

บทความวิชาการ

กฎหมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะมนุษย์

Organ Transplantation-Related Laws

มานิช สุขสังข์¹

ManotchSooksung²

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2086 แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ
จังหวัดกรุงเทพมหานคร 10240.

Faculty of Law Ramkhamhaeng University, 2086 Huamark,
Bangkapi, Bangkok 10240.

* Corresponding author E-mail:mister_m2008@hotmail.com

(Received: 24 พฤษภาคม 2563 ; Accepted: 17 มิถุนายน 2563)

บทคัดย่อ

บทความวิชาการนี้ศึกษาถึงการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะของมนุษย์นั้น พบว่า มีแนวคิดพื้นฐานดั้งเดิมมาจากรื่องของการบริจาค หรือการให้โดยไม่มีค่าตอบแทนเป็นสำคัญ เป็นเรื่องของการแสดงออกทางจริยธรรมของผู้บริจาคต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน ดังนั้นกฎหมายในแต่ละประเทศที่ออกมาใช้บังคับจึงมีเจตนารมณ์จัดการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะของมนุษย์โดยไม่มุ่งหวังผลกำไร แต่ด้วยจำนวนอวัยวะที่ได้รับบริจาคมีน้อย ไม่เพียงพอต่อความต้องการของผู้รอรับการเปลี่ยนถ่าย จึงเกิดการลักลอบซื้อขายและเปลี่ยนถ่ายอวัยวะโดยผิดกฎหมาย

¹ อาจารย์มานิช สุขสังข์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

² Mr.Manotch sooksung, Lecturer in Law, Faculty of Law, Ramkhamhaeng University

ประเทศไทยนับจากมีการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะสำเร็จเป็นครั้งแรก จนถึงปัจจุบัน เป็นเวลากว่า 50 ปี แต่ยังไม่มีความหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบริจาคและเปลี่ยนถ่ายอวัยวะที่แน่นอนชัดเจนใช้บังคับ ทำให้ขาดแคลนอวัยวะที่จะนำมาเปลี่ยนถ่าย ขณะเดียวกันการลักลอบซื้อขายและเปลี่ยนถ่ายอวัยวะกันเองก็ไม่มีกฎหมายเฉพาะที่จะลงโทษบุคคลเหล่านี้

ดังนั้น เพื่อส่งเสริมให้มีการบริจาคอวัยวะเพิ่มมากขึ้น จึงจำเป็นที่ประเทศไทย ต้องตรากฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคและเปลี่ยนถ่ายอวัยวะขึ้นใช้บังคับควบคู่กันกับการ เอาผิดและลงโทษผู้ที่ได้อวัยวะมาโดยวิธีการอื่นฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว เช่น การซื้อขาย อวัยวะ เป็นต้น

คำสำคัญ: บริจาคอวัยวะ, การเปลี่ยนถ่ายอวัยวะ, การซื้อขายอวัยวะมนุษย์

Abstract

This academic article studied human organ transplantation and found that the original thought based on donation or giving without compensation. It was ethical expression of donors for fellowmen. Thus, each country's enacted law aims to manage the human organ transplantation with nonprofit purpose. As the number of donated organs is small and insufficient for those waiting for organ transplantation, it triggers human organ smuggling and illegal organ transplantation.

It has been 50 years since the first successful organ transplantation in Thailand, but the law determining clear donation and organ transplantation principles is not available. Organs for transplantation go short. There are no laws against human organ smuggling and illegal organ transplantation for wrongdoers' punishment.

Therefore, to promote the organ transplantation, Thailand should enact the law concerning donation and organ transplantation to implicate and punish those acquiring organs with other illegal methods including buying organ.

Keywords: Organ Donation, Organ Transplantation, Human Organ Buying

ความนำ

ปัจจุบันความต้องการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะในมนุษย์มีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นทุกปี ซึ่งสวนทางกับจำนวนอวัยวะที่มีผู้บริจาค เมื่อความต้องการอวัยวะมีมากกว่าจำนวนอวัยวะที่มีอยู่ จึงเกิดการค้าอวัยวะ ซึ่งสร้างความร่ำรวยให้แก่กลุ่มนายหน้าและคนกลาง ขณะที่ผู้เป็นเจ้าของอวัยวะล้วนมาจากประชาชนที่มีฐานะยากจนในประเทศต่าง ๆ และได้รับค่าตอบแทนเพียงเล็กน้อย จึงยิ่งเป็นการเอาเปรียบและซ้ำเติมบุคคลเหล่านี้ นอกจากนี้ อวัยวะและการเปลี่ยนถ่ายที่ได้มาจากตลาดมืด ยังมีความเสี่ยงด้านการแพทย์ และสุขภาพทั้งผู้ขายและผู้รับอวัยวะ ประเทศส่วนใหญ่จึงตรากฎหมายห้ามการซื้อขายอวัยวะ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น เป็นต้น

การที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการบริจาคและเปลี่ยนถ่ายอวัยวะ ทำให้ประชาชนขาดความเชื่อมั่นที่จะบริจาคอวัยวะทั้งในขณะที่ยังมีชีวิต หรือเสียชีวิตไปแล้ว ซึ่งส่งผลต่อจำนวนอวัยวะที่จะนำมาเปลี่ยนถ่ายให้แก่ผู้ที่รอรับ ทำให้เกิดการซื้อขายอวัยวะที่มีแหล่งที่มาจากบุคคลที่สมัครใจและถูกบังคับ ซึ่งประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายป้องกันการซื้อขายอวัยวะมนุษย์ ทำให้เกิดช่องว่างในการเอาผิดและลงโทษบุคคลกลุ่มนี้ ดังนั้น การศึกษาถึงแนวทางสร้างกฎหมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะมนุษย์ของไทย จึงมีความสำคัญต่อการแก้ปัญหาดังกล่าว และเพื่อเป็นหลักประกันแก่บุคคลว่าจะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายในกระบวนการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะ จึงได้ทำการศึกษาในเรื่องดังกล่าว

สถานการณ์การเปลี่ยนถ่ายอวัยวะทั่วโลก

ปัจจุบันพบว่า มีการซื้อขายอวัยวะมนุษย์โดยเฉพาะไตในเชิงธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีผู้เกี่ยวข้องหลายฝ่าย รวมทั้งผู้เชี่ยวชาญด้านการแพทย์ก็พบว่ามีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ในหลายกรณี

การกล่าวอ้างการบริจาคไตแทนการซื้อขายจากผู้บริจาคที่มีชีวิต เพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดทางกฎหมายในบางครั้งถูกเรียกว่า "ผู้ขายที่มีชีวิต" จากตัวเลขขององค์การอนามัยโลกพบว่า มีการซื้อขายต่อปีมากกว่า 20,000 ครั้ง ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อในกรณีนี้พบว่า ส่วนหนึ่งเป็นผู้คนจากสลัมของอินเดีย ฟิลิปปินส์ กัมพูชา บราซิล และจีนเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งตัวแทนมักสัญญากับผู้ขายในฐานะผู้บริจาคในราคาที่พวกเขาจะจ่าย โดยเฉลี่ยผู้ขายหรือผู้บริจาคจะได้รับเพียง 750 ถึง 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ และต้องรับความเสี่ยงด้านการแพทย์และสุขภาพของตนเองในอนาคต หากเกิดภาวะแทรกซ้อน

ขณะเดียวกันอัตราค่าไถ่สำหรับคลินิก และนายหน้าคนกลางมีจำนวนมหาศาล เนื่องจากผู้รับบริจาคที่ร่ำรวยจากประเทศต่าง ๆ เช่น เยอรมนี อิสราเอล ซาอุดีอาระเบีย หรือสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ต้องจ่ายประมาณ 35,000 ถึง 150,000 ดอลลาร์สหรัฐ แต่ทั้งนี้ผู้รับบริจาคหรือผู้ซื้อก็มีความเสี่ยงทางการแพทย์ที่คาดเดาไม่ได้เช่นกัน อันได้แก่ การติดเชื้อแบคทีเรีย การติดเชื้อที่ตับ หรือเอชไอวีที่มากับอวัยวะใหม่

ทวีปเอเชียมีการกล่าวถึงการปฏิบัติต่อการซื้อขายอวัยวะของนักโทษชาวจีนที่ถูกประหารและการลักลอบซื้อขายอวัยวะที่มีมากมาย Ethan Gutmann³ ได้ตีพิมพ์รายงานที่จัดทำขึ้น 680 หน้า เป็นการวิเคราะห์ทางนิติวิทยาศาสตร์จากเอกสารภาษาจีนและข้อมูลเว็บไซต์กว่า 2,400 รายการ ตามรายงานการวิจัยระหว่างปี ค.ศ. 2000 ถึงปี ค.ศ.2016 พบว่า ศูนย์การปลูกถ่ายตับและไตในประเทศจีนมีการปลูกถ่ายอวัยวะระหว่าง 60,000 ถึง 100,000 ครั้งต่อปี และมีการปลูกถ่ายอวัยวะแล้วกว่า 5 ล้านครั้ง ต่อมา

