



บทที่ 4.

ปัญหาทางด้านกฎหมายและแนวทางแก้ปัญหาสำหรับการผสมเทียมแบบใช้
เชื้อพันธุ์ของผู้บริจาค (AID= Artificial Insemination Donor)

ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาถึงความเกี่ยวพันทางกฎหมายระหว่างบุคคลดังต่อไปนี้

1. สามี
2. ภรรยา
3. แพทย์ผู้ทำการผสมเทียม
4. เด็กที่เกิดจากการผสมเทียม
5. ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ (Donor)
6. คนโสด

1. ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา

1.1 การทำผสมเทียมโดยความยินยอมของสามีภรรยา

ระยะแรกที่มีการผสมเทียมเริ่มจะเกิดขึ้นในต่างประเทศ การ
ผสมเทียมโดยใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่น เป็นเรื่องที่ถูกคัดค้านโดยเฉพาะที่ประเทศ
อังกฤษ Archbishop of Canterbury ได้กล่าวถึงการผสมเทียมแบบนี้ว่า
เป็นการกระทำความผิดทางอาญา ทำให้วิทยาการด้านนี้ของอังกฤษต้องชะงัก
ไปในช่วงปี พ.ศ. 2491-2503 วิทยาการด้านนี้จึงไม่เจริญเท่าที่ควร ต่อมา
จึงได้รับการรับรองจาก สมาคมแพทย์อังกฤษว่า การปฏิบัติกรรมผสมเทียม
แบบ AID ให้กระทำได้ภายในขอบเขตข้อกำหนดเพื่อเป็นการให้ความช่วยเหลือ

ด้านสุนนามัย¹

สำหรับประเทศไทย เริ่มมีมานานเท่าใดไม่ปรากฏหลักฐาน แต่ได้มีการเผยแพร่ในเรื่องนี้ประมาณปี พ.ศ. 2518² ทางด้านศาสนาไม่มีบทบาทเหมือนในอังกฤษ อาจจะเป็นเพราะว่า การทำให้มีชีวิตไม่ฝืนความรู้สึกของคนทั่วไปเหมือนการทำลายชีวิต เช่นการทำแท้ง เพราะการทำแท้งเป็นการตัดชีวิตที่จะเกิดขึ้นมาจึงมีการคัดค้านจากผู้ค้ำนึ่งถึงศีลธรรมได้เสมอ บางคนที่จะต้องเสียผลประโยชน์หากเด็กเกิดขึ้นอาจคัดค้าน แต่กรณีคัดค้านเช่นนี้เป็นเรื่องของผลประโยชน์ส่วนตัวจะมองอย่างเป็นภาพรวมไม่ได้ สำหรับปัญหาทางด้านจิตใจของคู่สมรสเกี่ยวกับการยอมรับของสังคมหรือไม่นั้น ในทางปฏิบัติแพทย์จะอธิบายข้อดีข้อเสีย ให้คู่สมรสได้ทราบแล้วตัดสินใจเอง พร้อมทั้งศึกษาความคิดของคู่สมรสว่าสมควรจะทำการผสมเทียมให้หรือไม่ คู่สมรสบางคนอาจจะตกอยู่ในภาวะจายอม ซึ่งเมื่อทำผสมเทียมไปแล้วก็จะเกิดปัญหาขึ้นได้ในภายหลัง เคยมีคู่สมรสที่รับการผสมเทียมเช่นนี้แล้วสามีมีความพึงใจอยู่ตลอดเวลาว่าเด็กมิใช่บุตรของตน วันหนึ่งสามีตีมสุราจนขาดสติ มองเห็นเด็กจึงพูดออกมาว่าเด็กมิใช่บุตรของตน เป็นบุตรใครก็ไม่ทราบที่ภริยาของตนได้รับเชื้อพันธุ์มาเนื่องจากการผสมเทียม จากคำพูดดังกล่าวทำให้เด็กหนึ่งเตล็ดออก

¹C.R. Stewart, "AID clinic management," in In Vitro Fertilisation, ed. Thompson, W. prof. and others (London: Royal College of Obstetricians and Gynaecologists, 1985), p. 299.

²นพ.หะทัย เทพพิสัย, "การผสมพันธุ์เทียม" ใน อะไหล่มนุษย์, เฉลียว ปิยะชน, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ตรีธรรมสาร, 2520), หน้า 94.

ไปจากบ้านและในที่สุดก็ติดยาเสพติด³ เหตุการณ์เช่นนี้ไม่ควรเกิดขึ้นเลย การที่คู่สมรสยินยอมรับการผสมเทียม ก็ควรจะต้องหมายถึงความยินยอมที่ออกมาจากใจและพร้อมที่จะรับผิดชอบเด็กที่เกิดมา

การผสมเทียมแบบ AID แม้จะได้รับความยินยอมจากคู่สมรสแล้ว ก็อาจจะเกิดปัญหาขึ้นได้ เช่น

1.1.1 หย่าเพราะการผสมเทียม

สามีอาจเกิดจิตสำนึกริษยา และตั้งรังเกียจบุตรที่เกิดจากการผสมเทียมแบบ AID และไม่สามารถระงับความรู้สึกขมขื่นใจได้จนต้องขอหย่าจากภรรยา กรณีดังกล่าวเคยเกิดเป็นคดีขึ้นแล้วในต่างประเทศเช่นคดี Gursky v. Gursky [39 Misc. 2d 1083, 242 N.Y. 2d 406. 1963] ของมลรัฐนิวยอร์ก ปี พ.ศ.2506 ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่าสามีภรรยาได้ให้ความยินยอมในการผสมเทียมแบบ AID บรากรว่าภรรยาได้ตั้งครรภ์ภายหลังจากได้รับการผสมเทียมและได้ให้กำเนิดบุตร ทางฝ่ายสามีกลับฟ้องภรรยา กล่าวหาว่าภรรยาได้ให้กำเนิดบุตรโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ทั้งที่ความเป็นจริงสามีได้เป็นผู้ที่ได้ให้ความยินยอม ศาลจึงได้พิจารณาว่า เด็กเป็นบุตรมิชอบด้วยกฎหมายของชาย แต่การตั้งครรภ์ของภริยามิได้เกิดจากการกระทำความผิดทางประเวณี เพราะสามีได้ให้ความยินยอมแล้ว สามีจึงอ้างการผสมเทียมมาเป็นเหตุหย่าหาได้ไม่ เหตุผลของสามีฟังไม่ขึ้น ศาลอาศัยหลักกฎหมายปิดปากนั้นคือการใช้ความยินยอมแล้วสามีจะอ้างเหตุอื่นตามกฎหมายมาหักล้างความยินยอมของตนมิได้⁴

³ คณะพยาบาลศาสตร์ (มหาวิทยาลัยมหิดล), "บันทึกการอภิปรายจริยธรรมพยาบาล: ลูกใครในห้องเธอ", 26 กันยายน 2529.

⁴ ดร.สันหัต ตะศิวนิช, "ปัญหาผสมเทียม," วารสารนิติศาสตร์ 15((4) ธันวาคม, 2528): 191.

หากนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาปรับใช้กับกฎหมายไทย สามีให้ความยินยอมแล้วจะอ้างการผสมเทียมของภริยา มาเป็นเหตุหย่าได้หรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาว่าเข้าเหตุหย่าตามกฎหมายหรือไม่ หากเข้าเหตุหย่า สามีก็ฟ้องหย่าได้ หากไม่เข้าก็ฟ้องหย่าไม่ได้ ตามมาตรา 1516 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ 10 ประการเท่านั้น การที่กฎหมายมีขอบเขตจำกัดเช่นนั้นก็เพื่อความสงบสุขของครอบครัว การผสมเทียมหากคู่สมรสเข้าใจวิธีการและพร้อมที่จะยอมรับผลที่จะเกิดขึ้นจากการผสมเทียมแล้ว การผสมเทียมก็มีใช้สิ่งเลวร้ายสำหรับครอบครัว และการผสมเทียมจะถือว่าเป็นการมีคู่หาได้ไม่เพราะคำว่าคู่ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย หมายถึงการล่วงประเวณี ซึ่งมีลักษณะเป็นไปตามธรรมชาติ แต่การผสมเทียมเป็นเพียงการใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่นโดยอาศัยเครื่องมือทางวิทยาศาสตร์ มิได้มีสัมพันธทางสรีระกันระหว่างหญิงกับชาย ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ และถ้าจะกล่าวอ้างการผสมเทียมแบบ AID ของภริยาเป็นเหตุหย่าตามมาตรา 1516 (2) ได้ก็ต่อเมื่อภริยาดำเนินการผสมเทียมโดยไม่ได้รับความยินยอมของสามี ถ้าสามีได้ให้ความยินยอมแล้ว สามีย่อมอ้างเป็นเหตุหย่าไม่ได้ตามมาตรา 1517 วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า "เหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 (1) และ (2) ถ้าสามีหรือภริยาแล้วแต่กรณี ได้ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำที่เป็นเหตุหย่านั้น ฝ่ายที่ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในนั้นจะยกเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้..."

หากนำมาปรับกับมาตรา 1518 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "สิทธิฟ้องหย่าย่อมหมดไป ในเมื่อฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องหย่า ได้กระทำการอันแสดงให้เห็นว่า ได้ให้อภัยในการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดสิทธิฟ้องหย่าแล้ว" แม้จะมีเหตุฟ้องหย่าได้แต่ถ้าสามีได้กระทำการอันแสดงว่าได้ให้อภัย ในการกระทำของภริยาสามีจะฟ้องภริยาด้วยเหตุดังกล่าวอีกหาได้ไม่ สำหรับการผสมเทียมโดยสามีให้ความยินยอม จะถือว่าภริยาได้รับการอภัยจากสามีหรือไม่ ในกรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นการให้อภัยเพราะภริยามิได้ก่อเหตุอันใดที่จะทำให้สามี มีสิทธิฟ้องหย่าเพราะการผสมเทียมไม่เป็นการกระทำที่เป็นคู่ และไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดและการที่กฎหมายกำหนดว่าภริยา มีคู่

ถือเป็นเรื่องธรรมดาได้ตามมาตรา 1516 (1) แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน กฎหมายถือเอาพฤติการณ์มากกว่าที่จะพิจารณาว่ามีบุตรที่เกิดจากการมีคู่หรือไม่ เพราะการมีบุตรเป็นเพียงผลของการมีคู่ ส่วนพฤติกรรมมีคู่นั้นย่อมเป็นสิ่งที่สำคัญกว่า ดังนั้นสามีจึงไม่มีสิทธิที่จะฟ้องหย่าภรรยาได้ เพราะไม่อยู่ในเหตุฟ้องหย่าตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ หากจะมีการกำหนดเกี่ยวกับเรื่องการผสมเทียมแบบ AID ไว้ในกฎหมายก็ไม่ควรจะให้สิทธิสามีฟ้องหย่าภรรยา เนื่องจากสามีได้ให้ความยินยอมให้ภรรยารับการผสมเทียม แต่ควรกำหนดมิให้สามีถอนความยินยอมในภายหลัง เมื่อภรรยาได้ตั้งครรภ์แล้วหรือให้กำเนิดบุตรแล้ว เพราะเมื่อภรรยาตั้งครรภ์หรือให้กำเนิดบุตรแล้วความสัมพันธ์ของเด็กกับสามีของมารดาย่อมเกิดขึ้นตามกฎหมาย เมื่อคู่สมรสเจตนาก่อให้เกิดเด็กขึ้นมา ก็ต้องมีหน้าที่ที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กตามกฎหมาย

สิ่งที่คู่สมรสที่จะหาผสมเทียมควรคำนึงไว้ก็คือ เมื่อต้องการให้เด็กเกิดแล้ว ก็จะต้องมีความรับผิดชอบต่อชีวิตของเด็ก มิใช่ว่าวันที่ยินยอมให้หาผสมเทียม ต่อมาเมื่อไม่ต้องการเด็กก็เพิกเฉยไม่รับผิดชอบ เด็กไม่ว่าจะเกิดมาโดยวิธีการใดก็ตาม หากไม่มีผู้ใดทำให้เกิดเด็กก็เกิดเองไม่ได้ เด็กจำเป็นต้องเกิดเพราะมีผู้ทำให้เกิด เมื่อต้องการหาผสมเทียมก็ต้องมีความรับผิดชอบต่อผลของสิ่งที่ตนกระทำ

จะเห็นได้ว่าคดีที่ยกมาเป็นตัวอย่างนี้ ได้เคยเกิดขึ้นแล้วในต่างประเทศ ซึ่งเป็นเรื่องที่ผ่านมาเป็นเวลาช้านานถึงยี่สิบกว่าปี ตัวอย่างเช่นคดี MacLENNAN v. MacLENNAN [Court of Session, Scotland, 1958] จากอดีตอาจกลายเป็นเรื่องปัจจุบัน หรืออนาคตของเราก็ได้เพราะไม่ว่าจะเกิดเหตุการณ์ทวนองนี้ขึ้นอีกเมื่อใด ความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์เกิดขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของมนุษย์ ขณะเดียวกันก็มีผู้ใช้ประโยชน์จากวิทยาการเหล่านั้นในลักษณะที่เป็นการก่อกวนให้แก่อสังคมนั้น เรื่องของการผสมเทียมก็เช่นกันอาจจะมีผู้นำไปใช้ทั้งในทางสร้างสรรค์ และในทางทำลายความสงบสุขของสังคมก็ได้

การที่บัญญัติกฎหมายขึ้นมา ก็ย่อมต้องมองสังคมส่วนรวมว่ามีแนวโน้มไปทางใด เรื่องของการผสมเทียมอาจเป็นปัญหาเล็กๆ ในอดีตแต่อาจจะกำลังกลายเป็นปัญหาใหญ่ที่ควรจะได้รับเอาใจใส่จากสังคม และโดยเฉพาะผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับทางด้านกฎหมาย ที่จะมาช่วยแก้ปัญหานั้น เนื่องจากว่ากฎหมายที่เรามีอยู่บัญญัติขึ้น เพื่อตอบสนองความต้องการของสังคมในขณะที่ยังร่างกฎหมายนั้น ดังนั้นเมื่อวิทยาศาสตร์การแพทย์ก้าวหน้าขึ้น สภาพของสังคมเปลี่ยนไป จึงมีความจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อให้ครอบคลุมถึงบุตรที่เกิดจากการผสมเทียมด้วย

1.1.2 การอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมแบบ AID

สามีภริยาต้องให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และเมื่อมีบุตรก็ต้องร่วมกันอุปการะเลี้ยงดูบุตรของตน และในทางกลับกันบุตรก็มีหน้าที่ให้ความอุปการะแก่บิดามารดา เด็กทุกคนไม่ว่าจะเกิดโดยวิธีการใดควรจะได้รับสิทธิและมีหน้าที่เสมอกันในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดู เด็กที่เกิดจากการผสมเทียมแบบ AID นี้ ได้เคยมีคดีเกิดในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เป็นคดีตัวอย่างที่ให้หลักการที่เด็ดเดี่ยว คดีคดี *People v. Sorensen* [68 Cal. 2d 680, 66 Cal. Rptr. 7. 437.P. 2d 495, 25 A.L.R. 3d 1093; Annotated. at 25 A.L.R. 3d 1093. 1968]. ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ.2511 ในศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียคดีนี้เป็นคดีอาญา โดยสำนักงานประชาสงเคราะห์ได้ร้องขอให้ัยการฟ้อง นาย Sorensen ในข้อหาว่าละเลยหน้าที่ในการให้การอุปการะแก่เด็กที่เกิดระหว่างสมรสโดยวิธีการผสมเทียมแบบ AID ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า นาย Sorensen ได้สมรสมาเป็นเวลา 7 ปี แพทย์ได้ลงความเห็นว่าเป็นหมั้นแต่ภริยาของเขาปรารถนาที่จะมีบุตรไม่ว่าโดยการผสมเทียม หรือการขอรับบุตรบุญธรรม ครั้งแรกเขาปฏิเสธที่จะให้ความยินยอมแต่หลังจากที่สมรสกันมาประมาณ 15 ปี เขาจึงตกลงให้ภริยาของเขาทำผสมเทียมแบบ AID โดยเขาและภริยาได้ลงนามให้ความยินยอมต่อแพทย์ และให้แพทย์เป็นผู้สรรหาเชื้อพันธุ์ของชายพิวขาว โดยเขาทั้งสองจะไม่สืบสาวถึงเรื่องราวและชื่อเสียง

ของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ แพทย์ผู้ทาสมเทียมระบุว่าไม่รับรองเรื่องการตั้งครรภ์ เมื่อแพทย์ได้ทาสมเทียมให้นาง Sorensen แล้วนางได้ตั้งครรภ์ สามีของเธอ ย่อมทราบดีว่าเมื่อเขาลงชื่อให้ความยินยอม และเมื่อภริยาของเขาได้รับการ สมเทียมแล้วอาจตั้งครรภ์ได้ และเมื่อมีเด็กเกิดขึ้นมาย่อมถือว่าเป็นบุตรชอบ ด้วยกฎหมายของพวกเขาสอง

