

ปัญหาทางด้านกฎหมายและแนวทางแก้ปัญหาสำหรับการผสมเทียม
แบบใช้เชื้อพันธุ์ของสามี

(AIH=Artificial Insemination Husband)

ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคลต่อไปนี้

1. สามี
2. ภรรยา
3. แพทย์ผู้ปฏิบัติการผสมเทียม
4. เด็กที่เกิดจากการผสมเทียม
5. ผู้มีสิทธิได้รับมรดกร่วมกับเด็กหรือ
ผู้จะเสียสิทธิเพราะการเกิดของเด็ก

1. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา

มนุษย์รู้จักการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมมาเป็นเวลาช้านานแล้ว การ
ดำรงชาติพันธุ์ของมนุษย์เกิดขึ้นได้เพราะธรรมชาติเป็นตัวกระตุ้นให้มนุษย์มีความ
ต้องการทางเพศ เมื่อชายหญิงมีเพศสัมพันธ์กัน สิ่งที่จะเป็นผลตามมาก็จะเป็น
เช่นเดียวกับสัตว์โลกอื่นๆ คือมีบุตรสืบเชื้อสายต่อกันมาจนถึงปัจจุบันนี้และต่อไป
ในอนาคต¹ การอยู่ร่วมกันจำเป็นต้องมีการกำหนดเงื่อนไขและหลักปฏิบัติใน

¹ ศรีนิดา เกิดผล, "เด็กหลอด." วารสารอัยการ, 6 (มิถุนายน,
2526): 94.

การอยู่ร่วมกันเพื่อความสงบสุขของชนในสังคมนั้นเอง การถือปฏิบัติในเรื่องใดที่ สืบต่อกันมาเป็นเวลาช้านาน ย่อมกลายเป็นประเพณีของสังคมนั้นและมีการพัฒนา ขึ้นไปเรื่อยๆ จนในที่สุดถึงขั้นเป็นกฎหมาย

ครอบครัวเป็นส่วนหนึ่งของสังคมย่อมมีการพัฒนาเช่นกัน แม้สภาพ ของแต่ละสังคมที่แตกต่างกันอาจทำให้ระบบครอบครัวของแต่ละสังคมแตกต่างกัน ไปด้วยก็ตาม แต่ทุกสังคมต้องมีระบบครอบครัวและมีการสมรสเป็นความสัมพันธ์ เริ่มแรกของครอบครัว ส่วนใหญ่ของสังคมปัจจุบันนิยมการสมรสแบบสามีเดียว ภรรยาเดียว (monogamy) แต่บางสังคมก็อาจมีระบบการสมรสแบบสามีเดียวภรรยา หลายคน (polygyny) หรือสามีหลายคนภรรยาคนเดียว (polyandry)

ปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ระบบครอบครัวมีลักษณะแตกต่างกัน คือการที่ลัทธิ ความเชื่อ หรือศาสนาเข้ามามีอิทธิพลต่อการครองเรือน โดยเฉพาะสำหรับ สังคมของโลกตะวันตกจะเห็นได้ว่าคริสต์ศาสนาเข้ามามีอิทธิพลต่อครอบครัว เป็น อันมากสังเกตได้จาก ทั้งในเรื่องเงื่อนไขของการสมรส พิธีการสมรส ผล ของการสมรส ทรัพย์สินของสามีภรรยา และการขาดจากการสมรส ล้วนแต่ กำหนดขึ้นโดยอาศัยหลักการตีความจากคำสอนของศาสนาคริสต์ สำหรับในสังคม ตะวันออกในบางศาสนาเช่น คำสอนในศาสนาอิสลามก็เข้ามามีส่วนในชีวิตการ ครองเรือนของผู้ที่เป็นอิสลามิกชน

หากหลักการใดสามารถปรับใช้กับทุกยุคทุกสมัย หลักการนั้นก็ยังคงอยู่ ตลอดไป แต่ถ้าหลักการใดเป็นเรื่องที่พ้นยุคพ้นสมัยแล้วก็จะถูกยกเลิกไปด้วย การไม่ใช้หลักการนั้นในสังคมของต่อนี้ หลักการเก่าแก่และยังคงใช้อยู่ถึง ปัจจุบันนี้ เช่น หลักการเรื่องการมีสามีเดียวภรรยาเดียว ห้ามการสมรสระหว่าง บิดามารดากับบุตรหรือญาติพี่น้องที่ร่วมสาโลหิตสายตรง แม้ว่าลำดับความเป็น ญาติอาจจะแตกต่างกันบ้าง การอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาการขาดจากการสมรส โดยการหย่าคริสต์ศาสนาไม่ยอมให้หย่าแต่ได้วางหลักการแยกกันอยู่ เดิม ประเทศส่วนใหญ่ในยุโรปและอเมริกาก็ยอมรับหลักการนี้ เมื่อกาลเวลาผ่านไป

เรื่องของการหย่าจึงเป็นเรื่องที่หลายๆ ประเทศยอมให้หย่ากันได้²

เรื่องของวิทยาการสมัยใหม่ ที่เข้าไปมีส่วนในเรื่องของครอบครัว มักถูกคัดค้านจากผู้นำทางศาสนาบางศาสนา เช่น เรื่องของการทำแท้ง คริสต์ศาสนาต่อต้านการทำแท้งอย่างจริงจัง ถือว่าเป็นการแทรกแซงเข้าไปในการเกิดของมนุษย์การต่อต้านนี้กระทำโดยการคุมกำเนิดด้วย โดยถือว่าเป็นบาปอย่างมหันต์ สำหรับพุทธศาสนาแม้ไม่ได้กำหนดห้ามทำแท้งไว้โดยตรง แต่การที่ศาสนาสันับสนุนให้คนประพฤติพรหมจรรย์ ก็เสมือนว่าเป็นการคุมกำเนิดทางหนึ่ง

สำหรับเรื่องของการผสมเทียมมีอยู่ด้วยกันหลายวิธีการ การผสมเทียมแบบ AIH เป็นวิธีการสมัยใหม่ที่ไม่ถูกคัดค้านมากเท่าใดนัก ทั้งนี้เพราะชายหญิง เป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายและเชื้อพันธุ์เป็นของสามี ซึ่งตามธรรมชาติย่อมจะมีบุตรด้วยกันได้อยู่แล้ว

สำหรับสภาพสังคมไทย เดิมถือว่าเรื่องสามีภริยาเป็นเรื่องส่วนตัวของแต่ละบุคคล ผู้ใดจะมีภริยามากน้อยเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับความต้องการของเขาหากเขาสามารถหาเลี้ยงครอบครัวได้ ส่วนบุตรนั้นจะมีมากน้อยเพียงใดเป็นเรื่องของบุญกรรมบันดาล แต่บุตรเป็นสิ่งพึงประสงค์ของทุกคน เพราะสังคมไทย เป็นสังคมเกษตรที่มนุษย์เป็นทรัพยากรสูงสุดที่จะพัฒนาให้พื้นดินมีคุณค่าก่อให้เกิดความมั่งคั่งต่อครอบครัวและสังคม การที่มีกฎหมายขึ้นมาก็เพื่อให้ทราบฐานะของบุคคลแต่ละคนในครอบครัว หรือเพื่อเป็นการกำหนดค่าปรับ เช่น ในพระราชบัญญัติลักษณะพัวเมีย ซึ่งแบ่งลักษณะของภริยาออกเป็นสามลักษณะคือ

² ศ.ดร.อมร จันทรสมบุรณ์, "กฎหมายแพ่งครอบครัวเปรียบเทียบ" เอกสารการศึกษาชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526, หน้า 23-27. (อัดสำเนา)

³ ไฉไล ชุ่มฤทธิ์, "กฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง." (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 13.