³ Ethan Gutmann เป็นนักเขียนด้านสิทธิมนุษยชนและผู้สังเกตการณ์เกี่ยวกับจีน

สาธารณรัฐประชาชนจีนได้ออกกฎหมายใหม่ เมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 2007 ห้ามการค้าอวัยวะทุกรูปแบบและเอาผิดทางอาญากับผู้กระทำความผิดดังกล่าวอย่างเด็ดขาด

จากสถิติทางการของจีนพบว่า ชาวจีนมากกว่า 1.5 ล้านคน ต้องการปลูกถ่ายอวัยวะ แต่สามารถดำเนินการได้ประมาณ 10,000 คนต่อปี เนื่องจากอวัยวะไม่เพียงพอและการปลูกถ่ายเหล่านี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากองค์กรด้านสิทธิมนุษยชนอย่างมาก เพราะอวัยวะส่วนใหญ่ของผู้บริจาคในประเทศจีนมาจากนักโทษที่ถูกประหารชีวิต รัฐบาลจีนได้พยายามระงับการปฏิบัตินี้ แต่ความต้องการการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะยังคงสูงมาก ส่วนจำนวนผู้บริจาคต่ำเกินไป แม้การลักลอบค้าอวัยวะจะเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย แต่การลักลอบกระทำผิดกฎหมายก็ยังคงมีอยู่⁴

ดังนั้น จึงเกิดคำถามในทางกฎหมายและทางการแพทย์ ที่เป็นคำถามสำคัญว่าจะดีกว่าหรือไม่ หากการเปลี่ยนถ่ายเหล่านี้ถูกดำเนินการอย่างถูกกฎหมายจากสถานพยาบาลที่ถูกต้องตามกฎหมายและโดยศัลยแพทย์ที่มีใบประกอบวิชาชีพ

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะของต่างประเทศ

เนื่องจากการปลูกถ่ายอวัยวะเป็นวิธีการที่ประสบความสำเร็จอย่างมากในปัจจุบัน จึงทำให้มีบุคคลจำนวนมากต้องการที่จะเข้ารับการปลูกถ่ายอวัยวะ แต่การได้มาซึ่งอวัยวะที่ใช้ในการปลูกถ่าย ต้องมาจากการบริจาค และการปลูกถ่ายต้องพิจารณาเงื่อนไขทางการแพทย์ประกอบด้วย ซึ่งเป็นปัจจัยที่ส่งผลให้เกิดการขาดแคลนอวัยวะ

ด้วยแรงกดดันจากนานาชาติสำหรับผู้ที่จะเชื่อว่าการค้าอวัยวะสามารถกระทำได้ในปี ค.ศ.2008 นายแพทย์ Johann Pratschke ศัลยแพทย์ปลูกถ่ายอวัยวะร่วมกับตัวแทนจาก 78 ประเทศ ได้ลงนามในปฏิญญาอัสตันบูลในประเทศตุรกี เพื่อต่อต้านการค้า

⁴ Nina Cchick, “Illegal Organhandel Das blutige Geschäft mit Nieren, Herzen und Lebern,” *FOCUS ONLINE*, https://www.focus.de/politik/ausland/illegaler-organhandel-das-blutige-geschaeft-mit-nieren-herzen-und-lebern_aid_796215.html (accessed March 7, 2020).

อวัยวะและการปลูกถ่ายอวัยวะ และต่อมาได้มีการร่วมลงนามตกลงในอีกหลายประเทศ รวมทั้งประเทศจีนด้วย

การลงนามดังกล่าวก่อให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศ อันเป็นการต่อต้านที่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมที่มีการซื้อขายอวัยวะกันอย่างไม่น่าจนถึงสุพลานามัยทั้งฝ่ายผู้ให้และผู้รับ ทั้งนี้ เพราะมนุษย์ทุกคนควรมุ่งแสวงหาคำตอบร่วมกันว่า "บุคคลควรจะทำอะไรในทางกฎหมายและศีลธรรม ถ้าบุคคลนั้นอยู่ในสถานการณ์ที่ต้องการอวัยวะ"

โดยการลงนามในความร่วมมือดังกล่าว ก่อให้เกิดความสนใจในวงการแพทย์ ซึ่งในที่นี้ผู้เขียนขออนุญาตนำแนวทางของประเทศอิหร่าน ซึ่งประชาชนสามารถบริจาคอวัยวะของตนโดยมีค่าตอบแทนได้อย่างถูกกฎหมายตั้งแต่ปี ค.ศ. 1988 และรูปแบบของประเทศอิหร่านนั้นพบว่า แรงจูงใจทางการเงินไม่สามารถที่จะดึงดูดการเกิดอาชญากรรมในการลักลอบค้าขายอวัยวะมนุษย์ได้ ทั้งนี้เพราะผู้รับบริจาค หรือเปลี่ยนถ่ายอวัยวะมิได้เพียงชาวอิหร่านเท่านั้น ชาวต่างชาติไม่สามารถมีสิทธิในกรณีนี้ ดังนั้น อิหร่านจึงไม่ใช่ประเทศที่น่าสนใจสำหรับการท่องเที่ยวเชิงการแพทย์ของกลุ่มบุคคลที่ประกอบธุรกิจการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะให้แก่บุคคลในประเทศที่ร่ำรวย

จากกฎหมายดังกล่าวพบว่า ศัลยแพทย์ปลูกถ่ายอวัยวะกระทรวงสาธารณสุขในวารสารคลินิกของสมาคมโรคไตแห่งอเมริกาเมื่อไม่นานมานี้ว่า ไม่มีรายการการปลูกถ่ายไตในอิหร่านตั้งแต่ปี ค.ศ. 1999 ซึ่งทำให้เห็นว่ากฎหมายดังกล่าวได้ช่วยเหลือผู้ป่วยส่วนหนึ่งให้ได้รับการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะได้เป็นอย่างดี⁵

ในปี พ.ศ. 2543 ประเทศอิหร่านได้จัดตั้งหน่วยงานควบคุมอวัยวะมนุษย์ สำหรับประชาชนชาวอิหร่านที่มาจากการบริจาคที่มีค่าตอบแทนตามกฎหมาย นับแต่นั้นอวัยวะ

⁵ Bernhard Albrecht, "Darf man Organe verkaufen?," *Stern*, <https://www.stern.de/gesundheit/niere-gegen-geld-wie-das-geschaefit-mit-spenderorganen-funktioniert3462704.html> (accessed March 7, 2020).

อาจถูกผ่าตัดถ่ายโอนย้ายออกจากศพได้โดยได้รับความยินยอมจากครอบครัวซึ่งเป็นไปตามความประสงค์ของผู้เสียชีวิต หรือหากไม่ทราบถึงเจตนาของผู้ตายก็ให้พิจารณาถึงเจตนาและประโยชน์ของผู้เสียชีวิตเป็นเกณฑ์⁶

แนวทางควบคุมการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะในยุโรป

สำหรับการควบคุมการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะ ในทางกฎหมายของสหภาพยุโรปพบว่า การซื้อและขายอวัยวะในยุโรปเป็นการผิดกฎหมาย เพื่อไม่ให้เอาผิดและถูกลงโทษตามกฎหมายประเทศของตน จึงมีผู้ป่วยในสหภาพยุโรปจำนวนหนึ่ง ซึ่งต้องการเปลี่ยนอวัยวะเดินทางไปยังต่างประเทศ เพื่อทำการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะในตลาดมืดของต่างประเทศบางประเทศ ทั้งในเอเชีย แอฟริกา และลาตินอเมริกา ที่มีการลักลอบการค้าอวัยวะมนุษย์⁷ ซึ่งการลักลอบค้าอวัยวะมนุษย์นั้นถือเป็นสิ่งผิดและมีโทษด้วยเช่นกัน ไม่ว่าในสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และประเทศอื่น ๆ ส่วนใหญ่ทั่วโลก

1) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและควบคุมการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะ โดยมีการตรารัฐบัญญัติการปลูกถ่ายอวัยวะ (Transplantationsgesetz) มีข้อกำหนดทางกฎหมายสำหรับการบริจาค การย้ายและการถ่ายโอนอวัยวะชิ้นส่วนอวัยวะและเนื้อเยื่อตั้งแต่ปี ค.ศ. 1997 โดยบัญญัติถึงการนำอวัยวะออกจากร่างกายของบุคคล กฎหมายมีการแยกความแตกต่างระหว่างการนำอวัยวะออกจากผู้เสียชีวิตและผู้บริจาคอวัยวะที่มีชีวิต มีการกำหนดวิธีการยินยอม

⁶ J. Lavee, T. Ashkenazi, G. Gurman, D. Steinberg: *A new law for allocation of donor organs in Israel [archive]*. In: *Lancet*. 375, 2010, 1131 – 1133.

⁷ Victoria Turk, “Auf Facebook floriert ein Schwarzmarkt für menschliche Organe,” *vice*, <https://www.vice.com/de/article/mv4apx/tech-organhandel-auf-facebook> (accessed March 7, 2020).

