

สิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทน

Rights to Parental Leave in case of Children Being Born Through Surrogacy

พนิตสุภา สูดสวน¹ อรรธมา ไวยมุข² ภัทรมน สาทรัักษ์³, เอกพล ทรงประโคน⁴

Panitsupa Sudsagan, Awnrumpa Waiyamuk, Pataramon Satalak, Ekapon

Songprakhon

Received: December 30, 2021 Revised: January 3, 2022 Accepted: March 15, 2022

บทคัดย่อ (Abstract)

การตั้งครรภ์แทนเป็นรูปแบบหนึ่งของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงคนหนึ่งจะตั้งครรภ์ทารกแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง และเมื่อให้ทารกกินมาแล้วก็จะส่งมอบทารกนั้นให้ผู้ที่จะประสงค์จะมีบุตรต่อไป ถึงแม้กฎหมายไทยในปัจจุบันจะรับรองให้การ “อุ้มบุญ” ขอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนภายใต้เงื่อนไขบางประการตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แต่การกำหนดสิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรในประเทศไทยยังคงไม่สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการ “อุ้มบุญ” ซึ่งมารดาที่ขอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้เป็นผู้ตั้งครรภ์และคลอดเด็กนั้นเอง จึงควรทบทวนหลักเกณฑ์และนโยบายเกี่ยวกับการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรในประเทศไทยโดยนำกรณีเด็กเกิดโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเข้ามาประกอบการพิจารณา เพื่อให้คู่สมรสที่ประสงค์มีบุตรมีสิทธิตามระเบียบและกฎหมายในการลาเพื่อ

¹ ศาลอุทธรณ์ ภาค 2 Court of Appeal, Region II Email : furbynatt@hotmail.com

² ภาควิชานิติศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา Department of Law, Faculty of Political Science and Law, Burapha University. Email : awnrumpa@buu.ac.th

³ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา Department of Law, Faculty of Political Science and Law, Burapha University Email : pataramon@buu.ac.th

⁴ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา Department of Law, Faculty of Political Science and Law, Burapha University Email : ekaponk@buu.ac.th

เลี้ยงดูบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นในลักษณะเดียวกันกับบิดามารดาซึ่งไม่ได้ให้กำเนิดบุตรผ่านการตั้งครรภ์แทนอย่างเท่าเทียมกัน

คำสำคัญ : บุตรชอบด้วยกฎหมาย การลาเพื่อเลี้ยงดูบุตร การตั้งครรภ์แทน

Abstract

Surrogacy is a form of medically assisted reproductive technology (ART) that a woman (the surrogate) agrees to carry a baby through pregnancy on behalf of another person and then relinquishes the baby to the intended parent once the child was born. Even though surrogacy is nowadays licit under Thai laws subjected to some conditions laid down by the Protection for Children Born Through Assisted Reproductive Technologies Act, B.E. 2558 (2015), the rights to parental leave are not in line with the specificities of giving birth through surrogacy in which the legal mother, according to section 29 of such Act, does not carry and deliver her legitimate child. This article suggests that the means of giving birth through ART based on the aforementioned act should be taken into account for the revision of rules and policy on parental leave in Thailand in order that the intended parents are entitled to equivalent rights concerning parental leave.

Keywords: Legitimate child, parental leave, surrogacy

บทนำ (Introduction)

คริสต์ศตวรรษที่ 20 เป็นช่วงเวลาที่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Assisted Reproductive Technology : ART) เพื่อช่วยเหลือผู้ที่มีบุตรยาก ได้มีพัฒนาการก้าวหน้าเป็นอย่างมาก หนึ่งในเทคนิควิธีที่ได้รับการยอมรับในทางการแพทย์จนถึงปัจจุบันคือ การ “อุ้มบุญ” ซึ่งเป็นเทคนิควิธีที่ทำให้หญิงที่ไม่สามารถ “อุ้มท้อง” เองได้ ให้สามารถมีบุตรเพื่อสร้างหรือเติมเต็มความเป็นครอบครัวได้โดยผ่านวิธีการทางการแพทย์ที่ทันสมัย โดยไม่ต้องใช้วิธี “อุ้มบุญ” แบบดั้งเดิม