ลักษณะแรกเมื่อยกลางเมืองคือหญิงซึ่งบิดามารดาจัดการสู่ขอแต่งงานให้ ถือว่าเป็นภริยาหลวง ลักษณะที่สองเมื่อยกลางนอก คือหญิงซึ่งชายขอมาเลี้ยงเป็นอนุภริยารองลงมาจากภริยาหลวง ลักษณะที่สามคือเมื่อยกลางหาญ คือหญิงซึ่งเป็นทาส ชายช่วยไถ่ตัวแล้วนำมาเลี้ยงเป็นภริยา จะเห็นได้ว่าระบบครอบครัวไทยตามกฎหมายเก่าเป็นแบบสามีเดียวภริยาหลายคน (Polygyny)⁴ หากหญิงใดมีสามีมากกว่าหนึ่งจะถูกลงโทษฐานมีชู้ ต่อมาเมื่ออารยธรรมของตะวันตกได้แพร่เข้ามาในประเทศไทย มีระบบครอบครัวแบบสามีเดียวภริยาเดียว (Monogamy) แพร่เข้ามาด้วยทำให้สังคมไทยเริ่มมีการเปลี่ยนแปลง เริ่มแต่สมัยรัชกาลที่ 7. กำหนดให้ชายจดทะเบียนหญิงเป็นภริยาหลวงได้เพียงคนเดียวและให้สิทธิเฉพาะภริยาหลวงเท่านั้นที่จะเรียกร้องแบ่งสินสมรสได้⁵ ภริยาน้อยไม่มีสิทธิในสินสมรส และบัญญัติให้บุตรชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิใช้นามสกุลของบิดาและรับมรดกของบิดา ส่วนบุตรนอกสมรสจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ต่อเมื่อ บิดามารดาสมรสกันภายหลังหรือบิดาจดทะเบียนรับว่าเป็นบุตรหรือศาลพิพากษาว่าเป็นบุตร ระบบสามีเดียวภริยาเดียวยังเป็นหลักการสำคัญของสังคมไทยจนถึงปัจจุบัน ดังที่ได้มีบัญญัติไว้ในพพ.ฉบับปัจจุบัน ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่แล้วไม่ได้ และการสมรสจะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น และต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา เมื่อมีความสัมพันธ์กันเกิดขึ้นบุตรที่เกิดในระหว่างสมรส ตามสายตาของคนทั่วไปย่อมถือว่าเป็นเรื่องปกติ ดังนั้นหากมีการผสมเทียมแบบ AIH เกิดขึ้น ปัญหาทางสังคมส่วนรวมจะไม่ปรากฏขึ้นเพราะเป็นการทำที่มีผู้เกี่ยวข้องไม่ก็คนที่ต่างก็มีความสัมพันธ์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และ

⁴ สุนีย์ มัลลิกะมาลย์ และคนอื่นๆ, "รายงานการวิจัยวิวัฒนาการของกฎหมายไทยในรอบ 200 ปี ภาค 3 ภาคกฎหมายสารบัญญัติ," (ฝ่ายวิจัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 180.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 206.

ผลจากการผสมเทียมก็เป็นผลที่สอดคล้องกับสิทธิ และหน้าที่ที่กฎหมายรับรองอยู่แล้ว การผสมเทียมแบบ AIH ถือว่าเป็นการวางแผนครอบครัววิธีหนึ่ง เพราะการวางแผนครอบครัวคือ การที่คู่สมรสสามารถจะกำหนดที่จะมีบุตรของตนได้ตามความพอใจ ให้มีจำนวนบุตรตลอดจนความถี่ห่างของอายุของเด็กแต่ละคนตามความเหมาะสมแก่สภาวะ เศรษฐกิจและสิ่งแวดล้อมของแต่ละบุคคลโดยคำนึงถึงการอยู่ดีกินดีของเด็กเป็นจุดประสงค์แรก และรวมถึงการช่วยคู่สมรสนั้นๆ ให้สามารถมีบุตรได้ด้วยหากมีปัญหาเรื่องการมีบุตรยาก⁶

แต่เมื่อพิจารณาปัญหาทางด้านกฎหมาย การผสมเทียมซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงวิธีการให้กำเนิดบุตรจากวิธีการตามธรรมชาติ มาเป็นวิธีการสมัยใหม่ การแก้ปัญหาการไม่สามารถมีบุตรได้จากการมีเพศสัมพันธ์อย่างปกติโดยใช้กรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์ เข้าช่วยอาจจะทำให้เกิดปัญหาระหว่างสามีภรรยาได้ดังนี้

1.1 การให้กำเนิดบุตร ภายหลังสามีถึงแก่ความตาย

การให้กำเนิดบุตรภายหลังสามีถึงแก่ความตาย อาจเกิดขึ้นได้โดยภริยากำลังตั้งครรภ์ในขณะที่สามีถึงแก่ความตาย และกว่าจะถึงกำหนดคลอดก็ใช้เวลานานนับเดือน กฎหมายยอมรับในสิ่งที่อาจจะเกิดขึ้นนี้ เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่บุ่น มาตรา 772 บัญญัติไว้ว่า " เด็กที่เกิด... ภายใน 300 วัน นับจากวันที่การสมรสขาดจากกัน... กฎหมายสันนิษฐานว่า ได้ตั้งครรภ์ระหว่างสมรส" ประมวลกฎหมายวิธีสบ มาตรา 252 บัญญัติว่า "เด็กที่เกิด... ภายใน 300 วัน หลังจากการสมรสขาดจากกัน สันนิษฐานว่าเป็นบุตร

⁶รศ.นพ.อารี สมบูรณ์สุข, "บทนาเรื่องการวางแผนครอบครัว." ใน นรีเวชวิทยา, สุขิต เผ่าสวัสดิ์ และคนอื่น ๆ, บรรณาธิการ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 225.

ชอบด้วยกฎหมาย"⁷ และตามมาตรา 15 วรรคสองและมาตรา 1536 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบันของไทย บัญญัติว่า "ทารกในครรภ์มารดาจะสามารถจะมีสิทธิ ต่างๆได้ หากว่าภายหลังเกิดมารอดอยู่" และ "เด็กที่เกิดแต่หญิง... ภายใน 310 วัน นับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบ ด้วยกฎหมายของชาย... ผู้เคยเป็นสามี..." แม้ระยะเวลาจะแตกต่างกัน แต่มีจุดมุ่งหมายที่คล้ายกันคือ กฎหมายรับรองว่าถ้าคลอดในระยะเวลาที่กฎหมาย กำหนดก็ถือว่าตั้ง ครรภ์อยู่ก่อนสามีตาย ถ้าคลอดหลังจากนั้นถือว่าตั้ง ครรภ์ภาย หลังสามีตาย ซึ่งกฎหมายไม่รับรองฐานะของเด็กในครอบครัวของชาย

นอกจากประเด็นในเรื่องระยะเวลาของการตั้ง ครรภ์กับข้อสันนิษฐาน ของกฎหมายว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีของมารดาเด็กหรือไม่แล้ว ยังอาจเกิดปัญหาในเรื่องการใช้ เชื้อพันธุของสามีที่ตายไปแล้วด้วย หากไม่มี หลักเกณฑ์ที่รัดกุมกำหนดไว้ เชื้อพันธุของสามีที่ถึงแก่ความตายไปแล้ว อาจมี การนำไปใช้โดยไม่สมควรและเป็นผลร้ายต่อสังคม และอาจไม่สอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ของสามีที่ตั้ง เจตนารมณ์ไว้เมื่อได้ฝากเชื้อพันธุไว้ก่อนตาย ยิ่งกว่า นั้นยังอาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับเรื่องสภาพและสถานะของเชื้อพันธุ และสิทธิเหนือ เชื้อพันธุ นั้นของผู้ที่เกี่ยวข้องด้วย ดังที่ได้เกิดเป็นคดีขึ้นในศาลฝรั่งเศส นาง Corinne Parpalaix ได้ร้องขอต่อศาลให้สั่งให้ศูนย์การศึกษาและ เก็บรักษาเชื้อพันธุแห่งหนึ่งส่งมอบเชื้อพันธุของสามีของเธอที่ฝากให้เก็บรักษาไว้ ตั้งแต่ก่อนที่สามีของเธอตาย ให้แก่เธอเพื่อนำไปใช้สำหรับตัวเธอเองจะได้มี บุตรจากเชื้อพันธุของสามีที่ตายแล้ว⁸ มีปัญหาโต้แย้งกันมากมายจากหลายฝ่าย

⁷ กาญจนา นิมานเหมินท์, "บุตรชอบด้วยกฎหมาย," (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2515), หน้า 43-44.

⁸ "Matter of Heart," Time (13 August 1984): 55.



LEGAL CONFUSION: Corinne Parpalax with her lawyers; she sued to retrieve her dead husband's sperm

ภาพที่ 9. ผู้ฟ้องเรียกเชื้อพันธุ๋ของสามีที่ตายแล้วจากศูนย์การศึกษา
และเก็บเชื้อพันธุ๋^๑

^๑"Medicine: A Legal, Moral, Social Nightmare."

Time (10 September 1984): 49.

