

ปัญหาทางกฎหมายเรื่องความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เสียชีวิตจากสมองตายและ
ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

2561

ปัญหาทางกฎหมายเรื่องความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เสียชีวิตจากสมองตายและ
ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง
ณัฐวีร์ อธิพงษ์
คณะนิติศาสตร์

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกียรติพร อำไพ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

..... ประธานกรรมการ
(อาจารย์ สัตยา อรุณธารี)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. เกียรติพร อำไพ)

..... คณบดี
(รองศาสตราจารย์ นเรศร์ เกษะประกร)

____/____/____

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเรื่องความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เสียชีวิต จากสมองตายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง
ชื่อผู้เขียน	นางสาวณัฐวีร์ อสีพงษ์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2561

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความยินยอมของผู้บริจาค อวัยวะที่เสียชีวิตและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องและมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศไทย โดยศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางการปลูกถ่ายอวัยวะขององค์การอนามัยโลก (World Health Organization) หรือ WHO และมาตรการทางกฎหมายของบางประเทศ เช่น สาธารณรัฐสิงคโปร์ สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา เป็นต้น จากการศึกษาพบว่ายังขาดหลักเกณฑ์เริ่มต้นของกฎหมายที่กำหนดผู้ที่มีอำนาจขั้นตอนและวิธีการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะกับกฎหมายการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิด และการยกเว้นความผิดทางกฎหมายของบุคลากรทางการแพทย์จากการปลูกถ่ายอวัยวะ ซึ่งหลักกฎหมายบางหลัก เช่น หลักเรื่องความยินยอม หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หลักเสรีนิยม ก็สามารถที่จะนำมา ปรับใช้ได้ ดังนั้นแล้วการที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะเรื่องผู้เขียนจึงได้เสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะ เป็นร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปลูกถ่ายอวัยวะและการบริจาคอวัยวะมนุษย์หลังการตายเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาล

ABSTRACT

Title of Thesis	Legal problems on the consent of the organ donors who passed away from brain dead and their concerned parties.
Author	Nattawee Asipong
Degree	Master of Laws
Year	2018

Abstract This Thesis aims to study the problems of laws on consent given by the persons who donate the organs after death and relevant persons and legal measures on controlling organ transplantation in Thailand in comparison with the organ transplantation guidelines of World Health Organization (WHO), and legal measures of certain countries; for instance, Republic of Singapore, United Kingdom, and the United States of America. According to the study, there are lack of initial criteria of laws on determining the authorized persons, procedures, and methods of giving consent in donating organs and laws on legal offense exemption of medical personnel from organ transplantation, despite the fact that certain principles of law; for example, principle of consent, principle of public order and good morals, or principle of liberalization can be applied thereto. Therefore, due to no specific law, the researcher proposes providing specific laws as the bills on organ transplantation and human organ donation after death for the benefit of treatment.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายเรื่องความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เสียชีวิตและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องนั้นสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี เนื่องจากได้รับความกรุณาอย่างสูงจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. เกียรติพร อำไพ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก ที่เป็นผู้เสนอแนะแนวทางและให้ข้อมูล ด้านกฎหมาย พร้อมทั้งให้คำปรึกษาตลอดจนปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ด้วยความเอาใจใส่อย่างยิ่ง ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์สัทยา อรุณธารี ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วรียา ล้ำเลิศ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้สละเวลาทำการตรวจพิจารณาวิทยานิพนธ์ ทั้งให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะเพิ่มเติมในประเด็นข้อกฎหมายและประเด็นปัญหาต่างๆ ตลอดจนให้คำแนะนำที่ดีในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ให้ถูกต้องและสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

จึงขอขอบพระคุณในความกรุณาจากทุกท่าน มา ณ โอกาสนี้

ณัฐวีร์ อสีพงษ์

ธันวาคม 2561

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	ก
ABSTRACT	ข
กิตติกรรมประกาศ.....	ค
สารบัญ.....	ง
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	6
1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	6
1.4 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย.....	7
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
บทที่ 2 แนวคิดและหลักการที่เกี่ยวข้องกับการให้ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เสียชีวิตจาก สมองตายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง.....	8
2.1 การกำหนดคำนิยามและหลักเกณฑ์วินิจฉัยการตายทางการแพทย์และทางกฎหมาย	8
2.1.1 การตายทางการแพทย์.....	8
2.1.2 การตายทางกฎหมาย.....	12
2.1.3 ความเหมือนและความแตกต่างระหว่างการตายทางการแพทย์และทางกฎหมาย.....	15
2.2 แนวความคิดและสถานะทางกฎหมายของศพและอวัยวะและการปลูกถ่ายอวัยวะ	17
2.3 หลักเกณฑ์ขั้นตอนของการปลูกถ่ายอวัยวะ	19
2.3.1 ความหมายของการปลูกถ่ายอวัยวะ.....	20
2.3.2 ผู้ที่มีโอกาสเป็นผู้บริจาคอวัยวะ (organ donor).....	21

2.4 หลักเสรีนิยม (principle of autonomy) หรือหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Autonomy of will).....	22
2.4.1 ความหมายของหลักเสรีนิยม (principle of autonomy).....	23
2.4.2 หลักการเสรีนิยมในทางกฎหมายการแพทย์.....	24
2.4.3 สาระสำคัญของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในทัศนะของกฎหมายการแพทย์.....	26
2.5 หลักความยินยอมเป็นฐานทางกฎหมายที่รองรับต่อการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ.....	30
2.5.1 ความหมายของหลักความยินยอม.....	30
2.5.2 หลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ.....	33
2.5.2.1 ผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม.....	33
2.5.2.2 การให้ความยินยอมแทนโดยเหตุหรือพฤติการณ์จำเป็น.....	34
2.5.2.3 ช่วงหรือระยะเวลาที่มีผลทางกฎหมายของการให้ความยินยอม.....	36
2.5.2.4 ความยินยอมและประเภทของความยินยอมที่ให้อาจต้องไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.....	37
1) ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (presumed consent).....	40
2) ความยินยอมที่ต้องได้รับการบอกกล่าวตามกฎหมาย(informed consent).....	41
บทที่ 3 แนวทางขององค์การอนามัยโลกและแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศเกี่ยวกับการแสดงเจตนาให้ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เสียชีวิตจากสมองตายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง.....	51
3.1 แนวทางขององค์การอนามัยโลกเกี่ยวกับแหล่งที่มาของอวัยวะมนุษย์และชิ้นส่วนอวัยวะมนุษย์ที่ใช้เพื่อการปลูกถ่าย (WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation).....	53
3.2 ประเทศที่ใช้วิธีการแสดงความประสงค์จะบริจาคหรือการบอกกล่าวเพื่อรองรับต่อการแสดงเจตนายินยอมบริจาคอวัยวะ (รูปแบบเลือกเข้าร่วม Opt-in หรือ Contracting in).....	54
3.2.1 ประเทศอังกฤษ.....	55
3.2.1.1 พระราชบัญญัติเกี่ยวกับเนื้อเยื่อมนุษย์ (สกอตแลนด์) พ.ศ. 2549 (Human Tissue (Scotland) Act 2006).....	55
3.2.1.2 พระราชบัญญัติเนื้อเยื่อมนุษย์ (Human Tissue Act 2004).....	59

3.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา ในแบบการร้องขอ (Require request)	62
3.3 ประเทศที่ใช้วิธีการเลือกถอนตัวออกจากระบบบริจาคเพื่อรองรับการใช้หลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Presumed consent) (ถอนตัวออก Opt-outหรือ Contracting out)	70
3.3.1 ประเทศสิงคโปร์	70
3.3.1.1 การปลูกถ่ายอวัยวะหลังจากการเสียชีวิตของกฎหมาย Human Organ Transplant Act (HOTA) การเลือกถอนตัวออกจาก (Opting out of HOTA)	70
3.3.1.2 การบริจาคอวัยวะโดยสมัครใจมีผลหลังการตายภายใต้ พระราชบัญญัติการแพทย์ (การบำบัดการศึกษาและการวิจัย) the Medical (Therapy, Education, and Research) Act MTERA.....	73
3.3.2 เวลส์ (Wales Country of the United Kingdom) พระราชบัญญัติการปลูกถ่ายอวัยวะในเวลส์ 2013 (Human Transplantation (Wales) Act 2013)	76
3.4 สภาพการณ์ทางกฎหมายในปัจจุบันเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ	82
3.4.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยอมรับในเชิงหลักการเกี่ยวกับการแสดงเจตนาให้ความยินยอม	83
3.4.2 หลักความยินยอมตามหลักกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา	85
3.4.3 ข้อบังคับแพทยสภาและศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทยกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ	90
3.5 วิเคราะห์ข้อดีข้อเสียของวิธีการให้ความยินยอม	93
3.5.1 วิธีการ “เลือกเข้าร่วม” (Opt-in หรือ Contracting in)	93
3.5.2 วิธีการ “ถอนตัวออก” Opt-out	94
3.5.3 วิธีการแบบผสม	94
3.6 บทสรุปการศึกษาเปรียบเทียบแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทยในการกำหนดความยินยอมในการบริจาคอวัยวะจากการศึกษาแนวทางทางกฎหมายของต่างประเทศเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทย.....	95

3.7 ตารางสรุปการศึกษาเปรียบเทียบแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทยในการกำหนดความ ยินยอมในการบริจาคอวัยวะ.....	114
บทที่ 4 ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายไทยเกี่ยวกับการให้ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่ เสียชีวิตจากสมองตายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง.....	120
4.1 ปัญหาการขาดหลักเกณฑ์ของกฎหมายไทยที่กำหนดผู้มีอำนาจหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการ ให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ	120
4.2 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ	123
4.2.1 ปัญหาการแสดงเจตนาให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้า	124
4.2.2 ปัญหาของผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมายในการแสดงเจตนาให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะ แทนได้กรณีที่ผู้เสียชีวิตไม่ได้แสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าในการบริจาคเอาไว้	131
4.2.3 ปัญหาการแสดงเจตนาให้ความยินยอมของบุคคลที่หย่อนความสามารถในการบริจาค อวัยวะ.....	136
4.3 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับวิธีการแสดงเจตนาให้ความยินยอมในรูปแบบความยินยอมที่พึง สันนิษฐานได้ (presumed consent) และความยินยอมที่ต้องได้รับการบอกกล่าว (informed consent)	143
4.4 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความผิด และการยกเว้นความผิดทางกฎหมายของบุคลากรทาง การแพทย์จากการปลูกถ่ายอวัยวะ	145
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	153
5.1 สรุป	153
5.2 ข้อเสนอแนะ	156
บรรณานุกรม.....	160
ประวัติผู้เขียน.....	164

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

บุคคลใดก็ตามเมื่ออวัยวะที่สำคัญและจำเป็นแก่ชีวิต เช่น หัวใจ ปอด ตับ ไต สูญเสียหน้าที่สมรรถภาพในการทำงานไปบุคคลนั้นย่อมไม่สามารถมีชีวิตอยู่ได้ไม่ว่าจะรักษาด้วยวิธีใดๆ จากระยะเวลา 50 ปีที่ผ่านมาวิทยาศาสตร์การแพทย์ได้เจริญก้าวหน้ามาเป็นลำดับจนกระทั่งสามารถนำอวัยวะจากบุคคลอื่นมาเปลี่ยนให้ผู้ป่วยเพื่อช่วยชีวิตผู้ป่วยระยะสุดท้ายให้กลับมามีชีวิตใหม่อีกครั้ง เรียกการรักษานี้ว่า การปลูกถ่ายอวัยวะ

การปลูกถ่ายอวัยวะ (Organ transplantation) คือ การปลูกถ่ายอวัยวะคือ การผ่าตัดนำอวัยวะใหม่เปลี่ยนแทนอวัยวะเดิมที่เสื่อมสภาพจนไม่สามารถทำหน้าที่ต่อไปได้ เพื่อให้อวัยวะใหม่นั้นทำงานแทนอวัยวะเดิม อวัยวะใหม่ที่สามารถนำมาปลูกถ่าย ได้แก่ หัวใจ ตับ ไต ปอด ตับอ่อน ลิ้นหัวใจ กระดูก ฯลฯ ปัจจุบันอวัยวะที่ใช้รักษาผู้ป่วยเหล่านี้ ไม่สามารถสร้างหรือประดิษฐ์ขึ้นมาได้ ต้องได้รับบริจาคจากผู้อื่นเท่านั้น

แหล่งที่มาของอวัยวะนี้ได้มาจากผู้บริจาค 2 กลุ่ม คือ กลุ่มแรกผู้บริจาคที่มีชีวิต อวัยวะที่สามารถบริจาคได้คือ ไตและตับ ผู้บริจาคกลุ่มนี้ต้องเป็นญาติหรือคู่สมรสของผู้บริจาคอวัยวะเท่านั้น หากผู้ให้อวัยวะไม่มีญาติหรือคู่สมรสที่สามารถบริจาคให้กันได้ เช่น หมูเลือดเข้ากันไม่ได้ เนื้อเยื่อของอวัยวะเข้ากันไม่ได้ ผู้บริจาคมีร่างกายไม่สมบูรณ์ ฯลฯ ก็ต้องรออวัยวะจากผู้บริจาคผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะในกรณีของกลุ่มที่สองคือ ผู้ที่บริจาคที่เสียชีวิตจากสมองตายซึ่งในขณะที่สมองตายแต่หัวใจยังเต้นอยู่ อวัยวะอื่น ๆ เช่น ไต ตับ ปอด ยังทำงานได้อีกระยะหนึ่ง จึงเป็นโอกาสอันดีที่ผู้ที่บริจาคจะได้ทำบุญกุศลอันยิ่งใหญ่เป็นครั้งสุดท้ายในชีวิต โดยช่วยเหลือผู้ป่วยอื่น ๆ ที่รอคอยการปลูกถ่ายอวัยวะอยู่ โดยผู้บริจาคร่างหนึ่งสามารถช่วยชีวิตผู้อื่นได้ไม่น้อยกว่า 4 ชีวิต

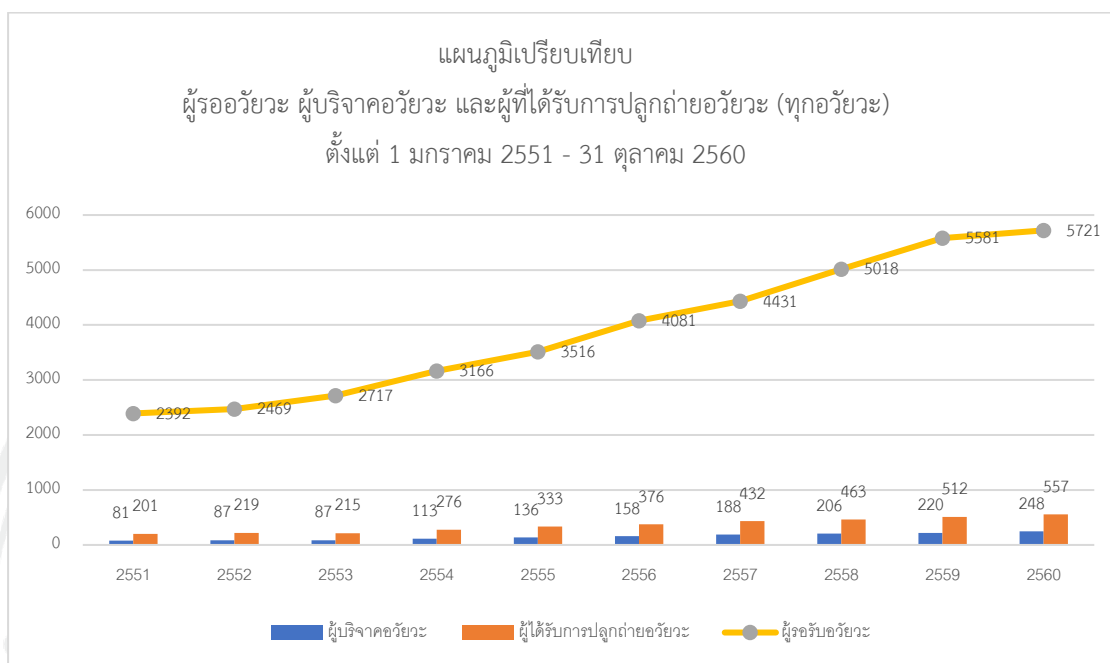
ปัจจุบันการแพทย์ได้พัฒนาเทคนิคการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะ การคิดค้นหายาลดปฏิกิริยา สลัดทิ้งของร่างกายที่มีต่ออวัยวะใหม่อย่างมีประสิทธิภาพ และการบริหารจัดการเกี่ยวกับการรับ บริจาคอวัยวะ การขออวัยวะจากญาติผู้เสียชีวิต การใช้น้ำยาถนอมอวัยวะ รวมทั้งการขนส่งทำให้การ ปลูกถ่ายอวัยวะได้รับความสำเร็จอย่างเป็นสูง ขณะนี้ทั่วโลกมีผู้ป่วยกว่าแสนคนได้รับการปลูกถ่าย อวัยวะและผลการรักษาภายหลัง 1 ปีของการปลูกถ่ายไต ตับ หัวใจ ผู้ป่วยยังมีชีวิตอยู่ดีถึงร้อยละ 94, 52 และ 74 และเมื่อถึงปีที่ 5 ผู้ป่วยจะดำรงชีวิตอยู่ถึงร้อยละ 78, 45 และ 64 ตามลำดับนอกจากนี้ผู้ ที่ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะไปแล้วและยังมีคุณภาพชีวิตที่ดีจนถึงปัจจุบันโดยผู้ที่ได้รับการปลูกถ่ายไต ตับ หัวใจ ไปแล้วมีชีวิตอยู่นานสุดในขณะนี้ 36, 32 และ 23 ปีตามลำดับและมีบุตร ธิดา รวมทั้ง สามารถเล่นกีฬาได้หลายประเภทอย่างปกติ บางรายสามารถวิ่งแข่ง 100 เมตร ด้วยความเร็ว 11.6 วินาทีอีกด้วย¹

ในปัจจุบันศัลยกรรมปลูกถ่ายอวัยวะซึ่งไม่เพียงแต่ทำให้ชีวิตยืนยาวขึ้นเท่านั้น แต่ยังมี คุณภาพชีวิตที่ดีด้วย บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาลเท่าเทียมกันทุกคนไม่ว่าคนรวย คน จน ต่างก็อยากมีชีวิตอยู่เท่ากันปัญหาใหญ่ คืออวัยวะที่จะนำมาปลูกถ่ายมีจำกัด ไม่สามารถสร้างหรือ ผลิตขึ้นเองเหมือนอะไหล่รถยนต์ อวัยวะต้องได้มาจากการบริจาคของผู้ที่มีชีวิตหรือผู้เสียชีวิตจาก ภาวะสมองตายแล้วเท่านั้นซึ่งเหตุผลสำคัญที่ไม่ได้รับการบริจาคอวัยวะคือ 1. ญาติผู้เสียชีวิตปฏิเสธที่ จะบริจาค 2. แพทย์พยาบาลไม่ได้ขอบริจาคจากญาติ 3. เหตุผลทางการบริหารจัดการรวมทั้งปัญหา ทางกฎหมายต่าง ๆ เช่นปัญหาการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะทั้งรูปแบบวิธีการและบุคคล ไตบ้างที่สามารถให้ความยินยอมแทนได้ และสาเหตุที่ญาติผู้เสียชีวิตจากภาวะสมองตายปฏิเสธการ บริจาคอวัยวะคือ 1. ไม่ทราบเรื่องหรือไม่มีความเข้าใจในเรื่องของการปลูกถ่ายอวัยวะ 2. ไม่ทราบ เกี่ยวกับประโยชน์วิธีการของการบริจาคอวัยวะ 3. ไม่ทราบเจตนารมณ์ของผู้เสียชีวิต 4. ไม่เข้าใจคำ ว่า"สมองตาย" ไม่แน่ใจว่าตายจริงหรือแพทย์หวังจะเอาอวัยวะให้ผู้อื่นเพื่อผลประโยชน์และเปลี่ยน ต่างๆซึ่งอาจจะนำไปสู่การซื้อขายอวัยวะ 5. กลัวเกิดใหม่อวัยวะจะไม่ครบซึ่งเป็นความเชื่อทางศาสนา 6.เป็นเจตนารมณ์ของผู้เสียชีวิตที่ไม่ต้องการบริจาคแต่ยังมีชีวิตอยู่7.ยังทำใจไม่ได้เนื่องจากเป็นการ สูญเสียชีวิตอย่างกะทันหัน

จากสถิติของศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย มีผู้รออวัยวะ(ทุกอวัยวะ) ตั้งแต่ 1 มกราคม-31 ตุลาคม 2560 เป็นจำนวน 5721 คนนับว่าสัดส่วนของผู้รออวัยวะและผู้ที่ได้รับการปลูก ถ่าย อวัยวะมีจำนวนที่แตกต่างกันอย่างมากและมีแนวโน้มของความต้องการอวัยวะสำหรับปลูกถ่าย

¹ ศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย, คู่มือการดูแลผู้บริจาคอวัยวะที่มีภาวะสมองตาย และประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะ,(กรุงเทพมหานคร,2560),หน้า4.

เพิ่มมากขึ้นในช่วงเวลา 10 ปีที่ผ่านมา ดังแผนภูมิเปรียบเทียบผู้รออวัยวะ ผู้บริจาคอวัยวะและผู้ที่ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะ (ทุกอวัยวะ)



ที่มา : ศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย <http://www.organdonate.in.th/>

สำหรับการนำอวัยวะมนุษย์มาใช้เพื่อประโยชน์ทางการแพทย์นั้น มิใช่จะเป็นสิ่งต้องห้ามในสังคมเสมอไปหากได้รับความยินยอม หากกรณีเกิดขึ้นจากการบริจาคอวัยวะด้วยความยินยอมอย่างแท้จริงของเจ้าของอวัยวะการใช้สิทธิของบุคคลจะต้องไม่ขัดต่อข้อกำหนดอันยุติธรรมทางศีลธรรมหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมถึงประโยชน์อันเกิดแก่สาธารณชนด้วย องค์การอนามัยโลก(World Health Organization) หรือ WHO ได้เห็นความสำคัญของเรื่องนี้จึงได้มีการวางหลักการที่เรียกว่า แนวทางของ WHO เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ (WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation) ได้กำหนดแนวทางเกี่ยวกับแหล่งที่มาของอวัยวะมนุษย์และชิ้นส่วนอวัยวะมนุษย์ที่ใช้เพื่อการปลูกถ่ายนั้นต้องมีที่มาจากการบริจาคเท่านั้นสำหรับการได้มาซึ่งในอวัยวะในเชิงพาณิชย์นั้นทางองค์การอนามัยโลกได้กำหนดไว้อย่างเด่นชัดว่า อวัยวะมนุษย์และชิ้นส่วนอวัยวะมนุษย์ไม่อาจใช้เพื่อเป็นวัตถุแห่งการแลกเปลี่ยนในเชิงพาณิชย์หรือนำไปใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์อื่นใดได้ ทั้งนี้เพื่อที่จะดำรงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่จะไม่ตีราคาอวัยวะของตนเพื่อประโยชน์ในทางทรัพย์สิน

ปัญหาของเรื่องความยินยอมก็เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้มีการขาดแคลนอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายซึ่งเป็นปัญหาสากลที่เกิดขึ้นกับทุกประเทศที่มีการรักษาด้วยการปลูกถ่ายอวัยวะต้องเผชิญ สำหรับ

ประเทศไทยอวัยวะที่ได้รับบริจาคมีจำนวนน้อยมากจนไม่พอเพียงสำหรับการช่วยเหลือผู้ที่มีอวัยวะต่าง ๆ ล้มเหลว เช่น ไตวาย ตับวาย ฯลฯ ทั้ง ๆ ที่การผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะเพื่อให้ผู้ป่วยอยู่รอดมีผลที่ดีมาก เป็นที่ยอมรับ นิยม และดำเนินการกันทั่วโลก ปัญหาของประเทศไทย โดยปกติแพทย์จะนำอวัยวะจากผู้เสียชีวิตที่แสดงความจำนงล่วงหน้าว่ายินยอมบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายได้มาให้แก่ผู้ป่วยที่รอคอยอวัยวะนี้ ผู้ที่เสียชีวิตในที่นี้หมายถึงผู้ที่เสียชีวิตจากภาวะ “สมองตาย” ตามคำนิยามของแพทย์ ผู้ที่ “สมองตาย” แล้วคือ ผู้ที่เสียชีวิตแล้วนั่นเอง ผู้ที่ “สมองตาย” แล้วอย่างแท้จริง (ต้องตรวจโดยแพทย์ 3 ท่าน และมีขั้นตอนตามเกณฑ์ที่ผู้เชี่ยวชาญต่าง ๆ ในโลกวางไว้) จะไม่มีโอกาสกลับคืนมาสู่สภาพมีชีวิตได้อีก ซึ่งหัวใจและปอดยังทำงานอยู่เพราะมีเครื่องช่วย ถ้าหยุดเครื่องช่วยเมื่อใดหัวใจ ปอด ก็จะหยุดทำงานนั่นเอง

อุปสรรคการได้รับบริจาคอวัยวะอีกส่วนมาจากการปฏิเสธยินยอมของญาติ เพราะญาติทำใจไม่ได้ ไม่แน่ใจว่าสมองตายหรือเสียชีวิตจริงไม่เข้าใจหรือไม่ยอมรับระบบการรับบริจาคอวัยวะจากผู้ป่วยสมองตายการวินิจฉัยภาวะสมองตาย มีความเชื่อว่าการบริจาคอวัยวะไปแล้วชาติหน้าอวัยวะจะไม่ครบ กลัวผู้เสียชีวิตเจ็บ แผลไม่สวย กลัวผิดใจกับผู้ตายเนื่องจากไม่เคยสั่งหรือบอกไว้ โดยเฉพาะการคัดค้านการปฏิเสธการบริจาคอวัยวะถึงแม้จะมีการแสดงเจตจำนงให้ความยินยอมล่วงหน้าของผู้ตายแล้วก็ตาม อย่างไรก็ตามสาเหตุที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ บุคลากรทางการแพทย์ ไม่มั่นใจเรื่องกฎหมายของความยินยอมที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะรวมทั้งมีอยากมีปัญหามองเป็นเรื่องเป็นคดีความกับญาติผู้ตายซึ่งจะนำมาสู่ความรับผิดชอบทางกฎหมายทั้งทางแพ่งและอาญานับว่าเป็นอุปสรรคของกระบวนการขั้นตอนการปลูกถ่ายอวัยวะ ซึ่งการวินิจฉัยสมองตายไม่ใช่เป็นการตัดสินใจให้ผู้ป่วยตาย แต่เพราะการที่ผู้ป่วยอยู่ในสภาวะสมองตาย ในความหมายทางการแพทย์นั้นหมายถึงเสียชีวิตแล้ว การบริจาคอวัยวะที่ได้มาจากผู้เสียชีวิตจากภาวะสมองตาย เกิดจากก้านสมองถูกทำลายอย่างสิ้นเชิงและถาวร ไม่สามารถฟื้นกลับมาได้ฉะนั้นผู้ป่วยจึงไม่สามารถหายใจได้เอง คงอยู่ได้ด้วยเครื่องช่วยหายใจซึ่งในระยะแรกหัวใจยังเต้นอยู่ แต่ต่อมาหัวใจจะเต้นอ่อนลงและความดันโลหิตลดลง ถ้าไม่ได้รับการดูแลโดยเพิ่มยากระตุ้นหัวใจหรือยาเพิ่มความดันโลหิต หัวใจก็จะหยุดเต้นในเวลาต่อมา

ปัจจุบันในประเทศไทยมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะอยู่สองแหล่งใหญ่คือมีการออกข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2549 เพื่อควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมหรือแพทย์ในการดำเนินการเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ และระเบียบสภาทนายความว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย พ.ศ.2545 เท่านั้น ซึ่งเมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ เช่นการปลูกถ่ายอวัยวะแบบมีการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์จนนำไปสู่การซื้อขายอวัยวะ ปัญหาของการนิยามการตาย จึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญา มาบังคับใช้ซึ่งอาจจะเกิดปัญหาในเรื่องของการตีความหรือการลงโทษผู้กระทำผิดได้ รวมทั้งความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากครอบครัว แม้ว่าผู้เสียชีวิตจะแสดง

เจตจำนงบริจาคอวัยวะเป็นลายลักษณ์อักษรและสามารถคัดค้านความยินยอมการบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคที่เสียชีวิตจากสมองตายได้หรือไม่

กรณีที่ผู้เสียชีวิตไม่ได้แสดงความยินยอมบริจาคเอาไว้ผู้ใดที่สามารถให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะแทนได้ รวมทั้งการให้ความยินยอมแทนของบุคคลที่หย่อนความสามารถในการบริจาคอวัยวะ รวมทั้งการยกเว้นความรับผิดทางกฎหมายของแพทย์ของการปลูกถ่ายอวัยวะว่าประเทศไทยควรจะออกกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะเป็นพิเศษ เช่นเดียวกับหลายๆประเทศที่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะหรือไม่ เนื่องจากประเทศไทยในปัจจุบันเป็นระบบใช้วิธีให้คน “เลือกเข้าร่วม” Opt-in อย่างในประเทศที่ใช้วิธีการบริจาคอวัยวะแบบ Opt-out เช่นประเทศสิงคโปร์ จะมีอัตราการบริจาคอวัยวะมากกว่าประเทศที่ใช้นโยบายบริจาคอวัยวะแบบ Opt-in สาเหตุหนึ่งเนื่องมาจากพฤติกรรมของมนุษย์ที่ไม่ต้องการเปลี่ยนแปลงสิ่งที่ถูกกำหนดให้เป็นตัวเลือกอัตโนมัติหรือค่าพื้นฐาน (Default option) เมื่อไม่สามารถแสดงให้เห็นความแตกต่างของการเปลี่ยนแปลงจากค่าพื้นฐานนั้นได้ ดังนั้น ในประเทศที่ใช้วิธีการ Opt-out ที่กำหนดค่าพื้นฐานให้ประชาชนในประเทศทุกคนอยู่ในฐานะเป็นผู้บริจาคอวัยวะ เมื่อประชาชนในประเทศกลุ่มนี้ไม่สามารถเห็นความแตกต่างของการไม่บริจาคอวัยวะว่ามีข้อดีกว่าการบริจาคอวัยวะอย่างไรประชาชนกลุ่มนี้ก็จะเลือกที่จะไม่ดำเนินการอะไรและถือว่าค่าพื้นฐานที่กำหนดขึ้น คือ การบริจาคอวัยวะเป็นการแสดงความต้องการของตนเอง ในขณะที่ประชาชนในประเทศที่ใช้วิธีการ Opt-in ก็มีแนวความคิดเช่นเดียวกันแต่อยู่คนละด้าน คือหากยังไม่สามารถหาข้อดีที่ชัดเจนของการบริจาคอวัยวะ การอยู่เฉยโดยถือว่าการไม่บริจาคอวัยวะซึ่งเป็นค่ามาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นก็อาจเป็นตัวเลือกในอันดับแรกของคนกลุ่มนี้

ด้วยแนวความคิดเช่นนี้ ทำให้หลายประเทศที่ใช้นโยบาย Opt-in และต้องการเพิ่มอัตราการบริจาคอวัยวะหันมาให้ความสำคัญ โดยเริ่มเปลี่ยนกฎหมายและกำหนดนโยบายการบริจาคอวัยวะใหม่เป็นการใช้นโยบาย Opt-out ซึ่งเป็นแนวทางทางเลือกของแต่ละประเทศว่าจะเลือกใช้แบบใดให้เหมาะสมกับภายในประเทศของตน โดยการบัญญัติกฎหมายเฉพาะ เพื่อใช้กำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการปลูกถ่ายอวัยวะและลักษณะความผิดหรือความรับผิด หากมีกฎหมายที่บัญญัติเฉพาะสำหรับการปลูกถ่ายอวัยวะ ข้อดีของการมีกฎหมายเฉพาะในเรื่องนี้ก็คือ การมีกรอบของกฎหมายที่ชัดเจนให้แพทย์ปฏิบัติสามารถทำให้กระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะดำเนินการได้อย่างสะดวกยิ่งขึ้น

ดังนั้นด้วยความสำคัญของปัญหาดังกล่าวผู้เขียนจึงแบ่งการศึกษาออกเป็น 4 ประการได้แก่ 1.แนวคิดและหลักการที่เกี่ยวข้องกับการให้ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เสียชีวิตจากสมองตายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง 2.แนวทางขององค์กรอนามัยโลกและแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศเกี่ยวกับการแสดงเจตนาให้ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เสียชีวิตจากสมองตายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง 3.ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เสียชีวิตจากสมองตายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง และ 4.บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. ศึกษาถึงแนวคิดและความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากครอบครัว แม้ว่าผู้เสียชีวิตจะแสดงเจตจำนงบริจาคอวัยวะเป็นลายลักษณ์อักษรและสามารถคัดค้านความยินยอมการบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคที่เสียชีวิตจากสมองตายได้หรือไม่ รวมทั้งกรณีผู้ที่สามารถให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะแทนได้กรณีผู้เสียชีวิตไม่ได้แสดงความยินยอมบริจาคเอาไว้

2. ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางขององค์การอนามัยโลกและแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศเกี่ยวกับการแสดงเจตนาให้ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เสียชีวิตจากสมองตายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

3. วิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เสียชีวิตจากสมองตายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

4. เสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เสียชีวิตจากสมองตายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้จะทำการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เสียชีวิตจากสมองตายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องและมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศไทย โดยศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางการปลูกถ่ายอวัยวะขององค์การอนามัยโลก (World Health Organization) หรือ WHO และมาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศดังนี้

1. ประเทศสิงคโปร์ภายใต้ รัฐบัญญัติการแพทย์ (การบำบัดการศึกษาและการวิจัย) the Medical (Therapy, Education, and Research) Act และ Human Organ Transplant Act (HOTA)

2. สหราชอาณาจักรภายใต้กฎหมายกฎหมาย Human Tissue (Scotland) Act 2006, Human Tissue Act 2004 และ Human Transplantation (Wales) Act 2013

3. ประเทศสหรัฐอเมริกาภายใต้บทบัญญัติ Uniform การบริจาค Act (รัฐบัญญัติบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย) 1987 ที่แก้ไขล่าสุดหรือแก้ไขในปี 2009

1.4 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย

ความหมายของหลักความยินยอมและวิธีการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะก่อนตายให้มีผลเมื่อผู้บริจาคตาย รวมทั้งผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอมหรือการให้ความยินยอมแทนกรณีที่ผู้เสียชีวิตไม่ได้แสดงความยินยอมบริจาคเอาไว้หรือกรณีของผู้หย่อนความสามารถและความยินยอมที่ได้นั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน นำไปสู่แนวทางการแก้ไขปัญหการขาดหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่กำหนดผู้ที่มีอำนาจหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการในการบริจาคอวัยวะที่ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายในการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะนั้น หากมีกฎหมายที่บัญญัติเฉพาะสำหรับการปลูกถ่ายอวัยวะในเรื่องนี้คือการมีกรอบของกฎหมายที่ชัดเจนทำให้กระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะดำเนินการได้อย่างสะดวกยิ่งขึ้นและยกมาตรฐานการปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศไทย

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาเรื่อง เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยใช้วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมาย (Comparative Law) โดยการค้นคว้าจากหนังสือ รายงานการวิจัย บทความวารสาร ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบหลักความยินยอมของในการปลูกถ่ายอวัยวะทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ
2. ได้รูปแบบแนวทางและมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการปลูกถ่ายอวัยวะของต่างประเทศและนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย
3. สามารถวิเคราะห์ปัญหาและข้อบกพร่องของบทบัญญัติกฎหมายที่บังคับใช้และเกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศไทยในปัจจุบันที่จะทำการปรับปรุงแก้ไขไปในทิศทางใด
4. สามารถเกิดแนวทางในการแก้ไข ปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายในการปลูกถ่ายอวัยวะของประเทศไทยในปัจจุบันให้มีความชัดเจนและเหมาะสม

บทที่ 2

แนวคิดและหลักการที่เกี่ยวข้องกับการให้ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่ เสียชีวิตจากสมองตายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

2.1 การกำหนดคำนิยามและหลักเกณฑ์วินิจฉัยการตายทางการแพทย์และทาง กฎหมาย

เริ่มเมื่อนายแพทย์คริสเตียน เบอร์นาร์ด ได้ประสบความสำเร็จในการผ่าตัดเปลี่ยนหัวใจเป็นรายแรกของโลก เมื่อปี ค.ศ. 1988 (พ.ศ.2511) การนิยามคำว่า การตายที่หมายความว่า “การไม่หายใจหรือหัวใจหยุดเต้น” ก็ได้เปลี่ยนแปลงไป ปัจจุบันนักกฎหมายและแพทย์ก็มีมุมมองในเรื่องการตาย โดยนำหลักเกณฑ์เรื่องสมองตาย (brain-death) ซึ่งเห็นว่าสมองเป็นตัวควบคุมระบบการทำงานของระบบต่างๆในร่างกาย ถ้าหากสมองหยุดการทำงานส่วนต่างๆก็จะไม่สามารถตอบสนองหรือมีปฏิกิริยาใดๆได้เลยและจะถือว่าเป็นการตาย²

ปัญหาที่ว่าเมื่อใดมนุษย์จะถึงแก่ความตายจึงเป็นเรื่องที่สำคัญมาก โดยเฉพาะในกรณีที่แพทย์จะผ่าตัดเอาอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่เสียชีวิต เนื่องจากแพทย์ต้องการอวัยวะที่สดและใหม่สำหรับการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะ ดังนั้นความตายหลังจากสิ้นสุดการทำงานของสมอง การหยุดการทำงานของสมองไม่ว่าจะเกิดจากเหตุการณ์ในกะโหลกศีรษะหรือภาวะออกซิเจนจะทำให้เกิดสถานะพิเศษทางกะโหลกและการเลิกใช้งานฟังก์ชันการทำงานร่วมกันของสมองจะสิ้นสุดลงด้วยความตายของแต่ละบุคคลนั้นช่วยให้ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์สามารถวินิจฉัยความตายได้นั้นจะต้องทำการวินิจฉัยให้ดีเสียก่อนว่าผู้บริจาคตนั้นถึงแก่ความตายหรือไม่³ แล้วความตายในความหมายทางการแพทย์และทางกฎหมายนั้นเป็นเหมือนหรือต่างกันอย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไป

2.1.1 การตายทางการแพทย์

² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์, “ทางออกของแพทย์ในกรณีการปลูกถ่ายอวัยวะของมนุษย์,” วารสารนิติศาสตร์ 21 (2534) : 252.

³ Academy of Medical Royal Colleges, A code of practice for the diagnosis and confirmation of death., (PPG Design and Print Ltd, 2008), p.11.

ตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2551 ได้นิยามการตายไว้ดังนี้ “การตายของบุคคล” หมายความว่า บุคคลอยู่ในสภาวะที่ระบบการไหลเวียนเลือด และระบบการหายใจหยุดทำงานโดยไม่สามารถกลับคืนได้อีก หรืออยู่ในสภาวะสมองตาย คือ การที่ก้านสมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไป

ปัจจุบันการแพทย์แบ่งการตายเป็น 2 ชนิดดังนี้

1. ภาวะ Somatic death หมายถึง การตายของร่างกายซึ่งหมายถึงภาวะที่ผู้ป่วยไม่รู้สึกรู้สึกตัว ไม่สามารถตอบสนองการกระตุ้นใดๆ ทั้งนี้ผู้ป่วยไม่สามารถกระทำการเคลื่อนไหวใดๆโดยตั้งใจได้ (Voluntary Movement) ซึ่งการหายใจหรือการเต้นของหัวใจ ดำเนินไปภายใต้การใช้เครื่องมือช่วยหรือใช้ยากระตุ้น ซึ่งผู้ป่วยไม่สามารถฟื้นคืนมาได้อีก การตายชนิดนี้ แบ่งย่อยเป็น 2 ชนิด⁴

1.1 Brain death ภาวะสมองตาย

1.2 Persistent Vegetative State สภาพผักถาวร

2. ภาวะ Cellular death หมายถึงการตายของเซลล์และเนื้อเยื่อต่างๆ ซึ่งเกิดจากสภาวะขาดออกซิเจนไปเลี้ยง ทั้งนี้เมื่อเกิด Somatic death อาจจะยังไม่เกิด Cellular death ทันทีต้องใช้เวลาสักระยะหนึ่ง ภาวะนี้จัดเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นหลังจากไม่มีเลือดไปเลี้ยง ซึ่งเนื้อเยื่อของอวัยวะแต่ละชนิดมีอัตราการตายไม่เท่ากัน เซลล์สมองเป็นเนื้อเยื่อที่ทนต่อการขาดออกซิเจนได้น้อยที่สุดคือการขาดออกซิเจนไม่กี่นาทีก็ตาย ส่วนกล้ามเนื้อพังผืดหรือกระดูกจะใช้เวลาเป็นชั่วโมงหรือเป็นวัน เดือนหรือปีๆ หลังจากการขาดเลือดไปเลี้ยง

Brain death เป็นสภาวะ Somatic death ที่ทางการแพทย์ใช้วินิจฉัยเพื่อนำไปสู่การผ่าตัดเปลี่ยนถ่ายอวัยวะให้กับคนไข้ที่รอรับการบริจาคอวัยวะ ดังนั้นแพทย์ทุกคนควรมีความรู้พื้นฐาน เพื่อวินิจฉัยภาวะ Brain death ได้ถูกต้องเพราะหากมีการวินิจฉัยที่ผิดพลาดก็เท่ากับเป็นการฆ่าคนตาย เพราะเมื่อผ่าตัดอวัยวะออกจากร่างกายก็จะเสียชีวิตทันที⁵

ส่วนเงื่อนไขการตายนั่นคือการหยุดทำงานของระบบร่างกาย 3 ระบบได้แก่

- 1) ก้านสมองของระบบประสาทกลางต้องหยุดทำงาน
- 2) ระบบไหลเวียนโลหิต (เลือด) หยุดทำงาน ได้แก่ หัวใจหยุดเต้น และ
- 3) ระบบหายใจ ได้แก่ ปอด ต้องหยุดหายใจ

จากทั้ง 3 ข้อดังกล่าวนี้หมายความว่าบุคคลนั้นไม่สามารถหายใจด้วยตนเองได้และปัจจุบันแนวคิด “สมองตาย” (Brain Death) เป็นตัวระบุว่าบุคคลผู้นั้นเสียชีวิต โดยมีพื้นฐานอยู่บนสมมติฐาน

⁴พินิจ ทิพย์มณี, การวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตายของประเทศไทย (รายงานผลการวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553), หน้า 20.

⁵ เรืองเดียวกัน

ที่ว่า สมอคือตัวควบคุมการทำงานที่ต่าง ๆ ภายในร่างกายหากสมอมาสามารถทำงานได้กลไกต่างๆ ในร่างกายก็สามารถดำเนินต่อไปได้ทำให้ไม่มีชีวิต คณะกรรมการเฉพาะกิจของคณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด (Ad Hoc Committee of Harvard Medical School, 1968) ได้ให้คำจำกัดความเกี่ยวกับสมอตายเพื่อใช้ในการตัดสินว่าตายทางการแพทย์โดยมีเกณฑ์ 3 ประการคือ⁶

1.ผู้ป่วยไม่รู้สึกตัวและไม่มีปฏิกิริยาโต้ตอบใดๆ แม้ว่าจะกระตุ้นด้วยสิ่งใดให้เกิดความเจ็บปวดรุนแรงที่สุด ก็ไม่ทำให้ผู้ป่วยส่งเสียงร้องหรือแสดงกิริยาสะดุ้งหือหนี ไม่มีแม้แต่เสียงครางหรือหายใจเร็วขึ้น อันเป็นลักษณะปกติของอาการแสดงว่าเขารู้สึกเจ็บปวด

2.การเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้ออันเป็นปกติวิสัย หรือการหายใจอันอันเป็นปกติหายไป โดยที่แพทย์ควรสังเกตผู้ป่วยต่อไปอย่างน้อย 1 ชั่วโมง เพื่อให้แน่ใจว่าไม่มีการเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้อส่วนใดที่แสดงว่าผู้ป่วยหายใจได้เอง

3.ไม่มีปฏิกิริยาสะท้อนกลับ (No reflexes) รีเฟล็กซ์ทุกอย่างไม่ปรากฏ การเคาะที่เอ็นกล้ามเนื้อด้วยค้อนยามสำหรับตรวจรีเฟล็กซ์จะไม่มีปฏิกิริยาโต้ตอบจากกล้ามเนื้อส่วนนั้นๆ ดังที่ต้องมีในคนที่มีชีวิตปกติ ม่านตาจะขยายกว้าง และไม่ตอบสนองต่อแสงไฟจ้าที่ใช้ส่องตา

การตายจึงหมายถึงการสิ้นสุดของชีวิตที่ทุกระบบของร่างกายอยู่ในสภาพหยุดทำงานโดยสิ้นเชิง ถึงแม้จะได้รับการช่วยเหลือจากเทคโนโลยีทางการแพทย์ จากกรณีดังกล่าวจึงถูกนำมาใช้ในการกำหนดปัญหาการดูแลผู้ป่วยและการปลูกถ่ายอวัยวะ ดังนั้นสมอตายจะต้องแตกต่างไปจากสภาพ “ผัก” (Vegetative state) มีความแตกต่างระหว่างสมอตาย และสภาพผักนั้นสามารถเกิดขึ้นได้หลังจากสมอได้รับความเสียหายอย่างมากในคนที่มีสภาพผักจะยังสามารถแสดงลักษณะของการตื่นตัวได้ เช่น อาจลืมตาได้ แต่ไม่ตอบสนองต่อสิ่งรอบข้างในบางกรณีที่พบได้น้อย ผู้ป่วยอาจแสดงการตอบสนองบางอย่างที่สามารถตรวจพบได้โดยการสแกนสมอง แต่จะไม่สามารถตอบสนองกับสิ่งรอบข้างได้อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างสมอตายและสภาพผักคือ ผู้ที่มีสภาพผักก้านสมองจะยังทำงานได้ ซึ่งหมายความว่ารูปแบบของการมีสติรับรู้บางอย่างอาจยังคงมีอยู่โดยทั่วไปยังหายใจได้เองโดยไม่ต้องใช้เครื่องช่วยหายใจมีโอกาสฟื้นตัวได้บ้าง เพราะหน้าที่หลักของก้านสมองอาจไม่ได้รับผลกระทบในขณะที่ผู้ที่สมอตายจะไม่มีโอกาสฟื้นขึ้นมาได้อีก เพราะร่างกายจะไม่สามารถมีชีวิตอยู่ได้หากขาดการช่วยเหลือด้วยเครื่องมือทางการแพทย์

แนวความคิดที่ว่าเมื่อก้านสมอตาย เท่ากับบุคคลนั้นถึงแก่ความตายแล้ว ได้กลายเป็นเกณฑ์ที่ยอมรับในหลายๆประเทศ ซึ่งรวมทั้งประเทศไทยด้วย ด้วยเหตุนี้เองที่ก่อให้เกิดประโยชน์ในการ

⁶ Harvard Medical School, Harvard Ad Hoc Committee on Brain Death, para.1-2, Retrieved May 16,2017 from https://euthanasia.procon.org/sourcefiles/Harvard_ad_hoc_brain_death.pdf.

ช่วยชีวิตผู้อื่นอีกครั้ง เพราะเมื่อก้านสมองตายอวัยวะยังสามารถนำไปใช้ปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่นที่รอรับบริจาคอวัยวะอยู่ แทนการปล่อยให้อวัยวะต้องเน่าเสียไปในไม่กี่ชั่วโมงต่อมา หากได้มีการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะล่วงหน้าก่อนตายหรือญาติได้ให้ความยินยอม แพทย์ก็สามารถนำอวัยวะนั้นมาปลูกถ่ายเพื่อช่วยชีวิตผู้ป่วยอื่นๆ ได้ กล่าวคือการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะสำคัญเนื่องจากใช้อวัยวะจากคนที่ตายแล้วนั้นจำเป็นต้องได้อวัยวะที่สดใหม่ จากคนตายมาใช้

ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้ต้องมีการวินิจฉัยคนตายในระยะแรกที่สุดก่อนที่จะมีการหยุดเต้นของหัวใจ จึงเกิดแนวคิดที่ว่าถ้าสมองคนตายแล้วซึ่งสมองเป็นศูนย์ควบคุมการทำงานของอวัยวะต่างๆ ในร่างกาย อวัยวะอื่นๆ ก็จะตายตามไปด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งการจะนำอวัยวะจากผู้บริจาคออกมาใช้นั้นจะต้องปรากฏแน่ชัดว่าก้านสมองของบุคคลนั้นได้หยุดการทำงานโดยสิ้นเชิงแล้ว ดังนั้นถ้าวินิจฉัยได้ว่าสมองตายแล้วแม้ว่าในขณะนั้นหัวใจจะยังเต้นอยู่ก็ถือว่าบุคคลนั้นได้ตายไปแล้ว เมื่อมีการตัดสินใจตายแล้วแพทย์ก็สามารถนำเอาอวัยวะของคนนั้นออกไปปลูกถ่ายให้ผู้อื่นต่อไปได้ โดยไม่เป็นการถูกกล่าวหาว่าได้กระทำให้นั้นตายและในทางกฎหมายก็ต้องยอมรับหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ แนวความคิดเดิมที่ว่าคนตายต้องหยุดหายใจและหัวใจหยุดเต้นเท่านั้นไม่อาจนำมาใช้ได้อีกต่อไป⁷

จึงได้มีการกำหนดเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายขึ้น โดยวิธีการตรวจต่างๆ ที่แสดงว่าสมองส่วนสำคัญที่ควบคุมการทำงานของอวัยวะสำคัญของร่างกายที่เรียกว่า ก้านสมอง (Brain Stem) นั้นตายแล้วก็ถือว่าคนนั้นตายแม้หัวใจยังเต้นอยู่ก็ตามทั้งนี้เพราะก้านสมองดังกล่าวทำหน้าที่เกี่ยวกับการดำรงชีวิตดังต่อไปนี้คือ

1 เป็นส่วนที่ศูนย์ควบคุมความรู้สึกนึกคิด ความรู้สึกตัว การเคลื่อนไหว ซึ่งอยู่ที่ เปลือกสมอง (Cerebral cortex) ส่งเส้นใยประสาทผ่านส่วนนี้ เพราะฉะนั้นสมองส่วนนี้ตายผู้ป่วย จะสลบไม่รู้สึกตัว และไม่สามารถเคลื่อนไหวร่างกายส่วนใดส่วนหนึ่งได้ไม่สามารถตอบสนองต่อ การกระตุ้นใดๆ เช่นเสียง แสง เป็นต้น

2 เป็นส่วนที่ควบคุมการหายใจ สมองส่วนนี้เสียผู้นั้นจะหายใจเองไม่ได้

3 เป็นศูนย์ควบคุมระบบประสาทอัตโนมัติ เช่นการเต้นของหัวใจ เมื่อสมองส่วนนี้ตาย หัวใจจะไม่ได้ถูกควบคุมโดยระบบประสาท หัวใจอาจจะเต้นต่อไปได้ด้วยคุณสมบัติของกล้ามเนื้อหัวใจเอง แต่จะเต้นต่อไปได้ 72 ชั่วโมงก็จะหยุดเต้น

เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายดังกล่าว ในทางการแพทย์ได้กำหนดวิธีตรวจ และวิธีการวินิจฉัยเอาไว้ซึ่งในหลายประเทศมีกฎหมายรองรับและบางประเทศไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้แต่สำหรับ

⁷ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ อเนก ยมจินดา, **กฎหมายการแพทย์** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2540) หน้า 161-162

ประเทศไทยได้มีการกำหนดเกณฑ์พิจารณาวินิจฉัยสมองตายเอาไว้ ประกาศแพทยสภาที่ 7/2554 เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย ดังนี้

วิธีปฏิบัติในการวินิจฉัยสมองตาย

(1) การวินิจฉัยสมองตายให้กระทำโดยองค์คณะของแพทย์ไม่น้อยกว่า ๓ คน และต้องไม่ประกอบด้วยแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดปลุกถ่ายอวัยวะรายนั้นหรือแพทย์ที่ดูแลผู้ป่วยที่ต้องการอวัยวะไปปลุกถ่าย หากมีข้อสงสัยให้ปรึกษาแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านระบบประสาท

(2) แพทย์ผู้ดูแลผู้ป่วยสมองตายที่อยู่ในข่ายเป็นผู้บริจาคอวัยวะได้ตามเกณฑ์ของศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย ควรดำเนินการตรวจ วินิจฉัยสมองตาย โดยไม่ชักช้า และแจ้งให้ญาติของผู้ป่วยทราบ เมื่อผู้ป่วยอยู่ในเกณฑ์ที่จะทดสอบการไม่หายใจ เพื่อเตรียมความพร้อมของญาติ และให้โอกาสในการบริจาคอวัยวะเมื่อวินิจฉัยสมองตายแล้ว

(3) ผู้อำนวยการโรงพยาบาลหรือผู้ได้รับมอบหมาย จะต้องร่วมเป็นผู้รับรองการวินิจฉัยสมองตายและเป็นผู้ลงนามรับรองการตาย

(4) แพทย์ควรให้การดูแลผู้ป่วยตามแนวทางการดูแลผู้ป่วยที่อยู่ในเกณฑ์บริจาคอวัยวะได้ของศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย ต่อไป ในระหว่างที่ทีมผู้ประสานงานการปลุกถ่ายอวัยวะดำเนินการให้มีการบริจาคอวัยวะ การให้การรักษาใดๆภายหลังการรับรองการตายโดยเกณฑ์สมองตาย คือการดูแลเพื่อรักษาอวัยวะให้สามารถนำไปปลุกถ่ายได้⁸

สรุปได้ว่าการวินิจฉัยสมองตายไม่ใช่เป็นการตัดสินให้ผู้ป่วยตาย แต่เพราะการที่ผู้ป่วยอยู่ในสภาวะสมองตาย ในความหมายทางการแพทย์นั้นหมายถึงเสียชีวิตแล้ว การบริจาคอวัยวะที่ได้มาจากผู้เสียชีวิตจากภาวะสมองตาย เกิดจากก้านสมองถูกทำลายอย่างสิ้นเชิงและถาวร ไม่สามารถฟื้นกลับมาได้นั้นผู้ป่วยจึงไม่สามารถหายใจได้เอง คงอยู่ได้ด้วยเครื่องช่วยหายใจ ซึ่งในระยะแรกหัวใจยังเต้นอยู่ แต่ต่อมาหัวใจจะเต้นอ่อนลงและความดันโลหิตลดลง ถ้าไม่ได้รับการดูแลโดยเพิ่มยากระตุ้นหัวใจหรือยาเพิ่มความดันโลหิต หัวใจก็จะหยุดเต้นในเวลาต่อมา

2.1.2 การตายทางกฎหมาย

ผลทางกฎหมายของการนิยามคำว่าตายนั้นสำคัญเนื่องจากการตายของมนุษย์จะทำให้เกิดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง ที่จะต้องพิจารณาถึงผลทางกฎหมายของการวินิจฉัยเรื่องสมองตายและการจัดการกับศพผู้ตาย เพราะมีความสำคัญในกรณีการนำเอาอวัยวะของผู้ตายไป

⁸ ข้อ 7 แห่งประกาศแพทยสภาที่ 7/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย

ใช้ในการปลูกถ่ายเพื่อช่วยชีวิตผู้อื่นและความรับผิดชอบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องในกระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะ

การตายตามธรรมชาติหมายถึงการตายตายความหมายทางการแพทย์ที่กฎหมายยอมรับ การหยุดทำงานของระบบร่างกาย 3 ระบบได้แก่ ก้านสมองของระบบประสาทกลางต้องหยุดทำงาน ระบบไหลเวียนโลหิต (เลือด) หยุดทำงาน ได้แก่ หัวใจหยุดเต้น และระบบหายใจ ได้แก่ ปอด ต้องหยุดหายใจ ซึ่งหมายความว่าคนคนนั้นไม่สามารถหายใจด้วยตนเองได้ ส่วนการที่ปัจจุบันทางการแพทย์ได้ยอมรับว่า การตัดสินใจการตายให้ถือเกณฑ์สมองตายเป็นหลักนั้นในบางประเทศจึงได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับความตายขึ้น เช่น กฎหมายนิยามการตายนานาชาติได้สนับสนุนให้บัญญัติกฎหมายเรื่องการนิยามการตายให้ชัดเจน สังเกตว่ากฎหมายเหล่านี้จะยอมรับเอาการตายทั้งสองแบบโดยรวมการตายแบบเดิมซึ่งต้องวินิจฉัยจากลมหายใจ และสมองตายดังที่ปรากฏใน United State Uniform Determination of Death Act 1970 อันถือเป็นแบบฉบับของพระราชบัญญัติหรือรัฐบัญญัติประเภทนี้ ได้บัญญัติไว้ว่า⁹

“บุคคลจะได้รับการพิจารณาว่าตายในทางการแพทย์และตามกฎหมายถ้าแพทย์ได้ให้ความเห็นตามมาตรฐานของเวชปฏิบัติทางการแพทย์ว่าบุคคลนั้นหายใจเองหรือหัวใจเต้นเองไม่ได้แล้ว ซึ่งเนื่องมาจากโรคหรือภาวะอื่นใดที่เป็นสาเหตุโดยตรงหรือโดยอ้อมที่ทำให้การหายใจและหัวใจหยุดทำหน้าที่ หรือเนื่องมาจากการพยายามใช้เครื่องมือช่วยชีวิตมาเป็นระยะเวลาพอสมควรแล้ว เห็นว่าหมดหวังหลังจากการหายใจและหัวใจของผู้นั้นหยุดทำหน้าที่ ในกรณีเช่นนี้ให้ถือว่าบุคคลผู้นั้นถึงแก่ความตาย เมื่อการหายใจและหัวใจของผู้นั้นหยุดทำหน้าที่ หรือ

บุคคลจะถือว่าตายในทางการแพทย์และตามกฎหมายถ้าแพทย์ได้ให้ความเห็นตามมาตรฐานของเวชปฏิบัติทางการแพทย์ ที่ว่าหน้าที่การทำงานของสมองได้สิ้นสุดลงแล้ว และถ้าระหว่างความพยายามในการที่จะช่วยรักษาหรือประคับประคองการไหลเวียนโลหิตหรือระบบทางเดินหายใจในกรณีที่ไม่มีการทำงานของสมองดังกล่าวก็ปรากฏว่ามีความพยายามต่อไปในการช่วยชีวิตหรือการประคับประคองเช่นนั้นไม่ประสบความสำเร็จ ก็ให้ถือว่าบุคคลนั้นตายเมื่อตรวจพบว่าหน้าที่การทำงานของสมองสิ้นสุดลง การออกหนังสือรับรองการตายให้ทำก่อนหยุดเครื่องช่วยหายใจและระบบไหลเวียนและก่อนที่จะผ่าตัดนำอวัยวะสำคัญออกไปปลูกถ่าย

ให้เลือกใช้นิยามของการตายข้างต้นทั้งสองประการได้ในทุกกรณีในรัฐนี้ ทั้งในกฎหมายแพ่งกฎหมายอาญา และกฎหมายอื่นที่ขัดต่อบทบัญญัตินี้ด้วย”

⁹ The Uniform Determination of Death Act (UDDA) 1970.

รัฐบัญญัติฉบับนี้มีผู้ให้ความเห็นโต้แย้งไว้หลายประเด็น เช่น จงใจที่จะบัญญัติไว้สำหรับการปลูกถ่ายอวัยวะโดยเฉพาะวรรคสองการกำหนดให้เลือกใช้นิยามของการตายอย่างใดอย่างหนึ่งคล้ายจะมีสองมาตรฐาน การกำหนดแนวทางปฏิบัติไม่ควรมีบทบัญญัติในนิยามคำศัพท์ จงใจที่จะบัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันแพทย์ที่จะถูกกล่าวโทษในการหยุดเครื่องหายใจปอด-หัวใจเทียมมิได้กำหนดการถือความเห็นของแพทย์ 2 คนในประกาศการตาย¹⁰ เดิมทีนั้นอาจมีการเห็นว่าการยอมรับให้นำเรื่องสมองตายมาใช้จะเป็นการสื่อถึงถึงการฆ่าผู้อื่นโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ข้อสงสัยดังกล่าวนี้ก็ได้หมดไปเมื่อมีการยอมรับว่าสมองตายหมายถึงการตายของมนุษย์ ซึ่งแนวความคิดเรื่องนี้ได้มีการยอมรับเป็นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกาในคดีซึ่งเหยื่อที่ถูกยิงในคดีหนึ่งถูกทำให้ตายอย่างถูกกฎหมายและนำเอาอวัยวะมาใช้ปลูกถ่ายแก่ผู้อื่นผู้พิพากษาได้ยอมรับคำนิยามของความตายของสมองหลังจากได้ฟังคำเบิกความของผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับผู้สนับสนุนคำจำกัดความของสมองตายซึ่งคดีนี้ถูกใช้อ้างอิงในหลายๆคดีของสหรัฐอเมริกา¹¹

ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในกฎหมายว่าด้วยการปลูกถ่ายอวัยวะ ปี ค.ศ.1997 (Transplantationsgesetz, TPG) in 1997 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในส่วนของนิยามการตายของการบริจาคอวัยวะของบุคคลที่มีชีวิตและบุคคลที่ตายแล้วในบทบัญญัติมาตรา 3 วรรค 2 ข้อ 2¹²

(2) การนำไปซึ่งส่วนใดส่วนหนึ่งของอวัยวะทางร่างกายไม่สามารถกระทำได้หากว่า

1.เป็นที่ปรากฏชัดว่าผู้ที่ถึงแก่ความตายปฏิเสธการนำไปซึ่งอวัยวะหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย

¹⁰ สุภัสสร ภูเจริญศิลป์, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2506) หน้า 56.

¹¹ People v. Mitchell, 132 Cal. App. 3d 389 (Cal. Ct. App. 1982)

¹² Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz - TPG)(1997).§ 3 withdrawal with donor consent
(2) The removal of organs or tissues is inadmissible if

1. the person whose death has been established, the organ or tissue removal had objected,

2. not, is determined prior to the collection in the organ or tissue donor, the final unrecoverable failure of the overall function of the cerebrum, the cerebellum and the brainstem to procedural rules, which correspond to the state of knowledge of medical science.

2.เมื่อมิใช่การนำไปซึ่งอวัยวะจากร่างกายของบุคคลที่มีความประสงค์บริจาคร่างกายหรือ ส่วนหนึ่งส่วนใดหรือบุคคลที่ระบบการทำงานของสมองทั้งหมดล้มเหลวทั้งสมองส่วนใหญ่ (สมองส่วน หน้า หรือ cerebrum) สมองส่วนเล็ก(สมองส่วนท้าย หรือ cerebellum) และก้านสมอง (Spinal cord)

บทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศสมาพันธรัฐสวิสส์นั้นได้กำหนดคำนิยามของ “การตาย” ไว้อย่างชัดเจนใน Federal Act on the Transplantation of Organs, Tissues and Cells ภายใต มาตรา 9¹³ วรรค 1 ว่า “การตายของมนุษย์ หมายถึงการสิ้นสุดการทำงานของระบบสมองทั้งหมด โดยไม่สามารถกลับคืนได้และจบลงด้วยการตายของก้านสมอง”

นอกจากนี้แล้วยังมีพระราชบัญญัติของประเทศออสเตรเลีย เช่นมาตรา 41 ของ HUMAN TISSUE ACT 1982 ได้บัญญัติว่า “บุคคลถึงแก่ความตายเมื่อ

(a) มีการหยุดทำงานของระบบไหลเวียนเลือดในร่างกายที่ไม่สามารถแก้ไขได้

(b) มีการหยุดทำงานที่ไม่สามารถแก้ไขได้ของหน้าที่ (function) การทำงานของสมองตาย ของบุคคล”¹⁴

ส่วนกฎหมายของนิวเซาท์เวลส์ก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะของการนิยามคำว่าตาย เอาไว้ใน Human tissue act 1983 โดยให้ถือว่าบุคคลเสียชีวิตเมื่อ ระบบสมองของบุคคลนั้น หยุดชะงักและไม่สามารถกลับมาทำงานได้อีก หรือ ระบบไหลเวียนเลือดในร่างกายไม่ทำงาน¹⁵

สรุปได้ว่าปัจจุบัน ทั้งทางนิติศาสตร์และทางแพทยศาสตร์ กำหนดให้ภาวะสมองตายเป็นการ ตายในทางกฎหมายของบุคคล ซึ่งตรงกับข้อเท็จจริงทางวิทยาศาสตร์ที่ว่าระบบร่างกายทั้งปวงจะค่อย ๆ สิ้นสุดลงซึ่งการทำงานตามลำดับภายหลังจากที่สมองสิ้นสุดการทำงานลง

2.1.3 ความเหมือนและความแตกต่างระหว่างการตายทางการแพทย์และทางกฎหมาย

ปัญหาการตายทางการแพทย์ที่เรียกว่าสมองตายนี้ได้เกิดขึ้นมาช้านานแล้วและในทาง กฎหมายก็ยังข้อโต้เถียงกันอยู่ตลอดมาว่าการตายทางการแพทย์เช่นนี้ จะถือว่าเป็นการตายทาง กฎหมายด้วยหรือไม่ เพราะหากทางกฎหมายไม่ยอมรับว่าเป็นการตายด้วยโดยถือว่าบุคคลนั้นยังมี ชีวิตอยู่ ก็จะทำให้แพทย์เสี่ยงต่อการถูกกล่าวหาว่ากระทำการที่มีโทษรุนแรง นั่นคือความผิดฐานฆ่า

¹³ “Federal Act on the Transplantation of Organs, Tissues and Cells” (2004).Art. 9 Criteria for death and determination of death

¹⁴Human Tissue Act 1982.

¹⁵ Human tissue act 1983 Part 7 Definition of death, section 33 When death occurs.

ผู้อื่นโดยเจตนา แม้การยุติการช่วยต่อชีวิตผู้ป่วยโดยการถอดเครื่องมือต่าง ๆ ออกจะมีใช่เป็นการลงมือฆ่าโดยตรง แต่แพทย์ก็ยังเสี่ยงต่อการถูกกล่าวหาว่าฆ่าผู้อื่นโดยการละเว้นการกระทำ ในขณะที่ยังมีการโต้แย้งถึงความแตกต่างกันในทางหลักวิชาการแพทย์ซึ่งถือว่าผู้ป่วยสมองตายคือผู้ที่ตายแล้ว ในทางการแพทย์ กับหลักวิชานิติศาสตร์ที่ยังไม่ยอมรับกันว่าการตายโดยอาการสมองตายนั่น เป็นการตายแล้วอย่างแท้จริงกล่าวคือในทางกฎหมายนี้มีหลักถือมาช้านานในการพิสูจน์ความตายของบุคคลก็คือ ต้องตายตามธรรมชาติโดยหมดลมหายใจและหัวใจหยุดเต้นอย่างสิ้นเชิงนั่นเอง ทำให้ผลทางกฎหมายของการตายนี้นี้มีความสำคัญเหมือนกันทั้งในทางการแพทย์และทางกฎหมายเนื่องจากการตายของมนุษย์จะทำให้เกิดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง ที่จะต้องพิจารณาถึงผลทางกฎหมายของการวินิจฉัยเรื่องสมองตายและการจัดการกับศพผู้ตาย เพราะมีความสำคัญในกรณีการนำเอาอวัยวะของผู้ตายไปใช้ในการปลูกถ่ายเพื่อช่วยชีวิตผู้อื่นและความรับผิดชอบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องในกระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะ แต่แตกต่างกันในส่วนที่ว่า การตายทางการแพทย์นั้นจะมีความหมายที่กว้างกว่าการตายทางกฎหมายซึ่งโดยปกติแล้วในทางกฎหมายจะอาศัยเกณฑ์ในการวินิจฉัยทางการแพทย์โดยอิงอยู่กับปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตของมนุษย์สามประการคือ 1) ก้านสมอง¹⁶ของระบบประสาทกลางต้องหยุดทำงาน 2) ระบบไหลเวียนโลหิต (เลือด) หยุดทำงาน ได้แก่ หัวใจหยุดเต้น และ 3) ระบบหายใจ ได้แก่ ปอด ต้องหยุดหายใจ แต่ยังไม่รวมถึงการยอมรับเกณฑ์การวินิจฉัยการตายจากก้านสมองที่ถือว่าการตายหมายความว่าความรวมถึงการที่ก้านสมองไม่สามารถทำงานได้อย่างสิ้นเชิง¹⁷

¹⁶ ก้านสมองคือส่วนล่างของสมองที่เชื่อมต่อกับไขสันหลัง (ส่วนหนึ่งของระบบประสาทส่วนกลางที่อยู่ภายในกระดูกสันหลัง) ก้านสมองมีหน้าที่ในการควบคุมการทำงานของร่างกายที่เป็นระบบอัตโนมัติ และสำคัญกับการมีชีวิต ได้แก่ การหายใจ การเต้นของหัวใจ ความดันโลหิต และการกลืน ก้านสมองจะมีหน้าที่ในการถ่ายทอดข้อมูลไปยังสมอง และจากสมองไปยังส่วนต่างๆ ของร่างกาย จึงมีบทบาทสำคัญในหน้าที่การทำงานหลักของสมอง เช่น การมีสติรู้สึกตัว การรับรู้ และการเคลื่อนไหวร่างกาย ผู้ที่มีภาวะสมองตายจะไม่สามารถฟื้นกลับมา มีสติได้อีก <https://www.honestdocs.co/brain-stem-death-or-brain-death>

¹⁷ สำหรับประเทศไทยเองก็ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4200/2559 ที่นิยามคำว่าตายทั้งในทางการแพทย์และทางกฎหมายได้มีทิศทางไปในแนวเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าคำพิพากษานี้ น่าจะเป็นคำพิพากษานับแรกที่จะระบุถึงการวินิจฉัยความตายของบุคคลในทางกฎหมายอย่างชัดเจน ซึ่งในอดีตที่ผ่านมา การวินิจฉัยว่าบุคคลใดถึงแก่ความตายในทางกฎหมายแล้วหรือไม่ มักเป็นประเด็นในทางวิชาการ ซึ่งตำรากฎหมายส่วนใหญ่ระบุว่าพิจารณาจาก แกนสมองตาย อันเป็นหลักทางการแพทย์ แต่ยังไม่เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ระบุไว้อย่างชัดเจน คำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่า

2.2 แนวความคิดและสถานะทางกฎหมายของศพและอวัยวะและการปลูกถ่ายอวัยวะ

คำว่า "ศพ" หมายความว่าเฉพาะถึงร่างกายของคนตายแล้วเท่านั้นซากของสัตว์ที่ตายแล้วย่อมไม่ใช่ "ศพ" นักกฎหมายหลายท่านพยายามจะวิเคราะห์ว่าจะเอาแนวอะไรมาพิจารณาว่า ศพ เป็น ทรัพย์หรือไม่ ในบางลักษณะนั้น ศพอาจจะเป็นทรัพย์ก็ได้ หรือไม่เป็นทรัพย์ก็ได้ ยกตัวอย่างบรรดา อาจารย์ใหญ่ในโรงเรียนแพทย์ทั้งหลายคือปกตินักศึกษาแพทย์จะมีอาจารย์ใหญ่ก็คือศพนั่นเอง สำหรับศพนั้นทางโรงเรียนแพทย์จัดให้นักศึกษาไปศึกษา ไปผ่าไปชำแหละเพื่อศึกษาในเรื่องสรีระวิทยาว่าอวัยวะส่วนไหนมีความสำคัญอย่างไร ชื่ออะไร อยู่ตรงไหน ประสาท กล้ามเนื้อ เส้นโลหิตต่าง ๆ เชื่อมต่อกันอย่างไร กระดูกชิ้นไหนอยู่ส่วน ตรงไหน เป็นต้น เพื่อประโยชน์ในการที่จะรักษาผู้ป่วยจริง ๆ ถ้ามีการซื้อศพมาศึกษา เช่นนี้ ศพ ก็เป็นทรัพย์เพราะมีราคาและอาจถือเอาได้

ส่วนอวัยวะของคนจะเป็นทรัพย์หรือทรัพย์สินหรือไม่ อวัยวะของคนในขณะที่ประกอบเป็น ร่างกายมนุษย์คงไม่ใช่ทรัพย์สิน เพราะไม่อาจจะถือเอาได้ หากไปตัดเอาไปขายทำให้เขาแขนหักขาหักไม่ใช่เป็นการทำให้เสียทรัพย์ แต่อย่างไรก็ตามอาจจะมีการแยกอวัยวะออกมาได้เป็น ส่วน ๆ เช่นสุภาพสตรีที่มีผมยาวสวยอาจจะไปตัดขายเพื่อทำเป็นวิก ทำเป็นผมมวยปลอมให้คนอื่น ประดับตกแต่งได้ กรณีนี้เป็นที่ยอมรับกันได้ว่า ส่วนที่ตัดออกไปนั้นอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ก็ น่าจะเป็นทรัพย์ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในโลกที่มีวิทยาการทางการแพทย์ก้าวหน้าขึ้น การขายอวัยวะ เช่น ไต หัวใจ หรืออวัยวะอื่น ๆ เพื่อการปลูกถ่ายในคนที่เจ็บป่วยหรืออวัยวะพิการ การซื้อขายกัน เช่นนั้นเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งเป็นปัญหาอีกเรื่องหนึ่ง ถ้ามีกฎหมายห้ามก็ทำไม่ได้ เช่น

ศาลฎีกายอมรับเอาหลักการแพทย์มาวินิจฉัยความตายของบุคคลในทางกฎหมายอย่างเป็นทางการ โดยอ้างอิงจากประกาศของแพทยสภา อันเป็นองค์วิชาชีพของแพทย์ตามกฎหมาย ซึ่งทาง ผู้เขียนเห็นด้วยอย่างยิ่งกับคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ดังนั้น เชื่อได้ว่า การวินิจฉัยความตายของ บุคคลในทางกฎหมายด้วยเรื่อง แกนสมองตาย ย่อมได้รับการรับรองแล้ว โดยสังเกตข้อความตอนหนึ่ง ในคำพิพากษาฉบับนี้ที่ศาลฎีกาอ้างถึง พ.ร.บ.การทะเบียนราษฎร พ.ศ.2534 ในส่วนที่ระบุว่า “แพทย์ เป็นผู้วินิจฉัยการตาย” ในมุมหนึ่งอาจมองได้ว่าเป็นการตีความกฎหมายเพื่อเปิดช่องให้นำหลัก ทางการแพทย์เข้ามาใช้กับหลักการทางกฎหมายได้อย่างราบรื่นนั่นเองด้วยผลของคำพิพากษาศาล ฎีกาฉบับนี้ การที่แพทย์นำอวัยวะออกไปจากร่างกายของบุคคลที่อยู่ในภาวะสมองตายแล้ว ย่อมไม่ เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 เพราะบุคคลนั้นถึงแก่ ความตายไปแล้วก่อนที่จะได้นำอวัยวะออกไปนั่นเอง

ในอเมริกา ก็เป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย อวัยวะเป็นเรื่องของทรัพย์สินนอกพาณิชย์ไม่สามารถที่จะซื้อขายแลกเปลี่ยนกันได้

สรุปแล้ว ร่างกายของมนุษย์ไม่เป็นทรัพย์สินแม้แต่ส่วนที่ขาดหลุดจากร่างกายของหรือศพมนุษย์ก็ไม่เป็นทรัพย์สินเช่นเดียวกัน ศพจะกลายเป็นทรัพย์สินก็ต่อเมื่อมีผู้ถือเอา¹⁸ และศพหรืออวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดของผู้ตายไม่น่าจะเป็นมรดก เพราะไม่ใช่ทรัพย์สินของผู้ตาย เพราะเกิดจากการตายของผู้ตาย หรือถึงจะเป็นทรัพย์สินของผู้ตายขายให้บุคคลอื่นก่อนตาย ก็ยังไม่ใช่ทรัพย์สินมรดกเพราะเกิดจากการตายของผู้ตาย แต่เงินที่ได้จากการขายศพหรือสิทธิที่ได้รับเงินจากการขาย รวมทั้งหนี้ส่งศพหรืออวัยวะของผู้ตาย เป็นสิทธิหน้าที่ของผู้ตายก่อไว้ประการหนึ่ง จึงตกทอดเป็นมรดกได้ อย่างไรก็ตาม แม้ศพจะไม่ใช่มรดกผู้ตายก็อาจทำพินัยกรรมยกศพให้ใครก็ได้เพราะพินัยกรรมอาจกำหนดการเผื่อตายในการต่างๆ อันจะก่อให้เกิดผลบังคับในทางกฎหมายได้เพื่อคนตาย¹⁹ ซึ่งทรัพย์สินในความหมายของกฎหมายอาญา หมายความว่า ศพหรือส่วนของศพด้วย แต่ไม่หมายถึงร่างกายหรือส่วนของร่างกายของมนุษย์ที่ยังมีชีวิตอยู่ แต่ปัญหาเรื่องดังกล่าวมาทั้งหมดนี้จะเกี่ยวพันไปถึงการครอบครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาเจตจำนงในการครอบครองว่ามีหรือไม่เฉพาะในกรณีนี้นั้น²⁰

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ให้คำนิยามเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สินไว้ดังนี้

มาตรา 137 บัญญัติไว้ว่า “ทรัพย์สินหมายความว่า วัตถุที่มีรูปร่าง”²¹

มาตรา 138 บัญญัติไว้ว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่า รวมทั้ง ทรัพย์สิน และ วัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคา และ อาจถือเอาได้”²²

จากความหมายของคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สินตามมาตราดังกล่าว จะเห็นได้ว่าสิ่งใดจะเป็นทรัพย์สินและทรัพย์สินตามความหมายของกฎหมายจะต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญรวม 3 ประการด้วยกัน หากขาดลักษณะหนึ่งลักษณะใดไปก็จะเป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สิน ลักษณะดังกล่าว ได้แก่

1. เป็นวัตถุมีรูปร่างหรือวัตถุไม่มีรูปร่างก็ได้ คำว่า “วัตถุมีรูปร่าง” หมายถึง สิ่งที่มีมองเห็นได้ด้วยตาและสามารถหยิบ จับ หรือถือได้เพราะสิ่งต่างๆ เหล่านั้นประกอบขึ้นด้วยโมเลกุลซึ่งเป็น

¹⁸ จิตติ ดิงศภัททิย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 3 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539), หน้า 2266-2267.

¹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2537), หน้า 25-26.

²⁰ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2545), หน้า 227.

²¹ มาตรา 137 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²² มาตรา 138 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แหล่งกำเนิดของสสาร ทำให้เราสามารถมองเห็นรูปร่างลักษณะได้ เช่น กระเป๋ากปากกา แก้วน้ำ โต๊ะเก้าอี้ รถ บ้านเรือน เป็นต้น มีข้อสังเกตเกี่ยวกับเรื่อง “กระแสไฟฟ้า” ซึ่งเราไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า แต่กระแสไฟฟ้าประกอบขึ้นด้วยอนุภาคต่างๆ ที่ก่อให้เกิดเป็นกระแสไฟฟ้า อนุภาคนี้นั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง ดังนั้น กระแสไฟฟ้าจึงถือว่าเป็นวัตถุที่มีรูปร่างอันจัดว่าเป็นทรัพย์สินตามกฎหมาย ดังนั้น ผู้ใดลักกระแสไฟฟ้าใช้จึงมีความผิดฐานลักทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา คำว่า “วัตถุไม่มีรูปร่าง” หมายถึง สิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ไม่สามารถสัมผัส หยิบหรือจับได้ เช่น พลังงานน้ำตก พลังงานปรมาณู พลังลม แก๊ส เป็นต้น

2. วัตถุนั้นอาจมีราคาได้ คำว่า “อาจมีราคาได้” หมายถึง วัตถุนั้นมีคุณค่าอยู่ในตัวของมันเอง กล่าวคือ ของบางอย่างถึงแม้จะไม่มีราคาที่จะซื้อขายกันในท้องตลาด แต่หากมีคุณค่าทางจิตใจของบุคคลหนึ่งบุคคลใดแล้วย่อมถือว่าเป็นวัตถุนั้นอาจมีราคาได้ เช่น กระดุกของบรรพบุรุษ ศพของบุพการี เลือดของมนุษย์ ชื่อสกุล เป็นต้น

3. วัตถุนั้นอาจถือเอาได้ คำว่า “อาจถือเอาได้” หมายถึง การที่มนุษย์สามารถเข้าห้วงแหวนหรือเข้ายึดถือเอาเป็นเจ้าของได้ เช่น ที่ดิน บ้านเรือน รถยนต์ เงินตรา เป็นต้น สำหรับสิ่งที่มนุษย์ยังไม่สามารถเข้าถือเอาได้ เช่น ก้อนเมฆ ดวงจันทร์ ดวงดาว เหล่านี้ไม่ถือเป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สินนอกจากนี้ คำว่า “อาจถือเอาได้” มิได้หมายถึงเฉพาะสิ่งของที่บุคคลอาจหยิบ จับ หรือถือเอาได้อย่างจริงจังเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงสิ่งที่ไม่รูปร่างซึ่งบุคคลสามารถแสดงอาการหวงห้าม หวงแหวนหรือยึดถือไว้เพื่อตน และห้ามมิให้บุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นได้อีกด้วย เช่น บรรดาสิทธิต่างๆ ที่บุคคลพึงมีพึงได้ตามกฎหมาย อันได้แก่ กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน ลิขสิทธิ์ สิทธิในเครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร เป็นต้น

ดังนั้นผู้เขียนจึงสรุปว่า เมื่อบุคคลเสียชีวิตแล้วศพหรืออวัยวะของศพนั้นจะมีสถานะเป็นทรัพย์สินได้ก็ต่อเมื่อพิจารณาได้ว่า ศพหรืออวัยวะของศพนั้นต้องมีผู้ถือเอา หวงแหวนประสงค์จะยึดถือเป็นของตนเพื่อประโยชน์อื่นใดก็ตาม ก็ต้องถือว่าศพหรืออวัยวะของศพนั้นเป็นทรัพย์สิน แต่ทรัพย์สินตามความหมายนี้นั้นเป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์ไม่สามารถนำมาหมุนเวียนเปลี่ยนมือซื้อขายกันในท้องตลาดได้

2.3 หลักเกณฑ์ขั้นตอนของการปลูกถ่ายอวัยวะ

ในอดีต มนุษย์อาจมีจินตนาการว่าหากอวัยวะในร่างกายทำงานไม่ได้จากโรคร้ายต่าง ๆ จะมีวิธีที่สามารถเปลี่ยนอวัยวะได้เหมือนการเปลี่ยนชิ้นส่วนของเครื่องยนต์ ซึ่งการปลูกถ่ายอวัยวะได้สำเร็จครั้งแรกในศตวรรษที่ 20 เป็นผลงานการผ่าตัดปลูกถ่ายเปลี่ยนตับของ นพ.โจเซฟ อี. เมอร์เรย์ (Dr. Joseph E. Murray) เมื่อวันที่ 23 ธันวาคม พ.ศ.2497เป็นการขยายพรมแดนทางการแพทย์ให้

ก้าวล้ำไปอีกขั้นหนึ่ง รวมทั้งก่อให้เกิดคำถามต่อเรื่องจริยธรรมของเทคนิควิทยาการนี้ด้วยการปลูกถ่ายอวัยวะนั้นจำเป็นต้องได้จากผู้ให้อวัยวะหรือผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่หรือเป็นผู้ที่ได้รับการวินิจฉัยว่าสมองตาย แล้ว แต่เนื่องจากภูมิหลังทางสังคมที่ทำให้แต่ละสังคมมีทัศนคติต่อการบริจาคอวัยวะแตกต่างกันไป ทำให้จำนวนผู้ที่บริจาคอวัยวะมีจำนวนจำกัดสวนทางกับความต้องการที่มีจำนวนมากทำให้เกิดปัญหาอีกเรื่องหนึ่งคือ การกำหนดความตายของคนไข้กลุ่มที่ไม่ตาย แต่ก็ไม่สามารถฟื้นได้ โดยระบุสถานะของการตายว่าสมองตาย เพื่อการนำเอาอวัยวะไปใช้ในการเปลี่ยนหรือปลูกถ่ายให้ผู้ป่วยที่ต้องการ จึงทำให้มีความพยายามนิยามให้คนไข้ตายเร็วขึ้น โดยกำหนดจากการหยุดทำงานของสมองบางส่วนแม้ว่าร่างกายหรืออวัยวะอื่นๆ อาจทำงานต่อไปได้ด้วยเครื่องยัดชีวิตต่างๆ อาทิ เครื่องช่วยหายใจ สายให้อาหาร²³

2.3.1 ความหมายของการปลูกถ่ายอวัยวะ

การปลูกถ่ายอวัยวะ หรือที่เรียกกันในภาษาอังกฤษว่า “Organ Transplantation” หมายความว่า การเอาอวัยวะหนึ่งไปเย็บติดหรือเอาไปแทนที่ (Replacement) อวัยวะหนึ่งในร่างกาย ซึ่งอาจจะใช้อวัยวะของคนๆ เดียวกันหรือใช้อวัยวะของผู้อื่นหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นการผ่าตัดนำอวัยวะที่ดีไปใช้แทนอวัยวะส่วนที่เสียหายหรือชำรุดสามารถกระทำได้ในบุคคลคนเดียวกันหรือต่างบุคคล เพื่อช่วยชีวิตผู้ป่วยในระยะสุดท้ายให้สามารถดำรงชีวิตอยู่ต่อไปได้

โรคต่างๆ ที่เกิดขึ้น ทำให้เกิดพยาธิสภาพในอวัยวะต่างๆ จนอาจถึงกับทำให้อวัยวะนั้นๆ ไม่สามารถทำงานได้ตามปกติ หรืออาจจะไม่ทำงานเลย ทำให้เกิดอันตรายต่อร่างกาย เช่น มีของเสียคั่งหรือร่างกายขาดสารสำคัญต่อการดำรงชีพ หรือเสียการทำงานของอวัยวะสำคัญ เช่น หัวใจและปอด เป็นต้น ถ้าภาวะดังกล่าวเป็นไม่มากนัก แพทย์อาจให้การรักษา โดยการช่วยเสริมการทำงานของอวัยวะนั้น เช่น ใช้เครื่องไตเทียมในการช่วยขับของเสียในร่างกายของผู้ป่วยโรคไตวายเรื้อรัง หรือให้ยากระตุ้นให้หัวใจของผู้ป่วยบีบตัวได้ดีขึ้น หรืออาจรักษาโดยการให้สารทดแทนส่วนที่ขาดไป เมื่ออวัยวะนั้นไม่ทำงาน เช่น การให้เม็ดเลือดแดงในผู้ป่วยโรคไขกระดูกที่ไม่สามารถผลิตเม็ดเลือดแดงได้ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การรักษาด้วยวิธีการดังกล่าวนี้ มักได้ผลไม่ดurable และจำเป็นต้องรักษา

²³ สุพรรณรณ์ กิจบรรยงเลิศ, การให้คุณค่าและความเชื่อเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ และบทบาทพยาบาล ในการส่งเสริมการตัดสินใจของครอบครัวผู้ป่วยที่มีโอกาสบริจาคอวัยวะ ตามการรับรู้ของครอบครัวและพยาบาล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2557) หน้า 2.

ตลอดไปเป็นเวลานาน ดังนั้นการรักษาที่น่าจะได้ผลดีที่สุดคือ การเปลี่ยนเอาอวัยวะ ที่ทำงานได้ไม่ดี ออกไป แล้วนำอวัยวะใหม่ที่ทำงานเป็นปกติใส่เข้าไปแทนที่ ซึ่งเรียกว่า การปลูกถ่ายอวัยวะ²⁴

ในทางทฤษฎีนั้น แพทย์สามารถปลูกถ่ายอวัยวะแทบทุกส่วนของร่างกาย แต่การปลูกถ่ายอวัยวะบางอย่างยังทำได้ยาก และได้ผลไม่ดีนัก การปลูกถ่ายอวัยวะที่สามารถทำได้ผลดีในปัจจุบัน และนิยมกระทำกันอย่างแพร่หลาย คือ การปลูกถ่ายไต ตับ ไชกระดูก หัวใจ ปอด ลำไส้ และตับอ่อน เป็นต้น ปัจจุบันอวัยวะที่ใช้รักษาผู้ป่วยเหล่านี้ ไม่สามารถสร้างหรือประดิษฐ์ขึ้นมาได้ ต้องได้รับบริจาคจากผู้อื่นเท่านั้น อวัยวะบริจาคนี้ได้มาจากผู้บริจาค 2 กลุ่ม กลุ่มแรกคือ ผู้บริจาคที่มีชีวิต อวัยวะที่สามารถบริจาคได้คือ ไตและตับ ผู้บริจาคกลุ่มนี้ต้องเป็นญาติหรือคู่สมรสของผู้บริจาคอวัยวะเท่านั้น หากผู้รออวัยวะไม่มีญาติหรือคู่สมรสที่สามารถบริจาคให้กันได้ เช่น หมู่เลือดเข้ากันไม่ได้ เนื้อเยื่อของอวัยวะเข้ากันไม่ได้ ผู้บริจาคมีร่างกายไม่สมบูรณ์ ฯลฯ ก็ต้องรออวัยวะจากผู้บริจาคกลุ่มที่สองคือ ผู้ที่บริจาคที่เสียชีวิตจากสมองตายซึ่งในขณะที่สมองตายแต่หัวใจยังเต้นอยู่ อวัยวะอื่น ๆ เช่น ไต ตับ ปอด ยังทำงานได้อีกกระยะหนึ่ง

2.3.2 ผู้ที่มีโอกาสเป็นผู้บริจาคอวัยวะ (organ donor)

การผ่าตัดอวัยวะออกจากคนตายไปทำการปลูกถ่ายต้องเป็นกรณีที่เจ้าของอวัยวะที่บริจาค เสียชีวิตแล้วดังนี้

(1). Non-Heart Beating Cadaveric Donor เป็นผู้ที่เสียชีวิตและหัวใจหยุดเต้นแล้วจึงสามารถใช้อวัยวะได้บางอย่างเท่านั้น เช่น กระดูก, ลันหัวใจ

(2). Heart Beating Cadaveric Donor เป็นผู้ที่เสียชีวิตจากภาวะสมองตาย (Brain Death) ร่างกายของผู้เสียชีวิตจึงมีการไหลเวียนของโลหิต หัวใจจึงยังทำงานอยู่

ผู้บริจาคส่วนใหญ่เกิดภาวะสมองตายจากอุบัติเหตุ หรือเลือดออกในสมองอย่างเฉียบพลัน ทีมแพทย์และพยาบาลที่ดูแลผู้ป่วยอยู่เป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการขอบริจาคอวัยวะจาก ครอบครัว ผู้ป่วยการแจ้งสภาพผู้บริจาคมายังศูนย์รับบริจาคอวัยวะแต่เริ่มต้นโดยเคลื่อนย้ายผู้ป่วยเข้ารับ การดูแลในหอผู้ป่วยหนัก (ICU) เพื่อให้แน่ใจได้ว่าผู้บริจาคจะได้รับการประคับประคองสภาพให้ดีที่สุด เพื่อให้อวัยวะอยู่ในสภาพสมบูรณ์เมื่อนำไปปลูกถ่ายให้ผู้รอรับ มิฉะนั้นอาจจะเป็นผลร้ายต่อผู้รับอวัยวะ ได้เนื่องจาก ผู้ป่วยกลุ่มนี้อาจเกิดภาวะเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา จึงจำเป็นต้องได้รับการดูแล

²⁴ สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน เล่มที่ 20, เรื่องที่ 10 การปลูกถ่ายอวัยวะ, คำนวณที่ 1 กันยายน 2560 จาก

<http://saranukromthai.or.th/sub/book/book.php?book=20&chap=10&page=t20-10-infodetail01.html>.

อย่างใกล้ชิด และการแจ้งศูนย์รับบริจาคอวัยวะก่อน จะทำให้ มีเวลามากขึ้นในการติดต่อประสานงาน กับทีมผ่าตัด นำอวัยวะออกได้มากขึ้น ได้ติดต่อหาผู้รับอวัยวะที่เหมาะสมที่สุด และเป็นโอกาสที่ศูนย์รับบริจาคอวัยวะ จะได้ร่วมประเมินสภาพความเหมาะสมของผู้บริจาคด้วย²⁵

หากมีการค้นหาผู้ที่มีโอกาสเป็นผู้บริจาค (potential donor) ให้ได้มากที่สุดย่อมทำให้ มีโอกาสได้รับผู้บริจาคที่แท้จริง (actual donor) มากขึ้นซึ่งผู้บริจาคที่แท้จริง ที่ศูนย์รับบริจาคอวัยวะ ได้รับบริจาคประมาณร้อยละ 70 มีสาเหตุการเสียชีวิตจากอุบัติเหตุ (trauma) แต่นอกจากผู้ป่วยกลุ่มนี้แล้วผู้ที่มีโอกาสเป็นผู้บริจาค อาจอยู่ที่หอผู้ป่วยอื่นๆ เช่น ไอซียูอายุรกรรม หอผู้ป่วยอายุรกรรม หอผู้ป่วยอายุรกรรมประสาท รวมทั้งหอผู้ป่วยเด็กด้วยได้เช่นกัน

สาเหตุหลักการเสียชีวิตของผู้บริจาคอวัยวะมีดังนี้

1. สมอกระแทกกระเทือนหรืออาการบาดเจ็บในสมอง (Cerebral trauma)
2. เลือดออกในสมอง (Intracranial hemorrhage)
3. เส้นเลือดในสมองตีบ-แตก-ตัน (Cerebrovascular accidents)
4. เนื้องอกในสมอง (ที่ไม่ติดต่อกับโพรงในสมอง) (Primary brain tumor (No VP shunt))
5. ฆ่าตัวตาย (ปืน, แขว่นคอ) (Suicide (gun shot, hanging))
6. การขาดออกซิเจนในสมองจากทางเดินหายใจและระบบหัวใจล้มเหลว เช่น จมน้ำ, ชักเกร็ง เป็นต้น (Brain hypoxia จาก respiratory & cardiac arrest)

ดังนั้นการผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกหากกระทำลงในช่วงเวลาที่ยังไม่แน่ชัดว่าเจ้าของอวัยวะถึงแก่ความตายแล้วหรือไม่ ปัญหายุ่งยากทางด้านกฎหมายก็จะเกิดขึ้นทันที เพราะการนำอวัยวะใด ๆ ออกจากร่างกายของบุคคลที่ยังไม่ตายนั้นเป็นสาเหตุที่ทำให้บุคคลนั้นถึงแก่ความตายหรือร่างกายได้รับอันตรายบาดเจ็บสาหัสได้ ซึ่งจะทำให้มีความผิดทางอาญฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา หรือ ทำร้ายผู้อื่นจนถึงแก่ความตายหรือ ทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนได้รับอันตรายสาหัส

2.4 หลักเสรีนิยม (principle of autonomy) หรือหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Autonomy of will)

หลักเสรีนิยม (principle of autonomy) เป็นแนวคิดที่เคารพอิสระในการแสดงเจตนาของบุคคลโดยเห็นว่า บุคคลที่มีความสามารถสมบูรณ์ย่อมมีอิสระที่จะกระทำการด้วยตนเอง トラบเท่าที่

²⁵ ศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย, คู่มือการดูแลผู้บริจาคอวัยวะที่มีภาวะสมองตาย และประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะ, (กรุงเทพมหานคร, 2560), หน้า 25.

การกระทำนั้นไม่รบกวนหรือแทรกแซงสิทธิของบุคคลอื่น โดยผลของหลักเสรีนิยมเป็นเหตุให้เกิดแนวคิดทางกฎหมายและสิทธิมนุษยชนอื่นตามมาหลายประการ เช่น สิทธิในการกำหนดชีวิตของตนเอง (right to self-determination) การกำหนดกฎทางศีลธรรมในทางอัตวิสัยใช้เฉพาะกับตนเอง (subjective moral law)²⁶

2.4.1 ความหมายของหลักเสรีนิยม (principle of autonomy)

อัตตาณัติหรือ“ความเป็นผู้กำหนดตนเอง”หรือในภาษาอังกฤษเรียกว่า autonomy²⁷ ซึ่งรากของคำว่า autonomy”คือคำในภาษากรีกว่า autos ซึ่งแปลว่า ตนเอง กับคำว่า nomos ซึ่งแปลว่า กฎ จึงมองได้ว่าต้องเกี่ยวกับเรื่องความเป็นอิสระอย่างเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งคำว่า “autonomy” มีความหมายตรงกันข้ามกับคำว่า heteronomy (คำว่า heteros ในภาษากรีกแปลว่า ผู้อื่น หรือ other คำหลังหมายความว่าอย่างกว้างๆ ถึงการที่บุคคลหนึ่งตกอยู่ภายใต้กฎหรืออำนาจนิติของผู้อื่น ดังนั้นจึงไม่ได้กระทำอะไรเป็นอิสระอย่างแท้จริง นั่นหมายความว่าเรื่อง “อัตตาณัติ” ดังกล่าวนี้นี้มีความสัมพันธ์เป็นอย่างมากกับเรื่อง “อิสรภาพ” (freedom)²⁸ เมื่อพิจารณาเชื่อมโยงกับเรื่องอิสรภาพแล้ว หลักเสรีนิยมจะมีฐานะเป็นคุณค่าสำคัญ (value) ที่พึงปรารถนาอย่างไม่อาจปฏิเสธได้ เนื่องจากหากปฏิเสธไปแล้ว ก็ดูเหมือนจะทำให้เราต้องยอมรับสภาวะที่ตรงกันข้าม ได้แก่ ความสำเร็จ อิสรภาพ ความจำยอม หรือการตกอยู่ใต้การข่มเหง (oppression)

หลักเสรีนิยมที่มีบทบาทอยู่ในข้อถกเถียงทางปรัชญาต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นในทางจริยศาสตร์หรือปรัชญาการเมืองนั้น มีความแตกต่างกันหลากหลาย ซึ่งสามารถแยกให้เห็นอย่างกว้างๆ เป็นสองแบบ ดังนี้ (1) เสรีนิยมเชิงจริยธรรม (moral autonomy) โดยทั่วไปแล้วหมายถึงความสามารถที่จะออกกฎทางจริยธรรมที่เป็นสากล (objective moral law) ให้กับตนเองซึ่งอิมมานูเอล คานต์ถือว่าสิ่งนี้เป็นพื้นฐานที่สำคัญที่สุดของจริยธรรม (2) เสรีนิยมส่วนบุคคล (personal autonomy) หมายถึงคุณลักษณะซึ่งบุคคลได้แสดงออกมาในมิติต่างๆ ของชีวิต อันสะท้อนถึงการเป็นผู้กำกับกับการตัดสินใจต่างๆ ของตัวเอง นอกเหนือจากการตัดสินใจทางจริยธรรม

²⁶ JENS TIMMERMANN, *Kant's Groundwork of the Metaphysics of Morals*, (United States of America: Cambridge University Press, New York, 2007), p72.

²⁷ Autonomy ความหมายทางภาษาอังกฤษคือ ความต้องการที่จะปกครองตนเอง, การกระทำโดยอิสระ, การรู้จักควบคุมตนเอง, ความเป็นอิสระและเป็นตัวของตัวเอง

²⁸เรื่อง อัตตาณัติ(Autonomy),สารานุกรมปรัชญาออนไลน์ฉบับสังเขป สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) สนับสนุนโครงการ,สืบค้นเมื่อวันที่ 1 สิงหาคม 2560 จาก <http://www.parst.or.th/philospedia/autonomy.html>

หลักเสรีนิยมมีองค์ประกอบอยู่ 2 ส่วนด้วยกันคือ (1) การใคร่ครวญตัดสินใจเลือกที่เป็นอิสระจากการควบคุมจัดการ (manipulation) ของบุคคลอื่น และ (2) ความสามารถในการปกครองตนเอง หัวใจอยู่ที่องค์ประกอบส่วนที่สอง องค์ประกอบส่วนที่สองจะมีได้ก็ต่อเมื่อมีองค์ประกอบแรกอยู่ก่อน บุคคลใดจะปกครองตนเองได้ บุคคลนั้นต้องอยู่ในฐานะที่จะกระทำบางอย่างได้ด้วยความสามารถของตนเองและด้วยความปรารถนาที่เข้าใจได้ว่าเป็นของเขาเอง ด้วยเหตุนี้ ทำให้มีผู้เสนอเงื่อนไขในการพิจารณาว่าคนหนึ่งเป็นผู้กำหนดตนเองหรือไม่ไว้ 2 เงื่อนไขด้วยกัน เงื่อนไขแรกเรียกว่า “เงื่อนไขเรื่องความสามารถ” (competency conditions) ซึ่งจะประกอบไปด้วยเงื่อนไขเกี่ยวกับการคิดได้อย่างมีเหตุผล ผล การควบคุมตนเองได้ การไม่เจ็บป่วยจนไร้ความสามารถ การที่ไม่ได้อยู่ในภาวะหลอกตนเอง เป็นต้น ส่วนเงื่อนไขที่สองเรียกว่า “เงื่อนไขเรื่องความเป็นตัวของตัวเองอย่างแท้จริง” (authenticity conditions) อันได้แก่บรรดาความสามารถของบุคคลในการคิดทบทวนและเลือกความปรารถนาตลอดจนคุณค่าต่างๆ ของตนอย่างที่ตนปรารถนาจริงๆ

2.4.2 หลักการเสรีนิยมในทางกฎหมายการแพทย์

เป็นแนวคิดที่มีวิวัฒนาการมานานมาแล้วคือ “มนุษย์ทุกคนที่เป็นผู้บรรลุนิติภาวะและมีสติสัมปชัญญะที่สมบูรณ์มีสิทธิที่จะกำหนดชีวิตของตัวเองว่าจะให้ปฏิบัติอย่างไรต่อร่างกายของมนุษย์ผู้นั้นและ ศัลยแพทย์ได้ผ่าตัดไปโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย ศัลยแพทย์ผู้นั้นมีความผิดฐานทารุณร่างกาย ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น” นี่คือคำพิพากษาของ Benjamin Cardozo ในกรณีของ *Mary Schloendorff v Society of New York Hospital*²⁹ นับแต่ที่ได้มีบรรทัดฐาน (precedent) ในคำพิพากษาดังกล่าว หลักการเสรีนิยมจึงได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายการแพทย์ที่สำคัญ จึงเป็นที่มาของแนวทางปฏิบัติในเรื่องการให้ความยินยอมของผู้ป่วยที่จะรักษาพยาบาล (patient's consent to treatment) และที่จะไม่รักษาพยาบาล (consent to refuse treatment) เพราะเหตุที่ว่ามนุษย์มีสิทธิที่จะควบคุมและกำหนดชีวิตของตัวเองไม่ให้บุคคลอื่นทำสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา เว้นแต่ว่าสิ่งที่มนุษย์พึงประสงค์นั้นเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

เมื่อกล่าวถึงหลักเสรีนิยมที่เคารพความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาที่จะกำหนดชะตาชีวิตของตนเอง (principle of self-determination) หลักกฎหมายที่ใช้กำหนดกรอบการใช้หลักเสรีนิยมหลักหนึ่ง คือ หลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (principle of human dignity)

²⁹ *Mary Schloendorff v Society of New York Hospital*, (New York Court of Appeals, 1914)

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) หมายถึง คุณสมบัติ จิตใจ สิทธิเฉพาะตัวที่พึงสงวนของมนุษย์ทุกคน และรักษาไว้มิให้บุคคลอื่นมาล่วงละเมิดได้ การถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการคุ้มครองและได้รับความยุติธรรมจากรัฐ

ในกรอบข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ หลายฉบับเป็นผลให้เป็นที่มาของแนวคิดทางกฎหมายการแพทย์ เป็นต้นว่า

สมาคมการแพทย์โลก (World Medical Association) ได้ประกาศปฏิญญาเฮลซิงกิ(Declaration of Helsinki) เมื่อเดือนมิถุนายน 1964 ในมาตรา 11³⁰ บัญญัติว่าแพทย์ผู้เข้าร่วมงานวิจัยทางการแพทย์มีหน้าที่ต้องคุ้มครองชีวิต, สุขภาพ, ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, สิทธิที่จะกำหนดชีวิตตัวเอง, ความเป็นส่วนตัวและความลับในข้อมูลส่วนบุคคลของวัตถุในงานวิจัย”

สภายุโรป (Council of Europe) ได้ตกลงจัดทำอนุสัญญาสำหรับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับการประยุกต์ใช้ชีววิทยาและการแพทย์(Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine) โดยกล่าวยอมรับในอารัมภบท(preamble) ถึงความสำคัญของความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นชนิดพันธุ์แห่งมนุษยชาติ (human species) และยอมรับในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ชาติ (dignity of human beings) นอกจากนั้นยังได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ของอนุสัญญาเป็นหลักการว่า “ประเทศภาคีทุกประเทศต้องยอมรับความศักดิ์สิทธิ์และความสมบูรณ์ของมนุษยชาติและให้หลักประกันว่ามนุษย์ทุกคนจะยอมรับในความสมบูรณ์เหล่านั้นและสิทธิอื่น ๆ รวมถึงเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับการประยุกต์ใช้ชีววิทยาและการแพทย์ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ”³¹

สหประชาชาติได้กล่าวถึงเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของมนุษยชาติไว้ในคำปฏิญญาของ UNESCO ว่าด้วยเรื่องพันธุกรรมของมนุษย์และสิทธิมนุษยชน มาตรา 2 ว่า “มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับศักดิ์ศรีของมนุษย์ผู้นั้นโดยไม่คำนึงถึงลักษณะทางพันธุกรรมของพวกเขาและเคารพความเป็นเอกลักษณ์และความหลากหลายของพวกเขา”³²

³⁰Declaration of Helsinki (2008) .

³¹Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Article 1 – Purpose and object.

³²“UNESCO Declaration on the Human Genome and Human Rights”, § Article 2 (1997).

2.4.3 สาระสำคัญของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในทัศนะของกฎหมายการแพทย์³³

(1) การปฏิบัติต่อมนุษย์ไม่ว่าในสถานะใดต้องปฏิบัติในลักษณะที่ผู้นั้นเป็นมนุษย์จะทำกับผู้นั้นเสมือนว่าเป็นสัตว์ไม่ได้ ไม่ว่ามนุษย์นั้นจะมีสถานะทางสังคมอย่างไร เช่น เป็นผู้ต้องหา เป็นนักโทษ เป็นคนไม่มีที่พักอาศัย (homeless) อาทิเช่น การให้อาหารมนุษย์ต้องไม่โยนหรือเทลงพื้น หรือการลงโทษจากคุกต้องไม่ล่ามโซ่หรือเฆี่ยนตีเหมือนกับเป็นสัตว์

(2) แม้มนุษย์จะมีสิทธิกำหนดชะตาชีวิตของตนเอง (right to self-determination) แต่สิทธิดังกล่าวก็ต้องถูกจำกัดภายใต้หลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ด้วย ดังนั้น มนุษย์จะใช้สิทธิกำหนดชะตาชีวิตของตนเองให้ขัดต่อหลักดังกล่าวไม่ได้

(3) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิที่สละไม่ได้ (inalienable right) หมายถึงสิทธิความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลเป็นสิทธิที่ติดตามตัวมนุษย์แต่ละคนมาแต่กำเนิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติรับรองอีก ไม่ใช่สิทธิที่เกิดขึ้นเพราะกฎหมาย ดังนั้น มนุษย์จะสละสิทธิในฐานะที่เป็นมนุษย์ด้วยการตกลงข้อความฝ่าฝืนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้

ผู้เขียนได้ศึกษาการเคารพอธิปไตย (respect for autonomy) ที่อยู่ในส่วนหลักจริยศาสตร์สำหรับใช้ในการพิจารณาตัดสินใจประเด็นจริยธรรมสภาการพยาบาลกำหนดให้พยาบาลวิชาชีพในประเทศไทย และสภาการพยาบาลสากล (International Council of Nurses: ICN) กำหนดให้พยาบาลวิชาชีพทั่วโลกปฏิบัติงานบนพื้นฐานของจรรยาบรรณวิชาชีพการพยาบาล (Codes of Ethics for Nurses) ซึ่งสามารถนำมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาตัดสินใจประเด็นข้อขัดแย้งทางจริยธรรมได้ มาประกอบการศึกษาในเรื่องการตัดสินใจของผู้บริจาคอวัยวะในการให้ความยินยอมแสดงเจตจำนงล่วงหน้าว่าต้องการบริจาคอวัยวะหลักจรรยาบรรณวิชาชีพมี 6 ประการดังนี้

1. การทำประโยชน์ (beneficence หรือ do good) คือการคำนึงถึงว่าสิ่งที่จะปฏิบัติต่อผู้ป่วยนั้นเป็นสิ่งที่จะทำให้ประโยชน์ต่อผู้ป่วย
2. การไม่ทำอันตราย (nonmaleficence หรือ do no harm) คือยึดถือว่าสิ่งที่จะปฏิบัติต่อผู้ป่วยจะต้องไม่ทำ ให้ผู้ป่วยเป็นอันตราย หรือเกิดผลเสียต่อผู้ป่วย
3. การได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมและเท่าเทียมกัน (distributive justice) คือการปฏิบัติต่อผู้ป่วยอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ลำเอียง หรืออคติต่อผู้ป่วย
4. การบอกความจริง (tell the truth) การบอกความจริงแก่ผู้ป่วยอย่างถูกต้องและครบถ้วน

³³วิมลพงศ์ วิบูลย์วงศ์, การคุ้มครองสิทธิผู้ป่วยกรณีการรักษาพยาบาล, เอกสารวิชาการส่วนบุคคล, วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 5.

5. การเคารพเอกสิทธิ์ (respect for autonomy) คือ การยอมรับในสิ่งที่ผู้ป่วยหรือผู้ปกครองตัดสินใจภายหลังจากที่ได้รับข้อมูลหรือการบอกกล่าวอย่างครบถ้วน (respect for informed consent) โดยไม่บังคับให้ผู้ป่วยตัดสินใจตามที่บุคลากรทางการแพทย์ต้องการนั่นเอง

6. การเคารพในความเป็นส่วนตัวและการรักษาความลับ (respect for privacy and confidentiality) คือการรักษาความเป็นส่วนตัวและความลับของผู้ป่วยไม่นำข้อมูลของผู้ป่วยไปเผยแพร่ให้ผู้อื่นทราบโดยไม่ได้รับอนุญาต

การเคารพเอกสิทธิ์หรือความเป็นอิสระ (Respect for Autonomy) คำว่า Autonomy หมายถึง เอกสิทธิ์ หรือ ความอิสระ ซึ่งหมายถึง การปกครองตนเอง สิทธิอิสรภาพ ความเป็นส่วนตัว อิสรภาพในการทำความปรารถนาของตน เป็นเหตุแห่งการแสดงถึง ของพฤติกรรมของตนเอง และ ความเป็นตัวของตัวเอง Autonomy จะครอบคลุมทั้งการตัดสินใจและการกระทำยังปรากฏในหนังสือแสดงเจตนา ตามพระราชบัญญัติ สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 12 คือ หนังสือที่เขียนขึ้นเพื่อแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าให้คนอื่นทราบว่าตนเองไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย แพทยสมาคมโลก (The World Medical Association) และหลายประเทศให้การยอมรับ “สิทธิปฏิเสธการรักษา” ว่าเป็นสิทธิผู้ป่วยที่อยู่ในวาระสุดท้ายของชีวิตที่จะตัดสินใจด้วยตนเอง (Right to Self-determination) สอดคล้องกับจริยธรรมทางการแพทย์ขณะนี้ก็มีกฎหมายหลายประเทศรับรองในเรื่องนี้ เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย เดนมาร์ก สิงคโปร์ ฯลฯ

หนังสือแสดงเจตนาจึงเป็นหนังสือที่เคารพสิทธิของผู้ป่วยในการตัดสินใจเกี่ยวกับชีวิตของเขาเอง อันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่นานาอารยประเทศยอมรับ และเป็นสิทธิในชีวิตร่างกายซึ่งเป็นรากฐานสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งผู้ที่มีสติสัมปชัญญะบริบูรณ์ทุกคน สามารถทำหนังสือแสดงเจตนาได้ คือ เป็นผู้ที่มีสุขภาพแข็งแรง ผู้สูงอายุ หรือเป็นผู้ป่วยที่ตัดสินใจด้วยตนเองได้ ผู้ทำหนังสือควรมีอายุครบ 18 ปีขึ้นไป

กรณีผู้ป่วยเด็กหรือเยาวชนอายุต่ำกว่า 18 ปีที่เจ็บป่วยด้วยโรคหรือการบาดเจ็บที่ไม่สามารถรักษาให้หายได้จนกลายเป็นผู้ป่วยระยะสุดท้ายในที่สุด เช่น ผู้ป่วยเด็กที่เป็นมะเร็งโรคมะเร็ง โรคหัวใจ หรือโรคเรื้อรังอื่นๆ อาจไม่เหมาะสมที่จะทำหนังสือแสดงเจตนาด้วยตนเองจึงควรให้พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือญาติที่ดูแลปกครองเด็ก ตัดสินใจแทนในการดูแลรักษาเหมือนกรณีทั่วไป และถามความต้องการของเด็กหรือเยาวชนเท่าที่จะทำได้ เมื่อแพทย์ พยาบาล ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามหนังสือแสดงเจตนาหรือตามความประสงค์ของผู้ป่วยแล้วกฎหมายจะคุ้มครองมิให้ถือว่าการปฏิบัติตามหนังสือแสดงเจตนาไม่เป็นความผิด เพราะเป็นเรื่องที่ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือจริยธรรม

แต่อย่างไรก็ตาม จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2558³⁴ ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าผู้ประกอบวิชาชีพที่ปฏิบัติตามกฎกระทรวงมิได้ทอดทิ้งผู้ป่วย แต่ยังให้การดูแลแบบประคับประคองดังนั้นจึงไม่มีความผิดฐานทอดทิ้งผู้ป่วยตามประมวลกฎหมายอาญา

ในการสนทนาเรื่อง “การให้สิทธิการตายกับผู้ป่วย” ศ.นพ.วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ที่ปรึกษาศูนย์กฎหมายสุขภาพและจริยศาสตร์ บอกว่า หลักการของ “หนังสือแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้าย (Living will) เป็นการแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้า ซึ่งจะช่วยให้แพทย์ปฏิบัติได้ถูกต้อง มีหลักการ เห็นว่า วิวัฒนาการทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีการแพทย์สมัยใหม่ที่มีเครื่องมือช่วยยืดชีวิตผู้ป่วย บางครั้งทำให้ผู้ป่วยตกอยู่ในภาวะที่เรียกว่า “พินก็ไม่ได้ ตายก็ไม่ลง” กล่าวคือ ผู้ป่วยจะต้องอาศัยเครื่องช่วยหายใจเพื่อจะได้ออกซิเจนอยู่ตลอดเวลา ขณะที่ผู้ป่วยอาจจะไม่มีความรู้สึกตัว หรือมีเพียงเล็กน้อยจนไม่มีโอกาสกลับมาเป็นปกติได้ การช่วยชีวิตแบบดังกล่าวทำให้ความเป็นมนุษย์ของผู้ป่วยลดลง ผู้ป่วยจึงควรมีสิทธิที่จะตายโดยปฏิเสธการรักษาดังกล่าวได้ เพื่อให้กระบวนการตายมีสภาพเป็นมนุษย์อย่างแท้จริง..สิทธิที่จะตายจึงเป็นสิทธิตามธรรมชาติ มนุษย์สามารถกำหนดว่าตนเองจะใช้สิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ (the right to life) หรือสิทธิที่จะตาย (the right to die) ได้ตามความประสงค์ของแต่ละคน เป็นการยอมรับสิทธิในการเป็นเจ้าของร่างกายตนเองของมนุษย์ รวมทั้งความมีอิสระในการตัดสินใจชะตาชีวิตของตนเอง (the right to self-determination) สิทธิที่จะตายจึงแฝงเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นอิสระเสรีของมนุษย์นั่นเอง สิทธิที่จะการตาย ถือเป็นเรื่องใหม่ในสังคมไทย แต่ในต่างประเทศมีมานานแล้ว สำหรับเมืองไทยที่ถกเถียงเรื่องนี้มีความชัดเจนมากขึ้นหลังมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดออกมา สิทธินี้มีมาตั้งแต่ ปี 2550 ปรากฏว่าคนไทยใช้สิทธินี้ไม่ถึง 1 เปอร์เซ็นต์ เนื่องจากไม่รู้ถึงสิทธิดังกล่าว”³⁵

คำว่า “พินัยกรรมชีวิต” เป็นคำเรียกติดปากคนทั่วไป แปลมาจากภาษาอังกฤษคำว่า “living will” ซึ่งก็คือ “หนังสือแสดงเจตนา”ตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติมาตรา 12 นั่นเอง แต่คำว่า พินัยกรรมชีวิตจึงเป็นคำแปลที่ไม่ถูกต้องตามความหมายแท้จริง คำว่า “will” ในที่นี้หมายถึงความปรารถนา, ความต้องการ, ความมุ่งหมาย, ทางเลือกของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาหรือผู้ป่วย ไม่ได้หมายถึงพินัยกรรม คำว่า “พินัยกรรม” หมายถึง การแสดงเจตนาของบุคคลเพื่อกำหนดเรื่องทรัพย์สินหรือเรื่องอื่นๆ ที่ผู้ทำพินัยกรรมประสงค์จะเกิดผลทางกฎหมายภายหลังจากที่ผู้ทำพินัยกรรมเสียชีวิต (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1646)

³⁴ คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ พ 11/2558

³⁵ pichaip, บทความกฎหมาย, ค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2560 จาก <https://www.dlo.co.th/node/839>

ดังนั้น หนังสือแสดงเจตนาตามมาตรา 12 จึงไม่เกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สิน เงินทอง หรือ การทำพินัยกรรมให้แก่ทายาทของผู้ป่วยแต่อย่างใด และไม่ควรระบุเรื่องนี้ไว้ในหนังสือแสดงเจตนา ผู้ป่วยที่ต้องการทำพินัยกรรมควรทำเป็นเอกสารต่างหาก หรือปรึกษากับผู้มีความรู้ในเรื่องคำแถลง เรื่องเอกสารแสดงเจตจำนงล่วงหน้าของแพทยสมาคมโลก³⁶ (The World Medical Association Statement on Advance Directives (“Living Wills”))

1. เอกสารแสดงเจตจำนงล่วงหน้าเป็นเอกสารที่จัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรพร้อมลายมือชื่อ หรือเป็นคำกล่าวต่อหน้าบุคคลที่เป็นพยานซึ่งได้บันทึกตามความต้องการของเขาเกี่ยวกับการรักษา ทางการแพทย์ ที่เขาประสงค์หรือไม่ประสงค์จะรับการรักษา เมื่อบุคคลผู้นั้นไม่รู้สีกตัวหรือไม่สามารถ แสดงเจตจำนงของตนเองได้ในขณะนั้น

2. ประเภทของเอกสารข้างต้นจะมีชื่อเรียกแตกต่างกันในแต่ละประเทศ (เช่น “Living Will” หรือ “Biological Will”) การยอมรับและสถานะทางกฎหมายของเอกสารดังกล่าวอาจแตกต่างกันใน แต่ละประเทศ ซึ่งขึ้นอยู่กับสภาพสังคม วัฒนธรรม ศาสนาและปัจจัยอื่นๆ

3. บุคคลส่วนใหญ่ที่ได้ทำเอกสารดังกล่าวมักจะกังวลถึงการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้าย ของชีวิตที่เกินจำเป็น ไม่มีประสิทธิผลหรือยืดระยะเวลาการรักษาออกไป จนถึงภาวะที่ชี้ชัดว่าร่างกาย และจิตใจของเขาเสื่อมสลายไปจนไม่อาจคืนสู่ปกติได้แล้ว

4. ปฏิญญาสิทธิบอกร่างกายของผู้ป่วยของแพทยสมาคมโลกระบุว่า “กรณีผู้ป่วยไม่รู้สีกตัว และ ไม่อาจมีผู้แทนที่ได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายแต่มีความจำเป็นรีบด่วนที่จะต้องให้การรักษาทาง การแพทย์ ให้สันนิษฐานว่าผู้ป่วยให้ความยินยอมไว้แล้ว นอกจากเป็นที่ประจักษ์ชัดและปราศจากข้อ สงสัยใดๆ ว่าขัดต่อเจตนาเดิมของผู้ป่วยที่ชัดแจ้งว่าผู้ป่วยจะไม่ให้ความยินยอมในการยอมรับการ รักษาในลักษณะนั้น”

5. เอกสารแสดงเจตจำนงล่วงหน้าที่เหมาะสมควรได้รับการยอมรับและปฏิบัติตาม เว้นแต่จะ มีเหตุผลเหมาะสมที่สนับสนุนว่า เอกสารนั้นไม่มีผล เพราะมิใช่เจตจำนงของผู้ป่วยในขณะนั้น หรือ ความเข้าใจของผู้ป่วยไม่สมบูรณ์ในขณะเวลาทำเอกสารดังกล่าว หากเอกสารแสดงเจตจำนงล่วงหน้า ขัดต่อความคิดเห็นของแพทย์ ควรมีการกำหนดให้โอนการดูแลผู้ป่วยไปยังแพทย์อื่นที่ผู้ป่วยยินยอมได้

6. ในกรณีที่แพทย์ไม่มั่นใจ ความมีผลทางกฎหมายของเอกสารแสดงเจตจำนงล่วงหน้าเพื่ อยุติในการรักษาที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายแพทย์ควรปรึกษากับสมาชิกครอบครัวหรือผู้มีอำนาจตาม กฎหมาย(ผู้แทนโดยชอบธรรม) ของผู้ป่วยในเรื่องดังกล่าวและควรจะขอคำแนะนำ จากแพทย์อื่น

³⁶ไพศาล ลิ้มสถิตย, “สิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยตาม พ.ร.บ.สุขภาพแห่งชาติ 2550,” ใน *ก่อนวันผลัดใบ หนังสือแสดงเจตนาการจากไปในวาระสุดท้าย*, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท เอมี เอนเตอร์ไพรส์จำกัด, 2552), หน้า95.