รวมถึงไม่อนุญาตให้ทำการปลูกถ่ายหากไม่ได้รับความยินยอมจากผู้บริจาคหรือทายาท (ในกรณีที่สมองตาย) และยังได้มีการตราบทบัญญัติเกี่ยวกับเนื้อเยื่อของมนุษย์ เมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ. 2007 ให้กฎหมายนี้สามารถนำไปใช้กับเนื้อเยื่อของมนุษย์และอวัยวะของทารกในครรภ์ได้ด้วย แต่ทั้งนี้แม้ว่าเลือดจะถูกพิจารณาว่าเป็นอวัยวะส่วนหนึ่งของมนุษย์ แต่กฎหมายการปลูกถ่ายอวัยวะไม่ได้ใช้บังคับกับเลือด ส่วนประกอบของเลือดและผลิตภัณฑ์จากเลือด

นอกจากนี้ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการตราบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับความผิดว่าด้วยการค้ามนุษย์ ซึ่งการค้าอวัยวะในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น หมายถึง การจัดการอวัยวะของมนุษย์โดยมุ่งหวังผลกำไรโดยฝ่าฝืนกฎหมายการปลูกถ่ายอวัยวะ (TPG) ซึ่งการค้ามนุษย์เพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดการอวัยวะที่ผิดกฎหมายนั้นเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch (StGB)) ซึ่งการค้าอวัยวะและการค้ามนุษย์เพื่อจุดประสงค์ในการได้ไปและเก็บเกี่ยวประโยชน์จากมนุษย์หรืออวัยวะของมนุษย์นั้น ย่อมมีความผิดทางอาญา ดังนั้น การค้ามนุษย์ในฐานะที่เป็นความผิดทางอาญาต่อเสรีภาพส่วนบุคคล รวมถึงการกระทำที่เฉพาะเจาะจงโดยมีวัตถุประสงค์ของการใช้ประโยชน์จากบุคคลเพื่อเปลี่ยนถ่ายอวัยวะโดยไม่ได้รับความยินยอม ในระบบกฎหมายเยอรมันอาจทำให้บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบในทางอาญาตามกฎหมายเปลี่ยนถ่ายอวัยวะ⁸ และตามประมวลกฎหมายอาญา ฐานค้ามนุษย์ได้รวมถึงแพทย์ที่ทำผิดกฎหมายด้วย⁹

⁸ กฎหมายการปลูกถ่ายอวัยวะ (TPG), มาตรา 8 (2) บัญญัติว่า “ผู้บริจาคจะได้รับแจ้งข้อมูลที่สำคัญจากแพทย์และแสดงความยินยอมบริจาคอวัยวะไว้เป็นลายลักษณ์อักษร”

⁹ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB), มาตรา 232 การค้ามนุษย์ (1) 3 บัญญัติว่า “บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการนำอวัยวะออกจากบุคคลโดยผิดกฎหมาย ต้องถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี”

2) ประเทศสหพันธ์รัฐสวิตเซอร์แลนด์

ประเทศสหพันธ์รัฐสวิตเซอร์แลนด์นั้นพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ในแต่ละมลรัฐได้รับการพิจารณาให้ปลูกถ่ายอวัยวะ เนื้อเยื่อและเซลล์จากผู้เสียชีวิตมานานหลายทศวรรษ ทั้งการรับรองของรัฐธรรมนูญ รวมถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการกำจัดอวัยวะ เนื้อเยื่อและเซลล์เพื่อวัตถุประสงค์ในการปลูกถ่าย

เมื่อวันที่ 8 ตุลาคม ค.ศ. 2004 รัฐสภาสหพันธ์รัฐสวิตเซอร์แลนด์ได้เห็นชอบให้มีการประกาศบังคับใช้กฎหมายรัฐบัญญัติการปลูกถ่ายอวัยวะ เนื้อเยื่อและเซลล์ (Das Transplantationsgesetz) ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ¹⁰ กฎหมายการปลูกถ่ายอวัยวะมีเจตนารมณ์ส่วนหนึ่ง เพื่อช่วยชีวิตมนุษย์ที่เจ็บป่วยและเป็นการคุ้มครองเจตนา การบริจาคอวัยวะของบุคคล ทั้งนี้กฎหมายกำหนดให้อวัยวะสามารถถูกผ่าตัดเปลี่ยนแปลงออกจากคนที่สมองตายได้ หากมีหนังสือบริจาคอวัยวะหรือญาติยินยอมให้ผ่าตัดเปลี่ยนแปลงได้ และอวัยวะบางส่วนสามารถบริจาคผ่าตัดเปลี่ยนแปลงได้ในขณะที่มีชีวิตอยู่ ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายบางประการ ซึ่งพบว่า ปัจจุบันผู้บริจาคไตทั้งหมดประมาณ 40% ในสวิตเซอร์แลนด์มาจากผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่

นอกจากนี้ รูปแบบการบริจาคอวัยวะของบุคคลในประเทศสหพันธ์รัฐสวิตเซอร์แลนด์นั้นเป็นไปโดยสะดวก ซึ่งบุคคลที่ต้องการบริจาคอวัยวะหรือเนื้อเยื่อหลังจากการเสียชีวิตของตน สามารถบันทึกสิ่งนี้ไว้ในหนังสือบริจาคอวัยวะ (หรือที่เรียกว่า “บัตรบริจาคอวัยวะ”) และแสดงต่อญาติ

ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ.2550 การปลูกถ่ายอวัยวะถูกควบคุมโดยบทบัญญัติของกฎหมายที่เหมือนกันทั่วประเทศ วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายของรัฐบาลกลางที่ออกมานั้น เพื่อควบคุมและเพิ่มจำนวนการบริจาคของอวัยวะ เนื้อเยื่อและ

¹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐสวิตเซอร์แลนด์, มาตรา 119a บัญญัติว่า “การปลูกถ่ายทางการแพทย์ สมพันธ์ต้องออกข้อบังคับเกี่ยวกับอวัยวะเนื้อเยื่อและการปลูกถ่ายเซลล์ เป็นหลักประกันในการปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสุขภาพ กำหนดเกณฑ์สำหรับการจัดสรรอวัยวะอย่างยุติธรรม การบริจาคอวัยวะโดยไม่มีค่าใช้จ่าย ห้ามการค้าอวัยวะมนุษย์”

เซลล์ในสวิตเซอร์แลนด์ การปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสุขภาพ โดยการกำหนดเงื่อนไขสำหรับการบริจาคอวัยวะ และเกณฑ์ที่เข้มงวดในการพิจารณาตัดสินความตายของผู้บริจาค กำหนดการจัดสรรอวัยวะที่ได้รับบริจาคแก่ผู้ป่วยในประเทศอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเกณฑ์การจัดสรรอวัยวะ มีการกำหนดกระบวนการสำหรับการลงทะเบียนและการรับอวัยวะผู้บริจาคเนื้อเยื่อและเซลล์ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้รัฐร่วมทำหน้าที่สำคัญในการแจ้งให้ประชากรทราบอย่างโปร่งใสและครบถ้วน

แนวทางป้องกันการซื้อขายอวัยวะในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการประกาศใช้บังคับกฎหมายการปลูกถ่ายอวัยวะ (The National Organ Transplant Act) เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2527 และแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2531 และ พ.ศ. 2533 ห้ามการขายอวัยวะมนุษย์ และจัดให้มีการจัดตั้งคณะทำงานเฉพาะกิจในการปลูกถ่ายอวัยวะ อนุญาตให้หน่วยงานบริการด้านสุขภาพและความมั่นคงของมนุษย์มีการวางแผนการจัดตั้ง รวมทั้งการดำเนินงานขององค์กรในการจัดหาอวัยวะที่มีคุณภาพ (OPO) ตลอดถึงจัดตั้งเครือข่ายการจัดซื้อ การปลูกถ่ายอวัยวะ และการลงทะเบียนทางวิทยาศาสตร์ของผู้รับการปลูกถ่ายอวัยวะ¹¹

โดยก่อนที่จะมีการนำกฎหมายการปลูกถ่ายอวัยวะแห่งชาติ (NOTG) มาใช้ ไม่มีกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินที่ควรใช้กับศพมนุษย์ ซึ่งญาติของผู้เสียชีวิตมีอำนาจเพียงที่จะตัดสินใจว่าจะฝังศพหรือจัดการศพอย่างไร แต่การมีสิทธิในลักษณะนี้ไม่ได้หมายถึงสิทธิในทรัพย์สินในลักษณะของสิทธิในการถ่ายโอนอวัยวะของศพแต่อย่างใด

เมื่อการแพทย์ได้พัฒนาจนถึงขั้นที่มนุษย์สามารถผ่าตัดเปลี่ยนถ่ายอวัยวะให้กันได้ แต่เนื่องจากการขาดแคลนอวัยวะจากการบริจาค ทำให้ผู้คนในยุคนั้นเริ่มใช้วิธีการอื่นเพื่อซื้ออวัยวะนอกโรงพยาบาลแทนการรอรับบริจาค

¹¹ The National Organ Transplant Act, approved October 19, 1984, and amended in 1988 and 1990, (1984 Pub.L.), 98 – 507.

