

Minors' consent: a case study on organ donation from living minors

Gunpirom Wisadsing*

Received 10 August 2020; Revised 27 August 2020; Accepted 2 September 2020

Abstract

The primary objective of this article is to study the criteria for organ donation consent from living minors, which includes the conditions and methods of minors' consent, the roles of parents' consent with minors, and the responsibility of relevant organizations to consider minors' consent for organ transplant donation. This article covers the comparative study of foreign laws in order to reflect an appropriate application of the laws to the Thai context.

The result of the study indicated that having only professional ethical principles as guidelines, on surgeons performing surgery to remove the organ from the living minor bodies, was not clear-cut for the purpose of medical donation, since it would be illegal due to the fact that minors were unable to make an autonomous decision as an adult in case of complicated circumstances. Nonetheless, it was unclear whether or not a charge of assault and battery shall be exempted from the physicians who perform organ donation transplantation procedure. If the principle of organ transplant donation of living minors was violated, a consequence would result on disciplinary actions, criminal liabilities, and civil liabilities, from general provisions as a punishment which might not be appropriate for the violation. In conclusion, this article would like to propose the inclusion of organ transplant donation consent criteria from living minors, parental consent, and organizations who have authority to evaluate or examine the consent of minors, to be prescribed as one chapter in the Organ Transplant Act, which is an equal hierarchy of law to Protection of Minor's Organ Donor and Transplant Surgeon Act, in order to protect living minors and transplant surgeons.

Keywords: organ donation, living minors, minors' consent, organ donation from minors

* This article is one of the part of thesis, "Minors' Consent: A Study into Organ Donation from Living Minors", Master of Laws, Criminal Law, Faculty of Law, Thammasat University, Corresponding author e-mail: gunpirompoogun@gmail.com

ความยินยอมของเด็ก : ศึกษากฎเกณฑ์การบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่าย ของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่

กรรกริรมย์ วิเศษสิงห์*

วันที่รับบทความ 10 สค.2563; วันแก้ไขบทความ 27 สค. 2563 ; วันตอบรับบทความ 2 กย.2563

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ โดยศึกษาการให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะ บทบาทการมีส่วนร่วมในการให้ความยินยอมของผู้ปกครอง และหน้าที่ขององค์กรผู้มีหน้าที่พิจารณาความยินยอมของผู้บริจาคเด็กในการบริจาคอวัยวะ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้อย่างเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย

ผลการศึกษาพบว่าในประเทศไทยมีเพียงมาตรการจริยธรรมทางวิชาชีพ อันไม่ชัดเจน เรื่องการกระทำของแพทย์ผู้ผ่าตัดนำอวัยวะออกจากร่างกายของผู้บริจาคเด็กมีเหตุยกเว้นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ ทั้งนี้เมื่อเด็กซึ่งอาจไม่สามารถเข้าใจหรือตัดสินใจในเรื่องที่มีความซับซ้อนได้ความยินยอมของเด็กจึงอาจไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายเนื่องจากมิได้ให้ความยินยอมตามหลักความเป็นอิสระในตนเอง (Autonomy) ทั้งนี้หากฝ่าฝืนหลักเกณฑ์การบริจาคอวัยวะในกรณีผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่มีเพียงบทลงโทษทางวินัยสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพ แพทย์ ความรับผิดชอบทางอาญา หรือแพ่งตามบททั่วไปซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความไม่เหมาะสม โดยงานวิจัยนี้จึงเสนอให้นำหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะกรณีผู้บริจาคเด็กขณะที่ผู้บริจาคยังมีชีวิตอยู่ บทบาทของผู้ปกครองเด็ก องค์กรผู้มิอำนาจประเมินหรือตรวจสอบการให้ความยินยอมของผู้บริจาคเด็ก มาบัญญัติไว้เป็นหนึ่งหมวดในกฎหมายว่าด้วยการปลูกถ่ายอวัยวะซึ่งเป็นกฎหมายในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติเพื่อคุ้มครองผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ และแพทย์ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะ

คำสำคัญ : การบริจาคอวัยวะ; ผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่; ความยินยอมของเด็ก; การปลูกถ่ายอวัยวะจากเด็ก

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์เรื่อง “ความยินยอมของเด็ก : ศึกษากฎเกณฑ์การบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ผู้รับผิดชอบบทความวิจัย ติดต่อ: gunpirompoogun@email.com

1.บทนำ (introduction)

1.1 ความสำคัญของปัญหา

การปลูกถ่ายอวัยวะ (Organ transplantation) เป็นวิธีการที่ช่วยทำให้ผู้ป่วยที่มีความบกพร่องของอวัยวะภายในร่างกายเนื่องจากอวัยวะภายในร่างกายบางอย่างทำงานบกพร่องหรืออาจจะไม่สามารถทำงานได้เลยมีความหวังมากขึ้นที่จะหายจากความบกพร่องเหล่านั้น ซึ่งเป็นความก้าวหน้าทางเทคนิคศัลยศาสตร์และได้รับการยอมรับทางการแพทย์อย่างแพร่หลายในระดับสากล โดยการปลูกถ่ายอวัยวะ คือ การย้ายอวัยวะจากร่างหนึ่งไปสู่อีกร่างหนึ่ง หรือ จากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งในผู้ป่วยคนเดียวกัน เพื่อแทนที่อวัยวะที่เสียหายหรือขาดไป ซึ่งวิทยาการดังกล่าวพัฒนาขึ้นมาและประสบความสำเร็จมากขึ้นในปัจจุบัน

ทั้งนี้การปลูกถ่ายอวัยวะมี 2 แหล่งที่มาของอวัยวะ คือจากผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่กับผู้บริจาคที่เสียชีวิตไปแล้ว ซึ่งภายหลังประสบปัญหาสภาวะขาดแคลนอวัยวะ(Organ Shortage) เพิ่มมากขึ้นจึงมีความจำเป็นต้องใช้อวัยวะจากผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่เพิ่มมากขึ้น และในบางครั้งกรณีผู้ป่วยซึ่งรอรับบริจาคอวัยวะเป็นผู้ป่วยเด็กนั้น จึงมีความจำเป็นต้องใช้อวัยวะที่ได้มาจากผู้บริจาคเด็กเนื่องด้วยข้อจำกัดเรื่องขนาดของอวัยวะกับความเหมาะสมของร่างกายผู้ป่วย แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้บริจาคอวัยวะเป็นเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่อาจเกิดปัญหาในเรื่องการให้ความยินยอม เนื่องจากอาจเป็นความยินยอมอันไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย ทั้งนี้เพราะเด็กเป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอทางด้านร่างกายและจิตใจ ซึ่งอาจไม่สามารถเข้าใจในเรื่องที่มีความซับซ้อนได้อย่างครบถ้วน ตลอดจนปัจจัยอื่น ๆ เช่น เด็กอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง ส่งผลให้การตัดสินใจของเด็กได้รับอิทธิพลมาจากบิดามารดา จึงเป็นเหตุให้เด็กอาจถูกชักจูงได้ง่ายจากผู้ปกครอง ดังนั้นความยินยอมของเด็กจึงอาจเป็นความยินยอมอันมิชอบด้วยกฎหมายส่งผลให้แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดมีความรับผิดชอบในกรณีที่เกิดอันตรายกับชีวิตและร่างกายของเด็กผู้บริจาค จึงควรมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติเพื่อคุ้มครองการตัดสินใจให้ความยินยอมของผู้บริจาคเด็กในการบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายเพื่อให้ความยินยอมของเด็กเป็นไปโดยอิสระ และเพื่อคุ้มครองแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดเพื่อนำอวัยวะออกจากร่างกายผู้บริจาคอวัยวะมิให้มีความผิดตามกฎหมายด้วย