อย่างน้อย 1 คน หรือคณะกรรมการจริยธรรมที่รับผิดชอบสมาชิกครอบครัวหรือผู้มีอำนาจตามกฎหมาย (ผู้แทนโดยชอบธรรม) ที่ลงนามในเอกสารแสดงเจตจำนงล่วงหน้า ต้องได้รับความเชื่อถือและประสงค์ที่จะเป็นพยานในศาล เพื่อยืนยันความตั้งใจของผู้ลงลายมือชื่อตามเอกสารดังกล่าว แพทย์ควรพิจารณาถึงข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนาแทนผู้ป่วยที่เป็นผู้ไร้ความสามารถ

7. ผู้ป่วยควรได้รับคำแนะนำให้ทบทวนเอกสารแสดงเจตจำนงล่วงหน้าเป็นระยะ

8. หากมิได้จัดทำเอกสารแสดงเจตจำนงล่วงหน้าไว้ หรือไม่ทราบตัวผู้มีอำนาจตัดสินใจแทนผู้ป่วยตามกฎหมาย แพทย์ควรทำการรักษาเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย

2. 5 หลักความยินยอมเป็นฐานทางกฎหมายที่รองรับต่อการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ

การที่แพทย์นำอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่เสียชีวิตจากสมองตาย แพทย์จะมีอำนาจกระทำได้หรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องความยินยอม (consent) ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบายหลักความยินยอมที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะดังต่อไปนี้

2.5.1 ความหมายของหลักความยินยอม

หลักความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิดหรือหลัก *Volenti non fit injuria* เป็นหลักการที่มีจุดเริ่มต้นขึ้นในกฎหมายโรมันที่ยอมรับการที่พลเมืองชาวโรมันตัวเองเป็นทาสได้และในศตวรรษที่ 19 ได้มีการนำหลักการดังกล่าวไปใช้กับกฎหมายละเมิด โดยเป็นการประยุกต์ให้เข้ากันอย่างเหมาะสมในลักษณะที่ว่าความยินยอมนั้นเป็นการป้องกันอันตรายที่เกิดจากการกระทำโดยตั้งใจ และการสันนิษฐานความเสี่ยงจะเป็นการป้องกันอันตรายที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อจึงส่งผลให้ไม่มีการกระทำละเมิดใดจะถูกฟ้องร้องได้ถ้ามีการให้ความยินยอมให้มีการทำละเมิดนั้นให้มีการทำละเมิดนั้นเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นการให้ความยินยอมที่แสดงออกมาอย่างชัดแจ้งหรือเป็นการให้ความยินยอมโดยปริยายก็ตาม

ความหมายของความยินยอม ได้ปรากฏในกฎหมายอาญาจากกฎหมายในต่างประเทศ อาทิ เช่น ประเทศอังกฤษในพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 74³⁷ ได้บัญญัติไว้ว่า “เพื่อวัตถุประสงค์แห่งหมวดนี้ ผู้ใดให้ความยินยอมโดยมีตัวเลือก และมีความเป็นอิสระและความสามารถที่จะตัดสินใจให้ความยินยอม” กล่าวคือ “ความยินยอม” (Consent) มีความแตกต่างกับ “การยอมจำนน” (Submission) เพราะคำ

³⁷“Sexual Offences Act 2003”, § section 74 Consent.

แรกมีลักษณะความเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้การบังคับที่จะให้ความยินยอม แต่อย่างหลังนั้นมีลักษณะที่ผู้ให้ความยินยอมมีฐานะด้อยกว่า หรืออ่อนแอกว่า

ในทางกฎหมายอาญาและแพ่งของไทยนั้นไม่มีบทบัญญัติใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมแต่มีหลักกฎหมายทั่วไปอยู่ว่า “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด” หรือภาษาละตินที่ว่า “Volenti non fit injuria” (That to which a man consent cannot be considered an injury) บุคคลซึ่งยอมต่อการกระทำหนึ่ง หรือบุคคลซึ่งเข้าเสี่ยงภัยยอมรับความเสียหาย จะฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำหรือความเสียหายนั้นไม่ได้และจำเลยยกเป็นข้อต่อสู้ได้ในกรณีที่มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกาย หรือทรัพย์สินเสียหายในทางแพ่ง³⁸ ส่วนความยินยอมทางอาญาจะนำมาเป็นข้อต่อสู้ในทางแพ่งได้หรือไม่ ตามกฎหมายไทยมีมาตรา 150 ที่บัญญัติไว้ว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” ซึ่งทำให้เห็นว่าการยินยอมของผู้เสียหายในความผิดทางอาญาตกเป็นโมฆะ เพราะเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

อย่างไรก็ตามไม่ว่ากรณีใดๆ การกระทำต่อชีวิตมนุษย์ผู้กระทำความผิดมีความรับผิดชอบในทางอาญาย่อมไม่อาจตกไป เพราะความรับผิดชอบในทางอาญาและทางแพ่งมีสภาพที่ต่างกันมีความมุ่งหมายในการบัญญัติที่ต่างกัน ในทางอาญานั้นการกระทำความผิดเป็นการกระทำที่ทำลายความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการลงโทษก็เพื่อการปราบปราม ส่วนทางแพ่งเป็นบทบัญญัติเพื่อให้เป็นการชดเชยค่าสินไหมทดแทน และมีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายของ ความยินยอม “Volenti non fit injuria” ไว้ดังนี้

ความหมายของความยินยอมคือ³⁹ “การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างหนึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ขัดขวาง ทั้งๆ ที่สามารถขัดขวางได้ แต่ความหมายเช่นนี้ยังไม่พอที่จะถือเป็นความยินยอมตามความหมายของกฎหมาย แต่จะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้นโดยแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตน อันเป็นการแสดงความประสงค์นั้นต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้นให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำ เป็นความยินยอมที่เกิดจากฝ่ายผู้เสียหายยอมให้กระทำตนไม่ว่าต่อเนื้อตัว ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิของตน ความยินยอมนั้นโดย

³⁸ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร:นิติบรรณการ, 2558) หน้า 23.

³⁹ จิตติ ดิงศรัทีย, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2546) หน้า 696 .

แท้จริงแล้วเป็นข้อแก้ตัวของผู้กระทำ ไม่ใช่สิทธิของผู้กระทำ⁴⁰ ยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้น ที่การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือได้ว่าเป็นความยินยอม เพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่าการนิ่ง เช่นนั้นคือความยินยอมและการแสดงออกซึ่งความประสงค์นั้นจะทำโดยชัดแจ้งหรือปริยายก็ได้

เป็นเรื่องที่ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำประทุษร้ายโดยสมัครใจ หรือยอมเข้าสู่อันตราย หรือยอมต่อการกระทำ หรือเข้าเสี่ยงรับความเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นการทำอันตรายต่อร่างกายหรือ ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใด การนิ่งเฉยไม่ขัดขึ้นหรือไม่ขัดขวางคัดค้านต่อการกระทำที่เป็นการ ประทุษร้ายหรือพฤติกรรมนั้นควรจะขัดขวางห้ามปรามหรือคัดค้าน แต่ไม่ขัดขวาง ไม่ห้ามปรามไม่ คัดค้าน ก็ถือเป็นความยินยอมโดยปริยาย⁴¹ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอม ย่อมทำให้การ กระทำนั้นไม่เป็นละเมิดตามมาตรา 420⁴² ไม่ว่าผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายจากการกระทำอย่าง ใดและได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างอื่นอย่างใดมาก น้อยเพียงใดก็ตาม⁴³

เมื่อเมื่อพิจารณาความเห็นของนักวิชาการหลายท่านที่กล่าวในตอนต้นพอสรุปได้ว่าความ ยินยอมคือการแสดงเจตนาของผู้เสียหายหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้เสียหายที่จะเป็นการยินยอม ให้ผู้อื่นมาก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใดของ ผู้เสียหาย⁴⁴

⁴⁰พจน์ ปุષปะาคม,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดแก้ไขเพิ่มเติม,(พระนคร : โรงพิมพ์ไทยมิตรการพิมพ์ , 2509) หน้า 254.

⁴¹เพ็ง เพ็งนิตติ,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและความ รับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่พ.ศ. 2543,(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อชตยา , 2543) หน้า106.

⁴² มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำ ต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

⁴³ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายโดยย่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และความรับผิด ทางละเมิด พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2547) หน้า 55.

⁴⁴พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, นริศรา แดงไผ่, เอกสารประกอบการเรียนการสอนหน่วยที่3 หลัก ความยินยอม, ค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2560, หน้า9 จาก <http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex%2040701-3.pdf>.

2.5.2 หลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ

วิธีการให้ความยินยอมกฎหมายมิได้กำหนดแบบเอาไว้ การให้ความยินยอมอาจกระทำได้หลายวิธี ทั้งการให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้และการนิ่งก็ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมได้ถ้าตามพฤติการณ์ทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าเป็นการให้ความยินยอม

1. ความยินยอมโดยชัดแจ้ง โดยผู้ให้ความยินยอมต้องแสดงเจตนาที่จะให้ความยินยอมและกำหนดเจตนาที่จะยินยอมต่อเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้น โดยการแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดด้วยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่นกระทำให้แทนเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำให้เหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นเข้าใจว่าอนุญาตให้กระทำได้⁴⁵

2. ความยินยอมโดยปริยาย (assume consent) การนิ่งไม่ขัดขวาง อาจถือว่าเป็นการให้ความยินยอม เพราะเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่าการนิ่งในพฤติการณ์เช่นนั้นเป็นการยินยอม⁴⁶

3. ความยินยอมต่อสิ่งหนึ่งไม่หมายความว่ารวมถึงสิ่งอื่น ที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมหรือโดยที่ผู้เสียหายไม่ทราบถึง⁴⁷

2.5.2.1 ผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม

โดยหลักความสามารถของผู้ให้ความยินยอมจะต้องสามารถเข้าใจยังรู้ถึงการกระทำนั้นและรู้คุณค่าของการกระทำนั้นว่าดีหรือไม่ เข้าใจถึงธรรมชาติของการกระทำและผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นได้⁴⁸

ความสามารถหมายถึงความสามารถในการใช้และทำความเข้าใจข้อมูลเพื่อตัดสินใจและแจ้งการตัดสินใจ บุคคลที่ขาดความสามารถหากจิตใจของเขาบกพร่องหรือถูกรบกวนอย่างใดและนั่นหมายความว่าบุคคลนั้นไม่สามารถตัดสินใจได้ในขณะนั้นตัวอย่างของวิธีสมองของคนหรือจิตใจอาจจะบกพร่องรวมถึงเงื่อนไขสุขภาพจิต เช่นโรคจิตเภทหรือโรคอารมณ์สองขั้ว การเป็นบ้าความบกพร่องทางการเรียนรู้ที่รุนแรงความเสียหายของสมองตัวอย่างเช่นจากโรคหลอดเลือดสมองหรืออาการบาดเจ็บที่สมองอื่น ๆ สภาพร่างกายหรือจิตใจที่ทำให้เกิดความสับสนง่วงนอนหรือการสูญเสีย

⁴⁵ จิตติ ติงศกัทย, กฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพฯ : สำนักฝึกอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.) หน้า 638 อ้างถึงในกมลชัย รัตนสกววงศ์, ความยินยอมในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523) หน้า 25

⁴⁶ กมลชัย รัตนสกววงศ์, ความยินยอมในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523) หน้า 26.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41

สติมีนเมาที่เกิดจากการเสพยาเสพติดหรือแอลกอฮอล์คนที่มีความบกพร่องดังกล่าวนี้ไม่สามารถตัดสินใจได้หากไม่สามารถเข้าใจข้อมูลเกี่ยวกับการตัดสินใจโดยใช้ข้อมูลดังกล่าวเพื่อตัดสินใจสื่อสาร โดยการพูดคุยโดยใช้ภาษามือหรือโดยวิธีการอื่นๆ⁴⁹

วิธีการประเมินความสามารถในการให้ความยินยอม⁵⁰

เนื่องจากความสามารถบางครั้งอาจเปลี่ยนแปลงไปตามช่วงเวลาควรประเมินในเวลาที่ต้องได้รับความยินยอมโดยปกติจะทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพที่ได้รับการฝึกฝนและมีประสบการณ์อย่างเหมาะสมซึ่ง ได้แก่ แนะนำการรักษาหรือการตรวจสอบที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการหากผู้เชี่ยวชาญด้านสุขภาพรู้สึกว่าคุณมีความสามารถในการให้ความยินยอมการตัดสินใจของคุณจะได้รับการยอมรับและความปรารถนาของคุณจะได้รับการยอมรับต่อไปแม้ว่าคุณจะสูญเสียความสามารถในเวลาต่อมา หากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพรู้สึกว่าคุณปัจจุบันนี้ไม่สามารถในการให้ความยินยอมและคุณยังไม่ได้ตัดสินใจล่วงหน้าหรือได้แต่งตั้งบุคคลอย่างเป็นทางการในการตัดสินใจให้กับคุณก็จะต้องพิจารณาถึงประโยชน์ที่ดีที่สุดของคุณก่อนตัดสินใจการตัดสินใจ

2.5.2.2 การให้ความยินยอมแทนโดยเหตุหรือพฤติการณ์จำเป็น

(1) ภาวะความเป็นอิสระโดยเนื้อแท้ (Pure Autonomy) หลักการ Pure Autonomy นี้เป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับหลักภาวะความเป็นอิสระของผู้แสดงเจตนา โดยการตัดสินใจนั้นขึ้นอยู่กับผู้นั้นอย่างแท้จริง และจะต้องเคารพถึงการตัดสินใจหรือความต้องการนั้น แม้ต่อมาผู้นั้นจะป่วยและไม่สามารถแสดงความต้องการหรือไร้ความสามารถในการแสดงออกได้อีกแล้ว กล่าวคือ ในช่วงที่ผู้ป่วยยังมีความสามารถอยู่นั้นได้แสดงออกถึงความต้องการไว้อย่างไร แม้ในเวลาต่อมาผู้ป่วยจะไร้ความสามารถไปแล้วก็ตาม ความต้องการของผู้ป่วยดังกล่าวก็ควรจะถูกนำมาปฏิบัติตามที่ผู้ป่วยเคยแสดงออกไว้ รูปแบบของการแสดงออกถึงความต้องการในช่วงที่ผู้ป่วยยังมีความสามารถอยู่ หรือเรียกอีกอย่างว่า คำสั่งที่ให้ไว้ล่วงหน้า(Advance Directive) ⁵¹อาจได้แก่ หนังสือแสดงเจตนา (Living Will) ที่บอกถึงการตัดสินใจหรือวิธีปฏิบัติในขณะที่ตัวผู้ป่วยไร้ความสามารถ หรือหนังสือมอบอำนาจ (Durable Power of Attorney) ที่เป็นการกำหนดถึงตัวแทนที่จะมาตัดสินใจเกี่ยวกับการ

⁴⁹Assessing capacity, Retrived May,16 2017 from <https://www.nhs.uk/conditions/consent-to-treatment/capacity/>.

⁵⁰How capacity is assessed, Retrived May,16 2017 from <https://www.nhs.uk/conditions/consent-to-treatment/capacity/#how-capacity-is-assessed>

⁵¹สุทธิพงษ์ กิจชัยเจริญพร, “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวของตัวแทนผู้ป่วย,” วารสารบัณฑิตศึกษาศาสตร์9 (มีนาคม 2558): 182.

รักษาพยาบาลแทนผู้ป่วยในขณะที่ผู้ป่วยไร้ความสามารถ Advance Directive นี้อาจเป็นการแสดงออกได้ทั้งทางลายลักษณ์อักษร หรือแสดงออกโดยเป็นวาจาต่อสมาชิกในครอบครัว เพื่อน หรือบุคลากรทางสาธารณสุข

(2) การตัดสินใจแทนที่ (Substituted Judgment) โดยทั่วไปแล้วมนุษย์ทุกคนจะต้องตัดสินใจในมุมมองที่ตนเองคิดว่าเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดซึ่งทางเลือกดังกล่าวนั้นอาจจะดีหรือไม่ดีในสายตาของบุคคลอื่นก็ได้ หลักเกณฑ์นี้ จึงสร้างมาจากข้อสมมติฐานที่ว่า หากบุคคลนั้นเป็นผู้มีความสามารถมักจะเลือกสิ่งที่ดีที่สุดหรือเหมาะสมกับตนมากที่สุด แม้ว่าบุคคลนั้นอาจจะป่วยและไร้ความสามารถไปก็ตาม แต่การตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลก็ยังคงเป็นของผู้ป่วยที่ไร้ความสามารถอยู่ ในแนวคิดนี้ ผู้ป่วยจึงมีสิทธิที่จะตัดสินใจ แต่เพราะการไร้ความสามารถของผู้ป่วยทำให้ผู้ป่วยไม่สามารถแสดงออกถึงความต้องการเหล่านั้นได้ จึงต้องให้ตัวแทนของผู้ป่วยเป็นผู้แสดงออกถึงความต้องการของผู้ป่วยแทนกล่าวคือเป็นการสมมติว่าหากผู้ป่วยไร้ความสามารถเกิดมีความสามารถขึ้นมาแล้ว ผู้ป่วยจะตัดสินใจอย่างไร โดยใช้แนวทางการตัดสินใจจากคุณลักษณะของตัวผู้ป่วย จุดมุ่งหมายวัตถุประสงค์ และความต้องการของผู้ป่วย⁵²

(3) ประโยชน์สูงสุด (Best Interest) หลักการเรื่องประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยหรือ Best Interest นั้นมีการนำมาใช้อย่างกว้างขวางในระบบกฎหมาย Common Law เพื่อตัดสินใจคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับการให้ความยินยอมแทน เช่นหลักการ Best Interest นี้นำมาใช้ให้กับผู้ที่เป็นผู้เยาว์หรือบุคคลที่ไม่เคยมีความสามารถมาก่อน (Never Competent) เพราะบุคคลดังกล่าวไม่อาจแสดงถึงความต้องการหรือคุณค่าของการแสดงออกที่จะนำมาอ้างอิงหรือประเมินได้ตามวิธีการของหลัก Substitute Judgment⁵³

ความยินยอมของผู้เยาว์

สามารถแยกความยินยอมของผู้เยาว์ได้เป็นสองประเภทดังนี้

1.กรณีผู้เยาว์เป็นเด็ก(Babies and young Children) หมายถึงเด็กที่ยังไม่สามารถเข้าใจสาระสำคัญของเรื่องที่จะให้ความยินยอม⁵⁴อำนาจในการให้ความยินยอมย่อมเป็นของบิดามารดาด้วยเหตุที่บิดามารดาต้องมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อบุตรไม่สามารถพึ่งพาตนเองได้⁵⁵

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า183.

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า184.

⁵⁴ ชนภัทร วินยวัฒน์, “ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วยที่ถูกละเลย,” ;วารสารนิติศาสตร์ ,(2551) :104.

⁵⁵ มาตรา 1564 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.กรณีผู้เยาว์ที่เป็นผู้ใหญ่ (Older Children)⁵⁶ ในกรณีผู้เยาว์ที่มีอายุและวุฒิภาวะในระดับพอ สมควรที่อาจให้ความยินยอมในเรื่องต่างๆ สหรัฐอเมริกามีกฎหมายกำหนดอายุของผู้เยาว์ที่ให้ความยินยอมเอาไว้ชัดเจน ซึ่งอาจจะเป็น 16, 17, 18 ปีขึ้นไปตามแต่ละรัฐจะกำหนดหรือมีกฎหมายให้ผู้เยาว์ ให้ความยินยอมได้เมื่อมีความรู้ความเข้าใจลักษณะดังกล่าวอาจเทียบเคียงได้กับการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ผู้เยาว์สามารถทำนิติกรรมได้เมื่อนิติกรรมนั้นสมแก่ฐานะรูปแห่งตนและเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพ⁵⁷

ความยินยอมในกรณีผู้ขาดความสามารถโดยสภาพ

ในกรณีที่ผู้นั้นอยู่ในสภาพไม่รู้สึกรู้ตัว (unconscious stage) หรือในสภาวะผัก (vegetable) ซึ่งในต่างประเทศผู้ป่วยมักจะมอบหมายให้ญาติที่สนิทที่สุดเป็นผู้ตัดสินใจ (surrogate decision making) โดยการทำเป็นหนังสือไว้ว่าในกรณีที่ผู้ป่วยไม่รู้สึกรู้ตัวจะมอบหมายให้ใครเป็นผู้ตัดสินใจแทน โดยถือว่าความยินยอมของผู้แทนนั้นเป็นความยินยอมของผู้ที่ขาดความสามารถ⁵⁸

2.5.2.3 ช่วงหรือระยะเวลาที่มีผลทางกฎหมายของการให้ความยินยอม

ในเรื่องระยะเวลาในการให้ความยินยอมนี้ความยินยอมจะต้องมีอยู่ก่อนหรืออย่างน้อยขณะกระทำและจะต้องมีอยู่ตลอดการกระทำนั้น⁵⁹ ความยินยอมนั้นอาจจะยกเลิกเพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้ เพราะบุคคลที่แสดงเจตนาย่อมไม่ผูกพันตามที่แสดงเจตนาตลอดไปอาจเปลี่ยนใจบังคับตามสิทธิของตน⁶⁰ก็ได้หากมีการถอนความยินยอมการบอกถอนนั้นทำให้ความยินยอมเป็นอันสิ้นสุดลง

(1) ความยินยอมนั้นต้องให้ก่อนหรือขณะกระทำความผิด ผู้เสียหายอาจให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าก็ได้ หรือจะให้ในขณะกระทำละเมิดก็ได้ แต่ความยินยอมนั้นต้องมีอยู่ตลอดระยะเวลาของการกระทำความผิดนั้นก็เพียงพอแล้ว ส่วนความยินยอมที่ให้ภายหลังจากที่ได้มีการกระทำความผิดแล้วเป็นเรื่องของการให้อภัย เพราะได้เกิดขึ้นภายหลังจากเรื่องความยินยอมของผู้ถูกกระทำได้ผ่านพ้นไปแล้ว จึงไม่มีผลต่อความผิด เพราะความผิดได้เกิดขึ้นและจบลงเรียบร้อยแล้ว⁶¹

⁵⁶ชนภัทร วินยวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 104.

⁵⁷ศักดา สติรเรืองชัย. “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติทั่วไป”. เวชบัณฑิตศิริราช. 6 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2556) :34.

⁵⁸ ชนภัทร วินยวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 99.

⁵⁹ คณิต ญ นคร, *เรื่องเดิม*, หน้า 264.

⁶⁰ ไพจิตร ปุณณพันธ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด*, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร:นิติบรรณการ, 2558) หน้า 26

⁶¹ กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 48.

(2) ความยินยอมสามารถถอนเมื่อใดก็ได้ก่อนการกระทำละเมิดสิ้นสุดลง เนื่องจากความยินยอมนั้นต้องเกิดขึ้นจากการสมัครใจเพื่อให้ผู้อื่นกระทำละเมิดต่อตนเมื่อผู้เสียหายไม่ต้องการยอมรับผลของความยินยอมนั้นก็ย่อมถอนคืนความยินยอมได้ตลอดเวลา

(3) การกระทำละเมิดต้องอยู่ในขอบเขตแห่งการยินยอม(หมายความว่ายินยอมกันแค่ไหน เช่นยินยอมให้ชกต่อย หากเป็นยินยอมให้แทงกันไม่) หากผู้กระทำผิดได้กระทำนอกเหนือจากที่ผู้ถูกกระทำได้ให้ความยินยอม ผู้กระทำย่อมต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิดเพราะการกระทำไม่อยู่ในขอบเขตแห่งความยินยอม และเป็นปัญหาข้อเท็จจริงจะต้องพิเคราะห์ดูเป็นเรื่องๆไป⁶²

2.5.2.4 ความยินยอมและประเภทของความยินยอมที่ให้อาจไม่ต้องไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” (publicpolicy หรือpublicorder) และคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” (good moral) เป็นคำที่มีความหมายกว้างขวางมากและเปลี่ยนไปตามนโยบายของรัฐบาล สถานะทางสังคม เศรษฐกิจ รวมทั้งทัศนะของมหาชนที่เปลี่ยนไปตามยุคสมัย จึงเป็นเรื่องยากที่จะให้คำจำกัดความได้หรือกำหนดได้ว่า กรณีใดบ้างที่เป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁶³ อย่างไรก็ตาม ศ.ดร.จิต เศรษฐบุตรได้ให้คำอธิบาย “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ไว้ว่า “เป็นข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้ เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้และจะได้คุ้มครองปกป้องรักษาเอกชน ซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง” ความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติหรือประชาชนโดยรวม มิใช่ของเอกชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ ส่วนคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายถึงธรรมเนียมประเพณีที่ฝังามของสังคมที่ประชาชนถือปฏิบัติเพื่อให้เกิดความสงบสุขของสังคม

ศีลธรรมอันดีของประชาชนมักจะมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงทำให้การกระทำใดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย ด้วยเหตุนี้การใดที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงไม่อาจเกิดผลตามกฎหมายและไม่อาจบังคับการให้เป็นไปตามนั้นได้จุดประสงค์ของหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนคือความเรียบร้อยทางการเมืองการปกครอง เพื่อคุ้มครอง

⁶² ไพจิตร บุญญพันธุ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 26.

⁶³ พิชัยศักดิ์ ทรายากูร, นริศรา แดงไฟ, *เอกสารประกอบการเรียนการสอนหน่วยที่ 2 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน*, ค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2560 หน้า 10 จาก <http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex%2040701-3.pdf>

สถาบันต่างๆ ในสังคม อันได้แก่ รัฐ ครอบครัว และเอกชน รวมทั้งความเรียบร้อยทางเศรษฐกิจเพื่อรักษาประโยชน์ของสังคมและเอกชน

หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมีปรากฏอยู่ในกฎหมายต่างๆ ทั้งกฎหมายเอกชนเช่นกฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์และกฎหมายมหาชนเช่นกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครองกฎหมายอาญากฎหมายภาษีอากรกฎหมายที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจหรือสังคมตลอดจนการกระทำทางปกครองโดยที่หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมีความหมายกว้างและเปลี่ยนแปลงได้ไม่อาจกำหนดไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายได้จึงเป็นเรื่องที่ศาลจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีๆ ไป

หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมีลักษณะสำคัญ ดังต่อไปนี้⁶⁴

1. เป็นหลักพื้นฐานที่มีอยู่ในกฎหมายทุกระบบเนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสังคม เศรษฐกิจ และศีลธรรมอันเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้สังคมดำรงอยู่ได้
2. เป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติหรือประชาชนโดยส่วนรวมจึงต้องห้ามมิให้มีการฝ่าฝืน แม้ว่ากฎหมายนั้นจะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนกำหนดไว้โดยชัดแจ้งก็ตามและศาลสามารถหยิบยกขึ้นพิจารณาได้เองแม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างขึ้นก็ตาม
3. ถ้อยคำมีความหมายไม่แน่นอน (unbestimmte Rechtsbegriffe) มีขอบเขตอย่างกว้างและเปลี่ยนแปลงไปตามนโยบายของรัฐหรือสภาพสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงตามกาลสมัยเพื่อให้เป็นบทบัญญัติที่ยืดหยุ่นและให้ศาลมีโอกาสใช้ดุลพินิจได้มาก อันจะทำให้การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนบรรลุผล
4. เป็นกฎหมายที่ยุติธรรม (jus aequum) เนื่องจากหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมีความหมายอย่างกว้างและยากที่จะให้คำจำกัดความ จึงไม่มีการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบไว้แน่ชัด โดยปล่อยให้ศาลมีดุลพินิจในการวินิจฉัยเป็นรายกรณีๆ ไป เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความ
5. เป็นกฎหมายที่เป็นบทบังคับ (juscogens) ไม่ยอมให้คู่กรณีตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นเป็นบทบังคับเด็ดขาดซึ่งผู้ที่ฝ่าฝืนย่อมได้รับโทษหรือเกิดผลร้ายเสมอ

ดังนั้นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายจะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ต้องเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นโดยสมัครใจ กล่าวคือ ผู้ให้ความยินยอมจะต้องให้ความยินยอมโดยปราศจากการหลอกลวง ข่มขู่ สำคัญผิด หรือขาดสติสัมปชัญญะแต่ก็มีบางกรณีที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมเนื่องจากได้รับความกดดันในทางธุรกิจ เช่น กรณีนายจ้างลูกจ้าง ในกรณีนี้มี

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าไม่ทำให้ความยินยอมเสียไป หากผู้มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าเป็นผู้ยินยอมเองโดยที่ผู้มีฐานะทางเศรษฐกิจที่สูงกว่า มิได้ใช้อำนาจทางเศรษฐกิจบีบบังคับ ความยินยอมดังกล่าวย่อมมีผล เพียงแต่การกระทำที่ไม่สมควร แต่หากเป็นการบีบบังคับให้ยอมยอมทำให้การยินยอมเช่นนั้นเสียไปและต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

“ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ต้องพิจารณาที่เจตนาของการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายหลักการคือ “ความรู้สึกที่รับได้ละถูกต้อง ของทุกคนในสังคม”(das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden)⁶⁵ เช่น เรื่องการทำร้ายร่างกายหรือการฆ่า เป็นกรณีที่กฎหมายไม่ยอมรับความยินยอมเพราะกฎหมายคุ้มครอง บุคคลมิให้ทำร้ายร่างกายหรือฆ่ากันเองเพราะฉะนั้นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 มาตรา 297 และมาตรา 290 ผู้ถูกกระทำจะยินยอมโดยบริสุทธิ์การกระทำนั้นก็ครบองค์ประกอบความผิดเรื่องนี้จึงต้องพิจารณาผลประโยชน์ที่กฎหมาย (Rechtsgut หรือ interest protected by law) ซึ่งหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 ซึ่งบัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพนันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” เป็นบทบัญญัติที่จำกัดขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงเจตนา บุคคลจะกำหนดเจตนาหรือ ข้อสัญญาให้มีวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่ได้ซึ่งศาลสามารถปฏิเสธการมีผลบังคับของสัญญาที่เอารัดเอาเปรียบหรือสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ให้สัญญาเป็นโมฆะได้ ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิดตามมาตรา 9 ของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม⁶⁶ ตามบทบัญญัตินี้ บุคคลผู้ที่ได้รับความเสียหายจะตกลงหรือให้ความยินยอมยกเว้น (คือ การที่ผู้ก่อความเสียหายไม่ต้องรับผิดชอบ) หรือจำกัดความรับผิด (คือ การที่ผู้ก่อความเสียหายยังต้องรับผิดชอบอยู่บ้างแต่ไม่ทั้งหมด) เพื่อละเมิดของผู้ก่อความเสียหายไม่ได้ หากความเสียหายที่ผู้ก่อความเสียหายได้ก่อให้เกิดขึ้นนั้น เกิดจากการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อ

⁶⁵ คณิต ณ นคร, *เรื่องเดิม*, หน้า 264.

⁶⁶ มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมพ.ศ.2540 ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้

ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับผลบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้พิจารณาตามมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม⁶⁷

ความยินยอมต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ผู้เขียนจะนำมาศึกษามี 2 รูปแบบคือความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (presumed consent) และความยินยอมที่ต้องได้รับการบอกกล่าว (informed consent)

1) ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (presumed consent)

ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ไม่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของประเทศไทย แต่ในต่างประเทศ เช่น เยอรมัน มีการนำเอามาใช้ปรับกับคดีด้วย โดยหลักการแล้วความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้เป็นสิ่งที่อยู่ระหว่างความยินยอมและความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ก็เป็นสิ่งที่แยกออกมาเป็นเอกเทศจากหลักกฎหมายทั้งสอง

ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้แตกต่างจากความยินยอมในแง่ที่ว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจที่จะกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายโดยเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เหตุหนึ่งเป็นเรื่องของโครงสร้างในทางบรรทัดฐานตามกฎหมายจารีตประเพณี (ein gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigungsgrund) ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้จะถูกนำมาอ้างก็ต่อเมื่อเมื่อการได้มาซึ่งความยินยอมที่แท้จริงนั้นเป็นสิ่งเป็นไปไม่ได้หรือไม่สามารถขอความยินยอมได้ ด้วยเหตุนี้นายแพทย์ที่ทำการผ่าตัดผู้ป่วยที่หมดสติไม่อาจอ้างหลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบว่าตนเองไม่สามารถที่จะรอกถามผู้ป่วยที่สลบก่อนได้โดยที่จะไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของผู้ป่วย⁶⁸

องค์ประกอบของความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้มี 3 ประการดังนี้⁶⁹

⁶⁷ มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมพ.ศ.2540 ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวงรวมทั้ง

(1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ ความเข้าใจ ความสันติจัดเจน ความคาดหวัง แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(4) การบริการที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

⁶⁸ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, “ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ตามกฎหมายอาญาเยอรมัน,”

บทบัญญัติ 60, (ตุลาคม-ธันวาคม 2547) :161-164.

⁶⁹ คณิต ญ นคร, *เรื่องเดิม*, หน้า268-269.

1) สถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ ประกอบด้วยเงื่อนไขอีก 2 ประการคือต้องเป็นสถานการณ์ที่ไม่สามารถจะขอความยินยอมได้จากผู้เสียหายและเป็นสถานการณ์ที่สันนิษฐานว่าผู้เสียหายจะต้องให้ความยินยอม

2) การกระทำในสถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ จะต้องเป็นการกระทำที่อยู่ในกรอบหรือขอบเขตความประสงค์ของผู้เสียหายหรือเป็นการกระทำที่สมประโยชน์และต้องตามความประสงค์ของผู้เสียหายตามที่พึงสันนิษฐานได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป

3) ความรู้เกี่ยวกับสถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ ผู้กระทำต้องรู้ถึงความจำเป็นหรือความฉุกเฉินของสถานการณ์และรู้ว่าในกรณีนั้นตนไม่อาจจะขอความยินยอมได้และผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าในสถานการณ์นั้นผู้เสียหายจะให้ความยินยอม เพราะถ้าหากว่าผู้กระทำกระทำไปโดยขัดต่อความประสงค์อันแท้จริงหรือที่พึงสันนิษฐานได้ การกระทำของผู้กระทำย่อมขาดโครงสร้างข้อนี้และเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

2) ความยินยอมที่ต้องได้รับการบอกกล่าวตามกฎหมาย(*informed consent*)

ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว *Informed consent* มาจากคำว่า *Informed* กับ *consent* ซึ่งหมายความว่า ได้รับ ข้อความ หรือแจ้งให้ทราบ กับ ให้ความยินยอม ดังนั้นคำว่า *Informed consent* แปลตรงตัว จึงมีความหมายว่า “การให้ความยินยอม หลัง ได้รับข้อความ” เพราะวก่อนที่จะลงลายมือชื่อในเอกสารให้ความยินยอม ผู้ลงลายมือชื่อต้องได้รับการอธิบายและบรรยายข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเอกสารที่กำลังจะลงลายมือชื่อเสียก่อน การลงลายมือชื่อภายหลังที่ได้รับแจ้งข้อความหรือคำอธิบายจึงไม่ควรเรียกว่า *Informed consent* หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า *Informed consent* ที่ถูกต้องควรจะออกมาในรูปแบบของ *Voluntary informed consent* (ผู้ป่วยได้รับข้อมูลที่ถูกต้อง เหมาะสม เพียงพอ ก่อนลงลายมือชื่อ)⁷⁰ มิใช่ออกมาในรูปแบบของ *Involuntary informed consent* (ผู้ป่วยลงลายมือชื่อก่อนได้รับข้อมูล หรือลงลายมือชื่อภายหลังที่ได้รับข้อมูลแต่เป็นข้อมูลที่ไม่เหมาะสมเพียงพอ) คำว่า *Informed consent* เป็นหลักกฎหมาย (*Legal doctrine*) ที่ได้รับการพัฒนามานานโดยศาลทางฝั่งประเทศยุโรปตะวันตกและทางอเมริกา ซึ่งมีการใช้ในหลายรูปแบบทั้งที่เป็นส่วนของการรักษาพยาบาลและการทดลองในมนุษย์โดย

⁷⁰เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ, กฎหมายกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรม, (กรุงเทพฯ : บุ๊คเน็ต, 2549) หน้า 202.

ความยินยอมที่ได้รับตามหลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวจะสมบูรณ์ได้ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบด้วย⁷¹

1.ความสมัครใจ (Voluntariness) ความยินยอมที่เกิดจากการถูกข่มขู่หลอกลวง หรือ ความสำคัญผิด ไม่ถือว่าเป็นความยินยอมด้วยความสมัครใจดังสุภาษิตที่ว่า “ Nothing is so contrary to consent as force and fear ” (ไม่มีสิ่งใดเป็นปฏิปักษ์ต่อความยินยอมเท่ากับการถูก บังคับและความเกรงกลัว)

2.ความสามารถในการตัดสินใจ (Competence) ความสามารถของบุคคลสามารถ พิจารณาได้หลายแง่มุมเช่น ความสามารถในการทำงาน ความสามารถในการทำนิติกรรมทางแพ่ง ใน ส่วนนี้จะพิจารณาเฉพาะความสามารถในการตัดสินใจในการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ เท่านั้น ซึ่งในการทำความเข้าใจเรื่องความสามารถในการตัดสินใจ มีคำศัพท์ที่จะต้องทำความเข้าใจ ได้แก่ capacity และ competency ซึ่งบางครั้งสองคำนี้อาจใช้แทนกันได้แต่ในตำราทางกฎหมาย การแพทย์หรือชีวจริยศาสตร์มักจะแยกพิจารณาดังนี้⁷²

Capacity เป็นความสามารถในความเป็นจริงผู้ที่ประเมินความสามารถคือบุคลากรทาง การแพทย์ว่าผู้ป่วยมีความรู้ความเข้าใจในเรื่องหนึ่ง ๆ มากน้อยขนาดไหน สามารถใช้ความคิดเชิง นามธรรม หรือตัดสินใจได้อย่างเป็นเหตุเป็นผลหรือไม่ ซึ่งปัจจัยที่มักจะมีผลถึงความสามารถ ได้แก่ โรคทางจิตเวช โรคของระบบประสาทส่วนกลาง⁷³

Competency เป็นความสามารถในทางกฎหมาย ซึ่งอาจจะถูกกำหนดโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น อายุที่ผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะ หรือคำพิพากษาของศาลที่สั่งให้บุคคลหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถทั้งนี้กฎเกณฑ์ของแต่ละประเทศในเรื่องความสามารถย่อมแตกต่างกันไปหรือแม้แต่ในประเทศเดียวกัน กฎหมายที่กำหนดเรื่องความสามารถของบุคคลก็อาจแตกต่างกันได้ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ เช่น กฎหมายแพ่งบัญญัติให้ผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 20 ปี⁷⁴

⁷¹ Beauchamp T, Childress J. Principles of Biomedical Ethics. 5th ed: Oxford University Press; 2001. อ้างถึงใน ศักดา สลธิ์เรืองชัย, “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติทั่วไป,”วารสารเวชบันทึกศิริราช 6,(มกราคม-มิถุนายน 2556) :32.

⁷² ศักดา สลธิ์เรืองชัย, เรื่องเดิม, หน้า 33.

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 33

⁷⁴ มาตรา 19 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะ เมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์

ในขณะที่กฎหมายมรดกกำหนดให้ผู้เยาว์ทำนิติกรรมได้เมื่ออายุ 15 ปี⁷⁵ และกฎหมายเลือกตั้งกำหนดให้บุคคลธรรมดาสิทธิเลือกตั้งเมื่ออายุ 18 ปี เป็นต้นการพิจารณา competency ของผู้ป่วยต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ หรือเรียกได้ว่าการพิจารณา competency นั้นมีลักษณะจำเพาะต่อเนื้อหาเฉพาะอย่างหรือ task-specific กลุ่มผู้ป่วยที่ไม่สามารถแสดงเจตนาให้ความยินยอมได้แก่ กลุ่มผู้ป่วยที่เป็น incompetent person และผู้เยาว์ (minor) เป็นต้น⁷⁶

3.การให้ความยินยอม (Consent) หลังจากบุคคลได้รับทราบข้อมูลและได้ตัดสินใจแล้ว การให้ความยินยอมจะมีผลเมื่อมีการแสดงออกซึ่งความยินยอมนั้น โดยอาจจะออกมาในรูปแบบที่ชัดเจน(explicit) ไม่ว่าจะเป็นการบอกด้วยปากเปล่าหรือการเขียน หรือโดยปริยาย (implied)⁷⁷ เช่นการยอมให้แพทย์ตรวจโดยการนอนบนเตียง การยื่นแขนให้ทำการเจาะเลือด พึงสังเกตว่าขั้นตอนการให้ความยินยอมนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวไม่ได้เป็นสาระสำคัญ ถึงแม้ผู้ป่วยจะได้ลงลายมือชื่อในเอกสารให้ความยินยอมในการตรวจหรือรักษา แต่ผู้ป่วยไม่ได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับการให้บริการ ก็ถือว่าความยินยอมที่ได้มานั้นบกพร่อง ไม่ครบองค์ประกอบของความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว⁷⁸

สรุปได้ว่าการให้ความยินยอมด้วยการบอกกล่าว หรือ Informed Consent ที่ดีซึ่งแพทย์จะได้รับความคุ้มครอง เป็นเหตุยกเว้นจากความรับผิดชอบนั้น ต้องเป็นการสื่อสารที่ ถูกต้อง (Right and Adequate Communication Process) และพอเพียงระหว่างแพทย์ผู้ขอความ ยินยอม กับผู้ให้ความยินยอมและที่สำคัญที่สุดผู้ให้ความยินยอม ต้องมีทางเลือกเป็นของตนเอง (Self-Autonomy) ไม่มีการถูกบีบบังคับทั้งทางตรงและทางอ้อม และเมื่อผู้ป่วยให้ความยินยอมได้ผู้ป่วยก็ย่อมมีสิทธิถอนความยินยอมได้เช่นกัน⁷⁹

⁷⁵ มาตรา 25 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เยาว์อาจทำนิติกรรมได้เมื่ออายุสิบห้าปีบริบูรณ์

⁷⁶ ศักดา สติเรืองชัย, *เรื่องเดิม*, หน้า 33.

⁷⁷ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 33

⁷⁸ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 33

⁷⁹ โครงการวิจัย เรื่อง แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญา ของผู้ประกอบวิชาชีพเฉพาะ : ศึกษากรณีวิชาชีพนายความและวิชาชีพแพทย์,มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2557, หน้า 84.

บทที่ 3

แนวทางขององค์กรอนามัยโลกและแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศเกี่ยวกับการ แสดงเจตนาให้ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เสียชีวิตจากสมองตายและ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

สมองตาย ในทางการแพทย์ถือว่าผู้ที่มีภาวะสมองตายคือผู้ที่เสียชีวิตแล้ว เพราะไม่ว่าเราจะให้การรักษาอย่างไร ผู้ป่วยก็จะมีทางฟื้นขึ้นมาอีก แต่ในขณะที่สมองตายนั้น หัวใจยังเต้นอยู่ อวัยวะอื่นๆ ยังทำงานได้อีกกระยะหนึ่ง ดังนั้น หากผู้ตายบริจาคอวัยวะไว้ล่วงหน้า ผู้บริจาคบางคนหนึ่งสามารถช่วยชีวิตผู้อื่นได้ไม่น้อยกว่า 4 ชีวิตทางเลือกในการกำหนดนโยบายของแต่ละประเทศที่ออกมาเป็นกฎหมายในเรื่องของการบริจาคอวัยวะเมื่อตนถึงแก่ความตาย มีรูปแบบกฎหมายที่เป็นไปได้ 3 รูปแบบด้วยกัน

แบบแรกคือ ใช้วิธีให้คน “เลือกเข้าร่วม” (Opt-in หรือ Contracting in) ใช้หลักความยินยอมในการบอกกล่าว (informed consent or Explicit consent systems) กล่าวคือ ให้ผู้ที่ประสงค์จะบริจาคอวัยวะ แสดงความจำนงล่วงหน้าก่อนที่จะถึงความตายหรือญาติของผู้ตายที่บริจาคอวัยวะไว้ที่โรงพยาบาล หน่วยงานราชการ หรือมูลนิธิ แพทย์จึงสามารถนำเอาอวัยวะของผู้ตายมาปลูกถ่ายได้ การบริจาคอวัยวะนี้ผู้บริจาคจะได้รับบัตรผู้บริจาคและหากผู้บริจาคถึงแก่ความตายและเมื่อแพทย์พบบัตรนี้ก็สามารถก็นำอวัยวะออกมาปลูกถ่ายได้⁸⁰ หรือเรียกว่าการลงทะเบียนรับเลือก (Opt-in registers) ดำเนินการโดยต้องมีการตกลงร่วมกันว่าเป็นผู้บริจาคจะต้องแสดงความยินยอม (อย่างชัดเจน) มากกว่าที่จะสันนิษฐานไว้ โดยจะบันทึกการตัดสินใจของแต่ละบุคคลว่าเป็นผู้

⁸⁰ ฉัตรแก้ว สอนศิริ, ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ผู้กระทำการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตาย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555) หน้า 44.

บริจาคที่เสียชีวิตตัวอย่าง เช่น สหราชอาณาจักร (อังกฤษและสกอตแลนด์)และรัฐส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกาดำเนินการเลือกลงทะเบียนเข้าร่วม

แบบที่สอง คือ ใช้วิธี“ถอนตัวออก” (Opt-outหรือ Contracting out) ใช้หลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Presumed consent) กล่าวคือ กำหนดให้ประชาชนทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะโดยอัตโนมัติและถือว่าให้แพทย์สามารถนำอวัยวะบางอย่างเช่นไตออกจากผู้ที่สมองตายได้เลยถือเป็นข้อสันนิษฐานว่าคนที่ตายทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะซึ่งถือหลัก Presumed consent คือถ้าประชาชนไม่มาแจ้งถอนสิทธิ์ แสดงว่ายินยอมที่จะกระทำการนั้นๆคือการบริจาคอวัยวะและให้คนที่ไม่มียินดีที่จะบริจาคอวัยวะไปแสดงความจำนงถอนชื่อของตนออก หรือเรียกว่า การลงทะเบียนออก (Opt-out registers) จะดำเนินการในประเทศที่ยอมรับหลักการของความยินยอมที่สันนิษฐานต่อการบริจาคซึ่งบุคคลผู้ล่วงลับถือว่าเป็นผู้ยินยอมที่จะบริจาคเป็นค่าเริ่มต้นเว้นแต่จะได้มีการคัดค้านการบริจาคก่อนตาย ระบบนี้ใช้ในประเทศยุโรปหลายประเทศ เช่น สเปน ออสเตรีย โปรตุเกส ฝรั่งเศส ฯลฯ รวมถึงประเทศเพื่อนบ้านของไทย คือประเทศสิงคโปร์

ลักษณะของวิธีถอนตัวออก (Opt-outหรือ Contracting out) ก็สามารถแยกย่อยออกเป็น 2 ประเภทคือ การถอนตัวออกแบบไม่เคร่งครัด (Soft opt-out) และการถอนตัวออกแบบเคร่งครัด (Hard opt-out)

(1) การถอนตัวออกแบบไม่เคร่งครัด (Soft opt-out) คือการถือว่าประชาชนทุกคนประสงค์จะบริจาคอวัยวะเมื่อเสียชีวิตเว้นแต่จะได้แสดงเจตนาไว้ชัดแจ้งว่าไม่ประสงค์จะบริจาค อย่างไรก็ตามเมื่อผู้บริจาคเสียชีวิตลงแพทย์หรือพยาบาลต้องถามความสมัครใจของญาติผู้เสียชีวิตว่ายังคงประสงค์จะบริจาคอวัยวะอยู่หรือไม่ หากญาติผู้เสียชีวิตปฏิเสธ การบริจาคอวัยวะก็จะไม่เกิดขึ้น ตัวอย่างประเทศที่ใช้นโยบายนี้ เช่น เวลส์

(2) การถอนตัวออกแบบเคร่งครัด (Hard opt-out) คือการถือว่าประชาชนทุกคนประสงค์จะบริจาคอวัยวะเมื่อเสียชีวิต เว้นแต่จะได้แสดงเจตนาไว้ชัดแจ้งว่าไม่ประสงค์จะบริจาค โดยไม่ต้องคำนึงถึงความประสงค์ของญาติผู้เสียชีวิต ตัวอย่างประเทศที่ใช้นโยบายนี้ คือประเทศสิงคโปร์

แบบที่สามคือการลงทะเบียนร่วมกัน(Combined registers) ทำให้ผู้บริจาคมีโอกาสบันทึกข้อตกลงได้2กรณีดังนี้คือ 1) เป็นผู้บริจาคหรือ 2) คัดค้านการเป็นผู้บริจาค การลงทะเบียนแบบผสมผสานใช้กันโดยถือว่าเข้าใจข้อตกลงและข้อตกลงนั้นต้องแสดงอย่างชัดแจ้งโดยเป็นการรวมเอารูปแบบการบริจาคอวัยวะ แบบใช้วิธีให้คน “เลือกเข้าร่วม” (Opt-in หรือ Contracting in)และแบบที่ใช้วิธี“ถอนตัวออก” (Opt-outหรือ Contracting out)เข้าด้วยกัน ตัวอย่างเช่นสาธารณรัฐสิงคโปร์

ทั้งสามแบบนี้เป็นแนวทางทางเลือกของแต่ละประเทศว่าจะเลือกใช้แบบใดให้เหมาะสมกับภายในประเทศของตน โดยการบัญญัติกฎหมายเฉพาะ เพื่อใช้กำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการปลูกถ่ายอวัยวะและลักษณะความผิดหรือความรับผิด

สรุปประเภทของผู้ลงทะเบียนผู้บริจาคได้ดังนี้ ในระดับนานาชาติหลายแห่งมีกลไกสำหรับผู้ที่จะบันทึกความต้องการของตนเองอย่างเป็นทางการเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะโดยผ่าน 1) บัตรหรือเอกสารอื่น ๆ ที่มีอยู่ในบุคคลนั้น (เช่นบัตรผู้บริจาคบัตรประจำตัวบัตรประกันสุขภาพ) 2) ฐานข้อมูลส่วนกลาง ที่ผู้คนส่งข้อมูลหลายแห่งใช้กลไกเหล่านี้ร่วมกันคือการเลือกเข้าร่วมหรือถอนตัวออกและลงทะเบียนร่วมกัน สำหรับปัญหาการลงทะเบียนมักเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ได้รับความยินยอม⁸¹

สำหรับองค์การอนามัยโลก(World Health Organization) หรือ WHO ได้เห็นความสำคัญของเรื่องนี้จึงได้มีการวางหลักการที่เรียกว่า แนวทางของ WHO เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ (WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation) ได้กำหนดแนวทางเกี่ยวกับแหล่งที่มาของอวัยวะมนุษย์และชิ้นส่วนอวัยวะมนุษย์ที่ใช้เพื่อการปลูกถ่าย เพื่อศึกษาประกอบการพิจารณาและเปรียบเทียบกับกฎหมายของไทยที่เกี่ยวกับกรณีการปลูกถ่ายอวัยวะที่จะกล่าวถึงในลำดับต่อไป

3.1แนวทางขององค์การอนามัยโลกเกี่ยวกับแหล่งที่มาของอวัยวะมนุษย์และชิ้นส่วนอวัยวะมนุษย์ที่ใช้เพื่อการปลูกถ่าย (WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation)

แนวทางของ WHO เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ (WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation)

แนวทางที่ 1 อวัยวะนั้นอาจนำมาจากศพเพื่อใช้ในการปลูกถ่ายได้ ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ตาย หรือไม่มีเหตุที่เชื่อได้ว่าผู้ตายเคยปฏิเสธหรือไม่ยินยอมให้นำอวัยวะออกขณะที่ยังมีชีวิตอยู่

แนวทางที่ 2 แพทย์ที่ทำหน้าที่ในการดูแลหรือรักษาผู้บริจาคอวัยวะต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับการนำอวัยวะออกจากผู้บริจาคและกระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะ หรือหลังจากขั้นตอนการปลูกถ่าย

แนวทางที่ 3 การปลูกถ่ายอวัยวะนั้นควรใช้อวัยวะที่ได้มาจากศพเท่านั้น แต่หากเป็นผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่ควรต้องเป็นผู้ใหญ่ที่ได้มาจากการบริจาค และควรต้องมีความสัมพันธ์ทางสายเลือดกับผู้รับอวัยวะ ยกเว้นกรณีที่เป็นกรณีการเปลี่ยนถ่ายไขกระดูก (Bone marrow) และเนื้อเยื่ออื่นที่สามารถสร้างขึ้นใหม่ได้ (Other acceptable regenerative tissues) ในการนำอวัยวะออกจากคนที่ยังมีชีวิต

⁸¹Review of deceased organ donation and transplantation rates, initial report to Minister of Health, (MARCH 2016), p.55.

ผู้บริจาคต้องให้ความยินยอมโดยต้องได้รับทราบข้อมูลครบถ้วนทั้งความเสี่ยงที่จะได้รับและไม่มีการแทรกแซงใดๆ (สำหรับกรณีแนวทางที่ 3 นั้นเป็นกรณีของการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่)

แนวทางที่ 4 ไม่ควรนำอวัยวะออกจากเด็ก ยกเว้น กระทำภายใต้อำนาจกฎหมายในประเทศในกรณีเนื้อเยื่ออื่นที่สามารถสร้างชิ้นใหม่ได้

แนวทางที่ 5 อวัยวะมนุษย์หรือชิ้นส่วนมนุษย์ไม่สามารถเป็นสินค้าแลกเปลี่ยนในเชิงพาณิชย์ได้ รวมทั้งห้ามการให้หรือรับค่าตอบแทนสำหรับอวัยวะ (รวมถึงค่าชดเชยหรือรางวัล)

แนวทางที่ 6 ห้ามการโฆษณาที่มีความประสงค์เพื่อซื้อ หรือให้ได้มาเพื่ออวัยวะ หรือเสนอเพื่อซื้อ

แนวทางที่ 7 ห้ามไม่ให้แพทย์หรือบุคลากรที่เกี่ยวข้องทางด้านสุขภาพเข้าเกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะ หากเชื่อได้ว่าอวัยวะนั้นได้มาจากเชิงพาณิชย์

แนวทางที่ 8 ห้ามไม่ให้บุคคลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะเรียกรับเงินเกินกว่าค่าดำเนินการหรือค่าธรรมเนียมที่เป็นธรรม

แนวทางที่ 9 การจัดสรรอวัยวะต้องอยู่บนความยุติธรรมและเสมอภาค โดยการบริจาคอวัยวะนั้นต้องอยู่บนความจำเป็นทางการแพทย์ และต้องไม่เกี่ยวข้องกับเงินหรือค่าตอบแทนใดๆ

แนวทางที่ 10 ขั้นตอนที่มีคุณภาพสูงปลอดภัยและมีประสิทธิภาพเป็นสิ่งสำคัญสำหรับผู้บริจาคและผู้รับบริจาคเหมือนกัน ผลลัพธ์ระยะยาวของการบริจาคเซลล์และเนื้อเยื่อและอวัยวะและการปลูกถ่ายควรได้รับการประเมินสำหรับผู้บริจาคที่มีชีวิตตลอดจนผู้รับบริจาค

ระดับความปลอดภัยประสิทธิภาพและคุณภาพของเซลล์เนื้อเยื่อและอวัยวะของมนุษย์ในการปลูกถ่ายเป็นผลิตภัณฑ์เพื่อสุขภาพที่มีลักษณะพิเศษจะต้องได้รับการดูแลและปรับปรุงอย่างต่อเนื่อง สิ่งนี้ต้องใช้ระบบคุณภาพรวมถึงการตรวจสอบย้อนกลับและการเฝ้าระวังโดยมีเหตุการณ์และปฏิกิริยาไม่พึงประสงค์รายงานทั้งในระดับประเทศและสำหรับผลิตภัณฑ์ของมนุษย์ที่ส่งออก

แนวทางที่ 11 องค์กรและการดำเนินการกิจกรรมการบริจาคและการปลูกถ่ายรวมทั้งผลการรักษาทางการแพทย์ต้องมีความโปร่งใสและเปิดกว้างเพื่อการตรวจสอบข้อเท็จจริงในขณะเดียวกันก็มั่นใจได้ว่าบุคคลที่ไม่เปิดเผยชื่อและความเป็นส่วนตัวของผู้บริจาคและผู้รับจะได้รับความคุ้มครองเสมอ

3.2 ประเทศที่ใช้วิธีการแสดงความประสงค์จะบริจาคหรือการบอกกล่าวเพื่อรองรับต่อการแสดงเจตนายินยอมบริจาคอวัยวะ (รูปแบบเลือกเข้าร่วม Opt-in หรือ Contracting in)

3.2.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษมีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการใช้อวัยวะจากศพในการปลูกถ่ายอวัยวะและเพื่อการศึกษาทางการแพทย์ (Medical Education) หรือเพื่อการศึกษาวิจัยอันเกี่ยวกับภาวะหลังการตาย (การปลูกถ่ายอวัยวะจากศพ The Human Tissue Act 1961 ได้ถูกยกเลิกไปแล้วโดยกฎหมาย Human Tissue (Scotland) Act 2006 Human Tissue Act 2004)

3.2.1.1 พระราชบัญญัติเกี่ยวกับเนื้อเยื่อมนุษย์ (สกอตแลนด์) พ.ศ. 2549 (Human Tissue (Scotland) Act 2006)

1.ความยินยอม

การบริจาคอวัยวะภายใต้พระราชบัญญัติเกี่ยวกับเนื้อเยื่อมนุษย์ (สกอตแลนด์) พ.ศ. 2549 (Human Tissue (Scotland) Act 2006) เป็นระบบของการเลือกเข้าร่วมตั้งนั้นอวัยวะของร่างกายของผู้ตายที่จะถูกนำออกจากร่างกายและใช้เพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะ, การวิจัย, การศึกษาหรือการฝึกอบรมหรือการตรวจสอบ⁸²การบริจาคอวัยวะนั้นขึ้นอยู่กับหลักการของการอนุญาตให้ความยินยอมที่มีจุดประสงค์เพื่อให้บุคคลมีสิทธิจะแสดงความปรารถนาของตนเกี่ยวกับสิ่งที่เกิดขึ้นกับร่างกายของเขาหลังจากการตาย โดยคาดหวังว่าความปรารถนาเหล่านั้นจะได้รับการเคารพและปฏิบัติตามที่ได้อนุญาตให้ความยินยอมไว้ก่อนตาย เนื่องจากจุดมุ่งหมายการออกกฎหมายคือความปรารถนาของผู้อื่นควรได้รับการปฏิบัติตาม

2.บุคคลที่สามารถบริจาคอวัยวะได้และวิธีการบริจาคอวัยวะ

1. บุคคลที่บรรลุนิติภาวะซึ่งในพระราชบัญญัติเกี่ยวกับเนื้อเยื่อมนุษย์ (สกอตแลนด์) หมายถึงบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป⁸³ สามารถอนุญาตให้มีการผ่าตัดและใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายของตัวเองหลังจากการตายเพื่อการปลูกถ่ายรวมทั้งเพื่อการวิจัยการศึกษาหรือการฝึกอบรมและการตรวจสอบตามมาตรา 3 (1) ของพระราชบัญญัติ⁸⁴ โดยปกติจะเรียกว่าการให้อำนาจด้วยตนเอง

⁸² section 3 Use of part of body of deceased person for transplantation, research etc. Human Tissue (Scotland) Act2006.

⁸³ section 60 Interpretation of Human Tissue (Scotland) Act 2006

⁸⁴ Section 3 Use of part of body of deceased person for transplantation, research etc.

(1)Part of the body of a deceased person may be removed from the body and used, for the purposes of—

(a)transplantation;

(b)research;

การอนุญาตสามารถกระทำได้ทั้งในรูปแบบลายลักษณ์อักษร (รวมทั้งแบบอิเล็กทรอนิกส์) หรือแสดงออกด้วยวาจาด้วยวาจา ซึ่งสามารถเพิกถอนการอนุญาตสำหรับการปลูกถ่ายได้ตลอดเวลา แต่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้มีความชัดเจนว่ามีความปรารถนาใดในช่วงเวลาที่เสียชีวิต ในกรณีที่ความปรารถนาของผู้บริจาคในการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายแสดงที่เจตจำนงไว้ล่วงหน้า ก่อนตายมีความชัดเจนก็จะไม่จำเป็นต้องขออนุญาตจากญาติหรือครอบครัวของผู้บริจาคอีกครั้ง เนื่องจากความปรารถนาของผู้ตายในกรณีเหล่านี้คือสิ่งสำคัญที่ทำให้สามารถนำอวัยวะจากร่างกาย เพื่อไปทำการปลูกถ่ายได้ตามกฎหมาย

2. ญาติหรือครอบครัวสามารถอนุญาตให้มีการบริจาคอวัยวะได้ในกรณีที่ความประสงค์ของผู้เสียชีวิตไม่เป็นที่ปรากฏ โดยญาติหรือครอบครัวจะถูกขอให้พิจารณาการอนุญาตให้อวัยวะบนพื้นฐานของที่เชื่อว่าเป็นความปรารถนาของผู้ตาย ญาติหรือครอบครัวอาจไม่ให้การอนุญาตให้มีการนำอวัยวะไปเพื่อการปลูกถ่ายหากมีความรู้ที่ผู้เสียชีวิตนั้นไม่เต็มใจที่จะให้อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายเพื่อใช้ในการปลูกถ่าย การอนุญาตดังกล่าวโดยญาติหรือครอบครัวเพื่อการใช้อวัยวะของร่างกายสำหรับการปลูกถ่ายสามารถเขียนและลงนามหรือได้รับการพูดด้วยวาจา เมื่อได้ให้การอนุญาตแล้วจะไม่สามารถเพิกถอนได้ เนื่องจากจะความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นในการเพิกถอนที่สุดท้ายจะก่อให้เกิดปัญหากับผู้รับที่ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะไปแล้ว ลำดับญาติที่ใกล้ชิดที่สุดที่มีอำนาจให้การอนุญาตแทนผู้เสียชีวิตมีลำดับดังนี้⁸⁵

- (1) คู่สมรส
- (2) อยู่ร่วมกันฐานะสามีหรือภริยาหรือมีความสัมพันธ์ซึ่งมีลักษณะเฉพาะของความสัมพันธ์ระหว่างคู่ครองและอาศัยอยู่เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือน
- (3) บุตร
- (4) บิดามารดา
- (5) พี่ชายหรือน้องสาว
- (6) ปู่ย่าตายาย
- (7) หลานคนโต
- (8) หลุหรือป้า
- (9) ลูกพี่ลูกน้อง
- (10) หลานสาวหรือหลานชาย

(c) education or training;

(d) audit,

⁸⁵ section 50 Nearest relative of Human Tissue (Scotland) Act 2006

(11) เพื่อนสนิท

3. ในกรณีของเด็กมาตรา 8 ของกฎหมาย Human Tissue (Scotland) Act 2006 ได้กำหนดอายุขั้นต่ำให้เด็กอายุ 12 ปีขึ้นไป⁸⁶สามารถอนุญาตให้มีการปลูกถ่ายอวัยวะและใช้ประโยชน์ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายเด็กหลังจากการตายของเด็กคนนั้นเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะ, การวิจัย, การศึกษาหรือการฝึกอบรมหรือการตรวจสอบอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง⁸⁷ โดยระบุว่าการอนุญาตดังกล่าวต้องเป็นลายลักษณ์อักษรและการให้อนุญาตอาจถูกเพิกถอนเป็นลายลักษณ์อักษรและมาตรา 9 ยังบัญญัติว่าให้มีผลใช้บังคับทันทีก่อนการเสียชีวิตของเด็กที่อายุตั้งแต่ 12 ปีขึ้นไป

หากไม่มีการอนุญาตจากเด็กก่อนตาย การใช้อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของเด็กเพื่อการปลูกถ่ายจะกระทำได้อีกต่อเมื่อผู้ที่มีสิทธิในการเลี้ยงดูและเป็นผู้ปกครองที่เกี่ยวข้องกับเด็กได้อนุญาตให้ใช้อวัยวะหรือส่วนหนึ่งส่วนใดในหนึ่งหรือหลายอย่างของร่างกาย เพื่อวัตถุประสงค์ในการปลูกถ่ายอวัยวะ การศึกษาหรือการฝึกอบรมการวิจัยและการตรวจสอบ โดยการอนุญาตดังกล่าวต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงนามหรือแสดงด้วยวาจาและระบุว่าการอนุญาตดังกล่าวมีเพื่อวัตถุประสงค์ใด

การอนุญาตโดยผู้ที่มีสิทธิในการเลี้ยงดูและเป็นผู้ปกครองที่เกี่ยวข้องกับเด็กอาจถูกเพิกถอนเป็นลายลักษณ์อักษรและลงนามโดยบุคคลคนเดียวกับบุคคลที่อนุญาต แต่สำหรับการอนุญาตที่ให้ไว้เพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะไม่สามารถเพิกถอนได้ บุคคลไม่สามารถอนุญาตถ้าบุคคลนั้นรู้อย่างแท้จริงว่าเด็กไม่เต็มใจให้ในส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของเด็กใช้สำหรับการปลูกถ่ายอวัยวะ⁸⁸

มาตรา 10 ในกรณีที่เด็กอายุต่ำกว่า 12 ปีและเด็กเสียชีวิต การอนุญาตการผ่าตัดและใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายของเด็กหลังจากการตายเพื่อการปลูกถ่ายรวมทั้งเพื่อการวิจัยการศึกษาหรือการฝึกอบรมและการตรวจสอบ เป็นของบุคคลผู้ที่มีสิทธิและความรับผิดชอบของผู้ปกครอง ต้อง

⁸⁶ Section 8 Authorisation: child 12 years of age or over of Human Tissue (Scotland) Act 2006.

⁸⁷ มาตรา 3 ใช้อวัยวะของร่างกายของผู้ตายเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะ การวิจัย ฯลฯ

(1) อวัยวะของร่างกายของผู้ตายจะถูกนำออกจากร่างกายและใช้เพื่อวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้ การปลูกถ่ายอวัยวะ, การวิจัย, การศึกษาหรือการฝึกอบรมหรือการตรวจสอบ

⁸⁸ section 9 Authorisation as respects child who dies 12 years of age or over by person with parental rights and responsibilities of Human Tissue (Scotland) Act 2006.

ทำให้ถูกต้องตามกฎหมายที่จะดำเนินการบนพื้นฐานของการอนุมัติจากบุคคลหนึ่งที่มีสิทธิของความเป็นผู้ปกครอง⁸⁹

การอนุญาตนั้นต้องเป็นเป็นลายลักษณ์อักษรและลงนามหรือแสดงออกโดยวาจาโดยบุคคลที่ให้การอนุญาตซึ่งการอนุญาตอาจถูกถอนออกเป็นลายลักษณ์อักษรโดยบุคคลนั้น สำหรับกรณีเพื่อการปลูกถ่ายไม่อาจเพิกถอนได้ ซึ่งวิธีการดังกล่าวสอดคล้องกับบทบัญญัติทั่วไปของพระราชบัญญัติเด็ก (สกอตแลนด์) พ.ศ. 2538 เกี่ยวกับความยินยอมของผู้ปกครองในการรักษาพยาบาล⁹⁰ พระราชบัญญัตินี้ไม่รวมถึงหน่วยงานท้องถิ่นที่ได้สิทธิและความรับผิดชอบจากผู้ปกครองในการมอบอำนาจ

4. ความยินยอมของพนักงานอัยการ (Procurator Fiscal) สำหรับการนำออกส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายเมื่อบุคคลใดรู้หรือมีเหตุผลที่จะเชื่อว่าการชันสูตรร่างกายของผู้ตายมีจำเป็นต้องใช้เป็นหลักฐานทางคดีเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำงานของพนักงานอัยการบุคคลดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมของพนักงานหรืออนุญาตจากอัยการในการนำอวัยวะของร่างกายเพื่อการปลูกถ่ายรวมทั้งเพื่อการวิจัยการศึกษาหรือการฝึกอบรมและการตรวจสอบ ความยินยอมของพนักงานอัยการอาจกระทำด้วยวาจาและหากต้องได้รับการยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรต้องกระทำโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้⁹¹

3.การยกเว้นความผิดทางกฎหมายของบุคลากรทางการแพทย์จากการปลูกถ่ายอวัยวะ

ในมาตรา 16 อนุมาตรา (2)⁹² ของพระราชบัญญัติเกี่ยวกับเนื้อเยื่อมนุษย์ (สกอตแลนด์) พ.ศ. 2549 (Human Tissue (Scotland) Act 2006) ระบุว่า การป้องกันบุคคลที่ถูกตั้งข้อหาว่ากระทำ ความผิดในการปลูกถ่ายอวัยวะโดยไม่ได้รับการอนุญาตนั้น หากแสดงให้เห็นว่าเมื่อมีการดำเนินการตามกฎหมายนั้นให้เชื่อว่าการผ่าตัดนำออกและการใช้อวัยวะนั้นได้รับอนุญาตตามข้อกำหนดของพระราชบัญญัตินี้ที่กำหนดว่าการผ่าตัดส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายของผู้ตายมีเพื่อวัตถุประสงค์สำหรับการปลูกถ่ายอวัยวะ, การวิจัย, การศึกษาหรือการฝึกอบรมหรือการตรวจสอบและจะต้อง

⁸⁹ Section 10 Authorisation as respects child who dies under 12 years of age. of Human Tissue (Scotland) Act 2006.

⁹⁰ The Children (Scotland) Act 1995 in relation to parental consent for medical treatment.

⁹¹ Section 5 Consent by procurator fiscal to removal of part of body. of Human Tissue (Scotland) Act 2006

⁹² section 16 Offences: removal or use of part of body of deceased person for transplantation, research etc. of Human Tissue (Scotland) Act 2006

กระทำโดยผู้ประกอบโรคศิลปะที่ลงทะเบียน หรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจให้ปฏิบัติตามกฎระเบียบของสก็อตแลนด์

3.2.1.2 พระราชบัญญัติเนื้อเยื่อมนุษย์ (Human Tissue Act 2004)

พระราชบัญญัตินี้กำหนดแนวความคิดยินยอมที่เหมาะสม (กำหนดไว้ในข้อที่อาจให้ความยินยอม) พระราชบัญญัติอธิบายสถานการณ์เฉพาะภายใต้กฎหมายซึ่งจำเป็นต้องมีการยินยอมที่เหมาะสมในการผ่าตัดจัดเก็บและการใช้ววัยวะของมนุษย์ที่เพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนด แนวคิดเรื่องความยินยอมที่ถูกต้องมีอยู่ในกฎหมายทั่วไปและความสามารถทางกฎหมาย

1.บุคคลที่สามารถให้ความยินยอมที่เหมาะสมในการบริจาคอวัยวะ

1.ผู้ที่บรรลุนิติภาวะสามารถให้ความยินยอมภายใต้ พระราชบัญญัติเนื้อเยื่อมนุษย์ (Human Tissue Act 2004) ที่กำหนดชัดเจนว่าในกรณีผู้บรรลุนิติภาวะตัดสินใจยินยอมบริจาคอวัยวะหรือเนื้อเยื่อหลังจากการตายของตนแล้ว ความยินยอมที่ได้รับนั้นเพียงพอสำหรับการปลูกถ่ายอวัยวะที่ถูกต้องตามกฎหมาย ในทำนองเดียวกันหากเป็นการตัดสินใจที่จะไม่ยินยอมให้บริจาคอวัยวะหรือเนื้อเยื่อที่เกิดขึ้นหลังจากการตายแล้ว การบริจาคอวัยวะนั้นจะต้องไม่ดำเนินการตามที่ไม่ได้รับความยินยอม⁹³

2.ผู้บรรลุนิติภาวะอายุ 18 ปีขึ้นไปสามารถแต่งตั้งบุคคลหรือ (ได้รับการเสนอชื่อ) เป็นตัวแทน⁹⁴ให้กระทำการในเรื่องทั่วไปหรือ จำกัดเฉพาะบางการกระทำ การแต่งตั้งตัวแทนอาจทำเป็นปากเปล่าหรือเป็นลายลักษณ์อักษร ตัวแทนที่ได้รับการแต่งตั้งอาจถูกเพิกถอนได้ตลอดเวลา ถ้าบุคคลที่ถูกแต่งตั้งมีมากกว่าหนึ่งคนเพียงคนเดียวเท่านั้นที่ต้องให้ความยินยอมเว้นแต่ข้อกำหนดในการแต่งตั้งระบุว่าต้องกระทำร่วมกัน

3.ถ้าผู้ตายไม่ได้แสดงความยินยอม (หรือปฏิเสธ) ต่อการใช้ววัยวะของตนในการปลูกถ่ายหรือในกรณีที่ไม่ได้แต่งตั้งตัวแทน ผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ที่มีคุณสมบัติเหมาะสมกับผู้ตายก่อนตายจะเป็นผู้ให้ความยินยอมผู้ที่มีคุณสมบัติตามความสัมพันธ์กับผู้ตายคือลำดับขั้นที่ใกล้ชิดผู้เสียชีวิตที่สุดก่อนดังนี้⁹⁵

1.คู่สมรสหรือคู่สมรส (spouse or partner (including civil or same sex partner)) (รวมทั้งหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างสองคนที่อาศัยอยู่ในฐานะคู่สามีภรรยาที่ไม่ได้แต่งงานหรืออยู่ในสหภาพพลเรือน ข้อนี้ใช้กับทั้งคู่เพศตรงข้ามและเพศเดียวกัน)

⁹³ section 3 Appropriate consent: adults (6) Of Human Tissue Act 2004.

⁹⁴ section 4 Nominated representatives of Human Tissue Act 2004.

⁹⁵ Section 27 Provision with respect to consent of Human Tissue Act 2004.

2. บิดามารดาหรือบุตร (parent or child (in this context a ‘child’ can be any age))
(ในบริบทนี้ "เด็ก" อาจอยู่ในวัยใดก็ได้)

3. พี่ชายหรือน้องสาว (brother or sister)

4. ปู่ย่าตายายหรือหลาน (grandparent or grandchild)

5. หลานสาวหรือหลานชาย (niece or nephew)

6. พ่อเลี้ยงหรือแม่เลี้ยง (stepfather or stepmother)

7. พี่น้องต่างบิดาหรือมารดา หรือ พี่น้องที่ร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน (half-brother or half-sister)

8. เพื่อนสนิท (friend of long standing)

4. ความยินยอมของเด็ก เด็ก ๆ ในกฎหมายนี้คือคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี อำนาจในการตัดสินใจก่อนที่จะเสียชีวิตและยินยอมให้มีการบริจาคอวัยวะและเนื้อเยื่อหลังจากที่เสียชีวิตนั้นไม่ต่างจากของผู้ที่บรรลุนิติภาวะ ความยินยอมของเด็กนั้นเพียงพอที่จะทำให้มีการนำอวัยวะไปใช้สำหรับการปลูกถ่ายตามกฎหมาย ⁹⁶

หากเด็กไม่ได้ตัดสินใจหรือไม่สามารถตัดสินใจให้ความยินยอมด้วยตนเองได้ในกรณีนี้มีความยินยอมที่เหมาะสมสำหรับการบริจาคอวัยวะและเนื้อเยื่อจะเป็นของผู้ปกครองที่มีความรับผิดชอบสำหรับเด็กที่เด็กเสียชีวิต ในกรณีที่ไม่มีผู้ปกครองก่อนที่เด็กจะเสียชีวิตความยินยอมที่เหมาะสมจะเป็นของบุคคลใดก็ตามที่มีความสัมพันธ์ที่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่อยู่กับเด็กก่อนตาย

2. ความยินยอมที่ถูกต้อง

สำหรับความยินยอมที่ถูกต้องจะต้องได้มาด้วยความสมัครใจโดยมีการบอกกล่าวข้อมูลในเรื่องที่ต้องการขอความยินยอมอย่างเหมาะสมแก่ผู้ที่มีความสามารถให้ความยินยอม ความยินยอมนั้นอาจเป็นความยินยอมที่เฉพาะเจาะจงหรือหรืออาจจะกว้างขึ้นในขอบเขตนั้นๆ บางครั้งเรียกว่าความยินยอมทั่วไป

3. ระยะเวลาที่ได้รับความยินยอม

ความยินยอมอาจแตกต่างกันไปตามระยะเวลา อาจมีอยู่ตลอดเวลาหรือมีการจำกัดเวลาของความยินยอมเอาไว้ ความยินยอมที่มีอยู่ตลอดเวลาจะมีผลบังคับใช้ตลอดจนกว่าจะมีการเพิกถอนความยินยอมนั้น อย่างไรก็ตามบางคนอาจจะระบุระยะเวลาที่ต้องการอนุญาตให้มีผลใช้บังคับต่อไป ในทั้งสองกรณีการตัดสินใจควรได้รับการบันทึกไว้อย่างชัดเจนในบันทึกของผู้ป่วยและ / หรือบันทึกสถานประกอบการที่ครอบครองอวัยวะ

4. การถอนคำยินยอม

⁹⁶ section 2 “Appropriate consent”: children of Human Tissue Act 2004

กรณีที่บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับผู้ตายได้รับการขอความยินยอมนำอวัยวะจากผู้ตายเพื่อนำไปใช้ในการปลูกถ่ายและได้รับความยินยอมแล้วการยินยอมนั้นไม่สามารถถอนออกได้เมื่อมีการผ่าตัดนำอวัยวะออก ซึ่งสิ่งนี้จะต้องชัดเจนสำหรับผู้ให้ความยินยอมในเวลาที่ได้ขอความยินยอม

5.การลงทะเบียนเป็นผู้บริจาคอวัยวะ⁹⁷

1.ทะเบียนผู้บริจาคอวัยวะ The Organ Donor Register (ODR) ดำเนินการทั่วสหราชอาณาจักรเพื่อให้บุคคลบันทึกความปรารถนาของตนเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะและเนื้อเยื่อหลังเสียชีวิต ทะเบียนผู้บริจาคอวัยวะ (ODR) ช่วยให้ผู้คนบันทึกว่าพวกเขาต้องการที่จะบริจาคทุกอวัยวะหรือบางส่วนหรือไม่และเนื้อเยื่อ

2.บุคคลที่ลงทะเบียนตัดสินใจด้วยความสมัครใจของตนเองนั้นจะมีข้อมูลที่จำเป็นสำหรับการตัดสินใจลงทะเบียนและมีขีดความสามารถทางจิตหรือความสามารถเมื่อลงทะเบียนแล้วการตัดสินใจที่บันทึกไว้ใน ทะเบียนผู้บริจาคอวัยวะ (ODR) ถือว่าเป็นความยินยอมที่ถูกต้องและเหมาะสมในเวลาที่จะลงทะเบียน

3.การตัดสินใจที่ถูกต้องตามกฎหมายจากผู้บริจาคเองเป็นสิ่งที่เพียงพอที่จะทำให้อวัยวะและเนื้อเยื่อที่พวกเขาตัดสินใจที่จะบริจาคนั้นนำไปใช้ในการปลูกถ่ายอวัยวะได้ และในทำนองเดียวกันในสถานการณ์ที่พวกเขาได้ตัดสินใจที่จะไม่บริจาคการบริจาคก็ไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ สำหรับทุกคนในความสัมพันธ์ที่เป็นญาติหรือครอบครัวไม่มีสิทธิ์ตามกฎหมายที่จะเพิกถอนการตัดสินใจที่ถูกต้องตามกฎหมายเพื่อให้หรือระงับความยินยอมนั้นได้

4.หากผู้บริจาคได้ให้ความยินยอมที่ถูกต้อง แต่ญาติคัดค้านการดำเนินการบริจาคอวัยวะหรือเนื้อเยื่อ เจตจำนงของผู้บริจาคควรได้รับการเคารพความยินยอมของผู้บริจาคเองที่คาดหวังเพื่อความปรารถนาของผู้บริจาคจะได้รับการปฏิบัติจริง การคัดค้านของญาติจะไม่สามารถลบล้างความเหมาะสมและความยินยอมที่ถูกต้องจากผู้บริจาคได้

5. Human Tissue Act กำหนดชัดเจนว่าในกรณีที่ผู้ใหญ่ตัดสินใจที่จะยินยอมให้บริจาคอวัยวะหรือเนื้อเยื่อที่เกิดขึ้นหลังจากการตายแล้วความยินยอมนั้นเพียงพอสำหรับการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมาย

6.การยกเว้นความผิดทางกฎหมายของบุคลากรทางการแพทย์จากการปลูกถ่ายอวัยวะ

ในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัตินี้ถือว่าการกระทำที่เป็นการนำอวัยวะที่เกี่ยวข้องออกจากผู้เสียชีวิตและเก็บรักษาและใช้ตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในตารางที่ 1 ของพระราชบัญญัติและรวมถึงการระบุสาเหตุของความตาย โดยปราศจากความยินยอมที่เหมาะสม ในกรณีที่มีการยินยอมที่

⁹⁷Code F: Donation of solid organs and tissue for transplantation. P 23.
Published: 3 April 2017.

จะใช้อวัยวะเพื่อวัตถุประสงค์หนึ่งแล้ววัตถุประสงค์ดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอมอีกได้ ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิด บุคคลจะไม่กระทำความผิดหากเชื่อว่า บุคคลนั้นได้รับความยินยอมตามสมควรหรือการกระทำนั้นไม่ใช่เรื่องที่ต้องได้รับความยินยอม⁹⁸

3.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา ในแบบการร้องขอ (Require request)

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศสหพันธรัฐ ดังนั้นกฎหมายในแต่ละมลรัฐจึงมีความแตกต่างกันออกไปโดยจะกล่าวถึงกฎหมายของรัฐบาลกลางบางส่วนเพื่อแสดงให้เห็นถึงระบบระบบการให้ความยินยอมโดยแจ้งชัดของระบบเลือกเข้าร่วม (Opt-in) ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักการปลูกถ่ายอวัยวะมีบัญญัติไว้ใน Uniform Anatomical Gift Act 1987 ความต้องการในการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายในขณะที่มีชีวิตอยู่นี้ต้องเป็นไปตามรัฐบัญญัติ Uniform Anatomical Gift Act (พระราชบัญญัติบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย) 1987 ที่แก้ไขล่าสุดหรือแก้ไขในปี 2009

1.ความยินยอม

ในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบเลือกเข้าร่วม (opt-in) ในการบริจาคอวัยวะที่ให้ความสำคัญกับการเคารพอิสระในการแสดงเจตนาของบุคคลเพื่อการบริจาคอวัยวะ ซึ่งการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายที่ไม่ได้ถูกเพิกถอนโดยผู้บริจาคก่อนตายนั้นจะไม่สามารถเพิกถอนได้และไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมหรือสมัครใจของบุคคลอื่นโดยในมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติ ได้รับการออกแบบมาเพื่อระบุกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าการตัดสินใจของผู้บริจาคเป็นอิสระ จะต้องได้รับเคารพอิสระในการแสดงเจตนาของบุคคลและไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้โดยผู้อื่น

2.บุคคลที่สามารถบริจาคอวัยวะได้

ผู้ที่สามารถบริจาคอวัยวะหรือร่างกายก่อนที่ตนเสียชีวิตอยู่ในมาตรา 4 ของ Uniform Anatomical Gift Act (พระราชบัญญัติบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย) ⁹⁹อาจมีการบริจากร่างกายหรืออวัยวะของผู้บริจาคอาจทำขึ้นในช่วงชีวิตของผู้ที่ผู้บริจาคยังมีชีวิตอยู่เพื่อการปลูกถ่าย, รักษา, การวิจัย หรือการศึกษา

⁹⁸ Section 5 Prohibition of activities without consent etc. of Human Tissue Act 2004

⁹⁹section 4 Who may make Anatomical gift before donor's death.In this Uniform Anatomical Gift Act 1987 (Last Revised or Amended in 2009).

1. ผู้บริจาคบริจาคด้วยตนเอง เช่น ผู้บริจาคที่บรรลุนิติภาวะซึ่งมาอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป¹⁰⁰ หรือถ้าผู้บริจาคเป็นผู้เยาว์ได้รับอนุญาตภายใต้กฎหมายของรัฐเพื่อขอใบอนุญาตขับริด(ใส่อายุที่อายุน้อยที่สุดที่บุคคลสามารถขอรับใบอนุญาตขับริดประเภทใดก็ได้) อายุปี

2. ตัวแทนของผู้บริจาคเว้นแต่ตัวแทนตามหนังสือมอบอำนาจเพื่อการดูแลสุขภาพหรือข้อมูลอื่นๆที่บันทึกไว้ห้ามมิให้ตัวแทนทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย ตัวแทนของผู้ตายในเวลาที่เสียชีวิตซึ่งอาจได้รับอำนาจให้ทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายได้แก่

- (1) คู่สมรสของผู้ตาย;
- (2) บุตรที่บรรลุนิติภาวะของผู้ตาย
- (3) บิดามารดาของผู้ตาย;
- (4) พี่น้องที่บรรลุนิติภาวะของผู้ตาย
- (5) ลูกหลานที่บรรลุนิติภาวะของผู้ตาย
- (6) ปู่ย่าตายายของผู้ตาย;
- (7) ผู้ที่ดูแลผู้ตาย
- (8) คนที่ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์ของผู้ตายในเวลาที่ตาย และ
- (9) บุคคลอื่นใดที่มีอำนาจในการจัดการร่างกายของผู้ตาย

รายชื่อบุคคลที่สามารถทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายที่มักจะได้รับการพิจารณาว่าพวกเขามีสิทธิ์ที่จะบริจาคเมื่อผู้บริจาคใกล้เสียชีวิต ในนามของผู้ตายนั้นรวมถึงบุคคลที่อยู่ในช่วงเวลาของการตายของผู้ตายทำหน้าที่เป็นตัวแทนของผู้ตายบุคคลไม่สามารถให้การบริจาคได้ถ้าในช่วงเวลาที่ผู้เสียชีวิตตายบุคคลในลำดับขั้นก่อนมีเหตุผลพอที่จะคัดค้านการบริจาค

บุคคลที่ได้รับมอบให้บริจาคร่างกายหรืออวัยวะอาจทำโดยเอกสารการบริจาคที่ลงนามโดยบุคคลที่ทำการบริจาคหรือโดยการสื่อสารด้วยปากเปล่าซึ่งบุคคลนั้นได้รับการบันทึกด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์หรืออย่างน้อยให้ลงบันทึกและลงลายมือชื่อ โดยบุคคลที่ได้รับการสื่อสารด้วยปากเปล่า

ในกรณีที่ไม่มีบุคคลใดที่ระบุไว้ในข้อ (1) ถึง (9) เพื่อบริจาคร่างกายหรืออวัยวะการบริจาคสามารถทำได้โดย “บุคคลอื่นที่มีอำนาจในการจัดการศพของผู้ที่ตาย” ในพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ระบุว่าบุคคลใดมีอำนาจในการจัดการศพของผู้ตาย บุคคลนั้นจะต้องถูกกำหนดโดยกฎหมาย นอกเหนือจากพระราชบัญญัตินี้ บุคคลดังกล่าวอาจเป็นผู้ตรวจชันสูตรศพหรือผู้ตรวจทางการแพทย์ที่มีศพอยู่ในความครอบครองโดยไม่มีเหตุสมควร ซึ่งตามกฎหมายนอกเหนือจากนี้ ได้รับอนุญาตให้

¹⁰⁰ Section 2 Definitions of this Uniform Anatomical Gift Act 1987 (Last Revised or Amended in 2009)

จัดการศพหลังจากผ่านไประยะเวลาหนึ่งแล้ว แน่ใจว่าในกรณีดังกล่าวไม่น่าเป็นไปได้ที่อวัยวะของผู้ตายอาจได้รับบริจาคเนื่องจากไม่น่าจะเหมาะสำหรับการปลูกถ่ายหรือบำบัดแล้วเนื่องจากกำหนดระยะเวลาให้ผ่านไปก่อนที่จะสามารถตัดสินใจได้ว่าไม่มีใครจะเรียกร้องศพได้ แต่ตาหรือเนื้อเยื่อของผู้ตายอาจเป็นทางการที่เหมาะสมสำหรับการบริจาค และแน่นอนว่าร่างกายทั้งหมดอาจเป็นเรื่องของการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย

3. บิดามารดาของผู้บริจาคถ้าผู้บริจาคเป็นผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ

4. ผู้พิทักษ์ของผู้บริจาค ในส่วนของคำนิยามศัพท์ในมาตรา 2 ของพระราชบัญญัตินี้ได้อธิบายขยายความเอาไว้ว่า ("ผู้พิทักษ์" หมายถึงผู้ที่ศาลแต่งตั้งให้ทำการตัดสินใจในเรื่อง การสนับสนุน, การดูแล, การศึกษา, สุขภาพหรือสวัสดิการของแต่ละบุคคล คำนี้ไม่รวมถึงผู้ปกครอง)¹⁰¹

ผู้ที่อาจเป็นผู้บริจาคสามารถบริจาคได้ก่อนผู้บริจาคเสียชีวิตจะเห็นได้ว่า Uniform Anatomical Gift Act 1987 (พระราชบัญญัติบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย) กำหนดผู้ที่สามารถเป็นผู้บริจาคเอาไว้ซึ่งอาจหมายถึงความสามารถของการให้ความยินยอมในการบริจาคร่างกายหรืออวัยวะ

เนื่องจากในหลายๆรัฐส่วนใหญ่ผู้เยาว์ภายใต้สถานการณ์ที่จำกัดแตกต่างกันไป ผู้เยาว์สามารถขออนุญาตมีใบอนุญาตฉบับนี้ได้ ผู้เยาว์อาจต้องการเป็นผู้บริจาค ซึ่งจะตรงกับนโยบายถ้าผู้เยาว์อายุมากพอที่จะขับรถผู้เยาว์ควรมีอายุมากพอที่จะทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายได้ ดังนั้นพระราชบัญญัตินี้จึงระบุว่าผู้เยาว์ที่สามารถขอรับใบอนุญาตขับรถมีอำนาจในการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย ไม่ว่าจะเป็นใบขับขี่หรือเอกสารอื่น ๆ ของการบริจาค ในทางตรงกันข้ามถ้าผู้บริจาคที่เป็นผู้เยาว์ที่อายุต่ำกว่า 18 ปีตาย แต่บิดามารดาผู้เยาว์ควรจะสามารถเพิกถอนการบริจาคได้

พระราชบัญญัตินี้ไม่ได้นิยามว่า "ผู้เยาว์ที่บรรลุนิติภาวะ" แม้ว่าจะเป็นตัวอย่างที่พบได้ทั่วไปก็คือผู้ที่แต่งงานแล้วก็ตาม แต่กฎหมายของรัฐก็แตกต่างกันไปเกี่ยวกับความหมายของผู้เยาว์ที่ได้รับการอนุญาตโดยไม่ได้กำหนดในพระราชบัญญัติแต่มีการกำหนดอย่างมีประสิทธิภาพโดยกฎหมายอื่น ๆ ของรัฐอื่นๆ และยังได้กำหนดไว้ชัดเจนในการให้อำนาจบริจาคที่จะทำในนามของบุคคลโดยตัวแทนของแต่ละบุคคลหรือบิดามารดาซึ่งสิทธิของบิดามารดาที่เป็นตัวแทนนั้นไม่ได้ถูกเพิกถอนหรือผู้พิทักษ์

การบริจาคของตัวแทนผู้ปกครองหรือผู้พิทักษ์ยังคงมีผลจนถึงเวลาที่มีการแก้ไขหรือเพิกถอนโดยตัวแทนผู้ปกครองหรือผู้ดูแลหรือโดยผู้บริจาคในนามของผู้บริจาคที่ได้ทำ

¹⁰¹ Section 2. Definitions. In this Uniform Anatomical Gift Act 1987
(Last Revised or Amended in 2009)

(11) "Guardian" means a person appointed by a court to make decisions regarding the support, care, education, health, or welfare of an individual. The term does not include a guardian ad litem.

มาตรา 4 ของพระราชบัญญัตินี้ ได้แสดงถึงวัตถุประสงค์ที่ประการที่อาจมีการการบริจาค อวัยวะหรือร่างกาย ได้แก่ การปลูกถ่ายบำบัดการวิจัยหรือการศึกษา คำว่า "การปลูกถ่าย", "การรักษาด้วย", "การวิจัย" และ "การศึกษา" โดยทั่วไปแล้วการปลูกถ่ายหมายถึงการผ่าตัดและการปลูกถ่ายอวัยวะของร่างกายคนหนึ่งเข้าสู่ร่างกายของบุคคลอื่น การวิจัยเป็นกระบวนการของการทดสอบ และการสังเกตเป้าหมายของการที่จะได้รับความรู้ทั่วไปในขณะที่การบำบัดรักษาเกี่ยวข้องกับการ ประมวลผลและการใช้ส่วนที่ได้รับบริจาคเพื่อพัฒนาและให้การรักษาที่ดีขึ้นหรือการรักษาโรคหรือ เงื่อนไข การศึกษา การใช้ทั้งร่างกายหรือส่วนที่จะสอนผู้เชี่ยวชาญด้านการแพทย์และอื่น ๆ เกี่ยวกับ กายวิภาคของมนุษย์และลักษณะของมัน

3.วิธีการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายก่อนตาย¹⁰²

ผู้บริจาคอาจทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายดังนี้

(1) โดยให้อำนาจคำแถลงหรือสัญลักษณ์แสดงว่าผู้บริจาคได้ทำขึ้นของการบริจาค อวัยวะหรือร่างกาย เพื่อพิมพ์ลงบนใบอนุญาตขับชีหรือบัตรประจำตัวของผู้บริจาค

(2) ในหนังสือพินัยกรรม

(3) ในระหว่างการเจ็บป่วยหรือการบาดเจ็บของผู้บริจาคโดยการสื่อสารรูปแบบใด ๆ กล่าวถึงผู้ใหญ่ออย่างน้อยสองคนอย่างน้อยหนึ่งคนเป็นพยานที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริจาค หรือ

ผู้บริจาคหรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบอำนาจทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายโดยบัตร ผู้บริจาคหรือบันทึกอื่น ๆ ที่ลงนามโดยผู้บริจาคหรือบุคคลอื่นที่ทำการบริจาคหรือมอบอำนาจว่าคำ แถลงหรือบันทึกอื่น ๆ แสดงว่าผู้บริจาคได้ทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย ไว้ในทะเบียนผู้บริจาค ถ้า ผู้บริจาคหรือบุคคลอื่นไม่สามารถลงลายมือชื่อบันทึกได้ผู้บันทึกอาจลงนามโดยบุคคลอื่นตามแนวทาง ของผู้บริจาคหรือบุคคลอื่นและต้องมีพยานอย่างน้อยสองคนโดยอย่างน้อยหนึ่งคนเป็นพยานที่เป็น พยานที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริจาคที่ได้ลงนามตามคำร้องขอของผู้บริจาคหรือบุคคลอื่นและระบุ ว่าได้มีการลงนามและเป็นพยาน พยานต้องเป็นพยานที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องเป็นพยานอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรส บุตรบิดามารดาพี่น้องหลานปู่ย่าตายายหรือผู้ปกครองของบุคคลที่ทำให้แก้ไขเพิกถอนหรือปฏิเสธที่จะ ให้การบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย พยานนี้ไม่รวมถึงบุคคลที่อาจได้รับการบริจาคอวัยวะดังกล่าว

สำหรับการเพิกถอน การระงับ การหมดอายุหรือการยกเลิกใบอนุญาตขับชีหรือบัตร ประชาชนที่แสดงให้เห็นถึงการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายไม่ได้ทำให้การบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย เป็นโมฆะ

¹⁰² Section 5 Maner of making Anatomical Gift before donor's death. In this Uniform Anatomical Gift Act 1987 (Last Revised or Amended in 2009)

4.การแก้ไขหรือการเพิกถอนการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายก่อนที่ผู้บริจาคจะตาย¹⁰³

ผู้บริจาคหรือบุคคลอื่นที่ได้รับอนุญาตให้จัดทำกรบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย อาจแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาคอวัยวะโดยการบันทึกลงนามโดยผู้บริจาค บุคคลอื่นหรือที่ทำหน้าที่ตามความต้องการของผู้บริจาคหรือบุคคลอื่นหากผู้บริจาคไม่สามารถลงชื่อได้ บันทึกการแก้ไขหรือการเพิกถอนใบการบริจาคอวัยวะบันทึกอาจลงนามโดยบุคคลอื่นที่ทำหน้าที่ตามความประสงค์ของผู้บริจาคหรือบุคคลอื่นตราบเท่าที่พยานหลักฐานเป็นพยานอย่างน้อยสองคนอย่างน้อยหนึ่งคนเป็นพยานที่ไม่เกี่ยวข้องและในกรณีนี้บันทึกต้องระบุว่าได้ลงนามและเป็นพยานตามคำร้องขอของผู้บริจาคหรือบุคคลอื่น

นอกจากนี้ให้นำกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการเพิกถอนพินัยกรรมมาพิจารณาการเพิกถอนหรือการแก้ไขเพิ่มเติมเอกสารที่ดำเนินการในภายหลังจากการบริจาคอย่างชัดแจ้งหรือโดยที่ไม่สอดคล้องกัน ตัวอย่างเช่น สมมติว่าผู้บริจาคจะทำพินัยกรรมยกร่างของเธอให้แก่โรงเรียนแพทย์ A เพื่อการวิจัยหรือการศึกษา ต่อมาภายหลังผู้บริจาคได้ลงนามในเอกสารของการบริจาคที่บริจาคไปเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะ เนื่องจากเอกสารที่ทำภายหลังของการบริจาคไม่สอดคล้องกับเอกสารที่มีอยู่ก่อนของการบริจาคในขอบเขตของการบริจาคใดในกรณีที่ใดของผู้บริจาคได้ถ้าเป็นอวัยวะที่เหมาะสมตามที่แพทย์ต้องการ จะส่งผ่านไปยังองค์กรจัดหาที่เหมาะสมและร่างกายของผู้บริจาคที่ไม่มีไต่จะผ่านไปยังโรงเรียนแพทย์ A

ในใบอนุญาตขับรถที่ไม่มีบทบัญญัติสำหรับการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย ไม่ใช่เอกสารของการบริจาคเพราะเอกสารการบริจาคมกำหนดให้เป็นบัตรผู้บริจาคหรือบันทึกอื่น ๆ "ใช้ในการการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย ดังนั้นใบอนุญาตของผู้ขับขี่ที่ออกในภายหลังที่ไม่เกี่ยวกับเจตนาของผู้นั้นได้รับสิทธิในการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย จะไม่สอดคล้องกับใบอนุญาตขับรถก่อนที่ผู้บริจาคได้ทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย ดังนั้นการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย ในใบอนุญาตก่อนจะยังคงมีประสิทธิภาพ สำหรับผู้บริจาคที่ใช้ใบอนุญาตขับรถเพื่อทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย อย่างไรก็ตามควรปฏิบัติตามคำแนะนำในใบอนุญาตที่เป็นปัจจุบันเสมอเนื่องจากแผนกยานยนต์อาจลบล้างข้อมูลใบอนุญาตที่ได้รับก่อนหน้านี้ออกจากฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ของตน

นอกจากนี้อาจมีการเพิกถอนการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายที่สร้างขึ้นโดยการทำลายเอกสารหากการทำลายล้างเสร็จสิ้นโดยมีเจตนาที่จะเพิกถอนการบริจาคมานั้น แต่เนื่องจากการเพิกถอนโดยการทำลายเป็นไปไม่ได้สำหรับการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย ที่ทำขึ้นในการลงทะเบียนผู้บริจาค ผู้บริจาคที่ประสงค์จะยกเลิก การบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย ที่ทำขึ้นในทะเบียนผู้บริจาคควรแก้ไขการ

¹⁰³ Section 5. Amending or revoke anatomical gift before donor's death. In this Uniform Anatomical Gift Act 1987 (Last Revised or Amended in 2009)

ลงทะเบียน การทำลายบัตรประจำตัวผู้บริจาคโดยไม่ได้ตั้งใจเป็นเรื่องปกติ เพราะบัตรอาจสูญหายเมื่อผู้บริจาคตัดสินใจที่จะทำความสะอาดกระเป๋าสตางค์หรือกระเป๋าเงิน ดังนั้นผู้บริจาคจึงควรทราบถึงความปรารถนาที่ได้รับจากเอกสารของการบริจาคที่มีความคงทนมากขึ้นเช่นใบอนุญาตขับรถหรือทะเบียนผู้บริจาคเพื่อลดความเสี่ยงที่จะถูกทำลายโดยไม่ได้ตั้งใจ

อาจมีการแก้ไขหรือเพิกถอนการให้ของผู้บริจาคที่มีอาการป่วย, ในช่วงบั้นปลายชีวิตหรือได้รับบาดเจ็บโดยการสื่อสารรูปแบบใด ๆ ที่ส่งไปยังพยานผู้ใหญ่ออย่างน้อยสองคนอย่างน้อยหนึ่งคนต้องเป็นพยานที่ไม่เกี่ยวข้อง หากผู้บริจาคไม่สามารถสื่อสารด้วยวาจา รูปแบบการสื่อสารที่ยอมรับได้นอกเหนือไปจากการบันทึกอาจรวมถึงการเคลื่อนไหวของศีรษะหรือตาเพื่อตอบคำถามที่เฉพาะเจาะจง

5. ผลจากการแก้ไขหรือการเพิกถอนการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย¹⁰⁴

มาตรา 8 (a) ระบุว่าหากผู้บริจาคได้ทำหรือแก้ไขการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายแล้วบุคคลอื่นจะไม่สามารถแก้ไขแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาคมานั้นได้ ตัวอย่างเช่น สมมติว่าผู้บริจาคบริจาคอวัยวะสำหรับการปลูกถ่าย อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 8 (a) บุคคลอื่นไม่สามารถแก้ไขหรือเพิกถอนการให้มันได้ ในความเป็นจริงเนื่องจากบุคคลอื่น ๆ ถูกห้ามไม่ให้ทำเช่นนั้นพวกเขาไม่มีอำนาจตามกฎหมายหรือมีสิทธิ์ในการแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย ส่วนนี้ใช้ไม่ได้กับการห้ามบิดามารดาของผู้บริจาคที่เป็นผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะที่อายุต่ำกว่า 18 ปี

มาตรา 8 (a) อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติของ (f) ภายใต้ (f) การให้ของผู้บริจาคของอวัยวะหนึ่งเพื่อวัตถุประสงค์หนึ่งไม่ได้หมายความว่าบุคคลอื่นจะขยายการการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายรวมถึงวัตถุประสงค์อื่นตามมาตรา 5 หรือ 10 ตัวอย่างเช่น สมมติว่าผู้บริจาคลงนามในเอกสารของการบริจาคระบุว่า "ฉันให้ไตของฉันสำหรับการปลูกถ่าย" หลังจากการตายของผู้บริจาคบุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา 9 สามารถขยายการบริจาคที่จะรวมการวิจัยในกรณีที่ไม่เหมาะสมในทางการแพทย์สำหรับการปลูกถ่าย สิทธิ์ในการขยายวัตถุประสงค์ของการบริจาคอาจถูกจำกัดโดยผู้บริจาค

มาตรา 8(b) ระบุว่าเพิกถอนการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้บริจาค (เมื่อพิจารณาจากการปฏิเสธ) ไม่ให้ผู้ใดทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้บริจาค ความแตกต่างระหว่างมาตรา 8 (a) กับมาตรา 8 (b) คือการเพิกถอนเป็นการกระทำที่คลุมเครือโดยคำนึงถึงความตั้งใจของผู้บริจาค แต่ก็มีความเป็นไปได้ว่าผู้บริจาคมีความสับสนและยินดีที่จะออกจากการตัดสินใจที่จะบริจาคให้กับผู้อื่น ตัวอย่างเช่น สมมติว่าบุคคลที่ได้บริจาคไตโดยบัตรผู้บริจาคในเวลาต่อมาจะทำลายบัตรนั้น

¹⁰⁴ Section 8 Preclusive effect of anatomical gift, amending, or revocation. In this Uniform Anatomical Gift Act 1987 (Last Revised or Amended in 2009)

ด้วยเจตนาที่จะยกเลิก การเพิกถอนนี้จะไม่เป็นการห้ามไม่ให้บุคคลอื่นที่สามารถให้การบริจาคอวัยวะ หรือร่างกายของผู้บริจาคที่ประสงค์จะเพิกถอนและผู้กดผู้อื่นเพื่อไม่บริจาคต้องลงชื่อด้วย

มาตรา 8 (c) ระบุว่า การบริจาคหรือการแก้ไขการบริจาคโดยบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้บริจาคตาม มาตรา 5 หรือ 6 ห้ามมิให้ผู้อื่นแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาค่นั้นตามมาตรา 10 เท่านั้น ตัวอย่างเช่น สมมติว่าผู้ดูแล(ผู้พิทักษ์)ของผู้ใหญ่ทำการบริจาคในนามของผู้ใหญ่ หลังจากการตายของผู้ใหญ่ใน ภายหลังเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ไม่สามารถแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาค่นั้นได้ในทางกลับกันสมมติว่า ตัวแทนของผู้บริจาคเป็นผู้บริจาคในช่วงชีวิตของผู้บริจาคและต่อมาผู้ปกครองได้รับการแต่งตั้งให้เป็น ผู้บริจาค ผู้ปกครองจะไม่ถูกกันออกไปจากการแก้ไขหรือยกเลิกสิทธินั้น ความแตกต่างก็คือบุคคลที่ ระบุไว้ในมาตรา 4 ถูกมองว่าเป็นผู้มีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงของผู้บริจาคที่มีอำนาจในการควบคุม การตัดสินใจบริจาคจนกว่าระยะเวลาที่ผู้บริจาคเสียชีวิต แน่แน่นอนว่าผู้บริจาคมักยังสามารถแก้ไขหรือ ยกเลิกการบริจาคของตัวเองแทนได้

ภายใต้หมวด 8 (d) ถ้าบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้บริจาคยกเลิกการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายตาม มาตรา 6 การเพิกถอนไม่ได้เป็นการห้ามมิให้บุคคลอื่นทำการบริจาคแทน

มาตรา 8 (e) การบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย สามารถทำเพื่อวัตถุประสงค์สื่ออย่างคือการปลูก ถ่ายการบำบัดการวิจัยหรือการศึกษา การบริจาคอวัยวะหนึ่งหรือหลายอย่างเพื่อวัตถุประสงค์ในการ ปลูกถ่ายการบำบัดการวิจัยหรือการศึกษาไม่ได้จำกัดความสามารถในการบริจาคในภายหลังสำหรับ อวัยวะอื่น ๆ โดยผู้บริจาคหรือบุคคลอื่น ตัวอย่างเช่นสมมติว่าผู้บริจาคบริจาค "อวัยวะทั้งหมด,ดวงตา และเนื้อเยื่อสำหรับการปลูกถ่ายหรือการรักษาด้วย" การบริจาคมิจะห้ามการบริจาคอวัยวะตาหรือ เนื้อเยื่อเพื่อการวิจัย ผู้บริจาคสามารถเพิ่มการขยายวัตถุประสงค์ของการบริจาคตามทิศทางตรงกัน ข้ามได้

มาตรา 8 (g) อนุญาตให้บิดามารดาของผู้บริจาคที่เป็นผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะซึ่งเสียชีวิต ในวัยที่ 18 เพื่อเพิกถอนการบริจาค่นั้นมาตรานี้ใช้บังคับเฉพาะในกรณีที่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่ อนุญาตให้บิดามารดาของผู้เยาว์ที่ยังมีชีวิตอยู่เพิกถอน การบริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เยาว์ใน ขณะที่ผู้เยาว์มีชีวิตอยู่ ในความเป็นจริงมาตรา 8 (a) จะทำให้พ่อแม่ไม่อาจเพิกถอน การบริจาค อวัยวะหรือของผู้เยาว์ได้ บิดามารดาที่ไม่ประสงค์ให้บุตรที่เป็นผู้เยาว์เป็นผู้บริจาคควรแจ้งความ ต้องการของบิดามารดาต่อเด็กคนนั้น เมื่อผู้บริจาคที่เป็นผู้เยาว์โตเป็นผู้ใหญ่แล้วผู้ปกครองไม่มีสิทธิ เพิกถอนการบริจาค

ภายใต้มาตรา 8 (h) บิดามารดาผู้เยาว์ยังสามารถเพิกถอนการปฏิเสธของผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติ ภาวะได้หากผู้เยาว์เสียชีวิตในวัยที่อายุต่ำกว่า 18 เช่นเดียวกับในมาตรา 8 (g) บิดามารดาจะไม่ สามารถเพิกถอนการปฏิเสธของผู้เยาว์ได้ในขณะที่ผู้เยาว์ยังมีชีวิตอยู่

6.การค้นหาและการแจ้ง¹⁰⁵

ในมาตรา 12 กำหนดให้บุคคลดังต่อไปนี้มีหน้าที่ในการตรวจสอบหรือสอบถามต่อเอกสารการบริจาคหรือข้อมูลอื่นๆ ซึ่งบ่งชี้ว่าบุคคลที่เสียชีวิตหรือใกล้ที่จะเสียชีวิตนั้น เป็นผู้บริจาคหรือเป็นผู้ปฏิเสธการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย

1. เจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย พนักงานดับเพลิง เจ้าหน้าที่กู้ภัย หรือเจ้าหน้าที่กรณีฉุกเฉินอื่นๆ ซึ่งพบ ซึ่งผู้พบเชื่อว่าเสียชีวิตหรือใกล้จะเสียชีวิตแล้ว

2. โรงพยาบาล ในขณะที่รับผู้ซึ่งเสียชีวิตหรือใกล้จะเสียชีวิตเข้ารับรักษาในโรงพยาบาล หากไม่มีแหล่ง ข้อมูลใดปรากฏเลยในขณะนั้น

หากเอกสารการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย หรือเอกสารการปฏิเสธบริจาคอวัยวะหรือร่างกายถูกค้นพบ และผู้ซึ่งเสียชีวิตหรือใกล้จะเสียชีวิตถูกนำส่งโรงพยาบาลต้องมีการแจ้งต่อโรงพยาบาล และส่งมอบเอกสารหรือหลักฐานอื่นๆ ให้แก่โรงพยาบาลด้วย

บุคคลไม่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบทางอาญาหรือทางแพ่งเนื่องจากไม่สามารถปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดโดยมาตรานี้ แต่อาจต้องได้รับการลงโทษทางปกครอง

"การค้นหาที่สมเหตุสมผล" ภายใต้กฎหมายของรัฐและรัฐบาลกลาง ในกรณีปกติการค้นหาที่สมเหตุสมผลจะเป็นของบุคคลหรืออยู่ในบริเวณโดยรอบของบุคคลที่เสียชีวิตเท่านั้น ศาลไม่ได้ใช้หรือขยายความบทบัญญัตินี้เพื่อให้สามารถค้นหาสถานที่ได้แบบสุ่มและกว้างขวางเนื่องจากน่าจะมีข้อมูลการบริจาคร่างกายหรืออวัยวะในใบอนุญาตขับรถหรือการลงทะเบียนผู้บริจาคและการบริจาคใด ๆ ให้กับองค์กรเหล่านี้สามารถเข้าถึงข้อมูลได้โดยองค์กรจัดสรรอวัยวะ

7.การยกเว้นความผิดทางกฎหมายของบุคลากรทางการแพทย์จากการปลูกถ่ายอวัยวะ¹⁰⁶

(1) บุคคลซึ่งกระทำการโดยสุจริตตามข้อกำหนดของรัฐบัญญัตินี้หรือตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะของรัฐอื่น ไม่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในทางแพ่งหรือถูกฟ้องในทางอาญาสำหรับการกระทำนั้น

(2) บุคคลที่ทำการบริจาคอวัยวะหรือผู้บริจาคไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้อวัยวะที่บริจาค

¹⁰⁵ Section 12 Search and Notification of this Uniform Anatomical Gift Act 1987 (Last Revised or Amended in 2009)

¹⁰⁶ Section Immunity of this Uniform Anatomical Gift Act 1987 (Last Revised or Amended in 2009)

(3) ในการพิจารณาว่าได้มีการทำแก้ไขหรือเพิกการบริจาคอวัยวะภายใต้รัฐบัญญัตินี้อาจฟังจากการรับรองของบุคคลที่ระบุไว้ในกฎหมายนี้ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของแต่ละบุคคลกับผู้บริจาคหรือผู้บริจาคในอนาคตเว้นแต่บุคคลนั้นจะรู้ว่าการเป็นตัวแทนนั้นไม่เป็นความจริง

3.3 ประเทศที่ใช้วิธีการเลือกถอนตัวออกจากระบบบริจาคเพื่อรองรับการใช้หลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Presumed consent) (ถอนตัวออก Opt-out หรือ Contracting out)

3.3.1 ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์มีสองวิธีที่การบริจาคอวัยวะอาจทำได้ตามกฎหมายในสิงคโปร์ ขั้นแรกภายใต้กฎหมาย Human Organ Transplant Act (HOTA) ซึ่งเป็นโครงการลงทะเบียนที่อนุญาตให้มีการเก็บอวัยวะที่ระบุไว้หลังจากเสียชีวิต และขั้นที่สองภายใต้พระราชบัญญัติการแพทย์ (การบำบัด การศึกษาและการวิจัย) the Medical (Therapy, Education, and Research) Act (MTERA) ซึ่งเป็นโครงการที่อนุญาตให้ผู้บริจาคบริจาคอวัยวะหรือเนื้อเยื่อเพื่อใช้สำหรับการปลูกถ่ายการศึกษาหรือการวิจัยภายหลังจากที่เขาเสียชีวิต

ดังนั้นผู้ที่ต้องการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายเพื่อการปลูกถ่ายการวิจัยหรือการศึกษาเมื่อเสียชีวิตก็ลงทะเบียนภายใต้พระราชบัญญัติการแพทย์ (การบำบัด, การศึกษาและการวิจัย) (MTERA) และผู้ที่ต้องการลงทะเบียนคัดค้านการบริจาคอวัยวะของพวกเขาเพื่อคัดค้านการนำไต, ตับ, หัวใจ และกระจกตาเมื่อตายไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการปลูกถ่ายก็ลงทะเบียนคัดค้านภายใต้พระราชบัญญัติการปลูกถ่ายอวัยวะของมนุษย์ (HOTA) พลเมืองและพลเมืองของสิงคโปร์ทุกคนที่มีอายุ 21 ปีขึ้นไปหรือชาวต่างชาติที่ได้รับสัญชาติสิงคโปร์หรือสถานภาพการพำนักถาวร * จะได้รับจดหมายจากกระทรวงสาธารณสุขสิงคโปร์ (MOH) แจ้งให้ทราบว่าพวกเขาจะอยู่ภายใต้กฎหมาย Human Organ Transplant Act (HOTA) และยังบอกว่าพวกเขาสามารถเลือกที่จะปฏิเสธได้หากพวกเขาคัดค้านการมีอวัยวะที่พื้นตัวเมื่อตาย กระทรวงสาธารณสุขยังแจ้งให้สาธารณชนทั่วไปทราบเกี่ยวกับ HOTA ปีละสองครั้งผ่านหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นหลัก ๆ ในสี่ภาษาอย่างเป็นทางการ

3.3.1.1 การปลูกถ่ายอวัยวะหลังจากการเสียชีวิตของกฎหมาย Human Organ Transplant Act (HOTA) การเลือกถอนตัวออกจาก (Opting out of HOTA)

1.ความยินยอม

การบริจาคอวัยวะภาคบังคับหลังการตายของกฎหมาย Human Organ Transplant Act (HOTA) คือการใช้หลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Presumed consent) กำหนดให้ประชาชนทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะโดยอัตโนมัติบังคับใช้กับพลเมืองสิงคโปร์และผู้อาศัยถาวรทุกคนที่มีอายุ

ตั้งแต่ 21 ปีขึ้นไปโดยไม่คำนึงถึงศาสนาอาจใช้กับผู้ที่อายุต่ำกว่า 21 ปีที่ทราบเท่าที่บิดามารดาหรือผู้ปกครองของบุคคลนั้นยินยอมและถือว่าให้แพทย์สามารถนำอวัยวะบางอย่างออกจากผู้ที่สมองตายได้เลย ถือเป็นข้อสันนิษฐานว่าคนที่ตายทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะ ถ้าประชาชนไม่มาแจ้งถอนสิทธิ์แสดงว่ายินยอมที่จะบริจาคอวัยวะและให้คนที่ไม่มีมติที่จะบริจาคอวัยวะไปแสดงความจำนงถอนชื่อของตนออก หรือเรียกว่าการลงทะเบียนถอนตัวออก (Opting out of HOTA) และการปลูกถ่ายจะกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น มิฉะนั้นการปลูกถ่ายอวัยวะโดยบุคคลที่ไม่ได้รับอนุญาตเป็นความผิดที่อาจทำให้ปรับไม่เกิน 10,000 เหรียญหรือจำคุกไม่เกิน 12 เดือนหรือทั้งจำทั้งปรับ

การเลือกถอนตัวออกจาก (Opting out of HOTA) บุคคลอาจเลือกที่จะเลือกถอนตัวออกโดยการลงทะเบียนคัดค้านกับผู้อำนวยการบริการทางการแพทย์โดยใช้แบบฟอร์มการปฏิเสธการใช้งาน ซึ่งอนุญาตให้บุคคลแสดงความคัดค้านของตนต่อการกำจัดอวัยวะบางส่วนหรือทั้งหมดที่ระบุไว้แบบฟอร์มที่กรอกเสร็จสมบูรณ์จะถูกส่งไปที่ National Transplant Unit การรับทราบการคัดค้านนี้จะถูกส่งไปยังบุคคลที่เลือกถอนตัวออก การคัดค้านนี้สามารถถอนได้เช่นกันโดยการกรอกแบบฟอร์มการยกเลิกการคัดค้านการนำอวัยวะซึ่งจะส่งไปยังหน่วยการปลูกถ่ายอวัยวะแห่งชาติเมื่อเสร็จสิ้น

2. ผู้ที่มีอำนาจนำอวัยวะออกหลังจากการเสียชีวิต¹⁰⁷

(1) เจ้าหน้าที่ผู้ได้รับการมอบหมายของโรงพยาบาลสามารถนำอวัยวะหนึ่งออกจากร่างของผู้ที่เสียชีวิตในโรงพยาบาลเพื่อจุดประสงค์ในการปลูกถ่ายอวัยวะให้กับผู้ที่มีชีวิตอยู่

(2) ห้ามมิให้ผู้ที่มีอำนาจตามที่ระบุไว้ในข้อ(1) นำอวัยวะออกจากร่างของผู้ที่ตายไปแล้วดังต่อไปนี้

(a) ผู้ที่ซึ่งขณะยังมีชีวิตอยู่นั้นได้แสดงเจตนาคัดค้านการนำอวัยวะออกจากร่างกาย หลังจากที่ดินถึงแก่ความตาย

(b) ผู้ซึ่งไม่ใช่ประชากรหรือผู้พักอาศัยถาวรในสิงคโปร์ ผู้พักอาศัยถาวร” หมายถึงผู้ที่ถือบัตรประจำตัวสีฟ้าของสิงคโปร์และผู้ถือบัตรอนุญาตเข้าประเทศหรือบัตรอนุญาตให้เข้าออกซึ่งออกโดยสำนักควบคุมคนเข้าเมืองและผู้ซึ่งไม่อยู่ในระหว่างถูกควบคุม ในระหว่างที่พักอาศัยในสิงคโปร์ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติตรวจคนเข้าเมือง

(c) ผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 21 ปี เว้นแต่พ่อ-แม่หรือผู้ปกครองจะมีความยินยอมให้นำอวัยวะออกหรือ

¹⁰⁷The statues of republic of Singapore Human Organ Transplant Act (Chapter 131A), Part II REMOVAL OF ORGAN AFTER DEATH, section 5 Authorities may remove organ after death.

(d) ผู้ซึ่งเจ้าหน้าที่ได้รับมอบหมายได้ตรวจสอบแล้วว่ามีเหตุอันน่าเชื่อได้ว่ามีความผิดปกติทางจิตเว้นแต่พ่อ-แม่หรือผู้ปกครองจะมีความยินยอมให้นำอวัยวะออก

3. ความยินยอมของผู้ชันสูตรศพ¹⁰⁸

ถ้าเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาลมีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่าสถานการณ์ที่ใช้บังคับกับการตายของบุคคลนั้นเป็นเช่นนั้นที่เจ้าหน้าที่ชันสูตรศพมีอำนาจพิจารณาคดีในลักษณะและสาเหตุของการเสียชีวิตของบุคคลนั้น เจ้าหน้าที่ควบคุมจะไม่อนุญาตให้มีการผ่าตัดอวัยวะใด ๆ ออกจากร่างกายของผู้ตายได้เว้นแต่เจ้าหน้าที่ชันสูตรศพได้ให้ความยินยอมให้นำออกและต้องได้รับความยินยอมโดยเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพและถ้าได้รับการยืนยันจะต้องได้รับการยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรในส่วนนี้ "เจ้าหน้าที่ชันสูตรศพ" หมายถึงเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพที่ได้รับการแต่งตั้งภายใต้พระราชบัญญัติ Coroners Act 2010

4. การลงทะเบียนถอนตัวออกจากกฎหมาย Human Organ Transplant Act (Opting out of HOTA)

บุคคลที่สามารถลงนามคัดค้านการบริจาคอวัยวะได้¹⁰⁹ ได้แก่บุคคลที่ไม่เห็นด้วยให้นำอวัยวะออกจากร่างกายหลังของตนจากเสียชีวิตเพื่อปลูกถ่ายอวัยวะ สามารถลงนามคัดค้านได้ตามขั้นตอนเมื่อได้รับการคัดค้านทำเป็นลายลักษณ์อักษรของบุคคลใดก็ตามต้องออกใบรับรองให้กับบุคคลผู้นั้น

ในกรณีมีการลงชื่อคัดค้านการบริจาคอวัยวะต้องรักษาคำคัดค้านนั้น¹¹⁰ ต้องเก็บรักษาคำร้องคัดค้านของทุกคนและจะต้องไม่มีการเปิดเผยต่อสาธารณะชน. บุคคลใดจงใจทำลาย เปลี่ยนแปลงคำคัดค้านตามที่ได้ลงทะเบียนไว้ตาม จะได้รับโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ หรือจำคุกไม่เกิน 12 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁰⁸ The statues of republic of Singapore Human Organ Transplant Act (Chapter 131A), Part II REMOVAL OF ORGAN AFTER DEATH, section 6 Coroner's consent.

¹⁰⁹ The statues of republic of Singapore Human Organ Transplant Act (Chapter 131A), PART III REGISTRATION OF OBJECTION, section 9 Persons may register their objection.

¹¹⁰ The statues of republic of Singapore Human Organ Transplant Act (Chapter 131A), PART III REGISTRATION OF OBJECTION, section 10 Director to maintain register.

บุคคลสามารถถอนคำคัดค้านได้¹¹¹บุคคลที่คัดค้านการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายในอวัยวะใดก็ตามสามารถถอนการลงทะเบียนได้ตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดต้องออกใบรับรองให้กับบุคคลนั้นและถอนคำคัดค้านออกเท่ากับว่าบุคคลนั้นมิได้ลงชื่อคัดค้านการบริจาคอวัยวะ

มาตรา 13 การแต่งตั้งคณะกรรมการ ผู้อำนวยการอาจแต่งตั้งคณะกรรมการที่ประกอบด้วยสมาชิกไม่น้อยกว่า 5 คนที่อยู่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเลือกผู้รับอวัยวะตามมาตรา 5 และเรื่องอื่นๆ ตามแต่กรณี¹¹²

5.ความผิดเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ

ห้ามบุคคลใด ๆ นำอวัยวะออกจากร่างกายของผู้ตายเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะ เว้นแต่ตามอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ผู้ใดฝ่าฝืนจะมีความผิดและต้องรับผิดในการลงโทษปรับไม่เกิน 10,000 เหรียญหรือจำคุกไม่เกิน 12 เดือนหรือทั้งจำทั้งปรับ

3.3.1.2 การบริจาคอวัยวะโดยสมัครใจมีผลหลังการตายภายใต้ พระราชบัญญัติการแพทย์ (การบำบัดการศึกษาและการวิจัย) *the Medical (Therapy, Education, and Research) Act MTERA*

1.ความยินยอม

วิธีการ“เลือกเข้าร่วม” (Opt-in หรือ Contracting in) ใช้หลักความยินยอมในการบอกกล่าว (informed consent or Explicit consent systems) ซึ่งอนุญาตให้บุคคลที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไปบริจาคอวัยวะและเนื้อเยื่อเพื่อวัตถุประสงค์ในการปลูกถ่ายการศึกษาหรือการวิจัยหลังจากที่เสียชีวิตภายใต้พระราชบัญญัติการให้ทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายต้องทำโดยผู้ที่ประสงค์จะบริจาคส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของเขา (หรือที่เรียกว่าผู้บริจาค) ทั้งเป็นลายลักษณ์อักษรเมื่อใดก็ได้หรือมีปากเปล่าเมื่อมีพยานสองคนหรือมากกว่าในช่วงเจ็บป่วยครั้งล่าสุด

2.บุคคลที่สามารถบริจาคอวัยวะได้

1.บุคคลใดก็ตามที่ไม่มีความผิดปกติทางจิตใจและเป็นบุคคลอายุ 18 ปีขึ้นไปสามารถลงทะเบียนเป็นผู้บริจาคอวัยวะได้ ซึ่งผู้ที่อายุ 18 ปีหรือมากกว่านั้นสามารถเลือกบริจาคส่วนหนึ่งส่วน

¹¹¹ The statues of republic of Singapore Human Organ Transplant Act (Chapter 131A), PART III REGISTRATION OF OBJECTION, section 11 Persons may withdraw their objection.

¹¹² The statues of republic of Singapore Human Organ Transplant Act (Chapter 131A) , PART III REGISTRATION OF OBJECTION, section 13 Appointment of a committee.

ใดหรือทั้งหมดของร่างกายของตนเพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้¹¹³ การบริจาคจะมีผลเมื่อตาย¹¹⁴ โดยการบริจาคทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย อาจจัดทำโดยผู้บริจาคเองทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจาเมื่อใดก็ได้ โดยทำต่อหน้าพยานตั้งแต่สองคนขึ้นไปในระหว่างการเจ็บป่วยครั้งสุดท้าย¹¹⁵ การบริจาคจะถูกเพิกถอนโดยผู้ให้อวัยวะเท่านั้น การตัดสินใจของผู้ให้คำมั่นสัญญาว่าจะบริจาคอวัยวะจะได้รับความเคารพและสมาชิกในครอบครัวของเขาจะไม่สามารถยกเลิกคำมั่นสัญญาของเขาได้ โดยสามารถเลือกบริจาคอวัยวะทั้งหมดหรือระบุผู้ที่ต้องการบริจาคได้ นอกจากนี้หากผู้ตายไม่เคยลงทะเบียนเพื่อบริจาคร่างกายภายใต้ MTERA สมาชิกในครอบครัวหรือญาติของอาจตัดสินใจว่าผู้ตายจะบริจาคร่างกายได้ทันทีก่อนหรือหลังการตาย, ตราบใดที่ไม่มีข้อบ่งชี้ว่าผู้ตายคัดค้านความคิดนี้

2.ญาติอาจให้ความยินยอมในการบริจาคศพของผู้ตาย¹¹⁶ โดยอาจให้การบริจาคหลังจากที่เสียชีวิตหรือก่อนที่จะเสียชีวิต ผู้มีอำนาจที่จะบริจาคอวัยวะได้แก่

- 1.คู่สมรส
- 2.ลูกชายหรือลูกสาวที่บรรลุนิติภาวะ
- 3.บิดามารดา
- 4.พี่ชายหรือน้องสาวที่บรรลุนิติภาวะ
- 5.ผู้ปกครองของผู้เสียชีวิตในขณะที่เขาเสียชีวิต
- 6.บุคคลใดได้รับมอบอำนาจหรือมีหน้าที่ต้องจัดการศพของผู้ตาย

¹¹³ Section 7 Purposes of anatomical gifts, etc. of The Medical (Therapy, Education and Research) Act (MTERA) วัตถุประสงค์ของการให้ต้องเป็นไปเพื่อโรงพยาบาลที่ได้รับอนุมัติให้ดำเนินการทางการแพทย์หรือทันตกรรมการวิจัยความก้าวหน้าทางการแพทย์หรือทันตกรรมศาสตร์การบำบัดหรือการปลูกถ่าย หรือโรงเรียนทันตแพทยศาสตร์หรือทันตกรรมที่ได้รับการรับรองวิทยาลัยหรือมหาวิทยาลัยเพื่อการศึกษาด้านการแพทย์หรือทันตกรรมการวิจัยความก้าวหน้าทางการแพทย์หรือทันตกรรมศาสตร์การบำบัดหรือการปลูกถ่าย หรือบุคคลที่ระบุเพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดหรือการปลูกถ่ายที่จำเป็น

¹¹⁴ Section 3 Person may donate his body of The Medical (Therapy, Education and Research) Act (MTERA).

¹¹⁵ Section 8 Mode of executing gift. of The Medical (Therapy, Education and Research) Act (MTERA)

¹¹⁶ Section 4 Relatives may donate body of deceased person of The Medical (Therapy, Education and Research) Act (MTERA)

3. ผู้บริจาคสามารถเพิกถอนการบริจาค่นำอวัยวะได้โดยใช้วิธีใดวิธีหนึ่งดังต่อไปนี้¹¹⁷

1. คำแถลงที่ลงนามเป็นลายลักษณ์อักษรส่งถึงผู้รับ
2. แถลงการณ์ปากเปล่าทำในที่ที่มีบุคคล 2 คนขึ้นไปและสื่อสารกับผู้รับ; หรือ
3. เอกสารที่เขียนเกี่ยวกับการเพิกถอนของผู้บริจาคที่พบในบุคคล

แม้จะมีการบริจาคอวัยวะร่างกายด้วยความยินยอมสมัครใจแต่อำนาจเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพนั้นไม่ถูกกระทบกระเทือน ในการสั่งการการตรวจร่างกายศพของผู้ตายตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการชันสูตรพลิกศพ (Cap. 63A)¹¹⁸

ตารางเปรียบเทียบกฎหมาย Human Organ Transplant Act (HOTA) และพระราชบัญญัติการแพทย์ (การบำบัดการศึกษาและการวิจัย) the Medical (Therapy, Education, and Research) Act (MTERA)

	HOTA	MTERA
อายุ	อายุ 21 ปีขึ้นไป	อายุการให้คำมั่นสัญญาบริจาคอวัยวะ: 18 ปีขึ้นไป ลูกพี่ลูกน้องที่เป็นผู้ใหญ่ยังสามารถบริจาคอวัยวะของผู้ป่วยที่เสียชีวิตในวัยที่บริจาคได้
อวัยวะ	ไต ตับ หัวใจ กระเจกตา	อวัยวะและเนื้อเยื่อทั้งหมดเช่น ไต, ตับ, หัวใจ, กระเจกตา, ปอด, กระดูก, ผิวหนัง
วัตถุประสงค์	การปลูกถ่าย	การปลูกถ่ายและการรักษา การศึกษา การวิจัย
สัญชาติ	พลเมืองสิงคโปร์และ PRs	สัญชาติใดก็ได้

¹¹⁷ Section 9 revocation of gift of The Medical (Therapy, Education and Research) Act (MTERA)

¹¹⁸ Section 17 Power of Coroner unaffected of The Medical (Therapy, Education and Research) Act (MTERA)

	HOTA	MTERA
ศาสนา	ศาสนาใดๆก็ได้ (ชาวมุสลิมถูกรวมอยู่ใน HOTA ตั้งแต่วันที่ 1 สิงหาคม 2008)	ศาสนาใดๆก็ได้ (สำหรับชาวมุสลิม MUIS ได้ออก fatwas ระบุว่า การบริจาคนอกรีต, ตับ, หัวใจและกระเจตนาได้รับอนุญาตให้บริจาคได้)
ความยินยอม	Opt-out ผู้ที่มีคุณสมบัติตามเกณฑ์ข้างต้นจะรวมอยู่ใน HOTA โดยอัตโนมัติเว้นแต่จะลงทะเบียนคัดค้าน	Opt-in ผู้ที่ไม่ได้อยู่ภายใต้ HOTA รวมทั้งผู้ที่ต้องการให้อวัยวะ / เนื้อเยื่อที่ไม่ได้รับการคุ้มครองโดย HOTA, อวัยวะที่ถูกเอาออกจะมีเพียงอวัยวะที่ได้ให้คำมั่นสัญญาว่าจะเอาไว้ว่าเป็นอวัยวะ / เนื้อเยื่อสำหรับการบริจาค

3.3.2 เวลส์ (Wales Country of the United Kingdom) พระราชบัญญัติการปลูกถ่ายอวัยวะในเวลส์ 2013 (Human Transplantation (Wales) Act 2013)

1.ความยินยอม

การบริจาควัยวะภายใต้พระราชบัญญัติการปลูกถ่ายมนุษย์ (เวลส์) 2013 นั้นมีกฎหมายฉบับใหม่ที่มีผลใช้บังคับในเวลส์ในปี พ.ศ. 2558 โดยมีการแนะนำระบบ "สันนิษฐานว่าได้รับความยินยอม" ซึ่งสันนิษฐานว่าผู้ป่วยต้องการบริจาคจนกว่าพวกเขาจะลงทะเบียนคัดค้าน หรือเป็นรู้จักกันทั่วไปว่าเป็นระบบเลือกไม่ใช่ "opt-out" หรือ สันนิษฐานว่าได้รับความยินยอม "presumed consent" system ซึ่งกรณีนี้ใช้กับผู้ป่วยผู้ใหญ่ทุกคนที่อาศัยอยู่ในเวลส์อย่างน้อย 12 เดือน เช่นเดียวกับการลงทะเบียนคัดค้านผู้บริจาคที่ยังสามารถดำเนินการลงทะเบียนเจตนาที่จะบริจาคหรือแต่งตั้งตัวแทนที่ได้รับการเสนอชื่อเพื่อทำการตัดสินใจในนามของพวกเขา ในกรณีที่ตัวแทนได้รับการแต่งตั้ง แต่ไม่สามารถกระทำการแทนได้ จะนำลำดับขั้นของความสัมพันธ์ที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดใน the Human Tissue Act 2004¹¹⁹ มาใช้เพื่อกำหนดความยินยอมว่าควรที่จะได้รับความยินยอม

¹¹⁹ ผู้ที่มีคุณสมบัติตามความสัมพันธ์กับผู้ตายลำดับใกล้ชิดที่สุดก่อน

คู่สมรสหรือคู่สมรส (spouse or partner (including civil or same sex partner)) รวมทั้งหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างสองคนที่อาศัยอยู่ในฐานะคู่สามีภรรยาที่ไม่ได้แต่งงานหรืออยู่ในสหภาพพลเรือน ข้อนี้นี้ใช้กับทั้งคู่เพศตรงข้ามและเพศเดียวกัน บิดามารดาหรือบุตร (parent or child (in this context a 'child' can be any age)) ในบริบทนี้ "เด็ก" อาจอยู่ในวัยใดก็ได้) ในส่วนของ

จากใคร ควรสังเกตว่านี่คือบริบทเดียวที่ลำดับชั้นจะใช้บังคับได้ในเวลส์ตามกฎหมายฉบับใหม่ เนื่องจากผู้ป่วยที่ไม่มีหลักฐานเกี่ยวกับการยินยอมหรือคัดค้านจะถือว่าได้รับความยินยอมในกรณีที่ได้รับ ความยินยอมจากผู้ป่วยที่ลงทะเบียนเป็นผู้บริจาคหรือผ่านทางหลักฐานเกี่ยวกับความปรารถนาของ สมาชิกในครอบครัวจากตัวแทนที่ได้รับการเสนอชื่อหรือบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่ระบุไว้การยินยอม จะได้รับการอธิบายว่าเป็น "การให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง" มากกว่า "สันนิษฐานว่าได้รับความ ยินยอม" และในมาตรา 3 เป็นบทบัญญัติสำคัญที่ระบุว่าต้องมีการยินยอมเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะ การปลูกถ่ายอวัยวะซึ่งได้รับความยินยอม มีลักษณะคล้ายกับโครงสร้างพระราชบัญญัติเนื้อเยื่อมนุษย์ (Human Tissue Act 2004) ในการกระทำบางอย่างนั้นจะถูกต้องตามกฎหมายหากมีความยินยอม

การย้ายไปสู่ระบบสันนิษฐานว่าได้รับความยินยอม มีส่วนสำคัญในบทบาทของครอบครัว การประชาสัมพันธ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงในระบบการให้ความยินยอมในเวลส์อาจกระตุ้นให้ผู้คน ลงทะเบียนหรือแต่งตั้งตัวแทน อย่างไรก็ตามเนื่องจากไม่มีความจำเป็นในการลงทะเบียนแสดง เจตจำนงในการบริจาคคนจำนวนมากอาจไม่สนใจที่จะทำเช่นนั้น ซึ่งหมายความว่าเมื่อพูดถึงการเลี้ยง ดูกับครอบครัวอาจมีหลักฐานน้อยมากหรือไม่มีหลักฐานเกี่ยวกับเจตจำนงของพวกเขา เจ้าหน้าที่ สามารถชี้ไปที่ข้อเท็จจริงในเรื่องที่สันนิษฐานว่าได้รับความยินยอม ที่ได้รับความเห็นในเวลส์ แต่อาจ ไม่ค่อยมีผลกระทบต่อครอบครัวเช่นเดียวกับการแสดงสำเนารายการของผู้ป่วยในทะเบียนผู้บริจาค อวัยวะ นี่เป็นปัญหาอย่างยิ่งสำหรับกรณี overrules ชาวเวลส์ที่ประสงค์จะบริจาคอวัยวะของตนอาจ ต้องการลงทะเบียนแสดงเจตจำนงการบริจาคเพื่อให้มั่นใจว่าความปรารถนาของพวกเขาจะได้รับ ความเคารพในกรณีที่เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวว่าควรบริจาคหรือไม่ ในการให้แนวทางปฏิบัติ เกี่ยวกับสถานการณ์สันนิษฐานว่าได้รับความยินยอม ผู้มีอำนาจเฉพาะเรื่องนี้ต้องให้คำแนะนำเกี่ยวกับ วิธีที่ญาติหรือเพื่อของผู้ตายสามารถคัดค้านบนพื้นฐานความปรารถนาของผู้เสียชีวิตได้¹²⁰

2.บุคคลที่อาศัยอยู่ในเวลส์นั้นมีทางเลือกสำหรับการบริจาคอวัยวะดังนี้

1.เลือกที่จะเป็นผู้บริจาคโดย การลงทะเบียนการตัดสินใจเพื่อเป็นผู้บริจาคตาม (การเลือก เข้าร่วม “opt-in”)

ญาติได้แก่พี่ชายหรือน้องสาว (brother or sister) ปู่ย่าตายายหรือหลาน (grandparent or grandchild) หลานสาวหรือหลานชาย (niece or nephew) พ่อเลี้ยงหรือแม่เลี้ยง (stepfather or stepmother) พี่น้องต่างบิดาหรือมารดา หรือ พี่น้องที่ร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน (half-brother or half-sister) และเพื่อนสนิท(friend of long standing)

¹²⁰Section 15 Codes of practice of Human Transplantation (Wales) Act 2013.

2.ไม่กระทำการใดๆเกี่ยวกับการบริจาคซึ่งหมายความว่าบุคคลนั้นไม่มีข้อคัดค้านในการเป็นผู้บริจาค(ถือว่าได้รับความยินยอม “deemed consent”)

3.เลือกที่จะไม่เป็นผู้บริจาคโดยการลงทะเบียนการตัดสินใจอย่างชัดเจนว่าจะไม่เป็นผู้บริจาค (เลือกถอนตัวออก”opt-out”)

ความยินยอมโดยชัดแจ้งหมายถึง การตัดสินใจของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ การตัดสินใจของตัวแทนที่ได้รับการแต่งตั้ง การตัดสินใจของบุคคลที่มีคุณสมบัติตามความสัมพันธ์ การตัดสินใจของบุคคลที่ของผู้ปกครองในกรณีของเด็ก

ความยินยอมที่ถือว่าได้รับความยินยอม หมายถึงกรณีเมื่อไม่มีบันทึกการตัดสินใจของบุคคลเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะหรือผู้บริจาคไม่ได้บอกกับครอบครัวว่าพวกเขาต้องการเป็นผู้บริจาค ความยินยอมของบุคคลนั้นจะถือว่าได้ให้ความยินยอม ซึ่งบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้เสียชีวิตอาจเป็นพยานหลักฐานว่าบุคคลนั้นไม่ต้องการเป็นผู้บริจาคอวัยวะ ในกรณีที่ถือว่ายินยอมนี้ถือเป็นค่าเริ่มต้นที่ผู้ที่บรรลุนิติภาวะ ไม่คัดค้านการบริจาคอวัยวะยกเว้นหลักฐานที่ตรงกันข้ามกับการสันนิษฐานว่าบุคคลต้องการบริจาคจนกว่าจะลงทะเบียนคัดค้านหรือเป็นรู้จักกันทั่วไปว่าเป็นระบบถอนตัวออก“opt-out” ซึ่งในระบบนี้นั้นก็ไม่ได้ใช้บังคับอย่างเคร่งครัด ครอบครัวจะยังคงเข้ามามีส่วนร่วมและบทสนทนาเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ ในระบบความยินยอมถือว่าครอบครัวไม่ได้ขอให้ให้ความยินยอมในการบริจาค แต่สามารถพูดได้ว่าพวกเขาเห็นว่าคนที่เสียชีวิตไม่ต้องการเป็นผู้บริจาค นี้จะช่วยให้ครอบครัวโอกาสที่จะยกเลิกการ "สันนิษฐาน" ของความยินยอม นี่เป็นการเปลี่ยนแปลงการไม่คัดค้านการบริจาคยกเว้นครอบครัวของพวกเขาที่สามารถพูดได้ว่าพวกเขาคัดค้านการบริจาค

3.กรณีที่สันนิษฐานว่าได้รับความยินยอม สามารถบังคับใช้กับบุคคลดังต่อไปนี้

- 1.บุคคลที่อายุ 18 ปีขึ้นไป (ตั้งแต่เวลา 00.00 น. ในวันเกิดปีที่ 18)
- 2.บุคคลที่อาศัยในเวลส์ไม่น้อยกว่า 12 เดือนหรือมากกว่าและเป็นผู้อาศัยอยู่ในเวลส์โดยสมัครใจ

3.บุคคลที่มีความสามารถในการทำความเข้าใจแนวคิดเกี่ยวกับถือว่าให้ความยินยอมเป็นระยะเวลา12 เดือนก่อนที่จะเสียชีวิต ซึ่งสมมติฐานเริ่มต้นคือผู้ป่วยมีความสามารถในการตัดสินใจได้ เว้นแต่จะสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ป่วยเป็นผู้ขาดความสามารถตามพระราชบัญญัติความสามารถทางจิตปี 2548 (The Mental Capacity Act 2005) ในกรณีที่มีหลักฐานแสดงอาการป่วยที่อาจส่งผลต่อความสามารถในการทำความเข้าใจของผู้ป่วย เกี่ยวกับถือว่าให้ความยินยอม ควรดำเนินการสำรวจต่อไปถึงสถานการณ์เฉพาะและสอบถามครอบครัวเพื่อนฝูงเพื่อตรวจสอบว่าผู้ป่วยมีความสามารถในการทำความเข้าใจหรือไม่

4.บุคคลที่เสียชีวิตในเวลส์

4.กรณีที่สันนิษฐานว่าได้รับความยินยอม ไม่สามารถบังคับใช้กับบุคคลดังต่อไปนี้

- 1.เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี
- 2.บุคคลใหญ่ที่อาศัยในเวลสั้นน้อยกว่า 12 เดือน
- 3.บุคคลที่อาศัยอยู่ในเวลสั้นกว่า 12 เดือน แต่ไม่ได้อาศัยอยู่ที่นั่นโดยปกติ
- 4.ผู้ที่ไม่มีความสามารถเข้าใจแนวคิดเกี่ยวกับการถือหาให้ความยินยอมก่อนที่จะเสียชีวิต ซึ่ง

ในทางปฏิบัติเป็นเวลอย่างน้อย 12 เดือนก่อนการเสียชีวิต

5.บุคคลที่สามารถบริจาคอวัยวะได้

- 1.บุคคลที่บรรลุนิติภาวะ¹²¹คือบุคคลที่อายุ 18 ปีขึ้นไป การตัดสินใจของบุคคลที่ให้ความยินยอมหรือไม่ให้ความยินยอมมีผลใช้บังคับทันทีก่อนที่จะเสียชีวิต

ในกรณีที่ไม่วางการใดๆเกี่ยวกับการบริจาคซึ่งหมายความว่าบุคคลนั้นไม่มีข้อคัดค้านในการเป็นผู้บริจาค(ถือว่าได้รับความยินยอม “deemed consent”)ญาติหรือเพื่อนสามารถคัดค้านการยินยอมโดยพิจารณาว่าพวกเขาเชื่อว่าผู้ตายประสงค์ที่จะคัดค้านการบริจาค การคัดค้านดังกล่าวสามารถทำได้โดยญาติหรือเพื่อนที่มีความสัมพันธ์ยาวนานกับผู้ตาย บุคคลที่คัดค้านไม่จำเป็นต้องเป็นญาติที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 19¹²² แห่งพระราชบัญญัติ อย่างไรก็ตามการคัดค้านใด ๆ ต้องขึ้นอยู่กับมุมมองที่เป็นที่รู้จักของคนที่จะเสียชีวิตไม่ใช่ในมุมมองของญาติหรือเพื่อน การคัดค้านต้องเป็นญาติหรือเพื่อนที่มีประสบการณ์ยาวนานที่รู้จักมุมมองของผู้ตายในความสัมพันธ์กับการยินยอมให้มีการปลูกถ่ายและจะขึ้นอยู่กับข้อมูลที่ระบุเกี่ยวกับความปรารถนาของผู้ตายที่ระบุว่าผู้ตายจะไม่ยินยอมให้มีการปลูกถ่าย คือควรนำบุคคลที่เหมาะสมมาสรุปว่าบุคคลที่คัดค้านได้ทราบมุมมองล่าสุดของผู้ตายแล้ว

- 2.ผู้บรรลุนิติภาวะที่เสียชีวิตและช่วงเวลาสำคัญก่อนที่จะถึงแก่ความตายขาดความสามารถที่จะเข้าใจความคิดที่ว่ายินยอมให้กิจกรรมการปลูกถ่ายที่สามารถถือหาได้รับ และในกรณีนี้ระยะเวลาสำคัญหมายถึงระยะเวลาที่นานพอสมควรที่จะทำให้บุคคลที่มีเหตุผลเห็นพ้องกันว่าจะไม่ถือหาเป็นการให้ความยินยอม¹²³

ในกรณีนี้ต้องได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งเสมอและความยินยอมที่สันนิษฐานว่าได้รับความยินยอมไม่สามารถใช้ได้กับกรณีนี้ กรณีนี้จะจำลองสถานะทางกฎหมายที่มีอยู่ภายใต้กฎหมาย the

¹²¹Section 4 Consent: adults of transplantation activities of Human Transplantation (Wales) Act 2013

¹²² Section 19: Interpretation of Human Transplantation (Wales) Act 2013

¹²³ Section 5 Consent: excepted adults of transplantation activities of Human Transplantation (Wales) Act 2013

Human Tissue Act 2004 และต้องได้รับความยินยอมอย่างชัดแจ้งจากบุคคลที่ให้ความยินยอมอย่างชัดแจ้งจากญาติที่มีคุณสมบัติเหมาะสมหรือได้รับความยินยอมจากตัวแทนที่ได้รับการแต่งตั้งสำหรับความยินยอมที่จะเป็นการพิจารณาหรือสันนิษฐานนั้นเป็นสิ่งสำคัญที่จะต้องทราบว่าปัญหาความสามารถ (ความสามารถในการเข้าใจความยินยอมนั้นอาจไม่ได้รับการพิจารณา)

ในแง่ของบุคคลที่ขาดความสามารถที่จะเข้าใจความยินยอมนั้นอาจไม่สามารถระบุได้ว่าระยะเวลาที่แน่นอนที่บุคคลต้องขาดแคลนความสามารถ อย่างไรก็ตามระยะเวลาจะต้องมีนัยสำคัญ ถ้าคนที่มีความสามารถเป็นระยะเวลาไม่นานก่อนที่จะพวกเขาเสียชีวิตแล้ว

3. ความยินยอมของเด็ก ซึ่งในมาตรา 6 กำหนดข้อตกลงที่ใช้กับเด็กและเยาวชนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีที่เสียชีวิตในเวลส์ บทบัญญัติเหล่านี้ได้กล่าวถึงแล้วในมาตรา 2 ของพระราชบัญญัติเนื้อเยื่อมนุษย์ (Human Tissue Act 2004) แตกต่างที่ Human Transplantation (Wales) Act 2013 ยกเว้นว่าภายใต้พระราชบัญญัตินี้เด็กและเยาวชนสามารถแต่งตั้งผู้แทนคนหนึ่งคนหรือหลายคนเพื่อตัดสินใจในความยินยอมเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ สำหรับเด็กและเยาวชนอาจให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งจากตนเองหรือหากยังไม่ได้ให้ความยินยอม (และยังไม่ได้แต่งตั้งตัวแทนที่สามารถทำหน้าที่ได้) จะต้องมีการยินยอมของบุคคลที่เป็นผู้ปกครองด้วย ในกรณีที่ไม่มีบุคคลดังกล่าวการให้ความยินยอมจะได้รับจากบุคคลที่มีความสัมพันธ์ที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 27 (4) ของ Human Tissue Act 2004¹²⁴

¹²⁴ ผู้ที่มีคุณสมบัติตามความสัมพันธ์กับผู้ตายคือ (ลำดับชั้นที่ใกล้ชิดผู้เสียชีวิตที่สุดก่อน)

1. คู่สมรสหรือคู่สมรส (spouse or partner (including civil or same sex partner)) (รวมทั้งหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างสองคนที่อาศัยอยู่ในฐานะคู่สามีภรรยาที่ไม่ได้แต่งงานหรืออยู่ในสหภาพพลเรือน ข้อนี้ใช้กับทั้งคู่เพศตรงข้ามและเพศเดียวกัน)

2. บิดามารดาหรือบุตร (parent or child (in this context a 'child' can be any age)) (ในบริบทนี้ "เด็ก" อาจอยู่ในวัยใดก็ได้)

3. พี่ชายหรือน้องสาว (brother or sister)

4. ปู่ย่าตายายหรือหลาน (grandparent or grandchild)

5. หลานสาวหรือหลานชาย (niece or nephew)

6. พ่อเลี้ยงหรือแม่เลี้ยง (stepfather or stepmother)

7. พี่น้องต่างบิดาหรือมารดา หรือ พี่น้องที่ร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน (half-brother or half-sister)

8. เพื่อนสนิท (friend of long standing)

ถ้าเด็กอายุ 16-17 ปีข้อสันนิษฐานเริ่มต้นก็คือเด็กมีความสามารถในการตัดสินใจได้ เว้นเสียแต่ว่าจะพิสูจน์ได้ว่าขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอม

4. บุคคลอาจแต่งตั้งบุคคลหนึ่งคนหรือหลายคนเพื่อเป็นตัวแทนของบุคคลนั้นหลังจากการเสียชีวิตอันเกี่ยวเนื่องกับการแสดงความยินยอมเพื่อวัตถุประสงค์ตามมาตรา 3¹²⁵ การแต่งตั้งอาจเป็นการทั่วไปหรือ จำกัด เฉพาะในความยินยอมของกิจกรรมการปลูกถ่ายอย่างน้อยหนึ่งอย่างที่กำหนดไว้ในการแต่งตั้ง¹²⁶

การแต่งตั้งอาจจัดทำเป็นหนังสือหรือเป็นลายลักษณ์อักษรและการแต่งตั้งด้วยวาจาจะมีผลเฉพาะในกรณีที่มีพยานอย่างน้อยสองคนเข้ามาในเวลาเดียวกัน ส่วนการแต่งตั้งเป็นลายลักษณ์อักษรจะมีผลเฉพาะเมื่อบุคคลดังกล่าวลงนามโดยมีพยานอย่างน้อยหนึ่งคนที่เป็นผู้รับรองลายมือชื่อลงนามภายใต้การดูแลของบุคคลที่กระทำการดังกล่าวและต่อหน้าพยานอย่างน้อยหนึ่งคนที่เป็นผู้รับรองลายมือชื่อหรือมีอยู่ในเจตจำนงของบุคคลที่ทำมันซึ่งเป็นความประสงค์ที่จะทำตามความต้องการของตนเองมาตรา 9 พินัยกรรมของพระราชบัญญัติ 1837 (the Wills Act 1837)¹²⁷

ในกรณีแต่งตั้งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายเดียวกันให้ถือว่าเป็นผู้ได้รับการแต่งตั้งเพื่อทำหน้าที่ร่วมกันและเฉพาะคนวันแต่จะได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ร่วมกันซึ่งอาจมีการเพิกถอนการแต่งตั้งได้ทุกเมื่อบุคคลที่ถูกแต่งตั้งไม่อาจดำเนินการตามการแต่งตั้งได้ถ้าบุคคลนั้น ไม่ใช่ผู้บรรลุนิติภาวะ

5. ผู้ที่บรรลุนิติภาวะที่ยังมีชีวิตแต่ไม่มีความสามารถให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะและ ไม่มีการตัดสินใจใดๆ เอาไว้ล่วงหน้า ส่วนนี้มีผลเช่นเดียวกับมาตรา 6 ของ Human Tissue Act 2004 เว้นแต่รัฐมนตรีของเวลส์จะมีอำนาจในการกำหนดระเบียบข้อบังคับเมื่อได้รับความยินยอมจากการปลูกถ่ายในเวลส์อำนาจนี้สามารถนำมาใช้เพื่อกำหนดสันนิษฐานว่าได้รับความยินยอม ก็ต่อเมื่อเป็นไปเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของผู้ที่มีชีวิต ตัวอย่างเช่นอาจเป็นประโยชน์สูงสุดสำหรับบุคคลที่ขาดความสามารถในการบริจาคอวัยวะที่เกี่ยวข้องกับญาติสนิท การยอมรับความยินยอมในบริบทนี้แตกต่างจากบทบัญญัติความยินยอมที่ระบุไว้ในมาตราที่ 4 ซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้บริจาคที่เสียชีวิต¹²⁸

¹²⁵ Section 3 Authorisation of transplantation activities of Human Transplantation (Wales) Act 2013

¹²⁶ Section 8 Appointed representatives of transplantation activities of Human Transplantation (Wales) Act 2013

¹²⁷ มาตรา 9 การลงนามและการรับรองพินัยกรรม

¹²⁸ Section 9 Activities involving material from adults who lack capacity to consent of Human Transplantation (Wales) Act 2013

6.การยกเว้นความผิดทางกฎหมายของบุคลากรทางการแพทย์จากการปลูกถ่ายอวัยวะ

การปลูกถ่ายอวัยวะห้ามกระทำโดยปราศจากความยินยอม¹²⁹ บุคคลใดกระทำความผิดหากบุคคลนั้นกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตให้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะในเวลส์ การกระทำของบุคคลนั้นจะไม่มีผลผิดถ้ามีเหตุผลเชื่อได้ว่าทำด้วยความยินยอมหรือสิ่งที่ไม่ใช่การปลูกถ่ายอวัยวะ

3.4 สภาพการณ์ทางกฎหมายในปัจจุบันเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ

สำหรับประเทศไทยประเทศไทยนั้นปัจจุบันเป็นระบบใช้วิธีให้คน “เลือกเข้าร่วม” (Opt-in หรือ Contracting in) ให้ผู้ที่ประสงค์จะบริจาคอวัยวะ แสดงความจำนงค์ให้ความยินยอมล่วงหน้าก่อนที่จะถึงความตายแต่ได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะโดยเฉพาะ มีเพียงในระดับของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นการบริจาคและปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศไทยได้รับการกำกับดูแลโดยแพทยสภาและศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย โดยมีข้อบังคับแพทยสภาดังนี้

1. ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 หมวด 1 บทนิยาม และหมวด 10 การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ ซึ่งจะมีหลักเกณฑ์ของการปลูกถ่ายอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคอวัยวะขณะที่ยังมีชีวิตและการปลูกถ่ายอวัยวะที่ใช้อวัยวะจากผู้ที่สมองตาย

2. ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2551 เรื่องการตายของบุคคล

3. ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560 แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ของการปลูกถ่ายอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคอวัยวะขณะที่ยังมีชีวิตและการปลูกถ่ายอวัยวะที่ใช้อวัยวะจากผู้ที่สมองตาย

4. ประกาศแพทยสภาที่ 7/2554 เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย และ

5. ระเบียบศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย พ.ศ. 2545 และประกาศศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย ว่าด้วยเรื่องต่างๆที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการบริจาคและปลูกถ่ายอวัยวะ

¹²⁹Section 10 Prohibition of activities without consent of Human Transplantation (Wales) Act 2013

กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวอีกกรณีคือ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติถึงหลักการความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในทาง การแพทย์เอาไว้ในมาตรา 8 ซึ่งมีใจความว่า “ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้อง แจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะ ใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด

และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใด จะให้บริการนั้นมีได้ในกรณีที่เกิดความเสียหายหรืออันตรายแก่ผู้รับบริการเพราะเหตุที่ผู้รับบริการปกปิดข้อเท็จจริงที่ตนรู้และควรบอกให้ แจ้ง หรือแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรืออันตรายนั้น เว้น แต่เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

(1) ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือ เป็นการรีบด่วน

(2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาท โดยธรรมดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้ อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้”

เนื้อหาของมาตรานี้ ในวรรคแรกนั้นเป็นการนำเอาหลักการความยินยอมที่ได้รับการบอก กล่าว (Informed Consent) มาจากหลักกฎหมายอเมริกัน มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นการ นำข้อกฎหมายเข้ามาจับกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุข¹³⁰ โดยแพทย์และ ผู้ประกอบวิชาชีพทางสาธารณสุขมีหน้าที่ที่จะต้องอธิบายถึงข้อมูลทุกอย่างอันเกี่ยวกับกระบวนการ ทางการแพทย์ที่จะให้ผู้ป่วยเข้ารับบริการซึ่งรวมถึงความเสี่ยงต่างๆของกระบวนการนั้น และให้ผู้ป่วย เป็นผู้พิจารณาตัดสินใจเองว่าจะเข้ารับกระบวนการทางการแพทย์ดังกล่าวหรือไม่ด้วยตนเองดังนั้น หากแพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพอื่นให้คำอธิบายบกพร่องหรือมิได้บอกกล่าวข้อมูลให้ผู้ป่วยทราบ แม้ ผู้ป่วยจะให้ความยินยอมที่จะเข้ารับกระบวนการทางการแพทย์แล้วก็ตาม ความยินยอมดังกล่าวก็ไม่ ถือว่าเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย¹³¹

3.4.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยอมรับในเชิงหลักการเกี่ยวกับการแสดงเจตนา ให้ความยินยอม

¹³⁰ วิฑูรย์ อังประพันธ์, สุขภาพกับกฎหมาย, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2555) หน้า 58.

¹³¹ สุทธิพงษ์ กิจชัยเจริญพร, “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวของตัวแทนผู้ป่วย” บัณฑิตศึกษานิติศาสตร์, 9 (มีนาคม 2558): 181-182.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา 25 เป็นการรับรองสิทธิเสรีภาพไว้อย่างกว้าง โดยบัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งว่า สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่ไม่ได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่นบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้ และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

และวรรคสองได้กล่าวถึง สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้คือเสรีภาพ (Liberty) หมายถึง ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น อยู่ในภาวะที่ปราศจากการถูกกักขังหน่วงเหนี่ยวหรือขัดขวาง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเสรีภาพ คือ อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง (Self-determination) โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนเองได้ด้วยตนเองจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง¹³² ดังนั้นเสรีภาพที่จะให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ แม้ยังไม่มีกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือเรียกได้ว่าเป็นเสรีภาพในตัวบุคคล

เสรีภาพในตัวบุคคล เป็นเสรีภาพที่บุคคลสามารถทำอะไรกับร่างกายของตนเองก็ได้ บุคคลอื่นจะก้าวล่วงเข้ามาขัดขวางการเคลื่อนไหวทางกายภาพของเขาไม่ได้ เช่น เสรีภาพในการเดินทาง บุคคลอื่นจะเข้ามาก้าวล่วงในร่างกายของเขาโดยปราศจากการยินยอมไม่ได้ เช่น การผ่าตัดคนไข้ต้องได้รับความยินยอมจากคนไข้ การจะนำอวัยวะจากผู้เสียชีวิตจากสมองตายไปปลูกถ่ายก็ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของร่างกายอวัยวะนั้นเป็นต้น สิทธิเสรีภาพในตัวบุคคล เป็นสิทธิของแต่ละคนที่จะเคารพในเนื้อตัวร่างกายของตนเองที่จะสามารถทำอะไรกับเนื้อตัวของตนเองภายใต้กรอบของกฎหมายกำหนดไว้ แต่อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิเสรีภาพในตัวบุคคลเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติรับรองไว้ไม่ได้ ตัวอย่างเช่น การซื้อขายอวัยวะซึ่งในทางแพ่งและพาณิชย์นั้นบุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาใดๆ ได้โดยอิสระทั้งนี้เป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา รวมถึงสัญญาซื้อขายด้วย แต่จะ

¹³² พงษ์พิลัย วรรณราช, สิทธิและเสรีภาพแท้จริงแล้วเหมือนหรือต่างกันอย่างไร, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา(blog), ค้นวันที่ 25 มีนาคม 2561 จาก <http://web.krisdika.go.th/activityDetail.jsp?actType=I&actCode=83&head=4&item=n5>.

ทำได้เท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามหลักมาตรา 150 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่การซื้อขายอวัยวะ นับเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากหากอนุญาตให้การซื้อขายอวัยวะเกิดขึ้นได้อย่างเปิดเผย ก็จะทำให้เกิดธุรกิจซื้อขายอวัยวะขึ้นมากมาย “และเป็นการสร้างอาชีพใหม่ที่ผิดกฎหมายคือ นายหน้า คนกลาง นำ ไปสู่อาชญากรรม เกิดช่องว่างในสังคมมากขึ้น”¹³³ ทั้งยังเป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนมีและไม่อาจให้ใครสามารถพรากเอาไปได้ สัญญาซื้อขายอวัยวะจึงตกเป็นโมฆะเนื่องจากขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 150 ถึงแม้ว่าอวัยวะจะเป็นทรัพย์สินเพราะเป็นวัตถุมีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ตามความในมาตรา 137 และมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งแต่อวัยวะไม่อาจเป็นสินค้าในสัญญาซื้อขายเพื่อให้มีผู้ใดผู้หนึ่งเป็นเจ้าของได้ และไม่อาจโอนให้แก่กันโดยชอบด้วยกฎหมาย อวัยวะมนุษย์จึงเป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์ตามมาตรา 143 กล่าวคือไม่สามารถนำอวัยวะมาซื้อขายกันได้ในระบบการค้าพาณิชย์กรรม จะเห็นได้ว่าบุคคลที่กระทำได้กล่าวอ้างจะใช้เสรีภาพในตัวเองบุคคลและอ้างว่าสามารถทำได้ แต่ในกรณีนี้จะอ้างว่าการกระทำได้กล่าวเป็นสิทธิเสรีภาพในตัวเองบุคคลไม่ได้ เนื่องจากการกระทำผิดกฎหมาย เสรีภาพจึงมีความหมายต่างกับสิทธิ แต่อย่างไรก็ตามถ้าเสรีภาพใดมีรัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครอง เสรีภาพนั้นก็อาจเป็นสิทธิด้วย จึงมีผู้เรียกรวมๆ กันไปว่า “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ”¹³⁴

3.4.2 หลักความยินยอมตามหลักกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา

1) กฎหมายแพ่งกำหนดหลักความยินยอมเพื่อยกเว้นความรับผิด

การกล่าวอ้างหลัก Volenti non fit injuria ตามกฎหมายแพ่ง กฎหมายแพ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมความสัมพันธ์ของเอกชนเป็นหลัก จึงให้ความสำคัญกับความต้องการของปัจเจกชนแต่ละคนเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้หลัก “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด” หรือภาษาละตินที่ว่า “Volenti non fit injuria” (That to which a man consent cannot be considered an injury) ที่มีความหมายอยู่ว่า บุคคลซึ่งยอมต่อการกระทำหนึ่ง หรือบุคคลซึ่งเข้าเสี่ยงภัยยอมรับความเสียหาย จะ

¹³³Webmaster, การซื้อขายอวัยวะ, คำนวณวันที่ 25 มีนาคม 2561 จาก <http://www.tulawcenter.org/?q=law-clinic/content/54>

¹³⁴ สิทธิกร ศักดิ์แสง, สิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในการปกครองระบอบประชาธิปไตย, คำนวณวันที่ 25 มีนาคม 2561 จาก <https://www.facebook.com/473834066044430/photos/a.580077338753435.1073741829.473834066044430/721231774637990/?type=1&theater>

ฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำหรือความเสียหายนั้นไม่ได้และจำเลยยกเป็นข้อต่อสู้ได้ในกรณีที่มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายหรือทรัพย์สินเสียหายในทางแพ่ง ความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นและถือว่าไม่มีการละเมิดเกิดขึ้นและตามมาตรา 5¹³⁵ การใช้สิทธิจะต้องกระทำโดยสุจริต ส่วนความยินยอมทางอาญาจะนำมาเป็นข้อต่อสู้ในทางแพ่งได้หรือไม่ ตามกฎหมายไทยมีมาตรา 150 ที่บัญญัติไว้ว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการนั้นเป็นโมฆะ”¹³⁶ ซึ่งทำให้เห็นว่าการยินยอมของผู้เสียหายในความผิดทางอาญาตกเป็นโมฆะ เพราะเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 673/2510¹³⁷ การที่โจทก์ทำให้จำเลยฟันเพื่อทดลองคาถาอาคมซึ่งตนเชื่อถือและอวดอ้างว่าตนอยู่คงนั้น เป็นการที่โจทก์ได้ยอมหรือสมัครใจให้ จำเลยทำต่อร่างกาย เป็นการยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเอง ตามกฎหมายจึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องจำเลย ให้รับผิดชอบค่าเสียหายแก่โจทก์ไม่ได้ในทางแพ่ง แต่ไม่ว่ากรณีใดๆตามตัวอย่างคำพิพากษานี้ การกระทำต่อชีวิตมนุษย์ผู้กระทำความผิดมีความรับผิดชอบในทางอาญาย่อมไม่อาจตกไป เพราะความรับผิดชอบในทางอาญาและทางแพ่งมีสภาพที่ต่างกัน มีความมุ่งหมายในการบัญญัติที่ต่างกัน ในทางอาญานั้นการกระทำความผิดเป็นการกระทำที่ทำลายความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการลงโทษก็เพื่อการปราบปราม ส่วนทางแพ่งเป็นบทบัญญัติเพื่อให้เป็นการชดเชยค่าสินไหมทดแทน

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของหลัก *Volenti non fit injuria* แม้ในด้วยบทกฎหมายของไทยจะไม่มีบัญญัติไว้โดยตรงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกับในบางประเทศ เช่น มาตรา 340 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โปรตุเกส ความจริงผู้เสียหายไม่ยินยอมต้องถือว่าผู้เสียหายยินยอมแล้ว¹³⁸

¹³⁵ มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคน ต้องกระทำโดยสุจริต

¹³⁶ มาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 673/2510 แหล่งที่มา(กองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา)

¹³⁸ Artigo 340.º (Consentimento do lesado)

1. O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão.
2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.

1.การกระทำที่ไปล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่นนั้น ให้ถือว่าชอบด้วยกฎหมาย ถ้าผู้ถูกละเมิดได้ให้ความยินยอมให้กระทำการเช่นนั้น (เป็นเรื่องของความยินยอมเป็นเหตุให้ยกเว้นความรับผิดได้)

2.ความยินยอมของผู้เสียหายหรือผู้ได้รับบาดเจ็บไม่สามารถที่จะตัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของจำเลยได้ ถ้าความยินยอมนั้นฝ่าฝืนหรือต้องห้ามขัดต่อบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (ตรงกับมาตรา 9 ของไทยในพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม)

3.ความยินยอมซึ่งความจริงยังไม่มี การให้ แต่ได้ถือว่าได้ถูกให้ไว้แล้ว ถ้าความเสียหายหรือความบาดเจ็บนั้น เป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายเอง ให้ถือว่าเป็นไปโดยสอดคล้องกับความยินยอมตามความประสงค์ที่พึงคาดหมายได้ของผู้เสียหายนั้น (presumed wished) เหมือนกับหลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้นั่นเอง

2) กฎหมายอาญากำหนดหลักความยินยอมเพื่อยกเว้นความผิด

เมื่อพิจารณาตามโครงสร้างของความผิดอาญาแล้วจะพบได้ว่าความยินยอมดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในโครงสร้างของความรับผิดทางอาญาด้วยกันสองส่วน คือ ในส่วนขององค์ประกอบความผิดกับในส่วนของความผิด เรียกว่าหลัก หลัก Innocent Consent หรือหลักความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายในทางอาญา¹³⁹

ความยินยอมที่อยู่ในส่วนของการกระทำที่อยู่ในส่วนองค์ประกอบเมื่อพิจารณาจากโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ถ้าผู้ถูกกระทำได้ให้ความยินยอมแก่การกระทำนั้นแล้ว ความผิดย่อมไม่มีทางเกิดขึ้นได้เลย เพราะความยินยอมของผู้เสียหายทำให้องค์ประกอบอาญาในส่วนองค์ประกอบภายนอกตรงการกระทำขาดหายไปมีดังตัวอย่างที่จะกล่าวดังต่อไปนี้เช่น

กรณีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334¹⁴⁰ บัญญัติว่า “ ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ” ถ้าผู้เสียหายยอมให้ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้เอาทรัพย์ของตนไปจะเห็นได้ว่าองค์ประกอบภายนอกในการกระทำความผิดนั้นไม่มีการ “ เอาไป ” เพราะการเอาไปจะต้องเป็นการแย่งการครอบครอง ซึ่งจะต้องมีการพาทรัพย์นั้นเคลื่อนที่ไป ในลักษณะตัดกรรมสิทธิ์ของเจ้าของเดิม จึงทำให้การกระทำของผู้กระทำไม่เป็นความผิดอาญา เนื่องจากขาดองค์ประกอบความผิด

3. Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.

¹³⁹ แสง บุญเฉลิมวิภาส, **หลักกฎหมายอาญา**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ :วิญญูชน,2546) หน้า 46.

¹⁴⁰ มาตรา 334 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ในกรณีความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309¹⁴¹ บัญญัติว่า “ ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้นหรือจำยอมต่อสิ่งนั้น... ” ถ้าผู้เสียหายยินยอมโดยที่ไม่ได้เกิดจากการบังคับหรือทำให้ยอมจำนนให้ต้องทำแต่อย่างใด องค์ประกอบภายนอกในส่วนของกระทำความผิดคือการข่มขืนใจจึงไม่ครบองค์ประกอบของความผิดจึงส่งผลให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด ถ้าผู้เสียหายยอมแต่มิใช่เพราะความกลัวหรือกลัวแต่ไม่ยอมก็เป็นการพยายามกระทำความผิด

ในกรณีความผิดเกี่ยวกับเพศ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 บัญญัติว่า “ ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น... ” จะเห็นได้ว่าหากหญิงนั้นเมื่อให้ความยินยอมแล้ว องค์ประกอบความผิดในส่วนของกระทำความผิดจะขาดหายไปคือไม่มีการข่มขืนกระทำชำเรา ฉะนั้นเมื่อไม่มีการกระทำ ก็ไม่มีความผิดอาญาเกิดขึ้น

ความยินยอมที่อยู่ในส่วนของความผิดเป็นความยินยอมที่อยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญา โครงสร้างที่ 2 ซึ่งถือว่าการที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมเท่ากับผู้เสียหายยินดีสละสิ่งซึ่งเป็นประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองปัจเจกชนนั้น ๆ (Individual Rechtsgut) หรือเรียกว่าเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมาย¹⁴² เช่นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามมาตรา 358¹⁴³ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายของมาตรานี้ก็คือการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ของบุคคล ฉะนั้น เมื่อผู้เป็นเจ้าของทรัพย์นั้นเป็นผู้ให้ความยินยอมต่อการทุบทำลายตึกก็เท่ากับยอมสละสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองลง นั่นก็คือกรรมสิทธิ์ในตึก ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดอาญา แม้ว่าการกระทำจะครบองค์ประกอบแล้วก็ตาม

แต่สำหรับคุณธรรมทางกฎหมายที่ที่เป็นส่วนรวมบุคคล (Universal Rechtsgut)¹⁴⁴ ไม่มีอำนาจที่จะสละได้ เนื่องจากบุคคลไม่ใช่เจ้าของ “คุณธรรมทางกฎหมาย” แม้ว่าผู้เสียหายจะให้ความยินยอมสละสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองตนไปก็ตาม ก็เป็นเพียงการสละการคุ้มครองในส่วนของตนเท่านั้น

¹⁴¹ มาตรา 309 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

¹⁴² คณิต ฅ นคร, *เรื่องเดิม*, หน้า196.

¹⁴³ มาตรา 358 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียหาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่ เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้ง

¹⁴⁴ คณิต ฅ นคร, *เรื่องเดิม*, หน้า196.

ผู้เสียหายไม่มีอำนาจจะไปสละสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองส่วนรวมได้ไม่ การกระทำนั้นจึงยังถือเป็นความผิดอยู่ดี เช่น เช่น ในความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 277¹⁴⁵ แห่งประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากคุณธรรมในกฎหมายของมาตรานี้ก็คือการคุ้มครองศีลธรรมในทางเพศของคนในสังคม เพื่อให้เด็กมีเพศสัมพันธ์ก่อนวัยอันสมควร

จึงสรุปได้ว่ากฎหมายอาญามีขึ้นก็เพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมศีลธรรมของคน เพื่อที่จะให้สังคมเป็นปกติ มีความเป็นระเบียบเรียบร้อย ไม่ว่าความยินยอมใดก็ตามก็ไม่อาจที่จะมาลบล้างวัตถุประสงค์ดังกล่าวของกฎหมายอาญาไปได้ ฉะนั้นจึงเป็นเรื่องของสังคมส่วนรวม ซึ่งความยินยอมไม่มีบัญญัติไว้โดยตรงในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งต่างกับประมวลกฎหมายอาญาของบางประเทศ เช่นเยอรมันซึ่งมีบัญญัติไว้โดยตรงในมาตรา 228 ว่า บุคคลใดทำร้ายร่างกายด้วยความยินยอมของผู้เสียหายแล้วจะมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายก็ต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวขัดต่อศีลธรรมอันดีแม้ว่าผู้เสียหายจะให้ความยินยอมก็ตาม¹⁴⁶

3) สถานะและผลทางกฎหมายและความแตกต่างระหว่างความยินยอมในทางแพ่งและความยินยอมทางอาญา

ความยินยอมที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดมาจากหลักที่ว่า “Volenti non fit injuria” ซึ่งมีความหมายว่า “ความยินยอมไม่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ทำให้เป็นละเมิด” ซึ่งหลักการนี้ถูกนำมาใช้ยกเว้นความรับผิดทางแพ่ง (กฎหมายละเมิด) และยังถูกนำมาใช้เพื่อยกเว้นความรับผิดทางอาญาด้วย โดยที่หลักความยินยอมนี้แม้ไม่ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ในกฎหมายทั้งกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา แต่ก็ถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law) ซึ่งในทางอาญาก็สามารถนำหลักดังกล่าวมาใช้ได้ เพราะเป็นคุณต่อผู้กระทำความผิด เพราะนำมาใช้เพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิด ไม่ได้นำมาใช้เพื่อเป็นโทษแก่ผู้กระทำความผิด ดังนั้นแม้หลักความยินยอมจะไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาก็สามารถนำมาใช้ได้โดยการตีความอย่างเคร่งครัดตามหลักการตีความของกฎหมายอาญา

¹⁴⁵ มาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม....”

¹⁴⁶ Section 228 Consent

Whosoever causes bodily harm with the consent of the victim shall be deemed to act lawfully unless the act violates public policy, the consent notwithstanding.

3.4.3 ข้อบังคับแพทยสภาและศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทยกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ

แหล่งที่มาสำคัญของอวัยวะที่แพทย์จะนำมาปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยก็คือจากร่างกายของผู้ที่เสียชีวิตแล้วจากสมองตายที่เกิดจากก้านสมองถูกทำลายอย่างสิ้นเชิงและถาวร ไม่สามารถฟื้นกลับมาได้ ดังนั้นผู้ป่วยจึงไม่สามารถหายใจได้ด้วยตนเองคงอยู่ได้ด้วยเครื่องช่วยหายใจและตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ได้แบ่งที่มาของอวัยวะที่สามารถทำการปลูกถ่ายได้นั้นต้องมาจากการบริจาคโดยมี 2 กรณีคือ การปลูกถ่ายอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคอวัยวะขณะที่ยังมีชีวิตและการปลูกถ่ายอวัยวะที่ใช้อวัยวะจากผู้ที่มีสมองตายแต่ในการศึกษาที่ผู้เขียนจะขอศึกษาเฉพาะกรณีการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคที่เสียชีวิตจากสมองตายเท่านั้น

ปัจจุบันการตายในทางกฎหมายได้ยอมรับนำเอาหลักเกณฑ์สมองตาย ตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภา กำหนดมาใช้ในการวินิจฉัยว่าบุคคลถึงแก่ความตายเมื่อใด ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4200/2559 ที่โจทก์ฎีกาว่า การตายของนางสาว ล. และนาง น. จะนำหลักเกณฑ์ตามประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายซึ่งออกในปี 2532 และตามประกาศแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ปี 2539 มาใช้ไม่ได้ เนื่องจากเป็นการวินิจฉัยการตายในทางการแพทย์ที่จะใช้ในการเปลี่ยนปลูกถ่ายอวัยวะ แต่คดีนี้จะต้องวินิจฉัยการตายตามความหมายในทางกฎหมาย คือ การไม่หายใจและหัวใจหยุดทำงาน นั้น เห็นว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นมีองค์ประกอบความผิดประการหนึ่ง คือ ฆ่า คำว่า "ฆ่า" เป็นข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไปว่า หมายถึงการกระทำด้วยประการใดๆ ให้คนตาย แต่ตามประมวลกฎหมายอาญามีได้กำหนดบทนิยามคำว่า "ตาย" ว่ามีความหมายอย่างไร และไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดนิยามความตายให้ชัดเจน เมื่อตามพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 กำหนดให้แพทย์เป็นผู้ออกหนังสือรับรองการตาย¹⁴⁷

ดังนั้น การวินิจฉัยการตายจึงเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องให้แพทย์ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้วินิจฉัย โดยที่งานของแพทย์มีลักษณะเป็นวิชาชีพ จึงเป็นงานที่ต้องมีกรอบขนบธรรมเนียมและจรรยาบรรณของหมุ่คณะโดยเฉพาะ และเป็นการใช้ความรู้ในวิทยาการเฉพาะด้านที่ผู้อื่นไม่อาจรู้ได้ทั้งหมด อีกทั้งมีวิวัฒนาการด้านการรักษาและวิทยาการเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว การประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงมีกฎหมายควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพนี้เป็นพิเศษและมีการสอดส่องดูแลโดยบุคคลในวิชาชีพเดียวกันเพื่อให้การประกอบวิชาชีพเป็นไปโดยถูกต้องตามกรอบมาตรฐานวิชาชีพและจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ขณะเกิดเหตุ วิทยาศาสตร์การแพทย์ด้านการปลูกถ่ายอวัยวะในผู้ป่วยที่มีปัญหาการสูญเสียหน้าที่การทำงานของอวัยวะหรือมีความล้มเหลวของอวัยวะ

¹⁴⁷ มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534.

ต่างๆ เช่น หัวใจ ตับ ไต เป็นต้น มีความก้าวหน้าจนสามารถเอาอวัยวะจากผู้ที่ยาแล้วหรือยังมีชีวิตอยู่ นำไปปลูกถ่ายอวัยวะให้แก่ผู้ป่วยได้

ในการนี้ได้มีประกาศแพทยสภา เรื่องเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย พ.ศ.2532 และประกาศแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ.2539 กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายมีสาระสำคัญว่า การวินิจฉัยคนตายโดยอาศัยเกณฑ์สมองตายนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องนำไปใช้โดยเฉพาะกับการผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะสำคัญของมนุษย์ และอาจนำไปใช้ในกรณีอื่นๆ ในอนาคตเพื่อความเจริญก้าวหน้าทางวิชาชีพและเพื่อประโยชน์ของประชาชน บุคคลซึ่งได้รับการวินิจฉัยว่าสมองตาย ถือว่า บุคคลนั้นถึงแก่ความตาย สมองตายหมายถึง การที่ก้านสมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไป แพทย์เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจการตายของสมองตามเกณฑ์ของวิชาชีพ

ดังนั้น เมื่อแพทย์ใช้วิธีการที่ได้รับการยอมรับในการสรุปว่าคนไข้ถึงแก่ความตายแล้ว บุคคลผู้อยู่ในสภาวะสมองตาย คือ การที่ก้านสมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไป ตามหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายที่คณะกรรมการแพทยสภากำหนดและออกเป็นประกาศแพทยสภาตามประกาศแพทยสภาดังกล่าว ย่อมถือได้ว่าเป็นการตายของบุคคล

1.ความยินยอม

ตามระเบียบสภาอากาศาชาดไทยว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภาอากาศาชาดไทย พ.ศ. 2545 หมวดที่ 6 ส่วนที่ 3 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้¹⁴⁸ ในข้อ 53 ได้กำหนดไว้ว่าต้องไม่มีการซื้อขายอวัยวะอย่างเด็ดขาด อวัยวะที่ได้นั้นต้องได้มาด้วยความยินยอมมีความสมัครใจในการบริจาคอวัยวะเท่านั้นและญาติของผู้บริจาคอวัยวะต้องลงนามรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรว่าจะไม่รับสิ่งตอบแทนใดๆ เป็นค่าอวัยวะ โดยเด็ดขาด ยกเว้นการช่วยเหลือในการจัดการศพและการสนับสนุนอื่นๆ ตามหมวดที่ 8 ของระเบียบนี้ ผู้รับอวัยวะหรือญาติต้องลงนามเป็นลายลักษณ์อักษรว่า ไม่ได้จ่ายเงินหรือให้ผลประโยชน์ตอบแทนแก่ญาติผู้บริจาคเป็นค่าอวัยวะ

2.วิธีการบริจาคอวัยวะ

การบริจาคอวัยวะนั้นต้องเป็นไปตามความสมัครใจของผู้บริจาค โดยในประเทศไทยสามารถแจ้งความจำนงค์ในการบริจาคอวัยวะได้ที่ ศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภาอากาศาชาดไทย เว้นแต่การบริจาคดวงตาที่ต้องบริจาคที่ธนาคารดวงตาสภาอากาศาชาดไทย ปัจจุบันอวัยวะที่สามารถบริจาคได้ได้แก่ หัวใจ และลิ้นหัวใจ ปอด ตับ ไตและดวงตา ทั้งนี้อวัยวะของผู้บริจาคจะนำออกจากร่างกายได้ก็ต่อเมื่อผู้

¹⁴⁸ หมวดที่ 6 แห่งระเบียบสภาอากาศาชาดไทยว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภาอากาศาชาดไทย พ.ศ. 2545.

บริจาคได้รับการวินิจฉัยแล้วว่าอยู่ในภาวะสมองตาย หากเป็นดวงตา สามารถผ่าตัดนำออกมาจากร่างกายหลังผู้บริจาคเสียชีวิต

ในกรณีที่ผู้ตายได้แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย และมีบัตรประจำตัวผู้ที่แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะดังกล่าว ถ้าไม่สามารถติดตามหาญาติผู้ตายในข้อ ให้ถือว่าเอกสารแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะที่ผู้บริจาคอวัยวะให้ไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย เป็นเอกสารที่ใช้ยืนยันการบริจาคได้และก่อนที่จะเอาอวัยวะออกจากผู้ที่สมองตาย ซึ่งต้องมีการชันสูตรพลิกศพตามกฎหมายต้องแจ้งให้ผู้ชันสูตรพลิกศพทราบก่อน และศัลยแพทย์ผู้ผ่าตัดอวัยวะจากศพต้องบันทึกการนำอวัยวะออกไปจากศพนั้นไว้ในเวชระเบียนของผู้ตายด้วย ซึ่งการชันสูตรพลิกศพในประเทศไทย เป็นกระบวนการที่กำหนดขึ้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 148 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "เมื่อปรากฏแน่ชัดหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่า บุคคลใดตายโดยผิดธรรมชาติ หรือตายในระหว่างอยู่ในความควบคุมของเจ้าพนักงาน ให้มีการชันสูตรพลิกศพวันแต่ตาย โดยประหารชีวิตตามกฎหมาย" ซึ่งการตายโดยผิดธรรมชาติคือ การตาย 5 ลักษณะ ดังต่อไปนี้ การฆ่าตัวตาย การถูกผู้อื่นทำให้ตาย การถูกสัตว์ทำร้ายตาย การตายโดยอุบัติเหตุ และการตายโดยยังมีปรากฏเหตุ

3.การขอบริจาคอวัยวะ

ในกรณีความประสงค์ของผู้ตายไม่เป็นที่ปรากฏหรือมิได้แสดงความยินยอมล่วงหน้าสำหรับการบริจาคอวัยวะก่อนตาย ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 หมวด 10 ว่าด้วย การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ¹⁴⁹ ได้กำหนดหลักเกณฑ์การขอบริจาคอวัยวะจากญาติผู้เสียชีวิตตามเกณฑ์สมองตายของแพทยสภาต้องดำเนินการโดยคณะแพทย์ หรือผู้ได้รับมอบหมายจากคณะแพทย์เท่านั้น สำหรับการริเริ่มขอบริจาคคณะแพทย์หรือพยาบาลที่รับผิดชอบดูแลผู้ป่วยที่เสียชีวิตควรเป็นผู้ริเริ่มญาติผู้ตายที่จะบริจาคอวัยวะต้องเป็นทายาทหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้ตาย และจะเป็นผู้ลงนามบริจาคอวัยวะเป็นลายลักษณ์อักษร พร้อมทั้งมีพยานลงนามรับรองไม่น้อยกว่าสองคน ญาติผู้ตายที่บริจาคต้องทำคำรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรว่าจะไม่รับสิ่งตอบแทนเป็นค่าอวัยวะโดยเด็ดขาด

ระเบียบสภากาชาดไทยว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย พ.ศ. 2545 ก็ได้ให้ความหมายของการปลูกถ่ายอวัยวะว่าหมายถึง “การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ หรือเปลี่ยนอวัยวะ อันได้แก่ หัวใจ ปอด ตับ ไต และอวัยวะอื่นๆตามที่สภากาชาดไทยจะประกาศกำหนดต่อไป”

¹⁴⁹หมวด 10 แห่งข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549.

นอกจากนี้ตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 หมวดที่ 1 ระบุว่า การจะปลูกถ่ายอวัยวะนั้นต้องกระทำโดยผู้วิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะซึ่งข้อบังคับแพทยสภาได้กำหนดเอาไว้ในหมวดที่ 10 ข้อ 54 และ 55 ดังนี้¹⁵⁰ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะ ต้องเป็นคัลยแพทย์ผู้ได้รับวุฒิปัตร์หรือหนังสืออนุมัติจากแพทยสภา ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะต้องกระทำการปลูกถ่ายอวัยวะในสถานพยาบาลของรัฐหรือเอกชน ซึ่งเป็นสมาชิกของศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทยแต่ไม่ได้ระบุถึงการยกเว้นความผิดทางกฎหมายของบุคลากรทางการแพทย์จากการปลูกถ่ายอวัยวะ

3.5 วิเคราะห์ข้อดีข้อเสียของวิธีการให้ความยินยอม

3.5.1 วิธีการ “เลือกเข้าร่วม” (Opt-in หรือ Contracting in)

แบบเลือกเข้าร่วม (Opt-in หรือ Contracting in) ใช้หลักความยินยอมในการบอกกล่าว (informed consent or Explicit consent systems) กล่าวคือผู้ที่ประสงค์จะบริจาคอวัยวะนั้นจะทราบข้อมูลรายละเอียดขั้นตอนและผลของการบริจาคอวัยวะจะเกิดขึ้นหลังจากที่ผู้บริจาคเสียชีวิตจากสมองตาย เมื่อได้ทราบข้อมูลและยินยอมเงื่อนไขต่างๆที่จะเกิดขึ้นจากการบริจาคอวัยวะดังกล่าวแล้วก็จะให้ผู้ที่ประสงค์จะบริจาคอวัยวะแสดงความจำนงล่วงหน้าก่อนที่จะถึงความตายหรือญาติของผู้ตายที่บริจาคอวัยวะไว้ที่โรงพยาบาล หน่วยงานราชการ หรือมูลนิธิ แพทย์จึงสามารถนำเอาอวัยวะของผู้ตายมาปลูกถ่ายได้ การบริจาคอวัยวะนี้ผู้บริจาคจะได้รับบัตรผู้บริจาคและหากผู้บริจาคถึงแก่ความตายและเมื่อแพทย์พบบัตรนี้ก็สามารถก็สามารถนำอวัยวะออกมาปลูกถ่ายได้¹⁵¹ หรือเรียกว่า การลงทะเบียนรับเลือก (Opt-in registers) ดำเนินการโดยต้องมีการตกลงร่วมกันว่าเป็นผู้บริจาคจะต้องแสดงความยินยอม (อย่างชัดเจน) มากกว่าที่จะสันนิษฐานไว้ โดยจะบันทึกการตัดสินใจของแต่ละบุคคลว่าเป็นผู้บริจาคที่เสียชีวิตและมักใช้ในการส่งเสริมการตระหนักรู้ของผู้บริจาคอวัยวะและประเมินแคมเปญสาธารณะ อังกฤษสกอตแลนด์ ตัวอย่างเช่นในกฎหมาย Human Tissue (Scotland) Act 2006, Human Transplantation (Wales) Act 2013 และ Human Tissue Act 2004 และรัฐส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกาดำเนินการเลือกลงทะเบียนของสหรัฐอเมริกาจะมีทั้ง “เลือกเข้าร่วม” (Opt-in หรือ Contracting in) และ “การร้องขอ” Require request ใช้วิธีกำหนดให้เป็น

¹⁵⁰ หมวด 10 แห่งข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549

¹⁵¹ ฉัตรแก้ว สอนศิริ, ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ผู้กระทำการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตาย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555) หน้า 44

หน้าที่ประจำของเจ้าหน้าที่โรงพยาบาลต้องขอรับบริจาคอวัยวะจากญาติผู้ป่วยสมองตาย (ทุกรายที่เหมาะสม) หากละเว้นจะมีความผิดตามกฎหมายในกฎหมาย Uniform การบริจาค Act 1987 ข้อดีของรูปแบบการบริจาคอวัยวะ วิธีการ “เลือกเข้าร่วม” คือจะได้คนที่ยินดีจะบริจาคอวัยวะจะเน้นไปในเรื่องการแสดงเจตจำนงล่วงหน้าสำหรับการบริจาคอวัยวะไม่ว่าจะกรณีใด โดยผู้ที่ประสงค์จะบริจาคอวัยวะนั้นจะต้องรู้และเข้าใจข้อมูลรายละเอียดขั้นตอนและผลของการบริจาคอวัยวะว่าเป็นอย่างไรแล้วจึงตัดสินใจที่จะให้ความยินยอมล่วงหน้าเพื่อบริจาคอวัยวะ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าข้อเสียของแบบ opt-in “เลือกเข้าร่วม” บริจาคอวัยวะนี้คือผู้คนส่วนใหญ่นั้นไม่ให้ความสนใจในเรื่องการแสดงเจตจำนงล่วงหน้าสำหรับการบริจาคอวัยวะ ทำให้ได้จำนวนผู้บริจาคอวัยวะน้อย อวัยวะไม่เพียงพอต่อความต้องการการปลูกถ่าย ตัวอย่างเช่นใน 100 คนถ้าทำแบบ opt-in “เลือกเข้าร่วม” อาจจะมีคนบริจาค 5 คน คือไม่บริจาค 95 คน

3.5.2 วิธีการ “ถอนตัวออก” Opt-out

แบบใช้วิธีให้คน “ถอนตัวออก” (Opt-out หรือ Contracting out) ใช้หลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Presumed consent) กล่าวคือ กำหนดให้ประชาชนทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะโดยอัตโนมัติและถือว่าให้แพทย์สามารถนำอวัยวะบางอย่างเช่นไตออกจากผู้ที่สมองตายได้เลยถือเป็นข้อสันนิษฐานว่าคนที่ตายทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะซึ่งถือหลัก Presumed consent คือถ้าประชาชนไม่มาแจ้งถอนสิทธิ์ แสดงว่ายินยอมที่จะกระทำการบริจาคอวัยวะและให้คนที่ไม่มีมติที่จะบริจาคอวัยวะไปแสดงความจำนงถอนชื่อของตนออก หรือเรียกว่าการลงทะเบียนออก (Opt-out registers) จะดำเนินการในประเทศที่ยอมรับหลักการของความยินยอมที่สันนิษฐานต่อการบริจาคซึ่งบุคคลผู้ล่วงลับถือว่าเป็นผู้ยินยอมที่จะบริจาคเป็นค่าเริ่มต้นเว้นแต่จะได้มีการคัดค้านการบริจาคก่อนตาย ระบบนี้ใช้ในประเศยุโรปหลายประเทศ เช่น สเปน ออสเตรีย โปรตุเกส ฝรั่งเศส ฯลฯ รวมถึงประเทศเพื่อนบ้านของไทย คือประเทศสิงคโปร์ ข้อดีคือจะได้จำนวนผู้บริจาคอวัยวะมากขึ้นแต่ระบบนี้ประชาชนยังคงมีสิทธิ์ตัดสินใจในการจัดการร่างของตนเองหลังเสียชีวิตไม่ใช่ว่าการบังคับแต่อย่างใดแต่ข้อเสียนั้นก็อาจจะเพิ่มความยากในการปฏิเสธ อาจจะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการตัดสินใจในเชิงบังคับเนื่องจากสันนิษฐานว่าทุกคนยินยอมที่จะบริจาคอวัยวะ เนื่องจากบางบุคคลบางคนอาจไม่ต้องการบริจาค แต่บุคคลนั้นอาจไม่รู้กฎว่าสามารถถอนชื่อตนเองออกได้ หรือกระทำได้อย่างไร

3.5.3 วิธีการแบบผสม

แบบวิธีการผสมหรือการลงทะเบียนร่วมกัน (Combined registers) ข้อดีคือทำให้ผู้คนมีโอกาสนับถือข้อตกลงได้ 2 กรณีดังนี้คือ 1) เป็นผู้บริจาคหรือ 2) คัดค้านการเป็นผู้บริจาคนั้นก็คือการถอนตัวออก การลงทะเบียนแบบผสมผสานใช้กันโดยถือว่าเข้าใจข้อตกลงและข้อตกลงนั้นต้องแสดง

อย่างชัดเจนและมีจำนวนผู้บริจาคอวัยวะมากขึ้น เช่นประเทศสิงคโปร์ในกฎหมาย Human Organ Transplant Act (HOTA) และพระราชบัญญัติการแพทย์ (การบำบัดการศึกษาและการวิจัย) the Medical (Therapy, Education, and Research) Act (MTERA)

3.6 บทสรุปการศึกษาเปรียบเทียบแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทยในการกำหนดความยินยอมในการบริจาคอวัยวะจากการศึกษาแนวทางทางกฎหมายของต่างประเทศเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทย

ในการกำหนดความยินยอมในการบริจาคอวัยวะนั้นโดยหลักแล้วมักจะเป็นหลักความยินยอมที่มีการบอกกล่าวโดยชัดเจนในรูปแบบ “เลือกเข้าร่วม” (Opt-in หรือ Contracting in) คือให้ผู้ประสงค์จะบริจาคอวัยวะ แสดงความจำนงล่วงหน้าก่อนที่จะถึงความตาย เช่นกฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และอีกรูปแบบที่ใช้หลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Presumed consent) ที่ใช้วิธี “ถอนตัวออก” (Opt-out หรือ Contracting out) คือการกำหนดให้ประชาชนทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะโดยอัตโนมัติและถือว่าให้แพทย์สามารถนำอวัยวะบางอย่างเช่นไตออกจากผู้ที่สมองตายได้โดยถือเป็นข้อสันนิษฐานว่าคนที่ตายทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะ ถ้าประชาชนไม่มาแจ้งถอนสิทธิ์ แสดงว่ายินยอมที่จะบริจาคอวัยวะและให้คนที่ไม่มียินดีที่จะบริจาคอวัยวะไปแสดงความจำนงถอนชื่อของตนออก หรือเรียกว่า การลงทะเบียนออก(Opt-out registers) เช่นประเทศสิงคโปร์และเวลส์

สำหรับรูปแบบของความยินยอมที่ผู้เขียนเห็นว่าควรนำมาปรับใช้กับประเทศไทยนั้นก็คือการลงทะเบียนร่วมกัน (Combined registers) ที่ทำให้ผู้คนมีโอกาสบันทึกข้อตกลงได้2กรณีดังนี้คือ

- 1) สมัครใจเป็นผู้บริจาคโดยใช้หลักความยินยอมในการบอกกล่าว
- 2) คัดค้านการเป็นผู้บริจาคโดยใช้หลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้

การลงทะเบียนแบบผสมผสาน ที่นำมาใช้โดยถือว่าเข้าใจข้อตกลงและข้อตกลงที่ให้ความยินยอมนั้นต้องแสดงอย่างชัดเจน เช่นประเทศสิงคโปร์และเวลส์ โดยในส่วนของระบบถอนตัวออก (opt-out) ที่ใช้หลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Presumed consent) ซึ่งในระบบนี้ในเวลส์นั้นก็ได้ใช้บังคับอย่างเคร่งครัด ครอบครัวจะยังคงเข้ามามีส่วนร่วมและบทสนทนาเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ ในระบบความยินยอมถือว่าครอบครัวไม่ได้ขอให้ให้ความยินยอมในการบริจาค แต่สามารถพูดได้ว่าพวกเขาารู้ว่าคนที่เสียชีวิตไม่ต้องการเป็นผู้บริจาค นี้จะช่วยให้ครอบครัวโอกาสที่จะยกเลิกการ "สันนิษฐาน" ของความยินยอม นี่เป็นการเปลี่ยนแปลงการไม่คัดค้านการบริจาคยกเว้นครอบครัวของพวกเขาที่สามารถพูดได้ว่าพวกเขาคัดค้านการบริจาค

ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความยินยอมในการบริจาคอวัยวะของแต่ละประเทศที่ผู้เขียนศึกษาข้างต้นนั้นล้วนประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังกล่าวดังนี้ การกำหนดความสามารถของบุคคลที่สามารถให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะได้ ตัวอย่างคือการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของอายุ กำหนดลำดับความสัมพันธ์ของบุคคลที่เป็นครอบครัวหรือญาติที่สามารถให้ความยินยอมแทนได้และวิธีการบริจาคอวัยวะ การยกเว้นความผิดทางกฎหมายของบุคลากรทางการแพทย์จากการปลูกถ่ายอวัยวะ ซึ่งหลักเกณฑ์วิธีการดังกล่าวสามารถนำมาประยุกต์ใช้ให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทยได้



3.7 ตารางสรุปการศึกษาเปรียบเทียบแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทยในการกำหนดความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ

การให้ความยินยอมโดยแจ้งชัด โดยใช้การลงทะเบียนรับเลือก (Opt-in registers) ดำเนินการโดยต้องมีการตกลงร่วมกันว่าเป็นผู้บริจาคจะต้องแสดงความยินยอม (อย่างชัดเจน) มากกว่าที่จะสันนิษฐานไว้ โดยจะบันทึกการตัดสินใจของแต่ละบุคคลว่าเป็นผู้บริจาคที่เสียชีวิต				
ประเทศ	ความยินยอม	ความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากครอบครัวหากความประสงค์ของผู้ตายไม่เป็นที่ปรากฏ	ความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากครอบครัว แม้ว่าผู้เสียชีวิตจะแสดงเจตจำนงไว้ล่วงหน้าก่อนตาย	การยกเว้น ความผิดทางกฎหมาย
สหราชอาณาจักร (ไม่รวมเวลส์)	Human Tissue (Scotland) Act 2006 เป็นหลักการของการอนุญาตให้ความยินยอม	Human Tissue (Scotland) Act 2006) กำหนดให้ญาติหรือครอบครัวในกรณีที่ความประสงค์ของผู้เสียชีวิตไม่เป็นที่ปรากฏเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะสำหรับการปลูกถ่าย โดยญาติหรือครอบครัวจะถูกขอให้พิจารณาการอนุญาตให้อวัยวะบนพื้นฐานของสิ่งที่เชื่อว่าเป็นความปรารถนาของผู้ตาย	หลักการของการอนุญาตให้ความยินยอมที่มีจุดประสงค์เพื่อให้บุคคลที่มีสิทธิจะแสดงความปรารถนาของตนเองเกี่ยวกับสิ่งที่เกิดขึ้นกับร่างกายของเขาหลังจากการตาย โดยคาดหวังว่าความปรารถนาเหล่านั้นจะได้รับการเคารพ และปฏิบัติตามเนื่องจากจุดมุ่งหมายการออกกฎหมายคือความของผู้บริจาคควรได้รับการปฏิบัติตามโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลในครอบครัวอีก	มาตรา 6 ระบุว่า การป้องกันสำหรับบุคคลที่ถูกตั้งข้อหากระทำความผิดคือการปลูกถ่ายอวัยวะโดยไม่ได้รับการอนุญาต เพื่อแสดงให้เห็นว่าเมื่อมีการดำเนินการตามที่กฎหมายนี้กำหนดให้เชื่อว่าบุคคลนั้นที่ทำการผ่าตัดนำออกและการใช้อวัยวะนั้นได้รับอนุญาตตามกฎหมาย

ประเทศ	ความยินยอม	ความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากครอบครัวหากความประสงค์ของผู้ตายไม่เป็นที่ปรากฏ	ความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากครอบครัว แม้ว่าผู้เสียชีวิตจะแสดงเจตจำนงไว้ล่วงหน้าก่อนตาย	การยกเว้น ความผิดทางกฎหมาย
สหราชอาณาจักร (ไม่รวมเวลส์)	ใช้หลักการของความยินยอมที่เหมาะสมภายใต้กฎหมาย Human tissue act 2004.	ถ้าผู้ตายไม่ได้แสดงความยินยอม (หรือปฏิเสธ) การบริจาคอวัยวะของตนในการปลูกถ่ายหรือในกรณีที่ไม่ได้แต่งตั้งตัวแทนให้กระทำการแทนหลังเสียชีวิต ให้ญาติหรือครอบครัวตามลำดับชั้นที่ใกล้ชิดที่สุดก่อน เป็นผู้ให้ความยินยอม	กำหนดชัดเจนว่าในกรณีที่ผู้บริจาคตัดสินใจที่จะยินยอมให้บริจาคอวัยวะหรือเนื้อเยื่อที่เกิดขึ้นหลังจากการตายแล้วความยินยอมนั้นเพียงพอสำหรับการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมายกำหนดเจตจำนงของผู้บริจาคควรได้รับการเคารพความยินยอมของผู้บริจาคเองที่คาดหวังเพื่อความปลอดภัยของผู้บริจาคจะได้รับการปฏิบัติจริง การคัดค้านของญาติจะไม่สามารถ เพิกถอนความยินยอมที่ถูกต้องของผู้บริจาคได้	ในมาตรา5 ระบุว่าบุคคลจะไม่กระทำความผิดหากเชื่อว่าบุคคลนั้นได้รับความยินยอมตามสมควรหรือการกระทำนั้นไม่ใช่เรื่องที่ต้องได้รับความยินยอม

ประเทศ	ความยินยอม	ความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากครอบครัวหากความประสงค์ของผู้ตายไม่เป็นที่ปรากฏ	ความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากครอบครัว แม้ว่าผู้เสียชีวิตจะแสดงเจตจำนงเป็นลายลักษณ์อักษร	การยกเว้นความผิดทางกฎหมาย
สหรัฐอเมริกา	ความยินยอมโดยชัดแจ้งภายใต้รัฐบัญญัติ Uniform การบริจาค Act (พระราชบัญญัติบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย) 1987 ที่แก้ไขล่าสุดหรือแก้ไขในปี 2009	บุคคลที่สามารถทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายที่มักจะได้รับการพิจารณาว่าพวกเขายินดีที่จะบริจาค เมื่อผู้บริจาคใกล้เสียชีวิตคือครอบครัวหรือญาติใกล้ชิด ในนามของผู้ตายนั้นรวมถึงบุคคลที่อยู่ในช่วงเวลาของการตายของผู้ตายทำหน้าที่เป็นตัวแทนของผู้ตาย โดยบุคคลไม่สามารถให้การบริจาคได้ได้ถ้าในช่วงเวลาที่ผู้เสียชีวิตตายบุคคลในลำดับชั้นใกล้เคียงที่สุดก่อนมีเหตุผลพอที่จะคัดค้านการบริจาค	ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากครอบครัวอีก (รัฐที่ใช้ระบบขอความยินยอมจากผู้บริจาคจะให้ความสำคัญต่อเจตจำนงของผู้เสียชีวิตตามที่ขึ้นทะเบียนไว้เป็นอันดับแรก การตัดสินใจของผู้บริจาคเป็นอิสระ จะต้องได้รับเคารพอิสระในการแสดงเจตนาของบุคคลและไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้โดยผู้อื่น ซึ่งการจัดการอวัยวะจะมีขึ้นได้โดยได้รับความยินยอมจากครอบครัว อย่างไรก็ตาม มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับประวัติทางการแพทย์และทางสังคมของผู้เสียชีวิตจากครอบครัว ก่อนที่จะมีการจัดหาอวัยวะขึ้น)	บุคคลซึ่งกระทำการโดยสุจริตตามข้อกำหนดของรัฐบัญญัตินี้หรือตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะของรัฐอื่น ไม่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในทางแพ่งหรือถูกฟ้องในทางอาญาสำหรับการกระทำนั้น

ประเทศ	ความยินยอม	ความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากครอบครัวหากความประสงค์ของผู้ตายไม่เป็นที่ปรากฏ	ความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากครอบครัว แม้ว่าผู้เสียชีวิตจะแสดงเจตจำนงไว้ล่วงหน้าก่อนตาย	การยกเว้นความผิดทางกฎหมาย
ไทย	ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวโดยชัดแจ้งสำหรับการบริจาคและปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศไทยได้รับการกำกับดูแลโดยแพทยสภาและศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย โดยมีข้อบังคับแพทยสภาและระเบียบสภากาชาดไทยและประกาศแพทยสภา	ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ว่าด้วย การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ ได้กำหนดหลักเกณฑ์การขอบริจาคอวัยวะจากญาติผู้เสียชีวิตตามเกณฑ์สมองตายของแพทยสภาต้องดำเนินการโดยคณะแพทย์ หรือผู้ได้รับมอบหมายจากคณะแพทย์ เท่านั้น สำหรับการริเริ่มขอบริจาค คณะ แพทย์ หรือ พยาบาล ที่รับผิดชอบดูแลผู้ป่วยที่เสียชีวิตควรเป็นผู้ริเริ่มญาติผู้ตายที่จะบริจาคอวัยวะต้องเป็นทายาทหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้ตาย	ในกรณีที่ผู้ตายได้แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย และมีบัตรประจำตัวผู้แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะดังกล่าว ถ้าไม่สามารถติดตามหาญาติผู้ตายในข้อ ให้ถือว่าเอกสารแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะที่ผู้บริจาคอวัยวะให้ไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย เป็นเอกสารที่ใช้ยืนยันการบริจาคได้สามารถนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายได้เลย***แต่ในทางปฏิบัติแล้วไม่สามารถกระทำได้	ไม่มี

หลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Presumed consent) โดยใช้ระบบระบบถอนตัวออก (Opt-out หรือ Contracting out) กล่าวคือ กำหนดให้ประชาชนทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะโดยอัตโนมัติและถือว่าให้แพทย์สามารถนำอวัยวะบางอย่างเช่นไตออกจากผู้ที่สมองตายได้เลยถือเป็นข้อสันนิษฐานว่าคนที่ตายทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะ				
ประเทศ	การขึ้นทะเบียนมีตัวเลือกให้ถอนตัวออก ใช้หลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Presumed consent)	การบริจาคอวัยวะโดยสมัครใจให้มีผล หลังการตายภายใต้ใช้หลักความยินยอม ในการบอกกล่าว (informed consent)	สิทธิคัดค้านการบริจาคของ ครอบครัว	การยกเว้นความผิดทางกฎหมาย
สิงคโปร์	การบริจาคอวัยวะภาคบังคับหลังการตายของกฎหมาย Human Organ Transplant Act (HOTA) ใช้หลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Presumed consent) กำหนดให้ประชาชนทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะโดยอัตโนมัติบังคับใช้กับพลเมืองสิงคโปร์และผู้อาศัยถาวรทุกคนที่มีอายุตั้งแต่ 21 ปีขึ้นไปโดยไม่คำนึงถึงศาสนาและถือว่าให้แพทย์สามารถนำอวัยวะออกจากผู้ที่สมองตายได้เลย	การบริจาคอวัยวะโดยสมัครใจมีผลหลังการตายเพื่อการปลูกถ่ายและการรักษา การศึกษาการวิจัยภายใต้ The Medical Therapy, Education, and Research Act สำหรับกฎหมายนี้เป็นเลือกเข้าร่วม (Opt-in หรือ Contracting in) ใช้หลักความยินยอมในการบอกกล่าว ซึ่งอนุญาตให้บุคคลที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไปบริจาคอวัยวะและเนื้อเยื่อทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายต้องทำโดยผู้ที่ประสงค์จะบริจาคส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของเขา	ไม่มี หากผู้เสียชีวิตแสดงเจตจำนงที่จะบริจาคอวัยวะมีเพียงเจ้าตัวเท่านั้นที่สามารถเพิกถอนเจตจำนงได้ เจตจำนงต้องได้รับความเคารพแม้จะเสียชีวิตไปแล้วครอบครัวไม่มีสิทธิเพิกถอนได้	กฏหมาย Human Organ Transplant Act (HOTA) ห้ามบุคคลใด ๆ นำอวัยวะออกจากร่างกายของผู้ตายเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะ เว้นแต่ตามอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ผู้ใดฝ่าฝืนจะมีความผิดและต้องรับผิดในการลงโทษปรับไม่เกิน 10,000 เหรียญหรือจำคุกไม่เกิน 12 เดือนหรือทั้งจำทั้งปรับ

ประเทศ	การขึ้นทะเบียนมีตัวเลือกให้ถอนตัวออก) ใช้หลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Presumed consent)	ความจำเป็นที่จะต้องได้รับ ความยินยอมจาก ครอบครัว แม้ว่าผู้เสียชีวิต จะแสดงเจตจำนงไว้ ล่วงหน้าก่อนตาย	สิทธิคัดค้านการบริจาคของ ครอบครัว	การยกเว้นความผิดทาง กฎหมาย
เวลส์	1.เลือกที่จะเป็นผู้บริจาคโดยการ ลงทะเบียนการตัดสินใจเพื่อเป็นผู้บริจาค ตาม (การเลือกเข้าร่วม “opt-in”) 2.ไม่กระทำการใดๆเกี่ยวกับการบริจาคซึ่ง หมายความว่า คุณไม่มีข้อคัดค้านในการ เป็นผู้บริจาค(ถือว่าได้รับความยินยอม “deemed consent”) 3.เลือกที่จะไม่เป็นผู้บริจาคโดยการ ลงทะเบียนการตัดสินใจอย่างชัดเจนว่าจะ ไม่เป็นผู้บริจาค(เลือกถอนตัวออก “opt- out”)	ไม่จำเป็นเพราะการ ตัดสินใจของบุคคลที่ให้ ความยินยอมหรือไม่ให้ ความยินยอมมีผลใช้บังคับ ทันทีก่อนที่จะเสียชีวิต	ในกรณีที่ถือว่ายินยอมถือเป็นค่า เริ่มต้นที่ผู้ที่บรรลุนิติภาวะ ไม่ คัดค้านการบริจาคและไม่กระทำ การใดๆเกี่ยวกับการบริจาคซึ่ง หมายความว่าบุคคลนั้นไม่มีข้อ คัดค้านในการเป็นผู้บริจาค อวัยวะครอบครัวสามารถคัดค้าน ได้ว่าพวกเขาเห็นว่าคนที่เสียชีวิตไม่ ต้องการเป็นผู้บริจาค ครอบครัวก็ สามารถที่จะยกเลิกการ "สันนิษฐาน" ของความยินยอมได้	การปลูกถ่ายอวัยวะห้ามกระทำ โดยปราศจากความยินยอม บุคคลใดกระทำความผิดหาก บุคคลนั้นกระทำโดยไม่ได้รับ อนุญาตให้ทำการปลูกถ่าย อวัยวะในเวลส์ การกระทำของ บุคคลนั้นจะไม่มีผลถ้ามี เหตุผลเชื่อได้ว่าทำได้ด้วยความ ยินยอมหรือสิ่งที่ทำไม่ใชการ ปลูกถ่ายอวัยวะ

บทที่ 4

ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายไทยเกี่ยวกับการให้ความยินยอมของผู้บริจาค อวัยวะที่เสียชีวิตจากสมองตายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

4.1 ปัญหาการขาดหลักเกณฑ์ของกฎหมายไทยที่กำหนดผู้มีอำนาจหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ

การที่จะให้ได้อวัยวะที่เหมาะสมสำหรับการปลูกปลูกถ่ายนั้นมีหลายขั้นตอน ตั้งแต่การกำหนดผู้ที่มีคุณสมบัติเหมาะสมในการบริจาคอวัยวะ การวินิจฉัยสมองตาย ขั้นตอนการบริจาคอวัยวะ วิธีการให้ความยินยอม ตลอดจนการประสานงานเพื่อให้ได้มาซึ่งความร่วมมือในกระบวนการบริจาคอวัยวะ ปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นปัญหาที่มาจากการไม่มีกฎหมายในไทย ที่บัญญัติเฉพาะสำหรับการปลูกถ่ายอวัยวะ มีเพียงข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ประกาศแพทยสภา และระเบียบศูนย์บริจาคอวัยวะ ที่กำหนดผู้ที่มีอำนาจ หลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะเอาไว้ยังมิครอบคลุมมีปัญหากฎหมายอยู่ที่ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย ปัญหาที่เกิดขึ้นมาจากบุคลากรทางการแพทย์ยังไม่มีความมั่นใจที่จะดำเนินการตามกระบวนการดังกล่าว การจะนำอวัยวะมาปลูกถ่ายได้นั้นเริ่มแรกต้องมีผู้บริจาคอวัยวะ ผู้ใดสามารถบริจาคอวัยวะได้ มีวิธีการให้ความยินยอมอย่างไร บุคคลใดบ้างสามารถให้ความยินยอมแทนได้ หากมีกฎหมายที่บัญญัติเฉพาะสำหรับการปลูกถ่ายอวัยวะ ข้อดีของการมีกฎหมายเฉพาะในเรื่องนี้ก็คือ การมีกรอบของกฎหมายที่ชัดเจนให้แพทย์ปฏิบัติสามารถทำให้กระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะดำเนินการได้อย่างสะดวกยิ่งขึ้น

หลักเกณฑ์ที่สำคัญในขั้นตอนแรกคือการวินิจฉัยสมองตายเนื่องจากการที่จะนำอวัยวะมาปลูกถ่ายได้นั้นอวัยวะต้องอยู่ในสภาพที่สดใหม่เพราะผู้ที่บริจาคอวัยวะได้ก็คือผู้ที่เสียชีวิตจากสมองตายเท่านั้นในหลายๆประเทศได้สนับสนุนให้บัญญัติกฎหมายเรื่องนियามการตายให้ชัดเจน และหลักเกณฑ์การวินิจฉัยการตาย

ประเทศไทยขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายในเรื่องสมองตาย ทั้งประมวลกฎหมายอาญา ไม่ได้นิยามว่าอย่างไรถือว่าเป็นการตายตามกฎหมาย เดิมทีการวินิจฉัยการตายจึงขึ้นอยู่กับแพทย์ ซึ่งโดยปกติแล้วจะอาศัยเกณฑ์ในการวินิจฉัยโดยอิงอยู่กับปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตของมนุษย์สามประการคือ 1) ก้านสมองของระบบประสาทกลางต้องหยุดทำงาน 2) ระบบไหลเวียนโลหิต (เลือด)

หยุดทำงาน ได้แก่ หัวใจหยุดเต้น และ 3)ระบบหายใจ ได้แก่ ปอด ต้องหยุดหายใจ แต่ต่อมาก็ได้มีการยอมรับเกณฑ์การวินิจฉัยการตายจากก้านสมอง โดยถือว่าการตายหมายความว่าความรวมถึงการที่ก้านสมองไม่สามารถทำงานได้อย่างสิ้นเชิง และแพทยสภาได้ออกหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยเรื่องสมองตายเอาไว้ในประกาศแพทยสภาที่ 7/2554 เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายและมีการแก้ไขเพิ่มเติมนิยามการตายเอาไว้ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่3) พ.ศ. 2551 ได้นิยามการตายไว้ดังนี้ “การตายของบุคคล” หมายความว่า บุคคลอยู่ในสภาวะที่ระบบการไหลเวียนเลือด และระบบการหายใจหยุดทำงานโดยไม่สามารถกลับคืนได้อีกหรืออยู่ในสภาวะสมองตาย คือการที่ก้านสมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไป” ซึ่งผลทางกฎหมายของการวินิจฉัยเรื่องสมองตายนี้นั้นสำคัญเนื่องจากการตายของมนุษย์จะทำให้เกิดสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง ในส่วนนี้จึงจะต้องพิจารณาถึงผลทางกฎหมายของการวินิจฉัยเรื่องสมองตายและการจัดการกับศพผู้ตาย เพราะมีความสำคัญในกรณีการนำเอาอวัยวะของผู้ตายไปใช้ในการปลูกถ่ายเพื่อช่วยชีวิตผู้อื่นและความรับผิดชอบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องในกระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะ

สาเหตุที่ควรจะมีกฎหมายบัญญัตินิยามการตายนี้นั้นคือ โดยเฉพาะปัจจุบันศพผู้ตายมีประโยชน์สามารถนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายนั้นมีบุคคลที่ต้องมาเกี่ยวข้องกับการตายไม่ว่าจะเป็นแพทย์ นักกฎหมาย และประชาชนคนทั่วไป การนิยามการตายให้ชัดเจนนั้นส่งผลให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมีความรู้และความเข้าใจเรื่องสมองตายเป็นมากขึ้น เพราะการที่ไม่มีกรอบกฎหมายที่ชัดเจนที่จะทำให้บุคคลที่เกี่ยวข้อง เฉพาะครอบครัวหรือญาติของบุคคลที่แพทย์ถือว่าเสียชีวิตแล้วเกิดความไม่เชื่อมั่นหวาดระแวงบุคคลากรทางการแพทย์ มีการร้องเรียนฟ้องร้องอันนำมาซึ่งความยุ่งยากเดือดร้อนแก่บุคคลากรทางการแพทย์

การนำเอาอวัยวะไปใช้ในการปลูกถ่ายเป็นที่ยอมรับกันตามประเพณีว่าเมื่อมีการตายเกิดขึ้นก็จะต้องมีการจัดการกับศพนั้นไม่ว่าจะเป็นการนำไปเผาหรือฝังดินทำพิธีกรรมของแต่ละศาสนา อย่างไรก็ตามในกรณีของผู้ที่แสดงเจตนาบริจาคอวัยวะไว้นั้น การตายย่อมก่อให้เกิดสิทธิแก่เจ้าหน้าที่ที่ได้รับบริจาคที่จะนำศพผู้ตายไปตัดเอาอวัยวะ อย่างไรก็ตามก็มีปัญหาที่น่าคิดว่าหากเป็นกรณีของผู้ที่ตายโดยผิดธรรมชาติเอง ซึ่งในกรณีทั่วไปแล้วผู้ที่ตายโดยผิดธรรมชาติหรือตายโดยการฆ่าตัวตาย ถูกผู้อื่นทำให้ตาย ถูกสัตว์ทำร้ายตาย ตายโดยอุบัติเหตุ และตายโดยไม่ปรากฏเหตุตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 148 เช่นถ้าหากความตายของผู้บริจาคตังกล่าวทำให้จะต้องมีการดำเนินคดีอาญากับผู้หนึ่งผู้ใดแล้ว แพทย์จะตัดเอาอวัยวะของผู้ตายไปได้หรือไม่ และต้องทำอย่างไรในเรื่องนี้หากเกิดขึ้นในสกอตแลนด์แพทย์จะต้องปรึกษากับพนักงานอัยการ หรือที่เรียกว่า Procurator Fiscal ซึ่งหากการตัดเอาอวัยวะออกไปจะทำลายหลักฐานและทำให้คดีของพนักงานอัยการเสียหาย Procurator Fiscal จะไม่อนุญาตตัดอวัยวะ อย่างไรก็ตาม Procurator Fiscal ก็อาจ

ขอให้พยาธิแพทย์ของ Procurator Fiscal เข้าร่วมในการผ่าตัดเอาอวัยวะที่บริจาคออก และถือว่าการผ่าตัดดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการชันสูตรพลิกศพ เช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์ ถ้าเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาลมีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่าสถานการณ์ที่ใช้บังคับกับการตายของบุคคลนั้นเป็นเช่นนั้นที่เจ้าหน้าที่ชันสูตรศพมีอำนาจพิจารณาคดีในลักษณะและสาเหตุของการเสียชีวิตของบุคคลนั้น เจ้าหน้าที่ควบคุมจะไม่อนุญาตให้มีการผ่าตัดอวัยวะใด ๆ ออกจากร่างกายของผู้ตายได้เว้นแต่เจ้าหน้าที่ชันสูตรศพได้ให้ความยินยอมให้นำออกซึ่งในประเด็นนี้ยังเป็นเรื่องที่ต้องร่วมกันพิจารณาเพื่อวางแผนทางในการสอบสวนและเก็บรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อการพิสูจน์ความจริงเรื่องการตายว่าในขณะนี้ควรมีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์การตรวจสอบการตายแล้วหรือยัง และรูปแบบควรจะเป็นอย่างไร เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการชันสูตรศพในประเทศไทยปัจจุบันยังไม่เปิดช่องให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ชันสูตรพลิกศพที่จะแยกเอาอวัยวะบางส่วนของผู้ที่ตายโดยผิดธรรมชาติส่งไปยังหน่วยงานทางการแพทย์เพื่อทำการเก็บรักษาและนำไปใช้ปลูกถ่ายเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาลได้ ซึ่งในแต่ละปีมีจำนวนของผู้ตายโดยผิดธรรมชาติอยู่เป็นจำนวนมาก ที่แม้หัวใจหรือสมองจะหยุดทำงานแล้วแต่อวัยวะส่วนอื่นยังไม่เสื่อมสภาพหากสามารถผ่าตัดแยกส่วนอวัยวะอื่น ๆ ของร่างกายไปเก็บรักษาและนำไปปลูกถ่ายให้แก่ผู้ป่วยที่รอรับการปลูกถ่ายอวัยวะได้ ก็เป็นอีกช่องทางหนึ่งที่จะทำให้ได้จำนวนอวัยวะเพิ่มมากขึ้น

นอกจากนี้แล้วในการตัดเอาอวัยวะไปใช้ในการปลูกถ่ายควรมีหลักเกณฑ์เฉพาะอย่างไร ในบางประเทศ เช่นในสหรัฐอเมริกาได้นำหลักเกณฑ์เรื่อง required requestมาใช้ หลักการนี้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของสถานพยาบาล ที่รักษาผู้ป่วยที่ใกล้จะสมองตาย หรือสมองตายแล้ว ต้องขอรับบริจาคอวัยวะของผู้ป่วย

การมีกฎหมายนิยามการตายที่ชัดเจนนั้นทำให้สามารถวางระบบการจัดการเกี่ยวกับศพของผู้ตายซึ่งมีผลสำคัญในการกำหนดให้มีการแจ้งเรื่องคนไข้สมองตายแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องอันทำให้ลดอุปสรรคและเพิ่มความรวดเร็วในการดำเนินการนำศพผู้ที่เสียชีวิตไปใช้ในการปลูกถ่ายอวัยวะ และทำให้มีการทบทวนหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยการตายที่มีอยู่ในปัจจุบันให้มีมาตรฐาน เพื่อเพิ่มความมั่นใจแก่ญาติและครอบครัวผู้ตายรวมถึงประชาชนทั่วไปว่าบุคคลที่สมองตายนั้นได้ตายแล้วอย่างปราศจากข้อสงสัยทั้งเป็นการเพิ่มมาตรฐานทางการแพทย์ของไทยอีกด้วยทั้งยังทำให้เกิดการพิจารณาทบทวนถึงขอบเขตของคำว่าตายที่ตามบริบทสังคมต้องการว่าควรมีความหมายเพียงใดและการที่สมองตายจะให้ความหมายรวมถึงสภาพผักถาวร (Persistent Vegetative State) ด้วยหรือไม่

ในการออกกฎหมายนิยามการตายให้ชัดเจนนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าควรที่จะออกกฎหมายนิยามการตายที่ยอมรับเอาการตายทั้งสองแบบ โดยรวมการตายแบบเดิมซึ่งต้องวินิจฉัยจากลมหายใจและสมองตายดังที่ปรากฏใน United State Uniform Determination of Death Act 1970 อันถือเป็นแบบฉบับของพระราชบัญญัติหรือรัฐบัญญัติประเภทนี้และก็ยังมีความหมายของพระราชบัญญัติของประเทศ

ออสเตรเลีย เช่นมาตรา 41 ของ HUMAN TISSUE ACT 1982 ได้บัญญัติว่า “บุคคลถึงแก่ความตายเมื่อ

(a) มีการหยุดทำงานของระบบไหลเวียนเลือดในร่างกายที่ไม่สามารถแก้ไขได้

(b) มีการหยุดทำงานที่ไม่สามารถแก้ไขได้ของหน้าที่ (function) การทำงานของสมองตายของบุคคล”¹⁵² ส่วนกฎหมายของนิวเซาท์เวลส์ก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะของการนิยามคำว่าตายเอาไว้ใน Human tissue act 1983 โดยให้ถือว่าบุคคลเสียชีวิตเมื่อ ระบบสมองของบุคคลนั้นหยุดชะงักและไม่สามารถกลับมาทำงานได้อีก หรือ ระบบไหลเวียนเลือดในร่างกายไม่ทำงาน¹⁵³ เพื่อให้แพทย์ได้ใช้ดุลยพินิจที่จะวินิจฉัยความตายให้เหมาะสมแล้วแต่กรณี

ถ้าหากมีกฎหมายเฉพาะสำหรับไทยนั้น อาจจะบัญญัติว่า “บุคคลถึงแก่ความตายเมื่อ

(1) มีการหยุดทำงานของระบบไหลเวียนเลือดในร่างกายที่ไม่สามารถแก้ไขได้

(2) ระบบสมองของบุคคลนั้นหยุดทำงานและไม่สามารถกลับมาทำงานได้อีก

ปัญหาการขาดหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่กำหนดผู้ที่มีอำนาจ หลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการในการบริจาคอวัยวะทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายในการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ปัญหาในหัวข้อถัดไป

4.2 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ

การให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะนั้นมีประเด็นปัญหากฎหมายแบ่งได้ดังนี้ 1.ปัญหาการแสดงเจตนาให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าเป็นลายลักษณ์อักษร 2.ผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมายในการแสดงเจตนาให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะแทนได้กรณีที่ผู้เสียชีวิตไม่ได้แสดงเจตนาล่วงหน้าในการ

¹⁵² Human tissue act 1982 SECT 41

Definition of death for the purposes of the law of Victoria, a person has died when there has occurred—

- (a) irreversible cessation of circulation of blood in the body of the person; or
- (b) irreversible cessation of all function of the brain of the person.

¹⁵³ Human tissue act 1983 Part 7 Definition of death, section 33 When death occurs

For the purposes of the law of New South Wales, a person has died when there has occurred:

- (a) irreversible cessation of all function of the person’s brain, or
- (b) irreversible cessation of circulation of blood in the person’s body.

บริจาคเอาไว้ 3.การแสดงความยินยอมของบุคคลที่หย่อนความสามารถในการบริจาคอวัยวะ ปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นปัญหาที่การไม่มีกฎหมายบัญญัติเฉพาะเอาไว้ ในส่วนที่มีบัญญัติไว้ก็ไม่ครอบคลุมถึงการใช้กับประเด็นปัญหาดังกล่าวและมีกำหนดแยกต่างกันไปไว้ในหลายๆฉบับทำให้ไม่สะดวกในการนำมาบังคับใช้ เช่น ในระดับของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นการบริจาคและปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศไทยได้รับการกำกับดูแลโดยแพทยสภาและศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย โดยมีข้อบังคับแพทยสภา ระเบียบสภากาชาดไทยและประกาศแพทยสภาดังนี้

1.ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 หมวด 1 บทนิยาม และหมวด 10 การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ ซึ่งจะมีหลักเกณฑ์ของการปลูกถ่ายอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคอวัยวะขณะที่ยังมีชีวิตและการปลูกถ่ายอวัยวะที่ใช้อวัยวะจากผู้ที่สมองตาย

2.ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2551 เรื่องการตายของบุคคล

3. ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560 แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ของการปลูกถ่ายอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคอวัยวะขณะที่ยังมีชีวิตและการปลูกถ่ายอวัยวะที่ใช้อวัยวะจากผู้ที่สมองตาย

4. ประกาศแพทยสภาที่ 7/2554 เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย

5. ระเบียบศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย พ.ศ. 2545 และประกาศศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย ว่าด้วยเรื่องต่างๆที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการบริจาคและปลูกถ่ายอวัยวะ

4.2.1 ปัญหาการแสดงความยินยอมไว้ล่วงหน้า

การบริจาคอวัยวะถือเป็นการเสียสละครั้งยิ่งใหญ่ ดังนั้นการตัดสินใจที่จะบริจาคอวัยวะควรมีอิสระ เสรีอย่างเต็มที่ (human anatomy) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแสดงเจตจำนงบริจาค อวัยวะไว้ก่อนที่ตนเองจะตาย เพราะอวัยวะที่จะนำไปใช้ปลูกถ่ายให้ผู้ป่วยรายอื่นได้ต้องเป็นผู้เสียชีวิตที่สมองตาย (Brain death) ดังนั้นการบริจาคอวัยวะก็คือการแสดงความยินยอมล่วงหน้าก่อนเสียชีวิต อนุญาตให้นำอวัยวะของตนเองหลังจากที่เสียชีวิตแล้วไปปลูกถ่ายให้ผู้ป่วยรายอื่นได้ ซึ่งเป็นวิธีการเดียวที่สังคมในปัจจุบันสามารถยอมรับได้มากที่สุดโดยมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่เราจะต้องพิจารณาในเรื่องความยินยอมที่ไม่ชัดเจนคือแม้จะสมัครใจบริจาคอวัยวะ แต่ถ้าญาติไม่ยอมก็เท่ากับไม่ได้บริจาค ความยินยอมของผู้บริจาคเพียงอย่างเดียวที่แสดงเจตจำนงบริจาคอวัยวะเอาไว้ล่วงหน้าไม่เพียงพอและความจำเป็นที่ต้องได้รับความยินยอมของครอบครัวหรือญาติในกรณีนี้ การแสดง

เจตนาให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าจึงสำคัญเพราะเมื่อปัญหาเรื่องความยินยอมเป็นที่ยุติแล้วแพทย์ก็จะนำอวัยวะจากผู้เสียชีวิตจากภาวะสมองตายมาปลูกถ่ายให้แก่ผู้ป่วยที่รอคอยอวัยวะ

อวัยวะที่นำมาปลูกถ่ายนั้นต้องเป็นไปตามแนวทางของ WHO (องค์การอนามัยโลก) เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ (WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation) ในแนวทางที่ 1 ที่ได้กำหนดว่าอวัยวะที่ใช้ปลูกถ่ายที่นำมาจากศพเพื่อใช้ในการปลูกถ่ายได้ คืออวัยวะที่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ตาย หรือไม่มีเหตุที่เชื่อได้ว่าผู้ตายเคยปฏิเสธหรือไม่ยินยอมให้นำอวัยวะออกขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ และสำหรับประเทศไทยใช้วิธีให้คน “เลือกเข้าร่วม” (Opt-in) โดยให้ผู้ที่ประสงค์จะบริจาคอวัยวะแสดงความจำนงล่วงหน้าไว้ที่ศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทยหรือเครือข่ายศูนย์รับบริจาคอวัยวะ ณ โรงพยาบาลต่างๆ ในกรณีที่ผู้ตายได้แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย และมีบัตรประจำตัวผู้ที่แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะดังกล่าว ถ้าไม่สามารถติดตามหาญาติผู้ตายในได้ ให้ถือว่าเอกสารแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะที่ผู้บริจาคอวัยวะให้ไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย เป็นเอกสารที่ใช้ได้ ตามที่ระเบียบสภากาชาดไทยว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย พ.ศ. 2545¹⁵⁴ ได้กำหนดเอาไว้เช่นเดียวกับข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 หมวด 10 ว่าด้วย การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ¹⁵⁵

ในทางระเบียบสภากาชาดไทยและข้อบังคับแพทยสภาที่กำหนดไว้ก็ได้ขัดต่อหลักเสรีนิยม (principle of autonomy) ที่เป็นแนวคิดที่เคารพอิสระในการแสดงเจตนาของบุคคลโดยเห็นว่าบุคคลที่มีความสามารถสมบูรณ์ย่อมมีอิสระที่จะกระทำการด้วยตนเอง ครอบงำที่การกระทำนั้นไม่รบกวนหรือแทรกแซงสิทธิของบุคคลอื่น แต่ในทางปฏิบัติจริงแล้วทางการแพทย์ในเรื่องกระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศไทยนั้นแม้จะสมัครใจบริจาคอวัยวะแต่ถ้าญาติไม่ยอมก็เท่ากับไม่ได้บริจาค จำเป็นที่ต้องได้รับความยินยอมของครอบครัวหรือญาติในกรณีนี้ แตกต่างกับกฎหมายของต่างประเทศที่มีบทบัญญัติไว้เฉพาะเรื่อง เช่น ประเทศอังกฤษที่มีกฎหมายเฉพาะของการปลูกถ่าย

¹⁵⁴ หมวดที่ 6 แห่งระเบียบสภากาชาดไทยว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย พ.ศ. 2545

¹⁵⁵ หมวด 10 แห่งข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ข้อที่ 53.5 ในกรณีที่ผู้ตายได้แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย และมีบัตรประจำตัวผู้ที่แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะดังกล่าว ถ้าไม่สามารถติดตามหาญาติผู้ตายในข้อ 53.3 ได้ ให้ถือว่าเอกสารแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะที่ผู้บริจาคอวัยวะให้ไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย เป็นเอกสารที่ใช้แทนเอกสารในข้อ 53.3

อวัยวะเอาไว้โดยชัดแจ้งและมีรูปแบบของการบริจาคอวัยวะเช่นเดียวกับประเทศไทยคือ รูปแบบที่ใช้วิธีให้คน “เลือกเข้าร่วม” (Opt-in หรือ Contracting in) ใช้หลักความยินยอมในการบอกกล่าว (informed consent or Explicit consent systems) กล่าวคือ ให้ผู้ที่ประสงค์จะบริจาคอวัยวะแสดงความจำนงล่วงหน้าก่อนที่จะถึงความตายหรือญาติของผู้ตายที่บริจาคอวัยวะไว้ที่โรงพยาบาล หน่วยงานราชการ หรือมูลนิธิ แพทย์จึงสามารถนำเอาอวัยวะของผู้ตายมาปลูกถ่ายได้ การบริจาคอวัยวะนี้ผู้บริจาคจะได้รับบัตรผู้บริจาคและหากผู้บริจาคถึงแก่ความตายและเมื่อแพทย์พบบัตรนี้ก็สามารถก็สามารถนำอวัยวะออกมาปลูกถ่ายได้เลยภายใต้กฎหมาย Human Tissue (Scotland) Act 2006 เนื่องจากมาตรา 3 กำหนดว่า “การใช้อวัยวะของร่างกายของผู้ตายเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะ การวิจัย ฯลฯ”¹⁵⁶ กำหนดให้ผู้ที่บรรลุนิติภาวะอาจอนุญาต (Authorisation) การนำออกและการใช้อวัยวะใดของร่างกายหลังจากการเสียชีวิตเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะ การวิจัย ฯลฯ ตามมาตรา 3 ได้

ในกรณีที่ความปรารถนาของผู้บริจาคในการบริจาคเพื่อการปลูกถ่ายมีความชัดเจนก็จะไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของพระราชบัญญัติของมาตรา 7 ซึ่งเป็นเรื่องการให้ความยินยอมโดยญาติสนิทของผู้ตาย¹⁵⁷ เพื่อขออนุญาตจากญาติสนิทของผู้บริจาค เนื่องจากความปรารถนาของผู้ตายในกรณีเหล่านี้คือสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้สามารถนำอวัยวะส่วนต่างๆของร่างกายเพื่อการปลูกถ่ายได้

สำหรับ Human Tissue Act 2004 ส่วนที่ 1ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความยินยอม กำหนดความต้องการที่จะได้รับความยินยอมที่เหมาะสมในการดำเนินการภายใต้การเก็บรักษาและการใช้ทั้งร่างกายการผ่าตัดการจัดเก็บและการใช้วัสดุของมนุษย์ (อวัยวะเนื้อเยื่อและเซลล์) ส่วนที่ 1 เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในการดำเนินการที่ได้รับการควบคุมหากไม่ได้รับความยินยอมอย่างเหมาะสมทำให้การใช้ร่างกายหรืออวัยวะของมนุษย์เป็นเรื่องผิดกฎหมายเมื่อมีการบริจาคเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ และมาตรา 3 กำหนดความหมายของคำยินยอมที่เหมาะสมเกี่ยวกับกิจกรรมเกี่ยวกับร่างกายของผู้ตายหรือวัสดุที่เกี่ยวข้องจากบุคคลที่มีชีวิตหรือผู้ตาย หากยังมีชีวิตอยู่ต้องได้รับความยินยอมด้วยตนเอง ระบุว่าหลังจากการเสียชีวิตต้องได้รับความยินยอมจากผู้บรรลุนิติ การได้รับความยินยอมเป็นเพียงพอสำหรับกิจกรรมที่ถูกต้องตามกฎหมาย ในทำนองเดียวกันที่ผู้ใหญ่ตัดสินใจที่จะไม่ยินยอมให้บริจาคอวัยวะหรือเนื้อเยื่อที่เกิดขึ้นหลังจากการตายของพวกเขาแล้วกิจกรรมจะต้องไม่ดำเนินการตามที่ไม่ได้รับความยินยอม

¹⁵⁶ Human Tissue (Scotland) Act, 2006, section 3 Use of part of body of deceased person for transplantation, research etc.

¹⁵⁷ Human Tissue (Scotland) Act, 2006, section 7 Authorisation by adult's nearest relative.

นอกจากนี้ใน The 2014 Code of Practice on Consent states ในเรื่องความยินยอม ข้อที่ 84. ถ้าผู้ที่ใกล้ชิดกับผู้ตายจะคัดค้านการบริจาคเพื่อวัตถุประสงค์ใด ๆ เมื่อผู้ล่วงลับ (หรือตัวแทนที่ได้รับการแต่งตั้ง) ได้ให้การยินยอมอย่างชัดเจนแล้วผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพควรปรึกษาหารือเกี่ยวกับเรื่องนี้อย่างละเอียดถี่ถ้วน ควรได้รับการสนับสนุนให้ยอมรับความปรารถนาของผู้ตายและควรมีการระบุชัดเจนว่าพวกเขาไม่มีสิทธิ์ตามกฎหมายที่จะยับยั้งหรือลบล้างความปรารถนาเหล่านั้นของผู้บริจาค่นั้นมีความหมายในเชิงที่ว่าในเมื่อความยินยอมของผู้บริจาคเป็นที่ประจักษ์ การบริจาคที่ได้ให้ความยินยอมแล้วในส่วนนี้ก็เพียงพอแล้ว ครอบครัวหรือญาติผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องควรที่จะเคารพเคารพเอกลิทธิความยินยอมตัดสินใจของผู้บริจาคและไม่สามารถคัดค้านการบริจาคได้

ส่วนของวิธีการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกา ในมาตรา 5 ได้กำหนดวิธีการทำ การบริจาคก่อนตาย¹⁵⁸ ว่าผู้บริจาคอาจทำ การบริจาคได้โดยให้อำนาจคำแถลงหรือสัญลักษณ์แสดงว่าผู้บริจาคได้ทำ การบริจาคเพื่อพิมพ์ลงบนใบอนุญาตขับขี่หรือบัตรประจำตัวของผู้บริจาค หรือในหนังสือพินัยกรรม หรือระหว่างการเจ็บป่วยหรือการบาดเจ็บของผู้บริจาคโดยการสื่อสารรูปแบบใด ๆ กล่าวถึงผู้ใหญ่ออย่างน้อยสองคนอย่างน้อยหนึ่งคนเป็นพยานที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริจาค

สรุปได้ว่าทั้งประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกามีรูปแบบวิธีการที่คล้ายกันต่างก็ยอมรับให้มีการแสดงเจตจำนงให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะโดยผ่านทางพินัยกรรมได้มีผลบังคับใช้เมื่อเสียชีวิตแล้วประกอบกับภายใต้มาตรา 5 (a) (2) ของ Uniform Anatomical Gift Act 1987 การทำ การบริจาคสามารถทำตามความต้องการของผู้บริจาค ส่วนที่เกี่ยวกับผู้ที่ต้องลงนามในเจตจำนง บทกฎหมายของพินัยกรรมโดยทั่วไปต้องการพินัยกรรมที่จะลงนามโดยผู้ทำพินัยกรรมและภายใต้สถานการณ์บางอย่างพินัยกรรมที่จะลงนามโดยบุคคลอื่นที่ทำหน้าที่ในนามของผู้ทำพินัยกรรมตามคำร้องขอของผู้ทำพินัยกรรม ดังนั้น การบริจาคสามารถทำได้โดยความประสงค์ของผู้บริจาคไม่ว่าจะมีการลงนามโดยผู้บริจาคหรือบุคคลที่สามตามคำร้องขอของผู้บริจาคและอนุมาตรา (d) ระบุว่าหากมีการทำ การบริจาคด้วยพินัยกรรมจะมีผลเมื่อผู้บริจาคเสียชีวิตการบริจาคมนี้ใช้ได้ แม้ว่าพินัยกรรมฉบับดังกล่าวจะไม่ได้ได้รับการพิสูจน์หรือถูกประกาศว่าไม่ถูกต้อง โดยมาตรา 8 (a) ระบุว่าหากผู้บริจาคได้ทำการบริจาคหรือแก้ไข การบริจาคแล้วบุคคลอื่นจะไม่สามารถแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาคมนั้นได้ด้วยตัวอย่างเช่นสมมติว่าผู้บริจาคบริจาคอวัยวะสำหรับการปลูกถ่าย อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 8 (a) บุคคลอื่นไม่สามารถแก้ไขหรือเพิกถอนการให้นั้นได้ เนื่องจากบุคคลอื่นถูกห้ามไม่ให้ทำเช่นนั้น

¹⁵⁸ Section 5 Maner of making Anatomical Gift before donor's death. In this Uniform Anatomical Gift Act 1987 (Last Revised or Amended in 2009)

พวกเขาไม่มีอำนาจตามกฎหมายหรือมีสิทธิ์ในการแก้ไขหรือเพิกถอน การบริจาคส่วนนี้ใช้ไม่ได้กับการเพิกถอนการบริจาคของบิดามารดาของผู้บริจาคที่เป็นผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะที่อายุต่ำกว่า 18 ปี

โดยเรื่องเจตจำนงให้ความยินยอมของการบริจาคอวัยวะทางพันธุกรรมตามกฎหมายต่างประเทศข้างต้นผู้เขียนจะขอนำมาเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2508 ที่วินิจฉัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1646 เป็นเรื่องที่นอกจากผู้ตายจะแสดงเจตนากำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สินแล้ว ยังแสดงเจตนาในการต่าง ๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายก็ได้ คำว่าการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น ก็สุดแต่ผู้ตายจะได้แสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายในการต่าง ๆ ไว้ หากชอบด้วยกฎหมายแล้ว แม้จะไม่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ก็มีผลบังคับได้ตามพันธุกรรมเมื่อตนตายแล้ว และการต่าง ๆ นั้นมิใช่จะต้องมีกฎหมายระบุไว้ว่าเป็นการใดบ้าง ซึ่งการที่ผู้ตายได้แสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายเกี่ยวกับศพของผู้ตายโดยอุทิศศพของผู้ตายให้แก่กรรมมหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ โดยทำถูกต้องตามแบบพันธุกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656 พันธุกรรมของผู้ตายนั้นย่อมสมบูรณ์ ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าข้อกำหนดพันธุกรรมนี้ใช้ได้โดย ถือว่าเป็นไปตามพันธุกรรมลูกหลานจะเอาศพคืนไม่ได้และในทำนองเดียวกันผู้เขียนเห็นว่าหากเป็นส่วนของศพที่ผู้ตายได้แสดงเจตนาบริจาคอวัยวะไว้ เมื่อเทียบกับแนวคำพิพากษาดังกล่าวแล้วก็น่าจะถือว่าต้องบังคับตามที่ผู้ตายแสดงความประสงค์ไว้ เพราะโดยสภาพแล้วส่วนของศพก็ไม่ได้ต่างจากศพทั้งร่าง ซึ่งเมื่อเทียบกับแนวคำพิพากษาดังกล่าวกับการแสดงความจำนงให้ความยินยอมที่จะบริจาคอวัยวะเมื่อผู้บริจาคเสียชีวิตก็จะเห็นเป็นรูปแบบเดียวกันในการแสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายให้มีผลเมื่อเสียชีวิตแล้ว

โดยจะแตกต่างกับแตกต่างกับหนังสือแสดงเจตนา ตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 12 คือหนังสือที่เขียนขึ้นเพื่อแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าให้คนอื่นทราบว่าตนเองไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยเพราะหนังสือแสดงเจตนาหรือคำว่าพันธุกรรมชีวิตอาจทำให้เกิดความสับสนกับพันธุกรรมโดยทั่วไปซึ่งจะมีผลหลังจากผู้ทำตายแล้ว แต่หนังสือแสดงเจตนามีผลในช่วงที่ผู้แสดงเจตนาล่วงหน้าจะตาย แต่ทั้งการแสดงเจตจำนงล่วงหน้าว่าต้องการบริจาคอวัยวะให้มีผลเมื่อตนเสียชีวิตและการแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าให้คนอื่นทราบว่าตนเองไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตนหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยต่างก็เป็นวิธีการที่สอดคล้องกับหลักเสรีนิยม (principle of autonomy) ที่เป็นแนวคิดที่เคารพความเป็นอิสระในการแสดงเจตนาของบุคคลโดยเห็นว่า มนุษย์ที่มีความสามารถสมบูรณ์ย่อมมีอิสระที่จะกระทำการใดด้วยตนเอง ตราบเท่าที่การกระทำนั้นไม่รบกวนหรือแทรกแซงสิทธิของบุคคลอื่น

หลักการเสรีนิยมก็ยังปรากฏในทางกฎหมายการแพทย์แต่เป็นแนวคิดที่มีวิวัฒนาการนานมาแล้วดังนี้ “มนุษย์ทุกคนที่เป็นผู้บรรลุนิติภาวะและมีสติสัมปชัญญะที่สมบูรณ์มีสิทธิที่จะกำหนดชีวิต

ของตัวเองว่าจะให้ปฏิบัติอย่างไรต่อร่างกายของมนุษย์ผู้นั้นและ ศัลยแพทย์ได้ผ่าตัดไปโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย ศัลยแพทย์ผู้นั้นมีความผิดฐานทารุณร่างกาย ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น” นี่คือการพิพากษาของ Benjamin Cardozo ในกรณีของ *Mary Schloendorff v Society of New York Hospital*¹⁵⁹ นับแต่ที่ได้มีบรรทัดฐาน (precedent) ในคำพิพากษาดังกล่าว หลักการเสรีนิยมจึงได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายการแพทย์ที่สำคัญ จึงเป็นที่มาของแนวทางปฏิบัติในเรื่องการให้ความยินยอมของผู้ป่วยที่จะรักษาพยาบาล (patient’s consent to treatment) และที่จะไม่รักษาพยาบาล (consent to refuse treatment) เพราะเหตุที่ว่ามนุษย์มีสิทธิที่จะควบคุมและกำหนดชีวิตของตัวเองไม่ให้บุคคลอื่นทำสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา เว้นแต่ว่าสิ่งที่มนุษย์พึงประสงค์นั้นเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ดังที่กล่าวไว้แล้วในส่วนของบทที่ 2

ดังนั้นปัญหาที่ว่าความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากครอบครัว แม้ว่าผู้เสียชีวิตจะแสดงเจตจำนงบริจาคอวัยวะเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น จำเป็นหรือไม่ที่ต้องขอความยินยอมจากครอบครัวผู้บริจาคอีกนั้นผู้เขียนเห็นว่าเมื่อวิธีการให้ความยินยอมถูกต้องตามความประสงค์ของผู้บริจาคชอบด้วยกฎหมายและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ไม่ใช่เรื่องที่จะต้องขอความยินยอมจากครอบครัวหรือญาติของผู้บริจาคที่เสียชีวิตไปแล้วเช่นเดียวกับกฎหมายปลูกถ่ายอวัยวะของประเทศสิงคโปร์ที่ถึงแม้ว่าระบบหลักจะเป็น Opt-out หรือ Contracting out ใช้หลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Presumed consent) ที่บังคับใช้ภายใต้กฎหมาย Human Organ Transplant Act (HOTA) ซึ่งเป็นโครงการลงทะเบียนที่อนุญาตให้มีการเก็บอวัยวะที่ระบุไว้หลังจากเสียชีวิต การบริจาคอวัยวะภาคบังคับหลังการตาย HOTA เป็นโครงการบริจาคอวัยวะที่บังคับใช้กับพลเมืองสิงคโปร์และผู้อาศัยถาวรทุกคนที่มีอายุตั้งแต่ 21 ปีขึ้นไปโดยไม่คำนึงถึงศาสนา HOTA อาจใช้กับผู้ที่ยังต่ำกว่า 21 ปีที่ทราบเท่าที่บิดามารดาหรือผู้ปกครองของบุคคลนั้นยินยอมพระราชบัญญัตินี้อนุญาตให้มีอวัยวะที่ระบุ (ไตตับหัวใจและกระจกตา) ของบุคคลที่เมื่อเสียชีวิตในโรงพยาบาลเพื่อจุดประสงค์ในการปลูกถ่ายเว้นแต่บุคคลที่เสียชีวิตได้ลงชื่อออกจาก HOTA แล้ว แต่ก็ยังมีการบริจาคอวัยวะโดยสมัครใจหลังการตาย ภายใต้พระราชบัญญัติการแพทย์ (การบำบัดการศึกษาและการวิจัย) the Medical (Therapy, Education, and Research) Act (MTERA) เป็นระบบเลือกรับสมัครโดยสมัครใจซึ่งอนุญาตให้บุคคลที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไปบริจาคอวัยวะและเนื้อเยื่อเพื่อวัตถุประสงค์ในการปลูกถ่ายการศึกษาหรือการวิจัยหลังจากที่เสียชีวิต

ในส่วนของประเทศสิงคโปร์มีการผสมสองระบบนี้เข้าด้วยกันเพื่อเป็นทางเลือกให้กับประชาชน ซึ่งภายใต้พระราชบัญญัติการให้ทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายต้องทำโดยผู้ที่

¹⁵⁹ *Mary Schloendorff v Society of New York Hospital*, (New York Court of Appeals, 1914)

ประสงค์จะบริจาคส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของเขา (หรือที่เรียกว่าผู้บริจาค) ทั้งเป็นลายลักษณ์อักษรเมื่อใดก็ได้หรือมีปากเปล่าเมื่อมีพยานสองคนหรือมากกว่าในช่วงเจ็ดปีครึ่งล่าสุด การบริจาคจะถูกเพิกถอนโดยผู้ให้อวัยวะเท่านั้น เมื่อผู้บริจาคตายการตัดสินใจของผู้บริจาคอวัยวะจะได้รับความเคารพและสมาชิกในครอบครัวของเขาจะไม่สามารถยกเลิกการแสดงเจตจำนงที่จะบริจาคของเขาได้

ส่วนในเรื่องของรูปแบบความชัดเจนของการแสดงความยินยอมนั้นในเวลส์ได้มีรูปแบบการให้ความยินยอมที่ชัดเจนคือ กิจกรรมการปลูกถ่ายเป็นสิ่งถูกต้องตามกฎหมายหากทำในเวลส์ โดยได้รับความยินยอมอย่างชัดแจ้ง หรือถือว่าได้รับความยินยอม (ความยินยอมที่สันนิษฐานได้ โดยในมาตรา 4 ของ Human Transplantation (Wales) Act 2013 ได้กำหนดความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เป็นผู้ใหญ่เอาไว้ชัดเจนดังนี้

กรณี	ความหมายของการยินยอมอย่างชัดแจ้ง
1. คนที่ยังมีชีวิตอยู่	ความยินยอมของบุคคล
2. บุคคลนั้นเสียชีวิตและการตัดสินใจของบุคคลนั้นที่ให้ความยินยอมหรือไม่ให้ความยินยอมในการบริจาคมานั้นมีผลใช้บังคับทันทีก่อนที่จะเสียชีวิต	ความยินยอมของบุคคล
3. บุคคลที่เสียชีวิตไม่ได้ให้ความยินยอมสำหรับการบริจาคไว้ล่วงหน้า แต่เมื่อบุคคลนั้นได้แต่งตั้งบุคคลเพื่อให้ความยินยอมที่เกี่ยวข้องกับการบริจาค โดยสามารถให้ความยินยอมได้ภายใต้การแต่งตั้ง	ความยินยอมที่ให้โดยบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้ง
4. บุคคลที่เสียชีวิตและเหตุในกรณีที่ 2 ไม่สามารถใช้บังคับและบุคคลที่เสียชีวิตได้แต่งตั้งบุคคลหรือบุคคลที่ให้ความยินยอมในการบริจาค แต่ไม่มีผู้ใดสามารถให้ความยินยอมภายใต้การแต่งตั้งได้	ความยินยอมของญาติหรือครอบครัวและบุคคลใกล้ชิด

สรุปว่ากรณีที่ผู้ตายแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้ก่อนตาย โดยทำการบริจาคไว้กับหน่วยงานที่รับบริจาค มีเอกสารหรือหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร แพทย์ก็สามารถผ่าตัดอวัยวะไปปลูกถ่ายได้โดยไม่ต้องรับผิดทางกฎหมาย เพราะเท่ากับว่าได้รับความยินยอมจากเจ้าของอวัยวะและญาติของผู้ตาย แต่ข้อบังคับแพทยสภาและระเบียบสภาากาชาดไทยก็ไม่ได้ครอบคลุมถึงกรณีผู้ตายมี

ทายาทหรือญาติ หรือผู้แทนโดยชอบธรรมที่ไม่เห็นด้วยหรือไม่ให้ความยินยอมและไม่ยอมให้ทำการผ่าตัดนำเอาอวัยวะออก ซึ่งถ้าหากแพทย์ยังคงที่จะทำการผ่าตัดนำอวัยวะออกจากศพเพื่อไปทำการปลูกถ่ายแพทย์ก็อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาฐานความผิดเกี่ยวกับศพ¹⁶⁰ เพราะฉะนั้นแม้ว่าจะมีเอกสารแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะของเจ้าของอวัยวะอยู่ก็ตามถึงแม้ว่าครอบครัวหรือญาติผู้ที่เกี่ยวข้องจะคัดค้านการบริจาคอวัยวะหรือไม่ให้ความยินยอมแพทย์ก็สามารถอ้างความยินยอมของผู้บริจาคที่เป็นที่ประจักษ์นั้นเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาได้

ดังนั้นถ้าหากประเทศไทยมีกฎหมายในเรื่องของการปลูกถ่ายอวัยวะโดยเฉพาะปัญหาในเรื่องของความยินยอมที่จะทำให้กระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะกระทำได้ง่ายขึ้นและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายปลูกถ่ายอวัยวะนี้หากแพทย์ต้องถูกฟ้องร้องให้มีความผิดทั้งทางแพ่งอาญา เพราะหากมีมาตรการเฉพาะใดที่จะสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายรวมทั้งให้อำนาจแพทย์รวมทั้งบุคลากรทางการแพทย์สามารถทำได้โดยไม่เสี่ยงต่อความรับผิดชอบตามกฎหมาย เพื่อที่จะควบคุมการปลูกถ่ายอวัยวะให้มีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์ให้ได้มากที่สุด

4.2.2 ปัญหาของผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมายในการแสดงเจตนาให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะแทนได้กรณีและผู้เสียชีวิตไม่ได้แสดงเจตจำนงล่วงหน้าในการบริจาคเอาไว้

การปลูกถ่ายอวัยวะที่ได้อวัยวะมาจากผู้ที่เสียชีวิตสมองตาย หากแพทย์จะผ่าตัดนำอวัยวะไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่น ซึ่งนั่นอาจจะเป็นความผิดต่อชีวิตหากการวินิจฉัยสมองตายไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามที่แพทยสภากำหนด หรือเป็นความผิดเกี่ยวกับศพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 366/3¹⁶¹ รวมถึงอาจจะเป็นความผิดทำให้เสียชีวิตด้วยในกรณีที่ศพเป็นทรัพย์ ดังนั้นการที่แพทย์จะทำการผ่าตัดนำอวัยวะของเจ้าของอวัยวะไปปลูกถ่ายเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าวที่จะตามมาภายหลัง แพทย์จึงทำการผ่าตัดนำอวัยวะจากร่างกายของผู้ที่ทำการบริจาคอวัยวะไว้ก่อนตายเท่านั้น หรือในกรณีที่ไม่ได้บริจาคร่างกายหรืออวัยวะเอาไว้ล่วงหน้าก่อนตายก็ต้องขอความยินยอมจากผู้ที่เกี่ยวข้องให้ชัดเจนเสียก่อน

ปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นปัญหาที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติเอาไว้ว่าบุคคลได้สามารถให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะแทนได้ใน สำหรับประเทศอังกฤษนั้นภายใต้พระราชบัญญัติเกี่ยวกับเนื้อเยื่อมนุษย์ (สกอตแลนด์) พ.ศ. 2549 (Human Tissue (Scotland) Act 2006) ในกรณีที่ผู้เสียชีวิตไม่มีความประสงค์อย่างเป็นทางการเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะของร่างกายสำหรับการปลูกถ่าย ญาติสนิทจะถูก

¹⁶⁰ ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ความผิดเป็นลักษณะ 13 ความผิดเกี่ยวกับศพ มาตรา 366/1 มาตรา 366/2 มาตรา 366/3 และมาตรา 366/4

¹⁶¹ มาตรา 366/3 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ขอให้พิจารณาการอนุญาตให้บริจาคอวัยวะบนพื้นฐานความเชื่อที่ว่าเป็นความปรารถนาของผู้ตาย ญาติที่ใกล้ชิดที่สุดอาจไม่ให้การอนุญาตดังกล่าวหากรู้ว่าผู้นั้นไม่เต็มใจที่จะบริจาคส่วนใดส่วนหนึ่งของ ร่างกายหรือส่วนที่เป็นปัญหาเพื่อใช้ในการปลูกถ่ายการอนุญาตดังกล่าวโดยญาติสนิทของการใช้ ชิ้นส่วนของร่างกายสำหรับการปลูกถ่ายสามารถเขียนและลงนามหรือให้ด้วยวาจา เมื่อให้แล้วจะไม่สามารถเพิกถอนได้ เนื่องจากความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นในการเพิกถอนในนาที่สุดท้ายจะก่อให้เกิด ปัญหากับผู้รับที่ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะไปแล้วลำดับชั้น 'ญาติที่ใกล้ชิดที่สุด' มีการกำหนดไว้ในมาตรา 50 ของพระราชบัญญัติ มีวัตถุประสงค์เพื่อระบุคนที่ใกล้ชิดที่สุดในชีวิตกับผู้เสียชีวิตและด้วยเหตุนี้ จึงมีแนวโน้มที่จะสามารถสะท้อนถึงความปรารถนาของผู้ตายได้ดังนั้นครอบครัวก็ได้แก่คู่สมรสหรือผู้ที่ อยู่ร่วมกันในฐานะสามีหรือภรรยา บุตร ปิตามารดา และญาติได้แก่พี่ชายหรือน้องสาวปู่ย่าตายาย หลาน ลุงหรือป้า ลูกพี่ลูกน้องและเพื่อนสนิท

ในกรณีของความยินยอมที่เหมาะสม¹⁶² (appropriate consent) เป็นศัพท์ที่กำหนดไว้ใน บริบทของ UK Tissue Act 2004 สำหรับการอนุญาตให้ใช้หรือเก็บเนื้อเยื่อจากบุคคลที่ให้ความ ยินยอมที่เหมาะสม บุคคลที่ให้ความยินยอมนั้นอาจเป็นตัวบุคคลที่เสียชีวิตเอง ตัวแทนที่ได้รับการ แต่งตั้งหรือในกรณีที่ไม่มีคามยินยอมอย่างใดอย่างหนึ่ง ความยินยอมที่เหมาะสม คือความยินยอม ของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ที่มีคุณสมบัติเหมาะสม (Qualifying relationships)¹⁶³ กับผู้เสียชีวิต ก่อนที่เขาจะเสียชีวิต ตามลำดับความใกล้ชิดที่สูงสุดก่อน¹⁶⁴คือ คู่สมรสหรือคู่ชีวิต (spouse or partner (including civil or same sex partner))รวมทั้งหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างสองคนที่ อาศัยอยู่ในฐานะคู่สามีภรรยาที่ไม่ได้แต่งงานหรืออยู่ในสหภาพพลเรือน ข้อนี้ใช้กับทั้งคู่เพศตรงข้าม และเพศเดียวกัน บิดามารดาหรือบุตร (parent or child (in this context a 'child' can be any age)) ในบริบทนี้ "เด็ก" อาจอยู่ในวัยใดก็ได้) ในส่วนของญาติได้แก่พี่ชายหรือน้องสาว (brother or sister) ปู่ย่าตายายหรือหลาน (grandparent or grandchild) หลานสาวหรือหลานชาย (niece or nephew) พ่อเลี้ยงหรือแม่เลี้ยง (stepfather or stepmother) พี่น้องต่างบิดาหรือมารดา หรือ พี่ น้องที่ร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน (half-brother or half-sister) และเพื่อนสนิท(friend of long standing)

¹⁶² appropriate consent, **The Free Dictionary by farlex**, Retrieved December 26, 2017 from <https://medical-dictionary.thefreedictionary.com/appropriate+consent>

¹⁶³ Qualifying relationships, Human Tissue Authority The regulator for human tissue and organs

¹⁶⁴ Section 27 Provision with respect to consent of Human Tissue Act 2004

แม้กระทั่งในเวลส์ที่มีทั้งระบบ "สันนิษฐานว่ายินยอม" ซึ่งสันนิษฐานว่าผู้ป่วยต้องการบริจาค จนกว่าพวกเขาจะลงทะเบียนคัดค้าน และความยินยอมโดยชัดแจ้งยังหมายถึง การตัดสินใจของตัวแทนที่ได้รับการแต่งตั้ง การตัดสินใจของบุคคลที่มีคุณสมบัติตามความสัมพันธ์ การตัดสินใจของบุคคลที่ของผู้ปกครองในกรณีของเด็ก

ความยินยอมที่สันนิษฐานว่าได้รับความยินยอม หมายถึงกรณีเมื่อไม่มีบันทึกการตัดสินใจของบุคคลเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะหรือผู้บริจาคไม่ได้บอกกับครอบครัวว่าพวกเขาต้องการเป็นผู้บริจาค ความยินยอมของบุคคลนั้นจะถือว่าได้ให้ความยินยอม ซึ่งบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้เสียชีวิต อาจเป็นพยานหลักฐานว่าบุคคลนั้นไม่ต้องการเป็นผู้บริจาคอวัยวะ ซึ่งก็ไม่ได้ใช้บังคับอย่างเคร่งครัด ครอบครัวจะยังคงเข้ามามีส่วนร่วมและบทสนทนาเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ ในระบบที่สันนิษฐานว่าได้รับความยินยอม ครอบครัวไม่ได้ถูกร้องขอให้ต้องแสดงความยินยอมในการบริจาค แต่สามารถปฏิเสธการบริจาคอวัยวะได้ว่าพวกเขาเชื่อว่าคนที่เสียชีวิตไม่ต้องการเป็นผู้บริจาค กรณีนี้จะช่วยให้ครอบครัวและญาติมีโอกาสที่จะยกเลิกการ "สันนิษฐาน" ของความยินยอม เป็นการเปลี่ยนแปลงการไม่คัดค้านการบริจาคของตัวผู้เสียชีวิตเอง โดยครอบครัวเป็นผู้คัดค้านการบริจาค

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศสหพันธรัฐ ดังนั้นกฎหมายในแต่ละมลรัฐจึงมีความแตกต่างกันออกไปโดยจะกล่าวถึงกฎหมายของรัฐบาลกลางบางส่วน ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักการปลูกถ่ายอวัยวะมีบัญญัติไว้ใน Uniform การบริจาคAct 1987 ความต้องการในการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายในขณะที่มีชีวิตอยู่นี้ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติ Uniform การบริจาคAct 1987 ที่ แก้ไขล่าสุดหรือแก้ไขในปี 2009

การบริจากร่างกายอวัยวะหรือร่างกายที่เป็นของผู้ตายเพื่อวัตถุประสงค์ในการปลูกถ่าย บำบัดรักษาการวิจัยหรือการศึกษาอาจจัดทำโดยบุคคลในลำดับขั้นต่อไปนี้ของบุคคลที่มีเหตุผลพอสมควรตามลำดับความสำคัญที่ระบุไว้

(1) ตัวแทนของผู้ตายในเวลาที่เสียชีวิตซึ่งอาจได้รับอำนาจให้ทำ การบริจาคตามมาตรา 4 (2) คือผู้ที่สามารถบริจาคอวัยวะหรือร่างกายก่อนที่ตนเสียชีวิต¹⁶⁵เป็นตัวแทนของผู้บริจาคได้เว้นแต่หนังสือมอบอำนาจเพื่อการดูแลสุขภาพหรือข้อมูลอื่นๆที่บันทึกไว้ห้ามมิให้ตัวแทนทำการบริจาค ก่อนที่ผู้ตายจะตาย

- (2) คู่สมรสของผู้ตาย;
- (3) เด็กผู้ที่บรรลุนิติภาวะของผู้ตาย
- (4) บิดามารดาของผู้ตาย;

¹⁶⁵ section 4 Who may make Anatomical gift before donor's death.In this Uniform Anatomical Gift Act 1987 (Last Revised or Amended in 2009)

- (5) พื้นที่บรรลุนิติภาวะของผู้ตาย
- (6) ลูกหลานที่บรรลุนิติภาวะของผู้ตาย
- (7) ปู่ย่าตายายของผู้ตาย;
- (8) ผู้ใหญ่ที่แสดงความดูแลห่วงใยเป็นพิเศษของผู้ตาย
- (9) คนที่ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์ของผู้ตายในเวลาที่ตาย และ
- (10) บุคคลอื่นใดที่มีอำนาจในการจัดการร่างกายของผู้ตาย

ในกรณีกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ในส่วนที่เป็นระบบ “เลือกเข้าร่วม” (Opt-in หรือ Contracting in) หากผู้ตายไม่เคยลงทะเบียนเพื่อบริจาคร่างกายภายใต้กฎหมาย The Medical (Therapy, Education and Research) Act (MTERA) สมาชิกในครอบครัวหรือญาติของอาจตัดสินใจว่าผู้ตายจะบริจาคร่างกายได้ทันทีก่อนหรือหลังการตาย, ตราบใดที่ไม่มีข้อบ่งชี้ว่าผู้ตายคัดค้านความคิดนี้ มาตรา 4 ญาติอาจบริจาคศพของผู้ตาย¹⁶⁶ผู้มีอำนาจที่จะบริจาคอวัยวะได้แก่

1. คู่สมรส
2. ลูกชายหรือลูกสาวที่บรรลุนิติภาวะ
3. บิดามารดา
4. พี่ชายหรือน้องสาวที่บรรลุนิติภาวะ
5. ผู้ปกครองของผู้เสียชีวิตในขณะที่เขาเสียชีวิต
6. บุคคลใดได้รับมอบอำนาจหรือมีหน้าที่ต้องจัดการศพของผู้ตาย

สรุปได้ว่ากฎหมายในแต่ละประเทศที่กำหนดผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะแท่นนั้นจะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันเป็นส่วนใหญ่คือสำหรับครอบครัวหรือญาติที่ได้แก่คู่สมรสหรือผู้ที่อยู่ร่วมกันในฐานะสามีหรือภรรยา บุตร บิดามารดา พี่ชายหรือน้องสาว ปู่ย่าตายาย หลาน ลุงหรือป้า ลูกพี่ลูกน้อง บุคคลดังกล่าวจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอมตามที่กฎหมายกำหนดด้วย

สำหรับในประเทศไทยตามที่ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 หมวด 10 ว่าด้วย การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ¹⁶⁷ ได้กำหนดว่าการขอบริจาคอวัยวะจากญาติผู้เสียชีวิตตามเกณฑ์สมองตายของแพทยสภาต้องดำเนินการโดยคณะแพทย์ หรือผู้ได้รับมอบหมายจากคณะแพทย์เท่านั้น สำหรับการริเริ่มขอบริจาคควรเป็น คณะแพทย์ หรือพยาบาลที่รับผิดชอบดูแลผู้ป่วยที่เสียชีวิตควรเป็นผู้ริเริ่ม ส่วนญาติผู้ตายที่จะบริจาค

¹⁶⁶ Section 4 Relatives may donate body of deceased person of The Medical (Therapy, Education and Research) Act (MTERA)

¹⁶⁷ หมวด 10 แห่งข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549

อวัยวะต้องเป็นทายาทหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้ตายและจะเป็นผู้ลงนามบริจาคอวัยวะเป็นลายลักษณ์อักษร พร้อมทั้งมีพยานลงนามรับรองไม่น้อยกว่าสองคน แต่ก็ยังไม่ชัดเจนว่าบุคคลใดบ้างสามารถให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะนี้ได้และกรณีนี้ยังไม่รวมถึงผู้ที่อยู่กินฉันสามีภริยาแต่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส

ความยินยอมที่จะนำมาใช้อ้างในทางกฎหมายได้กรณีของการปลูกถ่ายอวัยวะนั้นควรจะต้องเป็นความยินยอมที่ผู้ให้ความยินยอมได้รับการบอกกล่าวแล้วโดยชอบตามหลัก Informed Consent ความยินยอมนั้นต้องมีลักษณะที่เป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ เป็นความยินยอมในเรื่องที่ไม่ขัดต่อสำนึก ศีลธรรมอันดีและความยินยอมที่มีอยู่ขณะกระทำนั้น แต่เนื่องจากการผ่าตัดอวัยวะในกรณีนี้จะกระทำได้ในช่วงที่หลังที่แพทย์วินิจฉัยแล้วว่าสมองตายโดยสภาพจึงไม่อาจขอความยินยอมจากเจ้าของอวัยวะได้ เว้นแต่เจ้าของอวัยวะจะแสดงเจตนาล่วงหน้าก่อนตายเอาไว้ว่าบริจาคอวัยวะ และในกรณีที่ไม่สามารถขอความยินยอมจากเจ้าของอวัยวะได้หรือความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะไม่เป็นที่ปรากฏ ผู้เขียนเห็นว่าที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสถานนั้นยังไม่เพียงพอและเนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่จะกำหนดถึงหลักเกณฑ์อำนาจหน้าที่ที่จะบริจาคศพหรืออวัยวะของผู้ตาย มีเพียงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1649 ที่กำหนดถึงเรื่องการจัดการศพของผู้ตาย คือ มาตรา 1649 ผู้จัดการมรดก ซึ่งผู้ตายตั้งไว้ย่อมมีอำนาจและหน้าที่ในอันที่จะจัดการศพของผู้ตาย เว้นแต่ผู้ตายจะได้ตั้งบุคคลอื่นไว้โดยเฉพาะให้จัดการตั้งว่านั้น ถ้าผู้ตายมิได้ตั้งผู้จัดการมรดกหรือบุคคลใดไว้ให้เป็นผู้จัดการศพหรือทายาท มิได้มอบหมายตั้งให้บุคคลใดเป็นผู้จัดการศพ บุคคลผู้ได้รับ ทรัพย์มรดกโดยพินัยกรรม หรือโดยสิทธิโดยธรรมเป็นจำนวนมากที่สุด เป็นผู้มียอำนาจและตกอยู่ในหน้าที่ต้องจัดการศพ เว้นแต่ศาลจะเห็นเป็นการสมควรตั้งบุคคลอื่นให้จัดการเช่นนั้นในเมื่อบุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งร้องขอขึ้น

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 1649 จะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดการจัดการศพของผู้ตายทางพิธีกรรมทางศาสนาหรือตามความต้องการของผู้ตายเพียงอย่างเดียวมิใช่เป็นเรื่องที่ให้อำนาจในการจัดการบริจาคอวัยวะของผู้ตายด้วย ดังนั้นควรแก้ไขเพิ่มเติมให้มีอำนาจในการบริจาคอวัยวะของผู้ตายด้วย โดยเป็นอำนาจของทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 มีลำดับชั้นก่อนหลังที่คล้ายคลึงกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกาและสิงคโปร์

มาตรา 1629 ทายาทโดยธรรมมีหลักลำดับเท่ากัน และภายใต้บังคับ แห่ง มาตรา 1630 วรรค 2 แต่ละลำดับมีสิทธิได้รับมรดกก่อนหลังดังต่อไปนี้ คือ

- (1) ผู้สืบสันดาน
- (2) บิดามารดา
- (3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน
- (4) พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน

(5) ปู่ ย่า ตา ยาย

(6) ลุง ป้า น้า อา

คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นก็เป็นทายาทโดยธรรม ภายใต้บังคับของ บทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา

1635

สำหรับวัตถุประสงค์ของกฎหมายมรดกมีเจตนารมณ์ที่จะจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้ตาย เพื่อให้ผู้รับมรดกสืบเนื่องกันไม่ขาดสายในขณะที่การให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะเป็นการจัดการเกี่ยวกับร่างกายอวัยวะของผู้ตายจึงต้องอาศัยความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดระหว่างผู้ตายและผู้แทนทั้งในทางกฎหมายและในทางความเป็นจริงจึงไม่สามารถที่จะนำกฎหมายมรดกมาใช้บังคับโดยอนุโลมได้จึงควรมีกฎหมายเฉพาะระบุความสัมพันธ์เพิ่มเติมระหว่างผู้ตาย ดังนั้นจึงเห็นว่าผู้มีอำนาจในการบริจาคอวัยวะของผู้ตายคือ

(1) คู่สมรสตามกฎหมายรวมทั้งผู้ที่อยู่กินฉันสามีหรือภริยาหรือมีความสัมพันธ์ซึ่งมีลักษณะเฉพาะของความสัมพันธ์ระหว่างคู่ครองและอาศัยอยู่ด้วยกัน

(2) ผู้สืบสันดาน

(3) บิดามารดา

(4) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน

(5) พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน

(6) ปู่ ย่า ตา ยาย

(7) ลุง ป้า น้า อา

4.2.3 ปัญหาการแสดงเจตนาให้ความยินยอมของบุคคลที่หย่อนความสามารถในการบริจาคอวัยวะ

การพิจารณาถึงความสามารถในการให้ความยินยอมที่จะบริจาคอวัยวะในประเทศไทยนั้นยังไม่มีกฎหมายโดยตรงเกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยหลักแล้วผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม ผู้ให้ความยินยอมจะต้องสามารถเข้าใจยังรู้ถึงการกระทำนั้นและรู้คุณค่าของการกระทำนั้นว่าดีหรือไม่ เข้าใจถึงธรรมชาติของการกระทำและผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น และจะต้องมีการให้ความยินยอมแทนของบุคคลที่หย่อนความสามารถหรือถูกกฎหมายจำกัดความสามารถในการใช้สิทธิ และแม้ว่าผู้บริจคนั้นจะไม่สามารถก็ตามก็ควรมีผู้ตัดสินใจแทนผู้บริจาคอวัยวะได้ในกรณีผู้บริจาคอวัยวะไม่สามารถ เช่น ในกรณีของเด็กผู้ให้ความยินยอมแทนได้แก่ผู้ใช้อำนาจปกครอง ได้แก่บิดามารดาของบุตร ถ้าเป็นผู้ใหญ่ที่ไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ผู้ให้ความยินยอมแทนได้แก่ต้องให้ผู้อนุบาลทำแทนหรือผู้พิทักษ์ที่เป็นผู้ที่ศาลได้แต่งตั้งไว้

ความยินยอมไม่ใช่นิติกรรมและการให้ความยินยอมเกิดจากหลักเสรีนิมอย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากกฎหมายไทยแล้วจะเห็นว่า ในประเทศไทย ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะโดยผู้แทนของผู้หย่อนความสามารถไว้เป็นการเฉพาะ สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ระบุว่า นิติกรรมบางประเภทห้ามผู้หย่อนความสามารถกระทำได้เพียงลำพังนั้นจะนำมาใช้กับกรณีการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะได้หรือไม่นั้นต้องพิจารณาว่าการบริจาคอวัยวะเป็นนิติกรรมหรือไม่ มีเจตนาที่จะผูกความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย และมีได้มีเจตนาจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนและระงับซึ่งสิทธิของคู่กรณีแต่ละฝ่ายด้วยเช่นกัน ทั้งกฎหมายดังกล่าวก็มีได้บัญญัติให้อำนาจผู้แทนให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะแทนบุคคลผู้หย่อนความสามารถได้ตั้งนั้น เมื่อศึกษากฎหมายต่างประเทศที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะไว้โดยเฉพาะนั้นได้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงบุคคลที่หย่อนความสามารถหรือขาดความสามารถในการให้ความยินยอมอยู่ด้วยดังนี้

มาตรา 8 Authorisation ของกฎหมาย Human Tissue (Scotland) Act 2006 ที่กำหนดเด็กอายุ 12 ปีขึ้นไป¹⁶⁸สามารถอนุญาตให้ปลูกถ่ายและใช้ประโยชน์ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายเด็กหลังจากการตายของเด็กคนนั้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างที่กล่าวถึงในมาตรา 3 (1)¹⁶⁹ โดยระบุว่าการอนุญาตดังกล่าวต้องเป็นลายลักษณ์อักษรและการให้อนุญาตอาจถูกเพิกถอนเป็นลายลักษณ์อักษรและระบุว่าหากเด็กตอบหรือไม่สามารถเขียนได้ การอนุญาตดังกล่าวและการถอนการอนุญาตอาจลงนามโดยผู้ใหญ่ในนามของเด็กและพยานคนหนึ่ง ซึ่งระบุว่าการอนุญาตหรือการถอนการอนุญาตดังกล่าวต้องประกอบด้วยคำแถลงที่เซ็นชื่อโดยทั้งผู้ใหญ่และพยานซึ่งเด็กนั้นแสดงเจตนาที่จะให้หรือถอนการอนุญาตและขอให้ผู้ใหญ่ลงชื่อในนามของตน

มาตรา 9 ยังบัญญัติว่าให้มีผลใช้บังคับทันทีก่อนการเสียชีวิตของเด็กที่อายุตั้งแต่ 12 ปีขึ้นไป หากไม่มีการอนุญาตจากเด็กเพื่อการปลูกถ่ายบุคคลที่อยู่กับเด็กก่อนการเสียชีวิตของเด็กมีสิทธิและความรับผิดชอบในฐานะผู้ปกครองที่เกี่ยวข้องกับเด็กอาจอนุญาตการบริจาคโดยให้ส่วนหนึ่งส่วนใดในหนึ่งหรือหลายอย่างเพื่อวัตถุประสงค์ในการปลูกถ่าย การศึกษาหรือการฝึกอบรมการวิจัยหรือการตรวจสอบ

¹⁶⁸ Section 8 Authorisation: child 12 years of age or over of Human Tissue (Scotland) Act 2006.

¹⁶⁹ มาตรา 3 ใช้อวัยวะของร่างกายของผู้ตายเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะ การวิจัย ฯลฯ

(1) อวัยวะของร่างกายของผู้ตายจะถูกนำออกจากร่างกายและใช้เพื่อวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้ การปลูกถ่ายอวัยวะ, การวิจัย, การศึกษาหรือการฝึกอบรมหรือการตรวจสอบ

มาตรา 10 กำหนดว่าในกรณีที่เด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี โดยบุคคลที่อยู่กับเด็กก่อนการเสียชีวิตของเด็กมีสิทธิและความรับผิดชอบในฐานะผู้ปกครองที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่ตายอาจอนุญาตให้หรือใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ในการปลูกถ่ายการศึกษาหรือการฝึกอบรมการวิจัยหรือการตรวจสอบ การอนุญาตดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อหรือแสดงด้วยวาจาโดยบุคคลที่ให้การอนุญาต และระบุว่าการอนุญาตดังกล่าวที่ได้รับเพื่อการวิจัยการศึกษาการฝึกอบรมหรือการตรวจสอบอาจถูกถอนออกเป็นลายลักษณ์อักษรและลงนามโดยบุคคลคนเดียวกันที่อนุญาต แต่การอนุญาตที่ให้ไว้เพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะไม่สามารถเพิกถอนได้¹⁷⁰

สำหรับกฎหมาย Human Tissue Act 2004 มาตรา 2 ก็ได้กำหนดความหมายของคำยินยอมที่เหมาะสมเกี่ยวกับกิจกรรมเกี่ยวกับร่างกายของเด็กที่เสียชีวิตหรือจากเด็กที่ยังมีชีวิตหรือเพื่อวัตถุประสงค์ในกฎหมายนี้เด็ก ๆ คือคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี¹⁷¹ สำหรับเรื่องการปลูกถ่ายอวัยวะในขณะที่เด็กมีชีวิตอาจให้ความยินยอมด้วยตนเอง ถ้าหากเด็กไม่มีอำนาจที่จะให้ความยินยอมหรือเลือกที่จะไม่ตัดสินใจความยินยอมที่เหมาะสมคือความยินยอมของผู้ปกครอง

สำหรับมาตรา 6 ของ Human Transplantation (Wales) Act 2013 ได้กำหนดข้อตกลงที่ใช้กับเด็กและเยาวชนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีที่เสียชีวิตในเวลส์¹⁷² บทบัญญัติเหล่านี้ได้กล่าวถึงแล้วในมาตรา 2 ของ Human Tissue Act 2004 แตกต่างที่ Human Transplantation (Wales) Act 2013 ยกเว้นว่าภายใต้พระราชบัญญัตินี้เด็กและเยาวชน สามารถแต่งตั้งผู้แทนคนหนึ่งคนหรือหลายคนเพื่อตัดสินใจในความยินยอมเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ สำหรับเด็กและเยาวชนอาจให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งจากตนเองหรือหากยังไม่ได้ให้ความยินยอมและยังไม่ได้แต่งตั้งตัวแทนที่สามารถทำหน้าที่ได้จะต้องมีการยินยอมของบุคคลที่มีความรับผิดชอบต่อผู้ปกครองด้วย ในกรณีที่ไม่มีบุคคลดังกล่าวได้รับการยินยอมจากบุคคลที่มีความสัมพันธ์ที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ ตามความเหมาะสมในมาตรา 27 (4) ของ Human Tissue Act 2004 ได้แก่บุคคลดังนี้ที่สามารถให้ความยินยอมแทนเด็กได้

1. บิดามารดาหรือบุตร (parent or child (in this context a 'child' can be any age))
(ในบริบทนี้ "เด็ก" อาจอยู่ในวัยใดก็ได้)
2. พี่ชายหรือน้องสาว (brother or sister)
3. ปู่ย่าตายายหรือหลาน (grandparent or grandchild)

¹⁷⁰ Section 10 Authorisation as respects child who dies under 12 years of age Human Tissue (Scotland) Act 2006.

¹⁷¹ Section 2 Appropriate consent: children of Human Tissue Act 2004.

¹⁷² Section 6 Consent: children of Human Transplantation (Wales) Act 2013.

4.หลานสาวหรือหลานชาย (niece or nephew)

5. พ่อเลี้ยงหรือแม่เลี้ยง (stepfather or stepmother)

6. พี่น้องต่างบิดาหรือมารดา หรือ พี่น้องที่ร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน (half-brother or half-sister)

7. เพื่อนที่ยืนยาว (friend of long standing)

ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าเด็กหรือผู้เยาว์นั้นยังไม่มีคุณสมบัติเพราะฉะนั้นความสัมพันธ์ที่จะให้ความยินยอมแทนเด็กหรือผู้เยาว์ได้ในการบริจาคอวัยวะไม่อาจรวมคุณสมบัติไปด้วยได้

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา Uniform การบริจาค Act 1987 มาตรา 4 ได้กำหนดผู้ที่สามารถบริจาคอวัยวะหรือร่างกายก่อนที่ตนเสียชีวิต¹⁷³ ภายใต้มาตรา 8 อาจมีการบริจากร่างกายหรืออวัยวะของผู้บริจาคอาจทำขึ้นในช่วงชีวิตของผู้ที่ผู้บริจาคยังมีชีวิตอยู่เพื่อการปลูกถ่าย, รักษา, การวิจัยหรือการศึกษาตามวิธีที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 5

(1) ผู้บริจาค, ถ้าผู้บริจาคเป็นผู้ใหญ่หรือถ้าผู้บริจาคเป็นผู้เยาว์และเป็น

(A) ผู้บรรลุนิติภาวะ

(B) ได้รับอนุญาตภายใต้กฎหมายของรัฐเพื่อขอใบอนุญาตขับรถเนื่องจากผู้บริจาคอย่างน้อยใส่สายที่อายุน้อยที่สุดที่บุคคลสามารถรับใบอนุญาตขับรถประเภทใดก็ได้ อายุปี

(2) เป็นตัวแทนของผู้บริจาคเว้นแต่หนังสือมอบอำนาจเพื่อการดูแลสุขภาพหรือข้อมูลอื่นๆที่บันทึกไว้ห้ามมิให้ตัวแทนทำการบริจาค

(3) บิดามารดาของผู้บริจาคถ้าผู้บริจาคเป็นผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะหรือ

(4) ผู้พิทักษ์ของผู้บริจาค ในส่วนของคำนิยามศัพท์ในมาตรา 2 ของพระราชบัญญัตินี้ได้อธิบายขยายความเอาไว้ว่า ("ผู้พิทักษ์" หมายถึงผู้ที่ศาลแต่งตั้งให้ทำการตัดสินใจในเรื่อง การสนับสนุน, การดูแล, การศึกษา, สุขภาพหรือสวัสดิการของแต่ละบุคคล คำนี้ไม่รวมถึงผู้ปกครอง)¹⁷⁴

¹⁷³ section 4 Who may make Anatomical gift before donor's death. In this Uniform Anatomical Gift Act 1987 (Last Revised or Amended in 2009)

¹⁷⁴ Section 2. Definitions. In this Uniform Anatomical Gift Act 1987 (Last Revised or Amended in 2009)

(11) "Guardian" means a person appointed by a court to make decisions regarding the support, care, education, health, or welfare of an individual. The term does not include a guardian ad litem.

เนื่องจากในหลายๆรัฐส่วนใหญ่ ผู้เยาว์สามารถยื่นขอมีใบอนุญาตซัพซี้ได้ ผู้เยาว์อาจต้องการเป็นผู้บริจาค ซึ่งจะตรงกับนโยบายถ้าผู้เยาว์อายุมากพอที่จะซัพซี้ผู้เยาว์ควรมีอายุมากพอที่จะทำ “Anatomical gift” ดังนั้นพระราชบัญญัตินี้จึงระบุว่าผู้เยาว์ที่สามารถขอรับใบอนุญาตซัพซี้มีอำนาจในการทำ การบริจาคไม่ว่าจะเป็นใบซัพซี้หรือเอกสารอื่น ๆ ของการบริจาค ในทางตรงกันข้ามถ้าผู้บริจาคที่เป็นผู้เยาว์ที่อายุต่ำกว่า 18 ปีตาย (กฎหมายกำหนดให้ผู้เยาว์คือผู้ที่อายุต่ำกว่า 18 ปี) แต่บิดามารดาผู้เยาว์ควรจะสามารถเพิกถอนการบริจาคได้ เมื่อพิจารณาตามมาตรา 8 (g) ที่กำหนดว่า (g) หากผู้บริจาคที่เป็นผู้เยาว์ที่เสียชีวิตเองผู้ปกครองของผู้บริจาคที่มีเหตุผลสมควรสามารถเพิกถอนหรือแก้ไขการบริจาคของร่างกายหรืออวัยวะของผู้บริจาคได้ เนื่องจากบิดามารดาผู้เยาว์ไม่สามารถเพิกถอนการบริจาคได้หากผู้บริจาคที่เป็นผู้เยาว์ที่ภายหลังเสียชีวิตเกินอายุ 18 ปี

ในกรณีนี้สำหรับผู้บริจาคที่เป็นผู้เยาว์เพื่อยืนยันการบริจาคหลังจากอายุครบ 18 ปี ดังนั้นในรัฐที่ระบุว่าใบอนุญาตที่ออกให้แก่ผู้เยาว์เป็นสิ่งที่ดีสำหรับเวลาห้าปีและผู้เยาว์ยื่นขอใบอนุญาตที่อายุ 17 ปีผู้เยาว์สามารถบริจาคอวัยวะโดยบริจาคให้กับใบซัพซี้และไม่จำเป็นต้องยืนยันเรื่องของการบริจาคอีกห้าปี นอกจากนี้เมื่อผู้เยาว์ถึงอายุ 18 ปีบิดามารดาผู้เยาว์ไม่สามารถเพิกถอนการบริจาคได้¹⁷⁵

เมื่อพิจารณาแล้วยังมีความไม่ชัดเจนอยู่ว่าเด็กหรือผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมด้วยตนเองโดยอายุขั้นต่ำอยู่ที่เท่าใดหากระบุว่าอายุต่ำกว่า 18 ปี นั้นจะเป็นการตีความที่กว้างเกินไป เพราะเด็กอายุ 7 หรือ 8 ขวบก็สามารถให้ความยินยอมได้เช่นกันในส่วนนี้ถ้าจะนำมาปรับใช้กับประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่าควรมีอายุขั้นต่ำอยู่ที่ 15 ปีขึ้นไปที่จะสามารถแสดงเจตจำนงให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง เมื่อตามกฎหมายไทยผู้เยาว์สามารถทำพินัยกรรมได้ที่อายุ 15 ปี ฉะนั้นหากผู้เยาว์จะทำพินัยกรรมแสดงเจตจำนงบริจาคอวัยวะล่วงหน้าให้มีผลเมื่อผู้เยาว์เสียชีวิตก็ย่อมทำได้เช่นกันและในกรณีของเด็กหรือผู้เยาว์นั้นกฎหมายปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา นั้นกำหนดให้ผู้เยาว์ให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะได้เองหรือให้บุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันกับเด็กเป็นบิดามารดาหรือผู้ปกครองกระทำการแทนได้และในกรณีที่กฎหมาย Human Transplantation (Wales) Act 2013 ระบุว่าภายใต้พระราชบัญญัตินี้เด็กและเยาวชนสามารถแต่งตั้งผู้แทนคนหนึ่งคนหรือหลายคนเพื่อตัดสินใจในความยินยอมเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ได้เช่นเดียวกับ มาตรา 4 ของ Human Tissue Act 2004 ดังนั้นในประเทศไทยก็สามารถนำมาใช้ได้หากนำกฎหมายเรื่องการทำพินัยกรรมมาของผู้เยาว์ซึ่งสามารถทำพินัยกรรมได้ตั้งแต่อายุ 15 ปีมาพิจารณา ซึ่งผู้เยาว์อาจจะสามารถทำพินัยกรรมแสดงเจตจำนงล่วงหน้ายินยอมบริจาคอวัยวะโดยแต่งตั้งให้ผู้แทนให้ทำการบริจาคแทนได้เมื่อตนเองเสียชีวิตได้เช่นกัน

¹⁷⁵ Comment of section 4 Who may make Anatomical gift before donor's death.

ยกตัวอย่างในมาตรา 8 ของ Human Transplantation (Wales) Act 2013 ที่กำหนดว่า บุคคลอาจแต่งตั้งตัวแทนหรือตัวแทนเพื่อให้ความยินยอมในกิจกรรมใด ๆ ที่กำหนดไว้ในมาตราที่ 3 เรื่องการอนุญาตให้มีการปลูกถ่าย¹⁷⁶ การแต่งตั้งอาจเป็นการทั่วไปหรือ จำกัด เฉพาะในความยินยอมของกิจกรรมการปลูกถ่ายอย่างน้อยหนึ่งอย่างที่กำหนดไว้ในการแต่งตั้งทั้งการแต่งตั้งอาจจัดทำเป็นหนังสือหรือเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการแต่งตั้งด้วยวาจาจะมีผลเฉพาะในกรณีที่มีพยานอย่างน้อยสองคนเข้ามาในเวลาเดียวกันและการแต่งตั้งเป็นลายลักษณ์อักษรจะมีผลเฉพาะเมื่อบุคคลดังกล่าวลงนามโดยมีพยานอย่างน้อยหนึ่งคนที่เป็นผู้รับรองลายมือชื่อลงนามภายใต้การดูแลของบุคคลที่กระทำการดังกล่าวและต่อหน้าพยานอย่างน้อยหนึ่งคนที่เป็นผู้รับรองลายมือชื่อหรือมีอยู่ในเจตจำนงของบุคคลที่ทำมันซึ่งเป็นความประสงค์ที่จะทำตามความต้องการของตนเองมาตรา 9 พินัยกรรมของพระราชบัญญัติ 1837 (the Wills Act 1837)¹⁷⁷ และประกอบกับภายใต้มาตรา 5 (a) (2) ของ Uniform การบริจาคนิยาม Act 1987 ของประเทศสหรัฐอเมริกากระบุว่าการทำ การบริจาคสามารถทำตามความต้องการของผู้บริจาค ส่วนที่เกี่ยวกับผู้ที่ต้องลงนามในเจตจำนง บทกฎหมายของพินัยกรรมโดยทั่วไปต้องการพินัยกรรมที่จะลงนามโดยผู้ทำพินัยกรรมและภายใต้สถานการณ์บางอย่างพินัยกรรมที่จะลงนามโดยบุคคลอื่นที่ทำหน้าที่ในนามของผู้ทำพินัยกรรมตามคำร้องขอของผู้ทำพินัยกรรม ดังนั้นการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายสามารถทำได้โดยความประสงค์ของผู้บริจาคไม่ว่าจะมีการลงนามโดยผู้บริจาคหรือบุคคลที่สามตามคำร้องขอของผู้บริจาคและอนุมาตรา (d) ระบุว่าหากมีการทำ การบริจาคด้วยพินัยกรรมจะมีผลเมื่อผู้บริจาคเสียชีวิต การบริจาคด้วยพินัยกรรมนี้มีผลใช้บังคับได้แม้ว่าพินัยกรรมจะไม่ได้รับการตรวจสอบ

ในกรณีของคนไร้ความสามารถนั้นไม่ได้กำหนดไว้ว่าสามารถให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะได้หรือไม่หรือบุคคลใดสามคนที่จะทำให้ความยินยอมแทนได้ แต่ผู้เขียนจะศึกษากรณีของผู้ใหญ่ที่ขาดความสามารถในการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะจากกฎหมายต่างประเทศที่ได้กำหนดไว้เฉพาะดังนี้

ประเทศอังกฤษมีพระราชบัญญัติในเรื่องความสามารถทางจิต¹⁷⁸ และนี่เป็นคำนิยามของบุคคลที่ไม่มีความสามารถ จะมุ่งเน้นไปที่เวลาที่ต้องตัดสินใจและเกี่ยวกับเรื่องเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจไม่ใช่ในความสามารถทางทฤษฎีใด ๆ ในการตัดสินใจโดยทั่วไป เป็นไปตามที่บุคคลสามารถขาดกำลังเพื่อความมุ่งประสงค์ของพระราชบัญญัติแม้ว่าการสูญเสียกำลังการผลิตเป็น

¹⁷⁶ Section 3 Authorisation of transplantation activities of Human Transplantation (Wales) Act 2013

¹⁷⁷ มาตรา 9 การลงนามและการรับรองพินัยกรรม

¹⁷⁸ Mental Capacity Act 2005

บางส่วนหรือชั่วคราวหรือถ้าความสามารถของเขามีความผันผวน นอกจากนี้ยังเป็นไปตามที่คนอาจขาดความสามารถในการที่เกี่ยวข้องกับเรื่องหนึ่ง แต่ไม่เกี่ยวกับเรื่องอื่น การไม่สามารถตัดสินใจได้ต้องเกิดจากการถูกทำให้อ่อนแอหรือเป็นรบกวนการทำงานของจิตใจหรือสมอง นี่คือสิ่งที่เรียกว่าการทดสอบวินิจฉัย (test diagnostic) ซึ่งอาจครอบคลุมถึงปัญหาต่างๆ เช่นความเจ็บป่วยทางจิต การเรียนรู้ที่พหุผล ภาพภาวะสมองเสื่อม ความเสียหายของสมองหรือแม้กระทั่งสภาวะสับสนที่เป็นพิษตรวนเท่าที่มันมีผลต่อการทำงานของสมองหรือสมองทำให้คนไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ

ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นกรณีของผู้ที่ป่วยหรือได้รับบาดเจ็บจนทำให้ขาดความสามารถในการให้ความยินยอมตามนัยของกฎหมายนี้ มีบัญญัติเอาไว้ใน Human Transplantation (Wales) Act 2013 ตารางของมาตรา 5 บรรลุนิติภาวะที่เสียชีวิตและช่วงเวลาสำคัญก่อนที่จะถึงแก่ความตาย ขาดความสามารถที่จะเข้าใจความคิดที่ว่ายินยอมให้กิจกรรมการปลูกถ่ายที่สามารถถือว่าได้รับ และในกรณีนี้ระยะเวลาสำคัญหมายถึงระยะเวลานานพอสมควรที่จะทำให้บุคคลที่มีเหตุผลเห็นพ้องกันว่าจะไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอม¹⁷⁹ ซึ่งกรณีนี้ต้องได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งเสมอและความยินยอมที่สันนิษฐานว่าได้รับความยินยอมไม่สามารถใช้ได้กับกรณีนี้

ในแง่ของบุคคลที่ขาดความสามารถที่จะเข้าใจความยินยอมนั้นอาจไม่สามารถระบุได้ว่าระยะเวลาที่แน่นอนที่บุคคลต้องขาดแคลนความสามารถ อย่างไรก็ตามระยะเวลาจะต้องมีนัยสำคัญ ถ้าคนที่มีความสามารถเป็นระยะเวลาไม่นานก่อนที่จะพวกเขาเสียชีวิตแล้ว เพราะหากผู้ที่ป่วยหรือได้รับบาดเจ็บจนทำให้ขาดความสามารถในการให้ความยินยอมก็ย่อมต้องการตัดสินใจแทนที่ (Substituted Judgment) หลักเกณฑ์นี้ จึงสร้างมาจากข้อสมมติฐานที่ว่า หากผู้ป่วยมีความสามารถมักจะเลือกสิ่งที่ดีที่สุดหรือเหมาะสมกับตนมากที่สุด แม้ผู้ป่วยรายนั้นจะไร้ความสามารถไปก็ตาม แต่การตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลก็ยังเป็นของผู้ป่วยที่ไร้ความสามารถอยู่ ในแนวคิดนี้ ผู้ป่วยจึงมีสิทธิที่จะตัดสินใจ แต่เพราะการไร้ความสามารถของผู้ป่วยทำให้ผู้ป่วยไม่สามารถแสดงออกถึงความต้องการเหล่านั้นได้ จึงต้องให้ตัวแทนของผู้ป่วยเป็นผู้แสดงออกถึงความต้องการของผู้ป่วยแทน กล่าวคือเป็นการสมมติว่าหากผู้ป่วยไร้ความสามารถเกิดมีความสามารถขึ้นมาแล้ว ผู้ป่วยจะตัดสินใจอย่างไร โดยใช้แนวทางการตัดสินใจจากคุณลักษณะของตัวผู้ป่วย จุดมุ่งหมายวัตถุประสงค์ และความต้องการของผู้ป่วย

เพราะฉะนั้นเห็นว่าการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบจากต่างประเทศ บุคคลผู้หย่อนความสามารถประเภทคนไร้ความสามารถนั้นไม่อาจจะให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะได้ ผู้เขียน

¹⁷⁹ Section 5 Consent: excepted adults of transplantation activities of Human Transplantation (Wales) Act 2013

เห็นว่าในส่วนของประเทศไทยถ้าจะบัญญัติกฎหมายเฉพาะของการบริจาคอวัยวะไว้หากมีกฎหมายเฉพาะก็ควรเพิ่มบุคคลที่สามารถทำการบริจาคอวัยวะได้อย่างชัดเจนละมีกฎหมายรองรับ เพื่อเพิ่มจำนวนผู้บริจาคอวัยวะ

4.3 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับวิธีการแสดงเจตนาให้ความยินยอมในรูปแบบความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (presumed consent) และความยินยอมที่ต้องได้รับการบอกกล่าว (informed consent)

โดยหลักแล้วความยินยอมต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในกรณีของการแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะนั้นที่มีผลเมื่อผู้บริจาคอวัยวะเสียชีวิต ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนเพราะส่งผลกระทบต่อความคร่ำหวอดสิทธิมนุษยชนสำหรับปัญหาทางกฎหมายของรูปแบบคือความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (presumed consent) และความยินยอมที่ต้องได้รับการบอกกล่าว (informed consent) จะแยกพิจารณาดังนี้

กรณีของความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ไม่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของประเทศไทย แต่ในต่างประเทศเช่น เยอรมันมีการนำเอามาใช้ปรับกับคดีด้วย โดยหลักการแล้วความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้เป็นสิ่งที่อยู่ระหว่างความยินยอมและความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ก็เป็นสิ่งที่แยกออกมาเป็นเอกเทศจากหลักกฎหมายทั้งสองซึ่งความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้แตกต่างจากความยินยอมในแง่ที่ว่าป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจที่จะกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายโดยป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เหตุหนึ่ง ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้จะถูกนำมาอ้างก็ต่อเมื่อเมื่อการได้มาซึ่งความยินยอมที่แท้จริงนั้นเป็นสิ่งที่ไปไม่ได้หรือไม่สามารถขอความยินยอมได้ แต่ในกรณีของการนำความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้มาใช้ในการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะดังประเทศสิงคโปร์นั้นการบริจาคอวัยวะภาคบังคับหลังการตายของกฎหมายฉบับนี้ ใช้หลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Presumed consent) กำหนดให้ประชาชนทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะโดยอัตโนมัติบังคับใช้กับพลเมืองสิงคโปร์และผู้อาศัยถาวรทุกคนที่มีอายุตั้งแต่ 21 ปีขึ้นไปโดยไม่คำนึงถึงศาสนาอาจใช้กับผู้ที่ยังอายุต่ำกว่า 21 ปีที่ทราบเท่าที่บิดามารดาหรือผู้ปกครองของบุคคลนั้นยินยอมและถือว่าให้แพทย์สามารถนำอวัยวะบางอย่างออกจากผู้ที่สมองตายได้เลย ถือเป็นข้อสันนิษฐานว่าคนที่ตายทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะ ถ้าประชาชนไม่มาแจ้งถอนสิทธิ์ แสดงว่ายินยอมที่จะบริจาคอวัยวะและให้คนที่ไม่มีมติที่จะบริจาคอวัยวะไปแสดงความจำนงถอนชื่อของตนออก ปัญหาก็คือการคัดค้านความยินยอมสันนิษฐานว่าทำเพราะทำให้ขาดเสรีภาพในการแสดงเจตนาเลือกให้ความยินยอมเริ่มแรกของตนเอง

และผู้บริจาคที่อาจเป็นผู้เลือกไม่บริจาคอวัยวะเพราะพวกเขาไม่เข้าใจความหมายของความยินยอมพื้นฐานนี้ฐานได้โดยสมบูรณ์เนื่องจากเกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ

กรณีความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว Informed consent มาจากคำว่า Informed กับ consent ซึ่งหมายความว่า ได้รับ ข้อความ หรือแจ้งให้ทราบ กับ ให้ความยินยอม ดังนั้นคำว่า Informed consent แปลตรงตัว จึงมีความหมายว่า “การให้ความยินยอม หลัง ได้รับข้อความ” เพราะวก่อนที่จะลงลายมือชื่อในเอกสารให้ความยินยอม ผู้ลงลายมือชื่อต้องได้รับการอธิบายและบรรยายข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเอกสารที่กำลังจะลงลายมือชื่อ โดยทั่วไปการให้ความยินยอมด้วยตนเอง คือความยินยอมโดยแจ้งชัด (express consent) หมายถึง ความยินยอมที่มีการแสดงออกขึ้นมาโดยชัดแจ้งว่าให้ความยินยอมกับการกระทำนั้น โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้ทราบถึงความเต็มใจที่จะให้บุคคลอื่นกระทำการใดๆ ต่อตนได้ซึ่งการแสดงออกนั้นอาจมีได้หลายอย่าง เช่นการกล่าวโดยวาจา โดยการแสดงกริยา หรือการให้ความยินยอมที่เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นรูปแบบความยินยอมที่นิยมนำมาปรับกับใช้กับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายบังคับแต่ได้มีการกำหนดหลักการเบื้องต้นโดยแพทยสภาและศูนย์บริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย ซึ่งหากผู้บริจาคได้ให้ความยินยอมที่ถูกต้องแล้วแต่ญาติคัดค้านการดำเนินการบริจาคอวัยวะ แพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการปลูกถ่ายอวัยวะก็ไม่สามารถนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายไปเพื่อการปลูกถ่ายได้เนื่องจากไม่มีกฎหมายรองรับการกระทำดังกล่าว ซึ่งขัดกับหลักเสรีนิยม (principle of autonomy) ซึ่งเป็นแนวคิดที่เคารพอิสระในการแสดงเจตนาของบุคคล เพราะเมื่อความยินยอมของบุคคลได้แสดงออกโดยหลักเสรีนิยม ซึ่งมีองค์ประกอบอยู่ 2 ส่วนด้วยกันคือ

(1) การใคร่ครวญตัดสินใจเลือกที่เป็นอิสระจากการควบคุมจัดการ (manipulation) ของบุคคลอื่น และ

(2) ความสามารถในการปกครองตนเอง หัวใจของหลักเสรีนิยมนั้นอยู่ที่องค์ประกอบส่วนที่สอง องค์ประกอบส่วนที่สองจะมีได้ก็ต่อเมื่อมีองค์ประกอบแรกอยู่ก่อน บุคคลใดจะปกครองตนเองได้ บุคคลนั้นต้องอยู่ในฐานะที่จะกระทำการบางอย่างได้ด้วยความสามารถของตนเองและด้วยความปรารถนาที่เข้าใจได้ว่าเป็นของเขาเอง

ดังนั้นความยินยอมของบุคคลที่ได้รับการบอกกล่าวข้อมูลต่างๆเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ ควรจะได้รับความเคารพในการตัดสินใจซึ่งในประเทศอังกฤษ หากผู้บริจาคได้ให้ความยินยอมที่ถูกต้อง แต่ญาติคัดค้านการดำเนินการบริจาคอวัยวะหรือเนื้อเยื่อ ผู้บริจาคควรได้รับการเคารพความยินยอมของผู้บริจาคเองที่คาดหวังเพื่อความปรารถนาของผู้บริจาคจะได้รับการปฏิบัติจริง การคัดค้าน

ของญาติจะไม่สามารถลบล้างความเหมาะสมและความยินยอมที่ถูกต้องจากผู้บริจาคได้¹⁸⁰ เช่นเดียวกับความยินยอมในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบเลือกเข้าร่วม (opt-in) ในการบริจาคอวัยวะที่ให้ความสำคัญกับการเคารพอิสระในการแสดงเจตนาของบุคคลเพื่อการบริจาคอวัยวะ ซึ่งการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายที่ไม่ได้ถูกเพิกถอนโดยผู้บริจาคก่อนตายนั้นจะไม่สามารถเพิกถอนได้และไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมหรือสมัครใจของบุคคลอื่นโดยในมาตรา 8 ของรัฐบัญญัติ Uniform การบริจาค Act (พระราชบัญญัติบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย) 1987 ที่แก้ไขล่าสุดหรือแก้ไขในปี 2009 นั้นได้รับการออกแบบมาเพื่อระบุกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าการตัดสินใจของผู้บริจาคเป็นอิสระจะต้องได้รับเคารพอิสระในการแสดงเจตนาของบุคคลและไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้โดยผู้อื่น¹⁸¹

4.4 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความผิด และการยกเว้นความผิดทางกฎหมายของบุคลากรทางการแพทย์จากการปลูกถ่ายอวัยวะ

เรื่องเกี่ยวกับความผิดอาญาที่เกิดจากการผ่าตัดโดยแพทย์แล้วนำอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่เสียชีวิตแล้ว ซึ่งเป็นการสมควรจะได้รับการพิจารณาให้ความคุ้มครองในทางกฎหมายอาญา ในปัจจุบันความไม่ชัดเจนในการกำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ รวมทั้งบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองชีวิตบุคคลที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เข้าช่วยในการผ่าตัดนั้นยังไม่มี ความชัดเจน ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการวินิจฉัยความผิดของแพทย์ หรือผู้ที่เกี่ยวข้อง ในเรื่อง ที่เกี่ยวกับความรับผิดทางอาญา และอาจก่อให้เกิดความไม่แน่ใจในการกำหนดแนวทางการ พัฒนาการรักษาและการผ่าตัดในเรื่องดังกล่าวอันเป็นอุปสรรคที่สำคัญต่อวงการแพทย์ และข้อพิจารณาทางด้านการแพทย์เกี่ยวกับภาวะก้ำกึ่งสมมติตาย ประกอบกับข้อพิจารณาทางกฎหมาย ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองชีวิตมนุษย์เพื่อให้เกิดความถูกต้องในการวินิจฉัยและการกำหนดความรับผิดของ บุคคลที่เกี่ยวข้องต่อไป

ปัญหาดังกล่าวส่งผลให้เกิดการฟ้องร้องดำเนินคดีทางกฎหมายกับแพทย์และบุคลากรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องและกับโรงพยาบาลต่างๆ ขึ้นในช่วง 4-5 ปีที่ผ่านมา ผลดังกล่าวทำให้กระแสการบริจาค

¹⁸⁰ Code F: Donation of solid organs and tissue for transplantation. P 23. Published: 3 April 2017.

¹⁸¹ Section 8 Preclusive effect of anatomical gift, amending, or revocation. In this Uniform Anatomical Gift Act 1987 (Last Revised or Amended in 2009)

อวัยวะเพื่อช่วยช่วยชีวิตผู้ป่วยลดลงอย่างมาก จึงต้องมีการศึกษาและรวบรวมประเด็นทางกฎหมาย และข้อบังคับต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะขึ้นเพื่อให้ประชาชนมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายการบริจาคอวัยวะและทำให้การบริจาคอวัยวะได้รับความสนใจมากขึ้นและนำไปสู่การบริจาคอวัยวะเพื่อช่วยต่อลมหายใจผู้ป่วยมากขึ้นในอนาคต

สำหรับประเทศไทยหากแพทย์ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้บริจาคอวัยวะ แพทย์อาจจะต้องมีความรับผิดชอบทางกฎหมายทั้งทางแพ่งและอาญาได้รับความรับผิดชอบในทางอาญาผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างในส่วนมาตราที่เกี่ยวข้องกับกรณีการปลูกถ่ายอวัยวะโดยตรง เนื่องจากการกระทำของแพทย์ในการนำอวัยวะออกจากผู้ที่ถึงแก่ความตาย มิใช่ว่าจะไม่มีปัญหาเกิดขึ้นเพราะการที่แพทย์ผ่าตัดนำอวัยวะออกจากผู้ที่ไม่ได้เจตนาจะอุทิศไว้ก่อนจะถึงแก่ความตาย อาจทำให้แพทย์มีความผิดฐานทำให้ศพเสียหาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 366/3 "ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ทำให้เสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งศพ ส่วนของศพ อัฐิ หรือเถ้าของศพต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ" การกระทำที่เป็นการทำให้ศพเสียหาย ทำลายทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ เป็นการกระทำในลักษณะเดียวกับความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 358 คำว่า "ทำให้เสียหาย" เป็นคำที่มีความหมายกว้าง กล่าวคือ เป็นการทำให้สิ่งที่ถูกกระทำเปลี่ยนแปลงไปในทางเสื่อมเสียแต่คำว่า "ทำลาย" มีลักษณะคล้ายกับการทำให้เสียหาย แต่ความรุนแรงของคำว่าทำลายมีลักษณะที่รุนแรงกว่าซึ่งอาจเป็นการทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้การทำลายในลักษณะของการกระทำจึงเป็นการทำให้เสียหายไปพร้อมกันด้วย "ทำให้เสื่อมค่า" เป็นการกระทำที่ลดมูลค่าของสิ่งนั้นๆ แม้สิ่งนั้นยังคงอยู่ในสภาพเดิม เช่นเมื่อมีบุคคลหนึ่งตายลง แทนที่จะนำไปประกอบพิธีทางศาสนา กลับนำศพของผู้ตายไปแห่ขบวน แม้ศพนั้นยังคงมีสภาพตามเดิมแต่ย่อมเป็นการทำให้เสื่อมค่าอยู่ในตัว เป็นต้น "ทำให้ไร้ประโยชน์" คือทำให้ศพนั้นไม่สามารถใช้การได้ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนถึงแม้ศพจะยังคงสภาพเดิมอยู่

การทำให้สูญหายแม้ไม่มีความผิดตามมาตรานี้แต่ถ้าการทำให้สูญหายเป็นการทำโดยทำลายศพไปเสียทีเดียวย่อมเป็นความผิดตามมาตรานี้ด้วย เช่น โยนศพทิ้งทะเลที่มีปลาฉลามซุกซุม เป็นต้นการกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรานี้ยังมีการ"เคลื่อนย้าย" หมายความว่า การย้ายที่ เปลี่ยนที่หรือการทำให้เคลื่อนที่จากจุดหนึ่งไปยังอีกจุดหนึ่ง ซึ่งมีความหมายเดียวกับคำว่า"ย้าย" ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 แต่ที่แตกต่างกับมาตรา199 คือมูลเหตุจูงใจในการกระทำหรือที่เรียกว่าเจตนาพิเศษ กล่าวคือต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ซึ่งตามมาตรา366/3 นี้ไม่จำเป็นต้องมีเจตนาพิเศษดังกล่าว แต่การเคลื่อนย้ายตามมาตรา นี้ จะต้องมีความผิดการกระทำประกอบกรกระทำโดยไม่มีเหตุอันสมควร

สิ่งที่ถูกกระทำต่อ คือ ศพ ส่วนของศพอัฐิ หรือเถ้าของศพ คำว่า "ศพ" มีความหมายตามที่ได้พิจารณาความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน คำว่า "ศพ"หมายความว่าถึง "ซากผี ร่างคน

ที่ตายแล้ว"ดังนั้น การที่จะเป็นศพตามความหมายดังกล่าว ศพนั้นจะต้องมีสภาพบุคคลตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาก่อน และภายหลังบุคคลนั้นถึงแก่ความตายลง "ส่วนของศพ" ก็เป็นอวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดของศพนั่นเอง เช่น แขน ขา ศีรษะซึ่งเป็นอวัยวะภายนอกหรืออวัยวะภายในร่างกายของศพไม่ว่าจะเป็นตับ ไต หัวใจ ปอด เป็นต้น

เดิมประมวลกฎหมายอาญามีได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพเอาไว้ว่าเป็นความผิดโดยเฉพาะ เพราะถ้าผู้ป่วยตายการผ่าตัดนำอวัยวะออกเพื่อไปทำการปลูกถ่ายแล้วปัญหาข้อกฎหมายในทางอาญาแทบจะไม่มีเลย (ยกเว้นการทำลายศพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199) แต่ปัจจุบันพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา(ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 เพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ความผิดเป็นลักษณะ 13 ความผิดเกี่ยวกับศพโดยเฉพาะแล้ว

ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศนั้นก็ได้กำหนดให้ยกเว้นความรับผิดของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะ เช่น Human Tissue (Scotland) Act 2006 มาตรา16 ความผิดของการผ่าตัดหรือการใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายของผู้ตายเพื่อการปลูกถ่ายหรือการวิจัย ฯลฯ¹⁸²โดยไม่ได้อนุญาตและอนุมาตรา (2) ระบุว่าเป็นการป้องกันสำหรับบุคคลที่ถูกตั้งข้อหากระทำความผิดตาม (1) เพื่อแสดงให้เห็นว่าเมื่อมีการดำเนินการตามกฎหมายนี้บุคคลนั้นเชื่อว่าการผ่าตัดนำออกและการใช้นั้นได้รับอนุญาตตามมาตราที่เกี่ยวข้องของพระราชบัญญัติหรือข้อกำหนดของมาตรา 11 (1)ที่กำหนดว่าการผ่าตัดส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายของผู้ตายเพื่อวัตถุประสงค์ในมาตรา 3(1) คือการปลูกถ่ายอวัยวะ, การวิจัย, การศึกษาหรือการฝึกอบรมหรือการตรวจสอบต้องกระทำโดย ผู้ประกอบโรคศิลปะที่ลงทะเบียน หรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจให้ปฏิบัติตามกฎระเบียบของสก็อตแลนด์

อย่างไรก็ตามในกฎหมาย Human Transplantation (Wales) Act 2013มาตรา 10 การห้ามกระทำโดยปราศจากความยินยอม¹⁸³ ก็ได้บัญญัติข้อยกของความผิดเอาไว้ว่าบุคคลใดกระทำความผิดหากบุคคลนั้นทำโดยไม่ได้รับอนุญาตให้ทำการปลูกถ่ายในเวลส์เว้นแต่ถ้ามีเหตุผลเชื่อได้ว่าทำได้ด้วยความยินยอมหรือไม่ใช้กิจกรรมการปลูกถ่าย

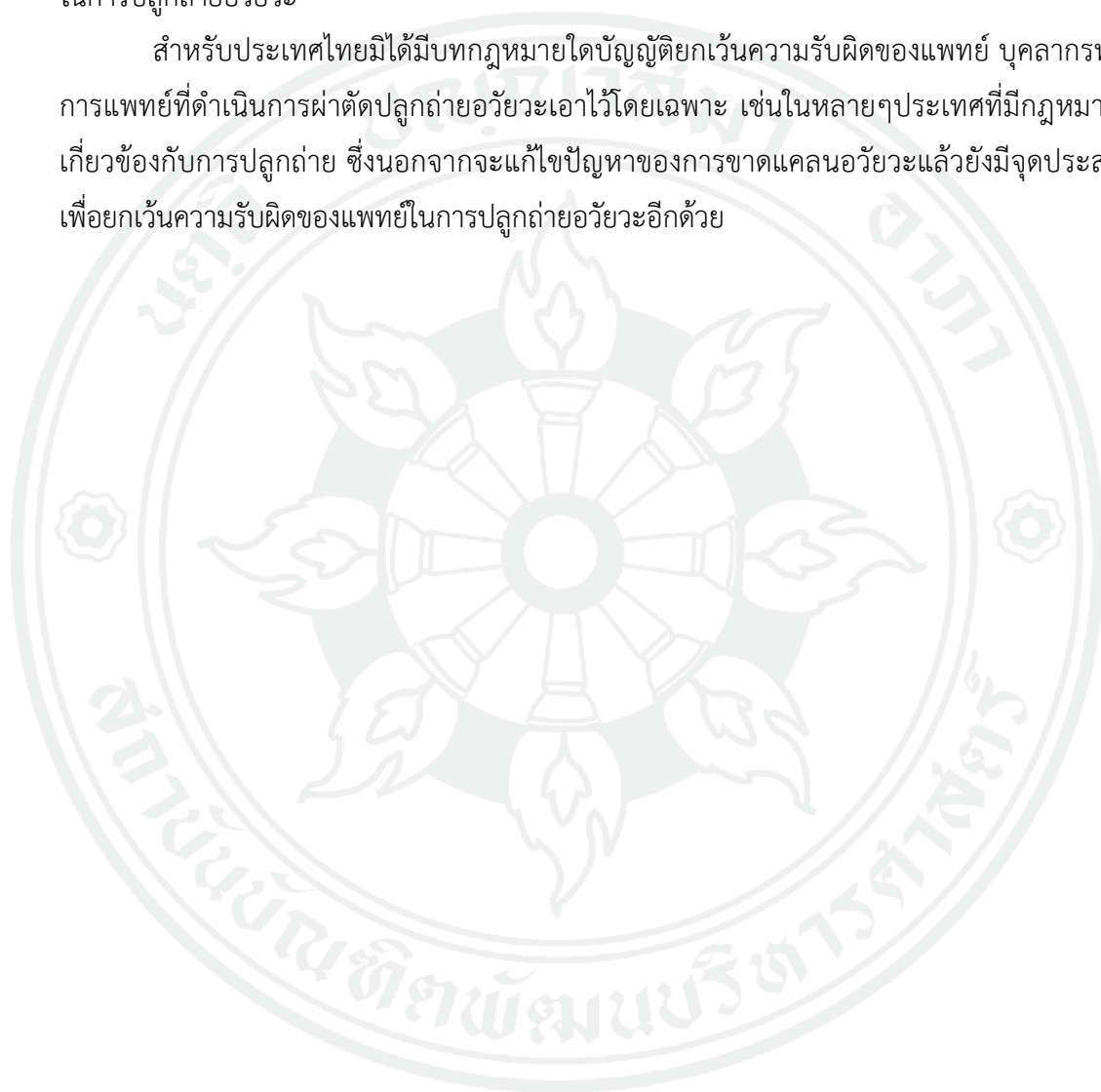
การยกเว้นความรับผิดยังปรากฏชัดเจนใน Uniform การบริจาคน Act 1987 ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 18 ว่า “บุคคลซึ่งกระทำการโดยสุจริตตามข้อกำหนดของรัฐบัญญัตินี้หรือตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาควัยวะของรัฐอื่น ไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่งหรือถูกฟ้อง

¹⁸² Human Tissue (Scotland) Act 2006, Part 1 Use of part of body of deceased person for transplantation, research etc, section 16 Offences: removal or use of part of body of deceased person for transplantation, research etc.

¹⁸³ Section 10 Prohibition of activities without consent of Human Transplantation (Wales) Act 2013

ในทางอาญาสำหรับการกระทำนั้น” เพราะหากมีการบริจาควัยวะที่เข้มงวดเกินไปในการยึดติดกับการกระทำนี้เมื่อการปลูกถ่ายอวัยวะต้องกระทำไม่นานหลังจากการเสียชีวิตของผู้ตายแล้วเพราะอาจจะมีผลต่อการบริจาควัยวะเพื่อการปลูกถ่ายหรือการบำบัดด้วย เพราะการกระทำนี้มี ความหมายของคำว่า "ความสุจริต" (good faith) ในรัฐธรรมนูญดี เพื่อส่งเสริมและอำนวยความสะดวก ในการปลูกถ่ายอวัยวะ

สำหรับประเทศไทยมิได้มีบทกฎหมายใดบัญญัติยกเว้นความรับผิดชอบของแพทย์ บุคลากรทาง การแพทย์ที่ดำเนินการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะเอาไว้โดยเฉพาะ เช่นในหลายๆประเทศที่มีกฎหมายที่ เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่าย ซึ่งนอกจากจะแก้ไขปัญหของการขาดแคลนอวัยวะแล้วยังมีจุดประสงค์ เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะอีกด้วย



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุป

ความยินยอมที่จะนำมาใช้อ้างในทางกฎหมายได้กรณีของการปลูกถ่ายอวัยวะนั้นควรจะต้องเป็นความยินยอมที่ผู้ให้ความยินยอมได้รับการบอกกล่าวแล้วโดยชอบตามหลัก Informed Consent ความยินยอมนั้นต้องมีลักษณะเป็นความยินยอมในเรื่องที่ไม่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดีและความยินยอมที่มีอยู่ขณะกระทำนั้น แต่เนื่องจากการผ่าตัดอวัยวะในกรณีนี้จะกระทำในช่วงที่หลังที่แพทย์วินิจฉัยแล้วว่าสมองตายโดยสภาพจึงไม่อาจขอความยินยอมได้ เว้นแต่เจ้าของอวัยวะจะแสดงเจตนาล่วงหน้าก่อนตายเอาไว้ว่าบริจาคอวัยวะ ดังนั้นแหล่งที่มาสำคัญของอวัยวะที่แพทย์จะนำมาปลูกถ่ายก็คือจากร่างกายของผู้ที่เสียชีวิตแล้วจากสมองตายที่เกิดจากก้านสมองถูกทำลายอย่างสิ้นเชิงและถาวรไม่สามารถฟื้นกลับมาได้ดังนั้นผู้ป่วยจึงไม่สามารถหายใจได้ด้วยตนเองคงอยู่ได้ด้วยเครื่องช่วยหายใจ แต่การวินิจฉัยว่าสมองตายมิใช่เป็นการตัดสินใจให้ผู้ป่วยตาย แต่เพราะการที่ผู้ป่วยอยู่ในสภาวะสมองตาย ในความหมายทางการแพทย์นั้นหมายถึงเสียชีวิตแล้ว ผลที่ตามมาก็คือ

เมื่อบุคคลเสียชีวิตแล้วศพหรืออวัยวะของศพนั้นจะมีสถานะเป็นทรัพย์สินได้ก็ต่อเมื่อพิจารณาได้ว่า ศพหรืออวัยวะของศพนั้นมีผู้ถือเอาหวนแหนหรือประสงค์จะยึดถือเป็นของตนเพื่อประโยชน์อื่นใดก็ตาม ก็ต้องถือว่าศพหรืออวัยวะของศพนั้นเป็นทรัพย์สิน แต่ทรัพย์สินตามความหมายนี้นั้นเป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์ไม่สามารถนำมาหมุนเวียนเปลี่ยนมือซื้อขายกันในตลาดได้ ดังนั้นถ้าเกิดกรณีที่แพทย์ผ่าตัดนำอวัยวะออกจากศพโดยไม่ได้รับความยินยอมก่อน ก็จะมี ความรับผิดทางกฎหมายทั้งทางแพ่งและอาญา

กรณีที่ผู้ตายแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้ก่อนตาย โดยทำการบริจาคไว้กับหน่วยงานที่รับบริจาค มีเอกสารหรือหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร แพทย์ก็สามารถผ่าตัดอวัยวะไปปลูกถ่ายได้

โดยไม่ต้องรับผิดชอบทางกฎหมายเพราะเท่ากับว่าได้รับความยินยอมจากเจ้าของอวัยวะและญาติของผู้ตาย แต่ข้อบังคับแพทยสภาไม่ได้ครอบคลุมถึงกรณีผู้ตายมีทายาทหรือญาติ หรือผู้แทนโดยชอบธรรมที่ไม่เห็นด้วยหรือไม่ให้ความยินยอมและไม่ยอมให้ทำการผ่าตัดนำเอาอวัยวะออก ซึ่งถ้าหากแพทย์ยังคงที่จะทำการผ่าตัดนำอวัยวะออกจากศพเพื่อไปทำการปลูกถ่ายแพทย์ก็อาจมีความรับผิดชอบทางอาญฐานความผิดเกี่ยวกับศพ¹⁸⁴ เพราะฉะนั้นแม้ว่าจะมีเอกสารแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะของเจ้าของอวัยวะอยู่ก็ตามก่อนที่แพทย์จะทำการผ่าตัดไปปลูกถ่ายแพทย์ก็ควรขอความยินยอมจากผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้ตายไว้ก่อนเพื่อป้องกันความรับผิดทางอาญาที่อาจมีขึ้นได้

การมีกฎหมายเฉพาะสำหรับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายที่กำหนดเอาไว้ในขณะที่มีชีวิตในการแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะของเจ้าของอวัยวะก่อนตายนั้นต้องให้มีเอกสารหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรของญาติไว้พร้อมกันด้วยเพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าว ซึ่งหากแพทย์ได้รับความยินยอมไว้ก่อนตายของเจ้าของอวัยวะแล้ว รวมถึงญาติผู้เกี่ยวข้องของเจ้าของอวัยวะ แพทย์ก็สามารถอ้างความยินยอมนั้นเพื่อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้ กรณีที่ผู้ตายแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้ก่อนตาย โดยทำการบริจาคไว้กับหน่วยงานที่รับบริจาค มีเอกสารหรือหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร แพทย์ก็สามารถผ่าตัดอวัยวะไปปลูกถ่ายได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบทางกฎหมาย เพราะเท่ากับว่าได้รับความยินยอมจากเจ้าของอวัยวะและญาติของผู้ตายไม่สามารถคัดค้านหรือเพิกถอนความยินยอมในการบริจาคมานั้นได้เนื่องจากการแสดงเจตจำนงล่วงหน้าว่าต้องการบริจาคอวัยวะให้มีผลเมื่อตนเสียชีวิตสอดคล้องกับหลักเสรีนิยม (principle of autonomy) ที่เป็นแนวคิดที่เคารพความเป็นอิสระในการแสดงเจตนาของบุคคลโดยเห็นว่า มนุษย์ที่มีความสามารถสมบูรณ์ย่อมมีอิสระที่จะกระทำการใดด้วยตนเอง ตราบเท่าที่การกระทำนั้นไม่รบกวนหรือแทรกแซงสิทธิของบุคคลอื่น

ในกรณีที่ไม่สามารถขอความยินยอมจากเจ้าของอวัยวะได้หรือกรณีเจ้าของอวัยวะไม่ได้แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะหรือให้ความยินยอมเอาไว้ก่อนตายหรือไม่มีทายาท หรือญาติ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้ตายมาให้ความยินยอมในกรณีการขอบริจาคอวัยวะ ถ้าเป็นสองกรณีนี้หากแพทย์กระทำการผ่าตัดนำอวัยวะออกจากศพนั้นไปโดยไม่ได้รับความยินยอมของเจ้าของอวัยวะหรือจากญาติหรือแพทย์ที่กระทำการโดยไม่สุจริตแพทย์ก็จะมี ความรับผิดทางอาญา

ปัจจุบันยังไม่มีกรอบกฎหมายเฉพาะเพื่อควบคุมการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องขั้นตอนวิธีการการบริจาคว่าผู้ใดสามารถบริจาคอวัยวะได้ มีวิธีการให้ความยินยอมอย่างไร บุคคลใดบ้างสามารถให้ความยินยอมแทนได้ คงมีเพียงแต่ในระดับของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นการบริจาคและปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศไทยได้รับการกำกับดูแลโดยแพทยสภาและศูนย์รับบริจาคอวัยวะ

¹⁸⁴ ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ความผิดเป็นลักษณะ 13 ความผิดเกี่ยวกับศพ มาตรา 366/1 มาตรา 366/2 มาตรา 366/3 และมาตรา 366/4

สภากาชาดไทย อีกทั้งประกาศและข้อบังคับต่าง ๆ นั้นทำให้สภาพบังคับโดยทั่วไปและบทลงโทษยังไม่มีความชัดเจน

1. ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 หมวด 1 บทนิยาม และหมวด 10 การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ ซึ่งจะมีหลักเกณฑ์ของการปลูกถ่ายอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคอวัยวะขณะที่ยังมีชีวิตและการปลูกถ่ายอวัยวะที่ใช้อวัยวะจากผู้ที่สมองตาย

2. ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2551 เรื่องการตายของบุคคล

3. ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560 แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ของการปลูกถ่ายอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคอวัยวะขณะที่ยังมีชีวิตและการปลูกถ่ายอวัยวะที่ใช้อวัยวะจากผู้ที่สมองตาย

4. ประกาศแพทยสภาที่ 7/2554 เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย และ

5. ระเบียบศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย พ.ศ. 2545 และประกาศศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย ว่าด้วยเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการบริจาคและปลูกถ่ายอวัยวะ

ดังนั้นหากมีมาตรการเฉพาะใดที่จะสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายรวมทั้งให้อำนาจที่แพทย์จะกระทำได้โดยไม่เสี่ยงต่อความรับผิดชอบทางอาญาเพื่อที่จะควบคุมการปลูกถ่ายอวัยวะให้มีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์ให้ได้มากที่สุดหลักความยินยอมที่คุ้มครองบุคลากรทางแพทย์ในการดำเนินการปลูกถ่ายอวัยวะมิให้ต้องรับผิดชอบนั้นจะต้องประกอบด้วย 1. ผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม 2. ถ้ามีการให้การให้ความยินยอมแทนกฎหมายกำหนดให้บุคคลใดบ้างสามารถให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะแทนได้ 3. ระยะเวลาของการให้ความยินยอมนั้นต้องมีอยู่ก่อนหรือขณะที่จะดำเนินการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะ 4. วิธีการให้ความยินยอมมิได้กำหนดรูปแบบไว้ไว้แต่สำหรับการบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายควรทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือหากให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะด้วยวาจาต้องมีพยานอย่างน้อย 2 คนในขณะนั้นซึ่งจะต้องมีผู้ใช้ผู้ที่เป็นบุคลากรทางแพทย์ในการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะหรือผู้มีส่วนได้เสียจากการบริจาคอวัยวะ 5. ความยินยอมที่ได้ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหากประเทศไทยมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะก็จะเป็นการส่งเสริมและอำนวยความสะดวกในการปลูกถ่ายอวัยวะให้มีมาตรฐานเช่นในหลายๆประเทศที่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่าย ซึ่งนอกจากจะแก้ไขปัญหาของการขาดแคลนอวัยวะแล้วยังมีจุดประสงค์เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะอีกด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

สำหรับประเทศไทยนั้นปัจจุบันเป็นระบบใช้วิธีให้คน “เลือกเข้าร่วม” (Opt-in) หรือ Contracting in) ให้ผู้ที่ประสงค์จะบริจาคอวัยวะ แสดงความจำนงค์ให้ความยินยอมล่วงหน้าก่อนที่จะถึงความตาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าระบบนี้เพียงระบบเดียวคนส่วนใหญ่ไม่น่าให้ความสนใจในเรื่องการแสดงความจำนงค์ล่วงหน้าสำหรับการบริจาคอวัยวะไม่ว่าจะกรณีใดๆ ตัวอย่างเช่นใน 100 คนถ้าทำแบบ opt-in “เลือกเข้าร่วม” อาจจะมีคนบริจาค 5 คน (คือไม่บริจาค 95) หากนำระบบการ “ถอนตัวออก” opt-out มาใช้ประกอบให้ประเทศไทยมีการปลูกถ่ายอวัยวะแบบระบบผสมเช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์ก็จะมีคนแจ้งถอนตัวออกกว่าจะ “ไม่บริจาค” น้อยกว่า 95 คนเพราะเหตุผลนี้รัฐบาลจึงอาจนำมาเป็นกุศโลบายในการกระตุ้นให้คนบริจาคอวัยวะมากขึ้นด้วยการใช้หลักความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Presumed consent) คือ กำหนดให้ประชาชนทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะโดยอัตโนมัติ และถือว่าให้แพทย์ สามารถนำอวัยวะบางอย่างเช่นไตออกจากผู้ที่สมองตายได้เลยถือเป็นข้อสันนิษฐานว่าคนที่ตายทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะซึ่งถือหลัก Presumed consent คือถ้าประชาชนไม่มาแจ้งถอนสิทธิ์ แสดงว่ายินยอมที่จะกระทำการนั้นๆคือการบริจาคอวัยวะและให้คนที่ไม่มีมติที่จะบริจาคอวัยวะไปแสดงความจำนงค์ถอนชื่อของตนเองออก หรือเรียกว่า การลงทะเบียนออก (Opt-out registers) ดังนั้นระบบนี้ประชาชนยังคงมีสิทธิ์ตัดสินใจในการจัดการร่างของตนเองหลังเสียชีวิตไม่ใช่การบังคับแต่อย่างใดแต่ก็อาจจะเพิ่มความยากในการปฏิเสธ ในส่วนเรื่องที่กำลังกล่าวจะมีการฆาตกรรมเพื่อเอาอวัยวะนั้นผู้เขียนเห็นว่า การปลูกถ่ายโอนอวัยวะนั้นมีขั้นตอนที่ซับซ้อนไม่ใช่ใครก็ได้ที่จะให้อวัยวะกันได้ง่ายๆ เนื่องจากยังต้องมีการตรวจความเข้ากันได้ของหมู่เลือดและอวัยวะด้วยการจับให้คนสองคนที่สามารถแลกเปลี่ยนอวัยวะกันได้ไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะกระทำได้เพราะมีปัจจัยทางชีววิทยาเยอะซึ่งเป็นเรื่องทางการแพทย์ ดังนั้นถ้าจะมีการฆาตกรรมจริงแปลว่าต้องรู้ละเอียดมากกว่าคนที่ตายนั่นอวัยวะเข้ากันกับผู้ป่วยที่รอรับอวัยวะได้สมบูรณ์กับผู้รับแน่นอนซึ่งการวินิจฉัยสมองตายนั่นจะต้องกระทำโดยองค์คณะของแพทย์ไม่น้อยกว่า 3 คน และต้องไม่ประกอบด้วยแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะรายนั้นหรือแพทย์ที่ดูแลผู้ป่วยที่ต้องการอวัยวะไปปลูกถ่าย¹⁸⁵

ประเทศไทยนั้นควรควรมีการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการควบคุมกระบวนการขั้นตอนการปลูกถ่ายอวัยวะ โดยออกกฎหมายเฉพาะเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับบุคลากรทางการแพทย์และประชาชนทั่วไปได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ผู้เขียนจึงเสนอเป็น ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปลูกถ่ายอวัยวะและการบริจาคอวัยวะมนุษย์หลังการตายเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาล เพื่อ

¹⁸⁵ ข้อ 5 แห่งประกาศแพทยสภาที่ 7/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย

แก้ปัญหาเรื่องความยินยอมที่ไม่ชัดเจนในการบริจาคอวัยวะ บุคลากรทางการแพทย์ไม่ได้รับการคุ้มครองหากทำการปลูกถ่ายอวัยวะที่นำไปสู่การขาดแคลนอวัยวะแล้ว ทั้งนี้บทบัญญัติเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะที่ศึกษาในส่วนของกฎหมายต่างประเทศยังพบว่า จะกำหนดการห้ามซื้อขายอวัยวะ ข้อยกเว้นความรับผิดชอบของบุคลากรทางการแพทย์ และระบุถึงรายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับบุคคลผู้ซึ่งสามารถให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะว่าใครสามารถบริจาคอวัยวะได้บ้าง มีวิธีการแสดงเจตจำนงบริจาคอวัยวะอย่างไร หรือบุคคลใดเป็นผู้มีอำนาจในการบริจาคอวัยวะในกรณีและผู้ตายไม่ได้แสดงเจตนาบริจาคไว้ก่อนตาย และรวมถึงเด็กหรือผู้เยาว์ก็สามารถบริจาคอวัยวะได้ด้วย

ผู้เขียนเห็นว่าหากจะให้เกิดสภาพบังคับใช้ทางกฎหมาย มีกรอบกฎหมายที่ชัดเจนควรที่จะยกระดับข้อบังคับและระเบียบดังกล่าวขึ้น โดยตราเป็น “พระราชบัญญัติว่าด้วยการปลูกถ่ายอวัยวะและการบริจาคอวัยวะมนุษย์หลังการตายเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาล” เป็นกฎหมายเฉพาะ โดยบัญญัติให้มีสาระสำคัญ ตามแนวทางของ WHO เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ (WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation) ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาเฉพาะในส่วนของความยินยอมจึงขอเสนอร่างกฎหมายเพียงแต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมเท่านั้น โดยร่างกฎหมายมีชื่อว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการปลูกถ่ายอวัยวะและการบริจาคอวัยวะมนุษย์หลังการตายเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาล” มีใจความสำคัญดังนี้

มาตรา 1 บุคคลถึงแก่ความตายเมื่อ

- (1) มีการหยุดทำงานของระบบไหลเวียนเลือดในร่างกายที่ไม่สามารถแก้ไขได้
- (2) ระบบสมองของบุคคลนั้นหยุดทำงานและไม่สามารถกลับมาทำงานได้อีก

มาตรา 2 ห้ามกระทำโดยปราศจากความยินยอม

อวัยวะนั้นอาจนำมาจากศพเพื่อใช้ในการปลูกถ่ายได้ ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ตาย หรือไม่มีเหตุที่เชื่อได้ว่าผู้ตายเคยปฏิเสธหรือไม่ยินยอมให้นำอวัยวะออกขณะที่ยังมีชีวิตอยู่

มาตรา 3 ผู้ที่สามารถบริจาคอวัยวะ

- (1) ก่อนเสียชีวิตผู้ที่บรรลุนิติภาวะอาจยินยอมบริจาคให้มีการนำออกและการใช้อวัยวะใดของร่างกายหลังจากการเสียชีวิตเพื่อการปลูกถ่าย
- (2) ญาติของผู้ที่เสียชีวิตที่ได้รับการวินิจฉัยแล้วว่าสมองตาย

มาตรา 4 วิธีการบริจาค

- (1) ผู้ประสงค์จะบริจาคอวัยวะของตนหลังตายเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาล ต้องแสดงความจำนงเป็นลายลักษณ์อักษรหรือบันทึกลงในบัตรประจำตัวของผู้บริจาค
- (2) กำหนดไว้ในหนังสือพินัยกรรม
- (3) ระหว่างการเจ็บป่วยหรือการบาดเจ็บของผู้บริจาคโดยการสื่อสารรูปแบบใด ๆ

มาตรา 5 การให้ความยินยอมโดยญาติสนิทของผู้ตายจะมีผลบังคับใช้ทันทีก่อนที่ผู้ตายจะเสียชีวิต เนื่องจากผู้ตายไม่ได้แสดงเจตจำนงค์ไว้ก่อนตาย

ญาติสนิทได้แก่

(1) คู่สมรสตามกฎหมายรวมทั้งผู้ที่อยู่กินฉันสามีหรือภริยาหรือมีความสัมพันธ์ซึ่งมีลักษณะเฉพาะของความสัมพันธ์ระหว่างคู่ครองและอาศัยอยู่ด้วยกัน

(2) ผู้สืบสันดาน

(3) บิดามารดา

(4) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน

(5) พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน

(6) ปู่ ย่า ตา ยาย

(7) ลุง ป้า น้า อา

มาตรา 6 หากผู้บริจาครได้ทำการบริจาคอวัยวะหรือแก้ไขการบริจาคอวัยวะแล้วบุคคลอื่นจะไม่สามารถแก้ไขแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาคตนั้นได้

มาตรา 7 ถ้าเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาลมีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่าสถานการณ์ที่ใช้บังคับกับการตายของบุคคลนั้นเป็นเช่นนั้นที่เจ้าหน้าที่ชันสูตรศพมีอำนาจพิจารณาดีในลักษณะและสาเหตุของการเสียชีวิตของบุคคลนั้น เจ้าหน้าที่ควบคุมจะไม่อนุญาตให้มีการผ่าตัดอวัยวะใด ๆ ออกจากร่างกายของผู้ตายได้เว้นแต่เจ้าหน้าที่ชันสูตรศพได้ให้ความยินยอมให้นำออก

มาตรา 8 ในกรณีการตายโดยผิดธรรมชาติซึ่งต้องชันสูตรพลิกศพและแพทย์วินิจฉัยว่ามีอวัยวะเนื้อเยื่อที่อาจเป็นประโยชน์แก่การรักษาพยาบาล ซึ่งผู้ตายไม่ได้แสดงความจำนงในการบริจาคอวัยวะเอาไว้ล่วงหน้า ให้มีการแจ้งต่อหน่วยงานหรือองค์กรที่สภาากาชาดไทย ประกาศกำหนดดำเนินการจัดเก็บรักษาและบันทึกการเก็บรักษาอวัยวะเนื้อเยื่อ นั้นไว้ รวมทั้งดำเนินการแจ้งและขอความยินยอมจากบุคคลตามมาตรา 5 โดยมีชักเข้าภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หลักเกณฑ์และวิธีการจัดเก็บรักษาอวัยวะหรือเนื้อเยื่อให้เป็นไปตามระเบียบที่สภาากาชาดไทยประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของแพทยสภา

มาตรา 9 ผู้กระทำการเก็บรักษาอวัยวะหรือเนื้อเยื่อจากผู้ถึงแก่ความตาย ซึ่งปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและได้พ้นความรับผิดชอบ

ผู้เขียนขอเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1649 อำนาจและหน้าที่ในอันที่จะจัดการศพของผู้ตายที่กำหนดถึงเรื่องการจัดการศพของผู้ตายให้เป็นไปตามความต้องการของผู้ตายเพียงอย่างเดียวนั้นให้รวมถึงอำนาจในการจัดการให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะของผู้ตาย โดยเป็นอำนาจของทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629

การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1645 ที่ได้กำหนดไว้ว่าเมื่อการตายให้มรดกตกทอดแก่ทายาท ซึ่งสิ่งที่กฎหมายมรดกกำหนดให้ตกทอดทอดแก่กันนั้นจะจำกัดเฉพาะทรัพย์หรือทรัพย์สิน ซึ่งในทำนองเดียวกันบุคคลอาจทำพินัยกรรมกำหนดการเผื่อตายนอกเหนือจากเรื่องทรัพย์หรือการต่างๆไว้ให้มีผลเมื่อเสียชีวิต เช่นการบริจาคอวัยวะด้วยก็ได้

นอกจากนี้ผู้เขียนขอเสนออีกช่องทางวิธีการบริจาคอวัยวะก่อนเสียชีวิต คือผู้บริจาคอาจทำเป็นลายลักษณ์แสดงว่าผู้บริจาคได้ทำขึ้นของเพื่อพิมพ์ลงบนใบอนุญาตขับขี่ซึ่งเป็นการเพิ่มจำนวนผู้บริจาคอวัยวะได้เนื่องจากอัตราการเสียชีวิตจากอุบัติเหตุการขับขี่ยานพาหนะในประเทศไทยนั้นค่อนข้างมีจำนวนมาก เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา Uniform การบริจาค Act 1987 มาตรา 5 ที่กำหนดวิธีการบริจาคอวัยวะก่อนตาย¹⁸⁶เอาไว้และยังกำหนดเพิ่มเติมว่าเมื่อโรงพยาบาลบอกกล่าวถึงบุคคลที่ใกล้จะเสียชีวิตไปยังองค์กรจัดสรร ต้องทำการค้นหามหาวิทยาลัย (หน่วยงานของรัฐของยานยนต์) และทะเบียนผู้บริจาคที่ทราบว่ามีอยู่สำหรับพื้นที่ซึ่งแต่ละคนอาศัย เพื่อยืนยันว่าบุคคลนั้นได้ทำการบริจาคร่างกายหรืออวัยวะหรือไม่¹⁸⁷ซึ่งควรนำมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับบริบทสังคมไทยและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้เหมาะสม

¹⁸⁶ Section 5 Manner of making Anatomical Gift before donor's death. In this Uniform Anatomical Gift Act 1987 (Last Revised or Amended in 2009)

¹⁸⁷ Section 14 Right and Duties of procurement organization and other .of this Uniform Anatomical Gift Act 1987 (Last Revised or Amended in 2009)

บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกววงศ์. **ความยินยอมในกฎหมายอาญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.
- ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560
- ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2551 เรื่องการตายของบุคคล
- ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549
- คณิต ณ นคร. **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551.
- คณิต ณ นคร. **กฎหมายอาญาภาคความผิด**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2545.
- โครงการวิจัย. **แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเฉพาะ : ศึกษากรณีวิชาชีพนายความและวิชาชีพแพทย์**. มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- จิตติ ดิงศภัทัย. **กฎหมายอาญาภาค1**. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2546.
- จิตติ ดิงศภัทัย. **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 3 และภาค 3**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. **ทางออกของแพทย์ในกรณีการปลูกถ่ายอวัยวะของมนุษย์**. **วารสารนิติศาสตร์** 21.(1 มิถุนายน 2536): หน้า 25-261.
- ธีรโชติ ไผ่สุรัตน์. **หลักความจำเป็นที่ขบด้วยกฎหมาย : ศึกษาความผิดฐานเปิดเผยความลับกรณีแพทย์กับการเปิดเผยความลับของผู้ป่วย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก**. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2537.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส, และ อเนก ยมจินดา. **กฎหมายการแพทย์**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2540.
- ประกาศแพทยสภาที่ 7/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- ประมวลกฎหมายอาญา
- ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญา**. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- พจน์ ปุชปาคม. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดแก้ไขเพิ่มเติม**. พระนคร: โรงพิมพ์ไทยมิตรการพิมพ์, 2509.

พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534.

พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, นริศรา แดงไผ่.เอกสารประกอบการเรียนการสอนหน่วยที่3 หลักความยินยอม.

ค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2560 จาก

<http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex%2040701-3.pdf>.

พินิจ ทิพย์มณี.การวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการตายของประเทศไทย. รายงาน

ผลการวิจัย. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553.

เพ็ญ เพ็ญนิต. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่พ.ศ. 2543. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อทธยา, 2543.

ไพจิตร ปุณณพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 14.

กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2558.

ไพศาล ลิ้มสถิตย.สิทธิปฏิเสธรักษาของผู้ป่วยตาม พ.ร.บ.สุขภาพแห่งชาติ 2550. ใน ก่อนวันผลิต

ใบ หนังสือแสดงเจตนาการจากไปในวาระสุดท้าย, กรุงเทพมหานคร: บริษัท เอมี เอ็นเตอร์

ไพรส์จำกัด, 2552: หน้า 89-117.

เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ. กฎหมายกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรม. กรุงเทพมหานคร: บุ๊คเน็ต, 2549.

ระเบียบสภาอากาศไทยว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย พ.ศ. 2545.

รุจิระ บุณนาค.ปัญหาทางกฎหมายในการบริจาคอวัยวะ, ม.ป.ป, ค้นวันที่ 25 มีนาคม 2561 จาก

<http://www.marutbunnag.com/article/459/>.

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. สุขภาพกับกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.

วิมลพงศ์ วิบูลย์วงศ์. การคุ้มครองสิทธิผู้ป่วยกรณีการรักษาพยาบาล, เอกสารวิชาการส่วนบุคคล,

วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2556.

ศักดา สติรเรืองชัย. ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติทั่วไป. เวชบัณฑิตศิริราช. 6

(กรกฎาคม-ธันวาคม 2556) : หน้า 94-99.

ศักดิ์ สมองชาติ. คำอธิบายโดยย่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และความรับผิดทางละเมิด

แก้ไขเพิ่มเติม. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2547.

ศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย. คู่มือการดูแลผู้บริจาคอวัยวะที่มีภาวะสมองตายและ

ประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะ. 2560.

สุทธิพงษ์ กิจชัยเจริญพร. ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวของตัวแทนผู้ป่วย. วารสารบัณฑิตศึกษา

นิติศาสตร์ .9 และฉบับที่ 1 (2558): 178-189.

สุพรพรรณ กิจบรรยงเลิศ. การให้คุณค่าและความเชื่อเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ และบทบาท

พยาบาล ในการส่งเสริมการตัดสินใจของครอบครัวผู้ป่วยที่มีโอกาสบริจาคอวัยวะ ตาม

- การรับรู้ของครอบครัวและพยาบาล.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2557.
- สุภัทสร ภูเจริญศิลป์. **ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (Der allgemeine rechtfertigende notstand) ตามกฎหมายอาญาเยอรมัน. **ตุลพาท.54** (2560): 218-235.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ตามกฎหมายอาญาเยอรมัน. **บทบัณฑิตย.** 60 (ธันวาคม 2547): 161-171.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. **นิติเวชศาสตร์ และกฎหมายการแพทย์.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. **หลักกฎหมายอาญา.** พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. การนำอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่ การซื้อขายอวัยวะและความผิดฐานทำร้ายร่างกาย. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 19(2532):1-35
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ความยินยอมเพื่อรับการรักษากับการรักษาพยาบาลเชิงพาณิชย์. **Public Health & Health Laws Journal.** 2 (พฤษภาคม- สิงหาคม 2558):136-148.
- Academy of Medical Royal Colleges. **A code of practice for the diagnosis and confirmation of death.** PPG Design and Print Ltd, 2008
- Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine:
- Convention on Human Rights and Biomedicine
- Declaration of Helsinki (2008).
- Family Law Reform Act 1969.
- Federal Act on the Transplantation of Organs, Tissues and Cells (2004).
- German Criminal Code, German Criminal Code.
- Transplantationsgesetz (TPG) 1997.
- Harvard Ad Hoc Committee on Brain Death
- Human Tissue (Scotland) Act.
- Human Tissue Act 1982.
- Human tissue act 1983.
- Human Tissue Act 2004.
- Human Tissue Authority. Code A Guiding principle and the fundamental principle of

consent.2017.

Human Tissue Authority. Code F Donation of solid organs and tissue for Human Transplantation (Wales) Act 2013.

J. R. Rodriguea, D. L. Cornellb and R. J. Howardc. The Instability of Organ Donation Decisions by Next-of-Kin and Factors That Predict It. **American Journal of Transplantation**.8 (2008):2661-2667.

JENS TIMMERMANN. **Kant's Groundwork of the Metaphysics of Morals**. United States of America: Cambridge University Press, New York,2007.

Lock, Margaret M. **Twice dead: organ transplants and the reinvention of death**. Berkeley University of California Press.2002.

Office of the Chief Health Officer. **Deceased Organ and Tissue Donation - Consent and Other Procedural Requirements**. 2013.

Review of deceased organ donation and transplantation rates, initial report to Minister of Health. MINISTRY OF HEALTH, 2016.

Sexual Offences Act 2003.

The Indian Penal Code, The Indian Penal Code.

The Medical (Therapy, Education and Research) Act (MTERA).

The statues of republic of Singapore Human Organ Transplant Act (Chapter 131A) (2012).

The Uniform Determination of Death Act (UDDA) 1970.

UNESCO Declaration on the Human Genome and Human Rights, (1997).

Uniform Anatomical Gift Act 1987 (Last Revised or Amended in 2009)

Universal Declaration of Human Rights (2491)

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

ณัฐวีร์ อสีพงษ์

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยบูรพา 2558

ประสบการณ์การทำงาน