กล่าวคือ ให้สามีมีเพศสัมพันธ์กับหญิงอื่นเพื่อให้กำเนิดบุตรสืบตระกูล อันเป็นวิถีปฏิบัติอยู่ในหลายสังคมในอดีตทั้งในอารยธรรมตะวันตกและตะวันออก (Yanagihara, 2019: 571-572) เทคนิคการ “อุ้มบุญ” ยุคใหม่ (Modern Surrogacy) สามารถแบ่งออกได้เป็นสองรูปแบบใหญ่ ๆ ได้แก่ 1) “อุ้มบุญแท้” (Full Surrogacy หรือ Traditional surrogacy) คือการใช้น้ำเชื้อจากฝ่ายชายของคู่ที่ต้องการมีบุตร ผสมกับไข่ และฉีดฝังในมดลูกของแม่อุ้มบุญ เมื่อหญิงที่ตั้งครรภ์ใช้เซลล์ไข่ของตนเองเพื่อการปฏิสนธิตัวอ่อน ดังนั้น “แม่อุ้มบุญ” จึงเป็นแม่ในทางพันธุกรรมของเด็กด้วย เทคนิควิธีนี้เคยนำไปสู่คดีในศาลสหรัฐอเมริกาในช่วงปลายทศวรรษ 80 ซึ่งทำให้ “การอุ้มบุญ” เป็นที่รับรู้แพร่หลายในสังคมอเมริกาและทั่วโลก คือ คดี “Baby M” เนื่องจาก “แม่อุ้มบุญ” เกิดเปลี่ยนใจ ไม่ต้องการส่งมอบทารกตาม “สัญญาว่าจ้างอุ้มบุญ” ที่ทำไว้ (Jacobson, 2016 :4) และ 2) การ “อุ้มบุญเทียม” (Partial Surrogacy หรือ Gestational Surrogacy) หมายถึง กรณีที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนโดยที่ตัวอ่อนมาจากการผสมเซลล์ไข่และเซลล์อสุจิของผู้อื่นทั้งหมด ดังนั้นทารกในครรภ์จึงไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นรูปแบบการ “อุ้มบุญ” ที่ได้รับการรับรองในกฎหมายหลายประเทศในปัจจุบัน

ในปัจจุบันการเข้าถึงการรักษาภาวะการมีบุตรยากด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิในการมีบุตรด้วยวิธีการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนหรือการ “อุ้มบุญ” ยังไม่ได้รับการยอมรับในหลายประเทศ สิทธิเข้าถึงการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อบำบัดภาวะการมีบุตรยาก การให้กำเนิดทารกด้วยวิธีการดังกล่าวยังถูกมองว่าเป็นการทำให้มดลูกและ/หรือทารกกลายเป็นสินค้า ทำให้เกิดข้อถกเถียงในทางศีลธรรมและจริยศาสตร์หลายประเด็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ของ “แม่อุ้มบุญ” (Surrogate Mother) ซึ่งมักเป็นผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจไม่สู้ดีนัก แต่ในอีกด้านหนึ่งก็เห็นว่าต้องชั่งน้ำหนักกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในสังคม และหากมีการกำกับดูแลที่ดี การ “อุ้มบุญ” ก็ถือได้ว่าเป็นพัฒนาการทางสังคมที่สำคัญรูปแบบหนึ่ง (Salvat, 2018) ผลที่เกิดขึ้นคือนิตินโยบายในแต่ละประเทศและกลไกการควบคุมการ “อุ้มบุญ” ยังมีความแตกต่างหลากหลายอย่างมากในปัจจุบัน กล่าวคือ ในขณะที่ในบางประเทศก็เปิดโอกาสให้มีการ “อุ้มบุญ” เชิงการค้าหรือพาณิชย์ (Commercial Surrogacy) ได้อย่างเสรี ตัวอย่างเช่น ประเทศรัสเซีย ประเทศยูเครน และบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น แต่สำหรับบางประเทศกฎหมายไม่รับรองการ “อุ้มบุญ” ไม่ว่าจะเป็นเพื่อการค้าพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม เช่น ประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน สเปน สวิตเซอร์แลนด์ จีน ไต้หวัน

สิงคโปร์ เป็นต้น ส่วนกลุ่มสุดท้าย คือ ประเทศที่ “เดินทางสายกลาง” กล่าวคือ มีการใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการ “อุ้มบุญ” ให้ทำได้เฉพาะกรณี “การตั้งครรภ์แทนเพื่อมนุษยธรรม” (Altruistic Surrogacy) เช่น ประเทศแอฟริกาใต้ ออสเตรเลีย อินเดีย และไทย เป็นต้น

ในอดีตเมื่อประเทศไทยยังมิได้มีกฎหมายควบคุมกำกับการ “อุ้มบุญ” อย่างชัดเจน มีเพียงแต่ประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 เรื่องมาตรฐานการให้บริการของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2540 และ ประกาศแพทยสภาที่ 21/2545 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2545 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 21(1) เพื่อให้การบริการของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นไปอย่างมีมาตรฐาน คือ กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนคู่สมรสได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขประกาศแพทยสภาข้างต้นเท่านั้น เมื่อประเทศไทยไม่มีกฎหมายกำกับดูแลอย่างชัดเจน จากช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวจึงทำให้เกิดธุรกิจรับจ้าง “อุ้มบุญ” ขึ้น และมีข้อพิพาทต่าง ๆ ตามมา เช่น ปัญหาข้อพิพาทแย่งสิทธิ์ในตัวเด็กหรือการทอดทิ้งเด็ก ปัญหาข้อพิพาทเรื่องผลประโยชน์จากการรับจ้างตั้งครรภ์ หรือการกระทำที่เข้าข่ายว่าจะเป็นการค้ามนุษย์ซึ่งสามารถพบเห็นได้ตามสื่อต่าง ๆ เป็นต้น ประเทศไทย จึงได้ออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อกำกับดูแลอย่างชัดเจน เป็นการเฉพาะได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาใช้บังคับโดยสาระสำคัญก็เป็นการนำแนวปฏิบัติตามประกาศแพทยสภาที่มีอยู่เดิมมาตราเป็นพระราชบัญญัติ โดยให้นิยาม การตั้งครรภ์แทน ไว้ว่า หมายความว่า “การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ขอด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ขอด้วยกฎหมายนั้น” ทำให้ประเทศไทยเข้าไปอยู่ในกลุ่มประเทศที่เดินทางสายกลาง กล่าวคือ อนุญาตให้ดำเนินเฉพาะการอุ้มบุญทางมนุษยธรรม (Altruistic Surrogacy) ในบางเงื่อนไข และมีการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการ “อุ้มบุญ” ในทางการค้า (Commercial Surrogacy) ในมาตรา 24 ประกอบ 48 ของพระราชบัญญัติ ฯ

3บทความนี้มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อวิพากษ์ความเหมาะสมของกลไกการกำกับดูแล และเงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับการ “อุ้มบุญ” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แต่จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับสิทธิตามระเบียบ กฎหมายต่าง ๆ เกี่ยวกับการลาเพื่อเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ว่าสามารถรองรับการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการให้กำเนิดบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีดังกล่าวได้แล้วหรือไม่ โดยบทความนี้จะศึกษา เฉพาะกรณีการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปโดยถูกต้องตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติดังกล่าวและกฎหมายลำดับรองที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวในปัจจุบันเท่านั้น กล่าวคือ

(1) ในส่วนสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน มาตรา 21(1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติว่า สามีภริยาจะต้องจดทะเบียนสมรสกันถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้นหากคู่สมรสไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายจะไม่สามารถใช้วิธีการนี้ได้ นอกจากนี้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องมีสัญชาติไทย โดยคู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสกับบุคคลสัญชาติไทยมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

(2) ในด้านหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น มาตรา 21(2) กำหนดไว้ชัดเจนว่า ต้องมิใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร โดยมาตรา 21(3) บัญญัติว่าจะต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตอื่นของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตอื่นของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด คือ จะต้องมิใช่ญาติเดียวกันกับสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร นอกจากนี้ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้อง มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ และไม่เกิน 40 ปีบริบูรณ์ และเคยมีบุตรมาแล้วโดยการคลอดตามธรรมชาติไม่เกิน 3 ครั้ง หรือในกรณีที่ผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง เป็นผู้มีสุขภาพร่างกายและจิตใจแข็งแรงสมบูรณ์ดี ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน จะรับตั้งครรภ์แทนจนได้คลอดบุตรไม่เกิน 2 ครั้ง

ในส่วนวิธีการตั้งครรภ์แทน มาตรา 22 พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้สามารถกระทำได้เพียงสองกรณีเท่านั้น กล่าวคือ (1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน และ (2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรือสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายบัญญัติห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน จะเห็นได้จากเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติดังกล่าว ทำให้อย่างน้อยที่สุดเด็กที่เกิดมาจะต้องมีความเกี่ยวโยงทางพันธุกรรมกับสามีและ/หรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนคนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองคน ดังนั้น กรณีที่ทั้งสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่สามารถใช้เซลล์สืบพันธุ์ของตนเองได้ทั้งคู่ จึงไม่สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ นอกจากนี้ พระราชบัญญัตินี้มีการห้ามโดยชัดแจ้งโดยกฎหมายไม่ให้ใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ที่เรียกว่า “Traditional หรือ Full Surrogacy” เพื่อป้องกันปัญหาทางกฎหมายที่อาจจะตามมาเนื่องจากความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม กับ “แม่อุ้มบุญ” ในลักษณะเดียวกันกับคดี “Baby M”

สถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรในกฎหมายไทยปัจจุบัน

เนื่องจากสิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรมีความสัมพันธ์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้กับการก่อความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างบิดามารดาและบุตร จึงมีความจำเป็นจะต้องศึกษาสถานะของกฎหมายในประเด็นดังกล่าว สำหรับการก่อตั้งความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ในอดีตก่อนที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จะมีผลใช้บังคับ ความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างบิดามารดาและบุตรจึงเป็นไปตามการตีความมาตรา 1546 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น” ซึ่งมีการตีความว่า “มารดา” จะต้องหมายถึง หญิงที่รับตั้งครรภ์และเป็นผู้คลอดเด็กนั้น และหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงที่จดทะเบียนสมรสแล้ว มาตรา 1536 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็จะสามารถสันนิษฐานว่าสามีของหญิงนั้นคือบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ซึ่งไม่เป็นไปตามเจตจำนงของคู่สมรสที่ดำเนินการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน จึงทำให้เกิด

ปัญหาและข้อคำถามในการปฏิบัติราชการในหลายกรณี โดยหน่วยงานราชการต่าง ๆ ในอดีต เมื่อประสบปัญหาการปฏิบัติราชการที่เกี่ยวข้องกับกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ก็จะทำข้อหาหรือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อให้หน่วยงานดังกล่าวตีความ เช่น ประเด็นเรื่อง การใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตรที่เกิดจากการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยกรมบัญชีกลาง (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 100/2543) โดยต่อมากรมบัญชีกลางจึงมีหนังสือเวียนไปยังส่วนราชการต่าง ๆ แจ้งว่า กรณีให้ผู้อื่นรับตั้งครรภ์แทนเพื่อให้กำเนิดบุตรนั้น ไม่มีสิทธิเบิกค่ารักษาพยาบาลของข้าราชการได้ เพราะไม่ถือว่าเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย (วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, 2559, หน้า 45) อีกประเด็นหนึ่งคือ เรื่องการลงรายการชื่อบิดาและมารดาในสูติบัตรของบุตรที่เกิดจากการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน โดยสำนักทะเบียนกรมการปกครอง (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 209/2550) โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้ให้ความเห็นประเด็นความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายโดยตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิงนั้น ผลที่เกิดขึ้นคือ ทำให้บิดามารดาที่มีทำหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรในความเป็นจริง และในหลายกรณีก็มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กนั้นด้วย ไม่สามารถมีสถานะเป็นบิดาและ/หรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายได้ ส่งผลให้ไม่สามารถใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับบุตรได้ ถึงแม้จะมีการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมก็ตาม เนื่องจากผลทางกฎหมายของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมในกฎหมายไทยจะไม่ได้ก่อความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมที่เทียบเท่ากับบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย และมักไม่ก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์ด้านสวัสดิการต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาดังกล่าวได้บรรเทาเบาบางลง ในปัจจุบัน หากเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เนื่องจาก มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัตินี้บัญญัติว่า

“เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายในปัจจุบันได้กำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะ โดยให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร มีไข่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ในกรณีที่บุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัตินี้ เช่น การที่คู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส หญิงหรือชายโสดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เป็นต้น การกำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายก็ต้องกลับไปวินิจฉัยโดยตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรจึงไม่อยู่ในสถานะบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

สภาพปัญหาการกำหนดสิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายไทย

ถึงแม้ว่าปัญหาหลายประการได้รับการแก้ไขจากการที่มีกฎหมายบัญญัติความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นกรณีพิเศษแยกเฉพาะจากกรณีเด็กที่เกิดโดยที่มีได้มีการ “อุ้มบุญ” แต่หนึ่งในปัญหาที่ยังคงหลงเหลืออยู่และยังคงรอการแก้ไขให้สอดคล้องต่อไป คือ สิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นที่มาของประเด็นหลักที่ต้องการนำเสนอในบทความชิ้นนี้ โดยนิยามการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตร (Parental Leave) หรือการลาเพื่อดูแลครอบครัว (Family Leave) หมายความว่ารวมถึง (1) การลาคอด (Maternity Leave) (2) การลาเพื่อปฏิบัติหน้าที่บิดา (Paternity leave) ซึ่งเป็นสิทธิการลาที่ปรากฏในระเบียบกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิการลาหยุดงานของของประเทศไทย และในบางประเทศอาจมีการรับรองสิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรบุญธรรม (Adoption Leave) เพิ่มเติมขึ้นอีกด้วย

เมื่อกฎหมายของไทยให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรจึงมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดู ให้ความคุ้มครองดูแลแก่เด็ก เมื่อคู่สมรสที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอาจรับเด็กนั้นมาตั้งแต่เป็นทารก จึงจำเป็นที่จะต้องให้การดูแลอย่างใกล้ชิด คำถามที่เกิดขึ้นคือ สามีและภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร

โดยได้ให้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภริยาตั้งครรภ์และคลอดบุตรแทน จะสามารถใช้สิทธิการลาประเภทใดเพื่อ
เพื่อเลี้ยงดูบุตรที่เกิดด้วยวิธีการดังกล่าวหรือไม่

ในปัจจุบัน ในภาคเอกชนลูกจ้างหญิงมีสิทธิตามกฎหมายในการลาเพื่อตรวจครรภ์และ
คลอดบุตร ครรภ์หนึ่งไม่เกิน 98 วัน ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 41
เท่านั้น โดยที่กฎหมายมิได้กำหนดให้มีสิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรไว้เป็นการเฉพาะ และสามีก็ไม่มี
สิทธิลาเพื่อช่วยเหลือภริยาที่คลอดบุตร (Paternity Leave) แต่อย่างใด

สำหรับข้าราชการ หรือหน่วยงานที่มีการบังคับใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการ
ลาของข้าราชการ พ.ศ. 2555 หญิงสามารถลาคลอดได้ 90 วันโดยอาจเป็นก่อนหรือหลังคลอดก็ได้
และลาอีกเพื่อเลี้ยงดูบุตรต่อเนื่องได้อีก 150 วัน โดยไม่ได้รับเงินเดือนระหว่างลาตามพระราช
กฤษฎีกาการจ่ายเงินเดือน เงินปี บำเหน็จ บำนาญ และเงินอื่นในลักษณะเดียวกัน พ.ศ. 2535 และ
ที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 29/1 ส่วนชายสามารถลาเพื่อช่วยเหลือภริยาที่คลอดบุตรตามกฎหมายที่คลอด
บุตรได้ภายใน 90 วัน นับแต่วันที่คลอดบุตร และให้มีสิทธิลาไปช่วยเหลือภริยาที่คลอดบุตรครั้งหนึ่ง
ติดต่อกันได้ไม่เกิน 15 วันทำการ กรณีลาเพื่อช่วยเหลือภริยาที่คลอดบุตรลาภายใน 30 วัน นับแต่
วันที่ภริยาคลอดบุตรจะมีสิทธิได้รับเงินเดือนระหว่างลาไม่เกิน 15 วันทำการ แต่ถ้เป็นการลาเมื่อ
พ้น 30 วันนับแต่ภริยาคลอดบุตรจะไม่ได้รับเงินเดือนระหว่างลา เว้นแต่อธิบดีเห็นสมควรจะให้จ่าย
เงินเดือนระหว่างลานั้น แต่ไม่เกิน 15 วันทำการ ตามพระราชกฤษฎีกาการจ่ายเงินเดือน เงินปี
บำเหน็จ บำนาญ และเงินอื่นในลักษณะเดียวกัน พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 28/1
สำหรับพนักงานรัฐวิสาหกิจ ก็มีสิทธิในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ สิทธิลาคลอดสำหรับพนักงาน
รัฐวิสาหกิจหญิง และ “การลาไปช่วยเหลือภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายที่คลอดบุตร” ของพนักงาน
รัฐวิสาหกิจชาย ตามมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 18 มิถุนายน 2556 และตามมติคณะกรรมการแรงงาน
รัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ ครั้งที่ 3/2556 วันที่ 20 มีนาคม 2556 โดยให้ได้รับเงินเดือนระหว่างลาได้ไม่
เกิน 15 วันทำงาน แต่ถ้เป็นการลาเมื่อพ้น 30 วัน นับแต่วันที่ภริยาคลอดบุตร ไม่ให้ได้รับเงินเดือน
ระหว่างลา เว้นแต่ผู้บริหารสูงสุดเห็นสมควรจะให้จ่ายค่าจ้างระหว่างลานั้นก็ได้ แต่ไม่เกิน 15 วัน
ทำงาน ซึ่งเป็นไปในลักษณะเดียวกันกับสิทธิของข้าราชการ

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิการลาของกลุ่มสตรีที่ประสงค์จะมีบุตรมาเพื่อดูแลบุตรของตนตั้งแต่วัย
ทารกแล้วนั้น สำหรับลูกจ้างภาคเอกชน ไม่ปรากฏบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน

ในปัจจุบันที่กำหนดสิทธิเกี่ยวกับการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตร (Parental Leave) การลาเพื่อช่วยเหลือภริยาเลี้ยงดูบุตร หรือ ทำหน้าที่บิดา (Paternity Leave) หรือการลาอย่างใดที่มีวัตถุประสงค์ให้ลูกจ้างสามารถลาเพื่อให้การดูแลบุตรไว้โดยเฉพาะแต่อย่างใด ทั้งนี้เมื่อคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรไม่ได้เป็นผู้ตั้งครรภ์และ “คลอด” บุตรนั้นด้วยตนเอง จึงไม่สามารถใช้สิทธิลาคลอด 98 วัน หรือ 90 วัน แล้วแต่กรณีได้ตามกฎหมาย เนื่องจากการลาคลอดมีวัตถุประสงค์เพื่อให้หญิงได้รับการพักก่อนคลอดและฟื้นฟูร่างกายภายหลังจากการคลอดบุตร และได้ใช้โอกาสนี้เลี้ยงดูบุตรได้ด้วยในเวลาเดียวกัน ดังนั้น หากลูกจ้างซึ่งเป็นคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนจะต้องการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตร อาจต้องปรับใช้สิทธิลาเพื่อกิจธุระอันจำเป็น ซึ่งมีวัตถุประสงค์ให้ลูกจ้างที่มีความจำเป็นจะต้องหยุดงานสามารถลาไปเพื่อประกอบภารกิจของตน ซึ่งเป็นระยะเวลาที่ค่อนข้างสั้น ไม่อาจลาต่อเนื่องยาวนานได้ (พนิตสุภา สุตสงวน, 2562, หน้า 107)

สำหรับกรณีข้าราชการหรือพนักงานรัฐวิสาหกิจหญิง มีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตร นั้นจะต้องเป็นการลาต่อเนื่องจากการคลอดบุตรเท่านั้นหรือไม่ ในกรณีที่ข้าราชการหญิงนั้นให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน การใช้สิทธิลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรเป็นเวลาไม่เกิน 150 วันอาจไม่สามารถทำได้ตามระเบียบดังกล่าว นอกจากนี้ กรณีข้าราชการหรือพนักงานรัฐวิสาหกิจชายลาเพื่อช่วยเหลือภริยาที่ขอด้วยกฎหมายที่คลอดบุตรนั้น แม้จะไม่ได้มีปัญหาในเรื่องเงื่อนไขความเป็นบิดาที่ขอด้วยกฎหมายเนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่เป็นเงื่อนไขของการใช้การตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 อยู่แล้ว แต่ระเบียบดังกล่าวได้กำหนดให้จะต้องเป็นการลาเพื่อช่วยเหลือภริยา “ที่คลอดบุตร” ดังนั้น หากตีความระเบียบดังกล่าวโดยเคร่งครัดก็จะไม่สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้เช่นกัน (พนิตสุภา สุตสงวน, 2562, หน้า 108)

สิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์ในต่างประเทศ

สิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนยังไม่ใช่สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับรองเป็นสากล ตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ สำหรับข้อเสนอขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ยังไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดข้อเสนอแก่ประเทศสมาชิกเพื่อบัญญัติสิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรสำหรับบุคคลที่ดำเนินการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นการเฉพาะ สำหรับในสหภาพยุโรป ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ได้เคยวินิจฉัยเพื่อตีความข้อเสนอแห่งสหภาพยุโรป ว่า

ด้วยแรงงานที่ ตั้งครรภ์ (Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding) หรือที่มักถูกเรียกว่า “Pregnant Workers Directive” ในคำวินิจฉัยที่ C-167/12 C. D. v. S.T. และ C-363/12 Z. v. A Government Department and the Board of Management of a Community School ว่า กฎหมายสหภาพยุโรปโดยข้อแนบดังกล่าว ไม่ได้กำหนดมาตรฐานบังคับให้รัฐสมาชิกจะต้องออกกฎหมายเพื่อให้สิทธิการลาของแม่เพื่อเลี้ยงดูบุตร หากบุตรนั้นเกิดจากการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน อย่างไรก็ตาม กฎหมายแห่งสหภาพยุโรปไม่ได้ห้ามรัฐสมาชิกในการออกกฎหมายลักษณะดังกล่าว รัฐสมาชิกแห่งสหภาพยุโรปก็ยังสามารถออกกฎหมายภายในเฉพาะของประเทศตนเพื่อให้สิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรแก่แม่ที่ให้กำเนิดบุตรด้วยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้ตามความประสงค์ เพียงแต่สิทธิดังกล่าวยังไม่ได้รับการรับรองด้วยกฎหมายของสหภาพยุโรปเองเท่านั้น เนื่องจากมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองลูกจ้างหญิงที่ผ่านการคลอดบุตรมาเท่านั้น กล่าวคือ เป็นการรับรองสิทธิการลาคคลอด (Maternity Leave) ในความหมายดั้งเดิมเท่านั้น

อย่างไรก็ตามจากการสำรวจพบว่าในบรรดาประเทศที่มีกฎหมายรับรองการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน มีบางประเทศที่รับรองสิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรในกรณีบุตรเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้อย่างชัดเจน ซึ่งพบทั้งในประเทศที่รับรองให้บุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายโดยอัตโนมัติ และการเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายโดยผ่านกระบวนการทางศาลในภายหลัง

สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ เป็นหนึ่งในประเทศที่ยอมรับให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อมนุษยธรรม (Altruistic Surrogacy) ซึ่งแนวทางดังกล่าวก็สอดคล้องกับแนวทางที่ใช้อยู่ในประเทศไทยในปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม สิ่งที่แตกต่างกันจากกฎหมายไทย คือ เงื่อนไขเกี่ยวกับบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรนั้น (Commissioning Parent or Parents) เปิดกว้างกว่ากฎหมายไทยในปัจจุบัน เนื่องจากผู้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นคู่สมรสที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมาย ดังเช่นกฎหมายไทยในปัจจุบัน เพียงแต่จะต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์จากอย่างน้อยหนึ่งในบุคคลที่จะกลายเป็น

มาเป็นบิดาหรือมารดาของเด็ก⁵ ในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายไทย และจะต้องทำข้อตกลงการตั้งครรรค์แทน (Surrogate Motherhood Agreement) ถูกต้องตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น จะต้องไม่ใช้การตกลงให้มีการตั้งครรรค์แทนในเชิงพาณิชย์ (Commercial Surrogacy) หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนจะต้องเคยให้กำเนิดบุตรมาก่อน และมีบุตรของตนเองที่ยังมีชีวิตอยู่ เป็นต้น⁶

⁵ Children's Act 2005. Section 294 Genetic origin of child.—No surrogate motherhood agreement is valid unless the conception of the child contemplated in the agreement is to be effected by the use of the gametes of both commissioning parents or, if that is not possible due to biological, medical or other valid reasons, the gamete of at least one of the commissioning parents or, where the commissioning parent is a single person, the gamete of that person.

⁶ Children's Act 2005. Section 295 Confirmation by court.—A court may not confirm a surrogate motherhood agreement unless—

(a) the commissioning parent or parents are not able to give birth to a child and that the condition is permanent and irreversible;

(b) the commissioning parent or parents—

(i) are in terms of this Act competent to enter into the agreement;

(ii) are in all respects suitable persons to accept the parenthood of the child that is to be conceived; and

(iii) understand and accept the legal consequences of the agreement and this Act and their rights and obligations in terms thereof;

(c) the surrogate mother—

(i) is in terms of this Act competent to enter into the agreement;

(ii) is in all respects a suitable person to act as surrogate mother;

(iii) understands and accepts the legal consequences of the agreement and this Act and her rights and obligations in terms thereof;

(iv) is not using surrogacy as a source of income;

(v) has entered into the agreement for altruistic reasons and not for commercial purposes;

(vi) has a documented history of at least one pregnancy and viable delivery; and

(vii) has a living child of her own;

นอกจากนี้สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ เป็นหนึ่งในไม่กี่ประเทศที่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามข้อตกลงที่มีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายให้ถือว่าเป็นบุตรของบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตร (Commissioning Parent or Parents) ตั้งแต่เวลาที่เด็กเกิด ในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องส่งมอบตัวเด็กให้กับบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้หลังเด็กเกิด ดังนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน สามิ คู่ชีวิต ญาติของหญิงนั้น จะไม่มีสิทธิในตัวเด็กนั้น และในทางตรงกันข้ามเด็กก็ไม่มีสิทธิเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูหรือรับมรดกในฐานะทายาทจากบุคคลดังกล่าว แต่หากข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับได้เนื่องจากไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด จะถือว่าเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดาที่ให้กำเนิด⁷ ซึ่งเป็นไปในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายไทยในปัจจุบัน

(d) the agreement includes adequate provisions for the contact, care, upbringing and general welfare of the child that is to be born in a stable home environment, including the child's position in the event of the death of the commissioning parents or one of them, or their divorce or separation before the birth of the child; and

(e) in general, having regard to the personal circumstances and family situations of all the parties concerned, but above all the interests of the child that is to be born, the agreement should be confirmed.

⁷ Children's Act 2005. Section 297. Effect of surrogate motherhood agreement on status of child.—

(1) The effect of a valid surrogate motherhood agreement is that—

(a) any child born of a surrogate mother in accordance with the agreement is for all purposes the child of the commissioning parent or parents from the moment of the birth of the child concerned;

(b) the surrogate mother is obliged to hand the child over to the commissioning parent or parents as soon as is reasonably possible after the birth;

(c) the surrogate mother or her husband, partner or relatives has no rights of parenthood or care of the child;

นอกจากจะกำหนดให้บิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ขอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแล้ว สิ่งที่น่าสนใจมากสำหรับกฎหมายของประเทศแอฟริกาใต้คือการกำหนดสิทธิการลาเพื่อทำหน้าที่บิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตร (Commissioning Parental Leave) ไว้เป็นการเฉพาะใน Basic Conditions of Employment Act, 1997 ที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปีค.ศ. 2018 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2019 คำนี้ถึงกรณีที่ถูกจ้างเป็นบิดามารดาโดยข้อตกลงการรับตั้งครรภ์แทน กำหนดให้บิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรที่เป็นคู่สมรสกันสามารถใช้สิทธิลาเพื่อทำหน้าที่บิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตร (Commissioning Parental Leave) ได้ เพียงแต่ให้สิทธิลาเพียงคนเดียวเท่านั้น โดยเริ่มต้นลาได้ในวันที่เด็กเกิดตามข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน ส่วนคู่สมรสอีกคนหนึ่งสามารถใช้สิทธิลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรโดยทั่วไป (Parental Leave) ได้ โดยคู่สมรสสามารถเลือกใช้สิทธิดังกล่าวได้ด้วยตนเอง ระหว่างการใช้สิทธิลาเพื่อทำหน้าที่บิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตร (Commissioning parental Leave) เป็นระยะเวลาอย่างน้อย 10 สัปดาห์ติดต่อกัน หรือใช้สิทธิลาเพื่อทำหน้าที่บิดามารดา ซึ่งมีกำหนดระยะเวลาอย่างน้อย 10 วันติดต่อกัน โดยสิทธิการลาทั้งสองประเภทเริ่มต้นลาได้ในวันที่เด็กเกิดตามข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน⁸ ซึ่งเป็นระยะเวลาขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด จึงไม่สามารถเป็นอื่นใน

(d) the surrogate mother or her husband, partner or relatives have no right of contact with the child unless provided for in the agreement between the parties;

(e) subject to sections 292 and 293, the surrogate motherhood agreement may not be terminated after the artificial fertilisation of the surrogate mother has taken place; and

(f) the child will have no claim for maintenance or of succession against the surrogate mother, her husband or partner or any of their relatives.

(2) Any surrogate motherhood agreement that does not comply with the provisions of this Act is invalid and any child born as a result of any action taken in execution of such an arrangement is for all purposes deemed to be the child of the woman that gave birth to that child.

⁸ Basic Conditions of Employment Act, 1997. Section 25C

(1) An employee who is a commissioning parent in a surrogate motherhood agreement is, subject to subsection (6), entitled to–

(a) Commissioning Parental Leave of at least 10 (ten) consecutive weeks; or

(b) the Parental Leave referred to in section 25A.

ลักษณะให้มีผลเป็นการลดระยะเวลาดังกล่าวได้⁹ บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นการช่วยส่งเสริมให้บิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรสามารถใช้สิทธิในการดูแลบุตรร่วมกันซึ่งสอดคล้องกับการที่กฎหมายรับรองการดำเนินการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน และการกำหนดให้บิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

แม้ในประเทศที่ไม่ได้กำหนดให้บิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยอัตโนมัติ แต่มีการรับรองให้การตั้งครรภ์แทนชอบด้วยกฎหมาย และผู้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนจะได้มาซึ่งอำนาจปกครองบุตรก็โดยผ่านกระบวนการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือโดยคำสั่งศาลในภายหลัง ก็อาจกำหนดสิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรตั้งแต่แรกเกิดอย่างชัดเจนสำหรับบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรด้วยวิธีการต่าง ๆ กัน เครือรัฐออสเตรเลีย ให้สิทธิการลาเลี้ยงดูเด็กแก่ผู้ที่ทำหน้าที่เลี้ยงดูเด็กจริง (Primary Carer) โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (Surrogate Mother) หรือบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตร (Intended Parent) สาธารณรัฐไอร์แลนด์ กำหนดให้ทั้งหญิงที่เป็นผู้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน (Commissioning Mother) และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (Surrogate Mother) สามารถใช้สิทธิลาคลอด (Maternity Leave) ได้เหมือนลูกจ้างหญิงทั่วไป เป็นต้น

(2) An employee may commence Commissioning Parental Leave on the date that a child is born by virtue of a surrogate motherhood agreement.

(...)

(6) If a surrogate motherhood agreement involves two commissioning parents, one of the commissioning parents may apply for Commissioning Parental Leave and the other commissioning parent may apply for the Parental Leave referred to in Section 25A, provided that this choice shall be exercised by the two commissioning parents.

⁹ Basic Conditions of Employment Act, 1997 Section 49(1)(d)

“A collective agreement concluded in a bargaining council may alter, replace or exclude any basic condition of employment if the collective agreement is consistent with the purpose of the BCEA and the collective agreement does not:

1.d) Reduce an employee’s entitlement to maternity leave in terms of Section 25, 25A, 25B and 25C.”

บทสรุป

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อชี้ให้เห็นประเด็นปัญหาความไม่สอดคล้องกันระหว่างกฎหมายที่รองรับความเป็นบิดามารดาที่ขอบด้วยกฎหมายกับสิทธิการลาตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานและระเบียบการลาของราชการหรือพนักงานของรัฐอื่น เนื่องจากสิทธิประโยชน์และสวัสดิการต่าง ๆ รวมไปถึงสิทธิการลาเกี่ยวกับการคลอดบุตร การเลี้ยงดูบุตรตามกฎหมายแรงงาน และระเบียบต่าง ๆ ในประเทศไทยในปัจจุบัน ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์และคลอดทารกนั้นเป็นมารดาที่ขอบด้วยกฎหมายของเด็ก ซึ่งเป็นไปตามหลักการวินิจฉัยความเป็นมารดาและบุตรที่ขอบด้วยกฎหมายในความหมายดั้งเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงยังไม่สอดคล้องกับหลักการที่กำหนดขึ้นใหม่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในขณะที่ประเทศต่าง ๆ ที่มีการรับรองให้การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนถูกกฎหมายได้มีการกำหนดสิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรสำหรับกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้อย่างชัดเจน ทั้งในประเทศที่รับรองความเป็นบุตรที่ขอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอัตโนมัติเหมือนประเทศไทย เช่น สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และในประเทศที่อาจไม่ได้รับการรับรองความเป็นบุตรที่ขอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอัตโนมัติ ตัวอย่างเช่น เครือรัฐออสเตรเลีย และสาธารณรัฐไซปรัส เป็นต้น โดยกำหนดสิทธิการลาคลอดสำหรับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสิทธิการลาเลี้ยงดูเด็กสำหรับผู้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน (Commissioning Parents) บทความนี้จึงมีข้อเสนอว่า กฎหมายที่บัญญัติเรื่องสิทธิการลาของประเทศไทยในปัจจุบันควรต้องนำประเด็นการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการดังกล่าว มาประกอบการแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการลาคลอดและการลาเลี้ยงดูบุตร แม้การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอาจจะไม่ได้มีจำนวนมากนักเมื่อเทียบกับจำนวนประชากรไทยในปัจจุบัน แต่เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลที่เข้าไปมีความเกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนอย่างถูกต้องตามกฎหมายในอนาคต สอดรับกับหน้าที่ของบิดามารดาที่ขอบด้วยกฎหมายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่ขอบด้วยกฎหมายของตนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เอกสารอ้างอิง (References)

- พนิตสุภา สุตสงวน (2562), ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสวัสดิการกรณีบุตรเกิดจากการตั้งครรภ์แทน
งานนิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยบูรพา.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2559). อุ้มบุญ – อุ้มบาป พ.ร.บ.คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558. วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข, 2(1),
หน้า 45-61.
- Jacobson, H. (2016). **Labor of Love: Gestational Surrogacy and the Work of Making
Babies.** New Brunswick, New Jersey: Rutgers University Press.
- Ungprapan W. (2016). Surrogacy : the Protection for Children Born Through Assisted
Reproductive Technologies Act, B.E. 2558 (2015). **Public Health & Health
Laws Journal.** 2(1) : 45-61. [In Thai]
- Salvat, C. (2018). L'éthique à l'épreuve de la Gestation pour autrui (GPA). **Raison
publique.** 23(1) : 161-173.
- Sudsaguan P (2019). **Legal Problems Concerning Welfare in Case of Children Born
via Surrogacy.** Master of Laws' Independent Study. Burapha University. [In
Thai]
- Yanagihara, Y. (2020). Reconstructing feminist perspectives of women's bodies using
a globalized view: The changing surrogacy market in Japan. **Bioethics.** 34(6):
570-577.