โดยไม่ปรากฏบทกฎหมายที่จะอ้างอิงได้ ปัญหาที่เกิดการโต้แย้งกันก็คือศูนย์ฯ จะต้องส่งเชื้อพันธุ้ให้แก่นาง Corinne Parpalaix ผู้เป็นภริยาของผู้ตายหรือไม่ ได้มีความเห็นเกี่ยวกับประเด็นนี้ ดังนี้

(1) มีผู้เห็นว่าควรคืนเพราะเป็นทรัพย์สินมรดกของผู้ตาย ที่ควรมอบแก่ภริยาผู้เป็นทายาท

(2) ศูนย์ฯ เห็นว่า เชื้อพันธุ้เป็นทรัพย์สินของผู้ตาย เมื่อไม่มีคำสั่งเป็นหลักฐาน ก็ควรปล่อยให้เชื้อพันธุ้นั้นตายไปด้วย

(3) เจ้าหน้าที่ชั้นผู้ใหญ่ของกระทรวงสาธารณสุขฝรั่งเศส เห็นว่าเป็นเรื่องของจรรยาแพทย์ที่ควรจะพิจารณาว่า การจะทำให้เชื้อพันธุ้กำเนิดขึ้นเป็นมนุษย์คนใหม่ ก็ควรที่ทั้งสามมีและภริยายังมีชีวิตและให้ความยินยอมร่วมกัน

ในประเทศสวีเดน คณะกรรมการเพื่อศึกษาและตรวจสอบเรื่องการผสมเทียมที่รัฐบาลสวีเดนตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 3 ธันวาคม พ.ศ. 2524 ได้รายงานความเห็นว่า การผสมเทียมแบบ AIH จะได้รับอนุญาตโดยมีเงื่อนไขชัดเจนว่า ชายที่ให้เชื้อพันธุ้จะต้องยังคงมีชีวิตอยู่และได้ให้ความยินยอมแก่การผสมเทียมนั้น¹⁰

ถ้ากรณีดังกล่าวข้างต้นเกิดขึ้นในประเทศไทย ก็คงจะพิจารณาได้ว่า

(1) เชื้อพันธุ้นั้น เป็นทรัพย์สินมรดกที่ภริยาผู้เป็นทายาทของกองมรดกขอรับไปตามมาตรา 1629 แห่ง บพพ. ได้ แต่ยังไม่เคยมีประเด็นขึ้นสู่การพิจารณาของศาล เคยมีแต่คำพิพากษาฎีกาที่ 1174/2508 พิพากษาว่า "ศพ" "ศพ" เป็นสิ่งที่ผู้ตายสามารถทำพินัยกรรมระบุยกให้แก่โรงพยาบาลได้ เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับเชื้อพันธุ้เป็นสิ่งที่ยกให้แก่ใครๆ ได้ดังนั้นก็จึงน่าจะเป็นทรัพย์สิน

¹⁰Summary of a report of The Insemination Committee "Children Conceived by Artificial Insemination," SOU 1983:42, Stockholm, 1983, p. 4.

(2) ถ้าภริยานาไปใช้ประโยชน์แก่ตน และสามารถทำให้เด็กเกิดภายใน 310 วัน นับจากวันที่สามีตาย เด็กที่เกิดก็ยังอยู่ในข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ตาย ระยะเวลาที่กำหนดนั้นแต่ละประเทศกำหนดแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับสภาพของสังคมแต่ละกลุ่มแต่ละเหล่าที่จะเห็นว่ากลุ่มของตนควรกำหนดระยะตั้งครรถ์นานเท่าใด ตามหลักทางการแพทย์ผู้หญิงแต่ละคนจะมีระยะของการตั้งครรถ์ที่แตกต่างกันไป การที่กฎหมายกำหนดลงไปแน่นอนว่ากี่วัน เป็นเพียงข้อสันนิษฐาน โดยการเฉลี่ยระยะเวลาของการตั้งครรถ์ตามปกติเด็กเกิดภายใน 310 วัน นับจากวันตายของสามี เด็กก็เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดา ตามมาตรา 1546 แห่ง บพพ. ฉบับปัจจุบัน เปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1630/2519 เด็กเกิดภายหลังจากสามีเก่าตาย 1 ปี และหลังจากอยู่กินกับสามีใหม่ได้ 9 เดือน ชายคนใหม่ตายก่อนเด็กเกิด 1 เดือน ถือว่าเป็นบุตรของชายคนใหม่

(3) ถ้าผู้ตายทำพินัยกรรมระบุไว้ให้ภริยานาซื้อพันธุมารมาใช้ เพื่อให้กำเนิดบุตรและให้เด็กที่เกิดนั้นได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินในกองมรดก เด็กนั้นก็น่าจะได้รับการคุ้มครองตามพินัยกรรม แต่จะไม่ได้สิทธิในฐานะทายาทโดยธรรม หากเด็กนั้นไม่เป็นทารกในครรภ์มารดาระหว่างเจ้ามรดกถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 1604 แห่ง บพพ.

จะเห็นได้ว่า แม้สามีจะยอมให้ภริยานาซื้อพันธุมารของตนมาผสมเทียม เด็กจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้เคยเป็นสามีก็ต่อเมื่อ เด็กเกิดภายใน 310 วันตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จากประเด็นนี้ทำให้มองเห็นได้ว่ากฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถรองรับเรื่องของการผสมเทียมได้ทุกปัญหา เพราะผู้ร่างกฎหมายมิได้คาดคิดว่าจะมีการผสมเทียม หากต้องการให้เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุมารของผู้เคยเป็นสามีได้รับสิทธิต่างๆ ที่มีตามที่กฎหมายกำหนด ผู้เป็นภริยาจะต้องรับผิดชอบการให้ทันในช่วงเวลาที่กฎหมายกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานดังกล่าวมานั้นซึ่งตรงประเด็นนี้ การผสมเทียมอาจจะต้องใช้เวลานานกว่าที่กฎหมายได้ตั้งข้อสันนิษฐานไว้เพราะการผสมเทียมไม่ว่าจะสำเร็จในครั้งแรกที่มีการปฏิบัติการ ผู้เขียนเห็นว่าควรจะให้โอกาสผู้ทำการผสมเทียมให้มากกว่านี้

1.2 การผสมเทียมที่กระทำภายหลังการหย่า

การขาดจากการสมรส โดยการหย่าแตกต่างจากการสมรสสิ้นสุดโดยสามีตาย เพราะการหย่าสามียังคงมีชีวิตอยู่เป็นเพียงสภาพการสมรสสิ้นสุดลงไปเท่านั้น เกี่ยวกับเรื่องของการผสมเทียมโดยใช้เชื้อพันธุ์ของอดีตสามีได้เกิดเป็นคดีขึ้นแล้วที่เมืองบีเบอร์สวิลล์ รัฐเพนซิลวาเนีย สหรัฐอเมริกา โดยนายแดนนี่ เอลเลอร์ ได้ฟ้องผู้เคยเป็นภริยาของเขาว่า ระหว่างที่สมรสกันตลอดช่วงเวลาเก้าปี ภริยาของเขามักจะขอเชื้อพันธุ์ของเขาไปเสมอๆ เธออ้างว่าจะเอาไปวิจัย ต่อมาเขาและเธอได้หย่าขาดจากกัน ภริยาของเขาได้นำเชื้อพันธุ์ของเขาไปทำผสมเทียมให้กับเธอเอง จนเกิดบุตรสาวขึ้นหนึ่งคน ทั้งที่เขาไม่ได้รับรู้ถึงการผสมเทียมนั้นเลย แต่เขาต้องจ่ายค่าเลี้ยงดูแก่เด็กตามคำสั่งศาลด้วยเหตุนี้ เขาจึงมาฟ้องผู้ที่เคยเป็นภริยาเรียกค่าเสียหายที่ละเมิดสิทธิในเชื้อพันธุ์เป็นเงินสองหมื่นดอลลาร์ และเรียกค่าเสียหายจากโรงพยาบาลฐานที่เอาเชื้อพันธุ์ของเขาไปทดลองอีก 20,000 ดอลลาร์ ในชื่อยังไม่มีคำพิพากษาของศาล¹¹

จากคดีที่ยกมานี้ ถ้ามองกันอย่างผิวเผินก็เป็นเรื่องที่แปลกชวนขบขัน ไม่น่าจะเกิดขึ้นได้ แต่ถ้ามองทางด้านกฎหมายจะพบว่า การผสมเทียมได้ก่อให้เกิดปัญหาขึ้นอีกประเด็นหนึ่ง โดยอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือเด็กที่เกิดระหว่างช่วงที่กฎหมายกำหนดว่าเกิดภายหลังการหย่าก็วัน ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่เคยเป็นสามีของมารดา ซึ่งตามกฎหมายไทยมาตรา 1536 แห่งพพ.ฉบับปัจจุบัน กำหนดว่าเด็กที่เกิดภายในสามร้อยสิบวันนับแต่หย่ากันนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้เคยเป็นสามีของมารดา ในกรณีเช่นนี้ชายต้องรับผิดชอบต่อเด็ก

¹¹ ปรีชา พาที, "ดอกไม้ใส่ช้าว: สงวนลิขสิทธิ์พันธุ์," ไทยรัฐ (11 กรกฎาคม 2529): 2.

