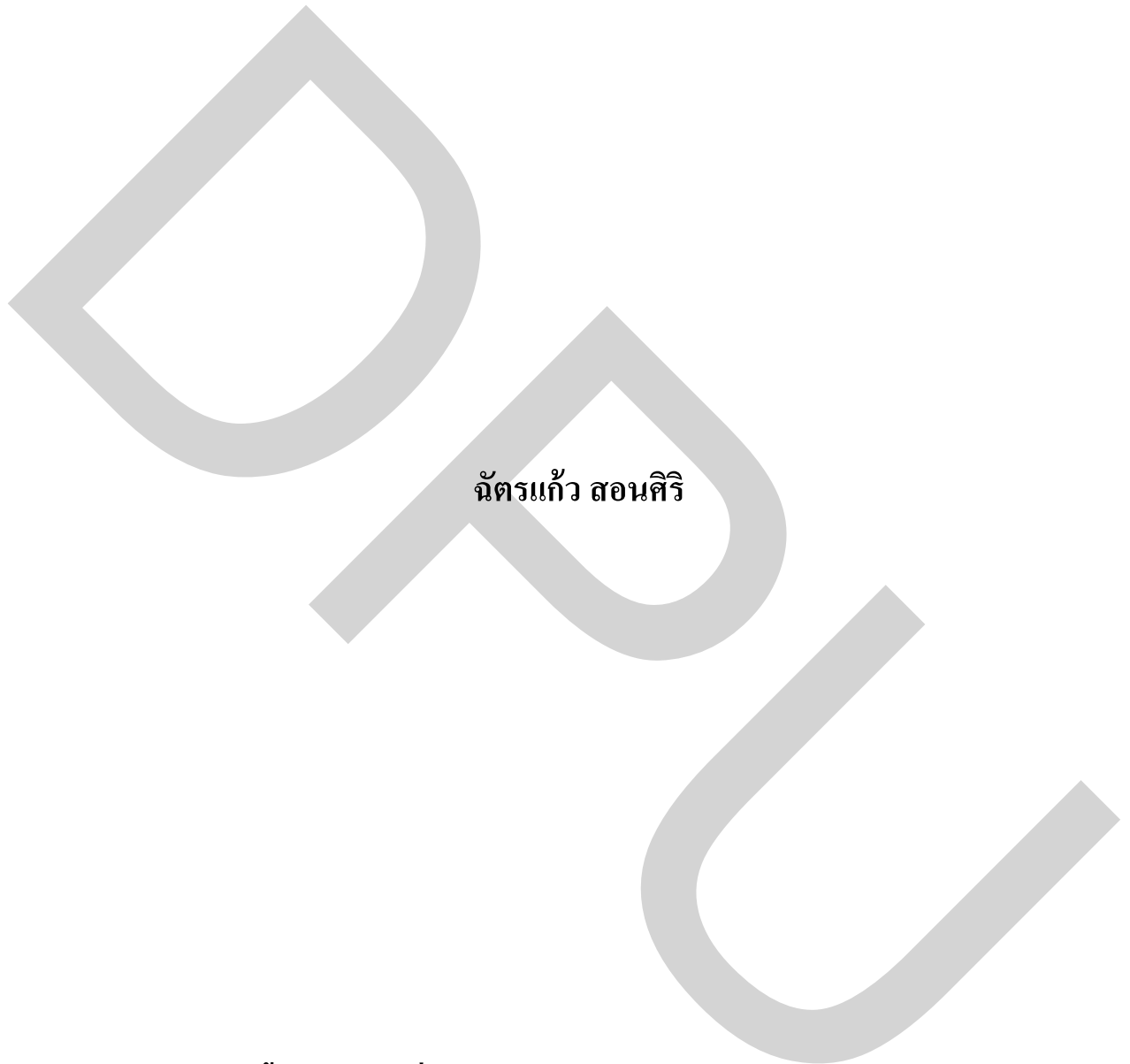


ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตาย



ดร. จักรแก้ว สอนศิริ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2556

Medical Responsibility for The Human organic transplantation



Chatkaew Sornsiri

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws**

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2013

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลุล่วงไปไม่ได้เลยหากไม่ได้ความกรุณาจากท่านคณาจารย์ ที่ได้ให้คำแนะนำ เสนอแนะแนวคิด แนวทางของปัญหาและแนวทางในการพิจารณาแก้ไขปัญหา อันเป็นประโยชน์ต่อการเขียนและการศึกษาค้นคว้าจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จไปได้ด้วยดี ผู้เขียน ขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อม ศรีสนิท และ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ได้ให้ความอนุเคราะห์เป็นประธานกรรมการ สอบวิทยานิพนธ์และกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งทุกท่านล้วนแล้วแต่ให้คำแนะนำที่ทำให้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นไปอีก

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ที่กรุณารับเป็น กรรมการสอบวิทยานิพนธ์และอาจารย์ที่ปรึกษา ซึ่งท่าน ได้ให้ความรู้ทางด้านกฎหมาย เสนอแนะ แนวทางของปัญหาตลอดจนช่วยเหลือให้คำแนะนำในการศึกษาค้นคว้าหาข้อมูลและตรวจแก้จน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ หากผู้เขียนไม่ได้รับความกรุณาจากท่านก็คงไม่สามารถประสบความสำเร็จ ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ บิดา มารดา ผู้ซึ่งให้กำลังใจให้การสนับสนุนและเป็นแรง กระตุ้นให้กับผู้เขียนในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้รวมตลอดทั้งการศึกษาตั้งแต่แรกเริ่มจนสำเร็จ การศึกษา

ผู้เขียนขอขอบคุณผู้ที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทุกคนตลอดจน เพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ ทั้งหลายที่คอยช่วยเหลือคอยให้กำลังใจให้ผู้เขียนผ่านพ้นอุปสรรคต่างๆ ในการทำ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มาได้

ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีคุณประโยชน์อยู่บ้าง ซึ่งผู้เขียนขอมอบเป็น กตเวทิตาคุณแด่คุณบิดา มารดา ครู อาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้ผู้เขียน ตลอดมาจนได้ประสบความสำเร็จในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ฉัตรแก้ว สอนศิริ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ฉ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	3
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	4
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	4
2. แนวความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการปลุกถ่ายอวัยวะ	5
2.1 แหล่งอวัยวะ.....	13
2.2 การวินิจฉัยการตาย.....	17
2.3 แนวความคิดเรื่องการตาย	18
2.4 จริยธรรมในการปลุกถ่ายอวัยวะ	21
2.4.1 จริยธรรมการปลุกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคเสียชีวิต	22
2.4.2 จริยธรรมว่าด้วยการบริจาคอวัยวะจากผู้มีชีวิต.....	24
3. ความรับผิดชอบของแพทย์ต่อการปลุกถ่ายอวัยวะจากคนตาย.....	26
3.1 การกระทำของแพทย์กับความผิดกฎหมาย	26
3.1.1 ประมวลกฎหมายอาญา	27
3.1.2 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525.....	35
3.1.3 พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550	37
3.2 การวินิจฉัยการตายกับความผิดกฎหมาย	39
3.3 กฎหมายเกี่ยวกับการปลุกถ่ายอวัยวะในต่างประเทศ	44
3.3.1 ประเทศฝรั่งเศส	45
3.3.2 ประเทศอังกฤษ.....	46

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.3.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	47
4. วิเคราะห์ปัญหาการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายกับความรับผิดชอบของแพทย์.....	50
4.1 ปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยเรื่องสมองตาย	50
4.2 ปัญหาเรื่องสถานะของศพ.....	53
4.3 ปัญหาความยินยอมของเจ้าของอวัยวะและผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง	58
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	64
5.1 บทสรุป	64
5.2 ข้อเสนอแนะ	66
บรรณานุกรม	68
ประวัติผู้เขียน	74

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ผู้ทำการปลุกถ่ายอวัยวะจากคนตาย
ชื่อผู้เขียน	ฉัตรแก้ว สอนศิริ
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2555

บทคัดย่อ

จากความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์ทำให้การปลุกถ่ายอวัยวะเป็นวิธีการรักษาอีกวิธีหนึ่งที่มีประสิทธิภาพและมีผู้ป่วยที่มีความต้องการปลุกถ่ายอวัยวะเป็นจำนวนมาก แต่อวัยวะที่จะนำไปปลุกถ่ายกับไม่เพียงพอต่อความต้องการนั้นซึ่งถือเป็นอุปสรรคสำคัญอย่างหนึ่งของการปลุกถ่ายอวัยวะ โดยเหตุที่ทำให้ผู้ป่วยขาดแคลนนั้นก็มีอยู่หลายสาเหตุ ไม่ว่าจะเป็นความเชื่อทางศาสนาหรือวัฒนธรรม ผู้ที่จะทำการบริจาคอวัยวะมีน้อย รวมไปถึงปัญหาในการวินิจฉัยการตายของแพทย์ในกรณีผู้ป่วยสมองตายที่ทำให้แพทย์ไม่สามารถนำอวัยวะออกจากผู้ป่วยสมองตายได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาแต่อย่างใด ปัญหาทางกฎหมายของแพทย์ในการนำอวัยวะออกจากร่างกายผู้ป่วยซึ่งหากไม่ได้รับความยินยอมแพทย์จะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาและยิ่งถ้าผู้ป่วยนั้นถึงแก่ความตายจากการกระทำของแพทย์ก็ยิ่งชัดเจนว่าแพทย์มีความผิด ทั้งนี้แม้ว่าผ่าตัดนำอวัยวะออกจากคนตายจะแพทย์จะเลี่ยงความรับผิดชอบทางอาญาน้อยมากหรือไม่มีเลยแต่ก็ไม่ได้หมายความว่าแพทย์จะผ่าตัดอวัยวะออกจากคนตายได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาใดๆ เมื่อสถานะของศพที่ส่งผลให้แพทย์มีความรับผิดชอบฐานลักทรัพย์หรือทำให้เสียชีวิตได้ อีกทั้งความยินยอมจากทายาทของผู้ตายก็มีผลทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบทางอาญาเช่นกัน

จากการศึกษาก็พบว่ากฎหมายอาญาที่มีอยู่นั้นยังไม่ชัดเจนและครอบคลุมกับการกระทำของแพทย์ได้ ทั้งยังทำให้เกิดช่องว่างให้กับแพทย์ที่กระทำการโดยไม่สุจริต วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่างๆ ในการนำอวัยวะออกจากคนตายของกฎหมายที่มีอยู่ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้และเพื่อเป็นหลักเกณฑ์และเงื่อนไขให้กับแพทย์ที่จะมีอำนาจกระทำได้โดยไม่ผิดกฎหมายสำหรับแพทย์ที่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ รวมถึงอุดช่องว่างของกฎหมายสำหรับแพทย์ที่ไม่สุจริตด้วย อย่างไรก็ตามการกระทำของแพทย์นั้นมีเจตนาเพื่อที่จะช่วยเหลือชีวิตมนุษยชาติที่มีแนวทางทางกฎหมายที่ชัดเจนก็จะเป็นหลักประกันให้กับแพทย์ในการปลุกถ่ายอวัยวะ นอกจากนี้ยังอาจส่งผลให้ปัญหาในการขาดแคลนอวัยวะหมดไปและทำให้การปลุกถ่ายอวัยวะมีประสิทธิภาพมากขึ้นอีกด้วย

Thesis Title Medical Responsibility for The Human organic transplantation
Author Chatkaew Sornsiri
Thesis Advisor Professor Dr.Tweekiat Meenakanit
Department Law
Academic Year 2012

ABSTRACT

From a progress of medical sciences and technology cause the organs transplant is one effective method and many patients have a demand for the organ transplant, but the organ that to be transplant not enough to such demand so that is a main obstacle of the organ transplant. There are many reasons that cause the lack of organs such as believe in religiously and culture so there is a few organ donor including the doctor's diagnostic in case of the brain dead patient that the doctor cannot take the organ out of the brain dead patient without any penalty. The doctor's law problem is to take the organ out of the patient without any patient's consent, the doctor must has a criminal penalty and if the patient is dead by the doctor's operation that is very obviously which doctor has liability, all this even if the operation to take the organ out of the patient, the doctor has a few liability or has not but it is not mean that the doctor can operates to take the organ out of the patient without any penal liability when state of the dead bodies affect to the doctor has a liability in case of to steal or be lost the asset even the inheritor's consent of the dead body also effect to the doctor will has a liability.

From the study found that the existed criminal law is not obviously and not cover to the doctor's have done so has a gap to the doctor who dishonest practice. This thesis intent to study to any norm and condition of the law in Thailand and abroad to take the organ out of the body for apply and as a norm and condition to the doctor who has an authority to do without any liability, if the doctor who has a normal practice include fill the gap of law for the doctor who dishonest, however the doctor who has a purpose to help the people's life with has the law guideline obviously will be guaranteed to the doctor in the organ transplant operation, beside will be effected to the lack of organ problem disappear and more effective organ transplant.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะนั้นปัจจุบันได้รับการยอมรับว่าเป็นวิธีการรักษาที่ได้มาตรฐานหาใช่การทดลองรักษาอีกต่อไป และจากความก้าวหน้าทางเทคนิคศัลยศาสตร์ทำให้ปัจจุบันอัตราการความสำเร็จนั้นเพิ่มสูงมากขึ้น อัตราการรอดชีวิตและคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นอย่างมากเมื่อเปรียบกับขณะที่ยังทนทุกข์ทรมานกับโรคร้าย ทำให้การผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะได้รับความนิยมนจากผู้ป่วยที่อยู่ในระยะสุดท้ายที่มีความผิดปกติในอวัยวะสำคัญของร่างกายและมีแนวโน้มที่จะพัฒนาให้มีประสิทธิภาพในการรักษามากยิ่งขึ้นในอนาคตด้วย

อย่างไรก็ดี วิทยาการความก้าวหน้าทางการแพทย์ดังกล่าวก็ยังมีอุปสรรคขัดข้องบางประการ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางกฎหมาย กล่าวคือการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะเป็นการกระทำของแพทย์ต่อร่างกายมนุษย์ แม้ว่าการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะเป็นหนึ่งในวิธีการรักษาที่ได้มาตรฐานในปัจจุบันแล้ว แต่การผ่าตัดของแพทย์ย่อมมีลักษณะเป็นการทำร้ายร่างกายโดยสภาพ โดยเฉพาะการผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายขณะเจ้าของอวัยวะยังมีชีวิต ซึ่งจะเห็นได้ชัดเจนว่าแพทย์อาจเสี่ยงต่อความรับผิดทางอาญาได้ ไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือฆ่าผู้อื่น

แต่ในทางกลับกันหากเป็นการผ่าตัดนำอวัยวะออกจากคนตายไปทำการปลูกถ่าย แพทย์ก็อาจเสี่ยงต่อความรับผิดทางอาญาน้อยมากหรือไม่มีความรับผิดเลย แต่ทั้งนี้ต้องเป็นกรณี que เจ้าของอวัยวะเป็นผู้ที่ตายไปแล้วอย่างแน่นอน หากการผ่าตัดกระทำในช่วงเวลาที่ยังไม่แน่ว่าเจ้าของอวัยวะถึงแก่ความตายแล้วหรือยัง ปัญหายุ่งยากทางด้านกฎหมายก็จะเกิดขึ้นทันทีเพราะการนำอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งออกจากร่างกายของบุคคลที่ยังไม่ตายนั้นอาจเป็นเหตุที่ทำให้เจ้าของอวัยวะถึงแก่ความตายก็ได้ หรืออย่างน้อยที่สุดก็เป็นการทำร้ายร่างกายเจ้าของอวัยวะนั้นถึงขั้นบาดเจ็บสาหัส ซึ่งจะเป็นมูลความผิดทางอาญาฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาหรือทำร้ายร่างกายผู้อื่นถึงบาดเจ็บสาหัสไปอย่างไม่อาจโต้แย้งได้ เพราะความเข้าใจผิดของผู้ดำเนินการปลูกถ่ายอวัยวะในกรณีนี้ว่า เจ้าของอวัยวะถึงแก่ความตายตามกฎหมายแล้วนั้นไม่อาจจะใช้เป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิดได้ เนื่องจากการเข้าใจผิดในข้อกฎหมายว่าจะให้ความหมายของความตายว่าอย่างไร ด้วยเหตุนี้ในการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้ที่ตายแล้วก็ยังไม่อาจตัดประเด็นปัญหาในเรื่องความหมายการตาย

ในทางกฎหมายไปได้ว่าจะใช้หลักเกณฑ์การหยุดเต้นของหัวใจและการหยุดหายใจหรือจะใช้หลักเกณฑ์สมองตาย ซึ่งเป็นแนวความคิดใหม่ของวงการแพทย์ และจากคำพิพากษาของศาลอาญาในคดีที่พนักงานอัยการได้ฟ้องคณะแพทย์ของโรงพยาบาลแห่งหนึ่งในความผิดฐานร่วมกันฆ่าผู้อื่นและข้อหาอื่นๆ โดยศาลได้มีคำพิพากษายกฟ้องจำเลย ซึ่งในคำพิพากษาที่ยกฟ้องในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นนั้นนับเป็นครั้งแรกที่ได้มีการวินิจฉัยถึงการตายในทางการแพทย์คือการยอมรับว่าผู้ป่วยที่สมองตายเป็นบุคคลที่ตายแล้วในทางกฎหมายด้วย แต่ถึงแม้จะมีการวินิจฉัยเช่นนี้ก็ยังมีข้อโต้แย้งกันอยู่ว่าอาการสมองตายนั้นเป็นการตายแล้วอย่างแท้จริงหรือไม่ และจะถือว่าเป็นการตายทางกฎหมายด้วยหรือไม่

อย่างไรก็ตามการที่จะวินิจฉัยว่าสมองตายนั้นก็ต้องกระทำตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาที่กำหนดไว้¹ และแม้ว่าจะมีหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนดไว้ชัดเจนก็ยังมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาอยู่ว่าหากแพทย์ที่ยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยสมองตายแล้วนำอวัยวะไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่น โดยที่การวินิจฉัยเรื่องสมองตายนั้นกระทำไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาหรือกระทำไม่ครบถ้วน หรือกระทำโดยประมาท หรือกระทำโดยมีเหตุผลอื่นแอบแฝง การกระทำของแพทย์นั้นก็อาจมีความรับผิดทางอาญาได้

นอกจากนี้ประเด็นปัญหาในเรื่องสถานะทางกฎหมายของศพก็เป็นสิ่งสำคัญที่จะมีส่วนให้แพทย์มีความรับผิดทางอาญาหรือไม่อย่างไร รวมทั้งกรณีที่ผู้ตายไม่ได้ให้ความยินยอมในการที่จะให้แพทย์ทำการผ่าตัดอวัยวะไว้ก่อน แพทย์จะสามารถผ่าตัดนำอวัยวะไปปลูกถ่ายได้หรือไม่หรือจะสามารถขอความยินยอมจากญาติพี่น้องหรือคู่สมรส บุตร ได้โดยเฉพาะกรณีผู้ป่วยสมองตายเมื่อแพทย์ได้ทำการยุติการช่วยชีวิต แล้วทำการผ่าตัดอวัยวะไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่นโดยที่ไม่ได้รับความยินยอม แพทย์จะสามารถกระทำได้หรือไม่เพราะขณะนั้นผู้ป่วยสมองตายย่อมไม่อาจให้ความยินยอมได้ และหากแพทย์กระทำไปจะส่งผลให้มีความรับผิดทางกฎหมายอย่างไรหรือไม่

¹ จรัญ ภักดีธนากุล. (2532, ธันวาคม). “ข้อพิจารณาทางกฎหมายกรณีปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายและการทกรกแรกเกิด.” *วารสารนิติศาสตร์*, 19, หน้า 10-11.

² “ประกาศแพทยสภาเรื่องเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย” ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2532 กำหนดหลักเกณฑ์การวินิจฉัยประกอบด้วย มีบันทึกการตรวจวินิจฉัยสมองตาย เช่น ไม่รู้สึกตัวและอยู่ในเครื่องช่วยหายใจ และต้องทำการตรวจสอบตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดคือว่าจะไม่มีอาการเปลี่ยนแปลง 2 ครั้งห่างกันเป็นเวลาอย่างน้อย 12 ชั่วโมงจึงจะถือได้ว่าสมองตาย การตรวจต้องกระทำโดยคณะแพทย์ไม่น้อยกว่า 3 คน และต้องไม่ประกอบด้วยแพทย์ ผู้จะทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะรายนั้น และผู้อำนวยการโรงพยาบาลหรือผู้รับมอบหมายต้องลงนามการวินิจฉัยสมองตายและรับรองการตายด้วย ต่อมาแพทยสภาได้ออกประกาศฉบับที่ 2 ลงวันที่ 31 มีนาคม 2539 กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในเรื่องการวินิจฉัยและการทดสอบว่าผู้ใดสมองตายอย่างแท้จริง รวมทั้งลดระยะเวลาการตรวจสอบจาก 12 ชั่วโมงเป็น 6 ชั่วโมงจึงจะถือว่าสมองตาย.

รวมไปถึงศพที่ไม่อาจมีใครให้ความยินยอมได้ แพทย์จะทำการผ่าตัดนำอวัยวะออกไปปลูกถ่ายได้ โดยที่ไม่มีความผิดใดๆ หรือไม่

เห็นได้ว่าประเด็นปัญหาต่างๆ ที่ได้กล่าวมานั้นกับมาตรการทางกฎหมายที่ยังไม่ชัดเจน จึงทำให้เกิดความกังวลและความหวาดกลัวในความเสี่ยงที่อาจทำให้แพทย์มีความผิดอาญาหรืออาจมีแพทย์ที่อาศัยความไม่ชัดเจนตรงนี้กระทำความผิดกฎหมายได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นอุปสรรคสำคัญประการหนึ่งต่อการปลูกถ่ายอวัยวะ

ดังนั้นหากจะมีมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจนอย่างไรเพื่อจะเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว และในต่างประเทศนั้นมีมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะนี้อย่างไร และจะนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้หรือไม่อย่างไรจึงเป็นเรื่องที่จะได้ทำการศึกษาต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงความเป็นมาและวิวัฒนาการของการปลูกถ่ายอวัยวะ
2. เพื่อศึกษาถึงปัญหาและอุปสรรคต่างๆ ที่เกิดขึ้นในการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตาย
3. เพื่อศึกษาถึงการกระทำของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายกับความผิดอาญา
4. เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคในการปลูกถ่ายอวัยวะ
5. เพื่อนำเสนอแนวทางทางกฎหมายที่ชัดเจนในการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตาย

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายนั้น หากแพทย์ที่ทำการวินิจฉัยการตายแล้วนำอวัยวะออกมาโดยไม่ถูกต้อง ก็อาจนำมาซึ่งความผิดแก่แพทย์ผู้กระทำนั้นได้ การที่มีกฎหมาย บทบัญญัติ หรือแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนจะสามารถทำให้แพทย์นำอวัยวะออกจากคนตายได้โดยไม่ต้องมีความรับผิดชอบใดๆ อีกทั้งจะเป็นการป้องกันไม่ให้แพทย์กระทำการโดยไม่สุจริต ในการนำอวัยวะออกจากคนตายไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่นได้อีกด้วย ซึ่งจะมีผลให้การปลูกถ่ายอวัยวะมีประสิทธิภาพและรวดเร็วขึ้น

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

1. เป็นการศึกษาเฉพาะกรณีปัญหาทางกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการปลุกถ่ายอวัยวะกรณีแพทย์นำอวัยวะออกจากคนตาย
2. เป็นการศึกษาประเด็นทางกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการปลุกถ่ายอวัยวะจากคนตายกรณีแพทย์นำอวัยวะออกจากคนตายโดยไม่ได้รับความยินยอมทั้งจากเจ้าของอวัยวะหรือจากทายาท โดยเฉพาะผู้ป่วยสมองตายที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

เป็นการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยทำการค้นคว้าข้อมูลจากเอกสารทั้งภาษาไทย และภาษาต่างประเทศ อาทิเช่น ตำรับกฎหมาย ตำรา หนังสือ บทความ งานวิจัยต่างๆ มาวิเคราะห์และสังเคราะห์ ทั้งนี้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ ในการทำวิจัยดังกล่าวข้างต้น

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงความเป็นมาและวิวัฒนาการของการปลุกถ่ายอวัยวะ
2. ทำให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคต่างๆ ที่เกิดขึ้นในการปลุกถ่ายอวัยวะจากคนตาย
3. ทำให้ทราบถึงการกระทำของแพทย์ในการปลุกถ่ายอวัยวะจากคนตายกับความผิดอาญา
4. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคในการปลุกถ่ายอวัยวะ
5. เพื่อให้เกิดแนวทางทางกฎหมายที่ชัดเจนในการปลุกถ่ายอวัยวะจากคนตาย

บทที่ 2

แนวความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ

การปลูกถ่ายอวัยวะคือการนำเอาอวัยวะที่ดีไปใช้แทนอวัยวะส่วนที่เสียซึ่งอาจจะกระทำในบุคคลคนเดียวหรือต่างบุคคลกันในการปลูกถ่ายอวัยวะ คำที่ควรจะรู้จักกันโดยทั่วไป มีดังนี้

1. ออโตกราฟท์ (Autograft) ผู้ให้และผู้รับเป็นคนคนเดียวกัน เช่น นำผิวหนังจากที่หนึ่งมาปลูกยังอีกที่หนึ่ง ใช้ในศัลยกรรมตกแต่งเสริมสวยเป็นส่วนใหญ่

2. แอลโลกราฟท์ (Allograft) ผู้ให้และผู้รับอยู่ใน Species เดียวกัน เช่น คนกับคน หนูขาวกับหนูขาว

3. ซีโนกราฟท์ (Xenograft) เป็นการปลูกถ่ายอวัยวะในสัตว์ต่าง Species มักเป็นงานวิจัยทดลอง

4. ไอโซกราฟท์ (Isograft) ใช้เนื้อเยื่อของฝาแฝดมาทำการปลูกถ่าย

การปลูกถ่ายอวัยวะอาจแบ่งได้เป็น 2 แบบ

1. เป็นการปลูกถ่ายเพื่อให้อวัยวะใหม่ทำหน้าที่ชั่วคราวไปก่อนแล้วร่างกายสร้างเซลล์ของตัวเองขึ้นมาทำงานได้ต่อไป เซลล์หรืออวัยวะของผู้ให้จะค่อยๆ หายไป เช่น การให้เลือดและการผ่าตัดใส่กระดูกของผู้อื่น เป็นต้น ร่างกายจะใช้เลือดหรือกระดูกใหม่ไปช่วงสั้นๆ ระยะเวลาหนึ่งแล้วสร้างเม็ดเลือดหรือเซลล์กระดูกของตนเองขึ้นมาแทนที่ได้

2. การปลูกถ่ายอวัยวะที่ร่างกายสร้างใหม่ไม่ได้ก็ต้องอาศัยอวัยวะใหม่ทำงานตลอดไป เช่น การปลูกถ่ายไตที่ทำในผู้ป่วยที่เป็นโรคไตเรื้อรังร่างกายสร้างไตใหม่ไม่ได้ การปลูกถ่ายไตก็ต้องการให้ไตใหม่ทำหน้าที่กรองเลือด ขับปัสสาวะและของเสียต่อไป

การปลูกถ่ายอวัยวะได้มีมานานแล้ว เริ่มตั้งแต่ศตวรรษที่ ศัลยแพทย์ชาวอิตาลีประมาณ 600-700 ปีก่อนคริสต์ศตวรรษ ได้เริ่มการทำแผ่นผิวหนังในการซ่อมแซมจมูกและใบหู ต่อมา Tagliacozzi แห่งเวนิซได้แนะนำในการปลูกถ่ายผิวหนังความรู้เหล่านี้ได้มีผู้พยายามติดตามมาเป็นลำดับ จนกระทั่งในปัจจุบันมีการปลูกถ่ายอวัยวะต่างๆ ได้เป็นผลสำเร็จอย่างมากมาย เช่น หัวใจ ปอด ตับ ตับอ่อน ไต กระดูก กระชกตา ฯลฯ

โดยในช่วงแรกๆ ของการผ่าตัดเปลี่ยนหรือปลูกถ่ายอวัยวะนั้น เป็นการทดลองทำในสัตว์ทดลองก่อน เช่น ในปี 1906 ได้มีความพยายามทำการทดลองผ่าตัดเปลี่ยนไตโดยใช้ไตจากสัตว์หลายชนิด¹ คือ หมู แพะ แกะ และลิง ผลคือ คนไข้เสียชีวิตในเวลาไม่กี่วัน

ในปี ค.ศ. 1944 ปีเตอร์ มีเควาร์ นักวิทยาศาสตร์ชาวอังกฤษได้พิสูจน์ว่าการปฏิเสธอวัยวะใหม่ของร่างกายอาจเกิดจากปัจจัยบางอย่าง (โดยยังไม่ทราบในขณะนั้น) ในระบบภูมิคุ้มกันของคนไข้เอง

ในปี ค.ศ. 1954 ได้มีการผ่าตัดเปลี่ยนไตระหว่างคู่ฝาแฝดเหมือน (Identical twins) ได้สำเร็จเป็นครั้งแรกของโลก โดยศัลยแพทย์ Joseph Murray (ก่อนหน้านั้น Dr. Joseph Murray ได้ทำการทดลองเปลี่ยนไตในสุนัข โดยเป็นการตัดไตของสุนัขออกจากตำแหน่งปกติของมันแล้วย้ายมาเย็บต่อให้ใหม่ที่เชิงกราน แล้วตัดไตอีกข้างหนึ่งออก ผลปรากฏว่าสุนัขมีชีวิตอยู่ได้ตามปกติ แต่ถ้าย้ายข้ามจากสุนัขตัวหนึ่งไปยังอีกตัวหนึ่งพบว่า สุนัขจะมีชีวิตอยู่ได้เพียงสัปดาห์เดียว อันเป็นการแสดงให้เห็นหลักฐานในการทำงานของระบบภูมิคุ้มกันในร่างกายทั้งในคนและสัตว์

ในปี ค.ศ. 1967 นายแพทย์คริสเตียน บาร์นาร์ด กับทีมศัลยแพทย์ชาวแอฟริกาใต้ ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนหัวใจที่ประสบความสำเร็จเป็นรายแรก หัวใจที่นำมาเปลี่ยนเป็นของสตรีวัย 24 ปีที่เสียชีวิตจากอุบัติเหตุรถยนต์ โดยใช้เวลาผ่าตัดยาวนานถึง 48 ชั่วโมงและได้ยื้ออายุคนไข้คือ นายหลุยส์ วอชเคนสกี วัย 55 ปี ออกไปได้อีก 18 วัน

ในปีเดียวกันนายแพทย์โรมัส สตาร์ซัล ศัลยแพทย์ร่วมกับนายแพทย์คริสเตียน บาร์นาร์ด ได้ประสบความสำเร็จในการปลูกถ่ายตับเป็นครั้งแรก แต่ก็ตายหลังจากการผ่าตัดเพียงไม่กี่เดือนด้วยปฏิกิริยาสลดทิ้ง (Rejection)

การปลูกถ่ายปอดทั้งข้างเดียวและทั้งสองข้าง และการปลูกถ่ายปอดและหัวใจรวมทั้งการปลูกถ่ายตับอ่อนและอวัยวะอื่น เป็นการปลูกถ่ายที่ติดตามมาจากการบุกเบิกการปลูกถ่ายไต อย่างไรก็ตามอวัยวะเหล่านี้ทั้งหมดยกเว้นไตนั้น ถือว่าล้มเหลวและถูกปล่อยทิ้งไม่มีการพัฒนาต่อไปอีกเป็นเวลานาน

จากข้อมูลเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงทั้งความก้าวหน้าและขณะเดียวกันก็แสดงให้เห็นถึงปัญหาและอุปสรรคในการปลูกถ่ายอวัยวะด้วย โดยอุปสรรคที่สำคัญที่สุดในการปลูกถ่ายอวัยวะคือ ปัญหาเรื่องภูมิคุ้มกันในร่างกายที่ส่งผลให้เกิดปฏิกิริยาสลดทิ้ง (Rejection) ทำให้ความก้าวหน้า

¹ นำชัย ชีววิวรรธน ก (2543, กรกฎาคม). “การผ่าตัดและเปลี่ยนถ่ายอวัยวะ (ตอนที่ 1).” *UPDATE 15 (155)*. หน้า 87.

² ชุมศักดิ์ พุกยาพงษ์. (2543, พฤศจิกายน). “อวัยวะใหม่เพื่อชีวิตใหม่.” *ใกล้หมอ, 24 (11)*. หน้า 35.

