บทที่ 3
กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายในประเทศไทยและในต่างประเทศ

การปลูกถ่ายอวัยวะ (ORGAN TRANSPLANTATION) หรือการผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะนี้ มีการพยายามค้นคว้าหาวิธีการผ่าตัดในมนุษย์มาเป็นเวลานานแล้ว เพราะเมื่ออวัยวะสำคัญของร่างกาย เช่น ตับ ไต หัวใจ ปอด เป็นโรคต่าง ๆ จนหมดสมรรถภาพที่จะทำหน้าที่ของอวัยวะนั้น ๆ ได้ต่อไป ผู้ป่วยที่อวัยวะเหล่านี้เสื่อมสมรรถภาพก็จะเสียชีวิตอย่างแน่นอนและรวดเร็ว ซึ่งในปัจจุบันนี้การปลูกถ่ายอวัยวะมีการพัฒนามากขึ้นทั้งในแง่การตรวจสอบการเข้ากันของเนื้อเยื่อ , การใช้ยากดภูมิคุ้มกันต่อต้านของร่างกาย ฯลฯ ทำให้ผลการผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะในปัจจุบันได้ผลดีมาก จนถือว่าเป็นการรักษาที่เป็นมาตรฐานและเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป แต่ทั้งนี้ ในการดำเนินการปลูกถ่ายอวัยวะจากบุคคลมีชีวิตหรือบุคคลสมองตายมาให้แก่คนไข้นั้นมีข้อพิจารณาด้านกฎหมายอยู่หลายประการ ทั้งในแง่ของการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายในคนที่มีชีวิตและในผู้ป่วยสมองตาย ในบทนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาถึงประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะและศึกษาถึงกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองในกรณีการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์

3.1 วิวัฒนาการของกฎหมายป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์

วิวัฒนาการของกฎหมายป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์นั้นมีจุดเริ่มต้นตั้งแต่ พ.ศ. 2491 โดยองค์การอนามัยโลกได้ให้ความสนใจกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะของประเทศต่าง ๆ และได้พิมพ์รายงานการสำรวจกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะของประเทศต่าง ๆ ขึ้นใน พ.ศ. 2512 ซึ่งพบว่า กฎหมายของประเทศอิตาลีซึ่งประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ. 2510 เป็นกฎหมายฉบับแรกที่บัญญัติเกี่ยวกับการซื้อขายอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายไว้โดยมีบทบัญญัติห้ามการให้ค่าตอบแทนหรือค่าชดเชยทุกรูปแบบแก่ผู้บริจาคไตที่เป็นคนมีชีวิต

จนกระทั่ง ในปี พ.ศ. 2513 คณะกรรมการจริยธรรมของสมาคมปลูกถ่ายอวัยวะระหว่างประเทศ(International Transplantation Society) ได้รายงานว่า ไม่สามารถขายอวัยวะของผู้บริจาคที่เป็นคนมีชีวิตหรือคนตาย ไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ และได้เสนอหลักการห้ามการให้ค่าตอบแทนหรือค่าชดเชยแก่การบริจาคอวัยวะ

ต่อมาในเดือนกันยายน พ.ศ. 2518 คณะกรรมการบริหารสมาคมปลูกถ่ายอวัยวะระหว่างประเทศ ได้จัดทำแนวทางปฏิบัติ (guideline) ขึ้น ชื่อว่า "แนวทางปฏิบัติในการแจกจ่ายและใช้อวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายจากศพ และจากผู้บริจาคที่มีชีวิตที่มิได้เป็นญาติกับผู้ป่วย" แนวทางปฏิบัติบางข้อกำหนดไว้ดังนี้

1. ผู้ป่วยและแพทย์ที่จะทำการปลูกถ่ายอวัยวะ ต้องแน่ใจว่าผู้บริจาคให้ด้วยเจตนาที่เสียสละและเพื่อประโยชน์ต่อผู้ป่วยเป็นสำคัญ ไม่ได้มีเจตนาที่จะหาประโยชน์ให้กับตัวเอง หรือประโยชน์ของผู้ที่เกี่ยวข้อง ต้องมีแพทย์ที่มิได้เกี่ยวข้องกับการรักษาผู้ป่วย และไม่เกี่ยวข้องกับแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดเป็นผู้ทำการตรวจร่างกายและประเมินภาวะทางสุขภาพของผู้บริจาค และต้องจัดหาทนายความที่เป็นอิสระเพื่อให้คำแนะนำแก่ผู้บริจาคว่า ผู้บริจาคต้องได้รับการบอกกล่าวถึงอันตรายและความเสี่ยงต่าง ๆ ก่อนที่จะให้ความยินยอม และเพื่อช่วยเหลือแนะนำผู้บริจาคตลอดเวลาที่ผู้บริจาคเข้ารับการผ่าตัด ทนายความดังกล่าวจะต้องรับรองเอกสารต่าง ๆ ที่แสดงว่าการบริจาคนั้นไม่รับค่าตอบแทนเป็นประโยชน์ใด ๆ

2. ห้ามชักชวนการบริจาคอวัยวะจากผู้ที่มิได้เป็นญาติกับผู้ป่วย โดยให้ผลตอบแทน

3. ผู้บริจาคที่มิได้เป็นญาติกับผู้ป่วยต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแล้ว

4. ผู้ป่วย ญาติผู้ป่วย และหน่วยงานที่สนับสนุนการปลูกถ่ายอวัยวะ ต้องไม่จ่ายเงินให้ผู้บริจาค เว้นแต่การจ่ายเป็นค่าชดเชยรายได้จากการขาดงานเนื่องมาจากการบริจาคอวัยวะและเป็นค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องในการผ่าตัดเพื่อเอาอวัยวะที่บริจาค

5. สถาบันที่ทำการปลูกถ่ายอวัยวะ ต้องได้รับการรับรองว่ามีแพทย์ผู้ชำนาญที่เกี่ยวข้องอย่างเพียงพอ

ในเดือนตุลาคม พ.ศ. 2528 นั้นเอง แพทยสมาคมโลก (World Medical Association) ได้จัดประชุมสมัชชาครั้งที่ 37 ขึ้นที่เมืองบรัสเซลล์ และได้ตั้งข้อสังเกตว่า "ในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาได้มีการซื้อขาย และหากำไรจากการซื้อขายไตจากคนมีชีวิตในประเทศด้อยพัฒนา เพื่อนำไปเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะในยุโรปและสหรัฐอเมริกา" แพทยสมาคมโลกขอประนามการซื้อขายอวัยวะดังกล่าว และเรียกร้องให้รัฐบาลของประเทศต่าง ๆ ให้ดำเนินการให้ได้ผล เพื่อป้องกันการซื้อขายอวัยวะมนุษย์ดังกล่าว

ในวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2529 สมาคมล้างไตและการปลูกถ่ายอวัยวะของยุโรปและสมาคมโรคไตของยุโรป (The European Dialysis and Transplant Association and European Renal Association) ได้จัดให้มีการประชุมสมัชชาขึ้นที่เมืองบูดาเปสต์ และได้ออกประกาศรับรองเรื่อง "ความปลอดภัยของผู้บริจาคไตที่มีชีวิต" (Safeguards for Live Kidney Donors) มีข้อความดังนี้

1. การปลูกถ่ายอวัยวะที่กระทำโดนการขืนใจผู้บริจาคหรือจ่ายเงินให้ผู้บริจาค อันเป็นการจูงใจให้บริจาคอวัยวะใด ๆ ถือว่าเป็นการขัดต่อจริยธรรมแห่งวิชาชีพทางการแพทย์

2. แพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะทุกคนต้องไม่พยายามที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะที่เกิดจากการขืนใจผู้บริจาค หรือเกิดจากการซื้อขายอวัยวะ

3. ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายอวัยวะและการบริจาคที่เกิดจากการขืนใจจะหมดจากการเป็นสมาชิกภาพของสมาคม

วันที่ 16 มีนาคม พ.ศ. 2530 ในการประชุมครั้งที่ 12 ของสภารัฐมนตรีสาธารณสุขแห่งประเทศอาหรับ (The Council of Arab Ministers of Health) ที่เมืองคาร์ทูม ที่ประชุมได้ตกลงร่วมกันที่จะเสนอร่างกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์ที่มีเนื้อหาเป็นแนวเดียวกันซึ่งมีเนื้อหาในมาตราหนึ่ง ดังนี้ "การซื้อขายหรือการบริจาคอวัยวะโดยได้รับค่าตอบแทน เป็นสิ่งที่ต้องห้าม และแพทย์ที่รู้ว่าอวัยวะในการปลูกถ่ายได้มาโดยวิธีการดังกล่าวต้องห้ามมิให้ทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะ"

ในเดือนตุลาคม พ.ศ. 2530 มีการประชุมสมัชชาครั้งที่ 39 ของแพทยสมาคมโลกที่เมืองแมดริด ที่ประชุมได้ออกแถลงการณ์เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์และในประกาศแถลงการณ์นั้นได้ดำหนิการซื้อขายอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายไว้ด้วย ต่อมาในเดือนพฤศจิกายน ปีเดียวกัน สภาของยุโรป (Council of Europe) ได้จัดให้มีการประชุมระหว่างรัฐมนตรีสาธารณสุขของยุโรปขึ้นในกรุงปารีส ที่ประชุมได้ทำข้อตกลงร่วมกันในหัวข้อที่ไม่ให้มีการซื้อขายอวัยวะมนุษย์ไว้ดังนี้ "องค์การที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์และองค์การที่เกี่ยวกับธนาคารอวัยวะ และองค์การอื่น ๆ ประเภทเดียวกันนี้ ต้องไม่ให้ค่าตอบแทนจากการบริจาคอวัยวะ เว้นแต่จะเป็นค่าตอบแทนสำหรับการชดเชยการขาดรายได้และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกิดจากการผ่าตัดหรือการตรวจเนื่องมาจากการบริจาคอวัยวะ ห้ามมิให้องค์การหรือผู้ใด ทำการโฆษณาเรียกร้องการบริจาคอวัยวะหรือการปลูกถ่ายอวัยวะนอกประเทศของตน"

และ ในระหว่างวันที่ 20 – 24 สิงหาคม พ.ศ. 2532 ได้มีการประชุมในทางวิชาการเรื่อง จริยศาสตร์ นิติศาสตร์และการซื้อขายอวัยวะในการปลูกถ่ายขึ้นที่เมืองออตตาวา การประชุมวันสุดท้ายที่ประชุมได้มีข้อสรุปร่วมกันว่า "การซื้อขายอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง การได้อวัยวะมาเพื่อการปลูกถ่ายโดยการกระทำความผิดอาญาเป็นสิ่งที่น่าเกลียดน่ากลัวเป็นอย่างยิ่ง แม้ไม่ปรากฏหลักฐานที่พิสูจน์การกล่าวอ้างว่ามีการกระทำที่ผิดกฎหมายและการกระทำผิดทางอาญา เพื่อที่จะได้อวัยวะมาเพื่อการปลูกถ่ายแต่การกล่าวอ้างเช่นนั้น ต้องถือเป็นหน้าที่ของผู้มีอำนาจเกี่ยวข้องที่จะเข้าไปสืบสวนสอบสวนหาความจริง"

ต่อมาในเดือนตุลาคมปีเดียวกัน สมาคมกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (International Association of Penal Law) ได้จัดประชุมครั้งที่ 14 (The XIV International Congress on Penal Law) ขึ้นที่กรุงเวียนนา ที่ประชุมได้ทำข้อสรุปเกี่ยวกับเรื่องการปลูกถ่ายอวัยวะและอวัยวะเทียมไว้ดังนี้ "การซื้อขายอวัยวะและเนื้อเยื่อของมนุษย์ จำต้องป้องกันและถ้าจำเป็นต้องใช้โทษทางอาญาบังคับก็ควรใช้โดยเฉพาะ ควรจะมีมาตรการของแต่ละชาติและมาตรการระหว่างชาติ ที่จะป้องกันการใช้อวัยวะและเนื้อเยื่อที่ได้มาจากการหาประโยชน์ของผู้บริจาคหรือญาติของผู้บริจาคที่มีความจำเป็นทางเศรษฐกิจ"[1]

3.2 ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายในประเทศไทย

เนื่องจากในปัจจุบัน วิทยาการทางการแพทย์มีความก้าวหน้าอย่างมาก การผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะสามารถกระทำได้และประสบความสำเร็จอย่างน่าพอใจ แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะกำลังประสบอยู่ในขณะนี้ ก็คือ ปัญหาการขาดแคลนการบริจาคอวัยวะที่จะนำมาปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยที่กำลังรออยู่ด้วยความทุกข์ทรมาน ด้วยเหตุที่ปริมาณของการบริจาคอวัยวะในเมืองไทยมีค่อนข้างน้อย ประกอบกับในปัจจุบันสภาวะทางเศรษฐกิจย่ำแย่ ทำให้มีข่าวการซื้อขายอวัยวะอยู่เสมอ ๆ จนอาจกล่าวได้ว่า สภาพการซื้อขายชิ้นส่วนอวัยวะมนุษย์ในขณะนี้ กำลังกลายเป็นปัญหาสำคัญที่ก่อตัวขึ้นภายในสังคมไทย และปัญหาดังกล่าวก็เริ่มได้รับความสนใจจากบุคคลกลุ่มต่าง ๆ มากยิ่งขึ้น

3.2.1 ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายในคนที่มีชีวิต

แนวโน้มการอุทิศร่างกายของตนภายหลังจากการตายนั้น มักเกิดปัญหาหรือความเคลือบแคลงใจของญาติผู้ตายตามมาเสมอ ซึ่งเป็นเหตุผลหนึ่งที่มักได้จำนวนอวัยวะที่นำมาปลูกถ่ายน้อยกว่าจำนวนอวัยวะที่แจ้งความจำนงในการบริจาคไว้ ดังนั้น จึงมักมีเหตุการณ์สืบเนื่องที่เกิดขึ้นคือ การซื้อขายอวัยวะจากบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่เพื่อนำมาปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วย ทั้งนี้อาจมาจากเหตุผลด้านเศรษฐกิจ , ด้านสังคม หรือเหตุผลอื่น ๆ

---

[1] วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "กฎหมายของประเทศต่าง ๆ เกี่ยวกับการป้องกันการซื้อขายอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย," **คลินิก** 10 (ตุลาคม 2534) : 728 - 730

3.2.1.1 บุคคลมีสิทธิขายอวัยวะตนเองได้หรือไม่

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาถึงมุมมองทางด้านกฎหมาย การซื้อขายอวัยวะนี้จะมีผลบังคับได้มากน้อยเพียงใด เช่นไร คงต้องพิจารณาจากกฎหมายสำคัญที่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องนี้โดยตรง ก็คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง รวมแล้ว 4 มาตรา ดังนี้

มาตรา 4 "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง"

มาตรา 31 วรรคแรก "บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย"

มาตรา 28 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน"

มาตรา 50 บัญญัติว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรค 1 จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน....."

ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ ก็คือ สิทธิ หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตร่างกาย ส่วนเสรีภาพ คือ ภาวะของมนุษย์ที่จะไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น มีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ เช่น เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในการเดินทาง เป็นต้น[2]

เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนอกจากจะบัญญัติให้สิทธิ เสรีภาพกับประชาชนแล้ว ในขณะเดียวกันก็กำหนดขอบเขตของการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นไว้ด้วย ว่าต้องไม่ไปล่วงละเมิดหรือกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น และไม่เป็นการละเมิดศีลธรรมอันดี

---

[2] มานิตย์ จุมปา, **รัฐธรรมนูญใหม่มีอะไรใหม่**, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด,ตุลาคม 2540), หน้า 30.

ของประชาชน ทั้งนี้อาจกล่าวได้ว่า การซื้อขายอวัยวะของตนเองจะทำได้หรือไม่นั้น เราต้องใช้หลักเกณฑ์พิจารณาดังนี้ คือ การกระทำนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมากน้อยเพียงใด ซึ่งปัญหากฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ไม่มีคำอธิบายไว้ในกฎหมายไทยโดยตรง แต่ก็มีท่านผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านได้อธิบายความหมายของคำว่า "ความสงบเรียบร้อย" ไว้ ดังเช่น

อาจารย์โอสถ โกศิน ได้อธิบายความหมายของคำว่า "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" ไว้ว่ามีความหมายถึง 2 ประการ ดังต่อไปนี้[3]

1. การคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน ซึ่งแบ่งได้เป็น การคุ้มครองความปลอดภัยนอกประเทศและการคุ้มครองความปลอดภัยในประเทศ

2. การคุ้มครองส่วนได้เสียของประชาชน รัฐได้ประกาศใช้กฎหมายต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์นี้ เช่น เรื่องที่เกี่ยวกับการเงิน เศรษฐกิจ การศึกษา

รองศาสตราจารย์กมลชัย รัตนสกาววงศ์ มีความเห็นถึงหลักการพิจารณาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ต้องพิจารณาถึงความสำคัญตามลำดับก่อนหลัง ดังนี้[4]

1. <u>ผลประโยชน์ของสังคม</u> บางครั้งการกระทำที่ปกติเป็นความผิดอาญา แต่หากการกระทำนั้นได้กระทำเพื่อผลประโยชน์ทางสังคมแล้ว ถือว่าความยินยอมให้กระทำการนั้น ๆ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย

2. <u>มติมหาชน</u> การกระทำใดที่มติมหาชนไม่ยอมรับหรือขัดต่อมติมหาชนถ้าร้ายแรงถึงขนาด โดยปกติมักจะถือว่าเป็นความผิดอาญา แต่ถ้ามติมหาชนเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบโดยมิได้ตำหนิการกระทำนั้นแต่ประการใด ก็ไม่ควรถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา เช่น กีฬาชกมวย

3. <u>ศีลธรรม</u> กฎหมายอาญาส่วนหนึ่งก็มาจากศีลธรรม เช่น ความผิดเกี่ยวกับชีวิต ทรัพย์ และเพศ เป็นต้น

การพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีนั้นเริ่มพิจารณาจากศีลธรรมก่อน กรณีละเมิดศีลธรรมต้องเป็นที่ยอมรับของมติมหาชน แต่บางกรณีเป็นการยากที่จะหยั่งรู้ถึงมติมหาชน ให้ดูว่าสังคมได้รับประโยชน์จากการกระทำนั้นเพียงใด

---

[3] โอสถ โกศิน, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 2, (2520), หน้า 178 - 180 .

[4] กมลชัย รัตนสกาววงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 54 - 56 .

จากความเห็นของท่านผู้ทรงคุณวุฒิที่กล่าวมานี้ ทำให้ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น ต้องมีลักษณะที่กระทบกระเทือนถึงความสงบสุขของประชาชนและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองโดยทั่วไป หรือเรื่องใดที่มีกฎหมายห้ามไว้ ถ้าฝ่าฝืนมีโทษทางอาญา กรณีเหล่านี้ถือว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนทั้งสิ้น

เนื่องจากในปัจจุบัน กฎหมายไทยมิได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การซื้อขายอวัยวะเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ แต่จากข้อสรุปในหนังสือ "คุณภาพชีวิตกับกฎหมายชุดที่ 2 พ.ศ. 2534" ซึ่งเป็นเอกสารทางวิชาการจากการสัมมนาโต๊ะกลมของโครงการสำนักงานส่งเสริมการวิจัยกฎหมายการแพทย์ สาธารณสุขสิ่งแวดล้อมและวิทยาศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยมหิดล เห็นว่าการซื้อขายอวัยวะเป็นการกระทำที่ขัดต่อธรรมจรรยา[5] ดังนั้น แม้บุคคลจะมีสิทธิในร่างกายของตนเองตามรัฐธรรมนูญ แต่การซื้อขายอวัยวะก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน และ ยังเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยศีลธรรม เพราะเป็นการเอาร่างกายของมนุษย์ซึ่งประกอบด้วยเลือดเนื้อและชีวิตมาทำเป็นธุรกิจการค้า และการกระทำเช่นนี้ นอกจากผิดกฎหมายแล้วยังเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (human dignity) ให้หมดไปอีกด้วย[6] ดังนั้น สัญญาซื้อขายอวัยวะที่เกิดขึ้น น่าจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ผลที่เกิดขึ้น คือ ต้องเป็นโมฆะหรือไม่มีผลบังคับได้เลยตามกฎหมาย เมื่อสัญญาเป็นโมฆะ คู่กรณีย่อมกลับคืนสู่สถานะเดิม ก่อนทำสัญญาโดยที่ต่างฝ่ายต่างไม่มีสิทธิหน้าที่เรียกร้องต่อกัน[7]

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในกฎหมายไทยก็ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายใดสามารถครอบคลุมถึงการค้าอวัยวะมนุษย์ไว้ จะมีเพียงแต่การบัญญัติถึงการซื้อขายทรัพย์สินทั่วไป คือ

---

[5] สำนักงานส่งเสริมการวิจัยกฎหมายการแพทย์ สาธารณสุข สิ่งแวดล้อมและวิทยาศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยมหิดล, "คุณภาพชีวิตกับกฎหมาย ชุดที่ 2 พ.ศ. 2534," 11 สิงหาคม 2534 .

