

ปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2562
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE STERILISATION OF PEOPLE WITH INTELLECTUAL DISABILITIES



Miss Phonpun Panayothakul

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 2019
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา
โดย	น.ส.พรพรรณ พนาโยธากุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ดร.สิพิมพ์ วิวัฒน์วัฒนา

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)


คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ดร.สิพิมพ์ วิวัฒน์วัฒนา)

..... กรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ศันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์)

..... กรรมการ
(ดร.สุรัชดา ธีศรี)



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

พรพรรณ พนาโยธากุล : ปัญหาการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญา. (THE
STERILISATION OF PEOPLE WITH INTELLECTUAL DISABILITIES) อ.ที่ปรึกษาหลัก
: ดร.สิทธิ วิวัฒน์วัฒนา

การทำหมันเป็นการคุมกำเนิดที่ทำให้บุคคลสูญเสียความสามารถในการสืบพันธุ์ ปัญหาที่จะเกิดขึ้นคือการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาอาจเกิดขึ้นจากการบังคับ ชักจูง โน้มน้าว หรือวิธีอื่นใด โดยปราศจากความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญา ซึ่งถือเป็นภัยที่คุกคามร้ายแรงและมีความเสี่ยงต่อสุขภาพและการดำเนินชีวิตในอนาคตของคนพิการทางสติปัญญา ประเด็นกฎหมายที่เกิดขึ้น ได้แก่ การพิจารณาความสามารถของบุคคลที่พิการทางสติปัญญาในการให้ความยินยอมในการทำหมันซึ่งไม่อาจนำความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรมสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ได้ และการให้ความยินยอมในการทำหมันแทนโดยบุคคลอื่นนั้นเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเด็ดขาดของบุคคลในการที่จะตัดสินใจให้ความยินยอมด้วยตนเองโดยอิสระ ไม่อาจมีบุคคลอื่นใดมีอำนาจหรือใช้หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรหรืออำนาจปกครองบุตรในการตัดสินใจทำหมันแทนคนพิการทางสติปัญญา

จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการการให้ความยินยอมในการทำหมันของคนพิการทางสติปัญญาในปัจจุบันยังไม่ชัดเจนและไม่ได้ให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอ จึงควรมีการปรับปรุงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายให้สอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของคนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคลเมื่อศึกษาเปรียบเทียบในประเด็นทางกฎหมายกับประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเยอรมนีพบว่า ทุกประเทศมีกระบวนการพิเศษสำหรับบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อทำหมัน และกำหนดให้ศาลเป็นผู้พิจารณาประโยชน์สูงสุด ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการให้ความยินยอมในการทำหมันคนพิการทางสติปัญญาในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2562

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6085987134 : MAJOR LAWS

KEYWORD:

Phonpun Panayothakul : THE STERILISATION OF PEOPLE WITH INTELLECTUAL DISABILITIES. Advisor: SIPIM WIWATWATTANA, Ph.D.

Sterilization is a birth control method that leads to biological inability to reproduce. One problem caused is that sterilization in intellectually disabled persons may be forced, coerced, persuaded, or done through other attempts without consent granted by intellectually disabled persons. This is deemed to be acutely threatening hazards that are risky to health and ways of life of the intellectually disabled persons in the future. A legal matter involved is consideration of abilities of an intellectually disabled person in granting consent to sterilization, the process in which the legal competence of a person to enter into a valid contract according to the Civil and Commercial Code cannot be employed. Furthermore, granting consent on behalf of another person is an issue that concerns absolute rights of the person in making a decision to grant consent independently. There shall be no one having authority or rights to exercise their duties as a child's supporter or custodial parent through making a decision for sterilization on behalf of an intellectually disabled person. According to the study, it is found that the provisions related to a current process of granting consent to sterilization of the intellectually disabled persons are not explicitly stated and do not provide adequate protection. Therefore, legal standards should be ameliorated in alignment with the utmost interest of each intellectually disabled person.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2019

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงได้ด้วยความเมตตาจาก ดร.สิพิมพ์ วิวัฒน์วัฒนา ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์เป็นอย่างสูงที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ช่วยให้คำปรึกษาและแนะนำช่วยเหลือผู้เขียนเป็นอย่างดีเสมอมา ทั้งยังช่วยตรวจร่างวิทยานิพนธ์และให้คำแนะนำแนวทางในการแก้ไขให้ถูกต้อง ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี และผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ ที่ให้ความกรุณาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์ ดร.ศันท์ภรณ์ โสคติพันธ์ และ ดร.สุรัชดา ธีศรี ที่ให้ความกรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน ซึ่งอาจารย์ทุกท่านได้ให้ข้อคิดเห็นทางกฎหมาย และแนวทางการศึกษารวมถึงข้อมูลอันเป็นประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณพ่อ คุณแม่ และพี่ชายผู้เป็นเบื้องหลังคอยช่วยเหลือและสนับสนุนผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ให้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี และขอขอบพระคุณคณาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทความรู้ในทุกด้าน ซึ่งทำให้ผู้เขียนนำเอาความรู้มาใช้ในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอขอบคุณมิตรของผู้เขียนทุกท่านที่ให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีประโยชน์หรือสามารถเป็นส่วนหนึ่งเล็ก ๆ ที่นำไปสู่การคุ้มครองสิทธิของคนพิการทางสติปัญญาได้ ผู้เขียนขอกราบเป็นกตเวทิตาแก่มีพระคุณทั้งหลายดังที่ได้กล่าวข้างต้น แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียวและกราบขออภัยไว้ ณ โอกาสนี้ด้วย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

พรพรรณ พนาโยธากุล

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	12
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	12
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	15
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	15
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	16
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย	16
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	16
1.7 ทบทวนวรรณกรรม.....	17
บทที่ 2 การให้ความยินยอมในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาตามกฎหมายไทย	22
2.1 หลักการทั่วไปของการทำหมั้น	22
2.1.1 ความหมายและวัตถุประสงค์ของการทำหมั้น	22
2.1.2 รูปแบบของการทำหมั้น.....	22
2.2 ลักษณะทั่วไปของคนพิการทางสติปัญญา	24
2.2.1 ความหมายของคนพิการทางสติปัญญา	25
2.2.2 สาเหตุของความพิการทางสติปัญญา	25
2.2.3 พัฒนาการและความสามารถของคนพิการทางสติปัญญา	27

2.2.4 การฟื้นฟูสมรรถภาพในคนพิการทางสติปัญญา.....	29
2.3 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนพิการทางสติปัญญา.....	31
2.3.1 สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.....	32
2.3.2 สิทธิและเสรีภาพตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ.....	43
2.3.2.1 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพคนพิการ.....	43
2.3.2.2 การปฏิบัติต่อสตรีพิการและเด็กพิการ.....	45
2.3.2.3 สิทธิในการสร้างครอบครัวและสถาบันครอบครัว.....	46
2.3.2.4 สิทธิด้านสุขภาพ.....	47
2.4 ความสามารถของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	48
2.5 สิทธิของบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	56
2.5.1 หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู.....	57
2.5.2 สิทธิของผู้ใช้อำนาจปกครอง.....	59
2.6 ความยินยอมในการรักษาพยาบาลตามกฎหมายไทย.....	64
2.6.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักความยินยอม.....	64
2.6.2 ความเป็นมาของความยินยอมให้รักษาพยาบาลในประเทศไทย.....	68
2.6.3 ลักษณะและรูปแบบของการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล.....	72
2.6.4 ข้อยกเว้นการขอความยินยอมในการรักษาพยาบาล.....	74
2.6.5 ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น.....	77
2.6.5.1 ตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550.....	77
2.6.5.2 ตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551.....	79
2.6.6 สิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น.....	82
2.6.6.1 ตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550.....	84
2.6.6.2 ตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551.....	85

2.6.7 การพิจารณาประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย.....	87
บทที่ 3 การให้ความยินยอมในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาตามกฎหมายต่างประเทศ	93
3.1 แนวคิดเกี่ยวกับปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา	93
3.2 แนวคิดเบื้องต้นของการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล	102
3.3 สหราชอาณาจักร: ประเทศอังกฤษ	107
3.3.1 การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล.....	107
3.3.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น.....	110
3.3.3 สิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา	116
3.4 ประเทศออสเตรเลีย.....	124
3.4.1 การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล.....	124
3.4.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น.....	126
3.4.3 สิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา	128
3.5 ประเทศสิงคโปร์	136
3.5.1 การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล.....	136
3.5.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น.....	138
3.5.3 สิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา	142
3.6 ประเทศเยอรมนี.....	147
3.6.1 การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล.....	148
3.6.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น.....	153
3.6.3 สิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา	155
บทที่ 4 วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาตามกฎหมายไทยและ กฎหมายต่างประเทศ.....	160
4.1 การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล	161
4.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น	165

4.2.1	ความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นกรณีคนพิการทางสติปัญญาเป็นผู้เยาว์.....	166
4.2.2	ความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว.....	170
4.2.3	ปัญหาบทนิยามทางกฎหมายในการกำหนดความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อทำหมั้น.....	177
4.3	ปัญหาสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น.....	182
4.3.1	กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์.....	183
4.3.2	กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว.....	187
4.4	ปัญหาการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา.....	190
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	194
5.1	บทสรุป.....	194
5.1.1	การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล.....	194
5.1.2	ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น.....	197
5.1.2.1	ความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์.....	197
5.1.2.2	ความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะ.....	198
5.1.2.3	ปัญหาบทนิยามทางกฎหมายในการกำหนดความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อทำหมั้น.....	200
5.1.3	ปัญหาสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น.....	202
5.1.3.1	กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์.....	202
5.1.3.2	กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว.....	204

5.1.4 ปัญหาการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา.....	205
5.2 ข้อเสนอแนะ	214
5.2.1 การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล.....	214
5.2.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น.....	215
5.2.2.1 ความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์.....	215
5.2.2.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะ.....	216
5.2.2.3 ปัญหาบทนิยามทางกฎหมายในการกำหนดความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อทำหมั้น.....	217
5.2.3 ปัญหาสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น	217
5.2.3.1 กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์	217
5.2.3.2 กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว.....	218
5.2.4 ปัญหาการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา.....	220
บรรณานุกรม.....	224
ภาคผนวก.....	231
ประวัติผู้เขียน.....	254

สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 1 แสดงสาเหตุของภาวะบกพร่องทางสติปัญญา แยกเป็นร้อยละที่ตรวจพบได้.....	27
ตารางที่ 2 แสดงการแบ่งภาวะบกพร่องทางสติปัญญาตามระดับความรุนแรง ระดับความช่วยเหลือที่ ต้องการและร้อยละที่พบ	29
ตารางที่ 3 หลักเกณฑ์การให้ความยินยอมในการทำหมั้นของประเทศสิงคโปร์	145
ตารางที่ 4 สรุปการเปรียบเทียบความแตกต่างประเด็นปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา	208



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

จากผลสำรวจคนพิการในประเทศไทย พ.ศ.2555 พบว่าประเทศไทยมีคนพิการจำนวนประมาณ 1.5 ล้านคนของประชากรทั่วประเทศ และเป็นคนพิการที่มีความบกพร่องทางร่างกาย จิตใจ และสติปัญญาจำนวนประมาณ 1.1 ล้านคน¹ แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยมีคนพิการทางสติปัญญาอยู่เป็นจำนวนมาก และด้วยวิวัฒนาการของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้คนพิการทางสติปัญญาในยุคสมัยปัจจุบันมีพัฒนาการที่ดีกว่าคนพิการทางสติปัญญาในอดีต แต่ถึงกระนั้นก็ตามด้วยความพิการทางสติปัญญานี้เองทำให้ถูกมองว่าเป็นบุคคลที่ต้องดูแลเป็นพิเศษ และมักถูกปิดกั้นจากสังคมในการได้รับการศึกษาเรื่องเพศและการอนามัยเจริญพันธุ์ เกิดปัญหาการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญา อันเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของคนพิการทางสติปัญญา ปัญหาดังกล่าวมักเกิดขึ้นกับวัยรุ่นที่เป็นหญิงพิการทางสติปัญญา และเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมไทยและในสังคมต่างประเทศ ด้วยเหตุผลต่าง ๆ เช่น สะดวกต่อการใช้ชีวิตประจำวันของคนพิการทางสติปัญญาเองที่ไม่ต้องมีประจำเดือนให้เกิดความยุ่งยากใจ สามารถใช้ชีวิตประจำวันได้โดยไม่ต้องกังวลว่าจะเกิดการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ การป้องกันการส่งต่อพันธุกรรมที่มีความพิการ หรือปัญหาความสามารถในการเป็นบิดาหรือมารดาของคนพิการทางสติปัญญาที่ถูกมองว่าไม่มีความสามารถในการเลี้ยงดูบุตรได้ เป็นต้น ในทางกลับกัน การพาคนพิการทางสติปัญญาไปทำหมันเช่นนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศ และปัญหาความรุนแรงทางเพศต่อคนพิการทางสติปัญญาเพิ่มมากยิ่งขึ้น เนื่องจากเมื่อทำหมันแล้วคนพิการทางสติปัญญาจะไม่สามารถตั้งครรภ์ได้อีก อย่างไรก็ตามปัญหาโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ก็เป็นปัญหาที่ต้องให้ความสำคัญเช่นกัน เนื่องจากการทำหมันไม่สามารถแก้ปัญหาดังกล่าวข้างต้นได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองสิทธิให้แก่คนทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ไม่เลือกปฏิบัติ และเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทั้งนี้ประเทศไทยได้ลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities) เมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม พ.ศ.2551 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 28 สิงหาคม พ.ศ.2551 อันเป็นการยืนยันว่าประเทศไทยจะต้องสร้างกฎเกณฑ์ และกฎหมายภายในประเทศที่ให้ความเคารพในสิทธิของคนพิการตามที่ได้

¹ สำนักงานสถิติแห่งชาติ, "การสำรวจความพิการ พ.ศ.2555" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 24 พฤศจิกายน 2561. แหล่งที่มา: http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/service/survey/disabilityRep_55.pdf

ลงนามเอาไว้ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวกับกระบวนการในการให้ความยินยอมทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา หลักเกณฑ์ทางกฎหมายของประเทศไทยยังไม่ชัดเจนเพียงพอจึงทำให้การทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาในประเทศไทยเกิดขึ้นได้โดยง่าย การขาดกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนในกระบวนการให้ความยินยอมในการทำหมั้นเช่นนี้ทำให้เกิดช่องว่างในการให้ความยินยอม โดยการนำความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ดูแลเป็นผู้ให้ความยินยอมแทน อีกทั้งยังขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาเหตุผลและความจำเป็นที่แท้จริงของการทำหมั้น เพื่อประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นต่อคนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคล นอกจากนี้การไม่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนนี้ส่งผลให้เกิดปัญหาการพาคนพิการทางสติปัญญาจากต่างประเทศที่มีกฎเกณฑ์ควบคุมการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาเข้ามาทำหมั้นในประเทศไทย เนื่องจากต้องการหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่ยู่ยาก และสามารถช่วยลดค่าใช้จ่ายได้

ประเทศไทยเริ่มมีกระแสตื่นตัวกับปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา มีการออกมาเรียกร้องให้เคารพสิทธิขั้นพื้นฐานของคนพิการทางสติปัญญา สะท้อนให้เห็นถึงมุมมองของสังคมไทยที่มีต่อคนพิการและทัศนคติที่มองว่าเรื่องเพศเป็นสิ่งต้องห้ามในคนพิการทางสติปัญญา อันมีผลต่อวิถีชีวิตการเรียนรู้เรื่องเพศและอนามัยเจริญพันธุ์ โดยเฉพาะสตรีที่เป็นคนพิการ ที่ถูกปิดกั้นเรื่องทางเพศจากสังคมแต่กลับกลายเป็นเหยื่อที่ถูกคุกคามทางเพศ ดังนั้นปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาจึงมีความสำคัญและต้องได้รับการจัดการอย่างเหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการให้ความยินยอมทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาที่อาจไม่สามารถเข้าใจสาระสำคัญของการทำหมั้นได้อย่างแท้จริง เนื่องจากเป็นผู้ที่มีภาวะบกพร่องทางการเรียนรู้ ความคิด และพัฒนาการ

ประเด็นสำคัญที่เป็นปัญหาต่อกระบวนการให้ความยินยอมในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา ได้แก่ ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น เนื่องจากคนพิการทางสติปัญญา มีความบกพร่องในกระบวนการคิดวิเคราะห์ ซึ่งอาจนำไปสู่การตัดสินใจที่ผิดพลาดได้ แต่การทำหมั้นเป็นกระบวนการทางการแพทย์อย่างหนึ่ง ซึ่งผู้ที่จะทำหมั้นนั้นต้องให้ความยินยอมด้วยตนเอง เนื่องจากการทำหมั้นเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิในร่างกายของบุคคลอื่นเป็นสิทธิเด็ดขาด หากไม่ได้ขอความยินยอมดังกล่าว แพทย์อาจจะมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นในทางอาญา และเป็นความผิดฐานละเมิดในทางแพ่งได้ ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายในปัจจุบันของประเทศไทยยังไม่ชัดเจนเพียงพอในการพิจารณาว่าคนพิการทางสติปัญญา มีความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นด้วยตนเองหรือไม่ และบุคคลใดมีสิทธิในการให้ความ

ยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น การใช้อำนาจปกครองบุตร หรือหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรจะทำให้เกิดสิทธิในการให้ความยินยอมแทนได้หรือไม่ หรือควรกำหนดให้ผู้ใดหรือหน่วยงานใดเป็นผู้ใช้อำนาจตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทน หากคนพิการทางสติปัญญาผู้นั้นไม่สามารถเข้าใจ รับรู้สาระสำคัญของการทำหมั้นได้ นอกจากนี้ปัญหาความขัดแย้งของบทบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องที่อาจทำให้เกิดความสับสนในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ไม่ว่าจะจะเป็นบทบัญญัติในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 และพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 รวมไปถึงประกาศต่าง ๆ เช่น คำประกาศสิทธิและข้อพึงปฏิบัติของผู้ป่วย รวมไปถึงบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความสามารถของบุคคล จะเห็นได้ว่าการให้ความยินยอมในการทำหมั้นไม่ใช่การทำนิติกรรมสัญญาที่มุ่งเน้นไปในเชิงของทรัพย์สินเป็นสำคัญ การพิจารณาความสามารถในการทำนิติกรรมจึงไม่สอดคล้องที่จะนำมาพิจารณากับความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้น อันมีลักษณะเป็นการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลอย่างหนึ่งที่มีความสำคัญและเป็นการกระทำที่ไม่สามารถกลับคืนสู่สภาพเดิมได้อีก จึงเกิดความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของนิติกรรมสัญญา แต่การให้ความยินยอมในการทำหมั้นเป็นเรื่องสิทธิในร่างกายอันเป็นสิทธิเด็ดขาดของบุคคล และไม่สามารถโอนให้แก่บุคคลใดทำแทนได้ ไม่ว่าจะเป็นบิดา มารดา คู่สมรส ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์อนุบาล เป็นต้น ในส่วนของกฎหมายลักษณะครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีประเด็นปัญหาที่น่าสนใจเช่นกันว่า บิดา มารดา ที่มีสิทธิหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรและมีอำนาจปกครองบุตรนั้น สามารถให้ความยินยอมแทนบุตรที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้นหรือไม่ เพียงใด และการกระทำได้กล่าวของบิดา มารดาจะถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในร่างกาย หรือเป็นการทำร้ายร่างกายบุตรของตนหรือไม่ นอกจากนี้ บิดามารดายังเป็นผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา การให้บุคคลดังกล่าวสามารถเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญาจะเกิดความเป็นธรรมต่อคนพิการทางสติปัญญาหรือไม่

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการให้ความยินยอมในการทำหมั้นของคนพิการทางสติปัญญาตามกฎหมายของประเทศไทย ได้แก่ การพิจารณากฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความสามารถของบุคคล กฎหมายลักษณะครอบครัว ในส่วนของหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูและการใช้อำนาจปกครอง และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ที่ได้วางหลักเรื่องความยินยอมในการรักษาพยาบาลเอาไว้ในกฎหมายของประเทศไทยเป็นฉบับแรก และพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 ที่ได้วางหลักเรื่องการทำหมั้นในผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิต โดยทำการศึกษาเปรียบเทียบกับ

กฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเยอรมนี เพื่อศึกษาถึงปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาและหาแนวทางการแก้ไขปัญหา เพื่อเพิ่มเติมและปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น และสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา โดยการคำนึงถึงความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดที่จะเกิดขึ้นกับคนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคล อันเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของคนพิการทางสติปัญญาให้ได้รับความคุ้มครองโดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1.) เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมาและหลักการของสิทธิในร่างกายของคนพิการทางสติปัญญาต่อการทำหมั้น
- 2.) เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคที่เกี่ยวกับการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น
- 3.) เพื่อศึกษากฎหมายของประเทศไทยและของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา
- 4.) เพื่อวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ และ ประเทศเยอรมนี
- 5.) เพื่อนำผลการวิเคราะห์มาสังเคราะห์เพื่อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น และเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อคนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคล

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการการให้ความยินยอมในการทำหมั้นของคนพิการทางสติปัญญาในปัจจุบันยังไม่ชัดเจนและไม่ได้ให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอ จึงควรมีการปรับปรุงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายให้สอดคล้องกับความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดของคนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคล

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น โดยพิจารณาถึงสิทธิในร่างกายของคนพิการทางสติปัญญา ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น สิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา และประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา โดยเปรียบเทียบหลักเกณฑ์และบทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศไทยกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเยอรมนี

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยเรื่องปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญานี้เป็นงานวิจัยทางนิติศาสตร์ (Legal Research) โดยการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ด้วยวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) และข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์โดยดำเนินการศึกษาค้นคว้าเอกสารจากหนังสือ ตำรา บทความ และข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเยอรมนี

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1.) ได้ทราบแนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมาและหลักการของสิทธิในร่างกายของคนพิการทางสติปัญญาต่อการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา
- 2.) ได้ทราบประเด็นปัญหาและอุปสรรคที่เกี่ยวกับการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา
- 3.) ได้ทราบกระบวนการในการให้ความยินยอมที่เกี่ยวข้องกับการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาของกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ และ ประเทศเยอรมนี
- 4.) สามารถวิเคราะห์ความแตกต่างของกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้นตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเยอรมนี
- 5.) ได้แนวทางการวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาต่อการทำหมั้นให้เหมาะสมต่อประโยชน์สูงสุดของคนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคล

1.7 ทบทวนวรรณกรรม

1. วิทยานิพนธ์ เรื่องการแสดงเจตนาล่วงหน้าในการจัดตั้งผู้มีอำนาจจัดการทรัพย์สินและดูแลบุคคล: ศึกษาเฉพาะกรณีบุคคลวิกลจริตและจิตฟั่นเฟือน โดย กิติธิ นาคะนิธิ หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2558

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้ได้พิจารณาประเด็นการแสดงเจตนาล่วงหน้าในการจัดตั้งผู้มีอำนาจจัดการทรัพย์สินและดูแลบุคคลวิกลจริตและจิตฟั่นเฟือน โดยเป็นการแสดงเจตนาไว้ก่อนที่ตนเองจะกลายเป็นบุคคลวิกลจริตและจิตฟั่นเฟือน ซึ่งประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่รองรับการแสดงเจตนาเช่นนั้นจึงมีการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลที่มอบอำนาจล่วงหน้าในการตั้งตัวแทนมาดูแลตน ทั้งนี้ได้พิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ ญี่ปุ่น เป็นแนวทางในการปรับแก้กฎหมายของประเทศไทย ซึ่งในวิทยานิพนธ์เรื่องนี้มีส่วนที่เกี่ยวกับการวิเคราะห์ลักษณะของบุคคลวิกลจริตว่ารวมไปถึงคนปัญญาอ่อน และมีการวิเคราะห์ถึงอำนาจหน้าที่ของผู้ดูแลในการจัดการทรัพย์สินและการดูแลชีวิตความเป็นอยู่ตามกฎหมายต่างประเทศ เป็นต้น

ความแตกต่างกับเรื่องปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา คือ วิทยานิพนธ์ดังกล่าวไม่ได้มีการวิเคราะห์ถึงการให้ความยินยอมในทางแพทย์และสิทธิในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา มีเพียงการวิเคราะห์ในการทำสัญญาให้มีการจัดการทรัพย์สินและดูแลชีวิตความเป็นอยู่ของตน โดยไม่ได้วิเคราะห์ถึงการให้ความยินยอมทางการแพทย์โดยตรง และเป็นกรณีที่บุคคลตั้งผู้ดูแลตนเองไว้ล่วงหน้าก่อนตนกลายเป็นบุคคลวิกลจริตไม่ใช่กรณีเป็นคนพิการทางสติปัญญาหรือเกิดความวิกลจริตมาตั้งแต่เริ่มแรก

2. วิทยานิพนธ์ เรื่องการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมของบุคคลวิกลจริต โดย ศุภากร สุภาพ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2558

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้ได้วิเคราะห์ถึงการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมของบุคคลวิกลจริตลักษณะของคนวิกลจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ไม่ได้กำหนดคำนิยามหรือลักษณะไว้อย่างชัดเจนทั้งในบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยความสามารถในการทำนิติกรรมของบุคคลวิกลจริต

นอกจากนี้ ในวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ได้มีการพิจารณาบุคคลที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับบุคคลวิกลจริต อันรวมถึงบุคคลที่มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญาหรือบุคคลปัญญาอ่อน และชี้ให้เห็นถึงแนวความคิด 2 แนวทางจากความเห็นทางวิชาการ และจากคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทยที่

ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับบุคคลที่มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญาหรือบุคคลปัญญาอ่อนซึ่งได้วินิจฉัยว่าเป็นบุคคลวิกลจริต และกรณีที่ได้วินิจฉัยว่าไม่เป็นบุคคลวิกลจริต จากประเด็นดังกล่าวข้างต้นจึงมีการเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาว่า ควรมีการกำหนดลักษณะของบุคคลวิกลจริตเพื่อใช้ในการตีความว่าบุคคลใดเป็นบุคคลวิกลจริต

ความแตกต่างกับเรื่องปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา คือ วิทยานิพนธ์ดังกล่าวไม่ได้วิเคราะห์ถึงเรื่องการให้ความยินยอมทางการแพทย์ของคนพิการทางสติปัญญาไว้โดยตรง รวมถึงสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา

3. วิทยานิพนธ์ เรื่องการคุ้มครองบุคคลในการทำนิติกรรมสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์: ศึกษากรณีบุคคลปัญญาอ่อน โดย พรพิมล นิสาร์ตันพร หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2547

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้ได้วิเคราะห์บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการให้ความคุ้มครองบุคคลปัญญาอ่อนในการทำนิติกรรมสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย โดยพิจารณาจากภาวะ ความสามารถและศักยภาพที่แท้จริงของบุคคลปัญญาอ่อน และศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศอเมริกาและประเทศอิตาลี โดยได้สรุปปัญหาทางกฎหมายเป็น 3 ประเด็น ได้แก่

ประเด็นแรก คือ ปัญหาเกี่ยวกับความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญาของบุคคลปัญญาอ่อน กรณีที่ไม่ได้เป็นบุคคลวิกลจริตและไม่ได้ถูกศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือคนไร้ความสามารถ ก็จะสามารถทำนิติกรรมสัญญาได้โดยมีผลสมบูรณ์ เพราะไม่สามารถนำ มาตรา 30 มาบังคับใช้ได้เหมือนอย่างกรณีของบุคคลวิกลจริต ทำให้บุคคลปัญญาอ่อนจะได้รับความเสียหายจากการทำนิติกรรมสัญญาของตนเองได้

ประเด็นที่สอง คือ ปัญหาเกี่ยวกับการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมสัญญา กล่าวคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติชัดเจนถึงการแสดงเจตนาของบุคคลปัญญาอ่อน จึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 ซึ่งเป็นบททั่วไปมาปรับใช้กับการแสดงออกของบุคคลปัญญาอ่อนว่าเป็นการแสดงเจตนาที่จะทำนิติกรรมสัญญาหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ได้ให้ข้อสรุปว่าควรพิจารณาที่ด้านความสามารถของบุคคลปัญญาอ่อนในการทำนิติกรรมสัญญาก่อนที่จะพิจารณาที่ด้านการแสดงเจตนา หากหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญาของบุคคลปัญญาอ่อนมีความชัดเจนเพียงพอแล้ว ก็ไม่จำเป็นจะต้องพิจารณาถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับ

การแสดงเจตนาอีก เว้นแต่ว่าบุคคลนั้นมีความสามารถเต็มที่แล้ว จึงจะมาพิจารณาว่านิติกรรมสัญญา นั้นเป็นไปโดยสมัครใจหรือไม่

ประเด็นที่สาม คือ ปัญหาเกี่ยวกับความไม่สุจริตของคู่สัญญา กล่าวคือประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ของไทยไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าสัญญาของบุคคลปัญญาอ่อนที่เกิดจากความไม่สุจริต ของคู่สัญญาจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร เกิดจากความไม่ชัดเจนของมาตรา 30 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญา จึงต้องนำ หลักทั่วไปตามมาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้อง กระทำโดยสุจริต” เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับบุคคลปัญญาอ่อน แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้ บัญญัติถึงผลของสัญญาว่าจะมีผลทางกฎหมายอย่างไรหากคู่สัญญาไม่สุจริตต่อบุคคลปัญญาอ่อน

จากประเด็นปัญหาทั้ง 3 ประเด็นข้างต้นจึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการกำหนดหลักกฎหมาย เกี่ยวกับความสามารถที่ชัดเจนเพียงพอต่อบุคคลปัญญาอ่อนในการทำนิติกรรมสัญญา ซึ่งมี ข้อเสนอแนะ 2 แนวทาง ได้แก่ การให้ศาลวินิจฉัยกฎหมายปัจจุบันที่มีอยู่ตามมาตรา 4 วรรคสอง มา บังคับใช้ประกอบกับมาตรา 30 และอีกแนวทางหนึ่งก็คือการแก้ไขมาตรา 30 จากเดิมที่บัญญัติว่า “การใด ๆ อันบุคคลวิกลจริต ซึ่งศาลยังไม่ได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถได้กระทำการ การนั้นเป็น โฆษียะ ต่อเมื่อได้กระทำในขณะที่บุคคลนั้นจิตวิกลอยู่ และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้แล้วด้วยว่าผู้กระทำ เป็นคนวิกลจริต” เป็นว่า “การใด ๆ อันบุคคลวิกลจริต ซึ่งศาลยังไม่ได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือบุคคลที่มีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบหรือมีเหตุอื่นใดจนไม่สามารถจะจัดทำการงานโดยตนเองได้ หรือจัดกิจการไปในทางที่อาจจะเสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัว ซึ่งศาลยังไม่ได้สั่งให้ เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถได้กระทำการ การนั้นเป็นโฆษียะ ต่อเมื่อได้กระทำในขณะที่บุคคลนั้น จิตวิกลอยู่หรือไม่สามารถจะจัดทำการงานโดยตนเองได้หรือจัดกิจการไปในทางที่อาจจะเสื่อมเสียแก่ ทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัว และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้แล้วด้วยว่าผู้กระทำเป็นคนวิกลจริต หรือเป็นบุคคลที่มีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบหรือมีเหตุอื่นใดจนไม่สามารถจะจัดทำการงานโดยตนเอง ได้หรือจัดกิจการไปในทางที่อาจจะเสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัว”

ความแตกต่างกับเรื่องปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา คือ วิทยานิพนธ์ดังกล่าว ไม่ได้วิเคราะห์ในเรื่องการแสดงความยินยอมทางการแพทย์เอาไว้โดยตรง ได้วิเคราะห์เฉพาะ ในเรื่องของการทำนิติกรรมสัญญาเท่านั้น ซึ่งการให้ความยินยอมทางการแพทย์ไม่ใช่การทำนิติกรรม สัญญาโดยตรงแม้จะมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทำนิติกรรมสัญญา และวิทยานิพนธ์ดังกล่าวได้เสนอผล

ของการทำนิติกรรมของบุคคลปัญญาอ่อน โดยถือว่าเป็นบุคคลที่มีเหตุอื่นใดจนไม่สามารถจะจัดทำ การงานโดยตนเองได้ หรือจัดกิจการไปในทางที่อาจจะเสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัว ให้ผลเป็นโมฆียะ เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้ว่าเป็นบุคคลที่มีเหตุอื่นใดจนไม่สามารถจะจัดทำ การงาน โดยตนเองได้ หรือจัดกิจการไปในทางที่อาจจะเสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัว ซึ่งผล การเป็นโมฆียะดังกล่าวไม่สามารถนำมาปรับกับความยินยอมทางการแพทย์ และสิทธิในการทำหมั้น ของคนพิการทางสติปัญญาได้โดยตรงเพราะสิทธิในการทำหมั้นเป็นสิทธิในร่างกายเมื่อได้รับการทำ หมั้นไปแล้วก็ไม่อาจแก้ไขให้กลับมาเหมือนเดิมได้ ซึ่งแตกต่างจากการทำนิติกรรมสัญญาอันเป็น ลักษณะสิทธิในทรัพย์สิน

4. วิทยานิพนธ์ เรื่องสิทธิของผู้ป่วย โดย อัจฉรา วีระชาติ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2537

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้ได้วิเคราะห์ถึงการรับรองสิทธิของผู้ป่วยตามกฎหมายของไทย และ กฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งในขณะนั้นประเทศไทยยังไม่มีการบัญญัติเรื่องของผู้ป่วยออกมาเป็น กฎหมายเฉพาะเพียงแค่อำศัยการปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ ได้แก่ กฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งแม้กฎหมาย รัฐธรรมนูญของไทยจะบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเอาไว้ แต่ก็ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการ รองรับสิทธิของผู้ป่วยโดยเฉพาะไว้โดยตรงว่าผู้ป่วยจะมีสิทธิอย่างไร ในส่วนของสิทธิผู้ป่วยในทาง กฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญานั้นพบว่ามิมีข้อจำกัดในการปรับใช้ เช่น ข้อจำกัดเกี่ยวกับภาระในการ นำสืบพิสูจน์ความรับผิดชอบของแพทย์ที่ตกเป็นหน้าที่ของผู้ป่วยที่จะต้องเป็นผู้นำสืบให้เห็นถึงลักษณะ การกระทำความผิดนั้น ๆ แม้จะมีบางกรณีบัญญัติไว้ให้เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นสิทธิของผู้ป่วย เช่น สิทธิที่ จะได้รับการรักษาความลับ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323) สิทธิที่จะได้รับการชดเชยความ เสียหายในทางแพ่ง เป็นต้น แต่ก็ยังไม่เพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองในสิทธิของผู้ป่วย โดยเฉพาะอย่าง ยิงสิทธิของผู้ป่วยในการที่จะได้รับการบอกกล่าวข้อมูลเพื่อการตัดสินใจเข้ารับการรักษาพยาบาล และ สิทธิที่จะปฏิเสธการรักษาทางการแพทย์ ดังนั้น จึงควรจำกัดขอบเขตแห่งสิทธิของผู้ป่วยให้ชัดเจน โดยวางขอบเขตไว้ในรูปแบบของการกำหนดหน้าที่ให้แพทย์ได้บอกกล่าวเรื่องราวทางการแพทย์ให้แก่ ผู้ป่วยในขอบเขตของเวชปฏิบัติ รวมทั้งความเสี่ยงภัยที่อาจจะเกิดขึ้นแก่ผู้ป่วยในการให้การตรวจ รักษาทางเวชกรรมนั้น ๆ ซึ่งหากในเรื่องนี้ได้รับการวางขอบเขตที่ชัดเจนแล้วก็จะส่งผลให้สิทธิของ ผู้ป่วยเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าว หรือสิทธิที่จะรู้ สิทธิในความมั่นคงปลอดภัย สิทธิในการ ตัดสินใจที่เป็นอิสระ รวมไปถึงสิทธิที่จะได้รับการชดเชยความเสียหาย

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้นจึงได้มีข้อเสนอแนะ 2 แนวทาง ซึ่งข้อเสนอแนะแนวทางแรกคือ การตีความกฎหมายที่มีอยู่ให้สามารถบังคับในเรื่องสิทธิของผู้ป่วยได้ และข้อเสนอแนะแนวทางที่สอง คือการแก้ไขกฎหมายและการบัญญัติกฎหมายเฉพาะ

ความแตกต่างกับเรื่องปัญหาการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญา คือ วิทยานิพนธ์ดังกล่าว เป็นการเสนอให้มีกฎหมายรับรองสิทธิของผู้ป่วยโดยเฉพาะซึ่งในขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายออกมา รับรองสิทธิผู้ป่วยโดยตรง แต่ในปัจจุบันมีพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 และ พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 บังคับใช้แล้ว แต่บทบัญญัติในเรื่องของการให้ความยินยอม ทางการแพทย์ของคนพิการทางสติปัญญานั้นยังไม่ชัดเจนเพียงพอ รวมถึงสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ ความยินยอมทำหมันแทนคนพิการทางสติปัญญาก็ยังไม่มี ความชัดเจนเช่นกันทำให้เกิดปัญหาในการ ตีความ



บทที่ 2

การให้ความยินยอมในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาตามกฎหมายไทย

2.1 หลักการทั่วไปของการทำหมั้น

2.1.1 ความหมายและวัตถุประสงค์ของการทำหมั้น

การทำหมั้น คือ วิธีการคุมกำเนิดถาวรอย่างหนึ่งที่มีประสิทธิภาพสูง สามารถป้องกันการตั้งครรภ์ได้ตลอดวัยเจริญพันธุ์ เหมาะสำหรับผู้ที่มิบุตรเพียงพอแล้ว โดยมีเป้าหมายเพื่อจำกัดจำนวนการมีบุตร ซึ่งการคุมกำเนิดถาวรเป็นวิธีการคุมกำเนิดที่สามารถคุมกำเนิดไปได้ตลอดชีวิตไม่สามารถกลับมาตั้งครรภ์ได้อีก โดยสามารถแบ่งเป็นการทำหมั้นชายและการทำหมั้นหญิง¹

เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของการทำหมั้นข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของการทำหมั้น คือ การคุมกำเนิด แต่วัตถุประสงค์ของการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญานั้นมีเหตุผลที่มากกว่าการคุมกำเนิด อันได้แก่ การตัดปัญหาการมีประจำเดือนในเพศหญิงเนื่องจากบางรายอาจมีอาการทุกข์ทรมานจากการปวดท้องอย่างรุนแรงจากการมีประจำเดือน หรือมีอาการประจำเดือนผิดปกติ หรือการป้องกันการถ่ายทอดพันธุกรรมที่ผิดปกติ หรือตัดปัญหาความไม่พร้อมของการเป็นบิดามารดาในคนพิการทางสติปัญญา เป็นต้น อันเป็นเหตุผลที่ไม่ได้เกิดจากการตัดสินใจของคนพิการทางสติปัญญาเอง แต่มักเป็นการตัดสินใจจากบุคคลอื่น เช่น บิดา มารดา หรือผู้ที่ดูแล ซึ่งเป็นบุคคลผู้มีส่วนได้เสียจากการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาที่อยู่ภายใต้การดูแล โดยอาจมีเหตุผลอื่น ๆ เพิ่มเติม เช่น เมื่อทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาแล้วก็จะเกิดความสะดวกในการดูแล อีกทั้งยังเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายในการดูแล ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการนำประโยชน์ในด้านอื่น ๆ ของบิดา มารดา หรือผู้ที่ปกครองดูแล เข้ามามีส่วนในการพิจารณาเพื่อทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาด้วย

2.1.2 รูปแบบของการทำหมั้น

การทำหมั้นนั้นสามารถทำได้ทั้งในเพศหญิงและเพศชายซึ่งจะมีรูปแบบและวิธีการที่แตกต่างกันออกไป แต่จะพบว่าในเพศหญิงจะมีการตัดสินใจทำหมั้นมากกว่าในเพศชายเนื่องจากเพศหญิงเป็นเพศที่ต้องรับภาระในการตั้งครรภ์ รวมถึงกรณีการทำหมั้นในหญิงหลังคลอดไปพร้อมกับการผ่าคลอด จะทำให้เกิดความสะดวกต่อการทำหมั้นในเพศหญิง เนื่องจากไม่ต้องผ่าตัดทำหมั้นอีกรอบหนึ่ง

¹สุวชัย อินทรประเสริฐ และคณะ, คู่มือการให้บริการวางแผนครอบครัว สำหรับเจ้าหน้าที่สาธารณสุข, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก, 2551), หน้า 127.

การทำหมันหญิง (female sterilization) เป็นวิธีคุมกำเนิดถาวรที่มีผู้นิยมใช้มากวิธีหนึ่ง เป็นวิธีคุมกำเนิดที่มีประสิทธิภาพสูง ปลอดภัย และประหยัด เสียเวลาทำครั้งเดียวได้ผลตลอดไป โดยจะเป็นการทำให้ท่อนำไข่ทั้งสองข้างเกิดการอุดตันด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น การผูกแล้วตัด หรือจี้ด้วยไฟฟ้า หรือใช้ห่วงรัด หรือคลิปหนีบท่อนำไข่ เพื่อไม่ให้ไข่เดินทางมาพบกับอสุจิ การทำหมันไม่มีข้อห้ามสามารถทำได้แม้ในบางกรณีที่ผู้รับบริการมีโรคประจำตัว หรือมีภาวะเสี่ยงสูงต่อการผ่าตัด แต่ทั้งนี้ต้องได้รับการปรึกษาอย่างดี และผ่านการประเมินจากแพทย์แล้วว่าผลดีที่ได้รับจากการทำหมันมีมากกว่าอันตรายที่จะเกิดขึ้น²

ประเภทของการทำหมันหญิงสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ³ ได้แก่

ประเภทที่หนึ่ง คือ การทำหมันหลังคลอดบุตร เป็นการทำหมันระหว่างผ่าตัดคลอด หรือภายหลังการคลอดไม่เกิน 72 ชั่วโมง ซึ่งจะทำให้ง่ายและสะดวกเนื่องจากมดลูกอยู่ที่ใกล้ระดับสะดือ ทำให้สะดวกในการหาท่อนำไข่ โดยใช้ยาชาเฉพาะที่หรือยาระงับความรู้สึกฉีดเข้าหลอดเลือด หรือการดมยาสลบ

ประเภทที่สอง คือ การทำหมันแห้ง เป็นการทำหมันหญิงในช่วงเวลาปกติที่ไม่ได้ตั้งครรภ์ วิธีที่นิยมทำกันในปัจจุบันมี 2 วิธี ได้แก่ วิธี Minilaparotomy คือ การผ่าตัดแผลเล็ก ๆ ประมาณ 3 เซนติเมตร บริเวณเหนือหัวเหน่า ใช้เครื่องมือยกมดลูก (uterine elevator) สอดเข้าทางช่องคลอด เพื่อยกมดลูกขึ้นมาติดกับผนังหน้าท้อง ทำให้สามารถหาท่อนำไข่มาทำการผูกตัดได้ง่าย และวิธีที่สองคือ Laparoscopy เป็นการทำหมันโดยใช้กล้อง เริ่มด้วยการใส่ลมเข้าไปในช่องท้องแล้วทำการผ่าตัดแผลเล็ก ๆ บริเวณใต้สะดือ ใช้กล้อง laparoscope (ลาฟาโรสโคป) สอดผ่านเข้าไปในช่องท้อง ส่งดูอวัยวะสืบพันธุ์ภายใน และทำให้ท่อนำไข่อุดตันโดยการจี้ด้วยไฟฟ้า หรือการใช้คลิป หรือห่วงรัด

ในส่วนของการทำหมันชาย (Vasectomy) คือ การทำให้ท่ออสุจิทั้งสองข้างเกิดการอุดตันด้วยวิธีการต่าง ๆ ทำให้ตัวอสุจิไม่สามารถเข้าไปผสมกับไข่ได้ ซึ่งการทำหมันชายจะมีวิธีการที่ง่ายกว่าการทำหมันหญิงมาก อาจจะทำในโรงพยาบาล ศูนย์บริการสาธารณสุข คลินิก หรือหน่วยรพพยาบาลเคลื่อนที่ โดยแพทย์จะใช้ยาชาเฉพาะที่ฉีดตรงบริเวณถุงอัณฑะ ใช้มีดกรีดเป็นแผลเล็กน้อย ประมาณ 1 เซนติเมตร เพื่อที่จะนำเอาท่ออสุจิมาผูกหรือตัดตามวิธีการทางการแพทย์ แต่นิยมใช้

² เรื่องเดียวกัน, น.129-132.

³ เรื่องเดียวกัน, น.130.

วิธีการตัดเนื่องจากมีความปลอดภัยมากกว่า และสามารถเย็บด้วยไหมละลายได้จึงไม่จำเป็นต้องเสียเวลากลับมาตัดไหมอีกรอบหนึ่ง⁴

สำหรับการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญานั้น โดยทั่วไปคนพิการทางสติปัญญาเพศหญิงมีแนวโน้มที่จะถูกทำหมันมากกว่าในเพศชาย⁵ เนื่องจากในเพศหญิงเป็นเพศที่สามารถตั้งครรรภ์ได้ ประกอบกับบริบทและมุมมองต่อคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นเพศหญิงในสังคมนั้นทำให้เพศหญิงต้องรับผิดชอบและรับภาระมากกว่าเพศชาย และรูปแบบในการทำหมันคนพิการทางสติปัญญาเพศหญิงนั้นจะเป็นไปในรูปแบบของการผ่าตัดนำมดลูกและรังไข่ออกไปเพื่อเป็นการทำหมันอย่างถาวรและตัดวงจรของการมีประจำเดือน อันเป็นวิธีการที่นิยมทำกันในกลุ่มคนพิการทางสติปัญญาเพศหญิง ซึ่งวิธีการทำหมันดังกล่าวส่งผลเสียต่อสุขภาพในเพศหญิงเกี่ยวกับกระบวนการผลิตฮอร์โมนและสภาวะทางอารมณ์และจิตใจ ซึ่งอาจจะต้องมีการใช้ฮอร์โมนทดแทนต่อไป⁶ นอกจากนี้การสูญเสียฮอร์โมนเพศหญิงเนื่องจากหมดประจำเดือนเร็ว หรือได้รับการผ่าตัดรังไข่ตั้งก่อนอายุ 45 ปี จะมีความเสี่ยงของการเป็นโรคกระดูกพรุน⁷

2.2 ลักษณะทั่วไปของคนพิการทางสติปัญญา

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะศึกษาถึงลักษณะทั่วไปของคนพิการทางสติปัญญา ได้แก่ ความหมายของคนพิการทางสติปัญญา สาเหตุและประเภทของคนพิการทางสติปัญญา เพื่อนำไปสู่การพิจารณาความสามารถของคนพิการทางสติปัญญาในการให้ความยินยอมทำหมัน เนื่องจากการศึกษาถึงลักษณะทั่วไปของคนพิการทางสติปัญญาจะทำให้เกิดความเข้าใจถึงระดับพัฒนาการของคนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคลที่มีความแตกต่างกัน เพื่อพิจารณาเหตุผลและความจำเป็นของการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาต่อไป สามารถอธิบายได้ดังนี้

⁴ แผนกพยาบาลผ่าตัด คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล, "การทำหมันชาย" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.si.mahidol.ac.th/sidoctor/e-pl/admin/article_files/185_1.pdf

⁵ A. Grover, "Interim Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health," United Nations General Assembly A/66/254.(2011).

⁶ โรงพยาบาลธนบุรี, "การผ่าตัดมดลูกและรังไข่ทางหน้าท้อง" [ออนไลน์]. เข้าถึงเมื่อ 5 ตุลาคม พ.ศ.2562. แหล่งที่มา: <https://www.thonburihospital.com/Hysterectomy.html>

⁷ วิฑูร บัญญอนอมวงศ์, "กระดูกพรุน เรียนรู้และป้องกันก่อนจะสาย" [ออนไลน์]. เข้าถึงเมื่อ 5 ตุลาคม พ.ศ.2562. แหล่งที่มา: <https://www.bumrungrad.com/th/health-blog/february-2016/osteoporosis-risk-cause-prevention-treatment>

2.2.1 ความหมายของคนพิการทางสติปัญญา

คนพิการทางสติปัญญาแต่เดิมนั้นมักถูกเรียกว่า “คนปัญญาอ่อน” ต่อมาก็ได้มีการเรียกคนพิการทางสติปัญญาใหม่ว่า “ผู้มีความบกพร่องทางสติปัญญา”⁸ สำหรับภาษาอังกฤษมีคำเรียกผู้มีความบกพร่องทางสติปัญญา เช่น Idiocy, Feeble-Mindedness, Mental Subnormality, Mental Handicap, Learning Difficulties, Learning Disabilities, Mental Retardation ปัจจุบันนิยมใช้คำว่า “Intellectual Disability”⁹

ภาวะบกพร่องทางสติปัญญาหรือภาวะปัญญาอ่อน หมายถึง ภาวะที่มีระดับเชาวน์ปัญญาต่ำกว่าเกณฑ์เฉลี่ย เป็นภาวะที่มีพัฒนาการบกพร่องซึ่งทำให้มีข้อจำกัดด้านสติปัญญา การเรียนรู้ และการปรับตัวในการดำรงชีวิตประจำวัน โดยอาการจะแสดงก่อนอายุ 18 ปี สามารถจำแนกภาวะบกพร่องทางสติปัญญาตามระดับความรุนแรงและเชาวน์ปัญญา ได้เป็น 4 ระดับ ได้แก่ เล็กน้อย (mild) ปานกลาง (moderate) รุนแรง (severe) และรุนแรงมาก (profound) เพื่อชี้ให้เห็นถึงระดับความต้องการความช่วยเหลือของบุคคลที่มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญา การแบ่งระดับความรุนแรง เช่นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อออกแบบและจัดหาบริการสนับสนุนสำหรับแต่ละบุคคลโดยแยกกลุ่มที่ระดับเชาวน์ปัญญาสูงกว่า 50 ซึ่งถือว่าเป็นกลุ่มที่เรียนได้ (educable) ให้ได้รับประโยชน์จากการจัดระบบการศึกษา ส่วนกลุ่มที่ระดับเชาวน์ปัญญาต่ำกว่า 50 จะได้รับการฝึกทักษะที่จำเป็นต้องใช้ในการดำรงชีวิตเป็นพิเศษ (trainable)¹⁰

2.2.2 สาเหตุของความพิการทางสติปัญญา

สาเหตุของความพิการทางสติปัญญานั้น มีสาเหตุหลักอยู่ด้วยกัน 5 ประการ ได้แก่

สาเหตุประการแรก คือ ปัจจัยทางพันธุกรรม โดยพบว่าอาจเป็นความผิดปกติของยีนหรือโครโมโซม กลุ่มที่พบบ่อยที่สุดคือกลุ่มอาการดาวน์ซินโดรม (Down Syndrome)

สาเหตุประการที่สอง คือ ความผิดปกติในระหว่างการพัฒนาของทารกในครรภ์ อาจเกิดจากการเปลี่ยนแปลงของโครโมโซม การติดเชื้อหัดเยอรมัน เอดส์ ซิฟิลิส หรือเชื้ออื่น ๆ ของมารดา

⁸ นพวรรณ ศรีวงพาณิชย์, "ภาวะบกพร่องทางสติปัญญา/ภาวะปัญญาอ่อน (Intellectual Disabilities/Mental Retardation)" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 24 ตุลาคม 2560. แหล่งที่มา: http://rajanukul.go.th/new/_admin/download/groupreview0000008.pdf

⁹ Richard Jenkins, Questions of Competence: Culture, Classification and Intellectual Disability (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), pp. 8-9.

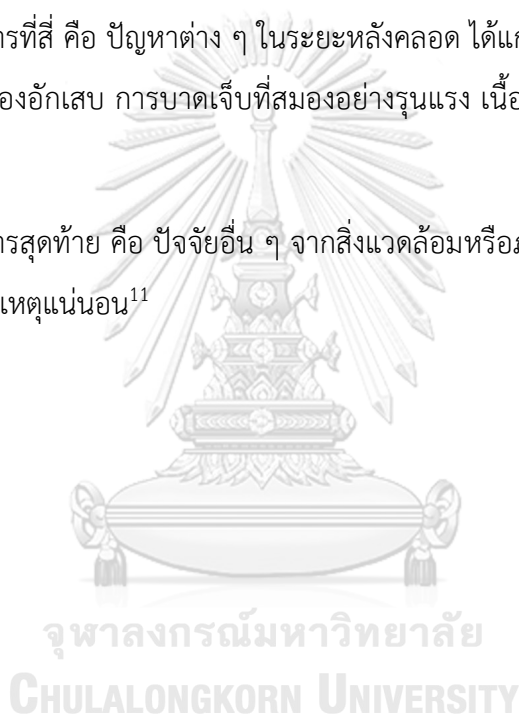
¹⁰ นพวรรณ ศรีวงพาณิชย์, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 8*.

ในขณะที่ตั้งครรภ์ หรือมารดาได้รับสารที่ก่อให้เกิดความพิการต่อทารกในครรภ์ เช่น เหล้า บุหรี่ รั้งสี ยา หรือมีความผิดปกติของรก เช่น มารดามีภาวะครรภ์เป็นพิษ หรือทารกมีความผิดปกติของระบบประสาทส่วนกลางแต่กำเนิด

สาเหตุประการที่สาม คือ ปัญหาต่าง ๆ ในระยะตั้งครรภ์และระยะคลอดบุตร ได้แก่ การขาดสารอาหารของทารกในครรภ์ การคลอดก่อนกำหนด การบาดเจ็บที่ทำให้สมองขาดออกซิเจน ขาดเลือด มีเลือดออกภายในกะโหลกศีรษะ ภาวะพร่องไทรอยด์ฮอร์โมน การติดเชื้อในระหว่างการคลอด เช่น เชื้อเริม (Herpes simplex)

สาเหตุประการที่สี่ คือ ปัญหาต่าง ๆ ในระยะหลังคลอด ได้แก่ การติดเชื้อที่สมอง เช่น สมองอักเสบหรือเยื่อหุ้มสมองอักเสบ การบาดเจ็บที่สมองอย่างรุนแรง เนื้องอกของสมอง แพ้สารพิษ เช่น สารตะกั่ว

สาเหตุประการสุดท้าย คือ ปัจจัยอื่น ๆ จากสิ่งแวดล้อมหรือภาวะอื่น เนื่องจากได้รับอิทธิพลบางอย่างที่ไม่ทราบสาเหตุแน่นอน¹¹



¹¹ เรื่องเดียวกัน.

ตารางที่ 1 สาเหตุของภาวะบกพร่องทางสติปัญญา แยกเป็นร้อยละที่ตรวจพบได้		
ก่อนคลอด (Prenatal causes)		
ความผิดปกติทางพันธุกรรม		
-โครโมโซมผิดปกติทั้งโครโมโซมหรือบางส่วน	กลุ่มอาการดาวน์ (Down syndrome), tuberous sclerosis, phenylketonuria และ ความผิดปกติทางเมตาบอลิซึมอื่นๆ	4 – 28
การผ่าเหล่าของยีน		
ความผิดปกติจากการขาดหายไปของยีนบนโครโมโซม (microdeletions หรือ subtelomeric deletions)	กลุ่มอาการโครโมโซมเอกซ์เปราะ (fragile x syndrome), Prader-Willi syndrome, Williams syndrome, Angelman syndrome, 1pter deletion	
ความผิดปกติแต่กำเนิด		
-ความผิดปกติของระบบประสาทส่วนกลาง	หลอดประสาทไม่ปิด	7 – 17
กลุ่มอาการที่มีความผิดปกติหลายระบบ (multiple malformation syndromes) อื่นๆ	(neural tube defects), Cornelia de Lange's syndrome	
-การติดเชื้อในครรภ์ ได้รับสารพิษ ครรภ์เป็นพิษ หรือรกผิดปกติ	การติดเชื้อหัดเยอรมัน (Congenital rubella) การติดเชื้อเอชไอวี (HIV : human immunodeficiency virus) fetal alcohol syndrome การเกิดก่อนกำหนด ได้รับรังสีหรือกัมมันตรังสีระยะเกิด	5 – 13
ปริกำเนิด (Perinatal causes)		
การติดเชื้อปัญหาระหว่างการคลอดและอื่นๆ	เยื่อหุ้มสมองอักเสบ ภาวะขาดออกซิเจน บิลิรูบินในเลือดสูง	2 – 10
หลังคลอด (Postnatal causes)		
การติดเชื้อ ได้รับสารพิษ ปัญหาทางจิตสังคมและอื่นๆ	สมองอักเสบ พิษจากตะกั่ว ภัยอันตรายหลังเกิด เนื้องอกในสมอง เศรษฐฐานะยากจน การเจ็บป่วยทางจิตเวช	3 – 12
ไม่ทราบสาเหตุ (Unknown causes)		30–50

ตารางที่ 1 แสดงสาเหตุของภาวะบกพร่องทางสติปัญญา แยกเป็นร้อยละที่ตรวจพบได้¹²

2.2.3 พัฒนาการและความสามารถของคนพิการทางสติปัญญา

คนพิการทางสติปัญญาจะมีพัฒนาการที่ล่าช้าเมื่อเปรียบเทียบกับพัฒนาการของคนปกติทั่วไป ซึ่งเป็นอาการที่สำคัญของภาวะบกพร่องทางสติปัญญาและถ้าอาการมีความรุนแรงมากเท่าใดความล่าช้าของพัฒนาการก็ยิ่งปรากฏให้เห็นชัดเร็วขึ้นเท่านั้น ความรุนแรงของภาวะบกพร่องทางสติปัญญาแบ่งออกเป็น 4 ระดับ ดังนี้¹³

¹² สถาบันราชานุกูล กรมสุขภาพจิต, "ข้อมูลวิชาการ:กลุ่มโรคสำคัญ บกพร่องทางสติปัญญา" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 1 ธันวาคม 2561. แหล่งที่มา: <https://th.rajanukul.go.th/ข้อมูลวิชาการ:กลุ่มโรคสำคัญ/ภาวะบกพร่องทางสติปัญญา>

¹³ นพวรรณ ศรีวงพาณิชย์, อ่างแล้ว เชียงธรรมที่ 8.

1. ภาวะบกพร่องทางสติปัญญาในระดับรุนแรงมาก

ความพิการทางสติปัญญาในระดับรุนแรงมากจะมีพัฒนาการล่าช้าที่ชัดเจนตั้งแต่วัยเด็กเล็ก ทั้งในด้านประสาทสัมผัสและการเคลื่อนไหว อาจจะมีฝักการช่วยเหลือตนเองได้บ้างแต่ต้องอาศัยการฝึกอย่างมาก ส่วนใหญ่พบว่าต้องการการดูแลตลอดเวลา ตลอดชีวิต แม้จะเป็นผู้ใหญ่แล้วก็ตาม¹⁴

2. ภาวะบกพร่องทางสติปัญญาในระดับรุนแรง

ความพิการทางสติปัญญาในระดับรุนแรงมักพบความผิดปกติของพัฒนาการตั้งแต่อายุ 1 ปี มีพัฒนาการล่าช้าทุกด้าน โดยเฉพาะพัฒนาการด้านภาษา มีความสามารถด้านการสื่อสารความหมายเพียงเล็กน้อยจนถึงไม่สามารถสื่อสารได้เลย บางรายเริ่มพูดได้เมื่อเข้าสู่วัยเรียน มีปัญหาในการเคลื่อนไหว ในบางรายพบความบกพร่องมากกว่าหนึ่งด้าน มีทักษะการป้องกันตนเองน้อย มีข้อจำกัดในการดูแลตนเอง แต่ยังคงสามารถทำงานง่าย ๆ ได้ ส่วนใหญ่ต้องการการดูแลอย่างใกล้ชิดหรือต้องให้ความช่วยเหลือในทุก ๆ ด้านเป็นอย่างมากหรืออาจต้องการการดูแลไปตลอดชีวิต¹⁵

3. ภาวะบกพร่องทางสติปัญญาในระดับปานกลาง

ความพิการทางสติปัญญาในระดับปานกลางมักได้รับการวินิจฉัยตั้งแต่วัยก่อนเรียน เมื่ออายุประมาณ 2-3 ปี โดยพบว่าอาจมีความแตกต่างของระดับความสามารถในด้านต่าง ๆ เช่น กลุ่มอาการดาวน์ซินโดรมจะมีความล่าช้าในด้านการใช้ภาษา กลุ่มอาการวิลเลียม (Williams Syndrome) มีความบกพร่องในทักษะการเรียนรู้ที่เกี่ยวข้องกับมิติสัมพันธ์ (Visuo-Spatial Processing Skills) และบางรายมีความสามารถทางภาษาเด่น ในบางรายสามารถเรียนได้ถึงชั้นประถมศึกษาปีที่ 2-3 ในวัยเรียนมักต้องการการจัดการศึกษาพิเศษ สามารถเรียนรู้การเดินทางตามลำพังได้ในสถานที่ที่คุ้นเคย ใช้ชีวิตในชุมชนได้ดีทั้งการดำรงชีวิตและการทำงาน แต่ต้องการความช่วยเหลือปานกลางถึงตลอดชีวิต และประมาณร้อยละ 20 สามารถดำรงชีวิตอยู่ได้ด้วยตนเอง¹⁶

¹⁴ เรื่องเดียวกัน.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน.

4. ภาวะบกพร่องทางสติปัญญาในระดับเล็กน้อย

ความพิการทางสติปัญญาในระดับเล็กน้อยมักได้รับการวินิจฉัยเมื่อเข้าสู่วัยเรียนแล้ว เนื่องจากในวัยก่อนเรียนพัฒนาการทางสังคมและการสื่อความหมายอยู่ในเกณฑ์ดีเพียงพอแล้ว ส่วนใหญ่เรียนได้ถึงชั้นประถมศึกษาปีที่ 6 หรือสูงกว่า และเมื่อเป็นผู้ใหญ่สามารถทำงาน แต่งงาน ดูแลครอบครัวได้ แต่อาจต้องการความช่วยเหลือบ้างเป็นครั้งคราวเมื่อมีปัญหาชีวิตหรือหน้าที่การงาน ส่วนใหญ่จะพบกับปัญหาทางสังคมและเศรษฐกิจ สถานะยากจนหรือด้อยโอกาส ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของปัจจัยด้านสิ่งแวดล้อมและวัฒนธรรมที่มีผลต่อภาวะบกพร่องทางสติปัญญา¹⁷

ระดับความรุนแรง	ระดับ IQ	ระดับความช่วยเหลือที่ต้องการ	ร้อยละที่พบ
บกพร่องทางสติปัญญาเล็กน้อย (Mild mental retardation)	50-70	ต้องการความช่วยเหลือเป็นครั้งคราว (intermittent)	85
บกพร่องทางสติปัญญาปานกลาง (Moderate mental retardation)	35-49	ต้องการความช่วยเหลือปานกลาง (limited)	10
บกพร่องทางสติปัญญารุนแรง (Severe mental retardation)	20-34	ต้องการความช่วยเหลือมาก (extensive)	3-4
บกพร่องทางสติปัญญารุนแรงมาก (Profound mental retardation)	< 20	ต้องการความช่วยเหลือตลอดเวลา (pervasive)	1-2

ตารางที่ 2 แสดงการแบ่งภาวะบกพร่องทางสติปัญญาตามระดับความรุนแรง ระดับความช่วยเหลือที่ต้องการและร้อยละที่พบ¹⁸

2.2.4 การฟื้นฟูสมรรถภาพในคนพิการทางสติปัญญา

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะพิจารณาถึงการฟื้นฟูสมรรถภาพในคนพิการทางสติปัญญาเพื่อชี้ให้เห็นว่าคนพิการทางสติปัญญาสามารถได้รับการฟื้นฟูทักษะในด้านต่าง ๆ ได้ และเป็นการยืนยันว่าการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาไม่ใช่การแก้ไขปัญหอย่างแท้จริง ในทางกลับกันการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญายังถือเป็นการปิดกั้นโอกาสในการพัฒนาสมรรถภาพของบุคคลเหล่านี้ ปิดกั้นการเรียนรู้เรื่องสุขภาพทางเพศและอนามัยเจริญพันธุ์ ซึ่งเป็นเรื่องที่สามารถให้ความรู้ ฝึกสอนให้รู้จักวิธีการดูแลตนเองที่ถูกต้องเหมาะสมได้ เพราะคนพิการทางสติปัญญาเป็นเพียงแค่บุคคลที่มีภาวะ

¹⁷ เรื่องเดียวกัน.

¹⁸ สถาบันราชานุกูล กรมสุขภาพจิต, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 12.

ระดับสติปัญญาต่ำกว่าปกติ ไม่ได้หมายความว่าไม่สามารถเรียนรู้หรือฝึกฝนได้เลย ทั้งนี้การฟื้นฟูสมรรถภาพในคนพิการทางสติปัญญา ได้แก่ การฟื้นฟูสมรรถภาพทางการแพทย์ และการฟื้นฟูสมรรถภาพทางการศึกษา ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

การฟื้นฟูสมรรถภาพทางการแพทย์¹⁹ คือ การรักษาโรคที่เกิดร่วมกับภาวะบกพร่องทางสติปัญญา การแก้ไขความพิการและการฟื้นฟูสภาพทางร่างกาย เช่น การส่งเสริมพัฒนาการกายภาพบำบัด กิจกรรมบำบัด อรรถบำบัด การฝึกกล้ามเนื้อเพื่อช่วยในการพูด ฝึกการสื่อสาร เป็นต้น มีข้อสังเกตว่าการทำหมันไม่ใช่การรักษาโรคที่เกิดร่วมกับภาวะบกพร่องทางสติปัญญา หรือเป็นการแก้ไขความพิการทางสติปัญญาแต่อย่างใด ซึ่งคนพิการทางสติปัญญาไม่จำเป็นที่จะต้องถูกทำหมันเพื่อคุมกำเนิด

ในส่วนของการส่งเสริมพัฒนาการ (Early Intervention) หมายถึง การจัดโปรแกรมการฝึกทักษะที่จำเป็นในการเรียนรู้เพื่อนำไปสู่พัฒนาการที่ปกติตามวัย จากงานวิจัยทางการแพทย์พบว่า เด็กที่ได้รับการฝึกทักษะที่จำเป็นในการพัฒนาตั้งแต่วัยเด็กจะสามารถเรียนรู้ได้ดีกว่าการฝึกเมื่อเด็กโตแล้ว และทันทีที่วินิจฉัยว่าเด็กมีภาวะบกพร่องทางสติปัญญา เช่น เด็กกลุ่มอาการดาวน์ซินโดรม หรือเด็กที่มีอัตราเสี่ยงสูงว่าจะมีภาวะบกพร่องทางสติปัญญา เช่น เด็กคลอดก่อนกำหนด มารดาตกเลือดขณะตั้งครรภ์ เป็นต้น สามารถจัดรูปแบบการส่งเสริมพัฒนาการให้เด็กกลุ่มนี้ได้ทันทีโดยไม่ต้องนำเด็กมาไว้ที่โรงพยาบาล เช่น การจัดสภาพแวดล้อมให้เอื้ออำนวยต่อการเรียนรู้ของเด็ก บิดา มารดา และผู้ที่เกี่ยวข้องมีบทบาทสำคัญในการฝึกและกระตุ้นพัฒนาการของคนพิการทางสติปัญญา ดังนั้นผลสำเร็จของการส่งเสริมพัฒนาการจึงขึ้นอยู่กับความร่วมมือและความตั้งใจจริงของบุคคลในครอบครัวของเด็ก และอาจรวมไปถึงผู้ฝึกที่เป็นนักวิชาชีพ (Professional staff) ที่เข้ามามีส่วนร่วมในการช่วยกระตุ้นพัฒนาการด้วย²⁰

ส่วนของการฟื้นฟูสมรรถภาพทางการศึกษาให้แก่คนพิการทางสติปัญญานั้น ปัจจุบันมีรูปแบบการศึกษาที่สนับสนุนให้คนพิการทางสติปัญญาได้เรียนร่วมกับเด็กปกติทั่วไป (Integration and Inclusion Education)²¹ การจัดการศึกษาพิเศษเฉพาะคนพิการทางสติปัญญา (Special Education) จะจัดให้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น ดังนั้น เมื่อมีการสนับสนุนทางภาคการศึกษาให้คนพิการ

¹⁹ นพวรรณ ศรีวงพาณิชย์, อ่างแล้ว เชียงอรุณที่ 8.

²⁰ เรื่องเดียวกัน.

²¹ เรื่องเดียวกัน.

ทางสติปัญญาสามารถเรียนร่วมกับคนปกติทั่วไปได้ แสดงให้เห็นว่าคนพิการทางสติปัญญาสามารถได้รับการศึกษาในเรื่องการดูแลตนเองทางเพศ การดูแลสุขอนามัยเจริญพันธุ์ของตนเองเช่นเดียวกับคนปกติทั่วไป ซึ่งจะส่งผลให้คนพิการทางสติปัญญาสามารถเข้าใจและดูแลตนเองได้ดีขึ้น ซึ่งหากมีพัฒนาการและระดับความพิการทางสติปัญญาที่ไม่รุนแรงก็อาจส่งผลให้คนพิการทางสติปัญญาเหล่านี้สามารถใช้ชีวิตได้เหมือนคนปกติทั่วไป

จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้นจึงสรุปได้ว่า คนพิการทางสติปัญญาสามารถพัฒนาทักษะของตนเองได้ด้วยการได้รับการกระตุ้นพัฒนาการเพื่อช่วยส่งเสริมให้สามารถใช้ชีวิตประจำวันในสังคมได้อย่างปกติ ทั้งนี้ทางการแพทย์มีแนวทางในการช่วยเหลือ ในการกระตุ้นพัฒนาการของคนพิการทางสติปัญญาให้มีสมรรถภาพเป็นไปตามวัย โดยอาศัยความร่วมมือจากคนใกล้ชิด บิดา มารดา ผู้ดูแล หรือสถาบันการศึกษาร่วมมือกัน อย่างไรก็ตามการทำหมันไม่ใช่การส่งเสริมให้คนพิการทางสติปัญญา มีพัฒนาการที่ดีขึ้น หรือไม่ใช่การรักษาโรคหรืออาการผิดปกติทางสติปัญญาดังนั้นในมุมมองของกฎหมายก็ควรเป็นส่วนหนึ่งในการช่วยปกป้องคุ้มครองสิทธิของคนพิการทางสติปัญญาเช่นกัน โดยกำหนดรูปแบบ กฎเกณฑ์การทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาให้ชัดเจน คำนี้ถึงเหตุผลและประโยชน์สูงสุดของคนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคลเป็นกรณี ๆ ไป

2.3 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนพิการทางสติปัญญา

จากปัญหาการทำหมันคนพิการทางสติปัญญา จะเห็นได้ว่าคนพิการทางสติปัญญาอาจไม่ได้รับ ความคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพอย่างเหมาะสม เนื่องจากกระบวนการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมันนั้นมีลักษณะที่ไม่ชัดเจน ส่งผลให้การทำหมันคนพิการทางสติปัญญาในประเทศไทยเป็นไปได้โดยง่าย บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องใกล้ชิด อาจให้ความยินยอมในการทำหมันแทนได้ ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนพิการทางสติปัญญา เพื่อทำความเข้าใจถึงสิทธิและเสรีภาพที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลทุกคน ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงทำการศึกษาถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับคนพิการทางสติปัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิคนพิการที่ประเทศไทยได้ลงนามเป็นภาคีสมาชิกไว้ดังนี้

2.3.1 สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดแห่งราชอาณาจักรไทย กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ และได้วางหลักการในการรับรองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงจะทำการศึกษาเพื่อให้เกิดความเข้าใจความหมายและแนวคิดของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพื่อประกอบการพิจารณาการใช้สิทธิเสรีภาพและการมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนพิการทางสติปัญญาต่อปัญหาการทำหมันที่เกิดขึ้น

คำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ไม่ได้มีคำนิยามเอาไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ภายใต้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพให้แก่บุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ทั้งนี้มีนักวิชาการและคำพิพากษาของศาลให้ความหมายของสิทธิ และเสรีภาพไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ให้ความหมายของสิทธิไว้ว่า หมายถึง “อำนาจที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคล ในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือให้ละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง”²²

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ให้ความหมายของสิทธิไว้ว่า “หากมองจากอำนาจของผู้ทรงสิทธิ สิทธิ คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนง และหากมองจากวัตถุประสงค์ของสิทธิ สิทธิ คือ ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองให้”²³

ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต และคณะ ให้ความหมายของสิทธิไว้ว่า หมายถึง “อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินและบุคคลอื่น หรือเรียกร้องให้บุคคลอื่นหรือหลายคนกระทำการหรืองดเว้นกระทำการบางอย่างเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน”²⁴

²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, สิงหาคม 2538), หน้า 21.

²³ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: ประกายพริก, 2538), หน้า 205-206.

²⁴ อุดม รัฐอมฤต และคณะ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544), หน้า 86.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487 “สิทธิ ได้แก่ ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ ก็ต้องแล้วแต่ว่าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพประโยชน์นั้นก็เป็นสิทธิ กล่าวคือ ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย”

ในส่วนขอเสรีภาพนั้น ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต และคณะ ให้ความหมายขอเสรีภาพไว้ว่า หมายถึง “ภาวะที่บุคคลมีอิสระ ในการที่จะทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตนเอง”²⁵

จากคำนิยามสิทธิและเสรีภาพข้างต้นเห็นได้ว่า สิทธิเป็นสิ่งที่รัฐได้ให้การรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในลักษณะกำหนดหน้าที่ให้บุคคลหนึ่งเคารพ ไม่ให้กระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น และบุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะมีอิสระในการกระทำตามความประสงค์ของตนเอง ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 4 ได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครอง สิทธิ เสรีภาพ ให้แก่ปวงชนชาวไทยเอาไว้ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน” จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้ให้หลักประกันว่าประชาชนชาวไทยทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพของตนเอง ดังนั้นคนพิการทางสติปัญญา ก็ย่อมได้รับการคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่ว ๆ ไป รวมถึงกรณีการใช้สิทธิเสรีภาพของบิดามารดาหรือผู้ปกครองย่อมจะต้องกระทำภายใต้สิทธิที่มีอยู่ และไม่เป็นการละเมิดสิทธิของบุตรหรือผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครองของตน

ในบางกรณีจะมีการเรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้แก่บุคคลรวม ๆ กันว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน หรือ สิทธิมูลฐาน (Basic Rights)²⁶ และแม้ว่าสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของแต่ละรัฐจะมีความแตกต่างกันออกไปตามสถานการณ์ทางสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี แต่ในทุกรัฐไม่ว่ายุคสมัยใดก็ตามถือว่า สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย และสิทธิในทรัพย์สินนั้นเป็น “แก่น” (Core) ของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน²⁷ การรับรองสิทธิและเสรีภาพ ในชีวิต ร่างกาย ของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีความหมายว่า ตนเองเท่านั้นที่มีสิทธิเป็นเจ้าของชีวิตและร่างกายของตนเอง บุคคลอื่นใดไม่มีสิทธิมาพรากชีวิตไปจากตน หรือกระทำทารุณกรรมต่อร่างกายของตนได้ ขณะเดียวกันก็มีเสรีภาพในการดำเนินชีวิตและใช้

²⁵ เรื่องเดียวกัน, น.22.

²⁶ ตัวอย่างเช่น ประเทศเยอรมนี บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี คริสต์ศักราช 1949 ในหมวด 1 มาตรา 1 ถึง มาตรา 19

²⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 22*, น.16.

ร่างกายของตนไปตามที่ตนเองปรารถนาได้โดยอิสระไม่ต้องให้ใครมาบีบบังคับหรือบงการ²⁸ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพ ในชีวิตและร่างกาย ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 28²⁹

นอกจากนี้ การทำหมั้นถือว่าเป็นการรับบริการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิด้านอนามัยเจริญพันธุ์อย่างหนึ่ง อันครอบคลุมสิทธิขั้นพื้นฐาน ได้แก่ สิทธิขั้นพื้นฐานของคู่สมรส และของบุคคลที่จะตัดสินใจโดยอิสระและมีความรับผิดชอบเกี่ยวกับจำนวนบุตร สิทธิที่จะได้รับมาตรฐานสูงสุดด้านอนามัยเจริญพันธุ์ และสุขภาพทางเพศ และสิทธิตัดสินใจเกี่ยวกับการให้กำเนิด โดยปราศจากการกีดกัน ชูบงคับ หรือใช้กำลัง แต่ในการใช้สิทธินี้ต้องรับผิดชอบต่อชุมชนและอนาคตของลูกหลาน สิทธิในการตัดสินใจมีบุตร การเว้นระยะห่างและจำนวนบุตร ตลอดจนมีสิทธิได้รับข้อมูลในเรื่องดังกล่าวอย่างถูกต้องครบถ้วน และมีคุณภาพ³⁰

ปัจจุบันสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้จำกัดเพียงแค่การเป็นภรรยาที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้อยู่ได้ปกครองกับผู้ใช้อำนาจปกครองในรูปแบบของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วย เนื่องจากสภาพสังคมปัจจุบันมีความซับซ้อนมากขึ้น เอกชนไม่สามารถมีและใช้สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญได้หากปราศจากการคุ้มครองจากรัฐ หรือปราศจากการส่งเสริมหรือการให้ความช่วยเหลือโดยรัฐ นอกจากนี้ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นไม่ได้ถูกล่วงละเมิดแต่เพียงจากการกระทำหรือการใช้อำนาจของรัฐเท่านั้น อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของเอกชนด้วยตนเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสัมพันธ์ของเอกชนในลักษณะที่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁸ คณิน บุญสุวรรณ, คู่มือการใช้สิทธิของประชาชน (กรุงเทพฯ: สุขภาพใจ, 2547), หน้า 30.

²⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

มาตรา 28 “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้”

³⁰ ฉัตรสุมน พงศ์ภิญา, กฎหมายสุขภาพและการรักษาพยาบาล, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 43-44.

ไม่เท่าเทียมกันของสถานะทางสังคม เช่น การเป็นนายจ้างปกครองดูแลลูกจ้าง หรือการเป็นบิดามารดาในการใช้อำนาจปกครองดูแลบุตร³¹

การใช้สิทธิและเสรีภาพในบางกรณีมีความเกี่ยวพันกับการกำหนดอายุของผู้ใช้สิทธิ เช่น การใช้สิทธิเลือกตั้งจะต้องเป็นบุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ หรือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 19 บัญญัติให้บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ หรือตามมาตรา 25 บัญญัติให้ผู้เยาว์อาจทำนิติกรรมได้เมื่อมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์ ภายใต้เงื่อนไขอายุการเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพนั้น อาจต้องพิจารณาถึงความสามารถในการตัดสินใจของบุคคลนั้น ๆ หรือกฎหมายกำหนดความสามารถเป็นเรื่อง ๆ เอาไว้ให้บุคคลอายุเท่าใดควรที่จะมีเสรีภาพในการวินิจฉัยตัดสินใจ แต่อย่างไรก็ตามสิทธิและเสรีภาพที่เป็นสิทธิมนุษยชนหรือเป็นสิทธิของทุก ๆ คน ไม่มีเงื่อนไขเรื่องอายุต่อความสามารถในการเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพ³² ในส่วนของการกำหนดความสามารถในการใช้สิทธิในการให้ความยินยอมสำหรับการทำหมั้นนั้นประเทศไทยไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า จะต้องเป็นกรณีอายุเท่าใดจึงจะมีความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นได้ เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีกฎหมายกำหนดอายุผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ กฎหมายกำหนดให้ผู้เยาว์จะดำเนินการใดต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมเสียก่อน แต่หลักการนี้ไม่สามารถนำมาใช้กับการให้ความยินยอมในการทำหมั้นได้ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาเหตุผลทางการแพทย์พบว่าการทำหมั้นในผู้เยาว์จะส่งผลเสียต่อสุขภาพของบุคคลนั้น ซึ่งส่งผลให้การทำหมั้นไม่ควรจะเกิดขึ้นในช่วงอายุของบุคคลที่ยังอยู่ในวัยเจริญพันธุ์

สำหรับสิทธิและเสรีภาพในการทำนิติกรรมตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การบรรลุนิติภาวะของผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพนั้น ย่อมต้องสอดคล้องกับความสามารถของบุคคลในทางกฎหมายแพ่งด้วย ส่วนเรื่องความสามารถในการเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพในเรื่องอื่น ๆ ย่อมผูกพันอยู่กับกฎหมายเฉพาะเรื่องในเรื่องนั้น ๆ³³ ดังนั้น ความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลรวมถึงการทำหมั้น จะต้องไปพิจารณากฎหมายเฉพาะในส่วนอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ความสามารถในการทำนิติกรรมตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งผู้เขียนพบว่ามีพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลรวมถึงการทำหมั้น คือ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 และพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 ซึ่งจะได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ต่อไป

³¹ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สำนักพิมพ์ วิทยุชน, 2561), หน้า 30-32.