ในปี พ.ศ.2526 การซื้อขายอวัยวะเริ่มพัฒนาสู่ตลาดการค้า H. Barry Jacobs ผู้จัดการบริษัทในเวอร์จิเนีย ประกาศโครงการซื้อและขายอวัยวะมนุษย์ ทำให้ไตของมนุษย์ที่สมบูรณ์แข็งแรงสามารถจะขายได้ในราคาสูงถึง 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ รวมค่านายหน้า 2,000-5,000 ดอลลาร์สหรัฐ สำหรับบริษัท¹²

กฎหมายการปลูกถ่ายอวัยวะแห่งชาติ (The National Organ Transplant Act) จึงตราออกมาเพื่อป้องกันการกระทำที่ผิดกฎหมาย และเพื่อชดเชยช่วยเหลือผู้บริจาคอวัยวะ แต่ไม่ได้จ่ายเงินชดเชยสำหรับการบริจาคในรูปแบบอื่น ๆ เช่น พลาสมาของมนุษย์ สเปิร์มและเซลล์ไข่ เป็นต้น แม้ว่าไขกระดูกไม่ได้เป็นอวัยวะหรือเป็นส่วนหนึ่งของอวัยวะ แต่ต่อมาได้มีคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาให้ผู้บริจาคที่บริจาคไขกระดูกผ่านการตรวจคัดกรองมีสิทธิได้รับค่าชดเชย และจากนั้นในเดือนพฤศจิกายน ปี พ.ศ. 2556 ได้มีการเสนอกฎระเบียบที่เปลี่ยนแปลงข้อกำหนดทางกฎหมายสำหรับไขกระดูก¹³

แนวทางป้องกันการซื้อขายอวัยวะในประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายศึกษาเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ (The Organ Transplant Law) ซึ่งมีผลบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2540 โดยกำหนดให้ผู้บริจาคต้องให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร และต้องได้รับความยินยอมจากคนในครอบครัวด้วย¹⁴

¹² Gwen Mayes, Buying and Selling Organs for Transplantation in the United States, *Medscape Education* 4, No. 2, 2003, 1.

¹³ Carol J. Williams, “Pay ban on donor organs doesn’t include bone marrow, court says,” *Los Angeles Times*, <https://www.latimes.com/local/la-xpm-2011-dec-02-la-me-bone-marrow-20111202-story.html>2 (accessed March 7, 2020).

¹⁴ Gilles Campion: Pas d’espoir de greffe pour les enfants cardiaques au Japon. (Memento vom 3. Dezember 2013 im Internet Archive) In: Aujourd’hui le Japon (12 June 2009), 12.

ต่อมา ได้มีการแก้ไขกฎหมายอีกครั้งในเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2553 ซึ่งการบริจาคอวัยวะของบุคคลสามารถมีผลทางกฎหมายหากไม่มีการคัดค้านจากบุคคลในครอบครัว นอกจากนี้เกณฑ์อายุขั้นต่ำของผู้บริจาคซึ่งกำหนดไว้ 15 ปี ได้ถูกยกเลิกไปเช่นกัน และการบริจาคอวัยวะโดยไม่ได้ทำในรูปแบบความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้บริจาคก็สามารถกระทำได้¹⁵

ปัจจุบันนับตั้งแต่การออกกฎหมายการปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศญี่ปุ่นเมื่อปี พ.ศ.2540 จากข้อมูลที่ดีพิมพ์เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะของญี่ปุ่นในปี พ.ศ.2559 และสำนักทะเบียนระหว่างประเทศว่าด้วยการบริจาคอวัยวะและการปลูกถ่ายอวัยวะพบว่า จำนวนผู้บริจาคที่ยินยอมให้เปลี่ยนถ่ายอวัยวะของตน หลังจากเสียชีวิตให้แก่ผู้ป่วยคนอื่นยังคงต่ำมาก อย่างไรก็ตาม เรื่องนี้มีความสัมพันธ์กับความเชื่อและมุมมองแบบดั้งเดิมของชาวญี่ปุ่นเกี่ยวกับศพตามความเชื่อของ *gotaimanzoku* กล่าวคือ วิญญาณไม่สามารถพักผ่อนได้ หากมีสภาพร่างกายไม่สมบูรณ์และมีข้อบกพร่อง

แม้ในรอบ 20 ปีที่ผ่านมา ตั้งแต่มีการประกาศบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว การเคารพในเจตนาบริจาคของผู้ตายของสมาชิกครอบครัวได้มีเพิ่มขึ้น และการต่อต้านการปลูกถ่ายอวัยวะลดลง แต่ก็ไม่ได้เปลี่ยนไปมากนัก การปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้ที่มีชีวิตช่วยบรรเทาความบกพร่องของอวัยวะได้บ้าง และกฎหมายที่ต้องการความยินยอมจากครอบครัวดูเหมือนจะมีส่วนทำให้ผู้บริจาคที่เสียชีวิตเพิ่มขึ้นเล็กน้อย¹⁶

¹⁵ Anthony Rivière: Le don d'organes facilité au Japon. (Memento vom 24. April 2012 im Internet Archive) In: Aujourd'hui le Japon. 20. Juli 2010. (französisch).

¹⁶ Akabayashi A, Nakazawa E, "Twenty Years After Enactment of the Organ Transplant Law in Japan: Why Are There Still So Few Deceased Donors?," *PubMed* , <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/29880339/> (accessed March 7, 2020).พผ

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะของไทย

ประเทศไทยมีการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะได้สำเร็จเป็นครั้งแรกตั้งแต่ปี พ.ศ.2515 จนถึงปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะใช้บังคับโดยตรง การบริจาค และเปลี่ยนถ่ายอวัยวะที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน อาศัยเพียงข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549¹⁷ ซึ่งไม่ได้ใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปที่บริจาค ซึ่งเป็นมาตรการบังคับแก่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้นว่า จะต้องทำการปลูกถ่ายจากอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคอวัยวะขณะที่ยังมีชีวิตและผู้ที่สมองตายตามหลักเกณฑ์วิธีการวินิจฉัยของแพทยสภาเท่านั้น

1) การปลูกถ่ายอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคอวัยวะขณะที่ยังมีชีวิต

ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะต้องดำเนินการตามเกณฑ์ต่อไปนี้

(1.1) ผู้บริจาคต้องมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต หรือมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมที่สามารถพิสูจน์ได้ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ เช่น HLA และหรือ DNA เป็นต้น หรือ

(1.2) ผู้บริจาคต้องเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายมาแล้วอย่างน้อยสามปี หรืออยู่กินฉันสามีภรรยาโดยเปิดเผยกับผู้รับอวัยวะมาแล้วอย่างน้อยสามปี กรณีที่มีบุตรร่วมกันโดยสายโลหิตไม่ต้องใช้ระยะเวลาสามปี หากมีปัญหในการพิสูจน์บุตรร่วมกันให้ใช้ HLA และหรือ DNA เป็นเครื่องพิสูจน์ หรือ

(1.3) ผู้บริจาคต้องเป็นผู้ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะทดแทนแล้ว โดยให้บริจาคอวัยวะของตนที่ตัดออกนั้นให้กับสภากาชาดไทยเพื่อจัดสรรให้แก่ผู้อื่น เช่น กรณีผู้รับบริจาคมาทั้งหัวใจและปอดพร้อมกันโดยให้บริจาคหัวใจเดิมของตนให้สภากาชาดไทยเพื่อจัดสรรให้แก่ผู้อื่น เป็นต้น

¹⁷ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560 ข้อ 52 และข้อ 53.

(1.4) กรณีนอกเหนือจาก (1) (2) และ (3) ให้ศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย เป็นผู้พิจารณาและออกระเบียบเพื่อปฏิบัติโดยความเห็นชอบของ คณะกรรมการแพทยสภา

(1.5) กรณีชาวต่างประเทศต้องดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(ก) เอกสารการยืนยันความสัมพันธ์ทางสายโลหิตตาม (1) และความเป็น สามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายมาแล้วอย่างน้อยสามปี หรืออยู่กินฉันสามีภรรยาโดย เปิดเผยกับผู้รับอวัยวะมาแล้วอย่างน้อยสามปีตาม (2) ให้ได้รับการรับรองจากสถานทูต หรือหน่วยงานที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินการของบุคคลในสัญชาติของผู้ร้องขอรับการ ปลุกถ่ายอวัยวะ และได้รับการรับรองด้านความถูกต้องของผู้ออกเอกสารจากกรมการ กงสุล กระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทย และ

(ข) ต้องมีการพิสูจน์ความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมโดยวิธีทางวิทยาศาสตร์ การแพทย์ด้วยวิธี HLA และ/หรือ DNA หรือวิธีอื่น ๆ ที่สามารถพิสูจน์ได้ ที่มีความ น่าเชื่อถือใกล้เคียงกัน จากสถาบันทางการแพทย์ของรัฐในประเทศไทย

(1.6) ผู้บริจาคต้องมีสุขภาพสมบูรณ์ เหมาะสมที่จะบริจาคอวัยวะได้

(1.7) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ทำการปลุกถ่ายอวัยวะต้องอธิบาย ให้ผู้บริจาคเข้าใจถึงความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่าง ๆ แก่ผู้บริจาค ทั้งจากการผ่าตัด หรือ หลังการผ่าตัดอวัยวะที่บริจาคออกแล้ว เมื่อผู้บริจาคเข้าใจและเต็มใจที่จะบริจาคแล้วจึง ลงนามแสดงความยินยอมบริจาคอวัยวะไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (Informed consent form) ให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