[6] สุภัสสร ภู่เจริญศิลป์, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533),หน้า 36.

[7] Brahans D. Editorial-Kidney for Sale : legislation is needed . Medico – legal J 1989 ; 57/2 : 73-5 .

มาตรา 453 "อันว่าซื้อขายนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินให้แก่ผู้ขาย"

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาซื้อขายจึงต้องประกอบด้วย 3 องค์ประกอบ คือ ผู้ซื้อ ผู้ขายและทรัพย์สินที่จะโอนกรรมสิทธิให้แก่กัน จึงเห็นได้ว่า สิ่งที่อาจซื้อขายกันได้ต้องเป็นทรัพย์สินเท่านั้น ซึ่งหมายถึง วัตถุที่มีรูปร่าง เช่น บ้าน ที่ดิน แหวนเพชร รถยนต์ ปากกา ฯลฯ หรืออาจเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง แต่อาจมีราคาและถือสิทธิ์เอาได้ เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หุ้นต่าง ๆ เป็นต้น

ความหมายของการซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 453 ซึ่งเป็นการซื้อขายทรัพย์สินธรรมดา แต่เนื่องจากอวัยวะในร่างกายมิได้เป็นทรัพย์สินที่จะซื้อขายกันตามความหมายนี้ เพราะร่างกายมนุษย์นี้ กฎหมายไม่ยอมรับรองให้มีการถือเอาเป็นทรัพย์สินได้ ในทางตรงกันข้ามมีกฎหมายห้ามและลงโทษทางอาญากับผู้ที่ถือเอามนุษย์เป็นทรัพย์สิน ดังเช่น ในประมวลกฎหมายอาญา ที่มีบทบัญญัติลงโทษผู้เอาคนลงเป็นทาส มาตรา 312

ฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นได้ว่า มนุษย์และอวัยวะส่วนต่าง ๆ ของร่างกายในขณะที่ยังเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายก็ไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สิน แต่เมื่อใดที่อวัยวะส่วนนั้นขาดหลุดจากร่างกายออกมาเพื่อจะนำมาปลูกถ่ายให้กับบุคคลอื่นต่อไปจะถือว่าเป็นทรัพย์สินหรือไม่ คงต้องพิจารณาจากว่า อวัยวะต่าง ๆ เหล่านั้นโดยปกติเมื่อขาดหลุดจากร่างกายแล้ว ร่างกายไม่สามารถสร้างทดแทนใหม่ได้และเกิดการกระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของร่างกาย จนทำให้ไม่สามารถใช้ชีวิตได้อย่างคนปกติได้ เช่น ไต ตับ หัวใจ ปอด ฯลฯ อวัยวะเหล่านี้เมื่อขาดหลุดออกจากร่างกายบุคคลใดแล้ว ส่งผลให้บุคคลนั้นกลายเป็นคนพิการหรือเสียชีวิต ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการขายอวัยวะเหล่านี้ไม่สามารถกระทำได้เพราะเป็นนิติกรรมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312 บัญญัติว่า "ผู้ใดเพื่อจะเอาคนลงเป็นทาส หรือ ให้มีฐานะคล้ายทาส นำเข้าในหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พามาจากที่ใด ซื้อ ขาย จำหน่าย รับ หรือ หน่วงเหนี่ยว ซึ่งบุคคลหนึ่งบุคคลใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท" .

3.2.1.2 การนำอวัยวะจากคนปกติเพื่อไปปลูกถ่ายให้ผู้ป่วยมีความผิดหรือไม่

ในปัจจุบันการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะประสบความสำเร็จอย่างสูงเพราะการผ่าตัดมีเทคนิคทางการแพทย์ที่ดีขึ้น มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีมากขึ้น และมียากดภูมิคุ้มกันที่มีประสิทธิภาพที่ดีขึ้น ในกรณีปลูกถ่ายอวัยวะจากคนมีชีวิต ในปัจจุบันสามารถปลูกถ่ายได้เฉพาะอวัยวะที่สำคัญบางชนิดเท่านั้น เช่น ไต ตับ[8] เพราะอวัยวะเหล่านี้เมื่อผ่าตัดออกมาจากร่างกายแล้ว บุคคลนั้นยังสามารถดำรงชีวิตอยู่ต่อไปได้ ไม่เหมือนกับอวัยวะสำคัญอื่น ๆ เช่น หัวใจ เมื่อใดที่แพทย์ตัดหัวใจออกจากผู้มีชีวิต บุคคลนั้นต้องถึงแก่ความตายทันที เป็นต้น แต่ทั้งนี้อวัยวะที่นิยมปลูกถ่ายจากคนมีชีวิตกันมากที่สุด คือ ไต เนื่องจากไตเป็นอวัยวะที่มีอยู่ 2 ข้างในคนทุกคน และสามารถนำไต 1 ข้างจากคนที่มีสุขภาพแข็งแรงและมีร่างกายสมบูรณ์ มาผ่าตัดปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยที่ไตทั้งสองข้างเสียจนไม่สามารถทำหน้าที่ได้อีกต่อไปแล้ว โดยที่ผู้ให้ไตนั้นสามารถมีชีวิตได้เทียบเท่าคนปกติด้วยไตที่เหลือเพียงข้างเดียว เคยมีผู้คำนวณเอาไว้ว่าการตัดไตจากคนที่มีสุขภาพดีออก 1 ข้างนั้น อาจมีโอกาสเสี่ยงอันตรายที่เกิดจากการผ่าตัดเพียง 0.05 เปอร์เซ็นต์ เท่านั้น ส่วนการเสี่ยงภัยในระยะยาวก็ยังไม่ปรากฏว่ามีรายงานถึงอันตรายที่เป็นโรคแทรกซ้อนจากการบริจาคไตไว้ที่ใดเลยในโลก และก็ไม่ปรากฏว่าคนที่มีไตข้างเดียวจะเป็นโรคมากกว่าคนที่มีไตสองข้าง แต่ทั้งนี้คนที่มีไตข้างเดียวก็มีอัตราเสี่ยงประมาณ 0.07 เปอร์เซ็นต์ ในระยะยาวที่เสี่ยงต่อการได้รับบาดเจ็บที่ไต หรือ เป็นเนื้องอกของไตข้างที่เหลือนั้น และอัตราเสี่ยงดังกล่าวเทียบได้เท่ากับการขับรถไปทำงานวันละ 16 ไมล์ เป็นประจำเท่านั้นเอง[9]

จากที่กล่าวมาในเบื้องต้น เห็นได้ว่า ไต จึงเป็นอวัยวะเพียงชนิดเดียวในปัจจุบันที่นิยมนำมาปลูกถ่ายให้แก่กันในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ ทำให้เกิดประเด็นปัญหากฎหมายเกิดขึ้นว่าการกระทำของแพทย์ที่กระทำต่อผู้ให้อวัยวะเป็นการรักษาโรค หรือเป็นการทำร้ายร่างกายผู้อื่น ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา ฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติความผิดฐานทำร้ายร่างกายไว้ใน

มาตรา 295 "ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย"

---

[8] "วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี," **เดลินิวส์** (24 มิถุนายน 2543) : 15 .

[9] Hamburger , J and Crosnier J. , Moral and Ethical problems in transplantation . In Rapaport , FT , Dausset J (Editors) Human Transplantation . New York 1968 : Grune & Stratton : 37-44 อ้างถึงใน วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การปลูกถ่ายอวัยวะกับกฎหมาย," **วารสารนิติศาสตร์** 4(ธันวาคม 2532), : 22 .

จากบทบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่า การทำร้ายหมายความถึง การกระทำต่อร่างกายหรือจิตใจของผู้อื่นในทางให้เจ็บ หรือแตกหัก เสียหาย โดยทั้งนี้จะมีอาวุธหรือไม่ก็ตามและไม่ว่าจะกระทำโดยมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น สรุปได้ว่าการทำร้ายหมายถึง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้[10]

1. การทำมิชอบต่อร่างกาย ทั้งนี้โดยจะเกิดการเจ็บปวดหรือไม่ ไม่สำคัญ ตัวอย่างเช่น การแอบตัดเล็บหรือตัดหนวดของผู้อื่น จึงเป็นการทำร้ายร่างกายได้

2. การทำให้เสียสุขภาพอนามัย กล่าวคือ การก่อหรือเร่งสภาวะอันผิดปกติทางกายหรือจิตใจ แม้จะเป็นเพียงชั่วขณะหนึ่ง เช่น ทำให้หมดสติ หรือมึนเมาก็อยู่ในความหมายของการทำร้าย นอกจากนั้นการนำเชื้อโรคมาสู่ผู้อื่น ก็เป็นการทำร้ายเช่นกัน

สำหรับในกรณีที่แพทย์ผ่าตัดนำอวัยวะออกจากคนปกติเพื่อนำมาปลูกถ่ายให้ผู้ป่วย เป็นการทำร้ายร่างกายหรือไม่นั้น มีผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านให้ความเห็นไว้

อาจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส เห็นว่า การนำอวัยวะออกจากร่างกายของบุคคลปกติก็ดี การถ่ายเลือดก็ดี คงถือไม่ได้ว่าเป็นการบำบัดโรค เพราะบุคคลนั้นไม่ได้เป็นโรคอะไร การกระทำนั้นจึงเป็นการทำร้ายร่างกายโดยชัดแจ้ง[11]

อาจารย์ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ์ เห็นว่า การที่แพทย์ตัดอวัยวะผู้บริจาคเป็นการทำร้ายร่างกายในทุกกรณี ไม่สามารถยินยอมกันได้และขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี แต่ทั้งนี้โดยอาศัยมูลเหตุจูงใจที่ดี แม้จะไม่ทำให้แพทย์หลุดพ้นความรับผิด แต่เป็นเหตุลดโทษหรือรอการลงโทษได้[12]

สำหรับความเห็นส่วนตัวของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่าการผ่าตัดนำเอาอวัยวะจากบุคคลปกติเพื่อนำมาปลูกถ่ายให้ผู้ป่วยนั้น เมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่าเป็นการทำร้ายโดยสภาพแล้ว คือ การผ่าตัดเป็นการกระทำที่แพทย์ประสงค์ให้เกิดหรืออาจเล็งเห็นผลได้ว่า จะเกิดอันตรายแก่กายของผู้ถูกถ่ายอวัยวะออกได้ จึงครบองค์ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายแล้ว

---

[10] คณิต ณ นคร, **กฎหมายอาญาภาคความผิด**, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523) , หน้า 62 .

[11] แสวง บุญเฉลิมวิภาส, "การนำอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่ การซื้อขายอวัยวะและความผิดฐานทำร้ายร่างกาย," **วารสารนิติศาสตร์** 4(ธันวาคม 2532) : 3 .

[12] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ์, "ทางออกของแพทย์ในกรณีการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์," **วารสารนิติศาสตร์** 2(มิถุนายน 2534) : 256 .

นอกจากนั้น เนื่องจากตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 ได้มีบทบัญญัติเรื่อง ความผิดฐานทำร้ายร่างกายอันตรายสาหัสไว้ โดยกำหนดรายละเอียดไว้ว่า ได้แก่อันตรายดังต่อไปนี้

(1) ตาบอด หูหนวก ลิ้นขาด หรือเสียฆานประสาท
(2) เสียอวัยวะสืบพันธุ์ หรือความสามารถสืบพันธุ์
(3) เสียแขน ขา มือ เท้า นิ้ว หรือ *อวัยวะอื่นใด*
(4) หน้าเสียโฉมอย่างติดตัว
(5) แท้งลูก
(6) จิตพิการอย่างติดตัว
(7) ทุพพลภาพ หรือเจ็บป่วยเรื้อรัง ซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต
(8) ทุพพลภาพ หรือเจ็บป่วยด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่า 20 วัน หรือจนประกอบกรณียกิจตามปกติไม่ได้เกินกว่า 20 วัน

ซึ่งการกระทำผิดตามมาตรานี้ ถึงแม้ผู้กระทำจะมีเจตนาหรือไม่มีเจตนากระทำให้เกิดอันตรายสาหัสขึ้นหรือไม่ไม่ใช่ประเด็นที่สำคัญ เพียงแค่ผู้กระทำผิดมีเจตนาที่จะทำร้ายและผลของการทำร้ายอันเป็นผลธรรมดาส่งผลให้เกิดอันตรายสาหัสขึ้น ผู้กระทำก็มีความผิดตามมาตรานี้แล้ว นอกจากนั้นจะเห็นได้ว่าอันตรายสาหัสในทางการแพทย์และทางกฎหมาย มีความหมายไม่เท่ากัน เช่น หน้าเสียโฉมอย่างติดตัวเป็นอันตรายสาหัสในทางกฎหมาย แต่ในทางการแพทย์อาจไม่เป็นอันตรายสาหัส เป็นต้น

ในกรณีของการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะนี้ เราควรพิจารณาในอนุมาตรา (3) สำหรับคำว่า "อวัยวะอื่นใด" ซึ่งในที่นี้ จะหมายความถึง อวัยวะที่สำคัญทุกชนิดรวมทั้ง อวัยวะที่อยู่ภายในร่างกายด้วย เช่น ตับ ไต[13] แต่ทั้งนี้ก็ไม่หมายความรวมถึง ส่วนของร่างกายซึ่งแยกออกจากร่างกายได้โดยไม่กระทบกระเทือนต่อความเป็นอยู่ตามปกติในชีวิตของบุคคลนั้นๆ เช่น ผม ฟัน เล็บ เป็นต้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 467/2508

การถูกทำร้ายถึงเสียอวัยวะที่จะถือว่าเป็นอันตรายสาหัสนั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 297 (1) (2) (3) คือ ตาบอด หูหนวก ลิ้นขาด เสียอวัยวะสืบพันธุ์ เสียแขน ขา มือ เท้า นิ้ว หรืออวัยวะอื่นใด จะเห็นได้ว่าอวัยวะต่างๆที่ระบุไว้นั้นล้วนแต่เป็นอวัยวะส่วนสำคัญของร่างกายทั้งสิ้น ซึ่งเมื่อเสียไปแล้วไม่อาจเยียวยารักษา ผู้ได้รับอันตรายกลายเป็นคนพิการ

---

[13] หยุด แสงอุทัย, **กฎหมายอาญา ภาค 2 – 3**, ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,ตุลาคม 2540), หน้า 206 .

ไป ฉะนั้นคำว่า "อวัยวะอื่นใด" ใน (3) ของมาตรานี้จึงย่อมหมายความถึง อวัยวะอื่นนอกจากที่ระบุชื่อไว้ และต้องเป็นอวัยวะที่สำคัญเช่นกัน ซึ่งเมื่อสูญเสียอวัยวะนั้นๆไปแล้วเป็นเหตุให้ผู้ได้รับอันตรายตกเป็นคนพิการไปด้วย

<u>คำพิพากษาฎีกาที่ 631/2515</u>

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297(3) เจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งหมายถึงการก่อให้เกิดอันตรายแก่กายที่สูญเสียอวัยวะสำคัญ ๆ ของร่างกาย เช่นที่ระบุไว้ในกฎหมายนั้น ดังนั้นการสูญเสียอวัยวะอื่นใดตามมาตรา 297(3) ก็ต้องเป็นอวัยวะที่มีความสำคัญต่อร่างกายหรือต้องสูญเสียไปถึงขนาดเทียบเท่าเสียแขน ขา มือ เท้า นิ้ว ตามที่กฎหมายระบุไว้แล้ว มิใช่ว่าเสียอวัยวะส่วนใด ๆ ก็เป็นอันตรายสาหัสเช่นเดียวกันทั้งหมดไป

โจทก์ต้องเสียฟันไปเพียงซี่เดียว แม้ฟันจะเป็นอวัยวะส่วนหนึ่งของร่างกาย แต่เฉพาะเท่าที่เสียไป ยังไม่ถึงขนาดที่จะถือได้ว่ามีความสำคัญหรือการสูญเสียเทียบเท่าการเสียแขน ขา มือ เท้า หรือนิ้วอันเป็นอวัยวะที่กฎหมายระบุไว้ชัดแจ้งนั้น จะนับว่าโจทก์ได้รับอันตรายสาหัสตามความในมาตรา 297(3) บัญญัติไว้ยังมิได้

สำหรับกรณีของการบริจาคเลือดหรือสิ่งอื่น ๆ ในร่างกาย เช่น ขน หนัง เล็บ หรือน้ำในร่างกาย ในปริมาณที่พอเหมาะไม่มีผลกระทบทางด้านเป็นโทษแก่ร่างกาย ร่างกายสามารถสร้างทดแทนขึ้นมาใหม่ได้ การบริจาคสิ่งเหล่านี้สามารถบริจาคได้ เพราะยังไม่ถือว่าขัดต่อศีลธรรมอันดีและไม่เข้าองค์ประกอบของการทำร้ายร่างกายจนถึงอันตรายสาหัสอีกด้วย ในบางกรณีแม้อวัยวะบางอย่าง ร่างกายไม่สามารถสร้างทดแทนขึ้นมาใหม่ได้อีก แต่อวัยวะนั้น ๆ ก็ไม่มีลักษณะเป็นอวัยวะสำคัญถึงขนาดเข้าเกณฑ์เป็นอันตรายสาหัส ตาม มาตรา 297 ตัวอย่าง เช่น ถอนฟันแท้ 1 – 2 ซี่ , ตัดลำไส้ใหญ่ ½ เมตร , ผ่าตัดเส้นเลือดขอดที่ขา เป็นต้น

จากข้อเท็จจริงและตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาเหล่านี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการทำร้ายร่างกายอันตรายสาหัสจนต้องเสียอวัยวะอื่นใดนี้ ตามเจตนารมย์ของกฎหมายมาตรานี้คงหมายความถึงอวัยวะที่สำคัญ ๆ และมีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิตตามปกติประจำวันของคนเราเป็นอย่างมาก ซึ่งถ้าสูญเสียไปก็จะเกิดความลำบากต่อการดำรงชีวิต โดยอาจเปรียบเทียบกับการเสีย แขน ขา มือ เท้า นิ้ว ตามที่กฎหมายระบุไว้ ทั้งนี้อวัยวะอื่นใด หมายความรวมถึงอวัยวะภายในด้วย ดังนั้น การผ่าตัดเพื่อนำอวัยวะออกจากร่างกายของคนปกติเพื่อนำไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยนั้น ถือได้ว่าเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยสภาพจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำร้ายรับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 นี้แล้ว แพทย์จึงมีความผิดตาม มาตรา 297 นี้ตามเหตุผลข้างต้นนี้เอง

เนื่องจากการผ่าตัดเพื่อการรักษาโรคของแพทย์ และ กฎหมายเพื่อควบคุมการประกอบวิชาชีพของแพทย์นั้นมีประวัติความเป็นมาที่ยาวนานนับเป็นพันปี[14] แล้วจึงค่อย ๆ วิวัฒนาการมาจนถึงในปัจจุบัน ดังนั้น จึงถือกันว่า การผ่าตัดรักษาโรคที่กระทำโดยแพทย์ที่กฎหมายยอมรับ (คือ มีใบประกอบวิชาชีพเวชกรรม) และความยินยอม หรือ ความเต็มใจของผู้ป่วยที่ยอมรับการกระทำนั้นเพื่อให้ตนเองหายจากโรคภัยไข้เจ็บนั้น มิใช่สิ่งที่กฎหมายอาญาประสงค์จะลงโทษ แต่ต่อมานอกจากการผ่าตัดของแพทย์จะกระทำเพื่อรักษาโรคกับผู้ป่วยแล้ว ยังทำกับคนที่ไม่ได้เจ็บป่วยด้วย เช่น การผ่าตัดเสริมสวย การผ่าตัดทำหมัน การผ่าตัดเปลงเพศ และรวมถึง การผ่าตัดอวัยวะจากคนปกติเพื่อนำไปปลูกถ่ายให้ผู้ป่วย ปัญหาข้อกฎหมายที่เกิดขึ้น คือ การนำอวัยวะสำคัญใด ๆ ออกจากร่างกายของบุคคลปกตินั้น ถือได้ว่าเป็นการกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายอันตรายสาหัสแล้ว ทั้งนี้โดยต้องพิจารณาว่าผู้ถูกกระทำนั้น ๆ เมื่อให้ความยินยอมแล้วมีผลทางกฎหมายมากน้อยเพียงใด

การผ่าตัดเพื่อนำเอาอวัยวะออกจากคนปกติที่มีชีวิตมาปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยนั้น ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายอันตรายสาหัสตามกฎหมายอาญา มาตรา 297 แล้ว คือ เป็นการกระทำที่แพทย์ทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้บุคคลอื่นนั้นได้รับอันตรายสาหัส จากการที่เขาต้องเสียอวัยวะสำคัญอื่นใด เช่น ไต ของเขาไป สำหรับการกระทำของแพทย์ในกรณีนี้ เหตุลบล้างความผิดหนึ่งที่จะสามารถยกมาอ้างได้ก็คือ หลักเกณฑ์ในเรื่อง "ความยินยอมของผู้เสียหาย" ซึ่งความยินยอมของผู้เสียหายนี้ไม่มีการนิยามความหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่ทั้งนี้ก็จะเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่า หมายถึง การที่บุคคลสมัครใจจะได้รับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดต่อตน ซึ่งการให้ความยินยอมนั้นต้องปราศจากการบังคับ ข่มขู่ และต้องเกิดขึ้นก่อน หรือ ขณะกระทำความผิด โดยทั้งนี้ความยินยอมจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงจะมีผลให้การกระทำอันละเมิดต่อกฎหมายไม่เป็นความผิด ทั้งนี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้น ๆ เป็นความผิดแม้ผู้เสียหายยินยอม[15] เช่น ความผิดในส่วนที่เกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย โดยทั้งนี้ การให้ความยินยอมนั้นอาจเป็นการให้โดยทางตรง เช่น โดยวาจา หรือ เป็นลายลักษณ์อักษร หรือ การให้โดยปริยาย โดยการแสดงออกก็ได้

---

[14] Ficarra , BJ. , History of legal medicine . In-Weeht , CH. Legal medicine annual 1976 . New York 1977 : 3 – 27 อ้างถึงใน วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การปลูกถ่ายอวัยวะกับกฎหมาย," **วารสารนิติศาสตร์** 4(ธันวาคม 2532), : 25 .