³² Albert Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte (Heymanns, Carl, 4. Aufl. 1997), p. 37.

³³ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2558), หน้า 67-68.

กรณีของการเป็นผู้ทรงสิทธิเสรีภาพในร่างกายของคนพิการทางสติปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการให้ความยินยอมทำหมั้นนั้น มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาและใช้ความระมัดระวังในการพิจารณาความสามารถในการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าว เนื่องจากคนพิการทางสติปัญญาเป็นผู้ที่อาจมีความบกพร่องในกระบวนการคิดและตัดสินใจซึ่งอาจส่งผลให้การให้ความยินยอมทำหมั้นเกิดความผิดพลาดได้ ในทางกลับกันการจำกัดการใช้สิทธิในการตัดสินใจให้ความยินยอมทำหมั้นโดยกำหนดให้บุคคลอื่นให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทนจะต้องใช้ความระมัดระวังในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเช่นกัน

การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลรวมไปถึงการให้ความยินยอมในการทำหมั้นมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการสละสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าการสละสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นอาจกระทำได้โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา แต่อย่างไรก็ตามการสละสิทธิและเสรีภาพนั้นมีขอบเขตอยู่ที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ ไม่สามารถที่จะสละสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้หากเป็นการกระทำที่ขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์³⁴

อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิเสรีภาพจะต้องมีความสอดคล้องกับสิทธิมนุษยชน ซึ่งการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนั้น เริ่มต้นตั้งแต่สมัยโบราณโดยบรรดานักปราชญ์สมัยกรีกและสมัยโรมัน เริ่มจากการกล่าวถึงสิทธิของบุคคลและการจำกัดอำนาจของกษัตริย์หรือผู้ปกครองที่มีอำนาจมากเกินไป และมีความพยายามที่จะกำหนดสิทธิต่าง ๆ ที่บุคคลควรได้รับความคุ้มครองจากรัฐในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์³⁵ โดยถือว่าสิทธิมนุษยชนเป็น “สิทธิธรรมชาติ” (Natural Rights) สืบเนื่องมาจาก “กฎหมายธรรมชาติ” (Natural Law) ต่อมา จึงเกิดคำว่า “สิทธิมนุษยชน” ขึ้นในศตวรรษที่ 20³⁶

แนวความคิดในทางปรัชญาเกี่ยวกับสิทธิของมนุษย์และการรับรองสิทธิของมนุษย์ได้พัฒนามาเป็นประกาศบัญญัติสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติ ประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.1948 ในรูปแบบจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ส่งผลให้สิทธิมนุษยชนทวีความสำคัญเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน และถือเป็นหน้าที่ของประเทศต่าง ๆ ในการให้ความร่วมมือกันเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ผลของการร่วมมือกันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเช่นนี้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายที่น่าสนใจหลายประการ เช่น แต่เดิมถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศใช้สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเท่านั้นโดยไม่ยอมรับสิทธิของเอกชน แต่ปัจจุบันกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับสถานะของเอกชนโดยการยอมให้เอกชนที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนสามารถยื่นคำ

³⁴ เรื่องเดียวกัน, น.68-69.

³⁵ กุลพล พลวัน, พัฒนาการสิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2538), หน้า 25.

³⁶ Evan Luard, The International Protection of Human Rights (New York : Praeger1967), p. 7.

ร้องเรียนต่อองค์การระหว่างประเทศได้ผลที่ตามมาคือทำให้สิทธิของเอกชน (Individual Rights) กลายเป็นสิทธิระหว่างประเทศ (International rights) ส่งผลให้รัฐไม่สามารถกระทำการใดที่ลิดรอนสิทธิของเอกชนได้ เพราะอาจถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิของรัฐอื่น ๆ และทำให้รัฐเหล่านั้นมีสิทธิดำเนินมาตรการที่เหมาะสม เพื่อยุติการกระทำนั้น ๆ ได้³⁷ ในส่วนของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคนพิการทางสติปัญญา ได้มีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities) ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาดังกล่าวด้วย อันเป็นการรับรองว่าประเทศไทยจะปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าวในการปกป้องคุ้มครองสิทธิของคนพิการ ซึ่งผู้เขียนจะทำการศึกษาและอธิบายในหัวข้อต่อไป

นอกจากนี้ ในประเด็นของการพิจารณาเรื่องสิทธิมนุษยชนของคนพิการทางสติปัญญาต่อปัญหาการทำหมัน จะเห็นได้ว่าการทำหมันโดยทั่วไปไม่ใช่การกระทำที่จะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน แต่หากเกิดขึ้นกับคนพิการทางสติปัญญาที่ต้องถูกทำหมันเพราะเหตุของความเป็นคนพิการทางสติปัญญา โดยการให้ความยินยอมในการทำหมันเกิดจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิด อาจถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคนพิการทางสติปัญญาได้ และแม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะมีการตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน เพื่อทำหน้าที่ในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน เสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมถึงแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือคำสั่งใด ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน สร้างเสริมให้ทุกภาคส่วนของสังคมให้ตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิมนุษยชน โดยคำนึงถึงความผาสุกของประชาชนชาวไทยและผลประโยชน์ส่วนรวมของชาติเป็นสำคัญ³⁸ แต่ปัจจุบันก็ยังไม่มีการวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพื่อแก้ไขปัญหาการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญา ที่เป็นปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในประเทศไทย

ประเทศหรือรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal and Democratic State) ล้วนยึดมั่นอยู่ในลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ซึ่งลัทธิปัจเจกชนนิยมนี้มีความเชื่อว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรี³⁹ ทั้งนี้ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) มีลักษณะที่เป็นนามธรรมจะปรากฏออกมาให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมในรูปของความสามารถของมนุษย์ในอันที่จะกำหนดชะตากรรมของตนได้ด้วย

³⁷ กุลพล พลวัน, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 35*, น.21.

³⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 247

³⁹ Pierre Wigny, *Droit Constitutionnel : Principe Et Droit Positif* (Bruxelles: Bruylant, 1952), pp. 257-258.

ตนเอง (Self-Determination) ภายใต้เสรีภาพของตนเอง (Sphere of Individual Liberty) ส่งผลให้บุคคลจะกระทำการใด ๆ ก็ได้อย่างอิสระและปราศจากการแทรกแซงของบุคคลอื่น⁴⁰

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นมูลฐานหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชนมีนัยสำคัญ 2 ประการ ประการแรก คือ “ธรรมชาติมนุษย์” หรือลักษณะที่แท้จริงของมนุษย์ที่เกี่ยวกับความต้องการของมนุษย์ ภายใต้อิทธิพลของสังคมและวัฒนธรรม ประการที่สอง คือ “ศีลธรรม” อันได้แก่ หลักที่ว่าด้วยความผิดชอบชั่วดีที่สังคมกำหนดให้สมาชิกยึดถือ ในการวินิจฉัยว่าพฤติกรรมใดเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ต้องพิจารณา 3 ประเด็น คือ ประเด็นแรก สิ่งนั้น ๆ มนุษย์ควรปฏิบัติต่อกันหรือไม่ ประเด็นที่สอง ความรู้สึกทางด้านจิตใจของสังคมในขณะนั้นสนับสนุนหรือโต้แย้งอย่างไร และ ประเด็นที่สามแนวทางที่สังคมอื่นที่มีประสบการณ์มาก่อนเป็นข้อพิจารณาประกอบ และที่สำคัญอย่างยิ่งก็คือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ใช่สภาพที่ตายตัว แต่มีลักษณะพลวัตร ดังนั้นในการวินิจฉัยแต่ละครั้งแต่ละเรื่องจึงต้องมีคำอธิบายที่ชัดเจนต่อสังคม⁴¹

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) หมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะที่ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่ต้องคำนึงถึงเพศ สัญชาติ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่น ๆ ของบุคคล คุณค่าของความเป็นมนุษย์ดังกล่าวมีอยู่เพื่อให้มนุษย์มีความอิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคลภายใต้ความรับผิดชอบของตนเองโดยอิสระ และถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่มีความสูงส่งที่สุดที่ผู้ใดไม่อาจล่วงละเมิดได้⁴²

เหตุการณ์ในอดีตที่มีบทบาทสำคัญอันแสดงให้เห็นถึงการย้ายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ได้แก่

เหตุการณ์ระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ประมาณ ค.ศ.1944 ถึง ค.ศ.1945 กลุ่มนาซีอันประกอบไปด้วยกองกำลังรักษาความปลอดภัยของนาซี (Schutzstaffel-S.S) หรือตำรวจลับของรัฐ (Geheim staats polizei-Gastapo) ภายใต้การนำของ ฮอดอล์ฟ ไอชมาน (Adolf Eichmann) ได้ดำเนินวิธีการต่าง ๆ ที่มนุษย์ไม่พึงปฏิบัติต่อกันแก่กลุ่มชนชาติยิว เช่น⁴³

- การโกนหัวสตรี แล้วนำเอาผมไปทอเป็นเครื่องนุ่งห่มเพื่อให้ความอบอุ่นแก่ร่างกายโดยไม่คำนึงว่าผู้ที่เป็นเจ้าของผมเหล่านั้น จะหนาวเหน็บเพียงใดในฤดูหนาว

⁴⁰ Maurice Duverger, *Les Régimes Politiques: Que Sais-Je?* (Paris: PUF, 1961), pp. 45-50.

⁴¹ อุดม รัฐอมฤต และคณะ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24*, น.81-82.

⁴² บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 33*, น.90.

⁴³ อุดม รัฐอมฤต และคณะ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24*, น.64.

- การใช้มนุษย์เป็นเครื่องทดลองยา โดยฉีดยาต่าง ๆ เข้าร่างกาย การทดลองที่นิยมมาก คือ คัดเอามนุษย์ฝาแฝดมาใช้ทดลอง ด้วยความเชื่อว่าน่าจะมีคุณสมบัติเหมือนกันมากกว่ามนุษย์อื่น ๆ ปฏิกิริยาการที่ได้จากการทดลองจะแสดงผลได้ใกล้ความจริงที่สุด โดยไม่สนใจผลร้ายที่เกิดแก่มนุษย์เหล่านั้น

- การกระทำต่อคนยิวในค่ายกักกัน ที่ถูกสั่งให้เปลี่ยนผ้าและเข้าแถวเพื่อตัดเอาไว้เฉพาะคนที่แข็งแรง ส่วนคนที่อ่อนแอให้เดินไปเข้าห้องโถงใหญ่ ปล่อยก้าชพิษเพื่อฆ่าให้ตาย ซึ่งคาดว่ามีความรุนแรงกว่าหนึ่งพันคนที่ถูกฆ่าด้วยวิธีนี้

การปฏิบัติที่เลวร้ายต่อคนยิวในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้ประเทศเยอรมนีตระหนักถึงคุณค่าของมนุษย์ ด้วยเหตุนี้เองจึงมีการบัญญัติเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 1 ความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความเคารพ และให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”⁴⁴

สำหรับเหตุการณ์ที่สองเกิดขึ้นในประเทศแอฟริกาใต้ ในช่วงราวศตวรรษที่ 20 คนผิวขาวที่อาศัยอยู่ในแอฟริกาใต้ได้ปฏิบัติต่อคนผิวดำซึ่งอยู่ในสังคมเดียวกันเสมือนว่าคนผิวดำนั้นไม่ใช่คนเช่น⁴⁵

- ที่อยู่อาศัยจะต้องแยกจากกันอย่างเด็ดขาดปะปนกันไม่ได้
- การขึ้นรถประจำทาง คนผิวขาวเท่านั้นที่ขึ้นประตูด้านหน้า คนผิวดำจะต้องขึ้นประตูด้านหลัง และจะเดินมานั่งข้างหน้าไม่ได้
- ในตัวอาคารส่วนใหญ่จัดไว้เฉพาะคนผิวขาว โดยมีคนผิวดำเป็นผู้ให้บริการ
- ห้องน้ำสาธารณะก็ต้องแยกคนผิวขาวกับคนผิวดำ
- คนผิวดำแทบไม่มีโอกาสในการศึกษา

เหตุการณ์ในประเทศแอฟริกาใต้ที่มีการแบ่งแยกสีผิวดังกล่าว ได้นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงสังคมโดยมีการบันทึกยืนยันในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ในหมวด 1 ข้อ 1 ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่จะต้องยึดถือ”⁴⁶

⁴⁴ Basic Law for the Federal Republic of Germany 1949

Article I (Human Dignity)

Human dignity shall be inviolable to respect and protect, it shall be the duty of all state authority.

⁴⁵ อุดม รัฐอมฤต และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 24*, น.65.

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในประเทศไทยนั้นถูกบัญญัติขึ้นโดยชัดแจ้งเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ใน มาตรา 4 ความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน” อันเป็นบทบัญญัติในหมวด 1 ว่าด้วยบททั่วไป วางหลักประกาศเจตนารมณ์ของรัฐในการให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้การใช้สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายจะต้องสอดคล้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย และต้องถือว่าศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานแห่งสิทธิและเสรีภาพทั้งปวง

จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่ไม่สามารถพรากไปจากมนุษย์ได้ ถือเป็นคุณค่าของความเป็นคนที่ย่อมแตกต่างจากความเป็นสัตว์หรือสิ่งของ โดยคุณค่าดังกล่าวจะติดตัวมนุษย์ทุกคนทันทีตั้งแต่เกิด และไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนพิการทางสติปัญญาหรือไม่ ย่อมได้รับความคุ้มครองในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน ดังนั้น หากการทำหมั้นเป็นการกระทำต่อคนพิการทางสติปัญญาในลักษณะที่ลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของคนพิการทางสติปัญญาผู้นั้น หรือกระทำในลักษณะที่มนุษย์ทั่วไปไม่พึงปฏิบัติต่อกัน ย่อมถือได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนพิการทางสติปัญญา

ในส่วนของการวางหลักเกณฑ์การใช้สิทธิเสรีภาพของคนพิการทางสติปัญญาที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการให้ความยินยอมในการทำหมั้นอาจเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญซึ่งจะต้องคำนึงถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 26 ที่บัญญัติว่า

“การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

⁴⁶ Constitution of the Republic of South Africa 1996

1. The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values:

(a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms.

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

นอกจากนี้ยังต้องคำนึงถึงขอบเขตของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานให้อยู่ภายใต้หลักแห่งความเสมอภาค และ หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ดังนี้

1. หลักแห่งความเสมอภาค

หลักแห่งความเสมอภาค (Principle of Equality before the Law) มีบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 4 และ มาตรา 27⁴⁷ จะเห็นได้ว่าหลักแห่งความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น ไม่ได้บังคับให้ปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนเป็นอย่างเดียวกัน ตรงกันข้ามกลับต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญที่ต่างกันอย่างออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน เฉพาะบุคคลที่เหมือนกันเท่านั้นที่จะต้องปฏิบัติต่อเขาเหล่านั้นในรูปแบบเดียวกัน อันจะเป็นการปฏิบัติที่เป็นไปตามหลักแห่งความเสมอภาคที่ถูกต้อง การปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละประเภทต่างกันอย่างออกไปโดยปราศจากเหตุผลที่รับฟังได้ ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ⁴⁸

2. หลักแห่งความได้สัดส่วน

หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจ ที่กำหนดให้ใช้อำนาจอย่างพอเหมาะพอประมาณ (moderation) ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่ไม่ได้บัญญัติ

⁴⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 27 บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม”

⁴⁸ อุดม รัฐอมฤต และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, น.69-71.

กำหนดหลักกฎหมายนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ถือกันว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป⁴⁹ ซึ่งประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ 3 หลักการ ได้แก่⁵⁰

2.1 หลักแห่งความเหมาะสม

หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) นี้ให้พิจารณาความสัมพันธ์เชิงเหตุและผลในการออกมาตรการทางกฎหมาย ที่สามารถบรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ มาตรการใดที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้ ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักการดังกล่าว

2.2 หลักแห่งความจำเป็น

หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) เป็นหลักการที่นำมาพิจารณาเมื่อมาตรการทางกฎหมายมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ภายใต้ขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมาย

2.3 หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) เป็นหลักการในการชั่งผลดีและผลเสียของมาตรการทางกฎหมายที่จะออกมาใช้บังคับแก่บุคคล โดยสร้างสมดุลระหว่างความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เอกชนกับประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับจากการออกมาตรการดังกล่าว ซึ่งหากมหาชนได้รับประโยชน์น้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เอกชนไม่ได้

กล่าวโดยสรุป หากจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ความสามารถของบุคคลในการให้ความยินยอมในการทำหมั้น และรูปแบบของการให้บุคคลอื่นมาตัดสินใจให้ความยินยอมแทนบุคคลที่ไม่มีความสามารถ เป็นการออกมาตรการที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยจะต้องคำนึงถึงหลักแห่งความเสมอภาค และหลักแห่งความได้สัดส่วน โดยจะต้องเป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นได้อย่างแท้จริงและมีประสิทธิภาพมากที่สุด แต่ในขณะเดียวกันจะต้องเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิของเอกชนน้อยที่สุด

⁴⁹ Georg Nolte, "General Principle of German and European Administrative Law - a Comparison in Historical Perspective," *The Modern Law Review* 57, no. 2 (March 1994): 191-212.

⁵⁰ วรพจน์ วิศุทธิ์พิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ," รวมบทความในโอกาสครบรอบ ๖๐ ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์ (2531): 206-208.

2.3.2 สิทธิและเสรีภาพตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) เกิดขึ้นเมื่อ ค.ศ.2006 โดยองค์การสหประชาชาติ (United Nations) ถือเป็นอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ให้หลักประกันในสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต่อคนพิการอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการมีพัฒนาการมาจากประกาศที่มีชื่อว่า The Declaration on the Rights of Mentally Retarded Person (1971) และประกาศ The Declaration on the Right of Disabled Person (1975) อันเป็นการรับรองสิทธิมนุษยชนให้แก่คนพิการโดยเฉพาะ ซึ่ง ณ ขณะนั้นประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีในประกาศดังกล่าว ต่อมาประเทศไทยได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการเมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม พ.ศ.2551 และมีผลใช้บังคับเมื่อ 28 สิงหาคม พ.ศ.2551⁵¹ จึงเป็นการรับรองว่าประเทศไทยต้องออกกฎหมาย หรือนโยบายต่าง ๆ ให้สอดคล้องเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพในสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลให้แก่คนพิการอย่างเท่าเทียม ซึ่งคนพิการตามอนุสัญญาดังกล่าว หมายถึง “บุคคลที่มีความบกพร่องทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา หรือทางประสาทสัมผัสในระยะยาว ซึ่งอาจมีอุปสรรคในการมีส่วนร่วมในสังคมบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น”⁵² และในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิของคนพิการที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา โดยแบ่งออกเป็น 4 ประเด็น ได้แก่ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพคนพิการ การปฏิบัติต่อสตรีพิการ และเด็กพิการ สิทธิในการสร้างครอบครัวและสถาบันครอบครัว และ สิทธิด้านสุขภาพ สามารถอธิบายได้ ดังนี้

2.3.2.1 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพคนพิการ

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ระบุให้รัฐภาคียอมรับความเท่าเทียมของคนพิการภายใต้กฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ⁵³ คนพิการต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความพิการ อันหมายถึง การกีดกัน หรือการจำกัดบนพื้นฐานของความพิการซึ่งมีความมุ่งประสงค์หรือ

⁵¹ วิชาญ ทราญอ่อน, "การรับรองสิทธิของคนพิการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560," ใน *บทความวิชาการ*, (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สิงหาคม 2560), หน้า 14.

⁵² The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)

Article 1 Purpose “Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others”

⁵³ The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD): Article 5

ส่งผลให้เป็นการเสื่อมเสียหรือทำให้ไร้ผลซึ่งการยอมรับ การอุปโภคหรือการใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่นในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ความเป็นพลเมืองหรือด้านอื่น รวมถึงการเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ⁵⁴

นอกจากนี้ คนพิการต้องได้รับการยอมรับในความสามารถตามกฎหมายบนพื้นฐานอันเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย มีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลที่มีความสามารถทางกฎหมายในทุกด้านของการดำเนินชีวิตบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น และมีมาตรการที่เหมาะสมในการจัดให้คนพิการเข้าถึงการสนับสนุนที่ตนต้องการในการใช้ความสามารถทางกฎหมาย โดยให้รัฐภาคีประกันว่ามาตรการทั้งปวงจะให้การปกป้องที่เหมาะสมและมีประสิทธิผลเพื่อป้องกันการใช้ความสามารถไปในทางที่ผิด โดยจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ มาตรการปกป้องดังกล่าวจะต้องประกันว่าคนพิการจะได้รับการเคารพสิทธิ เจตนา รมณ์ และความประสงค์ของบุคคลนั้น ปราศจากผลประโยชน์ทับซ้อนและอิทธิพลที่เกินควร ทั้งนี้ต้องได้สัดส่วนและเหมาะสมกับสภาพการณ์ของบุคคล มีการทบทวนโดยหน่วยงานที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลางหรือองค์กรทางตุลาการ⁵⁵ และมีสิทธิที่จะได้รับการเคารพในบุรณภาพทางร่างกายและจิตใจของตนบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น⁵⁶

ในข้อ 14 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการได้รับรองถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนพิการ โดยรัฐภาคีจะต้องรับรองสิทธิและเสรีภาพของคนพิการให้เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ไม่ให้ถูกกีดรอนสิทธิเสรีภาพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่ากรณีใดก็ตาม ความพิการที่มีอยู่จะต้องไม่เป็นเหตุแห่งการกีดรอนสิทธิและเสรีภาพ หากคนพิการถูกกีดรอนสิทธิและเสรีภาพโดยกระบวนการใด ๆ คนพิการมีสิทธิได้รับหลักประกันที่สอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น⁵⁷

ในข้อ 15 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการกำหนดหลักการว่า บุคคลจะถูกทรมานหรือได้รับการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีไม่ได้ นอกจากนี้รัฐภาคีจะต้องมีมาตรการทางกฎหมาย ทางปกครอง ทางศาล หรือมาตรการอื่น ๆ ที่มีประสิทธิผลเพื่อป้องกันไม่ให้

⁵⁴ The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD): Article 2

⁵⁵ The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD): Article 12

⁵⁶ The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD): Article 17

⁵⁷ The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD): Article 14

คนพิการถูกกระทำทรมาณ การปฏิบัติหรือลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือถูกย้ายยัดยัดคีร์บนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น⁵⁸

ในข้อ 16 ของอนุสัญญาดังกล่าว เป็นเรื่องของการถูกแสวงประโยชน์ การใช้ความรุนแรง และการถูกล่วงละเมิด โดยกำหนดหลักการให้รัฐภาคีจะต้องมีมาตรการไม่ว่าจะเป็นทางกฎหมาย ทางปกครอง ทางสังคม หรือการศึกษาที่เหมาะสม เพื่อคุ้มครองคนพิการจากการถูกแสวงประโยชน์ การใช้ความรุนแรงและการถูกล่วงละเมิดในทุกรูปแบบ โดยต้องกำหนดรูปแบบความช่วยเหลือและให้การสนับสนุนที่เหมาะสม คำนึงถึงเพศและวัยของคนพิการ ครอบครัว ผู้ดูแล รวมทั้งจัดทำข้อมูลสารสนเทศและให้การศึกษา มีมาตรการในการฟื้นฟูสมรรถภาพทางร่างกาย จิตใจ ของคนพิการที่ตกเป็นเหยื่อในการถูกแสวงหาประโยชน์การใช้ความรุนแรง และการถูกล่วงละเมิดไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม รวมถึงให้ความคุ้มครองโดยการจัดสภาพแวดล้อมที่ส่งเสริมความเป็นอยู่ที่ดี สนับสนุนให้มีการเคารพตนเอง มีศักดิ์ศรี และสามารถอยู่ในสังคมได้ด้วยตนเอง กำหนดให้รัฐมีนโยบายหรือกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ สำหรับสตรีและเด็กเป็นการเฉพาะ เพื่อประกันว่าการถูกแสวงประโยชน์ การใช้ความรุนแรง และการถูกล่วงละเมิดที่เกิดขึ้นจะได้รับการพิสูจน์ทราบ ได้รับการสอบสวน และฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายต่อไปอย่างเหมาะสม⁵⁹

2.3.2.2 การปฏิบัติต่อสตรีพิการและเด็กพิการ

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการได้กล่าวถึงหลักในการปฏิบัติต่อสตรีพิการและเด็กพิการโดยมีสาระสำคัญระบุให้มีมาตรการเพื่อประกันว่าสตรีและเด็กหญิงพิการจะมีสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงอย่างเต็มที่และโดยเท่าเทียมกัน เนื่องจากต้องยอมรับว่าสตรีและเด็กหญิงพิการนั้นมักตกอยู่ภายใต้การเลือกปฏิบัติ จึงต้องมีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อประกันให้เกิดการพัฒนาทำนองเดียวกันกับเด็กพิการที่ต้องมีมาตรการที่จำเป็นทั้งปวงเพื่อประกันว่าเด็กพิการมีสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างเต็มที่บนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับเด็กคนอื่น ๆ และในการดำเนินการทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับเด็กพิการนี้ ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก นอกจากนี้ให้รัฐภาคีจะต้องประกันว่าเด็กพิการมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นโดยเสรีในทุกเรื่องที่มีผลกระทบต่อตน ทั้งนี้ความคิดเห็นดังกล่าวของเด็กจะได้รับการพิจารณาตามสมควรตามอายุและวุฒิภาวะของเด็กนั้นบนพื้นฐาน

⁵⁸ The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD): Article 15

⁵⁹ The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD): Article 16

ที่เท่าเทียมกับเด็กคนอื่น และได้รับความช่วยเหลือที่เหมาะสมกับวัยและความพิการเพื่อให้การใช้สิทธิดังกล่าวบังเกิดผล⁶⁰

จากการศึกษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่ารูปแบบในการคุ้มครองสตรีพิการและเด็กพิการนั้นมีลักษณะเป็นการสนับสนุนให้สตรีและเด็กพิการสามารถใช้สิทธิของตนโดยอิสระอย่างเต็มที่ ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงวุฒิภาวะและประเภทของความพิการประกอบกันไปด้วยเพื่อให้การสนับสนุนการใช้สิทธินั้นบรรลุจุดประสงค์ในการให้ความคุ้มครอง ในส่วนของประเด็นปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญานั้น เป็นปัญหาที่มักจะเกิดขึ้นกับสตรีและเด็กหญิงพิการทางสติปัญญาเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งการที่ประเทศไทยไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นของคนพิการทางสติปัญญาก็ยังถือไม่ได้ว่าสตรีและเด็กพิการทางสติปัญญาในประเทศไทยจะสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของตนได้อย่างเต็มที่และเท่าเทียมกันกับบุคคลอื่น ๆ

2.3.2.3 สิทธิในการสร้างครอบครัวและสถาบันครอบครัว

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการได้วางแนวทางเกี่ยวกับการเคารพในการสร้างครอบครัวและสถาบันครอบครัวของคนพิการ (Respect for home and the family) โดยกำหนดให้รัฐภาคีดำเนินการที่เหมาะสมเพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการในทุกด้านที่เกี่ยวกับการสมรส การมีครอบครัว การเป็นบิดามารดา บนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น โดยรับรองว่าคนพิการทุกคนที่ถึงวัยสมรสให้สามารถสร้างครอบครัวได้บนพื้นฐานของความยินยอมพร้อมใจ จะต้องได้รับการให้ความรู้เกี่ยวกับการเจริญพันธุ์และการวางแผนครอบครัว และให้คนพิการรวมทั้งเด็กพิการคงไว้ซึ่งความสามารถในการเจริญพันธุ์บนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น⁶¹

จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ กำหนดให้รัฐภาคีที่ลงนามในอนุสัญญาทำการส่งเสริมสิทธิในด้านการเจริญพันธุ์ ให้คนพิการได้เข้าถึงสิทธิต่าง ๆ สามารถเป็นบิดามารดา ทำการสมรส หรือแม้กระทั่งการได้รับการศึกษาให้มีความรู้เรื่องการเจริญพันธุ์อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนพึงมี การพาคนพิการทางสติปัญญาไปทำหมั้นไม่ใช่การช่วยเหลือหรือสนับสนุนคนพิการทางสติปัญญาที่เหมาะสม ในทางกลับกันยังเป็นการกระทำที่ขัดต่อการใช้สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของคนพิการทางสติปัญญา

⁶⁰ The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD): Article 6 และ Article 7

⁶¹ The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD): Article 23

2.3.2.4 สิทธิด้านสุขภาพ

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการได้กำหนดกรอบเกี่ยวกับสิทธิด้านสุขภาพของคนพิการเอาไว้ให้รัฐภาคียอมรับว่าคนพิการมีสิทธิในการมีมาตรฐานสาธารณสุขที่สูงสุดเท่าที่จะหาได้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความพิการ และจัดให้มีการดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อประกันให้คนพิการเข้าถึงบริการด้านสาธารณสุขโดยคำนึงถึงเพศสภาพรวมถึงการฟื้นฟูสมรรถภาพด้านสุขภาพ จัดให้มีบริการด้านสุขภาพโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย หรือที่สามารถจ่ายได้สำหรับคนพิการในระดับคุณภาพและมาตรฐานเช่นเดียวกับการที่จัดให้บุคคลอื่น รวมถึงบริการด้านสุขภาพทางเพศ และอนามัยเจริญพันธุ์ และการสาธารณสุขอื่น ๆ ที่มีสำหรับประชาชนทั่วไป จัดให้มีบริการด้านสุขภาพที่จำเป็นสำหรับคนพิการ และจัดให้อยู่ใกล้กับชุมชนที่คนพิการอาศัยอยู่เท่าที่จะเป็นไปได้ นอกจากนี้ได้กำหนดให้บุคลากรทางการแพทย์ให้การดูแลคนพิการด้วยคุณภาพเดียวกันกับผู้ป่วยคนอื่น ๆ บนพื้นฐานของความยินยอมโดยสมัครใจและโดยได้รับข้อมูลข่าวสาร ด้วยการสร้างความตระหนักถึงสิทธิมนุษยชน (Human rights) ศักดิ์ศรี (Dignity) การอยู่ได้ด้วยตนเอง (Autonomy) และความต้องการ (needs) ของคนพิการ ของบุคลากรทางการแพทย์ที่ผ่านการฝึกอบรมและมีมาตรฐานจรรยาบรรณในการให้บริการด้านสุขภาพ และภาครัฐจะต้องป้องกันการปฏิเสธการดูแลด้านสุขภาพหรือการบริการด้านสุขภาพโดยเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ⁶²

จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้นพิจารณาได้ว่า การทำหมันเป็นการรับบริการสาธารณสุขอย่างหนึ่ง แต่การทำหมันไม่ได้เป็นการฟื้นฟูสมรรถภาพด้านสุขภาพ อีกทั้งไม่ได้ช่วยรักษาภาวะบกพร่องทางสติปัญญาแต่อย่างใด นอกจากนี้ ปัญหาการทำหมันคนพิการทางสติปัญญาที่เกิดขึ้นนั้น ถือเป็น การเลือกปฏิบัติต่อคนพิการทางสติปัญญาอย่างไม่เป็นธรรม ผู้เขียนมีความเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่สอดคล้องกับการให้สิทธิด้านสุขภาพแก่คนพิการ ทั้งนี้สิทธิทางสุขภาพตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ เป็นไปในแนวทางการจัดสิทธิประโยชน์ อำนวยความสะดวกแก่คนพิการเสียมากกว่า เช่น การที่คนพิการได้รับบริการด้านสุขภาพโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย จัดให้มีบริการด้านสุขภาพที่จำเป็นสำหรับคนพิการเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความพิการเพิ่มขึ้น การจัดให้มีบริการด้านสุขภาพที่อยู่ใกล้กับชุมชนที่คนพิการอาศัยอยู่เพื่อให้คนพิการสามารถเข้าถึงได้อย่างสะดวก เป็นต้น

⁶² The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD): Article 25

2.4 ความสามารถของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ความสามารถของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นการกำหนดความสามารถตามกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้หย่อนความสามารถ ซึ่งโดยหลักแล้วบุคคลจะมีความสามารถอย่างเต็มที่ต่อเมื่อบรรลุนิติภาวะ ไม่ว่าจะเป็นการบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ หรือบรรลุนิติภาวะโดยการสมรส ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาดังกล่าวถึงหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองผู้หย่อนความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อประกอบการพิจารณาความสามารถของคณพิการทางสติปัญญาในการให้ความยินยอมทำหมั้น โดยศึกษาความสามารถของผู้ที่หย่อนความสามารถตามที่กฎหมายกำหนด แบ่งออกเป็น 3 กรณี ได้แก่ กรณีผู้เยาว์ กรณีบุคคลวิกลจริตและคนไร้ความสามารถ และกรณีคนเสมือนไร้ความสามารถ ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

1. ความสามารถของผู้เยาว์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดความสามารถของผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมเอาไว้ โดยผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน หากกระทำโดยปราศจากความยินยอมดังกล่าวส่งผลให้นิติกรรมที่ผู้เยาว์ทำไปโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้นมีผลเป็นโมฆียะ⁶³ เว้นแต่กฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นผู้เยาว์ก็สามารถกระทำได้ด้วยตัวเองโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม

ในกรณีของผู้เยาว์ที่เป็นคณพิการทางสติปัญญาไม่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองความสามารถแยกออกมาเป็นพิเศษจากผู้เยาว์ที่เป็นคนปกติทั่วไป เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ได้ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งตั้งผู้เยาว์ให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ อย่างไรก็ตามการกำหนดความสามารถของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าว เป็นการกำหนดในเรื่องของการทำนิติกรรมสัญญา หรือการทำกิจการที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ ไม่ใช่การกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการให้ความยินยอมในการทำหมั้นไว้เป็นการเฉพาะ แม้ว่าการทำหมั้นเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิในร่างกาย ที่เจ้าของร่างกายจะต้องเป็นผู้ตัดสินใจให้ความยินยอมด้วยตนเอง แต่ไม่ใช่การกระทำที่ผู้เยาว์จะสามารถกระทำได้อีกโดยสิ้นเชิง เนื่องจากการให้ความยินยอมในการทำหมั้นเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนและกระทบต่อสิทธิในร่างกายเป็นอย่างมาก ไม่ใช่การกระทำเพื่อให้ได้ไปซึ่งสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด หรือเพื่อให้หลุดพ้นจากหน้าที่อันใดอันหนึ่ง จึงไม่สามารถนำเรื่อง

⁶³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21

ความสามารถของผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้กับเรื่องการให้ความยินยอมในการทำหมั้นได้ ประกอบกับการเป็นผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาที่มีความบกพร่องในกระบวนการคิดและตัดสินใจและยังอ่อนประสบการณ์ กระบวนการให้การกำหนดความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นควรจะต้องมีความชัดเจนและรัดกุมเป็นอย่างมาก ซึ่งต้องพิจารณากฎหมายเฉพาะอื่น ๆ เพิ่มเติม ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นของผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญา ได้แก่ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 และพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 ซึ่งผู้เขียนจะทำการอธิบายต่อไป

2. ความสามารถของบุคคลวิกลจริตและคนไร้ความสามารถ

การเป็นคนวิกลจริตหรือคนไร้ความสามารถถือเป็นผู้หย่อนความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงลักษณะของการเป็นคนวิกลจริตและคนไร้ความสามารถ เพื่อให้ทราบถึงเจตนารมณ์ว่าเหตุใดกฎหมายถึงจัดเป็นผู้หย่อนความสามารถ และมีความสามารถตามกฎหมายเพียงใด ซึ่งพิจารณาได้จากมุมมองของนักกฎหมายและศาลต่อการเป็นคนวิกลจริตดังนี้

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายถึงความวิกลจริตไว้ว่า “ต้องเป็นบุคคลที่จิตใจไม่ปกติ อันจะได้ชื่อว่าวิกลจริต ต้องไม่เพียงจิตฟั่นเฟือน จะเป็นโรคหรือโดยกำเนิดก็ได้ แต่ถึงขนาดไม่สามารถมีสติรู้อะไรถูกหรือผิดจนอาจทำการอันเป็นที่เสียหายแก่ทรัพย์หรือฐานะของเขา ฉะนั้นก็ต้องเป็นอย่างมาก (grave) จนเป็นไปไม่ได้ที่เขาจะจัดการงานของเขาในทางที่ควร และอยู่ในภาวะเช่นนี้เป็นประจำ (habitual) ไม่ใช่เป็นครั้งคราว”⁶⁴

ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์ มีความเห็นว่า “คนวิกลจริตเป็นคนที่มิจิตผิดปกติ ซึ่งอาจจะเกิดจากจิตใจ หรือเกิดจากร่างกายอันมีผลกระทบต่อจิตใจ ทำให้บุคคลนั้นไม่อาจคิดหรือตัดสินใจได้ ซึ่งอาจจะเป็นอาการที่เป็นอยู่ตลอดเวลาหรืออาจเป็นเพียงครั้งคราวก็ได้”⁶⁵

⁶⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 52.

⁶⁵ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 49.

ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฆวิไลกุล มีความเห็นว่า “บุคคลวิกลจริต ต้องมีอาการไม่ปกติ สติไม่สมบูรณ์ โรคทางจิต หรือจิตวิกลอย่างมาก ไม่มีความรู้สึกผิดชอบว่าตนได้พูดหรือทำอะไร อาการวิกลจริตหรือต้องมีลักษณะอย่างติดตัว หรือมีอาการประจำ หรือมีอาการปกติบางครั้งบางคราว ซึ่งนับว่าเป็นอันตราย เพราะอาจมีบุคคลอื่นถือโอกาสในขณะที่มีอาการบ้าหรือวิกลจริตเข้าทำนิติกรรมอันจะทำให้เกิดความเสียหาย กฎหมายจึงต้องการให้ความคุ้มครองบุคคลเหล่านี้ เมื่อศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถแล้วก็จะไม่มีความสามารถในการทำนิติกรรม”⁶⁶

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 490/2509 วินิจฉัยว่า “บุคคลวิกลจริตตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 29 นั้น มิได้หมายเฉพาะถึงบุคคลผู้มีจิตผิดปกติหรือตามที่เข้าใจกันทั่ว ๆ ไปว่าเป็นบ้าเท่านั้น แต่หมายรวมถึงบุคคลที่มีกิริยาอาการผิดปกติเพราะสติวิปลาศ คือ ขาดความรู้สึก ขาดความรู้สึกรู้สึก และขาดความรู้สึกรู้สึกผิดชอบด้วย เพราะบุคคลดังกล่าวนี้ไม่สามารถประกอบกิจการงานของตน หรือประกอบกิจส่วนตัวของตนได้ทีเดียว ผู้ที่ป่วยเป็นโรคนี้มองไม่เห็น ต้องนอนอยู่คนเดียวตลอดเวลามีอาการพูดไม่ได้ หูไม่ได้ยิน ตาทั้งสองข้างมองไม่เห็น มีอาการอย่างคนไม่มีสติสัมปชัญญะใด ๆ ไร้ความสามารถที่จะดำเนินกิจการทุกอย่างทุกอย่าง ถือว่าเป็นบุคคลวิกลจริตตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 29 แล้ว”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3866/2545 สรุปลงได้ว่า บุคคลมีลักษณะปัญญาอ่อน และร่างกายพิการ หูหนวกทั้งสองข้าง เป็นใบ้พูดไม่ได้มาแต่กำเนิด การสื่อสารกับคนอื่นต้องใช้ภาษามือเป็นบุคคลวิกลจริตสามารถร้องขอให้เป็นคนไร้ความสามารถได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4513/2542 สรุปลงได้ว่า ช.ป่วยด้วยโรคปัญญาอ่อนมาตั้งแต่กำเนิด ส่งผลให้เป็นบุคคลวิกลจริต อาการวิกลจริตและความบกพร่องทางสมองและสติปัญญา ของ ช. มีอยู่จนถึงปัจจุบันไม่สามารถจัดทำกิจการงานของตนเองได้เป็นบุคคลวิกลจริตสามารถร้องขอให้เป็นคนไร้ความสามารถได้

จากมุมมองของนักกฎหมายและคำพิพากษาของศาลข้างต้น จึงสรุปลงได้ว่า คนวิกลจริต มีลักษณะเป็นบุคคลที่จิตใจไม่ปกติ ไม่อาจคิดหรือตัดสินใจได้ เป็นบุคคลที่มีกิริยาอาการผิดปกติเพราะสติวิปลาศ ขาดความรู้สึก ขาดความรู้สึกรู้สึก และขาดความรู้สึกรู้สึกผิดชอบ รวมถึง บุคคลที่มีความบกพร่องทางสมอง และสติปัญญา จนไม่สามารถจัดทำกิจการงานของตนเอง หรือประกอบกิจส่วนตัวของตนได้

⁶⁶ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556), หน้า 147-148.

ดังนั้น กฎหมายจึงให้ความสำคัญคุ้มครอง เนื่องจากคนวิกลจริต อาจทำการอันเป็นที่เสียหายแก่ทรัพย์สินหรือฐานะของตนได้ หรือไม่สามารถจัดการงานไปในทางที่ควรได้ อาจมีบุคคลอื่นถือโอกาสในขณะที่มีอาการบ้าหรือวิกลจริตเข้าทำนิติกรรมอันจะทำให้เกิดความเสียหาย กฎหมายจึงต้องการให้ความสำคัญคุ้มครองบุคคลเหล่านี้

การทำนิติกรรมของบุคคลวิกลจริตที่ยังไม่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถจะเป็นโมฆียะก็ต่อเมื่อได้กระทำในขณะที่วิกลจริตอยู่และคู่กรณีอีกฝ่ายได้รู้ว่าผู้กระทำเป็นคนวิกลจริต⁶⁷ เห็นได้ว่ากฎหมายสันนิษฐานให้คนวิกลจริตที่ศาลยังไม่ได้มีคำสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ ยังคงเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการทำนิติกรรมบริบูรณ์ กฎหมายจะถือว่านิติกรรมที่คนวิกลจริตกระทำลงนั้นจะตกเป็นโมฆียะ เฉพาะกรณีเมื่อได้กระทำลงในขณะจิตวิกลและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้แล้วว่าเป็นคนวิกลจริต แต่มีนิติกรรมบางประเภทที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองคนวิกลจริตและผู้เกี่ยวข้องไว้เป็นพิเศษ โดยกำหนดให้นิติกรรมที่คนวิกลจริตกระทำขึ้นนั้นตกเป็นโมฆะ โดยไม่คำนึงว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะรู้หรือไม่ว่าคู่กรณีเป็นคนวิกลจริต ได้แก่ คนวิกลจริตทำการสมรส ตามมาตรา 1449 และ มาตรา 1496 หรือการทำพินัยกรรมตามมาตรา 1704 วรรคสอง

ในส่วนของการทำนิติกรรมของคนไร้ความสามารถ กฎหมายมุ่งคุ้มครองรักษาผลประโยชน์ โดยให้อยู่ภายใต้ความดูแลของผู้อนุบาล⁶⁸ เป็นผลให้เมื่อคนไร้ความสามารถทำนิติกรรมสัญญาใด ๆ ผลจะเป็นโมฆียะทุกกรณี⁶⁹

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁶⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 30 บัญญัติว่า “การใด ๆ อันบุคคลวิกลจริตซึ่งศาลยังมิได้สั่งให้เป็น คนไร้ความสามารถได้กระทำลง การนั้นจะเป็นโมฆียะต่อเมื่อได้ กระทำในขณะที่บุคคลนั้นจิตวิกลอยู่ และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้แล้วด้วยว่าผู้กระทำเป็นคนวิกลจริต”

⁶⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 28 วรรคสองบัญญัติว่า “บุคคลซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถตามวรรคหนึ่ง ต้องจัดให้อยู่ในความอนุบาล การแต่งตั้งผู้อนุบาล อำนาจหน้าที่ของผู้อนุบาลและการสิ้นสุดของความเป็นผู้อนุบาล ให้เป็นไปตามบท บัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายนี้”

⁶⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 29 บัญญัติว่า “การใด ๆ อันบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ ได้กระทำลง การนั้นเป็นโมฆียะ”

จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายให้ความคุ้มครองเฉพาะการทำนิติกรรม การให้ความคุ้มครองดังกล่าวมุ่งคุ้มครองประโยชน์ในทางทรัพย์สิน ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลที่มุ่งไปในทางสิทธิในร่างกาย ซึ่งการให้ความยินยอมในการทำหมั้น เป็นการกระทำที่กระทบสิทธิในร่างกายโดยตรง นอกจากนี้การจะเป็นคนไร้ความสามารถนั้นจะต้องได้รับการพิจารณา โดยมีคำสั่งจากศาลเท่านั้น ดังนั้น ไม่อาจกล่าวได้ว่าคนพิการทางสติปัญญาจะเป็นคนไร้ความสามารถได้เสมอไป ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับมุมมองและหลักเกณฑ์ที่ศาลจะมีคำสั่งเป็นกรณีเฉพาะรายบุคคลไป

3. ความสามารถของคนเสมือนไร้ความสามารถ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 32 บัญญัติว่า “บุคคลใดมีกายพิการหรือมีจิตพินเพื่อนไม่สมประกอบ หรือประทุติสุรุษสุร่ายเสเพลเป็นอาชญา หรือติดสุรามาเมา หรือมีเหตุอื่นใดทำนองเดียวกันนั้น จนไม่สามารถจะจัดทำกรงานโดยตนเองได้หรือจัดกิจการไปในทางที่อาจจะเสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัว เมื่อบุคคลตามที่ระบุไว้ใน มาตรา 28 ร้องขอต่อศาล ศาลจะสั่งให้บุคคลนั้นเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถก็ได้” ซึ่งมีนัยกฎหมายและคำพิพากษาของศาลกล่าวถึงคนเสมือนไร้ความสามารถไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ ได้ให้ความหมายว่า บุคคลที่มีจิตพินเพื่อนไม่สมประกอบ คือ ผู้ที่มีความบกพร่องทางสมองอย่างมาก เนื่องจากโรค หรือชรา ถึงขนาดไม่สามารถจัดการงานของตนเองได้ตามสมควร แต่ไม่ถึงขั้นวิกลจริต⁷⁰

ศาสตราจารย์ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล เห็นว่า บุคคลที่มีจิตพินเพื่อนไม่สมประกอบ คือ ผู้ที่มีจิตใจไม่ปกติแต่ไม่ถึงขั้นวิกลจริต เป็นอาการบกพร่องทางสมองอย่างหนึ่ง มีสติไม่เต็ม แต่มีสติสัมปชัญญะอยู่บ้าง เช่น คนชรามีอาการหลงลืม หรือความจำเสื่อมที่ไม่รุนแรงมาก หรือ ปัญญาอ่อน เป็นต้น และต้องเป็นผู้ที่ไม่สามารถจัดการงานของตนเองได้หรือจัดการงานไปในทางเสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของตนเองและครอบครัว⁷¹

⁷⁰ จิตติ ดิงศภักดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 64*, น.57.

⁷¹ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 66*, น.181.

รองศาสตราจารย์ พรชัย สุนทรพันธุ์ ได้ให้ความหมายของผู้ที่มีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบไว้ว่า “ผู้ที่มีจิตไม่ปกติ เป็นโรคจิต หรือสมองพิการ บางเวลาเลอะเลือนไปบ้าง ซึ่งไม่ถึงขั้นวิกลจริต และมีช่วงเวลาที่รู้สึกผิดชอบมีสติเป็นปกติ มีสาเหตุมาจากโรคหรือเหตุอื่น ๆ อาจเป็นมาแต่กำเนิดหรือไม่ก็ได้”⁷²

รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ ได้ให้ความหมายของบุคคลที่จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบไว้ว่า หมายถึง “บุคคลที่มีจิตผิดปกติ หย่อนความสามารถในการกำหนดเจตนาของตนเอง แต่ไม่ได้เสียความสามารถโดยสิ้นเชิงที่จะกำหนดเจตนาของตนเองได้โดยอิสระ ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของอารมณ์ภายในหรือสิ่งเร้าจากภายนอกได้ง่าย เป็นผู้อ่อนวินิจฉัยกว่าที่คาดหมายได้จากบุคคลปกติ มีความรู้สึกผิดชอบอยู่ แต่น้อยกว่าคนปกติ คือไม่มีความรู้สึกผิดชอบอย่างเต็มที่ แต่ไม่ถึงขั้นวิกลจริต อาจเป็นโดยกำเนิด เช่น ปัญญาอ่อน หรือเกิดขึ้นภายหลังเพราะเจ็บป่วย เช่น โรคประสาท เพราะความชรา เช่น โรคสมองเสื่อม สมองฝ่อ ความจำเสื่อม หรือเพราะเหตุอื่น เช่น ประสบอุบัติเหตุ สมองกระทบกระเทือน”⁷³

นอกจากนี้ศาลฎีกาได้เคยตัดสินเกี่ยวกับผู้ที่มีจิตฟั่นเฟือนไว้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1645/2520 วินิจฉัยว่า ส. มีลักษณะปัญญาอ่อน หูไม่ตี ได้ยินไม่ชัด ไม่มีอาการทางจิตไม่สามารถดูแลรับผิดชอบตนเองตามลำพังได้ หากถึงขนาดวิกลจริตไม่ ส่วน ม. สติไม่ค่อยดีฟั่นเฟือนเป็นครั้งคราว บางครั้งพูดรู้เรื่อง บางครั้งไม่รู้เรื่อง ดังนี้เป็นแต่จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบเท่านั้น ไม่ถึงวิกลจริต เช่นเดียวกัน ส. และ ม. จึงสามารถแสดงเจตนาทำนิติกรรมได้ ไม่ทำให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะหรือโมฆียะอย่างไร

จึงสรุปได้ว่าในมุมมองทางกฎหมาย บุคคลที่มีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ อาจเป็นผู้ที่มีความบกพร่องทางสมองอย่างมากแต่ไม่ถึงขั้นวิกลจริต มีสติไม่เต็ม แต่มีสติสัมปชัญญะอยู่บ้าง เป็นบุคคลที่มีจิตไม่ปกติ เป็นโรคจิต หรือสมองพิการ หย่อนความสามารถในการกำหนดเจตนาของตนเอง เป็นผู้อ่อนวินิจฉัยกว่าคนปกติ และอาจเป็นมาโดยกำเนิดได้ จนไม่สามารถที่จะประกอบกิจการงานของตนเองได้ หรืออาจประกอบกิจการไปในทางเสื่อมเสียได้

ผู้เขียนเห็นว่าคนพิการทางสติปัญญาอาจถูกร้องขอให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถได้ แต่มีข้อสังเกตว่า จะต้องเป็นการกระทำที่อาจจะเสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัวเท่านั้น

⁷² พรชัย สุนทรพันธุ์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: ฝ่ายตำราและอุปกรณ์การศึกษามหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2530), หน้า 107.

⁷³ กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักกฎหมายบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 7 (สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 134-135.

หรือไม่ หากเป็นเรื่องที่จะส่งผลให้อาจจะเสื่อมเสียแก่สิทธิในร่างกายของตนเอง ดังเช่นการตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมั้นนั้น ไม่มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ ซึ่งความสามารถของคนเสมือนไร้ความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเป็นการกำหนดความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญาที่จะอยู่ในความดูแลของผู้พิทักษ์ ตามมาตรา 32 วรรคสอง⁷⁴ นอกจากนี้ กฎหมายมุ่งจะให้ความสำคัญเฉพาะในกิจการที่สำคัญตามที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้น ตามมาตรา 34⁷⁵ การทำนิติ

⁷⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 32 วรรคสองบัญญัติว่า “บุคคลซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถตามวรรคหนึ่ง ต้องจัดให้อยู่ในความพิทักษ์ การแต่งตั้งผู้พิทักษ์ ให้เป็นไปตามบท บัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายนี้

⁷⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

มาตรา 34 บัญญัติว่า “คนเสมือนไร้ความสามารถนั้น ต้องได้รับความยินยอม ของผู้พิทักษ์ก่อนแล้วจึงจะทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ได้

- (1) นำทรัพย์สินไปลงทุน
- (2) รับคืนทรัพย์สินที่ไปลงทุน ต้นเงินหรือทุนอย่างอื่น
- (3) กู้ยืมหรือให้กู้ยืมเงิน ยืมหรือให้ยืมสังหาริมทรัพย์อันมีค่า
- (4) รับประกันโดยประการใด ๆ อันมีผลให้ตนต้องถูกบังคับ ชำระหนี้
- (5) เช่าหรือให้เช่าสังหาริมทรัพย์มีกำหนดระยะเวลาเกินกว่า หกเดือนหรืออสังหาริมทรัพย์มีกำหนดระยะเวลาเกินกว่าสามปี
- (6) ให้โดยเสนหา เว้นแต่การให้ที่พอควรแก่ฐานะานุรูป เพื่อ การกุศลการสังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา
- (7) รับการให้โดยเสนหาที่มีเงื่อนไขหรือค่าภาระติดพัน หรือ ไม่รับการให้โดยเสนหา
- (8) ทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อจะได้มาหรือปล่อยไปซึ่งสิทธิ ในอสังหาริมทรัพย์หรือในสังหาริมทรัพย์อันมีค่า
- (9) ก่อสร้างหรือตัดแปลงโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น หรือ ซ่อมแซมอย่างใหญ่
- (10) เสนอคดีต่อศาลหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ เว้นแต่ การร้องขอตาม มาตรา 35 หรือการร้องขอถอนผู้พิทักษ์
- (11) ประนีประนอมยอมความ หรือมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัย

ถ้ามีกรณีอื่นใดนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งคนเสมือนไร้ความสามารถอาจจัดการไปในทางเสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัว ในการสั่งให้บุคคลใดเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือเมื่อผู้พิทักษ์ร้องขอในภายหลัง ศาลมีอำนาจสั่งให้คนเสมือนไร้ความสามารถนั้นต้องได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์ก่อนจึงจะทำการนั้นได้

ในกรณีที่คนเสมือนไร้ความสามารถไม่สามารถจะทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่กล่าวมาในวรรคหนึ่งหรือวรรคสองได้ด้วยตนเอง เพราะเหตุมีกายพิการหรือมีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ ศาลจะสั่งให้ผู้พิทักษ์เป็นผู้มีอำนาจกระทำ

กรรมอื่นใดนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ ก็ย่อมสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ เมื่อนำความสามารถในการทำนิติกรรมของคนเสมือนไร้ความสามารถ เปรียบเทียบกับกรณีการให้ความยินยอมในการทำหมั้นของคนพิการทางสติปัญญาพบว่า มาตรา 34 ไม่ได้กำหนดไว้ว่าการทำหมั้นต้องขอความยินยอมจากผู้พิทักษ์ก่อน และการให้ความยินยอมในการทำหมั้นก็ไม่ใช่การทำนิติกรรม ดังนั้นจึงไม่สามารถนำเรื่องความสามารถของบุคคลในกรณีเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถมาใช้กับการให้ความยินยอมในการทำหมั้นได้เช่นกัน

จากการศึกษาเรื่องความสามารถของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวข้างต้น ไม่ว่าจะจะเป็นความสามารถของผู้เยาว์ คนวิกลจริต คนไร้ความสามารถ และคนเสมือนไร้ความสามารถ จะเห็นได้ว่า ในเรื่องของความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นการกำหนดความสามารถในการทำนิติกรรม ซึ่งตามมาตรา 149 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัตินิยามของนิติกรรมไว้ว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมาย และด้วยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ” การให้ความยินยอมในการทำหมั้นไม่ใช่นิติกรรม เนื่องจากผู้ป่วยไม่ได้มีเจตนาที่จะก่อความสัมพันธ์ในทางกฎหมายกับแพทย์ไม่ได้มีเจตนาในการก่อ โอน สงวน เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งสิทธิ ความยินยอมในการทำหมั้นจึงไม่ใช่นิติกรรม ทั้งนี้ มีความเห็นของนักกฎหมาย และแพทย์ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับความยินยอมไม่ใช่การทำนิติกรรมไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทัย อธิบายว่า “ความยินยอมตามกฎหมายอาญาไม่เหมือนความยินยอมตามกฎหมายแพ่ง และไม่ใช่ความยินยอมให้ทำนิติกรรม จึงไม่ต้องการความสามารถของผู้ยินยอม”⁷⁶

ศาสตราจารย์ ดร. ศันันท์กรณ โสทธิพันธ์ อธิบายว่า “ความยินยอมไม่เป็นนิติกรรม เพราะมิได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือเกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้ความยินยอมและผู้ได้รับความยินยอม ดังนั้นความจำเป็นในการพิจารณาว่าบุคคลผู้ให้ความยินยอมต้องมีความสามารถหรือไม่จึงไม่มี”⁷⁷

การนั้นแทนคนเสมือนไร้ความสามารถก็ได้ ในกรณีเช่นนั้นให้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับผู้อนุบาลมาใช้บังคับแก่ผู้พิทักษ์โดยอนุโลม

คำสั่งของศาลตามมาตรานี้ ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

การใดกระทำลงโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรานี้ การนั้นเป็นโมฆะ”

⁷⁶ จิตติ ดิงศภัทัย, “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด,” วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 3, ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520): 37.

ศาสตราจารย์ แสวง บุญเฉลิมวิภาส ได้ให้ความเห็นว่า “การที่ผู้ป่วยให้ความยินยอมแก่แพทย์และบุคลากรการแพทย์เพื่อรับบริการสาธารณสุขนั้นมิใช่เป็นเรื่องการทำนิติกรรมทางแพ่ง”⁷⁸

นายแพทย์วิฑูรย์ ตริสุนทรรัตน์ มีความเห็นว่า “ความยินยอมภายหลังได้รับการบอกกล่าวแล้วไม่ใช่การทำนิติกรรม การพิจารณาความสามารถของผู้ป่วยจำต้องพิจารณาถึงสำนึกและวุฒิภาวะของผู้ป่วยว่ามีเพียงพอที่จะรับทราบข้อมูลด้านสุขภาพและเพียงพอที่จะตัดสินใจรับหรือปฏิเสธบริการสาธารณสุขได้ด้วยตนเองหรือไม่ แพทย์และบุคลากรการแพทย์จึงต้องพิจารณาความสามารถของผู้ป่วยเป็นรายกรณีไป ซึ่งหากไม่เพียงพอผู้ป่วยย่อมไม่สามารถให้ความยินยอมทางการแพทย์ได้”⁷⁹

จึงสรุปได้ว่าในมุมมองทางกฎหมายนั้นความยินยอมในการรักษาพยาบาลไม่ใช่การทำนิติกรรมสัญญา เนื่องจากไม่ใช่การก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือเกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้ความยินยอมและผู้ได้รับความยินยอม ดังนั้นการให้ความยินยอมในการทำหมั้นเป็นการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลอย่างหนึ่งซึ่งไม่ใช่นิติกรรม และเป็นคนละส่วนกับสัญญาบริการรักษาพยาบาล การพิจารณาความสามารถของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรมนั้น จึงไม่สามารถนำมาพิจารณากับความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นของคนพิการทางสติปัญญาได้ แม้จะมีเจตนารมณ์ในการให้ความคุ้มครองผู้ห้อยความสามารถ ไม่ว่าจะเป็นผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติต่าง ๆ แล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองกองทัพสันของผู้ห้อยความสามารถเป็นสำคัญไม่ใช่การกำหนดความสามารถสำหรับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล

2.5 สิทธิของบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สิทธิของบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญานั้น คือ การที่บิดา มารดา ผู้ปกครอง ผู้อนุบาล ผู้พิทักษ์ หรือบุคคลอื่น ทำการตัดสินใจให้ความยินยอมแทนในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาที่อยู่ภายใต้การดูแลของตน ทั้งนี้การทำหมั้นเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย อันเป็นสิทธิเด็ดขาดในเนื้อตัวร่างกายที่เจ้าของร่างกาย

⁷⁷ ศนันทกรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมีควร์ได้, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 163.

⁷⁸ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, กฎหมายการแพทย์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 77.

⁷⁹ วิฑูรย์ ตริสุนทรรัตน์ และ ธนสร สุทธิบัติ, กฎหมายการแพทย์: ความยินยอมภายหลังได้รับการบอกกล่าวแล้ว, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2561), หน้า 76-77.

จะต้องเป็นผู้ให้ความยินยอมทำหมั้นด้วยตนเอง แต่หากผู้ให้ความยินยอมที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาซึ่งมีความบกพร่องให้การคิดและตัดสินใจ บิดา มารดา หรือบุคคลอื่น ๆ ดังกล่าวข้างต้นจะมีสิทธิเข้ามาตัดสินใจและให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาได้หรือไม่ ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูและการใช้อำนาจปกครองว่าสามารถนำไปสู่สิทธิในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญาซึ่งอยู่ภายใต้การอุปการะเลี้ยงดูหรือภายใต้อำนาจปกครองได้หรือไม่ สามารถพิจารณาได้ดังนี้

2.5.1 หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู

บุตรเมื่อกำเนิดมายังไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1564⁸⁰ จึงได้กำหนดหน้าที่ให้แก่บิดามารดาที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรในระหว่างที่บุตรเป็นผู้เยาว์ หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูย่อมสิ้นสุดลงเมื่อบุตรบรรลุนิติภาวะ เว้นแต่บุตรจะเป็นผู้ที่ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตัวเองไม่ได้ บิดามารดาต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรต่อไป ดังนั้นการพิจารณาว่าคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วจะเป็นผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตัวเองไม่ได้หรือไม่ จะต้องทำความเข้าใจความหมายของการเป็นคนทุพพลภาพเสียก่อน ซึ่งมีนักกฎหมายได้ให้ความหมายไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ ได้ให้ความหมายของ “ทุพพลภาพ” ไว้ว่า “หมายถึงร่างกายหรือสติปัญญาไม่อยู่ในสภาพปกติ เช่น ตายอด แขนขาขาด หรือปัญญาอ่อน”⁸¹ อาจารย์ เพ็งเพ็งนิติ ได้ให้ความหมายของ “ทุพพลภาพ” ไว้ว่า หมายถึงคนที่ “ขาดกำลังความสามารถที่จะประกอบกิจการงานตามปกติได้ ทำอะไรไม่ได้ คนพิการไม่ได้แปลว่าต้องทุพพลภาพ และทุพพลภาพไม่ได้แปลว่าพิการอย่างเดียว พิจารณาไม่ทุพพลภาพก็ได้ หากมีความสามารถในการประกอบกิจการงานได้ตามปกติ ก็ไม่ถือว่าเป็นคนทุพพลภาพ”⁸²

⁸⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1564 บัญญัติว่า “บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้”

⁸¹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 396.

⁸² เพ็ง เพ็งนิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: 2560), หน้า 44-45.

ศาสตราจารย์ พิเศษ ประสพสุข บุญเดช ได้ให้ความหมายของ “คนทุพพลภาพ” ไว้ว่า หมายถึง “บุคคลที่ย่อนกำลังความสามารถที่จะประกอบกรงานตามปกติได้ จึงมีความหมายรวมถึง คนพิการทางกายหรือจิตใจ (Physical or Mental disability)”⁸³

จากความหมายของทุพพลภาพดังกล่าวข้างต้นจึงสรุปได้ว่า คนพิการทางสติปัญญาไม่ใช่คน ทุพพลภาพเสมอไป ทั้งนี้ต้องพิจารณาเป็นรายบุคคลไปว่าคนพิการทางสติปัญญาทุพพลภาพหรือไม่ และต้องเป็นผู้ที่ไม่สามารถหาเลี้ยงตนเองได้ บิดามารดาจึงจะมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูต่อไป แม้จะบรรลุนิติภาวะแล้วก็ตาม ประเด็นที่จะพิจารณาต่อไปก็คือ การพาบุตรไปทำหมันถือเป็นหน้าที่ ในการอุปการะเลี้ยงดูหรือไม่ ซึ่งหน้าที่ของบิดามารดาในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์โดยทั่วไป หมายถึง การจัดหาอาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย และการรักษาพยาบาล รวมทั้งให้เงินทองไว้ใช้ สอยตามสมควร นอกจากนี้ยังรวมถึงหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองบุตรทั้งทางร่างกายและจิตใจด้วย⁸⁴

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นผู้เยาว์หรือผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ทุพพลภาพ การกำหนดหน้าที่ ในการอุปการะเลี้ยงดูตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ไม่ได้กำหนดว่ารวมถึงการทำหมัน ทำให้บิดามารดาไม่มีหน้าที่ในการพาบุตรที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาไปทำหมัน เนื่องจากการทำหมัน เป็นการคุมกำเนิดอย่างหนึ่งไม่ใช่การรักษาพยาบาลตามปกติที่จะทำให้หายจากโรคภัยหรือทำให้หาย จากความพิการทางสติปัญญาได้ เว้นแต่ว่าการทำหมันดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อรักษาโรค หรือรักษา อาการผิดปกติ เช่น มีอาการผิดปกติจากอาการปวดท้องประจำเดือนรุนแรงมากและไม่มีวิธีทางอื่นใด ในการรักษาที่ดีไปกว่าการทำหมัน ทั้งนี้ การใช้สิทธิในการอุปการะเลี้ยงดูต้องเป็นไปเพื่อความผาสุก และประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญและจะใช้สิทธิอันเป็นการขัดต่อสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐาน ของบุตรไม่ได้⁸⁵ ด้วยเหตุผลดังกล่าวมานี้จึงชี้ให้เห็นว่าแม้บิดามารดาจะมีเหตุผลจากความกังวลและ เป็นห่วงบุตรที่มีความพิการทางสติปัญญาว่าจะถูกล่อลวง ทำให้เกิดการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์และให้ กำเนิดบุตรที่พิการออกมาก็ตาม ก็ไม่มีอำนาจที่จะพาบุตรที่มีความพิการทางสติปัญญาไปทำหมันได้ นอกจากนี้ การทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาเป็นสิทธิเด็ดขาดของคนพิการทางสติปัญญา ไม่ สามารถให้บิดามารดาหรือผู้ใดมาตัดสินใจแทนกันได้

⁸³ เรื่องเดียวกัน, น.653.

⁸⁴ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 23 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัณฑิตยสภา, 2561), หน้า 651.

⁸⁵ เรื่องเดียวกัน, น.669

2.5.2 สิทธิของผู้ใช้อำนาจปกครอง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้บิดามารดามีอำนาจปกครองบุตรในระหว่างที่บุตรยังเป็นผู้เยาว์ เนื่องจากผู้เยาว์ไม่อาจรับผิดชอบตัวเองได้ หากปล่อยให้ผู้เยาว์ให้จัดการทรัพย์สินของตนเองโดยลำพังอาจเกิดความเสียหาย กฎหมายจึงกำหนดให้บิดามารดามีอำนาจปกครองบุตรรับผิดชอบในตัวบุตร เป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตรตลอดจนรับผิดชอบในทรัพย์สินของบุตรด้วย อันเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้เยาว์ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดสิทธิในการใช้อำนาจปกครองโดยทั่วไปเอาไว้ ได้แก่ สิทธิในการกำหนดที่อยู่ของบุตร สิทธิในการทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน สิทธิที่จะให้บุตรทำการงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป และ สิทธิในการเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วย⁸⁶ สิทธิของผู้ใช้อำนาจปกครองยังรวมถึงสิทธิในการให้ความยินยอมให้บุตรหมั้นและสมรสด้วย⁸⁷ นอกจากนี้ยังรวมถึงสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการอุปการะเลี้ยงดูบุตรในด้านต่าง ๆ เช่น สิทธิที่จะให้ความยินยอมให้บุตรผู้เยาว์ได้รับการรักษาพยาบาลหรือการผ่าตัดด้วย⁸⁸

ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ ได้ให้ความหมายของอำนาจปกครองของบิดามารดาไว้ว่า “เป็นที่รวมของหน้าที่และสิทธิที่กฎหมายให้แก่บิดามารดาเพื่อพัฒนาร่างกายและจิตใจของผู้เยาว์ ทั้งนี้บิดามารดาจะต้องให้ความรักความอบอุ่นแก่ผู้เยาว์ด้วย หรือที่รวมของสิทธิและหน้าที่ที่กฎหมายให้แก่บิดามารดาเหนือตัวและทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์เพื่อปกป้องคุ้มครองบุตรผู้เยาว์”⁸⁹

ศาสตราจารย์ พิเศษ ประสพสุข บุญเดช ได้กล่าวถึง อำนาจปกครองของบิดามารดาที่มีต่อบุตร (Patria Potestas) ไว้ว่า เป็นอำนาจตามธรรมชาติของบิดามารดานับแต่บุตรได้ถือกำเนิดมาเป็นอำนาจที่ใช้เพื่อประโยชน์ในการเลี้ยงดูรักษาบุตรให้เจริญเติบโตต่อไปในภายภาคหน้า โดยปกติแล้วบุคคลอื่นใด หรือแม้แต่ศาลยุติธรรมก็ไม่อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการใช้อำนาจนี้เพราะถือว่าบิดา

⁸⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1567 บัญญัติว่า “ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิ

(1) กำหนดที่อยู่ของบุตร

(2) ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน

(3) ให้บุตรทำการงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป

(4) เรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

⁸⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1436 และ มาตรา 1454

⁸⁸ ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 84*, น.679.

⁸⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 81*, น.365.

มารดาย่อมมีความรับผิดชอบที่จะใช้อำนาจนี้เพื่อประโยชน์ทั่วไปของครอบครัว ของบุตรทั้งหลายในครอบครัว และของบุตรคนหนึ่งคนใดโดยเฉพาะ บิดามารดาต้องมีความรักใคร่เอ็นดูห่วงใยบุตร ใช้ความระมัดระวังอย่างดียิ่งในการดูแลรักษาบุตรเพื่อประโยชน์ของบุตร บิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์มีสิทธิในฐานะที่เป็นผู้ปกครองโดยธรรมชาติ (Natural Guardian) ของบุตรในอันที่จะควบคุมดูแลและคุ้มครองบุตร⁹⁰ แต่ปัจจุบันหลักการดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปจากการที่บิดาใช้อำนาจปกครองเด็ดขาดเหนือตัวบุตร เปลี่ยนเป็นการใช้อำนาจปกครองบุตรเพื่อประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์ (Child's Best Interests)⁹¹

กฎหมายกำหนดการใช้อำนาจปกครองขึ้นมาโดยเห็นว่าบุตรผู้เยาว์ยังอ่อนแอและด้อยประสบการณ์จึงควรได้รับการคุ้มครองจากผู้ให้กำเนิดโดยกลไกของกฎหมาย ทำนองเดียวกันกับที่กฎหมายต้องคุ้มครองคนไร้ความสามารถ บุคคลวิกลจริต หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ กลไกนี้รัฐเป็นผู้สร้างขึ้นมาเพื่อแบ่งเบาภาระของตนเองในการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กในประเทศ โดยสร้างอำนาจปกครองให้แก่บิดามารดาได้ใช้เป็นเครื่องมือในการคุ้มครองและพัฒนาเด็ก อำนาจปกครองจึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงจะสละ จำกัด โอน เลิก หรือตกลงเป็นอย่างอื่นนอกจากที่ตัวบทกำหนดไว้ไม่ได้ ดังนั้นอำนาจปกครองของบิดามารดามีรากฐานมาจากความจำเป็นทางธรรมชาติที่บิดามารดาผู้ให้กำเนิดต้องปกป้องคุ้มครองบุตรผู้เยาว์ เป็นทั้งสิทธิและหน้าที่ที่มุ่งให้ความผาสุกและประโยชน์แก่บุตร และปกป้องบุคคลภายนอกให้พ้นจากการทำละเมิดของผู้เยาว์⁹²

นอกจากนี้ผู้ใช้อำนาจปกครองมีอำนาจจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์และต้องจัดการทรัพย์สินนั้นด้วยความระมัดระวังเช่นวิญญูชนจะพึงกระทำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1571 แต่ผู้ใช้อำนาจปกครองไม่สามารถทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ได้ทุกประเภท นิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่สำคัญผู้ใช้อำนาจปกครองไม่อาจกระทำได้โดยลำพัง เพราะอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บุตรผู้เยาว์ได้ กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจปกครองต้องขออนุญาตจากศาลเสียก่อนสำหรับนิติกรรมที่สำคัญบางประเภท ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1574⁹³ หากศาลอนุญาตจึงจะสามารถทำนิติกรรมเหล่านั้นได้ การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจ

⁹⁰ ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 84*, น.659.

⁹¹ *เรื่องเดียวกัน*, น.669.

⁹² ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 81*, น.365.

⁹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปกครองต้องขออนุญาตศาลก่อน เพื่อให้อำนาจศาลเข้ามาดูแลพิทักษ์ผลประโยชน์ให้แก่ผู้เยาว์ หากผู้ใช้อำนาจปกครองได้ทำนิติกรรมเหล่านั้นไปโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาลนิติกรรมนั้นย่อมไม่มีผลผูกพันผู้เยาว์ เพราะถือเป็นนิติกรรมที่ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำไปโดยปราศจากอำนาจ⁹⁴ แต่สำหรับการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญานั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าการทำหมั้นเป็นการกระทำที่สำคัญที่จะทำได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากศาลเสียก่อน และการให้ความยินยอมในการทำหมั้นก็ไม่ใช่การทำนิติกรรม จึงทำให้เกิดประเด็นความไม่ชัดเจนว่าจะสามารถให้ผู้ใช้อำนาจปกครองเพื่อให้ความยินยอมในการทำหมั้นได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์พิเศษ ประสพสุข บุญเดช ได้ให้ความเห็นว่า “สิทธิของผู้ใช้อำนาจปกครองที่เกี่ยวข้องกับการอุปการะเลี้ยงดูบุตรในด้านต่าง ๆ บิดามารดาย่อมจะต้องใช้สิทธิดังกล่าวเพื่อความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญเท่านั้น หากการใช้สิทธิเช่นนี้นี้จะเป็นการ

มาตรา 1574 บัญญัติว่า “นิติกรรมใดอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ดังต่อไปนี้ ผู้ใช้อำนาจปกครองจะกระทำมิได้ เว้นแต่ศาลจะอนุญาต

(1) ขาย แลกเปลี่ยน ขายฝาก ให้เช่าซื้อ จำนอง ปลดจำนอง หรือโอนสิทธิจำนอง ซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้

(2) กระทำให้สุดสิ้นลงทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งทรัพย์สินของผู้เยาว์อันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์

(3) ก่อตั้งภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินอื่นใดในอสังหาริมทรัพย์

(4) จำหน่ายไปทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งสิทธิเรียกร้องที่จะให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้ หรือสิทธิเรียกร้องที่จะให้ทรัพย์สินเช่นว่านั้นของผู้เยาว์ปลอดจากทรัพย์สินที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินนั้น

(5) ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์เกินสามปี

(6) ก่อซื้อผูกพันใด ๆ ที่มุ่งให้เกิดผลตาม (1) (2) หรือ (3)

(7) ให้กู้ยืมเงิน

(8) ให้โดยเสนาหา เว้นแต่จะเอาเงินได้ของผู้เยาว์ให้แทนผู้เยาว์เพื่อการกุศลสาธารณะ เพื่อการสังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา ทั้งนี้ พอสสมควรแก่ฐานะานุรูปของผู้เยาว์

(9) รับการให้โดยเสนาหาที่มีเงื่อนไขหรือค่าภาระติดพัน หรือไม่รับการให้โดยเสนาหา

(10) ประกันโดยประการใด ๆ อันอาจมีผลให้ผู้เยาว์ต้องถูกบังคับชำระหนี้หรือทำนิติกรรมอื่นที่มีผลให้ผู้เยาว์ต้องรับเป็นผู้รับชำระหนี้ของบุคคลอื่นหรือแทนบุคคลอื่น

(11) นำทรัพย์สินไปแสวงหาผลประโยชน์นอกจากในกรณีที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 1598/4 (1) (2) หรือ (3)

(12) ประนีประนอมยอมความ

(13) มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัย”

⁹⁴ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว บรรพ 5 มาตรา 1435-1598/41

(กรุงเทพฯ: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2555), หน้า 319.

ขัดต่อสิทธิมนุษยชนขั้นมูลฐานของบุตรแล้วบิดามารดา ผู้ใช้อำนาจปกครอง ก็ย่อมไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการเช่นนั้นได้”⁹⁵

ในส่วนการใช้อำนาจปกครองตามมาตรา 1575 ที่วางหลักว่า “ถ้าในกิจการใดประโยชน์ของผู้ใช้อำนาจปกครองหรือประโยชน์ของคู่สมรสหรือบุตรของผู้ใช้อำนาจปกครองขัดกับประโยชน์ของผู้เยาว์ ผู้ใช้อำนาจปกครองต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนจึงทำกิจการนั้นได้มิฉะนั้นเป็นโมฆะ” เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการปกป้องประโยชน์ของผู้เยาว์โดยให้ศาลเข้ามาช่วยพิจารณาการใช้อำนาจปกครอง เนื่องจากการกระทำบางอย่างของบิดามารดาในการใช้อำนาจปกครองนั้นอาจเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบิดามารดาเอง หรือประโยชน์ที่เกิดจากปัจจัยอื่น ๆ อันขัดกับประโยชน์ที่แท้จริงของผู้เยาว์ ประเด็นปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาก็เป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาในประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นของคนพิการทางสติปัญญาเช่นกัน แต่ก็ไม่ได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าว เนื่องจากการทำหมั้นไม่ใช่กิจการตามความหมายของ มาตรา 1575 กิจการที่กฎหมายห้ามผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำ หมายความว่า กิจการใด ๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน เช่น การซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่าทรัพย์สิน กู้ยืมเงิน เป็นต้น นอกจากนั้นยังหมายความรวมถึงกิจกรรมต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองกับผู้เยาว์ด้วย⁹⁶

คำว่า “กิจการใด” (any act) หมายถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน เช่น การแบ่งมรดก ซื้อหรือขาย เช่า เป็นต้น และรวมถึงกิจกรรมต่าง ๆ ที่เป็นการก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองกับเด็กด้วย เช่นจ้างบุตรให้ทำงาน สัญญาจ้างทำของ รับขน เป็นต้น⁹⁷

คำว่ากิจการจึงมีความหมายไปในลักษณะการทำกิจการหรือธุรกิจการค้า เสียมากกว่า การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล หรือ การรับบริการสาธารณสุข จึงไม่สามารถรวมถึงการให้ความยินยอมในการทำหมั้นได้

คำว่า “ประโยชน์” (the interest) มีความหมายกว้างซึ่งอาจจะไม่ใช่สิ่งที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินก็ได้ กิจการที่ต้องห้ามตามมาตรา 1575 นอกจากเป็นประโยชน์ของผู้ใช้อำนาจปกครองเอง

⁹⁵ ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 84*, น.681.

⁹⁶ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 94*, น.333.

⁹⁷ ชาติชาย อัครวิบูลย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 582.

