

บทที่ 3

ความรับผิดชอบของแพทย์ต่อการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตาย

แม้ว่าการปลูกถ่ายอวัยวะจะถือเป็นหนึ่งในวิธีการรักษาผู้ป่วยที่มีความผิดปกติของการทำงานของอวัยวะสำคัญของร่างกายที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในปัจจุบัน แต่อุปสรรคในทางกฎหมายข้อหนึ่งที่จะทำให้วิทยาการดังกล่าวต้องหยุดชะงักลงและก่อให้เกิดความกังวลในการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ ก็คือปัญหาความผิดทางกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายอาญา เนื่องจากในกระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะแพทย์ต้องกระทำต่อร่างกายของบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นเจ้าของอวัยวะหรือผู้รับอวัยวะ สำหรับการผ่าตัดเพื่อนำอวัยวะเข้าปลูกถ่ายหรือเปลี่ยนแทนอวัยวะเดิมที่เสื่อมสภาพให้แก่ผู้รับอวัยวะนั้น ปัญหาความผิดกฎหมายอาญาย่อมเกิดขึ้นน้อยหรือแทบไม่เกิดขึ้นเลยเนื่องจากการกระทำของแพทย์ต่อผู้รับอวัยวะ ถือได้ว่าเป็นการรักษา เช่นเดียวกับการผ่าตัด หรือการทำการศัลยกรรมทั่วไปให้แก่ผู้ป่วย ซึ่งสังคมยอมรับว่าแพทย์มีอำนาจชอบธรรมที่จะกระทำต่อร่างกายผู้ป่วยเท่าที่จำเป็นในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยนั้นได้ตามหลักวิชา

ดังนั้นปัญหาในทางกฎหมายจึงมักเกิดขึ้นในกรณีการผ่าตัดนำอวัยวะออกจากร่างกายเจ้าของอวัยวะ ทั้งนี้เนื่องจาก การผ่าตัดดังกล่าวหาใช่การรักษาหรือกระทำเพื่อประโยชน์ต่อสุขภาพร่างกายของเจ้าของอวัยวะแต่อย่างใดและในการผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายเจ้าของอวัยวะอาจทำให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายว่า แพทย์มีความชอบธรรมในการที่จะผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายของเจ้าของอวัยวะ ซึ่งแม้จะไม่มีชีวิตแล้วก็ตามแพทย์จะสามารถทำได้แค่ไหนเพียงไร

3.1 การกระทำของแพทย์กับความผิดกฎหมาย

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

¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ข (2553). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 15, 18.

การกระทำของแพทย์จะเป็นความผิดอาญาหรือไม่อย่างไรก็ต้องพิจารณาไปตามลำดับดังกล่าวเช่นกัน ทั้งนี้การกระทำของแพทย์นั้นเกี่ยวข้องกับความคิดตามประมวลกฎหมายอาญาอยู่หลายมาตราและรวมถึงกฎหมายอื่นๆ ที่มีโทษทางอาญาคด้วย

3.1.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย มาตรา 295 “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่พันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำของแพทย์ในการผ่าตัดอวัยวะจากร่างกายผู้ป่วยเพื่อนำไปปลูกถ่ายให้กับผู้อื่นนั้นจะถือว่าแพทย์กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือไม่ ขึ้นตอนแรกก็ต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบความผิดฐานนี้ คือ องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนาธรรมดา

การทำร้ายหมายถึง² การกระทำต่อร่างกายหรือจิตใจมีผลให้บาดเจ็บ เสียหาย โดยการกระทำของแพทย์ต่อร่างกายผู้ป่วย นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ถือว่าเป็นการทำร้ายร่างกายซึ่งเข้าองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ ส่วนองค์ประกอบภายในก็คือเจตนาธรรมดาและการกระทำของแพทย์ถือว่ามิเจตนาเพราะแพทย์ต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเสี่ยงเห็นผลแล้วว่าจะเกิดอันตรายแก่กายของผู้ป่วย

เมื่อการกระทำของแพทย์ครบองค์ประกอบความผิดขั้นต้นต่อมาที่ต้องมาพิจารณาถึงอำนาจกระทำว่าแพทย์มีอำนาจในการกระทำต่อผู้ป่วยหรือไม่ เพราะถ้าหากแพทย์มีอำนาจกระทำแล้วแพทย์ก็จะไม่มีความผิดอาญาแต่อย่างใด นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นว่าการกระทำของแพทย์เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายแต่ความยินยอมของผู้ป่วยที่ทำให้แพทย์กระทำต่อร่างกายของตน ทำให้การกระทำของแพทย์ไม่มีความผิดและเหตุผลที่ทำให้การกระทำของแพทย์ไม่มีความผิดนั้นก็ยังมีผู้แสดงไว้ต่างกันไป เช่น ความยินยอมก่อให้เกิดอำนาจแก่แพทย์ในการกระทำต่อผู้ป่วย โดยกฎหมายจารีตประเพณี การนำหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่ายินยอมแล้วไม่มีความผิด (Volenti non fit injuria)³ มาใช้ในทางกฎหมายอาญาแม้ในต้วบทกฎหมายจะไม่มีบัญญัติไว้ก็ตาม⁴ จากแนวความคิดนี้ ถือว่าความยินยอมของผู้ป่วยทำให้การกระทำของแพทย์ต่อผู้ป่วยพ้นจากความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่ถ้าผู้ป่วยไม่ยินยอม แพทย์ต้องรับผิดฐานทำร้ายร่างกาย (โดยเจตนา)

² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ (2554). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ. หน้า 239.

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

⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ (2546). กฎหมายการแพทย์: ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข. หน้า 34-35.

จึงทำให้เกิดประเพณีปฏิบัติกันทั่วไป เมื่อผู้ป่วยถูกรับเข้ารักษาตัวในโรงพยาบาลต้องมีการให้ผู้ป่วยลงชื่อแสดงความยินยอมว่าจะยอมรับการปฏิบัติของแพทย์ของทางโรงพยาบาลทุกประการเพื่อให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา⁵

โดยทั่วไปแล้วความยินยอมไม่มีผลที่จะยกเลิกความผิดส่วนความยินยอมที่จะมีผลทำให้การกระทำนั้นๆ ไม่เป็นความผิดได้จะต้องประกอบด้วยหลักนี้⁶

1. ความยินยอมนั้นจะต้องไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชนส่วนการกระทำจะเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่นั้น คงต้องดูความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องถิ่นในเวลาที่เกิดกระทำความผิดว่าเป็นการกระทำที่คนทั่วไปยอมรับได้ในขณะนั้นๆ หรือยอมรับกันมานาน⁷