[15] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, **เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายอาญา 1 หน่วยที่ 11**, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพ : ฝ่ายการพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2526), หน้า 162 .

หลักความยินยอมทำให้ไม่เป็นความผิดนี้ ไม่มีเป็นบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเลย แต่เป็นหลักที่ยอมรับมาแต่สมัยโรมัน ดังจะเห็นได้จากภาษิตลาตินที่ว่า "Volenti non fit injuria" ซึ่งหมายความว่า "ความยินยอมทำให้ไม่เป็นความผิด" แต่เหตุผลที่หลักนี้นำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้เพราะโดยพื้นฐานแล้วหลักกฎหมายที่มายกเว้นความผิดนั้นไม่จำเป็นต้องเขียนเป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรก็ได้ แต่ที่ต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรเฉพาะในกรณีของบทบัญญัติที่เป็นการลงโทษบุคคลเท่านั้น และทั้งนี้ก็เป็นการยากที่จะกำหนดว่าความยินยอมเช่นไรจึงไม่เป็นความผิด ดังนั้นจึงต้องปล่อยไว้เป็นหลักเพื่อนำไปวินิจฉัยกับข้อเท็จจริงเป็นรายคดีไปโดยขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้ใช้กฎหมายว่าอย่างไรจึงจะเหมาะสม

โดยทั่วไปแล้ว กฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติโดยตรง เรื่อง ความยินยอมเป็นเหตุที่ลบล้างความผิดได้ก็ตาม แต่ศาลฎีกาเคยตัดสินไว้ใน คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 ว่าความยินยอมเป็นเหตุลบล้างความผิด ดังนี้

" ... มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดทางอาญาอยู่ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้..."

เนื่องจากการวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวของศาลฎีกาทำให้เกิดการยอมรับว่า "ความยินยอมของผู้เสียหาย" เป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ทั้งนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขลักษณะของความยินยอมซึ่งยกเว้นความผิด คือ

1. เป็นความยินยอมที่มีการแสดงออกมา

ทั้งนี้ความยินยอมตามความหมายของกฎหมาย โดยหลักแล้วต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เหตุการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้น กล่าวคือ ผู้ให้ความยินยอมจะต้องสร้างเจตนาที่จะให้ความยินยอมและกำหนดเจตนาที่จะยินยอมต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยการแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดด้วยตนเอง หรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตน อันเป็นการแสดงถึงความประสงค์ต่อผู้กระทำให้เหตุการณ์นั้นเกิดขึ้น และเข้าใจว่าตนอนุญาตให้กระทำได้[16] ซึ่งเราอาจแบ่งการแสดงออกถึงความยินยอมออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

1.1 เป็นการแสดงออกโดยชัดแจ้ง เช่น การกล่าววาจายินยอม, การทำเป็นหนังสือยินยอม มีการลงลายมือชื่อ, การพิมพ์ลายนิ้วมือ เป็นต้น โดยจะเห็นได้จากในทางปฏิบัติโรงพยาบาลมักมีแบบฟอร์มให้ผู้ป่วยลงลายมือชื่อให้ความยินยอมเพื่อการรักษา บำบัดหรือบรรเทาโรค

---

[16] กมลชัย รัตนสกาววงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," หน้า 25.

1.2 สำหรับการแสดงออกโดยปริยาย ให้พิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อม เช่น ผู้ป่วยมาปรึกษาแพทย์เกี่ยวกับโรคภัยไข้เจ็บของตนและแพทย์ให้การรักษา หรือ เมื่อผู้ป่วยพับแขนเสื้อขึ้นเพื่อรอรับการฉีดยา การกระทำเช่นนี้เป็นที่เข้าใจได้ว่าผู้ป่วยได้ให้ความยินยอม

2. ความยินยอมที่แสดงออกมานั้นต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ คือได้มาโดยปราศจากการข่มขู่ หลอกลวงหรือสำคัญผิด ซึ่งก็หมายความได้ว่า ความยินยอมที่ได้มาจากผู้เสียหายนั้นต้องได้มาโดยชอบ เพราะการที่ผู้กระทำจะยกเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้ออ้างนั้น ผู้กระทำต้องได้รับความยินยอมนี้โดยที่ผู้เสียหายสมัครใจ คือผู้กระทำต้องไม่ได้เป็นผู้กระทำให้ผู้เสียหายให้ความยินยอมด้วยการหลอกลวง ข่มขู่ หรือวางยาเพื่อให้ผู้เสียหายขาดสติสัมปชัญญะ ขณะเดียวกันผู้เสียหายต้องให้ความยินยอมโดยปราศจากความสำคัญผิด หรือความกลัว และต้องมีสติสัมปชัญญะด้วย ตัวอย่างเช่น มารดาผู้เสียหายพาผู้เสียหายไปพบแพทย์และเล่าถึงอาการป่วยของผู้เสียหาย แพทย์บอกว่าต้องทำให้เยื่อพรหมจารีขาดจึงหายจากอาการป่วยได้ ทั้งผู้เสียหายและมารดาคิดว่าเป็นการรักษาจึงยินยอมให้แพทย์ร่วมเพศกับผู้เสียหาย ดังนี้ไม่ถือว่าผู้เสียหายให้ความยินยอม

3. อายุของผู้ให้ความยินยอม เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดอายุขั้นต่ำของผู้ให้ความยินยอมไว้ ดังนั้น แม้ผู้ให้ความยินยอมจะยังไม่บรรลุนิติภาวะ แต่ถ้ารู้เดียงสาว่าเมื่อตนให้ความยินยอมแล้วจะเกิดพฤติการณ์ใดขึ้น กฎหมายก็ยอมรับว่าเป็นความยินยอมที่ยกเว้นความรับผิดได้

4. ความยินยอมต่อการกระทำสิ่งหนึ่งไม่หมายความรวมถึงยินยอมให้กระทำสิ่งอื่นเพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากที่ผู้เสียหายให้ความยินยอม หรือโดยที่ผู้เสียหายไม่ทราบถึง เช่น คนไข้หญิงมาตรวจภายในสตรี ถือว่ายินยอมให้แพทย์ตรวจภายในแต่ไม่หมายความรวมถึงยอมให้แพทย์กระทำการข่มขืนกระทำชำเราด้วย

5. ความยินยอมต้องมีการแสดงออกในขณะหรือก่อนที่มีการกระทำผิด และต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่า เมื่อให้ความยินยอมแล้วจะถอนความยินยอมเมื่อไรก็ได้เช่นกัน

6. ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ความหมายของคำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน นั้น มีนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านได้ให้ความเห็นไว้ ตัวอย่างเช่น

มรว.เสนีย์ ปราโมช ให้ความเห็นไว้ว่า ลักษณะอย่างไรจึงจะเป็นกฎหมายเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยนั้นยากที่จะให้วิเคราะห์ศัพท์ได้ แต่พอจะเห็นได้ว่าเรื่องใดที่มิได้เกี่ยวด้วยส่วนได้เสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณีโดยเฉพาะแต่อาจกระทบกระทั่งไปถึงส่วนได้เสียของประชาชนของคนอื่น เรื่องนั้นจัดได้ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน[17]

ดร.จี๊ด เศรษฐบุตร ให้ความเห็นว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นเป็นข้อห้ามซึ่งบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมย่อมอยู่เหนือเอกชน[18]

ดร. อุกฤษ มงคลนาวิน ให้ความเห็นว่า การที่จะให้คำจำกัดความของความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นสิ่งที่ทำได้ยากและคิดว่าคงไม่มีผู้ใดสามารถให้คำจำกัดความได้อย่างสมบูรณ์ แต่จะกล่าวถึงแต่เพียงวัตถุประสงค์ของคำกล่าวดังนี้ อาจพูดได้ว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นมาใช้ ในกรณีที่ผลประโยชน์ของส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่า และเนื่องจากบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของส่วนรวม ดังนั้น คู่กรณีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น ยกเลิกไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้ โดยสรุปจึงหมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม[19]

สำหรับความเห็นส่วนตัวของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ หลักกฎหมายที่ถือว่าผลประโยชน์ของส่วนรวมย่อมอยู่เหนือผลประโยชน์ของเอกชน ซึ่งต้องเปลี่ยนแปลงตามกาลเวลา สภาพสังคม รวมทั้งทัศนะมหาชน ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดหลักการเรื่องนี้ในลักษณะที่ยืดหยุ่นและมอบให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะใช้ดุลยพินิจเอง ตัวอย่างความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น หญิงตั้งครรภ์เนื่องจากลักลอบได้เสียกับชายคนรัก จึงมาปรึกษาแพทย์และขอให้แพทย์ทำแท้งให้ กรณีนี้ถึงแม้หญิงนั้นจะยินยอม แต่ความยินยอมนี้ขัดต่อศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของประชาชน ถ้าแพทย์ทำแท้งให้หญิงนั้นไป แพทย์ย่อมมีความผิด แต่ถ้าในกรณีที่หญิงนั้นเป็นโรคมะเร็งทรวงอกแล้วยินยอมให้แพทย์ตัดอวัยวะส่วนที่เป็นเนื้อร้ายนั้นทิ้งไปเพื่อรักษาส่วนที่ดีไว้ ความยินยอมนั้นชอบด้วยกฎหมายไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น

---

[17] มรว.เสนีย์ ปราโมช, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1**, (พระนคร : โรงพิมพ์อักษรสาส์น,2509), หน้า 148 .

[18] ดร.จี๊ด เศรษฐบุตร, **คำอธิบายกฎมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1** (พระนคร : โรงพิมพ์แสงทองการพิมพ์, 2512), หน้า 21 .

[19] ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน, "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน," **บทบัณฑิตย์** เล่ม 32 ตอน 1 (2518), หน้า 14 .

จากหลักเรื่องความยินยอมที่กล่าวมาข้างต้นนั้น เมื่อนำมาเทียบเคียงกับเรื่องแพทย์ผ่าตัดอวัยวะออกจากคนปกติที่มีชีวิตมาปลูกถ่ายให้ผู้ป่วยนั้น มีแนวคิดเรื่องความยินยอมในเรื่องนี้อยู่ 3 แนวความคิด คือ[20]

1. ความยินยอมของบุคคลปกติที่ให้แพทย์ผ่าตัดอวัยวะออกจากตนเอง เพื่อนำไปปลูกถ่ายให้บุคคลอื่นนั้น ไม่อาจนำมาเป็นเหตุลบล้างเพื่อให้การกระทำเช่นนั้นพ้นจากความผิดได้ เหตุผลเนื่องมาจาก บุคคลผู้ยินยอมนั้นไม่ใช่คนป่วย ดังนั้น การกระทำใด ๆ ของแพทย์ต่อบุคคลนั้นจึงมิใช่การรักษาโรคของบุคคลนั้น แต่กลับส่งผลร้ายต่อบุคคลนั้นอีก คือ ทำให้กลายเป็นคนพิการ, เป็นบุคคลที่มีอวัยวะไม่ครบตามปกติ ไม่ว่าจะปรากฏออกมาให้เห็นชัดเจนภายนอก เช่น ยินยอมให้แพทย์ควักตาออกไป 1 ข้าง กลายเป็นคนตาบอด หรือ ไม่ปรากฏออกมาให้เห็นชัดเจนภายนอก เช่น ยินยอมให้แพทย์ตัดไตออกไป 1 ข้าง เป็นต้น สิ่งเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าในที่สุดประเทศก็ต้องรับภาระในการดูแลบุคคลที่มีสภาพไม่สมบูรณ์ไปจนตลอดชีวิต ดังนั้น แนวความคิดนี้จึงถือว่า ความยินยอมของผู้ให้อวัยวะเพื่อให้แพทย์ผ่าตัดนั้นไม่อาจนำมาใช้ยกเป็นข้อแก้ตัวให้การผ่าตัดนั้นหลุดพ้นจากความรับผิดฐานทำร้ายร่างกายไปได้

2. แนวความคิดที่สองนี้ เห็นว่า การผ่าตัดอวัยวะออกจากบุคคลปกติมาปลูกถ่ายให้ผู้ป่วยนี้ครบองค์ประกอบและมีสภาพเป็นการทำร้ายร่างกายอันตรายสาหัสก็จริง แต่ถ้าทำโดยอาศัยความยินยอมของผู้บริจาคที่ได้รับการอธิบายข้อเท็จจริงจากแพทย์ การผ่าตัดนี้ก็จะกลายเป็นส่วนหนึ่งของการรักษาโรคหรือการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามพระราชบัญญัติการประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ส่งผลให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่ทั้งนี้คงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์สำคัญ 2 ประการด้วย คือ

ประการแรก แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดนั้นต้องเป็นแพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาติให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

และ*ประการที่สอง* การผ่าตัดนั้นต้องอยู่ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วย ถ้าครบองค์ประกอบต่าง ๆ เหล่านี้แล้ว การผ่าตัดนำอวัยวะออกจากบุคคลปกติเพื่อปลูกถ่ายให้ผู้ป่วยก็จะได้รับความคุ้มครองจากพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม คือ ถึงแม้ว่าการกระทำนั้นจะครบองค์ประกอบความผิดแล้ว แต่เมื่อเป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรม โครงสร้างความรับผิดอาญาในส่วนที่ 2 คือ ความผิดกฎหมาย (Unlawfullness) ก็ไม่มีเพราะเป็นการกระทำที่ชอบด้วย พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรมแล้ว แพทย์จึงไม่ต้องรับผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยอาศัยหลักกฎหมายวิชาชีพนั่นเอง[21]

---

[20] วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย," **สาร ศิริราช** 8(สิงหาคม 2534), : 596 .

[21] เรื่องเดียวกัน, หน้า 597 .

3. แนวความคิดนี้เห็นว่า การกระทำของแพทย์ต่อผู้ให้อวัยวะนั้น แม้จะเป็นการทำร้ายร่างกายจนได้รับอันตรายสาหัส แต่ความยินยอมของผู้ให้อวัยวะนั้น สามารถนำมาเป็นเหตุลบล้างความผิดของแพทย์ ที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดได้ เพราะถือว่า การกระทำนั้นไม่ครบโครงสร้างความผิดทางอาญา ในส่วนที่เป็นความผิดกฎหมาย (Unlawfullness) นั่นเอง

ในความเห็นของผู้เขียน เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร จึงสมควรพิจารณาในแง่องค์ประกอบของความผิดนั้นเป็นหลักสำคัญ ในกรณีนี้ถือได้ว่าแพทย์ประสงค์หรือเล็งเห็นผลได้ว่าจะเกิดอันตรายต่อร่างกายของผู้ให้อวัยวะจนถึงขั้นที่สูญเสียอวัยวะสำคัญใด ๆ เช่น ไต อย่างถาวรและส่งผลให้ผู้ให้อวัยวะต้องกลายเป็นผู้พิการ ถือว่าแพทย์ทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนถึงอันตรายสาหัสแล้ว แต่ทั้งนี้การผ่าตัดเพื่อเปลี่ยนอวัยวะนี้อยู่ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพ คือ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 แล้ว แม้การกระทำนั้นจะเป็นการทำร้ายโดยสภาพ แต่เนื่องจากการกระทำนั้นเป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรม แพทย์จึงไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ด้วยเหตุนี้การกระทำที่เป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยไม่เป็นการทำร้ายจะต้องมีองค์ประกอบครบถ้วนทั้ง 3 ประการข้างต้น หากไม่ครบองค์ประกอบโดยขาดอย่างหนึ่งอย่างใดไป ส่งผลให้การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรมและกลายเป็นการทำร้ายร่างกายในที่สุด

1) กรณีการนำอวัยวะออกจากร่างกายของบุคคลโดยที่ผู้นั้นบริจาคให้

ในเรื่องของการบริจาคอวัยวะนั้น เราอาจแบ่งกลุ่มบุคคลผู้บริจาคออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

-<u>กลุ่มแรก</u> ผู้บริจาคอวัยวะนั้นเป็นญาติสนิทของผู้ป่วย เช่น พ่อ แม่ ลูก พี่ น้อง คนกลุ่มนี้โดยส่วนมากแล้วจะบริจาคให้ด้วยความเต็มใจ ความบริสุทธิ์ใจ ด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรม โดยมิได้หวังผลประโยชน์ตอบแทนใด ๆ แพทย์ก็สามารถทำการผ่าตัดอวัยวะจากผู้บริจาคไปทำการปลูกถ่ายได้โดยถือว่าแม้การกระทำของแพทย์จะครบองค์ประกอบของการทำร้ายร่างกายอันตรายสาหัส แต่ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะที่เกิดขึ้นนั้น เป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ และ ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี ส่งผลให้ความยินยอมนี้เป็นเหตุที่นำมาอ้างให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดได้

- <u>กลุ่มที่สอง</u> คือ ผู้บริจาคอวัยวะนั้นไม่ได้เป็นญาติเกี่ยวพันกับผู้ป่วยเลย ซึ่งในกรณีนี้ก่อนที่แพทย์จะทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะให้นั้น ควรต้องมีการตรวจสอบรวมทั้งการทำเอกสารใด ๆ เพื่อให้แน่ใจว่าการบริจาคในครั้งนี้มิได้มีการซื้อขายแอบแฝงไว้ด้วยเลย เพราะถ้าแพทย์ไม่รอบคอบในกรณีนี้และทำการผ่าตัดให้แล้ว อาจส่งผลให้แพทย์มีความเสี่ยงในความรับผิดทางอาญาอยู่มาก ดังนั้น ในบางประเทศจึงมีกฎเกณฑ์ที่จะทำการปลูกถ่ายอวัยวะในกรณี

จากผู้บริจาคที่มีชีวิตที่เป็นญาติกับผู้ป่วยเท่านั้น และไม่ทำการปลูกถ่ายอวัยวะ โดยใช้อวัยวะจากคนมีชีวิตที่มิได้เป็นญาติเกี่ยวพันกับผู้ป่วยใด ๆ เลย[22]

นอกจากนี้ สำหรับกรณีที่ผู้บริจาคไม่ได้เป็นญาติกับผู้ป่วยนั้น ในทางปฏิบัติมักมีปรากฏการณ์ที่น่าเป็นห่วงหลายประการเกิดขึ้น คือ[23]

1. มีการจ่ายเงินให้แก่กันเป็นจำนวนมาก โดยที่แพทย์ผู้ผ่าตัดจะรู้เรื่อง หรือไม่รู้เรื่องด้วยก็ตาม
2. มีนายหน้าที่จะขอรับส่วนแบ่งที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว
3. อาจมีการบังคับให้ลูกจ้าง หรือ ลูกน้องบริจาคไต
4. ผู้บริจาคไตจะประกาศตัวอย่างเปิดเผย
5. หลังจากการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะจะปรากฏว่าผู้บริจาคยังคงติดตามผู้ป่วยเพื่อขอเงินเพิ่มอีกเรื่อย ๆ
6. การใช้อวัยวะจากผู้บริจาคที่ไม่ได้เป็นญาติผู้ป่วย ถ้าทำได้ง่ายจะไม่จูงใจให้ญาติผู้ป่วยยอมเป็นผู้บริจาคเอง
7. คณะกรรมการจริยธรรมของโรงพยาบาลก็มิอาจป้องกันการฝ่าฝืนข้อปฏิบัติที่วางไว้ได้ เพราะทั้งผู้บริจาคและผู้รับอวัยวะจะปกปิดข้อความจริงเอาไว้

อย่างไรก็ดี การผ่าตัดอวัยวะจากคนมีชีวิตเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะ โดยที่ผู้บริจาคไม่มีความเกี่ยวพันใดๆ หรือไม่ได้เป็นญาติกับผู้ป่วยเลยเช่นนี้ แพทย์จะมีความเสี่ยงต่อการรับผิดทางอาญาได้มาก เพราะเป็นการยากที่แพทย์จะรู้ว่า ผู้บริจาคได้รับประโยชน์ตอบแทนจากผู้ป่วยหรือไม่ เพียงใด ซึ่งโดยมากเบื้องหลังที่แท้จริงของการบริจาคอวัยวะตามกรณีนี้ มักมีเหตุจูงใจในทางการเงินเป็นประการสำคัญ การบริจาคเพื่อความรัก และ ความสงสาร คงจะเป็นไปไม่ได้[24]

แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้ป่วยและผู้บริจาคร่วมกันหลอกแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดว่า ผู้บริจาคเป็นญาติของผู้ป่วยและเป็นการบริจาคอวัยวะโดยไม่มีค่าตอบแทนเช่นนี้ หากแพทย์เชื่อโดยสุจริตใจ ก็อาจยกความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงมาเป็นข้อต่อสู้ได้ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 บัญญัติว่า

---

[22] วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย," : 596 .

[23] วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การปลูกถ่ายอวัยวะกับกฎหมาย," **วารสารนิติศาสตร์**, : 21 .

[24] เรื่องเดียวกัน, หน้า 21 - 22 .

"ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดหรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษหรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดหรือได้รับการยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แล้วแต่กรณี

ถ้าความไม่รู้ข้อเท็จจริงตามความในวรรคสามแห่งมาตรา 59 หรือความสำคัญผิดว่ามีอยู่จริงตามความในวรรคแรก ได้เกิดขึ้นด้วยความประมาทของผู้กระทำความผิด ให้ผู้กระทำรับผิดฐานกระทำโดยประมาทในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าการกระทำนั้น ผู้กระทำจะต้องรับโทษแม้กระทำโดยประมาท"

จากบทบัญญัติมาตรา 62 นี้ เห็นได้ว่า แพทย์สามารถอ้างเหตุจากการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงมาเพื่อเป็นข้อยกเว้นในการรับผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนอันตรายสาหัสได้ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นการเชื่อโดยสุจริตและอยู่บนพื้นฐานของความรอบคอบด้วย มิฉะนั้น อาจต้องรับผิดฐานประมาทจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสแทนได้

2) กรณีการนำอวัยวะออกจากร่างกายของบุคคลโดยกระทำกันในลักษณะซื้อขาย

การซื้อขายอวัยวะนั้น เป็นประเด็นที่มีการโต้เถียงกันมาก ว่าบุคคลมีสิทธิขายอวัยวะของตนเองได้หรือไม่ ทั้งนี้ โดยแบ่งความคิดเห็นกันเป็น 2 ฝ่าย คือ

ฝ่ายแรก เห็นว่า การซื้อขายอวัยวะของตนเองเป็นเรื่องที่ไม่สมควรเป็นอย่างยิ่ง เพราะโดยธรรมชาติของมนุษย์แล้วคงไม่มีบุคคลใดอยากขายอวัยวะของตน โดยมิได้ถูกแรงกดดันจากทางด้านเศรษฐกิจจนถึงที่สุด ดังนั้นการขายอวัยวะจึงมิได้เกิดจากความเต็มใจอย่างแท้จริง ถ้าเราเปิดช่องให้มีการซื้อขายอวัยวะได้อย่างเสรีแล้ว ก็จะทำให้ได้อวัยวะที่ไม่เหมาะสม เกิดการแข่งขันตัดราคา ทำให้เกิดการตีค่าของมนุษย์เป็นราคาได้ เป็นการลดศักดิ์ศรีและคุณค่าความเป็นมนุษย์ลงอย่างสิ้นเชิง

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า เนื่องจากในปัจจุบันเกิดภาวะขาดแคลนอวัยวะที่จะนำมาปลูกถ่ายอยู่เป็นจำนวนมาก และประกอบกับ ความคิดว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพที่จะใช้ร่างกายของตนเองอย่างไรก็ได้ตามที่เขาเห็นสมควร ดังนั้นการเปิดช่องทางให้ซื้อขายอวัยวะกันได้นั้นจะเป็นการช่วยบรรเทา การขาดแคลนอวัยวะที่เป็นอยู่ในขณะนี้ลงได้อย่างมาก โดยไม่ต้องยืดเวลาในการรอคอยอวัยวะที่เป็นการทรมานผู้ป่วยและเป็นการสิ้นเปลืองโดยไม่จำเป็นอีกด้วย

อย่างไรก็ดี สังคมไทยในปัจจุบันก็ยังคัดค้านการซื้อขายอวัยวะอยู่ ทั้งนี้เนื่องมาจากเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีแล้ว ยังเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและขัดต่อหลักวิชาชีพแพทย์อีกด้วย โดยถึงแม้ว่า ตัวผู้ขายอวัยวะจะให้ความ ยินยอมในการที่แพทย์จะผ่าตัดอวัยวะของตนออกมาก็ตาม แต่ความยินยอมดังกล่าวนั้นก็ไม่อาจทำให้แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดหลุดพ้นจากความรับผิดทางอาญาฐานทำร้ายร่างกายจนอันตรายสาหัสไปได้ เพราะความยินยอมในลักษณะนี้ไม่เป็นเหตุที่จะลบล้างความผิดได้ เนื่องจากไม่ใช่ความยินยอมอันบริสุทธิ์ เพราะเป็นความยินยอมที่เกิดจากแรงกดดัน ไม่ว่าจะเป็นทางด้านเศรษฐกิจหรือสังคม[25] หรือโดยการถูกหลอกลวง ข่มขู่ หรือ ขู่เข็ญ และนอกจากนั้น การซื้อขายอวัยวะยังเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เพราะเป็นการเอาร่างกายมนุษย์มาทำเป็นธุรกิจการค้า การกระทำเช่นนี้เป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้หมดไปด้วย[26]

ดังนั้นเห็นได้ว่าความยินยอมให้แพทย์ตัดอวัยวะของผู้ขายอวัยวะนั้น จึงไม่อาจถือได้ว่า เป็นความยินยอมที่เป็นเหตุลบล้างความผิดได้ เนื่องจากไม่ใช่ความยินยอมที่บริสุทธิ์ และความยินยอมดังกล่าวก็ขัดต่อความรู้สึกในศีลธรรมอันดีอีกด้วย ดังนั้น ถ้าแพทย์ทำการตัดอวัยวะในกรณีนี้ออกไป แพทย์ก็จะมีความผิดฐานทำร้ายร่ายกายอันตรายสาหัสได้

3.3.2 ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายในผู้ป่วยสมองตาย

แนวความคิดในเรื่องความหมายของคำว่า “ตาย” ซึ่งดั้งเดิมนั้น หมายถึง การที่หัวใจหยุดเต้น , ไม่มีชีพจรและหยุดการหายใจ ต่อมาเมื่อมีความก้าวหน้าด้านวิทยาการทางการแพทย์มากขึ้น ปัจจุบันในหลายประเทศจึงยอมรับแนวความคิดซึ่งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์ว่า บุคคลที่สมองตายถือว่าตายโดยมีการบัญญัติเป็นกฎหมายรับรองหลักเกณฑ์ดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อตอบสนองต่อความเจริญก้าวหน้าในการรักษาโรคด้วยการปลูกถ่ายอวัยวะ สำหรับประเทศไทยไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงนิยามของคำว่า “ตาย” แต่จากการประชุมสัมมนาระหว่างแพทย์และนักกฎหมาย เมื่อปี พ.ศ. 2531 ซึ่งมีข้อสรุปร่วมกันว่า บุคคลตายเมื่อใดเป็นปัญหาข้อเท็จจริงไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมาย หมายความว่า ถ้ามีประเด็นเข้าสู่การพิจารณาของ

---

[25] แสวง บุญเฉลิมวิภาส, “การนำอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่ : การซื้อขายอวัยวะและ ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย,” **วารสารนิติศาสตร์** (ปีที่ 19 ฉบับที่ 4): 2-3 .

[26] ยงยุทธ สาระสมบัติ, “บทบัญญัติว่าด้วยการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์ของประเทศประชาคม ยุโรป,” **วารสารอัยการ** ปีที่ 8 ฉบับที่ 94 (พ.ศ. 2528), : 11,14 ,

ศาลว่า บุคคลตายเมื่อใดจะต้องมีการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งก็คือแพทย์ และเป็นไปได้มากที่ศาลจะวินิจฉัยโดยถือความเห็นของผู้เชี่ยวชาญเป็นที่ยุติ

3.3.2.1 การยึดถือเกณฑ์สภาพบุคคลในประเทศไทย

ก) การเริ่มต้นสภาพบุคคล

ตามกฎหมายไทย จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 บัญญัติว่า

"สภาพบุคคลย่อมเริ่มตั้งแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก และสิ้นสุดลงเมื่อตาย

ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่าง ๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก"

จากบทบัญญัติดังกล่าว จึงถือได้ว่าเกณฑ์การเริ่มต้นสภาพบุคคลในประเทศไทย มีหลักในการพิจารณาสำคัญอยู่ 2 ประการประกอบกัน[27] คือ การคลอดออกมาพ้นจากครรภ์มารดา และการคลอดนั้นทารกต้องมีชีวิตด้วย ถ้าครบหลักเกณฑ์ 2 ประการนี้แล้ว ทารกนั้นจะมีสภาพบุคคลเกิดขึ้นทันที ถึงแม้ว่าจะมีการคลอดและมีชีวิตอยู่ได้เพียงไม่กี่นาทีก็ตาม ก็ยังถือว่ามีสภาพบุคคลเกิดขึ้นแล้ว

ข) การสิ้นสุดสภาพบุคคล

สำหรับการสิ้นสุดสภาพบุคคลนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 บัญญัติว่า "สภาพบุคคลย่อม...สิ้นสุดลงเมื่อตาย" แต่เนื่องจากกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติถึงนิยามของการตายไว้ จึงต้องดูนิยามความหมายของคำว่า "การตาย" จากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตสถาน ว่า หมายความถึง การสิ้นชีวิต หรือการเคลื่อนไหวไม่ได้ ตามกฎหมายนั้น การสิ้นสุดสภาพบุคคลมีอยู่ 3 ประเภท คือ

1) กรณีการตายโดยธรรมชาติ ซึ่งถือว่าเป็นการสิ้นสภาพบุคคลโดยปกติธรรมดา คือ เมื่อปรากฏว่าร่างกายของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหยุดทำงาน เช่น หัวใจหยุดเต้น ปอดไม่ทำงาน และสมองไม่สั่งการ ก็ถือได้ว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตายเป็นการสิ้นสภาพบุคคล

---

[27] สมทบ สุวรรณสุทธิ, **คำสอนชั้นปริญญาตรี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล**, (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), หน้า 10 .

แต่เดิมมามนุษย์เราตัดสินการตายโดยใช้หลักของการหยุดหายใจ หรือการหยุดทำงานของปอดและหัวใจหยุดเต้นเป็นเกณฑ์ (Traditional concept of Death หรือ Classical Concept) ทั้งนี้จะอาศัยความเห็นของแพทย์เป็นสำคัญ[28] แต่สำหรับทางการแพทย์ การตายหมายถึง การหยุดทำงานอย่างถาวรของระบบประสาทส่วนกลาง ระบบการหายใจ และระบบการไหลเวียนของโลหิต โดยที่อวัยวะทั้ง 3 ระบบทำงานสัมพันธ์กันเป็นลูกโซ่ ดังนั้นเมื่อระบบใดระบบหนึ่งไม่ทำงานจะส่งผลให้อีกสองระบบไม่ทำงานด้วย ซึ่งถ้าทั้งสามระบบหยุดทำงานอย่างถาวรก็ถือว่าบุคคลนั้นตาย

2) กรณีการตายโดยผลของกฎหมาย คือ การสาบสูญ เป็นการที่บุคคลใดได้ไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่โดยไม่มีผู้ใดทราบว่าไปอยู่ที่ใด ย่อมก่อให้เกิดปัญหาแก่ผู้เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นบิดา มารดา บุตร หรือเจ้าหนี้ แม้กระทั่งตัวบุคคลนั้นเองก็ตาม กฎหมายจำต้องคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลผู้จะได้รับความเสียหายดังกล่าว โดยได้มีการกำหนดขั้นตอนในการคุ้มครองไว้ 3 ขั้นตอนด้วยกัน*

1. เมื่อบุคคลใดไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่โดยไม่มีใครรู้ว่าบุคคลนั้นมีชีวิตอยู่หรือไม่ (มาตรา 48) ก็มีการเปิดช่องให้มีการจัดการทรัพย์สินของบุคคลนั้นเป็นการเฉพาะกรณีไป (มาตรา 48 วรรคแรก)

2. หากระยะเวลาที่บุคคลไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ล่วงไปหนึ่งปี ก็มีการเปิดช่องให้มีการตั้งผู้จัดการทรัพย์สินของผู้ไม่อยู่ได้ (มาตรา 48 วรรคสอง)

---

[28] Arnold JD , Zimmerman TF , Martin DC , Public attitude and the diagnosis of death. JAMA 19968 ; 206(9) : 1949 – 54 อ้างถึงใน คณะแพทยศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, **การปลูกถ่ายอวัยวะ**, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาฯ, 2527), หน้า 82 .

* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 48 บัญญัติว่า

"ถ้าบุคคลใดไปเสียจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่โดยมิได้ตั้งตัวแทนผู้รับมอบอำนาจทั่วไปไว้ และไม่มีใครรู้แน่ว่าบุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่หรือไม่ เมื่อผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการร้องขอ ศาลจะสั่งให้ทำการอย่างหนึ่งอย่างใดไปพลางก่อนตามที่จำเป็นเพื่อจัดการทรัพย์สินของบุคคลผู้ไม่อยู่นั้นก็ได้

เมื่อเวลาได้ล่วงเลยไปหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้ไม่อยู่นั้นไปเสียจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ และไม่มีผู้ใดได้รับข่าวเกี่ยวกับบุคคลนั้นประการใดเลยก็ดี หรือหนึ่งปีนับแต่วันมีผู้ได้พบเห็นหรือได้ทราบข่าวมาเป็นครั้งหลังสุดก็ดี เมื่อบุคคลตามวรรคหนึ่งร้องขอ ศาลจะตั้งผู้จัดการทรัพย์สินของผู้ไม่อยู่ขึ้นก็ได้"

3. หากระยะเวลาล่วงเลยไปถึง 5 ปี ในกรณีปกติ หรือ 2 ปี ในกรณีพิเศษ ก็อาจให้ศาลสั่งให้บุคคลผู้ไปจากภูมิลำเนานั้นเป็นคนสาบสูญ เพื่อให้มีผลเสมือนหนึ่งว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตายเพื่อให้มรดกตกแก่ทายาทต่อไป

3) การตายทางการแพทย์ที่เรียกว่า สมองตาย (Brain Death)

เมื่อมีความก้าวหน้าทางการแพทย์มากขึ้น โดยมีการพัฒนาเครื่องมือต่าง ๆ ในการช่วยชีวิตมนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเครื่องช่วยหายใจ เครื่องกระตุ้นหัวใจ และยาต่าง ๆ ซึ่งใช้ช่วยเมื่อเกิดการหยุดหายใจชั่วคราว หรือ เกิดอาการหัวใจหยุดเต้นชั่วขณะหนึ่ง ทำให้แพทย์สามารถช่วยชีวิตผู้ป่วยให้มีชีวิตรอดได้เป็นจำนวนมาก แต่ก็มีภาวะบางอย่างซึ่งสมองเสียหายอย่างมากจนไม่มีทางกลับคืนได้แล้ว เช่น การบาดเจ็บที่สมองอย่างรุนแรงจนถึงขั้นสมองเสื่อมสภาพหยุดการทำงานโดยสิ้นเชิง บุคคลนั้นจะอยู่ในสภาพซึ่งไม่รู้สึกตัวแล้วและไม่หายใจ ซึ่งโดยธรรมชาติ หัวใจก็จะหยุดเต้นคือ การเสียชีวิตนั่นเอง แต่แพทย์สามารถทำให้หัวใจเต้นต่อไปได้โดยฝืนธรรมชาติ ซึ่งอาศัยเครื่องมือช่วยหายใจที่สามารถต่อเข้ากับผู้ที่หยุดหายใจแล้ว เครื่องนั้นสามารถส่งออกซิเจนเข้าในปอดผู้ป่วยตามจังหวะการหายใจที่ควบคุมได้เพื่อนำไปเลี้ยงกล้ามเนื้อหัวใจให้หัวใจสามารถเต้นต่อไปได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ แพทย์จะทำการวินิจฉัยได้อย่างแน่นอนว่า สมองนั้นเสียหายอย่างถาวร ส่งผลให้ระบบการหายใจก็ล้มเหลวด้วย หัวใจที่เต้นอยู่เพราะอาศัยเครื่องมือช่วยหายใจเป่าออกซิเจนเข้าไปเลี้ยงกล้ามเนื้อหัวใจ ทำให้หัวใจยังคงเต้นต่อไปได้ ภาวะเช่นนี้ ทางการแพทย์ เรียกว่า ภาวะสมองตาย

จากที่กล่าวมาทั้งหมด เห็นได้ว่าเกณฑ์การยึดถือสภาพบุคคลในประเทศไทยนี้อาศัยหลักกฎหมายจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 เป็นสำคัญ คือ การเริ่มสภาพบุคคลจะเริ่มตั้งแต่คลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย และการตายที่ทางกฎหมายและทางการแพทย์ในปัจจุบันยอมรับ ก็คือ การที่บุคคลนั้นหายใจเองไม่ได้ และ หัวใจเต้นเองไม่ได้ เนื่องมาจากโรคหรือภาวะอื่น ๆ ที่ทำให้การหายใจและหัวใจหยุดทำหน้าที่ หรือหน้าที่ของสมองได้สิ้นสุดลง แล้วแต่กรณี ทั้งนี้เนื่องมาจากเหตุผลประการสำคัญเพราะกฎหมายไทยไม่ได้นิยามศัพท์ของการตายไว้ การตายของกฎหมายไทยจึงครอบคลุมทุกกรณีอยู่แล้วไม่ว่าจะเป็นการตายโดยธรรมชาติ การสาบสูญ หรือการตายเพราะเหตุเนื่องจากสมองตาย

3.3.2.2 สถานะภาพทางกฎหมายของศพ

เนื่องจากในปัจจุบันทั้งวงการแพทย์และวงการกฎหมายต่างก็ยอมรับข้อเท็จจริงว่าผู้ป่วยสมองตายเป็นบุคคลที่ถึงแก่ความตายแล้ว ตามประกาศแพทยสภา เรื่องเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย พ.ศ. 2532 ทั้งนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากอนุสนธิการประชุมโต๊ะกลม เรื่องการตายทางการแพทย์และการตายทางกฎหมาย เมื่อวันที่ 16 พฤษภาคม 2531 ณ ห้องประชุมสารนิเทศ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยมีผู้ทรงคุณวุฒิทางการแพทย์และผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายเข้าร่วมประชุมด้วยเป็นจำนวนมาก และที่ประชุมเห็นพ้องต้องกันว่า การวินิจฉัยสมองตายเป็นการวินิจฉัยว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย และในกฎหมายไทยความหมายของการตายก็ครอบคลุมถึงการตายโดยสมองตายได้อยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายอีกทั้งนี้เพราะคณะกรรมการแพทยสภาเล็งเห็นว่า การวินิจฉัยบุคคลตายโดยพิจารณาจากเกณฑ์สมองตายนี้มีความจำเป็นอย่างมากในอนาคต โดยเฉพาะในเรื่องการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะของมนุษย์และกรณีอื่น ๆ อีกด้วย

เนื่องจากศพเป็นสิ่งที่ไม่มีสภาพบุคคลแล้ว เป็นวัตถุที่มีตัวตน สามารถจับต้องได้และในสังคมปัจจุบันก็มีความเห็นว่า ศพหรือวัยวะจากศพนี้เป็นสิ่งที่มีคุณค่า มีราคาที่สามารถจะถือเอาได้ ดังเช่นเคยมีกรณีพิพาทตาม คำพิพากษาฎีกาที่ 1174/2508 (ระหว่างนางประทุม เหล่าวานิช โจทก์ มหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ โดยศาสตราจารย์สวัสดิ์ แสงสว่าง อธิการบดี จำเลย)

ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าผู้ตายได้แสดงเจตนาอุทิศศพของตนให้แก่โรงพยาบาล แต่หลังจากเสียชีวิตแล้วทายาทขอคืนศพจากคณะแพทยศาสตร์ โดยทางทายาทให้เหตุผลว่าพินัยกรรมนั้นใช้ไม่ได้ เพราะร่างกายของบุคคลไม่ใช่ทรัพย์สินอันจะทำพินัยกรรมยกให้แก่บุคคลใดก็ได้ คดีนี้นำขึ้นสู่การพิจารณาจนถึงขั้นศาลฎีกา ศาลฎีกาตัดสินว่า ทายาทจะเรียกศพคืนจากมหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ไม่ได้ ศพไม่ใช่มรดกของผู้ตาย แต่ถือว่าเป็นกรณีที่ผู้ตายได้กำหนดการอย่างอื่นให้ทายาทเป็นผู้จัดการศพตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1649 *

---

* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1649 บัญญัติว่า

"ผู้จัดการมรดกซึ่งผู้ตายตั้งไว้ย่อมมีอำนาจและหน้าที่ในอันที่จะจัดการทำศพของผู้ตาย เว้นแต่ผู้ตายจะได้ตั้งบุคคลอื่นไว้โดยเฉพาะให้จัดการดังว่านั้น

ถ้าผู้ตายมิได้ตั้งผู้จัดการมรดก หรือ บุคคลใดไว้ให้เป็นผู้จัดการทำศพ หรือทายาทมิได้มอบหมายตั้งให้บุคคลใดเป็นผู้จัดการทำศพ บุคคลผู้ได้รับทรัพย์มรดกโดยพินัยกรรมหรือโดยสิทธิโดยธรรมเป็นจำนวนมากที่สุด เป็นผู้มีอำนาจและตกอยู่ในหน้าที่ต้องจัดการทำศพ เว้นแต่ศาลจะเห็นเป็นการสมควรตั้งบุคคลอื่นให้จัดการเช่นนั้น ในเมื่อบุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งร้องขอขึ้น"

ปัญหาเกี่ยวกับคำพิพากษาฎีกานี้ กรมอัยการได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องศพไว้ว่า[29] ตามกฎหมายแล้ว ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตายเท่านั้นที่เป็นมรดกของผู้ตายซึ่งจะตกทอดแก่ทายาท (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1599 , มาตรา 1600) ศพของผู้ตายไม่ใช่ทรัพย์สินของผู้ตายที่จะตกทอดแก่ทายาท กรณีเรื่องนี้ ผู้ตายเมื่อก่อนตายได้ทำพินัยกรรมอุทิศศพของผู้ตายเพื่อประโยชน์ในการศึกษาและเพื่อเป็นความรู้ในวิชาแพทยศาสตร์ให้แก่มหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ ซึ่งเป็นการแสดงเจตนากำหนดการเผื่อตายในเรื่องศพของผู้ตายไว้แล้ว ดังนี้เรียกได้ว่า ผู้ตายได้ทำพินัยกรรมจัดตั้งบุคคลอื่นไว้โดยเฉพาะ ให้จัดการทำศพของผู้ตาย ผู้จัดการมรดกของผู้ตายก็ดี ทายาทของผู้ตายก็ดี จึงไม่มีอำนาจและหน้าที่ในอันที่จะจัดการศพของผู้ตายอีกแล้ว โดยเหตุนี้ทายาทจึงไม่มีอำนาจเรียกศพคืน

เห็นได้ว่า เป็นที่น่าเสียดายที่ศาลฎีกามิได้วินิจฉัยว่าศพเป็นทรัพย์หรือไม่ เพียงแต่วินิจฉัยว่าพินัยกรรมนั้นใช้ได้ เพราะได้กำหนดการเผื่อตายไว้ในเรื่องอันจะเกิดผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตาย สำหรับความเห็นของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่า สถานะภาพทางกฎหมายของศพจะเป็นทรัพย์หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่าศพนั้นมีลักษณะที่สำคัญที่เป็นองค์ประกอบของการเป็นทรัพย์, ทรัพย์สิน หรือไม่ ซึ่งทรัพย์และทรัพย์สินนั้นจะมีลักษณะสำคัญอยู่ 2 ประการ คือ

1. ทรัพย์ คือ วัตถุที่มีรูปร่าง ส่วน ทรัพย์สิน คือ วัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ได้
2. วัตถุที่มีรูปร่าง หรือ ไม่มีรูปร่างนั้น อาจมีราคาได้ และต้องอาจถือเอาได้

ทรัพย์และทรัพย์สินจะต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการดังกล่าว หากขาดหลักเกณฑ์ข้อหนึ่งข้อใดไปก็จะเป็นทรัพย์หรือทรัพย์สินมิได้ ดังนั้น หากนำหลักเกณฑ์มาพิจารณาว่าศพเป็นทรัพย์หรือไม่ เห็นได้ว่า ศพนั้นเป็นวัตถุมีรูปร่าง ซึ่งหมายถึง สิ่งที่เห็นได้ด้วยตา เป็นตัวเป็นตน คือ มีร่างและมีรูป จับต้องได้ สัมผัสได้ ส่วนหลักเกณฑ์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่จะทำให้ศพเป็นทรัพย์ คือ ต้องมีราคา และ อาจถือเอาได้

---

[29] กรมอัยการ, "มฤดก หนังสืออุทิศศพ," **อัยการนิเทศ** 25(กุมภาพันธ์ 2506) : 147 .

คำว่า ราคา ในมาตรา 138 นั้น ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “value” หมายถึง คุณค่าของวัตถุในตัวมันเอง ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “price” ในมาตรา 453* เพราะ price หมายถึง ความต้องการที่จะซื้อขายกันได้ในท้องตลาด ซึ่งความหมายไปในทางกำหนดวัตถุกลาง คือ เงิน เป็นมูลค่าในการแลกเปลี่ยนกับทรัพย์ในการซื้อขาย ดังนั้นวัตถุที่มีคุณค่าและนับว่ามีราคานั้นจึงต้องเป็นวัตถุที่อยู่ในความต้องการของคนและหาได้ยากไม่มีอยู่ทั่วไป จนใคร ๆ ก็ยึดถือหาเอาเองได้ตามความพอใจ เช่น ก้อนหินตามพื้นดิน เป็นต้น

สำหรับราคาในทางกฎหมาย ทรัพย์สินไม่จำเป็นต้องเป็นวัตถุที่มีราคาขายได้ วัตถุใดถ้าแม้แต่เพียงอาจมีราคา แม้เจ้าของจะมิได้เอาออกขาย มีผู้ขอซื้อหรือรับแลกเปลี่ยนไป หรือ แม้แต่จะเอาเก็บซุกซ่อนไว้ ก็ยังอาจมีราคาในความหมายของคำว่า ทรัพย์สิน ได้ ดังนั้น ปัญหาในเรื่องราคาของวัตถุจึงเป็นปัญหาเฉพาะกาลเฉพาะเวลา เฉพาะท้องถิ่นภูมิประเทศตามประโยชน์ความต้องการของคนและโอกาสที่จะหาได้มากและน้อย สำหรับราคาในความหมายของการมีคุณค่าในตัวเองนี้ คือ สิ่งของบางอย่างอาจซื้อขายด้วยราคามิได้ แต่อาจมีคุณคาเพื่อประโยชน์ในการใช้สอยทางเศรษฐกิจหรือประโยชน์ทางจิตใจอยู่ เช่น จดหมายติดต่อระหว่างคู่รัก, กระดูกบรรพบุรุษ เป็นต้น

การอาจถือเอาได้ หมายถึง อาการเข้าหวงกันไว้เพื่อตนเองไม่จำเป็นต้องเข้ายึดถือจับต้องได้จริงจัง สำหรับวัตถุมีรูปร่าง การที่เข้าถือเอาอาจเป็นของที่มองเห็นได้ชัดเจน เช่น ผลไม้ในป่า เมื่อบุคคลเข้าไปพบเห็นปีนต้นไม้เก็บเอาลงมาถือไว้ก็เป็นการเข้าถือเอาแล้ว ฉะนั้น ผลไม้ในป่าแม้ยังไม่มีคนเห็นก็เป็นทรัพย์สินได้แล้ว เพราะบุคคลอาจถือเอาได้ ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างที่จัดเข้าเป็นทรัพย์สินนั้น ที่เห็นง่าย ๆ ก็คือ กำลังแรงของน้ำไหล หรือ กำลังแรงไฟฟ้า เมื่อบุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่จะจับเอากำลังแรงนั้นมาเก็บไว้ใช้สอยให้เป็นประโยชน์แก่ตนหรือจำหน่ายจ่ายแจกได้ตามใจชอบได้แล้ว กำลังแรงเช่นนั้นก็นับว่าเป็นทรัพย์สิน[30]

สำหรับกรณีของศพนั้น ถ้าพิจารณาว่าศพมีราคาหรือไม่นั้น คงต้องพิจารณาจากว่ามีราคา คือ ยังมีบุคคลประสงค์จะหวงแหนเก็บรักษาไว้เพื่อประโยชน์ใด ๆ ก็ตาม ก็ต้องถือว่า ศพนั้นเป็นทรัพย์ ดังเช่น ศพมนุษย์ที่นิสิตแพทย์ดองไว้เพื่อประโยชน์ในการศึกษาของแพทย์ ย่อมมีราคาและถือเอาได้จึงเป็นทรัพย์ หรือ ศพมนุษย์ทั่ว ๆ ไป ที่ญาติพี่น้องยังคงหวง

---

* มาตรา 453 “อันว่าซื้อขายนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินนั้นให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย”

[30] ประมูล สุวรรณศร , **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์** (กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ,พ.ศ. 2539) , หน้า 7 .

แหนไว้เพื่อกราบไหว้บูชา หรือเพื่อนำไปทำพิธีทางศาสนาต่อไปนั้นก็อาจถือว่ามีราคาได้ จึงเป็นทรัพย์ แต่ในทางกลับกัน ถ้าเป็นศพไม่มีญาติ ที่ไม่มีผู้ใดต้องการหรือประสงค์จะหวงแหนเก็บรักษาไว้ ย่อมไม่มีราคา ทำให้ศพนั้นมิใช่ทรัพย์

3.3.2.3 ทายาทมีสิทธิขายศพหรือชิ้นส่วนของศพหรือไม่

เนื่องจากศพหรือชิ้นส่วนของศพที่ยังมีผู้ประสงค์(ทายาท)จะครอบครองอยู่ถือเป็นทรัพย์ แต่ศพหรือชิ้นส่วนของศพนี้เป็นอวัยวะของมนุษย์ที่ตายแล้ว ซึ่งมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากทรัพย์อื่น ๆ ตามท้องตลาด คือ ศพหรือชิ้นส่วนของศพนี้ไม่สามารถนำมาหมุนเวียนเปลี่ยนมือกันในท้องตลาดได้ ซึ่งเข้าหลักเกณฑ์คุณสมบัติของทรัพย์นอกพาณิชย์นั่นเอง

1) ความหมายของคำว่า ทรัพย์นอกพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 143 บัญญัติว่า

"ทรัพย์นอกพาณิชย์ หมายความว่า ทรัพย์ที่ไม่สามารถถือเอาได้และทรัพย์ที่โอนแก่กันมิได้โดยชอบด้วยกฎหมาย"

จากบทบัญญัติในมาตรา 143 นี้ ทำให้เราอธิบายความหมายของคำว่า ทรัพย์นอกพาณิชย์ ได้ว่ามีความหมายถึงทรัพย์ซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าไม่อาจเป็นวัตถุแห่งสิทธิได้ หรือในอีกความหมายหนึ่งคือ บุคคลไม่อาจยึดถือ ครอบครองหรือใช้สิทธิจำหน่าย จ่าย โอน ด้วยประการใด ๆ กับทรัพย์นั้นได้ ตามความหมายของทรัพย์นอกพาณิชย์นี้ จึงสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ทรัพย์ที่ไม่สามารถถือเอาได้

ตามหลักเกณฑ์ในเรื่อง ทรัพย์ ทรัพย์สิน สิ่งใด ๆ ที่ไม่อาจมีราคาหรือไม่อาจถือเอาได้ก็ย่อมไม่ใช่ทรัพย์ แต่ที่กฎหมายบัญญัติไว้นี้คงหมายความถึง ทรัพย์ที่มิใช่ทรัพย์ตามกฎหมาย ไม่อาจนำมาเป็นวัตถุแห่งสิทธิหรือนำมาจำหน่าย จ่าย โอนได้ เช่นทรัพย์สินตามกฎหมายอื่น ตัวอย่างของทรัพย์นอกพาณิชย์ประเภทนี้ เช่น ลม แสงแดด น้ำทะเล ดวงดาว เป็นต้น

2. ทรัพย์ที่โอนแก่กันมิได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ทรัพย์ประเภทนี้ก็เป็นทรัพย์สินตามกฎหมายประเภทหนึ่ง แต่ที่มีลักษณะพิเศษคือ เจตนารมณ์ของกฎหมายไม่ประสงค์ให้ทรัพย์ประเภทนี้เข้ามาอยู่ในวัฏจักรการหมุนเวียนเปลี่ยนมือของบุคคลจึงได้ตัดสิทธิหรืออำนาจในการจำหน่าย จ่าย โอน ของบุคคลไว้ ทั้งนี้ตามความเป็นจริงแล้วทรัพย์ประเภทนี้ บุคคลอาจถือเอาได้ตามธรรมชาติแต่เนื่องจากกฎหมายต้องการตัดอำนาจมิให้อยู่ในบังคับแห่งสิทธิของบุคคลจึงได้ห้ามในทางอ้อมว่าไม่ให้โอนกันได้

โดยชอบด้วยกฎหมาย ผลจึงเป็นว่าบุคคลจะได้ทรัพย์สินนั้นมาด้วยประการใด ๆ ก็ดี ก็ไม่อาจถือเอาประโยชน์จากทรัพย์นั้นโดยการแลกเปลี่ยนหมุนเวียนกันต่อ ๆ ไปได้ ผลของการที่ไม่อาจแลกเปลี่ยนหมุนเวียนไประหว่างบุคคลได้นี้ จึงทำให้ทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์นอกพาณิชย์

ดังนั้นศพหรือชิ้นส่วนของศพจึงเป็นทรัพย์นอกพาณิชย์ที่ไม่สามารถซื้อขายแก่กันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า ศพนั้นถือเป็นมนุษย์ที่ไม่มีชีวิต ดังนั้นการซื้อศพหรือชิ้นส่วนของศพให้แก่กันย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีเพราะเป็นการเอาร่างกายของมนุษย์หรือชิ้นส่วนของมนุษย์ที่ตายแล้วมาหมุนเวียนเปลี่ยนมือกันซึ่งการกระทำเช่นนี้ถือเป็นการลดคุณค่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้ต่ำลงเสมือนว่า ศพหรือชิ้นส่วนของศพที่ซื้อขายกันนั้นมีค่าเท่ากับเนื้อหมู เนื้อวัว เนื้อปลา หรือเนื้อสัตว์ต่าง ๆ ที่ขายกันตามท้องตลาดเท่านั้นเอง

จากเหตุผลทั้งหมดที่กล่าวมา ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ทายาทไม่มีสิทธิขายศพหรือชิ้นส่วนของศพ เนื่องจากว่าศพเป็นทรัพย์นอกพาณิชย์นั่นเอง

3.3.2.4 ถ้าแพทย์นำอวัยวะออกจากศพโดยไม่ได้รับความยินยอมจากทายาทมีผลตามกฎหมายอย่างไร

เมื่อผู้ป่วยสมองตายเสียชีวิตลงแล้ว สภาพบุคคลก็สิ้นสุดลงด้วย หากศพนั้นเป็นศพที่ไม่มีใครเข้าถือกรรมสิทธิ์และการครอบครอง ศพนั้นก็ไม่เป็นทรัพย์ ถึงแม้จะเป็นวัตถุที่มีรูปร่างแต่ตราบใดที่ยังไม่มีใครเข้ามาหวงกันเป็นกรรมสิทธิ์ก็ไม่เป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ใครจะเก็บเอาไปหรือทำลายเสียหรือนำไปใช้ประโยชน์อื่นใดก็ได้ ไม่มีความผิดเพราะกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการกระทำต่อศพไว้โดยเฉพาะยกเว้นการทำลายศพ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199* ในทางกลับกัน ศพที่ยังมีผู้ประสงค์จะครอบครองอยู่ เช่น ศพที่ดองไว้เพื่อประโยชน์ทางการศึกษาของนิสิตแพทย์ หรือศพที่เก็บไว้เพื่อทำพิธีทางศาสนา ศพเหล่านี้ถือได้ว่าเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง มีราคาและอาจถือเอาได้ ดังนั้นจึงถือว่าศพเหล่านี้เป็นทรัพย์ อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันเนื่องจากความก้าวหน้าในเทคโนโลยีทางการแพทย์ ศพและอวัยวะจากศพที่ตาย ใหม่ ๆ มีประโยชน์และมีคุณค่าที่จะนำไปปลูกถ่ายเพื่อการรักษาที่เป็นการยืดชีวิตของผู้ป่วยให้ยืนยาวต่อไปได้อีก มิใช่เป็นสิ่งที่จะต้องปล่อยให้เน่าเปื่อยไป

---

* ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 บัญญัติว่า

"ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพเพื่อปิดบังการเกิดการตายหรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ"

ตามธรรมชาติอีกต่อไป ดังนั้น ในกรณีการผ่าตัดอวัยวะจากศพเพื่อนำไปปลูกถ่ายนั้น ถ้าผู้ตายแสดงความจำนงบริจาคหรืออุทิศให้ก่อนตาย ตัวอย่างเช่น การระบุในพินัยกรรมหรือมีการบริจาคอวัยวะไว้กับหน่วยงานต่าง ๆ และมีเอกสารหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร แพทย์ก็สามารถผ่าตัดได้โดยไม่ต้องรับผิดทางกฎหมาย[31] แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ถึงแม้ว่าผู้ตายจะแสดงความจำนงบริจาคหรืออุทิศอวัยวะให้ก่อนตายแล้ว แต่เมื่อแพทย์จะผ่าตัดนำอวัยวะของผู้ตายออกมาเพื่อปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยอื่นนั้น แพทย์ต้องขอความยินยอมในการบริจาคอวัยวะจากทายาทของผู้ตายก่อน ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดมูลคดีฟ้องร้องกันในทางอาญาและมูลละเมิดทางแพ่ง

สำหรับในประเทศไทยนั้น ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่จะกำหนดถึงเรื่องอำนาจที่จะบริจาคศพหรือชิ้นส่วนของศพจะมีก็เพียงเรื่องจัดการศพของผู้ตาย ตามมาตรา 1649 เท่านั้น

มาตรา 1649 "ผู้จัดการมรดกซึ่งผู้ตายตั้งไว้ย่อมมีอำนาจและหน้าที่ในอันที่จะจัดการทำศพของผู้ตาย เว้นแต่ผู้ตายจะได้ตั้งบุคคลอื่นไว้โดยเฉพาะให้จัดการดังว่านั้น

ถ้าผู้ตายมิได้ตั้งผู้จัดการมรดกหรือบุคคลใดไว้ให้เป็นผู้จัดการทำศพหรือทายาทมิได้มอบหมายตั้งให้บุคคลใดเป็นผู้จัดการทำศพ บุคคลผู้ได้รับทรัพย์มรดกโดยพินัยกรรมหรือโดยสิทธิโดยธรรมเป็นจำนวนมากที่สุดเป็นผู้มีอำนาจและดกอยู่ในหน้าที่ต้องจัดการทำศพ เว้นแต่ศาลจะเห็นเป็นการสมควรตั้งบุคคลอื่นให้จัดการเช่นนั้น ในเมื่อบุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งร้องขอขึ้น"

ดังนั้น ผู้จัดการทำศพของผู้ตาย จึงมีดังนี้

1. **บุคคลซึ่งผู้ตายตั้งไว้โดยเฉพาะให้เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่เช่นว่านั้น**
2. **ผู้จัดการมรดกที่ผู้ตายแต่งตั้ง**
3. **ผู้ที่ทายาทมอบหมายตั้งให้ทำหน้าที่นั้น**
4. **บุคคลผู้ได้รับมรดกเป็นจำนวนมากที่สุด**
5. **บุคคลที่ศาลมีคำสั่งแต่งตั้ง**

---

[31] ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2538 หมวด 8 ข้อ 3.5 บัญญัติว่า .

"ในกรณีที่ผู้ตายได้แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย และมีบัตรประจำตัวผู้ที่แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะดังกล่าว ถ้าไม่สามารถติดตามหาญาติผู้ตายในข้อ 3.3 ได้ ให้ถือว่าเอกสารแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะที่ผู้บริจาคอวัยวะให้ไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย เป็นเอกสารที่ใช้แทนเอกสารในข้อ 3.3 (เอกสารแสดงความยินยอมบริจาคอวัยวะของทายาทหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้ตาย)

การจัดการศพของผู้ตายในที่นี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นการกระทำตามประเพณี ศาสนา ทั้งนี้เพื่อแสดงความรักความอาลัยหรือความกตัญญูรู้คุณต่อผู้ตายหรือเป็นบุญกุศลแต่เพียงอย่างเดียวมิครอบคลุมถึงในกรณีการบริจาคศพหรือชิ้นส่วนของศพด้วย ดังนั้น อำนาจในการบริจาคศพหรือชิ้นส่วนของศพนั้นควรอยู่กับบุคคลผู้มีอำนาจให้ความยินยอมตามลำดับก่อนหลังของทายาทโดยธรรมผู้มีสิทธิได้รับมรดกตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 และ มาตรา 1635 * ซึ่งมีลำดับ ดังนี้

1. คู่สมรสของผู้ตาย
2. ผู้สืบสันดาน

---

* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 บัญญัติว่า

"ทายาทโดยธรรมมีหกลำดับเท่านั้น และภายใต้บังคับแห่งมาตรา 1630 วรรค 2 แต่ละลำดับมีสิทธิได้รับมรดกก่อนหลังดั่งต่อไปนี้ คือ

(1) ผู้สืบสันดาน

(2) บิดา มารดา

(3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน

(4) พี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน

(5) ปู่ ย่า ตา ยาย

(6) ลุง ป้า น้า อา

คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นก็เป็นทายาทโดยธรรม ภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา 1635"

มาตรา 1635 **"ลำดับและส่วนแบ่งของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ในการรับมรดกของผู้ตายนั้นให้เป็นไปดั่งต่อไปนี้**

(1) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629(1) ซึ่งยังมีชีวิตอยู่หรือมีผู้รับมรดกแทนที่แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้น มีสิทธิได้ส่วนแบ่งเสมือนหนึ่งว่าตนเป็นทายาทชั้นบุตร

(2) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629(3) และทายาทนั้นยังมีชีวิตอยู่หรือมีผู้รับมรดกแทนที่หรือถ้าไม่มีทายาทจามมาตรา 1629(1) แต่มีทายาทตามมาตรา 1629(2) แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นมีสิทธิได้รับมรดกกึ่งหนึ่ง

(3) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629(4) หรือ (6) และทายาทนั้นยังมีชีวิตอยู่และมีผู้รับมรดกแทนที่หรือมีทายาทตามมาตรา 1629(5) แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่มีสิทธิได้มรดกสองส่วนในสาม

(4) ถ้าไม่มีทายาทดั่งที่ระบุไว้ในมาตรา 1629 คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นมีสิทธิได้รับมรดกทั้งหมด"

3. บิดา มารดา
4. พี่น้องร่วมบิดามารดา
5. พี่น้องร่วมบิดา หรือมารดาเดียวกัน
6. ปู่ ย่า ตา ยาย
7. ลุง ป้า น้า อา

ในการขอความยินยอมบริจาคอวัยวะของผู้ตายจากทายาทนั้นให้ขอความยินยอมจากทายาทในลำดับแรกก่อนเพียงลำดับเดียว โดยทั้งนี้ต้องทำหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรยินยอมบริจาคอวัยวะของผู้ตายพร้อมทั้งทำคำรับรองด้วยว่าจะไม่รับสิ่งตอบแทนเป็นค่าอวัยวะโดยเด็ดขาด

สำหรับกรณีที่ผู้ตายไม่ได้แสดงเจตจำนงบริจาคหรืออุทิศอวัยวะไว้ก่อนตายและแพทย์ไม่ได้ขอความยินยอมจากทายาทของผู้ตาย แต่แพทย์นำเอาอวัยวะหรือชิ้นส่วนของศพออกไปเพื่อปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยอื่นนั้น แพทย์จะมีความรับผิดทั้งทางอาญาและทางแพ่ง กล่าวคือ

1) ความรับผิดของแพทย์ในทางอาญา

ปัญหาที่น่าจะนำมาพิจารณา คือแพทย์จะมีความผิดฐานลักทรัพย์หรือไม่ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ซึ่งบัญญัติว่า

"ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์"

ความผิดฐานลักทรัพย์นี้เป็นความผิดที่กระทำต่อการครอบครองทรัพย์และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ ซึ่งมีองค์ประกอบคือ 1) การเอาไป 2) ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย 3) มูลเหตุชักจูงใจทุจริต ซึ่งองค์ประกอบภายในของความผิดฐานลักทรัพย์นี้คือเจตนาโดยทุจริต หมายความว่า ผู้กระทำต้องรู้ว่าทรัพย์นั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้อื่นและผู้กระทำต้องการเอาทรัพย์นั้นไปจากการครอบครองของผู้อื่น

พิจารณาในเรื่องของศพ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ศพที่ถือเป็นทรัพย์นั้น หากแพทย์ผ่าตัดอวัยวะจากศพโดยมิได้รับอนุญาติจากทายาทถือได้ว่าแพทย์ได้กระทำการแย่งการครอบครองทรัพย์ของทายาทไปโดยเจตนาทุจริต ทั้งนี้เป็นการเอาไปโดยลักษณะที่เป็นการตัดกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์ตลอดไป ซึ่งการครอบครองศพของทายาทนั้น ทายาทได้ใช้อำนาจปกครองทรัพย์อยู่ตามความเป็นจริง คือทายาทสามารถจัดการแก่ทรัพย์ได้โดยผู้อื่นไม่สามารถ

เข้ามาขัดขวางได้และนอกจากนั้นทายาทก็มีเจตจำนงที่จะครอบครองทรัพย์นั้นด้วย ดังนั้นในกรณีนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าแพทย์มีความผิดฐานลักทรัพย์นั่นเอง

2) ความรับผิดทางแพ่ง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า

"ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"

การกระทำอันเป็นละเมิด จึงหมายความถึง การกระทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นโดยตนเองไม่มีสิทธิ หรือหมายความถึง การล่วงล้ำเข้าไปทำให้เสียหายต่อสิทธิของผู้อื่น อันตนมีหน้าที่จะต้องเคารพในสิทธินั้นจึงเท่ากับผิดหน้าที่ในขณะเดียวกันด้วย ดังนั้น จากมาตรา 420 จึงแยกพิจารณาหลักเกณฑ์แห่งการกระทำอันเป็นละเมิด[32] ได้ดังนี้

1. ต้องมีการกระทำต่อบุคคลอื่น
2. โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
3. โดยผิดกฎหมาย
4. มีความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ชื่อเสียง สิทธิอื่น ๆ
5. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

การกระทำที่เป็นละเมิดนี้ นอกจากมีการกระทำที่เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อแล้ว หลักเกณฑ์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ การกระทำนั้นผิดกฎหมาย ซึ่ง "โดยผิดกฎหมาย" ตามมาตรา 420 นี้ มีความหมายว่ามิชอบด้วยกฎหมาย คือได้กระทำโดยไม่มีสิทธิหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายให้ทำได้แล้วก็ถือเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย และหลักเกณฑ์ที่สำคัญอันจะทำให้การกระทำนั้นเป็นละเมิด คือต้องมีความเสียหายที่เกิดจากผลของการกระทำนั้นเกิดขึ้นจริง ๆ ทั้งนี้ต้องอาศัยการวินิจฉัยของปกติชนเป็นมาตรฐานว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ความเสียหายตามมาตรานี้แม้จะบัญญัติไว้เพียงแค่ความเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน แต่ในความเป็นจริงเจตนารมณ์ของกฎหมายมาตรานี้หมายถึงความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลเพราะบุคคลย่อมมีสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรี

---

[32] สุษม ศุภนิตย์ , **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิด** พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ,2538), หน้า 12 .

ภาพ และทรัพย์สิน สิ่งเหล่านี้จึงอยู่ในความหมายของสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 420 อยู่แล้วนั่นเอง[33]

จากหลักกฎหมายเรื่องละเมิดที่กล่าวข้างต้นนี้ เมื่อนำมาวิเคราะห์ในกรณีที่ผู้ตายไม่ได้แสดงเจตจำนงบริจาคหรืออุทิศอวัยวะไว้ก่อนตาย และแพทย์ไม่ได้ขอความยินยอมจากทายาทของผู้ตาย แต่แพทย์นำเอาอวัยวะหรือชิ้นส่วนของศพออกไปเพื่อการปลูกถ่ายให้ผู้ป่วยนั้น เห็นได้ว่าแพทย์ได้กระทำการนำเอาอวัยวะหรือชิ้นส่วนของศพออกไปส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อศพซึ่งเป็นทรัพย์สินของทายาทโดยผิดกฎหมายอาญาฐานลักทรัพย์ (ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334) อย่างจงใจ ถือได้ว่าแพทย์ได้กระทำละเมิดต่อทายาทส่งผลให้แพทย์ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทายาทด้วย

3.3 กฎหมายที่ใช้ในการป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายในต่างประเทศ

เนื่องจากการปลูกถ่ายอวัยวะเป็นวิธีที่ยอมรับกันว่าจำเป็นในการรักษาชีวิตมนุษย์ในปัจจุบัน และเมื่อการปลูกถ่ายเป็นสิ่งจำเป็นจึงมีบุคคลจำนวนมากต้องการอวัยวะเพื่อไปปลูกถ่ายทำให้เกิดปัญหาการขาดแคลนอวัยวะถึงกับมีการประกาศซื้อขายอย่างเปิดเผย ปัญหาเกี่ยวกับการซื้อขายอวัยวะเป็นปัญหาหนึ่งที่สำคัญในสังคมทำให้บางประเทศจึงออกกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะเพื่อควบคุมและแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น เช่น Human Tissue Act ของประเทศอังกฤษ, The Anatomical Donationa and Post-Mortem Examinations Act ของประเทศอาฟริกาใต้, The Human Organ Transplant Act ของประเทศสิงคโปร์, The Uniform Anatomical Gift Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา, Removal Grafting and Transplantation of Human Substances ของประเทศประชาคมยุโรป, Loi n 76-1181 du 22 decembre 1976 relative aux prelevements d organes ของประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น

กฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะของประเทศเหล่านี้ ส่วนใหญ่แล้วจะแก้ไขปัญหาการขาดแคลนอวัยวะโดยใช้ระบบใดระบบหนึ่งใน 3 ระบบ นี้คือ

1. ระบบ Contracting Out หรือ Opting Out ระบบนี้ถือว่าให้แพทย์สามารถนำอวัยวะบางอย่างเช่น ไต ออกจากผู้ที่สมองตายได้เลย โดยถือเป็นข้อสันนิษฐานว่าคนที่ตายทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะ แพทย์จึงดำเนินการเอาอวัยวะออกได้เลย เว้นแต่จะมีการแสดงเจตนาไว้

---

[33] ไพจิตร ปุญญพันธุ์, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด**,พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2542), หน้า 30 .

โดยทางทะเบียนว่าไม่ยินยอมบริจาค ประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ระบบนี้ เช่น ประเทศสิงคโปร์ , ประเทศฝรั่งเศส , ประเทศประชาคมยุโรป เป็นต้น

2. ระบบ Contracting In หรือ Opting In ระบบนี้ต้องมีการแสดงเจตนาของผู้ตายก่อนที่จะถึงแก่ความตายหรือจากญาติของผู้ตายที่จะบริจาคอวัยวะ แพทย์จึงนำอวัยวะของผู้ตายออกมาปลูกถ่ายได้ การบริจาคอวัยวะนี้ผู้บริจาคจะได้รับบัตรผู้บริจาคอวัยวะและเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตายเมื่อแพทย์พบบัตรนี้ก็สามารถนำเอาอวัยวะของผู้ตายออกมาปลูกถ่ายได้ ประเทศที่ใช้ระบบนี้ เช่น ประเทศอังกฤษ เป็นต้น

3. ระบบ Required Request ซึ่งระบบนี้กำหนดให้เป็นหน้าที่ประจำของเจ้าหน้าที่โรงพยาบาลที่ต้องขอรับการบริจาคอวัยวะจากญาติของผู้ป่วยสมองตาย (ทุกรายที่เหมาะสม) หากละเว้นจะมีความผิดตามกฎหมาย ประเทศที่ใช้ระบบนี้เช่นรัฐโอเรกอน และ รัฐนิวยอร์ค ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

3.3.1 ประเทศฝรั่งเศส

สำหรับเรื่องการปลูกถ่ายอวัยวะนี้ ประเทศฝรั่งเศสออกกฎหมายเฉพาะมาเพื่อบัญญัติหลักเกณฑ์และขอบข่ายต่าง ๆ ที่กฎหมายอนุญาติให้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะได้ ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะของฝรั่งเศสนั้นได้แก่ กฎหมายเลขที่ 76-1181 (22 ธันวาคม 1976) เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ (Loi n 76-1181 du 22 decembre 1976 relative aux prelevements d organes) ซึ่งมีสาระสำคัญคือ

1. การปลูกถ่ายอวัยวะจากคนมีชีวิต
2. การปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตาย
3. การห้ามการซื้อขายอวัยวะ

1) การปลูกถ่ายอวัยวะจากคนมีชีวิต (in vivo)

เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้อนุญาตให้มีการปลูกถ่ายอวัยวะได้ในเฉพาะกรณีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการบำบัดรักษามนุษย์ (มาตรา 1) แต่การนำอวัยวะออกจากคนมีชีวิตนั้นไม่ถือว่าเป็นการบำบัดรักษาโรค และความยินยอมของเจ้าของอวัยวะก็ไม่อาจลบล้างความผิดของแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดได้ กฎหมายฉบับนี้จึงออกมาเพื่ออนุญาตให้แพทย์ทำการปลูกถ่ายอวัยวะได้โดยไม่มีความผิด

โดยหลักแล้ว ผู้ยอมให้ถูกถ่ายอวัยวะต้องเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว (มาตรา 1 วรรค 1) และผู้ให้ความยินยอมนี้ต้องเป็นผู้มีสติสัมปชัญญะบริบูรณ์ ทั้งนี้ผู้ให้ความยินยอมในการถูกถ่ายอวัยวะนั้นต้องมีลักษณะดังนี้

1. เป็นความยินยอมที่ให้โดยอิสระและเข้าใจถึงสาระสำคัญของการนั้น ๆ อย่างแท้จริง ดังนั้น ในมาตรา 4 วรรค 1 จึงกำหนดให้ผู้ที่ให้ความยินยอมนั้นต้องได้รับการบอกกล่าวถึงผลต่าง ๆ ที่จะเกิดหรืออาจเกิดขึ้นได้ด้วย

2. เป็นความยินยอมที่ชัดเจนและแน่นอน[34] (มาตรา 4)

นอกจากนั้นหากอวัยวะที่จะให้นั้นไม่สามารถเกิดขึ้นทดแทนใหม่ได้ การให้ความยินยอมต้องกระทำต่อหน้าประธานศาลจังหวัดที่ผู้ให้มีถิ่นที่อยู่ หรือผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมาย และความยินยอมนั้นต้องทำเป็นหนังสือ ลงนามโดยผู้พิพากษาและผู้ให้อวัยวะโดยหนังสือดังกล่าวต้องมอบให้ผู้อำนวยการโรงพยาบาลที่จะทำการปลูกถ่าย แต่ถ้าในกรณีอื่น ๆ ความยินยอมเพียงทำเป็นหนังสือโดยผู้ให้ลงนามพร้อมด้วยพยาน 1 คน ก็เพียงพอ แต่ทั้งนี้ไม่ว่ากรณีใด ๆ ก็ตาม ผู้ให้ความยินยอมสามารถถอนความยินยอมได้ทุกเมื่อโดยไม่มีรูปแบบว่าต้องถอนโดยวิธีใด

สำหรับในกรณีของผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะนั้น โดยหลักแล้วไม่อาจให้ความยินยอมในการถูกถ่ายอวัยวะได้ ยกเว้นแต่กรณีที่ผู้รับอวัยวะนั้นจะเป็นพี่น้องชายหญิงของตน ซึ่งตามมาตรา 1 วรรค 2 กำหนดว่าให้ผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้ให้ความยินยอม ทั้งนี้โดยได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งประกอบด้วย กรรมการ 3 คน โดยต้องมีแพทย์อย่างน้อย 2 คน และ 1 ใน 2 นั้น ต้องมีประสบการณ์ในวิชาชีพแพทย์อย่างน้อย 20 ปี คณะกรรมการนี้ก่อนจะอนุมัติต้องวินิจฉัยถึงผลต่าง ๆ ที่อาจคาดการณ์ได้ทั้งด้านร่างกายและจิตใจ และต้องถามความสมัครใจของผู้เยาว์ในการถ่ายอวัยวะออกก่อนด้วย

2) การถ่ายอวัยวะจากคนตาย (post mortem)

ในมาตรา 2 บัญญัติว่า อาจมีการถ่ายอวัยวะจากศพผู้ตายเพื่อประโยชน์ในการบำบัดรักษาหรือเพื่อประโยชน์ในทางวิทยาศาสตร์ได้หากในระหว่างที่เขายังมีชีวิตอยู่นั้น ไม่ได้ทำการปฏิเสธที่จะถูกถ่ายอวัยวะออกหลังจากเสียชีวิตแล้ว

วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายที่ออกมาก็เพื่อต้องการอวัยวะของผู้ตายจากการเกิดอุบัติเหตุและอวัยวะนั้น ๆ ยังใช้การได้ดีอยู่ เพื่อประโยชน์ในการรักษาผู้ป่วยให้มีชีวิตรอด

---

[34] มาตรา 4 บัญญัติให้มีการออกกฤษฎีกาเพื่อกำหนดรายละเอียดวิธีปฏิบัติต่าง ๆ และรัฐบาลฝรั่งเศสก็ได้อาศัยอำนาจแห่งบัญญัติดังกล่าวออกกฤษฎีกาเลขที่ 78-501 ลงวันที่ 31 มีนาคม 1978 เพื่อกำหนดรายละเอียดดังกล่าว .

เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดถึงส่วนของอวัยวะที่สามารถถูกถ่ายออกมาได้ ดังนั้น จึงถือได้ว่าอวัยวะทุกส่วนสามารถถูกถ่ายออกมาได้ แต่ทั้งนี้ก็ต้องอยู่บนพื้นฐานเพื่อการบำบัดรักษาหรือเพื่อประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์

จากกฎหมายฉบับนี้ แยกศพได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ศพที่ผู้ตายได้ปฏิเสธการถ่ายอวัยวะออกตั้งแต่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งจะสามารถทำด้วยวิธีการใด ๆ ก็ได้ไม่มีรูปแบบในการแสดงออก ทั้งนี้อาจเป็นการปฏิเสธการถ่ายอวัยวะออกเฉพาะในบางอวัยวะก็ได้ นอกจากนั้น บุคคลใด ๆ อาจแสดงการปฏิเสธตั้งแต่เข้ารับการรักษาพยาบาลในโรงพยาบาลที่ได้รับอนุญาติให้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์ได้ ว่าเขาไม่ยินยอมให้ถ่ายอวัยวะออกหลังจากเขาตาย โดยบันทึกไว้ตั้งแต่ลงทะเบียนเข้ารับการรักษา ดังนั้นก่อนที่แพทย์จะนำอวัยวะของศพออก แพทย์ต้องแน่ใจว่าผู้นั้นไม่ได้ปฏิเสธการถ่ายอวัยวะออกและต้องไม่ใช่ศพของผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถ เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรให้ทำการถ่ายอวัยวะได้จากผู้แทนโดยชอบธรรม

2. ศพที่ผู้ตายไม่ได้ปฏิเสธการถูกถ่ายอวัยวะหลังการตาย แพทย์สามารถทำการถ่ายอวัยวะได้โดยไม่มีความผิด อย่างไรก็ตามหากศพนั้นเป็นศพผู้เยาว์ ศพของผู้ไร้ความสามารถแล้ว (มาตรา 2 วรรค 2) กำหนดให้การถ่ายอวัยวะจากศพเด็กหรือศพผู้ไร้ความสามารถนั้นกระทำได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาติจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน

3) การห้ามการซื้อขายอวัยวะ

กฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ ค.ศ. 1976 นี้ กำหนดโดยชัดแจ้งในมาตรา 3 ว่า การถ่ายอวัยวะไม่ว่าในกรณีใด ๆ แล้วห้ามมิให้ให้เงินเป็นการแลกเปลี่ยน ทั้งนี้เว้นแต่เป็นค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดจากการนั้น การบัญญัติหลักเกณฑ์นี้ก็เพื่อให้เป็นการสอดคล้องกับหลักที่ว่าร่างกายของมนุษย์นั้นเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือการซื้อขาย

ดังนั้น หลักการห้ามการซื้อขายอวัยวะนี้จึงเป็นหลักสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ที่ต้องการจะอนุญาตให้มีการกระทำการปลูกถ่ายอวัยวะโดยไม่ผิดกฎหมายอาญา และในขณะเดียวกันก็ห้ามมิให้มีการซื้อขายอวัยวะอีกด้วย ทั้งนี้เนื่องมาจากการซื้อขายอวัยวะนี้เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักจริยธรรมและเป็นการกระทบต่อเกียรติภูมิของมนุษย์อีกด้วย

3.3.2 ประเทศอังกฤษ

มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะในสหราชอาณาจักรอยู่ 2 พระราชบัญญัติ และ 1 ข้อบังคับ คือ

1. The Human Tissue Act 1961

พระราชบัญญัติฉบับนี้วางเงื่อนไขในการใช้อวัยวะจากศพในการบำบัดโรค (ปลูกถ่ายอวัยวะ) และเพื่อการศึกษาและการวิจัยทางการแพทย์

2. The Human Organ Transplants Act 1989

พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดข้อห้ามในการจัดการทางพาณิชย์เกี่ยวกับอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย และมีข้อห้ามการปลูกถ่ายอวัยวะระหว่างบุคคลที่ไม่ใช่ญาติหรือไม่เกี่ยวข้องทางพันธุกรรม

3. The Human Organ Transplants (Unrelated Persons) Regulations 1989

ข้อบังคับฉบับนี้อาศัยตามความในพระราชบัญญัติ 1989 มีเนื้อหากำหนดถึงแนวทางในการบริจาคอวัยวะของบุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องในทางพันธุกรรมกับผู้ป่วย

1) การปลูกถ่ายอวัยวะจากคนมีชีวิต

ในประเทศอังกฤษ การปลูกถ่ายอวัยวะจะทำได้เฉพาะในบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกันทางพันธุกรรมเท่านั้น ตาม The Human Organ Transplants Act 1989 มาตรา 2(1)

"(1) ภายใต้อนุมาตรา (3) ถือว่าบุคคลกระทำความผิด ถ้าในบริเตนใหญ่ เขา

(a) เคลื่อนย้ายอวัยวะ(เอาไปจาก)จากบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อปลูกถ่ายในอีกบุคคลหนึ่ง

(b) ปลูกถ่ายอวัยวะเคลื่อนย้ายจากบุคคลมีชีวิตไปในอีกบุคคลหนึ่ง เว้นแต่บุคคลผู้รับหรืออาจจะรับอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมต่อบุคคลผู้เป็นเจ้าของอวัยวะที่ถูกเอาออกไป

(2) ภายใต้วัตถุประสงค์ของมาตรานี้ บุคคลมีความเกี่ยวพันทางพันธุกรรมต่อกัน คือ

(a) บิดามารดาและบุตร โดยธรรมชาติ

(b) พี่และน้องโดยสายโลหิตไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(c) พี่และน้องโดยสายโลหิตทั้งหมดหรือครึ่งหนึ่งจากพ่อแม่โดยธรรมชาติทั้งสองคน

(d) เด็กโดยธรรมชาติของพี่น้องโดยสายโลหิตทั้งหมดหรือครึ่งหนึ่งของพ่อแม่ผู้ให้กำเนิดของเขาทั้งสอง

แต่บุคคลทั้งหลายต้องไม่ถูกปฏิบัติในกรณีเฉพาะใด ๆ ดังที่เกี่ยวข้องในวิถีทางเหล่านั้นใด ๆ เว้นแต่ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ถูกกำหนดวิถีดังกล่าวดั่งถูกกำหนดโดยข้อบังคับทำโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ"

แต่ทั้งนี้แพทย์ที่เกี่ยวข้องในการปลูกถ่ายอวัยวะต้องหาหลักฐานเพื่อให้แน่ใจว่าผู้บริจาคอวัยวะกับผู้ป่วยเป็นญาติกันอย่างแท้จริง ในกรณีของผู้บริจาคอวัยวะที่มิได้เป็นญาติกับผู้ป่วยจะนำมาพิจารณาเพื่อเอาอวัยวะมาปลูกถ่าย ก็ต่อเมื่อเป็นกรณียกเว้นเป็นพิเศษจริง ๆ โดยแพทย์ต้องมั่นใจว่าความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะต้องปราศจากสิ่งจูงใจใด ๆ รวมทั้งการเงินและผลประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่น ทั้งนี้จากข้อบังคับที่ 1989 ว่าด้วยการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์ในบุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม หรือ The Human Organ Transplants (Unrelated Persons) Regulations 1989 (Statutory Instrument No.2480) ข้อ 3 มีหลักเกณฑ์ว่า

"การปลูกถ่ายอวัยวะจากคนมีชีวิตต้องกระทำระหว่างบุคคลผู้มีความเกี่ยวพันทางพันธุกรรมอย่างแท้จริงเท่านั้น แต่ถ้าในกรณียกเว้นเป็นพิเศษว่าต้องทำการปลูกถ่ายอวัยวะจากบุคคลผู้ไม่เกี่ยวข้องทางพันธุกรรมให้แก่ผู้ป่วย ต้องให้แพทย์ผู้มีใบประกอบโรคศิลป์เสนอเรื่องขออนุญาติปลูกถ่ายอวัยวะเป็นกรณีพิเศษต่อหน่วยงานผู้มีอำนาจวางข้อบังคับเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะของบุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องซึ่งยังมีชีวิตอยู่ (the Unrelated Live Transplant Regulatory Authority = ULTRA) <ข้อ 2 Regulations 1989 >

ทั้งนี้แพทย์และคณะทำงานต้องกระทำการตาม เงื่อนไขในข้อ 3(2) คือ

(a) แพทย์ได้อธิบายกับผู้บริจาคถึงกระบวนการในทางการแพทย์และความเสี่ยงในการเคลื่อนย้ายอวัยวะ

(b) ผู้บริจาคเข้าใจถึงกระบวนการทางการแพทย์และความเสี่ยงภัยในการเคลื่อนย้ายอวัยวะรวมถึงผลที่เกิดขึ้นภายหลังการผ่าตัด ที่แพทย์จะได้อธิบายและมีความยินยอมให้เคลื่อนย้ายอวัยวะ

(c) ความยินยอมของผู้บริจาคต่อการนำเอาอวัยวะออก ไม่ได้เกิดจากการขู่เข็ญหรือการให้สิ่งจูงใจใด ๆ

(d) ผู้บริจาครู้ว่าเขามีสิทธิ์ถอนความยินยอมแต่เขาไม่กระทำการดังกล่าว

(e) ทั้งผู้บริจาคและผู้รับบริจาคต้องถูกสัมภาษณ์โดยบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมของ ULTRA และต้องมีการรายงานต่อหน่วยงานถึงเงื่อนไขที่ระบุไว้ในอนุวรรค (a) ถึง (d) ข้างบน และรวมถึงเหตุผลและความยุ่งยากในการสื่อสารกับผู้บริจาคหรือผู้รับบริจาคด้วย

แต่ทั้งนี้การใช้อวัยวะจากผู้บริจาคที่มีชีวิตนั้น จะใช้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นในกรณีที่อวัยวะจากคนตายมีไม่พอใช้เท่านั้น

2) การปลูกถ่ายอวัยวะจากศพ

จาก The Human Tissue Act 1961 มาตรา 1 บัญญัติว่า

"(1) หากผู้ใดแสดงการร้องขออย่างชัดแจ้ง โดยเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ว่าในขณะใด หรือโดยวาจาต่อหน้าพยาน 2 คนขึ้นไปในขณะก่อนเสียชีวิตว่า หลังจากที่ตนเสียชีวิตแล้ว ศพหรือชิ้นส่วนใดของศพของตนดังที่ระบุไว้ จะถูกนำไปใช้เพื่อการบำบัดรักษาโรค และเพื่อการศึกษาและการวิจัยทางการแพทย์ ผู้ที่เป็นเจ้าของศพโดยชอบด้วยกฎหมายหลังจากที่ผู้นั้นเสียชีวิตอาจมอบอำนาจให้มีการแยกชิ้นส่วนใด ๆ หรือชิ้นส่วนที่ได้ระบุไว้ออกจากศพ ตามแต่กรณี เพื่อการตามที่ได้ร้องขอไว้ เว้นแต่จะมีเหตุอันเชื่อได้ว่า การร้องขอดังกล่าวถูกเพิกถอนในภายหลัง

(2) โดยไม่ขัดต่ออนุมาตราข้างต้น ผู้ที่เป็นเจ้าของศพผู้เสียชีวิตโดยชอบด้วยกฎหมายอาจจะมอบอำนาจให้มีการแยกชิ้นส่วนใด ๆ ออกจากศพเพื่อการดังกล่าวได้ หากได้ทำการสอบสวนอย่างสมเหตุสมผลเท่าที่ตนจะปฏิบัติได้แล้ว ไม่มีเหตุอันเชื่อได้ว่า

(ก) ผู้เสียชีวิตได้แสดงการคัดค้านต่อการกระทำดังกล่าวอันจะมีขึ้นต่อศพของตนหลังจากที่เสียชีวิตแล้ว และมิได้ถูกเพิกถอน หรือ

(ข) คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่หรือญาติของผู้เสียชีวิตที่ยังมีชีวิตอยู่ได้คัดค้านในการกระทำดังกล่าวอันจะมีขึ้นต่อศพ

(3) ภายใต้บังคับแห่งอนุมาตรา (4) และ (5) ของมาตรานี้ การแยกชิ้นส่วนและการใช้ชิ้นส่วนใดของศพตามอำนาจที่ได้รับมาตามมาตรานี้จะต้องชอบด้วยกฎหมาย

(4) การแยกชิ้นส่วนอวัยวะจากศพเช่นว่านี้ไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่แพทย์ที่มีใบประกอบโรคศิลป์จะได้เป็นผู้ตรวจศพด้วยตนเอง จนปราศจากข้อสงสัยว่าผู้นั้นได้เสียชีวิตแล้ว

(5) เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพ ในกรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่า อาจจะต้องมีการสืบสวนต่อศพหรืออาจจะต้องมีการชันสูตรพลิกศพโดยเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพ ผู้นั้นต้อง

(ก) ไม่มอบอำนาจภายใต้มาตรานี้เกี่ยวกับศพ

(ข) ไม่กระทำการตามอำนาจที่ได้รับมาจากผู้อื่น

(6) ภายใต้มาตรานี้ ผู้ที่ได้รับมอบหมายอันเกี่ยวกับศพเพียงเพื่อการฝังศพหรือการฌาปนกิจศพนั้นไม่อาจมอบอำนาจสำหรับการแยกชิ้นส่วนอวัยวะจากศพนั้น

(7) ในกรณีที่ศพอยู่ที่โรงพยาบาล สถานพยาบาลหรือสถาบันอื่น ๆ เจ้าหน้าที่หรือผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเพื่อการใด ๆ จากผู้ที่ควบคุมและจัดการศพ อาจจะมอบอำนาจภายใต้มาตรานี้ในนามของผู้ที่ควบคุมและจัดการศพ

(8) ไม่มีข้อความใดในมาตรานี้ที่จะตีความได้ว่าเป็นการให้จัดการต่อศพหรือชิ้นส่วนของศพอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการนั้นเป็นการชอบด้วยกฎหมายอันนอกเหนือไปจากพระราชบัญญัติฉบับนี้

(9) สำหรับการบังคับใช้อนุมาตรา (5) ในสกอตแลนด์ ให้ใช้อนุมาตราดังต่อไปนี้แทน "(5) ไม่มีข้อความใดในมาตรานี้อันเป็นการให้อำนาจในการแยกชิ้นส่วนใดของศพหาก เจ้าหน้าที่ได้คัดค้านการแยกชิ้นส่วนนั้น""

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า แพทย์จะนำอวัยวะของผู้ตายออกมาเพื่อประโยชน์ในการปลูกถ่ายอวัยวะกับผู้ป่วยอื่น ๆ นั้น ได้เฉพาะในกรณีที่มีการแสดงเจตนาเป็นลายลักษณ์อักษรของผู้ตายหรือโดยวาจาต่อหน้าพยาน 2 คนขึ้นไปก่อนตาย ว่าหลังจากตนเสียชีวิตแล้ว ศพหรืออวัยวะอื่นใดของศพให้นำไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการปลูกถ่ายอวัยวะ การบำบัดรักษาโรค และเพื่อการศึกษาและวิจัยทางการแพทย์ หรือในกรณีที่ทายาทโดยชอบด้วยกฎหมายอาจมีความประสงค์ในการบริจาคอวัยวะของศพ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่าผู้ตายมิได้คัดค้านการบริจาคอวัยวะอันมีขึ้นต่อศพของตนหลังจากเสียชีวิตแล้ว และคู่สมรสหรือญาติของผู้ตายมิได้คัดค้านการบริจาคอวัยวะนั้นด้วย

3) การห้ามการซื้อขายอวัยวะ

การซื้อขายอวัยวะในประเทศอังกฤษนี้ถือว่าเป็นความผิดตาม The Human Organ Transplants Act 1989 มาตรา 1 บัญญัติว่า

(1) บุคคลหนึ่งรับผิดเกี่ยวกับความผิดหนึ่ง ถ้าในบริเตนใหญ่ เขา

(a) ทำการ หรือ ได้รับค่าจ้างสำหรับการจำหน่าย หรือ เสนอการจำหน่ายอวัยวะซึ่งถูก หรือ ได้ถูกเอาไปจากบุคคลที่ตาย หรือ มีชีวิตอยู่ และมุ่งหมายปลูกถ่ายในบุคคลอีกคนหนึ่งไม่ว่าใน บริเตนใหญ่หรือที่อื่นใด

(b) สืบค้นเพื่อหาบุคคลเต็มใจให้อวัยวะดังเช่นที่กล่าวในวรรค (a) เพื่อการชำระเงิน หรือ เสนอให้อวัยวะดังกล่าวเพื่อได้มาซึ่งค่าจ้าง

(c) ริเริ่ม หรือเจรจาเตรียมการอย่างใดเกี่ยวข้องกับค่าจ้างเพื่อจำหน่าย ให้ หรือเสนอให้อวัยวะดังกล่าว หรือ

(d) ทำการบางส่วนในการจัดการหรือควบคุมกลุ่มบุคคลร่วมมือหรือไม่ได้ร่วมมือที่เป็นเจ้าของกิจกรรมเกี่ยวข้องหรือรวมทั้งการริเริ่มหรือการเจรจาของการเตรียมการดังกล่าว

(2) ปราศจากความเสื่อมเสียต่อวรรค (b) ของอนุมาตรา 1 บุคคลต้องรับผิด ถ้าเขาทำให้เกิดการเผยแพร่หรือจำหน่ายหรือมีส่วนรู้เห็นในการเผยแพร่หรือจำหน่ายในบริเตนใหญ่ โดยประกาศ

(a) เชิญชวนบุคคลให้หรือเสนอที่จะให้อวัยวะดังกล่าวเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าจ้างหรือ

(b) แสดงว่าผู้ประกาศเต็มใจริเริ่มหรือเจรจาเตรียมการดังกล่าวใด ๆ ดังที่กล่าวในวรรค (c) ของอนุมาตรานั้น

(3) ในมาตรานี้ "ค่าจ้าง(payment)" หมายถึง ค่าจ้างในจำนวนเงินหรือมูลค่าของเงิน แต่ไม่รวมค่าจ้างเพื่อชดใช้ (defray) หรือ reimburse (ใช้คืน)

(a) ราคาของการเอาออกไป การเคลื่อนย้ายหรือการสงวนรักษาอวัยวะที่ถูกให้(ใช้คืน)

(b) ค่าใช้จ่ายใด ๆ หรือการสูญเสียรายได้ก่อขึ้นโดยบุคคลหนึ่ง ในส่วนเนื่องมาจากการให้อวัยวะจากร่างกายของเขาอย่างสมควรและโดยตรง

(4) ในมาตรานี้ "การประกาศ" รวมถึง การประกาศในรูปแบบใด ๆ ทั้งต่อสาธารณชนโดยทั่วไปต่อส่วนใดของสาธารณะหรือเฉพาะบุคคลโดยส่วนตัว

(5) บุคคลหนึ่งกระทำผิดเกี่ยวกับความผิดภายใต้อนุมาตรา (1) ข้างบน รับผิดตามคำตัดสินถึงที่สุด ลงโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือปรับไม่เกินระดับ 5 ตามตารางมาตรฐาน หรือทั้งจำทั้งปรับ และบุคคลกระทำผิดเกี่ยวกับความผิดภายใต้อนุมาตรา (2) ข้างบนรับผิดตามคำตัดสินถึงที่สุด ลงโทษปรับไม่เกินระดับ 5 ตามตารางดังกล่าว"

นอกจากนั้น แพทยสภาของสหราชอาณาจักรได้ออกข้อห้ามการซื้อขายอวัยวะอีกใน ประกาศเรื่องการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้ที่มีชีวิต เมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน 1992 ดังมีข้อความต่อไปนี้

1. แพทยสภาได้ออกรายงานประจำปี ในปี 1985 ประณาม การซื้อขายอวัยวะมนุษย์ไว้และขอขยายความเพิ่มเติมในการถือเป็นแนวปฏิบัติต่อไปคือ

2. แพทยสภาถือว่า แพทย์ที่มีส่วนเกี่ยวข้องไม่ว่ากรณีใด ในการซื้อขายอวัยวะหรือการปลูกถ่ายอวัยวะที่ได้รับอวัยวะมาจากผู้บริจาคที่ให้ความยินยอมโดยได้รับสิ่งตอบแทน (undue influence) อันเป็นการจูงใจ เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพจะถูกแพทยสภาดำเนินคดีทางจริยธรรม

3. แพทยสภามีความเห็นว่า

(i) อวัยวะมนุษย์ไม่เป็นสิ่งที่จะนำไปซื้อขาย การบริจาคอวัยวะจะต้องเกิดจากการเมตตาเอื้อเฟื้อต่อผู้อื่นโดนไม่ต้องการสิ่งตอบแทน

(ii) ถ้าอวัยวะมนุษย์ถูกนำไปซื้อขายกันแล้ว การปลูกถ่ายจะถูกครอบงำด้วยเหตุผลทางการเงินมากกว่าผลประโยชน์ทางการแพทย์ที่ผู้รับและผู้บริจาคจะได้รับ อันจะทำให้ผู้อ่อนแอและผู้ยากจนถูกเอารัดเอาเปรียบที่ไม่อาจป้องกันได้

และที่สำคัญแพทย์ต้องไม่เกี่ยวข้องหรือสนับสนุน การซื้อขายอวัยวะมนุษย์จากผู้บริจาคที่มีชีวิตไม่ว่ากรณีใด ๆ ทั้งสิ้นและต้องไม่โฆษณาหรือติดต่อเตรียมการใดด้านการแพทย์หรือการเงินกับบุคลที่ประสงค์จะซื้อขายอวัยวะ

3.3.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศสหพันธ์รัฐ ดังนั้นกฎหมายในแต่ละมลรัฐจึงมีความแตกต่างกันออกไป แต่ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงกฎหมายในมลรัฐนิวยอร์คและกฎหมายของรัฐบาลกลางบางส่วนเพื่อแสดงให้เห็นถึงระบบกฎหมาย Required Request ซึ่งกำหนดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่โรงพยาบาลต้องขอรับบริจาคจากญาติผู้ป่วย

ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นอยู่ใน 3 พระราชบัญญัติ คือ

1. The National Organ Transplant Act 1984
2. Uniform Anatomical Gift Act 1987
3. The Ominbus Budget Reconciliation Act 1986

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะนี้พิจารณาแบ่งหัวข้อที่นำมาศึกษาได้ 4 หัวข้อใหญ่ ๆ คือ

1. การบริจาคอวัยวะหรือร่างกายโดยตัวผู้บริจาคเอง
2. การบริจาคอวัยวะหรือร่างกายโดยบุคคลอื่น
3. หน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในการขอรับบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย
4. การห้ามการซื้อขายอวัยวะ

1) การบริจาคอวัยวะหรือร่างกายโดยตัวผู้บริจาคเอง

ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักการปลูกถ่ายอวัยวะมีบัญญัติไว้ใน Uniform Anatomical Gift Act ซึ่งกำหนดไว้ว่า บุคคลอายุ 18 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป (มาตรา 2(a)) สามารถแสดงความต้องการในการบริจาคอวัยวะได้ 3 ลักษณะ คือ

ลักษณะแรก ความต้องการในการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย

ลักษณะที่สอง ความต้องการในการจำกัดการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายเพื่อจุดประสงค์บางประการ

ลักษณะที่สาม ความต้องการในการปฏิเสธการบริจาคหรือร่างกาย

ลักษณะแรก ความต้องการในการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย

การบริจาคอวัยวะหรือร่างกายในขณะที่มีชีวิตอยู่นี้ ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติ Uniform Anatomical Gift Act มาตรา 2 ว่าด้วยการทำการเพิกถอนและการปฏิเสธในการทำการบริจาคร่างกาย ซึ่งกำหนดถึงวิธีการในการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายในขณะที่ตนยังมีชีวิตไว้ ว่าอาจทำขึ้นได้ 3 วิธี คือ

1. เอกสารการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายที่ลงนามโดยผู้บริจาค หากผู้บริจาคไม่สามารถลงนามได้ เอกสารนั้นจะสมบูรณ์ต่อเมื่อต้องลงนามโดยบุคคลอื่นและมีพยาน 2 คน โดยทั้งหมดต้องลงนามตามคำสั่งของผู้บริจาคและทำต่อหน้าทุกฝ่าย (มาตรา 2(b))

2. เอกสารการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายที่ระบุไว้ในใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะหรือใบอนุญาตควบคุมยานพาหนะซึ่งต้องลงนามโดยผู้บริจาค หรือในกรณีลงนามโดยบุคคลอื่นต้องมีพยาน 2 คน โดยทั้งหมดต้องลงนามตามคำสั่งของผู้บริจาคและทำต่อหน้าทุกฝ่าย

ทั้งนี้ การเพิกถอน การระงับ การหมดอายุ หรือการยกเลิกใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะหรือใบอนุญาตควบคุมยานยนต์พาหนะนั้น ไม่มีผลกระทบต่อการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายเลย (มาตรา 2 (c))

3. เอกสารการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายที่กระทำโดยพินัยกรรมซึ่งจะมีผลบังคับเมื่อผู้ทำพินัยกรรมนั้นเสียชีวิตลง ทั้งนี้ความสมบูรณ์ของพินัยกรรมไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย

แต่ทั้งนี้ เมื่อผู้บริจาคแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะหรือร่างกายแล้ว ตราบใดที่ผู้บริจาคยังไม่เสียชีวิต ผู้บริจาคสามารถแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาคอวัยวะนั้นได้ตลอดเวลาซึ่งสามารถแสดงเจตนาแก้ไขหรือเพิกถอนได้โดย (มาตรา 2(f))

1. เอกสารแสดงรายการแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาคอวัยวะที่ลงนามโดยผู้บริจาคอวัยวะ(เดิม)

2. การแถลงด้วยวาจาซึ่งต้องทำขึ้นต่อหน้าพยาน 2 คน

3. การสื่อสารกับแพทย์ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใด ๆ เช่น กะพริบตา , พยักหน้า , ขยับมือ ฯลฯ ในระหว่างการเจ็บป่วยหรือการบาดเจ็บขั้นสุดท้าย

4. การส่งเอกสารแสดงการแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาคอวัยวะที่มีการลงนามให้แก่ผู้รับบริจาคตามที่ระบุไว้

และสำหรับกรณีของการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายโดยพินัยกรรม ผู้บริจาคอาจแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาคนั้น ๆ ได้ดังเช่นใน 4 กรณีข้างต้น รวมถึงวิธีการในการแก้ไขและเพิกถอนพินัยกรรมด้วย

การบริจาคอวัยวะหรือร่างกายนี้ จะเพิกถอนได้โดยผู้บริจาคเท่านั้น ดังนั้นถ้าการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายนี้มิได้เพิกถอนโดยผู้บริจาคก่อนการเสียชีวิตนั้นก็ไม่อาจเพิกถอนโดยบุคคลอื่น นอกจากนั้นเมื่อผู้บริจาคอวัยวะเสียชีวิตลงแล้ว เจตนาในการบริจาคอวัยวะใช้ได้โดยมิได้ต้องการความยินยอมหรือการเห็นพ้องของบุคคลใด ๆ หลังจากที่ผู้บริจาคเสียชีวิต (มาตรา 2(h))

<u>ลักษณะที่สอง ความต้องการในการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายเพื่อจุดประสงค์บางประการ</u>

ในกรณีที่ผู้บริจาคปรารถนาที่จะบริจาคร่างกายเพื่อจุดประสงค์เฉพาะ เช่น การปลูกถ่ายหรือจำกัดเฉพาะอวัยวะบางส่วนของร่างกายเพื่อจุดประสงค์ตามที่ระบุไว้ เช่น ดวงตาเพื่อการปลูกถ่าย เป็นต้น การจำกัดเช่นนี้จะต้องระบุไว้อย่างชัดเจน

ทั้งนี้ผู้บริจาคสามารถแสดงความต้องการในการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายเพื่อจุดประสงค์บางประการได้ 3 วิธีคือ

1. เอกสารการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายที่ลงนามโดยผู้บริจาค หากผู้บริจาคไม่สามารถลงนามได้ เอกสารนั้นจะสมบูรณ์ต่อเมื่อต้องลงนามโดยบุคคลอื่นและมีพยาน 2 คน โดยทั้งหมดต้องลงนามตามคำสั่งของผู้บริจาคและทำต่อหน้าทุกฝ่าย (มาตรา 2(b))

2. เอกสารการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายที่ระบุไว้ในใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะหรือใบอนุญาตควบคุมยานพาหนะซึ่งต้องลงนามโดยผู้บริจาค หรือในกรณีลงนามโดยบุคคลอื่นต้องมีพยาน 2 คน โดยทั้งหมดต้องลงนามตามคำสั่งของผู้บริจาคและทำต่อหน้าทุกฝ่าย

ทั้งนี้ การเพิกถอน การระงับ การหมดอายุ หรือการยกเลิกใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะหรือใบอนุญาตควบคุมยานยนต์พาหนะนั้น ไม่มีผลกระทบต่อการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายเลย (มาตรา 2 (c))

3. เอกสารการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายที่กระทำโดยพินัยกรรมซึ่งจะมีผลบังคับเมื่อผู้ทำพินัยกรรมนั้นเสียชีวิตลง ทั้งนี้ความสมบูรณ์ของพินัยกรรมไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย

แต่ทั้งนี้ เมื่อผู้บริจาคแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะหรือร่างกายแล้ว ตราบใดที่ผู้บริจาคยังไม่เสียชีวิต ผู้บริจาคสามารถแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาคอวัยวะนั้นได้ตลอดเวลาซึ่งสามารถแสดงเจตนาแก้ไขหรือเพิกถอนได้โดย (มาตรา 2(f))

1. เอกสารแสดงรายการแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาคอวัยวะที่ลงนามโดยผู้บริจาคอวัยวะ(เดิม)

2. การแถลงด้วยวาจาซึ่งต้องทำขึ้นต่อหน้าพยาน 2 คน

3. การสื่อสารกับแพทย์ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใด ๆ เช่น กะพริบตา , พยักหน้า , ขยับมือ ฯลฯ ในระหว่างการเจ็บป่วยหรือการบาดเจ็บขั้นสุดท้าย

4. การส่งเอกสารแสดงการแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาคอวัยวะที่มีการลงนามให้แก่ผู้รับบริจาคตามที่ระบุไว้

และสำหรับกรณีของการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายโดยพินัยกรรม ผู้บริจาคอาจแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาคนั้น ๆ ได้ดังเช่นใน 4 กรณีข้างต้น รวมถึงวิธีการในการแก้ไขและเพิกถอนพินัยกรรมด้วย

<u>ลักษณะที่สาม การปฏิเสธการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย</u>

ตาม Uniform Anatomical Gift Act 1987 มาตรา 2 มีหลักเกณฑ์ว่าบุคคลอายุ 18 ปีบริบูรณ์ขึ้นไปอาจปฏิเสธการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายได้ ซึ่งลักษณะนี้ได้ให้ทางเลือกแก่บุคคลผู้ซึ่งไม่เห็นด้วยเลยต่อการบริจาคไม่ว่าจะด้วยจุดมุ่งหมายใดหรือต่อส่วนใด ๆ ของร่างกายอันเป็นการบริจาคร่างกายหรืออวัยวะ

ทั้งนี้ บุคคลสามารถแสดงเจตจำนงในการปฏิเสธการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายได้ (มาตรา 2(i)) โดย

1. เอกสารการปฏิเสธการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายที่ลงนามโดยบุคคลผู้ปฏิเสธนั้น หากในกรณีที่ผู้ปฏิเสธไม่สามารถลงนามได้เอกสารนั้นต้องลงนามโดยบุคคลอื่นและมีพยาน 2 คน โดยทั้งหมดต้องลงนามตามคำสั่งของผู้ปฏิเสธและทำต่อหน้าทุกฝ่าย เอกสารนั้นจึงจะสมบูรณ์

2. เอกสารการปฏิเสธการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายที่ระบุในใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะหรือใบอนุญาตควบคุมยานพาหนะ ซึ่งต้องลงนามโดยผู้ปฏิเสธหรือในกรณีลงนามโดยบุคคลอื่นต้องมีพยาน 2 คน โดยทั้งหมดต้องลงนามตามคำสั่งของผู้ปฏิเสธและทำต่อหน้าทุกฝ่าย

3. เอกสารการปฏิเสธการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายอื่น ๆ ที่บ่งชี้ว่าบุคคลนั้นปฏิเสธที่จะบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย ในระหว่างการเจ็บป่วยหรือการบาดเจ็บขั้นสุดท้าย การปฏิเสธในกรณีนี้อาจกระทำได้โดยการแถลงด้วยวาจาหรือการสื่อสารในรูปแบบอื่น ๆ เช่น ผงกหัว บีบมือ ขยิบตา ฯลฯ ก็ได้

2) การบริจาคอวัยวะหรือร่างกายโดยบุคคลอื่น

ในกรณีที่มีบุคคลผู้เสียชีวิตแต่อวัยวะหรือร่างกายของเขายังสามารถบริจาคเพื่อเป็นประโยชน์ต่อบุคคลอื่น ๆ ได้ ให้บุคคลต่อไปนี้ตามลำดับก่อนหลังที่ได้กำหนดไว้ อาจทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตทั้งหมดหรือบางส่วนเพื่อจุดประสงค์บางประการได้ ทั้งนี้โดยอยู่ในเงื่อนไขว่าในขณะที่ผู้เสียชีวิตยังมีชีวิตอยู่ เขามิได้ทำการปฏิเสธการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายไว้ (มาตรา 3(a))

บุคคลดังต่อไปนี้อาจเป็นบุคคลผู้ทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตได้ ตามลำดับดังนี้

1. คู่สมรสของผู้เสียชีวิต
2. บุตรที่บรรลุนิติภาวะของผู้เสียชีวิต
3. บิดาหรือมารดาของผู้เสียชีวิต
4. พี่น้องที่บรรลุนิติภาวะของผู้เสียชีวิต
5. ปู่ ย่า ตา ยาย ของผู้เสียชีวิต
6. ผู้ปกครองของผู้เสียชีวิตในขณะที่เสียชีวิต

การบริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตโดยบุคคลอื่นนั้น ต้องแสดงเจตนาในการบริจาคโดย

1. เอกสารการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตที่ลงนามโดยบุคคลผู้มีอำนาจข้างต้น

2. โทรเลข การบันทึกเทปทางโทรศัพท์หรือข้อความที่ได้รับการบันทึกในรูปแบบอื่น ๆ หรือการสื่อสารในรูปแบบอื่น ๆ จากบุคคลผู้มีอำนาจนั้น

ทั้งนี้การบริจาคอวัยวะหรือร่างกายนี้ไม่อาจมีขึ้นได้ หากเกิดกรณีเหล่านี้ขึ้น คือ

1. บุคคลที่ยินยอมให้บริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิต ไม่ใช่บุคคลที่มีอำนาจเป็นลำดับแรก

2. บุคคลที่ยินยอมให้บริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตทราบถึงการปฏิเสธหรือการบ่งชี้ที่ขัดกันโดยผู้เสียชีวิต

3. บุคคลที่ยินยอมให้บริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตทราบถึงการคัดค้านการบริจาคร่างกายโดยบุคคลชั้นเดียวกันหรือสูงกว่า

การบริจาคร่างกายโดยบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจข้างต้นอาจถูกเพิกถอนโดยบุคคลที่อยู่ชั้นเดียวกันหรือชั้นที่สูงกว่า ในช่วงเวลาก่อนกระบวนการแยกชิ้นส่วนอวัยวะออกจาก

ร่างกายของผู้เสียชีวิตจะเริ่มขึ้น แพทย์และบุคคลากรที่เกี่ยวข้องกับการแยกบางส่วนของร่างกายได้ทราบถึงการเพิกถอนนั้น

3) หน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในการขอรับบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย

เจ้าหน้าที่ซึ่งถูกแต่งตั้งโดยโรงพยาบาลจะต้องถามผู้ป่วยแต่ละรายซึ่งมีอายุอย่างน้อย 18 ปีบริบูรณ์ ในช่วงเวลาก่อนหรือในขณะที่รับเข้ารักษาในโรงพยาบาล หรือในทันทีเท่าที่จะเป็นไปได้หลังจากนั้น ว่า "คุณเป็นผู้บริจาคอวัยวะหรือร่างกายหรือไม่" ถ้าหากได้รับคำตอบเป็นการยืนยัน เจ้าหน้าที่ต้องร้องขอสำเนาเอกสารการบริจาค แต่ถ้าหากได้รับคำตอบเป็นการปฏิเสธหรือไม่มีคำตอบและแพทย์เจ้าของไข้ยินยอม เจ้าหน้าที่จะต้องคุยกับผู้ป่วยถึงทางเลือกในการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย หรือการปฏิเสธการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย ซึ่งทั้งนี้ไม่ว่าจะได้รับคำตอบเช่นไรต้องบันทึกคำตอบนั้น และสำเนาเอกสารการบริจาคหรือการปฏิเสธการทำการบริจาคร่างกายรวมถึงข้อมูลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องลงในประวัติผู้ป่วย (มาตรา 5(a))

หากในขณะหรือใกล้เวลาที่ผู้ป่วยเสียชีวิต ผู้ป่วยไม่เคยทำการบริจาคร่างกายหรือปฏิเสธการบริจาคร่างกาย คณะเจ้าหน้าที่จะต้องอภิปรายถึงทางเลือกในการทำการบริจาคร่างกายหรือการปฏิเสธการบริจาคร่างกาย จากนั้นจึงร้องขอทำการบริจาคร่างกายตามมาตรา 3 (a) ทั้งนี้การร้องขอไม่จำเป็นต้องทำหากการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสมสำหรับจุดประสงค์ใด ๆ (มาตรา 6) ดังนี้

1) โรงพยาบาล แพทย์ ศัลยแพทย์หรือองค์กรจัดหาอวัยวะ ด้วยจุดประสงค์เพื่อการปลูกถ่าย การบำบัด การศึกษาทางการแพทย์ การวิจัยหรือความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์การแพทย์

2) โรงเรียน วิทยาลัยหรือมหาวิทยาลัยแพทย์ที่ได้รับการรับรองด้วยจุดประสงค์เพื่อการศึกษา การวิจัยหรือความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์การแพทย์

3) บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งเพื่อรับอวัยวะที่ปลูกถ่าย

ทั้งนี้โดยพิจารณาจากมาตรฐานทางการแพทย์ที่ได้รับการยอมรับ จะต้องมีการบันทึกลงในประวัติผู้ป่วย (มาตรา 5(b))

บุคคลดังต่อไปนี้ (มาตรา 5(c)) มีหน้าที่ในการตรวจสอบหรือสอบถามต่อเอกสารการบริจาคหรือข้อมูลอื่น ๆ ซึ่งบ่งชี้ว่า บุคคลที่เสียชีวิตหรือใกล้เสียชีวิตนั้นเป็นผู้บริจาคหรือเป็นผู้ปฏิเสธการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายนั้น

1. เจ้าหน้าที่บังคับการตามกฎหมาย พนักงานดับเพลิง เจ้าหน้าที่กู้ภัยหรือเจ้าหน้าที่กรณีฉุกเฉินอื่น ๆ ซึ่งพบผู้ซึ่งผู้พบเชื่อว่าเสียชีวิตหรือใกล้จะเสียชีวิตแล้ว

2. โรงพยาบาล ในขณะที่รับผู้ซึ่งเสียชีวิตหรือใกล้จะเสียชีวิตเข้ารักษาในโรงพยาบาล หากไม่มีแหล่งข้อมูลใดปรากฏเลยในขณะนั้น

ทั้งนี้หากเอกสารการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย หรือเอกสารการปฏิเสธบริจาคอวัยวะหรือร่างกายถูกค้นพบโดยบุคคลตามมาตรา 5(c)(1) และผู้ซึ่งเสียชีวิตหรือใกล้เสียชีวิตถูกนำส่งโรงพยาบาล ต้องมีการแจ้งต่อโรงพยาบาลและส่งมอบเอกสารหรือหลักฐานอื่น ๆ ให้แก่โรงพยาบาลด้วย (มาตรา 5(d))

หากในขณะที่ผู้ป่วยเสียชีวิตหรือใกล้จะเสียชีวิตโรงพยาบาลได้ทราบว่ามีการทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายแล้ว โรงพยาบาลต้องแจ้งให้ผู้รับบริจาคหากโรงพยาบาลทราบชื่อของบุคคลนั้น หากไม่ทราบโรงพยาบาลต้องแจ้งองค์กรจัดหาที่เหมาะสม โรงพยาบาลจะต้องให้ความร่วมมือในการนำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายด้วย (มาตรา 5(e))

บุคคลซึ่งไม่สามารถที่จะปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดโดยมาตรานี้ มิต้องรับผิดทางแพ่งหรือทางอาญา แต่เป็นการลงโทษที่เหมาะสมทางปกครอง (มาตรา 5(f))

4) การห้ามการซื้อขายอวัยวะ

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ถือว่าการซื้อขายอวัยวะนี้เป็นความผิดและมีโทษตามกฎหมายดังที่บัญญัติไว้ใน The National Organ Transplant Act 1984 มาตรา 301 บัญญัติว่า

" (a) การห้าม

บุคคลใด ได้มา ยอมรับหรือโอนอวัยวะมนุษย์เพื่อค่าตอบแทนซึ่งมีมูลค่าสำหรับใช้ในการปลูกถ่ายในมนุษย์ ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(b) การกำหนดโทษ

บุคคลใดซึ่งละเมิดอนุมาตรา (a) ต้องถูกปรับไม่เกิน $ 50,000 หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ"

ค่าตอบแทนซึ่งมีมูลค่า ในที่นี้ ไม่รวมถึง การชำระเงินอย่างสมเหตุสมผลเกี่ยวกับการเคลื่อนย้าย, การขนส่ง, การปลูกฝัง, กระบวนการ, การสงวนรักษา, ควบคุมคุณภาพและการเก็บอวัยวะมนุษย์ หรือ ค่าใช้จ่ายในการเดินทาง, เคหสถานและการสูญเสียรายได้ ซึ่งเกิดจากผู้บริจาคอวัยวะมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับการบริจาค

นอกจากนั้น ใน Uniform Anatomical Gift Act 1987 มาตรา 10 ก็บัญญัติเรื่องการห้ามการซื้อขายอวัยวะ ไว้ว่า

" (a) บุคคลไม่อาจจะซื้อหรือขายบางส่วนของร่างกายเพื่อการปลูกถ่ายหรือการบำบัดโดยตั้งใจเพื่อหวังมูลค่าตอบแทน หากการแยกบางส่วนของร่างกายนั้นเป็นการตั้งใจให้เกิดขึ้นหลังจากการเสียชีวิตของผู้เสียชีวิต

(b) การหวังมูลค่าตอบแทนไม่รวมถึงการชำระเงินที่สมเหตุสมผลเพื่อการแยก การดำเนินการ การจัดการ การสงวนไว้ การควบคุมคุณภาพ การจัดเก็บ การขนส่งหรือการปลูกถ่ายบางส่วนของร่างกาย

(c) บุคคลซึ่งละเมิดมาตรานี้มีความผิดอาญาและจะถูกลงโทษด้วยการปรับไม่เกิน $ 50,000 หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ"

ในมาตรานี้บุคคลผู้กระทำความผิดไม่ได้จำกัดอยู่แค่ผู้บริจาคเท่านั้นแต่ยังรวมถึงการใช้บังคับต่อบุคคลอื่น ๆ ในการขายหรือการซื้ออวัยวะหรือร่างกาย เพื่อการปลูกถ่ายหรือการบำบัด