แล้วยังขยายรวมไปถึงประโยชน์ของคู่สมรสและบุตรด้วย ไม่ว่าจะคู่สมรสนั้นจะเป็นบิดาหรือมารดาของเด็กหรือไม่⁹⁸นอกจากนี้ มาตรา 1576 ได้ขยายคำว่าประโยชน์ของผู้ใช้อำนาจปกครองโดยให้หมายความรวมถึงประโยชน์ในกิจการดังต่อไปนี้ด้วย ได้แก่

1. ประโยชน์ในกิจการที่กระทำกับห้างหุ้นส่วนสามัญที่บุคคลดังกล่าวนั้นเป็นหุ้นส่วน
2. ประโยชน์ในกิจการที่กระทำกับห้างหุ้นส่วนจำกัดที่บุคคลดังกล่าวนั้นเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด

จะเห็นได้ว่าประโยชน์ดังกล่าวตามมาตราดังกล่าวข้างต้นจะมีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของผู้เยาว์เป็นสำคัญ รวมถึงกิจการดังกล่าวก็เป็นเรื่องกิจการที่มีความสัมพันธ์ในเชิงทรัพย์สินเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาที่สามารถมีผลเป็นโมฆะได้ และไม่ใช่ว่าประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับเนื้อตัวร่างกายจึงไม่สามารถนำประโยชน์ดังกล่าวมาพิจารณาร่วมกับการให้ความยินยอมในการทำหมั้นได้โดยตรง

มีข้อสังเกตว่า หากบุตรบรรลุนิติภาวะแล้ว ถือว่ามีความรับผิดชอบเต็มตัวแล้ว จึงสามารถจัดการงานต่าง ๆ ด้วยตนเองได้ทั้งหมด อำนาจปกครองของบิดามารดาจึงหมดสิ้นไปนับแต่บุตรบรรลุนิติภาวะ⁹⁹ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 วรรคหนึ่งที่บัญญัติว่า “บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา” ดังนั้น หากบุตรที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาบรรลุนิติภาวะแล้ว อำนาจปกครองบุตรตามที่กฎหมายกำหนดก็จะหมดสิ้นไป บิดามารดาจึงไม่สามารถใช้อำนาจปกครองบุตรพิการทางสติปัญญาได้อีกต่อไป สำหรับกรณีบุตรบรรลุนิติภาวะแล้วแต่ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองไม่ได้ บิดามารดายังคงมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรอยู่แต่ไม่มีอำนาจปกครองอีกต่อไป

จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้น สรุปได้ว่า การทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาหากไม่ใช่เป็นไปเพื่อให้หายจากความเจ็บป่วย หรือเป็นการรักษาปัญหาสุขภาพของคนพิการทางสติปัญญา ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร เนื่องจากไม่ใช่การรักษาพยาบาลตามปกติที่จะทำให้หายจากอาการป่วย หรือโรคร้ายไข้เจ็บต่าง ๆ และไม่สามารถใช้อำนาจปกครองบุตร เพื่อให้ความยินยอมแทนในการทำหมั้นได้ เนื่องจากเป็นการกระทำที่ร้ายแรง และกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของคนพิการทางสติปัญญาเป็นอย่างมาก ซึ่งผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าแม้การทำหมั้นดังกล่าวจะไม่อาจ

⁹⁸ เรื่องเดียวกัน, น.583.

⁹⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 94, น.294-295.

เป็นหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูหรือใช้อำนาจปกครองได้ แต่ก็ต้องยอมรับว่าปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา เป็นปัญหาที่มีผลในความสัมพันธ์ในทางครอบครัว เนื่องจากรูปแบบการเลี้ยงดูคนพิการทางสติปัญญาในสังคมไทยนั้น คนพิการทางสติปัญญาส่วนใหญ่จะอยู่ในความดูแลของครอบครัว ไม่ได้มีความสามารถในการพึ่งพาตนเองโดยสิ้นเชิง แต่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวของประเทศไทยนั้น ก็ยังไม่ชัดเจนในหลักเกณฑ์สิทธิของบุคคลอื่นในการตัดสินใจให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา เมื่อไม่ใช่หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูและไม่ใช่การใช้อำนาจปกครอง จึงต้องกำหนดกรอบและหลักเกณฑ์สำหรับสิทธิของบุคคลในครอบครัวที่เกี่ยวข้องให้เหมาะสมต่อไป

2.6 ความยินยอมในการรักษาพยาบาลตามกฎหมายไทย

การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลมีความสำคัญต่อกระบวนการรักษาพยาบาล หรือการรับบริการสาธารณสุข ถือเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของบุคคลในการที่จะตัดสินใจกำหนดชีวิตและร่างกายของตนเอง การรักษาพยาบาลที่จะเกิดผลสำเร็จได้นั้น นอกจากการอาศัยความรู้ ความเชี่ยวชาญของแพทย์ในการวินิจฉัยทำการรักษาพยาบาลแล้ว ยังต้องอาศัยการให้ความร่วมมือจากผู้ป่วยด้วย ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์ การดูแลตนเองภายหลังการรักษาหรือหลังจากพ้นการดูแลของแพทย์ไปแล้ว ด้วยเหตุนี้การให้ความยินยอมจึงต้องกระทำโดยผู้ป่วยเอง ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษากระบวนการให้ความยินยอมตามกฎหมายไทยเพื่อให้เกิดความเข้าใจและสามารถนำไปพิจารณาการให้ความยินยอมในการทำหมั้นสำหรับคนพิการทางสติปัญญา ซึ่งจะทำการศึกษาในเรื่องต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

2.6.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักความยินยอม

หลักความยินยอม (Volenti non fit injuria) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในทางกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาซึ่งมีแนวคิดที่ว่า เมื่อได้ให้ความยินยอมแล้วย่อมไม่ถือว่ามีความเสียหาย จึงไม่ถือว่าเป็นการละเมิด ทั้งนี้ต้องพิจารณาภายใต้ความชอบด้วยกฎหมายด้วย กล่าวคือ หากความยินยอมนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ไม่อาจใช้หลักความยินยอมไม่ถือว่าเป็นละเมิดได้

ในด้านกฎหมายอาญานั้น นักกฎหมายและคำพิพากษาได้อธิบายหลักความยินยอมไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ให้ความหมายของหลัก Volenti non fit injuria ไว้ว่า “ความยินยอมไม่เป็นความผิด การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง เกิดขึ้นโดยไม่ขัดขวางทั้งที่

สามารถขัดขวางได้ ซึ่งจะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเอง หรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตน อันเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้น ให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำ ยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้น ที่การนิ่งไม่ขัดขวาง อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอม เพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่า การนิ่งเช่นนั้นเป็นการยินยอม และการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมนั้น อาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ความยินยอมตามกฎหมายอาญาไม่เหมือนความยินยอมตามกฎหมายแพ่ง และไม่ใช้ความยินยอมให้ทำนิติกรรม จึงไม่ต้องการความสามารถของผู้ยินยอม”¹⁰⁰

ศาสตราจารย์ ดร. อักษรพร จุฬารัตน ให้ความหมายว่า “ความยินยอมทำให้การกระทำไม่มีความผิด ผู้กระทำจึงได้รับการยกเว้นโทษ”¹⁰¹

หลักความยินยอมนั้นศาลไทยได้นำมาใช้ในลักษณะของหลักทั่วไปอันปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 สรุปหลักความยินยอมได้ว่า “...มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาตามนัยฎีกาที่ 616/2482... และ 787/2483... ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้...ถือได้ว่าความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำฐานนี้ ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีแต่ประการใด การกระทำที่โจทก์ฟ้องจึงไม่มีความผิดในทางอาญา”¹⁰²

ในด้านกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด นักกฎหมายได้อธิบายหลักความยินยอมไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ให้ความหมายไว้ว่า “ความยินยอมทำให้ไม่เป็นความผิด”¹⁰³ บางครั้งบอกว่าความยินยอมทำให้ไม่ผิดกฎหมาย”¹⁰⁴

¹⁰⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 76*, น.38.

¹⁰¹ อักษรพร จุฬารัตน, "ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา," *วารสารนิติศาสตร์* ฉบับที่ 9 มิถุนายน-สิงหาคม 2520): หน้า 60-61.

¹⁰² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508

¹⁰³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2718/2552 เล่มที่ 3 (สำนักงานศาลยุติธรรม) หน้า 139 การที่โจทก์และ ก. ยินยอมให้จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 หรืออุทธรณ์ออกจากทางเข้าออกรวมเพื่อไม่ให้กีดขวางทางเข้าออกแก่ผู้ซื้อที่ดินของ

ศาสตราจารย์ สุขุม ศุภนิติย์ ให้ความหมายว่า “ความยินยอมไม่ทำให้เสียหาย”¹⁰⁵

อาจารย์ พจน์ ปุષปาคม ให้ความหมายว่า “ความยินยอมที่เกิดจากฝ่ายผู้เสียหายยอมให้กระทำต่อตน ไม่ว่าจะต่อเนื้อตัว ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิ ความยินยอมโดยแท้จริงแล้ว เป็นข้อแก้ตัวของผู้กระทำ ไม่ใช่สิทธิของผู้กระทำ”¹⁰⁶

อาจารย์ เพ็ง เพ็งนิติ ให้ความหมายว่า “เป็นเรื่องที่ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำการประทุษร้าย โดยสมัครใจ หรือยอมเข้าสู่อันตราย ไม่ว่าจะเป็นการทำอันตรายต่อร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใด การนิ่งเฉยไม่ขัดขืน หรือไม่ขัดขวาง คัดค้าน ต่อการกระทำที่เป็นการประทุษร้าย หรือพฤติกรรมนั้นควรจะขัดขวาง ห้ามปราม หรือ คัดค้าน แต่ไม่ขัดขวาง ไม่ห้ามปราม หรือไม่คัดค้าน ถือเป็นความยินยอมโดยปริยาย”¹⁰⁷

ศาสตราจารย์ ศักดิ์ สมองชาติ ให้ความหมายว่า “เป็นเรื่องที่ผู้เสียหายยอมให้กระทำ หรือยอมต่อการกระทำ หรือเข้าเสี่ยงรับความเสียหาย ซึ่งถือได้ว่า การให้ความยินยอมยอมทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด ตามมาตรา 420 ไม่ว่าผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายจากการกระทำอย่างไร และได้รับความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างอื่นอย่างไร”¹⁰⁸

ศาสตราจารย์พิเศษ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ ให้ความหมายว่า “การที่ผู้เสียหายยินยอมโดยสมัครใจ ต่อการกระทำประทุษร้าย หรือผู้เสียหายสมัครใจเข้าสู่อันตรายเอง ไม่ว่าจะยินยอมให้กระทำต่อ ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิของตน และเป็นการยินยอมของผู้สามารถให้ความยินยอม ทำให้การ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

โจทก์ และ ก. เมื่อจำเลยได้รู้แล้ว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าไม่เป็นการทำละเมิดต่อโจทก์เพราะไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย

¹⁰⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด,” วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย: หน้า 52.

¹⁰⁵ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548), หน้า 38.

¹⁰⁶ พจน์ ปุષปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2530), หน้า 58-59.

¹⁰⁷ เพ็ง เพ็งนิติ, อ่างแล้ว เจิงอรรถที่ 82, หน้า 65.

¹⁰⁸ ศักดิ์ สมองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2556), หน้า 58.

กระทำไม่เป็นละเมิด ความยินยอมของผู้เสียหายมิใช่สิทธิของผู้กระทำ แต่เป็นข้อแก้ตัวของผู้กระทำ ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดเพื่อละเมิด”¹⁰⁹

จึงสรุปได้ว่าหลักความยินยอมในมุมมองของนักกฎหมายนั้น สามารถนำไปใช้ได้ทั้งทางแพ่ง และทางอาญา เมื่อมีการให้ความยินยอมแล้วทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดทางกฎหมาย และไม่ทำให้การกระทำนั้นเป็นการละเมิด ไม่ว่าจะเป็นการทำอันตรายต่อร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใด

ในเรื่องอำนาจปกครองและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู เป็นอำนาจที่กฎหมายครอบคร้วได้ให้อำนาจไว้ การกระทำของบิดามารดาจึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น การที่บิดามารดาลงโทษ เขียนตีบุตร แม้อาจเห็นในเบื้องต้นว่าทำให้บุตรได้รับความเสียหายต่อสิทธิในร่างกาย แต่เมื่อกฎหมายครอบคร้วให้อำนาจไว้เพราะเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องของเจตนาดีที่บิดามารดาปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายครอบคร้วในการอบรมสั่งสอนบุตร การกระทำของบิดามารดาจึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย¹¹⁰ และเมื่อนำอำนาจปกครองบุตรและหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรดังกล่าวมาพิจารณากับกรณีการให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทนบุตร หรือการพาบุตรไปทำหมั้นนั้น บิดามารดาจะใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อพาบุตรที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาไปทำหมั้นได้หรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาผู้เขียนมีความเห็นว่า การทำหมั้นบุตรพิการทางสติปัญญาไม่ใช่หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และบิดามารดาไม่สามารถใช้อำนาจปกครองไปทำหมั้นบุตรได้ เพราะเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุตร ดังนั้น จะถือเอาความยินยอมของบิดา มารดา แทนความยินยอมของบุตรไม่ได้ และเมื่อแพทย์ทำหมั้นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าตัวที่เป็นคนพิการทางสติปัญญา การทำหมั้นนั้นอาจเป็นการกระทำละเมิด หรือเป็นการทำร้ายร่างกายได้

ปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิในร่างกายของคนพิการทางสติปัญญาซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Right)¹¹¹ ที่กฎหมายให้การรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลซึ่งสามารถใช้ยื่นได้กับทุกคน ไม่มีบุคคลใดพรากสิทธิในร่างกายนี้ไปได้ และไม่สามารถโอนสิทธิในร่างกายให้แก่กันได้ ดังนั้น การให้ความยินยอมในการทำหมั้น ผู้เป็นเจ้าของร่างกายจึงต้องเป็นผู้ให้ความยินยอมด้วยตนเอง และความยินยอมที่จะมีผลทางกฎหมายได้นั้นต้อง

¹⁰⁹ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง (กรุงเทพฯ: ศรีสมบัติการพิมพ์, 2534), หน้า 15.

¹¹⁰ ศนันทกรณ โสทธิพันธ์, อ้างแล้ว เจียงอรรถที่ 77, น.154-155.

¹¹¹ สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 25 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 155-156.

ประกอบด้วยบุคคลที่ให้ความยินยอมสามารถจำหน่ายโอนสิทธิที่ตนให้ความยินยอมได้ และความยินยอมที่ให้อาจเป็นความยินยอมที่สมบูรณ์¹¹² และในส่วนของอำนาจในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้นมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 กำหนดให้บิดามารดาสามารถเป็นผู้รับทราบข้อมูลแทนบุตรได้ในกรณีบุตรเป็นบุคคลที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลเพื่อใช้ในการตัดสินใจเข้ารับการรักษาพยาบาลได้ แต่ก็ยังคงมีความไม่ชัดเจนว่าการที่กฎหมายบัญญัติให้บิดามารดา สามารถเป็นผู้รับทราบข้อมูลแทนได้นั้นครอบคลุมถึงการให้ความยินยอมด้วยหรือไม่ ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ต่อไป

2.6.2 ความเป็นมาของความยินยอมให้รักษาพยาบาลในประเทศไทย

ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และบุคลากรสาธารณสุขกับผู้ป่วยในอดีตนั้น แพทย์จะได้รับการเชื่อฟังและเคารพนับถือจากผู้ป่วย เป็นการรักษาพยาบาลด้วยความเมตตาและเป็นผู้มีพระคุณต่อผู้ป่วย แพทย์ได้รับความเคารพนับถือไว้วางใจ (Fiduciary relationship)¹¹³ มีความสัมพันธ์แบบพ่อปกครองดูแลลูก (Paternalism)¹¹⁴ แต่ปัจจุบันความสัมพันธ์ดังกล่าวไปเปลี่ยนแปลงไป แพทย์และผู้ป่วยต่างมีสถานะเท่าเทียมกัน การรักษาพยาบาลเป็นไปในเชิงของธุรกิจและการบริการมากยิ่งขึ้น ความสัมพันธ์เปลี่ยนเป็นรูปแบบของผู้ให้บริการ และผู้รับบริการทางการแพทย์

ก่อนที่จะประกาศใช้พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ประเทศไทยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล มีเพียงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่รับรองสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้เป็นหลักอย่างกว้าง ๆ¹¹⁵

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹¹² เรื่องเดียวกัน, น.162.

¹¹³ แสง บุญเฉลิมวิภาส, กฎหมายและข้อควรระวังของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ พยาบาล, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 31.

¹¹⁴ วิฑูรย์ ตรีสุนทรรัตน์, การให้ความยินยอมในการรับบริการสาธารณสุขและความเข้าใจเกี่ยวกับมาตรา 8 พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: ศูนย์กฎหมายสุขภาพและจริยศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 50.

¹¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550

มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

มาตรา 26 บัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

ต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 สรุปหลักเกณฑ์เรื่องความยินยอมไว้ความว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ถ้าความผิดนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และยินยอมอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้” ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานในการตีความกรณีที่มีปัญหาต้องวินิจฉัยเกี่ยวเนื่องกับความยินยอมเรื่อยมา

นอกจากนี้ ยังมีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522¹¹⁶ ที่กล่าวถึง สิทธิในการรับข่าวสาร คำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัย สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย ซึ่งเป็นการรับรองสิทธิให้แก่ผู้บริโภคโดยทั่วไป โดยมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการเสนอสินค้าและบริการต่าง ๆ ต่อประชาชนเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้บริโภคอยู่ในฐานะเสียเปรียบ เพราะไม่ทราบภาวะตลาด และความจริงเกี่ยวกับคุณภาพและราคาสินค้า เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในการฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้ประกอบการโฆษณา แต่ไม่ได้มีการระบุถึงการรับบริการทางการแพทย์ หรือสิทธิของผู้ป่วย โดยเฉพาะเจาะจง

การขอความยินยอมในการรักษาพยาบาลเป็นแบบที่แพทย์ถือปฏิบัติกันมาตั้งแต่เริ่มมีการเรียนการสอนวิชาชีพแพทย์ อันเป็นหลักจริยศาสตร์สากลที่กลายเป็นจารีตประเพณีในการประกอบ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

มาตรา 28 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน”

มาตรา 32 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย”

¹¹⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522

มาตรา 4 บัญญัติว่า “ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับความคุ้มครองดังต่อไปนี้

- (1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้ง คำพรรณนาคุณภาพ ที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ
- (2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ
- (3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ
- (3 ทวิ) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา
- (4) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย

ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายว่าด้วยกรณีนั้น ๆ หรือพระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้”

วิชาชีพของแพทย์และบุคลากรทางการแพทย์ในประเทศไทย¹¹⁷ ต่อมาสภาวิชาชีพการแพทย์และการสาธารณสุขอันประกอบด้วย แพทยสภา สภาการพยาบาล สภาเภสัชกรรม กระทรวงสาธารณสุข ทันตแพทยสภา สภาเทคนิคการแพทย์ และสภากายภาพบำบัด ได้ร่วมกันออกคำประกาศสิทธิของผู้ป่วย เมื่อวันที่ 16 เมษายน พ.ศ.2541 ซึ่งคำประกาศสิทธิของผู้ป่วยดังกล่าวเป็นเสมือนกรอบกำหนดสิทธิของผู้ป่วยเบื้องต้น อันรวมไปถึงเรื่องของการขอความยินยอมในการรักษาพยาบาลด้วยในข้อ 3 ของคำประกาศสิทธิดังกล่าวระบุว่า “ผู้ป่วยที่ขอรับบริการด้านสุขภาพ มีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลอย่างเพียงพอและเข้าใจชัดเจนจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ เพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเลือกตัดสินใจ ในการยินยอมหรือไม่ยินยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพปฏิบัติต่อตน เว้นแต่เป็นการช่วยเหลือรีบด่วนหรือจำเป็น”¹¹⁸ จะเห็นได้ว่า คำประกาศสิทธิดังกล่าว ยังไม่ใช่กฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน เป็นเพียงการกำหนดมาตรฐานที่ผู้ประกอบวิชาชีพต้องดำเนินการ แต่ก็ถือได้ว่าการออกคำประกาศสิทธิดังกล่าวเป็นการรับรองสิทธิให้แก่ผู้ป่วยมากยิ่งขึ้น ทำให้แพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์จำเป็นต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนเสมอ โดยการให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาแก่ผู้ป่วย เพื่อให้ผู้ป่วยทำการตัดสินใจ ไม่ใช่แนวทางการปฏิบัติที่แพทย์มีอำนาจเด็ดขาดที่จะสามารถตัดสินใจรักษาผู้ป่วยได้โดยอาศัยความนับถือ หรือความไว้นับถือใจจากผู้ป่วยเหมือนในสมัยอดีตอีกต่อไป

ในปี พ.ศ.2550 ได้มีพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติออกใช้บังคับ ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกที่มีการบัญญัติเรื่องความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวเป็นครั้งแรกในประเทศไทย โดยพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 มาตรา 8¹¹⁹ ได้วางหลักและกรอบปฏิบัติของ

¹¹⁷ ศักดา สติรเรื่องชัย, "ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติทั่วไป," เวชบันทึกศิริราช 6, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2556): 95.

¹¹⁸ คำประกาศสิทธิผู้ป่วย พ.ศ.2541 ข้อ 3

¹¹⁹ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550

มาตรา 8 บัญญัติว่า “ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใด จะให้บริการนั้นมีได้

ในกรณีที่เกิดความเสียหายหรืออันตรายแก่ผู้รับบริการเพราะเหตุที่ผู้รับบริการปกปิดข้อเท็จจริงที่ตนรู้และควรบอกให้แจ้ง หรือแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรืออันตรายนั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

ความยินยอมทางการแพทย์ที่ชัดเจนเพิ่มขึ้นจากคำประกาศสิทธิของผู้ป่วยในประการสำคัญ โดยกำหนดให้แพทย์และบุคลากรทางการแพทย์จะต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพแก่ผู้ป่วยก่อน เพื่อขอความยินยอมในการรักษาพยาบาล ไม่ใช่เป็นเรื่องที่ผู้ป่วยต้องถามก่อน ในหลักสากลเรียกความยินยอมในลักษณะนี้ว่า Informed Consent หรือความยินยอมภายหลังได้รับการบอกกล่าวแล้ว ซึ่งการแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพให้แก่ผู้ป่วยทราบนั้น ต้องเป็นไปอย่างเพียงพอที่ผู้ป่วยจะใช้ตัดสินใจรับบริการหรือไม่รับบริการทางการแพทย์นั้น ๆ และหากผู้ป่วยปฏิเสธไม่รับบริการใดแพทย์จะให้บริการนั้น ๆ ไม่ได้¹²⁰ หากแพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์ฝ่าฝืนหน้าที่เกี่ยวกับความยินยอมดังกล่าว ย่อมเป็นการกระทำต่อผู้ป่วยโดยผิดกฎหมาย ไม่ว่าจะผ่านทางแพ่งหรือทางอาญาก็ตาม รวมไปถึงผิดวินัยในวิชาชีพแพทย์ด้วย

ต่อมาในปี พ.ศ.2558 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมคำประกาศสิทธิใหม่ นับตั้งแต่มีคำประกาศสิทธิผู้ป่วยฉบับเดิมในปี พ.ศ.2541 คำประกาศสิทธิฉบับใหม่นี้ยังคงสาระสำคัญของสิทธิผู้ป่วยไว้เช่นเดิม เพียงแต่มีการเพิ่มเติมในส่วนขอพิงปฏิบัติของผู้ป่วยขึ้น จึงกลายเป็นทั้งคำประกาศ "สิทธิ" และ "ข้อพิงปฏิบัติของผู้ป่วย" ฉบับใหม่โดยกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ป่วยควบคู่กันไปกับเรื่องสิทธิของผู้ป่วย เพื่อให้ประชาชนรับรู้และเข้าใจว่าบุคลากรทางด้านสุขภาพ ไม่ว่าจะแพทย์ ทันตแพทย์ เภสัชกร หรือพยาบาล ไม่สามารถแก้ปัญหาสุขภาพได้ทุกอย่าง เนื่องจากอาจมีข้อจำกัดด้านเครื่องมือ บุคลากร เทคโนโลยี หรือผลตรวจจากห้องปฏิบัติการ รวมทั้งกรณีที่ผู้ป่วยมีหน้าที่จะต้องร่วมมือกับบุคลากรทางการแพทย์ในการดูแลรักษาสุขภาพของตนเอง ผู้ป่วยพึงสอบถามเพื่อทำความเข้าใจข้อมูล และความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นก่อนลงนามให้ความยินยอม เป็นต้น¹²¹

CHULALONGKORN UNIVERSITY

-
- (1) ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน
 - (2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณีรับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้”

¹²⁰ วิฑูรย์ ตรีสุนทรรัตน์ และ ธนสร สุทธิบัติ, *อ้างแล้ว* *เชิงจรจรที่ 79*, น.16-17.

¹²¹ แพทยสภา., "แถลงข่าว กระทรวงสาธารณสุขและภาควิชาวิชาชีพด้านสุขภาพ ร่วมกันประกาศสิทธิของผู้ป่วยและข้อพิงปฏิบัติสำหรับผู้ป่วย " [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 1 สิงหาคม พ.ศ.2562. แหล่งที่มา: https://www.tmc.or.th/detail_news.php?news_id=845

2.6.3 ลักษณะและรูปแบบของการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล

ลักษณะที่สำคัญของการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลหรือรับบริการสาธารณสุข ที่จะทำให้ความยินยอมมีผลสมบูรณ์ มีดังนี้¹²²

1. ความยินยอมต้องบริสุทธิ์ กล่าวคือ ผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมด้วยเจตนาอันแท้จริงของตนเอง ให้ความยินยอมโดยสมัครใจปราศจากการข่มขู่ หลอกลวง สำคัญผิด หรือด้วยเหตุใด ๆ
2. ความยินยอมต้องมีอยู่จนถึงขณะกระทำการหรือดำเนินกิจกรรมใด ๆ ทาง การแพทย์และสาธารณสุข กล่าวคือ ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่ขณะที่แพทย์หรือบุคลากร สาธารณสุขได้ทำการรักษา บำบัด หรือฟื้นฟู ผู้ป่วยจะต้องไม่เพิกถอนหรือปฏิเสธไม่ให้ความยินยอม ก่อนที่แพทย์จะดำเนินการใด ๆ
3. ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีหรือไม่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
4. ความยินยอมของผู้ป่วยต้องผ่านการรับรู้หรือได้รับข้อมูลอย่างถูกต้อง ชัดเจน และเพียงพอ (Informed Consent) จากแพทย์และบุคลากรสาธารณสุข
5. ความยินยอมของผู้ป่วยต้องแสดงออกถึงการมีส่วนร่วม (Active Consent) ใน การตัดสินใจร่วมกันกับแพทย์และบุคลากรสาธารณสุขที่ให้การรักษาพยาบาลด้วย

ในส่วนของลักษณะและกระบวนการในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นตามแนวทาง ปฏิบัติทางการแพทย์ มีหลักการและขั้นตอนดังนี้¹²³

1. ให้คำปรึกษา ผู้รับบริการต้องได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการคุมกำเนิดแบบชั่วคราวและถาวร วิธีการทำหมั้นไม่ว่าจะเป็นการทำหมั้นชาย หรือ ทำหมั้นหญิง อาการข้างเคียง ภาวะแทรกซ้อน ที่อาจเกิดขึ้น รวมทั้งข้อดีข้อเสียของการทำหมั้น
2. มีการซักประวัติ ตรวจร่างกาย เตรียมความพร้อมด้านร่างกายและจิตใจ

¹²² นิรมัย พิศแข มั่นจิตร, ฎหมายว่าด้วยสิทธิของผู้ป่วยและการจัดทำบริการทางด้านสุขภาพ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 70-71.

¹²³ สำนักงานสถิติแห่งชาติ, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.127-130.

3. ผู้รับบริการจะต้องลงนามในหนังสือยินยอมผ่าตัด ยืนยันว่าเป็นการตัดสินใจทำห้หมั้นด้วยความสมัครใจ

จากหลักการและแนวทางข้างต้นนำไปสู่ประเด็นที่จะทำการศึกษาต่อไปว่า คนพิการทางสติปัญญาจะมีความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำห้หมั้นหรือไม่ สามารถรับทราบและเข้าใจข้อมูลเกี่ยวกับการทำห้หมั้น สามารถเตรียมความพร้อมด้านร่างกายและจิตใจได้มากน้อยเพียงใด และผู้ใดเป็นผู้มีสิทธิในการตัดสินใจให้ความยินยอมให้ทำห้หมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา

การให้ความยินยอมของผู้รับบริการสุขภาพนั้น ย่อมจำกัดเฉพาะการรับบริการที่มีลักษณะเฉพาะนั้น ๆ หากการรับบริการมีลักษณะที่แตกต่างออกไปจากที่ผู้ป่วยหรือผู้รับบริการได้ให้ความยินยอมไว้ในสาระสำคัญ แพทย์หรือผู้ให้บริการจะต้องได้รับความยินยอมใหม่จากผู้ป่วยหรือผู้รับบริการ¹²⁴ การทำห้หมั้นเป็นการรับบริการสาธารณสุขอย่างหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการคุมกำเนิด ดังนั้นก่อนที่จะทำการผ่าตัดทำห้หมั้นผู้ป่วยจะต้องให้ความยินยอมเสียก่อน ซึ่งในทางปฏิบัติผู้ป่วยจะลงชื่อในหนังสือยินยอมผ่าตัดทำห้หมั้นเพื่อยืนยันว่าเป็นการตัดสินใจทำห้หมั้นด้วยความสมัครใจ¹²⁵

ในส่วนองรูปแบบของการให้ความยินยอมตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ไม่ได้กำหนดรูปแบบของการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลไว้เป็นการเฉพาะ สามารถแสดงเจตนาเป็นหนังสือหรือโดยปริยายได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีการให้ความความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำห้หมั้นนั้น ไม่ใช่การทำนิติกรรมสัญญาจึงไม่อาจนำบทบัญญัติต่าง ๆ ในเรื่องการแสดงเจตนา และความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญามาปรับใช้ได้โดยตรง ทั้งนี้ ในส่วนของความยินยอมในการทำห้หมั้นมีการกำหนดไว้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายในพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 แต่เป็นการใช้บังคับแก่ผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิต โดยกำหนดให้การทำห้หมั้นผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตจะต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยเป็นหนังสือก่อน ซึ่งผู้ป่วยต้องได้รับทราบเหตุผลความจำเป็น ความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น ภาวะแทรกซ้อนที่เป็นอันตรายร้ายแรง หรืออาจเป็นผลทำให้ไม่สามารถแก้ไขให้ร่างกายกลับคืนสู่สภาพเดิมได้¹²⁶

¹²⁴ นิรมัย พิศแข มั่นจิตร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 122*, น.70-71.

¹²⁵ สำนักงานสถิติแห่งชาติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น.127-130.

¹²⁶ พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551

มาตรา 19 บัญญัติว่า “การทำห้หมั้นผู้ป่วยจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่ได้ปฏิบัติตามมาตรา 18 (1)”

2.6.4 ข้อยกเว้นการขอความยินยอมในการรักษาพยาบาล

พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 มาตรา 8 วรรคหนึ่ง บังคับให้แพทย์และบุคลากรทางการแพทย์ต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพเพื่อขอความยินยอมทางการแพทย์จากผู้ป่วย แต่มีข้อยกเว้นตามมาตรา 8 วรรคสาม ได้กำหนดกรณีที่แพทย์และบุคลากรทางการแพทย์ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักเรื่องความยินยอมสำหรับการให้บริการสาธารณสุขใน 2 กรณี คือ

1. ผู้ป่วยที่อยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน

สำหรับกรณีตามมาตรา 8 วรรคสาม (1) มีลักษณะเป็นผู้ป่วยฉุกเฉิน ได้แก่ ผู้ป่วยที่มาห้องฉุกเฉินของแต่ละโรงพยาบาลในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิต อาจถึงตายได้ในขณะนั้นหรือในเวลาอันใกล้ เช่น ผู้ป่วยที่เกิดภาวะหัวใจวายเฉียบพลัน หัวใจหยุดเต้น หรือ ผู้ป่วยที่ระบบหายใจล้มเหลว ไม่หายใจ และมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วนในทันทีโดยพลัน¹²⁷

2. ผู้ป่วยที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูล และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรม ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้

พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 มาตรา 8 วรรคสาม บัญญัติว่า “ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับ (2) ผู้ป่วยที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูล และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรม ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้” ซึ่งมีความหมายว่าแพทย์และบุคลากรทางการแพทย์ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักเรื่องความยินยอมสำหรับการให้บริการสาธารณสุขในกรณีผู้ป่วยที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลและไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นผู้รับทราบข้อมูลแทนผู้ป่วยในขณะนั้นได้ ซึ่งผู้ป่วยที่ไม่

มาตรา 18 บัญญัติว่า “การรักษาทางจิตเวชด้วยไฟฟ้า การกระทำต่อสมองหรือระบบประสาทหรือการบำบัดรักษาด้วยวิธีอื่นใด ที่อาจเป็นผลทำให้ร่างกายไม่อาจกลับคืนสู่สภาพเดิมอย่างถาวรให้กระทำได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) กรณีผู้ป่วยให้ความยินยอมเป็นหนังสือเพื่อการบำบัดรักษานั้น โดยผู้ป่วยได้รับทราบเหตุผลความจำเป็น ความเสี่ยงที่อาจเกิดภาวะแทรกซ้อนที่เป็นอันตรายร้ายแรง หรืออาจเป็นผลทำให้ไม่สามารถแก้ไขให้ร่างกายกลับคืนสู่สภาพเดิม และประโยชน์ของการบำบัดรักษา”

¹²⁷ วิฑูรย์ ตรีสุนทรรัตน์ และ ธนสร สุทธิบัติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 79*, น.59-64.

อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูล ต้องร่วมกับมีเหตุจำเป็นในขณะนั้นที่แพทย์เห็นว่าสมควรจะต้องให้บริการสาธารณสุขใด ๆ แก่ผู้ป่วย¹²⁸

นายแพทย์วิฑูรย์ ตริสุนทรรัตน์ ได้ให้ความเห็นว่า ผู้ป่วยที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูล คือ ผู้ป่วยเด็กทารก ผู้ป่วยผู้เยาว์ ผู้ป่วยผิดปกติทางจิต ผู้ป่วยโคม่าไม่ได้สติ¹²⁹

นอกจากนี้ยังมีข้อยกเว้นกรณีอื่น ๆ ที่พบได้บ่อยในเวชปฏิบัติ ได้แก่

1. กรณีผู้ป่วยสละสิทธิ (Patient Waiver) คือ ข้อยกเว้นในกรณีผู้ป่วยสละสิทธิซึ่งถูกอธิบายไว้ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ว่าผู้ป่วยสามารถสละสิทธิที่จะได้รับแจ้งข้อมูลทางการแพทย์ โดยผู้ป่วยแจ้งให้แพทย์ทำการรักษาได้โดยไม่ต้องมีการแจ้งข้อมูล แต่ทั้งนี้ต้องเป็นที่ชัดเจนว่าผู้ป่วยได้ทราบถึงสิทธิที่จะได้รับแจ้งข้อมูลเพื่อขอความยินยอมทางการแพทย์ ไม่ใช่กรณีที่ผู้ป่วยไม่เคยทราบว่าตนมีสิทธิดังกล่าว ในบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาจะกำหนดให้ผู้ป่วยสามารถสละสิทธิดังกล่าวได้เฉพาะกรณีการรักษาพยาบาลที่มีความเสี่ยงต่ำเท่านั้น และสำหรับประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดข้อยกเว้นกรณีนี้เอาไว้อย่างชัดเจน แต่จะพบได้บ่อยในเวชปฏิบัติที่ผู้ป่วยยอมให้แพทย์ตัดสินใจรักษาพยาบาลได้เลย เช่น การกล่าวกับแพทย์ว่า “แล้วแต่คุณหมอ”¹³⁰

2. กรณีแพทย์มีอำนาจแห่งดุลพินิจเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยโดยแท้ (Therapeutic Privilege) เป็นข้อยกเว้นกรณีนี้เป็นการที่แพทย์เจตนาไม่แจ้งข้อมูลในการรักษาให้ผู้ป่วยทราบ เนื่องจากการแจ้งข้อมูลการรักษาให้ผู้ป่วยทราบอาจทำให้ผู้ป่วยปฏิเสธการรักษาหรือไม่ร่วมมือกับการรักษา เพราะอาจเล็งเห็นได้ว่าผู้ป่วยจะเกิดความวิตกกังวลมาก หรือหมดกำลังใจในการมีชีวิตอยู่ต่อไป อันจะเป็นผลเสียต่อการรักษา ทำให้แพทย์ควรมีสิทธิสงวนข้อมูลการรักษาเอาไว้เพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยเอง¹³¹ มีการศึกษาวิจัยพบว่าแพทย์ได้มีการใช้อำนาจแห่งดุลพินิจพิจารณาทำการ

¹²⁸ เรื่องเดียวกัน, น.64-65.

¹²⁹ เรื่องเดียวกัน, น.65.

¹³⁰ เรื่องเดียวกัน, น.66.

¹³¹ Alasdair Maclean, Autonomy, Informed Consent and Medical Law a Relational Challenge (UK: Cambridge University Press, 2009), p. 190.

รักษาพยาบาลเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยเป็นจำนวนมาก¹³² สำหรับประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดข้อยกเว้นกรณีนี้เอาไว้โดยตรง แต่สามารถเปรียบเทียบได้กับข้อยกเว้นในกรณีการมีเหตุจำเป็นในขณะนั้นที่แพทย์เห็นว่าสมควรจะต้องให้บริการสาธารณสุขแก่ผู้ป่วย

3. การบังคับให้บริการสาธารณสุข (Compulsory Treatment)

ข้อยกเว้นในกรณีนี้มักมีกฎหมายบัญญัติในลักษณะเพื่อการปฏิบัติตามคำสั่งศาล หรือคำสั่งของเจ้าพนักงาน เพื่อให้อำนาจแพทย์และบุคลากรทางการแพทย์ให้สามารถทำการตรวจวินิจฉัยรักษาได้แม้จะเป็นการจำกัดเสรีภาพบุคคล¹³³ ข้อยกเว้นนี้ถือว่าการบังคับให้บริการสาธารณสุขจะต้องกระทำเพื่อประโยชน์ของสังคมส่วนรวม ไม่ใช่เพียงแค่คุ้มครองประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง¹³⁴ สำหรับประเทศไทยมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับให้บริการสาธารณสุข ได้แก่

1.) พระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ.2558 มาตรา 34(1)¹³⁵ เจ้าพนักงานสาธารณสุขมีอำนาจสั่งให้ผู้ต้องสงสัยว่าป่วยเป็นโรคติดต่ออันตราย เช่น ไข้หวัดนก วัณโรค ไข้สมองอักเสบ ไข้เลือดออก ไข้มาลาเรีย หรือ คúmตัวไ้ ณ สถานที่ซึ่งเจ้าพนักงานสาธารณสุขกำหนดได้

¹³² President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, Making Health Care Decisions (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1982), p. 96.

¹³³ วิฑูรย์ ตรีสุนทรรัตน์ และ ธนสร สุธชิต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 79, น.68.

¹³⁴ Jessica Berg and others, Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice (New York: Oxford University Press, 2001), p. 90.

¹³⁵ พระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558

มาตรา 34 เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและควบคุมโรคติดต่อ เมื่อเกิดโรคติดต่ออันตราย หรือโรคระบาด หรือมีเหตุสงสัยว่าได้เกิดโรคติดต่ออันตรายหรือโรคระบาดในเขตพื้นที่ใด ให้เจ้าพนักงานควบคุมโรคติดต่อในพื้นที่นั้นมีอำนาจที่จะดำเนินการเอง หรือออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ใดดำเนินการ ดังต่อไปนี้

1.) ให้ผู้ที่ป่วยหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรคติดต่ออันตรายหรือโรคระบาด หรือผู้ที่เป็นผู้สัมผัสโรคหรือเป็นพาหะมารับการตรวจหรือรักษา หรือรับการชันสูตรทางการแพทย์ และเพื่อความปลอดภัยอาจดำเนินการโดยการแยกกัก กักกัน หรือคุมไว้สังเกต ณ สถานที่ซึ่งเจ้าพนักงานควบคุมโรคติดต่อกำหนดจนกว่าจะได้รับการตรวจ และการชันสูตรทางการแพทย์ว่าพ้นระยะติดต่อของโรคหรือสิ้นสุดเหตุอันควรสงสัย ทั้งนี้หากเป็นสัตว์ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสัตว์เป็นผู้นำสัตว์มารับการตรวจหรือรักษา หรือรับการชันสูตรทางการแพทย์

2.) พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522 มาตรา 58/1¹³⁶ ให้อำนาจเจ้าพนักงานบังคับตรวจหายาเสพติดในร่างกายได้ในกรณีจำเป็นและมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดเสพยาเสพติดให้โทษ

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในการบังคับให้บริการสาธารณสุขดังกล่าวข้างต้น เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้นเมื่อพิจารณากับปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา จะเห็นได้ว่าไม่มีเหตุผลใดที่จะไปบังคับหรือพาคนพิการทางสติปัญญาทำหมั้นโดยไม่ได้รับความยินยอม เนื่องจากการเป็นคนพิการทางสติปัญญาไม่ได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนต่อสังคม หรือเป็นภัยต่อสังคมจนต้องพาไปทำหมั้น ดังนั้น กระบวนการในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาจึงต้องมีความชัดเจน เพื่อไม่ให้เกิดการบังคับหรือพาคนพิการทางสติปัญญาไปทำหมั้นโดยไม่ได้รับความยินยอม

2.6.5 ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น

จากที่ได้ทำการศึกษาเรื่องความสามารถของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไปแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าไม่ครอบคลุมการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้นได้ ดังนั้น ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่บัญญัติเรื่องความยินยอมในการรักษาพยาบาลเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้เป็นครั้งแรกในประเทศไทย และพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่กล่าวถึงการทำหมั้นผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตเอาไว้ จึงมีประเด็นให้พิจารณาต่อไปเกี่ยวกับการทำหมั้นผู้ป่วยที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

2.6.5.1 ตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550

พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 มีวัตถุประสงค์เพื่อวางกรอบและแนวทางในการกำหนดนโยบายยุทธศาสตร์และการดำเนินงานด้านสุขภาพของประเทศ อันจะนำไปสู่เป้าหมายในการ

¹³⁶ พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522

มาตรา 58/1 ในกรณีจำเป็นและมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดเสพยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ประเภท 2 หรือประเภท 5 อันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ในเคหสถาน สถานใด ๆ หรือยานพาหนะ ให้พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ มีอำนาจตรวจหรือทดสอบ หรือสั่งให้รับการตรวจหรือทดสอบว่าบุคคลหรือกลุ่มบุคคลนั้นมียาเสพติดให้โทษดังกล่าวอยู่ในร่างกายหรือไม่

สร้างเสริมสุขภาพ รวมทั้งสามารถดูแลแก้ไขปัญหาด้านสุขภาพของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ และทั่วถึง ในหมวด 1 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้รับรองการมีสิทธิและหน้าที่ด้านสุขภาพ รวมถึงการรับรองสุขภาพของหญิงในด้านสุขภาพทางเพศและสุขภาพของระบบเจริญพันธุ์ซึ่งมีความจำเพาะ ชับซ้อนและมีอิทธิพลต่อสุขภาพหญิงตลอดช่วงชีวิต สุขภาพของเด็ก คนพิการ คนสูงอายุ คนด้อยโอกาสในสังคมและกลุ่มคนต่าง ๆ ที่มีความจำเพาะในเรื่องสุขภาพ จะต้องได้รับการสร้างเสริม และคุ้มครองอย่างสอดคล้องและเหมาะสม¹³⁷ ซึ่งในประเด็นความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้นนั้น ผู้เขียนได้ทำการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ไม่ได้มีการระบุถึงการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการหรือเด็กไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งพิจารณาได้จาก มาตรา 8 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใดจะให้บริการนั้นมิได้

ในกรณีที่เกิดความเสียหายหรืออันตรายแก่ผู้รับบริการเพราะเหตุที่ผู้รับบริการปกปิดข้อเท็จจริงที่ตนรู้และควรบอกให้แจ้ง หรือแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรืออันตรายนั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง”

จากบทบัญญัติข้างต้นจึงเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ได้บัญญัติเรื่องความยินยอมภายหลังที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) ไว้ในกฎหมายไทยเป็นครั้งแรก โดยกำหนดหน้าที่ให้บุคลากรด้านสาธารณสุข เป็นผู้แจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด อันเป็นกระบวนการในการขอความยินยอมจากผู้รับบริการก่อนที่จะทำการบริการสาธารณสุข แต่หลักการขอความยินยอมดังกล่าวนี้มีข้อยกเว้นไม่ใช้กับผู้รับบริการสาธารณสุขอยู่ 2 ประการตามมาตรา 8 วรรคสาม ดังนี้

(1) ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน

(2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็น ทายาท โดยธรรมชาติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้

¹³⁷ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 มาตรา 6

ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้นนี้ เป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อยกเว้น ในกรณีของผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ แต่พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ไม่ได้ขยายความเพิ่มเติมถึงการเป็นบุคคลที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้นั้นต้องมีลักษณะอย่างไร

เมื่อกฎหมายไม่ชัดเจนว่าบุคคลที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้นั้นมีลักษณะอย่างไร และคนพิการทางสติปัญญาจะถือว่าเป็นบุคคลที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลหรือไม่ ทำให้การพิจารณาภาวะของการรับทราบข้อมูล ขึ้นอยู่กับการพิจารณาของแพทย์ เนื่องจากเป็นผู้มีหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลในการรักษาพยาบาลให้ผู้ป่วยหรือผู้รับบริการสาธารณสุขรับทราบเพื่อขอความยินยอม หากเป็นบุคคลที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ แพทย์หรือผู้ให้บริการสาธารณสุขจะต้องแจ้งข้อมูลให้ผู้มีสิทธิในการรับทราบข้อมูลแทนเพื่อขอความยินยอม พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 กำหนดผู้ที่มีสิทธิในการรับทราบข้อมูลแทน ได้แก่ ทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี แต่ก็ไม่ได้บัญญัติว่าบุคคลดังกล่าวมีสิทธิในการให้ความยินยอมแทนผู้รับบริการสาธารณสุขแต่อย่างใด จึงสรุปได้ว่าในกรณีของการพิจารณาว่าผู้ป่วยหรือผู้รับบริการสาธารณสุขอยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้หรือไม่ยังมีความไม่ชัดเจนและไม่มีความแน่นอน ทั้งนี้ การพิจารณาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการพิจารณาความสามารถของบุคคลในการรับทราบข้อมูลเพื่อการตัดสินใจให้ความยินยอมรับการรักษาหรือรับบริการสาธารณสุข ที่เป็นการพิจารณาความสามารถของบุคคลในการให้ความยินยอม ควรจะมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและกำหนดให้บุคคลที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลางเป็นผู้พิจารณาความสามารถดังกล่าว

2.6.5.2 ตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551

พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 บัญญัติขึ้นสืบเนื่องจากประชาชนส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ความเข้าใจและมีทัศนคติด้านลบต่อบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิต ทำให้บุคคลดังกล่าวไม่ได้รับการบำบัดรักษาอย่างถูกต้องและเหมาะสม เป็นเหตุให้ความผิดปกติทางจิตทวีความรุนแรงขึ้นจนก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรงต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของตนเองหรือผู้อื่น สมควรให้มีกฎหมายว่า

ด้วยสุขภาพจิต เพื่อกำหนดกระบวนการในการบำบัดรักษาบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิต อันเป็นการคุ้มครองความปลอดภัยของบุคคลนั้นและสังคม¹³⁸

พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการทำหมันโดยระบุให้การทำหมันผู้ป่วยจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่ผู้ป่วยให้ความยินยอมเป็นหนังสือเพื่อการบำบัดรักษานั้น โดยผู้ป่วยได้รับทราบเหตุผลความจำเป็น ความเสี่ยงที่อาจเกิดภาวะแทรกซ้อนที่เป็นอันตรายร้ายแรง หรืออาจเป็นผลที่ทำให้ไม่สามารถแก้ไขให้ร่างกายกลับคืนสู่สภาพเดิมได้¹³⁹ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 กำหนดให้ผู้ที่จะทำหมันต้องเป็นผู้ให้ความยินยอมด้วยตนเองและต้องให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งเป็นหนังสือ โดยการสันนิษฐานว่าผู้ป่วยที่มีความบกพร่องทางจิตมีความสามารถในการแสดงเจตนาให้ความยินยอมทำหมันได้ด้วยตนเอง

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ระบุถึงกรณีผู้ป่วยที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาไว้โดยตรง จึงต้องทำการศึกษาถึงบทนิยามตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิตดังกล่าว ซึ่งจากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ผู้ป่วยที่มี “ความผิดปกติทางจิต” ตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 หมายความว่า “ผู้ป่วยที่มีอาการผิดปกติของจิตใจที่แสดงออกมาทางพฤติกรรม อารมณ์ ความคิด ความจำ สติปัญญา ประสาทการรับรู้ หรือการรู้เวลา สถานที่หรือบุคคล รวมทั้งอาการผิดปกติของจิตใจ ที่เกิดจากสุราหรือสารอื่นที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท”¹⁴⁰ ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้บทบัญญัติดังกล่าวจะมีความไม่ชัดเจนในการระบุถึงผู้ป่วยที่เป็นคนพิการทางสติปัญญา แต่ก็มีกรกล่าวถึงความผิดปกติที่แสดงออกมาทางสติปัญญา จึงเกิดประเด็นที่ยังไม่ชัดเจนอยู่ว่าสามารถหมายความรวมถึงคนพิการทางสติปัญญาหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าการตีความกฎหมายดังกล่าวควรต้องตีความให้สามารถรวมถึงคนพิการทางสติปัญญาด้วย เนื่องจากคนพิการทางสติปัญญาเป็นผู้ที่มีความบกพร่องในกระบวนการการทำงานของสมอง ซึ่งเป็นกระบวนการที่มีความเชื่อมโยงกับการทำงานของจิตใจ ความคิด และการตัดสินใจ และคนพิการทางสติปัญญาเป็นกลุ่มบุคคลที่อยู่ในความดูแลภายใต้กรม

¹³⁸ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 ทั้งนี้ พระราชบัญญัติสุขภาพจิตมีการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุด มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 16 เมษายน พ.ศ.2562 แต่ในประเด็นบทบัญญัติที่ผู้เขียนนำมาพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาการทำหมันคนพิการทางสติปัญญานั้นยังคงสาระสำคัญไว้เช่นเดิมตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551

¹³⁹ พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 มาตรา 19

¹⁴⁰ พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 มาตรา 3

สุขภาพจิตเช่นเดียวกัน¹⁴¹ และจากการพิจารณาความหมายของคนพิการทางสติปัญญาไปแล้วในหัวข้อที่ 2.2.1 พบว่าภาษาอังกฤษมีคำเรียกคนพิการทางสติปัญญาโดยใช้คำต่าง ๆ เช่น Idiocy, Feeble-Mindedness, Mental-Subnormality, Mental Handicap, Learning Difficulties, Learning Disabilities, Mental Retardation และปัจจุบันนิยมใช้คำว่า Intellectual Disability จะเห็นได้ว่าคนพิการทางสติปัญญากับจิตใจมีความเชื่อมโยงกันอยู่

ในส่วนเรื่องกระบวนการขอความยินยอมเพื่อการบำบัดรักษานั้น พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 กำหนดให้การบำบัดรักษาจะกระทำต่อเมื่อผู้ป่วยได้รับการอธิบายเหตุผลความจำเป็นในการบำบัดรักษา รายละเอียดและประโยชน์ของการบำบัดรักษาและได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย และถ้าจะต้องรับผู้ป่วยไว้ในสถานพยาบาลของรัฐหรือสถานบำบัดรักษา ความยินยอมจะต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้ป่วยเป็นสำคัญ¹⁴² อันเป็นหลักการขอความยินยอมในการบำบัดรักษาหรือการรักษาพยาบาลที่แพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์จะต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนทำการรักษาพยาบาลหรือก่อนให้บริการสาธารณสุขใด ๆ ทุกครั้งเสมอ แต่ก็มีข้อยกเว้นอยู่สองประการ ได้แก่¹⁴³

¹⁴¹ กรมสุขภาพจิต ได้มีการตั้งสถาบันราชานุกูลขึ้นมา โดยมีพันธกิจในการพัฒนาและเป็นศูนย์กลางความเชี่ยวชาญด้านภาวะบกพร่องทางสติปัญญาในระดับอาเซียน บริการด้านสุขภาพจิตและจิตเวชเด็กและวัยรุ่นแบบองค์รวม พัฒนาศูนย์บริการสุขภาพจิต ส่งเสริมและป้องกันปัญหาสุขภาพจิต ในกลุ่มเด็กปฐมวัย วัยเรียน วัยรุ่น รวมถึง ผู้พิการทางสติปัญญา การเรียนรู้ และออทิสติก

¹⁴² พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 มาตรา 21 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง บัญญัติว่า

“ในกรณีที่ผู้ป่วยมีอายุไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์ หรือขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมรับการบำบัดรักษา ให้คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้นแล้วแต่กรณี เป็นผู้ให้ความยินยอมตามวรรคสองแทน

หนังสือให้ความยินยอมตามวรรคสองและวรรคสาม ให้เป็นไปตามแบบที่คณะกรรมการกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

¹⁴³ พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551

มาตรา 22 บัญญัติว่า “บุคคลที่มีความผิดปกติทางจิตในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้ เป็นบุคคลที่ต้องได้รับการบำบัดรักษา

- (1) มีภาวะอันตราย
- (2) มีความจำเป็นต้องได้รับการบำบัดรักษา”

(1) มีภาวะอันตราย

(2) มีความจำเป็นต้องได้รับการบำบัดรักษา ซึ่ง “การบำบัดรักษา” หมายความว่ารวมถึง “การดูแลช่วยเหลือผู้ป่วยทางการแพทย์และทางสังคม”¹⁴⁴

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 ได้ระบุถึงความสามารถในการให้ความยินยอมในกรณีที่ผู้ป่วยที่มีอายุไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์ หรือขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมรับการบำบัดรักษา ให้คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้น แล้วแต่กรณี เป็นผู้ให้ความยินยอมแทน¹⁴⁵ และต้องให้ความยินยอมเป็นหนังสือ¹⁴⁶

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 ไม่ได้อธิบายถึงลักษณะของการเป็นผู้ซึ่งขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอม ส่งผลให้เกิดความไม่ชัดเจนในการพิจารณาความสามารถ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าประเด็นการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาควรจะมีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระบุให้ชัดเจน เนื่องจากความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลรวมถึงการทำหมัน เป็นการกำหนดความสามารถในการใช้สิทธิทางกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้คนพิการทางสติปัญญามีโอกาสและได้รับความคุ้มครองในการเข้าถึงสิทธิของตนเอง

2.6.6 สิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมัน

ก่อนที่จะไปสู่การพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้น จะต้องพิจารณากลุ่มของบุคคลที่เกี่ยวข้องเสียก่อน ซึ่งผู้เขียนแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม ได้แก่ แพทย์หรือผู้ให้บริการสาธารณสุข บิดามารดา และผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ

ในส่วนของแพทย์หรือผู้ให้บริการสาธารณสุข จากการศึกษาพัฒนาการของการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลพบว่า ในอดีตแพทย์สามารถตัดสินใจในการรักษาพยาบาล เนื่องจากความเชื่อที่มองว่าแพทย์เป็นผู้มีความรู้เฉพาะด้านเรื่องการรักษาพยาบาลที่คนทั่วไปไม่รู้ เป็นผู้

¹⁴⁴ พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 มาตรา 3

¹⁴⁵ พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 มาตรา 21 วรรคสาม

¹⁴⁶ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู แบบหนังสือให้ความยินยอมการบำบัดรักษาตามประกาศคณะกรรมการสุขภาพจิตแห่งชาติในภาคผนวก ค.

ประสงค์ดีต่อผู้ป่วย และผู้ป่วยให้ความเคารพนับถือเสมือนญาติใกล้ชิด ถือว่าแพทย์เป็นผู้มีพระคุณต่อผู้ป่วยในการช่วยให้พ้นจากโรคร้ายไข้เจ็บ ผู้ป่วยมีส่วนร่วมในการรักษาน้อยมาก ด้วยความเชื่อถือว่าแพทย์เป็นผู้ที่รู้ดีที่สุด (Doctor knows best)¹⁴⁷ และเป็นที่มาของหลักเอกสิทธิ์ของแพทย์ในการรักษาผู้ป่วย (Therapeutic Privilege) อันเป็นข้อยกเว้นให้แพทย์ในการรักษาผู้ป่วยโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมและไม่ต้องรับฟังความคิดเห็นจากผู้ป่วยก็ได้ แต่การรักษาต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยเป็นสำคัญ ด้วยเหตุผลว่าวิธีการรักษาอาจมีความซับซ้อนและยากที่จะอธิบายให้ผู้ป่วยสามารถเข้าใจได้ หรือการเปิดเผยข้อมูลจะทำให้ผู้ป่วยมีความกังวลจนหมกมุ่นก้ำกึ่งใจในการรักษา¹⁴⁸ ประเทศไทยในอดีตมีความเชื่อเช่นนี้อยู่ไม่น้อย สังเกตได้จากประวัติศาสตร์ไทยที่มีหมอยาต่าง ๆ ที่ชาวบ้านให้ความเคารพนับถือเป็นอย่างมาก ด้วยแนวคิดหรือความเชื่อที่ว่าแพทย์คือผู้ที่ประสงค์ดีต่อผู้ป่วย เป็นผู้รู้ดีที่สุด เป็นผู้มีพระคุณ แต่ในสังคมไทยปัจจุบันแนวคิดดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไป มีบทกำหนดให้แพทย์จะต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนการรักษาพยาบาลทุกครั้ง โดยแพทย์ต้องแจ้งให้ผู้ป่วยได้รับทราบข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาลนั้น ๆ เพื่อให้ผู้ป่วยเป็นผู้ตัดสินใจรับการรักษาพยาบาลด้วยตนเอง

มีข้อสังเกตว่า แม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดให้แพทย์เป็นผู้มีสิทธิในการให้ความยินยอมแทนผู้ป่วย แต่หากแพทย์เป็นผู้แนะนำ หรือชี้แนะแนวทางเกี่ยวกับการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญา ต่อบิดามารดาหรือผู้ดูแล อาจเป็นไปได้ว่าบิดามารดาหรือผู้ดูแลจะมีความเชื่อในคำแนะนำของแพทย์ และเกิดการปฏิบัติตามคำชี้แนะดังกล่าวได้ และในส่วนของบิดามารดาที่มีความสัมพันธ์กับบุตรโดยผูกพันกันทางสายโลหิต มีความใกล้ชิดกันเป็นอย่างมาก ย่อมให้ความรักใคร่ ช่วยเหลือ ปกป้อง ค้ำครอง และอุปการะเลี้ยงดูบุตร ทำให้บุตรมีความเคารพและเชื่อฟังบิดามารดา ทำให้บิดามารดาที่มีอำนาจมากกว่าคนกลุ่มอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการจัดการทรัพย์สินและประโยชน์ต่าง ๆ เมื่อไม่มีกฎหมายในการกำหนดกรอบและหลักเกณฑ์ถึงสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมันคนพิการทางสติปัญญา ส่งผลให้บิดามารดาเป็นผู้ที่ทำการตัดสินใจให้ความยินยอมแทนบุตร

และกลุ่มสุดท้าย คือ ผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ เช่น คู่สมรส หรือทายาทโดยธรรมของคนพิการทางสติปัญญา ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล เป็นต้น อันเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิด

¹⁴⁷ Lilian Furst, *Between Doctors and Patients: The Changing Balance of Power* (Virginia: The University Press of Virginia, 1998), pp. 1-3.

¹⁴⁸ Robert M. Veatch, *Medical Ethics*, ed. 2 (Washington DC: Georgetown University Press, 1989), p. 203.

ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ในรูปแบบความเป็นสามีภริยา มีการอยู่กินกันฉันสามีภริยา และคู่สมรสมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูกัน มีการจัดการทรัพย์สินสมรสร่วมกัน รวมถึงมีความรักห่วงใยต่อกัน อาจทำให้คู่สมรสเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้ ในส่วนของทายาทโดยธรรมเป็นกรณีความสัมพันธ์แบบญาติที่ใกล้ชิดตามสายโลหิตที่มีความผูกพันกันเป็นลำดับในเชิงญาติพี่น้อง ครอบครัวเดียวกัน จึงอาจทำให้เป็นบุคคลที่สามารถให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลแทนได้

อย่างไรก็ตาม การให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้นโดยบุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็น แพทย์ บิดามารดา คู่สมรส ทายาทโดยธรรม หรือบุคคลอื่น ๆ จะต้องมีการพิจารณาว่าบุคคลต่าง ๆ ดังกล่าวมีสิทธิและสามารถใช้สิทธิได้เพียงใด ในประเด็นของการมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู และการใช้อำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ทำการศึกษาไปแล้วนั้น พบว่าการให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญาไม่ใช่หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู และไม่อาจใช้อำนาจปกครองเพื่อการให้ความยินยอมแทนในกรณีการทำหมั้นได้ ดังนั้นจึงต้องมาพิจารณากฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับกระบวนการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล เพื่อศึกษาว่ากฎหมายกำหนดสิทธิของบุคคลอื่นต่อประเด็นการให้ความยินยอมในการทำหมั้นไว้หรือไม่อย่างไร ได้แก่ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 และ พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 สามารถพิจารณาได้ดังนี้

2.6.6.1 ตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550

พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้นไว้โดยตรง โดยกำหนดเฉพาะสิทธิให้บุคคลอื่นรับทราบข้อมูลแทนในการรับบริการสาธารณสุขเท่านั้น โดยไม่ได้ระบุให้สิทธิในการให้ความยินยอมแทนแต่อย่างใด พิจารณาได้จากมาตรา 8 วรรคสาม ที่บัญญัติไว้ว่า “ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือ ผู้อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้”

นอกจากนี้พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ก็ไม่ได้ระบุว่า การเป็นผู้รับบริการที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้นั้นจะมีลักษณะและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร จึงเป็นประเด็นความไม่ชัดเจนที่ต้องพิจารณาว่าจะสามารถรวมถึงคนพิการทางสติปัญญาได้หรือไม่

จากการศึกษาจะพบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวได้ให้สิทธิในการ “รับทราบข้อมูล แทน” แก่บุคคล 3 กลุ่ม ได้แก่

กลุ่มที่หนึ่ง คือ ทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กลุ่มที่สอง คือ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล

กลุ่มที่สาม คือ ผู้พิทักษ์ หรือ ผู้อนุบาล

การที่พระราชบัญญัติดังกล่าวแบ่งกลุ่มให้บุคคลต่าง ๆ เป็นผู้รับทราบข้อมูลแทน แต่ก็ไม่ได้ระบุว่าสามารถให้ความยินยอมแทนได้หรือไม่ และให้บุคคลกลุ่มใดเป็นผู้มีสิทธิดีกว่ากัน นอกจากนี้รูปแบบของการให้ความยินยอมรักษาพยาบาลในทางปฏิบัติไม่ได้ระบุอำนาจของผู้ที่มีสิทธิให้ความยินยอมแทนเอาไว้โดยตรง และไม่ได้แยกกระบวนการในการให้ความยินยอมทำหมั้นในกรณีเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมไว้เป็นการเฉพาะ¹⁴⁹ ด้วยความไม่ชัดเจนดังกล่าวจึงทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลรวมถึงการให้ความยินยอมในการทำหมั้นสำหรับคนพิการทางสติปัญญาที่อาจเป็นบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง นอกจากนี้ยังส่งผลให้การพิจารณาประโยชน์สูงสุดมีความไม่แน่นอน และอาจเกิดปัญหาความขัดแย้งในการพิจารณาประโยชน์ของกลุ่มบุคคลต่าง ๆ ที่ทำหน้าที่รับทราบข้อมูลแทนผู้ป่วย

2.6.6.2 ตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551

พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการทำหมั้นเพื่อการบำบัดรักษาผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิต ซึ่งกำหนดให้ผู้ป่วยจะต้องให้ความยินยอมด้วยตนเองเป็นหนังสือ โดยผู้ป่วยได้รับทราบเหตุผลความจำเป็น ความเสี่ยงที่อาจเกิดภาวะแทรกซ้อนที่เป็นอันตรายร้ายแรง หรืออาจเป็นผลทำให้ไม่สามารถแก้ไขให้ร่างกายกลับคืนสู่สภาพเดิมและรับทราบประโยชน์ของการบำบัดรักษา ซึ่งจะเห็นได้ว่าโดยหลักแล้วพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้ผู้ป่วยต้องให้ความยินยอมด้วยตนเอง

อย่างไรก็ตาม มีการกำหนดสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนในการบำบัดรักษาเอาไว้ ในกรณีที่ผู้ป่วยมีอายุไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์ หรือเป็นบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอม โดยบุคคลผู้มีสิทธิให้ความยินยอมแทน ได้แก่ คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน

¹⁴⁹ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ภาคผนวก ก. หนังสือแสดงเจตนาขอรับการตรวจรักษาโดยวิธีการผ่าตัดหรือหัตถการและการระงับความรู้สึก

ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้น¹⁵⁰ ความยินยอมดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อ ซึ่งหนังสือให้ความยินยอมให้เป็นไปตามแบบที่คณะกรรมการกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา¹⁵¹ เมื่อพิจารณารูปแบบการให้ความยินยอมแทนดังกล่าว จะเห็นได้ว่าคู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้น สามารถให้ความยินยอมในการทำหมั้นเพื่อการบำบัดรักษาแทนผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตได้ โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ “ความผิดปกติทางจิต” หมายความว่า “อาการผิดปกติของจิตใจที่แสดงออกมาทางพฤติกรรม อารมณ์ ความคิด ความจำ สติปัญญา ประสาทการรับรู้ หรือการรู้เวลา สถานที่ หรือบุคคล รวมทั้งอาการผิดปกติของจิตใจที่เกิดจากสุราหรือสารอื่นที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท” ซึ่งจากบทนิยามของการเป็นคนที่มีความผิดปกติทางจิตดังกล่าวทำให้เกิดประเด็นปัญหาในการตีความบทนิยามทางกฎหมายว่าคนพิการทางสติปัญญาเป็นบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิตหรือไม่ และรูปแบบของการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นของคนพิการทางสติปัญญาควรมีลักษณะอย่างไรเพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับคนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคลที่มีระดับความพิการที่แตกต่างกัน ซึ่งจะได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ต่อไป

นอกจากนี้ หากมีการขัดแย้งกันในทางความเห็นระหว่างผู้ที่มีสิทธิในการให้ความยินยอมดังกล่าว มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าบุคคลใดควรมีสิทธิในการให้ความยินยอมแทน หากกรณีที่มีใครคนใดคนหนึ่งคัดค้านการทำหมั้นดังกล่าว หรือเป็นกรณีที่มีการแอบพาคนพิการทางสติปัญญาไปทำหมั้นโดยไม่แจ้งให้แก่ผู้ที่มีสิทธิในการให้ความยินยอมบุคคลอื่น ๆ ทราบด้วย ก็จะทำให้เกิดปัญหาตามมาเช่นกัน ดังนั้น กระบวนการให้ความยินยอมทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาควรจะมีกระบวนการชัดเจน เพราะการทำหมั้นไม่สามารถกลับคืนสู่สภาพเดิมได้ ซึ่งการไม่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนและรัดกุมในกระบวนการให้ความยินยอมสำหรับการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา จะส่งผลให้คนพิการทางสติปัญญาได้รับผลร้ายและไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของตนเอง รวมไปถึงไม่มีโอกาสในการเข้าถึงสิทธิของตนเองได้อย่างแท้จริง

¹⁵⁰ พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 มาตรา 21 วรรคสาม

¹⁵¹ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู แบบหนังสือให้ความยินยอมการบำบัดรักษาตามประกาศคณะกรรมการสุขภาพจิตแห่งชาติในภาคผนวก ค.

2.6.7 การพิจารณาประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย

ปัญหาการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาเป็นปัญหาที่มีความเกี่ยวข้องกับการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของคนพิการทางสติปัญญา จากที่ได้กล่าวไปแล้วว่าเหตุผลในการทำหมันคนพิการทางสติปัญญานั้นมักเกิดขึ้นโดยบุคคลอื่นเป็นผู้ตัดสินใจให้ความยินยอมแทน ดังนั้น ในหัวข้อนี้จึงจะศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดตาม หลักจริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพของแพทย์และพยาบาล ตามคำประกาศสิทธิและข้อพึงปฏิบัติของผู้ป่วย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 รวมไปถึงการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่ามีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร และสามารถนำไปปรับใช้กับการพิจารณาประโยชน์สูงสุดในการทำหมันคนพิการทางสติปัญญาได้เพียงใด สามารถอธิบายได้ดังนี้

ประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเป็นหลักจริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพของแพทย์และพยาบาลอย่างหนึ่งที่บุคลากรทางการแพทย์ต่างถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ ซึ่งในประเทศไทยนั้นกำหนดหลักจริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพแพทย์ให้ยึดถือในการปฏิบัติงาน ได้แก่¹⁵²

1. ต้องคำนึงถึงสิทธิของผู้ป่วยในการตัดสินใจอย่างเป็นอิสระ (Autonomy) คือ การยอมรับสิทธิผู้ป่วยที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับตัวเอง ซึ่งถือเป็นการยืนยันเจตนาของผู้ป่วย การรักษาจะดำเนินการได้ต่อเมื่อได้ให้ข้อมูลแก่ผู้ป่วยเพื่อขอความยินยอม (Informed consent) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะตัดสินใจเลือกวิธีการรักษาต่าง ๆ ด้วยตนเอง ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะรับทราบข้อมูลที่จำเป็นและครบถ้วนเพื่อการตัดสินใจ ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพมีหน้าที่ให้ข้อมูลที่ครบถ้วนถูกต้องเมื่อผู้ป่วยร้องขอ หลักการในข้อนี้ใช้กับการรักษาผู้ป่วยและการเลือกสถานที่ให้การรักษาและผู้ที่จะให้การดูแลรักษาผู้ป่วย

2. ต้องกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยเป็นสำคัญ (Beneficence) โดยผู้ประกอบวิชาชีพต้องกระทำในสิ่งที่เป็นประโยชน์สูงสุดต่อผู้ป่วยด้วยความจริงใจต่อผู้ป่วย และดำเนินการเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยไม่ว่าจะเป็นกรณีใด ๆ ผู้ป่วยไม่ควรถูกสอบถามในเรื่องที่ไม่มีความจำเป็น ไม่ควรได้รับการรักษาที่เกินความจำเป็น จะต้องรักษาความเจ็บป่วยทางกาย จิตใจ สังคม และแพทย์ต้องเปลี่ยนทัศนคติในเรื่องที่คิดว่าตนเองมีความรู้มากกว่าผู้ป่วย

¹⁵² รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ภาคผนวก ง. นโยบายจริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพในการปฏิบัติทางการแพทย์ คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล มหาวิทยาลัยมหิดล

3. ต้องกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงสาเหตุหรืออันตรายที่อาจเกิดขึ้น (Non-maleficence) คือ การลดความเสี่ยง อันตรายต่าง ที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้ป่วยทั้งทางกายหรือจิตใจ การโกหกผู้ป่วยหรือบอกความจริงไม่ครบถ้วนอาจก่อให้เกิดอันตรายได้ การดูแลรักษาด้วยวิธีการใด ๆ จะต้องพิจารณาประโยชน์เปรียบเทียบกับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้ป่วย ควรรักษาผู้ป่วยต่อไปก็ต่อเมื่อมีโอกาสสูงที่จะช่วยให้ผู้ป่วยมีการอาการดีขึ้น และก่อให้เกิดผลข้างเคียงไม่มากนัก

4. ต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์ตามพันธสัญญาของวิชาชีพ (Fidelity) แพทย์จะต้องไม่พูดปดหรือโกหกผู้ป่วย หรือพูดจาให้ผู้ป่วยหลงผิด ไม่ใช้อำนาจหน้าที่เพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตน ยึดมั่นในภาระหน้าที่ที่ตนเองรับผิดชอบอย่างเคร่งครัด นึกถึงประโยชน์ส่วนรวม และไม่ประพฤติปฏิบัติผิดระเบียบหรือข้อบังคับของสังคม ไม่อวดอ้างความสามารถของตนเกินความจริง ไม่รับความดีความชอบโดยที่ตนเองไม่ได้เป็นผู้กระทำ และยอมรับความจริงเมื่อผิดพลาดหรือกระทำความผิด

5. ต้องกระทำต่อผู้ป่วยและครอบครัวด้วยความยุติธรรม (Justice) ได้แก่ การดูแลด้วยมาตรฐานเดียวกัน การจัดระบบคิว การมีระบบนัดหมายล่วงหน้า เป็นต้น

6. ต้องบอกความจริง (Veracity) ได้แก่ ประเมินความพร้อมของผู้ป่วยในกรณีที่ข้อมูลบางอย่างเป็นข่าวร้ายหรือข้อมูลการเจ็บป่วย

นอกจากหลักจริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพแพทย์และพยาบาลที่วางหลักให้การปฏิบัติงานของแพทย์และพยาบาลเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยแล้ว หน่วยงานทางการแพทย์ยังได้ร่วมมือกันออกคำประกาศสิทธิและข้อปฏิบัติของผู้ป่วยโดยความร่วมมือของผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ ได้แก่ แพทยสภา สภาการพยาบาล สภาเภสัชกรรม กระทรวงสาธารณสุข ทันตแพทยสภาเทคนิคการแพทย์ และสภากายภาพบำบัด ซึ่งในคำประกาศสิทธิของผู้ป่วย ข้อ 9 กำหนดว่า “บิดา มารดา หรือผู้แทนโดยชอบธรรม อาจใช้สิทธิแทนผู้ป่วยที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์ ผู้บกพร่องทางกายหรือจิต ซึ่งไม่สามารถใช้สิทธิด้วยตนเองได้” จะเห็นได้ว่าไม่มีการกำหนดถึงขอบเขตการใช้สิทธิ และไม่ได้กำหนดถึงการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย และในข้อพึงปฏิบัติของผู้ป่วย ข้อ 7.6 ระบุว่า “ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพมีสิทธิใช้ดุลพินิจในการเลือกกระบวนการรักษาพยาบาลตามหลักวิชาการทางการแพทย์ ตามความสามารถและข้อจำกัด ตามภาวะวิสัยและพฤติการณ์ที่มีอยู่ รวมทั้งการปรึกษาหรือส่งต่อโดยคำนึงถึงสิทธิและประโยชน์โดยรวมของผู้ป่วย” อันเป็นการกล่าวถึงการพิจารณา “ประโยชน์โดยรวมของผู้ป่วย” ซึ่งเป็นหลักกว้าง ๆ ในการใช้ดุลพินิจ

ของแพทย์ และไม่มี การวางหลักเกณฑ์สำหรับการพิจารณาประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาเอาไว้โดยเฉพาะ

ในส่วนของแนวทางการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กก็มีปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 และมีกฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก¹⁵³ ซึ่งสามารถนำมาประกอบการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาได้ ดังนี้

“การกระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กให้พิจารณาตามแนวทางดังต่อไปนี้

- (1) ลักษณะเฉพาะตัวของเด็กแต่ละคน
- (2) ความเหมาะสม ความต้องการ และความจำเป็นของเด็ก
- (3) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านร่างกาย สุขภาพอนามัย การเจริญเติบโต การออกกำลังกาย การส่งเสริมสุขภาพ การป้องกันโรค การรักษาพยาบาล การฟื้นฟูสภาพอย่างเหมาะสม การพักผ่อนและนันทนาการ
- (4) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านการพัฒนาทางสติปัญญา โดยให้เด็กได้มีโอกาสเรียนรู้จากประสบการณ์จริง การทดลองปฏิบัติตามความเหมาะสม และการได้รับข้อมูลสารสนเทศที่เหมาะสมจากแหล่งต่าง ๆ
- (5) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านการพัฒนาทางจิตใจและอารมณ์ โดยได้รับการอบรมเลี้ยงดูด้วยความรัก ความเข้าใจ ความเอาใจใส่ ให้มีความรู้และทักษะในการดำรงชีวิต มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ มีเจตคติที่ดีต่อครอบครัว สังคม และการดำเนินชีวิต มีความเข้าใจเกี่ยวกับตนเองอย่างถูกต้อง
- (6) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านสังคม สภาพแวดล้อมที่ไม่เป็นพิษภัยต่อสุขภาพกาย สุขภาพจิต ทั้งนี้ ให้เหมาะสมตามวัยและเอื้อต่อการพัฒนาและการเรียนรู้ของเด็ก
- (7) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านการศึกษา โดยได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานอย่างต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก และเป็นการศึกษาตามความสามารถของเด็ก

¹⁵³ กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549

- (8) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านวัฒนธรรม ศิลธรรม และศาสนา
- (9) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านการเตรียมความพร้อม เพื่อการประกอบอาชีพที่เหมาะสมกับความถนัด ความสามารถ เพศ และวัย
- (10) การประสานงานกันระหว่างผู้เกี่ยวข้อง เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองและช่วยเหลืออย่างรวดเร็ว
- (11) การคุ้มครองเด็กให้พ้นจากการใช้ความรุนแรง การถูกทำร้าย การล่วงเกินทางเพศ การแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการถูกทอดทิ้ง
- (12) การสงเคราะห์ช่วยเหลืออย่างเหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นเด็กผู้ด้อยโอกาส เด็กถูกทอดทิ้ง เด็กพิการ หรือเด็กที่อยู่ในสภาวะที่จะต้องได้รับการสงเคราะห์
- (13) การคุ้มครองเด็กให้พ้นจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในทางเศรษฐกิจ และการทำงานหรือกิจการใดที่น่าจะเป็นการเสี่ยงอันตราย เป็นอันตรายต่อสุขภาพ หรือเป็นการขัดขวางการศึกษาของเด็ก หรือขัดขวางการพัฒนาทางร่างกาย สมอง จิตใจ ศิลธรรม และสังคมของเด็ก
- (14) การคุ้มครองเด็กจากการโฆษณา เผยแพร่ทางสื่อมวลชน หรือสื่อสารสนเทศ ในลักษณะที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือสิทธิประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดของเด็ก
- (15) การให้เด็กได้รับโอกาสเข้าถึงบริการขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ในสังคม ทั้งภาครัฐและเอกชน
- (16) การให้เด็กได้รับความคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิและผลประโยชน์พื้นฐาน รวมทั้งได้รับความช่วยเหลือในเวลาทีประสบปัญหาทางด้านต่าง ๆ ให้สามารถแก้ปัญหาและอยู่ในสังคมได้โดยปกติสุข
- (17) การเปิดโอกาสให้เด็กมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจหน้าที่และการปฏิบัติที่มีผลกระทบต่อเด็ก”

นักวิชาการด้านสิทธิเด็กในประเทศไทยได้ให้นิยามผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ว่า หมายถึง สิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่พึงมีพึงได้ในฐานะที่เกิดมาและมีชีวิตอยู่รอด อยู่ภายใต้การบอบนุสสัญญา ว่าด้วยสิทธิเด็ก ให้การรับรองหรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็ก¹⁵⁴

ในส่วนของ การพิจารณาประโยชน์สูงสุดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้น มีการวางหลักการพิจารณาประโยชน์ของบุตรในการใช้อำนาจปกครองดูแลของบิดามารดาอยู่ในกฎหมายลักษณะครอบครัว เช่น

มาตรา 1521 บัญญัติว่า “ถ้าปรากฏว่าผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองตามมาตรา 1520 ประพฤติตนไม่สมควร หรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลมีอำนาจสั่งเปลี่ยนตัวผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญ”

มาตรา 1552 บัญญัติว่า “ในกรณีที่เด็กไม่มีมารดาหรือมีมารดาแต่มารดาถูกถอนอำนาจปกครองบางส่วนหรือทั้งหมดและศาลได้ตั้งผู้อื่นเป็นผู้ปกครองบางส่วนหรือทั้งหมดไว้ก่อนมีการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร บิดากฎหมายแล้วจะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งถอนความเป็นผู้ปกครองบางส่วนหรือทั้งหมดของผู้ปกครองและให้บิดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองก็ได้ ถ้าศาลเห็นว่าบิดาอาจใช้อำนาจปกครองเพื่อความผาสุกและประโยชน์ของเด็กได้ดีกว่าผู้ปกครอง ศาลจะมีคำสั่งถอนความเป็นผู้ปกครองบางส่วนหรือทั้งหมดของผู้ปกครองและบิดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองก็ได้”

ศาสตราจารย์พิเศษ ประสพสุข บุญเดช ได้ให้ความเห็นว่า สิทธิของบิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครองที่มีต่อบุตรผู้เยาว์มิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่บิดามารดา แต่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุตรมากกว่า บิดามารดามีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สูงสุดของบุตรผู้เยาว์ (Child's best interests) อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจปกครองที่เกี่ยวข้องกับการอุปการะเลี้ยงดูบุตร จะต้องใช้สิทธิดังกล่าวเพื่อความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญเท่านั้น หากการใช้สิทธิเช่นว่านี้จะเป็นการขัดต่อสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของบุตรแล้ว บิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครองจะดำเนินการเช่นนั้นไม่ได้¹⁵⁵

¹⁵⁴ วัชรินทร์ บังเจกวิญญูสกุล, "มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก," ตุลพาท เล่มที่ 5, ปีที่ 41 (กันยายน-ตุลาคม 2537): 19.