2. ความยินยอมนั้นจะต้องเกิดขึ้นโดยความบริสุทธิ์ใจโดยเสรีและชัดแจ้งปราศจากการข่มขู่ ล่อลวงหรือสำคัญผิด ในข้อนี้ก็ยังคงมีปัญหาต่อไปอีกว่าผู้ยินยอมจะต้องมีความรู้ความเข้าใจแค่ไหนจึงจะเรียกว่ามีการยินยอมโดยบริสุทธิ์ใจ กล่าวคือผู้กระทำจะต้องมีความเข้าใจถึงเนื้อหาสาระในการยินยอมของตน คือเข้าใจว่าเมื่อตนยินยอมให้เขาทำอะไรแล้วผลจะเป็นอย่างไร เช่น แพทย์จะผ่าตัดคนไข้ต้องอธิบายให้คนไข้เข้าใจถึงผลดีผลเสียของการผ่าตัดนั้นที่จะมีขึ้นแก่คนไข้เอง หากอธิบายแล้วไม่เข้าใจก็ดีหรืออธิบายไม่ตรงกับความจริงเพื่อให้เขายินยอมก็อาจจะถือว่าเขายินยอมโดยบริสุทธิ์ใจไม่ได้ ต้องอธิบายหรือบอกเล่าสิ่งนั้นให้ผู้ให้ความยินยอมได้รู้โดยไม่ปกปิดซึ่งหลักการนี้น่าจะตรงกับหลัก ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) ในกฎหมายอเมริกัน⁸

3. ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่ตลอดเวลาที่กระทำความผิด ความยินยอมนั้นมีอยู่ตั้งแต่ก่อนการกระทำเกิดขึ้นไปจนถึงการกระทำนั้นเสร็จสิ้นลงและก่อนที่การกระทำนั้นจะสิ้นสุดลงระหว่างนั้นผู้ให้ความยินยอมจะเลิกให้ความยินยอมเสียก็ได้และเมื่อผู้ให้ความยินยอมเลิกให้ความยินยอมแล้วหากผู้กระทำยังขึ้นกระทำอยู่ ผู้กระทำย่อมจะอ้างความยินยอมอีกไม่ได้แต่ถ้าความยินยอมนั้นเกิดขึ้นภายหลังการกระทำจะถือว่าไม่ใช่ความยินยอมเป็นเพียงการให้อภัยหรือยกโทษให้ซึ่งไม่ทำให้ผู้กระทำพ้นความรับผิด

โดยหลักเรื่องความยินยอมนี้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหาย ให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและยินยอมอยู่จนถึงขณะกระทำการ

⁵ แหล่งเดิม. หน้า 35.

⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ข เล่มเดิม. หน้า 161-163

⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ข เล่มเดิม. หน้า 37.

⁸ แหล่งเดิม. หน้าเดิม.

อันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้”

ดังนั้นเมื่อพิจารณาหลักความยินยอมแล้วแพทย์ก็สามารถที่จะอ้างความยินยอมของผู้ป่วยเพื่อทำการผ่าตัดอวัยวะออกจากผู้ป่วยได้โดยไม่มี ความผิดทางอาญาฐานทำร้ายร่างกายได้

นอกจากเรื่องความยินยอมแล้วแพทย์ยังสามารถอ้างเหตุได้ว่าแพทย์มีอำนาจกระทำ ได้เพื่อจะได้ไม่มีความผิดอาญาอีกหรือไม่ ในประมวลกฎหมายอาญามีเหตุที่ผู้กระทำความผิดกระทำ ได้หลายเหตุ เหตุหนึ่งที่ถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญาก็คือ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามที่ประมวลกฎหมายอาญาบทบัญญัติรับรองไว้ใน มาตรา 68⁹

แนวคิดเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นเรื่อง “อำนาจในการคุ้มครองตนเอง¹⁰” ต่อ “ภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย”

ดังนั้นสถานการณ์ที่ผู้กระทำจะสามารถอ้างความชอบธรรมในการป้องกันโดยชอบด้วย กฎหมายนั้นต้องเป็นกรณีที่ มีการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และการประทุษร้ายอันละเมิด ต่อกฎหมายนั้นเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ซึ่งการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตราย ที่ใกล้จะถึงที่เกิดขึ้นนี้กระทบต่อสิทธิของตนเองหรือผู้อื่นก็ได้¹¹

สำหรับการประทุษร้าย คือการกระทำของมนุษย์ที่เป็นการคุกคามสิทธิของบุคคล โดยการประทุษร้ายนั้นอาจเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทก็ได้¹² นอกจากนั้นการ ประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายไม่จำเป็นว่าการประทุษร้ายนั้นต้องเป็น “ความผิดกฎหมาย” เท่านั้นแต่ยังหมายรวมถึงการกระทำที่ไม่สามารถหิบบกเอา “เหตุที่ผู้กระทำความผิดกระทำได้” ขึ้นกล่าวอ้างได้ด้วยเหตุนี้การป้องกันต่อการป้องกันจึงเกิดขึ้นมิได้¹³

จากการพิจารณาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว เห็นว่าแพทย์มีอาจอ้างการกระทำโดยฟ้องยกให้เป็นเหตุแห่งอำนาจกระทำได้ ทั้งนี้เนื่องจากความ เจ็บป่วยที่เกิดขึ้นแก่ผู้ป่วย หรือผู้รับอวัยวะนั้น หากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิด ต่อกฎหมายแต่อย่างใดไม่

⁹ มาตรา 68 ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือของผู้อื่น ให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิด จากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำ นั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด.

¹⁰ คณิศ ฅ นคร ค (2547). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 182.

¹¹ แหล่งเดิม. หน้า 182-183.

¹² แหล่งเดิม. หน้า 183.

¹³ แหล่งเดิม. หน้า 184.

ขั้นตอนสุดท้ายในการพิจารณาความรับผิดชอบของแพทย์ นั่นก็คือเหตุยกเว้นโทษ หากการกระทำของแพทย์ในการผ่าตัดอวัยวะจากร่างกายผู้ป่วยเป็นความผิดอาญาแล้ว เนื่องจากครอบงำประกอบความผิดและไม่มีอำนาจให้แพทย์กระทำไม่ได้เพราะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย เช่นนี้จะมีเหตุใดที่แพทย์จะอ้างเป็นเหตุยกเว้นโทษได้หรือไม่ ซึ่งจากการกระทำของแพทย์ก็เห็นจะเป็นเรื่องการทำความผิดด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

หลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ได้ก่อกำเนิดและได้รับการพัฒนา จากคำพิพากษาของศาลสูงแห่งอาณาจักรไรช์ (Reichsgericht) ในคดีที่แพทย์ทำแท้งหญิง¹⁴ โดยได้วางหลักไว้ว่าเมื่อกรณีทำแท้งเป็นกรณีที่คุณสมบัติทางกฎหมายสองอันเกิดขึ้นขัดแย้งกัน ทำให้บุคคลจำเป็นต้องทำลายคุณสมบัติทางกฎหมายที่ด้อยกว่า¹⁵ คือชีวิตลูกในครรภ์เพื่อรักษาคุณสมบัติทางกฎหมายที่สูงกว่าคือ 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. เป็นกรณีที่ประโยชน์หรือคุณสมบัติทางกฎหมายสองอย่างเกิดขัดแย้งกันทำให้ผู้กระทำ “จำเป็นต้องเลือก” รักษาไว้ซึ่งคุณสมบัติทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งกล่าวคือเป็นกรณีของการกระทำที่เกิดจากการขัดแย้งประโยชน์ หรือคุณสมบัติทางกฎหมายที่ขัดแย้งกันนั้นและ
2. เป็นกรณีที่เป็นการ “เลือกทำลาย” ประโยชน์หรือคุณสมบัติทางกฎหมายที่ด้อยกว่าเพื่อรักษาประโยชน์หรือคุณสมบัติทางกฎหมายที่เหนือกว่าและ

¹⁴ กุสุมา จินดาพิทย. (2531). ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ. หน้า 18-19.