ทั้งนี้ในประเทศไทยยังมีได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติที่ชัดเจนในเรื่องการบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่าย จึงทำให้การผ่าตัดเพื่อนำอวัยวะออกจากร่างกายผู้บริจาคเด็กซึ่งเป็นการกระทำกับเนื้อตัวร่างกายของผู้บริจาคเด็ก

โดยตรง และแพทย์ผู้ผ่าตัดอาจเกิดความรับผิดชอบได้ เนื่องจากผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่มีร่างกายปกติสมบูรณ์มิใช่ผู้ป่วย การกระทำของแพทย์จึงมิใช่การบำบัดโรคอันมีกฎหมายให้อำนาจทำได้ และการให้ความยินยอมในการบำบัดรักษาโรคกับการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การเป็นการรักษาบำบัดเพื่อให้ร่างกายของผู้ป่วยดีขึ้น แต่การบริจาคอวัยวะอาจส่งผลให้ผู้บริจาคอาจต้องดูแลรักษาตัว ทั้งระบบการทำงานของร่างกายอาจแย่งอันเนื่องสูญเสียอวัยวะไปจากการบริจาคและการกระทำของแพทย์ในการนำอวัยวะออกจากร่างกายผู้บริจาคเป็นการกระทำที่ครอบงำประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้นความยินยอมที่สมบูรณ์ของเด็กจึงเป็นสิ่งที่สำคัญ ซึ่งต้องเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือความยินยอมต้องเป็นไปตามหลักความเป็นอิสระในตนเอง (Autonomy) หมายถึงความเป็นอิสระในการตัดสินใจในชีวิตร่างกายตนเองโดยปราศจากการแทรกแซงจากบุคคลอื่น และสามารถที่จะให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองตามหลักการให้ความเคารพบุคคล (Respect of persons) อีกทั้งต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ ปราศจากการข่มขู่ หลอกลวง หรือสำคัญผิด และผู้ให้ความยินยอมต้องเข้าใจสาระสำคัญของการบริจาคอวัยวะและผลกระทบที่จะเกิดกับร่างกายผู้บริจาคที่อาจจะได้รับอย่างชัดเจนจากแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดเพื่อประกอบการตัดสินใจในการยินยอมบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่าย ในกรณีผู้บริจาคเป็นเด็ก จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาความสามารถของเด็กในเรื่องความยินยอมที่สมบูรณ์สำหรับการบริจาคอวัยวะ เนื่องจาก อายุ สภาพสติปัญญา วุฒิภาวะ ประสบการณ์ ความเข้าใจ การเรียนรู้ ตลอดจนความสามารถในการตัดสินใจของเด็กอาจยังไม่มีคุณสมบัติเพียงพอ ไม่สามารถให้ความยินยอมในการกระทำต่อชีวิตเนื้อตัวร่างกายได้อย่างอิสระ ตามหลักความเป็นอิสระในตนเอง (Autonomy) ในหลายครั้งจึงจำเป็นที่ผู้ปกครองอาจเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจให้ความยินยอมแทนเด็กในกรณีต่าง ๆ หรือตัดสินใจร่วมกับเด็กด้วย

ดังนั้นเพื่อให้การให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะของเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และไม่กระทบสิทธิเสรีภาพในการตัดสินใจของเด็กที่ถูกรับรองไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งกำหนดให้เด็กมีเสรีภาพในการตัดสินใจทั้งต้องเคารพการตัดสินใจดังกล่าวด้วย จึงได้ศึกษาหลักเกณฑ์การบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ในต่างประเทศเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายในประเทศไทยต่อไป

อย่างไรก็ตามกฎหมายไทยกรณีการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ ในปัจจุบันไม่มีกฎหมายรับรองการกระทำดังกล่าวให้สามารถกระทำได้โดยชอบด้วย

กฎหมาย มีเพียงข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2545 และระเบียบสภาทนายความว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย 2545 ซึ่งมิได้มีสภาพบังคับในระดับเดียวกันกับพระราชบัญญัติ และเป็นเพียงมาตรการทางจริยธรรมวิชาชีพของแพทย์อันอาจส่งผลให้เกิดความไม่ชัดเจนในแนวทาง วิธีการ และเงื่อนไข ในการบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ได้

1.2 วัตถุประสงค์แห่งการวิจัย

1. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมและความสามารถในการให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ ทั้งวิธีการ และมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองการแสวงหาให้ความยินยอมของผู้บริจาคเด็กในการบริจาคอวัยวะ เพื่อให้ความยินยอมดังกล่าวเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย

3. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ทั้งวิธีการบัญญัติกฎหมาย และการบังคับใช้ในอังกฤษ สกอตแลนด์ และในฮ่องกง

1.3 วิธีการศึกษา

ในการศึกษาปัญหาดังกล่าวมีวิธีการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) บทบัญญัติกฎหมายทั้งกฎหมายประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ หนังสือและตำราทางวิชาการ และรายงานการศึกษาวิจัย รวมทั้งความคิดเห็นของนักวิชาการ เพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ปัญหาและเรียบเรียงให้เกิดองค์ความรู้ในการศึกษา ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการศึกษาดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

2.ผลการศึกษา (Results)

การให้ความยินยอมตามกฎหมาย โดยหลักการพื้นฐานในการให้ความยินยอมมาจากหลักความอิสระในตัวเอง (Autonomy) และหลักการเคารพในบุคคล (Respect of person) ดังนั้นความยินยอมอันชอบด้วยกฎหมายจึงประกอบด้วยความสมัครใจของตัวผู้เสียหายเอง มิได้เกิดโดยการ ช่มชู้ หลอกลวง หรืออิทธิพลอื่นใดอันทำให้ความยินยอมมิได้เกิดขึ้นโดยอิสระ ผู้ให้ความยินยอมต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม ทั้งนี้ ความสามารถของบุคคลแต่ละช่วงวัยมีความแตกต่างกันตามพัฒนาการทางสติปัญญาซึ่งเป็นพัฒนาการที่ทำให้สามารถวัดผลได้ว่าเด็กในช่วงวัยใดมีวุฒิภาวะเพียงพอที่สามารถตัดสินใจด้วยตนเองได้มากน้อยเพียงใด เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจของเด็กว่าเด็กสามารถคิดอย่างมีเหตุผล สามารถตั้งสมมติฐานและทฤษฎี เกิดกระบวนการ

ทางความคิดต่าง ๆ ในเรื่องที่ชอบใจได้เพียงใด นอกจากนี้ความสามารถในการตัดสินใจของเด็กก็ยังขึ้นอยู่กับสติปัญญาแต่ละบุคคล การเรียนรู้ และประสบการณ์ในการชั่งน้ำหนักหรือตัดสินใจต่อเรื่องใดเรื่องหนึ่งอันเป็นปัจจัยที่สำคัญของพัฒนาการดังกล่าว โดยจากการศึกษาพบว่าเด็กสามารถตัดสินใจให้ความยินยอมดังนี้

1. ในช่วงแรกเกิด-7 ปี เป็นช่วงวัยที่เด็กยังไม่สามารถสื่อสารหรือบอกกล่าวเจตนาารมณ์ของตนเองได้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากเด็กในช่วงวัยนี้ถือว่าเป็นเด็กที่เล็กมากและยังทำตามอารมณ์และความต้องการของตนเองเป็นหลัก มีสามารถคิดอย่างมีตรรกะหรือเหตุผลได้

2. อายุ 7-12 ปี เด็กมีพัฒนาการด้านสติปัญญาที่มีวุฒิภาวะสูงสุดในการคิดแบบผู้ใหญ่มากขึ้น และเริ่มเข้าใจข้อมูลที่มีความซับซ้อนได้มากขึ้น แต่ยังมีได้พัฒนาในระดับเทียบเท่าผู้ใหญ่

3. เด็กอายุ 12 ปีขึ้นไปสามารถตัดสินใจได้อย่างมีวุฒิภาวะเพียงพอและเหมาะสมใกล้เคียงกับผู้ใหญ่ ในช่วงวัยนี้จะสามารถคิดอย่างมีเหตุผล ตั้งสมมติฐานและทฤษฎี ตลอดจนเกิดความ คิดรวบยอดในสิ่งที่ป็นนามธรรมนอกเหนือจากที่ตามองเห็นได้อย่างสมบูรณ์

แต่อย่างไรก็ตามในการให้ความยินยอมของเด็กซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นบุคคลที่มีความเปราะบางจึงจำเป็นผู้ปกครองเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจให้ความยินยอมแทนเด็กในกรณีต่าง ๆ หรือตัดสินใจร่วมกับเด็กด้วยภายใต้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest) ซึ่งเป็นไปตามหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ดังนั้นจึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการบริจาคอวัยวะเพื่อมาชั่งน้ำหนักกับผลประโยชน์ที่เด็กจะได้รับ นอกจากนี้การให้ความยินยอมอันชอบด้วยกฎหมาย ความยินยอมนั้นต้องมีตลอดระยะเวลาที่ผู้กระทำได้กระทำด้วย โดยมีได้บอกถอนความยินยอมและต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย

ซึ่งการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายนั้นมีใช้การให้ความยินยอมในการบำบัดรักษาโรคของผู้ป่วย ดังนั้นการให้ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะจึงต้องเป็นไปตามหลักจริยธรรมทางการแพทย์ในการปลูกถ่ายอวัยวะ กล่าวคือ ต้องเคารพในความเป็นมนุษย์ของผู้บริจาคอวัยวะ ผู้บริจาคอวัยวะต้องมีความเป็นอิสระในตนเองในการตัดสินใจบริจาคอวัยวะ ผู้บริจาคอวัยวะต้องให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะด้วยความบริสุทธิ์ใจเห็นแก่ประโยชน์ของผู้อื่น ทั้งนี้ผู้บริจาคอวัยวะต้องได้ให้ความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย ดังนั้นในการบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ จึงมีประเด็นต้อง

พิจารณาการให้ความยินยอมของผู้บริจาคเด็กในการบริจาคอวัยวะว่าเป็นความยินยอม อันเกิดขึ้นขณะที่ผู้บริจาคเด็กมีความสามารถในการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายหรือไม่ เพื่อคุ้มครองความยินยอมของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

โดยกฎหมายในหลายประเทศได้ให้ความสำคัญและตระหนักถึงปัญหาการบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ จึงบัญญัติกฎหมายและกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินการปลูกถ่ายอวัยวะของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ที่มีความชัดเจน ดังนี้

2.1 อังกฤษ

ในอังกฤษใช้หลักเกณฑ์การปลูกถ่ายอวัยวะซึ่งเป็นกฎหมายแห่งสหราชอาณาจักรโดยกำหนดหลักเกณฑ์ Human Tissue Act 2004 ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับเดียวกันกับพระราชบัญญัติ โดยกำหนดให้เด็กที่มีศักยภาพเป็นผู้ใหญ่เพียงพอสามารถเป็นผู้บริจาคอวัยวะได้ ซึ่งในอังกฤษ เด็กหมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และการให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายนั้นผู้บริจาคเด็กต้องให้ความยินยอมที่เหมาะสม ภายใต้ความยินยอมของผู้ใช้อำนาจปกครอง ซึ่งหากเด็กมีความสามารถในการให้ความยินยอมอย่างสมบูรณ์แล้วความยินยอมของผู้ปกครองอาจไม่สำคัญอีกต่อไป ทั้งนี้โดยมี Human Tissue Authority (HTA) เป็นองค์กรผู้มีหน้าที่ประเมินตรวจสอบการให้ความยินยอมโดย ภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best interest) และความสามารถของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่เป็นไปตามมีหลักเกณฑ์ Gillick competence ซึ่งเป็นมาตรฐานในการพิจารณาความสามารถของผู้บริจาคเด็ก กล่าวคือ เด็กที่มีความสามารถในการตัดสินใจเองในการบริจาคอวัยวะต้องเป็นเด็กที่มีความเป็นผู้ใหญ่เพียงพอ (Sufficiently Mature) และมีสติปัญญา (Intelligent) ที่สามารถในการพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์และความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับตนเองหากบริจาคอวัยวะให้แก่ผู้อื่น โดยพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ทั้งนี้ในการบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ต้องได้รับการอนุมัติความยินยอมของเด็กโดยศาลด้วย เพื่อเป็นการคุ้มครองความยินยอมของเด็กซึ่งเป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอทางร่างกายและจิตใจอย่างเหมาะสม และหากฝ่าฝืนการให้ความยินยอมที่เหมาะสมในการบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ในอังกฤษนั้น มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ในการบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวส่งผลให้แพทย์มีอำนาจกระทำในกรณีผ่าตัดนำอวัยวะออกจากร่างกายของผู้บริจาคอวัยวะมิให้มีความผิดตามกฎหมายอาญา