ในวิทยาการดังกล่าวต้องหยุดชะงัก ดังที่ Joseph E. Murray กล่าวว่าในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1968 ถึง 1970 ถือเป็นช่วงยุคมีดของการปลูกถ่ายอวัยวะ

อย่างไรก็ตามด้วยสติปัญญาและความไม่ยอมแพ้ของบรรดานักวิทยาศาสตร์และ ศัลยแพทย์ทั้งหลายในวงการปลูกถ่ายอวัยวะ ซึ่งพยายามหาทางเอาชนะอุปสรรคเหล่านั้นให้ได้และ ความพยายามดังกล่าวก็ประสบความสำเร็จ ด้วยความก้าวหน้าในการศึกษาเกี่ยวกับระบบภูมิคุ้มกันในร่างกายมนุษย์ ความก้าวหน้าในระบบภูมิคุ้มกันนี้เอง นำพาให้ปลูกถ่ายอวัยวะกลับฟื้นคืนมาอีกครั้ง เช่นเดียวกับการดำเนินแห่งยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการ ภายหลังจากชบเซาที่อยู่ในยุคกลางนั่นเอง การศึกษาเกี่ยวกับระบบภูมิคุ้มกันที่พยายามต่อต้านอวัยวะใหม่ จนกระทั่งสามารถค้นพบความลับ และหาวิธีเอาชนะมันด้วยยากคภูมิคุ้มกัน ถือได้ว่านำพาวิทยาการการปลูกถ่ายอวัยวะเข้าสู่ยุคใหม่ หรือยุคแห่งการปลูกถ่ายอวัยวะในปัจจุบันต่อไป

แท้จริงแล้วบรรดานักวิทยาศาสตร์ และศัลยแพทย์ผู้อยู่ในแวดวงของการปลูกถ่าย อวัยวะนั้นได้เริ่มตระและระคายเกี่ยวกับระบบภูมิคุ้มกันในร่างกายไม่ว่าจะในมนุษย์หรือสัตว์ ตั้งแต่ ในขั้นการทดลองในสัตว์แล้ว คือ ทำการปลูกถ่ายอวัยวะในสัตว์หรือตัวคนๆ เดียวกัน (Autograft) มักไม่มีปัญหาปฏิกิริยาสลัดทิ้ง แต่หากปลูกถ่ายข้ามคน ข้ามสัตว์ (Allograft) มักจะมีปัญหาปฏิกิริยา สลัดทิ้งเสมอ แต่กลับมีน้อยในกรณีแฝดแท้ (Identical Twins) ซึ่งจะเห็นได้ว่าย่อมต้องเกี่ยวกับ ระบบภูมิคุ้มกันอย่างแน่นอน

จากการศึกษาระบบภูมิคุ้มกัน (Immunology) พบว่าระบบภูมิคุ้มกันเป็นสิ่งที่ปกป้อง ร่างกายจากการติดเชื้อทั้งหลาย สารสำคัญของการทำงานของภูมิคุ้มกันก็คือ การแยกแยะระหว่าง สิ่งแปลกปลอมที่เข้ามาในร่างกายกับส่วนเดิมที่มีอยู่ในร่างกาย ซึ่งระบบภูมิคุ้มกันจะเข้าทำลาย สิ่งแปลกปลอมทันที ภูมิคุ้มกันเหล่านี้จะอยู่บนพื้นผิวของเซลล์ทุกเซลล์ในร่างกาย ซึ่งจะเข้าทำลาย สิ่งแปลกปลอมทุกอย่าง เช่น ไวรัส แบคทีเรีย หรือจุลชีพต่างๆ ซึ่งยอมทำลายบรรดาอวัยวะใหม่ที่ ได้รับการปลูกถ่ายเข้าไปในร่างกายด้วย เพราะแม้มันจะสามารถแยกแยะสิ่งแปลกปลอมได้ แต่มัน ไม่สามารถที่จะแยกแยะต่อไปได้ว่า สิ่งนั้นเป็นประโยชน์หรือเป็นโทษ กล่าวคือหากเป็นสิ่ง แปลกปลอมแล้ว มันจะเข้าโจมตีโดยไม่คำนึงว่าสิ่งนั้นจะเป็นประโยชน์หรือเป็นโทษต่อร่างกาย

ระบบภูมิคุ้มกันนั้นจะมีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละคน โดยโอกาสที่คน 2 คนจะมี ภูมิคุ้มกันเหมือนกันมีเพียง 1 ใน 30,000 เท่านั้น ความเข้ากันได้ของกลุ่มเลือด เนื้อเยื่อเป็นข้อบ่งชี้ เบื้องต้นว่าระบบภูมิคุ้มกันในร่างกายจะมีความใกล้เคียงกัน ซึ่งจะทำให้ร่างกายมีปฏิกิริยาสลัดทิ้ง น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ดังนั้นระบบภูมิคุ้มกันเองถือเป็นเงื่อนไขข้อหนึ่งในข้อบ่งชี้ในการเลือก

³ Thomas H. Maugh II, "Medical Transplantation." from

เจ้าของอวัยวะซึ่งเกือบทั้งหมดไม่มีรายใดมีระบบภูมิคุ้มกันที่เข้ากันได้คือไม่มีผู้รับอวัยวะรายใดตรงกับเจ้าของอวัยวะดังนั้นเกือบทุกกรณีจึงต้องมีการรับประทานยากดภูมิคุ้มกัน (Immunosuppressive Drug) ทั้งสิ้น

ยากดภูมิคุ้มกันถูกคิดค้นขึ้นมาตามความต้องการเพื่อความก้าวหน้าในการปลูกถ่ายอวัยวะตัวแรกที่ถูกคิดค้นขึ้นมาคือ Azathioprine และ Prednisone แต่ทั้ง 2 ขนานไม่ได้ผลตามที่คาดหวังมากนักเพราะมีผลข้างเคียงมากมาย คือ ยาขนานนี้จะทำการกดภูมิคุ้มกันในร่างกายเสียทั้งหมดซึ่งทำให้ร่างกายของผู้รับอวัยวะอ่อนแอ และเสี่ยงต่อการเกิดมะเร็งสูง

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1972 ดร. จีน โบเรล (Jean Borel) นักชีวเคมีชาวสวิสเซอร์แลนด์ได้ค้นพบยากดภูมิที่ให้ผลอันน่าทึ่งชื่อว่า Cyclosporine ซึ่งได้มาจากเห็ดราในดินซึ่งยากดภูมิคุ้มกันขนานนี้จะมิฤทธิ์ไปกดภูมิคุ้มกันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสกัดทิ้งอวัยวะใหม่เท่านั้น และมีผลข้างเคียงน้อยกว่าส่วนอื่นของภูมิคุ้มกัน ทำให้ร่างกายผู้ป่วยไม่อ่อนแออย่างเคยเป็นและไม่กี่ปีหลังจากนั้นได้มีการค้นพบยาอีกขนานหนึ่งชื่อว่า Tacrolimus (FK-506) ซึ่งใช้ได้ผลดีมากในการปลูกถ่ายไต ตับ หัวใจและปอด

โดยผู้รับอวัยวะต้องรับประทานยากดภูมิคุ้มกันนี้ไปตลอดชีวิต และแพทย์อาจให้ผู้ป่วยรับประทานยาหลายขนานร่วมกันได้ขึ้นอยู่กับปฏิกิริยาของผู้รับอวัยวะเอง คนไข้บางรายอาจมีปฏิกิริยาขับอวัยวะรุนแรง เช่นนี้อาจต้องให้ยาที่ภูมิคุ้มกัน (Antibody) ไว้ต่อสู้กับเซลล์ที่ก่อให้เกิดปฏิกิริยาขับอวัยวะเฉียบพลันด้วย⁴

การรับประทานยากดภูมิต้านทานมากขนานอาจเป็นบ่อเกิดของความเสี่ยงต่างๆ ตามมา แพทย์จำเป็นต้องให้ยาโดยคำนึงถึงความเหมาะสม เท่าที่จะไม่ทำให้ร่างกายของผู้รับอวัยวะไม่เหลือภูมิต้านทานไว้ต่อสู้กับโรคร้ายอื่นๆ เลยหรือบางทีแพทย์อาจต้องให้ยาปฏิชีวนะเพื่อต่อสู้เชื้อโรคด้วย⁵

จากข้อมูลข้างต้นทำให้เห็นได้ว่า การพัฒนาความรู้เรื่องระบบภูมิต้านทานในร่างกายและรวมไปถึงการคิดค้นยากดภูมิต้านทานชนิดใหม่ๆ นั้น ทำให้วงการปลูกถ่ายอวัยวะกลับมาคึกคักอีกครั้ง จนกระทั่งสามารถปลูกถ่ายอวัยวะภายในที่สำคัญต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ (Vital Organ) ได้ทุกอวัยวะและได้ผลเป็นที่น่าพอใจ นั่นคืออัตราการอยู่รอดของผู้ป่วยที่เข้ารับการผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะมีระยะเวลาที่ยาวนานมากขึ้น และจำนวนผู้ปลูกถ่ายอวัยวะที่มีจำนวนมากขึ้นมากและได้รับการยอมรับให้เป็นหนทางในการรักษาบรรดาผู้ป่วยระยะสุดท้าย ที่สิ้นหวังให้กลับคืนมา มีคุณภาพชีวิตที่ดีได้อีกครั้ง

⁴ ชุมศักดิ์ พุกยาพงษ์. (2545, มีนาคม). “การปลูกถ่ายอวัยวะ.” *ใกล้หมอ*, 26 (3), หน้า 38.

⁵ แหล่งเดิม.

อวัยวะที่มีการนำมาปลูกถ่ายกันโดยมากได้แก่ ไต ตับ ปอด หัวใจ กระจกตา ตับอ่อน เป็นต้น การปลูกถ่ายกระจกตาในมนุษย์ นั้นได้ทำการปลูกถ่ายประสบความสำเร็จเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1877 โดย Von Hippel⁶ สำหรับการปลูกถ่ายไตนั้นได้กระทำกันมาตั้งแต่ ค.ศ. 1963 ที่ประเทศรัสเซีย⁷ โดยนายแพทย์ V. Voronoy ได้นำเอาไตจากคนตายมาใส่ให้กับผู้ป่วยซึ่งมีไตพิการจากพิษสารตะกั่ว แต่ปรากฏว่ามีชีวิตอยู่ได้เพียง 3 วัน ในสหรัฐอเมริกาได้เริ่มการปลูกถ่ายไตรายแรกเมื่อปี ค.ศ. 1947 โดยนายแพทย์ G. Thorn, C. Hufnagel, E. Landsteiner, D. Hume ที่โรงพยาบาลปีเตอร์เบนท์บริกแฮม ในกรุงบอสตัน⁸ ซึ่งผู้ป่วยก็รอดชีวิต ส่วนประเทศไทยได้มีการปลูกถ่ายไตเป็นครั้งแรก โดยทีมงานของนายแพทย์ชัยโย เพ็ญชาติ ที่โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ เมื่อปี พ.ศ. 2515 หลังจากนั้นได้มีการปลูกถ่ายไตมาเรื่อยๆ จนปัจจุบันนี้ไตที่ใช้ปลูกถ่ายก็ได้มาจากญาติพี่น้อง พ่อแม่ ในระยะหลังๆ ก็ได้จากผู้เสียชีวิตด้วยอุบัติเหตุทางสมองเป็นส่วนใหญ่⁹ การปลูกถ่ายปอดในมนุษย์ ได้กระทำสำเร็จเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1963 โดยนายแพทย์ เจมส์ ฮาร์ดีย์และคณะ¹⁰ ส่วนการปลูกถ่ายตับได้เริ่มกระทำในมนุษย์โดยนายแพทย์ โรมัส สตาร์ชด์ ในปี ค.ศ. 1967¹¹ ซึ่งได้กล่าวถึงก่อนหน้านี้อีกและในช่วงเวลา 17 ปี หลังจากนั้น การปลูกถ่ายตับก็ยังไม่เป็นที่แพร่หลายนักเพราะผลระยะยาวยังไม่ดี จนเมื่อได้นำยากดภูมิ Cyclosporine มาใช้ทำให้อัตราการมีชีวิตรอดหลังการผ่าตัดดีขึ้นและหลังจากการผ่าตัดผู้ป่วยต้องใช้ยากดภูมิต้านทานไปตลอดชีวิตของผู้ป่วยในประเทศไทย การปลูกถ่ายตับผู้ป่วยได้กระทำสำเร็จในปลายปี พ.ศ. 2530 ที่คณะแพทยศาสตร์ โรงพยาบาลรามาธิบดี และคณะแพทยศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และการปลูกถ่ายตับอ่อนในมนุษย์ครั้งแรกได้กระทำในปี ค.ศ. 1966 โดย Kelly และ Lillehei ที่ University of Minnesota ในวันที่ 17 ธันวาคม 1966¹² ซึ่งการปลูกถ่ายตับอ่อนนั้น มีข้อจำกัดที่สำคัญคือการปลูกถ่ายตับอ่อนจะต้องเป็นอวัยวะที่นำมาจากผู้ถึงแก่ความตายแล้วเท่านั้น เนื่องจากแต่ละคนมีตับอ่อนอยู่เพียงอันเดียว จึงไม่สามารถมีการให้ตับอ่อนแก่กันในระหว่างที่ยังมีชีวิตอยู่ได้ ส่วนการปลูกถ่ายหัวใจโดย

⁶ Richard S. Smith. (1988). *Corneal Transplantation, In Organ Transplantation and Replacement, ed. Cerilli G. James* (Philadelphia: Lippincott). p. 625.

⁷ ฐิติวัฒน์. (2517, กันยายน). “การปลูกถ่ายไตในโรงพยาบาลศิริราช.” *สารศิริราช*, 26. หน้า 1692.

⁸ แหล่งเดิม. หน้า 1693.

⁹ ไพฑูรย์ คชเสนี. (2531, กันยายน). “การผ่าตัดเปลี่ยนไต.” *วารสารคลินิก*, 4. หน้า 616.

¹⁰ สมศักดิ์ วรรณระกัญ. (2520). “การเปลี่ยนปอด” ใน *อะไหล่มนุษย์ อวัยวะเทียม สิ่งเทียมอวัยวะ*. หน้า 25.

¹¹ จรัล เกร็นพงษ์. (2515, พฤษภาคม). “ศัลยกรรมปลูกถ่ายปอด.” *สารศิริราช*, 24. หน้า 817.

¹² David E. R. Sutherland, Kay C. Moudry and John S. Najarian, Pancreas Transplantation. (1988). *In Organ Transplantation and Replacement, ed. Cerilli G. James* (Philadelphia: Lippincott). p. 537.

นายแพทย์ คริสเตียน บาร์นาร์ด¹³ ซึ่งตอนแรกไม่เป็นที่ยอมรับนักเพราะผลระยะยาวไม่ดีพอ มีปัญหาแทรกซ้อนมาก แต่ต่อมาได้มีการพัฒนาวิธีการผ่าตัดและการดูแลผู้ป่วยหลังผ่าตัดที่ดีขึ้น ทำให้ผลระยะยาวดีขึ้นมาก จึงทำให้มีการผ่าตัดปลูกถ่ายหัวใจกันมากในหลายแห่งสำหรับประเทศไทยนั้น การผ่าตัดปลูกถ่ายหัวใจรายแรกได้ทำสำเร็จเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2530 ที่โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์¹⁴

อย่างไรก็ตามการปลูกถ่ายอวัยวะจะเกิดขึ้นไม่ได้ถ้าไม่มีผู้ที่จะมาทำหน้าที่ในการปลูกถ่ายอวัยวะนั้นก็คือแพทย์ เพราะการปลูกถ่ายอวัยวะต้องใช้ความรู้ความชำนาญและเทคนิคทางการแพทย์ต่างๆ และเมื่อเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องร่างกายและชีวิตของมนุษย์โดยตรง ดังนั้นการกระทำของแพทย์จึงอาจทำให้แพทย์ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะนั้นเกิดความรับผิดชอบทางอาญาได้ โดยทั้งแพทย์และนักกฎหมายก็ได้มีแนวความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะเอาไว้ดังนี้

แพทยสภาได้ให้ความหมายของการปลูกถ่ายอวัยวะไว้ว่าเป็นการประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะหรือเปลี่ยนอวัยวะต่อไปนี้คือ หัวใจ ปอด ตับ ตับอ่อน และอวัยวะอื่นที่แพทยสภากำหนด¹⁵

ในทางการแพทย์ถ้าจะทำการปลูกถ่ายอวัยวะก็ต้องหมายความว่าผู้ป่วยไม่มีทางอื่นที่จะรักษาอีกแล้ว และหากผู้ป่วยไม่ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะก็จะต้องตายเร็วกว่าที่เขาจะได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะแพทย์จึงจะตัดสินใจที่จะปลูกถ่ายอวัยวะให้แก่ผู้ป่วย¹⁶

การปลูกถ่ายอวัยวะปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นวิธีการรักษาโรคอย่างหนึ่งเมื่ออวัยวะอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นโรคขึ้นแล้วพยาธิสภาพลุกลามต่อไปจนถึงขนาดที่อวัยวะนั้นๆ ไม่อาจทำหน้าที่ได้อีก การปลูกถ่ายอวัยวะใหม่เข้าไปทำหน้าที่แทนจึงเป็นวิธีรักษาวิธีสุดท้ายและถ้าอวัยวะที่เป็นโรคเป็นอวัยวะสำคัญสำหรับชีวิต (Vital Organs) ด้วยแล้วการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะจึงเป็นวิธีรักษาที่ยืดชีวิตของผู้ป่วยออกไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁷

¹³ Francis D. Moore. (1988). *The History of Transplantation a Lesson of Our Time, In Organ Transplantation and Replacement*, ed. Cerilli G. James (Philadelphia: Lippincott), p. 9.

¹⁴ ชวลิต อ่องจรีต. (2531, พฤษภาคม). “การผ่าตัดเปลี่ยนหัวใจ.” *วารสารคลินิก*, 4, หน้า 329.

¹⁵ ข้อ 1 หมวด 8 ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2538.

¹⁶ สุภัตสร กุญชรวิบูลย์. (2533). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ*. หน้า 11.

¹⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ก (2532, ธันวาคม). “การปลูกถ่ายอวัยวะกับกฎหมาย” *วารสารนิติศาสตร์*, 19 (4). หน้า 20.

การกระทำของแพทย์ในปัจจุบันจะพิจารณาหลักเกี่ยวกับจริยธรรมเป็นหลักใหญ่และเมื่อการกระทำของแพทย์ได้รับการพิจารณาตามหลักเกี่ยวกับจริยธรรมและโดยการประกอบวิชาชีพแล้วทำให้แพทย์มีความเห็นว่าหากได้กระทำการใดๆ ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมและโดยความยินยอมของผู้ป่วยแล้ว การกระทำของแพทย์ก็ไม่ควรถือว่าเป็นการทำร้ายตามความหมายของกฎหมาย โดยจะต้องประกอบด้วย¹⁸

ก. ผู้กระทำเป็นแพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ข. การผ่าตัดนั้นอยู่ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งมีนิยามศัพท์ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

ค. ผู้ป่วยต้องให้ความยินยอมโดยสมบูรณ์หรือโดยถูกต้องตามกฎหมาย ความยินยอมของผู้ป่วยในกรณีนี้ทำให้การกระทำนั้นเป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเพราะอาศัยหลักการของจริยธรรมแห่งวิชาชีพที่ยอมรับกันทั่วไปทุกประเทศ

และเหตุผลซึ่งยอมรับกันโดยทั่วไปในเรื่องของการผ่าตัดอวัยวะของผู้บริจาคก็คือเพื่อการรักษาโรคให้ผู้ป่วย การตัดอวัยวะจากผู้บริจาคซึ่งเป็นคนปกติเพื่อนำไปปลูกถ่ายให้ผู้ป่วยเป็นขบวนการรักษาโรคในทางการแพทย์ การรักษาโดยวิธีการปลูกถ่ายอวัยวะเริ่มต้นจากการผ่าตัดเอาอวัยวะออกจากผู้บริจาค แล้วนำไปเย็บเข้าในร่างกายผู้ป่วย ดังนั้นการตัดอวัยวะจากผู้บริจาคจึงเป็นส่วนหนึ่งของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525¹⁹ การกระทำของแพทย์ต่อผู้บริจาคย่อมไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เนื่องจากไม่มีการทำร้ายตามความหมายของกฎหมาย แต่หากแพทย์กระทำด้วยความประมาทเลินเล่อ ปราศจากความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ซึ่งแพทย์อาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หากไม่ได้ใช้ให้เพียงพอเป็นผลให้ผู้บริจาคอวัยวะถึงแก่ความตาย แพทย์อาจต้องรับผิดชอบทำให้คนตายโดยประมาท²⁰

ทางด้านนักกฎหมายเห็นว่าแพทย์ซึ่งเป็นคนดำเนินการมิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการปลูกถ่ายอวัยวะเท่านั้น แต่เป็น “ผู้ใด” ในความหมายตามประมวลกฎหมายอาญาด้วยซึ่งอาจได้รับการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการ “ฆ่า” หรือ “ทำร้าย” ผู้อื่นได้ตามกฎหมาย²¹ ซึ่งการ

¹⁸ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ข (2530, กันยายน). “การกระทำของแพทย์ (ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม) กับการทำร้ายร่างกาย.” *วารสารนิติศาสตร์*, 173. หน้า 195-196.

¹⁹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ค (2531, พฤษภาคม). “ความรับผิดชอบของแพทย์ในการตัดอวัยวะของผู้บริจาค.” *คลินิก*, 4. หน้า 347.

²⁰ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ข เล่มเดิม. หน้า 35.

²¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก (2534, มิถุนายน). “ทางออกของแพทย์ในกรณีการปลูกถ่ายอวัยวะ.” *วารสารนิติศาสตร์*, 21 (2). หน้า 251.

กระทำของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะจะมีความผิดฐานใดหรือไม่ก็ต้องพิจารณาถึงการกระทำของแพทย์ว่าเป็นการทำร้ายตามความหมายของกฎหมายหรือไม่

ทำร้าย หมายความว่า ทำให้เสียหายเป็นภัยต่อกายหรือจิตใจ กฎหมายเยอรมันแบ่งการทำร้ายออกเป็น 2 อย่าง คือการทำมิชอบต่อกายและการทำให้เสียสุขภาพหรืออนามัย ซึ่งเนื้อหาเมื่อรวมเข้าด้วยกันแล้วก็อาจกล่าวได้ว่าเป็นการทำให้เสียหายเป็นภัยแก่กายหรือจิตใจนั่นเอง²²

หากพิจารณาความหมายของคำว่า “ทำร้าย” ตามที่ปรากฏในกฎหมายอาญาจะพบว่าการทำร้ายหมายถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้²³

1. การทำมิชอบต่อกายทั้งนี้โดยจะเกิดการเจ็บปวดหรือไม่ ไม่สำคัญการตัดผมหรือหนวดของผู้อื่นโดยมิชอบจึงเป็นการทำร้าย

2. การทำให้เสียสุขภาพอนามัย กล่าวคือการก่อหรือเร่งสภาวะอันผิดปกติทางกายหรือจิตใจแม้จะเป็นเพียงชั่วคราว เช่น ทำให้หมดสติหรือมีเนมาที่อยู่ในความหมายของการทำร้าย นอกจากนี้การนำเชื้อโรคมาสู่ผู้อื่นก็เป็นการทำร้ายเช่นกัน

ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำต่อร่างกายมนุษย์ของแพทย์อาจแบ่งได้เป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การกระทำต่อร่างกายมนุษย์ของแพทย์ในทุกกรณีเป็นการทำร้ายตามความหมายของกฎหมาย แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การกระทำต่อร่างกายมนุษย์ของแพทย์ที่เป็นการตรวจการป้องกัน และการบำบัดโรคนั้น ไม่เป็นการทำร้ายตามความหมายของกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีการแบ่งการกระทำของแพทย์ในการประกอบโรคศิลป์ โดยแบ่งเป็นการกระทำที่ได้ผลและการกระทำที่ไม่ได้ผลอีกและว่าเฉพาะการกระทำของแพทย์ในการประกอบโรคศิลป์ที่ได้ผลเท่านั้นที่ไม่เป็นการทำร้าย ส่วนการกระทำที่ไม่ได้ผลถือเป็นการทำร้ายตามความหมายของกฎหมาย²⁴

เนื่องจากคำจำกัดความของคำว่า “วิชาชีพเวชกรรม” ที่ว่า “วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์ เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึกและหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัสดุใดๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือบำรุงร่างกายด้วย” ทำให้การกระทำของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะต่อผู้ป่วยซึ่งเป็นผู้รับอวัยวะนั้นจึงเป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

²² คณิต ฅ นคร ก (2521, ตุลาคม). “ทัศนะของนักกฎหมายเกี่ยวกับการแพทย์.” *วารสารอัยการ*, 1. หน้า 45-46.

²³ คณิต ฅ นคร ข (2532). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. หน้า 62.

²⁴ คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 42.

เพราะเป็นการบำบัดโรควิธีหนึ่ง ซึ่งทำให้การกระทำของแพทย์ในกรณีนี้ไม่เป็นการทำร้ายผู้ป่วย²⁵ และแม้ว่าการที่แพทย์จะตัดอวัยวะเดิมของผู้รับอวัยวะออกก็ไม่ใช่เป็นการทำร้ายแต่อย่างใดเพราะเป็นการรักษาตามวิธีของแพทย์ กล่าวคือโดยลักษณะและจุดมุ่งหมายแห่งการกระทำเป็นไปเพื่อให้สภาพร่างกายของผู้ป่วยดีขึ้นกว่าเดิม ส่วนในเรื่องการทำร้ายร่างกายนั้นเป็นไปเพื่อทำให้สภาพร่างกายเสื่อมลง การกระทำไปเพื่อการรักษากับการทำร้ายร่างกาย จึงมีความแตกต่างกันอยู่มาก²⁶ แต่การกระทำของแพทย์ที่ตัดเอาอวัยวะจากผู้บริจาคที่จะมาทำการปลูกถ่ายนั้น นักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า²⁷ การนำอวัยวะออกจากร่างกายของบุคคลปกติถึงถือไม่ได้ว่าเป็นการบำบัดโรค เพราะบุคคลนั้นไม่ได้เป็นโรคอะไร การกระทำนั้นจึงเป็นการทำร้ายโดยชัดแจ้งซึ่งสอดคล้องกับอีกท่านหนึ่งซึ่งเห็นว่า²⁸ การกระทำนี้เป็นการทำร้ายร่างกายตรงๆ เลยทีเดียวโดยไม่คำนึงว่าผู้นั้นจะยินยอมให้กระทำหรือไม่ เพราะการนำอวัยวะของคนที่มีชีวิตอยู่และมีสุขภาพดีจะถือว่าเป็นการรักษาไม่ได้ ทั้งในเรื่องนี้แพทย์จะอ้างว่ามีมูลเหตุจูงใจที่ดีอย่างไรก็ไม่มีอำนาจกระทำ เพราะเป็นการทำร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัส อย่างไรก็ดีการกระทำความคิดทั้งหลายย่อมมีเหตุจูงใจ (หรือเจตนาพิเศษ) ซึ่งตามปกติเหตุจูงใจนี้ไม่มีความสำคัญในการวินิจฉัยความรับผิดชอบ แต่เหตุจูงใจที่ดี เช่น แพทย์ทำการปลูกถ่ายอวัยวะให้ระหว่างบิดา มารดากับบุตร หรือบุตรกับบิดา มารดา พี่กับน้อง หรือฝาแฝดมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ แต่เป็นไปเพื่อสนองความรักแม้จะไม่ทำให้แพทย์หลุดพ้นความรับผิดชอบแต่ก็เป็นเหตุผลโทษหรือรอกการลงโทษได้²⁹

2.1 แหล่งอวัยวะ

จากวิวัฒนาการของการปลูกถ่ายอวัยวะจะเห็นได้ว่าปัจจุบันนี้การปลูกถ่ายอวัยวะนับว่าเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งในการช่วยชีวิตมนุษย์ให้มีอายุยืนยาวและมีคุณภาพชีวิตดีขึ้น ไม่ว่าจะเป็นส่วนของกระเจตตา ไต ปอด หัวใจ ฯลฯ ซึ่งล้วนแต่แสดงถึงความก้าวหน้าเกี่ยวกับเทคโนโลยีทางการแพทย์ แต่เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าเหล่านี้เองทำให้เกิดปัญหาทางด้านกฎหมายติดตามมา เนื่องจากอวัยวะที่จะนำมาทำการปลูกถ่ายให้แก่ผู้ป่วยนั้นจะต้องเป็นอวัยวะของมนุษย์ และแหล่งอวัยวะที่จะนำมาทำการปลูกถ่ายให้แก่ผู้ป่วยนั้นมีที่มาจาก 2 ทาง คือ

²⁵ สุภัสสร ภูเจริญศิลป์. เล่มเดิม. หน้า 15.

²⁶ คณิศ ฅ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 256-257.

²⁷ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2531, มิถุนายน). “การซื้อขายอวัยวะ: การกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาและหลักวิชาชีพของแพทย์.” *วารสารนิติศาสตร์*, 17. หน้า 68.

²⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 257.

²⁹ แหล่งเดิม. หน้า 258.

1. จากผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่ (Living Donor) ซึ่งจะใช้ได้เพียงบางอวัยวะ ก็จะใช้ได้จากอวัยวะที่ร่างกายมีเป็นคู่ เช่น ไต ปอด เท่านั้น

2. จากผู้บริจาคอวัยวะที่ถึงแก่ความตายแล้ว (Cardaveric Donor) ซึ่งสามารถนำอวัยวะไปใช้ได้หลายอย่าง เช่น หัวใจ ปอด ตับ ตับอ่อน ไต 2 ข้าง กระจกตา

แต่อย่างไรก็ตามจากความก้าวหน้าทางการแพทย์ย่อมทำให้การปลูกถ่ายมีอัตราแห่งความสำเร็จมากขึ้นย่อมเป็นธรรมดาที่จะมีผู้รอรับอวัยวะฝากความหวังไว้กับเทคโนโลยีนี้ซึ่งจะนำมาถึงปัญหาการขาดแคลนอวัยวะอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ รวมถึงปัญหาทางกฎหมายที่จะตามมา ดังนั้นในทางวิทยาศาสตร์จึงพยายามที่จะหาแหล่งอวัยวะอื่นนอกจากมนุษย์เพื่อทำการปลูกถ่าย

อวัยวะที่ได้จากสัตว์เป็นหนทางหนึ่งที่ได้รับคามสนใจอย่างยิ่งในปัจจุบัน ที่จะนำเอาอวัยวะจากสัตว์มาปลูกถ่ายให้แก่มนุษย์ (Xenotransplantation, Xenograft) ในปี พ.ศ. 2445 แพทย์ชาวเยอรมันได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนไตหมูให้แก่ผู้ป่วยหญิงรายหนึ่งแต่ไม่ประสบความสำเร็จ³⁰ เพราะมีปฏิกิริยาปฏิเสธอวัยวะใหม่ทันที ในปี พ.ศ. 2506 ทีมศัลยแพทย์ที่ศูนย์การแพทย์มหาวิทยาลัยทูเนลแลนในนิวยอร์กได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนไตจากสัตว์ให้กับคนไข้ 6 คน ที่ใกล้จะสิ้นหวังโดยนำไตจากลิงชิมแปนซี ผลคือ การผ่าตัดสำเร็จลงด้วยดี โดยไม่มีปฏิกิริยาปฏิเสธทันทีเหมือนกรณีแรก ซึ่งทั้ง 6 รายรอดชีวิตทั้งหมดและมีรายหนึ่งถึงกับสามารถกลับไปทำงานได้ ต่อมาก็มีการเปลี่ยนไตจากลิงบาบูนให้กับคนไข้จำนวน 6 ราย ซึ่งก็ประสบความสำเร็จเช่นกัน³¹ แต่ในเวลาไม่ถึง 2 ปีต่อมาคนไข้ทั้ง 12 รายก็เสียชีวิตลงทั้งหมด แม้จะไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร แต่การทดลองดังกล่าวก็เป็นการเปิดแนวคิดในการสรรหาแหล่งอวัยวะใหม่เพื่อความสำเร็จในอนาคต โดยหากพิจารณาจากผลการทดลองนั้นมีคนไข้รายหนึ่งสามารถมีชีวิตหลังจากผ่าตัดไปถึง 9 เดือน ซึ่งขณะนั้นแม้การผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะระหว่างมนุษย์ด้วยกันยังล้มเหลวมากกว่า 50 %³²

ความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ไม่ว่าจะเป็นความรู้เกี่ยวกับระบบภูมิคุ้มกันในร่างกาย และความรู้ทาง “พันธุวิศวกรรม” (Genetic Engineering) ทำให้แนวคิดในการใช้อวัยวะจากสัตว์มาปลูกถ่ายให้มนุษย์ได้รับความสนใจอีกครั้งหนึ่ง โดยสัตว์ที่ได้รับความสนใจจากบรรดานักวิทยาศาสตร์ว่าจะสามารถเป็นแหล่งอวัยวะให้มนุษย์ได้คือ หมู เหตุเพราะขนาดอวัยวะของหมูมีขนาดใกล้เคียงกับขนาดอวัยวะของมนุษย์³³ นอกจากนี้ยังมีการพัฒนาหมูสายพันธุ์พิเศษ (Genetically Modified Pig) โดยหมูสายพันธุ์ดังกล่าวจะสามารถผลิตโปรตีนชนิดหนึ่งของมนุษย์ได้

³⁰ นำชัย ชีววิวรรธน ข (2543, พศศิกายน). “อวัยวะดัดแปลงพันธุกรรม.” *UPDATE*, 15 (159). หน้า 73.

³¹ แหล่งเดิม.

³² แหล่งเดิม.

³³ แหล่งเดิม. หน้า 74.

ซึ่งเป็นโปรตีนที่อยู่บริเวณผิวของอวัยวะและจะทำหน้าที่ปกป้องอวัยวะของมนุษย์จากการโจมตีของระบบภูมิคุ้มกัน นอกจากนี้ยังมีการทดลองโดยการฉีดเซลล์ไขกระดูกของมนุษย์เข้าไปในตัวอ่อนของหมูที่ยังอยู่ในท้อง จากนั้นเมื่อคลอดออกมาจะนำเซลล์ไขกระดูกบางส่วนของหมูนั้นฉีดเข้าสู่ร่างกายคนไข้ ซึ่งจะช่วยให้อวัยวะของหมูและคนไข้จะมีลักษณะร่วมกันบางอย่างของเซลล์ ซึ่งอาจลดปฏิกิริยาปฏิเสธจากร่างกายได้³⁴

อย่างไรก็ตามปัญหาที่ต้องทำการแก้ไขต่อไปในการปลูกถ่ายอวัยวะจากสัตว์มาสู่มนุษย์คือการติดเชื้อหรือแพร่กระจายเชื้อโรคจากสัตว์สู่คน โดยมีรายงานว่าไวรัสจากหมูสามารถแพร่สู่ร่างกายมนุษย์ได้ ซึ่งจะมีผลต่อร่างกายอย่างไรยังไม่สามารถระบุได้ โดยไวรัสดังกล่าวอาศัยอยู่ในหมูโดยไม่ก่อให้เกิดโรคแต่อย่างใด แต่ผลจากทางห้องทดลองแสดงให้เห็นว่าไวรัสดังกล่าวสามารถแพร่สู่มนุษย์ได้ ดังนั้นการพัฒนาในการนำอวัยวะสัตว์มาปลูกถ่ายในคนนั้นยังคงอยู่ในขั้นของการทดลองที่ยังต้องอาศัยเวลา และความระมัดระวังอย่างยิ่งในการทดลองในผลข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นด้วย

ปัญหาของการปฏิเสธอวัยวะใหม่นั้น ถือเป็นปัญหาสำคัญที่สุดปัญหาหนึ่งทางการแพทย์ที่จะต้องหาหนทางแก้ไข การนำเอาอวัยวะจากสัตว์มาปลูกถ่ายในมนุษย์ก็มีปัญหาการปฏิเสธอวัยวะรวมทั้งปัญหาอื่นๆ เช่น การแพร่เชื้อโรค ฉะนั้นจึงมีแนวคิดที่จะประดิษฐ์อวัยวะเทียมที่ประดิษฐ์จากวัสดุประเภทพลาสติกหรือโลหะต่างๆ ขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ตัวอย่างเช่น เครื่องฟอกไตเทียม อย่างไรก็ตามเครื่องไตเทียมดังกล่าวมีขนาดใหญ่เกินกว่าที่จะปลูกถ่ายเข้าไปในร่างกายได้³⁵ ในปี ค.ศ. 1982 นายแพทย์ William De Vries ชาวอเมริกันได้ทำการผ่าตัดปลูกถ่ายหัวใจเทียมให้แก่ Barney Clark แต่ก็มีชีวิตอยู่ได้เพียง 112 วันเท่านั้น แต่ต่อมานักวิจัยได้สร้างหัวใจเทียมที่มีขนาดเล็กและมีประสิทธิภาพมากขึ้น อย่างไรก็ตามบรรดาอวัยวะเทียมหรืออวัยวะประดิษฐ์เหล่านี้จะทำหน้าที่ในการช่วยหรือพยุงการทำงานของอวัยวะที่ผิดปกติมากกว่าจะเป็นการแทนที่ทั้งอวัยวะ เช่น ลิ้นหัวใจเทียม และเครื่องกระตุ้นกล้ามเนื้อหัวใจ (Pacemaker) ก็จะเป็นเครื่องช่วยให้หัวใจทำหน้าที่ของมันได้อย่างถูกต้อง

อย่างไรก็ตามอวัยวะเทียมหรืออวัยวะสังเคราะห์ทั้งหลายที่นักวิทยาศาสตร์ได้คิดค้นประดิษฐ์ขึ้นนี้ในภาพรวมยังมีประสิทธิภาพไม่เท่าเทียมกับอวัยวะแท้ตามธรรมชาติ³⁷ และด้วยความก้าวหน้าในทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับชีววิทยา เนื้อเยื่อ ทำให้มีแนวคิดในการสร้างอวัยวะ

³⁴ นำชัย ชีววิวรรณ์ ข เล่มเดิม. หน้า 75.