¹⁵ แหล่งเดิม. หน้า 1. โดยถือว่าเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือทฤษฎีความชั่วร้ายที่น้อยกว่า.

¹⁶ คณิต ฅ นกร ค เล่มเดิม. หน้า 190-191.

¹⁷ แหล่งเดิม. หน้า 191-192.

3. การกระทำในกรณีนี้เป็นทางเลือกเดียวเท่านั้นการกระทำที่อ้างความจำเป็นชอบด้วยกฎหมายนั้นอาจไปกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายของบุคคลที่ 3 ได้ฉะนั้นการกระทำที่จำเป็นต้องกระทำโดยที่ไม่มีทางเลือกอื่น

นอกจากนั้นผู้กระทำต้องมีเจตนาในการช่วยเหลือ¹⁸ ซึ่งถือเป็นส่วนอัตตะวิสัยของผู้กระทำ การกระทำเพราะเหตุจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายต้องเป็นการกระทำที่ได้กระทำโดยเจตนาช่วยเหลือผู้อื่นด้วย

ด้วยแนวความคิดในการชักนำให้นักประ โยชนระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายที่ขัดแย้งกันและการแสดงให้เห็นถึงความชอบธรรมในการเลือกที่จะทำลายคุณธรรมทางกฎหมายที่น้อยกว่าเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่าหากการทำลายนั้น เป็นหนทางเดียวที่จะรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงค่ากว่านั้น จึงเป็นปัญหาว่า การสละอวัยวะเพื่อนำเอาอวัยวะนั้นไปรักษาชีวิตผู้ป่วยจะถือได้ว่าเป็นไปตามหลักการและแนวคิดของหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะทำให้แพทย์มีอำนาจผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายเจ้าของอวัยวะเพื่อนำมาปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยได้หรือไม่

ต่อปัญหาดังกล่าวมีผู้ให้ความเห็นว่า¹⁹ หลักการชักนำให้นักคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวนี้มีขอบเขตในการบังคับใช้อย่างจำกัด เนื่องจากหากพิจารณาถึงประวัติความเป็นมาแล้วพบว่า หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวกำเนิดขึ้นจากการที่แพทย์ตัดสินใจเลือกที่จะรักษาชีวิตมารดาไว้ด้วยการทำแท้งทารกในครรภ์มารดานั้น หากไม่มีทางเลือกอื่นใดที่จะรักษาชีวิตมารดาได้ดีไปกว่าวิธีนี้ โดยจะสังเกตได้ว่า กรณีดังกล่าวนี้ทั้งชีวิตมารดาและชีวิตในครรภ์มารดาหรือคุณธรรมทางกฎหมายทั้งสองนี้ต่างดำรงอยู่ในตัวผู้เสียหายหรือผู้กระทำเพียงคนเดียว นั่นคือมารดาผู้ตั้งครรภ์นั้น การกระทำของแพทย์จึงเป็นการกระทำต่อเจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายเพียงคนเดียว แต่กระทบถึงคุณธรรมทางกฎหมายของบุคคลนั้นถึงสองประการ เช่นเดียวกับการที่แพทย์ผ่าตัดรักษาผู้ป่วยเพื่อรักษาชีวิตของบุคคลนั้นเอง การทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายของร่างกายผู้ป่วยก็มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาชีวิตของผู้นั้น

ดังนั้นแม้หลักความจำเป็นชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวจะเป็นเรื่องของการชักนำให้นักคุณธรรมทางกฎหมายสองประการที่ขัดแย้งแต่คุณธรรมทางกฎหมายทั้งสองย่อมต้องอยู่ในตัวเจ้าของคุณธรรมคนเดียวกัน

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 การกระทำของแพทย์จึงอาจอ้างหลักความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายได้

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายที่ทำให้เกิดผลร้ายแรงขึ้น

มาตรา 290 “ผู้ใดมิได้มีเจตนาฆ่า แต่ทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้นั้นถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี

ถ้าความผิดนั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใด ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289 ผู้กระทำ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงยี่สิบปี”

ความผิดฐานนี้ทั้งองค์ประกอบความผิดภายนอกและภายในเป็นเช่นเดียวกับมาตรา 295 ทั้งสิ้นเพียงแต่ผลที่เกิดขึ้นนั้นมันร้ายแรงกว่าซึ่งทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น นั่นก็คือผู้ที่ถูกทำร้ายนั้นถึงแก่ความตาย จากการวิเคราะห์การกระทำของแพทย์ที่ถือได้ว่าแพทย์กระทำผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 นั้นแต่แพทย์ก็ยังสามารถอ้างความยินยอมของผู้ป่วยเพื่อให้พ้นความรับผิดได้ แต่ถ้ากรณีแพทย์ทำการผ่าตัดนำอวัยวะออกจากผู้ป่วยโดยที่ผู้ป่วยไม่ยินยอมแล้วทำให้ผู้ป่วยนั้นถึงแก่ความตาย แพทย์ผู้กระทำก็ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 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 เจตนา กับ ประมาท เพราะฉะนั้น การกระทำของแพทย์จะเป็นความผิดฐานใดนั้นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบภายในเป็นสำคัญ เช่น กรณีผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดอวัยวะของตนเพื่อนำไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่นแล้วในระหว่างการผ่าตัดนั้นแพทย์ปราศจากความระมัดระวังหรือควรจะใช้ความระมัดระวังได้แต่ไม่ใช้ ซึ่งมีข้อพิจารณาในลักษณะการประมาทของแพทย์ดังนี้²⁰

ก. ผู้กระทำนั้น มีความระมัดระวังเทียบเท่ากับบุคคลในอาชีพแพทย์เช่นเดียวกับผู้กระทำหรือไม่ ตัวอย่างแพทย์ที่ทำการผ่าตัดผู้ป่วยในงานที่แพทย์ผู้ชำนาญการผ่าตัดต้องทำ ถ้าแพทย์ที่ทำการผ่าตัดไม่เคยฝึกอบรมการผ่าตัดมาเลย ย่อมถือว่าแพทย์ผู้นั้นปราศจากความระมัดระวังตามวิสัยที่แพทย์ผ่าตัดควรจะมี ถ้าเกิดความบกพร่องจากการผ่าตัดเกิดขึ้นก็เป็นผลจากความประมาท

ข. ผู้กระทำนั้นแม้มีความระมัดระวังอยู่แล้ว แต่ถ้าการกระทำครั้งนั้นใช้ความระมัดระวังน้อยกว่าแพทย์ประเภทเดียวกันควรจะมีและควรจะใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้และทำให้เกิดความบกพร่องขึ้น เช่น ศัลยแพทย์ที่ฝึกอบรมมาอย่างดี มีความระมัดระวังในฐานะศัลยแพทย์พร้อม แต่วันหนึ่งผ่าตัดผู้ป่วยในช่องท้องแล้วปลายมีดไปโดนลำไส้ทะลุ โดยไม่ทราบเกิดอันตรายต่อผู้ป่วย เช่นนี้ถือว่าเป็นการใช้ความระมัดระวังไม่เพียงพอเมื่อเทียบกับศัลยแพทย์อื่นที่อยู่ในสถานะเดียวกันนั้นเป็นความประมาทเลินเล่อ