เมื่อเด็กเกิดมาทั้งสองก็ได้แสดงให้คนทั่วไปเข้าใจว่า เด็กเป็นบุตร ของพวกเขา ต่อมา นายและนาง Sorensen ได้หย่ากันและในใบหย่าได้ระบุ ว่านางไม่ต้องการค่าอุปการะเลี้ยงดูสำหรับเด็กหลังจากหย่ากันแล้ว นางกับบุตร ชายได้ย้ายไปอยู่ที่อื่น ต่อมา นาง Sorensen ป่วยจนไม่สามารถที่จะทำงานได้ จึงได้มาขอความช่วยเหลือจากสำนักงานประชาสงเคราะห์ ให้ช่วยสงเคราะห์ เด็กจนกว่านางจะทำงานได้ นาย Sorensen ไม่เคยจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู เด็กเลยนับแต่แยกกันอยู่ ดังนั้นเมื่ออัยการฟ้อง ศาลจึงได้พิจารณาในประเด็น ที่ว่า "สามีของหญิง, ผู้ให้ความยินยอมในการสมเทียมแบบ AID ไม่ให้การ อุปการะเลี้ยงดูแก่เด็กที่เกิดจากการสมเทียมเช่นนั้น, เป็นการกระทำความผิด ตามมาตรา 270 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย" โดย พิจารณาคำว่า "บิดา" ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในมาตรานี้มิได้จำกัดเฉพาะ บิดาทางชีวหรือตามธรรมชาติตามที่เข้าใจกันโดยทั่วไปเท่านั้น แต่ต้องประกอบ ด้วยนิติสัมพันธ์ของบิดาและเด็กเป็นเครื่องตัดสินด้วย เด็กที่เกิดด้วยวิธีการ สมเทียมแบบ AID ไม่มีบิดาตามธรรมชาติ โดยสามัญสำนึกที่ใช้กันชานิรนาม ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ไม่ถือว่าเป็นบิดาตามธรรมชาติ เพราะเขาไม่ควรจะรับผิดชอบ มากไปกว่าการให้ใช้เชื้อพันธุ์ของเขาเหมือนกับทำให้เลือดหรือให้ไต ยิ่งไป กว่านั้นเขาไม่สามารถที่จะโต้แย้งข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่ว่าเด็กเป็นบุตรชอบ ด้วยกฎหมายของนายและนาง Sorensen เนื่องจากข้อสันนิษฐานอาจจะมีการโต้แย้งได้โดยอัยการของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย หรือสามีหรือภริยาหรือผู้สืบสกุล ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย บางครั้งการสมเทียมโดยวิธีนี้ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ อาจจะตายไปแล้วก็ได้ ดังนั้นเด็กจึงไม่มีบิดาตามธรรมชาติ แต่เราสามารถ

หาบิดาตามกฎหมายได้⁵ ศาลจึงตัดสินให้จำเลยจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูแก่เด็กที่เกิดในระหว่างสมรส ในคดีดังกล่าวศาลถือเอาตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่ว่าเด็กเกิดในระหว่างสมรสย่อมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรส โดยศาลแปลเจตนารมณ์ของกฎหมายให้เป็นประโยชน์แก่เด็ก

ถ้ามองด้านกฎหมายไทย ตามมาตรา 1598/41 แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบันบัญญัติว่า " สิทธิที่จะได้ค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้น จะสละหรือโอนมิได้และไม่อยู่ในข่ายแห่งการบังคับคดี"กฎหมายบัญญัติว่าสิทธิที่จะได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูจะสละมิได้ ดังนั้นบุตรจึงมีสิทธิที่จะได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดามารดา จากพฤติการณ์สามีก็ยอมรับว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของตน แต่เมื่อหย่าขาดจากกันฝ่ายหญิงเป็นผู้ระบุว่า ไม่ต้องการค่าอุปการะเลี้ยงดูสำหรับเด็ก แต่เมื่อฐานะของหญิงเปลี่ยนแปลงไป เมื่อผู้มีส่วนได้เสียแสดงให้ศาลเห็น ศาลก็มีอำนาจที่จะสั่งแก้ไขในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูใหม่ได้ ศึกษาเปรียบเทียบกับคำพิพากษาฎีกาที่ 178/2523 ซึ่งกล่าวว่า " ข้อตกลงตามบันทึกหลังทะเลเบียนหย่าที่ว่า โจทก์รับหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรและธิดาทั้งสามคน เป็นผู้ส่งเสียให้การศึกษาเอง โดยจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบส่งเสียเลี้ยงดูแต่อย่างใด ทั้งปัจจุบันและอนาคต เป็นอันบังคับได้จนกว่าศาลจะสั่งเปลี่ยนแปลงมิใช่เป็นเรื่องสละสิทธิที่จะได้ค่าอุปการะเลี้ยงดู ไม่ขัดต่อกฎหมายและไม่เป็นโมฆะ ..."⁶ และตามคำพิพากษาฎีกาที่ 293/2506 " การกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดูกันเองในการยอมความโดยศาลมิได้เกี่ยวข้อด้วยนั้น หากปรากฏว่าต่อมาพฤติการณ์

⁵William J.Curran and E.Donald Shapiro Law, Medicine, and Forensic Science, 2ed. (Boston: Little Brown and Company, 1970), pp. 821-826.

⁶ศ.ประภาศน์ อวยชัย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2529), หน้า 835.

รายได้หรือฐานะของคู่กรณีเปลี่ยนแปลงไปก็ชอบที่จะร้องขอต่อศาล ให้สั่งตามพพ. มาตรา 1596 (มาตรา 1598/39 แห่ง พพ. ฉบับปัจจุบัน)

คำอุปการะเลี้ยงดูที่ศาลจะสั่งได้ตามมาตรานี้ ต้องเป็นคำอุปการะเลี้ยงดูที่จะต้องชำระในอนาคต จะสั่งย้อนไปเกี่ยวกับเงินคำอุปการะเลี้ยงดูที่ค้างชำระกันอยู่ก่อนแล้วหาได้ไม่ "7

จากคำพิพากษาฎีกาทั้งสองที่ยกมานั้น จะเห็นได้ว่าข้อตกลงของสามีภริยาเรื่องคำอุปการะเลี้ยงดูใช้ได้ตามกฎหมาย แต่เมื่อมีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงศาลก็มีอำนาจสั่งแก้ไขในเรื่องนี้ได้ ดังนั้น ในกรณีที่สามีต้องจ่ายคำอุปการะให้แก่บุตร เมื่อชายยอมรับว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของตน ชายนั้นจึงถูกผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย แม้เด็กจะเกิดโดยการผสมเทียมก็ตามเนื่องจากขณะนี้ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายสำหรับเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมไว้โดยเฉพาะ จึงต้องใช้กฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้

1.1.3 ความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ได้มีคดีเกิดขึ้น เกี่ยวกับอำนาจปกครองของบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมแบบ AID ซึ่งสามีได้ให้ความยินยอมในการผสมเทียมของภริยา คดีดังกล่าวคือ IN RE ADOPTION OF ANONYMOUS [Surrogate Court, King County, 74 Misc.2d 99, 345 N.Y.S.2D 430.1973] มลรัฐนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา ปี พ.ศ. 2516 ข้อเท็จจริงของคดีมีอยู่ว่า เด็กได้ถือกำเนิดขึ้นมาในระหว่างสมรสโดยการผสมเทียมแบบ AID สามีได้เป็นผู้แจ้งในทะเบียนคนเกิดว่าเป็นบิดาของเด็ก ภายหลังคู่สมรสได้แยกกันอยู่ และได้หย่ากันในสัญญาและคำพิพากษาหย่าระบุว่าเด็กเป็นบุตรของคู่สมรส ภริยาจะได้รับคำอุปการะเลี้ยงดูและสามีมีสิทธิเยี่ยมเยียนบุตรของตน สามีได้ไป

เยี่ยมเยียนและจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูตามเงื่อนไขทุกประการ ต่อมาภริยาได้สมรสกับชายคนใหม่สามีใหม่ต้องการจะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ฝ่ายสามีเก่าปฏิเสธที่จะให้ความยินยอมแก่การรับเด็กนั้น เป็นบุตรบุญธรรมของสามีใหม่ของมารดาเด็ก สามีใหม่จึงร้องขอต่อศาลโดยอ้างว่า สามีเก่ามิใช่บิดาของเด็ก ความยินยอมของเขาจึงมิใช่สิ่งจำเป็น ศาลได้พิจารณาข้อเท็จจริงแล้วพิพากษาว่าเด็กเกิดในระหว่างสมรสเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีเก่า เด็กได้รับสิทธิต่างๆเช่นเดียวกับบุตรที่เกิดตามธรรมชาติของการสมรสบิดาของเด็กเช่นนั้น ย่อมถือได้ว่าเป็นบิดาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นผู้ที่ให้ความยินยอมในการที่เด็กจะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น ดังนั้นการรับบุตรบุญธรรมของสามีใหม่จึงต้องได้รับความยินยอมจากสามีเก่าเสียก่อน ศาลจึงได้พิพากษายกคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมของสามีใหม่^๘

จากคดีดังกล่าวที่เกิดขึ้น ถ้านำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยเด็กที่เกิดโดยวิธีการผสมเทียมแบบ AID ซึ่งสามียอมรับและยังเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็กในทะเบียนคนเกิดเองว่าเป็นบุตรของตน ดังนั้นเด็กที่เกิดมาจึงเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายตามข้อสันนิษฐาน ตามมาตรา 1536 แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติว่า "เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชาย... ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี..."และตามมาตรา 1546 แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติว่า "เด็กที่เกิดจากหญิง... ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น" ดังนั้นตามกฎหมายเด็กจึงเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของทั้งบิดาและมารดา ตามมาตรา 1566 แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติว่า "บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา..."

^๘ "Walter Wadlington and others, Law and Medicine : Case and Materials, (New York: The Foundation Press, inc., 1980), p. 793.

สำหรับในเรื่องของการรับบุตรบุญธรรม ตามมาตรา 1598/21 แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน บัญญัติว่า "การรับบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะเป็นบุตรบุญธรรมจะทำได้ต่อเมื่อ ได้รับความยินยอมของบิดาและมารดาของผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรม..."

เมื่อเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา และบิดามารดา ยังไม่มีฝ่ายใดถูกถอนอำนาจปกครอง ดังนั้นอำนาจปกครองบุตรจึงได้แก่บิดาและมารดา หากจะมีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม จะต้องได้รับความยินยอมจากบิดาและมารดาก่อน จึงจะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ และการรับบุตรบุญธรรมจะสมบูรณ์ต่อเมื่อ ได้จดทะเบียนตามกฎหมาย ตามมาตรา 1598/27 แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน

ในกรณีนี้ ถ้าเด็กเป็นผู้ร้องขอให้ย้ายการยกคดีขึ้นว่ากล่าวปฏิเสศความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ของชายผู้เคยเป็นสามีของมารดาของตน ตามมาตรา 1545 แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน บัญญัติว่า "เด็กอาจร้องขอให้ย้ายการยกคดีขึ้นว่ากล่าวปฏิเสศความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 1536 ของชายผู้เป็นสามีของมารดาของตนได้ ถ้าตนมิได้เป็นบุตรสืบสาโลหิตของชายผู้เป็นสามีของมารดา และ... (2)การสมรสระหว่างสามีของมารดากับมารดาได้สิ้นสุดลงด้วยการหย่า..." ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย เด็กต้องมิใช่ผู้สืบสาโลหิตของชายผู้เป็นสามีของมารดา และได้หย่ากับมารดาของเด็ก เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว เด็กจึงมีสิทธิร้องขอให้ย้ายการปฏิเสศความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีของมารดา เนื่องจากการผสมเทียมแบบ AID มิได้ใช้เชื้อพันธุ์ของสามี ดังนั้นเด็กจึงมิใช่ผู้สืบสาโลหิตและสามีภริยาก็ได้หย่าขาดจากกันแล้ว เมื่อเด็กร้องขอดังกล่าวแล้ว เด็กและสามีเก่าก็ปราศจากนิติสัมพันธ์ต่อกัน เด็กไม่ต้องอยู่ในอำนาจปกครองของสามีเก่า และสามีเก่าก็ไม่ต้องให้ค่าอุปการะแก่เด็กอีกต่อไป อำนาจปกครองจึงตกอยู่กับมารดาฝ่ายเดียว การผสมเทียมแบบ AID เป็นเรื่องที่น่าถกเถียงแล้วว่าเด็กต้องมิใช่ผู้สืบสาโลหิตตามธรรมชาติ แต่เป็นบุตรตามกฎหมาย การที่จะนำกฎหมายที่ใช้ให้สิทธิเด็กร้องขอปฏิเสศความเป็นบุตรมาใช้กับกรณีนี้ เป็นเรื่องที่ไม่เป็นธรรมแก่

ฝ่ายที่เป็นบิดาตามกฎหมาย เพราะกฎหมายให้โอกาสแก่เด็กปฏิเสธความเป็นบุตร แต่กฎหมายกลับไม่เปิดโอกาสให้สามีปฏิเสธว่าเด็กมิใช่บุตร เนื่องจากเขาได้ให้ความยินยอมให้ภริยาหาผสมเทียม การที่ให้เด็กปฏิเสธได้ก็เท่ากับกฎหมายยอมให้เด็กไม่ต้องมีหน้าที่ต่อบิดาตามกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องที่ทำให้ประโยชน์แก่เด็กฝ่ายเดียวโดยมิได้คำนึงถึงฝ่ายบิดาตามกฎหมาย ในเมื่อฝ่ายบิดาตามกฎหมายก็ทำหน้าที่ของบิดาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างมิได้บกพร่อง จึงควรพิจารณาบทบาทการนำบัญญัติดังกล่าวมาใช้กับการผสมเทียมแบบนี้ โดยคำนึงถึงประโยชน์ต่างตอบแทนในระหว่างบุคคลที่อุปการะเลี้ยงดูกันอย่างบิดากับบุตร อนึ่งในกรณีการรับบุตรบุญธรรมนั้นเป็นเรื่องที่สามารถที่จะเลิกรับบุตรบุญธรรมได้ แต่ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับบิดาตามกฎหมายนี้ ถ้ามีกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้ทั้งสองฝ่ายคือเด็กและสามีของมารดาเด็กอ้างสิทธิ เพื่อตัดความสัมพันธ์ระหว่างกันแล้ว ย่อมก่อประโยชน์ให้แก่เด็กและสามีของมารดาซึ่งเป็นบิดาตามกฎหมาย เนื่องจากเด็กที่เกิดในกรณีนี้ส่วนใหญ่จะไม่ทราบว่าใครคือผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ที่แท้จริงและขณะเดียวกันผู้ที่เป็นผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ส่วนใหญ่ ก็คงไม่ต้องการที่จะรับผิดชอบต่อการเกิดของเด็ก เพราะเป็นการไม่แน่นอนว่าเชื้อพันธุ์ของเขาจะให้กำเนิดเด็กสักกี่คน หากผู้บริจาคมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์ของตน ที่เกิดปัญหาทุกคนก็จะเป็นการผลักภาระให้อย่างไม่เป็นธรรมอย่างมาก

1.2 ปฏิบัติการผสมเทียมโดยความยินยอมของภริยาฝ่ายเดียว

การผสมเทียมที่เกิดจากความยินยอมของภริยาฝ่ายเดียว ย่อมเป็นการเสี่ยงต่อการที่จะถูกกล่าวหาว่ามีชู้ เช่น การผสมเทียมด้วยตนเองหรือโดยการให้บุคคลอื่นผสมให้ โดยสามีมิได้รู้เห็นยินยอมด้วย เนื่องจากการผสมเทียมต้องกระทำในที่มืดชิด เมื่อเกิดการตั้งครรรค์ขึ้นมาโดยสามีรู้อยู่แก่ใจแล้วว่า เขาไม่เคยยุ่งเกี่ยวกับภริยา หรือเขาไม่สามารถที่จะมีบุตรได้ และถ้าสามีไม่ต้องการที่จะให้เด็กมีนิติสัมพันธ์กับเขา เขาก็อาจจะฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ ถ้าหากเขายอมรับเด็กเป็นบุตรเขาก็เป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่มีอยู่ ส่วนเด็กจะปฏิเสธความเป็นบุตรของสามีของมารดาก็ย่อมได้ เพราะเด็กมิได้สืบสาโลหิตของสามีของมารดา ปัญหาทนายคนนี้ เป็นคดีขึ้นแล้วในต่างประเทศ มีผู้อ้างเป็นตัวอย่างปัญหาทางกฎหมายที่น่าศึกษา เช่น

1.2.1 เหตุฟ้องหย่า

มีคดีในต่างประเทศ สามีฟ้องหย่าภริยาที่ให้กำเนิดบุตรโดยสามีอ้างว่าภริยามีชู้ แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าภริยาตั้งครรรค์ และให้กำเนิดบุตรซึ่งเกิดจากการผสมเทียมแบบ AID คดีนี้คือ MacLENNAN v. MacLENNAN [Court of Session, Scotland, 1958] เกิดขึ้นเมื่อ ปีพ.ศ. 2501 ข้อเท็จจริงของคดีมีว่า สามีภริยาได้สมรสกัน ต่อมาทั้งคู่ตกลงที่จะไม่อยู่ร่วมกันและยุติความสัมพันธ์ระหว่างกันฉันสามีภริยา หลังจากนั้นเป็นเวลาปีกว่าภริยาของเขาได้คลอดบุตรคนหนึ่ง สามีอ้างว่าโดยสภาพการณ์ภริยาของเขาต้องมีชู้กับชายอื่นจึงตั้งครรรค์ ฝ่ายภริยาอ้างว่าตนได้ผสมเทียมแบบ AID ศาลเชื่อว่าภริยาของเขาได้รับการผสมเทียมจริง ศาลจึงได้พิจารณาว่าการผสมเทียมโดยปราศจากความยินยอมของสามี ตามสายตาของกฎหมายไม่ถือว่าเป็นการมีชู้ เพราะกฎหมายมองการกระทำมิใช่มองผลที่เกิดขึ้น และศาลพิจารณาว่า การมีชู้ต้องมีความสัมพันธ์กันทางกายระหว่างชายกับหญิง และการมีความสัมพันธ์กันดังกล่าว นั้นแม้จะไม่ตั้งครรรค์ก็ถือว่ามีชู้ได้ ไม่จำเป็นว่าจะต้องมีการตั้งครรรค์และมีบุตรเสมอไป นอกจากนี้ศาลยังได้อ้างถึงคดีที่เคยมีมาก่อนซึ่งได้ตัดสินว่ามีชู้ คือคดี Doornbos v. Doornbos ศาลสูงแห่งมลรัฐอิลลินอยส์สหรัฐอเมริกา ได้เคย

ตัดสินไว้ใน ปี พ.ศ.2488 ซึ่งศาลเห็นว่าคำพิพากษาเช่นนั้นไม่ควรนำมาเป็นบรรทัดฐาน และไม่ควรจะยึดถือเป็นแบบอย่างสำหรับการพิจารณาพิพากษา เพราะการตัดสินเช่นนั้นจะทำให้เกิดปัญหาตามมาว่าผู้บริจาคเชื่อพันธุ์ถือว่าได้ทำให้เกิดการมีชีู้เมื่อใด ซึ่งมีด้วยกันหลายระยะกล่าวคือจะ เริ่มต้นนับแต่เขาได้ให้เชื่อพันธุ์ หรือนับแต่เมื่อมีการผสมเทียม หรือนับเมื่อผู้บริจาคเชื่อพันธุ์ยังมีชีวิต หรือนับเมื่อเขาตายแล้ว ดังนั้นสำหรับคดีลักษณะนี้ ศาลอังกฤษจึงไม่เห็นด้วยกับการตัดสินของศาลสหรัฐอเมริกาศาลจึงตัดสินว่า การกระทำของภริยาที่รับการผสมเทียมโดยมิได้รับความยินยอมจากสามี ไม่ถือว่ามีชีู้⁹

ถ้าพิจารณาตามกฎหมายไทย การผสมเทียมขณะที่มีคู่สมรสอยู่ โดยสามีมิได้ให้ความยินยอมนั้น โดยข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ถือว่าภริยาตั้งครรรค์จากความสัมพันธ์ฉันสามีภริยา แต่หากสามีพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้อยู่ร่วมกับมารดาเด็กในระยะเวลาตั้งครรรค์ คือระหว่างหนึ่งร้อยแปดสิบวันถึงสามร้อยสิบวันก่อนเด็กเกิด ตามมาตรา 1539 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน เท่ากับเป็นการพิสูจน์ว่าตนไม่มีความสัมพันธ์กับมารดาของเด็ก สำหรับการที่จะอ้างว่าภริยามีชีู้นั้น ได้มีคำพิพากษา ให้พิจารณาเอาพฤติการณ์เป็นสำคัญ เช่น ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 529/2525 " ภริยาให้ชายเข้าไปหลบนอนในร้าน เมื่อสามีไปพบเห็นจึงมีการไปเจรจากันที่สถานีตำรวจ โดยภริยาดกกลงจะไปอยู่กับฉันสามีภริยากับชายนั้น แต่ตกลงเรื่องค่าเสียหายและการเลี้ยงดูบุตรไม่ได้ ดังนี้พฤติการณ์แสดงว่าภริยาและชายนั้นมีความสัมพันธ์กันในทางชีู้สาว..."¹⁰

ศาลพิเคราะห์ตามพฤติการณ์ว่าภริยามีชีู้หรือไม่ เมื่อนำมาใช้กับการผสมเทียม ก็ต้องพิจารณาเป็นกรณีไปแล้วแต่ข้อเท็จจริงของแต่ละคดี หากภริยา

⁹Ibid., p. 786-793.

¹⁰ศ.ประกาศน์ อวยชัย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครอง, หน้า 472.

ทาสสมเทียมด้วยตนเอง พฤติการณ์ที่จะพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนทาสสมเทียมเป็น
เรื่องที่ยาก หรือในกรณีที่ให้แพทย์ทาสสมเทียมให้ ขณะนี้ก็ยัง เป็นการไม่แน่
นอนว่าจะมีหลักฐานเพียงพอที่จะพิสูจน์พฤติการณ์ของภริยา ว่าทาสสมเทียมจริง
เพราะบางครั้งการทาสสมเทียมก็ไม่มีหลักฐานแน่ชัดว่า บุคคลใดมาขอรับการ
ทาสสมเทียม และได้ตั้งครรภ์หรือไม่ แพทย์บางคนก็อาจจะรับทำให้อย่างความ
สงสารเห็นใจ แม้จะทราบดีว่าในขณะนี้ยังไม่มีความหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้โดย
เฉพาะ หากไม่เกิดปัญหาก็เป็นเรื่องดีไป แต่ถ้าเกิดปัญหาทางด้านกฎหมายขึ้น
แพทย์ก็ไม่สามารถที่จะช่วยได้เพราะไม่มีหลักฐานยืนยัน เนื่องจากการทำใน
กรณีนี้กระทำโดยไม่ต้องการให้สามีทราบ จึงมักจะไม่มี การเตรียมหลักฐาน
สำหรับเรื่องนี้ไว้ ถ้ามีหลักฐานที่เชื่อถือได้การทาสสมเทียมย่อมไม่ถือว่าเป็นการ
มีชู้ เพราะการที่กฎหมายบัญญัติถึงเรื่องการมีชู้ เพื่อเป็นเหตุหย่าตามมาตรา
1516(1) แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบันนั้น ต้องมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างชาย
กับหญิง หากหญิงกับหญิงก็มีใช้ภริยามีชู้¹¹ เพราะมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน
และตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้คำจำกัดความว่า "มีชู้" หมายถึง
หญิงที่ลักลอบร่วมประเวณีกับชายอื่นซึ่งมิใช่สามีตน

แม้ตามกฎหมายที่มีอยู่ขณะนี้ สามีจะไม่สามารถที่จะฟ้องหย่าภริยาได้
แต่ถ้าเปรียบเทียบกับ การรับบุตรบุญธรรมกฎหมายบัญญัติไว้ใน มาตรา 1598/25
แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน ว่า " ผู้ที่จะรับบุตรบุญธรรม...ถ้ามีคู่สมรสอยู่ต้องได้
ได้รับความยินยอมของคู่สมรสนั้นก่อน.." เหตุที่ต้องให้ความยินยอมก่อนก็เพราะ
เมื่อเด็กมีฐานะ เป็นบุตรบุญธรรมตามกฎหมายแล้ว เด็กย่อมมีสิทธิหน้าที่ความ

¹¹ชาติชาย อัครวิบูลย์ และ สมบูรณ์ ชัยเดชสุริยะ, คำอธิบาย
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว (ที่ได้ตรวจชำระ
ใหม่ 2519), (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จรัสนิทวงศ์, 2525),
หน้า 277.

สัมพันธ์กับผู้รับบุตรบุญธรรม ตามมาตรา 1598/28 แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน เด็กเป็นส่วนหนึ่งของครอบครัว แต่การพสมเทียมเด็กเป็นยิ่งกว่าบุตรบุญธรรม เพราะโดยข้อสันนิษฐานของกฎหมายเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยา เมื่อเป็นดังนี้จึงควรต้องให้สามีได้รับรู้และให้ความยินยอมเสียก่อน

การพสมเทียมแบบ AID เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดย่อมถือว่ากระทำได้ แต่ถ้าไม่ได้รับความยินยอมจากสามี ก็อาจเข้าเหตุหย่าตามมาตรา 1516 (2) แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน กล่าวคือภริยาประพฤติชั่วเป็นเหตุให้สามีได้รับความอับอายขายหน้า หรือได้รับความเสียหาย หรือได้รับความเดือดร้อนเกินสมควรหากให้หญิงทพสมเทียมแบบนี้ได้โดยปราศจากความยินยอมของสามีเนื่องจากสามีผู้มีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อบุตรที่จะเกิดมา ไม่สามารถที่จะกำหนดอนาคตของตนได้อย่างแน่นอนว่าจะต้องรับผิดชอบ หรือต้องพ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรก็ครั้งก็หนหากยังคงเป็นสามีของหญิงนั้นอีกต่อไป และยอมเป็นปัญหาครอบครัวซึ่งจะส่งผลเป็นปัญหาของสังคมอีกด้วย

1.2.2 ความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ได้เคยมีคดีที่ตัดสินว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย และเด็กเป็นบุตรไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น คดี Gursky v. Gursky [39 Misc.2d 1083, 242 N.Y.S.2d 406: 1963]¹² มลรัฐนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกาปี พ.ศ.2506 ทั้งที่สามีได้ให้ความยินยอมแต่กลับถือว่า เด็กที่เกิดมาจากการพสมเทียมแบบ AID เป็นบุตรไม่ชอบด้วยกฎหมายของสามี เพราะศาลถือหลัก 3 ประการ¹³ คือ

¹²Walter Wadlington and others, Law and Medicine: Case and Materials, p. 795.

¹³Ibid., p. 796.

(1) ตามความเห็นที่ยึดถือกันมาแต่เก่าก่อนของกฎหมายว่า เด็กที่เกิดจากบิดาที่มีใช้สามีของมารดา ถือว่าเป็นบุตรที่มีชอบด้วยกฎหมาย

(2) ตามนิยามของกฎหมาย (Family Ct.Act,s.512)"เด็กเกิดนอกสมรส หมายถึง เด็กที่เกิดมาโดยมิชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยการสมรส."

(3) ยังไม่มีกฎหมายรับรองสถานะของเด็ก ที่เกิดจากการผสมเทียมแบบ AID

แต่ได้มีคำพิพากษาต่อมา พิพากษาในทางตรงกันข้าม ทั้งที่เป็นการผสมเทียมแบบ AID โดยไม่ได้รับความยินยอมจากสามี คือคดี Syrkowsky v.Appleyard [Court of Appeals of Michigan, 122 Mich App. 506, 333 N.W. 2d 90: 1983]¹⁴ มิชิแกน สหรัฐอเมริกา เมื่อปี พ.ศ.2516 ข้อเท็จจริงมีว่า ภริยาได้ทำผสมเทียมแบบ AID โดยมิได้รับความยินยอมจากสามี ศาลพิพากษาว่า เด็กที่เกิดจากครรภ์ของภริยาในระหว่างสมรส ย่อมได้รับการสันนิษฐานให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามี

ถ้าเปรียบเทียบสองคำพิพากษา จะเห็นได้ว่าตรงกันข้ามทั้งในข้อเท็จจริงและคำพิพากษากล่าวคือ สามียินยอมให้ภริยารับการผสมเทียมในคดี Gursky v.Gursky แต่เด็กกลับเป็นบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ครั้ง สามีไม่ยินยอมในการทำผสมเทียม ในคดี Syrkowsky v.Appleyard เด็กกลับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เพราะกฎหมายที่บัญญัติในแต่ละมลรัฐแตกต่างกันทำให้คำพิพากษาแตกต่างกัน แม้จะเป็นเรื่องการผสมเทียมด้วยกันก็ตาม

เมื่อกลับมามองกฎหมายไทยที่มีอยู่ ตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย มาตรา 1536 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามี และข้อโต้แย้งของสามีที่จะไม่รับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของตน ตาม มาตรา 1539 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน เปรียบเทียบกับคำพิพากษาศฎีกาที่

¹⁴ดร.สันหัต ศะศิวิเศษ, "ปัญหาผสมเทียม," : 196-197.

936/2487¹⁵ "ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1519 (มาตรา 1536 บรรพ 5 ฉบับปัจจุบัน)ถึงมาตรา 1524 เป็นบทบัญญัติกล่าวถึง เด็กเกิดระหว่างมีการสมรสชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 1524 จึงเป็นเรื่องวางวิธีการพิสูจน์การเป็นบุตร ที่เกิดระหว่างมีการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่เป็นบทบัญญัติถึงความสมบูรณ์ของการเป็นบุตร..."

สำหรับกรณีนี้ ถ้าสามีไม่ได้แย่งความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย เด็กก็เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามี ซึ่งถ้ามองถึงความมั่นคงของครอบครัวแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่สู้จะมั่นคงเท่าใดนัก เพราะสามีมีสิทธิที่จะฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย และเด็กก็มีสิทธิที่จะร้องขอปฏิเสธความเป็นบุตรได้ เนื่องจากความจริง เด็กมิใช่ผู้สืบสาโลหิตโดยตรงของสามี แต่เกิดมาจากเชื้อพันธุ์ของบุคคลนิรนาม

โอกาสที่อาจจะเกิดกรณีดังกล่าวได้คือเด็กและสามีของมารดามีเลือดกลุ่มเดียวกัน และสามีก็อยู่กับภริยาในระยะเวลาดังครรถ์ โดยสามีสามารถจะมีบุตรได้แม้โอกาสที่จะมีต่ำกว่าปกติ เช่น มีตัวเชื้อพันธุ์น้อย (severe oligospermia) หรือตัวเชื้อพันธุ์ไม่เคลื่อนไหว (necrospermia)¹⁶ ในลักษณะเช่นนี้ สามีย่อมไม่สามารถที่จะอ้างข้อพิสูจน์ตามกฎหมายได้ แต่สามีทราบได้เนื่องจากเด็กที่เกิดมา มีลักษณะที่แตกต่างจากบรรพบุรุษ ในทางปฏิบัติ ปัจจุบันนี้แม้ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้แพทย์ก็ให้สามีภริยาร่วมกันให้ความยินยอม ถ้าไม่ได้รับความ

¹⁵ ศ.ประภาศน์ อวยชัย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 542.

¹⁶ นพ.หะทัย เทพพิสัย, "การผสมพันธุ์เทียม." ใน อะไหล่มนุษย์, หน้า 84.

ยินยอมจากสามีของภริยาแพทย์จะไม่ปฏิบัติกรำให้¹⁷ อย่างไรก็ตามสมควรพิจารณาวางหลักเกณฑ์ในทางทฤษฎีประกอบด้วย แม้ทางปฏิบัติในขณะนี้จะยังไม่มืปัญหาเกิดขึ้นก็ควรจะได้เตรียมการเพื่อกันและแก้ปัญหาที่อาจจะเกิดได้ เช่น ปัญหาเรื่องสถานะของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมนี้ควรมีการกำหนดเงื่อนไขในการทาผสมเทียมโดยให้สามีภริยาต้องให้ความยินยอมไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและกำหนดว่าเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่ให้ความยินยอมต่อการผสมเทียมนั้น

นอกจากนี้ยังมีปัญหาที่ควรนำมาพิจารณาอีกเช่น ในกรณีที่สามีภริยาไม่สามารถมีบุตรด้วยกันได้ ฝ่ายสามีไปมีเพศสัมพันธ์กับหญิงคนใหม่ โดยภริยาไม่ทราบ หญิงนั้นได้ไปผสมเทียมและได้คลอดบุตร ชายเข้าใจว่าเด็กเป็นบุตรของตนจึงจดทะเบียนรับรองเด็กเป็นบุตร ต่อมาชายถึงแก่ความตาย เด็กจึงมาขอรับส่วนแบ่งในมรดกของชายผู้ตาย ฝ่ายภริยาผู้มีสิทธิได้รับมรดกร่วมกับเด็กคัดค้านว่าเด็กมิใช่บุตรของผู้ตาย การจะพิสูจน์กลุ่มเลือดของเด็กว่าตรงกับกลุ่มเลือดของผู้ตายหรือไม่นั้น ฝ่ายภริยาจะต้องร้องขอให้ศาลเป็นผู้สั่งให้มีการตรวจกลุ่มเลือด

การตรวจกลุ่มเลือดจะทำให้เกิดผลเป็นสองประการคือ ประการแรก หากเด็กมีกลุ่มเลือดตรงกับผู้ตาย แสดงว่าเด็กเป็นผู้สืบสายโลหิตของผู้ตาย แม้ความจริงจะไม่ใช้ก็ตาม แต่โดยผลของกฎหมายถือว่าเด็กมีสิทธิได้รับมรดกของผู้ตายด้วย เนื่องจากผู้ตายได้จดทะเบียนรับรองเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ประการที่สอง หากกลุ่มเลือดต่างกันแสดงว่าเด็กมิใช่ผู้สืบสายโลหิตของผู้ตาย จึงไม่มีสิทธิในมรดกของผู้ตาย ถ้าหญิงคนใหม่มีความรอบคอบในเรื่องกลุ่มเลือดแล้ว

¹⁷ สัมภาษณ์ ศ.นพ.เอนก อารีพรรค, ภาควิชาสูติศาสตร์ -
 นารีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
 15 เมษายน 2529.

ฝ่ายภริยาก็ไม่สามารถที่จะโต้แย้งได้เลย จะเห็นได้ว่าปัญหาเช่นนี้อาจเกิดขึ้นได้ ถึงแม้ไม่มีการผสมเทียม แต่การผสมเทียมจะเป็นการปฏิบัติที่มีการหาพยานหลักฐานได้ยากกว่าการตั้งครรภ์กับชายอื่น โดยปกติการผสมเทียมถือได้ว่าเป็นกรรมวิธีที่ดีมีประโยชน์ เพียงแต่ผู้ที่นำมาใช้นั้นจะมีเจตนาสุจริตหรือทุจริต

1.2.3 ความรับผิดชอบของสถานบริการหรือแพทย์

ในเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดชอบของสถานบริการ หรือแพทย์ผู้ปฏิบัติการผสมเทียมนั้น ยังไม่มีกำหนดไว้ในกฎหมายโดยเฉพาะว่าจะต้องมีหน้าที่รับผิดชอบต่อผลของปฏิบัติการผสมเทียมของตน ซึ่งหากพิจารณาถึงความเป็นไปได้แล้ว สมควรจะพิจารณาความรับผิดชอบของสถานบริการหรือแพทย์ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ความรับผิดชอบต่อการผสมเทียม ที่ไม่ประสบผลสำเร็จ สถานบริการหรือแพทย์จะต้องรับผิดชอบเพียงใด ความเห็นของนักกฎหมายฝรั่งเศสเห็นว่า แพทย์ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในผลว่าจะตั้งครรภ์และจะมีการเกิดของเด็กหรือไม่ แต่แพทย์ต้องอธิบายความเป็นไปได้และโอกาสที่จะเกิดปัญหาคือขึ้นเสมือนการปฏิสนธิโดยธรรมชาติให้ผู้ขอรับการผสมเทียมได้ทราบและเข้าใจกรรมวิธีต่างๆ ก่อนที่แพทย์จะปฏิบัติการผสมเทียม แพทย์ให้ความเห็นว่า โดยวิธีการทางแพทย์ การผสมเทียมช่วยให้มีโอกาสที่จะตั้งครรภ์มากขึ้น แต่ไม่ถึงร้อยเปอร์เซ็นต์ ดังนั้นแพทย์จึงไม่ควรรับผิดชอบในกรณีที่มีการผสมเทียมแล้ว แต่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้¹⁸

¹⁸Mariel Revillard, "Legal aspects of artificial insemination and embryo transfer in French domestic law and private international law." in Law and Ethics of A.I.D. and Embryo Transfer, (Amsterdam: Associated Scientific Publishers, 1973), p. 82.