แต่ถ้ามองในแง่ของการผสมเทียม การที่ผู้เคยเป็นสามีให้เชื้อพันธุ์แก่ผู้เคยเป็นภริยา โดยเจตนาเหมือนกับกรให้อย่างชายอื่นที่ไม่ประสงค์จะรับพิชชอบต่อผลที่จะเกิดขึ้นจากการนำเชื้อพันธุ์ของผู้บริจาคไปใช้ เขาก็ไม่ต้องรับพิชชอบในการเกิดของเด็กเช่นเดียวกับผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ (Donor) คนอื่นๆ

ประเด็นที่ว่าชายผู้เคยเป็นสามีให้เชื้อพันธุ์ด้วยเจตนาใด เพื่อให้ชัดเจน ผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีหลักการให้เชื้อพันธุ์ด้วยว่าให้ด้วยเจตนาใด คือเป็นการให้เพราะต้องการมีบุตรหรือเป็นการให้ในฐานะผู้บริจาคที่ไม่ประสงค์จะรับพิชชอบในการใช้เชื้อพันธุ์ของผู้ขอรับบริจาค เนื่องจากการใช้เชื้อพันธุ์ไม่เหมือนกับกรใช้สิ่งของอย่างอื่น เพราะผลที่เกิดขึ้นคือมีเด็กกำเนิดขึ้นมาต้องอุปการะเลี้ยงดู เมื่อเด็กเกิดมาแล้วก็ย่อมต้องมีผู้รับพิชชอบให้การอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งถ้าไม่มีผู้โดยอมรับก็ต้องใช้ข้อสันนิษฐานของกฎหมายบังคับแก่กรณีเป็นอันดับแรก

1.3 การตั้งครรภ์โดยสามีมีข้อบกพร่องทางกาย

ธรรมชาติของการตั้งครรภ์ของมนุษย์ ทั้งชายและหญิงต้องมีความพร้อมทางสรีระจึงจะสามารถมีบุตรได้ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายเกิดบกพร่องทางกายถึงขั้นหนึ่ง ไม่ว่าจะบกพร่องโดยกำเนิดหรือโดยอุบัติเหตุก็ตาม เป็นอันว่าหมดโอกาสที่จะมีบุตรไว้สืบวงศ์ตระกูล แต่บัดนี้หาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะวิทยาศาสตร์เจริญก้าวหน้าสามารถจะช่วยเหลือผู้ที่มีความบกพร่อง ให้สามารถมีบุตรได้ด้วยการผสมเทียมนอกจากนั้นวิธีการนี้ ยังช่วยให้คู่สมรสมีโอกาสเลือกเพศของบุตรได้ตามความต้องการอีกด้วยทั้งในต่างประเทศ และในประเทศไทยต่างก็สามารถปฏิบัติกรนี้ได้ด้วยกัน¹² ความบกพร่องของร่างกาย

¹² "หญิงไทยมีโอกาสเลือกเพศบุตรได้แล้ว, " ไทยรัฐ

จึงมิได้เป็นอุปสรรคต่อการที่จะมีบุตรอีกต่อไป

การมีบุตรด้วยวิธีการผสมเทียม ในกรณีที่สามีมีข้อบกพร่องไม่สามารถที่จะมีบุตรด้วยวิธีธรรมชาติได้นั้น เป็นการขัดกับข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ซึ่งบัญญัติไว้เป็นประโยชน์แก่สามีผู้มีความบกพร่อง ตามมาตรา 1539 แห่ง บพพ. ฉบับปัจจุบัน เนื่องจากการผสมเทียมเป็นเรื่องนอกเหนือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ในขณะที่ ฝ่ายภริยาย่อมเสียเปรียบหากสามีปฏิเสธบุตรที่เกิดมาจึง เท่ากับว่า ภริยามิได้ตั้งครรรค์อันเกิดจากการกระทำของสามี ดังนั้นหากจะใช้วิธีการผสมเทียมแบบ AIH ก็สมควรจะให้ มีหลักฐานแสดงความยินยอมของสามีอย่างชัดแจ้ง เพื่อหลีกเลี่ยงการที่จะต้องนำข้อสันนิษฐานตามบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ ในภายหลัง และควรมีบทบัญญัติห้ามนำข้อสันนิษฐานที่มีอยู่ในกฎหมายมาใช้กับการผสมเทียม

1.4 การตั้งครรรค์โดยสามีภริยามิได้อยู่ด้วยกัน

การตั้งครรรค์ตามธรรมชาติสามีภริยาต้องอยู่ด้วยกัน หรือมีโอกาสที่จะร่วมประเวณีกันจึงจะมีผลไปสู่การตั้งครรรค์และมีบุตรตามลำดับ แต่บัดนี้มิได้เป็นเช่นนั้นเสมอไป สามีภริยาที่อยู่ห่างจากกันคนละซีกโลกก็สามารถที่จะมีบุตรด้วยกันได้โดยอาศัยวิธีการผสมเทียมแบบ AIH การที่ภริยาตั้งครรรค์ด้วยวิธีการนี้ได้เคยเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก เมื่อสมัยสงครามโลกครั้งที่สองทหารอเมริกันประมาณ 10,000 ถึง 20,000 คน ที่ประจำการอยู่ในแนวรบในภาคตะวันออกเฉียงใต้ส่ง เชื้อพันธุของตนกลับไปให้ภริยาที่อยู่ทางบ้าน ด้วยการขนส่งทางอากาศ เพื่อให้ภริยาของเขาทำผสมเทียม¹³ การส่งเชื้อพันธุมาเช่นนั้น

¹³ วัชรวิทย์ อึ้งประพันธ์, " การผสมเทียม, " สารคดีราช

ถ้ากริยาขอมหาตามความประสงค์ของสามีและสามีขอมรับบุตรที่เกิดมา ก็ไม่
เกิดปัญหาขึ้น แต่ถ้าสามีไม่ขอมรับโดยอ้างว่าในระยะเวลาตั้งครรภ์ตนไม่ได้อยู่
ร่วมกับมารดาของเด็ก ตามมาตรา 1539 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน ปัญหาก็คง
เกิดขึ้น หรือในทางกลับกันถ้าสามีส่ง เชื้อพันธุ์มาให้แต่กริยาปฏิเสธไม่ขอมหา
ผสมเทียม กริยามีสติที่จะปฏิเสธได้ เพราะเป็นสติในเนื้อตัวร่างกายของ
หญิง¹³ และอีกประการหนึ่งการผสมเทียมเป็นวิธีการพิเศษ มิใช่วิถีธรรมชาติ
ของการมีบุตร หญิงบางคนก็อาจไม่ขอมรับวิธีการเช่นนี้ แม้จะทราบดีว่าเป็น
เชื้อพันธุ์ของสามี แต่ก็ไม่สามารถฝืนความรู้สึกได้ การผสมเทียมในขณะนี้แม้
จะ ไม่มีการกำหนดไว้ว่าหญิงต้องสมัครใจก็ตาม ในทางปฏิบัติต้องสมัครใจทั้ง
สองฝ่ายเพราะหากสามีไม่สมัครใจก็คง ไม่มี เชื้อพันธุ์มาผสม และถ้าฝ่ายกริยา
ไม่สมัครใจก็คงจะฉีดยาคุมกำเนิดให้ไม่ได้

14 เรื่องเดียวกัน.

1.5 ความยินยอมของคู่สมรส

เนื่องจากการผสมเทียมมิใช่วิธีการธรรมชาติ จึงต้องได้รับความยินยอมของคู่สมรสก่อนทำการผสมเทียมดังกล่าวมาแล้ว แม้จะเป็นวิธีการผสมตามธรรมชาติยังต้องได้รับความยินยอมก่อน เพราะการสมรสต้องเกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย เป้าหมายของการสมรสคือ การอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาและความยินยอมยังหมายความว่ารวมไปถึง การยอมรับภาระผูกพันผลที่เกิดตามธรรมชาติของการสมรสด้วย ผู้ที่จะทำการสมรสจะต้องรู้ถึงเป้าหมายอันเป็นสาระสำคัญของการสมรสนี้ มิฉะนั้นจะถือว่ามีความยินยอมไม่ได้และเมื่อสมรสแล้วจึงถือได้ว่าคู่สมรส สมัครใจที่จะให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ แต่เนื่องจากการผสมเทียมมีเงื่อนไขพิเศษแม้จะให้ผลเช่นเดียวกันคือ การมีบุตรแต่ด้วยวิธีการที่แตกต่างไปจากธรรมชาติ จึงต้องได้รับความยินยอมก่อนที่จะให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการพิเศษนี้ ในทางปฏิบัติแพทย์ส่วนใหญ่จะให้คู่สมรสทำหนังสือให้ความยินยอมไว้เป็นหลักฐาน เช่นที่ปฏิบัติในโรงพยาบาลศิริราช¹⁵ และโรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์¹⁶ ทั้งนี้เพราะขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายรับรองในเรื่องของการผสมเทียมแพทย์จึงหาทางป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นทางด้านกฎหมายไว้ ถือได้ว่าเป็นมาตรการเฉพาะของแพทย์ผู้ทำการผสมเทียม

ลักษณะในรายละเอียดของหนังสือให้ความยินยอม หรือสัญญาให้ความยินยอมในการผสมเทียมอาจมีข้อความปลีกย่อยแตกต่างกัน แต่เป้าหมายที่ให้ทำไว้ก็เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นถึง ทั้งความสมัครใจที่จะรับภาระในการอุปการะ

¹⁵ เสบียง ศรีวารณบูรณ์, ภาวะมีบุตรยาก, พิมพ์ครั้งที่ 1.