ค. การกระทำโดยประมาทของแพทย์ต้องพิจารณาจากสถานการณ์ด้วย คือ แพทย์ที่ตรวจรักษาผู้ป่วยในสถานะใดก็ต้องเปรียบเทียบการตรวจรักษาของแพทย์ประเภทเดียวกันในสถานะเดียวกันด้วย เช่น การตรวจรักษาในโรงพยาบาลชุมชน การผ่าตัดในโรงพยาบาลสนามก็ต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับ การตรวจรักษาในโรงพยาบาลชุมชนหรือโรงพยาบาลสนามเช่นกันด้วย

เมื่อการกระทำของแพทย์เข้าลักษณะการประมาทดังกล่าวและการผ่าตัดนำอวัยวะออกนั้นเป็นสาเหตุให้ผู้ป่วยเสียชีวิตซึ่งเป็นการสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล แพทย์ก็มีความผิดฐานฆ่าโดยประมาทตามมาตรา 291 ได้

กรณีผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดอวัยวะไปปลูกถ่ายแต่แพทย์มีเจตนาที่จะทำให้ผู้ป่วยนั้นเสียชีวิต กรณีจะเกิดกรณีแบบนี้ขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้ป่วยต้องการจะตายและขอร้องให้แพทย์ฉีดยาให้เขาตายไปซึ่งการที่แพทย์ทำตามความต้องการของผู้ป่วยดังกล่าว ย่อมมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตาม

²⁰ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ เล่มเดิม. หน้า 46.

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 กรณีเช่นนี้ ความยินยอมของผู้ป่วยคงไม่สามารถจะนำมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดไม่ว่ากรณีใด เพราะเป็นความยินยอมที่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีซึ่งคนส่วนใหญ่คงไม่ยอมรับ²¹ หรือกรณีแพทย์วินิจฉัยผู้ป่วยสมองตายโดยไม่สุจริตเพื่อที่จะได้ถือว่าผู้ป่วยนั้นตายแล้วเร็วขึ้นเพราะการเร่งให้ตายเป็นการฆ่าอย่างหนึ่ง²² แพทย์ก็อาจมีความรับผิดชอบฆ่าโดยเจตนาได้เช่นกัน

กล่าวโดยสรุปการกระทำของแพทย์กับความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญานั้น ถือได้ว่าการกระทำของแพทย์เป็นความผิดอาญาตามที่ได้พิจารณาจาก 3 ลำดับขั้นตอนข้างต้นนั้น และแพทย์ต้องรับผิดชอบจากการกระทำของตนนั้น แต่จะเห็นได้ว่าแพทย์สามารถอ้างความยินยอมของผู้ป่วยเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบใดๆ ได้ เพราะถือว่าแพทย์มีอำนาจกระทำได้แต่อย่างไรก็ตามถ้าหากมีความตายเกิดขึ้นความยินยอมของผู้ป่วยก็ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบใดๆ ได้ ซึ่งเป็นไปตามหลัก “ความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำ” เพราะการที่นักกฎหมายอาญากำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้น ไม่ได้มีไว้เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเอกชนตนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเท่านั้น แต่โดยหลักแล้วมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นประการสำคัญและความสงบสุขเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมนี้เอง ทำให้ความยินยอมของบุคคลใดบุคคลหนึ่งให้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดไม่อาจลบล้างความผิดนั้นได้ เพราะเมื่อเกิดการกระทำที่ผิดอาญาแล้วย่อมกระทบกระเทือนความรู้สึกของคนทั่วไปไม่ใช่แต่เฉพาะผู้เสียหายแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ดังนั้นการที่จะลงโทษใดเพราะการกระทำที่เป็นความผิดจึงไม่ควรขึ้นอยู่กับความต้องการของผู้เสียหายคนเดียวเท่านั้น จริงอยู่แม้ในบางความผิดนั้นกฎหมายมุ่งประสงค์โดยตรงที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของเอกชนโดยเฉพาะ แต่ก็เพื่อมุ่งโดยตรงในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมนั้นเองทำให้เห็นได้ว่าความยินยอมของผู้เสียหายไม่ใช่เหตุผลล้างความผิดอาญา²³ ส่วนกรณีที่ไม้อาจขอความยินยอมจากผู้ป่วยและแพทย์ก็ไม่มีทางอื่นใดที่จะทำโดยไม่ผิดกฎหมายแพทย์ก็อาจอ้างเหตุจำเป็นมาเป็นเหตุยกเว้นโทษได้

²¹ แหล่งเดิม, หน้า 44.

²² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก เล่มเดิม, หน้า 221.

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

3.1.2 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

บทบัญญัติแห่งกฎหมายพิเศษที่อยู่ในรูปพระราชบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพที่ปฏิบัติหรือต้องกระทำต่อร่างกายมนุษย์ของแพทย์ ในปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ในพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดขอบข่ายของคำว่า “วิชาชีพเวชกรรม” ไว้ในมาตรา 4 ดังนี้ “วิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่าวิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็ม หรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยา หรือสาร การสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย

ด้วยขอบข่ายของคำว่าวิชาชีพเวชกรรมดังกล่าวล้วนแต่เป็นการกระทำต่อมนุษย์ทั้งสิ้น ทำให้มีผู้เห็นว่าการที่กฎหมายบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนนี้ ถือว่าเป็นบทกฎหมายที่ให้อำนาจแพทย์สามารถกระทำการดังกล่าวต่อผู้ป่วยหรือบุคคลอื่นได้ โดยถือว่าเป็นอำนาจอันชอบธรรมตามกฎหมายโดยการกระทำดังกล่าวต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้²⁴

1. ผู้กระทำเป็นแพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม
2. การกระทำนั้นอยู่ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม
3. ผู้ป่วยต้องให้ผู้ความยินยอมโดยสมบูรณ์หรือโดยถูกต้องตามกฎหมาย ความยินยอมของผู้ป่วยกรณีนี้ ทำให้การกระทำนั้นเป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรม เพราะอาศัยหลักของจริยธรรมแห่งวิชาชีพที่ยอมรับกันทั่วไปทุกประเทศ ซึ่งกำหนดว่าหน้าที่ของแพทย์ต่อผู้ป่วยจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ป่วย ยอมให้แพทย์ทำการรักษา หรือกระทำการต่างๆ ในขอบเขตของวิชาชีพและแพทย์ตกลงที่จะรับกระทำการนั้น²⁵

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การกระทำของแพทย์ที่กระทำต่อร่างกายของผู้ป่วยในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นจะถือเป็นการประกอบวิชาชีพตามกฎหมายได้ ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยเสียก่อน²⁶

สำหรับการกระทำของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะ การผ่าตัดเพื่อนำเอาอวัยวะไปเย็บติดหรือปะติดแทนอวัยวะที่เสื่อมในร่างกายผู้ป่วยหรือผู้รับอวัยวะนั้น ถือได้ว่าเป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเช่นกัน เมื่อการประกอบวิชาชีพเวชกรรมต่อร่างกายผู้รับอวัยวะเป็นไปตาม

²⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ข เล่มเดิม, หน้า 195-196.

²⁵ แหล่งเดิม, หน้า 196.

²⁶ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ข เล่มเดิม, หน้า 24.

หลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการข้างต้นแล้วนั้น แพทย์ผู้กระทำการทำย่อมมีอำนาจกระทำต่อร่างกายผู้รับอวัยวะได้ โดยไม่เป็นการผิดกฎหมายแต่อย่างใด

ในกรณีที่ต้องกระทำต่อร่างกายเจ้าของอวัยวะเพื่อนำเอาอวัยวะออกจากร่างกายเจ้าของอวัยวะที่เสียชีวิตแล้วนั้น มีผู้ให้ความเห็นว่าตามหลักวิชาทางการแพทย์ต้องเลือกหาผู้บริจาคอวัยวะที่มีหมู่เลือดและลักษณะอวัยวะที่เข้ากันได้กับผู้ป่วย ตลอดจนต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของอวัยวะที่จะนำไปใช้ปลูกถ่าย การกระทำการผ่าตัดเพื่อปลูกถ่ายแพทย์ต้องพิจารณาปัญหาและข้อบ่งชี้ในทางหลักวิชาแพทย์อย่างถี่ถ้วนแล้ว เมื่อทั้งผู้ให้และผู้รับเต็มใจยินยอมทั้งสองฝ่าย แพทย์จึงผ่าตัดให้ ดังนั้นจึงเห็นว่าการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะจึงอยู่ในขอบวนการของการรักษาโรคอย่างแท้จริง เพราะฉะนั้นแม้เจ้าของอวัยวะจะเสียชีวิตแล้ว แต่หากเป็นผู้ยอมสละอวัยวะ การผ่าตัดอวัยวะออกจากร่างกายของเจ้าของอวัยวะก็ต้องถือเป็นส่วนหนึ่งของการรักษาโรคด้วยซึ่งย่อมเป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเช่นกัน²⁷

อย่างไรก็ตามในกรณีดังกล่าวมีผู้แย้งว่า แม้จะมีพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 รับรองการกระทำของแพทย์ไว้ในความหมายของคำว่าวิชาชีพเวชกรรมก็ตามแต่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวบัญญัติขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้เป็นไปอย่างมีมาตรฐาน และไม่ได้มีผลขนาดว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายอาญา²⁸

ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่ทำให้แพทย์มีอำนาจกระทำต่อร่างกายผู้ป่วยได้เพราะความยินยอมของผู้ป่วยทำให้ไม่เป็นการผิด แต่ทั้งนี้การกระทำของแพทย์ต้องเป็นไปตามลักษณะ 3 ประการที่จะถือว่าเป็นการประกอบวิชาชีพตามกฎหมาย หากขาดข้อใดข้อหนึ่งไปการกระทำของแพทย์จะมีความผิดอาญาเกิดขึ้นทันทีและโดยเฉพาะความยินยอมของผู้ป่วยต้องเป็นความยินยอมตามหลักที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อก่อนหน้านี้ จึงจะถือว่าเป็นความยินยอมที่สมบูรณ์ เพราะกรณีผู้ป่วยไม่ยินยอมแล้วแพทย์ไปทำการผ่าตัดก็ชัดเจนอยู่แล้วว่าเป็นความผิดหรือถึงแม้ผู้ป่วยจะยินยอมแต่แพทย์นั้นไม่มีใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ซึ่งนอกจากจะมีความผิดตามกฎหมายวิชาชีพแล้วการผ่าตัดก็มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายด้วย ส่วนการกระทำที่ไม่อยู่ในข่ายของวิชาชีพ เช่น ฟังเครื่องรางของขลังตามแขนและลำตัว เช่นนี้ ไม่ว่าผู้กระทำจะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพหรือไม่ แม้ผู้ถูกกระทำจะยินยอม การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นการประกอบวิชาชีพแต่คงพิจารณาได้ว่าเป็นเรื่องที่เข้าข่ายทำร้ายร่างกาย²⁹

²⁷ แหล่งเดิม, หน้า 198-199.

²⁸ กมลชัย รัตนสกลวงศ์. (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 ดังกล่าวนี้นี้มีผลเป็นการยอมรับทางกฎหมายครั้งแรกของประเทศไทยว่าบุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาล่วงหน้าไม่ประสงค์ขอรับบริการทางสาธารณสุข “เพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตนหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้” การทำหนังสือแสดงความประสงค์ล่วงหน้าได้นี้มีลักษณะคล้ายกับการทำพินัยกรรมชีวิต (Living Will) ของต่างประเทศและมีผลเป็นการคุ้มครองทางกฎหมายแก่บุคลากรทางวิชาชีพด้านสาธารณสุขที่ได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลผู้ทำหนังสือแสดงความประสงค์ที่ไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ทางอาญา ทางปกครอง ฯลฯ ทั้งปวงในต่างประเทศก็ได้มีการประกาศใช้กฎหมายในลักษณะนี้เช่นกัน เช่น ประเทศฝรั่งเศสได้ประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ. 2548

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

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

และหากเป็นการฆ่าผู้อื่นด้วยเหตุอุกฉกรรจ์ตามมาตรา 289 เช่น ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ฯลฯ ก็จะมีคามผิดต้องระวางโทษหนักยิ่งขึ้น คือ ประหารชีวิตสถานเดียว

อนึ่งแม้การยุติการช่วยต่อชีวิตผู้ป่วยโดยการถอดเครื่องมือต่างๆ ออกจะมีใช่เป็นการฆ่าโดยตรงแต่แพทย์ก็ยังเสี่ยงต่อการถูกกล่าวหาว่าฆ่าผู้อื่น โดยการรณรงค์การกระทำตามมาตรา 59 วรคท้าย แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้น โดยรณรงค์การที่จกต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”

เนื่องจากบุคคลทั่วไปยังมีความคิดกันว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องช่วยชีวิตผู้ป่วย หากแพทย์ยุติการช่วยชีวิตเพื่อป้องกันการตาย ก็อาจถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยการรณรงค์การกระทำได้เช่นกัน เพราะยังมีการโต้แย้งกันในทางหลักวิชาการแพทย์ซึ่งถือว่าผู้ป่วยสมองตาย คือผู้ที่ตายแล้วในทางการแพทย์กับหลักวิชานิติศาสตร์ที่ยังไม่ยอมรับกันว่าการตายโดยสมองตายนั้นเป็นการตายแล้วอย่างแท้จริง กล่าวคือในทางกฎหมายมีหลักมาช้านานในการพิสูจน์การตายของบุคคล ก็คือต้องตายตามธรรมชาติโดยหมดลมหายใจและหัวใจหยุดเต้นอย่างสิ้นเชิงนั่นเองและการที่ทำให้ผู้ป่วยสมองตายต้องสิ้นชีวิตลงเพื่อนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายให้ผู้อื่นนั้น จะเกิดปัญหาในทางกฎหมายแก่แพทย์ที่ทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะในความผิดต่อชีวิตหรือไม่ประการใด อย่างไรก็ตามก็ถึงปัจจุบันก็ได้มีการยอมรับแล้วว่า 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” เพราะว่าข้อบังคับหรือประกาศของแพทยสภานั้น มิใช่กฎหมายโดยตรงเพียงแค่เป็นการแสดงความเห็นทางวิชาการทางการแพทย์เท่านั้นเพราะมิได้อำงด้วยบทกฎหมายพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 เหมือนการออกข้อบังคับแพทยสภาจึงไม่มีผลในทางกฎหมายโดยตรงและไม่อาจใช้เป็นข้อยกเว้นทางกฎหมายโดยตรงในความผิดต่อชีวิตตามมาตรา 288 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่อย่างน้อยก็เกิดผลในทางกฎหมายคือหากแพทย์ผู้ใดได้ยุติการช่วยเหลือชีวิตผู้ป่วยสมองตายถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสากำหนด ก็ย่อมยืนยัน

