

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายกับความรับผิดชอบของแพทย์

เมื่อการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตายเป็นการกระทำที่อาจทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย เพราะแม้ว่าจะเป็นกรนำอวัยวะออกจากคนตาย แต่ถ้าหากการวินิจฉัยการตายของแพทย์ทำโดยไม่สุจริตหรือไม่ถูกต้อง อย่างกรณีการวินิจฉัยเรื่องสมองตายที่ยังไม่ชัดเจนว่าจะถือว่าเจ้าของอวัยวะถึงแก่ความตายแล้วหรือยัง หากแพทย์ผ่าตัดเอาอวัยวะออกไปแต่ญาติของผู้ตายยังคงหวงกันศพอยู่แพทย์จะต้องรับผิดชอบทางอาญาลักษณะลักทรัพย์หรือไม่ ปัญหาเรื่องสถานะของศพจึงต้องนำมาพิจารณาซึ่งรวมไปถึงความรับผิดชอบของแพทย์ที่มีต่อญาติผู้ตายด้วย และกรณีหากเจ้าของอวัยวะไม่ได้ให้ความยินยอมไว้หรือไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องอื่นๆ แล้วจะทำให้แพทย์ทำการผ่าตัดนำอวัยวะออกมาได้หรือไม่อย่างไร เหล่านี้เป็นปัญหาที่ต้องทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

#### 4.1 ปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยเรื่องสมองตาย

แหล่งที่มาที่สำคัญของอวัยวะที่แพทย์จะนำมาปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยก็คือจากร่างกายของเจ้าของอวัยวะที่ถึงแก่ความตายแล้ว อวัยวะต่างๆ เหล่านี้จะต้องถูกนำออกจากร่างกายของเจ้าของอวัยวะที่ถึงแก่ความตายภายหลังจากการตายอย่างรวดเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ไม่ใช่เป็นวันหรือชั่วโมง แต่เป็นนาที ปัญหาจึงได้เกิดขึ้นมาว่าเมื่อใดจึงจะถือว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย<sup>1</sup>

สภาพความเป็นมนุษย์ย่อมสิ้นสุดลงเมื่อตาย เมื่อใดมนุษย์จะถึงแก่ความตายนั้นเป็นปัญหาที่สำคัญมากโดยเฉพาะในการที่แพทย์จะผ่าตัดเอาอวัยวะออกจากเจ้าของอวัยวะแพทย์จะต้องวินิจฉัยให้ดีเสียก่อนว่าเจ้าของอวัยวะนั้นถึงแก่ความตายแล้วหรือไม่<sup>2</sup> หากการผ่าตัดกระทำในช่วงเวลาที่ยังไม่แน่ใจว่าเจ้าของอวัยวะถึงแก่ความตายแล้วหรือยัง ปัญหายุ่งยากทางด้านกฎหมายก็จะเกิดขึ้นทันที ด้วยเหตุนี้ในการดำเนินการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้ตายแล้วก็ยังไม่อาจตัดประเด็นปัญหาในเรื่องความหมายการตายในทางกฎหมายไปได้ว่าจะใช้หลักเกณฑ์การหยุดเต้นของหัวใจและการหยุดหายใจดังที่เข้าใจกันมาแต่เดิมหรือจะใช้หลักเกณฑ์สมองตาย (Brainstem Death)

---

<sup>1</sup> สุภัสสร ภูเจริญศิลป์. เล่มเดิม. หน้า 37.

<sup>2</sup> แหล่งเดิม. หน้า 39.

ซึ่งเป็นแนวความคิดใหม่ของวงการแพทย์และกฎหมายในต่างประเทศหลายประเทศต่างยอมรับกันเป็นส่วนใหญ่แล้ว<sup>3</sup>

อย่างไรก็ตามความคิดดั้งเดิมที่ว่า “ตายแล้วก็ไม่หายใจ” หรือเมื่อหัวใจหยุดเต้นหรือหยุดทำงานก็เป็นอันว่าล้มสมัยไปเสียแล้วเพราะคนที่หยุดหายใจไปแล้วแพทย์อาจให้กลับหายใจใหม่ได้ (ภายในระยะเวลาอันจำกัด) และตั้งแต่ นายแพทย์คริสเตียน เบอร์นาร์ด ได้ประสบความสำเร็จในการผ่าตัดเปลี่ยนหัวใจเป็นรายแรกของโลก ประเทศใดที่เคยนิยามความตายไว้ว่าเมื่อหัวใจหยุดเต้นหากไม่แก้ไขค่านิยามนั้นเสียก็จะเกิดปัญหาทันที<sup>4</sup>

ต่อมามีหลักเกณฑ์เรื่องสมองตาย (Brain Death) ซึ่งเป็นข้อพิจารณาทางการแพทย์สมัยใหม่ที่มีบทบาทนิยามคำว่าตายโดยเห็นว่าสมองเป็นตัวควบคุมการทำงานของระบบต่างๆ ในร่างกายถ้าสมองหยุดทำงานส่วนต่างๆ ก็จะไม่สามารถตอบสนองหรือมีปฏิกิริยาใดๆ ได้เลย และจะ “ตาย” ในที่สุด<sup>5</sup>

แนวความคิดเรื่องการตัดสินใจตายจำเป็นต้องเปลี่ยนไปจากเดิม กล่าวคือการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะสำคัญต่างๆ โดยใช้อวัยวะจากคนที่ตายแล้วนั้น จำต้องได้อวัยวะสดๆ ใหม่ๆ จากคนตายมาใช้ ดังนั้นจึงต้องมีวิธีวินิจฉัยคนตายในระยะแรกที่สุดก่อนที่จะมีการหยุดเต้นของหัวใจของคนนั้น เหตุนี้จึงเกิดแนวคิดที่ว่าถ้าสมองคนตายแล้ว สมองเป็นศูนย์ควบคุมการทำงานของอวัยวะทุกส่วนในร่างกาย อวัยวะอื่นๆ จะตายตามไปด้วย ดังนั้นถ้าตรวจได้ว่าสมองตายแม้ว่าขณะนั้นหัวใจของคนนั้นยังเต้นอยู่ก็ควรถือว่า คนนั้นตายแล้วได้เมื่อมีการตัดสินใจการตายแล้วแพทย์ก็สามารถเอาอวัยวะของคนนั้นไปปลูกถ่ายให้ผู้อื่นต่อไปได้ โดยไม่ต้องถูกกล่าวหาว่าทำให้คนนั้นตายและในทางกฎหมายต้องยอมรับในเรื่องนี้ แนวความคิดเดิมที่ว่าคนตายต้องหยุดหายใจและหัวใจหยุดเต้นนั้นไม่อาจนำมาใช้ได้อีกต่อไป<sup>6</sup>

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

<sup>3</sup> จรัญ ภักดีธนากุล. เล่มเดิม. หน้า 10-11.

