเติม (additional maternity leave) โดยสามารถใช้สิทธิลาต่อเนื่องจากการลาในกรณีทั่วไปได้อีก 26 สัปดาห์ เมื่อปรากฏว่าลูกจ้างหญิงนั้นมีสิทธิลาคลอดกรณีทั่วไป และสามารถเริ่มต้นใช้สิทธิลาคลอดเป็นเวลา 11 สัปดาห์ ก่อนสัปดาห์ที่ถึงกำหนดคลอด

(1.3) ระยะเวลาการลาคลอดภาคบังคับ (compulsory Maternity Leave) ภายใต้บทบัญญัติข้อ 72 ของกฎหมายว่าด้วยสิทธิในการทำงาน ค.ศ. 1996 กรณีที่ลูกจ้างหญิงไม่ต้องการใช้สิทธิลาคลอดกรณีทั่วไป แต่กฎหมายกำหนดให้ลูกจ้างหญิงต้องหยุดพักงานภายหลังให้กำเนิดบุตร เป็นเวลาสองสัปดาห์หลังคลอด หรือ 4 สัปดาห์ หากลูกจ้างหญิงคนนั้นทำงานในโรงงาน

นอกจากมีสิทธิลาคลอดตามที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว ลูกจ้างหญิงซึ่งตั้งครรภ์ยังมีสิทธิลาหยุดงานเพื่อการดูแลก่อนการคลอดบุตร (Time off for Ante-natal care) หรือเพื่อตรวจครรภ์ตามที่ได้นัดหมายกับบุคลากรทางการแพทย์ โดยลูกจ้างหญิงสามารถใช้สิทธินี้ได้ โดยไม่ต้องคำนึงระยะเวลาการจ้างงานหรือระยะเวลาที่หยุดงาน เมื่อมีใบรับรองหรือเอกสารรับรองการตั้งครรภ์จากแพทย์หรือพยาบาลผดุงครรภ์ และเอกสารนัดหมายมาแสดงต่อนายจ้าง เว้นแต่เป็นการไปพบบุคลากรทางการแพทย์เป็นครั้งแรกและอาจมีการเปลี่ยนแปลงชั่วโมงการทำงานของลูกจ้างได้ตามความเหมาะสมเมื่อมีการระบุไว้ในสัญญา หากนายจ้างไม่อนุญาตให้ลูกจ้าง

หยุดงาน ไม่จ่ายหรือจ่ายเงินที่ลูกจ้างหญิงมีสิทธิได้รับไม่ครบถ้วน ลูกจ้างหญิงมีสิทธิเสนอคำฟ้องต่อศาลแรงงานได้ แต่ต้องยื่นฟ้องภายใน 3 เดือน นับแต่วันที่ได้รับหรือควรจะได้รับอนุญาตให้หยุดงาน เว้นแต่จะมีเหตุผลอื่นที่ทำให้ไม่สามารถฟ้องได้ภายในเวลา การลาหยุดงานเพื่อการดูแลก่อนการคลอดบุตรนี้ นอกจากนายจ้างอนุญาตให้ลูกจ้างหญิงลาเพื่อตรวจครรภ์ตามที่บุคคลากรทางการแพทย์นัดหมายแล้ว นายจ้างจะต้องจ่ายค่าจ้างในอัตราปกติที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับด้วย

กรณีลูกจ้างหญิงเจ็บป่วยอันมีสาเหตุมาจากการตั้งครรภ์ รวมถึงอาการแพ้ท้องความเหน็ดเหนื่อย วิงเวียนศีรษะ ปวดหลัง ริดสีดวงทวาร ความดันโลหิตสูง เส้นเลือดขอตโรคเกี่ยวกับฟัน ความเครียด วิตกกังวล ภาวะซึมเศร้า การแท้งบุตร ซึ่งย่อมส่งผลต่อการทำงานและกระทบความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ทั้งนี้ เมื่อลูกจ้างหญิงเกิดการเจ็บป่วยโดยมีสาเหตุมาจากการตั้งครรภ์สามารถใช้สิทธิลาป่วยในลักษณะเดียวกันกับการเจ็บป่วยทั่วไป (Illness) รวมถึงการได้รับเงินในระหว่างใช้สิทธิลาเช่นเดียวกันด้วยโดยลูกจ้างที่ได้ใช้สิทธิลาป่วยมีสิทธิได้รับเงินตามกฎหมายในระหว่างที่ลูกจ้างใช้สิทธิลาป่วย (Statutory Sick Pay (SSP)) ภายใต้กฎหมายว่าด้วยเงินช่วยเหลือและสิทธิประโยชน์จากประกันสังคม และที่แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2018 (Social Security Contributions and Benefits Act 1992) ประกอบกับข้อบังคับเกี่ยวกับการจ่ายเงินแก่ลูกจ้างที่ลาป่วย ค.ศ. 1982 แก้ไขเพิ่มเติมปีค.ศ. 2015 (The Statutory Sick Pay (General) Regulations 1982) กำหนดให้ลูกจ้างที่ไม่สามารถทำงานภายใต้สัญญาจ้างได้ ด้วยอาการเจ็บป่วยจากเชื้อโรค อาการเจ็บป่วยทางกายและจิตใจ หรือต้องอยู่ภายใต้การดูแลของแพทย์และมีใบรับรองแพทย์ยืนยันให้ลูกจ้างต้องหยุดงานหรือลูกจ้างถูกกักบริเวณเพื่อดูอาการเฝ้าระวังโรคติดต่อ และต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าลูกจ้างได้ทำงานให้นายจ้างและมีรายได้เฉลี่ยอย่างน้อย 116 ปอนด์ต่อสัปดาห์ (1 ปอนด์ เท่ากับ 42.60 บาท อัตราแลกเปลี่ยน ณ วันที่ 19 พฤศจิกายน 2565) โดยนายจ้างต้องจ่ายเงินให้ลูกจ้างที่ลาป่วยต่อเนื่องกันเป็นระยะเวลา 4 วัน หรือมากกว่านั้น นับรวมวันหยุดหรือวันที่ลูกจ้างไม่ต้องทำงานในระหว่างที่ลูกจ้างใช้สิทธิลาป่วยด้วย โดยที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับเงินในระหว่างลาป่วยในอัตรา 92.05 ปอนด์ ต่อสัปดาห์ เป็นระยะเวลาไม่เกิน 28 สัปดาห์

กรณีลูกจ้างลาป่วยน้อยกว่า 4 วัน รวมถึงกรณีที่ได้รับเงินในระหว่างลาป่วยเกิน 28 สัปดาห์ หรือได้รับเงินตามกฎหมายในระหว่างที่ลูกจ้างใช้สิทธิลาคคลอด (Statutory Maternity Pay : SMP) แล้ว จะไม่มีสิทธิได้รับเงินดังกล่าว โดยที่ลูกจ้างหรือตัวแทนลูกจ้างจะต้องแจ้งให้นายจ้างทราบว่าตนไม่สามารถทำงานและจะต้องปฏิบัติตามระเบียบเกี่ยวกับการลาตามที่นายจ้างกำหนด หากนายจ้างไม่ได้กำหนดระเบียบไว้ ลูกจ้างต้องแจ้งให้นายจ้างทราบภายใน 7 วันนับแต่วันที่ลูกจ้างป่วย กรณีที่ลูกจ้างป่วยไม่เกิน 7 วัน นายจ้างไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกจ้างแสดงใบรับรองแพทย์ เว้นแต่ลูกจ้างเจ็บป่วยเกิน 7 วัน แต่อย่างไรก็ตามลูกจ้างมีหน้าที่รับรองว่าตนได้ป่วยในช่วงเวลานั้นจริงตามรูปแบบเอกสารที่นายจ้างกำหนด

(2) ประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร

แม้ว่ากฎหมายแรงงานของประเทศสหราชอาณาจักรจะให้สิทธิลูกจ้างหญิงลาคลอดบุตรได้สูงสุดถึง 52 สัปดาห์ แต่ลูกจ้างจะมีสิทธิได้รับเงินในระหว่างลาคลอดเพียง 39 สัปดาห์ ภายใต้กฎหมายว่าด้วยเงินช่วยเหลือและสิทธิประโยชน์จากประกันสังคม แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2018 ประกอบกับข้อบังคับเกี่ยวกับจ่ายเงินแก่ลูกจ้างที่ลาคลอดบุตร ค.ศ. 1986 แก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 2018 (The Statutory Maternity Pay (General) Regulations 1986) ดังนี้

ลูกจ้างหญิงที่มีสิทธิลาคลอดบุตรตามปกติเป็นระยะเวลา 26 สัปดาห์จะมีสิทธิได้รับเงินตามกฎหมายในระหว่างที่ลูกจ้างใช้สิทธิลาคลอด โดยมีเงื่อนไขว่าลูกจ้างหญิงนั้นต้องทำงานกับนายจ้างเป็นระยะเวลา 26 สัปดาห์ ต่อเนื่องกันจนถึงสัปดาห์ที่ 14 ก่อนถึงกำหนดคลอดและจะต้องมีเงินได้ไม่น้อยกว่า 107 ปอนด์ต่อสัปดาห์ เมื่อครบกำหนดลาคลอดเป็นระยะเวลา 26 สัปดาห์แล้ว ลูกจ้างหญิงสามารถใช้สิทธิลาคลอดบุตรเพิ่มเติมได้อีก 26 สัปดาห์ ซึ่งเมื่อรวมระยะเวลาแล้วลูกจ้างมีสิทธิลาคลอดตามกฎหมายทั้งสิ้น 52 สัปดาห์แต่มีสิทธิได้รับเงินตามกฎหมายในระหว่างที่ลูกจ้างใช้สิทธิลาคลอดจากนายจ้างเพียง 39 สัปดาห์เท่านั้น โดยในช่วง 6 สัปดาห์แรก จะได้รับเงินในอัตราร้อยละ 90 ของรายได้เฉลี่ยรายสัปดาห์ (ก่อนหักภาษี) และอีก 33 สัปดาห์ต่อมาจนครบสัปดาห์ที่ 39 มีสิทธิได้รับเงินจำนวน 145.18 ปอนด์หรือในอัตราร้อยละ 90 ของรายได้เฉลี่ยรายสัปดาห์โดยยึดอัตราต่ำกว่าเป็นเกณฑ์ในการจ่าย

ทั้งนี้ เมื่อนายจ้างได้จ่ายเงินตามกฎหมายในระหว่างลาคลอดให้แก่ลูกจ้างแล้ว สามารถยื่นขอให้รัฐบาลจ่ายเงินให้แก่ตนเอง โดยจำนวนที่สามารถเบิกคืนได้นั้นขึ้นอยู่กับการจ่ายเงินสมทบโดยนายจ้างเข้ากองทุนประกันแห่งชาติ (National Insurance Contribution) นอกจากนี้ ตามกฎหมายประกันสังคมของประเทศสหราชอาณาจักรยังให้ความคุ้มครองบุคคลที่ได้รับการว่าจ้างให้ได้รับเงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตร (Maternity Allowance) โดยผู้ประกันตนต้องทำงานมาไม่น้อยกว่า 26 สัปดาห์ในระยะเวลา 66 สัปดาห์ก่อนสัปดาห์ที่ทารกจะคลอด โดยมีรายได้อย่างน้อย 30 ปอนด์ ใน 13 สัปดาห์ และผู้ประกันตนต้องไม่มีสิทธิได้รับเงินตามกฎหมายในระหว่างที่ลูกจ้างใช้สิทธิลาคลอดจากนายจ้างจึงจะสามารถได้รับเงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตร

3.2.1.2 สิทธิลาเพื่อทำหน้าที่บิดา

ลูกจ้างชายผู้เป็นบิดามีสิทธิลาเพื่อทำหน้าที่บิดาได้ ตามข้อบังคับเกี่ยวกับการลาเพื่อทำหน้าที่บิดาและการรับบุตรบุญธรรม ค.ศ. 2002 (The Paternity and Adoption Leave Regulations 2002) ซึ่งเป็นกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 236(3) ของกฎหมายว่าด้วยสิทธิในการทำงาน ค.ศ. 1996 โดยมีวัตถุประสงค์ให้ลูกจ้างชายสามารถลาหยุดงานเพื่อดูแลบุตรหรือช่วยเหลือภรรยาซึ่งเพิ่งให้กำเนิดบุตรและช่วยสร้างความสมดุลระหว่างการงานและการใช้ชีวิตครอบครัว ด้วยเหตุนี้ลูกจ้างชายซึ่งเป็นบิดาโดยกำเนิดของเด็กหรือได้สมรสหรืออยู่กันฉันสามีภรรยาภัก์หญิงซึ่งเป็นมารดาของเด็กซึ่งลูกจ้างชายมีหน้าที่รับผิดชอบในการเลี้ยงดูเด็กประกอบกับจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าก่อนถึงกำหนดคลอด 14 สัปดาห์ ลูกจ้างชายได้ทำงานให้นายจ้างต่อเนื่องมาแล้วไม่น้อยกว่า 26 สัปดาห์ สามารถใช้สิทธิลาเพื่อทำหน้าที่บิดาเป็นเวลา 1-2 สัปดาห์

ต่อเนื่องกันได้ตามความประสงค์ของลูกจ้างชายซึ่งลูกจ้างชายจะต้องใช้สิทธิลาภายใน 56 วัน นับถัดจากวันคลอด และมีหน้าที่แจ้งให้นายจ้างทราบว่าคุณประสงค์จะลาเพื่อทำหน้าที่บิดา พร้อมทั้งแจ้งกำหนดคลอด ระยะเวลาที่ประสงค์จะลาและวันที่เริ่มต้นใช้สิทธิลาก่อนถึงกำหนดคลอด 15 สัปดาห์หรือโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ กรณีที่ลูกจ้างชายประสงค์จะเปลี่ยนแปลงวันที่เริ่มต้นใช้สิทธิลาจะต้องแจ้งให้นายจ้างทราบอย่างน้อยเป็นเวลา 28 วัน ก่อนเด็กคลอด ลูกจ้างชายที่ใช้สิทธิลาเพื่อทำหน้าที่บิดานั้นมีสิทธิกลับเข้ามาทำงานในตำแหน่งเดิมและให้นับเวลาที่ใช้สิทธิลาเป็นเวลาทำงานเพื่อประโยชน์ในลำดับความอาวุโส สิทธิได้รับเงินบำนาญและสิทธิอื่น ๆ ด้วย ตลอดจนมีสิทธิได้รับเงินตามกฎหมายในระหว่างที่ลูกจ้างใช้สิทธิลาเพื่อทำหน้าที่บิดาจากนายจ้างจำนวน 145.18 ปอนด์หรือในอัตราร้อยละ 90 ของรายได้เฉลี่ยรายสัปดาห์หลังจากหักภาษีและเงินสมทบที่จ่ายให้แก่กองทุนประกันแห่งชาติ โดยยึดอัตราต่ำกว่าเป็นเกณฑ์ในการจ่าย

นอกจากนี้ลูกจ้างชายและหญิงยังมีสิทธิลาเพื่อเลี้ยงดูบุตร ตามข้อบังคับเกี่ยวกับการลาคลอดและการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตร ค.ศ. 1999 โดยปรากฏเงื่อนไขว่าลูกจ้างซึ่งเป็นผู้ปกครองต้องทำงานให้แก่ นายจ้างผู้นั้นไม่น้อยกว่า 1 ปี และมีหน้าที่ความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาที่จะต้องดูแลบุตรมีสิทธิลาเพื่อเลี้ยงดูบุตร จนกว่าบุตรจะมีอายุครบ 5 ปี เป็นระยะเวลารวมกันแล้วไม่เกิน 13 สัปดาห์ต่อการดูแลบุตรหนึ่งคน ยกเว้นกรณีที่บุตรเป็นผู้พิการสามารถใช้สิทธิลาได้สูงสุดถึง 18 สัปดาห์การใช้สิทธิลาในแต่ละครั้งสามารถลาติดต่อกันได้ไม่เกิน 1 สัปดาห์และในแต่ละปีสามารถลารวมกันได้ไม่เกิน 4 สัปดาห์ เว้นแต่นายจ้างและลูกจ้างจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น

สำหรับระยะเวลา 1 สัปดาห์ที่ลูกจ้างใช้สิทธิลานั้นจะเท่ากับระยะเวลาที่ลูกจ้างทำงาน ซึ่งอาจมากกว่าหรือน้อยกว่า 7 วัน เช่น ลูกจ้างจะต้องทำงานสัปดาห์ละ 3 วัน ระยะเวลา 1 สัปดาห์ สำหรับการ ใช้สิทธิลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรจะเท่ากับระยะเวลาที่ลูกจ้างจะต้องทำงานทั้งปีหารด้วย 52 กรณีลูกจ้างได้ใช้สิทธิลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรคนหนึ่งต่อนายจ้างคนเก่าแล้ว ต่อมาลูกจ้างได้ลาออกหรือได้ทำงานกับนายจ้างคนใหม่และประสงค์จะใช้สิทธิลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรคนเดิมอีก ระยะเวลาในการใช้สิทธิลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรจะเท่ากับระยะเวลาที่เหลือ เช่น ลูกจ้างมีสิทธิลาเพื่อเลี้ยงดูบุตร 13 สัปดาห์และได้ใช้สิทธิลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรไปแล้ว 10 สัปดาห์กับนายจ้างคนเก่าและมีสิทธิลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรกับนายจ้างคนใหม่สามารถใช้สิทธิลาได้อีก 3 สัปดาห์ โดยที่ลูกจ้างมีหน้าที่จะต้องแจ้งให้นายจ้างทราบว่าคุณประสงค์จะขอใช้สิทธิลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรพร้อมรายละเอียดเริ่มต้นและวันสิ้นสุดการลาให้นายจ้างทราบล่วงหน้าอย่างน้อย 21 วัน ก่อนวันขอใช้สิทธิลาจะเริ่ม

ทั้งนี้ นายจ้างอาจขอลើนเวลาในการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรของลูกจ้างออกไปได้ไปอีก 6 เดือนนับแต่วันเริ่มต้นขอใช้สิทธิลาของลูกจ้าง หากนายจ้างพิจารณาแล้วเห็นว่า การอนุญาตให้ลูกจ้างลาตามความประสงค์จะส่งผลกระทบต่อธุรกิจของนายจ้างเกินสมควร โดยนายจ้างต้องแจ้งให้ลูกจ้างทราบเป็นหนังสือพร้อมระบุเหตุผลที่ไม่อนุญาตให้ลูกจ้างลาได้ตามความประสงค์และระยะเวลาหรือช่วงเวลาที่นายจ้างสามารถอนุญาตให้ลูกจ้างลาได้ภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ลูกจ้างได้แจ้งให้นายจ้างทราบว่าคุณประสงค์จะใช้สิทธิลาเพื่อเลี้ยงดูบุตร แต่อย่างไรก็ตาม หากการเลื่อนเวลาออกไปของนายจ้างเป็นไปโดยไม่มีเหตุผลหรือขัดขวาง

การใช้สิทธิลาลูกจ้างสามารถใช้สิทธิยื่นฟ้องคดีต่อศาลแรงงานตามกฎหมายว่าด้วยสิทธิการจ้างงาน ค.ศ. 1996 ลูกจ้างซึ่งกลับมาทำงานภายหลังจากการลาเป็นระยะเวลา 4 สัปดาห์หรือน้อยกว่านั้น มีสิทธิที่จะกลับเข้าทำงานในหน้าที่ตำแหน่งเดิมก่อนที่จะลา ภายใต้เงื่อนไขและค่าตอบแทนที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับก่อนการใช้สิทธิลา แต่หากลูกจ้างได้ใช้สิทธิลาเกิน 4 สัปดาห์ นายจ้างอาจเปลี่ยนงานให้ลูกจ้างทำได้เหมาะสม ตลอดจนมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทน ลำดับความอาวุโส สิทธิได้รับเงินบำนาญ และสิทธิอื่นที่ใกล้เคียงที่เคยได้รับ ซึ่งต้องไม่น้อยกว่าที่เคยได้รับก่อนการลา แต่ไม่มีสิทธิได้รับค่าจ้างในระหว่างใช้สิทธิลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรแต่อย่างใด

### 3.2.1.3 สิทธิพักเพื่อให้นมบุตร

สำหรับสิทธิพักระหว่างวันหรือลดชั่วโมงการทำงานเพื่อให้นมบุตรนั้น พบว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างหญิงเป็นการเฉพาะ แต่ภายหลังสิ้นสุดระยะเวลาการลาคลอด และลูกจ้างหญิงได้กลับเข้าทำงานตามปกติแล้ว ลูกจ้างหญิงที่อยู่ในระหว่างให้นมบุตรจะได้รับความคุ้มครองสุขภาพ ตามกฎหมายว่าด้วยสุขภาพและความปลอดภัยในการทำงาน ค.ศ. 1999 (Health and Safety Work Act 1999) โดยนายจ้างมีหน้าที่ตามกฎหมายในการประเมินความเสี่ยงด้านสุขภาพและความปลอดภัยที่อาจเกิดขึ้นรวมถึงจัดสถานที่ที่เหมาะสมไว้สำหรับให้ลูกจ้างหญิงที่อยู่ระหว่างให้นมบุตรได้พักผ่อน โดยสำนักงานบริหารสุขภาพและความปลอดภัย (The Health and Safety Executive : HSE) ซึ่งเป็นหน่วยงานหลักที่รับผิดชอบในการควบคุมความปลอดภัยและสภาพแวดล้อมในการทำงานของลูกจ้างได้แนะนำให้นายจ้างควรจัดให้มีห้องสำหรับลูกจ้างหญิงใช้ให้นมบุตรหรือปั๊มนมในระหว่างทำงานโดยมีลักษณะเป็นส่วนตัวแยกจากพื้นที่ทำงาน สะอาดและปลอดภัย รวมถึงต้องมีตู้เย็นไว้สำหรับลูกจ้างจัดเก็บน้ำนม อ่างล้างมือไว้สำหรับทำความสะอาดมือและภาชนะต่างๆ ด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามคำแนะนำของคณะกรรมการยุโรป

### 3.2.1.4 กฎหมายอันเกี่ยวข้องกับกรตั้งครรภ์แทนในประเทศสหราชอาณาจักร<sup>37</sup>

พัฒนาการของกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในสหราชอาณาจักรเริ่มต้นเด่นชัดขึ้นมาตั้งแต่เมื่อปี ค.ศ. 1985 โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ฉบับแรก คือ Surrogacy Arrangement Act 1985 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อควบคุมไม่ให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์ และต่อมาได้มีการบัญญัติกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act 1990 และ Human Fertilisation and Embryology Act 2008 ในปี ค.ศ. 1990 และ ค.ศ. 2008 ตามลำดับ อันเป็นกฎหมายที่เข้ามาควบคุมการให้บริการทางวิทยาศาสตร์และทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการศึกษาวิจัยในตัวอ่อนของมนุษย์ เดิมทีกฎหมายฉบับนี้ประกาศใช้เพื่อมุ่งเน้นไปยังการประกอบวิชาชีพของแพทย์และบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการศึกษาวิจัยในตัวอ่อนมนุษย์ แต่ต่อมาได้มีการพัฒนากฎหมาย

<sup>37</sup> ธัญลักษณ์ พลธานี, 'มาตรการคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2561) 53.



โดยการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2008 ได้มีการนำหลักตามคำพิพากษาต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เกิดความคุ้มครองต่อเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์นั้น

The Human Fertilization and Embryology Authority ( HFEA ) เป็นหน่วยงานสาธารณะระดับบริหารที่ไม่ใช่หน่วยงานของ Department of Health and Social Care ในสหราชอาณาจักร เป็นหน่วยงานตามกฎหมายที่ควบคุมและตรวจสอบคลินิกทั้งหมดในสหราชอาณาจักรที่ให้บริการปฏิสนธินอกร่างกาย (IVF) การผสมเทียมและการเก็บรักษาไข่สเปิร์มหรือตัวอ่อนของ มนุษย์ นอกจากนี้ยังควบคุมการวิจัยตัวอ่อนของมนุษย์ พระราชบัญญัติการปฏิสนธิและศัพทวิทยาของมนุษย์ พ.ศ. 2533 กำหนดให้มีการจัดตั้ง Human Fertilization and Embryology Authority (HFEA) ซึ่งเป็นหน่วยงานระดับบริหารที่ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นหน่วยงานตามกฎหมายประเภทแรกในโลก HFEA เป็นผู้ควบคุมอิสระสำหรับการรักษาเด็กหลอดแก้วและการวิจัยตัวอ่อนของมนุษย์ และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติการปฏิสนธิและศัพทวิทยาของมนุษย์ พ.ศ. 2533 รับรองข้อบังคับผ่านการออกใบอนุญาตของการสร้างตัวอ่อนของมนุษย์ภายนอกและการนำไปใช้ในการรักษาและการวิจัย การใช้เซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อนที่ได้รับบริจาค การเก็บรักษาเซลล์สืบพันธุ์และเอ็มบริโอ นอกจากนี้ พระราชบัญญัตินี้ยังกำหนดให้ HFEA จัดเก็บฐานข้อมูลของการทำเด็กหลอดแก้วทุกครั้งและฐานข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับวัฏจักรทั้งหมดและการใช้เซลล์สืบพันธุ์ที่ได้รับบริจาค (ไข่และสเปิร์ม) หน้าที่ตามกฎหมายในปัจจุบันของ HFEA ในฐานะผู้ควบคุมภายใต้พระราชบัญญัติ HFE ปี 1990 และ 2008 และกฎหมายอื่นๆ รวมถึง ใบอนุญาตและตรวจสอบคลินิกที่ดำเนินการปฏิสนธินอกร่างกาย (IVF) และการผสมเทียมของผู้บริจาค ใบอนุญาตและตรวจสอบสถานประกอบการที่ทำการวิจัยตัวอ่อนของมนุษย์ รักษาทะเบียนใบอนุญาตที่ถือโดยคลินิกสถานประกอบการวิจัย และศูนย์จัดเก็บควบคุมการเก็บรักษาเซลล์สืบพันธุ์ (ไข่และสเปิร์ม) และเอ็มบริโอ ใช้ข้อกำหนดของ European Union Tissue and Cells Directive (EUTCD) เพื่อออกใบอนุญาตคลินิก IVF และออกใบอนุญาต Intrauterine Insemination (IUI), Gamete Intrafallopian Transfer (GIFT) และบริการอื่นๆ<sup>38</sup>

Surrogacy Arrangement Act 1985 ประกอบไปด้วยบทบัญญัติที่กำหนดนิยามของคำว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (Surrogacy mother) หมายถึง หญิงที่ยินยอมตั้งครรภ์โดยวัตถุประสงค์ที่จะให้ทารกเกิดจากการตั้งครรภ์นั้น ให้แก่บุคคลอื่นตามสัญญาตั้งครรภ์แทนซึ่งสัญญาตั้งครรภ์แทนจะต้องใช้บังคับก่อนหญิงนั้นจะตั้งครรภ์ซึ่งการจะพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ที่จะทารกเกิดจากการตั้งครรภ์นั้นให้แก่บุคคลอื่นนั้น จะต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งหมดโดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อสัญญาหรือข้อความที่สามารถเข้าใจได้ว่ามีกำหนดค่าตอบแทนหรือประโยชน์อื่นใดให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพื่อตอบแทนการตั้งครรภ์แทน นอกจากนี้ Surrogacy Arrangement Act 1985 ยังกำหนดห้ามมิให้บุคคลใดเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องหรือ

<sup>38</sup> ‘Human Fertilisation and Embryology Authority’ (Wikipedia the free encyclopedia)

<[https://en.wikipedia.org/wiki/Human\\_Fertilisation\\_and\\_Embryology\\_Authority](https://en.wikipedia.org/wiki/Human_Fertilisation_and_Embryology_Authority)> สืบค้น 20 พฤษภาคม 2566.



เริ่มต้นในการเจรจาต่อรองในการเข้าทำสัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทน หรือเสนอให้มีการเจรจาต่อรองในการเข้าทำสัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทน หรือรวบรวมข้อมูลเพื่อที่จะใช้ในการเจรจาต่อรองในการเข้าทำสัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทน โดยมีจุดประสงค์ของการกระทำดังกล่าวในเชิงพาณิชย์ (Commercial basis) ซึ่งกำหนดให้การกระทำดังกล่าวข้างต้นเป็นความผิดอาญา เว้นแต่ การกระทำดังกล่าวข้างต้นกระทำลงโดยหญิงที่ประสงค์จะมีการตั้งครุภัณฑ์ด้วยตนเอง หรือฝ่ายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครุภัณฑ์กระทำลงโดยประสงค์จะให้มีการตั้งครุภัณฑ์แทนแก่ตน รวมถึงกำหนดข้อสันนิษฐานกรณีที่จะถือว่าจุดประสงค์ของการกระทำดังกล่าวในเชิงพาณิชย์ ได้แก่ มีการจ่ายค่าตอบแทน (Payment) แก่ตัวบุคคลนั้นหรือบุคคลอื่น หรือบุคคลนั้นกระทำการลงไปโดยมุ่งหวังค่าตอบแทนจากการกระทำของตนอันเกี่ยวข้องกับ การตั้งครุภัณฑ์ ซึ่งค่าตอบแทนดังกล่าวไม่หมายความรวมถึงค่าตอบแทนหรือประโยชน์ที่ให้แก่หญิงที่รับตั้งครุภัณฑ์แทน อีกทั้งยังมีการกำหนดถึงการพิสูจน์ข้อเท็จจริงของผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดให้พ้นผิด กรณีถูกสันนิษฐานว่ากระทำการโดยมีจุดประสงค์ของการกระทำดังกล่าวในเชิงพาณิชย์ ยิ่งไปกว่านั้น Surrogacy Arrangement Act 1985 ยังกำหนดโทษทางอาญาแก่บุคคลที่เข้ามาจัดการหรือควบคุมให้มีการเข้าทำสัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทนในเชิงพาณิชย์ หรือบุคคลที่มีการโฆษณาเชิญชวนให้บุคคลอื่นเข้าทำสัญญารับตั้งครุภัณฑ์แทน หรือบุคคลที่โฆษณาเชิญชวนให้หญิงเข้าสู่กระบวนการตั้งครุภัณฑ์แทนอีกด้วย

### 3.2.1.5 สิทธิการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในอังกฤษ<sup>39</sup>

สิทธิในการเข้ารับบริการการบำบัดรักษาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างหนึ่ง ภายใต้โครงการที่เรียกว่า “การบริการสุขภาพแห่งชาติ” (National Health Service หรือ NHS) ซึ่งในการพิจารณาว่าผู้มีบุตรยากนั้นจะขอบำบัดรักษาภายใต้โครงการดังกล่าวได้หรือไม่นั้นมีการพิจารณาว่า ความมีบุตรยากเป็นความเจ็บป่วยชนิดหนึ่งหรือไม่ ตามความหมายของคำว่า ความเจ็บป่วย (illness) ซึ่งบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติการบริการสุขภาพแห่งชาติ (National Health Service Act 1977) มาตรา 128 ซึ่งบัญญัติไว้แต่ว่า “ความเจ็บป่วยให้รวมถึงการบาดเจ็บหรือพิการที่ต้องการบำบัดรักษาทางการแพทย์หรือทางทันตกรรม หรือการรักษาพยาบาล” ซึ่งวิธีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนั้นอยู่ภายใต้โครงการดังกล่าวมาโดยตลอด และการบำบัดรักษาโดยวิธีเช่นนี้ไม่ได้ใช้ค่าใช้จ่ายสูงนัก เมื่อเทียบกับการใช้วิธีปฏิสนธิในอกร่างกายแต่สำหรับวิธีอื่นนั้น ก็มีรายงานว่าเมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 1996 องค์การสุขภาพแห่งเมืองยอร์กเชียร์ ได้ใช้วิธีการรับตั้งครุภัณฑ์แทนเพื่อช่วยคู่สมรสคู่หนึ่งในการมีบุตรโดยได้เสียค่าใช้จ่ายเป็นเงิน 5,000 ปอนด์ จึงเป็นครั้งแรกที่การรับตั้งครุภัณฑ์แทนได้รับการสนับสนุนจากโครงการบริการสุขภาพแห่งชาติ

### 3.2.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี<sup>40</sup>

<sup>39</sup> ธาณี วรภัทร์ และคณะ, *ศึกษาและวิเคราะห์การบังคับใช้กฎหมายเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์* (รายงานผลการวิจัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2561) 32.

<sup>40</sup> เฟิงอ่าง

กฎหมายประกันสังคมของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ผู้ประกอบการอาชีพเกือบทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นลูกจ้าง ผู้ฝึกหัดงาน ผู้ประกอบอาชีพอิสระซึ่งได้รับความคุ้มครองโดยมีระบบพิเศษ กำหนดประโยชน์ทดแทนในรูปของเงินบำนาญ เงินสงเคราะห์แก่ผู้ประกันตนและเงินสงเคราะห์แก่ผู้อยู่ในอุปการะของผู้ประกันตน สำหรับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แรงงานหญิงตั้งครรภ์หรือเพิ่งให้กำเนิดบุตรหรืออยู่ระหว่างให้นมบุตรซึ่งได้รับการว่าจ้างจากภาครัฐและเอกชน รวมถึงผู้ที่รับงานไปทำงานที่บ้าน ตามกฎหมายว่าด้วยงานที่รับไปทำที่บ้าน ค.ศ. 1951 (Homework Act 1951) ลูกจ้างฝึกงาน ลูกจ้างชั่วคราวที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของนายจ้างจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นมารดา ค.ศ. 1997 (Mutterschutz) ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติให้ความสำคัญคุ้มครองความเป็นมารดาไว้เป็นการเฉพาะ มารดาตั้งครรภ์จะได้รับการคุ้มครองในการทำงานและการถูกไล่ออกนับแต่เริ่มตั้งครรภ์ไปจนถึง 4 เดือนหลังคลอดบุตรตลอดจนมีสิทธิลาคลอดตามกฎหมายโดยปรากฏหลักการและกฎเกณฑ์ในการคุ้มครอง ดังต่อไปนี้

### 3.2.2.1 สิทธิลาคลอด

การให้กำเนิดบุตรถือเป็นบทบาทและหน้าที่ตามธรรมชาติของสตรีเพื่อคุ้มครองแรงงานหญิงตั้งครรภ์ให้มีสิทธิหยุดงานเพื่อเตรียมความพร้อมก่อนการคลอดและฟื้นฟูร่างกายภายหลังให้กำเนิดบุตร กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นมารดา ค.ศ. 1997 จึงได้กำหนดมาตรการให้ความคุ้มครองแก่แรงงานหญิงตั้งครรภ์ให้มีสิทธิลาคลอดและได้รับประโยชน์ทดแทน กรณีคลอดบุตรในรูปแบบของเงินในระหว่างใช้สิทธิลา รวมถึงบริการทางการแพทย์ ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

#### (1) ระยะเวลาการลา

ลูกจ้างหญิงมีหน้าที่แจ้งให้นายจ้างทราบถึงการตั้งครรภ์และกำหนดคลอดทันทีในโอกาสแรกที่ได้ทราบถึงการตั้งครรภ์และกำหนดคลอด โดยนายจ้างอาจเรียกให้ลูกจ้างหญิงนำไปรับรองจากแพทย์หรือจากพยาบาลผดุงครรภ์มาแสดงต่อนายจ้างด้วยก็ได้ ทั้งนี้ ค่าใช้จ่ายในการขอใบรับรองจากแพทย์หรือจากพยาบาลผดุงครรภ์ให้นายจ้างเป็นผู้รับผิดชอบและให้นายจ้างมีหน้าที่ที่ต้องแจ้งแก่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องทันทีที่ได้รับแจ้งจากลูกจ้างและ ห้ามนายจ้างเปิดเผยการตั้งครรภ์ของลูกจ้างแก่บุคคลอื่น หากไม่ได้รับอนุญาตจากลูกจ้าง

ลูกจ้างหญิงมีครรภ์สามารถใช้สิทธิลาคลอดครรภ์หนึ่งได้ 14 สัปดาห์ตามข้อ 3 วรรค 2 ซึ่งกำหนดให้ลูกจ้างหญิงมีสิทธิลาคลอดได้ตั้งแต่ 6 สัปดาห์ก่อนถึงกำหนดคลอด ยกเว้น กำหนดคลอดจะระบุไว้อย่างชัดเจนและลูกจ้างหญิงได้แสดงความประสงค์จะทำงานต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม ลูกจ้างหญิงผู้นั้นมีสิทธิบอกเลิกความประสงค์ก็ทันเมื่อไรก็ได้ กรณีกำหนดคลอดตามที่ระบุไว้ในใบรับรองจากแพทย์หรือจากพยาบาลผดุงครรภ์คลาดเคลื่อนจากวันคลอดจริงอันเนื่องมาจากลูกจ้างหญิงนั้นได้ให้กำเนิดบุตรก่อนกำหนดหรือล่าช้ากว่าวันที่กำหนด ระยะเวลาการลาก่อนคลอดอาจจะย่นระยะหรือขยายระยะเวลาการลาก่อนคลอดออกไปก็ได้ และนายจ้างจะต้องอนุญาตให้ลูกจ้างหญิงลาในช่วงระยะเวลานี้ด้วย ตามข้อ 5 วรรค 2 และมีสิทธิลาคลอดหลังการคลอดได้อีก 8 สัปดาห์ แต่หากเป็นการคลอดที่ต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ เช่น การผ่าคลอด

การคลอดก่อนกำหนด หรือ ให้กำเนิดบุตรมากกว่าหนึ่งคนในคราวเดียวกัน ระยะเวลาที่ลาภายหลังการคลอดนี้อาจขยายออกไปเป็น 12 สัปดาห์

นอกจากนี้ยังกำหนดให้ลูกจ้างหญิงมีสิทธิลาเพื่อเข้ารับการตรวจสุขภาพทั้งก่อนและหลังการคลอดตามที่ลูกจ้างหญิงมีสิทธิตามกฎหมายประกันสุขภาพ ซึ่งลูกจ้างหญิงมีสิทธิลาเพื่อเข้ารับการตรวจครรภ์นับตั้งแต่ลูกจ้างเริ่มตั้งครรภ์ จนกระทั่งภายหลังที่ลูกจ้างให้กำเนิดบุตรแล้ว โดยนายจ้างต้องอนุญาตให้ลูกจ้างหยุดงานเท่าที่จำเป็น และในระหว่างลูกจ้างหยุดงานยังมีสิทธิได้รับค่าจ้าง ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายประกันสังคม (Sozialgesetzbuch (SGB)) ในบรรพที่ 5 ว่าด้วยการประกันสุขภาพตามกฎหมาย (Gesetzliche Krankenversicherung) ข้อที่ 24d กำหนดให้หญิงตั้งครรภ์มีสิทธิได้รับบริการทางการแพทย์ตั้งแต่การทดสอบการตั้งครรภ์ การฝากครรภ์และการตรวจสุขภาพในระหว่างตั้งครรภ์จนกระทั่งภายหลังการคลอดบุตรอีก 12 สัปดาห์ ยกเว้นกรณีต้องตรวจเพิ่มเติมตามนัดหมายของแพทย์ โดยที่หญิงตั้งครรภ์จะได้รับการตรวจครรภ์ก่อนคลอดทุกๆ 4 สัปดาห์ จนถึงสัปดาห์ที่ 32 ของการตั้งครรภ์ รวมจำนวน 12 ครั้ง และหลังจากสัปดาห์ที่ 32 จะได้รับการตรวจครรภ์ก่อนคลอดทุกๆ 2 สัปดาห์จนกระทั่งคลอด

(2) ประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร.<sup>41</sup>

ก. กรณีมารดา

อัตราเงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตร คือ เท่ากับรายได้เฉลี่ย 3 เดือนก่อนหยุดงาน การจ่ายเงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตร มาจาก 2 ส่วน ระบบแรก (Statutory Health Insurance) จ่ายโดยระบบประกันสุขภาพ สำหรับผู้ประกันตนหญิงที่อยู่ในระบบบังคับและสมัครใจ อัตราเงินที่จ่ายสูงสุดไม่เกินวันละ €13 (476 บาท) หรือเดือนละ €390 (14,288 บาท) และนายจ้างจ่ายส่วนต่างที่เหลือในกรณีที่เงินเดือนของผู้ประกันตนสูงกว่าเดือนละ €390 เพื่อให้ผู้ประกันตนหญิงได้รับเงินในอัตราร้อยละ 100 ของเงินเดือน ระยะเวลาการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรกรณีปกติ คือ 14 สัปดาห์ โดยจะเริ่มจ่ายตั้งแต่ 6 สัปดาห์ ก่อนวันที่คาดว่าจะวันคลอดและ 8 สัปดาห์ หลังคลอดได้ (รวมเป็น 14 สัปดาห์) หรือ 12 สัปดาห์หลังคลอด ในกรณีที่คลอดก่อนกำหนดหรือคลอดบุตรมากกว่า 1 คน (รวมเป็น 18 สัปดาห์) ระบบที่สอง (Family Insurance) จ่ายโดยสำนักงานประกันสังคมของรัฐบาลกลาง ในอัตราไม่เกิน €210 ต่อเดือน (7,693.53 บาท) สำหรับภรรยาที่อยู่ในระบบประกันสำหรับครอบครัวและผู้ทำงานอิสระที่อยู่ในระบบประกันเอกชน ในกรณีที่ผู้ประกันตนหญิงเปลี่ยนงานหรือระหว่างตั้งครรภ์ถูกห้ามจ้างงานอันเนื่องมาจากกฎการคุ้มครองกรณีตั้งครรภ์และคลอดบุตร ผู้ประกันตนหญิงจะยังได้รับสิทธิประโยชน์เสมือนยังอยู่ในการจ้างงาน ระบบดังกล่าวเรียกว่า Maternity Pay นอกจากเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการการคลอดบุตรที่มารดาได้รับแล้ว มารดายังสามารถรับเงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตรต่อจากการหยุดงานเพื่อการดูแลบุตร ซึ่งให้สิทธิทั้งบิดาและมารดา

<sup>41</sup> วิโรจน์ ณ ระนอง และคณะ (เชิงอรรถ 33)

ทั้งนี้มารดาจะได้รับเงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตร เพียง 1 สิทธิ ในระหว่างช่วงเวลาที่รับเงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตร หากสิทธิใดให้เงินมากกว่ามารดาจะได้รับสิทธินั้น

#### ข. กรณีบิดา

บิดาจะได้รับสิทธิประโยชน์เงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตรจากการหยุดงานเพื่อการดูแลบุตรที่ให้สิทธิการรับเงินชดเชย (Parental Allowance) ทั้งมารดาและบิดา สิทธิประโยชน์เงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตร มี 3 แบบ คือ เงินชดเชยเพื่อการดูแลบุตรแบบพื้นฐาน (Basic Parental Allowance) แบบเพิ่มเติม (Parental Allowance Plus) และแบบพิเศษ (Partnership Bonus) โดยสิทธิการรับเงินทั้ง 3 แบบ จะนำมาคำนวณรวมกันทั้งบิดาและมารดา โดยสามารถรับเงินพร้อมกันหรือสลับกัน ระยะเวลาการรับเงินจากทั้ง 3 สิทธิ อยู่ระหว่าง 12 – 24 เดือน การจ่ายเงินสงเคราะห์ฯ แบบพื้นฐาน ผู้ที่ขอรับสิทธิจะได้รับเงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตร ในอัตราร้อยละ 65 ของรายได้ หรืออยู่ระหว่าง €300 – 1,800 (10,990.76 – 65,944.54 บาท) ในกรณีที่เป็นผู้มีรายได้น้อยจะได้รับเงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตรในอัตราร้อยละ 100 อัตราเงินสงเคราะห์กรณีการหยุดงานเพื่อดูแลบุตรยังขึ้นอยู่กับรายได้หลังคลอด จำนวนบุตรที่ต้องดูแลในเวลาเดียวกัน หรือคลอดลูกแฝด กรณีเหล่านี้ครอบครัวมีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตรที่สูงขึ้น โดยสามารถรับเงินจากสิทธินี้ได้สูงสุด 14 เดือนในกรณีที่ทั้งบิดาและมารดาเป็นผู้ประกันตนหรือเป็นพ่อแม่เลี้ยงเดี่ยว แต่หากเป็นผู้ประกันตนฝ่ายเดียวระยะเวลาการหยุดงานที่จะนำมาคำนวณ คือ 12 เดือน หลังจากบุตรอายุ 14 เดือน จะไม่สามารถรับสิทธิแบบพื้นฐานได้ ต้องเลือกรับสิทธิอื่น

บิดาและมารดาสามารถรับสิทธิการหยุดงานเพื่อการดูแลบุตรเพิ่มเติมและ Partnership Bonus อัตราการจ่ายเงินสงเคราะห์ฯ ของทั้ง 2 สิทธิ เป็นครึ่งหนึ่งของเงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตรแบบพื้นฐาน หรือ €150 – 900 (5,478 – 32,867.97 บาท) บิดาและมารดาสามารถรับสิทธิพร้อมกัน โดยสามารถบริหารจัดการระยะเวลาเพื่อรับสิทธิทั้ง 2 สิทธิ ภายในระยะเวลาก่อนบุตรอายุ 14 เดือน การรับเงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตรแบบเพิ่มเติมมีระยะเวลาเป็น 2 เท่าของระยะเวลาที่เหลือจากการขอใช้สิทธิแบบพื้นฐาน เช่น ใช้สิทธิแบบพื้นฐาน 10 เดือน เหลือระยะเวลาอีก 4 เดือน สามารถแปลงเป็นการรับสิทธิแบบเพิ่มเติม 8 เดือน ซึ่งจะได้รับเงินครึ่งหนึ่งของแบบพื้นฐาน ทั้งนี้ ผู้รับเงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตรแบบเพิ่มเติมไม่จำเป็นต้องหยุดทำงาน (Parental Leave) ในช่วงที่รับเงิน แต่ต้องทำงานพาร์ทไทม์ (Part-Time) ระหว่าง 25 – 30 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ หากบิดาและมารดาทั้ง 2 คน ทำงานพาร์ทไทม์ ระหว่าง 25 – 30 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ จะได้สิทธิการรับเงิน Partnership Bonus แต่ต้องรับเงินติดต่อกัน 4 เดือน

การบริหารจัดการสิทธิทั้ง 3 แบบ จะทำให้มีระยะเวลาการหยุดงานสูงสุด 24 เดือน หรือ 2 ปี หรืออาจหยุดเพิ่มได้อีก 1 ปี ในกรณีพิเศษแต่ต้องทำข้อตกลงกับนายจ้างไว้ก่อนล่วงหน้า การหยุดงานเพื่อเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมสามารถรับสิทธิประโยชน์ในรูปแบบเดียวกันนี้ (Familien Portal, 2019; Federal Ministry for Family Affairs, Senior Citizens, Women and Youth, 2019)

#### (3) การรักษาพยาบาลกรณีคลอดบุตร

ระบบประกันสุขภาพภาคบังคับและสมัครใจยังให้การบริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร เช่น การเรียนเกี่ยวกับการตั้งครรภ์ ค่าวิตามิน ผู้ผดุงครรภ์ (Midwife) เพื่อให้คำแนะนำตั้งแต่ช่วงตั้งครรภ์ไปจนถึงการดูแลตนเองและบุตรหลังคลอด (Employment Social Affairs & Inclusion, n.d.; Federal Ministry of Labour and Security Affairs, 2020; Social Security Office of Retirement and Disability Policy, 2018)

#### (4) เงินสงเคราะห์บุตร

ชาวเยอรมันทุกคนและชาวต่างชาติที่มีสัญญาการจ้างงาน และที่มีที่พักอาศัยอยู่ในเยอรมนีมีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์บุตรซึ่งเป็นสวัสดิการแบบถ้วนหน้า โดยไม่จำกัดรายได้ขั้นต่ำและสัญชาติ เงินประเภทนี้ไม่ต้องมีการจ่ายสมทบมาก่อนแต่เป็นเงินที่จะได้รับเมื่อเป็นบุคคลที่เข้าเกณฑ์ในที่นี่หมายถึงบิดาหรือมารดาที่มีบุตร จะได้รับเงินสงเคราะห์นี้ จนกระทั่งบุตรอายุ 18 ปี หรือนานกว่านี้ ในกรณีที่เข้าเงื่อนไขของอายุขณะนั้น เช่น รับได้จนถึง 21 ปี หรือ 25 ปี ในกรณีที่ยังเรียนอยู่ ยังไม่มีรายได้ ทำงานน้อยกว่า 20 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ หรือมีภาวะพิเศษตามเงื่อนไข

บิดาและมารดาจะได้รับเงินเพื่อการเลี้ยงดูบุตรทางสายเลือดของตนเอง ลูกเลี้ยง (Stepchildren) บุตรบุญธรรม (Adopted Children) เด็กที่รับมาเพื่ออุปถัมภ์ (Foster Children) หรือหลานที่อาศัยอยู่ด้วยในที่อยู่เดียวกัน อัตราเงินที่ได้รับแต่ละเดือนขึ้นอยู่กับลำดับ หากเป็นลูกคนแรกหรือคนที่ 2 จะได้รับเงิน €219 (7,979.78 บาท) ต่อเดือนต่อเด็กหนึ่งคน ลูกคนที่ 3 จะได้รับ €225 (8,198.41 บาท) ต่อเดือน ลูกคนที่ 4 หรือในลำดับที่มากกว่านี้ จะได้รับเงิน €250 (9,109.34 บาท) ต่อเดือนต่อเด็กหนึ่งคน (European Commission Employment Social Affairs & Inclusion, 2013; Familien Portal, 2019; Federal Employment Agency Family Benefits Office, 2018)

#### 3.2.2.2 กฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี<sup>42</sup>

เนื่องจากประเทศเยอรมันไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรง ดังนั้นความเป็นบิดามารดาของเด็กและอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงยังไม่มีกฎหมายเฉพาะในการคุ้มครองเด็กจึงใช้หลักกฎหมายทั่วไปและกฎหมายใกล้เคียงมาใช้บังคับโดยอนุโลม

#### (1) กฎหมายรับบุตรบุญธรรม (Adoptionsvermittlungsgesetz 1989)

##### (1.1) หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมาย

เนื่องจากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นถือว่าเป็นประเทศที่มีกฎหมายควบคุมเกี่ยวกับการผสมเทียมและศึกษาวิจัยตัวอย่างเข้มงวดที่สุดประเทศหนึ่งในโลก จึงมีการห้ามมิให้นำเอาไข่ของหญิงอื่นมาฝังตัวในผนังมดลูกของหญิงที่เข้ารับการรักษาทันที และถ้าหากมีการฝ่าฝืนก็จะเป็นความผิดทางอาญานอกจากนี้การศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์ของประเทศเยอรมนียังพบว่าในช่วงสงครามโลก ฮิตเลอร์ซึ่งเป็นผู้นำประเทศ

<sup>42</sup> อนันต์ แทกริมย์กุล (เชิงอรธร 31) 57-58.

ในสมัยนั้นมีแนวคิดที่จะสร้างเด็กที่มีความฉลาดขึ้นมาเป็นสายพันธุ์ใหม่ของชาวเยอรมัน ทำให้มีผู้หญิงเป็นจำนวนมากเสนอตัวเข้ามารับตั้งครรภ์แทน โดยการใช้เชื้อพันธุ์ของชายที่มีความฉลาดเพื่อให้เกิดเด็กที่มีสายพันธุ์ที่ดีเลิศ โดยแลกเปลี่ยนกับค่าตอบแทน จึงทำให้พิจารณาได้ว่าการดำเนินการให้หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์แทนหญิงอื่นนั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับการค้ามนุษย์ ด้วยเหตุผลดังกล่าวประเทศเยอรมนีจึงมีแนวคิดในการกำหนดห้ามการตั้งครรภ์ลักษณะที่ไม่ได้เป็นไปตามธรรมชาติไว้อย่างเคร่งครัด

ต่อมารัฐบาลเยอรมันได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนระหว่างปี ค.ศ. 1989 ถึง ค.ศ. 1990 เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยคนกลางในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (Adoptionsvermittlungsgesetz 1989)

#### (1.2) สาระสำคัญของกฎหมายการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนฉบับแรกเกี่ยวกับคนกลางในการรับบุตรบุญธรรมโดยการห้ามมิให้มีการจัดหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทน คู่สมรสที่จะมาว่าจ้างหรือการหา คู่สมรสที่ต้องการจะว่าจ้างให้แก่หญิงที่จะรับตั้งครรภ์แทน รวมทั้งการห้ามมิให้มีการโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนด้วย จึงเป็นหลักกฎหมายที่ต้องการควบคุมการว่าจ้างตามสัญญาตั้งครรภ์แทนอย่างเข้มงวด โดยไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรง เมื่อไม่มีกฎหมายมาใช้บังคับจึงจำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปและกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิงมาใช้บังคับโดยอนุโลมในการกำหนดสถานภาพของเด็กและอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

#### (2) กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน (Embryonenschutzgesetz 1990)

##### (2.1) หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมาย

เป็นหลักกฎหมายที่ต้องการควบคุมการควบคุมแพทย์ไม่ให้ใช้เทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออสุจิหรือย้ายฝากตัวอ่อนให้แก่หญิงที่มีความประสงค์ที่จะส่งมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้คู่สมรสที่ว่าจ้าง

##### (2.2) สาระสำคัญของกฎหมาย

เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ห้ามมิให้แพทย์ใช้เทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออสุจิหรือย้ายฝากตัวอ่อนให้แก่หญิงที่มีความประสงค์ที่จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างตามสัญญาตั้งครรภ์แทน การฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้จึงถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญาซึ่งมีโทษทั้งจำคุกและปรับตามกฎหมาย ดังนั้นการรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายฉบับนี้ อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อรองรับความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้แต่ประการใด

จากที่ได้กล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่มีบทบัญญัติที่รองรับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และไม่ยอมรับความก้าวหน้าทางการแพทย์นี้ จึงทำให้ไม่สามารถขอรับบริการจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในการรักษาภาวะการมีบุตรยากโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์



ไม่ว่าจะเป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ยังไม่เปิดช่องในเรื่องของการผสมเทียมให้คู่สมรสและคู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนตามกฎหมายแต่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาแต่มีเงื่อนไขจำกัดบางประการ

### 3.2.3 ประเทศเวียดนาม

เมื่อพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานหญิงกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแรงงานของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม (Labor code of Socialist Republic of Vietnam of 1994) ซึ่งใช้บังคับครั้งแรกตั้งแต่วันที่ 23 มิถุนายน พ.ศ.2537 การคุ้มครองแรงงานหญิงกำหนดในบทที่ 10 บทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับลูกจ้างหญิงตามมาตรา 115(3) บัญญัติว่า ในระหว่างมีประจำเดือน ลูกจ้างหญิงมีสิทธิหยุดพักวันละ 30 สิบนาที และในช่วงที่เลี้ยงบุตรอายุต่ำกว่า 12 เดือน ให้ลูกจ้างหญิงมีสิทธิพักวันละ 60 นาที โดยยังให้ได้รับค่าจ้างเท่าเดิม<sup>43</sup>

กฎหมายประกันสังคมประเทศเวียดนามมีขึ้นเพื่อรับรองสิทธิและหน้าที่ของนายจ้างและลูกจ้างหน่วยงาน นิติบุคคล และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับประกันสังคม ซึ่งในมาตรา ๒ ของกฎหมายได้ระบุถึงบุคคลที่ได้รับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายซึ่งประกอบด้วย ลูกจ้างสัญชาติเวียดนามทั้งในภาคเอกชนและภาครัฐ แรงงานต่างชาติซึ่งทำงานโดยมีใบอนุญาต ทั้งนี้ ประกันสังคมได้รับรองถึงสิทธิที่จะได้รับเงินชดเชยในกรณีป่วย ลาคลอด อุบัติเหตุจากการทำงาน และค่าชดเชยให้กับทายาทในกรณีเสียชีวิต โดยที่ระบบประกันสังคมเวียดนามจะใช้ระบบร่วมกันจ่ายระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง<sup>44</sup>

#### (1) สิทธิลาคลอด

พนักงานหญิงมีครรภ์ได้รับอนุญาตให้หยุดงานเพื่อตรวจสุขภาพก่อนคลอด 5 ครั้ง ครั้งละ 1-2 วัน หลังคลอดหรือในกรณีที่ทารกอายุน้อยกว่า 6 เดือน พนักงานสามารถลาคลอดได้ 6 เดือน ในกรณีคลอดทารกที่เป็นแฝด พนักงานได้รับอนุญาตให้ลาเพิ่มเติมหนึ่งเดือนสำหรับบุตรแต่ละคนจากครั้งที่สอง

พนักงานมีสิทธิลาได้ 5-10 วัน เพื่อรักษาสุขภาพ หากยังไม่ฟื้นตัวเต็มที่หลังจากพ้นระยะเวลาลาคลอด ค่าเบี่ยงเบนสำหรับการฟื้นฟูสุขภาพหลังช่วงลาคลอดเท่ากับ 30% ของเงินเดือนพื้นฐาน

พนักงานหญิงที่แท้งบุตร ทำแท้ง ทำหมัน ทารกในครรภ์เสียชีวิต หรือแท้งจากโรคภัยไข้เจ็บ ได้รับอนุญาตให้หยุดงานได้ 10-50 วัน ขึ้นอยู่กับอายุของทารกในครรภ์

#### (2) ประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร

<sup>43</sup> เกสร ขลังธรรมนิยม และคณะ, 'การคุ้มครองแรงงานหญิงมีครรภ์: ศึกษากรณีการลาเพื่อให้นมบุตร' <<http://proceeding.ssru.ac.th/index.php/IRD-Conference2021/article/view/345/291>> สืบค้นเมื่อ 13 พฤศจิกายน 2565

<sup>44</sup> ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน, 'ระบบประกันสุขภาพและประกันสังคมของประเทศเวียดนาม' (lawforasean, 11 Apr 2017) <<https://www.lawforasean.krisdika.go.th/Content/View?id=133&Type=1>> สืบค้นเมื่อ 10 พฤศจิกายน 2565

ผู้ที่ได้รับประโยชน์ในสิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตรของประเทศเวียดนามมีความครอบคลุมอย่างมาก นอกจากแรงงานหญิงที่ตั้งครรภ์และภรรยาของผู้ประกันตนชายแล้ว ยังครอบคลุมถึงผู้ประกันตนที่รับบุตรบุญธรรมที่อายุน้อยกว่า 6 เดือนและหญิงที่รับเป็นมารดาอุ้มบุญ รวมทั้งให้สิทธิประโยชน์การหยุดงานของบิดาด้วยเช่นกัน

## (2.1) การจ่ายเงินสมทบ

### ก. ผู้มีสิทธิเข้าระบบประกันสังคม

สิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตรในรูปแบบของเงินสงเคราะห์ ให้สิทธิเฉพาะผู้ที่อยู่ในระบบประกันสังคม ซึ่งหมายถึงแรงงานในระบบและข้าราชการ โดยนายจ้างและรัฐ (ในฐานะนายจ้าง) เป็นผู้จ่ายเงินสมทบกองทุนเงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตร ผู้ทำงานอิสระไม่สามารถจ่ายเงินสมทบและไม่ได้รับสิทธิประโยชน์เงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตร ทั้งนี้ เมื่อผู้ประกันตนจ่ายเงินสมทบแล้ว สิทธิประโยชน์จะครอบคลุมทั้งผู้ประกันตน ภรรยาของผู้ประกันตนและมารดาอุ้มบุญ รวมทั้งกรณีที่รับบุตรบุญธรรมอายุน้อยกว่า 6 เดือน

### ข. อัตราเงินสมทบและแหล่งเงินสมทบ

การจ่ายเงินสมทบเพื่อสิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตรจะจ่ายโดยนายจ้างและรัฐ ในฐานะนายจ้าง ในอัตราร้อยละ 3 ของค่าจ้างที่จ่ายแต่ละเดือน เวียดนามกำหนดค่าจ้างขั้นต่ำที่จะนำมาคำนวณอัตราเงินสมทบเท่ากับเงินเดือนขั้นต่ำของข้าราชการ และค่าจ้างสูงสุดที่นำมาคำนวณเท่ากับ 20 เท่าของค่าจ้างขั้นต่ำของข้าราชการ หรือ 1,390,000 – 27,800,000 Dong (1,816 – 36,319.92 บาท) (Social Security Office of Retirement and Disability Policy, 2018c) ซึ่งเป็นข้อมูลในปี ค.ศ. 2018 โดยในปี ค.ศ. 2019 เงินเดือนขั้นสูงที่นำมาคำนวณปรับขึ้นเป็น 29,800,000 Dong (38,932.86 บาท) แสดงให้เห็นว่าเงินสมทบที่จ่ายมีการปรับตามค่าจ้างที่เปลี่ยนแปลงตามค่าครองชีพและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ

## (2.2) การจ่ายเงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรและเงินสงเคราะห์การคลอดบุตร

### ก. กรณีมารดา

เงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรที่ได้รับ คือ ร้อยละ 100 ของเงินเดือนเฉลี่ย 6 เดือน ก่อนหน้าวันที่หยุดงาน ระบบประกันสังคมเป็นผู้รับผิดชอบเงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรตลอดระยะเวลาการหยุดงานที่กฎหมายอนุญาต คือ หยุดงานเพื่อรับการตรวจทางการแพทย์ หรือ ผ่าครรภ์ 5 ครั้ง คราวละ 1-2 วัน ขึ้นอยู่กับความจำเป็น และช่วงการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรหรือดูแลบุตรบุญธรรมที่อายุน้อยกว่า 6 เดือน เป็นระยะเวลารวม 6 เดือน และในกรณีที่คลอดบุตรมากกว่า 1 คน หรือเป็นลูกแฝด สามารถหยุดงานได้เพิ่มขึ้นอีก 1 เดือนต่อบุตร 1 คนที่เพิ่มขึ้น (เริ่มคนที่ 2 เป็นต้นไป) และเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรแล้ว ในกรณีที่สุขภาพของมารดายังไม่ฟื้นฟูเป็นปกติ แรงงานหญิงสามารถหยุดงานเพิ่มได้อีก 5 – 10 วัน และได้รับเงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร ร้อยละ 30 ของค่าจ้างปกติ

การจ่ายเงินสมทบและการรับเงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร ในระหว่างช่วงที่หยุดงานของประเทศเวียดนามมีความพิเศษ คือ ในช่วงเวลาการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร ตามกฎหมาย ผู้ประกันตนไม่ต้องจ่ายเงินสมทบประกันสังคม และแรงงานหญิงสามารถรับทั้งเงินค่าจ้างและเงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร หากต้องการกลับมาทำงานหลังจากระยะเวลาการหยุดงานเกิน 4 เดือนแล้ว โดยต้องเป็นความยินยอมของนายจ้างและแรงงานหญิงมีสุขภาพที่ฟื้นฟูดีแล้ว

ทั้งนี้ เพื่อให้มารดาได้ฟื้นฟูและได้รับการบำบัดรักษาหลังจากการคลอดในกรณีที่ต้องยุติการตั้งครรภ์หรือการแท้งบุตร เนื่องจากบุตรเสียชีวิตในครรภ์หรือหญิงตั้งครรภ์เกิดความเจ็บป่วย รวมทั้งการทำหมันหลังคลอด แรงงานหญิงสามารถหยุดงานเพิ่ม เป็นระยะเวลา 10 – 50 วัน ขึ้นอยู่กับระยะครรภ์ และสามารถหยุดงานในกรณีทำหมันด้วยวิธีการใส่อุปกรณ์ 15 วัน และหยุดได้ 7 วันในกรณีที่เอาอุปกรณ์ออก

ผู้ประกันตนยังได้รับเงินสงเคราะห์การคลอดบุตร (Birth Grant) เท่ากับ 2 เท่าของเงินเดือนขั้นต่ำของข้าราชการ สำหรับการคลอดบุตรของแรงงานหญิงหรือภรรยาของผู้ประกันตนชาย หรือในกรณีที่ผู้ประกันตนรับบุตรบุญธรรมที่อายุต่ำกว่า 6 เดือน (Social Security Office of Retirement and Disability Policy, 2018c)

#### ข. กรณีบิดา

นอกจากเงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรและค่าทำคลอด ผู้ประกันตนชายยังสามารถรับสิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตรทั้งในกรณีที่ภรรยาคลอดบุตรปกติและกรณีพิเศษ เมื่อการคลอดบุตรไม่ปกติโดยผู้ประกันตนชายสามารถหยุดงานเพื่อทำหน้าที่บิดา (Paternity Leave) และรับเงินค่าจ้างเต็มจำนวนเป็นระยะเวลา 5 – 14 วัน ภายใน 30 วัน หลังจากวันที่ภรรยาคลอดบุตรในกรณีที่มารดาเสียชีวิตผู้ประกันตนชายสามารถใช้สิทธิวันหยุดงานที่เหลือของภรรยาจนครบ 6 เดือน เพื่อดูแลบุตรได้

#### ค. กรณีมารดาอุ้มบุญ

สิทธิการรับเงินเงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร กรณีการตั้งครรภ์แทนสามารถถ่ายโอนสิทธิได้ ซึ่งมารดาอุ้มบุญจะต้องเป็นผู้ประกันตนด้วย การรับสิทธิประโยชน์ขึ้นอยู่กับผู้ที่หยุดงานเพื่อการคลอดบุตรและดูแลบุตรหลังจากคลอด มารดาอุ้มบุญจะเป็นผู้ได้รับเงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร หลังการคลอดบุตรเสร็จสิ้นจนกระทั่งมอบบุตรให้มารดาที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทน ระยะเวลาและเงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร ที่เหลือภายในช่วงเวลา 6 เดือน ตามกฎหมายจะเป็นของมารดาที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทน

### (3) การรักษาพยาบาลกรณีคลอดบุตร

ระบบประกันสุขภาพ (Health Insurance) ได้รับบริการจากหน่วยงานของรัฐในรูปแบบเดียวกับประชาชนชาวเวียดนามกลุ่มที่มีสิทธิอื่นๆ รวมถึงผู้ประกันตน (Insured) ซึ่งครอบคลุมชาวเวียดนามส่วนใหญ่และลูกจ้างชาวต่างชาติที่มีสัญญาจ้างงานสามารถซื้อประกันสุขภาพได้โดยผู้ประกันตนจ่ายสมทบร้อยละ 1.5 นายจ้างจ่ายสมทบ ร้อยละ 3 บริการทางการแพทย์กรณีเจ็บป่วยครอบคลุมตั้งแต่การตรวจการ

รักษาการป้องกันและบำบัด รวมไปถึงบริการดูแลมารดาที่ตั้งครรภ์และคลอดบุตร ซึ่งมารดาอุ้มบุญก็ได้รับบริการจากระบบประกันนี้ด้วย เช่นเดียวกับสิทธิประโยชน์อื่นของกรณีตั้งครรภ์และคลอดบุตรที่ครอบคลุมมารดาอุ้มบุญด้วย อัตราการจ่ายสมทบค่ารักษาพยาบาลอยู่ระหว่างร้อยละ 40 – 100 ขึ้นอยู่กับรูปแบบสถานพยาบาลและบริการ เช่น สถานพยาบาลปฐมภูมิ หรือสถานพยาบาลเฉพาะทาง โดยบุตรอายุต่ำกว่า 6 ปี ของผู้ประกันตนได้รับการรักษาพยาบาลโดยไม่มีค่าใช้จ่าย

### 3.3 กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองการตั้งครรภ์

ในปัจจุบันประเทศไทยมีระบบหลักประกันทางด้านสุขภาพหลักๆ 3 ระบบ คือ ระบบประกันสังคม (กองทุนประกันสังคมและกองทุนเงินทดแทน) ระบบหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า (กองทุนหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ) และระบบสวัสดิการรักษายาบาลข้าราชการ นอกจากนี้โครงการหลักประกันสุขภาพ 3 โครงการดังกล่าว ประเทศไทยยังมีหลักประกันสุขภาพที่หน่วยงานภาครัฐบางแห่งได้กำหนดขึ้นเอง เช่น สวัสดิการสำหรับข้าราชการกรุงเทพมหานคร สวัสดิการพนักงานส่วนท้องถิ่นสวัสดิการหน่วยงานภาครัฐต่างๆ เช่น รัฐวิสาหกิจองค์การมหาชน และหน่วยงานรัฐที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ เป็นต้นอีกทั้งยังมีหลักประกันสุขภาพสำหรับแรงงานข้ามชาติในนาม “กองทุนประกันสุขภาพคนต่างด้าวและแรงงานต่างด้าว” ภายใต้ความรับผิดชอบของกระทรวงสาธารณสุขที่มีการตรวจสุขภาพและประกันสุขภาพแรงงานข้ามชาติเป็นประจำทุกปีด้วย ซึ่งหัวข้อย่อยต่อไปนี้จะสรุปสาระสำคัญของกฎหมายแต่ละฉบับรวมถึงสาระสำคัญของโครงการอื่นที่เกี่ยวข้องดังนี้

#### 3.3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560

ประเทศไทยได้นำหลักเกณฑ์สากลเรื่องสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวกับสิทธิด้านสาธารณสุข ซึ่งมีหลักเกณฑ์สำคัญในการปฏิบัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน และยอมรับในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพื่อเป็นแนวปฏิบัติต่อคนของรัฐตนและคนของรัฐอื่นโดยเท่าเทียมกัน โดยประเทศไทยได้นำมารับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ได้กล่าวถึงสิทธิด้านสาธารณสุขใน 2 มาตรา คือ

มาตรา 52 บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การบริการทางสาธารณสุขของรัฐต้องเป็นไปอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ โดยจะต้องส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเอกชนมีส่วนร่วมด้วยเท่าที่จะกระทำได้

การป้องกันและขจัดโรคติดต่ออันตราย รัฐต้องจัดให้แก่ประชาชนโดยไม่คิดมูลค่าและทันต่อเหตุการณ์ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 82 รัฐจะต้องจัดและส่งเสริมการสาธารณสุข ให้ประชาชนได้รับบริการที่ได้มาตรฐานและมีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึง

ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ยังมีการนำสิทธิด้านสาธารณสุข มารับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรด้วยเช่นกัน ในบทบัญญัติซึ่งอยู่ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 9 สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ ดังนี้

มาตรา 51 บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่เหมาะสมและได้มาตรฐานและผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขจากรัฐซึ่งต้องเป็นไปอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการป้องกันและขจัดโรคติดต่ออันตรายจากรัฐอย่างเหมาะสมโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายและทันต่อเหตุการณ์

และหมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ส่วนที่ 4 แนวนโยบายด้านศาสนา สังคม การสาธารณสุข การศึกษา และวัฒนธรรม

มาตรา 80 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านสังคม การสาธารณสุข การศึกษา และวัฒนธรรม ดังต่อไปนี้

...(2) ส่งเสริม สนับสนุน และพัฒนาระบบสุขภาพที่เน้นการสร้างเสริมสุขภาพอันนำไปสู่สุขภาพที่ยั่งยืนของประชาชน รวมทั้งจัดและส่งเสริมให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณสุขที่มีมาตรฐานอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพและส่งเสริมให้เอกชนประชุมชนมีส่วนร่วมในการพัฒนาสุขภาพและการจัดการบริการสาธารณสุขโดยผู้มีหน้าที่ให้บริการดังกล่าวซึ่งได้ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐานวิชาชีพและจรรยาบรรณ ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับที่ 20 ซึ่งร่างโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวมหาวชิราลงกรณ บดินทรเทพยวรางกูร ทรงลงพระปรมาภิไธยเมื่อวันที่ 6 เมษายน 2560 ประกาศราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 134 ตอนที่ 40 ก วันที่ 6 เมษายน 2560 โดยมีพลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรีเป็นผู้รับสนองพระราชโองการ มีเนื้อหา 16 หมวด กับอีก 1 บทเฉพาะกาล รวม 279 มาตรา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้รับรองสิทธิด้านสาธารณสุข เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน โดยมาตราที่เกี่ยวข้องกับสาธารณสุขและสุขภาพของประชาชนโดยตรงมีมากกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ ดังนี้

หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย

มาตรา 47 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการสาธารณสุขของรัฐ

บุคคลผู้ยากไร้ย่อมมีสิทธิได้รับการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการป้องกันและขจัดโรคติดต่ออันตรายจากรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย

มาตรา 48 สิทธิของมารดาในช่วงระหว่างก่อนและหลังการคลอดบุตรย่อมได้รับความคุ้มครองและช่วยเหลือตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปีและไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพ และบุคคลผู้ยากไร้ย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือที่เหมาะสมจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ

หมวด 5 หน้าที่รัฐ

มาตรา 55 รัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณสุขที่มีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึง เสริมสร้างให้ประชาชนมีความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการส่งเสริมสุขภาพและการป้องกันโรค และส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการพัฒนาภูมิปัญญาด้านแพทย์แผนไทยให้เกิดประโยชน์สูงสุด

บริการสาธารณสุขตามวรรคหนึ่งต้องครอบคลุมการส่งเสริมสุขภาพ การควบคุม และป้องกันโรคการรักษาพยาบาล และการฟื้นฟูสุขภาพด้วย

รัฐต้องพัฒนาการบริการสาธารณสุขให้มีคุณภาพและมีมาตรฐานสูงขึ้นไปอย่างต่อเนื่อง

หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ

มาตรา 71 รัฐพึงเสริมสร้างความแข็งแกร่งของครอบครัวอันเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญของสังคม จัดให้ประชาชนมีที่อยู่อาศัยอย่างเหมาะสม ส่งเสริมและพัฒนาการสร้างสรรค์สุขภาพเพื่อให้ประชาชนมีสุขภาพแข็งแรงและมีจิตใจเข้มแข็ง รวมตลอดทางส่งเสริมและพัฒนาการกีฬาให้ไปสู่ความเป็นเลิศ และเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน

หมวด 16 การปฏิรูปประเทศ

มาตรา 258 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิรูปประเทศที่เกี่ยวกับการสาธารณสุขไว้ในข้อ ช. ด้านอื่นๆ

(4) และ (5)

ช. ด้านอื่น ๆ

...

(4) ปรับระบบหลักประกันสุขภาพให้ประชาชนได้รับสิทธิและประโยชน์จากการบริหารจัดการและการเข้าถึงบริการที่มีคุณภาพและสะดวกทัดเทียมกัน

(5) ให้มีระบบการแพทย์ปฐมภูมิที่มีแพทย์เวชศาสตร์ครอบครัวดูแลประชาชนในสัดส่วนที่เหมาะสม”

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติสิทธิด้านสาธารณสุขไว้มากที่สุด คือหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา 47- 48 และบัญญัติเป็นหน้าที่ของรัฐในหมวด 5 มาตรา 55 หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 71 นอกจากนี้ยังบัญญัติไว้ในหมวด 16 การปฏิรูปประเทศ มาตรา 258 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิรูปประเทศที่เกี่ยวข้องกับการสาธารณสุขไว้ในข้อช. ด้านอื่นๆ (4) และ (5) ซึ่งหมายความว่า รัฐบาลต้องดำเนินการปฏิรูปด้านสาธารณสุข (4) ปรับระบบหลักประกันสุขภาพให้ประชาชนได้รับสิทธิและประโยชน์จากการบริหารจัดการและการเข้าถึงบริการที่มีคุณภาพและสะดวกทัดเทียมกัน และ (5) ให้มีระบบการแพทย์ปฐมภูมิที่มีแพทย์เวชศาสตร์ครอบครัวดูแลประชาชนในสัดส่วนที่เหมาะสม



โดยสรุปแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีการกล่าวถึงการมีหลักประกันสุขภาพไว้ค่อนข้างกว้างโดยระบุว่า “ให้มีประสิทธิภาพ” และ “ให้ทั่วถึง” และมีบางมาตราที่กล่าวถึงสวัสดิการแรงงาน การช่วยเหลือกลุ่มเปราะบาง และการบริการสาธารณสุข แต่อย่างไรก็ตาม การกำหนดในมาตราเหล่านั้นก็เป็นกล่าวถึงสิทธิขั้นพื้นฐาน และหน้าที่ที่ภาครัฐพึงกระทำโดยไม่ได้ระบุขอบเขตและความคุ้มครองไว้ชัดเจน ซึ่งในหัวข้อต่อไป จะได้พิจารณาพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันสุขภาพในแต่ละโครงการต่อไป

### 3.3.2 พระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553

สิทธิสวัสดิการการรักษาพยาบาลของข้าราชการ เป็นสิทธิในการให้ความคุ้มครองบริการรักษาพยาบาลให้กับข้าราชการและบุคคลในครอบครัว (บิดา มารดา คู่สมรส บุตรที่ถูกต้องตามกฎหมาย) เมื่อเจ็บป่วยสามารถเข้ารับบริการรักษาพยาบาลได้ที่โรงพยาบาลของรัฐ โดยมีกรมบัญชีกลางกระทรวงการคลังทำหน้าที่ดูแลระบบ ออกกฎ ระเบียบ

ประเทศไทยได้มีการพัฒนาระบบสวัสดิการรักษาพยาบาลมาอย่างต่อเนื่องตลอดมา ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่ารัฐบาลให้ความสำคัญในส่วนของคุณภาพของประชาชน และเป็นการสร้างความมั่นคงให้กับชีวิตของประชาชนคนไทย ซึ่งสวัสดิการด้านการรักษาพยาบาลระบบแรก ๆ ที่เริ่มขึ้น ก็คือ ระบบสวัสดิการรักษาพยาบาลข้าราชการ โดยมีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2521 ต่อมาได้เปลี่ยนเป็นพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2523 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (รวมจำนวน 8 ฉบับ) และในปัจจุบันระบบสวัสดิการรักษาพยาบาลข้าราชการอ้างอิงพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2555.<sup>45</sup> ซึ่งในส่วนนี้จะศึกษาเฉพาะในส่วนของสิทธิประโยชน์และสวัสดิการของข้าราชการที่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองในเรื่องของหลักประกันสุขภาพ ดังนี้

#### ค่ารักษาพยาบาล

การขอเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาล เป็นเงินสวัสดิการที่รัฐกำหนดให้มีขึ้นเพื่อช่วยเหลือเมื่อยามเจ็บป่วย และบรรเทาภาระของผู้มีสิทธิ (ข้าราชการ ลูกจ้างประจำ ผู้รับเบี้ยหวัดบำนาญ) และบุคคลในครอบครัวในด้านค่ารักษาพยาบาล โดยการเบิกจ่ายเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลข้าราชการให้ถือปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553 และหลักเกณฑ์กระทรวงการคลังว่าด้วยวิธีการเบิกจ่ายเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553 และหนังสือกระทรวงการคลังที่เกี่ยวข้อง ซึ่งในเบื้องต้นจะให้ทราบถึงคำจำกัดความของคำต่างๆ ที่ควรรู้ ดังนี้

<sup>45</sup> กรมบัญชีกลาง , ‘คู่มือสวัสดิการรักษาพยาบาลข้าราชการ’ (pdf, กรมบัญชีกลาง)

“การรักษาพยาบาล” หมายความว่า การให้บริการด้านการแพทย์และสาธารณสุขโดยตรง แก่ผู้มีสิทธิ และบุคคลในครอบครัวของผู้มีสิทธิ เพื่อการรักษาโรค การตรวจวินิจฉัย การฟื้นฟูสมรรถภาพที่จำเป็น ต่อสุขภาพและการดำรงชีวิต และให้หมายความรวมถึงการตรวจสุขภาพ การสร้างเสริมสุขภาพและการป้องกัน โรคเพื่อประโยชน์ด้านสาธารณสุข ทั้งนี้ ตามที่กระทรวงการคลังกำหนดแต่ไม่รวมถึงการเสริมความงาม

“ค่ารักษาพยาบาล” หมายความว่า ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาล ดังต่อไปนี้

1. ค่ายา ค่าเวชภัณฑ์ ค่าอุปกรณ์ทางการแพทย์ ค่าเลือดและส่วนประกอบของเลือดหรือ สารทดแทน ค่าน้ำยาหรืออาหารทางเส้นเลือด ค่าออกซิเจน และอื่น ๆ ทำนองเดียวกันที่ใช้ในการบำบัดรักษาโรค
2. ค่าอวัยวะเทียมและอุปกรณ์ในการบำบัดรักษาโรค รวมทั้งค่าซ่อมแซมอวัยวะเทียมและ อุปกรณ์ดังกล่าว
3. ค่าบริการทางการแพทย์ ค่าบริการทางการแพทย์ ค่าตรวจวินิจฉัยโรค ค่าวิเคราะห์ โรคแต่ไม่รวมถึงค่าธรรมเนียมแพทย์พิเศษ ค่าจ้างพยาบาลพิเศษ ค่าธรรมเนียมพิเศษและค่าบริการอื่นทำนอง เดียวกันที่มีลักษณะเป็นเงินตอบแทนพิเศษ
4. ค่าตรวจครรภ์ ค่าคลอดบุตรและการดูแลหลังคลอดบุตร
5. ค่าห้องและค่าอาหาร ตลอดระยะเวลาที่เข้ารับการรักษาพยาบาล
6. ค่าใช้จ่ายเพื่อเป็นการเสริมสร้างสุขภาพและป้องกันโรค
7. ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพร่างกายและจิตใจ
8. ค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นแก่การรักษาพยาบาลตามที่กระทรวงการคลังกำหนด

“สถานพยาบาล” หมายความว่า สถานพยาบาลของทางราชการและสถานพยาบาลเอกชน

“สถานพยาบาลของทางราชการ” หมายความว่า สถานพยาบาลซึ่งเป็นส่วนราชการ ตามกฎหมาย ว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน และให้หมายความรวมถึงสถานพยาบาลของ มหาวิทยาลัยของรัฐ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษา องค์การมหาชนตาม กฎหมายว่าด้วยองค์การมหาชน รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กรุงเทพมหานคร สภากาชาดไทยและองค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก โรงพยาบาลประสานมิตร และ สถานพยาบาลอื่น ตามที่กระทรวงการคลังกำหนด

ข้าราชการมีสิทธิได้รับค่ารักษาพยาบาลจากทางราชการสำหรับตนเอง บิดาและมารดา คู่สมรส และบุตร กรณีบุตรนั้นให้ไม่เกิน 3 คน เรียงลำดับก่อนหลัง โดยต้องเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย และยังไม่ บรรลุนิติภาวะหรือบรรลุนิติภาวะแต่เป็นผู้ไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถที่อยู่ในอุปการะเลี้ยงดู ของข้าราชการ (ไม่รวมบุตรบุญธรรมและบุตรที่ยกให้เป็นบุตรบุญธรรมผู้อื่น) หากบุตรคนใดตายลงก่อนบรรลุนิติ ภาวะให้สามารถเบิกค่ารักษาพยาบาลสำหรับบุตรคนถัดไปแทนได้ (กรณีบุตรมากกว่า 3 คน)

อัตราค่ารักษาพยาบาล

(1) ค่ารักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของรัฐ เบิกได้เต็มตามที่จ่ายจริงทั้งคนไข้ในและคนไข้นอกสำหรับในสถานพยาบาลของเอกชน เบิกได้เฉพาะกรณีที่มีอุบัติเหตุ อุบัติภัย หรือมีความจำเป็นรีบด่วนซึ่งหากมิได้รับการรักษาพยาบาลในทันทีทันใดอาจเป็นอันตรายต่อชีวิต โดยให้เบิกได้ครึ่งหนึ่งของที่จ่ายจริงแต่ไม่เกิน 8,000 บาท (แปดพันบาทถ้วน) หากเป็นการเข้ารับการรักษาพยาบาลก่อนวันที่ 1 มกราคม 2557 ให้เบิกได้ครึ่งหนึ่งของจำนวนเงินทั้งหมดที่ได้จ่ายไปจริงแต่ไม่เกิน 4,000 บาท

(2) ค่ายา เบิกได้ไม่เกินที่ใบเสร็จรับเงินระบุว่าเป็น “ค่ายาที่เบิกได้” หรือ “ค่ายาในบัญชียาหลักแห่งชาติ” หรือ “ค่ายาในบัญชียาของสถานพยาบาล” หรือ “ค่ายานอกบัญชียา” แต่สถานพยาบาลออกหนังสือรับรองให้ว่าจำเป็นต้องใช้นั้น

(3) ค่าอวัยวะเทียม ค่าอุปกรณ์ในการบำบัดรักษา และค่าซ่อมแซมอวัยวะเทียมเบิกได้ตามที่กระทรวงการคลังกำหนด

(4) กรณีคนไข้ใน ค่าเตียงสามัญ และค่าอาหาร เบิกได้ไม่เกินวันละ 400 บาท กรณีอื่นเบิกได้ไม่เกินวันละ 1,000 บาท และไม่เกิน 13 วัน

(5) การตรวจสุขภาพประจำปีให้สำหรับข้าราชการ ลูกจ้างประจำ หรือผู้ได้รับเบี้ยหวัดบำนาญที่เข้ารับการตรวจสุขภาพในสถานพยาบาลของทางราชการมีสิทธิเบิกค่าตรวจสุขภาพประจำปี ดังอัตราต่อไปนี้

กลุ่มผู้มีสิทธิ	อัตราค่าตรวจสุขภาพประจำปี
อายุไม่เกิน 35 ปีบริบูรณ์	ไม่เกิน 450 บาท
อายุเกินกว่า 35 ปีบริบูรณ์	ไม่เกิน 910 บาท

ที่มา : กรมบัญชีกลาง<sup>46</sup>

#### ค่าเล่าเรียนบุตร

(1) ผู้มีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการค่าเล่าเรียนบุตร

ให้ข้าราชการเบิกค่าเล่าเรียนบุตรสำหรับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายคนที่ 1 ถึงคนที่ 3 ตามลำดับก่อนหลัง และอายุไม่เกิน 25 ปีบริบูรณ์ ในวันที่ 1 พฤษภาคมของทุกปี (ไม่รวมบุตรบุญธรรม) ในกรณีที่ผู้ใดมีบุตรมากกว่า 3 คน หากบุตรคนใดคนหนึ่งมีจำนวน 3 คน ที่มีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการศึกษาของบุตร ตาย ภายพิการจนไม่สามารถเล่าเรียนได้ หรือเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถที่มีได้ศึกษาในสถานศึกษาที่มีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการศึกษาของบุตร วิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบก่อนอายุครบ 25 ปีบริบูรณ์ ก็ให้ผู้นั้นมีสิทธิรับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการศึกษาของบุตรเพิ่มขึ้นเท่าจำนวนบุตร

<sup>46</sup> กรมบัญชีกลาง, ‘คู่มือสวัสดิการรักษพยาบาลข้าราชการ’ (pdf, กรมบัญชีกลาง)

<[https://home.kku.ac.th/praudit/law/07\\_medical\\_fee/22\\_Medical\\_guide\\_government%20officer\\_CGD\\_2553.pdf](https://home.kku.ac.th/praudit/law/07_medical_fee/22_Medical_guide_government%20officer_CGD_2553.pdf)>  
สืบค้นเมื่อ 30 พฤศจิกายน 2566.

ที่ตาย ภายพิการ หรือเป็นคนไร้ความสามารถคนเสมือนไร้ความสามารถ วิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบนั้น โดยให้นับบุตรคนที่อยู่ลำดับถัดไปก่อน

(2) ประเภทและอัตราค่าเล่าเรียน

สิทธิการเบิกเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการศึกษาของบุตรให้เป็นไปตามประเภทและอัตรา ดังนี้

(2.1) สถานศึกษาของทางราชการ

หลักสูตรระดับไม่สูงกว่าอนุปริญญาหรือเทียบเท่า และหลักสูตรนั้นแยกต่างหากจากหลักสูตรระดับปริญญาตรี ให้ได้รับเงินบำรุงการศึกษาเต็มจำนวนที่ได้จ่ายไปจริง

หลักสูตรระดับปริญญาตรี ให้ได้รับเงินบำรุงการศึกษาเต็มจำนวนที่ได้จ่ายไปจริง

(2.2) สถานศึกษาของเอกชน

หลักสูตรระดับไม่สูงกว่ามัธยมศึกษาตอนปลายหรือเทียบเท่า ให้ได้รับเงินค่าเล่าเรียนเต็มจำนวนที่ได้จ่ายไปจริง

หลักสูตรระดับสูงกว่ามัธยมศึกษาตอนปลายหรือเทียบเท่าแต่ไม่สูงกว่าอนุปริญญาหรือเทียบเท่า ให้ได้รับเงินค่าเล่าเรียนครึ่งหนึ่งของจำนวนที่ได้จ่ายไปจริง

หลักสูตรระดับปริญญาตรี ให้ได้รับเงินค่าเล่าเรียนครึ่งหนึ่งของจำนวนที่ได้จ่ายไปจริง

ทั้งนี้ ต้องเป็นไปตามประเภทและไม่เกินอัตราที่กระทรวงการคลังกำหนด สำหรับบุตรที่ศึกษาในสถานศึกษาของทางราชการหรือเอกชนในหลักสูตรระดับปริญญาตรีต้องเป็นการศึกษาในระดับปริญญาตรีเป็นหลักสูตรแรกเท่านั้น

ขั้นตอนการตรวจสอบ.<sup>47</sup>

เมื่อข้าราชการที่มีสิทธิได้รับค่ารักษาพยาบาลจากทางราชการไม่ว่าจะเป็นการรักษาพยาบาลสำหรับตนเอง บิดาและมารดา คู่สมรส และบุตร หรือการเบิกค่าศึกษาเล่าเรียนของบุตร เมื่อข้าราชการดังกล่าว นำเอกสารหลักฐานมายื่นเบิกสิทธิดังกล่าว เจ้าหน้าที่การเงินจะต้องตรวจสอบสิทธิของผู้ขอเบิกกับระบบฐานข้อมูลบุคลากรภาครัฐโดยมีรายละเอียดและเอกสารแนบ ดังนี้

กรณีบิดา

บิดาของผู้มีสิทธิที่มีสิทธิสามารถนำค่ารักษาพยาบาลมาเบิกจากทางราชการได้นั้น จะต้องเป็นบิดาโดยสายเลือดและเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ การพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายนั้นจะพิจารณาได้ คือ บิดาจะต้องจดทะเบียนสมรสกับมารดาของผู้มีสิทธิ หากบิดาไม่ได้จดทะเบียนกับมารดา ผู้มีสิทธิอาจใช้หลักฐานอื่นในการรับรองว่าเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งหลักฐานดังกล่าว คือ ทะเบียนรับรองบุตร หรือคำพิพากษาของศาลว่าผู้มีสิทธิเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดา

<sup>47</sup> เพิ่งอ้าง

การจดทะเบียนรับรองบุตร บิดาจะต้องยื่นคำร้องขอจดทะเบียนรับรองบุตรต่อ นายทะเบียนผู้มีอำนาจ ณ สำนักทะเบียน ตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความใน พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 เช่น (1) กรณีอยู่ในกรุงเทพมหานคร จะต้องยื่นคำร้อง ณ สำนักงานเขต (2) กรณีอยู่ในภูมิภาค จะต้องยื่นคำร้อง ณ ที่ว่าการอำเภอหากมารดาเสียชีวิตแล้ว จะไม่สามารถจดทะเบียนรับรองบุตรได้ ต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลเพียงกรณีเดียว

การร้องขอศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาว่าผู้มีสิทธิเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดา สามารถติดต่อได้ที่ศาลแผนกคดีเยาวชนและครอบครัว

เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้มีสิทธิ โดย	เอกสารอ้างอิง
1. จดทะเบียนสมรสกับมารดาของผู้มีสิทธิ	1. ทะเบียนสมรส หรือ 2. ทะเบียนหย่า (กรณีหย่ากันตามกฎหมาย)
2. จดทะเบียนรับรองบุตร	ทะเบียนรับรองบุตร (แบบ คร.11)
3. คำพิพากษาของศาล	คำสั่งศาลหรือคำพิพากษาของศาลว่าผู้มีสิทธิ เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดา
4. อยู่กินกับมารดาของผู้มีสิทธิก่อนวันที่ 1 ตุลาคม 2478	หนังสือรับรองของผู้ควรเชื่อถือได้ที่รับรองว่า บิดามารดาของผู้มีสิทธิอยู่กินกันฉันสามีภริยา ก่อนวันที่ 1 ตุลาคม 2478

ที่มา: กรมบัญชีกลาง<sup>48</sup>

#### กรณีมารดา

มารดาของผู้มีสิทธิที่ผู้มีสิทธิสามารถนำคำรักษาพยาบาลมาเบิกจากทางราชการได้นั้น จะต้องเป็นมารดาโดยสายเลือดและเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “เด็กที่เกิดจากหญิง ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น” โดยไม่จำเป็นว่ามารดาต้องจดทะเบียนสมรสหรือไม่ หลักฐานทางราชการที่ใช้ในการยืนยันว่าเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้มีสิทธิ คือ สูติบัตรของผู้มีสิทธิ หรือทะเบียนบ้านของผู้มีสิทธิซึ่งจะมีชื่อของมารดาปรากฏอยู่

<sup>48</sup> เพิ่งอ้าง

เป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของผู้มีสิทธิโดย	เอกสารอ้างอิง
1. สายเลือด	1. สูติบัตรของผู้มีสิทธิ หรือ 2. ทะเบียนบ้านของผู้มีสิทธิ

ที่มา: กรมบัญชีกลาง

### กรณีคู่สมรส

คู่สมรสของผู้มีสิทธิ ที่ผู้มีสิทธิสามารถนำคำรักษาพยาบาลมาเบิกจากทางราชการได้นั้น จะต้องเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น คือ ผู้มีสิทธิจะต้องจดทะเบียนสมรสกับคู่สมรสหากไม่ได้จดทะเบียนกัน ถึงแม้จะอยู่กันฉันฉันท์สามีภรรยา ก็ไม่สามารถเบิกจ่ายคำรักษาพยาบาลให้กับคู่สมรสได้

โดยหลักการผู้มีสิทธิจะเบิกคำรักษาพยาบาลให้กับคู่สมรสได้เพียง 1 คนเท่านั้น แต่มีข้อยกเว้นให้สำหรับผู้มีสิทธิ (ชาย) ที่นับถือศาสนาอิสลาม และมีภูมิลำเนาอยู่ใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ (นราธิวาส ปัตตานี ยะลา และสตูล) และจดทะเบียนสมรสตามหลักศาสนาอิสลาม (จดทะเบียนสมรส ณ สำนักงานคณะกรรมการกลางอิสลามใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้) หากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวผู้มีสิทธิสามารถเบิกคำรักษาพยาบาลให้กับคู่สมรสได้ 4 คน

เป็นคู่สมรสชอบด้วยกฎหมายของผู้มีสิทธิโดย	เอกสารอ้างอิง
1. จดทะเบียนสมรส	ทะเบียนสมรส

ที่มา: กรมบัญชีกลาง

### กรณีบุตร

บุตรของผู้มีสิทธิ ที่ผู้มีสิทธิสามารถนำคำรักษาพยาบาลมาเบิกจากทางราชการได้ หมายถึงบุตรชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะหรือบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่เป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถซึ่งอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของบิดาหรือมารดา ซึ่งเป็นผู้มีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึง บุตรบุญธรรมหรือบุตรซึ่งได้ยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นแล้ว

การเป็น “บุตรชอบด้วยกฎหมาย” ของผู้มีสิทธิ แยกพิจารณาเป็น 2 กรณี

1. กรณีมารดาเป็นผู้มีสิทธิ เด็กที่เกิดจากหญิงผู้เป็นมารดาผู้ให้กำเนิด ย่อมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้นเสมอไม่ว่ากรณีใด ๆ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น”

เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้มีสิทธิโดย	เอกสารอ้างอิง
1. สายเลือด	1. สูติบัตรของบุตร หรือ 2. ทะเบียนบ้านของบุตร

ที่มา: กรมบัญชีกลาง



2. กรณีบิดาเป็นผู้มีสิทธิ แยกพิจารณาได้ 2 ประการ

2.1 เด็กที่เกิดในระหว่างการสมรสของชายและหญิงผู้ให้กำเนิดแล้วถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชาย และนอกจากนี้กฎหมายยังให้ข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่า เด็กซึ่งเกิดแต่หญิงภายใน 310 วัน นับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามี หรือนับแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุดของศาลให้การสมรสเป็นโมฆะ แล้วแต่กรณี (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536)

2.2 เด็กซึ่งเกิดนอกสมรส เด็กซึ่งเกิดก่อนการจดทะเบียนสมรสหรือบิดามารดาไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้เมื่อ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1547 ประกอบกับมาตรา 1557)

- บิดามารดาของเด็กได้ทำการจดทะเบียนสมรสกันในภายหลัง
- บิดาได้จดทะเบียนรับรองว่าเป็นบุตรของตน มีผลนับแต่วันจดทะเบียนเด็กเป็นบุตร
- มีคำพิพากษาของศาลว่า เป็นบุตรของตน มีผลนับแต่วันที่มีคำพิพากษาถึงที่สุด ทั้งนี้ ผลของความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายจะย้อนหลังไปจนถึงวันที่บุตรเกิด

เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้มีสิทธิโดย	เอกสารอ้างอิง
1. จดทะเบียนสมรสกับมารดาของบุตร	1. ทะเบียนสมรส หรือ 2. ทะเบียนหย่า
2. จดทะเบียนรับรองบุตร	ทะเบียนรับรองบุตร (แบบ คร.11)
3. คำพิพากษาของศาล	คำสั่งศาลหรือคำพิพากษาของศาลว่ามีสิทธิเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของบุตร

ที่มา: กรมบัญชีกลาง

“บรรลุนิติภาวะ” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แบ่งเป็น 2 กรณี คือ

1. บรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 19)
2. บรรลุนิติภาวะโดยการจดทะเบียนสมรส (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 20)

โดยจะกระทำได้เมื่อบุตรอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์

“คนไร้ความสามารถ” คือ คนวิกลจริต และศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 28)

“คนเสมือนไร้ความสามารถ” คือ บุคคลที่ไม่สามารถจัดทำงานของตนเองได้ เพราะกายพิการหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือประพฤตีสຸรຸຍສຸรຸຍ เสเพลเป็นอาชญาหรือเพราะเป็นคนติดสุรายาเมา และศาลได้สั่งเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 32)

บุตรบุญธรรมหรือบุตรที่ได้ยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นแล้ว ไม่อยู่ในข่ายได้รับการช่วยเหลือค่ารักษาพยาบาลตามพระราชกฤษฎีกา

ตัวอย่าง : นาย ก. เป็นข้าราชการ มีบุตรคือ ค. ซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ แต่นาย ก. ได้ยกบุตรของตนให้เป็นบุตรบุญธรรมของนาย ข. ซึ่งเป็นข้าราชการ หาก ค. ป่วยต้องเข้ารับการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาล ทั้ง นาย ก. และนาย ข. ก็ไม่มีสิทธิเบิกเงินค่ารักษาพยาบาลของ ค. ตามพระราชกฤษฎีกานี้

การนับลำดับบุตร ผู้มีสิทธิสามารถนำค่ารักษาพยาบาลของบุตรมาเบิกจ่ายได้เฉพาะบุตรลำดับที่ 1 – 3 โดยนับเรียงลำดับการเกิดก่อนหลัง ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็บุตรที่เกิดจากการสมรสครั้งใด หรืออยู่ในอุปการะเลี้ยงดู หรืออยู่ในอำนาจปกครองของตนหรือไม่ (พระราชกฤษฎีกาฯ มาตรา 6 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม)

สำหรับผู้มีสิทธิที่มีบุตรเกิน 3 คน และต่อมาบุตรคนใดคนหนึ่ง ใน 3 คนแรกนั้นตายลงก่อนบรรลุนิติภาวะ ผู้มีสิทธิสามารถนำบุตรในลำดับถัดไป ซึ่งแต่เดิมไม่สามารถนำค่ารักษาพยาบาลมาเบิกจากทางราชการเข้าแทนที่บุตรที่ตายลงก่อนบรรลุนิติภาวะ และสามารถใชัสิทธิเบิกค่ารักษาพยาบาลได้จนกว่าบุตรคนนั้นจะบรรลุนิติภาวะ หากบุตรลำดับที่ 1 ถึง ลำดับที่ 3 บรรลุนิติภาวะแล้ว หรือเสียชีวิตภายหลังบรรลุนิติภาวะ ก็ไม่สามารถนำบุตรลำดับถัดไปมาแทนที่ได้ (พระราชกฤษฎีกาฯ มาตรา 6 วรรคสอง)

บุตรแฝด หากผู้มีสิทธิหรือคู่สมรสของผู้มีสิทธิที่ยังไม่มีบุตร หรือมีบุตรแล้ว แต่ยังไม่ครบ 3 คนถ้าต่อมามีบุตรแฝดและทำให้มีบุตรเกิน 3 คน ก็ให้เบิกค่ารักษาพยาบาลให้กับบุตรได้ทั้งหมด (พระราชกฤษฎีกาฯ มาตรา 7 วรรคหนึ่ง)

### 3.3.3 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ. ศ. 2533

พระราชบัญญัติประกันสังคม พ. ศ. 2533 เป็นกฎหมายที่กำหนดให้มีการจัดตั้งกองทุนประกันสังคมโดยให้ลูกจ้างหรือผู้สมัครใจเข้าประกันตน นายจ้างและรัฐบาร่วมออกเงินสมทบเพื่อใช้กองทุนดังกล่าวเป็นหลักประกันให้แก่ลูกจ้างและผู้สมัครใจเข้าประกันตนได้รับการสงเคราะห์เมื่อประสบอันตราย เจ็บป่วย ทูพพลภาพ หรือตายอันมิใช่เนื่องมาจากการทำงาน การคลอดบุตร ชราภาพและการว่างงาน รวมทั้งการสงเคราะห์บุตร เป็นกฎหมายที่เพิ่มความมั่นคงทางสังคมให้แก่ผู้ใช้แรงงานซึ่งเป็นผู้ประกันตนมากขึ้น โดยได้มีการแบ่งผู้ประกันตนออกเป็น 3 ประเภท คือ 1) ผู้ประกันตนมาตรา 33 คือ ผู้ประกันตนที่อยู่ในข่ายบังคับของกฎหมายที่ทำงานอยู่ในสถานประกอบการที่มีลูกจ้างตั้งแต่ 1 คนขึ้นไป ให้ลูกจ้างซึ่งมีอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปีบริบูรณ์ และไม่เกิน 60 ปีบริบูรณ์ หรือเมื่อมีอายุครบหกสิบปีบริบูรณ์และยังคงเป็นลูกจ้างของนายจ้างซึ่งอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัตินี้ 2) ผู้ประกันตนมาตรา 39 คือ ผู้ที่เคยเป็นผู้ประกันตนตามมาตรา 33 แต่พ้นสภาพ

การเป็นลูกจ้างและได้สมัครเป็นผู้ประกันตนต่อไป และ 3) แรงงานนอกระบบที่มีรูปแบบการจ้างและนายจ้างที่ไม่ชัดเจนสามารถเข้าประกันตนได้ คือ ผู้ประกันตนภาคสมัครใจตามมาตรา 40

สำหรับสิทธิประโยชน์ที่ได้รับก็จะแตกต่างกันออกไปตามประเภทของผู้ประกันตน ผู้ประกันตนตามมาตรา 33 จะได้รับสิทธิประโยชน์ 7 กรณีคือ กรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยที่มีไข้เนื่องจากการทำงาน กรณีคลอดบุตร กรณีทุพพลภาพที่มีไข้เนื่องจากการทำงาน กรณีตายที่ไม่ใช่เนื่องจากการทำงาน กรณีสงเคราะห์บุตร กรณีชราภาพและกรณีว่างงาน ในส่วนของผู้ประกันตนตามมาตรา 39 มีสิทธิที่จะได้ประโยชน์เช่นเดียวกับผู้ประกันตนตามมาตรา 33 ยกเว้นกรณีว่างงาน สำหรับผู้ประกันตนตามมาตรา 40 การจ่ายเงินสมทบประกันสังคมมาตรา 40 มีด้วยกัน 3 ทางเลือก ได้แก่ จ่ายเงินสมทบ 70 บาทต่อเดือน จ่ายเงินสมทบ 100 บาทต่อเดือน และจ่ายเงินสมทบ 300 บาทต่อเดือน สิทธิประโยชน์ที่ผู้ประกันตนมาตรา 40 สามารถแบ่งตามเงินสมทบที่ผู้ประกันตนจ่ายทุกเดือน ซึ่งแต่ละทางเลือกก็จะได้รับสิทธิประโยชน์ที่แตกต่างกัน

นอกจากสิทธิประโยชน์ที่ได้รับจะแตกต่างกันออกไปแล้วแต่ประเภทของผู้ประกันตนแล้ว อัตราเงินสมทบก็ต่างกันออกไปเช่นเดียวกัน ภายใต้กฎกระทรวงกำหนดอัตราเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมเพื่อการจ่ายประโยชน์ทดแทนในกรณีว่างงาน พ.ศ. 2546 และกฎกระทรวงกำหนดอัตราเงินสมทบกองทุนประกันสังคม พ.ศ. 2545 อัตราเงินสมทบของผู้ประกันตนตามมาตรา 33 คือร้อยละ 5 ของค่าจ้างที่ลูกจ้างได้รับโดยฐานค่าจ้างรายเดือนต่ำสุดคือ 1,650 บาท และสูงสุด 15,000 บาท ส่วนอัตราเงินสมทบของผู้ประกันตนตามมาตรา 39 คือร้อยละ 9 จากฐานเงินเดือน 4,800 บาท (เท่ากับ 432 บาท) ในส่วนของอัตราเงินสมทบของผู้ประกันตนภาคสมัครใจตามมาตรา 40 เป็นไปตามพระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และอัตราการจ่ายเงินสมทบ ประเภทของประโยชน์ทดแทน ตลอดจนหลักเกณฑ์และเงื่อนไขแห่งสิทธิในการรับประโยชน์ทดแทนของบุคคลซึ่งสมัครเป็นผู้ประกันตน พ.ศ. 2561

สำหรับแรงงานภาคบังคับ หรือลูกจ้างผู้ซึ่งทำงานให้กับนายจ้างที่อยู่ในสถานประกอบการที่มีลูกจ้างตั้งแต่ 1 คนขึ้นไป หรือผู้ประกันตนตามมาตรา 33 จะได้รับความคุ้มครองจากกองทุนประกันสังคม 7 กรณี<sup>49</sup> ดังต่อไปนี้

## 1. กรณีเจ็บป่วย

### 1.1 การเจ็บป่วยปกติ

กรณีสิทธิประโยชน์ในสถานพยาบาลตามสิทธิจะให้ความคุ้มครองผู้ประกันตนที่ส่งเงินสมทบครบ 3 เดือน ภายใน 15 เดือน ก่อนเดือนที่เจ็บป่วยหรือประสบอันตราย สามารถเข้ารับการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลตามสิทธิหรือเครือข่ายของสถานพยาบาลนั้นได้ฟรี โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใดๆ ไม่ว่าจะเป็นผู้ป่วยนอกหรือผู้ป่วยใน รวมทั้งค่าตรวจสุขภาพและฟื้นฟูสมรรถภาพ เว้นแต่ ประสงค์สิ่งอำนวยความสะดวก เช่น ห้องพิเศษ แพทย์พิเศษ หรือค่าโทรศัพท์ เหล่านี้ต้องจ่ายเพิ่มเอง รวมถึงการเจ็บป่วย

<sup>49</sup> สำนักงานประกันสังคม. คู่มือผู้ประกันตน (pdf, สำนักงานประกันสังคม 2562).

หรือประสบอันตรายอันมิใช่เนื่องจากการทำงานด้วยเหตุหรือกลุ่มโรคและบริการที่ไม่มีสิทธิได้รับบริการทางการแพทย์

หากแพทย์ให้หยุดพักรักษาตัวสามารถขอรับเงินทดแทนการขาดรายได้ร้อยละ 50 ของค่าจ้างแต่ไม่เกิน 90 วัน ต่อครั้ง และในหนึ่งปีปฏิทินไม่เกิน 180 วันต่อปี ยกเว้นป่วยด้วยโรคเรื้อรัง จะได้รับเงินทดแทนการขาดรายได้ไม่เกิน 365 วัน

1.2 กรณีการประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยฉุกเฉิน ไม่สามารถเข้ารับบริการ ณ สถานพยาบาลที่กำหนดสิทธิได้ เมื่อเข้ารับบริการทางการแพทย์ ณ สถานพยาบาลอื่น สำนักงานประกันสังคมจ่ายค่าบริการทางการแพทย์ให้แก่ผู้ประกันตนหรือสถานพยาบาล ดังนี้

#### โรงพยาบาลรัฐบาล

- ผู้ป่วยนอก สำนักงานประกันสังคมจ่ายค่าบริการทางการแพทย์ เท่าที่จ่ายจริง ตามความจำเป็น

- ผู้ป่วยใน สำนักงานประกันสังคมจ่ายค่าบริการทางการแพทย์ ตามความจำเป็น ไม่เกิน 72 ชั่วโมงแรก ไม่รวมระยะเวลาในวันหยุดราชการ ยกเว้นค่าห้อง และค่าอาหารเท่าที่จ่ายจริงไม่เกิน 700 บาท ต่อวัน

#### โรงพยาบาลเอกชน

- ผู้ป่วยนอกให้ได้รับค่าบริการทางการแพทย์ตามจำนวนเท่าที่จ่ายจริง ไม่เกิน 1,000 บาท

- ผู้ป่วยในให้ได้รับค่าบริการทางการแพทย์เฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริง ตามความจำเป็น ภายในระยะเวลาไม่เกิน 72 ชั่วโมงแรก โดยไม่รวมวันหยุดราชการ ตามหลักเกณฑ์และจำนวนเงินทดแทนค่าบริการทางการแพทย์กรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยฉุกเฉิน

#### 2. กรณีคลอดบุตร

ผู้ประกันตนที่ส่งเงินสมทบครบ 5 เดือน ภายใน 15 เดือน ก่อนเดือนที่คลอดมีสิทธิได้รับค่าคลอดบุตรโดยไม่จำกัดจำนวนครั้ง ดังนี้

2.1 ผู้ประกันตนหญิง สามารถคลอดบุตรที่สถานพยาบาลใดก็ได้ แล้วนำสำเนาสูติบัตรของบุตร บัตรประจำตัวประชาชนมายื่นเรื่องที่สำนักงานประกันสังคมจะได้รับเงินค่าคลอดบุตรเหมาจ่าย จำนวน 15,000 บาท และยังสามารถยื่นเรื่องขอการคลอดบุตรอีก ในอัตรา ร้อยละ 50 ของค่าจ้างเฉลี่ยเป็นเวลา 90 วัน (เงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร เบิกได้ ไม่เกิน 2 ครั้ง)

2.2 ผู้ประกันตนชายที่มีภริยาจดทะเบียนสมรสหรือหญิงซึ่งอยู่กินกันฉันสามีภริยา แต่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส สามารถเบิกค่าคลอดบุตรได้ โดยนำสำเนาสูติบัตรของบุตร สำเนาทะเบียนสมรส

(ถ้ามี) หรือหนังสือรับรองกรณีไม่มีทะเบียนสมรส (เฉพาะกรณีผู้ประกันตนไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับภริยา) มาเบิกเงินที่สำนักงานประกันสังคม จะได้รับเฉพาะเงินค่าคลอดบุตรเหมาจ่าย จำนวน 15,000 บาท

### 2.3 ค่าตรวจและรับฝากครรภ์

- อายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ จ่ายในอัตราเท่าที่จ่ายจริง ไม่เกิน 500 บาท
- อายุครรภ์มากกว่า 12 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ จ่ายในอัตราเท่าที่จ่ายจริง ไม่เกิน 300 บาท
- อายุครรภ์มากกว่า 20 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 28 สัปดาห์ จ่ายในอัตราเท่าที่จ่ายจริง ไม่เกิน 200 บาท

### 3. กรณีทุพพลภาพ

ผู้ประกันตนที่ส่งเงินสมทบครบ 3 เดือน ภายใน 15 เดือน ก่อนเดือนที่ทุพพลภาพ

3.1 กรณีทุพพลภาพระดับความสูญเสียไม่รุนแรง ให้มีสิทธิได้รับเงินทดแทนการขาดรายได้ ดังนี้

3.1.1 ทุพพลภาพจนทำให้ความสามารถในการทำงานลดลงถึงขนาดไม่อาจประกอบกรงานตามปกติและงานอื่นได้ ให้มีสิทธิได้รับเงินทดแทนการขาดรายได้ในอัตราร้อยละ 30 ของค่าจ้าง ตลอดระยะเวลาที่ไม่สามารถประกอบกรงานได้แต่ไม่เกิน 180 เดือน

3.1.2 ทุพพลภาพจนทำให้ความสามารถในการทำงานลดลง โดยมีรายได้ลดลงจากเดิมจึงจะได้รับเงินทดแทนการขาดรายได้ในส่วนที่ลดลง แต่ไม่เกินร้อยละ 30 เป็นระยะเวลาไม่เกิน 180 เดือน

3.2 กรณีทุพพลภาพระดับความสูญเสียรุนแรง ให้มีสิทธิได้รับเงินทดแทนการขาดรายได้ในอัตราร้อยละ 50 ของค่าจ้างเฉลี่ยตลอดชีวิต

### 4. กรณีตาย

ผู้ประกันตนที่ส่งเงินสมทบครบ 1 เดือน ภายใน 6 เดือน ก่อนเดือนถึงแก่ความตาย จะได้รับค่าทำศพ 40,000 บาท และเงินสงเคราะห์กรณีตาย

หากผู้ประกันตนจ่ายเงินสมทบตั้งแต่ 36 เดือนขึ้นไป แต่ไม่ถึง 120 เดือน จะได้รับเงินสงเคราะห์ในอัตราร้อยละ 50 ของค่าจ้าง 4 เดือน

หากผู้ประกันตนจ่ายเงินสมทบตั้งแต่ 120 เดือนขึ้นไป จะได้รับเงินสงเคราะห์ในอัตราร้อยละ 50 ของค่าจ้าง 12 เดือน

### 5. กรณีสงเคราะห์บุตร

ผู้ประกันตนที่ส่งเงินสมทบครบ 12 เดือน ภายใน 36 เดือน ก่อนเดือนที่มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทน โดยจะได้รับเงินสงเคราะห์บุตรเหมาจ่ายเดือนละ 600 บาทต่อบุตร 1 คน เป็นรายเดือน คราวละไม่เกิน 3 คน ตั้งแต่แรกเกิดจนถึง 6 ปีบริบูรณ์ (ต้องเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย) และในกรณีได้รับมติดีเป็นผู้ทุพพลภาพหรือถึงแก่ความตาย ให้ได้รับเงินสงเคราะห์บุตรต่อไปจนบุตรมีอายุครบ 6 ปีบริบูรณ์

## 6. กรณีชราภาพ

### 6.1 เงินบำเหน็จชราภาพ

กรณีจ่ายเงินสมทบต่ำกว่า 12 เดือน จะได้รับเงินบำเหน็จชราภาพเท่ากับจำนวนเงินสมทบเฉพาะส่วนของผู้ประกันตน กรณีจ่ายเงินสมทบตั้งแต่ 12 เดือนขึ้นไป แต่ไม่ครบ 180 เดือน จะได้รับเงินบำเหน็จชราภาพเท่ากับจำนวนเงินสมทบที่ผู้ประกันตนและนายจ้างจ่ายสมทบพร้อมผลประโยชน์ตอบแทนตามที่สำนักงานประกันสังคมประกาศกำหนด

### 6.2 เงินบำนาญชราภาพ

ได้รับเงินบำนาญชราภาพร้อยละ 20 ของค่าจ้างเฉลี่ย 60 เดือน สุดท้ายที่ใช้เป็นฐานในการคำนวณเงินสมทบก่อนความเป็นผู้ประกันตนสิ้นสุดลง กรณีจ่ายเงินสมทบมากกว่า 180 เดือน (15 ปีขึ้นไป) ให้ปรับเพิ่มอัตราเงินบำนาญชราภาพขึ้นอีกร้อยละ 1.5 ต่อระยะเวลาการจ่ายเงินสมทบครบทุก 12 เดือน

กรณีผู้รับเงินบำนาญชราภาพถึงแก่ความตาย ภายใน 60 เดือน นับแต่เดือนที่มีสิทธิได้รับเงินบำนาญชราภาพ จะได้รับเงินบำเหน็จชราภาพจำนวน 10 เท่าของเงินบำนาญชราภาพรายเดือนที่ได้รับคราวสุดท้ายก่อนถึงแก่ความตาย

1. กรณีผู้ประกันตนที่ได้รับประโยชน์ทดแทนในกรณีชราภาพถึงแก่ความตาย หรือผู้รับเงินบำนาญถึงแก่ความตาย ภายใน 60 เดือน นับแต่เดือนที่มีสิทธิได้รับเงินบำนาญชราภาพให้ทายาทของผู้นั้นได้รับเงินบำเหน็จชราภาพ ได้แก่

(1) บุตร ยกเว้นบุตรบุญธรรมหรือบุตรซึ่งได้ยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น ให้ได้รับสองส่วน ถ้าผู้ประกันตนที่ตายมีบุตรตั้งแต่สามคนขึ้นไป ให้ได้รับสามส่วน

(2) สามีหรือภริยาให้ได้รับหนึ่งส่วน

(3) บิดามารดา หรือบิดาหรือมารดาที่มีชีวิตอยู่ให้ได้รับหนึ่งส่วน

(4) บุคคลซึ่งผู้ประกันตนทำหนังสือระบุไว้เป็นผู้มีสิทธิได้รับเงินบำเหน็จชราภาพ ให้ได้รับหนึ่งส่วน

2. ในกรณีที่ไม่มีทายาทตาม (1) (2) (3) หรือ (4) หรือทายาทนั้นได้ตายไปเสียก่อน ให้แบ่งเงินในระหว่างทายาท ผู้มีสิทธิในอนุมาตราที่มีทายาทผู้มีสิทธิได้รับ

3. ในกรณีที่ไม่มีทายาทผู้มีสิทธิได้รับเงินบำเหน็จชราภาพตามข้อ 2 ให้ทายาทของผู้ประกันตนหรือผู้รับเงินบำนาญชราภาพแล้วแต่กรณีดังต่อไปนี้ มีสิทธิได้รับเงินบำเหน็จชราภาพตามลำดับ หากบุคคลลำดับใดมีจำนวนมากกว่าหนึ่งคน ให้บุคคลลำดับนั้นได้รับส่วนแบ่งเท่ากัน

(1) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน

(2) พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดา

(3) ปู่ ย่า ตา ยาย

(4) ลุง ป้า น้า อา



## 7. กรณีว่างงาน

ผู้ประกันตนที่ส่งเงินสมทบครบ 6 เดือน ภายใน 15 เดือน ก่อนการว่างงาน กรณีที่ถูกเลิกจ้าง จะได้รับเงินทดแทนการขาดรายได้ในระหว่างการว่างงานร้อยละ 50 ของค่าจ้าง ครั้งละไม่เกิน 180 วัน กรณีที่ลาออกหรือสิ้นสุดสัญญาจ้างที่มีกำหนดระยะเวลาการจ้างไว้แน่นอน จะได้รับเงินทดแทนการขาดรายได้ในระหว่างการว่างงานร้อยละ 30 ของค่าจ้าง ครั้งละไม่เกิน 90 วัน

### 3.3.4 พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545

หลักประกันสุขภาพตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 หรือโครงการที่รู้จักกันทั่วไปว่า “โครงการบัตรทอง” ภายใต้พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 เกิดขึ้นเพื่อให้ประชาชนทุกคนมีหลักประกันสุขภาพโดยถ้วนหน้าโดยมีเป้าหมายให้ประชาชนไทยทุกคนสามารถเข้าถึงบริการด้านสุขภาพได้ตามความจำเป็น ซึ่งมีเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้มีสิทธิและสิทธิประโยชน์ ดังที่ปรากฏตามความในหมวด 1 มาตรา 5 ซึ่งได้กำหนดให้บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขที่มีมาตรฐานและประสิทธิภาพและตามความในมาตรา 6 กำหนดให้บุคคลที่ประสงค์จะใช้สิทธิในระบบหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้าให้ยื่นคำขอลงทะเบียนต่อสำนักงานหรือหน่วยงานที่สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติกำหนดและเลือกหน่วยบริการเป็นหน่วยบริการประจำของตน

แม้มาตรา 5 ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว จะได้บัญญัติให้เป็นสิทธิของประชาชนทุกคนในการได้รับสิทธิตามโครงการ แต่การดำเนินการลงทะเบียนก็ถือเป็นขั้นตอนที่มีความสำคัญที่จะทำให้ประชาชนผู้มีสิทธิได้รับสิทธิในระบบหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้าอย่างครบถ้วนและสมบูรณ์ ประชาชนจึงจำเป็นต้องมีการลงทะเบียนก่อนเพื่อให้ได้รับสิทธิภายใต้โครงการ นอกจากนี้ความหมายของคำว่า “บุคคลทุกคน” ตามมาตรา 5 ยังปรากฏเงื่อนไขบางประการสำหรับผู้มีสิทธิตามโครงการกล่าวคือ ต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทยและไม่ใช่ผู้มีสิทธิในหลักประกันสุขภาพอื่นที่รัฐจัดให้ดังรายละเอียดตามมาตรา 9 และมาตรา 10 เช่นผู้มีสิทธิตามกฎหมายว่าด้วยประกันสังคม ข้าราชการ หรือลูกจ้างของส่วนราชการทุกประเภท และผู้ซึ่งปฏิบัติงานให้แก่หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือบุคคลอื่นใดที่มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลโดยใช้จ่ายจากเงินงบประมาณของรัฐ เป็นต้น

สำหรับเหตุผลที่ผู้มีสิทธิต้องมีสัญชาติไทยเป็นไปตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ประกอบกับบทบัญญัติในมาตรา 52 และมาตรา 82 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่บัญญัติให้ “ชนชาวไทย” ย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน ดังนั้นการกำหนดให้ “บุคคล” มีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขที่ได้มาตรฐานตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ “บุคคล” ดังกล่าวจึงหมายถึง “ชนชาวไทย” เท่านั้น

สำหรับสิทธิประโยชน์ในการรักษาพยาบาลภายใต้โครงการประกอบด้วย การให้บริการสาธารณสุขตามที่คณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 1/2545 วันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2545 เห็นชอบให้ประเภทและขอบเขตบริการสาธารณสุขที่ใช้ขณะดำเนินการนำร่อง “โครงการ 30 บาทรักษาทุกโรค” (ชื่อโครงการเดิม) เป็นเกณฑ์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้และคงใช้

ต่อเนื่องมาจนปัจจุบัน จึงทำให้ประเภทและขอบเขตบริการสาธารณสุขยังคงเป็นไปตามระเบียบกระทรวงสาธารณสุขว่าด้วยหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2544 หมวด 4 ว่าด้วยการรับบริการทางการแพทย์ ซึ่งถูกนำมาจัดหมวดหมู่ใหม่ตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 มาตรา 3 ในเรื่อง “ค่าใช้จ่ายเพื่อบริการสาธารณสุข” โดยมีรายละเอียดการให้บริการจำนวน 12 รายการ ได้แก่ 1. ค่าสร้างเสริมสุขภาพและป้องกันโรค 2. ค่าตรวจวินิจฉัยโรค 3. ค่าตรวจและรับฝากครรภ์ 4. ค่าบำบัดและบริการทางการแพทย์ 5. ค่ายา ค่าเวชภัณฑ์ ค่าอวัยวะเทียม และค่าอุปกรณ์ทางการแพทย์ 6. ค่าทำคลอด 7. ค่ากินอยู่ในหน่วยบริการ 8. ค่าบริหารทารกแรกเกิด 9. ค่ารพพยาบาลหรือค่าพาหนะรับส่งผู้ป่วย 10. ค่าพาหนะรับส่งผู้ทุพพลภาพ 11. ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพร่างกายและจิตใจ 12. ค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นเพื่อการบริการสาธารณสุขตามที่คณะกรรมการกำหนด

ทั้งนี้การเข้ารับบริการสาธารณสุขตามรายการข้างต้น ยังสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณีคือ กรณีทั่วไป ซึ่งให้สิทธิบุคคลที่ได้ลงทะเบียนหน่วยบริการเป็นหน่วยบริการประจำ แล้วใช้สิทธิรับบริการสาธารณสุขได้จากหน่วยบริการประจำของตน หรือหน่วยบริการปฐมภูมิ ในเครือข่ายหรือจากหน่วยบริการอื่นที่หน่วยบริการประจำของตนหรือเครือข่ายส่งต่อ โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย และยกเลิกการร่วมจ่ายค่าบริการทางการแพทย์ที่เรียกเก็บในอัตรา 30 บาท ในแต่ละครั้งที่เข้ารับบริการ นับตั้งแต่วันที่ 31 ตุลาคม พ.ศ. 2549 เป็นต้นไป และกรณีอุบัติเหตุหรือการเจ็บป่วยฉุกเฉิน ซึ่งให้สิทธิบุคคลสามารถใช้บริการจากหน่วยบริการประจำที่ได้ลงทะเบียนโดยไม่มีข้อจำกัด แต่หากใช้บริการจากหน่วยบริการอื่น ผู้มีสิทธิสามารถใช้บริการกรณีอุบัติเหตุได้โดยคำนึงถึงความสะดวกและความจำเป็นของผู้มีสิทธิเป็นหลักและให้เข้ารับบริการจากหน่วยบริการที่ใกล้ที่สุดเป็นลำดับแรก

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดในข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าการตั้งครุฑหรือการมีบุตรของประชาชนไทยย่อมได้รับการคุ้มครองซึ่งแสดงได้ชัดเจนจากการให้สิทธิประโยชน์ขั้นพื้นฐานของชนชาวไทย ไม่ว่าจะเป็นการได้รับความคุ้มครองจากหลักประกันสุขภาพตามสิทธิและสวัสดิการข้าราชการ หลักประกันสุขภาพตามสิทธิประกันสังคมตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 หลักประกันสุขภาพตามสิทธิบัตรทองตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 โดยประชาชนแต่ละคนจะได้รับการคุ้มครองตามสิทธิของตน ประเภทใดประเภทหนึ่งเท่านั้น ซึ่งแต่เดิมการมีบุตร หรือการคลอดบุตร มิได้มีการกำหนดไว้อย่างละเอียดว่าเป็นการคลอดบุตรของตนหรือไม่ กำหนดแต่เพียงหากแต่จะเป็นบุตรของบิดา บิดาและมารดา จะต้องทำการจดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมาย หรือกรณีที่บิดาจดทะเบียนว่าเป็นบุตร หรือศาลพิพากษาว่าเป็นบุตร เท่านั้น และในกรณีที่เด็กเกิดจากหญิงที่ได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงเท่านั้น ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับการตั้งครุฑแทนหรือการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยในการเจริญพันธุ์ ในสมัยก่อนยังไม่ได้เป็นที่นิยมมากนัก อีกทั้งยังไม่มีกฎหมายให้การคุ้มครองในเรื่องของการตั้งครุฑแทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อย่างถูกต้องตามกฎหมาย รวมถึงการกำหนดความชอบธรรมของความเป็นบิดามารดาที่ต่างออกไปกรณี

ดังกล่าวจึงส่งผลให้การคุ้มครองตามหลักประกันสุขภาพพื้นฐานที่เกี่ยวกับการมีบุตร หรือ การตั้งครรภ์เป็นไปตามหลักความชอบธรรมของบิดามารดา และตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์เท่านั้น และยังไม่ปรากฏหลักการในการให้ความคุ้มครองกรณีที่มีการตั้งครรภ์แทนโดยใช้ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

### 3.3.5 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541<sup>50</sup>

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองในเรื่องชั่วโมงการทำงาน เวลาพักผ่อน การทำงานล่วงเวลา วันลา การทำงานในวันหยุดการจ่ายค่าจ้าง และค่าล่วงเวลา ค่าตอบแทน การทำงานในวันหยุด ตลอดจนค่าชดเชยเมื่อเลิกจ้างโดยเป็นการคุ้มครอง สภาพการทำงานตั้งแต่เริ่มเข้าทำงานจนกระทั่งออกจากงาน ตลอดจนการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่บุคคล บางกลุ่ม เช่น เด็กและสตรี เพื่อมิให้มีการใช้แรงงานหนักเกินไปจนอาจก่อให้เกิดอันตราย แม้ว่าพระราชบัญญัตินี้ จะบัญญัติให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับการใช้แรงงานหญิงไว้แล้วก็ตาม แต่เนื่องจากว่าแรงงานหญิงที่ทำงานส่วนใหญ่ อยู่ในช่วงระหว่างเจริญพันธุ์จึงทำให้มีการตั้งครรภ์ในระหว่างทำงานอยู่เป็นจำนวนมากและในช่วงที่หญิงตั้งครรภ์นั้น ก็ถือได้ว่าเป็นช่วงที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก ดังนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 จึงได้มีการ บัญญัติกฎหมายขึ้นมาเป็นลักษณะพิเศษในการให้ความคุ้มครองในกรณีที่ลูกจ้างหญิงมีครรภ์ โดยการคุ้มครองในกรณีมีครรภ์ของลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงนั้น กฎหมายฉบับดังกล่าวนี้จะให้ความคุ้มครอง แก่ลูกจ้างที่เป็นหญิงทันทีตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ กล่าวคือ นับแต่มีการปฏิสนธิและไข่มมีการฝังตัว ในผนังมดลูกของเพศหญิงโดยเมื่อลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงทราบว่าตนเองตั้งครรภ์ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ก็จะทำให้การคุ้มครองแก่ลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงและเป็นที่น่าสังเกตประการหนึ่งของกฎหมายฉบับนี้ก็คือ การคุ้มครองลูกจ้างหญิงมีครรภ์นั้น กฎหมายมิได้มีการกำหนดอายุหรือระยะเวลาในการตั้งครรภ์ไว้ แต่กฎหมายจะคุ้มครองทันที เมื่อใดก็ตามที่ลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงได้ทราบถึงการตั้งครรภ์ของตนเองและนายจ้าง จะให้ลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์ทำงานลักษณะใดๆ ที่กฎหมายได้กำหนดห้ามไว้มิได้ แม้ว่าสาเหตุ แห่งการตั้งครรภ์นั้นจะเกิดจากการถูกข่มขืน ไม่ปรากฏตัวของชายผู้เป็นสามี หรือเกิดจากการสมรสโดยไม่ชอบ ด้วยกฎหมายก็ตามโดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองลูกจ้างหญิงมีครรภ์ ไว้ดังนี้

#### (1) สิทธิของลูกจ้างหญิงมีครรภ์ในการลาคลอดบุตร

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 41 บัญญัติว่า

“มาตรา 41 ให้ลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์มีสิทธิลาเพื่อคลอดบุตรครรภ์หนึ่ง ไม่เกิน

เก้าสิบแปดวัน

วันลาตามวรรคหนึ่ง ให้นับรวมวันหยุดที่มีในระหว่างวันลาด้วย”

<sup>50</sup> กขมน ทรงพิทักษ์กุล, ‘ปัญหาทางกฎหมายในการจัดสวัสดิการแรงงานสำหรับลูกจ้างหญิงมีครรภ์’ (วิทยานิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา 2551) 43-48.

สาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าว คือ

- (1) ลูกจ้างหญิงที่มีครรภ์มีสิทธิลาเพื่อคลอดบุตร
- (2) ลาคคลอดบุตรได้ครรภ์หนึ่งไม่เกินเก้าสิบแปดวัน
- (3) วันหยุดที่อยู่ในระหว่างวันลาคลอดบุตร ให้ถือเป็นวันลาคลอดบุตร

การลาตามบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ลูกจ้างหญิงมีครรภ์มีสิทธิลาเพื่อคลอดบุตร อยู่ดูแลเลี้ยงดูบุตร รวมทั้งเตรียมตัวในการคลอดบุตรด้วย ดังนั้นการลาเพื่อคลอดบุตรจะลาก่อนคลอดหรือหลังคลอดก็ได้ ลูกจ้างหญิงมีครรภ์จะเป็นผู้กำหนดเองว่าจะลาคลอดในช่วงก่อนคลอดและจะลาในช่วงหลังคลอดเป็นระยะเวลาเท่าไร โดยกฎหมายมิได้กำหนดบังคับช่วงระยะเวลาในการลาก่อนคลอด และช่วงระยะเวลาหลังคลอดไว้ ซึ่งระยะเวลาในการลาคลอดนี้ กฎหมายบัญญัติว่าให้นับรวมถึงวันหยุดต่างๆ ที่มีในระหว่างช่วงระยะเวลาที่ใช้สิทธิในการลาคลอดด้วย และวันลาเพื่อคลอดบุตรไม่ถือว่าเป็นวันลาป่วย เพราะฉะนั้นถ้าลูกจ้างหญิงใช้สิทธิลาเพื่อคลอดบุตรจนครบ 98 วันเต็มตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว หากร่างกายยังไม่เป็นปกติดี หรือยังไม่พร้อมจะเข้าทำงานตามปกติได้ ย่อมสามารถใช้สิทธิลาป่วยต่อได้ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ลูกจ้างไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิงมีสิทธิลาป่วยได้เท่าที่ป่วยจริงโดยได้รับค่าจ้าง ปีหนึ่งไม่เกิน 30 วันทำงาน (คือไม่นับรวมวันหยุด) ทำให้พิจารณาเรื่องระยะเวลาได้ว่าลูกจ้างหญิงมีครรภ์นอกจากจะมีสิทธิลาเพื่อคลอดบุตรตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ เป็นระยะเวลาไม่เกิน 98 วันแล้ว หากปรากฏว่าภายหลังจากคลอดบุตรแล้ว ลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงไม่สามารถที่จะกลับเข้ามาทำงานได้ เนื่องจากการเจ็บป่วยหรือเนื่องจากการคลอดบุตร ก็ยังสามารถใช้สิทธิในเรื่องการลาป่วยตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้และก็ใช้กฎเกณฑ์ในเรื่องการลาป่วยทั่วไปมาบังคับ

บทบัญญัติตามมาตรา 41 นี้ให้สิทธิแก่ลูกจ้างหญิงมีครรภ์สามารถใช้สิทธิทันทีที่ตนเองมีความต้องการที่จะลาคลอดบุตร เพราะเป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติให้สิทธิไว้ โดยนายจ้างไม่มีสิทธิที่จะไม่อนุญาตให้ลูกจ้างมีครรภ์ใช้สิทธิลาคลอดได้ ดังนั้น หากปรากฏข้อเท็จจริงเป็นที่เห็นได้เด่นชัดถึงการตั้งครรภ์และมีความจำเป็นในการต้องลาเพื่อคลอดบุตรของลูกจ้างหญิงมีครรภ์แล้ว นายจ้างต้องอนุญาตให้ลาหยุดงานเพื่อคลอดบุตรได้ โดยลูกจ้างหญิงมีครรภ์นั้นไม่ว่าสาเหตุแห่งการตั้งครรภ์จะเกิดขึ้นจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย เช่น ถูกข่มขืน หรือเกิดจากการสมรสโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ปรากฏตัวของชายผู้เป็นสามี (พ่อของเด็กในท้อง) สาเหตุที่กล่าวมาข้างต้นเหล่านี้ก็ถือว่ามีสิทธิลาคลอดบุตรได้ และสามารถ ใช้สิทธิในการลาคลอดโดยไม่จำกัดจำนวน คือไม่ว่าลูกจ้างหญิงจะตั้งครรภ์กี่ครั้ง ก็สามารถลาเพื่อคลอดบุตรได้ทุกครั้ง นอกจากนี้การที่มีสิทธิในการลาเพื่อคลอดบุตรนั้น แม้ว่าลูกจ้างหญิงมีครรภ์จะเข้ามาทำงานได้เพียงแค่วัน 1 เดือนก็สามารถใช้สิทธิลาเพื่อคลอดบุตรได้โดยกฎหมายในเรื่องดังกล่าวนี้มีได้มีการกำหนด ระยะเวลาในการทำงานสำหรับการที่จะมีสิทธิลาไว้

อย่างไรก็ดี การใช้สิทธิลาเพื่อคลอดบุตรนั้น ลูกจ้างหญิงมีครรภ์สามารถใช้สิทธิลาในช่วงเวลาก่อนคลอดจนถึงคลอดจริง หรือช่วงเวลาที่คลอดจนถึงระหว่างให้นมบุตร แต่กรณีที่ลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงลาไปตรวจครรภ์ถือว่าเป็นการลากิจ ไม่ใช่เป็นการลาคลอดเพราะยังไม่ถึงกำหนดคลอด และไม่ใช่ว่าลาป่วยเพราะ

ลูกจ้างไม่ได้ป่วย และสิทธิการลาคลอดนี้จะไม่รวมถึงกรณีที่ลูกจ้างหญิงแท้งลูกด้วย เพราะการที่จะได้รับสิทธิการลาคลอดนี้ต้องเป็นกรณีที่การลาคลอดของหญิงที่คลอดทารกออกมาในขณะที่ยังมีชีวิตและอยู่รอดเป็นทารก แต่สำหรับการแท้งเป็นการคลอดออกมาของทารกที่ไม่มีชีวิตแล้ว ด้วยเหตุนี้ ในเรื่องการได้รับสิทธิในการลาคลอดจึงไม่รวมถึงการแท้ง แม้ว่าการแท้งนั้นจะไม่ได้เกิดจากการกระทำโดยจงใจของหญิง หรือเกิดจากการกระทำของแพทย์ที่ต้องทำแท้งเพื่อรักษาชีวิตของหญิงซึ่งเป็นมารดาก็ตาม กฎหมายห้ามทั้งหมดซึ่งในกรณีนี้มีนักกฎหมายหลายท่านเห็นว่าถ้าลูกจ้างหญิงมีครรภ์นั้นแท้งบุตรก่อนครบยี่สิบแปดสัปดาห์ ไม่ถือเป็นการคลอดบุตรต้องเป็นการลาป่วย หากมีครรภ์ครบยี่สิบแปดสัปดาห์ขึ้นไป แม้ทารกออกจากครรภ์มารดาแล้วไม่มีชีวิตก็ถือเป็นวันลาคลอดบุตรได้ โดยเทียบเคียงพระราชบัญญัติประกันสังคมมาตรา 5

## (2) สิทธิในการขอให้นายจ้างเปลี่ยนงานเป็นการชั่วคราว

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 42 บัญญัติเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองลูกจ้างหญิงมีครรภ์ว่า “ในกรณีที่ลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์มีใบรับรองของแพทย์แผนปัจจุบันชั้นหนึ่งมาแสดงว่าไม่อาจทำงานในหน้าที่เดิมต่อไปได้ให้ลูกจ้างนั้นมีสิทธิขอให้นายจ้างเปลี่ยนงานในหน้าที่เดิมเป็นการชั่วคราวก่อนหรือหลังคลอดได้ และให้นายจ้างพิจารณาเปลี่ยนงานที่เหมาะสมให้แก่ลูกจ้างนั้น” เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองสุขภาพและอนามัยของลูกจ้างหญิง และทารกที่คลอดออกมามีความสมบูรณ์และปลอดภัย ดังนั้น กฎหมายจึงบัญญัติให้สิทธิแก่ลูกจ้างหญิงมีครรภ์มีสิทธิที่จะขอให้นายจ้างเปลี่ยนตำแหน่งหน้าที่การงานเดิมที่ตนเองได้ทำอยู่ หากปรากฏว่าลักษณะงานที่ตนเองทำอยู่นั้นมีความเสี่ยง หรือเป็นอันตรายต่อสุขภาพและอนามัยของลูกจ้างหญิงมีครรภ์นั้น โดยช่วงระยะเวลาในการขอเปลี่ยนตำแหน่งงานเป็นการชั่วคราวนี้ลูกจ้างหญิงสามารถขอเปลี่ยนในระหว่างก่อนคลอด หรือภายหลังคลอด หรืออยู่ในระหว่างให้นมบุตรก็ได้ เนื่องจากภายหลังคลอดบุตรแล้วร่างกายของหญิงอาจไม่แข็งแรงเหมือนเก่าต้องใช้เวลาพักฟื้นระยะหนึ่ง ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อการทำางานในตำแหน่งหน้าที่เดิมเพราะหน้าที่เดิมนั้นไม่เหมาะสม กฎหมายจึงกำหนดให้ลูกจ้างหญิงมีครรภ์มีสิทธิพิเศษกว่าลูกจ้างอื่นๆ

สิทธิดังกล่าวถือว่าเป็นสิทธิที่ลูกจ้างหญิงมีครรภ์สามารถที่จะร้องขออนายจ้างได้ แต่มีเงื่อนไขว่าลูกจ้างหญิงนั้นต้องมีใบรับรองแพทย์แผนปัจจุบันชั้นหนึ่งมาแสดงต่อนายจ้างว่าไม่อาจทำงานในหน้าที่เดิมต่อไปได้เป็นเวลานานเท่าใด ทั้งนี้ แพทย์อาจมีความเห็นว่าลูกจ้างหญิงนั้นไม่อาจทำงานในหน้าที่เดิมได้ตลอดไปเนื่องจากการตั้งครรภ์และการคลอดนั้น แต่ตามมาตรา 42 นี้ได้กำหนดให้นายจ้างเปลี่ยนงานในหน้าที่เดิมเป็นการชั่วคราวเท่านั้น และงานนั้นจะต้องเป็นงานที่เหมาะสมแก่ลูกจ้างหญิงนั้น ในกรณีเดียวกันนี้นายจ้างก็สามารถเปลี่ยนงานให้ลูกจ้างหญิงมีครรภ์เป็นการชั่วคราวก่อนหรือหลังคลอดได้เช่นกัน แต่ทั้งนี้ต้องเข้าใจเงื่อนไขตามกฎหมายว่างานนั้นจะต้องเป็นงานที่เหมาะสมและไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ อนามัยของลูกจ้างหญิงมีครรภ์ด้วย

ฝ่ายนายจ้าง เมื่อได้รับคำร้องขอแล้วจะต้องทำการเปลี่ยนตำแหน่งหน้าที่การงานโดยการหาตำแหน่งหน้าที่การงานที่เหมาะสมให้ลูกจ้างหญิงต่อไป และหากปรากฏว่านายจ้างฝ่าฝืนข้อห้าม

ตามที่มาตรา 42 ได้บัญญัติไว้คือ พิจารณาเปลี่ยนงานที่เหมาะสมให้แก่ลูกจ้างหญิงมีครรภ์ที่ขอให้นายจ้างเปลี่ยนงานจากหน้าที่เดิมเป็นการชั่วคราวก่อนหรือหลังการคลอด โดยมีใบรับรองแพทย์มาแสดงว่าไม่อาจทำงานในหน้าที่เดิมต่อไปได้ มาตรา 144 ได้กำหนดให้รับโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากการไม่พิจารณาเปลี่ยนงานที่เหมาะสมให้แก่ลูกจ้างหญิง และปรากฏว่าลูกจ้างหญิงได้รับอันตรายแก่กาย หรือจิตใจ หรือถึงแก่ความตายให้นายจ้างรับโทษดังนี้ คือ โทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

### (3) การจ่ายค่าจ้างแก่ลูกจ้างหญิงที่ลาคลอดบุตร

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 59 บัญญัติว่า “ให้นายจ้างจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงในวันลาเพื่อคลอดบุตรเท่ากับค่าจ้างในวันทำงานตลอดระยะเวลาที่ลา แต่ไม่เกินสี่สัปดาห์”

กฎหมายกำหนดขึ้นเป็นบทบังคับที่นายจ้างจะต้องปฏิบัติและถือเป็นสิทธิที่ลูกจ้างมีสิทธิที่จะได้รับ กล่าวคือ ในระหว่างที่ลาคลอดนั้นหากลูกจ้างหญิงได้ใช้สิทธิในการลาคลอดบุตรเป็นระยะเวลา 98 วัน พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ได้กำหนดให้นายจ้างต้องจ่ายอัตราค่าจ้างในระหว่างที่ลาคลอดนั้นแก่ลูกจ้างเท่ากับค่าจ้างในวันทำงานตลอดระยะเวลาที่ลาเป็นจำนวน 45 วัน โดยลูกจ้างไม่มีสิทธิจะเรียกร้องหรือบังคับให้นายจ้างจ่ายค่าจ้างเป็นจำนวนเกินกว่า 45 วันได้ และในทำนองเดียวกันนายจ้างจะกำหนดให้ลูกจ้างมีสิทธิได้รับค่าจ้างเป็นจำนวนเกินกว่า 45 วันได้ และในทำนองเดียวกันนายจ้างจะกำหนดให้ลูกจ้างมีสิทธิได้รับค่าจ้างในอัตราต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดไม่ได้เช่นเดียวกัน และหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการใช้สิทธิเพื่อลาคลอดบุตรของลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์นั้นได้ใช้สิทธิลาเพื่อคลอดบุตรน้อยกว่า 45 วัน กฎหมายก็ให้นายจ้างจ่ายค่าจ้างให้ตามระยะเวลาที่หยุดจริงเท่านั้น คือใช้สิทธิเท่าไร ก็จ่ายให้ตามจำนวนวันที่หยุดจริง เช่นลูกจ้างหญิงลาคลอดบุตร 30 วัน ก็ได้ค่าจ้างเท่ากับวันลา คือ 30 วัน แต่หากลาคลอดบุตร 90 วัน ก็จะได้รับค่าจ้างเพียง 45 วัน และสิทธิในการได้รับค่าจ้างตลอดระยะเวลาที่ลาคลอดนั้น แม้ว่าลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงจะทำงานมาเพียง 1 วัน หรือ 1 เดือนก็มีสิทธิได้รับในจำนวนวันลาคลอด 90 วันนี้นายจ้างจะกำหนดในข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานให้ลูกจ้างหญิงมีสิทธิลาคลอดบุตร โดยมีจำนวนวันลาคลอดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไม่ได้เพราะกฎหมายคุ้มครองแรงงานเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานที่ลูกจ้างพึงได้รับการปฏิบัติจากนายจ้างต่ำที่สุดแล้ว ดังนั้น นายจ้างและลูกจ้างหญิงมีครรภ์จะทำข้อตกลงให้สิทธิประโยชน์ในเรื่องนี้เพื่อให้ลูกจ้างหญิงมีครรภ์ได้รับน้อยกว่าที่กำหนดไว้ไม่ได้ถือว่าข้อบังคับดังกล่าวเป็นโมฆะ ไม่มีผลบังคับตามกฎหมายเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

### (4) ข้อจำกัดในการทำงานของลูกจ้างหญิงมีครรภ์

ในปี พ.ศ. 2550 มีการเสนอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 39 และเพิ่มความในมาตรา 39/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 ดังนี้



“มาตรา 39 ห้ามมิให้นายจ้างให้ลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์ทำงานอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) งานเกี่ยวกับเครื่องจักรหรือเครื่องยนต์ที่มีความสั่นสะเทือน
- (2) งานขับเคลื่อนหรือติดไปกับยานพาหนะ
- (3) งานยก แบก หาม หาบ ทูน ลาก หรือเข็นของหนักเกินสิบห้ากิโลกรัม
- (4) งานที่ทำในเรือ
- (5) งานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

“มาตรา 39/1 ห้ามมิให้นายจ้างให้ลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์ทำงานในระหว่างเวลา 22.00 นาฬิกา ถึงเวลา 06.00 นาฬิกา ทำงานล่วงเวลา หรือทำงานในวันหยุด

ในกรณีที่ลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์ทำงานในตำแหน่งผู้บริหารงานวิชาการ งานธุรการ หรืองานเกี่ยวกับการเงินหรือบัญชี นายจ้างอาจให้ลูกจ้างนั้นทำงานล่วงเวลาในวันทำงานได้เท่าที่ไม่มีผลกระทบต่อสุขภาพของลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์โดยได้รับความยินยอมจากลูกจ้างก่อนเป็นคราวๆ ไป”

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2562 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่ม 136 ตอนที่ 43 ก ลงวันที่ 5 เมษายน 2562 และมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดสามสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ดังนั้น จึงมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 4 พฤษภาคม 2562 เป็นต้นไป

## บทที่ 4

### ปัญหาและการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการจ่ายประโยชน์ทดแทน ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 อันเนื่องมาจากการตั้งครุภัณฑ์แทน

จากที่ได้ศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการให้ความคุ้มครองผู้ประกันตนกรณีคลอดบุตรตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 แล้ว พบว่า พระราชบัญญัติดังกล่าวมีหลักการในการให้สวัสดิการการคุ้มครองสมาชิกซึ่งเป็นผู้ประกันตนและพระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2533 โดยยังมีได้มีการแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ตั้งแต่มีผลใช้บังคับเป็นระยะเวลากว่า 30 ปี นอกจากการแก้ไขปรับปรุงอัตราการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมและเมื่อสภาวะการของเทคโนโลยีในปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไป มนุษย์หรือประชากรที่มีบุตรยากได้เริ่มมองหาเทคโนโลยีทางการแพทย์เพื่อรักษาภาวะการมีบุตรยาก ทำให้เทคโนโลยีดังกล่าวเริ่มมีผลต่อสภาพสังคมไทยมากยิ่งขึ้นจนกระทั่งได้มีการมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะที่ให้ความคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญ โดยพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีหลักการคุ้มครองตัวเด็กเป็นการเฉพาะโดยการกำหนดบุคคลที่มีสถานะความเป็นบิดามารดา โดยมีได้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นบทบัญญัติที่ใช้เป็นการทั่วไปมากำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากอุ้มบุญแต่อย่างไร และนอกจากนี้พระราชบัญญัติเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ก็ได้มีการกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองด้านสุขภาพของหญิงซึ่งรับตั้งครุภัณฑ์แทนแต่อย่างไร ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงหลักประกันสุขภาพพื้นฐานที่ให้ความคุ้มครองแก่บุคคล และประชาชนทั่วไป โดยเฉพาะกรณีการให้ความคุ้มครองกับผู้ประกันตนในระบบประกันสังคม จึงพบว่าพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ยังมีความไม่สอดคล้องกับการมีผลใช้บังคับของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และผู้ประกันตนที่มีบุตรยาก รวมถึงผู้ประกันตนที่รับตั้งครุภัณฑ์แทน อาจยังไม่ได้รับการคุ้มครองด้านสุขภาพจากหลักประกันสุขภาพพื้นฐานของรัฐอย่างเหมาะสม และสอดคล้องกับสภาวะการณ์และเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่เปลี่ยนแปลงไป และผู้ศึกษาพบว่ามีปัญหาเกี่ยวกับการใช้บังคับเกี่ยวกับการจ่ายประโยชน์ทดแทนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 อันเนื่องมาจากการตั้งครุภัณฑ์แทน โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนี้

#### 4.1 ปัญหาการตีความทางกฎหมายในการจ่ายค่าคลอดบุตร

ค่าคลอดบุตรถือเป็นประโยชน์ทดแทนที่สำคัญประการหนึ่งในการให้การบริหารทารกแรกคลอดสำหรับลูกจ้างผู้ประกันตนทั้งหญิงและชาย โดยที่พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 5 ได้กำหนดค่านियามคำว่า “การคลอดบุตร” หมายความว่า การที่ทารกออกจากครรภ์มารดาซึ่งมีระยะเวลาตั้งครรภ์ไม่น้อยกว่าสี่สัปดาห์ ไม่ว่าทารกจะมีชีวิตรอดอยู่หรือไม่ ซึ่งการบัญญัติเช่นนี้เป็นไปตามหลักของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ที่บัญญัติว่า สภากบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก และสิ้นสุดลงเมื่อตาย และในวรรคสองบัญญัติว่า ทารกในครรภ์มารดาที่สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก แต่เมื่อพิจารณาในกรณีการตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญนั้น พบว่าในปัจจุบันมีกฎหมายบัญญัติรับรองเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทนไว้โดยเฉพาะแล้ว กล่าวคือ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ บัญญัติว่า “เด็กที่เกิดจากอสุจิไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร

จึงเห็นได้ว่า กฎหมายประกันสังคมยังไม่ปรากฏหลักการที่แน่ชัดและไม่มียกเว้นข้อยกเว้นการคลอดบุตรอันเกิดจากการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ซึ่งหากตีความตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ซึ่งได้กำหนดให้ผู้ประกันตนหากเป็นหญิงที่จะมีสิทธิได้รับค่าคลอดบุตรนั้น จะต้องเป็นกรณีที่ทารกออกจากครรภ์หญิงที่เป็นมารดาเท่านั้น หรือในกรณีที่ เป็นผู้ประกันตนชายใช้สิทธิเบิกค่าคลอดบุตร จะต้องเป็นกรณีที่หญิงซึ่งเป็นภริยาหรือมีหนังสือรับรองการอยู่กินฉันสามีภริยาเป็นผู้คลอดทารกนั้นด้วยตนเอง ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งโดยหลักการให้ถือว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สามีภรรยาซึ่งประสงค์จะมีบุตร ดังนั้น เมื่อเด็กที่คลอดออกจากครรภ์ของหญิงซึ่งตั้งครรภ์แทน หญิงนั้นมิใช่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร และในขณะเดียวกันคู่สมรสฝ่ายหญิงที่ประสงค์ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน แม้คู่สมรสฝ่ายหญิงนั้นจะถือเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก็ตาม แต่หญิงนั้นมิได้เป็นผู้คลอดทารกออกจากครรภ์ของตนเองคู่สมรสฝ่ายหญิงที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น ก็ไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีค่าคลอดบุตรเช่นกัน ด้วยเหตุนี้การรับตั้งครรภ์แทน หรือการอุ้มบุญนั้น จึงไม่อาจรับประโยชน์ทดแทนอันเกี่ยวกับบุตรจากกองทุนประกันสังคมได้เลย ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความไม่เป็นธรรมกับผู้ประกันตนและเป็นการลิดรอนสิทธิจากการที่กฎหมายไม่ทันต่อเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีความเจริญก้าวหน้าในปัจจุบัน

แต่อย่างไรก็ตามหากจะตีความในทางที่เป็นคุณต่อผู้ประกันตน ให้การตั้งครรภ์แทนมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรต่อเมื่อผู้ประกันตนได้นำส่งเงินสมทบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ก็ให้ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับค่าคลอดบุตรนั้น ก็จะเกิดประเด็นปัญหาต่อมาว่าหากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ประกันตน กล่าวคือ ฝ่ายคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร กับ ฝ่ายที่รับตั้งครรภ์แทน กรณีนี้ผู้ประกันตนฝ่ายใดจะมีสิทธิได้รับค่าคลอดบุตรนั้น กรณีนี้ยังคงเป็นปัญหาที่ยังไม่มีข้อยุติที่แน่ชัด ทั้งนี้ ได้มีการหารือร่วมกันภายในสำนักงานประกันสังคม ในเรื่องข้อหาหรือประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร กรณีมีการรับตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยที่คู่สามีภรรยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงฝ่ายที่รับตั้งครรภ์แทน ทั้งสองฝ่ายต่างเป็นผู้ประกันตน โดยการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มีมติอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นการตั้งครรภ์แทนโดยชอบตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กรณีดังกล่าวจึงมีประเด็นอย่างแรกที่ต้องพิจารณาให้ได้ก่อนว่าฝ่ายใดมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนในส่วนของคุณค่าคลอดบุตร

ประเด็นปัญหาดังกล่าวได้มีความเห็นจากหน่วยงานภายในสังกัดสำนักงานประกันสังคมซึ่งมีความเห็นแตกต่างกัน 2 แนวทาง ดังนี้

แนวความเห็นที่หนึ่ง<sup>51</sup> มีความเห็นว่า ฝ่ายผู้ประกันตนซึ่งเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร เนื่องจากผู้รับตั้งครรภ์แทนแม้จะเป็นผู้คลอดทารกที่เกิดจากการเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน แต่ผู้รับตั้งครรภ์แทนดังกล่าวมิได้มีฐานะเป็นมารดาของทารกที่คลอดออกมาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และนิยาม “การคลอดบุตร” ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ฝ่ายผู้รับตั้งครรภ์แทนจึงไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนในส่วนของคุณค่าคลอดบุตร

ในส่วนของคุณค่าสามีภรรยาที่มีความประสงค์ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนนั้น แม้ผู้ที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แต่ผู้ที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนมิได้เป็นผู้คลอดทารกออกจากครรภ์ ดังนั้น ฝ่ายผู้ประกันตนหญิงที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน จึงไม่ใช่มารดาตามนิยาม “การคลอดบุตร” แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ดังนั้น ผู้ประกันตนฝ่ายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจึงไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนในส่วนของคุณค่าคลอดบุตรเช่นกัน

<sup>51</sup> หนังสือกองกฎหมาย สำนักงานประกันสังคม ด่วนที่สุด ที่ รง 0602/2609 ลงวันที่ 6 พฤษภาคม 2565 เรื่องขอความเห็นชอบกรณีตอบข้อหาหรือประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

สรุปได้ว่า แนวความเห็นที่หนึ่งนั้น หากมีการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะฝ่ายที่รับตั้งครรภ์แทนหรือฝ่ายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์ หากทั้งสองฝ่ายต่างมีสถานะความเป็นผู้ประกันตนและนำส่งเงินสมทบครบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่สามารถได้รับประโยชน์ทดแทนในส่วนของคุณค่าคลอดบุตรได้เลย

แนวความเห็นที่สอง<sup>52</sup>มีความเห็นว่า คำนิยามคำว่า “คลอดบุตร” ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 หมายความว่า การที่ทารกคลอดออกจากครรภ์มารดา ซึ่งมีระยะเวลาตั้งครรภ์ไม่น้อยกว่าสี่สิบแปดสัปดาห์ ไม่ว่าจะทารกจะมีชีวิตอยู่รอดหรือไม่ ซึ่งคำว่าทารกออกจากครรภ์มารดาในที่นี้หมายถึง ทารกออกจากครรภ์ของบุคคลซึ่งตั้งครรภ์ตามความเป็นจริง มิได้หมายถึงการที่ทารกออกจากครรภ์ของมารดาที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจากบุคคลดังกล่าวมิได้เป็นผู้ตั้งครรภ์แต่อย่างใด แต่ความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นเนื่องจากวิวัฒนาการความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีและหลักการด้านเทคนิคทางกฎหมายที่มุ่งให้บรรลู่วัตถุประสงค์บางประการในการรองรับความต้องการของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรแต่ไม่สามารถมีบุตรเองได้ตามธรรมชาติ โดยต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้ทารกที่คลอดออกมาเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของตนเอง ดังนั้น ผู้ประกันตนที่ตั้งครรภ์จริงจึงเป็นผู้มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

สรุปได้ว่า แนวความเห็นที่สองนั้นเห็นว่า ฝ่ายหญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิได้รับค่าคลอดบุตร เนื่องจากหญิงนั้นเป็นผู้ตั้งครรภ์และเป็นผู้คลอดทารกนั้นออกจากครรภ์ เป็นการพิจารณาลักษณะทางกายภาพเป็นสำคัญ มิได้พิจารณาถึงความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แต่อย่างใดแต่เป็นการพิจารณาจากตัวบุคคลซึ่งตั้งครรภ์และเป็นผู้คลอดทารกตามความเป็นจริง และเห็นว่าการคุ้มครองบุตรซึ่งเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นหลักการด้านเทคนิคทางกฎหมายที่มุ่งให้บรรลู่วัตถุประสงค์บางประการในการรองรับความต้องการของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรแต่ไม่สามารถมีบุตรเองได้ตามธรรมชาติเท่านั้น

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายต่างประเทศในเรื่องการให้ความคุ้มครองหรือประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรในส่วนของคุณค่าคลอดบุตรอันเนื่องมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้น แม้ประเทศสหราชอาณาจักรและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การให้สวัสดิการหรือจ่ายประโยชน์ทดแทนในส่วนของคุณค่าคลอดบุตรซึ่งเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะจ่ายให้แก่ฝ่ายที่ประสงค์จะมีบุตร หรือฝ่ายที่รับตั้งครรภ์แทน ฝ่ายใดจะมีสิทธิดีกว่ากัน หรือควรจะมีฝ่ายใดจะได้รับค่าคลอดบุตรหรือไม่นั้น แต่เมื่อพิจารณา

<sup>52</sup> หนังสือสำนักสิทธิประโยชน์ สำนักงานประกันสังคม ด่วนที่สุด ที่ รง 0629/1627 ลงวันที่ 14 มิถุนายน 2565 เรื่อง เสนอความเห็นเพิ่มเติมในการพิจารณาข้อหาหรือประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

ถึงหลักการให้ความคุ้มครองแรงงานหญิงซึ่งตั้งครุฑประกอบกับการให้ความคุ้มครองด้านการประกันสังคม ในส่วนของประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรของแต่ละประเทศ จะเห็นได้ว่าทั้งสองประเทศดังกล่าว ระบบการให้ความคุ้มครองแรงงานหญิงที่ตั้งครุฑและการให้ความคุ้มครองสมาชิกที่ตั้งครุฑให้มีสิทธิได้รับค่าคลอดบุตร มีความสอดคล้องกันเนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายให้สิทธิแก่แรงงาน “หญิง” ที่ตั้งครุฑ อีกทั้ง มิได้กำหนด คำนียามของการคลอดบุตรไว้ ดังนั้น การให้ความคุ้มครองแรงงานหญิงจึงเป็นหลักการที่ให้ความคุ้มครองค่อนข้างกว้าง ถึงแม้จะไม่มีข้อกำหนดมาตรการคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครุฑแทนไว้อย่างชัดเจน และไม่พบการกำหนดบทบัญญัติ อันเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครุฑแทนด้านการจัดหาประกันสุขภาพหรือประกันชีวิตให้แก่หญิง รวมทั้ง ไม่มีการกำหนดให้ความคุ้มครองผู้ประกันตนซึ่งเป็นสมาชิกในความคุ้มครองของการประกันสังคมในเรื่องของการตั้งครุฑแทนไว้อย่างชัดเจนก็ตาม ก็อาจถือได้ว่าหากเป็นแรงงานหญิงที่ตั้งครุฑไม่ว่าจะเกิดจากการตั้งครุฑตามธรรมชาติ หรือเกิดจากการตั้งครุฑแทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก็ตาม แรงงานหญิงที่ตั้งครุฑย่อมมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากระบบประกันสุขภาพพื้นฐานของแต่ละประเทศ ในขณะที่ประเทศเวียดนามก็ได้ให้สิทธิแก่มารดาอุ้มบุญให้มีสิทธิได้รับบริการจากระบบประกันสังคม เช่นเดียวกับสิทธิประโยชน์อื่นของกรณีตั้งครุฑและคลอดบุตร โดยกำหนดให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึง มารดาอุ้มบุญด้วย

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการตั้งครุฑแทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในระบบประกันสังคมของประเทศต่าง ๆ ยังไม่มีการกำหนดชัดเจนว่าให้การคุ้มครองแก่สมาชิกในเรื่องของการตั้งครุฑแทน ไม่ว่าจะเป็นการให้ความคุ้มครองฝ่ายที่ประสงค์จะมีบุตร ฝ่ายที่รับตั้งครุฑแทน หรือไม่ให้สิทธิแก่ฝ่ายใดเลย แต่เมื่อศึกษาการให้ความคุ้มครองของประเทศสหราชอาณาจักรและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น การให้ความคุ้มครองแก่แรงงานหญิงที่ตั้งครุฑมีความสอดคล้องกัน อีกทั้งในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ให้การคุ้มครองประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร รวมถึงการหยุดเพื่อดูแลบุตรบุญธรรมด้วย ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีของค่าคลอดบุตรไม่ว่าจะเป็นของประเทศสหราชอาณาจักรและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หากหญิงซึ่งเป็นสมาชิกมีการตั้งครุฑและคลอดบุตร ก็จะมีสิทธิได้รับการคุ้มครองการตั้งครุฑ โดยมีได้ค้ำประกันว่าการคลอดบุตรนั้นเป็นการคลอดบุตรอันเกิดจากการตั้งครุฑแทนหรือไม่ ในขณะที่การให้ความคุ้มครองกรณีมารดาอุ้มบุญของประเทศเวียดนามกำหนดหลักการให้ความคุ้มครองอย่างชัดเจน

ดังนั้น ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีค่าคลอดบุตรตาม พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ยังไม่มีหลักการที่แน่ชัดว่าให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงกรณีตั้งครุฑแทนหรือไม่อย่างไร เนื่องจากมีความขัดข้องในเรื่องคำนิยาม “การคลอดบุตร” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ที่กำหนดว่า “คลอดบุตร หมายความว่า การที่ทารกคลอดออกจากครรภ์มารดา..” ซึ่งการตั้งครุฑแทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การคลอดทารกออกมานั้น เป็นการคลอดทารกออกจากครรภ์หญิงที่รับตั้งครุฑแทน และหญิงดังกล่าวมิได้มีสถานะเป็นมารดา กรณีนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ควรกำหนดหลักการที่แน่ชัด โดยแก้ไขกฎหมาย



ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ประกันตนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากผู้ประกันตนเป็นผู้นำส่งเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคม เมื่อตนประสบภาวะที่ต้องรักษาการมีบุตรยากของตน โดยจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนและเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายที่ให้การคุ้มครอง ดังนั้น เมื่อมีการคลอดบุตรอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ผู้ประกันตนก็ควรมีสติได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีค่าคลอดบุตร ซึ่งเป็นไปตามหลักการเฉลี่ยทุกข์-เฉลี่ยสุข ของกองทุนประกันสังคม

#### 4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการจ่ายค่าฝากครรภ์

ค่าฝากครรภ์ เป็นส่วนหนึ่งของประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร เพื่อส่งเสริมคุณภาพชีวิตที่ดีของผู้ประกันตน หรือคู่สมรสที่ตั้งครรภ์ให้มีคุณภาพตามเกณฑ์มาตรฐาน ตั้งแต่ระยะแรกของการตั้งครรภ์ให้ได้รับการตรวจอย่างสม่ำเสมอเพื่อให้การคลอดเป็นไปอย่างราบรื่น ซึ่งในการเบิกค่าฝากครรภ์ผู้ประกันตนทั้งชายและหญิงสามารถใช้สิทธิเบิกค่าฝากครรภ์ได้ทั้งสิ้น และในการเบิกค่าฝากครรภ์จะต้องนำเอกสารหลักฐานตามที่สำนักงานประกันสังคมกำหนดมายื่นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อตรวจสอบและวินิจฉัยการจ่ายค่าฝากครรภ์ ซึ่งในกรณีดังกล่าวหากผู้ประกันตนที่มีการตั้งครรภ์แทนมิได้แสดงข้อตกลงการรับตั้งครรภ์แทนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ กรณีดังกล่าวก็จะไม่สามารถตรวจสอบได้ว่าเป็นการเบิกประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือเป็นการเบิกประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรของเด็กซึ่งเกิดจากการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ และอาจเกิดปัญหาในการใช้สิทธิซ้ำซ้อน

ตามประกาศคณะกรรมการการแพทย์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม เรื่องหลักเกณฑ์และอัตราสำหรับประโยชน์ทดแทนกรณีการฝากครรภ์ตามเกณฑ์คุณภาพ ลงวันที่ 9 ธันวาคม 2563 กำหนดให้ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับค่าฝากครรภ์ 5 ครั้ง รวมเป็นเงิน 1,500 บาท ดังนี้

- (1) อายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ จ่ายในอัตราเท่าที่จ่ายจริงไม่เกิน 500 บาท
- (2) อายุครรภ์มากกว่า 12 สัปดาห์แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ จ่ายในอัตราเท่าที่จ่ายจริงไม่เกิน 300 บาท
- (3) อายุครรภ์มากกว่า 20 สัปดาห์แต่ไม่เกิน 28 สัปดาห์ จ่ายในอัตราเท่าที่จ่ายจริงไม่เกิน 300 บาท
- (4) อายุครรภ์มากกว่า 28 สัปดาห์แต่ไม่เกิน 32 สัปดาห์ จ่ายในอัตราเท่าที่จ่ายจริงไม่เกิน 200 บาท
- (5) อายุครรภ์มากกว่า 32 สัปดาห์ถึง 40 สัปดาห์ขึ้นไป จ่ายในอัตราเท่าที่จ่ายจริงไม่เกิน 200 บาท

ในการพิจารณาวินิจฉัยจ่ายประโยชน์ทดแทนค่าตรวจและรับฝากครรภ์ตามแนวปฏิบัติ การจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีฝากครรภ์ตามเกณฑ์คุณภาพ พ.ศ. 2564 กำหนดให้ผู้ประกันตนหญิงที่ตั้งครรภ์ และผู้ประกันตนชาย รวมถึงภริยาของผู้ประกันตนชาย หรือหญิงซึ่งอยู่กินฉันสามีภริยา โดยเปิดเผยกรณีผู้ประกันตนชายไม่มีภริยา ให้มีสิทธิได้รับค่าตรวจและรับฝากครรภ์ โดยเอกสารประกอบการยื่นคำขอในกรณีผู้ประกันตนชายใช้สิทธิเบิก ได้แก่ แบบคำขอรับประโยชน์ทดแทน กองทุนประกันสังคม (สปส.2-01) และสำเนาทะเบียนสมรส หรือหนังสือรับรองของผู้ประกันตนกรณีไม่มีทะเบียนสมรส หรือในกรณีผู้ประกันตนหญิงใช้สิทธิเบิก เอกสารประกอบการยื่นคำขอ ได้แก่ แบบคำขอรับประโยชน์ทดแทน กองทุนประกันสังคม (สปส.2-01) โดยต้องให้ผู้ประกันตนหญิงระบุเลขประจำตัวประชาชนของฝ่ายชายในแบบคำขอ

เพื่อประโยชน์ของเจ้าหน้าที่วินิจฉัยในการตรวจสอบ และป้องกันการใช้สิทธิซ้ำซ้อน ใบรับรองแพทย์ซึ่งออกโดย สุนัขแพทย์ หรือหนังสือรับรองการรักษาซึ่งออกโดยพยาบาลวิชาชีพ หรือกรณีไม่มีใบรับรองแพทย์ หรือไม่มี หนังสือรับรองการรักษา อนุโลมให้ใช้สมุดบันทึกสุขภาพแม่และเด็กประจำตัวหญิงตั้งครรภ์ที่ปรากฏรายละเอียด ชื่อ - ชื่อสกุลของหญิงตั้งครรภ์ และระบุผลการบันทึกการตรวจครรภ์ตามช่วงอายุครรภ์ประกอบการยื่นขอรับ ค่าตรวจและรับฝากครรภ์ และใบเสร็จรับเงินค่าตรวจและรับฝากครรภ์ โดยวันที่ออกใบเสร็จรับเงินต้องตรงกับ ใบรับรองแพทย์ หรือหนังสือรับรองการรักษาซึ่งออกโดยพยาบาลวิชาชีพ ระบุรายการค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับ ค่าฝากครรภ์ ของสถานพยาบาลที่เข้ารับบริการ<sup>53</sup>

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติของการเบิกจ่ายค่าฝากครรภ์ ไม่ได้มีการตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมายของมารดา หากหญิงซึ่งเป็นผู้ประกันตนได้ส่งเงินสมทบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดก็มีสิทธิได้รับ ค่าฝากครรภ์ โดยใช้ใบรับรองแพทย์และใบเสร็จรับเงินค่าฝากครรภ์เป็นหลักฐานประกอบการยื่นขอรับค่าฝากครรภ์ ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวจะเกิดประเด็นปัญหาว่า หญิงซึ่งตั้งครรภ์แทนมีสิทธิได้รับค่าฝากครรภ์หรือไม่ และหาก หญิงนั้นไม่ได้แสดงหนังสือขอตกลงเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนให้กับพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ทำการวินิจฉัยเบิกจ่าย ประโยชน์ทดแทน และได้ทำการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีค่าฝากครรภ์ให้กับหญิงตั้งครรภ์แทนไป กรณีนี้ หากปรากฏข้อเท็จจริงภายหลังว่าการตั้งครรภ์ที่ได้รับค่าตรวจและรับฝากครรภ์นั้น เป็นการตั้งครรภ์แทนที่ยัง มิได้ปรากฏข้อเท็จจริงภายหลังว่าการตั้งครรภ์ที่ได้รับค่าตรวจและรับฝากครรภ์นั้น เป็นการตั้งครรภ์แทนที่ยัง มิได้ปรากฏหลักฐานที่แน่ชัดว่าให้การคุ้มครองในกรณีของการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์หรือไม่ อย่างไร พนักงานเจ้าหน้าที่ก็อาจมีความผิดได้ เนื่องจากไม่ได้มีการตรวจสอบเอกสาร หลักฐานให้ครบถ้วนประกอบกับกฎหมายและแนวปฏิบัติก็ได้กำหนดให้ผู้ประกันตนซึ่งรับตั้งครรภ์แทน ต้องแสดงหนังสือขอตกลงดังกล่าวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในการเบิกประโยชน์ทดแทนกรณีค่าฝากครรภ์ และในการที่กฎหมายและแนวปฏิบัติได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน ก็อาจทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายหรือความ หละหลวมในการตรวจสอบของพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ ซึ่งหากมีการเบิกจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีดังกล่าวไปแล้ว และมีการตรวจสอบพบในภายหลังว่าผู้ประกันตนเป็นผู้ไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีดังกล่าว การติดตามเรียกเงินประโยชน์ทดแทนคืนจากผู้ประกันตนดังกล่าว ย่อมเป็นการยากยิ่งกว่าในการกำหนด กฎหมายหรือแนวปฏิบัติให้ชัดเจน

เมื่อพิจารณาศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ทั้งในส่วนของประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศเวียดนาม การให้ความคุ้มครองด้านประโยชน์ทดแทนกรณี คลอดบุตรให้ความคุ้มครองหญิงสมาชิกที่ตั้งครรภ์ ในส่วนของค่าฝากครรภ์จะรวมอยู่ในค่าบริการ ทางการแพทย์ แม้ในประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะไม่ได้กำหนดหลักการ

<sup>53</sup> แนวปฏิบัติการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีฝากครรภ์ตามเกณฑ์คุณภาพ พ.ศ. 2564 ตามประกาศคณะกรรมการ การแพทย์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม เรื่อง หลักเกณฑ์และอัตราสำหรับประโยชน์ทดแทนกรณีฝากครรภ์ตามเกณฑ์ คุณภาพ พ.ศ. 2564

ให้ความคุ้มครองหญิงที่ตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้อย่างแน่ชัด แต่ก็กำหนดหลักการว่าอย่างกว้างเพื่อที่จะให้ความคุ้มครองหญิงสมาชิกที่ตั้งครรภ์ และในขณะเดียวกันที่ประเทศเวียดนามได้ให้หลักการการคุ้มครองอย่างแน่ชัดถึงการให้ความคุ้มครองมารดาอุ้มบุญ โดยการให้บริการทางการแพทย์กรณีเจ็บป่วยครอบคลุมตั้งแต่การตรวจการรักษาการป้องกันและบำบัด รวมไปถึงบริการดูแลมารดาที่ตั้งครรภ์และคลอดบุตรซึ่งมารดาอุ้มบุญก็ได้รับบริการจากระบบประกันดังกล่าวด้วย เช่นเดียวกับสิทธิประโยชน์อื่นของกรณีตั้งครรภ์และคลอดบุตรที่ครอบคลุมมารดาอุ้มบุญด้วย

ดังนั้น ผู้ศึกษามีความเห็นว่าเป็นเรื่องของการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรของไทยนั้น ควรจะนำหลักการของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กซึ่งเกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาพิจารณาให้ชัดเจนว่ามีผลกระทบกับกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคมเกี่ยวกับการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร หรือไม่ อย่างไร และควรกำหนดหลักการให้แน่ชัดถึงการให้ความคุ้มครองว่าจะให้ประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรแก่ฝ่ายใดบ้าง และในส่วนของพิจารณาจ่ายค่าฝากครรภ์นั้น สำนักงานประกันสังคมควรกำหนดเพิ่มเติมในการเรียกเอกสารหลักฐานในการประกอบการพิจารณาว่าการฝากครรภ์ดังกล่าวเป็นการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติหรือการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อให้การวินิจฉัยดังกล่าวเป็นไปด้วยความเรียบร้อยและเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งยังเป็นการป้องกันการวินิจฉัยผิดพลาดของเจ้าหน้าที่วินิจฉัยอีกด้วย

#### 4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการจ่ายค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร

ในการจ่ายค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรนั้น พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มิได้กำหนดหลักการที่แน่ชัดในกรณีที่มีการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หากผู้ประกันตนซึ่งเป็นคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร และผู้ประกันตนฝ่ายที่รับตั้งครรภ์แทน ทั้งสองฝ่ายต่างเป็นผู้ประกันตน ในกรณีนี้มีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาในการจ่ายค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรว่า ผู้ประกันตนฝ่ายใดจะมีสิทธิได้รับค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร

ค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร เป็นส่วนหนึ่งของประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร โดยที่พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 66 วรรคสอง กำหนดว่า “ผู้ประกันตนซึ่งต้องหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรให้ได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 67 ด้วย” ค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่หญิงตั้งครรภ์ ซึ่งมีเหตุจำเป็นต้องใช้ระยะเวลาในการพักผ่อนและฟื้นฟูร่างกายตามที่แพทย์แนะนำในช่วงของการตั้งครรภ์หรือภายหลังการคลอดบุตร เป็นเหตุให้หญิงตั้งครรภ์จำเป็นต้องหยุดงาน และกำหนดให้ผู้ประกันตนหญิงตั้งครรภ์มีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรไม่เกิน 2 ครั้ง เป็นการเหมาจ่ายในอัตราครั้งละร้อยละ 50 ของค่าจ้างเป็นเวลา 90 วัน ประกอบกับพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 5

ได้กำหนดคำนิยามคำว่า “การคลอดบุตร” หมายความว่า การที่ทารกออกจากครรภ์มารดาซึ่งมีระยะเวลาตั้งครรภ์ไม่น้อยกว่าสี่สัปดาห์ ไม่ว่าทารกจะมีชีวิตรอดอยู่หรือไม่

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในเรื่องของการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จะส่งผลกระทบต่อการพิจารณาจ่ายค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร ดังนี้

4.3.1 ในกรณีที่ผู้ประกันตนหญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้คลอดทารกออกจากครรภ์ แต่ผู้ประกันตนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนดังกล่าว มิได้มีสถานะความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ผู้ประกันตนรายดังกล่าวจะมีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรหรือไม่

4.3.2 ในขณะเดียวกันกรณีผู้ประกันตนฝ่ายคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร คู่สมรสฝ่ายดังกล่าวมีสถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แต่ผู้ประกันตนฝ่ายคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรมิได้เป็นผู้คลอดทารกออกจากครรภ์ แต่เป็นผู้อยู่ในภาวะการมีบุตรยาก จึงจำเป็นต้องอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เพื่อช่วยให้มีบุตรตามความประสงค์ของคู่สมรสของตน อีกทั้งยังเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน รวมถึงค่าใช้จ่ายในการตรวจ ค่ารักษาพยาบาล ตามกระบวนการรับตั้งครรภ์แทนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ค่าตรวจวินิจฉัย สุขภาวะของทารกในครรภ์ และค่าวินิจฉัยทางพันธุกรรมของเด็ก ก่อนตั้งครรภ์ ระหว่างตั้งครรภ์ และหลังคลอด อันเนื่องมาจากข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ เช่น ค่าฝากครรภ์ ค่าฉีดวัคซีน ตามที่กำหนดในแบบข้อตกลงการรับตั้งครรภ์แทน แนบท้ายประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวันตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และเมื่อบุตรของตนได้คลอดออกจากครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ผู้ประกันตนซึ่งเป็นมารดาที่แท้จริงย่อมที่จะต้องหยุดงานเพื่อดูแลบุตรของตน กรณีนี้ผู้ประกันตนหญิงฝ่ายคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรจะมีสิทธิได้รับค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรด้วยหรือไม่

ประเด็นปัญหาดังกล่าวได้มีความเห็นจากหน่วยงานภายในสังกัดสำนักงานประกันสังคม ซึ่งมีความเห็นแตกต่างกัน 3 แนวทาง ดังนี้

แนวความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่า การเบิกเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรเป็นสิทธิของสามี ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเมื่อพิจารณาถึงเอกสารประกอบการยื่นคำขอประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรที่กำหนดให้ผู้ประกันตนแนบสำเนาสูติบัตรของบุตร ในกรณีไม่ได้จดทะเบียนสมรสให้แนบหนังสือรับรองของ

ผู้ประกันตนกรณีไม่มีทะเบียนสมรส ดังนั้น สิทธิการเบิกเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร จึงเป็นสิทธิของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>54</sup>

สรุปได้ว่า แนวความเห็นที่หนึ่ง พิจารณาการจ่ายเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรจากเอกสารประกอบการยื่นคำขอประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร ได้แก่ สำเนาสูติบัตรของบุตร และทะเบียนสมรส หรือหนังสือรับรองของผู้ประกันตนกรณีไม่มีทะเบียนสมรส มิได้พิจารณาในข้อขัดข้องทางกฎหมายในเรื่องของคำนิยามการคลอดบุตร และมีได้พิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงของการตั้งครรภ์ว่าเป็นการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ หรือเป็นการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

แนวความเห็นที่สอง<sup>55</sup> เห็นว่า ฝ่ายผู้ประกันตนซึ่งเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์ค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร เนื่องจากผู้รับตั้งครรภ์แทนแม้จะเป็นผู้คลอดทารกที่เกิดจากการเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน แต่ผู้รับตั้งครรภ์แทนดังกล่าวมิได้มีฐานะเป็นมารดาของทารกที่คลอดออกมาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และนิยาม “การคลอดบุตร” ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ฝ่ายผู้รับตั้งครรภ์แทนจึงไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนในส่วนของเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร แต่สำหรับเงินค่าจ้างในวันลาเพื่อการคลอดบุตรจากสถานประกอบการเป็นข้อตกลงระหว่างนายจ้างกับผู้ประกันตนซึ่งต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

ในส่วนของผู้ประกันตนหญิงที่มีความประสงค์จะมีบุตรนั้น แม้ผู้ที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แต่ผู้ที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน มิได้เป็นผู้คลอดทารกออกจากครรภ์ ดังนั้น ฝ่ายผู้ประกันตนหญิงที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน จึงไม่ใช่มารดาตามนิยาม “การคลอดบุตร” แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ดังนั้น ผู้ประกันตนหญิงฝ่ายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจึงไม่มีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรเช่นกัน

สรุปได้ว่า แนวความเห็นที่สองเห็นว่า ในกรณีของการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือฝ่ายหญิงที่ประสงค์ที่จะมีบุตร แม้ทั้งสองฝ่ายต่างมีสถานะความเป็นผู้ประกันตนและนำส่งเงินสมทบครบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด แต่ทั้งสองฝ่ายก็ไม่สามารถรับประโยชน์ทดแทนในส่วนของเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรได้เลย

---

<sup>54</sup> หนังสือสำนักจัดระบบบริการทางการแพทย์ สำนักงานประกันสังคม ที่ รง 0626/7904 ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2561 เรื่อง รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการพิจารณาอนุบัญญัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ครั้งที่ 5/2561

<sup>55</sup> เพิ่งอ้าง.

แนวความเห็นที่สาม<sup>56</sup> เห็นว่า ผู้ตั้งครุฑแทนซึ่งเป็นผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนในส่วนของเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร เนื่องจากมีการตั้งครุฑและคลอดบุตรจริง ทำให้มีสิทธิลาคลอดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เนื่องจากกฎหมายให้การคุ้มครองโดยตรงแก่ลูกจ้างที่มีการตั้งครุฑจริงตามธรรมชาติ เพราะต้องหยุดงานเพื่อให้ร่างกายพักฟื้น และให้มารดาดูแลบุตรหลังการคลอดอย่างใกล้ชิด โดยมีได้พิจารณาผลของกฎหมายว่าผู้ตั้งครุฑและคลอดบุตรดังกล่าวเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ผู้ประกันตนที่คลอดบุตรจึงมีสิทธิลาหยุดงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานดังกล่าวและเป็นผลโดยกฎหมายทำให้มีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรตามมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติมด้วยเช่นกัน

สรุปได้ว่าแนวความเห็นที่สาม เห็นว่าผู้ที่รับตั้งครุฑแทนมีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรเนื่องจากมีการตั้งครุฑและคลอดบุตรจริง โดยพิจารณาสภาพข้อเท็จจริงของผู้ประกันตนโดยผู้ที่ตั้งครุฑและคลอดบุตรเป็นผู้สมควรต้องหยุดงานเพื่อให้ร่างกายพักฟื้นโดยพิจารณาเทียบเคียงจากสิทธิลาคลอดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

ผู้ศึกษาเห็นว่ากรณีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการจ่ายเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ยังคงเป็นปัญหาที่สำคัญจากหลักการของกฎหมายที่มีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนซึ่งหากจะใช้การตีความ โดยพิจารณาอาศัยหลักความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายให้หญิงที่ประสงค์ให้หญิงอื่นตั้งครุฑแทนเป็นผู้ได้รับค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรทั้งที่ตนมิได้มีการตั้งครุฑแต่อย่างใดก็จะเห็นได้ว่าการจ่ายค่าสงเคราะห์การหยุดงานให้กับหญิงที่ไม่ได้ตั้งครุฑด้วยตนเองจะเป็นการไม่สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงเท่าใดนัก และเมื่อพิจารณาถึงหลักการของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการใช้แรงงานและเป็นข้อปฏิบัติที่นายจ้างทั้งหลายต้องจัดให้แก่ลูกจ้าง สภาพการจ้างงานต่างๆ ที่รัฐกำหนดให้เป็นมาตรฐานขั้นต่ำสุดที่นายจ้างทั้งหลายจะต้องจัดให้มีแก่ลูกจ้าง จะเห็นว่า ในส่วนของแรงงานในกิจการภาคเอกชนจะได้รับความคุ้มครองให้มีสิทธิลาคลอดตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งแต่เดิมลูกจ้างหญิงตั้งครุฑมีสิทธิลาเพื่อคลอดบุตรครุฑหนึ่งไม่เกิน 90 วันครอบคลุมทั้งในช่วงเวลาทั้งก่อนและหลังการคลอด ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสิทธิลาเพื่อคลอดบุตรตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2562 ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้ประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 5 เมษายน พ.ศ. 2562 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 5 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 เป็นต้นไป จึงทำให้ปัจจุบันลูกจ้างหญิงตั้งครุฑมีสิทธิลาเพื่อคลอดบุตรได้เพิ่มขึ้นเป็น 98 วัน และให้ถือว่าวันลาเพื่อตรวจครุฑก่อนการคลอดบุตรเป็นวันลาเพื่อคลอดบุตรด้วย ดังนั้น ลูกจ้างหญิงตั้งครุฑจึงมีสิทธิลาเพื่อคลอดบุตร โดยจะใช้สิทธิในวันที่คลอดก่อนหรือหลังคลอด รวมถึงมีสิทธิลาเพื่อตรวจครุฑก่อนการคลอดบุตรครุฑหนึ่งไม่เกิน 98 วัน จะเห็นได้ว่า

<sup>56</sup> เพิ่งอ้าง.



ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 นั้นกำหนดให้ลูกจ้างหญิงที่ตั้งครรภ์มีสิทธิลาคลอดได้ โดยมีได้พิจารณาถึงความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างไร

ในกรณีการพิจารณาการจ่ายเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์เหตุที่จำเป็นต้องใช้ระยะเวลาในการพักผ่อนและฟื้นฟูร่างกายภายหลังการคลอด ซึ่งในกรณีที่ผู้ประกันตนหญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนนั้นจำเป็นต้องหยุดงานภายหลังการคลอด เป็นที่แน่นอนว่าลูกจ้างหญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนดังกล่าวมีสิทธิลาคลอดได้ โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 นั้น มีได้พิจารณาถึงความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างไร และลูกจ้างหญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนยังคงมีสิทธิได้รับค่าจ้างจากนายจ้างตามปกติสูงสุด 45 วัน ส่วนค่าจ้างในวันลาคลอดอีก 45 วัน จะสามารถใช้สิทธิประกันสังคมเบิกเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร (แบบเหมาจ่ายได้สูงสุด ไม่เกิน 7,500 บาทต่อเดือน) ได้หรือไม่นั้น เป็นประเด็นที่น่าจะต้องนำมาพิจารณา เนื่องจากมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ได้กำหนดนิยามของคำว่า “การคลอดบุตร หมายความว่า การที่ทารกออกจากครรภ์มารดา...” ดังนั้น การที่ทารกออกจากครรภ์หญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทน หญิงดังกล่าวย่อมมิใช่มารดาที่มีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร กรณีดังกล่าวจึงอาจเป็นความไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 อีกทั้งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ก็ได้กำหนดการให้ความคุ้มครองสุขภาพของหญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้แต่อย่างไร

ดังนั้น ผู้ศึกษามีความเห็นว่าเป็นเรื่องของการจ่ายเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรของกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม ยังไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งให้ความคุ้มครองแรงงานหญิงที่ตั้งครรภ์ให้มีสิทธิลาคลอดได้ตามกฎหมาย และยังได้รับค่าจ้างในวันลาคลอดจากนายจ้างโดยมีได้พิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของการเป็นมารดาแต่อย่างไร อีกทั้งกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคมยังมิได้กำหนดหลักการในเรื่องการจ่ายเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรในกรณีที่มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นวิวัฒนาการและความก้าวหน้าทางการแพทย์ที่ทันสมัยและสอดคล้องกับสถานะในปัจจุบันจึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ให้ทันสมัยและสอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้ในปัจจุบัน

นอกจากปัญหาเกี่ยวกับการจ่ายประโยชน์ทดแทนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 อันเนื่องมาจากการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ผู้เขียนได้กล่าวแล้วข้างต้น ผู้เขียนยังพบว่า การรักษาการมีบุตรยากซึ่งเป็นกระบวนการเริ่มแรกของการริเริ่มให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ไม่ได้ให้ความคุ้มครองในส่วนของการรักษาพยาบาลดังกล่าว เนื่องจากประกาศคณะกรรมการการแพทย์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม เรื่อง หลักเกณฑ์และอัตราสำหรับประโยชน์ทดแทนในกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยอันมิใช่เนื่องจากการทำงานฉบับลงวันที่ 1 มกราคม

พ.ศ. 2547 ข้อ 8 กำหนดว่า “ผู้ประกันตนซึ่งประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยอันมิใช่เนื่องจากการทำงาน ด้วยเหตุหรือกลุ่มโรคและบริการดังต่อไปนี้ ไม่มีสิทธิได้รับบริการทางการแพทย์ คือ ... (7) การรักษาภาวะมีบุตรยาก” แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดดังนี้

มาตรา 23 ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ ให้แก่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรายใดก็ได้ ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนให้แก่สามีและภริยารายนั้น

มาตรา 25 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำของคณะกรรมการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน และค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะที่ตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสัปดาห์

เมื่อพิจารณาถึงหลักการของพระราชบัญญัติเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยที่เหตุผลที่ต้องมีกฎหมายฉบับดังกล่าว เนื่องจากความก้าวหน้าทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากสามารถช่วยให้ผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากมีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อันมีผลทำให้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรม ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องออกพระราชบัญญัติดังกล่าวมาเพื่อให้สอดคล้องกับความก้าวหน้าทางการแพทย์ และเพื่อเป็นการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศึกษาวินิจฉัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง ในขณะที่กองทุนประกันสังคมซึ่งเป็นกองทุนที่ให้ความคุ้มครองด้านหลักประกันสุขภาพแก่สมาชิกซึ่งเป็นผู้ประกันตนได้กำหนดยกเว้นการรักษาภาวะมีบุตรยาก เป็นกลุ่มโรคและบริการที่ผู้ประกันตนไม่มีสิทธิได้รับบริการทางการแพทย์

ในปัจจุบันประเทศไทยประสบปัญหาเด็กเกิดใหม่ลดลงเป็นอย่างมาก และในอนาคตอาจจะส่งผลกระทบต่อโครงสร้างประชากรไทยรวมถึงกำลังแรงงานและเศรษฐกิจของประเทศ อีกทั้ง ยังมีความเข้าใจผิดอยู่ว่าภาวะมีบุตรยากไม่ใช่โรค จึงไม่สามารถเบิกค่ารักษาได้ โรงพยาบาลรัฐจึงไม่สามารถเปิดแผนรักษาผู้มีบุตรยากได้ และโรงพยาบาลอีกหลายแห่งไม่ได้เปิดแผนนี้ ทำให้คนไข้ต้องไปเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลเอกชนแทน แต่ปัจจุบันองค์การอนามัยโลก (WHO) ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ภาวะมีบุตรยากเป็นโรค ดังนั้น คนไข้ซึ่งเป็นผู้ประกันตนก็ควรที่จะมีโอกาสเข้ารับการรักษาโรคได้ เป็นการเปิดโอกาสให้คนเข้าถึงบริการมากขึ้นซึ่งปฏิเสธไม่ได้ว่าปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เช่น การอุมบุญ การทำเด็กหลอดแก้ว มีค่าบริการค่อนข้างสูงมากจากการที่ผู้ศึกษาได้ศึกษาการให้ความคุ้มครองเรื่องการรักษาการมีบุตรยากในต่างประเทศ

จะเห็นได้ว่า ในประเทศสหราชอาณาจักรได้กำหนดให้การรักษาการมีบุตรยากเป็นสิทธิในการเข้ารับบริการการบำบัดรักษาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างหนึ่ง ภายใต้โครงการ การบริการสุขภาพแห่งชาติ โดยจะต้องมีการพิจารณาว่า ความมีบุตรยากเป็นความเจ็บป่วยชนิดหนึ่งหรือไม่ ตามความหมายของคำว่า ความเจ็บป่วย (illness) ของพระราชบัญญัติการบริการสุขภาพแห่งชาติของประเทศสหราชอาณาจักร ซึ่งวิธีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนั้นอยู่ภายใต้โครงการดังกล่าวมาโดยตลอด

ดังนั้น ผู้ศึกษามีความเห็นว่าเนื่องจากเทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบันมีความก้าวหน้าเป็นอย่างมาก อีกทั้งยังได้มีการออกกฎหมายเพื่อรับรองความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กล่าวคือ พระราชพระราชบัญญัติเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกภายหลังจากประกาศคณะกรรมการการแพทย์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม เรื่อง หลักเกณฑ์และอัตราสำหรับประโยชน์ทดแทนในกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยอันมิใช่เนื่องจากการทำงาน ฉบับลงวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2547 และจนถึงปัจจุบันการยกเว้นกลุ่มโรคและการบริการการรักษาภาวะมีบุตรยาก ตามประกาศคณะกรรมการการแพทย์ดังกล่าวก็ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น เพื่อให้มีความสอดคล้องกับเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีความก้าวหน้าและเพื่อให้ผู้ประกันตนเข้าถึงการรักษาการมีบุตรยากได้มากขึ้นซึ่งจะส่งผลต่อการเกิดประชากรของประเทศไทยมากขึ้น สำนักงานประกันสังคมจึงควรปรับปรุงประกาศคณะกรรมการการแพทย์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม เรื่อง หลักเกณฑ์และอัตราสำหรับประโยชน์ทดแทนในกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยอันมิใช่เนื่องจากการทำงาน ให้มีความสอดคล้องกับเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีความเจริญก้าวหน้า และให้สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ซึ่งจะเป็นการส่งเสริมให้โครงสร้างประชากรไทย รวมถึงกำลังแรงงานและเศรษฐกิจของประเทศเพิ่มมากขึ้น

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

การตั้งครุฑและการคลอดบุตรเป็นปรากฏการณ์ทางธรรมชาติที่เกิดขึ้นในกระบวนการเจริญพันธุ์ของมนุษย์ ซึ่งในอดีตครอบครัวหนึ่งมักจะมีบุตรจำนวนหลายคน แต่ในปัจจุบันเมื่อสภาวะและสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป เทคโนโลยีต่างๆ เริ่มเข้ามามีบทบาทในชีวิตของมนุษย์มากขึ้นอีกทั้งปัจจัยต่างๆ เช่น สภาพเศรษฐกิจ ค่าครองชีพที่สูงขึ้น โรคระบาด ซึ่งก่อให้เกิดความเครียดและเป็นปัจจัยที่สำคัญที่มีผลกระทบต่อร่างกาย ส่งผลต่อสุขภาพและฮอร์โมน จึงทำให้ปัจจุบันมนุษย์อยู่ในสภาวะการมีบุตรยากเพิ่มมากขึ้น ส่งผลให้เกิดการเกิดของประชากรไทยลดลง และเริ่มก้าวเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุ การมีบุตรยากจึงเป็นปัญหาสุขภาพอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นกับคู่สมรส ซึ่งในอดีตหากคู่สมรสประสบปัญหาดังกล่าวต้องใช้วิธีรับเด็กมาเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรม แต่ในปัจจุบันวิวัฒนาการทางการแพทย์สามารถให้ผู้อื่นตั้งครุฑแทนหรือที่คนไทยส่วนใหญ่เรียกว่า “การอุ้มบุญ” โดยได้มีแนวทางการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กล่าวคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นมาตรการควบคุมทางกฎหมาย

ระบบหลักประกันสุขภาพประเทศไทย ประกอบด้วย 3 ระบบหลักที่สำคัญ คือ ระบบสวัสดิการรักษายาบาลข้าราชการ ระบบประกันสังคม และระบบประกันสุขภาพแห่งชาติ ซึ่งในการศึกษาของสารนิพนธ์ฉบับนี้ผู้ศึกษาได้ศึกษาหลักการให้ความคุ้มครองของหลักประกันสุขภาพในส่วนของระบบประกันสังคมซึ่งมีหลักการที่สำคัญคือ การให้ความคุ้มครองแก่สมาชิกที่เป็นผู้ประกันตนโดยอาศัยมาตรการของรัฐ คือ พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 โดยจัดตั้งกองทุนประกันสังคมเพื่อสร้างหลักประกัน และให้การสงเคราะห์แก่ผู้ประกันตน หรือลูกจ้าง และบุคคลอื่น เมื่อผู้ประกันตนประสบปัญหารายได้ลดลง ไม่มีรายได้ หรือมีรายจ่ายเพิ่มขึ้นอันเป็นผลมาจากการเจ็บป่วยอันมิใช่เนื่องจากการทำงาน คลอดบุตร ทูพพลภาพ ตาย สงเคราะห์บุตร ชราภาพ และการว่างงาน โดยในการศึกษาการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรของการประกันสังคมนั้นเป็นหลักประกันที่ให้ความช่วยเหลือและบรรเทาค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการคลอดบุตรและการมีบุตรของผู้ประกันตน ซึ่งในการจ่ายประโยชน์ทดแทนเกี่ยวกับการตั้งครุฑหรือการมีบุตรนั้น ประโยชน์ทดแทนที่ให้การคุ้มครอง ได้แก่ ประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร ซึ่งรวมถึงค่าฝากครุฑ และค่าสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรด้วย แต่ระบบประกันสังคมของไทยยังไม่ได้มีหลักการที่แน่ชัดในเรื่องของประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรว่าให้ความคุ้มครองไปถึงการตั้งครุฑแทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 หรือไม่ โดยที่พระราชบัญญัติดังกล่าวถือเป็นหลักการสำคัญที่ให้การคุ้มครองเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีความเจริญก้าวหน้า มีความสอดคล้อง ทันต่อเทคโนโลยีในปัจจุบัน

จากการศึกษาของสารนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษาได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกรจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรในประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศเวียดนาม ว่าได้มีหลักการในการให้การคุ้มครองแรงงานหญิงซึ่งตั้งครรภ์แทนหรือไม่ อย่างไร ซึ่งผู้ศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ยังมีความล้าสมัยและไม่สอดคล้องกับเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีความเจริญก้าวหน้า อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่มีหลักการที่สำคัญในลักษณะเดียวกัน คือ การให้ความคุ้มครองด้านสุขภาพแก่บุคคลซึ่งเป็นลูกจ้าง แต่บทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ยังคงไม่สอดคล้องและไม่มีการกำหนดหลักการที่ชัดเจนในการให้ความคุ้มครองกรณีที่มีการตั้งครรภ์แทน หรือการรักษาภาวะการมีบุตรยาก ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการตีความทางกฎหมายและส่งผลกระทบต่อผู้ประกันตนในการรับประโยชน์ทดแทน ผู้ศึกษาจึงเห็นว่ามี ความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พร้อมทั้งกำหนดมาตรการ เช่น ประกาศ หรือแนวปฏิบัติ ที่ชัดเจนและก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ประกันตนสูงสุด และให้มีความสอดคล้องกับสภาพสังคมไทยและความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบัน

ในประเทศสหราชอาณาจักร การลาเพื่อคลอดบุตรมีพื้นฐานมาจากการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างที่ตั้งครรภ์และคลอดบุตรให้ได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสม เพื่อคุ้มครองแรงงานหญิงที่จะต้องทำหน้าที่หารายได้ควบคู่กับการทำหน้าที่ทางครอบครัว โดยให้มีสิทธิลาคลอด สิทธิลาเพื่อตรวจครรภ์ และมีสิทธิได้รับการจ่ายค่าบริการฝากครรภ์ ค่าคลอดบุตรหรือเงินช่วยเหลือการคลอดบุตรจากนายจ้าง โดยหญิงซึ่งตั้งครรภ์จะต้องนำหลักฐานการตั้งครรภ์หรือใบรับรองความเป็นมารดา ซึ่งแพทย์มักจะออกให้ 20 สัปดาห์ก่อนวันครบกำหนด และพนักงานหญิงซึ่งตั้งครรภ์จะต้องแสดงหลักฐานแก่นายจ้างภายใน 21 วันนับจากวันที่มีสิทธิได้รับค่าคลอดบุตร นอกจากนี้ ประเทศสหราชอาณาจักรไม่มีการกำหนดมาตรการคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไว้อย่างชัดเจนใน Surrogacy Arrangement Act 1985, Human Fertilisation and Embryology Act 1990 และ Human Fertilisation and Embryology Act 2008 และกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน ในสหราชอาณาจักร อันได้แก่ Surrogacy Arrangement Act 1985, Human Fertilisation and Embryology Act 1990 และ Human Fertilisation and Embryology Act 2008 และจากการศึกษาไม่พบการกำหนดบทบัญญัติอันเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้านการจัดหาประกันสุขภาพหรือประกันชีวิตให้แก่หญิงนั้น

ในส่วนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มิได้มีการกำหนดมาตรการคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไว้อย่างชัดเจน และไม่พบการกำหนดบทบัญญัติอันเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้านการจัดหาประกันสุขภาพหรือประกันชีวิตให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน รวมทั้งไม่มีการกำหนดให้ความคุ้มครองผู้ประกันตนซึ่งเป็นสมาชิกในความคุ้มครองของการประกันสังคมในเรื่องของการตั้งครรภ์แทน แต่แรงงานหญิงที่ตั้งครรภ์จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นมารดา ค.ศ. 1997 (Mutterschutz) ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติให้ความคุ้มครองความเป็นมารดาไว้เป็นการเฉพาะ มารดาตั้งครรภ์จะได้รับการคุ้มครองในการทำงานและการถูกไล่ออกนับแต่เริ่มตั้งครรภ์

ไปจนถึง 4 เดือนหลังคลอดบุตรตลอดจนมีสิทธิลาคลอดตามกฎหมาย นอกจากนี้ระบบประกันสุขภาพภาคบังคับและสมัครใจในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ยังให้การบริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร เช่น การเรียนเกี่ยวกับการตั้งครรภ์ ค่าวิตามิน ผู้ผดุงครรภ์ (Midwife) เพื่อให้คำแนะนำตั้งแต่ช่วงตั้งครรภ์ไปจนถึงการดูแลตนเองและบุตรหลังคลอด และบิดามารดาในระบบประกันสุขภาพของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะได้รับเงินเพื่อการเลี้ยงดูบุตรทางสายเลือดของตนเอง ลูกเลี้ยง (Stepchildren) บุตรบุญธรรม (Adopted Children) เด็กที่รับมาเพื่ออุปถัมภ์ (Foster Children) หรือหลานที่อาศัยอยู่ด้วยในที่อยู่เดียวกัน โดยอัตราเงินที่ได้รับแต่ละเดือนขึ้นอยู่กับลำดับ หากเป็นลูกคนแรกหรือคนที่ 2 จะได้รับเงิน €219 (7,979.78 บาท) ต่อเดือนต่อเด็กหนึ่งคน ลูกคนที่ 3 จะได้รับ €225 (8,198.41 บาท) ต่อเดือน ลูกคนที่ 4 หรือในลำดับที่มากกว่านี้ จะได้รับเงิน €250 (9,109.34 บาท) ต่อเดือนต่อเด็กหนึ่งคน จะเห็นได้ว่าประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีระบบประกันสุขภาพที่สนับสนุนในเรื่องของการมีบุตรของครอบครัว และกำหนดหลักการไว้อย่างกว้างในการให้ความคุ้มครอง ไม่ได้คุ้มครองเฉพาะบุตรทางสายเลือดของตนเองเท่านั้น แต่ยังให้ความคุ้มครองไปถึงลูกเลี้ยง บุตรบุญธรรม เด็กที่รับมาเพื่ออุปถัมภ์ หรือหลานที่อาศัยอยู่ด้วยในที่อยู่เดียวกันอีกด้วย

ในประเทศเวียดนามสิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตรมีความครอบคลุมอย่างมาก นอกจากแรงงานหญิงที่ตั้งครรภ์และภรรยาของผู้ประกันตนชายแล้ว ยังครอบคลุมถึงผู้ประกันตนที่รับบุตรบุญธรรมที่อายุน้อยกว่า 6 เดือนและหญิงที่รับเป็นมารดาอุ้มบุญ รวมทั้งให้สิทธิประโยชน์การหยุดงานของบิดาด้วย สิทธิประโยชน์กรณีคลอดบุตรในรูปแบบของเงินสงเคราะห์ ให้สิทธิเฉพาะผู้ที่อยู่ในระบบประกันสังคมซึ่งหมายถึงแรงงานในระบบและข้าราชการ โดยนายจ้างและรัฐ (ในฐานะนายจ้าง) เป็นผู้จ่ายเงินสมทบกองทุนเงินสงเคราะห์กรณีคลอดบุตร ทั้งนี้ เมื่อผู้ประกันตนจ่ายเงินสมทบแล้ว สิทธิประโยชน์จะครอบคลุมทั้งผู้ประกันตน ภรรยาของผู้ประกันตนและมารดาอุ้มบุญ รวมทั้งกรณีที่รับบุตรบุญธรรมอายุน้อยกว่า 6 เดือน โดยจะได้รับเงินสงเคราะห์การคลอดบุตร (Birth Grant) เท่ากับ 2 เท่าของเงินเดือนขั้นต่ำของข้าราชการ ส่วนในเรื่องของค่าฝากครรภ์ในประเทศเวียดนามไม่ได้กำหนดในรูปแบบของเงินสดแต่จะรวมอยู่ในระบบประกันสุขภาพของการรักษาพยาบาลกรณีคลอดบุตร สำหรับเงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรที่ได้รับ คือ ร้อยละ 100 ของเงินเดือนเฉลี่ย 6 เดือน ก่อนหน้าวันที่หยุดงาน ระบบประกันสังคมเป็นผู้รับผิดชอบเงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรตลอดระยะเวลาการหยุดงานที่กฎหมายอนุญาต คือ หยุดงานเพื่อรับการตรวจทางการแพทย์หรือฝากครรภ์ 5 ครั้ง คราวละ 1-2 วัน ขึ้นอยู่กับความจำเป็น และช่วงการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรหรือดูแลบุตรบุญธรรมที่อายุน้อยกว่า 6 เดือน เป็นระยะเวลารวม 6 เดือน และในกรณีที่คลอดบุตรมากกว่า 1 คนหรือเป็นลูกแฝด สามารถหยุดงานได้เพิ่มขึ้นอีก 1 เดือนต่อบุตร 1 คนที่เพิ่มขึ้น (เริ่มคนที่ 2 เป็นต้นไป) และเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาการหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรแล้ว ในกรณีที่สุขภาพของมารดายังไม่ฟื้นฟูเป็นปกติ แรงงานหญิงสามารถหยุดงานเพิ่มได้อีก 5 – 10 วัน และได้รับเงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร ร้อยละ 30 ของค่าจ้างปกติสิทธิการรับเงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร



กรณีการตั้งครุฑแทนในประเทศเวียดนามสามารถถ่ายโอนสิทธิได้โดยมารดาอุ้มบุญจะต้องเป็นผู้ประกันตน ด้วยการรับสิทธิประโยชน์ขึ้นอยู่กับผู้ที่หยุดงานเพื่อการคลอดบุตรและดูแลบุตรหลังจากคลอด มารดาอุ้มบุญจะเป็นผู้ได้รับเงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร หลังการคลอดบุตรเสร็จสิ้นจนกระทั่งมอบบุตร ให้มารดาที่ขอให้มีการตั้งครุฑแทนระยะเวลาและเงินสงเคราะห์กรณีหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร ที่เหลือภายในช่วงเวลา 6 เดือนตามกฎหมายจะเป็นของมารดาที่ขอให้มีการตั้งครุฑแทน

ระบบประกันสังคมของประเทศไทย ประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 กำหนดให้ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตรสำหรับตนเองหรือภริยา ต่อเมื่อภายในระยะเวลาสิบห้าเดือนก่อนวันรับบริการทางการแพทย์ ผู้ประกันตนได้จ่ายเงินสมทบมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าเดือน โดยที่ประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร ได้แก่ ค่าตรวจและรับฝากครรภ์ ค่าบำบัดทางการแพทย์ ค่ายาและค่าเวชภัณฑ์ ค่าทำคลอด ค่ากินอยู่และรักษาพยาบาลในสถานพยาบาล ค่าบริบาลและค่ารักษาพยาบาลทารกแรกเกิด ค่ารถพยาบาลหรือค่าพาหนะรับส่งผู้ป่วย และค่าบริการอื่นที่จำเป็น ทั้งนี้หากผู้ประกันตนซึ่งต้องหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกันตนได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้ แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ดังกล่าว ได้กำหนดนิยามคำว่า “การคลอดบุตร” หมายความว่า การที่ทารกออกจากครรภ์มารดาซึ่งมีระยะเวลาตั้งครุฑไม่น้อยกว่ายี่สิบแปดสัปดาห์ ไม่ว่าจะทารกจะมีชีวิตรอดอยู่หรือไม่ จึงทำให้การตั้งครุฑแทน โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบัน ไม่อาจให้ความคุ้มครองแก่ผู้ประกันตนที่อยู่ในภาวะการมีบุตรยาก ซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทน ได้รับการคุ้มครองที่เหมาะสม รวมทั้งผู้ประกันตนหญิงซึ่งรับตั้งครุฑแทนก็ไม่อาจได้รับความคุ้มครองเช่นกัน เนื่องจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ไม่ได้กำหนดหลักการที่แน่ชัดว่าให้การคุ้มครองประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร กรณีที่มีการตั้งครุฑแทนหรือไม่อย่างไร เนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดหลักการโดยอาศัยความชอบด้วยกฎหมายของบิดา มารดา ซึ่งเป็นไปตามหลักแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีความทันสมัยและสอดคล้องกับเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีความก้าวหน้าในปัจจุบัน อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่มีหลักการที่สำคัญในลักษณะเดียวกัน คือ การให้ความคุ้มครองด้านสุขภาพแก่บุคคล ซึ่งเป็นลูกจ้าง

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหาการจ่ายประโยชน์ทดแทนตามพระราชบัญญัติประกันสังคมพ.ศ. 2533 กรณีการตั้งครุฑแทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้

1.1 เพื่อให้พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ในเรื่องของการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร สอดคล้องกับหลักการของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่ให้ความคุ้มครองแรงงานหญิงที่ตั้งครุฑให้มีสิทธิลาคลอดได้ตามกฎหมาย และเป็นการขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองหญิงที่ตั้งครุฑซึ่งอาจรวมถึงการตั้งครุฑแทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ผู้ศึกษาจึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ดังนี้

จากเดิม

“การคลอดบุตร” หมายความว่า การที่ทารกออกจากครรภ์มารดาซึ่งมีระยะเวลาตั้งครุฑไม่น้อยกว่าสี่สัปดาห์ ไม่ว่าทารกจะมีชีวิตรอดอยู่หรือไม่

ควรแก้ไขเพิ่มเติมเป็น ดังนี้

“การคลอดบุตร” หมายความว่า การที่ทารกออกจากครรภ์หญิงซึ่งมีระยะเวลาตั้งครุฑไม่น้อยกว่าสี่สัปดาห์ ไม่ว่าทารกจะมีชีวิตรอดอยู่หรือไม่ และให้หมายความรวมถึงการที่ทารกออกจากครรภ์หญิงที่รับตั้งครุฑแทนตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

1.2 เพื่อให้พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 เกี่ยวกับการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร มีความครอบคลุมถึงการให้ความคุ้มครองกรณีที่มีการตั้งครุฑแทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ผู้ศึกษาจึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมความในมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 โดยเพิ่มความในวรรคสาม ดังนี้

จากเดิม

“ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตรสำหรับตนเองหรือภริยา ต่อเมื่อภายในระยะเวลาสิบห้าเดือนก่อนวันรับบริการทางการแพทย์ ผู้ประกันตนได้จ่ายเงินสมทบมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าเดือน

ในกรณีที่ผู้ประกันตนไม่มีภริยา หากผู้ประกันตนอยู่กินฉันสามีภริยากับหญิงใดโดยเปิดเผยตามระเบียบที่เลขาธิการกำหนด ให้ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตรสำหรับหญิงนั้นด้วย”

ควรแก้ไขเพิ่มเติมเป็น ดังนี้

“ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตรสำหรับตนเองหรือภริยา ต่อเมื่อภายในระยะเวลาสิบห้าเดือนก่อนวันรับบริการทางการแพทย์ ผู้ประกันตนได้จ่ายเงินสมทบมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าเดือน

ในกรณีที่ผู้ประกันตนไม่มีภริยา หากผู้ประกันตนอยู่กินฉันสามีภริยากับหญิงใดโดยเปิดเผยตามระเบียบที่เลขาธิการกำหนด ให้ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตรสำหรับหญิงนั้นด้วย

ในกรณีผู้ประกันตนรักษาภาวะมีบุตรยากโดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยผู้ประกันตนทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ประกันตนที่มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรตามมาตรา 65 ให้ผู้ประกันตนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตร โดยทั้งสองฝ่ายตกลงให้ความยินยอมเป็นหนังสือร่วมกัน”

1.3 เพื่อเป็นการแก้ไขพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ให้สอดคล้องกับหลักการของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่ให้ความคุ้มครองแรงงานหญิงที่ตั้งครรภ์ให้มีสิทธิลาคลอดได้ตามกฎหมาย และสอดคล้องกับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ผู้ศึกษาจึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมความในมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 โดยเทียบเคียงมาจากการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตรในต่างประเทศที่ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษา ดังนี้

จากเดิม

“ในกรณีที่ผู้ประกันตนต้องหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร ให้ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรไม่เกินสองครั้ง เป็นการเหมาจ่ายในอัตราครึ่งร้อยละห้าสิบของค่าจ้างตามมาตรา ๕๗ เป็นเวลาเก้าสิบวัน”

ควรแก้ไขเพิ่มเติมเป็น ดังนี้

“ในกรณีที่ผู้ประกันตนต้องหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร ให้ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรไม่เกินสองครั้ง เป็นการเหมาจ่ายในอัตราครึ่งร้อยละห้าสิบของค่าจ้างตามมาตรา ๕๗ เป็นเวลาเก้าสิบแปดวัน

ผู้ประกันตนที่มีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรตามวรรคหนึ่ง หากเป็นกรณีผู้ประกันตนรักษาภาวะมีบุตรยากโดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ประกันตนฝ่ายที่ตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้ได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร เป็นระยะเวลาภายหลังจากการคลอดบุตรเสร็จสิ้นจนถึงวันที่มีอุปบุตรให้กับบิดาหรือมารดาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้ อัตราและระยะเวลาที่ได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรจะต้องไม่เกินอัตราและระยะเวลาที่กำหนดในวรรคหนึ่ง

ผู้ประกันตนที่ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทนมีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตร นับแต่วันที่ได้รับมอบบุตรจากหญิงที่ตั้งครุฑแทน ในกรณีที่ทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ประกันตนที่มีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรตามความในมาตรานี้ ผู้ประกันตนที่ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทนจะมีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์นี้ นับแต่วันที่ได้รับมอบบุตรจากหญิงที่ตั้งครุฑแทนเฉพาะระยะเวลาที่ต่อเนื่องจากวรรคสองเท่านั้น”

1.4 เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาการจ่ายค่าตรวจและรับฝากครรภ์ของพนักงานเจ้าหน้าที่วินิจฉัยการจ่ายประโยชน์ทดแทน เห็นควรแก้ไขแนวปฏิบัติการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีฝากครรภ์ตามเกณฑ์คุณภาพ พ.ศ. 2564 ในเรื่องของเอกสารประกอบการยื่นคำขอ ซึ่งเดิมกำหนดเอกสารประกอบการยื่นคำขอ ได้แก่ แบบคำขอรับประโยชน์ทดแทนกองทุนประกันสังคม (สปส.2-01) ใบรับรองแพทย์ซึ่งออกโดยสูตินารีแพทย์ หรือหนังสือรับรองการรักษาซึ่งออกโดยพยาบาลวิชาชีพ หรือกรณีไม่มีใบรับรองแพทย์ หรือไม่มีหนังสือรับรองการรักษา อนุโลมให้ใช้สมุดบันทึกสุขภาพแม่และเด็กประจำตัวหญิงตั้งครุฑ และใบเสร็จรับเงินค่าตรวจและรับฝากครรภ์

ผู้ศึกษาจึงเห็นควรแก้ไขแนวปฏิบัติการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีฝากครรภ์ตามเกณฑ์คุณภาพดังกล่าว โดยการกำหนดเอกสารประกอบการยื่นคำขอการจ่ายค่าตรวจและรับฝากครรภ์โดยระบุข้อความเพิ่มเติมว่า “กรณีเป็นการยื่นคำขอการจ่ายค่าตรวจและรับฝากครรภ์อันเกิดจากการตั้งครุฑแทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้ผู้ประกันตนแสดงข้อตกลงการรับตั้งครุฑแทนด้วย”

1.5 เพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 เกี่ยวกับประโยชน์ทดแทนในกรณีประสบอันตราย หรือเจ็บป่วยอันมิใช่เนื่องจากการทำงาน ให้มีความครอบคลุมถึงการเข้าถึงการรักษาภาวะมีบุตรยาก และการจ่ายค่าประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร มีความครอบคลุมถึงการให้ความคุ้มครองกรณีที่มีการตั้งครุฑแทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ผู้ศึกษาจึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และประกาศคณะกรรมการการแพทย์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม เรื่อง หลักเกณฑ์และอัตราสำหรับประโยชน์ทดแทนในกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยอันมิใช่เนื่องจากการทำงาน ฉบับลงวันที่ 1 มกราคม 2547 ดังนี้

1.5.1 แก้ไขเพิ่มเติมความในมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

จากเดิม “ประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตร ได้แก่

- (1) ค่าตรวจและรับฝากครรภ์
- (2) ค่าบำบัดทางการแพทย์
- (3) ค่ายาและค่าเวชภัณฑ์
- (4) ค่าทำคลอด
- (5) ค่ากินอยู่และรักษาพยาบาลในสถานพยาบาล

(6) ค่าบริบาลและค่ารักษาพยาบาลทารกแรกเกิด

(7) ค่ารถพยาบาลหรือค่าพาหนะรับส่งผู้ป่วย

(8) ค่าบริการอื่นที่จำเป็น

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และอัตราที่คณะกรรมการการแพทย์กำหนดโดยความเห็นชอบของ คณะกรรมการ”

ควรแก้ไขเพิ่มเติมเป็น ดังนี้

“ประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตร ได้แก่

(1) ค่าตรวจและรับฝากครรภ์

(2) ค่าบำบัดทางการแพทย์

(3) ค่ายาและค่าเวชภัณฑ์

(4) ค่าทำคลอด

(5) ค่ากินอยู่และรักษาพยาบาลในสถานพยาบาล

(6) ค่าบริบาลและค่ารักษาพยาบาลทารกแรกเกิด

(7) ค่ารถพยาบาลหรือค่าพาหนะรับส่งผู้ป่วย

(8) การรักษาภาวะมีบุตรยาก

(9) ค่าบริการอื่นที่จำเป็น

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และอัตราที่คณะกรรมการการแพทย์กำหนดโดยความเห็นชอบของ คณะกรรมการ”

1.5.2 แก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะกรรมการการแพทย์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม เรื่อง หลักเกณฑ์และอัตราสำหรับประโยชน์ทดแทนในกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยอันมิใช่เนื่องจากการทำงาน ฉบับลงวันที่ 1 มกราคม 2547 โดยให้ยกเลิกความในข้อ 8 (7) ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ประกันตนมีสิทธิเข้าถึงการรักษา ภาวะมีบุตรยาก

## บรรณานุกรม



### บรรณานุกรม

- กชมน ทรงพิทักษ์กุล, 'ปัญหาทางกฎหมายในการจัดสวัสดิการแรงงานสำหรับลูกจ้างหญิงมีครรภ์' (วิทยานิพนธ์  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2551).
- กมลลา เทพวงศ์, 'การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (อุ้มบุญ)'  
(สถาบันพัฒนาข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม 2556).
- กฤตภาส น้อยวงศ์, 'การจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพของผู้ประกันตนมาตรา 39' (การค้นคว้าอิสระ  
รัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559).
- กานต์ กาญจนะไพบุลย์, 'ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน' (วิทยานิพนธ์  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2550).
- จิราภรณ์ เกษรสุจิจิต, 'การประกันสังคม : ศึกษาวิเคราะห์การเพิ่มประโยชน์ทดแทน' (สำนักงานประกันสังคม  
กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม 2541).
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์, 'การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน' (รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงาน  
คณะกรรมการกฤษฎีกา 2549).
- ชนมย์ยืน ภูมิ, 'ผลสัมฤทธิ์การนำนโยบายไปสู่การปฏิบัติของสำนักงานประกันสังคมจังหวัดสมุทรสาคร  
สาขาอำเภอกระทุ่มแบน' (ผลงานวิชาการ 9 ชช. สำนักงานประกันสังคม กระทรวงแรงงานและ  
สวัสดิการสังคม 2540).
- ธานี วรภัทร์ และคณะ, 'ศึกษาและวิเคราะห์การบังคับใช้กฎหมายเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์' (มหาวิทยาลัย  
ธุรกิจบัณฑิต 2561).
- ธนัฐกรณ์ โภคินกรณพงศ์, 'การตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี  
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช 2560).
- นิคม จันทรวาทูร, *การประกันสังคม 30 ปี แห่งการรอคอย* (มูลนิธิโกลบอล คิมทอง 2528).
- นันทน์ภัสร์ ชัยศัตรา, 'อุ้มบุญ : ความเป็นมาและผลทางกฎหมายจากการใช้บังคับพระราชบัญญัติคุ้มครอง  
เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ๒๕๕๘' (สำนักงาน  
คณะกรรมการกฤษฎีกา)  
<<http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=13792>> สืบค้นเมื่อ 10  
ตุลาคม 2565.

### บรรณานุกรม (ต่อ)

- ปวีณ์นุช ทองพานเหล็ก, 'ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาบางประการตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560).
- พิชญาภรณ์ กุลเศรษฐ, 'มาตรการทางกฎหมายประกันสังคมในการคุ้มครองแรงงาน ศึกษาเฉพาะภาคเกษตรกรรม' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2555).
- วิลาสินี สิทธิโสภณ, 'การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (อุ้มบุญ)' (รัฐสภาไทย) < [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1727](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1727) > สืบค้นเมื่อ 10 ตุลาคม 2565.
- วิโรจน์ ณ ระนอง และคณะ, 'รูปแบบแนวทางการจัดบริการทางการแพทย์ กรณีคลอดบุตรที่เหมาะสมสำหรับผู้ประกันตน' (สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย 2565).
- ศิริรัตน์ ศิริวุฒย์, 'ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในการลาของผู้ตั้งครรภ์ในระหว่างการทำงาน' (กันยายน 2562) 7 วารสารมหาจุฬานาครทรรศน์.
- สุรเดช จารุจินดา, 'กฎหมายอุ้มบุญ ในความเป็นบิดามารดาต่อบุตรที่ขอด้วยกฎหมาย (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2561).
- สาทิณี ศิริไพบูลย์, 'การคุ้มครองทางสังคมและสิทธิประโยชน์ประกันสังคมสำหรับแรงงานต่างด้าว 3 สัญชาติ' (2561) 2 วารสารวิจัยสังคม.
- สำนักงานประกันสังคม, 'การประกันสังคมในประเทศไทย (ออนไลน์)' (สำนักงานประกันสังคม, 15 ธันวาคม 2560) <<http://www.sso.go.th/wpr/category.jsp?cat=889>> สืบค้นเมื่อ 27 กันยายน 2565.
- อนันต์ แตกวิมลกุล, 'ประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ : ศึกษากรณีการตั้งครรภ์แทน' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยรังสิต 2563).
- Marketeer Team, 'สถิติผู้สูงอายุไทยปี 65 จำนวนผู้สูงวัยเพิ่มต่อเนื่อง แต่อัตราการเกิดต่ำ' (MarketeerOnline, 25 กรกฎาคม 2565) < <https://marketeeronline.co/archives/272771> > สืบค้นเมื่อ 21 ธันวาคม 2565.
- European Commission Employment, *Social Affairs and Equal Opportunities Your social security rights in the United Kingdom* (European Commission Employment 2010).
- International Labour Organization, *Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No.102)* (International Labour Organization) <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p>> accessed 10 October 2022.

**บรรณานุกรม (ต่อ)**

- International Labour Organization, Equality of Treatment (Social Security) Convention, 1962 (No.118) (International Labour Organization)  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100\\_IL O\\_CODE:C118:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_IL O_CODE:C118:NO)> accessed 10 October 2022.
- Ministry of Planning and Investment and Phillips Fox, Labour code of socialist republic of Vietnam (ASEAN) < [https://asean.org/wp-content/uploads/2016/08/Doc-9\\_Vietnam60.pdf](https://asean.org/wp-content/uploads/2016/08/Doc-9_Vietnam60.pdf)> accessed 10 October 2022.

### ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - นามสกุล                      ภาพันท์ทิพย์ สามนपाल

#### ประวัติการศึกษา

- พ.ศ. 2556                      - ใบอนุญาตทนายความ สภาทนายความในพระบรมราชูปถัมภ์  
พ.ศ. 2552                      - ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปริติ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

#### ประสบการณ์ทำงาน

- พ.ศ. 2559 - ปัจจุบัน                      - นิติกร 4 กองกฎหมาย สำนักงานประกันสังคม  
พ.ศ. 2555                      - นักวิชาการประกันสังคม สำนักงานประกันสังคมกรุงเทพมหานครพื้นที่ 10

#### ทุนการศึกษา

- พ.ศ. 2563                      - ทุนการศึกษาของบุคลากรสำนักงานประกันสังคมประจำปีการศึกษา 2563