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

ซึ่งจากพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าหากแพทย์ผู้ใดช่วยชีวิตผู้ป่วยสมองตายแล้วผ่าตัดนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายให้แก่ผู้ป่วยรายอื่นโดยที่แพทย์กระทำการถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนดและกระทำด้วยความสุจริตแล้วแพทย์ก็จะไม่มีความรับผิดทางกฎหมายแต่อย่างใด

3.2 การวินิจฉัยการตายกับความผิดกฎหมาย

เนื่องจากขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายในเรื่องสมองตาย ทั้งประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้นิยามว่าอย่างไรถือว่าการตายตามกฎหมาย เดิมทีการวินิจฉัยการตายจึงขึ้นอยู่กับแพทย์ซึ่งโดยปกติแล้วจะอาศัยเกณฑ์ในการวินิจฉัยโดยอิงอยู่กับปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตของมนุษย์ตามประการคือ 1) ระบบประสาทส่วนกลาง (สมอง) 2) ระบบหายใจ (ปอด) และ 3) ระบบไหลเวียนโลหิต (หัวใจ) แต่ต่อมาก็ได้มีการยอมรับเกณฑ์การวินิจฉัยการตายจากก้านสมองโดยถือว่าการตายหมายความว่ารวมถึงการที่ก้านสมองไม่สามารถทำงานได้อย่างสิ้นเชิงและแพทยสภาก็ได้ออกหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยเรื่องสมองตายเอาไว้³¹

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้นิยามว่าอย่างไรถือว่าการตาย การวินิจฉัยการตายจึงเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ซึ่งจะต้องให้แพทย์เป็นผู้วินิจฉัย แต่เดิมนั้นแพทย์ได้วินิจฉัยการตายโดยถือเอาเกณฑ์การหยุดการทำงานของสมอง ปอด และหัวใจ แต่ในขณะนี้แพทยสภาได้ยอมรับเอาเกณฑ์สมองตายและได้ออกประกาศเกณฑ์การวินิจฉัยเรื่องสมองตายไว้ชัดเจน การฟังข้อเท็จจริงในเรื่องการตาย จึงต้องถือเอาตามประกาศของแพทยสภาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยการตาย

อย่างไรก็ตามปัญหาที่น่าขบคิดต่อไปว่าการที่มีการยอมรับเอาเกณฑ์เรื่องสมองตายมาใช้จะถือว่าการยกเลิกเกณฑ์ในการวินิจฉัยการตายแบบเดิมหรือไม่ เพราะตามกฎหมายนิยามการตายที่มีอยู่ในนานาชาติในขณะนี้จะให้การยอมรับการตายจากการวินิจฉัยทั้งสองเกณฑ์ซึ่งในกรณีนี้แพทยสภาไม่ได้ประกาศยกเลิกการวินิจฉัยตามเกณฑ์ที่ใช้อยู่แต่เดิมอย่างชัดเจนแม้มีการออกประกาศเรื่องสมองตายไว้ ก็น่าจะถือว่าแพทย์อาจใช้เกณฑ์ในการวินิจฉัยการตายได้ทั้งสองเกณฑ์³²

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

³¹ ญัตติสา นิตรไพฑูรย์. เล่มเดิม. หน้า 13.

³² แหล่งเดิม. หน้า 15-16.

สำหรับการวินิจฉัยการตายนั้นจะมีประเด็นในส่วนใดที่จะก่อให้เกิดแพทย์ต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ มีการยกประเด็นเรื่องสมองตายและการดำเนินคดีอาญาขึ้นมากล่าวกันมานานแล้ว 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 เพราะผู้ที่เป็นองค์ประกอบความผิดฐานฆ่าผู้อื่นจะต้องมีสภาพบุคคลไม่ใช่ผู้ที่ในทางการแพทย์ยอมรับกันว่าเสียชีวิตแล้ว

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

ในเรื่องการถอดเครื่องช่วยหายใจนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกาศาลสหรัฐได้กำหนดแนววินิจฉัยไว้ในทำนองเดียวกันว่าการจะหยุดเครื่องพุงชีพ (Life Support System) หรือไม่นั้นไม่ใช่

³³ ฉัตรวิภา ฉัตรไพฑูรย์, เล่มเดิม, หน้า 19-20.

เรื่องของการฆ่าหรือการทำให้ตาย แต่เป็นกระบวนการรักษาตามเหตุผลทางการแพทย์ (A reasonable medical procedure)³⁴

เกณฑ์วินิจัยสมองตาย³⁵

แพทย์สภาได้ตั้งอนุกรรมการขึ้นพิจารณากำหนดเกณฑ์การวินิจัยสมองตายและต่อมาได้ประกาศเกณฑ์การวินิจัยสมองตายได้ดังต่อไปนี้

การวินิจัยสมองตาย จะทำได้ในสภาวะและเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1. ผู้ป่วยจะต้องไม่รู้สึกรู้ตัว (Deeply Comatose) โดยต้องแน่ใจว่าเหตุของการไม่รู้สึกรู้ตัวนี้ไม่ได้เกิดจาก

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

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

4. ถ้าผู้ป่วยอยู่ในภาวะครบตามเงื่อนไขที่กำหนดแล้วจะต้องทำการตรวจสอบเพื่อยืนยันสมองตายคือ

4.1 ต้องไม่มีการเคลื่อนไหวใดๆ ได้เอง (No spontaneous movement) ไม่มีอาการชัก (No epileptic Jerking) ไม่มี Decorticate หรือ Decerebrate 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 ประกาศแพทย์สภา เรื่องเกณฑ์การวินิจัยสมองตาย ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2532.

(4) Absence of oculoccephalic 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) ซึ่งทดสอบได้การหยุดเครื่องช่วยหายใจ (ให้ออกซิเจนทางสายยางเข้าในหลอดลม) เป็นเวลาอย่างน้อย 10 นาทีและคอยดูว่ามีการหายใจหรือไม่ ขณะที่ทดสอบจะต้องมีค่าความดันของคาร์บอนไดออกไซด์ ในเลือดแดง (PCO₂) ไม่ต่ำกว่า 60 mmHg.

