

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการตายโดยภาวะสมองตายในประเทศไทย

วาโย อัครรุ่งเรือง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2560

The Legal Problems of Death due to Brain Death in Thailand

Wayo Assawarungruang

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2016



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาการตายโดยภาวะสมองตายในประเทศไทย
เสนอโดย นายวาโย อัสวรุ่งเรือง
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายทางการแพทย์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว



..... ประธานกรรมการ
(อาจารย์ ดร. นายแพทย์ ไพโรจน์ บุญศิริคำชัย)


..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์)


..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท)


..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ธาณี วรรณทร์)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สมชาย รัตนชื้อสกุล)
วันที่ 24 เดือน พฤษภาคม พ.ศ. 2560

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการตายโดยภาวะสมองตาย ในประเทศไทย
ชื่อผู้เขียน	วาโย อัสวรุ่งเรือง
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์
ปีการศึกษา	2560

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับ ปัญหาการตายโดยภาวะสมองตาย โดยเฉพาะในประเด็น ปัญหาที่เกิดจากการไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายรับรองการตายโดยภาวะสมองตายในประเทศไทย ทั้งนี้ ประเทศที่เป็นกรอบวัตถุแห่งการศึกษาประกอบด้วยประเทศไทยและต่างประเทศ อันได้แก่ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และจีน

จากการศึกษาในแง่มุมต่าง ๆ พบว่า

(1) จากปัญหาดังกล่าว ทำให้เกิดเป็นคดีตัวอย่างขึ้นในประเทศไทย คือ “คดีวัชรปราการ” ตั้งแต่ พ.ศ. 2545 เมื่อแพทย์และโรงพยาบาลถูกฟ้องในข้อหา “นำผู้อื่นโค่นเจตนา” เนื่องจาก ได้วินิจฉัยว่าบุคคลผู้นั้นตกอยู่ในภาวะสมองตายและเก็บเกี่ยวอวัยวะ (Organ Harvesting) จากบุคคลนั้นเพื่อนำไปปลูกถ่าย (Organ Transplantation) ให้แก่ผู้ป่วยรายอื่น แต่ญาติของผู้เสียชีวิตไม่ยอมรับการตายโดยภาวะสมองตายซึ่งได้รับการวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายโดยประกาศแพทยสภา จึงได้ฟ้องร้องต่อศาลเป็นคดีนี้โดยได้ต่อสู้กันมาเป็นระยะเวลายาวนาน จนล่วงเลยมาถึง พ.ศ. 2559 ได้ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาอันเป็นบรรทัดฐาน ยอมรับการตายโดยภาวะสมองตายเป็นครั้งแรกในประเทศไทย

(2) แนวคำพิพากษาศาลฎีกานั้นมิใช่กฎหมาย จึงไม่มีสภาพบังคับเป็นการทั่วไป และอาจถูกพิพากษากลับเมื่อใดก็ได้ อีกทั้ง ประกาศแพทยสภาก็มิได้มีสภาพเป็นกฎหมายเช่นเดียวกัน ปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในอดีตจวบจนปัจจุบันและที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต จึงยังไม่ถูกป้องกันและแก้ไขอย่างสมบูรณ์

(3) สหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบของหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายรวมถึงกฎหมายที่บัญญัติรับรองการตายโดยภาวะสมองตาย ซึ่งปรากฏใน Uniform Determination of

Death Act 1981 เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับ อังกฤษ ฝรั่งเศส และจีน พบว่า อังกฤษ ไม่ปรากฏ บทบัญญัติรับรองการตายโดยภาวะสมองตาย ฝรั่งเศส ปรากฏบทบัญญัติรับรองการตายโดยภาวะ สมองตายใน “ประมวลกฎหมายอาญา” ส่วน Regulation ซึ่งเทียบเคียงได้กับ “กฎกระทรวง” ของไทย โดยได้บัญญัติลงในรายละเอียดของหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย ดังนั้น แนวทางของทั้งอังกฤษและฝรั่งเศสจึงไม่เหมาะสมกับบริบทของไทย

(4) จีน ไม่ปรากฏบทบัญญัติรับรองการตายโดยภาวะสมองตาย อีกทั้งยังเกิดกรณี “Liu Hai-juo” ซึ่งส่งผลให้สังคมจีนเกิดความคลางแคลงใจต่อการตายโดยภาวะสมองตายอย่างมาก

อย่างไรก็ตาม องค์การอนามัยโลก (WHO) ได้ศึกษารวบรวมข้อมูลเชิงประจักษ์และได้ ประกาศ “แนวทางปฏิบัติสากลสำหรับการวินิจฉัยการตาย” เมื่อ ค.ศ. 2012 เพื่อให้แต่ละประเทศมี หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายที่ถูกต้องตรงกัน

จากการศึกษาและวิเคราะห์แล้วจึงพบว่า บทบัญญัติซึ่งปรากฏใน Uniform Determination of Death Act 1981 ของสหรัฐอเมริกา นั้นมีความเหมาะสมกับบริบทของไทยมากที่สุดและสมควรนำมาเป็นต้นแบบในการบัญญัติกฎหมายรับรองการตายโดยภาวะสมองตายให้ กำเนิดขึ้นในประเทศไทย ทั้งนี้ โดยบัญญัติลงใน “บทนิยามศัพท์” มาตรา 1 แห่ง ประมวลกฎหมาย อาญา เนื่องจาก ปัญหาที่ปรากฏในอดีตและอาจเกิดขึ้นในอนาคตนั้นมีผลกระทบกับข้อพิพาททาง อาญาเป็นหลัก ซึ่งการดำเนินคดีทางอาญานั้นจะต้องตีความตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัด การนำ บทบัญญัติดังกล่าวไปบัญญัติไว้ ณ ที่แห่งอื่น อาจทำให้เกิดปัญหายุ่งยากตามมาในการตีความและ ปรับใช้กับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้

คำสำคัญ: กฎหมาย, สมองตาย

Thesis Title	The Legal Problems of Death due to Brain Death in Thailand
Author	Wayo Assawarungruang
Department	Law
Thesis Advisor	Associate Professor Achariya Chutinun
Academic Year	2017

ABSTRACT

The objective of this study is to study the dispute regarding Brain Death in Thailand, in which there is no provision concerning this condition yet. In doing so, this study investigates the regulation of four countries as the reference frameworks, including USA, UK, France and China.

The result of the study showed that there was a case in Thailand since 2002, in which the Supreme Court had justified Death by Brain Death for the first time. However, even the Supreme Court verdict is not comparable to legal provision and could not be considered legal regulation. Therefore, Brain Death dispute in Thailand may occur again in the future and may have to be justified by the court in case-by-case basis.

Further study of the legal regulation in UK and China has concluded that there is no provision regarding Brain Dead condition in these two countries. In France, although there is article regarding Brain Death condition, it appears in “Public Health Code” in the regulation parts, which only comparable to ministerial regulation in Thailand. Consider the level of the regulation, the practice in France seems not relevant and suitable for Thai system.

USA, on the other hand, drew the foundation of the provision concerning the Brain Death, which appears in Uniform Determination of Death Act 1981.

Concerning the finding of this study and the “International Guideline for the Determination of Death” of WHO since 2012, it can be concluded that the provision as appear in Uniform Determination of Death Act 1981 in USA is most suitable framework to apply in

Thailand. The study also suggested that the amendment should be litigated to Criminal Code in Article 1 (Definition), for the dispute that happened in the past and have tendency to occur in the future are mainly criminal dispute. Should the amendment be made elsewhere, there might be complication in applying the provision in criminal justice.

Keywords: Brain Death, Law



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี เนื่องจากได้รับความกรุณาและคำแนะนำที่เป็นประโยชน์จากกรรมการวิทยานิพนธ์ทุกท่าน ขอขอบพระคุณ อาจารย์ ดร. นพ. ไพโรจน์ บุญศิริคำชัย ประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ธาณี วรรณทร์ กรรมการวิทยานิพนธ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ให้ความกรุณาตลอดเวลาเป็นกรรมการและที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่คอยให้คำแนะนำ แก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ รวมถึงชี้แนะให้คำปรึกษา ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ทุกท่านเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

ขอขอบพระคุณคณาจารย์ทุกท่านในคณะนิติศาสตร์ปริติ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต และเพื่อน พี่ น้อง ในสาขากฎหมายการแพทย์ทุกท่านสำหรับมิตรภาพ ความรู้ ความเข้าใจ และคำแนะนำดี ๆ ตลอดจนเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องทุกท่านสำหรับความช่วยเหลือที่ขาดเสียมิได้ทำยที่สุด ขอขอบพระคุณบิดาและมารดาที่คอยสนับสนุนและเป็นกำลังใจให้ผู้ศึกษาเสมอมา

หากผลการศึกษานี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้ศึกษาขอน้อมรับไว้เพื่อปรับปรุง แก้ไขในการศึกษาครั้งต่อไป

วาโย อัสวรุ่งเรือง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ญ
สารบัญภาพ.....	ฎ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์.....	6
1.3 สมมติฐาน.....	6
1.4 ขอบเขตการศึกษา.....	7
1.5 ระเบียบวิธีการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. การตายและการวินิจฉัยภาวะสมองตายในประเทศไทย.....	9
2.1 หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายในระดับนานาชาติ.....	9
2.2 ประวัติและพัฒนาการของการวินิจฉัยภาวะสมองตายกับกฎหมายไทย.....	28
2.3 กฎเกณฑ์และกฎหมายอื่นเกี่ยวกับภาวะสมองตาย.....	37
2.4 แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยภาวะสมองตายกับความรับผิดชอบแพทย์.....	42
2.5 ปัญหาและผลกระทบเกี่ยวกับการวินิจฉัยการตายและหลักเกณฑ์ในการกำหนด ภาวะสมองตาย.....	49
3. การตายและการวินิจฉัยภาวะสมองตายในต่างประเทศ.....	54
3.1 กฎหมายสหรัฐอเมริกา.....	57
3.2 กฎหมายอังกฤษ.....	63
3.3 กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	68
3.4 กฎหมายสาธารณรัฐประชาชนจีน.....	73

สารบัญ

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบการตายและหลักเกณฑ์วินิจฉัยสมองตายของไทย กับต่างประเทศ.....	81
4.1 วิเคราะห์ปัญหาการตายโดยภาวะสมองตายในไทย.....	81
4.2 วิเคราะห์ปัญหาของประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการ วินิจฉัยสมองตาย.....	85
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการตายโดยภาวะสมองตายของไทย และต่างประเทศ.....	92
4.4 วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นจากความแตกต่างกันของหลักเกณฑ์และวิธีการ วินิจฉัยสมองตายในแต่ละประเทศ.....	111
4.5 เหตุผลและความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายรับรองการตายโดยภาวะ สมองตายในไทย.....	113
5. สรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ.....	119
5.1 สรุปผลการศึกษา.....	119
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	124
บรรณานุกรม.....	127
ประวัติผู้เขียน.....	136

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
2.1	17
3.1	56
4.1	108



สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
2.1 สมอ ก้านสมอ และส่วนของสมอที่สำคัญ.....	27



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

“สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย” ปรากฏตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹ จะเห็นได้ว่า สิทธิและหน้าที่ของบุคคลย่อมเกิดขึ้นเมื่อบุคคลนั้นมีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้ว และจะดำรงอยู่ไปจนจบจนวาระสุดท้ายแห่งการสิ้นสุดสภาพบุคคล นั่นคือ การตาย อย่างไรก็ตาม กฎหมายมิได้บัญญัติความหมายของการตายไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น ปัญหาการวินิจฉัยการตายจึงถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องให้แพทย์ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ทำการวินิจฉัย ทั้งนี้ ปรากฏตามพระราชบัญญัติทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 มาตรา 23 ซึ่งบัญญัติให้แพทย์เป็นผู้ออกหนังสือรับรองการตายตามแบบพิมพ์ที่ผู้อำนวยการทะเบียนกลางกำหนด² ซึ่งแต่เดิมนั้น แพทย์จะใช้หลักเกณฑ์วินิจฉัยการตายโดยพิจารณาจากระบบการทำงานของร่างกาย 2 ระบบใหญ่เป็นสำคัญ ได้แก่ ระบบการไหลเวียนโลหิต (หัวใจ) และระบบการหายใจ (ปอด) ถ้าหากอวัยวะสำคัญทั้งสองระบบนี้หยุดทำงานแล้ว ก็จะถือว่าผู้นั้นถึงแก่ความตาย³

อย่างไรก็ตาม ระบบการทำงานของร่างกายอีกหนึ่งระบบที่มีความสำคัญไม่แพ้กันต่อการดำรงชีพของบุคคล คือ ระบบประสาทส่วนกลาง ซึ่งมีอวัยวะที่สำคัญที่สุดในระบบนี้ คือ สมอง จึงมีภาวะหนึ่งซึ่งเรียกว่า ภาวะสมองตาย เกิดขึ้น

คำว่า “สมองตาย” เดิมเป็นศัพท์เทคนิคที่ใช้กันแพร่หลายเฉพาะในวงการแพทย์ แต่ต่อมาเมื่อวิทยาศาสตร์การแพทย์ได้พัฒนาไปจนถึงขั้นสามารถเปลี่ยนหรือปลูกถ่ายอวัยวะได้

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2472

² พระราชบัญญัติทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534

³ Powner DJ, Ackerman BM, Grenvik A. “Medical diagnosis of death in adults:

และเกิดปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยว่า เมื่อใดจึงจะถือว่ามนุษย์ถึงแก่ความตาย คำว่า “สมองตาย” จึงได้มีการกล่าวถึงในวงกว้างขึ้น⁴

ในระดับความรู้ของประชาชนโดยทั่วไปในความหมายของคำว่า ตาย ปราบกฎหมายตาม พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ตั้งแต่ฉบับพุทธศักราช 2542 ได้ให้ความหมายเอาไว้ว่า “ตาย เมื่อเป็นคำกริยา คือ สิ้นใจ สิ้นชีวิต ไม่เป็นอยู่ต่อไป สิ้นสภาพของการมีชีวิต เช่น ภาวะสมองตาย ...”⁵ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2542 เป็นต้นมา อาจอนุมานได้ว่า ประชาชนโดยทั่วไปนั้นได้รับรู้ถึงการมีอยู่ของภาวะสมองตายเป็นการตายรูปแบบหนึ่งกันอย่างแพร่หลายแล้ว

การตายตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ

(1) การตายโดยธรรมชาติ (ทั้งนี้ รวมไปถึงการตายโดยผิดธรรมชาติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 148 ด้วย⁶) หรือทางชีวภาพ ซึ่งแต่เดิมนั้นหมายถึง บุคคลซึ่งหัวใจหยุดเต้นและหมดลมหายใจ³ เมื่อมีการตายเกิดขึ้นสภาพบุคคลย่อมสิ้นสุดลง หากแต่ปัจจุบันความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์มีความเจริญขึ้นอย่างมาก ทำให้เกิดภาวะที่บุคคลซึ่งหัวใจหยุดเต้นและไม่สามารถหายใจได้เอง อันเนื่องมาจากสภาวะแกนสมองซึ่งเป็นศูนย์ควบคุมการหายใจและการเต้นของหัวใจตาย³ แต่สามารถดำรงชีพอยู่ได้ด้วยเครื่องช่วยหายใจ (Ventilator) ซึ่งเป็นประเด็นอันสมควรในการพิจารณาใหม่อีกครั้งว่า นิยามแห่งการตายโดยธรรมชาติหรือทางชีวภาพนั้น สมควรมีหลักเกณฑ์ข้อบังคับตามกฎหมายหรือไม่ อย่างไร

(2) การสาบสูญ เป็นการตายตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ทั้งนี้ โดยคำสั่งของศาล และต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาว่าเป็นคนสาบสูญ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 61 บัญญัติว่า¹

“ถ้าบุคคลใดได้ไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ และไม่มีใครรู้แน่ว่าบุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่หรือไม่ตลอดระยะเวลาห้าปี เมื่อผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการร้องขอศาลจะสั่งให้บุคคลนั้นเป็นคนสาบสูญก็ได้

⁴ คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11

(กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.73 – 74.

⁵ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542

⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477

ระยะเวลาตามวรรคหนึ่งให้ลดเหลือสองปี

(1) นับแต่วันที่การรบหรือสงครามสิ้นสุดลง ถ้าบุคคลนั้นอยู่ใน การรบหรือสงคราม และหายไปในการรบหรือสงครามดังกล่าว

(2) นับแต่วันที่ยานพาหนะที่บุคคลนั้นเดินทาง อับปาง ถูกทำลาย หรือสูญหายไป

(3) นับแต่วันที่เหตุอันตรายเป็นชีวิตินอกจากที่ระบุไว้ใน (1) หรือ (2) ได้ผ่านพ้นไป ถ้าบุคคลนั้นตกอยู่ในอันตรายเช่นว่านั้น”

จะเห็นได้ว่า การตายตามกฎหมายในกรณีการถูกลี้ภัยกลายเป็นบุคคลสาบสูญนั้นมีข้อกำหนดกฎเกณฑ์ที่ไว้อย่างชัดเจน แตกต่างกับกรณีการตายในทางชีวภาพซึ่งไม่มีบทนิยามหรือข้อกำหนดกฎเกณฑ์ที่ชัดเจน ที่ผ่านมามีคำจำกัดความถึงการตายของบุคคลไม่เคยมีการบัญญัติในกฎหมายดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว มีเพียงกฎหมายเกี่ยวกับทะเบียนราษฎรที่กำหนดว่า ผู้รับรองการตายคือ แพทย์ ซึ่งแพทยสภาได้กำหนดให้แพทย์วินิจฉัยการตายโดยใช้หลักเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2532⁷ โดยได้มีการปรับปรุงในปี พ.ศ. 2539⁸ และล่าสุดใน พ.ศ.2554 คือ ประกาศแพทยสภา ที่ 7/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย ซึ่งประกาศข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม⁹ และประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย นั้นมีใจความตอนหนึ่งระบุไว้ว่า การตายของบุคคล หมายความว่า บุคคลอยู่ในสภาวะที่ระบบการไหลเวียนโลหิตและระบบการหายใจหยุดทำงานโดยไม่สามารถกลับคืนได้อีก หรืออยู่ในภาวะสมองตาย คือ การที่ก้านสมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไป¹⁰ กระนั้นแล้วก็เป็นเพียงข้อบังคับที่ใช้กับบุคคลซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น มิได้มีฐานะเป็นกฎหมายไม่สามารถนำไปบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไป ดังนั้น แม้ว่าแพทย์จะปฏิบัติตามข้อบังคับแพทยสภาดังกล่าวซึ่งถือว่าไม่ผิดจริยธรรม แต่ก็อาจผิดกฎหมายได้ ทำให้แพทย์ซึ่งเป็นผู้วินิจฉัยการตายไม่ได้ได้รับความคุ้มครองโดยปราศจากเงื่อนไข¹¹

⁷ ประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย พ.ศ. 2532

⁸ ประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2539

⁹ ประกาศแพทยสภา ที่ 7/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย พ.ศ. 2554

¹⁰ ฌัฐ ตันศรีสวัสดิ์, ชีร โชติ จงสกุล, “สมองตาย,” วารสารนิติเวชศาสตร์, เล่มที่ 1, ปีที่ 3

(มีนาคม – มิถุนายน 2553). น.54 – 57.

¹¹ ฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “ภาวะสมองตายและผลทางกฎหมาย,”

ข่าวสารพัฒนากฎหมาย ลำดับที่ 84 พฤษภาคม 2556.

ปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยการตายโดยใช้เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายโดยประกาศแพทยสภาได้เกิดเป็นคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลในวันที่ 25 เมษายน พ.ศ. 2545 โดยพนักงานอัยการฝ่ายคดีอาญา 8 และญาติของผู้ป่วยที่เสียชีวิตร่วมกันเป็นโจทก์ยื่นฟ้องแพทย์และเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาลวชิรปราการเป็นจำเลยในความผิดฐานร่วมกันฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ในคดีนี้ โจทก์ได้ฟ้องว่า จำเลยได้ร่วมกันผ่าตัดเอาไตและตับของผู้ป่วยออกไปขณะที่ผู้ป่วยยังไม่ถึงแก่ความตาย เพื่อนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่น เป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย โดยศาลชั้นต้นมีคำพิพากษา เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2548 สรุปความได้ว่า ศาลเห็นว่าผู้ป่วยในคดีนี้ได้ประสบอุบัติเหตุบาดเจ็บที่ศีรษะ ซึ่งแพทย์ตรวจแล้วพบว่า ฐานสมองแตกหักร่วมกับสมองได้รับความกระทบกระเทือนอย่างรุนแรงทำให้ก้านสมองเคลื่อน มีผลทำให้ผู้ป่วยอยู่ในภาวะสมองตาย ไม่รู้สึกตัวและไม่สามารถหายใจได้เอง โดยประสาทศัลยแพทย์ได้ตรวจและวินิจฉัยผู้ป่วยรายนี้จำนวน 2 ครั้ง มีระยะเวลาห่างกันเกินกว่า 6 ชั่วโมง ซึ่งการตรวจและวินิจฉัยภาวะสมองตายนี้ ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน ประกาศแพทยสภาว่าด้วยเรื่องเกณฑ์การตรวจและวินิจฉัยสมองตาย พบว่า ผู้ป่วยมีสถานะแกนสมองตาย ไม่รู้สึกตัวและไม่อาจหายใจได้ด้วยตนเองอย่างแน่แท้ แม้หัวใจจะยังเต้นอยู่ แต่ก็โดยอาศัยยากระตุ้นและเครื่องช่วยหายใจ มิได้เต้นเองตามธรรมชาติ จึงถือได้ว่าการดำรงอยู่ของชีวิตผู้ป่วยนั้นได้สิ้นสุดลงแล้ว กล่าวคือ ผู้ป่วยได้สิ้นชีวิตหรือถึงแก่ความตาย ตั้งแต่ครั้งแรกที่ไม่หายใจแล้ว และโจทก์ไม่มีหลักฐานใดที่นำมาสืบแสดงให้เห็นได้ว่า มีการใช้ยาหรือมีการกระทำโดยประการใด ๆ ที่ทำให้ผู้ป่วยเกิดภาวะสมองตายโดยเจตนา ข้อเท็จจริงจึงรับฟังได้ว่า ผู้ป่วยรายนี้ประสบอุบัติเหตุและถึงแก่ความตายแล้วก่อนที่จะมีการผ่าตัดนำเอาอวัยวะออกไป การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ต่อมา อัยการ โจทก์ได้ยื่นอุทธรณ์ขอให้ศาลลงโทษจำเลยตามความผิด ซึ่งศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้วและได้มีคำพิพากษาขึ้นตามศาลชั้นต้น เมื่อวันที่ 23 กันยายน พ.ศ. 2553 อัยการ โจทก์และ โจทก์ร่วมจึงยื่นฎีกา ศาลฎีกาตรวจสำนวนและประชุมปรึกษารื้อหรือกันแล้วเห็นว่า โจทก์ร่วมฎีกาถึงปัญหาการเสียชีวิตตามกฎหมาย ซึ่งศาลเห็นว่าการตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ต้องเป็นการทำให้ตาย แต่ก็ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติลักษณะการตายไว้ชัดเจน จึงต้องให้แพทย์เป็นผู้วินิจฉัยการตาย ซึ่งแพทยสภามีการออกประกาศเกี่ยวกับการวินิจฉัย โดยมีประเด็นเรื่องก้านสมองถูกทำลายจนสิ้น ไม่สามารถทำให้ระบบหัวใจทำงานได้และร่างกายขาดออกซิเจน หากขาดเครื่องช่วยหายใจร่างกายจะขาดการตอบสนอง ซึ่งกรณีของผู้ป่วยทั้งสองแพทย์ได้ตรวจถึง 2 ครั้ง ทั้งช่วงเวลาห่างกัน 10 ชั่วโมง พบว่าผู้ป่วยไม่หายใจทั้งสองครั้ง จึงลงความเห็นในบันทึกว่าก้านสมองถูกทำลายโดยสิ้นเชิง และก่อนผ่าตัดอวัยวะ

วิสัญญีแพทย์ได้ตรวจแล้วผู้ตายไม่หายใจ การที่จำเลยที่ 1, 2, และ 4 ร่วมกันผ่าตัดเอาไตออกจากผู้ตายทั้งสองที่อยู่ในภาวะสมองตายตามการวินิจฉัยของแพทย์ ตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาถือเป็นการกระทำต่อคนตายแล้ว จึงไม่อาจเป็นการฆ่าได้อีก ที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษามานั้น ศาลฎีกาเห็นพ้องด้วย พิพากษายืนตามศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์เมื่อวันที่ 28 กันยายน พ.ศ. 2559 คดีดังกล่าว นับเป็นครั้งแรกของประเทศไทย ที่ศาลได้รับรองการวินิจฉัยการตายทางการแพทย์โดยใช้เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายว่า ผู้ที่อยู่ในภาวะสมองตาย (Brain Death) เป็นบุคคลที่ตายแล้วในทางกฎหมาย¹² โดยได้ระบุไว้ในคำพิพากษาอย่างชัดเจน หลังจากที่ประเด็นในการถกเถียงมาเป็นเวลานาน ซึ่งถือเป็นนิมิตหมายที่ดีและน่าจะสามารถใช้แนวคำพิพากษาศาลฎีกานี้เป็นแนวทางบรรทัดฐานสำคัญต่อไปในอนาคต ในเรื่องการยอมรับทางกฎหมายกับเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายโดยแพทย์ แต่อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาศาลฎีกานี้ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย จึงสมควรที่จะต้องมีการพัฒนาปรับปรุงและผลักดันให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องนี้ต่อไป

กรณีในต่างประเทศ แนวความคิดในเรื่องนี้ได้มีการยอมรับเป็นครั้งแรกที่สหรัฐอเมริกา ในคดี *People v Lyons* ซึ่งเหยื่อที่ถูกยิงในคดีถูกทำให้ตายอย่างถูกกฎหมายและนำเอาอวัยวะไปใช้ในการปลูกถ่ายให้แก่ผู้ป่วยรายอื่น¹³ ต่อมา ศาลในสหราชอาณาจักรก็ได้ดำเนินการตามแนวทางจากบรรทัดฐานในคดีดังกล่าว โดยเริ่มจากศาลสกอตแลนด์ ในคดี *Finlayson v HM Advocate* และศาลอังกฤษในคดี *R V Malcherek R V Steel* ซึ่งมีส่วนหนึ่งของคำพิพากษาคว่า เมื่อแพทย์ได้ใช้กระบวนการและวิธีการที่ได้รับการยอมรับในการสรุปว่าผู้ป่วยนั้นเสียชีวิตแล้ว และสมองส่วนที่เหลืออยู่ของผู้ป่วยรายนั้นอยู่ได้ก็ด้วยเครื่องช่วยชีวิต การหยุดการรักษาผู้ป่วยรายดังกล่าวจึงไม่ใช่การตัดวงจรชีวิตอันเป็นเหตุให้ผู้ป่วยรายนั้นตาย^{14, 15} นอกจากนี้ ในคดี *Re A* ซึ่งผู้ปกครองของเด็กคนหนึ่งได้ยื่นขอให้ศาลอนุญาตให้เด็กดังกล่าว ได้รับการรักษาโดยเครื่องช่วยหายใจต่อไป แต่ศาลได้พิพากษาว่า A เป็นบุคคลซึ่งมีการรับรองแล้วว่าก้านสมองตาย ถือว่าได้ตายแล้วตามกฎหมายแพทย์ ซึ่งปิดเครื่องช่วยหายใจมิได้กระทำผิดกฎหมาย¹⁶ ดังนั้น จึงเป็นที่ปรากฏชัดเจนว่ากฎหมายใน

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาคดีหมายเลขแดง ค.403/2548 (หมายเลขคำ ค.1242/2545)

¹³ *People v Lyons*, 50 Cal.2d 245. 1958

¹⁴ *Finlayson v HM Advocate*, JC 33. 1979

¹⁵ *R V Malcherek R V Steel*, 2 All ER 422. 1981

¹⁶ *Re A*, 3 Med LR 303, 1992

สหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรไม่เอาผิดแก่แพทย์ที่ปิดเครื่องช่วยหายใจผู้ป่วยที่อยู่ในภาวะสมองตาย เนื่องจากถือได้ว่า เป็นบุคคลที่ตายแล้วตามกฎหมาย

1.2 วัตถุประสงค์

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการตายและภาวะสมองตายทางการแพทย์
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาตลอดจนผลกระทบจากการขาดบทบัญญัติของกฎหมายรับรองการตายโดยภาวะสมองตาย อีกทั้งหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายโดยประกาศแพทยสภา ซึ่งมีผลบังคับใช้ได้เฉพาะกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น จึงทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้วินิจฉัยการตายไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบบทบัญญัติทางกฎหมายอันเกี่ยวกับการตายโดยภาวะสมองตายของไทยกับต่างประเทศ
4. เพื่อวิเคราะห์แนวทางในการพัฒนาแนวคิดเชิงวิชาการรวมถึงแนวทางในการแก้ไขและป้องกันปัญหาโดยผลักดันให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเพื่อรับรองการตายโดยภาวะสมองตายในประเทศไทย

1.3 สมมติฐาน

พบว่า เกิดปัญหาเนื่องจากขาดบทบัญญัติของกฎหมายรับรองการตายโดยภาวะสมองตายในประเทศไทย อันส่งผลถึงประเด็นพิพาททางอาญาที่สำคัญ คือ การนำอวัยวะที่สำคัญต่อการดำรงชีวิตออกจากร่างกายของบุคคลที่ถูกวินิจฉัยว่าตกอยู่ในภาวะสมองตายนั้น เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นหรือไม่ ซึ่งส่งผลกระทบต่อบุคลากรหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น แพทย์ผู้มีหน้าที่วินิจฉัยการตาย แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนและปลูกถ่ายอวัยวะ เจ้าหน้าที่งานตำรวจ นักกฎหมาย ทนายความ อัยการ ผู้พิพากษา และสังคมโดยทั่วไป ทั้งนี้ ปัญหาในหลายกรณีได้เคยเกิดเป็นข้อพิพาทในต่างประเทศมาแล้ว ทั้งที่สหรัฐอเมริกา อังกฤษ และจีน เป็นต้น

หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับรองการตายโดยภาวะสมองตายตามหลักการทางการแพทย์ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติใน มาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นบทนิยามศัพท์ โดยเพิ่มคำว่า “ตาย” และนิยามให้ครอบคลุมการตายโดยภาวะสมองตายดังกล่าว น่าจะทำให้ลดทอนปัญหาอันเกิดจากการขาดบทบัญญัติตามกฎหมายรับรองการตายโดยภาวะสมองให้เบาบางลงไปได้

1.4 ขอบเขตการศึกษา

งานวิจัยฉบับนี้ มุ่งศึกษาถึงปัญหาและคดีที่เกี่ยวข้องกับการตายโดยอาศัยหลักเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายโดยประกาศจากแพทยสภา รวมไปถึงปัญหาและคดีที่เกี่ยวข้องกับภาวะสมองตายในสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และจีน รวมไปถึงกฎหมายหรือข้อบังคับในสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และจีน ซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายหรือข้อบังคับในไทย

1.5 ระเบียบวิธีการศึกษา

วิจัยเอกสาร รวบรวมเอกสาร กฎหมายต่าง ๆ เป็นส่วนสำคัญหรือเป็นส่วนหลักของการศึกษาวิจัยในครั้งนี้ โดยการดำเนินการศึกษาค้นคว้าเอกสาร ตำราวิชาการต่าง ๆ ในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจัย ทั้งนี้ ในส่วนของไทยและในสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และจีน ที่ได้เคยศึกษามาก่อนแล้วสำหรับเป็นแนวทางในการศึกษา

การวิเคราะห์ข้อมูล จะวิเคราะห์และนำเสนอให้เห็นว่า การไม่มีบทนิยามการตายตามกฎหมายนั้น เป็นปัญหาสำคัญในกระบวนการยุติธรรมในไทย โดยแสดงให้เห็นถึงการพัฒนาการทางความคิด แนวทางการปฏิบัติ และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมไปถึงการเปรียบเทียบปัญหาในกรณีที่เกิดคล้ายคลึงกันที่เกิดขึ้นในไทยกับที่สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และจีน โดยจะเสนอแนวทางการแก้ไขปรับปรุงพัฒนากฎหมายไทย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการตายและภาวะสมองตายทางการแพทย์
2. ทำให้ทราบปัญหาตลอดจนผลกระทบจากการขาดบทบัญญัติของกฎหมายรับรองการตายโดยภาวะสมองตาย อีกทั้งหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายโดยประกาศแพทยสภาซึ่งมีผลบังคับใช้ได้เฉพาะกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น จึงทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้วินิจฉัยการตายไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย
3. ทำให้ทราบความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติทางกฎหมายอันเกี่ยวกับการตายโดยภาวะสมองตายของไทยกับต่างประเทศ
4. ทำให้เกิดแนวคิดเชิงวิชาการรวมถึงแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงและแก้ไขปัญหาโดยผลักดันให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย

5. ทำให้เกิดแนวคิดเชิงวิชาการรวมไปถึงแนวทางในการแก้ไขและป้องกันปัญหาโดยการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเพื่อรับรองการตายโดยภาวะสมองตายในประเทศไทย



บทที่ 2

การตายและการวินิจฉัยภาวะสมองตายในประเทศไทย

การตายนั้มีหลายทศนะ ทั้งการตายทางการแพทย การตายทางกฎหมาย หรือแม้แตการตายทางศาสนา การตายในแต่ละทศนะนั้นยอมแตกต่างกัน แม้แต่ในทศนะเดียวกัน เช่น การตายทางศาสนายังพบว่า ศาสนาแต่ละศาสนานั้นมีคำสอนและความเชื่อแตกต่างกันไป จึงอาจมีนิยามการตายที่แตกต่างกัน การตายทางกฎหมายในแต่ละประเทศนั้นก็อาจมีบทนิยามที่แตกต่างกันได้เช่นกัน แม้กระทั่ง การตายทางการแพทยซึ่งปัจจุบันให้ความสนใจกับการตายโดยภาวะสมองตาย ย่อมมีเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตาย ซึ่งแต่ละประเทศนั้นยังมีความแตกต่างกันในรายละเอียด

2.1 หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายในระดับนานาชาติ

คำว่า “สมองตาย” และคำว่า “ก้านสมองตาย” นั้นมักถูกใช้แทนกันอยู่บ่อยครั้ง จากความเชื่อว่าทั้งสองคำนั้นเหมือนกัน แต่ในความเป็นจริงนั้น ทั้งสองคำนี้มีทั้งความเหมือนและความแตกต่างกันอยู่ในรายละเอียด

2.1.1 ประวัติและพัฒนาการของการวินิจฉัยการตายในระดับนานาชาติ

ก่อนปี ค.ศ. 1960 ความตาย (Death) หมายถึง การหยุดการทำงานของหัวใจและการหยุดการหายใจอย่างถาวร แต่เนื่องจากความรู้ทางการแพทย์โดยเฉพาะด้านทักษะในการกู้ชีพและการดูแลผู้ป่วยวิกฤติด้วยเครื่องช่วยหายใจนั้นพัฒนามากขึ้น จนสามารถให้การช่วยเหลือผู้ป่วยที่ไม่มีการทำงานของสมองให้มีการทำงานของระบบการหายใจและไหลเวียนโลหิตได้ ทำให้ความหมายของความตายนั้มีการตีความที่เปลี่ยนแปลงไป การวินิจฉัยภาวะสมองตายจึงได้ถือกำเนิดขึ้นมา

ในปี ค.ศ. 1959 Wertheimer และคณะ ได้อธิบายถึงความตายของระบบประสาทในผู้ป่วยที่ไม่รู้สึกตัวและมีระบบหายใจล้มเหลวที่ได้รับการรักษาด้วยเครื่องช่วยหายใจเป็นครั้งแรก

ในครั้งนั้นยังไม่ได้มีการกำหนดใช้คำว่าสมองตาย¹⁷ ต่อมาในระยะเวลาเพียงไม่กี่เดือน Mollaret และ Goulon ตีพิมพ์บทความทางการแพทย์โดยใช้คำว่า “Coma de Passe” ซึ่งหมายถึง “ภาวะที่เป็นมากกว่าการหมดสติ” ในผู้ป่วยที่หยุดหายใจและไม่มี การตอบสนองของก้านสมองและคลื่นสมอง (EEG) อย่างถาวรแต่ยังมีการเต้นของหัวใจอยู่ ซึ่งมีการชี้ให้เห็นว่าถ้าถอดเครื่องช่วยหายใจออก หัวใจก็จะหยุดเต้นตามมา¹⁸ ในปี ค.ศ. 1963 Guy Alexander ทำการกำหนดเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายขึ้น เพื่อนำอวัยวะของผู้ป่วยมาใช้ในการปลูกถ่าย¹⁹ ส่วน Schwab และคณะ ได้เสนอให้ใช้การตรวจคลื่นสมองในการช่วยวินิจฉัยการตายของระบบประสาท²⁰

ในปี ค.ศ. 1968 คณะกรรมการการวินิจฉัยภาวะสมองตายแห่งมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด สหรัฐอเมริกา (Ad Hoc Committee of Harvard Medical School on Brain Death) ตีพิมพ์บทความที่สำคัญในเรื่อง “นิยามของภาวะโคม่าที่ไม่อาจคืนย้อนกลับ (The Definition of Irreversible Coma)” ซึ่งระบุถึงเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายว่าจะต้อง หมดสติ ไม่หายใจ และ ไม่มี การตอบสนองของก้านสมองที่ยืนยันด้วยการตรวจคลื่นไฟฟ้าสมอง (Electroencephalogram, EEG) เป็นเวลา 24 ชั่วโมง²¹ โดยที่คณะกรรมการได้อธิบาย หลักการสมองตายโดยสิ้นเชิงทั้งหมด (Whole – Brain – Death Formulation) ซึ่งเป็นการดูภาพรวมของทั้งสมองเพื่อบ่งชี้การตาย มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อหลีกเลี่ยงการช่วยชีวิตที่ไม่มีประโยชน์และสนับสนุนการตายอย่างสมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งหลังจากรายงานนี้ได้ตีพิมพ์ การวินิจฉัยภาวะสมองตาย จึงเป็นที่ยอมรับไปทั่วโลก

ในปี ค.ศ. 1976 จากความรู้เรื่องการทำงานของก้านสมองในการควบคุมการหายใจของมนุษย์ ทำให้ ราชวิทยาลัยแพทย์ (Medical Royal Colleges) แห่งสหราชอาณาจักร ได้ตีพิมพ์บทความเรื่องการวินิจฉัยสมองตาย โดยยึดหลักการก้านสมองตาย (Brain – Stem – Death

¹⁷ Wertheimer P, Jouvret M, Descotes J. “Diagnosis of death of the nervous system in comas with respiratory arrest treated by artificial respiration.” *Presse Med* 67. (1959) : 87 – 88.

¹⁸ Mollaret P, Goulon M. “The depassed coma (preliminary memoir).” *Rev Neurol (Paris)* 101. (1959) : 3 – 15.

¹⁹ Powner DJ, Ackerman BM, Grenvik A, *supra note* 3, p.1.

²⁰ Schwab RS, Potts F, Bonazzi A. “EEG as an aid in determining death in the presence of cardiac activity ethical, legal, and medical aspects.” *Electroencephalogr Clin Neurophysiol* 15. (1963) : 147 – 148.

²¹ Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death. “A Definition of Irreversible Coma.” *JAMA* 205. (1968) : 337 – 340.