(1.8) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ทำการปลุกถ่ายอวัยวะต้องทำ หลักฐานเป็นหนังสือ เพื่อแสดงว่าไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคเป็นค่าอวัยวะ

(1.9) ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ทำการปลุกถ่ายอวัยวะทำ รายงานตามแบบที่สภากาชาดไทยกำหนด โดยให้ส่งที่ศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย

ทั้งนี้ ให้ศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย ดำเนินการสุปรายงานเสนอต่อแพทยสภา เป็นประจำทุกปี¹⁸

จึงเห็นได้ว่า กรณีผู้บริจาคอวัยวะยังมีชีวิตอยู่ ต้องเป็นการบริจาคอวัยวะให้แก่ผู้รับที่มีความสัมพันธ์เป็นญาติสืบสายเลือด เป็นสามีหรือภริยาถูกต้องตามกฎหมาย หรืออยู่กินโดยเปิดเผยอย่างน้อยสามปี เว้นแต่มีบุตรด้วยกัน อย่างใดอย่างหนึ่งกับผู้บริจาคเท่านั้น ไม่สามารถแสดงความจำนงที่จะบริจาคให้กับบุคคลทั่วไปได้ เว้นแต่ผู้บริจาค จะได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะทดแทนแล้ว การเปลี่ยนถ่ายอวัยวะกรณีนี้จึงมีกรอบจำกัด อยู่ในวงแคบ ดังนั้น หากญาติหรือสามีไม่อาจบริจาคอวัยวะให้ได้ ผู้รับการเปลี่ยนถ่าย ก็ไม่อาจร้องขอให้แพทย์ทำการเปลี่ยนถ่ายจากอวัยวะของผู้อื่นได้ แม้ว่าผู้รับนั้นจะสมัครใจ หรือยินยอมบริจาคอวัยวะให้ก็ตาม ผู้รับการเปลี่ยนถ่ายจึงอาจเลือกที่จะเปลี่ยนถ่าย กับสถานพยาบาลหรือแพทย์ที่ผิดกฎหมาย ซึ่งไม่มีความชำนาญและความสะอาดเพียงพอ ทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตได้

นอกจากนั้น การบริจาคอวัยวะต้องเกิดจากความสมัครใจหรือยินยอมของผู้บริจาค โดยแสดงความยินยอมไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และมีหลักฐานเป็นหนังสือว่าไม่มี การจ่ายค่าตอบแทนเป็นค่าอวัยวะ แม้จะมีฐานะเป็นญาติสืบสายเลือดหรือสามี ภริยา แต่ก็ไม่อาจบังคับให้มีการบริจาคอวัยวะได้ การที่ญาติหรือสามี ภริยาไม่ยินยอมที่จะบริจาค อวัยวะของตนเองให้แก่อีกฝ่ายจึงอาจส่งผลต่อความสัมพันธ์ในครอบครัวได้ และการห้าม ไม่ให้มีการจ่ายค่าตอบแทนเป็นค่าอวัยวะ แม้ว่าผู้บริจาคและผู้รับบริจาคจะมีข้อตกลง หรือสัญญาจ่ายค่าตอบแทนแก่กัน แต่หากมีการผิดข้อตกลงหรือสัญญาก็ไม่อาจฟ้องร้อง บังคับกันได้ เพราะถือว่าข้อตกลงหรือสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย ผู้รับการ เปลี่ยนถ่ายจึงอาจจัดหาอวัยวะจากแหล่งอื่นที่ผิดกฎหมายหรือตลาดมืด ซึ่งอวัยวะเหล่านี้อาจมาจากบุคคลที่ถูกบังคับ ขู่เข็ญ หลอกลวง หรือลักพาตัวเพื่อตัดอวัยวะ

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 3.

นอกจากนี้ การที่ระเบียบไม่ได้บังคับว่าการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะให้กระทำได้ในระหว่างบุคคลที่มีสัญชาติไทยเท่านั้น จึงอาจมีการจดทะเบียนสมรสระหว่างคนต่างชาติดกับผู้มีสัญชาติไทย โดยไม่ได้ประสงค์ที่จะอยู่กินเป็นสามีภรรยากันอย่างแท้จริง เพียงแต่อาศัยช่องทางดังกล่าวในการเข้ามาเปลี่ยนถ่ายอวัยวะในประเทศไทย และในอนาคตอาจพัฒนาไปสู่ธุรกิจการท่องเที่ยวเชิงการแพทย์เพื่อการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะ (transparent tourism) ได้

ดังนั้น แนวทางที่เปิดช่องให้ประชาชนสามารถบริจาคอวัยวะบางส่วนให้กับรัฐได้ขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ เพื่อแลกกับการที่รัฐจะจ่ายค่าตอบแทน หรือจัดสวัสดิการอย่างอื่นเป็นการตอบแทนสำหรับบุคคลที่มีร่างกายสมบูรณ์ หรือได้รับการรับรองจากแพทย์แล้วว่าการนำอวัยวะออกจากร่างกายจะไม่ส่งผลให้เกิดอันตรายกับบุคคลดังกล่าว อาจช่วยให้มีอวัยวะอยู่ในคลังของรัฐที่จะนำไปเปลี่ยนถ่ายให้กับผู้รอรับอวัยวะเพิ่มมากขึ้น และเพื่อป้องกันไม่ให้ประเทศไทยกลายเป็นศูนย์กลางแหล่งซื้อขายอวัยวะที่ผิดกฎหมาย จึงต้องควบคุม หรือจำกัดการเปลี่ยนถ่ายให้กระทำเฉพาะในระหว่างบุคคลที่มีสัญชาติไทยเท่านั้น เหมือนอย่างในสหพันธรัฐสวิสเซอร์แลนด์และประเทศอิหร่าน¹⁹

2) การปลูกถ่ายอวัยวะที่ใช้อวัยวะจากผู้ที่สมองตาย

ต้องดำเนินการตามเกณฑ์ ต่อไปนี้

(2.1) ผู้ที่สมองตายตามหลักเกณฑ์วิธีการวินิจฉัยของแพทยสภาเท่านั้นที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถนำเอาอวัยวะไปทำการปลูกถ่ายให้แก่ผู้ที่ต้องการอวัยวะทดแทนได้และผู้ที่สมองตายดังกล่าวต้องไม่มีโรคหรือภาวะ ดังต่อไปนี้

ก. โรคมะเร็งระยะลุกลาม

ข. ภาวะติดเชื้อรุนแรงที่จะเป็นอันตรายต่อผู้รับอวัยวะได้

¹⁹ Organ Transplant and Brain Death Act 2000.

ค. การทดสอบเอชไอวี (HIV) เป็นบวก เว้นแต่กรณีที่ต้องการ
อวัยวะทดแทนมีผลการทดสอบเอชไอวีเป็นบวกอยู่แล้ว

ง. ผู้ป่วยที่สงสัยเป็นโรคพิษสุนัขบ้า ผู้ป่วยที่เป็นโรคสมองอักเสบ
ฉับพลัน หรือไขสันหลังอักเสบเฉียบพลัน หรือปลายประสาทอักเสบเฉียบพลัน ที่ตายโดย
ไม่ทราบสาเหตุ

จ. ผู้ป่วยที่มีอาการสงสัยว่าเป็นโรคควัวบ้า (Creutzfeldt Jacob
disease)

ฉ. ผู้ป่วยที่มีอาการสงสัยว่าเป็นโรคสมองเสื่อมที่ไม่ทราบสาเหตุ

ช. โรคหรือภาวะอื่น ๆ ที่แพทย์สภาประกาศกำหนด

(2.2) แพทย์ผู้ดูแลผู้ป่วยที่เสียชีวิต ตามเกณฑ์สมองตายของแพทย์
สภาควรให้ข้อมูลแก่ญาติทราบเกี่ยวกับการเสียชีวิตของผู้ป่วย และการที่ผู้ป่วยเป็น
ผู้บริจาคอวัยวะได้โดยความยินยอมของญาติ

(2.3) ญาติผู้ตายที่จะบริจาคอวัยวะต้องเป็นผู้ให้ความยินยอมบริจาค
อวัยวะ

(2.4) ในกรณีที่ผู้ตายได้แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้กับศูนย์รับ
บริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย ถ้าไม่สามารถติดตามหาญาติผู้ตายได้ให้ดำเนินการผ่าตัด
นำอวัยวะไปปลูกถ่ายได้

(2.5) ก่อนที่จะเอาอวัยวะออกจากผู้ที่สมองตายกรณีซึ่งต้องมีการ
ชั้นสูตรพลิกศพตามกฎหมาย ต้องแจ้งให้ผู้ชั้นสูตรพลิกศพทราบก่อนและคัดแยกแพทย์
ผู้ผ่าตัดอวัยวะจากศพต้องบันทึกการนำอวัยวะออกไปจากศพนั้นไว้ในเวชระเบียนของ
ผู้ตายด้วย²⁰