(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์พิเศษ, 2526), หน้า 96.

¹⁶ นพ.หะทัย เทพพิสัย, "การผสมพันธุ์เทียม", ใน อะไหล่มนุษย์, เฉลียว ปิยะชน, บรรณาธิการ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ดิเรกสาร, 2520), หน้า 86.

เลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมนั้น และยังเป็นความสมัครใจให้แพทย์กระทำตามวิธีการแพทย์ มิใช่ถูกแพทย์กระทำโดยมิสมัครใจด้วย

ในบางกรณีถือว่าการปฏิบัติการผสมเทียมเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ซึ่งผู้ทำการผสมเทียมและผู้รับการผสมเทียม หรือผู้ร่วมรับรู้ในการผสมเทียม จะต้องให้ความยินยอมเสียก่อนจึงจะทำการผสมเทียมได้ เช่น ในบางรัฐของสหรัฐอเมริกา¹⁷ ในฝรั่งเศสก็จะต้องมีความยินยอม สำหรับรายละเอียดอื่นๆ อาจแตกต่างกันได้ แต่จุดสำคัญที่ทุกสัญญาจะกล่าวถึงเสมอคือ ความยินยอมของคู่สมรส เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นแก่แพทย์ เด็ก หรือ ผู้ที่เกี่ยวข้องในอนาคต ดังนั้น ก่อนทำสิ่งใดจึงต้องมีหลักฐานไว้ก่อน โดยปกติการทำสัญญาเรื่องการผสมเทียม มักจะหาเป็นความลับมีผู้รู้อยู่ไม่กี่คน เจตนาของคู่สมรสส่วนใหญ่ไม่ต้องการที่จะให้เด็กได้ทราบถึงเรื่องกำเนิดของเด็ก และหากข้อบกพร่องนั้นเกิดแก่สามี สามีบางคนก็ไม่ต้องการให้ภริยาของตนทราบเรื่องนี้ เนื่องจากเป็นเรื่องที่ทำให้รู้สึกเสียศักดิ์ศรีความเป็นชาย

การไม่ได้รับความยินยอม ผลเสียอาจจะเกิดแก่หญิงผู้เป็นมารดา และเด็กที่จะเกิด ตลอดจนแพทย์ผู้ปฏิบัติการผสมเทียมได้หากสามีไร้สมรรถภาพไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ แต่ขอความร่วมมือจากแพทย์ให้ปิดบังภริยา แล้วให้แพทย์ทำการผสมเทียมให้ภริยาโดยภริยาไม่ทราบ¹⁸ ถ้าปัญหานี้เกิดขึ้นใน

¹⁷Walter Wadlington, Law and Medicine: Case and Materials, p. 785.

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 (Hague: Mouton & Co., 1973), p. 81.

ประเทศไทย ทางปฏิบัติแพทย์ส่วนใหญ่อาจจะปฏิเสธ แต่ก็อาจจะมีบางส่วนที่
 สงสารและยอมทำให้ ซึ่งผลที่ตามมาคือหากหญิงเกิดทราบว่าตนถูกผสมเทียม
 แพทย์อาจจะมีความผิดทางอาญาหรืออาจต้องรับผิดชอบแพ่ง เช่น พิจารณาว่า
 การผสมเทียมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แพทย์มิได้ชำเราหญิงเพียง
 แต่ฉีดยาเชื้อพันธุ์ของสามีของหญิง ให้แก่หญิงเท่านั้น¹⁹ และการฉีดยาเชื้อพันธุ์มิใช่
 การชำเรา ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาในเรื่องนี้ แต่แพทย์อาจจะมี
 ความผิดฐานอื่นซึ่งขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แล้วแต่กรณี การที่หญิงตั้งครรถ์อันเนื่องมา
 จากการผสมเทียมดังกล่าวนั้นหญิงจะขอทำแท้งได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาแล้วไม่
 เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้นจึงไม่อาจจะขอทำแท้งได้ เว้นแต่จะเป็น
 การจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิง

2. ปัญหาเกี่ยวกับแพทย์หรือผู้ให้บริการ

2.1 กฎหมายเกี่ยวกับผสมเทียมแบบ AIH

เนื่องจากปัจจุบัน ประเทศต่างๆ ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามการ
 ผสมเทียม การผสมเทียมจึงไม่เป็นความผิดและไม่มีการกำหนดโทษไว้ ดังนั้น
 การผสมเทียมจึงทำได้โดยไม่ผิดกฎหมาย ในทางปฏิบัติประเทศไทยได้มีการ
 ผสมเทียมกันมาเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสิบปี แต่ทางด้านกฎหมายยังไม่มีความ
 เคลื่อนไหวอย่างจริงจัง ทำให้การผสมเทียมเป็นการกระทำในลักษณะของสัญญา
 โดยความตกลงยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งอาจจะ เป็นแพทย์หรือผู้ที่
 มีความรู้ด้านนี้กับผู้อยู่รับการผสมเทียม ส่วนใหญ่ผู้ที่กระทำโดยเปิดเผยมักจะ
 เป็นแพทย์ทางด้านนี้โดยเฉพาะที่ได้รับอนุญาตประกอบโรคศิลปะส่วนที่ไม่เปิดเผย
 ทั้งที่อาจจะใช้หรือมิใช่แพทย์ ก็คงมีอยู่บ้าง

¹⁹ศ.นพ.วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การผสมเทียม," : 2138.

ในบางประเทศ ไม่ห้ามที่จะมีการผสมเทียมแบบ AIH เช่น ประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ สวีเดน และบางรัฐในสหรัฐ²⁰ นักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสให้ความเห็นว่า การผสมด้วยเชื้อพันธุ์ของสามี ไม่น่าจะถือว่าเป็นการผสมเทียม แต่ควรจะถือว่าเป็นการช่วยเหลือให้การผสมธรรมชาติประสบผลสำเร็จ²¹ เนื่องจากเชื้อพันธุ์เป็นของสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย และโดยปกติคู่สมรสมีสิทธิที่จะมีบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว ถือว่าเป็นการช่วยเหลือให้ธรรมชาติสมบูรณ์ตามครรลองที่ควรจะเป็น ประเทศที่มีการพัฒนาทางการผสมเทียมมาเป็นเวลาช้านาน ก็จะมีการกำหนดเกี่ยวกับเรื่องของการผสมเทียมไว้ในกฎหมาย เช่น กำหนดเกี่ยวกับสถานะของเด็กโดยให้ถือว่าเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่ยินยอมให้มีการผสมเทียมเกิดขึ้น ความรับผิดชอบที่เกี่ยวพันกับการผสมเทียมโดยการห้ามอ้างข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่ขัดแย้งกับการผสมเทียม และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อความมั่นคงปลอดภัยแก่เด็กที่เกิดจากการผสมเทียม ด้วยการกำหนดให้สามีภริยาต้องให้ความยินยอมแก่การผสมเทียม และแพทย์ลงชื่อรับรองเรื่องการผสมเทียมด้วย²² ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายของไทยควรมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องสถานะของเด็ก ความยินยอม และการมีบทบัญญัติพิเศษสำหรับการผสมเทียมไว้ โดยเฉพาะเป็นการยกเว้นจากกฎหมายอื่นใดที่นำมาใช้กับการผสมเทียมไม่ได้

²⁰ดร.สันทนต์ สะติวณิช, "มองไปข้างหน้า ปัญหาผสมเทียม" วารสารนิติศาสตร์, 15((2) มิถุนายน, 2528): 112.

²¹Mariel Revillard, Law and Ethics of A.I.D. and embryo transfer, p. 80.