<sup>4</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก. เล่มเดิม. หน้า 252.

<sup>5</sup> แหล่งเดิม. หน้า 252.

<sup>6</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ก. เล่มเดิม. หน้า 28.

ส่วนหนึ่งได้ไม่สามารถตอบสนองต่อการกระตุ้นใดๆ เช่น เสียง แสง เป็นต้น (2) เป็นส่วนที่ควบคุมการหายใจสมองส่วนนี้เสียผู้หนึ่งจะหายใจเองไม่ได้ (3) เป็นส่วนควบคุมระบบประสาทอัตโนมัติ เช่น การเต้นของหัวใจ เมื่อสมองส่วนนี้เสีย หัวใจจะไม่ได้ถูกควบคุมโดยระบบประสาท หัวใจอาจเต้นต่อไปเพราะคุณสมบัติของกล้ามเนื้อหัวใจเอง แต่ก็ก็จะเต้นต่อไปได้อีกประมาณ 72 ชั่วโมงก็จะหยุดเต้น<sup>7</sup>

ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการนี้เอง ทำให้คำจำกัดความในทางการแพทย์แต่เดิมใช้ไม่ได้จำเป็นต้องหาคำจำกัดความของคำว่า “ความตาย” เสียใหม่ให้ครอบคลุมและสอดคล้องกับวิทยาการและวงการแพทย์ได้พิจารณาเอาระบบการทำงานของสมองมาใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยความตายแทนระบบเดิม ดังที่ได้มีประกาศแพทยสภาเรื่องเกณฑ์วินิจฉัยสมองตายออกมาตามที่กล่าวถึงแล้วในบทก่อนหน้านี้และเมื่อแพทย์ได้ยึดถือหลักเกณฑ์สมองตายตามประกาศของแพทยสภา ศาลก็น่าจะยอมรับหลักเกณฑ์สมองตายเช่นเดียวกับทางการแพทย์ หากเกิดปัญหาการตัดสินใจการตายในการปลูกถ่ายอวัยวะ

เนื่องจากว่าหากทางกฎหมายยังไม่ถือว่า “สมองตาย” คือบุคคลที่ตายแล้วตามกฎหมาย หากแพทย์ได้ยุติการช่วยชีวิตและทำการผ่าตัดนำอวัยวะไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วย แพทย์ก็จะมี ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งถือเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งของแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะเพราะแพทย์ก็จะเกิดความกังวลว่าจะมีความผิดจากการที่จะยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยที่สมองตายนั่นแล้วนำอวัยวะไปปลูกถ่าย และทำให้การจะหาอวัยวะไปปลูกถ่ายนั้นยิ่งยากลำบากมากขึ้น ซึ่งก็เป็นอุปสรรคสำคัญอีกอย่างหนึ่ง

แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นปัจจุบันอาจถือได้ว่ากฎหมายได้ยอมรับแล้วว่าผู้ป่วยสมองตายคือบุคคลที่ตายแล้วในทางกฎหมาย จะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลในคดีหนึ่งที่ศาลได้วินิจฉัยว่าแพทย์ไม่มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นในการนำอวัยวะของผู้ป่วยที่สมองตายนั่นไปทำการปลูกถ่าย โดยศาลเห็นว่าผู้ป่วยที่สมองตายนั่นเป็นบุคคลที่ตายแล้ว และวินิจฉัยไปถึงว่าแพทย์ได้ทำการวินิจฉัยว่าผู้้นสมองตายตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายที่แพทยสภาได้มีประกาศหลักเกณฑ์ดังกล่าวออกมา และจากคำพิพากษาดังกล่าวก็อาจทำให้แพทย์ลดความกังวลลงไปได้ ซึ่งก็หมายความว่าอุปสรรคอย่างหนึ่งในการปลูกถ่ายอวัยวะก็ลดลงไปเช่นกัน

แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าหากปรากฏว่าแพทย์ไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสมองตายให้ถูกต้องหรือครบถ้วนตามที่แพทยสภากำหนด หรือกระทำโดยประมาทหรือในการยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยนั้นมีเหตุผลอื่นแอบแฝงทำให้การที่แพทย์นำอวัยวะไปปลูกถ่ายนั้นก็ยังต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาอยู่เนื่องจากประกาศของแพทยสภานั้นเป็นเพียงกำหนดหลักเกณฑ์

<sup>7</sup> แหล่งเดิม. หน้า 28-29.

ทางการแพทย์เพื่อประกอบการวินิจฉัยว่า แพทย์ดังกล่าวได้ทำการยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยสมองตาย คนใดแล้วนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่นๆ นั้นเป็นไปโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนดไว้หรือไม่ แต่ยังเป็นเพียง “ข้อเท็จจริง” เพราะว่าการประกาศของแพทยสภานั้น มิใช่กฎหมายโดยตรงเพียงแต่ออกโดยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น ยังไม่อาจใช้เป็นข้อยกเว้นทางกฎหมายโดยตรงในความผิดต่อชีวิตตามมาตรา 288 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่อย่างน้อยก็เกิดผลในทางกฎหมาย คือหากแพทย์ผู้ใดได้ยุติการช่วยเหลือชีวิตผู้ป่วยที่สมองตายถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนด ก็ย่อมยืนยันในข้อเท็จจริงว่า แพทย์ผู้นั้นกระทำการด้วยความสุจริต มิได้มีเจตนาฆ่าผู้ป่วยเหมือนผู้กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 หรือมาตรา 289 ของประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้นหากมีการร้องเรียนกล่าวหาในทางคดีอาญาว่าแพทย์ผู้ทำการยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยที่สมองตายกระทำการอันมิชอบ ดังเช่นที่ได้กล่าวข้างต้นและจากการสอบสวนคดีอาญามีมูลน่าเชื่อว่าอาจจะเกิดการกระทำตามที่ถูกกล่าวหาจริง ก็อาจต้องดำเนินคดีกับแพทย์ผู้ยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยสมองตายเพื่อพิสูจน์ในศาลต่อไป<sup>8</sup> ประกอบกับหากการวินิจฉัยการตายนั้น มิได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และข้อบังคับว่าด้วยเรื่องสมองตาย ผลคือผู้ป่วยนั้นยังไม่ถึงแก่ความตาย และหากแพทย์ได้ผ่าตัดนำอวัยวะออกไปโดยที่ผู้ป่วยนั้นยังไม่ถึงแก่ความตาย แพทย์อาจมีความผิดอาญาได้ 2 ประการ คือ ประการแรก หากการตัดอวัยวะที่สำคัญของร่างกายไม่ทำให้ผู้ป่วยนั้นถึงแก่ความตาย แพทย์ก็อาจมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 300 ประการที่สอง หากการตัดอวัยวะนั้นเป็นการตัดอวัยวะที่สำคัญของร่างกาย อันเป็นผลทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย แพทย์อาจจะต้องรับผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาทได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 291<sup>9</sup>

## 4.2 ปัญหาเรื่องสถานะของศพ

การกระทำของแพทย์ในการนำอวัยวะออกจากผู้ที่ถึงแก่ความตายแล้ว มิใช่ว่าจะไม่มีปัญหาเสมอไป การที่แพทย์ตัดอวัยวะออกมาโดยที่ผู้ตายไม่ได้แสดงเจตนาจะอุทิศไว้ก่อนที่จะถึงแก่ความตาย อาจทำให้แพทย์ต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาซึ่งปัญหาสำคัญก็คือสถานะของศพว่า ศพนั้นเป็นทรัพย์หรือไม่

ไม่ว่าศพจะเป็นทรัพย์หรือไม่ก็ตาม ศพก็ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการลักทรัพย์หรือการทำให้เสียทรัพย์ได้เพราะขณะกลายเป็นศพยังไม่มีผู้ใดเข้าถือกรรมสิทธิ์และการครอบครอง ศพจึงเป็น

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

<sup>9</sup> วณวภา รุจิกันทะ. เล่มเดิม. หน้า 107.

เสมือนใบไม้ใบหญ้าที่ร่วงหล่นบนพื้นดินตามธรรมชาติ แม้จะเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง เป็นทรัพย์สิน ครอบงำที่ยังไม่มีใครเข้าห้วงกันเป็นกรรมสิทธิ์ ก็ไม่เป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ใครจะเก็บเอาไปหรือใครทำลายเสียหรือนำเอาไปใช้ประโยชน์อย่างใดก็ได้ ต่อเมื่อมีการยึดถือเอาแล้ว เช่น ศพของ “ซีอู” ถ้าใครมาเอาไปหรือทำลายเสียย่อมเป็นการลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์สินแล้วแต่กรณี<sup>10</sup>

ศพไม่ใช่มรดกที่จะตกทอดแก่ทายาท หากไม่ได้ถือศพเป็นทรัพย์สินเรื่องนี้ก็ไม่มีปัญหา แต่หากจะถือว่าศพเป็นทรัพย์สินก็เป็นมรดกไม่ได้ เพราะไม่ใช่สิ่งที่เจ้ามรดกมีอยู่ก่อนตาย จะว่าได้มาภายหลังตายก็ไม่ได้ เพราะเมื่อตายแล้วอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ก็ย่อมหมดไปตามการสิ้นสภาพแห่งบุคคล จึงจะทำให้พินัยกรรมยกให้ศพของคนให้เป็น “มรดก” แก่ใครไม่ได้จะทำได้ก็แต่เพียงการกำหนดการเผื่อตายไว้ในเรื่องการจัดการศพของคนให้เป็นไปตามเจตนาก่อนตายเท่านั้น<sup>11</sup>

ดังนั้นเมื่อตายแล้วแพทย์จึงสามารถนำเอาอวัยวะหรือส่วนของศพออกไปได้โดยไม่มี ความผิดใดๆ ในขณะที่ทั้งสิ้น เว้นแต่จะมีการแสดงเจตนา ห้าม หรือไม่อนุญาตไว้ก่อน ไม่ว่าโดย ตัวผู้ตายเองก่อนตายหรือโดยญาติใกล้ชิดของผู้ตายเอง นั่นก็หมายความว่าได้มีการแสดงเจตนา ห่วงกันไว้โดยผู้ที่เกี่ยวข้องในทันทีที่เป็นศพ<sup>12</sup>

คดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2508 นั้นผู้ตายทำพินัยกรรมยกศพให้คณะแพทยศาสตร์ และศิริราชพยาบาล ต่อมาลูกของผู้ตายที่นับถือคริสต์ศาสนา ต้องการศพไปทำพิธีทางศาสนาจึง ฟ้องมหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ (ชื่อเดิม) เป็นจำเลย ขอให้คืนศพโดยอ้างว่าศพนั้นเป็นทรัพย์สินมรดก ตกแก่ทายาทแต่เป็นทรัพย์สินที่เกิดขึ้นเมื่อผู้ตายถึงแก่ความตายแล้ว ผู้ตายจึงไม่มีสิทธิ์ยกศพ (ซึ่งขณะนั้นยังมิได้เป็นทรัพย์สินของผู้ตาย) ให้แก่มหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์ ศาลฎีกาวินิจฉัย ยกฟ้องโจทก์โดยให้เหตุผลว่าพินัยกรรมของผู้ตายใช้ได้ เพราะเป็นการกำหนดเผื่อตายในการ จัดการศพมิใช่เป็นการยกทรัพย์สิน และศาลฎีกาก็มิได้วินิจฉัยตามประเด็นที่โจทก์อ้างว่าศพจะเป็น ทรัพย์สินหรือไม่ แต่ถ้าพิจารณาจากเหตุผลในข้ออ้างของโจทก์แล้ว อาจจะพอสรุปได้ว่าศาลฎีกาในคดี นี้เห็นว่าศพไม่ใช่ทรัพย์สินนั่นเอง<sup>13</sup>

แต่อย่างไรก็ดีเทคโนโลยีในปัจจุบัน ศพและอวัยวะจากศพที่ตายใหม่ๆ มีประโยชน์และมีคุณค่าที่จะนำไปปลูกถ่ายเพื่อการรักษาที่เป็นการยืดชีวิตของผู้ป่วยให้ยืนยาวต่อไปได้อีกมิใช่เป็น

<sup>10</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก เล่มเดิม หน้า 251.

<sup>11</sup> แหล่งเดิม, หน้า 251.

<sup>12</sup> ยงยุทธ สารสมบัติ. (2528). “บทบัญญัติว่าด้วยการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์ของประเทศสเปนและ ยุโรป.” วารสารอัยการ, 94. หน้า 15.

<sup>13</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ก เล่มเดิม, หน้า 29.

สิ่งที่จะต้องปล่อยให้เน่าเปื่อยไปตามธรรมชาติอีกต่อไป ดังนั้นศพและอวัยวะจากศพหรือแม้แต่อวัยวะที่ตัดออกไปจากคนมีชีวิต ก็น่าจะเป็นสิ่งที่มีคุณค่าหรือราคาที่สามารถจะถือเอาได้ ดังตัวอย่างที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา ผู้ที่ตกเป็นจำเลยเป็นนักวิทยาศาสตร์ที่ใช้เซลล์จากม้ามของผู้ป่วย นำมาผสมกับเซลล์ของมะเร็งเม็ดเลือดบางชนิด (Hairy Cell Of Leukemia) เพื่อให้เซลล์ทั้งสองชนิดผสมกันแล้วเกิดเป็นเซลล์ชนิดใหม่ขึ้น ซึ่งเซลล์ใหม่นี้จะนำไปทำการวิจัยเกี่ยวกับการรักษามะเร็ง นักวิทยาศาสตร์ดังกล่าวได้นำเซลล์พันธุ์ใหม่นี้ไปจดทะเบียนสิทธิบัตร ผู้ป่วยเจ้าของม้ามที่ถูกนำมาวิจัยฟ้องนักวิทยาศาสตร์ เพื่อขอสิทธิจากผลประโยชน์ที่จำเลยจะได้รับจากสิทธิบัตรในอนาคตในฐานะมีส่วนเป็นเจ้าของเซลล์พันธุ์ใหม่ ผลของคดียังไม่ปรากฏ คดีนี้เป็นตัวอย่างที่แสดงว่าอวัยวะจากคนมีชีวิตนั้นอาจมีราคาและจะถือเอาได้ซึ่งในอนาคตจะปรากฏชัดขึ้นทุกทีในสิ่งเหล่านี้<sup>14</sup>

จากข้อกฎหมายดังกล่าว การผ่าตัดอวัยวะจากศพเพื่อนำไปปลูกถ่ายนั้นถ้าผู้ตายแสดงความจำนงบริจาคหรืออุทิศให้ก่อนตายแพทย์ก็สามารถผ่าตัดได้ โดยไม่ต้องรับผิดทางกฎหมายตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1174/2508 ดังกล่าวมาแล้วและในต่างประเทศส่วนมากก็ถือตามหลักนี้<sup>15</sup>

ในกรณีที่จะถือว่าศพเป็นทรัพย์สิน หากแพทย์ผ่าตัดอวัยวะออกจากศพโดยมิได้รับอนุญาตจากทายาท ต้องรับผิดทั้งทางกฎหมายอาญา (ฐานลักทรัพย์ มาตรา 334 หรือทำให้เสียทรัพย์ มาตรา 358) และทางกฎหมายแพ่งเนื่องจากการละเมิดต้องชดเชยค่าเสียหาย ถ้ายังถือกันว่าศพหรืออวัยวะจากศพไม่เป็นทรัพย์สินแพทย์ย่อมไม่ต้องรับผิดทางอาญา เพราะในปัจจุบันไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดฐานผ่าตัดศพหรือกระทำต่อศพโดยไม่สมควร<sup>16</sup>

หากจะพิจารณาความหมายของคำว่าทรัพย์สินเปรียบกับสภาพของศพ เพื่อจะชี้ว่าศพมีลักษณะที่เป็นทรัพย์สินหรือไม่ ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 137 และ 138 ว่าศพเป็นวัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่ มีราคา มีคุณค่าและอาจถือเอาได้หรือไม่<sup>17</sup>

เรื่องรูปร่างนั้นเห็นได้ชัดเจนว่าศพเป็นสิ่งที่มีความรูปร่าง ส่วนศพมีราคาหรือคุณค่าหรือไม่ เมื่อคำว่าคุณค่า หมายถึงคุณค่าทางจิตใจด้วยศพย่อมเป็นสิ่งที่อยู่ในสำนักของคนทั่วไปจึงไม่ยากให้มีใครไปกระทำทารุณต่อศพหรือน้อยศพก็มีคุณค่าแก่ผู้เป็นญาติสนิทมิตรสหาย จึงต้องถือว่าศพย่อมมีคุณค่าในตัวเองอยู่ เมื่อพิจารณาแล้วย่อมเห็นได้ว่าศพน่าจะเป็นทรัพย์สินได้ เพราะศพ

<sup>14</sup> แหล่งเดิม, หน้า 29-30.

<sup>15</sup> แหล่งเดิม, หน้า 30.

<sup>16</sup> แหล่งเดิม, หน้าเดิม.

<sup>17</sup> ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ ๓ เล่มเดิม, หน้า 318-319.

เป็นสิ่งที่มิรูปร่างและมีคุณค่ามากกว่าก้อนหิน ก้อนดิน หรือเมล็ดข้าวเมล็ดหนึ่ง ซึ่งถือกันว่าเป็นทรัพย์<sup>18</sup>

ส่วนการลักศพจะเป็นลักทรัพย์หรือไม่ ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 ว่ามีการครอบครองหวงกัน มีใครถือกรรมสิทธิ์และมีการแย่งกรรมสิทธิ์และการครอบครองสพนั้นหรือไม่เพราะของมีค่า เช่น ปากกา ดินสอ แม้จะเป็นทรัพย์ แต่การเอาปากกาดินสอนั้นๆ ไปอาจไม่เป็นการลักทรัพย์ก็ได้หากเจ้าของสละกรรมสิทธิ์หรือสละการครอบครองแล้ว ความคิดที่ว่าลักศพไม่เป็นการลักทรัพย์แท้จริงแล้วเป็นการพิจารณาข้ามขั้นตอน หากการลักศพไม่เป็นการลักทรัพย์คงเป็นเพราะสพไม่ใช่วัตถุแห่งการลักทรัพย์เพราะ ไม่มีผู้ถือเอามากกว่า ดังนั้นจากหลักกฎหมายในเรื่องทรัพย์ไม่มีเจ้าของหรือการสละสิทธิ์ในทรัพย์ การนำสพไปเผาหรือฝังโดยเฉพาะสพไม่มีญาติยิ่งเห็นว่าเป็นไม่ใช่วัตถุแห่งการลักได้ นั้นเป็นเพราะไม่มีผู้ประสงค์จะถือเอามากกว่าที่จะเป็นเพราะสพไม่ใช่ทรัพย์ เพราะฉะนั้นสพเป็นทรัพย์หรือไม่คงต้องพิจารณาตามความหมายของคำว่าทรัพย์ ส่วนที่ว่าลักศพเป็นลักทรัพย์หรือไม่คงต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาว่าสพเป็นวัตถุแห่งการลักได้หรือไม่ซึ่งเป็นคนละประเด็นกัน<sup>19</sup>

การออกกฎหมายใหม่ ในหลายประเทศมีกฎหมายคุ้มครองแพทย์ไม่ต้องให้รับผิดกฎหมาย ในกรณีนำเอาอวัยวะจากศพด้วยเจตนาสุจริต เช่น Uniformed Anatomical Gift Act ของอเมริกาหรือ Human Tissue Act ของอังกฤษ ที่ให้อำนาจโคโรเนอร์ที่จะอนุญาตให้แพทย์นำอวัยวะออกจากศพได้ในกรณีที่เป็นการตายโดยผิดธรรมชาติ แต่กระนั้นอวัยวะจากศพที่นำมาใช้ปลูกถ่ายก็ยังขาดแคลนอยู่มาก<sup>20</sup>

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่าการกระทำของแพทย์ต่อสพจะเป็นความผิดอาญาฐานใดหรือไม่ นั้น จะต้องพิจารณาว่าสพนั้นมีความหมายตรงกับความหมายของทรัพย์ตามมาตรา 137 และ 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วก็ถือว่าสพเป็นทรัพย์ได้ แต่หากแพทย์จะทำการผ่าตัดอวัยวะของสพไปทำการปลูกถ่ายแล้วจะถือว่าแพทย์มีความผิดฐานลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์หรือไม่ นั้น ต้องพิจารณาว่าสพนั้นมีใครเข้าถือกรรมสิทธิ์และเข้าครอบครองหรือไม่ ถ้าหากว่ามีบุคคลเข้าถือกรรมสิทธิ์และครอบครอง สพนั้นก็ถือว่าเป็นวัตถุแห่งการลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 ได้ เพราะความผิดฐานนี้เป็นความผิดต่อกรรมสิทธิ์และการครอบครอง<sup>21</sup> และยังเป็นวัตถุแห่งการทำให้เสียทรัพย์ตามมาตรา 358 ได้เช่นกัน

<sup>18</sup> แหล่งเดิม, หน้า 319

<sup>19</sup> แหล่งเดิม, หน้า 319-320

<sup>20</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ก เล่มเดิม, หน้า 30-31.

<sup>21</sup> หยุต แสงอุทัย, (2546), *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*, หน้า 260

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

ตัวอย่างเช่น ศพที่เก็บไว้เพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ก็ถือได้ว่ามีผู้ประสงค์จะครอบครองหรือการที่ญาติของผู้ตายแสดงเจตนาหวงกันก็ถือได้ว่าศพนั้นก็เป็วัตถุแห่งการลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์ หากแพทย์จะทำการผ่าตัดนำอวัยวะของศพนั้นไปปลูกถ่ายโดยที่ญาติหรือโรงพยาบาลที่เก็บศพไว้ไม่ยินยอม แพทย์ก็มีความผิดทางอาญฐานลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์ได้ แต่ถ้าหากว่าศพนั้นไม่มีผู้ใดเข้าถือกรรมสิทธิ์ เข้าครอบครองหรือหวงกัน หากแพทย์จะทำการผ่าตัดนำอวัยวะไปปลูกถ่ายแพทย์ก็ย่อมไม่มีความผิดทางอาญา ซึ่งนั่นหมายความว่า การกระทำของแพทย์ต่อศพจะเป็นความผิดอาญาที่ต้องดูว่าศพนั้นเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ตามมาตรา 334 และมาตรา 358 หรือไม่

อย่างไรก็ตามผู้เขียนก็มีความเห็นว่าเมื่อศพก็เป็นทรัพย์ได้ในความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วและการที่มีการหวงกัน การเข้าครอบครองศพก็ทำให้ศพเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ได้ เพราะฉะนั้นเมื่อศพใดที่มีผู้ประสงค์เข้าครอบครองเข้าถือกรรมสิทธิ์ มีการหวงกันแล้ว ศพนั้นย่อมถือว่ามีสถานะเป็นทรัพย์ตามกฎหมายได้

ดังนั้น แพทย์ก็มีสิทธิที่จะขอแสดงความหวงกันไว้ก่อนได้ เช่น การขออนุญาตกับผู้ป่วยขณะมีความสามารถยินยอมได้ เพื่อมิให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ตายมาอ้างสิทธิต่อศพในภายหลัง<sup>22</sup> หรืออาจจะขอความยินยอมจากญาติหรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องไว้ก่อนเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นได้

ทั้งนี้การที่ยังไม่สามารถหาข้อสรุปที่ชัดเจนได้ว่าสถานะทางกฎหมายของศพนั้นเป็นทรัพย์หรือไม่ ทำให้เกิดปัญหากรณีถ้าหากศพไม่ถือว่าเป็นทรัพย์แล้วการกระทำของแพทย์ก็จะเป็นความผิดอาญฐานลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์ ถ้าเช่นนั้นแล้วจะถือว่าการกระทำของแพทย์ที่ผ่าตัดอวัยวะออกจากศพนั้นเป็นความผิดอาญาตามมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้หรือไม่

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

<sup>22</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 252.



หรือไม่ การผ่าตัดนำอวัยวะออกจากศพจะถือได้ว่าเป็นการทำลายศพได้หรือไม่ ส่วนการลอกฝังหรือซ่อนเร้นนั้นไม่เข้ากับการกระทำของแพทย์อย่างแน่นอนเพราะลอกฝัง หมายความว่า ฝังไว้ อย่างลับๆ ซ่อนเร้น หมายความว่า เอาไปไว้ในที่ๆ ไม่สามารถค้นพบหรือยากแก่การค้นพบ<sup>23</sup> แต่การกระทำของแพทย์เป็นการผ่าตัดอวัยวะของศพหรือชิ้นส่วนของศพซึ่งไม่ได้มีการฝังศพนั้นไว้ อย่างลับๆ แต่อย่างใด ส่วนจะถือว่าการที่แพทย์ผ่าตัดอวัยวะของศพเพื่อไปทำการปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยที่รอรับอวัยวะอยู่นั้นเป็นการซ่อนเร้นชิ้นส่วนของศพได้หรือไม่ เพราะเป็นการนำไปไว้ในที่ๆ ยากแก่การค้นพบ ทั้งนี้ในการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะจะต้องมีขั้นตอนกระบวนการตรวจสอบอวัยวะทั้งของผู้รับอวัยวะหรือทั้งจากศพ การรับบริจาค เป็นต้น ซึ่งสามารถตรวจสอบได้อยู่แล้วว่าอวัยวะที่นำมาจากศพนั้นจะต้องไปอยู่ที่ใคร จึงตัดเรื่องซ่อนเร้นออกไปได้ มาถึงการย้ายและทำลายศพ เมื่อดูการกระทำของแพทย์ก็อาจถือได้ว่าเป็นการย้ายชิ้นส่วนของศพได้เพราะเป็นการนำชิ้นส่วนของศพ คืออวัยวะจากศพออกมาเพื่อย้ายไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ย้ายอวัยวะจากศพไปอยู่ที่คนและจะถือว่าการทำลายศพก็ได้เพราะเป็นการผ่าตัดศพเอาอวัยวะออกมาซึ่งอาจทำให้ศพนั้นไม่อยู่ในสภาพเดิม

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

ดังนั้นบทบัญญัติมาตรานี้จึงยังไม่ครอบคลุมการกระทำของแพทย์ต่อศพ ทำให้ยังเป็นช่องว่างของกฎหมายและเป็นโอกาสให้แพทย์ที่มีเจตนาไม่สุจริตกระทำความผิดได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงความผิดที่จะตามมา

#### 4.3 ปัญหาความยินยอมของเจ้าของอวัยวะและผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง

จากการที่ได้มีการยอมรับหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายซึ่งให้แพทย์สามารถยุติการช่วยชีวิตของผู้ป่วยสมองตายและถือว่าเป็นบุคคลที่ตายแล้ว แต่อย่างไรก็ตามแพทย์ก็อาจจะยังต้องเสี่ยงกับความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญาอยู่ถ้าหากจะนำอวัยวะของบุคคลนั้นไปปลูกถ่าย

<sup>23</sup> หยุด แสงอุทัย, เล่มเดิม, หน้า 98.

ให้กับผู้ป่วยรายอื่น ซึ่งอาจจะเป็นความผิดต่อชีวิตจากการที่ไปถอดเครื่องช่วยหายใจของผู้ป่วย โดยที่การวินิจฉัยสมองตายไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามที่แพทยสภากำหนดหรือเรื่องสถานะของศพ การกระทำเกี่ยวกับศพ ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ดังนั้นการที่แพทย์จะทำการผ่าตัดนำเอาอวัยวะของเจ้าของอวัยวะไปปลูกถ่ายเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาที่อาจตามมาภายหลัง แพทย์คงต้องขอความยินยอมจากผู้ที่เกี่ยวข้องให้ชัดเจนเสียก่อน

ความยินยอมที่จะนำมาใช้อ้างในทางกฎหมายได้นั้น น่าจะต้องเป็นความยินยอมที่ผู้ยินยอมได้รับคำบอกกล่าวโดยชอบตามหลัก Informed Consent ทั้งต้องเป็นความยินยอมที่ผู้ให้ได้ให้โดยบริสุทธิ์และไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีด้วย นอกจากนี้ผู้ที่ให้ความยินยอมจะต้องเป็นผู้ที่กฎหมายยอมรับด้วยที่ตรงที่สุดก็คือ ตัวเจ้าของอวัยวะนั่นเองเพราะเป็นผู้เสียหายโดยตรงในกรณีนี้ แต่เนื่องจากการผ่าตัดอวัยวะในกรณีนี้จะกระทำในช่วงหลังสมองตายโดยสภาพจึงไม่อาจขอความยินยอมจากเจ้าของอวัยวะได้ เว้นแต่จะมีการให้ความยินยอมไว้เป็นการล่วงหน้าก่อนแล้ว ในกรณีที่ไม้อาจขอความยินยอมจากเจ้าของอวัยวะได้นี้ กฎหมายน่าจะอนุโลมให้ใช้ความยินยอมจากผู้ปกครอง คู่สมรส บุตรหรือญาติสนิทเท่าที่จะพึงติดต่อได้ เหมือนในกฎหมายของต่างประเทศ และแม้ว่าสถานะของกฎหมายไทยในจุดนี้ยังไม่ชัดเจนแน่นอน แต่การขอความยินยอมจากบุคคลดังกล่าวไว้นั้นย่อมจะให้ผลในทางจิตวิทยาได้อย่างแน่นอน ดีกว่าที่จะดำเนินการโดยปราศจากการขอความยินยอมโดยสิ้นเชิง<sup>24</sup>

ในต่างประเทศหลายประเทศมีการออกกฎหมายที่เรียกว่า “Required Request” เช่น กฎหมายของรัฐโอเรกอนและนิวเจอร์ซีย์ เป็นต้น กฎหมายนี้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของสถานพยาบาลที่รักษาพยาบาลผู้ป่วยที่อยู่ในสภาพเหมาะสมจะเป็นผู้บริจาคอวัยวะ (หมายความว่า ผู้ป่วยใกล้หรือน่าจะอยู่ในภาวะสมองตายแล้ว) ต้องขอรับบริจาคอวัยวะของผู้ป่วยจากญาติทุกราย หากละเว้นการปฏิบัติเช่นนั้นจะมีความผิดอาญามิโทษปรับ กฎหมายทำนองนี้นับว่าเพิ่มภาระให้แพทย์และพยาบาลขึ้นไม่น้อยเพราะการขอให้ญาติของผู้ที่เพิ่งตายใหม่ๆ เป็นผู้ลงนามยินยอมให้แพทย์ผ่าเอาอวัยวะจากผู้ตายไปปลูกถ่ายนั้น เป็นเรื่องยากมิใช่น้อยและญาติของผู้ตายเองก็ลำบากใจไม่น้อยเหมือนกันที่ต้องตัดสินใจภายในช่วงระยะเวลาไม่นานนัก ยิ่งผู้ตายตายจากอุบัติเหตุกะทันหันด้วยแล้ว การจะได้อวัยวะจากศพกรณีเช่นนี้ จึงเป็นไปได้ยาก ดังนั้นบางประเทศจึงออกกฎหมายที่เรียกว่า “Presumed consent” หรือ “Contracting out” คือกฎหมายกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานไว้ว่า คนที่ตายทุกคนถือเป็นผู้บริจาคอวัยวะเว้นแต่จะมีการแสดงความจำนงไว้ก่อนตาย โดยขึ้นทะเบียนบัญชีชื่อผู้ไม่ยินยอมบริจาคบริจาคเอาไว้ซึ่งจะมีศูนย์เก็บข้อมูลไว้ในคอมพิวเตอร์ เมื่อมีอุบัติเหตุคนตายที่เหมาะสมจะใช้อวัยวะ เพื่อนำไปปลูกถ่ายได้ก็ตรวจสอบชื่อของผู้นั้นกับศูนย์ข้อมูลว่ามีอยู่

<sup>24</sup> จริญ ภักดีธนากุล, เล่มเดิม, หน้า 11-12.

หรือไม่ ถ้าไม่มี แพทย์ก็สามารถนำอวัยวะของผู้นั้นไปปลูกถ่ายได้ทันทีกฎหมายในลักษณะนี้มีใช้  
อยู่ในบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส<sup>25</sup>

ในประเทศไทย ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการปลูกถ่ายอวัยวะไว้เป็นพิเศษ จึงต้องถือตาม  
หลักทั่วไป คือพิจารณาว่าผู้ให้ความยินยอมนั้นมีอายุมากพอที่จะเข้าใจถึงสภาพของผลร้ายที่จะ  
เกิดขึ้นหรือไม่ (กรณีผู้ไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ เช่น ผู้วิกลจริต ผู้มีความ  
ผิดปกติทางสมองไม่ว่าจะเป็นจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ซึ่งไม่อาจรู้ผิดชอบได้แม้จะมี  
อายุมากพอ แต่ก็ไม่สามารถที่จะเข้าใจถึงสภาพของผลร้ายที่จะเกิดขึ้นไม่สามารถที่จะให้ความ  
ยินยอมได้)<sup>26</sup> และที่สำคัญคือผู้ให้ความยินยอมต้องให้ความยินยอมด้วยความบริสุทธิ์ใจและไม่ขัด  
ต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย

ดังนั้นหากเป็นการนำอวัยวะไปปลูกถ่ายให้แก่ บิดา มารดาหรือญาติพี่น้องหรือคู่สมรส  
ก็จะถือได้ว่าเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ทั้งนี้อาจรวมไปถึงการนำอวัยวะไปปลูกถ่าย  
ให้แก่บุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์กัน เพราะตามหลักคำสอนในศาสนาพุทธได้สอนให้พุทธบริษัท  
มีทาน คือการบริจาค<sup>27</sup> และมนุษย์ควรมีเมตตากรุณาต่อกัน เมื่อสามารถผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะได้ตนจะ  
เสียสละให้ อันนี้คือจุดที่สมบูรณ์และบริสุทธิ์ที่สุดในทางจริยธรรม<sup>28</sup>

กรณีที่ผู้ตายแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้ก่อนตาย โดยทำการบริจาคไว้กับหน่วยงาน  
ที่รับบริจาค มีเอกสารหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร แพทย์ก็สามารถผ่าตัดอวัยวะไปปลูกถ่ายได้  
โดยไม่ต้องรับผิดทางกฎหมาย<sup>29</sup> เพราะเท่ากับว่าได้รับความยินยอมทั้งจากเจ้าของอวัยวะและทายาท  
แล้ว แต่อย่างไรก็ดีข้อบังคับของแพทยสภาที่ไม่ได้ครอบคลุมถึงกรณีที่ผู้ตายมีทายาท แล้วถ้าหาก  
ทายาทของผู้ตายนั้น ไม่ยินยอมและมีการเข้าถือกรรมสิทธิ์เข้าห้วงกันศพ ดังนั้นหากแพทย์ยังขึ้นผ่าตัด  
นำอวัยวะของศพนั้นไปปลูกถ่ายแพทย์ก็อาจมีความรับผิดทางอาญาลักษณะลักทรัพย์หรือทำให้เสีย

<sup>25</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ก เล่มเดิม. หน้า 31.

<sup>26</sup> สุภัสสร ภูเจริญศิลป์. เล่มเดิม. หน้า 28.

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

<sup>28</sup> พระเทพเทวี (ประยุทธิ์ ปยุตโต). (2532, กันยายน). “เทคโนโลยีทางการแพทย์สมัยใหม่กับจริยธรรม  
ในแง่พุทธศาสนา.” *สารศิริราช*, 41. หน้า 515.

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

ทรัพย์ได้ เพราะฉะนั้นแม้ว่าจะมีเอกสารแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะของเจ้าของอวัยวะอยู่ที่ตามก่อนที่แพทย์จะทำการผ่าตัดอวัยวะไปปลูกถ่ายแพทย์ก็ควรจะต้องขอความยินยอมจากทายาทของผู้ตายไว้ก่อนเพื่อป้องกันความรับผิดทางอาญาที่อาจมีขึ้นได้

ดังนั้นหากแพทย์ได้รับความยินยอมไว้ก่อนตายของเจ้าของอวัยวะแล้ว รวมถึงทายาทของเจ้าของอวัยวะนั้นด้วย แพทย์ก็สามารถที่จะอ้างความยินยอมนั้น เพื่อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้

ทั้งนี้ทั้งนั้นก็ยังมีปัญหาอยู่หากศพนั้นไม่มีทายาทและไม่ได้มีการแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้ เพราะกรณีไม่มีทายาทแต่มีการแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะแพทย์ก็สามารถผ่าตัดอวัยวะจากศพได้โดยไม่ต้องรับผิดทางอาญาหรือกรณีไม่ได้มีการแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะแต่มีทายาทและทายาทนั้นก็ไม่ได้ให้ความยินยอมกับแพทย์ที่จะทำการผ่าตัดอวัยวะจากศพได้ แพทย์ก็สามารถทำได้โดยไม่ต้องรับผิดทางอาญาโดยอ้างความยินยอมจากทายาทหรือศพนั้นมีทายาทซึ่งทายาทก็ได้ให้ความยินยอมกับแพทย์ในการผ่าตัดอวัยวะจากศพและยังมีการแสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้ก่อนตายด้วย อย่างนี้ยังทำให้แพทย์ทำการผ่าตัดนำอวัยวะของศพนั้นไปทำการปลูกถ่ายได้โดยไม่ต้องรับผิดทางอาญาใดๆ เลยดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้ว

แต่ถ้าหากศพนั้นไม่ได้รับความยินยอมจากใครเลยทั้งจากเจ้าของอวัยวะที่จะทำการบริจาคอวัยวะไว้หรือจากทายาทที่จะมาให้ความยินยอมกับแพทย์ เช่นนี้จึงทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายว่าจะมีกฎหมายใดมารองรับการกระทำของแพทย์ต่อศพได้ เนื่องจากที่ได้วิเคราะห์ในหัวข้อก่อนหน้านี้แล้วว่าการกระทำของแพทย์ต่อศพไม่เข้ากับความผิดอาญาฐานใดถ้าไม่มีทายาทเข้าถือกรรมสิทธิ์ในศพหรือการกระทำต่อศพตามมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

#### ความรับผิดต่อญาติของผู้ตาย

ในการพิจารณาความรับผิดของแพทย์ในการผ่าตัดนำอวัยวะออกมาโดยที่ผู้ตายไม่ได้แสดงเจตนาอุทิศไว้ก่อนที่จะถึงแก่ความตาย หรือทายาท หรือผู้จัดการศพ มิได้อนุญาตไว้ นั้นผู้เขียนมีความเห็นเป็น 2 อย่างคือ ถ้ากรณีที่ศพนั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์เนื่องจากไม่มีผู้ประสงค์จะครอบครองเข้าถือกรรมสิทธิ์ การกระทำของแพทย์ดังกล่าวจึงไม่เป็นความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาในความผิดฐานลักทรัพย์ หรือความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตามหลัก Nulla Poena Sine Lege (ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย) แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่ศพนั้นมีผู้ประสงค์จะครอบครองเข้าถือกรรมสิทธิ์ ศพนั้นก็จะเป็นทรัพย์ ซึ่งทำให้การกระทำของแพทย์นั้นมีความรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาเกิดขึ้นและโดยทั่วไปแล้วผู้ที่ประสงค์จะครอบครองและมีสิทธิหน้าที่ในการจัดการศพนั้นก็ถือญาติของผู้ตายนั่นเอง ดังนั้นถ้าเป็นกรณีนี้หากแพทย์ทำการผ่าตัดอวัยวะของศพนั้นไปแพทย์ก็มีความผิดซึ่งผู้เสียหายก็คือญาติของผู้ตายนั่นเอง

เพราะฉะนั้นในเมื่อกฎหมายในเรื่องนี้ยังไม่ชัดเจน เพื่อที่แพทย์จะไม่ต้องเสี่ยงกับความรับผิดที่อาจมีขึ้น แพทย์ควรได้รับความยินยอมจากญาติของผู้ตายไว้เสียก่อนที่จะทำการผ่าตัดนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่าย แต่ถ้าหากการกระทำของแพทย์ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายตามกรณีแรกเนื่องจากขัดต่อหลักไม่มีโทษโดยไม่มีความผิดตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว ก็อาจส่งผลให้มีการกระทำอย่างแพร่หลายโดยที่ไม่มีผู้ใดสามารถจะยับยั้งได้ ประเทศไทยจึงควรมีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการเอาศพหรือส่วนของศพไปโดยปราศจากอำนาจไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งในบางประเทศได้กระทำเช่นนี้ เช่น ในประเทศเยอรมัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 168 ได้บัญญัติไว้ว่า

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

2. การพยายามกระทำความผิดฐานนี้ต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน<sup>30</sup>

เนื่องจากปัจจุบันยังไม่พบบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าความยินยอมจากญาติของผู้ตายนั้นมีความสำคัญที่จะป้องกันไม่ให้แพทย์มีความรับผิดชอบและทำให้การปลูกถ่ายอวัยวะดำเนินต่อไปได้

จากการวิเคราะห์ทั้งหมดจะเห็นได้ว่าการกระทำของแพทย์ในการผ่าตัดอวัยวะเพื่อนำไปปลูกถ่ายเป็นการกระทำที่มีความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 และอาจเป็นความผิดฐานฆ่าโดยไม่เจตนา ตามมาตรา 290 ฆ่าโดยประมาท ตามมาตรา 291 และฆ่าโดยเจตนา ตามมาตรา 288 แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตามแม้ว่าการกระทำของแพทย์จะมีความรับผิดชอบอาญาดังกล่าว ถ้าหากแพทย์ได้รับความยินยอมที่เป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีและเป็นความยินยอมที่มีอยู่ขณะกระทำนั้นแล้วก็เป็นเหตุที่ทำให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบอาญาใดๆ

แต่เหนือสิ่งอื่นใดที่จะถือว่าแพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบนั้นก็คือการกระทำของแพทย์นั้นเป็นการช่วยเหลือผู้ป่วย ยืดชีวิตผู้ป่วยให้มีชีวิตอยู่ต่อไปจนถึงที่สุด แม้การกระทำจะเป็นความผิดแต่เถียงกันที่จะคิดทำร้ายคิดฆ่ามันหาได้มีไม่ หากจะให้แพทย์ต้องรับผิดชอบทางอาญาก็อาจทำให้แพทย์ไม่สามารถจะทำการรักษาผู้ป่วยได้อย่างเต็มที่หรืออาจถึงขนาดไม่กล้าที่จะรักษาเลยก็ได้ ซึ่งก็จะขัดต่อหน้าที่ตามธรรมชาติหรือหน้าที่ทางวิชาชีพที่จะต้องรักษาชีวิตผู้ป่วย อีกทั้งการไม่ทำการรักษาแพทย์ก็อาจเสี่ยงต่อความรับผิดชอบอาชญาฐานงดเว้นการกระทำได้อีก เรียกได้ว่าหากแพทย์จะรักษา ก็เป็นความผิดไม่รักษาก็เป็นความผิด

<sup>30</sup> สุภัสสร ภูเจริญศิลป์, เล่มเดิม, หน้า 65-66.

ในส่วนกรณีการกระทำต่อศพแพทย์ยังอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้อยู่ทั้งฐานลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์ ตามมาตรา 334 และมาตรา 358 ถ้าหากศพนั้นมีการหวงกันหรือเข้าถือกรรมสิทธิ์ ส่วนความผิดฐานกระทำต่อศพตามมาตรา 199 นั้นการกระทำของแพทย์ก็ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดที่จะทำให้แพทย์ต้องรับผิดอาชญาฐานนี้ได้ จึงยังทำให้ให้เกิดช่องว่างของการกระทำของแพทย์ในการผ่าตัดอวัยวะออกจากศพเพื่อไปทำการปลูกถ่าย หากว่าแพทย์ไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของอวัยวะหรือจากญาติหรือแพทย์ที่กระทำการโดยไม่สุจริตแล้ว จะนำกฎหมายใดมาใช้บังคับกับการกระทำของแพทย์ได้

ดังนั้นหากจะมีมาตรการใดที่จะสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายรวมถึงให้อำนาจที่แพทย์จะกระทำได้โดยไม่ต้องเสี่ยงกับความรับผิดชอบทางอาญา เพื่อจะทำให้การปลูกถ่ายอวัยวะมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์แก่ทุกฝ่ายซึ่งผู้เขียนจะได้ขอเสนอในบทต่อไป