2.2 สกอตแลนด์

ในสกอตแลนด์ใช้หลักเกณฑ์การบริจาคอวัยวะจากผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ของตนเอง Human Organ and Tissue Live Transplants (Scotland) Regulations 2006 ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ โดยนิยามความหมายคำว่า เด็ก หมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 บริบูรณ์ แต่อย่างไรก็ตามในสกอตแลนด์กำหนดห้ามการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ แต่ผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่สามารถบริจาคอวัยวะหรือเนื้อเยื่อบางอย่างที่สามารถเกิดขึ้นใหม่ได้ (Regenerative Tissue) ซึ่งมีได้ทำให้เกิดความเสี่ยงแก่ผู้บริจาคเด็กมากเท่านั้น เช่น ไชกระดูก และการบริจาคเซลล์ต้นกำเนิดที่ได้จากกระแสเลือด หรือการบริจาคแบบแบบโดมิโน (Domino Donation) ดังนั้นในสกอตแลนด์จึงมิได้ใช้หลักเกณฑ์ Gillick competence ในการพิจารณาความสามารถของเด็กแต่ใช้หลักเกณฑ์อายุที่ชัดเจนแทนเพื่อกำหนดความสามารถของผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่ และมี HTA ในการพิจารณาประเมินและตรวจสอบการให้ความยินยอมของเด็ก ทั้งนี้พิจารณาภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best Interests) เพื่อคุ้มครองการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ ทั้งนี้ในสกอตแลนด์ได้กำหนดบทลงโทษทางอาญากรณีฝ่าฝืนหลักเกณฑ์การบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่อย่างชัดเจน

2.3 ฮองกง

ในฮ่องกงหลักเกณฑ์การบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายถูกบัญญัติไว้ใน Human Organ Transplant Ordinance (Cap. 465) ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ โดยกำหนดห้ามผู้บริจาคเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี เป็นผู้บริจาคอวัยวะที่ยังมีชีวิตอยู่ในทุกกรณีอย่างชัดเจน ทั้งนี้หากฝ่าฝืนหลักเกณฑ์มีโทษทางอาญากำหนดไว้ในกฎหมายชัดเจน ดังนั้นในฮ่องกงใช้หลักเกณฑ์อายุเพื่อกำหนดความสามารถในการบริจาคอวัยวะโดยมิได้พิจารณาความสามารถเข้าใจกระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะ หรือศักยภาพในการให้ความยินยอมของเด็ก เนื่องจากในฮ่องกงมุ่งคุ้มครองเด็กอย่างเคร่งครัดโดยมองว่าเด็กเป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอในการให้ความยินยอมและยังไม่มีความสามารถทางสติปัญญาที่เพียงพอสำหรับการชั่งน้ำหนักระหว่าง ความเสี่ยงกับผลประโยชน์ในขั้นตอนที่อาจส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจ นอกจากนี้อาจมีอิทธิพลในการตัดสินใจจากความกดดันของครอบครัวเข้ามาแทรกแซงการตัดสินใจของเด็ก ดังนั้นจึงไม่ควรให้เด็กสามารถให้ความยินยอมด้วยตนเองได้ ทั้งนี้ให้ผู้ปกครองเป็นผู้ให้ความยินยอมแทนเด็กเพื่อบริจาคอวัยวะได้

เลยเนื่องจากผู้ปกครองอาจไม่สามารถทราบถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่แท้จริงได้ หรืออาจเกิดความขัดกันผลประโยชน์ระหว่างเด็กและผู้ปกครองได้

3. อภิปรายผล (Discussion)

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายกรณีผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ในต่างประเทศพบว่าประเทศไทยมีปัญหาในเรื่องความชัดเจนของกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายในประเด็นดังต่อไปนี้

3.1 คุณสมบัติของผู้บริจาคเด็กที่มีความสามารถในการบริจาคอวัยวะขณะที่ยังมีชีวิต

เนื่องจากในประเทศไทยไม่มีหลักเกณฑ์การบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายที่บัญญัติไว้ในกฎหมายระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ มีเพียงมาตรการทางจริยธรรมทางวิชาชีพซึ่งมิได้มีการกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์การบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ที่ชัดเจน กล่าวคือ ข้อบังคับว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งเวชกรรม พ.ศ.2549 ซึ่งกำหนดว่าผู้บริจาคอวัยวะที่ยังมีชีวิตอยู่ต้องเป็นบุคคลที่มีสุขภาพสมบูรณ์ และมีความเหมาะสมที่จะยินยอมบริจาคอวัยวะได้ นอกจากนี้ประกาศศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย เรื่องข้อห้ามต่อการบริจาคไตสำหรับผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตได้กำหนดข้อห้ามสำหรับการบริจาคไตกรณีผู้บริจาคยังมีชีวิตอยู่ (Absolute Contraindication) ซึ่งกำหนดกรณีการบริจาคไตของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ต้องได้รับการพิจารณาความสามารถให้ความยินยอมจากแพทย์ก่อน แต่อย่างไรก็ตามในหลักเกณฑ์ดังกล่าวมิได้กำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์มาตรฐาน และเงื่อนไขในการพิจารณาความสามารถของการบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่อย่างชัดเจน

ซึ่งหลักเกณฑ์การบริจาคอวัยวะในประเทศไทยมีความแตกต่างกับในต่างประเทศ ทั้งใน อังกฤษ สกอตแลนด์ และฮ่องกง ที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การบริจาคอวัยวะกรณีผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ ทั้งยังมีแนวปฏิบัติในการพิจารณาความสามารถของเด็กที่ชัดเจน เช่น อังกฤษ ที่ให้พิจารณาความสามารถตามพัฒนาการทางสติปัญญาในการตัดสินใจของเด็ก หรือในสกอตแลนด์และฮ่องกงที่ให้พิจารณาตามเกณฑ์อายุของเด็กที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้นหลักเกณฑ์การบริจาคอวัยวะกรณีดังกล่าวในประเทศไทยไม่ชัดเจนอันส่งผลต่อการให้ความยินยอมของเด็ก ซึ่งเป็นบุคคลเปราะบางและมีความอ่อนแอทางร่างกายและจิตใจและอาจไม่ได้รับการ

คุ้มครองอย่างเหมาะสม ตลอดจนแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดผู้บริจาคอวัยวะเพื่อนำอวัยวะ ออกจากร่างกายผู้บริจาคอาจมีความเสี่ยงในการมีความผิดทางอาญาเนื่องจากการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้บริจาคและครอบครัวประกอบความผิดตามกฎหมายอาญาด้วย

3.2 การมีส่วนร่วมในการให้ความยินยอมของผู้ใช้อำนาจปกครอง

ในประเทศไทยบทบาทของบิดามารดาหรือผู้ปกครองในการเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่มิได้ถูกบัญญัติโดยชัดเจนในหลักเกณฑ์การบริจาคอวัยวะ มีเพียงบทบัญญัติมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพ พ.ศ. 2550 ซึ่งได้บัญญัติให้ผู้ปกครองให้ความยินยอมแทนเด็กในความปกครองของตนเพื่อการรักษาของผู้ป่วยเด็กในทางการแพทย์ กรณีที่เด็กมีอายุต่ำกว่า 18 ปี แต่อย่างไรก็ตามกรณีการให้ความยินยอมในการรักษากับการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายมีความแตกต่างกัน เนื่องจากการบริจาคอวัยวะมิได้ทำให้ร่างกายของผู้บริจาคอวัยวะดีขึ้นจึงมิใช่การบำบัดโรคเนื่องจากผู้บริจาคอวัยวะมิใช่ผู้ป่วย ดังนั้นจึงสามารถนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาพิจารณาใช้กับกรณีการบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ได้

ทั้งนี้ในอังกฤษ ซึ่งผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่สามารถเป็นผู้บริจาคอวัยวะได้นั้นได้กำหนดบทบาทของผู้ปกครองในการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายซึ่งเป็นระดับเดียวกันกับพระราชบัญญัติ และแนวปฏิบัติของ HTA

3.3 องค์กรผู้ใช้อำนาจในการประเมินหรือตรวจสอบการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็ก

ในประเทศไทยระเบียบสภากาชาดไทยว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย พ.ศ. 2545 กำหนดให้สภากาชาดไทยเป็นองค์กรที่มีบทบาทในการควบคุมดูแลการปลูกถ่ายอวัยวะ ทั้งนี้ในระเบียบดังกล่าวซึ่งเป็นเพียงมาตรการทางวิชาชีพ อันมิได้มีสภาพบังคับในระดับเดียวกันกับพระราชบัญญัตินั้นมิได้กล่าวถึงบทบาทหน้าที่ของสภากาชาดหรือองค์กรอื่น ๆ ในการประเมินหรือตรวจสอบการให้ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะเพื่อคุ้มครองการให้ความยินยอมของผู้บริจาคเด็ก แต่กำหนดเพียงให้แพทย์เป็นผู้ประเมินผู้บริจาคเด็กก่อนบริจาคไตในประกาศศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย เรื่องข้อห้ามต่อการบริจาคไตสำหรับผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตกำหนดข้อห้ามสำหรับการบริจาคไตกรณีผู้บริจาคยังมีชีวิตอยู่ (Absolute Contraindication) เท่านั้น ส่งผลต่อความไม่ชัดเจนของอำนาจในการประเมินหรือตรวจสอบความยินยอมของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ในการบริจาคอวัยวะ และเกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้กฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตามในต่างประเทศได้กำหนดองค์กรซึ่งมีหน้าที่ในการตรวจสอบหรือประเมินความสามารถในการบริจาคอวัยวะไว้อย่างชัดเจน เช่น อังกฤษและสกอตแลนด์ มี Human Tissue Authority (HTA) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความอิสระ และประกอบด้วยผู้ที่มีความรู้ความสามารถที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคอวัยวะ และผู้ที่มีความสามารถในการสื่อสารกับเด็กได้อย่างเข้าใจ ซึ่งมีหน้าที่ให้ข้อมูลก่อนการบริจาคอวัยวะแก่ผู้บริจาคเด็กและประเมินตรวจสอบการให้ความยินยอมดังกล่าวด้วย ทั้งในฮ่องกงมี The Human Organ Transplant Board เช่นกัน ซึ่งเป็นองค์ในการควบคุมดูแลการปลูกถ่ายอวัยวะทั้งหมด แม้มิได้พิจารณาในเรื่องการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคเด็กเนื่องจากในฮ่องกงกำหนดห้ามเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่เป็นผู้บริจาคอวัยวะ

3.4 ปัญหาความยินยอมในการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคกับเหตุยกเว้นความรับผิดของแพทย์ผู้ทำการปลูกถ่าย

กรณีที่แพทย์ผ่าตัดร่างกายผู้บริจาคอวัยวะเพื่อนำอวัยวะออกจากร่างกายเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้บริจาคโดยตรงซึ่งผู้บริจาคเป็นผู้ที่มีร่างกายปกติ และการนำอวัยวะออกจากร่างกายเด็กอาจทำให้แพทย์ต้องมีความรับผิดในทางอาญาเนื่องจากการกระทำดังกล่าวครอบงำประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายให้เป็นอันตรายสาหัส ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 แม้แพทย์จะกระทำขอด้วยหลักเกณฑ์ในทางจริยธรรมทางวิชาชีพ แต่อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวมิได้มีความชัดเจนถึงเหตุยกเว้นความรับผิดในการดำเนินการบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายของที่ยังมีชีวิตอยู่ และมิได้มีการกฎหมายอื่น ๆ ให้อำนาจไว้จึงไม่สามารถอ้างหลักเกณฑ์ทางจริยธรรมวิชาชีพแพทย์มา เป็นเหตุให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้

โดยหากพิจารณาในต่างประเทศทั้ง อังกฤษ สกอตแลนด์ และฮ่องกง มีกฎหมายในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติเขียนชัดเจนให้อำนาจในการดำเนินการปลูกถ่ายอวัยวะว่าสามารถทำได้หรือไม่อย่างน้อยเพียงใด ส่งผลให้เกิดความชัดเจนกรณีเหตุยกเว้นความผิดทางอาญาที่แพทย์ต้องรับกรณีผ่าตัดนำอวัยวะออกจากร่างกายผู้บริจาค

3.5 บทลงโทษทางอาญากรณีฝ่าฝืนบทบัญญัติการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่

ในประเทศไทยได้หลักเกณฑ์การปลูกถ่ายอวัยวะถูกบัญญัติในข้อบังคับว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งเวชกรรม พ.ศ.2549 และระเบียบสภาทนายความว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภาทนายความ พ.ศ. 2545 ทั้งนี้สถานะความของหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเพียง

มาตรการในทางจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ซึ่งมีเพียงบทลงโทษทางวินัยแก่ผู้ประกอบการวิชาชีพ แพทย์เท่านั้น และโรงพยาบาลสมาชิกของศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทยเท่านั้น ที่อยู่ ภายใต้บังคับหลักเกณฑ์การบริจาคอวัยวะซึ่งเป็นจริยธรรมแห่งวิชาชีพ

แต่อย่างไรก็ตามในต่างประเทศได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาที่มีความชัดเจนกรณีฝ่าฝืนหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมในการปลูกถ่ายอวัยวะ ซึ่งส่งผลต่อความชัดเจนของบทลงโทษ ซึ่งบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินการดังกล่าวทั้งหมดมีความรับผิดชอบได้หากการดำเนินการเป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมาตรการทางอาญามีความชัดเจนและแน่นอนในการคุ้มครองแก่ผู้บริจาคเด็กอันเป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอทางร่างกาย และจิตใจได้อย่างเหมาะสมมากกว่ามาตรการทางจริยธรรมวิชาชีพ

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

4.1 บทสรุป

การปลูกถ่ายอวัยวะได้รับความนิยมนอย่างมากในวงการแพทย์ทั้งต่างประเทศ และในประเทศไทยเพื่อรักษาผู้ป่วยที่มีความผิดปกติของอวัยวะภายในร่างกายและไม่สามารถรักษาด้วยวิธีอื่นได้ ทั้งนี้การปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่เป็นหนึ่งในแหล่งอวัยวะที่เข้ามาช่วยลดสถานะความขาดแคลนอวัยวะ และช่วยเรื่องความเหมาะสมของขนาดอวัยวะกรณีผู้ป่วยที่รอรับบริจาคอวัยวะเป็นเด็ก ซึ่งมีความสามารถใช้อวัยวะของผู้ใหญ่ได้

แต่อย่างไรก็ตามการบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ อาจเกิดปัญหาเรื่องความสามารถในการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะ อันเนื่องมาจากการให้ความยินยอมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากอายุ วุฒิภาวะ พัฒนาการทางสติปัญญา และประสบการณ์ต่าง ๆ ซึ่งทำให้ความยินยอมของเด็กอาจไม่ได้เป็นไปตามหลักความสามารถในการให้ความยินยอมอันชอบด้วยกฎหมายหรือความยินยอมของเด็กอาจไม่ได้เกิดขึ้นโดยอิสระ เนื่องจากอาจถูกแทรกแซงได้โดยง่าย ดังนั้นกฎหมายจึงควรเข้ามาคุ้มครองผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ในการบริจาคอวัยวะ ทั้งเพื่อให้อำนาจกระทำแก่แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดเพื่อนำอวัยวะ ออกจากร่างกายผู้บริจาค ซึ่งมีใช้ผู้ป่วยและอาจมีผลต่อชีวิตและร่างกายของผู้บริจาคอวัยวะ จนทำให้แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดเพื่อนำอวัยวะ ออกจากร่างกายของผู้บริจาคมีความผิดทางอาญาเนื่องจากไม่มีอำนาจกระทำตามกฎหมาย

ทั้งนี้ในประเทศไทยหลักเกณฑ์การปลูกถ่ายอวัยวะมีเพียงมาตรการทางจริยธรรมวิชาชีพของแพทย์ที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2545 และระเบียบสภากาชาดไทยว่าด้วยศูนย์รับบริจาคอวัยวะ

สภาาชาตไทย 2545 ซึ่งมิได้กำหนดรายละเอียด หลักเกณฑ์ เงื่อนไขในกรณีการบริจาค อวัยวะจากผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ไว้เป็นการเฉพาะ ส่งผลให้เกิดความไม่ชัดเจนใน หลักเกณฑ์การบริจาคอวัยวะ กรณีผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่ว่าสามารถทำได้หรือไม่มากนักย ึ่งในต่างประเทศได้ให้ความสำคัญและบัญญัติหลักเกณฑ์การบริจาคอวัยวะ กรณีผู้ บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ไว้อย่างชัดเจนทั้งในเรื่อง คุณสมบัติของเด็กที่มีความสามารถในการ บริจาคอวัยวะขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ บทบาทของผู้ปกครองเด็กในการเข้ามามีส่วนร่วมในการ บริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็ก ตลอดจนบทบาทขององค์กรผู้ม้ออำนาจควบคุมดูแลการ บริจาคอวัยวะ เช่น ในอังกฤษ สกอตแลนด์ และฮ่องกง

4.2 ข้อเสนอแนะ

งานวิจัยนี้จึงเสนอให้ในประเทศไทยจึงควรมีบทบัญญัติให้อำนาจกระทำแก่ แพทย์เพื่อทำการผ่าตัดผู้บริจาคอวัยวะเพื่อนำอวัยวะออกจากร่างกายผู้บริจาคที่มีชีวิตอยู่ได้ โดยขอด้วยกฎหมาย และเพื่อคุ้มครองการให้ความยินยอมของผู้บริจาคเด็ก และเพื่อให้การ ให้ความยินยอมของผู้บริจาคเด็กเป็นไปโดยอิสระปราศจากการแทรกแซง จึงเสนอให้มีการ บัญญัติกฎหมายในเรื่องการบริจาคอวัยวะกรณีผู้บริจาคเด็กขณะที่ผู้บริจาคยังมีชีวิตอยู่ โดย กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการให้ความยินยอมของผู้บริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กที่ยัง มีชีวิตอยู่ กำหนดบทบาทของผู้ปกครองเด็กในการเข้ามามีส่วนร่วมในการให้ความยินยอม หรือให้ความยินยอมแทนผู้บริจาคเด็กในกรณีต่าง ๆ และการกำหนดองค์กรผู้ม้ออำนาจในการ ประเมินหรือตรวจสอบการให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กเพื่อคุ้มครองการ ให้ความยินยอมดังกล่าวให้เป็นความยินยอมที่สมบูรณ์ตามกฎหมาย ทั้งนี้โดยกำหนด หลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้เป็นหนึ่งในหมวดในพระราชบัญญัติปลูกถ่ายอวัยวะ นอกจากนี้หากมี รายละเอียดและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ต้องกำหนดเพิ่มเติมให้บัญญัติส่วนรายละเอียดเป็น กฎหมายลำดับรอง ทั้งนี้โดยเสนอให้บัญญัติหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

4.2.1 แนวทางการกำหนดหลักเกณฑ์การการบริจาคอวัยวะโดยผู้บริจาค เด็ก

เนื่องจากความสามารถของเด็กในการตัดสินใจให้ความยินยอมมีความ เกี่ยวข้องกับพัฒนาการของเด็ก ทั้งนี้เด็กแต่ละคนจะมีพัฒนาการที่มีความแตกต่างกัน ดังนั้น จึงเสนอให้พิจารณา กำหนดหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมของเด็กโดยพิจารณาตาม ความสามารถในการตัดสินใจ โดยมีได้กำหนดอายุของเด็กที่มีความสามารถในการบริจาค อวัยวะไว้เป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเนื่องจากอาจจำกัดมากเกินไปและไม่มีความยืดหยุ่น ซึ่ง

อาจทำให้เด็กที่มีอายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดไม่สามารถบริจาคอวัยวะได้แม้เด็กนั้นจะมีความสามารถเพียงพอเนื่องจากพัฒนาการทางสติปัญญาสมบูรณ์แล้วและสามารถให้ความยินยอมได้โดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ดังนั้นในงานวิจัยนี้จึงมิได้กำหนดจำกัดอายุขั้นต่ำของเด็กในการให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะ แต่พิจารณาจากความสามารถตามความจริง

ทั้งนี้พิจารณาความสามารถของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ตามหลักเกณฑ์ดังนี้

1. ผู้บริจาคเด็กต้องมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจบริจาคอวัยวะ และเคารพหลักความเป็นอิสระในตนเอง (Autonomy) ของผู้บริจาคเด็ก
2. ผู้บริจาคเด็กต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถในการให้ความยินยอม ต้องเข้าใจ และสามารถตัดสินใจในกระบวนการปลูกถ่ายอวัยวะเทียบเท่ากับความสามารถของผู้ใหญ่
3. ผู้บริจาคเด็กต้องได้รับข้อมูลที่จำเป็นในการตัดสินใจอย่างเพียงพอ ทั้งความเสี่ยงต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นอย่างเหมาะสม เพื่อให้เด็กสามารถพิจารณาข้อมูลที่จำเป็นเหล่านั้นประกอบการตัดสินใจซึ่งนำหน้าในการบริจาคอวัยวะได้
4. การตัดสินใจของผู้บริจาคเด็กต้องปราศจากการครอบงำขณะที่เด็กตัดสินใจบริจาคอวัยวะ

4.2.2 แนวทางการกำหนดบทบาทของผู้ใช้อำนาจปกครองเด็ก

บทบาทในการให้ความยินยอมของผู้ปกครองในการบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กต้องพิจารณาความสามารถการให้ความยินยอมของเด็กประกอบด้วย แต่อย่างไรก็ตามความสามารถของเด็กในแต่ละช่วงวัยมีความแตกต่างกันตามหลักจิตวิทยาพัฒนาการของเด็ก ซึ่งส่งผลต่อบทบาทของผู้ปกครองในการมีส่วนร่วมตัดสินใจของแต่ละช่วงวัยดังนี้

1. ผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ซึ่งมีอายุน้อยกว่า 7 ปี เป็นช่วงวัยที่เด็กยังเล็กมาก ไม่สามารถเข้าใจข้อมูลที่มีความซับซ้อน หรือตัดสินใจในเรื่องดังกล่าวได้ ดังนั้นเด็กในช่วงวัยนี้ผู้ปกครองจึงควรเข้ามามีบทบาทในการให้ความยินยอมโดยการให้ความยินยอมแทนผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ แต่ทั้งนี้หากเด็กปฏิเสธให้มีความยินยอมในการบริจาคอวัยวะก็สามารถบังคับให้เด็กบริจาคอวัยวะได้เนื่องจากการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะต้องเป็นไปตามหลักความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย และเคารพสิทธิในการมีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นในเรื่องที่เกี่ยวกับชีวิตและร่างกายของเด็กเองด้วย
2. ผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ซึ่งมีอายุ 7-12 ปี เป็นช่วงวัยที่เด็กสามารถพิจารณาและตัดสินใจภายใต้ข้อมูลที่มีความซับซ้อนได้มากขึ้น แต่อย่างไรก็ตามยังมิได้พัฒนา

ในระดับเทียบเท่าผู้ใหญ่ ดังนั้นในการตัดสินใจให้ความยินยอมในการบริจาคมอวัยวะ ผู้ปกครองจึงควรเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจกับผู้บริจาคเด็กด้วย

ในการให้ความยินยอมโดยการเข้ามามีส่วนร่วมตัดสินใจของผู้ปกครองกรณีเกิดความขัดแย้งระหว่างความยินยอมผู้บริจาคเด็กและผู้ปกครองควรมีองค์การซึ่งเป็นบุคคลภายนอกซึ่งมีความเป็นอิสระในการพิจารณาความยินยอมอีกครั้ง ภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก และหลักการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจของผู้บริจาคเด็ก ซึ่งกรณีที่ผู้บริจาคเด็กปฏิเสธการให้ความยินยอมนั้นส่งผลให้ไม่ต้องพิจารณาความยินยอมของผู้ปกครองอีก แต่หากผู้บริจาคเด็กให้ความยินยอมบริจาคมอวัยวะแต่ผู้ปกครองปฏิเสธ กรณีดังกล่าวองค์การที่เกี่ยวข้องต้องพิจารณาตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กโดยการพิจารณาซึ่งนำน้ำหนักระหว่างความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับผู้บริจาคเด็ก เช่น ความเสี่ยงจากการผ่าตัด กับผลประโยชน์ที่ผู้บริจาคเด็กจะได้รับ เช่น กรณีผู้ป่วยเป็นญาติที่มีความใกล้ชิดทางสายโลหิต เช่น มารดา หากผู้บริจาคเด็กสามารถบริจาคได้แต่ไม่ได้บริจาคมอวัยวะอาจต้องรู้สึกผิดไปตลอดชีวิตทำให้สภาพจิตใจเด็กแย่งลง ดังนั้นจึงต้องใช้องค์การอื่นซึ่งเป็นบุคคลภายนอกซึ่งมีความเป็นอิสระเข้ามาพิจารณาตัดสินใจอีกครั้งเพื่อความเป็นธรรมและเพื่อคุ้มครองเด็ก

3. ผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ซึ่งมีอายุ 12 ปีขึ้นไป ในช่วงวัยนี้เด็กมีพัฒนาการทางสติปัญญา และทางสังคมที่ใกล้เคียงกับผู้ใหญ่มาก กล่าวคือ สามารถเข้าใจ รับรู้ และตัดสินใจอย่างมีเหตุผลภายใต้ความซับซ้อนได้ ดังนั้นในช่วงวัยนี้ผู้ปกครองไม่มีความจำเป็นในการเข้ามาให้ความยินยอมแทนหรือมีส่วนร่วมในการให้ความยินยอมกับผู้บริจาคเด็ก แต่อย่างไรก็ตามเด็กในช่วงวัยนี้ยังอยู่ภายใต้การดูแลของผู้ปกครอง การให้ความยินยอมของผู้บริจาคเด็กจึงควรอยู่ภายใต้การให้คำแนะนำของผู้ปกครองด้วย โดยผู้ปกครองเป็นผู้แสดงความยินยอมในการบริจาคมอวัยวะของผู้บริจาคเด็ก และนอกจากนี้การให้ความยินยอมในการบริจาคมอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่ต้องดำเนินการประเมินและตรวจสอบการให้ความยินยอมของหน่วยงานที่กำกับดูแลการปลูกถ่ายอวัยวะด้วย

4.2.3 แนวทางในการกำหนดองค์กรผู้มีอำนาจในการประเมินหรือตรวจสอบการให้ความยินยอมในการบริจาคมอวัยวะของผู้บริจาคเด็ก

ในการพิจารณาความสามารถในการให้ความยินยอม ผู้ให้ความยินยอมในการบริจาคมอวัยวะต้องมีความสามารถเข้าใจกระบวนการในการปลูกถ่ายอวัยวะ และมีการตัดสินใจที่มีความเป็นผู้ใหญ่ ดังนั้นจึงควรมีองค์การในการให้ข้อมูลที่จำเป็นในการตัดสินใจ รวมถึงความเสี่ยงต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการบริจาคมอวัยวะ

นอกจากนี้ในการให้ความยินยอมของผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่มีความจำเป็นต้องได้รับการประเมินหรือตรวจสอบการให้ความยินยอม โดยอาจทำได้โดยการสัมภาษณ์ผู้บริจาคอวัยวะ หรือการทำแบบทดสอบตามความเหมาะสม ทั้งองค์กรดังกล่าวต้องพิจารณาตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของผู้บริจาคเด็กกรณีเกิดความขัดแย้งระหว่างความยินยอมของเด็กกับความยินยอมของผู้ปกครองด้วย

โดยองค์กรผู้มียอำนาจในการประเมินหรือตรวจสอบการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็กควรประกอบด้วยบุคคลผู้มีความสมบัติดังนี้

1. เป็นผู้ที่เข้าใจพัฒนาการของเด็กและศึกษาจิตวิทยาเด็ก เช่น จิตแพทย์
2. สามารถสื่อสารโดยใช้ภาษาในการอธิบายที่สามารถเข้าใจได้ง่ายสำหรับเด็ก เช่น จิตแพทย์

3. ควรมีความรู้ในการปลูกถ่ายอวัยวะและการบริจาคอวัยวะ เช่น ศัลแพทย์

ทั้งนี้คุณสมบัติของบุคคลภายนอกที่มีความเป็นอิสระ อันมีบทบาทหน้าที่ในการเข้ามาดำเนินการตรวจสอบที่ได้กล่าวไปข้างต้นนั้น ไม่จำเป็นที่คณะกรรมการทุกคนต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนทุกประการเพียงแต่คนใดคนหนึ่งมีคุณสมบัติหนึ่งข้อหรือมากกว่านั้น แต่ทุกคนที่มีอำนาจหน้าที่ดังกล่าวประกอบกันแล้วต้องมีคุณสมบัติครบตามคุณสมบัติที่ได้กล่าวมาข้างต้น

4.2.4 แนวทางในการกำหนดองค์กรผู้มียอำนาจในการประเมินหรือตรวจสอบการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะของผู้บริจาคเด็ก

เนื่องด้วยการบริจาคอวัยวะ เป็นการกระทำที่กระทำกับร่างกายของผู้บริจาคเด็กโดยตรง ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อชีวิตและร่างกายของเด็กในอนาคตเนื่องจากผู้บริจาคเป็นผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่ซึ่งยังคงต้องดำรงชีวิตอยู่ต่อไป ทั้งนี้เมื่อเด็กเป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอทางร่างกายจิตใจ และเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความเปราะบางจึงอาจตัดสินใจให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรืออาจเกิดภายใต้การข่มขู่ ปิบบังคับ หรืออิทธิพลอื่นครอบงำ ดังนั้นกฎหมายจึงควรเข้ามาควบคุมดูแลการให้ความยินยอมของเด็กในการบริจาคอวัยวะเพื่อปลูกถ่ายกรณีผู้บริจาคเด็กที่ยังมีชีวิตอยู่อย่างเหมาะสม งานวิจัยนี้จึงเสนอให้มีการกำหนดบทลงโทษทางอาญาที่ชัดเจนกรณีฝ่าฝืนการให้ความยินยอมในการบริจาคอวัยวะตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริจาคเด็กอย่างเหมาะสม เป็นการเฉพาะแยกต่างหากจากความผิดทางอาญากรณีทั่วไป

เอกสารอ้างอิง (References)

- วิฑูรย์ อั้งประพันธ์. (2561). กฎหมายการแพทย์สมัยใหม่. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน.
- เปรมฤดี ภูมิถาวร และคณะ .(2552). กุมารเวชศาสตร์ สำหรับนักศึกษาแพทย์. เล่มที่ 1. กรุงเทพมหานคร.
- มาตาลักษณ์ เสรมธากุล. (2562). รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่องหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็กเสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย มช. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2534). รายงานวิจัย เรื่อง ความยินยอมของผู้เสียหาย: ศึกษารณียปลูกถ่ายอวัยวะ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิฑูรย์ อั้งประพันธ์. (2530) .การกระทำของแพทย์ต่อร่างกายผู้ป่วย (ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพ) กับความผิดฐานทำร้ายร่างกาย. ใน วารสารนิติศาสตร์ 17(3); 198-19. สืบค้นเมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน 2562. <http://www.tulawcenter.org/sites/default/files/Nitisat%20Journal%20Vol.17%20Iss.3.pdf>.
- อดิรุจ ดันบุญเจริญ. (2548). “มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะ: ศึกษารณียผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- Tom L Beauchamp. and James F. Childress. (2019). Principles of biomedical ethics. 8th ed. New York: Oxford University Press.
- Margaret Brazier and Emma Cave. (2016). Medicine, Patients and the law. 6th ed. Manchester: Manchester University Press.
- Shih-Ning Then. (2018). Children as Tissue Donor Regulatory Protection, Medical Ethics, and Practice. Singapore: Springer Singapore.
- Saul McLeod. Jean Piaget's Theory and Stages of Cognitive Development. Simplypsychology. Accessed July 10, 2020. <https://www.simplypsychology.org/simplypsychology.org-Jean-Piaget.pdf>.
- Saul McLeod. Sensorimotor stage of Cognitive Development. Simplypsychology. Accessed July 10, 2020. <https://www.simplypsychology.org/sensorimotor.html>.
- Saul McLeod. The Preoperational Stage of Cognitive Development. Simplypsychology. Accessed July 10, 2020. <https://www.simplypsychology.org/preoperational.htm>.
- Saul McLeod. Concrete Operational Stage. Simplypsychology. Accessed July 10, 2020. <https://www.simplypsychology.org/concrete-operational.html>.

Saul McLeod. Formal Operational Stage. Simplypsychology. Accessed July 10, 2020.
<https://www.simplypsychology.org/formal-operational.html>.

Alire Parsapoor. Autonomy of children and Adolescent in Consent to treatment: Ethical Jurisprudential and Legal Consideration. National Center for Biotechnology Information Accessed February 4, 2020.
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4276576/>.

Depart of Helth. Reference Guide to consent for examination or treatment. 2nd ed 2009.” Accessed February 23, 2020
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/138296/dh_103653__1_.pdf.

Human Tissue Authority. Code A: Guiding Principles and the Fundamental Principle of Consent Accessed February 20, 2020. <https://www.hta.gov.uk/hta-codes-practice-and-standards-0>.

_____ Guidance for transplant teams. Independent Assessors and Accredited Assessors in Scotland August 2017. Accessed February 20, 2020,
<https://www.hta.gov.uk/policies/guidance-transplant-teams-independent-assessors-and-accredited-assessors-scotland>.

_____ Organ donation. Legislative Council of the Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of china. Accessed February 19, 2020,
<https://www.legco.gov.hk/yr17-18/english/panels/hs/papers/hs20180115cb2-656-6-e.pdf>.

_____ Background Information on Organ Donation and Transplant. Food and Health Bureau the Government of the Hong Kong Special Administrative Region. Accessed February 19, 2020,
https://www.fhb.gov.hk/en/search/index.html?gp0=fhb_home&gp1=fhb_home&web=this&query=Background+Information+on+Organ+Donation+and+Transplant&ui_lang=en&ui_charset=iso-8859-1&tpl_id=fhb&last_mod=30.