4.4 สภาพการตรวจพบในข้อ 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

เกณฑ์วินิจฉัยสมองตายของแพทยสถานนั้น ส่วนใหญ่คล้ายกับเกณฑ์ของมินเนโซต้า ซึ่งมีได้กำหนดการตรวจคลื่นสมองเข้าไว้ด้วย แต่การตรวจเน้นถึงการตายของก้านสมองหรือแกนสมองเป็นหลัก การประกาศของแพทยสถานมีวัตถุประสงค์ให้แพทย์ในประเทศไทยได้ถือปฏิบัติเป็นมาตรฐานเดียวกันทั่วประเทศ ซึ่งจะถือได้ว่าเป็นมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามที่บัญญัติไว้ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพ 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 ซึ่งตั้งอยู่บริเวณก้านสมองส่วนล่างนั้นเสียหรือตายไปเช่นกันและต้องตัดเรื่องบางชนิดที่อาจจะไปกีดศูนย์ควบคุมการหายใจให้หยุดทำงานชั่วคราวออกไปเช่นเดียวกับข้อ 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 ลูกตาทิ้งสองข้างจะไม่กรอกไปข้างใดข้างหนึ่ง (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 การวินิจฉัยสมองตายของแพทย์สถานี่ ปรับปรุงดัดแปลงมาจากเกณฑ์ของมินเนโซต้า ซึ่งยอมรับกันแพร่หลายในสหราชอาณาจักรและต่างจากเกณฑ์ของฮาร์วาร์ด โดยที่เกณฑ์ของฮาร์วาร์ดมิได้ตัดเรื่องพิษของยาออกไป โดยถือว่ายาพิษก็เป็นสาเหตุทำให้สมองตายได้เช่นเดียวกับเหตุอื่นๆ เช่นกัน แต่เหตุที่เกณฑ์ของฮาร์วาร์ดแน่ใจว่าสมองจะตายอย่างถาวรแล้วก็เนื่องจากรอเวลาการตรวจซ้ำถึง 24 ชั่วโมง ในขณะที่เกณฑ์ของมินเนโซต้าหรือแพทย์สถานี่ให้ตรวจซ้ำภายใน 12 ชั่วโมง นอกจากนั้นเกณฑ์ของฮาร์วาร์ดยังเสริมด้วยการตรวจคลื่นไฟฟ้าของสมองด้วย

สำหรับวิธีการปฏิบัติในการวินิจฉัยสมองตายนั้ก็อนุโลมตามประกาศหรือปฎิญญาแห่งชดนิยัของแพทยสมาคมโลก 1968 นั้นเอง³⁶

3.3 กฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะในต่างประเทศ

เนื่องจากการปลูกถ่ายอวัยวะเป็นวิธีที่ยอมรับว่าจำเป็นในการรักษาชีวิตมนุษย์ในปัจจุบัน และเมื่อการปลูกถ่ายเป็นสิ่งจำเป็นจึงมีบุคคลจำนวนมากต้องการอวัยวะเพื่อไปปลูกถ่ายทำให้เกิดปัญหาการขาดแคลนอวัยวะและอีกปัญหาที่ตามมาคือ ปัญหาในการผ่าตัดอวัยวะเพื่อนำไปปลูกถ่ายโดยเฉพาะอย่างยิ่งแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดมีการกระทำที่ทุจริตหรือไม่ถูกต้องหรือไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของอวัยวะหรือผู้เกี่ยวข้องทำให้แพทย์ต้องเสี่ยงที่จะมีความผิดทางอาญาจึงทำให้บางประเทศออกกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะเพื่อควบคุมและแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะแก้ไขปัญหการขาดแคลนอวัยวะโดยใช้ระบบใดระบบหนึ่งใน 3 ระบบนี้คือ³⁷

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

2. ระบบ Contracting In หรือ Opting In ระบบนี้ต้องมีการแสดงเจตนาของผู้ตายก่อนที่จะถึงแก่ความตายหรือจากญาติของผู้ตายที่บริจาคอวัยวะ แพทย์จึงนำอวัยวะของผู้ตายออกมาปลูกถ่ายได้การบริจาคอวัยวะนี้ผู้บริจาคจะได้รับบัตรผู้บริจาคอวัยวะและเมื่อผู้บริจาคถึงแก่ความตายเมื่อ

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

³⁷ ชฎศรัณย์ ธรฤทธิ. (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

วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ออกมาก็เพื่อต้องการอวัยวะของผู้ตายจากการเกิดอุบัติเหตุ และอวัยวะอื่นๆ ยังใช้การได้คืออยู่เพื่อประโยชน์ในการรักษาผู้ป่วยให้มีชีวิตรอด เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดถึงส่วนของอวัยวะที่สามารถถูกถ่ายออกมาได้ ดังนั้นจึงถือได้ว่าอวัยวะทุกส่วนสามารถถูกถ่ายออกมาได้แต่ทั้งนี้ก็ต้องอยู่บนพื้นฐานเพื่อการบำบัดรักษาหรือเพื่อประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์³⁸

จากกฎหมายฉบับนี้แยกศพได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ศพที่ผู้ตายได้ปฏิเสธการถ่ายอวัยวะออกตั้งแต่ยังมีชีวิตอยู่ซึ่งจะสามารถทำด้วยวิธีการใดๆ ก็ได้ไม่มีรูปแบบในการแสดงออก ทั้งนี้อาจเป็นการปฏิเสธการถ่ายอวัยวะออกเฉพาะในบางอวัยวะก็ได้ นอกจากนั้นบุคคลใดๆ อาจแสดงการปฏิเสธตั้งแต่เข้ารับการรักษาพยาบาลในโรงพยาบาลที่ได้รับอนุญาตให้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์ได้ว่าเขาไม่ยินยอมให้ถ่ายอวัยวะออกหลังจากเขาตาย โดยบันทึกไว้ตั้งแต่ลงทะเบียนเข้ารับการรักษา ดังนั้นก่อนที่แพทย์จะนำอวัยวะของศพออก แพทย์ต้องแน่ใจว่าผู้ตายนั้นไม่ได้ปฏิเสธการถ่ายอวัยวะออกและต้องไม่ใช่ศพของผู้เยาว์

³⁸ แหล่งเดิม, หน้า 72-73.

หรือคนไร้ความสามารถ เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรให้ทำการถ่ายอวัยวะได้จากผู้แทนโดยชอบธรรม

2. ศพที่ผู้ตายไม่ได้ปฏิเสธการถูกถ่ายอวัยวะหลังการตาย แพทย์สามารถทำการถ่ายอวัยวะได้โดยไม่มีคามผิด อย่างไรก็ตามหากศพนั้นเป็นศพผู้เยาว์ ศพของผู้ไร้ความสามารถแล้ว (มาตรา 2 วรรค 2) กำหนดให้การถ่ายอวัยวะจากศพเด็กหรือศพผู้ไร้ความสามารถนั้นกระทำไม่ได้ ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน³⁹

3.3.2 ประเทศอังกฤษ

มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะจากศพ คือ

1. The Human Tissue Act 1961 มาตรา 1 บัญญัติว่า

(1) หากผู้ใดแสดงการร้องขออย่างชัดแจ้ง โดยเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ว่าในขณะใดหรือโดยวาจาต่อหน้าพยาน 2 คนขึ้นไปขณะก่อนเสียชีวิตว่าหลังจากที่ตนเสียชีวิตแล้วศพหรือชิ้นส่วนของศพของตนดังที่ระบุไว้จะถูกนำไปใช้เพื่อการบำบัดรักษาโรคและเพื่อการศึกษาและการวิจัยทางการแพทย์ ผู้ที่เป็นเจ้าของศพโดยชอบด้วยกฎหมายหลังจากที่ผู้นั้นเสียชีวิตอาจมอบอำนาจให้มีการแยกชิ้นส่วนใดๆ หรือชิ้นส่วนที่ได้ระบุไว้ออกจากศพตามแต่กรณี เพื่อการตามที่ได้ร้องขอไว้ เว้นแต่จะมีเหตุอันเชื่อได้ว่าการร้องขอดังกล่าวถูกเพิกถอนในภายหลัง