³⁵ แหล่งเดิม. หน้า 76.

³⁶ Thomas H. Maugh II, *from*

<http://encarta.msn.com/encnet/refpages/RefArtTextOnly.aspx?aspx?refid=761569168&print=0/>

³⁷ นำชัย ชีววิวรรณ์ ข เล่มเดิม. หน้า 72.

เทียมที่มีลักษณะทางชีวภาพ มิใช่เป็นวัสดุสังเคราะห์หรือพลาสติก โลหะหรือที่เรียกว่า อวัยวะชีวภาพเทียม (Bioartificial Organ) ซึ่งน่าจะได้ผลดีกว่าการใช้อวัยวะจากสัตว์หรืออวัยวะเทียมในลักษณะของเครื่องจักรกลหรืออิเล็กทรอนิกส์ อวัยวะชีวภาพเทียมดังกล่าวเกิดจากการเพาะเลี้ยงเซลล์ของมนุษย์เอง โดยมนุษย์เรานั้นมีร่างกายที่ประกอบด้วยเซลล์ต่างชนิดกันนับการจำนวนมหาศาล เซลล์เหล่านี้มีที่มาจากแหล่งกำเนิดซึ่งก็คือเซลล์เช่นกันแต่เป็นเซลล์ที่มีคุณลักษณะพิเศษคือ สามารถเพิ่มจำนวนเซลล์ของตนเองและสามารถที่จะเปลี่ยนตัวเองไปเป็นเซลล์ชนิดอื่นได้ เซลล์ชนิดนี้เรียกว่า Stem Cell³⁸ โดย Stem Cell ในระดับแรกสุดที่เป็นต้นแหล่งของเซลล์ทั้งหมดในร่างกายมนุษย์หรือสัตว์ โดยเซลล์เหล่านี้จะพบในระยะบลาสโตซิสต์ (Blastocyst) เป็นกลุ่มเซลล์ที่พัฒนาหลังจากปฏิสนธิ ซึ่งกำลังจะเจริญต่อไปสู่ระยะฟัตัส (Fetus) แต่เซลล์ประเภทนี้จะหายไปพร้อมกับการเจริญเติบโตเป็นเนื้อเยื่อ อวัยวะและร่างกาย³⁹ เซลล์ต้นกำเนิดที่นำออศวรรษมีชื่อเรียกในปัจจุบันว่า Embryonic Stem Cell หรือ ES Cell อาจกล่าวโดยสรุปว่ามนุษย์หรือสัตว์เริ่มแรกเดิมทีหลังการปฏิสนธิ นั้น จะเกิดเป็นสิ่งมีชีวิตในระดับที่เป็นกลุ่มเซลล์ซึ่งจะมีการพัฒนาแตกตัวของบรรดาเซลล์เหล่านี้กลายเป็นเนื้อเยื่อและในแต่ละส่วนของเซลล์ เนื้อเยื่อเหล่านี้จะมีแผนผังในการเจริญเติบโตไปเป็นส่วนต่างๆ ของร่างกายจนกลายมาเป็นสิ่งมีชีวิต มีองค์ประกอบต่างๆ ตามผู้ให้กำเนิด ฉะนั้นก่อนที่มนุษย์จะมีรูปร่างหน้าตาและมีอวัยวะภายนอกภายใน ดังที่เราเห็นนั้นมนุษย์ก็เริ่มมาจากการแบ่งตัวของเซลล์เช่นกัน อาจกล่าวได้ว่าความก้าวหน้าในการเพาะอวัยวะขึ้นมา ก็คือการย้อนกลับไปศึกษาต้นกำเนิดของชีวิตเรานั้นเอง สำหรับขั้นตอนการเพาะอวัยวะก็คือการนำเอาเซลล์ไปจากเพศเมีย มักดึงเอานิวเคลียสซึ่งเป็นหน่วยบรรจุสารพันธุกรรมออกไป แล้วนำเอานิวเคลียสของคนที่ใส่เข้าไปแทน รอนเซลล์แบ่งตัวในระดับ Blastocyte ที่จะพัฒนาไปเป็นตัวอ่อนโดยในระยะนั้นเซลล์จะมีความสามารถในการแตกตัวไปเป็นอวัยวะทั้งภายในภายนอกต่างๆ ตามแผนภูมิที่อยู่ในรหัสพันธุกรรม แล้วนำเอาเซลล์ระยะนั้นมากระตุ้นเพื่อให้เซลล์เหล่านั้นพัฒนากลายเป็นเซลล์จำเพาะของอวัยวะต่างๆ ที่เราต้องการเพาะ เรียกได้ว่าเป็นการโคลนนิ่งชนิดหนึ่งซึ่งต่างจากการโคลนนิ่งทั่วไปที่เราเข้าใจ เพราะเป็นการโคลนนิ่งเซลล์เพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ เรียกว่า Therapeutic Cell Cloning หรือ Cell Nucleus Replacement (CNR)⁴⁰ โดยเมื่อกระตุ้นให้เซลล์ต้นกำเนิดนั้นเป็นเซลล์ของอวัยวะจำเพาะแล้ว ก็นำเซลล์นั้นๆ มาเพาะเลี้ยงในห้องปฏิบัติการและทำการ “ขึ้นรูป” โดยสร้างโครงร่าง (Scaffold) ซึ่งสิ่งที่ใช้นามาสรางเป็นโครงร่าง

³⁸ อานนท์ บุญยรัตเวช. (2544, ตุลาคม-พฤศจิกายน). “การวิจัย Stem Cell เพื่อนำไปสู่การสร้างเนื้อเยื่อและอวัยวะ.” *LAB.TODAY*, 1 (2). หน้า 26.

³⁹ แหล่งเดิม. หน้า 27.

⁴⁰ แหล่งเดิม. หน้า 29.

เพื่อให้เซลล์เหล่านั้นเกาะจนได้เป็นรูปของอวัยวะ โดยโครงสร้างเหล่านี้ทำขึ้นจากวัสดุสังเคราะห์ที่สลายตัวได้เองคล้ายกับไหมที่ใช้เย็บแผลที่สลายตัวเองได้

อย่างไรก็ดีแม้จะมีความพยายามที่จะหาแหล่งอวัยวะอื่นๆ แทนอวัยวะของมนุษย์ แต่ก็ยังอยู่ในขั้นของการวิจัย ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องใช้อวัยวะของมนุษย์มาทำการปลูกถ่ายอวัยวะกันอยู่ ซึ่งตามที่กล่าวไปแล้วว่า การใช้อวัยวะของมนุษย์นั้นก็ต้องมีปัญหาทางกฎหมายตามมา โดยเฉพาะการนำอวัยวะจากผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่ย่อมมีปัญหาทางกฎหมายอย่างเห็นได้ชัดเพราะถือว่าเป็นการกระทำต่อบุคคล แต่ถึงแม้ว่าจะเป็นการนำอวัยวะจากผู้ถึงแก่ความตายก็ใช่ว่าจะไม่เกิดปัญหาทางกฎหมายใดๆ เลย การนำอวัยวะจากผู้ถึงแก่ความตายแล้วนั้นก็ยังมีปัญหาทางกฎหมายในแง่ที่ว่าอวัยวะที่จะนำมาทำการปลูกถ่ายนั้นจะต้องเป็นอวัยวะที่ได้มาจากเซลล์ที่ยังไม่ตาย ทางทางการแพทย์จำเป็นที่จะต้องนำอวัยวะจากบุคคลที่ถึงแก่ความตายใหม่ๆ เท่านั้น จึงเกิดปัญหาเรื่องการวินิจฉัยการตายขึ้นว่ากรณีใดจึงจะถือว่าบุคคลถึงแก่ความตาย จะมีหลักเกณฑ์อย่างไรในการวินิจฉัยการตายและความเข้าใจในเรื่องการตายทางการแพทย์กับการตายทางกฎหมายถูกต้องตรงกันหรือไม่เพราะหากไม่วินิจฉัยให้ดีแล้ว ถ้าผู้บริจาคอวัยวะยังไม่ตายแต่แพทย์ได้นำอวัยวะของเขาออกมาเสียก่อนแพทย์อาจจะต้องมีความรับผิดชอบต่อร่างกายหรือต่อชีวิตได้ นอกจากนี้ยังมีปัญหาอีกประการหนึ่งในเรื่องการที่ผู้ตายไม่ได้บริจาคอวัยวะไว้ก่อนตาย แต่แพทย์นำอวัยวะของเขามาปลูกถ่ายเองโดยพลการแพทย์จะต้องมีความรับผิดชอบใดหรือไม่ หรือจะมีความรับผิดชอบต่อญาติของผู้ตายหรือไม่ หรือหากแพทย์จะขอรับบริจาคอวัยวะจากผู้ถึงแก่ความตายแล้ว ผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจในการบริจาคอวัยวะเหล่านั้น โดยผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ปัญหาเหล่านี้ในบทต่อไป

2.2 การวินิจฉัยการตาย

การวินิจฉัยการตายก็ถือเป็นปัญหาหนึ่งในการที่จะนำอวัยวะของผู้นั้นไปทำการปลูกถ่าย เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดนิยามว่าอย่างไรถือว่า ตาย การวินิจฉัยการตายจึงถือเป็นข้อเท็จจริงที่ทั่วไปแล้วจะอาศัยความเห็นทางการแพทย์ ซึ่งแต่เดิมนั้นได้ถือเกณฑ์การหยุดเต้นของหัวใจและการหยุดทำงานของปอดเป็นข้อบ่งชี้ว่าบุคคลนั้นได้ถึงแก่ความตายแล้ว แต่ต่อมาเมื่อวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ได้เจริญขึ้นจนสามารถเปลี่ยนหัวใจหรือปลูกถ่ายอวัยวะอื่นใดได้เป็นการนำเอาอวัยวะของผู้ที่ตายแล้วไปใช้ประโยชน์ปลูกถ่ายเพื่อการรักษาและช่วยชีวิตผู้อื่น แนวความคิดเรื่องการวินิจฉัยการตายในประเทศไทยจึงได้เปลี่ยนแปลงไปเพราะถ้าถือตามเกณฑ์เดิมว่าหัวใจหยุดเต้น การนำหัวใจมาเปลี่ยนให้กับผู้ป่วยย่อมไม่อาจกระทำได้เพราะจะกลายเป็นความผิดอาญาที่กระทำต่อชีวิตผู้นั้น ในระยะหลังจึงมีแนวความคิดว่าควรจะต้องถือการทำงาน

ของสมองเป็นเกณฑ์โดยถือการทำงานของแกนสมองเป็นข้อบ่งชี้ว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตายแล้ว⁴¹ เนื่องจากอวัยวะทั้งสามประการนี้เป็นปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิต โดยการหายใจซึ่งควบคุมโดย ก้านสมอง จะทำหน้าที่ฟอกโลหิต เพื่อนำเอาออกซิเจนไปหล่อเลี้ยงเซลล์ต่างๆ ของร่างกาย ดังนั้น ผู้ที่ก้านสมองเสียไป การหายใจก็จะหยุดลง หัวใจ จะทำหน้าที่สูบฉีดโลหิตไปเลี้ยงเซลล์ต่างๆ ตามร่างกาย เนื่องจากหัวใจเป็นอวัยวะอัตโนมัติที่เดินได้ด้วยตนเองถ้ากล้ามเนื้อเนื้อดีพอ แม้อัตหัวใจออกจากร่างกายแล้วก็ยังเดินได้ ผู้ที่ก้านสมองไม่ทำงานการหายใจจะหยุดไป แต่หัวใจจะยังเดินต่อไปได้ ระยะเวลาหากไม่มีออกซิเจนไปเลี้ยงกล้ามเนื้อของหัวใจ หัวใจก็จะค่อยๆ อ่อนลง และหยุดไปในที่สุด⁴² ส่วนสมองจะทำหน้าที่ควบคุมความรู้สึกตัว ความคิด ความจำ อารมณ์ ความเคลื่อนไหว และการหายใจ โดยสมองใหญ่จะทำหน้าที่เกี่ยวกับความนึกคิดและความรู้สึกตัว ก้านสมองจะทำหน้าที่ประสานงานระหว่างสมองใหญ่ผ่านไปตามไขสันหลังและเส้นประสาท และทำหน้าที่ควบคุมอวัยวะต่างๆ รวมทั้งการหายใจ หากก้านสมองเสียไป สมองใหญ่จะทำงานไม่ได้ จึงมีการสรุปกันว่าการที่ก้านสมองเสียไปจะทำให้เกิดอวัยวะซึ่งเป็นปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตอย่างอื่นหยุดทำงานไปด้วย ถึงแม้จะมีการใช้เครื่องช่วยหายใจเพื่อส่งออกซิเจนในเลือดไปเลี้ยงหัวใจ ทำให้หัวใจเดินไปได้อีกหลายวัน แต่ผู้นั้นจะขาดปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตเพราะภาวะที่การหายใจไม่อาจกลับคืนมา จึงทำให้มีการยอมรับเกณฑ์ในการวินิจฉัยการตายโดยถือเอาจากการตายของก้านสมอง⁴³

2.3 แนวความคิดเรื่องการตาย

แนวคิดในเรื่องการตาย (Concept of Death) นับแต่โบราณกาลตราบถึงปัจจุบันปวงชนใช้หลักของการหยุดหายใจหรือหัวใจหยุดเต้นเป็นเกณฑ์สำคัญในการตัดสินว่าบุคคลนั้นมีชีวิตหรือตาย ดังคำว่า “สิ้นลม” “หมดลม” “สิ้นใจ” ที่ใช้ในความหมายถึงการตาย

สำหรับทางแพทย์ การตายหมายถึงการหยุดทำงานอย่างถาวรของระบบประสาทส่วนกลาง (Central Nervous System) ระบบการหายใจ (Respiratory System) และระบบการไหลเวียนของโลหิต (Cardiovascular System) โดยที่อวัยวะทั้งสามระบบทำงานสัมพันธ์กันเป็นลูกโซ่ เมื่อระบบ

⁴¹ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ อนเนก ขมจินดา. (2540). *กฎหมายการแพทย์*. หน้า 161.

⁴² จรัส สุวรรณเวลา. (2531). “ความตาย: ประเด็นทางการแพทย์” รายงานการประชุมโต๊ะกลม แพทย์-นิติศาสตร์ เรื่อง การตายทางการแพทย์และการตายทางกฎหมาย. เมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ.2531 ณ ห้องประชุม สโมสรนิเทศ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 7.

⁴³ ฉัฐวสา ฉัตรไพฑูริย์. (2547). *เอกสารประกอบการประชุมเชิงปฏิบัติการ โครงการ การรับบริจาคและการปลูกถ่ายอวัยวะให้แก่ผู้ป่วย: ประเด็นปัญหาที่น่าสนใจ เรื่อง “สมองตาย ตายจริงหรือ.”* วันที่ 25 พฤษภาคม 2547 ณ โรงแรมเดอะแกรนด์. หน้า 14.

ใดระบบหนึ่งไม่ทำงานจะทำให้อีกสองระบบไม่ทำงานด้วยผลที่สุดคือตาย แต่ในทางปฏิบัติการวินิจฉัยว่าสมองหยุดทำงานนั้นจะเห็นได้ไม่ชัดเจน เหมือนการหยุดหายใจหรือหัวใจหยุดเต้น การวินิจฉัยโดยทั่วไปจึงถือเอาการหยุดหายใจประกอบกับหัวใจหยุดเต้นเป็นเกณฑ์ในการตัดสินว่าบุคคลนั้นตาย (Traditional Concept Of Death)⁴⁴

แนวความคิดในการตัดสินคนตายจากเกณฑ์สมองตาย

สมองตายถือได้ว่าเป็นแนวคิดใหม่ในเรื่องการตาย (New Concept Of Death) เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์ในปัจจุบัน ได้มีการประดิษฐ์คิดค้นเครื่องช่วยหายใจ (Respirator) เครื่องกระตุ้นหัวใจ (Cardiac Stimulator) ฯลฯ ตลอดจนยาต่างๆ ที่ใช้ควบคุมการเต้นของหัวใจ ทำให้สามารถช่วยผู้ป่วยที่หยุดหายใจชั่วคราวหรือขณะหัวใจหยุดเต้นชั่วคราวได้กลับมีชีวิตอยู่ต่อไปได้แต่ก็มีอยู่หลายกรณีที่แม้จะใช้เครื่องช่วยหายใจและหรือเครื่องกระตุ้นหัวใจแล้ว ผู้ป่วยก็ไม่สามารถจะกลับหายใจได้เองอย่างแน่นอน เช่น การบาดเจ็บที่สมองอย่างรุนแรงจนถึงขั้นที่สมองเสื่อมสลายหยุดทำงาน โดยสิ้นเชิง (Brain Death) ซึ่งโดยธรรมชาติแล้ว เมื่อสมองตายการหายใจจะหยุดเพราะขาดการสั่งงานจากสมอง เมื่อหยุดหายใจ กล้ามเนื้อหัวใจขาดออกซิเจน หัวใจก็จะหยุดเต้นผลที่สุดคือตาย แต่ถ้าใช้เครื่องช่วยหายใจ หัวใจจะยังเต้นต่อไปได้เป็นวันๆ เพราะยังได้รับออกซิเจนอยู่จนถึงจุดหนึ่ง ซึ่งแม้จะใช้เครื่องช่วยหายใจ เครื่องกระตุ้นหัวใจหรือยาควบคุมการเต้นของหัวใจอย่างใดก็ตาม หัวใจจะหยุดเต้นอย่างถาวร จึงเกิดปัญหาขึ้นว่าจะถือว่าบุคคลนั้นตายนับแต่ตรวจพบที่สมองตายหรือจะต้องเอาเวลาที่หัวใจหยุดเต้นจึงจะถือว่าบุคคลนั้นตาย หากถือเอาสมองตายเป็นเกณฑ์ตัดสินว่าบุคคลนั้นตาย แพทย์สามารถหยุดเครื่องช่วยหายใจและหยุดการช่วยชีวิตใดๆ ทั้งสิ้นได้ เพราะชีวิตนั้นสิ้นไปแล้ว⁴⁵ เป็นการลดความทรมานต่อครอบครัวของผู้ตายในการรอคอยให้หัวใจหยุดเต้นเป็นการขจัดความหวังที่ไม่มีทางเป็นจริงได้ว่าผู้นั้นอาจจะรอดตาย เป็นการลดความสิ้นเปลืองของค่าใช้จ่ายต่างๆ

แรงผลักดันอีกอย่างหนึ่งที่จะให้ใช้สมองตายเป็นเกณฑ์ในการตัดสินการตายก็คือการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะ (Organ Transplantation) เช่นการผ่าตัดเปลี่ยนไต เปลี่ยนหัวใจ จำเป็นต้องใช้อวัยวะสดๆ จากคนที่ตายใหม่ๆ ซึ่งเป็นระยะที่เซลล์ของอวัยวะที่จะปลูกถ่ายนั้นยังไม่ตายจึงจะทำให้การปลูกถ่ายอวัยวะนั้นได้ผลดี ดังนั้นหากยอมรับว่าสมองตายคือตาย (Brain death as the

⁴⁴ บทความพิเศษ รายงานการประชุมโต๊ะกลม แพทย์-นิติศาสตร์ เรื่อง การตายทางการแพทย์และการตายทางกฎหมาย เมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2531 ณ ห้องประชุมสารนิเทศ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 83.

⁴⁵ จรัส สุวรรณเวลา. เล่มเดิม. หน้า 6.

body death) แพทย์ก็สามารถนำอวัยวะจากผู้ตายไปปลูกถ่ายได้ก่อนที่จะหยุดเครื่องช่วยหายใจและการไหลเวียนของโลหิต⁴⁶

ปัจจุบันนี้ก็ได้มีการยอมรับเรื่องสมองตายซึ่งผู้เขียนเห็นว่านอกจากสมองตายจะเป็นการตายทางการแพทย์แล้วยังถือเป็นการตายทางกฎหมายด้วย ทั้งนี้เห็นได้จากคำพิพากษาของศาล ทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ที่ยกฟ้องในคดีของแพทย์ผู้หนึ่งที่นำอวัยวะออกจากร่างกายผู้ป่วยที่เกิดอุบัติเหตุที่สมอง เมื่อปี 2540 โดยศาลได้วินิจฉัยถึงเรื่องสมองตายด้วย ซึ่งศาลอุทธรณ์เห็นว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดจึงพิพากษายืนตามศาลชั้นต้นคือพิพากษายกฟ้อง สำหรับคำสั่งศาลชั้นต้นที่พิพากษายกฟ้อง เนื่องจากการสืบพยานโจทก์ที่เบิกความมาต่างเป็นแพทย์และพยาบาลที่ตรวจร่างกายของคนไข้ทั้งสองคน ที่เบิกความตามข้อเท็จจริงจากการปฏิบัติหน้าที่และให้ความเห็นตามหลักวิชาทางการแพทย์ จึงมีน้ำหนักรับฟังว่าก่อนถูกผ่าตัดได้ออกไปคนไข้ทั้งสองรายประสบอุบัติเหตุที่ศีรษะอย่างรุนแรง แพทย์ตรวจพบว่าฐานสมองแตกหักทำให้แกนสมองเคลื่อนไปมีผลทำให้คนไข้แกนสมองตายไม่รู้สีกตัว ไม่หายใจ ซึ่งการตรวจคนไข้ถือเป็นการตรวจสอบตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศของแพทยสภาและแม้หัวใจยังเต้นอยู่ แต่ก็อาศัยเครื่องช่วยหายใจไม่ได้เดินเองตามธรรมชาติ ข้อเท็จจริงจึงรับฟังได้ว่า คนไข้ทั้งสองรายนี้ถึงแก่ความตายก่อนที่จะมีการผ่าตัดนำอวัยวะซึ่งเป็นไตและตับออกไป

นอกจากนี้ยังเห็นได้จากข้อสรุปบางประการจากการประชุมโต๊ะกลมเรื่อง “การตายทางการแพทย์และการตายทางกฎหมาย” ที่ให้การวินิจฉัยว่าสมองตายเป็นการวินิจฉัยว่าบุคคลผู้นั้นถึงแก่ความตาย รวมถึงให้แพทยสภามีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสมองตาย เพื่อให้ความคุ้มครองทุกฝ่ายด้วย เนื่องจากคณะกรรมการแพทยสภาได้สังเกตเห็นว่าการวินิจฉัยคนตายโดยอาศัยเกณฑ์สมองตายนั้น มีความจำเป็นที่ต้องนำไปใช้โดยเฉพาะกับการผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะสำคัญของมนุษย์และอาจนำไปใช้ในกรณีอื่นๆ ในอนาคตและเพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ดังที่บัญญัติไว้ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 แพทยสภาจึงกำหนดหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายและวิธีการปฏิบัติไว้ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนอในบทต่อไป

ทั้งนี้ยังจะเห็นได้จากการสัมมนากฎหมายทางการแพทย์ เรื่องสมองตาย: การตายตามกฎหมายที่แพทย์วินิจฉัยและนักกฎหมายควรทราบ ที่แพทยสภาได้จัดขึ้นเพื่อสร้างความเข้าใจในเรื่องการวินิจฉัยการตายโดยเกณฑ์สมองตายแก่แพทย์และนักกฎหมาย ในโอกาสที่แพทยสภาได้กำหนดคำจำกัดความของการตายไว้ในข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยจริยธรรมแห่งวิชาชีพ (ฉบับที่ 3)

⁴⁶ จรัส สุวรรณเวลา, เล่มเดิม, หน้าเดิม.

24 ธันวาคม 2551⁴⁷ โดยมีการรวมถึงสภาวะสมองตาย คือการที่แกนสมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไป ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวกำหนดว่า “การตายของบุคคล หมายถึงบุคคลอยู่ในสภาวะที่ระบบการไหลเวียนเลือดและระบบการหายใจหยุดทำงานโดยไม่สามารถกลับคืนได้อีกหรืออยู่ในสภาวะสมองตาย คือการที่แกนสมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไป” การกำหนดดังกล่าวทำให้มีความชัดเจนมากขึ้นทางกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายกำหนดว่าแพทย์เป็นผู้วินิจฉัยการตายที่ผ่านมายังไม่มีกำหนดคำจำกัดความดังกล่าว มีเพียงประกาศแพทยสภาเรื่องเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายตั้งแต่ปี 2532 ซึ่งเป็นเพียงหลักเกณฑ์ทางการแพทย์ ยังคงมีข้อโต้แย้งทางกฎหมายได้ เมื่อได้กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภาดังกล่าวจึงสร้างความชัดเจนขึ้นทางกฎหมายว่าผู้ได้รับการวินิจฉัยสมองตาย คือผู้ตาย เหตุที่ต้องมีกำหนดเช่นนี้เนื่องจากโดยทั่วไปจะเข้าใจว่าการตายนั้นถือว่าต้องไม่หายใจและหัวใจหยุดเต้น แต่ข้อเท็จจริงทางการแพทย์พบว่าผู้ป่วยที่สมองตาย คือภาวะที่ไม่รู้สึกตัวและไม่หายใจ ซึ่งมีเหตุจากสมองถูกทำลายโดยไม่สามารถแก้ไขได้นั้น แม้จะสามารถช่วยการหายใจด้วยเครื่องช่วยหายใจได้ ทำให้อวัยวะยังคงได้รับออกซิเจนและหัวใจยังทำงานได้โดยยาระงับการทำงานของหัวใจ แต่ในที่สุดก็ไม่สามารถหยุดยั้งการทำงานของหัวใจได้ เนื่องจากสมองคือศูนย์รวมของการควบคุมการทำงานของทุกอวัยวะในร่างกาย เมื่อสมองตายอวัยวะต่างๆ จะเสื่อมการทำงานของในเวลาไม่นาน หากยังคงให้การรักษาต่อไปมีแต่ความสิ้นเปลืองโดยไร้ประโยชน์ อีกด้านหนึ่งขณะที่เมื่อวินิจฉัยสมองตายในระยะเริ่มแรกอวัยวะต่างๆ ยังคงทำงานได้ดีอยู่ เป็นโอกาสที่ผู้เสียชีวิตจากสมองตายนั้นจะได้บริจาคอวัยวะโดยครอบครัวเป็นผู้แสดงความจำนงภายหลังแพทย์ได้ให้ข้อมูลว่าผู้ป่วยสมองตายและเสียชีวิตแล้ว การตายโดยเกณฑ์สมองตายนี้นี้ทั่วโลกยอมรับและหลายประเทศกำหนดเป็นกฎหมายอย่างชัดเจนแล้ว⁴⁸

2.4 จริยธรรมในการปลูกถ่ายอวัยวะ

โดยที่อวัยวะเป็นทรัพยากรที่หายากอีกทั้งสังคม วัฒนธรรมจารีตประเพณี ความรู้ในด้านวิชาการและกฎหมาย ยังปรับไม่ทันกับความเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วของการปลูกถ่ายอวัยวะ ดังนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาจริยธรรม ซึ่งส่งผลกระทบต่อการใช้รับอวัยวะบริจาค ฉะนั้นการปลูกถ่ายอวัยวะก็ไม่สามารถกระทำได้มีคำกล่าวสั้นๆ และเข้าใจง่ายว่า “ถ้าไม่มีอวัยวะบริจาค ก็ไม่มีผู้ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะ” อย่างไรก็ตามวงการแพทย์ได้มีการรอบประพฤติกฎปฏิบัติตามแนวคิดเกี่ยวกับจริยธรรมโดยยึดหลัก 4 ประการ ประการแรก ไม่ทำให้เกิดอันตราย ประการที่สอง ทำให้ดี

⁴⁷ แพทยสภา, ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2551, จาก <http://www.tmc.or.th/download/jul09-01.pdf>

⁴⁸ สมองตาย: หนึ่งชีวิตที่สิ้นสูญช่วยหลายชีวิตที่สิ้นหวังได้, จาก <http://www.oknation.net/blog/sukit>

เอื้ออารี ประการที่สาม เคารพความเป็นปัจเจกบุคคล และประการสุดท้าย มีความยุติธรรม ซึ่งสัปดาห์ สมดุล ปราศจากความลำเอียง สำหรับจริยธรรมในการปลูกถ่ายอวัยวะนั้น ได้มีการอภิปรายสัมมนา กันตลอดมา เพื่อหาข้อสรุปร่วมกันระหว่างแพทย์ นักจริยธรรม ผู้กำหนดนโยบาย นักกฎหมาย นักเศรษฐศาสตร์ ผู้เชี่ยวชาญด้านศาสนา และองค์กรสำคัญที่เกี่ยวข้อง เช่น สมาคมปลูกถ่ายอวัยวะ ของโลก องค์กรอนามัยโลก สมาคมปลูกถ่ายอวัยวะแห่งสหภาพยุโรป รวมทั้งแพทย์สภาของ ประเทศไทย โดยแพทย์สภาได้มีข้อบ่งชี้ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2538 เพิ่มหมวด 8 เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะและ ระเบียบของสภาวิชาชีพว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย หมวด 6 มาตรฐาน จริยธรรมของการปลูกถ่ายอวัยวะทำให้การปลูกถ่ายอวัยวะและการบริจาคอวัยวะ มีกรอบในการ ประพฤติปฏิบัติเพื่อให้ถูกต้องตามทำนองคลองธรรม⁴⁹ และทำให้การปลูกถ่ายอวัยวะมี ประสิทธิภาพมากขึ้นสามารถช่วยเหลือผู้ป่วยที่รออวัยวะได้อย่างเพียงพอ

2.4.1 จริยธรรมการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคเสียชีวิต

ปัจจุบันการบริจาคอวัยวะของผู้เสียชีวิตได้มาจากผู้เสียชีวิตสมองตายซึ่งเกิดจาก แขนงสมองถูกทำลายอย่างสิ้นเชิงและถาวร ไม่สามารถฟื้นกลับมาได้ฉะนั้นผู้ป่วยจึงไม่สามารถ หายใจได้เองคงอยู่ได้ด้วยเครื่องช่วยหายใจ ในระยะแรกหัวใจยังเต้นอยู่ แต่ต่อมาหัวใจจะเต้นอ่อนลง และความดันโลหิตลดลง ถ้าไม่ได้รับการดูแลโดยการเพิ่มยากระตุ้นหัวใจหรือยาเพิ่มความดันโลหิต หัวใจก็จะหยุดเต้นในเวลาต่อมา การบริจาคอวัยวะจึงเกิดขึ้นจาก “ความไว้วางใจ” ของญาติ ผู้เสียชีวิตที่มีต่อแพทย์ว่าให้การรักษาเต็มที่สุดความสามารถผู้ป่วยเสียชีวิตจริงไม่มีทางฟื้นกลับมา แน่นนอนควรเคารพการตัดสินใจของญาติไม่ว่าจะบริจาคอวัยวะหรือไม่และนำอวัยวะออกเท่าที่ญาติ อนุญาตหรือผู้เสียชีวิตเคยได้อนุญาตไว้เท่านั้น เคารพต่อร่างของผู้เสียชีวิตจัดสรรอวัยวะอย่าง เป็นธรรม เสมอภาค ถูกต้องตามหลักวิชาการ โปร่งใส และไม่มีการซื้อขาย

2.4.1.1 จริยธรรมการจัดสรรอวัยวะ

อวัยวะเป็นทรัพยากรมนุษย์มีจำนวนจำกัดไม่เพียงพอที่จะใช้ในการปลูกถ่ายอวัยวะ ดังนั้นการจัดสรรอวัยวะที่ได้รับบริจาคมาจำเป็นต้องทำด้วยความเสมอภาคเป็นธรรม โปร่งใส ตรวจสอบได้มีระบบธรรมภิบาล ไม่มีการซื้อขายอวัยวะและให้รับรู้โดยทั่วกันทั้งในผู้ป่วยที่รอรับ การปลูกถ่ายอวัยวะบุคลากรทางการแพทย์รวมทั้งสื่อมวลชน สำหรับหลักทั่วไปในการจัดสรร อวัยวะจะคำนึงถึงผลดีที่เกิดขึ้นกับผู้ป่วยที่รอรับการปลูกถ่ายอวัยวะให้มีชีวิตที่ยืนยาวและมีคุณภาพ ชีวิตดีขึ้น (โดยมีหมู่โลหิตตรงกับผู้รอรับและมีผลเนื้อเยื่อใกล้เคียงกันและเข้ากันได้ มีผลปฏิบัติ

⁴⁹ วิศิษฐ์ ฐิตวัฒน์. ผู้อำนวยการศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย, จาก

ระหว่างชีวิตของผู้รับและเมื่อเลือดขาวของผู้ให้เป็นลบ) นอกจากนี้ผู้ที่รอรับอวัยวะมานานก็จะมีโอกาสได้รับการจัดสรรสูงกว่าสำหรับหัวใจ ปอด และตับมีเกณฑ์พิเศษคือ กรณีที่ผู้รอรับหัวใจ ปอด และตับ นั้น มีอาการหนักมาก ถ้าไม่ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะจะเสียชีวิตภายในไม่กี่วันก็จะได้รับการจัดสรรให้ก่อนในกรณีเร่งด่วนการจัดสรรยังพิจารณาการบริจาคอวัยวะในส่วนภูมิภาคของประเทศอีกด้วยเพื่อให้โอกาสแก่คนในภูมิภาคนั้น เช่น เมื่อมีผู้บริจาคในภาคตะวันออกเฉียงเหนือ จะจัดสรรให้กับผู้ที่ลงทะเบียนรอรับอวัยวะในโรงพยาบาลที่อยู่ในภูมิภาคนั้นก่อนแต่ถ้าไม่มีผู้รอรับที่เหมาะสมก็จะจัดสรรให้กับผู้รอรับที่ลงทะเบียนไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทยทั่วประเทศต่อไป

2.4.1.2 จริยธรรมว่าด้วยการผ่าตัดนำอวัยวะออก

ในกรณีที่ได้รับบริจาคหลายอวัยวะ การจัดสรรจะเริ่มจากที่หัวใจ ปอด ตับ และไต ตามลำดับจะเห็นได้ว่าบางครั้งเป็นทีมใหญ่ซึ่งมาจากโรงพยาบาลต่างๆ กันอาจมากถึง 8 คน การผ่าตัดควรทำด้วยความเคารพ นำอวัยวะออกเท่าที่ญาติหรือผู้เสียชีวิตแสดงความจำนงไว้เขียนปิดแผลให้เป็นที่เรียบร้อย พยายามให้ทุกอวัยวะที่นำออกมามีคุณภาพที่ดีก่อนนำไปปลูกถ่ายโดยดูแลด้วยน้ำยาถนอมอวัยวะเก็บไว้ที่อุณหภูมิ 4°C และดูแลมิให้อวัยวะเสียหายหรือสูญหายไปในช่วงการเดินทาง

2.4.1.3 การใช้อวัยวะจากนักโทษประหาร

คณะกรรมการจริยธรรมทั้งของสภากาชาดยุโรปและสมาคมปลูกถ่ายอวัยวะกล่าวว่า “แพทย์ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะต้องไม่เกี่ยวข้องในการรับหรือนำ อวัยวะจากนักโทษประหารไปทำการปลูกถ่าย” หลายคนอาจคิดว่านักโทษประหารอาจจะทำบุญครั้งสุดท้าย แต่ก็ไม่มีใครทราบได้เนื่องจากในขณะที่ถูกคุมขังข้อมขาดอิสรภาพ มีโอกาสที่จะถูกบังคับเป็นไปได้อีกสูง การนำอวัยวะจากนักโทษบางครั้งอาจยังไม่เสียชีวิตจริง สถิตินักโทษประหารอาจเพิ่มมากขึ้นเป็นการปลูกถ่ายอวัยวะเป็นกลุ่มเพื่อผลประโยชน์

2.4.1.4 การซื้อขายอวัยวะ

เมื่อมองอย่างผิวเผินบุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะขายอวัยวะของญาติตนเองที่เสียชีวิตแล้ว เพื่อช่วยเหลือเพื่อนมนุษย์คนอื่น ขณะเดียวกันยังได้ทรัพย์สินหรือสิ่งของเป็นสิ่งที่แลกเปลี่ยน แต่เกือบทั้งโลกรวมทั้งประเทศไทยถือว่าการซื้อขายอวัยวะเป็นสิ่งผิดกฎหมายและเป็นการสร้างอาชีพใหม่ที่ผิดกฎหมาย คือ นายหน้า คนกลาง นำ ไปสู่อาชญากรรม เกิดช่องว่างในสังคมมากขึ้นเมื่อเป็นเรื่องผิดกฎหมาย เป็นตลาดการซื้อขาย ตลาดมืด การผ่าตัดจึงซ่อนเร้นและรีบร้อน ผู้ซื้ออาจได้อวัยวะไม่ดี การซื้อขายใดๆ กำไรย่อมมาก่อนคุณภาพเสมอ อีกทั้งอาจทำให้ผู้ปรารถนาดีที่

ต้องการบริจาคอวัยวะหันหลังให้กับการบริจาคอวัยวะ ซึ่งจะมีผลกระทบต่อความเจริญก้าวหน้าทางวิชาการและโอกาสที่จะได้ช่วยเหลือเพื่อนมนุษย์ที่ทนทุกข์ทรมานอยู่ทั้งหมดไป

2.4.1.5 จริยธรรมว่าด้วยผู้ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะ

เนื่องจากภาวะการณั้ขาดแคลนอวัยวะซึ่งจะได้รับจากการบริจาคเท่านั้น อวัยวะจึงเป็นสิ่งประเสริฐประเมินคุณค่ามิได้ รวมทั้งการดูแลอวัยวะให้มีคุณภาพดี ตลอดจนกระบวนการบริจาคและการปลูกถ่ายอวัยวะก็มีค่าใช้จ่ายสูงเช่นกัน ผู้รับอวัยวะควรประพฤติปฏิบัติโดยชอบที่จะดูแลรักษาอวัยวะนั้นไม่ละเลยต่อการใช้ยากดภูมิคุ้มกัน ปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์หลีกเลี่ยงการเสี่ยงอันตราย เช่น การดื่มสุรา การสูบบุหรี่ อาหารหรือยา ซึ่งอาจเป็นพิษภัยต่อดับ ไต เป็นต้น การถนอมรักษาอวัยวะที่ได้รับมาให้ยาวนาน ก็เป็นการตอบสนองความปรารถนาดีของผู้บริจาคหรือญาติของผู้เสียชีวิตที่บริจาคอวัยวะเช่นกันการทำบุญอุทิศส่วนกุศลให้แก่ผู้บริจาค้นั้นเป็นสิ่งที่ควรปฏิบัติและหากผู้ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะจะเข้าร่วมมือในการรณรงค์การบริจาคอวัยวะก็จะทำให้ภาพลักษณ์ของการปลูกถ่ายอวัยวะงดงามขึ้น

2.4.2 จริยธรรมว่าด้วยการบริจาคอวัยวะจากผู้มีชีวิต

สำหรับในประเทศไทย คณะกรรมการแพทยสภาได้มีข้อบังคับให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะดำเนินการตามเกณฑ์ต่อไปนี้ ผู้บริจาคต้องเป็นญาติโดยสายเลือดหรือคู่สมรสกับผู้รับอวัยวะเท่านั้น ยกเว้นกรณีผู้ป่วยโรคปอดที่ได้รับการปลูกถ่ายหัวใจและปอดพร้อมกันและได้บริจาคหัวใจของตนเองซึ่งยังอยู่ในสภาพที่คิน่าไปให้แก่ผู้ป่วยโรคหัวใจอื่น (Domino) ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะต้องทำการตรวจสอบและรวบรวมหลักฐานที่แสดงว่าผู้บริจาคเป็นญาติโดยสายเลือดหรือเป็นคู่สมรสกับผู้รับอวัยวะ โดยต้องเก็บหลักฐานดังกล่าวไว้ในรายงานผู้ป่วยของผู้รับอวัยวะ นอกจากนี้ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะต้องอธิบายให้ผู้บริจาคทราบถึงความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่างๆ แก่ผู้บริจาค ทั้งจากการผ่าตัดหรือหลังการผ่าตัดอวัยวะที่บริจาคออกแล้วผลกระทบที่อาจเกิดจากการมีอวัยวะเพียงข้างเดียว เมื่อผู้บริจาคเข้าใจและเต็มใจที่จะบริจาคแล้ว จึงลงนามแสดงความยินยอมบริจาคอวัยวะไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือ เพื่อแสดงว่าไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคเป็นค่าอวัยวะ นอกจากนี้ผู้บริจาคต้องมีสุขภาพสมบูรณ์เหมาะสมที่จะบริจาคอวัยวะได้ ในระเบียบสภาวิชาชีพว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภาวิชาชีพ พ.ศ. 2545 หมวด 6 ว่าด้วยมาตรฐานจริยธรรมของการปลูกถ่ายอวัยวะ โดยมีเกณฑ์ทั่วไปสำหรับผู้บริจาคที่มีชีวิต คือ ผู้บริจาคต้องได้รับการตรวจสอบสุขภาพอย่างละเอียดได้มาตรฐานและไม่มีข้อห้ามต่อการบริจาคอวัยวะไม่ถูกบังคับหรือชี้นำ ผู้บริจาคอวัยวะมีสิทธิ์ถอดถอนคำยินยอมได้ทุกเมื่อก่อนการผ่าตัดนำอวัยวะออก การผ่าตัดปลูกถ่ายไตจากผู้บริจาคที่มีชีวิตมีโอกาสจะประสบความสำเร็จสูงมาก แต่ต้องไม่ลืมว่าผู้บริจาคไม่ได้

ประโยชน์อะไรเลย หลายคนอาจคิดว่าอย่างน้อยคงได้ประโยชน์ในแง่จิตใจที่ได้ช่วยเหลือญาติของตนเอง ในประเทศอังกฤษผู้ใจบุญอาจบริจาคอวัยวะได้แต่ต้องผ่านการกลั่นกรองจากหน่วยงานที่เรียกว่า ULTRA (Unrelated Live Transplant Registry Authorities) ถ้าไม่ผ่านคณะกรรมการชุดนี้ แพทย์มีความผิดต้องโทษปรับ 2,000 ปอนด์ หรือจำคุก 3 เดือน

การเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีอย่างรวดเร็วโดยไม่หยุดยั้งและอวัยวะที่จะนำมาใช้ได้รับจากการบริจาคโดยเฉพาะจากผู้เสียชีวิตสมองตาย ย่อมได้รับความสนใจจากชุมชน สังคม และสื่อมวลชนต่างๆ ว่าการดำเนินการต้องอยู่ในกรอบของจริยธรรม มีระบบธรรมาภิบาล ศาสตร์การปลูกถ่ายอวัยวะก็จะได้รับการสนับสนุน ส่งเสริม และมีกลุ่มบุคคลหลากหลายอาชีพเข้าร่วมรณรงค์มากขึ้น เมื่อนั้นจำนวนผู้ป่วยที่ทนทุกข์ทรมานกับการรอคอยโอกาสที่จะได้รับอวัยวะก็จะพันทุกข์ได้มีชีวิตใหม่พร้อมคุณภาพชีวิตที่ดีเพื่อทำประโยชน์ให้กับครอบครัวและสังคมต่อไป⁵⁰

⁵⁰ แหล่งเดิม.

บทที่ 3

ความรับผิดชอบของแพทย์ต่อการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตาย

แม้ว่าการปลูกถ่ายอวัยวะจะถือเป็นหนึ่งในวิธีการรักษาผู้ป่วยที่มีความผิดปกติของการทำงานของอวัยวะสำคัญของร่างกายที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในปัจจุบัน แต่อุปสรรคในทางกฎหมายข้อหนึ่งที่จะทำให้วิทยาการดังกล่าวต้องหยุดชะงักลงและก่อให้เกิดความกังวลในการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ ก็คือปัญหาความผิดทางกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายอาญา เนื่องจากในกระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะแพทย์ต้องกระทำต่อร่างกายของบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นเจ้าของอวัยวะหรือผู้รับอวัยวะ สำหรับการผ่าตัดเพื่อนำอวัยวะเข้าปลูกถ่ายหรือเปลี่ยนแทนอวัยวะเดิมที่เสื่อมสภาพให้แก่ผู้รับอวัยวะนั้น ปัญหาความผิดกฎหมายอาญาย่อมเกิดขึ้นน้อยหรือแทบไม่เกิดขึ้นเลย เนื่องจากการกระทำของแพทย์ต่อผู้รับอวัยวะ ถือได้ว่าเป็นการรักษา เช่นเดียวกับการผ่าตัด หรือการทำการศัลยกรรมทั่วไปให้แก่ผู้ป่วย ซึ่งสังคมยอมรับว่าแพทย์มีอำนาจชอบธรรมที่จะกระทำต่อร่างกายผู้ป่วยเท่าที่จำเป็นในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยนั้นได้ตามหลักวิชา

ดังนั้นปัญหาในทางกฎหมายจึงมักเกิดขึ้นในกรณีการผ่าตัดนำอวัยวะออกจากร่างกายเจ้าของอวัยวะ ทั้งนี้เนื่องจาก การผ่าตัดดังกล่าวหาใช่การรักษาหรือกระทำเพื่อประโยชน์ต่อสุขภาพร่างกายของเจ้าของอวัยวะแต่อย่างใดและในการผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายเจ้าของอวัยวะอาจทำให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายว่า แพทย์มีความชอบธรรมในการที่จะผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายของเจ้าของอวัยวะ ซึ่งแม้จะไม่มีชีวิตแล้วก็ตามแพทย์จะสามารถทำได้แค่ไหนเพียงไร

3.1 การกระทำของแพทย์กับความผิดกฎหมาย

“ความผิดอาญา” ใต้แก่การกระทำ (หรือการไม่กระทำ) ที่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สินของผู้อื่น เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ การปกครอง เพื่อรักษาความสงบสุขเรียบร้อยของชุมชน หรือความเป็นระเบียบเรียบร้อย บทบัญญัติดังกล่าวรัฐจะเป็นผู้บังคับโทษตามกระบวนการที่จัดขึ้นและในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลจะต้องพิจารณาไปตามลำดับขั้นตอน 3 ประการคือ (1) องค์ประกอบ (2) อำนาจกระทำ (3) เหตุยกเว้นโทษ¹ ดังนั้น

¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ช (2553). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. หน้า 15, 18.

การกระทำของแพทย์จะเป็นความผิดอาญาหรือไม่อย่างไรก็ต้องพิจารณาไปตามลำดับดังกล่าว เช่นกัน ทั้งนี้การกระทำของแพทย์นั้นเกี่ยวข้องกับความคิดตามประมวลกฎหมายอาญาอยู่หลาย มาตราและรวมถึงกฎหมายอื่นๆ ที่มีโทษทางอาญาคด้วย

3.1.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย มาตรา 295 “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ ภายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำของแพทย์ในการผ่าตัดอวัยวะผู้ป่วยเพื่อนำไปปลูกถ่ายให้กับ ผู้อื่นนั้นจะถือว่าแพทย์กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือไม่ ขั้นตอนแรกก็ต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบ ความผิดฐานนี้ คือ องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือ จิตใจของผู้อื่นองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนาธรรมดา

การทำร้ายหมายถึง² การกระทำต่อร่างกายหรือจิตใจมีผลให้บาดเจ็บ เสียหาย โดยการ กระทำของแพทย์ต่อร่างกายผู้ป่วย นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ถือว่าเป็นการทำร้ายร่างกายซึ่งเข้า องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ ส่วนองค์ประกอบภายในก็คือเจตนาธรรมดาและ การกระทำของแพทย์ถือว่ามิเจตนาเพราะแพทย์ต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเสี่ยงเห็นผลแล้วว่าจะเกิด อันตรายแก่กายของผู้ป่วย

เมื่อการกระทำของแพทย์ครบองค์ประกอบความผิดขั้นต้นต่อมาก็ต้องมาพิจารณาถึง อำนาจกระทำว่าแพทย์มีอำนาจในการกระทำต่อผู้ป่วยหรือไม่ เพราะถ้าหากแพทย์มีอำนาจกระทำ แล้วแพทย์ก็จะไม่มีความผิดอาญาแต่อย่างใด นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นว่าการกระทำของ แพทย์เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายแต่ความยินยอมของผู้ป่วยที่ให้แพทย์กระทำต่อร่างกายของ ตน ทำให้การกระทำของแพทย์ไม่มีความผิดและเหตุผลที่ทำให้การกระทำของแพทย์ไม่เป็ นความผิดนั้นก็ยังมีผู้แสดงไว้ต่างกันไป เช่น ความยินยอมก่อให้เกิดอำนาจแก่แพทย์ในการกระทำต่อ ผู้ป่วย โดยกฎหมายจารีตประเพณี การนำหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่ายินยอมแล้วไม่มีความผิด (Volenti non fit injuria)³ มาใช้ในทางกฎหมายอาญาแม้ในต้วบทกฎหมายจะไม่บัญญัติไว้ก็ตาม⁴ จากแนวความคิดนี้ ถือว่าความยินยอมของผู้ป่วยทำให้การกระทำของแพทย์ต่อผู้ป่วยพ้นจาก ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่ถ้าผู้ป่วยไม่ยินยอม แพทย์ต้องรับผิดฐานทำร้ายร่างกาย (โดยเจตนา)

² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ุค (2554). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความคิดและลหุโทษ. หน้า 239.

³ จิตติ ดิงศักดิ์ย์. (2518). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 2 (แก้ไขเพิ่มเติม). หน้า 634-660.

⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ง (2546). กฎหมายการแพทย์: ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพ คำนการแพทย์และสาธารณสุข. หน้า 34-35.

จึงทำให้เกิดประเพณีปฏิบัติกันทั่วไป เมื่อผู้ป่วยถูกรับเข้ารักษาตัวในโรงพยาบาลต้องมีการให้ผู้ป่วยลงชื่อแสดงความยินยอมว่าจะยอมรับการปฏิบัติของแพทย์ของทางโรงพยาบาลทุกประการเพื่อให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา⁵

โดยทั่วไปแล้วความยินยอมไม่มีผลที่จะยกเลิกความผิดส่วนความยินยอมที่จะมีผลทำให้การกระทำนั้นๆ ไม่เป็นความผิดได้จะต้องประกอบด้วยหลักนี้⁶

1. ความยินยอมนั้นจะต้องไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชนส่วนการกระทำใดจะเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่นั้น คงต้องดูความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องถิ่นในเวลาที่เกิดกระทำความผิดว่าเป็นการกระทำที่คนทั่วไปยอมรับได้ในขณะนั้นๆ หรือยอมรับกันมานาน⁷

2. ความยินยอมนั้นจะต้องเกิดขึ้นโดยความบริสุทธิ์ใจโดยเสรีและชัดแจ้งปราศจากการข่มขู่ ล่อลวงหรือสำคัญผิด ในข้อนี้ก็ยังคงมีปัญหาต่อไปอีกว่าผู้ยินยอมจะต้องมีความรู้ความเข้าใจแค่ไหนจึงจะเรียกว่ามีการยินยอมโดยบริสุทธิ์ใจ กล่าวคือผู้กระทำจะต้องมีความเข้าใจถึงเนื้อหาสาระในการยินยอมของตน คือเข้าใจว่าเมื่อตนยินยอมให้เขาทำอะไรแก่ตนแล้วผลจะเป็นอย่างไร เช่น แพทย์จะผ่าตัดคนไข้ต้องอธิบายให้คนไข้เข้าใจถึงผลดีผลเสียของการผ่าตัดนั้นที่จะมีขึ้นแก่คนไข้เอง หากอธิบายแล้วไม่เข้าใจก็ดีหรืออธิบายไม่ตรงกับความจริงเพื่อให้เขายินยอมก็ถือว่าเขายินยอมโดยบริสุทธิ์ใจไม่ได้ ต้องอธิบายหรือบอกเล่าสิ่งนั้นให้ผู้ให้ความยินยอมได้รู้โดยไม่ปกปิดซึ่งหลักการนี้น่าจะตรงกับหลัก ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) ในกฎหมายอเมริกัน⁸

3. ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่ตลอดเวลาที่กระทำความผิด ความยินยอมนั้นมีอยู่ตั้งแต่ก่อนการกระทำเกิดขึ้น ไปจนถึงการกระทำนั้นเสร็จสิ้นลงและก่อนที่การกระทำนั้นจะสิ้นสุดลงระหว่างนั้นผู้ให้ความยินยอมจะเลิกให้ความยินยอมเสียก็ได้และเมื่อผู้ให้ความยินยอมเลิกให้ความยินยอมแล้วหากผู้กระทำยังขึ้นกระทำอยู่ ผู้กระทำย่อมจะอ้างความยินยอมอีกไม่ได้แต่ถ้าความยินยอมนั้นเกิดขึ้นภายหลังการกระทำจะถือว่าไม่ใช่ความยินยอมเป็นเพียงการให้อภัยหรือยกโทษให้ซึ่งไม่ทำให้ผู้กระทำพ้นความรับผิดชอบ

โดยหลักเรื่องความยินยอมนี้เป็นไปตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหาย ให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและยินยอมอยู่จนถึงขณะกระทำการ

⁵ แหล่งเดิม. หน้า 35.

⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ข เล่มเดิม. หน้า 161-163

⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ง เล่มเดิม. หน้า 37.

⁸ แหล่งเดิม. หน้าเดิม.

อันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้”

ดังนั้นเมื่อพิจารณาหลักความยินยอมแล้วแพทย์ก็สามารถที่จะอ้างความยินยอมของผู้ป่วยเพื่อทำการผ่าตัดอวัยวะออกจากผู้ป่วยได้โดยไม่มี ความผิดทางอาญาฐานทำร้ายร่างกายได้

นอกจากเรื่องความยินยอมแล้วแพทย์ยังสามารถอ้างเหตุได้ว่าแพทย์มีอำนาจกระทำ ได้เพื่อจะได้ไม่มีความผิดอาญาอีกหรือไม่ ในประมวลกฎหมายอาญามีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำ ได้หลายเหตุ เหตุหนึ่งก็คือได้ว่าเป็นบทบัญญัติทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญาก็คือ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามที่ประมวลกฎหมายอาญาบทบัญญัติรับรองไว้ใน มาตรา 68⁹

แนวคิดเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นเรื่อง “อำนาจในการคุ้มครองตนเอง¹⁰” ต่อ “ภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย”

ดังนั้นสถานการณ์ที่ผู้กระทำจะสามารถอ้างความชอบธรรมในการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นต้องเป็นกรณีที่มีการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายนั้นเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ซึ่งการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงที่เกิดขึ้นนี้กระทบต่อสิทธิของตนเองหรือผู้อื่นก็ได้¹¹

สำหรับการประทุษร้าย คือการกระทำของมนุษย์ที่เป็นการคุกคามสิทธิของบุคคล โดยการประทุษร้ายนั้นอาจเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทก็ได้¹² นอกจากนั้นการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายไม่จำเป็นว่าการประทุษร้ายนั้นต้องเป็น “ความผิดกฎหมาย” เท่านั้นแต่ยังหมายรวมถึงการกระทำที่ไม่สามารถหยาบคายเอา “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ขึ้นกล่าวอ้างได้ด้วยเหตุนี้การป้องกันต่อการป้องกันจึงเกิดขึ้นมิได้¹³

จากการพิจารณาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว เห็นว่าแพทย์มีอำนาจอ้างการกระทำโดยฟ้องยกให้เป็นเหตุแห่งอำนาจกระทำได้ ทั้งนี้เนื่องจากความเจ็บป่วยที่เกิดขึ้นแก่ผู้ป่วย หรือผู้รับอวัยวะนั้น หากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายแต่อย่างใดไม่

⁹ มาตรา 68 ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือของผู้อื่น ให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด.

¹⁰ คณิต ฒ นคร ค (2547). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 182.

¹¹ แหล่งเดิม. หน้า 182-183.

¹² แหล่งเดิม. หน้า 183.

¹³ แหล่งเดิม. หน้า 184.

ขั้นตอนสุดท้ายในการพิจารณาความรับผิดชอบของแพทย์ นั่นก็คือเหตุยกเว้นโทษ หากการกระทำของแพทย์ในการผ่าตัดอวัยวะจากร่างกายผู้ป่วยเป็นความผิดอาญาแล้ว เนื่องจากครอบงำประกอบความผิดและไม่มีอำนาจให้แพทย์กระทำไม่ได้เพราะไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย เช่นนี้จะมีเหตุใดที่แพทย์จะอ้างเป็นเหตุยกเว้นโทษได้หรือไม่ ซึ่งจากการกระทำของแพทย์ก็เห็นจะเป็นเรื่องการทำความผิดด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

หลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ได้ก่อกำเนิดและได้รับการพัฒนา จากคำพิพากษาของศาลสูงแห่งอาณาจักรไรช์ (Reichsgericht) ในคดีที่แพทย์ทำแท้งหญิง¹⁴ โดยได้วางหลักไว้ว่าเมื่อกรณีทำแท้งเป็นกรณีที่คุณธรรมทางกฎหมายสองอันเกิดขึ้นขัดแย้งกัน ทำให้บุคคลจำเป็นต้องทำลายคุณธรรมทางกฎหมายที่ด้อยกว่า¹⁵ คือชีวิตลูกในครรภ์เพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่าคือ ชีวิตมารดาและเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่มีทางเลือกอื่นแล้ว การกระทำนั้นเป็น “ความจำเป็นที่เหนือกฎหมาย” (Ubergesetzlicher Notstand) ผู้กระทำไม่มีความผิดและต่อมาก็ได้มีการนำเอาหลัก “ความจำเป็นที่เหนือกฎหมาย” ไปปรับใช้กับคดีอื่นอย่างกว้างขวางในเวลาต่อมา

และได้รับการพัฒนาและวิวัฒนาการต่อมาจนเรียกกันว่า “ความจำเป็นที่เหนือกฎหมาย” และในปี ค.ศ. 1975 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้รับการแก้ไขปรับปรุงครั้งใหญ่ และได้มีการบัญญัติ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำ” ในกรณีดังกล่าวลงไว้ในภาคทั่วไปแห่งประมวลกฎหมายอาญา¹⁶

ในประเทศไทยประมวลกฎหมายอาญาได้รับหลักการดังกล่าวเป็นเหตุผลเบื้องหลังบทบัญญัติในมาตรา 305 (1) นั่นเอง ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมีข้อสาระสำคัญอันเป็นหัวใจอยู่ 3 ประการ¹⁷

1. เป็นกรณีที่ประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายสองอย่างเกิดขัดแย้งกันทำให้ผู้กระทำ “จำเป็นต้องเลือก” รักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งกล่าวคือเป็นกรณีของการกระทำที่เกิดจากการชั่งประโยชน์ หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่ขัดแย้งกันนั้นและ
2. เป็นกรณีที่เป็นการ “เลือกทำลาย” ประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่ด้อยกว่าเพื่อรักษาประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่าและ

¹⁴ กุสุม่า จินดาทิพย์. (2531). *ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ*. หน้า 18-19.

¹⁵ แหล่งเดิม. หน้า 1. โดยถือว่าเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือทฤษฎีความชั่วร้ายที่น้อยกว่า.

¹⁶ คณิต ฒ นคร ค เล่มเดิม. หน้า 190-191.

¹⁷ แหล่งเดิม. หน้า 191-192.

3. การกระทำในกรณีนั้นเป็นทางเลือกเดียวเท่านั้นการกระทำที่อ้างความจำเป็นชอบด้วยกฎหมายนั้นอาจไปกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายของบุคคลที่ 3 ได้ฉะนั้นการกระทำที่จำเป็นต้องกระทำโดยที่ไม่มีทางเลือกอื่น

นอกจากนั้นผู้กระทำต้องมีเจตนาในการช่วยเหลือ¹⁸ ซึ่งถือเป็นส่วนอัตตะวิสัยของผู้กระทำ การกระทำเพราะเหตุจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายต้องเป็นการกระทำที่ได้กระทำโดยเจตนาช่วยเหลือผู้อื่นด้วย

ด้วยแนวความคิดในการชั่งน้ำหนักประโยชน์ระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายที่ขัดแย้งกันและการแสดงให้เห็นถึงความชอบธรรมในการเลือกที่จะทำลายคุณธรรมทางกฎหมายที่ด้อยกว่าเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่าหากการทำลายนั้น เป็นหนทางเดียวที่จะรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงค่ากว่านั้น จึงเป็นปัญหาว่า การสละอวัยวะเพื่อนำเอาอวัยวะนั้นไปรักษาชีวิตผู้ป่วยจะถือได้ว่าเป็นไปตามหลักการและแนวคิดของหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะทำให้แพทย์มีอำนาจผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายเจ้าของอวัยวะเพื่อนำมาปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยได้หรือไม่

ต่อปัญหาดังกล่าวมีผู้ให้ความเห็นว่า¹⁹ หลักการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวนี้มีขอบเขตในการบังคับใช้อย่างจำกัด เนื่องจากหากพิจารณาถึงประวัติความเป็นมาแล้วพบว่า หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวกำเนิดขึ้นจากการที่แพทย์ตัดสินใจเลือกที่จะรักษาชีวิตมารดาไว้ด้วยการทำแท้งทารกในครรภ์มารดานั้น หากไม่มีทางเลือกอื่นใดที่จะรักษาชีวิตมารดาได้ดีไปกว่าวิธีนี้ โดยจะสังเกตได้ว่า กรณีดังกล่าวนี้ทั้งชีวิตมารดาและชีวิตในครรภ์มารดาหรือคุณธรรมทางกฎหมายทั้งสองนี้ต่างดำรงอยู่ในตัวผู้เสียหายหรือผู้กระทำเพียงคนเดียว นั่นคือมารดาผู้อุ้มครรภ์นั้น การกระทำของแพทย์จึงเป็นการกระทำต่อเจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายเพียงคนเดียว แต่กระทบถึงคุณธรรมทางกฎหมายของบุคคลนั้นถึงสองประการ เช่นเดียวกับการที่แพทย์ผ่าตัดรักษาผู้ป่วยเพื่อรักษาชีวิตของบุคคลนั้นเอง การทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายของร่างกายผู้ป่วยก็มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาชีวิตของผู้นั้น

ดังนั้นแม้หลักความจำเป็นชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวจะเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมายสองประการที่ขัดแย้งแต่คุณธรรมทางกฎหมายทั้งสองย่อมต้องอยู่ในตัวเจ้าของคุณธรรมคนเดียวกัน

¹⁸ แหล่งเดิม. หน้า 194-195.

¹⁹ อติรุจ ดันบุญเจริญ. (2548). *มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะ: ศึกษากรณีผู้บริจาคยังมีชีวิตอยู่*. หน้า 49.

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายผู้บริจาค แพทย์จึงไม่สามารถยกเอาหลักความจำเป็นชอบด้วยกฎหมาย ขึ้นเป็นอำนาจกระทำของตนได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการกระทำของแพทย์ คือการตัดเอาอวัยวะที่บริจาคออกจากร่างกายผู้บริจาค หากใช้การกระทำเพื่อช่วยเหลือตัวผู้บริจาคแต่อย่างใดไม่ คุณธรรมทางกฎหมายที่ขัดแย้งกันหาใช่อยู่ในตัวผู้บริจาคคนเดียวกันแต่อย่างใด ทั้งนี้ก็ด้วยเหตุผลของการเทียบเคียงหลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง มาพิจารณาในกรณีของอำนาจกระทำของแพทย์ต่อกรณีทำลายชีวิตในครรภ์มารดา เพื่อช่วยรักษาชีวิตของหญิงผู้เป็นมารดานั่นเอง

อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่าการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมายสองประการที่ขัดแย้งนั้น ไม่จำเป็นที่คุณธรรมทางกฎหมายทั้งสองจะต้องอยู่ในตัวเจ้าของคุณธรรมคนเดียวกัน เนื่องจากการกระทำที่อ้างเหตุจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น หัวใจสำคัญคือผู้กระทำต้องมีเจตนาที่จะช่วยเหลือผู้อื่น ซึ่งหมายความว่าแม้คุณธรรมทางกฎหมายที่ค้ำยันกว่าอีกประการหนึ่งจะถูกทำร้าย แต่เมื่อผู้กระทำมีเจตนาที่จะช่วยเหลือผู้อื่นแล้วผู้กระทำก็ย่อมอ้างเหตุจำเป็น โดยชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนั้นเมื่อแพทย์ผ่าตัดนำอวัยวะออกจากร่างกายของเจ้าของอวัยวะแม้ว่าการผ่าตัดนั้น จะเป็นการทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายอื่นๆ แต่เมื่อการกระทำของแพทย์นั้นมีเจตนาที่จะช่วยเหลือผู้ป่วยที่รอรับอวัยวะอยู่ การกระทำของแพทย์จึงอาจอ้างหลักความจำเป็น โดยชอบด้วยกฎหมายได้

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายที่ทำให้เกิดผลร้ายแรงขึ้น

มาตรา 290 “ผู้ใดมิได้มีเจตนาฆ่า แต่ทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้นั้นถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี

ถ้าความผิดนั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใด ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289 ผู้กระทำ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงยี่สิบปี”

ความผิดฐานนี้ทั้งองค์ประกอบความผิดภายนอกและภายในเป็นเช่นเดียวกับมาตรา 295 ทั้งสิ้นเพียงแต่ผลที่เกิดขึ้นนั้นมันร้ายแรงกว่าซึ่งทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น นั่นก็คือผู้ที่ถูกทำร้ายนั้นถึงแก่ความตาย จากการวิเคราะห์การกระทำของแพทย์ที่ถือได้ว่าแพทย์กระทำผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 นั้นแต่แพทย์ก็ยังสามารถอ้างความยินยอมของผู้ป่วยเพื่อให้พ้นความรับผิดได้ แต่ถ้ากรณีแพทย์ทำการผ่าตัดนำอวัยวะออกจากผู้ป่วยโดยที่ผู้ป่วยไม่ยินยอมแล้วทำให้ผู้ป่วยนั้นถึงแก่ความตาย แพทย์ผู้กระทำก็จะต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 290 นี้เพราะเมื่อผู้ป่วยไม่ยินยอมจึงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายอยู่และการผ่าตัดนั้นทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายจึงทำให้แพทย์มีความผิดตามมาตรา 290 ฐานฆ่าโดยไม่เจตนา

ปัญหามีต่อไปว่าหากแพทย์ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยซึ่งทำให้ความผิดฐานทำร้ายร่างกายหมดไป แต่ในการผ่าตัดนั้นแพทย์ทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิต จะถือว่าแพทย์ผู้กระทำมีความผิดตาม

มาตรา 291 “ผู้ใดกระทำโดยประมาทและการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีและปรับไม่เกินสองหมื่นบาท” หรือเป็นความผิดตามมาตรา 288 “ผู้ใดฆ่าผู้อื่นต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”

จะเห็นได้ว่าความผิด 2 ฐาน นี้คือ มาตรา 291 ฐานฆ่าโดยประมาท มาตรา 288 ฐานฆ่าโดยเจตนา ต่างกันตรงองค์ประกอบความผิดภายในเท่านั้นคือ เจตนาที่ประมาทเพราะฉะนั้น การกระทำของแพทย์จะเป็นความผิดฐานใดนั้นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบภายในเป็นสำคัญ เช่น กรณีผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดอวัยวะของตนเพื่อนำไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่นแล้วในระหว่างการผ่าตัดนั้นแพทย์ปราศจากความระมัดระวังหรือควรจะใช้ความระมัดระวังได้แต่ไม่ใช้ ซึ่งมีข้อพิจารณาในลักษณะการประมาทของแพทย์ดังนี้²⁰

ก. ผู้กระทำนั้น มีความระมัดระวังเทียบเท่ากับบุคคลในอาชีพแพทย์เช่นเดียวกับผู้กระทำหรือไม่ ตัวอย่างแพทย์ที่ทำการผ่าตัดผู้ป่วยในงานที่แพทย์ผู้ชำนาญการผ่าตัดต้องทำ ถ้าแพทย์ที่ทำการผ่าตัดไม่เคยฝึกอบรมการผ่าตัดมาเลย ย่อมถือว่าแพทย์ผู้นั้นปราศจากความระมัดระวังตามวิสัยที่แพทย์ผ่าตัดควรจะมี ถ้าเกิดความบกพร่องจากการผ่าตัดเกิดขึ้นก็เป็นผลจากความประมาท

ข. ผู้กระทำนั้นแม้มีความระมัดระวังอยู่แล้ว แต่ถ้าการกระทำครั้งนั้นใช้ความระมัดระวังน้อยกว่าแพทย์ประเภทเดียวกันควรจะมีและควรจะใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้และทำให้เกิดความบกพร่องขึ้น เช่น ศัลยแพทย์ที่ฝึกอบรมมาอย่างดี มีความระมัดระวังในฐานะศัลยแพทย์พร้อม แต่วันหนึ่งผ่าตัดผู้ป่วยในช่องท้องแล้วปลายมีดไปโดนลำไส้ทะลุ โดยไม่ทราบเกิดอันตรายต่อผู้ป่วย เช่นนี้ถือว่าเป็นการใช้ความระมัดระวังไม่เพียงพอเมื่อเทียบกับศัลยแพทย์อื่นที่อยู่ในสถานะเดียวกันนั้นเป็นความประมาทเลินเล่อ

ค. การกระทำโดยประมาทของแพทย์ต้องพิจารณาจากสถานการณ์ด้วย คือ แพทย์ที่ตรวจรักษาผู้ป่วยในสภาวะใดก็ต้องเปรียบเทียบการตรวจรักษาของแพทย์ประเภทเดียวกันในสภาวะเดียวกันด้วย เช่น การตรวจรักษาในโรงพยาบาลชุมชน การผ่าตัดในโรงพยาบาลสนามก็ต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับการตรวจรักษาในโรงพยาบาลชุมชนหรือโรงพยาบาลสนามเช่นกันด้วย

เมื่อการกระทำของแพทย์เข้าลักษณะการประมาทดังกล่าวและการผ่าตัดนำอวัยวะออกนั้นเป็นสาเหตุให้ผู้ป่วยเสียชีวิตซึ่งเป็นการสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล แพทย์ก็มีความผิดฐานฆ่าโดยประมาทตามมาตรา 291 ได้

กรณีผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดอวัยวะไปปลูกถ่ายแต่แพทย์มีเจตนาที่จะทำให้ผู้ป่วยนั้นเสียชีวิต กรณีจะเกิดกรณีแบบนี้ขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้ป่วยต้องการจะตายและขอร้องให้แพทย์ฉีดยาให้เขาตายไปซึ่งการที่แพทย์ทำตามความต้องการของผู้ป่วยดังกล่าว ย่อมมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตาม

²⁰ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ เล่มเดิม. หน้า 46.

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 กรณีเช่นนี้ ความยินยอมของผู้ป่วยคงไม่สามารถจะนำมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดไม่ว่ากรณีใด เพราะเป็นความยินยอมที่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีซึ่งคนส่วนใหญ่คงไม่ยอมรับ²¹ หรือกรณีแพทย์วินิจฉัยผู้ป่วยสมองตายโดยไม่สุจริตเพื่อที่จะได้ถือว่าผู้ป่วยนั้นตายแล้วเร็วขึ้นเพราะการเร่งให้ตายเป็นการฆ่าอย่างหนึ่ง²² แพทย์ก็อาจมีความรับผิดชอบฆ่าโดยเจตนาได้เช่นกัน

กล่าวโดยสรุปการกระทำของแพทย์กับความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญานั้น ถือได้ว่าการกระทำของแพทย์เป็นความผิดอาญาตามที่ได้พิจารณาจาก 3 ลำดับชั้นตอนข้างต้นนั้น และแพทย์ต้องรับผิดชอบจากการกระทำของตนนั้น แต่จะเห็นได้ว่าแพทย์สามารถอ้างความยินยอมของผู้ป่วยเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบอาญาใดๆ ได้ เพราะถือว่าแพทย์มีอำนาจกระทำได้แต่อย่างไรก็ตามถ้าหากมีความตายเกิดขึ้นความยินยอมของผู้ป่วยก็ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบอาญาใดๆ ได้ ซึ่งเป็นไปตามหลัก “ความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” เพราะการที่นักกฎหมายอาญากำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้น ไม่ได้มีไว้เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเอกชนตนใดคนหนึ่ง โดยเฉพาะเท่านั้น แต่โดยหลักแล้วมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นประการสำคัญและความสงบสุขเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมนี้เอง ทำให้ความยินยอมของบุคคลใดบุคคลหนึ่งให้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดไม่อาจลบล้างความผิดนั้นได้ เพราะเมื่อเกิดการกระทำที่ผิดอาญาแล้วย่อมกระทบกระเทือนความรู้สึกของคนทั่วไปไม่ใช่แต่เฉพาะผู้เสียหายแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ดังนั้นการที่จะลงโทษใครเพราะการกระทำที่เป็นความผิดจึงไม่ควรขึ้นอยู่กับความต้องการของผู้เสียหายคนเดียวเท่านั้น จริงอยู่แม้ในบางความผิดนั้นกฎหมายมุ่งประสงค์โดยตรงที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของเอกชนโดยเฉพาะ แต่ก็เพื่อมุ่งโดยตรงในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมนั่นเองทำให้เห็นได้ว่าความยินยอมของผู้เสียหายไม่ใช่เหตุลบล้างความผิดอาญา²³ ส่วนกรณีที่ไม่น่าจะขอความยินยอมจากผู้ป่วยและแพทย์ก็ไม่มีทางอื่นใดที่จะทำโดยไม่ผิดกฎหมายแพทย์ก็อาจอ้างเหตุจำเป็นมาเป็นเหตุยกเว้นโทษได้

²¹ แหล่งเดิม, หน้า 44.

²² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก เล่มเดิม, หน้า 221.

²³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2534). “ความยินยอมในการปลุกถ่ายอวัยวะ: ปัญหาทางกฎหมายและทางแก้ไข.” *วารสารนิติศาสตร์*, 21 (4), หน้า 573.

3.1.2 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

บทบัญญัติแห่งกฎหมายพิเศษที่อยู่ในรูปพระราชบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การประกอบวิชาชีพที่ปฏิบัติหรือต้องกระทำต่อร่างกายมนุษย์ของแพทย์ ในปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติ วิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ในพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดขอบเขตของคำว่า “วิชาชีพ เวชกรรม” ไว้ในมาตรา 4 ดังนี้ “วิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่าวิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับ การตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วย เลนส์สัมผัส การแทงเข็ม หรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความ รวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การนวดยา หรือสสาร การสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปใน ร่างกาย ทั้งนี้เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย

ด้วยบทนิยามของคำว่าวิชาชีพเวชกรรมดังกล่าวแล้วแต่เป็นการกระทำต่อมนุษย์ทั้งสิ้น ทำให้มีผู้เห็นว่า การที่กฎหมายบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนนี้ ถือว่าเป็นบทกฎหมายที่ให้อำนาจ แพทย์สามารถกระทำการดังกล่าวต่อผู้ป่วยหรือบุคคลอื่นได้ โดยถือว่าเป็นอำนาจอันชอบธรรม ตามกฎหมายโดยการกระทำดังกล่าวต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้²⁴

1. ผู้กระทำเป็นแพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม
2. การกระทำนั้นอยู่ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม
3. ผู้ป่วยต้องให้ผู้ความยินยอมโดยสมบูรณ์หรือโดยถูกต้องตามกฎหมาย ความยินยอม ของผู้ป่วยกรณีนี้ ทำให้การกระทำนั้นเป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรม เพราะอาศัยหลักของ จริยธรรมแห่งวิชาชีพที่ยอมรับกันทั่วไปทุกประเทศ ซึ่งกำหนดว่าหน้าที่ของแพทย์ต่อผู้ป่วยจะ เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ป่วย ยอมให้แพทย์ทำการรักษา หรือกระทำการต่างๆ ในขอบเขตของวิชาชีพและ แพทย์ตกลงที่จะรับทำการนั้น²⁵

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การกระทำของแพทย์ที่กระทำต่อร่างกายของผู้ป่วยในขอบเขตของ การประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นจะถือเป็นการประกอบวิชาชีพตามกฎหมายได้ ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยเสียก่อน²⁶

สำหรับการกระทำของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะ การผ่าตัดเพื่อนำเอาอวัยวะไป เย็บติดหรือปะติดแทนอวัยวะที่เสื่อมในร่างกายผู้ป่วยหรือผู้รับอวัยวะนั้น ถือได้ว่าเป็นการประกอบ วิชาชีพเวชกรรมเช่นกัน เมื่อการประกอบวิชาชีพเวชกรรมต่อร่างกายผู้รับอวัยวะเป็นไปตาม

²⁴ วิทยุ อึ้งประพันธ์ ข เล่มเดิม, หน้า 195-196.

²⁵ แหล่งเดิม, หน้า 196.

²⁶ วิทยุ อึ้งประพันธ์ ข เล่มเดิม, หน้า 24.

หลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการข้างต้นแล้วนั้น แพทย์ผู้กระทำย่อมมีอำนาจกระทำต่อร่างกายผู้รับอวัยวะได้ โดยไม่เป็นการผิดกฎหมายแต่อย่างใด

ในกรณีที่ต้องกระทำต่อร่างกายเจ้าของอวัยวะเพื่อนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายเจ้าของอวัยวะที่เสียชีวิตแล้วนั้น มีผู้ให้ความเห็นว่าตามหลักวิชาทางการแพทย์ต้องเลือกหาผู้บริจาคอวัยวะที่มีหมู่เลือดและลักษณะอวัยวะที่เข้ากันได้กับผู้ป่วย ตลอดจนต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของอวัยวะที่จะนำไปใช้ปลูกถ่าย การกระทำการผ่าตัดเพื่อปลูกถ่ายแพทย์ต้องพิจารณาปัญหาและข้อบ่งชี้ในทางหลักวิชาแพทย์อย่างถี่ถ้วนแล้ว เมื่อทั้งผู้ให้และผู้รับเต็มใจยินยอมทั้งสองฝ่าย แพทย์จึงผ่าตัดให้ ดังนั้นจึงเห็นว่าการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะจึงอยู่ในขอบวนการของการรักษาโรคอย่างแท้จริง เพราะฉะนั้นแม้เจ้าของอวัยวะจะเสียชีวิตแล้ว แต่หากเป็นผู้ยอมสละอวัยวะ การผ่าตัดอวัยวะออกจากร่างกายของเจ้าของอวัยวะก็ต้องถือเป็นส่วนหนึ่งของการรักษาโรคด้วยซึ่งย่อมเป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเช่นกัน²⁷

อย่างไรก็ตามในกรณีดังกล่าวมีผู้แย้งว่า แม้จะมีพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 รับรองการกระทำของแพทย์ไว้ในความหมายของคำว่าวิชาชีพเวชกรรมก็ตามแต่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวบัญญัติขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้เป็นไปอย่างมีมาตรฐาน และไม่ได้มีผลขนาดว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายอาญา²⁸

ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่ทำให้แพทย์มีอำนาจกระทำต่อร่างกายผู้ป่วยได้เพราะความยินยอมของผู้ป่วยทำให้ไม่เป็นการผิด แต่ทั้งนี้การกระทำของแพทย์ต้องเป็นไปตามลักษณะ 3 ประการที่จะถือว่าเป็นการประกอบวิชาชีพตามกฎหมาย หากขาดข้อใดข้อหนึ่งไปการกระทำของแพทย์จะมีความผิดอาญาเกิดขึ้นทันทีและโดยเฉพาะความยินยอมของผู้ป่วยต้องเป็นความยินยอมตามหลักที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อก่อนหน้านี้นี้ จึงจะถือว่าเป็นความยินยอมที่สมบูรณ์ เพราะกรณีผู้ป่วยไม่ยินยอมแล้วแพทย์ไปทำการผ่าตัดก็ชัดเจนอยู่แล้วว่าเป็นการผิดหรือถึงแม้ผู้ป่วยจะยินยอมแต่แพทย์นั้นไม่มีใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ซึ่งนอกจากจะมีความผิดตามกฎหมายวิชาชีพแล้วการผ่าตัดก็มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายด้วย ส่วนการกระทำที่ไม่อยู่ในข่ายของวิชาชีพ เช่น ฟังเครื่องรางของขลังตามแขนและลำตัว เช่นนี้ ไม่ว่าผู้กระทำจะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพหรือไม่ แม้ผู้ถูกกระทำจะยินยอม การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นการประกอบวิชาชีพแต่คงพิจารณาได้ว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องการทำร้ายร่างกาย²⁹

²⁷ แหล่งเดิม. หน้า 198-199.

²⁸ กมลชัย รัตนสภาวะ. (2523). ความยินยอมในกฎหมายอาญา. หน้า 114.

²⁹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 39.

3.1.3 พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550

มาตรา 12 ได้บัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะขอรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตนหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้

การดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้วมิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดทั้งปวง”

มาตรา 12 ดังกล่าวนี้อาจมีผลเป็นการยอมรับทางกฎหมายครั้งแรกของประเทศไทยว่าบุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาล่วงหน้าไม่ประสงค์ขอรับบริการทางสาธารณสุข “เพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตนหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้” การทำหนังสือแสดงเจตนาประสงค์ล่วงหน้าได้นี้มีลักษณะคล้ายกับการทำพินัยกรรมชีวิต (Living Will) ของต่างประเทศ และมีผลเป็นการคุ้มครองทางกฎหมายแก่บุคลากรทางวิชาชีพด้านสาธารณสุขที่ได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาความประสงค์ที่ไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ทางอาญา ทางปกครอง ฯลฯ ทั้งปวงในต่างประเทศก็ได้มีการประกาศใช้กฎหมายในลักษณะนี้เช่นกัน เช่น ประเทศฝรั่งเศสได้ประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ. 2548

อนึ่ง มาตรา 12 ที่อนุญาตให้มีการยุติการช่วยชีวิตบุคคลเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายได้จะเกิดผลดีอย่างสูงแก่การช่วยชีวิตบุคคลที่อยู่ในภาวะสมองตาย (Brain Death) ที่มีชีวิตอยู่ได้ด้วยเครื่องช่วยหายใจที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งตามโรงพยาบาลทั้งของรัฐและของเอกชนและทำให้ปัญหาทางกฎหมายที่ว่าบุคลากรทางแพทย์ อาทิ แพทย์และพยาบาล มาช้านานว่าจะต้องรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาหรือไม่อย่างใดได้ยุติลงก่อให้เกิดความมั่นใจและเป็นธรรม แก่บุคลากรทางการแพทย์มากยิ่งขึ้น

ปัญหาการตายทางการแพทย์ที่เรียกว่าสมองตายนี้ได้เกิดขึ้นมาช้านานแล้วและในทางปฏิบัติแพทย์ก็จะยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยเพื่อปล่อยให้ตายโดยสงบ ทั้งนี้ส่วนใหญ่จะเกิดจากความยินยอมของญาติผู้ป่วยด้วย แต่ในทางกฎหมายก็ยังมีข้อโต้แย้งกันตลอดมาว่าการตายทางการแพทย์เช่นนี้จะถือว่าเป็นการตายในทางกฎหมายด้วยหรือไม่ เพราะหากทางกฎหมายไม่ยอมรับว่าเป็นการตายด้วยโดยถือว่าบุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่ก็จะทำให้แพทย์เสี่ยงต่อการถูกกล่าวหาว่ากระทำการที่มีโทษรุนแรง นั่นคือความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่นมีความผิดต้องรับโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกไม่เกิน 20 ปี”

และหากเป็นการฆ่าผู้อื่นด้วยเหตุอุกฉกรรจ์ตามมาตรา 289 เช่น ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรอง ไว้ก่อน ฯลฯ ก็จะมีคามผิดต้องระวางโทษหนักยิ่งขึ้น คือ ประหารชีวิตสถานเดียว

อนึ่งแม้การยุติการช่วยต่อชีวิตผู้ป่วยโดยการถอดเครื่องมือต่างๆ ออกจะมีใช่เป็นการฆ่าโดยตรงแต่แพทย์ก็ยังคงเสี่ยงต่อการถูกกล่าวหาว่าฆ่าผู้อื่น โดยการงดเว้นการกระทำตามมาตรา 59 วรรคท้าย แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้น โดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”

เนื่องจากบุคคลทั่วไปยังมีความคิดกันว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องช่วยชีวิตผู้ป่วย หากแพทย์ยุติการช่วยชีวิตเพื่อป้องกันการตาย ก็อาจถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยการงดเว้นการกระทำได้เช่นกัน เพราะยังมีการโต้แย้งกันในทางหลักวิชาการแพทย์ซึ่งถือว่าผู้ป่วยสมองตายคือผู้ที่ตายแล้วในทางการแพทย์กับหลักวิชานิติศาสตร์ที่ยังไม่ยอมรับกันว่าการตายโดยสมองตายนั้นเป็นการตายแล้วอย่างแท้จริง กล่าวคือในทางกฎหมายมีหลักมาช้านานในการพิสูจน์การตายของบุคคล ก็คือต้องตายตามธรรมชาติโดยหมดลมหายใจและหัวใจหยุดเต้นอย่างสิ้นเชิงนั่นเองและการที่ทำให้ผู้ป่วยสมองตายต้องสิ้นชีวิตลงเพื่อนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายให้ผู้อื่นนั้น จะเกิดปัญหาในทางกฎหมายแก่แพทย์ที่ทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะในความผิดต่อชีวิตหรือไม่ประการใดอย่างไรก็ดีปัจจุบันก็ได้มีการยอมรับแล้วว่า ผู้ป่วยที่สมองตายนั้นก็ถือว่าเป็นผู้ที่ตายแล้วทางกฎหมายเช่นกันและแพทยสภาก็ได้มีประกาศเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายออกมา อนึ่งผู้ป่วยที่สมองตายและแพทย์ได้ทำการยุติการช่วยชีวิตแล้วนั้น สามารถนำอวัยวะไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่นๆ ได้ ทั้งนี้ ตาม “ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2538 ออกตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525” ข้อ 3 โดยต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ด้วยซึ่งจากหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายตามประกาศของแพทยสภาและการนำอวัยวะของผู้ป่วยสมองตายที่แพทย์ยุติการช่วยชีวิตไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่นๆ ตามข้อบังคับของแพทยสาดังกล่าวข้างต้น เป็นเพียงกำหนดหลักเกณฑ์ทางการแพทย์ เพื่อประกอบการวินิจฉัยว่าแพทย์ดังกล่าวได้ทำการยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยสมองตายคนใดแล้วนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่นๆ นั้น เป็นไปโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสากำหนดไว้หรือไม่ แต่ยังเป็นเพียง “ข้อเท็จจริง” เพราะข้อบังคับหรือประกาศของแพทยสภานั้น มิใช่กฎหมายโดยตรงเพียงแต่เป็นการแสดงความเห็นทางวิชาการทางการแพทยสภาเท่านั้นเพราะมิได้อำงตัวบทกฎหมายพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 เหมือนการออกข้อบังคับแพทยสภาจึงไม่มีผลในทางกฎหมายโดยตรงและไม่อาจใช้เป็นข้อยกเว้นทางกฎหมายโดยตรงในความผิดต่อชีวิตตามมาตรา 288 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่อย่างน้อยก็เกิดผลในทางกฎหมายคือหากแพทย์ผู้ใดได้ยุติการช่วยเหลือชีวิตผู้ป่วยสมองตายถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสากำหนด ก็ย่อมยืนยัน

ในข้อเท็จจริงว่าแพทย์ผู้นั้นกระทำการด้วยความสุจริต (Good Faith) มิได้เจตนาฆ่าผู้ป่วยเหมือนผู้กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 หรือ มาตรา 289 ของประมวลกฎหมายอาญาเพื่อพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการและศาล จะได้นำไปประกอบการพิจารณาว่าสมควรฟ้องหรือสมควรลงโทษแพทย์ผู้นั้นหรือไม่ประการใด³⁰

ซึ่งจากพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าหากแพทย์ผู้กระทำความผิดช่วยชีวิตผู้ป่วยสมองตายแล้วผ่าตัดนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายให้แก่ผู้ป่วยรายอื่น โดยที่แพทย์กระทำการถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนดและกระทำด้วยความสุจริตแล้วแพทย์ก็จะไม่มีความรับผิดทางกฎหมายแต่อย่างใด

3.2 การวินิจฉัยการตายกับความผิดกฎหมาย

เนื่องจากขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายในเรื่องสมองตาย ทั้งประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้นิยามว่าอย่างไรถือว่าเป็นการตายตามกฎหมาย เดิมทีการวินิจฉัยการตายจึงขึ้นอยู่กับแพทย์ซึ่งโดยปกติแล้วจะอาศัยเกณฑ์ในการวินิจฉัยโดยอิงอยู่กับปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตของมนุษย์สามประการคือ 1) ระบบประสาทส่วนกลาง (สมอง) 2) ระบบหายใจ (ปอด) และ 3) ระบบไหลเวียนโลหิต (หัวใจ) แต่ต่อมาก็ได้มีการยอมรับเกณฑ์การวินิจฉัยการตายจากก้านสมองโดยถือว่าการตายหมายความรวมถึงการที่ก้านสมองไม่สามารถทำงานได้อย่างสิ้นเชิงและแพทยสภาก็ได้ออกหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยเรื่องสมองตายเอาไว้³¹

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้นิยามว่าอย่างไรถือว่าการวินิจฉัยการตายจึงเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ซึ่งจะต้องให้แพทย์เป็นผู้วินิจฉัย แต่เดิมนั้นแพทย์ได้วินิจฉัยการตายโดยถือเอาเกณฑ์การหยุดการทำงานของสมอง ปอด และหัวใจ แต่ในขณะนี้แพทยสภาได้ยอมรับเอาเกณฑ์สมองตายและได้ออกประกาศเกณฑ์การวินิจฉัยเรื่องสมองตายไว้ชัดเจน การฟังข้อเท็จจริงในเรื่องการตาย จึงต้องถือเอาตามประกาศของแพทยสภาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยการตาย

อย่างไรก็ตามปัญหาที่น่าขบคิดต่อไปว่าการที่มีการยอมรับเอาเกณฑ์เรื่องสมองตายมาใช้จะถือว่าเป็นการยกเลิกเกณฑ์ในการวินิจฉัยการตายแบบเดิมหรือไม่ เพราะตามกฎหมายนิยามการตายที่มีอยู่ในนานาชาติในขณะนี้จะให้การยอมรับการตายจากการวินิจฉัยทั้งสองเกณฑ์ซึ่งในกรณีนี้แพทยสภาไม่ได้ประกาศยกเลิกการวินิจฉัยตามเกณฑ์ที่ใช้อยู่แต่เดิมอย่างชัดเจนแม้มีการออกประกาศเรื่องสมองตายไว้ ก็น่าจะถือว่าแพทย์อาจใช้เกณฑ์ในการวินิจฉัยการตายได้ทั้งสองเกณฑ์³²

³⁰ กุลพล พลวัน. (2550, พฤศจิกายน). “พินัยกรรมชีวิต.” *ข่าวเนติบัณฑิตยสภา*, 20 (220). หน้า 4-6.

³¹ ฉัฐวสา นัทรไพฑูรย์. เล่มเดิม. หน้า 13.

³² แหล่งเดิม. หน้า 15-16.

สำหรับการวินิจฉัยการตายนั้นจะมีประเด็นในส่วนใดที่จะก่อให้เกิดแพทย์ต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ มีการยกประเด็นเรื่องสมองตายและการดำเนินคดีอาญาขึ้นมากล่าวกันมานานมาแล้ว โดยมีการตั้งประเด็นว่า³³ การกระทำใดๆ เช่น ถอดเครื่องช่วยหายใจของคนไข้ที่สมองตาย จะถือเป็นการเร่งการตายอันทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ซึ่งในกรณีนี้ต้องพิจารณาว่า

1) ประกาศแพทย์สภาเรื่องสมองตายมีผลทางกฎหมายอย่างไร และ

2) คำว่า “สมองตาย” หมายถึงอะไร

ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้

(1) เมื่อยอมรับกันว่าการตายเป็นปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งแพทย์จะต้องวินิจฉัยและแพทย์สภาได้ถือว่าการที่ก้านสมองไม่สามารถทำงานอย่างถาวรเป็นการตาย ทั้งมีเกณฑ์ในการวินิจฉัยออกมาเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติแก่แพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการตายนั่นก็จะคงต้องยอมรับว่าการที่ก้านสมองตายเป็นการตาย

(2) อย่างไรก็ตามการที่ก้านสมองแบ่งออกเป็นหลายส่วนและทำหน้าที่ต่างๆ กันเมื่อไม่ได้กำหนดแน่ชัดว่าที่สมองตายนั้นหมายถึงส่วนใด คงต้องแยกพิจารณาออกเป็น 2 ประการคือ ก) ก้านสมองตาย และ ข) สมองส่วน Cortex ตาย

ก) ในกรณีที่ก้านสมองตายคงมีความชัดเจนในตัวเองแล้วเพราะเมื่อมีการยอมรับว่าบุคคลที่ก้านสมองตาย แม้ว่าหัวใจยังเต้นอยู่ ว่าเป็นผู้ที่เสียชีวิตแล้ว การกระทำใดๆ เช่น การถอดเครื่องช่วยหายใจบุคคลดังกล่าวก็คงไม่อาจทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการถอดเครื่องช่วยหายใจออกต้องรับผิดชอบฆ่าผู้อื่น เพราะผู้ที่เป็นองค์ประกอบความผิดฐานฆาตกรรมนั้นจะต้องมีสภาพบุคคลไม่ใช่ผู้ที่ในทางการแพทย์ยอมรับกันว่าเสียชีวิตแล้ว

ข) อย่างไรก็ตามก็ยังมีคนไข้ที่สมองส่วนอื่นไม่สามารถทำงานได้ที่เป็นปัญหามากก็คือคนไข้ที่สมองส่วน Cortex เสียไปซึ่งทำให้คนไข้นั้นแม้สามารถลืมตาได้แต่ไม่มีสติ ต้องนอนอยู่กับเตียงที่เรียกกันว่าผักกมมนุษย์ (PVS) โดยสภาพแล้วคนไข้เหล่านี้จะยังสามารถหายใจเองได้และยังไม่ถือว่าเป็นผู้ที่ตายแล้วในทางการแพทย์ การกระทำการใดๆ แก่บุคคลดังกล่าว เช่น การหยุดรักษาคนไข้เหล่านี้ ในต่างประเทศจะเรียกกันว่า Euthanasia ซึ่งหากจะเกิดขึ้นในสหราชอาณาจักรจะต้องไปขออำนาจศาลเพื่อพิจารณาอนุญาตให้หยุดการรักษาคนไข้เหล่านี้ เมื่อนำมาเทียบกับกฎหมายไทยแล้วจะเห็นว่า ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเรื่อง Euthanasia ทั้งการหยุดรักษาก็ไม่มีเหตุยกเว้นโทษหรือยกเว้นความรับผิดชอบฆ่าผู้อื่น

ในเรื่องการถอดเครื่องช่วยหายใจนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกาศาลสหรัฐได้กำหนดแนววินิจฉัยไว้ในทำนองเดียวกันว่าการจะหยุดเครื่องพุงซีพ (Life Support System) หรือไม่นั้นไม่ใช่

³³ ฉัฐวสา ฉัตรไพฑูรย์. เล่มเดิม. หน้า 19-20.

เรื่องของการฆ่าหรือการทำให้ตาย แต่เป็นกระบวนการรักษาตามเหตุผลทางการแพทย์ (A reasonable medical procedure)³⁴

เกณฑ์วินิจฉัยสมองตาย³⁵

แพทย์สภาได้ตั้งอนุกรรมการขึ้นพิจารณากำหนดเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายและต่อมาได้ประกาศเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายได้ดังต่อไปนี้

การวินิจฉัยสมองตาย จะทำได้ในสภาวะและเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1. ผู้ป่วยจะต้องไม่รู้สึกตัว (Deeply Comatose) โดยต้องแน่ใจว่าเหตุของการไม่รู้สึกตัวนี้ไม่ได้เกิดจาก

1.1 พิษยา (Drug Intoxication) เช่น ยาเสพติด ยานอนหลับ หรือยากล่อมประสาท ฯลฯ

1.2 สภาวะอุณหภูมิในร่างกายต่ำ (Primary Hypothermia)

1.3 สภาวะผิดปกติของระบบต่อมไร้ท่อและเมตะบอลิก (Metabolic and Endocrine Disturbances)

1.4 สภาวะ Shock

2. ผู้ป่วยที่ไม่รู้สึกตัวนั้นอยู่ในเครื่องช่วยหายใจ (Comatose patient on ventilator) เนื่องจากไม่หายใจโดยจะต้องแน่ใจว่า เหตุของการไม่หายใจไม่ได้เกิดจากยาคลายกล้ามเนื้อ (Muscle Relaxants) หรือยาอื่นๆ

3. จะต้องมีข้อวินิจฉัยถึงสาเหตุของการไม่รู้สึกตัวและไม่หายใจในผู้ป่วยนั้นโดยที่ให้ผู้รู้แน่ชัดโดยปราศจากข้อสงสัยเลยว่า สภาวะของผู้ป่วยนี้เกิดจากการที่สมองเสียหายโดยไม่มีหนทางเยียวยาได้อีกแล้ว (Irremediable And Irreversible Structural Brain Damage)

4. ถ้าผู้ป่วยอยู่ในภาวะครบตามเงื่อนไขที่กำหนดแล้วจะต้องทำการตรวจสอบเพื่อยืนยันสมองตายคือ

4.1 ต้องไม่มีการเคลื่อนไหวใดๆ ได้เอง (No spontaneous movement) ไม่มีอาการชัก (No epileptic Jerking) ไม่มี Decorticate หรือ Decerebrale rigidity

4.2 ต้องไม่มีรีเฟล็กซ์ของแกนสมอง (Absences of brain stem reflexes) ทั้ง 6 ประการดังต่อไปนี้

(1) Dilate and fix pupil

(2) Absences of corneal reflex

(3) No motor response within the cranial nerve distribution

³⁴ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์ ก เล่มเดิม. หน้า 253.

³⁵ ประกาศแพทยสภา เรื่องเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2532.

(4) Absence of occulocephalic reflex (Doll's head phenomena)

(5) Absence of vestibular response to caloric stimulation

(6) Absence of gag and cough reflex

4.3 ไม่หายใจได้เอง (No spontaneous respiration) ซึ่งทดสอบได้ด้วยการหยุดเครื่องช่วยหายใจ (ให้ออกซิเจนทางสายยางเข้าในหลอดลม) เป็นเวลาอย่างน้อย 10 นาทีและคอยดูว่ามีการหายใจหรือไม่ ขณะที่ทดสอบจะต้องมีค่าความดันของคาร์บอนไดออกไซด์ ในเลือดแดง (PCO₂) ไม่ต่ำกว่า 60 mmHg.

4.4 สภาวะการตรวจพบในข้อ 4.1, 4.2, 4.3 นี้ จะต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อย 12 ชั่วโมง จึงจะถือได้ว่าสมองตาย

วิธีการปฏิบัติในการวินิจฉัยสมองตาย

1. การวินิจฉัยสมองตายต้องกระทำโดยองค์คณะของแพทย์จำนวนไม่น้อยกว่า 3 คน โดยคนหนึ่งเป็นแพทย์เจ้าของผู้ป่วยและอีก 1 ใน 2 คน ที่เหลือควรเป็นแพทย์สาขาประสาทวิทยา หรือแพทย์สาขาประสาทศัลยศาสตร์ (ถ้ามี)

2. องค์คณะของแพทย์ผู้วินิจฉัยสมองตายต้องไม่ประกอบด้วยแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดปลูกอวัยวะรายนั้น

3. ผู้อำนวยการโรงพยาบาลหรือผู้ได้รับมอบหมายเป็นลายลักษณ์อักษรจะต้องร่วมเป็นผู้รับรองการวินิจฉัยสมองตายและเป็นผู้ลงนามรับรองการตาย

คำอธิบายเกณฑ์วินิจฉัยสมองตาย

เกณฑ์วินิจฉัยสมองตายของแพทย์สถานนั้น ส่วนใหญ่คล้ายกับเกณฑ์ของมินเนโซต้า ซึ่งมีได้กำหนดการตรวจคลื่นสมองเข้าไว้ด้วย แต่การตรวจเน้นถึงการตายของก้านสมองหรือแกนสมองเป็นหลัก การประกาศของแพทย์สภามิ่วัตถุประสงค์ให้แพทย์ในประเทศไทยได้ถือปฏิบัติเป็นมาตรฐานเดียวกันทั่วประเทศ ซึ่งจะถือได้ว่าเป็นมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามที่บัญญัติไว้ ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพ พ.ศ. 2526 และแพทย์ที่รักษาผู้ป่วยแล้วผู้ป่วยถึงแก่ความตายนั้น แพทย์มีหน้าที่ต้องออกหนังสือรับรองการตายและแพทย์จึงต้องเป็นผู้วินิจฉัยว่าคนนั้นตายหรือยัง เกณฑ์วินิจฉัยดังกล่าวจึงเป็นแนวทางที่แพทย์ต้องนำไปใช้ปฏิบัติ

เงื่อนไขการวินิจฉัยสมองตายในข้อ 1 นั้นเป็นการแสดงว่าก้านสมองส่วนหนึ่งซึ่งมีศูนย์นำความรู้สึกไปสู่เปลือกสมอง (Ascending Reticular Activating System) ซึ่งตั้งอยู่บริเวณสมองตอนกลางและส่วนต้นของพอนส์ไม่ทำหน้าที่หรือตายแล้ว แต่ต้องตัดเหตุต่างๆ ในข้อ 1.1 ถึง 1.4

ออกไปเสียเพราะภาวะต่างๆ ดังกล่าวอาจไปกีดการทำงานของสมองส่วนดังกล่าวไว้เป็นการชั่วคราว มิใช่เป็นการเสียหายที่ถาวร ทำให้การวินิจฉัยผิดไปได้

เงื่อนไขการวินิจฉัยในข้อ 2 นั้น แสดงว่าผู้ป่วยหายใจเองไม่ได้จริงๆ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ศูนย์ควบคุมการหายใจ ซึ่งตั้งอยู่บริเวณก้านสมองส่วนล่างนั้นเสียหายหรือตายไปเช่นกันและต้องตัดเรื่องยาวบางชนิดที่อาจจะไปกดศูนย์ควบคุมการหายใจให้หยุดทำงานชั่วคราวออกไปเช่นเดียวกับข้อ 1.1 นั้นเอง

ส่วนการตรวจวินิจฉัยในข้อ 3 นั้น เป็นการยืนยัน 3 ข้อ ที่กล่าวมาแล้วนั่นเองคือ

4.1 เป็นเครื่องยืนยันว่าก้านสมองส่วนบนตาย ถ้ามีอาการชักหรืออาการกระตุกเกร็ง (Decerebrate Rigidity) แสดงว่ามีการตายของเปลือกสมองโดยที่ก้านสมองยังไม่ตาย

4.2 เป็นการตรวจการทำงานของประสาทสมองส่วนที่อยู่บริเวณก้านสมองว่าเสียหายที่ทั้งหมดหรือไม่ ซึ่งมีวิธีทำแต่ละอย่างดังนี้

(1) ใช้ไฟฉายส่องเข้าไปส่วนที่ตาดำ รูม่านตาจะขยายโตอยู่อย่างเดิมโดยไม่เปลี่ยนแปลง แสดงว่าประสาทสมองเส้นที่ 2 และที่ 3 ซึ่งมีศูนย์การควบคุมอยู่ในก้านสมองไม่ทำหน้าที่แล้ว มิฉะนั้นรูม่านตาจะหดเล็กลงเมื่อได้รับแสงสว่าง

(2) ใช้สำลีเช็ดที่ตาดำ ตาไม่กะพริบ แสดงว่าประสาทสมองเส้นที่ 5 และ 7 ซึ่งมีศูนย์การทำงานอยู่ในก้านสมองอีกบริเวณหนึ่งไม่ทำหน้าที่แล้วเช่นกัน

(3) ใช้มีดกดที่หน้าผากหรือหยิกบริเวณแขนหรือขาแรงๆ จะไม่ปรากฏอาการแสดงอาการหดตัวของกล้ามเนื้อที่ใบหน้า ที่แสดงอาการเจ็บปวด แสดงว่าประสาทสมองเส้นที่ 5 และ 7 เสียไปแล้วเช่นเดียวกับการตรวจใน (2)

(4) จับศีรษะหันไปข้างใดข้างหนึ่ง ลูกตาทั้งสองข้างจะไม่กรอกไปข้างใดข้างหนึ่ง (ซึ่งคนปกติจะกรอกไปข้างศีรษะหัน) แสดงว่าศูนย์การควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างกล้ามเนื้อคอและประสาทสมองเส้นที่ 4 ซึ่งควบคุมการเคลื่อนไหวของลูกตาซึ่งอยู่ในก้านสมองนั้นไม่ทำงานหรือตายไปแล้ว

(5) ใช้น้ำเย็น (ประมาณ 30c) กรอกเข้าไปในหูข้างใดข้างหนึ่ง ลูกตาจะไม่เคลื่อนไหว (ปกติลูกตาจะกรอกไปข้างนั้น) แสดงว่าประสาทสมองเส้นที่ 8, 3 และ 6 ที่มีศูนย์ควบคุมอยู่ในก้านสมองได้เสียไปแล้ว

(6) ใช้สายยางแยงเข้าไปในหลอดลมจะไม่มีอาการไอหรืออาเจียน แสดงว่าศูนย์ควบคุมประสาทสมองเส้นที่ 9 และ 10 ซึ่งอยู่บริเวณก้านสมองส่วนล่างได้เสียไปแล้ว

4.3 เป็นการทดสอบว่า ศูนย์ควบคุมหายใจที่ส่วนล่างของก้านสมองเสียไปอย่างถาวรแล้ว การวินิจฉัยสมองตายของแพทย์สภานี้ ปรับปรุงดัดแปลงมาจากเกณฑ์ของมินเนโซต้า ซึ่งยอมรับกันแพร่หลายในสหราชอาณาจักรและต่างจากเกณฑ์ของฮาร์วาร์ด โดยที่เกณฑ์ของฮาร์วาร์ดมิได้ตัดเรื่องพิษของยาออกไป โดยถือว่ายาพิษก็เป็นสาเหตุทำให้สมองตายได้เช่นเดียวกับเหตุอื่นๆ เช่นกัน แต่เหตุที่เกณฑ์ของฮาร์วาร์ดแน่ใจว่าสมองจะตายอย่างถาวรแล้วก็เนื่องจากรอเวลาการตรวจซ้ำถึง 24 ชั่วโมง ในขณะที่เกณฑ์ของมินเนโซต้าหรือแพทย์สภานี้ให้ตรวจซ้ำภายใน 12 ชั่วโมง นอกจากนี้เกณฑ์ของฮาร์วาร์ดยังเสริมด้วยการตรวจคลื่นไฟฟ้าของสมองด้วย

สำหรับวิธีการปฏิบัติในการวินิจฉัยสมองตายนั้ก้ถือปฏิบัติตามประกาศหรือปฏิญญาแห่งซิดนีย์ของแพทยสมาคมโลก 1968 นั้นเอง³⁶

3.3 กฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะในต่างประเทศ

เนื่องจากการปลูกถ่ายอวัยวะเป็นวิธีที่ยอมรับว่าจำเป็นในการรักษาชีวิตมนุษย์ในปัจจุบัน และเมื่อการปลูกถ่ายเป็นสิ่งจำเป็นจึงมีบุคคลจำนวนมากต้องการอวัยวะเพื่อไปปลูกถ่ายทำให้เกิดปัญหาการขาดแคลนอวัยวะและอีกปัญหาที่ตามมาคือ ปัญหาในการผ่าตัดอวัยวะเพื่อนำไปปลูกถ่ายโดยเฉพาะอย่างยิ่งแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดมีการกระทำที่ทุจริตหรือไม่ถูกต้องหรือไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของอวัยวะหรือผู้เกี่ยวข้องทำให้แพทย์ต้องเสี่ยงที่จะมีความผิดทางอาญาจึงทำให้บางประเทศออกกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะเพื่อควบคุมและแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะแก้ไขปัญหการขาดแคลนอวัยวะ โดยใช้ระบบใดระบบหนึ่งใน 3 ระบบนี้คือ³⁷

1. ระบบ Contracting Out หรือ Opting Out ระบบนี้ถือว่าให้แพทย์สามารถนำอวัยวะบางอย่างเช่น ไต ออกจากผู้ที่สมองตายได้เลย โดยถือเป็นข้อสันนิษฐานว่าคนที่ตายทุกคนเป็นผู้บริจาคอวัยวะ แพทย์จึงดำเนินการเอาอวัยวะออกได้เลย เว้นแต่จะมีการแสดงเจตนาไว้โดยทางทะเบียนว่าไม่ยินยอมบริจาคประเทศต่างๆ ที่ใช้ระบบนี้ เช่น ประเทศสิงคโปร์ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศประชาคมยุโรป เป็นต้น

2. ระบบ Contracting In หรือ Opting In ระบบนี้ต้องมีการแสดงเจตนาของผู้ตายก่อนที่จะถึงแก่ความตายหรือจากญาติของผู้ตายที่บริจาคอวัยวะ แพทย์จึงนำอวัยวะของผู้ตายออกมาปลูกถ่ายได้ การบริจาคอวัยวะนี้ผู้บริจาคจะได้รับบัตรผู้บริจาคอวัยวะและเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตายเมื่อ

³⁶ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ จ (2532, มิถุนายน). “แนวความคิดและวิวัฒนาการเรื่องสมองตาย.” *บทบัญญัติ*, 45 (2) หน้า 35-36.

³⁷ ชัญศรีณย์ ธรฤทธิ์. (2544). *มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย*. หน้า 70-71.

แพทย์พบบัตรนี้ก็สามารถนำเอาอวัยวะของผู้ตายออกมาปลูกถ่ายได้ ประเทศที่ใช้ระบบนี้ เช่น ประเทศอังกฤษ เป็นต้น

3. ระบบ Require Request ซึ่งระบบนี้กำหนดให้เป็นหน้าที่ประจำของเจ้าหน้าที่โรงพยาบาลที่ต้องขอรับการบริจาคอวัยวะจากญาติของผู้ป่วยสมองตาย (ทุกรายที่เหมาะสม) หากละเว้นจะมีความผิดตามกฎหมาย ประเทศที่ใช้ระบบนี้ เช่น รัฐโอเรกอน และรัฐนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษากรณีปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายจึงขอเสนอเฉพาะการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายเท่านั้น

3.3.1 ประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายที่เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะของฝรั่งเศสนั้นได้แก่ กฎหมายเลขที่ 76-1181 (22 ธันวาคม 1976) เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ (Loi n 76-1181 du 22 Decembre 1976 relative aux prelevements d organs)

การปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตาย (Post Mortem)

ในมาตรา 2 บัญญัติว่าอาจมีการถ่ายอวัยวะจากศพผู้ตายเพื่อประโยชน์ในการบำบัดรักษาหรือเพื่อประโยชน์ในทางวิทยาศาสตร์ได้ หากในระหว่างที่เขายังมีชีวิตอยู่นั้นไม่ได้ทำการปฏิเสธที่จะถูกถ่ายอวัยวะออกหลังจากเสียชีวิตแล้ว

วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ออกมาก็เพื่อต้องการอวัยวะของผู้ตายจากการเกิดอุบัติเหตุและอวัยวะอื่นๆ ยังใช้การได้ดีอยู่เพื่อประโยชน์ในการรักษาผู้ป่วยให้มีชีวิตรอด เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดถึงส่วนของอวัยวะที่สามารถถูกถ่ายออกมาได้ ดังนั้นจึงถือได้ว่าอวัยวะทุกส่วนสามารถถูกถ่ายออกมาได้แต่ทั้งนี้ก็ต้องอยู่บนพื้นฐานเพื่อการบำบัดรักษาหรือเพื่อประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์³⁸

จากกฎหมายฉบับนี้แยกศพได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ศพที่ผู้ตายได้ปฏิเสธการถ่ายอวัยวะออกตั้งแต่ยังมีชีวิตอยู่ซึ่งจะสามารถทำด้วยวิธีการใดๆ ก็ได้ไม่มีรูปแบบในการแสดงออก ทั้งนี้อาจเป็นการปฏิเสธการถ่ายอวัยวะออกเฉพาะในบางอวัยวะก็ได้ นอกจากนั้นบุคคลใดๆ อาจแสดงการปฏิเสธตั้งแต่เข้ารับการรักษาพยาบาลในโรงพยาบาลที่ได้รับอนุญาตให้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์ได้ว่าเขาไม่ยินยอมให้ถ่ายอวัยวะออกหลังจากเขาตาย โดยบันทึกไว้ตั้งแต่ลงทะเบียนเข้ารับการรักษา ดังนั้นก่อนที่แพทย์จะนำอวัยวะของศพออก แพทย์ต้องแน่ใจว่าผู้นั้น ไม่ได้ปฏิเสธการถ่ายอวัยวะออกและต้องไม่ใช่ศพของผู้เยาว์

³⁸ แหล่งเดิม. หน้า 72-73.

หรือคนไร้ความสามารถ เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรให้ทำการถ่ายอวัยวะได้จากผู้แทนโดยชอบธรรม

2. ศพที่ผู้ตายไม่ได้ปฏิเสธการถูกถ่ายอวัยวะหลังการตาย แพทย์สามารถทำการถ่ายอวัยวะได้โดยไม่มีความคิด ใดๆก็ตามหากศพนั้นเป็นศพผู้เยาว์ ศพของผู้ไร้ความสามารถแล้ว (มาตรา 2 วรรค 2) กำหนดให้การถ่ายอวัยวะจากศพเด็กหรือศพผู้ไร้ความสามารถนั้นกระทำได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน³⁹

3.3.2 ประเทศอังกฤษ

มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะจากศพ คือ

1. The Human Tissue Act 1961 มาตรา 1 บัญญัติว่า

(1) หากผู้ใดแสดงการร้องขออย่างชัดแจ้ง โดยเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ว่าในขณะใดหรือโดยวาจาต่อหน้าพยาน 2 คนขึ้นไปขณะก่อนเสียชีวิตว่าหลังจากที่ตนเสียชีวิตแล้วศพหรือชิ้นส่วนใดของศพของตนดังที่ระบุไว้จะถูกนำไปใช้เพื่อการบำบัดรักษาโรคและเพื่อการศึกษาและการวิจัยทางการแพทย์ ผู้ที่เป็นเจ้าของศพโดยชอบด้วยกฎหมายหลังจากที่ผู้ผู้นั้นเสียชีวิตอาจมอบอำนาจให้มีการแยกชิ้นส่วนใดๆ หรือชิ้นส่วนที่ได้ระบุไว้ให้ออกจากศพตามแต่กรณี เพื่อการตามที่ได้ร้องขอไว้ เว้นแต่จะมีเหตุอันเชื่อได้ว่าการร้องขอดังกล่าวถูกเพิกถอนในภายหลัง

(2) โดยไม่ขัดต่ออนุมาตราข้างต้น ผู้ที่เป็นเจ้าของศพผู้เสียชีวิตโดยชอบด้วยกฎหมายอาจมอบอำนาจให้มีการแยกชิ้นส่วนใดๆ ออกจากศพเพื่อการดังกล่าวได้ หากได้ทำการสอบสวนอย่างสมเหตุสมผลเท่าที่ตนจะปฏิบัติได้แล้วไม่มีเหตุอันเชื่อได้ว่า

(ก) ผู้เสียชีวิตได้แสดงการคัดค้านต่อการกระทำดังกล่าวอันจะมีขึ้นต่อศพของตนหลังจากที่เสียชีวิตแล้ว และมีได้ถูกเพิกถอนหรือ

(ข) คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่หรือญาติของผู้เสียชีวิตที่ยังมีชีวิตอยู่ได้คัดค้านในการกระทำดังกล่าวอันจะมีขึ้นต่อศพ

(3) ภายใต้บังคับแห่งอนุมาตรา (4) และ (5) ของมาตรานี้การแยกชิ้นส่วนและการใช้ชิ้นส่วนใดของศพตามอำนาจที่ได้รับมาตามมาตรานี้จะต้องชอบด้วยกฎหมาย

(4) การแยกชิ้นส่วนอวัยวะจากศพเช่นว่านี้ไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่แพทย์ที่มีใบประกอบโรคศิลป์จะเป็นผู้ตรวจศพด้วยตนเอง จนปราศจากข้อสงสัยว่าผู้นั้นได้เสียชีวิตแล้ว

(5) เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพในกรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่า อาจจะต้องมีการสืบสวนต่อศพหรืออาจจะต้องมีการชันสูตรพลิกศพโดยเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพผู้นั้นต้อง

³⁹ แหล่งเดิม. หน้า 73.

(ก) ไม่มอบอำนาจภายใต้มาตรานี้เกี่ยวกับศพ

(ข) ไม่กระทำการตามอำนาจที่ได้รับมาจากผู้อื่น

(6) ภายใต้มาตรานี้ผู้ที่ได้รับมอบหมายอันเกี่ยวกับศพเพียงเพื่อการฝังศพหรือการฃาปนกิจศพนั้น ไม่อาจมอบอำนาจสำหรับการแยกชิ้นส่วนอวัยวะจากศพนั้น

(7) ในกรณีที่ศพอยู่ที่โรงพยาบาล สถานพยาบาลหรือสถาบันอื่นๆ เจ้าหน้าที่หรือผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเพื่อการใดๆ จากผู้ที่ควบคุมและจัดการศพ อาจจะมอบอำนาจภายใต้มาตรานี้ในนามของผู้ที่ควบคุมและจัดการศพ

(8) ไม่มีข้อความใดในมาตรานี้ที่จะตีความได้ว่าเป็นการให้จัดการต่อศพหรือชิ้นส่วนของศพอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการนั้นเป็นการชอบด้วยกฎหมายอันนอกเหนือไปจากพระราชบัญญัติฉบับนี้

(9) สำหรับการบังคับใช้อนุมาตรา (5) ในสกอตแลนด์ ให้ใช้อนุมาตราดังต่อไปนี้แทน “(5) ไม่มีข้อความใดในมาตรานี้อันเป็นการให้อำนาจในการแยกชิ้นส่วนใดของศพหากเจ้าหน้าที่ได้คัดค้านการแยกชิ้นส่วนนั้น”

มาตรา 9 บัญญัติว่า “ไม่มี การฟ้องร้องหรือวิธีพิจารณาในการเรียกร้องค่าเสียหายใดที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคลผู้ซึ่งกระทำการ โดยสุจริตและปราศจากความประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหรือจงใจปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้”⁴⁰

3.3.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

Uniform Anatomical Gift Act 1987 มาตรา 3 (a) ในกรณีที่มิบุคคลเสียชีวิตแต่อวัยวะหรือร่างกายของเขายังสามารถบริจาคเพื่อเป็นประโยชน์ต่อบุคคลอื่นๆ ได้ ให้บุคคลต่อไปนี้ตามลำดับก่อนหลังที่ได้กำหนดไว้ อาจทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตทั้งหมดหรือบางส่วนเพื่อจุดประสงค์บางประการได้ ทั้งนี้โดยอยู่ในเงื่อนไขว่าในขณะที่ผู้เสียชีวิตยังมีชีวิตอยู่ เขามีได้ทำการปฏิเสธการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายไว้

บุคคลดังต่อไปนี้อาจเป็นบุคคลผู้ทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตได้ตามลำดับดังนี้

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

⁴⁰ วัฒนภา รุจิกัณหะ. (2545). สถานะและปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับศพและชิ้นส่วนของศพ. หน้า 111.

6. ผู้ปกครองของผู้เสียชีวิตในขณะเสียชีวิต

การบริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตโดยบุคคลอื่นนั้นต้องแสดงเจตนาในการบริจาคโดย

1. เอกสารการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตที่ลงนามโดยบุคคลผู้มีอำนาจข้างต้น

2. โทรเลข การบันทึกเทปทางโทรศัพท์หรือข้อความที่ได้รับการบันทึกในรูปแบบอื่นๆ หรือการสื่อสารในรูปแบบอื่นๆ จากผู้มีอำนาจนั้น

ทั้งนี้การบริจาคอวัยวะหรือร่างกายนี้ไม่อาจมีขึ้นได้หากเกิดกรณีเหล่านี้ขึ้น คือ

1. บุคคลที่ยินยอมให้บริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิต ไม่ใช่บุคคลที่มีอำนาจเป็นลำดับแรก

2. บุคคลที่ยินยอมให้บริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตทราบถึงการปฏิเสธหรือการบ่งชี้ที่ขัดกัน โดยผู้เสียชีวิต

3. บุคคลที่ยินยอมให้บริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตทราบถึงการคัดค้านการบริจาคร่างกายโดยบุคคลชั้นเดียวกันหรือสูงกว่า

การบริจาคร่างกายโดยบุคคลที่ได้รับการมอบอำนาจข้างต้นอาจถูกเพิกถอนโดยบุคคลที่อยู่ชั้นเดียวกันหรือสูงกว่า ในช่วงเวลาก่อนกระบวนการแยกชิ้นส่วนอวัยวะออกจากร่างกายของผู้เสียชีวิตจะเริ่มขึ้น แพทย์และบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับการแยกบางส่วนของร่างกายได้ทราบถึงการเพิกถอนนั้น⁴¹

มาตรา 7 (c) บุคคลซึ่งกระทำการโดยสุจริตตามข้อกำหนดของรัฐบัญญัตินี้ หรือตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้อวัยวะของรัฐอื่น (หรือประเทศอื่น) ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในทางแพ่งหรือถูกฟ้องในทางอาญา สำหรับการกระทำนั้น⁴²

สำหรับประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายที่ชัดเจนรวมถึงบุคคลที่จะมีอำนาจในการยินยอมหรือปฏิเสธการบริจาคอวัยวะของคนตาย ซึ่งมีเพียงข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม ข้อ 3.5 เท่านั้นที่กำหนดถึงกรณีที่ผู้ตายได้แสดงความจำนงบริจาคหรืออุทิศอวัยวะไว้ก่อนตาย ดังนี้ “ในกรณีที่ผู้ตายได้แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทยและมีบัตรประจำตัวผู้แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะดังกล่าว ถ้าไม่สามารถติดตามหาญาติผู้ตายในข้อ 3.3 ได้ให้ถือว่าเอกสารแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะที่ผู้บริจาคอวัยวะไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย

⁴¹ ัญญัติ ธรรมนูญ. เล่มเดิม. หน้า 83.

⁴² วนวาท รุจิกันหะ. เล่มเดิม. หน้าเดิม.

เป็นเอกสารที่ใช้แทนเอกสารแสดงความยินยอมบริจาคอวัยวะของทายาทหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้ตาย” กฎหมายในประเทศไทยส่วนใหญ่ที่มีอยู่ก็ไม่ได้ถึงขนาดที่จะมีผลทำให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายอาญาแต่อย่างใด ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วถึงการกระทำของแพทย์กับกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องแต่ในประเทศอื่นๆ เช่นที่กล่าวถึงไปแล้วนั้น มีบทบัญญัติที่ชัดเจนไม่ว่าจะเป็นเรื่องของผู้ที่จะมีอำนาจให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะวิธีการ ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวความรับผิดชอบของแพทย์ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะด้วยความสุจริต ทั้งนี้จึงทำให้การกระทำของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายในประเทศไทยยังมีปัญหาในทางกฎหมายที่จะต้องพิจารณาอยู่ ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ในบทต่อไป

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายกับความรับผิดชอบของแพทย์

เมื่อการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายเป็นการกระทำที่อาจทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย เพราะแม้ว่าจะเป็นการนำอวัยวะออกจากคนตาย แต่ถ้าหากการวินิจฉัยการตายของแพทย์ทำโดยไม่สุจริตหรือไม่ถูกต้อง อย่างกรณีการวินิจฉัยเรื่องสมองตายที่ยังไม่ชัดเจนว่าจะถือว่าเจ้าของอวัยวะถึงแก่ความตายแล้วหรือยัง หากแพทย์ผ่าตัดเอาอวัยวะออกไปแต่ญาติของผู้ตายยังคงหวังกันศพอยู่แพทย์จะต้องรับผิดชอบทางอาญาลักษณะลักทรัพย์หรือไม่ ปัญหาเรื่องสถานะของศพจึงต้องนำมาพิจารณาซึ่งรวมไปถึงความรับผิดชอบของแพทย์ที่มีต่อญาติผู้ตายด้วย และกรณีหากเจ้าของอวัยวะไม่ได้ให้ความยินยอมไว้หรือไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องอื่นๆ แล้วจะทำให้แพทย์ทำการผ่าตัดนำอวัยวะออกมาได้หรือไม่อย่างไร เหล่านี้เป็นปัญหาที่ต้องทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยเรื่องสมองตาย

แหล่งที่มาที่สำคัญของอวัยวะที่แพทย์จะนำมาปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยก็คือจากร่างกายของเจ้าของอวัยวะที่ถึงแก่ความตายแล้ว อวัยวะต่างๆ เหล่านี้จะต้องถูกนำออกจากร่างกายของเจ้าของอวัยวะที่ถึงแก่ความตายภายหลังจากการตายอย่างรวดเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ไม่ใช่เป็นวันหรือชั่วโมง แต่เป็นนาที ปัญหาจึงได้เกิดขึ้นมาว่าเมื่อใดจึงจะถือว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย¹

สภาพความเป็นมนุษย์ย่อมสิ้นสุดลงเมื่อตาย เมื่อใดมนุษย์จะถึงแก่ความตายนั้นเป็นปัญหาที่สำคัญมาก โดยเฉพาะในการที่แพทย์จะผ่าตัดเอาอวัยวะออกจากเจ้าของอวัยวะแพทย์จะต้องวินิจฉัยให้ดีเสียก่อนว่าเจ้าของอวัยวะนั้นถึงแก่ความตายแล้วหรือไม่² หากการผ่าตัดกระทำในช่วงเวลาที่ยังไม่แน่ใจว่าเจ้าของอวัยวะถึงแก่ความตายแล้วหรือยัง ปัญหายุ่งยากทางด้านกฎหมายก็จะเกิดขึ้นทันที ด้วยเหตุนี้ในการดำเนินการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้ตายแล้วก็ยังไม่อาจตัดประเด็นปัญหาในเรื่องความหมายการตายในทางกฎหมายไปได้ว่าจะใช้หลักเกณฑ์การหยุดเต้นของหัวใจและการหยุดหายใจดังที่เข้าใจกันมาแต่เดิมหรือจะใช้หลักเกณฑ์สมองตาย (Brainstem Death)

¹ สุภัทสร ภูเจริญศิลป์. เล่มเดิม. หน้า 37.

² แหล่งเดิม. หน้า 39.

ซึ่งเป็นแนวความคิดใหม่ของวงการแพทย์และกฎหมายในต่างประเทศหลายประเทศต่างยอมรับกันเป็นส่วนใหญ่แล้ว³

อย่างไรก็ตามความคิดดั้งเดิมที่ว่า “ตายแล้วก็ไม่หายใจ” หรือเมื่อหัวใจหยุดเต้นหรือหยุดทำงานก็เป็นอันว่าล้มสมัยไปเสียแล้วเพราะคนที่หยุดหายใจไปแล้วแพทย์อาจให้กลับหายใจใหม่ได้ (ภายในระยะเวลาอันจำกัด) และตั้งแต่ นายแพทย์คริสเตียน เบอร์นาร์ต ได้ประสบความสำเร็จในการผ่าตัดเปลี่ยนหัวใจเป็นรายแรกของโลก ประเทศใดที่เคยนิยามความตายไว้ว่าเมื่อหัวใจหยุดเต้นหากไม่แก้ไขค่านิยามนั้นเสียก็จะเกิดปัญหาทันที⁴

ต่อมามีหลักเกณฑ์เรื่องสมองตาย (Brain Death) ซึ่งเป็นข้อพิจารณาทางการแพทย์สมัยใหม่ที่มีบทบาทนิยามคำว่าตาย โดยเห็นว่าสมองเป็นตัวควบคุมการทำงานของระบบต่างๆ ในร่างกายถ้าสมองหยุดทำงานส่วนต่างๆ ก็จะไม่สามารถตอบสนองหรือมีปฏิกิริยาใดๆ ได้เลย และจะ “ตาย” ในที่สุด⁵

แนวความคิดเรื่องการตัดสินใจคนตายจำเป็นต้องเปลี่ยนไปจากเดิม กล่าวคือการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะสำคัญต่างๆ โดยใช้อวัยวะจากคนที่ตายแล้วนั้น จำต้องได้อวัยวะสดๆ ใหม่ๆ จากคนตายมาใช้ ดังนั้นจึงต้องมีวิธีวินิจฉัยคนตายในระยะแรกที่สุดก่อนที่จะมีการหยุดเต้นของหัวใจของคนนั้น เหตุนี้จึงเกิดแนวคิดที่ว่าถ้าสมองคนตายแล้ว สมองเป็นศูนย์ควบคุมการทำงานของอวัยวะทุกส่วนในร่างกาย อวัยวะอื่นๆ จะตายตามไปด้วย ดังนั้นถ้าตรวจได้ว่าสมองตายแม้ว่าขณะนั้นหัวใจของคนนั้นยังเต้นอยู่ก็ควรถือว่า คนนั้นตายแล้วได้เมื่อมีการตัดสินใจการตายแล้วแพทย์ก็สามารถเอาอวัยวะของคนนั้นไปปลูกถ่ายให้ผู้อื่นต่อไปได้ โดยไม่ต้องถูกกล่าวหาว่าทำให้คนนั้นตายและในทางกฎหมายต้องยอมรับในเรื่องนี้ แนวความคิดเดิมที่ว่าคนตายต้องหยุดหายใจและหัวใจหยุดเต้นนั้นไม่อาจนำมาใช้ได้อีกต่อไป⁶

ดังนั้นจึงได้มีการกำหนดเกณฑ์การตัดสินใจสมองตายขึ้น โดยวิธีการตรวจต่างๆ ที่แสดงว่า สมองส่วนสำคัญที่ควบคุมการทำงานของอวัยวะสำคัญของร่างกายที่เรียกว่า ก้านสมอง (Brain Stem) นั้นตายแล้วก็ให้ถือว่าคนนั้นตาย แม้หัวใจยังเต้นอยู่ก็ตาม ทั้งนี้เพราะก้านสมองดังกล่าวทำหน้าที่สำคัญเกี่ยวกับการดำรงชีวิตดังต่อไปนี้คือ (1) เป็นส่วนที่ศูนย์ควบคุมความรู้สึกนึกคิด ความรู้สึกตัวการเคลื่อนไหวซึ่งอยู่ที่เปลือกสมอง (Cerebral Cortex) ส่งเส้นใยประสาทผ่านส่วนนี้ เพราะฉะนั้นสมองส่วนนี้ตายผู้ป่วยจะสลบไม่รู้สึกรู้ตัวและไม่สามารถเคลื่อนไหวร่างกายส่วนใด

³ จรัญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 10-11.

⁴ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 252.

⁵ แหล่งเดิม. หน้า 252.

⁶ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ก เล่มเดิม. หน้า 28.

ส่วนหนึ่งได้ไม่สามารถตอบสนองต่อการกระตุ้นใดๆ เช่น เสียง แสง เป็นต้น (2) เป็นส่วนที่ควบคุมการหายใจสมองส่วนนี้เสียผู้หนึ่งจะหายใจเองไม่ได้ (3) เป็นส่วนควบคุมระบบประสาทอัตโนมัติ เช่น การเต้นของหัวใจ เมื่อสมองส่วนนี้เสีย หัวใจจะไม่ได้ถูกควบคุมโดยระบบประสาท หัวใจอาจเต้นต่อไปเพราะคุณสมบัติของกล้ามเนื้อหัวใจเอง แต่ก็ก็จะเต้นต่อไปได้อีกประมาณ 72 ชั่วโมงก็จะหยุดเต้น⁷

ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการนี้เอง ทำให้คำจำกัดความในทางการแพทย์แต่เดิมใช้ไม่ได้จำเป็นต้องหาคำจำกัดความของคำว่า “ความตาย” เสียใหม่ให้ครอบคลุมและสอดคล้องกับวิทยาการและวงการแพทย์ได้พิจารณาเอาระบบการทำงานของสมองมาใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยความตายแทนระบบเดิม ดังที่ได้มีประกาศแพทยสภาเรื่องเกณฑ์วินิจฉัยสมองตายออกมาตามที่กล่าวถึงแล้วในบทก่อนหน้านี้และเมื่อแพทย์ได้ยึดถือหลักเกณฑ์สมองตายตามประกาศของแพทยสภา ศาลก็น่าจะยอมรับหลักเกณฑ์สมองตายเช่นเดียวกับทางการแพทย์ หากเกิดปัญหาการตัดสินใจการตายในการปลูกถ่ายอวัยวะ

เนื่องจากว่าหากทางกฎหมายยังไม่ถือว่า “สมองตาย” คือบุคคลที่ตายแล้วตามกฎหมาย หากแพทย์ได้ยุติการช่วยชีวิตและทำการผ่าตัดนำอวัยวะไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วย แพทย์ก็จะมี ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งถือเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะเพราะแพทย์ก็จะเกิดความกังวลว่าจะมีความผิดจากการที่จะยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยที่สมองตายนั้นแล้วนำอวัยวะไปปลูกถ่าย และทำให้การจะหาอวัยวะไปปลูกถ่ายนั้นยิ่งยากลำบากมากขึ้น ซึ่งก็เป็นอุปสรรคสำคัญอีกอย่างหนึ่ง

แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นปัจจุบันอาจถือได้ว่ากฎหมายได้ยอมรับแล้วว่าผู้ป่วยสมองตายคือบุคคลที่ตายแล้วในทางกฎหมาย จะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลในคดีหนึ่งที่ศาลได้วินิจฉัยว่าแพทย์ไม่มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นในการนำอวัยวะของผู้ป่วยที่สมองตายนั้นไปทำการปลูกถ่าย โดยศาลเห็นว่าผู้ป่วยที่สมองตายนั้นเป็นบุคคลที่ตายแล้ว และวินิจฉัยไปถึงว่าแพทย์ได้ทำการวินิจฉัยว่าผู้ นั้นสมองตายตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายที่แพทยสภาได้มีประกาศหลักเกณฑ์ดังกล่าวออกมา และจากคำพิพากษาดังกล่าวก็อาจทำให้แพทย์ลดความกังวลลงไปได้ ซึ่งก็หมายความว่าอุปสรรคอย่างหนึ่งในการปลูกถ่ายอวัยวะก็ลดลงไปเช่นกัน

แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าหากปรากฏว่าแพทย์ไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสมองตายให้ถูกต้องหรือครบถ้วนตามที่แพทยสภากำหนด หรือกระทำโดยประมาทหรือในการยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยนั้นมีเหตุผลอื่นแอบแฝงทำให้การที่แพทย์นำอวัยวะไปปลูกถ่ายนั้น ก็ยังต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาอยู่เนื่องจากประกาศของแพทยสภานั้นเป็นเพียงกำหนดหลักเกณฑ์

⁷ แหล่งเดิม. หน้า 28-29.

ทางการแพทย์เพื่อประกอบการวินิจฉัยว่า แพทย์ดังกล่าวได้ทำการยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยสมองตาย คนใดแล้วนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่นๆ นั้นเป็นไปโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนดไว้หรือไม่ แต่ยังเป็นเพียง “ข้อเท็จจริง” เพราะว่าการพิจารณาของแพทยสภานั้น มิใช่กฎหมายโดยตรงเพียงแต่ออกโดยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น ยังไม่อาจใช้เป็นข้อยกเว้นทางกฎหมายโดยตรงในความผิดต่อชีวิตตามมาตรา 288 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่อย่างน้อยก็เกิดผลในทางกฎหมาย คือหากแพทย์ผู้ใดได้ยุติการช่วยเหลือชีวิตผู้ป่วยที่สมองตายถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนด ก็ย่อมยืนยันในข้อเท็จจริงว่า แพทย์ผู้นั้นกระทำการด้วยความสุจริต มิได้มีเจตนาฆ่าผู้ป่วยเหมือนผู้กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 หรือมาตรา 289 ของประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้นหากมีการร้องเรียนกล่าวหาในทางคดีอาญาว่าแพทย์ผู้ทำการยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยที่สมองตายกระทำการอันมิชอบ ดังเช่นที่ได้กล่าวข้างต้นและจากการสอบสวนคดีอาญามีมูลน่าเชื่อว่าอาจจะเกิดการกระทำตามที่ถูกกล่าวหาจริง ก็อาจจำเป็นต้องดำเนินคดีกับแพทย์ผู้ยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยสมองตายเพื่อพิสูจน์ในศาลต่อไป⁸ ประกอบกับหากการวินิจฉัยการตายนั้น มิได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และข้อบังคับว่าด้วยเรื่องสมองตาย ผลคือผู้ป่วยนั้นยังไม่ถึงแก่ความตาย และหากแพทย์ได้ผ่าตัดนำอวัยวะออกไปโดยที่ผู้ป่วยนั้นยังไม่ถึงแก่ความตาย แพทย์อาจมีความผิดอาญาได้ 2 ประการ คือ ประการแรก หากการตัดอวัยวะที่สำคัญของร่างกายไม่ทำให้ผู้ป่วยนั้นถึงแก่ความตาย แพทย์ก็อาจมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 300 ประการที่สอง หากการตัดอวัยวะนั้นเป็นการตัดอวัยวะที่สำคัญของร่างกาย อันเป็นผลทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย แพทย์อาจจะต้องรับผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาทได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 291⁹

4.2 ปัญหาเรื่องสถานะของศพ

การกระทำของแพทย์ในการนำอวัยวะออกจากผู้ที่ถึงแก่ความตายแล้ว มิใช่ว่าจะไม่มีปัญหาเสมอไป การที่แพทย์ตัดอวัยวะออกมาโดยที่ผู้ตายไม่ได้แสดงเจตนาจะอุทิศไว้ก่อนที่จะถึงแก่ความตาย อาจทำให้แพทย์ต้องมีความรับผิดทางอาญาซึ่งปัญหาสำคัญก็คือสถานะของศพว่าศพนั้นเป็นทรัพย์หรือไม่

ไม่ว่าศพจะเป็นทรัพย์หรือไม่ก็ตาม ศพก็ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการลักทรัพย์หรือการทำให้เสียทรัพย์ได้เพราะขณะกลายเป็นศพยังไม่มีผู้ใดเข้าถือกรรมสิทธิ์และการครอบครอง ศพจึงเป็น

⁸ กุลพล พลวัน. (2548, กรกฎาคม). “การตายทางการแพทย์กับการยอมรับของกฎหมายไทย.” *ข่าวเนติบัณฑิตยสภา*, 18 (192). หน้า 8.

⁹ วทวภา รุจิกันหะ. เล่มเดิม. หน้า 107.

เสมือนใบไม้ใบหญ้าที่ร่วงหล่นบนพื้นดินตามธรรมชาติ แม้จะเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง เป็นทรัพย์สิน ครอบงำที่ยังไม่มีใครเข้าห้วงกันเป็นกรรมสิทธิ์ ก็ไม่เป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ใครจะเก็บเอาไปหรือใครทำลายเสียหรือนำเอาไปใช้ประโยชน์อย่างใดก็ได้ ต่อเมื่อมีการยึดถือเอาแล้ว เช่น สฟของ “ซีอูย” ถ้าใครมาเอาไปหรือทำลายเสียย่อมเป็นการลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์สินแล้วแต่กรณี¹⁰

สฟไม่ใช่มรดกที่จะตกทอดแก่ทายาท หากไม่ได้ถือสฟเป็นทรัพย์สินเรื่องนี้ก็ไม่มีปัญหา แต่หากจะถือว่าสฟเป็นทรัพย์สินก็เป็นมรดกไม่ได้ เพราะไม่ใช่สิ่งที่เจ้ามรดกมีอยู่ก่อนตาย จะว่าได้มาภายหลังตายก็ไม่ได้เพราะเมื่อตายแล้วอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ก็ย่อมหมดไปตามการสิ้นสภาพแห่งบุคคล จึงจะทำให้พินัยกรรมยกให้สฟของตนให้เป็น “มรดก” แก่ใครไม่ได้จะทำได้ก็แต่เพียงการกำหนดการเมื่อตายไว้ในเรื่องการจัดการสฟของตนให้เป็นไปตามเจตนาก่อนตายเท่านั้น¹¹

ดังนั้นเมื่อตายแล้วแพทย์จึงสามารถนำเอาอวัยวะหรือส่วนของสฟออกไปได้โดยไม่มี ความผิดใดๆ ในขณะที่ทั้งสิ้น เว้นแต่จะมีการแสดงเจตนา ห้าม หรือไม่อนุญาตไว้ก่อน ไม่ว่าจะโดย ตัวผู้ตายเองก่อนตายหรือโดยญาติใกล้ชิดของผู้ตายเอง นั่นก็หมายความว่าได้มีการแสดงเจตนา ห่วงกันไว้โดยผู้ที่เกี่ยวข้องในทันทีที่เป็นสฟ¹²

คดีตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1174/2508 นั้นผู้ตายทำพินัยกรรมยกสฟให้คณะแพทยศาสตร์ และศิริราชพยาบาล ต่อมาลูกของผู้ตายที่นับถือคริสต์ศาสนา ต้องการสฟไปทำพิธีทางศาสนาจึง ฟ้องมหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ (ชื่อเดิม) เป็นจำเลย ขอให้คืนสฟโดยอ้างว่าสฟนั้นเป็นทรัพย์สินมรดก ตกแก่ทายาทแต่เป็นทรัพย์สินที่เกิดขึ้นเมื่อผู้ตายถึงแก่ความตายแล้ว ผู้ตายจึงไม่มีสิทธิ์ยกสฟ (ซึ่งขณะนั้นยังมีได้เป็นทรัพย์สินสินของผู้ตาย) ให้แก่มหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ ศาลฎีกาวินิจฉัย ยกฟ้องโจทก์โดยให้เหตุผลว่าพินัยกรรมของผู้ตายใช้ได้ เพราะเป็นการกำหนดเมื่อตายในการ จัดการสฟมิใช่เป็นการยกทรัพย์สิน และศาลฎีกาก็มิได้วินิจฉัยตามประเด็นที่โจทก์อ้างว่าสฟจะเป็น ทรัพย์สินหรือไม่ แต่ถ้าพิจารณาจากเหตุผลในข้ออ้างของโจทก์แล้ว อาจจะพอสรุปได้ว่าศาลฎีกาในคดี นี้เห็นว่าสฟไม่ใช่ทรัพย์สินนั่นเอง¹³

แต่อย่างไรก็ดีเทคโนโลยีในปัจจุบัน สฟและอวัยวะจากสฟที่ตายใหม่ๆ มีประโยชน์และมีคุณค่าที่จะนำไปปลูกถ่ายเพื่อการรักษาที่เป็นการยืดชีวิตของผู้ป่วยให้ยืนยาวต่อไปได้อีกมิใช่เป็น

¹⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก เล่มเดิม หน้า 251.

¹¹ แหล่งเดิม, หน้า 251.

¹² ยงยุทธ สารสมบัติ. (2528). “บทบัญญัติว่าด้วยการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์ของประเทศประชาคม ยุโรป.” *วารสารอัยการ*, 94. หน้า 15.

¹³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ก เล่มเดิม, หน้า 29.

สิ่งที่จะต้องปล่อยให้เนาเปื่อยไปตามธรรมชาติอีกต่อไป ดังนั้นศพและอวัยวะจากศพหรือแม้แต่อวัยวะที่ตัดออกไปจากคนมีชีวิต ก็น่าจะเป็นสิ่งที่มีคุณค่าหรือราคาที่สามารถจะถือเอาได้ ดังตัวอย่างที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา ผู้ที่ตกเป็นจำเลยเป็นนักวิทยาศาสตร์ที่ใช้เซลล์จากม้ามของผู้ป่วย นำมาผสมกับเซลล์ของมะเร็งเม็ดเลือดบางชนิด (Hairy Cell Of Leukemia) เพื่อให้เซลล์ทั้งสองชนิดผสมกันแล้วเกิดเป็นเซลล์ชนิดใหม่ขึ้น ซึ่งเซลล์ใหม่นี้จะนำไปทำการวิจัยเกี่ยวกับการรักษามะเร็ง นักวิทยาศาสตร์ดังกล่าวได้นำเซลล์พันธุ์ใหม่นี้ไปจดทะเบียนสิทธิบัตร ผู้ป่วยเจ้าของม้ามที่ถูกนำมาวิจัยฟ้องนักวิทยาศาสตร์ เพื่อขอสิทธิจากผลประโยชน์ที่จำเลยจะได้รับจากสิทธิบัตรในอนาคตในฐานะมีส่วนเป็นเจ้าของเซลล์พันธุ์ใหม่ ผลของคดียังไม่ปรากฏ คดีนี้เป็นตัวอย่างที่แสดงว่าอวัยวะจากคนมีชีวิตนั้นอาจมีราคาและจะถือเอาได้ซึ่งในอนาคตจะปรากฏชัดขึ้นทุกทีในสิ่งเหล่านี้¹⁴

จากข้อกำหนดดังกล่าว การผ่าตัดอวัยวะจากศพเพื่อนำไปปลูกถ่ายนั้นถ้าผู้ตายแสดงความจำนงบริจาคหรืออุทิศให้ก่อนตายแพทย์ก็สามารถผ่าตัดได้ โดยไม่ต้องรับผิดทางกฎหมายตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2508 ดังกล่าวมาแล้วและในต่างประเทศส่วนมากก็ถือตามหลักนี้¹⁵

ในกรณีที่จะถือว่าศพเป็นทรัพย์สิน หากแพทย์ผ่าตัดอวัยวะออกจากศพโดยมิได้รับอนุญาตจากทายาท ต้องรับผิดทั้งทางกฎหมายอาญา (ฐานลักทรัพย์ มาตรา 334 หรือทำให้เสียทรัพย์ มาตรา 358) และทางกฎหมายแพ่งเนื่องจากการละเมิดต้องชดเชยค่าเสียหาย ถ้ายังถือกันว่าศพหรืออวัยวะจากศพไม่เป็นทรัพย์สินแพทย์ย่อมไม่ต้องรับผิดทางอาญา เพราะในปัจจุบันไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดฐานผ่าตัดศพหรือกระทำต่อศพโดยไม่สมควร¹⁶

หากจะพิจารณาความหมายของคำว่าทรัพย์สินเปรียบกับสภาพของศพ เพื่อจะชี้ว่าศพมีลักษณะที่เป็นทรัพย์สินหรือไม่ ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 137 และ 138 ว่าศพเป็นวัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่ มีราคา มีคุณค่าและอาจถือเอาได้หรือไม่¹⁷

เรื่องรูปร่างนั้นเห็นได้ชัดเจนว่าศพเป็นสิ่งที่รูปร่าง ส่วนศพมีราคาหรือคุณค่าหรือไม่ เมื่อคำว่าคุณค่า หมายถึงคุณค่าทางจิตใจด้วยศพย่อมเป็นสิ่งที่อยู่ในสำนึกของคนทั่วไปจึงไม่ยากให้มีใครไปกระทำทารุณต่อศพหรืออย่างน้อยศพก็มีคุณค่าแก่ผู้เป็นญาติสนิทมิตรสหาย จึงต้องถือว่าศพย่อมมีคุณค่าในตัวเองอยู่ เมื่อพิจารณาแล้วย่อมเห็นได้ว่าศพน่าจะเป็นทรัพย์สินได้ เพราะศพ

¹⁴ แหล่งเดิม. หน้า 29-30.

¹⁵ แหล่งเดิม. หน้า 30.

¹⁶ แหล่งเดิม. หน้าเดิม.

¹⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 318-319.

เป็นสิ่งที่มีการรูปร่างและมีคุณค่ามากกว่าก้อนหิน ก้อนดิน หรือเมล็ดข้าวเมล็ดหนึ่ง ซึ่งถือกันว่าเป็นทรัพย์¹⁸

ส่วนการลักศพบจะเป็นลักทรัพย์หรือไม่ ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 ว่ามีการครอบครองหวงกัน มีใครถือกรรมสิทธิ์และมีการแย่งกรรมสิทธิ์และการครอบครองสพนั้นหรือไม่เพราะของมีค่า เช่น ปากกา ดินสอ แม้จะเป็นทรัพย์ แต่การเอาปากกาดินสอนั้นๆ ไปอาจไม่เป็ลักทรัพย์ก็ได้หากเจ้าของสละกรรมสิทธิ์หรือสละการครอบครองแล้ว ความคิดที่ว่าลักศพบไม่เป็ลักทรัพย์แท้จริงแล้วเป็นการพิจารณาข้ามขั้นตอน หากการลักศพบไม่เป็ลักทรัพย์คงเป็นเพราะศพบไม่เป็วัตถุแห่งการลักทรัพย์เพราะไม่มีผู้ถือเอามากกว่า ดังนี้คิดจากหลักกฎหมายในเรื่องทรัพย์ไม่มีเจ้าของหรือการสละสิทธิ์ในทรัพย์ การนำศพบไปเผาหรือฝัง โดยเฉพาะศพบไม่มีญาติยิ่งเห็นว่าเป็นวัตถุแห่งการลักได้ นั้นเป็นเพราะไม่มีผู้ประสงค์จะถือเอามากกว่าที่จะเป็นเพราะศพบไม่ใช่ทรัพย์ เพราะฉะนั้นศพบเป็นทรัพย์หรือไม่คงต้องพิจารณาตามความหมายของคำว่าทรัพย์ ส่วนที่ว่าลักศพบเป็นลักทรัพย์หรือไม่คงต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาว่าศพบเป็นวัตถุแห่งการลักได้หรือไม่ซึ่งเป็นคนละประเด็นกัน¹⁹

การออกกฎหมายใหม่ ในหลายประเทศมีกฎหมายคุ้มครองแพทย์ไม่ต้องให้รับผิดทางกฎหมาย ในกรณีนำเอาอวัยวะจากศพบด้วยเจตนาสุจริต เช่น Uniformed Anatomical Gift Act ของอเมริกาหรือ Human Tissue Act ของอังกฤษ ที่ให้อำนาจโคโรเนอร์ที่จะอนุญาตให้แพทย์นำอวัยวะออกจากศพบได้ในกรณีที่เป็นการตายโดยผิดธรรมชาติ แต่กระนั้นอวัยวะจากศพบที่นำมาใช้ปลูกถ่ายก็ยังมีขาดแคลนอยู่มาก²⁰

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่าการกระทำของแพทย์ต่อศพบจะเป็นความผิดอาญาฐานใดหรือไม่ นั้น จะต้องพิจารณาว่าศพบนั้นมีความหมายตรงกับความหมายของทรัพย์ตามมาตรา 137 และ 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วก็ถือว่าศพบเป็นทรัพย์ได้ แต่หากแพทย์จะทำการผ่าตัดอวัยวะของศพบไปทำการปลูกถ่ายแล้วจะถือว่าแพทย์มีความผิดฐานลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์หรือไม่ นั้น ต้องพิจารณาว่าศพบนั้นมีใครเข้าถือกรรมสิทธิ์และเข้าครอบครองหรือไม่ ถ้าหากว่ามีบุคคลเข้าถือกรรมสิทธิ์และครอบครอง ศพบนั้นก็ถือว่าเป็วัตถุแห่งการลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 ได้ เพราะความผิดฐานนี้เป็ความผิดต่อกรรมสิทธิ์และการครอบครอง²¹ และยังเป็นวัตถุแห่งการทำให้เสียทรัพย์ตามมาตรา 358 ได้เช่นกัน

¹⁸ แหล่งเดิม, หน้า 319

¹⁹ แหล่งเดิม, หน้า 319-320

²⁰ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ก เล่มเดิม, หน้า 30-31.

²¹ หุตุต แสงอุทัย. (2546). *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*. หน้า 260

เพราะมาตรา 334 คือ “ผู้ใดเอาทรัพย์สินของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์” และมาตรา 358 คือ “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์” ซึ่งองค์ประกอบภายนอกของความผิดทั้งสองฐานที่เหมือนกันคือ “ทรัพย์สินของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย”

ตัวอย่างเช่น ศพที่เก็บไว้เพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ก็ถือได้ว่ามีผู้ประสงค์จะครอบครองหรือการที่ญาติของผู้ตายแสดงเจตนาหวงกันก็ถือได้ว่าศพนั้นก็เป็นวัตถุแห่งการลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์ หากแพทย์จะทำการผ่าตัดนำอวัยวะของศพนั้นไปปลูกถ่ายโดยที่ญาติหรือโรงพยาบาลที่เก็บศพไว้ไม่ยินยอม แพทย์ก็จะมีคามผิดทางอาญาฐานลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์ได้ แต่ถ้าหากว่าศพนั้นไม่มีผู้ใดเข้าถือกรรมสิทธิ์ เข้าครอบครองหรือหวงกัน หากแพทย์จะทำการผ่าตัดนำอวัยวะไปปลูกถ่ายแพทย์ก็ย่อมไม่มีความผิดทางอาญา ซึ่งนั่นหมายความว่า การกระทำของแพทย์ต่อศพจะเป็นความผิดอาญาที่ต้องดูว่าศพนั้นเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ตามมาตรา 334 และมาตรา 358 หรือไม่

อย่างไรก็ตามผู้เขียนก็มีความเห็นว่าเมื่อศพก็เป็นทรัพย์ได้ในความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วและการที่มีการหวงกัน การเข้าครอบครองศพก็ทำให้ศพเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ได้ เพราะฉะนั้นเมื่อศพใดที่มีผู้ประสงค์เข้าครอบครองเข้าถือกรรมสิทธิ์ มีการหวงกันแล้ว ศพนั้นย่อมถือว่ามีสถานะเป็นทรัพย์ตามกฎหมายได้

ดังนั้น แพทย์ก็มีสิทธิ์ที่จะขอแสดงความหวงกันไว้ก่อนได้ เช่น การขออนุญาตกับผู้ป่วยขณะมีความสามารถยินยอมได้ เพื่อมิให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ตายมาอ้างสิทธิต่อศพในภายหลัง²² หรืออาจจะขอความยินยอมจากญาติหรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องไว้ก่อนเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นได้

ทั้งนี้การที่ยังไม่สามารถหาข้อสรุปที่ชัดเจนได้ว่าสถานะทางกฎหมายของศพนั้นเป็นทรัพย์หรือไม่ ทำให้เกิดปัญหากรณีถ้าหากศพไม่ถือว่าเป็นทรัพย์แล้วการกระทำของแพทย์ก็จะเป็นความผิดอาญาฐานลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์ ถ้าเช่นนั้นแล้วจะถือว่าการกระทำของแพทย์ที่ผ่าตัดอวัยวะออกจากศพนั้นเป็นความผิดอาญาตามมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้หรือไม่

มาตรา 199 บัญญัติว่า “ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือชิ้นส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” พิจารณาการกระทำของแพทย์ว่าครอบงำประกอบความผิดดังกล่าว

²² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 252.

หรือไม่ การผ่าตัดนำอวัยวะออกจากศพจะถือได้ว่าเป็นการทำลายศพได้หรือไม่ ส่วนการลอบฝังหรือซ่อนเร้นนั้น ไม่เข้ากับการกระทำของแพทย์อย่างแน่นอนเพราะลอบฝัง หมายความว่า ฝังไว้อย่างลับๆ ซ่อนเร้น หมายความว่า เอาไปไว้ในที่ๆ ไม่สามารถค้นพบหรือยากแก่การค้นพบ²³ แต่การกระทำของแพทย์เป็นการผ่าตัดอวัยวะของศพหรือชิ้นส่วนของศพซึ่งไม่ได้มีการฝังศพนั้นไว้อย่างลับๆ แต่อย่างไรก็ตาม ส่วนจะถือว่าการที่แพทย์ผ่าตัดอวัยวะของศพเพื่อไปทำการปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยที่รอรับอวัยวะอยู่นั้นว่าเป็นการซ่อนเร้นชิ้นส่วนของศพได้หรือไม่ เพราะเป็นการนำไปไว้ในที่ๆ ยากแก่การค้นพบ ทั้งนี้ในการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะจะต้องมีขั้นตอนกระบวนการตรวจสอบอวัยวะของผู้รับอวัยวะหรือทั้งจากศพ การรับบริจาค เป็นต้น ซึ่งสามารถตรวจสอบได้อยู่แล้วว่าอวัยวะที่นำมาจากศพนั้นจะต้องไปอยู่ที่ใคร จึงตัดเรื่องซ่อนเร้นออกไปได้ มาถึงการย้ายและทำลายศพ เมื่อดูการกระทำของแพทย์ก็อาจถือได้ว่าเป็นการย้ายชิ้นส่วนของศพได้เพราะเป็นการนำชิ้นส่วนของศพ คืออวัยวะจากศพออกมาเพื่อย้ายไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ย้ายอวัยวะจากศพ ไปอยู่ที่คนและจะถือว่าการทำลายศพก็ได้เพราะเป็นการผ่าตัดศพเอาอวัยวะออกมาซึ่งอาจทำให้ศพนั้นไม่อยู่ในสภาพเดิม

แต่อย่างไรก็ตามก็ต้องมาพิจารณาถึงองค์ประกอบภายในของความผิดนี้ คือเจตนา นอกจากนั้นยังต้องมีมูลเหตุชักจูงใจคือ เพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตายเพราะถ้าหากไม่มีมูลเหตุชักจูงใจก็จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ จะเห็นว่าการกระทำของแพทย์นั้นมีเจตนาแน่วแน่อยู่แล้วแต่มูลเหตุชักจูงใจนั้นไม่มี เพราะการที่แพทย์ผ่าตัดนำอวัยวะออกจากศพนั้นก็เพื่อนำไปรักษาให้กับผู้ป่วยอีกรายหนึ่ง ที่สำคัญศพนั้นก็ผ่านการชันสูตรพลิกศพ ผ่านยืนยันการตายและสาเหตุการตายมาแล้ว จึงหาใช่เป็นการผ่าตัดเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตายของศพนั้นแต่อย่างใด ดังนั้นการที่แพทย์ผ่าตัดนำอวัยวะออกจากศพจึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 199 นี้

ดังนั้นบทบัญญัติมาตรานี้จึงยังไม่ครอบคลุมการกระทำของแพทย์ต่อศพ ทำให้ยังเป็นช่องว่างของกฎหมายและเป็นโอกาสให้แพทย์ที่มีเจตนาไม่สุจริตกระทำความผิดได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงความผิดที่จะตามมา

4.3 ปัญหาความยินยอมของเจ้าของอวัยวะและผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง

จากการที่ได้มีการยอมรับหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายซึ่งให้แพทย์สามารถยุติการช่วยชีวิตของผู้ป่วยสมองตายและถือว่าเป็นบุคคลที่ตายแล้ว แต่อย่างไรก็ตามแพทย์ก็อาจจะยังต้องเสี่ยงกับความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญาอยู่ถ้าหากจะนำอวัยวะของบุคคลนั้นไปปลูกถ่าย

²³ หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 98.

ให้กับผู้ป่วยรายอื่น ซึ่งอาจจะเป็นความผิดต่อชีวิตจากการที่ไปถอดเครื่องช่วยหายใจของผู้ป่วย โดยที่การวินิจฉัยสมองตายไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามที่แพทยสภากำหนดหรือเรื่องสถานะของศพ การกระทำเกี่ยวกับศพ ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ดังนั้นการที่แพทย์จะทำการผ่าตัดนำเอาอวัยวะของเจ้าของอวัยวะ ไปปลูกถ่ายเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาที่อาจตามมาภายหลัง แพทย์คงต้องขอความยินยอมจากผู้ที่เกี่ยวข้องให้ชัดเจนเสียก่อน

ความยินยอมที่จะนำมาใช้อ้างในทางกฎหมายได้นั้น น่าจะต้องเป็นความยินยอมที่ผู้ยินยอมได้รับคำบอกกล่าวโดยชอบตามหลัก Informed Consent ทั้งต้องเป็นความยินยอมที่ผู้ให้ได้ให้โดยบริสุทธิ์และไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีด้วย นอกจากนี้ผู้ให้ความยินยอมจะต้องเป็นผู้ที่กฎหมายยอมรับด้วยที่ตรงที่สุดก็คือ ตัวเจ้าของอวัยวะนั่นเองเพราะเป็นผู้เสียหายโดยตรงในกรณีนี้ แต่เนื่องจากการผ่าตัดอวัยวะในกรณีนี้จะกระทำในช่วงหลังสมองตายโดยสภาพจึงไม่อาจขอความยินยอมจากเจ้าของอวัยวะได้ เว้นแต่จะมีการให้ความยินยอมไว้เป็นการล่วงหน้าก่อนแล้ว ในกรณีที่ไม่มีอาจขอความยินยอมจากเจ้าของอวัยวะได้นี้ กฎหมายน่าจะอนุโลมให้ใช้ความยินยอมจากผู้ปกครอง คู่สมรส บุตรหรือญาติสนิทเท่าที่จะพึงติดต่อได้ เหมือนในกฎหมายของต่างประเทศ และแม้ว่าสถานะของกฎหมายไทยในจุดนี้ยังไม่ชัดเจนแน่นอน แต่การขอความยินยอมจากบุคคลดังกล่าวไว้ล่วงหน้าย่อมจะส่งผลในทางจิตวิทยาได้อย่างแน่นอน ดีกว่าที่จะดำเนินการโดยปราศจากการขอความยินยอมโดยสิ้นเชิง²⁴

ในต่างประเทศหลายประเทศมีการออกกฎหมายที่เรียกว่า “Required Request” เช่น กฎหมายของรัฐ โอเรกอนและนิวเจอร์ซีย์ เป็นต้น กฎหมายนี้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของสถานพยาบาลที่รักษาพยาบาลผู้ป่วยที่อยู่ในสภาพเหมาะสมจะเป็นผู้บริจาคอวัยวะ (หมายความว่า ผู้ป่วยใกล้หรือ น่าจะอยู่ในภาวะสมองตายแล้ว) ต้องขอรับบริจาคอวัยวะของผู้ป่วยจากญาติทุกราย หากละเว้นการปฏิบัติเช่นนั้นจะมีความผิดอาญา มีโทษปรับ กฎหมายทำนองนี้นับว่าเพิ่มภาระให้แพทย์และพยาบาลขึ้นไม่น้อยเพราะการขอให้ญาติของผู้ที่เพิ่งตายใหม่ๆ เป็นผู้ลงนามยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดเอาอวัยวะจากผู้ตายไปปลูกถ่ายนั้น เป็นเรื่องยากมิใช่น้อยและญาติของผู้ตายเองก็ลำบากใจไม่น้อยเหมือนกันที่ต้องตัดสินใจภายในช่วงระยะเวลาไม่นานนัก ยิ่งผู้ตายตายจากอุบัติเหตุกะทันหันด้วยแล้ว การจะได้อวัยวะจากศพกรณีเช่นนี้ จึงเป็นไปได้ยาก ดังนั้นบางประเทศจึงออกกฎหมายที่เรียกว่า “Presumed consent” หรือ “Contracting out” คือกฎหมายกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานไว้ว่า คนที่ตายทุกคนถือเป็นผู้บริจาคอวัยวะเว้นแต่จะมีการแสดงความจำนงไว้ก่อนตาย โดยขึ้นทะเบียนบัญชีชื่อผู้ไม่ยินยอมบริจาคบริจาคเอาไว้ซึ่งจะมีศูนย์เก็บข้อมูลไว้ในคอมพิวเตอร์ เมื่อมีอุบัติเหตุคนตายที่เหมาะสมจะใช้อวัยวะ เพื่อนำไปปลูกถ่ายได้ก็ตรวจสอบชื่อของผู้นั้นกับศูนย์ข้อมูลว่ามีอยู่

²⁴ จริฎ กัทศิธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 11-12.

หรือไม่ ถ้าไม่มี แพทย์ก็สามารถนำอวัยวะของผู้นั้นไปปลูกถ่ายได้ทันทีกฎหมายในลักษณะนี้มีใช้
อยู่ในบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส²⁵

ในประเทศไทย ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการปลูกถ่ายอวัยวะไว้เป็นพิเศษ จึงต้องถือตาม
หลักทั่วไป คือพิจารณาว่าผู้ให้ความยินยอมนั้นมีอายุมากพอที่จะเข้าใจถึงสภาพของผลร้ายที่จะ
เกิดขึ้นหรือไม่ (กรณีผู้ไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ เช่น ผู้วิกลจริต ผู้มีความ
ผิดปกติทางสมองไม่ว่าจะเป็นจิตบกพร่อง โรครจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ซึ่งไม่อาจรู้ผิดชอบได้แม้จะมี
อายุมากพอ แต่ก็ไม่สามารถที่จะเข้าใจถึงสภาพของผลร้ายที่จะเกิดขึ้น ไม่สามารถที่จะให้ความ
ยินยอมได้)²⁶ และที่สำคัญคือผู้ให้ความยินยอมต้องให้ความยินยอมด้วยความบริสุทธิ์ใจและไม่ขัด
ต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย

ดังนั้นหากเป็นการนำอวัยวะไปปลูกถ่ายให้แก่ บิดา มารดาหรือญาติพี่น้องหรือคู่สมรส
ก็จะถือได้ว่าเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ทั้งนี้อาจรวมไปถึงการนำอวัยวะไปปลูกถ่าย
ให้แก่บุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์กัน เพราะตามหลักคำสอนในศาสนาพุทธได้สอนให้พุทธบริษัท
มีทาน คือการบริจาค²⁷ และมนุษย์ควรมีเมตตากรุณาต่อกัน เมื่อสามารถผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะได้ตนจะ
เสียสละให้ อันนี้คือจุดที่สมบูรณ์และบริสุทธิ์ที่สุดในทางจริยธรรม²⁸

กรณีที่ผู้ตายแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้ก่อนตาย โดยทำการบริจาคไว้กับหน่วยงาน
ที่รับบริจาค มีเอกสารหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร แพทย์ก็สามารถผ่าตัดอวัยวะไปปลูกถ่ายได้
โดยไม่ต้องรับผิดทางกฎหมาย²⁹ เพราะเท่ากับว่าได้รับความยินยอมทั้งจากเจ้าของอวัยวะและทายาท
แล้ว แต่อย่างไรก็ดีข้อบังคับของแพทยสภาที่ไม่ได้ครอบคลุมถึงกรณีที่ผู้ตายมีทายาท แล้วถ้าหาก
ทายาทของผู้ตายนั้น ไม่ยินยอมและมีการเข้าถือกรรมสิทธิ์เข้าห้วงกันศพ ดังนี้หากแพทย์ยังขึ้นผ่าตัด
นำอวัยวะของศพนั้น ไปปลูกถ่ายแพทย์ก็อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาฐานลักทรัพย์หรือทำให้เสีย

²⁵ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ก เล่มเดิม. หน้า 31.

²⁶ สุภัสสร ภูเจริญศิลป์. เล่มเดิม. หน้า 28.

²⁷ พระสุธรรมยานเถระ. (2531, มิถุนายน). “กรรมฐาน 40.” *ธัมมวิโมกข์*, 9, หน้า 117.

²⁸ พระเทพเทวี (ประยูรช ษุตโต). (2532, กันยายน). “เทคโนโลยีทางการแพทย์สมัยใหม่กับจริยธรรม
ในแง่พุทธศาสนา.” *สารศิริราช*, 41, หน้า 515.

²⁹ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2538 หมวด 8
ข้อ 3.5 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตายได้แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย
และมีบัตรประจำตัวผู้แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะดังกล่าว ถ้าไม่สามารถติดตามหาญาติผู้ตายในข้อ 3.3 ได้ให้
ถือว่าเอกสารแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะที่ผู้บริจาคอวัยวะให้ไว้กับศูนย์รับบริจาค สภากาชาดไทย เป็นเอกสาร
ที่ใช้แทนเอกสารในข้อ 3.3 (เอกสารแสดงความยินยอมบริจาคอวัยวะของทายาทหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของ
ผู้ตาย).

ทรัพย์ได้ เพราะฉะนั้นแม้ว่าจะมีเอกสารแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะของเจ้าของอวัยวะอยู่ที่ตามก่อนที่แพทย์จะทำการผ่าตัดอวัยวะไปปลูกถ่ายแพทย์ก็ควรจะต้องขอความยินยอมจากทายาทของผู้ตายไว้ก่อนเพื่อป้องกันความรับผิดทางอาญาที่อาจมีขึ้นได้

ดังนั้นหากแพทย์ได้รับความยินยอมไว้ก่อนตายของเจ้าของอวัยวะแล้ว รวมถึงทายาทของเจ้าของอวัยวะนั้นด้วย แพทย์ก็สามารถที่จะอ้างความยินยอมนั้น เพื่อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้

ทั้งนี้ทั้งนั้นก็ยังมีปัญหาอยู่หากศพนั้น ไม่มีทายาทและไม่ได้มีการแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้ เพราะกรณีไม่มีทายาทแต่มีการแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะแพทย์ก็สามารถผ่าตัดอวัยวะจากศพได้โดยไม่ต้องรับผิดทางอาญาหรือกรณีไม่ได้มีการแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะแต่มีทายาทและทายาทนั้นก็ให้ความยินยอมกับแพทย์ที่จะทำการผ่าตัดอวัยวะจากศพได้ แพทย์ก็สามารถทำได้โดยไม่ต้องรับผิดทางอาญาโดยอ้างความยินยอมจากทายาทหรือศพนั้นมีทายาทซึ่งทายาทก็ให้ความยินยอมกับแพทย์ในการผ่าตัดอวัยวะจากศพและยังมีการแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้ก่อนตายด้วย อย่างนี้ยังทำให้แพทย์ทำการผ่าตัดนำอวัยวะของศพนั้นไปทำการปลูกถ่ายได้โดยไม่ต้องรับผิดทางอาญาใดๆ เลยดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้ว

แต่ถ้าหากศพนั้นไม่ได้รับความยินยอมจากใครเลยทั้งจากเจ้าของอวัยวะที่จะทำการบริจาคอวัยวะไว้หรือจากทายาทที่จะมาให้ความยินยอมกับแพทย์ เช่นนี้จึงทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายว่าจะมีกฎหมายใดมารองรับการกระทำของแพทย์ต่อศพได้ เนื่องจากที่ได้วิเคราะห์ในหัวข้อก่อนหน้านี้แล้วว่า การกระทำของแพทย์ต่อศพไม่เข้ากับความผิดอาญาฐานใดถ้าไม่มีทายาทเข้าถือกรรมสิทธิ์ในศพหรือการกระทำต่อศพตามมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ความรับผิดต่อญาติของผู้ตาย

ในการพิจารณาความรับผิดของแพทย์ในการผ่าตัดนำอวัยวะออกมาโดยที่ผู้ตายไม่ได้แสดงเจตนาอุทิศไว้ก่อนที่จะถึงแก่ความตาย หรือทายาท หรือผู้จัดการศพ มิได้อนุญาตไว้ นั้น ผู้เขียนมีความเห็นเป็น 2 อย่างคือ ถ้ากรณีที่ศพนั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์เนื่องจากไม่มีผู้ประสงค์จะครอบครองเข้าถือกรรมสิทธิ์ การกระทำของแพทย์ดังกล่าวจึงไม่เป็นความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาในความผิดฐานลักทรัพย์ หรือความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตามหลัก Nulla Poena Sine Lege (ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย) แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่ศพนั้นมีผู้ประสงค์จะครอบครองเข้าถือกรรมสิทธิ์ ศพนั้นก็จะเป็นทรัพย์ ซึ่งทำให้การกระทำของแพทย์นั้นมีความรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาเกิดขึ้นและโดยทั่วไปแล้วผู้ที่ประสงค์จะครอบครองและมีสิทธิหน้าที่ในการจัดการศพนั้นก็คือญาติของผู้ตายนั่นเอง ดังนั้นถ้าเป็นกรณีนี้หากแพทย์ทำการผ่าตัดอวัยวะของศพนั้นไปแพทย์ก็จะมีคามผิดซึ่งผู้เสียหายก็คือญาติของผู้ตายนั่นเอง

เพราะฉะนั้นในเมื่อกฎหมายในเรื่องนี้ยังไม่ชัดเจน เพื่อที่แพทย์จะไม่ต้องเสี่ยงกับความรับผิดที่อาจมีขึ้น แพทย์ควรได้รับความยินยอมจากญาติของผู้ตายไว้เสียก่อนที่จะทำการผ่าตัดนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่าย แต่ถ้าหากการกระทำของแพทย์ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายตามกรณีแรก เนื่องจากขัดต่อหลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายดังกล่าวแล้ว ก็อาจส่งผลให้มีการกระทำอย่างแพร่หลายโดยที่ไม่มีผู้ใดสามารถจะยับยั้งได้ ประเทศไทยจึงควรมีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการเอาศพหรือส่วนของศพไปโดยปราศจากอำนาจไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งในบางประเทศได้กระทำเช่นนี้ เช่น ในประเทศเยอรมัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 168 ได้บัญญัติไว้ว่า

1. ผู้ใดที่ปราศจากอำนาจในการเคลื่อนย้ายศพ ส่วนของศพหรือเจ้าของของผู้ตายจากการดูแลของผู้ที่ได้รับมอบหมาย หรือผู้ใดคนหนึ่ง ทำให้เกิดความเสียหายแก่ศพ หรือที่ตั้งของการฝังศพ หรือผู้ใดที่รบกวน หรือทำให้เสียหาย แก่ที่ตั้งของการฝังศพ จะต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ความเสียหายต่อสิทธิในทางแพ่ง สามารถที่จะบังคับได้เช่นเดียวกัน

2. การพยายามกระทำความผิดฐานนี้ต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน³⁰

เนื่องจากปัจจุบันยังไม่บทบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าความยินยอมจากญาติของผู้ตายนั้นมีความสำคัญที่จะป้องกันไม่ให้แพทย์มีความรับผิดและทำให้การปลูกถ่ายอวัยวะดำเนินต่อไปได้

จากการวิเคราะห์ทั้งหมดจะเห็นได้ว่าการกระทำของแพทย์ในการผ่าตัดอวัยวะเพื่อนำไปปลูกถ่ายเป็นการกระทำที่มีความรับผิดทางอาญาในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 และอาจเป็นความผิดฐานฆ่าโดยไม่เจตนา ตามมาตรา 290 ฆ่าโดยประมาท ตามมาตรา 291 และฆ่าโดยเจตนา ตามมาตรา 288 แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตามแม้ว่าการกระทำของแพทย์จะมีความรับผิดอาญาดังกล่าว ถ้าหากแพทย์ได้รับความยินยอมที่เป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีและเป็นความยินยอมที่มีอยู่ขณะกระทำนั้นแล้วก็เป็นเหตุที่ทำให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดอาญาใดๆ

แต่เหนือสิ่งอื่นใดที่จะถือว่าแพทย์ไม่ต้องรับผิดนั้นก็คือการกระทำของแพทย์นั้นเป็นการช่วยเหลือผู้ป่วย ยืดชีวิตผู้ป่วยให้มีชีวิตอยู่ต่อไปจนถึงที่สุด แม้การกระทำจะเป็นความผิดแต่เถยจิตที่จะคิดทำร้ายคิดฆ่ามันหาได้มีไม่ หากจะให้แพทย์ต้องรับผิดทางอาญาก็อาจทำให้แพทย์ไม่สามารถจะทำการรักษาผู้ป่วยได้อย่างเต็มที่หรืออาจถึงขนาดไม่กล้าที่จะรักษาเลยก็ได้ ซึ่งก็จะขัดต่อหน้าที่ตามธรรมจรรยา หรือหน้าที่ทางวิชาชีพที่จะต้องรักษาชีวิตผู้ป่วย อีกทั้งการไม่ทำการรักษาแพทย์ก็อาจเสี่ยงต่อความรับผิดอาญาฐานงดเว้นการกระทำได้อีก เรียกได้ว่าหากแพทย์จะรักษา ก็เป็นความผิดไม่รักษาก็เป็นความผิด

³⁰ สุภัสสร ภูเจริญศิลป์. เล่มเดิม. หน้า 65-66.

ในส่วนกรณีการกระทำต่อศพแพทย์ยังอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้อยู่ทั้งฐาน ลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์ ตามมาตรา 334 และมาตรา 358 ถ้าหากศพนั้นมีการหวงกันหรือ เข้าถึงกรรมสิทธิ์ ส่วนความผิดฐานกระทำต่อศพตามมาตรา 199 นั้นการกระทำของแพทย์ก็ไม่เข้า องค์ประกอบความผิดที่จะทำให้แพทย์ต้องรับผิดอาญานี้ได้ จึงยังทำให้ให้เกิดช่องว่างของการ กระทำของแพทย์ในการผ่าตัดอวัยวะออกจากศพเพื่อไปทำการปลูกถ่าย หากว่าแพทย์ไม่ได้รับความ ยินยอมจากเจ้าของอวัยวะหรือจากญาติหรือแพทย์ที่กระทำการโดยไม่สุจริตแล้ว จะนำกฎหมายใด มาใช้บังคับกับการกระทำของแพทย์ได้

ดังนั้นหากจะมีมาตรการใดที่จะสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายรวมถึงให้อำนาจที่ แพทย์จะกระทำได้โดยไม่ต้องเสี่ยงกับความรับผิดชอบทางอาญา เพื่อจะทำให้การปลูกถ่ายอวัยวะมี ประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์แก่ทุกฝ่ายซึ่งผู้เขียนจะได้ขอเสนอในบทต่อไป

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การปลูกถ่ายอวัยวะถือว่าเป็นความก้าวหน้าและความสำเร็จแห่งวิทยาการทางการแพทย์ ในการรักษาผู้ป่วยที่มีความผิดปกติในอวัยวะสำคัญของร่างกาย (Vital Organ) ได้อย่างมีประสิทธิภาพซึ่งแพทย์ไทยสามารถปลูกถ่ายอวัยวะได้เกือบทุกอวัยวะและอวัยวะที่นำมาใช้ในการปลูกถ่ายนั้นก็ได้มาจากบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่และจากบุคคลที่ตายไปแล้ว แต่ก็ยังมีปัญหาในเรื่องขาดแคลนอวัยวะ จึงมีการศึกษาถึงความเป็นไปได้ของการเพิ่มแหล่งอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายไม่ว่าจะเป็นกรณีของอวัยวะเทียมหรืออวัยวะจากสัตว์บางชนิด เพื่อที่แพทย์จะได้ลดความเสี่ยงต่อความรับผิดชอบทางกฎหมายที่อาจมีขึ้นในการนำอวัยวะของมนุษย์ไปปลูกถ่าย แม้จะเป็นอวัยวะจากบุคคลที่ตายไปแล้วก็ตามและจากการที่ปัจจุบันมีแนวคิดใหม่ทางการแพทย์ในเรื่องสมองตายที่ทำให้การวินิจฉัยการตายต้องเปลี่ยนไปจากเดิม จากที่เคยใช้การหยุดหายใจและการหยุดเต้นของหัวใจ ก็ให้ถือว่าผู้ป่วยที่สมองตายเป็นบุคคลที่ตายแล้วเช่นกัน และแพทย์สภาก็ได้ประกาศหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสมองตาย เพื่อให้แพทย์ทำการวินิจฉัยสมองตายได้อย่างถูกต้องและเป็นไปในทางเดียวกัน เพื่อที่แพทย์จะได้ยุติการช่วยชีวิตและนำอวัยวะไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่นได้โดยไม่มีความรับผิดชอบและในการผ่าตัดอวัยวะออกไปปลูกถ่ายนั้นก็ต้องกระทำโดยให้อยู่ในกรอบของจริยธรรมในการปลูกถ่ายอวัยวะ เพื่อให้การปลูกถ่ายอวัยวะเป็นไปอย่างถูกต้องเหมาะสม

การกระทำของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายนั้น อาจเห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย โดยเฉพาะความผิดทางอาญา เนื่องจากองค์ประกอบสำคัญคือสภาพบุคคลนั้นไม่มี ซึ่งต้องหมายความว่าเจ้าของอวัยวะนั้นต้องตายไปแล้วอย่างแน่นอนจึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นในขั้นตอนการวินิจฉัยการตายและการที่แพทย์จะถอดเครื่องช่วยหายใจของผู้ป่วยสมองตายออกเพื่อจะผ่าตัดนำอวัยวะไปปลูกถ่าย เพราะหากแพทย์กระทำโดยที่ยังไม่แน่ใจว่าเป็นบุคคลที่ตายแล้วแน่นอนหรือยังแล้วไปทำการผ่าตัดนำอวัยวะไปปลูกถ่าย ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ผู้กระทำย่อมเกิดขึ้น รวมไปถึงการกระทำต่อศพซึ่งบทบัญญัติที่มีอยู่ยังไม่เพียงพอที่จะ

ครอบคลุมการกระทำของแพทย์ในการนำอวัยวะออกจากศพ โดยไม่ได้รับความยินยอมหรือไม่มีผู้ใดที่จะสามารถให้ความยินยอมได้

จากการพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์จะมีความรับผิดชอบหรือไม่และแพทย์มีอำนาจที่จะกระทำการดังกล่าวได้ตามกฎหมายหรือไม่ เมื่อได้ศึกษาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือประมวลกฎหมายอาญาก็พบว่า การกระทำของแพทย์ถือว่าเป็นความผิดอาญาในความผิดต่อร่างกายและความผิดต่อชีวิตและไม่มีบทบัญญัติใดที่ให้อำนาจแก่แพทย์ที่จะกระทำได้และจากการศึกษาบทบัญญัติที่มีอยู่นั้นก็คือ มาตรา 68 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายก็จะเห็นได้ว่าการกระทำของแพทย์นั้นไม่เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากไม่มีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายแต่อย่างใดที่แพทย์จะอ้างว่าการกระทำของตนเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจึงมีอำนาจกระทำได้โดยไม่เป็นความผิดอาญา

แต่อย่างไรก็ตามถ้าหากแพทย์ได้รับความยินยอมที่เป็นไปตามหลักเรื่องความยินยอม กล่าวคือความยินยอมที่ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี ความยินยอมที่บริสุทธิ์และความยินยอมที่มีอยู่ขณะกระทำ ก็จะเป็นการยกเว้นให้การกระทำของแพทย์ไม่มีความผิดอาญาได้ ถือได้ว่าหลักเรื่องความยินยอมนี้ให้อำนาจแก่แพทย์ที่จะกระทำต่อผู้ป่วยหรือต่อศพได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นกรณีที่แพทย์ไม่สามารถจะขอความยินยอมได้และไม่มีทางอื่นใดที่แพทย์จะทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายโดยที่แพทย์มีเจตนาที่จะช่วยเหลือชีวิตผู้ป่วย กรณีอย่างนี้แพทย์ก็อ้างเหตุจำเป็นในการกระทำของตนเพื่อเป็นเหตุยกเว้นโทษทางอาญาจากการกระทำนั้นได้

พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรมที่แม้ว่าการผ่าตัดนำอวัยวะของเจ้าของอวัยวะไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยที่รอรับอวัยวะจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการรักษา แต่ก็ยังไม่เป็นที่แน่ชัดเสียทีเดียวว่าการกระทำของแพทย์ดังกล่าวจะไม่เป็นความผิดทางอาญาเลย

พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ที่มีบทบัญญัติที่แพทย์จะสามารถยุติการช่วยชีวิตและถอดเครื่องช่วยหายใจของผู้ป่วยสมองตาย เพื่อที่จะผ่าตัดนำอวัยวะของผู้ป่วยสมองตายนั้นไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่นได้โดยการให้ผู้ป่วยทำหนังสือยินยอมที่จะให้แพทย์ยุติการช่วยชีวิตและทำให้แพทย์ไม่ต้องมีความรับผิดชอบใดๆ

จากความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์และมีแนวคิดใหม่เกิดขึ้นในเรื่องสมองตายที่ทำให้การวินิจฉัยการตายเปลี่ยนไปจากเดิมโดยมีหลักเกณฑ์ของสมองตายเพิ่มขึ้นมาจากเดิม คือการหยุดหายใจและการหยุดเต้นของหัวใจ แต่กฎหมายไม่ได้มีนิยามการตายเอาไว้การวินิจฉัยการตายของแพทย์จึงอาจใช้ทั้งหลักเกณฑ์การหยุดหายใจและหัวใจหยุดเต้นและหลักเกณฑ์สมองตาย แพทยสภาก็ได้ประกาศหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย และได้ถือว่าหลักเกณฑ์ของแพทยสภาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการตาย ซึ่งถ้าหากแพทย์วินิจฉัยการตายถูกต้องตาม

หลักเกณฑ์แพทย์ก็จะสามารถยุติการช่วยชีวิตและผ่าตัดนำอวัยวะไปทำการปลูกถ่ายได้โดยไม่ต้องเสี่ยงกับความรับผิดชอบทางอาญา อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายของแพทย์สถานนั้น แพทย์ต้องกระทำให้อุณหภูมิร่างกายตามหลักเกณฑ์ หากแพทย์กระทำไม่ถูกต้องหรือมีเจตนาไม่สุจริตแพทย์ก็ยังคงมีความรับผิดชอบทางอาญาอยู่

กรณีที่แพทย์นำอวัยวะออกจากร่างกายผู้ตาย โดยที่ผู้ตายหรือทายาทไม่ได้แสดงเจตนา อุทิศศพหรืออวัยวะไว้ จะทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาถึงสถานะของศพว่ามีสถานะเป็นทรัพย์สินหรือไม่ และจากการพิจารณาก็ยังไม่เป็นที่ชัดเจนขึ้นอยู่กับว่าศพนั้นมีผู้ประสงค์จะครอบครองหรือไม่ ถ้าหากไม่มีผู้ประสงค์ครอบครองก็จะเป็นทรัพย์สิน แต่ถ้าหากมีผู้ประสงค์จะครอบครองก็จะถือว่าเป็นทรัพย์สินได้เพราะเท่ากับว่าเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามมาตรา 334 และ มาตรา 358 ซึ่งก็จะส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของแพทย์ด้วย จึงทำให้แพทย์นั้นต้องขอความยินยอมจากญาติหรือผู้เกี่ยวข้องไว้ก่อนกรณีผู้ตายนั้น ไม่ได้ให้ความยินยอมไว้ก่อนตายเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นซึ่งอาจทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบต่อญาติของผู้ตายที่ประสงค์จะครอบครองศพนั้น เพราะถ้าหากผู้ตายได้ให้ความยินยอมที่จะให้แพทย์ผ่าตัดนำอวัยวะไปปลูกถ่าย แพทย์ก็สามารถอ้างความยินยอมนั้นได้ ส่วนกรณีที่ศพนั้นไม่มีญาติที่จะให้ความยินยอมแก่แพทย์หรือเจ้าของอวัยวะไม่ได้ให้ความยินยอมไว้ก่อนตาย การกระทำของแพทย์ต่อศพนั้นก็ยังไม่เพียงพอที่จะเป็นความผิดอาญาตามมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้

สำหรับในต่างประเทศอย่างเช่น ฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกา ได้บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะไว้อย่างชัดเจนว่าแพทย์สามารถนำอวัยวะออกจากคนตายไปเพื่อทำการปลูกถ่ายได้โดยไม่มีผิด และหากแพทย์กระทำการด้วยความสุจริตก็จะพ้นจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีทั้งทางแพ่งและทางอาญา ซึ่งต่างจากประเทศไทยที่ยังมีช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่แพทย์นำอวัยวะออกจากคนตายโดยไม่สุจริตและไม่ได้รับความยินยอม

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่ได้ทำการศึกษาจะเห็นได้ว่ากฎหมายที่มีอยู่นั้นยังไม่ชัดเจนว่าแพทย์จะสามารถนำอวัยวะของคนตายไปปลูกถ่ายได้โดยไม่มีผิดใดๆ เลย และยังมีช่องว่างของกฎหมายที่ทำให้แพทย์ที่กระทำการโดยไม่สุจริตไม่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใดอยู่ จึงควรต้องมีกฎหมายมารองรับเพื่อแก้ไขอุปสรรค และปัญหาในการปลูกถ่ายอวัยวะ ทั้งยังเป็นการสนับสนุนให้การปลูกถ่ายอวัยวะเป็นวิธีการรักษาทางการแพทย์ที่เป็นเวชปฏิบัติทั่วไปและได้รับความนิยมนอกจากประชาชนมากขึ้น โดยกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ชัดเจนในกรณีที่แพทย์จะสามารถนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายของผู้ตายได้ เมื่อกฎหมายที่มีอยู่ยังไม่ชัดเจนและครอบคลุมการกระทำของแพทย์ในการ

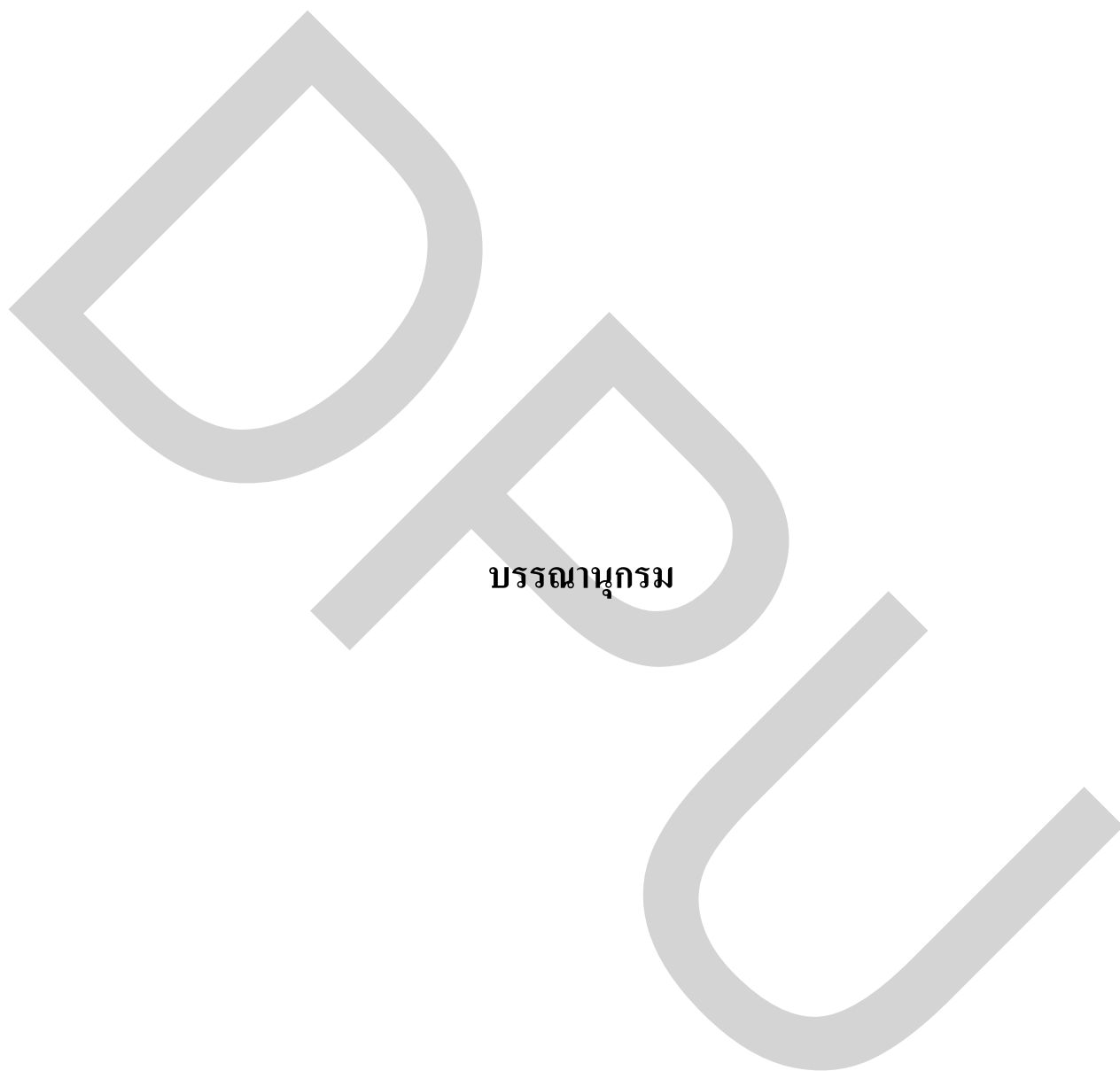
ปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายได้ทั้งหมด หากจะกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่างๆ ขึ้นเป็นพระราชบัญญัติการปลูกถ่ายอวัยวะก็จะเป็นการลดปัญหาและข้อกั่วงวลและครอบคลุมการกระทำของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายและทำให้เป็นแนวทางในการปฏิบัติที่ถูกต้องเหมาะสมอีกด้วย

ทั้งนี้ มีระเบียบสภาวิชาชีพที่เป็นแนวทางปฏิบัติในการปลูกถ่ายอวัยวะที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันนั่นก็คือ “ระเบียบสภาวิชาชีพว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภาวิชาชีพ พ.ศ. 2545” ที่ได้มีการกำหนดให้แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดอวัยวะหรือแพทย์ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะต้องลงทะเบียนไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะเท่านั้น กำหนดให้การปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคสมองตายต้องปฏิบัติตามเกณฑ์วินิจฉัยสมองตายและไม่เป็นการซื้อขายอวัยวะ การปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคมีชีวิต การจัดสรรอวัยวะ และนอกจากนั้นก็จะเป็นหน้าที่และวิธีการปฏิบัติหน้าที่ของศูนย์รับบริจาคอวัยวะ ฯลฯ

แต่เมื่อได้ทำการศึกษาแล้วผู้เขียนเห็นว่าระเบียบดังกล่าวก็ยังไม่เพียงพอที่จะนำมาปรับใช้ให้ครอบคลุมกับปัญหาที่เกิดขึ้นได้ เนื่องจากเป็นเพียงระเบียบปฏิบัติในการปลูกถ่ายอวัยวะ การบริจาคและรับบริจาคอวัยวะให้อยู่ในแนวทางเดียวกันและอยู่ในกรอบจริยธรรมเท่านั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะดังนี้

1. ออกกฎหมายให้ชัดเจนและครอบคลุมการกระทำของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตาย
2. กำหนดความผิดเกี่ยวกับเรื่องการเอาศพหรือส่วนของศพไปทำการปลูกถ่ายโดยปราศจากอำนาจ เพื่อแก้ไขปัญหาค่าไม่ชัดเจนในสถานะของศพและการกระทำต่อศพ
3. กำหนดวิธีการให้ชัดเจนในกรณีที่ไม้อาจขอความยินยอมจากเจ้าของอวัยวะได้ก็สามารถขอความยินยอมจากญาติของผู้ตายได้ โดยอาจทำเป็นลำดับทายาทในการให้ความยินยอม ลักษณะเดียวกับทายาทโดยธรรมในการรับมรดก หากไม่สามารถขอความยินยอมจากญาติได้เนื่องจากหาญาติไม่พบหรือด้วยเหตุใดก็ตาม ให้มีคณะกรรมการที่อาจจะประกอบด้วยแพทย์ ตำรวจ ตัวแทนจากสภาวิชาชีพ เป็นต้น เป็นผู้ให้ความยินยอม

อย่างไรก็ตามไม่ควรเขียนกฎหมายให้เคร่งครัดเกินไป ควรเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจพิจารณาตามพยานหลักฐานที่ปรากฏเป็นกรณีๆ ไปก็จะเกิดความเป็นธรรมและไม่เป็นอุปสรรคต่อความก้าวหน้าทางการแพทย์ ซึ่งจะเป็นผลดีต่อวงการแพทย์และวงการกฎหมายต่อไป



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- คณิต ฅ นคร. (2547). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จิตติ ติงศภัทย์. (2518). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 2* (แก้ไขเพิ่มเติม) (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: แสงทองการพิมพ์.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2553). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 12 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2554). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2546). *กฎหมายการแพทย์: ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สมศักดิ์ วรรณะกัญ. (2520). “การเปลี่ยนแปลง” ใน *อะไหล่มนุษย์ อวัยวะเทียม สิ่งเทียมอวัยวะ*. รวบรวมและจัดพิมพ์โดยคณะแพทยศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และโรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ สภากาชาดไทย. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ อเนก ขมจินดา. (2540). *กฎหมายการแพทย์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2546). *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2540). *กฎหมายอาญา ภาค 2-3* (พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บทความ

- กุลพล พลวัน. (2548, กรกฎาคม). “การตายทางการแพทย์กับการยอมรับของกฎหมายไทย.” *ข่าวเนติบัณฑิตยสภา*, 18 (192).
- _____. (2550, พฤศจิกายน). “พินัยกรรมชีวิต.” *ข่าวเนติบัณฑิตยสภา*, 20 (220).
- คณิต ฅ นคร. (2521, ตุลาคม). “ทัศนะของนักกฎหมายเกี่ยวกับการแพทย์.” *วารสารอัยการ*, 1.

จรัญ ภัคดีชนากุล. (2532, ธันวาคม). “ข้อพิจารณาทางกฎหมายกรณีปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายและทารกแรกเกิด.” *วารสารนิติศาสตร์*, 19.

จรัล เกร็นพงษ์. (2515, พฤษภาคม). “ศัลยกรรมปลูกถ่ายปอด.” *สารศิริราช*, 24.

ชวลิต อ่องจรัส. (2531, พฤษภาคม). “การผ่าตัดเปลี่ยนหัวใจ.” *วารสารคลินิก*, 4.

ชุมศักดิ์ พุกษาพงษ์. (2543, พฤศจิกายน). “อวัยวะใหม่เพื่อชีวิตใหม่.” *ใกล้หมอ*, 24 (11).

_____. (2545, มีนาคม). “การปลูกถ่ายอวัยวะ.” *ใกล้หมอ*, 26 (3).

ตุ๋ ชัยวัฒน์. (2517, กันยายน). “การปลูกถ่ายไตในโรงพยาบาลศิริราช.” *สารศิริราช*, 26.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก (2534, มิถุนายน). “ทางออกของแพทย์ในกรณีการปลูกถ่ายอวัยวะ.”

วารสารนิติศาสตร์, 21 (2).

นำชัย ชีววิวัฒน. (2543, กรกฎาคม). “การผ่าตัดและเปลี่ยนถ่ายอวัยวะ (ตอนที่ 1).” *UPDATE*,

15 (155).

_____. (2543, พฤศจิกายน). “อวัยวะดัดแปลงพันธุกรรม.” *UPDATE*, 15 (159).

พระเทพเทวี (ประยุทธ์ ปยุตโต). (2532, กันยายน). “เทคโนโลยีทางการแพทย์สมัยใหม่กับจริยธรรม

ในแง่พุทธศาสนา.” *สารศิริราช*, 41.

พระสุธรรมยานเถระ. (2531, มิถุนายน). “กรรมฐาน 40.” *สัมมวิโมกข์*, 9.

ไพฑูรย์ คชเสนี. (2531, กันยายน). “การผ่าตัดเปลี่ยนไต.” *วารสารคลินิก*, 4.

ยงยุทธ สารสมบัติ. (2528). “บทบัญญัติว่าด้วยการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์ของประเทศประชาคม

ยุโรป.” *วารสารอัยการ*, 94.

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2530, กันยายน). “การกระทำของแพทย์ (ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพ

เวชกรรม) กับการทำร้ายร่างกาย.” *วารสารนิติศาสตร์*, 173.

_____. (2531, พฤษภาคม). “ความรับผิดชอบของแพทย์ในการตัดอวัยวะของผู้บริจาค.” *คลินิก*, 4.

_____. (2532, ธันวาคม). “การปลูกถ่ายอวัยวะกับกฎหมาย” *วารสารนิติศาสตร์*, 19 (4).

_____. (2532, มิถุนายน). “แนวความคิดและวิวัฒนาการเรื่องสมองตาย.” *บทบัญญัติ*, 45 (2).

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2534). “ความยินยอมในการปลูกถ่ายอวัยวะ : ปัญหาทางกฎหมายและ

ทางแก้ไข.” *วารสารนิติศาสตร์*, 21 (4).

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2531, มิถุนายน). “การซื้อขายอวัยวะ: การกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาและ

หลักวิชาชีพของแพทย์.” *วารสารนิติศาสตร์*, 17.

อานนท์ บุญยรัตเวช. (2544, ตุลาคม-พฤศจิกายน). “การวิจัย Stem Cell เพื่อนำไปสู่การสร้าง

เนื้อเยื่อและอวัยวะ.” *LAB.TODAY*, 1 (2).

วิทยานิพนธ์

- กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2523). *ความยินยอมในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต).
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- กุสุมา จินดาทิพย์. (2531). *ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต).
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ชัญศรีณีย์ ทรฤทธิ. (2544). *มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์
เพื่อการปลูกถ่าย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย.
- วณวภา รุจิกัณหะ. (2545). *สถานะและปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับศพและชิ้นส่วนของศพ
(วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต)*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สุภัทสร ภูเจริญศิลป์. (2533). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ* (วิทยานิพนธ์ปริญญา
โทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อดิรุจ ดันบุญเจริญ. (2548). *มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะ: ศึกษากรณี
ผู้บริจาคยังมีชีวิตอยู่* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

- Oknation. Medical and health topics, จาก <http://www.oknation.net/blog/sukit>
นายแพทย์วิศิษฎ์ จิตวัฒน์ ผู้อำนวยการศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย, จาก
<http://www.organdonate.in.th/wp-content/uploads/2012/07/ethic.pdf>
แพทยสภา. ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3)
พ.ศ. 2551, จาก <http://www.tmc.or.th/download/jul09-01.pdf>

เอกสารอื่นๆ

- ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2538.
- จรัส สุวรรณเวลา. (2531). “ความตาย: ประเด็นทางการแพทย์” รายงานการประชุมโต๊ะกลม แพทย์-นิติศาสตร์ เรื่อง การตายทางการแพทย์และการตายทางกฎหมาย. เมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ.2531 ณ ห้องประชุมสารนิเทศ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ณัฐสา นัทรไพฑูรย์. (2547). เอกสารประกอบการประชุมเชิงปฏิบัติการ โครงการ การรับบริจาค และการปลูกถ่ายอวัยวะให้แก่ผู้ป่วย: ประเด็นปัญหาที่น่าสนใจ เรื่อง “สมองตาย ตายจริงหรือ.” วันที่ 25 พฤษภาคม 2547 ณ โรงแรมเดอะแกรนด์.
- บทความพิเศษ รายงานการประชุมโต๊ะกลม แพทย์-นิติศาสตร์ เรื่อง การตายทางการแพทย์และการตายทางกฎหมาย เมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2531 ณ ห้องประชุมสารนิเทศ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ประกาศแพทยสภา เรื่องเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2532.
- พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525.
- พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550.
- ระเบียบสภาอากาศไทย ว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย พ.ศ. 2545.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

- David E. R. Sutherland, Kay C. Moudry and John S. Najarian, Pancreas Transplantation. (1988).
In Organ Transplantation and Replacement, ed. Cerilli G. James. Philadelphia: Lippincott.
- Francis D. Moore. (1988). *The History of Transplantation a Lesson of Our Time* , *In Organ Transplantation and Replacement*, ed. Cerilli G. James. Philadelphia: Lippincott.
- Richard S. Smith. (1988). *Corneal Transplantation*, *In Organ Transplantation and Replacement*, ed. Cerilli G. James. Philadelphia: Lippincott.

ELECTRONIC SOURCES

Thomas H. Maugh II, "Medical Transplantation." from

<http://encarta.msn.com/encnet/refpages/RefArtTextOnly.aspx?refid=761575709&print=018/10/46>

Thomas H. Maugh II, from

<http://encarta.msn.com/encnet/refpages/RefArtTextOnly.aspx?refid=761569168&print=0/>

OTHERS

The Human Tissue Act 1961.

Uniform Anatomical Gift Act 1987.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – สกุล

ประวัติการศึกษา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ฉัตรแก้ว สอนศิริ

ปีการศึกษา 2546 นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พุทธศักราช 2547 สอบผ่านวิชาว่าความของ

สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภานายความ

ทนายความ สำนักงานทนายความวันชัย สอนศิริ