¹⁵⁵ ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 84, น.669.

จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการพิจารณาประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาพบว่า ไม่มีการระบุหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยในการทำหมั้นไว้โดยตรง แม้ว่าประโยชน์สูงสุดของบุคคลแต่ละคนจะมีความแตกต่างกันตามระดับความพิการทางสติปัญญา ซึ่งเป็นการยากที่จะกำหนดประโยชน์สูงสุดโดยเฉพาะเจาะจงได้ แต่ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรมีการวางหลักเกณฑ์เบื้องต้นสำหรับการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยในกรณีการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาเอาไว้เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในการใช้ดุลพินิจ นอกจากนี้การที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าบุคคลใดจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดสำหรับการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา จึงทำให้การพิจารณาประโยชน์สูงสุดสามารถเกิดขึ้นได้โดยบุคคลหลายกลุ่ม ซึ่งอาจทำให้เกิดความไม่แน่นอน และอาจมีปัจจัยอื่น ๆ นอกเหนือจากประโยชน์ของคนพิการทางสติปัญญาเข้ามาเกี่ยวข้อง ทำให้การตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาอาจไม่ใช่การกระทำที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของคนพิการทางสติปัญญาผู้นั้นโดยตรง



บทที่ 3

การให้ความยินยอมในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาตามกฎหมายต่างประเทศ

ปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศเช่นเดียวกับประเทศไทย ดังนั้นการศึกษากฎหมายต่างประเทศในบทที่ 3 นี้ สืบเนื่องจากความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในประเทศไทยที่ได้ทำการศึกษามาแล้วในบทที่ 2 ผู้เขียนจึงจะทำการศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวจากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเยอรมนี เนื่องจากประเทศต่าง ๆ เหล่านี้มีการหยิบยกประเด็นปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาขึ้นมาถกเถียงและวิเคราะห์กันเป็นเวลานานแล้ว จนมีหลักเกณฑ์กำหนดเรื่องกระบวนการในการให้ความยินยอมทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาออกมาใช้บังคับ ซึ่งแต่ละประเทศมีรายละเอียดที่เหมือนและแตกต่างกันออกไปในบางประเด็น ซึ่งจะได้ทำการศึกษาต่อไปเพื่อนำมาใช้กำหนดหลักเกณฑ์ในการแก้ปัญหากการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาในประเทศไทย ทั้งนี้ผู้เขียนจะเริ่มจากศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับปัญหากการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา รวมถึงมุมมองด้านสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีแนวความคิดร่วมกันเกี่ยวกับปัญหากการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา เพื่อนำไปสู่การศึกษาถึงประเด็นอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในกฎหมายของต่างประเทศ โดยแบ่งออกเป็น 3 ประเด็นหลัก ได้แก่ การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น และสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา

3.1 แนวคิดเกี่ยวกับปัญหากการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา

การทำหมั้นโดยทั่วไปแล้วเป็นกระบวนการหรือการกระทำที่ทำให้บุคคลสูญเสียความสามารถในการสืบพันธุ์อย่างถาวร¹ แต่การบังคับทำหมั้นนั้น คือ กระบวนการในการทำหมั้นดำเนินไปโดยปราศจากความรู้หรือความยินยอมของบุคคลที่ถูกทำหมั้น ซึ่งถือเป็นภัยที่คุกคามร้ายแรงและมีความเสี่ยงต่อสุขภาพและชีวิตของผู้ถูกบังคับทำหมั้น ซึ่งการบังคับให้ทำหมั้นดังกล่าวมักจะเกิดขึ้นกับคนพิการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคนพิการทางสติปัญญาเพศหญิง อันเป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยไม่คำนึงต่อเสรีภาพและบูรณภาพของบุคคล ส่งผลให้คนพิการทางสติปัญญาถูกเพิกเฉยจากการดูแลสุขภาพการเจริญพันธุ์และสุขภาพทางเพศที่เหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นการไม่มีหลักเกณฑ์การพิจารณาความเหมาะสมในการทำหมั้น การไม่ให้ตัวเลือกในการคุมกำเนิดรูปแบบอื่น รวมไปถึงการ

¹ Elsevier, "Mosby's Medical Dictionary," ed. 8(2009).

ระงับการมีประจำเดือนในเพศหญิง² โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเด็กผู้หญิงและวัยรุ่นที่มีความพิการทางสติปัญญาต้องเผชิญความเสี่ยงเพิ่มขึ้นจากการถูกบังคับให้ทำหมัน ซึ่งโดยทั่วไปการทำหมันเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในช่วงชีวิตของผู้ใหญ่ไม่ควรเกิดขึ้นในช่วงวัยเด็กหรือวัยรุ่น³ จึงกล่าวได้ว่าการบังคับให้ทำหมันเป็นรูปแบบหนึ่งของการละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะสิทธิของผู้หญิงและเด็กผู้หญิงที่มีความพิการ เช่น สิทธิในอนามัยเจริญพันธุ์ หรือสิทธิในสุขภาพ เพราะถูกจำกัดทางเลือกในการคุมกำเนิด ระงับการมีประจำเดือน และเป็นการจัดการกับการตั้งครรภ์ที่ไม่เหมาะสม⁴ นอกจากนี้การทำหมันในวัยก่อนมีประจำเดือนหรือวัยแรกเริ่มมีประจำเดือนส่งผลให้บุคคลดังกล่าวหมดประจำเดือนก่อนวัยอันควร ซึ่งอาจทำให้เกิดโรคกระดูกพรุน ปัญหาภาวะหัวใจและหลอดเลือดและเป็นการเพิ่มโอกาสให้ผู้หญิงพิการหรือเด็กหญิงพิการถูกล่วงละเมิดทางเพศเพิ่มขึ้น⁵ ทั้งนี้มีแนวคิดของอนุสัญญาระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องระบุถึงสิทธิของคนพิการทางสติปัญญา และการบังคับทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาไว้ดังนี้

การบังคับให้ทำหมันถือเป็นอาชญากรรมอย่างหนึ่งภายใต้อนุสัญญาสภายุโรปว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามความรุนแรงต่อผู้หญิงและความรุนแรงในครอบครัว (Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence: Istanbul Convention)⁶ ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเข้าใจว่าความรุนแรงต่อผู้หญิงเป็น

² World Health Organization, Eliminating Forced, Coercive and Otherwise Involuntary Sterilisation. An Interagency Statement Ohchr, Un Women, Un aids, Undp, Unfpa, Unicef and Who. (2014).

³ European Disability Forum, “Ending Forced Sterilization of Women and Girls with Disabilities” (May 2017), pp. 11-12.

⁴ Open Society Foundations, "Sterilisation of Women and Girls with Disabilities Public Health Program,"(2011).

⁵ See also European Disability Forum, *supra note 3*, p .19.

⁶ Istanbul Convention. (2011). Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence.

Article 39 Forced abortion and forced sterilisation

Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:

a.) performing an abortion on a woman without her prior and informed consent;

รูปแบบของความรุนแรงทางเพศอย่างหนึ่ง และกำหนดให้รัฐภาคีจะต้องจัดการกับปัญหาความรุนแรงทางเพศในทุกรูปแบบ และใช้มาตรการเพื่อป้องกันความรุนแรงต่อผู้หญิง ปกป้องผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ และดำเนินคดีกับผู้กระทำผิด

จากที่กล่าวไปแล้วว่าการบังคับให้ทำหมันถือเป็นอาชญากรรมอย่างหนึ่งตามอนุสัญญาสภายุโรปว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามความรุนแรงต่อผู้หญิงและความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งจากการศึกษาอนุสัญญาดังกล่าวใน ข้อ 39 พบว่าเป็นการกำหนดให้รัฐภาคีมีมาตรการที่แสดงให้เห็นว่าการบังคับทำหมันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เพราะเป็นการผ่าตัดที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลเป็นการทำลายความสามารถของผู้หญิงในการสืบพันธุ์ โดยไม่ได้รับความยินยอมของเจ้าตัวก่อนและผู้ที่ถูกบังคับทำหมันไม่ได้รับการแจ้งข้อมูลก่อน หรือไม่ได้รับความเข้าใจในกระบวนการผ่าตัดทำหมันอย่างเพียงพอ⁷ ในปัจจุบันทั่วโลกได้ยอมรับแล้วว่าการบังคับให้ทำหมันเป็นการกระทำที่รุนแรง⁸ ดังนั้นรูปแบบในการกำหนดนโยบายทางสังคม หรือการจัดทำเอกสารต่าง ๆ จะต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิของคนพิการ และคนพิการจะต้องไม่ตกเป็นเหยื่อของการถูกทรมาน การกระทำที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือก่อให้เกิดความเสื่อมโทรมอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการรักษาพยาบาลหรือการลงโทษก็ตาม⁹

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women: CEDAW) ในข้อ 15 ได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องให้โอกาสแก่เพศหญิงในการมีความสามารถทางกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันกับเพศชาย ไม่ว่าจะเป็นความสามารถทางแพ่งในการเข้าทำสัญญา หรือบริหารจัดการทรัพย์สินของตนเอง รวมถึงไปถึงความเท่าเทียมกันในกระบวนการทางศาล นอกจากนี้สัญญาหรือตราสารอื่น ๆ ที่เป็นการจำกัดความสามารถทางกฎหมายในเพศหญิงนั้นถือเป็นโมฆะ

b.) performing surgery which has the purpose or effect of terminating a woman's capacity to naturally reproduce without her prior and informed consent or understanding of the procedure.

⁷ *Ibid.*

⁸ UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW Committee) (1992), General recommendation No. 19: Violence Against Women, art. 16 (and art. 5) of the Convention (Women and Health), para. 22

⁹ UN Human Rights Council, Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights. (2008). Including the Right to Development: Report of the Special Rapporteur on torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Manfred Nowak, 15 January 2008, A/HRC/7/3, [paras.38, 39].

ในส่วนของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิคนพิการ (The Convention on the Rights of Persons with Disabilities: CRPD) มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา โดยวางกรอบให้รูปแบบของการตัดสินใจของคนพิการไม่ควรถูกแทนที่ด้วยการตัดสินใจของบุคคลที่สาม และรับรองให้คนพิการมีสิทธิเลือกทางเลือกในการใช้ชีวิตของตนเอง ไม่ว่าจะเป็นการรักษาพยาบาล การมีครอบครัว รวมถึงการเจริญพันธุ์ ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดให้รัฐภาคีต้องจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้คนพิการสามารถเข้าถึงสิทธิของตนเองได้ และได้รับการสนับสนุนให้มีความสามารถทางกฎหมายให้มีความเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป จะเห็นได้จากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ข้อ 12 กำหนดให้รัฐภาคีรับรองการมีสิทธิของคนพิการในฐานะเป็นบุคคลคนหนึ่งภายใต้กฎหมาย โดยให้รัฐภาคีตระหนักถึงความสามารถทางกฎหมายของคนพิการบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกันกับบุคคลอื่นในทุก ๆ ด้านของชีวิต ในส่วนของปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการพบว่าการบังคับให้หญิงพิการทำหมั้นมีอัตราที่สูง และคนพิการมักถูกปฏิเสธการมีสิทธิในสุขภาพเจริญพันธุ์ รวมไปถึงการกำหนดไม่ให้คนพิการมีอำนาจในการตัดสินใจ โดยมีการกำหนดมาตรการของผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจแทน และไม่มีความสามารถในการไปมีเพศสัมพันธ์ ดังนั้น คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการจึงเห็นว่าการรับรองสิทธิในหญิงพิการให้มีความสามารถทางกฎหมายอย่างเท่าเทียมกับบุคคลอื่นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ¹⁰ และได้สนับสนุนให้รัฐภาคีมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการเป็นผู้ปกครองที่ทำการตัดสินใจแทน เป็นการเน้นถึงความจำเป็นของรูปแบบการสนับสนุนการตัดสินใจเพื่อปกป้องสิทธิและความสามารถทางกฎหมายสำหรับผู้พิการ¹¹ ซึ่งรูปแบบการตัดสินใจแทน และรูปแบบของการสนับสนุนการตัดสินใจสามารถอธิบายได้ดังนี้

การตัดสินใจแทน (Substituted Decision-Making) มีพัฒนาการจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ในช่วงศตวรรษที่ 16 ซึ่งพัฒนามาจากหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ เรียกว่า *Parens Patriae* (Parent of the Country)¹² คือ หลักการใช้อำนาจโดยธรรมชาติ

¹⁰ Committee on the rights of persons with disabilities, "Eleventh Session 31st March-11th April 2014, General Comment No. 1," [Online]. Available from: [https:// documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement)

¹¹ Fundamental Rights Agency, Legal Capacity of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems. (2013).

¹² Terry Carney and David Tate, The Adult Guardianship Experiment: Tribunals and Popular Justice (Federation Press, 1997), p. 10.

ของรัฐ ในฐานะผู้ปกครองประเทศ¹³ เพื่อทำการตัดสินใจแทนพลเมือง และถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐในการปกป้องประโยชน์ของพลเมืองที่ไม่มีความสามารถกระทำการในนามของตนเองได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย¹⁴ ต่อมาการแพทย์ได้มีความเจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้นส่งผลให้หลัก *Parens Patriae* ขยายขอบเขตออกไปประยุกต์ใช้กับการรักษาพยาบาลด้วย เพื่อปกป้องคุ้มครองผู้ป่วยที่ไม่สามารถตัดสินใจด้วยตนเองได้ เช่น การตัดสินใจแทน เด็ก ผู้สูงอายุ ผู้ป่วย คนพิการ หรือผู้ป่วยทางจิต เป็นต้น¹⁵ ต่อมาในศตวรรษที่ 17 รูปแบบของการแต่งตั้งให้ศาลเป็นผู้ทำหน้าที่ในการตัดสินใจแทนได้เริ่มเกิดขึ้น โดยศาลจะเป็นผู้ตัดสินใจแทนบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจได้ภายใต้การพิจารณาประโยชน์สูงสุด¹⁶ อันเป็นแนวคิดสำคัญของรูปแบบการตัดสินใจแทนบุคคลอื่น คือ การพิจารณาว่าอะไรเป็นสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับบุคคลนั้น¹⁷ ต่อมาในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 มีแนวคิดในการยอมรับให้ผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์สามารถตัดสินใจแทนผู้ป่วยในสถานการณ์ต่าง ๆ ได้ โดยการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย¹⁸ ทำให้การพิจารณาประโยชน์สูงสุดภายใต้การใช้ดุลพินิจของแพทย์ถูกนำมาใช้ในกระบวนการให้ความยินยอมรักษาพยาบาล ภายหลังได้มีการพัฒนาหลักการให้ความยินยอมขึ้นในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เกิดเป็นหลักการให้ความยินยอมภายหลังได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) อันเป็นการจำกัดการใช้อำนาจ และดุลพินิจของแพทย์¹⁹ โดยเป็นหลักที่กำหนดให้แพทย์ต้องแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลให้ผู้ป่วยทราบอย่างเพียงพอ เพื่อขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนทำการรักษาพยาบาลทุกครั้ง

¹³ "Parens Patriae" [Latin, Parent of the country.] A doctrine that grants the inherent power and authority of the state to protect persons who are legally unable to act on their own behalf.

¹⁴ Erica Wood, "The Paradox of Adult Guardianship: A Solution to and a Source for Elder Abuse," *Generations* 36, 3 (2012): 82-79.

¹⁵ Shih-Ning Then, "Evolution and Innovation in Guardianship Laws: Assisted Decision-Making," *Sydney Law Review* 33, 1 (2013): 136.

¹⁶ Terry Carney and David Tate, *The Adult Guardianship Experiment: Tribunals and Popular Justice*, p. 10.

¹⁷ *Airedale NHS Trust v Bland* (1993) AC 789 (House of Lords)

¹⁸ Mary Donnelly, *Healthcare Decision-Making and the Law: Autonomy, Capacity and Limits of Liberalism*, 1 ed. (Cambridge University Press, November, 2010), p. 180.

¹⁹ Ruth Faden and Tom Beauchamp, *A History and Theory of Informed Consent* (Oxford University Press, 1986).

โดยปกติแล้วรูปแบบของการตัดสินใจแทนจะมีลักษณะเป็นการแต่งตั้งผู้แทนสำหรับบุคคลที่ไม่สามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเอง โดยอาจมีการเตรียมการตั้งผู้ตัดสินใจแทนไว้ล่วงหน้าก่อนที่ตนจะกลายเป็นผู้ที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจยินยอมด้วยตนเองก็ได้²⁰ การตัดสินใจแทนนั้นสามารถใช้กับการตัดสินใจในด้านต่าง ๆ เช่น ด้านการแพทย์ ด้านการเงิน หรือ ด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินชีวิต²¹ ตัวอย่างของรูปแบบการตัดสินใจแทน ได้แก่

- การจำกัดความสามารถทางกฎหมายในการตัดสินใจเรื่องต่าง ๆ
- มีการแต่งตั้งผู้ตัดสินใจแทน และ
- ใช้การตัดสินใจโดยพิจารณาประโยชน์สูงสุด โดยไม่มีการพิจารณาเจตจำนงและความพึงพอใจของบุคคลที่ไม่มีความสามารถ²²

แนวคิดสมัยใหม่ของการตัดสินใจแทนบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเอง เริ่มเข้ามาแทนที่รูปแบบการตัดสินใจแทนแบบเดิม โดยมุ่งเน้นความสำคัญของการสนับสนุนและการมีส่วนร่วมให้บุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจพยายามตัดสินใจให้ได้ด้วยตนเอง โดยจำกัดอำนาจการตัดสินใจของผู้แทนไว้เฉพาะบางส่วน หรือมีการจำกัดช่วงเวลาที่สามารถตัดสินใจแทนได้ และคำนึงถึงความต้องการของบุคคลผู้ที่อยู่ภายใต้การตัดสินใจ²³ ในส่วนของหลัก *Parens Patriae* ยังคงไว้สำหรับการใช้อำนาจโดยศาลในการให้ความคุ้มครองการตัดสินใจแทนผู้เยาว์ หรือผู้ที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเองในบางกรณี²⁴ ซึ่งรูปแบบของการสนับสนุนการตัดสินใจ ได้แก่

- การให้สิทธิแก่บุคคลในการปฏิเสธ ยุติ หรือเปลี่ยนแปลงผู้ปกครอง (Guardianship) ในเวลาใดก็ได้²⁵
- คำนึงถึงเจตจำนง ความพอใจ และสิทธิมนุษยชนของบุคคลเป็นอันดับแรก²⁶

²⁰ ได้แก่ ตัวแทนที่ได้รับการแต่งตั้ง (Self-Appointed Substitutes) ตัวแทนที่ได้รับคำสั่งแต่งตั้งไว้ล่วงหน้า (Advance Directive) หรือตัวแทนรูปแบบอื่น ๆ

²¹ John Devereux Anne-Maree Farrell, Isabel Karpin, Penelope Wwller, Health Law : Frameworks and Context (Port Melbourne, VIC: Cambridge University Press, 2017), p. 128.

²² General Comment No 1, UN Doc CRPD/C/GC/1, [27].

²³ see also Shih-Ning Then, *supra note 15*, p. 133.

²⁴ see also John Devereux Anne-Maree Farrell, *supra note 21*, p. 129.

²⁵ General Comment No 1, UN Doc CRPD/C/GC/1, [29(g)]

²⁶ General Comment No 1, UN Doc CRPD/C/GC/1, [29(b)], [29(f)].

- การแต่งตั้งผู้ตัดสินใจแทนควรใช้เกณฑ์ที่ไม่เลือกปฏิบัติ²⁷

การสนับสนุนการตัดสินใจจะทำให้คนพิการสามารถทำการตัดสินใจได้ด้วยตนเอง ในขณะที่รูปแบบการตัดสินใจแทนจะทำให้ความต้องการของคนพิการถูกแทนที่ด้วยการพิจารณาภายใต้ประโยชน์สูงสุดของบุคคลนั้น ซึ่งคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการมองว่ายังไม่เพียงพอในการเคารพความสามารถตามกฎหมายของคนพิการ²⁸ นอกจากนี้การใช้รูปแบบการสนับสนุนการตัดสินใจควบคู่ไปกับรูปแบบการตัดสินใจแทนก็ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการเคารพสิทธิอย่างเท่าเทียมเช่นกัน²⁹ ทั้งนี้ อนุสัญญาไม่ได้มีมาตรการห้ามไม่ให้รัฐภาคีสมาชิกใช้รูปแบบการตัดสินใจแทน แต่รัฐภาคีจะต้องให้ความสำคัญในการสนับสนุนให้คนพิการสามารถมีสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองให้ได้มากที่สุด เพื่อให้คนพิการได้รับความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย³⁰

ปัจจุบันอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการได้เรียกร้องให้รัฐภาคีสมาชิกใช้รูปแบบการสนับสนุนการตัดสินใจแทนการใช้อำนาจแบบเด็ดขาดเพื่อตัดสินใจแทน และสร้างข้อผูกพันให้คนพิการได้รับการยอมรับอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายตาม ข้อ 12 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ³¹ กำหนดให้ต้องมีการ

²⁷ General Comment No 1, UN Doc CRPD/C/GC/1, [29(h)].

²⁸ General Comment No 1, UN Doc CRPD/C/GC/1, [27].

²⁹ General Comment No 1, UN Doc CRPD/C/GC/1, [28].

³⁰ General Comment No 1, UN Doc CRPD/C/GC/1, [30].

³¹ Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)

Article 12: Equal recognition before the law

1. States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.

2. States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.

3. States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.

4. States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a

ออกกฎเกณฑ์เพื่อปกป้องคุ้มครองคนพิการ (Cognitively Impaired) และสนับสนุนให้มีความสามารถทางกฎหมายอย่างเท่าเทียม³²

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นของเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถและประโยชน์สูงสุดที่มีความยืดหยุ่นและมักถูกวิจารณ์ว่ามีความไม่แน่นอน และอาจเป็นการเลือกปฏิบัติ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการจึงมีความมุ่งหมายในการเรียกร้องที่จะปกป้องให้คนพิการได้รับความคุ้มครองในสิทธิมนุษยชนอย่างเท่าเทียมกันในฐานะผู้ถือสิทธิ (Holders of Rights) และสนับสนุนให้คนพิการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ มากกว่าการถูกมองว่าเป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถเนื่องจากมีความบกพร่อง (Imperfect)³³

แนวโน้มในอนาคตของรูปแบบและกระบวนการในการตัดสินใจแทนบุคคลที่ไม่มีความสามารถกำลังอยู่ในระหว่างช่วงเปลี่ยนแปลง จากรูปแบบเดิมที่ผู้ปกครองมีอำนาจเด็ดขาดโดยสมบูรณ์ (Plenary Guardianship Model) เป็นรูปแบบใหม่ที่ให้ความสำคัญในการสนับสนุนให้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจด้วยตนเอง และจำกัดอำนาจของผู้ปกครองในครอบครัว (Family-Based Guardianship) และในศตวรรษที่ 21 นี้ ประเทศต่าง ๆ ได้ร่วมมือกันสร้างกระบวนการตัดสินใจแทนรูปแบบใหม่ ที่มีการยอมรับความสามารถทางกฎหมายของคนพิการมากยิ่งขึ้น เช่น การมีผู้ช่วยตัดสินใจร่วม (Co-Decision-Makers)³⁴

นอกจากนี้ยังมีความเห็นจากองค์กรระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาไว้ ได้แก่

คณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็กได้แสดงความกังวลต่อปัญหาการบังคับให้ทำหมั้นเด็กพิการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กผู้หญิงที่พิการ ซึ่งเป็นปัญหาที่ยังคงมีอยู่อันเป็นการละเมิดสิทธิ

competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests.

5. Subject to the provisions of this article, States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property.

³² Barbara Carter, "Adult Guardianship: Human Rights or Social Justice," *Journal of Law and Medicine* 18, 1 (2010): 143,154.

³³ *Ibid*, p.147.

³⁴ see also John Devereux Anne-Maree Farrell, *supra note 21*, p. 137.

ของเด็กอย่างร้ายแรงในการที่จะมีร่างกายที่สมบูรณ์ และทำให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพร่างกายหรือจิตใจไปตลอดชีวิต ดังนั้น คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กจึงเรียกร้องให้รัฐภาคีห้ามไม่ให้มีการบังคับในเด็กเนื่องจากมีความพิการ³⁵

สิทธิของเด็กพิการไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชายก็ตามไม่ควรถูกบังคับให้ทำหมัน ทั้งนี้จะต้องให้ความสำคัญในการระบุถึงการบังคับให้ทำหมันในเพศชายที่เป็นคนพิการด้วย แม้ว่าจะมีสัดส่วนที่ได้รับผลกระทบจากปัญหาการบังคับให้ทำหมันน้อยกว่าในเพศหญิงก็ตาม³⁶

สมาพันธ์รีเวชวิทยาและสูติศาสตร์ระหว่างประเทศ (International Federation of Gynecology and Obstetrics: FIGO) ได้แสดงความเห็นต่อปัญหาการบังคับให้ทำหมันไว้ว่า จะต้องไม่มีผู้หญิงคนใดถูกทำหมันโดยปราศจากความยินยอมของตนเอง หรือปราศจากการบอกกล่าวข้อมูล รวมไปถึงการถูกบีบบังคับ กีดกัน หรือการชักชวนจากแพทย์หรือผู้ให้บริการด้านสุขภาพหรือสถาบันด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้อง และผู้หญิงที่จะรับการทำหมันนั้นจะต้องได้รับการแจ้งข้อมูล รวมถึงทราบทางเลือกอื่น ๆ นอกเหนือจากการทำหมันในภาษาที่ผู้ป่วยสามารถทำความเข้าใจและสื่อสารได้ง่าย³⁷ ในประเด็นของภาษาที่ผู้ป่วยสามารถทำความเข้าใจได้ง่ายนี้ เมื่อพิจารณาร่วมกับความเป็นคนพิการทางสติปัญญา จะเห็นได้ว่าคนพิการทางสติปัญญาบางรายที่มีระดับความพิการไม่มากทำให้สามารถใช้ชีวิตประจำวันได้ด้วยตนเอง การให้ข้อมูลเรื่องการทำหมันก็ควรจัดทำในรูปแบบพิเศษเพื่อให้คนพิการทางสติปัญญาสามารถเข้าใจและเข้าถึงได้โดยง่าย เช่น การใช้ภาษาที่เข้าใจง่าย ตัวหนังสืออ่านง่าย หรือการเพิ่มสีอักษร เพิ่มภาพประกอบความเข้าใจ เป็นต้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

³⁵ CRC Committee General Comment No.9 [at para. 60] states: "The Committee is deeply concerned about the prevailing practice of forced sterilisation of children with disabilities, particularly girls with disabilities. This practice, which still exists, seriously violates the right of the child to her or his physical integrity and results in adverse life-long physical and mental health effects. Therefore, the Committee urges States parties to prohibit by law the forced sterilisation of children on grounds of disability."

³⁶ Human Rights Watch, "Sterilisation of Women and Girls with Disabilities," [Online]. Available from: <https://www.hrw.org/news/2011/11/10/sterilization-women-and-girls-disabilities>

³⁷ FIGO (International Federation of Gynecology and Obstetrics), "Female Contraceptive Sterilisation," [Online]. Available from: <http://www.wwda.org.au/FIGOGuidelines2011.pdf>.

จะเห็นได้ว่ามุมมองด้านสิทธิมนุษยชนต่อปัญหาการทำหมันมีแนวโน้มที่จะพัฒนากฎหมายให้คนพิการสามารถมีสิทธิในการกำหนดชีวิตของตนเองได้อย่างเต็มที่ และมีแนวโน้มที่จะพัฒนาให้เกิดการสนับสนุนให้คนพิการสามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเองแทนที่รูปแบบของการให้ผู้อื่นตัดสินใจแทน ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรคำนึงถึงระดับความพิการของคนพิการแต่ละบุคคลด้วย เนื่องจากในกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่มีระดับความพิการมากหากปล่อยให้ตัดสินใจด้วยตนเองอย่างเต็มที่ในขณะที่บุคคลนั้นไม่สามารถรับรู้หรือเข้าใจสาระสำคัญของการทำหมันได้ อาจทำให้เกิดการตัดสินใจที่ผิดพลาดและส่งผลกระทบต่อชีวิตของคนพิการทางสติปัญญาได้ หากเปรียบเทียบคนพิการทางสติปัญญากับคนพิการทางการได้ยินหรือคนพิการทางสายตา จะเห็นว่าคนพิการทางการได้ยินหรือคนพิการทางสายตามีความสามารถในการเข้าใจ รวมถึงการคิดวิเคราะห์มากกว่าคนพิการทางสติปัญญา ซึ่งอาจเป็นไปได้ที่ต้องได้รับสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองอย่างเต็มที่เพราะบุคคลเหล่านี้ไม่ได้มีปัญหาในกระบวนการคิดและตัดสินใจ ดังนั้น แม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการจะได้พยายามปรับปรุงกฎหมายให้รับรองสิทธิของคนพิการอย่างเท่าเทียม แต่ก็ไม่ได้ระบุประเภทของความพิการออกอย่างชัดเจน ผู้เขียนจึงขอตั้งข้อสังเกตไว้ว่า รูปแบบในการให้ความคุ้มครองสำหรับคนพิการทางสติปัญญาในการตัดสินใจจะต้องมีการกำหนดผู้ช่วยเหลือในการตัดสินใจเป็นพิเศษ โดยการพิจารณาถึงประเภทความพิการและระดับความรุนแรงของความพิการแต่ละบุคคล ซึ่งในประเด็นนี้ ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบรายละเอียดต่อไปในบทที่ 4

3.2 แนวคิดเบื้องต้นของการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล

การจะทำความเข้าใจเรื่องกระบวนการให้ความยินยอมในการทำหมัน จะต้องทำการศึกษาถึงแนวคิดเบื้องต้นของการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล เนื่องจากการให้ความยินยอมในการทำหมันถือเป็นการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลอย่างหนึ่งอันเป็นการให้ความยินยอมแก่แพทย์ในการที่จะรักษาพยาบาลหรือทำการการผ่าตัดได้โดยจะไม่ถือว่าเป็นการทำร้ายร่างกายหรือเป็นความผิดฐานละเมิด จึงจำเป็นต้องทำการศึกษาถึงแนวคิดของการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลเบื้องต้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจความเป็นมาของการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล และสามารถเข้าใจถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดเรื่องของการให้ความยินยอมในการทำหมันต่อไป

การให้ความยินยอมเป็นหลักของการรักษาพยาบาลที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้ป่วยสามารถให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลหรือจะปฏิเสธการรักษาพยาบาลก็ได้ แม้ว่าการปฏิเสธนั้นจะส่งผลร้ายต่อผู้ป่วยเองหรือเป็นการกระทำที่ขัดต่อประโยชน์ของรัฐในอันที่จะต้องคุ้มครองและรักษาชีวิต

พลเมืองของตนก็ตาม³⁸ ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวของผู้ป่วย (Informed consent) มีที่มาจากแนวคิดสำคัญสองประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง คือ การเคารพสิทธิส่วนบุคคล โดยถือว่าบุคคลทุกคนที่มีความสามารถตามกฎหมายมีสิทธิอย่างสมบูรณ์ต่อร่างกายของตนในการที่จะตัดสินใจว่าจะยอมให้ใครทำอะไรกับร่างกายของตนเอง รัฐหรือบุคคลอื่นไม่มีสิทธิที่จะบังคับให้บุคคลต้องยอมรับการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนความต้องการของตนเอง และประการที่สอง คือ ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยตั้งอยู่บนพื้นฐานของการที่ผู้ป่วยมอบความไว้วางใจแก่แพทย์ (Fiduciary Relationship) ดังนั้น การกระทำของแพทย์ต้องเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ใจเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยเป็นสำคัญ เนื่องจากผู้ป่วยไม่มีความรู้ในทางการแพทย์ จึงเป็นหน้าที่ของแพทย์ที่จะให้ความกระจ่างต่อผู้ป่วยในเรื่องที่เกี่ยวกับการรักษาพยาบาล³⁹ ความยินยอมเป็นกระบวนการที่มีความสำคัญ และถือเป็นจุดเริ่มต้นของปฏิสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ในทางกฎหมายการให้ความยินยอมเป็นมากกว่ากฎเกณฑ์ เนื่องจากความยินยอมของผู้ป่วยที่อนุญาตให้แพทย์กระทำการใด ๆ ต่อร่างกายของตน หากไม่ได้รับความยินยอมที่ถูกต้องตามกฎหมายจากผู้ป่วย อาจนำไปสู่การกระทำที่ผิดกฎหมาย เช่น เป็นการกระทำละเมิด หรือเป็นการทำร้ายร่างกายผู้อื่น⁴⁰ การได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยจึงเป็นเหตุผลที่แพทย์สามารถป้องกันการถูกดำเนินคดี ทั้งในทางแพ่งและทางอาญาได้⁴¹

องค์ประกอบของการให้ความยินยอม ได้แก่⁴²

1. ต้องได้รับความยินยอมอย่างอิสระ และด้วยความสมัครใจ
2. ความยินยอมจะต้องเกี่ยวข้องกับการกระทำที่จะดำเนินการ และ
3. แพทย์จะต้องให้ข้อมูลแก่ผู้ป่วยอย่างเพียงพอ

ลักษณะของความยินยอมในการรักษาพยาบาลนั้นไม่มีแบบ สามารถแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งเป็นหนังสือหรือโดยปริยายก็ได้⁴³ เช่น การยื่นแขนให้ฉีดยา เว้นแต่ เป็นกรณีที่ผู้ป่วยไม่ทราบสาระสำคัญของการเจ็บป่วยจะถือว่าให้ความยินยอมโดยปริยายแล้วไม่ได้ การให้ความยินยอมจะต้องเกิดขึ้นโดยบุคคลที่มีความสามารถในการให้ความยินยอม ซึ่งบุคคลทุกคนที่บรรลุนิติภาวะ (adult years) และมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ (sound mind) ย่อมมีสิทธิและมีความสามารถในการ

³⁸ Re T (adult: refusal of medical treatment) (1993) Fam 95.

³⁹ Holder Angela Roddey, *Medical Malpractice Law*, 2 ed. (New York 1978), pp. 225-238.

⁴⁰ see also John Devereux Anne-Maree Farrell, *supra note 21*, p. 117.

⁴¹ Re W (a minor) (consent to medical treatment) [1992] 4 All ER 627.

⁴² see also John Devereux Anne-Maree Farrell, *supra note 21*, pp. 120-122.

⁴³ Re T (adult: refusal of treatment) [1993] Fam 95.

ตัดสินใจกระทำการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง กับชีวิตและร่างกายของตนเอง นอกจากนี้ความสามารถในการให้ความยินยอมให้รักษาพยาบาลจะต้องพิจารณาถึงความสามารถในการรับทราบข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาล ความสามารถในการนำข้อมูลเหล่านั้นมาชั่งน้ำหนักเพื่อใช้ในการตัดสินใจ และความสามารถในการสื่อสารการตัดสินใจของตน⁴⁴

ทั้งนี้ การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา มีประเด็นในเรื่องของความสามารถของบุคคลในการให้ความยินยอม ซึ่งแบ่งออกเป็นกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ และกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ทั้งสองกรณีนี้มีแนวความคิดของกระบวนการให้ความยินยอมที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ หากเป็นคนพิการทางสติปัญญาที่ยังเป็นผู้เยาว์อยู่นั้น การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยหลักแล้วจะอยู่ภายใต้ความปกครองดูแลของบิดามารดาหรือผู้ปกครองทำหน้าที่ในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลแทนได้ แต่หากบรรลุนิติภาวะแล้วถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้มีความสามารถทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์แล้ว การใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครองในการให้ความยินยอมแทนย่อมหมดไป แต่ประเด็นที่มีความเหมือนกันระหว่างความเป็นผู้เยาว์กับบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วคือ หากเป็นบุคคลที่มีความพิการทางสติปัญญาจะมีภาวะความบกพร่องทางสติปัญญาเหมือนกัน ซึ่งเป็นภาวะที่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการคิด ตัดสินใจ และเป็นความบกพร่องที่มีมาแต่กำเนิด ซึ่งบางกรณีแม้ว่าบุคคลนั้นจะบรรลุนิติภาวะแล้วแต่พัฒนาการทางความคิดอาจเทียบเท่ากับวัยเด็กได้

การให้ความยินยอมในกรณีผู้ป่วยที่เป็นผู้เยาว์นั้น มีแนวคิดในการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาที่ได้รับการยอมรับ ด้วยเหตุผลที่ว่าบิดามารดาเป็นผู้ที่เหมาะสมที่สุดในการให้ความยินยอมแทนบุตรซึ่งยังไม่สามารถให้ความยินยอมด้วยตนเองได้ ซึ่งมีแนวความคิดสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก มองว่าบิดามารดาเป็นผู้ที่จะกระทำเพื่อบุตรของตนเองเสมอ (the parent speaking for the child) จึงมีสิทธิในการให้ความยินยอมแทนบุตรได้ และประการที่สอง มองว่าการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาเหนือตัวบุตรนั้น จะนำไปเพื่อความผาสุกของบุตร ทั้งนี้ ต้องกระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของบุตร⁴⁵ อันเป็นการใช้อำนาจปกครองเพื่อกำหนดสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับความผาสุกของบุตร⁴⁶

⁴⁴ Re C (adult: refusal of medical treatment) (1994) 1 All ER 819.

⁴⁵ see also John Devereux Anne-Maree Farrell, *supra note 21*, p. 124.

⁴⁶ Secretary, Department of Health and Community Services v JWB and SMB (1992) 175 CLR 218 at 239-40 per Mason CJ.

ทฤษฎีประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นทฤษฎีที่นำมาปรับใช้เมื่อมีข้อพิพาทที่ต้องตัดสินเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตร (Custody for the child)⁴⁷ นอกจากนี้การพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กมีที่มาจากมาตรา 3⁴⁸ ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) โดยให้การรับรองว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลและการช่วยเหลือเป็นพิเศษเพื่อให้เด็กสามารถพัฒนาบุคลิกภาพได้อย่างเต็มที่ เด็กควรเติบโตในสิ่งแวดล้อมของครอบครัวในบรรยากาศแห่งความสุข ความรัก และความเข้าใจ และการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะดำเนินการโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ จะต้องพิจารณาและคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก โดยการประเมินความสมดุลขององค์ประกอบต่าง ๆ ที่จำเป็นในการตัดสินใจสำหรับสถานการณ์นั้น ๆ และจะต้องพิจารณาถึงเด็กแต่ละบุคคล หรือเด็กแต่ละกลุ่มที่มีความต้องการแตกต่างกัน⁴⁹

คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กได้วางเกณฑ์ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กโดยจะต้องพิจารณาในประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ดังนี้⁵⁰

- มุมมอง และ แรงบันดาลใจของเด็ก
- ตัวตนของเด็ก อายุ เพศ ประวัติส่วนตัว และ ภูมิหลังของเด็ก
- การดูแล การคุ้มครอง และ ความปลอดภัยของเด็ก
- ความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก
- สภาพแวดล้อมของครอบครัว และความสัมพันธ์ในครอบครัว

⁴⁷ Homer H. Clark, *The Law of Domestic Relations in the United States* (Minnesota: West Publishing Co., 1968), p. 574.

⁴⁸ Convention on the Rights of the Child
Article 3 para 1

In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

⁴⁹ Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 (2013), par. 47.

⁵⁰ Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 (2013), Chapter VA.1 and par. 44.

- การติดต่อทางสังคมของเด็กระหว่างเพื่อนและผู้อื่น
- พิจารณาความเสี่ยงที่เด็กกำลังเผชิญ รวมถึงการป้องกันและส่งเสริมสิทธิของเด็ก
- ทักษะของเด็กและความสามารถในการพัฒนา
- สิทธิและความต้องการเกี่ยวกับสุขภาพและการศึกษาของเด็ก
- พัฒนาการของเด็กหรือการเปลี่ยนแปลงอย่างค่อยเป็นค่อยไปสู่ความเป็นผู้ใหญ่ และการมีอิสระในชีวิต
- ความต้องการเฉพาะอื่น ๆ ของเด็ก เป็นต้น

หลักการพิจารณาประโยชน์สูงสุดจะถูกนำมาใช้ในกรณีที่จะต้องมีการตัดสินใจแทนโดยบุคคลที่สาม ไม่ว่าจะเป็นกรณีการใช้อำนาจปกครองบุตรของบิดามารดาหรือผู้ปกครองที่จะต้องกระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของบุตรหรือของผู้ที่อยู่ภายใต้ความปกครอง หรือกรณีการรักษาพยาบาลที่มีหลักวิชาชีพให้แก่บุคลากรทางการแพทย์พิจารณาประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย รวมไปถึงการพิจารณาเรื่องการทำหมันผู้ป่วยเช่นกันซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาต่อไป ถึงการกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของแต่ละประเทศต่อการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญา ดังที่ปรากฏในกฎหมายและหลักเกณฑ์ของประเทศที่จะทำการศึกษาต่อไป

3.3 สหราชอาณาจักร: ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่น่าสนใจในการทำการศึกษานี้เนื่องจากมี Mental Capacity Act อันเป็นต้นแบบให้กับหลาย ๆ ประเทศ เช่น ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์ นอกจากนี้ มีรูปแบบในการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้ด้วยตนเอง อันสามารถนำไปสู่การพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจของคนพิการทางสติปัญญาได้ และมีแนวทางในการปฏิบัติเพื่อสนับสนุนการตัดสินใจซึ่งจะได้ทำการอธิบายต่อไป และประเด็นการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาศาลอังกฤษได้มีคำพิพากษาวางหลักเกณฑ์และแนวทางในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของคนพิการทางสติปัญญาในปัญหาการทำหมั้นเอาไว้เป็นบรรทัดฐานและถูกนำไปใช้กับกรณีการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาในคดีอื่น ๆ ทั้งนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษากระบวนการให้ความยินยอมในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาโดยแบ่งออกเป็น 3 ประเด็น ได้แก่ การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น และสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา อธิบายได้ดังนี้

3.3.1 การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล

ก่อนที่จะทำการพิจารณาประเด็นการให้ความยินยอมในการทำหมั้นนั้น จะต้องศึกษาถึงการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปเสียก่อน แม้ว่าการทำหมั้นจะเป็นไปเพื่อการคุมกำเนิด ไม่ใช่การรักษาโรคหรือความเจ็บป่วยโดยตรง แต่จะต้องกระทำโดยแพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญ โดยเฉพาะ และกระทำในสถานพยาบาลเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ประเทศอังกฤษได้ระบุให้การทำหมั้นเป็นการรักษาพยาบาลที่มีความร้ายแรง ซึ่งส่งผลให้มีกระบวนการพิเศษเพิ่มขึ้นในการพิจารณาความยินยอมที่ต้องใช้ความระมัดระวังมากกว่าการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลทั่ว ๆ ไป ทั้งนี้ก่อนจะทำการศึกษาถึงการรักษาพยาบาลที่มีความร้ายแรงจะต้องทำความเข้าใจถึงแนวคิดในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปของประเทศอังกฤษซึ่งพบว่ามีแนวคิดในเรื่องความยินยอมในการรักษาพยาบาลตั้งแต่ทศวรรษที่ 1990 โดยศาลอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องความยินยอมในการรักษาพยาบาลไว้ในคำพิพากษากำหนดให้ความยินยอมเป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการรักษาพยาบาล และจะทำการรักษาพยาบาลไม่ได้หากไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย ซึ่งความยินยอมจากผู้ป่วยที่เกิดจากการได้รับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาล หรือที่เรียกว่าความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) ถือเป็นหน้าที่ทางจริยธรรมเกี่ยวกับการยอมรับนับถือต่อตัวบุคคลและเสรีภาพของบุคคล เนื่องจากแพทย์มีหน้าที่ต้องให้การรักษาผู้ป่วย (Duty to provide care) และแพทย์เป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ป่วยให้ต้องเปิดเผยความจริงให้ผู้ป่วยทราบ เช่น

คดี Chatterton v. Gerson⁵¹ ในคดีนี้ผู้ป่วยตัดสินใจรับการผ่าตัดปิดกั้นเส้นประสาทจากอาการปวดเรื้อรัง โดยแพทย์ไม่ได้แจ้งให้ผู้ป่วยทราบถึงความเสี่ยงที่การผ่าตัดอาจส่งผลให้สูญเสียความรู้สึกในแขนหรือขา ซึ่งหลังจากการผ่าตัดขาข้างหนึ่งของผู้ป่วยก็สูญเสียความรู้สึกไป ผู้ป่วยจึงได้ฟ้องแพทย์ในข้อหาละเมิดและทำร้ายร่างกาย ซึ่งในคดีนี้ศาลตัดสินให้แพทย์ไม่ต้องรับผิด เนื่องจากแพทย์ได้ทำการอธิบายลักษณะทั่วไปในกระบวนการของการผ่าตัดให้ผู้ป่วยทราบแล้ว และผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมให้มีกระบวนการผ่าตัดขึ้นแล้ว ดังนั้นแพทย์จะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อกระบวนการในการผ่าตัดนั้นแตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากกระบวนการที่ผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมไว้เท่านั้น

ลักษณะการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของประเทศอังกฤษนั้น ไม่ได้กำหนดแบบในการแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลไว้เป็นการเฉพาะ สามารถทำได้โดยการให้ความยินยอมเป็นหนังสือ โดยวาจา หรือวิธีอื่นใด (non-verbally) เช่น การแสดงออกทางสัญลักษณ์ ทั้งนี้ บุคคลผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอมด้วย กล่าวคือ มีความสามารถเพียงพอในการตัดสินใจ จดจำข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาล และสามารถวิเคราะห์ข้อมูลเหล่านั้นเพื่อประกอบการตัดสินใจให้ความยินยอมโดยอิสระ และเมื่อได้ให้ความยินยอมไปแล้ว ความยินยอมย่อมมีผลสมบูรณ์จนกว่าผู้ให้ความยินยอมจะเพิกถอนความยินยอมนั้น⁵²

ในส่วนของการให้ความยินยอมในการทำหมั้นนั้นประเทศอังกฤษถือว่าการทำหมั้นเป็นการรักษาพยาบาลที่มีลักษณะร้ายแรง (Serious medical treatment) ดังจะเห็นได้จากคำร้องเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลที่มีความร้ายแรง (Applications Relating to Serious Medical Treatment)⁵³ และจาก Mental Capacity Act 2005: Code of Practice⁵⁴ ซึ่งหมายถึงการรักษาในกรณีดังต่อไปนี้

1. กรณีที่หากการรักษาพยาบาลนั้น ไม่เพียงแต่ผู้ป่วยจะได้รับประโยชน์จากการรักษา แต่เมื่อพิจารณาซึ่งน้ำหนักแล้วพบว่าผู้ป่วยมีแนวโน้มสูงที่จะได้รับภาวะและรับความเสี่ยงจากการรักษาพยาบาลนั้น

⁵¹ Chatterton v Gerson [1981] QB 432, [1980] 3 WLR 1003, [1981] CLY 2648

⁵² Royal College of Nursing, Principles of Consent: Guidance for Nursing Staff (London 2019), pp. 9-10.

⁵³ "Practice Direction E – Applications Relating to Serious Medical Treatment", [Online]. Available from: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/06/copd-pd-9e-serious-medical-treatment.pdf>

⁵⁴ The Department for Constitutional Affairs, Mental Capacity Act 2005 : Code of Practice, 1 ed. (United Kingdom: The Stationery Office, 2007), p. 99.

2. กรณีที่การรักษาพยาบาลนั้นมีทางเลือกในการรักษา การตัดสินใจที่จะเลือกการรักษาพยาบาลทางใดทางหนึ่งจะต้องมีการชั่งน้ำหนักอย่างเหมาะสม หรือ

3. กรณีที่การรักษาพยาบาล มีขั้นตอนการรักษาพยาบาล หรือการวินิจฉัยการรักษา ที่จะส่งผลกระทบต่อผู้ป่วยได้

ผลกระทบที่ร้ายแรง (Serious consequences) คือ สิ่งที่จะส่งผลกระทบต่อผู้ป่วย ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบจากการรักษาพยาบาล ขั้นตอนการรักษา หรือการวินิจฉัยการรักษา หรือผลกระทบในวงกว้าง ได้แก่⁵⁵

1. เป็นสาเหตุหรือก่อให้เกิดความเจ็บปวดอย่างรุนแรงและยาวนาน เกิดความทุกข์ทรมาน หรือมีผลข้างเคียง

2. มีผลกระทบที่สำคัญต่อผู้ป่วย

3. มีผลกระทบที่ร้ายแรงในการเลือกใช้ชีวิตในอนาคตของผู้ป่วย

ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจใด ๆ ต่อไปนี้ ควรได้รับการพิจารณาว่าเป็นการรักษาพยาบาลที่ร้ายแรง และควรถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาและขออนุมัติจาก Court of Protection ได้แก่⁵⁶

1. การตัดสินใจเกี่ยวกับการถอดเครื่องให้อาหาร สำหรับผู้ป่วยที่อยู่ในสภาพผัก หรือผู้ป่วยที่อยู่ในสภาพที่มีสติสัมปชัญญะน้อย

2. กรณีที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะหรือไขกระดูก สำหรับบุคคลที่ขาดความสามารถในการให้ความยินยอม

3. กรณีที่เกี่ยวข้องกับการทำหมันสำหรับบุคคลที่ขาดความสามารถในการให้ความยินยอม ไม่ได้เป็นไปเพื่อการรักษาโรค (non-therapeutic sterilization) เช่น การทำหมันเพื่อการคุมกำเนิด

4. กรณีที่มีข้อสงสัยหรือข้อพิพาทเกี่ยวกับการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยต่อการรักษาพยาบาลที่สำคัญ รวมถึงกรณีที่เกี่ยวข้องกับจริยธรรมในการรักษา ข้อสงสัยในความสามารถของบุคคล หรือกรณีการพิจารณาความถูกต้องในกรณีที่ผู้ป่วยปฏิเสธการรักษา⁵⁷

⁵⁵ "Practice Direction E – Applications Relating to Serious Medical Treatment ", "Practice Direction E – Applications Relating to Serious Medical Treatment "

⁵⁶ see also The Department for Constitutional Affairs, *supra note 54*, p.99.

จากการศึกษาจึงสรุปได้ว่า การให้ความยินยอมในการทำหมันโดยทั่วไปที่เกิดขึ้นกับคนปกติ ไม่มีกระบวนการให้ความยินยอมเป็นพิเศษ จึงต้องใช้รูปแบบเดียวกันกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป แต่หากเป็นกรณีที่ทำหมันเกิดขึ้นในบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจ การทำหมันดังกล่าวจะถูกจัดเป็นการรักษาพยาบาลที่มีความร้ายแรง ส่งผลให้กระบวนการในการให้ความยินยอมจะต้องได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษ

3.3.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมัน

การพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในหัวข้อนี้ จะต้องแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ ความสามารถของคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ และกรณีที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ซึ่งการพิจารณาความสามารถก็จะแตกต่างกันออกไป เนื่องจากผู้เยาว์เป็นบุคคลที่ยังอยู่ภายใต้ความดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง แต่หากบรรลุนิติภาวะแล้วย่อมแสดงให้เห็นว่ามีความสามารถทางกฎหมายอย่างเต็มที่ แต่จากความบกพร่องทางสติปัญญาส่งผลให้บุคคลเหล่านี้บกพร่องเรื่องความสามารถตามมา ในหัวข้อนี้จึงจะทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์การกำหนดความสามารถของคนพิการทางสติปัญญาในการให้ความยินยอมให้รักษาพยาบาลของผู้เยาว์และผู้ที่ยังบรรลุนิติภาวะแล้ว ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

ในกรณีของความสามารถของคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์พบว่า ประเทศอังกฤษมีหลักการเบื้องต้นในการให้ความยินยอมให้การรักษาพยาบาลของผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปีนั้น จากการศึกษาพบว่า หากผู้เยาว์นั้นมีภาวะที่เป็นผู้ใหญ่ หรือที่เรียกกันว่า ‘Gillick competent’ หรือ ‘mature minor’⁵⁷ เป็นหลักเกณฑ์การพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลประเทศอังกฤษ ซึ่งได้ระบุว่า มีสถานการณ์ที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้ด้วยตนเอง ศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้แพทย์ตรวจสอบว่าผู้เยาว์นั้นสามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง กล่าวคือ จะต้องมีสติปัญญาที่เพียงพอเพื่อให้เข้าใจข้อมูลที่แพทย์แจ้งอย่างเต็มที่ ดังนั้น หากผู้เยาว์เป็นคนพิการทางสติปัญญา อาจถือว่าเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมให้การรักษาพยาบาลด้วยตนเองได้

⁵⁷ Action for Advocacy, *The Involvement of Independent Mental Capacity Advocates (Imcas) in Serious Medical Treatment Decisions* (2011), p. 51.

⁵⁸ Gillick v West Norfolk and Wisbech Health Authority [1986] 1 AC 112.

นอกจากนี้ บิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นที่มีอำนาจตามกฎหมาย สามารถให้ความยินยอมสำหรับการรักษาพยาบาลแทนผู้ป่วยได้⁵⁹ ซึ่งในกรณีนี้จะต้องพิจารณาต่อไปว่าเป็นการให้ความยินยอมในกรณีการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป หรือเป็นกรณีการรักษาพยาบาลที่มีความร้ายแรง เนื่องจากรูปแบบของการให้ความยินยอมแทนในการรักษาพยาบาลที่มีความร้ายแรงจะต้องมีกระบวนการพิเศษแตกต่างออกไปซึ่งผู้เขียนจะทำการอธิบายต่อไป

ในกรณีความสามารถของคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วพบว่า โดยหลักแล้วบุคคลที่บรรลุนิติภาวะถือว่าเป็นบุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมายอย่างเต็มที่ แต่สำหรับในกรณีที่บุคคลที่มีความพิการทางสติปัญญา อาจจะต้องมีการพิจารณาความสามารถที่แท้จริงของแต่ละบุคคล ซึ่งประเทศอังกฤษมีบทบัญญัติการพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอม คือ Mental Capacity Act บัญญัติขึ้นในปี ค.ศ.2005 และมีผลบังคับใช้แล้วเมื่อปี ค.ศ. 2007 สืบเนื่องจากที่ประเทศอังกฤษได้ลงนามไว้ในอนุสัญญา The Convention on the International Protection of Adults วันที่ 13 มกราคม ค.ศ.2000 มีวัตถุประสงค์ในการสร้างหลักเกณฑ์สำหรับบุคคลผู้ที่ขาดความสามารถ ในการคิดวิเคราะห์ข้อมูลต่าง ๆ เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าบุคคลนั้นสามารถให้ความยินยอมหรือตัดสินใจด้วยตนเองได้หรือไม่ หากเป็นบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองก็จะมีแนวทางในการช่วยเหลือและสนับสนุนบุคคลผู้นั้นต่อไป

Mental Capacity Act 2005 ไม่ได้ให้ความคุ้มครองเฉพาะคนพิการทางสติปัญญา แต่เป็นการวางหลักเกณฑ์สำหรับบุคคลทุกคนที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจเรื่องต่าง ๆ เช่น การใช้ชีวิตประจำวัน การตัดสินใจด้านการเงิน รวมถึงการตัดสินใจที่สำคัญเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลด้วย หรือแม้แต่ในบุคคลที่มีความสามารถในการตัดสินใจอยู่แล้ว แต่ต้องการเตรียมความพร้อมสำหรับเวลาที่ตนเองไม่มีความสามารถในการตัดสินใจในอนาคตก็สามารถเตรียมการไว้ล่วงหน้าในการแสดงเจตจำนงหรือแต่งตั้งบุคคลที่ไว้วางใจเป็นผู้จัดการดูแลตัดสินใจแทนต่อไปได้ตามหลักเกณฑ์ที่ Mental Capacity Act 2005 กำหนด

การจะระบุว่าบุคคลใดเป็นคนที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจตาม Mental Capacity Act 2005 ไม่ใช่การพิจารณาเพียงแค่ความพิการ หรือเพียงแค่ว่าบุคคลนั้นมีปัญหาทางด้านสุขภาพเท่านั้น ในบางกรณีบุคคลไม่มีความสามารถในการตัดสินใจในเรื่องที่ซับซ้อน เช่น การตัดสินใจด้านการเงินที่มีความซับซ้อน แต่ยังสามารถตัดสินใจเรื่องอื่น ๆ ได้ เช่น สามารถตัดสินใจจะ

⁵⁹ National Health Service, "Children and Young People: Consent to Treatment," [Online]. Available from: <https://www.nhs.uk/conditions/consent-to-treatment/children/>

ข้อของใช้ในชีวิตประจำวันได้ ดังนั้น การระบุเรื่องความสามารถของบุคคลในการตัดสินใจจึงต้องพิจารณาเป็นรายบุคคลและเฉพาะเรื่องไป โดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลทุกคนมีความสามารถเว้นแต่จะได้พิสูจน์แล้วว่าไม่มีความสามารถ และจะต้องพยายามช่วยเหลือและสนับสนุนให้บุคคลเหล่านั้นสามารถทำการตัดสินใจให้ได้ด้วยตนเอง ทั้งนี้ หากจะต้องมีการตัดสินใจแทนบุคคลที่ขาดความสามารถ การตัดสินใจนั้นต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบุคคลนั้นเอง นอกจากนี้การตัดสินใจแทนเกี่ยวกับการดูแลหรือการรักษาพยาบาลจะต้องกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของบุคคลให้น้อยที่สุด และไม่ควรปฏิบัติราวกับว่าบุคคลนั้นเป็นผู้ที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจเพียงแค่ว่าเขาเหล่านั้นทำการตัดสินใจที่ไม่เหมาะสม หากบุคคลจะต้องได้รับการช่วยเหลือหรือสนับสนุนการตัดสินใจ ผู้ช่วยเหลือในการตัดสินใจจะต้องเป็นอิสระ สามารถเข้าใจความต้องการของบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ ซึ่งอาจเป็นสมาชิกในครอบครัว ญาติ หรือเพื่อน ซึ่งหากบุคคลที่ไม่มีความสามารถไม่มีผู้ช่วยเหลื่อดังกล่าว ก็จะมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องคอยให้การช่วยเหลือ ช่วยสนับสนุนการตัดสินใจนั้น โดยเป็นการบริการทางสังคมเรียกว่า Advocacy service⁶⁰ ซึ่งมีหลักการสำคัญ 5 ประการดังนี้⁶¹

1. บุคคลจะต้องถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้มีความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเอง เว้นแต่ จะถูกประกาศให้เป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถ

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Mental Capacity Act 2005 (England and Wales): Section 1 The principles

(1) The following principles apply for the purposes of this Act.

(2) A person must be assumed to have capacity unless it is established that he lacks capacity.

(3) A person is not to be treated as unable to make a decision unless all practicable steps to help him to do so have been taken without success.

(4) A person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision.

(5) An act done, or decision made, under this Act for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests.

(6) Before the act is done, or the decision is made, regard must be had to whether the purpose for which it is needed can be as effectively achieved in a way that is less restrictive of the person's rights and freedom of action.

2. บุคคลนั้นต้องไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างผู้ซึ่งไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ เว้นแต่ บุคคลเหล่านั้นได้รับการช่วยเหลือในทุกขั้นตอนแล้วไม่สามารถประสบความสำเร็จได้

3. บุคคลนั้นต้องไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างผู้ซึ่งไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ เพียงเพราะมีการตัดสินใจอย่างไม่ฉลาด กล่าวคือ ต้องสนับสนุนในการตัดสินใจ โดยพยายามที่จะช่วยเหลือบุคคลผู้ซึ่งไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้สามารถตัดสินใจได้ด้วยตัวของตนเอง แม้ในความเป็นจริงแล้ว การตัดสินใจนั้นจะเป็นการตัดสินใจที่ไม่ฉลาดหรือผิดปกติ (unwise or unusual decision) แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าบุคคลผู้นั้นไม่มีความสามารถที่จะตัดสินใจได้ด้วยตนเอง⁶²

4. การกระทำใดหรือการตัดสินใจใดภายใต้พระราชบัญญัตินี้ ที่ได้กระทำไปในนามของบุคคลผู้ซึ่งไม่มีความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเอง จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบุคคลนั้น

5. ก่อนที่จะมีการกระทำใดหรือก่อนที่จะมีการตัดสินใจในเรื่องใด จะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ ความจำเป็น ที่จะสามารถทำให้บรรลุผลได้อย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยวิธีการที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้นั้นให้น้อยที่สุด

ในส่วนของการพิจารณาความสามารถในการให้ตัดสินใจจะพิจารณาว่าการที่จะเป็นบุคคลที่ขาดความสามารถตัดสินใจเกี่ยวกับเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่ง ต้องเป็นบุคคลที่ไม่สามารถตัดสินใจด้วยตนเองได้ในเวลาที่เกิดเหตุการณ์นั้น เนื่องจากสูญเสียสมรรถภาพ หรือมีภาวะผิดปกติในกระบวนการทำงานของจิตใจ (mind) หรือสมอง (brain) ก็จะถือว่าบุคคลนั้นไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ⁶³ นอกจากนี้ Mental Capacity Act 2005 วางหลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจไว้ดังนี้⁶⁴

⁶² Victor Levenson C.Psychol, AFBPsS., "A Guide to the Mental Capacity Act," *Optionsautism*, 12 (2018): 2.

⁶³ Mental Capacity Act 2005 (England and Wales)

Section 2(1) People who lack capacity “(1) For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain”

⁶⁴ Mental Capacity Act 2005 (England and Wales)

Section 3: Inability to make decisions

(1) For the purposes of section 2, a person is unable to make a decision for himself if he is unable—

(a) to understand the information relevant to the decision,

(b) to retain that information,

1. เป็นบุคคล ผู้ซึ่งไม่สามารถเข้าใจข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจนั้นได้
2. เป็นบุคคล ผู้ซึ่งไม่สามารถจดจำข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจดังกล่าวนั้นได้
3. เป็นบุคคลผู้ซึ่งไม่สามารถใช้ หรือนำข้อมูลนั้นไปชั่งน้ำหนัก เพื่อเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการทำการตัดสินใจได้ หรือ
4. เป็นบุคคลผู้ซึ่งไม่สามารถสื่อสารการตัดสินใจของตนเองออกไปได้ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการพูด วิธีการใช้สัญลักษณ์ทางภาษา หรือวิธีการอื่นใด

ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจรวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับผลที่อาจเกิดขึ้นได้จากการตัดสินใจเลือกทางใดทางหนึ่ง หรือผลที่อาจเกิดขึ้นจากการล้มเหลวในการตัดสินใจ⁶⁵

ความบกพร่องหรือความผิดปกติของการทำงานของจิตใจหรือสมอง อาจเป็นความผิดปกติหรือความบกพร่องที่มีลักษณะชั่วคราวหรือถาวรก็ได้⁶⁶ และการพิจารณาการเป็นบุคคลที่ขาดความสามารถ ต้องไม่พิจารณาเพียงแค่อายุ ลักษณะภายนอกของบุคคล หรือพฤติกรรมของบุคคลนั้นเท่านั้น⁶⁷

-
- (c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or
 - (d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means).

⁶⁵ Mental Capacity Act 2005 (England and Wales)

Section 3(4) The information relevant to a decision includes information about the reasonably foreseeable consequences of—

- (a) deciding one way or another, or
- (b) failing to make the decision

⁶⁶ Mental Capacity Act 2005 (England and Wales)

Section 2 People who lack capacity “(2) It does not matter whether the impairment or disturbance is permanent or temporary.”

⁶⁷ Mental Capacity Act 2005 (England and Wales)

Section 2 People who lack capacity “(3) A lack of capacity cannot be established merely by reference to

- (a) a person’s age or appearance, or
- (b) a condition of his, or an aspect of his behavior, which might lead others to make unjustified assumptions about his capacity.”

ตัวอย่างของความบกพร่อง หรือความผิดปกติในระบบการทำงานของ จิตใจ หรือ สมอง ได้แก่⁶⁸

1. ความเจ็บป่วยทางจิต (Mental Illness)
2. ภาวะสมองเสื่อม (Dementia)
3. ภาวะการเรียนรู้บกพร่องอย่างมาก (Significant Learning Disabilities)
4. สมองเสียหาย (Brain Damage)
5. ความเจ็บป่วยทางกายหรือทางการแพทย์ (Physical or Medical Conditions) ที่ก่อให้เกิดอาการสับสน (Confusion) ง่วงซึม (Drowsiness) หรือ สูญเสียสติสัมปชัญญะ (Loss of Consciousness)
6. ภาวะเพ้อ (Delirium)
7. ภาวะบาดเจ็บทางสมอง (Head Injury)
8. อาการจากแอลกอฮอล์และการใช้สารเสพติด

จึงสรุปได้ว่าความสามารถของคนพิการทางสติปัญญาในการให้ความยินยอมในการทำหมั้น นั้นไม่มีการระบุไว้อย่างชัดเจนว่าคนพิการทางสติปัญญาเป็นคนที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ แต่จะต้องพิจารณาเป็นรายบุคคลไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด ซึ่งหากคนพิการทางสติปัญญาที่เป็น ผู้เยาว์จะมีความสามารถในการให้ความยินยอมได้นั้นจะต้องเชื่อได้ว่ามีสติปัญญาที่สมบูรณ์ สามารถ เข้าใจอย่างเพียงพอต่อการรักษาพยาบาลนั้น ๆ ได้ และในกรณีที่บรรลุนิติภาวะแล้วจะต้องพิจารณา ว่าเป็นบุคคลที่สูญเสียสมรรถภาพหรือมีภาวะผิดปกติในกระบวนการทำงานของจิตใจหรือสมองซึ่ง ส่งผลกระทบต่อความสามารถในการเข้าใจข้อมูล จดจำข้อมูล ใช้หรือนำข้อมูลไปพิจารณาตัดสินใจ รวมถึงความสามารถในสื่อสารการตัดสินใจของตนเอง ซึ่งหากคนพิการทางสติปัญญาไม่มี ความสามารถดังกล่าวเหล่านี้ ก็จะถือว่าเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจได้ด้วยตนเอง

⁶⁸ see also The Department for Constitutional Affairs, *supra* note 54, p. 44.

3.3.3 สิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา

ประเด็นเรื่องสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา เป็นประเด็นที่มีความสำคัญต่อปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา ไม่ว่าจะเป็นการบังคับให้ทำหมั้น การพาไปทำหมั้นโดยเจ้าตัวไม่ได้ให้ความยินยอมหรือไม่รับรู้ว่าจะตนถูกทำหมั้น นอกจากนี้ ปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญามักจะเกิดขึ้นกับผู้เยาว์เป็นจำนวนมาก ในขณะที่ยังเป็นช่วงอายุที่ไม่ควรถูกทำหมั้น เนื่องจากสภาวะทางร่างกายและจิตใจยังเจริญเติบโตไม่เต็มที่ นอกจากนี้ ประเทศอังกฤษได้ลงนามในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิเด็ก และสิทธิคนพิการ อันเป็นการรับรองว่าหลักเกณฑ์ต่าง ๆ จะต้องสอดคล้องกับหลักการภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ซึ่งในหัวข้อนี้ผู้เขียนแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ การทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ และกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วดังนี้

ในกรณีการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์พบว่า ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษเป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ดังนั้น การวางหลักเกณฑ์หรือแนวคิดทางกฎหมายจึงมีที่มาจากคำพิพากษาของศาล แม้ว่าประเทศอังกฤษไม่มีบทบัญญัติระบุห้ามทำหมั้นผู้เยาว์เอาไว้โดยตรง แต่มีคำพิพากษาของศาลที่เป็นหลักในการพิจารณาเกี่ยวกับการทำหมั้นในผู้เยาว์เอาไว้ คือ คดี Re D (A Minor) (Wardship : Sterilization)⁶⁹ เป็นคดีที่มารดาได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลอนุญาตให้ทำหมั้นบุตรพิการทางสติปัญญา อายุ 11 ปี โดยมีความกังวลว่าบุตรสาวของตนจะถูกล่อลวงไปในทางชู้สาวและอาจเกิดการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ และจะทำให้คลอดทารกที่มีความพิการทางสติปัญญาออกมา ศาลได้มีคำพิพากษาไม่อนุญาตให้ทำหมั้นเด็กหญิงผู้นี้ เนื่องจากการทำหมั้นครั้งนี้ ไม่ได้เป็นไปเพื่อการรักษาและไม่มีความจำเป็นเพียงพอ จากคดีนี้แสดงให้เห็นว่าอำนาจปกครองของบิดามารดาจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของบุตร จะใช้อำนาจปกครองเป็นการขัดต่อสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของบุตรไม่ได้

จึงสรุปได้ว่า หลักการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปที่ได้ทำการศึกษาไปแล้วข้างต้นเห็นได้ว่า บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้มีอำนาจตามกฎหมาย สามารถให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปแทนเด็กหรือผู้เยาว์ได้ แต่จะต้องพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญตามหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ประเทศอังกฤษได้ให้สัตยาบันไว้ ในส่วนของการรักษาพยาบาลที่มีความร้ายแรง เช่น การทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา ศาลของประเทศอังกฤษได้

⁶⁹ Re D (A Minor) (Wardship: Sterilization) (1976) Fam 185.

วางแนวทางไว้ว่าการทำหมันในกรณีที่เด็กเป็นคนที่พิการทางสติปัญญาไม่ใช่ประโยชน์สูงสุดของเด็ก จึงไม่สามารถทำหมันในกรณีที่เด็กเป็นคนที่พิการทางสติปัญญาได้

ในกรณีการทำหมันในคนที่พิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วพบว่า คำพิพากษาของศาล อังกฤษได้วางบรรทัดฐาน เกี่ยวกับปัญหาการทำหมันในคนที่มีความบกพร่องทางจิตและประสาท ถือว่าเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมด้วยตนเอง สืบเนื่องจากประเด็นความไม่แน่ใจของแพทย์และผู้ปกครองดูแลของบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ ว่าตนจะสามารถมีอำนาจในการให้ความยินยอมแทนได้หรือไม่ สามารถทำการศึกษได้จากตัวอย่างคดีดังต่อไปนี้

คดี RE F (MENTAL PATIENT: STERILISATION)⁷⁰

ในคดีนี้เป็นเรื่องของหญิงพิการทางจิตอายุ 36 ปี ซึ่งมีความบกพร่องทางจิตอย่างรุนแรง เป็นผู้ป่วยในโรงพยาบาลทางจิตแห่งหนึ่งตั้งแต่อายุ 14 ปี แต่มีพัฒนาการทางจิตเทียบเท่ากับเด็กเล็ก มารดาและแพทย์ของหญิงพิการรายนี้มีความกังวลว่าถ้าหญิงผู้นี้ไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้ป่วยเพศชายในสถานพยาบาลแห่งนั้น เธอจะไม่สามารถรับมือกับการตั้งครรภ์ การคลอดบุตร และการเลี้ยงดูบุตรได้ จึงเห็นว่าการทำหมันเป็นสิ่งที่จะเป็นประโยชน์สูงสุดต่อหญิงพิการทางจิตผู้นี้ จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งว่าการทำหมันหญิงพิการรายนี้จะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่ หากไม่ได้รับความยินยอมจากหญิงพิการทางจิตเนื่องจากเธอไม่สามารถให้ความยินยอมได้

ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ทำหมันได้ ด้วยเหตุผลว่าการทำหมันเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของหญิงพิการและเป็นกรณีที่มีความจำเป็น โดยศาลได้กล่าวว่าหลักการทั่วไปในการปฏิบัติงานด้านการแพทย์ เป็นที่ทราบกันดีว่าหากไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยจะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และจะถือเป็นการก่ออาชญากรรมอันเป็นการทำร้ายร่างกายผู้อื่น และเป็นการกระทำละเมิดต่อบุคคลอื่น เนื่องจากร่างกายของบุคคลไม่ควรถูกทำร้าย (every person's body is inviolate) แต่การรักษาดังกล่าวมีความชอบธรรมที่แพทย์สามารถให้เหตุผลได้ เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วย และมีความจำเป็นในการให้การรักษายาบาล ศาลจึงอนุญาตให้ทำหมันหญิงผู้นี้ได้ แต่มีข้อสังเกตว่าคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ไม่ได้มีการกล่าวถึงประเด็นที่ว่าแพทย์หรือผู้ปกครองดูแลจะสามารถให้ความยินยอมแทนได้หรือไม่ เพียงแต่ตัดสินว่าสามารถทำหมันหญิงผู้นี้ไม่ได้โดยไม่เป็นความผิดตามกฎหมายแม้จะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากหญิงพิการทางจิตผู้นี้

⁷⁰ RE F (MENTAL PATIENT: STERILISATION): HL 4 MAY 1989 [1990] 2 AC 1, [1989] 2 WLR 1025, [1989] 2 All ER 545, CA and HL(E)

คดี Re A (medical treatment: male sterilisation)⁷¹

คดีนี้เกิดขึ้นกับคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นดาวนซินโดรม มีอาการบกพร่องทางสติปัญญา ระดับรุนแรง มีมารดาเป็นผู้ดูแลอย่างเข้มงวด นาย A ได้เข้าไปอยู่ในความดูแลของเจ้าพนักงานท้องถิ่น มารดาจึงมีความกังวลว่า นาย A จะไปมีเพศสัมพันธ์กับผู้หญิงจนให้กำเนิดบุตร จึงร้องขอต่อศาลสูงให้มีความสั่งว่า การผ่าตัดทำหมันเป็นประโยชน์สูงสุด (Best interests) ของนาย A และให้ศาลอนุญาตให้ผ่าตัดทำหมันนาย A ได้ เนื่องจากนาย A ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง ศาลสูงเห็นว่า การผ่าตัดทำหมันไม่จำเป็นต่อความเป็นอยู่ของนาย A เพราะมารดาได้ดูแลเป็นอย่างดี มารดาของนาย A จึงได้มีการอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ และศาลอุทธรณ์ได้มีคำสั่งยกอุทธรณ์และไม่อนุญาตให้อุทธรณ์ต่อสภาสูงได้ โดยให้เหตุผลว่า การผ่าตัดทำหมันในครั้งนี้เป็นการตัดสินใจแทนผู้ที่มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญา ซึ่งการตัดสินใจนี้จะต้องเป็นประโยชน์สูงสุดแก่นาย A ไม่พิจารณาเพียงแค่ ประเด็นทางการแพทย์ แต่ต้องพิจารณาถึง อารมณ์ ความรู้สึก และสวัสดิภาพทั้งหมดของผู้ที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจด้วย อำนาจในการตัดสินใจว่าสิ่งใดเป็นประโยชน์สูงสุดเป็นของศาล ไม่ใช่เป็นของแพทย์ นอกจากนี้ประโยชน์สูงสุดต้องพิจารณาที่ผลประโยชน์ของนาย A เอง ไม่ใช่พิจารณาประโยชน์ของหญิงที่นาย A อาจจะไปมีเพศสัมพันธ์ด้วย ประกอบการพิจารณาเสรีภาพในการเคลื่อนไหวที่นาย A ต้องเสียไปในขณะที่นาย A เข้ารับการผ่าตัด และผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตของนาย A จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ มารดาได้ดูแลนาย A อย่างใกล้ชิด และการทำหมันไม่ได้ช่วยลดผลกระทบทางอารมณ์จากการที่นาย A ไปมีความสัมพันธ์ใกล้ชิด หรือมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลอื่น อีกทั้งมาตรฐานการดูแลของศูนย์ดูแล ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความเจริญพันธุ์ของผู้ป่วย ผู้ดูแลจะสามารถหยุดพฤติกรรมอันไม่เหมาะสมของนาย A ทันทีที่ นาย A จะกระทำได้ เพราะเป็นการกระทำในที่สาธารณะ และไม่ว่านาย A จะทำหมันหรือไม่ การดูแลตรวจตรายังคงต้องเป็นแบบเดิม ด้วยเหตุนี้การผ่าตัดทำหมันจึงไม่ใช่ประโยชน์สูงสุดของนาย A

จากคดีนี้แสดงให้เห็นว่า กรอบในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของประเทศอังกฤษ มีการวางหลักเอาไว้จากคำพิพากษาของศาลวางหลักว่าประโยชน์สูงสุดนั้น รวมถึงการพิจารณาในด้านทางการแพทย์ ด้านอารมณ์ สวัสดิภาพ และความผาสุกอื่น ๆ ด้วย

คดี Re S (Adult Patient: Sterilisation) (2000)⁷²

คดีนี้เกิดขึ้นกับผู้ที่มีภาวะบกพร่องด้านการเรียนรู้อย่างร้ายแรง และเป็นโรคกลัวโรงพยาบาล (phobia) อายุ 29 ปี มารดากังวลว่า หากย้ายเข้าไปอยู่ในศูนย์รับดูแลของรัฐ

⁷¹ Re A (medical treatment: male sterilisation) [2000] 1 FLR 549, [2000] 1 FCR 193

⁷² Re S (Adult Patient: Sterilisation) [2000] 3 WLR 1288 CA.

ประจำท้องถิ่น (local authority accommodation) อันเป็นสถานที่ซึ่งมีความเสี่ยงที่จะทำให้บุตรตั้งครรภ์ได้ และจะต้องทุกข์ทรมานจากการมีประจำเดือน จึงมาร้องขอต่อศาลให้พิจารณาว่าการทำหมันโดยการตัดมดลูกออกไปนั้น สามารถทำได้โดยไม่ผิดกฎหมาย คดีนี้ศาลอุทธรณ์มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าควรจะตัดมดลูกของเธอ หรือควรให้เธอใส่ห่วงอนามัยเพื่อป้องกันการตั้งครรภ์แทน โดยการพิจารณานี้ต้องเป็นกระบวนการที่นำไปสู่ประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย (Patient's best interests) เพื่อให้มั่นใจว่าตัวเลือกสำหรับการรักษาที่นำเสนอต่อศาลสอดคล้องกับความคิดเห็นทางการแพทย์ที่รับผิดชอบ ให้มีความเหมาะสมตามความต้องการที่แท้จริงของบุคคลที่ไม่สามารถตัดสินใจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง โดยศาลเป็นผู้ตัดสินว่าสิ่งใดคือประโยชน์สูงสุด ไม่ใช่ให้แพทย์ตัดสินใจ และข้อสรุปของคดีนี้ คือ ศาลตัดสินว่าการใช้ห่วงอนามัยคือประโยชน์สูงสุดของ S เพราะเป็นทางเลือกที่ลวงล้าน้อยกว่า ยังมีโอกาสในอนาคตที่จะได้ผ่าตัดทำหมันได้ถ้าวิธีการใส่ห่วงอนามัยไม่ได้ผล สามารถป้องกันการตั้งครรภ์และบรรเทาการมีประจำเดือนได้ ไม่เหมือนกับการตัดมดลูกที่แม้จะเป็นการผ่าตัดเพียงครั้งเดียวเสร็จสมบูรณ์ไม่ต้องมีกระบวนการการผ่าตัดเพิ่มเติมในภายหลัง แต่แก้ไขกลับคืนมาเหมือนเดิมภายหลังไม่ได้เช่นกัน⁷³

จากการศึกษาคำพิพากษาศาลอังกฤษจะเห็นได้ว่า ศาลไม่ได้กล่าวถึงสิทธิในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญา หรือบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเองเอาไว้ แต่เป็นกรณีที่มีงพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดที่จะเกิดขึ้นจากการทำหมันเสียมากกว่า ซึ่งการพิจารณาประโยชน์สูงสุดก็จะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง และพฤติการณ์แวดล้อมของแต่ละบุคคลเป็นกรณี ๆ ไป

ต่อมาประเทศอังกฤษได้มีการบัญญัติ Mental Capacity Act ในปี ค.ศ.2005 จัดตั้งศาลพิเศษขึ้นมา คือ Court of Protection⁷⁴ มีอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของบุคคลที่

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁷³ Margaret Brazier, *Medicine, Patients and the Law*, 3rd ed. (London: the Penguin Group, 2003), pp. 278-280.