(2) โดยไม่ขัดต่ออนุมาตราข้างต้น ผู้ที่เป็นเจ้าของศพผู้เสียชีวิตโดยชอบด้วยกฎหมายอาจมอบอำนาจให้มีการแยกชิ้นส่วนใดๆ ออกจากศพเพื่อการดังกล่าวได้ หากได้ทำการสอบสวนอย่างสมเหตุสมผลเท่าที่ตนจะปฏิบัติได้แล้ว ไม่มีเหตุอันเชื่อได้ว่า

(ก) ผู้เสียชีวิตได้แสดงการคัดค้านต่อการกระทำได้ดังกล่าวนั้นจะมีขึ้นต่อศพของตนหลังจากที่เสียชีวิตแล้ว และมีได้ถูกเพิกถอนหรือ

(ข) กลุ่มรสนที่ยังมีชีวิตอยู่หรือญาติของผู้เสียชีวิตที่ยังมีชีวิตอยู่ได้คัดค้านในการกระทำได้ดังกล่าวนั้นจะมีขึ้นต่อศพ

(3) ภายใต้บังคับแห่งอนุมาตรา (4) และ (5) ของมาตรานี้การแยกชิ้นส่วนและการใช้ชิ้นส่วนของศพตามอำนาจที่ได้รับมาตามมาตรานี้จะต้องชอบด้วยกฎหมาย

(4) การแยกชิ้นส่วนอวัยวะจากศพเช่นว่านี้ไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่แพทย์ที่มีใบประกอบโรคศิลป์จะเป็นผู้ตรวจศพด้วยตนเอง จนปราศจากข้อสงสัยว่าผู้นั้นได้เสียชีวิตแล้ว

(5) เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพในกรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่า อาจจะต้องมีการสืบสวนต่อศพหรืออาจจะต้องมีการชันสูตรพลิกศพโดยเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพผู้นั้นต้อง

³⁹ แหล่งเดิม. หน้า 73.

(ก) ไม่มอบอวัยวะได้มาตรฐานนี้เกี่ยวกับศพ

(ข) ไม่กระทำการตามอำนาจที่ได้รับมาจากผู้อื่น

(6) ภายใต้อำนาจนี้ผู้ที่ได้รับมอบหมายอันเกี่ยวกับศพเพียงเพื่อการฝังศพหรือการฃาปนกิจศพนั้น ไม่อาจมอบอำนาจสำหรับการแยกชิ้นส่วนอวัยวะจากศพนั้น

(7) ในกรณีที่ศพอยู่ที่โรงพยาบาล สถานพยาบาลหรือสถาบันอื่นๆ เจ้าหน้าที่หรือผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเพื่อการใดๆ จากผู้ที่ควบคุมและจัดการศพ อาจจะมอบอวัยวะได้มาตรฐานนี้ในนามของผู้ที่ควบคุมและจัดการศพ

(8) ไม่มีข้อความใดในมาตรานี้ที่จะตีความได้ว่าเป็นการให้จัดการต่อศพหรือชิ้นส่วนของศพอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการนั้นเป็นการชอบด้วยกฎหมายอันนอกเหนือไปจากพระราชบัญญัติฉบับนี้

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

มาตรา 9 บัญญัติว่า “ไม่มีการฟ้องร้องหรือวิธีพิจารณาในการเรียกร้องค่าเสียหายใดที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคลผู้ซึ่งกระทำการโดยสุจริตและปราศจากความประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหรือจงใจปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้”⁴⁰

3.3.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

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

บุคคลดังต่อไปนี้อาจเป็นบุคคลผู้ทำการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตได้ตามลำดับดังนี้

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

⁴⁰ วนวภา รุจิกัณเฑ. (2545). สถานะและปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับศพและชิ้นส่วนของศพ. หน้า 111.

6. ผู้ปกครองของผู้เสียชีวิตในขณะที่ยังมีชีวิต

การบริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตโดยบุคคลอื่นนั้นต้องแสดงเจตนาในการบริจาคโดย

1. เอกสารการบริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตที่ลงนามโดยบุคคลผู้มีอำนาจข้างต้น

2. โทรเลข การบันทึกเทปทางโทรศัพท์หรือข้อความที่ได้รับการบันทึกในรูปแบบอื่นๆ หรือการสื่อสารในรูปแบบอื่นๆ จากผู้มีอำนาจนั้น

ทั้งนี้การบริจาคอวัยวะหรือร่างกายนี้ไม่อาจมีขึ้นได้หากเกิดกรณีเหล่านี้ขึ้น คือ

1. บุคคลที่ยินยอมให้บริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิต ไม่ใช่บุคคลที่มีอำนาจเป็นลำดับแรก

2. บุคคลที่ยินยอมให้บริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตทราบถึงการปฏิเสธหรือการบ่งชี้ที่ขัดกันโดยผู้เสียชีวิต

3. บุคคลที่ยินยอมให้บริจาคอวัยวะหรือร่างกายของผู้เสียชีวิตทราบถึงการคัดค้านการบริจาคร่างกายโดยบุคคลชั้นเดียวกันหรือสูงกว่า

การบริจาคร่างกายโดยบุคคลที่ได้รับการมอบอำนาจข้างต้นอาจถูกเพิกถอนโดยบุคคลที่อยู่ชั้นเดียวกันหรือสูงกว่า ในช่วงเวลาก่อนกระบวนการแยกชิ้นส่วนอวัยวะออกจากร่างกายของผู้เสียชีวิตจะเริ่มขึ้น แพทย์และบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับการแยกบางส่วนของร่างกายได้ทราบถึงการเพิกถอนนั้น⁴¹

มาตรา 7 (c) บุคคลซึ่งกระทำการโดยสุจริตตามข้อกำหนดของรัฐบาลบัญญัตินี้ หรือตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้อวัยวะของรัฐอื่น (หรือประเทศอื่น) ไม่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในทางแพ่งหรือถูกฟ้องในทางอาญา สำหรับการกระทำนั้น⁴²

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

⁴¹ ชฎศรัณย์ ธรฤทธิ์. เล่มเดิม. หน้า 83.

⁴² วนวภา รุจิกันทะ. เล่มเดิม. หน้าเดิม.

เป็นเอกสารที่ใช้แทนเอกสารแสดงความยินยอมบริจาคอวัยวะของทายาทหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้ตาย” กฎหมายในประเทศไทยส่วนใหญ่ที่มีอยู่ก็ไม่ได้ถึงขนาดที่จะมีผลทำให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายอาญาแต่อย่างใด ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วถึงการกระทำของแพทย์กับกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องแต่ในประเทศอื่นๆ เช่นที่กล่าวถึงไปแล้วนั้น มีบทบัญญัติที่ชัดเจนไม่ว่าจะเป็นเรื่องของผู้ที่จะมีอำนาจให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ วิธีการ ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวเนื่องความรับผิดชอบของแพทย์ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะด้วยความสุจริต ทั้งนี้จึงทำให้การกระทำของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายในประเทศไทยยังมีปัญหาในทางกฎหมายที่จะต้องพิจารณาอยู่ ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ในบทต่อไป