

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์ในกรณี เจ้าของอวัยวะยังมีชีวิตให้ความยินยอม

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาโดยการทบทวนงานวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องในบทที่ 2 และบทที่ 3 ปรากฏว่าประเทศไทยมีจำนวนผู้ที่ต้องการอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายอยู่เป็นจำนวนไม่น้อย ซึ่งยังไม่มีกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการค้าอวัยวะเป็นการเฉพาะ มีเพียงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักทั่วไปที่เกี่ยวกับการซื้อขาย พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ที่วางหลักเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ในลักษณะทั่วไป ซึ่งหากเปรียบเทียบกับการค้ามนุษย์ในลักษณะอื่นที่มีกฎหมายเฉพาะเรื่องนั้น ๆ วางหลักเกี่ยวกับองค์ประกอบของความผิดไว้ เช่น ในการค้ามนุษย์เพื่อการค้าประเวณี ซึ่งมีการกำหนดลักษณะของความผิดไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 และการค้ามนุษย์เพื่อนำคนมาขอทาน มีการกำหนดลักษณะของความผิดและข้อยกเว้นไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมการขอทาน พ.ศ. 2559 และหากพิจารณามาตรการกฎหมายของต่างประเทศแล้ว พบว่ามีมาตรการทางกฎหมายวางหลักแนวทางและข้อยกเว้นเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์ไว้เป็นการชัดเจน ซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของการค้าอวัยวะมนุษย์ไว้ใกล้เคียงกัน ดังนั้น ในบทนี้จึงมีประเด็นปัญหาที่สำคัญแก่การวิเคราะห์ทั้งสิ้น 3 ประเด็นปัญหา ซึ่งประกอบด้วย

- 1) ปัญหาในการนิยามการค้าอวัยวะของมนุษย์
 - 2) ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับรูปแบบการควบคุมการค้าอวัยวะ
 - 3) ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับบทกำหนดโทษเกี่ยวกับการค้าอวัยวะ
- โดยมีรายละเอียดตามประเด็นปัญหา ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาในการนิยามการค้าอวัยวะของมนุษย์

จากการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเรื่องของการซื้อขายนั้น เป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับการซื้อขาย หนึ่งในความผิดฐานค้ามนุษย์นั้น โดยในปัจจุบันได้มีการกำหนดลักษณะของการกระทำความผิดไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ซึ่งในการกระทำผิดนั้นต้องมีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ การค้ามนุษย์เพื่อการค้าประเวณี ซึ่งมีการกำหนดลักษณะของความผิดไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 และการค้ามนุษย์เพื่อนำคนมาขอทาน มีการกำหนดลักษณะของความผิดไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมการขอทาน พ.ศ. 2559

อย่างไรก็ตาม ที่เป็นปัญหาของการค้าอวัยวะมนุษย์คือ หากวิเคราะห์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเรื่องของการซื้อขายนั้น เป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับการซื้อขาย อีกทั้งหากพิจารณาตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 เป็นเพียงการกำหนดลักษณะของความผิดฐานค้ามนุษย์ทั่วไป ซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการค้าอวัยวะของมนุษย์ในด้านของลักษณะในการกระทำ เงื่อนไขหรือข้อยกเว้น แม้จากข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม มีการกำหนดหลักเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์ไว้ แต่ข้อบังคับดังกล่าวเป็นหลักที่ใช้ในการดำเนินงานเกี่ยวกับวิชาชีพเวชกรรม ไม่บังคับใช้กับบุคคลเป็นการทั่วไป จึงส่งผลให้การค้าอวัยวะมนุษย์เพื่อการปลูกถ่ายในกรณีที่เจ้าของอวัยวะให้ความยินยอมนั้นยังขาดความชัดเจน และไม่มีมาตรการในการควบคุมการค้าอวัยวะมนุษย์

นอกจากนั้นบทบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับการให้คำนิยามในการค้าอวัยวะมนุษย์ได้มีการอ้างถึงในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 มีการอ้างไว้ในความหมายของคำว่า แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ซึ่งมีการบัญญัติไว้โดยใช้คำว่า การตัดอวัยวะเพื่อการค้า อนึ่งการค้าอวัยวะที่เป็นความผิดฐานค้ามนุษย์ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์นั้น ต้องเป็นการค้ามนุษย์โดยมีเจตนาพิเศษในการแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบ ในกรณีดังกล่าวคือ การตัดอวัยวะเพื่อการค้า และมีข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม ให้คำนิยามการปลูกถ่ายอวัยวะ แต่ข้อบังคับดังกล่าวเป็นข้อบังคับที่ใช้เฉพาะผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น

การค้าอวัยวะมนุษย์ ตามทฤษฎีอรรถประโยชน์ ซึ่งมีแนวคิดที่ยอมรับเกี่ยวกับผลประโยชน์จำนวนมากที่สุดต่อคนจำนวนมากที่สุด เป็นสิ่งที่ถูกต้อง จึงเห็นได้ว่า การปลูกถ่ายอวัยวะนั้น สามารถกระทำได้ในกรณีอวัยวะที่มาจากบุคคลที่สมองตาย หรืออวัยวะที่มาจาก

บุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งลักษณะของการค้าอวัยวะมนุษย์นั้น มีทั้งการทอ้งที่ขวเพื่อการปลูกถ่าย การค้ามนุษย์เพื่อบังคับตัดอวัยวะ การค้าอวัยวะอย่างถูกกฎหมาย อีกทั้งการค้าอวัยวะมนุษย์โดยมีค่าตอบแทนนั้น สามารถจำแนกได้คือ การปลูกถ่ายอวัยวะที่มีค่าตอบแทนเป็นค่าอวัยวะ การปลูกถ่ายอวัยวะที่มีค่าตอบแทนเป็นค่าใช้จ่ายอย่างอื่น ประกอบกับการค้าอวัยวะมนุษย์นั้น เป็นการซื้อขายอวัยวะหรือชิ้นส่วนของร่างกายบุคคล ซึ่งต้องคำนึงเกี่ยวกับหลักสิทธิเสรีภาพ อีกทั้งหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยเป็นการตระหนักถึงผลระหว่างสิทธิเสรีภาพในการตัดสินใจของเจ้าของอวัยวะในการทำการซื้อขาย และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งถือว่าการค้าอวัยวะนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่หากก่อให้เกิดประโยชน์ในการรักษา และเป็นการช่วยชีวิตบุคคลอื่น โดยแนวความคิดการคำนึงถึงประโยชน์จำนวนมากที่สุด เป็นพื้นฐานของแนวคิดอรรถประโยชน์นิยม

เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายของระหว่างประเทศ เห็นได้ว่า หลักปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นหลักการเพื่อใช้ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ โดยมีการวางหลักให้บุคคลทุกคนมีสิทธิในการมีชีวิต เสรีภาพ ความมั่นคงแห่งบุคคล และการมีคุณภาพชีวิตที่ดี มีสุขภาพดี กล่าวคือ ได้รับการดูแลรักษาทางการแพทย์

นอกจากนั้นตามกฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์ และกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์พบว่า มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์ไว้เป็นการเฉพาะ โดยกฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ซึ่งมี Human Organ Transplant Act 1987 กำหนดนิยามเกี่ยวกับอวัยวะ โดยให้นิยามว่าอวัยวะใด ๆ ของร่างกายมนุษย์ และคำนิยามของการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคที่มีชีวิต หมายความว่า การนำอวัยวะใดอวัยวะหนึ่งออกจากร่างกายของผู้ที่มีชีวิตใด ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ในการปลูกถ่ายอวัยวะนั้นเข้าสู่ร่างกายของบุคคลอื่นที่มีชีวิต และในกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ ซึ่งมี Human Tissue Act 1983 ได้มีการนิยามคำว่าเนื้อเยื่อ โดยรวมถึง อวัยวะหรือส่วนหนึ่งของร่างกายมนุษย์และสารที่สกัดจากหรือจากส่วนหนึ่งของร่างกายมนุษย์ อนึ่งทั้งกฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์ และกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ ต่างก็มีการวางหลักในการห้ามซื้อขายอวัยวะ

ดังนั้น หากปัญหาในการนิยามการค้าอวัยวะของมนุษย์ของประเทศไทย มีการกำหนดเกี่ยวกับนิยามของการค้าอวัยวะมนุษย์ ย่อมทำให้เกิดความชัดเจน และเป็นประโยชน์กับประชาชน ในการประพฤติปฏิบัติตนภายใต้กฎหมาย ซึ่งสอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศที่มีการตราพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์โดยเฉพาะ โดยมีการคำนึงถึงสิทธิมนุษยชน และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเจ้าของอวัยวะ กับการมีชีวิตอยู่ต่อของผู้รับอวัยวะเพื่อการปลูกถ่าย

4.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับรูปแบบการควบคุมการค้าอวัยวะ

จากการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 453 ซึ่งมีการวางหลัก ถึงการซื้อขายอวัยวะสิ้นทั่วไป โดยเป็นเรื่องของการ โอนกรรมสิทธิ์ในอวัยวะและต้องมีการใช้ราคาสำหรับอวัยวะนั้น และในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 เป็นเพียงการกำหนดการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ในลักษณะทั่วไป ซึ่งไม่ได้มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์ไว้โดยเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม ที่เป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับรูปแบบการควบคุมการค้าอวัยวะคือ เนื่องจากการซื้อขายอวัยวะมนุษย์ เป็นเรื่องระหว่างเจ้าของอวัยวะกับผู้ที่ต้องการการปลูกถ่ายอวัยวะ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการแสดงเจตนาระหว่างบุคคล อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันยังไม่มีหลักเกณฑ์ใดกำหนดเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์ไว้อย่างชัดเจน ส่งผลให้ในปัจจุบันหากมีการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นถือว่าเป็นความผิด ดังนั้น หากมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบการค้าอวัยวะมนุษย์อย่างชัดเจน อาจส่งผลให้การซื้อขายอวัยวะมีการควบคุมและเป็นไปอย่างชอบธรรม

สอดคล้องแนวคิดเกี่ยวกับรูปแบบการค้าอวัยวะ ซึ่งกำหนดว่า การค้าอวัยวะมนุษย์นั้นต้องคำนึงเกี่ยวกับหลักสิทธิเสรีภาพ กล่าวคือ บุคคลทุกคนมีสิทธิเสรีภาพในการกระทำของตนที่ไม่กระทบต่อสิทธิของผู้อื่น อีกทั้งหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ เป็นการรับรองคุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่เป็นสิทธิเฉพาะตัวของมนุษย์ โดยถือว่าบุคคลทุกคนมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน และหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวคือ เป็นหลักที่ทำให้สังคมหรือประเทศชาติสงบสุข โดยมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการ ในการอยู่ร่วมกัน ดังนั้น การค้าอวัยวะมนุษย์นั้น เป็นการตระหนักถึงผลระหว่างด้านหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และในด้านหลักสิทธิเสรีภาพในการแสดงเจตนาในการทำการซื้อขาย ประกอบกับหากวิเคราะห์จากทฤษฎีอรรถประโยชน์ โดยมีแนวคิดเกี่ยวกับการคำนึงถึงประโยชน์จำนวนมากที่สุด ซึ่งเป็นการมุ่งเน้นถึงผลลัพธ์ของการกระทำ หากการกระทำนั้นสร้างความสุขสูงสุด ให้แก่ผู้คนจำนวนมากที่สุด การกระทำนั้นก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ดีและถูกต้อง จะเห็นว่าการค้าอวัยวะมนุษย์นั้นสอดคล้องกับทฤษฎีดังกล่าว กล่าวคือ การที่บุคคลสามารถได้รับค่าตอบแทนเป็นตัวเงินนั้นเป็นประโยชน์จำนวนมากที่สุดในสังคม เฉพาะในกรณีค่าตอบแทนหรือประโยชน์อื่นใดตามความเหมาะสม เนื่องจากเจ้าของอวัยวะที่มีชีวิตยังคงมีชีวิตต่อไปได้ และก่อให้เกิดประโยชน์จากผู้ที่ต้องการอวัยวะเพื่อใช้ในการปลูกถ่าย

หากวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน ซึ่งในปัจจุบันไม่มีจำนวนผู้รับการปลูกถ่ายไต¹ ซึ่งประเทศอิหร่านมีการจัดตั้งระบบการปลูกถ่ายไตอย่างถูกกฎหมาย ซึ่งเป็นระบบที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐบาล ทำหน้าที่ในการควบคุมและสนับสนุนเงินทุนแก่กระบวนการปลูกถ่าย พร้อมทั้งมีการให้ค่าชดเชยแก่ผู้บริจาคอวัยวะ มีการจัดตั้งสมาคมอิสระเพื่อจัดการติดต่อระหว่างผู้บริจาคและผู้รับ² อนึ่งรัฐบาลเป็นผู้ให้การสนับสนุนในการจ่ายค่าผ่าตัดและผู้บริจาคจะได้รับความคุ้มครองด้านสุขภาพและได้รับอัตราค่าประกันสุขภาพจากโรงพยาบาลของรัฐ ซึ่งระบบดังกล่าวแตกต่างจากระบบการบริจาคอวัยวะของประเทศอื่น โดยสาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน มีการอนุญาตให้จ่ายเงินอย่างเปิดเผย ในปี พ.ศ. 2543 สาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน ได้จัดตั้งหน่วยงานควบคุมอวัยวะมนุษย์สำหรับประชาชนชาวอิหร่าน กล่าวโดยสรุป ประเทศอิหร่านเป็นเพียงประเทศเดียวในโลกที่เปิดให้มีการค้าอวัยวะมนุษย์อย่างเสรีแบบถูกกฎหมาย โดยมีการตั้งหน่วยงานหรือองค์กรของภาครัฐเพื่อควบคุมการค้าอวัยวะมนุษย์ สำหรับประชาชนสัญชาติอิหร่านเท่านั้น

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของระหว่างประเทศ เห็นได้ว่าหลักการองค์การอนามัยโลกว่าด้วยการปลูกถ่ายเซลล์ เนื้อเยื่อ และอวัยวะ วางหลักเกี่ยวกับการบริจาคอวัยวะว่า ควรมีการบริจาคโดยไม่มีค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์เป็นเงิน แต่หลักการดังกล่าวสามารถมีการให้ชดเชยเงินเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายอันจำเป็นตามสมควรซึ่งเกิดขึ้นจากการบริจาคอวัยวะได้ อีกทั้งในกรณีที่เจ้าของอวัยวะยังมีชีวิตอยู่ มีการให้ความสำคัญเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับอวัยวะ และเจ้าของอวัยวะที่เป็นผู้บริจาค กล่าวคือ ผู้บริจาคที่มีชีวิตควรมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม ทางกฎหมาย หรือทางความรู้สึก ซึ่งสอดคล้องกับพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาของสภายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและชีวการแพทย์เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะและเนื้อเยื่อที่มีต้นกำเนิดมาจากมนุษย์ โดยห้ามรับผลประโยชน์ หรือห้ามรับเงิน จากการบริจาคร่างกายหรือบริจาคอวัยวะส่วนต่าง ๆ แต่มีข้อยกเว้นให้ผู้บริจาคสามารถรับเงินชดเชยได้ เช่น ค่ารักษาพยาบาล ค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่เกิดความเสียหายมากเกินควร เนื่องจากผู้บริจาคต้องดำรงชีวิตสำหรับการสูญเสียรายได้และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ จากการนำอวัยวะออกจากร่างกาย

¹ 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].

² 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].

ส่วนกฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์พบว่า มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์คือ Human Organ Transplant Act 1987 ซึ่งเป็นการวางหลักเกี่ยวกับการห้ามซื้อขายอวัยวะและเลือด กล่าวคือ การให้หรือรับค่าตอบแทนจากการที่บุคคลปลูกถ่ายอวัยวะไปยังอีกบุคคลหนึ่ง แต่มีการบัญญัติข้อยกเว้นเกี่ยวกับการชดเชยค่าใช้จ่ายที่จำเป็นซึ่งเกิดขึ้น หรือการสูญเสียรายได้ที่อาจเกิดขึ้น อันเป็นผลมาจากการบริจาคอวัยวะเท่านั้น โดยในสาธารณรัฐสิงคโปร์ยอมรับให้มีการปลูกถ่ายอวัยวะจากเจ้าของอวัยวะที่ไม่มีความสัมพันธ์กันได้ กล่าวคือ บุคคลทั่วไปอาจบริจาคอวัยวะให้กับผู้ป่วยรายใดก็ได้ ซึ่งเป็นการเพิ่มโอกาสในการได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะเพื่อการรักษา และกฎหมายเครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าอวัยวะคือ Human Tissue Act 1983 No 164 เป็นการวางหลักเกี่ยวกับการห้ามซื้อขายอวัยวะ และมีการวางหลักเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของสัญญาที่เกี่ยวกับการซื้อขายอวัยวะ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายดังกล่าวมีการวางหลักข้อยกเว้นในการได้รับค่าใช้จ่ายอันจำเป็นตามสมควรได้

ตารางที่ 4.1 เปรียบเทียบรูปแบบการควบคุมการค้าอวัยวะของต่างประเทศ กับประเทศไทย

หัวข้อ	มาตรการทางกฎหมาย	รูปแบบการควบคุม	ค่าตอบแทนอย่างอื่น	ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของอวัยวะและผู้ที่ต้องการอวัยวะ	การโฆษณาเกี่ยวกับการค้าอวัยวะ
ประเทศ					
หลักการขององค์การอนามัยโลก	Who Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation	การห้ามไม่ให้มีการจ่ายค่าตอบแทนสำหรับเป็นค่าอวัยวะที่ใช้ในการปลูกถ่าย	การชดใช้เงินเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายอันจำเป็นตามสมควรซึ่งเกิดขึ้นจากการนำอวัยวะออกจากร่างกาย	ผู้บริจาคที่มีชีวิตควรมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม ทางกฎหมาย หรือทางความรู้สึกกับผู้รับบริจาค	ห้ามโฆษณาเซลล์เนื้อเยื่อหรืออวัยวะโดยมีจุดประสงค์ในการแสวงหา ค่าตอบแทน
พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาของสภายุโรป	Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin	การห้ามรับผลประโยชน์ทางการเงินเกี่ยวกับการค้าอวัยวะ	- ค่าชดเชยเนื่องจากการสูญเสียรายได้ - ค่าธรรมเนียม การเข้ารับบริการทางการแพทย์ - ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีที่เกิดความเสียหายมากเกินควร	-	ห้ามโฆษณาหรือแสวงหาผลประโยชน์ทางการเงินจากอวัยวะมนุษย์
สาธารณรัฐสิงคโปร์	Human Organ Transplant Act 1987	การซื้อหรือขายอวัยวะหรือเลือดถือเป็นโมฆะ	ค่าใช้จ่ายซึ่งอาจเกิดขึ้นอย่างสมเหตุสมผล เช่น การเคลื่อนย้าย การขนส่ง ค่าเดินทาง ค่าที่พัก ค่าช่วยเหลือการทำงาน	เจ้าของอวัยวะและผู้รับที่ไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันสามารถกระทำได้	ห้ามโฆษณาเกี่ยวกับการซื้อหรือขายอวัยวะหรือเลือด

หัวข้อ	มาตรการทางกฎหมาย	รูปแบบการควบคุม	คำตอบแทนอย่างอื่น	ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของอวัยวะและผู้ที่ต้องการอวัยวะ	การโฆษณาเกี่ยวกับการค้าอวัยวะ
ประเทศ					
เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์	Human Tissue Act 1983	ห้ามซื้อขายเนื้อเยื่อ ซึ่งรวมถึงอวัยวะ มนุษย์ด้วย	การชดใช้ค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่ จำเป็นซึ่งเกิดขึ้นจากการ ปลูกถ่ายอวัยวะ	-	-
ประเทศไทย	- ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ - พระราชบัญญัติป้องกัน และปราบปรามการค้า มนุษย์ พ.ศ. 2551 - ข้อบังคับแพทยสภาว่า ด้วยการรักษาจริยธรรม แห่งวิชาชีพเวชกรรม	ไม่มีกำหนดไว้เป็น การเฉพาะ	-	จากข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วย การรักษาจริยธรรมแห่ง วิชาชีพเวชกรรม - ผู้บริจาคต้องมีความสัมพันธ์ ทางสายโลหิต หรือมีความ สัมพันธ์ทางพันธุกรรม - ต้องเป็น สามี ภรรยาที่จดทะเบียน สมรสถูกต้องตาม กฎหมายมาแล้วอย่างน้อย 3 ปี หรืออยู่กิน โดยเปิดเผยนั้นสามี ภรรยาอย่างน้อย 3 ปี หรือกรณี สามีภริยาที่มีบุตรร่วมกัน	-

จากตารางเปรียบเทียบข้างต้น เห็นได้ว่า หลักการขององค์การอนามัยโลก พิจารณาเพิ่มเติม อนุสัญญาของสภายุโรป กฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์ และกฎหมายเครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ มีรูปแบบสอดคล้องกัน เกี่ยวกับการรับเงินค่าชดเชย โดยผู้บริจาคมวยะได้รับ ค่าชดเชยตามความเหมาะสม แต่กฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์เปิดกว้างกว่าของหลักการของ องค์การอนามัยโลกเกี่ยวกับบุคคลผู้บริจาคและผู้รับบริจาค โดยองค์การอนามัยโลกมีหลักว่า ผู้บริจาคที่มีชีวิตและผู้รับบริจาค ควรมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม ทางกฎหมาย หรือทาง ความรู้สึก แต่กฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์กำหนดว่า ผู้บริจาคมวยะสามารถบริจาคมวยะ ให้แก่บุคคลทั่วไปได้ ไม่ได้จำกัดสิทธิเฉพาะผู้ที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม ทางกฎหมายหรือ ทางความรู้สึก ดังเช่นหลักการขององค์การอนามัยโลก

โดยประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมการค้าอวัยวะ คือ ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ เป็นการวางหลักในเรื่องการซื้อขายทรัพย์สินทั่วไป การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ซึ่ง ต้องมีการใช้ราคาสำหรับทรัพย์สินนั้น และในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 เป็นเพียงการกำหนดการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ในลักษณะทั่วไป ซึ่งไม่ได้มีการ กำหนดความผิดเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์ไว้โดยเฉพาะ อีกทั้งข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการ รักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม เป็นข้อบังคับที่ใช้ในการดำเนินงานเกี่ยวกับวิชาชีพเวชกรรม ไม่บังคับใช้กับบุคคลทั่วไป

ดังนั้น รูปแบบการควบคุมการค้าอวัยวะในประเทศไทย หากพัฒนาแก้ไข เพื่อให้ สอดคล้องตามรูปแบบของกฎหมายสาธารณรัฐสิงคโปร์ โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ รูปแบบการควบคุมการค้าอวัยวะเป็นการเฉพาะ ซึ่งประกอบด้วย หลักเกณฑ์ในเรื่องของการให้ ความยินยอมของเจ้าของอวัยวะ และการยอมรับให้มีการปลูกถ่ายอวัยวะจากบุคคลทั่วไป โดย เจ้าของอวัยวะที่ไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันทางพันธุกรรมหรือทางกฎหมาย อีกทั้งหลักการ องค์การอนามัยโลกว่าด้วยการปลูกถ่ายเซลล์ เนื้อเยื่อ และอวัยวะมนุษย์ และพิจารณาเพิ่มเติม อนุสัญญาของสภายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและชีวิตการแพทย์เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะและ เนื้อเยื่อที่มีต้นกำเนิดมาจากมนุษย์ และกฎหมายเกี่ยวกับการค้าอวัยวะของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ต่าง ไม่ยอมรับให้มีการค้าอวัยวะของมนุษย์ แต่อย่างไรก็ตามมีการกำหนดข้อยกเว้นในการรับค่าชดเชย เป็นค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์เป็นตัวแทนได้ในบางกรณี ซึ่งเป็นค่าสูญเสียรายได้ และค่าใช้จ่าย ที่เหมาะสมจากการปลูกถ่ายอวัยวะ เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับจำนวนผู้รอรับอวัยวะเพื่อ ใช้ในการปลูกถ่าย โดยเงื่อนไขการรับค่าชดเชย เป็นค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์เป็นตัวแทน จากการบริจาคมวยะนั้น สอดคล้องกับระบบการค้าไตเสรีของสาธารณรัฐอิสลามอิหร่านที่ถูกต้อง

ตามกฎหมาย ส่งผลให้ในปัจจุบันสาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน ไม่มีผู้รอรับอวัยวะเพื่อใช้ในการปลูกถ่าย

4.3 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับบทกำหนดโทษเกี่ยวกับการค้าอวัยวะ

จากการศึกษากฎหมายของประเทศไทยนั้น พบว่าไม่ได้มีกฎหมายที่กำหนดโทษเกี่ยวกับการค้าอวัยวะไว้เป็นการเฉพาะ แต่มีกฎหมายและพระราชบัญญัติที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับ อาธิพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 52 ได้มีการกำหนดโทษเกี่ยวกับความผิดฐานการค้ามนุษย์ไว้ แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นการค้ามนุษย์โดยที่ไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลผู้เป็นเจ้าของอวัยวะ โดยเป็นการกล่าวถึงการค้ามนุษย์ในภาพรวม มิใช่เป็นการกำหนดโทษของการค้าอวัยวะมนุษย์เป็นการเฉพาะ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 เป็นการกำหนดโทษความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และมาตรา 297 กำหนดโทษของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายได้รับอันตรายสาหัส ซึ่งไม่ได้มีการกำหนดโทษทางอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานค้าอวัยวะมนุษย์ไว้เป็นการเฉพาะเช่นกัน

ประเด็นปัญหาการกำหนดโทษเกี่ยวกับการค้าอวัยวะคือ การควบคุมไม่ให้เกิดช่องว่างจนนำไปสู่การค้าอวัยวะมนุษย์ที่ไม่ชอบธรรม โดยการค้าอวัยวะมนุษย์เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องระหว่างผู้เป็นเจ้าของอวัยวะกับผู้ต้องการอวัยวะ นอกจากนี้ อาจจะมีบุคคลอื่น ๆ ที่อาจจะเกี่ยวข้องอีก กรณีเป็นการค้าอวัยวะที่เกิดจากการบังคับข่มขู่ การใช้ความรุนแรง การทำธุรกิจค้าอวัยวะเพื่อการท่องเที่ยวเพื่อปลูกถ่ายอวัยวะ การค้ากำไรเกินควร จึงต้องกำหนดมาตรการบทลงโทษไว้เพื่อควบคุมช่องว่างต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นในการค้าอวัยวะ

นอกจากนั้น แม้ว่าการค้าอวัยวะมนุษย์ในประเทศไทยมีกฎหมายที่กำหนดโทษที่เกี่ยวข้องกับการค้าอวัยวะมนุษย์ ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายมีการระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากมีการทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายได้รับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 10 ปี และปรับตั้งแต่ 10,000 บาทถึง 200,000 บาท และในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มีการกำหนดโทษในความผิดฐานค้ามนุษย์ ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ปีถึง 12 ปี และปรับตั้งแต่ 400,000 บาทถึง 1,200,000 บาท อย่างไรก็ตาม พบว่าไม่มีกฎหมายฉบับใดที่บัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดโทษเกี่ยวกับการค้าอวัยวะไว้เป็นการเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม ตามแนวคิดโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญานุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาเมื่อการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด และเป็นการกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ เมื่อการค้าอวัยวะมนุษย์ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็น

ความคิดที่ชัดเจน มีเพียงกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ที่สามารถกำหนดโทษของการค้าอวัยวะมนุษย์ได้แต่ไม่ครอบคลุม ซึ่งตามวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษ ซึ่งประกอบด้วย การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน หรือเพื่อการข่มขู่ เป็นการให้ผู้กระทำความผิดประสบกับความยากลำบาก เกิดความเกรงกลัว และการลงโทษเพื่อการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัย หรือเพื่อการปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำความผิด เป็นการลงโทษที่ต้องการให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดี โดยในการกำหนดโทษนั้นควรคำนึงถึงหลักความ ได้สัดส่วน กล่าวคือ ควรตระหนักถึงสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน สิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสังคมของรัฐกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน

หากวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ เห็นได้ว่า กฎหมายสาธารณรัฐสิงคโปร์ และกฎหมายเครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ มีการกำหนดโทษเกี่ยวกับผู้ที่ฝ่าฝืนกระทำการค้าอวัยวะมนุษย์ โดยกฎหมายสาธารณรัฐสิงคโปร์มีการกำหนดโทษในกรณีสูงสุดโดยต้องระวางปรับไม่เกิน 100,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ (ประมาณ 2,500,000 บาท) หรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายเพื่อขายหรือซื้ออวัยวะของมนุษย์ แต่กรณีฝ่าฝืนเกี่ยวกับการเข้าทำสัญญาหรือการใช้สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าอวัยวะมนุษย์มีการกำหนดโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ (ประมาณ 250,000 บาท) หรือจำคุกไม่เกิน 12 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ และกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ มีการกำหนดโทษสูงสุด 40 หน่วยโทษหรือจำคุก 6 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ เกี่ยวกับการที่บุคคลกระทำการเข้าทำสัญญาซื้อขายอวัยวะ ซึ่งกฎหมายของทั้งสองประเทศสอดคล้องกับหลักการองค์การอนามัยโลกว่าด้วยการปลูกถ่ายเซลล์ เนื้อเยื่อ และอวัยวะ และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาของสภายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและชีวิตการแพทย์เกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะและเนื้อเยื่อที่มีต้นกำเนิดมาจากมนุษย์ที่มีการกำหนดการห้ามซื้อขายอวัยวะของมนุษย์เป็นความผิด

ตารางที่ 4.2 ตารางบทกำหนดโทษของกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์

ประเทศ	กฎหมาย	ฐานความผิด	โทษหรือสภาพบังคับ
สาธารณรัฐสิงคโปร์	Human Organ Transplant Act 1987	การทำสัญญาและใช้บังคับสัญญา ที่ซื้อขายอวัยวะหรือเลือด	โทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ (ประมาณ 250,000 บาท) หรือจำคุก ระยะเวลาไม่เกิน 12 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ
		การซื้อหรือขายอวัยวะหรือเลือด	ระวางโทษปรับไม่เกิน 100,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ (ประมาณ 2,500,000 บาท) หรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ
เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์	Human Tissue Act 1983	ห้ามซื้อขายเนื้อเยื่อ ซึ่งรวมถึงอวัยวะด้วย	โทษสูงสุด 40 หน่วยโทษหรือจำคุก 6 เดือน หรือทั้งจำ ทั้งปรับ
ประเทศไทย	ประมวลกฎหมายอาญา	ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย	จำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
		ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส	จำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 10 ปี และปรับตั้งแต่ 10,000 บาท ถึง 200,000 บาท
	พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ 2551	ความผิดฐานค้ามนุษย์	จำคุกตั้งแต่ 4 ปี ถึง 12 ปี และปรับตั้งแต่ 400,000 บาท ถึง 1,200,000 บาท

จากตารางเปรียบเทียบข้างต้น เห็นได้ว่า Human Organ Transplant Act 1987 ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ซึ่งได้มีการกำหนดโทษไว้ 2 ระดับในความคิดเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์หรือเลือด โดยในการกำหนดโทษระดับแรก เป็นความผิดในการทำสัญญาและใช้บังคับสัญญาเกี่ยวกับการซื้อขายอวัยวะ เป็นการกำหนดโทษในลักษณะสถานเบา และในระดับที่สอง เป็นความผิดในการซื้อขายอวัยวะ กล่าวคือ การให้หรือเสนอให้ค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ในการซื้อขายอวัยวะ โดยเป็นการกำหนดโทษที่มีความรุนแรงกว่าในระดับแรก และในเครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ ซึ่งมี Human Tissue Act 1983 ในการกำหนดโทษเกี่ยวกับการซื้อขายเนื้อเยื่อ ซึ่งหมายความรวมถึงอวัยวะของมนุษย์ด้วย โดยในประเทศไทยนั้น เมื่อไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนในการกำหนดโทษเกี่ยวกับความผิดฐานค้าอวัยวะมนุษย์ เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ซึ่งมีอัตราโทษทางอาญาที่มีความรุนแรงแตกต่างกันมาก กล่าวคือ ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นหรือทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสนั้นตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นการกำหนดโทษของการกระทำในลักษณะทั่วไป ผู้กระทำจึงได้รับโทษน้อยกว่าการกระทำผิดฐานค้ามนุษย์ ซึ่งเป็นการมุ่งเน้นแสวงหาประโยชน์จากตัวมนุษย์

ดังนั้น บทกำหนดโทษเกี่ยวกับการค้าอวัยวะในประเทศไทย หากพัฒนาเพื่อให้สอดคล้องตามรูปแบบของกฎหมายสาธารณรัฐสิงคโปร์และกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ โดยควรตระหนักถึงความหลักแห่งความได้สัดส่วนในการกำหนดโทษทางอาญา เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ โดยการค้าอวัยวะมนุษย์โดยเจ้าของอวัยวะให้ความยินยอม เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องระหว่างผู้เป็นเจ้าของอวัยวะกับผู้ที่ต้องการอวัยวะ นอกจากนี้ อาจจะมีบุคคลอื่น ๆ ที่อาจจะเกี่ยวข้องอีก กรณีเป็นการค้าอวัยวะที่เกิดจากการบังคับข่มขู่ การใช้ความรุนแรง การทำธุรกิจค้าอวัยวะเพื่อการท่องเที่ยวเพื่อปลูกถ่ายอวัยวะ การค้ากำไรเกินควร จึงต้องกำหนดมาตรการบทลงโทษไว้ เพื่อควบคุมช่องว่างต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นในการค้าอวัยวะ ดังนั้น ในการกำหนดโทษเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์นั้น ควรมีการกำหนดโทษตามหลักความได้สัดส่วน

สรุป ดังที่ได้กล่าวถึงปัญหาเกี่ยวกับเกี่ยวกับการค้าอวัยวะมนุษย์ในกรณีเจ้าของอวัยวะยังมีชีวิตให้ความยินยอม ทั้ง 3 กรณีปัญหาข้างต้น อันประกอบด้วย 1. ปัญหาในการนิยามการค้าอวัยวะของมนุษย์ 2. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับรูปแบบการควบคุมการค้าอวัยวะ 3. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับบทกำหนดโทษเกี่ยวกับการค้าอวัยวะ ผู้เขียนพบว่า การค้าอวัยวะมนุษย์ หรือการบริจาคอวัยวะเพื่อการปลูกถ่ายโดยมีค่าตอบแทนนั้น หากพิจารณาตามกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบัน คือ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 และข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพ

เวชกรรม อาจเป็นช่องทางให้บุคคลอาศัยโอกาสที่ไม่มีกฎหมายเป็นการเฉพาะ เข้าแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบ