

ปัญหาการแสดงเจตนาเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2561

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PROBLEMS ON DECLARATION OF ORGAN DONATION FOR TRANSPLANTATION



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
Common Course
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2018
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาการแสดงเจตนาเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย
โดย	น.ส.ณัฐนิชา ชัมมะรัตน์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์)	
.....	กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ศาสตราจารย์แสง บุญเฉลิมวิภาส)	
.....	กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ นายแพทย์วิศิษฎ์ ฐิตวัฒน์)	

ณัฐนิชา ชัมมะรัตน์ : ปัญหาการแสดงเจตนาเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย . (PROBLEMS ON DECLARATION OF ORGAN DONATION FOR TRANSPLANTATION) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ศ.ดร.ศนันท์ภรณ์ โสติพิพันธุ์

การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้น แม้เป็นการแสดงเจตนาของผู้บริจาคแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่นอกเหนือจากผู้บริจาคเองแล้ว ทายาทถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการแสดงเจตนาของผู้บริจาค และแพทย์ผู้เป็นตัวกลางในการผ่าตัดนำเอาอวัยวะไปเพื่อทำการปลูกถ่ายนั้นย่อมมีส่วนเกี่ยวข้องกับผลของการแสดงเจตนาของผู้บริจาคด้วยทั้งสิ้น และเนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายไว้อย่างชัดเจน จึงก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ อันส่งผลกระทบต่อความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิของทายาทในการให้ความยินยอมเพื่อปลูกถ่ายอวัยวะ และการกระทำของแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายด้วย

จากการศึกษาพบว่า การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะจะสามารถนำหลักนิติกรรมมาใช้เฉพาะนิติกรรมฝ่ายเดียว กล่าวคือ พินัยกรรม โดยการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะตามรูปแบบของการบริจาคในประเทศไทยนั้น ถือเป็นพินัยกรรมแบบธรรมดา หรือในกรณีที่มีผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคโดยไม่กำหนดแบบฟอร์มที่ศูนย์บริจาคกำหนดย่อมอาจเข้าลักษณะของพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับได้ และไม่สามารถเป็นพินัยกรรมรูปแบบอื่นได้อีก ในขณะที่การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะไม่อาจเป็นสัญญาได้ เนื่องจาก การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ ไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมาย เพราะผู้บริจาคสามารถถอนการแสดงเจตนาของตนได้ทุกเมื่อตราบเท่าที่ตนยังมีชีวิตอยู่ อย่างไรก็ดี แม้การแสดงเจตนาบริจาคอาจถือเป็นพินัยกรรม แต่มีข้อจำกัดบางประการที่เกี่ยวกับ "สิทธิบุคคลภาพ" ของผู้บริจาค อันเป็นสิทธิในชีวิตและร่างกาย ที่เป็นสิทธิเด็ดขาด และไม่อาจจำหน่าย จ่าย โอน ได้ จึงต้องมาพิจารณาถึงลักษณะของการบริจาคอีกทางหนึ่ง โดยอาศัยสิทธิของผู้บริจาคเป็นหลักในการพิจารณา คือ "หลักความยินยอม" ซึ่งหลักการนี้ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 9 กล่าวคือ ความตกลงหรือความยินยอม สำหรับการกระทำที่ต้องห้ามโดยชัดแจ้งของกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้ เมื่อพิจารณาถึงการที่ผู้บริจาคยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดนำอวัยวะของตน เป็นการยินยอมของผู้บริจาคด้วยความเต็มใจ อันเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ ทั้งเจตนาของการบริจานั้นเพื่อนำไปปลูกถ่ายอวัยวะอันเป็นเจตนาเพื่อช่วยเหลือผู้อื่นต่อไป โดยผู้บริจาคหาได้รับประโยชน์ตอบแทนใดๆ ไม่ เมื่อการบริจาคไม่ใช่การซื้อขาย ความยินยอมของผู้บริจาคในการบริจาคอวัยวะของตนจึงเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะจึงถือเป็นความยินยอมอย่างหนึ่งที่ไม่ใช่นิติกรรม ในขณะที่เดียวกัน การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะไม่ใช่เรื่องเฉพาะตัวของผู้บริจาค เนื่องจากผลของสิทธิบุคคลภาพอาจก่อความเสียหายให้แก่ทายาทได้ ดังนั้น ทายาทจึงมีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะด้วย อันเป็นเรื่องของการขอความยินยอมจากทายาทก่อนแพทย์จะทำการผ่าตัดอวัยวะ ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษารักษารายรธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 อย่างไรก็ดีข้อบังคับดังกล่าว หากได้กำหนดว่าทายาทคนใดที่มีสิทธิในการให้ความยินยอม นอกจากนั้นการผ่าตัดอวัยวะเป็นการกระทำโดยแพทย์ซึ่งใช้หลักเกณฑ์แทนสมมติตาย ที่กำหนดใน ประกาศแพทยสภาที่ 7/2554 เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมมติตาย มากำหนดเกี่ยวกับการผ่าตัดอวัยวะ แต่เมื่อพิจารณาแล้วการกระทำของแพทย์อาจครอบคลุมถึงประกอบความรับผิดชอบและทางอาญา อันอาจก่อให้เกิดแพทย์มีความเสี่ยงที่ต้องรับผิดชอบได้ เนื่องจากไม่มีบทกฎหมายใดที่กำหนดยกเว้นความรับผิดของแพทย์เป็นการเฉพาะ

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่าไม่มีประเทศใดนำเอาหลักนิติกรรมหรือสัญญามาใช้กับการบริจาคอวัยวะ ทั้งนี้ประเทศเยอรมัน และ รัฐนิวเจอร์ซีย์ มีการกำหนดให้ผู้บริจาคสามารถแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะผ่านทางพินัยกรรม และ Living Will อันเป็นเอกสารแสดงเจตนาในระหว่างมีชีวิตที่พินัยกรรมชีวิตได้ ในขณะที่ประเทศไทยเกี่ยวกับเรื่อง Living Will นั้น ไม่มีการกำหนดเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะใน Living Will แต่อย่างใด ในส่วนของทายาท ประเทศเยอรมัน และ รัฐนิวเจอร์ซีย์ กำหนดลำดับชั้นของทายาทที่มีสิทธิเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะไว้ในกฎหมาย อันเป็นกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ ในส่วนของประเทศไทยสืบไปนั้น การบริจาคอวัยวะไม่ถือเป็นการแสดงเจตนาเพราะเนื่องจากรูปแบบของการบริจาคเป็นระบบสันนิษฐาน กล่าวคือกฎหมายสันนิษฐานว่าพลเมืองชาวสิงคโปร์ทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะ การบริจาคจึงเป็นสิทธิของรัฐ

ผู้เขียนเห็นว่า แม้มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะในประเทศไทย แต่กฎหมายดังกล่าวอยู่ในลักษณะของข้อบังคับ และประกาศ อีกทั้งกฎหมายดังกล่าวนี้ยังแยกกันคนละฉบับ ก่อให้เกิดความไม่เป็นเอกภาพทางกฎหมาย จึงควรมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะไว้เป็นการเฉพาะในรูปแบบของพระราชบัญญัติเหมือนดังเช่นในต่างประเทศ เพื่อรวมหลักเกณฑ์ วิธีการ รูปแบบ สิทธิของผู้บริจาค ทายาท และแพทย์ไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน และเพื่อคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องด้วยกันทุกฝ่าย



สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2561

ลายมือชื่อนิติสดี
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6085968234 : MAJOR LAWS

KEYWORD: organ donation, Donation, organ transplantation

Nutnicha Khummarat : PROBLEMS ON DECLARATION OF ORGAN DONATION FOR TRANSPLANTATION. Advisor: Prof. Sanunkorn Sotthibandhu, Dr.Jur.

Though expressing intention to be an organ donor for transplantation is an intention of a donor unilaterally, in addition to the donor, descendants are considered stakeholders in the expressed intention as well. In the meantime, doctors who are the mediator of organ transplantation also play their parts in the consequence of the expressed intent of donors. Since there have not been any laws governing organ donation for transplantation outstandingly, problems about expressing donation intention of organs can be observed, causing effect on ambiguity related to rights of descendants to give consent for organ transplantation and the action of doctors who do organ operation for transplantation.

Based on studies, it has been found that the expressed intention to be an organ donor can employ the principle of juristic act, in particular the unilateral juristic act. That is a will. Expressing organ donation intention according to the donation pattern in Thailand is considered a simple will. In case donors wish to donate but do not follow the template that a donation center provides, this may be considered as a self-written will and cannot be other types of wills. Expressing organ donation intention cannot be a contract since there is no law enforcement as donors can withdraw their intention at all times as long as they are alive. Though expressing organ donation intention can be considered a will, something should be considered is that organ donation is related to " the right of persons " of donors in their lives and bodies which considered the absolute right that cannot be sold, disposed, or transferred. Therefore, consideration should be taken into characteristics of donation by using mainly the right of donor for consideration. That is " Volenti non fit injuria ". This principle was prescribed in the Unfair Contract Terms Act B.E.2540 (1997), Section 9 that the agreement or consent of the injured party to an action clearly prohibited by law or which is contrary to public order or good morals shall not be raised as a defense to exclude or restrict the tortious liability. Consideration taken into the way that a donor agrees to have a doctor to do an operation taking his/her organs, it is an agreement or consent of the donor in a willing manner. It is deemed as innocent consent. The intention to donate organs is for transplantation which is the intention for helping other people while donors do not receive any benefits in return. As donation is not a matter of selling and buying, consent of donors who wish to donate their organs is not contrary to good morals. Expressing organ donation intention is the consent that does not include in a juristic act. Meanwhile, expressed intent to donate organs is not individual matter of donors since the consequence of the right of person can probably cause damage to descendants. As a result, descendants involve with organ donation as well. This is a matter of asking for consent from descendants before doctors do organ operation. It is prescribed in the regulation of the Medical Council of Thailand on ethics conservation of medical profession (No.5) B.E.2560 (2017). However, this regulation did not specify which descendants shall have the right to give consent. Besides, organ operation is done by doctors based on the criteria for brain stem death or brain death as prescribed in the notification of the Medical Council of Thailand No. 7/2554 (2011) on criteria and diagnosis of brain death to determine organ operation. The action of doctors may probably cover the component of liability for wrongful act and criminal act, causing doctors to have liability risks since there are no laws specifying the exception of doctor's liability in particular. In relation to studying international laws, it has been found that there is no country employing the principle of juristic act or contract to organ donation. Germany and New York State specify donors to express their intent to donate their organs through their wills and living wills. A living will is a legal document providing instructions regarding the medical care a person wishes to receive if he or she becomes incapacitated or seriously ill and cannot communicate their preferences themselves. In Thailand, in case of a living will, there is no specification about organ donation. With regard to descendants, Germany and New York State specify the hierarchy of descendants who have rights related to organ donation in the law that specifically governs organ donation. In Singapore, organ donation is not considered expressing intention as the pattern of donation is a presumption system. Namely, a law presumes that all Singapore's population is organ donors. Donation is the state's right.

The author has seen that though laws related to organ donation are available in Thailand, those laws are classified as regulations and notifications. Meanwhile, those laws are separated, causing legal disunity. Therefore, a law should be specifically prescribed in the form of an act similar to those of foreign countries so as to collect principles, methods, patterns, and rights of donors, descendants and doctors in the same law to protect all related parties.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2018

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยความกรุณาจากผู้มีพระคุณหลายท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์ เป็นอย่างสูงที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ให้คำแนะนำ และคอยสนับสนุนทางด้านงานเขียน และกำลังใจ ตลอดจนมอบความรู้ ข้อคิดที่เป็นประโยชน์ แนวทางในการแก้ปัญหาต่ออุปสรรคต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นตลอดระยะเวลาทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอขอบพระคุณที่ได้สละเวลาอันมีค่า ในการตรวจ และแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อย่างจริงจัง และเอาใจใส่เสมอมา ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ ที่ให้ความกรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ นายแพทย์วิศิษฐ์ ฐิตวัฒน์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่านได้ให้ความรู้ ข้อคิด คำแนะนำ และวิธีในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อย่างถูกต้อง ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ทุกท่านเป็นอย่างสูงที่เมตตาสละเวลาอันมีค่าเพื่อดำเนินการสอบวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ นายนิธิพัชร์ ชัมมะรัตน์ นางภาวิณี ชัมมะรัตน์ นางประไพ ชัมมะรัตน์ และนางณปภัช ชัมมะรัตน์ บิดามารดา และครอบครัวของผู้เขียน ที่เป็นกำลังใจในการฝ่าฟันอุปสรรค ตลอดระยะเวลาที่ผู้เขียนทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนคำแนะนำในการดำเนินชีวิตที่ถูกต้อง มาโดยตลอด

ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อนๆ นางสาวธัญญา ธรรมเจระจา ที่คอยเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนตลอดเวลา ตั้งแต่สอบเข้าศึกษาได้ จวบจนวันนี้ที่งานสำเร็จลุล่วงไปได้จากกำลังใจที่มอบให้แก่กันเสมอมา ขอขอบคุณที่อยู่เคียงข้าง และคอยฝ่าฟันอุปสรรคในทุกๆ ด้าน รวมถึงเป็นแรงบันดาลใจสำหรับการก้าวต่อไปในอนาคตด้วย

ผู้เขียนขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และเจ้าหน้าที่ทุกท่านในห้องหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สำหรับความช่วยเหลือ และคำแนะนำ ตลอดระยะเวลาที่ได้ศึกษา

คุณูปการใดๆ ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอมอบแต่ บิดา มารดา ครูอาจารย์ เพื่อน ทุกคนด้วยใจ ท้ายที่สุดผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะมีประโยชน์ที่จะนำไปใช้ในทางปฏิบัติได้ หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนต้องกราบขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย

ณัฐณิชา ชัมมะรัตน์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	4
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	5
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	5
1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง.....	6
บทที่ 2 ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายในประเทศไทย.....	12
2.1 ความนำ.....	13
2.2 รูปแบบ และ วิธีการในการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายในประเทศไทย.....	16
2.2.1 รูปแบบของการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย.....	17
2.2.1.1 รูปแบบ opting-in หรือ การสมัครใจเข้าร่วมบริจาคอวัยวะ.....	17
2.2.1.2 รูปแบบ opting-out หรือ การปฏิเสธเข้าร่วมบริจาคอวัยวะ.....	17
2.2.1.3 รูปแบบ Mandated Choice หรือ การบังคับให้ทุกคนแสดงความประสงค์ในการบริจาด.....	17
2.2.2 วิธีการในการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย.....	18

2.3 สถานะทางกฎหมายของอวัยวะ	19
2.3.1 สถานะของอวัยวะในทางอาญา.....	19
2.3.2 สถานะของอวัยวะในทางแพ่ง	26
2.4 นิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ.....	35
2.4.1 สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก	36
2.4.1.1 ลักษณะทั่วไปของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก.....	37
2.4.1.2 ลักษณะของบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์	38
2.4.1.3 การแสดงเจตนาเข้าถือประโยชน์.....	43
2.4.1.4 การเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอก.....	46
2.4.2 สัญญาให้	49
2.4.2.1 ลักษณะสำคัญของสัญญาให้.....	50
2.4.2.2 รูปแบบของการให้ : การส่งมอบ	52
2.4.2.3 การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย	56
2.4.2.3.1 นิยามของการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย	56
2.4.2.3.2 องค์ประกอบ และ ผลของการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย	58
2.4.3 มรดก และ พินัยกรรม	59
2.4.3.1 สถานะของอวัยวะในฐานะทรัพย์สินมรดก.....	60
2.4.3.2 พินัยกรรม	61
2.4.3.2.1 ความหมายของพินัยกรรม	62
2.4.3.2.2 ความสัมพันธ์ของหนังสือบริจาค์กับแบบของพินัยกรรม	66
2.5 ความยินยอม.....	73
2.5.1 เหตุผลและความจำเป็นที่ต้องการความยินยอม และผลของการได้รับความยินยอม... 74	
2.5.2 องค์ประกอบของความยินยอมที่ถูกต้องตามกฎหมาย.....	75
2.5.3 ลักษณะของความยินยอม	77

2.5.4	ข้อยกเว้นของหลักความยินยอม	78
2.5.5	ความยินยอมในประเทศไทย	80
2.6	กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ	81
2.6.1	ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560.....	82
2.6.2	ระเบียบสภาอากาศาตไทย ว่าด้วยศูนย์บริจาคอวัยวะ พ.ศ. 2545	86
บทที่ 3	การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายในกฎหมายต่างประเทศ	88
3.1	กฎหมายเยอรมัน	88
3.1.1	ความคิดพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง.....	89
3.1.2	กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ.....	89
3.1.2.1	สาระสำคัญของกฎหมาย The German Organ Transplantation Act ค.ศ. 2012 หรือ TPG.....	90
3.1.2.2	ขั้นตอนในการบริจาคอวัยวะของประเทศเยอรมัน	93
3.1.3	ประเด็นเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาของผู้บริจาค และสิทธิในการยกเลิกการบริจาค ของทายาท หรือ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง	94
3.1.4	สถานะของการบริจาคอวัยวะในประเทศเยอรมัน	97
3.1.4.1	สถานะของอวัยวะตามกฎหมายเยอรมัน	98
3.1.4.2	สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกตามกฎหมายเยอรมัน	98
3.1.4.3	สัญญาให้ตามกฎหมายเยอรมัน	99
3.1.4.4	หลักพินัยกรรมตามกฎหมายเยอรมัน	100
3.1.4.4.1	พินัยกรรม.....	101
3.1.4.4.2	สัญญาให้ทรัพย์สินมรดก.....	103
3.2	กฎหมายสิงคโปร์	105
3.2.1	ความคิดพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง.....	106
3.2.2	กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ.....	108

3.2.2.1	สาระสำคัญของกฎหมาย Medical (Therapy, Education and Research) Act ค.ศ.1972 หรือ MTERA และ Human Organ Transplant Act ค.ศ. 1987 หรือ HOTA)	109
3.2.2.2	ขั้นตอนในการบริจาคอวัยวะของประเทศสิงคโปร์	111
3.2.3	ประเด็นเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของผู้บริจาค และสิทธิในการยกเลิกการบริจาคของ ทายาท หรือ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง.....	112
3.2.4	สถานะของการบริจาคอวัยวะในประเทศสิงคโปร์.....	114
3.3	กฎหมายสหรัฐอเมริกา : รัฐนิวยอร์ก.....	116
3.3.1	ความคิดพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง.....	117
3.3.2	กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ.....	119
3.3.2.1	สาระสำคัญของกฎหมาย “New York Public Health Law” หรือ PHL..	122
3.3.2.2	ขั้นตอนในการบริจาคอวัยวะในประเทศสหรัฐอเมริกา : รัฐนิวยอร์ก.....	128
3.3.3	ประเด็นเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาของผู้บริจาค และสิทธิในการยกเลิกการบริจาค ของทายาท หรือ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง	129
3.3.4	สถานะของการบริจาคอวัยวะในประเทศสหรัฐอเมริกา : รัฐนิวยอร์ก.....	131
บทที่ 4	วิเคราะห์ปัญหาการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะตามกฎหมายไทย	135
4.1	ปัญหากฎหมายลักษณะทรัพย์.....	136
4.1.1	กรณีถือว่าอวัยวะเป็นทรัพย์.....	138
4.1.2	กรณีไม่ถือว่าอวัยวะเป็นทรัพย์	142
4.2	ปัญหาของการนำเอาผลตามกฎหมายลักษณะนิติกรรมมาใช้กับการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ	144
4.2.1	นิติกรรมฝ่ายเดียว : พินัยกรรม	146
4.2.2	นิติกรรมหลายฝ่าย : สัญญา.....	153
4.2.2.1	สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก.....	154
4.2.2.2	สัญญาให้.....	156

4.3 ปัญหาสิทธิของผู้บริจาค และสิทธิทายาทต่อการบริจาคอวัยวะ	162
4.3.1 สิทธิของผู้บริจาคเกี่ยวกับความยินยอมทางกฎหมาย	163
4.3.1.1 สิทธิของผู้บริจาค.....	165
4.3.1.2 ความยินยอมของผู้บริจาค.....	167
4.3.1.2.1 หลักความยินยอมทางแพ่ง	167
4.3.1.2.2 ความยินยอมทางอาญา.....	169
4.3.1.2.3 ความยินยอมทางการแพทย์	170
4.3.2 สิทธิของทายาทในความยินยอม.....	172
4.3.2.1 กรณีการบริจาคเป็นความยินยอมของผู้บริจาค.....	175
4.3.2.2 การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะถือเป็นพินัยกรรม	179
4.3.3 สิทธิของทายาทในการบริจาคอวัยวะแก่บุคคลอื่น เมื่อไม่ปรากฏเจตนาของผู้บริจาค.....	179
4.4 ปัญหาทางปฏิบัติของการบริจาคอวัยวะในประเทศไทย.....	183
4.4.1 ปัญหาลำดับชั้นของทายาทที่มีผลต่อการบริจาคอวัยวะ	183
4.4.2 ปัญหาการแสดงเจตนาบริจาคผ่าน Living Will.....	191
4.4.3 ภาวะแกนสมองตาย กับ การปลูกถ่ายอวัยวะ	193
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	204
5.1 บทสรุป	204
5.2 ข้อเสนอแนะ	210
บรรณานุกรม.....	216
ประวัติผู้เขียน.....	226

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้นสามารถทำได้หลากหลายวิธีด้วยกัน เช่น การแสดงเจตนาบริจาคที่ศูนย์รับบริจาคของทั้งภาครัฐและภาคเอกชนโดยตรง หรือ การแสดงเจตนาผ่านแบบฟอร์มของศูนย์รับบริจาคผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์¹ การกระทำผ่านวิธีการเหล่านี้มีความมุ่งหมายเพื่อเพิ่มจำนวนผู้บริจาคให้มากยิ่งขึ้น เนื่องจากอวัยวะที่ได้รับจากการบริจาคมักก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมหาศาล กล่าวคือ สามารถนำเอาอวัยวะทั้งหมดในร่างกายหรือเฉพาะที่บริจาคอันใช้ประโยชน์ได้ นำไปเปลี่ยนให้กับผู้ป่วยที่อวัยวะเสื่อมสภาพ² ซึ่งการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้นสามารถทำได้ทั้งขณะที่ผู้บริจาคมีชีวิต และหลังจากผู้บริจาคเสียชีวิตแล้ว ในส่วนประโยชน์ของการบริจาคอวัยวะนั้นคือการต่อชีวิตผู้ป่วยที่อวัยวะในร่างกายเสื่อมสภาพหรือไม่สามารถใช้งานได้ ทั้งนี้ในกรณีที่สามารถนำเอาอวัยวะมากกว่า 2 ชิ้นออกจากร่างกายเพื่อปลูกถ่าย ย่อมเป็นประโยชน์ต่อผู้รอรับการบริจาคมากกว่า 1 ชีวิต

อาจกล่าวได้ว่า ในประเทศไทยนั้นแม้มีวิธีการในการแสดงเจตนาบริจาคจะมีหลากหลายวิธี และผู้บริจาคสามารถเข้าถึงการแสดงความจำนงได้ง่ายยิ่งขึ้นผ่านวิธีการต่างๆ ตามที่ศูนย์รับบริจาคเป็นผู้กำหนด แต่แท้จริงแล้วผู้ที่สามารถตัดสินใจว่าอวัยวะจะตกอยู่แก่ผู้ใดหรือไม่นั้น ไม่ใช่ผู้บริจาค หากแต่เป็น “ญาติ” ทั้งนี้เนื่องมาจากหลายสาเหตุด้วยกัน กล่าวคือ แบบฟอร์มของศูนย์บริจาค เช่น ใบสำคัญอุทิศร่างกายเพื่อการศึกษาและวิจัยทางการแพทย์ ของสภาภษาคชาติไทย มีหมายเหตุว่า ทายาทมีสิทธิในการยกเลิกการอุทิศร่างกายเพื่อการศึกษาได้โดยชอบธรรม โดยทางศูนย์รับบริจาคของสภาภษาคชาติไทยจะไม่สามารถเรียกร้องสิทธิใดๆ ในร่างกายของผู้บริจาคได้ทั้งสิ้น และด้านล่างของแบบฟอร์มการบริจาคอวัยวะมีการกำหนดว่าผู้บริจาคได้ปรึกษาหารือกับครอบครัวก่อนแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะแล้ว นอกจากเรื่องแบบฟอร์มของศูนย์บริจาคแล้ว แนวปฏิบัติของการบริจาคอวัยวะ

¹ สภากาชาดไทย, "ขั้นตอนการบริจาคร่างกายเพื่อการศึกษา," (สภากาชาดไทย2561).[ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <https://www.redcross.or.th/donate/> [16 ตุลาคม 2561]

² Thai Campaign, "“พินัยกรรมอวัยวะ” แนวคิดที่อยากบอกว่า ‘แม้คุณจะมีศรัทธาใจบริจาคอวัยวะ แต่ถ้าญาติไม่ยอมก็เท่ากับคุณไม่ได้บริจาค,'" (Marketingopps2016).[ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <https://www.marketingoops.com/campaigns/local-campaigns/let-them-see-love-2016/> [16 ตุลาคม 2561]

วะในประเทศไทย คือ การกำหนดสิทธิและหน้าที่ของญาติเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตาย โดยญาติจะต้องแจ้งแก่ศูนย์บริจาคถึงความตายของผู้บริจาคพร้อมกันนั้นญาติยังต้องแสดงเจตนามอบอวัยวะแก่ศูนย์บริจาคผ่านหนังสือยินยอมอีกด้วย³ สิ่งเหล่านี้แสดงให้เห็นว่า หากญาติไม่ยินยอม หรือ ใช้มอบอวัยวะแก่ศูนย์รับบริจาคแล้ว ศูนย์รับบริจาคย่อมไม่สามารถนำเอาอวัยวะไปใช้ตามเจตจำนงของผู้บริจาคได้

ทั้งนี้จากสาเหตุที่ญาติมีสิทธิในการตัดสินใจขั้นสุดท้ายว่าอวัยวะจะตกเป็นของศูนย์รับบริจาคหรือตกแก่ผู้รับบริจาคหรือไม่นั้น ส่งผลถึงอัตราการใช้อวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายด้วย โดย ปัจจัยที่เป็นอุปสรรคของการขอรับบริจาคอวัยวะและการปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศไทย คือ ความยินยอมของญาติ ซึ่งปรากฏให้เห็นจากอัตราการขอบริจาคอวัยวะในประเทศไทยปี พ.ศ.2559 ที่มียอดขอการบริจาคอวัยวะทั้งหมด 717 คน คิดเป็นร้อยละ 73.5 เปอร์เซ็นต์ แต่ญาติที่ให้ความยินยอมและลงนามด้วยนั้นมีเพียง 178 คนคิดเป็นร้อยละ 18.2 เปอร์เซ็นต์เท่านั้น⁴ ซึ่งถือว่าเป็นจำนวนน้อยมากเมื่อเทียบกับจำนวนผู้รอการบริจาคอวัยวะ

อย่างไรก็ดีในประเด็นเรื่องสิทธิของทนายในการคัดค้านการบริจาคอวัยวะนั้นได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2508⁵ ในประเด็นที่เกี่ยวกับการบริจาคร่างกาย อันเป็นคดีที่โจทก์ฟ้องขอให้บังคับให้จำเลย(กรมมหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์)คืนศพบิดาโจทก์ให้แก่โจทก์ ในคดีนี้จำเลยต่อสู้ว่า โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง เพราะศพบิดาโจทก์ไม่ใช่ทรัพย์สินของโจทก์และบิดาโจทก์ได้ทำพินัยกรรมอุทิศศพของตนเองให้แก่จำเลยแล้ว ศาลฎีกาได้ตัดสินว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1646 นอกจากผู้ตายจะแสดงเจตนากำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สินแล้ว ยังแสดงเจตนาในการต่างๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายก็ได้ คำว่าการต่างๆ ตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น ก็

³ ภาควิชากายวิภาคศาสตร์ คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล มหาวิทยาลัยมหิดล, "รายละเอียดการบริจาคร่างกาย." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.si.mahidol.ac.th/sirirajhospital/รายละเอียดการบริจาคร่างกาย.pdf> [22 ตุลาคม 2561]

⁴ สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, "การศึกษาปัจจัยที่เป็นอุปสรรคต่อการขอรับบริจาคอวัยวะและการปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศไทย," (2555): หน้า 19.

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2508 วินิจฉัยว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1646 นอกจากผู้ตายจะแสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สินแล้ว ยังแสดงเจตนาในการต่างๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายก็ได้ คำว่า "การต่างๆ" ตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น ก็สุดแต่ผู้ตายจะได้แสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายในการต่างๆไว้ หากชอบด้วยกฎหมายแล้ว แม้จะไม่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ก็มีผลบังคับได้ตามพินัยกรรมเมื่อตนตายแล้ว และการต่างๆ นั้นมิใช่จะต้องมีกฎหมายระบุไว้ว่าเป็นการใดบ้าง ผู้ตายได้แสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายเกี่ยวกับศพของผู้ตายโดยอุทิศศพของผู้ตายให้แก่กรมมหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ โดยทำถูกต้องตามแบบพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656 พินัยกรรมของผู้ตายนั้นย่อมสมบูรณ์

สุดแต่ผู้ตายจะได้แสดงเจตนากำหนดการเผื่อตายในการต่างๆ ไว้ หากชอบด้วยกฎหมายแล้ว แม้จะไม่เกี่ยวกับทรัพย์แต่ถือว่ามีผลบังคับได้ตามพินัยกรรม และการต่างๆ นั้นมิใช่จะต้องมีกฎหมายระบุไว้ว่าเป็นการใดบ้างในเมื่อผู้ตายได้แสดงเจตนากำหนดการเผื่อตายเกี่ยวกับศพของผู้ตายโดยอุทิศศพของผู้ตายให้แก่กรมมหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ โดยทำถูกต้องตามแบบพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656 พินัยกรรมของผู้ตายนั้นย่อมสมบูรณ์ ซึ่งจากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวถือเอาการแสดงเจตนาของผู้บริจาคเป็นพินัยกรรมที่ถูกต้องตามแบบของกฎหมาย โจทก์ในคดีนี้ซึ่งเป็นบุตรของผู้บริจาคจึงไม่สามารถเรียกร้องเอาศพคืนจากกรมมหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ จำเลยได้ เพราะถือว่าการแสดงเจตนาบริจาคเป็นข้อกำหนดหนึ่งในพินัยกรรม อย่างไรก็ตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าวไม่ได้วินิจฉัยโดยตรงว่าทายาทมีสิทธิคัดค้านได้หรือไม่ แต่กลับวินิจฉัยในลักษณะที่ว่า การแสดงเจตนาบริจากร่างกายถือเป็นพินัยกรรม

ทั้งนี้แม้ประเด็นเกี่ยวกับการบริจากร่างกายจะปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกา แต่เรื่องการบริจาคอวัยวะไม่เคยมีคำพิพากษาของศาลใดที่ได้กล่าวถึง ยิ่งไปกว่านั้นการบริจาคอวัยวะของไทยนั้นยังมีความไม่แน่นอนในหลักเกณฑ์อยู่มาก เนื่องจากไม่มีกฎหมายเฉพาะฉบับใดกำหนดเกี่ยวกับสถานะของอวัยวะ ไว้โดยตรง ด้วยเหตุที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะนี้จึงทำให้การตีความการบริจาคอวัยวะนั้นต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาเป็นหลักในการตีความเรื่องของการแสดงเจตนาบริจาคว่าการบริจาคอวัยวะนั้นอยู่ในสถานะใดในทางกฎหมาย ทั้งนี้เพื่ออาศัยการตีความในกฎหมายดังกล่าวเป็นทางไปสู่คำตอบว่า การแสดงเจตนาของผู้บริจาค่นั้นมีผลทางกฎหมายอย่างไร และญาติจะสามารถยกเลิกหรือใช้สิทธิในการคัดค้านการบริจาคอวัยวะนั้นได้หรือไม่ ทั้งนี้ในประเด็นเกี่ยวกับสิทธิของทายาท ย่อมมีปัญหาว่าพิจารณาต่อมาว่า หากทายาทมีสิทธิในการคัดค้าน หรือยินยอมมอบอวัยวะแก่ศูนย์รับบริจาค ทายาทที่มีสิทธินั้นคือทายาทลำดับใด หรือ จำต้องถือตามลำดับชั้นของทายาทที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ ดังนั้นปัญหาลำดับชั้นของทายาทจึงถือเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาบริจาคด้วยเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ ในเรื่องเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ เนื่องจากการผ่าตัดอวัยวะนั้นมีแพทย์ที่เป็นตัวกลางในการดำเนินการผ่าตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย ส่งผลให้การกระทำของแพทย์เกิดความเสี่ยงที่ต้องรับผิดชอบทางกฎหมาย เพราะเหตุที่การผ่าตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้น อาศัยเกณฑ์ในการ

วินิจฉัยจากความตายของกฎหมาย กล่าวคือ เกณฑ์แกนสมองตาย ซึ่งในประเด็นนี้นั้นแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดย่อมเกิดความเสี่ง ต่อกระบวนการในการปลูกถ่ายอวัยวะนี้ได้

เห็นได้ว่าการบริจาคอวัยวะนั้น เนื่องจากเป็นกระบวนการที่ต้องรอให้ผู้บริจาคถึงแก่ความตายเสียก่อนจึงจะนำสิ่งที่บริจาคไปใช้ประโยชน์ได้ ซึ่งในระหว่างที่ยังมีชีวิตผู้บริจาคย่อมตระหนักว่ากระบวนการบริจาคของตนเสร็จสิ้นสมบูรณ์แล้ว และอวัยวะของตนจะเป็นประโยชน์ต่อคนอื่น ๆ ตามเจตนารมณ์ของตนที่แสดงเจตนาไว้ แต่ในท้ายที่สุดเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตายผู้บริจาคย่อมไม่อาจรับรู้ว่าอวัยวะของตนนั้นจะเป็นประโยชน์สมดังเจตจำนงตนโดยแท้จริงหรือไม่ ซึ่งนำพิจารณาว่าการแสดงเจตนาของผู้บริจาคจะมีผลอย่างไรในทางกฎหมาย หรือผลของการแสดงเจตนาบริจาคนั้นจะสามารถลบล้างโดยบุคคลอื่นได้หรือไม่ หากสามารถหาคำตอบในส่วนนี้ได้ ย่อมก่อให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้บริจาค ทายาท ศูนย์บริจาค และรวมทั้งบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงผลของการแสดงเจตนาของผู้บริจาค แนวความคิดและทฤษฎีของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย
2. เพื่อศึกษาถึงสถานะของอวัยวะในทางกฎหมาย
3. เพื่อศึกษาถึงปัญหา และ ผลของกฎหมายที่กระทบถึงการแสดงเจตนาของผู้บริจาคในประเทศไทย
4. เพื่อศึกษาถึงสิทธิของทายาท หรือ ผู้มีส่วนได้เสีย ในอวัยวะทางกฎหมาย
5. เพื่อศึกษาการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย ผลทางกฎหมาย ผลของการแสดงเจตนา และความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริจาคกับทายาทในกฎหมายต่างประเทศ
6. เพื่อให้เกิดแนวทางในการมีกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะอย่างชัดเจน

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

ความไม่ชัดเจนในสถานะทางกฎหมายของการบริจาคอวัยวะนำมาสู่ปัญหากฎหมายหลายประการ

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงผลทางกฎหมายของการแสดงเจตนาบริจาควัยวุฒิ โดยเน้นการศึกษาและวิเคราะห์ว่าการบริจาควัยวุฒิเป็นนิติกรรมประเภทใดในทางกฎหมาย ทั้งนี้การศึกษานี้ถึงนิติกรรมดังกล่าวย่อมส่งผลถึงการวิเคราะห์ในประเด็นต่อไปได้ว่าทายาท หรือ บุคคลที่เกี่ยวข้องจะมีสิทธิใน อวัยวะ มากหรือน้อยเพียงใด โดยฟังได้ว่าหากท้ายที่สุดแล้วการแสดงเจตนาบริจาควัยวุฒิเป็นพินัยกรรมอย่างหนึ่ง ทายาทย่อมไม่มีสิทธิยกเลิกข้อกำหนดการบริจาควัยวุฒิอันเป็นการกำหนดเนื้อหาในพินัยกรรมนั้นได้ ดังนั้นในส่วนของกฎหมายไทยผู้เขียนจึงทำการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นสำคัญ อันเป็นการศึกษาที่ครอบคลุม บรรพ 1 ลักษณะ 3 และ 4 อันเป็นทั้งเรื่องทรัพย์สินและนิติกรรม บรรพ 3 เอกเทศสัญญา และ บรรพ 6 มรดก ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศนั้นผู้เขียนจะทำการศึกษากฎหมายของประเทศเยอรมันประเทศสิงคโปร์ และ ประเทศสหรัฐอเมริกาโดยเลือกศึกษารัฐนิวยอร์ก เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาถึงผลทางกฎหมายของการบริจาควัยวุฒิ ในประเทศนั้นๆ

นอกจากนี้ผู้เขียนยังมุ่งศึกษาถึงศูนย์รับบริจาคเพียงแห่งเดียว คือ สภากาชาดไทย เนื่องจากเป็นศูนย์บริจาคขนาดใหญ่ และเป็นศูนย์กลางของการบริจาควัยวุฒิในประเทศไทย

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีการศึกษาจากเอกสาร (Documentary Research) ประเภทตำรา หนังสือ บทความ วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ คำพิพากษาของศาล และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ ทั้งภาษาไทย และ ภาษาต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทำให้มีความรู้เกี่ยวกับผลทางกฎหมายของผลของการบริจาควัยวุฒิเพื่อการปลูกถ่าย รวมทั้งได้รับความรู้เกี่ยวกับแนวความคิดและทฤษฎีของการแสดงเจตนาบริจาควัยวุฒิเพื่อการปลูกถ่าย
2. ทำให้เข้าใจถึงสถานะของอวัยวะทางกฎหมาย

3. ทำให้เข้าใจถึงสภาพปัญหา และผลทางกฎหมายที่กระทบถึงการแสดงเจตนาของผู้บริจาคในประเทศไทย
4. ทำให้เกิดความเข้าใจอย่างชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิของทายาท หรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการคัดค้านการมอบ อวัยวะแก่ศูนย์รับบริจาค
5. ทำให้เข้าใจหลักการพื้นฐานของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะของประเทศไทยและต่างประเทศ
6. ทำให้เข้าใจถึงกฎหมาย และข้อดีของการมีกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเป็นการเฉพาะ

1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

วรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาของการบริจาคอวัยวะนั้น จากการศึกษาพบว่า มีวิทยานิพนธ์และบทความในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะและวิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้องนั้น จะมุ่งศึกษาถึงความรับผิดชอบของแพทย์จากการปลูกถ่ายอวัยวะเป็นสำคัญทั้งยังเป็นประเด็นความรับผิดชอบทางแพทย์ในทางอาญาซึ่งไม่ใช่ประเด็นหลักในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์และบทความดังกล่าวได้มีการกล่าวถึงกฎหมายแพ่งไว้พอสังเขป ทั้งนี้จึงสามารถนำเอาแนวคิดบางอย่างมาศึกษาประกอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้

1. อติรุจ ตันบุญเจริญ, มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะ : ศึกษากรณีผู้บริจาคยังมีชีวิตอยู่⁶ วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2548

โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์หลักในการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาการกระทำของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะกับความรับผิดชอบทางอาญา และศึกษาเจาะจงเฉพาะกรณีผู้บริจาคยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น ทั้งนี้ในเนื้อหามีเรื่องของหลักความยินยอมของผู้บริจาคในลักษณะของความยินยอมทางอาญา ในขณะที่ปัญหาทางแพ่งนั้นมีการกล่าวถึงความสามารถของผู้บริจาคที่เป็นผู้เยาว์และผู้มีความผิดปกติทางสมองในลักษณะของความสามารถในการบริจาคอวัยวะ โดยถือว่าการบริจาคคือการแสดงเจตจำนงสละอวัยวะของตน ซึ่งผู้เยาว์และผู้ที่มีความผิดปกติทางสมอย่อมเป็นผู้บริจาคได้ แต่

⁶ อติรุจ ตันบุญเจริญ, "มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะ : ศึกษากรณีผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่" (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 82-85.

ต้องมีเงื่อนไขในการพิจารณาที่ละเอียดอ่อนกว่ากรณีทั่วไป กล่าวคือ ต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริจาคนั้นและผู้รับบริจาค นอกจากนี้ยังต้องปรากฏข้อเท็จจริงอย่างประจักษ์ว่าการบริจาคนั้นจะส่งผลดีต่อการดำรงชีวิตทั้งทางกายและใจของผู้บริจาค โดยผู้เขียนได้วิเคราะห์ทั้งหมดนั้นเพื่อแสดงให้เห็นในประเด็นความรับผิดชอบของแพทย์ในทางอาญาว่าการกระทำของแพทย์ต่อร่างกายผู้บริจาคขณะมีชีวิตอยู่ถือเป็นการทำร้ายร่างกาย และหากแพทย์กระทำการด้วยความไม่ระมัดระวังยังเป็นผลให้แพทย์ต้องรับผิดชอบในความผิดฐานประมาทเลินเล่อ ดังนั้นผู้เขียนวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวจึงเห็นควรให้แก้ปัญหาค่าตอบแทนของแพทย์ และการปลูกถ่ายอวัยวะของประเทศไทยให้เป็นระบบโดยการตรากฎหมายพิเศษให้อยู่ในรูปของ พระราชบัญญัติปลูกถ่ายอวัยวะ

วิทยานิพนธ์ดังกล่าวจึงแตกต่างจากที่ผู้เขียนศึกษา เนื่องจากผู้เขียนไม่ได้วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดชอบของแพทย์ในทางอาญา ทั้งผู้เขียนยังมุ่งศึกษาถึงการบริจาคอวัยวะในกรณีผู้บริจาคเสียชีวิตแล้ว ซึ่งเป็นคนละประเด็นกับวิทยานิพนธ์ฉบับข้างต้น

2.สุภัทสร ภูเจริญศิลป์. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ⁷ วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533

วิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าว เน้นศึกษาอำนาจการกระทำของแพทย์โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งการจะพิจารณาถึงอำนาจการกระทำของแพทย์ได้นั้นต้องพิจารณาควบคู่กับความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะ โดยผู้บริจาคต้องมีอายุมากพอที่จะเข้าใจถึงสภาพของผลร้ายที่จะเกิดขึ้น และต้องเป็นความยินยอมที่จะได้รับการบอกกล่าว ทั้งนี้อาจแยกได้เป็นการบริจาคอวัยวะโดยไม่มีค่าตอบแทน(ให้) และ การบริจาคอวัยวะโดยมีค่าตอบแทน(ซื้อขาย) ทั้งยังมีการวิเคราะห์ถึงความรับผิดชอบทางแพ่งของแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นของพินัยกรรม กล่าวคือ ในกรณีผู้ตายทำพินัยกรรมให้ทายาท “ขาย” อวัยวะจากศพของตนซึ่งความเห็นตามวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวถือว่าการบริจาคอวัยวะโดยไม่มีค่าตอบแทนนั้นไม่ขัดต่อสำนึกในธรรมจริยาและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่กรณีบริจาคอวัยวะโดยมีค่าตอบแทนในกรณีที่มีการระบุไว้ในพินัยกรรมนั้นการพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของพินัยกรรมต้องวิเคราะห์ถึงความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย ซึ่งผู้เขียนวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวเห็นว่าพินัยกรรมลักษณะดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

⁷สุภัทสร ภูเจริญศิลป์, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ" (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 72-73.

เนื่องด้วยข้อกำหนดในพินัยกรรมเสมือนเป็นการส่งเสริมให้บุคคลที่มีปัญหาด้านการเงินกระทำให้ตนถึงแก่ความตายเพื่อเอาอวัยวะไปขาย ทั้งยังส่งผลให้แพทย์ไม่สามารถระทำการนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายตามประสงค์ของผู้บริจาคได้นอกจากนี้วิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวยังมีการวิเคราะห์ถึงกรณีที่ผู้ตายหรือทายาทไม่ได้บริจาคศพไว้ แพทย์ชอบที่จะนำเอาอวัยวะจากร่างกายของผู้ตายไปได้ โดยไม่ถือว่าแพทย์มีความผิด ทั้งนี้เพราะในขณะนั้นถือว่าศพไม่เป็นทรัพย์สินเนื่องจากไม่มีผู้ประสงค์จะครอบครอง

จากเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือการวิเคราะห์ถึงความรับผิดชอบของแพทย์เป็นสำคัญ ในส่วนของกฎหมายแพ่งมีการกล่าวถึงพินัยกรรมในลักษณะผลของพินัยกรรมว่าถือเป็นโมฆะ แต่ไม่ได้วิเคราะห์ไปถึงขั้นตอนก่อนการแสดงเจตนาบริจาค ว่าการบริจากร่างกายถือเป็นพินัยกรรมหรือไม่แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามก็ตีจากประเด็นว่าพินัยกรรมตกเป็นโมฆะนั้น เป็นการวิเคราะห์ว่าตกเป็นโมฆะ เพราะเนื้อหาในพินัยกรรมอยู่ในลักษณะของการ “ขาย” อวัยวะ มิใช่ “การบริจาค” ซึ่งเป็นคนละประเด็นที่จะศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

3. ชฎาจารย์ ธรฤทธิ์. มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย⁸ วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายซึ่งมุ่งศึกษาถึงมาตรการทางอาญา ในส่วนกฎหมายแพ่งที่กล่าวถึงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีประเด็นแบ่งเป็น 3 ส่วนสำคัญ คือ สถานภาพทางกฎหมายของศพ, สิทธิของทายาทในการขายศพหรือชิ้นส่วนของศพ และผลทางกฎหมายที่แพทย์นำอวัยวะออกจากศพโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากทายาท ในส่วนแรกที่กล่าวถึงสถานภาพทางกฎหมายของศพในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าศพถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งเพราะมีราคาและถือเอาได้ กล่าวคือ ทายาทยังคงหวงแหนศพไว้เพื่อกราบไหว้บูชา หรือเพื่อนำไปประกอบพิธีทางศาสนา อย่างไรก็ตามก็ตีศพที่ไม่มีญาติ ย่อมไม่ถือเป็นทรัพย์สินในทางกฎหมายเนื่องจากไม่มีผู้ใดประสงค์หรือหวงแหนในการรักษาศพไว้

⁸ ชฎาจารย์ ธรฤทธิ์, "มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย" (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 125.

ในส่วนที่สองกล่าวคือของสิทธิของญาติในการขายศพหรือชิ้นส่วนของศพนั้น ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าศพหรือชิ้นส่วนของศพเป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์ที่ไม่สามารถซื้อขายแก่กันโดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากศพถือเป็นมนุษย์ที่ไม่มีชีวิต ดังนั้นการซื้อขายศพหรือชิ้นส่วนของศพแก่กันย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีทั้งนี้เพราะเป็นการเอาร่างกายของมนุษย์หรือชิ้นส่วนของมนุษย์ที่ตายไปแล้วมาหมุนเวียนเปลี่ยนมือกันซึ่งถือเป็นการลดคุณค่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้ต่ำลงเสมือนศพหรือชิ้นส่วนของศพมีค่าเท่ากับเนื้อหมู เนื้อวัว เนื้อปลา หรือเนื้อสัตว์ต่างๆ ที่ขายตามท้องตลาด ดังนั้นทายาทจึงไม่มีสิทธิขายศพหรือชิ้นส่วนของศพเนื่องจากถือว่าศพหรือชิ้นส่วนของศพนั้นเป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์

ในส่วนสุดท้ายคือความรับผิดของแพทย์ที่นำอวัยวะออกจากศพโดยทายาทไม่ยินยอม ผู้เขียนมีความเห็นว่าอำนาจในการจัดการศพของผู้ตายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1649 เป็นอำนาจของทายาทตามประเพณี ศาสนา เพื่อแสดงความรักความอาลัยหรือความกตัญญูรู้คุณต่อผู้ตายหรือเป็นบุญกุศลแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้นมิได้รวมถึงอำนาจในการบริจาควินิจฉัยศพหรือชิ้นส่วนของศพด้วย แต่อำนาจในการให้ความยินยอมในการบริจาคมให้ถือตามลำดับทายาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามมาตรา 1629 มาตรา 1635

ทั้งนี้เนื้อหาตามวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวแม้มีส่วนที่คาบเกี่ยวกับวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนแต่เป็นการกล่าวถึงเนื้อหาในลักษณะที่ไม่ได้วิเคราะห์ถึงรายละเอียดตามที่ผู้เขียนมุ่งศึกษา กล่าวคือในส่วนแรกเป็นการกล่าวถึงสถานะของศพเท่านั้น แต่ไม่ได้ลงลึกถึงรายละเอียดในผลทางกฎหมายของสถานะของศพว่าจะสามารถทำนิติกรรมเกี่ยวกับศพนั้นได้หรือไม่ ทั้งในส่วนที่สองวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวศึกษาถึงสิทธิของทายาทในการ “ขาย” ซึ่งมีใช้ประเด็นที่จะศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และในส่วนสุดท้ายเป็นการศึกษาสิทธิของทายาทในการบริจากร่างกายหรืออวัยวะของเจ้าของร่างกายที่สัมพันธ์กับความรับผิดของแพทย์ แต่ไม่ได้ศึกษาถึงสิทธิของผู้บริจาค(เจ้าของร่างกาย)และความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริจาค(เจ้าของร่างกาย)กับทายาทซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่จะศึกษาในวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน

4. สมบัติ วงศ์กำแหง. ธุรกิจที่เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ⁹ วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาถึงธุรกิจที่เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะในภาพรวมกล่าวคือ ศึกษาถึง ความรับผิดชอบในทางอาญาของแพทย์ และ ความสมบูรณ์ของนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะในลักษณะของวัตถุประสงค์ของนิติกรรมที่ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี โดยผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงความสมบูรณ์ของนิติกรรมโดยกล่าวว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สินจึงถึงเป็นวัตถุแห่งหนี้ที่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ได้ แต่ในการทำธุรกิจไม่ว่าจะเป็นธุรกิจเกี่ยวกับการซื้อขาย การแลกเปลี่ยน การให้ อวัยวะนั้น ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี เพราะถือประโยชน์ในการช่วยชีวิตมนุษย์เป็นสำคัญจึงเป็นกรณีที่ประชาชนยอมรับได้ แต่ในขณะเดียวกันการทำธุรกิจเกี่ยวกับอวัยวะก่อให้เกิดช่องว่างระหว่างคนจนที่ต้องการนำอวัยวะของตนไปเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม กับคนรวยที่ต้องการนำเอาอวัยวะนั้นมาใช้ประโยชน์ ในแง่ของความสงบเรียบร้อยจึงถือว่านิติกรรมขัดต่อความสงบเรียบร้อยและตกเป็นโมฆะ นอกจากนี้ในวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวยังได้วิเคราะห์ไปถึงปัญหาของความยินยอมของญาติผู้บริจาคอวัยวะเทียบเคียงกับผลของพินัยกรรม โดยได้ให้ความเห็นว่าการบริจาคไม่ใช่พินัยกรรมจึงไม่จำเป็นต้องทำตามแบบของพินัยกรรม และเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตาย ย่อมไม่มีปัญหาทางกฎหมายทั้งนี้เพราะศูนย์รับบริจาคสามารถนำอวัยวะออกจากศพเพื่อนำไปใช้ตามเจตนาของผู้ตายได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากทายาทอีก ในขณะเดียวกันหากเป็นกรณีการบริจาคหลังเจ้าของอวัยวะเสียชีวิตแล้วย่อมสามารถกระทำได้โดยทายาทตามลำดับของกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 เพราะผู้เขียนถือว่าศพของผู้ตายเป็นทรัพย์สินของทายาท เนื่องจากศพเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง มีคุณค่าแก่ญาติพี่น้อง ทั้งญาติพี่น้องหวงแหนไว้กราบไหว้บูชา จึงถือได้ว่ามีราคาตามกฎหมายและถือเอาได้ ดังนั้นการกระทำใดๆ ต่อศพในกรณีที่เจ้าของอวัยวะไม่ได้แสดงเจตนาบริจาคจำต้องได้รับความยินยอมจากทายาทก่อน

จากวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวเป็นการมุ่งเน้นศึกษาในภาพรวมคือทั้งส่วนที่เป็นความรับผิดชอบของแพทย์อันเป็นคนละประเด็นกับความมุ่งหมายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่ในส่วนของความสมบูรณ์ของนิติกรรมซึ่งเป็นประเด็นในทางแพ่งนั้นเห็นว่าผู้เขียนวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวได้ให้ความเห็นว่า

⁹ สมบัติ วงศ์กำแหง, "ธุรกิจที่เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ" (มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546), หน้า 94-98.

ความยินยอมของทนายทไมใช่ปัญหาทางกฎหมายเพราะถือตามเจตนาของผู้บริจาคเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม
ก็ดีวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวไม่ได้ศึกษาในรายละเอียดถึงผลทางกฎหมายของการแสดงเจตนาบริจาค
เนื่องด้วยการพิจารณาผลทางกฎหมายของการบริจาค จะส่งผลถึงประเด็นความยินยอมของทนายทซึ่ง
เป็นวัตถุประสงค์หลักของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้



บทที่ 2

ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายในประเทศไทย

การพิจารณาถึงประเด็นทางกฎหมายของการบริจาคอวัยวะนั้น ก่อนอื่นจะต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับความคิดพื้นฐานของการบริจาคเสียก่อนว่ามีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อะไร และในประเทศไทยมีความเห็นอย่างไรเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ อันเป็นการศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐานของการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย วัตถุประสงค์และความเห็นของการบริจาคนี้จะช่วยสนับสนุน และเป็นแนวทาง ของความคิดทางกฎหมายไทย ซึ่งในปัจจุบันนี้ประเทศไทยไม่มีการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้มี ข้อบังคับของแพทยสภา และระเบียบสภาอากาศาชาดไทยที่กำหนดหลักเกณฑ์การปลูกถ่ายอวัยวะไว้ นอกจากนี้รูปแบบของการบริจาคอวัยวะนั้นก็ก็เป็นประเด็นสำคัญ เนื่องจากประเทศไทยมีรูปแบบการบริจาคแบบการแสดงความจำนง และไม่บังคับ ส่งผลให้ผู้บริจาคมิอิสระในการตัดสินใจที่กับศูนย์รับบริจาคแห่งใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นศูนย์บริจาคของภาครัฐหรือเอกชน เนื่องจากประเทศไทยมีศูนย์บริจาคหลายที่ และต่างควบคุมกันเองโดยไม่มีกฎหมายใดควบคุมมาตรฐานของการบริจาคจึงแตกต่างกันไป เป็นผลให้วิธีการบริจาค และขั้นตอนหลังผู้บริจาคเสียชีวิตย่อมแตกต่างกันไปด้วย

ทั้งนี้ผลของการที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคไว้เป็นการเฉพาะ ย่อมทำให้การตีความการบริจาคอวัยวะต้องใช้หลักการตีความโดยอิงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก่อนอื่นนั้นต้องพิจารณาถึงสถานะของอวัยวะในทางกฎหมายไทยเสียก่อนว่าอวัยวะมีสถานะในทางกฎหมายหรือไม่อย่างไร ทั้งยังส่งผลให้สามารถต่อยอดความคิดเกี่ยวกับการบริจาคว่าการบริจาคอวัยวะนั้นสามารถถือเป็นนิติกรรมตามกฎหมายแพ่งได้หรือไม่ ซึ่งหลักทางนิติกรรมเกี่ยวกับการบริจาคที่ตีความตามประมวลกฎหมายแพ่งได้นั้น คือ สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก สัญญาให้ และพินัยกรรม นอกจากนี้หากไม่อาจถือว่าการบริจาค อวัยวะเป็นนิติกรรมได้ จะถือได้หรือไม่ว่าการบริจาคนั้นเป็นเพียงความยินยอมในทางกฎหมาย ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเลือกศึกษาเฉพาะการแสดงเจตนาบริจาคที่ทำผ่านศูนย์รับบริจาคของสภาอากาศาชาดไทยเท่านั้น เนื่องจากเป็นศูนย์รับบริจาคของขนาดใหญ่ และเป็นศูนย์กลางการบริจาคอวัยวะซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

2.1 ความนำ

หากกล่าวถึงการบริจาคะนั้น ตามกฎหมายไทยไม่ได้นิยามความหมายของการบริจาคไว้ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาจากพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ที่ให้นิยามคำว่าบริจาค คือ การสละให้ หรือ การเสียสละ¹⁰ ซึ่งในส่วนของ การบริจาคอวัยวะนั้น วัตถุประสงค์ของการบริจาค คือ การบริจาคอวัยวะที่ยังมีสภาพสมบูรณ์ที่สุดเพื่อนำไปใช้ในการปลูกถ่ายอวัยวะให้แก่ผู้ป่วยที่ไม่สามารถรักษาให้หายได้ด้วยวิธีอื่นๆ ช่วยให้ผู้ป่วยมีชีวิตอยู่ต่อไปได้¹¹ หรือหมายถึงการมอบอวัยวะภายในที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ เช่น หัวใจ ตับ ปอด ให้กับศูนย์รับบริจาคเพื่อนำไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยที่อวัยวะเสื่อมสภาพจนไม่สามารถทำหน้าที่ต่อไปได้ การผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะจะเป็นการช่วยชีวิตผู้ป่วยในระยะสุดท้าย เพื่อให้อวัยวะใหม่ทำงานแทนอวัยวะเดิม¹² ดังนั้นวัตถุประสงค์ของการบริจาคอวัยวะจึงเป็นการนำเอาอวัยวะที่ได้รับการบริจาคมามาใช้เพื่อการปลูกถ่าย และสภากาชาดไทยได้ให้ความหมายของการปลูกถ่ายอวัยวะ ว่าเป็นการนำเอาอวัยวะจากที่หนึ่งไปไว้อีกที่หนึ่ง อาจเป็นคนเดียวกันหรือต่างคนกันก็ได้ เช่น การเปลี่ยนแก้วตาจากการบริจาคดวงตา เป็นต้น ซึ่งในปัจจุบันการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้นมีความก้าวหน้าอย่างมากจนสามารถที่จะนำเอาอวัยวะจากทั้งผู้บริจาคที่มีชีวิตอยู่และเสียชีวิตไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยได้¹³ โดยในทางทฤษฎีนั้นแพทย์สามารถปลูกถ่ายอวัยวะได้แทบทุกส่วนในร่างกาย แต่ทางปฏิบัติไม่สามารถทำการปลูกถ่ายอวัยวะทุกชนิดได้เพราะทำได้ยาก และไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร¹⁴ ดังนั้นในปัจจุบันการปลูกถ่ายอวัยวะจึงสามารถทำได้เฉพาะกับอวัยวะบางชนิดเท่านั้น ซึ่งอวัยวะที่สามารถบริจาคและนำไปปลูกถ่ายกับผู้อื่นได้ อาทิ

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁰ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.royin.go.th/dictionary/> [23 ธันวาคม 2561]

¹¹ พบแพทย์, "บริจาคอวัยวะ เพื่ออีกชีวิตใหม่ในวันสิ้นลม," (พบแพทย์ POBPAD).[ออนไลน์]. แหล่งที่มา <https://www.pobpad.com/> บริจาคอวัยวะ-เพื่ออีกชีวิต [20 ตุลาคม 2561]

¹² สำนักงานสถิติแห่งชาติ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, "รายงานผลสำรวจความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ พ.ศ.2547," in สำนักสถิติพยากรณ์ (2547), หน้า 19-20.

¹³ สภากาชาดไทย, "คู่มือ การดูแลผู้บริจาคอวัยวะที่มีภาวะสมองตายและประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะ," ศูนย์บริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย (หน้า 4-5.

¹⁴ โครงการสารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว, "เรื่องที่ 10 การปลูกถ่ายอวัยวะ." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา <http://kanchanapisek.or.th/kp6/sub/book/book.php?book=20&chap=10&page=chap10.htm> [3 มกราคม 2562]

เช่น ไต ตับ หัวใจ ปอด ตับอ่อน¹⁵ ลำไส้เล็ก ต่อมไทมัส รวมทั้งเนื้อเยื่ออื่นๆ เช่น กระดูก เอ็น กระจกตา ผิวหนัง ลิ้นหัวใจ และหลอดเลือดดำ

ทั้งนี้การบริจาคอวัยวะในประเทศไทยนั้น ไม่มีกฎหมายพิเศษกำหนดเรื่องของการบริจาคไว้เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตามโรงพยาบาลในฐานะสภาวิชาชีพที่มีหน้าที่ควบคุมกำกับมาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของแพทย์ ได้กำหนดเรื่องนี้ไว้ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 ที่ถือเป็นกฎหมายระดับรองจากพระราชบัญญัติ¹⁶ โดยมีสาระสำคัญอยู่ที่หมวด 10 ว่าด้วยเรื่องการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ ซึ่งจากข้อบังคับดังกล่าวได้กำหนดวิธีการบริจาคอวัยวะที่สามารถทำได้ 2 กรณี ทั้งนี้เกี่ยวกับเนื้อหาในกฎหมายฉบับดังกล่าวจะกล่าวโดยละเอียดต่อไปใน หัวข้อ 2.6 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ

ในส่วนของความคิดของการบริจาคอวัยวะในประเทศไทยนั้น ได้เคยมีการสำรวจความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ พ.ศ.2547 โดยสำนักงานสถิติแห่งชาติ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร¹⁷ ที่สำรวจเกี่ยวกับความคิดเห็นของประชากรเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อให้ศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย นำข้อมูลไปใช้เป็นแนวทางในการวางแผน การรณรงค์ ประชาสัมพันธ์ สร้างความรู้ ความเข้าใจ และเสริมสร้างทัศนคติที่ดีแก่ประชาชนในเรื่องการบริจาคอวัยวะ และสำรวจจากประชาชนที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไปทั่วประเทศ ครึ่งเรือนละ 1 คน ปฏิบัติงานเก็บข้อมูลตั้งแต่วันที่ 1 ถึง 16 พฤศจิกายน พ.ศ.2547 ซึ่งได้มีการสำรวจจากหลายหัวข้อด้วยกัน เช่น การทราบเรื่องความแตกต่างระหว่างการบริจาคร่างกายและการบริจาคอวัยวะ การเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับการบริจาค ความคิดที่จะบริจาคอวัยวะ รวมถึงเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง แต่ในส่วนของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้นั้น หัวข้อที่เป็นประโยชน์ต่อการศึกษา มีด้วยกัน 3 หัวข้อ กล่าวคือ การยอมรับว่าผู้ป่วยได้เสียชีวิตแล้วหลังจากภาวะแกนสมองตาย และการยินยอมบริจาคอวัยวะ

¹⁵ สภากาชาดไทย, "คู่มือ การดูแลผู้บริจาคอวัยวะที่มีภาวะสมองตายและประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะ," หน้า 1.

¹⁶ นายแพทย์สุกิจ ทัศนสุนทรวงศ์, "การปลูกถ่ายอวัยวะและการบริจาคอวัยวะในประเทศไทย," (2553).[ออนไลน์]. แหล่งที่มา <http://oknation.nationtv.tv/blog/sukit/2010/09/04/entry-3> [14 ตุลาคม 2561]

¹⁷ สำนักงานสถิติแห่งชาติ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, "รายงานผลสำรวจความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ พ.ศ.2547," หน้า 19-20.

ทัศนคติหรือความเชื่อในเรื่องต่างๆ เกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ และ ความคิดเห็นต่อการแก้กฎหมาย เพื่อส่งเสริมให้มีการบริจาคอวัยวะเพิ่มขึ้น

1) การยอมรับว่าผู้ป่วยได้เสียชีวิตแล้วหลังจากภาวะแกนสมองตาย และการยินยอมบริจาคอวัยวะ

การสำรวจเรื่องการยินยอมบริจาคอวัยวะนั้น จากผลสำรวจพบว่า กรณีผู้ป่วยเสียชีวิตลงจากภาวะแกนสมองตาย เมื่อถามญาติว่าจะยินยอมบริจาคอวัยวะหรือไม่นั้น ผลการสำรวจพบว่า ประชาชนโดยรวมในทุกภาค ร้อยละ 56.0 ระบุว่ายินยอมบริจาคให้ ส่วนที่ไม่ยินยอมบริจาคคิดเป็นร้อยละ 44.0 โดยระบุเหตุผลแตกต่างกันไป แต่เหตุผลที่ปรากฏในผลสำรวจนั้น คือ ญาติผู้บริจาคกลัวว่าชาติหน้าผู้บริจาคจะเกิดมาโดยมีอวัยวะไม่ครบถ้วน คิดเป็นร้อยละ 10.8 ยังทำใจไม่ได้ว่าญาติเสียชีวิต คิดเป็นร้อยละ 10.3 สมาชิกในครอบครัวไม่เคยบริจาค คิดเป็นร้อยละ 8.2 และ ยังตัดสินใจเองไม่ได้ต้องถามคนอื่นก่อน คิดเป็น ร้อยละ 5.5

2) ทัศนคติหรือความเชื่อในเรื่องต่างๆ เกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ

ทัศนคติและความเชื่อในเรื่องต่างๆ นั้น ประเด็นสำคัญอันดับแรกคือเรื่องของศาสนาเพราะศาสนานั้นถือเป็นปัจจัยที่แสดงให้เห็นถึงความเชื่อของกลุ่มคนในสังคมกลุ่มหนึ่งได้ ซึ่งแนวคิดของการบริจาคอวัยวะนั้น เมื่อสำรวจแล้วพบว่าผู้นับถือศาสนาพุทธ เห็นด้วยกับการบริจาคอวัยวะในสัดส่วนร้อยละ 67.6 เมื่อเปรียบเทียบกับศาสนาคริสต์และอิสลาม เพราะ ศาสนาคริสต์ และศาสนาอิสลามนั้นมีจำนวนผู้เห็นด้วยกับการบริจาคอวัยวะเป็นจำนวน ร้อยละ 55.1 และ ร้อยละ 27.7 ตามลำดับ นอกจากนี้ศาสนาอิสลามไม่เห็นด้วยกับการบริจาคอวัยวะถึงร้อยละ 51.8

นอกจากความเชื่อทางศาสนาแล้ว ยังมีบางส่วนที่มีความคิดว่าการบริจาคอวัยวะเป็นการแข่งตัวเอง ซึ่งผู้เห็นด้วยกับความคิดดังกล่าวเป็นจำนวนร้อยละ 21.3 จากผลการสำรวจดังกล่าวยอมแสดงว่าความคิดเห็นส่วนใหญ่เห็นว่าการบริจาคอวัยวะไม่ถือเป็นการแข่งตัวเอง นอกจากนี้ยังมีบางส่วนของผลสำรวจเห็นว่า การบริจาคจะทำให้ชาติหน้ามีอวัยวะไม่ครบคิดเป็นจำนวนร้อยละ 27.9

3) ความคิดเห็นต่อการแก้ไขกฎหมายเพื่อส่งเสริมให้มีการบริจาคอวัยวะเพิ่มขึ้น

ความคิดเห็นของประชาชนต่อการแก้ไขกฎหมายนั้น จากผลสำรวจของสำนักงานสถิติแห่งชาติที่ยกขึ้นมากล่าวอ้างนี้ เป็นผลสำรวจที่ทำการขึ้นเมื่อปี พ.ศ.2547 และการสำรวจเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายมีเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับการให้เงินช่วยเหลือแก่ครอบครัวของผู้บริจาคอวัยวะ ภายหลังจากผู้บริจาคเสียชีวิตแล้วเท่านั้นโดยวัตถุประสงค์ของการให้เงินช่วยเหลือ คือ เพื่อส่งเสริมให้มีการบริจาคอวัยวะเพิ่มมากขึ้น และจากผลสำรวจพบว่าประชาชนส่วนใหญ่ในทุกภาคเป็นจำนวนถึงร้อยละ 85.8 เห็นด้วยที่จะมีการแก้ไขกฎหมาย

อนึ่งการสำรวจดังกล่าวเป็นการสำรวจความคิดเห็นของประชากรตั้งแต่ปี พ.ศ.2547 ซึ่งถือเป็นระยะเวลาที่ห่างจากช่วงเวลาปัจจุบัน (พ.ศ.2562) ความคิดเห็นและผลสำรวจต่างๆ นี้จึงอาจเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของสังคมที่ไม่หยุดนิ่ง อย่างไรก็ตามก็ตีข้อมูลดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นค่านิยมและแนวความคิดเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะในยุคหนึ่งของประเทศไทยซึ่งสามารถนำมาใช้วิเคราะห์ต่อไปได้

2.2 รูปแบบ และ วิธีการในการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายในประเทศไทย

ในการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้น ในหลายประเทศมักประสบปัญหาเรื่องของการขาดแคลน อวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย ในส่วนของประเทศไทยนั้นการขาดแคลนอวัยวะมีสาเหตุหลายประการ เช่น ความร่วมมือจากแพทย์และบุคลากรภายในโรงพยาบาล ขาดแคลนผู้ประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะ ระบบการทำงานในโรงพยาบาล ญาติผู้ป่วยไม่มีความรู้เรื่องภาวะแกนสมองตาย และปัจจัยทางสังคมและการสนับสนุนจากหน่วยงานภาครัฐ¹⁸ ด้วยเหตุเหล่านี้จึงทำให้หลายประเทศเกิดแนวคิดในการกำหนดรูปแบบของการบริจาคอวัยวะเพื่อเพิ่มอัตราผู้บริจาค และให้แต่ละประเทศนำเอารูปแบบเหล่านั้นไปปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพสังคมของแต่ละประเทศ โดยในปัจจุบันรูปแบบของการบริจาคสามารถแยกเป็น 3 รูปแบบ¹⁹ ดังจะอธิบายต่อไปนี้

¹⁸ สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, หน้า 1-3.

¹⁹ ปิยนุช ศรีดิพันธ์, "การพัฒนาแก้ไขกฎหมาย : ศึกษากรณีขาดแคลนอวัยวะบริจาค," (2560): หน้า 2-3.

2.2.1 รูปแบบของการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย

รูปแบบของการบริจาคอวัยวะในปัจจุบันนั้นปรากฏอยู่ใน 3 รูปแบบด้วยกัน กล่าวคือ รูปแบบ รูปแบบ opting-in หรือ การสมัครใจเข้าร่วมบริจาคอวัยวะ รูปแบบ opting-out หรือ การปฏิเสธเข้าร่วมบริจาคอวัยวะ และรูปแบบ Mandated Choice หรือ การบังคับให้ทุกคนแสดงความประสงค์ในการบริจาค ซึ่งแต่ละรูปแบบย่อมมีรายละเอียดที่แตกต่างกัน ดังจะอธิบายต่อไปนี้

2.2.1.1 รูปแบบ *opting-in* หรือ การสมัครใจเข้าร่วมบริจาคอวัยวะ

รูปแบบ *Opting-in* หรือ การสมัครใจเข้าร่วมบริจาคอวัยวะนั้นมีความคิดมาจากความสมัครใจของผู้บริจาค กล่าวคือ อวัยวะ จะสามารถนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการแพทย์ หรือ เพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะได้ ก็ต่อเมื่อ มีการแสดงเจตนาของผู้บริจาคอย่างชัดแจ้งผ่านหลักฐานที่ปรากฏชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งปัจจุบันระบบการบริจาดดังกล่าวถูกใช้ในประเทศไทย ประเทศเยอรมัน ประเทศอังกฤษ เป็นต้น

2.2.1.2 รูปแบบ *opting-out* หรือ การปฏิเสธเข้าร่วมบริจาคอวัยวะ

รูปแบบการบริจาคแบบ *opting-out* หรือ การปฏิเสธเข้าร่วมบริจาคอวัยวะนั้น คือระบบสันนิษฐานว่าบุคคลที่มีหลักเกณฑ์ตรงตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะเป็กฎหมายพิเศษ หรือ ข้อบังคับใดๆ ก็ตาม ทุกคนล้วนแล้วแต่ถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริจาคอวัยวะทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม ข้อสันนิษฐานนั้นอาจถูกกลบล้างได้ ต่อเมื่อบุคคลนั้นไปถอนการแสดงความผ่านแบบฟอร์มที่กฎหมายกำหนด ซึ่งปัจจุบันระบบการบริจาดดังกล่าวถูกใช้ใน ประเทศสเปน ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสิงคโปร์ เป็นต้น

2.2.1.3 รูปแบบ *Mandated Choice* หรือ การบังคับให้ทุกคนแสดงความประสงค์ในการบริจาค

รูปแบบ *Mandated Choice* คือระบบบังคับให้บุคคลเลือก และแสดงความประสงค์เกี่ยวกับการ บริจาคเมื่อถึงเวลาที่กำหนด หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ บุคคลทุกคนมีสิทธิเลือกว่าตนจะเป็นผู้บริจาคหรือไม่ ซึ่งการเลือกนั้นต้องเป็นไปเมื่อถึงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง หรือ มีกระทำการอย่างใด

อย่างหนึ่ง เช่น เวลาทำบัตรประชาชน หรือ ทำใบขับขี่ ซึ่งปัจจุบันระบบการบริจาคดังกล่าวถูกใช้ในบางรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น รัฐนิวยอร์ก รัฐอิลลินอยส์ เป็นต้น

ทั้งนี้ประเทศไทยได้ใช้รูปแบบของการบริจาคแบบ opting-in หรือ การสมัครใจเข้าร่วมบริจาคอวัยวะ ซึ่งการจะถือว่าการบริจาคอวัยวะ ต้องปรากฏว่าผู้บริจาค มีการแสดงเจตนาเสียก่อนว่าตนประสงค์ที่จะบริจาค และต้องเป็นการแสดงเจตนาต่อศูนย์รับบริจาคที่มีอำนาจในการรับบริจาค โดยในประเทศไทยนั้นมีศูนย์กลางการบริจาคอวัยวะ คือ สภากาชาดไทย ดังนั้นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงศึกษาการบริจาคอวัยวะ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ของสภากาชาดไทย เป็นหลัก

2.2.2 วิธีการในการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย

การบริจาคที่ศูนย์รับบริจาค สภากาชาดไทยนั้น มีทั้งการบริจาคร่างกาย บริจาคดวงตา บริจาคอวัยวะ และ บริจาคโลหิต ซึ่งผู้ที่ประสงค์จะบริจาคย่อมสามารถแสดงเจตจำนงของการบริจาคได้ตามขั้นตอนที่สภากาชาดไทยเป็นผู้กำหนด ซึ่งย่อมแตกต่างกันตามประเภทของการบริจาค โดยในวิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งเน้นศึกษาถึงการบริจาคอวัยวะเป็นหลัก ดังนั้น จึงศึกษาเฉพาะวิธีในการบริจาคอวัยวะ กล่าวคือ การบริจาคอวัยวะนั้นมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างจากการบริจาคร่างกาย เพราะการบริจาคอวัยวะมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อช่วยเหลือผู้ป่วยรายอื่น หรือ เพื่อช่วยชีวิตผู้ป่วยระยะสุดท้าย เพื่อให้อวัยวะใหม่ทำงานได้แทนอวัยวะเดิม²⁰ โดยวิธีในการแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะนั้นมี 2 วิธีด้วยกัน กล่าวคือ

- 1) ยื่นความจำนงด้วยตนเองที่ สภากาชาดไทย
- 2) ยื่นความจำนงทางไปรษณีย์

ทั้ง 2 วิธีดังกล่าวนี้ ผู้บริจาคต้องแสดงเจตนาผ่าน “ใบแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะ” ซึ่งเป็นแบบฟอร์มที่ศูนย์รับบริจาคสภากาชาดไทยกำหนดไว้ โดยต้องมีลายมือชื่อของผู้บริจาค และพยาน 2 คนลงลายมือชื่อเป็นสำคัญ ทั้งนี้ข้อความในใบแสดงความจำนงดังกล่าวมีข้อความว่า “ข้าพเจ้าได้ปรึกษาหารือกับครอบครัวก่อนแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะแล้ว และได้รับทราบและ

²⁰ สภากาชาดไทย, "การบริจาคและสิทธิประโยชน์," [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.redcross.or.th/donate/> [23 มกราคม 2562].

เข้าใจเป็นอย่างดีว่าแพทย์จะทำการตกแต่งร่างกาย ให้เป็นที่เรียบร้อยโดยมิได้ทำให้เกิดความล่าช้าในการประกอบพิธีทางศาสนา” จากข้อความดังกล่าวเป็นข้อความว่าผู้บริจาคได้ปรึกษาหารือกับทายาทของตนเรียบร้อยแล้ว แต่ไม่มีข้อความอันใดที่เป็นการบังคับให้ผู้บริจาคต้องขอความยินยอมจากทายาทก่อน หรือ ก่อนแพทย์การผ่าตัดอวัยวะต้องขอความยินยอมจากทายาทก่อนไม่ อย่างไรก็ดีในข้อบังคับของแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 และระเบียบสภาอากาศาตไทยว่าด้วยศุนย์บริจาคตอวัยวะ พ.ศ.2545 กำหนดให้ การผ่าตัดอวัยวะเพื่อทำการปลูกถ่ายนั้น ต้องขอความยินยอมจากทายาทก่อน ดังนั้นความยินยอมของทายาทจึงเป็นประเด็นสำคัญและเป็นเรื่องจำเป็นในการผ่าตัดอวัยวะเพื่อทำการปลูกถ่าย

2.3 สถานะทางกฎหมายของอวัยวะ

ในการพิจารณาสถานะทางกฎหมายของอวัยวะนั้นมีหลักการสำคัญเพื่อนำไปสู่การตีความได้ว่าการแสดงเจตนาบริจาคนั้นมีผลอย่างไรในทางกฎหมาย เนื่องจากหากสามารถวินิจฉัยได้ว่าอวัยวะเป็นสิ่งที่มีสถานะทางกฎหมาย ย่อมสามารถวิเคราะห์ต่อไปในผลของการบริจาคได้ เนื่องจากประเด็นสำคัญในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือการศึกษาถึงผลของการแสดงเจตนาบริจาค และสิทธิของทายาทหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องว่าบุคคลเหล่านั้นมีสิทธิตามกฎหมายในการยกเลิก หรือเปลี่ยนแปลงเจตนาของผู้บริจาคได้หรือไม่ ซึ่งต้องศึกษาถึงสถานะของอวัยวะในทางกฎหมายไทย และศึกษาทั้งสถานะทางอาญา และสถานะทางแพ่งด้วย

2.3.1 สถานะของอวัยวะในทางอาญา

ในเรื่องสถานะของอวัยวะในทางอาญานั้น ได้มีประเด็นเกี่ยวกับสถานะของร่างกายในทางอาญาที่น่าสนใจศึกษาด้วยเช่นกัน เนื่องจาก ร่างกายนั้นจะสามารถนำเอามาเป็นวัตถุในการบริจาคได้ต่อเมื่อบุคคลที่เป็นผู้บริจาคถึงแก่ความตายแล้วเท่านั้น และร่างกายที่ไร้ซึ่งลมหายใจนั้น เรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า “ศพ” ซึ่งนิยามของศพนั้นได้เคยปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยฉบับหนึ่ง กล่าวคือพระราชบัญญัติทะเบียนราษฎร พ.ศ.2499 มาตรา 4(11) ได้บัญญัติไว้ว่า ศพ หมายถึง “ร่างกายของคนตาย”²¹ แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวถูกยกเลิกโดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ.2534 อย่างไรก็ดีแม้ปัจจุบันไม่มีนิยามของคำว่าศพไว้ในกฎหมายแต่ก็มิได้แปลว่าสถานะ

²¹ พระราชบัญญัติทะเบียนราษฎร พ.ศ.2499 มาตรา 4(11) บัญญัติว่า ในพระราชบัญญัตินี้ ศพ หมายความว่า ร่างกายของคนตาย

ของศพนั้นไม่มีประเด็นในทางกฎหมาย เพราะปัจจุบันได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับศพไว้ในประมวลกฎหมายอาญา จึงย่อมน่าคิดว่าสาเหตุใดที่กฎหมายหันมาให้ความสำคัญกับศพถึงขนาดบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้สถานะทางกฎหมายของร่างกาย เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยมาอย่างช้านาน แต่เป็นประเด็นในทางกฎหมายอาญาในเรื่องสถานะของร่างกายในขณะที่บุคคลไม่มีชีวิต กล่าวคือ ปัญหาสถานะของศพในทางกฎหมาย ซึ่งในอดีตดังที่กล่าวไปข้างต้น พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ.2499 มาตรา 4 (11) เคยนิยามคำว่า "ศพ" ไว้ว่า "ร่างกายของคนตาย" แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวถูกยกเลิกโดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ.2534²² ดังนั้นในประเทศไทยไม่มีกฎหมายฉบับใดนิยามหรือ กำหนดสถานะของศพไว้เป็นการเฉพาะจึงต้องพิจารณาคำนิยามของศพจากพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ซึ่งนิยามคำว่าศพ หมายถึง ซากผีหรือร่างคนที่ตายแล้ว²³

ในประเด็นทางกฎหมายอาญาที่กล่าวถึงนั้น แต่เดิมประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพเอาไว้ แต่เนื่องจากปัจจุบันมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับศพมากขึ้น เช่น การอนาจารศพ กระทำชำเราศพ หรือ ความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยามศพ ซึ่งพฤติกรรมเหล่านั้นเป็นการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียงของบุคคลที่ตายไปแล้วและครอบครัวของผู้ นั้น²⁴ สภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา(ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 เพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ความผิดเป็นลักษณะ 13 ความผิด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²² Sakorn Manoromn, "สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับศพ," (2016).[ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <https://minimore.com/b/XK7ri/3> [26 ธันวาคม 2561]

²³ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.royin.go.th/dictionary/> [23 ธันวาคม 2561]

²⁴ Manoromn, "สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับศพ," [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <https://minimore.com/b/XK7ri/3> [26 ธันวาคม 2561].

เกี่ยวกับศพ มาตรา 366/1²⁵ มาตรา 366/2²⁶ มาตรา 366/3²⁷ และมาตรา 366/4²⁸ ซึ่งประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2558 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2558 เป็นต้นไป²⁹

ในส่วนสถานะของอวัยวะในทางอาญา ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น แม้มีความผิดเกี่ยวกับศพแต่ก็ไม่ได้บัญญัตินิยามของศพไว้ในกฎหมาย ในขณะที่นิยามของอวัยวะก็เช่นเดียวกันที่กฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดนิยามไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันได้มีความผิดที่เกี่ยวข้องกับอวัยวะปรากฏทางกฎหมายอาญา 2 ส่วนด้วยกัน กล่าวคือ

1) ผลของการกระทำที่จะถือว่าเป็นอันตรายสาหัสตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 297

โดยหลักแล้วบุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาต่อเมื่อมีการกระทำตามกฎหมายซึ่งในขณะนั้นกำหนดไว้ว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และความผิดทางอาญาที่เกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายของบุคคลนั้น คือความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ซึ่งเป็นความผิดในลักษณะที่ 10 มาตรา 288 ถึงมาตรา 308 ในส่วนของความผิดต่ออวัยวะนั้นเห็นว่าเป็นส่วนซึ่งเป็นผลของการกระทำที่จะถือว่าเป็นอันตรายสาหัส อันปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 297³⁰ (1) (2) และ (3) ซึ่งผลของ

²⁵ **ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/1** บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำความผิดเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพ หรือการใส่สิ่งอื่นใดกระทำความผิดกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของศพ

²⁶ **ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/2** บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

²⁷ **ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 366/3** บัญญัติว่า ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ทำให้เสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งศพ ส่วนของศพ อัฐิ หรือเถ้าของศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

²⁸ **ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/4** บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดๆ อันเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

²⁹ Manornomn, "สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับศพ." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <https://minimore.com/b/XK7ri/3> [26 ธันวาคม 2561]

³⁰ **ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297** บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสองแสนบาท อันตรายสาหัสนั้น คือ

(1) ตาบอด หูหนวก ลิ่นขาด หรือเสียอวัยวะประสาท

การกระทำดังกล่าว มีผลต่ออวัยวะของผู้ถูกระทำโดยตรง อย่างไรก็ตามก็ตინอกเหนือจากบทบัญญัติ มาตราดังกล่าวแล้ว ประมวลกฎหมายอาญาหาได้มีการกำหนดเกี่ยวกับสถานะของอวัยวะไว้อย่าง ชัดเจนไว้แต่อย่างใด

2) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์

ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อมาก็คือความผิดในทางกฎหมายอาญาอันเป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ซึ่งเป็นความผิดในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะที่ 12 มาตรา 334 ถึง 366 ทั้งการลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ รั้งราวทรัพย์ เป็นต้น ข้อที่น่าพิจารณานั้น คือ การนำเอาอวัยวะออกไปจากร่างกายของผู้อื่นโดยผิด กฎหมายจะทำให้ผู้นั้นมีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในทางอาญาหรือไม่ แต่การจะพิจารณาว่าเป็นการ กระทำที่ถือเป็นการผิดตามกฎหมายลักษณะนี้นั้น ต้องได้ความเกี่ยวกับสถานะของอวัยวะอย่าง ชัดเจนเสียก่อน กล่าวคือ ต้องถือว่าอวัยวะมีสถานะทางกฎหมายเป็นทรัพย์ เมื่อถือว่าอวัยวะเป็น ทรัพย์แล้วผู้ที่กระทำการใดๆ เกี่ยวกับอวัยวะนั้น เช่น ลักเอาไปซึ่งอวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย อาจถือว่ามีความผิดฐานลักทรัพย์ได้ ทั้งนี้ทั้งนั้นจึงต้องมาพิจารณานิยามของทรัพย์ในทางกฎหมาย อาญาด้วยเช่นกัน ซึ่งในสมัยกฎหมายลักษณะอาญานั้น ได้มีการนิยามคำว่าทรัพย์ไว้ในมาตรา 6 ข้อ 10³¹ ซึ่งจากการพิจารณานิยามตามกฎหมายลักษณะอาญาดังกล่าวเห็นว่าทรัพย์ตามกฎหมาย ลักษณะอาญา หมายความว่าวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ความคิดเรื่องวัตถุไม่มีรูปร่างที่อาจเป็นทรัพย์ ไม่ได้ ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญาแต่อย่างใด³² อย่างไรก็ตามก็ตინิยามของทรัพย์ในประมวลกฎหมายอาญา

(2) เสียอวัยวะสืบพันธุ์ หรือความสามารถสืบพันธุ์

(3) เสียแขน ขา มือ เท้า นิ้วหรืออวัยวะอื่นใด

(4) หน้าเสียโฉมอย่างติดตัว

(5) แห้งลูก

(6) จิตพิการอย่างติดตัว

(7) ทูพผลภาพ หรือป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต

(8) ทูพผลภาพ หรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่าสี่สิบวัน หรือจนประกอบกรรมกิจตามปกติ

ไม่ได้เกินกว่าสี่สิบวัน

³¹ กฎหมายลักษณะอาญามาตรา 6 ข้อ 10 บัญญัติว่า ทรัพย์ นั้น ท่านหมายความว่า บรรดาสิ่งของอันบุคคลสามารถมีกรรมสิทธิ์หรือ ถืออำนาจเป็นเจ้าของได้ เป็นต้นว่า เงินตรา แลบรรดาสิ่งของอันพึงเคลื่อนจากที่ได้ก็ดี แลเคลื่อนจากที่ได้ก็ดี ท่านก็นับว่าเป็นทรัพย์อัน กล่าวมาในข้อนี้

³² ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน”, ed. 1 (สำนักพิมพ์ พล สยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย): เนติบัณฑิตยสภา, 2551), หน้า 267.

ปัจจุบันมิได้มีกล่าวถึงแล้ว จึงต้องมาพิจารณาความเห็นของนักกฎหมายไทยที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับสถานะของศพ และ อวัยวะ ในทางกฎหมายอาญา โดยในเรื่องนี้นั้นความเห็นของนักกฎหมายที่ได้ อธิบาย และตีความสถานะของอวัยวะในทางอาญาไว้ เป็น 2 ฝ่ายดังนี้

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรก เห็นว่า ทรัพย์สินในความหมายของกฎหมายอาญา หมายถึงศพหรือส่วนของศพด้วยแต่ไม่ได้หมายความถึงร่างกายหรือส่วนของร่างกายมนุษย์ที่ยังมีชีวิต อยู่ ดังนั้นความเห็นของนักกฎหมายส่วนนี้จึงเห็นว่า ศพ ถือเป็นทรัพย์สิน และ อวัยวะถือเป็นทรัพย์สินด้วย เช่นกันแต่ต้องเป็นอวัยวะที่ได้มาเมื่อบุคคลเสียชีวิตไปแล้ว³³

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สอง เห็นว่า ความหมายของทรัพย์สินในทางกฎหมายอาญา นั้นมีความหมายอย่างเดียวกับทรัพย์สินในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์³⁴

เมื่อพิจารณาจากความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของอวัยวะในทางอาญาแล้วนั้น มีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 ฝ่าย ในส่วนความเห็นเกี่ยวกับอวัยวะนั้นฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเป็นทรัพย์สินต่อเมื่อ อวัยวะนั้นได้มาเมื่อบุคคลถึงแก่ความตาย ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับสถานะ ของอวัยวะไว้โดยตรงหากแต่มองว่าการตีความทรัพย์สินตามกฎหมายอาญานั้นต้องตีความโดยถือ ความหมายของทรัพย์สินเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นจาก ความเห็นของนักกฎหมายสถานะของอวัยวะจึงยังไม่ชัดเจนว่าเป็นทรัพย์สินหรือไม่เป็นทรัพย์สิน แต่เมื่อใดก็ตามที่มีการตีความว่าสถานะของศพถือเป็นทรัพย์สิน การกระทำการใดๆ เกี่ยวกับอวัยวะในทางกฎหมาย อาญา จึงถือเป็นความผิดอาญาด้วยในอีกทางหนึ่ง อย่างไรก็ตามก็ตีกฎหมายอาญามีได้ระบุสถานะของ อวัยวะเอาไว้ ขณะเดียวกันก็มิได้มีบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับอวัยวะ ดังที่ปรากฏความผิดเกี่ยวกับศพ เรื่องสถานะทางกฎหมายอาญาของอวัยวะจึงยังคงไม่ชัดเจนเท่าใดนัก

นอกจากเรื่องสถานะทางกฎหมายของศพและอวัยวะในทางกฎหมายอาญาแล้ว ยังมีประเด็น ทางอาญาเกี่ยวกับร่างกายในส่วนความรับผิดชอบของแพทย์ซึ่งเกี่ยวพันกับเกณฑ์การวินิจฉัยเรื่อง แกนสมองตาย กล่าวคือ สถานะของบุคคลที่จะถือว่ามีชีวิตถึงแก่ความตาย ซึ่งในประเทศไทยใช้เกณฑ์แกน

³³ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาคความผิด, ed. 11 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 165.

³⁴ ศาสตราจารย์ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด: เนติบัณฑิตยสภา, 2559), หน้า 228.

สมองตายในการพิเคราะห์ถึงความตายของบุคคล อันเป็นเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นภายใต้ประกาศแพทยสภาที่ 7/2555 เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีวินิจฉัยแกนสมองตาย³⁵ ซึ่งสาระสำคัญคือการที่แพทย์ต้องตรวจสอบอาการที่ไม่รู้สึกตัว หรือไม่ขยับเคลื่อนไหวใดๆ ในร่างกาย แล้วต้องแน่ใจด้วยว่าสภาวะดังกล่าวนี้ไม่ได้เกิดจากการรับยา หรือสารพิษต่างๆ ไม่มีภาวะอื่นๆ ที่ทำให้เข้าใจผิดว่าแกนสมองตาย และขั้นสุดท้ายต้องทดสอบการทำงานของก้านสมอง โดยตรวจสอบจากม่านตา การกรอกตา และปฏิกิริยาตอบสนอง และการหายใจ โดยการทดสอบจะทำทั้งหมด 2 ครั้งห่างกัน 6 ชั่วโมงจึงจะยืนยันได้ว่าแกนสมองตาย³⁶ โดยในเรื่องเกณฑ์การวินิจฉัยเกี่ยวกับแกนสมองตายนั้นมีประเด็นเกี่ยวเนื่องกับความรับผิดชอบของแพทย์ในทางอาญา อันเกิดจากกรณีการผ่าตัดนำอวัยวะออกจากร่างกายของผู้บริจาค เนื่องจากการผ่าตัดเพื่อปลูกถ่ายนั้นไม่ถือเป็นการรักษาหรือกระทำเพื่อประโยชน์ต่อสุขภาพร่างกายของผู้บริจาค หากแต่เป็นการนำเอาอวัยวะที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตออกจากร่างกาย ซึ่งก่อให้เกิดความผิดปกติดต่อการทำงานของอวัยวะภายในของผู้บริจาค ผลในทางกฎหมายต่อแพทย์คือแพทย์มีความชอบธรรมในการผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายของผู้บริจาคได้แค่ไหนเพียงไร³⁷ ซึ่งถือเป็นปัญหาที่ถกเถียงกันมาอย่างช้านาน เนื่องจากสถานะของบุคคลหากยังไม่ถึงแก่ความตาย การกระทำของแพทย์ย่อมสุ่มเสี่ยงที่จะเกิดความรับผิดชอบทำร้ายร่างกาย หรือ ฆ่าผู้อื่นได้ ทั้งนี้เนื่องจากในทางกฎหมายอาญานั้นการวินิจฉัยว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาจะต้องพิจารณาจาก “โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา” กล่าวคือ การพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำครบ

³⁵ ประกาศแพทยสภา ที่ 7/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีวินิจฉัยสมองตาย ข้อ 3 การวินิจฉัยสมองตายให้ทำได้ในสภาวะและเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

- (1) ผู้ป่วยต้องไม่รู้สึกตัวและไม่หายใจโดยมีข้อวินิจฉัยถึงสาเหตุ ให้รู้แน่ชัดว่าสภาวะของผู้ป่วยนี้เกิดขึ้นจากการที่สมองเสียหายโดยไม่มีหนทางเยียวยาได้ (irremediable and irreversible structural brain damage) และ
 - ก. พิษยา (drug intoxication) เช่น ยาเสพติด ยานอนหลับ ยาคลายกล้ามเนื้อ สารพิษที่มีผลให้กล้ามเนื้อไม่ทำงาน
 - ข. ภาวะอุณหภูมิในร่างกายต่ำรุนแรง (น้อยกว่า ๓๒ องศาเซลเซียส)
 - ค. ภาวะผิดปกติของระบบต่อมไร้ท่อและเมตาบอลิก (endocrine and metabolic disturbances)
 - ง. ภาวะช็อก (shock) ยกเว้นที่เกิดจากการสูญเสียหน้าที่ของระบบประสาทที่ควบคุมการเต้นของหัวใจและการหดตัวของหลอดเลือด (neurogenic shock)

³⁶ พญ.ธิดารัตน์ จีรพงศ์เจริญฤทธิ และ นพ.ธนัฐ วานิชะพงษ์ "ภาวะสมองตาย." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา <http://www.amed.cmu.ac.th/dept/surgery/neurosurgerycmu/2011/images/pdf> [23 ธันวาคม 2561]

³⁷ อติรุจ ดันบุญเจริญ, หน้า 16.

องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ อันมีทั้งองค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายใน หลังจากนั้นจึงมาพิจารณาถึงอำนาจอันชอบธรรมที่จะกระทำ อันเป็นการวินิจฉัยต่อมาว่าแม้ผู้กระทำจะกระทำการอันครบองค์ประกอบทางกฎหมายทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในแล้ว หากแต่ผู้กระทำไม่มีความผิดเนื่องจากมีสิทธิอันชอบธรรมที่จะกระทำการนั้นๆ ได้ เช่น การอ้างสิทธิเรื่องป้องกัน จำเป็น หรือความยินยอมของผู้ถูกระทำ เพื่อยกเว้นความผิด และยกเว้นโทษ เป็นต้น

ในส่วน of แพทย์นั้น ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น แพทย์ย่อมมีความเสี่ยงที่จะรับผิดทางอาญาในความรับผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือ ฆ่าผู้อื่นได้ แต่ในส่วนของการบริจาคนั้นไม่จะเป็นการบริจาคร่างกาย หรือการ บริจาคอวัยวะ บุคคลที่ถือเป็นผู้ถูกระทำย่อมไม่มีสภาพของบุคคลแล้วเนื่องจากการจะนำเอาร่างกายมาใช้ตามประสงค์ของผู้บริจาคได้ ต่อเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตายแล้ว ในขณะที่การผ่าตัดเพื่อนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายแก่ผู้อื่นได้นั้นผู้บริจาคต้องถูกวินิจฉัยว่าแกนสมองตายซึ่งถือว่าเป็นความตายตามกฎหมายตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศแพทยสภา ที่ 7/2554 เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยแกนสมองตาย ดังนั้นแพทย์ย่อมไม่มีความรับผิดทางอาญาเนื่องจากไม่มีบุคคลที่ถือเป็นผู้อื่นอันเป็นการขาดองค์ประกอบภายนอก ส่งผลให้แพทย์หาต้องรับผิดในทางอาญาไม่อย่างไรก็ดีในเรื่องการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้นแม้ผู้บริจาคจะไม่มีสภาพบุคคลอยู่แล้วก็ตามแต่เนื่องจากการผ่าตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายเป็นการผ่าตัดในขณะที่ผู้บริจาคถึงแก่ความตายตามกฎหมาย กล่าวคือ ถึงแก่ความตายเมื่อถูกวินิจฉัยว่าแกนสมองตาย ซึ่งจะต้องใช้เกณฑ์ในการวินิจฉัยตามที่ระบุไว้ในประกาศแพทยสภาที่ 7/2554 เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยแกนสมองตาย ดังที่กล่าวไปข้างต้น ทั้งนี้ในทางการแพทย์ และประกาศแพทยสภาย่อมถือว่าผู้ป่วยที่เป็นผู้บริจาคอวัยวะนั้นเสียชีวิตไปแล้ว เนื่องจากก้านสมองที่ควบคุมไม่ทำงาน แต่เมื่อใดก็ตามที่มีการใช้เครื่องช่วยหายใจ อาจทำให้เห็นการเคลื่อนไหวของหน้าอกอยู่ได้ หัวใจของผู้ป่วยจึงอาจเต้นอยู่ แต่จะเต้นช้าลงเรื่อยๆ ทำยที่สุดจะหยุดเต้นในที่สุด³⁸ อันเป็นปฏิกิริยาที่เกิดจากการสังการของไขสันหลัง ประเด็นเรื่องการเคลื่อนไหวของหน้าอก และการเต้นของหัวใจนั้น ย่อมทำให้เกิดความเข้าใจว่าผู้ป่วยยังคงมีชีวิตอยู่ได้ เพราะความเข้าใจเรื่องเกณฑ์แกนสมองตายที่สัมพันธ์กับเรื่องการบริจาคนั้นเป็นความรู้ใหม่ที่เข้ามา

³⁸ พญ.ธิดารัตน์ จีรพงศ์เจริญฤกษ์ และ นพ.ธนัฐ วานิชะพงศ์ "ภาวะสมองตาย," [ออนไลน์]. แหล่งที่มา

<http://www.amed.cmu.ac.th/dept/surgery/neurosurgerycmu/2011/images/pdf> [23 ธันวาคม 561].

ในช่วงไม่เกิน 40-50 ปี และเป็นเรื่องในวงการเฉพาะ ซึ่งไม่ใช่เรื่องที่คนทั่วไปจะเข้าใจทั้งหมด³⁹ ด้วยเหตุนี้ทนาย หรือ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องอาจเกิดความเข้าใจผิด นำมาซึ่งการฟ้องร้องแพทย์ทางอาญาได้ แม้ในปัจจุบันไม่เคยปรากฏว่าคนไข้ที่แกนสมองตายไปแล้วจะกลับมาฟื้นแล้วมีชีวิตขึ้นใหม่⁴⁰ แต่อย่างไรก็ดีเป็นหน้าที่ของแพทย์ที่ต้องวินิจฉัยเรื่องหลักเกณฑ์แกนสมองตายอย่างเคร่งครัด เพราะคดีความที่เกิดจากการฟ้องร้องแพทย์ ส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นจากการกล่าวหาว่าแพทย์กระทำการโดยประมาท เป็นผลให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือเสรีภาพของบุคคลแล้วแต่กรณี และข้อที่ต้องวินิจฉัยในแต่ละคดีคือการกระทำของแพทย์นั้นๆ เป็นการประกอบวิชาชีพโดยประมาท⁴¹ ดังนั้นเพื่อป้องกันความเสี่ยงที่อาจถูกฟ้องร้องทางอาญาในกรณีที่ไม่ว่าผู้ป่วยอันเป็นผู้บริจาคนั้นถึงแก่ความตายโดยภาวะแกนสมองตายอย่างแท้จริง เพราะการวินิจฉัยที่ผิดพลาดของแพทย์นั้นอาจถือเป็นการโดยประมาทในทางอาญา⁴² ได้

2.3.2 สถานะของอวัยวะในทางแพ่ง

การศึกษาเรื่องการบริจาคอวัยวะนั้น เนื่องจากประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการบริจาค และหน่วยงานที่เป็นศูนย์รับบริจาค่นั้นมีมากมายหลายที่ด้วยกัน การบริจาคจึงไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในทางปฏิบัติ และก่อให้เกิดปัญหาเรื่องผลของการแสดงเจตนาบริจาค เนื่องจากเมื่อผู้บริจาคแสดงเจตนาไปแล้ว ผลในทางกฎหมายของการแสดงเจตนาที่ยังไม่ปรากฏในทันที หากแต่จะเกิดในอนาคตและต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้บริจาค่นั้นถึงแก่ความตายไปแล้วด้วย และปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งคือก่อนที่ศูนย์รับบริจาคจะทำการนำเอาอวัยวะไปใช้เพื่อประโยชน์ตามประสงค์ของผู้บริจาค ศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย มีขั้นตอนเกี่ยวกับความยินยอมของทนาย อัน

³⁹ นายแพทย์ สุภนิตย์ นิวัตวงศ์, "มาตรฐานสมองตาย ความตายที่มีค่าของผู้ที่หัวใจยังเต้น" (MGR online 2552).[ออนไลน์].

แหล่งที่มา <https://mgronline.com/live/detail/9520000143392> [23 ธันวาคม 2561]

⁴⁰ "มาตรฐานสมองตาย ความตายที่มีค่าของผู้ที่หัวใจยังเต้น", [ออนไลน์] แหล่งที่มา :

<https://mgronline.com/live/detail/9520000143392> [28 มกราคม 2562].

⁴¹ แสง บุญเฉลิมวิภาส, "ปัญหาฟ้องร้องทางการแพทย์และแนวทางแก้ไข" ([ออนไลน์]. แหล่งที่มา

<http://www.sirirajgrad.com/wp-content/uploads/2018/02/ปัญหาฟ้องร้อง.pdf> [23 ธันวาคม 2561]

⁴² **ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4** บัญญัติว่า การกระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

เป็นความจำเป็นตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม ฯ ข้อ 53 ที่กำหนดว่าก่อนจะทำการผ่าตัดเพื่อนำอวัยวะไปปลูกถ่ายนั้นต้องได้รับความยินยอมจากทายาทก่อน และหากไม่อาจหาทายาทได้ในกรณีที่บริจาคอวัยวะไว้กับศูนย์รับบริจาคของสภากาชาดไทย แพทย์มีสิทธิผ่าตัดนำเอาอวัยวะของผู้บริจาคออกไปได้ทันทีโดยไม่ต้องรอความยินยอมจากทายาท อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับแพทยสภาฯ มีข้อนำสังเกตเกี่ยวกับประเด็นความยินยอมของทายาทหลายประการ ดังนี้

1) ข้อบังคับแพทยสภาฯ ใช้บังคับเฉพาะการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายเท่านั้น ไม่ได้ใช้บังคับกับการบริจาคร่างกายแต่ประการใด

2) ในกรณีที่บริจาคอวัยวะกับศูนย์บริจาคแห่งอื่นที่ไม่ใช่สภากาชาดไทย มีประเด็นว่า หากไม่อาจหาทายาทเพื่อให้ความยินยอมได้ แพทย์จะมีสิทธิผ่าตัดอวัยวะเพื่อทำการปลูกถ่ายได้หรือไม่ เนื่องจากข้อบังคับแพทยสภาฯ กำหนดเฉพาะกรณีบริจาคกับสภากาชาดไทยเท่านั้น

3) ทายาทมีสิทธิทางกฎหมาย เกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะหรือไม่ อย่างไร หากมี ทายาทประเภทใดที่มีสิทธิในการให้ความยินยอม เนื่องจากไม่มีการกำหนดลำดับชั้นของทายาทไว้ในข้อบังคับแพทยสภาฯ ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพฯ หรือระเบียบสภากาชาดไทยว่าด้วยศูนย์บริจาคอวัยวะฯ

จากประเด็นที่เกิดขึ้นเหล่านี้ก่อให้เกิดการตีความผลของการแสดงเจตนาบริจาค เพราะข้อบังคับแพทยสภาฯ นั้นบัญญัติไว้อย่างไม่ชัดเจน และเมื่อพิจารณานิยามของการบริจาคคือการแสดงเจตนาของผู้บริจาคด้วยความสมัครใจ ดังนั้นเมื่อเกิดเป็นประเด็นในทางกฎหมายขึ้น จึงต้องตีความสถานะของอวัยวะในทางแพ่งเสียก่อนว่าอยู่ในสถานะใดในทางกฎหมาย และในความเห็นของนักกฎหมายไทยนั้นมีประเด็นพิจารณาเรื่องสถานะของอวัยวะในทางแพ่งโดยถือว่าเป็น “ทรัพย์สิน” ซึ่งการจะถือเป็นทรัพย์สินหรือไม่อย่างไรนั้น สามารถอธิบายได้โดยใช้หลักเกณฑ์ที่คาบเกี่ยวกับสถานะของร่างกายในทางแพ่งด้วย **ทั้งนี้ สถานะของร่างกายในทางแพ่ง** คือร่างกายที่ได้มาเมื่อถึงแก่ความตายแล้ว หรือ ที่เรียกว่า “ศพ” ซึ่งในกฎหมายแพ่งนั้นไม่มีการกำหนดเกี่ยวกับเรื่องของศพไว้ดังเช่นที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาที่มีความผิดเกี่ยวกับศพ แต่ในการพิจารณาเรื่องของสถานะของศพในทางกฎหมายแพ่งถือว่ามีความสำคัญมาก เพราะจากความไม่ชัดเจนของสถานะของศพก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในทางกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ ปัญหาเรื่องสถานะของศพในทางกฎหมาย ซึ่งปัญหา

สำคัญและเป็นที่ยกอ้างอยู่เสมอ คือ สถานะของศพสามารถเป็นทรัพย์สินได้หรือไม่ ทั้งนี้เพราะได้เคยมี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2508⁴³ ที่ได้กล่าวว่าการบริจาศพเป็นพินัยกรรมชนิดหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ในคำพิพากษาศาลฎีกานั้นมิได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าศพเป็นทรัพย์สิน แต่ได้วินิจฉัยว่าการบริจาศพเป็น พินัยกรรมเพราะเป็นการแสดงเจตนาในการต่างๆ ซึ่งการต่างๆ นั้นมิใช่จะต้องมีกฎหมายระบุไว้ว่าเป็น การใดบ้าง จึงเป็นเรื่องสุดแต่ผู้ตายจะได้แสดงเจตนากำหนดการเผื่อตายในการต่างๆ ไว้ หากชอบด้วย กฎหมายแล้ว แม้จะไม่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ก็มีผลบังคับได้ตามพินัยกรรม ในเรื่องเกี่ยวกับคำพิพากษาศาลฎีกา นั้นนั้น กรมอัยการ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องศพว่า “ตามกฎหมายแล้ว ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย เท่านั้นที่เป็นมรดกของผู้ตาย ซึ่งจะตกทอดแก่ทายาท(ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1599 และ 1600) ศพของผู้ตายไม่ใช่ทรัพย์สินของผู้ตายที่จะตกทอดแก่ทายาท กรณีเรื่องนี้ ผู้ตาย เมื่อก่อนได้ทำพินัยกรรมอุทิศศพของผู้ตายเพื่อประโยชน์ในการศึกษาและเพื่อเป็นความรู้ในวิชาแพทย ศาสตร์ ให้แก่กรมมหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ ซึ่งเป็นการแสดงเจตนากำหนดการเผื่อตายในเรื่องศพ ของผู้ตายไว้แล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1646 และ 1656 ดังนี้เรียกได้ว่า ผู้ตายได้ทำพินัยกรรมจัดตั้งบุคคลอื่นไว้โดยเฉพาะ ให้จัดการทำศพของผู้ตาย ผู้จัดการมรดกของผู้ตาย ก็ดี ทายาทของผู้ตายก็ดี จึงไม่มีอำนาจหน้าที่ในอันที่จะจัดการศพของผู้ตายอีกแล้ว โดยเหตุนี้ทายาท จึงไม่มีอำนาจเรียกศพคืน⁴⁴

ดังนั้นจากสถานะทางร่างกายที่เกี่ยวกับประเด็นทางแพ่งตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2508 นั้น จึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับพินัยกรรมซึ่งนอกจากเรื่องพินัยกรรมแล้วมีข้อนำพิจารณา ว่าร่างกายสามารถเป็นวัตถุแห่งสิทธิได้หรือไม่ เนื่องจากหากร่างกายสามารถเป็นวัตถุแห่งสิทธิได้ ย่อม สามารถทำนิติกรรมใดๆ เกี่ยวกับร่างกายได้ เช่น การให้ การซื้อขาย รวมทั้งการบริจาค ทั้งนี้ในการ

⁴³ คำพิพากษาที่ 1174/2508 วินิจฉัยว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1646 นอกจากผู้ตายจะแสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สินแล้ว ยังแสดงเจตนาในการต่างๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายก็ดี คำว่าการ ต่างๆ ตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น ก็สุดแต่ผู้ตายจะได้แสดงเจตนากำหนดการเผื่อตายในการต่างๆ ไว้ หากชอบด้วยกฎหมายแล้ว แม้จะไม่ เกี่ยวกับทรัพย์สิน ก็มีผลบังคับได้ตามพินัยกรรมเมื่อตนตายแล้ว และการต่างๆ นั้นมิใช่จะต้องมีกฎหมายระบุไว้ว่าเป็นการใดบ้าง ผู้ตายได้ แสดงเจตนากำหนดการเผื่อตายเกี่ยวกับศพของผู้ตายโดยอุทิศศพของผู้ตายให้แก่กรมมหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ โดยทำถูกต้องตาม แบบพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656 พินัยกรรมของผู้ตายนับว่าสมบูรณ์

⁴⁴ สุภัสสร ภูเจริญศิลป์, หน้า 62.

วินิจฉัยถึงสถานะของศพในฐานะที่เป็นวัตถุแห่งสิทธินั้นจำเป็นต้องพิจารณาในประเด็นสำคัญอันนำไปสู่สถานะทางกฎหมายนั้นคือ การวินิจฉัยว่าศพเป็นทรัพย์สินหรือไม่

ในทางแพ่งนั้นค่านิยมของทรัพย์สินปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 บัญญัติว่า “ทรัพย์สินหมายถึงวัตถุที่มีรูปร่าง” และมาตรา 138 บัญญัติว่า “ทรัพย์สินสิ้น หมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้” อย่างไรก็ตามก็ตีการพิจารณาว่าศพ ถือเป็นทรัพย์สินในทางกฎหมายหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาค่านิยมของทรัพย์สินจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตาม มาตรา 137 และมาตรา 138 ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นเสียก่อน แต่เนื่องจากความหมายของทรัพย์สินและทรัพย์สินนั้นมีความแตกต่างกัน แนวความคิดของนักกฎหมายเกี่ยวกับนิยามของคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สินนั้นจึงแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย กล่าวคือ

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรก เห็นว่า คำว่าทรัพย์สินไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์สินสิ้นเสมอไป เพราะทรัพย์สินที่ยังไม่อาจถือเอาได้ย่อมไม่เป็นทรัพย์สิน การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์สินจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณา มาตรา มาตรา 137 ประกอบมาตรา 138⁴⁵

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สอง เห็นว่า การพิจารณาว่าสิ่งไหนเป็นทรัพย์สินหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 และมาตรา 138 ประกอบกัน⁴⁶

เมื่อพิจารณาสถานะของศพจากค่านิยมคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ศพย่อมถือเป็นวัตถุที่มีรูปร่างแน่นอน จึงถือเป็นทรัพย์สินในทางกฎหมาย ดังนั้นในนิยามของคำว่าทรัพย์สินตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรกนั้นจึงถือว่าเมื่อศพเป็นวัตถุที่มีรูปร่างย่อมถือเป็นทรัพย์สินในทันที โดยที่ไม่ต้องพิจารณาว่ามีราคาและถือเอาได้ ในขณะที่ความเห็นเกี่ยวกับนิยามของทรัพย์สินของนักกฎหมายฝ่ายที่สองนั้นต้องพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่านอกจากศพจะถือเป็นวัตถุที่มีรูปร่างแล้ว ยังต้องสามารถมีราคาทั้งยังสามารถถือเอาได้ด้วย ซึ่งการมีราคานั้นหมายถึงการมีคุณค่าในตัวเอง โดยคุณค่าย่อมหมายถึงคุณค่าทางจิตใจ คุณค่าทางมูลค่า หรือในด้านอื่นๆ ดังนั้น ราคาในความหมายของทรัพย์สินจึงไม่ใช่ความหมายด้านการเงินเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่หากสิ่ง

⁴⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1," (2534): หน้า 311.

⁴⁶ บัญญัติ สุชีวะ, ความหมายของประเภททรัพย์สินและทรัพย์สิน ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน, ed. 7 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา, 2529), หน้า 38.

นั่นถือว่ามีมูลค่าทางจิตใจด้วยแล้วย่อมถือว่าเป็นทรัพย์สินในทางกฎหมายได้ ในขณะที่การถือเอาได้นั้น เมื่อพิจารณาว่าการนำศพมาใช้เป็นวัตถุในการบริจาคเพื่อประโยชน์ต่อการศึกษาทางการแพทย์ ย่อมปฏิเสธมิได้เลยว่าศพนั้นย่อมมีราคาและอาจถือเอาได้ ดังนั้นศพจึงถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง⁴⁷

และเนื่องจากประเด็นสถานะทางกฎหมายของศพ เกี่ยวกับปัญหาว่าศพเป็นทรัพย์สินหรือไม่นั้น ได้มีนักกฎหมายไทยหลากหลายท่านได้มีความเห็นเกี่ยวกับสถานะของศพในเรื่องทรัพย์สิน ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 ฝ่าย ดังต่อไปนี้

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรก เห็นว่า การพิจารณาถึงสถานะของศพว่าเป็นทรัพย์สินหรือไม่เป็นทรัพย์สินนั้น ไม่ใช่การพิจารณาว่าศพเป็นวัตถุที่มีหรือไม่มีรูปร่าง เนื่องจากศพเป็นสิ่งที่มียูปร่างอยู่แล้ว แต่ประเด็นในการพิจารณาเรื่องทรัพย์สินคือการพิจารณาว่าศพถือเป็นวัตถุที่มีราคาและถือเอาได้หรือไม่ เมื่อศพนั้นมีผู้หวงแหนหรือผู้ต้องการใช้ประโยชน์จากศพย่อมถือว่าศพมีราคาและอาจถือเอาได้เช่นกัน ดังนั้น ศพจึงถือเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายได้เพราะตรงตามนิยามของคำว่าทรัพย์สินที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴⁸

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สอง เห็นว่า ศพไม่ใช่ทรัพย์สิน เนื่องจากเป็นสิ่งที่ได้มาเมื่อถึงแก่ความตาย และศพนั้นไม่อาจมีการยึดถือเหมือนทรัพย์สินได้⁴⁹

จากความเห็นของนักกฎหมายในการวินิจฉัยเกี่ยวกับสถานะของศพ นั้นมีนักกฎหมายแบ่งความเห็นออกเป็น 2 ฝ่ายด้วยกัน กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าศพเป็นทรัพย์สิน กับอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าศพไม่เป็นทรัพย์สิน อย่างไรก็ตามความเห็นของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นตรงกันกับความเห็นของนัก

⁴⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, ed. 40 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 427-55.

⁴⁸ จิตติ ดิงศภิทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 ed. 7 (กรุงเทพฯ: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด, 2553), หน้า 2266-67. ; ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดก (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), หน้า 407. ; บุญฤดี สุชีวะ, หน้า 7. ; อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2550), หน้า 8. ; หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3 11 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 264.

⁴⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ : มรดก (กรุงเทพฯ: มูลนิธิศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน : นิติธรรม 2537), หน้า 25-26. ; เปรียบ หุตางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก (แก้ไขเพิ่มเติมโดย ไพโรจน์ กัมพูสิริ), ed. 16 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 129.

กฎหมายฝ่ายแรก เพราะถือว่าศพนั้นสามารถตีความตรงตามนิยามของทรัพย์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ กล่าวคือ เป็นวัตถุที่มีรูปร่างและมีราคาและอาจถือเอาได้นั่นเอง แต่ศพชนิดที่ถือเป็นทรัพย์นั้นต้องเป็นศพที่มีผู้หวงแหน หรือ สามารถเอาศพไปใช้ประโยชน์ในทางใดทางหนึ่งได้ หากใช้ศพทั่วไปไม่ ทั้งนี้ได้มีความเห็นของนักกฎหมายท่านหนึ่งที่ทำให้ประเด็นเกี่ยวกับสถานะของศพไว้อย่างน่าสนใจ กล่าวคือ **ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ** ซึ่งท่านมีความเห็นว่าศพไม่ใช่ทรัพย์เพราะเกิดจากการตายของผู้ตาย แต่ “เงิน” ที่ได้จากการขายศพหรือสิทธิที่ได้รับเงินจากการขาย รวมทั้งหนังสือศพหรืออวัยวะของผู้ตาย เป็นสิทธิหน้าที่ตามสัญญาที่ผู้ตายก่อไว้อีกประการหนึ่ง จึงตกทอดเป็นมรดกได้⁵⁰ ดังนั้นจากความเห็นของ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อาจสรุปได้ว่า ศพไม่เป็นทรัพย์ แต่ศพมีสถานะบางอย่างทางกฎหมาย กล่าวคือ เป็นสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่ผู้ตายก่อไว้ การพิจารณาศพเป็นทรัพย์หรือไม่จึงไม่ใช่ประเด็นสำคัญ แต่ประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่าหากผู้ตายก่อสิทธิหรือหน้าที่เกี่ยวกับศพของตนไว้ เมื่อตนถึงแก่ความตายไปแล้ว สิทธิหรือหน้าที่นั้นก็ยังมียกบังคับทางกฎหมายได้อยู่ นั่นเอง

ในส่วน **สถานะของอวัยวะในทางแพ่ง** อวัยวะตามนิยามของพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้กำหนดนิยามของอวัยวะไว้ว่า อวัยวะ คือ ชิ้น ส่วน ส่วนของร่างกาย⁵¹ ทั้งนี้การพิจารณาเรื่องอวัยวะในทางแพ่งนั้น คือการพิจารณาเช่นเดียวกันกับสถานะของศพในทางกฎหมาย กล่าวคือ การวินิจฉัยว่าอวัยวะถือเป็นทรัพย์ในทางกฎหมายหรือไม่ เพราะหากเป็นทรัพย์ย่อมสามารถเป็นวัตถุแห่งสิทธิอันสามารถโอนสิทธิสัมพันธ์ทางแพ่งได้อย่างใดอย่างหนึ่งได้ ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับสถานะของอวัยวะว่าเป็นทรัพย์หรือไม่นั้น จึงเป็นประเด็นเดียวกันกับที่ได้ศึกษาไปแล้วในเรื่องสถานะของร่างกายในทางแพ่ง ซึ่งมีความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดว่าสิ่งนั้นเป็นทรัพย์หรือไม่เป็นทรัพย์นั้นแบ่งเป็น 2 ฝ่าย ดังนี้

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรก เห็นว่า การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์หรือไม่ เห็นว่าคำว่าทรัพย์ไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์เสมอไป เพราะทรัพย์ที่ยังไม่อาจถือเอาได้ย่อมไม่เป็นทรัพย์ การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณา มาตรา มาตรา 137 ประกอบมาตรา 138⁵²

⁵⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, หน้า 129.

⁵¹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.royin.go.th/dictionary/> [23 ธันวาคม 2561]

⁵² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 311.

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สอง เห็นว่า การพิจารณาว่าอวัยวะนั้นเป็นสิ่งที่ตรงกับนิยามของคำว่าทรัพย์สินตามกฎหมายหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 และ 138 ประกอบกัน⁵³

ดังนั้นแลเช่นเดียวกันกับการพิจารณาเรื่องของศพ การที่จะถือว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สินหรือไม่อย่างนั้นจึงต้องพิจารณาว่าอวัยวะถือเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง ซึ่งอวัยวะนั้นต้องมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย จากการพิจารณานियานั้น อวัยวะ จึงหมายถึง ชิ้นส่วนของมนุษย์ซึ่งเมื่อแยกออกมาจากตัวมนุษย์แล้ว ย่อมไม่ใช่ร่างกายของมนุษย์อีกต่อไป เช่น แขน ขา ดวงตา หรือ หัวใจ เป็นต้น อวัยวะจึงเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง ซึ่งหากถือตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรกอวัยวะย่อมถือเป็นทรัพย์สินแล้ว ในขณะที่หากถือตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สองการพิจารณาสถานะทางกฎหมายของอวัยวะโดยอ้างว่าเป็นทรัพย์สินนั้น จะต้องมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย ดังนั้นหากมีการหวงแหนอวัยวะหรือต้องการใช้ประโยชน์กับอวัยวะนั้นไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง อวัยวะย่อมเป็นสิ่งที่มีความราคาและอาจถือเอาได้เช่นกัน

ในประเด็นที่กล่าวถึงไปแล้วนั้นคือการพิจารณาสถานะของอวัยวะจากนิยามของทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในเรื่องสถานะของอวัยวะในความเห็นของนักกฎหมายนั้น ได้มีความเห็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับอวัยวะปรากฏในตำราของ **ท่านศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ** ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับประเด็นเกี่ยวกับสถานะของอวัยวะไว้ว่า ทรัพย์สินและทรัพย์สินจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ กล่าวคือ

- 1) ต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง (ทรัพย์สิน) หรือเป็นวัตถุที่มีรูปร่างก็ได้ หรือไม่มีรูปร่างก็ได้ (ทรัพย์สิน)
- 2) วัตถุนั้นต้องอาจมีราคาได้ และต้องถือเอาได้

หากขาดหลักเกณฑ์ข้อหนึ่งข้อใดไปก็ไม่อาจถือว่าสิ่งนั้นเป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สินได้ เช่น มนุษย์แม้มีรูปร่าง แต่ก็ไม่มีราคาและซื้อขายกันไม่ได้ เพราะ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312 ห้ามเอาคนลงเป็นทาส ห้ามพา ซื่อขาย จำหน่าย รับ หรือหน่วงเหนี่ยวบุคคลไว้ฉะนั้นมนุษย์จึงไม่ใช่ทรัพย์สิน แต่อวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย เช่น ผมสตรีที่ตัดไปขายย่อมมีราคาและถือเอาได้ จึงเป็นทรัพย์สิน

⁵³ บัญญัติ สุชีวะ, หน้า 38.

ดวงตาที่บุคคลขายหรืออุทิศให้แก่โรงพยาบาลเพื่อนำไปเปลี่ยนกับตาคนไข้ ย่อมมีราคาและถือเอาได้ จึงถือเป็นทรัพย์สินเช่นกัน⁵⁴

ดังนั้นจากความเห็นของท่านศาสตราจารย์ บัญญัติ สุชีวะ จึงเห็นว่าอวัยวะถือเป็นทรัพย์สิน แต่ต้องเป็นอวัยวะที่เมื่อตัดขาดออกไปจากร่างกายแล้วยังมีประโยชน์อยู่ เพราะถือว่าอวัยวะชิ้นนั้นเป็น วัตถุที่มีราคาและถือเอาได้ อันเป็นการพิจารณาจากนิยามของหลักเกณฑ์เรื่องทรัพย์สิน และ ทรัพย์สิน ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง

จากการพิจารณาสถานะของอวัยวะ ในทางอาญา และ ทางแพ่งนั้น สามารถสรุปได้ว่า ในทาง กฎหมายอาญา ไม่มีการกำหนดสถานะของศพ หรือ อวัยวะไว้อย่างชัดเจน แต่ในส่วนของศพนั้นได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับศพไว้ในประมวลกฎหมายอาญาตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา(ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 เพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ความผิดเป็นลักษณะ 13 ความผิดเกี่ยวกับศพ มาตรา 366/1 มาตรา 366/2 มาตรา 366/3 และ มาตรา 366/4 ซึ่งประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2558 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2558 เป็นต้นไป⁵⁵ ในส่วนของอวัยวะในทางกฎหมายอาญานั้น ไม่ได้มีการบัญญัติถึงความผิดไว้ แต่ปรากฏอยู่ในฐานความผิดเกี่ยวกับผลของการทำร้ายร่างกายผู้อื่นอันจะถือเป็น อันตรายสาหัส ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 เท่านั้น ในส่วนทางแพ่งนั้นไม่ได้มีนิยาม เกี่ยวกับสถานะของศพ และ อวัยวะไว้แต่อย่างใด เฉกเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา หากแต่มี ประเด็นพิจารณาว่า ศพ และ อวัยวะจะสามารถถือเป็น ทรัพย์สินตามกฎหมายได้หรือไม่ ทั้งนี้ตาม ความเห็นของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ได้ให้ความเห็นว่า การจะกำหนดว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์สิน หรือ ไม่ เป็นทรัพย์สินนั้น ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 และ 138 ประกอบ กัน กล่าวคือ มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ได้ แต่ต้องมีราคา และถือเอาได้ด้วย ซึ่งศพ และ อวัยวะ นั้น เป็นสิ่งที่มีรูปร่างอย่างแน่นอน และในการนำเอาศพ หรือ ชิ้นส่วนอวัยวะไปเพื่อปลูกถ่ายนั้น ย่อมเป็น ประโยชน์ต่อวงการแพทย์ และ ต่อผู้ป่วยที่รอการปลูกถ่าย ศพ และ อวัยวะ จึงถือเป็นสิ่งที่มีราคาและ

⁵⁴ ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ, “คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน” ของ ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ ปรับปรุงโดย ศาสตราจารย์ ไพโรจน์ วิทยภาพ, ed. 4 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2559), หน้า 38.

⁵⁵ Manornom, “สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับศพ.” [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <https://minimore.com/b/XK7ri/3> [26 ธันวาคม 2561]

อาจถือเอาได้ เมื่อใช้หลักเกณฑ์นี้พิจารณาแล้ว ในทางแพ่งจึงต้องถือว่า ศพ และ อวัยวะ เป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง

ทั้งนี้ไม่ว่าสถานะทางกฎหมายของร่างกายหรืออวัยวะจะเป็นทรัพย์สินหรือไม่อย่างไรนั้น การพิจารณาเรื่องผลของการแสดงเจตนาบริจาคหาจำต้องคำนึงสถานะของทรัพย์สินแต่ประการเดียวไม่เนื่องจากกฎหมายลักษณะทรัพย์สินนั้น เป็นกฎหมายว่าด้วยสิทธิของบุคคลที่จะใช้ต่อทรัพย์สินนั้นโดยตรงหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า กฎหมายลักษณะทรัพย์สินเป็นกฎหมายที่กล่าวถึงอำนาจที่บุคคลจะใช้ต่อทรัพย์สิน⁵⁶ โดยอำนาจของบุคคลที่ว่านั้นคือ “สิทธิ” ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินที่กล่าวถึงนั้นเป็นสิทธิในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายลักษณะหนี้ เพียงแต่เรื่องนี้เป็นความเกี่ยวข้องระหว่างบุคคลกับบุคคล แต่เรื่องทรัพย์สินนี้เป็นความเกี่ยวพันของบุคคลกับทรัพย์สิน ดังนั้นแม้ไม่อาจกำหนดสถานะของร่างกาย หรืออวัยวะว่าเป็นทรัพย์สินได้อย่างชัดเจน แต่หากผู้แสดงเจตนาผู้นั้นมีสิทธิที่จะทำอะไรกับสิ่งนั้นก็ได้ตามที่กฎหมายรับรองให้ ตามอำนาจแห่งสิทธิที่จะใช้ สิ่งนั้นก็ถือได้ว่าเป็น “วัตถุแห่งสิทธิ” ได้เช่นเดียวกัน และเนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาประเด็นผลของการแสดงเจตนาบริจาค ซึ่งจากที่กล่าวไปข้างต้นจะต้องมีการตีความโดยอิงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่ถือว่าอวัยวะเป็นวัตถุแห่งสิทธิ ก็ชอบที่จะวิเคราะห์เกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาต่อไปได้ โดยที่ผลของการแสดงเจตนาของผู้บริจาคที่ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าอวัยวะมีสถานะเป็นทรัพย์สิน หากแต่ต้องพิจารณาที่ผู้บริจาคเป็นสำคัญว่าบุคคลผู้นั้นมีสิทธิในทางกฎหมายเกี่ยวกับร่างกาย หรืออวัยวะของตนอย่างไร ในการนี้อวัยวะ จึงอยู่ในฐานะของวัตถุแห่งสิทธิที่ผู้แสดงเจตนาชอบที่จะกำหนดเกี่ยวกับวัตถุแห่งสิทธินั้นได้ ด้วยเหตุนี้การแสดงเจตนาบริจาคจึงอาจตีความได้ว่าเป็นนิติกรรม เพราะนิติกรรมนั้น คือ การก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือ ระงับซึ่งสิทธิ เมื่อปรากฏว่าผู้บริจาคมีสิทธิตามกฎหมายโดยถือว่า อวัยวะเป็นวัตถุแห่งสิทธิของตน การแสดงเจตนาและผลของการแสดงเจตนาจึงสามารถวิเคราะห์ต่อไปได้โดยอาศัยหลักนิติกรรม ซึ่งจะอธิบายในหัวข้อถัดไป

⁵⁶ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, หน้า 69.

2.4 นิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการบริจาควัยวะ

ชีวิตของบุคคลตามปกติทั่วไปนั้นมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษอยู่สองอย่าง คือ ความสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับทรัพย์ และความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เรียกว่าเป็นความสัมพันธ์ส่วนตัว ซึ่งความสัมพันธ์ทั้งหลายนั้นก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในทางกฎหมายที่เกิดจากเหตุการณ์ธรรมดา และการกระทำของบุคคล⁵⁷ ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำของบุคคลนั้น มีทั้งที่เกิดจากความตั้งใจของบุคคลที่จะให้เกิดผลทางกฎหมาย และที่ไม่ได้ตั้งใจให้เกิดผลทางกฎหมายขึ้น กล่าวคือ มีทั้งนิติกรรมและนิติเหตุ โดยนิยามของนิติกรรมนั้นปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 กล่าวคือ การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน และ ระวังซึ่งสิทธิ จากนิยามของนิติกรรมดังกล่าว จึงสามารถทำความเข้าใจกับความหมายของนิติกรรมได้โดยง่าย กล่าวคือ “นิติ” คือ “กฎหมาย” ส่วน “กรรม” คือ “การกระทำ” นิติกรรมจึงหมายถึงการกระทำในทางกฎหมายหรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวทางกฎหมาย ซึ่งอาจมีทั้งนิติกรรมฝ่ายเดียว หรือ นิติกรรมสองฝ่ายก็ได้⁵⁸ ในขณะเดียวกัน “สัญญา” แม้ไม่ได้มีนิยามของสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่จากการพิจารณาหลักของสัญญาแล้ว จึงพบว่า สัญญา หมายถึงนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปซึ่งมุ่งจะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์⁵⁹ สัญญาจึงถือเป็นนิติกรรมชนิดหนึ่ง ดังนั้นแล้วในการศึกษาเรื่องสัญญาจะต้องคำนึงถึงกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับนิติกรรมด้วยเสมอ

ในส่วนของการบริจาควัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้นหากพิจารณาตามนิยามของนิติกรรม การแสดงเจตนาบริจาคนั้นย่อมก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวทางกฎหมายเสมือนการโอนสิ่งหนึ่งไปยังบุคคลอีกบุคคลหนึ่งตามเจตนาของผู้แสดงเจตนา นั้น อย่างไรก็ตามเนื่องจากการบริจาควัยวะไม่มีกฎหมายไทยกำหนดนิยาม และให้ความหมายไว้ ด้วยเหตุนี้การตีความการบริจาควัยวะจึงต้องอิงกับหลักกฎหมายต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นสำคัญ และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนาโดยตรงนั้นคือเรื่องของนิติกรรม และ สัญญา ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เห็นว่าการบริจาควัยวะนั้น

⁵⁷ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, ed. 22 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 21.

⁵⁸ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, (สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561). หน้า 23-24

⁵⁹ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, หน้า 308

สามารถตีความได้ทั้งนิติกรรม และ สัญญา กล่าวคือ สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก สัญญาให้ มรดกและพินัยกรรม นอกจากนั้นหากไม่อาจตีความเรื่องหลักทางนิติกรรมหรือสัญญาใดๆ ได้ การแสดงเจตนาอาจถือเป็นความยินยอมประเภทหนึ่ง ทั้งนี้จะศึกษาผ่านความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริจาค ทายาท และศูนย์รับบริจาคเป็นสำคัญ ดังจะอธิบายต่อไปนี้

2.4.1 สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก

ตามลักษณะทั่วไปสัญญาย่อมเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ในการที่จะมีอิสระในการแสดงความจำนงก่อให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมายต่อกัน ผลของสัญญาจึงเป็นเรื่องที่เกิดแค่เฉพาะคู่สัญญาฝ่ายที่ทำสัญญาด้วยกันเท่านั้นที่จะมีสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันตามสัญญา ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาโดยเฉพาะ บุคคลภายนอกผู้เป็นคนอื่นและไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการก่อให้เกิดสัญญา ย่อมไม่อาจมีสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามจากพัฒนาการทางกฎหมายก่อให้เกิดข้อยกเว้นในเรื่องผลของสัญญา อันเป็นข้อยกเว้นให้แก่ “บุคคลภายนอกสัญญา” ให้มีสิทธิตามสัญญาได้ ดังปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนครั้งแรกในช่วงยุคจักรวรรดิ ราวคริสต์ศตวรรษที่ 2 – 3 (The post-Classical law of the Empire)⁶⁰ ซึ่งสิทธิที่ให้แก่บุคคลภายนอกในสมัยนั้นคือสิทธิในการฟ้องร้องบังคับให้คู่สัญญาชำระหนี้ตามสัญญาแก่เขาโดยตรงได้ จนถึงสมัยพระเจ้าจัสติเนียน ที่ปรากฏหลักฐานสำคัญเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลภายนอก 2 กรณี ดังนี้

1. ในกรณีที่ผู้ให้ทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งแก่ผู้รับโดยมีค่าภาระติดพันว่า ผู้รับจะต้องทำการใดอย่างหนึ่งแก่บุคคลภายนอก หากผู้รับไม่ปฏิบัติตามสัญญา บุคคลภายนอกนั้นสามารถฟ้องร้องบังคับให้ผู้รับกระทำการดังกล่าวได้โดยใช้แบบคำฟ้องพิเศษที่เรียกว่า action utilis

2. ในกรณีที่บุคคลหนึ่งยกทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลอีกคนหนึ่ง (Trustee) โดยมีเงื่อนไขว่าบุคคลหลังจะต้องโอนทรัพย์สินดังกล่าวแก่บุคคลภายนอกซึ่งตามปกติได้แก่ ทายาท ซึ่งยังอยู่ในอุปการะเลี้ยงดูของบุคคลแรก เมื่อบุคคลแรกถึงแก่ความตาย และบุคคลหลังผิดสัญญา บุคคลภายนอกนั้นสามารถฟ้องร้องบังคับให้บุคคลหลังโอนทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่ตนได้

ในเรื่องของการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้น มีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาและกล่าวถึง นั่นคือ คู่สัญญาของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ ว่าเป็นบุคคลใด และอีกประการหนึ่งคือ

⁶⁰ อุษา จิวะชาติ, "สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก" (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 15.

ผลของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะนั้นจะขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของบุคคลภายนอกหรือไม่ ซึ่งบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะโดยหลักแล้วจะมีด้วยกัน 3 ฝ่าย คือ ผู้บริจาค ศูนย์บริจาค และผู้รับบริจาค ทั้งนี้เมื่อบุคคลที่เกี่ยวข้องมีมากกว่าสองฝ่าย แนวความคิดเรื่องสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกอันเป็นหลักความคิดตามกฎหมายแพ่งนั้น อาจสามารถนำมาใช้ในการวิเคราะห์ถึงลักษณะของนิติกรรม และความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องได้ ดังที่จะอธิบายต่อไปนี้

2.4.1.1 ลักษณะทั่วไปของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก

โดยหลักแล้วสัญญาคือความผูกพันเฉพาะผู้ทำสัญญา กล่าวอีกนัยหนึ่งคือสิทธิและหน้าที่ผูกพันตามสัญญาจะเกิดเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น และเป็นไปเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาโดยเฉพาะ บุคคลภายนอกที่มีคู่สัญญาด้วยย่อมไม่อาจมีสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามก็มีสัญญาประเภทหนึ่งที่ต่างจากหลักสัญญาโดยทั่วไป กล่าวคือ เป็นสัญญาที่ให้สิทธิแก่บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญา อันเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า “สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก”

สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกนั้น ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 ถึงมาตรา 376⁶¹ แต่บทบัญญัติเหล่านั้น มิได้ให้คำนิยามของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกไว้ อย่างไรก็ตามนักกฎหมายหลายท่านได้ให้นิยามของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกไว้ในทางตำราต่างๆ โดยอิงกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 โดยสาระสำคัญของนิยามสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกนั้นคือ สัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นเพื่อให้บุคคลภายนอกเป็นผู้รับประโยชน์จากสัญญา ซึ่งสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกนี้เป็นข้อยกเว้นจากหลักกฎหมายที่ว่าสัญญาก่อให้เกิดผูกพันแก่เฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น⁶²

⁶¹ **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374** บัญญัติว่า ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาตกลงว่าจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกไซ้ ท่านว่าบุคคลภายนอกมีสิทธิจะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้โดยตรงได้ ในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น สิทธิของบุคคลภายนอกย่อมเกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 375 บัญญัติว่า เมื่อสิทธิของบุคคลภายนอกได้เกิดขึ้นตามบทบัญญัติแห่งมาตราก่อนแล้ว คู่สัญญาหาอาจจะเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธินั้นในภายหลังได้ไม่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 376 บัญญัติว่า ข้อต่อสู้อันเกิดแต่มูลสัญญาดังกล่าวมาในมาตรา 374 นั้น ลูกหนี้อาจจะยกขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกผู้จะได้รับประโยชน์จากสัญญานั้นได้

⁶² **จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้**, ed. 3 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เจริญผล, 2524), หน้า 319.; **ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา** ๑, ed. 11 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2557), หน้า 478.

จากการให้คำนิยามของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกนั้น แสดงให้เห็นว่าสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกมีบุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญาด้วยกัน 3 ฝ่าย คือ คู่สัญญา (2 ฝ่าย) และบุคคลภายนอกอีกฝ่ายหนึ่ง โดยที่สิทธิของบุคคลภายนอกจะมีขึ้นต่อเมื่อเข้าเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) มีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญา ที่มีเจตนายกประโยชน์ตามสัญญาแก่บุคคลภายนอก

แม้สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกจะเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปของสัญญาที่มีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น แต่สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกก็ยังคงเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง จึงต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักทั่วไปในเรื่องการก่อให้เกิดสัญญา คือ ต้องเกิดจากความตกลงของคู่สัญญา จากเจตนาที่อิสระ ปราศจากความสำคัญผิด กลฉ้อฉล และการถูกข่มขู่ รวมทั้งคู่สัญญายังต้องมีความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญานั้นได้ด้วย ดังนั้นหลักเกณฑ์ประการแรกของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนั้น คือ การแสดงเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญที่ต้องสมบูรณ์และก่อให้เกิดเป็นสัญญาได้ และเมื่อสัญญาสมบูรณ์แล้ว คู่สัญญาจะต้องมีเจตนาในการยกประโยชน์ตามสัญญาแก่บุคคลภายนอกด้วย โดยต้องเป็นการยกประโยชน์โดยอาศัยเจตจำนงที่อิสระของคู่สัญญา⁶³

2) มีความชัดเจนในการแสดงเจตนาให้ประโยชน์

การแสดงเจตนาของคู่สัญญาของคู่สัญญานั้นต้องตรงกัน โดยอาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ปรีชา หรือการนิ่งเช่นเดียวกับการแสดงเจตนาเพื่อทำนิติกรรมโดยทั่วไป⁶⁴ ของคู่สัญญาก็ได้ เพราะเป็นไปตามหลักพื้นฐานของเรื่องสัญญานั้นเอง

2.4.1.2 ลักษณะของบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์

ในการพิจารณาถึงความเป็นบุคคลภายนอกนั้นก่อนอื่นจะต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่า “บุคคลภายนอก” ตามสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกนั้นหมายถึงผู้ใด และจะถือว่าบุคคลอื่นที่มีใช้คู่สัญญาทุกคนจะถือเป็นบุคคลภายนอกด้วยกันทั้งหมดหรือไม่ ซึ่งในการพิจารณาถึงประเด็นดังกล่าวนี้ จะต้องคำนึงถึงเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นบุคคลภายนอก ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 3 หัวข้อ ดังนี้

1) บุคคลภายนอกต้องไม่ใช่คู่สัญญา ผู้รับโอนสิทธิ หรือผู้สืบสิทธิของคู่สัญญา

⁶³ จิวะชาติ, หน้า 125.

⁶⁴ ศักดิ์ สนองชาติ, หน้า 8-10.

ในประเด็นเกี่ยวกับบุคคลภายนอกต้องเป็นบุคคลประเภทใดนั้น เป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาเนื่องจากในบางสัญญาก็มีบุคคลอื่นที่เปรียบเสมือนบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์บางอย่างจากคู่สัญญาเช่นกัน แต่ไม่ได้หมายความว่าบุคคลภายนอกนั้นๆ จะเป็นบุคคลภายนอกตามสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก⁶⁵ ทั้งนี้ได้มีความเห็นของนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความหมายของบุคคลภายนอกไว้ ดังเช่น **ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภักดิ์** เห็นว่า “บุคคลภายนอก หมายความว่าบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญา ส่วนตัวการในสัญญาที่ทำโดยตัวแทนก็ดี หรือผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องหรือทายาทของคู่สัญญาก็ดี บุคคลเหล่านี้เป็นคู่สัญญาหรืออาศัยสิทธิในฐานะที่สืบมาจากคู่สัญญาเองอยู่แล้วมิใช่จากบุคคลภายนอก”⁶⁶ นอกจากนี้ยังมีความเห็นของนักกฎหมายท่านอื่นที่ เช่น **ท่านวิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์** ได้ให้ความหมายของ บุคคลภายนอก หมายถึง “บุคคลที่มีคู่สัญญา แต่ไม่จำเป็นต้องมีตัวตนอยู่ในขณะทำสัญญาก็ได้ คู่สัญญาจึงไม่จำเป็นต้องระบุตัวบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์ว่าเป็นผู้ใดโดยเฉพาะเจาะจงในขณะทำสัญญา เช่น อาจตกลงกันว่าให้โอนที่ดินให้แก่บริษัทที่จะก่อตั้งในอนาคตก็ได้”⁶⁷ ดังนั้น บุคคลภายนอกจึงเป็นบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์ในสิทธิและหน้าที่ที่มีอยู่ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งเป็นคู่สัญญาเลย บุคคลภายนอกเป็นเพียงบุคคลซึ่งคู่สัญญากำหนดไว้ในสัญญาให้เป็นผู้มีสิทธิรับชำระหนี้จากลูกหนี้เท่านั้น และมีใช้กรณีที่คู่สัญญาไม่เจตนาโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่ผู้รับโอนซึ่งเป็นบุคคลภายนอก หรือ มิใช่เป็นกรณีที่เจ้าหนี้ลูกหนี้มีเจตนาเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ให้บุคคลภายนอกโดยการแปลงหนี้ใหม่ เพราะหากเข้าลักษณะดังกล่าวย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 วรรคแรก⁶⁸ และมาตรา 349 วรรคสาม⁶⁹ เนื่องจากลักษณะของสัญญาดังกล่าวนั้น บุคคลภายนอกได้กลายมาเป็นคู่สัญญากับเจ้าหนี้

⁶⁵ จิวะชาติ., หน้า 125-27.

⁶⁶ จิติ ดิงศภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตราว่าด้วยสัญญา บรรพ 2 มาตรา 354-394 ปรับปรุงโดย ศรินทร์ ไสถลพิษันธุ์ (กรุงเทพฯ: กองทุนศาสตราจารย์จิติ ดิงศภักดิ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 123-26.

⁶⁷ วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์, กฎหมายแพ่งพิศดาร เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: หจก.แสงจันทร์การพิมพ์ 2561), หน้า 180.

⁶⁸ **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 วรรคแรก** บัญญัติว่า “การโอนหนี้อันจะต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์ อนึ่งการโอนหนี้ที่ท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้อินยอมด้วยในการโอนนั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ”

⁶⁹ **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 วรรคสาม** บัญญัติว่า “ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้อง”

นอกจากนี้ความเป็นบุคคลภายนอกนั้นจะต้องไม่ใช่ลักษณะของทายาทได้รับประโยชน์ตามสัญญาเนื่องจากการตายของเจ้าหนี้ เพราะคู่สัญญาไม่ได้มีเจตนาให้ประโยชน์แก่ทายาท แต่ทายาทได้รับผลประโยชน์ตามสัญญาจากผลของกฎหมาย อันเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1599⁷⁰

ดังนั้นจากหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยถึงความเป็นบุคคลภายนอกประการแรกคือ บุคคลนั้นต้องเป็นบุคคลภายนอกตลอดระยะเวลาของสัญญา ทั้งจะไม่กลายมาเป็นคู่สัญญาในภายหลังได้ และบุคคลภายนอกจะต้องได้ความว่าไม่ใช่ผู้สืบสิทธิตามกฎหมายลักษณะมรดก เนื่องจากการเป็นผู้สืบสิทธินั้นเกิดจากผลของกฎหมายหาใช่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญาไม่

2) บุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์ต้องเป็นบุคคลที่กำหนดได้แน่นอน

วัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกนั้น คือ การที่บุคคลภายนอกเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากสัญญา แต่การที่บุคคลภายนอกจะเข้ามารับเอาประโยชน์ตามสัญญาได้ มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าบุคคลภายนอกดังกล่าวต้องเป็นบุคคลที่ “คู่สัญญากำหนดตัวไว้แน่นอนหรือไม่” ซึ่งจากปัญหานี้ได้มีนักกฎหมายไทยและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้ตีความว่า “ในเรื่องว่าบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์จะต้องเป็นบุคคลที่กำหนดได้แน่นอนหรือไม่นั้น นักกฎหมายไทยได้ให้ความเห็นที่เป็นหลักสำคัญในการพิจารณาตัวบุคคลภายนอกในทำนองเดียวกันว่า ในการทำสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก คู่สัญญาแม้จะไม่จำเป็นต้องระบุตัวบุคคลแน่นอนว่าเป็นใครก็ตาม แต่คู่สัญญาจะต้องกำหนดลักษณะหรือคุณสมบัติของบุคคลภายนอกไว้ โดยระบุไว้ในสัญญาอย่างชัดเจน⁷¹ เช่น สัญญาให้ทุนการศึกษาของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ผู้ให้ทุนตกลงกับมหาวิทยาลัยว่าผู้ที่ได้รับทุนได้ต้องมีคุณสมบัติเคยเป็นนักศึกษาของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และจบการศึกษาปริญญาตรีโดยมีผลสอบไม่ต่ำกว่ากว่า 75 เปอร์เซ็นต์ เพศหญิง และ สถานภาพโสด เป็นต้น⁷² อย่างไรก็ตาม

⁷⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1599 บัญญัติว่า “เมื่อบุคคลใดตาย มรดกของบุคคลนั้นตกทอดแก่ทายาท ทายาทอาจเสียไปซึ่งสิทธิในมรดกได้แต่โดยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น”

⁷¹ จิวชาติ, หน้า 50-60.

⁷² จิวชาติ, หน้า 50-60

ดีในประเด็นนี้ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า ถ้าระบุตัวบุคคลภายนอกเพียงว่า ให้จ่ายเงินแก่คนอนาถา ดังนี้ถือว่าไม่มีตัวบุคคลภายนอกแน่นอนพอที่จะเข้าถือเอาประโยชน์ตามสัญญาได้⁷³

ในส่วนแนวคำพิพากษาของศาลฎีกานั้นได้วินิจฉัยในประเด็นการกำหนดตัวของบุคคลภายนอกไว้เฉกเช่นเดียวกับความคิดของนักกฎหมายไทย กล่าวคือ คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องกำหนดหรือระบุว่าเป็นบุคคลภายนอกเป็นใคร แต่ต้องระบุลักษณะหรือคุณสมบัติของบุคคลภายนอกไว้ในสัญญาด้วย ดังเช่นความเห็นของท่านวิเชียร ติเรกอุดมศักดิ์ ที่ได้ให้ความหมายของบุคคลภายนอกดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น กล่าวคือ บุคคลภายนอกไม่ใช่บุคคลที่เป็นคู่สัญญา และไม่จำเป็นต้องมีตัวตนอยู่ในขณะทำสัญญา คู่สัญญาจึงไม่จำเป็นต้องระบุตัวบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์ว่าเป็นผู้ใดโดยเฉพาะเจาะจงในขณะทำสัญญา เช่น อาจตกลงกันว่าให้โอนที่ดินให้แก่บริษัทที่จะก่อตั้งในอนาคตก็ได้”⁷⁴ และตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 175/2542⁷⁵ คู่สัญญาได้กำหนดตัวผู้รับประโยชน์ไว้เป็นผู้มาขอเช่าตึก แต่ไม่ได้กำหนดตัวแน่นอนว่าจะจะเป็นใคร สาระสำคัญจึงอยู่ที่ว่าใครก็ได้ที่มาเป็นผู้เช่าตึกนี้ หรือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5791/2556⁷⁶ ที่วินิจฉัยว่า การแสดงเจตนาเพื่อถือเอาประโยชน์ของบุคคลภายนอก

⁷³ จิติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญา บรรพ 2. มาตรา 354-452, หน้า. 65

⁷⁴ วิเชียร ติเรกอุดมศักดิ์. กฎหมายแพ่งพิศดาร เล่ม 1 (ฉบับปรับปรุงใหม่), (หจก.แสงจันทร์การพิมพ์, 2561), หน้า 180

⁷⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 175/2542 วินิจฉัยว่า สัญญาให้ปลูกสร้างตึกแถวในที่ดินของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งโดยให้คู่สัญญาฝ่ายที่ปลูกสร้างมีสิทธิเรียกเงินช่วยค่าก่อสร้างจากผู้มาขอเช่าตึกแถวนั้น เมื่อบุคคลใดมาขอเช่าตึกแถวโดยยอมเสียเงินค่าก่อสร้างบุคคลนั้นย่อมเป็นบุคคลภายนอกซึ่งมีสิทธิรับประโยชน์จากสัญญา

⁷⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5791/2556 วินิจฉัยว่า ขณะรังวัดแบ่งแยกที่ดินและทำพินัยกรรม ท. มีเจตนาให้ที่ดินพิพาทเป็นทางเข้าออกถนนสาธารณะสำหรับที่ดินอีก 3 แปลง และตามพฤติการณ์ที่ ท. พักรักษาตัวอยู่กับจำเลยก่อนถึงแก่ความตายและจำเลยอยู่ด้วยในขณะที่รังวัดแบ่งแยกที่ดินตลอดจนในขณะที่ทำพินัยกรรมทั้งได้รับทราบเจตนาดังกล่าวของ ท. แล้ว ซึ่งต่อมาจำเลยก็ไม่เคยได้แจ้งการใช้ที่ดินพิพาทของโจทก์และบุคคลที่อาศัยอยู่ในห้องแถวมาโดยตลอด ย่อมเป็นการแสดงเจตนาโดยปริยายว่า ท. กับจำเลยได้มีข้อตกลงกันก่อนยกที่ดินพิพาทให้จำเลยตามพินัยกรรมว่าให้ใช้ที่ดินพิพาทเป็นทางเข้าออกเพื่อประโยชน์แก่ที่ดินอีก 3 แปลง อันเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอก เมื่อโจทก์ได้รับโอนที่ดินโฉนดเลขที่ 60977 ตามพินัยกรรมและเข้าใช้ทางพิพาทอันเป็นการแสดงเจตนาถือเอาประโยชน์จากข้อตกลงดังกล่าวแล้ว สิทธิของโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์ย่อมเกิดขึ้นนับแต่นั้น อันเป็นเหตุให้จำเลยซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินพิพาทต้องยอมรับกรรมบางอย่างเพื่อประโยชน์แก่ที่ดินของโจทก์ ที่ดินพิพาทจึงตกเป็นภาระจำยอม ข้อตกลงดังกล่าวเป็นการก่อตั้งภาระจำยอม แม้ไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็เป็นเพียงทำให้การได้มาซึ่งภาระจำยอมนั้นไม่บริบูรณ์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1299 วรรคหนึ่ง แต่ไม่ได้ทำให้ข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะหรือเสียเปล่าแต่อย่างใด ยังคงบังคับกันได้เป็นบุคคลสิทธิในระหว่างจำเลยซึ่งต้องผูกพันชำระหนี้ตามสัญญาเพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอกกับโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์ โจทก์ย่อมบังคับให้จำเลยจดทะเบียนภาระจำยอมได้ กรณีหาใช่เป็นการได้ภาระจำยอมโดยอายุความอันเป็นการได้ทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมตาม ป.พ.พ. มาตรา 1401 แม้โจทก์ใช้ที่ดินพิพาทไม่ถึงสิบปีนับแต่วันที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ โจทก์ก็ฟ้องขอให้บังคับจำเลยจดทะเบียนภาระจำยอมได้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 นั้นเป็นนิติกรรมที่ไม่มีแบบ อาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ และหาจำต้องระบุตัวบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์ว่าเป็นตัวบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจง เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ขณะ ท. ทำการรังวัดที่ดินและทำพินัยกรรมยกที่ดินพิพาทให้แก่จำเลย ท. กับ จำเลย ตกลงกันว่าจำเลยให้ใช้ที่ดินพิพาทเป็นทางเข้าออกเพื่อประโยชน์แก่ที่ดินอีก 3 แปลง แม้ไม่ได้ระบุตัวผู้รับประโยชน์ผ่านที่ดินพิพาทโดยเฉพาะเจาะจงว่าเป็นใคร ก็มีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก⁷⁷

กล่าวโดยสรุป ตามความคิดเห็นของนักกฎหมายและคำพิพากษาของศาลฎีกานั้นเห็นว่าบุคคลภายนอกไม่จำต้องกำหนดว่าเป็นใครโดยเฉพาะเจาะจง หากแต่ต้องมีคุณสมบัติ หรือ การกำหนดคุณลักษณะของบุคคลภายนอกให้ชัดเจนในระดับหนึ่ง หาใช่ว่าทุกคนนอกเหนือจากคู่สัญญาจะเป็นบุคคลภายนอกด้วยกันทั้งหมดไม่ ทั้งนี้การกำหนดคุณลักษณะของบุคคลภายนอกนั้นย่อมเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา เช่น การกำหนดว่าผู้ที่ได้รับประโยชน์ตามสัญญาต้องเป็นผู้เช่า หรือ ผู้มีสิทธิในที่ดินตามพินัยกรรมในอนาคตก็ได้ เป็นต้น

3) บุคคลภายนอกไม่จำเป็นต้องมีสภาพบุคคลในขณะที่ทำสัญญา

สภาพบุคคลตามกฎหมายไทยนั้น เริ่มตั้งแต่เมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารก ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15⁷⁸ โดยบุคคลภายนอกตามสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนั้น ตามความเห็นของนักกฎหมายไทยมีความเห็นแบ่งเป็น 2 ฝ่าย กล่าวคือ

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรก เห็นว่า ในขณะที่คู่สัญญาทำสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก บุคคลภายนอกไม่จำเป็นต้องมีสภาพบุคคลขณะทำสัญญาก็ได้ บุคคลภายนอกอาจมีสภาพบุคคลในอนาคตได้ เช่น บริษัทในอนาคตที่จะก่อตั้งขึ้น⁷⁹ ทั้งนี้เพราะขณะทำสัญญาบุคคลภายนอกไม่

⁷⁷ วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์, หน้า 181; .

⁷⁸ **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15** บัญญัติว่า สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย ทารกในครรภ์มารดาที่สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก

⁷⁹ จิตติ ดิงค์พิทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตราว่าด้วยสัญญา บรรพ 2 มาตรา 354-394 ปรับปรุงโดย ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, หน้า 65.

มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำสัญญาแต่ประการใด เพียงแต่ตอนชำระหนี้ตามสัญญานั้น บุคคลภายนอกต้องมีสภาพบุคคล หรือ อย่างน้อยมีความสามารถในการมีสิทธิ และรู้ว่าเป็นใครก็เพียงพอแล้ว

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สอง เห็นว่า ในขณะที่ทำสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก บุคคลภายนอกต้องมีสภาพบุคคลหรืออย่างน้อยมีความสามารถในการมีสิทธิ คืออยู่ในกรรมมารดาตามมาตรา 15 แล้ว⁸⁰

เมื่อพิจารณาสิทธิของบุคคลภายนอกแล้ว แม้มีความเห็นของนักกฎหมายไทยแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย เกี่ยวกับสภาพบุคคลของบุคคลภายนอกขณะทำสัญญา น่าคิดว่าตัวบุคคลภายนอกนั้นเป็นเพียงผู้รับประโยชน์ตามสัญญาเท่านั้น ความมีตัวตนหรือสภาพบุคคลของบุคคลภายนอกจึงหาใช่สาระสำคัญในการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกไม่ แต่คู่สัญญาต่างหากที่ต้องมีสภาพบุคคลและมีตัวตนอยู่ในขณะที่ทำสัญญาเพราะการเกิดสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกนั้นจะเกิดขึ้นตามหลักของสัญญาทั่วไป กล่าวคือ การแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกัน โดยปราศจากข้อบกพร่อง และเมื่อสัญญาเกิดแล้ว ย่อมเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกโดยสมบูรณ์ โดยมีต้องคำนึงถึงตัวบุคคลภายนอก หรือ สภาพของบุคคลภายนอกแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป ลักษณะของบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์นั้น จะต้องเป็นบุคคลที่ไม่ใช่คู่สัญญา หรือ ผู้รับโอน หรือ ผู้สืบสิทธิ หากแต่เป็นบุคคลที่ได้รับประโยชน์ในสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกจากเจตนาของคู่สัญญาที่ไม่ใช่จากผลของกฎหมาย ทั้งไม่จำเป็นต้องมีการระบุตัวตนไว้แน่นอน ขณะที่ทำสัญญาแต่ต้องมีการกำหนดคุณสมบัติบางอย่างให้เฉพาะเจาะจงในระดับหนึ่ง

2.4.1.3 การแสดงเจตนาเข้าถือประโยชน์

สิทธิของบุคคลภายนอกจะเกิดขึ้นเมื่อใดนั้น ต้องพิจารณาจากตัวบทกฎหมาย ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลภายนอกย่อมเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่แสดงเจตนา แก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น” จากตัวบทดังกล่าวแม้มี

⁸⁰ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช (2561). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน. กรุงเทพฯ, วิญญูชน. หน้า 191 ; อนุมติ ไจสมุท (2520). คำอธิบายหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคลนิติกรรม และสัญญา เล่ม 2. กรุงเทพฯ, โรงพิมพ์อักษรศาสตร์. หน้า 197

ความแน่นอนชัดเจนในถ้อยคำเกี่ยวกับการเกิดสิทธิของบุคคลภายนอก แต่ย่อมมีประเด็นให้พิจารณาถึงความชัดเจนในการแสดงเจตนา รวมทั้งการแสดงเจตนาของบุคคลภายนอกนั้นต้องแสดงกับใคร และมีระยะเวลาในการแสดงเจตนาหรือไม่ ดังจะอธิบายต่อไปนี้

1) ความชัดเจนในการแสดงเจตนาเข้าถึงเอาประโยชน์

สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนั้น เป็นการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่ต้องตรงกัน และมีประสงค์ให้บุคคลภายนอกสัญญาเป็นผู้รับประโยชน์จากสัญญานี้ แต่เนื่องจากกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 กำหนดให้สิทธิของบุคคลภายนอกจะมีขึ้นได้ต่อเมื่อเวลาที่บุคคลภายนอกมีการแสดงเจตนา ปัญหาที่น่าพิจารณาต่อมาว่า การแสดงเจตนาต้องชัดเจนแค่ไหนเพียงใด ซึ่งในประเด็นนี้ ท่านศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ มีความเห็นว่า “การแสดงเจตนาเข้าถึงเอาประโยชน์ของบุคคลภายนอกเป็นนิติกรรมที่ไม่มีแบบ เว้นแต่กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ เช่น มาตรา 891⁸¹ ส่วนการแสดงเจตนาอื่นโดยทั่วไปแล้วหากกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การแสดงเจตนาจะกระทำโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้เพียงแต่ให้เป็นที่เข้าใจได้ว่ามีเจตนาเข้าถึงเอาประโยชน์แล้ว”⁸² นอกจากนี้ ท่านวิเชียร ติเรกอุดมศักดิ์⁸³ ยังได้อธิบายในประเด็นนี้ว่า “การแสดงเจตนาเพื่อเข้าถึงเอาประโยชน์ของบุคคลภายนอกเป็นนิติกรรมที่ไม่มีแบบ ดังนั้น อาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ เช่น การที่บุคคลภายนอกเข้าใช้ทางตามข้อตกลงหรือเข้าทำนาในที่ดินที่คู่สัญญายกให้ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 4278/2538⁸⁴ ,1951/2514⁸⁵ หรือ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁸¹ ศักดิ์ สนองชาติ, หน้า 339.

⁸² จี๊ด เศรษฐบุตร (2524). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. กรุงเทพฯ, โรงพิมพ์เจริญผล. หน้า 321. ; อนุมติ ไจสมุท (2520). คำอธิบายหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล นิติกรรม และสัญญา เล่ม 2. กรุงเทพฯ, โรงพิมพ์อักษรศาสตร์. หน้า 186

⁸³ วิเชียร ติเรกอุดมศักดิ์, หน้า 193.

⁸⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 4278/2538 วินิจฉัยว่า จำเลยที่ 2 ตกลงกับจำเลยที่ 1 ยอมให้บิดาโจทก์ใช้ทางพิพาทซึ่งอยู่ในที่ดินของจำเลยที่ 2 โดยจำเลยที่ 2 ได้ค่าผ่านทาง บิดาโจทก์ใช้ทางพิพาทตลอดมาอันเป็นการแสดงเจตนาถือเอาประโยชน์จากข้อตกลงนี้แล้ว จำเลยที่ 2 จึงหาอาจเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิอันมีผลให้บิดาโจทก์ไม่ได้ประโยชน์นั้นต่อไปภายหลังได้ไม่

⁸⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1951/2514 วินิจฉัยว่า จำเลยกับ บ. ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันในคดีอื่นแบ่งนาพิพาทให้แก่โจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ต่อมาโจทก์จะเข้าทำนาในส่วนที่ได้รับแบ่ง จำเลยขัดขวาง โจทก์จึงฟ้องจำเลยขอให้พิพากษาแสดงว่าส่วนแบ่งเป็นของโจทก์ ดังนี้ การที่โจทก์จะเข้าทำนาในส่วนของโจทก์ ย่อมถือได้ว่าโจทก์ได้แสดงเจตนาแก่จำเลยว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญาระหว่างจำเลยกับ บ. แล้ว สิทธิของโจทก์จึงย่อมเกิดมีขึ้น จำเลยหาอาจเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธินั้นในภายหลังได้ไม่

บุคคลภายนอกได้ลงชื่อในสัญญาตกลงรับเอาทรัพย์สินที่ยกให้ นั้น ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1479-1480/2524⁸⁶ เหล่านี้ ถือเป็นการแสดงเจตนาถือเอาประโยชน์ของบุคคลภายนอกแล้ว”⁸⁷

ดังนั้นจากความเห็นของนักกฎหมายและจากคำพิพากษาของศาลฎีกา การแสดงเจตนาของบุคคลภายนอกนั้นจะเป็นการแสดงเจตนาโดยแจ้งชัด หรือ โดยปริยายก็ได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายระบุแบบของการแสดงเจตนาไว้ ฉะนั้นแล้วเพียงแต่มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของบุคคลภายนอกให้รู้ว่าประสงค์จะรับประโยชน์จากสัญญานั้นย่อมเพียงพอแล้ว

2) บุคคลผู้รับการแสดงเจตนาจากบุคคลภายนอก

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 374 วรรคสอง⁸⁸ บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การแสดงเจตนาถือเอาประโยชน์ให้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ อย่างไรก็ตามที่บิดาของนักกฎหมายไทยตีความว่าหลักการดังกล่าวย่อมยกเว้นได้โดยอาศัย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151⁸⁹ โดยคู่สัญญาแสดงเจตนาให้เห็นเป็นอย่างอื่น เช่น ให้ถือเอาประโยชน์จากสัญญาโดยแสดงเจตนาผ่านเจ้าหนี้และเจ้าหนี้จะแจ้งให้ลูกหนี้ทราบต่อไป หรือให้แสดงเจตนาต่อบุคคลที่เจ้าหนี้หรือลูกหนี้กำหนดไว้⁹⁰ เป็นต้น ดังนั้นจากความเห็นของนักกฎหมายการแสดงเจตนาของบุคคลภายนอกนั้นหาจำเป็นต้องแสดงต่อลูกหนี้โดยเสมอไปไม่ และย่อมแสดงเจตนาต่อผู้อื่นได้เช่นกัน แต่ต้องมีการตกลงกันเสียก่อนว่าจะต้องแสดงเจตนาต่อใคร ปัญหาจึงเกิดต่อมาว่าหากไม่มีการตกลงกันไว้เสียก่อนแล้ว และบุคคลภายนอกไปแสดงเจตนาต่อบุคคลอื่นจะถือว่าสิทธิของบุคคลภายนอกเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งประเด็น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁸⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1479-1480/2524 วินิจฉัยว่า จ. กับ ส. และ ล. ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันในศาลยอมยกที่ดินของตนให้ ว.ว. ได้ลงชื่อไว้ในสัญญาประนีประนอมยอมความตกลงรับที่ดินพิพาท เป็นการแสดงเจตนารับประโยชน์ตามสัญญาแล้ว ถือได้ว่า จ. มอบการครอบครองที่ดินให้ ว.ตั้งแต่วันนั้น.ว. ครอบครองที่ดินพิพาทด้วยความสงบและเปิดเผยด้วยเจตนาเป็นเจ้าของเป็นเวลาเกิน 10 ปีแล้ว จึงได้กรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1382 การไม่จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือไม่ใช้สิทธิเรียกร้องเอาที่ดินตามสัญญาประนีประนอมยอมความภายใน 10 ปี หากทำให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินสูญสิ้นไปไม่

⁸⁷ วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์, หน้า 195.

⁸⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 วรรคสอง บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลภายนอกย่อมเกิดขึ้น ตั้งแต่เวลาที่แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น”

⁸⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 บัญญัติว่า การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ

⁹⁰ อนุมติ ใจสมุทร, คำอธิบายหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล นิติกรรม และสัญญา เล่ม 2 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์อักษรศาสตร์, 2520), หน้า 197.

นี้มีคำพิพากษาฎีกา ที่ 1711-1713/2489⁹¹ ได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว และตีความว่า การแสดงเจตนาของบุคคลภายนอกนั้นหาจำต้องแสดงเจตนาถือเอาประโยชน์กับลูกหนี้เพียงผู้เดียวไม่ แม้ผู้รับประโยชน์จะไม่ได้แสดงเจตนาที่ลูกหนี้โดยตรง แต่การที่บุคคลภายนอกได้ไปคัดค้านต่อนายอำเภอถือเป็นการกระทำที่แสดงออกถึงเจตนาเข้าถือเอาประโยชน์ให้ลูกหนี้ทราบแล้ว

3) ระยะเวลาในการแสดงเจตนาเข้าถือเอาประโยชน์

ในกฎหมายไทยนั้นมิได้บัญญัติเกี่ยวกับระยะเวลาแสดงเจตนาถือเอาประโยชน์ของบุคคลภายนอกไว้ แต่ในประเด็นนี้ ท่านศาสตราจารย์หม่อมราชวงศ์ เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความเห็นว่า “โดยหลักการแล้ว เมื่อไม่มีกำหนดระยะเวลาแสดงเจตนารับเอาประโยชน์ไว้ ผู้รับประโยชน์ย่อมแสดงเจตนารับเอาประโยชน์ในสัญญานั้นได้ในทันที หรือรู้เมื่อใดก็แสดงเจตนารับเอาประโยชน์เมื่อนั้น เว้นแต่สัญญาจะระบุไว้เป็นพิเศษว่าให้แสดงเจตนาสนองรับภายในกำหนดระยะเวลาเท่าใด⁹² และบุคคลภายนอกจะสนองรับเข้ามาที่สิบปีหลังจากนั้นก็ไม่ได้ เพราะอายุความที่เป็นโทษแก่ผู้รับประโยชน์จะยังไม่เริ่มนับจนกว่าจะแสดงเจตนารับประโยชน์และเกิดสิทธิเป็นเจ้าหนี้⁹³

2.4.1.4 การเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอก

ตามกฎหมายนั้น บุคคลภายนอกเมื่อแสดงเจตนารับเอาประโยชน์จากสัญญาแล้ว บุคคลภายนอกย่อมมีสิทธิเรียกร้องอันเป็นผลประโยชน์ของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก และเพื่อความแน่นอนว่าบุคคลภายนอกจะได้รับสิทธิตามสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้น กฎหมายจึงรับรองสิทธิของบุคคลภายนอกโดยการห้ามคู่สัญญาเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอก ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 375 ที่บัญญัติว่า “เมื่อสิทธิของบุคคลภายนอกได้เกิดมี

⁹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1711-1713/2489 วินิจฉัยว่า ในคดีมรดกมีทายาท 2 คน ทำสัญญาประนีประนอมยอมความระงับข้อพิพาทคดีมรดก โดยมีการแบ่งมรดกให้แก่ทายาทอื่นๆ ด้วย ต่อมาทายาทที่ทำสัญญาประนีประนอมยอมความฝ่ายหนึ่งได้ไปยื่นคำร้องต่อนายอำเภอขอจดทะเบียนทรัพย์สินที่แบ่งให้ทายาทอื่นว่าเป็นของตน ทายาทอื่นซึ่งเป็นบุคคลภายนอกซึ่งได้ประโยชน์จากสัญญาประนีประนอมยอมความ ได้ร้องคัดค้านต่ออำเภอ ดังนี้ถือว่ามี การแสดงเจตนาถือเอาประโยชน์จากสัญญาแล้ว จึงห้ามทายาทผู้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความมิให้จดทะเบียน

⁹² สุปัน พูลพัฒน์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2515), หน้า 470.

⁹³ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 516.

ขึ้นตามบทบัญญัติแห่งมาตราก่อนแล้ว คู่สัญญาหาอาจเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธินั้นในภายหลังไม่” เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายการเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอกจะมีขึ้นไม่ได้หากบุคคลภายนอกแสดงเจตนารับเอาประโยชน์จากสัญญานั้นแล้ว อย่างไรก็ตามการเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอกอาจทำได้ในบางกรณี เช่น

1) การเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอก “ก่อน” แสดงเจตนาเข้าถือเอาประโยชน์

การเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอก ย่อมทำได้ “ก่อน” ที่บุคคลภายนอกจะแสดงเจตนาเข้าถือเอาประโยชน์ เนื่องจากว่าในช่วงเวลาก่อนบุคคลภายนอกแสดงเจตนารับเอาประโยชน์นั้น สิทธิของบุคคลภายนอกยังมีได้มีขึ้น อย่างไรก็ตามการเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอกก่อนแสดงเจตนาเข้าถือเอาประโยชน์นั้น มีประเด็นให้พิจารณาว่าบุคคลใดที่จะระงับหรือเปลี่ยนแปลงสิทธินี้ได้ ซึ่งในประเด็นข้อนี้ นักกฎหมายไทยได้ให้ความเห็นต่างกันออกเป็น 2 ฝ่าย นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอกนั้นสามารถทำได้ แต่ต้องทำลงโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ลำพังแต่เพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียวไม่อาจทำได้⁹⁴ ในขณะที่นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า สิทธิในการระงับหรือเปลี่ยนแปลงสิทธิของบุคคลภายนอกทำได้เฉพาะแต่เจ้าหนี้เท่านั้น⁹⁵ เนื่องจากลักษณะของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ตกลงว่าจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอก และบุคคลภายนอกเรียกให้ลูกหนี้ชำระต่อเมื่อบุคคลภายนอกได้แสดงเจตนาถือเอาประโยชน์ตามสัญญาแล้ว ย่อมหมายความว่าก่อนเวลาดังกล่าวหนี้อันเป็นสิทธิเรียกร้องยังเป็นของเจ้าหนี้อยู่ ยังมีได้ตกเป็นของบุคคลภายนอกเมื่อเจ้าหนี้ประสงค์จะให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกอื่นแทนก็ชอบที่จะกระทำได้ เพราะลูกหนี้ไม่มีส่วนได้เสียถึงขนาดจะเรียกได้ว่าได้รับความเสียหายจากการนั้นแต่อย่างใด⁹⁶

ดังนั้นการเปลี่ยนแปลงสิทธิของบุคคลภายนอก “ก่อน” ที่บุคคลภายนอกจะแสดงเจตนารับเอาผลประโยชน์จากสัญญาย่อมสามารถทำได้ แต่ประเด็นปัญหาว่าบุคคลใดจะเปลี่ยนแปลงได้นั้นเป็น

⁹⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452, หน้า 69.

⁹⁵ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1(ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน, ed. 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 514.

⁹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1(ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน, หน้า 514.

ปัญหาที่ยังมีการถกเถียงกันในวงการนิติศาสตร์ว่า คู่สัญญา หรือ เฉพาะเจ้าหนี้เท่านั้นที่เปลี่ยนแปลง สิทธิของบุคคลภายนอกนี้ได้

2) การเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอก “หลัง” แสดงเจตนาถือเอาประโยชน์

แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 375 จะกำหนดว่าสิทธิของบุคคลภายนอกไม่ อาจเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิได้ หากบุคคลภายนอกแสดงเจตนาถือเอาประโยชน์ตามสัญญานั้น แล้วก็ตาม แต่ในบางกรณีคู่สัญญาอาจเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอกได้ แม้ปรากฏว่า บุคคลภายนอกแสดงเจตนาถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้นแล้วก็ตาม ดังเช่น คู่สัญญาได้สงวนสิทธิการ เปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอกไว้ เนื่องจากบทบัญญัติ มาตรา 375 ไม่ใช่บทบัญญัติ เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมของประชาชน คู่สัญญาจึงสามารถตกลงยกเว้นได้ หรือ เป็น กรณีบุคคลภายนอกยินยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิได้ รวมทั้งกรณีที่สัญญาเพื่อประโยชน์ ของบุคคลภายนอกตกเป็นโมฆะ หรือ ถูกยกเลิกเพราะเหตุตามกฎหมาย⁹⁷

โดยหลักแล้วหากกล่าวถึงสัญญาย่อมเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ในการที่จะมี อิสระในการแสดงความจำนงก่อให้เกิดผลผูกพันต่อกันในทางกฎหมาย โดยที่บุคคลที่ก่อให้เกิด ความสัมพันธ์ในลักษณะของสัญญาคือบุคคลที่เป็นคู่สัญญา ซึ่งในทางทฤษฎี คู่สัญญา หรือ ฝ่ายใน สัญญา มีด้วยกัน 2 ด้าน คือ ด้านที่ คู่สัญญา หมายถึง บุคคลที่เป็นผู้ลงมือทำสัญญา ซึ่งเรียกว่า คู่สัญญาในทางรูปแบบ(form) และอีกด้านหนึ่ง คู่สัญญา หมายถึง บุคคลที่จะต้องรับผลของสัญญา แม้ในบางครั้งอาจจะไม่ใช่บุคคลที่เป็นผู้ลงมือทำสัญญาเองก็ตาม ซึ่งเรียกคู่สัญญาประเภทนี้ว่า คู่สัญญาในทางเนื้อหา(substantial) ซึ่งโดยปกติ ผู้ลงมือก่อสัญญา บุคคลนั้นมักเป็นเจ้าของ ความสัมพันธ์ทางสัญญาหรือเป็นบุคคลที่รับผลทางสัญญานั้นเอง แต่ในความเป็นจริงผู้ลงมือทำสัญญา อาจไม่ใช่ผู้ที่รับผลของสัญญาก็เป็นได้ ดังเช่นเรื่องของการบริจาคร่างกาย หากพิจารณาถึง ความสัมพันธ์ของบุคคล ที่มีผู้บริจาคได้ทำการแสดงเจตนาบริจาคแก่ศูนย์รับบริจาค ดังนั้นสถานะของ คู่สัญญาจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริจาค กับ ศูนย์รับบริจาค โดยที่ผลของสัญญาคือ ร่างกายหรือ อวัยวะนั้นจะถูกนำไปใช้เพื่อศึกษาทางการแพทย์ อันเข้าลักษณะของผู้ลงมือทำสัญญาไม่ใช่ผู้ที่รับผล ของสัญญา (คู่สัญญาในทางเนื้อหา(substantial))

⁹⁷ จิวะชาติ., หน้า 109.

ในขณะเดียวกันการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้น มีความสัมพันธ์ในลักษณะเช่นเดียวกับการบริจาคร่างกาย เพียงแต่ผลของการบริจาคมันแตกต่างกันเท่านั้น กล่าวคือ เป็นการบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายให้แก่ผู้ป่วยคนอื่น อย่างไรก็ตาม ผู้รับผลของสัญญาไม่ใช่ผู้ลงมือทำสัญญา การบริจาคอวัยวะจึงเข้าลักษณะของคู่สัญญาในทางเนื้อหา (substantial) ทั้งนี้ในการพิจารณาเรื่องการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้น มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งโดยหลักแล้วมีด้วยกัน 3 ฝ่าย คือ ผู้บริจาค ผู้รับบริจาค และบุคคลที่รับประโยชน์จากการบริจาคมัน โดยต้องมีการพิจารณาว่าบุคคลใดที่ถือเป็นคู่สัญญา และบุคคลใดที่จะถือเป็นบุคคลภายนอกตามความหมายของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนี้ เพราะหากลักษณะของการบริจาคอวัยวะเข้าลักษณะของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ผลของการบริจาคอวัยวะย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.4.2 สัญญาให้

ในการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้น มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าการแสดงเจตนาบริจาคเข้าลักษณะของนิติกรรมแบบใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหากกล่าวถึงการบริจาคมัน การบริจาคตามนิยามของพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้ให้ความหมายของการบริจาคว่า “สละให้ เสียสละ และ การสละ การให้ การแจก ความเสียสละ เป็นธรรมข้อ 1 ในทศพิธราชธรรม”⁹⁸ อันเป็นความหมายที่ใกล้เคียงกับ คำว่า “ให้” ซึ่งตามนิยามของพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้ให้ความหมายของคำว่าให้ว่า “มอบ หรือ เป็นคำช่วยคำกริยา หรือ ชื่อสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ให้ โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสนาหาแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น”⁹⁹ นอกจากนิยามตามพจนานุกรมแล้ว บริจาคยังมีความหมายใกล้เคียงกับสัญญาให้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และจากการพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยเรื่องการให้แล้ว การให้ถือเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง ซึ่งแต่เดิมในสมัยจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้ความหมายของสัญญาให้ว่าเป็นสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่ง เรียกว่าผู้ให้ ตกลงโอนทรัพย์สินของตนให้เปล่าแก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับให้ และผู้รับการให้ตกลง

⁹⁸ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.royin.go.th/dictionary/> [23 ธันวาคม 2561]

⁹⁹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน .[ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.royin.go.th/dictionary/> [23 ธันวาคม 2561]

จะรับเอาทรัพย์สิน¹⁰⁰ ซึ่งจากแนวความคิดเดิมดังกล่าว ส่งผลมาถึงนิยามของการให้ในปัจจุบันซึ่งปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 521 ที่บัญญัติว่า “อันว่าให้ นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้ โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสนาหาแก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น”

ในส่วนของการบริจาคอวัยวะ แม้การบริจาคจะเสมือนเป็นการให้แบบหนึ่ง แต่ในการพิจารณาว่าการบริจาคสิ่งทีเรียกว่า อวัยวะ จะถือเป็นการให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์และเงื่อนไขอื่นๆ ที่ประกอบกันจนเป็นสัญญาให้ที่สมบูรณ์ และที่สำคัญการให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่คาบเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ นั้นคือการให้อีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่า “การให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย” ซึ่งเป็นเรื่องที่สามารถนำมาเป็นประเด็นในการวิเคราะห์เรื่องการบริจาคอวัยวะได้ เนื่องจากผลของการบริจาคอวัยวะจะถูกนำมาใช้เพื่อการปลูกถ่ายตามเจตนาของผู้บริจาคได้ต่อเมื่อผู้บริจาคได้ถึงแก่ความตายไปแล้วเท่านั้น ดังนั้นการวินิจฉัยเรื่องของสัญญาให้จึงถือเป็นเรื่องสำคัญ และมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัย ดังต่อไปนี้

2.4.2.1 ลักษณะสำคัญของสัญญาให้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 521¹⁰¹ ได้รับรองความหมายของสัญญาให้ว่าเป็นสัญญาที่เกิดจากการที่คู่สัญญาสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “ผู้ให้” ซึ่งเป็นผู้ทำคำเสนอว่าตนต้องการโอนทรัพย์สินของตนให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า “ผู้รับ” และผู้รับ สอนองเอาทรัพย์สินนั้นโดยที่ผู้ให้ไม่ต้องการสิ่งใดตอบแทน¹⁰² ดังนั้นสัญญาให้จะเกิดขึ้นได้ต้องประกอบไปด้วย บุคคลซึ่งเป็นคู่สัญญา และ วัตถุประสงค์

1) คู่สัญญา

ตามนิยามของสัญญาให้คู่สัญญาในสัญญาให้มีด้วยกัน 2 ฝ่าย กล่าวคือ ผู้ให้ และ ผู้รับ โดยอาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่ทั้งผู้ให้และผู้รับจะต้องเป็นผู้มีความสามารถในการ

¹⁰⁰ สำนักงานกฤษฎีกา, “คำแปลประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตุลาคม 2464,” (ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา), หน้า 23.

¹⁰¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 521 บัญญัติว่า “อันว่าให้ นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้ โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสนาหาแก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น”

¹⁰² ธีราพร ดิษยาธิคม, “ปัญหาเรื่องหนึ่งของสัญญาให้” (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 38.

เข้าทำสัญญาได้ โดยในส่วนของผู้ให้ นั้น เนื่องจาก ผู้ให้ เป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียประโยชน์ กฎหมายจึงกำหนดรองรับถึงความสามารถของบุคคลที่จะทำการให้ว่า บุคคลนั้นต้องไม่เป็นบุคคลไร้ความสามารถ ในขณะที่คู่สัญญาฝ่ายผู้รับการให้ นั้น เป็นฝ่ายที่ได้รับประโยชน์และไม่ต้องเสียประโยชน์ใดๆ เลย กฎหมายจึงไม่จำเป็นต้องคุ้มครองการทำนิติกรรมของผู้รับดังเช่นฝ่ายผู้ให้ เว้นเสียแต่การรับการให้ นั้นจะเป็นกรณีที่ต้องเสียประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง กฎหมายจึงเข้ามาคุ้มครองการทำนิติกรรมนั้น¹⁰³

2) วัตถุประสงค์

หากกล่าวถึงวัตถุประสงค์นั้น ในความหมายนี้คือ “ประโยชน์สุดท้ายซึ่งนิติกรรมที่นำไปจะพึงอำนวยให้” และหาจำต้องเป็นเรื่องราคา เงินทอง แต่อาจจะเป็นประโยชน์ด้านความรู้สึก ความภาคภูมิใจ หรือศีลธรรมอันดีได้¹⁰⁴ ทั้งนี้วัตถุประสงค์ถือเป็นองค์ประกอบของนิติกรรมที่จะขาดเสียไม่ได้ และต้องไม่ปรากฏว่าวัตถุประสงค์นั้นเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ทั้งนี้วัตถุประสงค์ของสัญญาให้เห็นได้จากบทนิยามของสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 521 ว่าวัตถุประสงค์ของการให้คือ การที่ผู้ให้โอนกรรมสิทธิ์แก่ผู้รับ อย่างไรก็ตามนักกฎหมายหลายท่านมีความเห็นเกี่ยวกับวัตถุประสงค์แยกออกเป็น 2 ฝ่าย ดังนี้

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรก เห็นว่า “สัญญาให้เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนทรัพย์สินที่ต้องการให้แสวงหาแก่ผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น เป็นเพียงแค่มิวัตถุประสงค์เท่านั้นก็เกิดเป็นสัญญาขึ้นแล้ว โดยที่ผู้ให้ยังไม่ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือยังมิได้ส่งมอบทรัพย์สิน”¹⁰⁵

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สอง เห็นว่า “วัตถุประสงค์ของสัญญาให้ คือ การที่ฝ่ายหนึ่งโอนทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง โดยฝ่ายหลังไม่มีหน้าที่ต้องให้อะไรตอบแทน”¹⁰⁶

¹⁰³ อรรถาธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 521 หน้า 38.

¹⁰⁴ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน, หน้า 514.

¹⁰⁵ ไพจิตร บุญญพันธุ์, ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ ทรัพย์สินในอนาคตหรือยังไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นสัญญาที่ใช้บังคับกันได้ : วัตถุประสงค์สำหรับการชำระหนี้ (2544), หน้า 17.

¹⁰⁶ ศนันทกรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, ed. 8 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 382-85.

ในประเด็นของวัตถุที่ประสงค์นี้เนื่องจากความเห็นของนักกฎหมายมีความแตกต่างกันในส่วน วัตถุประสงค์ของสัญญาให้จำเป็นต้องโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบทรัพย์สินขณะที่ทำสัญญาให้หรือไม่ ทั้ง ประเด็นนี้ถือเป็นประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาเนื่องจากเป็นเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อองค์ประกอบของสัญญา ให้ และส่งผลกระทบต่อวัตถุแห่งสิทธิที่จะต้องปฏิบัติตามวัตถุที่ประสงค์ที่กำหนดไว้ในสัญญาให้อีกด้วยว่า แท้จริงแล้วการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและการส่งมอบทรัพย์สินถือเป็นเพียงการชำระหนี้ตามสัญญาให้ หรือ เป็นส่วนหนึ่งของการโอนทรัพย์สินซึ่งเป็นองค์ประกอบของสัญญาให้ด้วย¹⁰⁷ ซึ่งในประเด็นนี้จะ วิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อ 2.4.2.2 รูปแบบของการให้ : การส่งมอบ อันเป็นหัวข้อถัดไป

2.4.2.2 รูปแบบของการให้ : การส่งมอบ

เนื่องจากการให้ถือเป็นนิติกรรมชนิดหนึ่ง การให้จึงต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายนิติกรรมว่าด้วย เรื่องของแบบด้วย ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าหากไม่ทำตามแบบแล้ว นิติกรรมนั้นจะเป็นโมฆะ ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152¹⁰⁸ ทั้งนี้ในเรื่องแบบของนิติกรรมนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

- 1) กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนว่าหากไม่ทำตามแบบ นิติกรรมนั้นจะเป็นโมฆะ

กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนว่าหากไม่ทำตามแบบ นิติกรรมนั้นจะเป็นโมฆะ ซึ่งนิติกรรม ประเภทนี้ ได้แก่ สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 456 วรรคหนึ่ง¹⁰⁹ หรือ กรณีสัญญาเช่า ชื่อที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 572 วรรคสอง¹¹⁰

- 2) กรณีที่กฎหมายกำหนดวิธีไว้ให้ทำแต่ไม่ได้กำหนดผลของการเป็นโมฆะเอาไว้

¹⁰⁷ อีราพร ดิษยาธิคม, หน้า 43-35.

¹⁰⁸ **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152** บัญญัติว่า การใดมิได้ทำถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ”

¹⁰⁹ **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรคหนึ่ง** บัญญัติว่า การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไซ้ร ท่านว่าเป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือกำปั่น หรือ เรือที่มีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟหรือ เรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพ และสัตว์พาหนะด้วย

¹¹⁰ **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 572 วรรคสอง** บัญญัติว่า สัญญาเช่าชื่อนั้นถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าเป็นโมฆะ

กรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดวิธีไว้ให้ทำแต่ไม่ได้กำหนดผลของการเป็นโมฆะเอาไว้ อาทิ การให้ทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525¹¹¹ ซึ่งในบทบัญญัติมาตราดังกล่าวนั้นแม้ไม่ได้กำหนดผลของการเป็นโมฆะไว้ในมาตราดังกล่าวโดยตรง แต่ต้องถือว่าการไม่ทำตามกฎหมายในเรื่องแบบ ส่งผลให้นิติกรรมการให้ดังกล่าวตกเป็นโมฆะไปตามหลักนิติกรรมทั่วไปใน มาตรา 152

ดังนั้นการไม่ทำตามแบบของสัญญาให้ จึงส่งผลให้สัญญาให้ตกเป็นโมฆะตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 ซึ่งในสัญญาให้ได้กำหนดแบบของการให้เอาไว้ใน มาตรา 525 กล่าวคือทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ขณะที่ทรัพย์สินอื่นนอกเหนือจากทรัพย์สินดังกล่าว การให้จะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ส่งมอบ ดังนั้นรูปแบบของการให้จึงมี 2 รูปแบบ ด้วยกัน คือ การให้ทรัพย์สินชนิดที่ต้องทำตามแบบ และ การส่งมอบทรัพย์สินต่างๆ ไป ทั้งนี้ในเรื่องแบบของการให้ตาม มาตรา 525 นั้น เนื่องจากเป็นแบบที่กำหนดไว้ชัดเจนว่าต้องเป็นทรัพย์สินที่หากซื้อขายต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้น ทรัพย์สินจำพวกนี้จึงจำกัดอยู่เฉพาะการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เรื่องที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป เป็นต้น ซึ่งไม่เกี่ยวกับประเด็นที่ต้องการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ในบทนี้จึงขอกล่าวถึงรูปแบบการให้ อีกประเภทหนึ่งซึ่งเรียกว่า “การส่งมอบ”

เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดความสมบูรณ์ของสัญญาให้ว่าจะสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สิน ดังนั้นจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า การส่งมอบทรัพย์สินเป็นแบบของนิติกรรมหรือไม่ หรือหากไม่ใช่แบบของนิติกรรมย่อมถือเป็นองค์สมบูรณ์ของการแสดงเจตนาในการให้ หรืออาจเป็นแต่เพียงวัตถุแห่งสิทธิที่ผู้ให้จะต้องชำระให้แก่ผู้รับการให้ภายหลังจากการแสดงเจตนาให้เท่านั้น¹¹² ในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวต้องย้อนกลับไปในสมัยร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เกี่ยวกับเรื่องของการให้นั้น และผลของการส่งมอบทรัพย์สิน

ในช่วงจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ผู้ร่างมองว่าสัญญาให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวนี้มีใช้การยกของให้กันตามกฎหมายเบ็ดเสร็จซึ่งบัญญัติไว้ว่าจะ

¹¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 บัญญัติว่า การให้ทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ท่านว่ายอมสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ในกรณีเช่นนี้ การให้ยอมสมบูรณ์โดยมิพักต้องส่งมอบ

¹¹² พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.royin.go.th/dictionary/> [23 ธันวาคม 2561]

ฟ้องร้องไม่ได้เพราะการให้ตามกฎหมายเดิมจะไม่ใช่การให้จนกว่าของจะถึงมือผู้รับ ซึ่งกฎหมายฉบับปัจจุบันได้มีการบัญญัติไว้เฉกเช่นเดียวกับกฎหมายเก่าว่า “สัญญาให้จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับแล้ว โดยมีนักกฎหมายไทยได้ให้ความเห็นว่า “ข้อบัญญัตินี้มีได้เนื่องมาจากเหตุผลเดียวกับกฎหมายเบ็ดเสร็จที่ถือว่าเฉพาะการตกลงของเจตนาไม่สามารถก่อให้เกิดความผูกพันขึ้นได้ แต่กฎหมายฉบับปัจจุบันที่บัญญัติไว้เช่นนั้นก็เพื่อป้องกันภัยต่างๆ อันจะเกิดจากสัญญาให้หากทรัพย์สินนั้นยังคงอยู่ในความครอบครองของผู้ให้ต่อไปได้”¹¹³ และในการประชุมร่างคำนิยามของสัญญาให้นี้ ที่ประชุมร่างกฎหมายมองว่าหากร่างตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสจะต้องแบ่งการให้ออกเป็น 2 ประการ กล่าวคือ การยกให้โดยสัญญา ที่ยอมผูกพันฝ่ายผู้จะให้ที่ต้องส่งมอบและฝ่ายผู้จะรับที่สามารถเรียกเอาของได้ และเป็นการยกให้โดยไม่มีแบบพิธี แต่ที่ประชุมกลับเห็นว่าการกำหนดนิยามของสัญญาให้ไม่ควรร่างตามกฎหมายฝรั่งเศส แต่ควรร่างเป็นแบบกลางๆ ที่ประชุมจึงมีมติให้ร่างนิยามของการให้ตามกฎหมายญี่ปุ่น ส่วนการกำหนดเรื่องของการส่งมอบนั้น ที่ประชุมร่างกฎหมายเห็นควรนำหลักการส่งมอบของฝรั่งเศส (Don Manuel) มาใช้บังคับ คือ สัญญาให้ไม่เกิดบริบูรณ์จนส่งของ ต่อมาจึงได้มีการแปลเป็นภาษาไทยและแก้ไขคำว่าบริบูรณ์ เป็น สมบูรณ์ การแก้ไขดังกล่าวยอมส่งผลถึงการตีความถ้อยคำในกฎหมายว่าแท้จริงแล้วการส่งมอบเป็นองค์ประกอบสำคัญของสัญญาให้ กล่าวคือ หากไม่ได้มีการส่งมอบแล้ว สัญญาให้ย่อมไม่อาจเกิดขึ้น หรือ การส่งมอบนั้นเป็นเพียงแค่สิ่งที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำแต่จะทำภายหลังเวลาที่สัญญาเกิดเวลาใดก็ได้ โดยมีความผูกพันเป็นการชำระหนี้อย่างหนึ่งตามสัญญาเท่านั้น¹¹⁴

โดยการส่งมอบนั้นถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของการให้ตามกฎหมายไทย เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523 บัญญัติว่า “การให้นั้นท่านว่ายอมสมบูรณ์ ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้” อย่างไรก็ตามแม้มาตรา 523 จะกำหนดความสมบูรณ์ของสัญญาให้ว่าต้องขึ้นอยู่กับ การส่งมอบอย่างชัดเจนในตัวของทุกก็ตาม แต่มีประเด็นที่น่าสนใจในการศึกษาเรื่องของการส่งมอบที่มีความสำคัญต่อการวิเคราะห์ผลของการบริจาคอวัยวะได้ ซึ่งการศึกษาเรื่องของการส่งมอบนั้น ในกฎหมายไทยได้บัญญัติเกี่ยวกับการส่งมอบไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523 ตามที่ได้กล่าว

¹¹³ โรแบร์ต แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพฯ: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์ และ มนุษยศาสตร์ 2526), หน้า 250.

¹¹⁴ ธีราพร ดิษยาธิคม, หน้า 25-29.

ไปข้างต้น ซึ่งนักกฎหมายไทยได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการส่งมอบไว้แตกต่างกัน เป็นหลายความเห็น ดังนี้

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรก เห็นว่า สัญญาให้คือความตกลงระหว่างผู้ให้และผู้รับในการที่จะโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโดยเสน่หา แต่สัญญาให้ยังไม่สมบูรณ์จนกว่าผู้ให้จะได้ส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้รับ ซึ่งการส่งมอบจะทำในเวลาแสดงเจตนาตนเองหรือภายหลังก็ได้ แต่ต้องส่งมอบให้ก่อนผู้ให้ตาย หรือก่อนผู้ให้ถอนการแสดงเจตนายกให้ไปแล้ว¹¹⁵

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สอง เห็นว่า การส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาให้โดยเสน่หา หากไม่ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินแล้วจะทำให้สัญญาที่เกิดขึ้นไม่สมบูรณ์ และแม้กฎหมายจะใช้คำว่า “ไม่สมบูรณ์” โดยมีได้ใช้คำว่า “โมฆะ” ก็ตาม แต่ในกรณีนี้ต้องถือว่า ความไม่สมบูรณ์ก็คือความเป็นโมฆะนั้นเอง เนื่องจากลักษณะเฉพาะของการให้ไม่ก่อให้เกิด “หนี้ต่อผู้ให้” และการส่งมอบในสัญญาให้โดยเสน่หานี้ก็ไม่ใช้การปฏิบัติการชำระหนี้ของผู้ให้ แต่เป็นสิ่งที่กำหนดทั้งการโอนกรรมสิทธิ์และการโอนการครอบครองไปในคราวเดียวกัน การแสดงเจตนาและการส่งมอบจึงต้องเกิดขึ้นต่อเนื่องเป็นวาระเดียวกัน ฉะนั้น หากคู่สัญญามีได้ทำตามวิธีที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เป็นแบบแล้วสัญญาให้นั้นก็จะมีผลตกเป็นโมฆะไป¹¹⁶

ทั้งยังมีความเห็นในเรื่องการส่งมอบของฝ่ายอื่นๆ แต่ส่วนใหญ่เห็นว่านักกฎหมายไทยแบ่งความเห็นออกเป็น 2 ฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า สามารถส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการให้ภายหลังสัญญาให้เกิดขึ้นแล้วก็ได้ ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าผู้ให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินขณะทำสัญญาให้เท่านั้น

¹¹⁵ ปรีชา สุมาวงศ์, คำอธิบายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2532), พรชัย สุนทรพันธุ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้(กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518) หน้า 19. และโพยม เลขยานนท์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้(กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2500) หน้า 95.

¹¹⁶ จีต เศรษฐบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยืม ผักทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า (พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2492), หน้า 5., จำปี โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546) หน้า 377-369. และปิ่นโน สุขทรศนี, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514) หน้า 79.

2.4.2.3 การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย

การให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้นได้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 536 ที่บัญญัติว่า การให้อันจะให้ป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น ท่านให้บังคับด้วยบทกฎหมายว่าด้วยมรดกและพินัยกรรม ทั้งนี้การให้ดังกล่าวมีประเด็นน่าพิจารณาว่า เป็นลักษณะของการบริจาคร่างกายหรืออวัยวะได้หรือไม่ เนื่องจากลักษณะของการบริจาคมีความคล้ายคลึงกับการให้อย่างมาก อีกทั้งผลของการบริจาค่นั้น จะทำให้ร่างกายและอวัยวะตกอยู่แก่ศูนย์รับบริจาคต่อเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตายไปแล้ว การให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายจึงก่อให้เกิดประเด็นที่น่าสนใจศึกษาเกี่ยวกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่ก่อนอื่นนั้นต้องศึกษาในนิยามของการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายเสียก่อนว่านักกฎหมายได้ให้คำนิยามไว้ว่าอย่างไร และจะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบของการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายเพื่อพิจารณาความเหมือนและความแตกต่างระหว่างการให้โดยทั่วไป ดังจะอธิบายต่อไปนี้

2.4.2.3.1 นิยามของการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย

นิยามของการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น ได้มีนักกฎหมายไทยที่อธิบายเกี่ยวกับความหมายของการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายไว้หลายท่าน ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะยกตัวอย่างความเห็นของนักกฎหมายบางท่านที่ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับนิยามของการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้กล่าวว่า สัญญาให้เมื่อตายต่างจากพินัยกรรมตรงที่สัญญาให้เมื่อตายเป็นสัญญาที่ผู้ให้คาดว่าจะตายจึงตกลงยกทรัพย์สินให้ผู้รับและผู้รับตกลงรับให้จึงมีสัญญาต่อกัน แต่ข้อสัญญาจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายก่อนและผู้รับยังมีชีวิตอยู่ ทั้งนี้ โดยผู้ให้ถอนการให้ระหว่างมีชีวิตได้ทุกเมื่อ¹¹⁷

รองศาสตราจารย์พรชัย สุนทรพันธุ์ กล่าวว่า มีการให้อีกชนิดหนึ่งซึ่งจะเป็นผลสำเร็จต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 536 บัญญัติให้บังคับกฎหมายว่าด้วยมรดก

¹¹⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, สัญญาให้กับการยกทรัพย์สินโดยพินัยกรรม สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, ed. 1 (กรุงเทพฯ: มูลนิธิศาสตราจารย์ ดร.อุทิศ มงคลนาวิน, 2538), หน้า 15.

และพินัยกรรม ซึ่งตามมาตรา 1647¹¹⁸ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้น การแสดงเจตนา กำหนดเผื่อตาย ต้องทำด้วยคำสั่งครั้งสุดท้ายกำหนดไว้ในพินัยกรรม พินัยกรรมเป็นการแสดงเจตนา ฝ่ายเดียวของผู้ให้ โดยกำหนดการเผื่อตายด้วยการทำพินัยกรรมเป็นคำสั่งครั้งสุดท้าย กำหนดไว้ในพินัยกรรมโดยชัดแจ้งว่า เมื่อคนตายไปแล้วให้ทรัพย์สินตกแก่ใคร พินัยกรรมต้องทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดมิฉะนั้นไม่สมบูรณ์ พินัยกรรมจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ตราบใดที่ผู้ให้ยังไม่ตาย ผู้ให้จะเปลี่ยนแปลงพินัยกรรมโดยทำพินัยกรรมขึ้นใหม่ก็ได้¹¹⁹

อาจารย์เดือน จิตรกร อธิบายว่า การให้ที่ผู้ให้จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับในขณะที่มีการให้ ตาม มาตรา 525 จึงเป็นการให้ในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ หรือที่เรียกว่า Donatio inter vivos ไม่ใช่เป็นการให้ที่มีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายแล้วซึ่งเรียกว่า Donatio mortis causa มิใช่เป็นการให้ตามความหมายใน มาตรา 521 นี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 536 บัญญัติว่า การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้นั้นให้บังคับด้วยบทกฎหมายว่าด้วยมรดกและพินัยกรรม¹²⁰

ศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ อธิบายว่า จากบทบัญญัติสองมาตรานี้ทำให้เข้าใจได้ว่า การให้มี 2 ประเภท คือ การให้ที่มีผลในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ (inter vivos) อันอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องของการให้โดยเสนหา มาตรา 521-535 และ การให้ที่มีผลต่อเมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตายแล้ว (mortis causa) อันอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยมรดกและพินัยกรรม ตาม มาตรา 536¹²¹

จากคำนิยามของนักกฎหมายหลายท่านนั้น แสดงให้เห็นว่า การให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ถือเป็นเหมือนเป็นการยกทรัพย์สินโดยพินัยกรรม ดังนั้นหากตัวผู้ให้ยังไม่ถึงแก่ความตายผู้ให้ย่อมสามารถที่จะเพิกถอนการให้ขึ้นได้เสมอ

¹¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1647 บัญญัติว่า การแสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายนั้นย่อมทำได้ด้วยคำสั่งครั้งสุดท้ายกำหนดไว้ในพินัยกรรม

¹¹⁹ พรชัย สุนทรพันธุ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อชาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518), หน้า 40.

¹²⁰ เดือน จิตรกร, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเอกเทศสัญญา ชื่อชาย แลกเปลี่ยน ให้เช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ (พระนคร: โรงพิมพ์มงคลการพิมพ์, 2520), หน้า 101.

¹²¹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายชื่อชาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 381-82.

2.4.2.3.2 องค์ประกอบ และ ผลของการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย

การให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น จากการพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 536 นั้นเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายไทยการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายจะมีลักษณะผสมระหว่างการให้ในระหว่างมีชีวิตและการยกทรัพย์ให้โดยพินัยกรรม กล่าวคือ หากผู้ให้และผู้รับยังไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์แก่กัน แต่ตกลงจะผูกพันกันประสงคืให้เป็นการให้ทรัพย์อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติว่าด้วยพินัยกรรม โดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์หรือกระทำการประการอื่นอันแสดงถึงการส่งมอบ อย่างไรก็ตามหากผู้ให้และผู้รับมีการส่งมอบทรัพย์กันแล้วแต่ยังห่วงกรรมสิทธิ์ไว้ โดยกรรมสิทธิ์จะโอนต่อเมื่อผู้รับมีชีวิตรอดในขณะที่ผู้ให้ถึงแก่ความตายเช่นนี้ต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการให้ในระหว่างมีชีวิตในฐานะบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้¹²² ดังนั้นองค์ประกอบหลักของการให้ที่จะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น คือ การนำเอาความมีชีวิตรอดของผู้รับการให้ในขณะที่ผู้ให้ถึงแก่ความตายมากำหนดเป็นเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์ที่ให้ เสมือนการให้ที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน¹²³

ประเด็นต่อมาที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับองค์ประกอบของการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้นคือ “ผลของการให้” ซึ่งแบ่งได้เป็น ผลที่เกิดขึ้นก่อนผู้ให้ถึงแก่ความตาย และผลที่เกิดขึ้นหลังผู้ให้ถึงแก่ความตาย

ผลที่เกิดขึ้นก่อนผู้ให้ถึงแก่ความตายนั้น ย่อมเป็นกรณีที่ผู้รับการให้ต้องมีชีวิตอยู่ขณะที่ผู้ให้ถึงแก่ความตาย การให้จึงจะเป็นผลสมบูรณ์ ในส่วนผลที่เกิดขึ้นหลังผู้ให้ถึงแก่ความตายนั้น ผู้รับการให้ย่อมมีสิทธิในทรัพย์อย่างสมบูรณ์ กล่าวคือ มีสิทธิในความเป็นเจ้าของ และเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้น

เมื่อพิจารณาเรื่องของการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น เป็นที่น่าสังเกตว่าการให้ต่อเมื่อผู้ให้ตายคือลักษณะของ ผลของการให้ที่จะต้องใช้บังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยมรดก และ พินัยกรรม เสมือนการให้เป็นการทำพินัยกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งถือเป็นเรื่องที่แตกต่างกันกับการให้ในขณะที่ผู้ยังมีชีวิตอยู่ เนื่องจากความสมบูรณ์ของการให้ตามที่กล่าวไปข้างต้นคือ “การส่งมอบ” แต่การให้ต่อเมื่อผู้ให้

¹²² .ปรัชญา หนูเจริญ, "ปัญหาเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย" (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 43.

¹²³ .ปรัชญา หนูเจริญ, "ปัญหาเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย" (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) หน้า 43.

ตายนั้น หากจำต้องส่งมอบทรัพย์สินขณะทำสัญญาให้ไม่ แต่ผล คือ การโอนสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการให้ นั้นจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย อันเป็นหลักการเดียวกันกับการที่ผู้ทำพินัยกรรมตกลงยกทรัพย์สินให้กับผู้รับพินัยกรรม

การให้ กับ การบริจาค่นั้น ตามความเห็นของคนทั่วไปย่อมคิดว่าเป็นสิ่งเดียวกัน ความเหมือนกันของการให้และบริจาคในความเห็นของผู้เขียนคือเป็นกิริยาแบบหนึ่ง หากแต่เรื่องสัญญาให้ตามกฎหมายจะเหมือนกับการบริจาคหรือไม่อย่างไร จะต้องพิจารณาครอบคลุมถึงหลักเกณฑ์ และองค์ประกอบที่ประกอบกันจนเป็นสัญญาให้ และในส่วนของ การบริจาคอวัยวะ อาจถือได้ว่าเป็นการที่ผู้บริจาคประสงค์จะ “ให้” อวัยวะของตนเองแก่ผู้อื่นที่อาจถือเป็นผู้รับการให้ก็ได้ แต่เนื่องจากสัญญาให้ตามกฎหมายไทยนั้นมีด้วยกัน 2 แบบ คือการให้ขณะมีชีวิต และการให้ที่เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายไปแล้ว ซึ่งการบริจาคอวัยวะ แม้ผู้บริจาคจะแสดงเจตนาบริจาคต่อเมื่อตนถึงแก่ความตาย แต่ผลอันเป็นอวัยวะที่จะตกแก่ผู้อื่นนั้นจะเกิดมิได้ต่อเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตายไปแล้ว ดังนั้นในการวิเคราะห์ว่าการบริจาคอวัยวะจะถือเป็นสัญญาให้หรือไม่อย่างไรนั้น จึงควรต้องพิจารณาจากสัญญาให้ที่จะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายเท่านั้น ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อมาคือ การบริจาคอวัยวะจะถือเป็นสัญญาให้ได้หรือไม่ ซึ่งจะวิเคราะห์โดยละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป

2.4.3 มรดก และ พินัยกรรม

การพิจารณาเรื่องผลของการแสดงเจตนาบริจาคร่างกาย หรืออวัยวะนั้น ผลของการแสดงเจตนาจะมีขึ้นต่อเมื่อผู้แสดงเจตนาถึงแก่ความตาย อันเป็นหลักการเดียวกันกับผลที่มรดกจะตกทอดแก่ทายาท หรือ ผลที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือ การใดๆ ของผู้ทำพินัยกรรมกับผู้รับพินัยกรรมที่จะเกิดและมีขึ้นต่อเมื่อเจ้ามรดกหรือผู้พินัยกรรมถึงแก่ความตายไปแล้ว ด้วยเหตุนี้มรดก และ พินัยกรรมจึงอาจเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง ดังนั้นจึงต้องมาวิเคราะห์และศึกษาในประเด็นเกี่ยวกับมรดก และ พินัยกรรมนี้ด้วยว่า อวัยวะนั้นสามารถตกเป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทได้หรือไม่ หรือ ผู้ทำพินัยกรรมจะสามารถแสดงเจตนาเพื่อยกเอา อวัยวะของตนให้แก่ผู้อื่นอันเป็นไปตามเจตนาที่ตนแสดงไว้ในพินัยกรรมนั้นได้หรือไม่ ซึ่งก่อนอื่นนั้นจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับสถานะของศพและอวัยวะในฐานะทรัพย์สินมรดกเสียก่อนว่าอวัยวะจะถือเป็นทรัพย์สินมรดกตามกฎหมายได้หรือไม่ และจึงมาพิจารณาเกี่ยวกับพินัยกรรมเนื่องจากพินัยกรรมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวของผู้ทำพินัยกรรม เพื่อ

กำหนดการเพื่อตายในเรื่องใดๆ ของตนก็ได้ การแสดงเจตนาของผู้บริจาคจึงอาจถือได้ว่าเป็น
 พินัยกรรม ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

2.4.3.1 สถานะของอวัยวะในฐานะทรัพย์สินมรดก

ในการพิเคราะห์ถึงสถานะของอวัยวะในฐานะทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดตามพินัยกรรมนั้นจะต้อง
 พิจารณานิยามของคำว่ามรดกเสียก่อน ซึ่งจากพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้ให้
 นิยามคำว่า มรดก คือ สิ่งที่ตกทอดมาจากบรรพบุรุษหรือที่สืบทอดมาแต่บรรพกาล¹²⁴ ทั้งนี้จากนิยาม
 ที่กำหนดในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 และตามความเข้าใจของบุคคลทั่วไป
 มรดก เป็นคำที่ใช้แทนที่ทรัพย์สินของผู้ตายที่จะตกทอดแก่ทายาท¹²⁵ อย่างไรก็ตามความหมายของมรดก
 ในทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1599 และ 1600 นั้น ได้ให้
 ความหมายของมรดก คือ “กองมรดก” ซึ่งทำให้ทรัพย์สินมรดกที่จะตกทอดแก่ทายาทตามกฎหมาย คือ
 ทรัพย์สินทุกชนิดรวมไปถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่างๆ ของผู้ตาย เว้นแต่ตามกฎหมายหรือโดย
 สภาพแล้ว เป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายด้วย

อย่างไรก็ดีจากบทบัญญัติเกี่ยวกับคำจำกัดความของคำว่ามรดกตามที่ปรากฏในประมวล
 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า มรดกของผู้ตายมีความหมาย
 กว้างกว่าคำว่าทรัพย์สินตามความเข้าใจของบุคคลทั่วไป เพราะมรดกยังรวมไปถึงสิทธิหน้าที่และความรับ
 รับผิดชอบต่างๆ ของผู้ตายที่ถือเป็นภาระหนี้แก่ทายาทด้วย¹²⁶ ดังนั้นแม้ไม่อาจะระบุสถานะทางกฎหมาย
 อวัยวะ ได้ แต่เมื่อมรดกมีความหมายไปถึงสิทธิของผู้ตาย อวัยวะอาจอยู่ในฐานะวัตถุแห่งสิทธิ อัน
 สามารถตกเป็นกองมรดกแก่ทายาทได้ตามนัยของคำจำกัดความของบทบัญญัติแห่งกฎหมายข้างต้น

ทั้งนี้แม้อวัยวะจะอยู่ในฐานะวัตถุแห่งสิทธิได้ก็ตาม แต่ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาในอีก
 ประเด็นหนึ่งคือช่วงเวลาที่จะกลายเป็นทรัพย์สินมรดก ทั้งนี้เนื่องจากความเป็นทรัพย์สินมรดกนั้น เมื่อ
 พิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1599 วรรคแรกที่บัญญัติว่า “เมื่อบุคคลใด

¹²⁴ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.royin.go.th/dictionary/> [23 ธันวาคม 2561]

¹²⁵ ณีกรฐนิชา สุวรรณพงษ์, "ผู้จัดการมรดกโดยพินัยกรรม : ปัญหาบางประการ" (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 5-6.

¹²⁶ รองศาสตราจารย์พรชัย สุนทรพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, ed. 10 (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2560), หน้า 5.

ตาย มรดกของบุคคลนั้นตกทอดแก่ทายาท” ดังนั้นการจะถือเป็นที่มรดกนั้นต้องปรากฏว่าทรัพย์มรดกนั้นเป็นสิ่งที่มืออยู่ก่อนหรือขณะถึงแก่ความตาย ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว ศพ หรือ ร่างกายนั้นไม่อาจถือเป็นสิ่งที่เจ้ามรดกมืออยู่แล้วก่อนถึงแก่ความตายได้ เนื่องจากสถานะของศพจะมีขึ้นต่อเมื่อเจ้ามรดกถึงแก่ความตายเท่านั้น จึงเป็นทรัพย์ที่เกิดขึ้น “หลัง” จากเจ้ามรดกตาย ในขณะที่อวัยวะที่ได้จากการบริจาคจะต้องถูกนำมาใช้เพื่อการปลูกถ่ายหลังจากที่ผู้บริจาคแกนสมองตายตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศแพทยสภาที่ 7/2555 เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีวินิจฉัยแกนสมองตาย กล่าวคือ อวัยวะจะถูกนำมาใช้เพื่อการปลูกถ่าย “หลัง” จากที่ผู้บริจาคอันเป็นเจ้ามรดกถึงแก่ความตายแล้วเช่นกัน ดังนั้นอวัยวะเมื่อเป็นสิ่งที่ได้มาหลังจากเจ้ามรดกตาย จึงไม่อาจถือเป็นทรัพย์มรดกได้ เฉกเช่นเดียวกับบำเหน็จตกทอด ตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ.2551 อันเป็นสิทธิของทายาทที่จะได้รับบำนาญอันเป็นสิ่งที่เกิดหลังจากที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตายแล้ว และที่ได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4/2505 ที่กล่าวถึงบำนาญตกทอดว่าไม่ใช่ทรัพย์ที่ผู้ตายมีอยู่ในขณะตายจึงไม่เป็นมรดก ฉะนั้นการที่ผู้จัดการมรดกฟ้องศาลให้พิพากษาให้ตนมีสิทธิเรียกบำนาญตกทอดมาจัดการมรดกจึงปราศจากมูลตามกฎหมายที่จะอ้างอิง¹²⁷

เมื่ออวัยวะไม่อาจตกทอดแก่ทายาทโดยอาศัยหลักของมรดกได้ แต่การตกทอดนั้นนอกจากอาศัยหลักของมรดกแล้ว อาจมีการตกทอดแก่ทายาทตามหลักอื่น กล่าวคือ หลักของ “พินัยกรรม” อันจะต้องศึกษาต่อไปว่าอวัยวะ จะสามารถตกทอดแก่ทายาท หรือ ผู้รับพินัยกรรม ตามหลักของพินัยกรรมได้หรือไม่ ซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

2.4.3.2 พินัยกรรม

พินัยกรรมนั้นคือนิติกรรมอย่างหนึ่งอันเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว กล่าวคือ เป็นการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม และยอมสมบูรณ์เป็นพินัยกรรมเมื่อพินัยกรรมนั้นได้ทำถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด โดยไม่ต้องการเจตนาการยอมรับจากผู้รับพินัยกรรม¹²⁸ ทั้งนี้ในประเด็นเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของผู้บริจาค อวัยวะนั้น เห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาของผู้บริจาคเพียงฝ่ายเดียว

¹²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4/2505 วินิจฉัยว่า บำนาญตกทอดไม่ใช่ทรัพย์ที่ผู้ตายมีอยู่ในขณะตายจึงไม่เป็นมรดก ฉะนั้นการที่ผู้จัดการมรดกฟ้องศาลให้พิพากษาให้ตนมีสิทธิเรียกบำนาญตกทอดมาจัดการมรดกจึงปราศจากมูลตามกฎหมายที่จะอ้างอิง

¹²⁸ รองศาสตราจารย์พรชัย สุนทรพันธุ์ (2560). คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 206-209.

และส่วนสำคัญที่เหมือนกันของการบริจาควัยวะ กับ พินัยกรรมนั้น คือผลของการแสดงเจตนาของผู้บริจาที่จะใช้บังคับได้ต่อเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตายแล้ว ซึ่งเป็นส่วนสำคัญเดียวกันกับผลการใช้บังคับของพินัยกรรม ดังนั้นการศึกษาเรื่องพินัยกรรม จึงอาจเป็นการต่อยอดความคิดของผลของการแสดงเจตนาบริจาควัยวะ ทั้งนี้โดยการศึกษาในส่วนของพินัยกรรมนั้นจึงต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของพินัยกรรม และความสัมพันธ์ของหนังสือบริจาควัยวะกับแบบของพินัยกรรม อันจะอธิบายดังต่อไปนี้

2.4.3.2.1 ความหมายของพินัยกรรม

พินัยกรรมตามความหมายของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้นิยามคำว่า พินัยกรรม คือ คำสั่งของบุคคลที่กำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตน หรือในการต่างๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายแล้ว¹²⁹

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาถึงสถานะ และสาระสำคัญ ทางกฎหมายของพินัยกรรม จะพบว่าพินัยกรรมจัดอยู่ในประเภทนิติกรรมฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด การแสดงเจตนาทำพินัยกรรมจะสมบูรณ์เป็นนิติกรรมต่อเมื่อพินัยกรรมนั้นถูกต้องตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎหมาย และผลของพินัยกรรมนั้นจะเกิดต่อเมื่อผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย ดังนั้นสิ่งที่จะต้องถือเป็นพินัยกรรม จึงต้องมีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1646 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลใดจะแสดงเจตนาโดยพินัยกรรมกำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตนเองหรือในการต่างๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายก็ได้” เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวแล้ว ลักษณะสำคัญของพินัยกรรมจึงมีข้อพิจารณา 3 ประการ ดังนี้

1) เป็นคำสั่งกำหนดการเพื่อตาย

การกำหนดการเพื่อตาย หมายถึง การที่ผู้ทำพินัยกรรมมีเจตนาให้การที่กำหนดไว้ในพินัยกรรมของตนนั้นมีผลบังคับเมื่อตนถึงแก่ความตาย หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้ตายได้แสดงเจตนา กำหนดการในเรื่องทรัพย์สินว่าเมื่อตนตายไปแล้วจะให้ทรัพย์สินเป็นของผู้ใด หรือจะให้ผู้ใดจัดการ

¹²⁹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.royin.go.th/dictionary/> [23 ธันวาคม 2561]

อย่างไร¹³⁰ อย่างไรก็ตามก็ตีกำหนดการตามเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมนั้นหาใช่ทั้งหมดจะถือเป็นกำหนดการเพื่อตายไม่ แต่จะต้องพิจารณาจากข้อความที่เจ้ามรดกทำเป็นเรื่องๆ ไป ซึ่งต้องดูข้อความที่เป็นสาระในพินัยกรรมนั้นๆ เช่น หนังสือระบุว่าทำพินัยกรรมมีพยานและผู้เขียน แต่ข้อความในหนังสือเป็นเรื่องสัญญาไม่มีใจความแสดงเจตนา กำหนดการเพื่อตาย ก็ไม่ถือว่าเป็นพินัยกรรม¹³¹ หรือ หนังสือจำหน่ายว่าเป็นใบแทนพินัยกรรม แม้ไม่มีข้อความว่ายกที่ดินให้เป็นกรรมสิทธิ์ แต่ไม่มีข้อความกำหนดการเพื่อตาย หนังสือนั้นย่อมไม่ถือเป็นพินัยกรรมเช่นกัน¹³² เป็นต้น หรือในขณะเดียวกัน แม้หนังสือนั้นมีการระบุว่าพินัยกรรมไว้โดยชัดแจ้ง หากแต่มีข้อความที่เป็นการกำหนดการเพื่อตายไว้ หนังสือนั้นย่อมถือเป็นพินัยกรรมได้ กล่าวคือ ข้อความโดยรวมเป็นคำสั่งกำหนดการเพื่อตายและถูกแบบที่กฎหมายกำหนดแม้ไม่มีคำว่าพินัยกรรมก็ถือเป็นพินัยกรรม¹³³

2) เจตนาที่แสดงเป็นคำสั่งสุดท้ายในพินัยกรรม

จากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1646 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลใดจะแสดงเจตนาโดยพินัยกรรมกำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตนเองหรือในการต่างๆ อันจะ

¹³⁰ รองศาสตราจารย์พรชัย สุนทรพันธุ์ (2560). คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 206-209

¹³¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 636/2492 วินิจฉัยว่า พินัยกรรมต้องเป็นการแสดงเจตนา กำหนดการเพื่อตายตาม ป.ม.แพ่ง ฯ มาตรา 1646 แม้เอกสารจะใช้คำว่า พินัยกรรมและข้อความในตอนต้นอาจมีทางพอจะตีความว่าได้เป็นพินัยกรรมก็ดี แต่เมื่ออ่านข้อความตอนอื่นประกอบแล้ว เห็นว่าผู้ตายหาได้มีเจตนาจะทำพินัยกรรมไม่ หากเป็นหนังสือสัญญาซึ่งทำไว้แก่ฝ่ายสาว เวลาที่ผู้ตายจะได้จำเลยเป็นภริยาเท่านั้น การที่ผู้ตายเขียนคำว่า ขอทำพินัยกรรม ในตอนต้นจึงเป็นการใช้ถ้อยคำผิดดังนี้ เอกสารเช่นว่านั้น จึงไม่ใช่พินัยกรรม โจทก์มีคำขอท้ายฟ้องว่า ขอให้ศาลพิพากษาแสดงว่า จำเลยไม่มีสิทธิเกี่ยวข้องในกองมรดกของผู้ตาย และห้ามมิให้จำเลยเข้ามาเกี่ยวข้องในการรับมรดกของผู้ตาย คำขอไม่ให้เกี่ยวข้องนี้กว้างมาก หากศาลพิพากษาห้ามดังโจทก์ขอแล้ว อาจไปกระทบกระเทือนสิทธิของจำเลยซึ่งไม่ใช่เรื่องที่ฟ้องร้องกันก็ได้ ฉะนั้นศาลจึงพิพากษาห้ามมิให้จำเลยเข้ามาเกี่ยวข้องกับกองมรดกของผู้ตาย ในฐานะเป็นผู้รับมรดก ส่วนคำขอท้ายฟ้องที่โจทก์ขอให้ขับไล่จำเลยกับบริวารออกจากเรือนซึ่งเป็นกองมรดกของผู้ตายก็เช่นเดียวกัน

¹³² คำพิพากษาฎีกาที่ 450/2501 วินิจฉัยว่า แม้ในหนังสือที่จำเลยอ้างจะมีข้อความว่าเป็นใบแทนพินัยกรรมก็ดี แต่ข้อความที่บรรยายไว้ ผู้ทำหาได้กำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินเพื่อให้ผลบังคับเมื่อตนตายอย่างไร ฉะนั้นจึงไม่มีลักษณะเป็นพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1646 คงมีลักษณะเป็นการให้โดยเสนหาเท่านั้น เมื่อไม่ได้จดทะเบียนจึงไม่สมบูรณ์

¹³³ คำพิพากษาฎีกาที่ 336/2506 วินิจฉัยว่า การที่ผู้รับทรัพย์ตามพินัยกรรมลงนามเป็นพยานในพินัยกรรมด้วยนั้นมิใช่ผลทำให้เป็นผู้รับทรัพย์ตามพินัยกรรมนั้นไม่ได้แต่สภาพแห่งการลงนามเป็นพยานในพินัยกรรมนั้นและพินัยกรรมนั้นยังสมบูรณ์อยู่สำหรับผู้รับทรัพย์ตามพินัยกรรมที่ไม่ได้ลงนามเป็นพยานด้วยผู้รับทรัพย์ตามพินัยกรรมลงนามเป็นผู้รับมอบทรัพย์ตามพินัยกรรมนั้นได้ไม่ถือว่าการลงนามนั้นเป็นพยานในพินัยกรรม

ให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายก็ได้” แสดงให้เห็นว่า พินัยกรรม คือ กำหนดการเผื่อตาย หรือเป็นเจตนาอันเป็นคำสั่งสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรมอันมีจุดประสงค์เพื่อกำหนดผลทางกฎหมาย 2 เรื่อง กล่าวคือ เรื่องหนึ่งเป็นการกำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินของตน ในขณะที่อีกเรื่องหนึ่งนั้นคือกำหนดเกี่ยวกับการต่างๆ อันจะให้เกิดผลบังคับเป็นกฎหมาย ทั้งนี้กำหนดการเผื่อตายทั้งสองเรื่องนั้นขึ้นอยู่กับความดีความและข้อเท็จจริงเป็นเรื่องราวๆ แต่สาระสำคัญคือ ต้องเป็น คำสั่งของผู้ทำพินัยกรรม กล่าวคือ เป็นถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นการบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม¹³⁴ หากเป็นแต่เพียงคำขอร้อง คำปรารภ หรือ คำรำพัน ไม่ถือเป็นคำสั่ง และไม่อยู่ในลักษณะของข้อกำหนดในพินัยกรรม

ทั้งนี้จากที่กล่าวไปข้างต้นเจตนาอันเป็นคำสั่งสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม เป็นเจตนาเพื่อกำหนดผลทางกฎหมาย ซึ่งสามารถกำหนดได้ 2 เรื่องด้วยกัน กล่าวคือ เรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สิน และ เรื่องเกี่ยวกับการต่างๆ อันจะให้เกิดผลบังคับเป็นกฎหมาย มีข้อสังเกตว่าในเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น บุคคลจะทำพินัยกรรมได้เฉพาะแต่ทรัพย์สินของตนเท่านั้นจะทำพินัยกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้อื่นไม่ได้ ในส่วนการต่างๆ ซึ่งไม่ใช่ทรัพย์สินแต่เดิมจะทำได้ตามบทบัญญัติของกฎหมายโดยตรง กล่าวคือ เฉพาะแต่กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ แต่ปัจจุบันแนวคำพิพากษาของศาลฎีกานั้นได้ตีความ “ในการต่างๆ” นั้นว่าไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายระบุไว้ หากการต่างๆ นั้นเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย¹³⁵ แล้วย่อมมีผลใช้บังคับกับพินัยกรรมได้เช่นกัน

3) ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด

ลักษณะของพินัยกรรมอย่างสุดท้าย คือเรื่องสำคัญของพินัยกรรม ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1648 บัญญัติว่า “พินัยกรรมนั้นต้องทำตามแบบซึ่งระบุไว้ในหมวด 2 แห่งลักษณะนี้” นั่นคือ เรื่องแบบของพินัยกรรม ที่กล่าวไว้แต่เริ่มว่าเป็นเรื่องสำคัญนั้น เนื่องจากแม้ผู้ทำพินัยกรรมจะมีความประสงค์จะทำคำสั่ง กำหนดการเผื่อตาย ในเรื่องทรัพย์สินหรือการต่างๆ แต่หากผู้ทำพินัยกรรมไม่ได้ทำพินัยกรรมตามแบบที่กฎหมายกำหนดเสียแล้ว ประสงค์ของผู้ทำพินัยกรรมนั้นย่อม

¹³⁴ รองศาสตราจารย์พรชัย สุนทรพันธุ์ (2560). คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 206-209.

¹³⁵ รองศาสตราจารย์พรชัย สุนทรพันธุ์ (2560). คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 206-209.

ไม่อาจถือเป็นพินัยกรรมได้ เพราะมีผลทำให้พินัยกรรมนั้นตกเป็นโมฆะไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1705

ทั้งนี้แบบของพินัยกรรมตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้นั้นมีด้วยกันทั้งหมด 5 แบบ กล่าวคือ พินัยกรรมแบบธรรมดา พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ พินัยกรรมทำเป็นเอกสารฝ่ายเมือง พินัยกรรมทำเป็นเอกสารลับ และ พินัยกรรมทำด้วยวาจา ในส่วนแบบของพินัยกรรมนี้จะอธิบายโดยละเอียดพร้อมกันกับความสัมพันธ์ของหนังสือบริจาคร่างกาย และ อวัยวะ ในหัวข้อ 2.4.3.2.2 ความสัมพันธ์ของหนังสือบริจาคกับแบบของพินัยกรรม

เมื่อพิจารณาจากความหมายของพินัยกรรมแล้ว การศึกษาเรื่องเจตนาบริจาคอวัยวะนั้นหาจำต้องศึกษาถึงสถานะของอวัยวะ ในฐานะทรัพย์สินมรดก หรือ ในฐานะของทรัพย์ แต่ประการเดียวไม่เนื่องจากเจตนาที่เป็นคำสั่งสุดท้ายของพินัยกรรมนั้นสามารถกำหนดได้ด้วยกัน 2 แบบ กล่าวคือ คำสั่งเกี่ยวกับทรัพย์ และ คำสั่งเกี่ยวกับการต่างๆ ซึ่งแต่เดิมนั้นคำสั่งเกี่ยวกับการต่างๆ ต้องเป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติรับรองไว้เท่านั้น แต่ปัจจุบันแนวคำพิพากษาของศาลได้ขยายความคำว่า “การต่างๆ” ออกไป ในลักษณะที่ว่าไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องที่กฎหมายรับรองไว้ แต่เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมเพียงพอที่จะถือเป็นการต่างๆ ในพินัยกรรมได้ และแนวคำพิพากษาศาลนั้นได้ปรากฏเกี่ยวกับเจตนาของการบริจากร่างกายในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2508 ที่เคยได้กล่าวไปข้างต้น อันวินิจฉัยว่าการบริจาคศพถือเป็นพินัยกรรมชนิดหนึ่ง เพราะถือว่าการบริจาคนั้นคือการแสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายเกี่ยวกับศพของผู้ตาย และได้ทำถูกต้องตามแบบของพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656 พินัยกรรมของผู้ตายจึงสมบูรณ์หาเป็นโมฆะไม่¹³⁶ ดังนั้นจากคำพิพากษาศาลฎีกา จึงสรุปได้ว่าการอุทิศศพ หรือ การบริจากร่างกายนั้น ถือเป็นพินัยกรรมและมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย ในฐานะของคำสั่งกำหนดการเผื่อตายที่ไม่ใช่ในเรื่องทรัพย์ แต่เป็นคำสั่ง

¹³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2508 วินิจฉัยว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1646 นอกจากผู้ตายจะแสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์แล้ว ยังแสดงเจตนาในการต่างๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายก็ได้ คำว่าการต่างๆ ตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น ก็สุดแต่ผู้ตายจะได้แสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายในการต่างๆ ไว้ หากชอบด้วยกฎหมายแล้ว แม้จะไม่เกี่ยวกับทรัพย์ ก็มีผลบังคับได้ตามพินัยกรรมเมื่อตนตายแล้ว และการต่างๆ นั้นมิใช่จะต้องมีกฎหมายระบุไว้ว่าเป็นการใดบ้าง ผู้ตายได้แสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายเกี่ยวกับศพของผู้ตายโดยอุทิศศพของผู้ตายให้แก่กรมมหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ โดยทำถูกต้องตามแบบพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656 พินัยกรรมของผู้ตายนั้นย่อมสมบูรณ์

เกี่ยวกับ “การต่างๆ” ซึ่งผู้บริจาคชอบที่จะทำการบริจาคศพของตนได้ และถือว่าการแสดงเจตนาบริจาคของผู้บริจาค่นั้นเป็นพินัยกรรม

ในส่วนของคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องมีเพียงคำพิพากษาดังกล่าวเพียงฉบับเดียวเท่านั้นและเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคศพ ขณะที่การบริจาคอวัยวะให้ได้มีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็นการบริจาคร่างกาย หรือ บริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย การวินิจฉัยถึงความ เป็นพินัยกรรมตามกฎหมายย่อมสามารถวิเคราะห์ควบคู่กันไปได้ เพราะไม่ว่าจะเป็นการบริจาคร่างกายหรืออวัยวะนั้น ในการวิเคราะห์ว่าเป็นพินัยกรรมหรือไม่ จะต้องพิจารณาในประเด็นที่ว่า การใด ๆ นั้นถูกต้องตามแบบของพินัยกรรมตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เพราะหากไม่ถูกต้องตามแบบ ย่อมไม่อาจถือว่าการบริจาคอวัยวะ เป็นพินัยกรรมอันมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย

2.4.3.2.2 ความสัมพันธ์ของหนังสือบริจาดกับแบบของพินัยกรรม

การบริจาคอวัยวะของ泰นั้น ต้องทำผ่านศูนย์รับบริจาค ซึ่งประเทศไทยมีศูนย์รับบริจาค หลากหลายแห่งด้วยกัน และแต่ละที่นั้นย่อมมีแบบของการบริจาคแตกต่างกันออกไปด้วย อย่างไรก็ตาม การบริจาคอวัยวะของประเทศไทยนั้นจะถือเป็นการแสดงเจตนาได้ต่อเมื่อมีหลักฐานว่าผู้บริจาค ประสงค์จะแสดงเจตนาบริจาคโดยกระทำผ่านทางรูปแบบของลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ ดังนั้นไม่ว่า จะบริจาค ณ ศูนย์รับบริจาคแห่งใด การบริจาค่นั้นจะมีผลและถือเป็นการบริจาคได้ต่อเมื่อมีการทำ เป็นหนังสือบริจาดในรูปแบบของหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร

ทั้งนี้เนื่องจากวิถียนิพนธ์ฉบับนี้ เลือการศึกษาการบริจาคของศูนย์รับบริจาค ของสภาอากาศ ไทย จึงขอรูปแบบการบริจาคของสภาอากาศไทยมาเป็นตัวอย่างเพื่อเปรียบเทียบกับแบบของ พินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

รูปแบบการบริจาคอวัยวะ สามารถยื่นแสดงความจำนงได้ 2 วิธี¹³⁷ ยื่นความจำนงโดยตรงที่ โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ หรือ ยื่นความจำนงทางไปรษณีย์แล้วส่งแบบฟอร์มแสดงความจำนงไปที่ศูนย์ รับบริจาคอวัยวะ สภาอากาศไทย

¹³⁷ สภาอากาศไทย, "การบริจาคและสิทธิประโยชน์." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา <https://www.redcross.or.th/donate/> [23 มกราคม 2562]

เมื่อได้ศึกษาถึงแบบฟอร์มการแสดงเจตนาบริจาคของสภาการศึกษาไทยแล้วเมื่อเทียบกับคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 1174/2508 ที่ได้ตัดสินว่าการบริจากร่างกายถือเป็นพินัยกรรมที่ทำถูกต้องตามแบบของกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656 อันเป็นแบบของพินัยกรรมธรรมดา แต่จากที่กล่าวไปข้างต้น ด้วยเหตุที่ศูนย์รับบริจาคของไทยนั้นมีมากมายหลายที่ด้วยกัน หนังสือรับบริจาคจึงมีรูปแบบต่างกันออกไป ซึ่งอาจถือเป็นพินัยกรรมในรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่พินัยกรรมแบบธรรมดาก็ได้ ดังนั้นในการวินิจฉัยถึงหนังสือบริจาค์กับแบบของพินัยกรรมนั้นจะต้องพิจารณาแบบของพินัยกรรมทุกรูปแบบตามที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อน โดยที่แบบของพินัยกรรมตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้มีทั้งหมด 5 แบบ พินัยกรรมแบบธรรมดา พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ พินัยกรรมทำเป็นเอกสารฝ่ายเมือง พินัยกรรมทำเป็นเอกสารลับ และพินัยกรรมทำด้วยวาจา ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

1) พินัยกรรมแบบธรรมดา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656 วรรคแรก บัญญัติว่า “พินัยกรรมนั้นจะทำตามแบบได้ ดังนี้ กล่าวคือ ต้องทำเป็นหนังสือ ลงวัน เดือน ปี ในขณะที่ทำขึ้น และผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อไว้ต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน ซึ่งพยานสองคนนั้นต้องลงลายมือชื่อรับรองลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมไว้ในขณะนั้น

การชูด ลบ ตก เต็ม หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นซึ่งพินัยกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่จะได้ปฏิบัติตามแบบอย่างเดียวกับการทำพินัยกรรมตามมาตรานี้”

จากบทบัญญัติดังกล่าว แสดงถึงสาระสำคัญในพินัยกรรมแบบธรรมดาซึ่งจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด สาระสำคัญที่เกี่ยวกับหนังสือบริจาค์ คือ ลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมที่ต้องลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนพร้อมกันที่ต้องรู้เห็นการลงลายมือชื่อหลักสำคัญของการลงลายมือชื่อคือพยานต้องรับรองลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรม “ขณะผู้ทำพินัยกรรมลงลายมือชื่อ” เท่านั้น โดยพยานหาจำต้องรู้ข้อความในพินัยกรรมแต่อย่างใด¹³⁸

¹³⁸ รองศาสตราจารย์พรชัย สุนทรพันธุ์ (2560). คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

2) พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1657 บัญญัติว่า “พินัยกรรมนั้นจะทำเป็นเอกสารเขียนเองทั้งฉบับก็ได้ กล่าวคือ ผู้ทำพินัยกรรมต้องเขียนด้วยมือตนเองซึ่งข้อความทั้งหมดวัน เดือน ปี และลายมือชื่อตน

การขูดลบ ตก เต็ม หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นซึ่งพินัยกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่ผู้ทำพินัยกรรมจะทำได้ด้วยมือตนเอง และลงลายมือชื่อกำกับไว้

บทบัญญัติมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายนี้ มิให้ใช้บังคับแก่พินัยกรรมที่สร้างขึ้นตามมาตรา 9 นี้”

จากบทบัญญัติดังกล่าว พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับนั้นมีสาระสำคัญ คือ พินัยกรรมแบบนี้ผู้ทำพินัยกรรมต้องเขียนขึ้นด้วยมือตนเองซึ่งข้อความทั้งหมด โดยพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับนี้อาจทำได้ในรูปแบบต่างๆ เช่น อาจเป็นจดหมายโต้ตอบระหว่างผู้ทำพินัยกรรมกับผู้อื่นก็ได้¹³⁹ เป็นต้น นอกจากนี้พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับนั้นยังต้องมีวัน เดือน ปี ปรากฏอยู่ในพินัยกรรมฉบับดังกล่าวด้วยเช่นเดียวกับพินัยกรรมแบบธรรมดา หากแต่ไม่ได้บังคับว่าต้องลงในขณะที่ทำพินัยกรรม การลงวันที่ จึงมาลงภายหลังการทำพินัยกรรมได้ แต่ที่หลักสำคัญที่สุดของพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับนั้นคือผู้ทำพินัยกรรมจะต้องลงลายมือชื่อตน โดยห้ามประทับตรา ลงลายพิมพ์นิ้วมือ หรือ แกดไต หรือเครื่องหมายอื่นที่บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 9 ไม่ได้

3) พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1658 บัญญัติว่า “พินัยกรรมนั้นจะทำเป็นเอกสารฝ่ายเมืองก็ได้ กล่าวคือ

¹³⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 884-885/2527 วินิจฉัยว่า ผู้ตายเขียนพินัยกรรมด้วยตนเองและลงชื่อไว้ในสมุดบันทึก (ไดอารี่) และมอบสมุดบันทึกนั้นให้ น. ซึ่งเป็นหลานเก็บรักษาไว้ ต่อมาผู้ตายได้ขอกลับคืนไปโดยอ้างว่าผู้ร้องซึ่งเป็นภริยาไม่พอใจที่มอบให้หลานเป็นผู้เก็บรักษาสมุดบันทึก ผู้คัดค้านกับ น. จึงถ่ายภาพพินัยกรรมและบันทึกข้อความในสมุดไว้ แล้วคืนสมุดให้ผู้ตาย ดังนี้ ต้นฉบับเอกสารน่าจะอยู่ที่ผู้ร้อง แต่ผู้ร้องปฏิเสธว่าไม่มีอยู่ที่ตน ศาลอนุญาตให้นำสำเนาเอกสารและพยานบุคคลมาสืบ และผู้คัดค้านได้สืบถึงที่มาของเอกสารสำเนาเอกสารจึงรับฟังได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 93(2) ฟังได้ว่าผู้ตายได้ทำพินัยกรรมไว้

(1) ผู้ทำพินัยกรรมต้องไปแจ้งข้อความที่ตนประสงค์จะให้ใส่ไว้ในพินัยกรรมของตนแก่กรรมการอำเภอต่อหน้าพยานอีกอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน

(2) กรรมการอำเภอต้องจดข้อความที่ผู้ทำพินัยกรรมแจ้งให้ทราบนั้นลงไว้ และอ่านข้อความนั้นให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานฟัง

(3) เมื่อผู้ทำพินัยกรรมและพยานทราบแน่ชัดว่าข้อความที่กรรมการอำเภอจดนั้นเป็นการถูกต้องตรงกันกับที่ผู้ทำพินัยกรรมแจ้งไว้แล้ว ให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ

(4) ข้อความที่กรรมการอำเภอจดไว้ นั้น ให้กรรมการอำเภอลงลายมือชื่อและลงวัน เดือน ปี ทั้งจดลงไว้ด้วยตนเองเป็นสำคัญว่า พินัยกรรมนั้นได้ทำขึ้นถูกต้องตามบทบัญญัติอนุมาตรา 1 ถึง 3 ข้างต้น แล้วประทับตราตำแหน่งไว้เป็นสำคัญ

การขูดลบ ตก เต็ม หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นซึ่งพินัยกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่ผู้ทำพินัยกรรม พยาน และกรรมการอำเภอจะได้ลงลายมือชื่อกำกับไว้”

สาระสำคัญของการทำพินัยกรรมในแบบดังกล่าวคือ การยื่นคำร้องให้กรมอำเภอ (นายอำเภอ) ดำเนินการให้ตามประสงค์ของผู้ทำพินัยกรรม ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ทำพินัยกรรมที่ต้องแจ้งข้อความที่ตนประสงค์จะใส่ไว้ในพินัยกรรมของตนต่อหน้านายอำเภอ และพยานอีกอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน และเมื่อแน่ชัดแล้วว่าข้อความที่กรมอำเภอจดนั้นถูกต้องตรงกับที่ผู้ทำพินัยกรรมแจ้งไว้ ให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ

4) พินัยกรรมแบบทำเป็นเอกสารลับ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1660 บัญญัติว่า “พินัยกรรมนั้น จะทำเป็นเอกสารลับก็ได้ กล่าวคือ

(1) ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อในพินัยกรรม

(2) ผู้ทำพินัยกรรมต้องผนึกพินัยกรรมนั้น แล้วลงลายมือชื่อคาบรอยผนึกนั้น

(3) ผู้ทำพินัยกรรมต้องนำพินัยกรรมที่ผนึกนั้นไปแสดงต่อกรรมการอำเภอ และพยานอีกอย่างน้อยสองคน และให้ถ้อยคำต่อบุคคลทั้งหมดเหล่านั้นว่าเป็นพินัยกรรมของตน ถ้าพินัยกรรมนั้นผู้ทำ

พินัยกรรมมิได้เป็นผู้เขียนเองโดยตลอด ผู้ทำพินัยกรรมจะต้องแจ้งนามและภูมิลำเนาของผู้เขียนให้ทราบด้วย

(4) เมื่อกรรมการอำเภอจดถ้อยคำของผู้ทำพินัยกรรมและวัน เดือน ปี ที่ทำพินัยกรรมมาแสดงไว้บนซองนั้นและประทับตราตำแหน่งแล้ว ให้กรรมการอำเภอผู้ทำพินัยกรรมและพยานลงลายมือชื่อบนซองนั้น

การชดเชย ตก เต็ม หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นซึ่งพินัยกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่ผู้ทำพินัยกรรมจะได้ลงลายมือชื่อกำกับไว้”

พินัยกรรมแบบทำเป็นเอกสารลับนั้น มีสาระสำคัญคือผู้ทำพินัยกรรมต้องไปแสดงความจำนงตามแบบของเจ้าพนักงาน ยื่นต่อกรรมการอำเภอ(นายอำเภอ) โดยผู้ทำพินัยกรรมจะทำพินัยกรรมขึ้นด้วยตนเองหรือจะให้ผู้อื่นทำให้ก็ได้ แต่ที่สำคัญคือผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อ และผนึกพินัยกรรมพร้อมกับลงลายมือชื่อคาบรอยผนึก ต่อมาจึงไปให้ถ้อยคำแก่เจ้าพนักงานและต้องทำต่อหน้าพยานอย่างน้อย 2 คน พร้อมกันด้วยจึงจะถือว่าทำตามแบบ

5) พินัยกรรมแบบทำด้วยวาจา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1663 บัญญัติว่า “เมื่อมีพฤติการณ์พิเศษซึ่งบุคคลใดไม่สามารถจะทำพินัยกรรมตามแบบอื่นที่กำหนดไว้ได้ เช่น ตกอยู่ในอันตรายใกล้ความตาย หรือเวลามีโรคระบาด หรือสงคราม บุคคลนั้นจะทำพินัยกรรมด้วยวาจาก็ได้

เพื่อการนี้ ผู้ทำพินัยกรรมต้องแสดงเจตนากำหนดข้อพินัยกรรมต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนซึ่งอยู่พร้อมกัน ณ ที่นั้น

พยานสองคนนั้นต้องไปแสดงตนต่อกรรมการอำเภอโดยมิชักช้าและแจ้งข้อความที่ผู้ทำพินัยกรรมได้สั่งไว้ด้วยวาจานั้น ทั้งต้องแจ้งวัน เดือน ปี สถานที่ที่ทำพินัยกรรมและพฤติการณ์พิเศษนั้นไว้ด้วย

ให้กรรมการอำเภอจดข้อความที่พยานแจ้งนั้นไว้ และพยานสองคนนั้นต้องลงลายมือชื่อไว้หรือมีฉะนั้น จะให้เสมอกับการลงลายมือชื่อได้ก็แต่ด้วยลงลายพิมพ์นิ้วมือโดยมีพยานลงลายมือชื่อรับรองสองคน”

พินัยกรรมแบบทำด้วยวาจานั้นจะทำได้ต่อเมื่อมีพฤติการณ์พิเศษ ซึ่งไม่อาจทำพินัยกรรมตามแบบอื่นที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ เช่น ตกอยู่ในอันตรายใกล้ความตาย หรือมีโรคระบาด เป็นต้นสาระสำคัญคือ เมื่อมีพฤติการณ์พิเศษแล้ว ผู้ทำพินัยกรรมต้องแสดงเจตนากำหนดข้อพินัยกรรมต่อหน้าพยานอย่างน้อย 2 คน ซึ่งอยู่พร้อมกัน ณ ที่นั้น และพยานสองคนนั้นต้องไปแสดงต่อกรรมการอำเภอโดยมีชักช้าพร้อมแจ้งข้อความที่ผู้ทำพินัยกรรมสั่งด้วยวาจานั้น กรรมการอำเภอต้องจดข้อความที่พยานแจ้งและให้พยานทั้งสองคนนั้นลงลายมือชื่อ

เมื่อพิจารณาจากแบบของพินัยกรรมแล้ว การบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้น องค์กรที่รับบริจาคมิว่าจะเป็นภาครัฐหรือเอกชนต่างมีแบบฟอร์มของการบริจาคที่กำหนดไว้หลากหลายรูปแบบ และมีความแตกต่างกันตามแต่ละศูนย์รับบริจาค แต่ที่เหมือนกันคือรูปแบบของการแสดงเจตจำนงในการบริจาคต้องเป็นการแสดงเจตนาด้วยลายลักษณ์อักษร ดังนั้นผู้บริจาคที่ประสงค์จะบริจาคอวัยวะของตนจะต้องทำการบริจาคให้ปรากฏด้วยลายลักษณ์อักษรเท่านั้น การบริจาคโดยวาจาจึงไม่อาจมีได้ ส่งผลให้การบริจาคอวัยวะนั้นไม่สามารถทำตามแบบของพินัยกรรมที่ทำด้วยวาจาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1663 ได้

นอกจากนี้พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1658 และ พินัยกรรมแบบเอกสารลับ มาตรา 1660 นั้น คือพินัยกรรมที่ต้องแสดงความจำนงกับเจ้าพนักงาน กล่าวคือ นายอำเภอ ซึ่งมีได้เป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงความจำนงในการบริจาคอวัยวะ ดังนั้น ในการบริจาค อวัยวะ จึงไม่อาจถือเป็นพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง และ เอกสารลับได้ เช่นกัน

ดังนั้นแล้ว การบริจาคอวัยวะที่จะถือเป็นพินัยกรรมได้นั้น จะต้องปรากฏว่าเป็นการแสดงเจตนาบริจาคที่อยู่ในรูปแบบของพินัยกรรมธรรมดา หรือ พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับเท่านั้น และเป็นที่น่าสังเกตว่า ในการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะในรูปแบบของพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ ย่อมเป็นหน้าที่ของทนายที่ต้องแจ้งให้ศูนย์บริจาคทราบ ซึ่งทนายย่อมมีสิทธิที่จะแจ้งหรือไม่แจ้งแก่ทางศูนย์รับบริจาคก็ได้ ในกรณีที่ทนายไม่แจ้งนั้น ทางศูนย์รับบริจาคย่อมไม่อาจรับรู้ได้โดยที่ผู้บริจาคได้ทำพินัยกรรมเพื่อยกร่างกาย หรือ อวัยวะของตนบางส่วนให้แก่ศูนย์รับบริจาค อีกทั้งรูปแบบของการบริจาคอวัยวะส่วนใหญ่ในประเทศไทย คือการบริจาคผ่านทางศูนย์รับบริจาคของทั้งภาครัฐและเอกชน รูปแบบของการแสดงเจตนาบริจาคในลักษณะของพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ จึงไม่ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนเท่าใดนัก

พินัยกรรมแบบธรรมดา จึงเป็นเพียงพินัยกรรมรูปแบบเดียวเท่านั้นที่เข้าข่ายของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะมากที่สุด ซึ่งเป็นไปตามรูปแบบของการบริจาคอวัยวะในประเทศไทยส่วนใหญ่ที่มีแบบฟอร์มให้ผู้บริจาคแสดงความจำนงผ่านทางลายลักษณ์อักษร พร้อมทั้งมีพยาน 2 คนลงลายมือชื่อรับรอง รูปแบบด้วย ดังปรากฏตามแบบฟอร์มใบแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะของศูนย์รับบริจาคอวัยวะของสภากาชาดไทยที่ได้กล่าวไปข้างต้น

อย่างไรก็ตามมีข้อที่น่าพิจารณาว่า แบบฟอร์มของศูนย์บริจาค่นั้นหากมีลักษณะเป็นพินัยกรรมจริง ทายาทย่อมไม่อาจลบล้างข้อกำหนดในพินัยกรรมนั้นๆ ได้ แต่ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพฯ และระเบียบสภากาชาดไทยว่าด้วยศูนย์บริจาคอวัยวะ กำหนดให้การผ่าตัดอวัยวะที่ได้มาจากการบริจาคต้องขอความยินยอมจากทายาทเสียก่อน ซึ่งหลักในกฎหมายดังกล่าวนั้นย่อมขัดแย้งกับหลักของพินัยกรรม เนื่องจากหากการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ ถือเป็นพินัยกรรมตามกฎหมาย ทายาทย่อมไม่มีสิทธิในการคัดค้านหรือปฏิเสธที่จะมอบอวัยวะที่ผู้รับการบริจาคได้ เนื่องจากเป็นข้อกำหนดในพินัยกรรม และผู้ที่สามารถเพิกถอนข้อกำหนดในพินัยกรรมนั้นได้มีเพียง ผู้ทำพินัยกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1694 และ มาตรา 1695 ในขณะที่บุคคลอื่นที่สามารถเพิกถอนพินัยกรรม คือ ผู้มีส่วนได้เสีย แต่จะเพิกถอนได้เฉพาะกรณีที่ผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมขึ้นโดยเจตนาวิปริตเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1708 ถึงมาตรา 1710 เท่านั้น

นอกจากนี้พินัยกรรมแบบธรรมดา ยังต้องมีพยาน 2 คนลงลายมือชื่อรับรองในพินัยกรรมฉบับนั้น แต่ในเอกสารอันเป็นแบบฟอร์มบริจาคร่างกายต้องการพยานเพียงคนเดียวเท่านั้น ซึ่งขัดกับแบบของพินัยกรรมธรรมดา ขณะที่แบบฟอร์มการบริจาคอวัยวะต้องการพยาน 2 คนในการลงลายมือชื่อรับรอง

จากข้อสังเกตดังกล่าว นำมาสู่ข้อสังเกตประการสุดท้าย เกี่ยวกับตัวของทายาทเอง เนื่องจากทายาทในเอกสารแบบฟอร์มการบริจาคทั้งการบริจาคอวัยวะนั้นไม่ได้ระบุทายาทโดยเฉพาะเจาะจงไว้ จึงมีประเด็นน่าพิจารณาต่อไปว่าทายาทลำดับชั้นใดที่มีสิทธิในหนังสือรับบริจาคนี้ ซึ่งจะวิเคราะห์โดยละเอียดในบทต่อไป

2.5 ความยินยอม

การที่จะถือว่าเป็นการบริจากร่างกายหรืออวัยวะได้นั้น ต้องเกิดจากการแสดงเจตนาของผู้บริจาคมันเกิดจากสิ่งๆที่เรียกว่า “ความยินยอม” อันเป็นการยอมให้นำเอาร่างกายของตนเมื่อตนถึงแก่ความตาย หรือเอาอวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดของตนไปเมื่อตนได้สิ้นชีวิตแล้วเพื่อการปลูกถ่ายแก่ผู้ป่วยรายอื่น สิ่งเหล่านี้เกิดจากความยินยอมของผู้บริจาคมันด้วยความสมัครใจ อย่างไรก็ตามก็มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าความยินยอมของผู้บริจาคมันมีผลอย่างไรในทางกฎหมาย เพราะความยินยอมอาจแต่เพียงการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งที่มีผลผูกพันตามกฎหมาย แต่ไม่ใช่นิติกรรมก็ได้ ดังนั้น ความยินยอมของผู้บริจาคมันจึงมีประเด็นที่น่าสนใจในการศึกษา เนื่องจากหากความยินยอมไม่เข้าลักษณะของนิติกรรมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือไม่เข้าลักษณะใดๆ ในทางกฎหมายเลย ย่อมส่งผลให้สามารถพิจารณาผลของการบริจาคมัน และ สิทธิคัดค้านของทายาทต่อไปได้ แต่เนื่องจากตำรา หรือความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักเรื่องความยินยอมส่วนใหญ่เป็นการวินิจฉัยในประเด็นความยินยอมทางแพ่ง อันเกี่ยวกับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด หรือ ความยินยอมในทางอาญา ที่เป็นผลให้การกระทำของผู้กระทำไม่ถือเป็นความผิดและไม่ต้องรับโทษทางกฎหมาย ในส่วนความยินยอมเกี่ยวกับการบริจาคมันไม่มีปรากฏโดยตรง อย่างไรก็ตามก็มีประเด็นที่ใกล้เคียงกับความยินยอมของการบริจาคมันที่ปรากฏอยู่ในเรื่อง “ความยินยอมในการรักษาพยาบาล” หรือ “หลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว”¹⁴⁰ อันเป็นหลักการที่แพทย์ซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมรวมทั้งนักวิจัยที่ทำการวิจัยในมนุษย์ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยหรือผู้ทดลองก่อนที่จะกระทำการใดๆ ต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย โดยจะต้องมีการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการวินิจฉัยหรือการรักษา หรือการวิจัยให้ผู้ป่วยหรือผู้ทดลองทราบและเปิดโอกาสให้ตัดสินใจว่าจะเข้ารับการรักษา รักษามัน หรือ กระบวนการวิจัยนั้นๆ หรือไม่ เรื่องจากเป็นการยอมรับหลักการที่ว่าบุคคลทุกคนมี autonomy¹⁴¹ (ภาวะวิสัย, อัตตาดำเนิน)

¹⁴⁰ หลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) เป็นหลักชีวจริยศาสตร์ทางการแพทย์ที่ได้รับการยอมรับในหมู่แพทย์และนักวิจัยอย่างกว้างขวาง ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานและความเป็นมาจะมีประโยชน์ในการนำไปใช้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเป็นไปด้วยดี และนำไปสู่ความสำเร็จในการให้บริการสาธารณสุข โปรดดู นายแพทย์ศักดิ์ดา สิริเรืองชัย (2556). "ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติทั่วไป." *เวชบัณฑิตศิริราช*. หน้า 94.

¹⁴¹ autonomy (ภาวะวิสัย, อัตตาดำเนิน) ในทางรัฐศาสตร์ หมายถึง การปกครองตนเองของรัฐใดรัฐหนึ่งคือสภาวะที่รัฐนั้นๆ มีฐานะเป็นรัฐอิสระที่สามารถออกกฎหมายบังคับภายในรัฐได้ แต่ในทางปรัชญาหมายถึง สภาวะอิสระของปัจเจกบุคคลในการตัดสินใจโดยไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดใดๆ ไม่ว่าจะข้อจำกัดในด้านความเข้าใจ หรือ ภาษา) โปรดดู นายแพทย์ศักดิ์ดา สิริเรืองชัย (2556). "ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติทั่วไป." *เวชบัณฑิตศิริราช*. หน้า 94.

และ right to self-determination¹⁴² (สิทธิในการตัดสินใจด้วยตัวเอง)¹⁴³ สิทธิในการตัดสินใจของผู้บริจาคนี้จึงสามารถที่เอามาเทียบเคียงกับสิทธิในการตัดสินใจของผู้ป่วยในการยินยอมให้แพทย์รักษาหรือ วิจารณ์ได้ เนื่องด้วยก่อนการบริจาคนั้น ต้องมีการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการบริจาคให้ผู้บริจาคทราบก่อนเสมอ และเปิดโอกาสให้ผู้บริจาคตัดสินใจเองว่าตนจะบริจาคหรือไม่ ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงนำเอาหลักความยินยอมในการรักษาพยาบาล หรือหลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว มาเทียบเคียงกับหลักความยินยอมในการบริจาค ในประเด็นเรื่องความยินยอมนี้จึงสามารถพิจารณาสาระสำคัญได้ ดังนี้

2.5.1 เหตุผลและความจำเป็นที่ต้องการความยินยอม และผลของการได้รับความยินยอม

หากกล่าวถึงความยินยอมนั้น ย่อมตระหนักถึงเจตจำนงอิสระในการกำหนดเรื่องของตนเอง เรื่องใดเรื่องหนึ่ง อันเป็น “สิทธิมนุษยชน” ตามหลัก เสรีนิยม (Principle of autonomy) และสิทธิในการกำหนดชีวิตตนเอง (Right to self-determination) ซึ่งหลักการนี้มีสาระสำคัญคือ “เจ้าของชีวิตต้องเป็นผู้เลือกหรือยินยอมให้ผู้อื่นมากระทำกับชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิของตนเพื่อจะได้สอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของความต้องการที่แท้จริงของเจ้าของชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิ นั้น”¹⁴⁴ ในขณะเดียวกันการใช้สิทธิตามหลักเสรีนิยมดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้หลักจริยธรรมและศีลธรรมด้วย¹⁴⁵ โดยแนวคิดเสรีนิยมส่งผลให้ผู้ป่วยมีอำนาจในการตัดสินใจเรื่องกระบวนการรักษาพยาบาลตามคำแนะนำของแพทย์ ทั้งผู้ป่วยจะต้องเป็นผู้ตัดสินใจในกระบวนการรักษาพยาบาลนั้นเอง เพราะตามแนวคิดเสรีนิยม จะถือว่า ผู้ป่วยเท่านั้นที่จรรู้คุณค่าของชีวิตผู้ป่วยเอง (Patient's own value) แต่ผู้ป่วยจะเลือกหรือสั่งบังคับให้แพทย์รักษาในวิธีอื่นนอกจากที่แพทย์เสนอไม่ได้¹⁴⁶

¹⁴² right to self-determination (สิทธิในการตัดสินใจด้วยตัวเอง) เป็นสิทธิ หรือ สิ่งที่ถูกหมายให้อำนาจอันทำให้ผู้อื่นมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม หลักการนี้ภายใต้บริบทของ informed consent นั้นหลักการนี้มีพื้นฐานว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะตัดสินใจรับบริการทางการแพทย์ใด ๆ หรือเข้าร่วมงานวิจัย หรือเลือกที่จะไม่รับบริการนั้นก็ได้ โปรดดู นายแพทย์ศักดิ์ สติระเรื่องชัย (2556). "ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติทั่วไป." เวชบัณฑิตศิริราช หน้า 94.

¹⁴³ นายแพทย์ศักดิ์ สติระเรื่องชัย, "ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติทั่วไป." เวชบัณฑิตศิริราช (2556): หน้า 3-4.

¹⁴⁴ ชนภัทร วินยวัฒน์, "ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วยที่ถูกกลืน," วารสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร (หน้า 97-98).

¹⁴⁵ Max Charlesworth, *Bioethics in a Liberal Society* (Cambridge University press, 1993), page 10.

¹⁴⁶ ชนภัทร วินยวัฒน์, "ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วยที่ถูกกลืน," หน้า 98.

ในส่วนผลของการได้รับความยินยอมนั้นเนื่องจากความยินยอมของผู้ป่วยเกิดจากการคิด และ ตัดสินใจของผู้ป่วยเอง ความยินยอมของผู้ป่วยจึงเป็นผลให้การรักษาพยาบาลของแพทย์ที่กระทำภายใต้กรอบของกฎหมายนั้นถือเป็น “การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย” ดังนั้นเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแพทย์จึงไม่เกิดความรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา

2.5.2 องค์ประกอบของความยินยอมที่ถูกต้องตามกฎหมาย

ความยินยอมที่ถูกต้องตามกฎหมายต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1) ความยินยอมต้องเกิดขึ้นโดยผู้มีอำนาจให้ความยินยอม

ผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในเรื่องของการรักษาพยาบาลนั้น ตามหลักสากล กำหนดให้ผู้ป่วย หรือ ผู้ใช้อำนาจแทน เท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจให้ความยินยอมได้ตามกฎหมาย ซึ่งผู้ป่วยนั้นต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมาย และต้องมีสติสัมปชัญญะที่สมบูรณ์ไม่อยู่ภายใต้สภาวะใดๆ ที่อาจทำให้การตัดสินใจเบี่ยงเบนไปจากเจตนารมณ์ที่แท้จริง¹⁴⁷ ในขณะที่ผู้ใช้อำนาจแทนนั้น จะให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยได้ต่อเมื่อผู้ป่วยอยู่ในสภาวะที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้ในขณะที่ป่วยอยู่ในกฎหมายต่างประเทศมีการออกกฎหมายกำหนดลำดับชั้นของบุคคลที่ใช้อำนาจแทนผู้ป่วยไว้อย่างชัดเจน เช่น The Medical Treatment Act 1988 หรือ The Guardianship and Administration Board Act 1986 เป็นต้น¹⁴⁸

2) ความยินยอมต้องเกิดจากความสมัครใจ

ในการให้ความยินยอมของผู้ป่วยนั้นจะเกิดเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อผู้ป่วยกระทำลงโดยใจสมัคร กล่าวคือ ผู้ป่วยได้แสดงความยินยอมในขณะที่ตนเข้าใจในสาระสำคัญของการรักษาพยาบาล หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือผู้ป่วยให้ความยินยอมเมื่อตนได้รับข้อมูลสำคัญและจำเป็นอย่างถูกต้องครบถ้วนแล้ว ซึ่งในทาง Common law นั้น บุคคลที่มีหน้าที่ให้ข้อมูลต่อผู้ป่วยก่อนการตัดสินใจคือแพทย์ และหากแพทย์ไม่ทำตามหน้าที่นี้แพทย์ย่อมมีความรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาได้¹⁴⁹ นอกเหนือจากการได้รับข้อมูลที่เพียงพอก่อนการตัดสินใจยินยอมของผู้ป่วยแล้ว สิ่งสำคัญอีก

¹⁴⁷ ชนภัทร วินยวัฒน์ "ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วยที่ถูกละเลย", หน้า 98 - 99

¹⁴⁸ ชนภัทร วินยวัฒน์ ", หน้า 99 - 103

¹⁴⁹ ชนภัทร วินยวัฒน์ ", หน้า 99 - 103

ประการหนึ่งคือผู้ป่วยต้องให้ความยินยอมโดยปราศจากการขู่เช็ญ บังคับ หรือ หลอกลวง หรือกระทำด้วยประการใดๆ ที่พอเห็นได้ว่าหากผู้ให้ความยินยอมไม่ได้อยู่ในภาวะเช่นนั้นก็จะไม่ให้ความยินยอมเด็ดขาด และผลของความยินยอมที่เกิดจากการบังคับ ขู่เช็ญ หลอกลวง ทำให้คามยินยอมนั้นไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายประหนึ่งว่าไม่มีการให้ความยินยอมนั่นเอง

3) ความยินยอมต้องครอบคลุมตลอดระยะเวลาที่ทำการรักษา

การที่จะถือว่าเป็นความยินยอมที่ถูกต่อนั้น ต้องได้ความว่าความยินยอมนั้นมีอยู่ตลอดเวลาที่ทำการรักษาด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ขณะที่ลงมือรักษา ผู้ป่วยยังต้องให้ความยินยอม และยังไม่ถอนความยินยอมนั้น¹⁵⁰ หากผู้ป่วยเปลี่ยนใจเมื่อใด แพทย์มีหน้าที่ต้องหยุดกระทำการ หรือล้มเลิกกระทำการใดๆ นั้นทันที เพราะถือว่าไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยแล้ว นอกจากนี้ความยินยอมของผู้ป่วยต้องมีอยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงในขณะนั้นด้วย¹⁵¹ หากพบว่าข้อเท็จจริงมีการเปลี่ยนแปลงไปไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง จะถือว่าผู้ป่วยยังคงยินยอมไม่ได้ และแพทย์มีหน้าที่ในการแจ้งข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนไปนั้นเช่นเดียวกันทั้งต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยอีกครั้งหนึ่งจึงจะกระทำการตามที่ผู้ป่วยต้องการได้

4) การรักษาพยาบาลต้องอยู่ภายใต้กรอบของความยินยอม

เมื่อผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมไว้ แพทย์จะต้องทำการรักษาพยาบาลด้วยวิธีตามที่ผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมไว้เท่านั้น จะทำนอกเหนือเกินกว่าเงื่อนไขที่ตกลงไว้กับผู้ป่วยไม่ได้ เช่น หากผู้ป่วยเข้ารับการรักษาโรคไส้ติ่งอักเสบและยินดีให้แพทย์ผ่าตัดเอาไส้ติ่งออก แต่แพทย์ทำหมันผู้ป่วยด้วยการตัดท่ออสุจิไปไว้ในคราวเดียวกันเนื่องจากเห็นว่าผู้ป่วยอายุมากและไม่ควรมีบุตรอีก การทำหมันของแพทย์เป็นเรื่องนอกเหนือจากความยินยอมของผู้ป่วย แพทย์จึงต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง และ ทางอาญา¹⁵² แม้ยังไม่มีผลเสียเกิดขึ้นก็ตาม

¹⁵⁰ ชนภัทร วินยวัฒน์ "ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วยที่ถูกละเลย." วารสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์. หน้า 99-103

¹⁵¹ ชนภัทร วินยวัฒน์ "ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วยที่ถูกละเลย." หน้า 99-103

¹⁵² โปรดดูคดี **Roger v Whitaker (Australia, High Court)** : The High Court of Australia affirmed the Supreme Court of New South Wales' determination that a doctor has a duty to warn a patient of any material risk involved in a proposed treatment. A risk is considered material if a reasonable person in similar circumstances would attach significance to the risk, or if the doctor is, or should be, cognizant that the particular patient would express concern about the risk. The trial court overruled the precept that a doctor could not be found negligent in warning a patient

2.5.3 ลักษณะของความยินยอม

เมื่อได้ทำความเข้าใจเกี่ยวกับองค์ประกอบของความยินยอมแล้ว จึงต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะของความยินยอมด้วย เนื่องจากความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาแบบหนึ่ง แต่เนื่องจากเป็นเรื่องที่ไม่มีกฎหมายระบุไว้อย่างชัดเจน จึงต้องมาพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะของความยินยอม ดังที่จะกล่าวต่อไปนี้

1) ความยินยอมไม่มีรูปแบบ

ความยินยอมของผู้ป่วยไม่มีกฎหมายกำหนดแบบไว้แต่อย่างใด หากแต่อาศัยการแสดงเจตนาโดยอิสระของผู้ป่วยเท่านั้น ย่อมเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงความยินยอมได้ เมื่อความยินยอมไม่มีแบบ ผู้ป่วยจึงชอบที่จะแสดงความยินยอมออกมาโดยชัดแจ้ง เช่น การเขียนหนังสือให้ความยินยอม หรือ การยินยอมโดยวาจาก็ได้ หรือ ผู้ป่วยชอบที่จะแสดงความยินยอมออกมาโดยปริยาย เช่น การถลกแขนเสื้อให้ฉีดยา เป็นต้น¹⁵³ อย่างไรก็ตามในเรื่องแบบของความยินยอมนั้นมีข้อน่าสังเกตว่า การที่ผู้ป่วยให้ความยินยอมกับเจ้าหน้าที่การแพทย์โดยลงชื่อในใบให้ความยินยอม (Consent Forms) ไม่ได้เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด (Conclusiveness) หากแต่เป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้น (Prima Facie) ว่าผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์รักษาพยาบาลเท่านั้น เพราะหากผู้ป่วยพิสูจน์ได้ว่าที่ผู้ป่วยให้ความยินยอมไปนั้นเกิดจากการจำใจต้องทำมิฉะนั้นแพทย์จะไม่ทำการรักษา หรือการลงชื่อให้ความยินยอมเกิดจากการถูกหลอกลวง ย่อมถือว่าความยินยอมนั้นไม่ได้เกิดขึ้นโดยสมัครใจ และผลคือไม่ถือว่ามีความยินยอมของผู้ป่วยเกิดขึ้น

if the doctor acted within the purview of common practice, even though other practitioners may follow different procedures and regardless of the particular patient's concerns. In this case, Maree Whitaker became essentially blind after an unsuccessful operation on her right eye caused sympathetic ophthalmia in her left eye. Although there was no question that the surgery had been performed with the requisite skill and care, Ms. Whitaker petitioned the court for relief due to the failure of the ophthalmologist, Dr. Christopher Rogers, to warn her of the possibility (approximately 1 in 14,000) that the sympathetic ophthalmia condition could develop. The trial court's award of damages was affirmed because, in spite of Ms. Whitaker's expressed specific concern that her "good eye" not be harmed, Dr. Rogers did not inform her of the potential risks associated with the surgery.

¹⁵³ ชนภัทร วินัยวัฒน์ "ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วยที่ถูกละเลย.", หน้า 99-103

2) ความยินยอมไม่ใช่นิติกรรม

การที่จะถือเป็นนิติกรรมนั้น ต้องปรากฏว่า มีการแสดงเจตนาผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149¹⁵⁴ แต่ในเรื่องความยินยอมในการรักษาพยาบาลนั้นเห็นว่าเป็นแค่การอนุญาตให้แพทย์สามารถรักษาอาการเจ็บป่วยทางกายหรือจิตใจที่เกิดกับผู้ป่วยตามหลักวิชา และหากแพทย์ได้ทำตามความยินยอมดังกล่าวแล้ว ผู้ป่วยจะหมดสิทธิในการฟ้องร้องแพทย์ทั้งทางคดีแพ่งและคดีอาญา เจตนารมณ์ของการให้ความยินยอมจึงไม่ได้มุ่งสร้างความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างผู้ป่วยกับแพทย์¹⁵⁵

2.5.4 ข้อยกเว้นของหลักความยินยอม

หลักของความยินยอมในการรักษาพยาบาลนั้น มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้ให้แพทย์สามารถที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแม้ปราศจากความยินยอมของผู้ป่วยได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

1) กรณีฉุกเฉิน

กรณีฉุกเฉินคือกรณีที่แพทย์ไม่สามารถสื่อสารกับผู้ป่วยหรือไม่สามารถติดต่อกับญาติผู้ป่วยผู้มีอำนาจให้ความยินยอมแทน และการรักษานั้นเป็นสิ่งจำเป็นต่อตัวผู้ป่วยเพราะเป็นกรณีเกิดอันตรายคุกคามต่อชีวิต ทั้งนี้กรณีฉุกเฉินจะถูกอ้างเพื่อเป็นข้อยกเว้นหลักความยินยอมได้ ต่อเมื่อ ต้องมีเหตุอันควรเชื่อตามหลักวิชาว่าการรักษามีขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายอย่างร้ายแรงและที่ใกล้จะมาถึง ต้องปฏิบัติตามหลักวิชา และ ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยด้วย

2) กรณีจำเป็น

การอ้างความจำเป็นเพื่อยกเว้นหลักความยินยอมของผู้ป่วยนั้นมีขึ้นต่อเมื่อปรากฏพฤติการณ์ว่าผู้ป่วยไม่อยู่ในสภาวะให้ความยินยอมได้และขณะนั้นผู้ป่วยยังอยู่ในสภาวะที่ไม่เป็นอันตรายถึงแก่

¹⁵⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 บัญญัติว่า นิติกรรม หมายความว่า การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ

¹⁵⁵ ชนภัทร วินยวัฒน์ "ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วยที่ถูกละเลย.", หน้า 34-45.

ชีวิต แพทย์สามารถให้การรักษาได้เท่าที่จำเป็น¹⁵⁶ ซึ่งการอ้างเหตุแห่งความจำเป็นนั้นมีความหมายกว้างกว่าเหตุฉุกเฉินเนื่องจากกรณีจำเป็นครอบคลุมการรักษาพยาบาลกรณีบาดเจ็บที่ยังไม่เป็นอันตรายต่อชีวิต แต่เหตุฉุกเฉินจำกัดเฉพาะเหตุที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตผู้ป่วยเท่านั้น

3) กรณีการรักษาตามกฎหมาย

การยกเว้นหลักความยินยอมเกี่ยวกับการอ้างอำนาจตามกฎหมายนั้น ปรากฏอยู่ในรูปแบบที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐส่งตัวผู้ต้องหาไปตรวจกับจิตแพทย์ หากสงสัยว่าผู้ต้องหาป่วยเป็นโรคจิต ทั้งยังมีอำนาจควบคุมตัวผู้ต้องหาได้ด้วย แม้ผู้ต้องหาไม่ได้ยินยอมก็ตาม หรือบางกรณีเจ้าพนักงานของรัฐมีอำนาจในการตรวจรับระดับแอลกอฮอล์ในเลือดสำหรับผู้ป่วยที่ได้รับอุบัติเหตุจากรถและเข้าพักรักษาตัวในโรงพยาบาล¹⁵⁷

4) กรณีประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย

หลักข้อยกเว้นเรื่องความยินยอมโดยการอ้างประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายอังกฤษ ซึ่งในประเทศอังกฤษได้นำหลักการรักษาพยาบาลเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยมาเป็นเงื่อนไขในการรักษาผู้ป่วยด้วยความจำเป็น ซึ่งนำมาใช้ในกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ถ้าแพทย์ได้รักษาผู้ป่วยนั้นโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย และสอดคล้องกับความเห็นของแพทย์ที่มีความชำนาญเฉพาะทางในการบำบัดรักษา การรักษาดังกล่าวสามารถทำได้แม้จะไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย¹⁵⁸ เช่น การทำหมันคนปัญญาอ่อนซึ่งแพทย์ที่มีความชำนาญเฉพาะทางมีความเห็นสอดคล้องกันว่าควรทำหมันหญิงปัญญาอ่อนเพื่อป้องกันการตั้งครรภ์หากหญิงนั้นถูกกระทำชำเรา¹⁵⁹

5) กรณีผู้ป่วยฆ่าตัวตาย

ด้วยเหตุที่การฆ่าตัวตายเป็นการแสดงเจตนาจบชีวิตตัวเอง จึงเข้าข้อสันนิษฐานว่า การที่ผู้ป่วยฆ่าตัวตาย ย่อมแสดงว่าผู้ป่วยไม่ยินยอมให้เจ้าหน้าที่การแพทย์ได้รักษาชีวิตตนเอง อย่างไรก็ตาม

¹⁵⁶ โปรดคอคติ *Roger v Whitaker*

¹⁵⁷ Passenger Transport act 1990 No.39 (New South Wales)

¹⁵⁸ Robert Goff, "A Matter of Life and Death," *Medical Law Review* 3, no. 1 (1995): page 1.

¹⁵⁹ ชนภัทร วินยวัฒน์ "ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วยที่ถูกละเลย", หน้า 109-117

การฆ่าตัวตายนั้นแม้เป็นเจตนาและความตั้งใจของผู้กระทำ แต่ถือเป็นการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรม เพราะถือเป็นการทำลายชีวิตที่ถือว่าเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ควรเคารพ¹⁶⁰ กฎหมายในบางประเทศจึงกำหนดข้อยกเว้นของหลักความยินยอมในการให้อำนาจแพทย์และพยาบาลที่สามารถใช้กำลังตามที่เห็นสมควรเพื่อป้องกันบุคคลไม่ให้ฆ่าตัวตาย¹⁶¹

2.5.5 ความยินยอมในประเทศไทย

หลักการเรื่องความยินยอมของประเทศไทยนั้น ได้ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนเมื่อปี พ.ศ.2550 ที่ สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ในมาตรา 8 ที่ได้มีข้อความรับรองว่าผู้ป่วยมีสิทธิที่จะให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลตามข้อมูลที่ได้รับอย่างเพียงพอจากแพทย์¹⁶² จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายไทยยอมรับสิทธิในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยทั้งสิทธิในการรับการรักษา และ สิทธิในการปฏิเสธการรักษา ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่ผู้ป่วยต้องได้รับข้อมูลทางการแพทย์ที่ถูกต้อง จำเป็น และเพียงพอ

เมื่อพิจารณาจากหลักความยินยอมแล้ว แม้ความยินยอมจะไม่ถือเป็นนิติกรรม แต่ลักษณะของความยินยอมตามกฎหมาย ทั้งบุคคลผู้มีอำนาจให้ความยินยอม ความสมบูรณ์ของความยินยอมต่าง ๆ เหล่านี้ ล้วนเป็นหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกับหลักของนิติกรรมอย่างมาก เพราะนิติกรรมนั้นจะสมบูรณ์หรือไม่ต้องขึ้นอยู่กับผู้มีอำนาจทำนิติกรรม และความสมบูรณ์ของนิติกรรมย่อมต้องเกิดจากการแสดงเจตนาของผู้ประสงค์ทำนิติกรรมนั้นอย่างสมัครใจเช่นกัน และนอกจากนี้เป็นที่น่าสังเกตว่า แม้หลักความยินยอมในการรักษาพยาบาล หรือหลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว จะมีความใกล้เคียงกับความยินยอมในการลริจาคอวัยวะก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวนี้เป็นความสัมพันธ์ระหว่าง “ผู้ป่วย” กับ “แพทย์” หาใช่ความสัมพันธ์ของ “ผู้บริจาค” กับ “ศูนย์รับบริจาค” ไม่ ดังนั้นหลักการ

¹⁶⁰ ชนภัทร วินวัฒน์ "ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วยที่ถูกละเลย." , หน้า 109-117

¹⁶¹ **Crime Act 1958 (Vic)s 463B** บัญญัติว่า Every person is justified in using such force as may reasonable be necessary be necessary to prevent the commission of suicide or of ant act which he believes on reasonable grounds would, if committed, amount to suicide.

¹⁶² **พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ มาตรา 8** บัญญัติว่า “ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใด จะให้บริการนั้นมิได้”

บางประการจึงไม่อาจนำมาใช้ในการวิเคราะห์การบริจากร่างกาย และ อวัยวะ ได้โดยตรง อย่างไรก็ตาม การศึกษาหลักความยินยอมที่เกี่ยวกับทางการแพทย์นี้ ทำให้เข้าใจประเด็นหนึ่งที่สำคัญ คือ การวิเคราะห์ว่าความยินยอมนั้นไม่ใช่นิติกรรม และผลของการที่ถือว่าการแสดงเจตนาบริจาคเป็นแค่ความยินยอมนั้น ย่อมส่งผลให้การแสดงเจตนาบริจาคของผู้บริจาคหาได้ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือ ระบุซึ่งสิทธิใดๆ ของผู้บริจาคเลย ซึ่งในประเด็นนี้จะส่งผลทางกฎหมายอย่างไรนั้น จะวิเคราะห์โดยละเอียดต่อไป

2.6 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาดอวัยวะ

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาดอวัยวะ พัฒนาขึ้นมาควบคู่กับวิวัฒนาการแกนสมองตายในประเทศไทย ซึ่งแรกเริ่มนั้นมาจากการประชุมโต๊ะกลมเกี่ยวกับการตายทางการแพทย์ และการตายทางกฎหมาย เมื่อปี พ.ศ.2531 ที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งการประชุมนี้มีผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย แพทย์ อัยการ ผู้พิพากษา และผู้มีส่วนเกี่ยวข้องอื่นๆ ได้เข้าร่วมในการประชุม โดย ณ ขณะนั้น ได้ข้อสรุปเกี่ยวกับการวินิจฉัยแกนสมองตาย การตายเป็นปัญหาข้อเท็จจริงทางการแพทย์ ไม่ใช่ทางกฎหมาย และความหมายของแกนสมองตาย ที่หมายถึง การที่แกนสมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิง¹⁶³ นอกจากนี้ในการประชุมโต๊ะกลมครั้งนั้น ยังได้มีการพิจารณาว่าแพทยสภาควรมีบทบาทสำคัญในการกำหนดกฎเกณฑ์และวิธีดำเนินการเกี่ยวกับภาวะแกนสมองตาย เพื่อเผยแพร่เรื่องการตายต่อนักกฎหมาย และประชาชน¹⁶⁴ ต่อมาแพทยสภาได้ออกประกาศแพทยสภา เรื่อง “เกณฑ์การวินิจฉัยแกนสมองตาย”¹⁶⁵ ตามมติคณะกรรมการแพทยสภาครั้งที่ 2/2532 เมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2532 ซึ่งถือเป็นประกาศฉบับแรกที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวินิจฉัยแกนสมองตาย และต่อมาได้พัฒนามาจวบจนมีประกาศฉบับปัจจุบัน คือ ประกาศแพทยสภาที่ 7/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยแกนสมองตาย ซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับสภาวะและเงื่อนไขในการ

¹⁶³ ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส, นิติเวชศาสตร์ และ กฎหมายการแพทย์ ed. พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ.2560), หน้า 193-94.

¹⁶⁴ ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส, หน้า 193-94.

¹⁶⁵ สำนักงานเลขาธิการแพทยสภา, พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 และข้อบังคับแพทยสภา ed. 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, พ.ศ.2544), หน้า 61-66.

วินิจฉัยเรื่องแกนสมองตาย การดำเนินการตรวจของแพทย์ผู้ดูแลผู้ป่วยแกนสมองตายที่อยู่ในข่ายเป็นผู้บริจาคอวัยวะ¹⁶⁶

จากประกาศแพทยสภาฉบับดังกล่าว เกี่ยวกับการวินิจฉัยเรื่องแกนสมองตาย ซึ่งเห็นได้ว่ามีความเกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะ เพราะการปลูกถ่ายอวัยวะนั้นต้องได้รับจากผู้ป่วยที่ได้รับการวินิจฉัยว่าถึงแก่ความตายผ่านเกณฑ์แกนสมองตาย และต่อมาได้มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ ขึ้นมาอีก 2 ฉบับ กล่าวคือ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 และ ระเบียบสภาอากาศชาติไทย ว่าด้วยศูนย์บริจาคอวัยวะ พ.ศ. 2545 อันมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ ดังจะอธิบายต่อไปนี้

2.6.1 ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560

แต่เดิมนั้นข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 นี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะเป็นสำคัญ เนื่องจากเป็นการกล่าวถึงข้อบังคับของแพทย์ที่จะต้องปลูกถ่ายอวัยวะโดยปฏิบัติตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด และจากที่กล่าว

¹⁶⁶ ประกาศแพทยสภาที่ 7/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย

ข้อ 7 วิธีปฏิบัติในการวินิจฉัยสมองตาย

(1) การวินิจฉัยสมองตายให้กระทำโดยองค์คณะของแพทย์ไม่น้อยกว่า ๓ คน และต้องไม่ประกอบด้วยแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะรายนั้นหรือแพทย์ที่ดูแลผู้ป่วยที่ต้องการอวัยวะไปปลูกถ่าย หากมีข้อสงสัยให้ปรึกษาแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านระบบประสาท

(2) แพทย์ผู้ดูแลผู้ป่วยสมองตายที่อยู่ในข่ายเป็นผู้บริจาคอวัยวะได้ตามเกณฑ์ของศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย ควรดำเนินการ ตรวจวินิจฉัยสมองตาย โดยไม่ชักช้า และแจ้งให้ญาติของผู้ป่วยทราบ เมื่อผู้ป่วยอยู่ในเกณฑ์ที่จะทดสอบการไม่หายใจ เพื่อเตรียมความพร้อมของญาติ และให้โอกาสในการบริจาคอวัยวะเมื่อวินิจฉัยสมองตายแล้ว

(3) ผู้อำนวยการโรงพยาบาลหรือผู้ได้รับมอบหมาย จะต้องร่วมเป็นผู้รับรองการวินิจฉัยสมองตายและเป็นผู้ลงนามรับรองการตาย

(4) แพทย์ควรให้การดูแลผู้ป่วยตามแนวทางการดูแลผู้ป่วยที่อยู่ในเกณฑ์บริจาคอวัยวะได้ ของศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทยต่อไป ในระหว่างที่ทีมผู้ประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะดำเนินการให้มีการบริจาคอวัยวะ การให้การรักษาใดๆ ภายหลังการรับรอง

การตายโดยเกณฑ์สมองตาย คือการดูแลเพื่อรักษาอวัยวะให้สามารถนำไปปลูกถ่ายได้

ไปข้างต้น กล่าวคือ การบริจาคอวัยวะในประเทศไทยนั้น ไม่มีกฎหมายพิเศษกำหนดเรื่องของการบริจาคไว้เป็นการเฉพาะ แต่แพทยสภาในฐานะสภาวิชาชีพที่มีหน้าที่ควบคุมกำกับมาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของแพทย์ ได้กำหนดเรื่องนี้ไว้ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ที่ถือเป็นกฎหมายระดับรองจากพระราชบัญญัติ¹⁶⁷ โดยมีสาระสำคัญอยู่ที่หมวด 10 ว่าด้วยเรื่องการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ ซึ่งจากข้อบังคับดังกล่าวได้กำหนดวิธีการบริจาคอวัยวะที่สามารถทำได้ 2 กรณี กล่าวคือ

1) การปลูกถ่ายอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคอวัยวะขณะที่ยังมีชีวิต (ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2560 ข้อ 52)¹⁶⁸

¹⁶⁷ นายแพทย์สุกิจ ทัศนสุนทรวงศ์, "การปลูกถ่ายอวัยวะและการบริจาคอวัยวะในประเทศไทย." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา <http://oknation.nationtv.tv/blog/sukit/2010/09/04/entry-3> [14 ตุลาคม 2561]

¹⁶⁸ ข้อบังคับแพทยสภา ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2560 ข้อ 52 การปลูกถ่ายอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคอวัยวะขณะที่ยังมีชีวิต ผู้ประกอบวิชาชีพ เวชกรรมผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะต้องดำเนินการตามเกณฑ์ ต่อไปนี้

(1) ผู้บริจาคต้องมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต หรือมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมที่สามารถ พิสูจน์ได้ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ เช่น HLA และ/หรือ DNA หรือ

(2) ผู้บริจาคต้องเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายมาแล้วอย่างน้อยสามปี หรืออยู่กิน ฉันทามีภรรยาโดยเปิดเผยกับผู้รับอวัยวะมาแล้วอย่างน้อยสามปี กรณีที่มีบุตรร่วมกันโดยสายโลหิต ไม่ต้องใช้ระยะเวลาสามปี หากมีปัญหาในการพิสูจน์บุตรร่วมกันให้ใช้ HLA และ/หรือ DNA เป็นเครื่องพิสูจน์ หรือ

(3) ผู้บริจาคต้องเป็นผู้ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะทดแทนแล้ว โดยให้บริจาคอวัยวะของตน ที่ตัดออกนั้นให้กับสภากาชาดไทย เพื่อจัดสรรให้แก่ผู้อื่น เช่น กรณีผู้รับบริจาคมาทั้งหัวใจและปอดพร้อมกัน โดยให้บริจาคหัวใจเดิมของตนให้สภากาชาดไทยเพื่อจัดสรรให้แก่ผู้อื่น เป็นต้น

(4) กรณีนอกเหนือจาก (1) (2) และ (3) ให้ศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย เป็นผู้พิจารณา และออกระเบียบเพื่อปฏิบัติโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการแพทยสภา

(5) กรณีชาวต่างประเทศต้องดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(ก) เอกสารการยืนยันความสัมพันธ์ทางสายโลหิตตาม (1) และความเป็นสามีภรรยา โดยชอบด้วยกฎหมายมาแล้วอย่างน้อยสามปี หรืออยู่กินฉันทามีภรรยาโดยเปิดเผยกับผู้รับอวัยวะมาแล้ว อย่างน้อยสามปี ตาม (2) ให้ได้รับการรับรองจากสถานทูตหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่เกี่ยวกับ การดำเนินการของบุคคลในสัญชาติของผู้ร้องขอรับการปลูกถ่ายอวัยวะ และได้รับการรับรองด้านความถูกต้อง ของผู้ออกเอกสารจากกรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทย และ

(ข) ต้องมีการพิสูจน์ความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมโดยวิธีทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ด้วยวิธี HLA และ/หรือ DNA หรือวิธีอื่นๆ ที่สามารถพิสูจน์ได้ ที่มีความน่าเชื่อถือใกล้เคียงกัน จากสถาบัน ทางการแพทย์ของรัฐในประเทศไทย

(6) ผู้บริจาคต้องมีสุขภาพสมบูรณ์ เหมาะสมที่จะบริจาคอวัยวะได้

จากข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม ฯ ข้อ 52 นั้น มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะที่กระทำลงขณะที่ผู้บริจาคอวัยวะมีชีวิต ซึ่งจะกระทำได้ต่อเมื่อมีผู้บริจาคและผู้รับบริจาคมีความสัมพันธ์กันทางสายโลหิต หรือเป็นสามีภรรยากันเท่านั้น หากไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ ย่อมไม่อาจบริจาคอวัยวะขณะยังมีชีวิตอยู่ได้ นอกจากนี้ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์การบริจาคของสามีภรรยาที่เป็นชาวต่างชาติด้วย กล่าวคือ จะเป็นผู้บริจาคและรับบริจาคได้ต่อเมื่อมีความสัมพันธ์ฉันทสามีภริยามาอย่างน้อย 3 ปี ทั้งต้องได้รับการรับรองจากสถานทูตหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินการของบุคคลในสัญชาติ ของผู้รับการร้องขอการปลูกถ่ายอวัยวะด้วย

2) การปลูกถ่ายอวัยวะที่ใช้อวัยวะจากผู้ที่แกนสมองตาย (ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม ฉบับที่ 5 พ.ศ.2560 ข้อ 53)¹⁶⁹

(7) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะต้องอธิบายให้ผู้บริจาคเข้าใจถึงความเสี่ยง ที่จะเกิดอันตรายต่าง ๆ แก่ผู้บริจาค ทั้งจากการผ่าตัด หรือหลังการผ่าตัดอวัยวะที่บริจาคออกแล้วเมื่อ ผู้บริจาคเข้าใจและเต็มใจที่จะบริจาคแล้วจึงลงนามแสดงความยินยอมบริจาคอวัยวะไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (Informed consent form) ให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

(8) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือ เพื่อแสดงว่า ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคเป็นค่าอวัยวะ

(9) ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะทำรายงานตามแบบที่สภากาชาดไทย กำหนด โดยให้ส่งที่ศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย ทั้งนี้ ให้ศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย ดำเนินการสรุปรายงานเสนอต่อแพทยสภาเป็นประจำทุกปี”

¹⁶⁹ ข้อบังคับแพทยสภา ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2560 ข้อ 53 การปลูกถ่ายอวัยวะที่ใช้อวัยวะจากผู้ที่สมองตายต้องดำเนินการตามเกณฑ์ต่อไปนี้

(1) ผู้ที่สมองตายตามหลักเกณฑ์วิธีการวินิจฉัยของแพทยสภาเท่านั้นที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม สามารถนำเอาอวัยวะไปทำการปลูกถ่ายให้แก่ผู้ที่ต้องการอวัยวะทดแทนได้และผู้ที่สมองตายดังกล่าว ต้องไม่มีโรคหรือภาวะ ดังต่อไปนี้

- ก. โรคมะเร็งระยะลุกลาม
- ข. ภาวะติดเชื้อรุนแรงที่จะเป็นอันตรายต่อผู้รับอวัยวะได้
- ค. การทดสอบเอชไอวี (HIV) เป็นบวก เว้นแต่กรณีผู้ที่ต้องการอวัยวะทดแทน มีผลการทดสอบเอชไอวีเป็นบวกอยู่แล้ว
- ง. ผู้ป่วยที่สงสัยเป็นโรคพิษสุนัขบ้า ผู้ป่วยที่เป็นโรคสมองอักเสบเฉียบพลัน หรือไขสันหลัง อักเสบเฉียบพลันหรือปลายประสาทอักเสบเฉียบพลัน ที่ตายโดยไม่ทราบสาเหตุ
- จ. ผู้ป่วยที่มีอาการสงสัยว่าเป็นโรคควัวบ้า (Creutzfeldt Jacob disease)
- ฉ. ผู้ป่วยที่มีอาการสงสัยว่าเป็นโรคสมองเสื่อมที่ไม่ทราบสาเหตุ
- ช. โรคหรือภาวะอื่น ๆ ที่แพทยสภาประกาศกำหนด

ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม ฯ ข้อ 53 นั้น มีสาระสำคัญแตกต่างจากข้อ 52 กล่าวคือ เป็นเกณฑ์ที่ใช้บังคับสำหรับผู้บริจาควัยที่มีภาวะแกนสมองตายแล้วเท่านั้น ซึ่งหากผู้บริจาควัยวินิจฉัยว่าแกนสมองตาย ย่อมสามารถบริจาควัยนั้นแก่ใครก็ได้ที่ไม่จำเป็นต้องเป็นทายาทหรือสามีภรรยาดังเช่นการบริจาควัยขณะผู้บริจาควัยยังมีชีวิตตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในข้อ 52 นอกจากนี้หลักสำคัญอีกประการหนึ่งที่ปรากฏในข้อ 53 คือ ญาติผู้ตายที่จะเป็นผู้บริจาควัยนั้นจะต้องเป็นผู้ให้ความยินยอมในการบริจาควัยด้วย ดังปรากฏอยู่ใน ข้อ 52(3) และหากไม่สามารถติดต่อทายาทได้ ให้ดำเนินการผ่าตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายได้ แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวถูกนำมาใช้เฉพาะในกรณีบริจาควัยกับศูนย์รับบริจาควัยสภากาชาดไทยเท่านั้น ดังที่ปรากฏในข้อ 52(4)

เป็นที่น่าสังเกตว่า หลักเกณฑ์ที่กำหนดในข้อบังคับแพทยสภานั้น เป็นหลักเกณฑ์เฉพาะการบริจาควัยเท่านั้น ในขณะที่เรื่องความยินยอมของทายาทสำหรับการบริจาควัยเพื่อการปลูกถ่ายเฉพาะในกรณีภายหลังผู้บริจาควัยเสียชีวิตแล้ว หากไม่อาจตามหาญาติเพื่อให้ความยินยอมให้ดำเนินการผ่าตัดอวัยวะไปปลูกถ่ายได้ ตามข้อ 53(4) นั้นกำหนดเฉพาะกรณีการบริจาควัยกับศูนย์รับบริจาควัยของสภากาชาดไทยเท่านั้น ดังนั้นหากผู้บริจาควัยไปบริจาควัยที่อื่น ย่อมน่าคิดว่า ทายาทต้องให้ความยินยอมตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในข้อบังคับนี้ด้วยหรือไม่อย่างไร นอกจากนี้ตามข้อบังคับดังกล่าวจะถือว่าบุคคลใดเป็นผู้บริจาควัยได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของญาติ แต่ข้อบังคับนี้ไม่มีการระบุลำดับชั้นของญาติที่จะเป็นผู้ให้ความยินยอมไว้ ดังนั้นจากข้อบังคับดังกล่าวจึงก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ เนื่องจากความไม่ชัดเจนในถ้อยคำที่ระบุไว้ในข้อบังคับนี้

(2) แพทย์ผู้ดูแลผู้ป่วยที่เสียชีวิต ตามเกณฑ์สมองตายของแพทยสภาควรให้ข้อมูลแก่ญาติทราบ เกี่ยวกับการเสียชีวิตของผู้ป่วย และการที่ผู้ป่วยเป็นผู้บริจาควัยได้โดยความยินยอมของญาติ

(3) ญาติผู้ตายที่จะบริจาควัยจะต้องเป็นผู้ให้ความยินยอมบริจาควัย

(4) ในกรณีที่ผู้ตายได้แสดงความจำนงบริจาควัยไว้กับศูนย์รับบริจาควัยสภากาชาดไทย ถ้าไม่สามารถติดต่อหาญาติผู้ตายได้ให้ดำเนินการผ่าตัดนำอวัยวะไปปลูกถ่ายได้

(5) ก่อนที่จะเอาอวัยวะออกจากผู้ที่มีสมองตายกรณีซึ่งต้องมีการชันสูตรพลิกศพตามกฎหมาย ต้องแจ้งให้ผู้ชันสูตรพลิกศพทราบก่อนและศัลยแพทย์ผ่าตัดอวัยวะจากศพต้องบันทึกการนำอวัยวะ ออกไปจากศพนั้นไว้ในเวชระเบียนของผู้ตายด้วย”

2.6.2 ระเบียบสภาอากาศไทย ว่าด้วยศุนย์บริจาคอวัยวะ พ.ศ. 2545

ระเบียบสภาอากาศไทยที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะนั้น คือ “ระเบียบสภาอากาศไทย ว่าด้วยศุนย์บริจาคอวัยวะสภาอากาศไทย” แต่เดิมระเบียบสภาอากาศไทย ว่าด้วยศุนย์บริจาคอวัยวะสภาอากาศไทยฉบับแรกเกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ.2543 แต่คณะกรรมการบริหารสภาอากาศไทย ในการประชุมครั้งที่ 18/2545 เมื่อวันที่ 18 กันยายน 2545 มีมติให้วางระเบียบขึ้นใหม่ กลายเป็นฉบับปัจจุบัน กล่าวคือ ระเบียบ สภาอากาศไทย ว่าด้วยศุนย์บริจาคอวัยวะสภาอากาศไทย พ.ศ.2545 ซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศุนย์บริจาคอวัยวะสภาอากาศไทย โครงสร้างของศุนย์บริจาค แพทย์ผู้ผ่าตัดนำอวัยวะออกและปลูกถ่ายอวัยวะซึ่งต้องเป็นแพทย์ที่ลงทะเบียนไว้กับศุนย์บริจาคอวัยวะเท่านั้น การลงทะเบียนผู้รอรับการบริจาคอวัยวะ การจัดสรรอวัยวะ และมาตรฐานจริยธรรมของการปลูกถ่ายอวัยวะ ทั้งนี้ระเบียบฉบับนี้ได้ปฏิบัติตามข้อบังคับของแพทยสภาและแนวปฏิบัติขององค์การอนามัยโลก รวมทั้งสมาคมปลูกถ่ายอวัยวะนานาชาติ¹⁷⁰

ในระเบียบ สภาอากาศไทย ว่าด้วยศุนย์บริจาคอวัยวะสภาอากาศไทย พ.ศ.2545 กำหนดนิยามของ “การบริจาคอวัยวะ” หมายความว่า การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ หรือเปลี่ยนอวัยวะ อันได้แก่ หัวใจ ปอด ตับ ไต และอวัยวะอื่นๆ ตามที่สภาอากาศไทยจะประกาศกำหนดต่อไป ในขณะที่นิยามของ “ผู้บริจาคอวัยวะ” ตามระเบียบฯนี้ หมายความว่า ผู้เสียชีวิตแกนสมองตาย ซึ่งญาติใกล้ชิดลงนามยินยอมบริจาคอวัยวะให้ศุนย์บริจาคอวัยวะนำไปจัดสรรแก่โรงพยาบาลสมาชิก เพื่อทำการปลูกถ่ายแก่ผู้ป่วยที่รอรับอวัยวะต่อไป หรือ ผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่ และประสงค์ที่จะบริจาคอวัยวะของตน เพื่อนำไปปลูกถ่ายให้แก่ผู้อื่น

ทั้งนี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ หมวดที่ 6 มาตรฐานจริยธรรมของการปลูกถ่ายอวัยวะ อันกำหนดเรื่องการปลูกถ่ายอวัยวะไว้ใน ส่วนที่ 3 การปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคอวัยวะแกนสมองตาย มีทั้งหมดด้วยกัน 4 ข้อ คือ ข้อ 52 ถึงข้อ 55¹⁷¹ ซึ่งมีสาระสำคัญ คือ การปลูก

¹⁷⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส, กฎหมายการแพทย์ = *Medical Laws* / แสง บุญเฉลิมวิภาส และเอนก ยมจินดา, ed. 2 (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, พ.ศ.2546), หน้า 195-96.

¹⁷¹ ระเบียบ สภาอากาศไทย ว่าด้วยศุนย์บริจาคอวัยวะสภาอากาศไทย พ.ศ.2545 หมวดที่ 6 มาตรฐานจริยธรรมของการปลูกถ่ายอวัยวะ อันกำหนดเรื่องการปลูกถ่ายอวัยวะไว้ใน ส่วนที่ 3 การปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคอวัยวะสมองตาย

ถ่ายอวัยวะต้องปฏิบัติตามเกณฑ์การวินิจฉัยแกนสมองตายของแพทยสภา ต้องไม่มีการซื้อขายอวัยวะอย่างเด็ดขาด ทั้งญาติผู้บริจาคอวัยวะต้องลงนามเป็นลายลักษณ์อักษรว่าจะไม่รับสิ่งตอบแทนใดๆ เป็นค่าอวัยวะ ยกเว้นการช่วยเหลือในการจัดการศพ และการรับสนับสนุนอื่นๆ ตามที่กำหนดในระเบียบฯนี้ รวมทั้งผู้รับอวัยวะต้องลงนามเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นกันว่าไม่ได้จ่ายเงินหรือให้ผลประโยชน์ตอบแทนเป็นค่าอวัยวะแก่ผู้บริจาค

จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะนั้น เห็นได้ว่า กฎหมายแต่ละฉบับมีวิวัฒนาการที่ควบคู่มากับการพัฒนาทางการแพทย์ โดยแต่ละฉบับนั้นได้กำหนด หลักเกณฑ์ และวิธีการ เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ และ เรื่องความยินยอมของทายาท ซึ่งนับเป็นเรื่องสำคัญต่อการปฏิบัติเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ เพราะมีการกำหนดหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติที่แน่นอน ทั้งยังสอดคล้องกับหลักปฏิบัติของนานาชาติที่เกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะด้วย อย่างไรก็ตามทั้งข้อบังคับ และระเบียบที่กล่าวถึง มีความไม่ชัดเจนในถ้อยคำ อันก่อให้เกิดการตีความ เช่น บุคคลใดเป็นผู้บริจาคอวัยวะได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของญาติ แต่ข้อบังคับนั้นไม่มีการระบุลำดับชั้นของญาติที่จะเป็นผู้ให้ความยินยอมไว้ ทั้งนี้การตีความระเบียบดังกล่าวนี้ จะมีผลอย่างไรในทางกฎหมาย จะวิเคราะห์โดยละเอียดต่อไป ในหัวข้อที่ 4.3 ปัญหาสิทธิของผู้บริจาค และสิทธิทายาทต่อการบริจาคอวัยวะ



ข้อ 52 ปฏิบัติตามเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายของแพทยสภาโดยใช้บันทึกการตรวจ วินิจฉัยสมองตาย ตามประกาศของแพทยสภาโดยเคร่งครัด

ข้อ 53 ต้องไม่มีการซื้อขายอวัยวะอย่างเด็ดขาด

ข้อ 54 ญาติของผู้บริจาคอวัยวะต้องลงนามรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรว่าจะไม่รับ สิ่งตอบแทนใดๆ เป็นค่าอวัยวะโดยเด็ดขาด ยกเว้นการช่วยเหลือในการจัดการศพ และการรับการสนับสนุน อื่นๆ ตามหมวดที่ 8 ของระเบียบนี้

ข้อ 55 ผู้รับอวัยวะหรือญาติต้องลงนามเป็นลายลักษณ์อักษรว่าไม่ได้จ่ายเงินหรือให้ ผลประโยชน์ตอบแทนแก่ญาติผู้บริจาคเป็นค่าอวัยวะ

บทที่ 3

การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายในกฎหมายต่างประเทศ

เนื่องจากประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใด หรือ กฎหมายเฉพาะที่กำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ และผลทางกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเป็นการเฉพาะ หากแต่เมื่อเทียบกับประเทศอื่นๆ กลับพบว่า ในแต่ละประเทศนั้นมีการตรากฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะไว้ อย่างไรก็ตามก่อนที่จะไปพิจารณาถึงเนื้อหาและสาระสำคัญของกฎหมายต่างประเทศนั้น จำต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับรูปแบบของการบริจาคอวัยวะเสียก่อน ซึ่งจากที่ได้ศึกษาปรากฏว่ารูปแบบของการบริจาคร่างกายและอวัยวะแบ่งเป็น 3 รูปแบบ ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 2 ในหัวข้อ 2.2 รูปแบบและวิธีการในการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย ซึ่งผู้เขียนได้เลือกประเทศที่จะศึกษาโดยยกเอา รูปแบบของการบริจาคอวัยวะในแต่ละรูปแบบมาอธิบายถึงความแตกต่างผ่านทางกฎหมายของแต่ละประเทศ กล่าวคือ กฎหมายเยอรมัน กฎหมายสิงคโปร์ และ กฎหมายรัฐนิวยอร์ก

3.1 กฎหมายเยอรมัน

ประเทศเยอรมันนั้นเป็นประเทศที่ใช้ระบบการบริจาคร่างกายเหมือนของประเทศไทย กล่าวคือ ใช้ระบบการบริจาคแบบ Opting-in อันเป็นระบบที่เกิดจากความสมัครใจของผู้บริจาค อย่างไรก็ตามแม้ระบบการบริจาคของประเทศเยอรมันและประเทศไทยจะเหมือนกันก็ตาม แต่ประเทศเยอรมันนั้นมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเป็นกฎหมายเฉพาะ ซึ่งถือเป็นส่วนที่แตกต่างจากประเทศไทย นอกจากนี้ประเทศเยอรมันยังมีศูนย์รับบริจาคที่เป็นศูนย์กลางของการบริจาค ซึ่งหากพิจารณาอย่างผิวเผินย่อมนึกถึงศูนย์รับบริจาคของประเทศไทยนั่นคือ สภากาชาดไทย แต่ประเทศเยอรมันนั้นศูนย์รับบริจาคต้องทำงานร่วมกันกับหลากหลายหน่วยงานซึ่งก่อให้เกิดประสิทธิภาพเกี่ยวกับการปลูกถ่ายมากยิ่งขึ้น ดังนั้นจึงเลือกศึกษาประเทศเยอรมันเพื่อเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของประเทศไทย ซึ่งการศึกษานั้นมีทั้งความคิดพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง กฎหมายที่เกี่ยวข้อง และประเด็นที่เกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาของผู้บริจาค และสิทธิในการยกเลิกการบริจาคของทายาท หรือ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ดังจะอธิบายต่อไปนี้

3.1.1 ความคิดพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

รูปแบบของการบริจาคอวัยวะของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า ประเทศเยอรมัน คือการใช้รูปแบบของการบริจาคแบบ Opting-in หรือ Contracting in อันเป็นรูปแบบที่กำหนดให้ผู้บริจาคต้องแสดงเจตนา หรือ ให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะของตนไว้อย่างชัดเจน (Explicit Consent)

ทั้งนี้เห็นได้ว่าการบริจาคอวัยวะของประเทศเยอรมันมีรูปแบบเดียวกันกับการบริจาคในประเทศไทย กล่าวคือ ผู้บริจาคต้องแสดงเจตนาบริจาคกับศูนย์บริจาคอวัยวะเสียก่อน เมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตายจึงจะสามารถนำเอาอวัยวะนั้นไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการแพทย์หรือการปลูกถ่ายได้ อย่างไรก็ตามแม้ระบบของการบริจาคอวัยวะจะเหมือนกันกับของไทย แต่ประเทศเยอรมันได้มีการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเป็นการเฉพาะ ซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

3.1.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ

การปลูกถ่ายอวัยวะของประเทศเยอรมันนั้นในสมัยก่อนไม่มีกรอบของกฎหมายใดๆ ที่กล่าวถึงการปลูกถ่ายอวัยวะไว้อย่างชัดเจน ซึ่งจากความไม่ชัดเจนนั้นก่อให้เกิดประเด็นถกเถียงเกี่ยวกับกับปลูกถ่ายอวัยวะ ทั้งประเด็นทางจริยธรรม และทางกฎหมาย นอกจากนี้ปัญหาของการไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศเยอรมันยังก่อให้เกิดปัญหาในการตีความที่เกี่ยวกับความซับซ้อนทางการแพทย์ เช่น หลักในการวินิจฉัยว่าบุคคลใดถึงแก่ความตาย อีกทั้งปัญหาเรื่องการขาดหน่วยงานเฉพาะที่จะมาทำหน้าที่ดูแลและเป็นศูนย์กลางของการปลูกถ่าย¹⁷² ด้วยเหตุเหล่านี้ก่อให้เกิดกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะของประเทศเยอรมัน เป็นครั้งแรก เมื่อปี ค.ศ.1997 ชื่อว่า “The German Organ Transplantation Act (TPG)” ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเรียกว่า “TPG” โดยสาระสำคัญของกฎหมายฉบับดังกล่าว คือการบัญญัติเกี่ยวกับนิยามการตายทางกฎหมาย(สมองตาย)ไว้อย่างชัดเจน การบัญญัติเกี่ยวกับความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะ อันเชื่อมโยงกับรูปแบบการบริจาคแบบ Opting-in หรือ Contracting in รวมทั้งเรื่องความยินยอมของ

¹⁷² Rommel W and Schmidt HH., "Organ Transplantation in Germany - Legal Framework and Organizational Management," (US National Library of Medicines National Institutes of Health2010), page 55-56.

ทายาท หรือ ผู้ที่มีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกับผู้บริจาค¹⁷³ อย่างไรก็ตาม TPG เมื่อปี ค.ศ.1997 นั้นเป็นกฎหมายที่ล้าสมัย ทั้งอัตราของการปลูกถ่ายอวัยวะนั้นมีความไม่แน่นอน ประเทศเยอรมันจึงทำการแก้ไข TPG โดยมีจุดมุ่งหมายหลักคือเพื่อเพิ่มอัตราการบริจาคและการปลูกถ่ายอวัยวะให้มากขึ้น¹⁷⁴ กลายเป็น “The German Transplantation Act ค.ศ.2012 หรือ TPG 2012” และบังคับใช้แล้วเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ปี ค.ศ.2012

อย่างไรก็ตามแม้มีการแก้ไข และปรับปรุง TPG ในปี ค.ศ.2012 แต่ประเทศเยอรมันยังคงมีรูปแบบการบริจาคแบบ Opting-in หรือ Contracting in อยู่ กล่าวคือ ศูนย์รับบริจาคจะนำเอาอวัยวะจากผู้อื่นไปปลูกถ่ายได้ต้องได้รับความยินยอมจากผู้บริจาคเอง นอกจากนี้สาระสำคัญของ TPG 2012 ยังคงอิงกับหลักเกณฑ์ต่างๆ ใน TPG 1997 เพียงแต่เพิ่มประเด็นความรับผิดชอบในการกู้คืนอวัยวะที่ทำการปลูกถ่ายหลังจากที่ถูกวินิจฉัยว่าสมองตาย และ เพิ่มเรื่องหน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแล และรับผิดชอบในเรื่องการปลูกถ่ายอวัยวะให้เฉพาะเจาะจงมากยิ่งขึ้น¹⁷⁵ สาระสำคัญของ TPG 2012 จึงยังคงเป็นเรื่องนิยามของการตาย ความยินยอมของทายาท และหน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแล โดยเรื่องความยินยอมของทายาทนั้นมีประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับผลของการบริจาค และสิทธิในการคัดค้านการนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายอันเป็นประเด็นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงขอกล่าวถึงสาระสำคัญของกฎหมาย TPG และประเด็นเกี่ยวกับผลของการบริจาค ดังจะอธิบายต่อไปนี้

3.1.2.1 สาระสำคัญของกฎหมาย *The German Organ Transplantation Act ค.ศ. 2012* หรือ TPG

The German Organ Transplantation Act (TPG) 2012 ของประเทศเยอรมันนั้น ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ และ การบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายเอาไว้ ทั้งนี้ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงขอกล่าวถึงส่วนของการบริจาคที่มีประเด็นอันสามารถนำไปวิเคราะห์ และ

¹⁷³ "Organ Transplantation in Germany - Legal Framework and Organizational Management," page 3-5.

¹⁷⁴ Deutsche Stiftung Organtransplantation, "Organ Donation and Transplantation in Germany 2012," (2013): page 15-17.

¹⁷⁵ Deutsche stiftung Organtransplantation, "Organ Donation and Transplantation in Germany 2012," (2013). page 15-17.

เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การบริจาคของประเทศไทยได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่สำคัญอันเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะนั้น มีดังต่อไปนี้

- 1) การรับบริจาคต้องได้รับความยินยอมจากทายาท
- 2) การนำอวัยวะออกจากร่างกายเพื่อทำการปลูกถ่ายได้ ต้องเข้าหลักเกณฑ์ว่าเจ้าของร่างกายได้ถึงแก่ความตาย ตามนัยของกฎหมาย กล่าวคือ ต้องถูกวินิจฉัยว่าสมองตายจึงจะสามารถผ่าตัดเอาอวัยวะออกไปได้
- 3) ผู้ที่ทำการปลูกถ่าย จะต้องได้รับอนุญาตจาก The Federal Ministry of Health¹⁷⁶

เนื่องด้วยวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ ส่วนหนึ่งมาจากความต้องการให้มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแล เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะโดยเฉพาะ กฎหมายฉบับนี้จึงบัญญัติเกี่ยวกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องซึ่งมีหลากหลายหน่วยงาน และแต่ละหน่วยงานต้องทำงานร่วมกัน (joint task) ดังนั้นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจึงไม่ได้มีแค่หน่วยงานเดียวเท่านั้น หากแต่มีหน่วยงานหลัก ที่ต้องร่วมมือกับหน่วยงานย่อยๆ อีกหลายหน่วยงานด้วยกัน ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถตรวจสอบซึ่งกันและกัน และเพื่อให้เกิดความมั่นใจแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะทั้งหมด ดังนั้น ในบทบัญญัติของกฎหมายจึงกำหนดหน่วยงานที่ทำหน้าที่หลักในการเป็นศูนย์กลางของการปลูกถ่ายเอาไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ Deutsche Stiftung Organtransplantation หรือ German Organ Transplantation Foundation (DSO) ซึ่งเป็นองค์กรเอกชน ทำหน้าที่ให้การสนับสนุน และ ส่งเสริม การบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย และ ช่วยเหลือผู้ป่วยที่รอรับการปลูกถ่ายให้รวดเร็วที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้¹⁷⁷ นอกเหนือจาก DSO อันเป็นหน่วยงานหลักแล้ว TPG 2012 ยังกำหนดให้มีหน่วยงานอื่นๆ ที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะอีกด้วย เช่น The ministries of the German Federal States มีหน้าที่รายงานเกี่ยวกับศูนย์รับบริจาคที่ผ่านมาตรฐาน และ แจกแก่ DSO เพื่อให้ DSO กำหนดให้เป็นศูนย์รับบริจาคที่ผู้บริจาคสามารถไปทำการ

¹⁷⁶ The Federal Ministry of Health หรือ กระทรวงสาธารณสุข เป็นคณะกรรมการร่วมของรัฐบาลกลาง มีหน้าที่สำคัญในการปกป้องผลประโยชน์ของผู้ปลูกถ่าย และควบคุมการทำงานขององค์กรเอกชนที่เป็นศูนย์กลางของการปลูกถ่ายอวัยวะ (Deutsche Stiftung Organtransplantation (DSO))

¹⁷⁷ Deutsche Stiftung Organtransplantation, "German Organ Transplantation Foundation(Dso)," [online] Accessed 10 February 2019. Available from : <https://www.dso.de/nbsp/german-organ-transplantation-foundation-dso.html>.

บริจาคเพื่อนำอวัยวะออกมาปลูกถ่ายต่อไปได้¹⁷⁸ The Federal Ministry of Health มีอำนาจในการกำหนด และควบคุมการดำเนินงานของ DSO เพื่อรักษามาตรฐานในการทำงานของ DSO¹⁷⁹ Federal Medical Council มีหน้าที่ในการควบคุมศูนย์รับบริจาคที่ได้มาตรฐานทั่วประเทศเยอรมัน โดยให้ศูนย์รับบริจาครายงาน และ ระบุตัวผู้รับบริจาคตลอดเวลาเพื่อรายงานความคืบหน้าเกี่ยวกับอัตราการบริจาคอวัยวะ¹⁸⁰ เป็นต้น

นอกจากเรื่องหน่วยงานแล้วการแก้ไขครั้งใหญ่ของ TPG เมื่อปี ค.ศ.2012 นั้น สาระสำคัญคือการสนับสนุนให้พลเมืองชาวเยอรมันตระหนัก และมีความคิดเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายมากขึ้นโดยมีการกำหนดแบบฟอร์มการบริจาคอวัยวะ รูปแบบใหม่ กล่าวคือ การแสดงเจตนาบริจาคผ่าน “Organ Donor Card” ซึ่งเป็นการกำหนดรูปแบบของการบริจาคอวัยวะภายใต้ TPG 2012 กล่าวคือ การกำหนดให้การบริจาคต้องทำในรูปแบบลายลักษณ์อักษร ทั้ง Organ Donor Card ยังมีสถานะในทางกฎหมาย เพราะเป็นเอกสารในการยืนยันเจตนาของผู้บริจาคก่อนถึงแก่ความตาย¹⁸¹ โดยใน Organ Donor Card นั้นจะต้องประกอบด้วย¹⁸²

- 1) ข้อมูลของผู้บริจาค อันได้แก่ ชื่อ วัน เดือน ปีเกิด และที่อยู่
- 2) ช่องว่างเพื่อให้ผู้บริจาคแสดงเจตนาผ่านการทำเครื่องหมายว่าประสงค์จะบริจาค ซึ่งผู้แสดงเจตนาได้นั้นต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 16 ปีบริบูรณ์ โดยสามารถเลือกส่วนที่จะบริจาคเป็นการเฉพาะได้ รวมทั้งเลือกจะไม่บริจาคส่วนใดก็ได้ก็ตามแต่เจตนาของผู้บริจาคที่ประสงค์
- 3) ช่องว่างเพื่อให้ผู้บริจาคแสดงเจตนาผ่านการทำเครื่องหมายว่าไม่ประสงค์บริจาค ซึ่งผู้แสดงเจตนาได้นั้นต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 14 ปีบริบูรณ์

¹⁷⁸ Section. 9a TPG

¹⁷⁹ Section. 10a TPG

¹⁸⁰ Section. 9,paragraph 2. No.1 TPG

¹⁸¹ Organ Spende, "The Law on Organ Donation in Germany : A Declaration-Based Solution," [online] Accessed : 10 February 2019. Available from : www.organspende-info.de/sites/all/files/files/BZgA_Entscheidungsloesung_Englisch.pdf.

¹⁸² Organ Spende , "The Law on Organ Donation in Germany : A Declaration-Based Solution,"

- 4) ช่องว่างเพื่อให้ผู้บริจาคแสดงเจตนาผ่านการทำเครื่องหมายว่าตนต้องการให้ผู้อื่นที่ตนเลือกเป็นผู้แสดงเจตนาบริจาคให้ ซึ่งผู้อื่นจะเป็นใครก็ได้แต่มีได้แค่คนเดียวเท่านั้น โดยจะต้องปรากฏข้อมูล กล่าวคือ ชื่อ-สกุล ที่อยู่ ของผู้นั้นด้วย
- 5) ลายมือชื่อของผู้บริจาค พร้อมวันที่ที่แสดงเจตนา

กล่าวโดยสรุป ในประเทศเยอรมันมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการบริจาคกำหนดไว้ โดยกฎหมายนั้นมีชื่อว่า The German Organ Transplantation Act (TPG) ซึ่งฉบับที่แก้ไขล่าสุดนั้นคือ ปี ค.ศ.2012 โดยสาระสำคัญของกฎหมายคือการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ และการบริจาคอวัยวะไว้อย่างชัดเจน ทั้งยังกำหนดองค์กรที่เป็นศูนย์กลางในการปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศเยอรมัน กล่าวคือ German Organ Transplantation Foundation (DSO) เพื่อเป็นองค์กรหลักในการเชื่อมโยงองค์กร หรือ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายเพื่อประสิทธิภาพของการปลูกถ่ายอวัยวะ และเพื่อจุดประสงค์หลักในการเพิ่มอัตราการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายมากขึ้น

3.1.2.2 ขั้นตอนในการบริจาคอวัยวะของประเทศเยอรมัน

เนื่องจากประเทศเยอรมันมีกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ TPG ซึ่งการที่จะได้รับอวัยวะมาปลูกถ่ายนั้นกฎหมายกำหนดว่าต้องได้มาจากวิธีการบริจาคเท่านั้น ซึ่งใน TPG ได้กำหนดหลักเกณฑ์ของวิธีการบริจาค เป็นขั้นตอน 9 ขั้นตอน¹⁸³ ดังนี้

- 1) ผู้บริจาคต้องถึงแก่ความตาย
- 2) ผู้บริจาคถูกวินิจฉัยว่าถึงแก่ความตายโดยอาศัยเกณฑ์สมองตาย
- 3) ศูนย์รับบริจาคต้องรายงานไปที่ DSO
- 4) ครอบครัวของผู้บริจาคต้องทำการปรึกษาหารือกันเกี่ยวกับการนำเอาอวัยวะออกไปจากร่างกายเพื่อการปลูกถ่าย
- 5) ทำการวิเคราะห์ทางการแพทย์เกี่ยวกับผู้บริจาค
- 6) ส่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผู้บริจาค ไปยังหน่วยงานเกี่ยวกับการปลูกถ่ายของสหภาพยุโรป (Eurotransplant for organ allocation)
- 7) ผ่าตัดนำอวัยวะที่บริจาคออกจากร่างของผู้บริจาค

¹⁸³ Section. 11 TPG

8) เมื่อผ่านอวัยวะออกมาแล้วต้องส่งมอบไปยังศูนย์รับบริจาค หรือ หน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง

9) ทำการปลูกถ่าย

ทั้ง 9 ขั้นตอนการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย ล้วนแล้วแต่เป็นขั้นตอนที่สำคัญทุกขั้นตอน ซึ่งหากขาดขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งไปแล้ว ย่อมไม่อาจถือว่าเป็นการบริจาคอย่างสมบูรณ์ได้

3.1.3 ประเด็นเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาของผู้บริจาค และสิทธิในการยกเลิกการบริจาคของทายาท หรือ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

ในเรื่องเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายที่ปรากฏอยู่ใน TPG ของประเทศเยอรมันนั้น เห็นว่าการกำหนดขั้นตอนเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ 9 ขั้นตอน¹⁸⁴ ที่ได้กล่าวไปข้างต้นนั้น ในขั้นตอนที่ 4 อันเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิของทายาทในการตัดสินใจว่าจะยินยอมให้อวัยวะนั้นเพื่อการปลูกถ่ายตามเจตจำนงของผู้บริจาคหรือไม่ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้น ทายาทของผู้บริจาคได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการตัดสินใจเกี่ยวกับผลของการบริจาค เสมือนว่าผลของการบริจาคมานั้นขึ้นอยู่กับทายาทของตัวผู้บริจาค

อย่างไรก็ดีประเด็นนี้เป็นประเด็นที่ถกเถียง และมีการพูดถึงอยู่บ่อยครั้งในประเทศเยอรมัน เนื่องจากการให้ทายาทเข้ามามีส่วนร่วมในการบริจาคมนี้มีประเด็นที่เกี่ยวข้องกันทั้งทางจริยธรรม และกฎหมาย อันเป็นประเด็นที่ว่า ทายาทมีสิทธิอันชอบธรรมในการตัดสินใจเกี่ยวกับการบริจาคหรือไม่ ซึ่งสิทธิอันชอบธรรมที่กล่าวถึงนั้นมักปรากฏอยู่ 2 กรณีด้วยกัน¹⁸⁵ กล่าวคือ

- 1) สิทธิในการเปลี่ยนแปลงเจตนาของผู้บริจาค และ
- 2) สิทธิอันชอบธรรมในการตัดสินใจบริจาคอวัยวะในกรณีที่ไม่ปรากฏเจตนาของเจ้าของร่างกาย

ทั้งนี้การบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายของประเทศเยอรมันนั้น เนื่องจากใช้รูปแบบการบริจาคแบบ Opting-in หรือ Contracting in การที่จะถือว่าเป็นการบริจาคโดยสมบูรณ์จึงต้องปรากฏว่ามีการแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะของผู้บริจาค ซึ่งอาจปรากฏให้เห็นโดยชัดแจ้งผ่านทาง

¹⁸⁴ Section. 11 TPG

¹⁸⁵ Nadia Primc, "The Rights of the Relatives within the Deceased Organ Donation Process," *DILEMATA* (2017): page 3-4; .

Organ donor card อย่างไรก็ตามในบางกรณีแม้ไม่มีเจตนาของผู้บริจาคปรากฏแต่ศูนย์รับบริจาค อาจมีอำนาจอันชอบธรรมในการผ่าตัดอวัยวะนั้นเพื่อทำการปลูกถ่ายได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจาก ทายาทของเจ้าของอวัยวะนั้น ดังนั้นกรณีที่ไม่ปรากฏเจตนาที่ก่อให้เกิดสิทธิของทายาทในการที่จะ ตัดสินใจบริจาคอวัยวะนั้นเพื่อให้ศูนย์รับบริจาคใช้ในการปลูกถ่ายต่อไปได้ ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ปรากฏอยู่ ใน Section 4. Para. 1 TPG อันมีสาระสำคัญว่า “ในกรณีที่ไม่ปรากฏเจตนาของผู้ตายเกี่ยวกับการ บริจาค ศูนย์รับบริจาคจะต้องถามถึงหลักฐานหรือเจตจำนงของผู้ตายกับทายาทหรือบุคคลสนิท เมื่อ ได้ความแล้วจะต้องเคารพการตัดสินใจของผู้ตายที่ปรากฏจากหลักฐานและเจตจำนงนั้น” ดังนั้นจาก กฎหมายการปลูกถ่ายอวัยวะ สิทธิของทายาทหรือบุคคลสนิทจะเกิดต่อเมื่อไม่ปรากฏเจตนาของผู้ตาย ในเรื่องการบริจาคอวัยวะไว้ แต่อย่างไรก็ดีแม้กฎหมายจะกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนก็ ตาม แต่ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับสิทธิของทายาท หรือ บุคคลสนิทในเรื่องการบริจาคร่างกายนั้น กลับ เป็นไปในทางตรงกันข้ามกับที่ปรากฏในกฎหมาย กล่าวคือ ทายาทมีสิทธิในการตัดสินใจเกี่ยวกับการ ผ่าตัดนำอวัยวะออกจากร่าง แม้ปรากฏว่าผู้บริจาคจะแสดงเจตนาไว้อย่างชัดเจนแล้วก็ตามและ โดยมากทายาทมักจะคัดค้านการบริจาคอวัยวะนั้น¹⁸⁶ ด้วยเหตุที่ทางปฏิบัติแตกต่างกับบทบัญญัติของ กฎหมาย ย่อมก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติของศูนย์รับบริจาคเช่นกัน เนื่องจากความไม่แน่นอนนี้ ก่อให้เกิดความกังวลว่าศูนย์รับบริจาคควรทำอย่างไรหากเจตนาของผู้บริจาคปรากฏอย่างชัดเจนแต่ กลับขัดแย้งกับความจำนงของทายาทผู้บริจาค

ซึ่งผู้ที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการปลูกถ่าย (Transplant coordinators) ในประเทศเยอรมันได้มี ความเห็นเกี่ยวกับข้อถกเถียงในประเด็นสิทธิอันชอบธรรมของทายาทดังกล่าว ว่า เนื่องจากประเทศ เยอรมันใช้ระบบการบริจาคแบบ Opting-in หรือ Contracting in ดังนั้นจึงควรถือเอาเจตนาของผู้ บริจาคเป็นที่ตั้ง และเนื่องจากเจตนาบริจาค่นั้นปรากฏอย่างชัดเจนผ่านทางลายลักษณ์อักษร ย่อมไม่ ก่อให้เกิดการตีความ เพราะปราศจากความไม่แน่นอน ดังนั้นจึงไม่ควรปฏิบัติต่างไปจากเจตนาของผู้ บริจาค¹⁸⁷

¹⁸⁶ Nadia Primc, ‘‘The Rights of the Relatives within the Deceased Organ Donation Process,’’ *DILEMATA* (2017) ; Page 90-91

¹⁸⁷ Nadia Primc, ‘‘The Rights of the Relatives within the Deceased Organ Donation Process,’’ Page 90-91

จากประเด็นดังกล่าวก่อให้เกิดการตีความและวิเคราะห์ถึงสิทธิของทายาทโดยแท้จริง ซึ่งนักกฎหมายเยอรมันได้กล่าวว่า สิทธิของทายาท มีเฉพาะสิทธิในการปลดปล่อยความเจ็บปวดของผู้ป่วย (The right not to be distressed) เท่านั้น เพราะความเจ็บปวดคือสิ่งทุกข์ทรมาน ทายาทจึงมีสิทธิที่จะตัดสินใจให้ผู้ป่วยพ้นจากความเจ็บปวดนั้นได้¹⁸⁸ แต่สิทธิในการปลดปล่อยความเจ็บปวดนี้มีความแตกต่างกับสิทธิในการตัดสินใจบริจาคอวัยวะของทายาท เนื่องด้วยการพิจารณาสิทธิของทายาทไม่ว่าเรื่องใดๆ ต้องปรากฏความสมดุลกันระหว่าง “สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง และความเคารพต่อสิทธิในร่างกายของผู้บริจาค” ดังนั้นเมื่อพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วสิทธิในการปลดปล่อยความเจ็บปวดย่อมเป็นคนละเรื่องกันกับสิทธิในการตัดสินใจบริจาคอวัยวะ ทั้งนี้ยังมีการหาคำตอบอีกว่าทำไมทายาทถึงมีสิทธิเกี่ยวกับการตัดสินใจบริจาคอวัยวะเช่นนี้ ซึ่งเหตุที่ปรากฏ คือ ทายาทเป็นบุคคลที่ใกล้ชิดเจ้าของร่างกายมากที่สุด จึงน่าจะรู้ถึงเจตนาของผู้นั้นมากที่สุด¹⁸⁹ แต่เมื่อในกรณีนี้เจตนาของผู้บริจาคปรากฏออกมาอย่างชัดเจนแล้ว ย่อมไม่อาจตีความเจตนาของผู้บริจาคเป็นอย่างอื่นไปเสียได้ แม้ทายาทเป็นผู้ใกล้ชิดกับเจ้าของร่างกาย แต่ ทายาทย่อมไม่ใช่เจ้าของร่างกายที่แท้จริงอยู่ดี

นอกจากการการตีความและวิเคราะห์ถึงสิทธิของทายาทโดยแท้จริงแล้ว ลำดับชั้นของทายาทยังเป็นปัญหาพิจารณาอีกเรื่องหนึ่ง เนื่องจากการบริจาคอวัยวะภายหลังผู้บริจาคเสียชีวิต ไม่มีการกำหนดลำดับชั้นของทายาทไว้ในกฎหมาย หากแต่บัญญัติให้ญาติ หรือ บุคคลที่เกี่ยวข้อง มีสิทธิในการแจ้งความประสงค์ของเจ้าของร่างเท่านั้น ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าไม่เหมือนกับการบริจาคอวัยวะเมื่อขณะมีชีวิตอยู่ที่ได้กำหนดลำดับชั้นของทายาทไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ สิทธิของทายาทในการตัดสินใจบริจาคอวัยวะในกรณีผู้บริจาคมียังมีชีวิตอยู่นั้นย่อมทำได้ เฉพาะทายาทลำดับหนึ่ง และ สอง เท่านั้น¹⁹⁰

กล่าวโดยสรุป ประเทศเยอรมันนั้นแม้มีกฎหมายกำหนดสิทธิของทายาทไว้อย่างชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติกลับมีการทำตรงกันข้าม ซึ่งส่วนนี้ก่อให้เกิดปัญหาแก่ศูนย์รับบริจาคอย่างมาก ทั้งเรื่องสิทธิของทายาทนั้นควรจะมีเฉพาะสิทธิในการปลดปล่อยความเจ็บปวดของผู้ป่วยเท่านั้น แต่สิทธิใน

¹⁸⁸ Nadia Primc, 'The Rights of the Relatives within the Deceased Organ Donation Process,' Page 90-91

¹⁸⁹ T. Martin Wilkinson, "Ethics and the Acquisition of Organs," *Oxford University* (2011): Page 35-38.

¹⁹⁰ Sabine Wohlke, "Self-determination in Living organ Donation : an Empirically Informed Contribution to Ethical Issues in Decision Making." University Medical Center (2017). Page 5-7.

การเปลี่ยนแปลง หรือตัดสินใจเกี่ยวกับอวัยวะนี้ควรเป็นผู้บริจาคอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตามก็เพื่อให้ เกิดอัตราการปลูกถ่ายที่เพิ่มขึ้นทนายยอมเข้ามามีบทบาทต่อการผ่าตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนี้ได้ แต่ต้องเป็นเฉพาะกรณีที่ไมปรากฏเจตนาของผู้บริจาคเท่านั้น

3.1.4 สถานะของการบริจาคอวัยวะในประเทศเยอรมัน

การบริจาคอวัยวะในประเทศเยอรมันนั้น แม้มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติเกี่ยวกับการบริจาคไว้ก็ตาม แต่มีประเด็นที่น่าพิจารณาถึงสถานะของอวัยวะ ในฐานะวัตถุแห่งสิทธิด้วย เนื่องจากผลของการ แสดงเจตนาของผู้บริจาค ตามกฎหมายเยอรมันหาได้มีหลักเกณฑ์ หรือ กฎหมายใดบัญญัติไว้อย่าง ชัดเจน กฎหมายเฉพาะที่กล่าวถึงเป็นเรื่องของหลักเกณฑ์ และ รูปแบบของการแสดงเจตนาบริจาค เพื่อวัตถุประสงค์ในการเพิ่มอัตราการบริจาคร่างกาย และ อวัยวะให้มากขึ้นเท่านั้น ทั้งนี้ในการศึกษา ถึงผลของการแสดงเจตนาจึงต้องศึกษาถึงสถานะของอวัยวะในฐานะวัตถุแห่งสิทธิในประเทศเยอรมัน ด้วยว่า อวัยวะนั้นในฐานะทางกฎหมายอย่างไร เพราะการศึกษาในเรื่องดังกล่าวนี้ย่อมส่งผลให้ ติความผลของการแสดงเจตนาของผู้บริจาคในประเทศเยอรมันได้ ว่าการแสดงเจตนาบริจาคนั้นคือ อะไรในทางกฎหมาย ทั้งนี้ในการพิจารณาสถานะของการบริจาคมานั้น จึงต้องศึกษาถึง สถานะของ อวัยวะ ในกฎหมายเยอรมัน และนอกเหนือจากการพิจารณาถึงสถานะของอวัยวะในทางกฎหมายแล้ว ยังต้องคำนึงถึงสถานะของอวัยวะในฐานะวัตถุแห่งสิทธิเพื่อที่จะนำเอาสถานะนี้ไปวิเคราะห์ถึงหลัก ของสัญญาของกฎหมายเยอรมันได้ เนื่องจาก ลักษณะของสัญญาในกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น ประกอบด้วย สัญญา 2 รูปแบบ รูปแบบแรกคือสัญญาทางหนี้ อันเป็นลักษณะของสัญญาที่ก่อความ ผูกพันทางหนี้ระหว่างบุคคล และสัญญาทางทรัพย์สิน อันเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดการโอนทรัพย์สิน หรือ เปลี่ยนแปลงทรัพย์สินนั้นจากบุคคลหนึ่งไปอีกบุคคลหนึ่ง จากลักษณะของสัญญาที่แยกออกเป็น 2 รูปแบบ ส่งผลให้ผลของสัญญามีความแตกต่างกันไปด้วย กล่าวคือ หากสัญญาทางหนี้ไม่สมบูรณ์ ย่อมจะไม่ส่งผลถึงสัญญาทางทรัพย์สิน¹⁹¹ การศึกษาถึงลักษณะพิเศษของสัญญาในกฎหมายเยอรมัน ย่อมทำให้สามารถวิเคราะห์ถึงผลของการแสดงเจตนาบริจาคต่อไปได้ โดยอิงกับเรื่องของสัญญาเพื่อ ประโยชน์บุคคลภายนอก สัญญาให้ และหลักเรื่องพินัยกรรมของประเทศเยอรมันควบคู่กันไปด้วย

¹⁹¹ นายพรเพิ่ม ศรีสวัสดิ์, "ปัญหาความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา" (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560), หน้า 100

3.1.4.1 สถานะของอวัยวะตามกฎหมายเยอรมัน

การพิจารณาถึงสถานะของอวัยวะในประเทศเยอรมันนั้น มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าอวัยวะในร่างกายของคนที่ตายแล้วนั้น มีสถานะอย่างไรในทางกฎหมาย ทั้งนี้เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้บัญญัตินิยามของคำว่าทรัพย์สิน (Sachen) และ ทรัพย์สิน (Gegenstand) ไว้แตกต่างกัน โดยนิยามของคำว่าทรัพย์สินในทางกฎหมายเยอรมันนั้นได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน มาตรา 90 โดยทรัพย์สินนั้นหมายถึง “วัตถุที่มีรูปร่าง”¹⁹² ขณะที่ทรัพย์สินนั้นกฎหมายเยอรมันหาได้นิยามคำว่าทรัพย์สินไว้แต่อย่างใดไม่ แต่พอตีความได้ว่าทรัพย์สินนั้นสามารถเป็นทั้งสิ่งที่มีหรือไม่มีรูปร่างก็ได้¹⁹³ ดังนั้นในความหมายของคำว่าทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน สิ่งที่มีรูปร่างเท่านั้นที่ถือเป็นทรัพย์สินตามกฎหมาย

ทั้งนี้ลักษณะของทรัพย์สินตามกฎหมายเยอรมันที่หมายถึงวัตถุที่มีรูปร่างนั้น นักกฎหมายเยอรมันได้แบ่งความเห็นเกี่ยวกับวัตถุที่มีรูปร่างออกเป็น 2 ลักษณะด้วยกัน กล่าวคือ ฝ่ายแรกเห็นว่าวัตถุที่มีรูปร่างนั้นต้องเป็นสิ่งที่สามารถจับต้องได้ ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งนั้นมองว่าวัตถุที่มีรูปร่างนั้นไม่ต้องถึงกับจับต้องได้ แต่หากสามารถรับรู้ หรือสามารถสัมผัสได้ก็ถือว่าเป็นทรัพย์สินเช่นเดียวกัน¹⁹⁴

3.1.4.2 สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกตามกฎหมายเยอรมัน

ในประเด็นเกี่ยวกับสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกไว้ใน มาตรา 328(1) อันมีสาระสำคัญว่า ในสัญญาใดสัญญาหนึ่งอาจมีการแสดงเจตนาให้ประโยชน์แก่บุคคลภายนอกไว้ก็ได้ และ มาตรา 328(2) บัญญัติว่า ในกรณีที่ไม่ได้ระบุชัดแจ้งในสัญญาว่าให้ประโยชน์แก่บุคคลภายนอกการพิจารณาว่าสัญญานั้นมีเจตนาให้ประโยชน์แก่บุคคลภายนอกไว้โดยปริยายหรือไม่ ให้พิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมแห่งกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากวัตถุประสงค์ของสัญญา

อย่างไรก็ดีในส่วนเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้น ในกฎหมายเยอรมันไม่มีการกำหนดเงื่อนไข หรือบัญญัติเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะว่าเป็นนิติกรรมหรือสัญญาอย่างใดอย่าง

¹⁹² BGB Section 90 Concept of the thing “Only corporeal objects are things as defined by law”

¹⁹³ Ronald J. Scalise Jr., “German and Greek Law,” *Louisiana Civil Law Treatise* (2018): page 1.

¹⁹⁴ Roscoe Pound, *Jurisprudence* ed. 5 (West Publishing, 1959), page 534.

หนึ่ง ดังนั้นในประเทศเยอรมัน การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะจึงหาได้อยู่ในรูปของสัญญา อันส่งผลให้การบริจาคอวัยวะไม่อาจถือเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกได้

3.1.4.3 สัญญาให้ตามกฎหมายเยอรมัน

เมื่อพิจารณาถึงสัญญาให้นั้น การที่จะถือเป็นการให้ย่อมต้องมีรูปแบบของการส่งมอบ เฉกเช่นเดียวกับกฎหมายไทยที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาให้ จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมี “การส่งมอบ” ดังนั้นในการพิจารณาถึงสัญญาให้ตามกฎหมายเยอรมันนั้น จึงต้องพิจารณาถึงหลักการของการส่งมอบเสียก่อน ว่ามีหลักในทางกฎหมายอย่างไร ทั้งนี้การส่งมอบในกฎหมายเยอรมันเป็นวิธีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน¹⁹⁵ ซึ่งการจะถือเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต้องประกอบด้วย หลักสำคัญ 3 ประการด้วยกัน กล่าวคือ ต้องมีการส่งมอบตัวทรัพย์สิน ประการที่สองคือต้องมีเจตนาโอนกรรมสิทธิ์ และประการสุดท้ายคือความเป็นผลของการโอนกรรมสิทธิ์ไม่ขึ้นอยู่กับผลของสัญญาที่เป็นเหตุรองรับการโอนกรรมสิทธิ์¹⁹⁶

ทั้งนี้การให้โดยเสน่หาในกฎหมายเยอรมันนั้น ได้บัญญัตินิยามไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 516¹⁹⁷ กล่าวคือ “สัญญาให้โดยเสน่หาเป็นสัญญาระหว่างสองบุคคลเพื่อให้บุคคลฝ่ายหนึ่งมีทรัพย์สินเพิ่มมากขึ้นและบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งมีสินทรัพย์ลดลง” ดังนั้นเมื่อพิจารณาหลักสำคัญ 3 ประการที่จะถือว่าการส่งมอบเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น เมื่อสัญญาในทางกฎหมายเยอรมันมีลักษณะของสัญญาที่แยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินออกจากกันโดยสัญญาทางหนี้เป็นมูลเหตุที่ก่อให้เกิดความผูกพัน ซึ่งมูลเหตุในสัญญาให้เป็นการจำหน่ายไปเพื่อทำให้อีกฝ่ายหนึ่งร่ำรวยขึ้น โดย

¹⁹⁵ นายพรเพิ่ม ศรีสวัสดิ์, หน้า 103.

¹⁹⁶ Andreas Rahmatian, "A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law," *Journal of Comparative Law* 3 (2010): page 203-05.

¹⁹⁷ BGB Section 516 Concept of Donation

(1) A disposition by means of which someone enriches another person from his own assets is a donation if both parties are in agreement that the disposition occurs gratuitously.

(2) If the disposition occurs without the intention of the other party, the donor may, specifying a reasonable period of time, request him to make a declaration as to acceptance. Upon expiry of the period of time, the donation is deemed to be accepted if the other party has not previously rejected it. In the case of rejection, return of what has been bestowed may be demanded under the provisions on the return of unjust enrichment.

ไม่ต้องชำระค่าตอบแทน¹⁹⁸ ทั้งสาระสำคัญของสัญญาให้ นั้น เมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตาม มูลเหตุหรือตามสัญญาทางหนี้ ย่อมถือเป็นการดำเนินการสัญญาให้ที่เสร็จสิ้น ดังนั้นหากเพียงแต่มีการ ตกลงกันโดยยังมีได้มีการส่งมอบ ย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เนื่องจากขาด หลักการสำคัญประการแรกดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น กล่าวคือ ไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินอย่างแท้จริงเมื่อ ไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินแล้ว การให้จึงเป็นเพียงแค่ “คำมั่นว่าจะให้” ต่อเมื่อผู้ให้ได้ทำการส่งมอบแล้ว การให้ถือว่าสมบูรณ์และผู้ให้หาต้องมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นอีก ดังนั้นการให้ตามกฎหมาย เยอรมันมิได้กำหนดแบบของการให้ไว้โดยเฉพาะ แต่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามวิธีที่จำเป็นสำหรับการ กระทำที่เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ สัญญาให้จึงเป็นสัญญาที่ผู้ให้ยอมสละทรัพย์สินของตนโดยการโอนให้แก่ ผู้รับ และหากยังไม่ได้มีการโอนทรัพย์สินกัน สัญญาดังกล่าวเป็นเพียงคำมั่นว่าจะให้เท่านั้น¹⁹⁹

ในส่วนของการบริจาคอวัยวะจะถือเป็นการให้ตามกฎหมายเยอรมันหรือไม่นั้น จะต้อง พิจารณาเสียก่อนว่า อวัยวะ สามารถอยู่ในสถานะของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุของสัญญาให้ได้หรือไม่ เนื่องจากตามนิยามของสัญญาให้ในกฎหมายเยอรมันนั้น จะต้องมีการเพิ่มหรือลดมูลค่าของสินทรัพย์ ระหว่างผู้ให้กับผู้รับ²⁰⁰ แต่การบริจาคอวัยวะนั้น ผู้รับการให้ ซึ่งอาจเป็นทั้งศูนย์รับบริจาค และ ผู้รับ บริจาค ย่อมได้รับอวัยวะเพิ่มขึ้น ดังนั้นในฐานะผู้รับย่อมมีทรัพย์สินเพิ่มมากขึ้น แต่ในส่วนของผู้บริจาคที่ อาจถือได้ว่าเป็นผู้ให้นั้นการที่จะถือว่าผู้บริจาคมีทรัพย์สินลดลงไม่น่าจะถูกต้องเท่าใดนัก

3.1.4.4 หลักพินัยกรรมตามกฎหมายเยอรมัน

หลักของพินัยกรรมตามกฎหมายเยอรมันนั้น คือหลักการสืบทอดมรดกอย่างหนึ่ง ซึ่งเมื่อเจ้า มรดกถึงแก่ความตาย มรดกของเจ้ามรดกนั้นย่อมตกทอดแก่ทายาท อันมรดกนั้นย่อมรวมถึงทรัพย์สินทั้ง หนี้สินของผู้ตายทั้งหมดด้วย²⁰¹ ยกเว้นทรัพย์สินที่เป็นหน้าที่ส่วนบุคคลของผู้ตาย เช่น สิทธิในชื่อ หรือ สิทธิส่วนตัวเหนือทรัพย์สินที่ไม่อาจตกทอดเป็นมรดกได้ ทั้งนี้ในเรื่องของการสืบทอดมรดกนั้น นอกจาก

¹⁹⁸ หยูด แสงอุทัย, *กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 77.

¹⁹⁹ อีราพร ดิษยาธิคม, หน้า 130-31.

²⁰⁰ นายพรเพิ่ม ศรีสวัสดิ์, หน้า 119.

²⁰¹ อัญชัญ เฮอร์ลิง, “*ให้มรดก & รับมรดก*” Erben & Vererben กฎหมายมรดกของเยอรมัน, (นิตยสารดี มีดี เพื่อคนไทย2018), [ออนไลน์]. แหล่งที่มา <https://www.thailife.de/newsreader-recht/aihmrdrk-rbmrdrk-erben-vererben-kdhmairdrkhhongoeiormn.html> [14 กุมภาพันธ์ 2562].

พินัยกรรมแล้วกฎหมายเยอรมันยังกำหนดรูปแบบของการสืบมรดกอีกแบบหนึ่ง ซึ่งคล้ายกับลักษณะของพินัยกรรม แต่มิใช่พินัยกรรม กล่าวคือ “สัญญาให้ทรัพย์สินมรดก” ซึ่งทั้งพินัยกรรมและสัญญาให้ทรัพย์สินมรดกตามกฎหมายเยอรมันนั้น สามารถอธิบายได้ ดังนี้

3.1.4.4.1 พินัยกรรม

ในเรื่องของพินัยกรรมนั้น ตามหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติถึงความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมไว้ใน มาตรา 2229²⁰² โดยมีสาระสำคัญคือ ผู้เยาว์ไม่สามารถทำพินัยกรรมได้จนกว่าจะมีอายุ 16 ปี บริบูรณ์ และในกรณีที่ผู้ทำพินัยกรรมเป็นผู้เยาว์ ผู้นั้นไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมของตนก่อนทำพินัยกรรม ในส่วนของบุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่ผู้เยาว์นั้นต้องปรากฏว่าไม่ใช่ผู้ไร้ความสามารถ หรือมีความผิดปกติทางจิต จึงจะสามารถทำพินัยกรรมได้

นอกจากเรื่องความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมแล้ว ส่วนสำคัญอีกอย่างหนึ่งที่ส่งผลให้พินัยกรรมสมบูรณ์ตามกฎหมาย คือเรื่องแบบของพินัยกรรม ซึ่งแบบของพินัยกรรมตามกฎหมายเยอรมันนั้นปรากฏอยู่ใน มาตรา 2231²⁰³ และ มาตรา 2233²⁰⁴ ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับแบบของ

²⁰² BGB Section 2229 Testamentary capacity of minors, lack of testamentary capacity

- (1) A minor may make a will only once he has attained his sixteenth year of age.
- (2) The minor does not need the consent of his legal representative to make a will.
- (3) (repealed)

(4) A person who is incapable of realising the importance of a declaration of intent made by him and of acting in accordance with this realisation on account of pathological mental disturbance, mental deficiency or derangement of the senses may not make a will.

²⁰³ BGB Section 2231 Regular wills A will may be made in a regular form

1. by declaration to a notary,
2. by a declaration made by the testator in accordance with section 2247.

²⁰⁴ BGB Section 2233 Special cases

(1) If the testator is a minor, he may make a will only by oral declaration to a notary or by handing over an unsealed document.

(2) If the testator is, according to his own statement or in the firm opinion of the notary, incapable of reading text, he may make the will only by making a declaration to the notary.

พินัยกรรมในกฎหมายเยอรมัน มีด้วยกัน 2 แบบ กล่าวคือ พินัยกรรมแบบทั่วไป และพินัยกรรมแบบ
พฤติการณพิเศษ

พินัยกรรมแบบทั่วไป ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 2231 นั้น แบ่ง
พินัยกรรมทั่วไป ออกเป็น 2 ชนิด กล่าวคือ พินัยกรรมแบบเอกสารมหาชน (*The public Will*) อันมี
รายละเอียดตามที่ปรากฏในกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 2232²⁰⁵ ซึ่งสาระสำคัญของพินัยกรรมแบบ
เอกสารมหาชนนั้น คือ พินัยกรรมนั้นต้องทำผ่านกระบวนการของ Notary กล่าวคือ ผู้ทำพินัยกรรม
ต้องแสดงเจตนาเกี่ยวกับคำสั่งสุดท้ายของตนโดยอาจทำด้วยวาจา หรือ ส่งเอกสารแก่ Notary ก็ได้
นอกจากพินัยกรรมแบบเอกสารมหาชนแล้ว พินัยกรรมอีกแบบหนึ่งอันอยู่ในลักษณะของพินัยกรรม
ทั่วไป คือ พินัยกรรมแบบทำขึ้นด้วยตัวเอง (*The Private Will*) อันมีรายละเอียดตามที่ปรากฏใน
กฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 2247²⁰⁶ อันมีสาระสำคัญคือ ผู้ทำพินัยกรรมจะทำพินัยกรรมตามแบบ
ของพินัยกรรมแบบทำขึ้นด้วยตัวเองนั้น ต้องเป็นการเขียนด้วยลายมือชื่อของตนเองแล้วลงลายมือชื่อ
และนามสกุล ทั้งต้องลงรายละเอียดเกี่ยวกับ วัน เดือน ปี และสถานที่เขียนพินัยกรรม

²⁰⁵ **BGB Section 2232 Public will** A will made by declaration to a notary is made by the testator declaring his last will to the notary or handing the notary a document with the statement that the document contains his last will. The testator may hand over the document either unsealed or sealed; it is not required to be written by him.

²⁰⁶ **BGB Section 2247 Holographic will**

- (1) The testator may make a will by a declaration written and signed in his own hand.
- (2) The testator should state in the declaration the time when (day, month and year) and the place where he wrote it down.
- (3) The signature should contain the first name and the last name of the testator. If the testator signs in another manner and this signature suffices to establish the identity of the testator and the seriousness of his declaration, such a signature does not invalidate the will.
- (4) A person who is a minor or is incapable of reading text may not make a will in accordance with the provisions above.
- (5) Where a will made under subsection (1) does not contain any information about the time when it was made and where this causes doubts about its validity, the will is to be deemed to be valid only if the necessary ascertainties about the time when it was made can be established in some other manner. The same applies with the necessary modifications to a will that does not contain any information about the place where it was made.

พินัยกรรมแบบพหุติการณพิเศษ กฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 2233 กำหนดรูปแบบของพินัยกรรมแบบพหุติการณพิเศษไว้ โดยมีสาระสำคัญคือพินัยกรรมรูปแบบดังกล่าวต้องเขียนเมื่ออยู่ในพหุติการณพิเศษ หรืออยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน อันเป็นเหตุให้ผู้ทำพินัยกรรมไม่อาจทำพินัยกรรมในแบบทั่วไปได้ ซึ่งพหุติการณพิเศษ เช่น เมื่อเกิดสถานการณ์ไม่ปกติ (Extraordinary Circumstance) หรือพินัยกรรมที่ทำระหว่างเดินเรือทะเล ซึ่งกฎหมายเยอรมันอนุญาตให้ผู้ที่อยู่ระหว่างเดินทาง อาจทำพินัยกรรมด้วยวาจาต่อหน้าพยาน 3 คนได้²⁰⁷

กล่าวโดยสรุป สาระสำคัญของพินัยกรรมนั้น คือ การแสดงเจตนาหรือคำสั่งครั้งสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม เกี่ยวกับเรื่องทรัพย์ หรือกิจการของตน หรืออาจเป็นการสั่งการในเรื่องอื่นๆ ก็ได้ โดยพินัยกรรมนั้นต้องได้ความว่าทำขึ้นในขณะที่ผู้ทำพินัยกรรมยังมีชีวิตอยู่ และจะทำในรูปแบบของพินัยกรรมแบบทั่วไป หรือ พินัยกรรมแบบพิเศษก็ได้

3.1.4.4.2 สัญญาให้ทรัพย์มรดก

ทั้งนี้หลักในการสืบทอดมรดกนั้น นอกเหนือจากพินัยกรรมแล้วตามกฎหมายเยอรมันยังมีการสืบทอดมรดกอีกรูปแบบหนึ่ง กล่าวคือ “การทำสัญญาให้ทรัพย์มรดก(Erbvertrag)” ซึ่งบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 2274 ถึงมาตรา 2302 ซึ่งสาระสำคัญของสัญญาให้ทรัพย์มรดก คือ การทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์มรดกเมื่อผู้นั้นเสียชีวิต เป็นเหมือนคำสั่งครั้งสุดท้ายในการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์ และอื่นๆ คล้ายกับการทำพินัยกรรม โดยที่ผลของสัญญาให้ทรัพย์มรดก คือ การจำกัดเสรีภาพในการจำหน่ายทรัพย์ ซึ่งจะมีผลเมื่อผู้ทำสัญญาถึงแก่ความตาย²⁰⁸

แม้สัญญาให้ทรัพย์มรดกจะมีลักษณะเป็นการสืบทอดมรดกที่คล้ายกับการสืบทอดมรดกทางพินัยกรรม แต่สิ่งที่แตกต่างกันคือ สัญญามรดกนั้นเป็นพันธะผูกพันระหว่างคู่สัญญา หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นการตกทอดทรัพย์มรดกโดยความตกลง โดยเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแต่งตั้งคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้เป็นทายาทของตนหรือผู้รับพินัยกรรมให้รับประโยชน์ในสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้ผู้รับ

²⁰⁷ BGB Section 2251 Emergency will made at sea A person who during a sea voyage is on board a German ship beyond a domestic port may make a will by oral declaration before three witnesses in accordance with section 2250 (3).

²⁰⁸ นายณัฐมิ วัจวงศ์, "ผู้มีส่วนได้เสียในการร้องขอตั้งผู้จัดการมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1713" (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 56-57.

ประโยชน์ในสัญญาให้ทรัพย์สินมรดกนั้นอาจเป็นคู่สัญญาหรือบุคคลภายนอกก็ได้ และเมื่อถือเป็นสัญญาในทางกฎหมายแล้วคู่สัญญาชอบที่จะมีสิทธิเปลี่ยนแปลงหรือกำหนดเนื้อหาในข้อตกลงในสัญญานั้นๆ ได้ เช่น การกำหนดให้ผู้รับประโยชน์มีหน้าที่ต้องให้เงินแก่ผู้ทำสัญญาในระหว่างผู้ทำสัญญายังมีชีวิต²⁰⁹ เป็นต้น เมื่อเปรียบเทียบสัญญาให้ทรัพย์สินมรดกกับพินัยกรรมแล้วพบว่า ทายาทตามพินัยกรรมไม่มีสิทธิที่จะขัดแย้ง ในการยกเลิกหรือแก้ไข เพิ่มเติมพินัยกรรมแต่อย่างใด ในขณะที่คู่สัญญาในสัญญามรดกมีสิทธิในการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงใดๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินมรดกดังกล่าวนี้ก็ได้²¹⁰

สัญญามรดก และพินัยกรรม จึงเป็นทางเลือกอีกทางหนึ่งของการจัดการเกี่ยวกับมรดก ซึ่งกฎหมายกำหนดให้เจ้ามรดกเท่านั้นเป็นผู้มีสิทธิเลือก โดยหากเจ้ามรดกไม่ต้องการให้การสืบทอดมรดกเป็นไปตามกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับเรื่องของพินัยกรรม เจ้าของมรดกย่อมสามารถเลือกทำสัญญาการสืบทอดมรดกก็ได้ การทำสัญญาสืบทอดมรดกดังกล่าวนี้เป็นการตกลงกันระหว่างเจ้าของมรดกกับผู้สืบทอดมรดกเพื่อที่จะตกลงกันว่า การสืบทอดมรดกจะไม่เป็นไปตามกฎหมาย แต่จะเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญานั้นเอง

จากข้อมูลการบริจาคอวัยวะของประเทศเยอรมันนั้น แม้จะมีการกำหนดวิธีการบริจาคหลากหลายรูปแบบตามที่กำหนดในกฎหมาย The German Organ Transplantation Act (TPG) 2012 อันเป็นกฎหมายพิเศษก็ตาม แต่ได้มีการกล่าวถึงวิธีการในการบริจาคอวัยวะอีกรูปแบบหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในลักษณะของ “Living Will” ซึ่ง Living Will นั้นถือเป็นพินัยกรรมรูปแบบหนึ่งซึ่งเป็นพินัยกรรมลักษณะพิเศษ ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1901a²¹¹ โดยที่

²⁰⁹ นายณัฐติ วัจวงศ์, หน้า 56-57

²¹⁰ อัญชัญ เฮียร์ลิ่ง, “ให้มรดก & รับมรดก” Erben & Vererben กฎหมายมรดกของเยอรมัน,

<https://www.thailife.de/newsreader-recht/aihmrkd-rbmrkd-erben-vererben-kdhmairdkkhongoeiomn.html>.

²¹¹ BGB Section 1901a Living will

(1) If a person of full age who is able to consent has determined in writing, for the event of his becoming unable to consent, whether he consents to or prohibits specific tests of his state of health, treatment or medical interventions not yet directly immanent at the time of determination (living will), the custodian must examine whether these determinations correspond to the current living and treatment situation. If this is the case, the custodian must see to it that the will of the person under custodianship is done. A living will may be revoked at any time without a specific form.

Living Will นั้นสามารถใช้ในการกำหนดเกี่ยวกับเจตจำนงของผู้บริจาค โดยถือว่า Living Will มีผลทางกฎหมายในลักษณะเอกสารยืนยันการบริจาคร่างกาย และอวัยวะ²¹² ดังนั้นเมื่อพิจารณากฎหมายเยอรมันแล้ว แม้กฎหมายพิเศษไม่ได้กำหนดแน่ชัดเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาของผู้บริจาคว่าอยู่สถานะใดในทางกฎหมาย แต่จากวิธีการบริจาคหนึ่งที่ประเทศเยอรมันได้ใช้ คือการแสดงเจตนาบริจาคผ่าน Living Will ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าผลของการแสดงเจตนาบริจาคร่างกายและอวัยวะในประเทศเยอรมันนั้นอยู่ในรูปแบบของพินัยกรรม²¹³ ซึ่งในประเทศเยอรมันนั้นเป็นพินัยกรรมในลักษณะของ Living Will

3.2 กฎหมายสิงคโปร์

เนื่องจากการประเทศสิงคโปร์นั้นมีรูปแบบการบริจาคที่แตกต่างจากของไทย กล่าวคือ เป็นรูปแบบการบริจาคแบบ Opting-out ทั้งประเทศสิงคโปร์ยังมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะโดยตรง ดังนั้นประเทศสิงคโปร์จึงเป็นประเทศที่น่าสนใจเลือกศึกษา ยิ่งไปกว่านั้นแม้ประเทศสิงคโปร์จะมีการใช้รูปแบบการบริจาคแบบ Opting-Out ก็ตาม แต่รูปแบบ Opting-Out ของประเทศสิงคโปร์เป็นแบบ Hard opt-out อันเป็นระบบที่ถือเจตนาของผู้บริจาคเป็นสำคัญ ดังนั้น ญาติจึงไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนาของผู้บริจาคนี้ ซึ่งถือเป็นส่วนที่แตกต่างกับการบริจาคร่างกายและ

(2) If there is no living will, or if the determinations of a living will do not correspond to the current life and treatment situation, the custodian must determine the wishes with regard to treatment or the presumed will of the person under custodianship, and decide on this basis whether he consents to or prohibits a medical treatment pursuant to subsection (1). The presumed will must be ascertained on the basis of concrete indications. Consideration must be given, in particular, to previous oral or written statements, ethical or religious convictions and other personal values of the person under custodianship.

(3) Subsections (1) and (2) apply regardless of the nature and stage of any illness of the person under custodianship.

(4) No one may be obliged to establish a living will. The conclusion of a contract may not be made contingent on the establishment or submission of a living will.

(5) Subsections (1) to (3) apply to authorised representatives with the necessary modifications.

²¹² Spende, "The Law on Organ Donation in Germany : A Declaration-Based Solution," [online] Accessed : 9 May 2019. Available from : www.organspende-info.de/sites/all/files/files/BZgA_Entscheidungsloesung_Englisch.pdf.

²¹³ Henning Haarhaus, "Germany International Estate Planning Guide Individual Tax and Private Client Committee," (2015): page 2.

อวัยวะของไทย ที่ญาติถือว่าเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการตัดสินใจมอบอวัยวะของผู้บริจาคหรือปฏิเสธ การบริจาคอวัยวะเมื่อผู้บริจาคเสียชีวิตได้ ด้วยเหตุนี้จึงเลือกที่จะศึกษากฎหมายของประเทศสิงคโปร์ ซึ่งจะพิจารณาถึงความคิดพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง และสาระสำคัญของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ ซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

3.2.1 ความคิดพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

ประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศที่มีกฎหมายเฉพาะที่เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะด้วยกันถึง สองฉบับ ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับนั้น มีความแตกต่างกันในรูปแบบของการบริจาค กล่าวคือ กฎหมายฉบับหนึ่งมีรูปแบบการบริจาคแบบ Opting-in ในขณะที่กฎหมายอีกฉบับหนึ่งมีรูปแบบการบริจาคแบบ Opting-out แต่เดิมนั้น ประเทศสิงคโปร์มีรูปแบบการบริจาคแบบเดียว กล่าวคือ รูปแบบ Opting-in ซึ่งศูนย์รับบริจาคชอบที่จะผ่าตัดอวัยวะออกมาเพื่อใช้ในการปลูกถ่ายได้ ต่อเมื่อมีผู้บริจาคแสดงเจตนาว่าตนประสงค์จะบริจาค โดยการบริจาคอวัยวะแต่เดิมอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย Medical (Therapy, Education and Research) Act หรือ MTERA ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า MTERA

MTERA เป็นกฎหมายฉบับแรกของประเทศสิงคโปร์ที่บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของการปลูกถ่าย และ การบริจาคอวัยวะเอาไว้ ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวได้บังคับใช้ครั้งแรก เมื่อ ปี ค.ศ.1972 หากแต่ว่า MTERA นั้นไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะเพิ่มอัตราการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายได้ MTERA จึงเป็นกฎหมายที่ล้มเหลว และไม่อาจตอบสนองความต้องการของผู้ป่วยที่รอการปลูกถ่ายอวัยวะอย่างทันท่วงทีโดยปรากฏให้เห็นผ่านอัตราการปลูกถ่ายไตในช่วงปี ค.ศ. 1970 ถึง ค.ศ. 1978 ซึ่งมีผู้ได้รับการปลูกถ่ายแค่ 22 คนเท่านั้น ขณะที่ช่วงปี ค.ศ.1979 ถึง ค.ศ.1981 ไม่ปรากฏการปลูกถ่ายอวัยวะเลยแม้แต่รายเดียว²¹⁴ ด้วยเหตุดังกล่าว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขในขณะนั้น คือ “Goh Chok Tong” จึงได้นำเอาแนวคิดการบริจาคแบบ Opting-Out มาใช้โดยมีจุดประสงค์หลักเพื่อเพิ่มอัตราการบริจาคอวัยวะ และในเวลาไล่เลี่ยกันรัฐบาลสิงคโปร์ได้ประกาศกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะฉบับใหม่อีกหนึ่งฉบับ คือ “Human Organ Transplant Act” หรือ

²¹⁴ Velerie Chew, "Human Organ Transplant Act (Hota)." (National Librart Board Singapore (NLB)2009), [online]

HOTA ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า HOTA เป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ.1987 ซึ่ง HOTA ฉบับปี ค.ศ.1987 ดังกล่าวมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายได้ แต่มีหลักเกณฑ์คือ อวัยวะที่ใช้ในการปลูกถ่ายมีเฉพาะ “ไต” เท่านั้น และต้องรับจากพลเมืองชาวสิงคโปร์ ที่มีถิ่นที่อยู่สิงคโปร์ อายุระหว่าง 21 ถึง 60 ปี ที่เสียชีวิตจากอุบัติเหตุ และต้องไม่ได้นับถือศาสนาอิสลามด้วย อย่างไรก็ตาม MTERA ที่ใช้แต่ก่อนนั้นยังไม่ได้ถูกยกเลิกไปหากแต่ถูกนำมาใช้บังคับกับการบริจาคอวัยวะประเภทอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะตามที่กำหนดไว้ใน HOTA และยังใช้บังคับกับบุคคลอื่นที่ไม่ได้อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของ HOTA เช่น พลเมืองสิงคโปร์ที่นับถือศาสนาอิสลาม เป็นต้น ซึ่งการปลูกถ่ายอวัยวะของชาวสิงคโปร์ที่นับถือศาสนาอิสลามนี้ต้องปรากฏด้วยว่าเป็นการผ่าตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย และเพื่อรักษาชีวิตของผู้อื่นเท่านั้น ห้ามใช้เพื่อการวิจัยเป็นอันขาด²¹⁵ หรือ ชาวต่างชาติที่อาศัยอยู่ในประเทศสิงคโปร์ โดยไม่มีจุดเชื่อมโยงใด ๆ กับประเทศสิงคโปร์เลย ก็ชอบที่จะแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะผ่านกฎหมาย MTERA ฉบับนี้ได้เช่นกัน²¹⁶ ดังนั้น HOTA จึงไม่ได้เข้ามาแทนที่ MTERA ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับเก่า แต่ HOTA นั้นเป็นกฎหมายที่เข้ามาเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์บางอย่างที่กำหนดอยู่ใน MTERA โดยมีจุดประสงค์หลักคือการเพิ่มอัตราการปลูกถ่ายอวัยวะให้มากขึ้น

ทั้งนี้ผลของการที่ประเทศสิงคโปร์เปลี่ยนแปลงระบบการบริจาคเป็นแบบ Opting-Out และเพิ่มกฎหมายการปลูกถ่ายอวัยวะเป็น HOTA นั้นก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นของอัตราการปลูกถ่ายอวัยวะอย่างเห็นได้ชัด เนื่องจากในระหว่างปี ค.ศ.1987 ถึง ค.ศ.2004 มีผู้ที่ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะรวมทั้งสิ้น 222 คน คิดเป็นอัตราการปลูกถ่ายอวัยวะเฉลี่ย 13 คนต่อปี²¹⁷ ซึ่งถือเป็นอัตราที่ก้าวกระโดดเมื่อเปรียบเทียบกับในช่วงปี ค.ศ. 1970 ถึง ค.ศ. 1978 ซึ่งมีผู้ได้รับการปลูกถ่ายแค่ 22 คนและช่วงปี ค.ศ.1979 ถึง ค.ศ.1981 ที่ไม่ปรากฏการปลูกถ่ายอวัยวะเลยแม้แต่รายเดียว

จากที่กล่าวไปข้างต้นเห็นว่าการปลูกถ่ายอวัยวะโดยใช้รูปแบบการบริจาคแบบ Opting-Out ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในปริมาณของผู้บริจาคมากยิ่งขึ้น เพราะการใช้รูปแบบ Opting-Out นั้น

²¹⁵ Velerie Chew, "Human Organ Transplant Act (Hota), ' (Natiobal Librart Board Singapore (NLB)2009). [online] Accessed : 14 February 2019. Available from : http://eresources.nlb.gov.sg/infopedia/articles/SIP_1401_2009-01-08.html

²¹⁶ Live on Support Organ Donation, "Understanding Hota," (2017): Page 2-5.

²¹⁷ Chew, "Human Organ Transplant Act (Hota)," [online] Accessed : 14 February 2019. Available from : http://eresources.nlb.gov.sg/infopedia/articles/SIP_1401_2009-01-08.html

พลเมืองสิงคโปร์ทุกคนจะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริจาคอวัยวะ อย่างไรก็ตามก็ดีข้อสันนิษฐานนั้นอาจถูกลบล้างได้เมื่อพลเมืองชาวสิงคโปร์ใช้สิทธิปฏิเสธข้อสันนิษฐานโดยการแสดงเจตนาปฏิเสธต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นหากไม่มีการปฏิเสธจึงต้องถือว่าเมื่อบุคคลนั้นเสียชีวิต อวัยวะของบุคคลดังกล่าวย่อมสามารถนำมาใช้ประโยชน์ เสมือนได้รับการบริจาค ซึ่งประเด็นนี้จะกล่าวโดยละเอียดต่อไปในหัวข้อ 3.2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ

3.2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะของประเทศสิงคโปร์นั้น มีด้วยกันถึง 2 ฉบับ กล่าวคือ Medical (Therapy, Education and Research) Act ค.ศ.1972 หรือ MTERA และ Human Organ Transplant Act ค.ศ.1987 หรือ HOTA ในการนี้จึงยกเอากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะของสิงคโปร์มากล่าวถึงทั้งสองฉบับ โดยเริ่มจาก MTERA ซึ่งได้ใช้บังคับเป็นครั้งแรกเมื่อ 31 ธันวาคม ค.ศ.1965²¹⁸ และได้มีการแก้ไขไปตามยุคสมัย พร้อมกันนั้นในช่วงที่ประเทศสิงคโปร์ได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะขึ้นมาอีกหนึ่งฉบับ คือ HOTA แต่ MTERA ก็ไม่ได้ถูกยกเลิก หรือ ถูกแทนที่ด้วย HOTA แต่ประการใด หากแต่ยังคงใช้บังคับกับการปลูกถ่ายอวัยวะชนิดอื่น ทั้งยังใช้กับบุคคลที่ไม่ได้อยู่ในหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน HOTA นอกจากนี้การบริจาคอวัยวะภายใต้ MTERA นั้นมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่นอกเหนือจากการปลูกถ่าย กล่าวคือ นอกเหนือจากใช้อวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายแล้ว ยังใช้อวัยวะที่ได้รับการบริจาคมานั้นเพื่อการวิจัย และเพื่อการศึกษาทางการแพทย์ได้²¹⁹

ในขณะที่กฎหมายอีกฉบับหนึ่งคือ HOTA นั้นได้บังคับใช้เป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ.1987 พร้อมกันกับที่ประเทศสิงคโปร์เปลี่ยนแปลงระบบการบริจาคอวัยวะเป็นแบบ Opting-Out โดยการเปลี่ยนแปลงรูปแบบและกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะนี้ก่อให้เกิดอัตราการปลูกถ่ายอวัยวะของประเทศสิงคโปร์นั้นเพิ่มขึ้นอย่างก้าวกระโดด จนถึงขั้นมีผู้กล่าวว่า HOTA คือ

²¹⁸ Ministry of Health Singapore, "Human Organ Transplant Act," [online] Accessed 15 February 2019. Available from : <https://www.moh.gov.sg/policies-and-legislation/human-organ-transplant-act>.

²¹⁹ "Being an Organ Donor," (Live on Support Organ Donation2017), [online] Accessed : 2 March 2019. Available from : <http://www.liveon.sg/organ-supporter.html>.

กฎหมายที่ก่อให้เกิดความสำเร็จต่ออัตราการบริจาคอวัยวะมากที่สุด²²⁰ ในการนี้จึงขอกล่าวถึงสาระสำคัญของกฎหมายทั้งสองฉบับโดยเน้นที่กฎหมาย HOTA เนื่องจากเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะที่ใช้ระบบการบริจาคแบบ Opting-out อันเชื่อมโยงกับขั้นตอนการบริจาคอวัยวะประเด็นเกี่ยวกับทายาทของผู้บริจาค และสถานะของอวัยวะในประเทศสิงคโปร์ ดังนี้

3.2.2.1 สาระสำคัญของกฎหมาย *Medical (Therapy, Education and Research) Act ค.ศ.1972* หรือ *MTERA* และ *Human Organ Transplant Act ค.ศ.1987* หรือ *HOTA*)

MTERA คือ กฎหมายฉบับแรกที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะของประเทศสิงคโปร์ และแม้ปรากฏว่ามี HOTA อีกหนึ่งฉบับที่จะถูกนำมาใช้บังคับก็ตาม แต่ MTERA ก็ไม่ได้ถูกยกเลิกไปแต่ประการใด แต่กลับถูกนำมาใช้กับการบริจาคอวัยวะประเภทอื่นที่ไม่ได้กำหนดไว้ใน HOTA และยังคงนำมาใช้กับบุคคลคนละประเภทกับที่กำหนดใน HOTA ด้วย กล่าวคือ MTERA นั้นเป็นกฎหมายที่บังคับกับพลเมืองสิงคโปร์ที่อายุกว่า 18 ปีขึ้นไป ทั้งสาระสำคัญของ MTERA นั้นยังคงเป็นแบบเดิมนั้นคือการบริจาคภายใต้ MTERA คือการใช้ระบบการบริจาคแบบ Opting-in กล่าวคือ การจะนำอวัยวะมาใช้เพื่อปลูกถ่ายนั้นจะนำมาใช้ต่อเมื่อมีการแสดงเจตนาของผู้บริจาคเท่านั้น และเนื่องจากในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ทำการอธิบายเกี่ยวกับการบริจาคในระบบ Opting-in ไปแล้วในหัวข้อ 3.1 กฎหมายเยอรมัน ในการนี้จึงขอกล่าวถึงเฉพาะกฎหมาย HOTA ของสิงคโปร์ที่ใช้การบริจาคในรูปแบบ Opting-out เท่านั้น

HOTA นั้นคือกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะของประเทศสิงคโปร์ที่ถูกนำมาใช้หลังจากกฎหมาย MTERA สืบเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะนี้ ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอัตราการปลูกถ่ายที่เพิ่มมากยิ่งขึ้น ในขณะที่เดียวกันกฎหมาย HOTA นั้นยังได้บัญญัติสาระสำคัญเกี่ยวกับการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะไว้ด้วย ซึ่งรูปแบบของการแสดงเจตนาบริจาคของประเทศสิงคโปร์นั้นได้ปรับเปลี่ยนตามกฎหมายฉบับนี้เช่นกัน กล่าวคือ เป็นการบริจาคโดยใช้รูปแบบการบริจาค แบบ Opting-out อันเป็นระบบสันนิษฐานว่าทุกคนจะบริจาคอวัยวะ ดังนี้ สาระสำคัญของกฎหมายจึงสามารถแยกพิจารณาเป็นข้อๆ ได้ ดังนี้

²²⁰ Ministry of Health Singapore, ‘‘Human Organ Transplant Act.’’