²²Act (1984:1140) on Insemination, Sweden, 1984, ss 1-7.

2.2 ผู้มีสิทธิปฏิบัติการผสมเทียม

ตราบเท่าที่ยัง ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ผู้ที่มีความรู้ทางด้านนี้ย่อมสามารถหาผสมเทียมให้กับบุคคลอื่นได้ แต่ถ้ามองถึงความปลอดภัยแล้ว จะแน่ใจว่าจะปลอดภัยเพียงพอไม่ได้ การผสมเทียมมีโอกาสที่จะเกิดความผิดปกติได้ เช่นเดียวกับการตั้งครรภ์โดยวิธีธรรมชาติ นอกจากนั้นการผสมเทียมยังมีข้อบกพร่องบางอย่าง เช่น ทำให้เชื้อพันธุ์ที่อ่อนแอมีโอกาสเข้าผสมกับไข่ได้ ซึ่งตามธรรมชาติเชื้อพันธุ์ที่แข็งแรงเท่านั้นจึงสามารถเข้าไปผสมกับไข่ได้

ความผิดปกติที่อาจเกิดขึ้นภายหลังการผสมเทียม เช่น การตั้งครรภ์ไข่ปลาอุกภายหลังการผสมเทียม²³ หากเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้นจะต้องได้รับการรักษาจากแพทย์ เพื่อความปลอดภัยแก่ผู้รับการผสมเทียมควรมีการกำหนดบุคคลผู้มีสิทธิในการผสมเทียมไว้ในกฎหมายอย่างแจ่มชัด

ต่างประเทศสมาคมแพทย์ได้กำหนดให้แพทย์ผู้ได้รับอนุญาตเป็นผู้ปฏิบัติการผสมเทียม²⁴ อาทิ ในรัฐจอร์เจียของสหรัฐฯ พร้อมกับระบุนโยบายรับผิดชอบของแพทย์ผู้ทำการผสมเทียมไว้ด้วย²⁵ เช่น ในกรณีที่หาผสมเทียมแล้วแต่ยังไม่ตั้งครรภ์หรือเด็กเกิดมาพิการ ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของพลเมืองให้ได้รับความปลอดภัยจากภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้ด้วยความประมาทเลินเล่อหรือความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของผู้กระทำและผลเสียหายที่เกิดขึ้นอาจจะส่งผลกระทบต่อเด็กที่เกิดมาด้วย ดังนั้นรัฐจึงต้องออกกฎหมายเพื่อป้องกันปัญหาไว้ก่อน

²³ ศ.นพ.ประมวล วีรุตมเสน, "การตั้งครรภ์ไข่ปลาอุกภายหลังการผสมเทียม," จดหมายเหตุทางแพทย์ 64 ((4) เมษายน, 2524): 210.

²⁴ Walter Wadlington, Law and Medicince: Case and Materials, p. 785.

²⁵ Mariel Revillard, Law and Ethics of A.I.D. and embryo transfer, p. 82.

2.3 ความรับผิดชอบของแพทย์

ในประเทศไทย ถือว่าการผสมเทียมเป็นการให้ความช่วยเหลือในลักษณะของการสังคมสงเคราะห์ ซึ่งผลจากการผสมเทียม อาจจะให้ผลหรืออาจจะไม่ให้ผลก็ได้ ดังนั้นในกรณีที่ทาผสมเทียมแล้ว แต่ยังไม่สามารถที่จะตั้งครรภ์ได้ ก็มีใช้หน้าที่ของแพทย์ที่จะต้องรับผิดชอบต่อผลของความไม่สำเร็จนั้น หรือในกรณีที่เด็กเกิดมาอาจจะพิการ หากเกิดโดยพันธุกรรมก็มีใช้ความผิดของแพทย์ผู้ทาผสมเทียมให้ แพทย์จะต้องรับผิดชอบต่อเมื่อได้กระทำโดยประมาท ถ้าแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างดีที่สุดแล้ว แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบใดๆ²⁶

ปัจจุบันนี้แนวโน้มในเรื่องการพิสูจน์ว่าประมาทหรือไม่ ฝ่ายจำเลยจะต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ว่า ตนกระทำโดยรอบคอบมิได้ประมาทเล็กน้อยแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากเดิมคือโจทก์เป็นฝ่ายพิสูจน์²⁷ แพทย์จะต้องรับผิดชอบต่อสิ่งใดบ้างสำหรับเรื่องของการผสมเทียมนั้น เป็นเรื่องที่ควรจะมีกฎหมายกำหนดขึ้นไว้เป็นการเฉพาะ

สมาคมแพทย์สหรัฐอเมริกา ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในสัญญาระหว่างแพทย์ผู้ปฏิบัติการผสมเทียมกับผู้ขอรับการผสมเทียมให้แพทย์ไม่ต้องรับประกันการตั้งครรภ์ และแพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบต่อโรคแทรกซ้อนที่เกิดแก่เด็กหรือการตั้งครรภ์ หรือการที่เด็กเกิดมาปัญญาอ่อนหรือมีโรคทางพันธุกรรมที่มีผลต่อเด็ก ถึงแม้การผสมเทียมจะเป็นหนทางหนึ่งที่จะทำให้เกิดบุตรได้ แต่มีใช้จะผสมเทียมได้สำเร็จทุกราย ดังนั้นจึงรับประกันการตั้งครรภ์ไม่ได้ การกำหนดลงไปเช่นนี้ทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับกาผสมเทียมได้ทราบล่วงหน้าถึงผลที่จะเกิดขึ้น และผู้มีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงต่อผลที่อาจเกิดขึ้น

²⁶ ศ.นพ.วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การผสมเทียม," : 2140.

²⁷ ศ.นพ.วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "ความประมาทในทางการแพทย์,"

2.4 การโฆษณา

การโฆษณาว่าผู้ใดสามารถทำการผสมเทียม เพื่อให้มีบุตร
สมปรารถนาของทุกคน จะทำได้หรือไม่ แม้ในขณะนี้จะยังไม่มีความหมายเฉพาะที่
ใช้บังคับแก่การผสมเทียม หากผู้โฆษณาเป็นแพทย์หรือพยาบาลก็อาจจะอนุโลม
ใช้ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษามรรยาตแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2516
หมวด 2 ข้อ 1 ที่ห้ามไม่ให้มีการโฆษณาสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม แต่
ถ้าเป็นบุคคลอื่นที่นำวิธีการผสมเทียมไปทำเป็นธุรกิจย่อมจะห้ามมิให้โฆษณา และ
ห้ามมิให้ทำผสมเทียมหาได้ไม่ จึงนับว่ามีช่องว่างของกฎหมายอยู่ประการหนึ่ง

ในบางประเทศ ห้ามการโฆษณาว่าสามารถทำการผสมเทียมที่จะให้
กำเนิดบุตรได้อย่างแน่นอน มีการกำหนดว่าผู้ใดบ้างมีสิทธิในการทำผสมเทียม
มีข้อกำหนดความรับผิดชอบ ตลอดจนความเป็นไปได้ของการผสมเทียม ข้อ
กำหนดซึ่งต้องให้ผู้ที่จะขอรับการผสมเทียมต้องรับรู้คือ ในการผสมเทียมแพทย์
ไม่สามารถรับประกันว่าจะตั้งครรภ์ได้ทุกคน ดังนั้นการจะโฆษณาว่าจะทำให้
ตั้งครรภ์ได้แน่นอนย่อมทำไม่ได้ ถ้ามีการโฆษณาก็จะเข้าข่ายหลอกลวง เพราะ
การผสมเทียมเป็นเพียง โอกาสหนึ่งที่คู่สมรสอาจจะมีบุตรได้เท่านั้น ไม่ถึงกับให้
ผลแน่นอนทุกคนไป เพราะยังมีเหตุปัจจัยอื่นประกอบอีกที่จะทำให้การผสมเทียม
บรรลุผลหรือไม่

2.5 การรักษาความลับของการผสมเทียมแต่ละกรณี

แม้จะยังไม่มีการกำหนดว่าจะต้องมีการรักษาความลับในการผสมเทียม
ในลักษณะอย่างไร แต่เมื่อพิจารณาตามมาตรา 323 แห่งประมวลกฎหมายอาญา
พ.ศ. 2499 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดล่วงรู้ หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุ
ที่เป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็น แพทย์ นางผดุงครรภ์
ผู้พยาบาล...เปิดเผยความลับนั้น ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่ง
ผู้ใด ต้องระวางโทษ..." โดยการอนุโลมใช้มาตรานี้ แพทย์ผู้ทำการผสมเทียม
จะเปิดเผยความลับของผู้ขอรับการผสมเทียมหาได้ไม่