²⁰ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560

สำหรับอวัยวะที่ได้จากผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่ตามการวินิจฉัยของแพทย์นั้นพบว่า การผ่าตัดอวัยวะซึ่งเป็นการกระทำโดยแพทย์ภายใต้หลักเกณฑ์แกนสมองตายในทาง การแพทย์นั้นได้มีประกาศแพทยสภาที่ 7/2554 เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมอง ตายมากำหนดเกี่ยวกับการผ่าตัดอวัยวะ ในกรณีนี้แม้ทนายจะตกลงยินยอมให้มีการ ผ่าตัดโอนถ่ายอวัยวะบุคคลซึ่งใช้หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย การกระทำของ แพทย์ผู้ผ่าตัดอาจครบองค์ประกอบความรับผิดในทางอาญาฐานทำร้ายร่างกายหรือฆ่า ผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา²¹ ซึ่งจะทำให้แพทย์มีความรับผิดในทางอาญาเกิดขึ้นได้ เนื่องจากปัจจุบันระบบกฎหมายไทยไม่มีบทกฎหมายใดที่บัญญัติให้ยกเว้นความรับผิด ของแพทย์ในกรณีนี้แต่อย่างใด ดังนั้น การผ่าตัดเปลี่ยนถ่ายอวัยวะในทางการแพทย์นั้น จึงพบว่า เป็นการผ่าตัดหลังจากบุคคลนั้นสิ้นชีวิตในลักษณะของการสิ้นสภาพบุคคล ในทางกฎหมายเท่านั้น ไม่รวมถึงหลักเกณฑ์แกนสมองตายในทางการแพทย์ด้วยแต่อย่างใด ซึ่งภายใต้แนวคิดของการบริจาคอวัยวะของไทยมีแนวคิดว่าการบริจาคอวัยวะต้องไม่ได้ ทำให้ตาย แต่เป็นการบริจาคหลังจากการตายเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ต่อมาปัญหาความรับผิดในทางอาญาของแพทย์ข้างต้นผ่นคลาย ลง เมื่อมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยว่า บุคคลผู้อยู่ในสภาวะสมองตาย คือ การที่แกน สมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัย สมองตายที่คณะกรรมการแพทยสภากำหนดและออกเป็นประกาศแพทยสภาตาม ประกาศแพทยสภา ย่อมถือได้ว่าเป็นการตายของบุคคล การที่แพทย์ทำการผ่าตัดเอาได้ ทั้ง 2 ข้างและตัดออกจากร่างกายของผู้ป่วยซึ่งอยู่ในสภาวะสมองตายตามประกาศ แพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย เพื่อนำเอาอวัยวะนั้นไปทำการปลูกถ่ายอวัยวะ

²¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 295 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิด อันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่ เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” หรือ มาตรา 288 บัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้อง ระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”

ให้แก่บุคคลอื่น จึงเป็นการกระทำต่อบุคคลที่ตายแล้วไม่มีสภาพเป็นบุคคลที่จะถูกฆ่าได้อีก ไม่เป็นความผิดฐานร่วมกันฆ่าผู้อื่น²²

โดยผลของคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวทำให้ปัจจุบัน แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดเอาอวัยวะออกจากร่างกายของผู้ที่ได้รับการวินิจฉัยว่าสมองตายทางการแพทย์ไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นตามมาตรา 295 และความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพราะถือว่าผู้นั้นถึงแก่ความตายแล้ว จึงมิใช่เป็นการกระทำต่อบุคคลอีกต่อไป แต่เหตุผลที่กล่าวมานี้เป็นเพียงคำตัดสินของศาลฎีกา มิใช่กฎหมาย จึงยังมีใช้กฎหมายที่ขัดเจนแน่นอน เนื่องจากในอนาคตศาลฎีกาอาจวินิจฉัยแตกต่างไปจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่นำมาศึกษาในครั้งนี้ได้

ทั้งนี้ อุปสรรคในการบริจาคอวัยวะจากผู้ที่ถูกวินิจฉัยว่าอยู่ในสภาวะสมองตายก็ยังคงมีอยู่เพราะแพทย์จะนำอวัยวะออกจากร่างกายของผู้ที่สมองตายได้จะต้องได้รับความยินยอมของญาติด้วย ซึ่งบางครั้งญาติไม่เชื่อว่าผู้ตายสมองตายจริง และมักคิดว่าเกิดจากการที่แพทย์อยากได้อวัยวะของผู้ตายจึงไม่ยินยอมที่จะบริจาค แพทย์จึงต้องสร้างความมั่นใจให้แก่ญาติของผู้ตายว่าการวินิจฉัยอาการสมองตายเป็นไปอย่างถูกต้องตามหลักวิชาการเพื่อคลายความสงสัยและลดความขัดแย้งระหว่างญาติผู้ตายกับแพทย์ นอกจากนี้วัฒนธรรมความเชื่อของคนไทยที่ว่า ถ้าบริจาคอวัยวะแล้ว ตายไปชาติหน้าจะมีอวัยวะไม่ครบ ทำให้บุคคลเกิดความหวาดกลัวในการบริจาคอวัยวะของตนเองหรือการที่ญาติจะบริจาคอวัยวะของผู้ตายให้กับแพทย์ สังคมจึงต้องร่วมกันสร้างทัศนคติที่ดีและความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะ ทั้งในแง่ของวิทยาศาสตร์ และศาสนาควบคู่กันไป

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4200/2559

ปัญหาทางกฎหมายที่มีการซื้อขายอวัยวะในประเทศไทย

สำหรับกรณีที่มีการซื้อขายอวัยวะในประเทศไทยไม่มีกฎหมายลงโทษโดยตรง มีเพียงพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 กำหนดให้การตัดอวัยวะเพื่อการค้า เป็นการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์แต่เฉพาะกรณีที่เกิดจากความยินยอมเท่านั้น เช่น ช่มชู้ ใช้กำลังบังคับ ลักพาตัว ฉ้อฉล หลอกลวง ใช้อำนาจโดยมิชอบ เป็นต้น²³ แต่กรณีที่เกิดจากความยินยอมของเจ้าของอวัยวะยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเอาผิดและลงโทษ ไม่ว่าจะเป็นบุคคลเจ้าของอวัยวะ ผู้ทำการผ่าตัด นายหน้า และผู้รับการปลูกถ่ายจากอวัยวะนั้น

²³ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551, มาตรา 6 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) เป็นธุระจัดหา ซื้อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขัง จัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งบุคคลใด โดยช่มชู้ ใช้กำลังบังคับ ลักพาตัว ฉ้อฉล หลอกลวง ใช้อำนาจโดยมิชอบใช้อำนาจครอบงำบุคคลด้วยเหตุที่อยู่ในภาวะอ่อนด้อยทางร่างกาย จิตใจ การศึกษา หรือทางอื่นใดโดยมิชอบ ชูเชิญว่าจะใช้กระบวนการทางกฎหมายโดยมิชอบ หรือโดยให้เงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นแก่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลบุคคลนั้นเพื่อให้ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำความผิดในการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลที่ตนดูแล หรือ

(2) เป็นธุระจัดหา ซื้อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขังจัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งเด็กถ้าการกระทำนั้นได้กระทำโดยมีความมุ่งหมายเพื่อเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์

การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี การผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อลามก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การเอาคนลงเป็นทาสหรือให้มีฐานะคล้ายทาส การนำคนมาขอราน การตัดอวัยวะเพื่อการค้า การบังคับใช้แรงงานหรือบริการตามมาตรา 6/1 หรือการอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการขูดรีดบุคคลไม่ว่าบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม”

แม้ประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะมีบทบัญญัติเรื่องของการทำร้ายร่างกาย²⁴ และหากเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำร้ายต้องเสียอวัยวะอื่นได้รับอันตรายสาหัส ต้องรับโทษหนักขึ้น²⁵ ก็ตาม แต่จะเป็นความผิดตามบทบัญญัติเหล่านี้ต่อเมื่อได้กระทำความผิดต่อบุคคลอื่น การทำร้ายตนเองไม่ว่าจะได้รับอันตรายธรรมดาหรือสาหัสย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 295 และ 297(3) กรณีบุคคลใดตกลงให้อวัยวะของตนเพื่อการเปลี่ยนถ่ายให้กับบุคคลอื่น ไม่ว่าจะมีความตอบแทนหรือไม่ก็ตาม ฝ่ายผู้ให้จึงไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่แพทย์หรือบุคคลที่ทำการผ่าตัดเอาอวัยวะออกไป การทำการผ่าตัดย่อมประกอบด้วยความรู้ถึงอันตรายที่เกิดแก่ผู้รับการผ่าตัดและการผ่าตัดเอาอวัยวะออกไปย่อมทำให้อนุสัญญาเสียอวัยวะไปเข้าลักษณะเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายอันตรายสาหัสตามมาตรา 297(3) เพราะขณะที่กระทำความรู้ซื่อแท้จริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และขณะเดียวกันประสงค์ต่อผลหรือยอมเสี่ยงเห็นผล (อันตรายเกิดขึ้นแก่กาย)²⁶

การที่บุคคลเจ้าของอวัยวะยินยอมให้แพทย์หรือบุคคลอื่นทำการผ่าตัดเอาอวัยวะออกจากร่างกาย ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในทางอาญา แม้ไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็สามารถนำมาใช้เป็นเหตุยกเว้นความผิดของผู้กระทำได้ ซึ่งมีการวางหลักเป็นบรรทัดฐานไว้ในคำพิพากษาฎีกา²⁷ ว่าความยินยอมอัน

²⁴ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 295 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตของผู้นั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

²⁵ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 297(3) บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสองแสนบาทอันตรายสาหัสนั้น คือ

(3) เสียแขน ขา มือ เท้า นิ้วหรืออวัยวะอื่นใด”

²⁶ วินัย ลำเลิศ, “การซื้อขายอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายกับผลในทางกฎหมาย,” *วารสารรวมคำแห่ง* 25, ฉ.3 (2551): 97-98.

²⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508

บริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการ อันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว ความยินยมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้กระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้ เช่น การที่บุคคลยินยอมเข้าชกมวยกันเพื่อความมุ่งหมายในการกีฬา ไม่ได้มีสาเหตุโกรธเคืองกัน²⁸ เป็นต้น ดังนั้น การที่คนไข้ยินยอมให้แพทย์ตัดอวัยวะเพื่อรักษาโรค แม้การกระทำของแพทย์จะครบองค์ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่การกระทำของแพทย์ก็ไม่มีผิด เพราะความยินยอมของคนไข้ยกเว้นความผิดให้แก่แพทย์ เนื่องจากเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี²⁹

แต่ความยินยอมขายอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายของคนที่ชีวิตนั้น หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในเรื่องความยินยอมดังกล่าวแล้ว (1) ในเรื่องความยินยอมที่บริสุทธิ์ของผู้เสียหาย การเอาเงินไปซื้ออวัยวะมาโดยที่ผู้ขายขายไปเพราะต้องการใช้เงิน จะถือว่าเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ของผู้นั้นหรือไม่ เพราะความยินยอมที่บริสุทธิ์นั้น จะต้องเป็นการตัดสินใจโดยเสรีปราศจากแรงกดดันทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม หรือจากกลุ่มคนที่เกี่ยวข้อง (economic, social or group pressure) (2) ในเรื่องความรู้สึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน การพิจารณาว่าการกระทำอย่างไร จึงจะขัดต่อศีลธรรมอันดี ย่อมจะต้องพิจารณาตามความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องที่และเวลาที่เกิดการกระทำนั้น ซึ่งการซื้อขายอวัยวะย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยศีลธรรม เพราะเป็นการเอาร่างกายของมนุษย์ซึ่งประกอบด้วยเลือดเนื้อและชีวิตมาทำเป็นธุรกิจการค้า การกระทำเช่นนั้นนอกจากจะผิดกฎหมายแล้วยังเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (human dignity) ให้หมดไปอีกด้วย จึงเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์และขัดต่อธรรมจรรยา³⁰ แพทย์หรือผู้ที่ทำการ

²⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1083/2510

²⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ: พลสมยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2551), 431.

³⁰ แสง บุญเฉลิมภาส, “การนำอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่ การซื้อขายอวัยวะและความผิดฐานทำร้ายร่างกาย,” *วารสารนิติศาสตร์* 19, ฉ.4 (2532): 8.

ผ่าตัดจึงมีความผิดทางอาญา และผู้ที่รับซื้อไม่ว่าจะเป็นนายหน้า หรือผู้รับการปลูกถ่าย อาจเป็นตัวการหรือผู้ชี้ให้กระทำผิดได้³¹

สำหรับชิ้นส่วนอวัยวะที่นำออกมาจากร่างกายไม่ว่าจะเป็นของผู้ที่มีชีวิต หรือศพ มีความเห็นของนักวิชาการว่า ไม่อยู่ในความหมายของ “ทรัพย์” ที่จะลักได้ตามประมวลกฎหมายอาญา³² โดยศาสตราจารย์จิติติ ดิงศภัทย์ อธิบายว่า ร่างกายมนุษย์ไม่ถือเป็นทรัพย์ แม้แต่ส่วนที่ขาดหลุดออกจากร่างกาย ก็ไม่ถือเป็นทรัพย์ เช่น แอบตัดผมไปควักดวงตาไป หรือดูดเลือดออกจากร่างกายคนไป อาจเป็นการทำร้ายร่างกาย แต่ไม่ผิดลักทรัพย์ เว้นแต่ส่วนของร่างกายที่หลุดออกมาและมีผู้ถือเอาแล้ว เป็นต้น ส่วนโลหิต วิฉม ดวงตา ที่เก็บรักษาไว้ในสถานพยาบาล ถือเป็นทรัพย์ที่ลักกันได้ สำหรับศพก็ทำนองเดียวกัน ศพจะกลายเป็นทรัพย์ต่อเมื่อมีผู้ถือเอา เช่น ศพที่อุทิศให้กับโรงพยาบาล หรือศพที่ญาตินำมาทำพิธีทางศาสนา หรือนำมาเก็บรักษาไว้ เป็นต้น³³

อนึ่ง ทางปฏิบัติก็มีคำพิพากษาศาลฎีกา³⁴ คดีหนึ่ง ตัดสินว่า ผู้ตายทำพินัยกรรมยกศพให้คณะแพทยศาสตร์และศิริราชพยาบาล ต่อมาลูกของผู้ตายที่นับถือคริสต์ศาสนา ต้องการศพไปทำพิธีทางศาสนา จึงฟ้องมหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ (ชื่อเดิม) เป็นจำเลยขอให้คืนศพ โดยอ้างว่าศพนั้นเป็นทรัพย์มรดกตกแก่ทายาท แต่เป็นทรัพย์ที่เกิดขึ้นเมื่อผู้ตายถึงแก่ความตายแล้ว ผู้ตายจึงไม่มีสิทธิทำพินัยกรรมยกศพ (ซึ่งขณะนั้นยังมิได้เป็นทรัพย์สิ้นของผู้ตาย) ให้แก่มหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ ศาลฎีกาวินิจฉัยยกฟ้องโจทก์ โดยให้เหตุผลว่า พินัยกรรมของผู้ตายใช้ได้ เพราะเป็นการกำหนดการเผื่อตายในการจัดการศพ

³¹ วินัย ล้ำเลิศ, “การซื้อขายอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายกับผลในทางกฎหมาย,” 100.

³² ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 334 บัญญัติว่า “ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินหกหมื่นบาท”

³³ สหรัฐ กิติ ศุภการ, *หลักและคำพิพากษา กฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพฯ: อมรินทร์, 2561), 591.

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2508

มิใช่เป็นการยกทรัพย์สิน แม้ศาลฎีกามีได้วินิจฉัยตามประเด็นที่โจทก์ยกขึ้นอ้างว่า ศพจะเป็นทรัพย์สินหรือไม่ แต่ถ้าพิจารณาจากเหตุผลในข้ออ้างของคำพิพากษาแล้ว อาจจะพอสรุปได้ว่า ศาลฎีกาในคดีนี้เห็นว่า ศพไม่ใช่ทรัพย์สินนั่นเอง

อย่างไรก็ดี เทคโนโลยีในปัจจุบัน ศพและอวัยวะจากศพที่ตายใหม่ ๆ มีประโยชน์และมีคุณค่าที่จะนำไปปลูกถ่ายเพื่อการรักษาที่เป็นการยืดชีวิตของผู้ป่วยให้ยืนยาวต่อไปได้อีก มิใช่เป็นสิ่งที่จะต้องปล่อยให้เน่าเปื่อยไปตามธรรมชาติอีกต่อไป ดังนั้น ศพและอวัยวะจากศพ หรือแม้แต่อวัยวะที่ตัดออกไปจากคนที่มีชีวิต ก็น่าจะเป็นสิ่งที่มีคุณค่าหรือราคาที่สามารถจะถือเอาได้³⁵ การนำอวัยวะออกจากศพหรือร่างกายของผู้ที่มีชีวิตก็มิโดยมิได้รับอนุญาตจึงต้องรับผิดทางอาญาลักษณะลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์ และหากมีการนำไปซื้อขายก็เป็นการกระทำที่เป็นการค้าอวัยวะ จึงต้องมีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการค้าอวัยวะไว้ในประมวลกฎหมายอาญาด้วย เพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำดังกล่าวและเอาผิดกับผู้ที่เกี่ยวข้อง เหมือนอย่างประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

แม้ปัจจุบัน จะมีการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2558 ได้บัญญัติเพิ่มเติมลักษณะ 13 ความผิดเกี่ยวกับศพ ตั้งแต่มาตรา 366/1 ถึง 366/4 แต่ไม่ได้มีการบัญญัติให้การลักเอาศพ หรือส่วนของศพ และการซื้อขายเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย การลักเอาศพหรืออวัยวะไปจากศพ จึงเป็นเพียงการทำความเสียหายศพ หรือส่วนของศพเข้าลักษณะเป็นความผิดตามบทบัญญัติมาตรา 366/3³⁶ ที่แก้ไขเพิ่มเติมเท่านั้น

³⁵ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “การปลูกถ่ายอวัยวะกับกฎหมาย,” วารสารนิติศาสตร์ 19, ฉ.4 (2532): 29.ออ

³⁶ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 366/3 บัญญัติว่า “ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ทำให้เสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งศพ ส่วนของศพ อวัยวะ หรือเถ้าของศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยควรต้องสร้างกฎหมายเกี่ยวกับการบริจาคและเปลี่ยนถ่ายอวัยวะมนุษย์ ควบคู่กับการป้องกันการซื้อขายอวัยวะ เพื่อคุ้มครองแพทย์จากการถูกดำเนินคดี คุ้มครองผู้บริจาคว่า อวัยวะของตนได้ถูกส่งต่อสมดังเจตนารมณ์ คุ้มครองผู้รับบริจาคว่า จะได้รับอวัยวะที่ดีและปลอดภัยจากการเปลี่ยนถ่าย และสร้างความเชื่อมั่นในกระบวนการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะแก่ประชาชน

บทส่งท้าย

กฎหมายการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะ มีเจตนารมณ์ส่วนหนึ่งเป็นไป เพื่อรักษาชีวิตของบุคคลผ่านการปลูกถ่ายอวัยวะนั้นโดยถูกขดเชยด้วยอวัยวะจากผู้บริจาคที่เหมาะสม และส่วนหนึ่งเพื่อลงโทษการแสวงหาผลประโยชน์จากกรณีดังกล่าว ดังนั้น วิธีการที่ละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคล โดยเฉพาะการมุ่งหมายไปสู่การค้าอวัยวะมนุษย์ หรือพิจารณาว่า เป็นวัตถุเชิงพาณิชย์นั้น ย่อมไม่เป็นที่ยอมรับในทางกฎหมายและทางศีลธรรม เพราะการพิจารณาว่าร่างกายเป็นวัตถุอย่างหนึ่งย่อมที่จะเป็นการ “ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในทางกฎหมายเห็นว่า การถ่ายโอนอวัยวะออกจากบุคคลที่มีชีวิตทราบเท่าที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสุขภาพอย่างร้ายแรงต่อผู้บริจาค ย่อมสามารถที่จะกระทำได้ หากสิ่งที่เกิดขึ้นนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลในฐานะญาติของตน นอกจากนี้ยังมีกลุ่มนักกฎหมายเห็นว่าการบริจาคอวัยวะนั้น เป็นการกระทำได้ในทุกกรณีหากเป็นไปเพื่อการกุศล เพราะถือว่า เป็นการกระทำที่มีค่ายิ่ง คือ เพื่อช่วยชีวิตเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน และเพื่อให้มีสุขภาพและชีวิตที่ดีขึ้น³⁷

เมื่อพิจารณาจากข้อกำหนดเบื้องต้นสำหรับการบริจาคอวัยวะทางการแพทย์ แล้วพบว่า ความยินยอมโดยสมัครใจของผู้บริจาคที่จะต้องไม่เป็นไปในเชิงพาณิชย์ หรือธุรกิจเพราะอวัยวะ หรือส่วนต่าง ๆ ของร่างกายมนุษย์ทั้งหมด ไม่ใช่สิ่งที่เป็นสินค้า

³⁷ Ulrich H.J. Körtner, Organtransplantationenaus ethischer Sicht,” *Medizin, Universität Wien*, <https://www.meduniwien.ac.at/hp/chirurgie/abteilungen/transplantation/organtransplantationen-aus-ethischer-sicht/> (accessed March 7, 2020) .

การป้องกันอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ซื้อขายอวัยวะจากประชาชนที่อาศัยในพื้นที่ยากจนหรือประชาชนผู้ด้อยโอกาสทางสังคมในบางประเทศ เพื่อส่งไปยังอีกประเทศหนึ่งนั้น ในมุมมองความร่วมมือระหว่างประเทศเห็นว่า ปัญหาเหล่านี้ยังคงเป็นปัญหาที่สามารถแก้ไขได้โดยการร่วมมือกันระหว่าง "ผู้บริจาค" และประเทศผู้รับบริจาค

เนื่องจากวิทยาศาสตร์การแพทย์พัฒนาไปมาก ขณะเดียวกันโรคภัยไข้เจ็บก็พัฒนาเช่นกัน ทำให้อวัยวะมนุษย์เสื่อมสภาพ จึงต้องมีการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะ แต่การได้มาถูกจำกัด โดยบทบัญญัติของกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชน จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายมาบังคับเกี่ยวกับเรื่องนี้

ข้อเสนอแนะ

ควรมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการป้องกัน และควบคุมการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะ เพื่อเป็นข้อกำหนดทางกฎหมายสำหรับการบริจาค การย้ายและการถ่ายโอนอวัยวะมนุษย์

ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา เพื่อบัญญัติความผิดและลงโทษแก่การจัดการอวัยวะมนุษย์ โดยมุ่งหวังผลกำไร และฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกัน และควบคุมการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะ

เอกสารอ้างอิง

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ:

พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2551.

กฎหมายการปลูกถ่ายอวัยวะ (TPG)

ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560.

คำพิพากษาฎีกาที่ 4200/2559

คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508

คำพิพากษาฎีกาที่ 1083/2510

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2508

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB)

ประมวลกฎหมายอาญา

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐสวิสเซอร์แลนด์

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. “การปลูกถ่ายอวัยวะกับกฎหมาย.” *วารสารนิติศาสตร์* 19, น.4 (2532): 29.

วินัย ลำเลิศ. “การซื้อขายอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายกับผลในทางกฎหมาย.” *วารสารรามคำแหง* 25, น.3 (2551): 97-98.

สทริฐ กิติ ศุภการ. *หลักและคำพิพากษา กฎหมายอาญา*. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: อมรินทร์, 2561.

แสวง บุญเฉลิมภาส. “การนำอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่ การซื้อขายอวัยวะและความผิดฐานทำร้ายร่างกาย.” *วารสารนิติศาสตร์* 19, น.4 (2532): 8.

Akabayashi A. Nakazawa E. “Twenty Years After Enactment of the Organ Transplant Law in Japan: Why Are There Still So Few Deceased Donors?.” *PubMed*. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/29880339/> (accessed March 7, 2020).

Anthony Rivière: Le don d’organes facilité au Japon. (Memento vom 24. April 2012 im Internet Archive) In: Aujourd’hui le Japon, 20. Juli 2010. (französisch).

Bernhard Albrecht. “Darf man Organe verkaufen?.” *Stern*. <https://www.stern.de/gesundheit/niere-gegen-geld--wie-das-geschaefit-mit-spen-derorganen-funktioniert-3462704.html> (accessed March 7, 2020).

Carol J. Williams. “Pay ban on donor organs doesn’t include bone marrow, court says.” *Los Angeles Times*. <https://www.latimes.com/local/la-xpm-2011-dec-02-la-me-bone-marrow-20111202-story.html> (accessed March 7, 2020).

Gilles Campion: Pas d'espoir de greffe pour les enfants cardiaques au Japon. (Memento vom 3.Dezember 2013 im Internet Archive) In: Aujourd'hui le Japon. 12. Juni 2009-06-12.

Gwen Mayes. *Buying and Selling Organs for Transplantation in the United States*. Medscape Education 4. No. 2. 2003.

J. Lavee, T. Ashkenazi, G. Gurman, D. Steinberg. *A new law for allocation of donor organs in Israel [archive]*. In: Lancet. 375. 2010.

Nina Cchick. "Illegal Organhandel Das blutige Geschäft mit Nieren, Herzen und Lebern." *FOCUS ONLINE*. https://www.focus.de/poitik/ausland/illegaler-organhandel-das-blutige-geschaeft-mit-nieren-herzen-und-lebern_aid_796215.html (accessed March 7, 2020).

Organ Transplant and Brain Death Act 2000.

The National Organ Transplant Act, approved October 19, 1984, and amended in 1988 and 1990, (1984 Pub.L.).

Ulrich H.J. Körtner "Organtransplantationenaus ethischer Sicht," Medizin, Universität Wien, <https://www.meduniwien.ac.at/hp/chirurgie/abteilungen/transplantation/organtransplantationen-aus-ethischer-sicht/> (accessed March 7, 2020)

Victoria Turk. "Auf Facebook floriert ein Schwarzmarkt für menschliche Organe." Vice. <https://www.vice.com/de/article/mv4apx/tech-organhandel-auf-facebook> (accessed March 7, 2020).

References

Criminal Code

Constitution of Swiss Confederation

German Criminal Code (Strafgesetzbuch – StGB)

Judgment of the Supreme Court No. 1174/2508

Judgment of the Supreme Court No. 1403/2508

Judgment of the Supreme Court No. 1083/2510

Judgment of the Supreme Court No. 4200/2559

Organ Transplantation Law (Transplantationsgesetz - TPG)

Kiatkhachorn Watjanasawat. *Explanation of Criminal Law Section 1*. 10th Edition. Bangkok: Pon Siam Printing (Thailand), 2008.

Regulations of the Medical Council on the Ethical Treatment of Medical Profession (Version 5) B.E. 2560 (2017).

Saharat Kiti Suppakorn. *Principles and Criminal Justice Judgement*. 8th Edition. Bangkok: Amarin, 2018.

Saweang Boonchalermphas. “Removing organs from live donors, organ trading and offense against bodily harm.” *Journal of Law* 19, Chor.4 (1989): 8.

Vinai Lamlert. “Trading of Human Organs for Transplantation and Legal Effects.” *Ramkhamhaeng Journal* 25, Chor.3 (2008): 97 - 98.

Withun Ungpraphan. “Organ Transplantation and Law.” *Journal of Law* 19, Chor.4 (1989): 29.