1) อวัยวะที่สามารถปลูกถ่ายได้ภายใต้บังคับกฎหมาย HOTA

แม้จะมีอวัยวะหลายชนิดที่สามารถทำการปลูกถ่ายได้แล้วในปัจจุบันก็ตาม แต่ HOTA นี้ได้กำหนดอวัยวะเพียง 4 ชนิด ที่สามารถทำการปลูกถ่ายได้ และถือเป็นบทสันนิษฐานให้บุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมาย HOTA บริจาคอวัยวะเหล่านี้ ซึ่งอวัยวะที่กล่าวถึงทั้ง 4 ชนิดคือ ไต หัวใจ ตับ และกระเจตนา²²¹

2) บุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมาย HOTA

ในกฎหมาย HOTA กำหนดว่าพลเมืองสิงคโปร์ หรือบุคคลที่มีถิ่นที่ถาวรอยู่ที่ประเทศสิงคโปร์ ทุกคนที่อายุเกินกว่า 21 ปีและไม่เกิน 60 ปี ที่ไม่ใช่บุคคลไร้ความสามารถ จะถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริจาคอวัยวะ²²²

3) การถอนการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ

จากหลักเกณฑ์ที่กล่าวไปข้างต้น แม้บทสันนิษฐานของกฎหมายจะกำหนดให้บุคคลที่เข้าหลักเกณฑ์ตาม HOTA จะถือเป็นผู้บริจาคอวัยวะก็ตาม แต่หลักดังกล่าวย่อมมีข้อยกเว้น อันเป็นข้อยกเว้นที่เป็นไปตามหลัก แบบ Opting-out นั่นคือ “การถอนการแสดงเจตนา” ซึ่งตามกฎหมายนี้ได้กำหนดให้บุคคลที่เข้าหลักเกณฑ์ว่าถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริจาคสามารถถอนการแสดงเจตนาได้ผ่านแบบฟอร์มถอนการแสดงเจตนา (HOTA Opt Out Form) ซึ่งแบบฟอร์มดังกล่าว มีสาระสำคัญโดยหลักคือ ชื่อ ข้อมูลของผู้ประสงค์ที่จะถอนการแสดงเจตนา เช่น ชื่อ นามสกุล วัน เดือน ปีเกิด หมายเลขบัตรประชาชน เป็นต้น และจะมีช่องให้ผู้ประสงค์ที่จะถอนการแสดงเจตนาเลือกว่าตนประสงค์จะไม่บริจาคอวัยวะใด และเนื่องจากอวัยวะที่สามารถทำการปลูกถ่ายได้ภายใต้ HOTA มีเพียง 4 ประเภทเท่านั้น ช่องที่ให้ทำเครื่องหมายจึงมีแค่ 4 ช่องตามประเภทของอวัยวะ ทั้งนี้ผู้ประสงค์ถอนการแสดงเจตนาสามารถเลือกปฏิเสธที่จะบริจาคอวัยวะได้มากกว่า 1 ชิ้น และเมื่อทำการเซ็นรับรองในแบบฟอร์มดังกล่าวแล้ว จะต้องส่งแบบฟอร์มนี้ให้แก่ศูนย์ปลูกถ่ายอวัยวะแห่งชาติ (National Organ Transplant Unit)²²³

²²¹ Ministry of Health Singapore, ‘Human Organ Transplant Act

²²² Ministry of Health Singapore, ‘Human Organ Transplant Act

²²³ Chew, "Human Organ Transplant Act (Hota)," [online] Accessed : 14 February 2019. Available from :

http://eresources.nlb.gov.sg/infopedia/articles/SIP_1401_2009-01-08.html

ทั้งนี้แม้ได้มีการถอนการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะไปแล้วก็ตาม แต่ HOTA นั้นก็ได้กำหนดการคืนสู่สถานะเดิมก่อนการถอนการแสดงเจตนาบริจาคได้ เสมือนเป็นการยกเลิกการถอนการแสดงเจตนา ซึ่งต้องทำผ่านแบบฟอร์มการยกเลิก (Withdrawal of Objection Form) ซึ่งมีหลักเกณฑ์คล้ายกับแบบฟอร์มถอนการแสดงเจตนา กล่าวคือมีช่องทำเครื่องหมายให้เลือกว่าจะยกเลิกการถอนเจตนาสำหรับอวัยวะชนิดใดทั้ง 4 ชนิด และสามารถเลือกได้มากกว่า 1 ช่อง เช่นกัน ในส่วนข้อความที่เป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับแบบฟอร์มการยกเลิกนี้มีสาระสำคัญว่าตนประสงค์จะยกเลิกการถอนเจตนา นั้น และเมื่อทำการเซ็นรับรองในแบบฟอร์มดังกล่าวแล้ว จะต้องส่งแบบฟอร์มนี้ให้แก่ศูนย์ปลูกถ่ายอวัยวะแห่งชาติ (National Organ Transplant Unit)²²⁴ เช่นเดียวกัน

3.2.2.2 ขั้นตอนในการบริจาคอวัยวะของประเทศสิงคโปร์

เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะของประเทศสิงคโปร์มีด้วยกันถึง 2 ฉบับ และแต่ละฉบับมีความแตกต่างกันในระบบการบริจาค กล่าวคือ กฎหมายฉบับแรก MTERA นั้น ระบบการบริจาคภายใต้กฎหมายดังกล่าวคือ ระบบการบริจาคแบบ Opting-in ในขณะที่กฎหมายอีกหนึ่งฉบับคือ HOTA ระบบการบริจาคเป็นแบบ Opting-out ด้วยเหตุที่ระบบการบริจาคต่างกัน ขั้นตอนในการบริจาคอวัยวะย่อมแตกต่างกันไปด้วย ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

การนำอวัยวะมาใช้ในการปลูกถ่ายภายใต้ MTERA นั้นต้องเกิดจากการแสดงเจตนาของผู้บริจาคเท่านั้นตามหลักเกณฑ์ของระบบ Opting-in ดังนั้นผู้ที่ประสงค์จะบริจาคอวัยวะอื่นใดที่ไม่ใช่อวัยวะทั้ง 4 ประเภท²²⁵ ใน HOTA จะต้องแสดงเจตนาด้วยตนเองโดยการกรอกแบบฟอร์มประสงค์บริจาค (Organ Donation Pledge Form) ซึ่งเป็นแบบฟอร์มสี่เหลี่ยม มีช่องให้กรอกข้อมูลส่วนตัวของผู้บริจาค และจะมีช่องเครื่องหมายให้ผู้บริจาคเลือกว่าตนประสงค์จะบริจาคแบบใด ซึ่งแบ่งเป็น 2 ช่วง ช่วงแรกคือ อวัยวะที่เลือกบริจาค มีด้วยกันทั้งหมด 3 ช่องเครื่องหมาย กล่าวคือ บริจาคอวัยวะอะไรก็ได้ที่มีผู้ต้องการ บริจาคทั้งร่างกาย และเลือกบริจาคเฉพาะอย่าง ในช่องเลือกบริจาคเฉพาะอย่างนี้ ผู้บริจาคจะต้องกำหนดว่าตนประสงค์จะบริจาคอวัยวะประเภทใดลงไปด้วย และช่วงที่สองคือวัตถุประสงค์ของการบริจาค ซึ่งแบบฟอร์มจะมีให้เลือก 3 วัตถุประสงค์ด้วยกัน

²²⁴ "Human Organ Transplant Act (Hota)," [online] Accessed : 4 March 2019. Available from : http://eresources.nlb.gov.sg/infopedia/articles/SIP_1401_2009-01-08.html.

²²⁵ ไต หัวใจ ตับ และกระเพาะ

กล่าวคือ เพื่อปลูกถ่าย เพื่อศึกษาและวิจัย และการบริจาคเพื่อปลูกถ่ายและวิจัยทั้ง 2 ประเภท และเมื่อได้ทำการลงชื่อแล้ว จะต้องส่งแบบฟอร์มดังกล่าวแก่ ศูนย์ปลูกถ่ายอวัยวะแห่งชาติ (National Organ Transplant Unit) นอกจากนี้ทางศูนย์ปลูกถ่ายอวัยวะแห่งชาติของประเทศสิงคโปร์ยังได้แนะนำให้ผู้บริจาคบอกกล่าวแก่ทายาทของตนหากแต่เป็นเพียงแค่คำแนะนำเท่านั้นหาได้มีสภาพบังคับตามกฎหมายแต่ประการใด²²⁶

ในส่วนขั้นตอนการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายภายใต้ HOTA นั้น เนื่องจากการผ่าตัดเพื่อนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายภายใต้กฎหมาย HOTA ใช้รูปแบบการบริจาคแบบ Opting-out อันเป็นระบบที่สันนิษฐานว่าบุคคลทุกคนที่เป็นผู้เข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดจะถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริจาคอวัยวะนั้น ดังนั้นจึงไม่มีขั้นตอนในสวนการเข้าร่วมเป็นผู้บริจาคเพราะถูกสันนิษฐานโดยกฎหมาย HOTA อยู่แล้ว แต่เมื่อใดก็ตามที่ต้องการยกเลิกข้อสันนิษฐานของกฎหมายก็ชอบที่จะทำได้โดยทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ถอนการแสดงเจตนาผ่านแบบฟอร์มถอนการแสดงเจตนา (HOTA Opt Out Form) หรือหากต้องการเปลี่ยนใจกลับไปเป็นผู้บริจาคตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายเช่นเดิมก็ย่อมทำได้โดยการ ยกเลิกการถอนการแสดงเจตนา ซึ่งต้องทำผ่านแบบฟอร์มการยกเลิก (Withdrawal of Objection Form) ซึ่งไม่ว่าจะเป็นแบบฟอร์มใดก็ตาม เมื่อทำแบบฟอร์มนั้นเสร็จเรียบร้อยแล้ว ต้องส่งแบบฟอร์มนั้นให้แก่ศูนย์ปลูกถ่ายอวัยวะแห่งชาติ (National Organ Transplant Unit) ตามรายละเอียดที่ได้กล่าวไปข้างต้นในหัวข้อ 3.2.2.1 สารสำคัญของกฎหมาย Medical (Therapy, Education and Research) Act หรือ MTERA และ Human Organ Transplant Act (HOTA)

3.2.3 ประเด็นเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของผู้บริจาค และสิทธิในการยกเลิกการบริจาคของทายาท หรือ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะมีด้วยกันถึงสองฉบับ และแต่ละฉบับมีความแตกต่างกันในรูปแบบของการบริจาค กล่าวคือ MTERA ใช้รูปแบบการบริจาคแบบ Opting-in กล่าวคือ สิทธิในการนำเอาอวัยวะไปใช้นั้นจะทำได้ต่อเมื่อผู้บริจาคแสดงเจตนาบริจาคด้วยตนเอง ในขณะที่ HOTA นั้น รูปแบบของการบริจาคเป็นแบบ Opting-out อันเป็นการสันนิษฐานภายใต้

²²⁶ Singapore, "Being an Organ Donor," [online] Accessed 6 March 2019. Available from :

<http://www.liveon.sg/organ-supporter.html>.

กฎหมายว่าบุคคลที่อยู่ในหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดถือว่าเป็นผู้บริจาคอวัยวะ ทั้งศูนย์รับบริจาค ย่อมมีสิทธิอันชอบธรรมที่จะผ่าตัดนำอวัยวะทั้ง 4 ประเภทตามที่กำหนดใน HOTA ออกไปเพื่อ ปลุกถ่ายได้ โดยไม่มีความผิดตามกฎหมาย เว้นเสียแต่ว่าบุคคลนั้นจะถอนการแสดงเจตนาผ่าน แบบฟอร์มที่กฎหมายกำหนด

ดังนั้นเมื่อกล่าวถึงผลของการแสดงเจตนาบริจาค จึงต้องพิจารณาถึงรูปแบบของการบริจาค แบบ Opting-out ด้วย ซึ่งระบบ Opting-Out นั้นมีด้วยกัน 2 ประเภท กล่าวคือ

ก) แบบ Soft Opt-out

รูปแบบการบริจาคแบบ Soft Opt-out คือ การบริจาคที่ถือว่าประชาชนทุกคนในรัฐ ประสงค์จะบริจาคร่างกายและอวัยวะเมื่อเสียชีวิต เว้นแต่แสดงเจตนาว่าไม่ประสงค์บริจาค อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้บริจาคเสียชีวิตลงแพทย์หรือพยาบาลต้องถามความสมัครใจของญาติผู้บริจาคเสียก่อนว่า ประสงค์จะบริจาคตามเจตนาของผู้บริจาคหรือไม่ หากญาติปฏิเสธ การบริจาคร่างกาย หรือ อวัยวะ ย่อมไม่เกิดขึ้น ทั้งนี้ประเทศที่ใช้ระบบนี้ ได้แก่ ประเทศสเปน และ ประเทศเวลส์ เป็นต้น²²⁷

ข) แบบ Hard Opt-out

รูปแบบการบริจาคแบบ Hard Opt-out คือ การบริจาคที่ถือว่าประชาชนทุกคนในรัฐ ประสงค์จะบริจาคร่างกายและอวัยวะเมื่อเสียชีวิตเช่นเดียวกัน หากแต่รูปแบบนี้เป็นรูปแบบที่คำนึงถึง เฉพาะเจตนาของผู้บริจาคเท่านั้น โดยไม่คำนึงถึงความประสงค์หรือเจตนาของญาติผู้บริจาคแต่ ประการใด ทั้งนี้ประเทศที่ใช้ระบบนี้ ได้แก่ ประเทศสิงคโปร์ เป็นต้น²²⁸

ความแตกต่างของระบบ Soft Opt-out และ Hard Opt-out คือ ประเด็นความยินยอม ของทายาท เนื่องจากประเทศที่ใช้ระบบ Soft Opt-out จะต้องได้รับความยินยอมจากทายาท เสียก่อนจึงจะนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายได้²²⁹ ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบ Hard Opt-out อัน เป็นระบบที่คำนึงถึงเฉพาะเจตนาของผู้บริจาค ทายาทหรือผู้อื่นย่อมไม่สามารถคัดค้าน หรือ แสดง

²²⁷ ปิยนุช ศรีดิพันธ์, หน้า 2-3.

²²⁸ ปิยนุช ศรีดิพันธ์, หน้า 2-3

²²⁹ Voo Teck Chuan, "Commentary : Promote Expressed Consent, Even with Presumed Consent in Organ Donation." (Channel Newsasia, 2017), page 3-5.

เจตนาเป็นอย่างอื่นที่แตกต่างกับเจตนาของผู้บริจาคได้²³⁰ และประเทศสิงคโปร์นั้นใช้รูปแบบการบริจาคแบบ Hard Opt-out ดังนั้นจากรูปแบบนี้ทายาทจึงไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการของการบริจาคแต่ประการใด

ในประเด็นเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนา และสิทธิของทายาทนี้ได้เคยมีเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดประเด็นถกเถียงเรื่องผลของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะที่ยึดรูปแบบการบริจาคแบบ Opting-out ขึ้นเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ ปี ค.ศ. 2007 เหตุการณ์โดยสรุปคือ นาย Sim Tee Hua เป็นผู้เสียชีวิต และอวัยวะของเขา คือ ไต และ กระดูกตา ได้ถูกผ่าเพื่อนำไปปลูกถ่าย (ภายใต้การสนับสนุนของกฎหมายว่าบุคคลตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดใน HOTA ถือเป็นผู้อวัยวะ) แต่แม่และครอบครัวของเขาไม่ยินยอมในการผ่าตัดนี้ อย่างไรก็ตามในท้ายที่สุด อวัยวะของ Sim Tee Hua ก็ได้ถูกผ่าตัดเพื่อนำไปปลูกถ่าย ในขณะที่ยังไม่ได้รับคำยืนยันและการตัดสินใจของแม่และครอบครัวของเขา เหตุนี้ก่อให้เกิดประเด็นถกเถียงในประเทศสิงคโปร์เกี่ยวกับสิทธิของทายาทที่จะมีขึ้นภายหลังที่ผู้บริจาค(ที่ถูกสนับสนุนตามกฎหมาย) ถึงแก่ความตายไปแล้ว อย่างไรก็ตามการกระทำของศูนย์รับบริจาคหาได้เป็นเรื่องผิดกฎหมายแต่อย่างใด กลับเป็นการกระทำตามกระบวนการที่ถูกต้อง แต่เกิดเป็นประเด็นที่สังคมโต้เถียง และไม่ยอมรับ ซึ่งผลกระทบจากเหตุการณ์นั้นไม่ใช่ผลกระทบทางกฎหมาย แต่กระทบกับอัตราการถอนการแสดงเจตนาที่เพิ่มสูงขึ้น²³¹ เท่านั้น

3.2.4 สถานะของการบริจาคอวัยวะในประเทศสิงคโปร์

การพิจารณาสถานะของการบริจาคอวัยวะในสิงคโปร์นั้น ก่อนอื่นต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับระบบกฎหมายของประเทศสิงคโปร์เสียก่อนว่าใช้ระบบกฎหมายแบบใด จึงจะสามารถอธิบายหลักการและแนวความคิดเกี่ยวกับสถานะของการบริจาคร่างกาย และ อวัยวะได้ ทั้งนี้ ประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law System) ประเทศสิงคโปร์จึงไม่มีประมวลกฎหมายแพ่ง การพิจารณาเกี่ยวกับสถานะการบริจาคอวัยวะในประเทศสิงคโปร์จึงต้องอาศัยแนวคำพิพากษาของศาลในการตีความเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ

²³⁰ "Commentary : Promote Expressed Consent, Even with Presumed Consent in Organ Donation," page 27-29.

²³¹ Jurgen De Wispelaere, "We Should Not Let Families Stop Organ Donation from Their Dead Relatives," *thebmj* (2012): Page 3-5.

ทั้งนี้ในประเทศสิงคโปร์นั้นไม่มีการกำหนดเกี่ยวกับสถานะของอวัยวะไว้ในกฎหมาย แต่ในระบบที่ถูกสันนิษฐานว่าพลเมืองสิงคโปร์เป็นผู้บริจาคอวัยวะทั้งหมด ทั้งทายาทของผู้ถูกสันนิษฐานย่อมไม่อาจลบล้างหรือแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่นอันขัดกับเจตนาของผู้บริจาคได้ (ตามรูปแบบการบริจาคแบบ Opting-out) ย่อมมีข้อน่าพิจารณาว่าพลเมืองชาวสิงคโปร์อยู่ในฐานะของเจ้าของอวัยวะของตน ในลักษณะเจ้าของกรรมสิทธิ์²³² โดยที่การจะถือว่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้นั้น ต้องได้ความเสียก่อนว่าอวัยวะมีสถานะเป็นทรัพย์สินในทางกฎหมายเสียก่อน ซึ่งในระบบการบริจาคแบบ Opting-out นั้น ไม่ได้มีการกล่าวถึงสถานะของอวัยวะ ว่าเป็นทรัพย์สินไว้อย่างชัดเจน แต่ในทางจารีตประเพณีนั้นร่างกายของคนเรานั้นไม่อาจมีค่าเป็นทรัพย์สินได้²³³ อย่างไรก็ตามคำพิพากษาของศาลได้วินิจฉัยเกี่ยวกับอวัยวะบางประเภท กล่าวคือ เส้นผม เลือด น้ำปัสสาวะ ถือเป็นทรัพย์สินในทางกฎหมายด้วย²³⁴ ทั้งนี้ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศสิงคโปร์นั้นเนื่องจากกฎหมายเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาล นักกฎหมายสิงคโปร์ฝ่ายหนึ่งจึงมีแนวความคิดเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของอวัยวะว่าย่อมพัฒนาไปตามความก้าวหน้าทางการแพทย์ และวิทยาศาสตร์ ซึ่งการจะถือว่าเป็นสถานะทางกฎหมายได้นั้นต้องได้ความว่าศพ หรือ อวัยวะ อยู่ในฐานะของสิ่งที่มีค่าและมีความสำคัญในทางใดทางหนึ่ง²³⁵ ซึ่งการปลูกถ่ายอวัยวะนั้นย่อมถือว่าเป็นการสร้างคุณค่าให้กับอวัยวะนั้นได้ ดังนั้นอวัยวะที่นำมาใช้ประโยชน์ทางการแพทย์จึงถือว่าเป็นสิ่งที่มีสถานะเป็นทรัพย์สิน

ในขณะที่ประเด็นเกี่ยวกับสถานะของอวัยวะ ตามแนวความคิดของการบริจาคในกฎหมายสิงคโปร์นั้น ได้มีนักกฎหมายสิงคโปร์อีกฝ่ายหนึ่ง ที่กล่าวถึงสถานะของอวัยวะในประเด็นที่แตกต่างกับนักกฎหมายฝ่ายแรก กล่าวคือ ไม่ได้วินิจฉัยถึงสถานะของอวัยวะว่ามีสถานะเป็นทรัพย์สินในทางกฎหมาย หากแต่มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่าอวัยวะของผู้บริจาค่นั้น เป็นของผู้ใดในทางกฎหมายกันแน่ เนื่องจากอวัยวะ ตามแนวความคิดของกฎหมายคอมมอนลอว์และจารีตประเพณีนั้นไม่อาจถือเป็นทรัพย์สินได้ และเหตุผลที่ไม่อาจถือว่าเป็นทรัพย์สินนั้น เนื่องจากอวัยวะมีค่าเกินกว่าที่จะกำหนดสถานะในทางกฎหมาย และไม่อาจตีความโดยอาศัยนิยามของคำว่าทรัพย์สินได้²³⁶

²³² University of Southampton, "Opting out of Organ Donation : A Legal and Ethical Analysis," (page 32.

²³³ Southampton, U. o. "Opting Out of Organ Donation : A Legal and Ethical Analysis." Page 32.

²³⁴ Southampton, U. o. "Opting Out of Organ Donation : A Legal and Ethical Analysis." Page 32.

²³⁵ Southampton, U. o. "Opting Out of Organ Donation : A Legal and Ethical Analysis." Page 33.

²³⁶ Margaret Brazier & Emma Cave, *Medicine Patients and the Law* (Manchester University, 2016), page 546.

อย่างไรก็ดีในประเด็นที่เกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ ตามรูปแบบของการบริจาคแบบ Opting-out นั้น หากอาจจำเป็นต้องพิจารณาถึงสถานะของอวัยวะแต่เพียงประเด็นเดียวไม่ เนื่องจากการสันนิษฐานว่าทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะ ย่อมมีนัยยะเกี่ยวกับสิทธิบางประการของรัฐ หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือรัฐต่างหากที่เป็นเจ้าของร่างกาย หรือ อวัยวะนั้น เพราะระบบสันนิษฐาน ไม่ได้ถือเอาเจตจำนงของผู้บริจาคเป็นสำคัญแต่อย่างใด ทั้งรัฐยังถือสิทธิที่จะอ้างเอาอวัยวะนั้นไปโดยปราศจากซึ่งความยินยอมของผู้เป็นเจ้าของร่าง นักกฎหมายฝ่ายนี้จึงมีความเห็นว่าระบบสันนิษฐานหรือ Opting-out นั้นไม่ใช่การแสดงเจตนาบริจาค เพราะไม่ได้ถือเอาเจตนาของผู้บริจาคเป็นสำคัญแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป สถานะของอวัยวะตามกฎหมายสิงคโปร์นั้น ตามแนวคำพิพากษาของศาลไม่ได้ตีความเกี่ยวกับ อวัยวะ ว่าเป็นทรัพย์สิน แต่มีบางคำพิพากษาที่กล่าวว่า อวัยวะบางประเภท เช่น เส้นผม เลือด น้ำปัสสาวะ ถือเป็นสิ่งที่มีสถานะเป็นทรัพย์สิน อย่างไรก็ตามเนื่องจากสิงคโปร์เป็นประเทศที่ใช้ระบบการบริจาคแบบสันนิษฐานว่าพลเมืองทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะ หรือ รูปแบบ Opting-out การตีความว่า อวัยวะเป็นทรัพย์สินอาจไม่ใช่สิ่งที่ต้องคำนึงถึงและให้ความสำคัญ เนื่องจากรัฐย่อมถือสิทธิในการเอาอวัยวะไปใช้เพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง โดยปราศจากความยินยอมของผู้เป็นเจ้าของร่างกายอยู่แล้ว เมื่อรัฐมีสิทธิในการกำหนดสถานะของการบริจาค จึงมีนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งของสิงคโปร์เห็นว่าระบบการบริจาคแบบ Opting-out ไม่อาจถือว่าเป็นการบริจาคได้ เนื่องจากไม่ได้เกิดจากเจตนาอันแท้จริงของเจ้าของร่างนั้น และในประเด็นนี้ยังเชื่อมโยงไปถึงถึงสิทธิของทายาท เนื่องจากตามกฎหมายสิงคโปร์นั้นทายาทหาสิทธิในการคัดค้านหรือเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการบริจาคได้ ทั้งนี้ไม่ใช่เพราะรูปแบบของการบริจาคในประเทศสิงคโปร์เป็นพันธกรรมดังเช่นที่ปรากฏในกฎหมายเยอรมัน หากแต่สาเหตุที่ทายาทไม่มีสิทธิในการคัดค้านนั้นเกิดจากรูปแบบการบริจาคแบบ Opting-out อันถือว่าสิทธิในร่างกายหรืออวัยวะเสมือนเป็นสิทธิของรัฐ เมื่อพิจารณาแล้วแม้แต่เจ้าของร่างยังไม่มีสิทธิใดๆ ในร่างกายของตนเลย ทายาทซึ่งเป็นผู้อื่นจึงย่อมไม่มีสิทธิเช่นเดียวกัน

3.3 กฎหมายสหรัฐอเมริกา : รัฐนิวยอร์ก

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามีการบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างกันในแต่ละรัฐ โดยแต่ละรัฐนั้นรูปแบบของการบริจาคร่างกายและอวัยวะย่อมแตกต่างกันไป เพราะกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นหาได้บังคับให้ต้องใช้รูปแบบการบริจาคแบบเดียวกันทั่วทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ ด้วยเหตุนี้รูปแบบการบริจาคของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงอยู่ในลักษณะผสม กล่าวคือ มีทั้งรูปแบบ

Opting-in และรูปแบบ Mandated Choice โดยรัฐส่วนใหญ่ของสหรัฐอเมริกาใช้รูปแบบการบริจาคอวัยวะแบบ Opting-in²³⁷ กล่าวคือ การบริจาคร่างกายหรืออวัยวะด้วยความยินยอมดังเช่นในประเทศไทย ในขณะที่รัฐส่วนหนึ่งของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นใช้รูปแบบของการแสดงเจตนาแบบ Mandated Choice กล่าวคือ การแสดงความจำนงในการบริจาคเมื่อถึงเวลาที่กำหนด ทั้งนี้เนื่องจากวิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้ศึกษาถึงรูปแบบการบริจาค ทั้งรูปแบบ Opting-in จากประเทศเยอรมัน และรูปแบบ Opting-out จากประเทศสิงคโปร์ไปแล้ว ดังนั้นในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงขอเลือกศึกษา รูปแบบการบริจาคที่แตกต่างกันไป นั่นคือ รูปแบบการบริจาคแบบ Mandated Choice ซึ่งรัฐที่ใช้รูปแบบการบริจาคตกลงกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ รัฐนิวยอร์ก และต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะเรียกว่า รัฐนิวยอร์ก ทั้งนี้การศึกษาเกี่ยวกับการบริจาคร่างกายและอวัยวะนั้น จะต้องศึกษาถึงความคิดพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง กฎหมายที่เกี่ยวข้อง ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับผลของการแสดงเจตนาบริจาค และ สถานะของอวัยวะตามที่กำหนดในกฎหมายสหรัฐอเมริกา เฉพาะรัฐนิวยอร์ก ดังจะอธิบายต่อไปนี้

3.3.1 ความคิดพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

ประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และทางการแพทย์อย่างมาก ความก้าวหน้านี้ส่งผลให้อัตราผู้ป่วยที่ได้รับปลูกถ่ายอวัยวะของประเทศสหรัฐอเมริกาจากข้อมูลปี ค.ศ.2004 นั้น มีจำนวนมากถึง 25,000 คนต่อปี²³⁸ อย่างไรก็ตามแม้ความก้าวหน้าทางการแพทย์จะช่วยชีวิตผู้ป่วยไว้จำนวนมาก แต่ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีนั้นหาใช่ปัจจัยเดียวที่จะช่วยชีวิตผู้อื่นไม่ หากแต่ต้องอาศัยจำนวนผู้บริจาคที่แสดงเจตนาในการบริจาคอวัยวะและร่างกายนั้นด้วย ซึ่งจากข้อมูลปี ค.ศ.2011 จำนวนผู้บริจาคที่รอการปลูกถ่ายอวัยวะทั่วประเทศสหรัฐอเมริกามีจำนวนมากถึง 110,758 ราย²³⁹ และร้อยละ 60 ของจำนวนดังกล่าวจนถึงแก่ความตายเนื่องจากจำนวนผู้

²³⁷ Ghazi Ahmad and Sadia Iftikhar, "An Analysis of Organ Donation Policy in the United States," *Rhode Island Medical Journal* (2016): page 25.

²³⁸ United Network for Organ Sharing, "Fiftieth Anniversary of Organ Transplantation Commemorated." (2004), page 106-07.

²³⁹ "Fiftieth Anniversary of Organ Transplantation Commemorated," [online] Accessed 8 March 2019. Available from : <https://unos.org/>.

บริจาคไม่เพียงพอสอดคล้องการบริจาคอวัยวะ²⁴⁰ ด้วยเหตุของการขาดแคลนดังกล่าวทำให้รัฐบาลของรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาหันมาทบทวนรูปแบบของการบริจาคอวัยวะ ซึ่งแต่เดิมนั้นรัฐส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้รูปแบบการบริจาคแบบ Opting-in กล่าวคือ ศูนย์รับบริจาคจะนำเอาอวัยวะไปใช้ได้ต่อเมื่อมีการแสดงเจตนาของผู้บริจาคอวัยวะ ครั้นประเทศสหรัฐอเมริกาจะเปลี่ยนแปลงรูปแบบของการบริจาคแบบ Opting-in มาเป็นรูปแบบตรงกันข้าม นั่นคือรูปแบบ Opting-out อันเป็นรูปแบบที่พลเมืองชาวสหรัฐอเมริกาทุกคนถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริจาค เว้นแต่จะแสดงเจตนาถอนการบริจาคแก่ศูนย์รับบริจาคอวัยวะนั้น ก็ได้เกิดประเด็นถกเถียงขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับประเด็นเรื่องความอิสระในการแสดงเจตนาของบุคคล²⁴¹ ดังนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่นำเอารูปแบบ Opting-out มาแทนที่รูปแบบการบริจาคแบบเดิม หากแต่พยายามนำเอาแนวคิดอื่นที่ยังคงรักษาความอิสระในการแสดงเจตนาของบุคคลเอาไว้ได้ จึงเกิดเป็นแนวความคิดใหม่ที่น่ามาปรับใช้กับรูปแบบของการบริจาค อันเป็นแนวคิดที่เรียกว่า “Mandated Choices” ซึ่งหนึ่งในรัฐที่เรียกใช้รูปแบบนี้คือ รัฐนิวยอร์ก

รูปแบบ Mandated Choice เป็นระบบการบริจาคแบบทางเลือก ซึ่งนำมาใช้กับพลเมืองของรัฐนิวยอร์กให้สามารถแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะล่วงหน้า เมื่อถึงเวลาที่กำหนด ซึ่งสามารถกระทำผ่านกลไก และวิธีการหลากหลายรูปแบบด้วยกัน²⁴² เช่น ชาวนิวยอร์กจะพบเห็นทางเลือกในการบริจาคผ่านขั้นตอนการทำใบขับขี่ การขอคืนภาษี หรือการทำบัตรประชาชน เป็นต้น ซึ่งประชาชนในรัฐจะต้องตอบคำถามเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะและคำตอบนั้นจะถูกเก็บไว้ในระบบ เพื่อใช้เป็นหลักฐานประกอบการแสดงเจตจำนงต่อไป²⁴³ อันเป็นการแสดงเจตนาเลือกว่าตนจะเป็นผู้บริจาคหรือไม่ ซึ่งรูปแบบ Mandated Choice นั้นต่างจากรูปแบบ Opting-in เพราะรูปแบบ

²⁴⁰ Joseph L Verheijde and Humanities in Medicine, "Recovery of Transplantable Organs after Cardiac or Circulatory Death : Transforming the Paradigm for the Ethics of Organ Donation," *Philosophy, Ethics, and Medicine* (2007): page 35-38.

²⁴¹Hayley Cotter, "Increasing Consent for Organ Donation : Mandated Choice, Individual Anatomy, and Informed Consent," *Health Matrix : Journal of Law-Medicine* (2011): page 1-2.

²⁴² James F. Childress and Catharyn T. Liverman, *Organ Donation Opportunities for Action* (Washington, D.C.: The National Academies Press), page 177.

²⁴³ อารัม ตั้งนรินทร์, "ทำไมฝรั่งเศสจึงกำหนดให้ทุกคนบริจาคอวัยวะ ?," (Thaipublica2017), [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <https://thaipublica.org/2017/01/arm-tungnirun3/> [10 มีนาคม 561].

Opting-in นั้นอาศัยการแสดงเจตนาของผู้บริจาคผ่านศูนย์รับบริจาค ซึ่งผู้บริจาคต้องไปแสดงเจตนา โดยตรงที่ศูนย์รับบริจาค ในขณะที่ รูปแบบ Mandated Choice นั้นแตกต่างจากรูปแบบ Opting-out เช่นกัน เนื่องจากรูปแบบ Mandated Choice ไม่ใช่ระบบสันนิษฐาน หากแต่ให้ผู้บริจาคแสดงเจตนาของตนอย่างสมัครใจเมื่อถึงเวลาที่กำหนดให้แสดงเจตนา นั้น โดยที่รูปแบบการบริจาคแบบ Mandated Choice ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนเป็นกฎหมายภายในรัฐนิวยอร์กด้วย ดังจะอธิบายต่อไป

3.3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ

ในการพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะของรัฐนิวยอร์กนั้น มีประเด็นให้พิจารณาถึงกฎหมายกลางของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย เนื่องจากกฎหมายกลางของประเทศสหรัฐอเมริกามีการกล่าวถึงกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะไว้หนึ่งฉบับ กล่าวคือ The Uniform Anatomical Gift Act (UAGA) ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า UAGA ในขณะที่รัฐนิวยอร์กก็มีกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะเช่นกัน กล่าวคือ "New York Public Health Law" หรือ PHL ในบทนี้จึงมีการกล่าวถึงกฎหมายกลางของประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อน แล้วจึงค่อยพิจารณาจากกฎหมายของรัฐนิวยอร์กในลำดับต่อไป

ทั้งนี้การปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ.1954 การปลูกถ่ายอวัยวะในครั้งนั้นก่อให้เกิดให้ประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นคุณค่าของอวัยวะในร่างกายมนุษย์ แต่เมื่อระยะเวลาผ่านไป อวัยวะนั้นหาเพียงพอต่อความต้องการของผู้ป่วยไม่ ทั้งด้วยวิวัฒนาการทางการแพทย์ที่ต้องการศึกษาร่างกายและต้องการใช้อวัยวะของมนุษย์มากขึ้น ความต้องการอวัยวะเพื่อใช้ในการศึกษาวิจัยก็เพิ่มมากขึ้นเช่นเดียวกัน ความไม่เพียงพอต่อความต้องการนี้ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาดรหันทันถึงความจำเป็นในการสร้างกฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มอัตราการบริจาค และเพื่อรับรู้ถึงสิทธิตามกฎหมายของผู้บริจาค²⁴⁴ ต่อมา National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) ได้ออกกฎหมายแม่แบบที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะออกมาในปี ค.ศ.1968 ในนามของกฎหมายที่มีชื่อเรียกว่า The Uniform Anatomical Gift Act (UAGA) ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า UAGA อันเป็นกฎหมาย

²⁴⁴ Charles C. Dumham, "Body Property : Challenging the Ethical Barriers in Organ Transplantation to Protect Individual Autonomy," *Annals of Health Law* (2008): Page 2-3.

แม่แบบที่ให้รัฐต่างๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา นำเอากฎหมายนี้ไปปรับใช้เกี่ยวกับการจัดการการบริจาคร่างกายและอวัยวะ ทั้งนี้ UAGA มีสาระสำคัญในการห้ามการซื้อขายอวัยวะ การกำหนดสถานะของอวัยวะหรือชิ้นส่วนในร่างกายของมนุษย์ว่าไม่ใช่สินค้า และการบริจาคร่างกายและอวัยวะ ต่อมาในปี ค.ศ.1973 รัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาจำนวน 50 รัฐได้นำเอา UAGA ไปใช้บังคับภายในรัฐของตน ในส่วนรัฐนิวยอร์กได้นำเอา UAGA มาใช้บังคับภายในรัฐเมื่อปี ค.ศ.1985²⁴⁵

โดยที่ UAGA นั้นเป็นกฎหมายแม่แบบที่ให้รัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา นำไปใช้เกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ ซึ่งแต่ละรัฐนั้นชอบที่จะปรับใช้ UAGA ให้เหมาะสมกับรัฐของตนได้ โดย UAGA ที่เป็นแม่แบบนั้นมีทั้งหมด 3 ฉบับด้วยกัน กล่าวคือ The UAGA of 1968 The UAGA of 1987 และ The UAGA of 2006²⁴⁶ ทั้งนี้ UAGA แต่ละฉบับมีเนื้อหาที่แตกต่างกัน โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึง UAGA ที่ใช้บังคับในรัฐนิวยอร์กเท่านั้น เนื่องจาก UAGA ฉบับอื่นนั้นได้นำเอารูปแบบของการบริจาคแบบ Opting-in มาใช้บังคับ หากแต่ในรัฐนิวยอร์กนั้นได้นำเอา รูปแบบของการบริจาคเป็นรูปแบบ Mandated Choice มาใช้บังคับซึ่งรูปแบบดังกล่าวปรากฏอยู่ใน The UAGA of 1987 กฎหมาย UAGA ฉบับ ค.ศ.1987 นี้ ถูกนำมาใช้ในรัฐทั้งหมด 21 รัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงรัฐนิวยอร์ก²⁴⁷ ด้วย ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้นิยามการบริจาคอวัยวะไว้²⁴⁸ ว่า หมายถึงการบริจาคทุกส่วนของร่างกายเมื่อบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย ทั้งวัตถุประสงค์ของการบริจาค ตามกฎหมายฉบับนี้นั้น ยังรวมถึงการบริจาคร่างกายทั้งหมด และอวัยวะ เพื่องานวิจัยทางวิทยาศาสตร์ งานวิจัยและศึกษาทางการแพทย์ รวมทั้งการปลูกถ่ายอวัยวะด้วย²⁴⁹ โดยบุคคลที่สามารถเป็นผู้บริจาคตามกฎหมายฉบับนี้นั้น ต้องเป็นบุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ และมี

²⁴⁵ David I. Flamholz, "A Penny for Your Organs : Revising New York's Policy on Offering Financial Incentives for Organ Donation," *Journal of Law & Policy* (2006): page 1-2.

²⁴⁶ Ellen R. Hain, "I Want "You" to Have "My" Heart : How Using a Will May Better Protect a Donor's Intent in Insuring Successful Directed Donation of Organs," *Quinnipiac Probate Law Journal* (2015): page 2-5.

²⁴⁷ Sean R. Fitzgibbons, "Cadaveric Organ Donation and Consent : A Comparative Analysis of the United States, Japan, Singapore, and China " *ILSA Journal of International and Comparative Law* (1999): page 4-5.

²⁴⁸ **UAGA 1987 section 1. Definitions** (1) Anatomical Gift means a donation of all part of a human body to take effect upon or after death.

²⁴⁹ Pamela Ehrenkranz, "Implementing the Wishes of a Client to Donate Organs and Tissue in New York State," *NYSBA Trusts and Estates Law Section Newsletter* 46 (2013): page 2-3.

ความสามารถในการแสดงเจตนาอย่างสมบูรณ์²⁵⁰ ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดวิธีในการแสดงเจตนาบริจาคไว้หลายแบบด้วยกัน ทั้งนี้เพราะเป็นไปตามวิธีในการบริจาคแบบ Mandated Choice แต่สิ่งสำคัญคือการบริจาค่นั้นต้องทำผ่านทางรูปแบบลายลักษณ์อักษรเท่านั้น และต้องมีลายมือชื่อของผู้บริจาคเป็นสำคัญ²⁵¹ ด้วย ทั้งนี้วิธีการในการแสดงเจตนาสามารถทำได้ผ่านใบขับขี่ การทำบัตรประชาชน หรือ การขอภาษีดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น อันเป็นวิธีการตามรูปแบบการบริจาคแบบ Mandated Choice นั้นเอง นอกจากนี้วิธีในการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ ตามกฎหมาย UAGA ยังได้ให้สิทธิผู้บริจาคในการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะผ่าน “พินัยกรรม” ด้วย โดยการบริจาคผ่านพินัยกรรมนี้ ผลของการบริจาคจะเกิดเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตาย อันเป็นหลักตามเรื่องของพินัยกรรมทั่วไป แต่อย่างไรก็ดีใน UAGA ได้กำหนดหลักเป็นพิเศษสำหรับเรื่อง การบริจาคอวัยวะผ่านพินัยกรรมนี้ไว้ใน UAGA มาตรา 2(e) ซึ่งหลักการนั้นคือ ในกรณีที่ผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตายไปแล้วหากปรากฏว่าข้อกำหนดอื่นในพินัยกรรมเป็นอันตกไปไม่ว่าเพราะเหตุใดก็ตาม แต่ผลของการแสดงเจตนาบริจาคย่อมไม่ได้รับผลกระทบแต่อย่างใด ทั้งนี้หลักในมาตราดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริจาค²⁵² ในการจัดการเกี่ยวกับร่างกายหรืออวัยวะของตน แยกต่างหากจากความสมบูรณ์ของพินัยกรรม²⁵³ ดังนั้น การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะผ่านทางพินัยกรรมของรัฐนิวยอร์กนี้ จึงเป็นเพียงการเพิ่ม “วิธีการ” ในการบริจาคให้มีหลากหลายมากยิ่งขึ้น ตามรูปแบบการบริจาคแบบ Mandated Choice นั้นเอง



²⁵⁰ UAGA 1987 section 2.(a) An individual who is at least [18] years of age may (i) make an anatomical gift for any of the purposes stated in Section 6(a), (ii) limit an anatomical gift to one or more of those purposes, or (iii) refuse to make an anatomical gift.

²⁵¹ UAGA 1987 section 2.(b) An anatomical gift may be made only by a document of gift signed by the donor. If the donor cannot sign, the document of gift must be signed by another individual and by two witnesses, all of whom have signed at the direction and in the presence of the donor and of each other, and state that it has been so signed.

²⁵² OLR Reserch Report, "Organ Transplants; Physicians; Hospitals; Liability (Law); Donation of Organs," (2003), [online] Accessed : 15 March 2019. Available from : <https://www.cga.ct.gov/PS98/rpt%5Colr%5Chtm/98-R-0127.htm>

²⁵³ UAGA 1987 section 2.(e) An anatomical gift by will takes effect upon death of the testator, whether or not the will is probated. If, after death, the will is declared invalid for testamentary purposes, the validity of the anatomical gift is unaffected.

อย่างไรก็ตาม UAGA นั้นเป็นกฎหมายแม่แบบที่รัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดไว้ แต่กฎหมายภายในแต่ละรัฐนั้นย่อมแตกต่างกันได้ และใช้ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายที่ รัฐบาลกลางกำหนด ซึ่งในส่วนของรัฐนิวยอร์กนั้นได้มีกฎหมายอีกหนึ่งฉบับที่เกี่ยวกับการบริจาค อวัยวะและการปลูกถ่ายอวัยวะ นั่นคือ “New York Public Health Law” หรือ PHL ซึ่งเนื้อหาและ สาระของกฎหมายนั้นมีข้อน่าสนใจอยู่หลายประการ โดยเฉพาะในรูปแบบการบริจาคแบบ Mandated Choice และผลของการแสดงเจตนาบริจาค รวมถึงสิทธิของทายาทหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง กับผู้บริจาคด้วย ซึ่งในส่วนของกฎหมาย PHL นี้ มีเนื้อหาที่แตกต่างกับ UAGA ที่เป็นกฎหมายของ รัฐบาลกลาง ทั้งเนื้อหาของกฎหมาย PHL ยังมีความโดดเด่นเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาบริจาค ดังนั้นผู้เขียนจึงยกเอาเนื้อหาของ PHL มาอธิบายโดยละเอียด ดังจะอธิบาย ต่อไปนี้

3.3.2.1 สาระสำคัญของกฎหมาย “New York Public Health Law” หรือ PHL

กฎหมาย “New York Public Health Law” หรือ PHL ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะ เรียกว่า PHL นั้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในรัฐนิวยอร์ก ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวมีเนื้อหาและ สาระสำคัญเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของผู้บริจาค รวมถึงสิทธิของทายาทหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดย กำหนดบุคคลผู้มีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับด้านสุขภาพ ซึ่งรวมถึงตัวผู้ป่วยเอง หรือบุคคลอื่นๆ ย่อมชอบที่จะมีสิทธิในการตัดสินใจเกี่ยวกับสุขภาพได้ ต่อเมื่อผู้ป่วยขาดความสามารถในการแสดง เจตนา หากไม่เข้าข้อยกเว้นนี้แล้ว การแสดงเจตนาของผู้ป่วยในการกำหนดเกี่ยวกับสุขภาพของตนนั้น ย่อมได้รับความเคารพ และไม่อาจมีผู้ใดล่วงล้ำการแสดงเจตนานี้ได้²⁵⁴ ทั้งนี้ในการแสดงเจตนาบริจาค อวัยวะของผู้บริจาคก็เช่นเดียวกัน ที่ PHL ถือว่าการแสดงเจตนาของผู้บริจาค่นั้นสำคัญยิ่ง โดยเนื้อหา สาระของกฎหมายดังกล่าวที่กล่าวถึงการบริจาคอวัยวะนั้น ได้ถูกกำหนดไว้ใน “PHL มาตรา 4301²⁵⁵” ซึ่งสามารถแยกพิจารณาเป็นหัวข้อได้ ดังนี้

²⁵⁴ State of New York Department of Health, “Health Care Proxy Appointing Your Health Care Agent in New York State,” (page 1).

²⁵⁵ PHL 4301 Persons who may execute an anatomical gift

1. (a) Any individual of sound mind and eighteen years of age or more may give all or any part of his or her body for any purpose specified in section forty-three hundred two of this article, the gift to take effect upon death. In any case where the donor has properly executed an organ donor card, driver's license authorization to make an anatomical gift, pursuant to paragraph (a) of subdivision one of section five hundred four of the vehicle

and traffic law, registered in the New York state organ and tissue donor registry under section forty-three hundred ten of this article, or has otherwise given written authorization for organ or tissue donation, authorization for donation shall not be rescinded by an objection by a member of any of the classes specified in paragraphs (a) through (h) of subdivision two of this section, except upon a showing that the donor revoked the authorization.

(b) Any person who is sixteen or seventeen years of age and of sound mind may give all or any part of his or her body for any purpose specified in section forty-three hundred two of this article, the gift to take effect upon death. In any case where the donor has properly executed an organ donor card, driver's license authorization to make an anatomical gift, pursuant to paragraph (a) of subdivision one of section five hundred four of the vehicle and traffic law, or has otherwise given written authorization for organ or tissue donation, notice of such gift shall be provided to the donor's parents or legal guardians, and authorization for donation may be rescinded or amended by an objection by a parent or legal guardian of the donor at the time of death and prior to the recovery of any organ or tissue if the donor is less than eighteen years of age. An anatomical gift made by an individual more than sixteen years of age but less than eighteen shall otherwise not be rescinded, except upon a showing that the donor revoked the authorization. Upon the donor reaching the age of eighteen, the donor's consent to donate his or her organs or tissue shall be regarded as consent for authorization to make an anatomical gift.

2. Any of the following persons, in the order of priority stated, may, when persons in prior classes are not reasonably available, willing, and able to act, at the time of death, and in the absence of actual notice of contrary indications by the decedent, or actual notice of opposition by a member of the same class or prior class specified in paragraph (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g) or (h) of this subdivision, or reason to believe that an anatomical gift is contrary to the decedent's religious or moral beliefs, give all or any part of the decedent's body for any purpose specified in section forty-three hundred two of this article:

(a) the person designated as the decedent's health care agent under article twenty-nine-C of this chapter, subject to any written statement in the health care proxy form,

(b) the person designated as the decedent's agent in a written instrument under article forty-two of this chapter, subject to any written statement in the written instrument,

(c) the spouse, if not legally separated from the patient, or the domestic partner,

(d) a son or daughter eighteen years of age or older,

(e) either parent,

(f) a brother or sister eighteen years of age or older,

(g) a guardian of the person of the decedent at the time of his death,

(h) any other person authorized or under the obligation to dispose of the body.

3. For the purposes of this section, "reasonably available" means that a person to be contacted can be contacted without undue effort and willing and able to act in a timely manner consistent with existing medical criteria necessary for the making of an anatomical gift.

4. For the purposes of this section, "domestic partner" means a person who, with respect to another person:

(a) is formally a party in a domestic partnership or similar relationship with the other person, entered into pursuant to the laws of the United States or any state, local or foreign jurisdiction, or registered as the domestic partner of the person with any registry maintained by the employer of either party or any state, municipality, or foreign jurisdiction; or

(b) is formally recognized as a beneficiary or covered person under the other person's employment benefits or health insurance; or

(c) is dependent or mutually interdependent on the other person for support, as evidenced by the totality of the circumstances indicating a mutual intent to be domestic partners including but not limited to: common ownership or joint leasing of real or personal property; common householding, shared income or shared expenses; children in common; signs of intent to marry or become domestic partners under paragraph (a) or (b) of this subdivision; or the length of the personal relationship of the persons.

Each party to a domestic partnership shall be considered to be the domestic partner of the other party. "Domestic partner" shall not include a person who is related to the other person by blood in a manner that would bar marriage to the other person in New York state. "Domestic partner" shall also not include any person who is less than eighteen years of age or who is the adopted child of the other person or who is related by blood in a manner that would bar marriage in New York state to a person who is the lawful spouse of the other person.

5. The donee shall not accept the gift under the following circumstances:

(a) the donee has actual notice of contrary indication by the decedent;

(b) where the donor has not properly executed an organ donor card, driver's license authorization to make an anatomical gift, pursuant to paragraph (a) of subdivision one of section five hundred four of the vehicle and traffic law, registered in the New York state organ and tissue donor registry under section forty-three hundred ten of this article, or otherwise given written authorization for organ or tissue donation, or has revoked any such authorization, and the gift is opposed by a person or persons in the highest priority available of the classes specified in paragraph (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g) or (h) of subdivision two of this section; or

(c) the donee has reason to believe that an anatomical gift is contrary to the decedent's religious or moral beliefs.

6. A gift of all or part of a body authorizes any examination necessary to assure medical acceptability of gift for the purposes intended.

7. The rights of the donee created by the gift are paramount to the rights of others except as provided by section forty-three hundred eight of this article.

8. The person who documents the making, amending or revoking of an anatomical gift, acting

1) บุคคลที่เป็นผู้บริจาคอวัยวะ

บุคคลที่สามารถบริจาคอวัยวะตามกฎหมาย PHL นั้นเป็นบุคคลเดียวกันกับที่กำหนดในหลักเกณฑ์ผู้บริจาคใน UAGA กล่าวคือ เป็นบุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ และมีความสามารถในการแสดงเจตนาอย่างสมบูรณ์ ดังที่ปรากฏใน PHL มาตรา 4301(a) อย่างไรก็ตามในกฎหมาย PHL นั้น นอกเหนือจากหลักเกณฑ์ด้านอายุที่ปรากฏใน UAGA แล้ว กฎหมาย PHL ยังกำหนดให้บุคคลที่อายุ 16-17 ปีบริบูรณ์ ที่มีความสามารถในการแสดงเจตนา ชอบที่จะเป็นผู้บริจาคอวัยวะตามกฎหมาย PHL ได้เช่นกัน แต่ทั้งนี้จะต้องปรากฏว่าผู้บริจาคที่มีอายุ 16-17 ปีนั้น ได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้ปกครองอย่างถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ถึงจะเป็นผู้บริจาคโดยสมบูรณ์ได้ และผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ปกครองมีสิทธิในการเพิกถอนการแสดงเจตนาได้เสมอแต่ต้องเพิกถอนก่อนหรือขณะที่ผู้บริจาคถึงแก่ความตายเท่านั้น ดังที่ปรากฏใน PHL มาตรา 4301(b) ทั้งนี้ไม่ว่าอย่างไรก็ตามผลของการแสดงเจตนาบริจาค อันเกี่ยวกับกระบวนการในการบริจาคอวัยวะนั้นจะเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตายแล้วเท่านั้น²⁵⁶

นอกจากนี้อวัยวะที่สามารถบริจาคได้ อาจเป็นทั้งร่างกาย หรืออวัยวะแต่ส่วนหนึ่งส่วนใดก็ได้แล้วแต่ผู้บริจาคจะเลือก โดยผู้บริจาคยังสามารถกำหนดวัตถุประสงค์ในการบริจาคได้ด้วยตนเอง เช่น วัตถุประสงค์ของการบริจาคมานั้นเพื่อการวิจัยหรือศึกษาทางการแพทย์ เพื่อประโยชน์ทางด้านวิทยาศาสตร์ หรือเพื่อการปลูกถ่าย เป็นต้น ทั้งผู้บริจาคยังมีสิทธิในการกำหนดตัวผู้รับบริจาคโดยเฉพาะเจาะจงได้อีกด้วย

อย่างไรก็ดี นอกเหนือจากตัวผู้บริจาคเองแล้ว ตาม กฎหมาย PHL นั้น ยังกำหนดให้ “บุคคลอื่น” ที่ไม่ใช่ผู้บริจาค มีสิทธิในการแสดงเจตนาแจ้งในการบริจาคอวัยวะได้เช่นกัน ดังที่ปรากฏใน PHL มาตรา 4301(2) กล่าวคือ

- (a) ผู้แทนตามกฎหมาย PHL มาตรา 29c²⁵⁷ หรือ ตัวแทนเกี่ยวกับการตัดสินใจด้านการรักษาเมื่อผู้ป่วยอยู่ในภาวะที่ไม่อาจตัดสินใจได้ ที่ได้รับมอบอำนาจเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้บริจาคตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด (Health Care Proxy Form)

reasonably and in good faith in accordance with this article, may accept an anatomical gift under this article made by a person who represents that he or she is entitled to consent to the donation.

²⁵⁶ PHL 4301(1) Donation from a living donor are determined using different criteria.

²⁵⁷ New York Laws PBH-Public Health Article 29-c-(2980-2994) : HEALTH CARE AGENTS AND PROXIES

- (b) ตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจจากผู้บริจาคเป็นลายลักษณ์อักษร ตามกฎหมาย PHL มาตรา 42²⁵⁸
- (c) สามีภริยาตามกฎหมาย
- (d) บุตรที่มีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป
- (e) บิดา หรือ มารดา
- (f) พี่น้อง ที่มีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป
- (g) ผู้ปกครองของผู้บริจาคในขณะที่ผู้บริจาคถึงแก่ความตาย
- (h) บุคคลอื่นๆ ที่ได้รับอนุญาตเกี่ยวกับร่างกายของผู้บริจาคในขณะที่ผู้บริจาคถึงแก่ความตาย

ทั้งนี้สิทธิของบุคคลอื่นตามที่ปรากฏใน PHL มาตรา 4301(2) จะเกิดขึ้นต่อเมื่อไม่ปรากฏเจตนาของผู้บริจาคเกี่ยวกับอวัยวะของตนไว้เท่านั้น ดังนั้นหากเจตนาของผู้บริจาคปรากฏอย่างชัดเจน บุคคลอื่นย่อมไม่มีสิทธิใดๆ เกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะนี้²⁵⁹

2) วิธีแสดงเจตนาบริจาค

ในรัฐนิวยอร์ก บุคคลใดก็ตามที่มีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ขึ้นไปถือว่ามีความสามารถในการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะได้ตามกฎหมาย โดยมีอิสระในการกำหนดว่าจะบริจาคร่างกายทั้งหมด หรืออวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดในร่างกายก็ได้ สิ่งสำคัญคือการบริจาค่นั้นไม่ได้เป็นไปเพื่อการค้า หรือเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ ทั้งนี้เนื่องจากรูปแบบการบริจาคในรัฐนิวยอร์กเป็นรูปแบบ Mandated Choice การแสดงเจตนาบริจาคภายในรัฐจึงสามารถทำได้หลากหลายรูปแบบด้วยกัน เช่น แสดงความจำนงทางออนไลน์ หรือในขณะที่ทำใบขับขี่ก็ได้ เป็นต้น อย่างไรก็ตามในแต่ละรูปแบบนั้น การที่ถือว่าการแสดงเจตนาบริจาค และมีผลสมบูรณ์เป็นการบริจาคจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อการบริจาค่นั้นได้กระทำเป็น “ลายลักษณ์อักษร”²⁶⁰ โดยการกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ผู้แสดงเจตนาชอบที่จะแสดงเจตนาผ่านทาง PHL มาตรา 4301(2) หรือ Health Care Proxy นอกเหนือจากวิธีการดังกล่าว

²⁵⁸ New York Laws PBH-Public Health Article 42 : **CADAVERS**

²⁵⁹ Sean R. Fitzibbons, "Cadaveric Organ Donation and Consent : A Comparative Analysis of the United States, Japan, Singapore, and China," *ILSA Journal of International and Comparative Law* (1999): page 2-4.

²⁶⁰ Sean R. Fitzibbons page 2.

แล้ว ตาม กฎหมาย PHL ยังถือว่าการแสดงเจตนาบริจาคผ่าน “พินัยกรรม” นั้นมีผลบังคับตาม กฎหมาย PHL ด้วย ซึ่งพินัยกรรมที่จะมีผลบังคับตามกฎหมายนั้นต้องเป็นพินัยกรรมที่สมบูรณ์และ ถูกต้องตามหลักของพินัยกรรมที่กฎหมายกำหนด²⁶¹ ทั้งผลของพินัยกรรมจะเกิดเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ ความตายแล้วเท่านั้น²⁶² อันเป็นหลักการเดียวกันกับผลของพินัยกรรมทั่วไปนั่นเอง โดยรูปแบบหนึ่ง ของพินัยกรรมที่สามารถใช้ในการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะได้นั้น รวมถึง Living Will ด้วย²⁶³ โดย Living Will ของรัฐนิวยอร์กนั้น คือ การที่ผู้ป่วยแสดงเจตนาทำพินัยกรรมระหว่างยังมีชีวิตอยู่ เพื่อ กำหนดการเกี่ยวกับการรักษาในขณะที่ตนจะถึงแก่ความตาย กล่าวคือ เป็นการกำหนดการว่าตนไม่ ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขอีกต่อไป โดยสามารถกำหนดไปถึงสถานการณ์ หรืออาการ ที่เมื่อ ผู้ป่วยมีสถานการณ์เช่นนั้นแล้ว ตนประสงค์หรือปฏิเสธไม่รับการรักษาพยาบาลนั้น รวมทั้งกำหนดไป ถึงขั้นตอนในการรักษา ว่าหากถึงขั้นตอนดังกล่าว ตนไม่ประสงค์ที่จะรับบริการสาธารณสุข หรือรับ การรักษาอีกต่อไป ซึ่งในเรื่องของการบริจาคอวัยวะนั้น ที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่าสามารถกำหนดใน Living Will ได้ นั่นคือ การกำหนดเกี่ยวกับขั้นตอนการรักษาไว้ใน Living Will กล่าวคือ ผู้ป่วย สามารถที่จะกำหนดได้ว่าตนประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขเฉพาะเพื่อประโยชน์ต่อการผ่าตัดนำเอา อวัยวะไปใช้ในการปลูกถ่ายเท่านั้น²⁶⁴ ทั้งนี้ใน Living Will ไม่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายลายลักษณ์ อักษรของรัฐนิวยอร์กอย่างชัดเจน แต่ตามคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาของรัฐนิวยอร์ก ถือ ว่า Living Will มีผลตามกฎหมายได้ ตราบเท่าที่การแสดงเจตนาที่มีความชัดเจน และเชื่อถือได้²⁶⁵

3) การถอนการแสดงเจตนาบริจาค

การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายในรัฐนิวยอร์กนั้น หากได้มีสภาพบังคับว่าการ แสดงเจตนา นั้นต้องมีอยู่ตลอดไป แต่การแสดงเจตนา นั้นย่อมเปลี่ยนแปลงได้ ตามแต่เจตนาของตัวผู้

²⁶¹ Estates, Powers and Trusts Law (EPTL) 1-2.19 provides that a will includes a written instrument, made as prescribed under the statute, to take effect upon death, whereby a person disposes of property or directs how it shall not be disposed of, or disposes of his body or any part thereof.

²⁶² PHL 4303(1) Donation from a living donor are determined using different criteria.

²⁶³ New York State Office of the ATTORNEY GENERAL, "Advance Directives : Making Your Wishes Known and Honored," (Page 21-22.

²⁶⁴ Letitia James, "Advance Directives: Making Your Wishes Known and Honored," *New York State Office of the Attorney General* (Page 8-9.

²⁶⁵ Letitia James Page 8-9.

บริจาคเอง กล่าวคือ บุคคลที่มีสิทธิถอนการแสดงเจตนาบริจาคได้ ตามกฎหมายมีบุคคลเดียวเท่านั้น คือ “ผู้บริจาค” โดยสิทธิในการถอนการแสดงเจตนาจะเกิดขึ้นเมื่อใดก็ได้ แต่ต้องเกิดระหว่างผู้บริจาคมยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น โดยการถอนการแสดงเจตนาจะทำในรูปแบบของลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวาจาก็ได้แต่ต้องมีพยานรับรู้การถอนการแสดงเจตนาด้วยกัน 2 คน และนอกจากนี้การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะของรัฐนิวยอร์กยังกำหนดให้กระทำการผ่านพินัยกรรมได้ ซึ่งการถอนการแสดงเจตนาบริจาคผ่านพินัยกรรมนี้จะทำได้ต่อเมื่อทำเป็นพินัยกรรมถอนการแสดงเจตนา²⁶⁶ ดังนั้นเมื่อการถอนการแสดงเจตนาบริจาคจะเกิดขึ้นเมื่อผู้บริจาคมยังมีชีวิต การแสดงเจตนาบริจาคจึงหาผลผูกพันในทางกฎหมายแต่อย่างใด เพราะหากเป็นการบริจาคผ่านพินัยกรรม ผู้ทำพินัยกรรมซึ่งคือตัวผู้บริจาคมย่อมชอบที่จะถอนการแสดงเจตนาโดยพินัยกรรมอีกฉบับหนึ่งได้ โดยทำเป็นพินัยกรรมถอนการแสดงเจตนา ลักษณะของการแสดงเจตนาบริจาคผ่านพินัยกรรมตามกฎหมาย PHL จึงไม่ใช่ลักษณะของพินัยกรรมทั่วไปที่เมื่อผู้ทำพินัยกรรมทำขึ้น ผลของพินัยกรรมนั้นจะเกิดต่อเมื่อผู้บริจาคมตาย แต่ผลของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะผ่านพินัยกรรมนี้ แม้จะผลของการแสดงเจตนาจะมีขึ้นเมื่อผู้บริจาคมถึงแก่ความตายก็ตาม แต่ก็ไม่ได้มีผลบังคับตามลักษณะของพินัยกรรมอย่างแท้จริง หากแต่มีลักษณะคล้ายกับความยินยอมในการบริจาคอวัยวะเสียมากกว่า

3.3.2.2 ขั้นตอนในการบริจาคอวัยวะในประเทศสหรัฐอเมริกา : รัฐนิวยอร์ก

ขั้นตอนในการบริจาคอวัยวะของประเทศสหรัฐอเมริกา ในรัฐนิวยอร์กนั้น ตามกฎหมายกำหนดให้ทำการบริจาคในรูปแบบของ Mandated Choice อันเป็นระบบทางเลือกให้พลเมืองในรัฐที่มีความสามารถในการแสดงเจตนา และมีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับตนเอง มีอิสระในการแสดงเจตนาประสงค์บริจาคอวัยวะของตนได้ โดยต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดให้ผู้แสดงเจตนาบริจาคภายในระยะเวลาที่กำหนด และมีหลากหลายขั้นตอนด้วยกัน ซึ่งขั้นตอนเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะที่สำคัญ และเป็นจุดเด่นของรัฐนิวยอร์ก และระบบ Mandated Choice คือ ขั้นตอนที่เกิดขึ้นขณะทำ

²⁶⁶ PHL 4305 3. Revocation of the gift. 1. If the will, card, or other document or executed copy thereof has been delivered to a specified donee, the donor may amend or revoke the gift by (3) Any gift made by a will may be revoked or amended in the manner provided for revocation or amendment of wills or as provided in subdivision one of this section.

ใบขับขี่ โดยกรมการขนส่งของรัฐบาลนิวยอร์ก ซึ่งเป็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการทำใบอนุญาตขับรถ ดูแลเรื่องรถและยานพาหนะต่าง ๆ ภายในรัฐ หรือ ที่เรียกว่า Department of Motor Vehicles (DMV) จะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการเชื่อมโยง และสนับสนุนเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ ผ่านทางการทำ ใบขับขี่ (Driver License) หรือผ่านใบอนุญาตสำหรับเรียนขับขี่ (Learner's permit) ซึ่งผู้ที่มาติดต่อขอทำใบอนุญาตเกี่ยวกับการขับขื่อนั้น จะถูกสอบถามเกี่ยวกับความประสงค์ว่าจะบริจาคอวัยวะหรือไม่ หากต้องการบริจาคอวัยวะ จะมีสัญลักษณ์ปรากฏอย่างเด่นชัดในใบขับขี่ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ถือใบขับขี่เป็นผู้บริจาคอวัยวะ²⁶⁷

นอกจากการแสดงเจตนาผ่านทางการทำใบขับขี่แล้ว ยังมีขั้นตอนอื่นๆ ที่ผู้บริจาคสามารถแสดงเจตนาบริจาคได้ เช่น เมื่อขณะพลเมืองในรัฐนิวยอร์ก เข้าสมัครทำประกันสุขภาพกับกระทรวงสาธารณสุขแห่งรัฐนิวยอร์ก (New York State of Health Official Health Plan Marketplace) หรือ เมื่อเสียภาษี หรือทำบัตรประชาชน เป็นต้น ซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนต่างๆ นั้น จะทำหน้าที่ในการสอบถามว่าผู้นั้นประสงค์จะบริจาคหรือไม่ หากยินยอมบริจาคด้วยความสมัครใจ ย่อมถือว่าผู้นั้นเป็นผู้บริจาคอวัยวะโดยสมบูรณ์แล้ว

3.3.3 ประเด็นเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาของผู้บริจาค และสิทธิในการยกเลิกการบริจาคของทายาท หรือ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

หากกล่าวถึงสิทธิของทายาทเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะของรัฐนิวยอร์กนั้น จำต้องพิจารณาจากตัวอย่างคดี และคำพิพากษาของศาลในรัฐนิวยอร์ก รวมทั้งแนวความคิดเกี่ยวกับสถานะของอวัยวะในรัฐนิวยอร์กด้วย ซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับสถานะของอวัยวะจะกล่าวถึงโดยละเอียดในหัวข้อถัดไป กล่าวคือ หัวข้อที่ 3.3.4 สถานะของการบริจาคอวัยวะในประเทศสหรัฐอเมริกา : รัฐนิวยอร์ก ทั้งนี้เนื่องจากแนวคิดเกี่ยวกับสถานะของอวัยวะ มีผลต่อคำตัดสิน และการตีความของศาลเกี่ยวกับสิทธิของตัวผู้บริจาคเอง และสิทธิของทายาทด้วย ซึ่งคดีหนึ่งที่สำคัญ และเป็นประเด็นถกเถียงของนักกฎหมายสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิของผู้ตาย ที่สงวนไว้แก่ทายาทในการจัดการเกี่ยวกับร่างกายของผู้เสียชีวิตนั้นได้ ปรากฏอยู่ในคดี Calavito v. New York Organ Donor Network,inc.,

²⁶⁷ NEW YORK STATE, "Become an Organ Donor Get Enrolled to Be an Organ Donor," (New York State Donate Life Registry), [online] Accessed 10 March 2019 . Available from : <https://www.ny.gov/services/become-organ-donor>

ในคดี *Calavito v. New York Organ Donor Network, inc.*, เกิดขึ้นเมื่อเดือนสิงหาคม ปี ค.ศ.2002 ข้อเท็จจริงในคดี คือ Peter Lucia ได้เสียชีวิตลงจากสาเหตุเลือดคั่งในสมอง ภรรยา และ ลูกชายของ Lucia ได้ตัดสินใจบริจาคไตทั้งสองข้างของ Lucia ให้แก่เพื่อนของเขาที่มีชื่อว่า Robert Colavito อันเป็นลักษณะของการบริจาคโดยเฉพาะเจาะจงให้แก่ Robert Colavito โดยตรง (Directed donation) โดยในขณะที่รอการปลูกถ่ายไตชิ้นแรกอยู่นั้น Dr.George W. Burke แพทย์ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะนั้นเห็นว่าไตข้างหนึ่งของ Lucia ไม่สามารถใช้ในการปลูกถ่ายได้ ดังนั้นจึงเหลือเพียงไตอีกข้างหนึ่งของ Lucia เท่านั้นที่สามารถนำมาใช้ปลูกถ่ายให้แก่ Colavito ได้ อย่างไรก็ตาม New York Organ Donor Network (NYODN) อันเป็นศูนย์รับบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายของรัฐนิวยอร์ก ได้นำเอาไตอีกข้างหนึ่งของ Lucia ไปปลูกถ่ายให้แก่ผู้อื่นแล้ว Colavito ได้รับความเสียหายจากการที่ตนไม่ได้รับไตจาก Lucia ผู้บริจาค Colavito จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลของรัฐนิวยอร์ก กล่าวหา New York Organ Donor Network (NYODN) เป็นจำเลย ในข้อหาฉ้อโกง และละเมิดต่อกฎหมายด้านการสาธารณสุขของรัฐนิวยอร์กที่เกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ มาตรา 43²⁶⁸ และ 43-A²⁶⁹ (New York Public Health Law) ศาลชั้นต้นในคดีดังกล่าว ตัดสินว่า ศาลของรัฐนิวยอร์กไม่เคยตีความร่างกายว่าเป็นทรัพย์สิน และไม่เคยกำหนดสถานะของร่างกายว่าเป็นทรัพย์สิน หรือเป็นสิทธิทางทรัพย์สิน เพียงแต่สิทธิใด ๆ ที่เกี่ยวกับร่างกายนั้น ศาลตีความว่าเป็นสิทธิในการปกป้อง และป้องกันร่างกายนั้นเพื่อประโยชน์และความเหมาะสมต่อการประกอบพิธีทางศาสนาเท่านั้น²⁷⁰ ดังนั้นจากกรณีความของศาลชั้นต้นจึงวินิจฉัยว่า การที่จะถือเอาไตของ Lucia หรือ ร่างกายส่วนหนึ่งส่วนใดของมนุษย์ เป็นทรัพย์สิน เป็นเรื่องขัดต่อนโยบายสาธารณะ เพราะไตหรือร่างกายนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีอาจประเมินมูลค่าได้ ในขณะที่ทายาทผู้แสดงเจตนาบริจาคไตของ Lucia จะมีเจตนาโดยเฉพาะเจาะจงให้นำเอาไตของตนปลูกถ่ายให้เฉพาะ Colavito ก็ตาม แต่ทายาทมีสิทธิแต่เพียงปกป้องร่างกาย หรือรักษาสิทธิของผู้บริจาคเท่านั้น และเมื่อไม่มีเจตนาตีความว่าไตเป็นทรัพย์สิน จึงไม่อาจถือว่าไตตกเป็นทรัพย์สินของ Colavito ผู้รับบริจาคได้ เมื่อไตชิ้นนั้นไม่ถือเป็นทรัพย์สิน Colavito จึงไม่อาจถือเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานนี้

²⁶⁸ New York Laws PBH-Public Health Article 43 : ANATOMICAL GIFTS

²⁶⁹ New York Laws PBH-Public Health Article 42 : REQUEST FOR CONSENT TO AN ANATOMICAL GIFT

²⁷⁰ Dumham, Page 8.

ต่อมาเมื่อมาถึงการพิจารณาในชั้นศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับการตีความของศาลชั้นต้นด้วยเหตุผล 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรกศาลอุทธรณ์เห็นว่าในปัจจุบันนี้อวัยวะ หรือร่างกายของมนุษย์อาจถือเป็นทรัพย์สินได้ ประการที่สอง ศาลอุทธรณ์เห็นว่า โจทก์มีสิทธิทางกฎหมายในการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายของตนที่เกิดจากการไม่ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะ ซึ่งศาลอุทธรณ์ถือว่าเป็นคนละประเด็นกับสิทธิทางร่างกาย เพราะโจทก์ไม่ได้อ้างว่าตนมีสิทธิในร่างกายของผู้บริจาค หากแต่ตนเป็นผู้ได้รับความเสียหายจากการที่ไม่ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะ เมื่อความเสียหายของโจทก์เป็นคนละเรื่องกับการตีความสิทธิทางทรัพย์สินหรือสถานะของอวัยวะ โจทก์จึงย่อมเป็นผู้เสียหายในคดีนี้ได้ อย่างไรก็ตามศาลสูงในคดีนี้ต่างไม่ได้เห็นด้วยกับการตีความของศาลอุทธรณ์ แต่กลับยึดมั่นในแนวความคิดที่ว่าร่างกายหรืออวัยวะไม่อาจตีความว่าเป็นทรัพย์สินได้ ในขณะที่ประเด็นของทายาทนั้น ศาลสูงตีความว่าทายาทของผู้บริจาคมิสิทธิเพียงทำตามความประสงค์ของเจ้าของร่างเท่านั้น ห้ามสิทธิอย่างอื่นในลักษณะเจ้าของกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิทางทรัพย์สินในร่างกายหรืออวัยวะของผู้บริจาคไม่²⁷¹

ดังนั้น ในการตีความของศาลรัฐนิวยอร์กเกี่ยวกับสิทธิของทายาทจากคดี *Calavito v. New York Organ Donor Network, inc.*, นั้น ไม่ได้กล่าวโดยตรงว่าทายาทมีสิทธิในการบริจาคหรือไม่อย่างไร หากแต่เพียงพิจารณาสิทธิของทายาทว่าจะต้องมีเฉพาะสิทธิในการทำตามความประสงค์ของเจ้าของร่างเพื่อประกอบพิธีทางศาสนาเท่านั้น ตัวทายาทเองจึงไม่อาจมีสิทธิใดๆ ในร่างกาย หรืออวัยวะของผู้บริจาค ทายาทจึงไม่อาจเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเจตนาของผู้บริจาคได้

3.3.4 สถานะของการบริจาคอวัยวะในประเทศสหรัฐอเมริกา : รัฐนิวยอร์ก

เนื่องจากในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น มีหลายปัจจัยที่ทำให้การบริจาคอวัยวะไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร ปัญหานี้ก่อให้เกิดแนวคิดในการทบทวนกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะในประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้การซื้อขายอวัยวะเป็นหัวข้ออันเป็นประเด็นถกเถียงในประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างมาก จนก่อให้เกิดความคิดในการขยายสิทธิในร่างกายของมนุษย์ขึ้น เพื่อให้รัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกามีการทบทวน เกี่ยวกับสถานะของอวัยวะ²⁷² นั่นเอง อย่างไรก็ตาม

²⁷¹Dumham, Page 8.

²⁷² Charles C. Dunham IV, "Body Property : Challenging the Ethical Barriers in Organ Transplantation to Protect Individual Autonomy," *Annals of Health Law* (2008): page 6-7.

พิจารณาปัญหาการขาดแคลนอวัยวะของประเทศสหรัฐอเมริกา²⁷³ ต้องพิจารณาเชื่อมโยงกับการตีความของสถานะของอวัยวะด้วยว่าอวัยวะนั้นอยู่ในสถานะใดในทางกฎหมายด้วย ซึ่งการกำหนดสถานะของอวัยวะให้มีความชัดเจน อาจเป็นแนวทางการแก้ปัญหาการขาดแคลนอวัยวะได้ เนื่องจากหากสามารถพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิในอวัยวะ ย่อมสามารถพิจารณาต่อไปได้ว่าบุคคลใดที่เป็นเจ้าของในอวัยวะ หรือมีสิทธิในลักษณะของสิทธิทางทรัพย์สินในอวัยวะของตน เมื่อสามารถระบุสถานะของความเป็นเจ้าของอวัยวะได้แล้ว ผลของการบริจาคย่อมมีความชัดเจน หรือแม้กระทั่งการซื้อขายอวัยวะอาจสามารถทำได้ในบางกรณีหากเจ้าของอวัยวะยินยอมได้²⁷³

ทั้งนี้ในการพิจารณาลักษณะของการบริจาคอวัยวะของรัฐนิวยอร์ก จะต้องพิจารณาอิงกับระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย นั่นคือ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งตั้งแต่อดีตนั้นระบบกฎหมายนี้ได้มีแนวคิดเกี่ยวกับร่างกายของมนุษย์ที่ถึงแก่ความตายแล้ว ว่าไม่มีสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินในร่างกายของมนุษย์²⁷⁴ แต่แนวความคิดของสถานะของอวัยวะในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีความคิดที่เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ และความต้องการอวัยวะเพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ที่มีมากขึ้น ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางความคิดเกี่ยวกับสถานะของอวัยวะมนุษย์ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงทางความคิดนี้ ส่งผลต่อแนวความคิดทางกฎหมายโดยเฉพาะแนวคิดในการทบทวนกฎหมายเพื่อเพิ่มอัตราของอวัยวะเพื่อประโยชน์ทางการแพทย์

ประเด็นเรื่องสถานะของอวัยวะในรัฐนิวยอร์กนั้น มีการพิจารณาสาระสำคัญของสถานะของอวัยวะผ่านทางสิทธิทางทรัพย์สิน (Property Rights) ซึ่งได้มีความเห็นทางกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 ส่วนด้วยกัน คือ สิทธิทางทรัพย์สินของศพ (Property Rights in the Body of a Deceased Person) และ สิทธิทางทรัพย์สินของร่างกายในขณะที่ผู้บริจาคยังมีชีวิต (Property Rights in the Living Body)²⁷⁵ โดยสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

²⁷³ Dumham, Page 5.

²⁷⁴ IV, C. C. D. (2008). "Body Property : Challenging the ethical barriers in organ transplantation to protect individual autonomy." *Annals of Health Law*. Page 7-8.

²⁷⁵ Dumham, Page 6.

1) สิทธิทางทรัพย์สินของศพ (Property Rights in the Body of a Deceased Person)

ในประเด็นเกี่ยวกับสิทธิทางทรัพย์สินของศพตามแนวความคิดของรัฐนิวเจอร์ซีย์ นำเอาแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิทางทรัพย์สินมาจากระบบคอมมอนลอว์ตามกฎหมายอังกฤษ กล่าวคือ ศพไม่อาจมีสถานะเป็นทรัพย์สินได้²⁷⁶ อย่างไรก็ตามแนวคิดนี้เป็นแนวคิดสมัยเก่า ซึ่งในรัฐนิวเจอร์ซีย์มีแนวความคิดเกี่ยวกับสถานะของศพที่เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากรัฐนิวเจอร์ซีย์นำเอาแนวคิดเกี่ยวกับ “สิทธิ” ในการจัดการเกี่ยวกับศพเข้ามาตีความ และนำเอามาใช้ในการพิจารณาของศาล ตามที่ปรากฏให้เห็นจากคำพิพากษาของศาลในคดีต่างๆ ทั้งนี้แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธินี้ เกิดขึ้นมาพร้อมๆ กับความต้องการอวัยวะเพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ที่เพิ่มมากขึ้น²⁷⁷ โดยในศาลรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้นำเอาประเด็นเกี่ยวกับ “สิทธิของทายาท” และ “สิทธิเด็ดขาด” มาใช้กับ การจัดการศพ โดยถือว่าทายาทมีสิทธิ “เสมือนสิทธิทางทรัพย์สิน” (Quasi-property right) ซึ่งทายาทสามารถใช้สิทธินี้ในการจัดการใดๆ ก็ได้เกี่ยวกับศพเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการจัดการเกี่ยวกับศพต่อไป

อย่างไรก็ดีสิทธิของทายาทอันเป็นสิทธิเสมือนสิทธิทางทรัพย์สินนั้น ศาลสหรัฐอเมริกาได้ให้ความเห็นว่า สิทธิเสมือนทรัพย์สินเป็น “สิทธิในเชิงลบ (Negative Right)” ของทายาท กล่าวคือ ทายาทจะมีสิทธิในร่างกายของผู้ตายเพื่อประโยชน์ในการปกป้องและป้องกันการแทรกแซงเกี่ยวกับศพเท่านั้น ซึ่งไม่ใช่ “สิทธิในเชิงบวก (Positive Right)” กล่าวคือ ทายาทไม่ได้มีสิทธิในความเป็นเจ้าของหรือสิทธิเรียกร้องใดๆ ในร่างกายนั้นได้²⁷⁸

2) สิทธิทางทรัพย์สินของร่างกายในขณะที่ผู้บริจาคมยังมีชีวิต (Property Rights in the Living Body)

ในการพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิทางทรัพย์สินของร่างกายในขณะที่ผู้บริจาคมยังมีชีวิตอยู่นั้นตั้งแต่อดีต สิทธิของร่างกายในขณะที่ผู้บริจาคมยังมีชีวิตอยู่ คือ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” หากใช้สิทธิใดๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิทางทรัพย์สินไม่ โดยสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีอยู่ในร่างกายนั้น คือ สิทธิในการใช้ร่างกาย สิทธิในความเป็นเจ้าของ และสิทธิในการป้องกันมิให้ผู้อื่นมากระทำกับร่างกายของตนในขณะที่มีชีวิต อาทิเช่น ทุกคนมี

²⁷⁶ Brotherton v. Cleveland, "923f. 2d477,418," (6th Cir. 1991).

²⁷⁷ Dumham, Page 6.

²⁷⁸ Dumham, Page 6.

สิทธิในร่างกายของตนเองในการป้องกันมิให้ผู้อื่นใช้ตนเป็นทาส หรือมีสิทธิในร่างกายของตนที่จะไม่
ต้องรับโทษตามกฎหมายหากไม่มีการกระทำความผิด เป็นต้น ทั้งนี้ นักกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้กล่าว
ว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน นั้นมีลักษณะที่ใกล้เคียงอย่างมากกับนิยามของทรัพย์สินตามกฎหมายทั่วไปของ
สหรัฐอเมริกา²⁷⁹ กล่าวคือ นิยามของทรัพย์สินทางกฎหมายนั้นไม่ได้หมายถึงเฉพาะสิ่งที่สามารถจับต้อง
ได้ หรือสิ่งที่เป็นวัตถุทางกายภาพ หากแต่หมายถึงสิทธิทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง อันเป็นสิทธิใน
การใช้สอย จำหน่าย หรือสิทธิขัดขวาง เป็นต้น

เมื่อสิทธิขั้นพื้นฐาน และ สิทธิทางทรัพย์สิน เป็นประเด็นในการพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิทางทรัพย์สิน
ของร่างกาย นักกฎหมายสหรัฐอเมริกาส่วนหนึ่งจึงเห็นว่า ร่างกายนั้นไม่อาจถือเป็นวัตถุที่สามารถ
จำหน่ายจ่ายโอนได้ ดังนั้นสิทธิใด ๆ เกี่ยวกับร่างกายจึงไม่ใช่สิทธิทางทรัพย์สิน หากแต่เป็นสิทธิอย่าง
อื่นซึ่งไม่ใกล้เคียงและไม่มีทางเป็นสิทธิทางทรัพย์สินได้²⁸⁰

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิจารณาถึงสถานะของอวัยวะในรัฐนิวยอร์กนั้น เห็นว่า รัฐนิวยอร์กมี
ความคิดว่าการพิจารณาเกี่ยวกับสถานะของอวัยวะต้องนำมาพิจารณาควบคู่กับสิทธิทางทรัพย์สิน โดย
ถือว่าสถานะของอวัยวะเป็นสิทธิที่คล้ายกับสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท
กล่าวคือ สิทธิที่คล้ายกับสิทธิในทรัพย์สินเกี่ยวกับศพ และสิทธิที่คล้ายกับสิทธิในทรัพย์สินในร่างกายขณะที่ผู้
บริจาคยังมีชีวิตอยู่ โดย สิทธิที่คล้ายกับสิทธิในทรัพย์สินเกี่ยวกับศพนั้น ทายาทชอบที่จะมีสิทธิในการ
จัดการเกี่ยวกับศพได้ แต่เป็นสิทธิในเชิงปฏิเสธ นั่นคือ สิทธิในการห้ามบุคคลอื่นเข้าแทรกแซงหรือทำ
อันตรายเกี่ยวกับศพเท่านั้น ทายาทหาสิทธิในเชิงบวก อันเป็นสิทธิเรียกร้องใดๆ เกี่ยวกับศพได้
ในขณะที่สิทธิที่คล้ายกับสิทธิในทรัพย์สินในร่างกายขณะที่ผู้บริจาคยังมีชีวิตอยู่นั้น ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน
หาใช่สิทธิในทางทรัพย์สินไม่ เนื่องจากเมื่อบุคคลยังมีชีวิตอยู่ ย่อมไม่อาจค้าขายร่างกายหรืออวัยวะแก่
ผู้ใดได้ ดังนั้นสิทธิทางร่างกายขณะที่ผู้บริจาคยังมีชีวิตอยู่นั้นจึงไม่ใช่สิทธิคล้ายกับสิทธิทางทรัพย์สินแต่
อย่างใด

²⁷⁹ Erik S. Jaffe, "She's Got Bette Davis's Eyes : Assessing the Nonconsensual Removal of Cadaver Organs under the Takings and Due Process Clauses," (1990): Page 549-50.

²⁸⁰ Erick S. Jaffe Page.549-50.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะตามกฎหมายไทย

ในการพิจารณาปัญหาของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะตามกฎหมายไทยนั้น คือการพิจารณาว่า การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคต่อศูนย์รับบริจาค อยู่ในลักษณะใดทางกฎหมาย เพื่อที่จะทำการวิเคราะห์ต่อไปได้ว่า ผลของการแสดงเจตนาอันก่อให้เกิดสิทธิแก่ทายาทในการให้ความยินยอม หรือ สามารถใช้สิทธิในการคัดค้านการบริจาคอวัยวะนั้นได้หรือไม่ แค่นั้นเพียงใด และเนื่องจากประเทศไทยไม่ได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเป็นการเฉพาะ ในการวิเคราะห์ถึงประเด็นดังกล่าวจึงต้องอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการตีความเกี่ยวกับการแสดงเจตนา ซึ่งก่อนอื่นนั้นจะต้องตีความเกี่ยวกับ “สถานะของอวัยวะ” ว่าตามความเห็นของนักกฎหมายไทยเห็นว่าอวัยวะมีสถานะอย่างไรในกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อนำมาพิจารณาเชื่อมโยงกับลักษณะของนิติกรรม หรือสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะการวิเคราะห์ว่าเป็นนิติกรรมหรือสัญญาได้หรือไม่นั้น จะต้องใช้ “สถานะของอวัยวะ” มาพิจารณาควบคู่กันไปด้วย

ในขณะเดียวกัน หากการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะอาจไม่เข้าลักษณะของนิติกรรม หรือสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เลย ในการนี้จึงต้องมาวิเคราะห์ต่อไปว่าหากการแสดงเจตนาไม่ใช่นิติกรรมหรือสัญญาแล้วการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะนั้นสามารถอยู่ในสถานะทางกฎหมายแบบอื่นได้หรือไม่ ซึ่งจะต้องวิเคราะห์โดยอาศัย “หลักความยินยอม” มาพิจารณา

นอกจากนี้ในการนำเอาอวัยวะออกไปจากร่างกายของผู้บริจาคเพื่อทำการปลูกถ่าย จะต้องขอความยินยอมจากทายาทเสียก่อน ส่งผลให้การบริจาคอวัยวะนั้นหาขึ้นอยู่กับเจตนาของตัวผู้บริจาค แต่เพียงผู้เดียว หากแต่ขึ้นอยู่กับทายาทของผู้บริจาคด้วย เพราะทายาทถือเป็นผู้มีสิทธิในการตัดสินใจในขั้นสุดท้ายว่าทำยที่สุดแล้ว อวัยวะนั้นจะตกแก่ศูนย์รับบริจาคหรือไม่ แล้วเหตุใดทายาทจึงมีสิทธิในการตัดสินใจเช่นนั้น ซึ่งจะวิเคราะห์ในประเด็นนี้ต่อไป และทำยที่สุดปัญหาการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะในทางกฎหมาย ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะในประเทศไทยด้วย และด้วยเหตุที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาเกี่ยวกับการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะในต่างประเทศ แต่ไม่ได้ศึกษาในลักษณะเปรียบเทียบ เนื่องจากระบบกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษามีความแตกต่างจากระบบกฎหมายของไทย การวิเคราะห์ปัญหาการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะตามกฎหมายไทยในบทนี้

จึงนำเอาการศึกษากฎหมายต่างประเทศมาเป็นแนวทาง และตัวอย่างในการวิเคราะห์กฎหมายไทยต่อไป ซึ่งจะวิเคราะห์และพิจารณาต่อไป ดังนี้

4.1 ปัญหากฎหมายลักษณะทรัพย์

การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้น มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นอันดับแรก และถือเป็นเรื่องสำคัญที่สุด อันส่งผลในการวิเคราะห์ต่อไปว่าผลของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะจะถือเป็นนิติกรรม หรือ เป็นสัญญาในทางแพ่งได้หรือไม่ ทั้งนี้เพราะการจะถือเป็นนิติกรรมได้นั้น จะต้องมีการสร้างนิติสัมพันธ์หรือก่อความผูกพันทางกฎหมายในทางส่วนตัวอันเป็นการก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ซึ่งเมื่อผู้บริจาคแสดงเจตนาแล้วย่อมไม่อาจถอนการแสดงเจตนาได้ เพราะก่อความผูกพันในทางกฎหมายแล้ว ในขณะที่การพิจารณาว่าการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะจะถือเป็นสัญญาได้หรือไม่นั้น ก็จะต้องมาวิเคราะห์ถึงสถานะของอวัยวะด้วยเช่นกัน เนื่องจากการจะถือเป็นสัญญาในทางกฎหมายได้ต้องปรากฏว่าเป็นการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์ ดังนั้นประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะทรัพย์จึงถือเป็นเรื่องสำคัญ และในการพิจารณาว่าการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะมีผลอย่างไรในทางกฎหมาย คือ การพิจารณาถึงสถานะของ “อวัยวะ” ในทางกฎหมายว่าเข้าลักษณะของ “ทรัพย์” หรือไม่นั่นเอง

โดยที่กฎหมายลักษณะทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายที่รับรองสิทธิและระบุดังอำนาจของบุคคลในทรัพย์ หัวใจของกฎหมายลักษณะทรัพย์ คือ ทรัพย์นั้นเป็นของใครและเจ้าของทรัพย์มีสิทธิเพียงใด²⁸¹ อันมีด้วยกัน 2 บรรพ กล่าวคือ บรรพ 1 ลักษณะ 3 เป็นเรื่องเกี่ยวกับลักษณะโดยทั่วไปของทรัพย์และทรัพย์ อันมีทั้งความหมายของทรัพย์และทรัพย์สิน ประเภทของทรัพย์ ส่วนควบและดอกผล ในขณะที่กฎหมายลักษณะทรัพย์ บรรพ 4 เป็นส่วนที่บัญญัติเกี่ยวกับการได้มา การเปลี่ยนแปลง ระงับและกลับคืนมาซึ่งทรัพย์สิทธิ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ แคนแห่งกรรมสิทธิ์และการใช้กรรมสิทธิ์ นอกจากนั้นยังบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิทางทรัพย์ ทั้งสิทธิครอบครอง ภาระจำยอม สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน และภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเกี่ยวกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้นั้นจะเป็นการวิเคราะห์ถึงลักษณะโดยทั่วไปของทรัพย์ ที่อยู่ในบรรพ 1 อันเป็นการพิจารณาถึงนิยามของอวัยวะว่าเข้าลักษณะทรัพย์หรือทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ 1

²⁸¹ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน ed. 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 1-3.

ลักษณะ 3 หรือไม่ อย่างไร ในการนี้จึงมีประเด็นให้พิจารณาต่อมาว่า หากได้ความว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายแล้ว อวัยวะนั้นเป็นทรัพย์สินของใคร และเจ้าของอวัยวะนั้นมีสิทธิในอวัยวะของตนเพียงใด ซึ่งจะสอดคล้องกับประเด็นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่า ผู้บริจาคมีสิทธิในการบริจาคอวัยวะของตนแค่ไหน เพียงใดและบุคคลใดที่มีสิทธิในการเปลี่ยนแปลงผลของการบริจาคอวัยวะนั้น ดังนั้นในการพิจารณาว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สินหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากนิยามและความหมายของทรัพย์สินในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียก่อนว่า ความหมายของคำว่าทรัพย์สินนั้น คืออะไร

โดยในเรื่องนี้ นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สิน²⁸² กับอีกฝ่ายหนึ่งแม้ไม่ได้พิจารณาถึงสถานะของอวัยวะโดยตรงแต่เป็นการพิจารณาถึงสถานะของศพ โดยนักกฎหมายฝ่ายนี้เห็นว่าศพไม่ใช่ทรัพย์สิน²⁸³ ซึ่งในการพิจารณาว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สินหรือไม่เป็นทรัพย์สิน ต้องพิจารณาจากความเห็นของนักกฎหมายทั้งสองฝ่าย แต่ก่อนอื่นนั้น ต้องมาวิเคราะห์เสียก่อนว่าอวัยวะ กับ ศพเป็นสิ่งที่สามารถนำมาเทียบเคียงเพื่อวิเคราะห์ได้หรือไม่ เนื่องจากหากอวัยวะและศพมีลักษณะที่แตกต่างกัน ย่อมไม่สามารถนำผลของการตีความมาเทียบเคียงเพื่อพิจารณาสถานะของอวัยวะได้

ในประเด็นนี้ กฎหมายไม่ได้บัญญัตินิยามของ"ศพ" ไว้ เนื่องจากเดิมพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ.2499 มาตรา 4 (11) เคยนิยามคำว่า "ศพ" ไว้ว่า "ร่างกายของคนตาย" แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวถูกยกเลิกโดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ.2534 อีกทั้งพระราชบัญญัติฉบับใหม่ไม่ได้ให้คำนิยามคำว่า "ศพ" เอาไว้จึงต้องพิจารณาความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ซึ่งพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ให้ความหมายของ "ศพ" ว่า "ซากผี หรือ ร่างของคนที่ยังตายแล้ว ในขณะที่ความหมายของคำว่า "ตาย" หมายถึง "สิ้นใจ สิ้นชีวิต ไม่เป็นอยู่ต่อไป สิ้นสภาพของการมีชีวิตเช่น สภาวะแกนสมองตาย"²⁸⁴ จากนิยามแสดงให้เห็นว่าการจะเป็นศพนั้นต่อเมื่อบุคคลนั้นเสียชีวิตหรือตายแล้วนั่นเอง

²⁸² จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 หน้า 2266-67. ; ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดก หน้า 407. ; บัญญัติ สุชีวะ, หน้า 7. ; อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง, หน้า 8. ; หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3 หน้า 264.

²⁸³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ : มรดก หน้า 25-26. ; เปรียบ หุตางกูร, หน้า 129.

²⁸⁴ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.royin.go.th/dictionary/> [23 ธันวาคม 2561]

ในขณะที่ “อวัยวะ” กฎหมายไม่ได้บัญญัตินิยามไว้เช่นกัน ทั้งไม่มีกฎหมายใดกล่าวถึงอวัยวะเป็นการเฉพาะ หากแต่ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ให้ความหมายของ “อวัยวะ” ว่า “ชิ้น ส่วนส่วนของร่างกาย” และ “ร่างกาย” หมายถึง “ตัวตน”²⁸⁵ ดังนั้น ในความหมายของอวัยวะตามพจนานุกรมจึงเป็นกรณีที่ อวัยวะนั้นประกอบเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายขณะที่บุคคลนั้นยังมีชีวิต

เมื่อพิจารณาแล้ว การบริจาคอวัยวะในประเทศไทย มีด้วยกัน 2 แบบ กล่าวคือ การบริจาคอวัยวะขณะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคขณะยังมีชีวิตอยู่²⁸⁶ และการบริจาคอวัยวะขณะที่ผู้บริจาคแกมสมองตาย²⁸⁷ เกี่ยวกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เลือกศึกษาเฉพาะการบริจาคอวัยวะขณะที่ผู้บริจาคแกมสมองตายแล้ว ในประเด็นว่าอวัยวะจะมีหลักการในการพิจารณาเทียบเคียงกับศพได้หรือไม่นั้นผู้เขียนเห็นว่า การถือเป็นอวัยวะเพื่อพิจารณาถึงการบริจาคมานั้นจะต้องเป็นกรณีที่อวัยวะนั้น คือ “หลุดออกจากร่างกายแล้ว” ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะมีชีวิตหรือไม่มีชีวิตอยู่หรือไม่ เพราะเมื่อหลุดออกจากร่างกายย่อมกลายเป็น “ชิ้นส่วน” ที่ไม่ได้ประกอบเป็นร่างกาย ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่อวัยวะไม่ได้ประกอบเป็นส่วนหนึ่งของร่างกาย อวัยวะนั้นจะกลายเป็นแค่ชิ้นส่วนที่หลุดออกมาจากสิ่งมีชีวิต ซึ่งไม่ต่างอะไรกับศพ เพราะศพนั้นคือสิ่งที่ไม่ได้มีชีวิตหรือสภาพบุคคลอยู่แล้ว ดังนั้น ในการพิจารณาสถานะของอวัยวะในบทนี้ จึงยึดหลักของ อวัยวะที่ตัดขาดหรือหลุดออกมาจากร่างกายแล้ว ซึ่งสามารถพิจารณาเทียบเคียงกับสถานะของศพตามความเห็นของนักกฎหมายได้ โดยสามารถแยกความเห็นของนักกฎหมายได้ ดังนี้

4.1.1 กรณีถือว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สิน

ในการพิจารณาว่า อวัยวะเป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สินหรือไม่นั้นก่อนอื่นต้องมาวิเคราะห์และพิจารณานิยามของทรัพย์สิน ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียก่อน นิยามของคำว่าทรัพย์สินนั้น

²⁸⁵ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.royin.go.th/dictionary/> [23 ธันวาคม 2561]

²⁸⁶ ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560 ข้อ 52

²⁸⁷ ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560 ข้อ 53

ต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 และ 138 กล่าวคือ สิ่งที่จะถือเป็นทรัพย์สินนั้นต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง และมีราคาและถือเอาได้ด้วย²⁸⁸

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากนิยามของอวัยวะ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้นิยามของอวัยวะไว้ว่า คือชิ้น ส่วน ส่วนของร่างกาย²⁸⁹ ดังนั้น อวัยวะจึงเป็นสิ่งที่มองเห็น และสามารถสัมผัสได้ด้วยประสาทร่างกาย อวัยวะจึงเป็นสิ่งที่มีการรูปร่าง อย่างไรก็ตามแม้ปฏิเสธการมีรูปร่างของอวัยวะไม่ได้ แต่มีประเด็นที่น่าพิจารณาต่อมาว่า อวัยวะ ถือเป็น “วัตถุ” หรือไม่ เนื่องจากการจะเป็นทรัพย์สินตามนิยามของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ต้องได้ความว่า อวัยวะเป็นวัตถุที่มีการรูปร่างด้วย ทั้งนี้เมื่อพิจารณาแล้ว ร่างกายของมนุษย์นั้นถือเป็นสิ่งมีชีวิต และสิ่งมีชีวิตนั้นถือว่ามีสภาพบุคคลตามกฎหมาย²⁹⁰ การมีสภาพบุคคลก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายจึงย่อมไม่อาจถือเป็นวัตถุได้ ในขณะเดียวกัน อวัยวะที่อยู่ในร่างกายของบุคคลขณะมีชีวิต แม้มีรูปร่างแต่เมื่ออวัยวะยังเป็นส่วนหนึ่งที่ประกอบอยู่ในร่างกายของมนุษย์ซึ่งเป็นสิ่งมีชีวิต ย่อมไม่อาจถือว่าเป็นวัตถุได้เช่นกัน แต่เมื่อใดก็ตามที่มนุษย์นั้นถึงแก่ความตายไปแล้ว อวัยวะจึงไม่ใช่ส่วนประกอบของมนุษย์ หากแต่เป็นชิ้นส่วนที่เคยประกอบในร่างกายของบุคคลและในขณะนั้นบุคคลนั้นสิ้นสภาพบุคคลไปแล้ว อวัยวะที่หลุดออกมาจากร่างกายของมนุษย์ที่ถึงแก่ความตายแล้วจึงอาจถือเป็นวัตถุได้ ดังนั้นในการพิจารณาว่าอวัยวะเป็นวัตถุได้หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาการมีอยู่ของสภาพบุคคล ว่าอวัยวะนั้นเป็นวัตถุเมื่อใด หากมนุษย์ยังมีชีวิต อวัยวะย่อมประกอบเป็นส่วนหนึ่งกับร่างกายของมนุษย์ ในการนี้อวัยวะจึงไม่อาจถือเป็นวัตถุได้ เพราะเป็นส่วนประกอบเสมือนเป็นเนื้อเดียวกัน ในขณะที่หากมนุษย์นั้นถึงแก่ความตายแล้วอวัยวะยังไม่หลุดออกจากร่าง แต่อวัยวะย่อมเปลี่ยนสถานะกลายเป็นส่วนประกอบของ “สิ่งไม่มีชีวิต” เมื่อนั้นอวัยวะจึงเป็นวัตถุได้และเมื่ออวัยวะถือเป็นชิ้นส่วนอย่างหนึ่งที่มองเห็นและสามารถสัมผัสได้ อวัยวะจึงเป็น “วัตถุ” ที่มีรูปร่างได้

อย่างไรก็ดีในประเด็นความหมายของคำว่าทรัพย์สินนั้น นักกฎหมายไทยได้มีความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ออกเป็น 2 ฝ่ายด้วยกัน กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์สินหรือไม่นั้น ต้อง

²⁸⁸ โปรดดูรายละเอียดใน หัวข้อ 2.3.2 สถานะของอวัยวะในทางแพ่ง

²⁸⁹ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.royin.go.th/dictionary/> [23 ธันวาคม 2561]

²⁹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 บัญญัติว่า สภาพบุคคลเริ่มแต่เมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารก

พิจารณาเฉพาะว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งที่มีรูปร่างเท่านั้น อันเป็นการพิจารณาตามนิยามของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 ดังนั้นจากความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายนี้สิ่งใดเป็นทรัพย์จึงไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์เสมอไป โดยทรัพย์ใดมีรูปร่างเฉยๆ แต่ไม่อาจมีราคาและถือเอาได้ ก็ไม่เป็นทรัพย์ เช่น พระจันทร์ ดวงอาทิตย์ เป็นต้น²⁹¹ และตามความเห็นของท่านรองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา ท่านได้เอาความหมายของ “ทรัพย์นอกพาณิชย์” มาสนับสนุนความเห็นเกี่ยวกับนิยามของทรัพย์²⁹² ซึ่งบทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า สิ่งที่ไม่สามารถถือเอาได้ก็ถือเป็นทรัพย์เช่นกัน ดังนั้นหากถือตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายนี้จึงพิจารณาเพียงว่าอวัยวะเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง โดยไม่ต้องพิจารณาต่อไปเลยว่าอวัยวะนั้นมีราคาและถือเอาได้หรือไม่ อย่างไรก็ตามแม้ว่าอวัยวะจะเป็นทรัพย์ในทางกฎหมาย หากแต่ต้องมาพิจารณาต่อไปอีกว่า อวัยวะถือเป็นทรัพย์นอกพาณิชย์หรือไม่ โดยการพิจารณาว่าเป็นทรัพย์นอกพาณิชย์นั้น ต้องมองว่าอวัยวะนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถถือเอาได้ และไม่สามารถโอนกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในความเห็นที่ว่าอวัยวะเป็นทรัพย์นอกพาณิชย์หรือไม่ นั้น ยังไม่มีความเห็นของนักกฎหมายไทย หรือ การตีความของคำพิพากษาศาลฎีกาใดที่กล่าวถึง ดังนั้นการพิจารณาว่าอวัยวะเป็นทรัพย์นอกพาณิชย์จึงเป็นประเด็นที่น่าศึกษาและวิเคราะห์ต่อไปได้เช่นกัน

ในขณะเดียวกันนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่ง เห็นว่า นิยามของทรัพย์ต้องพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 และ 138 ประกอบกัน กล่าวคือ ทรัพย์ต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง และอาจมีราคาและถือเอาได้ เมื่อไม่สามารถปฏิเสธว่าอวัยวะเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง อีกทั้งอวัยวะนั้นสามารถนำมาใช้เพื่อประโยชน์ในการปลูกถ่ายต่อไปได้ อวัยวะจึงเป็นสิ่งที่มีความราคา แม้ราคานั้นไม่ใช่ทรัพย์ แต่มีคุณค่าในตัวเอง อวัยวะจึงเป็นทรัพย์ตามนิยามที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในความเห็นของนักกฎหมายไทย เกี่ยวกับ อวัยวะว่าเป็นทรัพย์หรือไม่นั้น จากการศึกษาได้มีความเห็นของท่านศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ ที่ได้อธิบายเกี่ยวกับประเด็นสถานะของอวัยวะไว้ที่น่าสนใจ โดยท่านได้ให้ความเห็นว่า มนุษย์แม้มีรูปร่าง แต่ไม่อาจมีราคาและซื้อขายกันได้ เพราะประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312 บัญญัติ ห้ามเอาคนลงเป็นทาส ห้ามพา ซื้อขาย จำหน่าย รับหรือหว่านเหี้ยว บุคคลไว้ ดังนั้นมนุษย์จึงไม่ใช่ทรัพย์ แต่ “อวัยวะ” เป็นส่วนส่วนใดส่วนหนึ่งของ

²⁹¹มานิตย์ จุมปา, หน้า 4-5.

²⁹²ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 143 บัญญัติว่า ทรัพย์นอกพาณิชย์ หมายความว่า ทรัพย์ที่ไม่สามารถถือเอาได้ และโอนแก่กันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ร่างกาย เช่น ผสมสตรีที่ตัดไปขายย่อมมีราคาและถือเอาได้ จึงเป็นทรัพย์สิน ในขณะที่เดียวกันดวงตาที่บุคคลขายหรืออุทิศให้โรงพยาบาลเพื่อนำไปเปลี่ยนกับตาคนไข้ ย่อมมีราคาและถือเอาได้จึงเป็นทรัพย์สินเช่นกัน²⁹³

ดังนั้นตามความเห็นของนักกฎหมายไทยส่วนที่เห็นว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สิน²⁹⁴ คือการพิจารณาจากสภาพของอวัยวะเมื่อถูกตัดออกจากร่างกายแล้ว หรือไม่ได้ประกอบเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมนุษย์แล้ว และพิจารณาถึงสถานะจากนิยามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ว่าความเห็นเกี่ยวกับนิยามของทรัพย์สินนั้นจะมีนักกฎหมายเห็นต่างออกเป็น 2 ฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งพิจารณาว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สินจากวัตถุประสงค์รูปร่าง อวัยวะจึงเป็นทรัพย์สินได้ต่อเมื่อหลุดออกมาจากร่างกายของบุคคลในขณะที่ไม่มีสภาพบุคคลแล้ว ในขณะที่นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่านิยามของทรัพย์สินต้องพิจารณาประกอบกับการที่อวัยวะนั้นมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย โดยเห็นว่าอวัยวะเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง และมีราคาซึ่งไม่ใช่ราคาหรือคุณค่าทางเศรษฐกิจแต่เป็นคุณค่าทางจิตใจที่ญาติพี่น้องยังรู้สึกหวงแหน ในขณะเดียวกันอวัยวะยังมีคุณค่าในการต่อชีวิตของผู้อื่น หรือเพื่อการศึกษาในอนาคตต่อไปได้

ในประเทศสิงคโปร์ คำพิพากษาของศาลได้วินิจฉัยเกี่ยวกับอวัยวะบางประเภท กล่าวคือ เส้นผม เลือด น้ำปัสสาวะ ถือเป็นอวัยวะในทางกฎหมายด้วย²⁹⁵ โดยนักกฎหมายสิงคโปร์ฝ่ายหนึ่งมีแนวความคิดเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของอวัยวะว่าย่อมพัฒนาไปตามความก้าวหน้าทางการแพทย์ และวิทยาศาสตร์ ซึ่งการจะถือว่ามีสถานะทางกฎหมายได้นั้นต้องได้ความว่า อวัยวะ อยู่ในฐานะของสิ่งที่มีค่าและมีความสำคัญในทางใดทางหนึ่ง²⁹⁶ ซึ่งการปลูกถ่ายอวัยวะนั้นย่อมถือว่าเป็นการสร้างคุณค่าให้กับอวัยวะนั้นได้ ดังนั้น อวัยวะที่นำมาใช้ประโยชน์ทางการแพทย์จึงถือว่าเป็นสิ่งที่มีสถานะเป็นทรัพย์สิน

²⁹³ โปรดดูรายละเอียดใน หัวข้อ 2.3.2 สถานะของอวัยวะในทางแพ่ง

²⁹⁴ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 หน้า 2266-67. ; ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดก หน้า 407. ; บัญญัติ สุชีวะ, หน้า 7. ; อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง, หน้า 8. ; หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3 หน้า 264.

²⁹⁵ Southampton, U. o. "Opting Out of Organ Donation : A Legal and Ethical Analysis." Page 32-34.

²⁹⁶ Southampton, U. o. ,Page 33-35.

4.1.2 กรณีไม่ถือว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สิน

ในประเด็นเรื่องอวัยวะเป็นทรัพย์สินหรือไม่ นั้น ได้มีนักกฎหมายไทยฝ่ายหนึ่งพิจารณาในประเด็นเรื่องนี้แต่อาศัย “ศพ” เป็นหลักในการพิจารณา ซึ่งแม้จะเป็นการให้ความเห็นโดยใช้ศพในการพิจารณาก็ตาม แต่ศพคือร่างกายของบุคคลที่ถึงแก่ความตายไปแล้ว ในขณะที่อวัยวะเป็นชิ้นส่วนของศพ จึงชอบที่จะนำความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับศพมาเทียบเคียงกับอวัยวะได้ตามเหตุผลที่ได้กล่าวไปข้างต้น โดยนักกฎหมายฝ่ายนี้เห็นว่า ศพไม่ใช่ทรัพย์สิน เนื่องจากเป็นสิ่งที่ได้มาเมื่อถึงแก่ความตาย และไม่อาจมีการยึดถือเหมือนทรัพย์สินได้²⁹⁷

ที่ว่าไม่อาจยึดถือเหมือนทรัพย์สินนั้น มีข้อพิจารณาที่น่าสนใจ ดังเช่นใน **ประเทศสิงคโปร์** นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งของสิงคโปร์เห็นว่าทางจารีตประเพณีนั้นร่างกายหรือส่วนใดส่วนหนึ่งในร่างกายของคนเรานั้นไม่อาจมีค่าเป็นทรัพย์สินได้²⁹⁸ เหตุผลที่ไม่อาจถือว่าเป็นทรัพย์สินนั้น เนื่องจากศพมีค่าเกินกว่าที่จะกำหนดสถานะในทางกฎหมาย และไม่อาจตีความโดยอาศัยนิยามของคำว่าทรัพย์สินได้²⁹⁹

ในส่วนของ **รัฐนิวยอร์ก** ได้มีแนวคิดเกี่ยวกับร่างกายของมนุษย์ที่ถึงแก่ความตายแล้ว ว่าไม่มีสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินในร่างกายของมนุษย์³⁰⁰ และศพไม่อาจมีสถานะเป็นทรัพย์สินได้³⁰¹ อย่างไรก็ตาม รัฐนิวยอร์กนำเอาแนวคิดเกี่ยวกับ “สิทธิ” ในการจัดการเกี่ยวกับศพเข้ามาตีความ และนำเอามาใช้ในการพิจารณาของศาล กล่าวคือ รัฐนิวยอร์กมีการวินิจฉัยเกี่ยวกับ “เสมือนสิทธิทางทรัพย์สิน” (Quasi-property right) อันเป็นสิทธิของทายาท หากใช้สิทธิของตัวผู้บริจาค โดยสิทธิเสมือนสิทธิทางทรัพย์สินนี้ มีสาระสำคัญคือ ทายาทสามารถใช้สิทธิเสมือนสิทธิทางทรัพย์สินนี้ในการจัดการใดๆ ก็ได้เกี่ยวกับศพ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการจัดการเกี่ยวกับศพต่อไป แต่ในการจัดการนี้เป็นการจัดการโดยอาศัยฐานของสิทธิ หากใช้การจัดการโดยถือว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สินไม่

²⁹⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ : มรดก หน้า 25-26. ; เปรียบ หุตางกูร, หน้า 129.

²⁹⁸ Southampton, U. o. ,Page 32-35.

²⁹⁹ Cave, page 546.

³⁰⁰ IV, C. C. D. (2008). "Body Property : Challenging the ethical barriers in organ transplantation to protect individual autonomy." *Annals of Health Law*. Page 7.

³⁰¹ Brotherton v. Cleveland, Page 1-7.

อนึ่ง มีนักกฎหมายไทยฝ่ายที่เห็นว่าศพไม่ใช่ทรัพย์สิน ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับประเด็นของศพไว้อย่างน่าสนใจกล่าวคือ ท่านศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ท่านเห็นว่าศพไม่ใช่ทรัพย์สินเพราะเกิดจากการตายของผู้ตาย แต่เงินที่ได้จากการขายศพหรือสิทธิที่ได้รับเงินจากการขาย รวมทั้งหนี้ในการส่งมอบศพหรืออวัยวะ เป็นสิทธิหน้าที่ตามสัญญาที่ผู้ตายก่อไว้ จึงตกทอดเป็นมรดกได้³⁰² ในการพิจารณาตามความเห็นนี้ มีประเด็นที่น่าสนใจ และน่าพิจารณาต่อมาว่า เงินที่ได้จากการขายศพ หรือสิทธิที่ได้รับเงินจากการขาย รวมทั้งหนี้ในการส่งมอบ เป็นสิทธิตามสัญญาได้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้นั้นตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายนี้เห็นว่า ศพไม่ใช่ทรัพย์สิน เมื่อไม่ใช่ทรัพย์สินย่อมไม่มี “วัตถุ” ที่จะนำไปซื้อขายได้ เนื่องจากองค์ประกอบของการซื้อขายจะต้องมีทรัพย์สินที่เป็นวัตถุในการโอนกรรมสิทธิ์ด้วย นอกจากนี้การซื้อขายศพนั้น อาจพิจารณาได้ว่าเป็นสิ่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยอันดีของประชาชน ส่งผลให้นิติกรรมการซื้อขายศพตกเป็นโมฆะทางกฎหมายได้ และเมื่อนิติกรรมตกเป็นโมฆะไปเงินที่ได้จากการขายศพจึงไม่อาจถือเป็นเงินที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่อาจตกเป็นทรัพย์สินมรดกได้เช่นเดียวกัน ดังนั้นการซื้อขายศพจึงไม่อาจเป็นนิติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายได้เลย ประเด็นต่อมาที่ต้องวิเคราะห์ก็คือหากศพไม่ใช่ทรัพย์สิน แต่ศพก่อนนี้บางประการได้หรือไม่ หนี้ที่กล่าวถึงนั้นคือ หนี้ในการส่งมอบศพหรืออวัยวะ ถือเป็นสิทธิหน้าที่ตามสัญญาที่ผู้ตายก่อไว้หรือไม่ เห็นว่า หากพิจารณาตามฐานของเรื่องสิทธิ บุคคลย่อมมีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนเอง ในการกำหนด และจัดการเกี่ยวกับสิทธิของตนอย่างใดก็ได้ เมื่ออาศัยฐานของสิทธิในการพิจารณา ย่อมก่อให้เกิด “หน้าที่” ให้แก่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่เจ้าของสิทธิ ในการโอนหรือส่งมอบอวัยวะให้แก่ผู้อื่น ตามสิทธิที่ตัวผู้ตายเป็นผู้กำหนดไว้ อย่างไรก็ดี การส่งมอบเป็นเพียงหน้าที่ของบุคคลอย่างหนึ่ง ที่มีผลมาจากการที่ผู้ตายมีสิทธิในการกำหนดเกี่ยวกับชีวิต และร่างกายของตน ตามสิทธิที่ตนพึงมี อันเป็นสิทธิเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายนั่นเอง

กล่าวโดยสรุป นักกฎหมายไทยได้แบ่งความเห็นเกี่ยวกับสถานะของอวัยวะออกเป็น 2 ฝ่าย กล่าวคือฝ่ายหนึ่งเห็นว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สิน หากถือว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สินอวัยวะย่อมก่อนนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายบางประการได้ กล่าวคือ สามารถนำเอาอวัยวะนั้นไปจำหน่าย จ่าย โอน ได้ ต้องพิจารณาควบคู่กับการนำเอาผลตามกฎหมายของนิติกรรมมาใช้กับการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะด้วย

³⁰² โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.3.2 สถานะของอวัยวะในทางแพ่ง

เนื่องจากการวิเคราะห์ถึงประเด็นของ “สัญญา” ที่โดยหลักแล้วเป็นเรื่อง บังคับเอา กับสิ่งที่ เป็น ทรัพย์ ในการนี้จะวิเคราะห์โดยละเอียดต่อไปในหัวข้อ 4.2.2 นิติกรรมหลายฝ่าย : สัญญา

ในขณะเดียวกัน นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าอวัยวะไม่เป็นทรัพย์ คือการพิจารณาถึงตัว ร่างกายของมนุษย์ ว่าไม่ใช่สิ่งที่จะต้องพิจารณาโดยอาศัยฐานของทรัพย์ได้เลย เนื่องจากโดยหลักร่างกาย ของมนุษย์นั้น ไม่อาจมีการยึดถือเหมือนทรัพย์ได้ แม้มุขยนั้นถึงแก่ความตายไปแล้ว แต่อวัยวะของ มุขยก็ไม่สามารถถูกสันนิษฐานว่าเป็นทรัพย์ได้เช่นกัน แต่ถือว่าร่างกายมีสถานะทางกฎหมายบางอย่าง กล่าวคือ มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายอันเป็นสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่ผู้ตายก่อไว้ ซึ่งมีผลบังคับ ในทางกฎหมาย และเมื่อผู้ตายถึงแก่ความตาย สิทธิและหน้าที่นั้นยังคงบังคับได้อยู่นั่นเอง ซึ่งหากถือ ตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายนี้ อวัยวะจึงเป็นสิ่งที่ไม่สามารถจำหน่าย จ่าย โอน เหมือนกับ ทรัพย์โดยทั่วไปได้ การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะจึงไม่อาจอยู่ในลักษณะของสัญญา แต่อาจอยู่ใน รูปแบบอื่นได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาโดยอาศัยฐานของ “สิทธิ” อันเป็นสิทธิเกี่ยวกับเรื่อง “ความ ยินยอม” ในการบริจาคอวัยวะของตน ซึ่งจะพิจารณาโดยละเอียดต่อไปในหัวข้อที่ 4.3 ปัญหาสิทธิของ ผู้บริจาค และสิทธิของทายาทต่อการบริจาคอวัยวะ

4.2 ปัญหาของการนำเอาผลตามกฎหมายลักษณะนิติกรรมมาใช้กับการแสดงเจตนาบริจาค อวัยวะ

โดยที่การบริจาคอวัยวะนั้น คือการแสดงเจตนาของผู้บริจาค ต่อศูนย์รับบริจาคอวัยวะ ซึ่ง การแสดงเจตนาของผู้บริจาค ย่อมก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริจาคและศูนย์รับบริจาคอวัยวะ ไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่ง ซึ่งลักษณะของความสัมพันธ์นี้อาจเข้าลักษณะของนิติกรรมตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้ เพราะ นิติกรรม คือ การกระทำของบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมายและ มุ่งต่อผลในกฎหมายที่จะเกิดขึ้น อันได้แก่การเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ³⁰³ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อ 2.4 ที่กล่าวถึงนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ³⁰⁴ และเมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับการบริจาค อวัยวะ การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะนั้น เป็นการแสดงเจตนารูปแบบหนึ่งของผู้บริจาค ซึ่งแสดงต่อ

³⁰³ ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย รองศาสตราจารย์ ดร.ดาราดพร ธีระวัฒน์, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและ สัญญา*, ed. 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2552), หน้า 20-21.

³⁰⁴ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.4 นิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ

ศูนย์รับบริจาคเพื่อแสดงความจำนงเกี่ยวกับการจัดการอวัยวะของตนเมื่อตนถึงแก่ความตายไปแล้ว ในการนี้จึงต้องมาวิเคราะห์ว่าการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะถือเป็นนิติกรรมได้หรือไม่

เมื่อพิจารณาแล้ว การที่จะถือว่าการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะจะเป็นนิติกรรมหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากนิยามในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149³⁰⁵ ซึ่งจากนิยามตามกฎหมาย ลักษณะของนิติกรรมจึงต้องประกอบไปด้วย 1) การกระทำ 2) เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย 3) กระทำโดยสมัครใจ 4) ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายระหว่างบุคคล และ 5) ผลนั้นคือความเคลื่อนไหวในสิทธิ³⁰⁶

ทั้งนี้ในการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะของผู้บริจาค ย่อมมีการกระทำเพราะการแสดงเจตนาเกิดจากการคิด ตัดสินใจ และแสดงเจตนา ทั้งยังเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะมีกฎหมายรองรับ³⁰⁷ กล่าวคือ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 และ ระเบียบสภาอากาศชาติไทย ว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภาอากาศชาติไทย พ.ศ.2545 ประกอบกับการที่ผู้บริจาคเป็นผู้แสดงเจตนาบริจาคอวัยวะนั้นด้วยตนเอง (ตามรูปแบบการบริจาคแบบระบบสมัครใจ หรือ Opting-in) จึงเป็นการกระทำโดยสมัครใจ แต่การก่อให้เกิดผลทางกฎหมายระหว่างบุคคล อันเป็นลักษณะของนิติกรรมนั้น มีข้อน่าพิจารณาเกี่ยวกับการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะว่า การบริจาคอวัยวะถือว่าเป็นการก่อให้เกิดผลทางกฎหมายระหว่างบุคคล และ ผลนั้นคือความเคลื่อนไหวในสิทธิได้หรือไม่

พิจารณาได้ว่า การก่อให้เกิดผลทางกฎหมายระหว่างบุคคล คือการกระทำที่นำไปเพื่อมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์³⁰⁸ ในลักษณะความสัมพันธ์ทางส่วนตัว เมื่อการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ คือการแสดงเจตนาของผู้บริจาคโดยมีความตั้งใจให้มีผลผูกพัน กล่าวคือ มีผลผูกพันเมื่อตนถึงแก่ความตายไปแล้ว อันเป็นผลที่จะให้ศูนย์รับบริจาคมานำเอาอวัยวะไปจัดการปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่นต่อไป จึงอาจถือได้ว่าการผูกนิติสัมพันธ์กับผู้บริจาคแล้ว

³⁰⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 บัญญัติว่า นิติกรรม หมายความว่า การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ

³⁰⁶ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 38-39.

³⁰⁷ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 38-39.

³⁰⁸ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุรินทร์ พงศปาน, หน้า 14-15.

ประเด็นต่อมาที่ต้องพิจารณาคือ การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะถือว่าการเคลื่อนไหวในสิทธิได้หรือไม่ เรื่องนี้ต้องพิจารณาโดยอาศัยฐานของ “สิทธิ” เป็นสำคัญโดยสิทธินั้น คือ ความชอบธรรมที่บุคคลอาจใช้ยันกับผู้อื่นเพื่อคุ้มครอง หรือ รักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนพึงมีพึงได้ของบุคคลนั้น³⁰⁹ และเมื่อแยกพิจารณาวัตถุแห่งสิทธิ พบว่า สิทธิแบ่งเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ สิทธิที่ไม่ใช่สิทธิทางทรัพย์สิน และสิทธิทางทรัพย์สิน³¹⁰ ที่เกี่ยวกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือวัตถุแห่งสิทธิไม่ใช่สิทธิทางทรัพย์สิน³¹¹ อันเป็นสิทธิบุคคลภาพ ที่รองรับสถานะที่เป็นตัวบุคคล คือ รองรับความเป็นคนที่กฎหมายรับรอง เมื่อเกิดมาเป็นบุคคลย่อมมีสิทธิเหล่านี้ตามมาด้วย เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ³¹² ดังนั้น เมื่อการบริจาคอวัยวะ คือการแสดงเจตนาของเจ้าของสิทธิบุคคลภาพ ที่มีสิทธิในการจัดการเกี่ยวกับชีวิต และร่างกายของตนเอง เมื่อหลังจากการแสดงเจตนาบริจาค ผู้บริจาคถึงแก่ความตายแล้ว ย่อมก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิบุคคลภาพได้ เพราะอวัยวะอันเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมีการเปลี่ยนแปลง กล่าวคือ มีการโอนไปยังศูนย์รับบริจาคแล้ว

จากการพิจารณาลักษณะของนิติกรรม การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะอาจถือเป็นนิติกรรมได้ และเนื่องจากนิติกรรมนั้นมีด้วยกันอยู่ 2 ประเภท กล่าวคือ นิติกรรมฝ่ายเดียว คือ นิติกรรมที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียว และมีผลตามกฎหมาย ในขณะที่นิติกรรมอีกประเภทหนึ่งคือ นิติกรรมหลายฝ่าย คือ นิติกรรมซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป จึงนำพิจารณาต่อไปได้อีกว่า การแสดงเจตนาบริจาคจะเข้าลักษณะของนิติกรรมประเภทใด ซึ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้

4.2.1 นิติกรรมฝ่ายเดียว : พินัยกรรม

ในประเด็นเกี่ยวกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นิติกรรมฝ่ายเดียวที่พอจะนำมาพิจารณาเทียบเคียงกับการบริจาคอวัยวะได้คือ “พินัยกรรม” เนื่องด้วยพินัยกรรม ถือเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง และผลของ

³⁰⁹ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์ หรือ กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการนักศึกษาคณะนิติศาสตร์ โครงการเผยแพร่วิชานิติศาสตร์), หน้า 89-94.

³¹⁰ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, หน้า 89-94.

³¹¹ สิทธิที่ไม่ใช่ทางทรัพย์สิน แบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ สิทธิบุคคลภาพ และ สิทธิสถานะของบุคคล

³¹² ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, หน้า 89-94.

การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ คือ กระบวนการภายหลังจากที่ผู้บริจาคถึงแก่ความตายไปแล้ว การบริจาคอวัยวะอาจถือว่าเป็นการกำหนดการเพื่อตายอันเข้าลักษณะของพินัยกรรมได้

โดยที่ ลักษณะของพินัยกรรม ตามนิยามของพินัยกรรมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1646 กำหนดให้ผู้ทำพินัยกรรมชอบที่จะกำหนดการอื่นๆ นอกจากเรื่องทรัพย์สินของตนไว้ในพินัยกรรมได้ โดยกำหนดการอื่นๆ ที่กล่าวถึงนั้น คือ กำหนดการที่สุดแล้วแต่เจตนาของผู้ทำพินัยกรรม³¹³ จึงมีประเด็นให้พิจารณาว่า การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะถือเป็นการอื่นๆ ได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ ท่านศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ ได้สรุปความหมายของ พินัยกรรม ว่า “พินัยกรรมเป็นคำสั่งเพื่อตายสุดท้ายที่กำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือการต่างๆ ที่ผู้ทำพินัยกรรมจะเพิกถอนในเวลาใดก็ได้ โดยจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้”³¹⁴ ดังนั้น ลักษณะของพินัยกรรม จึงเป็นการแสดงเจตนา กำหนดการเพื่อตาย ที่มีลักษณะเป็นคำสั่งสุดท้ายก่อนตาย โดยทรัพย์สินในพินัยกรรมต้องเป็นทรัพย์สินของตนเอง และนอกจากเรื่องของทรัพย์สินนั้น ผู้ทำพินัยกรรมยังชอบที่จะกำหนด “การต่างๆ” อันเป็นเรื่องอื่นที่ไม่ใช่เรื่องทางทรัพย์สินไว้ในพินัยกรรมของตนได้เช่นกัน ในขณะเดียวกันในเรื่องของการต่างๆ นี้ได้มีปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาล ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2508³¹⁵ ได้กล่าวถึงผลของการบริจากร่างกายเอาไว้ที่น่าสนใจ ซึ่งสามารถนำเอาการตีความของศาลดังกล่าวมาใช้พิจารณาเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะได้ ทั้งนี้ศาลฎีกาในคำพิพากษาของศาลนั้นได้ตัดสินว่า “การบริจากร่างกายถือเป็นพินัยกรรม เพราะเป็นการกำหนดการเพื่อตายเกี่ยวกับการใดๆ อันไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สิน”

CHULALONGKORN UNIVERSITY

³¹³ ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *หลักกฎหมายมรดก*, ed. 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 101

³¹⁴ ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *หลักกฎหมายมรดก*, ed. 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 95.

³¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2508 (ย่อสั้น) วินิจฉัยว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1646 นอกจากผู้ตายจะแสดงเจตนา กำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินแล้ว ยังแสดงเจตนาในการต่างๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายก็ได้ คำว่าการต่างๆ ตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น ก็สุดแต่ผู้ตายจะได้แสดงเจตนา กำหนดการเพื่อตายในการต่างๆ ไว้ หากชอบด้วยกฎหมายแล้ว แม้จะไม่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ก็มีผลบังคับได้ตามพินัยกรรมเมื่อตนตายแล้ว และการต่างๆ นั้นมิใช่จะต้องมีกฎหมายระบุไว้ว่าเป็นการใดบ้าง ผู้ตายได้แสดงเจตนา กำหนดการเพื่อตายเกี่ยวกับศพของผู้ตายโดยอุทิศศพของผู้ตายให้แก่กรมมหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ โดยทำถูกต้องตามแบบพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656 พินัยกรรมของผู้ตายนั้นย่อมสมบูรณ์

เมื่อการบริจาคอวัยวะถือเป็นการต่างๆ อันเป็นข้อกำหนดที่สามารถระบุไว้ในพินัยกรรมได้ ย่อมมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป ซึ่งเกี่ยวกับลักษณะของพินัยกรรมที่สำคัญอีกอย่างหนึ่ง คือการพิจารณาในเรื่อง “แบบของพินัยกรรม” ด้วย ซึ่งหนังสือแสดงเจตนาประสงค์บริจาคอวัยวะของ สภากาชาดไทย ถือว่าเป็นแบบของพินัยกรรมได้หรือไม่ นั้น ต้องพิจารณาแบบของพินัยกรรมตาม กฎหมายอันมีทั้งหมด 5 แบบ³¹⁶ กล่าวคือ

1. พินัยกรรมแบบธรรมดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656
2. พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1657
3. พินัยกรรมทำเป็นเอกสารฝ่ายเมือง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1658
4. พินัยกรรมทำเป็นเอกสารลับ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1660
5. พินัยกรรมทำด้วยวาจา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1663

เมื่อรูปแบบของการแสดงเจตนาในการบริจาคอวัยวะของไทยต้องเป็นการแสดงเจตนาด้วย ลายลักษณ์อักษร การบริจาคโดยวาจาจึงไม่อาจมีได้ นอกจากนี้พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง และ พินัยกรรมแบบเอกสารลับ คือพินัยกรรมที่ต้องแสดงความจำนงกับเจ้าพนักงาน กล่าวคือ นายอำเภอ ซึ่งมีได้เป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงความจำนงในการบริจาคอวัยวะ ดังนั้น ในการบริจาคอวัยวะ จึงไม่อาจถือเป็นพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง และ เอกสารลับได้ เช่นกัน ดังนั้นแล้ว การบริจาคอวัยวะที่จะถือเป็นพินัยกรรมได้นั้น จะต้องปรากฏว่าเป็นการแสดงเจตนาบริจาคที่อยู่ในรูปแบบของ พินัยกรรมธรรมดา หรือ พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับเท่านั้น เมื่อรูปแบบของการบริจาคอวัยวะ ส่วนใหญ่ในประเทศไทย คือการบริจาคผ่านทางศูนย์รับบริจาค รูปแบบของการแสดงเจตนาบริจาคใน ลักษณะของพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับจึงไม่ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนเท่าใดนัก “พินัยกรรมแบบธรรมดา” จึงเป็นเพียงพินัยกรรมรูปแบบเดียวเท่านั้นที่เข้าข่ายของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ มากที่สุด ซึ่งเป็นไปตามรูปแบบของการบริจาคมตามแบบฟอร์มแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะที่เป็น ลายลักษณ์อักษร พร้อมทั้งมีพยาน 2 คนลงลายมือชื่อรับรอง รูปแบบด้วย ดังปรากฏตาม ใบแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะของศูนย์รับบริจาคอวัยวะของสภากาชาดไทย

³¹⁶ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.4.3.2.2 ความสัมพันธ์ของหนังสือบริจาคมกับแบบของพินัยกรรม

ทั้งนี้เมื่อพิจารณากฎหมายเยอรมัน ในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน มาตรา 1901a³¹⁷ นั้น มีสาระสำคัญเกี่ยวกับ “Living Will” ซึ่ง Living Will ในกฎหมายเยอรมันนั้นถือเป็นพินัยกรรมรูปแบบหนึ่งอันอยู่ในพินัยกรรมลักษณะพิเศษ³¹⁸ และในบทบัญญัติของกฎหมายนั้นระบุให้อำนาจผู้ทำพินัยกรรมสามารถที่จะแสดงเจตนากำหนดเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะไว้ใน Living Will ได้ โดยให้ถือว่า Living Will มีผลทางกฎหมายในลักษณะเอกสารยืนยันการบริจาคร่างกาย และอวัยวะ³¹⁹ ดังนั้นในประเทศเยอรมัน ผลของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะจึงอยู่ในรูปแบบของพินัยกรรม ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั่นเอง

ในรัฐนิวยอร์ก การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะสามารถทำได้ โดย “พินัยกรรม” ซึ่งพินัยกรรมนั้นมีผลบังคับตามกฎหมาย New York Public Health Law” หรือ PHL โดยพินัยกรรมที่จะมีผลบังคับตามกฎหมายนั้นต้องเป็นพินัยกรรมที่สมบูรณ์และถูกต้องตามหลักของพินัยกรรมที่กฎหมาย

³¹⁷ BGB Section 1901a Living will

(1) If a person of full age who is able to consent has determined in writing, for the event of his becoming unable to consent, whether he consents to or prohibits specific tests of his state of health, treatment or medical interventions not yet directly immanent at the time of determination (living will), the custodian must examine whether these determinations correspond to the current living and treatment situation. If this is the case, the custodian must see to it that the will of the person under custodianship is done. A living will may be revoked at any time without a specific form.

(2) If there is no living will, or if the determinations of a living will do not correspond to the current life and treatment situation, the custodian must determine the wishes with regard to treatment or the presumed will of the person under custodianship, and decide on this basis whether he consents to or prohibits a medical treatment pursuant to subsection (1). The presumed will must be ascertained on the basis of concrete indications. Consideration must be given, in particular, to previous oral or written statements, ethical or religious convictions and other personal values of the person under custodianship.

(3) Subsections (1) and (2) apply regardless of the nature and stage of any illness of the person under custodianship.

(4) No one may be obliged to establish a living will. The conclusion of a contract may not be made contingent on the establishment or submission of a living will.

(5) Subsections (1) to (3) apply to authorised representatives with the necessary modifications.

³¹⁸ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.1.4.4 หลักพินัยกรรมตามกฎหมายเยอรมัน

³¹⁹ Spende, "The Law on Organ Donation in Germany : A Declaration-Based Solution."

กำหนด³²⁰ ทั้งผลของพินัยกรรมจะเกิดเมื่อผู้บริจาถึงแก่ความตายแล้วเท่านั้น³²¹ นอกเหนือจากนี้ ผู้บริจายังชอบที่จะแสดงเจตนาบริจาคผ่านรูปแบบของการบริจาค ซึ่งไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ แต่เป็นรูปแบบการบริจาคที่เกิดขึ้นตามคำวินิจฉัยของศาลนั้นคือ Living Will ด้วย โดยศาลอุทธรณ์และศาลสูงของรัฐนิวยอร์ก ถือว่า Living Will มีผลตามกฎหมายได้ トラบเท่าที่การแสดงเจตนาที่มีความชัดเจน และเชื่อถือได้³²²

เห็นได้ว่าในกฎหมายต่างประเทศ ทั้งกฎหมายเยอรมัน และกฎหมายของรัฐนิวยอร์ก การแสดงเจตนาบริจาคถือเป็นพินัยกรรมตามกฎหมายได้ ในส่วนของประเทศเยอรมัน ถือว่าการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเป็นเรื่องที่สามารถกำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของข้อกำหนดใน Living Will ซึ่งถือเป็นพินัยกรรมรูปแบบหนึ่งตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน ในขณะที่รัฐนิวยอร์ก การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะสามารถทำได้ผ่านพินัยกรรมเช่นกัน รวมตลอดถึงคำวินิจฉัยของศาลรัฐนิวยอร์กนั้น ให้ถือว่าการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะสามารถทำผ่าน Living Will ได้

ในส่วนของประเทศไทยนั้น ในเรื่อง Living Will หรือ Living Will ไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เป็นเรื่องที่บัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 12 ที่มีสาระสำคัญว่า “บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะขอรับบริการทางสาธารณสุข เพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตนหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้” ทั้งนี้ Living Will ในประเทศไทยนั้นไม่ใช่พินัยกรรม เนื่องจากพินัยกรรมคือเจตนากำหนดการเผื่อตาย ซึ่งมีผลหลังจากผู้ทำพินัยกรรมเสียชีวิต แต่ Living Will ไม่ใช่พินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการบริจาคอวัยวะจะถือว่าเป็น Living Wil (หรือไม่ เพียงใดนั้น จะวิเคราะห์โดยละเอียดต่อไปในหัวข้อ 4.4.2 ปัญหาการแสดงเจตนาบริจาคผ่าน Living Will

ดังนั้น ในเรื่องของการบริจาคอวัยวะ จะถือเป็นพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่นั้น ยังไม่มีกฎหมายใดกำหนดไว้ชัดเจน เพียงแต่การพิจารณาว่าเป็นพินัยกรรมหรือไม่

³²⁰ Estates, Powers and Trusts Law (EPTL) 1-2.19 provides that a will includes a written instrument, made as prescribed under the statute, to take effect upon death, whereby a person disposes of property or directs how it shall not be disposed of, or disposes of his body or any part thereof.

³²¹ PHL 4303(1) Donation from a living donor are determined using different criteria.

³²² James, Page 8-9.

นั้น อาศัยการพิจารณาจากลักษณะของ “แบบ” ของพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ซึ่งจากรูปแบบของแบบฟอร์มการบริจาควัยวะของสภาทนายความไทย การบริจาควัยวะย่อมเข้าลักษณะของพินัยกรรมแบบธรรมดาได้

ทั้งนี้เมื่ออาจถือว่าการแสดงเจตนาบริจาควัยวะเป็นพินัยกรรมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แล้ว โดยหลักของพินัยกรรม พินัยกรรมจะมีผลต่อเมื่อผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตายแล้ว หากพิจารณาเทียบกับการบริจาควัยวะกรณีถือว่าเป็นพินัยกรรม การแสดงเจตนาของผู้บริจาคนับตั้งแต่ลงลายมือชื่อยินยอมบริจาควัยวะ ย่อมถือได้ว่าเอกสารการบริจาคนั้นมีผลสมบูรณ์และบังคับได้ตามกฎหมายในฐานะของพินัยกรรม อย่างไรก็ตามหากตีความว่าเป็นพินัยกรรมแล้ว มีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมา เกี่ยวกับความไม่เป็นผลของพินัยกรรมด้วย เนื่องจากทางปฏิบัติและตามข้อบังคับของแพทยสภาฯ และระเบียบของสภาทนายความฯ ได้มีการกำหนดให้การปลูกถ่ายอวัยวะต้องได้รับความยินยอมจากทายาท ซึ่งในการนี้ทายาทอาจให้ความยินยอมหรือไม่ก็ได้ สุดท้ายแต่ทายาทจะตัดสินใจ ทั้งที่หากถือว่าการแสดงเจตนาบริจาคเป็นพินัยกรรม ทายาทย่อมไม่อาจมีสิทธิในการเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในพินัยกรรมนั้นได้ เนื่องจากบุคคลที่มีสิทธิเพิกถอนข้อกำหนดในพินัยกรรมมีเพียงบุคคลเดียวเท่านั้นคือ ผู้ทำพินัยกรรม เพราะสิทธิในการเพิกถอนพินัยกรรมเป็น “สิทธิเฉพาะตัว” ของผู้ทำพินัยกรรม ที่บุคคลอื่นไม่อาจมาเกี่ยวข้องได้³²³ อันปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1693³²⁴ และ 1695³²⁵ ในส่วนของการเพิกถอนพินัยกรรมโดยคำสั่งศาลนั้น แม้กฎหมายจะกำหนดให้ผู้มีส่วนได้เสีย³²⁶ เพิกถอนได้หลังจากผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตายก็ตาม แต่สิทธิในการเพิกถอนโดยคำสั่งศาลจะมีขึ้นเมื่อผู้ทำพินัยกรรมแสดงเจตนาบกร่องเท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณากับการแสดงเจตนาบริจาควัยวะแล้ว เห็นว่าหากถือว่าการแสดงเจตนาบริจาควัยวะเป็นพินัยกรรม ทายาทย่อมไม่อาจใช้สิทธิในการเพิกถอนข้อกำหนดใน

³²³ ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, หน้า 189-92.

³²⁴ **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1693** บัญญัติว่า ผู้ทำพินัยกรรมจะเพิกถอนพินัยกรรมของตนเสียทั้งหมด หรือแต่บางส่วนในเวลาใดก็ได้

³²⁵ **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1695** บัญญัติว่า ถ้าพินัยกรรมได้ทำเป็นต้นฉบับแต่ฉบับเดียว ผู้ทำพินัยกรรมอาจเพิกถอนพินัยกรรมนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนได้ โดยทำลายหรือขีดฆ่าเสียด้วยความตั้งใจ ถ้าพินัยกรรมได้ทำเป็นต้นฉบับหลายฉบับ การเพิกถอนนั้นไม่บริบูรณ์ เว้นแต่จะได้กระทำแก่ต้นฉบับเหล่านั้นทุกฉบับ

³²⁶ ผู้มีส่วนได้เสีย หมายถึง ผู้มีส่วนได้ประโยชน์หากพินัยกรรมถูกเพิกถอนและจะมีส่วนเสียประโยชน์ถ้าพินัยกรรมไม่ได้ถูกเพิกถอน

พินัยกรรมนั้นได้ ดังนั้นการที่ข้อบังคับของแพทยสภาฯ และระเบียบของสภาากาชาดไทยฯ ได้มีการกำหนดให้การปลูกถ่ายอวัยวะต้องได้รับความยินยอมจากทายาท จึงเป็นเรื่องที่ขัดต่อหลักของพินัยกรรม

นอกจากนี้หลักของการทำพินัยกรรมอันเป็นลักษณะสำคัญของพินัยกรรมอย่างหนึ่งนั้น มีประเด็นที่ต้องพิจารณาถึงเรื่องของความสามารถในการทำพินัยกรรมด้วย เนื่องจากพินัยกรรมถือเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด ซึ่งจะสมบูรณ์ต่อเมื่อเขียนเสร็จ และมีผลบังคับเมื่อผู้เขียนถึงแก่ความตาย³²⁷ ทั้งนี้ในเรื่องของพินัยกรรมมีบุคคลที่ถูกจำกัดความสามารถในการทำพินัยกรรมอยู่ด้วยกัน 4 ประเภท กล่าวคือ ผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถและวิกลจริต คนเสมือนไร้ความสามารถ และ สามีภริยา ทำพินัยกรรมเกี่ยวกับสินสมรส ในส่วนบุคคลที่ถูกจำกัดความสามารถในการทำพินัยกรรมที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ คือ ผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถและวิกลจริต คนเสมือนไร้ความสามารถ โดยที่คุณสมบัติของผู้บริจาคอวัยวะ ที่สภาากาชาดไทยกำหนดนั้น ในเรื่องอายุของผู้บริจาค ศูนย์รับบริจาค สภาากาชาดไทย กำหนดว่า “ผู้บริจาคอวัยวะต้องมีอายุไม่เกิน 60 ปี”³²⁸ อันเป็นการกำหนดเกณฑ์อายุขั้นสูงที่จะสามารถเป็นผู้บริจาคได้ หากไม่กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำไว้แต่อย่างใด ซึ่งน่าพิจารณาว่าผู้เยาว์นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 25³²⁹ กำหนดให้ทำพินัยกรรมได้ เมื่ออายุครบ 15 ปีบริบูรณ์ ดังนั้นหากผู้บริจาคมีอายุต่ำกว่า 15 ปีบริบูรณ์ ย่อมน่าพิจารณาว่าการบริจาคอวัยวะย่อมตกเป็นโมฆะ เพราะไม่ได้เป็นไปตามหลักเรื่องความสามารถเกี่ยวกับตัวผู้ทำพินัยกรรม

นอกจากเรื่องผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถและคนวิกลจริตก็ถูกจำกัดความสามารถในการทำพินัยกรรมด้วย อันปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1704³³⁰ กล่าวคือ

³²⁷ ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *หลักกฎหมายมรดก*, ed. 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 95.

³²⁸ สภาากาชาดไทย, "การบริจาคและสิทธิประโยชน์," [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <https://www.redcross.or.th/donate/> [13 พฤษภาคม 2562]

³²⁹ **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 25** ผู้เยาว์อาจทำพินัยกรรมได้เมื่ออายุสิบห้าปีบริบูรณ์

³³⁰ **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา มาตรา 1704 บัญญัติว่า** พินัยกรรมซึ่งบุคคลผู้ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถทำขึ้นนั้น เป็นโมฆะ พินัยกรรมซึ่งบุคคลผู้ถูกอ้างว่าเป็นคนวิกลจริต แต่ศาลยังไม่ได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถทำขึ้นนั้น จะเป็นอันเสียเปล่าก็แต่เมื่อพิสูจน์ได้ว่าในเวลาที่ทำพินัยกรรมนั้นผู้ทำจริงวิกลอยู่

พินัยกรรมที่คนไร้ความสามารถทำขึ้นตกเป็นโมฆะ และพินัยกรรมที่คนวิกลจริตทำขึ้น จะตกเป็นโมฆะ ต่อเมื่อพิสูจน์ได้ว่าในเวลาทำพินัยกรรมนั้นมีอาการวิกลจริตอยู่ ซึ่งเมื่อพิจารณาควบคู่กับคุณสมบัติของผู้บริจาคอวัยวะ ที่สภาทนายความไทยกำหนดแล้วนั้น กลับไม่พบว่ามีกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสามารถของผู้แสดงเจตนาในรูปแบบอื่นนอกเหนือจากเรื่องอายุของผู้บริจาค ดังนั้นจึงมีประเด็นให้พิจารณาได้ต่อไปว่า หากผู้แสดงเจตนาบริจาคเป็นบุคคลไร้ความสามารถ หรือเป็นบุคคลวิกลจริต การบริจาคมานั้นจะมีผลสมบูรณ์ได้หรือไม่ ซึ่งประเด็นเกี่ยวกับความสามารถนี้เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาในขั้นแรกเสียก่อนว่าการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะถือเป็นพินัยกรรม หากได้ความว่าเป็นพินัยกรรม ปัญหาความสามารถย่อมเป็นปัญหาสำคัญที่สมควรวิเคราะห์และศึกษาต่อไปได้

4.2.2 นิติกรรมหลายฝ่าย : สัญญา

นอกเหนือจากการพิจารณาว่าการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเป็นนิติกรรมแล้ว การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะย่อมอาจเข้าลักษณะของนิติกรรมฝ่ายเดียว หรือ นิติกรรมหลายฝ่ายก็ได้ โดยนิติกรรมหลายฝ่ายตามที่วิเคราะห์ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ “สัญญา” ซึ่งต้องมาวิเคราะห์ว่าการแสดงเจตนาบริจาคจะถือเป็นสัญญาได้หรือไม่ และหากถือว่าเป็นสัญญาได้แล้ว การแสดงเจตนาจะเข้าลักษณะใดทางกฎหมาย

เมื่อนำเอาการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะมาพิจารณาว่าเป็นสัญญาหรือไม่นั้น คือ การพิจารณาว่ามีการแสดงเจตนา และตกลงยินยอมกันมากกว่าหนึ่งฝ่ายหรือไม่ เห็นว่า การเกิดสัญญานั้นจะต้องมี “คำเสนอ” อันเป็นการแสดงเจตนาขอทำสัญญา และต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดแจ้ง³³¹ ที่ว่าชัดแจ้งนั้นคือมีข้อความชัดเจนแน่นอน ขนาดพอที่จะถือเป็นข้อผูกพันตามสัญญาได้³³² ดังเช่นลักษณะของคำเสนอซื้อหรือคำเสนอขาย ต้องมีความชัดเจนแน่นอน กล่าวคือ มีการระบุ ชนิด ประเภท ราคา และจำนวนทรัพย์สินที่ประสงค์จะซื้อขายกัน³³³ เป็นต้น ทั้งนี้เมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะแล้ว ผู้ประสงค์ทำการบริจาคอวัยวะ ต้องมาแสดงเจตนาบริจาคผ่านหนังสือหรือแบบฟอร์มตามที่ศูนย์รับบริจาค สภาทนายความไทยกำหนด ซึ่งรายละเอียดของแบบฟอร์มที่

³³¹ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ(จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, ed. 14 (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์หนังสือกฎหมายวิญญูชน, พ.ศ.2561), หน้า 280-81.

³³² ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย รองศาสตราจารย์ ดร.ดาราดพร ธีระวัฒน์, หน้า 196-97.

³³³ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ(จำปี) โสทธิพันธ์, หน้า 280-81.

กล่าวถึง มีการให้ระบุถึงชนิดของอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคอยู่ด้วย ในขณะที่การบริจาค่นั้น ไม่อาจมีเรื่องของราคา จำนวน หรือ เรื่องอื่นใดที่จะระบุในการบริจาค่นั้นได้อีก ดังนั้นการที่แบบฟอร์มของศูนย์รับบริจาคให้ระบุประเภทของอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาค ย่อมอาจตีความได้ว่ามีการแสดงเจตนาทำคำเสนอที่มีข้อความชัดเจนแน่นอนในระดับหนึ่งแล้ว นอกจากนี้ในการพิจารณาเรื่องการเกิดของสัญญา นั้น นอกจากคำเสนอแล้ว จะต้องมีส่วนหนึ่งที่เรียกว่า “คำสนอง” เพราะคำเสนอและคำสนองต้องตรงกันจึงจะก่อให้เกิดเป็นสัญญาได้ คำสนองนั้นคือคำตอบรับทำสัญญาตามคำเสนอ³³⁴ และเมื่อเป็นคำตอบรับคำสนองจึงเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมอย่างหนึ่งเช่นเดียวกับคำเสนอ ในการพิจารณาคำสนองนั้นจึงต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ของคำเสนอด้วย เมื่อพิจารณาการบริจาคอวัยวะ ผู้บริจาคอาจอยู่ในฐานะของผู้เสนอ แต่ศูนย์รับบริจาคจะอยู่ในฐานะของผู้เสนอได้หรือไม่ ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณา เนื่องจากคำสนองนั้นอาจเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ซึ่งการแสดงเจตนาสนองรับโดยปริยายนั้นคือการอาศัยหลักการสันนิษฐาน³³⁵ ว่ามีการสนองรับแล้วนั่นเอง ในขณะที่ศูนย์รับบริจาคถือว่าการสนองรับใดๆ แล้วหรือไม่ ยังคงเป็นประเด็นปัญหา อันการที่จะถือว่าศูนย์รับบริจาคอวัยวะมีการส่งมอบบัตรบริจาคอวัยวะแก่ผู้บริจาค อีกทั้งเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตาย ศูนย์รับบริจาคมีกระบวนการต่างๆ ที่เกิดภายหลังจากผู้บริจาคถึงแก่ความตาย อันเป็นการกระทำของศูนย์รับบริจาคเอง เช่น การติดต่อกับทายาทผู้บริจาคเพื่อขอความยินยอม เป็นต้น ก็ยังไม่มีข้อความชัดเจนในทางปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม หากถือว่าการแสดงเจตนาบริจาคเป็นสัญญา ลักษณะของสัญญาที่พอนำมาพิจารณาได้ในประเด็นนี้ คือ สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก และ สัญญาให้

4.2.2.1 สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก

การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะนั้น อาจเข้าลักษณะของสัญญารูปแบบหนึ่ง เนื่องจากหลักในการก่อให้เกิดสัญญาคือการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกัน ดังนั้นเมื่อเกิดเป็นสัญญาแล้ว จึงต้องมาพิจารณารูปแบบความสัมพันธ์ของสัญญาด้วยว่าอยู่ในรูปแบบใด กล่าวคือ ผลของสัญญาผูกพันเฉพาะคู่สัญญา หรือผลของสัญญาผูกพันบุคคลภายนอกด้วย ซึ่งหากผลของสัญญาผูกพัน

³³⁴ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุรินทร์ พงศปาน, หน้า 463-64.

³³⁵ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ(จำปี) โสทธิพันธุ์โสทธิพันธุ์, หน้า 280-81.

บุคคลภายนอกแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกได้ และต้องถูกบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 ถึง 376³³⁶

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากนิยามของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกตามความเห็นของนักกฎหมายดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 นั้น³³⁷ ในการพิจารณาว่าการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเข้าลักษณะของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกหรือไม่เพียงใดนั้น ก่อนอื่นต้องได้ความว่าอวัยวะถือเป็นทรัพย์สินเสียก่อน เมื่อได้ความว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สินย่อมสามารถนำเอาอวัยวะ มาทำนิติกรรมในฐานะวัตถุแห่งสิทธิได้ อย่างไรก็ดี การจะพิจารณาว่าการบริจาคอวัยวะนั้นเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกหรือไม่ สิ่งสำคัญสิ่งแรกที่ต้องคำนึงถึง คือ บุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์จากการแสดงเจตนาบริจาค ทั้งนี้เมื่อพิจารณาแล้วการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริจาค กับศูนย์รับบริจาค ศูนย์รับบริจาคย่อมอยู่ในสถานะของคู่สัญญา ในการนี้ย่อมไม่อาจเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกได้ เนื่องจากความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ไม่มีบุคคลภายนอก (เป็นการแสดงเจตนาระหว่างผู้บริจาคต่อศูนย์รับบริจาคเท่านั้น) ดังนั้น การบริจาคอวัยวะโดยการนำเอาอวัยวะของผู้บริจาคไปใช้เพื่อการปลูกถ่ายโดยไม่ได้ระบุตัวผู้รับการปลูกถ่ายไว้โดยเฉพาะเจาะจงในส่วนนี้จึงเป็นสัญญาสองฝ่ายระหว่างผู้บริจาคและศูนย์รับบริจาค อย่างไรก็ดีประเด็นของบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์นั้นในความเห็นของนักกฎหมายและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย ให้ความเห็นว่า คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องระบุตัวบุคคลภายนอกในขณะทำสัญญา หากแต่ต้องกำหนดลักษณะหรือคุณสมบัติของบุคคลภายนอกไว้อย่างชัดเจน³³⁸

³³⁶ **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374** บัญญัติว่า ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาตกลงว่าจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกไซ้ไร ท่านว่าบุคคลภายนอกมีสิทธิจะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้โดยตรงได้ ในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น สิทธิของบุคคลภายนอกย่อมเกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 375 บัญญัติว่า เมื่อสิทธิของบุคคลภายนอกได้เกิดขึ้นตามบทบัญญัติแห่งมาตราก่อนแล้ว คู่สัญญาหาอาจจะเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธินั้นในภายหลังได้ไม่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 376 บัญญัติว่า ข้อต่อสู้อันเกิดแต่มูลสัญญาดังกล่าวมาในมาตรา 374 นั้น ลูกหนี้อาจจะยกขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกผู้จะได้รับประโยชน์จากสัญญานั้นได้

³³⁷ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.4.1.1 ลักษณะทั่วไปของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก

³³⁸ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.4.1.2 ลักษณะของบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาแล้ว แม้การแสดงเจตนาบริจาค จะเป็นการแสดงเจตนาระหว่างผู้บริจาค กับ ศูนย์รับบริจาค แต่ผลของการบริจาค่นั้น คือการนำเอาอวัยวะของผู้บริจาคไปปลูกถ่ายให้กับผู้รับบริจาคซึ่งเป็นบุคคลภายนอก โดยผู้รับบริจาคหาจำเป็นต้องเป็นบุคคลที่กำหนดไว้แน่นอนแล้วขณะทำสัญญาไม่ว่าอย่างไรก็ดี ในการพิจารณาว่าการบริจาคอวัยวะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกได้หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาด้วยว่าการบริจาคอวัยวะผูกพันผู้แสดงเจตนาถึงขนาดที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงเจตนา หรือเพิกถอนการแสดงเจตนาได้หรือไม่ เนื่องจากการเป็นสัญญาได้นั้นต้องปรากฏว่ามีสภาพบังคับทางกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อผู้บริจาคแสดงเจตนาไปแล้ว ย่อมไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้อีก เนื่องจากการแสดงเจตนาอันมีผลผูกพันและก่อเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกแล้ว เมื่อคำนึงในประเด็นนี้ย่อมพิจารณาได้ว่า การที่ผู้บริจาคแสดงเจตนาบริจาคไปแล้ว โดยหลักผู้บริจาคสามารถเพิกถอนการแสดงเจตนาอันนั้นได้ トラบเท่าที่ผู้บริจาคยังมีชีวิต การบริจาคจึงหาสภาพบังคับอันเป็นหลักการของสัญญา ทั้งการจะถือเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกนั้นยังต้องมีสัญญาที่เป็นเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และบุคคลภายนอก แต่ในการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ ผู้แสดงเจตนาไม่ได้อยู่ในฐานะเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ ประกอบกับศูนย์รับบริจาค กับผู้รับบริจาคก็หาใช้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกแต่อย่างใด เนื่องด้วยหลักของการบริจาคอวัยวะนั้นคือการที่ผู้บริจาค ประสงค์จะบริจาคอวัยวะของตนแก่ศูนย์รับบริจาคเพื่อให้ศูนย์รับบริจาคจัดการนำเอาอวัยวะของตนไปปลูกถ่ายให้กับบุคคลอื่นได้ อันมิได้อยู่ในลักษณะของการให้ศูนย์รับบริจาคชำระหนี้แก่ผู้รับบริจาคซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ดังนั้น การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะนั้นไม่เข้าลักษณะของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกได้ อย่างไรก็ดี แม้การแสดงเจตนาบริจาคอาจไม่เข้าลักษณะของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก แต่เมื่อยังพอถือได้ว่าการแสดงเจตนาบริจาคเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ผลของการแสดงเจตนาผูกพันคู่สัญญา และอาจเข้าลักษณะของสัญญาในรูปแบบอื่นได้ เช่นเดียวกัน หนึ่งในสัญญาที่มีลักษณะคล้ายกับการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ คือ สัญญาให้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะอธิบายในหัวข้อถัดไป

4.2.2.2 สัญญาให้

ในประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาให้ นั้น เนื่องจากกฎหมายไทยกำหนดลักษณะของการให้ไว้ เป็น 2 ประเภทด้วยกัน กล่าวคือ การให้ที่มีผลระหว่างผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ และ การให้ที่จะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตายแล้ว ซึ่งการให้ทั้งสองประเภทยังมีประเด็นที่พอจะนำมาใช้ในการวิเคราะห์

และพิจารณาผลของการแสดงเจตนาบริจาคได้ โดยจะวิเคราะห์แยกประเภทของการให้ เป็น 2 ประเภทคือ การให้ที่มีผลระหว่างผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ และ การให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย

การให้ที่มีผลระหว่างผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่นั้น อยู่ภายใต้บทบัญญัติเรื่องการให้โดยเสน่หาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 521 ถึงมาตรา 535³³⁹ ทั้งนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 521 บัญญัติว่า “อันว่าให้นั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่ง เรียกว่า ผู้ให้ออนทรัพย์ของตน โดยเสน่หาแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับและผู้รับยอมรับเอาทรัพย์นั้น”สาระสำคัญของสัญญาให้ตามนิยามจึงเป็นการตกลงของเจตนาซึ่งผู้ให้ออนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์แก่ผู้รับโดยมิได้รับค่าตอบแทนและผู้รับยอมรับเอาทรัพย์นั้น³⁴⁰

ทั้งนี้ก่อนที่จะพิจารณาว่า การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะถือเป็นสัญญาให้ที่สมบูรณ์หรือไม่เพียงใดนั้น สิ่งที่ต้องคำนึงถึงคือ องค์ประกอบของสัญญาให้ ตามมาตรา 521 ด้วย เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของสัญญาให้ตาม มาตรา 521 กับการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะนั้น เห็นว่า การที่จะถือว่าการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเป็นสัญญาให้หรือไม่นั้น ประเด็นแรกที่ต้องคำนึงถึงคือ คู่สัญญา ซึ่งการบริจาคอวัยวะนั้น จะถือว่าผู้บริจาคเป็นผู้ให้ และศูนย์รับบริจาคเป็นผู้รับการให้ ได้มากแค่ไหนเพียงใดนั้น สิ่งสำคัญคือ การจะเป็นผู้ให้ได้ต้องปรากฏว่า ผู้บริจาคโอน “ทรัพย์” ของตนให้แก่ผู้รับ โดยที่ผู้บริจาคต้องอยู่ในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ขณะที่ให้ด้วย แต่ในการบริจาคอวัยวะที่จะถือเป็นสัญญาให้หรือไม่นั้น จึงต้องพิจารณาเสียก่อนว่าอวัยวะอยู่ในสถานะของ “ทรัพย์” ได้หรือไม่ โดยที่นักกฎหมายไทยได้แบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าอวัยวะเป็นทรัพย์ หากถือตามความเห็นฝ่ายนี้ ก็จะต้องมาพิจารณาต่อไปอีกว่า ผู้บริจาคเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอวัยวะของตนหรือไม่ เห็นว่า กรรมสิทธิ์คือ สิทธิในความเป็นเจ้าของ อันอยู่ในลักษณะของทรัพย์สิน ซึ่งเป็ทรัพย์สินที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์ ที่จะบังคับเอาแก่ตัวทรัพย์นั้นได้โดยตรง³⁴¹ หากถือว่าอวัยวะเป็นทรัพย์ การที่ผู้บริจาคแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะของตนให้แก่บุคคลอื่น ย่อมเป็นสิทธิของผู้บริจาคที่จะบังคับเอากับอวัยวะของตนได้โดยตรง ดังนั้นหากถือตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่เห็นว่าอวัยวะเป็น

³³⁹ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะ ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, ed. 8 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, พ.ศ.2560), หน้า 382-83.

³⁴⁰ Patchara Siripathoommas, "สัญญาให้," (2554).[ออนไลน์]. แหล่งที่มา :

<http://patcharasiripathoommas.blogspot.com/2011/08/blog-post.html> [2 พฤศจิกายน 2561]

³⁴¹ ศาสตราจารย์ บัญญัติ สุชีวะ, หน้า 62-63.

ทรัพย์ ตัวผู้บริจาคจึงอาจอยู่ในฐานะของผู้ให้ได้ ในทางตรงกันข้าม หากถือตามความเห็นของนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าอวัยวะไม่ใช่ทรัพย์ ย่อมไม่มีประเด็นต้องพิจารณาเรื่องของสัญญาให้แต่อย่างใด เนื่องจากไม่มีการกระทำใดที่เป็นการ “โอนทรัพย์” ให้แก่ผู้รับ

นอกจากประเด็นเรื่องคู่สัญญาแล้ว ความสมบูรณ์ของสัญญาให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต้องพิจารณาจาก “แบบ” ของสัญญาให้ด้วย สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 แบบ กล่าวคือ สัญญาให้ที่สมบูรณ์ต่อเมื่อมีเจตนาตกลงกันอันเป็นแบบของการส่งมอบ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523 และ แบบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 ที่กำหนดให้ทรัพย์ที่ถ้าจะซื้อขายกันต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ในกรณีนี้การให้ย่อมเป็นอันสมบูรณ์โดยมิพักต้องส่งมอบ แต่ในกรณีของอวัยวะนั้นมิได้มีกฎหมายกำหนดว่าต้องทำเป็นหนังสือหรือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แต่ประการใด ดังนั้น การบริจาคอวัยวะจึงไม่อาจเป็นการให้ที่สมบูรณ์เพราะทำตามแบบได้ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาให้จากเจตนาที่ตกลงกัน ซึ่งตามกฎหมายไทยนั้น เมื่อการให้ทรัพย์อื่นที่ไม่ใช่ทรัพย์ที่ต้องทำตามแบบ ความสมบูรณ์ของสัญญาให้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการ “ส่งมอบ” ทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งการให้ นั้น ในส่วนของการให้อวัยวะจึงต้องมีการส่งมอบอวัยวะต่อกันสัญญาให้จึงจะสมบูรณ์

ทั้งนี้หากจะถือว่าการบริจาคอวัยวะ เป็นสัญญาให้ตามกฎหมาย จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าสัญญาให้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์หรือไม่ ในเมื่อทรัพย์อันเป็นอวัยวะและถือเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้ นั้น ไม่ได้ส่งมอบให้กันขณะแสดงเจตนาทำสัญญา แต่จะถือว่าเป็นการส่งมอบอวัยวะ กล่าวคือ การผ่าตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายได้ต่อเมื่อผู้แสดงเจตนาถึงแก่ความตายตามกฎหมายแล้วเท่านั้น ซึ่งตามความเห็นของนักกฎหมายไทยมีประเด็นเรื่องของการส่งมอบวัตถุแห่งสัญญาให้ที่ยังคงเป็นประเด็นถกเถียงทางวิชาการ กล่าวคือ ความสมบูรณ์ของสัญญาให้ตามกฎหมายไทยนั้นขึ้นอยู่กับ การส่งมอบหรือไม่ โดยนักกฎหมายไทยได้แบ่งความเห็นออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การส่งมอบวัตถุแห่งสัญญาให้ไม่จำเป็นต้องส่งมอบขณะทำสัญญาให้³⁴² ดังนั้นตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายนี้ การส่ง

³⁴² ปรีชา สุมาวงศ์, คำอธิบายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2532 ,พรชัย สุนทรพันธุ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย

มอบจึงไม่ใช่เหตุสำคัญที่จะทำให้สัญญาให้ไม่สมบูรณ์ ในขณะที่ความเห็นของนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่ง³⁴³ เห็นว่า การแสดงเจตนาและการส่งมอบต้องเกิดขึ้นต่อเนื่องเป็นระยะเวลาเดียวกัน ดังนั้น การส่งมอบจึงเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้สัญญาให้สมบูรณ์ ผู้ให้จึงต้องส่งมอบวัตถุแห่งสัญญาให้ในขณะที่สัญญาเท่านั้น³⁴⁴

ในเรื่องนี้กฎหมายต่างประเทศ สัญญาให้ตามกฎหมายเยอรมัน แยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินออกจากกัน ซึ่งสัญญาทางหนี้เป็นมูลเหตุที่ก่อให้เกิดความผูกพัน มูลเหตุของสัญญาให้จึงเป็นการจำหน่ายไปเพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งร่ำรวยขึ้น โดยไม่ต้องชำระค่าตอบแทน³⁴⁵ ในขณะที่มูลเหตุทางทรัพย์สินนั้น คือการส่งมอบหรือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ซึ่งแม้ไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินอย่างแท้จริง สัญญาให้ก็ยังคงสมบูรณ์อยู่ แต่สมบูรณ์ในลักษณะของ “คำมั่นว่าจะให้”³⁴⁶ เมื่อมีการแยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินออกจากกัน การให้ตามกฎหมายเยอรมันจึงไม่ได้สมบูรณ์เพราะการส่งมอบ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเกี่ยวกับการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ ไม่ได้มีการกล่าวว่าการบริจาคือเป็นสัญญาให้ตามกฎหมายแต่อย่างใด หากแต่เป็นการแสดงเจตนาในรูปแบบหนึ่งที่สามารถทำได้หลายรูปแบบ และอาจอยู่ในรูปของพินัยกรรมอย่างหนึ่งได้³⁴⁷ ในส่วนของคำพิพากษาของศาลสิงคโปร์ และ ศาลรัฐนิวยอร์กนั้นก็ไม่ได้มีการกล่าวถึงการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ ว่าเข้าลักษณะของการให้ จึงอาจกล่าวได้ว่าในกฎหมายต่างประเทศการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะไม่มีประเด็นอันเข้าลักษณะของสัญญาให้ตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของสัญญาให้ตามกฎหมายไทย เทียบเคียงกับการบริจาคอวัยวะแล้วนั้น พบว่า การให้ต้องมี การ “โอนทรัพย์สิน” ของผู้ให้ ไปยังผู้รับเสียก่อน ซึ่งจากการศึกษานั้น การที่

แลกเปลี่ยน ให้(กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518) หน้า 19. และโพยม เลขยานนท์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้(กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2500) หน้า 95.

³⁴³ จี๊ด เศรษฐบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยืม ผากทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า (พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2492), หน้า 5., จำปี โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546) หน้า 377-369. และปิ่นโน สุขทรศนี, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514) หน้า 79.

³⁴⁴ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.4.2.2 รูปแบบของการให้ : การส่งมอบ

³⁴⁵ หุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 77.

³⁴⁶ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.1.4.3 สัญญาให้ตามกฎหมายเยอรมัน

³⁴⁷ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.1.4.4 หลักพินัยกรรมตามกฎหมายเยอรมัน

จะเป็นการโอนทรัพย์สินได้ ต้องปรากฏว่าอวัยวะมีสถานะเป็นทรัพย์สินเสียก่อน ซึ่งหากไม่เป็นทรัพย์สิน การบริจาคไม่อาจถือเป็นสัญญาให้ได้ เนื่องจากไม่มีการโอนทรัพย์สินของผู้ให้ไปยังผู้รับ แต่ในขณะเดียวกัน หากพิจารณาว่าอวัยวะมีสถานะเป็นทรัพย์สิน การที่ผู้ให้แสดงเจตนาบริจาคย่อมถือเป็นการโอนทรัพย์สินไปยังผู้รับการให้ซึ่งเป็นศูนย์รับบริจาคได้ นอกเหนือจากตัวคู่สัญญาของสัญญาให้ ความสมบูรณ์ของสัญญาให้ตามนิยามในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น คือ “การส่งมอบ” เมื่ออวัยวะที่บริจาคจะถูกนำไปปลูกถ่ายได้ต่อเมื่อผู้บริจาคเสียชีวิต การส่งมอบอวัยวะจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ในขณะทำสัญญานอกจากนี้เมื่อสัญญาให้แบ่งออกเป็น 2 แบบ กล่าวคือ สัญญาให้ในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ และสัญญาให้ที่จะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ในการพิจารณาประเด็นของสัญญาให้ในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่กับการบริจาคอวัยวะนั้น หากถือว่าผู้บริจาคเป็นผู้ให้ ผลของสัญญาให้คือการโอนทรัพย์สินจะเกิดขึ้นในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น แต่ในการบริจาคอวัยวะผลของการบริจาคจะเกิดต่อเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตาย โดยลักษณะแล้วการบริจาคอวัยวะจึงไม่อาจเป็นสัญญาให้ในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ได้ ดังนั้น แม้จะถือว่าผู้บริจาคเป็นผู้ให้ แต่ย่อมไม่อาจถือว่าการแสดงเจตนาบริจาคเป็นสัญญาให้ตามกฎหมายไทยได้ เนื่องจากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินในขณะที่ทำสัญญาให้ ทั้งผลของสัญญาให้จะเกิดต่อเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตายไปแล้ว อย่างไรก็ตามการให้อวัยวะแบบหนึ่ง ที่ปรากฏในลักษณะของสัญญาให้ที่น่าจะใกล้เคียงกับการบริจาคอวัยวะมากที่สุด คือ การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย

การให้ที่จะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตายแล้ว บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 536 ที่บัญญัติว่า “การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น ท่านให้บังคับด้วยบทกฎหมายว่าด้วยมรดกและพินัยกรรม” จากนิยามของกฎหมายดังกล่าวให้แสดงให้เห็นว่า หากเป็นการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ให้ไปใช้ของมรดกและพินัยกรรมแทน ซึ่งในประเด็นของการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น มีข้อน่าพิจารณาว่า การให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายจะอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยมรดก หรือพินัยกรรมได้หรือไม่เพียงใดนั้น ในประเด็นนี้ **ท่านศาสตราจารย์ ดร.ศันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์** ได้ให้ความเห็นไว้อย่างน่าสนใจโดยพิจารณาจากการศึกษากฎหมายโรมันในเรื่องของการให้ด้วยเหตุแห่งความตายหรือ *donatio mortis causa* ด้วย กล่าวคือ การให้ด้วยเหตุแห่งความตายไม่ใช่เรื่องการให้โดยเสน่หา และไม่ใช่เรื่องพินัยกรรม เพราะการให้โดยเสน่หามีวัตถุประสงค์คือการทำให้องค์ทรัพย์ของผู้รับเพิ่มพูนมากขึ้น ในขณะที่วัตถุประสงค์ของความตายคือเจตนาของผู้ให้ที่ให้อำนาจกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินของตนแก่ผู้รับทันทีเพราะเหตุภัยอันตรายที่ใกล้จะ

ถึงในขณะนั้น อันเป็นเหตุที่ทำให้ผู้ให้ถึงแก่ความตายก่อนผู้รับ ด้วยเหตุนี้จึงไม่ใช่การกำหนดการเผื่อตายอันจะเข้าลักษณะของพินัยกรรม และสัญญาให้ควรเป็นเรื่องของผลระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิต หากเมื่อใดที่ผู้ให้ถึงแก่ความตายก็ให้เป็นเรื่องของมรดกและพินัยกรรม ซึ่งเป็นคนละเรื่อง และคนละวัตถุประสงค์³⁴⁸ ดังนั้นการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายจึงไม่ใช่เรื่องของสัญญาให้ แต่เป็นเรื่องที่ต้องไปพิจารณาหลักในเรื่องมรดก และพินัยกรรม แทน

ทั้งนี้ได้มีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับสัญญาให้อันจะผลต่อเมื่อผู้ให้ตายไว้ ซึ่งอาจกล่าวได้โดยสรุปว่า “สัญญาให้เมื่อตายนั้น ถือเป็นเหมือนเป็นการยกทรัพย์โดยพินัยกรรม อันมีลักษณะของการให้ที่เป็นการกำหนดการเผื่อตาย และต้องปรับใช้โดยอาศัยกฎหมายมรดกและพินัยกรรม” ซึ่งผลของการให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้นต้องพิจารณาผลทั้งที่เกิดก่อนและหลังผู้ให้ถึงแก่ความตายด้วย อันผลที่เกิดก่อนผู้ให้ถึงแก่ความตาย คือการที่ผู้รับการให้ต้องมีชีวิตอยู่ขณะที่ผู้ให้ถึงแก่ความตาย ในขณะที่ผลที่เกิดหลังผู้ให้ถึงแก่ความตายนั้น คือ ผู้รับการให้มีสิทธิในทรัพย์อย่างสมบูรณ์ กล่าวคือ มีสิทธิในความเป็นเจ้าของ และเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้น³⁴⁹

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาผลของการแสดงเจตนาบริจาคกับการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายแล้วนั้น เห็นว่าการจะนำเอาอวัยวะออกจากร่างผู้บริจาคมานั้นเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตาย ซึ่งเข้าลักษณะการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น เนื่องจากผลที่เกิดก่อนและหลังผู้ให้ถึงแก่ความตาย คือ การที่ผู้รับการให้(ในที่นี้คือผู้รับการปลูกถ่ายอวัยวะ) ต้องมีชีวิตอยู่ขณะที่ผู้ให้ถึงแก่ความตาย และผู้รับการให้มีสิทธิในทรัพย์อย่างสมบูรณ์ ซึ่งเมื่อได้ความว่าเป็นการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ก็จำต้องนำเอาหลักเรื่องมรดกและพินัยกรรมมาพิจารณาการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะนี้ด้วย

จากการศึกษาเกี่ยวกับการนำเอาลักษณะของนิติกรรมมาตีความเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะนั้น เห็นว่า อวัยวะนั้นอาจก่อนตีสัมพันธ์ในทางกฎหมายได้ กล่าวคือ เมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตาย อวัยวะนั้นย่อมถูกผ่าตัดออกไปเพื่อใช้ประโยชน์ได้ เสมือนเป็นการจำหน่าย จ่าย โอน อวัยวะให้กับศูนย์รับบริจาคไปจัดการ และนิติกรรมที่พอจะนำมาเทียบเคียงกับการบริจาคอวัยวะคือ “พินัยกรรม”

³⁴⁸ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์โสคติพันธุ์, หน้า 428-29.

³⁴⁹ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.4.2.3 การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย

อันเป็นการกำหนดเพื่อตายเรื่องการต่างๆ ที่ไม่ได้เฉพาะแค่เรื่องทรัพย์สินเท่านั้น แต่การบริจาคอวัยวะนี้อาจเป็นสัญญาได้ ทั้งสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก และสัญญาให้ เนื่องจากโดยสภาพของสัญญาคือการก่อความผูกพัน และต้องมีผลบังคับตามกฎหมาย แต่การบริจาคอวัยวะไม่ได้ก่อสภาพบังคับตามกฎหมายเลย เนื่องจากผู้บริจาคไม่ได้มีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ ผู้บริจาคชอบที่จะถอนการแสดงเจตนาของตนเมื่อใดก็ได้ทราบเท่าที่ผู้บริจาคยังมีชีวิตอยู่ ครั้นจะถือว่าเป็นสัญญาก็ต้องได้ความว่าศูนย์รับบริจาคมีอำนาจในการนำเอาอวัยวะนั้นออกมาได้ โดยอำนาจนี้เกิดจากสัญญาที่ผู้บริจาคแสดงเจตนาก่อความผูกพัน ซึ่งลักษณะนี้ไม่อาจเกิดกับการบริจาคอวัยวะได้

อย่างไรก็ดีนอกเหนือจากการพิจารณาการแสดงเจตนาบริจาคตามหลักของนิติกรรมและสัญญาแล้ว อาจเห็นได้ว่า การแสดงเจตนาหาได้ก่อนนิติสัมพันธ์ใดๆ ในทางกฎหมาย แต่การแสดงเจตนาบริจาคอาจคือการแสดงเจตนารูปแบบอื่น ที่ไม่ใช่นิติกรรมหรือสัญญา แต่เป็นเพียงการที่ผู้บริจาคมี “สิทธิ” บางประการ ในการจัดการเกี่ยวกับเรื่องของตนเอง ซึ่งเป็นสิทธิอะไร และจัดการอย่างไรนั้นจะพิจารณาในบทต่อไป

4.3 ปัญหาสิทธิของผู้บริจาค และสิทธิทายาทต่อการบริจาคอวัยวะ

ในการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะนั้น ถือเป็นแสดงเจตนาของผู้บริจาคที่ประสงค์จะให้ศูนย์รับบริจาคผ่าตัดนำเอาอวัยวะที่อยู่ในร่างกายของตนไปใช้ประโยชน์ และเพื่อทำการปลูกถ่ายต่อไปได้ ในประเด็นว่าการแสดงเจตนาบริจาคมีผลอย่างไรในทางกฎหมาย ก็จำต้องวิเคราะห์จากลักษณะของการแสดงเจตนาว่าเข้าลักษณะของนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ซึ่งได้อธิบายโดยละเอียดแล้วในหัวข้อ 4.2 ปัญหาการนำเอาผลทางกฎหมายลักษณะนิติกรรมมาใช้กับการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ ทั้งนี้มีประเด็นน่าพิจารณาอีกเช่นกันว่า การแสดงเจตนาบริจาคของผู้บริจาคหากไม่เข้าลักษณะนิติกรรมทางกฎหมายแล้วการแสดงเจตนาของผู้บริจาคจะมีผลอย่างไรในทางกฎหมาย

เมื่อพิจารณาแล้ว การแสดงเจตนาของผู้บริจาคอาจไม่ได้ก่อนนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายอย่างใดเลยก็ได้ และสิ่งหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคและพอนำมาปรับใช้กับผลของการแสดงเจตนาบริจาคได้ คือ “หลักความยินยอม” อันไม่ใช่นิติกรรมทางกฎหมาย หากแต่เป็นแค่การยินยอมของผู้บริจาคที่ให้ผ่าตัดอวัยวะของตนไปใช้เพื่อการปลูกถ่ายเท่านั้น แต่ในการพิจารณาหลักของความ

ยินยอมต้องพิจารณาโดยอาศัยฐานของสิทธิเป็นตัวพิจารณาด้วย ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าตัวผู้บริจาคเอง มีสิทธิใดในอวัยวะของตนหรือไม่ อย่างไรและจากการศึกษาผลของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ ไม่เฉพาะแต่ผู้บริจาคอวัยวะเท่านั้นที่เป็นบุคคลสำคัญที่มีผลต่อการปลูกถ่ายอวัยวะ แต่ทายาท หรือญาติผู้ใกล้ชิดได้เข้ามามีบทบาทสำคัญต่อผลของการแสดงเจตนาบริจาคด้วย โดยบทบาทของทายาท หรือ ญาติผู้ใกล้ชิดนั้น คือ การให้ความยินยอมให้มีการปลูกถ่ายอวัยวะตามเจตจำนงของผู้บริจาค ดังที่ปรากฏใน ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม(ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560³⁵⁰ ระเบียบสภาอากาศไทย ว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภาอากาศไทย พ.ศ.2545 และ ประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย พ.ศ.2554³⁵¹ และแบบฟอร์มการบริจาคอวัยวะของศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภาอากาศไทย³⁵² แสดงให้เห็นว่าผลของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะของไทยนั้นให้สิทธิแก่ทายาทในการเลือกว่าจะมอบอวัยวะนั้นให้แก่ศูนย์รับบริจาค โดยการเลือกนั้นสามารถทำได้โดยการแสดงความยินยอมมอบอวัยวะให้แก่ศูนย์บริจาคผ่านทางลายลักษณ์อักษร เมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตาย ปัญหาที่น่าพิจารณาคือ ทายาทมีสิทธิในการให้ความยินยอมหรือไม่ และเหตุใดทายาทจึงมีสิทธิเช่นนั้น นอกจากนี้ในกฎหมายต่างประเทศปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนว่านอกเหนือจากการขอความยินยอมจากทายาทแล้ว กฎหมายยังเปิดโอกาสให้ทายาทมีสิทธิในการบริจาคอวัยวะของผู้ตายได้ แม้ไม่ปรากฏเจตนาของผู้ตายไว้ก็ตาม ซึ่งทายาทจะมีสิทธิแค่ไหน เพียงไรนั้น พิจารณาดังนี้

4.3.1 สิทธิของผู้บริจาคเกี่ยวกับความยินยอมทางกฎหมาย

นอกเหนือจากการพิจารณาว่าการบริจาคอวัยวะเป็นนิติกรรม อันเป็นการก่อนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายแล้ว อาจมองได้อีกทางหนึ่งว่า การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ ไม่ใช่เรื่องของ การ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ อันจะเข้าลักษณะของนิติกรรมเลย ในการนี้จึงต้องมาพิจารณาว่าการแสดงเจตนาบริจาคเข้าลักษณะใดที่นอกเหนือจากเรื่องของนิติกรรมได้บ้าง

³⁵⁰ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.6.1 ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560

³⁵¹ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.6.2 ระเบียบสภาอากาศไทยว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภาอากาศไทย พ.ศ.2545

³⁵² โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.2.2 วิธีการในการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย

เมื่อพิจารณาแล้ว การที่ผู้บริจาคแสดงเจตนาบริจาค นั้น เกิดจากความสมัครใจของผู้บริจาค ที่แสดงเจตนาอุทิศอวัยวะของตนให้แก่ศูนย์รับบริจาคต่อเมื่อตนถึงแก่ความตายไปแล้ว ซึ่งเป็นแค่การ แสดงเจตนาบริจาคตามที่ตนจะประสงค์ หากได้ก่อนนี้หรือหน้าที่แก่ผู้บริจาคที่ว่าเมื่อแสดงเจตนาไป แล้วจะบอกถอนไม่ได้ เนื่องจากหากเมื่อใดก็ตามที่ผู้บริจาคเปลี่ยนใจไม่ยินยอมบริจาคอวัยวะก็ สามารถเปลี่ยนแปลง หรือบอกถอนการบริจาคมานั้นได้ตราบเท่าที่ตนยังมีชีวิตอยู่ในขณะเดียวกันก็ ไม่ได้ก่อสิทธิแก่ศูนย์รับบริจาคในการเอาอวัยวะนั้นมาใช้ได้ในทันทีที่ผู้บริจาคถึงแก่ความตาย หากแต่ ต้องมีกระบวนการภายหลังจากที่ผู้บริจาคถูกวินิจฉัยว่าถึงแก่ความตายอีก ดังนั้นแล้วในประเด็นนี้การ บริจาคอวัยวะจึงอาจไม่ใช่ลักษณะของนิติกรรมเลยก็ได้ หากแต่การบริจาคมานั้น อาจเข้าลักษณะของ “ความยินยอม” ได้

โดยที่ความหมายของความยินยอม นั้น คือการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของผู้ให้ความยินยอมต่อ อีกฝ่ายหนึ่ง³⁵³ แต่ความยินยอมไม่ถือเป็นนิติกรรม เพราะความยินยอมนั้นคือการแสดงเจตนาไม่ได้ก่อ สิทธิหรือหน้าที่ หากแต่เป็นเพียงความยินยอมที่ผู้ให้ความยินยอม ในที่นี้คือผู้บริจาค นั้นสละ ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง อันส่งผลให้เขาไม่อาจอ้างหรือเรียกความคุ้มครองจากกฎหมายได้อีก³⁵⁴

การสละประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองนั้น คือการสละไปซึ่ง “สิทธิ” ของผู้ให้ความยินยอม เนื่องจากสิทธิ คือความชอบธรรมที่บุคคลอาจใช้ยันกับผู้อื่นเพื่อคุ้มครอง หรือรักษาผลประโยชน์อัน เป็นส่วนถึงมีพึงได้ของบุคคลนั้น³⁵⁵ ดังนั้นในการพิจารณาว่า การบริจาคเป็นความยินยอมได้หรือไม่ จึงต้องอาศัยการพิจารณาเรื่อง “สิทธิ” ด้วย เพราะการจะเป็นความยินยอม ต้องปรากฏว่าผู้ให้ความ ยินยอมนั้นมีสิทธิในการให้ความยินยอมเสียก่อน จึงจะพิจารณาต่อไปได้ นอกจากนี้ในการพิจารณา เรื่องความยินยอมนั้น ต้องปรากฏด้วยว่าเป็นความยินยอมเฉพาะสิทธิที่จำหน่าย จ่าย โอน ได้เท่านั้น ทั้งนี้หากกล่าวถึงการบริจาคอวัยวะ สิ่งที่ต้องคำนึงถึงคือสิทธิในร่างกายของมนุษย์คนหนึ่ง ในการที่จะ มีสิทธิในการจัดการเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายของตนได้ ซึ่งมนุษย์นั้นถือเป็นเจ้าของสิทธิ หรือ ผู้ถือ

³⁵³ ศาตราจารย์ ดร.ศันต์ภรณ์ โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะ ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรรได้, ed. 2 (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์หนังสือกฎหมายวิญญูชน, พ.ศ.2561), หน้า 136-37.

³⁵⁴ นางสาวสุพัชรินทร์ อัครวิชิตานนท์, "พัฒนาการของหลักกฎหมาย Volenti Non Fit Injuria : ศึกษาการปรับใช้กับประเทศไทย" (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ.2551), หน้า 138-39.

³⁵⁵ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, หน้า 89-90.

สิทธิ โดยมีเนื้อหาแห่งสิทธิ คือการกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ ซึ่งผู้เป็นเจ้าของสิทธิสามารถเรียกร้องได้จากผู้มีหน้าที่ และมีบางอย่างเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการกระทำการหรืองดเว้นการกระทำการบางอย่างด้วย³⁵⁶ ทั้งนี้ในการพิจารณาเกี่ยวกับ “สิทธิ” ของตัวผู้บริจาคนั้นก่อนอื่นจะต้องมาทำความเข้าใจ และพิจารณาว่าผู้บริจาคมีสหสิทธิต่อร่างกายของตนหรือไม่ หรือหากมี สิทธินั้นมีมากแค่ไหน เพียงใด ในเรื่องนั้นจึงต้องพิจารณา โดยอาศัยฐานของสิทธิ และโดยสิทธิแบ่งออกเป็น 2 ประเภทหลักโดยอาศัยวัตถุแห่งสิทธิเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยก สิทธิจึงแบ่งออกเป็น สิทธิในบุคคลภาพ หรือสิทธิในสถานะของบุคคล และสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สิน ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

4.3.1.1 สิทธิของผู้บริจาค

โดยสิทธิบุคคลภาพ คือสิทธิเกี่ยวกับชีวิตกายใจ หรือความมีธรรมชาติเป็นมนุษย์ซึ่งคิดกำหนดเป็นราคาเงินมิได้ และซึ่งกฎหมายบังคับให้ผู้อื่นเคารพ³⁵⁷ โดยสามารถแบ่งออกเป็น สิทธิแห่งบุคลิกภาพทั่วไป และสิทธิแห่งบุคลิกภาพพิเศษ สิทธิแห่งบุคลิกภาพทั่วไปนี้ คือ การยอมรับเกี่ยวกับศักดิ์ศรีของมนุษย์ว่าเป็นสิ่งที่แตะต้องไม่ได้ และบุคคลย่อมมีสิทธิพัฒนาบุคลิกภาพของตนโดยปราศจากสิ่งกีดกั้น ในขณะที่สิทธิแห่งบุคลิกภาพพิเศษ คือ สิทธิในลักษณะเฉพาะที่เจาะจงเป็นรายสิทธิไป สิทธิในการใช้ชื่อ หรือ สิทธิที่บุคคลมีเหนือชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ เป็นต้น³⁵⁸ ในขณะที่สิทธิในทรัพย์สิน คือ สิทธิที่มุ่งถือสิทธิที่เป็นทรัพย์สิน อันกฎหมายให้ไว้เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเจ้าของสิทธิ แบ่งออกเป็น 4 ประเภท คือ ทรัพย์สินสิทธิ สิทธิเหนือสิ่งที่ไม่มีการรูปร่าง สิทธิเรียกร้อง และสิทธิเหนือกองมรดก³⁵⁹

ทั้งนี้ในบทนี้จะกล่าวถึงสิทธิของผู้บริจาคในการบริจาคอวัยวะเท่านั้น อันเป็นสิทธิบุคคลภาพ กล่าวคือ สิทธิในสถานะที่เป็นตัวบุคคล คือความเป็นคนที่กฎหมายรับรอง เมื่อเกิดมาเป็นบุคคล

³⁵⁶ มานิตย์ จุมปา(บรรณาธิการ), ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย, ed. 15 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ.2561), หน้า 135-41.

³⁵⁷ ขุนประเสริฐศุภมาตรา, หนังสือว่าด้วยกฎหมายภาคสิทธิ (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิต), หน้า 19-20.

³⁵⁸ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, ed. 20 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2559), หน้า 180-81.

³⁵⁹ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย, หน้า 180-82.

ก็มีสิทธิเหล่านั้นตามมาด้วย เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ³⁶⁰ อันเป็นสิทธิโดยสภาพของมนุษย์ที่บุคคลพึงมีตั้งแต่มีสภาพบุคคล³⁶¹ และกฎหมายให้การคุ้มครองสิทธินี้เอาไว้ และสามารถแบ่งออกได้เป็น สิทธิในชีวิต อันกฎหมายให้การคุ้มครองไว้เพราะชีวิตเป็นสาระสำคัญ ยิ่งของบุคคล การไม่มีชีวิตเท่ากับการไม่มีสภาพบุคคล แต่ถือเป็นซากอย่างหนึ่งเท่านั้น และสิทธิในร่างกาย คือสิทธิของบุคคลเหนืออวัยวะเนื้อตัวหรืออนามัยของตน โดยมีร่างกายตัวตนของมนุษย์เป็นวัตถุแห่งสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย³⁶² ซึ่ง “สิทธิในชีวิตร่างกาย” ถือเป็นสิทธิพื้นฐานของสิทธิในบุคคล ภาพอันกฎหมายให้การคุ้มครองเอาไว้โดยปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 28 วรรคหนึ่ง³⁶³ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เพื่อเป็นการคุ้มครองเจ้าของสิทธิให้มีสิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น กล่าวคือ มีสิทธิเป็นเจ้าของชีวิตและร่างกายของตนเอง โดยที่บุคคลอื่นใดไม่มีสิทธิมาพรากชีวิตไปจากตน หรือกระทำการรุณกรรมต่อร่างกายของตนได้ ขณะเดียวกัน บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการดำเนินชีวิตและใช้ร่างกายของตนไปตามที่ตนเองปรารถนาโดยอิสระ ไม่ต้องให้ใครมาบีบบังคับหรือบงการ³⁶⁴

เมื่อบุคคลมีสิทธิในชีวิตและร่างกาย และมีเสรีภาพในชีวิตและร่างกายด้วยแล้วนั้น หากเปรียบเทียบกับสิทธิของผู้บริจาค จึงอาจตีความได้ว่าผู้บริจาคมิสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนเองใน การที่จะแสดงเจตนามอบอวัยวะให้กับบุคคลอื่นได้ตามเจตนาที่ตนปรารถนาซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีนิยม (Principle of autonomy) และสิทธิในการกำหนดชีวิตตนเอง (right to self-determination) โดยไม่ได้ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ซึ่งหลักการนี้มีสาระสำคัญคือ “เจ้าของชีวิตต้องเป็นผู้เลือกหรือยินยอมให้ผู้อื่นมากระทำกับชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิของตนเพื่อจะได้สอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของความต้องการที่แท้จริงของเจ้าของชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธินั้น”³⁶⁵

³⁶⁰ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, หน้า 96-97.

³⁶¹ ขุนประเสริฐศุกุมมาตรา, หน้า 18-20.

³⁶² ขุนประเสริฐศุกุมมาตรา, หน้า 18-20.

³⁶³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 28 บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

³⁶⁴ คณิน บุญสุวรรณ, คู่มือการใช้สิทธิของประชาชน (กรุงเทพมหานคร: สุขภาพใจ, พ.ศ. 2547), หน้า 21.

³⁶⁵ ชนภัทร วินยวัฒน์, หน้า 166-68.

เมื่อพิจารณาได้ว่าผู้บริจาคมีสิทธิบางประการเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายของผู้บริจาค อันเป็นสิทธิบุคคลภาพแล้ว การที่ผู้บริจาคอุทิศอวัยวะของตนให้แก่ศูนย์รับบริจาคเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะ ย่อมมองได้ว่าเป็นการที่ผู้บริจาคสละประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง กล่าวคือ ผู้บริจาคสละสิทธิบุคคลภาพของตน ไปให้แก่ผู้อื่นเมื่อตนถึงแก่ความตายไปแล้ว ในประเด็นนี้จึงอาจถือว่า การบริจาคอวัยวะเป็นความยินยอมได้ ซึ่งเมื่อเป็นความยินยอม ย่อมมีประเด็นให้พิจารณาเชื่อมโยงกับความรับผิดชอบของแพทย์ ซึ่งเป็นตัวกลางในการปลูกถ่ายอวัยวะด้วย เพราะโดยหลักแล้วการกระทำของแพทย์ผู้ผ่าตัดอวัยวะนั้นเป็นการผ่าตัดในขณะที่ผู้บริจาคถูกวินิจฉัยว่าแกนสมองตาย แต่ร่างกายของผู้บริจาคยังมีลมหายใจอยู่ หลักเกณฑ์การวินิจฉัยว่าแกนสมองตายจึงเป็นเกณฑ์การตายทางกฎหมาย เมื่อผู้บริจาคยังมีลมหายใจจึงเกิดประเด็นว่าขณะแพทย์ผ่าตัดนั้นผู้บริจาคยังถือว่ามีชีวิตอยู่ในความเป็นจริงการกระทำของแพทย์จึงอาจเข้าลักษณะการละเมิด หรือการฆ่าในทางอาญาได้ ซึ่งต้องอธิบายโดยหลักความยินยอม ดังนี้

4.3.1.2 ความยินยอมของผู้บริจาค

โดยความยินยอมที่จะกล่าวถึงในบทนี้ เป็นความยินยอมของตัวผู้บริจาคในการกำหนดเกี่ยวกับสิทธิในชีวิตและร่างกายของตน จึงพิจารณาเฉพาะ “ความยินยอมในขณะที่ผู้บริจาคยังมีชีวิตอยู่” เท่านั้น ไม่ใช่ความยินยอมเพื่อตาย ทั้งนี้ในเรื่องความยินยอม คือหลัก “Volenti non fit injuria” ซึ่งทั้งความยินยอมทางแพ่งและอาญา สามารถนำเอามาใช้ในการพิจารณาเจตนาของผู้บริจาคได้ เนื่องจากหลักของความยินยอมอาศัยเกณฑ์ในการพิจารณาที่เหมือนกัน กล่าวคือ ความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมด้วยความบริสุทธิ์ใจ มิใช่เกิดจากการขู่เข็ญบังคับหรือหลอกลวงหรือเกิดจากความเข้าใจผิด และเป็นความยินยอมขณะที่เกิดการกระทำนั้น และต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีด้วย³⁶⁶ ในการนี้จึงสามารถแยกพิจารณาเป็นหลักความยินยอมทางแพ่งและความยินยอมทางอาญาได้ ดังนี้

4.3.1.2.1 หลักความยินยอมทางแพ่ง

หลักความยินยอมทางแพ่ง เป็นเรื่องเกี่ยวกับ “หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด” ซึ่งการกระทำของแพทย์อาจเข้าลักษณะของการละเมิดได้ ในประเด็นนี้จึงต้องพิจารณาว่าการกระทำของ

³⁶⁶ มหาวิทยาลัยราชภัฏสงขลา, “ความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ และ เทคโนโลยีด้านการแพทย์กับผลกระทบด้านจริยธรรม,” (หน้า 19-20).

แพทย์ที่ทำการผ่าตัดอวัยวะนั้น ถือว่าเป็นการละเมิดหรือไม่ และหากเป็นการละเมิดจะสามารถอาศัยหลักความยินยอมเพื่อให้แพทย์พ้นผิดได้หรือไม่ เนื่องจากในการพิจารณาถึงความยินยอมนั้น ความยินยอมนั้นจะใช้ได้เฉพาะกับสิทธิที่สามารถจำหน่าย จ่าย หรือ โอนได้เท่านั้น แต่สิทธิเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายของผู้บริจาค นั้น เป็นสิทธิบุคคลภาพอันเป็นสิทธิเด็ดขาด จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าความยินยอมในการให้แพทย์ทำการผ่าตัดอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายนี้ ถือเป็นความยินยอมได้หรือไม่ และต้องพิจารณาต่อไปอีกด้วยว่าหากถือการบริจาคเป็นความยินยอมแล้ว ความยินยอมนั้นจะขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ด้วย

โดยหลักแล้วการที่แพทย์กระทำการผ่าตัดอวัยวะในขณะที่ผู้บริจาคถูกวินิจฉัยว่าแกนสมองตาย แต่ในความเป็นจริงผู้บริจาคมียังมีชีวิตอยู่ จึงอาจถือว่าในขณะที่ทำการผ่าตัดอวัยวะนั้นผู้บริจาคมียังมีชีวิตอยู่ อันอาจเข้าลักษณะของการกระทำอันเข้าลักษณะของการละเมิดได้ อย่างไรก็ตามการนำเอาหลักความยินยอมมายกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดนั้น มีข้อพิจารณาว่าความยินยอมของผู้บริจาคจะอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดได้หรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาโดยอาศัยหลักนิติวิธี โดยที่เรื่องความยินยอม ได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 9³⁶⁷ กล่าวคือ ความตกลงหรือความยินยอม สำหรับการกระทำที่ต้องห้ามโดยชัดแจ้งของกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้ ดังนั้นในเรื่องของหลักความยินยอมนี้จึงน่าจะพิจารณาว่า การที่ผู้บริจาคแสดงเจตนายินยอมมอบอวัยวะของตนให้แก่ศูนย์รับบริจาค เป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีหรือไม่

พิจารณาได้ว่า การยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายของตน มิได้มีเจตจำนงเพื่อการรักษา จึงอาจเข้าข่ายของความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีได้ อย่างไรก็ตาม ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ต้องคำนึงถึงตัวของผู้เสียหายในการผ่าตัดอวัยวะเป็นหลัก กล่าวคือ ตัวผู้บริจาค หากเป็นการยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ต้องเป็นการที่ผู้ป่วยหรือผู้บริจาคไม่ได้รับความเสียหาย กล่าวคือ ไม่ได้เจ็บป่วยลง ซึ่งสามารถยกตัวอย่างเปรียบเทียบได้เช่น การยินยอมให้แพทย์ดูแลเพื่อนำไปช่วยชีวิตผู้อื่น ย่อมไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี เพราะร่างกาย

³⁶⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 9 บัญญัติว่า ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหาย สำหรับการกระทำที่ต้องห้าม ชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้

สามารถสร้างเลือดใหม่มาทดแทนได้ และไม่ได้ทำให้ผู้ให้ความยินยอมกลายเป็นคนพิการหรือเจ็บป่วย ลดลงแต่ประการใด ในทางกลับกัน การยินยอมบริจาคอวัยวะ คือการยอมให้แพทย์ผ่าตัดนำเอา อวัยวะสำคัญออกจากร่างกาย และอวัยวะนั้นไม่สามารถสร้างขึ้นใหม่เพื่อทดแทนได้ เช่น ปอด ตา หรือไต เป็นต้น ในเรื่องนี้ได้มีนักกฎหมายไทยส่วนหนึ่งเห็นว่า การผ่าตัดอวัยวะอาจมีปัญหากับ ศีลธรรมอันดี แต่แพทย์ชอบที่จะใช้หลักยกเว้นตาม พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 ที่เปิด โอกาสให้แพทย์อ้างหลักยกเว้นได้ หากเข้ากรณี “การบำบัดรักษาผู้ป่วย” และตามความเห็นของท่าน **ศาสตราจารย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์** ท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า แพทย์ไม่น่าจะมีความรับผิดชอบ ทั้งทางแพ่งและทางอาญา ถ้าการกระทำนั้นอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่ากระทำไปภายใต้ขอบเขตของ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม ที่กระทำตามกระบวนการรักษาโรค ซึ่งเจ้าของอวัยวะยินยอมให้ แพทย์กระทำได้ และแพทย์ผู้กระทำจะต้องเป็นผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแล้ว³⁶⁸

4.3.1.2.2 ความยินยอมทางอาญา

ในส่วนความยินยอมทางอาญาที่นำมาใช้เพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษนั้น ในประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน แต่ในคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1403/2508³⁶⁹ ได้กล่าวถึงความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติ เป็นความผิด ถ้าเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่ขณะกระทำความผิด ความยินยอมย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้กระทำความผิดได้ จากความยินยอมทางอาญาดังกล่าวเห็นว่าทั้ง ความยินยอมทางแพ่งและทางอาญามีหลักเกณฑ์ที่คล้ายกัน กล่าวคือ ต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์

³⁶⁸ มหาวิทยาลัยราชภัฏสงขลา; หน้า 19-20.

³⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1403/2508 วินิจฉัยว่า การยอมความในความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญามาตรา 35 วรรค 2 และ 39(2) นั้น เป็นการกระทำภายหลังที่ความผิดได้เกิดขึ้นแล้ว มิใช่การที่จะกระทำกันไว้ล่วงหน้าก่อนการ กระทำความผิด ข้อตกลงล่วงหน้าก่อนมีการกระทำความผิดจะถือเป็นการยอมความตามบทกฎหมายดังกล่าวไม่ได้

บุคคลจะตกลงกันไว้ก่อนว่าจะไม่ฟ้องคดีอาญา ถ้าหากจะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นต่อไปข้างหน้านั้น ข้อตกลงนั้นหาไม่ผล ก่อให้เกิดหนี้ที่ผูกพันคู่กรณีให้จำต้องงดเว้นไม่ฟ้องคดีอาญาเช่นว่านั้นแต่ประการใดไม่ เพราะอำนาจฟ้องคดีอาญามีอยู่หรือไม่ นั้น มิได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายลักษณะหนี้ในทางแพ่งหากอยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญาอีกส่วนหนึ่ง

ข้อตกลงว่าจะไม่ฟ้องคดีอาญานั้น อาจถือเป็นการยินยอมให้กระทำการที่ตามปกติต้องด้วยบทบัญญัติว่าเป็นความผิดได้ มี หลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาตามนัยฎีกาที่ 616/2482 และ 787/2483 ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใด กระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนถึงขณะกระทำการ อันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิด

ของผู้เสียหายขณะที่ถูกกระทำ และความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี อย่างไรก็ตามความยินยอมทางอาญานั้นมีส่วนที่ต่างกัน กล่าวคือ ความยินยอมทางอาญานั้นถือหลักว่า ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความรู้สึกในทางธรรมจรรยาแล้วก็ถือว่าเป็นความยินยอมที่จะยกเว้นความผิดตามกฎหมายอาญาได้³⁷⁰ ซึ่งในเรื่องนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเรื่องศีลธรรมอันดีของประชาชน ว่าการผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกไปจากร่างกายเพื่อการปลูกถ่ายนั้นขัดกับศีลธรรมอันดีหรือไม่ เช่นกัน ท่านศาสตราจารย์แสง บุญเฉลิมวิภาส ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการพิจารณาว่าการกระทำใดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ต้องพิจารณาความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องที่และเวลาที่เกิดการกระทำนั้น³⁷¹ ประเด็นว่าความยินยอมของผู้บริจาคให้ผ่าตัดอวัยวะเพื่อนำไปปลูกถ่ายนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่เพียงใดนั้น คือการพิจารณาว่าประชาชนยอมรับในการกระทำนั้นได้หรือไม่³⁷² ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงการที่ผู้บริจาคยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดนำอวัยวะของตนเมื่อเป็นการยินยอมของตัวผู้บริจาคด้วยความเต็มใจ อันเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ ทั้งเจตนาของการบริจาคนั้นเพื่อนำไปปลูกถ่ายอวัยวะอันเป็นเจตนาเพื่อช่วยเหลือผู้อื่นต่อไป โดยผู้บริจาคหาได้รับประโยชน์ตอบแทนใดๆ ไม่ เมื่อการบริจาคไม่ใช่การซื้อขาย ความยินยอมของผู้บริจาคในการบริจาคอวัยวะของตนจึงเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด

4.3.1.2.3 ความยินยอมทางการแพทย์

ในเรื่องทางการแพทย์ มีการกล่าวถึงหลักความยินยอมไว้เช่นเดียวกัน คือความยินยอมในการรักษาพยาบาล หรือ หลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) อันเป็นหลักสากลตามปฏิญญาสิทธิสภอนว่าด้วย “สิทธิผู้ป่วย” ของแพทยสมาคมโลก (The World Medical Association Declaration on the Rights of the Patient)³⁷³ ซึ่งถูกบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติ

³⁷⁰ ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์, "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด," วารสารกฎหมาย ฉบับที่ 2 พ.ศ.2520 (พ.ศ.2520): หน้า 1-2.

³⁷¹ กฎหมายอาญากฎ 1 ed. 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พ.ศ.2529), หน้า 776.

³⁷² ศาสตราจารย์ แสง บุญเฉลิมวิภาส, "การนำอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่ การซื้อขายอวัยวะและความผิดฐานทำร้ายร่างกาย," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 19 ฉบับที่ 4 (พ.ศ.2534): หน้า 1-9.

³⁷³ ไพศาล ลิ้มสถิตย์, "ความยินยอมของผู้ป่วยในการรักษาตาม พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติ," (นิตยสารหมอชาวบ้าน เล่มที่: 375กรกฎาคม 2553), [online]. แหล่งข้อมูล : <https://www.doctor.or.th/article/detail/11009> [8 มิถุนายน 2562].

สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8³⁷⁴ โดยหลักการนี้ให้สิทธิแก่ผู้ป่วยในการตัดสินใจเกี่ยวกับตนเองโดยอิสระ แต่แพทย์มีหน้าที่จะต้องแจ้งให้ผู้ป่วยทราบถึงวัตถุประสงค์ของการตรวจวินิจฉัยหรือบำบัดรักษา รวมทั้งผลที่จะเกิดขึ้น ความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการตัดสินใจ ผู้ป่วยที่เข้าใจวิธีการรักษาแล้ว จะยินยอมให้แพทย์รักษาหรือไม่ก็ได้ ซึ่งหลักการตาม พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 นี้เป็นเรื่อง “ความยินยอมในการรักษา” หากใช้ความยินยอมในการบริจาคไม่ อย่างไรก็ดี หลักการนี้เป็นหลักการที่ยึดถือตามแนวคิดเสรีนิยม (Principle of autonomy) และสิทธิในการกำหนดชีวิตตนเอง (Right to self-determination) ซึ่งเป็นแนวคิดที่คล้ายกับหลักความยินยอมในการบริจาค เมื่อความยินยอมของผู้ป่วยเกิดจากการคิด และ ตัดสินใจของผู้ป่วยเอง ความยินยอมของผู้ป่วยจึงเป็นผลให้การรักษาพยาบาลของแพทย์ที่กระทำภายใต้กรอบของกฎหมายนั้นถือเป็น “การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย” เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแพทย์จึงไม่เกิดความรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา ในส่วนของการบริจาคเมื่อพิจารณาโดยอาศัยหลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) ในการวิเคราะห์ อาจถือว่าการบริจาคอวัยวะเกิดจากการคิด และ ตัดสินใจของผู้บริจาคเอง จึงเป็นผลให้การผ่าตัดอวัยวะของแพทย์เพื่อการปลูกถ่ายที่กระทำภายใต้กรอบของกฎหมายนั้นถือเป็น “การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย” เช่นกัน

อนึ่ง เมื่อพิจารณาหลักของความยินยอม กับการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะแล้ว ในส่วนเกี่ยวกับความรับผิดของแพทย์ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะ มีข้อน่าพิจารณาว่า แพทย์จะอาศัยหลักของความยินยอมมายกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดและความรับผิดทางอาญาของตนได้หรือไม่ เนื่องจาก

CHULALONGKORN UNIVERSITY

³⁷⁴ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 บัญญัติว่า ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุข ต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการ ทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใด จะให้บริการนั้นมิได้

ในกรณีที่เกิดความเสียหายหรืออันตรายแก่ผู้รับบริการเพราะเหตุ ที่ผู้รับบริการปกปิด ข้อเท็จจริงที่ตนรู้และควรบอกให้แจ้งหรือแจ้ง ข้อความอันเป็นเท็จ ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรือ อันตรายนั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

- (1) ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความ จำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน
- (2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจ แจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พินัยชีพ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของ ผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้

หลักความยินยอมนั้น ในทางแพ่งมีปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติ³⁷⁵ แต่ความรับผิดเพื่อละเมิดนั้นถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในขณะที่ความยินยอมทางอาญาไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่อาจอยู่ในลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไป³⁷⁶ ในการนี้จึงต้องมาพิจารณาประกอบกับลำดับชั้นของกฎหมาย และนิติวิธีด้วยการอาศัยความยินยอมมาพิจารณาเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะนั้นสามารถอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดของแพทย์ได้จริงหรือไม่ เมื่อพิจารณาแล้ว ในส่วนการกระทำของแพทย์นั้น แม้ความรับผิดของแพทย์ในทางละเมิดอันเป็นทางแพ่งจะมีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมฯ มาตรา 9 อันเป็นกฎหมายลำดับชั้นเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่ในความเสี่ยงของแพทย์ที่ต้องรับผิดในทางอาญานั้นมิได้มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างพระราชบัญญัติ ดังนั้นแพทย์ย่อมมีความเสี่ยงที่ต้องรับผิดทางอาญา และไม่สามารถการอาศัยความยินยอมของผู้บริจาคเพื่อให้การกระทำของแพทย์พ้นผิดทางอาญาได้

นอกจากนี้ในประเด็นว่าการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะจะถือเป็นความยินยอมนี้มีข้อนำพิจารณาว่า ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ จะอาศัยหลักอิสระในทางแพ่งมาพิจารณาได้หรือไม่ เพราะความยินยอมในการบริจาคอวัยวะถือเป็นความยินยอมให้ผู้อื่น คือ แพทย์ ก่อความเสียหาย ต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย ของผู้เสียหาย ซึ่งไม่ได้กระทบเฉพาะตัวผู้เสียหายเท่านั้น แต่กระทบกับทายาทด้วย ความยินยอมจึงไม่อาจกระทำได้ตามอำเภอใจ³⁷⁷ ดังนั้น ในการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะจึงอาจไม่ใช่เรื่องเฉพาะตัวของผู้บริจาคเท่านั้น แต่มีประเด็นเรื่องของทายาทเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งจะพิจารณาในบทต่อไป

4.3.2 สิทธิของทายาทในความยินยอม

ในประเทศไทยการบริจาคอวัยวะของศูนย์บริจาคโดยส่วนใหญ่ นั้น ขั้นตอนก่อนเอาอวัยวะไปใช้ตามเจตจำนงของผู้บริจาคจะต้องผ่านการได้รับความยินยอมจากทายาทเป็นลายลักษณ์อักษรเสียก่อน โดยหากไม่ได้รับความยินยอมจากทายาทแล้วศูนย์รับบริจาคย่อมไม่อาจนำเอาอวัยวะ ไปใช้เพื่อการปลูกถ่ายต่อไปได้ ดังนั้นสิทธิในการให้ความยินยอมของทายาท จึงถือเป็นประเด็นสำคัญ

³⁷⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 9

³⁷⁶ ศาตราจารย์ ดร.ศันท์กรณ์ โสทธิพันธ์, หน้า 134-35.

³⁷⁷ ศาตราจารย์ ดร.ศันท์กรณ์ โสทธิพันธ์, หน้า 138-39.

เพราะถือเป็นองค์ประกอบหลักที่ศูนย์รับบริจาคจะนำเอาอวัยวะของผู้บริจาคไปใช้ประโยชน์ตามเจตจำนงของผู้บริจาคโดยชอบต่อไป

ในการพิจารณาสิทธิของทายาทในการให้ความยินยอมนี้ ก่อนอื่นต้องพิจารณาเสียก่อนว่า ทายาทอาศัยสิทธิอะไรในการให้ความยินยอม ทั้งนี้เนื่องจากตัวผู้บริจาคมีสิทธิบุคลิกภาพ อันเป็นสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนเอง ที่จะแสดงเจตนามอบอวัยวะให้กับบุคคลอื่นได้ตามเจตนาที่ตนปรารถนาซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีนิยม (Principle of autonomy) และสิทธิในการกำหนดชีวิตตนเอง (right to self-determination) อย่างอิสระ อย่างไรก็ตาม สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัยของผู้เสียหาย อันเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิบุคลิกภาพ มิได้เป็นประโยชน์ส่วนตัวของผู้เสียหายเท่านั้น ในประเด็นนี้ **ท่านศาสตราจารย์ ดร.ศันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์** ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับสิทธิต่อชีวิต ร่างกาย และอนามัยไว้ว่า สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิเด็ดขาด ที่ไม่อาจจำหน่าย ง่ายโอนได้ เนื่องจากหากเกิดความเสียหายต่อสิทธินั้นแล้ว ความเสียหายไม่ได้เกิดเฉพาะตัวของผู้เสียหาย หากแต่มีผลกระทบต่อบุคคลในครอบครัว หรือทายาทของผู้เสียหายด้วยเช่นกัน³⁷⁸ ด้วยเหตุนี้ ผลของการบริจาคอวัยวะแม้จะเกิดจากเสรีภาพของผู้บริจาคในการกำหนดชีวิตของตนเอง แต่ผลหลังจากที่ตนถึงแก่ความตายไปแล้วนั้น กระทบต่อทายาทด้วย

นอกจากนี้ ปัจจัยที่ศูนย์รับบริจาคต้องขอความยินยอมจากทายาท หรือ ญาติใกล้ชิดก่อน ผ่าตัดอวัยวะเพื่อนำมาปลูกถ่ายนั้น เนื่องจากความเสี่ยงของแพทย์ทั้งทางแพ่งและทางอาญา³⁷⁹ อันเกิดจากประเด็นปัญหาเรื่องความหมายของการตายทางกฎหมาย อันก่อความเข้าใจผิดให้กับทายาทเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องแกนสมองตาย³⁸⁰ ซึ่งทายาทอาจเข้าใจว่าผู้บริจาคยังไม่ถึงแก่ความตายขณะที่ ผ่าตัดอวัยวะได้ เมื่อสถานะทางกฎหมายของไทยยังไม่ชัดเจนเกี่ยวกับเงื่อนไขการตายที่วินิจฉัยโดยอาศัยเกณฑ์แกนสมองตาย ในการนี้แพทย์อาจมีความเสี่ยงที่จะต้องรับผิดชอบอย่างระมัดระวังดีแล้ว ดังนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาและความเสี่ยงดังกล่าว ความยินยอมของทายาทอาจเป็นทางแก้ปัญหา และช่วยลดความเสี่ยงต่อความรับผิดชอบของแพทย์ได้ และเนื่องจากการผ่าตัดอวัยวะเพื่อทำ

³⁷⁸ ศาสตราจารย์ ดร.ศันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์, , หน้า 140-41.

³⁷⁹ ฉัตรแก้ว สอนศิริ, "ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตาย" (มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, พ.ศ.2556), หน้า 58-59.

³⁸⁰ จริญญา ภักดีธนากุล, "ข้อพิจารณาทางกฎหมายกรณีปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายและทารกแรกเกิด," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 19 ฉบับที่ 4 (พ.ศ.2534): หน้า 9-16.

การปลูกถ่ายนั้น จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากทายาท แพทย์จึงมีอำนาจในการผ่าตัดอวัยวะเพื่อทำการปลูกถ่ายได้³⁸¹ ดังนั้นหากไม่ได้รับความยินยอมจากทายาท การปลูกถ่ายอวัยวะจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย นอกจากนี้ความยินยอมของทายาทยังมีผลสำคัญในการสร้างความมั่นใจแก่วงการแพทย์และสาธารณชน ว่าได้พยายามที่จะกำกับ ดูแล และตรวจสอบความถูกต้องให้ครบถ้วนก่อนการผ่าตัดเพื่อปลูกถ่ายอวัยวะ³⁸² นอกจากนี้เหตุผลทางด้านความเสี่ยงในการรับผิดชอบแล้ว เหตุผลทางขนบธรรมเนียม ประเพณี และจิตวิทยา³⁸³ ย่อมล้นแล้วแต่เป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการขอความยินยอมจากทายาทเพื่อผ่าตัดอวัยวะมาใช้ประโยชน์ต่อไป

ด้วยเหตุนี้ความยินยอมของทายาทจึงเป็นสิ่งจำเป็น และถือเป็นส่วนหนึ่งในการที่ศูนย์รับบริจาคจะได้รับอวัยวะเพื่อนำไปปลูกถ่ายต่อไปได้โดยชอบ แต่มีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาเสียก่อนว่าทายาทมีสิทธิในอวัยวะของผู้บริจาคหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาสิทธิของทายาทในเรื่องนี้ต้องวิเคราะห์เสียก่อนว่าการแสดงเจตนาบริจาคเข้าลักษณะใดในทางกฎหมาย โดยหากพิจารณาว่าการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะนั้น ไม่เข้าลักษณะใดทางนิติกรรมเลยแต่เป็นแค่ความยินยอมตามกฎหมายเท่านั้น เพราะเป็นเจตนาของผู้บริจาคขณะที่ผู้บริจาคมียังมีชีวิต เมื่อเป็นเจตนาของผู้บริจาคเองโดยตรง ทายาทจะมีสิทธิในการหักล้าง หรือเพิกถอนสิทธิของผู้บริจาคได้หรือไม่ ในขณะเดียวกันหากการบริจาคอวัยวะไม่ใช่แค่ความยินยอม แต่เข้าลักษณะของพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นเจตนากำหนดการเผื่อตายของผู้บริจาค ทายาทย่อมไม่มีสิทธิในการเพิกถอนพินัยกรรมนั้นได้เช่นกัน ซึ่งในส่วนนี้ย่อมมีผลถึงการวิเคราะห์ในประเด็นสิทธิของทายาท โดยแยกประเด็นในการพิจารณาได้ดังนี้

³⁸¹ ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม(ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 ข้อ 53 และระเบียบสภาากาชาดไทย ว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย พ.ศ.2545 ข้อ 6

³⁸² ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส, หน้า 195.

³⁸³ สุธีร์ หนูช่วย, "กฎหมายวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับการบริจาค และปลูกถ่ายอวัยวะ (Medical Laws of Organ Donation and Transplantation)" (หน้า 6.

4.3.2.1 กรณีการบริจาคเป็นความยินยอมของผู้บริจาค

ในกรณีที่การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะไม่ถือเป็นพินัยกรรม การพิจารณาถึงสิทธิของทายาทในการให้ความยินยอมเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ จึงเป็นประเด็น “สิทธิ” ของทายาทที่มีต่อการบริจาคอวัยวะของผู้ตายเท่านั้น

เมื่อมาพิจารณาถึงสิทธิของทายาทเกี่ยวกับเรื่องนี้แล้วนั้น พบว่า สิทธิตามแนวคิดของต่างประเทศที่ได้ศึกษา โดยเฉพาะใน **ประเทศเยอรมัน** มีประเด็นถกเถียงเรื่องสิทธิของทายาทเช่นกัน เนื่องจากนักกฎหมายเยอรมันนั้น เห็นว่า สิทธิอันชอบธรรมของทายาทในการตัดสินใจเกี่ยวกับการบริจาคมีประเด็นเกี่ยวพันทั้งทางจริยธรรม และ กฎหมาย โดยในประเทศเยอรมันนั้น ทายาทจะมีสิทธิอันชอบธรรมในการตัดสินใจบริจาคอวัยวะเมื่อไม่ปรากฏเจตนาของเจ้าของร่างกายเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติผู้ที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการปลูกถ่ายในประเทศเยอรมัน (Transplant Coordinators) จะถามถึงความยินยอมของทายาทก่อนการผ่าตัดอวัยวะเสมอ ซึ่งในข้อถกเถียงนี้ นักกฎหมายและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะของประเทศเยอรมันบางส่วน เห็นว่า รูปแบบของการบริจาคอวัยวะในประเทศเยอรมันเป็นรูปแบบของความสมัครใจ ดังนั้นจึงควรถือเอาเจตนาของผู้บริจาคเป็นที่ตั้ง อีกทั้งการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะกระทำผ่านทางลายลักษณ์อักษร (Organ Donor Card) ย่อมไม่ก่อให้เกิดการตีความเป็นอย่างอื่นได้อีก นอกจากนี้สิทธิของทายาทนั้นควรมีเฉพาะ “สิทธิในการปลดปล่อยความเจ็บป่วยของผู้ตาย” (The Right not to be distressed) ซึ่งเป็นเรื่องที่แตกต่างกันจากอำนาจของทายาทในการยินยอมเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ เพราะสิทธิของทายาทไม่ว่ากรณีใดๆ ต้องเกิดความสมดุลกัน ระหว่างสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง และ ความเคารพต่อสิทธิในร่างกายของผู้บริจาค ดังนั้นการถามความยินยอมจากทายาทก่อนการผ่าตัดอวัยวะนั้นถือเป็นสิ่งที่ขัดแย้งกับเจตนาของผู้บริจาคอย่างสิ้นเชิง³⁸⁴ ทั้งยังขัดต่อกฎหมาย The German Organ Transplantation Act (TPG) มาตรา 4 วรรค 1 ด้วย ทั้งนี้แม้ว่าในประเทศเยอรมันจะมีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับสิทธิของทายาทไว้อย่างชัดเจนก็ตาม กล่าวคือ ทายาทจะมีสิทธิในการบริจาคอวัยวะต่อเมื่อไม่ปรากฏเจตนาของผู้บริจาคเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติแม้ผู้บริจาคจะแสดงความจำนงประสงค์ที่จะบริจาคอวัยวะไว้อย่างชัดเจน แต่ศูนย์รับบริจาคจะขอความยินยอมจากทายาทก่อนเสมอ ในเรื่องนี้ถือเป็นปัญหาต่อศูนย์รับบริจาคใน

³⁸⁴ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.1.3 ประเด็นเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาของผู้บริจาค และสิทธิในการยกเลิกการบริจาคของทายาท และผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ในประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมัน โดยเฉพาะ “ผู้ประสานงานปลูกถ่ายอวัยวะ” อย่างมาก เพราะผู้ประสานงานปลูกถ่ายอวัยวะอยู่ในกระบวนการสำคัญที่เกี่ยวข้องกับตัวทายาทของผู้บริจาค เมื่อกฎหมายและทางปฏิบัติต่างกัน ย่อมก่อให้เกิดความสับสน และความไม่แน่นอนเกี่ยวกับทางปฏิบัติ และเนื่องจากผู้ประสานงานปลูกถ่ายอวัยวะอาจมีความเสี่ยงต่อความรับผิดชอบทางกฎหมายต่อทายาท ในทางปฏิบัติผู้ประสานงานปลูกถ่ายอวัยวะจึงขอความยินยอมจากทายาทก่อนเสมอ แม้ผู้บริจาคจะแสดงเจตนาว่าตนประสงค์จะบริจาคอวัยวะไว้อย่างชัดเจนแล้วก็ตาม³⁸⁵

ในประเด็นสิทธิของทายาทในประเทศสิงคโปร์นั้น เนื่องจากการบริจาคอวัยวะของสิงคโปร์มีรูปแบบการบริจาคแบบ Opting-out แนวคิดของการบริจาคในรูปแบบดังกล่าว คือระบบสันนิษฐานว่าพลเมืองสิงคโปร์ทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะ เว้นแต่ผู้นั้นจะแจ้งความประสงค์ไว้อย่างชัดเจนว่าตนไม่ประสงค์บริจาคอวัยวะของตน จากรูปแบบของการบริจาดดังกล่าวสัมพันธ์กับสิทธิของทายาทในประเด็นเรื่องความยินยอมของทายาทด้วย เนื่องจากระบบสันนิษฐานว่าพลเมืองชาวสิงคโปร์ทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะ ย่อมมีนัยยะเกี่ยวกับสิทธิบางประการของรัฐอยู่ด้วย เพราะระบบการบริจาคของสิงคโปร์นั้นไม่ได้ถือเอาเจตนาของผู้บริจาคเป็นสำคัญ ทั้งรัฐยังถือสิทธินำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายได้โดยปราศจากความยินยอมจากผู้ใดเลย แม้กระทั่งตัวเจ้าของอวัยวะนั่นเอง ทั้งนี้เมื่อพิจารณาแล้วแม้แต่เจ้าของร่างกายยังไม่มีสิทธิในการให้ความยินยอม ทายาทจึงย่อมไม่มีสิทธิในการให้ความยินยอมเช่นกัน³⁸⁶ ในสวนของประเทศสิงคโปร์นี้มีประเด็นให้ต้องพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิในชีวิตร่างกายเช่นกัน เนื่องจากโดยหลักแล้วเจ้าของชีวิตย่อมมีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนเอง การจำกัดอำนาจของบุคคลในการแสดงเจตจำนง และจัดการเกี่ยวกับชีวิตร่างกายของตนนั้น ย่อมสวนทางกับหลักสากลที่ว่าชีวิตและอวัยวะของใครต้องเป็นสิทธิของคนนั้น³⁸⁷ แต่ในการกำหนดให้พลเมืองชาวสิงคโปร์ถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริจาค เสมือนหนึ่งว่าอวัยวะของบุคคลเป็นสิทธิของรัฐ ย่อมน่าคิดว่ารัฐมีสิทธิใดในการเข้ามาก้าวล่วงในสิทธิส่วนบุคคลและถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลตามหลักปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหรือไม่³⁸⁸ ในประเด็นนี้ยังไม่มีได้นักกฎหมายท่านใดให้ความเห็น แต่มีหลักในการพิจารณาว่าสิทธิเกี่ยวกับชีวิตร่างกายเป็นสิทธิบุคคลภาพ ในการที่ประเทศสิงคโปร์ใช้ระบบสันนิษฐาน

³⁸⁵ Primc, Page 90-91.

³⁸⁶ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.4 สถานะของการบริจาคอวัยวะในประเทศสิงคโปร์

³⁸⁷ มหาวิทยาลัยราชภัฏสงขลา, หน้า 26-27.

³⁸⁸ วมหาวิทยาลัยราชภัฏสงขลา หน้า 26-27.

แม้เป็นเรื่องทางนโยบายในการเพิ่มอัตราการปลูกถ่ายอวัยวะก็ตาม แต่สิทธิในชีวิตและร่างกายนี้เป็นของเจ้าของสิทธิโดยแท้ ซึ่งโดยหลักสิทธิบุคคลภาพย่อมโอนแก่กันมิได้ แม้แต่โอนให้แก่รัฐยอมทำไม่ได้เช่นกัน ดังนั้นการที่ประเทศสิงคโปร์ใช้ระบบสันนิษฐานว่าพลเมืองชาวสิงคโปร์ทุกคนที่เข้าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดถือเป็นผู้บริจาคอวัยวะนั้น ย่อมเป็นการก้าวล่วงเข้าไปในสิทธิส่วนบุคคล และถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลแล้ว

ในรัฐนิวยอร์ก ในประเด็นสิทธิของทายาทที่มีผลต่อการบริจาคอวัยวะนั้น ได้ปรากฏในคำพิพากษาของศาล ในคดี Calavito V. New York Organ Donor Network, inc.,³⁸⁹ ซึ่งศาลในคดีดังกล่าวได้ตีความสิทธิของทายาทว่าทายาทของผู้บริจาคมีสิทธิแค่เพียงการปกป้องร่างกาย หรือรักษาสิทธิของผู้บริจาคเท่านั้น ดังนั้นทายาทจึงมีเฉพาะสิทธิในการทำตามความประสงค์ของเจ้าของร่าง ตัวทายาทเองหาสิทธิใดๆ ในอวัยวะของผู้บริจาค เมื่อทายาทไม่มีสิทธิดังกล่าวนี้ ทายาทจึงไม่มีสิทธิในการให้ความยินยอม ยกเลิก หรือเปลี่ยนแปลงเจตนาของผู้บริจาคได้

ในส่วนของประเทศไทยนั้น การขอความยินยอมจากทายาทเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งที่ทำให้ศูนย์รับบริจาคมีสิทธิที่จะผ่าตัดนำเอาอวัยวะไปใช้ได้ หากปรากฏว่าทายาทมิได้ให้ความยินยอมด้วยแล้ว ศูนย์รับบริจาคย่อมไม่สามารถผ่าตัดอวัยวะจากผู้บริจาคได้ แม้ปรากฏว่าผู้บริจาคจะแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะไว้ก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดีมีข้อยกเว้นในกรณีที่ไม้อาจขอความยินยอมจากทายาทได้ ดังปรากฏอยู่ใน ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560 ข้อ 53(4) ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตายได้แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย ถ้าไม่สามารถติดตามหาญาติผู้ตายให้ดำเนินการผ่าตัดนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายได้” อันเป็นข้อยกเว้นที่มีหลักเกณฑ์เดียวคือเฉพาะในกรณีที่ไม่สามารถติดตามหาทายาทได้เท่านั้น ซึ่งในส่วนนี้ไม่ได้มีการขยายความว่าเมื่อใดที่เรียกว่าติดตามญาติไม่ได้ ในส่วนนี้จึงยังคงเป็นปัญหาในทางปฏิบัติและทางกฎหมายที่ควรพิจารณาต่อไป ทั้งนี้จากข้อบังคับแพทยสภาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า หากทายาทไม่ได้ให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ ศูนย์รับบริจาคย่อมไม่อาจนำเอาอวัยวะไปใช้ตามเจตจำนงของผู้บริจาคได้ เนื่องจากเป็นการต้องห้ามตามข้อบังคับแพทยสภานี้เอง

³⁸⁹ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.3 ประเด็นเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาของผู้บริจาค และสิทธิในการยกเลิกการบริจาคของทายาท หรือ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ในประเทศสหรัฐอเมริกา : รัฐนิวยอร์ก

อาจกล่าวได้ว่า การแสดงเจตนาของผู้บริจาค่นั้น ถือเอาความสำคัญของผู้แสดงเจตนาเป็นสำคัญ และเนื่องจากการบริจาคอวัยวะเป็นการเสียสละครั้งใหญ่ของชีวิต ดังนั้น การที่ผู้บริจาคตัดสินใจบริจาคอวัยวะของตนเองจึงควรเป็นการตัดสินใจอย่างอิสระเสรี (Human Autonomy)³⁹⁰ ความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของผู้บริจาคจึงควรได้รับความเคารพ นอกจากนี้ในกรณีที่การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ เมื่อเป็นเรื่องของความยินยอม การพิจารณาเรื่องการแสดงเจตนาบริจาคจึงอาศัยฐานของเรื่องสิทธิเป็นหลักในการวิเคราะห์ ซึ่งความยินยอมนั้นถือเป็นสิทธิของ “ผู้บริจาค” ในขณะที่ยังมีชีวิต ในการจัดการเกี่ยวกับสิทธิในสภาพบุคคลของตนอย่างอิสระ สิทธิของผู้บริจาค่นี้จึงควรได้รับความเคารพ ในขณะเดียวกัน หากการบริจาคอวัยวะถือเป็นพินัยกรรม อันเป็นเรื่องการกำหนดการเผื่อตาย ซึ่งในประเด็นนี้หากพิจารณาดูให้ดีแล้ว ย่อมถือเป็นสิทธิของผู้บริจาคเช่นกัน ในการยินยอมกำหนดการเผื่อตาย เกี่ยวกับอวัยวะอันเป็นสิทธิในชีวิตร่างกายของตน โดยบุคคลที่มีสิทธิในการเพิกถอนข้อกำหนดในพินัยกรรมมีเพียงผู้ทำพินัยกรรมเท่านั้น การขอความยินยอมจากทายาทตามข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 แก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม(ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 ระเบียบสภาากาชาดไทย ว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย พ.ศ.2545 และ ประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย พ.ศ.2554 จึงเป็นเรื่องที่ขัดต่อสิทธิของชีวิตและร่างกายของผู้บริจาค และขัดกับหลักการเพิกถอนพินัยกรรมตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังนั้นแม้ความยินยอมของทายาทจะเป็นเรื่องจำเป็นต่อการป้องกันความเสี่ยงต่อการฟ้องร้องบุคลากรทางการแพทย์ หรือ เพื่อให้เกิดความชัดเจน และถูกต้องในขั้นตอนของการปลูกถ่ายอวัยวะก็ตาม แต่แท้จริงแล้วการแสดงเจตนาบริจาคคนนั้น เป็นเจตนาของผู้บริจาคที่มีอำนาจในการตัดสินใจ และมีอิสระในการตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องของตนเองอย่างเต็มที่ สิทธิในการตัดสินใจของผู้บริจาคจึงควรได้รับการเคารพ และไม่ควรให้บุคคลอื่นแม้กระทั่งทายาทในการใช้สิทธิตัดสินใจผ่านทาง การให้ความยินยอมในอีกขั้นตอนหนึ่งอีก อย่างไรก็ตามแม้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากทายาทในการผ่าตัดอวัยวะไปปลูกถ่ายก็ตาม แต่อวัยวะนั้นย่อมไม่ใช่สิทธิของรัฐ ดังนั้นผู้บริจาคจึงต้องแสดงเจตนาประสงค์จะบริจาคอวัยวะของตนเสียก่อนจึงชอบที่จะนำอวัยวะไปใช้ประโยชน์ต่อไปได้ การที่ถือว่าอวัยวะเป็นสิทธิของรัฐ ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าขัดกับหลักสากล เพราะรัฐห้ามสิทธิในการ

³⁹⁰ มหาวิทยาลัยราชภัฏสงขลา, หน้า 24.

ก้าวล่วงเข้ามาในเจตจำนงอิสระของบุคคลได้ ทั้งยังเป็นการขัดกับสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล อันเป็นอำนาจในการตัดสินใจด้วยตนเอง โดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐ ที่รัฐธรรมนูญไทยรับรองอีกด้วย

4.3.2.2 การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะถือเป็นพินัยกรรม

การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะอาจถือเป็นพินัยกรรมอย่างหนึ่งได้ เพราะเป็นคำสั่งเพื่อตายสุดท้ายที่กำหนดไว้เกี่ยวกับการต่างๆ ของตน ดังนั้นพินัยกรรมจึงเป็นสิ่งที่สามารถวางข้อกำหนดในเรื่องอื่นๆ ไว้ได้ การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเป็นการกำหนดเรื่องอื่น และถือเป็นคำสั่งสุดท้ายของผู้ตาย การบริจาคอวัยวะจึงเป็นพินัยกรรม³⁹¹ เมื่อพิจารณาว่าเป็นพินัยกรรมแล้วจึงต้องมาพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการลบล้าง หรือเพิกถอนข้อกำหนดในพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่อไปด้วย แม้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะบัญญัติให้มีวิธีการเพิกถอนพินัยกรรมหลายวิธี เช่น การทำพินัยกรรมฉบับใหม่เพิกถอนพินัยกรรมฉบับเดิม หรือการโอนทรัพย์ตามพินัยกรรมเพื่อให้ข้อกำหนดในพินัยกรรมตกไป เป็นต้น แต่บุคคลที่มีสิทธิเพิกถอนข้อกำหนดในพินัยกรรมตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีเพียงผู้เดียวเท่านั้น คือ ผู้ทำพินัยกรรม ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1693 ที่บัญญัติว่า “ผู้ทำพินัยกรรมจะเพิกถอนพินัยกรรมของตนเสียทั้งหมด หรือแต่บางส่วนในเวลาใดก็ได้” ดังนั้น หากการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะถือเป็นพินัยกรรม ทายาทซึ่งเป็นบุคคลอื่นไม่ใช่ผู้ทำพินัยกรรม ย่อมไม่มีสิทธิใดๆ เกี่ยวกับการแสดงเจตนาบริจาคนั้นได้ การที่กำหนดให้ทายาทต้องให้ความยินยอมก่อนแพทย์ถึงจะสามารถนำเอาอวัยวะไปใช้ได้นั้น จึงขัดกับหลักของพินัยกรรม

4.3.3 สิทธิของทายาทในการบริจาคอวัยวะแก่บุคคลอื่น เมื่อไม่ปรากฏเจตนาของผู้บริจาค

การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะนั้น คือการที่ผู้บริจาคมีความประสงค์โดยมีเจตนาอิสระที่จะมอบอวัยวะในร่างกายของตนให้กับศูนย์รับบริจาค เพื่อที่ศูนย์รับบริจาคจะนำอวัยวะไปใช้ประโยชน์ต่อไป แต่มีประเด็นให้นำมาพิจารณา ซึ่งเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของรัฐเช่นกัน เนื่องจากความต้องการอวัยวะเพื่อใช้ในการปลูกถ่ายมีเพิ่มมากขึ้น ในบางประเทศจึงออกกฎหมาย หรือ นโยบายขึ้นมาเพื่อเพิ่มอัตราการปลูกถ่ายอวัยวะ โดยอนุญาตให้ “บุคคลอื่น” เป็นผู้แสดงเจตนาบริจาคอวัยวะให้แก่ศูนย์รับบริจาค เมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตายไปแล้วได้ ทั้งนี้เมื่อไม่มีการแสดงเจตนาของผู้บริจาค จึงไม่อาจถือ

³⁹¹ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.2.1 นิติกรรมฝ่ายเดียว : พินัยกรรม

ว่ามีการแสดงเจตนาใดๆ เกิดขึ้น จึงไม่ใช่ทั้งนิติกรรมสัญญา และพินัยกรรมตามกฎหมาย ในส่วนนี้จึงต้องมาวิเคราะห์และพิจารณาถึงสิทธิของทายาทโดยตรงว่าทายาทมีสิทธิใดในอวัยวะของผู้ตาย และทายาทมีสิทธิในการบริจาคอวัยวะให้แก่บุคคลอื่น ได้หรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาถึงเรื่อง สิทธิของทายาทในอวัยวะของตาย ว่าทายาทมีสิทธิขนาดไหน และอย่างไร อันจะต้องพิจารณาควบคู่กับสถานะของอวัยวะด้วย

ในประเทศไทยนั้น ข้อบังคับ ระเบียบ และประกาศที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคร่างกาย กล่าวคือ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 แก้ไขเพิ่มเติม โดย ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม(ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 ระเบียบสภาทนายความว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย พ.ศ.2545 และ ประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย พ.ศ.2554 ไม่มีการกำหนดเกี่ยวกับสิทธิของทายาทในกรณีไม่ปรากฏเจตนาของผู้บริจาคไว้โดยตรง หากแต่เมื่อพิจารณาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของทายาทเกี่ยวกับการจัดการเกี่ยวกับศพ ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1649³⁹² ที่มีสาระสำคัญเกี่ยวกับอำนาจของผู้จัดการมรดกและลำดับทายาทที่มีอำนาจจัดการศพ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการหลีกเลี่ยง หรือแย้งกันจัดการศพของเจ้ามรดก³⁹³ โดยการจัดการศพนี้หมายรวมถึงสิทธิของทายาทในการตัดสินใจบริจาคอวัยวะแทนผู้ตายได้หรือไม่นั้น นักกฎหมายไทยส่วนหนึ่งเห็นว่า การจัดการศพเป็นกิจที่เกิดขึ้นจากประเพณี เพื่อแสดงความรักความอาลัย หรือความกตัญญูของผู้ตายในฐานะทายาท หรือเพื่อเป็นบุญกุศลเท่านั้น³⁹⁴ ดังนั้นการจัดการศพในความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้จึงหาใช่การจัดการที่ครอบคลุมไปถึงการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะแทนผู้ตายไม่

³⁹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1649 บัญญัติว่า

ผู้จัดการมรดกซึ่งผู้ตายตั้งไว้ย่อมมีอำนาจและหน้าที่ในอันที่จะจัดการศพของผู้ตาย เว้นแต่ผู้ตายจะได้ตั้งบุคคลอื่นไว้โดยเฉพาะให้จัดการดังวานั้น

ถ้าผู้ตายมิได้ตั้งผู้จัดการมรดกหรือบุคคลใดไว้ให้เป็นผู้จัดการศพ หรือทายาทมิได้มอบหมายตั้งให้บุคคลใดเป็นผู้จัดการศพ บุคคลผู้ได้รับทรัพย์มรดกโดยพินัยกรรมหรือโดยสิทธิโดยธรรมเป็นจำนวนมากที่สุด เป็นผู้มียอำนาจและตกอยู่ในหน้าที่ต้องจัดการศพ เว้นแต่ศาลจะเห็นเป็นการสมควรตั้งบุคคลอื่นให้จัดการเช่นนั้น ในเมื่อบุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งร้องขอขึ้น

³⁹³ ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, หน้า 239-40.

³⁹⁴ เปรียบ หุตางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, ed. 4 (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2536), หน้า 242.

ทั้งนี้ นอกจากประเด็นเรื่องการจัดการศพแล้ว ยังมีประเด็นที่น่าพิจารณาต่อมาได้อีกว่า ที่ทายาทมีสิทธิในการมอบอวัยวะให้แก่ศูนย์รับบริจาค นั้น หรือเพราะเหตุที่อวัยวะเป็นทรัพย์สินมรดกของทายาท ในประเด็นนี้จะต้องพิจารณาให้ได้เสียก่อนว่าสถานะของอวัยวะทางกฎหมาย ถือเป็นทรัพย์สินด้วย เมื่ออวัยวะเป็นทรัพย์สิน การที่ผู้ตายถึงแก่ความตาย อวัยวะจึงตกเป็นมรดกตกทอดแก่ทายาท ในกรณีเมื่อถือว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สินมรดก ทายาทจึงย่อมมีสิทธิในการจัดการอวัยวะนั้นอย่างใดก็ได้ โดยอาศัยความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินนั้นนั่นเอง

ในกฎหมายเยอรมัน มีรูปแบบการบริจาคอวัยวะเหมือนประเทศไทย กล่าวคือ ระบบการบริจาคแบบ Opting-in อันเป็นระบบที่ถือว่าการบริจาคอวัยวะจะสมบูรณ์ได้เมื่อปรากฏว่ามีการแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะ ซึ่งผู้บริจาคชอบที่จะแสดงเจตนาบริจาคผ่าน Organ Donor Card อย่างไรก็ดี เมื่อได้ความว่าผู้บริจาคไม่ได้แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะของตนไว้ ในกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะของประเทศเยอรมัน กล่าวคือ The German Organ Transplantation Act (TPG) มาตรา 4 วรรค 1 มีสาระสำคัญว่า “ในกรณีที่ไม่ปรากฏเจตนาของผู้ตายเกี่ยวกับการบริจาค ศูนย์รับบริจาคต้องถามถึงหลักฐานหรือเจตจำนงของผู้ตายกับทายาทหรือบุคคลสนิท เมื่อได้ความแล้วจะต้องเคารพการตัดสินใจของผู้ตายจากหลักฐานและเจตจำนงนั้น”³⁹⁵ ซึ่งสาระสำคัญของบทบัญญัตินี้ คือ หากไม่ปรากฏเจตนาของผู้บริจาคไว้อย่างชัดเจน ทายาทหรือบุคคลสนิทมีสิทธิในการมอบอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายให้กับศูนย์รับบริจาคได้ ดังนั้นในประเทศเยอรมัน มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิของทายาทในการมอบอวัยวะให้กับศูนย์รับบริจาค โดยสิทธิของทายาทจะเกิดต่อเมื่อไม่ปรากฏเจตนาของผู้ตาย หรือ ผู้บริจาคไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น

ในรัฐนิวยอร์ก นอกเหนือจากตัวผู้บริจาคจะเป็นผู้แสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ ตามบทบัญญัติของกฎหมาย New York Public Health Law หรือ PHL มาตรา 4301(2) ยังกำหนดให้บุคคลอื่นสามารถที่จะแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะแทนเจ้าของอวัยวะนั้นได้ โดยบุคคลอื่นตามกฎหมายนั้น เช่น ตัวแทนผู้ได้รับมอบอำนาจ สามัญญะตามกฎหมาย บุตร หรือบิดา มารดา เป็นต้น³⁹⁶ อย่างไรก็ตามก็ตีสิทธิ

³⁹⁵ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.1.3 ประเด็นเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาของผู้บริจาค และสิทธิในการยกเลิกการบริจาคของทายาท และผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ของประเทศเยอรมัน

³⁹⁶ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.3.2.1 สาระสำคัญของกฎหมาย “New York Public Health Law” หรือ PHL

ของบุคคลอื่นตามกฎหมายจะเกิดขึ้นต่อเมื่อไม่ปรากฏเจตนาของผู้บริจาค ดังนั้นหากผู้บริจาคแสดงเจตนาไว้อย่างชัดเจน สิทธิของบุคคลอื่นเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้

จากการศึกษากฎหมายเยอรมัน และกฎหมายรัฐนิวยอร์กนั้น ทายาทจะมีสิทธิในการมอบอวัยวะให้แก่ศูนย์รับบริจาค ต่อเมื่อไม่ปรากฏเจตนาของผู้บริจาคไว้อย่างชัดเจน ซึ่งสิทธิของทายาทนั้นเป็นนโยบายของรัฐที่มีขึ้นเพื่อเป็นส่วนช่วยในการเพิ่มอัตราการปลูกถ่ายอวัยวะ ในส่วนของไทยนั้นไม่มีปรากฏกฎหมายเฉพาะ หรือระเบียบใดที่กล่าวถึงสิทธิของทายาทในการมอบอวัยวะ มีแต่เพียงสิทธิในการจัดการศพของทายาท ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1649 ซึ่งตามความเห็นของนักกฎหมายไทยเห็นว่าเป็นแค่เรื่องการจัดการศพตามประเพณีเท่านั้น หากใช้การจัดการศพในรูปแบบอื่นแต่อย่างใด

จากการศึกษาปัญหาของความยินยอมของผู้บริจาค สิทธิทายาทต่อสิทธิในอวัยวะของผู้ตาย หรือ ผู้บริจาคมานั้น เห็นได้ว่า ทายาทเข้ามามีบทบาท และถือเป็นส่วนสำคัญในการนำเอาอวัยวะไปใช้เพื่อการปลูกถ่าย เนื่องจากในประเทศไทย หากไม่ปรากฏหนังสือยินยอมของทายาท ศูนย์รับบริจาคอวัยวะไม่มีอำนาจใดๆ ตามกฎหมายที่จะผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายเพื่อการปลูกถ่ายได้เลย เว้นแต่กรณีที่ผู้บริจาคแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้กับผู้รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย หากไม่สามารถติดต่อกับทายาทได้ให้ถือเอกสารแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะ ตามแบบฟอร์มที่ศูนย์รับบริจาค สภากาชาดไทย เป็นผู้กำหนดเป็นเอกสารแทนการอนุญาตของญาติ นอกจากนี้การขอความยินยอมจากทายาทนั้น เป็นส่วนช่วยให้ลดความเสี่ยงเกี่ยวกับความรับผิดชอบของแพทย์ในอีกทางหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ หนังสือยินยอมจากทายาทจึงช่วยลดปัญหาความเสี่ยงได้ในระดับหนึ่ง และก่อให้เกิดแพทย์ หรือ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง มีความกล้าที่จะตัดสินใจผ่าตัดอวัยวะเพราะไม่กลัวเรื่องความผิดต่อกฎหมาย ซึ่งเป็นการคำนึงถึงความเสี่ยงของแพทย์ หรือ บุคคลอื่น อันเป็นการพิจารณาผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกเป็นสำคัญ หากแต่การแสดงเจตนาเป็นเรื่องเจตจำนงอิสระของบุคคล ในการคิดและตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องของตนเอง ทั้งที่หากคำนึงถึงสิทธิของผู้แสดงเจตนา ควรปล่อยให้เป็นการตัดสินใจอย่างอิสระเสรี (Human Autonomy) เจตจำนงของผู้บริจาคคือส่วนสำคัญที่สุด อย่างไรก็ตาม แม้เป็นสิทธิของผู้บริจาค แต่ผลหลังจากที่ผู้บริจาคถึงแก่ความตาย ย่อมกระทบกับทายาทบางประการด้วย การขอความยินยอมจากทายาทจึงยังคงเป็นสิ่งจำเป็น แต่ต้องมีหลักในการขอความยินยอมที่

ชัดเจน มิฉะนั้นจะเกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ ซึ่งปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการแสดงเจตนาเป็นอย่างไรนั้น จะพิจารณาในบทต่อไป

4.4 ปัญหาทางปฏิบัติของการบริจาคอวัยวะในประเทศไทย

จากการศึกษาการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย พบว่าผลของการแสดงเจตนา มีปัญหาทางกฎหมายอยู่หลายประการ ซึ่งปัญหาเหล่านี้ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะเรื่องสิทธิของทายาทในการให้ความยินยอมเกี่ยวกับการบริจาค ทั้งนี้แม้ได้วิเคราะห์เกี่ยวกับสิทธิของทายาทไปแล้ว ปัญหาที่ส่งผลต่อมาในทางปฏิบัติ คือ ลำดับชั้นของทายาทที่มีสิทธิในการให้ความยินยอมคือทายาทคนใด นอกจากนี้เนื่องจากการศึกษากฎหมายต่างประเทศทำให้เห็นว่ากฎหมายต่างประเทศได้เปิดโอกาสให้มีการแสดงเจตนาผ่าน Living Will ซึ่งในประเทศไทยมีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับ Living Will ไว้ แต่จะมีผลว่าประเทศไทยสามารถใช้ Living Will เพื่อแสดงเจตนาบริจาคได้หรือไม่ ยังเป็นปัญหาที่ต้องวินิจฉัย และปัญหาทางปฏิบัติที่สำคัญอีกปัญหาหนึ่งที่ส่งผลกระทบต่ออัตราการปลูกถ่ายอวัยวะ และส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของแพทย์ คือ เกณฑ์การวินิจฉัยเรื่องแกนสมองตาย เพราะการปลูกถ่ายอวัยวะต้องอาศัยเกณฑ์แกนสมองตายมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเกี่ยวกับการผ่าตัดอวัยวะเพื่อใช้ในการปลูกถ่ายได้ โดยแต่ละปัญหาในทางปฏิบัติ จะมีผลอย่างไรนั้น วิเคราะห์ได้ ดังนี้

4.4.1 ปัญหาลำดับชั้นของทายาทที่มีผลต่อการบริจาคอวัยวะ

ในการพิจารณาเรื่องสิทธิของทายาทที่มีผลต่อการแสดงเจตนาของผู้บริจาคคนนั้น นอกจากการพิจารณาถึงสิทธิของทายาทเกี่ยวกับความยินยอมในการบริจาคอวัยวะแล้ว ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาถึงลำดับชั้นของทายาทด้วย เนื่องจากในการบริจาคอวัยวะจะต้องได้รับความยินยอมจากทายาทเป็นลายลักษณ์อักษร ศูนย์รับบริจาคจึงสามารถผ่าตัดอวัยวะของผู้บริจาคออกไปเพื่อทำการปลูกถ่ายได้อันเป็นไปตามข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 และ ระเบียบสภาทนายความว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภาทนายความ พ.ศ.2545 และ ประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย พ.ศ.2554

ในการนี้จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาว่า การที่ศูนย์รับบริจาคต้องขอความยินยอมจากทายาทก่อนนั้น แม้จะทำตามข้อบังคับแพทยสภา และระเบียบสภาทนายความ แต่ทายาทลำดับใดที่มีสิทธิในการให้ความยินยอมนั้น ซึ่งในทางปฏิบัติแบบฟอร์มการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ ไม่ได้มีการระบุลำดับชั้นของทายาทไว้อย่างชัดเจน ความไม่ชัดเจนนี้ก่อให้เกิดปัญหาตามมาในทางปฏิบัติ เช่น หากทายาทมีความเห็นไม่ตรงกัน จะถือความเห็นของทายาทคนใด หรือในกรณีที่ผู้บริจาคเป็นบุตรนอกกฎหมาย เมื่อถึงแก่ความตายไปแล้ว บิดาจะมีสิทธิในการตัดสินใจเกี่ยวกับการบริจาคหรือไม่ เป็นต้น ซึ่งทั้งทางปฏิบัติบุคคลที่ต้องแสดงความยินยอมในการบริจาคคือทายาท แต่ไม่ได้กำหนดว่าทายาทนั้นคือทายาทลำดับใด และสามารถถือเอาลำดับชั้นของทายาทตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 มาพิจารณาได้หรือไม่ ทั้งนี้ในการพิจารณาเกี่ยวกับลำดับชั้นของทายาทนั้น จึงต้องแยกประเด็นในการพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน คือ ทายาทที่มีสิทธิให้ความยินยอมเกี่ยวกับการบริจาคจะถือเอาลำดับชั้นของทายาทตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 อันเป็นลำดับชั้นของทายาทเกี่ยวกับสิทธิในการรับมรดกมาพิจารณาได้หรือไม่ ในขณะที่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เลือกศึกษาเฉพาะศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย เท่านั้น ดังนั้นในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับลำดับชั้นของทายาทนอกเหนือจากลำดับชั้นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะต้องพิจารณาลำดับชั้นของทายาทโดยอาศัยหลักตามกฎหมายใด หรือหลักการใดเพื่อพิจารณาในประเด็นนี้ ซึ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้

ก.) ลำดับชั้นของทายาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629

ในการพิจารณาถึงสิทธิของทายาทในการให้ความยินยอมเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ ซึ่งได้พิจารณาไปแล้วในหัวข้อ 4.3 ปัญหาสิทธิของผู้บริจาค และสิทธิทายาทต่อการบริจาคอวัยวะ ประเด็นต่อมาที่ต้องพิจารณาคือ ทายาทคนใดที่มีสิทธิให้ความยินยอมนี้ และหากมีทายาทที่เกี่ยวข้องหลายคน แต่ละฝ่ายมีความเห็นไม่ตรงกัน ควรถือความเห็นของทายาทคนใดให้เป็นที่ยุติ ในประเด็นนี้นั้นต้องมาพิจารณาถึงลำดับชั้นของทายาทในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629³⁹⁷ นั้น คือมาตราที่กำหนดลำดับชั้นของทายาทผู้มีสิทธิรับมรดกก่อนหลัง ดังนี้

- 1) ผู้สืบสันดาน
- 2) บิดามารดา
- 3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน
- 4) พี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน
- 5) ปู่ ย่า ตา ยาย
- 6) ลุง ป้า น้า อา

ลำดับชั้นของทายาทในการรับมรดก มีหลักเกณฑ์ว่าหากมีทายาทลำดับแรกอยู่ ทายาทในลำดับถัดไปลงมา จะไม่มีสิทธิในการรับมรดก อันเป็นหลัก “ญาติสนิทตัดญาติห่าง” เช่น หากเจ้ามรดกมีทายาทเป็นผู้สืบสันดานอยู่แล้ว ทายาทลำดับถัดไปลงมาจะไม่มีสิทธิในการได้รับมรดกของเจ้ามรดกเลย อย่างไรก็ตามลำดับชั้นของทายาทนี้มีข้อยกเว้นไว้ในมาตรา 1630 วรรคท้าย คือทายาทลำดับที่ 1 (ผู้สืบสันดาน) ไม่ตัดการรับมรดกของทายาทลำดับ 2 (บิดามารดา) เห็นได้ว่าลำดับชั้นของทายาทตามมาตรา 1629 นี้ เป็นญาติพี่น้องของผู้ตายทั้งสิ้น ในส่วนของคู่สมรสนั้น เป็นทายาทโดยธรรมประเภทพิเศษ ไม่มีตัวเลขกำหนดลำดับเพราะไม่ใช่ญาติพี่น้องของเจ้ามรดก³⁹⁸ แต่มีสิทธิและส่วนแบ่งตามที่มาตรา 1635³⁹⁹ กำหนดไว้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

³⁹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 บัญญัติว่า ทายาทโดยธรรมมีหกลำดับเท่านั้น และภายใต้บังคับแห่งมาตรา 1630วรรค 2 แต่ละลำดับมีสิทธิได้รับมรดกก่อนหลังดังต่อไปนี้ คือ

- (1) ผู้สืบสันดาน
- (2) บิดามารดา
- (3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน
- (4) พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน
- (5) ปู่ ย่า ตา ยาย
- (6) ลุง ป้า น้า อา

คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นก็เป็นทายาทโดยธรรม ภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา 1635

³⁹⁸ ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, หน้า 26-27.

³⁹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1635 บัญญัติว่า ลำดับและส่วนแบ่งของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ในการรับมรดกของผู้ตายนั้น ให้เป็นไปดังต่อไปนี้

ในประเด็นเรื่องลำดับชั้นของทายาทในการให้ความยินยอมเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ สามารถถือตาม ลำดับชั้นที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ นั้น ยังไม่ปรากฏความเห็นของนักกฎหมายที่กล่าวถึงในประเด็นดังกล่าว แต่น่าคิดว่า การจะถือเอาลำดับชั้นของทายาทตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 มาพิจารณา ต้องได้ความว่า ร่างกายของผู้บริจาค และ อวัยวะที่เป็นส่วนประกอบของร่างกายของผู้บริจาคถือเป็นทรัพย์สินที่เป็นส่วนหนึ่งของ “กองมรดก” ได้หรือไม่ โดยหากเห็นว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สิน อวัยวะย่อมตกเป็นส่วนหนึ่งของกองมรดกเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตายได้ ในการนี้ลำดับชั้นของทายาทจึงต้องเป็นไปตามลำดับชั้นของทายาทผู้มีสิทธิรับมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629

ทั้งนี้ในเรื่องของลำดับชั้นของทายาท มีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 774/2553 ได้ตีความเกี่ยวกับลำดับชั้นของทายาทไว้ แต่เป็นการตีความโดยอาศัย พ.ร.บ.ประกันสังคม พ.ศ.2533 ทั้งนี้ศาลตีความ คำว่า "ทายาท" ตาม พ.ร.บ.ประกันสังคม พ.ศ.2533 มาตรา 77 จัดว่า เป็นถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายจึงต้องแปลความหมายโดยเทียบเคียงกับคำว่า "ทายาท" ในกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 และกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีนี้ก็คือบทบัญญัติใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ซึ่งมีบทบัญญัติถึงคำว่า "ทายาท" อยู่ในมาตรา 1659 และ มาตรา 1603 โดยคำว่า "ทายาท" ในบทบัญญัตินี้ดังกล่าวนี้ หมายถึงเฉพาะทายาทที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น คำว่า "ทายาท" ตาม พ.ร.บ.ประกันสังคม พ.ศ.2533 มาตรา 77 จัดว่า จึงต้องหมายถึง ทายาทที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นมิได้หมายความรวมถึงทายาทตามความเป็นจริงด้วยแต่ประการใด

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาแสดงให้เห็นว่า ศาลฎีกาตีความลำดับชั้นของทายาทโดยอาศัยกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 เมื่อเทียบกับการบริจาค

(1) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629 (1) ซึ่งยังมีชีวิตอยู่หรือมีผู้รับมรดกแทนที่แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้น มีสิทธิได้ส่วนแบ่งเสมือนหนึ่งว่าตนเป็นทายาทชั้นบุตร

(2) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629 (3) และทายาทนั้นยังมีชีวิตอยู่หรือมีผู้รับมรดกแทนที่ หรือถ้าไม่มีทายาทตามมาตรา 1629 (1) แต่มีทายาทตามมาตรา 1629 (2) แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นมีสิทธิได้รับมรดกกึ่งหนึ่ง

(3) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629 (4) หรือ (6) และทายาทนั้นยังมีชีวิตอยู่ หรือมีผู้รับมรดกแทนที่ หรือมีทายาทตามมาตรา 1629 (5) แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ มีสิทธิได้มรดกสองส่วนในสาม

(4) ถ้าไม่มีทายาทดังที่ระบุไว้ในมาตรา 1629 คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นมีสิทธิได้รับมรดกทั้งหมด

อวัยวะอาจถือว่า ในกรณีที่ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม(ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 และ ระเบียบสภาอากาศาชาตไทย ว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาตไทย พ.ศ.2545 ประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย พ.ศ.2554 ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับ ลำดับชั้นของทายาทไว้ การนำเอาลำดับชั้นของทายาทตามหลักกฎหมายมรดก จึงสามารถนำมาใช้ได้ ในฐานะบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ข.) ลำดับชั้นของทายาทตามกฎหมายอื่น

ในกรณีที่ถือว่าการบริจาคอวัยวะไม่อาจใช้ลำดับของทายาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ จึงต้องมาพิจารณาถึงกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ ว่าได้บัญญัติเกี่ยวกับลำดับชั้นของทายาทไว้หรือไม่ ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะในการนี้คือ ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม(ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 อันเป็นกฎหมายที่กล่าวถึงข้อบังคับของแพทย์ที่จะต้องปฏิบัติตามเกณฑ์ที่ข้อบังคับนั้น กำหนด และในข้อบังคับดังกล่าว ข้อ 53(3) และ (4) กำหนดให้ “ญาติ” ของผู้บริจาคอวัยวะต้องให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะด้วย ซึ่งหากไม่สามารถติดต่อตามหาญาติผู้ตายได้ให้ดำเนินการผ่าตัดอวัยวะเพื่อเอาไปปลูกถ่ายได้โดยถือว่าใบแสดงจำแนกบริจาคอวัยวะเป็นเอกสารที่ใช้แสดงแทน ความยินยอมของทายาท ซึ่งในข้อบังคับนี้กำหนดแต่เพียงการถามความยินยอมของทายาทเท่านั้น แต่ไม่ได้ระบุลำดับชั้นของทายาทผู้ให้ความยินยอมไว้ในข้อบังคับแต่อย่างใด⁴⁰⁰ ในขณะที่กฎหมายอีกหนึ่ง ฉบับคือ ระเบียบสภาอากาศาชาตไทย ว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาตไทย พ.ศ.2545 กำหนด นิยาม ของผู้บริจาคอวัยวะไว้ในข้อ 6. โดยมีสาระสำคัญว่า ผู้บริจาคอวัยวะคือผู้เสียชีวิตแกนสมองตาย ซึ่งญาติใกล้ชิดได้ลงนามยินยอมบริจาคอวัยวะให้ศูนย์รับบริจาค เพื่อทำการปลูกถ่ายต่อไป แต่ใน ระเบียบเช่นว่านั้น กลับไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดลำดับชั้นของทายาท หรือ ระเบียบของญาติ ใกล้ชิดไว้แต่อย่างใดเช่นกัน

⁴⁰⁰ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.6.2 ระเบียบสภาอากาศาชาตไทย ว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาตไทย พ.ศ.2545

ซึ่งปัญหาจากข้อบังคับแพทยสภาฯ และ ระเบียบสภาอากาศไทยฯ ที่กล่าวถึง ก่อให้เกิดปัญหามาพิจารณาว่า ทายาท หรือ ญาติใกล้ชิดคือผู้ใด ทั้งยังเป็นประเด็นให้พิจารณาต่อมาว่า ทายาทหรือญาติใกล้ชิดต้องเป็นทายาทโดยธรรมหรือไม่ โดยเมื่อพิจารณาควบคู่กับแบบฟอร์มการบริจาคอวัยวะของสภาอากาศไทยไม่มีการกำหนดลำดับชั้นของทายาท และไม่ได้ระบุว่าทายาทต้องเป็นผู้ใดเช่นกัน ในแบบฟอร์ม อันเป็นใบแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะของศูนย์รับบริจาค สภาอากาศไทยนั้นระบุเพียงว่าผู้แสดงเจตนาบริจาคได้ปรึกษาหารือกับครอบครัวก่อนแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะแล้ว และได้รับทราบแล้วเข้าใจเป็นอย่างดี ว่าแพทย์จะทำการตกแต่งร่างกายให้เป็นที่เรียบร้อยโดยมิทำให้เกิดความล่าช้าในการประกอบพิธีทางศาสนา ดังนั้นจากทั้งกฎหมาย และแบบฟอร์มของการบริจาคที่เกี่ยวข้อง ล้วนแล้วแต่มีทายาท หรือญาติใกล้ชิดเกี่ยวข้องกับขั้นตอนของการบริจาคอวัยวะ หากแต่ทายาท หรือ ญาติใกล้ชิดนั้น ไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นผู้ใด หรือ ลำดับชั้นอย่างไร

ในประเด็นนี้ ไม่มีความเห็นของนักกฎหมายไทยกล่าวถึงลำดับชั้นของทายาท หรือ ญาติใกล้ชิดผู้มีอำนาจในการยินยอมเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะไว้อย่างชัดเจน แต่ในคู่มือประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะฉบับย่อ (Handbook for Transplant Coordinator) ของศูนย์รับบริจาคสภาอากาศไทย มีการระบุถึงลำดับชั้นของทายาทที่สามารถลงนามบริจาคอวัยวะไว้ดังนี้

- 1) คู่สมรส บุตรที่บรรลุนิติภาวะ
- 2) บิดา มารดา
- 3) พี่ น้อง
- 4) ญาติที่บรรลุนิติภาวะ
- 5) ผู้แทนโดยชอบธรรมตามกฎหมาย

โดยลำดับชั้นของทายาทที่ปรากฏนี้ เป็นไปตามที่ศูนย์รับบริจาคเป็นผู้กำหนดไว้ แต่ไม่ได้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายจึงน่าพิจารณาว่าคู่มือประสานงานการปลูกถ่ายนี้ มีสภาพบังคับ และใช้ได้ ในทางปฏิบัติจริงหรือไม่ เนื่องจากคู่มือประสานงานการปลูกถ่ายฯ ดังกล่าวไม่ใช่กฎหมาย แต่เปรียบเสมือนคำแนะนำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะทั้งหมดปฏิบัติตาม ในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำนั้น ก็ไม่ได้มีผลทางกฎหมายอย่างไรทั้งสิ้น

ทั้งในคู่มือประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะฯ ยังได้ระบุวิธีแก้ปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ของญาติกับผู้บริจาคอวัยวะไว้ด้วย กล่าวคือ ให้เจ้าพนักงานตำรวจเป็นผู้สอบปากคำและลงบันทึกเป็นหลักฐานยืนยันความสัมพันธ์ว่าผู้บริจาค และ ทายาท เป็นญาติกันจริง และยินดีบริจาคอวัยวะของผู้ป่วยได้โดยไม่รับสิ่งตอบแทน⁴⁰¹ อย่างไรก็ตามแม้คู่มือประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะฯ จะกำหนดลำดับชั้นของทายาทไว้ แต่ก็ยังไม่ชัดเจนในลำดับชั้นที่ 4 และ 5 อันเป็น ญาติที่บรรลุนิติภาวะ กับผู้แทนโดยชอบธรรมตามกฎหมาย ว่าเป็นผู้ใดกันแน่ และในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ โดยให้เจ้าพนักงานตำรวจลงบันทึกไว้เป็นหลักฐานนั้น ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าเป็นการยืนยันความสัมพันธ์ไว้เป็นหลักฐานเท่านั้น แต่ไม่มีผลใดในทางกฎหมาย ทั้งยังไม่มีมีการตรวจสอบอย่างแท้จริงในชั้นเจ้าพนักงานตำรวจว่า มีทายาทลำดับก่อนหน้านั้น คัดค้าน หรือไม่อย่างไร ซึ่งแตกต่างกับการพิจารณาในชั้นศาลที่มีผล และสภาพบังคับได้จริง ทั้งยังมีการพิสูจน์ความจริงจนหายเคลือบแคลงสงสัยถึงความสัมพันธ์ของทายาทนั้นๆ ดังนั้น ในการใช้วิธีการบันทึกเป็นหลักฐานผ่านทางเจ้าพนักงานตำรวจดังกล่าว ย่อมขาดหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์อย่างแท้จริง และอาจเกิดปัญหาต่อไปในอนาคตได้

ในขณะที่การบริจาคอวัยวะในรัฐนิวยอร์กนั้น มีการกำหนดลำดับชั้นของบุคคลที่มีสิทธิในการแสดงความจำนงในการบริจาคอวัยวะได้ โดยปรากฏอยู่ใน New York Public Health Law มาตรา 4301(2)⁴⁰² แม้ความสามารถของบุคคลตามกฎหมายดังกล่าว จะเกิดต่อเมื่อไม่ปรากฏเจตนาเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะของเจ้าของร่างไว้ แต่เมื่อมีการกำหนดลำดับชั้นของบุคคลไว้อย่างชัดเจนแล้ว ย่อมไม่ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ และไม่ก่อให้เกิดการตีความ ดังเช่นในคู่มือประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะฯ ของสภาวิชาชีพของสภากาชาดไทย ที่ระบุลำดับชั้นของทายาทไว้ แต่มีถ้อยคำที่ไม่สามารถตีความได้โดยชัดแจ้งว่าบุคคลนั้นคือผู้ใดในทางกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป ในประเด็นเกี่ยวกับลำดับชั้นของทายาทนี้ แม้ในการบริจาคอวัยวะยังไม่ปรากฏความเห็นของนักกฎหมายไทยเกี่ยวกับลำดับชั้นของทายาทว่าควรยึดถือลำดับชั้นของทายาทตามกฎหมาย หรือตามหลักการใดไว้อย่างชัดเจน แต่ท่านศาสตราจารย์แสง บุญเฉลิมวิภาส ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับปัญหาในทางปฏิบัติของทายาทไว้ แต่เป็นความเห็นในกรณีของ Living Will อัน

⁴⁰¹ ศูนย์บริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย, "คู่มือการประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะ(ฉบับย่อ) Handbook for Transplant Coordinator," (พ.ศ.2556): หน้า 17.

⁴⁰² โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.3.2.1 สารสำคัญของกฎหมาย "New York Public Health Law" หรือ PHL

เป็น เอกสารหรือหนังสือที่เขียนแสดงความปรารถนาหรือเป็นการสื่อสารกับบุคคลในครอบครัวหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องให้เข้าใจถึงความต้องการในระยะสุดท้ายของชีวิต ไม่ว่าจะเป็นการเลือกวิธีการรักษาในระยะสุดท้าย การจัดการงานศพ เป็นต้น⁴⁰³ โดยท่านได้ให้ความเห็นว่า ในกรณีที่ญาติมีความเห็นไม่ตรงกันเกี่ยวกับขั้นตอนในการรักษา หรือการตัดสินใจว่าจะรับการรักษาหรือไม่ ในกรณีที่ผู้ป่วยไม่อาจให้ความเห็นหรือแสดงเจตนาได้อีกต่อไป แพทย์ควรฟังความเห็นจากญาติคนไหน ซึ่งในเรื่องนี้กฎหมายไม่ได้เรียงลำดับทายาทไว้ ลำดับญาติมีในเฉพาะกฎหมายมรดกในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น แต่แพทย์ควรถามญาติผู้ที่มาส่งผู้ป่วยหรือผู้ที่เฝ้าดูแลผู้ป่วยว่า ญาติผู้นั้นมีสิทธิในการตัดสินใจแทนญาติทุกคนหรือไม่ หากไม่มี แพทย์ควรแนะนำให้ผู้นั้นพญาญาติที่มีสิทธิในการตัดสินใจมาด้วย โดยการสอบถามให้รู้ว่าใครจะตัดสินใจได้ จะช่วยไม่ให้เกิดปัญหาในภายหลัง⁴⁰⁴

ดังนั้น ปัญหาของลำดับชั้นของทายาท คือปัญหาว่าทายาทผู้ใดเป็นผู้มีสิทธิในการยินยอมในการมอบอวัยวะให้กับศูนย์รับบริจาค ทั้งนี้แม้ศูนย์รับบริจาคจะมีการกำหนดลำดับชั้นของทายาทไว้ในคู่มือประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะฯ ก็ตาม แต่ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าคู่มือประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะฯ นั้นไม่มีสถานะในทางกฎหมาย เป็นเพียงคำแนะนำในทางปฏิบัติสำหรับการบริจาคอวัยวะเท่านั้น และวิธีแก้ไขปัญหาคือความสัมพันธ์ของทายาทที่ระบุในคู่มือดังกล่าวคือการให้ทำบันทึกเป็นหลักฐานไว้กับเจ้าพนักงานตำรวจ แต่ในชั้นของพนักงานตำรวจไม่มีการพิสูจน์ความเป็นทายาทอย่างถ่องแท้ และปราศจากข้อสงสัยเหมือนในชั้นศาล การแก้ปัญหาเพียงทำบันทึกเป็นหลักฐานจึงยังไม่ถือเป็นวิธีแก้ไขที่เหมาะสมเท่าใดนัก เพราะอาจเกิดปัญหา เช่น ทายาทผู้ใกล้ชิดสนิทสนมอย่างแท้จริง หรือทายาทลำดับก่อน อาจไม่รู้ว่ามีการยินยอมของทายาทคนอื่นที่ไม่มีสิทธิไปแล้วได้ ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาตามมาในภายหลังได้

⁴⁰³ Thai Tribune (ไทยทริบูน), "การทำพินัยกรรมชีวิต (Living Will) สำคัญอย่างไร โดย ศาสตราจารย์พิเศษ กิติพงษ์ อรุณพิพัฒน์พงศ์," (2016), [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.thaitribune.org> [20 มีนาคม 2562].

⁴⁰⁴ ศาสตราจารย์ แสงว นุญเฉลิมวิภาส, ปลายทางชีวิต ขอลิขิตการรักษ, ed. 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สายธาร, พ.ศ.2557), หน้า 57.

4.4.2 ปัญหาการแสดงเจตนาบริจาคผ่าน Living Will

Living Will คือ หนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยื้อการตายในวาระสุดท้ายของตนหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้⁴⁰⁵ โดยประเทศไทยได้มีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในกฎหมาย กล่าวคือ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 12⁴⁰⁶ ที่ได้บัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะขอรับบริการทางสาธารณสุขเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตนหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้” โดยที่มาตราดังกล่าวยังกำหนดให้การดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขนั้นต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้อง คือ กฎกระทรวง กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ.2553

สาระสำคัญของกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาประเด็นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ การกำหนดนิยาม ของหนังสือแสดงเจตนา ไว้ใน กฎกระทรวง ข้อ 2.⁴⁰⁷ กล่าวคือ หนังสือแสดงเจตนาที่ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย นอกจากนิยามของหนังสือแสดงเจตนา ในกฎกระทรวง ข้อ 3.⁴⁰⁸ ยังกำหนดรายการ และหลักเกณฑ์ที่

⁴⁰⁵ (ไทยทริบูน), "การทำพินัยกรรมชีวิต (Living Will) สำคัญอย่างไร โดย ศาสตราจารย์พิเศษ กิติพงศ์ อุรพีพัฒนพงศ์," [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.thaitribune.org> [20 มีนาคม 2562].

⁴⁰⁶ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 12 บัญญัติว่า

บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะขอรับบริการทางสาธารณสุข เพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้

การดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้วมิให้ ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดทั้งปวง

⁴⁰⁷ กฎกระทรวง กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขฯ พ.ศ.2553 ข้อ 2. กำหนดนิยามของ “หนังสือแสดงเจตนา” หมายความว่า หนังสือซึ่งบุคคลแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าว่าไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย

⁴⁰⁸ กฎกระทรวง กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขฯ พ.ศ.2553 ข้อ 3. กำหนดว่า หนังสือแสดงเจตนาต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่จะดำเนินการตามความประสงค์ ของผู้ทำหนังสือดังกล่าวได้ โดยมีข้อมูลเป็นแนวทางในการทำหนังสือ ดังต่อไปนี้

ต้องกำหนดในหนังสือแสดงเจตนาไว้ด้วย กล่าวคือ ในหนังสือแสดงเจตนาต้องระบุรายการที่แสดงข้อมูลของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาโดยระบุชื่อ นามสกุล อายุ หมายเลขบัตรประจำตัวประชาชน และที่อยู่หรือหมายเลขโทรศัพท์ที่ติดต่อได้ ระบุประเภทของบริการสาธารณสุขที่ไม่ต้องการจะได้รับ ทั้งหนังสือแสดงเจตนาที่ผู้แสดงเจตนาต้องลงลายมือชื่อหรือพิมพ์ลายนิ้วมือของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา พยาน และผู้เขียนหรือผู้พิมพ์ไว้ด้วย เป็นต้น แต่สาระสำคัญของหนังสือแสดงเจตนาตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่เกี่ยวกับการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะนั้น ปรากฏอยู่ที่ กฎกระทรวง กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขฯ พ.ศ. 2553 ข้อ 3. วรยศท้าย ได้กำหนดว่า “หนังสือแสดงเจตนาอาจระบุรายละเอียดอื่นๆ เช่น ความประสงค์ในการเสียชีวิต ณ สถานที่ใด ความประสงค์ที่จะได้รับการเยียวยาทางจิตใจ และการปฏิบัติตามประเพณีและความเชื่อทางศาสนา และให้สถานบริการสาธารณสุขให้ความร่วมมือตามสมควร” ประเด็นที่น่าพิจารณาคือ หนังสือแสดงเจตนาอาจระบุรายละเอียดอื่นๆ ได้ ซึ่งรายละเอียดอื่นๆ นั้น รวมถึงการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเมื่อตนเสียชีวิตด้วยหรือไม่

โดยในประเด็นนี้นั้น ไม่ปรากฏในประเทศไทยว่า Living Will สามารถกำหนดเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะไว้ แต่ในประเทศอื่น เช่นประเทศเยอรมัน ได้กำหนดในบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับ Living Will ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และถือว่า Living Will เป็นเอกสารยืนยันการบริจาคอวัยวะได้⁴⁰⁹ นอกเหนือจากประเทศเยอรมันแล้ว ในรัฐนิวยอร์ก ที่ใช้รูปแบบการบริจาคแบบ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

(1) รายการที่แสดงข้อมูลของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาโดยระบุชื่อ นามสกุล อายุ หมายเลขบัตรประจำตัวประชาชน และที่อยู่หรือหมายเลขโทรศัพท์ที่ติดต่อได้

(2) วัน เดือน ปีที่ทำหนังสือแสดงเจตนา

(3) ชื่อ นามสกุล หมายเลขบัตรประจำตัวประชาชนของพยาน และความเกี่ยวข้องกับ ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา

(4) ระบุประเภทของบริการสาธารณสุขที่ไม่ต้องการจะได้รับ

(5) ในกรณีที่ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาให้ผู้อื่นเขียนหรือพิมพ์หนังสือแสดงเจตนา ให้ระบุชื่อ นามสกุล และหมายเลขบัตรประจำตัวประชาชนของผู้เขียนหรือผู้พิมพ์ไว้ด้วย

หนังสือแสดงเจตนาต้องลงลายมือชื่อหรือลายพิมพ์นิ้วมือของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา พยาน และผู้เขียนหรือผู้พิมพ์ไว้ด้วย ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาอาจระบุบุคคลเพื่อทำหน้าที่อธิบายความประสงค์ที่แท้จริง ของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาที่ระบุไว้ไม่ชัดเจน บุคคลผู้ถูกระบุชื่อดังกล่าวต้องลงลายมือชื่อ หรือลายพิมพ์นิ้วมือ และหมายเลขบัตรประจำตัวประชาชนไว้ในหนังสือแสดงเจตนาด้วย หนังสือแสดงเจตนาอาจระบุรายละเอียดอื่น ๆ เช่น ความประสงค์ในการเสียชีวิต ณ สถานที่ใด ความประสงค์ที่จะได้รับการเยียวยาทางจิตใจ และการปฏิบัติตามประเพณีและความเชื่อทางศาสนา และให้สถานบริการสาธารณสุขให้ความร่วมมือตามสมควร

⁴⁰⁹ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.1.4.4 หลักพินัยกรรมตามกฎหมายเยอรมัน

Mandated Choice การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะภายในรัฐย่อมสามารถทำได้หลากหลายรูปแบบด้วยกัน และหนึ่งในนั้นรวมถึงการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะผ่าน Living Will ด้วย⁴¹⁰ เห็นได้ว่าในประเทศอื่นบางประเทศนั้น สามารถกำหนดเกี่ยวกับเจตนาบริจาคอวัยวะผ่าน Living Will ได้

ในส่วนของประเทศไทย Living Will เป็นเรื่องของการแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุข โดยในความมุ่งหมายของบทบัญญัติดังกล่าวนี้ คือ การรับรองสิทธิของผู้ป่วยที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับตนเอง (right to self-determination)⁴¹¹ ซึ่งสิทธินี้เมื่อพิจารณาแล้วคือสิทธิเฉพาะที่เกี่ยวกับการรักษาพยาบาลเท่านั้น อีกทั้งหากพิจารณาหลักของ Living Will ย่อมพบว่าเป็นหลักการที่ต่างจากหลักของพินัยกรรม เนื่องจากพินัยกรรมคือคำสั่งสุดท้ายก่อนตายของผู้ทำพินัยกรรม อันเป็นเหตุให้พินัยกรรมนั้นมีผลเมื่อผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย แต่หลักของ Living Will นั้น คือการที่ผู้ไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุข แสดงเจตนาว่าตนไม่ต้องการรับบริการสาธารณสุขอีกต่อไป อันเป็นเรื่องของเจตนาที่ส่งผลในขณะที่ผู้แสดงเจตนาที่ยังไม่ถึงแก่ความตาย การนำเอาหลักเกณฑ์ของ Living Will มาใช้กับการบริจาคอวัยวะในประเทศไทยจึงยังเป็นเรื่องที่ขัดกับวัตถุประสงค์ของ Living Will และหลักของพินัยกรรมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

4.4.3 ภาวะแกนสมองตาย กับ การปลูกถ่ายอวัยวะ

ในการบริจาคอวัยวะนั้น หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม(ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 ข้อ 53(1) กำหนดว่า การปลูกถ่ายอวัยวะที่ใช้ อวัยวะจากผู้ที่แกนสมองตายต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่ว่าผู้ที่แกนสมองตายตามหลักเกณฑ์วิธีการวินิจฉัยของแพทยสภาเท่านั้นที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถนำเอาอวัยวะไปทำการปลูกถ่ายให้แก่ผู้ที่ต้องการอวัยวะทดแทน และระเบียบสภาากาชาดไทย ว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภาากาชาดไทย พ.ศ.2545 ข้อ 6. ได้นิยาม ผู้บริจาคอวัยวะ หมายความว่า ผู้เสียชีวิตแกนสมองตาย

⁴¹⁰ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.3.2.1 “New York Public Health Law” หรือ PHL

⁴¹¹ ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส, "หนังสือแสดงเจตนาเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้ายของชีวิต," (สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ), [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.thailivingwill.in.th/content/หนังสือแสดงเจตนาเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้าย-ของชีวิต> [20 มีนาคม 2562].

ข้อ 53 คือ ผู้บริจาคต้องถูกวินิจฉัยว่าถึงแก่ความตายแล้วเท่านั้น⁴¹² ดังนั้นจากข้อบังคับ และระเบียบดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า ภาวะแกนสมองตายกับการปลูกถ่ายอวัยวะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกัน แต่เนื่องจากการเสียชีวิตจากแกนสมองตายเป็นเรื่องใหม่ และไวต่อความรู้สึกของทั้งบุคลากรทางการแพทย์ และสาธารณชน จึงก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติคือความไม่มั่นใจในกระบวนการดำเนินงาน⁴¹³ ซึ่งส่งผลต่อการตัดสินใจให้ความยินยอมของทายาท อัตราการปลูกถ่ายอวัยวะและความเสี่ยงในความสำเร็จของแพทย์ที่เพิ่มมากขึ้น อันถือเป็นปัญหาในทางปฏิบัติปัญหาหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะ

ทั้งนี้การถึงแก่ความตายต้องเป็นการตายในนิยามของการตายทางการแพทย์ และการตายทางกฎหมาย แต่เดิมนั้นการวินิจฉัยการตายของบุคคลถือเกณฑ์การหยุดเต้นของหัวใจและการหยุดทำงานของปอด แต่ต่อมาเนื่องจากความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์ก่อให้เกิดแนวคิดในการนำเอาอวัยวะของผู้ที่ถึงแก่ความตายแล้ว นำไปปลูกถ่ายแก่ผู้อื่น การใช้หลักเกณฑ์เดิมจึงไม่เหมาะสมเพราะไม่สามารถปลูกถ่ายอวัยวะได้ ในระยะหลังจึงได้นำแนวคิดเกณฑ์แกนสมองตายมาเป็นตัวบ่งชี้ว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตายแล้ว⁴¹⁴ โดยการยอมรับว่าแกนสมองตายคือการตาย (Brain death as the body death) เมื่อมีการยอมรับเช่นนั้น แพทย์ย่อมชอบที่จะผ่าตัดอวัยวะจากผู้ตายไปปลูกถ่ายได้ก่อนจะหยุดเครื่องช่วยหายใจและการไหลเวียนของโลหิต⁴¹⁵ ซึ่งการตายทางกฎหมายนั้นได้มีประกาศแพทยสภา เรื่อง “เกณฑ์การวินิจฉัยแกนสมองตาย” ออกตามมติคณะกรรมการแพทยสภาครั้งที่ 2/2532 เมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2532 ต่อมาในปี พ.ศ.2539 แพทยสภาได้ออกประกาศแก้ไขเพิ่มเติม โดยในปัจจุบัน คือ ประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย พ.ศ.2554 พร้อมทั้งมีรูปแบบอันเป็นแบบฟอร์มการตรวจแกนสมองตายด้วย⁴¹⁶ ด้วยเหตุนี้แพทยสภาได้พยายามแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการสร้างกฎเกณฑ์และแนวปฏิบัติให้สังคมเกิดความไว้วางใจ ผ่านข้อบังคับต่างๆ อาทิเช่น ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 แก้ไข

⁴¹² โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.6 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ

⁴¹³ ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส, นิติเวชศาสตร์ และ กฎหมายการแพทย์ หน้า 194.

⁴¹⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, กฎหมายการแพทย์ = *Medical Laws* / แสวง บุญเฉลิมวิภาส และเอนก ยมจินดา, หน้า 141.

⁴¹⁵ จรัส สุวรรณเวลา, “ความตาย : ประเด็นทางการแพทย์” รายงานประชุมโต๊ะกลม แพทย์-นิติศาสตร์ เรื่อง การตายทางการแพทย์ และการตายทางกฎหมาย, (พ.ศ.2531), หน้า 7.

⁴¹⁶ ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส, นิติเวชศาสตร์ และ กฎหมายการแพทย์ หน้า 194.

เพิ่มเติมโดย ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม(ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 และ ระเบียบสภาทนายความว่าด้วยศุนย์รับบริจาคอวัยวะสภาทนายความ พ.ศ.2545 รวมทั้งข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยจริยธรรมแห่งวิชาชีพ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2551 ด้วย ซึ่งข้อบังคับนี้ได้ให้ความหมาย “การตายของบุคคล” หมายถึง บุคคลที่อยู่ในสภาวะที่ระบบการไหลเวียนเลือดและระบบการหายใจหยุดทำงาน โดยไม่สามารถกลับคืนได้อีก หรืออยู่ในภาวะแกนสมองตาย หรือ การที่แกนสมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงอีกต่อไป ในขณะที่ ภาวะแกนสมองตาย(Brain death) หมายถึง ภาวะที่แกนสมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไป และในทางการแพทย์ ถือว่าผู้ที่มีภาวะแกนสมองตาย คือ ผู้ที่เสียชีวิตแล้ว⁴¹⁷

อย่างไรก็ดีการอาศัยเกณฑ์แกนสมองตายมาเป็นเครื่องวินิจฉัยว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตายแล้ว เป็นเพียงความตายตามทางการแพทย์ แต่ในทางกฎหมายยังมีข้อโต้เถียงอยู่ตลอดมาว่าการตายทางการแพทย์เช่นนี้ จะถือว่าเป็นการตายทางกฎหมายด้วยหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ความตายทางกฎหมายจึงยังไม่ชัดเจน และก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติอันเกี่ยวกับผลของการบริจาคอวัยวะอยู่มาก โดยปัญหาจากเกณฑ์ภาวะแกนสมองตากับการปลูกถ่ายอวัยวะที่เห็นได้ชัด คือ ปัญหาความยินยอมของทายาท และ ปัญหาความรับผิดชอบของแพทย์ ดังจะอธิบายต่อไปนี้

ก) ปัญหาความยินยอมของทายาท

ในการปลูกถ่ายอวัยวะนั้น ก่อนที่แพทย์จะทำการผ่าตัดอวัยวะออกจากร่างกายของผู้บริจาค จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากทายาทของผู้บริจาคเสียก่อน แพทย์จึงจะมีอำนาจในการผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายเพื่อทำการปลูกถ่ายต่อไปได้ ดังนั้นกระบวนการในการตัดสินใจของทายาทจึงเป็นส่วนสำคัญ และเนื่องจากทายาทต้องเป็นผู้รับรู้ถึงความตายของผู้บริจาค การวินิจฉัยเกี่ยวกับความตายของผู้บริจาค และ ผลของความตายของผู้บริจาค จึงเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลต่อการตัดสินใจให้ความยินยอมในการผ่าตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายของทายาทด้วย

ทั้งนี้ในประเด็นเรื่องความยินยอมของทายาท ที่สัมพันธ์กับการวินิจฉัยถึงภาวะแกนสมองตายของแพทย์นั้น ได้เคยมีการสำรวจปัจจัยที่เป็นอุปสรรคต่อการขอรับบริจาคอวัยวะและการปลูกถ่าย

⁴¹⁷ คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, "ภาวะแกนสมองตาย (Brain Death)", [ออนไลน์]. แหล่งที่มา :

<http://www.med.cmu.ac.th/dept/surgery/neurosurgerycmu.pdf> [31 มีนาคม 2562].

อวัยวะในประเทศไทย ของสำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ เมื่อปี พ.ศ.2559 จากผลการศึกษามีผู้ป่วยที่อยู่ในภาวะ Potential Brain Death เข้าร่วมการศึกษาทั้งสิ้น 975 ราย และญาติผู้ป่วยที่ลงนามบริจาคอวัยวะ มีจำนวน 178 คน คิดเป็น ร้อยละ 18.2 เท่านั้น⁴¹⁸ ซึ่งถือเป็นอัตราที่น้อยมากหากเปรียบเทียบกับจำนวนผู้ป่วยที่ถูกวินิจฉัยว่าแกนสมองตาย สาเหตุหลักของการที่ทายาทไม่ยินยอมนั้น จากผลสำรวจพบว่าญาติผู้ป่วยจำนวนมากไม่ทราบว่าเกิดการเกิดภาวะแกนสมองตายเป็นการที่ผู้ป่วยเสียชีวิตแล้ว เนื่องจากเมื่อแกนสมองสูญเสียอย่างถาวรแล้ว สมองส่วนอื่นๆ ก็จะไม่สามารถทำงานต่อไปได้ และอวัยวะอื่นๆ จะทำงานน้อยลงและหยุดทำงานในที่สุด แต่หากมีการใช้เครื่องช่วยหายใจ อาจทำให้เห็นการเคลื่อนไหวของหน้าอกได้ หัวใจของผู้ป่วยอาจจะยังเต้นอยู่⁴¹⁹ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดความเข้าใจผิดของทายาทว่าผู้ป่วยยังคงมีชีวิตอยู่ และไม่ให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะได้ นอกจากนี้ความไม่เข้าใจในภาวะแกนสมองตายเป็นการตายแล้ว ความเชื่อเกี่ยวกับศาสนา การกลัวผู้ป่วยเจ็บ และทำใจไม่ได้⁴²⁰ ยังเป็นปัจจัยที่ทำให้ทายาทไม่ยินยอมบริจาคอวัยวะเช่นกัน ความยินยอมของทายาทจึงเป็นปัญหาและอุปสรรคที่กระทบต่ออัตราการปลูกถ่ายอวัยวะทั้งสิ้น ดังนั้นภาวะแกนสมองตายเป็นปัญหาในทางปฏิบัติที่มีผลกระทบต่อการตัดสินใจให้ความยินยอมของทายาท

ข) ความเสี่ยงในความรับผิดชอบแพทย์

การปลูกถ่ายอวัยวะ คือการนำเอาอวัยวะที่ดีไปใช้แทนอวัยวะที่เสีย ซึ่งอาจกระทำได้ในบุคคลคนเดียวหรือต่างบุคคลกัน โดยในกระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะนี้ต้องกระทำผ่าน “แพทย์” ในการนี้แพทย์จึงเข้ามาเป็นตัวกลางผู้ทำหน้าที่ในการผ่าตัดนำเอาอวัยวะชิ้นนั้นออกมาใช้เพื่อการปลูกถ่าย และในฐานะตัวกลางนี้ แพทย์จะต้องกระทำด้วยความระมัดระวังเพราะเป็นการกระทำต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ หากกระทำโดยความประมาทเลินเล่อ แพทย์อาจมีความรับผิดชอบตามกฎหมายได้⁴²¹ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันในการผ่าตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนี้ใช้หลักเกณฑ์แกนสมองตาย อันเป็นหลักวิชาการทางการแพทย์ซึ่งไม่ตรงกับความรู้สึกของบุคคลทั่วไปที่มองว่าการตายหมายถึงถึง

⁴¹⁸ สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, "การศึกษาปัจจัยที่เป็นอุปสรรคต่อการขอรับบริจาคอวัยวะและการปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศไทย (Determination of Barriers to Organ Donation and Transplantation in Thailand)" (พ.ศ.2559), หน้า 1-2.

⁴¹⁹ คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, "ภาวะสมองตาย (Brain Death)", [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.med.cmu.ac.th/dept/surgery/neurosurgerycmu.pdf> [31 มีนาคม 2562].

⁴²⁰ สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, หน้า 1-2

⁴²¹ มหาวิทยาลัยราชภัฏสงขลา, หน้า 19.

การหยุดหายใจและหัวใจหยุดเต้น ด้วยเหตุนี้ก่อให้เกิดปัญหาความกลางแกลงสงสัยว่า แพทย์ได้กระทำโดยใช้ความระมัดระวังเพียงพอหรือไม่ และการวินิจฉัยการตายโดยแพทย์ผ่านเกณฑ์แกนสมองตายนั้น ถือเป็นกรณีที่แพทย์กระทำ(ผ่าตัด) ต่อบุคคลในขณะที่บุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่หรือไม่ หากได้ความว่าบุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่ แพทย์จะมีความรับผิดชอบทางแพ่งหรือต้องรับผิดในทางอาญา หรือไม่อย่างไร

ในประเด็นนี้ การกระทำของแพทย์ที่ทำการผ่าตัดด้วยวะ แม้ใช้เกณฑ์เรื่องแกนสมองตายตามข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยจริยธรรมแห่งวิชาชีพ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2551 ที่ระบุ นิยาม “การตายของบุคคล” เอาไว้ ในการนี้แม้ผู้บริจาจะอยู่ในสภาวะที่แกนสมองตาย แต่ประกาศของแพทยสภาเป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์ทางการแพทย์เพื่อประกอบการวินิจฉัยว่าแพทย์ได้ดำเนินการถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนดเกี่ยวกับการวินิจฉัยเรื่องแกนสมองตายหรือไม่ แต่ไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าหากแพทย์ได้ทำการครบถ้วนตามที่ประกาศแพทยสภาฉบับดังกล่าวกำหนด ถือเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดตามทางแพ่ง หรือ ทางอาญาแต่อย่างใด ดังนั้นแม้แพทย์จะดำเนินการครบตามหลักเกณฑ์ของประกาศแพทยสภา แต่ในขณะเดียวกันการกระทำของแพทย์ย่อมอาจเข้าลักษณะของการละเมิดในทางแพ่ง และครบองค์ประกอบความผิดทางกฎหมายอาญาด้วย ส่งผลให้แพทย์อาจมีความรับผิดฐานฆ่าผู้อื่น หรือ ทำร้ายร่างกายผู้อื่นได้

ในความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ นักกฎหมายไทยส่วนหนึ่งเห็นว่าการกระทำของแพทย์ครบองค์ประกอบความผิดอาญาฐานฆ่าผู้อื่น และฐานทำร้ายร่างกาย แต่ “ความยินยอม” ของผู้บริจาทำให้การกระทำของแพทย์ไม่เป็นความผิด⁴²² ความคิดทางกฎหมายนี้อาศัยหลักกฎหมายจารีตประเพณี อันเป็นหลักความยินยอมไม่มีความผิด (Volenti non fit injuria)⁴²³ ซึ่งชอบที่จะนำมาใช้ในทางอาญาได้ แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม⁴²⁴ ซึ่งความยินยอมที่แพทย์ชอบที่จะใช้อ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดของตนนั้น ต้องเป็นความยินยอมที่ครบถ้วนตามหลักความยินยอมทางอาญา⁴²⁵ และโดยอาศัยหลักความยินยอมทางอาญาตามคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 1403/2508 ที่

⁴²² ฉัตรแก้ว สอนศิริ, หน้า 27.

⁴²³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด และลหุโทษ (พ.ศ.2554), หน้า 239.

⁴²⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, กฎหมายการแพทย์ : ความรับผิดทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข (พ.ศ. 2546), หน้า 34-35.

⁴²⁵ โปรดดูรายละเอียดใน หัวข้อ 4.3.1 สิทธิของผู้บริจาเกี่ยวกับความยินยอมทางกฎหมาย

วางหลักเกี่ยวกับความยินยอมในทางอาญา หากไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี ความยินยอมนั้น ย่อมไม่ใช่เป็นข้ออ้างเพื่อยกเว้นไม่ให้กระทำความผิดได้ ซึ่งการจะวิเคราะห์การกระทำนั้นขัดต่อศีลธรรม อันดีหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากความรู้สึกทั่วไปของประชาชนในขณะนั้นว่าเห็นสมควรให้กระทำ ได้หรือไม่ ซึ่งในปัจจุบันนี้ การผ่าตัดเพื่อนำเอาอวัยวะของผู้บริจาคออกไปใช้เพื่อการปลูกถ่าย มิได้ถือ เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย และผิดธรรมเนียมประเพณี ความยินยอมของผู้บริจาคจึงมิได้ขัดต่อสำนึกใน ศีลธรรมอันดี ดังนั้นหากการที่แพทย์ทำการผ่าตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายโดยอาศัยความยินยอมของ ผู้บริจาค แม้การกระทำของแพทย์จะครบองค์ประกอบความผิดของกฎหมายอาญา แต่แพทย์หาต้อง รับผิดไม่เนื่องจากอาศัยหลักของความยินยอมมาทำให้แพทย์พ้นจากความรับผิดนั่นเอง ดังนั้นจาก ความเห็นของนักกฎหมายก็ไม่ได้มีการตีความการตายทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจน หากแต่อาศัยหลัก ความยินยอมมาใช้เพื่อให้แพทย์พ้นจากความรับผิดตามกฎหมาย

ในส่วนของคำพิพากษาของศาล ได้มีการตีความเรื่องความตายทางกฎหมายไว้ด้วยเช่นกัน อาทิเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4200/2559⁴²⁶ ซึ่งศาลได้ตีความและได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการตายของ

⁴²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4200/2559 วินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 193 วรรคสองประกอบ มาตรา 216 วรรคหนึ่งและมาตรา 225 วางหลักว่า ฎีกาทุกฉบับต้องมีข้อคัดค้านคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ระบุข้อเท็จจริงโดยย่อหรือข้อ กฎหมายที่ยกขึ้นอ้างอิงเป็นลำดับ คดีนี้ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องในความผิดฐานร่วมกันฆ่าผู้อื่น โจทก์ร่วมที่ 2 อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ พิพากษายืน โจทก์ร่วมที่ 2 ฎีกาโดยคัดลอกข้อความที่อุทธรณ์มาเป็นฎีกาทั้งสิ้นและศาลอุทธรณ์ได้มีคำวินิจฉัยในปัญหาเดียวกันไว้แล้ว ฎีกาของโจทก์ร่วมที่ 2 มิได้ยกเหตุผลคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ว่าไม่ถูกต้อง หรือคลาดเคลื่อนอย่างไร ที่ถูกแล้วศาลอุทธรณ์ควร วินิจฉัยอย่างไรและด้วยเหตุผลใด ไม่ชอบด้วยบทกฎหมายดังกล่าว จึงไม่อาจใช้ดุลพินิจอนุญาตให้ฎีกาตาม ประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา มาตรา 221 ได้ แม้ผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาและลงชื่อในคำพิพากษาศาลชั้นต้นอนุญาตให้ฎีกาและศาลชั้นต้นรับฎีกา ของโจทก์ร่วมที่ 2 มาเป็นการไม่ชอบ ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย

โจทก์ฎีกาว่า ขณะที่จำเลยที่ 1 และที่ 4 ร่วมกันผ่าตัดเอาไตทั้ง 2 ข้าง และตัดออกจากร่างกายของ ล. และจำเลยที่ 1 และ ที่ 2 ร่วมกันผ่าตัดเอาไตทั้ง 2 ข้าง ออกจากร่างกายของ น. เพื่อนำเอาอวัยวะนั้นไปทำการปลูกถ่ายอวัยวะให้แก่บุคคลอื่น ล. และ น. ยัง ไม่อยู่ในสภาวะแกนสมองตาย คือ การที่แกนสมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงนั้น เห็นว่า เมื่อศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง โดยให้เหตุผลว่า ผู้ป่วยราย ล. และ น. ประสบอุบัติเหตุได้รับบาดเจ็บที่ศีรษะฐานกะโหลกแตกและสมองถูกกระทบกระเทือนอย่าง รุนแรง ทำให้สมองบวมกดแกนสมองเคลื่อนไป แพทย์ตรวจพบว่า ผู้ป่วยทั้งสองราย ไม่รู้สึกตัวและอยู่ในเครื่องช่วยหายใจ เนื่องจากไม่ หายใจ เกณฑ์การตรวจและวินิจฉัยแกนสมองตายกระทำโดยการตรวจและทดสอบตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศของแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยแกนสมองตายและตามหลักวิชาการทางการแพทย์ ปรากฏว่าผู้ป่วยทั้งสองรายนี้ไม่รู้สึกตัว ไม่ตอบสนองต่อความ เจ็บปวด และเมื่อถอดเครื่องช่วยหายใจออกก็ไม่หายใจ แสดงให้เห็นได้ว่าแกนสมองของผู้ป่วยทั้งสองรายนี้ถูกทำลายจนสิ้นสุดการ ทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไปแล้ว ทำให้ไม่สามารถหายใจได้อย่างแน่นอน ก่อนทำการผ่าตัดวิสัญญีแพทย์ตรวจพบว่า ผู้ป่วยทั้งสองรายไม่ ตอบสนองต่อความเจ็บปวด แกนสมองตายแล้วและไม่หายใจเช่นเดียวกัน จึงนำเชือกก่อนทำการผ่าตัดนำอวัยวะออกไปนั้น ผู้ป่วย

ทั้งสองรายแกนแกนสมองตาย มีผลทำให้หัวใจขาดออกซิเจน กล้ามเนื้อหัวใจจะหยุดทำงานและหัวใจจะหยุดเต้นในเวลาต่อมา โจทก์อุทธรณ์โดยมิได้โต้แย้งคำวินิจฉัยในส่วนดังกล่าว ข้อเท็จจริงจึงรับฟังยุติตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นว่า ล. และ น. อยู่ในสภาวะแกนสมองตายก่อนที่จะมีการผ่าตัดเอาอวัยวะออกจากร่างกายไปทำการปลูกถ่ายอวัยวะให้แก่บุคคลอื่น ฎีกาของโจทก์ข้อนี้จึงเป็นการหยิบยกข้อเท็จจริงซึ่งยุติไปแล้วมาโต้แย้งใหม่ในชั้นฎีกา จึงเป็นฎีกาที่มีได้ยกวากันมาแล้วโดยชอบในศาลอุทธรณ์ไม่ชอบด้วย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 249 วรรคหนึ่ง ประกอบ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 และเป็นกรณีไม่อาจอนุญาตหรือรับรองให้ฎีกาได้ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 221 ที่โจทก์ฎีกาต่อไปว่า จำเลยที่ 1 และที่ 2 อ้างว่าการวินิจฉัยแกนสมองตายตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยแกนสมองตายตามประกาศแพทยสภาไม่ได้ เนื่องจากจำเลยที่ 1 และที่ 2 ไม่ได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภา เช่น ไม่ได้กระทำโดยองค์คณะแพทย์ไม่น้อยกว่า 3 คน ไม่ได้บันทึกว่าแกนสมองตายนั้น เห็นว่า ข้อความในฎีกาโจทก์เป็นทำนองเดียวกับที่โจทก์กล่าวในอุทธรณ์อันเป็นการโต้แย้งคัดค้านคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้น เมื่อศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าแกนสมองของ ล. และ น. ถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไป บุคคลทั้งสองจึงอยู่ในสภาวะแกนสมองตายตามประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยแกนสมองตายฉบับแรกและฉบับที่ 2 ก่อนทำการผ่าตัดนำอวัยวะของ ล. และ น. ออกไป วิสัญญีแพทย์ ตรวจผู้ป่วยทั้งสองแล้ว ผู้ป่วยไม่รู้สึกตัว ไม่ตอบสนองต่อความเจ็บปวด และเมื่อปลดเครื่องช่วยหายใจออกจากท่อแล้วผู้ป่วยไม่หายใจเอง ข้อเท็จจริงดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า แกนสมองของผู้ป่วยทั้งสองคนถูกทำลายจนไม่สามารถทำงานต่อไปได้แล้ว ทำให้ไม่สามารถหายใจได้เองโดยปราศจากการใช้เครื่องช่วยหายใจ ซึ่งเข้าหลักเกณฑ์การวินิจฉัยแกนสมองตายตามประกาศแพทยสภา แม้การวินิจฉัยเรื่องแกนสมองตาย จะขาดตกบกพร่องไปบ้าง เช่น ไม่ได้ใช้แบบพิมพ์ของแพทยสภา หรือการวินิจฉัยแกนสมองตายกระทำโดยแพทย์ไม่ครบ 3 คน ก็เป็นความบกพร่องในด้านการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนดไว้ ซึ่งจำเลยที่ 1 และที่ 2 ก็ถูกลงโทษโดยแพทยสภาไปแล้ว โดยโจทก์มิได้โต้แย้งว่า คำพิพากษาศาลอุทธรณ์วินิจฉัยไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไรและด้วยเหตุผลใด จึงเป็นฎีกาที่ไม่คัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ ไม่ชอบด้วย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 193 วรรคสอง ประกอบมาตรา 216 วรรคหนึ่ง และมาตรา 225 ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย

ส่วนที่โจทก์ฎีกาว่า การตายของ ล. และ น. จะนำหลักเกณฑ์ตามประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยแกนสมองตายซึ่งออกในปี 2532 และตามประกาศแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ปี 2539 มาใช้ไม่ได้ เนื่องจากเป็นการวินิจฉัยการตายในทางการแพทย์ที่จะใช้ในการเปลี่ยนปลูกถ่ายอวัยวะ แต่คดีนี้จะต้องวินิจฉัยการตายตามความหมายในทางกฎหมาย คือ การไม่หายใจและหัวใจหยุดทำงานนั้น เห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นมีองค์ประกอบความผิดประการหนึ่ง คือ ฆ่า คำว่า "ฆ่า" เป็นข้อเท็จจริงที่รู้จักกันอยู่ทั่วไปว่า หมายถึงการกระทำด้วยประการใด ๆ ให้คนตาย แต่ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มิได้กำหนดบทนิยามคำว่า "ตาย" ว่ามีความหมายอย่างไร และไม่มียกข้อยกเว้นของกฎหมายใดนิยามความตายให้ชัดเจน เมื่อตาม พ.ร.บ.การทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 กำหนดให้แพทย์เป็นผู้ออกหนังสือรับรองการตาย ดังนั้น การวินิจฉัยการตายจึงเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องให้แพทย์ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้วินิจฉัย โดยที่งานของแพทย์มีลักษณะเป็นวิชาชีพ จึงเป็นงานที่ต้องมีกรอบขนบธรรมเนียมและจรรยาบรรณของหมุ่คณะโดยเฉพาะ และเป็นการใช้ความรู้ในวิทยาการเฉพาะด้านที่ผู้อื่นไม่อาจรู้ได้ทั้งหมด อีกทั้งมีวิวัฒนาการด้านการรักษาและวิทยาการเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว การประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงมีกฎหมายควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพนี้เป็นพิเศษและมีการสอดส่องดูแลโดยบุคคลในวิชาชีพเดียวกันเพื่อให้การประกอบวิชาชีพเป็นไปโดยถูกต้องตามกรอบมาตรฐานวิชาชีพและจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ขณะเกิดเหตุ วิทยาศาสตร์การแพทย์ด้านการปลูกถ่ายอวัยวะในผู้ป่วยที่มีปัญหาการสูญเสียหน้าที่การทำงานของอวัยวะหรือมีความล้มเหลวของอวัยวะต่าง ๆ เช่น หัวใจ ตับ ไต เป็นต้น มีความก้าวหน้าจนสามารถเอาอวัยวะจากผู้ที่ตายแล้วหรือยังมีชีวิตอยู่นำไปปลูกถ่ายอวัยวะให้แก่ผู้ป่วยได้ ในกรณีนี้ได้มีประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยแกนสมองตาย พ.ศ.2532 และประกาศแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ.2539 กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยแกนสมองตายมีสาระสำคัญว่า การวินิจฉัยคนตายโดยอาศัยเกณฑ์แกนสมองตายนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องนำไปใช้โดยเฉพาะกับการผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะสำคัญของมนุษย์ และอาจนำไปใช้ใน

กฎหมายเอาไว้ เนื่องจากโจทก์ฎีกาว่า คดีนี้จะนำหลักเกณฑ์ตามประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยแกนสมองตายซึ่งออกในปี 2532 และตามประกาศแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ปี 2539 มาใช้ไม่ได้ เนื่องจากเป็นการวินิจฉัยการตายในทางการแพทย์ที่จะใช้ในการเปลี่ยนปลุกถ่ายอวัยวะ แต่คดีนี้จะต้องวินิจฉัยการตายตามความหมายในทางกฎหมาย คือ การไม่หายใจและหัวใจหยุดทำงาน ในประเด็นนี้ศาลฎีกาตีความว่า ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีการกำหนดนิยามการตายไว้ และไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดนิยามการตายไว้อย่างชัดเจน จึงต้องนำเอา พระราชบัญญัติทะเบียนราษฎร พ.ศ.2534 มาตีความเกี่ยวกับการวินิจฉัยการตาย ซึ่งเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องให้แพทย์ผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้วินิจฉัย และเนื่องด้วยงานของแพทย์มีลักษณะเป็นวิชาชีพ จึงเป็นงานที่ต้องมีกรอบขนบธรรมเนียมและจรรยาบรรณของหมู่คณะโดยเฉพาะ และเป็นการใช้ความรู้ในวิทยาการเฉพาะด้านที่ผู้อื่นไม่อาจรู้ได้ทั้งหมด อีกทั้งมีวิวัฒนาการด้านการรักษาและวิทยาการเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว การประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงมีกฎหมายควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพนี้เป็นพิเศษและมีการสอดส่องดูแลโดยบุคคลในวิชาชีพเดียวกันเพื่อให้การประกอบวิชาชีพเป็นไปโดยถูกต้องตามกรอบมาตรฐานวิชาชีพและจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยแกนสมองตาย พ.ศ.2532 และประกาศแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ.2539 กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยแกนสมองตาย ทั้งนี้การวินิจฉัยคนตายโดยอาศัยเกณฑ์แกนสมองตายนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องนำไปใช้โดยเฉพาะกับการผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะสำคัญของมนุษย์ และอาจนำไปใช้ในกรณีอื่นๆ ในอนาคตเพื่อความเจริญก้าวหน้าทางวิชาชีพและเพื่อประโยชน์ของประชาชน เมื่อบุคคลซึ่งได้รับการวินิจฉัยว่าแกนสมองตาย ถือว่า บุคคลนั้นถึงแก่ความตายแล้ว ดังนั้น เมื่อแพทย์ใช้วิธีการที่ได้รับการยอมรับในการสรุปว่าคนไข้นั้นถึงแก่ความตายแล้วตามหลักเกณฑ์และวิธีการ

กรณีอื่น ๆ ในอนาคตเพื่อความเจริญก้าวหน้าทางวิชาชีพและเพื่อประโยชน์ของประชาชน บุคคลซึ่งได้รับการวินิจฉัยว่าแกนสมองตาย ถือว่า บุคคลนั้นถึงแก่ความตาย แกนสมองตายหมายถึง การที่แกนสมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไป แพทย์เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจการตายของสมองตามเกณฑ์ของวิชาชีพ ดังนั้น เมื่อแพทย์ใช้วิธีการที่ได้รับการยอมรับในการสรุปว่าคนไข้นั้นถึงแก่ความตายแล้ว บุคคลผู้อยู่ในสภาวะแกนสมองตาย คือ การที่แกนสมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไป ตามหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยแกนสมองตายที่คณะกรรมการแพทยสภากำหนดและออกเป็นประกาศแพทยสภาตามประกาศแพทยสภาดังกล่าว ย่อมถือได้ว่า เป็นการตายของบุคคล การที่จำเลยที่ 1 และที่ 4 แพทย์ผู้ร่วมผ่าตัดเอาไต ทั้ง 2 ข้างและตัดออกจากร่างกายของ ล. และจำเลยที่ 1 และที่ 2 แพทย์ผู้ร่วมผ่าตัดเอาไต ทั้ง 2 ข้าง ออกจากร่างกายของ น. ซึ่งอยู่ในสภาวะแกนสมองตายตามประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยแกนสมองตาย เพื่อนำเอาอวัยวะนั้นไปทำการปลุกถ่ายอวัยวะให้แก่บุคคลอื่น จึงเป็นการกระทำต่อบุคคลที่ตายแล้วไม่มีสภาพเป็นบุคคลที่จะถูกฆ่าได้อีก ไม่เป็นความผิดฐานร่วมกันฆ่าผู้อื่น

วินิจฉัยแกนนมองตายที่คณะกรรมการแพทยสภากำหนดและออกเป็นประกาศแพทยสภาตามประกาศแพทยสภาดังกล่าว ย่อมถือได้ว่า เป็นการตายของบุคคล การกระทำของจำเลยในฐานะแพทย์ที่ผ่าตัดเอาไตทั้งสองข้างและตับออกจากร่างกายของ ล.และ น. ซึ่งอยู่ในสภาวะแกนนมองตายตามประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์วินิจฉัยแกนนมองตาย จึงเป็นการกระทำต่อบุคคลที่ตายแล้ว ไม่มีสภาพบุคคลที่จะถูกฆ่าได้อีก การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น

จากคำพิพากษาของศาลแสดงให้เห็นว่า ตามความเห็นของศาลนั้นไม่ได้ถือว่าความยินยอมของผู้บริจาคเป็นเหตุยกเว้นความผิดทางกฎหมายอาญาตามความเห็นที่นักกฎหมายไทยอ้าง หากแต่ศาลได้ยึดเอาหลักเกณฑ์ของประกาศแพทยสภา มาใช้ในการวินิจฉัยความตายของบุคคลทางกฎหมาย ซึ่งถือเป็นนัยยะที่ดีของวงการแพทย์ เพราะความเสี่ยงในความรับผิดชอบของแพทย์จะลดลง หากได้ความว่าแพทย์กระทำการอย่างถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศแพทยสภานั้น อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลมิใช่กฎหมาย แต่เป็นการตีความตามดุลพินิจของศาลแต่ละท่าน แม้จะเป็นแนวทางและกรอบในการตีความของศาลก็ตาม แต่การตัดสินและการวินิจฉัยของศาลต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ และตามแต่ละข้อเท็จจริงไป อีกทั้งความเห็นของนักกฎหมายไทยส่วนหนึ่ง เห็นว่า หลักเกณฑ์การวินิจฉัยแกนนมองตายตามประกาศแพทยสภานั้น เป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์ทางการแพทย์เพื่อประกอบการวินิจฉัยว่าแพทย์ทำการผ่าตัดเพื่อปลูกถ่ายอวัยวะเป็นไปอย่างถูกต้องหรือไม่เท่านั้น ซึ่งข้อบังคับหรือประกาศแพทยสภานั้นไม่ใช่กฎหมายโดยตรงเพียงแต่เป็นการแสดงความเห็นของแพทย์ของแพทยสภา เพราะไม่ได้มีการอ้างตัวบทกฎหมายตาม พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 ประกาศแพทยสภานับดังกล่าวจึงไม่อาจอ้างและถูกใช้เป็นข้อยกเว้นทางกฎหมายได้โดยตรง⁴²⁷ ดังนั้น ในทางปฏิบัติแพทย์จึงยังคงมีความเสี่ยงที่ต้องรับผิดชอบทางกฎหมายอยู่ แต่หลักเกณฑ์ของแพทยสภานั้นถือเป็นหลักเกณฑ์ให้แพทย์ยึดถือปฏิบัติซึ่งลดความเสี่ยงในความรับผิดชอบของแพทย์ได้ส่วนหนึ่ง หากแพทย์กระทำถูกต้องตามหลักเกณฑ์และด้วยเจตนาที่สุจริต (good faith)⁴²⁸ ศาลย่อมสามารถนำไปประกอบดุลพินิจในการพิจารณาในชั้นศาลได้

⁴²⁷ นายกุลพล พลวัน อัยการอาวุโส สำนักงานวิชาการ สำนักงานอัยการสูงสุด, "พินัยกรรมชีวิต," [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.stat.go.th/บทความลงเว็บ/บทที่%203.htm> [1 มิถุนายน 2561].

⁴²⁸ "พินัยกรรมชีวิต," [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.stat.go.th/บทความลงเว็บ/บทที่%203.htm> [1 มิถุนายน 2561].

อาจกล่าวได้ว่า ภาวะแกนสมองตาย กับการปลุกถ่ายอวัยวะ เป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกัน อย่างเลี่ยงไม่ได้ เนื่องจากการที่แพทย์จะทำการผ่าตัดอวัยวะเพื่อนำไปปลูกถ่ายนั้น จะต้องอาศัยเกณฑ์ ในการวินิจฉัยว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตายผ่านเกณฑ์แกนสมองตาย ซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะในวงการแพทย์ และเฉพาะกลุ่มบุคคลเท่านั้นที่เข้าใจถึงสภาวะ และหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยเรื่องแกนสมองตายอย่าง แท้จริง ด้วยเหตุนี้ บุคคลทั่วไปย่อมไม่เข้าใจถึงการตายทางการแพทย์ แต่เข้าใจถึงการตายตามความ เข้าใจโดยทั่วไป คือการหายใจ และ หัวใจที่ยังเต้นอยู่ แม้ผู้ป่วยจะถูกวินิจฉัยว่าแกนสมองตายแล้วก็ ตาม แต่หากหัวใจยังเต้น บุคคลทั่วไปย่อมคิดว่าผู้ป่วยยังไม่ถึงแก่ความตาย จึงส่งผลต่อไปว่าเมื่อผู้ป่วย ยังไม่ถึงแก่ความตาย การยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัดนั้น อาจเป็นสาเหตุหลักที่ทำให้ผู้ป่วยตายก็ได้ ดังนั้นการตายของผู้ป่วยตามความคิดของบุคคลทั่วไป อาจเกิดจากการกระทำของแพทย์ ปัญหาที่ ตามมาคือ แพทย์อาจมีความเสี่ยงที่จะถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบทางอาญาในฐานะทำร้ายร่างกายผู้อื่น หรือ ฆ่าผู้อื่นถึงแก่ความตายได้ แม้ความรับผิดชอบของแพทย์นี้จะมีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่า แพทย์ ไม่มีความผิด เพราะขณะที่แพทย์ทำการผ่าตัดอวัยวะนั้น ผู้ป่วยได้ถึงแก่ความตายโดยอาศัยเกณฑ์ แกนสมองตาย ตามที่กำหนดในประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยแกนสมอง ตาย พ.ศ.2554 ก็ตาม แต่คำพิพากษาของศาลฎีกาไม่ใช่กฎหมาย เป็นเพียงดุลพินิจของศาลตามแต่ละ ข้อเท็จจริงในคดีเท่านั้น ดังนั้นเกี่ยวกับเรื่องนี้ ภาวะแกนสมองตายจึงยังคงเป็นปัญหาในทางปฏิบัติใน ปัจจุบัน ซึ่งต้องอาศัยเกณฑ์ในการตีความของศาล และความเห็นของนักกฎหมายว่ามีความคิดเห็นใน เรื่องนี้ต่อไปอย่างไร เพื่อช่วยลด และแก้ไขปัญหา อันถือเป็นอุปสรรคต่อการปลุกถ่ายอวัยวะต่อไปใน อนาคตด้วย

ทั้งนี้ ปัญหาทางปฏิบัติของการบริจาคอวัยวะในประเทศไทย เป็นปัญหาที่เกิดจากความไม่ ชัดเจนของผลการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ ซึ่งถือเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการด้านการปลุกถ่าย อวัยวะของประเทศไทยอย่างมาก เนื่องจากปัญหาที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบุคคลหลายฝ่าย ทั้งทายาทของ ผู้บริจาค บุคลากรทางการแพทย์ และที่สำคัญยิ่งคือผู้รอรับการบริจาคอวัยวะ เพราะเห็นได้ว่าจาก ปัญหาของความไม่ชัดเจน ส่งผลกระทบต่อการดำเนินงานทางด้านการปลุกถ่ายอวัยวะ ท้ายที่สุดย่อม ส่งผลต่ออัตราการปลุกถ่ายอวัยวะที่อาจลดน้อยลงต่อไปในอนาคตด้วย

อาจกล่าวได้ว่าปัญหาการแสดงเจตนาเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ เป็นปัญหาทั้งทางกฎหมาย และทางปฏิบัติ ปัญหาทางกฎหมายเป็นเรื่องการตีความสถานะของอวัยวะ เพื่อมาพิจารณาสิทธิของ

บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการบริจาค กล่าวคือ การตีความสถานะของอวัยวะว่าเป็นทรัพย์สิน เพื่อให้เข้าใจสิทธิของตัวผู้บริจาค และสิทธิของทายาท ว่าทายาทมีสิทธิต่อการตัดสินใจเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ ภายหลังผู้บริจาคถึงแก่ความตายแล้วหรือไม่ ซึ่งจะต้องอาศัย “สิทธิ” เป็นฐานในการพิจารณาด้วย นอกจากนี้จากความไม่ชัดเจนของสถานะของอวัยวะ นำมาซึ่งปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะด้วย เนื่องจาก ในทางปฏิบัติการผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกจากร่างผู้บริจาคมานั้น มีผลกระทบต่อบุคคลหลายฝ่าย ทั้งทายาทที่ต้องให้ความยินยอมซึ่งยังไม่มีความแน่นอนว่าเป็นผู้ใดกันแน่ นอกจากนี้ในการแสดงเจตนาบริจาคผ่านรูปแบบอื่นเช่น การกำหนดเกี่ยวกับการแสดงเจตนาบริจาคผ่าน Living Will จะสามารถทำได้จริงในทางปฏิบัติได้หรือไม่ ก็ยังคงเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาและวิเคราะห์ต่อไป นอกจากนี้ในการผ่าตัดอวัยวะต้องอาศัยแพทย์เป็นตัวกลาง ซึ่งแพทย์อาจมีความเสี่ยงที่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย เนื่องจากการกระทำของแพทย์ครอบคลุมความผิดแล้ว ดังนั้น การที่ไม่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะไว้อย่างชัดเจน ย่อมส่งผลกระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการบริจาคอวัยวะทั้งหมด วิธีหนึ่งในการแก้ปัญหาการแสดงเจตนาบริจาคมานี้จึงอาจทำได้ด้วยการออกกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเป็นการเฉพาะ ดังเช่นในประเทศเยอรมัน ที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ และระบุลำดับชั้นของทายาทที่มีสิทธิในการให้ความยินยอมเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะไว้อย่างชัดเจน ความชัดเจนนี้ย่อมช่วยลดปัญหาในทางปฏิบัติได้ และช่วยให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการปลูกถ่ายอวัยวะเกิดความเชื่อมั่นในกระบวนการในการปลูกถ่ายอวัยวะต่อไป

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการที่ได้ศึกษาปัญหาการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย เห็นได้ว่าปัญหาของการแสดงเจตนาเกิดจากความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องอันมีด้วยกันสองฝ่ายคือผู้บริจาค และศูนย์รับบริจาคอวัยวะ ความสัมพันธ์เช่นนี้มีประเด็นทางกฎหมายมากมายให้พิจารณา ประเด็นหนึ่งที่สำคัญและก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะคือ “ความยินยอมของทายาท” โดยการวิเคราะห์ว่าทายาทจะมีสิทธิในการให้ความยินยอมเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะมากน้อยเพียงใด นั้น ต้องได้ความเสียก่อนว่าตัวผู้บริจาคเองมีสิทธิในการบริจาคอวัยวะของตนมากน้อยเพียงใด อันเป็นสิทธิเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายของบุคคลนั่นเอง

จากการศึกษาเรื่องของสิทธิในชีวิตหรือร่างกายของบุคคลนั้น บุคคลย่อมมีอิสระในการแสดงเจตนาเพื่อกำหนดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายของตน ในการที่จะแสดงเจตนามอบอวัยวะให้กับบุคคลอื่นได้ตามเจตนาที่ตนปรารถนาซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีนิยม (Principle of autonomy) และสิทธิในการกำหนดชีวิตตนเอง (right to self-determination) ดังนั้นหากถือว่าบุคคลมีอิสระในการจัดการเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายของตนเอง บุคคลนั้นย่อมใช้สิทธิของตนในฐานะเจ้าของสิทธิในการบริจาคอวัยวะของตนได้ อย่างไรก็ตามการคำนึงถึงแค่สิทธิของผู้บริจาคแต่เพียงฝ่ายเดียวย่อมไม่ถูกต้องเท่าใดนัก เนื่องจากเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตายไปแล้ว บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องคือ ทายาท ของผู้บริจาค ที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องและถือว่ารวมอยู่ในกระบวนการสำคัญของการปลูกถ่ายอวัยวะนั้นคือ การขอความยินยอมจากทายาท ด้วย ซึ่งหลักการนี้เป็นไปตามกฎหมาย อันเป็นข้อบังคับของแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 และระเบียบของสภาากาชาดไทยว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะ พ.ศ.2545 ที่กำหนดไว้ จากความเกี่ยวข้องของทายาทนี้ส่งผลให้ต้องมาพิจารณาถึงผลของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะด้วยว่า อยู่ในลักษณะใดของกฎหมาย และผลของการแสดงเจตนาที่ก่อสิทธิใดๆ แก่ทายาทของตัวผู้บริจาคได้หรือไม่ ในการนี้จึงต้องพิจารณาการแสดง

เจตนาของผู้บริจาคเป็นสำคัญ ว่าการแสดงเจตนาของผู้บริจาคเข้าลักษณะใดของกฎหมาย ซึ่งสามารถแยกพิจารณาเป็นหัวข้อได้ ดังนี้

1. กรณีการบริจาคอวัยวะถือเป็นนิติกรรม

โดยการพิจารณาผลของการแสดงเจตนา นั้น จะต้องคำนึงถึงสถานะของอวัยวะของทรัพย์ ว่าเป็นทรัพย์หรือไม่เป็นทรัพย์ ในส่วนนี้มีนักกฎหมายหลายท่านได้แสดงความคิดเห็นไว้ แต่เป็นความเห็นในแง่ของการพิจารณา โดยอาศัย “ศพ” เป็นวัตถุในการพิจารณาสถานะของทรัพย์ แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือการวิเคราะห์สถานะของ “อวัยวะ” ว่าเป็นทรัพย์หรือไม่ ซึ่งในการวิเคราะห์ถึงประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า การถือเป็นอวัยวะเพื่อพิจารณาถึงการบริจาค นั้นจะต้องเป็นกรณีที่อวัยวะนั้น “หลุดออกจากร่างกายแล้ว” เพราะเมื่อใดก็ตามที่อวัยวะนั้นหลุดออกจากร่างกายย่อมกลายเป็น “ชิ้นส่วน” ชิ้นส่วนที่หลุดออกมาจากสิ่งมีชีวิต ซึ่งไม่ต่างอะไรกับ ศพ ดังนั้น ในการพิจารณาสถานะของอวัยวะในบทนี้ จึงยึดหลักของ อวัยวะที่ตัดขาดหรือหลุดออกจากร่างกายแล้ว ซึ่งสามารถพิจารณาเทียบเคียงกับสถานะของศพตามความเห็นของนักกฎหมายได้

ความเห็นของนักกฎหมายที่เห็นว่าอวัยวะเป็นทรัพย์ เนื่องจากพิจารณาตามนิยามของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ อวัยวะเมื่อหลุดออกจากร่างของบุคคลแล้วย่อมเป็นวัตถุที่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ เพราะทายาทยังคงหวงแหน หรือ มีราคาในกรณีที่ผ่าตัดอวัยวะนั้นเพื่อเอาไปใช้เป็นประโยชน์แก่ผู้ป่วยรายอื่นต่อไป เมื่อมองว่าอวัยวะเป็นทรัพย์เช่นนี้ จึงมาพิจารณาต่อได้ว่าการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเป็นนิติกรรมหรือสัญญาตามกฎหมาย เมื่อพิจารณาแล้วการบริจาคอวัยวะจะถือเป็นสัญญาไม่ได้ เพราะ สภาพของสัญญาคือการก่อความผูกพัน และต้องมีผลบังคับตามกฎหมาย แต่การบริจาคอวัยวะไม่ได้ก่อสภาพบังคับตามกฎหมายเลย เนื่องจากผู้บริจาคไม่ได้มีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ ผู้บริจาคชอบที่จะถอนการแสดงเจตนาของตนเมื่อใดก็ได้ทราบเท่าที่ผู้บริจาคยังมีชีวิตอยู่ ครั้นจะถือว่าเป็นสัญญาก็ต้องได้ความว่าศูนย์รับบริจาคมีอำนาจในการนำเอาอวัยวะนั้นออกมาได้ โดยอำนาจนี้เกิดจากสัญญาที่ผู้บริจาคแสดงเจตนาก่อความผูกพัน ซึ่งลักษณะนี้ไม่อาจเกิดกับการบริจาคอวัยวะได้

อย่างไรก็ดี การบริจาคอวัยวะแม้ไม่ถือเป็นสัญญา แต่อาจเข้าลักษณะของนิติกรรมฝ่ายเดียว กล่าวคือ “พินัยกรรม” ได้ เพราะการบริจาคก่อนตีสัมพันธ์ทางกฎหมาย เมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตาย

อวัยวะนั้นย่อมถูกผ่าตัดออกไปเพื่อใช้ประโยชน์ได้ เสมือนเป็นการจำหน่าย จ่าย โอน อวัยวะให้กับศูนย์รับบริจาคไปจัดการ ทั้งพินัยกรรมยังเป็นการเผื่อตายเรื่องการต่างๆ ที่ไม่ได้เฉพาะแค่เรื่องทรัพย์สินเท่านั้น ดังนี้แม้ว่าสถานะของอวัยวะยังไม่ชัดเจนว่าเป็นทรัพย์สิน ก็อาจถือว่าการแสดงเจตนาบริจาคเป็นพินัยกรรมได้ แต่ต้องเป็นพินัยกรรมแบบธรรมดาหรือเขียนเองทั้งฉบับเท่านั้น เนื่องจากโดยลักษณะการแสดงเจตนาบริจาคไม่อาจอยู่ในลักษณะของพินัยกรรมแบบอื่นได้

ในต่างประเทศทั้งประเทศเยอรมัน และรัฐนิวยอร์ก ได้มีการกำหนดรูปแบบของการบริจาคอวัยวะว่าสามารถกระทำผ่านพินัยกรรมได้ โดยเป็นพินัยกรรมแบบทั่วไปที่กฎหมายกำหนด และถือว่าการบริจาคอวัยวะเป็นข้อกำหนดหนึ่งของพินัยกรรม ในขณะที่เดียวกันนอกเหนือจากพินัยกรรมทั่วไปแล้ว ทั้งสองประเทศยังให้มีการบริจาคอวัยวะผ่าน Living ได้ด้วย ซึ่งประเทศไทยมีการกำหนดเรื่อง Living Will ไว้เช่นเดียวกัน ใน พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 อันเป็นหนังสือแสดงเจตนาที่ทำได้ล่วงหน้า เพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยเท่านั้น แต่ไม่ได้มีการระบุไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน ว่าสามารถบริจาคอวัยวะผ่าน Living Will ได้ อย่างไรก็ดี Living Will ไม่ใช่พินัยกรรมเนื่องจากผลของ Living Will นั้นเกิดขึ้นเมื่อผู้แสดงเจตนาทำ Living Will ยังมีชีวิตอยู่ซึ่งแตกต่างจากหลักของพินัยกรรมที่ผลของพินัยกรรมจะเกิดต่อเมื่อผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย

ในขณะที่เดียวกันความเห็นของนักกฎหมายที่เห็นว่าอวัยวะไม่เป็นทรัพย์สินนั้น พิจารณาจากสภาพของอวัยวะที่ไม่อาจมีการยึดถือเหมือนทรัพย์สินได้ ในความเห็นของบางประเทศเช่น ประเทศสิงคโปร์ เห็นว่าทางจารีตประเพณีนั้นร่างกายหรือส่วนใดส่วนหนึ่งในร่างกายของคนเรานั้นไม่อาจมีค่าเป็นทรัพย์สินได้⁴²⁹ เหตุผลที่ไม่อาจถือว่าเป็นทรัพย์สินนั้น เนื่องจากอวัยวะมีค่าเกินกว่าที่จะกำหนดสถานะในทางกฎหมาย และไม่อาจตีความโดยอาศัยนิยามของคำว่าทรัพย์สินได้ และในรัฐนิวยอร์กเห็นว่าศพไม่อาจมีสถานะเป็นทรัพย์สินได้

เมื่ออวัยวะไม่ถือเป็นทรัพย์สิน การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะจึงไม่อยู่ในลักษณะของสัญญาได้ เพราะสัญญาเป็นเรื่องที่บังคับเข้ากับสิ่งที่เป็ทรัพย์สินเท่านั้น แต่การแสดงเจตนาอาจเป็นพินัยกรรมแบบธรรมดาหรือแบบเขียนเองทั้งฉบับได้ เพราะเรื่องของพินัยกรรมเป็นการกำหนดการเผื่อตายที่ไม่

⁴²⁹ Southampton, U. o. "Opting Out of Organ Donation : A Legal and Ethical Analysis." Page 32.

จำเป็นต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สิน อย่างไรก็ตามการจะเป็นนิติกรรมหรือสัญญาได้นั้นต้องปรากฏว่า การแสดงเจตนาของผู้บริจาคก่อนนิติสัมพันธ์ อันมีสภาพบังคับทางกฎหมาย กล่าวคือ การบังคับกับคู่กรณี อีกฝ่ายหนึ่งได้ หากไม่ยินยอมปฏิบัติตาม แต่การบริจาคอวัยวะนั้น ผู้แสดงเจตนาอาจถอนการแสดงเจตนาของคนเมื่อใดก็ได้ตราบเท่าที่ตนยังมีชีวิตอยู่ โดยสภาพการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะจึงหาได้ ก่อสภาพบังคับตามกฎหมายแต่อย่างใด

2. กรณีการบริจาคอวัยวะไม่ถือเป็นนิติกรรม

นอกเหนือจากการที่ไม่ถือว่าอวัยวะเป็นทรัพย์สิน และการแสดงเจตนาบริจาคไม่ได้ก่อสภาพบังคับตามกฎหมายแล้ว ย่อมพิจารณาในอีกทางหนึ่งได้ว่า การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ เป็นการกระทำต่อสิทธิในชีวิตและร่างกายซึ่งเป็นสิทธิบุคคลภาพ อันไม่ใช่เรื่องทางนิติกรรม และทรัพย์สิน แต่อยู่ในฐานของสิทธิของบุคคลที่มีอิสระในการกำหนดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายของตนเองได้ ดังนั้นแล้ว จึงไม่อาจนำหลักของนิติกรรมหรือสัญญามาใช้บังคับกับการแสดงเจตนาบริจาคได้ หากแต่ต้องพิจารณาหลักสำคัญอีกประการหนึ่งคือ “ความยินยอม” ของผู้บริจาค ซึ่งเป็นคือการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของผู้ให้ความยินยอมต่ออีกฝ่ายหนึ่ง⁴³⁰ อันไม่ได้ก่อสิทธิหรือหน้าที่ หากแต่เป็นเพียงความยินยอมที่ผู้ให้ความยินยอม ในที่นี้คือผู้บริจาค นั้นสละประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองให้ ส่งผลให้ผู้บริจาคไม่อาจอ้างหรือเรียกความคุ้มครองจากกฎหมายได้อีก

ในการพิจารณาหลักของความยินยอม เมื่อความยินยอมเป็นการสละประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองให้ จึงต้องพิจารณาเรื่องของสิทธิด้วย จากการศึกษาพบว่า ผู้บริจาคมีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนเองในการที่จะแสดงเจตนาอวัยวะให้กับบุคคลอื่นได้ตามเจตนาที่ตนปรารถนาซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีนิยม (Principle of autonomy) และสิทธิในการกำหนดชีวิตตนเอง (right to self-determination) ผู้บริจาคในฐานะเจ้าของสิทธิจึงชอบที่จะบริจาคอวัยวะอันเป็นสิทธิบุคคลภาพของผู้บริจาคได้

โดยหลักเกณฑ์ของความยินยอมนี้จะพิจารณาควบคู่กับผลกระทบในความเสี่ยงที่แพทย์จะต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา อันความยินยอมที่กล่าวถึง คือหลัก “Volenti non fit injuria” อันเป็นเรื่องของความยินยอมไม่เป็นละเมิด และความยินยอมเพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิด

⁴³⁰ ศาตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ ไสตุลพันธ์ุ, หน้า 136-37.

หรือยกเว้นโทษทางอาญานั้นเอง โดยหลักของความยินยอมทั้งทางแพ่งและอาญามีลักษณะคล้ายกัน แต่สาระสำคัญคือ ต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์และไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี ซึ่งต้องพิจารณาจากความเห็นของประชาชนในขณะนั้นว่า ขัดต่อสำนึกหรือไม่ เห็นว่า ความยินยอมในการผ่าตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย เป็นความยินยอมเพื่อก่อประโยชน์แก่ผู้ป่วยคนอื่นในการที่จะได้รับอวัยวะของผู้บริจาคไปใช้ต่อชีวิตของตนต่อไป อีกทั้งการมอบอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้นเป็นการมอบในลักษณะของการ “บริจาค” ไม่ใช่การขาย การปลูกถ่ายอวัยวะไม่ได้มีการให้ค่าตอบแทน อันจะเป็นประโยชน์ทางพาณิชย์ ดังนั้น การบริจาคจึงไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

อย่างไรก็ดีแม้การบริจาคอวัยวะอาจถือเป็นความยินยอมตามกฎหมาย อันเป็นเหตุให้แพทย์ลดความเสี่ยงต่อความรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาได้ก็ตาม แต่ในการผ่าตัดอวัยวะอันเป็นวิธีการที่ต้องดำเนินการโดยแพทย์ แม้ตัวผู้บริจาคจะให้ความยินยอม และแพทย์กระทำการผ่าตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายครบถ้วนตาม แต่การกระทำของแพทย์ย่อมอาจเข้าลักษณะของการละเมิดในทางแพ่งและครอบครัวประกอบความผิดทางกฎหมายอาญาด้วย ส่งผลให้แพทย์อาจมีความฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น หรือ ฐานฆ่าผู้อื่นได้ ซึ่งแพทย์จะอ้างความยินยอมของผู้บริจาคให้ตนพ้นจากความรับผิดได้หรือไม่ เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาจากลำดับชั้นของกฎหมาย เนื่องจากหลักความยินยอมนั้น ในทางแพ่งมีปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติ⁴³¹ ในขณะที่ความยินยอมทางอาญาไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่อาจอยู่ในลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไป⁴³² ซึ่งในประเด็นนี้ยังคงเป็นปัญหาทางกฎหมายที่ต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับนิติวิธี และลำดับชั้นของกฎหมายที่จะต้องทำการวิเคราะห์และศึกษากันต่อไป

3. สิทธิของทายาทและปัญหาทางปฏิบัติของการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ

อย่างที่กล่าวไปข้างต้น การแสดงเจตนาบริจาคหาจะมีผลเฉพาะตัวผู้บริจาคแต่เพียงฝ่ายเดียว เมื่อใดก็ตามที่ผู้บริจาคถึงแก่ความตาย ความยินยอมของทายาทเป็นส่วนสำคัญที่จะกำหนดว่าศูนย์รับบริจาคจะสามารถผ่าตัดอวัยวะเพื่อนำไปปลูกถ่ายได้หรือไม่ ในทางปฏิบัติก่อนที่แพทย์จะทำการผ่าตัดอวัยวะออกไปเพื่อการปลูกถ่าย จะต้องมีการขอความยินยอมจากทายาทเสียก่อน ซึ่งการขอความยินยอมจากทายาทนี้มีความจำเป็น เพราะทายาทถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในความเสียหายที่กระทบต่อ

⁴³¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 9

⁴³² ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธ์, หน้า 134-35.

สิทธิบุคคลภาพของผู้บริจาค ทั้งยังเป็นการป้องกันความเสี่ยงของแพทย์ที่จะต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา นอกจากนี้ความยินยอมของทายาทยังมีผลสำคัญในการสร้างความมั่นใจแก่วงการแพทย์และสาธารณชน ว่าได้พยายามที่จะกำกับ ดูแล และตรวจสอบความถูกต้องให้ครบถ้วนก่อนการผ่าตัดเพื่อปลูกถ่ายอวัยวะ

ในขณะที่สิทธิของทายาทในต่างประเทศ เช่น ประเทศเยอรมัน แม้จะให้สิทธิแก่ทายาทเฉพาะกรณีที่ไม่ปรากฏเจตนาของผู้บริจาค แต่ในทางปฏิบัติ ศูนย์รับบริจาคอวัยวะของเยอรมันจะขอความยินยอมจากทายาทก่อนเสมอ ด้วยเหตุผลเดียวกันคือ ป้องกันความเสี่ยงที่ผู้ประสานงานปลูกถ่ายอวัยวะอาจมีความรับผิดชอบ ในขณะที่ประเทศสิงคโปร์ และรัฐนิวยอร์ก การผ่าตัดอวัยวะไม่ต้องขอความยินยอมจากทายาท ทั้งนี้เหตุในการไม่ขอความยินยอมจากทายาทระหว่างประเทศสิงคโปร์ และรัฐนิวยอร์กนั้นต่างกัน กล่าวคือ ประเทศสิงคโปร์ใช้ระบบสันนิษฐานว่าพลเมืองชาวสิงคโปร์ทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะ (ตามรูปแบบการบริจาคแบบสันนิษฐาน หรือ Opting-out System) อวัยวะของบุคคลจึงเปรียบเสมือนสิทธิของรัฐ ดังนั้นทายาทจึงหาสิทธิใดๆ เกี่ยวกับอวัยวะของผู้บริจาคเลย ขณะที่รัฐนิวยอร์ก เห็นว่าทายาทของผู้บริจาคมีสิทธิแค่เพียงการปกป้องร่างกาย หรือ รักษาสิทธิของผู้บริจาคเท่านั้น ดังนั้นทายาทจึงมีเฉพาะสิทธิในการทำตามความประสงค์ของเจ้าของร่างเท่านั้น

ในส่วนทายาทคนใดมีสิทธิในการให้ความยินยอม และหากทายาทมีความเห็นขัดแย้งกัน ผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร ในเรื่องนี้จึงต้องพิจารณาจากลำดับชั้นของทายาท ซึ่งในประเทศไทยนั้นลำดับชั้นของทายาทมีเฉพาะสิทธิในการรับมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 เท่านั้น แต่มีปรากฏในคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 774/2553 ได้ตีความเกี่ยวกับลำดับชั้นของทายาทไว้ แต่เป็นการตีความโดยอาศัย พ.ร.บ. ประกันสังคม พ.ศ.2533 มาตรา 77 จัดว่า นำมาเทียบเคียงกับคำว่า "ทายาท" ในกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ดังนั้นจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 774/2553 ใช้ลำดับชั้นของทายาทตามกฎหมายมรดก ในฐานะของบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ในส่วนของลำดับชั้นทายาทที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะในประเทศไทยปรากฏให้เห็นผ่านคู่มือประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะเท่านั้น ซึ่งไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย เป็นแต่เพียงคำแนะนำให้เลือกทายาทตามลำดับที่กำหนด หากไม่เป็นไปตามที่แนะนำ ก็ไม่ได้มีผลทางกฎหมายแต่ประการใด ในขณะที่กฎหมายของรัฐนิวยอร์กมีการกำหนดลำดับชั้นของทายาทที่มีสิทธิในการแสดง

เจตนาบริจาคอวัยวะไว้อย่างชัดเจน ในกฎหมาย New York Public Health Law ในความเห็นเกี่ยวกับลำดับขั้นของทายาท หากทายาทมีความเห็นขัดแย้งกัน ท่านศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับปัญหาในทางปฏิบัติของทายาทไว้ในกรณีของ Living Will แม้ไม่ได้เกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะโดยตรง แต่พอนำมาเทียบเคียงเพื่อพิจารณาได้ ซึ่งท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับทางปฏิบัติของแพทย์ว่าแพทย์ควรถามญาติผู้ที่มาส่งผู้ป่วยหรือผู้ที่เฝ้าผู้ป่วยว่า ญาติผู้นั้นมีสิทธิในการตัดสินใจแทนญาติทุกคนหรือไม่ หากไม่มี แพทย์ควรแนะนำให้ผู้นั้นพาดูญาติที่มีสิทธิในการตัดสินใจมาด้วย โดยการสอบถามให้รู้ว่าใครจะตัดสินใจได้ จะช่วยไม่ให้เกิดปัญหาในภายหลังได้

จากที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะนั้น ปัญหาของการบริจาคอวัยวะตามกฎหมายไทยคือการไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติเกี่ยวกับสถานะของอวัยวะ ทั้งยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กล่าวถึงการบริจาคอวัยวะแต่อย่างใด ปัญหานี้ก่อให้เกิดการตีความสถานะของอวัยวะโดยใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อมาวิเคราะห์ อย่างไรก็ตามการวิเคราะห์ปัญหาการแสดงเจตนาบริจาคโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างเดียวย่อมไม่อาจเห็นปัญหาในภาพรวมทั้งหมดได้ เพราะการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะแท้จริงแล้วอาจไม่ใช่นิติกรรม และสัญญาทางกฎหมายเลย หากแต่เป็นความยินยอมของผู้บริจาคในการมอบอวัยวะให้แก่ศูนย์รับบริจาคด้วยความสมัครใจเมื่อตนถึงแก่ความตายแล้ว ในขณะที่ความยินยอมของทายาทนั้นก็เป็นเรื่องจำเป็นที่เอื้อประโยชน์ต่อทางปฏิบัติเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ แต่จากความไม่ชัดเจนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ ก่อให้เกิดปัญหาตามมาอีกมากมาย เช่น ปัญหาลำดับขั้นของทายาท ปัญหาการวินิจฉัยเรื่องเกณฑ์แกนสมองตายที่มีผลต่อความรับผิดชอบของแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดอวัยวะ และปัญหาว่าการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะจะสามารถกระทำผ่าน Living Will ซึ่งเป็นรูปแบบอื่นนอกเหนือจากที่ศูนย์รับบริจาคกำหนดได้หรือไม่ ปัญหาเหล่านี้แม้เป็นปัญหาในทางปฏิบัติ แต่ย่อมมีผลกระทบต่อการบริจาคอวัยวะ และต่ออัตราการปลูกถ่ายอวัยวะได้ ซึ่งปัญหาเหล่านี้ควรจะต้องแก้ไขอย่างไรนั้น ผู้เขียนจะได้นำกล่าวต่อไปในข้อเสนอแนะ

5.2 ข้อเสนอแนะ

ในการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้น จากการศึกษพบว่า ผลของการแสดงเจตนาบริจาคยังมีปัญหาทางกฎหมายบางประการอยู่ ทั้งปัญหาที่เกี่ยวข้องกับตัวผู้บริจาคซึ่งเป็นปัญหาเรื่องสิทธิบุคคลภาพของผู้บริจาค อันเป็นสิทธิเด็ดขาดที่ผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ ปัญหาที่

เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นที่นอกเหนือจากผู้บริจาค เช่น ทายาท ในปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการให้ความยินยอมของทายาท หรือ แพทย์ ในปัญหาที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะด้วย ดังนั้น เพื่อให้การเจตนาบริจาคอวัยวะในประเทศไทยมีความชัดเจน ก่อความเป็นมาตรฐานทั่วไปสำหรับศูนย์รับบริจาค เพื่อคุ้มครองสิทธิและเจตนาของผู้บริจาคและป้องกันมิให้มีผู้ใดมากระทำการต่อเนื้อตัว หรือ ร่างกายของผู้บริจาคอันเป็นสิทธิบุคคลภาพของผู้บริจาค และที่สำคัญคือเพื่อรับรองการกระทำของแพทย์ผู้ผ่าตัดอวัยวะ มิให้มีความเสี่ยงในความรับผิดชอบจากการกระทำที่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ทางวิชาชีพ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรให้มีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายโดยตรง

จากการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับปัญหาการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะ ตามกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ ประกอบกับทางปฏิบัติต่างๆ เพื่อเป็นการแนะนำแนวทางในการแก้ไขปัญหา ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะ โดยเห็นควรให้มีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายโดยตรง ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นควรอยู่ในรูปแบบของพระราชบัญญัติ อันเป็นกฎหมายพิเศษ โดยสาเหตุที่เห็นควรให้มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้นเนื่องจาก การมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายโดยตรงจะช่วยทำให้กระบวนการในการปลูกถ่ายอวัยวะมีความชัดเจนมากขึ้น เพราะในปัจจุบันกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะอยู่ในรูปแบบของข้อบังคับ และระเบียบ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ง่ายกว่าพระราชบัญญัติ และกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวนี้กำหนดเพียงหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติทั่วไป อันไม่ครอบคลุมประเด็น และส่วนที่เกี่ยวกับการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายทั้งหมด ทั้งการที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่แยกกันคนละฉบับ ย่อมไม่เกิดความเป็นเอกภาพของกฎหมาย ดังนั้น ควรออกกฎหมายเพื่อเป็นแนวทาง และกำหนดกฎเกณฑ์และขั้นตอนดำเนินการของแพทย์เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน โดยที่กฎหมายเฉพาะดังกล่าว ควรมีเนื้อหาที่ครอบคลุมประเด็น ดังต่อไปนี้

- 1) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะตามที่กำหนดไว้ใน ประกาศ แพทยสภา ข้อบังคับแพทยสภา และระเบียบสภาการสาธารณสุขไทย ไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน

โดยเป็นการกำหนดให้กฎหมายฉบับดังกล่าวมีการบัญญัติถึงกฎเกณฑ์ และวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ ตามที่ประเทศไทยได้ระบุไว้ใน ประกาศแพทยสภา เรื่องเกณฑ์วินิจฉัยแกนสมอง

ตายๆ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพฯ และระเบียบของศูนย์บริจาค อวัยวะสภากาชาดไทย ซึ่งแต่ละหลักเกณฑ์เป็นแนวทางปฏิบัติที่อยู่คนในกฎหมายคนละฉบับ ดังนั้นการ มีกฎหมาย และแนวปฏิบัติเป็นไปในแนวทางเดียวกัน และไม่ขัดแย้งกัน จึงควรอยู่กำหนดเนื้อหา ในกฎหมายแต่ละฉบับดังกล่าวให้อยู่ในกฎหมายเพื่อให้เป็นแนวทางในการปฏิบัติที่อยู่ภายใต้กฎหมาย ฉบับเดียวกันได้

2) มีการระบุวิธีการบริจาคอวัยวะไว้อย่างชัดเจนไว้ในกฎหมาย

ในกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะควรมีการระบุให้ชัดเจนเลยว่า การบริจาคอวัยวะ สามารถทำได้โดยวิธีใดบ้าง อันเป็นวิธีที่นอกเหนือจากการแสดงเจตนาผ่านแบบฟอร์มของศูนย์รับ บริจาค ดังเช่น ระบุในกฎหมายว่าการบริจาคอวัยวะนั้นสามารถทำการบริจาคผ่าน “พินัยกรรม” ได้ โดยการกำหนดเป็นพินัยกรรมแบบพิเศษที่มีใช้พินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือ รูปแบบพินัยกรรมแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องให้เกิดผลบังคับเป็นกฎหมาย ดังเช่น ในกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดให้การบริจาคอวัยวะสามารถบริจาคผ่านพินัยกรรมได้ ดังนั้นการกำหนดรูปแบบการบริจาคไว้ ในกฎหมาย ย่อมทำให้การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะสามารถทำได้หลากหลายวิธีมาก ทั้งวิธีดังกล่าว ยังมีสภาพบังคับเป็นการแสดงเจตนาที่สมบูรณ์เพราะอยู่ในบังคับของกฎหมายแล้ว

3) กำหนดเกี่ยวกับสิทธิ ลำดับชั้นของทายาท และกรณีที่ไม่มีทายาทหรือไม่อาจติดต่อกับทายาท ได้

นอกเหนือจากรูปแบบของการบริจาคแล้ว กฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ควรกำหนดเกี่ยวกับสิทธิ ของทายาทในการให้ความยินยอม การเพิกถอน สิทธิในการบริจาคอวัยวะของทายาทในกรณีที่ผู้บริจาค ไม่ได้แสดงเจตนาบริจาคอวัยวะไว้ กล่าวคือ กำหนดให้ชัดเจนว่าทายาทคนใดที่มีสิทธิในการให้ความ ยินยอม หรือเพิกถอนการแสดงเจตนาได้ และหากไม่ปรากฏเจตนาของผู้ตายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ ทายาทผู้ใดมีสิทธิหรือไม่มีสิทธิในการบริจาค ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ต่ออัตราการปลูกถ่ายอวัยวะ และให้ ผู้ป่วยได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะได้แม้ไม่ปรากฏเจตนาของผู้บริจาค จึงควรกำหนดให้ทายาทมีสิทธิใน การบริจาคนี้ด้วย แต่ต้องระบุในกฎหมายให้ชัดเจนว่า ทายาทคนใดมีสิทธิในการให้ความยินยอมนี้ ซึ่งไม่ จำเป็นต้องเป็นทายาทตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากแต่ควรเป็นทายาท ตามความเป็นจริงที่มีความสนิทและใกล้ชิดพอที่จะเข้าใจ และรับรู้ถึงเจตนาของผู้บริจาคได้ หรือมี

เช่นนั้นต้องเป็นทนายทนายที่ได้รับผลกระทบจากความตายของผู้บริจาคไม่ว่าเป็นผลกระทบในทางที่ดีหรือไม่ดี แต่ต้องได้ความในทางปฏิบัติว่าเป็นทนายทนายที่มีส่วนได้เสียกับผู้บริจาคโดยตรง

ทั้งนี้เกี่ยวกับสิทธิของทนายทนายนั้น ในบางกรณีอาจเกิดปัญหาความขัดแย้งของทนายทนายเกี่ยวกับการบริจาคได้ กฎหมายจึงควรบัญญัติวิธีการในการแก้ปัญหายาทนายที่มีความเห็นไม่ตรงกัน แล้วควรถือความเห็นของฝ่ายใดเพื่อให้เป็นที่ยุติว่า ศูนย์รับบริจาคมีสิทธิในการผ่าตัดอวัยวะนั้นหรือไม่ โดยอาจกำหนดวิธีการที่ทนายทนายต้องให้ความยินยอมไว้ ว่าต้องเป็นความยินยอมที่เป็นลายลักษณ์อักษร และอาจต้องให้ทนายทนายเป็นผู้ให้ความยินยอมมากกว่าหนึ่งคนขึ้นไปก็ได้ เพราะหากการให้ทนายทนายคนเดียวเป็นผู้ยินยอม อาจก่อปัญหาได้ว่าควรถือสิทธิของทนายทนายคนใดเป็นที่สุด การให้ความยินยอมมากกว่าหนึ่งคน จึงอาจเป็นแนวทางในการแก้ปัญหานี้ได้

นอกจากนี้ในกรณีที่ไม่อาจหาทนายทนายในการให้ความยินยอมได้ ในกฎหมายปัจจุบันกำหนดให้ถือเอาหนังสือบริจาคอวัยวะแทนการแสดงความยินยอมของทนายทนาย ซึ่งตามที่กฎหมายกำหนดนี้ ในความเห็นของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดไว้ดีแล้ว แต่ควรที่จะกำหนดเพิ่มเติมไปในกฎหมายให้ชัดเจนว่า ระยะเวลาเท่าใด ที่ถือว่าไม่อาจขอความยินยอมจากทนายทนายได้ เพราะการผ่าตัดอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย มีระยะเวลาในการดำเนินการที่จำกัด การรอโดยไม่มีจุดมุ่งหมายอาจก่อให้เกิดการแสดงเจตนาของผู้บริจาคสิ้นผลไปในทางปฏิบัติได้ ดังนั้นจึงควรบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนไปเลยทีเดียว เพื่อให้เกิดความแน่นอน และชัดเจนมากยิ่งขึ้น ดังนั้น ในการแก้ปัญหานี้หากทนายทนายมีความเห็นไม่ตรงกัน อาจต้องขอความยินยอมจากทนายทนายมากกว่าหนึ่งคน ในส่วนกรณีที่ดีต่อทนายทนายไม่ได้ ต้องกำหนดให้ชัดเจนเลยว่าระยะเวลาประมาณเท่าใดที่จะเรียกว่าไม่สามารถติดต่อได้ ทั้งนี้เพื่อป้องกันปัญหาการฟ้องร้องภายหลัง และโดยที่การให้ถือเอาหนังสือบริจาคแทนความยินยอมของทนายทนายถือเป็นการปฏิบัติที่ถูกต้องแล้ว เพราะสุดท้ายหากขอความยินยอมจากทนายทนายในทุกกรณีย่อมไม่อาจบรรลุผลของการแสดงเจตนาได้

- 4) กำหนดข้อห้ามขัดแย้งเกี่ยวกับการซื้อขายอวัยวะ หรือนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้องกับอวัยวะในทางพาณิชย์

กำหนดเกี่ยวกับนิติกรรมอื่นที่นอกเหนือจากการบริจาคให้ถือเป็นการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย แม้การแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะเป็นการกระทำโดยสมัครใจของผู้บริจาค แต่

เนื่องจากสิทธิเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายของผู้บริจาค เป็น “สิทธิเด็ดขาด” ที่ไม่อาจจำหน่าย หรือจ่าย โอน โดยอาศัยหลักของสัญญาได้ ทั้งการทำสัญญาที่เสมือนเป็นการโอนไปซึ่งสิทธิเด็ดขาด ยังเข้า ลักษณะของการทำสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาของการแสดงเจตนาของผู้บริจาคที่แม้จะมีเจตจำนงอิสระต่อสิทธิในชีวิต และร่างกายของตนก็ตาม แต่ควรจำกัดสิทธิเกี่ยวกับอวัยวะนี้เฉพาะแค่การบริจาคเท่านั้น ดังนั้นการ แสดงเจตนาในลักษณะอื่นที่ไม่ใช่การบริจาค ย่อมอยู่ในลักษณะที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เพราะ ถือเป็นการทำสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

นอกจากนี้ในการทำนิติกรรมอื่นที่นอกเหนือจากการบริจาคแล้วนั้น อาจมีกรณีเกี่ยวกับการ “ซื้อขายอวัยวะข้ามชาติ” เช่น การปลูกถ่ายอวัยวะให้กับชาวต่างชาติในโรงพยาบาลเอกชนใน ประเทศไทย การกระทำที่เกี่ยวกันกับชาวต่างชาตินี้ อาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในการปฏิบัติ ตามกฎหมายระหว่างประเทศด้านการซื้อขายอวัยวะ และเกี่ยวข้องกับประเด็นการพิสูจน์ ความสัมพันธ์ของผู้บริจาคอวัยวะและผู้รับอวัยวะซึ่งเป็นชาวต่างชาติ ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนด หลักเกณฑ์ในการควบคุมไม่ให้เกิดปัญหาการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะของชาวต่างชาติในประเทศไทย โดยละเมิดกฎหมายไทยไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน

ทั้งนี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อยกเว้นให้แพทย์ให้ไม่ต้องรับผิดชอบหากได้ความว่าแพทย์ได้ปฏิบัติ ตรงตามที่กำหนดไว้ในหลักเกณฑ์ของการปลูกถ่ายอวัยวะนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการมีกฎหมายเกี่ยวกับการ บริจาคอวัยวะไว้อย่างชัดเจน ย่อมทำให้การกระทำของแพทย์ถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วย กฎหมาย เนื่องจากเป็นการกระทำภายใต้อำนาจของกฎหมายที่ให้ไว้ ดังนั้นการมีกฎหมายเฉพาะที่ เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย ย่อมส่งผลถึงการกระทำของแพทย์ โดยถือว่าการ กระทำของแพทย์เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย เป็นผลให้ไม่มีเหตุจำเป็นที่ต้องมีการ กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของแพทย์ไว้ในกฎหมายอีก

กล่าวโดยสรุป ตามความเห็นของผู้เขียน เห็นว่า การให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ เพื่อการปลูกถ่ายเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ย่อมก่อให้เกิดแนวทางปฏิบัติที่เป็นไปในแนวทาง เดียวกันเนื่องจากหลักเกณฑ์ทั้งหลายถูกกำหนดไว้ให้อยู่ภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน เมื่อเป็น กฎหมายเฉพาะแล้ว เห็นควรกำหนดให้เนื้อหาของกฎหมายมีความครอบคลุม เกี่ยวกับทางปฏิบัติของ การบริจาคอวัยวะให้มากที่สุด โดยในเรื่องความยินยอมของทนายทนายยอมถือเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่ง

ที่เป็นปัญหาในทางปฏิบัติอยู่มาก การมีกฎหมายที่ระบุอย่างแน่ชัดเกี่ยวกับสิทธิของทายาท ย่อมทำให้ลดปัญหาในทางปฏิบัติ และท้ายที่สุดจะไม่ก่อให้เกิดปัญหาทางปฏิบัติต่อไปได้เนื่องจากมีกฎหมายที่เป็นแนวทาง และมีสภาพบังคับอันเป็นเกณฑ์มาตรฐานของการบริจาคอวัยวะที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน นอกจากนี้การบัญญัติกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายเป็นกฎหมายพิเศษในระดับพระราชบัญญัติ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในระบบกฎหมาย และป้องกันปัญหาความไม่แน่นอนของแต่ละศูนย์บริจาคอันเกิดจากการตีความการแสดงเจตนาที่แตกต่างกัน และเหตุผลที่สำคัญที่สุดคือการที่มีกฎหมายเฉพาะเหล่านั้น คือ การคุ้มครองสิทธิสิทธิบุคคลภาพ และเจตนาของผู้บริจาค เนื่องจากการสร้างความชัดเจนในเรื่องการแสดงเจตนาของผู้บริจาคนี้ ก่อให้ผู้บริจาคมีความเชื่อมั่นได้ว่าท้ายที่สุดเจตนาของตนจะเป็นผลได้จริงตามความประสงค์ และเพื่อรับรองการกระทำของแพทย์ผู้ผ่าตัดอวัยวะ มิให้มีความเสี่ยงในความรับผิดชอบจากการกระทำที่ถูกต้อง ดังนั้นการมีกฎหมายเฉพาะ จึงเป็นแนวทาง และเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะให้มีความชัดเจนขึ้น ซึ่งท้ายที่สุด การมีกฎหมายย่อมส่งผลต่อความเชื่อมั่นในการปฏิบัติงานเพราะเป็นการลดความเสี่ยงในปัญหาที่แพทย์อาจถูกฟ้องร้องได้ ทั้งทายาทยังมีความไว้วางใจต่อการดำเนินการเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ การมีกฎหมายที่ชัดเจนนี้จึงสอดคล้องกับหลักของการบริจาคอวัยวะ กล่าวคือ ผู้ป่วยอาจเป็นผู้บริจาคอวัยวะภายหลังการเสียชีวิต การผ่าตัดอวัยวะออกต้องไม่ใช่สาเหตุให้ผู้บริจาคเสียชีวิต (Dead Donor Rule : the patients may only become donors after death and the recovery of organs must not cause a donor's death)⁴³³

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴³³ ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส, นิติเวชศาสตร์ และ กฎหมายการแพทย์ หน้า 195.

บรรณานุกรม

ภาษาต่างประเทศ

Brotherton v. Cleveland. "923f. 2d477,418." (6th Cir. 1991).

Cave, Margaret Brazier & Emma. *Medicine Patients and the Law*. Manchester University, 2016.

Charlesworth, Max. *Bioethics in a Liberal Society*. Cambridge University press, 1993.

Chew, Velerie. "Human Organ Transplant Act (Hota)." National Librart Board Singapore (NLB), 2009.

Chuan, Voo Teck. "Commentary : Promote Expressed Consent,Even with Presumed Consent in Organ Donation." Channel Newsasia, 2017.

Cotter, Hayley. "Increasing Consent for Organ Donation : Mandated Choice,Individual Anatomy, and Informed Consent." *Health Matrix : Journal of Law-Medicine* (2011).

Donation, Live on Support Organ. "Understanding Hota." (2017).

Dumham, Charles C. "Body Property : Challenging the Ethical Barriers in Organ Transplantation to Protect Individual Autonomy." *Annals of Health Law* (2008).

Ehrenkranz, Pamela. "Implemwnting the Wishes of a Client to Donate Organs and Tissue in New York State." *NYSBA Trusts and Estates Law Section Newsletter* 46 (2013).

Fitzgibbons, Sean R. "Cadaveric Organ Donation and Consent : A Comparative Analysis of the United States,Japan,Singapore, and China ". *ILSA Journal of International and Comparative Law* (1999).

Fitzibbons, Sean R. "Cadaveric Organ Donation and Consent : A Comparative Analysis of the United States,Japan,Singapore, and China." *ILSA Journal of International and Comparative Law* (1999): 2.

- Flamholz, David I. "A Penny for Your Organs : Revising New York's Policy on Offering Financial Incentives for Organ Donation." *Journal of Law & Policy* (2006).
- GENERAL, New York State Office of the ATTORNEY. "Advance Directives : Making Your Wishes Known and Honored."
- Goff, Robert. "A Matter of Life and Death." *Medical Law Review* 3, no. 1 (1995).
- Haarhaus, Henning. "Germany International Estate Planning Guide Individual Tax and Private Client Committee." (2015).
- Hain, Ellen R. "I Want "You" to Have "My" Heart : How Using a Will May Better Protect a Donor's Intent in Insuring Successful Directed Donation of Organs." *Quinnipiac Probate Law Journal* (2015).
- Health, State of New York Department of. "Health Care Proxy Appointing Your Health Care Agent in New York State."
- HH., Rommel W and Schmidt. "Organ Transplantation in Germany - Legal Framework and Organizational Management." US National Library of Medicines National Institutes of Health, 2010.
- Iftikhar, Ghazi Ahmad and Sadia. "An Analysis of Organ Donation Policy in the United States." *Rhode Island Medical Journal* (2016).
- IV, Charles C. Dunham. "Body Property : Challenging the Ethical Barriers in Organ Transplantation to Protect Individual Autonomy." *Annals of Health Law* (2008).
- Jaffe, Erik S. "She's Got Bette Davis's Eyes : Assessing the Nonconsensual Removal of Cadaver Organs under the Takings and Due Process Clauses.". (1990).
- James, Letitia. "Advance Directives: Making Your Wishes Known and Honored." *New York State Office of the Attorney General*.
- Jr., Ronald J. Scalise. "German and Greek Law." *Louisiana Civil Law Treatise* (2018).
- Liverman, James F. Childress and Catharyn T. *Organ Donation Opportunities for Action*. Washington, D.C.: The National Academies Press

Medicine, Joseph L Verheijde and Humanities in. "Recovery of Transplantable Organs after Cardiac or Circulatory Death : Transforming the Paradigm for the Ethics of Organ Donation." *Philosophy, Ethics, and Medicine* (2007).

Organtransplantation, Deutsche Stiftung. "German Organ Transplantation Foundation(Dso)."

———. "Organ Donation and Transplantation in Germany 2012." (2013).

Pound, Roscoe. *Jurisprudence* Edited by 5. West Publishing, 1959.

Primc, Nadia. "The Rights of the Relatives within the Deceased Organ Donation Process." *DILEMATA* (2017): 1.

Rahmatian, Andreas. "A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law." *Journal of Comparative Law* 3 (2010).

Report, OLR Reserch. "Organ Transplants; Physicians; Hospitals; Liability (Law); Donation of Organs." 2003.

Sharing, United Network for Organ. "Fiftieth Anniversary of Organ Transplantation Commemorated." 2004.

Singapore, Ministry of Health. "Being an Organ Donor." Live on Support Organ Donation, 2017.

———. "Human Organ Transplant Act."

Southampton, University of. "Opting out of Organ Donation : A Legal and Ethical Analysis."

Spende, Organ. "The Law on Organ Donation in Germany : A Declaration-Based Solution."

STATE, NEW YORK. "Become an Organ Donor Get Enrolled to Be an Organ Donor." New York State Donate Life Registry.

Wilkinson, T. Martin. "Ethics and the Acquisition of Organs." *Oxford University* (2011).

Wispelaere, Jurgen De. "We Should Not Let Families Stop Organ Donation from Their Dead Relatives." *thebmj* (2012).

ภาษาไทย

(ไทยทริบูน), Thai Tribune. "การทำพินัยกรรมชีวิต (Living Will) สำคัญอย่างไร โดย ศาสตราจารย์ พิเศษ กิติพงษ์ อรุณีพัฒน์พงศ์." 2016.

Campaign, Thai. "“พินัยกรรมอวัยวะ” แนวคิดที่อยากบอกว่า ‘แม้คุณจะไม่บริจาคอวัยวะ แต่ถ้าญาติไม่ยอมก็เท่ากับคุณไม่ได้บริจาค." Marketingopps, 2016.

Manoromn, Sakorn. "สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับศพ." 2016.

Siripathoommas, Patchara. "สัญญาให้." 2554.

ขุนประเสริฐสุภามาตรา. หนังสือว่าด้วยกฎหมายภาคสิทธิ. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิต.

คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. "ภาวะสมองตาย (Brain Death)".

คณิน บุญสุวรรณ. คู่มือการใช้สิทธิของประชาชน. กรุงเทพมหานคร: สุขภาพใจ, พ.ศ.2547.

จรัญ ภัคศิธนากุล. "ข้อพิจารณาทางกฎหมายกรณีปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายและทารกแรกเกิด."

วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 19 ฉบับที่ 4 (พ.ศ.2534).

จรัส สุวรรณเวลา. "“ความตาย : ประเด็นทางการแพทย์” รายงานประชุมโต๊ะกลม แพทย์-นิติศาสตร์ เรื่อง การตายทางการแพทย์และการตายทางกฎหมาย." พ.ศ.2531.

จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. Edited by 3. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เจริญผล, 2524.

จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตราว่าด้วยสัญญา บรรพ 2 มาตรา 354-394 ปรับปรุงโดย ศันันท์กรณม์ โสคติพันธ์. กรุงเทพฯ: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

———. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 Edited by 7. กรุงเทพฯ: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด, 2553.

จิระชาติ., อุษา. "สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

ฉัตรแก้ว สอนศิริ. "ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตาย." มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, พ.ศ.2556.

ชนภัทร วินยวัฒน์. "ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วยที่ถูกกละเลย." วารสารคณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร.

ชัญศรีณีย์ ธรฤทธิ. "มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการ
ปลูกถ่าย." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

ณัฐธัญญา สุวรรณพงษ์. "ผู้จัดการมรดกโดยพินัยกรรม : ปัญหาบางประการ." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2543.

ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์. ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์ หรือ กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. กรุงเทพมหานคร:
คณะกรรมการนักศึกษาคณะนิติศาสตร์ โครงการเผยแพร่วิชานิติศาสตร์.

เดือน จิตรกร. คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเอกเทศสัญญา ชื่อขาย แลกเปลี่ยน
ให้เช่าทรัพย์ เช่าซื้อ. พระนคร: โรงพิมพ์มณฑลการพิมพ์, 2520.

โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว, โครงการสารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน. "เรื่องที่
10 การปลูกถ่ายอวัยวะ."

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด และลหุโทษ. พ.ศ.2554.

———. ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. Edited by 40. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.

ธีราพร ติชยาธิคม. "ปัญหาเรื่องหนี้ของสัญญาให้." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

นคร, คณิต ณ. กฎหมายอาญาภาคความผิด. Edited by 11. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.

นางสาวสุพัชรีนทร์ อัครธิตานนท์. "พัฒนาการของหลักกฎหมาย Volenti Non Fit Injuria : ศึกษาการ
ปรับใช้กับประเทศไทย." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ.2551.

นายกุลพล พลวัน อัยการอาวุโส สำนักงานวิชาการ สำนักงานอัยการสูงสุด. "พินัยกรรมชีวิต."

นายณัฐฉิ วัจวงศ์. "ผู้มีส่วนได้เสียในการร้องขอตั้งผู้จัดการมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา 1713." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

นายพรเพิ่ม ศรีสวัสดิ์. "ปัญหาความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
2560.

นายแพทย์ สุภนิติย์ นิวัตวงศ์. "มาตรฐานสมองตาย ความตายที่มีค่าของผู้ที่หัวใจยังเต้น ". MGR
online 2552.

นายแพทย์ศักดิ์ดา สถียรเรืองชัย. "ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติทั่วไป." เวชบัณฑิตศิริราช (2556).

นายแพทย์สุกิจ ทัศนสุนทรวงศ์. " การปลูกถ่ายอวัยวะและการบริจาคอวัยวะในประเทศไทย." 2553.

บวรศักดิ์ อูวรรณโณ. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ : มรดก กรุงเทพฯ: มูลนิธิศาสตราจารย์ ดร. อุกฤษ มงคลนาวิน : นิติธรรม 2537.

————. สัญญาให้การยกทรัพย์สินโดยพินัยกรรม สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. Edited by 1. กรุงเทพฯ: มูลนิธิศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน, 2538.

บัญญัติ สุชีวะ. ความหมายของประเภททรัพย์สินและทรัพย์สิน ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายว่า ด้วยทรัพย์สิน. Edited by 7. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2529.

ปรัชญา หนูเจริญ. "ปัญหาเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ปิยนุช ศรีดีพันธ์. "การพัฒนาแก้ไขกฎหมาย : ศึกษากรณีขาดแคลนอวัยวะบริจาค." (2560).

พญ.ธิดารัตน์ จิรพงศ์เจริญลาภ และ นพ.ธนัฐ วานิชะพงศ์ "ภาวะสมองตาย."

พบแพทย์. "บริจาคอวัยวะ เพื่ออีกชีวิตใหม่ในวันสิ้นลม." พบแพทย์ POB PAD.

พรชัย สุนทรพันธุ์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518.

เพ็ญียบ หุตางกูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก. Edited by 4. กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2536.

————. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก (แก้ไขเพิ่มเติมโดย ไพโรจน์ กัมพู สิริ). Edited by 16. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

ไพจิตร ปุญญพันธุ์. ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ ทรัพย์สินในอนาคตหรือยังไม่มีกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นสัญญาที่ใช้ บังคับกันได้ : วัตถุประสงค์สำหรับการชำระหนี้ 2544.

ไพศาล ลิ้มสถิตย์. "ความยินยอมของผู้ป่วยในการรักษาตาม พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติ." นิตยสารหมอชาวบ้าน เล่มที่: 375, กรกฎาคม 2553.

ภาควิชากายวิภาคศาสตร์ คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล มหาวิทยาลัยมหิดล. "รายละเอียดการ บริจาคร่างกาย."

ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดก กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508.

———. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไข
โดย มุนินทร์ พงศาปาน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.

มหาวิทยาลัยราชภัฏสงขลา. "ความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ และ เทคโนโลยีด้านการแพทย์กับ
ผลกระทบต่อด้านจริยธรรม."

มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน Edited by 9.
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

มานิตย์ จุมปา(บรรณาธิการ). ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย Edited by 15. กรุงเทพมหานคร: โรง
พิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ.2561.

รองศาสตราจารย์พรชัย สุนทรพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก. Edited by 10. สำนักอบรม
ศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2560.

โรแบร์ต แลงการ์ด. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพฯ: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์ และ
มนุษยศาสตร์ 2526.

วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์. กฎหมายแพ่งพิศดาร เล่ม 1 กรุงเทพฯ: หจก.แสงจันทร์การพิมพ์ 2561.

วิฑูรณ อึ้งประพันธ์. กฎหมายการแพทย์ : ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์
และสาธารณสุข. พ.ศ.2546.

ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์. คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา. Edited by 22. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.

———. คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้อ. Edited by 8. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.

ศักดิ์ สมองชาติ. คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา ฯ. Edited by 11.
กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2557.

ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย รองศาสตราจารย์ ดร.ดารافر ธีระวัฒน์. หลัก
กฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. Edited by 5. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและ
เอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2552.

ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะ ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิ
ควรได้. Edited by 2. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์หนังสือกฎหมายวิญญูชน, พ.ศ.2561.

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ. หลักกฎหมายมรดก. Edited by 5. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. Edited by 20. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2559.

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช. อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “กฎหมายลักษณะทรัพย์สิ้น”. Edited by 1. สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย): เนติบัณฑิตยสภา, 2551.

ศาสตราจารย์ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. " การนำอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่ การซื้อขายอวัยวะและความผิดฐานทำร้ายร่างกาย." วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 19 ฉบับที่ 4 (พ.ศ.2534).

———. ปลายทางชีวิต ขอลิขิตการรักษา. Edited by 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สายธาร, พ.ศ. 2557.

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญามาตรา 1 Edited by 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พ.ศ.2529.

———. "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด." วารสารกฎหมาย ฉบับที่ 2 พ.ศ.2520 (พ.ศ.2520).

ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ. "คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์" ของ ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะปรับปรุงโดย ศาสตราจารย์ไพโรจน์ วายุภาพ. Edited by 4. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2559.

ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส. นิติเวชศาสตร์ และ กฎหมายการแพทย์ Edited by พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ.2560.

———. "หนังสือแสดงเจตนาเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้ายของชีวิต." สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ.

ศูนย์บริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย. "คู่มือการประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะ(ฉบับย่อ) Handbook for Transplant Coordinator." (พ.ศ.2556).

สภากาชาดไทย. "การบริจาคและสิทธิประโยชน์."

———. "ขั้นตอนการบริจาคร่างกายเพื่อการศึกษา." สภากาชาดไทย, 2561.

———. "คู่มือ การดูแลผู้บริจาคอวัยวะที่มีภาวะสมองตายและประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะ." ศูนย์
บริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย.

สมบัติ วงศ์กำแหง. "ธุรกิจเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ." มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546.

สำนักงานกฤษฎีกา. "คำแปลประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตุลาคม 2464." ห้องสมุดสำนักงาน
คณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. "ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ1."
(2534).

สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ. "การศึกษาปัจจัยที่เป็นอุปสรรคต่อการขอรับบริจาคอวัยวะและ
การปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศไทย." (2555).

สำนักงานเลขาธิการแพทยสภา. พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 และข้อบังคับแพทยสภา
Edited by 4. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, พ.ศ.2544.

สำนักงานสถิติแห่งชาติ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร. "รายงานผลสำรวจความคิดเห็น
ของประชาชนเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ พ.ศ.2547." In สำนักสถิติพยากรณ์, 2547.

สุธีร์ หนูช่วย. "กฎหมายวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับการบริจาค และปลูกถ่ายอวัยวะ (Medical Laws of
Organ Donation and Transplantation)".

สุปิ่น พูลพัฒน์. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. กรุงเทพฯ: นิติ
บรรณาการ, 2515.

สุภัสสร ภูเจริญศิลป์. "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. กฎหมายการแพทย์ = *Medical Laws* / แสวง บุญเฉลิมวิภาส และเอนก ยม
จินดา. Edited by 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, พ.ศ.2546.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.

———. กฎหมายอาญา ภาค 2-3 11. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

อดิรุจ ตันบุญเจริญ. "มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะ : ศึกษากรณีผู้บริจาคที่
ยังมีชีวิตอยู่." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

อนุมัติ ใจสมุทร. คำอธิบายหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล นิติกรรม และสัญญา เล่ม 2.
กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์อักษรศาสตร์, 2520.

อัญชัญ เขียวรีลิ่ง. "“ให้มรดก & รับมรดก” Erben & Vererben กฎหมายมรดกของเยอรมัน." นิตยสารดี
มีดี เพื่อคนไทย, 2018.

อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก. กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2550.

อาร์ม ตั้งนิรันดร. "ทำไมฝรั่งเศสจึงกำหนดให้ทุกคนบริจาคอวัยวะ ?". Thaipublica, 2017.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นางสาวณัฐนิชา ชัมมะรัตน์
วัน เดือน ปี เกิด	18 พฤศจิกายน 2533
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ปี พ.ศ.2555) เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 66 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (ปี พ.ศ.2556) นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (ปี พ.ศ.2561)
ที่อยู่ปัจจุบัน	160/115 หมู่บ้านเทพประทาน ซอย 16 ถนน บางกรวย-ไทรน้อย ต.บาง กรวย อ.บางกรวย จ.นนทบุรี 11130

