

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายและมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันและ ปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย

จากการศึกษาประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายในบทที่ 3 นั้น เห็นได้ว่ากฎหมายไทยยังมีความคลุมเครือ ขาดความชัดเจนแน่นอน และยังไม่มียกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวโดยตรง ทำให้การบังคับใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าวไม่เหมาะสมและสอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังนั้นจึงสมควรมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายต่อไป

#### 4.1 มาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย

แม้จะเห็นพ้องต้องกันว่า การค้าอวัยวะมนุษย์นี้เป็นสิ่งที่น่ารังเกียจ เป็นการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ เป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมแต่ในขณะเดียวกันก็มีบุคคลกลุ่มหนึ่งที่ลักลอบค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายโดยมีการกระทำกันในรูปแบบขบวนการและนับวันจะแพร่ขยายกว้างขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องจากผลตอบแทนที่ได้รับมีมูลค่ามหาศาล

ผู้เขียนเห็นว่า ถ้าพึงบทกำหนดโทษทางอาญา ที่มีบทบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา คงไม่มีศักยภาพเพียงพอในการป้องกันการลักลอบค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายได้ ดังจะเห็นได้จากกรณีตัวอย่างที่แพทย์โรงพยาบาลวชิรปราการต้องสงสัยในข้อหาลักไต่ผู้ป่วยไปขายและฆ่าคนตาย<sup>1</sup> ทั้งนี้โดยมีมูลกรณีจากวันที่ 30 มีนาคม 2542 ผู้ดำเนินการสถานพยาบาลโรงพยาบาลวชิรปราการทำหนังสือถึงเลขาธิการแพทยสภาร้องเรียนว่าได้ดำเนินการตรวจสอบความผิดปกติก่อนการดำเนินการปลูกถ่ายอวัยวะและพบหลักฐานเกี่ยวกับความผิดปกติก่อนของจรรยาแพทย์และเชื่อว่าจะเป็นความผิดต่อกฎหมายด้วย โดยมีการจ่ายค่าตอบแทนเป็นค่าอวัยวะให้ญาติของผู้บริจาค บางรายอาจมีการเอาอวัยวะออกโดยไม่แจ้งให้ญาติทราบ และมีการติดต่อผู้ป่วยจากโรงพยาบาลอื่นเข้ามารักษาที่โรงพยาบาลวชิรปราการโดยหวังจะขอบริจาคไต

เมื่อแพทยสภารับทราบเรื่องจึงตั้งคณะกรรมการจริยธรรมเพื่อพิจารณาสอบสวนแล้วสรุปว่าคดีมีมูล โดยมีรายละเอียดคือ กระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะและคณะแพทย์ผู้ทำการวินิจฉัยสมองตายไม่เป็นไปตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2538 หมวด 8 การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่าย

<sup>1</sup> “ข่าวหน้าหนึ่ง”, ข่าวสด, (19 กรกฎาคม 2542), : 5 .

อวัยวะรวมทั้งไม่เป็นไปตามประกาศแพทยสภาว่าด้วยเรื่องเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายด้วย โดยผู้ที่เข้าข่ายว่ามีพฤติกรรมดังกล่าว คือแพทย์ผู้ถูกร้องเรียน 5 คน ที่ปรากฏชื่อว่าเป็นผู้ถูกร้องเรียนในรายงานนี้

คณะกรรมการแพทยสภาได้พิจารณารายงานความเห็นของคณะอนุกรรมการจริยธรรมในการประชุมคณะกรรมการแพทยสภา ครั้งที่ 8/2542 วันที่ 5 สิงหาคม 2542 และมีมติว่าคดีมีมูลตามที่คณะอนุกรรมการจริยธรรมพิจารณาและส่งเรื่องให้คณะอนุกรรมการสอบสวนเพื่อพิจารณาดำเนินการต่อไป

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงและข้อสังเกตแล้วคณะอนุกรรมการสอบสวนมีความเห็นพ้องต้องกันว่า

1. การประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เกี่ยวกับการปลูกถ่ายไตในโรงพยาบาล วชิรปราการ มีลักษณะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 หมวด 8 การประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ ซึ่งเป็นข้อบังคับที่เพิ่มเติมโดยข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2538 อยู่หลายประการ คือ

ก. ไม่มีการปฏิบัติตามข้อ 2 ของหมวด 8 ในการปลูกถ่ายไตจากผู้บริจาคที่มีชีวิตหลายรายดังนี้

- 9 รายไม่มีหลักฐานที่แสดงว่าผู้บริจาคและผู้รับไตเป็นญาติ โดยสายเลือดหรือหลักฐานการเป็นคู่สมรสกัน ซึ่งความบกพร่องนี้เกิดขึ้นตั้งแต่รายแรกที่ปลูกถ่าย เมื่อ 11 มีนาคม 2538 ถึง รายสุดท้ายที่ปลูกถ่ายเมื่อ 1 มีนาคม 2540

- ผู้บริจาค 29 ราย ไม่ปรากฏหลักฐานว่าได้เซ็นยินยอมให้มีการผ่าตัด โดยแพทย์ได้อธิบายให้ผู้บริจาคเข้าใจถึงความเสี่ยงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นกับผู้บริจาคไตได้ การปลูกถ่ายไตในจำนวน 29 รายนี้ เกิดขึ้นตั้งแต่รายแรกที่ได้รับการผ่าตัด เมื่อ 30 มกราคม 2539 ถึงรายสุดท้ายผ่าตัดเมื่อ 4 กันยายน 2540

- ไม่มีหนังสือที่มีข้อความแสดงว่าไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคเป็นค่าอวัยวะ 29 ราย จากจำนวนที่ทำการปลูกถ่ายไตจากผู้บริจาคที่มีชีวิตทั้งสิ้น 38 ราย ทั้ง ๆ ที่โรงพยาบาลวชิรปราการได้ทำแบบฟอร์มไว้ตามข้อบังคับแพทยสภาอยู่แล้ว

การฝ่าฝืนข้อบังคับแพทยสภาดังกล่าวเกิดขึ้นมาโดยลำดับ ในระยะเวลาตั้งแต่ก่อนการร้องเรียนถึงกว่า 3 ปี ซึ่งหมดอายุความแล้ว จนถึงรายหลัง ๆ ยังอยู่ภายในระยะเวลา 3 ปี นำมาพิจารณาความผิดได้

ข. ไม่มีการปฏิบัติตามข้อ 3 ของหมวด 8 ในการปลุกถ่ายไตจากผู้บริจาคที่สมองตายหลายราย คือ

- มีญาติลงลายมือชื่อยินยอมบริจาคในแบบฟอร์มการบริจาค อวัยวะของโรงพยาบาลเพียง 27 ราย จากจำนวนผู้บริจาคที่สมองตายทั้งหมด 33 ราย
- ในแบบฟอร์มบริจาคอวัยวะหรือเอกสารอื่นใด ไม่มีข้อความตามที่ข้อบังคับแพทยสภากำหนดให้ต้องมี คือ ข้อความที่ญาติผู้ตายที่บริจาคอวัยวะต้องทำคำรับรองว่าจะไม่รับสิ่งตอบแทนเป็นค่าอวัยวะโดยเด็ดขาด
- มีหลักฐานการแจ้งความเพื่อให้มีการชันสูตรพลิกศพเพียง 1 รายเท่านั้น

ความบกพร่องจากการไม่ปฏิบัติตามข้อ 3 ของหมวด 8 นี้เกิดขึ้นมา โดยลำดับ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2539-2541

2. การประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เกี่ยวกับการปลุกถ่ายไตในโรงพยาบาล วชิรปราการ นอกจากจะเป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับแพทยสภาในหมวดที่ 8 แล้ว ยังปรากฏชัดเจนว่ามี การจ่ายค่าตอบแทนเป็นเงินแก่ญาติผู้บริจาคไตที่สมองตาย โดยเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาลเป็นผู้เข้าไปเจรจาต่อรองในการขอบริจาค ขณะเดียวกันทางโรงพยาบาลก็คิดราคาที่ต้องจ่ายให้ญาติผู้ตาย โดยรวมเป็นค่าใช้จ่ายของผู้ป่วยที่รับไตซึ่งโรงพยาบาลมีกำไรจากการกระทำดังนี้ นอกจากนั้นโรงพยาบาลยังนำค่ารักษาพยาบาลของผู้ป่วยสมองตายที่บริจาคอวัยวะมารวมคิดเป็นค่ารักษาพยาบาลของผู้ป่วยที่รับไต ซึ่งโรงพยาบาลก็มีกำไรจากการกระทำนี้เช่นกัน จากการกระทำดังกล่าวนี้เองโรงพยาบาลจึงทำตัวเสมือนนายหน้าหรือพ่อค้าคนกลางที่เจรจาต่อรองกับผู้ที่ต้องการบริจาคแล้วคิดค่าใช้จ่ายกับผู้ที่ต้องการไตในลักษณะเหมาจ่าย โดยโรงพยาบาลได้กำไรจากการปลุกถ่ายไต นอกเหนือไปจากการผ่าตัดที่แพทย์คิดต่างหากเป็นรายได้ของแพทย์อีกจำนวนหนึ่ง

การที่แพทยสภาประกาศใช้ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม เพิ่มเติมในหมวด 8 นั้น มีวัตถุประสงค์สำคัญ 2 ประการ คือ

ก. ป้องกันมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคอวัยวะในทำนองซื้อขายจากผู้บริจาคกับผู้รับอวัยวะโดยตรง หรือจากการดำเนินการของคนกลางไม่ว่าจะเป็นใครก็ตามที่เป็นผู้ติดต่อเจรจาทางอ้อมให้มีการจ่ายค่าตอบแทนกัน เพราะพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ดังกล่าว วงการปลุกถ่ายทั่วโลกไม่ประสงค์จะให้เกิดขึ้น เนื่องจากเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง และจะเป็นผลเสียต่อการปลุกถ่ายอวัยวะเองด้วย ไม่ว่าจะการจ่ายค่าตอบแทนจะจ่ายให้ผู้บริจาคอวัยวะที่มีชีวิตโดยตรงหรือจ่ายให้ญาติของผู้บริจาคอวัยวะที่สมองตายก็ตาม

ข. กรณีผู้บริจาคที่มีชีวิต เจ็บป่วยของข้อบังคับแพทยสภาจำกัดเฉพาะผู้บริจาคที่เป็นญาติโดยสายเลือดเท่านั้น และคู่สมรสซึ่งต้องมีหลักฐานแสดงไว้ชัดเจนเพื่อแสดงความบริสุทธิ์ของผู้บริจาคอย่างแท้จริง และต้องแสดงความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ก็เพื่อให้การแสดงความยินยอมดังกล่าวใช้เป็นข้อต่อสู้ทางกฎหมายได้ หากแพทย์ที่ผ่าตัดเอาอวัยวะที่บริจาคออกจากร่างกายของผู้บริจาคที่มีชีวิตจะถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาฐานทำร้ายร่างกาย(ผู้บริจาคที่มีชีวิต)

การละเลยไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับแพทยสภา ในหมวดที่ 8 ที่เกิดขึ้นในโรงพยาบาลวชิรปราการเป็นลำดับมาดังกล่าวมาแล้ว คณะอนุกรรมการสอบสวนเห็นว่าเป็นการจงใจที่จะหลีกเลี่ยงการปฏิบัติเพื่อถือโอกาสหาประโยชน์จากการบริจาคไตของผู้ป่วยที่สมองตายของผู้เกี่ยวข้องร่วมกันหลายฝ่าย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้นับว่าเป็นการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นเหตุให้เสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ อันเป็นการละเมิดข้อบังคับแพทยสภา หมวด 1 ข้อ 2 อีกด้วย

ในความเห็นของผู้เขียนเกี่ยวกับประเด็นนี้คือ การที่ข้อบังคับแพทยสภา ในหมวด 8 นี้ มิได้ห้ามผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการเป็นนายหน้าหาประโยชน์จากการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคอวัยวะไว้โดยตรงก็เพราะแพทยสภาตระหนักดีว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมย่อมมีจิตสำนึกที่จะหลีกเลี่ยงพฤติกรรมที่น่ารังเกียจดังกล่าวอยู่แล้วและอาจจะต้องเสี่ยงกับความรับผิดชอบทางอาญาด้วย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงควรต้องถือปฏิบัติตามข้อบังคับแพทยสภา ในหมวด 8 นี้อย่างเคร่งครัด

3. การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายไตในโรงพยาบาลวชิรปราการไม่ได้ปฏิบัติตามเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายของแพทยสภา<sup>2</sup> โดยเคร่งครัด ตั้งแต่การวินิจฉัยผู้ป่วยที่สมองตายในปลาย พ.ศ. 2538 จนถึงรายสุดท้ายเมื่อเดือนสิงหาคม 2541 มี ผู้ป่วยสมองตายทั้งสิ้น 33 ราย ที่คณะอนุกรรมการสอบสวนได้ตรวจสอบเวชระเบียนแล้วพบการไม่ปฏิบัติตามเกณฑ์สมองตายของแพทยสภา คือ ส่วนใหญ่มีแพทย์ลงชื่อรับรองไม่ครบถ้วนตามที่แพทยสภากำหนด มีบางรายไม่ปรากฏหลักฐานการบันทึกการตรวจไว้ให้ครบถ้วนตามเกณฑ์ที่กำหนด บางรายผู้วินิจฉัยสมองตายเป็นผู้ผ่าตัดปลูกถ่ายไตเสียเอง ซึ่งฝ่าฝืนเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายของแพทยสภา

<sup>2</sup> ประกาศแพทยสภา เรื่องเกณฑ์วินิจฉัยสมองตาย เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2532 และประกาศแพทยสภา เรื่องเกณฑ์วินิจฉัยสมองตาย (ฉบับที่ 2) เมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2539 .

คณะกรรมการสอบสวนจึงเห็นพ้องต้องกันว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่วินิจฉัยสมองตาย โดยมีได้ปฏิบัติตามเกณฑ์ของแพทยสภาอย่างเคร่งครัดก็ดี หรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ผ่าตัดนำอวัยวะจากผู้ที่ได้รับการวินิจฉัยว่าสมองตายไม่สมบูรณ์ตามเกณฑ์ของแพทยสภาเพื่อนำไปปลูกถ่ายก็ดี ถือได้ว่าเป็นผู้ไม่รักษามาตรฐานการประกอบวิชาชีพในระดับที่ดีที่สุด เป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 หมวด 3 ว่าด้วยการประกอบวิชาชีพเวชกรรมข้อ 1

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่แพทยสภาประกาศใช้เกณฑ์สมองตายตั้งแต่ พ.ศ. 2532 และประกาศปรับปรุงเพิ่มเติมใหม่ในปี พ.ศ. 2539 มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะให้พ้นจากข้อกล่าวหาดังกล่าวได้เพราะสามารถแสดงหลักฐานได้ชัดเจนตามหลักวิชาชีพทางการแพทย์ว่าแกนสมองของผู้นั้นตายแล้วซึ่งทางการแพทย์รับรองว่าผู้นั้นถึงแก่ความตายแล้ว การที่ละเลยไม่ปฏิบัติตามเกณฑ์ของแพทยสภาอย่างเคร่งครัด ทำให้เกิดประเด็นปัญหาต่อไปว่าแพทย์ได้ตรวจครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาหรือไม่ โดยเฉพาะในกรณีที่ไม่มีแบบฟอร์มการตรวจที่สมบูรณ์และเมื่อมีการนำอวัยวะของผู้นั้นออกไปปลูกถ่าย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ทำการผ่าตัดนำอวัยวะออกจากผู้บริจาคอาจต้องเสี่ยงต่อการกล่าวหาในทางอาญาอยู่ไม่น้อย จากญาติของผู้ตายที่อาจจะเกิดความสงสัยว่าญาติเขายังไม่ตายในขณะนั้น

4. โรงพยาบาลวชิรปราการมีการจ่ายค่าตอบแทนจากการส่งผู้ป่วยเข้ารับบริการของโรงพยาบาลแก่บุคคลหลายประเภท ซึ่งคณะกรรมการสอบสวนถือว่า กลุ่มบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้บริหารโรงพยาบาล และผู้ดำเนินการสถานพยาบาลต้องรับผิดชอบ เพราะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 หมวด 3 ว่าด้วยการประกอบวิชาชีพเวชกรรมข้อ 3 และหมวด 7 การปฏิบัติตนเกี่ยวกับสถานพยาบาล ข้อ 3 ตามลำดับ ความผิดในกรณีดังกล่าวนี้ คณะกรรมการเคยมีมติในการประชุมครั้งที่ 6/2531 วันที่ 9 มิถุนายน 2531 ว่าผู้ฝ่าฝืนจะได้รับโทษสถานหนักโดยแพทยสภาได้ทำหนังสือแจ้งสมาชิก และแถลงข่าวต่อสื่อมวลชนอย่างกว้างขวางด้วย

จากกรณีตัวอย่างนี้ แสดงให้เห็นถึงขบวนการลักลอบซื้อขายอวัยวะมนุษย์ซึ่งมีการร่วมมือกันจากบุคคลหลายฝ่าย ทำให้ประชาชนทั่วไปเกิดความไม่มั่นใจในสวัสดิภาพของตนเองเมื่อเข้ารับการรักษาพยาบาล จึงถือได้ว่าการซื้อขายอวัยวะมนุษย์นี้เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่ประเทศไทยยังไม่มีความหมายเฉพาะเพื่อที่จะรองรับการกระทำผิดฐานการค้าอวัยวะมนุษย์โดยตรง

#### 4.1.1 เหตุผลและความจำเป็นในการมีมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย

เนื่องจากในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์โดยเฉพาะเจาะจง แม้จะมีกฎหมายไทยบางฉบับที่เกี่ยวข้องกับการค้าอวัยวะมนุษย์อยู่บ้างก็เป็นเพียงมาตรการที่มุ่งในการควบคุมการปลูกถ่ายอวัยวะเป็นส่วนใหญ่ และมาตรการที่ลงโทษมักเป็นเพียงการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบโรคศิลปะและการดำเนินคดีเตียนจากบุคคลในวงสังคมเป็นส่วนใหญ่ ดังเช่นในกรณีเพิกถอนใบอนุญาตประกอบโรคศิลปะของแพทย์โรงพยาบาลวชิรปราการ ประกอบกับในประมวลกฎหมายอาญาก็ไม่มีบทบัญญัติใด ที่กำหนดความผิดและบทลงโทษ ผู้ซื้อ ผู้ขาย แพทย์ตลอดจนบุคคลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการค้าอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย

หากจะมีหลักกฎหมายที่ใช้บังคับได้อย่างชัดเจนในขณะนี้ก็เป็นเพียงหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 ที่จะพิจารณาว่าผลของสัญญาซื้อขายอวัยวะเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มีผลเป็นโมฆะและเกณฑ์ของแพทยสภาที่ระบุนห้ามแพทย์กระทำการใด ๆ อันเกี่ยวกับเรื่องการค้าอวัยวะ เนื่องจากการผิดจริยธรรมของแพทยสภา<sup>3</sup> อย่างไรก็ตามยังไม่พบว่ามียกโทษทางกฎหมายที่ชัดเจนแก่ผู้ที่ฝ่าฝืนทำการค้าอวัยวะดังกล่าว

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้บัญญัติการค้าอวัยวะเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งควรต้องมีกฎหมายพิเศษที่เป็นกฎหมายเทคนิคที่ต้องพัฒนาขึ้นมาใหม่เพื่อประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย ทั้งนี้โดยมีเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องใช้มาตรการทางกฎหมาย ดังนี้

##### 1. เหตุผลและความจำเป็นในการคุ้มครองและรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม

การค้าอวัยวะมนุษย์ ถือเป็นการกระทำที่ขัดแย้งต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ด้วยเหตุผลที่ว่าเป็นการกระทำที่เข้าข่ายในประเด็นที่เป็นการกระทำอันลดเกียรติภูมิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมและจริยธรรมอันดีของประชาชน อีกทั้งยังเป็นสิ่งที่น่ารังเกียจและเป็นการกระทำที่ขัดกับความรู้สึกของบุคคลโดยส่วนใหญ่ และการประกาศขอซื้อ-ขายอวัยวะนั้นเท่ากับเป็นการส่งเสริมบุคคลที่อาจประสบกับภาวะบีบคั้นหรือ

<sup>3</sup> ข้อ 2 หมวด 8 แห่งข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2538 .

ปัญหาทางการเงินให้ยอมกระทำการใด ๆ เช่น ดัดสันใจที่จะขายอวัยวะบางส่วนของตนเอง หรือแม้แต่อาจจะยอมกระทำให้ตนเองถึงแก่ความตายในกรณีที่เป็นอวัยวะสำคัญ เพื่อให้ทายาท นำเอาอวัยวะของตนไปขาย และผลที่ได้คือความปั่นป่วนวุ่นวายในสังคม นอกจากนี้ยังอาจเป็น ต้นตอในการสร้างปัญหาต่อเนื่องอื่น ๆ ต่อไปอีก เช่น การทำร้ายร่างกายหรือฆ่าบุคคลอื่นเพื่อ ขโมยอวัยวะ ก่อให้เกิดการกระทำผิดหลักวิชาชีพทางการแพทย์ ซึ่งยากจะแก้ไขได้ แม้ว่าจะ มีข้อดีคือ สามารถช่วยต่อชีวิตบุคคลที่เจ็บป่วยได้และสามารถแก้ไขการขาดแคลนอวัยวะได้แต่ก็ เป็นการช่วยได้เพียงบางส่วนเท่านั้น แต่หากพิจารณาถึงผลเสียที่เกิดขึ้นมีมากกว่าผลดีแน่นอน ด้วยเหตุนี้จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่ต้องนำมาตรการทางกฎหมายมาใช้ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำดังกล่าว

## 2. เหตุผลและความจำเป็นในทางการปกครอง

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองโดยยึดหลักนิติรัฐ ดังนั้น รัฐหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐจะใช้อำนาจกับประชาชนได้ภายในขอบเขตที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ สำหรับ ประชาชนมีสิทธิจะทำอะไรก็ได้ ครอบคลุมที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดห้ามไว้ ซึ่งหลักนี้มีบัญญัติ รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายลำดับรอง ส่งผลให้ประเทศไทยสมควรมีกฎหมายที่กำหนด ห้ามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย เพื่อให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้อำนาจ บังคับกับประชาชนผู้กระทำผิดได้

## 3. เหตุผลและความจำเป็นในทางกฎหมายอาญา

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ที่มีหลักว่าบุคคลต้องรับโทษทางอาญา ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ นอกจากนั้นยังมีหลักว่าในส่วนของกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด จะตีความไปในทาง ขยายความเพื่อให้บุคคลต้องรับโทษทางอาญานั้นกระทำมิได้ ด้วยเหตุนี้การจะเอาผิดกับบุคคล ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายนั้นในปัจจุบันยังไม่สามารถกระทำ ได้ เพราะการกระทำความผิดนี้ยังไม่มีกฎหมายที่จะนำมาใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นได้โดยตรง จึงสมควร ต้องมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะขึ้นมาใหม่

### 4.1.2 โครงสร้างและประเด็นของมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปราม การค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย

การบัญญัติกฎหมายพิเศษว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะ มนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายขึ้นโดยเฉพาะ จะทำให้มีความสะดวกรวดเร็วในการบังคับใช้กฎหมาย มากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายเป็นราย มาตรา ซึ่งหากในภายหลังมีความจำเป็นที่ต้องพัฒนาแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการค้าอวัยวะ

มนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย เพื่อความสอดคล้องกับวิวัฒนาการทางการแพทย์ที่ก้าวหน้าขึ้นเรื่อยๆ การแก้ไขกฎหมายพิเศษจะมีความสะดวกรวดเร็ว และแก้ไขอุปสรรคต่างๆที่อาจเกิดขึ้นตามมาได้ ดีกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายเดิม

สาระสำคัญในกฎหมายพิเศษที่บัญญัติขึ้น มีหลักสำคัญ ดังนี้

**1. หลักห้ามค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย** เพราะการอนุญาตให้มนุษย์ค้าอวัยวะกันได้ อาจเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ที่มิมีฐานะทางเศรษฐกิจดีเอาเปรียบและหาผลประโยชน์จากผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจด้อยกว่า จนกลายเป็นปัญหาสังคมและมีปัญหาอื่น ๆ ตามมาอีก ดังนั้น ในมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดขึ้นมานี้ ควรมีบทบัญญัติในการห้ามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย ยกเว้นในกรณีที่อวัยวะนั้นร่างกายสามารถผลิตขึ้นมาทดแทนใหม่ได้ ซึ่งคำว่า “การค้า” ในที่นี้รวมความตั้งแต่การซื้อ-ขาย , การจำหน่าย, การเสนอ, การริเริ่ม, การเตรียมการ, การเผยแพร่, การประกาศ, การเชิญชวน, การส่งเสริม, การเป็นนายหน้า และการกระทำอย่างใดก็ตามเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนในการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย ซึ่งทั้งนี้เมื่อขยายความคำว่า “การค้าอวัยวะมนุษย์” ให้มีขอบเขตกว้างขวางแล้ว จะสามารถดำเนินคดีกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานนี้ได้ทุกฝ่าย เพราะในปัจจุบันบุคคลที่กระทำความผิดฐานค้าอวัยวะนี้ มักมีเป็นขบวนการ มีการแบ่งหน้าที่ในการทำงาน มิใช่จำกัดวงบุคคลเพียงแค่ว่า ผู้ซื้อ ผู้ขาย และแพทย์อีกต่อไปแล้ว

สำหรับบทกำหนดโทษในความผิดฐานค้าอวัยวะมนุษย์นี้ เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าเป็นความผิดที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและจริยธรรมของสังคมเป็นอย่างมาก จึงขอเสนอให้ความผิดฐานนี้เป็นความผิดทางอาญา เพราะเมื่อเกิดการกระทำความผิดขึ้น รัฐสามารถดำเนินคดีได้ทันทีเพราะถือเป็นความผิดต่อบ้านเมือง

## 2. หลักเกณฑ์ในเรื่องการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนที่มีชีวิต

การนำอวัยวะออกจากบุคคลที่มีชีวิต โดยจุดประสงค์เพื่อการปลูกถ่ายนั้น จำกัดเฉพาะกรณีที่ผู้บริจาคและผู้รับบริจาคมีความสัมพันธ์กันทางพันธุกรรมเท่านั้น โดยอาศัยการตรวจสอบจากทางการแพทย์และเอกสารอื่น ๆ ประกอบ เพื่อให้แน่ใจว่าผู้บริจาคอวัยวะกับผู้รับอวัยวะเป็นญาติกันอย่างแท้จริง สำหรับในกรณีที่มีความจำเป็นทางการแพทย์ที่เป็นพิเศษ ต้องใช้อวัยวะจากบุคคลอื่นที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์กันทางพันธุกรรมกับผู้รับบริจาค ต้องเสนอขออนุญาตต่อหน่วยงานผู้มีอำนาจก่อนทำการปลูกถ่าย ซึ่งถ้าหน่วยงานผู้มีอำนาจเห็นสมควรว่ายังมีความจำเป็นไม่เพียงพอ หรืออาจเกิดอันตรายอย่างมหันต์ต่อชีวิตหรือสุขภาพของผู้บริจาค หน่วยงานผู้มีอำนาจอาจมีคำสั่งไม่อนุญาตได้



การจำกัดเฉพาะกรณีที่ทำให้มีการปลูกถ่ายเฉพาะบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกันทาง พันธุกรรม ผู้เขียนเห็นว่ามีส่วนดีในแง่

1. ผลสำเร็จของการปลูกถ่ายอวัยวะจะมีสูง เนื่องจากมีพันธุกรรมใกล้เคียงหรือเกี่ยวข้องกัน เนื้อเยื่อจึงมักไม่ค่อยถูกต่อต้านโดยระบบภูมิคุ้มกันของร่างกาย
2. ลดภาวะการคัดอวัยวะมนุษย์ระหว่างกันลง เนื่องจากความเป็นญาติมีความผูกพันทางสายเลือด จึงมักบริจาคอวัยวะโดยไม่หวังสิ่งตอบแทนเป็นการช่วยเหลือกันด้วยจิตใจที่บริสุทธิ์

แต่ในบางกรณีอวัยวะจากผู้เสียชีวิตมีไม่พอใช้, อวัยวะจากญาติผู้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมไม่สามารถหาได้เลย การปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้ที่มีได้เป็นญาติกับผู้ป่วยจะนำมาเพื่อพิจารณาต่อเมื่อเป็นกรณียกเว้นเป็นพิเศษ ทั้งนี้ผู้เขียนขอเสนอให้ก่อนการถ่ายอวัยวะออกจากผู้บริจาคควรเสนอเรื่องขออนุญาตปลูกถ่ายอวัยวะเป็นกรณีพิเศษต่อหน่วยงานผู้มีอำนาจก่อน เพื่อเป็นการถ่วงถ่วงว่าจะไม่มีการค้าอวัยวะมนุษย์ซ่อนเร้นอยู่ภายใต้การบริจาค่นั้น

ทั้งนี้ การนำอวัยวะออกจากผู้บริจาคที่มีชีวิตจะต้องได้รับความยินยอมที่บริสุทธิ์ โดยระบุเป็นลายลักษณ์อักษรและลงลายมือชื่อผู้บริจาคมีข้อความแสดงว่าผู้บริจาคมีเจตนาเสียสละเพื่อประโยชน์ต่อผู้ป่วยอย่างแท้จริงและปราศจากการแสวงหาประโยชน์ใด ๆ ใ้ตนและก่อนมีจะนำอวัยวะออกจากผู้บริจาคต้องมีการตรวจสอบร่างกายและประเมินความเสี่ยงต่อสุขภาพชีวิตและจิตใจของผู้บริจาคอวัยวะ โดยแพทย์ผู้ประเมินความเหมาะสมที่เป็นกลาง นอกจากนั้น แพทย์และทนายความอิสระมีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลแก่ผู้บริจาคก่อนนำอวัยวะออกอย่างเพียงพอเกี่ยวกับผลของการนำอวัยวะออก โดยเฉพาะผลทางการแพทย์ อันตรายและความเสี่ยงต่าง ๆ ต่อตัวผู้บริจาค ผลทางสังคม หรือทางจิตวิทยา และต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าความยินยอมของผู้บริจาคสามารถเพิกถอนได้ด้วยตัวผู้บริจาคเองตลอดเวลา ครอบคลุมเท่าที่ยังมีได้มีการผ่าตัดเกิดขึ้น

### 3. หลักเกณฑ์เรื่องการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้เสียชีวิต

ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายนี้ไม่ควรจำกัดความของ “การตาย” ไว้ เนื่องจากกฎหมายของไทยกว่าจะผ่านการพิจารณาหลายขั้นตอน ใช้เวลานานกว่าจะบังคับใช้ได้ แต่ในขณะที่เดียวกันเทคโนโลยีทางการแพทย์เป็นไปอย่างรวดเร็ว หากมีการกำหนดนิยามของคำว่าตายไว้ในกฎหมาย และต่อมาหลักเกณฑ์ทางการแพทย์ในการวินิจฉัยการตายได้เปลี่ยนแปลงไป แต่คำนิยามในกฎหมายไม่ได้เปลี่ยนแปลงตาม ซึ่งแม้หากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงก็อาจล่าช้าไม่ทันต่อเหตุการณ์ ศาลก็ต้องถือตามคำนิยามที่ถือปฏิบัติในกฎหมายนั้น ซึ่งอาจทำให้วินิจฉัยได้ไม่ตรงกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

ผู้เขียนขอเสนอหลักการการนำอวัยวะออกจากผู้เสียชีวิตเพื่อนำไปปลูกถ่าย ดังนี้

1. บุคคลผู้มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์และมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป สามารถตัดสินใจในการบริจาคอวัยวะ, ร่างกาย หรือไม่บริจาคอวัยวะ, ร่างกาย ได้ด้วยตนเอง โดย

1) ระบุในพินัยกรรมว่าตนต้องการบริจาคอวัยวะ, ร่างกาย หรือไม่ต้องการบริจาคอวัยวะ, ร่างกาย โดยให้มีผลเมื่อตนเสียชีวิตลง ทั้งนี้ความสมบูรณ์ของพินัยกรรมไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของการบริจาคอวัยวะหรือปฏิเสธการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย

2) ระบุว่าตนต้องการบริจาคอวัยวะ, ร่างกาย หรือไม่บริจาคอวัยวะ, ร่างกายในบัตรประจำตัวประชาชนหรือใบขับขี่ ทั้งนี้ การเพิกถอน การระงับ การหมดอายุ หรือการยกเลิก บัตรประจำตัวประชาชนหรือใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะนั้น ไม่มีผลกระทบต่อ การบริจาคอวัยวะหรือปฏิเสธการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย

3) เอกสารการบริจาคอวัยวะ, ร่างกาย หรือไม่บริจาคอวัยวะ, ร่างกาย เพื่อการปลูกถ่าย ที่ลงนามโดยผู้บริจาค

4) โดยวาจาต่อหน้าพยาน 2 คนขึ้นไป ในขณะที่ใกล้จะเสียชีวิตว่าขอบริจาคอวัยวะหรือปฏิเสธการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายหลังจากที่ตนเสียชีวิตแล้ว

2. เมื่อผู้บริจาคแสดงเจตนาการบริจาคอวัยวะหรือปฏิเสธการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายแล้ว ทราบใดที่ผู้บริจาคยังไม่เสียชีวิต ผู้บริจาคสามารถแก้ไขหรือเพิกถอนการบริจาคอวัยวะหรือปฏิเสธการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนั้นได้ตลอดเวลา

ทั้งนี้การบริจาคอวัยวะหรือปฏิเสธการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายนี้สามารถเพิกถอนได้โดยผู้บริจาคเพียงคนเดียวเท่านั้น

3. กรณีที่มีผู้เสียชีวิตแต่อวัยวะยังสามารถบริจาคเพื่อประโยชน์ในการปลูกถ่ายได้ และผู้เสียชีวิตไม่เคยทำการบริจาคอวัยวะหรือปฏิเสธการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายไว้ให้ถือเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้ได้รับการแต่งตั้งจากหน่วยงานผู้มีอำนาจในการร้องขอทำการบริจาคอวัยวะจากญาติผู้เสียชีวิต

ญาติหรือบุคคลดังต่อไปนี้อาจเป็นผู้ทำการบริจาคอวัยวะหรือปฏิเสธการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายของผู้เสียชีวิตได้ตามลำดับ

- 1) คู่สมรสของผู้เสียชีวิต
- 2) บุตรที่บรรลุนิติภาวะของผู้เสียชีวิต
- 3) บิดาหรือมารดาของผู้เสียชีวิต
- 4) พี่น้องที่บรรลุนิติภาวะของผู้เสียชีวิต

- 5) ปู่ ย่า ตา ยาย ของผู้เสียชีวิต
- 6) ผู้ปกครองของผู้เสียชีวิตในขณะที่เสียชีวิต

4. การแสดงเจตนาการบริจาคอวัยวะหรือปฏิเสธการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายของผู้เสียชีวิต โดยบุคคลอื่นอาจแสดงออกซึ่งเจตนาโดย

- 1) เอกสารการบริจาคอวัยวะหรือไม่บริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายของผู้เสียชีวิตที่ลงนามโดยบุคคลผู้มีอำนาจข้างต้น
- 2) กรณีจำเป็น สามารถใช้การสื่อสารด้วยรูปแบบอื่น แทนการบริจาคอวัยวะหรือปฏิเสธการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายได้ทันที

ทั้งนี้ ในกรณีการแสดงเจตนาบริจาคอวัยวะของผู้เสียชีวิตโดยบุคคลอื่นต้องมีหลักฐานที่แสดงถึงว่าไม่มีค่าตอบแทนในการบริจาคอวัยวะด้วย

5. ก่อนการนำอวัยวะออกจากผู้เสียชีวิต ต้องมีการตรวจสอบและลงมติจากคณะเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจกลางว่าผู้นั้นได้เสียชีวิตแล้ว

6. คณะแพทย์ที่ทำการบำบัดรักษาผู้เสียชีวิต , คณะแพทย์ที่ลงมติการเสียชีวิต และคณะแพทย์ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะต้องไม่มีความข้องเกี่ยวกับกัน

7. ห้ามมิให้เปิดเผยชื่อผู้เสียชีวิตที่บริจาคอวัยวะต่อผู้รับอวัยวะ และชื่อผู้รับอวัยวะต่อญาติผู้บริจาคอวัยวะนั้น

สำหรับระบบกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการแก้ปัญหาการขาดแคลนอวัยวะนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าประเทศไทยควรใช้ระบบกฎหมาย Contracting In และ ระบบกฎหมาย Required Request มาประยุกต์ใช้เข้าด้วยกันเพื่อแก้ปัญหาการขาดแคลนอวัยวะ โดยเหตุผลที่ผู้เขียนไม่สนับสนุนระบบ Contracting Out มาใช้ในประเทศไทยเพราะถึงแม้ว่าระบบ Contracting Out หรือระบบ Opting Out นี้ จะเพิ่มจำนวนอวัยวะที่นำมาปลูกถ่ายได้ทันทีโดยถือว่า ในกรณีที่ไม่มีเจตนาห้ามโดยชัดแจ้ง แพทย์สามารถนำอวัยวะของผู้ตายมาใช้ปลูกถ่ายได้ โดยสันนิษฐานว่าผู้นั้นยินยอม แต่ในปัจจุบันประเทศไทยที่ใช้ระบบนี้เริ่มประสบปัญหาว่าบุคคลส่วนใหญ่จะแสดงความจำนงปฏิเสธการให้อวัยวะไปปลูกถ่ายมากขึ้นเรื่อย ๆ เพราะถือเป็นการล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของประชาชนและไม่มีหลักประกันที่มั่นใจได้ว่าตนเองได้ตายเพราะสมองตายแน่นอนแล้ว

ผู้เขียนเห็นว่า การแก้ปัญหาการขาดแคลนอวัยวะที่จะนำมาปลูกถ่ายในประเทศไทยนั้น ผู้เขียนขอเสนอการบัญญัติกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย อาจพิจารณากฎหมายของต่างประเทศมาประกอบตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 อาทิ ประเทศอังกฤษมีกฎหมาย Human Organ Transplant Act 1989 ซึ่งกำหนดให้มีห้ามจัดการทางพาณิชย์ในอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย หรือประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายเลขที่ 76-1181 (22 ธันวาคม 1976) เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ (Loi n 76-1181 de 22 decembre 1976 relative aux prelevements d organes) ถือว่าหลักการห้ามซื้อขายอวัยวะเป็นหลักสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ที่ต้องการจะอนุญาตให้มีการกระทำการปลูกถ่ายอวัยวะโดยไม่ผิดกฎหมายอาญา และในขณะเดียวกันก็ห้ามมิให้มีการซื้อขายอวัยวะอีกด้วย หรือกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่า การซื้อขายอวัยวะนี้เป็นความผิดและมีโทษตามกฎหมาย โดยระบุใน The National Organ Transplant Act 1984 และ Uniform Anatomical Gift Act 1987 เช่นกัน ทั้งนี้ระบบการแก้ไขปัญหาการขาดแคลนอวัยวะโดยผู้บริจาคต้องแสดงเจตนาไว้ก่อนตนเองตายว่าต้องการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย หรือความต้องการในการปฏิเสธการบริจาคอวัยวะหรือร่างกาย ทั้งนี้ผู้เขียนเสนอสิทธิในการปฏิเสธการบริจาคอวัยวะของผู้ตาย ซึ่งเป็นแนวทางใหม่ เพราะต้องการให้มีการแสดงออกถึงเจตนาของผู้ตายอย่างชัดเจน ซึ่งเป็นการเพิ่มทางเลือกแก่บุคคลที่ไม่เห็นด้วยเลยต่อการบริจาคไม่ว่าด้วยจุดมุ่งหมายใดหรือต่อส่วนใด ๆ ของร่างกายอันเป็นการบริจาค

จากปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในกรณีการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายนั้น จะพบว่าไม่อาจนำบทกฎหมายใด ๆ ที่มีอยู่ในปัจจุบันมาบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดในการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย, การลักลอบกระทำการปลูกถ่ายอวัยวะโดยผิดกฎหมาย, การเอาเปรียบหาผลประโยชน์จากผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจด้อยกว่า และปัญหาอื่น ๆ ที่ตามมาเป็นภาระของสังคมอีกมากมาย ดังนั้นผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรมีการบัญญัติกฎหมายพิเศษออกมาใช้บังคับเป็นกรณีเฉพาะเพื่อความสะดวกรวดเร็วในการบังคับใช้กฎหมายและหากในภายหลังต้องการหรือมีความจำเป็นที่จะต้องพัฒนาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้ทันกับความก้าวหน้าของวิทยาการทางการแพทย์ การแก้ไขกฎหมายพิเศษจะมีความสะดวกรวดเร็วและแก้ไขอุปสรรคต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ดี

#### **4.2 การปรับปรุงองค์การการบังคับใช้กฎหมายที่เหมาะสมเพื่อป้องกันและปราบปรามการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย**

การปลูกถ่ายอวัยวะในปัจจุบันเป็นวิธีการรักษาที่ช่วยต่อชีวิตใหม่ให้แก่ผู้ป่วยที่หมดหวังที่จะรักษาด้วยวิธีอื่น ๆ เพื่อให้มีชีวิตอยู่ต่อไปได้ ปัจจัยที่สำคัญที่สุดในการรักษานี้คือการให้ได้มาซึ่งอวัยวะบริจาคจากผู้เสียชีวิต ในประเทศไทยแต่ละปีคะเนว่ามีผู้เสียชีวิตที่อยู่ใน

เกณฑ์บริจาคอวัยวะได้เกือบ 2,000 คน แต่ในความเป็นจริงยังมีข้อจำกัดในการนำอวัยวะบริจาคจากผู้เสียชีวิตมาใช้รักษาผู้ป่วยอยู่มาก อุปสรรคที่สำคัญคือ การขาดความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะภายหลังที่เสียชีวิตแล้วทั้งในวงการแพทย์และสาธารณชน การส่งตัวผู้ป่วยที่เสียชีวิตแล้วจากโรงพยาบาลนอกปริมณฑลกรุงเทพมหานคร รวมทั้งการประสานงานระหว่างสถาบันต่างๆ ทำให้อวัยวะที่ได้มาต้องสูญหายไปโดยเปล่าประโยชน์ อุปสรรคดังกล่าว นอกจากเป็นสาเหตุให้เกิดการสูญเสียอวัยวะบริจาค อันเป็นทรัพยากรทางการแพทย์ที่สำคัญ เป็นจำนวนมากแล้วยังเป็นการเปิดโอกาสให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการนำอวัยวะบริจาคไปใช้ในการรักษา ตลอดจนอาจนำไปสู่การซื้อขายอวัยวะในที่สุด สภากาชาดไทยได้พิจารณาเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะเข้ามาช่วยเหลือโดยเป็นศูนย์กลางในการดำเนินการ เพราะเป็นองค์กรกลาง การกุศล ได้รับความไว้วางใจจากสาธารณชนและวงการแพทย์จึงได้เริ่มเสนอโครงการจัดตั้งศูนย์รับบริจาคอวัยวะแห่งสภากาชาดไทย โดยได้แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาการจัดตั้งศูนย์รับบริจาคอวัยวะฯ เมื่อวันที่ 14 มีนาคม 2531 และคณะกรรมการฯ นี้ได้มีการประชุมร่วมกับแพทย์จากสถาบันต่างๆ ทั้งภาครัฐและเอกชน หลังจากนั้นได้เสนอโครงการจัดตั้งศูนย์ฯ ต่อคณะกรรมการเจ้าหน้าที่ และได้รับอนุมัติเมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม 2531 จากนั้นเสนอให้คณะกรรมการสภากาชาดไทยรับทราบเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2531 ต่อมาได้มีคำสั่งจัดตั้งศูนย์รับบริจาคอวัยวะแห่งสภากาชาดไทย เป็นการภายใน ในสังกัดของสำนักงานกลางเมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม 2533 แต่เนื่องจากยังขาดสถานที่ ทำให้ไม่สามารถดำเนินการได้ในขณะนั้น

นโยบายหลักของศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย ก็เพื่อส่งเสริมสนับสนุนให้มีการบริจาคอวัยวะให้มากเพียงพอต่อการปลูกถ่ายอวัยวะภายในประเทศ จัดสรรอวัยวะที่ได้บริจาคอย่างเป็นกลาง เสมอภาค โดยไม่มีการซื้อขายอวัยวะและให้ได้รับประโยชน์สูงสุดต่อการนำอวัยวะไปใช้

หน้าที่ของศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย มีดังนี้

1. รับแจ้งความจำเป็นในการบริจาคอวัยวะจากผู้มีจิตกุศล ตั้งแต่ยังมีชีวิตอยู่
2. เป็นศูนย์ประสานงานระหว่างโรงพยาบาลที่มีผู้เสียชีวิตในภาวะสมองตายที่อยู่ในเกณฑ์ที่จะบริจาคอวัยวะได้ ( Potential Donor ) ซึ่งญาติมีความประสงค์ที่จะบริจาคอวัยวะกับโรงพยาบาลที่มีผู้ป่วยรอรับการปลูกถ่ายอวัยวะ
3. รับลงทะเบียนผู้รอรับบริจาคอวัยวะจากสถาบันที่ทำการปลูกถ่ายอวัยวะทั่วประเทศเพื่อไม่ให้เกิดการลงทะเบียนซ้ำซ้อน และเพื่อให้ทราบจำนวนผู้รอรับบริจาคอวัยวะตามความเป็นจริง ( ศูนย์รับบริจาคอวัยวะฯ ไม่ได้รับลงทะเบียนจากผู้รอรับบริจาคอวัยวะโดยตรง )
4. จัดสรรอวัยวะที่ได้รับบริจาคมาอย่างเสมอภาค ตามหลักวิชาการซึ่งกำหนดโดยคณะกรรมการวิชาการฯ โดยการจัดสรรอวัยวะนี้ จะหมุนเวียนตามสถาบันที่ทำการปลูกถ่ายอวัยวะ และตามสถานภาพ ( อาการ ) ของผู้ป่วยที่รอรับบริจาคอวัยวะ

5. ประสานงานการเดินทางของทีมผ่าตัดหรือการขนส่งอวัยวะระหว่างโรงพยาบาลที่มีผู้บริจาคอวัยวะและโรงพยาบาลที่มีผู้รับบริจาคอวัยวะ

6. ติดต่อญาติผู้บริจาคอวัยวะเพื่ออำนวยความสะดวกในการขนส่งร่างของผู้บริจาคอวัยวะกลับยังภูมิลำเนา และเพื่อดำเนินการของสิทธิสมาชิกกิตติมศักดิ์สภาอากาศไทย แก่ทายาท

7. ให้การสนับสนุนการตรวจทางห้องปฏิบัติการที่จำเป็นของผู้เสียชีวิตที่บริจาคอวัยวะ รวมทั้งการตรวจชนิดของเนื้อเยื่อและการเข้ากันได้ของเนื้อเยื่อ

8. สนับสนุนส่งเสริมให้มีการบริจาคอวัยวะ โดยการประชาสัมพันธ์ให้การศึกษาในเรื่องต่อไปนี้

8.1 การปลูกถ่ายอวัยวะ และความสำเร็จในการปลูกถ่ายอวัยวะ

8.2 เกณฑ์ในการคัดเลือก ผู้ที่สามารถบริจาคอวัยวะได้ เช่น เสียชีวิตจากสมองตาย

8.3 ขั้นตอนในการบริจาคอวัยวะ

ในปัจจุบันการขาดแคลนอวัยวะนั้นวันจะมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยเฉพาะไต ประชาชนทราบดีว่าการปลูกถ่ายอวัยวะเป็นวิธีเดียวที่จะมีชีวิตใหม่ได้ โดยไม่ต้องรอวันตาย ถ้าการขาดแคลนรุนแรงอาจนำมาซึ่งการค้าอวัยวะทั้งผู้เสียชีวิตและผู้ยังมีชีวิตอยู่ อันนำไปสู่ปัญหาทางจริยธรรม ทางกฎหมายและอาชญากรรมได้ ขณะนี้ทางฝ่ายประชาสัมพันธ์ได้ดำเนินการประชาสัมพันธ์ผ่านหนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ โรงภาพยนตร์ ทั้งในรูปแบบการให้สัมภาษณ์ ภาพยนตร์ แผ่นพับ โปสเตอร์ ทำให้ประชาชนตื่นตัวพอสมควร ปัญหาการไม่มีการปลูกถ่ายอวัยวะจึงไม่ใช่เพราะเหตุผลทางการแพทย์ หรือทางเศรษฐกิจ แต่ที่จริงน่าจะเกิดจากการขาดการส่งต่อจากโรงพยาบาลที่มีผู้เสียชีวิตด้วยสมองตาย ซึ่งโดยประมาณจะมากกว่า 2,000 รายต่อปีทั้งประเทศ ทางศูนย์รับบริจาคอวัยวะฯ จึงเห็นสมควรที่จะทำความเข้าใจ ให้ข้อมูล รวมทั้งช่วยสนับสนุนและลดภาระทางการเงินแก่โรงพยาบาลที่มีผู้เสียชีวิตด้วยสมองตายบริจาคอวัยวะ โดย

1. ให้การศึกษา ข้อมูลเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ เกณฑ์สมองตาย การดูแลผู้ป่วยสมองตายเพื่อรักษาอวัยวะ ขบวนการบริจาคอวัยวะ ตลอดจนวิธีการขออวัยวะจากญาติ ผู้ที่เสียชีวิตในรูปแบบของการบรรยายและเอกสารรวมทั้งแบบฟอร์ม การวินิจฉัยสมองตาย การยินยอมของญาติ ข้อมูลผู้บริจาคอวัยวะ การยินยอมของญาติในการเคลื่อนย้ายศพไปยังโรงพยาบาลที่มีการปลูกถ่ายในกรณีจำเป็น

2. ศูนย์รับบริจาคอวัยวะฯ จะสนับสนุนค่าใช้จ่ายบางส่วนแก่โรงพยาบาลที่ผู้บริจาคอวัยวะเสียชีวิต ค่าใช้จ่ายนี้เริ่มตั้งแต่ผู้บริจาคเสียชีวิตจนผ่าตัดเอาอวัยวะออกเพื่อนำไป

ใช้ในการปลูกถ่ายอวัยวะ ความรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายส่วนนี้จึงไม่ควรเป็นของญาติผู้เสียชีวิต หรือของโรงพยาบาลที่ผู้เสียชีวิตซึ่งมีงบประมาณจำกัดอยู่แล้ว ทางศูนย์รับบริจาคอวัยวะฯ สนับสนุนค่าใช้จ่ายดังกล่าวโดยเฉลี่ยเป็นเงิน 15,000 บาท

จากข้อมูลที่คุณเขียนกล่าวนั้น จะเห็นได้ว่า ปัญหามาตรการทางกฎหมายที่กำหนดบทบาทองค์กรเกี่ยวกับการดำเนินการสนับสนุน ให้มีการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย หรือศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทยนั้น เป็นองค์กรกลางการกุศลที่ขึ้นตรงต่อเลขาธิการสภากาชาดไทย มีบทบาทในการดำเนินกิจการต่าง ๆ เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะภายใต้ นโยบายของคุณฯ ซึ่งมีอำนาจเพียงแค่ศูนย์ประสานงานระหว่างโรงพยาบาลหรือศูนย์ข้อมูลกลางในการเก็บข้อมูลรายละเอียดต่าง ๆ แต่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายได้รับรองสิทธิให้คุณฯ มีอำนาจในการบังคับบัญชาสถาบันที่ทำการปลูกถ่ายอวัยวะทั่วประเทศเลย ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาและอุปสรรคในทางปฏิบัติตามมา เช่น สถาบันที่ทำการปลูกถ่ายอวัยวะลักลอบทำการปลูกถ่ายอวัยวะโดยไม่แจ้งถึงจำนวนอวัยวะที่ได้มา หรือแหล่งที่มาของอวัยวะที่นำมาปลูกถ่าย เป็นต้น ซึ่งนับว่าเป็นปัญหาและอุปสรรคที่สำคัญในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามข้อบังคับของคุณฯ ซึ่งหากจะเปรียบเทียบกับต่างประเทศ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายกำหนดให้มี ศูนย์เครือข่ายจัดสรรอวัยวะมนุษย์ (The United Network for Organ Sharing : UNOS) ในรูปคณะกรรมการขึ้นมาดำเนินการจัดการปลูกถ่ายอวัยวะของประเทศ โดยมีอำนาจจัดตั้งและควบคุมหน่วยงานระดับท้องถิ่นให้เป็นผู้อำนวยการความสะดวกในการแบ่งปันอวัยวะที่ได้รับบริจาคมาเพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ป่วยทุกคนจะมีโอกาสในการได้รับอวัยวะที่มีผู้บริจาคได้เท่าเทียมกันทุกคน ส่วนประเทศไทยยังไม่มีมาตรการที่กล่าวมา

ในความเห็นของคุณเขียน ศูนย์รับบริจาคอวัยวะ สภากาชาดไทย มีโครงสร้างการบริหารจัดการ , นโยบายและวัตถุประสงค์ที่ดีอยู่แล้ว เมื่อเปรียบเทียบกับศูนย์เครือข่ายจัดสรรอวัยวะมนุษย์ของประเทศอเมริกา แต่มีสิ่งที่คุณฯ ควรปรับปรุงพัฒนาเพิ่มขึ้นคือ ยกกระดับของคุณฯ ให้เป็นหน่วยงานของรัฐบาลจากที่เคยเป็นหน่วยงานที่มีสายงานขึ้นตรงต่อเลขาธิการสภากาชาดไทย ทั้งนี้เพื่อเหตุผลในการขยายอำนาจหน้าที่ของคุณฯ ให้สามารถควบคุมการปฏิบัติการปลูกถ่ายอวัยวะได้ทั่วทั้งประเทศ ซึ่งหากหน่วยงานใดไม่ทำเรื่องขออนุญาตและรายงานผลการปลูกถ่ายอวัยวะต่อศูนย์ หน่วยงานนั้น ๆ มีความผิด (เช่น ปิดสถานประกอบการ)

เมื่อคุณฯ มีอำนาจหน้าที่เช่นนี้แล้ว เพื่อเป็นการกระจายอำนาจจึงสมควรมีการก่อตั้งหน่วยงานระดับท้องถิ่นในแต่ละภาค, จังหวัด ให้เป็นหน่วยงานที่จะช่วยอำนวยความสะดวกในการแบ่งปันอวัยวะและช่วยกันบริหารงาน ทั้งนี้ควรเพิ่มอำนาจให้คุณฯ เป็นผู้วางขอบข่ายการเข้าเป็นสมาชิกและมาตรฐานทางวิชาชีพสำหรับหน่วยงานระดับท้องถิ่นทั้งที่เป็น

ของรัฐและเอกชน ซึ่งการทำเช่นนี้จะทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่าจะมีมาตรฐานขั้นต่ำในการปลูกถ่ายอวัยวะและเป็นการรับรองว่าคนป่วยทุกคนจะได้รับการดูแลด้วยคุณภาพระดับสูง

#### 4.3 การนำบทบัญญัติว่าด้วยวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้กับแพทย์ผู้ฝ่าฝืนประกอบการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่าย

จากที่ได้ศึกษามาแล้วข้างต้นว่า ในปัจจุบันการค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายเป็นภาวะการณ์ที่เป็นปัญหาของสังคม ซึ่งนับวันการค้าอวัยวะมนุษย์นี้จะขยายตัวเป็นธุรกิจการค้าที่ยิ่งใหญ่และมีเรื่องของอิทธิพลเข้ามาเกี่ยวข้องมากยิ่งขึ้นเพราะผลประโยชน์ตอบแทนที่ได้มีจำนวนที่มากขึ้น เนื่องจากบุคคลทุกคนมีความรักกลัวตาย ดังนั้นจึงยินยอมจ่ายค่าตอบแทนแม้จะมีจำนวนมากแก่แพทย์และผู้จัดหาอวัยวะให้ เพื่อให้ตนเองมีโอกาสปลูกถ่ายอวัยวะใหม่ แพทย์และผู้จัดหาอวัยวะจึงไม่เกรงกลัวต่อบทลงโทษของกฎหมายเพราะค่าตอบแทนที่ได้มีมูลค่าสูงแต่บทลงโทษสูงสุดสำหรับแพทย์ในปัจจุบันก็มีเพียงการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้นเอง<sup>4</sup>

เนื่องจากแพทย์เป็นบุคคลที่มีความสำคัญในการปลูกถ่ายอวัยวะ เนื่องจากการปลูกถ่ายอวัยวะจะเกิดขึ้นไม่ได้เลยถ้าปราศจากแพทย์ ดังนั้น ผู้เขียนจึงใคร่ขอแนะนำมาตรการวิธีการเพื่อความปลอดภัยในประมวลกฎหมายอาญามาใช้กับแพทย์และสถานประกอบการที่ลักลอบกระทำความผิดซ้ำแล้วซ้ำเล่า หรือ แพทย์ที่มีพฤติการณ์ที่จะกระทำความผิด โดยอาศัยโอกาสที่ตนเองเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามไม่ให้แพทย์ (บุคลากร) เหล่านี้มีโอกาสที่จะกระทำความผิดซ้ำอีก

สำหรับวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญามีความหมายดังนี้ คำว่า “วิธีการเพื่อความปลอดภัย” ในความหมายโดยทั่วไปนั้น คือ วิธีการต่าง ๆ ที่บุคคล สถาบันต่าง ๆ หรือ รัฐ นำมาใช้เพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ตัวเอกชน สถาบัน ทรัพย์สิน สังคม ในการดำรงชีวิต การประกอบอาชีพ การคมนาคม การปกครอง การบริหาร ฯลฯ แต่วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามความหมายที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้ คือ วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามความหมายทางกฎหมายในฐานะที่เป็นมาตรการซึ่งใช้บังคับต่อผู้กระทำผิด หรือผู้มีสภาพน่ากลัวว่าจะกระทำผิดแทนโทษ หรือ เป็นมาตรการที่ใช้บังคับต่อผู้กระทำผิดร่วมกับโทษ เหตุผลที่จะต้องมีการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามกฎหมายนี้ เนื่องจากการป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดโดยแฝงเล็งเฉพาะบุคคล เพราะยังมีบุคคลเฉพาะรายที่โทษไม่อาจกีดกันการกระทำของเขาได้หรือโทษ

<sup>4</sup> ม. 39 พรบ. วิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 .



ไม่อาจกระทำแก่บุคคลเหล่านั้นได้<sup>5</sup> เช่น ผู้กระทำความผิดติดนิสัย คนจรจัดไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่งและมีได้ประกอบการทำมาหาเลี้ยงชีพ ผู้กระทำผิดเพราะเสพสุราเป็นอาชญา ผู้กระทำผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ เด็กที่ไม่ต้องรับโทษตามกฎหมาย คนวิกลจริต นอกจากนี้ การลงโทษจะทำได้ต่อเมื่อได้มีการกระทำความผิดขึ้นแล้ว ก่อนที่ผู้ใดจะได้กระทำความผิดขึ้นแม้จะมีพฤติการณ์น่ากลัวอันตราย แสดงว่าผู้นั้นจะกระทำความผิดขึ้นก็ดี ยังไม่มีทางจะลงโทษผู้นั้นได้

จึงต้องมีวิธีการเพื่อความปลอดภัยขึ้นเพื่อป้องกันและปฏิบัติต่อผู้ที่มีสภาพเป็นอันตรายเป็นต่อสังคมมิให้กระทำความผิดขึ้นในอนาคต เช่น วิธีการเพื่อความปลอดภัยซึ่งใช้บังคับต่อผู้นั้นจะก่อเหตุร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 46 ต่อบุคคลผู้เป็นภัยต่อสังคมตามคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 สั่ง ณ วันที่ 13 ตุลาคม 2519 การรับทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นของผู้กระทำผิดและมีผู้ถูกลงโทษตามคำพิพากษาหรือไม่ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 32

ดังนั้น ความหมายของวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามความหมายทางกฎหมาย ก็คือ มาตรการที่รัฐใช้บังคับแก่บุคคลเป็นรายบุคคลเพื่อป้องกันผู้ที่มีสภาพน่ากลัวว่าจะกระทำความผิดหรือผู้ที่มองในแง่อาชญาว่าเป็นผู้ที่มีสภาพเป็นอันตรายเป็นต่อสังคม<sup>6</sup> มิให้กระทำความผิดหรือ กระทำความผิดขึ้นอีก สภาพที่เป็นอันตรายเป็นของบุคคลในทางอาชญาวิทยาหมายถึงการที่บุคคลจะสามารถกระทำความผิดกับการที่บุคคลนั้นจะปรับปรุงแก้ไขให้ดีขึ้นได้ ซึ่งต้องพิจารณาร่วมกันไปในอันที่จะกำหนด มาตรการที่จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้น แนวความคิดนี้มาจากนักกฎหมายสำนัก Positiviste ซึ่งได้เสนอในการประชุมระหว่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายอาญา (L' Union international de droit penal) ซึ่งแนวความคิดนี้มีอยู่ว่าบุคคลซึ่งโดยประวัติทางกรรมพันธุ์ โดยลักษณะการดำรงชีวิตของผู้นั้นหรือโดยอาการทางสรีระวิทยาบางอย่างมีอาการที่เป็นอันตรายเป็นอันทำให้บุคคลนั้นเป็นภัยต่อสังคม"

#### 4.3.1 วัตถุประสงค์ของวิธีการเพื่อความปลอดภัย

มูลเหตุที่ต้องมีวิธีการเพื่อความปลอดภัยขึ้น เนื่องจากการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดที่พึงเล็งเฉพาะบุคคลซึ่งได้กระทำโดยวิธีลงโทษให้หลายจำไม่ได้ผลเพียงพอ

<sup>5</sup> จิตติ ดิงศภักดิ์, คำอธิบายประกอบเอกสาร ภาค 1 ตอนที่ 2, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม, (พระนคร : แสงทองการพิมพ์, 2518), หน้า 1019 .

<sup>6</sup> โกเมน ภัทรภิรมย์, คำบรรยายวิชากฎหมายอาญาเปรียบเทียบและอาชญาวิทยา 2, ( แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬา ฯ, อัดสำเนา, 2519 ), หน้า 15 .

เป็นต้นว่า การลงโทษมีระยะเวลาสั้นเกินไปไม่ได้ผลในทางดัดนิสัยผู้ต้องโทษ จึงต้องมีการกักกันผู้นั้นต่อไปเป็นระยะเวลาอีกนานพอสมควรเพื่อมีเวลาดัดนิสัยผู้นั้น นอกจากนี้การลงโทษจะทำได้ต่อเมื่อได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วก่อนที่ผู้ใดจะได้กระทำความผิดขึ้น แม้จะมีพฤติการณ์ที่น่ากลัวอันตรายแสดงว่าผู้นั้นจะกระทำความผิดขึ้นก็ดี ยังไม่มีทางจะลงโทษผู้นั้นได้ จึงต้องมีวิธีการเพื่อความปลอดภัยขึ้นเพื่อปฏิบัติต่อผู้ที่น่าจะกระทำความผิดขึ้นในอนาคต

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 39 บัญญัติวิธีการเพื่อความปลอดภัยไว้ดังนี้

1. กักกัน
2. ห้ามเข้าเขตกำหนด
3. เรียกประกันทัณฑ์บน
4. คุ่มตัวไว้ในสถานพยาบาล
5. ห้ามการประกอบอาชีพบางอย่าง

สำหรับวิธีการเพื่อความปลอดภัยตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 39 ทั้ง 5 วิธีข้างต้นนี้ ผู้เขียนขอแนะนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยวิธีการที่ 5 คือ ห้ามการประกอบอาชีพบางอย่างมาศึกษาเพื่อบังคับใช้กับแพทย์ที่ได้กระทำการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 บัญญัติว่า

“เมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้ใด ถ้าศาลเห็นว่าผู้นั้นกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพหรือเนื่องจากการประกอบอาชีพ, วิชาชีพ และเห็นว่าหากผู้นั้นประกอบอาชีพ, วิชาชีพนั้นต่อไปอาจกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีกศาลจะสั่งไว้ใน คำพิพากษาห้ามการประกอบอาชีพ, วิชาชีพนั้นมีการกำหนดเวลาไม่เกิน 5 ปีนับแต่วันพ้นโทษไปแล้วก็ได้”

#### 4.3.2 การห้ามประกอบอาชีพ หรือ วิชาชีพ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50

วิธีการเพื่อความปลอดภัยประเภทนี้เป็นวิธีใหม่ที่เริ่มมีขึ้นเมื่อมีการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา ดังได้กล่าวแล้ว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันบุคคลที่มีสภาพอันตรายเนื่องจากมีจิตใจไม่มั่นคง ขาดศีลธรรม จริยธรรมหรือจรรยาบรรณในการประกอบอาชีพ เพื่อมิให้กระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสหรือแนวทางในการประกอบอาชีพของตนกระทำความผิดอีก โดยการตัดโอกาส (Incapacitation) จากการประกอบอาชีพนั้น ๆ เสีย โดยอาศัยทฤษฎีป้องกันสังคมกล่าวคือ เพื่อป้องกันต่อพฤติกรรมหรือเหตุการณ์อันใดอันหนึ่งที่จะเกิดขึ้นในภายหน้า โดยมุ่งเล็งถึงสภาพอันตรายทางด้านจิตใจของบุคคลอันเกี่ยวกับทฤษฎีการลงโทษ บางประการ กล่าว

คือ การป้องกันโดยมุ่งให้ผู้กระทำผิดถูกตัดโอกาสเพื่อให้เกิดความเช็ดหลาบไม่กล้ากระทำผิดอีก เป็นตัวอย่างให้บุคคลอื่นไม่กล้ากระทำผิด เพราะกลัวจะถูกตัดโอกาสจากการประกอบอาชีพและปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิดให้เกิดความสำนึกในการกระทำของตนเอง อีกทั้งยังอาศัยทฤษฎีอำนาจรัฐ กล่าวคือ เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม ส่งเสริมเศรษฐกิจ รักษาสภาพาสังแวดล้อม ความปลอดภัย สุขภาพอนามัยของประชาชนเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมาย โดยให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจในการสั่งห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น ๆ

วิธีการตามมาตรานี้ มุ่งหมายป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดในภายหน้า ข้อสังเกตตามมาตรานี้ มีดังนี้

1. ต้องมีคำพิพากษาลงโทษ จะเป็นโทษปรับก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นโทษจำคุก และศาลจะสั่งห้ามตามมาตรานี้ได้ โดยจะต้องเห็นว่าผู้ผู้นั้นกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาส หรือ เนื่องจากการประกอบอาชีพ หรือ วิชาชีพของตน

2. ความผิดที่ศาลลงโทษนั้นได้กระทำโดยอาศัยโอกาสที่ประกอบอาชีพ หรือ วิชาชีพ ที่ตนกระทำอยู่นั้นเป็นข้อเท็จจริง ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงอาชีพ หรือ วิชาชีพนั้นแต่ละกรณีไป เพราะความประสงค์ของมาตรานี้เป็นการป้องกันมิให้กระทำความผิดซ้ำอีก

3. คำสั่งห้ามประกอบอาชีพ หรือ วิชาชีพนี้ศาลจะห้ามได้ชั้นสูงไม่เกิน 5 ปี นับแต่วันพ้นโทษตามคำพิพากษา ในเรื่องนี้เป็นดุลพินิจที่ศาลจะพิจารณาเห็นและมีคำสั่งได้เอง ไม่จำเป็นต้องมีคำขอขึ้นมามากเช่น กรณีกักกันและในกรณีที่ผู้ที่สั่งห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพฝ่าฝืนคำสั่งศาลยังประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นอีกในระหว่างเวลาที่ศาลสั่งห้ามย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 196

จากบทบัญญัติของกฎหมาย วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้นนั้นผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำมาใช้บังคับกับแพทย์ที่กระทำการปลุกถ่ายอวัยวะ โดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ที่อาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพ หรือ วิชาชีพในการที่ตนได้รับอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและได้ถูกศาลลงโทษแล้วแต่ยังมีพฤติกรรมที่อาจจะกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีก ผู้เขียนเห็นว่า ศาลควรจะสั่งไว้ในคำพิพากษาห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น โดยกำหนดระยะเวลาที่ห้ามไว้ในคำพิพากษานำมาตราการเพื่อความปลอดภัยนี้มาใช้กับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์นี้ จะทำให้แพทย์เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าจะกระทำความผิดซ้ำ และเป็นการส่งเสริมการปลุกถ่ายอวัยวะที่ได้มาจากการบริจาคที่ถูกต้องตามกฎหมายด้วย