⁷⁴ Mental Capacity Act 2005 (England and Wales)

Section 45 The Court of Protection

(1) There is to be a superior court of record known as the Court of Protection.

(2) The court is to have an official seal.

(3) The court may sit at any place in England and Wales, on any day and at any time.

(4) The court is to have a central office and registry at a place appointed by the Lord Chancellor [after consulting the Lord Chief Justice].

(5) The Lord Chancellor may [, after consulting the Lord Chief Justice,] designate as additional registries of the court any district registry of the High Court and any county court office.

ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้ด้วยตนเอง เป็นศาลที่มีความชำนาญเฉพาะทาง ในคดีเกี่ยวกับบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ หรือบุคคลที่มีภาวะบกพร่องทางจิตและสมอง มีสิทธิอำนาจ และเอกสิทธิ์เทียบเท่าศาลสูง (High Court) อำนาจของ Court of Protection ได้แก่ การตัดสินใจว่าบุคคลหนึ่งมีความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเองหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการด้านชีวิตความเป็นอยู่ ด้านการเงิน หรือด้านสุขภาพของบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจรายนั้น ๆ โดยผู้ร้องจะยื่นคำร้องต่อศาลได้เฉพาะกรณีการตัดสินใจเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยาก หรือเกิดการไม่เห็นพ้องต้องกันของหลายฝ่าย ซึ่งไม่สามารถแก้ไขได้โดยวิธีอื่นใดได้ ศาลจะต้องตัดสินใจเพื่อประโยชน์สูงสุดของบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ⁷⁵

ประเทศอังกฤษถือว่าการทำหมันเป็นการรักษาหรือรับบริการสาธารณสุขที่มีความร้ายแรง (Serious Medical Treatment) ต้องอาศัยศาลเป็นผู้เข้ามาช่วยเหลือในการตัดสินใจ ซึ่งตัวอย่างของ Serious medical treatment ได้แก่ การทำหมัน การยุติการตั้งครรภ์ การรักษาที่จะทำให้สูญเสียการได้ยินหรือการมองเห็นอย่างถาวร⁷⁶

การที่จะใช้รูปแบบของการตัดสินใจแทนในกรณีการทำหมันบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจนั้น ประเทศอังกฤษไม่ได้มีการกำหนดว่าอย่างไรจะถือว่าเป็นประโยชน์สูงสุดในการทำหมัน แต่ได้มีการวางกรอบแนวทางในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดไว้ใน Mental Capacity Act 2005 สำหรับใช้พิจารณาในทุก ๆ เรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเอง ซึ่งมีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ดังนี้⁷⁷

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

[(5A) The Lord Chief Justice may nominate any of the following to exercise his functions under this section—

(a) the President of the Court of Protection;

(b) a judicial office holder (as defined in section 109(4) of the Constitutional Reform Act 2005).]

(6) The office of the Supreme Court called the Court of Protection ceases to exist.

⁷⁵ see also The Department for Constitutional Affairs, *supra* note 54, pp. 138-146.

⁷⁶ Mental Capacity Act 2005 (England and Wales)

Section 37(6) “Serious medical treatment” means treatment which involves providing, withholding or withdrawing treatment of a kind prescribed by regulations made by the appropriate authority. และ see also The Department for Constitutional Affairs, *supra* note 54, p.193.

⁷⁷ Mental Capacity Act 2005 (England and Wales) Section 4

1. การพิจารณาประโยชน์สูงสุดบุคคลตามความประสงค์ของพระราชบัญญัติ Mental Capacity Act 2005 ต้องหลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติ ไม่พิจารณาเพียงแค่อายุ หรือพฤติกรรมของบุคคลนั้นเท่านั้น
2. บุคคลที่ทำการตัดสินใจจะต้องพิจารณาสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ตามขั้นตอนต่อไปนี้
 - 2.1 มีความเป็นไปได้หรือไม่ ที่บุคคลนั้นจะมีความสามารถในการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหานั้น และ
 - 2.2 หากมีความเป็นไปได้ว่าเขาสามารถตัดสินใจได้นั้น ให้พิจารณาว่าเมื่อใดที่จะสามารถตัดสินใจได้
3. จะต้องมีการสนับสนุนให้บุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจมีส่วนร่วมในการตัดสินใจอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้ ในการตัดสินใจกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อตัวบุคคลนั้น
4. ในกรณีการตัดสินใจที่เกี่ยวกับการรักษาเพื่อช่วยชีวิต (life-sustaining treatment) จะต้องไม่พิจารณาว่าการรักษานั้นเป็นไปได้เพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ที่เกี่ยวข้องหรือไม่
5. จะต้องได้รับการพิจารณาอย่างมีเหตุผล ประกอบกับพิจารณาความปรารถนาและความรู้สึกในอดีตและปัจจุบันของบุคคลนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีการแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าในขณะที่บุคคลนั้นยังมีความสามารถอยู่ก็ต้องเคารพการแสดงเจตนา นั้น ประกอบกับความเชื่อและค่านิยมที่น่าจะมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของบุคคลนั้นหากว่าเขามีความสามารถ และปัจจัยอื่น ๆ ที่บุคคลผู้ซึ่งไร้ความสามารถน่าจะนำไปพิจารณาหากว่ามีความสามารถ
6. นอกจากนี้หากเป็นไปได้ให้ปรึกษา กับบุคคลผู้ถูกแต่งตั้งขึ้นโดยผู้ที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้เป็นผู้ให้คำปรึกษา เช่น หน่วยงาน Independent Mental Capacity Advocate (IMCA) หรือบุคคลใดก็ตามที่มีส่วนร่วมในการดูแลบุคคลนั้น หรือมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับสวัสดิภาพของบุคคลนั้น หรือกรณีมีการทำเป็นหนังสือมอบอำนาจเอาไว้ หรือบุคคลผู้ได้รับการแต่งตั้งโดยศาล
7. หน้าที่ในการใช้อำนาจตัดสินใจแทนนั้น อาจเป็นความสามารถในการใช้สิทธิภายใต้หนังสือมอบอำนาจ หรือการใช้สิทธิภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้

8. ในกรณีที่มีการกระทำหรือการตัดสินใจโดยบุคคลอื่นนอกเหนือจากศาล จะต้องเป็นกรณีที่ เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ดังกล่าวข้างต้น

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาประโยชน์สูงสุดจะต้องไม่ตัดสินใจโดยพิจารณาเพียงอายุ ภายลักษณะ ลักษณะ หรือพฤติกรรม แต่ต้องพิจารณาประกอบกับพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งหมดว่าบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจรายนั้นสามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเองหรือไม่ หรือ มีโอกาสกลับมามีความสามารถในการตัดสินใจได้อีกหรือไม่ นอกจากนี้ จะต้องหาวิธีการที่เหมาะสม ในการสนับสนุนให้บุคคลที่ไม่มีความสามารถได้มีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจให้ได้มากที่สุด โดย พิจารณาความรู้สึกและความต้องการของผู้ที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจนั้น ทั้งในอดีตและ ปัจจุบัน รวมถึงความเชื่อ ทศนคติ ค่านิยมต่าง ๆ ประกอบกับการปรึกษาผู้ที่เกี่ยวข้องเท่าที่จะทำได้

นอกจากนี้ Mental Capacity Act 2005 ได้จัดตั้งหน่วยงาน Independent Mental Capacity Advocates (IMCAs) ขึ้นมาและอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับบริการด้าน สุขภาพแห่งชาติ National Health Service โดยเริ่มให้บริการในประเทศอังกฤษตั้งแต่เดือนเมษายน ค.ศ.2007 ซึ่งมีหน้าที่ในการให้การช่วยเหลือและสนับสนุนบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจที่ ไม่มีผู้ที่คอยให้การช่วยเหลือ ไม่ว่าจะเพราะเหตุเป็นคนพิการทางสติปัญญา มีความบกพร่องทางจิต หรือเป็นผู้ที่ไม่สามารถตัดสินใจด้วยตนเองได้ในกรณีอื่น ๆ ในการตัดสินใจในด้านต่าง ๆ ของชีวิต เช่น ด้านบริการสาธารณสุข สุขภาพ ด้านที่อยู่อาศัย การย้ายโรงพยาบาล หรือย้ายสถานดูแล เป็นต้น⁷⁸ แต่ทั้งนี้ IMCAs ไม่มีอำนาจในการตัดสินใจแทน แต่เป็นการช่วยให้บุคคลเหล่านี้สามารถตัดสินใจได้ ด้วยตนเองให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อให้แน่ใจว่าการตัดสินใจจะได้กระทำอย่างเหมาะสม และ สอดคล้องกับหลักการต่าง ๆ ใน Mental Capacity Act⁷⁹ ซึ่งเป็นรูปแบบที่น่าสนใจในการสนับสนุน ให้บุคคลมีความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเอง แต่ถ้าเป็นการทำหมั้นในบุคคลที่ไม่มีความสามารถ ในการตัดสินใจด้วยตนเองแล้ว ต้องให้ Court of Protection เป็นผู้พิจารณาตัดสินใจเท่านั้นตามที่ได้ กล่าวไปแล้วข้างต้น

จากการศึกษาดังกล่าวจึงสรุปได้ว่า กระบวนการในการตัดสินใจให้ความยินยอมแทนบุคคล ซึ่งเป็นคนที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมด้วยตัวเองนั้น เป็นกระบวนการที่ต้อง ผ่านคนกลาง โดยเฉพาะในกรณีของการทำหมั้นในบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมหรือตัดสินใจได้

⁷⁸ Department of Health, "The Mental Capacity Act Easy Read Summary," [Online] Accessed: 14 January 2019. Available from: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/>

⁷⁹ see also Action for Advocacy, *supra* note 57, p. 50.

ด้วยตนเองได้อันเป็นการกระทำที่อาจเป็นการผิดกฎหมาย เป็นการกระทำที่มีความสำคัญเป็นอย่าง มากอันกระทบต่อสิทธิในร่างกายของบุคคล เป็นการกระทำที่กระทบต่อสุขภาพ และสวัสดิภาพของ บุคคล กระบวนการในการตัดสินใจในเรื่องการทำหมัน จึงมีคณะกรรมการกลางในการช่วยสนับสนุน การตัดสินใจ ได้แก่ Independent Mental Capacity Advocate (IMCA) หรือหน่วยงานด้าน สุขภาพอื่น ๆ แต่คณะกรรมการดังกล่าวไม่มีอำนาจที่จะทำการตัดสินใจแทน เพียงแต่สนับสนุนให้ บุคคลเหล่านั้นสามารถตัดสินใจด้วยตนเองให้ได้มากที่สุด หากพบว่าเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถใน การตัดสินใจได้ด้วยตนเอง จะต้องขออนุญาตในการทำหมันจากศาล Court of Protection โดยศาล จะทำการพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดในการทำหมันบุคคลนั้น ซึ่งสมาชิกในครอบครัวหรือผู้ปกครอง ดูแลไม่สามารถให้ความยินยอมหรือตัดสินใจแทนในกรณีทำหมันได้



3.4 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศในเครือจักรภพอังกฤษ ประกอบไปด้วย 6 รัฐ และ 2 เขต การปกครองตนเอง ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ถือคำพิพากษาเป็นหลักในการพิจารณาตัดสินคดี ดังนั้นในส่วนนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงคำพิพากษาของศาลออสเตรเลีย และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับปัญหาการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาโดยพิจารณากฎหมายของรัฐ Victoria เป็นหลัก ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ประเด็น ได้แก่ ประเด็นการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ประเด็นความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น และประเด็นสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา นอกจากนี้ประเทศออสเตรเลียนี้มีกระแสการเรียกร้องสิทธิมนุษยชนให้กับคนพิการทางสติปัญญาต่อปัญหาการบังคับให้ทำหมั้นที่ถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน และเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการทางสติปัญญา ทั้งนี้ประเทศออสเตรเลียนั้นได้ลงนามในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิคนพิการ (CRPD) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และมีการตั้งองค์กรที่ชื่อว่า Women With Disabilities Australia (WWDA) เพื่อช่วยเหลือและช่วยเรียกร้องสิทธิของสตรีพิการ เป็นต้น จึงเป็นประเทศที่น่าสนใจในการศึกษาถึงกฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่อปัญหาการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาในประเทศไทย ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

3.4.1 การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล

การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับโดยสากลตามหลักเสรีนิยมที่ได้รับการยอมรับและปฏิบัติกันมาในวิชาชีพแพทย์ รวมถึงการออกเป็นบทบัญญัติทางกฎหมายในประเทศออสเตรเลียด้วย ซึ่งในหัวข้อนี้จะทำการให้ศึกษาถึงการให้ความยินยอมใน 2 กรณี คือ กรณีการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป และกรณีการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลที่มีกระบวนการรักษาเป็นพิเศษ (Special Procedure) ที่จะมีรูปแบบในการให้ความยินยอมในการรักษาแตกต่างกันออกไป สามารถอธิบายได้ดังนี้

ในกรณีการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป พบว่าการขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนการรักษาพยาบาลในประเทศออสเตรเลีย ได้รับการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนาน ตามหลักการเสรีนิยมที่ผู้ป่วยมีสิทธิและเสรีภาพในการกำหนดชีวิตตนเอง ทำให้ผู้ป่วยสามารถตัดสินใจที่

จะทำการรักษาพยาบาลหรือปฏิเสธการรักษาพยาบาลได้ด้วยตนเอง⁸⁰ การขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนการรักษาพยาบาลได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล (Common Law) ในประเทศออสเตรเลียตั้งแต่ปี ค.ศ.1992 โดยศาลได้วินิจฉัยว่าความยินยอมของผู้ป่วยส่งผลให้การกระทำที่ผิดกฎหมายเปลี่ยนเป็นการกระทำที่ยอมรับได้และถือว่าไม่ใช่การทำร้าย (Assault) และไม่ถือว่าเป็นความผิดทางแพ่งและทางอาญา⁸¹

ดังนั้น การรักษาพยาบาลทั่วไปต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อน เว้นแต่กรณีการรักษาพยาบาลโดยฉุกเฉิน ได้แก่ การรักษาพยาบาลที่ผู้ป่วยอยู่ในภาวะอันตรายถึงชีวิต (life-threatening situation) การรักษาพยาบาลของแพทย์ที่ได้ทำโดยมีเหตุมีผลอันสมควรว่าการรักษาพยาบาลนั้นเป็นการจำเป็นเพื่อจะหลีกเลี่ยงอันตรายที่ร้ายแรงต่อชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจของผู้ป่วย การกระทำของแพทย์นั้นไม่เป็นความผิด⁸² นอกจากนี้ในบางรัฐยังได้ออกกฎหมายที่ให้อำนาจแก่แพทย์ในการรักษาพยาบาลในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้สามารถรักษาพยาบาลผู้ป่วยได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม ได้แก่ การบังคับเจาะเลือดเพื่อตรวจวัดปริมาณแอลกอฮอล์ หรือสารเสพติดในกรณีที่การบาดเจ็บเกี่ยวข้องกับอุบัติเหตุจากเครื่องจักรกล⁸³ หรือการบังคับตรวจกรณีโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์หรือโรคติดต่ออันตรายร้ายแรง⁸⁴ เป็นต้น

ในกรณีการรักษาพยาบาลที่มีกระบวนการพิเศษ จากการศึกษาพบว่า ประเทศออสเตรเลียมีการกำหนดการรักษาพยาบาลที่มีกระบวนการพิเศษขึ้น ซึ่งส่งผลให้กระบวนการในการให้ความยินยอมมีรายละเอียดแตกต่างจากการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁸⁰ Scholendorf v Society of New York Hospital 105 NE 92 (1914), Canterbury v Spence 464 F 2d 772 (1972) (US Ct of Apps, DC Cir); Reibl v Hughes [1980] 2 SCR 880; Brovia v Superior Court 225 Cal Rptr 297 (Ct App 1986) (Cal CA).

⁸¹ Department of Health and Community Services (NT) v JWB (Mriston's case) (1992) 175 CLR 218.

⁸² Skene Loane, Law and Medical Practice: Rights, Duties, Claims and Defences. (Butterworths, New South Wales 2009), p. 85.

⁸³ เช่น Motor Traffic (Alcohol and Drugs) Act 1977 (ACT), Traffic Act 1909 (NSW), Traffic Act 1987 (NT), Road Traffic Act 1961 (SA), Road Safety (Alcohol and Drugs) Act 1970 (Tas).

⁸⁴ เช่น Sexually Transmitted Diseases Act 1956 (ACT), Public Health (Infectious and Notifiable Diseases) Regulations (Amendment) (ACT) 1992, Health Act 1937 (Qld), Health (Infectious Diseases) Regulations 1900 (Vic).

ประเทศออสเตรเลียไม่ได้มีบทนิยามหรือการกำหนดประเภทของการรักษาพยาบาลที่มีกระบวนการพิเศษ (Special Medical Procedure) ไว้อย่างชัดเจนตายตัว แต่มีการยกตัวอย่างไว้ว่าเป็นกรณีดังต่อไปนี้⁸⁵

1. การรักษาพยาบาลที่ส่งผลให้ผู้ป่วยมีภาวะมีบุตรยากอย่างถาวรหรือเป็นหมันอย่างถาวร
2. การยุติการตั้งครรภ์
3. การตัดเนื้อเยื่อหรืออวัยวะเพื่อไปปลูกถ่ายให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง

ทั้งนี้ จะต้องเป็นกระบวนการรักษาพยาบาลที่เกิดขึ้นกับผู้ป่วยที่เป็นบุคคลที่ขาดความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ทำให้ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยเองได้โดยตรง จึงต้องมีการขอความยินยอมจากบุคคลอื่นผู้มีสิทธิในการให้ความยินยอมแทนซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

3.4.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมัน

ความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมันของคนพิการทางสติปัญญาจะต้องแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ และกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว สามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

จากการศึกษากฎหมายของรัฐ Victoria พบว่า ในกรณีความสามารถของคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ ไม่มีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดเรื่องความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของผู้เยาว์เอาไว้ แต่มีคำพิพากษาที่วางแนวทางการพิจารณาความสามารถของผู้เยาว์ในการให้ความยินยอมต่อการรักษาพยาบาล หากผู้เยาว์นั้นมีภาวะที่เป็นผู้ใหญ่ หรือที่เรียกกันว่า ‘Gillick competent’ หรือ ‘mature minor’ จากคดี Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority⁸⁶ เป็นหลักเกณฑ์การพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลประเทศอังกฤษ ซึ่งได้ระบุว่า มีสถานการณ์ที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้ด้วยตนเอง ศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้แพทย์ตรวจสอบว่าผู้เยาว์นั้นสามารถให้

⁸⁵ ตัวอย่างใน คำร้อง Application for Special Medical Procedure ภาคผนวก ข.

“SPECIAL MEDICAL PROCEDURE - This refers to procedures which do, or are likely to, result in the patient being permanently infertile, for the termination of pregnancy, or for the removal of tissue for transplantation to another person.”

⁸⁶ Gillick v West Norfolk and Wisbech Health Authority [1986] 1 AC 112.

ความยินยอมได้ด้วยตนเอง กล่าวคือ จะต้องมีความสติปัญญาที่เพียงพอเพื่อให้เข้าใจข้อมูลที่แพทย์แจ้งอย่างเต็มที่

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดเรื่องความสามารถของผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาแยกออกมาโดยเฉพาะจากผู้เยาว์ที่เป็นคนปกติ ดังนั้นจึงต้องศึกษาหลักเกณฑ์ที่กำหนดความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของผู้เยาว์โดยทั่วไป แต่สำหรับกรณีการทำหมั้นผู้เยาว์ที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองนั้น สิทธิในการให้ความยินยอมแทนของบิดามารดาหรือผู้ปกครองนั้น ได้มีคำพิพากษาของศาลตัดสินไว้ว่าบิดามารดาไม่สามารถให้ความยินยอมแทนได้ ซึ่งจะได้ทำการศึกษาในหัวข้อต่อไป

กรณีความสามารถของคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วพบว่า การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลกรณีผู้ป่วยไม่มีความสามารถ ไม่เป็นข้อยกเว้นที่แพทย์สามารถรักษาผู้ป่วยได้โดยไม่ต้องขอความยินยอม และหากผู้ป่วยไม่ให้ความยินยอมแพทย์ก็ไม่สามารถทำการรักษาพยาบาลหรือให้บริการสาธารณสุขได้

การจะเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการให้ความยินยอม (Informed Consent) ตาม Mental Health Act 2014 section 68(1)⁸⁷ ได้วางหลักว่า

1. ต้องเป็นบุคคลที่สามารถเข้าใจข้อมูลที่ได้รับเพื่อการตัดสินใจรับการรักษาพยาบาล และ
 2. สามารถจดจำข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาลนั้นได้ และ
 3. สามารถใช้ข้อมูลที่ได้รับนั้นเพื่อการชั่งน้ำหนักพิจารณาวิเคราะห์การตัดสินใจของตนเองได้
- และ
4. สามารถสื่อสารการตัดสินใจของตนเองออกมาได้ ไม่ว่าจะด้วยวาจา การแสดงลักษณะท่าทาง การให้สัญญาณ หรือโดยวิธีการอื่น ๆ

⁸⁷ Mental Health Act 2014

section 68 (1) A person has the capacity to give informed consent under this Act if the person—

- (a) understands the information he or she is given that is relevant to the decision; and
- (b) is able to remember the information that is relevant to the decision; and
- (c) is able to use or weigh information that is relevant to the decision; and
- (d) is able to communicate the decision he or she makes by speech, gestures or any other means.

ดังนั้น หากคนพิการทางสติปัญญา มีลักษณะตามที่กำหนดไว้ อาจถือว่าเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถที่จะให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้

3.4.3 สิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมันแทนคนพิการทางสติปัญญา

การพิจารณาสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมในการทำหมันคนพิการทางสติปัญญานั้น จะต้องแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ และกรณีที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ว่ามีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาลกำหนดแนวทางไว้อย่างไร ทั้งนี้จากการศึกษาพบว่า ประเทศออสเตรเลียมีขั้นตอนและหลักเกณฑ์ในการพิจารณากระบวนการให้ความยินยอมในการทำหมันที่จะต้องดำเนินการผ่านการพิจารณาของศาลหรือคณะกรรมการที่เกี่ยวข้อง ส่งผลให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองของคนพิการทางสติปัญญาในประเทศออสเตรเลียที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ทำหมันนั้น พบบุตรที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาเข้ามารับบริการทำหมันในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก⁸⁸ ทั้งนี้ การกำหนดสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมในการทำหมันคนพิการทางสติปัญญาสามารถพิจารณาได้ดังนี้

กรณีการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ จากการศึกษากฎหมายของรัฐ Victoria พบว่าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรระบุถึงการใช้อำนาจของศาลเอาไว้โดยเฉพาะในกรณีการทำหมันในผู้เยาว์ แต่ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีและได้มีหลักที่ได้จากคำพิพากษาของศาลวางแนวทางกรณีการทำหมันผู้เยาว์เอาไว้ในคดี Secretary Department of Health and Community Services v JWB & SMB (1992)⁸⁹ ซึ่งเป็น คำพิพากษาที่วางหลักเรื่องการให้ความยินยอมในการทำหมันแทนผู้เยาว์ที่ขาดความสามารถในการให้ความยินยอมด้วยตนเองโดยระบุว่า บิดามารดาไม่สามารถให้ความยินยอมในการทำหมันได้ การใช้อำนาจปกครองไม่สามารถขยายไปถึงการให้ความยินยอมในการทำหมัน เนื่องจากเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ซึ่งในกรณีนี้จะต้องมีคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ใช้ดุลพินิจในการให้ความยินยอมในการทำหมัน

ในคดีนี้ศาลสูงของออสเตรเลียได้ทำการพิจารณาคำร้องขอทำหมันเด็กหญิงอายุ 14 ปี ที่มีความพิการทางสติปัญญา หูหนวก เป็นโรคลมชัก และมีความผิดปกติอย่างอื่น ซึ่งบิดามารดาของเด็กพิการทางสติปัญญารายนี้ได้ยื่นคำร้องมาสู่ศาลเพื่อขอให้ศาลพิจารณาให้ทำหมันเด็กหญิงผู้นี้ โดยการ

⁸⁸ Laura Elliott, "Victims of Violence: The Forced Sterilisation of Women and Girls with Disabilities in Australia," *MDPI* 6, 8 (Laws 2017): 4.

⁸⁹ SECRETARY, DEPARTMENT OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES v. J.W.B. AND S.M.B. (MARION'S CASE.) [1992] HCA 15; (1992) 175 CLR 218

ตัดมดลูกและรังไข่ออกไป เนื่องจากมีความกังวลเกี่ยวกับการคุมกำเนิดและปัญหาการมีประจำเดือน อันส่งผลกระทบต่อให้เกิดปัญหาพฤติกรรมทางจิตใจของเด็กหญิงผู้นี้ ซึ่งเกิดปัญหาทางกฎหมายในการพิจารณาว่าใครควรเป็นผู้ตัดสินใจอนุมัติในกระบวนการทำหมันนี้ จะเป็นบิดามารดา หรือผู้ปกครองที่มีหน้าที่ในการดูแลบุตร หรือจะเป็นศาลที่จะทำหน้าที่ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็ก ท้ายที่สุดศาลสูงได้ทำการตัดสินโดยให้การรับรองถึงสิทธิในการที่จะมีร่างกายที่สมบูรณ์ และตระหนักถึงหน้าที่ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยที่ไม่มีความสามารถ ภายใต้การรับรองจากกฎหมายภายในของประเทศออสเตรเลียและกฎหมายระหว่างประเทศ และจำแนกกระบวนการให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยที่ไม่มีความสามารถออกเป็นการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป (Therapeutic) กับกรณีที่ไม่ใช่การรักษาพยาบาลโดยทั่วไป (Non-therapeutic) ซึ่งศาลพิจารณาว่าบิดามารดาอาจให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลบุตรของตนได้ แต่อำนาจของบิดามารดาไม่ขยายไปถึงการทำหมันและการรักษาพยาบาลที่ไม่เป็นประโยชน์สูงสุดต่อบุตรเช่นกัน ดังนั้น บิดามารดาไม่มีอำนาจให้ความยินยอมทำหมันแทนได้

คดี Re: Angela [2010] FamCA 98 (16 February 2010) ในคดีนี้เป็นกรณีที่เกิดขึ้นกับเด็กหญิงอายุ 11 ปี มีอาการโรคทางประสาทอย่างรุนแรง (Retts Syndrome) และไม่สามารถสื่อสารได้ มีพัฒนาการเท่ากับเด็กอายุ 3 เดือน บิดามารดาของเด็กหญิงดังกล่าวได้ขออนุญาตจากศาล (The Family Court) เพื่อขอให้อนุญาตให้แพทย์ทำการผ่าตัดมดลูกของบุตรสาวเพื่อหยุดการมีประจำเดือน เพื่อลดความทุกข์ทรมานจากการมีประจำเดือนของบุตรสาว และอาการมีประจำเดือนผิดปกติที่ทำให้บุตรสาวเจ็บปวดและอ่อนเพลีย นอกจากนี้บิดามารดาได้ลองใช้วิธีอื่นในการทานยาช่วยแล้วแต่ไม่ได้ผล ประกอบกับความเห็นของแพทย์ที่เห็นด้วยว่าการผ่าตัดมดลูกเป็นวิธีการที่ดีที่สุด จึงมาร้องขออนุมัติขั้นตอนการทำหมันต่อศาลเนื่องจากสถานพยาบาลของรัฐที่จะทำการผ่าตัดนั้นจะไม่อนุมัติขั้นตอนนี้หากไม่มีคำสั่งศาลอนุญาตให้ทำหมันเด็กหญิงคนดังกล่าวได้ และท้ายที่สุดศาลมีคำอนุญาตให้ทำหมันได้ ศาลให้เหตุผลว่าประเด็นที่ต้องพิจารณาคือปัญหาด้านสุขอนามัยของเด็กหญิง ซึ่งต้องอยู่ในความดูแลของบิดามารดาเนื่องจากเด็กหญิงไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ ดังนั้น การทำหมันจะถือเป็นการพัฒนาด้านสังคมให้กับบิดามารดาของเด็กหญิงซึ่งจะส่งผลให้เป็นการพัฒนาคุณภาพชีวิตของเด็กหญิงผู้นั้นต่อไป (“Undoubtedly and certainly of significant relevance is that there are hygiene issues which must fall to the responsibility of her mother because Angela cannot provide for herself.... the operation would certainly be a social improvement for Angela’s mother which in itself must improve the quality of Angela’s life.”)⁹⁰

⁹⁰ Re: Angela [2010] FamCA 98 (16 February 2010)

จากคำตัดสินของศาลครอบครัวประเทศออสเตรเลียในคดีนี้ส่งผลให้ประเด็นสาเหตุของการทำหมันเด็กหญิงพิการเพราะเหตุผลยับยั้งการมีประจำเดือน ถูกหยิบยกขึ้นสู่การพิจารณาของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Human Rights Council) องค์การสหประชาชาติภายใต้ความร่วมมือภาคีสมาชิกประเทศต่าง ๆ ได้ให้ข้อเสนอแนะในการออกหลักเกณฑ์เพื่อคุ้มครองเด็กหญิงและสตรีพิการต่อปัญหาการทำหมัน โดยมีคำแนะนำให้กับประเทศออสเตรเลียในการกำหนดหลักเกณฑ์ห้ามไม่ให้ทำหมันในเด็กไม่ว่าเด็กนั้นจะมีความพิการด้วยหรือไม่ก็ตาม เว้นแต่เป็นกรณีที่ร้ายแรงอันจะส่งผลกระทบต่อชีวิตหรือสุขภาพ ทั้งนี้ จะต้องอยู่ภายใต้ความยินยอม เพื่อปกป้องสิทธิของเด็กหรือคนพิการในการที่จะไม่ถูกระงับความรุนแรงไม่ว่าจะในรูปแบบใดก็ตาม⁹¹

ในส่วนของการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมด้วยตนเอง การที่จะอนุญาตให้บุคคลผู้นั้นได้รับการรักษาพยาบาลหรือรับบริการสาธารณสุขได้ ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของบุคคลนั้นเป็นสำคัญ โดยหลักการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยที่มีการพัฒนาการมาจากประเทศอังกฤษยังคงได้รับการยอมรับในประเทศออสเตรเลียด้วยเช่นกัน⁹²

ประเทศออสเตรเลียมีการกำหนดให้มีผู้ตัดสินใจแทนผู้ป่วย (Substitute decision-maker) ในกรณีผู้ป่วยเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเอง เช่น ในกรณีของผู้ป่วยเด็ก ผู้ให้ความยินยอมแทน ได้แก่ บิดา มารดา หากเป็นกรณีผู้ป่วยที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ขาดความสามารถในการให้ความยินยอม ผู้ให้ความยินยอมแทนอาจเป็นบุคคลที่ผู้ป่วยนั้นได้แต่งตั้งให้เป็นผู้แทนเอาไว้ล่วงหน้าก่อนที่จะกลายเป็นบุคคลที่ขาดความสามารถ อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจแทนผู้ป่วยดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดการใช้อำนาจที่แตกต่างจากการใช้อำนาจของผู้ป่วยโดยตรง เช่น การให้ความยินยอมโดยผู้แทนกรณีการรักษาพยาบาลที่ร้ายแรงจะมีข้อจำกัดบางประการ กล่าวคือ อาจถูกกลับได้โดยศาลหรือโดยคณะกรรมการได้ นอกจากนี้ ผู้ประกอบวิชาชีพการสาธารณสุขในประเทศออสเตรเลียสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตให้รักษาพยาบาลผู้ป่วยได้แม้ว่าจะไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย เช่น การทำหมันในคนพิการทางสติปัญญา⁹³ การผ่าตัดแปลงเพศ⁹⁴ การยุติการให้อาหารและน้ำในผู้ป่วยที่อยู่ในสภาวะผัก⁹⁵ เป็นต้น

⁹¹ Women With Disabilities Australia (WWDA), "United Nations Calls on Australia to Prohibit Non-Therapeutic Sterilisation of Girls with Disabilities," *WWDA-News*, Issue One (2011).

⁹² see also Skene Loane, *supra* note 82, p. 87.

⁹³ Department of Health and Community Services (NT) v JWB (1992) 175 CLR 218.

⁹⁴ Re A (a child) (1993) 16 Fam LR 715.

⁹⁵ Airedale National Health Service Trust v Bland [1993] AC 789.

บุคคลที่จะให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลแทนผู้ที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ได้แก่⁹⁶

1. บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้ทำการตัดสินใจในการรักษาพยาบาลตาม The Medical Treatment Planning and Decisions Act 2016
2. บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจาก Victorian Civil and Administrative Tribunal (VCAT) ในการทำการตัดสินใจและพิจารณาเลือกการรักษาพยาบาล
3. บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ดูแลให้มีอำนาจในการตัดสินใจในการรักษาพยาบาล ภายใต้ The Guardianship and Administration Act 1986
4. จิตแพทย์ผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมาย

ทั้งนี้ การให้ความยินยอมแทนดังกล่าวข้างต้น เป็นการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลทั่ว ๆ ไป ตาม The Guardianship and Administration Act 1986 (Victoria) ข้อ 3⁹⁷ แต่จะไม่

⁹⁶ Mental Health Act 2014

Section 75 (1)

If a patient who is of or over the age of 18 years does not have capacity to give informed consent to medical treatment, the medical treatment may be administered to the patient with the consent of the first person of the following listed below who, in the circumstances, is reasonably available, willing and able to make a decision concerning the proposed medical treatment—

(a) the patient's appointed medical treatment decision maker within the meaning of the Medical Treatment Planning and Decisions Act 2016;

(b) a person appointed by VCAT to make decisions concerning the proposed medical treatment;

(c) a person appointed under a guardianship order within the meaning of the Guardianship and Administration Act 1986 with power to make decisions concerning the proposed medical treatment;

(e) the authorised psychiatrist, subject to section 76.

⁹⁷ The Guardianship and Administration Act 1986 (Victoria) : Section 3"medical or dental treatment" means—

รวมถึงการให้ความยินยอมในการทำหมัน อันเป็นกระบวนการที่มีผลกระทบอย่างถาวร กล่าวคือ ทำให้บุคคลเป็นหมันอย่างถาวร ซึ่งประเทศออสเตรเลียจัดให้การทำหมันเป็นการรักษาพยาบาลที่มีกระบวนการพิเศษ (Special Procedure) แยกออกจากการรักษาพยาบาลตามปกติ (Medical Treatment)⁹⁸ ดังนั้น รูปแบบในการตัดสินใจให้ความยินยอมแทนในการทำหมัน จึงมีรูปแบบที่แตกต่างออกไปจากการรักษาพยาบาลตามปกติ สามารถอธิบายได้ดังนี้

การจะพิจารณาความจำเป็นในการทำหมันคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วจะอยู่ภายใต้การพิจารณาโดยศาลที่มีชื่อว่า Victorian Civil and Administrative Tribunal (VCAT) โดยให้ผู้มีส่วนได้เสีย บิดา มารดา บุตร คู่สมรส หรือญาติที่ใกล้ชิด เป็นผู้เสนอคำร้องต่อศาลดังกล่าว⁹⁹

VCAT เป็นศาลที่รับฟังและตัดสินคดีทางแพ่งและคดีปกครองของรัฐ Victoria ประเทศออสเตรเลีย ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1998 ปัจจุบันอยู่ภายใต้การบริหารงานและการดูแลของ Court Services Victoria ซึ่งเป็นหน่วยงานด้านกฎหมาย ที่จัดตั้งขึ้นในเดือนกรกฎาคม ค.ศ.2014 เพื่อให้การสนับสนุนในด้านการบริหารงาน และอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ซึ่ง VCAT มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทต่าง ๆ ได้แก่ ด้านการคุ้มครองผู้บริโภคในข้อพิพาทเกี่ยวกับสินค้าและบริการ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการเช่าที่อยู่อาศัย ข้อพิพาททางแพ่งในการเรียกร้องด้านอาคารและทรัพย์สิน ข้อพิพาทด้านสิ่งแวดล้อม รวมถึงข้อพิพาทด้านสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองและการบริหาร (guardianship and administration) เกี่ยวกับการรักษาทางการแพทย์และแนวทางในการกำหนดการดูแลล่วงหน้า (medical treatment and advance care directives) การเข้าถึงโอกาสที่เท่าเทียมกัน การเหยียดเชื้อชาติและศาสนา ข้อมูลสุขภาพและความเป็นส่วนตัว และกรณีการตัดสินใจภายใต้ Mental Health Act 2014 ด้วย

(a) medical treatment (including any medical or surgical procedure, operation or examination and any prophylactic, palliative or rehabilitative care) normally carried out by, or under, the supervision of a registered practitioner; or

but does not include—

(d) a special procedure;

⁹⁸ The Guardianship and Administration Act 1986 (Victoria): Section 3 "special procedure" means—

(a) any procedure that is intended, or is reasonably likely, to have the effect of rendering permanently infertile the person on whom it is carried out;

⁹⁹ โปรดดู Application for Special Medical Procedure ภาคผนวก ข.

สมาชิกหรือคณะบุคคลของ VCAT มีจำนวนมากกว่า 200 คน ซึ่งประกอบไปด้วยผู้พิพากษาเป็นผู้พิจารณาตัดสินคดี และพนักงานดำเนินการด้านอื่น ๆ โดยมีผู้พิพากษาศาลฎีกาประจำรัฐ Victoria เป็นประธาน และผู้พิพากษาอีก 30 คน จากศาลประจำเขตทำหน้าที่เป็นรองประธาน

คำร้องขอเกี่ยวกับ Special Medical Procedure เพื่อขอให้ VCAT มีคำสั่งอนุมัตินั้นจะต้องเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิเศษที่ส่งผลให้ผู้ป่วยมีสภาวะเป็นหมันอย่างถาวร หรือกรณีการยุติการตั้งครรภ์ หรือกรณีการตัดอวัยวะหรือเนื้อเยื่อไปปลูกถ่ายให้แก่บุคคลหนึ่ง รูปแบบของคำร้องจะประกอบไปด้วย รายละเอียดข้อมูลเบื้องต้นของผู้ยื่นคำร้อง และข้อมูลเบื้องต้นของบุคคลที่ประสงค์จะให้ทำหมัน ข้อมูลเกี่ยวกับญาติหรือผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ ให้ระบุถึงรายละเอียดของกระบวนการที่ต้องการให้ VCAT พิจารณาพร้อมด้วยระบุเหตุผลในการมายื่นคำร้องดังกล่าว นอกจากนี้จะต้องมีแพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์ให้เหตุผลรับรองมาด้วยการทำหมันนั้นจะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่ผู้ป่วย และในการยื่นคำร้องดังกล่าวบุคคลผู้ที่จะถูกดำเนินการทำหมันจะต้องมารับฟังการพิจารณาด้วยหากไม่สามารถมาฟังการพิจารณาได้ให้ระบุเหตุผล พร้อมกับแนบเอกสารเพิ่มเติมไม่ว่าจะเป็นใบรับรองแพทย์ เอกสารที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่มีอำนาจจัดการทรัพย์สิน หรืออำนาจในการจัดการดูแลบุคคลนั้น

นอกจากนี้ ในคำร้องยังได้ระบุแนวทางในการตัดสินใจเกี่ยวกับ Special Medical Procedure โดย VCAT จะต้องคำนึงและพิจารณาประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้¹⁰⁰

1. ความปรารถนาของผู้ป่วย โดยพิจารณาเท่าที่ศาลจะสามารถตรวจสอบหรือสอบถามได้
2. ความปรารถนาของญาติสนิทหรือสมาชิกในครอบครัวคนอื่น ๆ ของผู้ป่วย เฉพาะในกรณีที่ผู้ป่วยรายนั้นไม่สามารถตัดสินใจด้วยตนเองในเวลาที่เหมาะสมได้ และผู้ป่วยจะต้องไม่คัดค้านการเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจดำเนินกระบวนการพิเศษของญาติสนิทหรือสมาชิกในครอบครัวคนอื่น ๆ
3. พิจารณาผลที่จะเกิดขึ้นตามมาหากผู้ป่วยรายนั้นไม่ได้รับการรักษา
4. พิจารณาการรักษาทางเลือกอื่น ๆ ที่มีอยู่
5. พิจารณาความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้จากการรักษานั้นกับการรักษาทางเลือกอื่น ๆ

¹⁰⁰ โปรดดู Application for Special Medical Procedure ภาคผนวก ข.

6. กระบวนการพิเศษที่จะดำเนินการรักษานั้นจะต้องเป็นการกระทำเพียงเพื่อการส่งเสริมและรักษาสุขภาพ และความเป็นอยู่ที่ดีของผู้ป่วยเท่านั้น

ในส่วนของการให้ความยินยอมในคำร้องดังกล่าวได้ระบุว่า ความยินยอมในการตกลงดำเนินการรักษาพยาบาลที่มีกระบวนการพิเศษจะต้องได้รับการอนุมัติจากศาล VCAT เท่านั้น ศาลอาจให้ความยินยอมได้ในกรณีที่ศาลพิจารณาเป็นที่พอใจตามหลักเกณฑ์ดังนี้

1. ผู้ป่วยเป็นบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ และ
2. ผู้ป่วยไม่สามารถกลับมาที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมภายในเวลาที่เหมาะสมได้ และ
3. การรักษาพยาบาลที่มีกระบวนการพิเศษนั้น เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย

คนพิการที่จะอยู่ภายใต้คำร้องดังกล่าวไม่ได้จำกัดเพียงแค่ผู้ป่วยทางจิตเวชเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึง คนพิการทางสติปัญญา (Intellectual Impairment) คนที่มีความบกพร่องทางจิต (Mental Disorder) ภาวะสมองบาดเจ็บ (Brain Injury) คนพิการทางร่างกาย (Physical Disability) ผู้ป่วยโรคสมองเสื่อม (Dementia) ในคำร้องดังกล่าวได้ระบุนิยามของการเป็นผู้ป่วยที่จะสามารถอยู่ภายใต้การอนุมัติให้รักษาพยาบาลที่มีกระบวนการพิเศษไว้ว่า หมายถึง บุคคลที่มีความพิการ ที่มีอายุมากกว่า 18 ปีขึ้นไป และไม่สามารถที่จะให้ความยินยอมในกระบวนการ special medical procedure ได้ด้วยตนเอง โดยเป็นบุคคลที่ไม่สามารถเข้าใจลักษณะทั่วไป และผลที่จะเกิดขึ้นของกระบวนการรักษาพยาบาลนั้น หรือไม่มีความสามารถในการแสดงความยินยอมต่อการรักษาได้¹⁰¹

นอกจากนี้ ในประเด็นของการพิจารณาประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเอง ผู้เขียนพบบทบัญญัติที่น่าสนใจเพิ่มเติม ได้แก่ The Guardianship and Administration Act ซึ่งเป็นบทบัญญัติของรัฐ South Australia โดย มาตรา 61(2)¹⁰² ระบุเกณฑ์ในการพิจารณาที่จะอนุญาตให้ทำหมั้นไว้ดังนี้

¹⁰¹ รายละเอียดเพิ่มเติม โปรดดู Application for Special Medical Procedure ภาคผนวก ข.

¹⁰² The Guardianship and Administration Act

Section 61—Prescribed treatment not to be carried out without Tribunal's consent

(2) The Tribunal cannot consent to a sterilisation unless—

(a) it is satisfied that it is therapeutically necessary for the sterilisation to be carried out on the person; or

(b) it is satisfied—

1. จะต้องเป็นกรณีที่ทำหมั้นเป็นการกระทำเพื่อการรักษาพยาบาลที่มีความจำเป็นสำหรับบุคคลนั้น หรือ
2. เป็นที่แน่ใจว่าบุคคลที่จะถูกทำหมั้นเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองอย่างถาวร และ
3. เป็นผู้ที่สามารถตั้งครรรค์และให้กำเนิดบุตรได้ และ
4. มีแนวโน้มที่จะมีกิจกรรมทางเพศ ทั้งนี้จะต้องไม่มีวิธีการอื่นใดในการคุมกำเนิดได้อย่างเหมาะสมไปกว่าการทำหมั้น หรือ
5. ในกรณีการทำหมั้นเพื่อหยุดการมีประจำเดือนในเพศหญิงนั้น จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของหญิงโดยตรง ซึ่งการทำหมั้นเป็นเพียงวิธีเดียวที่เหมาะสมในการจัดการกับปัญหาการมีประจำเดือนได้

จะเห็นได้ว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดของประเทศออสเตรเลีย ในส่วนของรัฐ South Australia มีความชัดเจนและมีการบัญญัติเอาไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร และหลักเกณฑ์ดังกล่าวสามารถครอบคลุมถึงคนพิการทางสติปัญญาทุกเพศ ไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชาย

-
- (i) that there is no likelihood of the person acquiring at any time the capacity to give an effective consent; and
 - (ii) that the person is physically capable of procreation; and
 - (iii) that—
 - (A) the person is, or is likely to be, sexually active, and there is no method of contraception that could, in all the circumstances, reasonably be expected to be successfully applied; or
 - (B) in the case of a woman, cessation of her menstrual cycle would be in her best interests and would be the only reasonably practicable way of dealing with the social, sanitary or other problems associated with her menstruation,
- and has no knowledge of any refusal on the part of the person to consent to the carrying out of the sterilisation, being a refusal that was made by the person while capable of giving effective consent and that was communicated by the person to a medical practitioner.

3.5 ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) แต่มีการบัญญัติพระราชบัญญัติด้านสุขภาพที่น่าสนใจโดยแยกประเภทของการรักษาพยาบาลออกมาเฉพาะเรื่อง เช่น พระราชบัญญัติเกี่ยวกับการทำหมัน (The Voluntary Sterilisation Act) พระราชบัญญัติเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ (The Infectious Diseases Act and Human Organ Transplant Act) เป็นต้น ซึ่งวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนมุ่งศึกษาเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาเท่านั้น ซึ่งจะได้ทำการศึกษาต่อไป นอกจากนี้ประเทศสิงคโปร์ได้ลงนามในอนุสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities: CRPD) เมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน พ.ศ. 2555 และได้บังคับใช้อนุสัญญาเมื่อวันที่ 18 สิงหาคม พ.ศ. 2556 อันเป็นหลักประกันในการวางนโยบายและบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่าง ๆ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิให้แก่คนพิการเช่นเดียวกับประเทศไทยซึ่งได้ลงนามในอนุสัญญาดังกล่าวเช่นกัน

3.5.1 การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล

การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปของประเทศสิงคโปร์มีลักษณะเดียวกันกับประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย กล่าวคือ แพทย์ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนการรักษาพยาบาล โดยจะต้องมีการแจ้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาลให้ผู้ป่วยรับทราบเพื่อใช้ประกอบการตัดสินใจ ซึ่งองค์ประกอบของความยินยอมให้รักษาพยาบาล ได้แก่¹⁰³

1. ความสามารถในการให้ความยินยอม โดยผู้ป่วยที่บรรลุนิติภาวะแล้วทุกคน ย่อมได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนเสมอว่าเป็นผู้ที่มีความสามารถในการให้ความยินยอม เว้นแต่จะได้รับการรับรองเป็นอย่างอื่น
2. การเปิดเผยข้อมูล กล่าวคือ ผู้ป่วยจำเป็นที่จะต้องได้รับทราบข้อมูลอย่างเพียงพอและเหมาะสม เพื่อให้เกิดความเข้าใจในกระบวนการรักษาพยาบาล และสามารถตัดสินใจให้ความยินยอม โดยการแจ้งข้อมูลให้ผู้ป่วยรับทราบควรคำนึงถึงความต้องการของผู้ป่วย ความซับซ้อนของขั้นตอนในการรักษาพยาบาล ข้อดี ข้อเสีย ความร้ายแรง และโอกาสที่จะเกิดความเสียหาย หรือภาวะแทรกซ้อนจากการรักษาพยาบาล

¹⁰³ T Thirumoorthy, "Consent in Medical Practice 1: Understanding the Concepts Behind the Practice," *SMA News* (June 2013): 33-35.

3. ความสมัครใจในการให้ความยินยอม กล่าวคือ ต้องได้รับความยินยอมโดยอิสระ ปราศจากการถูกข่มขู่ หรืออิทธิพลใด ๆ ที่ไม่เหมาะสมจากครอบครัว เพื่อน นายจ้าง ผู้รับประกัน (insurers) หรือผู้เชี่ยวชาญในการดูแลสุขภาพ เป็นต้น

จากหลักดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้ว่าแพทย์จะอาศัยข้อมูลทางการแพทย์และประโยชน์ของผู้ป่วยเป็นพื้นฐานในการรักษาพยาบาล แต่กระบวนการตัดสินใจจะต้องให้ผู้ป่วยเข้ามามีส่วนร่วม และให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลด้วย อันเป็นหลักการในการเคารพสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญทั้งในทางกฎหมายและในทางจริยธรรมของวิชาชีพแพทย์ เนื่องจากการตัดสินใจของแพทย์ในบางครั้งอาจเกิดข้อผิดพลาด และไม่ตรงกับเจตนาที่แท้จริงของผู้ป่วย ดังนั้น การให้ผู้ป่วยมีส่วนร่วมในการตัดสินใจเพื่อให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลจึงมีความจำเป็นต่อกระบวนการในการให้การรักษาพยาบาลในปัจจุบัน

แม้ว่าประเทศสิงคโปร์ไม่ได้ระบุว่า การทำหมันเป็นการรักษาพยาบาลที่ร้ายแรงหรือมีความแตกต่างจากการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป แต่การที่ประเทศสิงคโปร์มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำหมันออกมาเป็นการเฉพาะ ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่าการทำหมันเป็นการรักษาพยาบาลที่มีความสำคัญและมีกระบวนการในการให้ความยินยอมทางกฎหมายที่แตกต่างจากการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป กล่าวคือ ประเทศสิงคโปร์มีพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการทำหมันโดยเฉพาะที่ใช้ชื่อว่า Voluntary Sterilization Act บัญญัติขึ้นในปี ค.ศ.1970 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการวางแผนครอบครัวของประเทศสิงคโปร์ วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำหมันเพื่อให้ความคุ้มครองแก่บุคคล ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดเรื่องการให้ความยินยอมในการทำหมัน คุณสมบัติของแพทย์และสถานพยาบาลที่จะต้องได้รับใบอนุญาตให้ดำเนินการทำหมันได้ นอกจากนี้ยังกำหนดให้การทำหมันจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อน เว้นแต่เป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจได้ด้วยตนเอง เช่น ความเจ็บป่วยทางพันธุกรรม คนพิการทางสติปัญญา หรือมีความบกพร่องทางพัฒนาการ หรือผู้ป่วยทางจิต มีการอนุญาตให้บิดามารดาหรือคู่สมรสเป็นผู้ที่สามารถให้ความยินยอมในการทำหมันแทน¹⁰⁴

จะเห็นได้ว่าในกรณีที่หากผู้ป่วยมีความสามารถในการให้ความยินยอม รูปแบบการให้ความยินยอมจะมีลักษณะเดียวกันกับการให้การรักษาพยาบาลโดยทั่วไปตรงที่แพทย์จะต้องแจ้งข้อมูลให้ผู้ผู้ป่วยรับทราบเพื่อประกอบการตัดสินใจ (Informed Consent) แต่ในกรณีที่ผู้ป่วยไม่มีความสามารถในการตัดสินใจได้ด้วยตนเองในการทำหมันนั้นจะมีบุคคลอื่นเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจแทน ซึ่งประเทศ

¹⁰⁴ Ministry of Health Singapore, Public Consultation Paper on the Voluntary Sterilization (Amendment) Bill (2012).

สิงคโปร์นั้นมีการแก้ไขเพิ่มเติม Voluntary Sterilization Act ใหม่ เมื่อปี ค.ศ.2013 ในประเด็นของผู้ที่ทำการตัดสินใจแทนในการทำหมันกรณีเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ ซึ่งจะทำการอธิบายต่อไปในหัวข้อ 3.5.3 ว่าด้วยสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมันคนพิการทางสติปัญญา

3.5.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมัน

การพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมันนี้ ผู้เขียนจะแบ่งออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่ยังเป็นผู้เยาว์ และกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว โดยจะทำการศึกษาถึงความสามารถในการให้ความยินยอมสำหรับการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปก่อน เพื่อนำไปสู่การพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมันโดยเฉพาะ ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

กรณีความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปของผู้เยาว์นั้น ไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนว่าผู้เยาว์มีความสามารถในการให้ความยินยอมหรือไม่ รวมถึงไม่มีการกำหนดอายุขั้นต่ำของการมีความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อรักษาพยาบาล¹⁰⁵ ซึ่งยังคงเป็นปัญหาความไม่ชัดเจนอยู่ เมื่อผู้เยาว์ยังคงอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา และมีกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดให้เด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี จำเป็นต้องได้รับความยินยอมในการกระทำใด ๆ จากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง¹⁰⁶ และบุคคลที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไปจึงจะสามารถให้ความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายได้¹⁰⁷ หากเป็นการกระทำที่ไม่ได้รับความยินยอมจะต้องเป็นไปโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สำหรับบุคคลนั้น¹⁰⁸ บุคคลจะมีความสามารถในการทำสัญญาที่เมื่อมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป¹⁰⁹

¹⁰⁵ Peter Loke T Thirumoorthy, "Consent in Medical Practice 3: Dealing with Persons Lacking Capacity," *Singapore Medical Association News* (August 2013): 16-19.

¹⁰⁶ Penal Code (Chapter 224, 2008) Section 89

¹⁰⁷ Penal Code (Chapter 224, 2008) Section 87

¹⁰⁸ Penal Code (Chapter 224, 2008) Section 92

¹⁰⁹ The Civil Law (Amendment) Act (Chapter 43, 2009)

ในทางการแพทย์มีผู้ให้ความเห็นถึงประเด็นความสามารถของผู้เยาว์ในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลไว้ดังนี้¹¹⁰

- อายุต่ำกว่า 14 ปี จะต้องได้รับความยินยอมในการรักษาพยาบาลจากบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครอง (Parental Responsibility)

- อายุ 14 ถึง 16 ปี จะใช้ความสามารถที่เรียกว่า Gillick competence ซึ่งเป็นการพิจารณาความสามารถเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย ซึ่งเป็นแนวทางที่ได้มาจากคำพิพากษาในคดี Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1986] AC 112

- อายุ 16 ปีขึ้นไป อาจมีความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้

- อายุ 21 ปีขึ้นไป จะเป็นผู้บรรลุนิติภาวะสามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองอย่างสมบูรณ์

จะเห็นได้ว่าความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปยังคงไม่ชัดเจน ซึ่งผู้เขียนจะทำการศึกษาเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องการทำหมันคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์เท่านั้น ซึ่งแม้ว่าการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปจะยังไม่มีคำตอบชัดเจน แต่ในส่วนของกรการทำหมันประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดไว้ชัดเจนแล้ว กล่าวคือประเทศสิงคโปร์กำหนดให้บุคคลบรรลุนิติภาวะต่อเมื่ออายุครบ 21 ปีบริบูรณ์ Voluntary Sterilization Act 2013 กำหนดให้ผู้เยาว์ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมันด้วยตนเอง แต่หากเป็นกรณีที่ผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะโดยการสมรสแล้ว โดยหลักจะถือว่าเป็นบุคคลมีความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมันได้ เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าเป็นบุคคลที่ขาดความสามารถอันเนื่องมาจากมีความบกพร่องทางจิตหรือสมอง¹¹¹

¹¹⁰ see also Peter Loke T Thirumoorthy, *supra note 105*, p.16-19.

¹¹¹ The Voluntary Sterilization Act 2013 (Singapore): Section 3(2): Treatment for sexual sterilization

(2) A registered medical practitioner may carry out treatment for sexual sterilization on any person if, and only if, the following conditions are satisfied:

(a) subject to paragraphs (d) and (e), in the case of a married or an unmarried person who is 21 years of age or older, if the person gives consent to such treatment;

(b) subject to paragraph (d), in the case of a married person who is below 21 years of age, if the person gives consent to such treatment;

และในกรณีความสามารถของคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วพบว่า Mental Capacity Act 2010 ของประเทศสิงคโปร์ได้วางแนวทางเดียวกันกับ Mental Capacity Act ของประเทศอังกฤษ ซึ่งวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายสำหรับบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจได้ด้วยตนเองและหลักเกณฑ์สำหรับการตัดสินใจแทน โดยการที่จะเป็นบุคคลที่ขาดความสามารถเกี่ยวกับเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่ง ต้องเป็นบุคคลที่ไม่สามารถตัดสินใจด้วยตนเองได้ในเวลาที่เกิดเหตุการณ์นั้น เนื่องมาจากความบกพร่องหรือความผิดปกติของการทำงานของจิตใจหรือสมอง¹¹² ซึ่งการขาดความสามารถดังกล่าวจะเกิดขึ้นอย่างถาวรหรือชั่วคราวก็ได้¹¹³

การขาดความสามารถต้องเป็นผลมาจากความบกพร่องหรือความผิดปกติของการทำงานของจิตใจ หรือสมอง อันหมายความรวมถึงการป่วยด้วยโรคทางจิตเวช (Psychiatric Illness) ความบกพร่องทางการเรียนรู้ (Learning Disability) โรคสมองเสื่อม (Dementia) สมองได้รับความเสียหาย (Brain Damage) หรือภาวะสับสนเนื่องจากสารพิษ (Toxic Confusional State) トラブเท่าที่อาการเหล่านี้เป็นผลมาจากความบกพร่องของการทำงานของสมองหรือจิตใจ อย่างไรก็ตาม การ

(c) subject to paragraph (e), in the case of an unmarried person who is below 21 years of age, if the person, and at least one parent or guardian of the person, both give consent to such treatment;

(d) in the case of a married person who lacks capacity within the meaning of section 4 of the Mental Capacity Act (Cap. 177A) to consent to such treatment, if, on the application of the person's spouse, the court makes an order declaring that such treatment is necessary in the best interests of that person;

(e) in the case of an unmarried person who lacks capacity within the meaning of section 4 of the Mental Capacity Act to consent to such treatment, if, on the application of at least one parent or guardian of the person, the court makes an order declaring that such treatment is necessary in the best interests of that person.

¹¹² Mental Capacity Act 2010 (Singapore)

Section 4(1) "For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain"

¹¹³ Mental Capacity Act 2010 (Singapore)

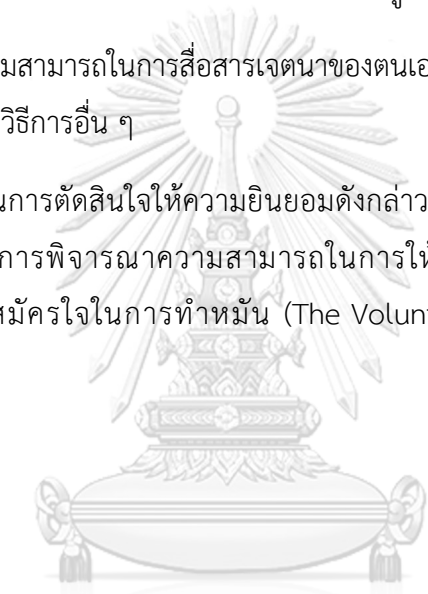
Section 4(2) It does not matter whether the impairment or disturbance is permanent or temporary.

ขาดความสามารถไม่อาจดูได้เพียงจากลักษณะภายนอก อายุของบุคคล หรือเพียงแค่การตัดสินใจที่ไม่ฉลาด (Unwise Decision)¹¹⁴

Mental Capacity Act 2010 กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมให้รักษาพยาบาลไว้ดังนี้¹¹⁵

- (1) ความสามารถในการเข้าใจข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจ
- (2) ความสามารถในการจดจำข้อมูลดังกล่าว
- (3) ความสามารถในการใช้ หรือชั่งน้ำหนักข้อมูลต่าง ๆ เพื่อประกอบการตัดสินใจ หรือ
- (4) ความสามารถในการสื่อสารเจตนาของตนเอง ไม่ว่าจะด้วยวิธีการพูด ใช้สัญลักษณ์ทางภาษา หรือวิธีการอื่น ๆ

ความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมดังกล่าวข้างต้นตาม Mental Capacity Act 2010 ได้ถูกนำไปใช้กับการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมันตามพระราชบัญญัติความสมัครใจในการทำหมัน (The Voluntary Sterilization Act 2013) ด้วยเช่นกัน¹¹⁶



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹¹⁴ Lee PeyWoon, *The Law of Contract in Singapore*, ed. Andrew Phang Boon Leong (Singapore: Academy Publishing, 2012), pp. 533-534.

¹¹⁵ Mental Capacity Act 2010 (Singapore)

Section 5(1) “For the purposes of section 4, a person is unable to make a decision for himself if he is unable

- (a) to understand the information relevant to the decision;
- (b) to retain that information;
- (c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision; or
- (d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means)”

¹¹⁶ The Voluntary Sterilization Act 2013 (Singapore) Article 3(2) ในข้อ (d) และ (e) กำหนดว่า “...who lacks capacity within the meaning of section 4 of the Mental Capacity Act to consent to such treatment...”

3.5.3 สิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา

ก่อนมีการแก้ไขพระราชบัญญัติ Voluntary Sterilization Act ในปี ค.ศ.2013 การตัดสินใจ ให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญานั้นตกอยู่กับบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือคู่สมรส ต่อมาเมื่อประเทศสิงคโปร์ได้ประกาศใช้ Mental Capacity Act ในปี ค.ศ.2010 ซึ่งให้ความสำคัญเกี่ยวกับสวัสดิภาพของบุคคล ดังนั้น การกำหนดให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือคู่สมรสสามารถตัดสินใจแทนในการทำหมั้นบุคคลที่ขาดความสามารถนั้น ถือว่าไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจอย่างเพียงพอ และหากมีความขัดแย้งในครอบครัวอาจทำให้การตัดสินใจอาจส่งผลกระทบต่อในแง่ลบแก่บุคคลผู้ที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจได้ ซึ่งการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับสวัสดิภาพของบุคคลที่ขาดความสามารถในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวัน ทั่ว ๆ ไป อาจไม่ต้องการแต่งตั้งหรือร้องขอศาลให้เข้ามาช่วยตัดสินใจ สามารถทำการตัดสินใจแทนได้เลยโดยได้รับความคุ้มครองจาก Mental Capacity Act 2010 มาตรา 7 ทั้งนี้ การตัดสินใจนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์และสวัสดิภาพของบุคคลที่ขาดความสามารถ แต่หากเป็นกรณีที่มีการรักษาพยาบาลหรือการดูแลเกิดข้อพิพาทขึ้น หรือเป็นกรณีที่มีประวัติความขัดแย้งในครอบครัวที่อาจส่งผลเสียต่อการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของบุคคล ศาลสามารถเข้ามาช่วยพิจารณาประโยชน์สูงสุดของบุคคลเหล่านั้นได้¹¹⁷

ในปี ค.ศ.2012 กระทรวงสาธารณสุขของประเทศสิงคโปร์มีความต้องการที่จะปกป้องเสรีภาพทางเพศและการสืบพันธุ์ของคนพิการทางสติปัญญาหรือคนที่มีความบกพร่องในพัฒนาการ จึงมีการแก้ไขพระราชบัญญัติ Voluntary Sterilization Act เพื่อให้สอดคล้องกับ Mental Capacity Act ที่ประเทศสิงคโปร์ได้ประกาศใช้ในปี ค.ศ.2010 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ โดยให้สันนิษฐานว่าบุคคลทุกคนมีความสามารถในการตัดสินใจจนกว่าจะได้รับการพิสูจน์เป็นอย่างอื่น ไม่ควรสันนิษฐานว่าคนพิการทางสติปัญญา ผู้ที่มีความบกพร่องทางพัฒนาการ หรือผู้ป่วยทางจิต เป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจได้ด้วยตนเอง บุคคลเหล่านั้นจึงสามารถให้ความยินยอมในการทำหมั้นได้ หากบุคคลใดไม่สามารถให้ความยินยอมในการทำหมั้นได้ด้วยตนเอง กฎหมายก็ยังคงเปิดช่องให้บิดามารดา ผู้ปกครอง คู่สมรส สามารถให้ความยินยอมแทนบุคคลดังกล่าวได้ ซึ่งสามารถสรุปประเด็นได้ดังนี้¹¹⁸

1. ในส่วนของความยินยอมในการทำหมั้นของบุคคลผู้ที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาหรือผู้ป่วยทางจิตหรืออื่น ๆ ในทำนองเดียวกันนี้ กฎหมายที่แก้ไขใหม่ไม่อนุญาตให้บิดามารดาหรือ

¹¹⁷ Mental Capacity Act Code of Practice, para. 9.5.8

¹¹⁸ see also Ministry of Health Singapore, *supra* note 104.

ผู้ปกครองหรือคู่สมรสของบุคคลดังกล่าวให้ความยินยอมแทนบุคคลนั้น แม้ว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนพิการทางสติปัญญาหรือมีความบกพร่องทางพัฒนาการ เป็นผู้ป่วยทางจิต แต่บุคคลนั้นได้รับการสันนิษฐานไว้ว่าเป็นผู้มีความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเองตาม Mental Capacity Act 2010 บุคคลนั้นก็ให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองได้

2. เพิ่มบทลงโทษสำหรับการฝ่าฝืน Voluntary Sterilization Act ในกรณีที่บุคคลใดบังคับข่มขู่ หรือชักจูงให้ผู้อื่นทำหมัน โดยเพิ่มจากค่าปรับจำนวน 5,000 ดอลลาร์สหรัฐ เป็น 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ และโทษจำคุกยังคงไม่เกิน 5 ปี เท่าเดิม

3. อนุญาตให้ทำหมันได้ทั้งในโรงพยาบาลของรัฐและของเอกชน ศูนย์ศัลยกรรมผู้ป่วย หรือคลินิกของแพทย์ที่ได้รับใบอนุญาต ซึ่งเป็นกระบวนการเพิ่มการตรวจสอบใบอนุญาตใบรับรองของแพทย์หรือสถานที่ที่ใช้ดำเนินการทำหมัน รวมถึงการฝึกอบรมแพทย์ที่จะต้องเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะทางเท่านั้น และเพิ่มเงื่อนไขว่าแพทย์ผู้ที่จะดำเนินการผ่าตัดทำหมันนั้น จะต้องเป็นแพทย์ที่ลงทะเบียนไว้และแพทย์ต้องรับรองว่าการทำหมันมีความจำเป็น เป็นประโยชน์ต่อบุคคลผู้ที่มีความสามารถในการตัดสินใจ และเป็นประโยชน์ต่อสังคมโดยทั่วไป

อย่างไรก็ตาม องค์กรพิทักษ์สิทธิสตรีของประเทศสิงคโปร์ก็ยังแสดงความกังวลต่อปัญหาการทำหมันดังกล่าว และแสดงความเห็นว่าการแก้ไขกฎหมายยังไม่เพียงพอในการคุ้มครองสิทธิของเด็กหญิงหรือผู้หญิงที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจที่จะทำหมันได้ด้วยตนเอง ซึ่งประเทศสิงคโปร์ได้แก้ไขเพิ่มเติม Voluntary Sterilization Act ล่าสุดในปี ค.ศ.2013 สืบเนื่องจาก Mental Capacity Act 2010 กำหนดให้การตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมัน หรือการปฏิเสธการทำหมันบุคคล ไม่สามารถดำเนินการโดยรูปแบบการตัดสินใจแทนกันได้ กล่าวคือ ไม่สามารถตั้งผู้แทนตัดสินใจในนามของบุคคลอีกคนหนึ่งได้¹¹⁹ The Voluntary Sterilization Act 2013 จึงกำหนดรูปแบบของการให้ความยินยอมในการทำหมันเอาไว้ ในกรณีเป็นบุคคลที่ไม่สามารถตัดสินใจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง โดยจะต้องมีการยื่นคำร้องขอต่อศาล ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ทำหมันบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

¹¹⁹ Mental Capacity Act 2010 (Singapore)

Section 26: Excluded decisions

Nothing in this Act permits a decision on any of the following matters to be made on behalf of a person:

(g) consenting or revoking consent to treatment for sexual sterilization within the meaning of the Voluntary Sterilization Act.

ในกรณีของบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอม หากเป็นกรณีที่บุคคลดังกล่าวสมรสแล้ว ให้คู่สมรสเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอทำหมันต่อศาล โดยให้ศาลพิจารณาว่าการทำหมันนั้น เป็นกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดของบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจหรือไม่¹²⁰

ส่วนในกรณีของบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอม หากยังไม่ได้สมรส ให้บิดา มารดา หรือผู้ดูแล เป็นผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอทำหมันต่อศาล โดยให้ศาลพิจารณาว่าการทำหมันนั้น เป็นกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดของบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจหรือไม่เช่นกัน¹²¹

ทั้งนี้ การให้ความยินยอมในการทำหมันนั้นต้องยื่นคำร้องต่อศาลสูง (The High Court) หรือศาลครอบครัว (Family Court)¹²² ศาลจะเป็นคนกลางผู้พิจารณาถึงความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมันที่จะเกิดแก่คนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคล

¹²⁰ The Voluntary Sterilization Act 2013 (Singapore)

Article 3(2) A registered medical practitioner may carry out treatment for sexual sterilization on any person if, and only if, the following conditions are satisfied:

(d) in the case of a married person who lacks capacity within the meaning of section 4 of the Mental Capacity Act (Cap.177A) to consent to such treatment, if, on the application of the person's spouse, the court makes an order declaring that such treatment is necessary in the best interests of that person;

¹²¹ The Voluntary Sterilization Act 2013 (Singapore)

Article 3(2) A registered medical practitioner may carry out treatment for sexual sterilization on any person if, and only if, the following conditions are satisfied:

(e) in the case of an unmarried person who lacks capacity within the meaning of section 4 of the Mental Capacity Act to consent to such treatment, if, on the application of at least one parent or guardian of the person, the court makes an order declaring that such treatment is necessary in the best interests of that person.

¹²² The Voluntary Sterilization Act 2013 (Singapore)

Section 2 Interpretation: "court" means the High Court or a Family Court

ตารางที่ 3 หลักเกณฑ์การให้ความยินยอมในการทำหมั้นของประเทศสิงคโปร์

ผู้ที่จะทำหมั้น	ความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้น	สิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้น
คนปกติ อายุ 21 ปี ขึ้นไป	สามารถให้ความยินยอมทำหมั้นได้เอง	ไม่มี
คนปกติ อายุต่ำกว่า 21 ปี แต่บรรลุนิติภาวะแล้วโดยการสมรส	สามารถให้ความยินยอมทำหมั้นได้เอง	ไม่มี
คนปกติ อายุต่ำกว่า 21 ปี	ไม่มี	ต้องมีบิดามารดา หรือผู้ปกครอง อย่างน้อยหนึ่งคน ร่วมให้ความยินยอมในการทำหมั้นกับผู้เยาว์ที่เป็นคนปกติ อายุต่ำกว่า 21 ปี
คนที่ขาดความสามารถ กรณีสมรสแล้ว	ไม่มี	คู่สมรสของบุคคลนั้น ยื่นคำร้องขอต่อศาล
คนที่ขาดความสามารถ กรณียังไม่สมรส	ไม่มี	บิดามารดาหรือผู้ปกครอง อย่างน้อยหนึ่งคน ยื่นคำร้องขอต่อศาล

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

จากการศึกษาดังกล่าวในประเด็นสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาสรุปได้ว่า หากเป็นคนปกติที่ยังเป็นผู้เยาว์อยู่นั้นจะไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นด้วยตนเอง โดยจะต้องมีบิดามารดาหรือผู้ปกครองอย่างน้อยหนึ่งคน ร่วมให้ความยินยอมในการทำหมั้นกับผู้เยาว์ที่เป็นคนปกติ อายุต่ำกว่า 21 ปี และหากเป็นคนปกติที่บรรลุนิติภาวะแล้วไม่ว่าจะบรรลุนิติภาวะโดยมีอายุครบ 21 ปีบริบูรณ์ หรือโดยการสมรสย่อมมีความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นได้ด้วยตนเอง บุคคลอื่นไม่มีสิทธิในการให้ความยินยอมแทน แต่อย่างไรก็ตามหากเป็นคนพิการทางสติปัญญาที่ได้รับการพิสูจน์แล้วว่าขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมเนื่องจากมีความบกพร่องทางจิตใจหรือสมองทำให้ไม่สามารถเข้าใจ จดจำ นำข้อมูลไปพิจารณา และสื่อสารการตัดสินใจของตนเองได้ ไม่ว่างจะเป็นผู้เยาว์

หรือผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้วก็ไม่สามารถในการให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง ในกรณีนี้สิทธิในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นจะให้ศาลเป็นผู้ตัดสินใจให้ความยินยอม โดยให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับคนพิการทางสติปัญญาเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาล โดยจะแบ่งออกเป็น 2 กรณี ในกรณีที่คนพิการทางสติปัญญายังไม่สมรส ให้บิดามารดา หรือผู้ปกครองอย่างน้อยหนึ่งคนเป็นผู้ยื่นคำร้องขอให้ทำหมั้นต่อศาล และในกรณีที่คนพิการทางสติปัญญาทำการสมรสแล้ว ให้คู่สมรสเป็นผู้ยื่นคำร้องขอให้ทำหมั้นต่อศาล



3.6 ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) เช่นเดียวกับประเทศไทย และเป็นแม่แบบของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย จึงเป็นประเทศที่ควรนำมาศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ตลอดจนการทำหมัน ในกรณีเป็นกรณีทางสติปัญญาที่ไม่สามารถให้ความยินยอมด้วยตนเองได้ นอกจากนี้ประเทศเยอรมนียังเป็นประเทศที่มีรากฐานทางกฎหมายที่เคารพถึงสิทธิขั้นพื้นฐานและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล และมีประวัติศาสตร์เรื่องการบังคับทำหมันคนพิการทางสติปัญญาหรือคนพิการทางจิต ด้วยเหตุผลในการป้องกันการถ่ายทอดทางพันธุกรรม โดยการออกกฎหมาย The Nazi compulsory sterilization law ในช่วง ค.ศ.1933 ภายใต้ศาลสุขภาพทางพันธุกรรม (Hereditary Health Courts) ต่อมามีการพัฒนาความรุนแรงมากขึ้น โดยออกเป็นกฎหมายป้องกันโรคทางพันธุกรรมในคนรุ่นอนาคต (The law on the prevention of hereditary diseases in future generations) ทำให้การทำหมันเกิดขึ้นอย่างเปิดเผยนับแต่เวลานั้น¹²³ ต่อมาแนวความคิดในการบังคับให้ทำหมันก็เปลี่ยนแปลงไป ไม่มีการบังคับทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาในประเทศเยอรมนีแล้ว โดยให้ความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เคารพสิทธิ เสรีภาพของคนพิการทางสติปัญญามากยิ่งขึ้น นอกจากสิทธิที่จะสมรสและสิทธิที่จะมีครอบครัวแล้ว ประเทศเยอรมนีได้รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในสิทธิที่จะเป็นบิดามารดาและมีบุตร¹²⁴ ในปี ค.ศ.1992 ประเทศเยอรมนีได้มีการบัญญัติบทกฎหมายในการปกป้องสิทธิในการมีบุตรไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ได้แก่ บทบัญญัติห้ามทำหมันในผู้เยาว์ และการอนุญาตให้ทำหมันได้ในบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ภายใต้เงื่อนไขเฉพาะที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ประเทศเยอรมนีได้ลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (CRPD) อันเป็นการรับรองว่ามาตรการและบทบัญญัติทางกฎหมายจะต้องมีความสอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งในหัวข้อนี้จะศึกษาถึงหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมัน และสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมันคนพิการทางสติปัญญา

¹²³ Michael Davies., Medical Law, 2 ed. (Great Britain: Blackstone Press Limited, 1998), pp. 292-293.

¹²⁴ Basic Law for the Federal Republic of Germany: Article 6

3.6.1 การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล

การจะพิจารณาการให้ความยินยอมในการทำหมั้นนั้นจะต้องทำความเข้าใจถึงแนวคิดและรูปแบบของการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลเบื้องต้น เนื่องจากการทำหมั้นถือเป็นการรักษาพยาบาลอย่างหนึ่งที่แพทย์จะต้องมีการขอความยินยอมก่อนการทำหมั้นผู้ป่วย เป็นไปตามหลักเสรีนิยมเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับโดยนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงชาวเยอรมันท่านหนึ่ง คือ Immanuel Kant ซึ่งได้กล่าวถึงการมีอิสระในการตัดสินใจตามความต้องการของตนเอง¹²⁵ หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับและบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี โดยให้บุคคลมีสิทธิในตนเองอย่างอิสระตราบเท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น และไม่มีความผิดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ¹²⁶ ผลจากสิทธิในรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นที่มาของการบังคับใช้หลักเสรีนิยมในเรื่องต่าง ๆ รวมทั้งเรื่องที่เกี่ยวข้องความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยด้วย นอกจากนี้ประเทศเยอรมนีได้ยอมรับหลักการเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Right to human dignity) โดยได้บัญญัติยอมรับหลักการของความเป็นมนุษย์ที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ไว้ในรัฐธรรมนูญใน มาตรา 1¹²⁷

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยและแพทย์ในประเทศเยอรมนีได้มีการเปลี่ยนแปลงนับตั้งแต่มีการปฏิวัติทางการแพทย์และการพัฒนาในสังคมสมัยใหม่ กล่าวคือ แพทย์ต้องรักษาเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ผู้ป่วย และไม่ทำให้เกิดอันตรายต่อผู้ป่วย ในอดีตผู้ป่วยจะมีความเชื่อมั่นในทักษะและความสามารถของแพทย์ อันเป็นความสัมพันธ์ในเชิงอุปถัมภ์ แพทย์มีอำนาจในการตัดสินใจเด็ดขาด (Paternalism) ความยินยอมของผู้ป่วยจึงไม่ได้เป็นสาระสำคัญในการตัดสินใจทำการรักษาพยาบาล ต่อมาความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยได้เปลี่ยนแปลงไป โดยมีการให้ผู้ป่วยมี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹²⁵ Immanuel Kant, *Kritique of Practical Reason*, ed. Mary Gregory (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), p. 30.

¹²⁶ German Constitution: Article 2 (Right of liberty)

“Everyone shall have the right to free development of his personality in so far as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral code.

Everyone shall have the right to life and to inviolability of his person. The liberty of the individual shall be inviolable. These rights may only be encroached upon pursuant to a law.”

¹²⁷ German Constitution: Article 1(1)

“(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

ส่วนร่วมในการตัดสินใจเลือกการรักษาพยาบาลที่ผู้ป่วยเห็นว่าเหมาะสมกับตนเองได้ ความยินยอมของผู้ป่วยจึงกลายเป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการรักษาพยาบาล¹²⁸

การคุ้มครองเสรีภาพขยายความถึงการให้ความคุ้มครองในการรักษาพยาบาลด้วย เป็นผลให้การรักษาพยาบาลภายใต้บริบทของกฎหมายประเทศเยอรมนีโดยทั่วไปต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยด้วย ไม่เช่นนั้นการกระทำของแพทย์จะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ผู้ป่วยที่จะสามารถให้ความยินยอมหรือตัดสินใจให้ความยินยอมได้นั้นต้องได้ความว่า ผู้ป่วยได้รับข้อมูลที่เพียงพอเกี่ยวกับลักษณะและผลจากการรักษา¹²⁹ ด้วยเหตุผลดังกล่าวเป็นเหตุให้ก่อนการตัดสินใจผู้ป่วยต้องเข้าใจข้อมูลต่าง ๆ รวมทั้งผลกระทบที่ได้จากการรักษาพยาบาลนั้น เพื่อใช้ในการประกอบการตัดสินใจในการรักษาพยาบาล

ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) ของผู้ป่วยมีหลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องได้แก่ สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง (Right to Self Determination) และศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ดังนั้น การรักษาของแพทย์ทุกกรณีจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย หากไม่ได้รับความยินยอมก่อนการรักษาพยาบาล อาจมีความผิดตามประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB) มาตรา 823¹³⁰ ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำร้ายผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย โดยกระทำต่อร่างกาย สุขภาพอนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดของเขา ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย” และอาจมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศเยอรมนี (Strafgesetzbuch: StGB) มาตรา 228¹³¹ ที่วางหลักว่า “ผู้ใดกระทำการทำร้ายร่างกายผู้อื่นด้วย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹²⁸ Leino-Kilpi H, Patient's Autonomy, Privacy and Informed Consent. (Amsterdam: IOS Press, 2002), p. 18.

¹²⁹ *Ibid*, p. 22.

¹³⁰ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB)

Section 823 Liability in damages

(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.

¹³¹ German Penal Code (Strafgesetzbuch : StGB)

Section 228 Consent: Whoever commits bodily injury with the consent of the injured person only acts unlawfully if the act is, despite the consent, contrary to good morals.

ความยินยอม ให้ถือว่าการกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย เว้นเสียแต่เป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี” อันเป็นการทำร้ายร่างกายผู้อื่น (infringement of the body’s integrity)¹³²

ในบางกรณีการรักษาพยาบาลสามารถดำเนินไปได้แม้จะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก็ตาม ได้แก่กรณีดังต่อไปนี้¹³³

กรณีเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ ได้แก่ ซิฟิลิส หนองใน การติดเชื้อในต่อมน้ำเหลืองในโพรงมดลูก

กรณีโรคติดต่อบางประเภท เช่น อหิวาตกโรค ไทฟอยด์ กาฬโรค หรือใช้ทรัพย์สิน ที่ต้องแยกผู้ป่วยจากบุคคลอื่น โดยหากผู้ป่วยปฏิเสธที่จะรับการรักษา สามารถขอให้ศาลสั่งให้นำตัวบุคคลผู้นั้นมารักษาได้

กรณีการเจ็บป่วยที่เป็นอันตรายต่อชีวิต หรือเป็นภัยคุกคามต่อชีวิตของตนเองหรือบุคคลอื่น อาจควบคุมตัวบุคคลผู้นั้นและทำการทดสอบทางการแพทย์และการบำบัดรักษาได้

กรณีผู้กระทำผิดที่ป่วยทางจิต (Mental ill offender) ที่ไม่สามารถต่อสู้คดี หรือไม่สามารถถูกลงโทษได้เนื่องจากขาดความรับผิดชอบที่สมบูรณ์ สามารถควบคุมตัวบุคคลผู้นั้นไว้ในสถานบำบัดทางจิตได้

กรณีผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดอาญา อาจมีการบังคับให้ตรวจร่างกาย ด้วยการตรวจเลือด เพื่อที่จะยืนยันข้อเท็จจริงที่สำคัญที่อาจใช้ในการดำเนินคดีอาญาได้

การขอความยินยอมในการรักษาพยาบาลมีการกำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศเยอรมนี โดยมีหลักเกณฑ์กำหนดว่า ก่อนดำเนินการรักษาพยาบาลใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการที่มีผลกระทบต่อร่างกายหรือสุขภาพ ฝ่ายที่ทำการรักษาพยาบาล กล่าวคือ ผู้ให้บริการทางการแพทย์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนทำการรักษาพยาบาล หากผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่มีสิทธิกระทำการแทนได้ตามกฎหมาย แต่หากไม่สามารถขอความยินยอมได้ในเวลาที่เหมาะสมหรือไม่สามารถปล่อยให้ล่าช้าได้ แพทย์อาจทำการรักษาพยาบาลได้หากพิจารณาได้ว่าอาจเป็นไปตามความประสงค์ของผู้ป่วย และการให้ความยินยอมจากผู้ป่วยนั้นจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อผู้ป่วยได้รับการแจ้งข้อมูลก่อนการรับการรักษาพยาบาล

¹³² วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "เปรียบเทียบความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายเยอรมัน," บทบัญญัติ 43, 4 (2530): 40-41.

¹³³ See also Leino-Kilpi H, *supra* note 128, p.20.

และผู้ป่วยอาจเพิกถอนความยินยอมดังกล่าวนั้นได้ตลอดเวลา และเมื่อเพิกถอนความยินยอม หรือปฏิเสธการรักษาพยาบาลแล้ว ส่งผลให้แพทย์ไม่สามารถทำการรักษาพยาบาลต่อไปได้¹³⁴ นอกจากนี้ ในประมวลกฎหมายแพ่งได้กำหนดหน้าที่ในการให้ข้อมูลแก่ผู้ป่วย (Obligations to provide information) โดยให้ผู้ให้บริการทางการแพทย์มีหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องให้ผู้ป่วยทราบเพื่อขอความยินยอมจากผู้ป่วยในการรักษาพยาบาล ไม่ว่าจะเป็นการแจ้งวิธีการรักษาพยาบาล ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาล ความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้ ความจำเป็นความเหมาะสมในการรักษาพยาบาล โอกาสที่จะประสบความสำเร็จ และการปฏิบัติตัวภายหลังการรักษา เป็นต้น¹³⁵

¹³⁴ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB)

Section 630d: Consent

(1) Prior to implementing medical treatment, in particular a procedure affecting the body or health, the treating party is obliged to acquire the consent of the patient. If the patient is unable to consent, the consent of a party entitled to do so is to be acquired unless a living will in accordance with section 1901a (1) sentence 1 permits or prohibits the measure. Further requirements with regard to consent ensuing from other provisions remain unaffected. If consent to a measure which cannot be delayed cannot be acquired in good time, it may be implemented without consent if this is in line with the implicit will of the patient.

(2) The effectiveness of the consent is contingent on the patient, or in the case of subsection (1) sentence 2 the party entitled to give consent, having been informed in accordance with section 630e (1) to (4) prior to giving consent.

(3) Consent may be revoked at any time, without complying with a specific format, and without stating reasons.

¹³⁵ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB)

Section 630e: Obligations to provide information

(1) The treating party is obliged to inform the patient of all and any circumstances which are relevant to consent. This includes in particular the nature, extent, implementation, anticipated consequences and risks involved in the measure, as well as its necessity, urgency, suitability and prospects for success with regard to the diagnosis or the therapy. Alternatives to the measure must also be referred to in the information if several equally medically indicated, customary methods may lead to significantly different strains, risks or chances of recovery.

(2) The information must

1. be provided orally by the treating party or by a person who has the requisite training to carry out the measure; additionally, documents may also be referred to which the patient receives in text form,

รูปแบบที่แพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์ มีหน้าที่ต้องแจ้งข้อมูลให้ผู้ป่วยทราบ มีดังนี้¹³⁶

1. ต้องมีการอธิบายด้วยวาจาแก่ผู้ป่วย (be provided orally) และนอกจากนี้จะต้องมีเอกสารอ้างอิงให้แก่ผู้ป่วยเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย

2. ต้องมีการให้ข้อมูลในเวลาที่เหมาะสมเพื่อให้ผู้ป่วยสามารถตัดสินใจให้ความยินยอมได้อย่างเหมาะสม (be provided in good time)

3. ข้อมูลที่แจ้งนั้นต้องเป็นข้อมูล que ผู้ป่วยสามารถเข้าใจได้ (be understandable for the patient)

การให้ข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาที่จำเป็นแก่ผู้ป่วยนั้น ผู้ป่วยต้องอยู่ในภาวะที่สามารถเข้าใจข้อมูลได้ (in a manner that he/she is able to understand)¹³⁷ อันเป็นความสามารถในการรับทราบการอธิบายบนพื้นฐานของพัฒนาการและความสามารถในการเข้าใจของบุคคล หากเป็นกรณี que การให้ความยินยอมนั้นจะต้องเกิดขึ้นโดยบุคคลอื่นที่มีสิทธิตามกฎหมาย บุคคลดังกล่าวจะต้องได้รับการแจ้งข้อมูลจากแพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์ เพื่อขอความยินยอมด้วยเช่นกัน

2. be provided in good time so that the patient can take his/her decision on consent in a well-considered manner,

3. be understandable for the patient.

The patient shall be provided with duplicates of documents which he/she has signed in connection with the information or consent.

(3) The patient does not need to be provided with information where this can be exceptionally dispensed with because of particular circumstances, in particular if the measure cannot be delayed or the patient has explicitly waived being provided with the information.

(4) If, in accordance with section 630d (1) sentence 2, the consent of a party entitled to do so is to be obtained, the latter shall be informed in accordance with subsections (1) to (3).

(5) In cases coming under section 630d (1) sentence 2, the major circumstances in accordance with subsection (1) shall also be explained to the patient in a manner that he/she is able to understand, where the latter is capable of absorbing the explanation on the basis of his/her state of development and ability to understand and unless it is inconsistent with his/her well-being. Subsection (3) shall apply with the necessary modifications.

¹³⁶ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB): Section 630e (2)

¹³⁷ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB): Section 630e (5)

3.6.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมัน

ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมัน มีลักษณะเป็น ความยินยอมในการรักษาพยาบาลอย่างหนึ่ง ที่ต้องได้รับแจ้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทำหมัน เพื่อใช้ ประกอบการตัดสินใจ โดยแพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์มีหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลให้ผู้ที่จะทำหมัน รับทราบ ดังนั้น ผู้ที่จะให้ความยินยอมในเบื้องต้นจะต้องมีความสามารถในการเข้าใจข้อมูลที่แพทย์ หรือบุคลากรทางการแพทย์แจ้งให้รับทราบด้วย ประเทศเยอรมนีได้กำหนดเรื่องการให้ความยินยอม ในการทำหมันแยกออกจากการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป ซึ่งผู้เขียนขอแบ่งการ พิจารณาออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจปกครอง ของบิดามารดา และกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ขาดความสามารถในการ ตัดสินใจให้ความยินยอมด้วยตนเอง ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

บุคคลที่ยังเป็นผู้เยาว์และอยู่ภายใต้การปกครองของบิดามารดา ตามประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมนีกำหนดให้บิดามารดาทำหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร ไม่ว่าจะเป็นการดูแลเรื่องความ เป็นอยู่ส่วนตัวของบุตร (care for the person of the child) หรือการดูแลทรัพย์สินของบุตร (care for the property of the child) โดยต้องคำนึงถึงความสามารถในการเติบโต ความต้องการที่ เพิ่มขึ้นของบุตรผู้เยาว์ และประโยชน์สูงสุดของบุตรผู้เยาว์¹³⁸ สำหรับประเด็นความสามารถในการให้ ความยินยอมทำหมันของคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดา มารดานั้น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 1631c¹³⁹ ได้กำหนดเรื่องของการให้ความยินยอม

¹³⁸ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB)

Section 1626: Parental custody, principles

(1) The parents have the duty and the right to care for the minor child (parental custody). The parental custody includes the care for the person of the child (care for the person of the child) and the property of the child (care for the property of the child).

(2) In the care and upbringing of the child, the parents take account of the growing ability and the growing need of the child for independent responsible action. They discuss questions of parental custody with the child to the extent that, in accordance with the stage of development of the child, it is advisable, and they seek agreement.

(3) The best interests of the child as a general rule include contact with both parents. The same applies to contact with other persons to whom the child has ties, if maintaining these ties is beneficial for its development.

¹³⁹ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB)

Section 1631c: Prohibition of sterilisation

เพื่อทำหมันไว้ว่า ห้ามไม่ให้ทำหมันในผู้เยาว์ไม่ว่าจะเป็นกรณีใดก็ตาม กล่าวคือ บิดามารดาไม่สามารถให้ความยินยอมในการทำหมันแทนบุตรที่ยังเป็นผู้เยาว์ได้ โดยจะไม่นำเรื่องการใช้อำนาจปกครองบุตรของบิดามารดาไปปรับใช้กับกรณีของการให้ความยินยอมในการทำหมัน และบุตรผู้เยาว์เองก็ไม่สามารถให้ความยินยอมในการทำหมันด้วยตนเองได้เช่นกัน

เมื่อบุคคลบรรลุนิติภาวะแล้วย่อมถือว่าบุคคลนั้นมีความสามารถในทางกฎหมายอย่างเต็มที่ที่ไม่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครองอีกต่อไป ในส่วนของบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ขาดความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเอง จะต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของผู้ปกครอง (Custodian) โดยบุคคลที่จะสามารถถูกตั้งผู้ปกครองให้มาช่วยจัดการกิจการต่าง ๆ ของตน เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 1896¹⁴⁰ ที่ระบุว่า หากบุคคลนั้นไม่สามารถที่จะทำกิจการของตนได้ทั้งหมดหรือบางส่วน เพราะเหตุมีอาการผิดปกติทางจิตประสาท (Mental Illness) มีความ

The parents may not consent to a sterilisation of the child. Nor can the child itself consent to the sterilisation. Section 1909 does not apply.

¹⁴⁰ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB)

Section 1896: Requirements

(1) If a person of full age, by reason of a mental illness or a physical, mental or psychological handicap, cannot in whole or in part take care of his affairs, the custodianship court, on his application or of its own motion, appoints a custodian for him. The application may also be made by a person incapable of contracting. To the extent that the person of full age cannot take care of his affairs by reason of a physical handicap, the custodian may be appointed only on the application of the person of full age, unless the person is unable to make his will known.

(1a) A custodian may not be appointed against the free will of the person of full age.

(2) A custodian may be appointed only for groups of tasks in which the custodianship is necessary. The custodianship is not necessary to the extent that the affairs of a person of full age may be taken care of by an authorised person who is not one of the persons set out in section 1897 (3), or by other assistants for whom no legal representative is appointed, just as well as by a custodian.

(3) The assertion of rights of the person under custodianship vis-à-vis the person authorised by him may also be defined as a group of tasks.

(4) The decision on the telecommunications of the person under custodianship and on the receipt, opening and withholding of his post are included in the group of tasks of the custodian only if the court has expressly ordered this.

บกพร่องทางร่างกาย (Physical) จิตใจหรือจิตวิทยา (Mental or Psychological Handicap) ดังนั้น การพิจารณาความสามารถในกรณีเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะจะได้รับการพิจารณาโดยศาล Custodianship Court ซึ่งศาลจะพิจารณาแต่งตั้งผู้ปกครองให้ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นไม่สามารถดูแลหรือจัดการกิจการต่าง ๆ ของตนเองได้ เนื่องจากป่วยทางจิต มีความบกพร่องทางร่างกายหรือบกพร่องทางจิต

จากหลักเกณฑ์ข้างต้นจะเห็นได้ว่า ประเทศเยอรมนีไม่ได้ระบุให้คนพิการทางสติปัญญาเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถโดยตรง ทั้งนี้ การพิจารณาความสามารถดังกล่าวจะต้องให้ ศาล Custodianship court เป็นผู้พิจารณาและหากศาลเห็นว่าเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถก็จะตั้งผู้ปกครอง (Custodian) เพื่อทำหน้าที่ดูแลต่อไป แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่ได้หมายความว่าคนพิการทางสติปัญญาจะเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นด้วยตนเองอย่างเต็มที่ เนื่องจากเมื่อพิจารณาการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปแล้วจะเห็นได้ว่า ผู้ป่วยจะต้องอยู่ในภาวะที่สามารถเข้าใจข้อมูลการรักษาได้ ซึ่งแพทย์จะต้องเป็นผู้มีหน้าที่แจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลดังกล่าวเพื่อขอความยินยอมจากผู้ป่วย หากพบว่าผู้ป่วยไม่มีความสามารถในการเข้าใจข้อมูลดังกล่าวได้แพทย์ก็จะต้องทำการขอความยินยอมจากผู้ที่มีสิทธิตามกฎหมายต่อไป ซึ่งในเรื่องของการให้ความยินยอมในการทำหมั้นสำหรับบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจก็จะย้อนกลับมาสู่สิทธิของผู้ปกครองตามคำสั่งศาล ซึ่งจะได้ทำการอธิบายในหัวข้อต่อไป

3.6.3 สิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา

กรณีของสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์นั้น พบว่าประเทศเยอรมนีมีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดเป็นข้อห้ามไม่ให้ทำหมั้นผู้เยาว์ไว้ใน มาตรา 1631c¹⁴¹ โดยระบุไม่ให้บิดามารดาใช้อำนาจปกครองในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนบุตรได้ และตัวบุตรผู้เยาว์นั้นเองก็ไม่สามารถให้ความยินยอมทำหมั้นได้เช่นกัน ดังนั้น ไม่ว่าผู้เยาว์จะเป็นคนพิการทางสติปัญญาหรือเป็นคนปกติทั่วไป ก็ไม่มีบุคคลใดมีสิทธิในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นได้

ในส่วนของคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว มีประเด็นเรื่องสิทธิของผู้ดูแลที่จะต้องพิจารณาทำความเข้าใจเสียก่อน โดยก่อนปี ค.ศ.1992 รูปแบบผู้ดูแลในประเทศเยอรมนีมี

¹⁴¹ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB)

Section 1631c: Prohibition of sterilisation

The parents may not consent to a sterilisation of the child. Nor can the child itself consent to the sterilisation. Section 1909 does not apply.

รูปแบบเป็น Guardianship (Vormundschaft) ซึ่งจะเป็นการกำหนดให้ผู้ที่อยู่ภายใต้การดูแลเป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถโดยสิ้นเชิง ต่อมาประเทศเยอรมนีได้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของผู้ดูแลใหม่ในปี ค.ศ. 1992 โดยเรียกว่า Custodianship (Rechtliche Betreuung) สำหรับการดูแลบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ไม่สามารถจัดการงานของตนเองได้เนื่องจากมีความป่วยทางจิต สติปัญญา หรือมีความบกพร่องทางร่างกาย ซึ่งผู้ดูแลจะได้รับการแต่งตั้งจากศาล Custodianship Court สำหรับช่วยเหลือบุคคลดังกล่าวในการตัดสินใจเฉพาะกรณีที่ถูกกฎหมายระบุไว้เท่านั้น และบุคคลดังกล่าวจะยังคงมีความสามารถทางกฎหมายอยู่ เพียงแต่ต้องอาศัยการช่วยเหลือจากผู้ดูแลในบางกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาดังกรณีสิทธิในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นของผู้ดูแลว่ามีสิทธิหรือไม่ เพียงใด พิจารณาได้ดังนี้¹⁴²

ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมนีนั้นได้กำหนดให้ Custodian เป็นผู้ดูแลของบุคคลที่บรรลุนิติภาวะ โดยผู้ดูแลที่จะได้รับการแต่งตั้งนั้นจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาที่ได้รับการพิจารณาแล้วว่ามีคุณสมบัติที่เหมาะสมที่จะดูแลจัดการกิจการต่าง ๆ ที่กฎหมายได้กำหนดไว้¹⁴³ อย่างไรก็ตาม ผู้ดูแลดังกล่าวข้างต้นไม่สามารถได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ดูแลได้หากขัดกับเจตนาของผู้ที่อยู่ภายใต้การดูแลนั้น¹⁴⁴ ขอบเขตและหน้าที่ในการตัดสินใจต่าง ๆ ของผู้ดูแลจะอยู่ภายใต้กรณีที่กฎหมายกำหนดว่าจำเป็นที่จะต้องให้ผู้ดูแลช่วยทำการตัดสินใจเอาไว้โดยเฉพาะ¹⁴⁵ นอกจากนี้การตัดสินใจของผู้ดูแล Custodian จะต้องเป็นการเอื้อต่อสวัสดิภาพและความเป็นอยู่ของบุคคลนั้น เพื่อประโยชน์สูงสุดของบุคคลที่อยู่ภายใต้การดูแล รวมไปถึงการมีโอกาสที่จะใช้ความสามารถในการกำหนดชีวิตของตนเองตามความคิดและความปรารถนาของตนเองได้¹⁴⁶ ในส่วนของการตัดสินใจด้านการรักษาพยาบาลนั้นผู้ดูแล Custodian จะต้องทำการปรึกษาจากแพทย์ และจะต้องขอคำรับรองจากญาติที่ใกล้ชิด หรือบุคคลอื่นที่สามารถรับรู้หรือเข้าใจความปรารถนาของผู้ที่อยู่ภายใต้การดูแลได้¹⁴⁷ สำหรับประเด็นสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นนั้นจะต้องมีการแต่งตั้งผู้ดูแลพิเศษขึ้น เพื่อช่วยเหลือการตัดสินใจในการทำหมั้นบุคคลซึ่งอยู่ภายใต้การดูแล¹⁴⁸ และการตัดสินใจ

¹⁴² Michael Haußner, *Guardian Law-Support Systems in Germany* (Adult Guardianship Law for the 21st Century (Proceedings of the First World Congress on Adult Guardianship Law), 2010), pp. 77-85.

¹⁴³ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) Section 1897(1)

¹⁴⁴ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) Section 1896(1a)

¹⁴⁵ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) Section 1896(2),1901(1)

¹⁴⁶ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) Section 1901(2),1901(3)

¹⁴⁷ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) Section 1901b

¹⁴⁸ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) Section 1899(2)

ดังกล่าวจะต้องได้รับการอนุมัติจากศาล (Custodianship court) ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีมาตรา 1905¹⁴⁹ ดังต่อไปนี้

1. การทำหมันต้องสอดคล้องกับความตั้งใจของบุคคลภายใต้การปกครอง
2. บุคคลภายใต้การปกครองจะยังคงไม่สามารถให้ความยินยอมได้อย่างถาวร
3. สันนิษฐานได้ว่า หากไม่มีการทำหมัน จะมีการตั้งครรภ์
4. ผลของการตั้งครรภ์ดังกล่าวจะเป็นอันตรายต่อชีวิตของหญิงที่ตั้งครรภ์ หรือมีผลกระทบที่เป็นอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพร่างกายหรือจิตใจของหญิงนั้น ซึ่งไม่สามารถป้องกันด้วยวิธีอื่นที่เหมาะสม และ
5. การตั้งครรภ์ไม่สามารถป้องกันได้ด้วยวิธีการอื่นที่สมเหตุสมผลได้

จากหลักเกณฑ์การทำหมันดังกล่าวสรุปได้ว่า การทำหมันในกรณีที่เป็นคนพิการทางสติปัญญานั้นจะทำได้เมื่อต้องไม่ขัดกับเจตนาของคนพิการทางสติปัญญา และจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ซึ่งเป็นการคำนึงถึงผลกระทบต่อชีวิตและสุขภาพร่างกายของคนพิการทาง

¹⁴⁹ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) Section 1905: Sterilisation

(1) Where the operation is a sterilisation of the person under custodianship to which the person may not consent, the custodian may consent only if

1. the sterilisation is not inconsistent with the intention of the person under custodianship,
2. the person under custodianship will permanently remain incapable of consenting,
3. it is to be assumed that without the sterilisation there would be a pregnancy,
4. as a result of this pregnancy a danger for the life of the pregnant woman or the danger of a serious adverse effect on her physical or psychological state of health were to be expected which could not be prevented in a reasonable way, and
5. the pregnancy cannot be prevented by other reasonable means.

A serious danger for the psychological state of health of the pregnant woman also includes the danger of serious and persistent suffering which would threaten her because custodianship court measures which would entail separating her from her child (sections 1666 and 1666a) would have to be taken against her.

(2) The consent must be approved by the custodianship court. The sterilisation may not be carried out until two weeks after the approval takes effect. In the sterilisation, preference is always to be given to the method that permits a refertilisation.

สติปัญญาเป็นสิ่งสำคัญ จากนั้นผู้ดูแลจึงสามารถยื่นคำร้องต่อศาล (Betreuungsgerichts: The Custodianship Court) เพื่อให้ศาลพิจารณาความจำเป็นในการทำหมั้น และอนุมัติให้คนพิการทางสติปัญญาที่อยู่ภายใต้การดูแลทำหมั้นได้

นอกจากนี้ ในฐานะที่ประเทศเยอรมนีเป็นสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ซึ่งถือเป็น การรับรองว่าจะต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาเพื่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิให้แก่คนพิการอย่างเท่าเทียม ประเทศเยอรมนีจึงได้จัดทำรายงานเสนอต่อคณะกรรมการสิทธิคนพิการ¹⁵⁰ อันเป็นผลสืบเนื่องจาก คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิของคนพิการได้แสดงความกังวลเกี่ยวกับมาตรการในการทำหมั้นคนพิการ ของประเทศเยอรมนี โดยคณะกรรมการเห็นว่ามาตรการดังกล่าวยังไม่ชัดเจนเพียงพอในการคุ้มครอง สิทธิคนพิการต่อการถูกบังคับให้ทำหมั้น ซึ่งประเทศเยอรมนีได้ยืนยันว่า ประมวลกฎหมายแพ่งของ ประเทศเยอรมนีนั้นสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการแล้ว นอกจากนี้กฎหมาย กฎระเบียบ หรือโครงการต่าง ๆ ของประเทศเยอรมนีล้วนมีวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวก และส่งเสริมสิทธิในการตัดสินใจได้ด้วยตนเอง¹⁵¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมนีรับรองว่าบุคคล ทุกคนมีความสามารถตามกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และได้ยืนยัน ว่าประเทศเยอรมนีไม่มีการจำกัดความสามารถของคนพิการ ดังนั้นคนพิการจึงมีความสามารถทาง กฎหมายเช่นเดียวกันกับบุคคลทั่วไป¹⁵²

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการได้จัดทำบทสรุปผลสำรวจของกฎหมาย ประเทศเยอรมนี ในส่วนที่เกี่ยวกับรูปแบบการตัดสินใจของผู้ดูแล (Custodianship) โดยเสนอแนะให้ ประเทศเยอรมนียกเลิกรูปแบบที่ให้ผู้ดูแลทำการตัดสินใจแทน (Substituted decision-making) และปรับปรุงให้เป็นไปในลักษณะสนับสนุนการตัดสินใจ (Supported decision-making)¹⁵³ นอกจากนี้ คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการได้ยกประเด็นการปกป้องบูรณภาพของบุคคลต่อปัญหา การบังคับทำหมั้นคนพิการในกรณีของบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วภายใต้ มาตรา 1905 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งเยอรมนี โดยกังวลว่าในทางปฏิบัติจะสามารถเกิดการบังคับทำหมั้นคนพิการได้หากเข้า

¹⁵⁰ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 35 of the Convention: Initial Reports of States Parties (Germany), UN Doc CRPD/C/DEU/1 (19 September 2011) ('Germany Initial State Report').

¹⁵¹ *Ibid*, [5].

¹⁵² *Ibid*, [96].

¹⁵³ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding Observations on Germany, UN Doc CRPD/C/DEU/Co/1, 13 May 2015 [25]-[26]

กรณีที่มีการตั้งครุฑจะส่งผลกระทบต่อสุขภาพหรือชีวิตของหญิงพิการ ภายใต้รูปแบบของการตัดสินใจของผู้ดูแล (Custodian) และการอนุญาตจากศาล Custodianship Court¹⁵⁴ ซึ่งคณะกรรมการเห็นว่าการอนุญาตเช่นนี้ได้ส่งผลกระทบต่อคนพิการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในหญิงพิการและเด็กหญิงพิการ¹⁵⁵ คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการจึงเสนอแนะให้ประเทศเยอรมนีเพิ่มความชัดเจนในบทบัญญัติมาตรา 1905 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง โดยระบุห้ามไม่ให้ทำหมันบุคคลทุกรูปแบบ หากปราศจากความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวข้อมูลทางการแพทย์แก่ผู้ป่วย (the full and informed consent)¹⁵⁶ และในกรณีของคนพิการที่ยังเป็นผู้เยาว์นั้นจะเห็นได้ว่า ประเทศเยอรมนีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้วว่าห้ามทำหมันในผู้เยาว์ โดยไม่ให้บิดามารดาใช้อำนาจปกครองให้การให้ความยินยอมแทนผู้เยาว์ และผู้เยาว์เองก็ไม่สามารถให้ความยินยอมในการทำหมันเช่นกัน¹⁵⁷ จึงมีเพียงประเด็นของมาตรา 1905 เท่านั้น ซึ่ง ณ ปัจจุบัน ประเทศเยอรมนียังคงไม่มีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ดังกล่าว ซึ่งจะต้องติดตามต่อไปในอนาคตว่ารูปแบบกฎหมายเกี่ยวกับปัญหาการทำหมันในคนพิการจะมีการพัฒนาต่อไปอย่างไร



¹⁵⁴ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding Observations on Germany, UN Doc CRPD/C/DEU/Co/1, 13 May 2015 [37]-[38]

¹⁵⁵ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No 3 (2016), UN Doc CRPD/C/GC/3 (2 September 2016) [44] ('General Comment No 3').

¹⁵⁶ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding Observations on Germany, UN Doc CRPD/C/DEU/Co/1, 13 May 2015 [38(a)].

¹⁵⁷ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) Section 1631(c)

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ปัญหาการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ เป็นปัญหาที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐาน สิทธิมนุษยชน และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนพิการทางสติปัญญา สืบเนื่องจากคนพิการทางสติปัญญาเป็นบุคคลที่มีความบกพร่องทางสติปัญญา และอาจทำให้ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมันได้ด้วยตนเอง กระบวนการให้ความยินยอมโดยบุคคลอื่นจึงเกิดขึ้น เกิดการบังคับ ชักจูง โน้มน้าวให้คนพิการทางสติปัญญาทำหมัน เพื่อไม่ให้คนพิการทางสติปัญญาเหล่านี้ตั้งครรภ์ หรือจะต้องรับภาระจากการมีบุตร แม้ว่าจะมีอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญา ออกมารองรับว่าคนพิการล้วนมีความสามารถทางกฎหมายและการมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันกับบุคคลทั่วไป ต้องไม่ถูกไม่เลือกปฏิบัติต่อเด็กและสตรี ทำให้แต่ละประเทศพัฒนาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายออกมาเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งมีรูปแบบที่แตกต่างกันออกไปในบางประเด็น บางประเทศมีแนวความคิดที่ให้สิทธิคนพิการทางสติปัญญามีส่วนร่วมในการตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมัน ในขณะที่บางประเทศใช้รูปแบบการตัดสินใจแทนคนพิการทางสติปัญญาโดยบิดามารดา หรือโดยศาล และในกรณีการทำหมันเด็กพิการทางสติปัญญานั้นบางประเทศมีบทบัญญัติห้ามทำหมันในเด็กพิการทางสติปัญญาไว้อย่างชัดเจน ในขณะที่บางประเทศใช้การพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการพิจารณาทำหมันเด็กพิการทางสติปัญญา

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับปัญหาการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาในส่วนของกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศพบว่า มีการกำหนดรูปแบบกระบวนการในการให้ความยินยอมในการทำหมันคนพิการทางสติปัญญาเอาไว้ซึ่งมีทั้งส่วนที่คล้ายคลึงกันและแตกต่างกันในบางประเด็น ในบทนี้ผู้เขียนจึงขอวิเคราะห์เปรียบเทียบในประเด็นที่ได้ทำการศึกษาระหว่างกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเยอรมนี โดยแบ่งออกเป็น 4 ประเด็น ได้แก่ ประเด็นแรก คือ การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ประเด็นที่สอง คือ ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมัน ประเด็นที่สาม คือ ปัญหาสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมัน และประเด็นสุดท้าย คือ ปัญหาการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมันคนพิการทางสติปัญญา ซึ่งมีรายละเอียดการวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

4.1 การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล

การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยผู้ป่วยถือเป็นหลักที่ทำให้การรักษาพยาบาลไม่เป็นการทำละเมิดหรือเป็นการทำร้ายร่างกายโดยผิดกฎหมาย ดังนั้นการขอความยินยอมจึงเป็นหลักการที่อยู่ในจริยธรรมและวิชาชีพของแพทย์ที่บุคลากรทางการแพทย์จะต้องยึดถือปฏิบัติ โดยการแจ้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาลให้แก่ผู้ป่วยทราบ เพื่อให้ผู้ป่วยนำข้อมูลเหล่านั้นไปพิจารณาประกอบการตัดสินใจให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ในส่วนของการให้ความยินยอมในการทำหมันก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน กล่าวคือ แพทย์จะต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยโดยต้องมีการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการทำหมันให้ผู้ป่วยรับทราบเพื่อตัดสินใจให้ความยินยอมหรือไม่ให้ความยินยอมก็ได้ ปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นเมื่อมีการทำหมันในผู้ป่วยที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองอย่างเต็มที่ เนื่องจากเป็นบุคคลที่มีภาวะบกพร่องทางสติปัญญา ส่งผลต่อการรับทราบข้อมูลเพื่อตัดสินใจให้ความยินยอม จึงเกิดการตัดสินใจโดยบุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล หรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม การทำหมันเป็นการกระทำที่มีกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลอย่างร้ายแรง เป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิเด็ดขาดที่บุคคลนั้นจะต้องให้ความยินยอมด้วยตนเอง จะให้บุคคลอื่นทำการตัดสินใจแทนไม่ได้ นอกจากนี้ การตัดสินใจแทนโดยบุคคลอื่นอาจทำให้การทำหมันคนพิการทางสติปัญญาไม่ได้เกิดขึ้นจากความต้องการของตนเองอย่างแท้จริง และอาจมีเหตุผลและปัจจัยอื่น ๆ เข้ามาเกี่ยวข้อง จึงเป็นภัยคุกคามร้ายแรงและมีความเสี่ยงต่อสุขภาพและการดำเนินชีวิตในอนาคตของคนพิการทางสติปัญญา ถือเป็นอาชญากรรมอย่างหนึ่ง และเป็นการกระทำความรุนแรง ละเมิดสิทธิมนุษยชนของคนพิการทางสติปัญญา จึงต้องมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายให้ความคุ้มครองกระบวนการให้ความยินยอมในการทำหมันคนพิการทางสติปัญญา และให้ความสำคัญกับปัญหาการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาเพิ่มมากยิ่งขึ้น

ในการศึกษาภาพรวมเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของกฎหมายไทยพบว่า มีการกำหนดให้บุคลากรทางการแพทย์ต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาลให้ผู้ป่วยทราบอย่างเพียงพอเพื่อให้ผู้ป่วยตัดสินใจให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล อันเป็นกระบวนการในการขอความยินยอมจากผู้ป่วยที่เป็นหลักจริยธรรมวิชาชีพทางการแพทย์ นอกจากนี้ตามคำประกาศสิทธิและข้อพึงปฏิบัติของผู้ป่วยมีการกล่าวถึงสิทธิของผู้ป่วยในการรับทราบข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ ในส่วนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายพบว่าประเทศไทยมีพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 มาตรา 8 ที่ระบุให้บุคลากร

ด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องให้ผู้รับบริการสาธารณสุขทราบอย่างเพียงพอ เพื่อให้ประกอบการตัดสินใจให้ความยินยอมรับหรือไม่รับบริการสาธารณสุข และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใดจะให้บริการนั้นไม่ได้ แต่มีข้อยกเว้นว่าผู้ให้บริการสาธารณสุขไม่ต้องแจ้งข้อมูลดังกล่าวหากผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ จะกำหนดให้บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องเป็น “ผู้รับทราบข้อมูลแทน” แต่ไม่ได้กำหนดให้สามารถให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยได้เอาไว้อย่างชัดเจน และไม่ได้กำหนดถึงการให้ความยินยอมในการทำหมั้นไว้เป็นพิเศษเช่นกัน

ในส่วนของการให้ความยินยอมทำหมั้นประเทศไทยมีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 สำหรับกรณีผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตในมาตรา 19 โดยกำหนดให้การทำหมั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยเป็นหนังสือเพื่อการบำบัดรักษา ซึ่งมีข้อสังเกตว่า หากเป็นกรณีการทำหมั้นที่เกิดขึ้นกับบุคคลปกติทั่วไปจะไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ และในทางปฏิบัติก่อนที่แพทย์จะทำการผ่าตัดทำหมั้นผู้ป่วย โรงพยาบาลต่าง ๆ มักจะมีหนังสือให้ผู้ป่วยลงลายมือชื่อให้ความยินยอมอยู่แล้ว ดังนั้น การกำหนดว่าการทำหมั้นผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตต้องเกิดจากความยินยอมของผู้ป่วยเป็นหนังสือเพื่อการบำบัดรักษานั้น ผู้เขียนมองว่ายังไม่เพียงพอในการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิต แม้ว่าจะเป็นการระบุว่าการทำหมั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยโดยชัดแจ้งเป็นหนังสือ แต่เนื่องจากผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตอาจมีปัญหาไม่มีความสามารถในการเข้าใจข้อมูลที่ได้รับแจ้งเพื่อนำไปประกอบการตัดสินใจให้ความยินยอมด้วยตนเองจึงควรมีกระบวนการในการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมที่จะต้องมีความชัดเจน และคุ้มครองสิทธิของบุคคลดังกล่าวไม่ให้ถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน เนื่องจากการทำหมั้นเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย สิทธิในการมีบุตร รวมถึงการเป็นบิดามารดา เป็นต้น รวมถึงความไม่ชัดเจนในการกำหนดบทนิยามทางกฎหมายสำหรับกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่มีปัญหาความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมั้นเช่นเดียวกัน ซึ่งจะทำให้การวิเคราะห์ต่อไป

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับรูปแบบการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของประเทศอังกฤษพบว่า ศาลอังกฤษมีการวางหลักเกณฑ์เรื่องของการขอความยินยอมในการรักษาพยาบาลไว้ในคำพิพากษา¹ กำหนดให้แพทย์จะต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนการรักษาพยาบาลเสมอ โดยความยินยอมนั้นจะต้องเกิดจากการที่ผู้ป่วยได้รับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาลแล้ว ทั้งนี้

¹ Chatterton v Gerson [1981] QB 432, [1980] 3 WLR 1003, [1981] CLY 2648

ประเทศอังกฤษถือว่าการทำหมันที่มีจุดประสงค์เพื่อการคุมกำเนิด หรือจุดประสงค์อื่น ๆ ที่ไม่ใช่การบำบัดรักษาโรค ที่เกิดขึ้นกับบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมเป็นการรักษาพยาบาลที่ความร้ายแรง (Serious medical treatment) จะต้องมีกระบวนการพิจารณาให้ความยินยอมเป็นพิเศษต่างจากการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป เนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้ป่วยมีแนวโน้มสูงที่จะได้รับภาระและรับความเสี่ยงจากการรักษาพยาบาล และจะต้องใช้ความระมัดระวังในการเลือกทางเลือกในการรักษา รวมถึงมีขั้นตอนการรักษาพยาบาลที่จะส่งผลกระทบต่อผู้ป่วย ทำให้เกิดความทุกข์ทรมาน และมีผลกระทบสำคัญในการเลือกใช้ชีวิตในอนาคตของผู้ป่วย จึงทำให้การตัดสินใจในการรักษาพยาบาลที่มีลักษณะร้ายแรงดังกล่าวนี้ จะต้องพิจารณาและขออนุมัติจากหน่วยงานกลางเป็นการเฉพาะ แต่หากเป็นการทำหมันในบุคคลปกติที่มีความสามารถในการตัดสินใจได้ด้วยตนเองแล้ว รูปแบบของการให้ความยินยอมในการทำหมันก็จะไปติดตามการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปไม่ต้องผ่านหน่วยงานกลางใด ๆ

ในส่วนของการขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนการรักษาพยาบาลในประเทศออสเตรเลียนั้น มีลักษณะเดียวกันกับประเทศอังกฤษ โดยมีคำพิพากษาของศาลวินิจัยว่าความยินยอมของผู้ป่วยส่งผลให้การกระทำที่ผิดกฎหมายเป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดทางกฎหมาย และผู้ป่วยจะต้องให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลก่อนเสมอ² ประเทศออสเตรเลียมีการกำหนดให้การทำหมันในบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมเป็นการรักษาพยาบาลจะต้องมีกระบวนการพิเศษ (Special Medical Procedure)³ ได้แก่ การรักษาพยาบาลที่ส่งผลให้ผู้ป่วยมีภาวะมีบุตรยากอย่างถาวร หรือทำให้เป็นหมันอย่างถาวร หากเกิดขึ้นกับผู้ป่วยที่เป็นบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลด้วยตนเองจะถือเป็นการรักษาพยาบาลที่มีกระบวนการพิเศษ และจะต้องยื่นคำร้องแก่ศาลเพื่อขออนุญาตให้ทำหมัน⁴

² Department of Health and Community Services (NT) v JWB (Mriston's case) (1992) 175 CLR 218.

³ The Guardianship and Administration Act 1986 (Victoria):

Section 3 "special procedure" means—

(a) any procedure that is intended, or is reasonably likely, to have the effect of rendering permanently infertile the person on whom it is carried out;

⁴ โปรดดู Application for Special Medical Procedure ภาคผนวก ข.

ในส่วนของการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของประเทศสิงคโปร์ แพทย์จะต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนการรักษาพยาบาลโดยจะต้องมีการแจ้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องให้ผู้ป่วยรับทราบเพื่อใช้ประกอบการตัดสินใจให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล อันเป็นหลักการที่เหมือนกับประเทศไทย ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย แต่ประเทศสิงคโปร์มีการบัญญัติพระราชบัญญัติความสมัครใจในการทำหมัน (Voluntary Sterilization Act 2013) วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการการทำหมันไว้โดยเฉพาะเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากประเทศไทย ประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย ในประเด็นที่ Voluntary Sterilization Act 2013 วางกรอบเกี่ยวกับการทำหมันสำหรับบุคคลทุกคน ไม่เฉพาะเจาะจงแค่บุคคลที่มีความผิดปกติทางจิต หรือเฉพาะบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจเท่านั้น แต่ Voluntary Sterilization Act 2013 ยังระบุถึงการทำหมันสำหรับบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจเอาไว้อย่างชัดเจน โดยรูปแบบการให้ความยินยอมก็จะแตกต่างจากบุคคลทั่วไปที่มีความสามารถปกติ นอกจากนี้ยังระบุหลักเกณฑ์ทุกด้านที่เกี่ยวข้องกับการทำหมัน เช่น แพทย์ที่สามารถทำหมันได้จะต้องได้รับใบอนุญาตตามที่กำหนด สถานที่ในการดำเนินการทำหมันจะต้องได้รับใบรับรองแล้ว เป็นต้น จะเห็นได้ว่าประเทศสิงคโปร์ให้ความสำคัญเกี่ยวกับการทำหมันเป็นอย่างมาก ซึ่งอาจเป็นเพราะปัจจัยในด้านจำนวนประชากรของประเทศ และโครงการวางแผนครอบครัวของประเทศสิงคโปร์ ส่งผลให้ประเทศสิงคโปร์มีพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการทำหมันไว้ชัดเจนกว่าประเทศอื่น ๆ

เมื่อพิจารณาการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของประเทศเยอรมนีพบว่า ความยินยอมของผู้ป่วยเป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการรักษาพยาบาล โดยผู้ป่วยจะต้องได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลอย่างเพียงพอก่อนการตัดสินใจเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ การขอความยินยอมในการรักษาพยาบาลประเทศเยอรมนีได้กำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 630d กำหนดให้บุคลากรทางการแพทย์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนทำการรักษาพยาบาล โดยถือเป็นหน้าที่ของผู้ให้บริการทางการแพทย์ในการแจ้งข้อมูล ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาลให้ผู้ป่วยทราบเพื่อขอความยินยอมจากผู้ป่วย โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจนให้แพทย์ต้องมีการอธิบายด้วยวาจาแก่ผู้ป่วย ประกอบกับเอกสารอ้างอิงให้ผู้ป่วยในรูปแบบลายลักษณ์อักษรด้วย ต้องมีการให้ข้อมูลในเวลาที่เหมาะสมเพื่อให้ผู้ป่วยสามารถตัดสินใจให้ความยินยอมได้อย่างเหมาะสม และข้อมูลที่ให้ผู้ป่วยจะต้องเป็นข้อมูล que ผู้ป่วยสามารถเข้าใจได้ รวมถึงผู้ป่วยจะต้องอยู่ในภาวะที่สามารถเข้าใจข้อมูลนั้นได้ด้วย หากเป็นกรณีให้การให้ความยินยอมนั้น

จะต้องเกิดขึ้นโดยบุคคลอื่นที่มีสิทธิตามกฎหมายบุคคลดังกล่าวจะต้องได้รับการแจ้งข้อมูลจากแพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์เพื่อขอความยินยอมด้วยเช่นกัน

แม้ว่าประเทศเยอรมนีไม่ได้กำหนดให้การทำหมั้นเป็นการรักษาพยาบาลที่มีลักษณะพิเศษเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลีย แต่มีการบัญญัติเรื่องการให้ความยินยอมในการทำหมั้นแยกออกมาจากการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป และบัญญัติหลักเกณฑ์ในการให้ความยินยอมไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี รวมถึงมีบทบัญญัติห้ามทำหมั้นในผู้เยาว์ทุกกรณี และบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการทำหมั้นสำหรับบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง แสดงให้เห็นว่าประเทศเยอรมนีให้ความสำคัญและมองว่าการทำหมั้นดังกล่าวจะต้องมีหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป สิ่งที่เด่นชัดของบทบัญญัติของประเทศเยอรมนี ก็คือ การบัญญัติข้อห้ามไม่ให้ทำหมั้นในผู้เยาว์เอาไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร โดยไม่คำนึงว่าผู้เยาว์จะเป็นคนปกติ มีความผิดปกติทางจิต คนพิการทางสติปัญญา หรือไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมด้วยตนเอง ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน สิทธิเด็ก สิทธิคนพิการ สิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ และเป็นสิ่งที่ผู้เขียนมองว่าควรนำมาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทยในการระบุให้ชัดเจนไม่ให้ทำหมั้นในผู้เยาว์

4.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น

ในประเด็นความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้นนั้น ถือเป็นความสามารถของบุคคลทุกคนที่ควรจะมีอิสระในการเลือกตัดสินใจเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายของตนเอง ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นประเทศไทย ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเยอรมนี ต่างได้ลงนามเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิคนพิการ ซึ่งใน ข้อ 12 กำหนดให้รัฐภาคีรับรองการมีสิทธิของคนพิการในฐานะเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายโดยให้รัฐภาคีตระหนักถึงความสามารถทางกฎหมายของคนพิการบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกันกับบุคคลอื่นในทุก ๆ ด้านของชีวิต ดังนั้น จึงต้องศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ของแต่ละประเทศว่ามีรูปแบบการรับรองความสามารถของคนพิการทางสติปัญญาต่อปัญหาการทำหมั้นไว้อย่างไร ทั้งนี้ ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตไว้ว่า อนุสัญญาดังกล่าวไม่ได้จำแนกประเภทของความพิการเอาไว้เฉพาะคนพิการทางสติปัญญา แสดงให้เห็นว่าคนพิการทุกประเภทจะต้องได้รับการรับรองความสามารถตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน แต่คนพิการทางสติปัญญาที่มีความพิการที่แตกต่างจากคนพิการประเภทอื่น ไม่ว่าจะเป็นคนพิการทางสายตา พิการทางการได้ยิน หรือพิการทางร่างกายภายนอก เนื่องจากความพิการ

ทางสติปัญญา เป็นความพิการทางการทำงานของสมอง กระบวนการคิด ความเข้าใจ และการตัดสินใจ ซึ่งอาจจะต้องมีรูปแบบการให้ความคุ้มครองที่รัดกุม และแตกต่างจากคนพิการประเภทอื่น ๆ ที่ยังมีความสามารถคิดและตัดสินใจในเหตุการณ์ต่าง ๆ ได้อย่างปกติ

นอกจากนี้ การกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอม จะต้องแยกการพิจารณาโดยคำนึงถึง 2 กรณี คือ กรณีความยินยอมของผู้เยาว์ กับกรณีของบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว เนื่องจากหากเป็นผู้เยาว์กระบวนการทางกฎหมายยังถือว่าเป็นบุคคลผู้อ่อนประสพการณ์ และจะต้องอยู่ภายใต้การดูแลช่วยเหลือของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง แต่หากบรรลุนิติภาวะแล้วโดยหลักของกฎหมายก็ถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้ใหญ่โดยสมบูรณ์ทำให้มีความสามารถทางกฎหมายอย่างเต็มที่ อย่างไรก็ตาม การเป็นคนพิการทางสติปัญญานั้นอาจส่งผลให้บุคคลดังกล่าวมีพัฒนาการที่ช้ากว่าอายุจริง ทำให้แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะบรรลุนิติภาวะแล้วก็ตาม แต่ก็ยังคงต้องการความช่วยเหลืออยู่บ้างในบางกรณี จึงต้องให้ความคุ้มครองบุคคลดังกล่าวอย่างเหมาะสม ผู้เขียนจึงจะแบ่งการวิเคราะห์เปรียบเทียบในเรื่องความสามารถของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น ออกเป็น 3 ประเด็นย่อย ได้แก่ ความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นกรณีคนพิการทางสติปัญญาเป็นผู้เยาว์ ความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว และปัญหาบทนิยามทางกฎหมายในการกำหนดความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อทำหมั้น ซึ่งสามารถพิจารณาเปรียบเทียบได้ดังต่อไปนี้

4.2.1 ความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นกรณีคนพิการทางสติปัญญาเป็นผู้เยาว์

เนื่องจากผู้เยาว์เป็นบุคคลที่ต้องอยู่ภายใต้การดูแลของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง สืบเนื่องจากผู้เยาว์ยังเป็นผู้ที่อ่อนประสพการณ์ ยังต้องการผู้ที่คอยช่วยเหลือในการตัดสินใจเรื่องต่าง ๆ ดังนั้น ผู้เยาว์มักจะถูกจำกัดความสามารถทางกฎหมายจนกว่าจะบรรลุนิติภาวะ ในการศึกษาภาพรวมเกี่ยวกับความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นกรณีเป็นผู้เยาว์พบว่า บางประเทศไม่ได้กำหนดเรื่องความสามารถในการทำหมั้นไว้อย่างชัดเจนจึงต้องกลับไปพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป ในขณะที่เดียวกันบางประเทศกำหนดเรื่องความสามารถในการทำหมั้นของผู้เยาว์ไว้อย่างชัดเจน และบางประเทศกำหนดห้ามไม่ให้มีการทำหมั้นในผู้เยาว์ในทุกกรณี

จากการศึกษากฎหมายของประเทศไทยพบว่า ไม่มีบทบัญญัติถึงความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นของผู้เยาว์ไว้โดยตรง ดังนั้นจึงต้องไปพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการ

กำหนดความสามารถผู้เยาว์ในการทำหมั้น ได้แก่ ความสามารถของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 และ พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551

ในส่วนความสามารถของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้น เมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการทำนิติกรรม สามารถใช้กับสัญญาการรักษาพยาบาลได้ แต่เป็นคนละส่วนกับความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลหรือการให้ความยินยอมในการทำหมั้น ดังนั้น จึงไม่อาจนำหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อรักษาพยาบาลหรือทำหมั้นได้

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศเยอรมนีที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร และมีประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย พบว่าประเทศเยอรมนีมีการกำหนดให้บิดามารดาทำหน้าที่ดูแลผู้เยาว์ รวมถึงดูแลเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลด้วย เป็นการกำหนดหน้าที่การดูแลบุตรให้บิดามารดา และหน้าที่ในการขอความยินยอมของแพทย์ที่จะต้องแจ้งข้อมูลในการรักษาพยาบาลให้แก่ผู้ที่มีความสามารถในการรับทราบข้อมูล ดังนั้น หากแพทย์พิจารณาว่าผู้เยาว์ไม่มีความสามารถในการรับทราบข้อมูล แพทย์จะต้องขอความยินยอมจากผู้ที่มีสิทธิในการให้ความยินยอมแทนตามกฎหมายต่อไป แต่สำหรับความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นของผู้เยาว์นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีกำหนดไว้ชัดเจนว่าห้ามไม่ให้ทำหมั้นในผู้เยาว์ ส่งผลให้ผู้เยาว์ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นได้

เมื่อประเทศไทยไม่ได้บัญญัติเรื่องการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เหมือนกับประเทศเยอรมนี จึงต้องมาพิจารณาในส่วนของกฎหมายพิเศษอื่น ๆ ได้แก่ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 อันเป็นกฎหมายด้านสุขภาพที่ระบุเรื่องการขอความยินยอมในการรักษาพยาบาลเอาไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของประเทศไทย แต่เมื่อพิจารณาแล้วไม่พบหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถเกี่ยวกับการทำหมั้นโดยตรง มีเพียงมาตรา 8 ที่กำหนดให้แพทย์จะต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยโดยการแจ้งข้อมูลให้ผู้ป่วยรับทราบเพื่อให้ผู้ป่วยทำการตัดสินใจว่าจะรับบริการสาธารณสุขสุขภาพจากแพทย์หรือไม่ โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดข้อยกเว้นที่ไม่ต้องให้แพทย์แจ้งข้อมูลให้ผู้ป่วยรับทราบเอาไว้ในกรณีที่ "ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการแล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้" จะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้ระบุหลักเกณฑ์ว่าผู้ที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้จะต้องมีลักษณะอย่างไร ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนสำหรับการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นของผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญา ทั้งนี้

คนพิการทางสติปัญญาบางรายอาจจะมีความสามารถในการรับทราบข้อมูลได้ขึ้นอยู่กับความสามารถทางสติปัญญาของแต่ละบุคคล

จากการศึกษาในบทที่ 2 พบว่า ในทางการแพทย์มีความเห็นว่า ผู้ป่วยที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูล คือ ผู้ป่วยเด็กทารก ผู้ป่วยผู้เยาว์ ผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิต หรือผู้ป่วยโคม่าไม่ได้สติ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ความเห็นทางการแพทย์นั้นยังไม่ใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนั้น การที่จะกำหนดกรอบทางกฎหมายเกี่ยวกับผู้ป่วยที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลควรจะต้องกำหนดให้ชัดเจน โดยอาจจะเป็นการเพิ่มบทนิยามความหมาย และเพิ่มหลักเกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณา เป็นต้น นอกจากนี้ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 กำหนดให้บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องเป็นผู้รับทราบข้อมูลแทน แต่ไม่ได้กำหนดให้เป็นผู้ที่สามารถให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยเอาไว้โดยตรง และไม่ได้กำหนดถึงกระบวนการในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นไว้เป็นพิเศษ

ในส่วนของพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 ของประเทศไทยนั้น มีการกำหนดหลักเกณฑ์กำหนดให้การทำหมั้นเพื่อการบำบัดรักษาผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยโดยการทำเป็นหนังสือ โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ “ความผิดปกติทางจิต หมายความว่า อาการผิดปกติของจิตใจที่แสดงออกมาทางพฤติกรรม อารมณ์ ความคิด สติปัญญา ประสาทการรับรู้ หรือการรู้เวลา สถานที่ หรือบุคคล รวมทั้งอาการผิดปกติของจิตใจที่เกิดจากสุรา หรือสารอื่นที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท” นอกจากนี้ พระราชบัญญัตินี้ได้ระบุข้อยกเว้นในการขอความยินยอม ไว้ในมาตรา 21 วรรคสาม โดยกำหนดให้กรณีที่ผู้ป่วยมีอายุไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์ หรือขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมรับการบำบัดรักษา ให้คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้นเป็นผู้ให้ความยินยอมแทน ดังนั้น จะเห็นได้ว่าผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตที่อายุไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์ ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอม กฎหมายกำหนดให้คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้น ให้ความยินยอมในการบำบัดรักษาแทน ซึ่งรวมถึงการทำหมั้นเพื่อการบำบัดรักษาด้วยเช่นกัน ซึ่งไม่ชัดเจนว่าผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตจะสามารถตีความรวมไปถึงคนพิการทางสติปัญญาได้ด้วยหรือไม่ ทำให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายเกิดขึ้น ส่งผลให้การพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นของคนพิการทางสติปัญญา มีความไม่ชัดเจน และการให้ความคุ้มครองยังไม่เพียงพอสำหรับคนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคลที่มีระดับความพิการแตกต่างกัน

มีข้อสังเกตว่าอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้เป็นภาคีสมาชิกเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ที่นำมาศึกษา ไม่ว่าจะเป็น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ เป็นต้น ต่างกำหนดให้

รัฐภาคีมีหน้าที่ในการออกมาตรการทางกฎหมายที่จะให้ความคุ้มครองแก่คนพิการ เด็ก และสตรี ต่อการถูกละเมิดสิทธิโดยการถูกบังคับให้ทำหมัน โดยปราศจากการรับรู้หรือความยินยอมของผู้ที่ถูกทำหมัน ซึ่งกฎหมายของประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการทำหมันไว้โดยเฉพาะ และกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันก็ไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองคนพิการทางสติปัญญาได้

เมื่อพิจารณาประเด็นความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมันของผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาในประเทศอังกฤษ ในประเด็นการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปพบว่าประเทศอังกฤษมีหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถของผู้เยาว์ในการให้ความยินยอมต่อการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป จากคดี Gillick v West Norfolk and Wisbech Health Authority [1986] โดยผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี สามารถให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้ด้วยตนเอง หากเชื่อได้ว่าเป็นผู้ที่มีสติปัญญาที่สมบูรณ์และเป็นบุคคลที่มีความสามารถและความเข้าใจเพียงพอต่อการรักษาพยาบาลนั้น ประเทศอังกฤษไม่ได้มีการวางหลักเกณฑ์การพิจารณากรณีผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาไว้เป็นพิเศษ แต่จากคำพิพากษาของศาลดังกล่าวพิจารณาได้ว่าหากผู้เยาว์เป็นคนพิการทางสติปัญญา อาจถือเป็นกรณีที่เป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลเพราะไม่มีสติสัมปชัญญะที่สมบูรณ์และไม่มีความสามารถในการเข้าใจข้อมูลการรักษาพยาบาลได้

หลักในการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เยาว์สำหรับการรักษาพยาบาล จากคดี Gillick v West Norfolk and Wisbech Health Authority [1986] ของประเทศอังกฤษ ถูกนำมาใช้กับการพิจารณาความสามารถของผู้เยาว์ในประเทศออสเตรเลียเช่นเดียวกัน และประเทศออสเตรเลียก็ไม่ได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องของความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมันของผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาไว้โดยตรงเช่นกัน จึงต้องนำหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปมาพิจารณากับการทำหมัน ซึ่งในประเด็นนี้ประเทศออสเตรเลียนั้นมีหลักเกณฑ์เดียวกันกับประเทศอังกฤษ

แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของประเทศสิงคโปร์จะมีข้อแตกต่างอยู่บางประการ กล่าวคือประเทศสิงคโปร์ใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถของผู้เยาว์ในการให้ความยินยอมสำหรับการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลีย ตามคดี Gillick v West Norfolk and Wisbech Health Authority [1986] คือจะต้องมีสติปัญญาที่สมบูรณ์ และมีความสามารถในการเข้าใจข้อมูลการรักษาพยาบาลได้ แต่ประเทศสิงคโปร์มีหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเฉพาะกรณีของความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมันของผู้เยาว์ไว้อย่างชัดเจนใน The Voluntary Sterilization Act มาตรา 3(2) โดยกำหนดให้ผู้เยาว์ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมันด้วยตนเอง เว้นแต่ผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะโดยการ

สมรสแล้ว จึงจะถือว่าผู้เยาว์นั้นมีความสามารถตามกฎหมายอย่างสมบูรณ์ทำให้สามารถให้ความยินยอมในการทำหมั้นได้ แต่หากผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาที่มีภาวะบกพร่องทางจิตใจหรือสมอง ไม่ว่าจะผู้เยาว์นั้นจะบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสแล้วหรือไม่ก็ตาม จะไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมการทำหมั้นได้ด้วยตนเองทุกกรณี

4.2.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว

บุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วย่อมถือว่ามีความสามารถตามกฎหมายอย่างเต็มที่ แต่การที่เป็นคนพิการทางสติปัญญานั้นทำให้บุคคลเหล่านี้มีโอกาสพัฒนาการที่ช้ากว่าปกติ แม้ว่าอายุจริงจะถึงเกณฑ์บรรลุนิติภาวะแล้วก็ตาม ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับระดับความพิการทางสติปัญญาของแต่ละบุคคล ดังนั้นจึงควรมีกระบวนการในการพิจารณาความสามารถของคนพิการทางสติปัญญาในการตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมั้น เพื่อเป็นการช่วยเหลือ สนับสนุน และให้ความคุ้มครองให้เหมาะสมกับคนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคล จากการศึกษาภาพรวมของกฎหมายไทย ในการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นของคนพิการทางสติปัญญาของบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ไม่พบกฎหมายระบุเอาไว้โดยตรงอย่างชัดเจน ดังนั้นจึงต้องไปพิจารณากฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความสามารถผู้เยาว์ในการทำหมั้น ได้แก่ ความสามารถของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 และ พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551

ในส่วนความสามารถของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จากที่กล่าวไปแล้ว ในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดความสามารถของคนวิกลจริต คนเสมือนไร้ความสามารถ หรือคนไร้ความสามารถ โดยการตั้งผู้พิทักษ์หรือผู้อนุบาลมาดูแลเป็นการกำหนดเรื่องความสามารถในการทำนิติกรรม ซึ่งเป็นลักษณะการให้ความคุ้มครองในทรัพย์สินของบุคคลผู้ไร้ความสามารถ ไม่ใช่การกำหนดเรื่องความสามารถในการให้ความยินยอมให้รักษาพยาบาลหรือการทำหมั้น ทำให้บทบัญญัติเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยไม่สามารถนำไปใช้พิจารณากับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลรวมถึงการให้ความยินยอมในการทำหมั้นของคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วได้

เมื่อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมนี ในประเด็นของความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นของคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ไม่มีการกำหนดเกณฑ์ความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นโดยตรง แต่เป็นการกำหนดความสามารถในการ

ตัดสินใจของบุคคลในทุกด้าน ไม่ว่าจะเป็นด้านการทำนิติกรรมสัญญา ด้านการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ซึ่งสามารถรวมไปถึงการทำหมั้นได้ด้วย เนื่องจากในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมนีมีการบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งด้วย ซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยที่มีบทบัญญัติในการพิจารณาความสามารถเฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทำนิติกรรมสัญญาเท่านั้น ดังนั้น หากคนพิการทางสติปัญญาได้รับการพิจารณาว่าเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการทำกิจการต่าง ๆ ของตนเอง จะต้องมีการแต่งตั้งผู้ปกครองที่เรียกว่า Custodian คอยดูแลการให้ความยินยอมในการทำหมั้นได้ ซึ่งการจะพิจารณาว่าคนพิการทางสติปัญญาจะถือว่าเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับศาล Custodianship Court เป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณา นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีกำหนดให้พิจารณาการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ผู้ป่วยจะต้องอยู่ในภาวะที่สามารถเข้าใจข้อมูลการรักษาได้โดยแพทย์จะต้องเป็นผู้มีหน้าที่แจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลดังกล่าวเพื่อขอความยินยอมจากผู้ป่วย หากพบว่าผู้ป่วยไม่มีความสามารถในการเข้าใจข้อมูลดังกล่าวแพทย์ก็จะต้องทำการขอความยินยอมจากผู้ที่มีสิทธิตามกฎหมายต่อไป⁵ จึงทำให้แพทย์เกิดความระมัดระวังในการขอความยินยอมจากผู้ป่วย ซึ่งหากพบว่าผู้ป่วยเป็นคนพิการทางสติปัญญา ไม่มีความสามารถในการเข้าใจข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาลแพทย์ก็ต้องใช้ความระมัดระวังในการขอความยินยอมจากผู้ที่มีสิทธิตามกฎหมาย ซึ่งในกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วยอมไม่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา ดังนั้นผู้ที่คอยช่วยเหลือในกรณีดังกล่าวก็คือ Custodian ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยศาล

เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศไทยไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลหรือการทำหมั้นไว้ จึงต้องพิจารณากฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลและการให้ความยินยอมในการทำหมั้น พบว่าพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 เป็นพระราชบัญญัติที่ระบุถึงการให้ความยินยอมในการรับบริการสาธารณสุขไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งไม่ได้ระบุถึงความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาไว้โดยตรง แต่มีการกำหนดข้อยกเว้นที่แพทย์ไม่ต้องขอความยินยอมเอาไว้ ใน มาตรา 8 ในกรณี “ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็น ทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้ อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้” ซึ่งไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่า

⁵ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) : Section 630e(5)

อย่างไรจะถือว่าไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ ดังนั้นการกำหนดเรื่องความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วจึงมีความไม่ชัดเจนเช่นเดียวกับกรณีของผู้เยาว์ดังที่ได้ทำการวิเคราะห์ที่ไปข้างต้น เนื่องจากตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ไม่ได้แยกเกณฑ์อายุของผู้ที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลเอาไว้ และจากที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ในทางการแพทย์มีความเห็นว่า ผู้ป่วยที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูล คือ ผู้ป่วยเด็กทารก ผู้ป่วยผู้เยาว์ ผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิต หรือผู้ป่วยโคม่าไม่ได้สติ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามความเห็นทางการแพทย์นั้นยังไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนั้น การที่จะกำหนดกรอบทางกฎหมายเกี่ยวกับผู้ป่วยที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลควรจะต้องกำหนดให้ชัดเจน โดยอาจจะเป็นการเพิ่มบทนิยามความหมาย และเพิ่มหลักเกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณา เป็นต้น นอกจากนี้พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 กำหนดให้บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องเป็นผู้รับทราบข้อมูลแทน แต่ไม่ได้กำหนดให้เป็นผู้ที่สามารถให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยเอาไว้โดยตรง และไม่ได้กำหนดถึงกระบวนการในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นไว้เป็นพิเศษ

ในส่วนของพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 มาตรา 19 กำหนดให้ผู้ที่มีความผิดปกติทางจิตจะต้องให้ความยินยอมในการทำหมั้นเพื่อการบำบัดรักษาด้วยตนเองเป็นหนังสือ และมาตรา 21 วรรคสาม กำหนดว่า “ในกรณีที่ผู้ป่วยมีอายุไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์ หรือขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมรับการบำบัดรักษา ให้คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้น แล้วแต่กรณี เป็นผู้ให้ความยินยอมแทน” โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ “การบำบัดรักษา” หมายรวมถึง “การดูแลช่วยเหลือผู้ป่วยทางการแพทย์ และทางสังคม” นอกจากนี้กฎหมายกำหนดให้กระบวนการในการให้ความยินยอมทำหมั้นเพื่อการบำบัดรักษา กรณีผู้ที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมสามารถเกิดขึ้นโดยคู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้น แล้วแต่กรณีเป็นผู้ให้ความยินยอมแทน ทั้งนี้ การทำหมั้นเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิเด็ดขาดของบุคคล และกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลอย่างร้ายแรง ส่งผลให้สูญเสียความสามารถในการมีบุตรไปตลอดชีวิตและไม่สามารถทำให้กลับสู่สภาพเดิมได้อีก จึงไม่ควรกำหนดให้บุคคลอื่นใดเป็นผู้ตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทน นอกจากนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่าคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วจะถือว่าเป็นผู้ที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมรับการบำบัดรักษาหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรมีหลักเกณฑ์กำหนดการพิจารณาความสามารถให้มีความชัดเจน เพื่อนำมาพิจารณาความสามารถของบุคคลแต่ละคนที่มีความแตกต่างกัน รวมถึงกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่มีระดับพัฒนาการที่แตกต่างกัน

กัน นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่าการบัญญัติในกรณีผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตจะต้องให้ความยินยอมด้วยตนเองเป็นหนังสือ นั้นอาจมองได้ว่ากฎหมายสันนิษฐานให้บุคคลที่มีความผิดปกติทางจิตมีความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมันได้ด้วยตนเอง ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อในทางปฏิบัติได้ว่าหากบุคคลนั้นไม่สามารถเข้าใจข้อมูลเกี่ยวกับการทำหมันได้ จะถือว่าความยินยอมในการทำหมันของคนที่มีความผิดปกติทางจิตจะมีผลสมบูรณ์ได้อย่างไร นอกจากนี้การเป็นบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิตสามารถรวมถึงคนพิการทางสติปัญญาได้หรือไม่ เนื่องจากเป็นบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากปัญหาการทำหมันเช่นเดียวกัน ซึ่งในประเด็นของการกำหนดบทนิยามผู้เขียนขอนำไปวิเคราะห์เปรียบเทียบในหัวข้อถัดไป

จากการศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษพบว่าพระราชบัญญัติ Mental Capacity Act 2005 วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเองของบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ซึ่งเป็นการพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจ หรือการคิดวิเคราะห์ข้อมูลต่าง ๆ เพื่อนำไปสู่การตัดสินใจด้วยตนเอง โดยไม่ได้ระบุว่าเฉพาะคนพิการทางสติปัญญา หรือมีความบกพร่องทางจิตไว้โดยตรง ซึ่งจะพิจารณาความสามารถเป็นรายบุคคลและเฉพาะเรื่องไป กล่าวคือ บุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมในเรื่องหนึ่ง อาจยังสามารถเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการตัดสินใจในเรื่องอื่น ๆ ได้อยู่ โดยจะไม่ถือว่าเป็นบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจอย่างเด็ดขาดในทุกเรื่อง และเบื้องต้นต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้ที่มีความสามารถในการตัดสินใจได้ด้วยตนเอง และต้องไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างผู้ที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ จนกว่าจะได้รับการพิสูจน์แล้วว่าเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจตาม Mental Capacity Act 2005 คือ บุคคลนั้นขาดความสามารถ ต่อเมื่อไม่สามารถตัดสินใจเกี่ยวกับเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งที่บุคคลนั้นไม่สามารถตัดสินใจในเวลาที่เหมาะสมได้เนื่องจากสูญเสียสมรรถภาพในกระบวนการทำงานของจิตใจหรือสมอง⁶ และมีหลักเกณฑ์เพิ่มเติมที่กำหนดว่าจะจะเป็นบุคคลที่ไม่สามารถทำการตัดสินใจได้ด้วยตนเอง ได้แก่⁷

⁶ Mental Capacity Act 2005 (England and Wales)

Section 2(1) People who lack capacity “(1) For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain”

⁷ Mental Capacity Act 2005 (England and Wales)

1. เป็นบุคคลผู้ซึ่งไม่สามารถเข้าใจข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจได้
2. ไม่สามารถจดจำข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจได้
3. ไม่สามารถใช้หรือนำข้อมูลนั้นไปซึ่งน้ำหนักพิจารณาเพื่อเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการตัดสินใจ หรือ
4. เป็นบุคคลที่ไม่สามารถสื่อสารการตัดสินใจของตนเองออกไปได้ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ ก็ตาม

นอกจากนี้ ประเทศอังกฤษยังมีแนวคิดยอมรับว่าบุคคลสามารถตัดสินใจได้ด้วยเหตุผลที่ไม่ฉลาดได้ โดยไม่ให้อธิบายว่าการตัดสินใจที่ไม่ฉลาดของบุคคลนั้นจะทำให้เป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ และต้องไม่พิจารณาเพียงแค่อายุ ลักษณะภายนอกของบุคคล หรือพฤติกรรมของบุคคลนั้นเท่านั้น ดังนั้น หากพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ จะเห็นได้ว่าในเบื้องต้นต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าคนพิการทางสติปัญญาเป็นคนที่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมเรื่องต่าง ๆ ด้วยตนเอง เว้นแต่คนพิการทางสติปัญญานั้นจะเข้าหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น จึงจะถือว่าคนพิการทางสติปัญญาไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ ประเทศอังกฤษไม่ได้มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมทำหมั้นไว้โดยเฉพาะ แต่เป็นการพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจทุกเรื่อง ทุกด้าน และพิจารณาที่ละเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น เช่น พิจารณาความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมั้นก็ต้องพิจารณาเฉพาะเรื่องทำหมั้นเท่านั้น ว่าคนพิการทางสติปัญญาสามารถเข้าใจ จดจำ พิจารณาข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับการทำหมั้นได้หรือไม่ และสามารถสื่อสารการตัดสินใจเกี่ยวกับการทำหมั้นได้หรือไม่

Section 3: Inability to make decisions

(1) For the purposes of section 2, a person is unable to make a decision for himself if he is unable—

- (a) to understand the information relevant to the decision,
- (b) to retain that information,
- (c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or
- (d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means).

ในทำนองเดียวกันกับประเทศออสเตรเลียที่มีพระราชบัญญัติ Mental Health Act 2014 Section 68 (1) แต่ในกรณีนี้เป็นการพิจารณาถึงความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลภายหลังได้รับการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล (Capacity to give informed consent) แต่ไม่ได้กำหนดความสามารถในการให้ความยินยอมเฉพาะเรื่องการทำหมันเอาไว้โดยตรง ซึ่งมีลักษณะการกำหนดหลักเกณฑ์คล้ายกับประเทศอังกฤษ แต่หลักเกณฑ์ของประเทศอังกฤษเป็นการกำหนดความสามารถในการตัดสินใจ (make decisions) ไม่ได้เฉพาะเจาะจงถึงการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลเหมือนกับประเทศออสเตรเลีย หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของประเทศออสเตรเลีย มีดังต่อไปนี้⁸

1. ต้องเป็นบุคคลที่สามารถเข้าใจข้อมูลที่ได้รับเพื่อการตัดสินใจรับการรักษาพยาบาล และ
2. สามารถจดจำข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาลได้ และ
3. สามารถใช้ข้อมูลที่ได้รับนั้นเพื่อการชั่งน้ำหนักพิจารณาวิเคราะห์การตัดสินใจของตนเองได้ และ
4. สามารถสื่อสารการตัดสินใจของตนเองออกมาได้ ไม่ว่าจะด้วยวาจา แสดงลักษณะท่าทาง การให้สัญญาณ หรือด้วยวิธีอื่นใด

อย่างไรก็ตามประเทศออสเตรเลียนีมีการวางหลักไว้ในคำพิพากษาคดี Secretary Department of Health and Community Services v. JWB and SMB (1992) กำหนดว่า ในกรณีผู้เยาว์ที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมัน บิดามารดาไม่สามารถให้ความยินยอมในการทำหมันแทนผู้เยาว์ได้ และจะต้องมีคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ใช้ดุลพินิจในการให้ความยินยอมในการทำหมัน

⁸ Mental Health Act 2014

section 68 (1) A person has the capacity to give informed consent under this Act if the person—

- (a) understands the information he or she is given that is relevant to the decision; and
- (b) is able to remember the information that is relevant to the decision; and
- (c) is able to use or weigh information that is relevant to the decision; and
- (d) is able to communicate the decision he or she makes by speech, gestures or any other means.

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศสิงคโปร์ที่มีพระราชบัญญัติ Mental Capacity Act 2010 กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจเอาไว้เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ กล่าวคือ ในเบื้องต้น จะต้องพิจารณาว่าเป็นบุคคลที่ไม่สามารถตัดสินใจเกี่ยวกับเหตุการณ์ใด เหตุการณ์หนึ่งในเวลาที่จำเป็นที่จะต้องทำการตัดสินใจ เนื่องจากมีความบกพร่องหรือความผิดปกติ ของการทำงานของจิตใจหรือสมอง⁹ ประกอบกับการพิจารณาหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้¹⁰

1. ความสามารถในการเข้าใจข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจ
2. ความสามารถในการจดจำข้อมูลดังกล่าว
3. ความสามารถในการใช้ หรือชั่งน้ำหนักข้อมูลต่าง ๆ เพื่อประกอบการตัดสินใจ หรือ
4. ความสามารถในการสื่อสารเจตนาของตนเอง ไม่ว่าจะด้วยวิธีการพูด การใช้ สัญลักษณ์ทางภาษา หรือวิธีการอื่นใด

แต่การกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นนั้น ประเทศสิงคโปร์มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ Voluntary Sterilization Act 2013 ซึ่งแตกต่าง จากของประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลียที่ไม่มีหลักเกณฑ์การพิจารณาความสามารถในการ ทำหมั้นเอาไว้โดยเฉพาะ แต่ทั้งนี้ พระราชบัญญัติ Voluntary Sterilization Act 2013 ได้ระบุว่าให้ นำหลักเกณฑ์การพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจตาม Mental Capacity Act 2010 ที่ได้ กล่าวไปแล้วข้างต้นมาใช้ในการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นโดยอนุโลม จึงเห็นได้ว่าแม้ว่าประเทศสิงคโปร์จะมีกฎหมายกำหนดเรื่องการทำหมั้นไว้โดยเฉพาะแต่หลักเกณฑ์ใน

⁹ Mental Capacity Act 2010 (Singapore)

Section 4(1) “For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain”

¹⁰ Mental Capacity Act 2010 (Singapore)

Section 5(1) “For the purposes of section 4, a person is unable to make a decision for himself if he is unable

- (a) to understand the information relevant to the decision;
- (b) to retain that information;
- (c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision; or
- (d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means)”

การพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อทำหมั้นก็ไม่แตกต่างจากความสามารถในการตัดสินใจของประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลีย

ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความสามารถของประเทศสิงคโปร์มีความเหมาะสมในการปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทยมากที่สุด แม้ว่าหลักเกณฑ์การพิจารณาความสามารถดังกล่าวของประเทศสิงคโปร์จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ลักษณะเดียวกันกับประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลีย กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความสามารถในการเข้าใจ จดจำ ข้อมูล นำข้อมูลไปใช้พิจารณา และความสามารถในการสื่อสาร แต่ประเทศสิงคโปร์กำหนดให้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นโดยตรง ซึ่งทำให้มีความชัดเจนต่อการพิจารณาความสามารถของบุคคลในการให้ความยินยอมในการทำหมั้น นอกจากนี้ ประเทศไทยมีการกำหนดการพิจารณาความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรมสัญญาไว้แล้วในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องวางหลักเกณฑ์การพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจไว้ให้กว้างเพื่อให้ครอบคลุมไปถึงการทำนิติกรรมสัญญา และการวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีความสอดคล้องกับลักษณะของการเป็นคนพิการทางสติปัญญาที่มีความบกพร่องในกระบวนการคิดตัดสินใจ การเข้าใจข้อมูลต่าง ๆ หรือ การสื่อสาร และยังสามารถนำไปใช้พิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นแก่บุคคลอื่นที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมั้น ไม่เพียงแต่คนพิการทางสติปัญญาหรือคนพิการทางจิตเท่านั้น

4.2.3 ปัญหาทนิยามทางกฎหมายในการกำหนดความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อทำหมั้น

ปัญหาการบังคับทำหมั้นหรือทำหมั้นโดยไม่ได้รับความยินยอมสามารถเกิดขึ้นได้กับคนพิการหลายกลุ่ม ซึ่งหนึ่งในประเภทของคนพิการที่ได้รับผลกระทบคือคนพิการทางสติปัญญา ดังนั้นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องความสามารถและการตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมั้นจะต้องสามารถให้ความคุ้มครองไปถึงคนพิการทางสติปัญญาด้วย รวมถึงบุคคลอื่นที่มีความเสี่ยงที่อาจได้รับการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้องและต้องการความคุ้มครองในกระบวนการให้ความยินยอมในการทำหมั้น เพื่อให้บุคคลเหล่านี้ถูกทำหมั้นได้โดยง่าย และไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิใด ๆ นอกจากนี้ ปัญหาการบังคับทำหมั้นยังเป็นการลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลที่ถูกทำหมั้น

จากการศึกษากฎหมายของประเทศไทยที่กำหนดเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการทำหมั้นพบว่ามีความไม่ชัดเจนในการพิจารณาความหมายของถ้อยคำต่าง ๆ ว่าสามารถตีความรวมไปถึงคน

พิจารณาทางสติปัญญาได้ด้วยหรือไม่ เพียงใด ไม่ว่าจะเป็นอย่างใด คำว่า “ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้” ตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 มาตรา 8 หรืออย่างใด คำว่า “ผู้ช่วยขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมรับการบำบัดรักษา” ตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 มาตรา 21 และการที่พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 กำหนดเฉพาะกรณีบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิต ส่งผลให้บทบัญญัติตาม มาตรา 19 ที่ระบุให้การทำหมันจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยเป็นหนังสือใช้ได้เฉพาะกรณีคนที่มีความผิดปกติทางจิตเท่านั้น ไม่สามารถใช้ได้กับคนพิจารณาทางสติปัญญา จึงต้องมาพิจารณาว่าหากเป็นคนพิจารณาทางปัญญาจะได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 ด้วยหรือไม่ เพราะบทบัญญัติต่าง ๆ ยังไม่ชัดเจน ซึ่งส่งผลให้คนพิจารณาทางสติปัญญาที่ประสบกับปัญหาการถูกทำหมันโดยไม่ได้รับความยินยอม โดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 ให้นิยามคำว่า “ความผิดปกติทางจิต” หมายความว่า “ผู้ป่วยที่มีอาการผิดปกติของจิตใจที่แสดงออกมาทางพฤติกรรม อารมณ์ ความคิด ความจำ สติปัญญา ประสาทการรับรู้ หรือการรู้เวลา สถานที่หรือบุคคล รวมทั้งอาการผิดปกติของจิตใจ ที่เกิดจากสุราหรือสารอื่นที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท” แม้จะมีการระบุว่าจะต้องเป็นผู้ป่วยที่มีอาการผิดปกติของจิตใจที่แสดงออกมาทางสติปัญญาก็ตาม แต่ก็ยังไม่ชัดเจนว่าคนพิจารณาทางสติปัญญาจะถือเป็นบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิตตามบทนิยามดังกล่าวด้วยหรือไม่ เนื่องจากพระราชบัญญัติสุขภาพจิตไม่ได้กล่าวถึงคนพิจารณาทางสติปัญญาเอาไว้โดยตรง ทั้งนี้ พระราชบัญญัติสุขภาพจิตดังกล่าวผู้เขียนมองว่าไม่ใช่พระราชบัญญัติที่จะต้องให้ความคุ้มครองเฉพาะผู้ป่วยทางจิตเท่านั้น แต่เป็นกรณีคุ้มครองดูแลให้บุคคลมีสุขภาพจิตที่ดี ไม่ให้เกิดปัญหาที่กระทบต่อสุขภาพจิต ไม่ใช่ความเป็นโรคทางจิต และคนพิจารณาทางสติปัญญาก็เป็นบุคคลที่สมควรได้รับการดูแลให้มีสุขภาพจิตที่ดีเช่นเดียวกัน โดยกรมสุขภาพจิต กระทรวงสาธารณสุขเป็นหน่วยงานที่ให้ความดูแลคนพิจารณาทางสติปัญญาเช่นเดียวกัน ไม่ได้จำกัดเฉพาะผู้ป่วยโรคจิต หรือผู้ป่วยจิตเวช ดังนั้น ในส่วนของบทนิยามในทางกฎหมายควรจะต้องมีการปรับปรุงให้มีความชัดเจนและครอบคลุมถึงคนพิจารณาทางสติปัญญา เพื่อไม่ให้เกิดช่องว่างในการนำกฎหมายไปตีความปรับใช้ผิดพลาด เนื่องจากคนพิจารณาทางสติปัญญาเป็นบุคคลที่ต้องเผชิญกับปัญหาการทำหมัน และเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจได้ด้วยตนเองไม่แตกต่างจากบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิต และไม่ว่าจะเป็นผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตหรือคนพิจารณาทางสติปัญญาต่างก็ต้องการความคุ้มครองในสิทธิขั้นพื้นฐาน และได้รับความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน ซึ่งประเทศไทยยังไม่ได้ให้ความสำคัญในการวางหลักเกณฑ์สำหรับกระบวนการให้ความยินยอมในการทำหมันให้เหมาะสมและครอบคลุมถึงคนพิจารณาทางสติปัญญา

ในส่วนของประเทศอังกฤษที่ได้กล่าวไปแล้วว่าไม่ได้กำหนดเรื่องความสามารถในการตัดสินใจ ให้ความยินยอมในการทำหมันไว้โดยเฉพาะ แต่ใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจที่กำหนดไว้ใน Mental Capacity Act 2005 มาตรา 2¹¹ โดยกำหนดให้ผู้ที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจคือบุคคลจะไม่มีความสามารถต่อเมื่อเป็นบุคคลที่ไม่สามารถตัดสินใจในเหตุกาณ์ใด ๆ ในเวลาที่เหมาะสมได้ เนื่องจากมาจากความบกพร่องหรือความผิดปกติของการทำงานของจิตใจหรือสมอง โดยไม่ได้กำหนดว่าจะเป็นคนพิการทางจิต หรือคนพิการทางสติปัญญาโดยตรง และไม่ได้ระบุเฉพาะกรณีผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตอย่างเช่นกฎหมายไทย ซึ่งการกำหนดความสามารถของประเทศอังกฤษเช่นนี้มีข้อดี คือ ไม่ได้จำกัดประเภทความเจ็บป่วยหรือประเภทของความพิการไว้โดยตรง แต่มุ่งเน้นถึงความสามารถในการตัดสินใจของบุคคล ส่งผลให้คนพิการทางสติปัญญาสามารถได้รับความคุ้มครองในกระบวนการให้ความยินยอมในการทำหมันได้ด้วย หากพิจารณาได้ว่าเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจแล้ว การให้ความยินยอมในการทำหมันสำหรับบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจนี้จะต้องมีกระบวนการพิเศษ โดยกำหนดให้การทำหมันบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจเป็นการรักษาพยาบาลที่มีความร้ายแรง (Serious medical treatment)

เช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์เป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์การพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจโดยมีการกำหนดว่า บุคคลจะไม่มีความสามารถต่อเมื่อเป็นบุคคลที่ไม่สามารถตัดสินใจในเหตุกาณ์ใด ๆ ในเวลาที่เหมาะสมได้ เนื่องจากมาจากความบกพร่องหรือความผิดปกติของการทำงานของจิตใจหรือสมองเช่นเดียวกันกับประเทศอังกฤษ¹² และนำการพิจารณา

¹¹ Mental Capacity Act 2005: Section 2

People who lack capacity “(1) For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain”

¹² Mental Capacity Act 2008 (Singapore)

Section 4(1) “For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain”

ความสามารถในการตัดสินใจมาใช้กับความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมันด้วยเช่นกัน¹³

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการกำหนดบทนิยามของบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจของประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์มีความเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทย เนื่องจากการกำหนดบทนิยามว่าบุคคลจะไม่มีความสามารถต่อเมื่อเป็นบุคคลที่ไม่สามารถตัดสินใจในเหตุกรณีใด ๆ ในเวลาที่เหมาะสมได้ เนื่องมาจากความบกพร่องหรือความผิดปกติของการทำงานของจิตใจหรือสมอง สามารถครอบคลุมถึงคนพิการทางสติปัญญาได้ รวมไปถึงบุคคลอื่นใดที่มีความบกพร่องทางจิตใจหรือสมองและประสบกับปัญหาการทำหมันเช่นเดียวกัน โดยการกำหนดบทนิยามดังกล่าวนี้จะช่วยเพิ่มความชัดเจนในการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมันของบุคคล นอกจากนี้การกำหนดบทนิยามดังกล่าวควรอยู่ในรูปของบทบัญญัติทางกฎหมายที่มีความชัดเจนเพื่อให้การปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการในการทำหมันบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

ประเทศออสเตรเลียมีการกำหนดหลักเกณฑ์ความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลไว้ใน Mental Health Act 2014 แม้ไม่ได้กำหนดว่าจะต้องเป็นบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิตใจหรือสมองเหมือนประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์ แต่ก็วางหลักเกณฑ์โดยการพิจารณาความสามารถในการเข้าใจ จดจำ พิจารณา และการสื่อสารการตัดสินใจให้ความยินยอมของตนเอง โดยไม่ได้กำหนดการพิจารณาเฉพาะผู้ป่วยทางจิต หรือเฉพาะคนพิการทางสติปัญญา นอกจากนี้ในคำร้อง Application for Special Medical Procedure ที่ขอให้ศาลช่วยพิจารณาคำร้องขอให้ทำหมันที่ถือว่าเป็นการรักษาพยาบาลที่มีกระบวนการพิเศษ คำร้องดังกล่าวระบุบทนิยามของบุคคลที่จะถือว่าเป็นผู้ป่วยตามคำร้องดังกล่าว โดยให้หมายรวมถึง คนพิการทางสติปัญญา (Intellectual Impairment) คนที่มีความบกพร่องทางจิต (Mental Disorder) ภาวะสมองบาดเจ็บ (Brain Injury) คนพิการทางร่างกาย (Physical Disability) ผู้ป่วยโรคสมองเสื่อม (Dementia)¹⁴ โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตเหมือนกับประเทศไทย แต่อย่างไรก็ตามการที่ประเทศออสเตรเลียกำหนดบทนิยามเอาไว้ในคำร้อง Application for Special Medical Procedure ซึ่งคำ

¹³ The Voluntary Sterilization Act 2013 (Singapore) Article 3(2) ในข้อ (d) และ (e) กำหนดว่า “...who lacks capacity within the meaning of section 4 of the Mental Capacity Act to consent to such treatment...”

¹⁴ รายละเอียดเพิ่มเติม โปรดดู Application for Special Medical Procedure ภาคผนวก ข.

ร้องดังกล่าวไม่ใช่บทบัญญัติทางกฎหมายโดยตรง ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากนำมาปรับใช้กับประเทศไทยนั้นอาจเกิดปัญหาความไม่ชัดเจนในการตีความได้ และในการกำหนดให้ผู้ป่วยหมายถึงบุคคลพิการประเภทใดบ้างนั้นเป็นเรื่องที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง เนื่องจากการจะระบุโดยเฉพาะเจาะจงถึงประเภทของความพิการจะต้องระบุให้ครอบคลุมความพิการทุกประเภทที่อาจประสบกับปัญหาการไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมทำหมันได้ด้วยตนเอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าบทนิยามที่จะนำมาปรับใช้กับประเทศไทยควรอยู่ในรูปของบทนิยามทางกฎหมายที่มีความชัดเจน ไม่ควรกำหนดไว้ในหนังสือคำร้องขอให้ทำหมันเหมือนกับประเทศออสเตรเลีย และไม่ควรถูกกำหนดบทนิยามโดยการระบุประเภทของความพิการลงไปโดยเฉพาะเจาะจง เพื่อให้การปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการในการทำหมันบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

ในส่วนของประเทศเยอรมนีมีการกำหนดลักษณะของบุคคลที่ขาดความสามารถในการให้ความยินยอมตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี ได้แก่ บุคคลที่ยังเป็นผู้เยาว์อยู่ภายใต้การปกครองของบิดามารดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 1626¹⁵ และ บุคคลที่ไม่สามารถที่จะจัดกิจกรรมของตนได้ทั้งหมดหรือบางส่วนเพราะเหตุมีอาการป่วยทางจิต (Mental Illness) มีความบกพร่องทางร่างกาย (Physical) จิตใจ หรือ จิตวิทยา (Mental or Psychological Handicap) และบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ขาดความสามารถต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของผู้ปกครองโดยบุคคลที่จะสามารถถูกตั้งผู้ปกครองมาช่วยจัดการกิจการต่าง ๆ ของตนนั้นเป็นไปตาม มาตรา 1896¹⁶ จะเห็นได้ว่าการกำหนดความสามารถในการทำกิจการต่าง ๆ ประเทศเยอรมนีไม่ได้กำหนดถึงคนพิการทางสติปัญญาเอาไว้ แต่มีข้อสังเกตว่า การพิจารณาความสามารถดังกล่าวกฎหมายเปิดช่องให้ศาล Custodianship Court สามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาได้ ซึ่งศาลอาจสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาไปถึงคนพิการทางสติปัญญาได้ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติของประเทศเยอรมนีก็ไม่ได้ระบุถึงคนพิการทางสติปัญญาเอาไว้โดยตรง ยังคงต้องอาศัยการตีความโดยศาล และการกำหนดความสามารถของประเทศเยอรมนีดังกล่าวนี้ เป็นการกำหนดความสามารถของบุคคลในการให้ความยินยอมทั้งในส่วนของการทำนิติกรรมสัญญาและการรักษาพยาบาลที่มีเกณฑ์การพิจารณาเดียวกัน แต่สำหรับประเทศไทยนั้นไม่อาจนำเรื่องความสามารถของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณากับความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมันได้ เนื่องจากประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความยินยอมในการรักษาพยาบาลอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและ

¹⁵ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB) Section 1626: Parental custody, principles

¹⁶ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB) Section 1896: Requirements

พาณิชย์เหมือนกับประเทศเยอรมนี แต่การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของประเทศไทยมีการบัญญัติอยู่ในรูปแบบของกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ดังนั้น บทนิยามในการพิจารณาความสามารถของบุคคลจึงต้องมีลักษณะเฉพาะการรักษาพยาบาลแยกออกมาจากการพิจารณาความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรมสัญญา

4.3 ปัญหาสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น

สิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น เป็นประเด็นที่มีความสำคัญอันส่งผลกระทบต่อสิทธิของคนพิการทางสติปัญญา ซึ่งจะต้องใช้ความระมัดระวังในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ให้สิทธิแก่บุคคลอื่นทำการตัดสินใจแทน และกระบวนการให้ความยินยอมแทนในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาจะต้องกระทำได้โดยยาก เนื่องจากการทำหมั้นเป็นการรักษาพยาบาลที่ร้ายแรง และมีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน สิทธิมนุษยชน และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนพิการทางสติปัญญาเป็นอย่างมาก ซึ่งการกำหนดสิทธิในการตัดสินใจให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา จะถือเป็นการใช้อำนาจปกครองหรือหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูของบิดามารดา ผู้ปกครอง คู่สมรส หรือใช้ความสัมพันธ์แบบเครือญาติ หรือการเป็นทายาทโดยธรรม อาจทำให้การพิจารณาประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นไม่ได้เป็นไปเพื่อคนพิการทางสติปัญญาอย่างแท้จริง เพราะบุคคลที่ได้กล่าวไปข้างต้นเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสียและมีผลประโยชน์ร่วมอยู่ด้วย จากการศึกษาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญาพบว่า บางประเทศกำหนดให้บุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดเป็นผู้ตัดสินใจให้ความยินยอมแทนได้ เช่น บิดา มารดา ผู้ปกครอง คู่สมรส บางประเทศกำหนดให้ศาลเป็นผู้พิจารณาให้ความยินยอม ซึ่งผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์โดยแบ่งออกเป็น 2 กรณี เนื่องจากมุมมองเรื่องความสามารถจะแตกต่างกันออกไป โดยจะแบ่งออกเป็น กรณีที่หนึ่ง คือ คนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ เนื่องจากผู้เยาว์โดยหลักแล้วมีความสามารถทางกฎหมายยังไม่เต็มที่ และยังคงต้องการความช่วยเหลือเหลือคณาจากบิดามารดา ผู้ปกครอง และโดยธรรมชาติแล้วผู้เยาว์เป็นวัยที่ยังไม่สมควรที่จะต้องถูกทำหมั้น และกรณีที่สอง คือ คนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ทำให้มีความสามารถทางกฎหมาย สามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเองโดยอิสระ ไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครอง สามารถพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

4.3.1 กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์

จากการศึกษากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูและอำนาจปกครองบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้บิดามารดามีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร แต่ทั้งนี้จะต้องแยกการพิจารณาถึงการมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรในกรณีการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปกับการทำหมันบุตร ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการกำหนดหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูหรือการใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติเรื่องการให้ความยินยอมในการทำหมันแทนบุตร ทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจน และบิดามารดายังคงใช้หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูและอำนาจปกครองที่ตนมี เพื่อไปให้ความยินยอมแทนในการทำหมันบุตร แม้จะมีความเห็นของนักนิติศาสตร์เห็นว่าการใช้อำนาจปกครองนั้นไม่สามารถใช้เป็นการขัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลใด ๆ ก็ตาม¹⁷ แต่ก็ยังไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายที่ชัดเจน

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศเยอรมนีที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่นเดียวกับประเทศไทย จะเห็นได้ว่าประเทศเยอรมนีมีบทบัญญัติชัดเจนที่สุด และเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับแนวคิดในการปกป้องสิทธิมนุษยชนมากที่สุด กล่าวคือประเทศเยอรมนีมีบทบัญญัติห้ามไม่ให้ทำหมันในผู้เยาว์ กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1631c : Prohibition of sterilisation¹⁸ ระบุว่า ไม่ว่าบิดามารดาหรือผู้ปกครองไม่สามารถใช้อำนาจปกครองเพื่อให้ความยินยอมในการทำหมันแทนผู้เยาว์ และผู้เยาว์เองก็ไม่สามารถให้ความยินยอมในการทำหมันด้วยตนเองเช่นกัน

ทั้งนี้ ประเทศไทยไม่ได้ระบุเรื่องการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงต้องพิจารณากฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาลและการทำหมัน อันได้แก่ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 และพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 ซึ่งผู้เขียนขอวิเคราะห์โดยเริ่มจากพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการรับบริการสาธารณสุขไว้ในมาตรา 8 กำหนดให้บุคลากรทางการแพทย์ไม่

¹⁷ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 681.

¹⁸ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB)

Section 1631c: Prohibition of sterilisation

The parents may not consent to a sterilisation of the child. Nor can the child itself consent to the sterilisation. Section 1909 does not apply.

ต้องแจ้งข้อมูลเพื่อขอความยินยอมจากผู้รับบริการสาธารณสุขในกรณี “ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้” ซึ่งกฎหมายกำหนดให้บุคคลอื่นเป็นเพียงผู้รับทราบข้อมูลแทนเท่านั้น แต่ไม่ได้ระบุว่าบุคคลที่สามารถให้ความยินยอมแทนผู้รับบริการสาธารณสุขได้ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่ากระบวนการให้ความยินยอมจะเกิดขึ้นหรือไม่ และบุคคลใดเป็นผู้มีสิทธิในการให้ความยินยอมในการรับบริการสาธารณสุขดังกล่าว มีข้อสังเกตว่าบุคคลที่ทำหน้าที่รับทราบข้อมูลแทนดังกล่าวเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับผู้รับบริการสาธารณสุขด้วยกันทั้งสิ้น แต่ไม่ได้ลำดับว่า จะต้องแจ้งให้บุคคลใดรับทราบเป็นลำดับแรก ดังนั้น บุคคลทุกคนมีสิทธิในการรับทราบข้อมูลที่เท่าเทียมกัน ไม่ว่าผู้นั้นจะมีความใกล้ชิดกับผู้รับบริการมากน้อยเพียงใดก็ตามก็สามารถรับทราบข้อมูลแทน และทำให้บริการสาธารณสุขเกิดขึ้นแก่ผู้รับบริการได้ และหากกลุ่มบุคคลดังกล่าวมีผลประโยชน์ที่ขัดกันก็อาจส่งผลกระทบต่อผู้รับบริการสาธารณสุขได้ ซึ่งการทำหมั้นถือเป็นการรับบริการสาธารณสุขที่มีผลกระทบร้ายแรงต่อชีวิตและร่างกายของบุคคล และไม่สามารถเปลี่ยนแปลงให้กลับคืนสู่สภาพเดิมได้อีกไปตลอดชีวิตของบุคคลนั้น ดังนั้น การตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาตามกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ ยังไม่เพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองอย่างเหมาะสมและกฎเกณฑ์ที่กำหนดยังไม่รัดกุมเพียงพอทำให้บุคคลอื่นสามารถให้ความยินยอมแทนได้โดยง่าย นอกจากนี้บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นของพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติไม่ได้ระบุเฉพาะเรื่องของการทำหมั้นผู้ป่วยที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาเอาไว้ และไม่ได้แบ่งแยกหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้รับบริการสาธารณสุขที่เป็นผู้เยาว์กับบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วออกจากกัน

ในส่วนของพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 มีบทบัญญัติกำหนดให้การทำหมั้นในผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยเป็นหนังสือไว้ในมาตรา 19 เป็นการกำหนดให้ผู้ป่วยจะต้องให้ความยินยอมในการทำหมั้นเพื่อการบำบัดรักษาเป็นหนังสือ และ “การบำบัดรักษา” ตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 มาตรา 3 หมายความว่ารวมถึง “การดูแลช่วยเหลือผู้ป่วยทางการแพทย์และทางสังคม” และในมาตรา 21 กำหนดไว้ว่าหากผู้ป่วยมีอายุไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์ หรือ ขาดความสามารถในการตัดสินใจได้ด้วยตนเอง บุคคลผู้มีสิทธิในการให้ความยินยอมในการบำบัดรักษาแทน ได้แก่ คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้น ทำให้การให้ความยินยอมในการทำหมั้นเพื่อบำบัดรักษาที่เกิดขึ้นใน

ผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิต เกิดขึ้นโดยบุคคลอื่นดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ทำให้เกิดปัญหาการพิจารณาประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นตามมาซึ่งจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไป

ในส่วนของประเทศอังกฤษ การพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของผู้เยาว์นั้นจะพิจารณาความสามารถเป็นรายบุคคล โดยพิจารณาว่าผู้เยาว์มีสติสัมปชัญญะที่สมบูรณ์และมีความเข้าใจเกี่ยวกับกระบวนการรักษาพยาบาลจนสามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองได้หรือไม่ นอกจากนี้ยังกำหนดให้บิดามารดาเป็นบุคคลที่สามารถให้ความยินยอมแทนผู้เยาว์ได้เฉพาะกรณีที่เป็นการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป และมีข้อสังเกตว่าการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อรักษาพยาบาลโดยทั่วไปที่เกิดขึ้นกับผู้เยาว์นั้น ไม่มีการแบ่งแยกการพิจารณาความสามารถกรณีผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญา กับผู้เยาว์ที่เป็นคนปกติ จึงมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสติสัมปชัญญะและความเข้าใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลเช่นเดียวกัน แต่ในส่วนของการให้ความยินยอมการทำหมั้นผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญา ประเทศอังกฤษไม่ได้มีบทบัญญัติออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะ แต่มีคำพิพากษาของศาลอังกฤษวางหลักเอาไว้เกี่ยวกับการทำหมั้นผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญา ในคดี Re D (Minor) (Wardship: Sterilisation) (1976) Fam 185 โดยศาลได้มีคำพิพากษาว่าการทำหมั้นที่เกิดจากความกังวลว่าผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาจะถูกปล่อยวางและอาจเกิดการตั้งครมภ์ไม่พึงประสงค์ ไม่ใช่การทำหมั้นเพื่อการรักษาพยาบาล ไม่มีความจำเป็นเพียงพอที่จะอนุญาตให้ทำหมั้นได้ การทำหมั้นในกรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่ประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์

เช่นเดียวกับประเทศออสเตรเลียที่กำหนดให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองเป็นผู้ที่ให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลแทนผู้เยาว์ได้ภายใต้การพิจารณาประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ แต่ไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับกรณีการทำหมั้นในผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องศึกษาจากคำพิพากษาของศาลตามแนวทางของระบบกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งในส่วนของประเทศนี้มีคำพิพากษาในคดี Secretary Department of Health and Community Services v. JWB and SMB (1992) วางหลักไว้ว่าบิดามารดาไม่สามารถให้ความยินยอมในการทำหมั้นผู้เยาว์ที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมด้วยตนเองได้ แม้ว่าบิดามารดาอาจให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปได้ แต่อำนาจของบิดามารดาไม่สามารถขยายไปถึงการให้ความยินยอมในการทำหมั้นอันส่งผลกระทบต่อสิทธิในการมีร่างกายที่สมบูรณ์ และสิทธิในการมีบุตรของผู้เยาว์ได้ จึงต้องมีคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ใช้ดุลพินิจในการให้ความยินยอมใน

การทำหมัน จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาของศาลในคดีดังกล่าวไม่ได้ห้ามไม่ให้ทำหมันในผู้เยาว์แต่กระบวนการการทำหมันในผู้เยาว์นั้นจะต้องขออนุญาตจากศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาเป็นรายบุคคลไป ซึ่งจากการศึกษาก็พบว่าคำพิพากษาที่อนุญาตให้ทำหมันในผู้เยาว์ได้เช่นกัน ในคดี Re: Angela (2010) Fam CA (98) ศาลได้อนุญาตให้ทำหมันในเด็กหญิงที่มีอายุ 11 ปี ที่มีความพิการทางสติปัญญา เนื่องจากเห็นว่ามี ความจำเป็นในด้านปัญหาสุขอนามัยของเด็กหญิง และศาลเห็นว่า การทำหมันเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กหญิงรายนี้

ในส่วนของประเทศสิงคโปร์กำหนดให้บิดามารดาสามารถให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปแทนบุตรผู้เยาว์ได้ แต่ในส่วนของการให้ความยินยอมในการทำหมันมีบทบัญญัติแยกออกมาโดยเฉพาะเป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติ Voluntary Sterilization Act 2013 ระบุไว้ชัดเจนกว่าประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย ในส่วนของหลักเกณฑ์กระบวนการในการให้ความยินยอมทำหมันของผู้เยาว์ที่มีความผิดปกติทางจิตและสมองจะมีกระบวนการพิจารณาสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมที่แตกต่างจากผู้เยาว์ที่เป็นคนปกติ กล่าวคือ ถ้าเป็นผู้เยาว์ที่เป็นคนปกติทั่วไปอายุต่ำกว่า 21 ปี บิดามารดาหรือผู้ปกครองไม่มีสิทธิในการตัดสินใจให้ความยินยอมแทนโดยผู้เยาว์จะต้องตัดสินใจด้วยตนเอง บิดามารดาหรือผู้ปกครองมีเพียงการร่วมให้ความยินยอมกับผู้เยาว์ในการทำหมันเท่านั้น ซึ่งมีข้อสังเกตว่าประเทศสิงคโปร์กำหนดให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองเป็นผู้ร่วมให้ความยินยอมอีกรอบหนึ่งนั้น เป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับหลักการสิทธิเด็ดขาดของบุคคลที่จะต้องกระทำด้วยตนเองในการทำหมัน และอาจเป็นการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครองที่ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุตร และในกรณีผู้เยาว์ที่เป็นคนปกติและสมรสแล้วจะต้องให้ความยินยอมในการทำหมันด้วยตนเองเท่านั้น บิดามารดาหรือผู้ปกครองไม่มีสิทธิใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการให้ความยินยอมแทน หรือไม่มีสิทธิร่วมให้ความยินยอมกับผู้เยาว์ แต่ในส่วนของผู้บุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจเนื่องจากมีความผิดปกติทางจิตหรือสมองนั้น ไม่ได้มีการแยกการพิจารณาโดยการพิจารณาอายุและความบรรลุนิติภาวะอย่างชัดเจน เพียงกำหนดไว้ว่าหากเป็นบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจที่สมรสแล้ว ให้คู่สมรสมีสิทธิเพียงการยื่นคำร้องต่อศาล High Court หรือ Family Court เป็นผู้พิจารณาประโยชน์สูงสุดและอนุญาตให้ทำหมันแต่หากยังไม่ได้สมรสให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองอย่างน้อยหนึ่งคนมีสิทธิเพียงการยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาการทำหมันนั้น

4.3.2 กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว

สืบเนื่องจากเมื่อบุคคลบรรลุนิติภาวะแล้วจะทำให้หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรและอำนาจปกครองของบิดามารดาหมดไป และบุคคลที่บรรลุนิติภาวะจะมีความสามารถทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์ แต่ปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นเมื่อบุคคลที่บรรลุนิติภาวะดังกล่าวเป็นคนพิการทางสติปัญญาจะมีรูปแบบในการกำหนดความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นอย่างไรให้เหมาะสม เพื่อคุ้มครองสิทธิให้แก่คนพิการทางสติปัญญาและในขณะเดียวกันไม่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเหล่านี้ และเมื่อพบว่าคนพิการทางสติปัญญาไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นได้ด้วยตนเอง จะต้องมีการกำหนดสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนด้วยความระมัดระวังไม่ให้เกิดการขัดแย้งกับประโยชน์สูงสุดของคนพิการทางสติปัญญา จากการศึกษาพบว่าบางประเทศกำหนดให้สิทธิในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นตกอยู่กับบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ป่วย บางประเทศกำหนดให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาการทำหมั้น ซึ่งสามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบได้ดังนี้

จากการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูและอำนาจปกครองบุตรในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะพบว่า อำนาจปกครองหมดสิ้นไปเมื่อบุคคลใดบรรลุนิติภาวะแล้ว และในส่วนของหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรตาม มาตรา 1564¹⁹ กำหนดให้บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองไม่ได้ ซึ่งคนพิการทางสติปัญญาอาจจะเป็นผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองหรือไม่ขึ้นอยู่กับระดับความพิการของแต่ละบุคคล เนื่องจากคนพิการทางสติปัญญาบางรายอาจสามารถช่วยเหลือตนเอง ใช้ชีวิตประจำวันได้ปกติ และอาจมีอาชีพที่สามารถหาเลี้ยงตนเองได้ แต่อย่างไรก็ตามการใช้หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูและอำนาจปกครองจะต้องเป็นไปเพื่อความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของบุตรเป็นสำคัญ และจะใช้สิทธิอันเป็นการขัดต่อสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานของบุตรไม่ได้

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1564 บัญญัติว่า “บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้”

เมื่อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งประเทศเยอรมนีมีบทบัญญัติเรื่องการทำหมันไว้ โดยเฉพาะอย่างชัดเจนกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ในประเด็นของสิทธิของบุคคลอื่นที่จะทำการตัดสินใจให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ประเทศเยอรมนีกำหนดให้เป็นกระบวนการในการทำหมันต้องได้รับอนุญาตจากศาล Custodianship Court ตามมาตรา 1905 แต่ทั้งนี้การทำหมันนั้นจะต้องสอดคล้องกับความต้องการของบุคคลผู้ที่จะถูกทำหมันด้วย และกระบวนการในการให้ความยินยอมทำหมันจะต้องมีการตั้งผู้ปกครองในลักษณะของ Custodian เสียก่อน และให้ Custodian ยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาล Custodianship Court ช่วยพิจารณาอนุญาตให้ทำหมันต่อไป

เมื่อประเทศไทยไม่ได้กำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการทำหมันไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกับประเทศเยอรมนี จึงต้องมาพิจารณากฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลและการทำหมัน ได้แก่ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 และพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 ซึ่งปัญหาความไม่ชัดเจนในประเด็นของสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมในการทำหมันสำหรับคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว มีลักษณะไม่ชัดเจนเช่นเดียวกับที่ได้วิเคราะห์ไปข้างต้นในกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ เนื่องจากการพระราชบัญญัติทั้งสองดังกล่าวไม่ได้มีการแบ่งแยกความเป็นผู้เยาว์และผู้บรรลุนิติภาวะออกจากกันชัดเจน

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอังกฤษที่มีพระราชบัญญัติ Mental Capacity Act 2005 วางหลักเกณฑ์ในการช่วยเหลือบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ไม่มีความสามารถ โดยมีการจัดตั้งหน่วยงาน Independent Mental Capacity Advocates (IMCAs) เพื่อช่วยเหลือให้การสนับสนุนการตัดสินใจ ในการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ของชีวิต เช่น การช่วยตัดสินใจในการทำนิติกรรม การวางแผนการเงิน การเลือกที่อยู่อาศัย หรือการรักษาพยาบาล เป็นต้น แต่ในส่วนของ การทำหมันที่เกิดขึ้นกับบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจประเทศอังกฤษจัดเป็นการรักษาพยาบาลที่มีความร้ายแรง ดังนั้น การตัดสินใจจะต้องอยู่ภายใต้การอนุมัติจากศาล Court of Protection ซึ่งจะสังเกตได้ว่าประเทศอังกฤษมีรูปแบบของการสนับสนุนให้บุคคลสามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเองอย่างชัดเจนโดยมีการจัดตั้งหน่วยงานคอยให้ความช่วยเหลือในการตัดสินใจ แต่หากเป็นการตัดสินใจเกี่ยวกับการทำหมันในกรณีที่บุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมได้

ด้วยตนเองจะต้องเป็นหน้าที่ของศาล Court of Protection ที่จะต้องเข้ามาตัดสินใจให้ความยินยอมเท่านั้น

ทำนองเดียวกันกับประเทศออสเตรเลียที่มีพระราชบัญญัติ Mental Health Act 2014 วางรูปแบบสำหรับบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง ซึ่งสำหรับการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปนั้นได้กำหนดบุคคลผู้มีสิทธิในการให้ความยินยอมแทนเอาไว้หลายกลุ่มตามที่ได้ทำการศึกษาไปแล้วในบทที่ 3 อันจะเห็นได้ว่าแต่กลุ่มของบุคคลที่มีสิทธิในการให้ความยินยอมแทนจะต้องเป็นบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมายไว้โดยเฉพาะสำหรับการตัดสินใจในการรักษาพยาบาล ไม่ใช่การกำหนดแบบกฎหมายไทยที่ให้สิทธิในการให้ความยินยอมแก่บุคคลอื่น โดยการนำบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในเรื่องต่าง ๆ ของผู้ป่วยมาเป็นผู้ที่สามารถให้ความยินยอมแทนได้ ไม่ว่าจะเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง บิดามารดา ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล คู่สมรส รวมไปถึงเมื่อสังเกตจากหนังสือให้ความยินยอมของโรงพยาบาลในประเทศไทยพบว่าผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดหรือเครือญาติต่าง ๆ สามารถเข้ามาให้ความยินยอมแทนได้เช่นกัน แต่สำหรับการทำหมั้นนั้นประเทศออสเตรเลียจัดให้การทำหมั้นเป็นการรักษาพยาบาลที่มีกระบวนการพิเศษแยกออกจากการรักษาพยาบาลตามปกติ ซึ่งการทำหมั้นในกรณีบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจได้ด้วยตนเองจะต้องอยู่ภายใต้การพิจารณาโดยศาล Victorian Civil and Administrative Tribunal (VCAT)

ในส่วนของประเทศสิงคโปร์พบว่าก่อนที่จะมีการแก้ไขพระราชบัญญัติ Voluntary Sterilization Act ในปี ค.ศ. 2013 ในส่วนของการตัดสินใจทำหมั้นแทนบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิตหรือสมอง กำหนดให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือคู่สมรส สามารถให้ความยินยอมแทนบุคคลดังกล่าวได้ ซึ่งทำให้เกิดข้อถกเถียงในประเด็นการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของผู้ที่ใช้สิทธิให้ความยินยอมแทนกับประโยชน์ของผู้ที่ถูกทำหมั้น ต่อมาได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวโดยให้ศาล High Court หรือ Family Court เป็นผู้พิจารณาประโยชน์สูงสุดและอนุญาตให้ทำหมั้นบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิตและสมองจนทำให้ไม่สามารถตัดสินใจให้ความยินยอมทำหมั้นได้ด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม ในส่วนของบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจเนื่องจากมีความผิดปกติทางจิตหรือสมองนั้น ไม่ได้มีการแยกการพิจารณาอายุและความบรรลุนิติภาวะอย่างชัดเจน เพียงกำหนดไว้ว่าหากเป็นบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจที่สมรสแล้ว ให้คู่สมรสมีสิทธิเพียงการยื่นคำร้อง

ต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาอนุญาตการทำหมั้น แต่หากยังไม่ได้สมรสให้บิดามารดาหรือผู้ปกครอง อย่างน้อยหนึ่งคนมีสิทธิเพียงการยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาการทำหมั้นนั้น

4.4 ปัญหาการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา

การทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาจะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์เหตุผลในการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้น จะต้องเป็นประโยชน์และความจำเป็นต่อคนพิการทางสติปัญญาโดยตรง การทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาจะต้องไม่ใช่การกระทำที่ตอบสนองต่อประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใด ไม่ว่าจะเป็น บิดา มารดา ผู้ปกครอง คู่สมรส หรือบุคคลอื่น ๆ ดังนั้น การกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาต้องคำนึงถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิของคนพิการทางสติปัญญา และป้องกันไม่ให้เกิดกระบวนการในการทำหมั้นดังกล่าวกระทำได้ง่าย และให้สามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาประโยชน์สูงสุดได้ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เพื่อไม่ให้เกิดการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน สิทธิมนุษยชน และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนพิการทางสติปัญญา

จากการศึกษาภาพรวมในกฎหมายของประเทศไทย ไม่พบหลักเกณฑ์ที่กำหนดการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยในการทำหมั้นไว้โดยเฉพาะ จึงต้องกลับมาพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปพบว่า ไม่มีการกำหนดบทบัญญัติทางกฎหมายเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดดังกล่าว ทำให้ประโยชน์สูงสุดอยู่ในรูปของจริยธรรมวิชาชีพที่แพทย์และบุคลากรทางการแพทย์จะต้องเป็นไปตามคำประกาศสิทธิและข้อพึงปฏิบัติของผู้ป่วยที่สมาคมวิชาชีพแพทย์ร่วมกันออกคำประกาศดังกล่าว ปัญหาที่เกิดขึ้นคือไม่มีหลักเกณฑ์และแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้น ทำให้ขาดความแน่นอน และอาจมีประโยชน์ของผู้ที่มีส่วนได้เสียเข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการตัดสินใจทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาได้

ในส่วนของการกำหนดประโยชน์สูงสุดของประเทศอังกฤษ การรักษาพยาบาลโดยทั่วไปเป็นหลักทางวิชาชีพที่แพทย์จะต้องทำการรักษาพยาบาลเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย แต่สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญานั้น ประเทศอังกฤษไม่มีหลักเกณฑ์การพิจารณาประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นเช่นกัน แต่ขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณา ซึ่งศาลในประเทศอังกฤษก็มีการพิจารณาไปตามแต่ละคดีแตกต่างกันออกไปตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับคนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคล บางกรณีศาลมองว่าการทำหมั้นเพราะเหตุความกลัวว่าบุตรชายที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาจะไปมีเพศสัมพันธ์กับหญิงอื่นและทำให้หญิงอื่นตั้งครรภ์ไม่ใช่ประโยชน์

สูงสุดของบุตรชาย²⁰ หรือการที่มารดากังวลว่าบุตรสาวของตนจะถูกล่อลวงไปในทางชู้สาว และอาจเกิดการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์จนทำให้คลอดทารกที่มีความพิการทางสติปัญญาออกมาไม่ใช่การรักษาพยาบาล และไม่มีคามจำเป็นเพียงพอจึงไม่ใช่ประโยชน์สูงสุดในการทำหมัน²¹ หรือการทำหมันเพราะเหตุที่บุตรสาวที่มีความพิการทางการเรียนรู้ มีอาการปวดท้องอย่างรุนแรงจากการมีประจำเดือนไม่ใช่ประโยชน์สูงสุดในการทำหมัน และเสนอว่าการใช้ห่วงอนามัยเป็นทางเลือกที่เหมาะสมมากกว่าการทำหมัน²² บางกรณีศาลอนุญาตให้ทำหมันได้เนื่องจากเห็นว่าจะจะเป็นประโยชน์ต่อสุขภาพอนามัยของผู้ป่วยทางจิตและศาลมองว่าเป็นการพัฒนาคุณภาพชีวิตของผู้ป่วยทางจิตให้ดีขึ้น²³ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการพิจารณาประโยชน์สูงสุดในการทำหมันคนพิการทางสติปัญญาของประเทศอังกฤษไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนตายตัว และให้ศาลเป็นผู้พิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป จึงสรุปได้ว่า ประเทศอังกฤษไม่มีการกำหนดประโยชน์สูงสุดในการทำหมันไว้โดยเฉพาะ มีเพียงพระราชบัญญัติ Mental Capacity Act 2005 กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้างๆในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดสำหรับการตัดสินใจแทนบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 ที่กำหนดให้การพิจารณาประโยชน์สูงสุดจะต้องพิจารณาประกอบกับพฤติกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ไม่ใช่การพิจารณาเพียงแค่อายุ ภาวะลักษณะ ลักษณะ หรือพฤติกรรมของบุคคลนั้นเท่านั้น และจะต้องหลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติ

เช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์ที่ไม่ได้ระบุรายละเอียดการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมันคนพิการไว้อย่างชัดเจน มีเพียงหลักในการกำหนดให้ศาลเป็นผู้พิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมันคนพิการทางสติปัญญาเท่านั้น ตามที่ระบุไว้ใน The Voluntary Sterilization Act 2013 (Singapore) ใน ข้อ 3(2) “...the court makes an order declaring that such treatment is necessary in the best interest of that person...”

ในส่วนของประเทศออสเตรเลียจากการศึกษาที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาบทบัญญัติของรัฐ Victoria พบว่า ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดในการทำหมันไว้โดยตรง เช่นเดียวกัน มีเพียงการระบุให้พิจารณาประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย แต่ผู้เขียนพบว่า การกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของประเทศออสเตรเลียในส่วนของรัฐ South Australia มี

²⁰ Re A (medical treatment: male sterilisation) [2000] 1 FLR 549, [2000] 1 FCR 193

²¹ Re D (A Minor) (Wardship: Sterilization) (1976) Fam 185.

²² Re S (Adult Patient: Sterilisation) [2000] 3 WLR 1288 CA.

²³ RE F (MENTAL PATIENT: STERILISATION): HL 4 MAY 1989 [1990] 2 AC 1, [1989] 2 WLR 1025, [1989] 2 All ER 545, CA and HL(E)

ความน่าสนใจ โดยได้ระบุอยู่ใน The Guardianship and Administration Act มาตรา 61(2)²⁴ เอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยให้คำนึงถึงความจำเป็นในการทำหมั้น ต้องเป็นที่แน่ใจว่าบุคคลที่ถูกทำหมั้นเป็นบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองอย่างถาวร เป็นผู้ที่มีความสามารถที่จะตั้งครุกรรมและให้กำเนิดบุตรได้ ประกอบกับมีภาวะหรือแนวโน้มที่จะมีกิจกรรมทางเพศ และต้องไม่มีวิธีการอื่นใดในการคุมกำเนิดที่เหมาะสมไปกว่าการทำหมั้น นอกจากนี้ ในกรณีของการทำหมั้นเพื่อหยุดยั้งการมีประจำเดือนในเพศหญิงจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของหญิงนั้นโดยตรง และเป็นวิธีเดียวที่เหมาะสมในการจัดการกับปัญหาการมีประจำเดือน ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ของรัฐ South Australia มีความชัดเจนและสามารถครอบคลุมถึงคนพิการทางสติปัญญาทั้งเพศหญิงและเพศชาย ทำให้คนพิการทางสติปัญญาทุกเพศได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกัน

ลักษณะเดียวกันกับประเทศเยอรมนีที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็นในการทำหมั้นบุคคลที่ไม่มีความสามารถเอาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 1905²⁵ จากที่

²⁴ The Guardianship and Administration Act

Section 61—Prescribed treatment not to be carried out without Tribunal's consent

(2) The Tribunal cannot consent to a sterilisation unless—

(a) it is satisfied that it is therapeutically necessary for the sterilisation to be carried out on the person; or

(b) it is satisfied—

(i) that there is no likelihood of the person acquiring at any time the capacity to give an effective consent; and

(ii) that the person is physically capable of procreation; and

(iii) that—

(A) the person is, or is likely to be, sexually active, and there is no method of contraception that could, in all the circumstances, reasonably be expected to be successfully applied; or

(B) in the case of a woman, cessation of her menstrual cycle would be in her best interests and would be the only reasonably practicable way of dealing with the social, sanitary or other problems associated with her menstruation,

and has no knowledge of any refusal on the part of the person to consent to the carrying out of the sterilisation, being a refusal that was made by the person while capable of giving effective consent and that was communicated by the person to a medical practitioner.

²⁵ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) Section 1905: Sterilisation

กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า การทำหมันในผู้เยาว์ไม่ว่าจะมีความพิการทางสติปัญญา ด้วยหรือไม่ก็ตามไม่สามารถกระทำได้เลยโดยไม่ต้องพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุด และในกรณีของคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง จะต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเท่านั้น คือ ต้องเป็นกรณีที่หากไม่มีการทำหมันจะทำให้คนพิการทางสติปัญญาตั้งครรรค์ และการตั้งครรรค์นั้นจะเป็นอันตรายต่อชีวิตของหญิงที่ตั้งครรรค์ หรือมีอันตรายร้ายแรง ต่อสุขภาพร่างกายหรือจิตใจ ซึ่งไม่สามารถป้องกันด้วยวิธีอื่นใดได้อย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตาม การกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็น ในการทำหมันของประเทศเยอรมนี มีข้อสังเกตว่าเป็นการระบุงการพิจารณาความจำเป็นที่เกิดขึ้นสำหรับกรณีการทำหมันบุคคลที่ไม่มีความสามารถในเพศหญิงเท่านั้น โดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่สามารถครอบคลุมไปถึงเพศชายด้วย ซึ่งปัญหาการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญานั้นแม้ว่าส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นในเพศหญิงก็ตามแต่ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้เท่าเทียมกันกล่าวคือต้องกำหนดถึงคนพิการทางสติปัญญาหรือบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจที่เป็นเพศชายด้วย

(1) Where the operation is a sterilisation of the person under custodianship to which the person may not consent, the custodian may consent only if

1. the sterilisation is not inconsistent with the intention of the person under custodianship,
2. the person under custodianship will permanently remain incapable of consenting,
3. it is to be assumed that without the sterilisation there would be a pregnancy,
4. as a result of this pregnancy a danger for the life of the pregnant woman or the danger of a serious adverse effect on her physical or psychological state of health were to be expected which could not be prevented in a reasonable way, and
5. the pregnancy cannot be prevented by other reasonable means.

A serious danger for the psychological state of health of the pregnant woman also includes the danger of serious and persistent suffering which would threaten her because custodianship court measures which would entail separating her from her child (sections 1666 and 1666a) would have to be taken against her.

(2) The consent must be approved by the custodianship court. The sterilisation may not be carried out until two weeks after the approval takes effect. In the sterilisation, preference is always to be given to the method that permits a refertilisation.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ตามที่ได้ศึกษาประเด็นปัญหาการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาตามกฎหมายไทยพบว่า บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการการให้ความยินยอมในการทำหมั้นของคนพิการทางสติปัญญาในปัจจุบันยังไม่ชัดเจนและไม่ได้ให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอ จึงควรมีการปรับปรุงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายให้สอดคล้องกับความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดของคนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคล ซึ่งเป็นไปตามสมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศพบว่า แต่ละประเทศมีการพัฒนากฎหมายเพื่อแก้ปัญหาในกระบวนการการให้ความยินยอมในการทำหมั้นที่แตกต่างกัน และมีความคิดริเริ่มร่วมกันในการพัฒนาให้การทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาเป็นปัญหาที่ต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่คนพิการทางสติปัญญา จากการศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาของทั้ง 5 ประเทศ ได้แก่ ประเทศไทย ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเยอรมนี ผู้เขียนจึงมีบทสรุปในแต่ละประเด็นที่ได้ทำการศึกษาดังต่อไปนี้

5.1.1 การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล

สำหรับประเด็นการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล เมื่อศึกษาภาพรวมพบว่า ทุกประเทศมีการกำหนดให้มีการขอความยินยอมในการรักษาพยาบาล โดยบุคลากรทางการแพทย์จะต้องแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาให้ผู้ป่วยทราบอย่างเพียงพอเพื่อให้ผู้ป่วยตัดสินใจว่าจะให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลหรือไม่ แต่ในส่วนของการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญานั้นกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในกระบวนการการให้ความยินยอมที่แตกต่างจากการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป แต่สำหรับประเทศอื่น ๆ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเยอรมนี มีการกำหนดให้การทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญา มีกระบวนการการให้ความยินยอมที่พิเศษ และแตกต่างจากการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่ว ๆ ไป โดยมองว่าการทำหมั้นในบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจได้ด้วยตนเองจะต้องมีกระบวนการพิเศษที่จะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิมนุษยชน มีความร้ายแรงต่อชีวิต ร่างกาย และการดำเนินชีวิตต่อไปในอนาคตของผู้ที่ถูกทำหมั้น เพราะจะทำให้บุคคลดังกล่าวเป็นหมั้นไปตลอดชีวิต และไม่สามารถแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพเดิมได้อีก นอกจากนี้ประเด็นปัญหาการ

บังคับทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก ทำให้มีการขอความร่วมมือระหว่างประเทศในการกำหนดกฎเกณฑ์การทำหมันให้ชัดเจนเพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิของคนพิการ

ส่วนของกฎหมายไทยในภาพรวมหากพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะพบว่าไม่มีการกำหนดถึงการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลไว้ แต่ถูกกำหนดอยู่ในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ซึ่งวางหลักเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ไม่ได้กำหนดกรณีการทำหมันไว้โดยเฉพาะ แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับการขอความยินยอมในการทำหมันอยู่ในพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 ซึ่งกำหนดเพียงให้การทำหมันจะต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยเป็นหนังสือเท่านั้น ไม่มีหลักเกณฑ์กำหนดถึงกระบวนการให้ความยินยอมหรือการแสดงให้เห็นว่าการทำหมันจะต้องมีขั้นตอนที่พิเศษแตกต่างจากการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป และเป็นการกำหนดเอาไว้สำหรับผู้ที่มีความผิดปกติทางจิตจึงเกิดความไม่ชัดเจนในการตีความให้ครอบคลุมถึงคนพิการทางสติปัญญาด้วย ด้วยความไม่ชัดเจนเช่นนี้จึงทำให้กระบวนการในการให้ความยินยอมในการทำหมันคนพิการทางสติปัญญาสามารถทำได้โดยง่าย ไม่แตกต่างจากการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป และทำให้คนพิการทางสติปัญญาในประเทศไทยถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน สิทธิมนุษยชน และละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และยิ่งไปกว่านั้นทำให้มีการพาคนพิการทางสติปัญญาจากต่างประเทศเข้ามาทำหมันในประเทศไทยได้โดยง่ายเช่นกัน

จากการศึกษาจึงสรุปได้ว่าประเทศไทยไม่มีกฎหมายกำหนดให้การให้ความยินยอมในการทำหมันกรณีเป็นคนพิการทางสติปัญญามีความแตกต่างจากการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป การทำหมันคนพิการทางสติปัญญาจึงสามารถเกิดขึ้นได้โดยง่าย โดยการขอความยินยอมจากบุคคลอื่นแทน ทำให้คนพิการทางสติปัญญาเป็นผู้ถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน สิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และประเทศไทยยังไม่มีหน่วยงานใดคอยให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองสิทธิให้แก่คนพิการทางสติปัญญาต่อปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างชัดเจน

ในส่วนของประเทศอังกฤษกำหนดให้การทำหมันบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจเป็นการรักษาพยาบาลที่ความร้ายแรง (Serious medical treatment) เนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้ป่วยมีแนวโน้มสูงที่จะได้รับภาระและรับความเสี่ยงจากการรักษาพยาบาล และจะต้องใช้ความระมัดระวังในการเลือกทางเลือกในการรักษา รวมถึงมีขั้นตอนการรักษาพยาบาลที่จะส่งผลกระทบต่อผู้ป่วยก่อให้เกิดความทุกข์ทรมาน และมีผลกระทบสำคัญในการเลือกใช้ชีวิตในอนาคตของผู้ป่วย ทั้งนี้จะต้องเป็นการทำหมันที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการคุมกำเนิด ไม่ใช่เพื่อการรักษาพยาบาลในลักษณะเพื่อ

การบำบัดรักษาโรค ซึ่งกระบวนการให้ความยินยอมสำหรับกรณีการทำหมันบุคคลที่ไม่มี
ความสามารถในการตัดสินใจจะแตกต่างจากการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป ซึ่งจะมีคนกลางเข้ามาเป็นผู้
พิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดที่จะเกิดขึ้นแก่คนพิการทางสติปัญญา

ประเทศออสเตรเลียมีการกำหนดให้การทำหมันในบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ
ให้ความยินยอมเป็นการรักษาพยาบาลที่จะต้องมีการพิจารณาพิเศษ (Special Medical Procedure)
โดยการให้ความยินยอมดังกล่าวจะต้องถูกพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดโดยจะต้องได้รับ
อนุญาตจากศาล

ในส่วนของประเทศสิงคโปร์มีการบัญญัติพระราชบัญญัติความสมัครใจในการทำหมัน (Voluntary
Sterilisation Act) วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการการทำหมันไว้โดยเฉพาะเป็นลายลักษณ์อักษร
วางกรอบเกี่ยวกับการทำหมันสำหรับบุคคลทุกคน แต่สำหรับบุคคลที่ขาดความสามารถในการ
ตัดสินใจรูปแบบการให้ความยินยอมก็จะแตกต่างจากการให้ความยินยอมในการทำหมันของบุคคล
ทั่วไป โดยจะต้องได้รับอนุมัติจากศาล เพื่อให้ศาลได้ทำการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุด

ประเทศเยอรมนีมีการบัญญัติเรื่องการให้ความยินยอมในการทำหมันแยกออกมาจากการ
รักษาพยาบาลโดยทั่วไป และบัญญัติหลักเกณฑ์ในการให้ความยินยอมไว้อย่างชัดเจนในประมวล
กฎหมายแพ่งเยอรมนี (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) รวมถึงมีบทบัญญัติห้ามทำหมันในผู้เยาว์ทุก
กรณี และบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการทำหมันสำหรับบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่
ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง แสดงให้เห็นว่าประเทศเยอรมนีให้
ความสำคัญ และมองว่าการทำหมันผู้เยาว์และบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจจะต้องมี
หลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป

ในประเด็นการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลที่กำหนดให้การทำหมันสำหรับบุคคลที่
ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจซึ่งรวมถึงการเป็นคนพิการทางสติปัญญามีกระบวนการให้ความ
ยินยอมที่พิเศษแตกต่างจากการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยปกติทั่วไป ตามแนวทางที่
กำหนดไว้ในประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเยอรมนี ส่งผลให้คน
พิการทางสติปัญญาได้รับความคุ้มครองอย่างชัดเจน และมีมุมมองว่าการทำหมันเป็นการกระทำที่มี
ผลกระทบร้ายแรงต้องใช้ความระมัดระวังสำหรับบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ นอกจากนี้
ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่มีบทบัญญัติทางกฎหมายที่ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในส่วนของกรณี

ห้ามไม่ให้มีการทำหมันในผู้เยาว์ทุกกรณี ทำให้ผู้เยาว์ไม่ว่าจะเป็นคนพิการทางสติปัญญาหรือคนปกติ ได้รับความคุ้มครองในสิทธิต่าง ๆ ไม่ให้ถูกทำหมันในวัยที่ยังไม่สมควรที่จะต้องทำหมัน

5.1.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมัน

5.1.2.1 ความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมันกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์

ประเทศไทยไม่ได้กำหนดเรื่องความสามารถของผู้เยาว์ในการให้ความยินยอมทำหมันไว้โดยตรง และเมื่อพิจารณาความสามารถของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการทำนิติกรรม ไม่ใช่ความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อรักษาพยาบาลหรือทำหมัน และในส่วนของกฎหมายที่อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ไม่พบหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถของผู้เยาว์เกี่ยวกับการทำหมันโดยตรง "ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยทาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้" ความไม่ชัดเจนนี้จึงทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญา เนื่องจากไม่มีหลักเกณฑ์ว่าผู้ที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้จะต้องมีลักษณะอย่างไร

สำหรับพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 ที่กำหนดให้ผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตจะต้องให้ความยินยอมในการทำหมันด้วยตนเองเป็นหนังสือ แต่มีข้อยกเว้นว่า "ในกรณีที่ผู้ป่วยมีอายุไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์ หรือขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมรับการบำบัดรักษา ให้คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้น แล้วแต่กรณี เป็นผู้ให้ความยินยอมแทน" จึงเกิดปัญหาว่าการให้ความยินยอมในการทำหมันจะต้องมีกระบวนการอย่างไร กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์จะถือว่าเป็นผู้ที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมทำหมันด้วยหรือไม่ และคนพิการทางสติปัญญาจะถือว่าเป็นผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายด้วยหรือไม่

ในส่วนของประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลียไม่ได้กำหนดเรื่องความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมันของผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาไว้โดยตรง จึงต้องพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เยาว์สำหรับการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป ซึ่งหลักเกณฑ์เป็นไปตามคดี Gillick v West Norfolk and Wisbech Health Authority [1986] ผู้เยาว์จะมี

ความสามารถให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลหากเชื่อได้ว่าเป็นผู้ที่มีสติปัญญาที่สมบูรณ์ และเป็นบุคคลที่มีความสามารถที่จะเข้าใจข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาล

ประเทศสิงคโปร์กำหนดเรื่องความสามารถของผู้เยาว์ในการให้ความยินยอมทำหมันไว้ใน Voluntary Sterilization Act 2013 มาตรา 3(2) โดยไม่ได้ระบุเฉพาะคนพิการทางสติปัญญาไว้โดยตรง แต่กำหนดความสามารถสำหรับผู้เยาว์ที่มีภาวะบกพร่องทางจิตใจหรือสมอง ไม่ว่าผู้เยาว์นั้น จะบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสแล้วหรือไม่ก็ตามก็ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมันได้ด้วยตนเอง

ประเทศเยอรมนี สำหรับความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมันของผู้เยาว์นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีกำหนดไว้ชัดเจนว่าห้ามไม่ให้ทำหมันในผู้เยาว์ ส่งผลให้ผู้เยาว์ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมันได้ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีความชัดเจนสอดคล้องกับแนวคิดสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผู้เยาว์ไม่ให้ถูกทำหมันก่อนวัยอันควรไม่ว่าจะเป็นผู้เยาว์ที่เป็นคนปกติหรือผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาก็ตาม

5.1.2.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมันกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะ

ในประเด็นความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดความสามารถของคนวิกลจริต คนเสมือนไร้ความสามารถ หรือคนไร้ความสามารถ เป็นการกำหนดคุ้มครองเกี่ยวกับการทำนิติกรรมไม่ใช่การกำหนดเรื่องความสามารถในการให้ความยินยอมให้รักษาพยาบาลหรือการทำหมัน จึงไม่สามารถนำไปใช้พิจารณากับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลรวมถึงการให้ความยินยอมในการทำหมันของคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะได้

ในส่วนของพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ไม่ได้ระบุถึงความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาไว้โดยตรง มีเพียงการกำหนดข้อยกเว้นที่แพทย์ไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้รับบริการสาธารณสุขในกรณี “ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้” ซึ่งไม่ชัดเจนว่าคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วจะถือว่าไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลหรือไม่

สำหรับพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 ที่กำหนดให้ผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตจะต้องให้ความยินยอมในการทำหมันด้วยตนเองเป็นหนังสือ แต่มีข้อยกเว้นว่า “ในกรณีที่ผู้ป่วยขาด

ความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมรับการบำบัดรักษา ให้คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้น แล้วแต่กรณี เป็นผู้ให้ความยินยอมแทน” จึงเกิดปัญหาว่าการให้ความยินยอมในการทำหมั้นจะต้องมีกระบวนการอย่างไร กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วจะถือว่าเป็นผู้ที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมทำหมั้นด้วยหรือไม่ และคนพิการทางสติปัญญาจะถือว่าเป็นผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายด้วยหรือไม่

ประเทศอังกฤษวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเองของบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วใน Mental Capacity Act 2005 โดยไม่ได้ระบุเฉพาะคนพิการทางสติปัญญาหรือผู้ที่มีความบกพร่องทางจิตไว้โดยตรง และให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้ที่มีความสามารถในการตัดสินใจได้ด้วยตนเอง จนกว่าจะได้รับการพิสูจน์แล้วว่าเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจตามหลักเกณฑ์ที่ว่า บุคคลนั้นไม่สามารถตัดสินใจในเหตุการณ์นั้น ๆ ในเวลาที่เหมาะสมได้เนื่องจากสูญเสียสมรรถภาพในกระบวนการทำงานของจิตใจหรือสมอง และเป็นบุคคลผู้ซึ่งไม่สามารถเข้าใจข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจได้ ไม่สามารถจดจำข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจได้ ไม่สามารถใช้หรือนำข้อมูลนั้นไปชั่งน้ำหนักพิจารณาเพื่อเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการตัดสินใจ หรือเป็นบุคคลที่ไม่สามารถสื่อสารการตัดสินใจของตนเองออกไปได้ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ ก็ตาม

ในทำนองเดียวกันกับประเทศออสเตรเลียที่มีพระราชบัญญัติมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลภายหลังได้รับการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลไว้ใน Mental Health Act 2014 ซึ่งไม่ได้กำหนดเฉพาะเรื่องการทำหมั้น และไม่ได้กำหนดให้คนพิการทางสติปัญญาเป็นคนที่ไม่มีความสามารถโดยตรง ซึ่งการจะเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมรักษาพยาบาล คือ บุคคลที่ไม่สามารถเข้าใจข้อมูลที่ได้รับเพื่อการตัดสินใจรับการรักษาพยาบาล ไม่สามารถจดจำข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาลได้ ไม่สามารถใช้ข้อมูลที่ได้รับนั้นเพื่อการชั่งน้ำหนักพิจารณาวิเคราะห์การตัดสินใจของตนเองได้ และไม่สามารถสื่อสารการตัดสินใจของตนเองออกมาได้ ไม่ว่าจะด้วยวาจา แสดงลักษณะท่าทาง การให้สัญญาณ หรือด้วยวิธีอื่นใด

ประเทศสิงคโปร์มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ Mental Capacity Act 2010 คือ จะต้องพิจารณาว่าเป็นบุคคลที่ไม่สามารถตัดสินใจเกี่ยวกับเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งในเวลาที่จำเป็นที่จะต้องทำการตัดสินใจ เนื่องจากมีความบกพร่องหรือความผิดปกติของการทำงานของจิตใจหรือสมอง และไม่สามารถเข้าใจข้อมูลที่เกี่ยวข้อง

กับการตัดสินใจ ไม่สามารถจดจำข้อมูลดังกล่าว ไม่สามารถใช้หรือชั่งน้ำหนักข้อมูลต่าง ๆ เพื่อประกอบการตัดสินใจ หรือ ไม่สามารถในการสื่อสารเจตนาของตนเอง ไม่ว่าจะด้วยวิธีการพูด การใช้สัญลักษณ์ทางภาษา หรือวิธีการอื่นใดได้ ซึ่ง Voluntary Sterilization Act 2013 กำหนดให้หลักการพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจดังกล่าวนำไปใช้กับความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมันด้วย

ประเทศเยอรมนี ไม่ได้กำหนดให้คนพิการทางสติปัญญาเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมันไว้โดยตรงเช่นกัน ซึ่งบุคคลที่ไม่มีความสามารถจะต้องได้รับการพิจารณาโดยศาล Custodianship Court เป็นผู้ใช้ดุลพินิจ นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีกำหนดให้พิจารณาการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ผู้ป่วยจะต้องอยู่ในภาวะที่สามารถเข้าใจข้อมูลการรักษาได้โดยแพทย์จะต้องเป็นผู้มีหน้าที่แจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลดังกล่าวเพื่อขอความยินยอมจากผู้ป่วย หากพบว่าผู้ป่วยไม่มีความสามารถในการเข้าใจข้อมูลดังกล่าวแพทย์ก็จะต้องการขอความยินยอมจากผู้ที่มีสิทธิตามกฎหมายต่อไป

5.1.2.3 ปัญหาบทนิยามทางกฎหมายในการกำหนดความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อทำหมัน

สำหรับการกำหนดบทนิยามทางกฎหมายในการกำหนดความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อทำหมันในภาพรวมพบว่า ไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าคนพิการทางสติปัญญาเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมทำหมันโดยตรง แต่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่พิจารณาความสามารถของแต่ละบุคคลสำหรับบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิตหรือสมอง โดยไม่ได้กำหนดประเภทความพิการเฉพาะเจาะจง ทำให้การพิจารณาเกี่ยวกับความยินยอมในการทำหมันสามารถนำไปคุ้มครองคนพิการทางสติปัญญาได้ด้วย

ในส่วนของกฎหมายไทยในภาพรวม ไม่ได้กำหนดให้คนพิการทางสติปัญญาเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลไว้โดยตรง จึงสามารถตีความได้ครอบคลุมถึงคนพิการทางสติปัญญาได้เฉพาะกรณีการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป แต่สำหรับกรณีการให้ความยินยอมในการทำหมันนั้น ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 กำหนดไว้เฉพาะสำหรับการทำหมันเพื่อการบำบัดรักษาบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิต โดยพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดให้ “ความผิดปกติทางจิต หมายความว่า อาการผิดปกติของจิตใจที่แสดงออกมาทางพฤติกรรม อารมณ์ ความคิด สติปัญญา ประสาทการรับรู้ หรือการรู้เวลา สถานที่ หรือบุคคล รวมทั้งอาการผิดปกติของจิตใจที่เกิดจากสุราหรือสารอื่นที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท” ซึ่งไม่ชัดเจนว่า

สามารถรวมไปถึงคนพิการทางสติปัญญาได้ด้วยหรือไม่ ทำให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายเกิดขึ้น ส่งผลให้การพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นของคนพิการทางสติปัญญา มีความไม่ชัดเจน และการให้ความคุ้มครองยังไม่เพียงพอสำหรับคนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคลที่มีระดับความพิการแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม บทนิยามทางกฎหมายควรจะต้องมีความชัดเจนเพื่อให้เกิดการปรับใช้กฎหมายเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

ประเทศอังกฤษกำหนดให้ผู้ที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจเป็นกรณีที่มีสาเหตุมาจากการสูญเสียสมรรถภาพหรือมีภาวะผิดปกติในกระบวนการทางงานจิตใจหรือสมอง โดยไม่ได้กำหนดว่าจะเป็นคนพิการทางจิต หรือคนพิการทางสติปัญญาโดยตรง แต่จากการกำหนดถ้อยคำดังกล่าวทำให้คนพิการทางสติปัญญาได้รับความคุ้มครองในการพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมั้นได้ด้วย

ประเทศสิงคโปร์เป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์การพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจในการทำหมั้นที่ชัดเจนโดยกำหนดว่าบุคคลจะไม่สามารถต่อเมื่อเป็นบุคคลที่ไม่สามารถตัดสินใจในเหตุกาณ์ใด ๆ ในเวลาที่เหมาะสมได้ เนื่องจากความบกพร่องหรือความผิดปกติของการทำงานของจิตใจหรือสมอง ซึ่งก็สามารถรวมไปถึงคนพิการทางสติปัญญาได้ด้วยเช่นกัน

ประเทศออสเตรเลียมีการกำหนดหลักเกณฑ์ความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลไว้ใน Mental Capacity Act แม้ไม่ได้กำหนดว่าจะต้องเป็นบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิตหรือสมองเหมือนประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์ แต่ก็วางหลักเกณฑ์โดยการพิจารณาความสามารถในการเข้าใจ จดจำ พิจารณา และการสื่อสารการตัดสินใจให้ความยินยอมของตนเอง ซึ่งทำให้คนพิการทางสติปัญญาได้รับความคุ้มครองสำหรับการพิจารณาความสามารถได้ด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ในคำร้อง Application for Special Medical Procedure ที่ขอให้ศาลช่วยพิจารณาการทำหมั้นที่ได้มีนิยามของบุคคลที่จะถือว่าเป็นผู้ป่วยตามคำร้องดังกล่าว โดยให้หมายความรวมถึง คนพิการทางสติปัญญา (Intellectual Impairment) คนที่มีความบกพร่องทางจิต (Mental Disorder) ภาวะสมองบาดเจ็บ (Brain Injury) คนพิการทางร่างกาย (Physical Disability) ผู้ป่วยโรคสมองเสื่อม (Dementia)

ประเทศเยอรมนีมีการกำหนดลักษณะของบุคคลที่ขาดความสามารถในการให้ความยินยอมตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี ได้แก่ บุคคลที่ไม่สามารถที่จะจัดการกิจการของตนได้ทั้งหมดหรือบางส่วนเพราะเหตุมีอาการป่วยทางจิต (Mental Illness) มีความบกพร่องทางร่างกาย (Physical) จิตใจ หรือ จิตวิทยา (Mental or Psychological Handicap) จะเห็นได้ว่าการกำหนดความสามารถ

ในการทำกิจการต่าง ๆ ประเทศเยอรมนีไม่ได้กำหนดถึงความพิการทางสติปัญญาเอาไว้ แต่การพิจารณาความสามารถดังกล่าวกฎหมายเปิดช่องให้ศาล Custodianship court สามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาความสามารถได้ ซึ่งศาลอาจสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาไปถึงคนพิการทางสติปัญญาได้

จากผลการศึกษาดังกล่าวจึงสรุปได้ว่า ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย และ ประเทศสิงคโปร์ กำหนดบทนิยามของบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจที่สามารถครอบคลุมถึงคนพิการทางสติปัญญาได้ด้วย โดยไม่ได้จำกัดเพียงแค่ผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตเท่านั้น ส่วนประเทศเยอรมนีแม้จะไม่ได้ระบุถึงคนพิการทางสติปัญญา แต่ระบุเฉพาะบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิต ผู้ป่วยทางจิต และผู้พิการทางร่างกาย แต่การพิจารณาความสามารถนั้นจะต้องได้รับการพิจารณาโดยศาล ซึ่งศาลอาจใช้ดุลพินิจพิจารณาความสามารถของคนพิการทางสติปัญญาในการทำกิจการต่าง ๆ ของตน ไม่ว่าจะเป็น ด้านสุขภาพ ชีวิตความเป็นอยู่ หรือด้านทรัพย์สิน เป็นต้น ในส่วนของประเทศไทยนั้น ความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นกำหนดไว้เฉพาะกรณีของผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตซึ่งทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการตีความในการคุ้มครองให้ครอบคลุมไปถึงคนพิการทางสติปัญญาด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหมั้นในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ให้ครอบคลุมไปถึงคนพิการทางสติปัญญาให้ชัดเจน รวมถึงบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมประเภทอื่น ๆ เพื่อให้ความคุ้มครองบุคคลอื่น ๆ ที่ประสบกับปัญหาการให้ความยินยอมในการทำหมั้น ไม่เพียงเฉพาะกรณีคนพิการทางสติปัญญาเท่านั้น โดยจะไม่นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหมั้นตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิตมาใช้พิจารณากับกรณีการทำหมั้นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอม

5.1.3 ปัญหาสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น

5.1.3.1 กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์

กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูและอำนาจปกครองบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดหน้าที่ให้บิดามารดามีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร และมีอำนาจปกครองบุตร แต่ไม่ได้บัญญัติเรื่องการพาบุตรไปทำหมั้นหรือการให้ความยินยอมแทนบุตรในการทำหมั้นไว้โดยเฉพาะ ในส่วนของพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการรับบริการสาธารณสุขไว้โดยไม่ได้ระบุเรื่องการทำหมั้นโดยเฉพาะเช่นกัน อย่างไรก็ตามมีการกำหนดสิทธิในการรับทราบข้อมูลแทนผู้รับบริการที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ ได้แก่ ทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ และผู้อนุบาลของผู้รับบริการ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 ที่กำหนดให้การทำ

หมั้นในผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยเป็นหนังสือ แต่หากผู้ป่วยมีอายุไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์ กำหนดให้บุคคลผู้มีสิทธิในการให้ความยินยอมในการบำบัดรักษาแทน ได้แก่ คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้น

ในส่วนของประเทศอังกฤษจากการศึกษาไม่พบว่ามีข้อกำหนดให้บุคคลใดมีสิทธิในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทนผู้เยาว์โดยตรง บิดามารดามีเพียงสิทธิในการให้ความยินยอมแทนผู้เยาว์สำหรับการรักษาพยาบาล แต่จากคำพิพากษาของศาลอังกฤษในคดี Re D (Minor) (Wardship: Sterilisation) (1976) Fam 185 พบว่าศาลตัดสินว่าการทำหมั้นที่เกิดจากความกังวลว่าผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาจะถูกล่อลวงและอาจเกิดการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ ไม่ใช่การทำหมั้นเพื่อการรักษาพยาบาล จึงอาจกล่าวได้ว่าบิดามารดาไม่มีสิทธิในการให้ความยินยอมแทนผู้เยาว์ที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาได้

เช่นเดียวกับประเทศออสเตรเลียมีคำพิพากษาในคดี Secretary Department of Health and Community Services v. JWB and SMB (1992) วางหลักไว้ว่าบิดามารดาไม่สามารถให้ความยินยอมในการทำหมั้นผู้เยาว์ได้ และจะต้องมีคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ใช้ดุลพินิจในการให้ความยินยอมในการทำหมั้น จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาของศาลในคดีดังกล่าวไม่ได้ห้ามไม่ให้ทำหมั้นในผู้เยาว์ แต่กระบวนการการทำหมั้นในผู้เยาว์นั้นจะต้องขออนุญาตจากศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาเป็นรายบุคคลไป ซึ่งจากการศึกษาพบว่าคำพิพากษาที่อนุญาตให้ทำหมั้นในผู้เยาว์ได้เช่นกัน ในคดี Re: Angela (2010) Fam CA (98) ศาลได้อนุญาตให้ทำหมั้นในเด็กหญิงที่มีอายุ 11 ปี ที่มีความพิการทางสติปัญญา เนื่องจากเห็นว่ามี ความจำเป็นในด้านปัญหาสุขภาพของเด็กรวมทั้งและศาลเห็นว่าการทำหมั้นจะเป็นประโยชน์สูงสุด

ประเทศสิงคโปร์ ไม่ได้มีการแยกการพิจารณาโดยการพิจารณาอายุและความบรรลุนิติภาวะอย่างชัดเจน แต่เป็นการกำหนดในกรณีบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจที่สมรสแล้ว ให้คู่สมรสมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาล High Court หรือ Family Court เป็นผู้พิจารณาประโยชน์สูงสุดและอนุญาตให้ทำหมั้น แต่หากยังไม่ได้สมรสให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองอย่างน้อยหนึ่งคนมีสิทธิยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาการทำหมั้น

ประเทศเยอรมนีบัญญัติห้ามไม่ให้ทำหมั้นในผู้เยาว์ และไม่ว่าบิดามารดา หรือผู้ปกครองก็ไม่สามารถให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทนผู้เยาว์ได้

5.1.3.2 กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว

สำหรับประเด็นสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วในภาพรวมพบว่า สิทธิจะตกอยู่กับบุคคลสองกลุ่ม กลุ่มที่หนึ่ง คือ บุคคลที่มีความใกล้ชิดกับคนพิการทางสติปัญญา ไม่ว่าจะเป็น บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือทายาท เป็นต้น และกลุ่มที่สอง คือ หน่วยงานกลางซึ่งจากการศึกษาพบว่ากำหนดให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญา

ในส่วนของกฎหมายไทยโดยภาพรวมนั้น ไม่ได้กำหนดให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา และไม่ได้มีการกำหนดสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญาไว้โดยตรง แต่จากพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 กำหนดสิทธิในการรับทราบข้อมูลเกี่ยวกับการรับบริการสาธารณสุขแทนบุคคลที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ให้แก่ ทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการ และพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 กำหนดสิทธิในการให้ความยินยอมแทนบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจในการบำบัดรักษา ให้แก่ คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแล

ด้วยลักษณะกฎหมายของประเทศไทยที่ไม่ได้กำหนดเรื่องสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญาไว้โดยเฉพาะทำให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดสามารถให้ความยินยอมในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาได้ จึงเกิดปัญหาในการใช้สิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องและการพิจารณาประโยชน์ของคนพิการที่ถูกทำหมั้นว่าการตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมั้นนั้นเกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ของคนพิการทางสติปัญญาเองโดยตรงหรือไม่ นอกจากนี้ในกรณีที่เป็นคนพิการทางสติปัญญาบรรลุนิติภาวะแล้วอำนาจปกครองบุตรก็ย่อมหมดสิ้นไป คงไว้เพียงหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรของบิดามารดาเฉพาะกรณีที่บุตรเป็นผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองไม่ได้เท่านั้น ดังนั้นจึงไม่แน่ชัดว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องดังกล่าวข้างต้นใช้สิทธิใดเพื่อที่จะสามารถให้ความยินยอมในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาได้

ในส่วนของประเทศอังกฤษกำหนดให้การตัดสินใจเกี่ยวกับการทำหมั้นในกรณีที่บุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง จะต้องได้รับอนุญาตจากศาล Court of Protection ที่จะต้องเข้ามาตัดสินใจให้ความยินยอมเท่านั้น บิดา มารดา หรือบุคคลอื่นไม่สามารถให้ความยินยอมเองได้

สำหรับการทำหมั้นนั้นประเทศออสเตรเลียจัดให้การทำหมั้นเป็นการรักษาพยาบาลที่มีกระบวนการพิเศษ ซึ่งในกรณีบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจได้ด้วยตนเองจะต้องได้รับการอนุญาตจากศาล Victorian Civil and Administrative Tribunal (VCAT)

ประเทศสิงคโปร์กำหนดให้ศาล High Court หรือ Family Court เป็นผู้พิจารณาประโยชน์สูงสุดและอนุญาตให้ทำหมั้นบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิตและสมองจนทำให้ไม่สามารถตัดสินใจให้ความยินยอมทำหมั้นได้ด้วยตนเอง หากเป็นบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจที่สมรสแล้วให้คู่สมรสมีสิทธิเพียงการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาอนุญาตการทำหมั้น แต่หากยังไม่ได้สมรสให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองอย่างน้อยหนึ่งคนมีสิทธิเพียงการยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาการทำหมั้น

ประเทศเยอรมนีกำหนดให้เป็นกระบวนการในการทำหมั้นบุคคลที่ไม่มีความสามารถจะต้องได้รับอนุญาตจากศาล Custodianship Court โดยการหมั้นนั้นจะต้องไม่ขัดกับความต้องการของบุคคลผู้ที่จะถูกทำหมั้นด้วย และกระบวนการในการให้ความยินยอมทำหมั้นจะต้องมีการตั้งผู้ปกครองในลักษณะของ Custodian เสียก่อน และให้ Custodian ยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาล Custodianship Court ช่วยพิจารณาอนุญาตให้ทำหมั้นต่อไป

5.1.4 ปัญหาการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา

กฎหมายไทยไม่มีกรบัญญัติหลักในการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาเอาไว้โดยเฉพาะ ทำให้การพิจารณาประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นดังกล่าวไม่มีขอบเขตจำกัด ประกอบกับประเทศไทยไม่ได้กำหนดสิทธิของบุคคลอื่นในการพิจารณาการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาเอาไว้อย่างชัดเจน ยิ่งส่งผลให้การพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดสามารถเกิดขึ้นจากบุคคลหลากหลายกลุ่มด้วยกัน ซึ่งล้วนมีผลประโยชน์และส่วนได้เสียร่วมไปกับคนพิการทางสติปัญญาด้วยกันทั้งสิ้น จึงอาจส่งผลกระทบต่อให้การพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดจากการทำหมั้นไม่ได้พิจารณาเพื่อคนพิการทางสติปัญญาโดยตรง

ในส่วนของประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์ไม่มีหลักเกณฑ์การพิจารณาประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นโดยเฉพาะเช่นกัน แต่จะขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณาเฉพาะกรณี ๆ ไป ซึ่งแม้ว่าจะไม่มีเกณฑ์กำหนดขอบเขตของความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนที่ไม่

ความสามารถในการตัดสินใจ แต่ผู้ที่ทำการตัดสินใจคือศาลซึ่งเป็นบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ร่วมในการทำหมั้นด้วย

ในส่วนของประเทศออสเตรเลียรัฐ Victoria ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาไว้โดยตรง แต่ในส่วนของรัฐ South Australia มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นบุคคลที่ขาดความสามารถไว้เป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ จะต้องเป็นที่แน่ใจว่าบุคคลที่ถูกทำหมั้นเป็นบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองอย่างถาวร เป็นผู้ที่มีความสามารถที่จะตั้งครุภังค์และให้กำเนิดบุตรได้ ประกอบกับมีภาวะหรือแนวโน้มที่จะมีกิจกรรมทางเพศ และต้องไม่มีวิธีการอื่นใดในการคุมกำเนิดที่เหมาะสมไปกว่าการทำหมั้น นอกจากนี้ ในกรณีของการทำหมั้นเพื่อหยุดยั้งการมีประจำเดือนในเพศหญิงจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของหญิงนั้นโดยตรง และเป็นวิธีเดียวที่เหมาะสมในการจัดการกับปัญหาการมีประจำเดือน

สำหรับประเทศเยอรมนีกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็นในการทำหมั้นบุคคลที่ไม่มีความสามารถเอาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเฉพาะกรณีบุคคลที่ไม่มีความสามารถที่บรรลุนิติภาวะแล้วเท่านั้น เพราะประเทศเยอรมนีห้ามไม่ให้ทำหมั้นในผู้เยาว์ทุกกรณี โดยระบุให้การทำหมั้นบุคคลที่ไม่มีความสามารถจะต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเท่านั้น คือ ต้องเป็นกรณีที่หากไม่มีการทำหมั้นจะทำให้คนพิการทางสติปัญญาตั้งครุภังค์ และการตั้งครุภังค์นั้นจะเป็นอันตรายต่อชีวิตของหญิงที่ตั้งครุภังค์หรือมีอันตรายร้ายแรง ต่อสุขภาพร่างกายหรือจิตใจ ซึ่งไม่สามารถป้องกันด้วยวิธีอื่นใดได้อย่างเหมาะสม