และตามข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษามรยาทแห่งวิชาชีพ เวชกรรม พ.ศ.2516 หมวด 3 ข้อ 9 บัญญัติว่า "ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ต้องไม่เปิดเผยความลับของผู้ป่วย ซึ่งตนทราบมาเนื่องจากการประกอบวิชาชีพ เว้นแต่ ด้วยความยินยอมของผู้ป่วย หรือ เมื่อต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือตาม หน้าที่" การพสมเทียมอาจจะเปิดเผยได้ในบางกรณี หากอนุโลมใช้ตามบทบัญญัติ ดังกล่าวข้างต้น ในการบันทึกเรื่องการพสมเทียมผู้มีส่วนรับรู้ในการทาพสมเทียม แต่ละครั้งควรจะได้ ลงลายมือชื่อเป็นหลักฐาน เพื่อให้เอกสารนั้นสามารถเป็น ที่ยอมรับเป็นพยานเอกสารได้ แต่ไม่ใช่เอกสารที่ต้องเปิดเผยต่อสาธารณชน เนื่องจากบันทึกการพสมเทียมอาจจะถูกอ้างในกรณีที่มีการฟ้องร้องกันขึ้น หากมี การอ้างว่ามีการพสมเทียม เพื่อความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง การมี หลักฐานการพสมเทียมที่ทาเป็นลายลักษณ์อักษรที่แน่นอนจึงมีประโยชน์ เพื่อให้ทุก ฝ่ายให้ความเชื่อถือ

ในประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องของการพสมเทียม ได้กำหนดไว้ ว่าการพสมเทียมต้องมีหลักฐานการยินยอมของคู่สมรสบันทึกไว้เป็นเอกสารพร้อม ด้วยสาระรายละเอียดต่างๆ ที่จำเป็น และกำหนดว่าเอกสารดังกล่าวจะเป็น เอกสารที่ไม่เปิดเผยต่อสาธารณชนมีบุคคลบางพวกเท่านั้นที่จะมีสิทธิขอดูเอกสาร ดังกล่าวได้ เช่น ผู้ให้ความยินยอมเอง หรือผู้อยู่ในสถานะเช่นเดียวกับผู้ให้ ความยินยอม ผู้มีส่วนได้เสีย หรือเป็นคำสั่งศาล²⁸

²⁸William J. Curran and E. Donald Shapiro Law, Medicine, and Forensic Science, 2 ed. (Boston: Little, Brown and Company, 1970), p. 821.

3. ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดา กับบุตรที่เกิดจากการผสมเทียม

3.1 เด็กที่เกิดระหว่างสมรส

กฎหมายมีบทบัญญัติทั่วไป เพื่อคุ้มครองเด็กโดยให้เด็กที่เกิดระหว่างสมรสเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีของมารดา ตามมาตรา 1536 แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน แม้เมื่อมีการผสมเทียมเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมก็ได้รับประโยชน์จากข้อกฎหมายนี้ด้วย แต่อาจจะเกิดปัญหาได้เนื่องจากการผสมเทียมสามารถที่จะกระทำได้ แม้บิดาของเด็กจะมีความบกพร่องทางกายภาพหรือมิได้อยู่ร่วมกับมารดาของเด็ก ในระยะเวลาตั้งครรภ์ ตามมาตรา 1539 แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน ดังนั้นการนำข้อสันนิษฐานที่มีอยู่ตามมาตรานี้มาใช้กับการผสมเทียมจึงอาจเกิดผลไม่ตรงต่อความเป็นจริงได้

ในประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการผสมเทียม ได้กำหนดเกี่ยวกับสถานะของเด็กที่เกิดระหว่างสมรสว่า ไม่ว่าเด็กจะเกิดด้วยวิธีการใดก็ตามซึ่งหมายความรวมถึงเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมด้วย โดยมีเงื่อนไขว่าสามีภริยาต้องให้ความยินยอมในการผสมเทียมและถือว่าเป็นข้อหักล้างข้อสันนิษฐานทั้งปวงของกฎหมายที่มีอยู่ ให้ถือว่าเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย²⁹ กฎหมายดังกล่าวนี้มีปรากฏในกฎหมายของรัฐจอร์เจีย (Georgia) และกฎหมายของรัฐโอคลาโฮมา (Oklahoma)³⁰ สหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ยัง

²⁹Walter Wadlington, Law and Medicine: Case and Materials, p. 798.

³⁰William J. Curran Law, Medicine, and Forensic Science, p. 821.

ได้กล่าวถึง เด็กที่เกิดจากการผสมเทียมว่า มีสถานะเหมือนเด็กที่เกิดโดยวิธีธรรมชาติ เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่ปรารภณา และยินยอมให้การผสมเทียม

ถ้าจะพิจารณาทางชีววิทยา ซึ่งเป็นสิ่งที่ทำให้มองเห็นชัดเจนถึงความสัมพันธ์ทางสาโลหิตระหว่างเด็กและผู้ให้กำเนิด ไม่ว่าจะถือกำเนิดโดยธรรมชาติ หรือด้วยการผสมเทียม ผลที่ได้ก็คือเด็ก ผู้ให้กำเนิดที่แท้จริงของเด็กคือบิดาและมารดาทางชีววิทยา และเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมายด้วย ดังนั้นเด็กที่เกิดมาก็ควรได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับเด็กอื่นๆ หากจะแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับความเป็นจริง ก็ควรจะมีการเพิ่มบทบัญญัติกฎหมายว่าเด็กที่เกิดด้วยวิธีการผสมเทียมแบบ AIH ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่ได้ให้ความยินยอมในการทาผสมเทียมเพื่อเป็นการยืนยันสถานะที่แน่นอนของเด็กที่เกิดมาด้วยวิธีการพิเศษนี้ และเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของเด็ก อาจจะมีข้อคัดค้านว่ากฎหมายที่มีอยู่แล้วก็สามารถบังคับได้ ถ้านำเรื่องบุตรบุญธรรมมาเปรียบเทียบจะเห็นได้ว่าถึงแม้มีบทบัญญัติไว้ใน พพ. ฉบับปัจจุบันแล้ว ยังมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 เพิ่มขึ้นมาใหม่อีก ทั้งนี้เพื่อมาเสริมจุดบกพร่องของกฎหมายที่มีอยู่เดิมให้สมบูรณ์ขึ้น เรื่องของการผสมเทียมก็เช่นเดียวกัน ควรจะมีบทเสริมกฎหมายที่มีอยู่เดิมให้สอดคล้องกับเรื่องของการผสมเทียมด้วย จึงจะเอื้ออำนวยประโยชน์ให้แก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการนี้

3.2 เด็กที่เกิดภายหลังบิดาดาย

หากเด็กเกิดภายใน 310 วันนับแต่บิดาดาย เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้ตาย แต่ถ้าเด็กเกิดเกินกว่ากำหนดดังกล่าวนี้ เด็กก็มีใช้บุตรชอบด้วยกฎหมายของชาย การเกิดตามธรรมชาติย่อมจะคำนวณเวลาได้ แต่สำหรับเรื่องการผสมเทียม ไม่น่าจะคาดคะเนได้ถูกต้อง เพราะอาจจะช้าหรือเร็วกว่าที่กฎหมายกำหนดก็ได้ ดังนั้นในกรณีนี้จึงควรมีการพิจารณาเรื่องการสันนิษฐานความเป็นบุตร จากระยะเวลาดังครรถ์สำหรับการผสมเทียม

โดยใช้เหตุผลพิเศษประกอบด้วยการพิสูจน์ว่าเด็กมิใช่บุตรนี้ นอกจากมีผลในการกำจัดสิทธิและหน้าที่ระหว่างเด็กกับบิดาตามกฎหมายแล้ว ยังอาจเป็นเหตุหย่าได้ด้วย

สำหรับต่างประเทศเดิมก็มองเรื่องของการผสมเทียมแบบ AIH ว่าไม่น่าจะมีปัญหาทางกฎหมาย เพราะบิดามารดาทางชีววิทยา และบิดามารดาตามกฎหมายเป็นบุคคลเดียวกัน แต่ปัญหากฎหมายได้เกิดขึ้น เมื่อภริยาของผู้ตายจะขอผสมเทียมด้วยเชื้อของสามี ที่ฝากไว้ในศูนย์แช่แข็ง ปัญหาเกิดขึ้นเพราะหากหญิงสามารถผสมเทียม และให้กำเนิดบุตรได้ ผู้ที่มีส่วนได้รับมรดกย่อมถูกกระทบกระเทือน จึงมีการฟ้องร้องกันขึ้น³¹ ดังนั้นคงกล่าวที่ว่า การผสมเทียมแบบ AIH ไม่เป็นปัญหาจึงเริ่มจะมีปัญหากันแล้ว

หากผู้ตายไม่มีทรัพย์สินมรดกปัญหาก็คงจะมีน้อยกว่าผู้ตายที่มีมรดกมากแต่ไม่มีบุตร และต้องรวมถึงกรณีที่มีได้ทำพินัยกรรมไว้ด้วยเพราะตามปกติย่อมจะมีผู้มีสิทธิได้รับมรดก หากบุคคลเหล่านั้นจะต้องสูญเสียผลประโยชน์ไปเพราะการเกิดของเด็กบุคคลเหล่านั้นก็ย่อมจะหาทางรักษาผลประโยชน์ของตน มิให้สูญเสียไปถ้าเด็กเกิดมาแล้ว ต้องเสียสิทธิที่เด็กควรจะได้รับก็ต้องพิจารณาว่าประโยชน์ของใครจะสำคัญกว่ากันระหว่างเด็กกับผู้ที่จะเสียสิทธิรับมรดก หากกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองสิทธิของเด็ก กฎหมายก็ต้องยอมรับความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมภายหลังบิดาตาย แต่ถ้าจะคุ้มครองผู้มีสิทธิได้รับมรดก เด็กที่เกิดภายหลังจากที่กฎหมายกำหนด ก็อาจจะไม่เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้เคยเป็นสามีของมารดา โดยเป็นเพียงบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้เป็นมารดาฝ่ายเดียว ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าควรคำนึงถึงการคุ้มครองประโยชน์ของเด็กมากกว่า ประโยชน์ของผู้อื่น

³¹ "Walter Wadlington, Law and Medicine: Case and Materials, p. 786.

คณะกรรมการพิจารณาปัญหาสมเทียมของรัฐบาลสวีเดน ได้ให้ข้อเสนอแนะไว้ว่า การผสมเทียมแบบ AIH จะอนุญาตให้กระทำได้โดยมีเงื่อนไขอย่างชัดเจนว่าชายเจ้าของเชื้อพันธุะนั้นยังมีชีวิตอยู่ และได้ให้ความยินยอมด้วย แต่ไม่ปรากฏมีบทบัญญัตินี้เมื่อได้ออกกฎหมายเรื่องการผสมเทียมมาใช้บังคับ³²

3.3 การฟ้อง

การฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตร หรือการปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมแบบ AIH เป็นเรื่องที่มีข้อสันนิษฐานของกฎหมายอยู่แล้วตามมาตรา 1539 แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน ให้สามีอ้างไม่รับเด็กเป็นบุตร โดยอ้างว่าตนไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีธรรมชาติ แต่การผสมเทียมได้ช่วยแก้ปัญหาในเรื่องนี้ โดยกฎหมายยังปรับปรุงตามไปไม่ทัน ขณะเดียวกันกฎหมายก็ให้สิทธิเด็กที่จะอ้างว่ามีบุตรสืบสาโลหิต โดยถือหลักการกำหนดตามธรรมชาติเช่นเดียวกันด้วย การผสมเทียมแบบ AIH แม้เด็กเป็นผู้สืบสาโลหิตของผู้เป็นสามีของมารดาหรือผู้ที่เคยเป็นสามีของมารดา แต่ผลที่เกิดขึ้น หลังจากได้ใช้การผสมเทียมแก้ไขความบกพร่องทางกายภาพของบิดามารดาแล้วกลับต้องนำเอาบทกฎหมายที่มีหลักยึดอยู่กับธรรมชาติที่ยังไม่ได้รับการแก้ไขมาใช้บังคับ จึงทำให้การนำบทกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องนี้มาใช้ไม่ได้ผลสมบูรณ์ทุกกรณี และควรที่จะได้พิจารณาให้มีการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยถือว่าจะฟ้อง หรือร้องขอในกรณีดังกล่าวไม่ได้ถ้าได้มีการแสดงความยินยอมเป็นหลักฐานไว้ เพราะการผสมเทียมแบบ AIH โดยสามีให้ความยินยอมมีผลเท่ากับสามีได้สละข้ออ้างต่างๆ ที่มีอยู่ในกฎหมาย เนื่องจากสามียอมทราบและเข้าใจวิธีการผสมเทียมดีอยู่แล้วว่า การผสมเทียมมิใช่วิธีการธรรมชาติเพียงแต่

³²Summary of a report of The Insemination Committee, SOU 1983:42, p. 4.

เลียนแบบธรรมชาติ สำหรับเด็กนั้นมิใช่เป็นการสละข้ออ้างตามกฎหมายแต่เป็นการพิจารณาตามความจริง

3.4 เด็กกับผู้ให้บริการหรือแพทย์

การผสมเทียมแบบ AIH เป็นการยินยอมของสามีภริยาให้ผู้บริการหรือแพทย์ทำการผสมเทียมให้ โดยเด็กที่เกิดมามีได้มีส่วนในการให้ความยินยอมหรือรู้เห็นในการกระทำทั้งปวง จึงอาจมีปัญหว่าเด็กจะฟ้องให้แพทย์รับผิดชอบในความพิการได้หรือไม่ เรื่องนี้ต้องพิจารณาว่าเด็กที่เกิดโดยธรรมชาตินั้น ถ้าเกิดมาพิการเด็กจะฟ้องบิดามารดาของตนไม่ได้ฉันใด การผสมเทียมเป็นเรื่องที่เริ่มขึ้นด้วยความต้องการของสามีภริยาที่ต้องการจะมีบุตร แต่ไม่สามารถจะมีได้จึงให้แพทย์ช่วยเหลือ แพทย์อยู่ในลักษณะเป็นผู้ช่วยแก้ปัญหาให้ หากได้ทำตามขั้นตอนตามหลักวิชาอย่างระมัดระวังตามควรแก่กรณี หรือดีที่สุดแล้วแพทย์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบนั้น³³

แม้ในประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางด้าน การผสมเทียม ยังไม่รับรองว่าเด็กที่เกิดมาจะสมบูรณ์ เพราะสิ่งที่จะเกิดในอนาคตเป็นเรื่องที่ไม่สามารถที่จะคาดการณ์ได้ ผลที่ได้อาจจะดีหรือไม่ดีก็ได้ ดังนั้นทางสมาคมแพทย์ของสหรัฐอเมริกา จึงได้มีข้อกำหนดว่า แพทย์จะไม่รับผิดชอบในความพิการของเด็ก เช่น เด็กที่เกิดมาปัญญาอ่อน หรือได้รับถ่ายทอดกรรมพันธุ์มาจากบรรพบุรุษ³⁴ ดังกล่าวมาแล้ว คงไม่มีใครที่จะต้องการให้เด็กเกิดมาพิการ แต่เป็นเรื่องสุดวิสัยที่ไม่สามารถจะช่วยเหลือได้ จึงไม่อาจกล่าวโทษแก่แพทย์ผู้ทำการผสมเทียมได้

³³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การผสมเทียม": 2140.

³⁴ Walter Wadlington, Law and Medicine: Case and Materials, p. 785.

3.5 ความเป็นมารดากับบุตร

การผสมเทียมแบบ AIH ผู้ตั้งครรภ์คือภรรยาของเจ้าของเชื้อพันธุฯ ซึ่งเป็นมารดาตามกฎหมายและมารดาผู้ให้กำเนิด ความเป็นมารดากับบุตรในกรณีการผสมเทียมแบบ AIH ไม่น่าจะมีปัญหามากนัก เพราะลักษณะที่ปรากฏและความเป็นจริงกับบทบัญญัติของกฎหมายไม่ขัดกัน ดังนั้นเด็กที่เกิดมาจึงเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดา ตามมาตรา 1546 แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน

ประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการผสมเทียม ได้บัญญัติเรื่องความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมไว้อย่างแจ่มชัด เช่นตามกฎหมายของมลรัฐจอร์เจีย ในสหรัฐฯ บัญญัติถึงสถานะของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ของหญิงที่ปรารถนาและยินยอมให้ทำผสมเทียมและถือว่าการผสมเทียมเป็นข้อหักล้างข้อสันนิษฐานที่มีอยู่ในกฎหมาย³⁵ หรือตามกฎหมายของรัฐโอคลาโฮมา ในสหรัฐฯ กำหนดว่าเด็กที่เกิดจากการผสมเทียม มีสถานะอย่างเดียวกับเด็กที่เกิดโดยธรรมชาติและเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ยินยอมให้ทำผสมเทียม³⁶

³⁵ Ibid., p. 798.

³⁶ William Curran, Law, Medicine, and Forensic Science, p. 821.