ถ้าจะพิจารณาความรับผิดชอบของแพทย์ โดยคำนึงว่าแพทย์ได้นำวิทยาการมาใช้ เพื่อช่วยให้สามารถตั้งครุฑกับการตั้งครุฑเองตามธรรมชาติ จะมีผลตามธรรมชาติเป็นอย่างเดียวกันกล่าวคือ แพทย์สามารถทำได้เพียงใช้วิธีการเพื่อช่วยให้มีการปฏิสนธิเท่านั้น การจะมีชีวิตเด็กเกิดขึ้นมาหรือไม่เป็นเรื่องของธรรมชาติ ซึ่งยังไม่มียาวิทยาการใดสามารถทำให้เกิดชีวิตมนุษย์ขึ้นมาใหม่โดยไม่ต้องใช้เชื้อพันธุ์ของชายผสมกับไข่ของหญิงอันเป็นปัจจัยทางธรรมชาติที่สำคัญ ฉะนั้น ความรับผิดชอบจึงควรจะเป็นเช่นเดียวกันและโดยลักษณะการผสมเทียมขณะนี้ ผู้ที่ต้องการมีบุตรเป็นฝ่ายที่ร้องขอให้แพทย์ช่วยเหลือปฏิบัติการผสมเทียมให้ การที่จะกำหนดให้แพทย์รับผิดชอบหากทำไม่สำเร็จย่อมไม่มีเหตุผล แต่ถ้าในอนาคตมีการเปิดบริการผสมเทียม ในลักษณะที่เป็นธุรกิจซึ่งเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ เพราะต่างประเทศขณะนี้มีการดำเนินการในลักษณะธุรกิจอยู่แล้ว เช่น ใน อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น ก็ย่อมจะเกิดเป็นปัญหาซับซ้อนขึ้นมา ได้อย่างน้อยที่สุดในแง่ของการปฏิบัติตามสัญญาที่อาจมีเงื่อนไขให้ต้องรับผิดชอบ

อาจจะมึคนที่เห็นว่า สภาพสังคมไทยยังไม่ยอมรับ แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า สภาพสังคมไทยขณะนี้มียุ่สามลักษณะคือ ลักษณะของสังคมแนวใหม่ ลักษณะสังคมแนวเป็นกลางและลักษณะสังคมเก่า ถ้าจะเปรียบเทียบกับเรื่องของเพลง ก็จะทำให้เห็นชัดเจนกลุ่มหนึ่งยังคงนิยมเพลงช้าๆ ฟังสบายๆ อีกกลุ่มหนึ่งชอบเพลงที่เรา ร้อนฟังแล้วให้อารมณ์ที่ครึ้นเครง กลุ่มที่นิยมเพลงช้าก็อาจจะมองกลุ่มที่นิยมเพลงเร็วว่า ล้าสมัยไม่อยู่ในกรอบของประเพณีร้องเพลง ไม่ถูกแบบวิธีที่เคยมีมา ขณะเดียวกันกลุ่มที่ชอบเพลงเร็วก็มองกลุ่มที่ชอบเพลงช้าๆ ว่า ล้าสมัยไม่ทันยุคทันเหตุการณ์ของโลกแล้วทั้งสองกลุ่มก็จะมองกันในแง่ที่ไม่ดี แต่สำหรับกลุ่มที่เป็นกลางก็จะมองทั้งสองกลุ่มดังกล่าวว่า ต่างก็มีเหตุผลของตัวเอง คนรุ่นเก่าจะให้คนรุ่นใหม่คิดเห็นคล้อยตาม โดยคนรุ่นเก่าไม่ยอมเปลี่ยนแปลงความคิดเลยยอมเป็นไปไม่ได้ และคนรุ่นใหม่จะให้คนรุ่นเก่าเห็นดีเห็นงามด้วยกับรสนิยมสมัยใหม่หมดก็คงเป็นไปไม่ได้อีกเช่นกัน แต่ถ้าทั้งสองกลุ่มจะเหลียวมามองทางด้านดีของแต่ละฝ่ายบ้าง ก็จะได้เห็นข้อดีของกัน

และกัน การผสมเทียมก็เช่นเดียวกัน การทำธุรกิจด้านการผสมเทียมถ้ามองอย่างคนสมัยเก่าที่ไม่ยอมรับความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์เลย ก็จะมองว่าเป็นเรื่องสกปรก ไร้ยางอายุผิดธรรมชาติเป็นการฟืนโซ่ชะตา แต่ถ้ามองอย่างสมัยใหม่โดยคำนึงเพียงว่าธุรกิจคือธุรกิจ ไม่ได้คำนึงถึงความเป็นมนุษย์เลยก็จะทำให้คุณค่าความเป็นมนุษย์ลดน้อยถอยลง ดังนั้นจึงควรที่จะมองการผสมเทียมอย่างคนสมัยใหม่ คือยอมรับว่าการผสมเทียมมีได้ แต่ด้านธุรกิจก็ควรคำนึงถึงคุณค่าความเป็นมนุษย์ด้วย จึงจะเรียกได้ว่าเดินทางสายกลาง ซึ่งจะทำให้ทุกกลุ่มยอมรับได้ เมื่อยอมรับการมีธุรกิจด้านการผสมเทียมได้ต้องพิจารณาความเป็นจริงว่าการผสมเทียมจะต้องใช้กฎหมายใดมาบังคับ หรือควรกำหนดกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะและกำหนดความรับผิดชอบของสถานบริการ หรือแพทย์ไว้ด้วย

(2) ความรับผิดชอบต่อการที่เด็กเกิดมา แต่เป็นเด็กพิการ สถานบริการหรือแพทย์ต้องรับผิดชอบต่อเด็กที่เกิดมาพิการเพียงใด มีความเห็นของนักกฎหมายอังกฤษและอเมริกา¹⁹ว่า ถ้าหาผสมเทียมโดยประมาท มารดาของเด็กอาจจะเรียกค่าเสียหายเพื่อการนั้นได้ แต่ถ้าความพิการนั้นเกิดจากบุคคลอื่น หรือเกิดจากการกระทำของมารดาเอง แพทย์ก็ไม่ต้องรับผิด และนักกฎหมายฝรั่งเศสเห็นเช่นเดียวกันว่า แพทย์ต้องรับผิดในกรณีทำการผสมเทียม

¹⁹Olive M. Stone "English law in relation to A.I.D. and embryo transfer." in Law and Ethics of A.I.D. and Embryo Transfer, G.E.W. Wolstenholm and David W. Fitzsimons, (Hague: Mouton & Co., 1973), p. 70.

โดยประมาณ²⁰

สำหรับตามกฎหมายไทย แพทย์จะต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อของแพทย์เท่านั้น ทั้งนี้โดยอาศัยกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับกรณีเท่านั้น ปัจจุบันแนวโน้มในการพิจารณาว่าการกระทำประมาทหรือไม่ มีแนวโน้มที่จะให้แพทย์ผู้กระทำต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าตนได้กระทำไป โดยมีได้ประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด กรณีที่เด็กเกิดมาพิการหรือมีโรคอย่างใดอย่างหนึ่ง หากแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างดีที่สุดเท่าที่ควรจะมีตามวิชาชีพแล้ว แพทย์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบต่อผลที่เกิดขึ้น²¹ ในบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา มีการเขียนสัญญากันก่อน ทาผสมเทียม ซึ่งข้อตกลงในสัญญาอาจจะกำหนดเรื่องการรับผิดชอบหรือไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีใดๆไว้ แตกต่างกันไป ก็ต้องเป็นไปตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ สัญญาโดยทั่วไป จะระบุว่าแพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีที่ผู้รับผสมเทียมไม่สามารถตั้งครรภ์ หรือเด็กเกิดมาพิการเนื่องจากกรรมพันธุ์

²⁰ Mariel Revillard, "Legal aspects of artificial insemination and embryo transfer in French domestic law and private international law." p. 82.

²¹ ศ.นพ.วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การผสมเทียม." สารศิริราช 27((12) ธันวาคม, 2518): 2140.

(3) ความรับผิดชอบ เนื่องจากการผสมเทียมไม่ได้รับความยินยอมจากสามีของหญิง ตามความเห็นของนักกฎหมายอเมริกันบางมลรัฐ²² นักกฎหมายฝรั่งเศสอิตาลี เยอรมันตะวันตก²³ มีความเห็นว่าแพทย์กระทำการร่วมกับภริยา แม้จะมีได้ถือว่าเป็นการมีชู้ก็ตาม แต่เป็นการส่อเจตนาของผู้กระทำอยู่แล้วว่าต้องการปกปิดความจริงที่ว่า เชื้อพันธุ์ที่ใช้ไม่ใช่เชื้อพันธุ์ของสามี ส่วนความรับผิดชอบของแพทย์จะต้องมีเพียงใดนั้นต้องอาศัยข้อมูลที่เป็นปัจจัยประกอบอีกมาก

²²Olive M.Stone "English law in relation to A.I.D. and embryo transfer." p. 72.

²³Mariel Revillard, "Legal aspects of artificial insemination and embryo transfer in French domestic law and private international law." p. 81.

2. ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ ระหว่างสามีภริยากับผู้บริจาคเชื้อพันธุ

การผสมเทียมแบบ AID เกิดความเกี่ยวพันถึงบุคคลที่สามคือผู้บริจาคเชื้อพันธุ โดยปกติบุคคลเหล่านี้มีเจตนาที่จะบริจาคเชื้อพันธุให้กับบุคคลอื่นา เสมือนการบริจาคโลหิต หรือการบริจาคอวัยวะบางส่วนที่สามารถจะบริจาคให้ กับบุคคลอื่นได้โดยไม่มีเจตนาที่จะรับผิดชอบต่อผลที่จะเกิดขึ้น แต่เป็นที่เข้าใจ เบื้องต้นว่าการใช้ประโยชน์จากเชื้อพันธุคือการนำไปผสมพันธุ แต่อาจนำไปใช้ ประโยชน์อย่างอื่นได้เช่นการทดลองคัดเลือกเชื้อพันธุ การผสมเทียมแบบนี้ผู้ บริจาคเชื้อพันธุกับสามีภริยาอาจรู้จักกันหรือไม่รู้จักกันเลยก็ได้ ทั้งสองกรณีอาจ จะเกิดปัญหาขึ้นได้ระหว่างผู้บริจาคเชื้อพันธุ กับสามีภริยาที่ขอรับเชื้อพันธุ เช่น

2.1 ในกรณีที่รู้จักผู้บริจาคเชื้อพันธุ

อาจจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่สามีภริยาเป็นผู้ที่หาเชื้อพันธุเอง โดยเจ้า ของเชื้อพันธุและสามีภริยารู้จักกันเป็นส่วนตัว ซึ่งกรณีเช่นนี้ได้เคยมีคดีเกิดขึ้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา เกี่ยวกับการขอปฏิเสธความเป็นบิดาโดยชอบด้วย กฎหมายของสามีของหญิงผู้ขอรับการผสมเทียม และฝ่ายผู้บริจาคเชื้อพันธุก็ ยอมรับในความเป็นบิดาตามธรรมชาติ ในคดี Syrkwsky v. Appleyard มลรัฐมิชิแกน ปี พ.ศ. 2526 [Court of Appeals Michigan, 1983, 122 Mich App.506, 333 N.W. 2d 90] ข้อเท็จจริงของคดีมีดังนี้ นางApplyard ได้รับการผสมเทียมแบบ AID และได้ให้กำเนิดบุตรคนหนึ่ง นางAppleyardและ นายSyrkwsky ผู้บริจาคเชื้อพันธุ ได้ร่วมกันอุทธรณ์ ขอให้ศาลยกฟ้องคดีพิสูจน์ความเป็นบิดา เนื่องจากนายSyrkwsky ได้ยื่น คำร้องขอรับรองเด็กเป็นบุตร ตามกฎหมายแห่งรัฐมิชิแกนว่าด้วยความเป็นบิดา นางAppleyard ก็ยอมรับความจริงว่านายSyrkwsky เป็นผู้บริจาคเชื้อพันธุ จริง แต่อัยการแห่งรัฐมิชิแกนได้ยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งยกคำร้องของนาย Syrkwsky เสีย ศาลพิจารณาลแล้วเห็นว่าไม่มีข้อเท็จจริงใดสนับสนุนคำขอ ของอัยการ ในกรณีที่ปรากฏว่าเด็กเกิดจากนาง Appleyard ย่อมตกอยู่ใน

ข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีของนาง อย่างไรก็ตาม ศาลได้ให้ข้อสังเกตว่า กฎหมายว่าด้วยการพิสูจน์ความเป็นบิดาที่ได้บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดความรับผิดชอบทางการเงินในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่เกิดโดยมิชอบด้วยกฎหมายแก่ผู้ที่ทำให้เด็กเกิด และป้องกันมิให้เด็กต้องตกเป็นภาระของสังคม ศาลเห็นว่าคำขอของนายSyrkowskyนั้นอยู่นอกขอบและวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าด้วยความเป็นบิดา ในคดีนี้ ศาลจึงถือว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของนายและนางAppleyard

และยังมีอีกคดีหนึ่งที่น่าสนใจคือ คดี In Re Baby Girl มลรัฐเคนตักกี สหรัฐอเมริกา ปี พ.ศ.2526 [Kentucky Circuit Court, Jefferson City, March 8, 1983. 9 F.L.R.2348] ข้อเท็จจริงในคดีภริยาและสามีได้ร่วมกันขอให้ศาลสั่งลบล้างสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบต่างๆที่เขาทั้งสองมีต่อเด็กตามกฎหมาย โดยขอให้ศาลสั่งให้บิดาตามธรรมชาติของเด็ก คือชายผู้เป็นผู้บริจาคเชื้อพันธุ์รับเด็กไปอุปการะเลี้ยงดูและขอให้พนักงานเจ้าหน้าที่ออกสูติบัตรให้แก่เด็กตามความเป็นจริงที่ปรากฏในคำร้องด้วย ขณะที่ศาลกำลังพิจารณาคดีสามีภริยาก็ได้มอบเด็กให้แก่บิดาตามธรรมชาติ และบิดาตามธรรมชาติได้พาเด็กไปยังบ้านของเขาแล้ว ปรากฏว่าคดีนี้ศาลไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่จะใช้บังคับให้มีผลตามที่สามีภริยาขอได้ เพราะปรากฏหลักฐานว่า มารดาของเด็กมีสามีที่มีความสามารถให้กำเนิดบุตรได้ จึงต้องเป็นไปตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามี การอ้างว่ามีการผสมเทียมโดยไม่มีหลักฐานอื่นพิสูจน์ได้ว่า สามีภริยาไม่มีเพศสัมพันธ์ต่อกัน แม้จะมีการพิสูจน์กลุ่มเลือด ก็ไม่เป็นการเพียงพอว่าชายผู้บริจาคเชื้อพันธุ์จะเป็นบิดาตามธรรมชาติของเด็ก ดังนั้นศาลจึงยกคำร้องของสามีภริยา²⁴ ในทางกฎหมายไม่สามารถที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามความประสงค์ของทุกฝ่ายได้

²⁴ดร.สันทนต์ ศะศิวิชัย, "ปัญหาผสมเทียม," หน้า 194-196.

การนี้จึงดำเนินไปตามความเป็นจริง เด็กมิได้อยู่กับสามีภริยาผู้ไม่ปรารถนาเด็ก โดยไปอยู่กับบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งต้องการเด็ก

ถ้าพิจารณาตามกฎหมายไทย เพื่อให้เด็กและเจ้าของ เชื้อพันธุ์เกิดนิติสัมพันธ์ต่อกัน ชายอาจจะขอจดทะเบียนรับรองเด็กเป็นบุตรได้ เพราะมารดาของเด็กมิได้คัดค้าน เด็กก็จะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายเจ้าของเชื้อพันธุ์

กฎหมายบัญญัติเรื่องการจดทะเบียนรับรองบุตรไว้ ในกรณีที่ชายหญิงมิได้สมรสกัน และเด็กหรือมารดาของเด็กมิได้คัดค้านตามที่กฎหมายกำหนดนั้น กำหนดสำหรับคนโสดกับคนโสด หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโสด หรือสมรสแล้วทั้งสองฝ่าย หรือใช้บังคับได้ทุกกรณี มีคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ คือคำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2492 ข้อเท็จจริงของคดีมีอยู่ว่า หญิงมีสามีได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งว่า เด็กเป็นบุตรของชายชู้ที่ตนร่วมประเวณีด้วยในระหว่างที่อาจตั้งครรภ์ได้ ขณะยื่นคำร้องหญิงยังคงมีสามีเดิมอยู่ ศาลล่างฟังว่าเป็นเรื่องผิดศีลธรรมให้ยกคำร้อง ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาพิพากษาให้เด็กเป็นบุตรของชายชู้ได้ตามคำขอ ศาลฎีกาได้กล่าวไว้ในตอนท้ายแห่งคำพิพากษาว่าการประพฤติผิดศีลธรรมหากจะมีก็เป็นเรื่องของหญิงและชายชู้ เด็กมิได้มีส่วนในการกระทำผิดนั้นด้วยการวินิจฉัยให้เด็กเป็นบุตรอันแท้จริงของบิดา ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีแต่ประการใดเลย กลับเป็นการแก้ไขให้ชอบด้วยศีลธรรมเสียอีก เพราะเป็นการถูกต้องและสมควรที่จะให้เด็กเป็นบุตรของบิดาที่แท้จริงยิ่งกว่าที่จะเป็นบุตรของผู้อื่น การที่ศาลพิพากษาเช่นนี้ก็เพราะโดยพฤติการณ์ที่แสดงออกชัดว่า ชายชู้เป็นบิดาของเด็ก เนื่องจากมารดาของเด็กได้หนีสามีไปอยู่กินกับชายชู้เป็นเวลาช้านาน จนกระทั่งเกิดเด็ก²⁵

²⁵ สกิตย เล็ง ไธสง, "ปัญหาอุทธรณ์." บทบัญญัติ,

26((4) ธันวาคม, 2512): 821.



ความผันแปรของสังคมที่มีการผสมเทียมเข้ามาเกี่ยวข้องกับด้วย นับวันจะมีเรื่องที่แปลกๆเกิดขึ้น บางครั้งกฎหมายที่มีอยู่ก็ไม่สามารถที่จะนำมาบังคับใช้ให้ถูกต้องตามความเป็นจริงได้ เนื่องจากกฎหมายต้องคำนึงถึงความเป็นไปได้และความเป็นธรรมต่อทุกฝ่าย ด้วยเหตุนี้จึงดูเหมือนจะไม่ยุติธรรมสำหรับฝ่ายที่เสียประโยชน์ แต่ถ้ามองให้ลึกซึ้งถึงที่มาของกฎหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ก็เห็นว่ากฎหมายได้กำหนดไว้อย่างยุติธรรมแล้วสำหรับสภาพของสังคมยุคหนึ่ง เมื่อนำมาใช้กับอีกยุคหนึ่งจึงอาจทำให้กฎหมายไม่สามารถที่จะเอื้ออำนวยประโยชน์ให้แก่บุคคลบางคนในสังคมได้

สำหรับการผสมเทียมในประเทศไทยการทราบชื่อผู้บริจาคเชื้อพันธุะนั้นระยะแรกๆ ที่มีการผสมเทียม แพทย์อาจยอมให้สามีภริยาเป็นผู้หาผู้บริจาคด้วยตนเอง หลังจากที่มีการผสมเทียมและมีเด็กเกิดขึ้น แพทย์และผู้เกี่ยวข้องจึงได้พบว่า การผสมเทียมโดยให้ผู้บริจาคเชื้อพันธุ๋ และผู้รับเชื้อพันธุ๋รู้จักกันก่อนเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดผลเสียทางด้านจิตใจแก่ทุกฝ่าย²⁶ กล่าวคือฝ่ายผู้รับเกิดความกังวลว่าผู้บริจาคเชื้อพันธุ๋จะ เกิดอ้างความเป็นบิดาตามธรรมชาติของเด็ก ฝ่ายผู้บริจาคก็เกรงว่าจะมีการอ้างว่าเป็นบุตรของตนในภายหลังกั้นนั้น ในเวลาต่อมาการผสมเทียมจึงได้มีแนวโน้มว่าแพทย์จะไม่ยอมให้ผู้บริจาคเชื้อพันธุ๋ และผู้ที่รับเชื้อพันธุ๋ได้รู้จักกัน โดยแพทย์จะเป็นตัวกลางระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่าย เพื่อป้องกันปัญหาที่จะตามมาในภายหลัง ปัจจุบันแม้จะไม่มีกรฟ้องร้องเหมือนกับในต่างประเทศ แต่น่าจะมีเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมขึ้นแล้ว จึงควรพิจารณาถึงกฎหมายที่มีอยู่ว่าจะใช้ได้เพียงใด หากเกิดคดีฟ้องร้องขึ้น

²⁶พศ.นพ.เอื้อพงศ์ จตุรธำรง และ ศ.นพ.สมหมาย กุญสุวรรณ, "การผสมเทียม," ใน นรีเวชวิทยา สมหมาย กุญสุวรรณ, บรรณาธิการ, (กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2527), หน้า 584.

การผสมเทียม มีความแตกต่างจากการตั้งครรภ์โดยวิธีธรรมชาติตรง ความสัมพันธ์ระหว่างหญิงกับชายผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ (Donor) และเจตนาที่มีต่อเชื้อพันธุ์ที่ได้ให้ไปรวมทั้งเจตนาของสามีของหญิงที่รับการผสมเทียมด้วย ตามกฎหมายหากหญิงคัดค้านการจดทะเบียนรับรองบุตรของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์แล้ว ถ้าไม่มีพฤติการณ์อย่างอื่นมาประกอบ ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ไม่มีความสัมพันธ์ใดต่อกับสามีภริยา แม้ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์และผู้รับเชื้อพันธุ์จะรู้จักกัน สิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้บริจาคเชื้อพันธุ์กับเด็กก็มิได้เกิดขึ้นด้วย

ปัญหาที่น่าสนใจอีกประการหนึ่งคือ การขอเชื้อพันธุ์จากญาติพี่น้องของหญิงที่มีปัญหา เนื่องจากมีโรคร้ายทางกรรมพันธุ์เพื่อการผสมเทียมน่าจะเป็นการไม่สมควร เพราะอาจเป็นการถ่ายทอดพันธุกรรมที่ไม่ดีไปสู่เด็กได้ตามหลักทางชีววิทยา²⁷ ซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของมาตรา 1450 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน บัญญัติว่า "ชายหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป หรือลงมา ก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาที่ดี จะทำการสมรสกันไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะ เป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่" ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายก็เพื่อมิให้ผู้ที่มีเชื้อสายใกล้ชิดกันผสมพันธุ์กัน อันเป็นการป้องกันผลที่จะเกิดขึ้นในด้านชีววิทยาและเพื่อความเหมาะสมในด้านสังคม

²⁷ปรีชา สุวรรณพินิจ, ชีววิทยา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 453.

2.2 กรณีที่บุคคลนิรนามเป็นผู้บริจาคเชื้อพันธุ

การผสมเทียมระยะแรกๆ ยอมให้ผู้ขอรับการผสมเทียมหาเชื้อพันธุด้วยตนเองหรือยอมให้ผู้บริจาคเชื้อพันธุ (Donor) และผู้รับเชื้อพันธุได้รู้จักกันต่อมาเห็นว่าไม่ควรที่จะให้ทั้งสองฝ่ายได้รู้จักกัน เพื่อป้องกันปัญหาต่างๆที่จะเกิดขึ้น การไม่รู้จักกันยอมไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ใดๆ ต่อกัน หากทั้งสองฝ่ายต้องการที่จะทราบรายละเอียดของอีกฝ่ายหนึ่งยอมขึ้นอยู่กับคนกลาง ซึ่งถ้าเป็นในรูปของการบริจาคกันอย่างทั่ว ไป²⁸ เมื่อผู้บริจาคให้ไปแล้ว ผู้รับบริจาคจะไปขายต่อหรือทำอะไรก็เป็นสิทธิของผู้รับบริจาค ย่อมจะบังคับให้ผู้รับบริจาคบอกกล่าวรายละเอียดมิได้เพราะเขาไม่มีหน้าที่ที่จะต้องบอกกล่าว

ในประเทศอังกฤษสัญญาบริจาคเชื้อพันธุและสัญญาขอรับการผสมเทียมจะระบุว่าผู้บริจาค (Donor) และผู้ขอรับการผสมเทียมจะไม่เรียกร้องขอทราบรายละเอียดของแต่ละฝ่ายข้อความดังกล่าวนี้มักจะปรากฏอยู่ในสัญญาทุกฉบับก่อนที่จะมีการรับบริจาคหรือขอรับการผสมเทียม ด้วยเหตุที่ไม่มีกฎหมายรับรองในเรื่องเหล่านี้ ผู้ปฏิบัติการการผสมเทียมจึงหาหนทางที่จะป้องกันมิให้เกิดปัญหาแก่ตนเองรวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องกับตัว²⁹

และเนื่องจากเชื้อพันธุเป็นของบุคคลนิรนาม (Anonymous) ดังนั้นสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบทั้งหลายจึงตกอยู่กับสามีภริยาที่รับการผสมเทียมเมื่อเด็กถือกำเนิดขึ้นมา โดยข้อสันนิษฐานของกฎหมายสามีของหญิงยอมต้องเป็นบิดาตั้งเช่นที่ปรากฏหลักการในคดี *People v. Sorensen* ปี พ.ศ. 2511 รัฐแคลิฟอร์เนีย [(1968), 68 Cal.2d 680, 66 Cal.Rptr. 7, 437 P. 2d 495, 25 A.L.R.3d 1093; Annotated at 25 A.L.R.3d 1093]

²⁸ สกิดย์ เล็ง ไธสง, "ปัญหาลูกหมอ." : 833.

²⁹ J.K.Mason, Forensic Medicine for Lawyers, (London: Butterworth & Co.(Publishers)Ltd., 1983), p.173

และคดีแห่ง In Re Adoption of Anonymous ปี ค.ศ.2521 มลรัฐนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา [Surrogate's Court, Kings County, 1973.74 Misc. 2d 99, 345 N.Y.S. 2d 430] ซึ่งยืนยันความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีของภริยาที่มีการผสมเทียม

ในประเทศไทย ผู้ทาผสมเทียมไม่ค่อยสืบสาวประวัติของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ (Donor) และผู้ขอรับการผสมเทียมก็มอบความไว้วางใจให้กับแพทย์โดยให้แพทย์เป็นผู้คัดเลือกเชื้อพันธุ์ ก่อนการผสมเทียมแพทย์จะอธิบายรายละเอียดต่างๆ ให้คู่สมรสได้เข้าใจ บางแห่งอาจจะมีการบันทึกประวัติของผู้บริจาคแต่บางแห่งก็ไม่มีการบันทึกไว้เลย เนื่องด้วยกฎหมายไม่อำนวยความสะดวกในการผสมเทียม แพทย์จึงใช้ความระมัดระวังเท่าที่สามารถจะทำได้³⁰ เพื่อมิให้เกิดปัญหามาถึงผู้ที่เกี่ยวข้องกับกรณี

ในประเทศสวีเดน "Act on Insemination 1984:1140) ระบุไว้ในมาตรา 3 วรรค 3 ว่า ให้แพทย์คัดเลือกผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ที่เหมาะสมให้จดแจ้งสาระ ข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริจาคไว้และให้เก็บบันทึกนั้นไว้เป็นเวลาอย่างน้อย 70 ปี"

การผสมเทียมขณะนี้ยังไม่ถึงขั้นเป็นธุรกิจ เชื้อพันธุ์ส่วนใหญ่ที่ได้เป็นเชื้อพันธุ์ที่มีคุณภาพ ผู้ขอรับการผสมเทียมอยู่ในลักษณะร้องขอความช่วยเหลือ ผู้บริจาค (Donor) ก็ไม่ติดตามผล แม้จะยังไม่มียกกฎหมายก็ไม่เกิดปัญหาความสัมพันธ์กับภริยาของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ ยิ่งทั้งสองฝ่ายไม่รู้จักกันปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ต่อกันจึงไม่มี ผู้ที่ทราบประวัติของทั้งสองฝ่ายมีอยู่เพียงผู้เดียว คือ แพทย์³¹ โดยจรรยาแพทย์ แพทย์ก็จะไม่เปิดเผยความลับของผู้บริจาคและผู้ขอรับการ

³⁰ เอื้อพงศ์ จตุรธารง, "การผสมเทียม." หน้า 590-591.

³¹ นพ.เสปียง ศรีวารณบูรณ์, และคนอื่นๆ "ผสมเทียม."

ผสมเทียมอยู่แล้ว ตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษามรยาทแห่งวิชาชีพ
เวชกรรม พ.ศ.2516 หมวด 3 ข้อ 9 และตามประมวลกฎหมายอาญา
323 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุที่
...ประกอบอาชีพเป็นแพทย์... แล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะ
เสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษ..."

ปัญหาที่จะเกิดขึ้น จึงเป็นปัญหาระหว่างผู้บริจาควัยผู้ใหญ่หรือแพทย์กับ
ผู้ขอรับการผสมเทียม หรือเด็กกับแพทย์มากกว่าที่จะเป็นปัญหาระหว่างผู้บริจาควัย
ผู้ใหญ่กับผู้รับเชื้อพันธุ์ เพราะผู้ที่เป็นศูนย์กลางของความลับทั้งปวงก็คือแพทย์
ซึ่งในรายละเอียดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของแพทย์หรือสถานให้บริการด้านนี้ กับ
บุคคลที่เกี่ยวข้องจะ ได้กล่าวถึงอีกครั้ง ในบทที่เกี่ยวกับเรื่องการเก็บความลับ
เรื่องของการผสมเทียม

3. ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์

ระหว่างเด็กกับผู้บริจาคเชื้อพันธุ์

ในทางปฏิบัติ ยัง ไม่มีเด็กร้องขอให้ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์รับเด็กเป็นบุตร
ชอบด้วยกฎหมาย มีแต่ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ขอรับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายแม้จะ
อ้างว่าตนเป็นผู้บริจาคเชื้อพันธุ์และมีการทดสอบเลือด ก็ไม่สามารถที่จะพิสูจน์ได้
ว่าเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายที่แท้จริงของตน เพราะการพิสูจน์
ความเป็นบุตรโดยการพิสูจน์โลหิตไม่สามารถที่จะพิสูจน์ในทางยืนยันได้³²
นอกจากจะมีพยานหลักฐานอื่นมาร่วมยืนยันในความเป็นบุตร ซึ่งเป็นเรื่องของ
ข้อเท็จจริงที่จะต้องพิสูจน์เป็นเรื่องราว ไป คาพิพากษาในคดี Syrkowsky v.
Appleyard แห่งมลรัฐมิชิแกน ปี พ.ศ.2526 ศาลได้ยกคำร้องขอพิสูจน์ความ

³² วิจารณ์ ไวยาณี และ มัลลิกา ธรรมบำรุง, "บันทึกเชิงปฏิบัติการพิสูจน์บุตร." วารสารนิติวิทยาศาสตร์, 4((2) ธันวาคม, 2528): 87,

เป็นบิดาของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์คือ นาย Syrkowsky เนื่องจากไม่มีหลักฐานอื่นที่จะยืนยันได้ว่าเขาเป็นบิดาของเด็กที่แท้จริง เนื่องจากนาง Appleyard มีสามีอยู่แล้ว เด็กจึงได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของนายและนาง Appleyard

ถ้าตามกฎหมายไทย ตามมาตรา 1536 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน โดยข้อสันนิษฐานของกฎหมาย เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่รับการผสมเทียม แต่เด็กมีสิทธิ์ที่จะปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของตนได้ตามมาตรา 1545 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน บัญญัติว่า "เด็กอาจร้องขอให้ย้ายการยกคดีขึ้นว่ากล่าวปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 1536 ของชายผู้เป็นสามีของมารดาของตนได้ ถ้าตนมิได้เป็นบุตรสืบสาโลहितของชายผู้เป็นสามีของมารดา และ

(1) สามีของมารดาถึงแก่ความตาย หรือถือว่าถึงแก่ความตาย เพราะมีคำสั่งศาลแสดงว่าเป็นคนสาบสูญ และในขณะที่ถึงแก่ความตายหรือถือว่าถึงแก่ความตายนั้น สามีของมารดายังคงมีสิทธิ์ฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ตามมาตรา 1542

(2) การสมรสระหว่างสามีของมารดากับมารดาได้สิ้นสุดลงด้วยการหย่า ศาลพิพากษาให้เพิกถอนหรือศาลแสดงว่าเป็นโมฆะ

(3) สามีของมารดากับมารดามีได้อยู่กินฉันสามีภริยาเกินสามปีและไม่มีเหตุคาดหมายว่าจะกลับมาอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาอีก แต่ข้อความนี้มีให้ใช้บังคับในกรณีที่สามีของมารดากับมารดาอยู่ต่างหากจากกันตามคำสั่งของศาลตามมาตรา 1462

(4) มารดาได้สมรสกับชายผู้ซึ่งเด็กนั้นเป็นผู้สืบสาโลहित

(5) สามีของมารดากระทำผิดต่อหน้าที่ในฐานะเป็นบิดาซึ่งเป็นผลเสียหายแก่เด็กถึงขนาดที่เด็กจะปฏิเสธความสัมพันธ์กับสามีของมารดาในฐานะบุตรกับบิดา

(6) สามีของมารดาประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงหรือดำเนินชีวิตโดยไร้เกียรติหรือผิดศีลธรรม ทั้งนี้ถึงขนาดที่เด็กจะปฏิเสธความสัมพันธ์กับสามีของ

มารดาในฐานะบุตรกับบิดา

(7) สามีของมารดาเป็นโรคร้ายทางกรรมพันธุ์และมีเหตุอันควรเห็นได้ว่า การที่สามีของมารดาเป็นโรคร้ายเช่นนั้นจะเป็นที่เสียหายแก่ตนถึงขนาดชอบที่เด็กจะปฏิเสธความสัมพันธ์กับสามีของมารดาในฐานะบุตรกับบิดา..."

เนื่องจากการผสมเทียมแบบ AID เด็กมิได้เป็นบุตรสืบสาโลหิตของชายผู้เป็นสามีของมารดา และกรณีอาจมีลักษณะตรงกับเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งอาจจะไม่ตรงกับเจตนาของคู่สมรสที่ต้องการบุตร เนื่องจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความบกพร่องทางร่างกาย การที่ทั้งสองฝ่ายคือผู้บริจาคกับผู้รับเชื้อพันธุ์ได้รู้จักกันแทนที่การผสมเทียมจะก่อให้เกิดความสุขสมบูรณ์ของครอบครัว กลับจะเป็นการทำให้ครอบครัวเกิดความทุกข์ ถ้าผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ (Donor) ต้องการรับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของตน หรือผู้บริจาคเชื้อพันธุ์เกิดแสดงตนเพื่อผลประโยชน์ของตนเอง

ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ (Donor) หากต้องการที่จะรับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของตนก็ต้องอาศัยมาตรา 1548 แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน คือ การขอจดทะเบียนรับรองเด็กเป็นบุตร จากกฎหมายที่อาศัยพื้นฐานของการมีความสัมพันธ์ตามธรรมชาติ เมื่อนามาปรับใช้กับการผสมเทียมจึงทำให้เกิดช่องว่างได้ เพราะการแสดงออกอย่างอื่นใดมิได้ปรากฏ นอกจากการอ้างเรื่องสาโลหิตเท่านั้น ซึ่งมีใช้เรื่องที่พิสุจน์ในทางยืนยันต้องมีพยานอย่างอื่นมาสนับสนุนด้วย

สาเหตุที่เกิดปัญหาฟ้องร้องทั้งที่ต้องการเด็กและไม่ต้องการเด็กขึ้น ก็เนื่องมาจากบุคคลที่ต้องการเด็กมีเมตตาและมีความรับผิดชอบ ส่วนผู้ที่ไม่ต้องการเด็กอาจจะเป็นผู้ที่ไม่ต้องการรับผิดชอบ หรือไม่สามารถที่จะทำจิตใจให้ยอมรับเด็กได้ จึงคิดว่าให้เด็กไปอยู่กับเจ้าของเชื้อสายที่แท้จริงดีกว่าที่จะหนีตัวกันด้วยกันทั้งสองฝ่าย

4. ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการผสมเทียมของผู้ที่ไม่มีคู่สมรส
 ผู้ที่ไม่มีคู่สมรสอาจจะเป็นคนโสดที่ไม่เคยสมรสเลย หรืออาจจะเป็นผู้ที่เคยสมรสแล้วการสมรสสิ้นสุดลงด้วยเหตุใดก็ตาม หากบุคคลดังกล่าวต้องการผสมเทียม ประเด็นแรกที่ควรศึกษาคือเขาเหล่านั้นมีสิทธิขอรับการผสมเทียมหรือไม่ ประเด็นที่สอง เด็กที่เกิดมามีบุคคลใดต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ขอรับการผสมเทียมบ้าง ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีหญิงโสดผสมเทียมด้วยตนเองด้วยเชื้อพันธุ์ของชายที่รู้จัก แต่หญิงไม่ต้องการให้ชายมาเกี่ยวข้องกับบุตรของตนชายจึงได้ร้องต่อศาลเพื่อให้เขามีสิทธิเยี่ยมเยียนเด็กได้ ดังปรากฏในคดี C.M. v. C.C. มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ สหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ. 1977 [Juvenile and Domestic Relations Court, Cumberland New Jersey, 1977. 152 N.J. Super. 160, 377A.2d 821] ชายคือ C.M. หญิงคือ C.C. ข้อเท็จจริงในคดีมีดังนี้ หญิงสนใจเรื่องการใช้เชื้อพันธุ์ผสมเทียมและได้เคยสนทนากับเพื่อนของฝ่ายชาย ชายหญิงได้รู้จักกันและสนิทสนมถึงขั้นที่จะสมรสกัน หญิงไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์ก่อนสมรสแต่หญิงเป็นคนชอบเด็กฯ ดังนั้นทั้งสองจึงตกลงกันว่าจะมีเด็กด้วยวิธีการผสมเทียม เมื่อไปหาแพทย์ แพทย์แนะนำให้ทั้งสองไปที่ศูนย์เชื้อพันธุ์ ปรากฏว่าแพทย์ที่ศูนย์ปฏิเสธที่จะอำนวยความสะดวกให้การสนทนากับแพทย์หญิงได้เรียนรู้เรื่องของการผสมเทียมโดยใช้กระบอกฉีดด้วยเหตุนี้หญิงจึงบอกกล่าวแก่ชายว่าเธอจะผสมเทียมด้วยตนเอง ชายตกลงที่จะให้เชื้อพันธุ์ของเขาแก่เธอ โดยหญิงได้ไปที่ห้องพักของชายหลายครั้งติดต่อกันหลายเดือน หญิงปฏิบัติการผสมเทียมด้วยตนเองห้องหนึ่ง ส่วนชายอยู่อีกห้องหนึ่ง ทั้งสองไม่มีเพศสัมพันธ์ต่อการปฏิบัติการผสมเทียมบรรลุผลสำเร็จหญิงตั้งครรภ์ได้สามเดือนและแสดงปฏิกิริยาต่อชาย เสมือนชายเป็นเพื่อนธรรมดาคนหนึ่ง ไม่มีอะไรพิเศษ ส่วนชายนั้นปฏิบัติตัวเหมือนบิดาทั่วไปที่ฟังปฏิบัติตามบุตร จนกระทั่งหญิงคลอดแล้วก็กีดกันมิยอมให้ชายเยี่ยมเยียนเด็ก ชายจึงได้ร้องขอต่อศาลให้ศาลอนุญาตให้เขามีสิทธิเยี่ยมเยียนเด็กได้ ฝ่ายหญิงอ้างว่าชายละสิทธิการเป็นบิดาของเขา ศาลพิจารณแล้วเห็นว่าทั้งสองมีความเกี่ยวพันกันมาเป็นเวลานานและเขามีเจตนาที่จะรับผิดชอบต่อเด็กที่เกิดมาอย่างบิดา และเขายังมี

ความเหมาะสมที่จะเป็นบิดาและให้ความอุปการะแก่เด็กได้ด้วย เพราะตัวเขามีอาชีพเป็นครูทั้งยังจะช่วยให้เด็กมีพัฒนาการที่ดีอีกด้วย เมื่อกาถึงประโยชน์ของเด็กและความกระตือรือร้นของชาย ศาลจึงไม่ปฏิเสธเอกสิทธิ์ในความเป็นบิดาของชายนั้น ศาลจึงอนุญาตให้เขามีสิทธิเยี่ยมเยียนเด็กได้³³

ถ้าคดีดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศไทย เด็กที่เกิดจากชายหญิงที่มีได้สมรสกันย่อมตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 1546 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบันซึ่งบัญญัติว่า "เด็กที่เกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น." ตามกฎหมายไม่มีบทบัญญัติใดๆที่รับรองสิทธิหน้าที่อย่างสามของชายที่มีได้จดทะเบียนสมรสกับหญิง และสิทธิหน้าที่ระหว่างเด็กกับบิดาตามธรรมชาติเพราะบุตรที่เกิดมามิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของชาย หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันก็ไม่เกิดขึ้น³⁴ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการผสมเทียมชายหญิงไม่มีความสัมพันธ์กันตามธรรมชาติ การที่ชายจะอ้างความเป็นบิดาในขณะที่หญิงปฏิเสธนั้นมีโอกาสน้อยมาก การร้องขอมีสิทธิเยี่ยมเยียนเด็กยังไม่เคยมีมาก่อน มีแต่การแบ่งทรัพย์สินกรณีที่อยู่ร่วมกันแต่ไม่มีการจดทะเบียนสมรสเท่านั้น ดังนั้นชายจึงไม่มีสิทธิที่จะเยี่ยมเยียนเด็กเพราะไม่มีความสัมพันธ์ใดๆกับเด็ก และหญิงมีสิทธิที่จะกีดกันมิให้ชายมาเกี่ยวข้องกับเด็กได้ หรือถ้าหากชายจะจดทะเบียนรับบุตร หญิงก็มีสิทธิคัดค้านได้ ตามมาตรา 1548 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน บัญญัติว่า "บิดาจะจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ต่อเมื่อเด็ก หรือมารดาของเด็กไม่คัดค้านว่าผู้ขอจดทะเบียนมิใช่บิดา ถ้ามีการคัดค้านเช่นนั้น การจดทะเบียนว่าเป็นบุตรต้องมีคำพิพากษาของศาล..." หากถึงชั้นศาลโดย

³³Walter Wadlington, Law and Medicine: Case and Materials, pp. 799-802.

³⁴ชาญวิทย์ ยอดมณี, "การอยู่กินด้วยกันโดยไม่จดทะเบียนสมรส, บทบัญญัติ, 42((4) 2529): 95.

พฤติการณ์ที่ชายหญิงปฏิบัติต่อกันนั้นสามีกิริยาและเพื่อประโยชน์ของเด็กก็ควรให้ชายจดทะเบียนรับรองเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้

ถ้ามองในแง่เจตนารมณ์ของผู้ที่ต้องการผสมเทียม โดยไม่ต้องการให้เกิดนิติสัมพันธ์กับชายแล้ว ในกรณีนี้ควรมีข้อตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับเรื่องบริจาคเชื้อพันธุ์และสิทธิเหนือเชื้อพันธุ์ และสมควรมีข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิในเชื้อพันธุ์ของผู้บริจาคไว้ว่าผู้บริจาคไม่มีสิทธิใดๆเหนือเชื้อพันธุ์ที่ได้บริจาคไปแล้วนั้น เพื่อป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นทางที่ตีความใช้เชื้อพันธุ์ของบุคคลนิรนาม

คดีดังกล่าวข้างต้น เป็นคดีที่ฝ่ายบิดาได้เสนอความรับผิดชอบของตนแต่ฝ่ายมารดาของเด็กไม่ปรารถนาที่จะยอมรับ แต่ในอีกคดีหนึ่งกลับเป็นตรงกันข้ามกับคดีที่ได้กล่าวมาแล้ว กล่าวคือนายแดนนี่ เอลเลอร์ ฟ้องอดีตภรรยาของตนเอง โดยได้บรรยายในฟ้องว่า ขณะที่อยู่กินด้วยกันภรรยาของเขาได้เคยขอเชื้อพันธุ์ของเขาหลายครั้งโดยอ้างว่าจะนำไปทดลอง ต่อมาเขาได้หย่าขาดจากภรรยาเมื่อสองปีก่อนฟ้อง ภรรยาของเขากลับมาเชื้อพันธุ์ของเขาไปผสมเทียมแล้วตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตร ทำให้เขาต้องจ่ายค่าเลี้ยงดูบุตรตามคำสั่งศาล สืบดาห์ลและแบดสปีบเกาดอลลาร์ ทั้งๆ ที่เขาไม่ได้รู้เห็นในเรื่องนี้เลย ด้วยเหตุดังกล่าวเขาจึงได้ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากอดีตภรรยาและจากโรงพยาบาล³⁵ ยังไม่ปรากฏผลคำพิพากษา แต่ก็นับว่าเป็นคดีที่น่าศึกษาเพราะมีสาเหตุสืบเนื่องมาจากการผสมเทียม

สำหรับกรณีที่หย่ากันเป็นเวลานานถึงสองปีแล้วภรรยาจึงตั้งครรภ์ และให้กำเนิดบุตร ตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายตามมาตรา 1536 แห่ง ปพพ. ฉบับปัจจุบัน บัญญัติว่า "เด็กที่เกิดแต่หญิง...ภายในสามร้อยสี่วัน นับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้

³⁵ปรีชา พาที, "ดอกไขใส่ข่า: สงวนลิขสิทธิพันธุ์," ไทยรัฐ

(11 กรกฎาคม 2529): 2.

เคยเป็นสามี..." ตามคติข้างต้นเด็กมิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เคยเป็นสามี เพราะเด็กเกิดเกินกว่าสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ฉะนั้นผู้ที่เคยเป็นสามีจึงไม่มีหน้าที่ที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูต่อเด็กที่เกิดมา

เรื่องของการผสมเทียมด้วยตัวเองนี้ไม่ค่อยมีผู้คำนึงถึง เพราะความสนใจไปอยู่ที่เรื่องการผสมเทียมให้แก่คนโสดหรือคนที่มีคู่สมรสแล้ว ในประเทศฝรั่งเศสแพทย์ส่วนใหญ่ได้รับการคัดค้านมิให้ผสมเทียมให้แก่คนที่ไม่ใช่คู่สมรส แต่เมื่อพิจารณาถึงวิวัฒนาการของสังคมด้านครอบครัวแล้ว เห็นว่าไม่มีเหตุผลอะไรที่จะห้ามมิให้คนโสดรับการผสมเทียม และไม่มีกฎหมายกำหนดว่าการผสมเทียมกระทำได้เฉพาะหญิงที่มีคู่สมรสแล้ว หากมีกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้นก่อนที่แพทย์จะทำการผสมเทียมให้ แพทย์ก็ต้องตรวจดูใบทะเบียนสมรสก่อนทุกครั้งซึ่งในทางปฏิบัติมิได้เป็นเช่นนั้น³⁶

ในอังกฤษมีการอภิปรายกันถึงข้อกำหนดเรื่องการผสมเทียมแบบ AID ว่าควรจะจำกัดให้เฉพาะผู้ที่ไม่ใช่คู่สมรสเท่านั้น เพราะจะได้เป็นการตัดปัญหาเรื่องการมีบิดามารดาหลายแบบ หรือควรจะจำกัดให้เฉพาะผู้ที่มีคู่สมรสแล้วแต่ไม่อาจจะมิบุตรได้ มีการแสดงเหตุผลว่าถ้ายอมให้เฉพาะผู้ที่ไม่ใช่คู่สมรสแล้วผู้ที่มีคู่สมรส ซึ่งประสบปัญหาไม่มีบุตรจะไม่มีโอกาสได้ใช้วิธีการนี้เลยหรืออย่างไร ทั้งๆ ที่พวกเขาขอรับเด็กที่จะเกิดด้วยวิธีการนี้ เสมือนเป็นบุตรที่แท้จริงของตน หรือในกรณีที่จะให้สิทธิเฉพาะผู้ที่มีคู่สมรส แล้วคนที่ไม่ใช่คู่สมรสแต่มีความพร้อมที่จะมีบุตรได้หรือมีคนรักแต่ไม่ต้องการสมรสกัน จะหาเหตุผลใดมาห้ามมิให้บุคคล

³⁶ Mariel Revillard, "Legal aspects of artificial insemination and embryo transfer in French domestic law and private international law." p. 81.

เหล่านี้ทำการผสมเทียม³⁷

มีการผสมเทียมอีกกรณีหนึ่งซึ่งมิได้เป็นคดีฟ้องร้อง แต่เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าการผสมเทียมด้วยตัวเองนับวันจะมีมากขึ้น เพราะกรรมวิธีมิได้ยุ่งยากเกินไปกว่าความสามารถของคนทั่วไปที่จะทำได้ การผสมเทียมที่กล่าวถึงนี้เกิดขึ้นที่นครลอสแอนเจลิส รัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา ผู้ทำผสมเทียมรายนี้ชื่อ Dr. Afton Blake อายุ 41 ปี สำเร็จปริญญาเอกทางจิตวิทยาคลินิก เธอได้ตัดสินใจที่จะมีบุตรด้วยวิธีการผสมเทียม หลังจากที่เธอได้แต่งงานแล้วสามครั้งกับเพื่อนต่างเพศสามคน เธอได้กรอกแบบตรวจสอบของศูนย์เชื้อพันธุ์ ต่อมาทางศูนย์ฯ ได้ส่งเชื้อพันธุ์แช่แข็ง (Frozen Semen) ของชายที่ได้รับรางวัลโนเบล แต่เชื้อไม่แข็งแรงพอการผสมเทียมครั้งแรกจึงไม่ประสบผล ครั้งที่สอง เธอได้รับเชื้อพันธุ์ของศาสตราจารย์ชาวยุโรปตะวันออกคนหนึ่งแต่เธอมิได้นำมาผสม แม้จะเสียเงินให้แก่แพทย์ก็ตาม ในที่สุด เธอได้ตัดสินใจเลือกเชื้อพันธุ์หมายเลขยี่สิบแปด ซึ่งระบุว่า เป็นชายสูงหนึ่งร้อยแปดสิบสี่ เซนติเมตร ผมสีทอง เป็นนักวิทยาศาสตร์ทางคอมพิวเตอร์และนักดนตรีคลาสสิกสนใจในกีฬากลางแจ้งเช่น โต้เขา, สกี, ว่ายน้ำ และ มีสายดาดี Dr. Blake ได้ศึกษาวิธีการผสมเทียมด้วยตัวเอง (inseminate herself) ด้วยการทำให้เชื้อพันธุ์ที่แช่แข็งตัวนั้นคืนสภาพ (defrosting) แล้วรอผสมในระยะ 3-4 วันของการตกไข่ (ovulation period) รวมทั้งต้องทำจิตใจให้อยู่ในสภาพแห่งความรักในขณะที่ผสมด้วย เก้าเดือนต่อมา เธอได้ให้กำเนิดบุตรชายชื่อ Doron ซึ่ง

³⁷Dr. R. Snowden, "The Social implication of artificial reproduction," in In Vitro Fertilization and Donor Insemination, W. Thompson and others, (Manchester: Royal College of Obstetricians and Gynaecologists, 1984), pp. 322-323.

เป็นภาษากรีกแปลว่า ของขวัญ บุตรของเธอแสดงความเป็นอัจฉริยะเหมือน
 เจ้าของเชื้อพันธุ์ กล่าวคือ เขาสนใจดนตรีและเล่นดนตรีได้ ตั้งแต่อายุไม่ถึง
 สองขวบ นักสังคมวิทยาและกลุ่มผู้เคร่งศาสนาบางกลุ่มได้คัดค้านและโต้แย้ง
 ไม่เห็นด้วยกับการสร้างมนุษย์อัจฉริยะด้วยวิธีการนี้ เพราะเกรงว่ามนุษย์อัจฉริยะ
 เหล่านี้ อาจใช้ความเป็นอัจฉริยะของเขาไปในทางที่เป็นอันตรายต่อมวลมนุษย
 ชาติ ๓๘

พิจารณาตามกฎหมายที่มีอยู่ขณะนี้ ก็ต้องถือว่ากฎหมายยอมรับการ
 ตั้งครรภ์ของหญิงที่ไม่มีคู่สมรสว่าเป็นไปได้ ดังนั้นถ้าผู้ที่ไม่มีคู่สมรสจะขอรับการ
 ผสมเทียมย่อมจะทำได้ หรือจะผสมเทียมด้วยตนเอง ก็ย่อมจะทำได้ไม่เป็นการ
 ผิดกฎหมาย ดังนั้นในเรื่องนี้จึงควรมีข้อจำกัดบางเรื่อง เช่น คุณสมบัติของผู้
 ขอรับการผสมเทียม หรือผู้มีสิทธิทาผสมเทียมได้ตามกฎหมาย แม้การมีครอบครัว
 อย่างปกติกฎหมายยังมีเงื่อนไขในเรื่องอายุของคู่สมรสว่า การสมรสจะทำได้
 ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว ฉะนั้นการผสมเทียมก็ควรคำนึง
 ถึงอายุของผู้ที่จะขอรับการผสมเทียมด้วย

๓๘ วรากร วราอัศวปติ, "เขาถูกสร้างขึ้นเพื่อให้เป็นอัจฉริยะ,"
วารสารวิทยาศาสตร์ มศว.มหาสารคาม 1(2) กรกฎาคม - ธันวาคม,
 2528): 33-35.

5. ปัญหาการรับจ้างตั้งครรภ์ (Surrogate Mother)

การรับจ้างตั้งครรภ์ (Surrogate Mother) ตามกฎหมายยอมให้เพียงใดหรือไม่และในการรับจ้างผู้รับจ้างอาจจะเป็นทั้งหญิงโสดหรือผู้ที่มีคู่สมรสอยู่ก็ได้ สาเหตุที่เกิดการรับจ้างขึ้น อาจเนื่องมาจากคู่สมรสที่ไม่สามารถที่จะมีบุตรได้เอง จึงต้องหาบุคคลที่สามมาตั้งครรภ์แทน ตามข้อตกลงทั่วไปผู้รับจ้างจะไม่มีสิทธิในตัวเด็ก เมื่อคลอดเด็กออกมาแล้วเด็กต้องตกเป็นบุตรของผู้ว่าจ้าง กิจการรับจ้างได้เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อผู้รับจ้างคลอดแล้วกลับไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่ผู้ว่าจ้างตามสัญญา กรณีดังกล่าวได้เคยมีคำพิพากษาของศาลมลรัฐมิชิแกนแถลงไว้ว่า "...การที่บุคคลตกลงจะทำอะไรที่เป็นการส่วนตัวของเขา รัฐจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับ แต่ศาลเห็นว่าเป็นการไม่สมควรที่จะมีเรื่องเงินเข้าไปเกี่ยวข้องกับกรับบุตรบุญธรรม ทั้งนี้ เพราะเหมือนกับเป็นการซื้อขายเด็กโดยอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือ..."³⁹

และในทานองเดียวกันนี้ ได้เกิดการฟ้องร้องอ้างสิทธิในตัวเด็กขึ้นระหว่างผู้รับจ้างกับผู้ว่าจ้าง เป็นคดีระหว่างนางไวท์เฮด (Whitehead) กับนายสเตอร์น (Stern) เมื่อปลายปี พ.ศ. 2529 ที่มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ สหรัฐฯ ข้อเท็จจริงของคดีมีดังนี้ นางแมรี เบธ ไวท์เฮด (Mrs. Mary Beth Whitehead) สมรสแล้ว ได้ลงชื่อเป็นแม่รับจ้างที่ศูนย์แก้หมั้นนวยอร์ค ด้วยเหตุผลคือต้องการช่วยเหลือคู่สมรสที่ไม่มีบุตร เธอได้รับการตรวจสุขภาพจิตและได้รับคำแนะนำทางด้านกฎหมายจนเป็นที่เข้าใจ

ทางฝ่ายนายวิลเลียมและนางอลิซาเบธ สเตอร์น (William and Elizabeth Stern) ได้ตกลงกันที่จะใช้วิธีการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนภรรยา

³⁹Walter Wadlington, "Artificial Conception : The Challenge for Family Law," Virginia Law Review 69((3) April 1983): 480.

เนื่องด้วยภริยาของเขาไม่สามารถที่จะตั้งครรภ์เองได้ และพวกเขาเห็นว่าวิธีการดังกล่าวเป็นวิธีที่ดีกว่าการขอรับบุตรบุญธรรม เพราะอย่างน้อยเด็กก็มีสาโลหิตของสามีอยู่ครึ่งหนึ่ง

ปรากฏว่านางไวท์เฮด(Whitehead) ได้รับเลือกให้เป็นผู้ตั้งครรภ์ให้แก่ครอบครัวของนายสเตอร์น(Stern) เมื่อตกลงเรื่องเงินกันเรียบร้อยแล้ว นายและนางไวท์เฮด(The Whiteheads) ก็ได้ลงนามยินยอมให้แพทย์ฉีดเชื้อพันธุ์ของนายสเตอร์น(Stern)เข้าไปในโพรงมดลูกของนางไวท์เฮด เธอได้ตั้งครรภ์และได้คลอดเด็กเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2529 แต่นางไวท์เฮดได้เปลี่ยนความตั้งใจได้คืนเงินให้ครอบครัวสเตอร์นและหนีไปอยู่ที่ฟลอริดา(Florida) เป็นเวลานานถึงสามเดือนครอบครัวของนายสเตอร์นจึงตามไปพบเด็กและนำเด็กกลับมาอยู่กับครอบครัวของเขา นางไวท์เฮดจึงฟ้องให้นายสเตอร์นคืนเด็กให้แก่เธอ⁴⁰

ทางฝ่ายนายสเตอร์นได้ให้การว่า นางไวท์เฮด(Whitehead) ได้โทรศัพท์มาขู่เขาเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2529 ว่า เธอจะฆ่าตัวเองและฆ่าเด็กถ้าถูกบังคับให้มอบเด็กแก่นายสเตอร์น นายสเตอร์นได้นำเทปบันทึกเสียงที่เขาได้บันทึกการสนทนา มาเปิดให้ศาลฟัง และทางฝ่ายนายและนางสเตอร์นก็ได้ฟ้องนางไวท์เฮดเรื่องการปกครองบุตร

ศาลโดยผู้พิพากษา ฮาร์วี ซอร์คาว (Harvey Sorkow) เป็นผู้พิจารณาทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงเพียงท่านเดียว โดยไม่มีคณะลูกขุนร่วมพิจารณาด้วย ประเด็นแรกได้พิจารณาว่า สัญญาที่ทั้งสองฝ่ายได้กระทำขึ้นนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้โดยอาศัยหลักจารีตประเพณีการทำสัญญาของอเมริกัน ศาลเห็นว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมาย และประเด็นที่สองพิจารณา

⁴⁰ ชุมศักดิ์ พลกษาพงษ์, "คดีแย่งลูก," สยามรัฐ (5 ตุลาคม 2529): 8-9.

ฝ่ายใดสมควรได้รับอำนาจปกครองเด็ก ศาลตัดสินให้ฝ่ายสเติร์นเป็นฝ่ายที่มีอำนาจปกครอง ไปพลางก่อนจนกว่าศาลจะได้พิพากษาอีกครั้ง สำหรับนางไวท์เฮด(Whitehead) ไม่ได้รับอนุญาตให้พบเด็ก จนกว่าเธอจะได้ผ่านการตรวจสอบทางด้านจิตศาสตร์⁴¹

ในที่สุดศาลตัดสินให้ นายสเติร์นเป็นฝ่ายได้ปกครองเด็กตลอดไป และให้ภริยานายสเติร์นจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม โดยให้เหตุผลว่าสภาพแวดล้อมของครอบครัวสเติร์นเหมาะสม และเป็นประโยชน์ต่อเด็กมากกว่าครอบครัวไวท์เฮด เพราะครอบครัวสเติร์นสำเร็จการศึกษาชั้นสูง คือสามีได้ปริญญาด้านชีวเคมี(Biochemistry) ส่วนภริยาได้ปริญญาเอกทางด้านกุมารเวชศาสตร์(Pediatrics)ฐานะทางเศรษฐกิจดีมีงานทำ ส่วนครอบครัวไวท์เฮดมีสามีที่ติดเหล้าไม่มีงานทำ ภริยาหาเลี้ยงครอบครัวเพียงผู้เดียว โดยเป็นนางระบำที่ร้านจำหน่ายเครื่องดื่ม และเธอไปรับจ้างตั้งครรภ์ในครั้งนี้ก็เพราะเห็นว่าเงินที่เธอจะได้รับนั้นมากพอที่จะทำให้ครอบครัวของเธอมีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น เมื่อศาลได้เปรียบเทียบสภาพความเป็นอยู่ และลักษณะส่วนตัวของทั้งสองครอบครัวแล้ว ศาลจึงได้พิพากษาให้ครอบครัวสเติร์นเป็นฝ่ายชนะคดี⁴²

ประเด็นที่ศาลพิจารณาคือฝ่ายใดสมควรมีอำนาจปกครองบุตร โดยไม่คำนึงถึงประเด็นที่นางไวท์เฮด เป็นเจ้าของไข่เช่นนั้น เพราะว่าศาลคำนึงถึงประโยชน์ที่เด็กจะพึงได้รับระหว่างสองครอบครัวว่า ครอบครัวไหนจะมีความพร้อมและก่อประโยชน์แก่เด็กได้มากกว่ากัน เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า

⁴¹ "Surrogate mother admits :We made a mistake."

Bangkok Post (11 February 1987): 9.

⁴² "Court rules surrogate mom has no right to Baby M." Bangkok Post (2 April 1987): 9.



By Bob Deutsch, USA TODAY
STERNS AFTER RULING: 'Despite all the bad feelings that have gone on, on both sides, she gave us a beautiful daughter,' Elizabeth Stern said of surrogate mother Mary Beth Whitehead.



AP
BABY MELISSA: Adopted by Elizabeth Stern



By Mike Derer, AP
SORKOW: He takes on court's toughest cases.



AP
WHITEHEAD: No comment yet

รูปที่ 10. ครอบครัวสเตอร์น, เด็ก, ผู้พิพากษา ฮาร์วี ซอร์คาวและนางไวท์เฮด⁴³

⁴³ "The Baby M. Ruling," USA TODAY (1 April 1987)

ฝ่ายครอบครัวสเติร์นพร้อมกว่าดีกว่าครอบครัวไวท์เฮด จึงพิพากษาให้ฝ่ายสเติร์นมีอำนาจปกครองเด็กเมื่อวันจันทร์ที่ 30 มีนาคม พ.ศ.2530 และให้นางสเติร์นจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมในวันถัดมา

ถ้าพิจารณาตามหลักกฎหมายไทย ตามมาตรา 1536 และ 1546 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน บัญญัติว่า "เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชาย... ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรของชายผู้เป็นสามี..." และ "เด็กที่เกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิง" ตามกฎหมายเด็กต้องเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของนายและนางไวท์เฮด แต่ตามข้อเท็จจริงมีสัญญาเรื่องการรับจ้างตั้งครรภ์ซึ่งนายและนางไวท์เฮดได้ลงชื่อให้ความยินยอมการเป็นบิดาของนายไวท์เฮด ตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายมาตรา 1536 จึงอาจถูกโต้แย้งได้ แต่ความเป็นมารดาของนางไวท์เฮด ไม่มีกฎหมายใดจะคัดค้านได้เลย เพราะในการผสมเทียมครั้งนี้กระทำโดยการฉีดเชื้อพันธุ์เข้าไปผสมกับไข่ของนางไวท์เฮดเอง ไม่ว่าจะพิจารณาทางสาลิตหรือทางกฎหมายนางก็เป็นมารดาของเด็กโดยปราศจากข้อสงสัย

พิจารณาเฉพาะประเด็นเรื่องของสัญญาว่า สัญญานั้นจะเป็นโมฆะหรือไม่นั้นต้องพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 113 แห่ง บพพ. เป็นหลักเบื้องต้น โดยพิจารณาวัตถุประสงค์ของสัญญาที่นายสเติร์นและนางไวท์เฮดได้ทำขึ้นในประเด็นต่อไปนี้

- (1) เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายโดยชัดแจ้งหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติห้ามในเรื่องนี้ไว้ จึงไม่เป็นกรณีที่จะตกเป็นโมฆะ
- (2) ไม่เป็นการฝ่าฝืน จึงไม่เป็นโมฆะ
- (3) เป็นการขัดขวางความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นที่ชี้ขาดลงไปได้ยากเพราะต้องพิจารณาไปตามมาตรฐานที่เป็นเกณฑ์ปกติ (norms) ของสังคมในช่วงเวลาที่เกิดกรณีพิพาทขึ้น แต่ก็อาจวิเคราะห์ได้ดังนี้

(3.1) ก่อนพิจารณาประเด็นอื่นใดต้องทำความเข้าใจเบื้องต้นเสียก่อนว่า กฎหมายมีเจตนารมณ์อย่างแน่ชัดว่าสัญญาและความตกลงใดๆ ใน

เรื่องกฎหมายครอบครัวนั้น เป็นกฎหมายพิเศษที่แตกต่างจากหลักในเรื่องนิติกรรมทั่วไป เช่นกฎหมายบัญญัติไว้ในเรื่องการหมั้นว่าไม่เป็นเหตุที่จะร้องขอให้ศาลบังคับให้สมรสได้และจะตกลงกันว่าจะให้เบี่ยงปรับเมื่อผิดสัญญา ก็ทำไม่ได้ ดังที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 1438 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน ส่วนนิติกรรมมีหลักการที่ให้กฎหมายเป็นเพียงกรอบกติกา เพื่อควบคุมให้ประชาชนทำสัญญาระหว่างกันได้ ตามเจตนาของตนโดยมีกฎหมายพื้นฐานที่เป็นธรรม ส่วนข้อสัญญาระหว่างกันนั้น ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาแต่สัญญาในกฎหมายครอบครัวนั้น กฎหมายยอมให้คู่กรณีกำหนดข้อสัญญาระหว่างกันได้อย่างจำกัดเฉพาะบางเรื่องเท่านั้น เช่น ยอมให้ทำสัญญาก่อนสมรสในเรื่องทรัพย์สินเป็นพิเศษ แต่ก็มีเงื่อนไขควบคุมไว้อย่างมาก โดยทั่วไปแล้วข้อสัญญาเกิดขึ้นโดยกฎหมายกำหนดไว้ในลักษณะเป็นสัญญามหาชน เพราะความผูกพันของครอบครัวเป็นเรื่องของสังคมส่วนรวม ยิ่งกว่าเรื่องส่วนตัว กล่าวคือ ครอบครัวและการสมรสเป็นระบบของสังคมที่ทุกคนที่จะสมรส และก่อตั้งครอบครัวจะต้องยอมรับกติกามหาชนที่กำหนดเป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งระบบ เพราะถึงแม้ครอบครัวจะเริ่มต้นจากการสมรสที่กระทำโดยชายหญิงเพียงคู่เดียว แต่ผลของการสมรสจะก่อให้เกิดความผูกพันและภาระแก่สังคมต่อไปอีกมาก ถ้าคู่สมรสไม่ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดของกฎหมายตามหน้าที่ให้ถูกต้อง โดยเฉพาะในเรื่องบุตรที่เกิดจากการสมรสที่จะต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบิดามารดาตามสิทธิและหน้าที่ ฉะนั้น การตีความว่าสัญญานี้เป็นโมฆะหรือไม่ จะพิจารณาเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับนิติกรรมทั่วไปไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับครอบครัว และผลของสัญญาไม่ได้มีเฉพาะการปฏิบัติต่อกันของคู่สัญญาตามพันธะที่กำหนดขึ้นเอง เพราะอาจมีชีวิตมนุษย์คือบุตรเกิดขึ้นมาจากผลของสัญญาด้วย เด็กที่เกิดมานี้จะต้องมีบิดามารดา มีผู้อุปการะเลี้ยงดู และได้รับสิทธิทั้งปวงอย่างมนุษย์ที่เป็นสมาชิกอย่างสมบูรณ์คนหนึ่งของสังคม ถึงแม้สัญญาจะเป็นโมฆะหรือไม่ และหากพิจารณาได้ว่าสัญญานี้เป็นโมฆะก็น่าจะนำหลักการของมาตรา 1498 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน คือไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่กรณี แต่ผลทางอื่นโดยเฉพาะเด็กที่เกิดมาจากการผสมเทียมตามสัญญานั้นย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเท่าที่มีอยู่เช่นเดียว

กับบุตรเกิดตามธรรมชาติ

(3.2) การพิจารณากรณีนี้ ตามบทบัญญัติมาตรา 114 แห่ง พพ. ซึ่งบัญญัติว่า "การใดเป็นการผิดแพกแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แล้วเพียงแต่เหตุเท่านั้น ท่านว่าการนั้นหาเป็นโมฆะไม่" มีประเด็นที่จะพิจารณา ว่ากฎหมายครอบครัวในส่วนที่มีนัยเกี่ยวข้องกับเรื่องการผสมเทียมกรณีนี้ เป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ซึ่งพิจารณาได้ว่าการสมรสเป็นมาตรการทางสังคม เพื่อรับรองสถานะความสัมพันธ์ทางประเวณีของชายหญิงให้ได้รับการคุ้มครอง ให้พ้นจากการแก่งแย่งทางประเวณีในสังคมนั้นโดยมีกฎหมายควบคุมคู่สมรสให้ได้รับสิทธิและหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของแต่ละสังคม ซึ่งอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย

โดยที่ปรากฏโดยทั่วไปว่า การประเวณี การสมรส และการมีบุตรนี้ เป็นเรื่องที่ศาสนาต่างๆ เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องและควบคุมมากเรื่องหนึ่ง ถึงแม้ในสมัยปัจจุบันความเคร่งในเรื่องนี้ลดลงบ้างแล้ว แต่ก็ยังต้องถือว่ากฎหมายครอบครัวนี้เกี่ยวข้องกับศีลธรรมอันดีของประชาชน และการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนี้ในบางเรื่อง เช่น การไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร หรือการทอดทิ้งเด็กย่อมก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยให้แก่ประชาชนในสังคมได้ ฉะนั้น กฎหมายครอบครัวจึงเป็นกฎหมายที่ "เกี่ยว" กับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น สัญญาระหว่างนายสเตอร์กับนางไวท์เฮด จึงอาจเป็นโมฆะได้

(3.3) การทำสัญญาว่ายอมให้ฉีดเชื้อพันธุ์และจะยกเด็กให้เมื่อคลอดนั้นถ้าพิจารณาเปรียบเทียบกับการรับบุตรบุญธรรมแล้วจะเห็นได้ว่ามีเจตนาคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ การรับบุตรบุญธรรมสามารถกระทำได้หากผู้รับบุตรบุญธรรมมีคุณสมบัติและปฏิบัติครบถ้วนตามกฎหมายกำหนดไว้ การทำสัญญาระหว่างนายสเตอร์กับนางไวท์เฮด ดังกล่าวก็เสมือนเป็นการเจาะจงตัวบุตรบุญธรรม มีวัตถุประสงค์คือเด็กที่จะเกิดขึ้นมาจากผลของสัญญานั้น และเมื่อ

ไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ก็กระทำได้และผลของสัญญาจึงควรผูกพันคู่สัญญา และ
 ควรจะหักล้างข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเมื่อทั้งสองฝ่ายยอมรับว่าเด็กที่เกิดมา
 นั้นมิใช่บุตรของนายไวท์เฮดแต่เป็นบุตรของนายสเตอร์น แต่โดยที่สัญญาที่เกี่ยวกับ
 เรื่องครอบครัวนี้ต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่จะมิให้คู่กรณีกำหนดข้อ
 สัญญาและเงื่อนไขกันขึ้นเองตามอำเภอใจ ฉะนั้น สัญญาดังกล่าวจึงควรได้รับ
 การพิจารณาเป็นพิเศษ

ตามหลักของกฎหมายครอบครัว แม้เจตนาที่แท้จริงขณะทำสัญญา
 ผสมเทียมนั้น ฝ่ายที่ว่าจ้างมีเจตนาที่จะได้เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของตน
 และไม่ต้องการให้ผู้รับจ้างตั้งครรภ์มีนิติสัมพันธ์ใดต่อกับเด็ก ฝ่ายผู้รับจ้างตั้งครรภ์
 ก็ไม่มีเจตนาที่จะรับเด็กเป็นบุตรของตน แต่ภายหลังผู้รับจ้างตั้งครรภ์เปลี่ยน
 เจตนากล่าวคือต้องการเด็กเป็นบุตรของตน ทั้งตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย
 เด็กเป็นบุตรของผู้รับจ้างตั้งครรภ์และสามีของผู้รับจ้างตั้งครรภ์ กรณีนี้จึงควร
 นำข้อสันนิษฐานของกฎหมายในส่วนที่มีนัยสมควรจะนำมาบังคับใช้ได้ มาเป็นหลัก
 พิจารณาและปฏิบัติดังนี้

ระหว่างนายสเตอร์นกับนางไวท์เฮด ทั้งสองคนไม่ได้กระทำผิด
 ประเวณี ตามข้อเท็จจริงนายสเตอร์นเป็นบิดาตามธรรมชาติของเด็ก นาง
 ไวท์เฮดเป็นมารดาตามธรรมชาติและตามกฎหมาย ซึ่งนางมีสิทธิในตัวเด็กมาก
 กว่านายสเตอร์น ตามมาตรา 1566 วรรคสาม บัญญัติว่า "อำนาจปกครองอยู่กับ
 มารดาในกรณีที่บุตรเกิดจากหญิงที่ไม่ได้สมรสกับชาย และยังมีได้เป็นบุตรชอบ
 ด้วยกฎหมายตามมาตรา 1547 ." ซึ่งมาตรา 1547 บัญญัติว่า "เด็กเกิดจาก
 บิดามารดาที่มีได้สมรสกันจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อ...บิดาจดทะเบียน
 ว่าเป็นบุตรหรือศาลพิพากษาว่าเป็นบุตร" ดังนั้นในกรณีนี้ นายสเตอร์นต้องขอ
 จดทะเบียนรับรองเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายเสียก่อนหาก นางไวท์เฮด
 คัดค้านก็ต้องมีคำพิพากษาของศาลว่าเด็กเป็นบุตร ตามข้อเท็จจริงนายสเตอร์น
 สมควรมีสิทธิจดทะเบียนรับรองเด็กเป็นบุตรได้ เมื่อนายสเตอร์นได้จดทะเบียน
 รับรองเด็กเป็นบุตร ตามคำพิพากษาของศาลแล้ว เรื่องอำนาจปกครองบุตรจึง
 เปลี่ยนไป ตามมาตรา 1566 วรรคแรก แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติว่า

"บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้อง อยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา" จึงเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไป ว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตร โดยอาศัยหลักในการพิจารณาเช่นเดียวกับการพิจารณากรณีหย่า โดยคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ หลักการในเรื่องอำนาจปกครองตามมาตรา 1520 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าสามีภริยาหย่ากันโดยความยินยอม ให้ทำความตกลงว่าฝ่ายใดจะปกครองบุตรคนใดเป็นหนังสือ ถ้ามิได้ตกลงกันหรือตกลงกันไม่ได้ ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด"

ข้อเท็จจริงทั้งสองฝ่ายตกลงกันไม่ได้ จึงให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด เพื่อประโยชน์สุขของเด็กศาลจึงพิพากษาให้นายสเติร์นได้อำนาจปกครองบุตร แต่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปอีก ตามมาตรา 1584 บัญญัติว่า "การที่ผู้ใช้อำนาจปกครองถูกถอนอำนาจปกครองบางส่วนหรือทั้งหมด ไม่เป็นเหตุให้ผู้นั้นพ้นจากหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์ตามกฎหมาย" ตามกฎหมายนางไวท์เฮดยังคงมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรชอบด้วยกฎหมาย จะเห็นได้ว่าเด็กและมารดาของเด็กยังคงมีนิติสัมพันธ์กันอยู่ กฎหมายจำกัดเพียงอำนาจปกครองเท่านั้น ไม่ได้ถูกจำกัดหน้าที่ที่จะต้องกระทำ จึงสรุปได้ว่ากฎหมายยังคงบังคับให้ผู้รับจ้างตั้งครรภ์ยังต้องมีหน้าที่รับผิดชอบต่อเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมที่ตนรับจ้างให้กำเนิด

ถ้าทั้งผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างไม่ต้องการเด็ก ซึ่งตรงกันข้ามกับคดีดังกล่าวข้างต้นกล่าวคือคดีข้างต้นทั้งสองฝ่ายต้องการเด็ก ผู้รับผิดชอบตามเบื้องต้นตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายก็คือ สามีของผู้รับจ้างตั้งครรภ์และผู้รับจ้างตั้งครรภ์ เพราะตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายเด็กเกิดในระหว่างสมรสตามมาตรา 1536 และ มาตรา 1546 ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยา แต่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นบิดาตามธรรมชาติของเด็กก็อาจจะถูกฟ้องให้รับผิดชอบในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กทั้งในฐานะเป็นบิดาตามธรรมชาติและในฐานะเป็นผู้ก่อให้เกิดเด็กขึ้นมาตามเจตนารมณ์ของตน จึงต้องรับผลและปฏิบัติตามหน้าที่ต่อพลนั้นคือ อุปการะเลี้ยงดู หากไม่ปฏิบัติอาจมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 307 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตัวเองมิได้เพราะอายุ... ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตัวเองมิได้นั้นเสีย

โดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษ..." โดยสัญญาที่ได้ทำต่อกันนั้นถือได้ว่าเป็นเอกสารที่แสดงว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของผู้ว่าจ้าง ดังนั้นผู้ว่าจ้างจึงมีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องดูแลผู้ที่พึ่งตัวเองมิได้ เพราะอายุยังน้อย

สำหรับกรณีระหว่างหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์กับสามี เนื่องจากสามีของหญิง ได้ยินยอมให้หญิงรับจ้างตั้งครรภ์ จึงไม่อาจจะยกขึ้นเป็นเหตุหย่าได้ตามมาตรา 1517 บัญญัติว่า "เหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 (1) และ (2) ถ้าสามี สามีหรือภริยาแล้วแต่กรณี ได้ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำที่เป็นเหตุหย่านั้น ฝ่ายที่ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจนั้นจะยกเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้..."

แต่ประเด็นระหว่างเด็กกับสามีของมารดา สามีของมารดาจะฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ ตามมาตรา 1539 ซึ่งบัญญัติว่า "เด็กตามที่ระบุไว้ในมาตรา 1536 ชายผู้เป็นสามี...จะไม่รับเป็นบุตรของตนก็ได้ โดยฟ้องเด็กกับมารดาร่วมกันเป็นจำเลยและพิสูจน์ได้ว่าตน... ไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กได้ เพราะเหตุอย่างอื่น" เพราะการให้ความยินยอมเป็นเพียง ไม่มีสิทธิยกขึ้นเป็นเหตุหย่าเท่านั้น ส่วนเรื่องบุตรเป็นอีกประเด็นหนึ่ง สามีของหญิงจึงฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ เด็กก็อาจจะฟ้องปฏิเสธความเป็นบิดาของสามีของมารดาได้ตามมาตรา 1545

การฟ้องร้องอาจเกิดขึ้นได้ในลักษณะดังกล่าวมาแล้ว จึงเห็นได้ว่าหากจะให้มีการรับจ้างตั้งแล้ว ควรต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นการเฉพาะ มิฉะนั้นแล้วโดยข้อสันนิษฐานของกฎหมายหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์จะต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายในฐานะมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ทุกประการ

6. ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการเก็บความลับ

การกระทำใดๆ ที่ไม่เหมือนเกณฑ์ปกติชนทั่วไปของสังคมปฏิบัติกัน ผู้กระทำมักจะปกปิดการกระทำของตนไว้เป็นความลับ เรื่องของการผสมเทียมก็เป็นเช่นเดียวกัน ผู้ที่เกี่ยวกับการผสมเทียม ย่อมไม่ต้องการที่จะเปิดเผยการกระทำของตนมากนัก ทั้งนี้เพราะยังเป็นเรื่องแปลกและยังไม่มีกฎหมายรับรองเรื่องนี้โดยตรง เรื่องของความลับแบ่งออกได้หลายอย่าง เช่น ความลับเรื่องผู้บริโภคเชื้อพันธุ์ ผู้ขอรับการผสมเทียม การป้องกันมิให้เด็กได้ล่วงรู้ถึงวิธีการกำเนิดของเด็ก หรือญาติที่เกี่ยวข้อง

ในบางประเทศ มีการรักษาความลับเรื่องการผสมเทียมอย่างเคร่งครัด แม้แต่แพทย์ผู้ทำคลอดก็ยังไม่ทราบว่า ได้ทำคลอดให้แก่ผู้ที่ได้ตั้งครรภ์โดยได้รับการผสมเทียมมาจากที่อื่น⁴⁴ แพทย์ผู้ทำการผสมเทียมก็ไม่รู้เห็นการกำเนิดของเด็ก ความลับดังกล่าวได้ทำให้เกิดความคิดเห็นแบ่งแยกออกเป็นสองกลุ่ม ซึ่งแต่ละกลุ่มต่างก็มีเหตุผลสนับสนุนความคิดของกลุ่มตน โดยกลุ่มแรกมีความเห็นว่าควรเปิดเผยเรื่องเหล่านี้และได้ให้เหตุผลว่า ความสัมพันธ์ทางสาโลหิตเป็นสิทธิ์ที่ผู้มีความเกี่ยวพันควรต้องได้รับรู้ถึงความสัมพันธ์นี้ การกระทำดังกล่าวย่อมมีจุดมุ่งหมายในทางที่ไม่เป็นพิษภัย เพราะจุดมุ่งหมายในการนี้ก็เพื่อให้เด็กเกิดขึ้นมาเพื่อความสมบูรณ์ของครอบครัวไม่มีความจำเป็นที่จะต้องหลบซ่อนหรือปิดบังการเปิดเผยอาจทำให้ครอบครัวที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาด้วยวิธีนี้ ให้ความกรุณาต่อเด็กมากขึ้นด้วย ยิ่งกว่านั้นความลับเป็นเรื่องที่ไม่สามารถจะเก็บเป็นความลับได้ตลอดไป สักวันหนึ่งก็ต้องถูกเปิดเผยเสมอ ในที่สุดก็ไม่เป็นความลับอีกต่อไป อีกเหตุผลหนึ่งที่ต้องการให้มีการเปิดเผยคือ ความกลัวที่ว่าพี่น้องที่

⁴⁴ เสีบียง ศรีวารณบูรณ์, "ผสมเทียม," : 754.

เกิดด้วยวิธีการนี้อาจจะแต่งงานกันได้ เนื่องจากไม่รู้ความจริง⁴⁵

สำหรับกลุ่มที่มีความเห็นว่าควรเก็บเป็นความลับ ได้ให้เหตุผลว่าเพื่อให้ครอบครัวอยู่ได้อย่างปกติสุขเหมือนครอบครัวปกติทั่วไป ถ้าหากเปิดเผยเรื่องของการผสมเทียมก็กลัวว่าจะสร้างความอับอายให้แก่สามี หรือเด็ก โดยสังคมทั่วไปหรือโดยสมาชิกในครอบครัวนั่นเอง อีกทั้งเป็นการดำรงความสามัคคีของความสัมพันธ์ของครอบครัว เพื่อมิให้เกิดความไม่สมดุลขึ้นระหว่างเครือญาติหากได้ทราบถึงเรื่องการผสมเทียมแบบนี้ และเพื่อป้องกันมิให้เป็นการทำร้ายจิตใจของเด็กหากได้ทราบเรื่องกำเนิดของตน รวมทั้งเป็นการรักษาความรู้สึกของผู้เอาใจใส่ของตระกูลมิให้เสียความรู้สึกว่าเด็กมิใช่เชื้อสายเผ่าพันธุ์ของตนและเป็นการป้องกันความสัมพันธ์อันดี ที่เกิดขึ้นได้ระหว่างสามีกับเด็กที่เกิดมาด้วยวิธีการนี้⁴⁶

จากความเห็นของผู้ที่ได้ขอรับการผสมเทียมในต่างประเทศ และได้บุตรสมความปรารถนาพบว่า กลุ่มที่มีเด็กที่เกิดจากวิธีการนี้และเด็กมีอายุต่ำกว่าสี่ขวบมีความเห็นว่า พวกเขาจะไม่บอกเด็กว่าเด็กเกิดมาด้วยเชื้อพันธุ์ของบุคคลอื่น กลุ่มที่มีเด็กอายุกว่าสิบแปดปี ขึ้นแรกก็เชื่อว่าการบิดบัง เป็นเรื่องที่ดีที่สุด แต่เมื่อสภาพการณ์เปลี่ยนแปลงไป ความคิดเห็นของพวกเขาจึงได้เปลี่ยนไปและมีแนวโน้มว่าจะเปิดเผย สำหรับกลุ่มที่มีเด็กอายุมากขึ้นเห็นว่าความกลัวของบิดามารดาที่ทำการผสมเทียมแบบนี้ เป็นความกลัวที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร และจากประสบการณ์ของคู่สมรสกลุ่มที่มีเด็กอายุมากขึ้นเห็นว่า เป็นเรื่องที่เป็นไปได้ที่บิดามารดาจะอธิบายที่มาของเด็กให้แก่เด็กที่โตพอได้เข้าใจว่า พวกเขา

⁴⁵ Dr. R. Snowden, " The social implications of artificial reproduction," In Vitro Fertilization and Donor Insemination, p. 324.

⁴⁶ Ibid. p. 325.

เกิดมาด้วยความปรารถนาของครอบครัว และในรายละเอียดไม่พบว่าเด็กเกิดความชอกช้ำ เพียงแต่พบว่าเด็กบางคนประหลาดใจว่าบิดามารดาารู้สึกอย่างไรที่ต้องเก็บความลับนี้ไว้เป็นเวลานานหลายปี การอธิบายที่มีทั้งเหตุและผลให้เด็กที่โตพอจะรับรู้ความจริงได้แล้ว ย่อมเป็นผลดีทั้งสองฝ่ายคือเด็กได้รู้ความจริงถึงกำเนิดของตนจากปากของบิดามารดาผู้ปรารถนาให้ตนเกิด ทั้งยังเป็น การก่อให้เกิดความเข้าใจอันดี ดีกว่าเด็กได้รู้เองอย่างเข้าใจผิด และฝ่าย บิดามารดาก็จะเป็นการลดความอึดอัดใจที่ต้องเก็บความลับอยู่ตลอดไป

Dr. Margaret Jackson ได้ศึกษาเกี่ยวกับผลที่เกิดจากการผสมเทียม ในขณะที่แพทย์ผู้ปฏิบัติการผสมเทียมได้พยายามทำให้เรื่องของการผสมเทียมเป็นเรื่องธรรมดา ที่ผู้รับการผสมเทียมสามารถที่จะบอกกล่าวเรื่องราวเกี่ยวกับเด็กที่เกิดมาให้แพทย์ฟังอย่าง ไม่มีความกังวลเพื่อประโยชน์ด้านการ ศึกษาวิจัย โดยให้ความช่วยเหลือในแง่ของเพื่อนและโดยสุจริต

หากถือว่าการผสมเทียมมิใช่ เรื่องลับก็ต้องมีการจำกัดการใช้เชื้อพันธุ์ โดยต้องมีการกำหนดว่า เชื้อพันธุ์ของคนคนหนึ่งจะสามารถนำมาผสมให้เกิดเด็ก ได้จำนวนเท่าใด และขีดจำกัดความสัมพันธ์ด้านกฎหมายของเด็กกับผู้บริจาค เชื้อพันธุ์ และผู้รับการผสมเทียมกับผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ต้องกำหนดไว้อย่างแจ่มชัด สาเหตุหนึ่งที่ไม่สามารถจะเปิดเผยได้ ก็เพราะผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ไม่ต้องการให้เปิดเผย เนื่องจากเขาไม่ต้องการมีส่วนในการรับผิดชอบต่อเด็กที่เกิดมา⁴⁷

⁴⁷ Ibid.

การรับรู้ของญาติพี่น้องของสามีภริยาที่ขอรับการผสมเทียม ควรจะมี สิทธิที่ได้ทราบเรื่องราวการผสมเทียมนี้ด้วยหรือไม่ หากนำมาเปรียบเทียบกับ การที่ชายคนหนึ่งยอมสมรสกับหญิงทั้งที่ทราบดีว่าหญิงกำลังตั้งครรภ์ และชาย ทราบดีว่าทารกในครรภ์นั้นไม่ใช่ผู้สืบสายโลหิตของตน แต่ชายก็ยินดีที่จะรับเด็กที่ เกิดมาระหว่างสมรสว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของตน ตามข้อสันนิษฐานของ กฎหมายมาตรา 1536 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน ในกรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นสิทธิของ ชายที่จะยอมรับเอาภาระหน้าที่นั้น เมื่อคำนึงถึงสิทธิของญาติพี่น้องจะ เห็นว่า กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ที่มีสิทธิที่จะได้รับมรดกร่วมกับเด็ก หรือผู้ที่ จะเสียสิทธิเพราะ การเกิดของเด็ก พ่อคงดีไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ แต่มีเงื่อนไขว่าชายผู้ที่ยอมรับ เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ถึงแก่ความตายแล้ว การผสมเทียมก็ควรอยู่ ในลักษณะที่ผู้ที่มีสิทธิที่จะได้รับมรดกร่วมกับเด็ก หรือผู้ที่ จะเสียสิทธิเพราะการเกิด ของเด็กมีสิทธิที่จะทราบเรื่องของการผสมเทียมได้ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องมีการ พ้องร้องว่าเด็กไม่ใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ตาย เมื่อมีการยอมให้บุคคล ดังกล่าวมีสิทธิที่จะขอทราบเรื่องของการผสมเทียมได้ ก็ควรมีกฎหมายกำหนด สถานะของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมแบบ AID ไว้ด้วยว่าเด็กมีสถานะเป็น บุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่ยินยอมให้เด็กเกิด เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเด็ก และให้สมเจตนารมณ์ของผู้ขอรับการผสมเทียมและผู้ยินยอมให้มีการผสมเทียม