จึงสรุปได้ว่ามีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุด 2 รูปแบบ คือ กรณีที่หนึ่งการกำหนดให้พิจารณาประโยชน์สูงสุดอย่างกว้าง ๆ ไม่ได้มีการบัญญัติเฉพาะในกรณีการทำหมั้นเท่านั้น ซึ่งในกรณีนี้ทำให้ผู้พิจารณาสามารถใช้ดุลพินิจปรับไปตามสถานการณ์และระดับความพิการทางสติปัญญาของแต่ละบุคคลเป็นกรณี ๆ ไป แต่การพิจารณาประโยชน์สูงสุดเช่นนี้ต้องใช้ความระมัดระวังโดยจะต้องไม่นำประโยชน์สูงสุดของบุคคลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง หรือผู้ที่มีผลประโยชน์ร่วมอยู่ด้วยมาพิจารณาเพื่อให้ทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา และกรณีที่สอง คือ การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นไว้โดยเฉพาะ เช่น ประเทศออสเตรเลียในส่วนของรัฐ South Australia และประเทศเยอรมนีที่มีหลักเกณฑ์ระบุไว้ชัดเจน แต่ก็มีข้อที่จะต้องคำนึงถึงว่าอาจจะเป็นการจำกัดการตีความการพิจารณาประโยชน์สูงสุดหรือไม่ ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาควรกำหนดให้รัดกุม จำกัดเฉพาะ

กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดเอาไว้ให้ชัดเจน เพื่อให้เกิดความแน่นอนในการใช้ดุลพินิจตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด และนิติวิธีในการตีความกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยจะต้องตีความโดยเคร่งครัด ไม่สามารถตีความโดยกว้างได้ ซึ่งจากการศึกษาหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในส่วนของประเทศออสเตรเลีย รัฐ South Australia และประเทศเยอรมนี เป็นการเพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิของคนพิการทางสติปัญญาและสมเหตุสมผลแล้ว



ตารางที่ 4 สรุปการเปรียบเทียบความแตกต่างประเด็นปัญหาการทำหมันในเคนซิงตันทางสถิติปัญหา

ประเด็นเปรียบเทียบ	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศออสเตรเลีย	ประเทศสิงคโปร์	ประเทศเยอรมนี
การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล	<p>ไม่มีการกำหนดให้การให้ความยินยอมในการทำหมันคนพิการทางสติปัญญาที่มีกระบวนการที่แตกต่างไปจากการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป</p>	<p>กำหนดให้การทำหมันบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจเป็นการรักษาพยาบาลที่มีความร้ายแรง (Serious medical treatment) มีกระบวนการให้ความยินยอมแตกต่างจากการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป</p>	<p>กำหนดให้การทำหมันบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลที่มีกระบวนการพิเศษ (Special Medical Procedure) แตกต่างจากการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป</p>	<p>มีพระราชบัญญัติ Voluntary Sterilization Act 2013 กำหนดรูปแบบกระบวนการให้ความยินยอมในการทำหมันโดยเฉพาะ</p>	<p>ประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) บัญญัติการให้ความยินยอมในการทำหมันแยกออกจากการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป</p>

ประเด็นเปรียบเทียบ	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศออสเตรเลีย	ประเทศสิงคโปร์	ประเทศเยอรมนี
<p>ความสามารถในการให้ ความยินยอมทำหมัน กรณีคนพิการทาง สติปัญญาเป็นผู้เยาว์</p>	<p>ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ อย่างชัดเจน</p> <p>ใช้รูปแบบการให้ความ ยินยอมในการ รักษาพยาบาลโดยทั่วไป กล่าวคือ ผู้เยาว์อาจให้ ความยินยอมในการทำ หมันได้ หากเชื่อได้ว่า เป็นผู้ที่มีสติปัญญาที่ สมบูรณ์ และเป็นบุคคล ที่มีความสามารถที่จะ เข้าใจข้อมูลต่าง ๆ ที่ เกี่ยวข้องกับ รักษาพยาบาล</p>	<p>ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ อย่างชัดเจน</p> <p>ใช้รูปแบบการให้ความ ยินยอมในการ รักษาพยาบาลโดยทั่วไป กล่าวคือ ผู้เยาว์อาจให้ ความยินยอมในการทำ หมันได้ หากเชื่อได้ว่า เป็นผู้ที่มีสติปัญญาที่ สมบูรณ์ และเป็นบุคคล ที่มีความสามารถที่จะ เข้าใจข้อมูลต่าง ๆ ที่ เกี่ยวข้องกับ รักษาพยาบาล</p>	<p>ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ อย่างชัดเจน</p> <p>ใช้รูปแบบการให้ความ ยินยอมในการ รักษาพยาบาลโดยทั่วไป กล่าวคือ ผู้เยาว์อาจให้ ความยินยอมในการทำ หมันได้ หากเชื่อได้ว่า เป็นผู้ที่มีสติปัญญาที่ สมบูรณ์ และเป็นบุคคล ที่มีความสามารถที่จะ เข้าใจข้อมูลต่าง ๆ ที่ เกี่ยวข้องกับ รักษาพยาบาล</p>	<p>ผู้เยาว์ที่มีภาวะบกพร่อง ทางจิตใจหรือสมองไม่มี ความสามารถในการให้ ความยินยอมทำหมันได้ ด้วยตนเอง</p>	<p>ผู้เยาว์ไม่สามารถให้ ความยินยอมในการทำ หมันได้</p>

ประเด็นเปรียบเทียบ	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศออสเตรเลีย	ประเทศสิงคโปร์	ประเทศเยอรมนี
<p>ความสามารถในการให้ความยินยอมกำหนดกรณินพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว</p>	<p>ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ อย่างชัดเจน</p>	<p>ไม่ได้กำหนดเฉพาะการทำหมั้น แต่กำหนดการพิจารณาบุคคลที่ไมมีความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล โดยจะพิจารณาความสามารถในการเข้าใจ จดจำ ข้อมูล นำข้อมูลไปใช้ พิจารณาตัดสินใจ และสื่อสารการตัดสินใจของตนเอง</p>	<p>ไม่ได้กำหนดเฉพาะการทำหมั้น แต่กำหนดการพิจารณาบุคคลที่ไมมีความสามารถในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล โดยจะพิจารณาความสามารถในการเข้าใจ จดจำ ข้อมูล นำข้อมูลไปใช้ พิจารณาตัดสินใจ และสื่อสารการตัดสินใจของตนเอง</p>	<p>บุคคลที่ไมมีความสามารถจะตองได้รับการพิจารณาโดยศาล Custodianship Court และไมอยู่ในภาวะที่สามารถเข้าใจ ข้อมูลการรักษาคือ ไมได้กำหนดชัดเจนว่าไมมีความสามารถในการให้ความยินยอมโดยตรง เพียงแต่กระบวนกรให้ความยินยอมของบุคคลดังกล่าวตองมี กระบวนการพิเศษ</p>	

ประเด็นเปรียบเทียบ	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศออสเตรเลีย	ประเทศสิงคโปร์	ประเทศเยอรมนี
<p>บทนิยามทางกฎหมายในการกำหนดความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อทำหมั้น</p>	<p>บทนิยามไม่ชัดเจนถึงคนพิการทางสติปัญญา โดยกำหนดเฉพาะกรณี “ความผิดปกติทางจิต” หมายความว่า “ผู้ป่วยที่มีอาการผิดปกติของจิตใจที่แสดงออกมาทางพฤติกรรม อารมณ์ ความคิด ความจำ สติปัญญา ประสบการณ์การรับรู้ หรือการรู้เวลา สถานที่หรือบุคคล รวมทั้งอาการผิดปกติของจิตใจ ที่เกิดจากสุราหรือสารอื่นที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท”</p>	<p>ไม่ได้กำหนดเฉพาะคนพิการทางสติปัญญา โดยเฉพาะ แต่เป็นกรณีบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ สำหรับบุคคลที่มีความบกพร่องหรือความผิดปกติของการทำงานของจิตใจหรือสมอง</p>	<p>คำร้อง Application for Special Medical Procedure ได้ กำหนดให้ผู้ป่วย หมายความว่ารวมถึงคนพิการทางสติปัญญาด้วย</p>	<p>ไม่ได้กำหนดเฉพาะคนพิการทางสติปัญญา โดยเฉพาะ แต่เป็นกรณีบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ สำหรับบุคคลที่มีความบกพร่องหรือความผิดปกติของการทำงานของจิตใจหรือสมอง</p>	<p>บทนิยามไม่ชัดเจนถึงคนพิการทางสติปัญญา กำหนดเฉพาะกรณีเป็นบุคคลที่ไม่สามารถที่จะจัดการของตนเองได้ทั้งหมดหรือบางส่วน เพราะเหตุมีอาการป่วยทางจิต (Mental Illness) มีความบกพร่องทางร่างกาย (Physical) จิตใจ หรือจิตวิทยา (Mental or Psychological Handicap)</p>

ประเด็นเปรียบเทียบ	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศออสเตรเลีย	ประเทศสิงคโปร์	ประเทศเยอรมนี
สิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้นกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์	กฎหมายที่เกี่ยวข้องยังไม่ชัดเจน และมีความไม่ยุติธรรมในการตีความ	ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ	จะต้องมีคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ใช้ดุลพินิจในการให้ความยินยอมในการทำหมั้น	คำร้องต่อศาล High Court หรือ Family Court	ห้ามไม่ให้ทำหมั้นในผู้เยาว์
สิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้นกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว	กฎหมายที่เกี่ยวข้องยังไม่ชัดเจน และมีความไม่ยุติธรรมในการตีความ	จะต้องได้รับอนุญาตจากศาล Court of Protection	จะต้องได้รับอนุญาตจากศาล Victorian Civil and Administrative Tribunal (VCAT)	จะต้องได้รับอนุญาตจากศาล High Court หรือ Family Court	จะต้องได้รับอนุญาตจากศาล Custodianship Court

ประเด็นเปรียบเทียบ	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศออสเตรเลีย	ประเทศสิงคโปร์	ประเทศเยอรมนี
<p>การพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษา</p>	<p>ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ</p>	<p>ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ</p> <p>รัฐ Victoria ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ</p> <p>รัฐ South Australia มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหน้าที่บุคคลที่ขาดความสามารถไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งให้ความคุ้มครองเฉพาะการทำหมันในเพศหญิงชาย</p>	<p>ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ</p>	<p>ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ</p>	<p>กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหน้าที่บุคคลที่ขาดความสามารถไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งให้ความคุ้มครองเฉพาะการทำหมันในเพศหญิง</p>

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาค้นคว้าเรื่องปัญหาการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนพบว่า บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการการให้ความยินยอมในการทำหมันของคนพิการทางสติปัญญาของประเทศไทยยังไม่ชัดเจนและไม่ได้ให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอซึ่งเป็นไปตามสมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงมีข้อเสนอแนะให้มีการปรับปรุงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายให้สอดคล้องกับความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดของคนพิการทางสติปัญญาแต่ละบุคคล โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการทำหมันดังกล่าวลงไปประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรม และผลของการทำนิติกรรมดังกล่าวไม่สอดคล้องกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ดังนั้น เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิของคนพิการทางสติปัญญาผู้เขียนขอเสนอให้เพิ่มบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำหมันไว้ในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 เนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าวมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล และมีการวางกรอบและแนวทางในการดำเนินงานด้านสุขภาพของประเทศ โดยมีเป้าหมายในการสร้างเสริมสุขภาพและดูแลแก้ไขปัญหาด้านสุขภาพของประชาชน รวมถึงมีการกำหนดถึงการสร้างเสริมและคุ้มครองสุขภาพทางเพศและสุขภาพของระบบเจริญพันธุ์ของหญิง สุขภาพเด็ก และสุขภาพคนพิการ ทั้งนี้ จะไม่นำเรื่องการทำหมันตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 มาใช้กับการทำหมันที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 โดยผู้เขียนเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

5.2.1 การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล

ในประเด็นของการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของประเทศไทยนั้นมีบทบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 แล้ว แต่ในประเด็นของการให้ความยินยอมในการทำหมันกรณีบุคคลที่ขาดความสามารถไม่ว่าจะเป็นเพราะความผิดปกติของกระบวนการทำงานทางสมองหรือจิตใจ ยังคงไม่ชัดเจนที่จะกำหนดแยกออกมาจากการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป เพื่อให้กระบวนการให้ความยินยอมในการทำหมันของบุคคลที่ขาดความสามารถมีความพิเศษแตกต่างออกไปจากการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยทั่วไป ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรเพิ่มหลักเกณฑ์ในการให้ความยินยอมในการทำหมันในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ให้มีความชัดเจนและครอบคลุมถึงคนพิการทางสติปัญญา เพื่อให้มีความสำคัญว่าการทำหมันดังกล่าว

เป็นการรักษาพยาบาลที่มีความร้ายแรง จะต้องมีการพิจารณาให้ความยินยอมที่พิเศษและต้องมีกรอบกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ โดยไม่จำเป็นต้องนิยามความหมายว่าการทำหมันเป็นการรักษาพยาบาลที่มีความร้ายแรงดังเช่นประเทศอังกฤษ หรือนิยามว่าเป็นการรักษาพยาบาลที่มีกระบวนการพิเศษดังเช่นประเทศออสเตรเลีย เนื่องจากหากมีการกำหนดหลักเกณฑ์แยกออกจากการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปแล้วก็จะยิ่งแสดงให้เห็นได้ว่าประเทศไทยให้ความสำคัญกับการทำหมันคนพิการทางสติปัญญาเป็นพิเศษแล้ว

5.2.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมของคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมัน

5.2.2.1 ความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมันกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์

ในประเด็นของความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมันกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์นั้นกฎหมายไทยยังไม่มีกำหนดความสามารถดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ และปัญหาการทำหมันคนพิการทางสติปัญญาที่เกิดขึ้นนั้นมักเกิดขึ้นกับคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ เนื่องจากเป็นวัยเจริญพันธุ์ และในเพศหญิงก็จะเริ่มมีประจำเดือน บิดามารดาหรือผู้ปกครองจึงมักจะพาบุตรพิการทางสติปัญญาไปทำหมันตั้งแต่เป็นผู้เยาว์

ในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า วิธีการที่จะแก้ไขปัญหการทำหมันในคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ได้ดีและชัดเจนที่สุดคือวิธีการของประเทศเยอรมนี โดยการกำหนดบทบัญญัติห้ามไม่ให้ทำหมันในผู้เยาว์ทุกกรณี โดยผู้เขียนขอเสนอแนะให้บัญญัติบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 เพิ่มบทบัญญัติว่า “การทำหมันผู้เยาว์ที่อายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ จะกระทำไม่ได้” การกำหนดเกณฑ์อายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าในช่วงอายุที่กำลังอยู่ในช่วงเจริญพันธุ์ และเพื่อให้สอดคล้องตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ได้ระบุว่าเด็กหมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี¹ ซึ่งในประเด็นของการกำหนดอายุนี้ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตไว้ว่า อายุในการบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายไทยนั้น คือ อายุ 20 ปีบริบูรณ์ ส่งผลให้บุคคลมีความสามารถทางกฎหมายในการทำนิติกรรมสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹ Convention on the Rights of the Child

Article 1 “For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier.”

แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ในการกำหนดอายุของบุคคลในการห้ามไม่ให้ทำหมันนั้นอาจต้องพิจารณาประกอบกับสภาพสังคม ณ ขณะนั้น ซึ่งอาจปรับเปลี่ยนตามความเหมาะสมต่อไปได้

5.2.2.2 ความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมันกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะ

ในส่วนความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมันกรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์ พบว่ามีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมที่ครอบคลุมคนพิการทางสติปัญญา แต่ไม่ได้กำหนดว่าให้คนพิการทางสติปัญญาเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมันโดยเฉพาะเจาะจง ในขณะที่เดียวกันประเทศเยอรมนีเป็นการกำหนดความสามารถสำหรับบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิตและทางร่างกาย ซึ่งก็ไม่ชัดเจนว่าสามารถครอบคลุมถึงคนพิการทางสติปัญญาหรือไม่เช่นเดียวกับประเทศไทยที่มีกำหนดความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมันไว้ในพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 เฉพาะกรณีผู้ที่มีความผิดปกติทางจิตเท่านั้น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมของประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์มีความชัดเจนที่สุด และสามารถใช้พิจารณาความสามารถเฉพาะบุคคลเป็นกรณี ๆ ไปได้ และยังสอดคล้องกับหลักการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลที่ผู้ป่วยจะต้องได้รับแจ้งข้อมูลทางการแพทย์เพื่อประกอบการตัดสินใจว่าจะรักษาพยาบาลนั้น ๆ หรือไม่ ซึ่งหากเป็นบุคคลที่ไม่สามารถเข้าใจข้อมูลดังกล่าวได้ จึงจะถือว่าเป็นบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง

ผู้เขียนเห็นว่าควรมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นผู้ที่ขาดความสามารถในการให้ความยินยอมไว้ในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมของ “บุคคลที่ขาดความสามารถในการให้ความยินยอม” ดังนี้

1. เป็นบุคคลผู้ซึ่งไม่สามารถเข้าใจข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจได้
2. ไม่สามารถจดจำข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจได้

3. ไม่สามารถใช้หรือนำข้อมูลนั้นไปชั่งน้ำหนักพิจารณาเพื่อเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการตัดสินใจ หรือ

4. เป็นบุคคลที่ไม่สามารถสื่อสารการตัดสินใจของตนเองออกไปได้ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ ก็ตาม จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีความสอดคล้องกับลักษณะของคนพิการทางสติปัญญา ที่มีภาวะบกพร่องในกระบวนการคิด การตัดสินใจ และการเรียนรู้ นอกจากนี้ยังสามารถนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวไปพิจารณาความสามารถของบุคคลกลุ่มอื่น ๆ ได้ด้วย เช่น กลุ่มผู้ป่วยทางจิต

5.2.2.3 ปัญหาบทนิยามทางกฎหมายในการกำหนดความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อทำหมั้น

ในประเด็นของการกำหนดบทนิยามทางกฎหมายในการกำหนดความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อทำหมั้นนั้น บทบัญญัติกฎหมายไทยในปัจจุบันยังมีความชัดเจนไม่เพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงคนพิการทางสติปัญญาผู้ที่เกี่ยวข้องกับการถูกทำหมั้นที่เป็นการละเมิดสิทธิต่าง ๆ ของคนพิการทางสติปัญญา เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์พบว่า มีการกำหนดบทนิยามในลักษณะการพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจสำหรับบุคคลที่มีความบกพร่องหรือความผิดปกติของการทำงานของจิตใจหรือสมอง ซึ่งเป็นการกำหนดบทนิยามที่ไม่แคบจนเกินไปทำให้สามารถครอบคลุมถึงคนพิการทางสติปัญญา และคนที่มีความผิดปกติทางจิตได้ด้วย

ผู้เขียนขอเสนอให้เพิ่มบทนิยามของคำว่า “บุคคลที่ขาดความสามารถในการให้ความยินยอม” จากหลักเกณฑ์การพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอมตามที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 5.2.2 ลงไปในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ว่า “หมายถึง บุคคลที่ไม่สามารถทำการตัดสินใจในเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งได้ในเวลาที่เหมาะสมเนื่องจากมีความบกพร่องหรือความผิดปกติในกระบวนการทำงานของจิตใจหรือสมอง”

5.2.3 ปัญหาสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาในการทำหมั้น

5.2.3.1 กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์

ในประเด็นของสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ ผู้เขียนมีความเห็นว่าบทบัญญัติกฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่ชัดเจน การนำ

หลักกฎหมายเดิมที่มีอยู่มาปรับใช้ทำให้เกิดความสับสน ไม่ว่าจะเป็นขอบเขตการใช้อำนาจปกครอง บุตรและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร รวมถึงบุคคลผู้มีสิทธิในการให้ความยินยอมแทนที่กำหนดไว้ หลากหลายกลุ่ม ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การใช้อำนาจปกครองและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเพื่อไปให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทนนั้นไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากเป็นการใช้สิทธิและอำนาจที่ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่รัฐได้รับรองและให้ความคุ้มครองแก่บุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นคนพิการหรือไม่ก็ตาม หากพิจารณาตามกฎหมายต่างประเทศที่ทำการศึกษาค้นคว้าพบว่ามีเพียงประเทศเยอรมนีที่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการทำหมั้นในผู้เยาว์ชัดเจนที่สุด คือ ห้ามไม่ให้ทำหมั้นในผู้เยาว์ โดยบิดามารดา หรือผู้ปกครองก็ไม่สามารถใช้อำนาจปกครองมาให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทนผู้เยาว์ได้

ดังนั้น จากข้อเสนอในประเด็นความสามารถในการให้ความยินยอมทำหมั้นของคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ผู้เขียนขอเสนอให้มีบทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้ทำหมั้นผู้เยาว์ จึงนำมาสู่ประเด็นสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมแทนคนพิการทางสติปัญญาที่เป็นผู้เยาว์ ซึ่งผู้เขียนขอเสนอว่าเมื่อกำหนดห้ามไม่ให้มีการทำหมั้นในผู้เยาว์แล้ว จึงไม่มีบุคคลใดมีสิทธิในการให้ความยินยอมแทนผู้เยาว์ ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศเยอรมนี ทำให้ไม่จำเป็นที่บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง ไม่มีสิทธิใช้อำนาจปกครองบุตรหรือหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู เพื่อให้ความยินยอมในการทำหมั้นผู้เยาว์ได้ โดยการเพิ่มเติมถ้อยคำว่า “บิดา มารดา ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้อนุบาล ผู้พิทักษ์ หรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องไม่สามารถให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทนผู้เยาว์ได้” ในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550

5.2.3.2 กรณีคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว

ในประเด็นของสิทธิของบุคคลอื่นในการให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทนคนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว บทบัญญัติกฎหมายไทยยังมีความไม่ชัดเจนเพียงพอในการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่คนพิการทางสติปัญญา ในขณะที่เดียวกันก็ต้องส่งเสริมให้คนพิการทางสติปัญญาที่บรรลุนิติภาวะแล้วให้มีความสามารถตามกฎหมายและมีโอกาสในการเข้าถึงสิทธิของตนเอง นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่า การให้ความยินยอมแทนในการทำหมั้นไม่ควรให้ผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้อง หรือผู้ที่มีส่วนได้ส่วนเสียต่อการทำหมั้นเป็นผู้ให้ความยินยอมแทน เนื่องจากเป็นการกระทำที่เป็นการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ดังนั้น การกำหนดผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจให้ความยินยอมแทนควรเป็นคนกลางที่มีความเป็นอิสระ

เมื่อทำการพิจารณากฎหมายต่างประเทศของทั้งสี่ประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเยอรมนี ล้วนกำหนดให้ศาลเป็นผู้พิจารณาการทำหมั้นสำหรับบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมทั้งสิ้น ซึ่งเขตอำนาจของแต่ละศาลก็จะมี ความแตกต่างกันไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ โดยปัจจุบันไม่มีการกำหนดให้บุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด ไม่ว่าจะเป็น บิดา มารดา ผู้ปกครอง ญาติ หรือบุคคลอื่น เป็นผู้ตัดสินใจให้ความยินยอมในการทำหมั้นแทนบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอม

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะว่าไม่ควรมอบสิทธิในการให้ความยินยอม ทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาให้แก่ บิดา มารดา คู่สมรส ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือทนายทนายธรรม แต่ควรกำหนดให้การทำหมั้นในคนพิการทางสติปัญญาต้องได้รับอนุญาตจากศาล เมื่อพิจารณาเทียบกับการให้ความคุ้มครองผู้ไร้ความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญาศาลก็เป็นองค์กรที่เข้ามาช่วยปกป้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของผู้ไร้ความสามารถ ซึ่งศาลที่มีความเหมาะสมในการพิจารณาปัญหาการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา ได้แก่ ศาลเยาวชนและครอบครัว เนื่องจากศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีครอบครัว และคดีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสวัสดิภาพ ซึ่งหมายถึง คดีที่ฟ้องหรือร้องขอต่อศาล หรือกระทำการใด ๆ ในทางศาลเกี่ยวกับการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก หรือบุคคลในครอบครัว ซึ่งจะต้องบังคับตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กหรือบุคคลในครอบครัว โดยเพิ่มบทบัญญัติในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 โดยมีข้อความว่า “การทำหมั้นบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจจะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลเยาวชนและครอบครัว”

ในส่วนของการทำหมั้นโดยฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด หรือไม่ได้ขอ อนุญาตจากศาลเยาวชนและครอบครัว ผู้เขียนขอเสนอแนะประเด็นของการกำหนดบทลงโทษทางอาญาเช่นเดียวกับกฎหมายต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษาไปแล้วในบทที่ 2 เมื่อพิจารณาตัวอย่างจากประเทศสิงคโปร์ และประเทศออสเตรเลียมีบทลงโทษทางอาญาในกรณีที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการทำหมั้น ทั้งนี้ต้องทำการศึกษาเพิ่มเติมในการกำหนดโทษทางอาญาให้มีความเหมาะสมต่อไป

5.2.4 ปัญหาการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญา

ในประเด็นการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญานั้น บทบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยไม่มีการกำหนดกรอบและแนวทางเอาไว้ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรจะต้องมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นที่จะเกิดขึ้นต่อคนพิการทางสติปัญญา โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของคนพิการทางสติปัญญาทุกเพศ และการพิจารณาประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นนั้นต้องเป็นการพิจารณาประโยชน์สูงสุดที่จะเกิดขึ้นต่อคนพิการทางสติปัญญาเท่านั้น ไม่ใช่ประโยชน์สูงสุดต่อบิดามารดาหรือผู้ดูแลคนพิการทางสติปัญญา เพื่อให้การทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาในประเทศไทยเป็นกระบวนการที่ทำได้โดยยาก

เมื่อทำการพิจารณากฎหมายต่างประเทศของทั้งสี่ประเทศพบว่า ประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดของการทำหมั้นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมไว้โดยเฉพาะ แต่ในขณะเดียวกันประเทศออสเตรเลียในส่วนของรัฐ South Australia และประเทศเยอรมนีมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมั้นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมไว้โดยเฉพาะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน แต่การกำหนดหลักเกณฑ์ของประเทศออสเตรเลียทำให้สามารถนำไปพิจารณาการทำหมั้นบุคคลที่ไม่มีความสามารถได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง

ดังนั้น ผู้เขียนขอเสนอแนะให้นำหลักเกณฑ์ของประเทศออสเตรเลียรัฐ South Australia และประเทศเยอรมนีมาปรับใช้กับหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็นในการทำหมั้นคนพิการทางสติปัญญาของประเทศไทย โดยมีสาระสำคัญในการพิจารณาดังนี้

ประการแรก ต้องเป็นการกระทำที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของคนพิการทางสติปัญญาผู้นั้น โดยไม่ใช่ประโยชน์สูงสุดของ บิดามารดา คู่สมรส ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ทายาทโดยธรรม ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือบุคคลอื่นที่มีส่วนได้ส่วนเสียต่อการทำหมั้นนั้น

ประการที่สอง ต้องเป็นที่แน่ใจว่าคนพิการทางสติปัญญาคนนั้นต้องเป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมด้วยตนเองอย่างถาวร กล่าวคือ หากสามารถให้ความยินยอมด้วยตนเองได้ใน

อนาคต หรือสามารถมีพัฒนาการที่ดีขึ้นได้ในอนาคต การทำหมันอาจยังไม่มีผลความจำเป็นต่อคนพิการทางสติปัญญาผู้นั้น

ประการที่สาม ต้องพิจารณาว่าคนพิการทางสติปัญญานั้นมีแนวโน้มที่จะมีกิจกรรมทางเพศ และจะต้องเห็นได้ว่าไม่มีทางอื่นใดที่จะช่วยคุมกำเนิดได้อย่างเหมาะสม ซึ่งหากคนพิการทางสติปัญญาตั้งครรรค์ และการตั้งครรรค์นั้นจะเป็นอันตรายต่อชีวิตของผู้ที่ตั้งครรรค์ หรือเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลดังกล่าวโดยไม่สามารถหลีกเลี่ยงด้วยวิธีอื่นใดได้

ประการที่สี่ ในกรณีของการตัดวงจรของการมีประจำเดือนในเพศหญิงโดยการทำหมันนั้น จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของหญิงพิการทางสติปัญญาผู้นั้นซึ่งการทำหมันจะเป็นวิธีการเดียวในการแก้ไขปัญหา ที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงโดยวิธีอื่นใดได้

นอกจากนี้ การแก้ไขปัญหาในระยะยาวผู้เขียนเห็นว่าควรต้องอาศัยความร่วมมือกันจากหลายภาคส่วนต่อไป ไม่ว่าจะเป็นในด้านการออกกฎหมาย การให้การศึกษา หรือสร้างความตระหนักให้กับผู้ประกอบการวิชาชีพแพทยพยาบาล บุคลากรสาธารณสุข รวมถึงสร้างความตระหนักให้กับคนในสังคม เคารพถึงการมีสิทธิขั้นพื้นฐาน และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนพิการทางสติปัญญา

ผู้เขียนจึงสรุปข้อเสนอแนะให้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดในการทำหมันบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมด้วยตนเองลงไป ในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 โดยกำหนดว่า “การทำหมันกระทำได้โดยให้คำยินยอมถึงหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้เป็นสิ่งสำคัญ

1. ต้องเป็นที่แน่ใจว่าการทำหมันนั้นมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้นั้นเอง
2. ต้องเป็นผู้ที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองอย่างสมบูรณ์โดยถาวร
3. บุคคลนั้นมีแนวโน้มที่จะมีจะมีกิจกรรมทางเพศ และไม่มีทางอื่นใดที่จะช่วยคุมกำเนิดได้อย่างเหมาะสม และผลจากการตั้งครรรค์จะเป็นอันตรายต่อชีวิตของผู้ที่ตั้งครรรค์ หรือเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือสุขภาพของบุคคลดังกล่าวและเป็นกรณีที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงโดยวิธีอื่นใดได้
4. กรณีของการหยุดการมีประจำเดือนในเพศหญิงโดยการทำหมันนั้น ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของหญิงผู้นั้น และไม่สามารถหลีกเลี่ยงโดยวิธีอื่นใดได้”

สรุปข้อเสนอแนะการเพิ่มเติม พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ดังนี้

หมวด... การทำหมัน

มาตรา... “บุคคลที่ขาดความสามารถในการให้ความยินยอม” “หมายถึง บุคคลที่ไม่สามารถทำการตัดสินใจในเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งได้ในเวลาที่เหมาะสมเนื่องจากมีความบกพร่องหรือความผิดปกติในกระบวนการทำงานของจิตใจหรือสมอง”

มาตรา... “การทำหมันผู้เยาว์ที่อายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ จะกระทำไม่ได้

บิดา มารดา ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้อนุบาล ผู้พิทักษ์ หรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องไม่สามารถให้ความยินยอมในการทำหมันแทนผู้เยาว์ได้”

มาตรา... “บุคคลจะขาดความสามารถในการให้ความยินยอมในการทำหมัน ต่อเมื่อ

1. เป็นบุคคลผู้ซึ่งไม่สามารถเข้าใจข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจได้
2. ไม่สามารถจดจำข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจได้
3. ไม่สามารถใช้หรือนำข้อมูลนั้นไปซึ่งนำหน้าพิจารณาเพื่อเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการตัดสินใจ หรือ
4. เป็นบุคคลที่ไม่สามารถสื่อสารการตัดสินใจของตนเองออกไปได้ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ ก็ตาม”

มาตรา... “การทำหมันบุคคลที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจจะกระทำต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลเยาวชนและครอบครัว”

“การทำหมันกระทำได้โดยให้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้เป็นสำคัญ

1. ต้องเป็นที่แน่ใจว่าการทำหมันนั้นมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้นั่นเอง
2. ต้องเป็นผู้ที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองอย่างสมบูรณ์โดยถาวร
3. บุคคลนั้นมีแนวโน้มที่จะมีจะมีกิจกรรมทางเพศ และไม่มีทางอื่นใดที่จะช่วยคุมกำเนิดได้อย่างเหมาะสม และผลจากการตั้งครรรภ์จะเป็นอันตรายต่อชีวิตของผู้ซึ่งตั้งครรรภ์ หรือเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลดังกล่าว และเป็นกรณีที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงโดยวิธีอื่นใดได้

4. กรณีของการหยุดการมีประจำเดือนในเพศหญิงโดยการทำหมันนั้น ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของหญิงนั้น และไม่สามารถ



บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กิตติศักดิ์ ปกรติ. หลักกฎหมายบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 7 สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- กุลพล พลวัน. พัฒนาการสิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2538.
- คณิน บุญสุวรรณ. คู่มือการใช้สิทธิของประชาชน. กรุงเทพฯ: สุขภาพใจ, 2547.
- จิตติ ติงศภัทย์. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.
- . ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด. วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 3, ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520).
- ฉัตรสุนัน พงศ์วิบูลย์. กฎหมายสุขภาพและการรักษาพยาบาล. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.
- ชาติชาย อัครวิบูลย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 1. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2561.
- นพวรรณ ศรีวงพาณิชย์. ภาวะบกพร่องทางสติปัญญา/ภาวะปัญญาอ่อน (Intellectual Disabilities/Mental Retardation) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://rajanukul.go.th/new/_admin/download/groupreview0000008.pdf [เข้าถึงเมื่อ 24 ตุลาคม 2560]
- นิรมัย พิศแข มั่นจิตร. กฎหมายว่าด้วยสิทธิของผู้ป่วยและการจัดทำบริการทางด้านสุขภาพ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.
- ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง. กรุงเทพฯ: ศรีสมบัติการพิมพ์, 2534.
- ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 23. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2561.
- ประสิทธิ์ ไชววิไลกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 6.

- กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556.
- แผนกพยาบาลผ่าตัด คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล. การทำหมันชาย [ออนไลน์]. ตุลาคม 2553.
แหล่งที่มา: https://www.si.mahidol.ac.th/sidoctor/e-pl/admin/article_files/185_1.pdf
- พจน์ ปุષปาคม. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. กรุงเทพฯ: สำนักกองบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2530.
- พรชัย สุนทรพันธ์. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: ฝ่ายตำราและอุปกรณ์การศึกษามหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2530.
- เพ็ง เพ็งนิตติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: 2560.
แพทยสภา. แถลงข่าว กระทรวงสาธารณสุขและภาคีสภาวิชาชีพด้านสุขภาพ ร่วมกันประกาศสิทธิของผู้ป่วยและข้อพึงปฏิบัติสำหรับผู้ป่วย [ออนไลน์]. 16 กันยายน พ.ศ.2558. แหล่งที่มา: https://www.tmc.or.th/detail_news.php?news_id=845 [เข้าถึงเมื่อ 1 สิงหาคม พ.ศ. 2562]
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ5 ครอบครั้ว. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- . คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครั้ว บรรพ5 มาตรา 1435-1598/41 กรุงเทพฯ: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2555.
- โรงพยาบาลธนบุรี. การผ่าตัดมดลูกและรังไข่ทางหน้าท้อง [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.thonburihospital.com/Hysterectomy.html> [เข้าถึงเมื่อ 5 ตุลาคม พ.ศ. 2562]
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ. รวบรวมบทความในโอกาสครบรอบ ๖๐ ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์(2531).
- . สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, สิงหาคม 2538.
- วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก. ดุลพาท เล่มที่ 5, ปีที่ 41 (กันยายน-ตุลาคม 2537): 18-26.
- วิชาญ ทรายอ่อน. การรับรองสิทธิของคนพิการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. ในบทความวิชาการ. สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สิงหาคม 2560.
- วิฑูรย์ ตรีสุนทรรัตน์. การให้ความยินยอมในการรับบริการสาธารณสุขและความเข้าใจเกี่ยวกับมาตรา 8 พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: ศูนย์กฎหมายสุขภาพและจริยศาสตร์

- คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- วิฑูรย์ ตริสุนทรรัตน์ และ ธนสร สุทธิบัติ. กฎหมายการแพทย์:ความยินยอมภายหลังได้รับการบอกกล่าวแล้ว. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2561.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เปรียบเทียบความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายเยอรมัน. บทบัญญัติ 43, 4 (2530).
- วิฑูร บัญญอนอมวงศ์. กระดูกพรุน เรียนรู้และป้องกันก่อนจะสาย [ออนไลน์]. 17 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2559. แหล่งที่มา: <https://www.bumrungrad.com/th/health-blog/february-2016/osteoporosis-risk-cause-prevention-treatment> [เข้าถึงเมื่อ 5 ตุลาคม พ.ศ.2562]
- ศันนัทภรณ์ โสทธิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- . คำอธิบายนิติกรรม สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- ศักดิ์ สติเรืองชัย. ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติทั่วไป. เวชบันทึกศิริราช 6, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2556).
- ศักดิ์ สอนองชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2556.
- สถาบันราชานุกูล กรมสุขภาพจิต. ข้อมูลวิชาการ:กลุ่มโรคสำคัญ บกพร่องทางสติปัญญา [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://th.rajanukul.go.th/ข้อมูลวิชาการ:กลุ่มโรคสำคัญ/ภาวะบกพร่องทางสติปัญญา> [เข้าถึงเมื่อ 1 ธันวาคม 2561]
- สมยศ เชื้อไทย. ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 25. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- สำนักงานสถิติแห่งชาติ. การสำรวจความพิการ พ.ศ.2555 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/service/survey/disabilityRep_55.pdf [เข้าถึงเมื่อ 24 พฤศจิกายน 2561]
- สุพัชรินทร์ อัครธิตานนท์. พัฒนาการทางกฎหมายของหลัก Volenti Non Fit Iniuria. นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2551.
- สุวชัย อินทรประเสริฐ และคณะ. คู่มือการให้บริการวางแผนครอบครัว สำหรับเจ้าหน้าที่สาธารณสุข. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก, 2551.
- สุขุม ศุภนิธย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. กฎหมายการแพทย์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- . กฎหมายและข้อควรระวังของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ พยาบาล. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ:

วิญญูชน, 2555.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพฯ: ประกายพริก, 2538.

อัคราทร จุฬารัตน. ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา. วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 9 (มิถุนายน-สิงหาคม 2520).

อุดม รัฐอมฤต และคณะ. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544.

ภาษาต่างประเทศ

(WWDA), W. W. D. A. United Nations Calls on Australia to Prohibit Non-Therapeutic Sterilisation of Girls with Disabilities. WWDA-News, Issue One (2011).

Action for Advocacy. The Involvement of Independent Mental Capacity Advocates (Imcas) in Serious Medical Treatment Decisions. 2011.

Alasdair Maclean. Autonomy, Informed Consent and Medical Law a Relational Challenge. UK: Cambridge University Press, 2009.

Albert Bleckmann. Staatsrecht II - Die Grundrechte. Heymanns, Carl, 4. Aufl. 1997.

Anne-Maree Farrell, J. D., Isabel Karpin, Penelope Wwller. Health Law : Frameworks and Context. Port Melbourne, VIC: Cambridge University Press, 2017.

Barbara Carter. Adult Guardianship: Human Rights or Social Justice. Journal of Law and Medicine 18, 1 (2010).

Brazier, M. Medicine, Patients and the Law. 3rd ed. London: the Penguin Group, 2003.

C.Psychol, V. L., AFBPsS. A Guide to the Mental Capacity Act. Optionsautism, 12 (2018).

Committee on the rights of persons with disabilities. Eleventh Session 31st March- 11th April 2014, General Comment No. 1 [Online]. 2014. Available from: [https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement)

Davies., M. Medical Law. 2 ed. Great Britain: Blackstone Press Limited, 1998.

Department of Health. The Mental Capacity Act Easy Read Summary [Online].

Available from: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/> [14 January 2019.]

. 2009.

Erica Wood. The Paradox of Adult Guardianship: A Solution to and a Source for Elder Abuse.

- Generations 36, 3 (2012).
- European Disability Forum. “Ending Forced Sterilization of Women and Girls with Disabilities” May 2017
- Evan Luard. The International Protection of Human Rights. New York : Praeger: 1967.
- FIGO (International Federation of Gynecology and Obstetrics). Female Contraceptive Sterilisation [Online]. 2011. Available from: <http://www.wwda.org.au/FIGOGuidelines2011.pdf>.
- Fundamental Rights Agency. Legal Capacity of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems.: 2013.
- Georg Nolte. General Principle of German and European Administrative Law - a Comparison in Historical Perspective. The Modern Law Review 57, no. 2 (March 1994).
- Grover, A. Interim Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health. United Nations General Assembly A/66/254. (2011).
- Haußner, M. Guardian Law-Support Systems in Germany. Edited by Makoto Arai, U. B. a. V. L.: Adult Guardianship Law for the 21st Century (Proceedings of the First World Congress on Adult Guardianship Law), 2010.
- Homer H. Clark. The Law of Domestic Relations in the United States. Minnesota: West Publishing Co., 1968.
- Human Rights Watch. Sterilisation of Women and Girls with Disabilities [Online]. November 2011. Available from: <https://www.hrw.org/news/2011/11/10/sterilization-women-and-girls-disabilities>
- Immanuel Kant. Kritique of Practical Reason. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- Jenkins, R. Questions of Competence: Culture, Classification and Intellectual Disability. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Jessica Berg and others. Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice. Edited by 2. New York: Oxford University Press, 2001.
- Laura Elliott. Victims of Violence: The Forced Sterilisation of Women and Girls with Disabilities in Australia. MDPI 6, 8 (Laws 2017).

- Lee PeyWoan. The Law of Contract in Singapore. Singapore: Academy Publishing, 2012.
- Leino-Kilpi H. Patient's Autonomy, Privacy and Informed Consent. Amsterdam: IOS Press, 2002.
- Lilian Furst. Between Doctors and Patients: The Changing Balance of Power. Virginia: The University Press of Virginia, 1998.
- Mary Donnelly. Healthcare Decision-Making and the Law: Autonomy, Capacity and Limits of Liberalism. 1 ed.: Cambridge University Press, November, 2010.
- Maurice Duverger. Les Régimes Politiques: Que Sais-Je? Paris: PUF, 1961.
- Ministry of Health Singapore. Public Consultation Paper on the Voluntary Sterilization (Amendment) Bill. 2012.
- National Health Service. Children and Young People: Consent to Treatment [Online]. Available from: <https://www.nhs.uk/conditions/consent-to-treatment/children/>
- Nursing, R. C. o. Principles of Consent: Guidance for Nursing Staff. London: 2019.
- Open Society Foundations. "Sterilisation of Women and Girls with Disabilities Public Health Program." 2011.
- Pierre Wigny. Droit Constitutionnel : Principe Et Droit Positif. Bruxelles: Bruylant, 1952.
- Practice Direction E – Applications Relating to Serious Medical Treatment [Online]. Available from: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/06/copd-pd-9e-serious-medical-treatment.pdf>
- President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. Making Health Care Decisions. Washington,D.C: U.S.Government Printing Office, 1982.
- Robert M. Veatch. Medical Ethics. Washington DC: Georgetown University Press, 1989.
- Roddey, H. A. Medical Malpractice Law. 2 ed. New York: 1978.
- Ruth Faden and Tom Beauchamp. A History and Theory of Informed Consent. Oxford University Press, 1986.
- Shih-Ning Then. Evolution and Innovation in Guardianship Laws: Assisted Decision-Making. Sydney Law Review 33, 1 (2013).
- Skene Loane. Law and Medical Practice: Rights, Duties, Claims and Defences. Butterworths,New South Wales: 2009.

T Thirumoorthy, P. L. Consent in Medical Practice 3: Dealing with Persons Lacking Capacity. Singapore Medical Association News (August 2013).

Terry Carney and David Tate. The Adult Guardianship Experiment: Tribunals and Popular Justice. Federation Press, 1997.

The Department for Constitutional Affairs. Mental Capacity Act 2005 : Code of Practice. 1 ed. United Kingdom: The Stationery Office, 2007.

Thirumoorthy, T. Consent in Medical Practice 1: Understanding the Concepts Behind the Practice. SMA News (June 2013).

World Health Organization. Eliminating Forced, Coercive and Otherwise Involuntary Sterilisation. An Interagency Statement Ohchr, Un Women, Un aids, Undp, Unfpa, Unicef and Who.: 2014.





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ภาคผนวก ก.

หนังสือแสดงเจตนาขอรับการตรวจรักษาโดยวิธีการผ่าตัดหรือหัตถการและการระงับความรู้สึก





คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล

หนังสือแสดงเจตนาขอรับการตรวจรักษาโดยวิธีการผ่าตัดหรือหัตถการและการระงับความรู้สึก

ข้าพเจ้า นาย/นาง/นางสาว อายุ ปี
เลขที่บัตรประชาชน

ในฐานะเป็น ผู้ป่วย

ผู้มีอำนาจกระทำการแทน ในฐานะ ของผู้ป่วย

ชื่อ ด.ช./ด.ญ./ นาย/นาง/นางสาว

เลขประจำตัวผู้ป่วย

ข้าพเจ้าได้รับทราบเกี่ยวกับภาวะการเจ็บป่วยและการตรวจรักษาโดยการอธิบายและตอบข้อสงสัยจากแพทย์/ทันตแพทย์ของคณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล ดังต่อไปนี้

ข้อ 1. ข้าพเจ้าได้รับการอธิบายรายละเอียด เกี่ยวกับขั้นตอนต่างๆที่จะต้องปฏิบัติหรือได้รับการปฏิบัติ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับและความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น อาการข้างเคียงและภาวะแทรกซ้อนที่อาจเกิดจากการตรวจรักษาโดยการผ่าตัด การระงับความรู้สึก/การใช้ยาชา यसลบ การฉีดยาชาที่บั้นท้าย และ/หรือหัตถการอื่นๆ รวมทั้งแนวทางป้องกันแก้ไขหากเกิดอันตรายขึ้นและทางเลือกอื่นๆ

ข้อ 2. ข้าพเจ้าได้ตัดสินใจรับการผ่าตัด/หัตถการและการระงับความรู้สึกด้วยวิธี จำนวน.....วิธีดังนี้
คือ

1.
2.
3.
4.

และในกรณีที่มีการผ่าตัด/หัตถการแบบต่อเนื่อง ด้วยวิธี.....
มีกำหนดช่วงเวลาตั้งแต่วันที่ ถึงวันที่.....

ข้าพเจ้าตกลงยินยอมให้แพทย์/ทันตแพทย์ของคณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาลกระทำตามวิธีการดังกล่าวข้างต้นเพื่อการตรวจรักษาในครั้งนี้

ลงชื่อ

(.....)

ผู้ป่วย / ผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้ป่วย

ผู้ให้ข้อมูลการผ่าตัด/หัตถการและการระงับความรู้สึก

ลงชื่อ

(.....)

ตำแหน่ง

ลงชื่อ พยาน

(.....)

ตำแหน่ง

ลงชื่อ พยาน

(.....)

ตำแหน่ง

วันที่ / / เวลา น.

ภาคผนวก ข.

Application for Special Medical Procedure



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

Application for Special Medical Procedure

Guardianship List, Victorian Civil and Administrative Tribunal

1300 01 8228 (1300 01 VCAT)

<http://www.vcat.vic.gov.au>

Fields marked with an asterisk (*) are mandatory.

Do you need to complete this form?

- Please use this form if you want VCAT to make orders in relation to a special medical procedure (including any procedure intended or reasonably likely to render the patient permanently infertile, termination of pregnancy, any removal of tissue for transplantation to another person).
- You must send a copy of this completed application to the person you are applying about and other interested persons, including any primary carer, nearest relative and any existing guardian or administrator.
- If you need advice about completing the form or further information from VCAT, please call 1300 01 8228 (1300 01 VCAT) to speak to a staff member of the Guardianship List. Further information is also available on the VCAT website.

Applicant details

Name

Title Surname* Given name 1 Given name 2

Address

Organisation

Street address / Postal address

Suburb / Town State Postcode

Contact details

Please provide at least one phone number *

Business phone After hours phone Mobile Business fax
Area code Number Area code Number Number Area code Number

Email

Your relationship to the person you are applying about (e.g. are you their son, mother, case manager, etc)

Has a previous application about this person been made to the Guardianship List? Yes No

VCAT file number (if you know)

Details of the person you are applying about			
Name			
Title	Surname	Given name 1	Given name 2
	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
Gender		Date of birth (DD/MM/YYYY)	
<input type="radio"/> Male	<input type="radio"/> Female	<input type="text"/>	<input type="text"/>
		<small>Day</small>	<small>Month</small>
		<input type="text"/>	<input type="text"/>
		<small>Year</small>	
Address			
Street address / Postal address			
<input type="text"/>			
Suburb / Town		State	Postcode
<input type="text"/>		<input type="text"/>	<input type="text"/>
Contact details			
Business phone	After hours phone	Mobile	Business fax
(<input type="text"/>) <input type="text"/>	(<input type="text"/>) <input type="text"/>	<input type="text"/>	(<input type="text"/>) <input type="text"/>
<small>Area code</small> <small>Number</small>	<small>Area code</small> <small>Number</small>	<small>Number</small>	<small>Area code</small> <small>Number</small>
Email			
<input type="text"/>			
Is the person homeless? <input type="radio"/> Yes <input type="radio"/> No			
Place of birth (if you know)			
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	
<small>Town</small>	<small>City</small>	<small>Country</small>	

Details of any known relatives and/or interested parties			
You must include spouse, partner, parents, children, step children			
Does the person you are applying about have any known relatives and/or interested parties?			
<input type="radio"/> Yes <input type="radio"/> No			
Details of relative and/or interested party			
Name			
Title	Surname	Given name 1	Given name 2
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
Address			
Street address / Postal address			
<input type="text"/>			
Suburb / Town		State	Postcode
<input type="text"/>		<input type="text"/>	<input type="text"/>
Contact details			
Business phone	After hours phone	Mobile	Business fax
(<input type="text"/>) <input type="text"/>	(<input type="text"/>) <input type="text"/>	<input type="text"/>	(<input type="text"/>) <input type="text"/>
<small>Area code</small> <small>Number</small>	<small>Area code</small> <small>Number</small>	<small>Number</small>	<small>Area code</small> <small>Number</small>
Email			
<input type="text"/>			
The relationship to the person you are applying about (e.g. are they that person's son, step-daughter, father, friend, neighbour, solicitor, etc)			
<input type="text"/>			

Details of relative and/or interested party			
Name			
Title	Surname	Given name 1	Given name 2
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
Address			
Street address / Postal address			
<input type="text"/>			
Suburb / Town	State	Postcode	
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	
Contact details			
Business phone	After hours phone	Mobile	Business fax
(<input type="text"/>) <input type="text"/>	(<input type="text"/>) <input type="text"/>	<input type="text"/>	(<input type="text"/>) <input type="text"/>
<small>Area code Number</small>	<small>Area code Number</small>	<small>Number</small>	<small>Area code Number</small>
Email			
<input type="text"/>			
The relationship to the person you are applying about (e.g. are they that person's son, step-daughter, father, friend, neighbour, solicitor, etc)			
<input type="text"/>			
Details of relative and/or interested party			
Name			
Title	Surname	Given name 1	Given name 2
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
Address			
Street address / Postal address			
<input type="text"/>			
Suburb / Town	State	Postcode	
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	
Contact details			
Business phone	After hours phone	Mobile	Business fax
(<input type="text"/>) <input type="text"/>	(<input type="text"/>) <input type="text"/>	<input type="text"/>	(<input type="text"/>) <input type="text"/>
<small>Area code Number</small>	<small>Area code Number</small>	<small>Number</small>	<small>Area code Number</small>
Email			
<input type="text"/>			
The relationship to the person you are applying about (e.g. are they that person's son, step-daughter, father, friend, neighbour, solicitor, etc)			
<input type="text"/>			
Details of relative and/or interested party			
Name			
Title	Surname	Given name 1	Given name 2
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>

Address			
Street address / Postal address			
<input type="text"/>			
Suburb / Town	State	Postcode	
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	
Contact details			
Business phone	After hours phone	Mobile	Business fax
(<input type="text"/>) <input type="text"/>	(<input type="text"/>) <input type="text"/>	<input type="text"/>	(<input type="text"/>) <input type="text"/>
<small>Area code Number</small>	<small>Area code Number</small>	<small>Number</small>	<small>Area code Number</small>
Email			
<input type="text"/>			
The relationship to the person you are applying about (e.g. are they that person's son, step-daughter, father, friend, neighbour, solicitor, etc)			
<input type="text"/>			
<hr/>			
Details of relative and/or interested party			
Name			
Title	Surname	Given name 1	Given name 2
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
Address			
Street address / Postal address			
<input type="text"/>			
Suburb / Town	State	Postcode	
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	
Contact details			
Business phone	After hours phone	Mobile	Business fax
(<input type="text"/>) <input type="text"/>	(<input type="text"/>) <input type="text"/>	<input type="text"/>	(<input type="text"/>) <input type="text"/>
<small>Area code Number</small>	<small>Area code Number</small>	<small>Number</small>	<small>Area code Number</small>
Email			
<input type="text"/>			
The relationship to the person you are applying about (e.g. are they that person's son, step-daughter, father, friend, neighbour, solicitor, etc)			
<input type="text"/>			
<hr/>			
Special medical procedure			
Is there in force a refusal of the treatment in accordance with the Medical Treatment Act 1988 or an advance care directive made in accordance with the Medical Treatment Planning and Decisions Act 2016 specifically refusing the proposed treatment?			
<input type="radio"/> Yes <input type="radio"/> No <input type="radio"/> Do not know			
Has VCAT previously given consent for a special procedure?			
<input type="radio"/> Yes <input type="radio"/> No <input type="radio"/> Do not know			

Please provide details about previous procedure *

Date of VCAT's order consenting to previous procedure

Proposed procedure

Please provide details about the nature of the proposed procedure and reasons for this application *

Date of proposed procedure Place of proposed procedure

Time of proposed procedure : If treatment is ongoing, period for which consent is required
 From To

Details of practitioner certifying incapacity and best interests of patient

Name

Title Surname Given name 1 Given name 2

Address

Organisation

Street address / Postal address

Suburb / Town State Postcode

Contact details

Business phone After hours phone Mobile Business fax
() Area code Number () Area code Number () Area code Number () Area code Number

Email

- Current medical report attached
 Current medical report to be provided

Has the practitioner who may carry out the procedure informed the patient's nearest relative of this application?

- Yes No Do not know

Does the nearest relative agree the procedure should be carried out?

Yes
 No
 Do not know

Please provide reason *

Do you know of any person who objects to the procedure?

Yes
 No
 Do not know

Name

Title Surname Given name 1 Given name 2

Address

Organisation

Street address / Postal address

Suburb / Town State Postcode

Contact details

Business phone After hours phone Mobile Business fax

Area code Number Area code Number Number Area code Number

Email

The relationship to the person you are applying about (e.g. are they that person's son, step-daughter, father, friend, neighbour, solicitor, etc)

Hearing arrangements

The person you are applying about must attend the hearing unless there are exceptional circumstances.

If the person you are applying about is not attending the hearing, please state below the exceptional circumstances preventing them from attending

Does the person you are applying about require an interpreter? Yes No

Language/dialect *

Do you believe that security may be needed at the hearing? Yes No

Please explain why. Include the name(s) of the person(s) you believe may cause a security risk *

Does the person you are applying about require any other special assistance? Yes No

Please specify what special assistance is required *

Supporting documents

Prior to the hearing, you must provide documents that support your application. For further information please refer to the Application Guide.

- **Medical Report(s)**

Copy of recent Medical Report(s).

- **Supporting Documents**

Other supporting documents including enduring power of attorney (financial/personal), medical treatment decision maker appointment, support person appointment, advance care directive, copy of the will, social work report, neuropsychological report, affidavit in support, refusal of treatment certificate, any previous order, covering letter etc.

If providing attachment electronically, please supply as: docx;jpeg;xls;ppt;doc;pdf

Acknowledgement

I understand and acknowledge that:

- To the best of my knowledge, all information provided in this application is true and correct and that no details relevant to the application have been left out.
- I approve the information that has been provided.
- It is an offence under section 136 of the *Victorian Civil and Administrative Tribunal Act 1998* to knowingly give false or misleading information to VCAT.
- I further undertake to give or send a copy of this completed application form to the person I am applying about, their primary carer and any other interested persons, including any nearest relative(s) and any existing Guardian or Administrator as named in this application. I will notify VCAT as soon as possible in the event that for some reason I am unable to do so.

By selecting this checkbox I confirm that I have read and understood all the statements above *

Full name of person completing this application *

Date (DD/MM/YYYY) *

Privacy statement

The information collected in this application will be used to assess the application and determine the eligibility to initiate a proceeding at the Victorian Civil and Administrative Tribunal (VCAT).

The Victorian Civil and Administrative Tribunal Act 1998 governs what information is available to the public.

The Information Privacy Act 2000 and the Victorian Privacy Principles set out the requirements that persons must abide by. Section 10 of the Act refers to Courts and Tribunals and the exemptions that apply to them.

For further information regarding our privacy policy, please visit the VCAT website.

Additional information

Below is a list of frequently used words/terms in the Guardianship List:

ADMINISTRATOR - A person appointed by VCAT to make decisions on behalf of an adult with a disability who is unable to make reasonable judgements in respect of matters relating to all or any part of her or his estate by reason of the disability.

APPLICANT - The person who makes the application.

BEST INTERESTS - In determining whether a special procedure would be in the best interest of the patient, the Tribunal must take into account the following:

- the wishes of the patient so far as they can be ascertained;
- the wishes of any nearest relative or other family members of the patient; but only if the patient is not likely to be capable of giving consent to the treatment within a reasonable time. The patient must not object to the relative or family member being involved in the proposed decisions concerning the special procedure;
- the consequences to the patient if the treatment is not carried out;
- any alternative treatment available;
- the nature and degree of any significant risks associated with the treatment or any alternative treatment;
- whether the treatment to be carried is only to promote and maintain the health and well-being of the patient.

CERTIFIED COPY - A copy of a document on which an authorised person has certified: 'this is a true and complete copy of the original'.

CONSENT - agreement to an action or an arrangement. Consent to a special medical procedure may only be given by the Tribunal. The Tribunal may consent to the carrying out of a special medical procedure only if it is satisfied that -

- (a) the patient is incapable of giving consent; and
- (b) the patient is not likely to be capable, within a reasonable time, of giving consent; and
- (c) the special medical procedure would be in the patient's best interests.

DISABILITY - in relation to a person, means intellectual impairment, mental disorder, brain injury, physical disability or dementia.

DONOR - A person who gives a power of attorney.

GUARDIAN - The person appointed by VCAT to make decisions for an adult who has a disability and is unable to make reasonable decisions

regarding lifestyle, such as where a person will live.

GUARDIANSHIP LIST - The Guardianship list is the part of VCAT that has the power to protect vulnerable adults, including power to appoint administrators and guardians, and make orders about enduring powers.

INCAPABLE OF GIVING CONSENT - Refers to an adult patient with a disability who is either:

- (a) incapable of understanding the general nature and effect of the proposed procedure or treatment; or
- (b) incapable of indicating whether or not they consent to the treatment.

INTERESTED PARTIES - People who play a significant role in the life or care of the represented person, including spouse, domestic partner, children, stepchildren.

NEAREST RELATIVE - It means the spouse or domestic partner of a person, or where there is no spouse or partner, the relative of the person set out in section 3 of the *Guardianship and Administration Act 1986*.

ORDER - A legally binding decision by VCAT.

PATIENT - means a person with a disability who:

- (a) is over the age of 18 years; and
- (b) is incapable of giving consent, to the carrying out of a special medical procedure, whether or not the person is a represented person.

POWERS OF ATTORNEY –

- a general power of attorney - someone to make financial or legal decisions, usually for a specific period of time, such as when a person is away on holidays and which ceases when the donor loses capacity or revokes it.
- an enduring power of attorney (financial) - someone to make financial and legal decisions, such as signing a legal document, selling property or doing banking. It can operate immediately or when the donor loses the capacity to make these decisions.
- an enduring power of attorney (medical treatment) – an agent to make medical decisions, such as agreeing to or refusing surgery. It takes effect only if the person giving the power loses capacity to make these decisions.
- an enduring power of guardianship - someone to make day-to-day lifestyle decisions, such as where a person can live, if a person by reason of a disability, becomes unable to make reasonable judgements about his or her person or circumstances.

PRIMARY CARER - Any person who is responsible for providing support or care to the represented person.

PUBLIC ADVOCATE (OFFICE OF) - An independent office of the Victorian State Government, established to promote the rights of, and advocate for, Victorians with a disability. The Public Advocate can act as a guardian of last resort on appointment by VCAT.

REHEARING - A hearing at which VCAT rehears matters which are the subject of the order.

REPRESENTED PERSON - The person who is subject to the order.

REVOKE - To cancel an enduring power or an order such as an administration or guardianship order.

SPECIAL MEDICAL PROCEDURE - This refers to procedures which do, or are likely to, result in the patient being permanently infertile, for the termination of pregnancy, or for the removal of tissue for transplantation to another person.

Lodgement

Before you lodge this form, you must:

- Send a copy of this completed application to the person you are applying about and other interested persons, including any primary carer, nearest relatives and any existing or proposed guardian or administrator. If for some reason you cannot send a copy, you must notify VCAT as soon as possible.
- Sign and date this form.

Important Note: If you fail to provide a completed copy of the application to the persons entitled to it, or if you fail to provide medical evidence or other expert evidence in support of the application, VCAT may adjourn the hearing and order you to pay any costs that may be sought by another party.

You can lodge this completed form and any attachments online or by:

Mailing it to:

Guardianship List
Victorian Civil and Administrative Tribunal
GPO Box 5408 Melbourne VIC 3001

Delivering it in person to:

Victorian Civil and Administrative Tribunal
Guardianship List
Ground Floor, 55 King Street
Melbourne VIC 3000
Office hours: 8:30am - 4:30pm Monday to Friday
(closed public holidays)

Telephone: 1300 01 8228 (1300 01 VCAT)

Email: humanrights@vcat.vic.gov.au

Website: <http://www.vcat.vic.gov.au>

ภาคผนวก ค.

แบบหนังสือให้ความยินยอมการบำบัดรักษาตามประกาศคณะกรรมการสุขภาพจิตแห่งชาติ พ.ศ.

2551



หน้า ๕๙

เล่ม ๑๒๕ ตอนพิเศษ ๑๗๐ ง ราชกิจจานุเบกษา ๒๘ ตุลาคม ๒๕๕๑

ประกาศคณะกรรมการสุขภาพจิตแห่งชาติ
เรื่อง แบบหนังสือให้ความยินยอมการบำบัดรักษา

พ.ศ. ๒๕๕๑

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๑๐ (๖) และมาตรา ๒๑ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. ๒๕๕๑ คณะกรรมการสุขภาพจิตแห่งชาติจึงออกประกาศ ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ หนังสือให้ความยินยอมในการบำบัดรักษาทางสุขภาพจิต พ.ศ. ๒๕๕๑ ให้เป็นไป ตามแบบที่แนบท้ายประกาศนี้

ข้อ ๒ ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ประกาศ ณ วันที่ ๖ สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๕๑

สมัคร สุนทรเวช

นายกรัฐมนตรี

ประธานกรรมการสุขภาพจิตแห่งชาติ

แบบหนังสือให้ความยินยอมการบำบัดรักษา

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

ชื่อสถานบำบัดรักษา.....

ชื่อผู้รับการตรวจ นาย/นาง/นางสาว.....

นามสกุล.....อายุ.....ปี

ชื่อผู้ให้ความยินยอมแทน (กรณีที่ผู้ป่วยมีอายุไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์หรือเป็นผู้ขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมรับการบำบัดรักษา)

นาย/นาง/นางสาว.....

นามสกุล.....อายุ.....ปี เกี่ยวข้องเป็น

- คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง (ตามกฎหมาย)
 ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล ผู้ซึ่งปกครองดูแล(ตามความเป็นจริง)

ข้าพเจ้าได้รับทราบคำอธิบายเกี่ยวกับเหตุผลความจำเป็นในการบำบัดรักษา รายละเอียดและประโยชน์ของการบำบัดรักษาแล้ว จึงลงนามให้ความยินยอมเข้ารับการบำบัดรักษาในสถานบำบัดรักษาแห่งนี้ต่อหน้าพยาน

ลงนาม.....(ผู้ป่วยหรือผู้ให้ความยินยอมแทน)

()

ลงนาม.....(แพทย์)

()


ลงนาม.....(พยาน)

()

ภาคผนวก ง.

นโยบายจริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพในการปฏิบัติการพยาบาล คณะแพทยศาสตร์ศิริราช
พยาบาล มหาวิทยาลัยมหิดล



	นโยบาย	หน้า : 1 / 5
	เรื่อง : จริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพใน การปฏิบัติการพยาบาล	รหัสเอกสาร : NS-00-1-017-00 ทบทวนครั้งที่ : วันที่ทบทวน :
ชื่อหน่วยงาน : ฝ่ายการพยาบาล โรงพยาบาลศิริราช		วันที่อนุมัติ :
ผู้ตรวจสอบ : หัวหน้าฝ่ายการพยาบาลฯ		ผู้อนุมัติ : ผู้อำนวยการโรงพยาบาลศิริราช

1. **วัตถุประสงค์**

เพื่อให้พยาบาลใช้จริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพเป็นหลักในการประพฤติปฏิบัติ

2. **ขอบเขต**

พยาบาลในสังกัดฝ่ายการพยาบาล โรงพยาบาลศิริราช

3. **คำจำกัดความ**

จริยธรรม หมายถึง หลักความประพฤติปฏิบัติที่ดั่งามของบุคคล โดยมีพื้นฐานมาจากหลักศีลธรรมทางศาสนา ค่านิยมทางวัฒนธรรม ประเพณีและกฎหมาย เพื่อให้บุคคลแสดงออกในสิ่งที่ดีเหมาะสม ถูกต้องอย่างมีหลักการ โดยใช้ความรู้ สติปัญญาเพื่อประโยชน์ต่อตนเอง ผู้อื่นและสังคม

จรรยาบรรณวิชาชีพ หมายถึง หลักแห่งความประพฤติที่ถูกต้องเหมาะสมของวิชาชีพพยาบาล

4. **ความรับผิดชอบ**


- 4.1 ผู้บริหารทางการพยาบาล
- 4.2 พยาบาล

5. **เอกสารอ้างอิง**

- 5.1 จรรยาบรรณพยาบาล ฉบับปีพุทธศักราช 2546 สมาคมพยาบาลแห่งประเทศไทยในพระราชูปถัมภ์ของสมเด็จพระศรีนครินทราบรมราชชนนี
- 5.2 แนวทางการส่งเสริมการปฏิบัติการพยาบาลตามจรรยาบรรณวิชาชีพ (ฉบับปรับปรุง) สภาการพยาบาล พ.ศ. 2551

6. **รายละเอียด**

- 6.1 กำหนดนโยบายและประกาศให้พยาบาลทุกคนรับทราบและปฏิบัติตามจริยธรรมและจรรยาบรรณพยาบาล ฉบับปี พ.ศ. 2546 ของสมาคมพยาบาลแห่งประเทศไทย ในพระราชูปถัมภ์ของสมเด็จพระศรีนครินทราบรมราชชนนี ดังนี้

	นโยบาย	หน้า : 2 / 5
	เรื่อง : จริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพในการปฏิบัติการพยาบาล	รหัสเอกสาร : NS-00-1-017-00

• **หลักจริยธรรมวิชาชีพ 6 ด้าน**


- 1) สิทธิของผู้ป่วยในการตัดสินใจอย่างเป็นอิสระ (Autonomy) ได้แก่ การเลือกวิถีการรักษา การยินยอมเป็นกลุ่มตัวอย่างในการทำวิจัย การเปิดเผยผลการตรวจใดๆ การให้ผู้ป่วยมีส่วนร่วมในการวางแผนการรักษาพยาบาล และเคารพในการตัดสินใจของผู้ป่วย เป็นต้น
- 2) การกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยเป็นสำคัญ (Beneficence) ได้แก่ การจัดการความเจ็บปวด การส่งเสริมการเลี้ยงลูกด้วยนมแม่ การดูแลแบบประคับประคอง (Palliative care) การวางแผนจำหน่าย (Discharge Planning) การกระตุ้นและฟื้นฟูร่างกาย (Rehabilitation)
- 3) การกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงสาเหตุ หรืออันตรายที่อาจเกิดขึ้น (Non – maleficence) ได้แก่ การระบุตัวผู้ป่วย (Patient Identification) การประเมินความเสี่ยงและการป้องกัน การผูกยึดผู้ป่วย ระบบ Hourly Round การดูแลผู้ป่วยแบบ Cell การป้องกันการเกิดแผลกดทับ การทำ Medication Reconciliation การป้องกันการแพร่กระจายเชื้อ เป็นต้น
- 4) การกระทำด้วยความซื่อสัตย์ตามพันธะสัญญาของวิชาชีพ (Fidelity) ได้แก่ การปฏิบัติตามมาตรฐานวิชาชีพ การรายงานอุบัติการณ์ตามความจริง การไม่เปิดเผยความลับของผู้ป่วย การเพิ่มพูนความรู้ ความสามารถทักษะในการทำงานเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่มีประสิทธิภาพ และประสิทธิภาพ และประสิทธิผลดียิ่งขึ้น เป็นต้น
- 5) การกระทำต่อผู้ป่วยและครอบครัวด้วยความยุติธรรม (Justice) ได้แก่ การดูแลด้วยมาตรฐานเดียวกัน การจัดระบบคิว การมีระบบนัดหมายล่วงหน้า เป็นต้น
- 6) การบอกความจริง (Veracity) ได้แก่ ประเมินความพร้อมของผู้ป่วยในกรณีที่ข้อมูลบางอย่างเป็นข่าวร้ายหรือข้อมูลการเจ็บป่วย จัดทีมให้คำปรึกษา (Team counseling) เป็นต้น

• **จรรยาบรรณพยาบาล**

ข้อที่ ๑ พยาบาลรับผิดชอบต่อประชาชนผู้ต้องการการพยาบาล และบริการสุขภาพ
 พยาบาลรับผิดชอบต่อประชาชนผู้ต้องการการพยาบาล และบริการสุขภาพทั้งต่อปัจเจกบุคคล ครอบครัว ชุมชน และระดับประเทศ ในการสร้างเสริมสุขภาพการป้องกันความเจ็บป่วยการฟื้นฟูสุขภาพและการบรรเทาความทุกข์ทรมาน

ข้อที่ ๒ พยาบาลประกอบวิชาชีพด้วยความเมตตากรุณา เคารพในคุณค่าของชีวิต ความมีสุขภาพดีและความผาสุกของเพื่อนมนุษย์

พยาบาลประกอบวิชาชีพด้วยความเมตตากรุณา เคารพในคุณค่าของชีวิต ความมีสุขภาพดี และความผาสุกของเพื่อนมนุษย์ ช่วยให้ประชาชนดำรงสุขภาพไว้ในระดับดีที่สุดตลอดวงจรของชีวิตนับแต่ปฏิสนธิ ทั้งในภาวะสุขภาพปกติ ภาวะเจ็บป่วย ชราภาพ จนถึงระยะสุดท้ายของชีวิต

	นโยบาย	หน้า : 3 / 5
	เรื่อง : จริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพในการปฏิบัติการพยาบาล	รหัสเอกสาร : NS-00-1-017-00

ข้อที่ ๓ พยาบาลมีปฏิสัมพันธ์ทางวิชาชีพกับผู้ใช้บริการ ผู้ร่วมงาน และประชาชน ด้วยความเคารพในศักดิ์ศรี และสิทธิมนุษยชนของบุคคล

พยาบาลมีปฏิสัมพันธ์ทางวิชาชีพกับผู้ใช้บริการ ผู้ร่วมงาน และประชาชนด้วยความเคารพในศักดิ์ศรี และสิทธิมนุษยชนของบุคคลทั้งในความเป็นมนุษย์ สิทธิในชีวิต และสิทธิในเสรีภาพเกี่ยวกับการเคลื่อนไหว การพูด การแสดงความคิดเห็น การมีความรู้ การตัดสินใจคำนึงความแตกต่างทางวัฒนธรรม และความเชื่อทางศาสนา ตลอดจนสิทธิในความเป็นเจ้าของและความเป็นส่วนตัวของบุคคล

ข้อที่ ๔ พยาบาลยึดหลักความยุติธรรม และความเสมอภาคในสังคมมนุษย์

พยาบาลยึดหลักความยุติธรรม และความเสมอภาคในสังคมมนุษย์ ร่วมดำเนินการเพื่อช่วยให้ประชาชนที่ต้องการบริการสุขภาพ ได้รับความช่วยเหลือดูแลอย่างทั่วถึง และดูแลให้ผู้ใช้บริการได้รับการช่วยเหลือที่เหมาะสมกับความต้องการอย่างดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ด้วยความเคารพในคุณค่าของชีวิต ศักดิ์ศรี และสิทธิในการมีความสุขของบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่จำกัดด้วยชั้นวรรณะ เชื้อชาติ ศาสนา เศรษฐฐานะ เพศ วัย กิตติศัพท์ ชื่อเสียง สถานภาพในสังคม และโรคที่เป็น

ข้อที่ ๕ พยาบาลประกอบวิชาชีพโดยมุ่งความเป็นเลิศ


พยาบาลประกอบวิชาชีพ โดยมุ่งความเป็นเลิศปฏิบัติการพยาบาล โดยมีความรู้ในการกระทำ และสามารถอธิบายเหตุผลได้ในทุกกรณี พัฒนาความรู้ และประสบการณ์อย่างต่อเนื่อง รักษาสมรรถภาพในการทำงาน ประเมินผลงานและประกอบวิชาชีพทุกด้านด้วยมาตรฐานสูงสุดเท่าที่จะเป็นไปได้

ข้อที่ ๖ พยาบาลพึงป้องกันอันตรายต่อสุขภาพและชีวิตของผู้ใช้บริการ

พยาบาลพึงป้องกันอันตรายต่อสุขภาพ และชีวิตของผู้ใช้บริการ โดยการร่วมมือประสานงานอย่างต่อเนื่องกับผู้ร่วมงาน และผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ทุกระดับ เพื่อปฏิบัติให้เกิดผลตามนโยบายและแผนพัฒนาสุขภาพ และคุณภาพชีวิตของประชาชน พึงปฏิบัติหน้าที่ รับผิดชอบหมายงาน และมอบหมายงานอย่างรอบคอบ และกระทำการอันควรเพื่อป้องกันอันตรายซึ่งเห็นว่าจะเกิดกับผู้ใช้บริการแต่ละบุคคล ครอบคลุม กลุ่มหรือชุมชนโดยการกระทำของผู้ร่วมงาน หรือสภาพแวดล้อมของการทำงาน หรือในการใช้วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีขั้นสูง

ข้อที่ ๗ พยาบาลรับผิดชอบในการปฏิบัติให้สังคม เกิดความเชื่อถือไว้วางใจต่อพยาบาลและต่อวิชาชีพการพยาบาล

พยาบาลรับผิดชอบในการปฏิบัติให้สังคม เกิดความเชื่อถือไว้วางใจต่อพยาบาล และต่อวิชาชีพการพยาบาล มีคุณธรรมจริยธรรมในการดำรงชีวิต ประกอบวิชาชีพด้วยความมั่นคงในจรรยาบรรณ และเคารพต่อกฎหมายให้บริการที่มีคุณภาพเป็นวิสัย เป็นที่ประจักษ์แก่ประชาชน ร่วมมือพัฒนาวิชาชีพให้เจริญก้าวหน้าในสังคมอย่างเป็นเอกภาพ ตลอดจนมีมนุษยสัมพันธ์อันดี และร่วมมือ

	นโยบาย	หน้า : 4 / 5
	เรื่อง : จริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพในการปฏิบัติการพยาบาล	รหัสเอกสาร : NS-00-1-017-00

กับผู้อื่นในกิจกรรมที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม ทั้งในและนอกวงการสุขภาพ ในระดับท้องถิ่น ระดับประเทศและระหว่างประเทศ

ข้อที่ ๘ พยาบาลพึงร่วมในการทำความเจริญก้าวหน้าให้แก่วิชาชีพการพยาบาล

พยาบาลพึงร่วมในการทำความเจริญก้าวหน้าให้แก่วิชาชีพการพยาบาล ร่วมเป็นผู้นำทางการปฏิบัติการพยาบาลหรือทางการศึกษา ทางการวิจัยหรือทางการบริหารโดยร่วมในการนำทิศทางนโยบาย และแผนเพื่อพัฒนาวิชาชีพ พัฒนาความรู้ ทั้งในชั้นเทคนิคการพยาบาล ทฤษฎีขั้นพื้นฐาน และศาสตร์ทางการพยาบาลขั้นลึกซึ่งเฉพาะด้าน ตลอดจนการรวบรวม และเผยแพร่ความรู้ข่าวสารของวิชาชีพ ทั้งนี้ พยาบาลพึงมีบทบาททั้งในระดับรายบุคคล และร่วมมือในระดับสถาบันองค์การวิชาชีพ ระดับประเทศ และระหว่างประเทศ

ข้อที่ ๙ พยาบาลพึงรับผิดชอบต่อตนเองเช่นเดียวกับรับผิดชอบต่อผู้อื่น

พยาบาลพึงรับผิดชอบต่อตนเองเช่นเดียวกับรับผิดชอบต่อผู้อื่น เคารพตนเอง รักษาความสมดุลมั่นคงของบุคลิกภาพ เคารพในคุณค่าของงาน และทำงานด้วยมาตรฐานสูง ทั้งในการดำรงชีวิตส่วนตัว และในการประกอบวิชาชีพในสถานการณ์ที่จำเป็นต้องเสียสละ หรือประนีประนอม พยาบาลพึงยอมรับในระดับที่สามารถรักษาไว้ซึ่งความเคารพตนเอง ความสมดุลในบุคลิกภาพ และความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตของตน เช่นเดียวกับของผู้ร่วมงาน ผู้ใช้บริการและสังคม

6.2 กำหนดแผนการปฐมนิเทศพยาบาลใหม่ เรื่อง จริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพในการปฏิบัติการพยาบาล

6.3 จัดให้มีกิจกรรมส่งเสริม เรื่อง จริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพในการปฏิบัติการพยาบาลทุกปี

6.4 สนับสนุนการเผยแพร่ความรู้ ประชาสัมพันธ์ เรื่อง จริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพในการปฏิบัติการพยาบาล


6.5 กำหนดให้จริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพเป็นสมรรถนะของพยาบาล

6.6 พยาบาลทุกคนต้องมีความรู้เกี่ยวกับ พระราชบัญญัติ ข้อบังคับและประกาศต่อไปนี้

- พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540

- ข้อบังคับสภาการพยาบาล ว่าด้วยข้อจำกัดและเงื่อนไขในการประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2550

- ประกาศสภาการพยาบาล เรื่อง ห้ามมิให้ยาหรือสารละลายทางหลอดเลือดดำพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาล พ.ศ. 2550

	นโยบาย	หน้า : 5 / 5
	เรื่อง : จริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพในการปฏิบัติการพยาบาล	รหัสเอกสาร : NS-00-1-017-00

- ชื่อบังคับสภาการพยาบาลว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2550
- คำประกาศสิทธิผู้ป่วย 10 ประการ สภาวิชาชีพและคณะกรรมการควบคุมการประกอบโรคศิลป์ วันที่ 16 เมษายน 2541
- ประกาศสภาการพยาบาล เรื่อง มาตรฐานการพยาบาลและการผดุงครรภ์ โรงพยาบาลระดับมหาวิทยาลัย พ.ศ. 2549

6.7 ประเมินการปฏิบัติงานตามหลักจริยธรรมและจรรยาบรรณวิชาชีพปีละ 1 ครั้ง



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นางสาว พรพรรณ พนาโยธากุล
วัน เดือน ปี เกิด	8 พฤศจิกายน พ.ศ.2536
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
วุฒิการศึกษา	เกียรตินิยมอันดับสอง นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ปีการศึกษา 2558 เนติบัณฑิตไทยสมัยที่ 70 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ได้รับใบอนุญาตให้เป็นทนายความ เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2561



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY