

## บทที่ 2

### แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์ในกรณีเจ้าของอวัยวะยังมีชีวิต

การค้าอวัยวะมนุษย์ เป็นการซื้อขายอวัยวะของมนุษย์เพื่อนำมาปลูกถ่ายเปลี่ยนอวัยวะ ซึ่งการปลูกถ่ายอวัยวะนั้นเป็นวิธีการรักษาทางการแพทย์แนวทางหนึ่งที่มีความนิยมและแพร่หลายมาก โดยสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศแรกที่ทำกรปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์สำเร็จครั้งแรกเมื่อประมาณ 60 ปีก่อน เมื่อการปลูกถ่ายอวัยวะเป็นที่นิยมมากขึ้นส่งผลให้ความต้องการอวัยวะเพื่อใช้ในการปลูกถ่ายมีมากขึ้น จนนำไปสู่ปัญหาการขาดแคลนอวัยวะ อนึ่งการค้าอวัยวะนั้นมีรูปแบบและลักษณะการค้าอวัยวะของมนุษย์ที่แตกต่างจากการซื้อขายทั่วไปเนื่องจากการซื้อขายอวัยวะ ซึ่งเป็นชิ้นส่วนหนึ่งของร่างกาย จึงควรมีการศึกษาเกี่ยวกับโครงสร้างความคิดทางอาญา และวัตถุประสงค์ของการลงโทษ โดยตระหนักถึงประโยชน์ของผู้คนในสังคมเป็นสำคัญ

#### 2.1 ความหมาย และแนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์

##### 2.1.1 ความหมายของคำว่า การค้าอวัยวะมนุษย์

การค้าอวัยวะมนุษย์ เป็นการรวมคำระหว่างคำว่า คำ อวัยวะ และมนุษย์ ดังนั้นความหมายของคำว่าการค้าอวัยวะของมนุษย์ จึงเป็นการนำความหมายของแต่ละคำมารวมกัน

ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้กล่าวถึงความหมายของคำว่า คำ<sup>1</sup> หมายความว่า ก. ซื้อขายสินค้าหรือบริการ โดยมีลูกคำของ “คำ” คือ คำขาย คำความ คำประเพณี

ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้กล่าวถึงความหมายของคำว่า อวัยวะ<sup>2</sup> หมายความว่า น. ชิ้น, ส่วน, ส่วนของร่างกาย

---

<sup>1</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2565). คำ. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://dictionary.orst.go.th/>. [2565, 21 ธันวาคม].

<sup>2</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2565). อวัยวะ. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://dictionary.orst.go.th/>. [2565, 21 ธันวาคม].

ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้กล่าวถึงความหมายของคำว่า มนุษย์<sup>3</sup> หมายความว่า น. สัตว์ที่รู้จักใช้เหตุผล, สัตว์ที่มีจิตใจสูง, คน

ดังนั้น จากความหมายที่กล่าวมาข้างต้น การค้าอวัยวะมนุษย์ หมายถึง การซื้อขายชิ้นส่วนของร่างกายมนุษย์หรือของบุคคล

### 2.1.2 การปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์

อนึ่งการปลูกถ่ายอวัยวะนั้น เมื่ออวัยวะของมนุษย์ไม่สามารถผลิตขึ้นได้ จึงทำให้ต้องใช้ระยะเวลายาวนานในการรออวัยวะของบุคคลอื่น โดยอวัยวะนั้นสามารถจำแนกตามแหล่งที่มาได้ 2 ประเภท คือ อวัยวะที่มาจากบุคคลที่สมองตาย และอวัยวะที่มาจากบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่

#### 1) อวัยวะที่มาจากบุคคลที่สมองตาย

ความตายทางธรรมชาตินั้น ต้องมีองค์ประกอบครบ 3 ประการ คือ การหยุดหายใจ กล่าวคือ บุคคลนั้นไม่สามารถหายใจเองได้ เนื่องจากระบบหายใจหรือปอดไม่สามารถทำงานได้ อีกประการคือ หัวใจต้องหยุดเต้น กล่าวคือ ระบบไหลเวียนโลหิตไม่ทำงาน และประการสุดท้ายคือ สมองต้องหยุดทำงานโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ แกนสมองของระบบประสาทกลางหยุดทำงาน<sup>4</sup>

ในปัจจุบันเครื่องมือทางการแพทย์มีความเจริญก้าวหน้าและทันสมัยมากขึ้น ทำให้ระบบการทำงานของปอด หัวใจ และสมอง ไม่หยุดทำงานพร้อมกันได้ ดังนั้น ความตายทางการแพทย์นั้น จึงหมายถึง ความตายเนื่องจากสมองตาย กล่าวคือ ผู้ป่วยเสียชีวิตแล้ว แต่หัวใจยังเต้นอยู่ ปอดยังทำงานอยู่

โดยจากข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วย การรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม เรื่องการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะและการปลูกถ่ายเซลล์ต้นกำเนิดเม็ดโลหิตจากผู้บริจาค พ.ศ. 2566 ได้วางหลักเกี่ยวกับนิยาม การตายของบุคคล<sup>5</sup> ในลักษณะที่บุคคลนั้นระบบการไหลเวียนเลือด และระบบหายใจหยุดทำงาน อีกทั้งการที่ไม่สามารถกลับมาทำงานได้อีก หรือบุคคลนั้นอยู่ในภาวะสมองตาย กล่าวคือ การที่แกนสมองสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงเนื่องจากการถูกทำลาย

<sup>3</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2565). *มนุษย์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://dictionary.orst.go.th/>. [2565, 21 ธันวาคม].

<sup>4</sup> พันธ เฉลิมแสงชากร. (2554). *ตาย: ความตาย (Death)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://haamor.com/%E0%B8%95%E0%B8%B2%E0%B8%A2>. [2566, 5 มีนาคม].

<sup>5</sup> ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วย การรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม เรื่องการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะและการปลูกถ่ายเซลล์ต้นกำเนิดเม็ดโลหิตจากผู้บริจาค พ.ศ. 2566. ข้อ 3

หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายของแพทยสภา<sup>6</sup> ในการวินิจฉัยสมองตาย ให้เงื่อนไขว่า ผู้ป่วยต้องไม่รู้สึกรู้สีกตัวและไม่หายใจโดยมีสาเหตุจากการที่สมองเสียหายที่ไม่มีทางเยียวยาได้ อนึ่งการไม่รู้สึกรู้สีกตัวและไม่หายใจนี้ไม่ได้เกิดจากพิษยา (Drug Intoxication) หรือภาวะอุณหภูมิต่ำในร่างกายที่รุนแรง หรือภาวะผิดปกติของระบบต่อมไร้ท่อและเมตาบอลิก (Endocrine And Metabolic Disturbances) หรือภาวะช็อก (Shock) โดยต้องมีการยืนยันการวินิจฉัยสมองตายว่าไม่พบการเคลื่อนไหวใด ๆ ได้เอง ยกเว้นการเคลื่อนไหวที่เกิดจากรีเฟล็กซ์ของ ไขสันหลัง (Spinal Reflex) และตรวจไม่พบรีเฟล็กซ์ของก้านสมอง (Absence Of Brainstem Reflexes) อาทิ รีเฟล็กซ์ของรูม่านตาต่อแสง รีเฟล็กซ์ของกระจกตา เป็น โดยต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อย 6 ชั่วโมง จึงวินิจฉัยสมองตาย และทดสอบการไม่หายใจ หมายความว่าไม่มีการเคลื่อนไหวของทรวงอกและหน้าท้อง

ในการวินิจฉัยสมองตาย ให้กระทำโดยองค์คณะของแพทย์ไม่น้อยกว่า 3 คน และต้องไม่ประกอบด้วยแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดปลูกถ่าย และในกรณีผู้ป่วยสมองตายที่อยู่ในข่ายเป็นผู้บริจาคอวัยวะ ควรดำเนินการตรวจวินิจฉัยสมองตาย โดยไม่ชักช้า อนึ่งการตายโดยเกณฑ์สมองตาย คือ การดูแลเพื่อรักษาอวัยวะให้สามารถนำไปปลูกถ่ายได้<sup>7</sup>

## 2) อวัยวะที่มาจากบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่

กรณีที่ปลูกถ่ายอวัยวะจากบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ โดยอวัยวะที่สามารถปลูกถ่ายให้แก่ผู้อื่นได้ มีเงื่อนไขตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วย การรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม เรื่องการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะและการปลูกถ่ายเซลล์ต้นกำเนิดเม็ดโลหิตจากผู้บริจาค พ.ศ. 2566<sup>8</sup> ที่ว่าให้ปลูกถ่ายอวัยวะเฉพาะญาติที่มีสายเลือดเดียวกัน หรือต้องเป็นสามีภรรยาที่จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายมาแล้วอย่างน้อย 3 ปี หรืออยู่กินโดยเปิดเผยจนสามีภรรยาทั้งคู่รับอวัยวะมาแล้วอย่างน้อย 3 ปี หรือกรณีมีบุตรร่วมกันที่เกิดจากสามี ภรรยาคนนั้นเท่านั้น ซึ่งถือเป็นแนวทางหนึ่งในการแก้ปัญหาการขาดแคลนอวัยวะเพื่อใช้ในการปลูกถ่าย

<sup>6</sup> ประกาศแพทยสภาที่ 7/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย. ข้อ 3 และข้อ 40.

<sup>7</sup> ประกาศแพทยสภาที่ 7/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย. ข้อ 7.

<sup>8</sup> ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วย การรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม เรื่องการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะและการปลูกถ่ายเซลล์ต้นกำเนิดเม็ดโลหิตจากผู้บริจาค พ.ศ. 2566. ข้อ 4.

หนึ่งอวัยวะที่สามารถนำมาปลูกถ่ายได้นั้นอาจจะมาจากบุคคลที่ได้รับการวินิจฉัยว่าสมองตาย และในบางอวัยวะสามารถมาจากบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ได้ ซึ่งอวัยวะแต่ละชนิดมีระยะเวลาจำกัดที่ต้องได้รับการปลูกถ่ายแตกต่างกัน ดังนี้<sup>9</sup>

(1) หัวใจ สามารถปลูกถ่ายได้เฉพาะจากบุคคลที่ได้รับการวินิจฉัยว่าสมองตายแล้วเท่านั้น โดยหัวใจต้องได้รับการปลูกถ่ายภายใน 4 ชั่วโมง

(2) ปอดทั้ง 2 ข้าง สามารถปลูกถ่ายได้จากบุคคลที่ได้รับการวินิจฉัยว่าสมองตายแล้วเท่านั้น โดยปอดต้องได้รับการปลูกถ่ายภายใน 8 ชั่วโมง

(3) ตับ สามารถปลูกถ่ายได้จากบุคคลที่ได้รับการวินิจฉัยว่าสมองตายแล้ว ตับ 12 ชั่วโมงและจากบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่

(4) ไต 2 ข้าง สามารถปลูกถ่ายได้จากบุคคลที่ได้รับการวินิจฉัยว่าสมองตายแล้ว โดยไตต้องได้รับการปลูกถ่ายภายใน 24 ชั่วโมง และการปลูกถ่ายจากบุคคลที่มีชีวิตอยู่ ซึ่งสามารถปลูกถ่ายไตให้บุคคลอื่นได้เพียงจำนวน 1 ข้าง

(5) ตับอ่อน สามารถปลูกถ่ายได้จากบุคคลที่ได้รับการวินิจฉัยว่าสมองตายแล้ว

(6) ลำไส้เล็ก สามารถปลูกถ่ายได้จากบุคคลที่ได้รับการวินิจฉัยว่าสมองตายแล้ว อีกทั้งเนื้อเยื่อสามารถนำมาปลูกถ่ายได้ เช่น<sup>10</sup>

1. เส้นเอ็น นำไปรักษาผู้ป่วยที่บาดเจ็บจากอุบัติเหตุ เช่น เส้นเอ็นขาด
2. กระจก เพื่อนำไปรักษาผู้ป่วยที่มีการสูญเสียกระจกจากอุบัติเหตุ หรือ มะเร็งกระจก ผู้ป่วยหมอนรองกระดูกแตก ผู้ป่วยใส่รากฟันเทียม เป็นต้น
3. ผิวหนัง เพื่อช่วยเหลือผู้ป่วยไฟไหม้ การได้ผิวหนังบริจาคมาปกคลุมร่างกายตรงส่วนนั้นจะช่วยคนไข้ฟื้นคืนสภาพได้และมีการหายของแผลดีขึ้น

<sup>9</sup> ศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย. (2566). *แผนภูมิแสดงจำนวนผู้บริจาคอวัยวะ (Deceased actual organ donor)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.organdonate.in.th/assets/files/odc-news.pdf>. [2566, 25 พฤษภาคม].

<sup>10</sup> CP for Sustainability. (2023). *ปี 2022 บริจาคอวัยวะอะไรได้บ้าง? อัปเดตอวัยวะและเนื้อเยื่อ สภากาชาดไทยที่เป็ได้รับบริจาคปีล่าสุด*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.sustainablelife.co/news/detail/92>. [2566, 5 มิถุนายน].

### 2.1.3 ประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์

สหรัฐอเมริกาได้ทำการปลูกถ่ายไตสำเร็จเป็นครั้งแรกของโลกในปี ค.ศ. 1954 และต่อมา ก็ได้มีการปลูกถ่ายตับอ่อน ตับ และหัวใจสำเร็จตามลำดับ<sup>11</sup> โดยประเทศไทยได้มีการปลูกถ่ายไต สำเร็จเป็นครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 2515 และในปี พ.ศ. 2530 ประเทศไทยได้มีการปลูกถ่ายตับ และ หัวใจสำเร็จเป็นครั้งแรก<sup>12</sup> เป็นเวลากว่า 50 ปีแล้วที่ประเทศไทยได้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะสำเร็จ ซึ่งมีผลทำให้การปลูกถ่ายอวัยวะเป็นการวิธีการรักษาที่ผู้คนทั่วโลกยอมรับ เนื่องจากเป็นปัจจุบัน เทคโนโลยีได้มีการพัฒนามากขึ้น ทำให้การปลูกถ่ายอวัยวะมีโอกาสสำเร็จสูง

เมื่อการปลูกถ่ายอวัยวะเป็นวิธีการรักษาที่ยอมรับ และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ทำให้มี ผู้รออวัยวะเพื่อใช้ในการปลูกถ่ายเป็นจำนวนมาก และผู้บริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายมีไม่เพียงพอ ต่อความต้องการ จึงนำไปสู่การค้าอวัยวะ<sup>13</sup>

โดยองค์การอนามัยโลกพบว่า มีการซื้อขายไตต่อปีมากกว่า 20,000 ครั้ง โดยมีแหล่งที่มา สำหรับอวัยวะมนุษย์จากสลัมของสาธารณรัฐอินเดีย สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ราชอาณาจักรกัมพูชา สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล และสาธารณรัฐประชาชนจีน เป็นส่วนใหญ่ โดยมีการซื้อขายอวัยวะ ผ่านตัวแทนหรือนายหน้า ซึ่งในการซื้อขายอวัยวะนั้นอาจอ้างการซื้อขายโดยทำการบริจาค อวัยวะ เพื่อเลี้ยงความรับผิดชอบกฎหมาย<sup>14</sup> โดยในตลาดมืดสามารถราคาซื้อขายไต ช้างละประมาณ 5 ล้านบาท แต่ต้องมีการหักค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เช่น ค่านายหน้า ค่ารักษาพยาบาล เป็นต้น<sup>15</sup>

ประเทศในโลกรส่วนใหญ่มีตัวบทกฎหมายที่กำหนดให้การค้าอวัยวะมนุษย์เป็นความผิด อาญา ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร เป็นต้น<sup>16</sup> และในสาธารณรัฐอิสลามอิหร่านเป็นประเทศ

<sup>11</sup> United Network for Organ Sharing. (2023). *History of transplantation*. (Online). Available: [https://unos.org/transplant/history/#:~:text=History%20of%20transplantation-,Saving%20lives%20together,organ%20to%20be%20transplanted%20successfully](https://unos.org/transplant/history/#:~:text=History%20of%20transplantation-,Saving%20lives%20together,organ%20to%20be%20transplanted%20successfully.). [2022, December 24].

<sup>12</sup> โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ สภากาชาดไทย. (2566). *รับบริจาคอวัยวะและการปลูกถ่ายอวัยวะต่าง ๆ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://chulalongkornhospital.go.th/kcmh>. [2565, 24 ธันวาคม].

<sup>13</sup> มาโนช สุขสังข์. (2563). กฎหมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะมนุษย์. *วารสารนิติศาสตร์และสังคมท้องถิ่น*, 4 (1) เดือนมกราคม- มิถุนายน, หน้า 156-157.

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 156-157.

<sup>15</sup> The asianparent. (2566). *ขายอวัยวะ ขายตับ ขายไต ขายไข่มด ขายอะไรก็ได้บ้าง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://th.theasianparent.com/illegal-selling-organ>. [2566, 2 มีนาคม].

<sup>16</sup> สิริกา คำชาย. (2560). *การกำหนดความคิดอาญา: ศึกษากรณีการซื้อขายอวัยวะมนุษย์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ที่มีการเปิดให้ค้าอวัยวะอย่างเสรีแบบถูกกฎหมาย สำหรับประชาชนสัญชาติอิหร่านเท่านั้น<sup>17</sup> ในขณะที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเกี่ยวกับการค้าอวัยวะ ส่งผลให้ประชาชนขาดความรู้ความเข้าใจอย่างชัดเจนเกี่ยวกับการซื้อขายอวัยวะ

#### 2.1.4 ปัญหาการขาดแคลนอวัยวะ

การผ่าตัดเพื่อปลูกถ่ายอวัยวะเป็นวิธีการรักษาที่เป็นที่นิยม และยอมรับกันทั่วโลก แต่การปลูกถ่ายอวัยวะนั้น นำมาสู่ปัญหาการขาดแคลนอวัยวะเพื่อใช้ในการปลูกถ่ายซึ่งเป็นปัญหาสากล โดยในประเทศไทยมีผู้จำนวนผู้รอรับอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายจำนวนมาก และมีผู้ได้รับการบริจาคอวัยวะในจำนวนน้อย ซึ่งไม่เพียงพอต่อความต้องการอวัยวะนั้น<sup>18</sup>

จากข้อมูลศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทยในปี 2564 มีผู้เสียชีวิตที่บริจาคอวัยวะจำนวน 190 คน มีผู้รออวัยวะจำนวน 5,817 คน มีผู้ที่ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะในปี 2564 จำนวน 429 คน และในปี 2565 มีผู้เสียชีวิตที่บริจาคอวัยวะ จำนวน 303 คน มีผู้รออวัยวะจำนวน 6,279 คน มีผู้ที่ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะในปี 2565 จำนวน 677 คน<sup>19</sup>

จากข้อมูลข้างต้นแสดงให้เห็นว่ายังคงมีผู้รออวัยวะเพื่อใช้ในการปลูกถ่ายเป็นจำนวนหลายพันคน ซึ่งเมื่อเทียบกับสัดส่วนของผู้ที่ได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะจากการรับบริจาคจำนวนหลักร้อยคน จะเห็นว่าความต้องการอวัยวะเพื่อใช้ในการปลูกถ่ายยังคงมีมาก โดยอาจนำไปสู่การขาดแคลนอวัยวะ

การปลูกถ่ายอวัยวะมีข้อจำกัดในประเด็นที่อวัยวะของมนุษย์นั้นไม่สามารถผลิตขึ้นเองได้ ต้องมีการบริจาคจากบุคคลอื่น ซึ่งเป็นผลให้ผู้ป่วยแต่ละรายต้องใช้เวลาในการรอรับการรักษา และมีผู้ป่วยจำนวนมากต้องเสียชีวิตก่อนได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะ โดยผู้บริจาคอวัยวะหนึ่งรายสามารถช่วยผู้ป่วยที่รอรับการปลูกถ่ายอวัยวะได้หลายราย โดยอวัยวะที่ปลูกถ่ายได้ ได้แก่ ไต 2 ข้าง, ปอด 2 ข้าง, หัวใจ, ตับ, ตับอ่อน นอกจากนี้ ยังมีเนื้อเยื่อที่ปลูกถ่ายได้ ได้แก่ ลิ้นหัวใจ, หลอดเลือด, ผิวหนัง, กระดูก, เส้นเอ็น, กระจกตา<sup>20</sup> และข้อจำกัดของการปลูกถ่ายอวัยวะอีกประการหนึ่ง คือ

<sup>17</sup> Ahad J Ghods. (2023). *Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation*. (Online). Available: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/17699338/>. [2023, February 27].

<sup>18</sup> วงการแพทย์. (2566). *การบริจาคอวัยวะ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.wongkarnpat.com/viewpat.php?id=623>. [2565, 22 ธันวาคม]0

<sup>19</sup> ศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย. (2566). *แผนภูมิแสดงจำนวนผู้บริจาคอวัยวะ (Deceased actual organ donor)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.organdonate.in.th/assets/files/odc-news.pdf>. [2566, 25 พฤษภาคม].

<sup>20</sup> ศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย. (2564). *รายงานประจำปี พ.ศ. 2564 ศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.organdonate.in.th/assets/files/odc2564.pdf>. [2565, 6 กันยายน].

การที่ร่างกายปฏิเสธไม่ยอมรับอวัยวะใหม่ นำไปสู่การเข้ากันไม่ได้ระหว่างผู้รับอวัยวะกับอวัยวะใหม่ โดยการต่อต้านอวัยวะใหม่เป็นปัญหาที่ทำให้การปลูกถ่ายอวัยวะไม่บรรลุผล<sup>21</sup>

กล่าวโดยสรุป เมื่อความต้องการปลูกถ่ายอวัยวะมีมากกว่าจำนวนอวัยวะที่สามารถปลูกถ่ายได้ อีกทั้งในการปลูกถ่ายอวัยวะยังคงมีข้อจำกัดในด้านการรักษาเกี่ยวกับการที่ร่างกายปฏิเสธอวัยวะใหม่ จึงนำไปสู่ปัญหาการขาดแคลนอวัยวะมนุษย์

## 2.2 รูปแบบการค้าอวัยวะมนุษย์

การค้าอวัยวะมนุษย์ อาจเกิดขึ้นได้ทั้งในกรณีที่เจ้าของอวัยวะให้ความยินยอม หรือสมัครใจในการซื้อขายอวัยวะของตน และในอีกกรณีคือ การที่เจ้าของอวัยวะไม่ประสงค์ให้มีการซื้อขายอวัยวะของตน แต่การซื้อขายนั้นเกิดจากการถูกบังคับข่มขู่ การใช้กำลัง หรือการใช้อำนาจในทางมิชอบ

### 2.2.1 ลักษณะการค้าอวัยวะมนุษย์

ลักษณะของการค้าอวัยวะมนุษย์ สามารถจำแนก ได้ดังนี้

#### 1) การท่องเที่ยวเพื่อการปลูกถ่าย

การท่องเที่ยวเพื่อการปลูกถ่ายเป็นการที่ผู้ป่วยเดินทางไปปลูกถ่ายอวัยวะที่ประเทศอื่น โดยเหตุผลที่ทำให้เกิดการท่องเที่ยวเพื่อปลูกถ่าย คือ ในประเทศที่พัฒนาแล้วมีการรอคิวปลูกถ่ายอวัยวะนาน และในประเทศด้อยพัฒนาที่ไม่มีกฎหมายห้ามซื้อและขายอวัยวะ และประชาชนที่ยากจนต้องหาเงินจากการขายอวัยวะ<sup>22</sup>

องค์การอนามัยโลกได้กล่าวถึงคำนิยามของคำว่า การท่องเที่ยวเพื่อการปลูกถ่าย ในปฏิญญาอิสตันบูล โดยการท่องเที่ยวเพื่อการปลูกถ่าย หมายถึง การเดินทางเพื่อการปลูกถ่ายซึ่งเกี่ยวข้องกับการค้ามนุษย์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเอาอวัยวะออก การค้าอวัยวะ หรือเมื่ออวัยวะ หรือผู้เชี่ยวชาญ หรือศูนย์การปลูกถ่ายมีการจัดเตรียมไว้สำหรับผู้ป่วยต่างประเทศ ทำให้ไม่สามารถให้บริการการปลูกถ่ายสำหรับประชากรของตนเอง<sup>23</sup>

<sup>21</sup> วรุทธิ เจริญศิริ. (2566). *การปลูกถ่ายอวัยวะ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bangkokhealth.com/>. [2565, 22 ธันวาคม].

<sup>22</sup> The National Center for Biotechnology Information. (2017). *New Definition of Transplant Tourism*. (Online). Available: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5347406/>. [2022, December 26].

<sup>23</sup> World Health Organization. (2009). *Global Glossary of Terms and Definitions on Donation and Transplantation*. Geneva: World Health Organization. p.14.

ดังนั้นการท่องเที่ยวเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะจึงเป็นการที่มีบุคคลเดินทางไปยังต่างประเทศเพื่อทำการปลูกถ่ายอวัยวะในต่างแดน โดยส่วนใหญ่ประเทศปลายทางที่ผู้คนมักจะเลือกในการท่องเที่ยวเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะมักจะเป็นประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์ที่ชัดเจน

## 2) การค้ามนุษย์เพื่อบังคับตัดอวัยวะ

การค้ามนุษย์ตามความหมายของพิธีสารเพื่อป้องกันปราบปรามและลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะสตรีและเด็ก ข้อ 3 วางหลักเกี่ยวกับ การค้ามนุษย์ โดยให้หมายความถึง การจัดหา การขนส่ง การส่งต่อ การจัดให้อยู่อาศัย หรือการรับไว้ซึ่งบุคคลด้วยวิธีการขู่เข็ญ หรือด้วยการใช้กำลัง หรือบีบบังคับในรูปแบบอื่นใด ด้วยการลักพาตัว การล่อลวง การหลอกลวง การใช้อำนาจโดยมิชอบ ด้วยการใช้สถานะความเสี่ยงภัยจากการค้ามนุษย์โดยมิชอบ หรือมีการให้หรือรับเงินหรือผลประโยชน์เพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมของบุคคลที่มีอำนาจควบคุมบุคคลอื่น เพื่อความวัตถุประสงค์ในการแสวงหาประโยชน์ โดยให้รวมถึงการแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีของบุคคลอื่น รวมทั้งการแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การนำคนมาเป็นทาส หรือการกระทำอื่นเสมือนการนำคนมาเป็นทาส การทำให้ตกอยู่ใต้อำนาจบังคับ หรือการตัดอวัยวะออกจากร่างกาย<sup>24</sup>

และความหมายของการค้ามนุษย์ตามพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 พ.ศ. 2562 ได้กล่าวไว้ในมาตรา 6 โดยเป็นการกล่าวถึงการกระทำที่เป็นความผิดฐานค้ามนุษย์ กล่าวคือ การเป็นธุระจัดหา ชื่อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขัง จัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งบุคคลใด โดยข่มขู่ ใช้กำลังบังคับ ใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือทางอื่นใดโดยมิชอบ หรือโดยให้เงินหรือ ผลประโยชน์อย่างอื่นแก่ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลบุคคลนั้น หรือ เป็นการกระทำกับเด็ก ถ้าเป็นการกระทำเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ผู้ที่กระทำความผิดฐานค้ามนุษย์

โดยมาตรา 6 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ได้ให้ความหมายของการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ หมายความว่า การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี การผลิตหรือเผยแพร่ วัตถุหรือสื่อลามก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การเอาคนลงเป็นทาสหรือให้มีฐานะคล้ายทาส การนำคนมาขอราน การตัด

<sup>24</sup> The Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime. Article 3.



อวัยวะเพื่อการค้า การบังคับใช้แรงงานหรือบริการตามมาตรา 6/1 หรือการอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการขูดรีดบุคคลไม่ว่าบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

อนึ่งการบังคับตัดอวัยวะเพื่อการค้า เป็นรูปแบบหนึ่งของการค้ามนุษย์ โดยถือเป็นการกระทำที่แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ซึ่งเป็นความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 กล่าวคือ เป็นการค้ามนุษย์โดยการอาศัยการข่มขู่ การใช้กำลัง บังคับหรือรูปแบบอื่น ๆ ที่มีลักษณะการบังคับ หรือผลประโยชน์อย่างอื่น โดยที่ผู้ถูกระทำไม่ยินยอมหรือไม่สมัครใจ เพื่อนำอวัยวะของบุคคลนั้นมาเป็นวัตถุแห่งการซื้อขายต่อไป

### 3) การค้าอวัยวะอย่างถูกกฎหมาย

สาธารณรัฐอิสลามอิหร่านเป็นประเทศที่มีการเปิดให้ค้าอวัยวะมนุษย์อย่างเสรีแบบถูกกฎหมาย โดยมี การตั้งหน่วยงานหรือองค์กรของภาครัฐเพื่อควบคุมอวัยวะมนุษย์ สำหรับประชาชนสัญชาติอิหร่านเท่านั้น โดยเป็นการปลูกถ่ายไตจากเจ้าของอวัยวะที่ไม่มีความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกัน กล่าวคือจากบุคคลทั่วไป ซึ่งเป็นการบริจาคที่มีค่าตอบแทนตามกฎหมายหรือ การซื้อขายอวัยวะมนุษย์ รวมไปถึงการซื้ออวัยวะหลังจากเจ้าของเสียชีวิตลงแล้ว โดยได้รับความยินยอมจากทายาทของผู้เสียชีวิต ตามความประสงค์ของผู้เสียชีวิต<sup>25</sup>

การค้าไตที่ถูกกฎหมายเป็นระบบที่จัดตั้งขึ้น โดยรัฐบาล ทำหน้าที่ในการควบคุมและให้ทุนแก่กระบวนการปลูกถ่าย พร้อมทั้งมีการชดเชยอวัยวะของผู้บริจาค มีการจัดตั้งสมาคมอิสระเพื่อจัดการติดต่อระหว่างผู้บริจาคและผู้รับ<sup>26</sup> อนึ่งรัฐบาลเป็นผู้ให้การสนับสนุนในการจ่ายค่าผ่าตัด และผู้บริจาคจะได้รับความคุ้มครองด้านสุขภาพเป็นเวลาอย่างน้อยหนึ่งปี และได้รับอัตราค่าประกันสุขภาพลดลงเป็นเวลาหลายปีจากโรงพยาบาลของรัฐ<sup>27</sup> โดยสาธารณรัฐอิสลามอิหร่านมีการอนุญาตให้จ่ายเงินอย่างเปิดเผย ซึ่งโดยปกติแล้วจะอยู่ที่ 4,600 ดอลลาร์ (ประมาณ 160,000 บาท) ส่งผลให้ไม่มีรายการรอลูกถ่ายไตของประเทศตั้งแต่ปี 2542<sup>28</sup> ซึ่งทำให้เห็นว่ากฎหมายดังกล่าวได้ช่วยเหลือผู้ป่วยส่วนหนึ่งให้ได้รับการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะได้

<sup>25</sup> มาโนช สุขสังข์. อ่างแล้ว เชียงอรธรที่ 13. หน้า 156-157.

<sup>26</sup> Rupert WL Major. (2023). *Paying kidney donors: time to follow Iran*. (Online). Available: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2322914/#:~:text=In%201988%2C%20Iran%20legalized%20living,the%20donors%20for%20their%20organ>. [2023, May 7].

<sup>27</sup> Nasser Karimi and Jon Gambrell. (2016). *In Iran, unique system allows payments for kidney donors*. (Online). Available: <https://www.statnews.com/2016/08/25/organ-donation-kidneys-iran/>. [2023, May 7].

<sup>28</sup> Nasser Karimi and Jon Gambrell. (2016). *In Iran, unique system allows payments for kidney donors*. (Online). Available: <https://www.statnews.com/2016/08/25/organ-donation-kidneys-iran/>. [2023, May 7].

โดยแนวคิดเกี่ยวกับการซื้อขายไต อย่างเสรีเพื่อเป็นทางเลือกหนึ่งในการหาเงิน สำหรับผู้ที่มีความจำเป็นต้องใช้เงิน แทนที่จะกระทำสิ่งผิดกฎหมายอื่น ๆ เช่น การลักทรัพย์ หรือ ลักลอบขนสินค้าผิดกฎหมาย เป็นต้น การขายไตจึงไม่ใช่การแสวงหาผลประโยชน์<sup>29</sup>

### 2.2.2 ประเภทของการค้าอวัยวะมนุษย์

ในการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์ โดยมีการรับค่าตอบแทนนั้น สามารถจำแนกประเภทได้ ดังนี้

#### 1) การปลูกถ่ายอวัยวะที่มีค่าตอบแทนเป็นค่าอวัยวะ

ซึ่งการปลูกถ่ายอวัยวะที่มีค่าตอบแทนเป็นค่าอวัยวะ หรือการซื้อขายอวัยวะ เป็นการให้ผลประโยชน์ตอบแทนอวัยวะที่ได้มา โดยสาธารณรัฐอิสลามอิหร่านเป็นประเทศเดียวในโลกที่มีการยินยอมให้มีการซื้อขายไตอย่างถูกกฎหมาย สำหรับประชาชนชาวอิหร่านด้วยกันเอง โดยมีการควบคุมจากทางรัฐบาลในการควบคุมด้านราคาของอวัยวะ ซึ่งเป็นการกำหนดราคาขั้นต่ำ<sup>30</sup>

#### 2) การปลูกถ่ายอวัยวะที่มีค่าตอบแทนเป็นค่าใช้จ่ายอย่างอื่น

การปลูกถ่ายที่มีค่าตอบแทนเป็นค่าใช้จ่ายอย่างอื่นที่ไม่ใช่ค่าอวัยวะ กล่าวคือ ไม่ใช่การให้ผลประโยชน์ตอบแทนอวัยวะ แต่เป็นการให้ค่าตอบแทนอย่างอื่น เช่น ค่าเดินทาง ค่ารักษาพยาบาล ค่าขาดรายได้ ซึ่งมีหลายประเทศที่ยอมรับให้มีการให้ค่าตอบแทนในลักษณะนี้ เช่น สาธารณรัฐสิงคโปร์ เป็นต้น

มาตรการขององค์การอนามัยโลก หลักการองค์การอนามัยโลกว่าด้วยการปลูกถ่าย เซลล์ เนื้อเยื่อ และอวัยวะมนุษย์ หลักการที่ 5<sup>31</sup> และ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาของสภายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและชีวะการแพทย์เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะและเนื้อเยื่อที่มีต้นกำเนิดมาจากมนุษย์<sup>32</sup> มีเนื้อหาที่สอดคล้องกันเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะต้องไม่มีค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์เป็นเงิน แต่การห้ามไม่ให้มีการค้าขายอวัยวะมนุษย์นั้น ไม่รวมถึงการชดใช้เงินเกี่ยวกับค่าใช้จ่าย อันจำเป็นตามสมควร ซึ่งรวมถึงการค่าขาดรายได้ ค่ารักษาพยาบาลต่าง ๆ

<sup>29</sup> Shashank Bengali, Ramin Mostaghim. (2017). *'Kidney for sale': Iran has a legal market for the organs, but the system doesn't always work.* (Online). Available: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5347406/>. [2022, December 26].

<sup>30</sup> Shashank Bengali, Ramin Mostaghim. (2017). *'Kidney for sale': Iran has a legal market for the organs, but the system doesn't always work.* (Online). Available: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5347406/>. [2022, December 26].

<sup>31</sup> World Health Organization. *supra* note 23. p.14.

<sup>32</sup> สิริภา คำชาย. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16.

กล่าวโดยสรุป การปลูกถ่ายอวัยวะที่มีค่าตอบแทนนั้น แบ่งได้เป็น 2 กรณีคือ ค่าตอบแทนเป็นค่าอวัยวะ หรือการค้าอวัยวะ กล่าวคือ เป็นการให้ทรัพย์สิน หรือเงิน เพื่อตอบแทนอวัยวะสำหรับการปลูกถ่าย และอีกกรณีคือ ค่าตอบแทนเป็นค่าใช้จ่ายอื่น เป็นการให้ค่าตอบแทนอย่างอื่น เช่น ค่ารักษาพยาบาล ค่าขาดรายได้ เป็นต้น

## 2.3 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์

การค้าอวัยวะมนุษย์นั้น เป็นการซื้อขายอวัยวะหรือชิ้นส่วนของร่างกายบุคคล ซึ่งต้องคำนึง เกี่ยวกับหลักสิทธิเสรีภาพ อีกทั้งหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยเป็นการตระหนักถึงผลกระทบหว่างสิทธิเสรีภาพในการตัดสินใจของเจ้าของอวัยวะในการทำการซื้อขาย และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งถือว่าการค้าอวัยวะนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่หากก่อให้เกิดประโยชน์ในการรักษา และเป็นการช่วยชีวิตบุคคลอื่น โดยแนวคิดการคำนึงถึงประโยชน์จำนวนมากที่สุด เป็นพื้นฐานแนวคิดอรรถประโยชน์นิยม

### 2.3.1 หลักสิทธิเสรีภาพ

หลักสิทธิเสรีภาพเป็นการรวมคำระหว่างคำว่าสิทธิ และคำว่า เสรีภาพ ดังนั้นความหมายของคำว่าสิทธิเสรีภาพ จึงเป็นการนำความหมายของแต่ละคำมารวมกัน กล่าวคือ

ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้กล่าวถึงความหมายของคำว่า สิทธิ หรือ สิทธิ<sup>33</sup> โดยมี 2 ความหมาย ความหมายที่ 1 ของคำว่า สิทธิ น. อำนาจอันชอบธรรม เช่น บุคคลมีสิทธิและหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ เขามีสิทธิในที่ดินแปลงนี้. และความหมายที่ 2 ของคำว่า สิทธิ (กฎ) อำนาจที่กฎหมายรับรองให้กระทำการใด ๆ โดยสุจริตได้อย่างอิสระ แต่ต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของคนอื่น

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้ให้ความหมายของคำว่า สิทธิ ตามรัฐธรรมนูญ ถือว่าเป็น สิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิ

<sup>33</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2565). *สิทธิ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://dictionary.orst.go.th/>. [2565, 25 ธันวาคม].

ของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังหมายรวมถึง การให้หลักประกันในทางหลักการ ดังนั้นสิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ<sup>34</sup>

และตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้กล่าวถึงความหมายของคำว่า เสรีภาพ<sup>35</sup> หมายความว่า น. ความสามารถที่จะกระทำการใด ๆ ได้ตามที่ตนปรารถนาโดยไม่มีอุปสรรคขัดขวาง เช่น เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการนับถือศาสนา, ความมีสิทธิที่จะทำอะไรก็ได้โดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น

ความหมายของคำว่า เสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง สภาพที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน<sup>36</sup> กล่าวคือ การที่บุคคลสามารถที่จะคิดหรือทำอะไรก็ได้โดยอิสระ จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำก็ได้ บุคคลอื่นไม่มีอำนาจรบกวนหรือขัดขวาง แม้รัฐเองก็มีหน้าที่ต้องละเว้นไม่ล่วงละเมิดเสรีภาพของประชาชน<sup>37</sup>

ดังนั้นความหมายของคำว่าสิทธิเสรีภาพ จึงหมายถึง อำนาจหรือความสามารถที่กฎหมายรับรองให้กระทำการใด ๆ ได้อย่างอิสระตามความประสงค์ของตน โดยไม่กระทบกระเทือนหรือละเมิดถึงสิทธิของผู้อื่น

หลักสิทธิเสรีภาพ เป็นหลักที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยมีพัฒนาการมาจากสิทธิและเสรีภาพของชนชั้นกลางในยุคกลางของยุโรป ซึ่งสามารถแบ่งตามพัฒนาการได้ 4 ช่วง<sup>38</sup> ดังนี้

ช่วงที่ 1 สิทธิและเสรีภาพในทางศาสนา เริ่มมีพัฒนาการในช่วงการปฏิรูปทางศาสนา ตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 ซึ่งเสรีภาพในทางศาสนาประสบผลสำเร็จเป็นครั้งแรกเมื่อสงครามกลางเมืองที่เกิดจากความแตกแยกในทางศาสนานั้น มีรัฐเข้ามาแก้ปัญหาดังกล่าว รัฐจึงต้องมีความเป็นกลาง

<sup>34</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2562). *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 51

<sup>35</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2565). *เสรีภาพ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://dictionary.orst.go.th/>. [2565, 25 ธันวาคม].

<sup>36</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 34. หน้า 53.

<sup>37</sup> มานิตย์ จุ่มปลา. (2559). *ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 14). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 137.

<sup>38</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 34. หน้า 49-43.

ในทางศาสนา ดังนั้น เรื่องการนับถือศาสนา ถือเป็นเรื่องของปัจเจกบุคคล ซึ่งแนวคิดดังกล่าวทำให้เกิดความมั่นคงต่อความเคารพในความเชื่อที่แตกต่างออกไปของบุคคลในสังคม

ช่วงที่ 2 สิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ โดยสิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจเป็นเรื่องเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ เช่น เสรีภาพในการทำสัญญา เสรีภาพในการประกอบอาชีพ ในช่วงสิ้นศตวรรษที่ 16 และในช่วงศตวรรษที่ 17 แนวคิดพื้นฐานมาจาก แบบอำนาจเบ็ดเสร็จนิยม หรือหลักอภิปไตยของปวงชน กล่าวคือ บทบัญญัติของกฎหมายต้องมีพื้นฐานมาจากเจตจำนงของผู้ปกครอง ซึ่งในช่วงการปฏิวัติอุตสาหกรรม แนวคิดของ Adam Smith แสดงให้เห็นว่า ผลผลิตมวลรวมของชาติจะเพิ่มสูงขึ้นเมื่อรัฐเข้าไปแทรกแซงในกระบวนการผลิตให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้

ช่วงที่ 3 สิทธิและเสรีภาพกับการพัฒนาเศรษฐกิจหรือพัฒนาการที่ต่อจากช่วงที่ 2 ซึ่งเกี่ยวกับการมีเสรีภาพในทางประชาธิปไตย กล่าวคือ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการชุมนุม เป็นต้น อีกทั้งแนวคิดของ John Stuart Mill แสดงให้เห็นว่า ความเจริญทางปัญญาหรือความคิดที่มีความเป็นเหตุเป็นผล ควรมาแทนที่ความคิดแบบจารีตประเพณีของยุคกลาง ซึ่งแนวคิดแบบเสรีนิยมประสบความสำเร็จอย่างชัดเจนในการลดบทบาทของแนวคิดทางศาสนาออกจากสังคม

ช่วงที่ 4 สิทธิและเสรีภาพ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพหรือ สิทธิขั้นพื้นฐานทางสังคม ซึ่งเกี่ยวกับผลประโยชน์โดยรวมของสังคม ได้แก่ การมาอาชีพ การให้หลักประกันในอนาคต การมีอาหาร เสื้อผ้า ที่อยู่อาศัย การศึกษา ซึ่งผลประโยชน์โดยรวมของสังคมนั้นต้องอาศัยกฎหมายเป็นมาตรการบังคับ

กล่าวโดยสรุป บุคคลทุกคนมีสิทธิเสรีภาพในการกระทำของตน ที่ไม่กระทบต่อสิทธิของผู้อื่น ดังนั้นในการซื้อขายอวัยวะของบุคคล ซึ่งเจ้าของอวัยวะให้ความยินยอม ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาด้วยความสมัครใจ เมื่อทั้งผู้ซื้อและผู้ขายให้ความยินยอมและสมัครใจทำการซื้อขายร่วมกัน ส่งผลให้บุคคลดังกล่าวควรได้รับการเคารพตามสิทธิและเสรีภาพของตนตราบเท่าไม่กระทบถึงสิทธิเสรีภาพผู้อื่น

### 2.3.2 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นสากล ซึ่งเห็นได้จากกรณีที่ปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ข้อ 1 ได้บัญญัติว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสระและเท่าเทียมกันในสิทธิและศักดิ์ศรี ทุกคนมีเหตุผลและความรู้สึกผิดชอบชั่วดี และควรปฏิบัติซึ่งกันและกันด้วยความภราดรภาพ”

ประเทศไทยได้บัญญัติรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นครั้งแรก และได้บัญญัติเรื่อยมา โดยในรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคแรก ความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง”

ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้กล่าวถึงความหมายของคำว่า ศักดิ์ศรี หมายความว่า น. เกียรติศักดิ์<sup>39</sup>

รองศาสตราจารย์มานิต จงปา ให้ความหมายของคำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คือ คุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในตัวของบุคคลทุกคน รัฐต้องปฏิบัติต่อมนุษย์เหมือนมนุษย์เป็นมนุษย์ จะปฏิบัติต่อมนุษย์เหมือนสัตว์หรือสิ่งของไม่ได้<sup>40</sup>

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นการกล่าวถึง คุณค่าของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นคุณค่าที่ไม่ขึ้นอยู่กับกาลเวลา และสถานที่ เป็นคุณค่าที่สืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ และเป็นคุณค่าที่มีอยู่ในตัวของมนุษย์ทุกคนโดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใด ๆ โดยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ประกอบด้วยรากฐานสำคัญ 2 ประการ คือ สิทธิในชีวิตและร่างกาย ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานที่มีมาตั้งแต่บุคคลนั้นเกิด เป็นสิทธิที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และรากฐานอีกประการคือ สิทธิในความเสมอภาค เป็นการแสดงว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ถูกเลือกปฏิบัติ<sup>41</sup>

ดังนั้นจากหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นการรับรองคุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่เป็นสิทธิเฉพาะตัวของมนุษย์ ที่บุคคลทุกคนมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน ดังนั้นการค้าอวัยวะมนุษย์ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมนุษย์ เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยมองว่ามนุษย์เป็นทรัพย์สินที่สามารถซื้อขายได้

### 2.3.3 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

เมื่อมนุษย์เป็นสัตว์สังคม มีการอยู่ร่วมกันจึงต้องมีกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมผู้คนในสังคมให้อยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข ดังนั้นหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงเป็นหลักพื้นฐานที่ต้องคำนึงถึงในกฎหมาย โดยหลักการดังกล่าวมีเพื่อให้สังคมสงบเรียบร้อย และเพื่อรักษาผลประโยชน์ของสังคมและเอกชน

<sup>39</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2565). *ศักดิ์ศรี*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://dictionary.orst.go.th/>. [2565, 30 ธันวาคม].

<sup>40</sup> พงษ์ธวัชณ์ บุญพิทักษ์. (2565). *สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1728](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1728). [2565, 30 ธันวาคม].

<sup>41</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 34. หน้า 90-91.

คำว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นคำที่มีความหมายกว้างมาก และเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของสังคม เศรษฐกิจ ตามยุคสมัย

ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ได้ให้คำอธิบาย ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ไว้ว่า เป็นข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้ เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้และจะได้คุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง<sup>42</sup>

ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้กล่าวถึงความหมายของคำว่า ศีลธรรม หมายความว่า น. ความประพฤติที่ดีที่ชอบ, ศีลและธรรม, ธรรมในระดับศีล<sup>43</sup>

จากคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายได้กล่าวถึงคำนิยามของ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ กฎเกณฑ์เพื่อรักษาความ สงบเรียบร้อย มุ่งคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือในประเทศชาติ เพื่อให้เกิดความมั่นคง ความสงบสุข สันติภาพ และสุขภาวะร่วมกันของคนในสังคม และศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ กฎเกณฑ์ที่คนในสังคมส่วนใหญ่ถือปฏิบัติตามความเชื่อ ตามประเพณี หรือศาสนา และถือว่าเป็นเครื่องวินิจฉัยความประพฤติว่าถูกต้องหรือไม่<sup>44</sup>

กล่าวโดยสรุป หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นการทำให้ สังคมหรือประเทศชาติสงบสุข โดยอาจมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการในการอยู่ร่วมกัน โดยหากมีการฝ่าฝืนหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนการนั้นจะทำให้ นิติกรรมเสียไปในทางแพ่ง และในทางอาญาการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนจะเป็น ความผิดอาญาก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นร้ายแรง และกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอันอาจ ทำให้เกิดความไม่มั่นคง ความไม่สงบสุข ความวุ่นวายในสังคมได้

ดังนั้น การค้าอวัยวะมนุษย์ เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งในการค้าอวัยวะมนุษย์กรณีที่เจ้าของอวัยวะยังมีชีวิตอยู่และสามารถให้ความยินยอมนั้น โดยเป็นการสมัครใจซื้อขายอวัยวะทั้งสองฝ่าย เมื่อไม่ก่อให้เกิดความวุ่นวาย

<sup>42</sup> ชัยฤดี พุกกลิ่น. (ม.ป.ป.). *การใช้หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของศาลปกครองเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองศึกษากรณีการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

<sup>43</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2565). *ศีลธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://dictionary.orst.go.th/>. [2565, 30 ธันวาคม].

<sup>44</sup> คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย. (2562, 27 พฤศจิกายน). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 136 (ตอนที่ 132 ก), หน้า 18.

สังคมยังคงมีความสุขเรียบง่าย แต่อาจจะนำมาสู่การก่ออาชญากรรมได้หากสังคมมีความต้องการอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายมากขึ้น

### 2.3.4 ทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม

แนวคิดอรรถประโยชน์ หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ประโยชน์นิยม, สุขนิยม เป็นแนวคิดเชิงจริยธรรมที่เชื่อว่า สิ่งซึ่งจะถือว่าเป็นความดีหรือความชั่วอันแท้จริงนั้น อยู่ที่ว่าสิ่งนั้นสร้างความสุขหรือความทุกข์ ให้เกิดแก่มนุษย์ กล่าวคือ ความสุข คือความพึงพอใจทั้งหมด ความพึงพอใจนั้นถือเป็นสิ่งที่ดี และในส่วส่วนความทุกข์ความทุกข์ คือความเจ็บปวดหรือคับข้องไม่สมหวังทั้งหลายถือว่าเป็นสิ่งเลวร้าย<sup>45</sup> ดังนั้นการกระทำที่ถูกต้องหรือดีงาม ต้องเป็นการกระทำที่เกิดประโยชน์ หรือก่อให้เกิดความสุขแก่สังคมอย่างมากที่สุด โดยมีสำนวนที่โด่งดังของแนวความคิดอรรถประโยชน์นิยม คือ ความสุขสูงสุดแก่คนจำนวนมากที่สุด

ทฤษฎีอรรถประโยชน์ มีนักคิดคนสำคัญสองท่านคือ เจอเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) และ จอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill) ซึ่งนำไปสู่การตีความหมายของทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม เป็นสองแนวความคิดที่สำคัญ คือ ทฤษฎีอรรถประโยชน์แบบสุขนิยมของเบนแธม และทฤษฎีอรรถประโยชน์เชิงอุดมคติของมิลล์

แนวคิดอรรถประโยชน์สามารถจำแนกลักษณะทั่วไป ได้ดังนี้<sup>46</sup>

- 1) ลักษณะที่มองอนาคตเป็นสำคัญ เป็นการพิจารณาผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตเป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึงเหตุการณ์ในอดีต
- 2) ลักษณะที่มองความสุขหรือสวัสดิสุขในแง่ดีเสมอ มุ่งเน้นเพิ่มปริมาณความสุขหรือประโยชน์ให้สูงสุด โดยเป็นการมองผลรวมของความสุขเป็นสำคัญ
- 3) ลักษณะเอคนิยม เป็นการยึดมั่นความถูกต้องทางศีลธรรมนั้น โดยพิจารณาจากหลักการเดียว คือ หลักอรรถประโยชน์ ซึ่งต่างจากทฤษฎีพหุนิยม ที่ต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างหลายหลักการ อาทิ หลักความเสมอภาค หลักเสรีภาพ เป็นต้น เพื่อพิจารณากำหนดความถูกต้องของการกระทำต่าง ๆ

แนวคิดอรรถประโยชน์นิยมแบบสุขนิยมของเบนแธม โดยมีหลักการว่าการกระทำใด การกระทำหนึ่ง จะเป็นการกระทำที่ถูกต้องทางศีลธรรม หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่นำมาซึ่งความสุขหรือประโยชน์จำนวนมากที่สุด ของผู้คนจำนวนมากที่สุด<sup>47</sup> กล่าวคือ เป็นแนวความคิด

<sup>45</sup> จริญ โขษณานันท์. (2561). *นิติปรัชญา Legal Philosophy LAW 4007* (พิมพ์ครั้งที่ 20). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 248.

<sup>46</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 248.

<sup>47</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2561). *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: อานกฤษหมาย. หน้า385.



ที่มองผลของการกระทำที่มีต่อประโยชน์ของผู้คนเป็นสำคัญ โดยเป็นการชั่งน้ำหนักของผลประโยชน์ที่ผู้คนได้รับ

โดยเบนแฮมได้อธิบายตีกรอบความหมายของหลักอรรถประโยชน์ว่า “หลักการซึ่งใช้รองรับหรือปฏิเสธการกระทำใด ๆ โดยพิจารณาจากแนวโน้มแห่งผลลัพธ์ซึ่งปรากฏเป็นการเพิ่มหรือลดความสุขของบุคคลผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องด้วยการกระทำนั้น ๆ” และเบนแฮมวิเคราะห์ประเภทความสุขของมนุษย์ได้ 14 ประเภท คือ ความสุขในประสาทสัมผัส, ความมั่งคั่ง, ความชำนาญสามารถ, มิตรภาพ, การมีชื่อเสียง, อำนาจ, ความเชื่อถือศรัทธาทางศาสนา, ความเมตตา กรุณา, ความอาฆาตมาดร้าย, ความทรงจำ, จินตนาการ, ความคาดหวัง, การคบค้าสมาคม และการบรรเทาความเจ็บปวด ซึ่งความสุขเหล่านี้ต้องพิจารณาควบคู่กับปัจจัยสำคัญอีก 7 ประการ คือ ความเข้มข้น, ระยะเวลายาวนาน, ความแน่นอน, ความใกล้ชิดของการเกิดความสุข, ความอุดมสมบูรณ์, ความบริสุทธิ์แท้จริง และขอบเขตหรือการแผ่ขยายของความสุข<sup>48</sup>

แนวคิดอรรถประโยชน์เชิงอุดมคติของมิลล์ ยังคงเป็นการเน้นความสุขสูงสุด แก่คนจำนวนมากที่สุด กล่าวคือ เป็นการให้ความสำคัญกับผลลัพธ์ของการกระทำเพื่อพิจารณาความถูกต้องว่าก่อให้เกิดความสุขขึ้นหรือไม่ แต่มิลล์ตีความหมายของความสุข เป็นความสุขอันเกี่ยวข้องกับคุณธรรม ความรัก ความรู้ ความมั่งคั่ง ความเพลิดเพลินหรืออารมณ์ โดยมิลล์ถือว่าความสุขอันแท้จริงมีคุณค่าหรือคุณภาพสูงกว่าความสุขทางประสาทสัมผัสทั่วไป ซึ่งแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของมิลล์ให้ความสำคัญกับประโยชน์ต่อส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ส่วนบุคคล และมีการให้ความสำคัญระหว่างความยุติธรรมกับหลักอรรถประโยชน์ โดยอ้างหลักอรรถประโยชน์ ในการรองรับการเกิดทุนคุณค่าเสรีภาพ ด้วยความเชื่อมั่นในผลลัพธ์ของการพัฒนาก้าวหน้าหรือความผาสุกอันยิ่งใหญ่ของสังคม โดยเฉพาะเสรีภาพในด้านมโนธรรม เสรีภาพในความคิด ความรู้สึกและการแสดงออก เสรีภาพของชีวิตส่วนตัวในการกำหนดแนวทางชีวิตที่ตนปรารถนา และเสรีภาพในการคบค้าสมาคมหรือรวมกลุ่ม ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน<sup>49</sup>

จากแนวคิดทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม ซึ่งมีอิทธิพลแพร่หลายเป็นรากฐานของทฤษฎีไปยั้งนักคิดคนสำคัญอื่นๆด้วย เช่นทฤษฎีวิสวกรรมสังคม มีนักคิดคนสำคัญคือ รอสโค ปาวนด์ (Roscoe Pound) เป็นทฤษฎีที่ถือว่ากฎหมายเป็นกลไกควบคุมสังคม โดยตระหนักถึงผลประโยชน์เป็นสำคัญ และมีการจำแนกผลประโยชน์ออกเป็น 3 ลักษณะ คือ ผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล

<sup>48</sup> จรัญ โฆษณานันท์. อ้างแล้ว เจริญอรรถที่ 41. หน้า 255.

<sup>49</sup> จรัญ โฆษณานันท์. อ้างแล้ว เจริญอรรถที่ 41. หน้า 255.

ผลประโยชน์ของมหาชน และผลประโยชน์ของสังคม<sup>50</sup> กล่าวคือ เป็นการเปรียบเทียบกฎหมายเสมือนวิศวกรของสังคม ซึ่งมีหน้าที่ออกแบบและคำนึงถึงผลประโยชน์ที่มีประสิทธิภาพสูงสุดของสังคม และเกิดผลเสียน้อยที่สุด โดยเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ทั้งสามประเภทข้างต้นอย่างเหมาะสม

กล่าวโดยสรุป แนวคิดอรรถประโยชน์นิยม เป็นแนวคิดที่ถือความสุขเป็นหัวใจสำคัญ โดยเป็นการมุ่งเน้นถึงผลลัพธ์ของการกระทำ หากการกระทำนั้นสร้างความสุขสูงสุดให้แก่ผู้คนจำนวนมากที่สุด การกระทำนั้นก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ดีและถูกต้อง โดยเป็นการยึดมั่นหลักการเพียงหลักการเดียว ในการกำหนดความถูกต้องของการกระทำ หรือที่เรียกว่าลักษณะเอกนิยม ซึ่งในกรณีการค้าอวัยวะมนุษย์ ซึ่งเป็นการช่วยเหลือชีวิตของผู้อื่น โดยการนำอวัยวะจากเจ้าของอวัยวะเพื่อมาปลูกถ่าย หากในกรณีที่เจ้าของอวัยวะที่ยังมีชีวิตอยู่ให้ความยินยอม และสามารถช่วยเหลือชีวิตผู้อื่นได้ เป็นกรณีที่เกิดประโยชน์สูงสุด แก่ผู้คนจำนวนมากที่สุด จึงสอดคล้องกับแนวความคิดอรรถประโยชน์นิยม แต่หากเป็นการรับค่าตอบแทนเพื่อเป็นการแสวงหาประโยชน์เกินสมควร จะเป็นอาชญากรรมได้

## 2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการจัดการควบคุมการค้าอวัยวะมนุษย์

การค้าอวัยวะมนุษย์ มีแนวคิดเกี่ยวกับการจัดการควบคุม โดยให้ความสำคัญกับการที่เจ้าของอวัยวะให้ความยินยอม ซึ่งหลักความยินยอมนั้น เป็นหลักกฎหมายทั่วไป อีกทั้งยังให้ความสำคัญในการเคารพการแสดงเจตนาของทั้งสองฝ่าย ทั้งผู้ที่ต้องการอวัยวะเพื่อปลูกถ่าย และเจ้าของอวัยวะ ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานแนวคิดเกี่ยวกับสัญญา

### 2.4.1 หลักความยินยอม

หลักความยินยอม เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ที่ยอมรับกันในคำพิพากษาของศาลได้มีการนำมาปรับใช้ในกรณีเหตุยกเว้นความผิด ในหลายกรณี อนึ่งแม้หลักความยินยอมนั้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ แต่ก็ยังคงไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร<sup>51</sup>

<sup>50</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 43. หน้า 389.

<sup>51</sup> สุจิตรา โกตันย์. (2563). *ความยินยอมตามหลักกฎหมายอาญา: ศึกษาการให้ความยินยอมของเด็กในการเข้ารับการรักษาพยาบาลด้านสุขภาพทางเพศ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508<sup>52</sup> ได้มีการวางหลักเกี่ยวกับความยินยอมไว้โดยมีเนื้อหาใจความว่าเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในทางอาญานั้น มีลักษณะดังนี้<sup>53</sup>

1) เป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ เป็นความยินยอมที่เกิดขึ้น โดยบริสุทธิ์ใจ ไม่มีการหลอกลวง หรือสำคัญผิด หรือข่มขู่

2) ความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี เป็นการพิจารณาตามความรู้สึกลึกซึ้งชอบชั่วดีของบุคคลทั่วไปในขณะที่เกิดการกระทำนั้น

3) เป็นความยินยอมที่มีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด กล่าวคือ ไม่ได้มีการบอกเลิกความยินยอมนั้นก่อนมีการกระทำนั้น

ความยินยอมที่มีผลทางกฎหมาย ต้องเกิดจากบุคคลที่มีความสามารถให้ความยินยอมนั้นได้ กล่าวคือ เป็นบุคคลที่มีอำนาจให้ความยินยอมในการกระทำนั้น โดยความยินยอมนั้นไม่มี

---

<sup>52</sup> เลขที่ฎีกา 1403/2508 ข้อตกลงว่าจะไม่ฟ้องคดีอาญานั้น อาจถือเป็นความยินยอมให้กระทำการที่ตามปกติด้วยขบพบบัญญัติว่าเป็นความผิดได้ มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดขึ้นได้

ข้อตกลงระหว่างโจทก์จำเลยแม้ไม่ผูกพันโจทก์ให้ยินยอมอยู่เช่นนั้นตลอดไป แต่โจทก์ก็ได้ยินยอมให้จำเลยออกเช็คโดยจะไม่ฟ้องเป็นความผิดอาญาเป็นความยินยอมที่มีอยู่จนถึงขณะที่จำเลยออกเช็ค โดยไม่รู้ว่าไม่มีเงินในธนาคารอันเป็นการกระทำโดยเจตนาที่เป็นองค์ความผิดประการหนึ่ง ซึ่งจำเลยได้กระทำการตามความยินยอมของโจทก์ ความผิดกรณีนี้เป็นความผิดอันยอมความได้ ถือได้ว่าความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำฐานนี้ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี การกระทำที่โจทก์ฟ้องจึงไม่เป็นความผิดในทางอาญา

การยอมความในความผิดอันยอมความได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 35 วรรคสอง และ 39 (2) นั้น เป็นการกระทำภายหลังที่ความผิดได้เกิดขึ้นแล้วมิใช่การที่จะกระทำกันไว้ล่วงหน้าก่อนการทำความผิด ข้อตกลงล่วงหน้าก่อนมีการทำความผิดจะถือเป็นการยอมความตามบทกฎหมายดังกล่าวไม่ได้

บุคคลจะตกลงกันไว้ก่อนว่าจะไม่ฟ้องคดีอาญา ถ้าหากจะมีการกระทำผิดเกิดขึ้นต่อไปข้างหน้านั้น ข้อตกลงนั้นหาไม่ผลก่อให้เกิดหน้าที่ผูกพันคู่กรณีให้จำต้องงดเว้นไม่ฟ้องคดีอาญาเช่นว่านั้นแต่ประการใดไม่ เพราะอำนาจฟ้องคดีอาญาจะมีอยู่หรือไม่ มีได้ขึ้นอยู่กับบังคับของกฎหมายลักษณะหนึ่งในทางแพ่ง หากอยู่ภายในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญาอีกส่วนหนึ่ง

<sup>53</sup> เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง. หน้า 432.

รูปแบบกำหนดไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง จึงสามารถให้ความยินยอมทางวาจา หรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้<sup>54</sup>

หลักความยินยอมมีแนวคิดพื้นฐานมาจากความคิดที่ว่า เมื่อมีการให้ความยินยอมแล้ว ย่อมไม่ถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น หรือความยินยอมไม่เป็นละเมิด<sup>55</sup> ส่งผลให้เมื่อมีการกระทำเกิดขึ้น และผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมไว้ โดยการกระทำนั้นเป็นการทำละเมิดต่อผู้เสียหาย หากผู้เสียหายได้ให้ความยินยอม ถือว่าไม่เป็นละเมิด ผู้เสียหายไม่สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้กระทำได้ แต่อย่างไรก็ตาม หลักความยินยอมนั้นต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครอง

หลักความยินยอมมีลักษณะทางกฎหมาย ดังนี้<sup>56</sup>

1) บุคคลผู้ให้ความยินยอม ต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมาย กล่าวคือ สามารถรู้สำนึก เกี่ยวกับการกระทำที่จะต้องให้ความยินยอม โดยเข้าใจในการกระทำและผลซึ่งอาจจะเกิดขึ้น

2) วิธีการให้ความยินยอม รูปแบบการให้ความยินยอมนั้น กฎหมายไม่ได้มีการกำหนดแบบไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ ความยินยอมนั้น สามารถให้ได้ทั้งความยินยอมโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย

3) ความยินยอมพิจารณาความสมบูรณ์จากเงื่อนไข ดังนี้

(1) ความยินยอมจะต้องมีอยู่ก่อนหรืออย่างน้อยต้องมีในขณะที่มีการกระทำเกิดขึ้น และมีอยู่ตลอดการกระทำ

(2) ความยินยอมต้องให้แก่ผู้กระทำโดยตรง

(3) การให้ความยินยอมต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การให้ความยินยอมด้วยความสมัครใจ ปราศจากการทำ กลั่นอนล หลอกลวง ข่มขู่ หรือสำคัญผิด

(4) การให้ความยินยอมต้องตีความหมายอย่างแคบ ไม่รวมถึงสิ่งอื่นที่แตกต่าง หรือเพิ่มเติมจากความยินยอมนั้น

(5) ความยินยอมต้อง ไม่มีเงื่อนไข

<sup>54</sup> ฉัฐนิชา ขัมมะรัตน์. (2561). *ปัญหาการแสดงเจตนาเกี่ยวกับการบริจาควัยวะเพื่อการปลูกถ่าย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

<sup>55</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร และนริศรา แดงไฟ. (2566). *หลักความยินยอม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex%2040701-3.pdf>. [2566, 4 มิถุนายน].

<sup>56</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร และนริศรา แดงไฟ. (2566). *หลักความยินยอม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex%2040701-3.pdf>. [2566, 4 มิถุนายน].

(6) ผู้กระทำต้องทราบถึงความยินยอมและได้กระทำด้วยความยินยอมในความผิดที่อ้างความยินยอมได้ กล่าวคือ หากผู้กระทำไม่ทราบในความยินยอมก่อนมีการลงมือกระทำ จึงสามารถยกความยินยอมขึ้นกล่าวอ้างได้

4) ผลของความยินยอม เมื่อการให้ความยินยอมได้กระทำโดยผู้ให้ความยินยอมที่ถูกต้องตามกฎหมาย และใช้วิธีการให้ความยินยอมตลอดจนเงื่อนไขความสมบูรณ์ของความยินยอมถูกต้องครบถ้วน ตามหลักความยินยอมแล้ว ย่อมทำให้ผลของความยินยอมเป็นไปโดยสมบูรณ์ซึ่งผู้กระทำสามารถอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดได้

5) ข้อยกเว้นหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ได้แก่

(1) กรณีมีเหตุฉุกเฉินเกิดขึ้นอย่างแท้จริงและแจ้งชัด จำเป็นต้องกระทำก่อนได้รับความยินยอม

(2) ในกรณีเช่นนั้นวิญญูชนยอมให้ความยินยอม

(3) ผู้กระทำไม่รู้หรือไม่มีเหตุควรรู้ว่าผู้ถูกกระทำจะไม่ให้ความยินยอมถ้ามีโอกาสถามบุคคล นั้น เช่น แพทย์นำคนเจ็บซึ่งสลบจากอุบัติเหตุเข้าทำการผ่าตัดเพื่อช่วยชีวิต

กล่าวโดยสรุป หลักความยินยอมในทางแพ่ง และหลักความยินยอมในทางอาญาเป็นหลักการที่ยกเว้นความรับผิด แต่อย่างไรก็ตามหลักความยินยอมในทางอาญามีความซับซ้อนกว่าความยินยอมในทางแพ่ง เนื่องจากความยินยอมในทางอาญาต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดังนั้น ความยินยอมในทางอาญานั้น เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในเหตุยกเว้นความผิดต้องเป็นความยินยอมที่เกิดจากความสมัครใจ โดยความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคม อีกทั้งความยินยอมนั้นต้องมีอยู่จนถึงขณะกระทำความผิด เมื่อเปรียบเทียบในกรณีการค้าอวัยวะของมนุษย์ หากเจ้าของอวัยวะให้ความยินยอมในการซื้อขายอวัยวะนั้น อีกทั้งในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์ ดังนั้นการให้ความยินยอมในการค้าอวัยวะของมนุษย์ที่เจ้าของอวัยวะให้ความยินยอมนำเกิดผลทางกฎหมายได้ หากความยินยอมดังกล่าวอยู่ภายใต้เงื่อนไขย่อมมีผลทางกฎหมาย

#### 2.4.2 แนวคิดเกี่ยวกับสัญญา

ความหมายของสัญญา คือ นิติกรรมหลายฝ่าย ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป แต่ละฝ่ายอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคนรวมเป็นฝ่ายเดียวกันก็ได้ เมื่อการแสดงเจตนาทำคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกัน ย่อมเกิดผลเป็นสัญญา<sup>57</sup>

<sup>57</sup> สักดิ์ สนองชาติ. (2557). *คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

โดยการทำสัญญาตลอดถึงการปฏิบัติตามเนื้อความในสัญญา ควรคำนึงถึงแนวคิดเกี่ยวกับการทำสัญญา ซึ่งมีหลักแนวคิด ดังนี้

1) หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ซึ่งคู่สัญญาย่อมมีเสรีภาพอิสระที่จะตกลงทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ เมื่อคู่สัญญาตกลงกันทำสัญญา สัญญานั้นจะเกิดความเป็นธรรมสำหรับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะอ้างว่าอีกฝ่ายเอาเปรียบจากข้อสัญญาที่ตกลงกันแล้วไม่ได้ ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ามีภาระเอาเปรียบเกินไป ไม่เป็นธรรมแล้ว ก็มีสิทธิเสรีภาพที่จะไม่ยอมรับข้อตกลงได้ แต่จะอ้างในภายหลังว่าตนไม่ได้ได้รับความยุติธรรมไม่ได้ เพราะในขณะที่ทำสัญญาไม่มีใครบังคับข่มขู่ และต้องพิจารณาภายใต้กรอบมาตรา 150 และมาตรา 152 กล่าวคือ สัญญาดังกล่าวจะต้องไม่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัยหรือ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้<sup>58</sup>

2) ความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Autonomy of will) เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในการรองรับการแสดงเจตนาของคู่สัญญา เพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ของตนในการผูกนิติสัมพันธ์ โดยเป็นการแสดงเจตนาด้วยความเคารพต่อเจตนาของบุคคลอื่น และเมื่อสัญญาสมบูรณ์มีผลผูกพันตามเจตนาที่ก่อแล้ว ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้<sup>59</sup>

3) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Agreements must be kept) เป็นภาษิตภาษาละตินทางกฎหมายว่า Pacta Sunt Servanda ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักพื้นฐานของสัญญาทุกฉบับ และเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับอย่างสากล โดยเป็นการที่คู่สัญญาได้มีการตกลงเข้าทำสัญญาร่วมกัน และสัญญาดังกล่าวสมบูรณ์ ก่อให้เกิดผลผูกพันระหว่างคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญา ไม่อาจเปลี่ยนแปลงหนีตามข้อสัญญา โดยคู่สัญญาต้องกระทำการโดยสุจริตซึ่งกันและกัน และหากคู่สัญญาฝ่ายใดไม่ชำระหนี้ตามข้อตกลง ถือว่าผิดสัญญา<sup>60</sup>

4) หลักสุจริต เป็นหลักกฎหมายทั่วไป เป็นหลักการในการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคม เพื่อให้เกิดความถูกต้องและเป็นธรรม โดยเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับจากนานา

<sup>58</sup> สัสกร ศรีสวัสดิ์. (2557). *ปัญหาข้อกฎหมายในการคุ้มครองผู้เช่าหอพักและอพาร์ทเมนท์*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม.

<sup>59</sup> อานนท์ ศรีบุญโรจน. (2561). *ข้อพิจารณาบางประการต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในกฎหมายขัดกันของไทย*. เอกสารการประชุมวิชาการสาขานิติศาสตร์ระดับชาติครั้งที่ 1 หัวข้อ “ระบบกฎหมายไทย: ปฏิรูป/เปลี่ยนแปลงผ่าน/ ปฏิสังขรณ์, หน้า 270.

<sup>60</sup> พระครูวินัยธรเอก ชินวิโส. (2564). ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลมีผลผูกพันตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา. *วารสารสหวิทยาการนวัตกรรมปริทรรศน์*, 4 (1), หน้า 71.

ประเทศ หลักสุจริตเป็นรากฐานของกฎหมายทุกระบบ ทั้งกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีแนวคิดหลักในการเน้นความยุติธรรม โดยเป็นหลักที่ให้นักลปฏิบัติตามที่ได้อ้างไว้ และเป็นหลักที่ป้องกันบุคคลใช้สิทธิที่ไม่ชอบ<sup>61</sup>

กล่าวโดยสรุป สัญญาจึงเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยการแสดงเจตนา นั้น แต่ละฝ่ายมีเสรีภาพอิสระในการทำสัญญา และเมื่อสัญญามีผลสมบูรณ์แล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องเคารพต่อการแสดงเจตนาของบุคคลอื่น และปฏิบัติตามเนื้อความในสัญญาด้วยความสุจริต ดังนั้นการจัดการควบคุมการค้าอวัยวะมนุษย์การค้าอวัยวะมนุษย์ หากมีการนำแนวคิดเกี่ยวกับสัญญามาบังคับใช้ โดยอาจให้มีการแสดงเจตนาของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย ซึ่งให้เสรีภาพในการแสดงเจตนา และเคารพการแสดงเจตนาของบุคคลอื่น แม้การค้าอวัยวะมนุษย์ เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่เมื่อคู่สัญญาได้มีการแสดงเจตนาโดยการเข้าทำสัญญา จึงควรเคารพเจตนาตามเนื้อความในสัญญา ซึ่งเป็นแนวคิดพื้นฐานของการทำสัญญา

## 2.5 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญา

### 2.5.1 โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำ โดยอธิบายว่า การกระทำ หรือไม่กระทำการใดเป็นความผิด ซึ่งกฎหมายมีการกำหนดโทษสำหรับความผิดนั้น กล่าวคือ กฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้มีการกระทำ อย่างหนึ่งอย่างใด หรือบังคับให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามจะต้องได้รับโทษ<sup>62</sup>

เอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นหลักสากลที่ยอมรับกันโดยทั่วไป คือ ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย หลักนี้เรียกในภาษาละตินว่า Nullum crimen nulla poena sine lege โดยปรากฏตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

โครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญา บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาเมื่อ การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด และเป็นการกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

<sup>61</sup> พรสันต์ เลียงบุญเลิศชัย. (2556). หลักสุจริตในระบบกฎหมาย. *จตุรนิติ*, หน้า 43.

<sup>62</sup> เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 53. หน้า 86.

## โครงสร้างข้อ 1 การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ มีดังนี้

### 1) มีการกระทำ

การกระทำ หมายความว่า การเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย โดยรู้สำนึก กล่าวคือ อยู่ภายใต้อำนาจของจิตใจ<sup>63</sup> ซึ่งหมายความว่า ต้องมีการคิด ตกลงใจ และกระทำไปตามที่ตกลงใจอันสืบเนื่องมาจากความคิด การกระทำ รวมถึงการกระทำโดยการลงเว้น และการกระทำโดยการละเว้นด้วย

### 2) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดในเรื่องนั้นๆ

องค์ประกอบภายนอกของความผิด แบ่งได้เป็น 3 ส่วน ดังนี้

#### (1) ผู้กระทำ

ผู้กระทำความผิดทางอาญา แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ ผู้กระทำความผิดเอง ผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม และผู้ร่วมในการกระทำความผิด

ผู้กระทำความผิดเอง หมายความว่า ผู้นั้นได้กระทำความผิดโดยตรง รวมถึง การใช้สัตว์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด และการใช้บุคคลผู้ไม่มีการกระทำเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด

ผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม มีหลายกรณี ได้แก่<sup>64</sup>

(1.1) การที่ใช้หรือหลอกบุคคลซึ่งมีการกระทำ ให้กระทำความผิดโดยผู้ถูกใช้ หรือถูกหลอก ไม่ต้องรับผิดฐานกระทำโดยเจตนา เพราะไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดนั้น

(1.2) ผู้ที่หลอกให้ผู้อื่นกระทำความผิดโดยผู้ที่ถูกหลอกไม่ต้องรับผิดฐานผู้กระทำโดยเจตนาเพราะมีกฎหมายยกเว้นความผิดที่กระทำโดยเจตนา

(1.3) ผู้ที่หลอกให้ผู้อื่นกระทำความผิดโดยผู้หลอกมีเจตนากระทำความผิดต่อผู้เสียหาย แต่ผู้กระทำความผิด ได้กระทำความผิดเพียงฐานประมาท

(1.4) ผู้ที่ใช้ให้บุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติที่จะเป็นผู้กระทำความผิดได้ ในฐานะเป็นผู้กระทำความผิดเองให้กระทำความผิด

(1.5) ผู้ที่ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดไม่เป็นความผิดเพราะขาดองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดไว้ ให้กระทำความผิด

<sup>63</sup> โกเมศ ขวัญเมือง, พระครูธรรมทรศฐาพร ปกสุสโร, พระครูปลัดอัคร ปริบุญโญ. (2564). การแบ่งประเภทของความผิดอาญา. *วารสาร มจร สังคมศาสตร์ปริทรรศน์*, 10 (2), หน้า 399.

<sup>64</sup> เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 53. หน้า 128.



(1.5) ผู้ที่บังคับหรือหลอกผู้เสียหายให้กระทำต่อตัวผู้เสียหายเอง  
ผู้ร่วมกระทำ ความผิด หมายถึง ผู้ที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดตั้งแต่  
สองคนขึ้นไป ซึ่งอาจเป็นตัวการผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้

(2) การกระทำ

การกระทำของผู้กระทำจะต้องถึงขั้นที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ผู้กระทำ  
จึงจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา

(3) วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ

วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ หมายถึง สิ่งที่ผู้กระทำมุ่งหมาย สาบกระทำต่อ เช่น ความผิด  
ฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา ตามมาตรา 288 วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ คือ ผู้อื่น

3) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิดในเรื่องนั้น ๆ

องค์ประกอบภายในของความผิดอาญา เป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้หรือสัมผัสได้  
เพราะเป็นสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ จึงต้องอาศัยพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่ผู้กระทำแสดงออกมา  
ภายนอกเป็นหลักการวินิจฉัยสภาพจิตใจของผู้กระทำในขณะกระทำ โดยองค์ประกอบภายในได้แก่  
เจตนา ประมาท ไม่เจตนาและไม่ประมาท กล่าวคือ บางความผิดไม่ต้องการองค์ประกอบภายใน  
ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบ

4) ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง  
การกระทำและผล

การพิจารณา เครื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำนั้น มีหลัก  
ดังต่อไปนี้<sup>65</sup>

(1) หากผลนั้นเป็นผลโดยตรงผู้กระทำต้องรับผิดชอบในผลนั้น หากไม่ใช่ผลโดยตรง  
ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ กล่าวคือ ผลโดยตรงคือผลตามทฤษฎีเงื่อนไข

(2) หากผลนั้นทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้น  
ก็ต่อเมื่อผลนั้นเป็นผลโดยตรง และเป็นผลธรรมดา กล่าวคือ ผลธรรมดา คือ ผลตามทฤษฎีเหตุที่  
เหมาะสม

(3) หากผลนั้นมิได้ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น แต่เป็นผลที่เกิดจากเหตุ  
แทรกแซง ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้นก็ต่อเมื่อ ผลนั้นเป็นผลโดยตรงซึ่งเกิดจากเหตุแทรกแซงที่  
วิญญูชนคาดหมายได้ หากเกิดจากเหตุแทรกแซงที่วิญญูชนคาดหมายไม่ได้ ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผล  
นั้น กล่าวคือเหตุแทรกแซงที่คาดหมายได้คือเหตุตามทฤษฎีที่เหมาะสม

<sup>65</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 53. หน้า 310.

ทฤษฎีเงื่อนไข คือ ถ้าไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่งแล้ว ผลจะไม่เกิด ถือว่าผลเกิดจากการกระทำอันนั้น แม้ว่าผลจะเกิดจากการกระทำอันอื่นๆด้วยก็ตาม ในทางตรงกันข้ามหากไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่งแล้ว ผลยังเกิดอยู่ ก็ถือว่าผลเกิดจากการกระทำอันใดอันหนึ่งมิได้

ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม เป็นการพิจารณาว่าการกระทำและผลนั้นมีความเกี่ยวพันกันพอสมควรหรือไม่ โดยทฤษฎีดังกล่าวใช้ในกรณีให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้น หรือ ผลของการกระทำเกิดจากเหตุแทรกแซง

โครงสร้างข้อ 2 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

เมื่อการกระทำขององค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างข้อที่ 1 จึงพิจารณาโครงสร้างข้อที่ 2 ว่าการกระทำนั้นมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่ หากมีกฎหมายยกเว้นความผิด ผู้กระทำ ก็ไม่ต้องรับผิดในทางอาญา

เหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิด มี 2 ประการคือ การป้องกัน และความยินยอม

#### (1) การป้องกัน

มาตรา 68 วางหลักว่า บุคคลจะต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของบุคคลอื่น ให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย บุคคลนั้นไม่มีความผิด

หลักเกณฑ์การป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 68 ประกอบด้วย มีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึง ผู้กระทำจะต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตรายนั้น และการกระทำโดยป้องกันสิทธินั้นไม่เกินขอบเขต

#### (2) ความยินยอม

ความยินยอมซึ่งยกเว้นความผิด ไม่มีบัญญัติไว้โดยตรงในประมวลกฎหมายอาญาของไทย แต่ศาลฎีกาวางหลักเป็นบรรทัดฐานไว้ ในคำพิพากษาซึ่งมีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาอยู่ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหาย ให้ผู้ใดกระทำการ ที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการ อันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้<sup>66</sup>

<sup>66</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508.

จากหลักกฎหมายทั่วไป ดังกล่าวนี้ พิจารณาได้ดังนี้ เป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ กล่าวคือไม่มีการหลอกลวง หรือสำคัญผิด หรือข่มขู่ด้วยประการใดๆ และความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อ ตำนึกในศีลธรรมอันดี กล่าวคือ พิจารณาตามความรู้สึกรับรู้ของบุคคลทั่วไปในท้องที่และเวลาที่เกิดการ กระทำนั้น และเป็นความยินยอมที่มีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด กล่าวคือ ไม่ได้มีการบอกเลิกความยินยอมนั้น หากบอกเลิกแล้ว ผู้กระทำยังขึ้นกระทำต่อไป ก็ไม่มีเหตุให้ยกเว้นความผิดแก่ผู้กระทำ

ยกตัวอย่าง กรณีคนไข้ยินยอมให้แพทย์ตัดขา เพื่อรักษาโรคร้าย แพทย์ไม่มีความผิดฐานทำให้คนไข้รับอันตรายสาหัสโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 (3) แม้การกระทำของแพทย์ ในการตัดขาคนไข้จะครบองค์ประกอบภายนอกและครบองค์ประกอบ ภายใน แต่ความยินยอมของคนไข้ก็ยกเว้นความผิดให้แก่แพทย์

โครงสร้างข้อ 3 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

เมื่อการกระทำ นั้น พิจารณาตาม โครงสร้างความรับผิดทางอาญาข้อ 1 และข้อ 2 แล้ว จึงพิจารณาโครงสร้างข้อ 3 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ กล่าวคือ การกระทำความผิด เป็นการกระทำความผิดทางอาญา แต่กฎหมายบัญญัติยกเว้นโทษสำหรับการกระทำนั้น

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเหตุยกเว้นโทษไว้โดยตรง หลายกรณี ดังนี้

(1) การกระทำความผิดโดยจำเป็น

ซึ่งจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 วางหลักยกเว้นโทษสำหรับการกระทำ ความผิดที่ไม่เกินสมควรให้บุคคลที่กระทำความผิดด้วยความจำเป็น ในขณะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยง หรือขัดขืน หรือเพื่อให้ตนเอง หรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายอันใกล้จะถึง และไม่สามารถใช้วิธีอื่น หลีกเลี่ยงได้

(2) การกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี และไม่เกิน 15 ปี

จากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 วรรคแรก กฎหมายบัญญัติให้การกระทำที่ เป็นความผิด แต่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษเนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวหากผู้กระทำเป็นเด็กอายุ ไม่เกินสิบปี และมาตรา 74 วรรคแรก หากเด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำความผิด ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ ให้ศาลมีอำนาจดำเนินการอย่างอื่นตามที่ กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น ว่ากล่าวตักเตือนเด็กนั้นแล้วปล่อยตัวไป ส่งตัวเด็กนั้นไปยังโรงเรียน หรือ สถานฝึกและอบรม หรือสถานที่ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อฝึกและอบรมเด็ก เป็นต้น

## (3) การกระทำความผิดของคนวิกลจริต

จากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 วรรคแรก การกระทำความผิดของบุคคล ในขณะที่ไม่รู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะ มีความบกพร่องทางจิต โรคจิตหรือจิต ฟั่นเฟือน กฎหมายบัญญัติให้บุคคลนั้น ไม่ต้องรับโทษสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าว

## (4) การกระทำความผิดของผู้มีนเมา

จากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 66 ความมีนเมาเพราะเสพยาสุราหรือสิ่งเมา อย่างอื่นจะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวตามมาตรา 65 ไม่ได้ แต่หากบุคคลกระทำความผิด ขณะ มีนเมา โดยความมีเมานั้นเกิดจากผู้เสพยาไม่รู้ว่าสิ่งนั้นจะทำให้มีนเมา หรือได้เสพยาโดยถูกขี้ใจให้เสพยา และได้กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ บุคคลนั้น ได้รับยกเว้นโทษสำหรับ การกระทำความผิดนั้น แต่ถ้าผู้ กระทำยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น เพียงใดก็ได้

## (5) การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน

จากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 การกระทำความผิด ของบุคคลที่มีหน้าที่ หรือเชื่อ โดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน แม้คำสั่งนั้น ไม่ชอบด้วย กฎหมาย ผู้กระทำ ความผิดนั้น ไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่จะรู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วย กฎหมาย

## (6) การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในบางความผิดระหว่างสามีและภรรยา

จากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรก บุคคลใดกระทำความผิดเกี่ยวกับ ทรัพย์สิ้นในบางความผิด อาทิ ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานฉ้อโกงทรัพย์ ความผิดฐาน หนี โกง ความผิดฐาน โกงเจ้าหนี้ ความผิดฐานยักยอก ความผิดฐานรับของโจร ความผิดฐานทำให้ เสียทรัพย์ ความผิดฐานบุกรุก โดยเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภรรยา หรือภรรยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

ดังนั้น บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาเมื่อ การกระทำครอบงำประกอบที่ กฎหมายบัญญัติ การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด และเป็นการกระทำไม่มีกฎหมาย ยกเว้นโทษ

### 2.5.2 วัตถุประสงค์แห่งการลงโทษ

วัตถุประสงค์แห่งการลงโทษ มี 4 ประการ ได้แก่ เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน เพื่อเป็นการข่มขู่ เพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมให้พ้นจากภัยอันตรายในระหว่างผู้กระทำความผิดถูกตัดขาดจากสังคมไป และเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำความผิด<sup>67</sup>

#### 1) เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน

เป็นหลักการลงโทษที่เก่าแก่ที่สุด เป็นไปตามหลักแนวคิด ตาต่อตา ฟันต่อฟัน<sup>68</sup> โดยไม่มีการกำหนดวิธีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนที่ชัดเจน กล่าวคือ ผู้ใดกระทำความผิดย่อมได้รับผลตอบแทนจากการกระทำนั้น การลงโทษจะได้ผลก็ต่อเมื่อกระทำอย่างรวดเร็วและรุนแรง มิฉะนั้นประชาชนอาจขาดความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม โดยเป็นการมองการกระทำของผู้กระทำความผิดในอดีต โดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการลงโทษ

#### 2) เพื่อเป็นการข่มขู่

แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ มุ่งเน้นการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำ ความผิดมากกว่าเป็นการแก้แค้นทดแทน โดยเป็นการทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นเกิดความเจ็บทรมาน ไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก และเพื่อเป็นตัวอย่างให้คนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิดแล้วต้องได้รับโทษ ส่งผลให้ผู้คนเกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด<sup>69</sup>

โดยการลงโทษที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการข่มขู่เป็นการลงโทษ เพื่อสร้างประโยชน์ให้สังคม ซึ่งส่วนใหญ่จะทำการลงโทษในที่สาธารณะ ในสมัยก่อนจะมีการยิงเป้าต่อหน้ามหาชน ในปัจจุบัน บางประเทศมีการลงโทษเขี่ยดินผู้กระทำความผิดต่อหน้ามหาชน<sup>70</sup> การลงโทษในลักษณะดังกล่าวเป็นการลงโทษเพื่อส่งผลในอนาคต โดยเป็นการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำอีก

3) เพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมให้พ้นจากภัยอันตรายในระหว่างผู้กระทำความผิดถูกตัดขาดจากสังคมไป

เป็นแนวคิดที่มุ่งเน้นรักษาความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นสำคัญ โดยอาจใช้วิธีการลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกมีกำหนดระยะเวลา เป็นการคุ้มครองไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับมาทำร้ายหรือเป็นภัยอันตรายต่อสังคมตลอดไปหรือ

<sup>67</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 53. หน้า 846.

<sup>68</sup> ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. (2564). *หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกวุฒิสภา*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 14.

<sup>69</sup> สัจญพงษ์ ลิ่มประเสริฐ และคณะ. (2562). *การลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา*. งานประชุมวิชาการระดับชาติ มหาวิทยาลัยรังสิต ประจำปี 2562. หน้า 1484.

<sup>70</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 53. หน้า 846.

ชั่วระยะเวลาหนึ่ง กล่าวคือ เป็นการนำตัวผู้กระทำความผิดออกจากสังคมหรือตัดโอกาสไม่ให้กระทำความผิด เพื่อความปลอดภัยของคนในสังคม

#### 4) เพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำความผิด

เป็นการลงโทษเพื่อต้องการให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นพลเมืองดี เพราะเมื่อผู้กระทำความผิดพ้นโทษถูกปล่อยตัวกลับเข้าสู่สังคม ผู้กระทำความผิดสามารถดำเนินชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุข และไม่เป็นภัยหรือทำร้ายสังคม กล่าวคือ การลงโทษเพื่อการแก้ไขปรับปรุงตัวผู้กระทำความผิด หรือ การบำบัดฟื้นฟู เนื่องจากไม่ได้มีลักษณะสร้างความปลอดภัยตามหลักของการทดแทนหรือข่มขู่ โดยมีลักษณะเป็นการนำเอาศาสตร์ต่าง ๆ เช่น จิตวิทยา ชีววิทยา สังคมวิทยา มานุษยวิทยา เป็นต้น<sup>71</sup> เข้ามาเพื่อช่วยฟื้นฟูผู้กระทำความผิด โดยการฝึกอาชีพ การให้การศึกษา การอบรมทางศาสนาและศีลธรรม การรักษาพยาบาล

ดังนั้นวัตถุประสงค์ของการลงโทษอาจมีการขัดแย้งกัน เช่น การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน หรือเพื่อการข่มขู่ เป็นการให้ผู้กระทำความผิดประสบกับความยากลำบาก เกิดความเกรงกลัว แต่การลงโทษ เพื่อการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัย หรือเพื่อการปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำความผิด เป็นการลงโทษที่ต้องการให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดี สามารถใช้ชีวิตได้ในสังคม เมื่อพ้นโทษ จะเห็นว่าวัตถุประสงค์ของการลงโทษมีความขัดแย้งซึ่งกันและกัน ดังนั้นการลงโทษจะต้องมีเพื่อวัตถุประสงค์หลายประการประกอบกัน โดยไม่คำนึงเพียงด้านเดียว

## 2.6 ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา

มนุษย์เป็นสัตว์สังคม กล่าวคือ เมื่อมีการอยู่ร่วมกันในสังคม จึงต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อให้สังคมสงบสุข ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนอาจจะได้รับโทษ หรือมีสภาพบังคับ อนึ่งประเทศไทยมีการวางหลักโทษทางอาญาสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิด 5 ประการ ดังนี้ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน<sup>72</sup> โดยในการลงโทษทางอาญานั้น ประกอบด้วย ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง และทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู

### 2.6.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน มีพื้นฐานมาจากแนวความคิดลัทธิเจตจำนงเสรีที่ว่า มนุษย์ทุกคนมีเหตุผล มีอิสระเสรีภาพที่จะคิด มีเสรีภาพที่จะกระทำการภายใต้ความคิด เหตุผล

<sup>71</sup> กุลนิษฐ์ รัตนคูสกุล. (2559). *การลงโทษในการกระทำความผิดหลายกรรมกับการป้องปรามอาชญากรรม*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>72</sup> ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 18

ความเชื่อและการตัดสินใจของตนเอง โดยอิสระ และไม่ถูกบังคับ ส่งผลให้เมื่อกระทำการใดแล้ว ต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำของตนทั้งในด้านที่ดี และไม่ดี<sup>73</sup> กล่าวคือ เมื่อการกระทำนั้นฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของสังคม บุคคลนั้นต้องได้รับโทษจากการกระทำของตนที่ได้มีการใช้เหตุผลก่อนกระทำการ โดยในการลงโทษจะใช้วิธีการลงโทษเพื่อการตอบแทนผู้กระทำผิดให้ได้รับโทษใน ลักษณะตาต่อตาฟันต่อฟัน และมีการใช้วิธีการที่รุนแรง

อนึ่งหลักการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน ซึ่งเป็นหลักการลงโทษที่เก่าที่สุด ซึ่งมีแนวคิดที่ว่าผู้ใดกระทำการใด ย่อมได้รับผลตอบแทนการกระทำนั้น<sup>74</sup> ซึ่งในการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนั้น มีหลักเกณฑ์ ดังนี้<sup>75</sup>

1) ผู้ที่กระทำผิดเท่านั้นที่จะถูกลงโทษ ดังนั้น ในการลงโทษนั้นสามารถลงโทษได้เฉพาะตัวผู้กระทำผิด กล่าวคือ ต้องมีการกระทำเกิดขึ้นก่อน จึงจะมีการลงโทษผู้กระทำผิดได้

2) ในการลงโทษผู้กระทำผิด ต้องไม่มีข้อยกเว้น เนื่องจาก ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน มีเจตนารมณ์ ในการรักษาความยุติธรรม ดังนั้น บุคคลใด ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย บุคคลนั้น ต้องได้รับโทษ หรือผลจากการกระทำนั้น

3) ในการลงโทษ ตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน จำนวนโทษนั้น ต้องเหมาะสม กับความผิดซึ่งได้กระทำ ดังนั้น โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดต้องมีความหนักเบาเหมาะสม กับความผิดนั้น

ดังนั้น ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน มีแนวคิดที่ว่า มนุษย์ทุกคนมีเหตุผล มีความคิด ดังนั้น เมื่อมนุษย์กระทำการใดแล้ว ย่อมต้องรับผลในการกระทำซึ่งตนได้มีการไตร่ตรอง หรือใช้เหตุผลแล้วก่อนลงมือกระทำการ

## 2.6.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง มีหลักการเกี่ยวกับการลงโทษนั้นมาจากแนวคิดพื้นฐาน ทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม กล่าวคือ ทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยมเห็นว่าการลงโทษเป็นสิ่งที่เลวร้าย แต่ก็ก็เป็นความจำเป็นที่จะต้องป้องกันสังคมจึงจำเป็นที่จะต้องมีการลงโทษเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญ อีกทั้งเชื่อว่า ลักษณะของมนุษย์คือการแสวงหาความพอใจและหลีกเลี่ยงความเจ็บปวด

<sup>73</sup> ฌ็องฌัก ฌ็อง-ฌัก ฌ็อง-ฌัก (2566). *ทฤษฎีการลงโทษ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [https://www.stou.ac.th/schools/slwt/upload/41716\\_6.pdf](https://www.stou.ac.th/schools/slwt/upload/41716_6.pdf). [2566, 4 มิถุนายน].

<sup>74</sup> เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 53. หน้า 846.

<sup>75</sup> ฌ็องฌัก ฌ็อง-ฌัก ฌ็อง-ฌัก (2566). *ทฤษฎีการลงโทษ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [https://www.stou.ac.th/schools/slwt/upload/41716\\_6.pdf](https://www.stou.ac.th/schools/slwt/upload/41716_6.pdf). [2566, 4 มิถุนายน].

อนึ่งวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อข่มขู่หรือยับยั้ง แบ่งเป็น 2 ประเภท<sup>76</sup> ได้แก่

1) การลงโทษเพื่อการข่มขู่เฉพาะตัวผู้กระทำ กล่าวคือ เพื่อให้ไม่ให้ผู้กระทำผิดลงมือกระทำความผิดฐานเดียวกันอีก และเพื่อสร้างความหลาบจำ เกรงกลัวโทษที่จะได้รับจากการกระทำความผิดนั้น

2) การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งโดยทั่วไป กล่าวคือ ในการลงโทษผู้กระทำผิดรายหนึ่งยังคงเป็นการยับยั้งไม่ให้ผู้อื่นกระทำผิดได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากเกิดความเกรงกลัวต่อผลของการกระทำ

นักคิดคนสำคัญคือ Cesare Beccaria (ซีซาร์ เบ็คคาเรีย) กล่าวถึงลักษณะการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำผิด ดังนี้<sup>77</sup>

1) การลงโทษต้องทำด้วยความรวดเร็ว

2) การลงโทษต้องมีความแน่นอน

3) การลงโทษต้องมีความเคร่งครัดและรุนแรง เช่น การนำโทษประหารชีวิตมาใช้ โดยเชื่อว่าวิธีการประหารชีวิตเป็นการยับยั้งผู้อื่นมิให้เอาเยี่ยงอย่างในการประกอบอาชญากรรม

กล่าวโดยสรุป จากทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้ง สอดคล้องกับแนวคิดทฤษฎีอรรถประโยชน์ โดยเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดประโยชน์ของสังคมจากการกระทำเพียงครั้งเดียว เนื่องจากการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง สามารถก่อให้เกิดความเกรงกลัวต่อผู้กระทำผิด และผู้คนในสังคมเพื่อไม่ให้มีการกระทำความผิดอีก

### 2.6.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูมีแนวคิดในการปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำผิดกับตัวเป็นพลเมืองดี โดยการจะคืนผู้กระทำผิดกลับไปสู่สังคม<sup>78</sup> กล่าวคือ เป็นการฟื้นฟูผู้กระทำ ให้สามารถกลับคืนสู่สังคมได้ จึงควรมีการสอนทักษะสร้างอาชีพ ให้การศึกษา เพื่อป้องกันไม่ก่อให้เกิดการกระทำผิดซ้ำ

<sup>76</sup> ฌูว์เว็ลล์ สุทธิโยธิน. (2566). *ทฤษฎีการลงโทษ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [https://www.stou.ac.th/schools/stw/upload/41716\\_6.pdf](https://www.stou.ac.th/schools/stw/upload/41716_6.pdf). [2566, 4 มิถุนายน].

<sup>77</sup> ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 66. หน้า 14.

<sup>78</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 53. หน้า 846.



หลักการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู มีหลักการสำคัญที่ควรปฏิบัติ 5 ประการ ดังนี้<sup>79</sup>

1) หลักการพยายามหลีกเลี่ยงผู้กระทำผิดให้ออกห่างจากสิ่งที่ทำลายคุณลักษณะประจำตัวของเขา

2) หลักการให้ใช้วิธีการอื่นแทนการลงโทษจำคุกระยะสั้น เนื่องจากในการจำคุกระยะสั้นนั้น ไม่สามารถทำให้บรรลุเป้าหมายในการฟื้นฟูผู้กระทำผิด อีกทั้งการจำคุกระยะสั้นยังทำให้ผู้กระทำผิดเป็นอาชญากรถาวรมากขึ้น เนื่องจากหากมีประวัติการจำคุกมาแล้ว ได้มีการเรียนรู้พฤติกรรม ทักษะการ โจรกรรมมาจากในคุก ดังนั้น จึงควรใช้วิธีการอื่นแทนการลงโทษจำคุกระยะสั้น อาทิ การกักขังแทนค่าปรับ การรอกการลงโทษหรือการรอกการกำหนดโทษ การคุมประพฤติ

3) หลักการลงโทษต้องเหมาะสมการกับกระทำผิดเป็นรายบุคคล ตามแนวคิดของ แพกเกอร์ (Herbert L. Packer) ว่าการพิจารณา การลงโทษสถานหนักเบาขึ้นอยู่กับระยะเวลาซึ่งจำเป็นต้องใช้ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด ไม่ใช่ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำผิดนั้น ดังนั้น จึงควรลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลผู้กระทำผิดด้วยวิธีการในการแก้ไขฟื้นฟู

4) หลักเมื่อผู้กระทำผิดกลับตัวแก้ไขเป็นคนดีแล้ว ควรหยุดการลงโทษ กล่าวคือ เมื่อผู้กระทำผิดฟื้นฟูแก้ไขตนเองแล้ว ได้ดีแล้ว ควรระงับการลงโทษ เนื่องจากไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ โดยอาจเลือกใช้วิธีการคือ การพักการลงโทษ

5) หลักการให้ปรับปรุงการลงโทษระหว่างการคุมขัง เพื่อหาวิธีการช่วยเหลือผู้กระทำผิด ให้สามารถใช้ชีวิตร่วมกับผู้อื่นในสังคมได้ กล่าวคือ การฝึกหัดอาชีพ การให้การศึกษา เพื่อให้สามารถมีรายได้สำหรับใช้จ่ายในการดำรงชีวิตประจำวัน ส่งผลให้ผู้กระทำผิดไม่กลับมากระทำผิดซ้ำอีก

ดังนั้นจากทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟู เป็นการที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ผู้กระทำผิดสามารถกลับมามีชีวิตอยู่ในสังคมได้ตามปกติ จึงเป็นทฤษฎีที่มีความแตกต่างจากทฤษฎีการลงโทษอื่น เนื่องจากทฤษฎีนี้เป็นการให้ความสำคัญที่ตัวผู้กระทำผิดเป็นหลัก

<sup>79</sup> ธีรรัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. (2566). **ทฤษฎีการลงโทษ**. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [https://www.stou.ac.th/schools/slwl/upload/41716\\_6.pdf](https://www.stou.ac.th/schools/slwl/upload/41716_6.pdf). [2566, 4 มิถุนายน].

## 2.7 หลักแห่งความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) เป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติธรรม (Rule of Law) ซึ่งหลักนิติธรรม เป็นหลักการที่มีการบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยหลักนิติธรรม เป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย อย่างเท่าเทียมกัน<sup>80</sup> ซึ่งอัลเบิร์ต เวนน์ ไดเซย์ (Albert Venn Dicey) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของ อังกฤษ เห็นว่า หลักนิติธรรม จะต้องมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา โดยหลักนิติธรรม ควรมีเนื้อหาสาระสำคัญ คือ คนทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่า จะชนชั้นใด ย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลายจะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว<sup>81</sup>

ดังนั้น หลักแห่งความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของกฎหมายที่ได้กำหนด ขอบเขตการใช้อำนาจรัฐ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพแก่ ประชาชน กล่าวคือ หลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และสร้างความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐและสิทธิเสรีภาพของบุคคล อนึ่งการที่ฝ่ายนิติบัญญัติ จะตรากฎหมายที่มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องมีการพิจารณาอย่างรอบครอบถี่ถ้วนแล้ว ว่าการใช้มาตรการเช่นนั้นจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล มาตรการดังกล่าวสามารถทำให้บรรลุ ตามเป้าหมายที่ได้กำหนดไว้ได้หรือไม่<sup>82</sup> และเกิดผลกระทบต่อประชาชนน้อยที่สุดหรือไม่

ความหมายของหลักแห่งความได้สัดส่วน จากความเห็นของนักวิชาการของประเทศไทย ศาสตราจารย์ พิเศษ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ อธิบายความหมาย หลักความได้สัดส่วน ว่า เป็นหลักการขั้นพื้นฐาน ของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจ บังคับให้ ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ

<sup>80</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2566). *นิติธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://dictionary.orst.go.th/>. [2566, 4 มิถุนายน].

<sup>81</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2557). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ เดือนตุลา. หน้า 196-197.

<sup>82</sup> กิติมา แก้วนะรา. (2559). *หลักความได้สัดส่วนกับบทกำหนดโทษที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำความผิดในคดีอา เซพติดให้โทษ: ศึกษากรณีแอมเฟตามีน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ ปรินซ์ ปณงยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

และถือว่าหลักความได้สัดส่วน เป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ<sup>83</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ อธิบายความหมาย หลักความได้สัดส่วน ตามกฎหมายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีว่าเป็นหลักการที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลายอันมีผลสมบูรณ์หรือ ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐนั้น ๆ โดยมีสาระสำคัญอยู่ 3 ประการ คือ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ<sup>84</sup>

หลักความได้สัดส่วน มีรากฐานมาจากหลักความยุติธรรม กล่าวคือ หลักความได้สัดส่วนนั้น เป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคล และความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวม

อนึ่งหลักความได้สัดส่วนมีสาระสำคัญ 3 ประการ<sup>85</sup> ดังนี้

1) หลักความเหมาะสม กล่าวคือ หลักความเหมาะสมของมาตรการหรือวิธีการใดที่เหมาะสมคือมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายที่กำหนดไว้ได้

2) หลักความจำเป็น กล่าวคือ มาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสม ที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด เท่านั้นที่เป็นมาตรการที่จำเป็น ซึ่งการตรวจสอบความจำเป็นของมาตรการใดมีเงื่อนไขพื้นฐานอยู่ที่การพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการนั้น ดังนั้น มาตรการเดียวเท่านั้น ที่จะเป็นมาตรการที่จำเป็น

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ มาตรการหรือวิธีการใดต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ มาตรการนั้นต้องเหมาะสมและจำเป็น โดยต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของ

<sup>83</sup> ปราณี สุขศรี. (2566). *หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด: ศึกษาหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament\\_parcy/download/admincourt\\_journal/everyorganization/68.pdf](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/admincourt_journal/everyorganization/68.pdf). [2566, 4 มิถุนายน].

<sup>84</sup> ปราณี สุขศรี. (2566). *หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด: ศึกษาหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament\\_parcy/download/admincourt\\_journal/everyorganization/68.pdf](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/admincourt_journal/everyorganization/68.pdf). [2566, 4 มิถุนายน].

<sup>85</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 34. หน้า 282.

ส่วนรวม และความสูญเสียผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ซึ่งหากมาตรการใดเกิดผลประโยชน์แก่ส่วนรวมน้อยกว่าการที่บุคคลต้องสูญเสียผลประโยชน์ มาตรการดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้

กล่าวโดยสรุป ประเทศไทยมีการนำหลักความได้สัดส่วนเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล นอกจากนั้นยังเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการกระทำทางปกครอง<sup>86</sup>

ดังนั้น หลักแห่งความได้สัดส่วน เป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และเป็นหลักการสร้างความสมดุลระหว่างรัฐและสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยคำนึงเกี่ยวกับหลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ อีกทั้งหลักความได้สัดส่วน เป็นหลักการในการตรวจสอบกฎหมายซึ่งจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ประกอบกับการนำหลักความได้สัดส่วนมาตรวจสอบการกระทำทางปกครอง

---

<sup>86</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 34. หน้า 293-294.