Formulation)²² กล่าวว่า เมื่อใดที่ก้านสมองตายก็เท่ากับผู้ป่วยได้เสียชีวิตแล้วนั่นเอง โดยการวินิจฉัยภาวะก้านสมองตายนั้นต้องยืนยันว่า มีการสูญเสียความรู้สึกตัวและการหายใจอย่างถาวรและต้องไม่มีสาเหตุอื่นใดที่ทำให้ก้านสมองทำงานผิดปกติแบบชั่วคราว ซึ่งเกณฑ์การวินิจฉัยเช่นนี้ถูกวิจารณ์อย่างหนักโดยสื่อหลายสำนัก เพราะว่าเป็นการใช้การประเมินอาการทางคลินิกอย่างเดียว โดยไม่ใช่เครื่องมือ เช่น EEG ช่วยวินิจฉัยอย่างที่ประเทศอื่นทำ นอกจากนี้ แพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านประสาทวิทยา มหาวิทยาลัยจอห์น ฮอปกินส์ สหรัฐอเมริกา ยังทำการคัดค้านว่ามีผู้ป่วยจำนวนหนึ่งสามารถมีชีวิตรอดได้ แม้จะมีอาการทางคลินิกครบตามเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะก้านสมองตายแล้วก็ตาม²³ แต่ Pallis และ Harley ปฏิเสธคำกล่าวหานี้ เนื่องจาก ผู้ป่วยกลุ่มที่ถูกอ้างถึงนั้นบางรายอาจไม่มีการบาดเจ็บของสมองในระดับที่รุนแรงจนไม่มีทางรักษา และบางรายก็ไม่ได้ถูกตรวจร่างกายอย่างทันเวลา พวกเขานำเสนอการศึกษาในผู้ป่วย 1,862 ราย ซึ่งถูกวินิจฉัยภาวะก้านสมองตายตามเกณฑ์แบบสหราชอาณาจักร ซึ่งแม้ว่าจะยังคงให้การช่วยหายใจอยู่แต่ก็ยังคงเกิดภาวะหัวใจหยุดเต้นอยู่อย่างสม่ำเสมอ²⁴

ในปี ค.ศ. 1981 คณะกรรมาธิการในสหรัฐอเมริกา ได้เสนอรายงานที่สำคัญอีกฉบับหนึ่งในเรื่อง การวินิจฉัยภาวะสมองตายโดยใช้หลักการ Whole – Brain – Death²⁵ บ่งชี้ว่าจะต้องทำการประเมินระบบการไหลเวียนโลหิตนอกสมอง การทำงานของสมองทั้งหมด รวมไปถึงทักษะขั้นสูงของสมอง (Higher Brain Formulation) ด้วย ถึงจะยืนยันภาวะสมองตายได้ รายงานกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ความตาย คือ “การสิ้นสุดของชีวิตทั้งหมดในร่างกาย” และมีเกณฑ์ในการวินิจฉัยคือ ต้องมีการหยุดการทำงานของสมองทั้งหมดมิใช่แต่เพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง ร่วมกับการหยุดการทำงานของระบบไหลเวียนโลหิตและระบบหายใจอย่างถาวรด้วย เนื่องจากเชื่อว่า สมองนั้นเป็นศูนย์บูรณาการในการทำงานของทุกระบบในร่างกายตาม สมมติฐานความสูญเสียการบูรณาการของ

²² Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the UK. “Diagnosis of Brain Death.” *BMJ* 2. (1976) : 1187 – 1188.

²³ Youngner SJ, Arnold RM, Schapiro R, *The Definition of Death: Contemporary Controversies*, (Baltimore : Johns Hopkins University Press, 1999), p.1–348.

²⁴ Pallis C, Harley DH. *ABC of Brainstem Death*. 2nd ed. London: BMJ Publishing Group; 1996. p. 8–12.

²⁵ President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, *Defining Death: Medical, Legal and Ethical Issues in the Determination of Death*, (Washington DC : Government Printing Office, 1981)

ร่างกาย (Somatic Disintegration Hypothesis) ทั้งนี้ การตัดสินใจวินิจฉัยภาวะสมองตายต้องทำตามมาตรฐานอันเป็นที่ยอมรับ (แต่ไม่มีการระบุไว้ว่า มาตรฐานอันเป็นที่ยอมรับนั้นมีรายละเอียดอย่างไรบ้าง) นับแต่นั้นเป็นต้นมา นานาอารยะประเทศก็ได้ค่อย ๆ นำหลักเกณฑ์และวิธีการการวินิจฉัยสมองตาย ทั้งแบบสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรไปปรับใช้ตามความเหมาะสมของบริบทในแต่ละประเทศต่อไป

ในปี ค.ศ. 1995 วิทยาลัยประสาทวิทยาอเมริกัน (American Academy of Neurology, AAN) ได้ประกาศเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายอีกครั้ง ในครั้งนี้เน้นย้ำในเรื่อง ภาวะหมดสติถาวร (ซึ่งต้องมีสาเหตุแน่ชัด) ภาวะที่ไม่มีการตอบสนองของก้านสมองต่อสิ่งเร้าและภาวะหยุดหายใจอย่างถาวร ซึ่งเป็นการประเมินอาการทางคลินิกร่วมกับใช้การทดสอบพิเศษเพิ่มเติมเพื่อแก้ปัญจัยรบกวนต่าง ๆ โดยยังยึดหลักการ Whole – Brain – Death อยู่เช่นเดิม ส่วนการวินิจฉัยภาวะก้านสมองตาย (Brain – Stem – Death) ยังคงไม่ได้รับการยอมรับในสหรัฐอเมริกา จนถึงขั้นมีการตีพิมพ์บทความของสภาองคมนตรีเรื่อง “ความไม่แน่นอนของการวินิจฉัยการตาย (Controversies in the Determination of Death)”²⁶ ออกมา โดยมีเนื้อหาวิจารณ์การวินิจฉัยภาวะก้านสมองตายในสหราชอาณาจักรว่า มีความบกพร่อง น่าสงสัยในหลักการและอันตรายเกินกว่าจะนำมาใช้ปฏิบัติจริง นอกจากนี้ ทางสภาองคมนตรียังสนับสนุนให้ใช้คำว่า “ภาวะสมองล้มเหลว (Total Brain Failure)” แทนคำว่า “Whole – Brain – Death” เนื่องจากมีการปรับหลักการในการวินิจฉัยใหม่ตาม AAN ในปี ค.ศ. 1995 โดยไม่ได้ยึดตามคณะกรรมการของฮาร์วาร์ด ในปี ค.ศ. 1968 อีกต่อไป

หลังจากนั้น ในปี ค.ศ. 2010 AAN ได้ตีพิมพ์ แนวทางปฏิบัติอิงหลักฐาน (Evidence – Based Guideline) ในการวินิจฉัยภาวะสมองตายขึ้นใหม่²⁷ ซึ่งระบุว่าใน 15 ปีที่ผ่านมา ไม่มีการรายงานถึงการฟื้นคืนของการทำงานของระบบประสาทในผู้ป่วยที่ถูกวินิจฉัยภาวะสมองตายด้วยเกณฑ์ของ AAN และมีหลักฐานว่าการทำ การตรวจพิเศษเพิ่มเติม (Ancillary Test) นั้นเชื่อถือได้ ส่วนการทำการแพร่ออกซิเจนขณะหยุดหายใจ (Apneic Oxygenation Diffusion) เพื่อวินิจฉัยภาวะหยุดหายใจนั้นปลอดภัยดี แต่ต่อมา ในปี ค.ศ. 2011 มีการรายงานว่ามีการกลับฟื้นคืนของภาวะ

²⁶ The President’s Council on Bioethics, Controversies in the determination of death: A white paper of the President’s Council on Bioethics 2008, (Washington DC : Government Printing Office, 2008), p.66.

²⁷ Wijdicks EF, Varelas PN, Gronseth GS, Greer DM, American Academy of Neurology. “Evidence – based guideline update: Determining brain death in adults: Report of the quality standards subcommittee of the American Academy of Neurology,” Neurology 74. (2010) : 1911 – 1918.

สมองตายที่เห็นได้ชัดเจน เนื่องจากไม่ปฏิบัติตามแนวทางวินิจฉัยที่เป็นมาตรฐานตามที่ AAN แนะนำ^{28, 29, 30} และในปีเดียวกันนั้นเอง สมาคมกุมารแพทย์เวชบำบัดวิกฤติแห่งราชวิทยาลัยกุมารแพทย์สหรัฐอเมริกา (AAP) ก็ได้กำหนดแนวทางมาตรฐานในการวินิจฉัยภาวะสมองตายสำหรับเด็กและทารกออกมาโดยใช้หลักการเดียวกัน³¹

2.1.2 แนวคิดในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยการตายโดยภาวะสมองตายให้มีเกณฑ์มาตรฐานในระดับนานาชาติ

ทัศนคติแบบสหรัฐอเมริกาใน ค.ศ. 1995 กำหนดว่า ความตาย คือ การสิ้นสุดของชีวิตทั้งหมดในร่างกาย สูญเสียการทำงานร่วมกันของอวัยวะต่าง ๆ ที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต กล่าวคือ ภาวะสมองตาย Whole – Brain – Death นั้นเทียบเท่ากับความตาย เพราะสมองเป็นอวัยวะที่จำเป็นในการบูรณาการการทำงานของระบบอันซับซ้อนต่าง ๆ ในร่างกาย ถึงแม้ในบางครั้งแม้ผู้ป่วยจะถูกวินิจฉัยว่ามีภาวะสมองตายแล้วจะสามารถตรวจพบว่า บางส่วนของสมองยังคงปกติและอาจยังตรวจพบการทำงานของคลื่นสมองอยู่ด้วยได้ ดังนั้น ในแนวทางเวชปฏิบัติของสหรัฐอเมริกา จึงให้ความสำคัญกับการสูญเสียการทำงานของสมองอย่าง “ถาวร” แต่ไม่ได้จำเป็นจะต้องมีการทำลายของสมองทุกส่วนในทางกายวิภาค อย่างไรก็ตามก็ยังมีรายงานเพิ่มเติมอีกว่า การทำงานของต่อมใต้สมอง (Pituitary Neuroendocrine Function) เช่น การหลั่งฮอร์โมนเอ็ดไอเอช (Antidiuretic Hormone, ADH) การควบคุมอุณหภูมิร่างกายโดยสมองส่วนไฮโปทาลามัส (Hypothalamus) และการทำงานของระบบประสาทอัตโนมัติอื่น ๆ อาจจะยังมีอยู่ในผู้ป่วยที่เข้าเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายแล้ว ดังนั้นในปี ค.ศ. 1996 Bernat จึงได้ทำการปรับปรุงเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายใหม่ โดยเปลี่ยนคำจำกัดความของความตายเป็นการสูญเสียการทำงานของอวัยวะที่สำคัญ (Critical Function) ต่อการดำรงชีพอย่างถาวร รวมถึงการหยุดการทำงานของสมองทั้งสมองในส่วนที่สำคัญ

²⁸ Webb AC, Samuels OB. “Reversible brain death after cardiopulmonary arrest and induced hypothermia.” *Crit Care Med* 39. (2011) : 1538 – 1542.

²⁹ Wijdicks EF, Varelas PN, Gronseth GS, Greer DM. “There is no reversible brain death.” *Crit Care Med* 39. (2011) : 2204 – 2205.

³⁰ Webb AC, Samuels OB. “There is no reversible brain death.” *Crit Care Med* 39. (2011) : 2206.

³¹ Nakagawa TA, Ashwal S, Mathur M, Mysore M, Society of Critical Care Medicine, Section on Critical Care and Section on Neurology of American Academy of Pediatrics, Child Neurology Society. “Clinical report – Guidelines for the determination of brain death in infants and children: An update of the 1987 task force recommendations.” *Pediatrics* 128. (2011) : e720 – 740.

ต่อการดำรงชีพ เพื่อให้คำจำกัดความนั้นตรงกัน³² เขามีความเห็นว่ เกณฑ์การวินิจฉัยแบบสมองตายสิ้นเชิงทั้งหมด (Whole – Brain Criterion) นี้ไม่จำเป็นต้องสูญเสียการทำงานของสมองทั้งหมดทั้งหมด เพียงแต่ในการทดสอบที่สามารถตรวจได้ ณ ช่วงเดียวผู้ป่วยนั้นต้องเสียทั้งหมดเท่าที่จะตรวจได้ ซึ่งต่อมา Wijdicks ได้พิสูจน์ให้เห็นว่า การไหลของโลหิตที่ต่อมใต้สมอง (Pituitary Blood Flow) นั้นมีส่วนมาจากภายนอกสมอง จึงสามารถทำให้เกิดการเพิ่มแรงดันในสมองและทำให้มีการทำงานของสมองได้บางส่วนจริง (Neurohypophyseal Functioning) ซึ่งอาจทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการวินิจฉัยภาวะสมองตายแบบ Whole – Brain – Death Formulation³³ ทางสภาอภคมนตรีจึงกำหนดแนวคิดเกี่ยวกับความตายใหม่ว่า ผู้ป่วยจะต้องมีภาวะสมองล้มเหลว (Total Brain Failure) ที่ไม่สามารถจะทำให้มีการดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างปกติพื้นฐาน เน้นหนักที่การไม่หายใจและการหมดสติอย่างถาวร อย่างไรก็ตามในประเด็นนี้ ในปี ค.ศ. 2008 Shewmon ก็มีที่ตั้งคำถามกับสภาว่า ผู้ป่วยที่มีความรู้สึกตัวดีก็อาจจะไม่มีการหายใจได้ เช่น ในกรณีที่เป็นผู้ป่วยที่มีรอยโรคที่ก้านสมองส่วนล่าง ดังนั้น การหายใจจึงไม่น่าจะเป็นส่วนสำคัญในการตัดสินความมีชีวิตทั้งหมด นอกจากนี้ เขายังวิจารณ์ความไม่รอบคอบของสภาอภคมนตรีในการทำงาน โดยตัวอย่างที่เขายกมาคัดค้าน คือ ตัวอ่อน (Embryo) นั้นจะสามารถถูกวินิจฉัยว่าตายได้ตามเกณฑ์ที่สภากำหนด ทั้ง ๆ ที่ทราบกันดีว่า ตัวอ่อนนั้นยังมีชีวิตอยู่³⁴

ในส่วนของ Brain – Stem – Death Formulation นั้น Bernat ได้ชี้ให้เห็นถึงความเป็นไปได้ในการเกิด “อัมพาตทั้งร่างชนิดรุนแรง (Profound Locked-In Syndrome)” ซึ่งทำให้ผู้ป่วยยังคงมีสติรู้ตัวแต่ไม่มีการทำงานของก้านสมองได้³⁵ การวินิจฉัยเช่นนี้จึงยังไม่ค่อยเป็นที่ยอมรับ อย่างไรก็ตาม ทั้ง Whole – Brain – Death และ Brain – Stem – Death ก็มีเกณฑ์การวินิจฉัยและการทดสอบที่คล้ายคลึงกัน นอกเหนือจาก 2 แบบนี้แล้ว การวินิจฉัยโดยยึด Higher Brain Formulation ก็เคยถูกคิดค้นขึ้นมาโดย Veatch ในปี ค.ศ. 1976 โดยกำหนดคำจำกัดความของความตายคือ การสูญเสีย

³² Bernat JL. “A defense of the whole – brain concept of death.” *Hastings Center Report* 28. (1998) : 14 – 23.

³³ Wijdicks EF, *Brain Death*, (Philadelphia : Lippincott Williams and Wilkins, 2000), p.29–43.

³⁴ Shewmon DA. “Brain death: Can it be resuscitated?.” *Hastings Center Report* 39. (March – April 2009) : 18 – 24.

³⁵ Bernat JL, *Philosophical and ethical aspects of brain death*, (Philadelphia : Lippincott Williams and Wilkins, 2001), p.171–187.

ความเป็นมนุษย์ (Personhood) อย่างถาวร โดยเขาเชื่อว่า การหมดสติอย่างถาวรและการสูญเสียความรู้ความเข้าใจ ทำให้ผู้ป่วยสูญเสียความเป็นมนุษย์และกฎหมายควรกำหนดให้ความตายเท่ากับการสูญเสีย Higher Brain Functions ซึ่งก็หมายถึงมีการทำลายของสมองส่วนเปลือก (Cerebral Cortex)³⁶ ปัญหาใหญ่ของคำจำกัดความแบบนี้ คือ ผู้ป่วยที่มีภาวะผัก (Persistent Vegetative State) และเด็กทารกซึ่งไม่มีสมองใหญ่ (Anencephalic Neonates) จะถูกวินิจฉัยว่ามีภาวะสมองตาย ดังนั้น Higher Brain Formulation จึงไม่ได้รับการยอมรับ ณ ที่ใดในโลก

จะเห็นได้ว่า มีความไม่ลงรอยกันระหว่างแนวคิดและเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก อีกทั้ง นับจนถึงปัจจุบัน ก็ยังไม่ปรากฏกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องภาวะสมองตายเป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ได้มีความพยายามในการรวบรวมและจัดทำให้เกิดเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายให้เป็นอันหนึ่งเดียวกันในระดับนานาชาติเป็นครั้งแรกโดยองค์การอนามัยโลก (World Health Organization, WHO) ซึ่งได้จัดประชุมเมื่อวันที่ 30 – 31 พฤษภาคม ค.ศ. 2012 ณ เมืองมอนทรีออล ประเทศแคนาดา โดยประเทศต่าง ๆ ได้ส่งตัวแทนมาประชุมร่วมกันถึง 32 ประเทศ³⁷ และได้ข้อสรุปออกมาเป็น “แนวทางปฏิบัติสากลสำหรับการวินิจฉัยการตาย ขั้นที่ 1 (International Guidelines for the Determination of Death – Phase I)” โดยมีสาระสำคัญกล่าวถึงปัญหาความแตกต่างกันระหว่างเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายในแต่ละประเทศนั้นทำให้เกิดความสับสนและความคลงแคลงใจของสังคมและนักกฎหมายต่อความแม่นยำแน่นอนของการวินิจฉัยการตายโดยภาวะสมองตายโดยแพทย์ ประกอบกับความแตกต่างของขนบธรรมเนียม ประเพณี วัฒนธรรม ศาสนา และความเชื่อในแต่ละประเทศ จึงก่อปรให้เกิดความแตกต่างกันของกฎเกณฑ์และกฎหมายเรื่องภาวะสมองตายให้ประจักษ์ชัดขึ้น ในการประชุมครั้งนี้จึงได้มีการรวบรวมและทบทวนวรรณกรรม หลักฐานเชิงประจักษ์ต่าง ๆ เพื่อวิเคราะห์และสังเคราะห์เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายที่ถูกต้อง แม่นยำ และสามารถนำไปปรับใช้ได้ในระดับนานาชาติให้เกิดขึ้น

ปัญหาที่เด่นชัดประการหนึ่งในความแตกต่างของเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายแต่ละประเทศ คือ การบังคับหรือให้เลือกกระทำการตรวจพิเศษเพื่อยืนยันภาวะสมองตายแบบดั้งเดิม

³⁶ Veatch RM, *Death, Dying, and the Biological Revolution: Our Last Quest for Responsibility*, (New Haven, Conn : Yale University Press, 1976)

³⁷ WHO, “International Guidelines for the Determination of Death – Phase I,” from Montreal Forum, by Canada and Canadian Blood Services in collaboration with the WHO, 2012

เช่น การตรวจคลื่นไฟฟ้าสมอง (Electroencephalogram, EEG) และการตรวจระบบไหลเวียนโลหิตในสมอง (Cerebral Angiography) รวมไปถึงการตรวจพิเศษเพื่อยืนยันภาวะสมองตายแบบใหม่ เช่น การตรวจระบบไหลเวียนโลหิตในสมองโดยการเอกซเรย์คอมพิวเตอร์หลอดเลือดสมอง (Computed Tomographic Angiography, CTA) การตรวจระบบไหลเวียนโลหิตในสมองโดยการเอกซเรย์คอมพิวเตอร์ระบบไหลเวียนโลหิตในสมอง (Computed Tomographic Perfusion) การตรวจระบบไหลเวียนโลหิตในสมองโดยเครื่องแสดงภาพหลอดเลือดในสมองจากการวัดการสั่นพ้องสนามแม่เหล็ก (Magnetic Resonance Angiography, MRA) และการตรวจระบบไหลเวียนโลหิตในสมองโดยคลื่นเสียงความถี่สูงผ่านสมอง (Transcranial Doppler Ultrasonography) จากการทบทวนวรรณกรรม พบว่า การตรวจพิเศษแบบใหม่เหล่านี้ยังไม่มีหลักฐานเชิงประจักษ์ทางการแพทย์ว่ามีประโยชน์เหนือว่าการตรวจพิเศษแบบดั้งเดิม อีกทั้ง การตรวจพิเศษเพื่อยืนยันนั้นไม่สามารถนำมาใช้ทดแทนการตรวจทดสอบทางคลินิกได้ แต่ใช้สำหรับเป็นการตรวจเพิ่มเติมเท่านั้นหากการตรวจทดสอบทางคลินิกนั้นได้ผลที่ไม่ชัดเจนหรือกฎหมายบางประเทศได้กำหนดเป็นข้อบังคับไว้ให้กระทำ

การตรวจคลื่นไฟฟ้าสมองนั้นเริ่มถูกค้นพบว่ามีปัจจัยรบกวนค่อนข้างมาก และอาจให้ผลบวกปลอมหรือผลลบปลอมได้ ผู้ทำการทดสอบต้องใช้ความระมัดระวังสูงในการทดสอบและแปลผล³⁸

จากการรวบรวม ทบทวน และวิเคราะห์วรรณกรรมรวมทั้งหลักฐานเชิงประจักษ์ต่าง ๆ ในครั้งนี้ WHO จึงได้สรุป เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายขั้นต่ำ (Minimum Acceptable Clinical Standard) และ เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายเพิ่มเติม (Beyond the Minimum Clinical Standard Additional Testing) สรุปได้ ดังตาราง

³⁸ W. Szurhaj, M. D. Lamblin, A. Kaminska, H. Sediri. "EEG guidelines in the diagnosis of brain death." *Neurophysiologie Clinique/Clinical Neurophysiology* 45. (2015) : 97 – 104.

ตารางที่ 2.1 เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายขั้นต่ำและเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายเพิ่มเติม

ข้อ	สิ่งตรวจบรรยาย	เกณฑ์การตรวจทดสอบทางคลินิกขั้นต่ำ	การตรวจพิเศษเพิ่มเติมจากเกณฑ์ขั้นต่ำ
1	การบาดเจ็บของสมองอย่างรุนแรง: มีความเสื่อมและมีการสูญเสียการทำงานของก้านสมองอย่างต่อเนื่อง แม้จะให้การรักษาแล้ว	<ol style="list-style-type: none"> 1. ทราบสาเหตุ และ/หรือ ความผิดปกติของรอยโรคที่ทำให้เสียชีวิต โดยเกณฑ์การวินิจฉัยทางระบบประสาท 2. ระดับความรู้สึกตัวลดลง (วัดโดย GCS 4 – 5 หรือ 4 – score) 3. หลักฐานที่บ่งชี้ว่ามีการสูญเสียการทำงานของก้านสมองที่เพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ 	<ol style="list-style-type: none"> 1. ภาพถ่ายรังสีที่อธิบายระดับความรุนแรงของการบาดเจ็บที่สมอง 2. ตรวจทดสอบทางคลินิกซ้ำ 3. ตรวจพบภาวะความดันในศีรษะสูงอย่างต่อเนื่อง
2	ภาวะสมองหยุดทำงาน	<ol style="list-style-type: none"> 1. ภาวะ Coma ยกเว้น การตอบสนองของรีเฟล็กซ์จากไขสันหลัง 2. ตรวจไม่พบรีเฟล็กซ์จากก้านสมองทั้งหมด <ol style="list-style-type: none"> ก. รีเฟล็กซ์ของรูมันตาต่อแสง ข. รีเฟล็กซ์ของกระจกตา ค. รีเฟล็กซ์ของการกลืน ง. รีเฟล็กซ์ของการไอ จ. รีเฟล็กซ์เวสติบูลออกคูลาร์ ฉ. สูญเสียความสามารถในการหายใจ <p>กรณีทารกแรกเกิด: ควรทำการทดสอบการไม่หายใจเป็นอย่างสุดท้ายของการตรวจการทำงานของก้านสมอง</p>	ไม่มี: เนื่องจากการตรวจทดสอบภาวะสมองหยุดทำงานสามารถกระทำได้เฉพาะการตรวจทดสอบทางคลินิกเท่านั้น

ข้อ	สิ่งตรวจบรรยาย	เกณฑ์การตรวจทดสอบทางคลินิกขั้นต่ำ	การตรวจพิเศษเพิ่มเติมจากเกณฑ์ขั้นต่ำ
3	ภาวะสมองหยุดทำงานอย่างสิ้นเชิงถาวร	1. กรณีตรงครบทุกข้อกำหนด 2. ไม่มีปัจจัยภายนอกครอบกวน 3. ไม่ตอบสนองต่อการรักษาใด 4. ไม่มีการรักษาใดที่มีข้อบ่งชี้หรือสามารถกระทำเพิ่มเติมได้อีก	1. ตรวจทดสอบทางคลินิกซ้ำ 2. ตรวจพิเศษเพิ่มเติม เช่น ก. การตรวจที่แสดงให้เห็นประจักษ์ว่าไม่มีการไหลเวียนโลหิตในสมอง ข. ตรวจพบภาวะแรงดันในศีรษะสูงต่อเนื่องอันไม่สามารถแก้ไขได้ ค. ตรวจด้วยคลื่นเสียงความถี่สูงผ่านกะโหลกไม่พบการไหลเวียนโลหิตในสมอง ง. การตรวจคลื่นไฟฟ้าสมองไม่พบลักษณะคลื่นสมองที่ทำงานได้

จะเห็นได้ว่า WHO ให้ความสำคัญกับการตรวจทดสอบทางคลินิกซึ่งไม่จำเป็นต้องใช้เครื่องมือตรวจพิเศษราคาแพงแต่อย่างใด ทั้งนี้ การออกเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายขั้นต่ำนี้ย่อมอนุมานได้ว่า เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศนั้นไม่ทำให้ผลการวินิจฉัยแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ หากเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายในแต่ละประเทศนั้นสูงกว่าหรือเทียบเท่ากับเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายขั้นต่ำของ WHO³⁹

2.1.3 สรีรวิทยาการตายโดยองค์ความรู้ในระดับนานาชาติ

หน่วยที่เล็กที่สุดของสิ่งมีชีวิต คือ เซลล์ (Cell) ทั้งนี้ สิ่งมีชีวิตนั้นอาจจะเป็นสิ่งมีชีวิตเซลล์เดียว (Uni – Cellular Organism) หรือสิ่งมีชีวิตหลายเซลล์ (Multi – Cellular Organism) ก็ได้ ทั้งนี้ สิ่งมีชีวิตหลายเซลล์ย่อมที่จะมีเซลล์อันหลากหลายที่เปลี่ยนแปลงไปเพื่อทำหน้าที่เฉพาะของ

³⁹ Sam D. Shemie, Laura Hornby, Andrew Baker, Jeanne Teitelbaum, Sylvia Torrance, Kimberly Young, Alexander M. Capron, James L. Bernat, Luc Noel, The International Guidelines for Determination of Death phase 1 participants, in collaboration with the World Health Organization. “International guideline development for the determination of death.” *Intensive Care Med* 40. (2014) : 788 – 797.

คน ประกอบร่างกันเป็นอวัยวะ (Organ) ซึ่งมีหน้าที่เฉพาะแตกต่างกันออกไป โดยมีความสัมพันธ์ เชื่อมต่อโยงใยกันอย่างเป็นระบบ (System)

การตายทางการแพทย์ แบ่งเป็น 2 กรณี⁴⁰ คือ

(1) การตายระดับเซลล์ (Cellular Death) หมายถึง การตายของหน่วยที่เล็กที่สุด คือ เซลล์ นั่นเอง ทั้งนี้ หากเป็นสิ่งมีชีวิตเซลล์เดียวแล้ว การตายระดับเซลล์นี้ก็ย่อมที่จะทำให้สิ่งมีชีวิต นั้นดับสิ้นสูญสลายไป แต่หากเป็นกรณีสิ่งมีชีวิตหลายเซลล์ การตายของเซลล์เพียงบางเซลล์นั้น อาจจะยังไม่ทำให้สิ่งมีชีวิตนั้นดับสูญไปก็ได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่การตายของเซลล์ต่าง ๆ ที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการดำรงชีวิตของสิ่งมีชีวิตหลายเซลล์ เช่น เซลล์กล้ามเนื้อหัวใจตายจำนวนมาก หรือ เซลล์ประสาทตายเป็นจำนวนมากในตำแหน่งที่มีความสำคัญ อาจทำให้อวัยวะที่ประกอบ ไปด้วยเซลล์เหล่านั้น เสื่อมเสียหายที่อันจำเป็นไป และทำให้ ระบบ การทำงานของอวัยวะอื่นที่ กระทำงานร่วมกันนั้นล้มสลายไป โดยเกิดเป็นปฏิกิริยาลูกโซ่ (Chain) ต่อ ๆ กันไปทำให้ระบบต่าง ๆ ในร่างกายสิ่งมีชีวิตนั้นล้มสลาย และก่อให้เกิดการตายระดับร่างกาย (Somatic Death) ต่อไปได้ เช่นกัน

(2) การตายระดับร่างกาย (Somatic Death) หมายถึง ความสูญสิ้นการตอบสนองต่อโลก หรือสิ่งแวดล้อมของสิ่งมีชีวิตหลายเซลล์อย่างถาวร จะเห็นได้ว่า การตายระดับเซลล์และการตาย ระดับร่างกายนั้นอาจจะเกิดขึ้นพร้อมกันหรือคนละเวลากันก็ได้

มนุษย์นั้นเป็นสิ่งมีชีวิตหลายเซลล์ เซลล์ต่าง ๆ ได้ประกอบร่างกันเป็นอวัยวะมากมาย ทั้งนี้ ชีวิตของมนุษย์ดำรงอยู่ได้ก็ด้วยการทำงานของอวัยวะต่าง ๆ สอดประสานกันอย่างเป็นระบบ แต่ละอวัยวะแต่ละระบบนั้นมีหน้าที่และความสำคัญแตกต่างลดหลั่นกันไป โดยอาจแบ่งอวัยวะ ตามความสำคัญต่อการดำรงชีพได้เป็น 2 กลุ่ม⁴¹ คือ

(1) อวัยวะกลุ่มที่มีความสำคัญต่อการดำรงชีพ (Vital Organs) หมายถึง อวัยวะที่ขาดไป ไม่ได้เลยต่อการดำรงชีพ ซึ่งหากขาดอวัยวะใดอวัยวะหนึ่งเหล่านี้ไป จะทำให้การดำรงชีพนั้น สิ้นสุดลง เช่น หัวใจ ปอด และสมอง เป็นต้น

⁴⁰ Jason Payne – James, Richard Jones, Steven B Karch, John Manlove, Simpson's Forensic Medicine, 13th edition (London : Hodder Arnold Pub, 2011)

⁴¹ Richard L Drake, A Wayne Vogl, Adam W M Mitchell, Gray's Anatomy for Students, 3rd edition (New York : Elsevier Pub, 2015)

(2) อวัยวะกลุ่มที่ไม่ได้มีความสำคัญต่อการดำรงชีพ (Non – Vital Organs) หมายถึง อวัยวะที่หากขาดหายไป ก็ไม่ได้ส่งผลให้การดำรงชีพนั้นสิ้นสุดลงทันที หรืออาจสามารถดำรงชีพอยู่ต่อไปได้ อันได้แก่อวัยวะอื่น ๆ อันมิใช่ หัวใจ ปอด และสมอง เช่น ดวงตา แขน ขา ม้าม กระเพาะปัสสาวะ ลำไส้ และ มดลูก เป็นต้น

อวัยวะต่าง ๆ ทั้งอวัยวะกลุ่มที่มีความสำคัญต่อการดำรงชีพและอวัยวะกลุ่มที่ไม่ได้มีความสำคัญต่อการดำรงชีพ ต่างทำงานสอดคล้องประสานกันอย่างเป็นระบบต่าง ๆ (Systems) เช่น ระบบไหลเวียนโลหิตหรือระบบหัวใจและหลอดเลือด (Cardiovascular System) ระบบหายใจ (Pulmonary System) ระบบประสาทส่วนกลาง (Central Nervous System) ระบบประสาทส่วนปลาย (Peripheral Nervous System) ระบบทางเดินอาหาร (Gastro – Intestinal System) ระบบต่อมไร้ท่อ (Endocrine System) ระบบไต (Renal System) และระบบสืบพันธุ์ (Reproductive System) เป็นต้น

แต่เดิมนั้นเชื่อว่า การสิ้นชีพของมนุษย์นั้นเป็นการทำงานอันล้มเหลวของ 2 ระบบใหญ่ คือ ระบบไหลเวียนโลหิตและระบบหายใจ หรือที่เรียกรวมกันว่า ระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลว (Cardiopulmonary Failure) อันสืบเนื่องมาจากความล้มเหลวของ 2 อวัยวะในกลุ่มที่มีความสำคัญต่อการดำรงชีพ คือ หัวใจและปอด ทั้งนี้โดยมิได้คำนึงถึงอีกหนึ่งอวัยวะสำคัญในกลุ่มนั้นคือ สมอง⁴²

หัวใจ เป็นอวัยวะที่อยู่ในช่องอก ตำแหน่งกลางเยื้องไปซ้าย ค่อนมาทางด้านหน้า อยู่หลังต่อกระดูกสันอก เป็นอวัยวะที่ประกอบไปด้วยกล้ามเนื้อชนิดพิเศษที่เรียกว่า กล้ามเนื้อหัวใจ (Cardiac Muscle) ทำงานโดยการหดตัวเพื่อสูบฉีดเลือดไปหล่อเลี้ยงร่างกายอย่างเป็นจังหวะ ซึ่งถูกควบคุมโดยกระแสประสาทอัตโนมัติในรูปกระแสไฟฟ้า ซึ่งถูกปล่อยออกจากจุดผลิตกระแสไฟฟ้าบริเวณหัวใจห้องขวาบนที่เรียกว่า เอสเอโนด (SA node หรือ Sinoatrial Node) เหนี่ยวนำผ่านเส้นใยประสาทไปจนทั่วทั้งหัวใจ เพื่อให้เกิดการบีบตัวอย่างเป็นจังหวะ โดยมีค่าปกติอยู่ที่ 60 ถึง 100 ครั้งต่อนาที หากการทำงานของหัวใจล้มเหลว ร่างกายก็จะขาดเลือดไปหล่อเลี้ยง ทำให้อวัยวะและระบบต่าง ๆ ของร่างกายนั้นเสียหายและหยุดการทำงานลง โดยแต่ละอวัยวะหรือระบบนั้นจะมี

⁴² DiMaio, Dominick J, Vincent JM, *Forensic Pathology*, 2nd edition (New York : Elsevier, 2001)

ความสามารถในการทนทานต่อภาวะขาดเลือดที่มีออกซิเจนมาเลี้ยงได้แตกต่างกัน เช่น สมอมนั้นมีความสามารถทนทานต่อภาวะขาดเลือดที่มีออกซิเจนมาเลี้ยงได้เพียงแค่ 4 นาทีเท่านั้น⁴³

ปอด เป็นอวัยวะที่อยู่ในช่องอก ล้อมรอบหัวใจอยู่ โดยปอดขวามี 3 กลีบ ปอดซ้ายมี 2 กลีบ มีลักษณะคล้ายฟองน้ำ มีหน้าที่สำคัญในการฟอกเลือดโดยการแลกเปลี่ยนก๊าซออกซิเจนที่หายใจเข้าไป กับก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่เป็นของเสียอันเกิดจากกระบวนการหายใจระดับเซลล์ (Cellular Respiration) โดยการฟอกเลือดที่มีความเข้มข้นของออกซิเจนต่ำ (เลือดดำ) ซึ่งรับมาจากส่วนต่าง ๆ ของร่างกายให้กลายเป็นเลือดที่มีความเข้มข้นของออกซิเจนสูง (เลือดแดง) เพื่อส่งให้หัวใจสูบฉีดไปหล่อเลี้ยงส่วนต่าง ๆ ของร่างกายต่อไป หากการทำงานของปอดล้มเหลว จะทำให้เลือดในระบบไหลเวียนโลหิตมีความเข้มข้นของออกซิเจนต่ำ เซลล์และอวัยวะต่าง ๆ ในร่างกายจะตกอยู่ในภาวะขาดออกซิเจน (Hypoxia) ท้ายที่สุดก็จะทำให้เกิดภาวะการทำงานของอวัยวะต่าง ๆ ล้มเหลว⁴⁴ (Multi Organ Failure)

สมอง เป็นอวัยวะที่อยู่ในกะโหลกศีรษะ มีลักษณะอ่อนนุ่ม ประกอบไปด้วยเซลล์ประสาทและเส้นใยประสาทโดยติดต่อกับไขสันหลังและเส้นประสาทส่วนปลาย มีหน้าที่ในการควบคุมส่วนต่าง ๆ ของร่างกายผ่านกระแสประสาท ซึ่งอยู่ในรูปของกระแสไฟฟ้า ส่งผ่านเส้นประสาทต่าง ๆ โดยแบ่งตามลักษณะการทำงานได้เป็น ระบบประสาทที่สามารถควบคุมได้ภายใต้อำนาจของจิตใจ (Somatic Nervous System) และระบบประสาทอัตโนมัติ (Autonomic Nervous System)

ระบบประสาทอัตโนมัติ เป็นระบบประสาทที่ควบคุมการทำงานของอวัยวะในระบบต่าง ๆ ที่นอกเหนือจากการควบคุมภายใต้อำนาจแห่งจิตใจ เช่น การเต้นของหัวใจ การหายใจ ในขณะที่หลับหรือขณะที่ไม่รู้สำนึก การบีบและคลายตัวของลำไส้ การขับถ่ายที่เหนืออำนาจแห่งจิตใจ การกระพริบตาในขณะที่ไม่รู้สำนึก และการตอบสนองทางเพศ เป็นต้น

ระบบประสาทรีเฟล็กซ์ เป็นระบบประสาทอัตโนมัติชนิดหนึ่งซึ่งถือเป็นระบบประสาทระดับต่ำ โดยกระแสประสาทจะวนอยู่เพียงระดับเส้นประสาทและไขสันหลังเท่านั้น แต่ก็ถือเป็นกลไกอัตโนมัติที่มีความจำเป็นอย่างหนึ่งในการหลีกเลี่ยงจากอันตรายขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ของร่างกาย เช่น การชักมือหรือเท้าออกจากความร้อนโดยไม่รู้สำนึก เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี ระบบ

⁴³ สงกรานต์ นิยมเสน, *นิติเวชวิทยา*, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), น.36 – 38.

⁴⁴ Jason Payne – James, Richard Jones, Steven B Karch, John Manlove, *supra note 40*, p.19.

ประสาทรีเฟล็กซ์นี้สามารถพบได้ถึงระดับก้านสมองด้วย เช่น ระบบป้องกันภาพเคลื่อนไหว โดยการสั่งการอัตโนมัติให้ลูกตานั้นจับจ้องอยู่ที่วัตถุที่มองถึงแม้ศีรษะจะเคลื่อนไปในทิศทางใด ๆ

(Oculo – Cephalic Reflex)

ก้านสมอง (Brain Stem) เป็นส่วนของสมองซึ่งต่อถัดลงมาจากสมองใหญ่ (Diencephalon) โดยประกอบไปด้วย สมองส่วนกลาง (Mid Brain) สมองส่วนพอนส์ (Pons) และ สมองส่วน Medulla Oblongata โดยติดต่อกันไปเป็นไขสันหลัง (Spinal cord) ทั้งนี้ ก้านสมองมีหน้าที่สำคัญอยู่ 3 ประการ คือ

- (1) เป็นตัวกลางในการเหนี่ยวนำกระแสประสาทจากสมองใหญ่และสมองน้อย (Cerebellum) สู่ร่างกาย และในทางกลับกัน
- (2) เป็นจุดกำเนิดของเส้นประสาทสมอง (Cranial Nerve) คู่ที่ 3 ถึง 12
- (3) มีส่วนสำคัญในการควบคุมระบบไหลเวียนโลหิต ระบบหายใจ การควบคุมระดับความเจ็บปวด ความรู้สึกตัว และความรู้สึกรู้ได้

จากหน้าที่ดังกล่าวข้างต้นนี้ จึงอาจสรุปได้ว่า การบาดเจ็บที่ก้านสมอง มักจะมีผลทำให้เกิดผลลัพธ์ที่รุนแรง และมักเป็นอันตรายถึงชีวิต⁴⁵

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากหน้าที่ของก้านสมอง จะเห็นได้ว่า ในทางกลับกันนั้น แพทย์จะสามารถตรวจสอบการทำงานของก้านสมองได้ว่ามีการทำงานอยู่อย่างปกติหรือไม่ โดยการตรวจสอบย้อนกลับหน้าที่สำคัญทั้ง 3 ประการดังกล่าวมานี้ รวมไปถึงระบบประสาทรีเฟล็กซ์ที่พบเฉพาะก้านสมองโดยเฉพาะ เพื่อการวินิจฉัยภาวะก้านสมองตาย (Brain – Stem – Death) หรือภาวะสมองตายโดยสิ้นเชิงทั้งหมด (Whole – Brain – Death) ก็ตาม เช่น การทดสอบความรู้สึกตัว และการรับรู้ได้ การหายใจอัตโนมัติ การตอบสนองของเส้นประสาทสมองคู่ที่ 3 ถึง 12 และการตอบสนองรีเฟล็กซ์จากก้านสมอง เป็นต้น

ด้วยความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบัน ทำให้แพทย์สามารถควบคุมระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจในผู้ป่วยที่ระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลวไปแล้ว โดยการใช้เครื่องช่วยหายใจผลักดันอากาศที่มีความเข้มข้นของออกซิเจนอย่างพอเหมาะให้เข้าและออกจากปอดของผู้ป่วยเลียนแบบการหายใจปกติ⁴⁶ รวมไปถึงการใช้ยากระตุ้น

⁴⁵ *Ibid*, p.21.

⁴⁶ Knight, Bernard, *Forensic Pathology*, 2nd edition (New York : Arnold Pub, 1996)

การบีบตัวของหัวใจและหลอดเลือด เพื่อเลียนแบบให้เกิดการสูบน้ำโลหิตที่มีความเข้มข้นของออกซิเจนอย่างพอเหมาะที่ได้จากการแลกเปลี่ยนก๊าซที่ปอดนั้นไปหล่อเลี้ยงระบบต่าง ๆ ของร่างกาย ทั้งนี้ ผู้ป่วยในกลุ่มนี้ที่เกิดภาวะสมองตายไปแล้วนั้น ไม่มีทางที่จะกลับฟื้นคืนความสามารถของระบบต่าง ๆ เหล่านี้ที่เสียไปแล้วได้อีกอย่างถาวร การดำรงชีพอยู่ได้นั้นก็ด้วยเพียงเพราะการช่วยเหลือจากเทคโนโลยีทางการแพทย์ดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ระบบต่าง ๆ ของร่างกายจะได้รับเลือดและออกซิเจนหล่อเลี้ยงอย่างเพียงพอ แต่สมองนั้นยังคงบาดเจ็บและกระบวนการตายของสมองยังคงดำเนินต่อไปอย่างไม่อาจย้อนคืนมาได้⁴⁷

2.1.3.1 การตายโดยภาวะระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลวกับการตายโดยภาวะสมองตาย

อย่างที่ได้อธิบายมาแล้วว่า การตายทางการแพทย์ นั้นแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

- (1) การตายระดับเซลล์ และ
- (2) การตายระดับร่างกาย

มนุษย์ เป็นสิ่งมีชีวิตหลายเซลล์ การตายนั้นย่อมที่จะพิจารณาในระดับร่างกาย โดยจะเห็นได้ว่าเป็นเวลานานมาแล้วที่ยอมรับกันว่า การวินิจฉัยการตายนั้นพิจารณาจากการหยุดหายใจร่วมกับการที่หัวใจหยุดเต้น หรือที่เรียกว่า ภาวะระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลว (Cardiopulmonary Failure) แต่เนื่องด้วยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีการแพทย์ในปัจจุบัน มนุษย์ได้ค้นพบว่า นอกจากการตายโดยภาวะระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลวแล้ว ยังมีการตายที่เรียกว่า การตายโดยภาวะสมองตายอยู่อีกด้วย

ขั้นตอนในการพิจารณาว่าบุคคลนั้นได้ถึงแก่ความตายโดยภาวะระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลวแล้วหรือไม่นั้น อาจแบ่งได้เป็นขั้น ๆ ดังนี้

(1) พิจารณาว่า บุคคลนั้นมีสติ มีชีพจร และหายใจอยู่หรือไม่ ทั้งนี้ หากพบว่าบุคคลดังกล่าวไม่มีสติ ไม่มีชีพจร และไม่หายใจ จะต้องพยายามหาสาเหตุและช่วยแก้ไขภาวะที่เป็นสาเหตุของการสิ้นสติ ไม่มีชีพจร และไม่หายใจดังกล่าวแล้วอย่างเต็มที่ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี อาจไม่สามารถยืนยันได้แน่นอนว่าบุคคลนั้นได้หยุดหายใจแล้ว เนื่องจาก ในบางครั้ง บุคคลอาจหายใจเบาบางมากจนคล้ายกับการหยุดหายใจ ก็เป็นไปได้

⁴⁷ Werner U Spitz, Spitz and Fisher's *Medicolegal Investigation of Death*, 4th edition (Illinois : Charles C Thomas Pub, 2006)

(2) การพิจารณาว่า หัวใจได้หยุดเต้นแล้วหรือไม่ โดยปกติสามารถตรวจร่างกายโดยการจับชีพจรของบุคคลได้ที่ข้อมือ หรือจับจากหลอดเลือดแดงใหญ่ที่คอ หรือจากหลอดเลือดแดงใหญ่ที่ขาหนีบ หรือจากหลอดเลือดแดงที่หลังเท้า ฯลฯ ถ้าจับหรือคลำไม่ได้ชีพจร ณ ตำแหน่งเหล่านี้ ก็น่าสงสัยว่าบุคคลนั้นได้ตายลงแล้ว หรืออาจพิจารณาจากการฟังเสียงหัวใจ โดยบุคคลทั่วไปอาจใช้หูแนบที่หน้าอกด้านซ้ายโดยตรง แต่แพทย์จะใช้หูฟังทางการแพทย์ (Stethoscope) ฟัง ณ ตำแหน่งต่าง ๆ บริเวณหน้าอกเพื่อฟังเสียงหัวใจ หากไม่ได้ยินเสียงหัวใจเต้น ก็น่าสงสัยว่าบุคคลนั้นได้ตายแล้ว หากอยู่ในโรงพยาบาล ต้องพิจารณาร่วมกับคลื่นไฟฟ้าหัวใจ (Electrocardiogram, ECG หรือ Electro – kardiogramm, EKG) หากปรากฏว่าคลื่นไฟฟ้าหัวใจราบเรียบ ไม่พบคลื่นที่ขึ้นลงตามจังหวะการเต้นของหัวใจ ย่อมยืนยันได้อย่างแน่นอนว่า หัวใจของบุคคลดังกล่าวได้หยุดเต้นลงแล้ว⁴⁸

(3) การวินิจฉัยว่าตายโดยปราศจากการปฏิบัติการกู้ชีพโดยการนวดหัวใจ (Cardiopulmonary Resuscitation) นั้นกระทำมิได้ เว้นแต่ มีข้อห้ามทางการแพทย์โดยชัดเจนว่าห้ามกระทำ หรือ กรณีที่มีการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตไว้ล่วงหน้าโดยบุคคลผู้นั้น

(4) ผลการทดสอบปฏิกิริยาริเฟล็กซ์ของรูม่านตาต่อแสง (Pupillary Light Reflex) ให้ผลเป็นลบ หรือ ผลการทดสอบปฏิกิริยาริเฟล็กซ์ของกระจกตา (Corneal Reflex) ให้ผลเป็นลบ ร่วมกับ ผลการทดสอบปฏิกิริยาตอบสนองของกล้ามเนื้อต่อการกดบริเวณเหนือตา (Supra – Orbital Pressure) ให้ผลเป็นลบ

(5) เวลาตาย (Time of Death) คือ เวลาที่การทดสอบต่าง ๆ ข้างต้นนั้นได้กระทำครบถ้วนแล้ว⁴⁹

ขั้นตอนในการพิจารณาว่าบุคคลนั้นได้ถึงแก่ความตายโดยภาวะสมองตายแล้วหรือไม่ นั้น อาจแบ่งได้เป็นขั้น ๆ ดังนี้

(1) ตรวจไม่พบปฏิกิริยาริเฟล็กซ์ต่าง ๆ จากก้านสมอง ดังนี้

ก. ไม่มีปฏิกิริยาริเฟล็กซ์ของรูม่านตาต่อแสง (Pupillary Light Reflex)

⁴⁸ พันธ เฉลิมแสนยากร, “ตาย: ความตาย (Death),” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2559 จาก <http://haamor.com/th/%E0%B8%95%E0%B8%B2%E0%B8%A2>

⁴⁹ Academy of Medical Royal Colleges, A Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death, (London : PPG Design and Print, 2008)

ข. ไม่มีปฏิกิริยาริเฟล็กซ์ของกระจกตา (Corneal Reflex)
 ค. ไม่มีปฏิกิริยาริเฟล็กซ์ออกคูโลเวสติบูลา (Oculo – vestibular Reflex)
 ง. ไม่มีปฏิกิริยาตอบสนองของกล้ามเนื้อ (Motor Response) จากการกระตุ้นเส้นประสาทสมอง (Cranial Nerve)

จ. ไม่มีปฏิกิริยาริเฟล็กซ์การไอ (Cough Reflex)

ฉ. ไม่มีปฏิกิริยาริเฟล็กซ์การขย้อน (Gag Reflex)

ข. การทดสอบการไม่หายใจ (Apnea Test) ให้ผลเป็นลบ

(2) การทดสอบดังกล่าวข้างต้น จะต้องถูกกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ประกอบเวชปฏิบัติมาแล้วอย่างน้อย 5 ปี เป็นจำนวนอย่างน้อย 2 ราย ซึ่งจะต้องมีความรู้ความสามารถในการทำการทดสอบข้างต้นได้

(3) การทดสอบพิเศษอื่น ๆ (Ancillary Investigations) อาจใช้กระทำในบางกรณี เช่น การทดสอบดังกล่าวข้างต้นไม่สามารถทำได้ เช่น ในกรณีมีการบาดเจ็บที่ศีรษะและใบหน้าอย่างรุนแรง เป็นต้น

ทั้งนี้ การทดสอบข้างต้น จะต้องกระทำลงในภาวะที่

(1) สมองมีความเสียหายอย่างไม่อาจย้อนคืนกลับมาได้

(2) สาเหตุที่อาจทำให้สิ้นสตินั้นได้ถูกกำจัดออกหมดแล้ว

(3) ไม่ได้เกิดจากอิทธิพลของยาหรือสารอื่น ๆ

(4) ไม่ได้เกิดจากภาวะอุณหภูมิร่างกายต่ำ

(5) ไม่ได้เกิดจากภาวะเมตาบอลิกหรือต่อมไร้ท่อทำงานไม่สมดุล

(6) สาเหตุที่อาจทำให้ไม่หายใจนั้นได้ถูกกำจัดออกหมดแล้ว

จะเห็นได้ว่า เกณฑ์การวินิจฉัยการตายโดยภาวะสมองตายนั้น มีต้องพิจารณาถึง การเต้นอยู่ของหัวใจ แต่กลับให้ความสำคัญกับการหาสาเหตุของการไร้สติและการทดสอบความเสียหายของสมองอย่างไม่อาจย้อนคืนกลับมาได้ บัดนี้ วิทยาศาสตร์เจริญขึ้น ปัญหาว่าความตายนั้นเกิดขึ้นเมื่อใดจึงมีความสำคัญมากขึ้น หัวใจที่หยุดเต้นลงแล้วก็อาจกลับมาเต้นได้ใหม่ การหายใจที่หยุดลงแล้วก็อาจทำให้กลับมาหายใจได้ใหม่โดยใช้อุปกรณ์อื่นที่ไม่ใช่อวัยวะของตัวช่วยเหลือก็

ได้⁵⁰ ทั้งนี้ การทดสอบการหายใจจึงมีความสำคัญ เนื่องจาก ในสถานการณ์ดังกล่าว มักปรากฏการใช้เครื่องช่วยหายใจ (Ventilator) ทำให้ไม่ปรากฏว่าบุคคลนั้น ๆ ได้หยุดหายใจลงแล้วอย่างประจักษ์ชัด ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อเนื้อหาหัวใจยังคงเต้นอยู่ เพราะในทางปกติแล้ว เมื่อเกิดการหยุดหายใจ หัวใจก็จะขาดออกซิเจนไปหล่อเลี้ยง ทำให้กล้ามเนื้อหัวใจตาย ส่งผลให้หัวใจล้มเหลวในที่สุด แต่การใช้เครื่องช่วยหายใจได้เข้ามาขัดขวางวัฏจักรดังกล่าวนี้เสีย ซึ่งจะเห็นได้ว่า แท้จริงแล้ว บุคคลนั้น ๆ จะต้องตายหรือได้ตายลงแล้ว⁵¹

อย่างไรก็ตาม ไม่ได้เป็นหลักแน่นอนเสมอไปว่า ปอดจะต้องหยุดทำงานก่อนหัวใจจึงจะหยุดเต้นตาม อาจเกิดกรณีที่ หัวใจล้มเหลว (Cardiac Arrest) ก่อนที่ปอดจะหยุดทำงานก็ได้ ลำดับของการหยุดทำงานของอวัยวะสำคัญดังกล่าวจึงมิได้มีความสำคัญในการวินิจฉัยการตาย แต่กลับมีความสำคัญในการปฏิบัติการกู้ชีพเสียมากกว่า⁵²

นอกจากนี้ การพิจารณาว่าบุคคลได้ตายลงแล้วหรือไม่ ยังอาจสามารถพิจารณาได้จากลักษณะอื่น ๆ ทางกายภาพ เช่น⁵³

- (1) อุณหภูมิกาย หากพบว่า ร่างกายได้เย็นซึบแล้ว แสดงว่า บุคคลนั้นน่าจะตายแล้ว
- (2) สีของเล็บมือเล็บเท้า ก็อาจใช้พิจารณาร่วมด้วยได้ เช่น หากสีของเล็บมือเล็บเท้ายังแดงดี บุคคลนั้นก็น่าจะยังมีชีวิตอยู่ แต่หากเปลี่ยนเป็นสีเขียวคล้ำ แสดงว่า บุคคลนั้นน่าจะตายแล้ว
- (3) พบการตกลงสู่เบื้องต่ำของเลือด (Livor Mortis, Lividity, or Hypostasis) แสดงว่า บุคคลนั้นน่าจะตายมาอย่างน้อยครึ่งชั่วโมงแล้ว
- (4) การแข็งเกร็งของร่างกาย (Rigor Mortis or Rigidity) เนื่องจาก บุคคลปกติร่างกายจะอ่อนนุ่ม แขนขาสามารถจับเหยียดพับงอได้ แต่หากพบว่า ร่างกายได้แข็งตัวเสียแล้ว แขนขาจับเหยียดพับงอไม่ได้ แสดงว่า บุคคลนั้นน่าจะตายมาหลายชั่วโมงแล้ว

ฉะนั้น การจะตัดสินว่า บุคคลคนหนึ่งบุคคลใดได้ถึงแก่ความตายแล้วหรือไม่ ต้องอาศัยหลักฐานหลายประการมาประกอบรวมกันจึงจะได้ข้อสรุปที่ชัดเจนแน่นอน ในทางปฏิบัตินั้น หากพบกรณีผู้ป่วยเสียชีวิตในโรงพยาบาล ทางโรงพยาบาลมักจะรอเวลาไว้อย่างน้อย 2 ชั่วโมงเพื่อให้

⁵⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น.9.

⁵¹ เพ็งอึ้ง, น.26.

⁵² สงกรานต์ นิมมเสน, อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 43, น.21.

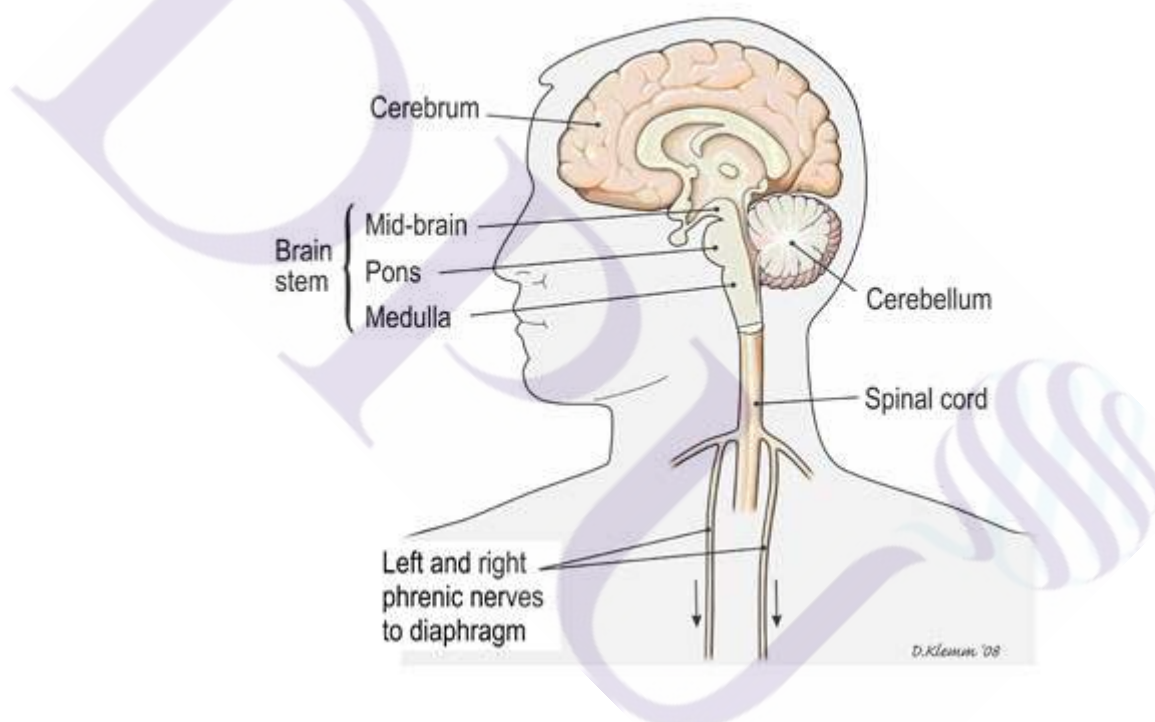
⁵³ Knight, Bernard, *supra note 46*, p.22.

แน่ใจว่า บุคคลนั้น ได้ถึงแก่ความตายแล้วอย่างแน่แท้ ก่อนที่จะเคลื่อนย้ายร่างของผู้เสียชีวิตนั้นไปเก็บรักษาไว้ ณ ห้องเก็บศพ⁵⁴

2.1.3.2 กายวิภาคศาสตร์และสรีรวิทยาของภาวะก้านสมองตาย (Brain – Stem – Death)⁵⁵

ก้านสมอง ประกอบไปด้วย สมองส่วนกลาง (Midbrain), สมองส่วนพอนส์ (Pons), และ สมองส่วนเมดัลลา (Medulla) มีนิวเคลียสของเส้นประสาทสมองคู่ที่ 10 และเส้นประสาทขาขึ้น (Ascending Tract) และ เส้นประสาทขาลง (Descending Tract)

ภาพที่ 2.1 สมอง ก้านสมอง และส่วนของสมองที่สำคัญ⁵⁶



การรวมตัวของแขนงประสาทหรืออาร์เอฟ (Reticular Formation, RF) เป็นการเชื่อมโยงที่ซับซ้อนของนิวเคลียสต่าง ๆ และ เส้นใยเชื่อมต่อ (Interconnecting Fibers) มี อาร์เอเอส (Reticular Activating System, RAS) ซึ่งอยู่ในบริเวณแกนกลางของก้านสมองทำหน้าที่พื้นฐานในการควบคุมความรู้สึกตัว (Wakeful Consciousness)

⁵⁴ พันธ์ เกลิมแสนชากร, *อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 48*, น.24.

⁵⁵ Richard L Drake, A Wayne Vogl, Adam W M Mitchell, *supra note 41*, p.19.

⁵⁶ The President's Council on Bioethics, *supra note 26*, p.12.

RF ในบริเวณ Medulla (Medullary RF) ประกอบด้วย ศูนย์ควบคุมการทำงานสำคัญต่าง ๆ ของร่างกาย ทั้ง การเต้นของหัวใจ การหายใจ และระบบการไหลเวียนโลหิต

RF ในบริเวณ Pons (Pontine RF) ประกอบด้วย ศูนย์ควบคุมการทำงานสอดประสานของการได้ยิน การทรงตัว การหายใจ และระบบไหลเวียนโลหิต

RF ในบริเวณ Midbrain (Midbrain RF) ประกอบด้วย ศูนย์ควบคุมการมองเห็น การรับรู้ และพฤติกรรมการกิน

จะเห็นว่าก้านสมองนั้นแม้จะเล็กแต่ควบคุมการทำงานที่สำคัญหลากหลาย ดังนั้น หากเกิดรอยโรคในบริเวณนี้ ก็สามารถส่งผลต่อการทำงานของหัวใจและการหายใจได้ การมีอันตรายต่อ RF อาจทำให้ ขาดการรับรู้ หมดสติ ไม่หายใจ และเข้าสู่ภาวะโคม่าได้⁵⁷

2.2 ประวัติและพัฒนาการของการวินิจฉัยภาวะสมองตายกับกฎหมายไทย

ฟินแลนด์ เป็นประเทศแรกในโลกที่บัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรยอมรับการตายโดยภาวะสมองตายเมื่อ ค.ศ. 1971

ประเทศไทยเริ่มมีความเคลื่อนไหวในประเด็นเรื่องการวินิจฉัยภาวะสมองตายเป็นครั้งแรก ในการประชุมโต๊ะกลม เรื่อง “การตายทางการแพทย์และการตายทางกฎหมาย” ซึ่งได้ดำเนินการโดยภาควิชานิติเวชศาสตร์ คณะแพทยศาสตร์ ร่วมกับ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อวันที่ 16 พฤษภาคม พ.ศ. 2531 โดยได้เชิญแพทย์และนักกฎหมายจากหลากหลายสถาบันเพื่อเข้าร่วมประชุม และได้ข้อสรุปร่วมกันเป็นอนุสนธิ ในประเด็นที่สำคัญ 5 ประการ ดังนี้⁵⁸

การชี้ขาดการตาย เป็นปัญหาข้อเท็จจริงทางการแพทย์

(1) บุคคลผู้ได้รับการวินิจฉัยว่าตกอยู่ในภาวะสมองตาย ถือว่า บุคคลนั้น ได้ถึงแก่ความตายแล้ว

(2) ภาวะสมองตาย หมายถึง ภาวะที่ก้านสมองถูกทำลายจนสูญเสียการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไป

⁵⁷ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, เอนก ยมจินดา, กฎหมายการแพทย์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546), น.161 – 162.

⁵⁸ อนุรักษ์ ตันศรีสวัสดิ์, ธีร โชติ จงสกุล, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น.3.

(3) แพทย์เป็นผู้มีหน้าที่ในการพิจารณา วินิจฉัย และตัดสินภาวะสมองตายตามเกณฑ์แห่งวิชาชีพ

(4) แพทยสภาควรมีหน้าที่ในการจัดทำกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีดำเนินการในการวินิจฉัยภาวะสมองตายให้เป็นรูปธรรมและถูกต้องตรงกัน

ในปีถัดมา (พ.ศ. 2532) แพทยสภาได้กำเนิดประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย พ.ศ. 2532 ซึ่งมีเนื้อหาสอดคล้องไปกับเนื้อความตามอนุสนธิแห่งการประชุมโต๊ะกลมดังกล่าวมาแล้ว⁵⁹ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

“เพื่อความเจริญก้าวหน้าทางวิชาชีพและเพื่อประโยชน์ของประชาชน คณะกรรมการแพทยสภาได้เล็งเห็นว่า การวินิจฉัยคนตายโดยอาศัยเกณฑ์สมองตายนั้นมีความจำเป็นที่ต้องนำไปใช้ โดยเฉพาะกับการผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะสำคัญของมนุษย์ และอาจนำไปใช้ในกรณีอื่น ๆ ในอนาคต และเพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมดังที่บัญญัติไว้ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 แพทยสภาจึงกำหนดเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายและวิธีการปฏิบัติไว้ ตามมติคณะกรรมการแพทยสภาครั้งที่ 2/2532 วันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2532 ดังนี้

ก. การวินิจฉัยสมองตายจะทำได้ในสภาวะและเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

1. ผู้ป่วยต้องไม่รู้สึกรู้ตัว (Deeply Comatose) โดยจะต้องแน่ใจว่าเหตุของการไม่รู้สึกรู้ตัวนี้ไม่ได้เกิดจาก

4.1 พิษยา (Drug Intoxication) เช่น ยาเสพติด ยานอนหลับ หรือยากล่อมประสาท ฯลฯ

4.2 สภาวะอุณหภูมิในร่างกายต่ำ (Primary Hypothermia)

4.3 สภาวะผิดปกติของระบบต่อมไร้ท่อและเมตาบอลิก (Metabolic and Endocrine disturbances)

4.4 สภาวะ Shock

2. ผู้ป่วยที่ไม่รู้สึกรู้ตัวนั้นอยู่ในเครื่องช่วยหายใจ (Comatose Patient on Ventilator) เนื่องจากไม่หายใจ โดยจะต้องแน่ใจว่าเหตุของการไม่หายใจ ไม่ได้เกิดจากยาคลายกล้ามเนื้อ (Muscle Relaxants) หรือยาอื่น ๆ

⁵⁹ ประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.3.

3. จะต้องมีข้อวินิจฉัยถึงสาเหตุของการไม่รู้สึกรู้ตัวและไม่หายใจในผู้ป่วยนั้น โดยที่ให้ผู้แนชต์โดยปราศจากข้อสงสัยเลยว่า สภาวะของผู้ป่วยนี้เกิดขึ้นจากการที่สมองเสียหายโดยไม่มีหนทางเยียวยาได้อีกแล้ว (Irremediable and Irreversible Structural Brain Damage)

4. ถ้าผู้ป่วยอยู่ในสภาวะครบตามเงื่อนไขที่กำหนดแล้ว จะต้องทำการตรวจสอบเพื่อยืนยันสมองตาย คือ

4.1 ต้องไม่มีการเคลื่อนไหวใด ๆ ได้เอง (No Spontaneous Movement) ไม่มีอาการชัก (No Epileptic Jerking) ไม่มี Decorticate หรือ Decerebrate Rigidity

4.2 ต้องไม่มีรีเฟล็กซ์ของก้านสมอง (Absence of Brain Stem Reflexes) ทั้ง 6 ประการต่อไปนี้คือ

(1) Dilated and fixed pupils

(2) Absence of corneal reflex

(3) No motor response within the cranial nerve distribution

(4) Absence of oculoccephalic reflex (Doll's head phenomena)

(5) Absence of vestibular response to caloric stimulation

(6) Absence of gag and cough reflex

4.3 ไม่สามารถหายใจได้เอง (No Spontaneous Respiration) ซึ่งทดสอบได้โดยการหยุดเครื่องช่วยหายใจ (ให้ออกซิเจนทางสายยางเข้าในหลอดลม) เป็นเวลาอย่างน้อย 10 นาที และคอยดูว่ามีการหายใจหรือไม่ ขณะที่ทดสอบจะต้องมีค่าความดันของคาร์บอนไดออกไซด์ในกระแสเลือด ($p\text{CO}_2$) ไม่ต่ำกว่า 60 มม.ปรอท

4.4 สภาวะการตรวจพบในข้อ 4.1 4.2 และ 4.3 นี้ จะต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อย 12 ชั่วโมง จึงจะถือได้ว่าสมองตาย

ข. วิธีการปฏิบัติในการวินิจฉัยสมองตาย

1. การวินิจฉัยสมองตายต้องกระทำโดยองค์คณะของแพทย์ไม่น้อยกว่า 3 คน โดยคนหนึ่งเป็นแพทย์เจ้าของผู้ป่วย และอีก 1 ใน 2 คนที่เหลือควรเป็นแพทย์สาขาประสาทวิทยา หรือ แพทย์สาขาประสาทศัลยศาสตร์ (ถ้ามี)

2. องค์คณะของแพทย์ผู้วินิจฉัยสมองตาย ต้องไม่ประกอบด้วย แพทย์ผู้กระทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะรายนั้น

3. ผู้อำนวยการโรงพยาบาล หรือผู้ได้รับมอบหมายเป็นลายลักษณ์อักษร จะต้องร่วมเป็นผู้รับรองการวินิจฉัยสมองตายและเป็นผู้ลงนามรับรองการตาย”

โดยได้ประกาศไว้ ณ วันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2532 หลังจากนั้นได้มีการประกาศแก้ไขเพิ่มเติมในข้อแห่งรายละเอียดทางการแพทย์ เมื่อวันที่ 31 มีนาคม พ.ศ. 2539⁶⁰ โดยมีเนื้อความ ดังนี้

“ตามที่ แพทยสภาได้ออกประกาศแพทยสภา เรื่องเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2532 แล้วนั้น เพื่อให้เกณฑ์ดังกล่าวสอดคล้องกับมาตรฐานสากลยิ่งขึ้น และการวินิจฉัยมีแบบให้ปฏิบัติโดยชัดเจน คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้ออกประกาศแพทยสภา เรื่องเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย (ฉบับที่ 2) ไว้ดังนี้

1. ยกเลิกข้อความในข้อ ก. 4.3 และ 4.4 ของประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

4.3 ไม่สามารถหายใจได้เอง (No Spontaneous Respiration) ซึ่งทดสอบได้โดยการหยุดเครื่องช่วยหายใจ (ให้ออกซิเจนทางสายยางเข้าในหลอดลม) เป็นเวลาอย่างน้อย 10 นาที และคอยดูว่ามีการหายใจหรือไม่ ขณะที่ทดสอบควรมีค่าความดันของคาร์บอนไดออกไซด์ในกระแสเลือด (pCO₂) ไม่ต่ำกว่า 60 มม.ปรอท (ถ้าสามารถวัดได้)

4.4 สภาวะการตรวจพบในข้อ 4.1 4.2 หรือ 4.3 นี้ จะต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อย 6 ชั่วโมง จึงจะถือว่าสมองตาย

2. ให้เพิ่มข้อความใหม่ต่อจากข้อ ข. เป็นข้อ ค. ดังนี้

ค. ให้ใช้บันทึกการตรวจวินิจฉัยสมองตายท้ายประกาศนี้ควบคู่ไปกับ ประกาศแพทยสภา เรื่องเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย”

แต่อย่างไรก็ตาม ยังคงมีข้อถกเถียงเรื่อยมาโดยตลอดเกี่ยวกับประเด็นภาวะสมองตายนี้ ในปี พ.ศ. 2552 แพทยสภาจึงได้ออกข้อบังคับเกี่ยวกับการตายและสมองตายอีกครั้ง⁶¹ โดยได้มีการจัดสัมมนาวิชาการทางการแพทย์ เรื่อง “สมองตาย: การตายตามกฎหมายที่แพทย์วินิจฉัยและนักกฎหมายควรทราบ” เมื่อวันศุกร์ที่ 13 พฤศจิกายน พ.ศ. 2552 ณ ห้องประชุมนายแพทย์ไพจิตร ปวะบุตร อาคาร 7 ตึกกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข โดยมีเป้าหมายที่ตั้งไว้ 3 ประการ คือ

⁶⁰ ประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย (ฉบับที่ 2), อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8, น.3.

⁶¹ ประกาศแพทยสภาที่ 2/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย

- (1) เพื่อให้การวินิจฉัยการตายโดยแพทย์เป็นไปอย่างถูกต้องตามหลักสากล
- (2) เพื่อให้ไม่เกิดข้อโต้แย้งทางกฎหมายในการวินิจฉัยการตายโดยเกณฑ์สมองตาย
- (3) เพื่อให้ผู้ป่วยสมองตายได้รับการดูแลที่ถูกต้อง และหากเป็นผู้ที่อยู่ในเกณฑ์ที่จะบริจาคอวัยวะได้ ควรได้รับโอกาสที่จะบริจาคอวัยวะเพื่อช่วยเหลือผู้อื่นที่ต้องได้รับการปลูกถ่ายอวัยวะ

ทั้งนี้ ผลการสัมมนาได้ข้อสรุปอันเป็นสาระสำคัญ ดังนี้

- (1) แพทยสภาได้ออก ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2551 ซึ่งได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 16 มกราคม พ.ศ. 2552 โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับการนิยามการตายของบุคคลไว้ในข้อที่ 3 แห่งข้อบังคับ ดังนี้

“การตายของบุคคล” หมายความว่า บุคคลอยู่ในสภาวะที่ระบบการไหลเวียนเลือด และระบบการหายใจหยุดทำงาน โดยไม่สามารถกลับคืนได้อีก หรืออยู่ในภาวะสมองตาย คือ การที่ก้านสมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไป ทั้งนี้หลักเกณฑ์และวิธีวินิจฉัยสมองตาย ให้คณะกรรมการแพทยสภากำหนดและออกเป็นประกาศแพทยสภา

- (2) แพทยสภาได้ออก ประกาศแพทยสภาที่ 2/2552 เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย โดยผ่านที่ประชุมคณะกรรมการแพทยสภาเมื่อวันที่ 8 ตุลาคม พ.ศ. 2552 โดยมีเนื้อหาส่วนใหญ่คงเดิม แต่ได้เพิ่มเติมในรายละเอียดเกี่ยวกับการทดสอบการไม่หายใจ (Apnea Test) และในส่วนผู้ลงนามเป็นผู้รับรองการวินิจฉัยสมองตายและรับรองการตาย

- (3) ที่ประชุมซึ่งประกอบด้วยแพทย์ บุคลากรทางสาธารณสุข และบุคลากรทางกฎหมายได้ อภิปรายและมีประเด็นที่น่าสนใจ ดังนี้

ก. ข้อบังคับแพทยสภาแม้จะมีการประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา แต่ก็ยังเป็นเพียงระเบียบข้อบังคับที่มีผลผูกพันเฉพาะแพทย์ภายในองค์กร

การวินิจฉัยสมองตายนั้น มีประโยชน์ในการปลูกถ่ายอวัยวะ

ข. แนวความคิด ความเชื่อของคนในสังคมส่วนใหญ่ การตาย หมายถึง การสูญสิ้น ซึ่งการตรวจพิสูจน์ได้ทางการแพทย์ว่า ไม่มีการหายใจไม่มีการเต้นของหัวใจ หรือในกรณีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงหลังตายที่เด่นชัด ซึ่งบุคคลทั่วไปก็สามารถรู้สภาพนั้นได้เอง

ค. นักกฎหมายในทุกระดับยังมีความเห็นแตกแยกเกี่ยวกับการนิยามการตายในส่วนที่ระบุให้ สมองตาย หมายถึง การตาย แม้ว่านักกฎหมายส่วนใหญ่จะเห็นด้วยว่า แพทย์แพทย์กระทำ

การปลูกถ่ายอวัยวะเป็นผลประโยชน์ต่อบุคคลอื่นที่รอรับความช่วยเหลือ และเป็นผลประโยชน์ต่อสังคม

ง. นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นด้วยว่า การตายเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมาย ดังนั้นการพิสูจน์ปัญหาข้อเท็จจริง ต้องอาศัยประจักษ์พยานหรือพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งในกรณีนี้แพทย์คือพยานผู้เชี่ยวชาญในการพิสูจน์ว่ามีการตาย

จ. นักกฎหมายเห็นด้วยที่แพทย์สภาออกข้อบังคับ และร่างประกาศนี้มาบังคับใช้เพราะอย่างน้อยจะทำให้แพทย์ปฏิบัติได้ตามหลักเกณฑ์ และเมื่อเกิดปัญหาผู้พิพากษาจะได้มีแนวทางในการพิจารณาคดี อย่างไรก็ตามถ้าผู้เชี่ยวชาญอื่นที่สามารถหา สืบให้เห็นถึงมาตรฐานที่ดีกว่า หรือแนวทางที่ดีกว่าของแพทย์สภาซึ่งทำให้ผู้พิพากษาเชื่อ หรือผู้พิพากษาไม่ได้ยอมรับแนวความคิดเรื่องสมองตาย ข้อบังคับนี้ก็มิได้ผูกพันให้ผู้พิพากษาคัดสินว่าแพทย์กระทำไปอย่างถูกต้อง

ฉ. ข้อเสนอของนักกฎหมายในกรณีนี้แบ่งเป็น 2 ขั้นตอน

1. ทำความเข้าใจกับประชาชนให้เข้าใจถึงปัญหาสมองตาย

2. ออกกฎหมายที่ผูกพันกับทุกฝ่ายโดยอาจจะเพิ่มบทนิยามไว้ในพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม หรือออกพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่อง

อย่างไรก็ตาม ประกาศแพทย์สภาที่ 2/2552 เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย มีระยะเวลาในการบังคับใช้เป็นเวลาเพียง 2 ปี ก็ได้มีการประกาศหลักเกณฑ์ใหม่ โดยประกาศไว้ ณ วันที่ 26 มกราคม 2554⁶² โดยมีเนื้อหาในรายละเอียด ดังนี้

“อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 21 (3) (ข) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ประกอบข้อ 3 ของข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2551 ให้แพทย์สภากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย ออกเป็นประกาศแพทย์สภา ที่ประชุมคณะกรรมการแพทย์สภา ครั้งที่ 10/2553 เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2553 เห็นชอบให้ออกประกาศแพทย์สภา เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายไว้ดังนี้

ข้อ 1 ประกาศแพทย์สภานี้เรียกว่า “ประกาศแพทย์สภา ที่ 7/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย”

⁶² ประกาศแพทย์สภา ที่ 7/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์ และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9,

ข้อ 2 ให้ยกเลิกประกาศแพทยสภาเรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย พ.ศ. 2532 และประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2539 และประกาศแพทยสภา ที่ 2/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย

ข้อ 3 การวินิจฉัยสมองตายให้ทำได้ในสภาวะและเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ป่วยต้องไม่รู้สึกรู้ตัวและไม่หายใจโดยมีข้อวินิจฉัยถึงสาเหตุ ให้รู้แน่ชัดว่าสภาวะของผู้ป่วยนี้เกิดขึ้นจากการที่สมองเสียหายโดยไม่มีหนทางเยียวยาได้ (Irremediable and Irreversible Structural Brain Damage) และ

(2) การไม่รู้สึกรู้ตัวและไม่หายใจนี้ไม่ได้เกิดจาก

ก. พิษยา (Drug Intoxication) เช่น ยาเสพติด ยานอนหลับ ยาคลายกล้ามเนื้อ สารพิษที่มีผลให้กล้ามเนื้อไม่ทำงาน

ข. ภาวะอุณหภูมิในร่างกายต่ำรุนแรง (น้อยกว่า 32 องศาเซลเซียส)

ค. ภาวะผิดปกติของระบบต่อมไร้ท่อและเมตาบอลิก (Endocrine and Metabolic Disturbances)

ง. ภาวะช็อก (Shock) ยกเว้นที่เกิดจากการสูญเสียหน้าที่ของระบบประสาทที่ควบคุมการเต้นของหัวใจและการหดตัวของหลอดเลือด (Neurogenic Shock)

ข้อ 4 เมื่อผู้ป่วยอยู่ในสภาวะครบตามเงื่อนไขข้อ 3 แล้ว เพื่อยืนยันการวินิจฉัยสมองตายให้ตรวจตามเกณฑ์ ดังนี้

(1) ตรวจไม่พบการเคลื่อนไหวใด ๆ ได้เอง ยกเว้นการเคลื่อนไหวที่เกิดจากรีเฟล็กซ์ของไขสันหลัง (Spinal Reflex)

(2) ตรวจไม่พบรีเฟล็กซ์ของก้านสมอง (Absence of Brainstem Reflexes) ต่อไปนี้ทั้งหมด ยกเว้นในส่วนที่มีข้อจำกัดไม่สามารถตรวจได้

ก. รีเฟล็กซ์ของรูม่านตาคู่ต่อแสง (Pupillary Light Reflex)

ข. รีเฟล็กซ์ของกระจกตา (Corneal Reflex)

ค. การเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้อใบหน้าและลูกตา (Motor Response within the Cranial Nerve Distribution)

ง. เวสติบูลออคูลารรีเฟล็กซ์ (Vestibulo – Ocular Reflex)

จ. อ็อกคูโลเซฟาλικรีเฟล็กซ์ (Oculocephalic Reflex)

ฉ. รีเฟล็กซ์ของการกลืนและการไอ (Gag and Cough Reflexes)

(3) สถานะการตรวจพบใน ข้อ 4 (1) และ 4 (2) นี้ต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อย 6 ชั่วโมง จึงวินิจฉัยสมองตาย ยกเว้นในทารกอายุน้อยกว่า 7 วันไม่สามารถตรวจวินิจฉัยด้วยเกณฑ์ดังกล่าวได้ สำหรับทารกอายุระหว่าง 7 วันถึง 2 เดือน ต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อย 48 ชั่วโมง และทารกอายุระหว่าง 2 เดือนถึง 1 ปี ต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อย 24 ชั่วโมง

(1) ทดสอบการไม่หายใจ (Apnea Test) เป็นบวก (Positive) หมายความว่าไม่มีการเคลื่อนไหวของทรวงอกและหน้าท้องเมื่อหยุดเครื่องช่วยหายใจเป็นเวลาอย่างน้อย 10 นาที บ่งบอกถึงก้านสมองสูญเสียหน้าที่โดยสิ้นเชิงและสมองตาย”

ขั้นตอนก่อนการทดสอบนี้ต้องเตรียมผู้ป่วย เพื่อให้มีค่าความดันของออกซิเจนในกระแสเลือด (PaO_2) มีระดับที่สูงเพียงพอ (มากกว่า 200 มิลลิเมตรปรอท) เพื่อป้องกันภาวะขาดออกซิเจนในระหว่างการทดสอบ โดยตั้งเครื่องช่วยหายใจดังนี้ ให้ความเข้มข้นออกซิเจน 100 เปอร์เซ็นต์ (FiO_2 เท่ากับ 1.0) ปริมาตรการหายใจต่อครั้ง (Tidal Volume) เท่ากับ 10 มิลลิลิตร/กิโลกรัม อัตราการหายใจ 10 ครั้ง/นาที เป็นเวลาประมาณ 30 นาทีเพื่อให้ได้ค่าความดันของคาร์บอนไดออกไซด์ใกล้เคียง 40 มิลลิเมตรปรอท จึงเริ่มทดสอบ และระหว่างการทดสอบให้สอดสายยางนำออกซิเจนความเข้มข้นเท่ากับ 100 เปอร์เซ็นต์ เข้าในหลอดลมระดับคาโรนา (Carina) ในอัตรา 6 ลิตร/นาที หลังจากหยุดเครื่องช่วยหายใจอย่างน้อย 10 นาที จากนั้นให้เจาะตรวจวัดค่าความดันของคาร์บอนไดออกไซด์ในกระแสเลือด (PaCO_2) ซึ่งมีค่าไม่น้อยกว่า 60 มิลลิเมตรปรอท หรือมีค่าเปลี่ยนแปลงมากขึ้นต่างกันระหว่างก่อนและหลังถอดเครื่องช่วยหายใจไม่น้อยกว่า 20 มิลลิเมตรปรอท

ข้อ 5 กรณีไม่สามารถทดสอบการไม่หายใจตามข้อ 4 (4) ได้ สามารถวินิจฉัยสมองตายได้ โดยการตรวจด้วยวิธีที่ยืนยันว่าไม่มีเลือดไหลเวียนเข้าสู่สมองได้แก่ Cerebral Angiography หรือ Isotope Brain Scan เป็นต้น

ข้อ 6 กรณีเด็กทารกอายุระหว่าง 7 วันถึง 2 เดือน ให้มีการตรวจยืนยันด้วยการตรวจคลื่นไฟฟ้าสมอง (Electroencephalogram) 2 ครั้ง ห่างกัน 48 ชั่วโมง หากอายุระหว่าง 2 เดือนถึง 1 ปี ให้ตรวจยืนยันด้วยการตรวจคลื่นไฟฟ้าสมอง (Electroencephalogram) 2 ครั้ง ห่างกัน 24 ชั่วโมง

ข้อ 7 วิธีปฏิบัติในการวินิจฉัยสมองตาย

(1) การวินิจฉัยสมองตายให้กระทำโดยองค์คณะของแพทย์ไม่น้อยกว่า 3 คน และต้องไม่ประกอบด้วยแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะรายนั้นหรือแพทย์ที่ดูแลผู้ป่วยที่ต้องการอวัยวะไปปลูกถ่าย หากมีข้อสงสัยให้ปรึกษาแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านระบบประสาท

(2) แพทย์ผู้ดูแลผู้ป่วยสมองตายที่อยู่ในข่ายเป็นผู้บริจาคอวัยวะได้ตามเกณฑ์ของศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย ควรดำเนินการตรวจวินิจฉัยสมองตายโดยไม่ชักช้า และแจ้งให้ญาติของผู้ป่วยทราบ เมื่อผู้ป่วยอยู่ในเกณฑ์ที่จะทดสอบการไม่หายใจ เพื่อเตรียมความพร้อมของญาติ และให้โอกาสในการบริจาคอวัยวะเมื่อวินิจฉัยสมองตายแล้ว

(3) ผู้อำนวยการโรงพยาบาลหรือผู้ได้รับมอบหมาย จะต้องร่วมเป็นผู้รับรองการวินิจฉัยสมองตายและเป็นผู้ลงนามรับรองการตาย

(4) แพทย์ควรให้การดูแลผู้ป่วยตามแนวทางการดูแลผู้ป่วยที่อยู่ในเกณฑ์บริจาคอวัยวะได้ ของศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทยต่อไป ในระหว่างที่ทีมผู้ประสานงานการปลูกถ่ายอวัยวะดำเนินการให้มีการบริจาคอวัยวะ การให้การรักษาใด ๆ ภายหลังการรับรองการตายโดยเกณฑ์สมองตาย คือ การดูแลเพื่อรักษาอวัยวะให้สามารถนำไปปลูกถ่ายได้

ข้อ 8 ให้ใช้บันทึกการตรวจวินิจฉัยสมองตาย ท้ายประกาศนี้ควบคู่ไปกับประกาศนี้”

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า มีสาระสำคัญที่ได้รับการบัญญัติเพิ่มเติมและแก้ไข ในประการต่าง ๆ⁶³ ดังนี้

(1) ต้องเว้นระยะเวลาก่อนที่จะมีตรวจยืนยันภาวะสมองตาย เพื่อให้แน่ใจว่าเป็นภาวะที่ไม่สามารถแก้ไขได้ ดังนี้

ก. การผ่าตัดใหญ่ทางประสาทศัลยศาสตร์ ศีรษะได้รับบาดเจ็บ เลือดออกใต้เยื่อหุ้มสมองชั้นบางแบบทุติยภูมิ ภาวะเลือดออกเอง (Major Neurosurgery, Head Injury, Second Subarachnoid Bleeding, Spontaneous Hemorrhage) เว้นระยะเวลามากกว่า 6 ชั่วโมง

ข. สมองขาดออกซิเจน (Brain Hypoxia) เว้นระยะเวลามากกว่า 24 ชั่วโมง

ค. สงสัยภาวะเป็นพิษจากยา (Suspicious Drug Intoxication) เว้นระยะเวลามากกว่า 50 ชั่วโมง

(2) การตรวจยืนยันภาวะสมองตายจากการตรวจไม่พบ Brain Stem Reflexes และการทำ Apnea Test ต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อย 6 ชั่วโมงจึงวินิจฉัยสมองตาย ยกเว้นใน

⁶³ สกานต์ บุณนาค, การวินิจฉัยและการดูแลผู้ป่วยสมองตายเพื่อการบริจาคอวัยวะ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์กรุงเทพเวชสาร, 2555), น.574 – 588.

ทารกอายุต่ำกว่า 7 วันไม่สามารถตรวจวินิจฉัยด้วยเกณฑ์ดังกล่าวได้ สำหรับทารกอายุระหว่าง 7 วันถึง 2 เดือน ต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อย 48 ชั่วโมง และทารกอายุระหว่าง 2 เดือนถึง 1 ปีต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อย 24 ชั่วโมง

(3) การวินิจฉัยสมองตายสามารถกระทำโดยองค์คณะของแพทย์ไม่น้อยกว่า 3 คน (ไม่จำเป็นต้องเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านระบบประสาท) แต่ต้องไม่ประกอบด้วยแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะรายนั้นหรือแพทย์ที่ดูแลผู้ป่วยที่ต้องการอวัยวะไปปลูกถ่าย

จะเห็นได้ว่า เป็นการแก้ไขปัญหาค้นหาอันเนื่องมาจากความขาดแคลนประสาทอายุรแพทย์และประสาทศัลยแพทย์ในการที่จะร่วมมาเป็นองค์คณะในการวินิจฉัยภาวะสมองตายนี้ด้วยส่วนหนึ่ง จึงได้เพิ่มกฎเกณฑ์ขั้นตอนต่าง ๆ เพื่อเป็นแนวทางในเวชปฏิบัติแก่แพทย์ โดยขั้นตอนการตรวจยืนยันโดยการทำ Apnea Test นั้นอาจกระทำได้โดยแพทย์เวชปฏิบัติทั่วไป ผู้รับรองการตรวจนี้จึงไม่กำหนดว่าจะต้องมีประสาทศัลยแพทย์ด้วย เพราะมักเกิดปัญหาในทางปฏิบัติที่อาจมีการปรึกษาทางไกลหรือประสาทศัลยแพทย์อาจไม่พร้อมขณะนั้น อีกทั้งยังพบกรณีที่มีความจำเป็นจะต้องวินิจฉัยภาวะสมองตายในเด็กมากขึ้น⁶⁴

ประเด็นสมองตาย จึงยังเป็นประเด็นที่มีข้อถกเถียงไม่จบสิ้นจนกว่าจะได้มีการแก้ไขกฎหมายให้ชัดเจน รวมไปถึงการสร้างแนวความคิดและความรู้แก่ประชาชนเพื่อให้ทุกภาคส่วนในสังคมเข้าใจและยอมรับ⁶⁵

2.3 กฎเกณฑ์และกฎหมายอื่นเกี่ยวกับภาวะสมองตาย

นอกจากประกาศแพทยสภาเรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายทั้ง 4 ฉบับแล้ว ยังมีกฎหมายอื่น ๆ อีกที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับภาวะสมองตายในประเทศไทย เช่น มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ลักษณะ 13 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และหมวด 10 แห่งข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม

⁶⁴ สุกิจ ทัศนสุนทรวงศ์, การวินิจฉัยผู้ป่วยสมองตาย : ทำอย่างไรในเวชปฏิบัติ (Management of Brain Death Patients : How to Do in Clinical Practice), (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์กรุงเทพเวชสาร, 2554), น.205 – 213.

⁶⁵ พินิจ ทิพย์มณี, “การวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการตายของประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์รองศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหามงคล มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553)

2.3.1 พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 12

พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 12 บัญญัติว่า⁶⁶

“บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุข ที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้

การดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้ว มิให้ถือว่ากรกระทำนั้นเป็นความผิด และให้พ้นจากความรับผิดทั้งปวง”

กฎหมายมาตรานี้ นับเป็นก้าวใหม่ของกฎหมายไทย ที่เริ่มมีการยอมรับการตายโดยการแพทย์ และให้แพทย์เป็นผู้ยุติการช่วยชีวิตของบุคคลอย่างเป็นทางการได้⁶⁷ อนึ่ง เมื่อพิจารณาข้อความในมาตรา 12 จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นการทำ “พินัยกรรมชีวิต” (Living Will) อย่างในต่างประเทศ กล่าวคือ บุคคลสามารถทำหนังสือกำหนดการตายของตนในทางการแพทย์ไว้ได้ล่วงหน้า ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยสามารถใช้ครอบคลุมได้ทั้งกรณีที่ผู้ป่วยอยู่ในภาวะสมองตาย และที่ยังมีสติสัมปชัญญะคืออยู่ แต่ไม่ต้องการมีชีวิตอยู่ต่อไป เพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยของตน สำหรับการตายประการหลังนี้ หมายความว่า กรณีที่ผู้ป่วยไม่ได้อยู่ในภาวะสมองตาย แต่ไม่ต้องการทรมานจากการเจ็บป่วยอีกต่อไป เช่น เป็นมะเร็งระยะสุดท้าย จะใช้วิธี “ปฏิเสธรับการรักษาจากแพทย์เพื่อช่วยชีวิต” ได้ เพราะที่ประเทศอังกฤษได้เคยเกิดขึ้นแล้วเมื่อ วันที่ 22 มีนาคม พ.ศ. 2545 ศาลสูงของอังกฤษได้พิพากษายอมให้คนไข้สตรีซึ่งป่วยหนักเป็นอัมพาตครึ่งร่าง และมีชีวิตอยู่ในหออภิบาลผู้ป่วยวิกฤต โดยแพทย์ได้ใช้เครื่องช่วยหายใจไว้ให้มีสิทธิตายตามประสงค์ของผู้ป่วย และพิพากษาให้แพทย์ชดใช้เงิน 100 ปอนด์ แก่ผู้ป่วย ฐานใช้เครื่องช่วยหายใจล่วงหน้าไปในตัวผู้ป่วยโดยเธอไม่ยินยอมอีกด้วย^{68, 69} แต่การยุติการทรมานของผู้ป่วยโดยแพทย์ตาม

⁶⁶ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550

⁶⁷ สำนักสื่อสารทางสังคม สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ, “สข.เปิดหลักฐานยันทั้งกฤษฎีกาและสข.ฟังทุกฝ่ายมาโดยตลอด เน้นแพทย์สภาให้ทำหน้าที่ของตัวเองที่ควรทำ หยุดป่วนล้มกฎกระทรวงมาตรา” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2559 จาก <http://www.nationalhealth.or.th/node/420>

⁶⁸ กุลพล พลวัน, “การตายทางการแพทย์กับการยอมรับของกฎหมายไทย,” วารสารประชาสัมพันธ์, ฉบับที่ 1 ปีที่ 10 (20 ธันวาคม 2545).

⁶⁹ BBC news, “2002: Woman granted ‘right to die,’” search on 24th August 2017 from http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/march/22/newsid_2543000/2543739.stm

มาตรา 12 นี้ ยังไม่ถึงขั้นยอมให้แพทย์ลงมือปลิดชีวิตผู้ป่วยได้ เช่น การฉีดยาพิษให้ตาย ซึ่งเรียกว่า "การุณฆาต" (Active Euthanasia) อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมีบางประเทศ เช่น รัฐสภานเนเธอร์แลนด์ ได้ลงมติเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน พ.ศ. 2543 ประกาศให้ใช้กฎหมายลักษณะนี้ได้⁷⁰ โดยเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2545 เป็นต้นมา⁷¹

อย่างไรก็ดี แม้จะมีกฎหมายรับรองการตายโดยการแพทย์ไว้อย่างเป็นทางการก็ตาม แพทย์และโรงพยาบาลก็ยังคงระมัดระวังควบคุมดูแลให้การปฏิบัติได้เป็นไปอย่างถูกต้อง ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดโดยเคร่งครัด หากกระทำโดยประมาทหรือโดยที่ยังไม่มีเหตุสมควร หรือโดยมีเหตุผลอื่นแอบแฝง ก็อาจเกิดปัญหาเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีปกครอง (กรณีโรงพยาบาลของรัฐ) ติดตามมาได้เสมอ

2.3.2 ประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 13

วันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558 เป็นวันที่มีการประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา เรื่อง การเพิ่มลักษณะความผิดในลักษณะที่ 13 ในประมวลกฎหมายอาญา คือ ลักษณะความผิดที่เกี่ยวกับศพ ความว่า⁷²

“มาตรา 366/1 ผู้ใดกระทำชำเราศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพ หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของศพ

มาตรา 366/2 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่ศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 366/3 ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ทำให้เสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งศพ ส่วนของศพ อัฐิ หรือเถ้าของศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁷⁰ Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act

⁷¹ Kumar Amarasekara, Mirko Bagaric. “The Legalisation of Euthanasia in the Netherlands: Lessons to be Learnt.” *Monash University Law Review* 27. (2001) : 179 – 196.

⁷² พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558

มาตรา 366/4 ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามศพต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ทั้งนี้ ศพนั้น โดยความหมายโดยทั่วไปนั้นหมายถึง ร่างกายของมนุษย์ที่ตายแล้ว เมื่อพิจารณาอย่างลึกซึ้งซึ่งจะเห็นได้ว่า ผู้ที่ได้รับการวินิจฉัยว่าอยู่ในภาวะสมองตายนั้น ตามหลักทางการแพทย์นั้นหมายถึง บุคคลผู้นั้นได้ตายแล้ว แปลว่า ร่างกายของผู้นั้นได้กลายเป็นศพเสียแล้ว ดังนั้นการกระทำใด ๆ กับร่างกายของบุคคลผู้นั้นภายหลังจากนั้นจึงเป็นการกระทำกับศพนั่นเอง ทั้งนี้เมื่อพิจารณาตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/3 ดังกล่าวมาแล้วนั้น การผ่าตัดเพื่อขยับย้ายถ่ายเทอวัยวะของผู้นั้นหรือศพนั้น น่าจะเข้าได้กับความหมายของการทำให้เสียหาย เคลื่อนย้ายทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งศพ หรือส่วนของศพ แต่คงยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า การกระทำดังกล่าวนี้ มีเหตุอันสมควรหรือไม่ ซึ่งหากมีเหตุอันสมควร ก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรานี้ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจซึ่งควรจะได้รับพิจารณาต่อไปว่า เหตุใดที่เป็นเหตุอันสมควร และเหตุใดนั้นเป็นเหตุอันไม่สมควร

2.3.3 ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม หมวด 10

ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 หมวด 10 การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมโดย ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560 ประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาเมื่อ วันที่ 7 มีนาคม 2560 มีข้อความสำคัญอันเนื่องเกี่ยวกับภาวะสมองตาย ดังนี้^{73, 74}

“ข้อ 53 การปลูกถ่ายอวัยวะที่ใช้อวัยวะจากผู้ที่สมองตายต้องดำเนินการตามเกณฑ์ต่อไปนี้

(1) ผู้ที่สมองตายตามหลักเกณฑ์วิธีการวินิจฉัยของแพทยสภาเท่านั้นที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถนำเอาอวัยวะไปทำการปลูกถ่ายให้แก่ผู้ที่ต้องการอวัยวะทดแทนได้และผู้ที่สมองตายดังกล่าวต้องไม่มีโรคหรือภาวะ ดังต่อไปนี้

ก. โรคมะเร็งระยะลุกลาม

ข. ภาวะติดเชื้อรุนแรงที่จะเป็นอันตรายต่อผู้รับอวัยวะได้

ค. การทดสอบเอชไอวี (HIV) เป็นบวก เว้นแต่กรณีและผู้ที่ต้องการอวัยวะทดแทนมีผลการทดสอบเอชไอวีเป็นบวกอยู่แล้ว

⁷³ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549

⁷⁴ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560

ง. ผู้ป่วยที่สงสัยเป็นโรคพิษสุนัขบ้า ผู้ป่วยที่เป็นโรคสมองอักเสบเฉียบพลัน หรือไขสันหลังอักเสบเฉียบพลัน หรือปลายประสาทอักเสบเฉียบพลัน ที่ตายโดยไม่ทราบสาเหตุ

จ. ผู้ป่วยที่มีอาการสงสัยว่าเป็นโรคควัวบ้า (Creutzfeldt Jacob disease)

ฉ. ผู้ป่วยที่มีอาการสงสัยว่าเป็นโรคสมองเสื่อมที่ไม่ทราบสาเหตุ

ช. โรคหรือภาวะอื่น ๆ ที่แพทย์สภาประกาศกำหนด

(2) แพทย์ผู้ดูแลผู้ป่วยที่เสียชีวิตตามเกณฑ์สมองตายของแพทย์สภาควรถueให้ข้อมูลแก่ญาติทราบเกี่ยวกับการเสียชีวิตของผู้ป่วย และการที่ผู้ป่วยเป็นผู้บริจาคอวัยวะได้ โดยความยินยอมของญาติ

(3) ญาติผู้ตายที่จะบริจาคอวัยวะต้องเป็นผู้ให้ความยินยอมบริจาคอวัยวะ

(4) ในกรณีที่ผู้ตายได้แสดงความจำนงบริจาคอวัยวะไว้กับศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทย ถ้าไม่สามารถติดตามหาญาติผู้ตายได้ให้ดำเนินการผ่าตัดนำอวัยวะไปปลูกถ่ายได้

(5) ก่อนที่จะเอาอวัยวะออกจากผู้ที่สมองตายกรณีซึ่งต้องมีการชันสูตรพลิกศพตามกฎหมาย ต้องแจ้งให้ผู้ชันสูตรพลิกศพทราบก่อน และศัลยแพทย์ผู้ผ่าตัดอวัยวะจากศพต้องบันทึกการนำอวัยวะออกไปจากศพนั้นไว้ในเวชระเบียนของผู้ตายด้วย

ข้อ 54 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะ ต้องเป็นศัลยแพทย์ผู้ได้รับวุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติจากแพทยสภา

ข้อ 55 การดำเนินการปลูกถ่ายอวัยวะต้องกระทำในสถานพยาบาลของรัฐหรือเอกชนซึ่งเป็นสมาชิกของศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทยและปฏิบัติตามระเบียบที่ศูนย์รับบริจาคอวัยวะสภากาชาดไทยกำหนด ทั้งนี้ ระเบียบดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบจากแพทยสภา”

จะเห็นจาก ข้อ 53 (1) ตอนต้น แห่งข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 หมวด 10 ความว่า “ผู้ที่สมองตายตามหลักเกณฑ์วิธีการวินิจฉัยของแพทยสภาเท่านั้นที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถนำเอาอวัยวะไปทำการปลูกถ่าย ... ” ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การเก็บเกี่ยวอวัยวะ (Organ Harvesting) จากมนุษย์ที่ตายโดยภาวะสมองตายนั้นจะต้องได้รับการวินิจฉัยภาวะสมองตายตาม ประกาศแพทยสภาที่ 7 /2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย อย่างถูกต้องแล้วเท่านั้น

การปลูกถ่ายอวัยวะ (Organ Transplantation) เป็นความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่สำคัญในยุคปัจจุบัน ได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแนวคิดทางกฎหมาย

หลายประการ ทั้งยังส่งผลกระทบต่อประเด็นทางจริยธรรมและก่อให้เกิดประเด็นพิพาทตามมาอย่างหลากหลาย⁷⁵ ทั้งนี้รวมไปกับ ประเด็นพิพาทในเรื่องการตายโดยภาวะสมองตาย ซึ่งมีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกันอย่างแยกไม่ออก ดังกรณี “คดีวชิรปราการ” ซึ่งเกิดจาก ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้ตายไม่ยอมรับการตายโดยภาวะสมองตายซึ่งแพทย์ให้การวินิจฉัยตามเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายประกาศโดยแพทยสภา ทำให้เกิดปัญหาต่อเนื่องไปถึงกระบวนการเก็บเกี่ยวอวัยวะจากผู้ตายว่าเป็นการกระทำต่อบุคคลที่ยังมีชีวิตหรือไม่ ซึ่งการนำเอาอวัยวะสำคัญออกจากร่างกายย่อมทำให้บุคคลผู้นั้นเสียชีวิต ซึ่งเป็นความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา

แรงผลักดันหนึ่งที่ชัดเจนทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศที่ต้องการให้เกิดการรับรองการตายโดยภาวะสมองตาย คือ การผ่าตัดปลูกถ่ายหรือเปลี่ยนถ่ายอวัยวะ นั่นเอง ซึ่งมีความจำเป็นจะต้องได้อวัยวะสด ๆ จากมนุษย์ที่เพิ่งตายใหม่ ๆ อันเป็นระยะที่เซลล์ของอวัยวะที่จะปลูกถ่ายนั้นยังไม่ตาย (ยังไม่เกิด Cellular Death นั่นเอง) จึงจะทำให้การปลูกถ่ายอวัยวะนั้นได้ผลดี ดังนั้น หากยอมรับว่า สมองตาย คือ การตาย (Brain Death as the Somatic Death) แพทย์ก็จะสามารถนำอวัยวะจากผู้ตายไปปลูกถ่ายให้แก่บุคคลอื่นได้ ก่อนที่จะหยุดเครื่องช่วยหายใจและยุติความช่วยเหลือให้ระบบไหลเวียนโลหิตดำเนินต่อไปได้⁷⁶ ซึ่งถือประเด็นทางกฎหมายที่ต้องระมัดระวังอย่างยิ่ง กล่าวโดยสรุป คือ การจะนำอวัยวะของผู้บริจาคออกใช้ได้ จะต้องปรากฏโดยชัดแจ้งว่า สมองของบุคคลนั้นได้หยุดการทำงานโดยสิ้นเชิงแล้ว⁷⁷

ดังนั้น ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม หมวด 10 ข้อ 53 จึงมีประเด็นที่น่ากังวลอันได้รับผลกระทบต่อเนื่องมาจากปัญหาการไม่มีกฎหมายรองรับการตายโดยภาวะสมองตายตามเกณฑ์การวินิจฉัยจากแพทยสภา ณ ปัจจุบัน

2.4 แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยภาวะสมองตายกับความรับผิดชอบของแพทย์

เมื่อวันที่ 25 เมษายน พ.ศ. 2545 พนักงานอัยการฝ่ายคดีอาญา 8 และ นางหนูแดง ดีโยธา กับ นายเจริญ ดีโยธา มารดาและบิดาของ น.ส.ลัดดา ดีโยธา เป็นโจทก์ร่วมกันฟ้อง นพ.สิโรจน์ กาญจนปัญญาพล อดีตผู้อำนวยการ รพ.วชิรปราการ จ.สมุทรปราการ นพ.วีระเดช เลิศดำรงลักษณ์ นาย

⁷⁵ ระพี แม้นโกศล, กฎหมายกับแพทย์, (กรุงเทพมหานคร : ไทศาลศิลป์การพิมพ์, 2539), น.145.

⁷⁶ ประสิทธิ์ โหมวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2557), น.28.

⁷⁷ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, เอนก ขมจินดา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 57, น.28

นันทวิทย์ ชงไชย อดีตผู้จัดการ รพ.วชิรปราการ และ นพ.วิวัฒน์ ธีระพานิช เป็นจำเลยที่ 1 ถึง 4 ในความผิดฐานร่วมกันฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ปลอมเอกสารและใช้เอกสารปลอม โดยในคดีนี้โจทก์ฟ้องว่า นพ.สิโรจน์ จำเลยที่ 1 นพ.วีระเดช จำเลยที่ 2 และนายนันทวิทย์ จำเลยที่ 3 ได้ร่วมกันปลอมเอกสารหนังสืออุทิศอวัยวะของ น.ส.ลัดดา ดีโยธา และนางนงศ์ พรพมา ต่อมาจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 2 และนพ.วิวัฒน์ จำเลยที่ 4 ได้ร่วมกันผ่าตัดเอาไตและตับของผู้ป่วยทั้งสองออกไปในขณะที่ผู้ป่วยยังไม่ถึงแก่ความตาย เพื่อนำไปปลูกถ่ายอวัยวะให้ผู้ป่วยรายอื่น เป็นเหตุให้ผู้ป่วยทั้งสองถึงแก่ความตาย ทั้งนี้ เหตุเกิดเมื่อปี พ.ศ. 2540

กระทั่ง เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2548 ศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษายกฟ้องจำเลย โดยศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาโดยเห็นว่า แม้นหนังสืออุทิศอวัยวะจะมีการเดิมข้อความด้วยลายมือว่า “ตับ” ลงในเอกสาร แต่พยานโจทก์ไม่ได้ยืนยันในรายละเอียดว่าเหมือนกับลายมือของจำเลยที่ 1 จึงมีข้ออันควรสงสัยว่าจำเลยที่ 1 จะเป็นผู้เขียนข้อความดังกล่าวลงในหนังสืออุทิศอวัยวะของคนไข้ จึงยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้แก่จำเลยที่ 1 ในข้อหาปลอมและใช้เอกสารปลอม ส่วนในข้อหาฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา โจทก์ไม่มีพยานหลักฐานนำสืบให้เห็นได้ว่า มีการใช้ยาหรือมีการทำโดยประการใด ๆ ของพวกจำเลย ทำให้คนไข้ทั้งสองก้านสมองตายโดยเจตนา ข้อเท็จจริงจึงรับฟังได้ว่า คนไข้ทั้งสองถึงแก่ความตายแล้ว ก่อนที่จะมีการผ่าตัดนำอวัยวะ (ไตและตับ) ออกไป จึงพิพากษาให้ยกฟ้อง แต่ให้ชั่ง นพ.สิโรจน์ จำเลยที่ 1 ไว้ในระหว่างอุทธรณ์⁷⁸

อัยการ โจทก์และ โจทก์ร่วมยื่นอุทธรณ์ขอให้ศาลลงโทษจำเลยตามความผิด เมื่อวันที่ 23 กันยายน พ.ศ. 2553 เวลา 09.30 น. ณ ห้องพิจารณาคดีหมายเลข 904 ศาลอาญา อ.รัชดาภิเษก ศาลออกนั่งบัลลังก์อ่านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ในคดีนี้

ศาลอุทธรณ์ตรวจสำนวนประชุมปรึกษารื้อกันแล้วเห็นว่า การกระทำของจำเลยไม่มีความผิด ที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษานั้นชอบแล้ว ศาลอุทธรณ์เห็นพ้องด้วย พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น

อัยการ โจทก์และ โจทก์ร่วมยื่นฎีกาขอให้ศาลลงโทษจำเลยตามความผิด ศาลฎีกาตรวจสำนวนประชุมปรึกษารื้อกันแล้วเห็นว่า โจทก์ร่วมฎีกาถึงปัญหาการเสียชีวิตตามกฎหมาย ซึ่งศาลเห็นว่า การตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ต้องเป็นการทำให้ตาย แต่ก็ไม่มียกกฎหมายใดบัญญัติลักษณะการตายไว้ชัดเจน จึงต้องให้แพทย์เป็นผู้วินิจฉัยการตาย

⁷⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาศีหมายเลขแดง ค.403/2548 (หมายเลขคำ ค.1242/2545), อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, น.5.

ซึ่งแพทย์สภามีการออกประกาศเกี่ยวกับการวินิจฉัย โดยมีประเด็นเรื่องก้านสมองถูกทำลายจนสิ้น
ไม่สามารถทำให้ระบบหัวใจทำงานได้และร่างกายขาดออกซิเจน หากขาดเครื่องช่วยหายใจ ร่างกาย
จะขาดการตอบสนอง ซึ่งกรณีของผู้ป่วยทั้งสองแพทย์ได้ตรวจถึง 2 ครั้งทิ้งช่วงเวลาห่างกัน 10
ชั่วโมงพบว่าผู้ป่วยไม่หายใจทั้งสองครั้ง จึงลงความเห็นในบันทึกว่าก้านสมองถูกทำลายโดยสิ้นเชิง
และก่อนผ่าตัดอวัยวะวิสัญญีแพทย์ได้ตรวจแล้วผู้ตายไม่หายใจ การที่จำเลยที่ 1, 2, และ 4 ร่วมกัน
ผ่าตัดเอาไตออกจากผู้ตายทั้งสองที่อยู่ในภาวะสมองตายตามการวินิจฉัยของแพทย์ ตามหลักเกณฑ์
ของแพทยสภา ถือเป็นกรกระทำต่อคนตายแล้ว จึงไม่อาจเป็นการฆ่าได้อีก ที่ศาลชั้นต้นและศาล
อุทธรณ์พิพากษามานั้น ศาลฎีกาเห็นพ้องด้วย พิพากษายืนตามศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ เมื่อวันที่
28 กันยายน 2559⁷⁹

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา อาจสรุปได้ว่า ศาลพิจารณาแล้วว่าผู้ป่วยทั้งสองรายในคดี
นี้ที่ประสบอุบัติเหตุบาดเจ็บที่ศีรษะ ซึ่งแพทย์ได้ตรวจแล้วพบว่า ฐานกะโหลกแตกหักร่วมกับ
สมองได้รับความกระทบกระเทือนอย่างรุนแรง ทำให้ก้านสมองเคลื่อนไป มีผลทำให้ผู้ป่วยทั้งสอง
รายนี้ก้านสมองตาย ไม่รู้สึกตัวและไม่อาจหายใจได้เอง ประสาทศัลยแพทย์ตรวจและวินิจฉัยผู้ป่วย
ทั้งสองรายนี้ 2 ครั้ง โดยมีระยะเวลาห่างกันเกินกว่า 6 ชั่วโมง (10 ชั่วโมง) ถูกต้องแล้วตาม
หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายตามประกาศของแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การตรวจและ
วินิจฉัยสมองตาย พบว่าผู้ป่วยทั้งสองรายนี้ตกอยู่ในภาวะสมองตาย ไม่รู้สึกตัวและไม่สามารถ
หายใจได้เองอย่างแน่นอน แม้หัวใจจะยังเต้นอยู่แต่ก็เพราะอาศัยเครื่องช่วยหายใจ มิได้หัวใจเต้น
หรือหายใจได้เองตามธรรมชาติ ถือได้ว่าการดำรงอยู่ของชีวิตของผู้ป่วยทั้งสองรายนี้ได้สิ้นสุดลง
แล้ว กล่าวคือ ผู้ป่วยทั้งสองรายนี้ได้สิ้นชีวิตหรือถึงแก่ความตายตั้งแต่ครั้งแรกที่ไม่หายใจแล้ว และ
โจทก์ไม่มีหลักฐานใดมานำสืบแสดงให้เห็นได้ว่าการใช้ยา หรือมีการกระทำโดยประการใด ๆ ทำ
ให้ผู้ป่วยทั้งสองรายนี้ก้านสมองตายโดยเจตนา ข้อเท็จจริงจึงรับฟังได้ว่า ผู้ป่วยทั้งสองรายนี้ประสบ
อุบัติเหตุและถึงแก่ความตายแล้วก่อนจะมีการผ่าตัดนำอวัยวะออกไป การกระทำของจำเลยจึงไม่
เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น

นับเป็นครั้งแรกในประเทศไทยที่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องการตายโดยภาวะ
สมองตาย โดยศาลฎีกามีความเห็นซึ่งอนุมานได้ว่า การตายนั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริง หมายถึง เป็น
ปัญหาข้อเท็จจริงทางการแพทย์ ซึ่งจะต้องให้แพทย์เป็นผู้วินิจฉัย ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ที่ได้รับการ

⁷⁹ เห่งอ้าง, น.43.

ยอมรับในวงการแพทย์เป็นการทั่วไป โดยเฉพาะในไทย ซึ่งยึดเอาตามประกาศจากแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตาย นั้นเอง แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในอีกแง่มุมหนึ่งจะเห็นว่า ศาลฎีกาได้ชี้ให้เห็นถึงปัญหาว่า ตามกฎหมายสารบัญญัติของไทยนั้น ไม่มีกฎหมายใดเลยที่ได้บัญญัติไว้ถึงการตายอย่างชัดเจน ทั้งนี้ ถึงแม้จะมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวออกมาแล้ว แต่เนื่องด้วยไทยนั้นใช้ระบบกฎหมายสารบัญญัติ แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาจึงมิใช่กฎหมาย และอาจถูกเปลี่ยนแปลงกลับไปได้อย่างไม่มั่นคง ฉะนั้นจะเห็นได้ว่า ปัญหาในเรื่องการตายจากภาวะสมองตายนั้นก็ยังคงเป็นปัญหาอยู่นั่นเอง

ปัญหาการตายทางการแพทย์หรือที่เรียกว่าภาวะสมองตายได้เกิดขึ้นมาเป็นเวลานานแล้ว โดยในทางปฏิบัติ แพทย์มักจะยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยเพื่อปล่อยให้สิ้นชีวิตไปอย่างสงบ ทั้งนี้ ส่วนใหญ่จะเกิดจากความยินยอมของญาติผู้ป่วยร่วมด้วย แต่ในทางกฎหมาย ก็ยังมีข้อโต้แย้งมาโดยตลอดว่า การตายทางการแพทย์เช่นนี้นั้น จะถือว่าเป็นการตายทางกฎหมายด้วยหรือไม่ เนื่องจากหากกฎหมายไม่ยอมรับว่าเป็นการตายและถือว่าบุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่ ก็จะทำให้แพทย์นั้นเสี่ยงต่อการถูกกล่าวหาว่ากระทำการที่มีโทษทางอาญาอย่างรุนแรง นั่นคือ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่นมีความผิดต้องรับโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกไม่เกินยี่สิบปี” และหากเป็นการฆ่าผู้อื่นด้วยเหตุฉุกเฉินรจัดตาม มาตรา 289 เช่น การฆ่าผู้อื่นด้วยโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ฯลฯ ก็จะมีความผิดต้องระวางโทษหนักยิ่งขึ้นคือประหารชีวิตสถานเดียว

อนึ่ง แม้การยุติการช่วยต่อชีวิตผู้ป่วยโดยการถอดเครื่องมือต่าง ๆ ออก จะมีใช่เป็นการลงมือฆ่าโดยตรง แต่แพทย์ก็ยังเสี่ยงต่อการถูกกล่าวหาว่าฆ่าผู้อื่น โดยการละเว้นการกระทำตาม มาตรา 59 วรรคท้ายแห่งประมวลกฎหมายอาญา⁸⁰ ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำให้หมายความรวมถึง การให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้น โดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย” เพราะบุคคลทั่วไปยังมีแนวความคิดโดยปกติว่า แพทย์จะต้องมีหน้าที่ช่วยเหลือชีวิตผู้ป่วย หากแพทย์ยุติการช่วยชีวิตเพื่อป้องกันการตายก็อาจถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยการละเว้นการกระทำได้เช่นกัน⁸¹

⁸⁰ ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499

⁸¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, กฎหมายการแพทย์: ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2546)

ในขณะที่ยังมีการโต้แย้งกันในทางหลักวิชาการแพทย์ ซึ่งถือว่าผู้ป่วยสมองตาย คือ ผู้ที่ตายแล้วในทางการแพทย์ กับหลักวิชานิติศาสตร์ที่ยังไม่ยอมรับกันว่า การตายโดยอาการสมองตายนั่น เป็นการตายแล้วอย่างแท้จริง กล่าวคือ ในทางกฎหมายนี้มีหลักถือมาช้านานในการพิสูจน์ความตายของบุคคล นั่นคือ ต้องตายตามธรรมชาติโดยหมดลมหายใจและหัวใจหยุดเต้นอย่างสิ้นเชิงนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแพทย์ตามโรงพยาบาลต่าง ๆ ทั้งของรัฐและของเอกชน ก็ยังมีความจำเป็นต้องยุติการรักษาคนไข้สมองตายต่อไป ด้วยเหตุผลที่อาจสรุปได้ดังนี้

ประการแรก เป็นเหตุผลทางด้านเศรษฐศาสตร์ เนื่องจาก ผู้ป่วยประเภทนี้อยู่ในสภาพสิ้นหวังที่จะรักษาให้ฟื้นคืนเป็นบุคคลปกติได้ การรักษาโดยการช่วยต่อชีวิตไปไม่มีที่ยุติ ย่อมเป็นการสิ้นเปลืองงบประมาณค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ทั้งฝ่ายรัฐหรือฝ่ายเอกชน โดยเฉพาะโรงพยาบาลเอกชนที่ค่าใช้จ่ายย่อมสูงกว่าปกติอย่างแน่นอน

ประการที่สอง เป็นเหตุผลทางด้านสิทธิมนุษยชน เพราะการที่บุคคลหนึ่งที่มีอาการสมองตายและมีชีวิตอยู่ได้ด้วยการใช้เครื่องช่วยชีวิตไปตลอดชีวิตนั้น ย่อมก่อให้เกิดความทุกข์เวทนามากกว่าจะเกิดประโยชน์แก่บุคคลนั้นเอง และมีผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การปล่อยให้เขาหมดสภาพบุคคลไปน่าจะเหมาะสมยิ่งกว่า⁸²

ประการที่สาม เป็นเหตุผลทางด้านความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทางการแพทย์ด้านการปลูกถ่ายอวัยวะ เช่น ตับ ไต หัวใจ ฯลฯ เพื่อนำอวัยวะจากผู้ที่มีอาการสมองตายไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยที่รอการรักษา ซึ่งต้องทำให้ผู้ป่วยสมองตายนั่นสิ้นชีวิตเพื่อต่อชีวิตผู้อื่น⁸³

การวินิจฉัยว่าผู้ใดอยู่ในภาวะสมองตายหรือไม่นั้น แต่เดิมไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอน ขึ้นอยู่กับแพทย์ผู้ทำการรักษาจะวินิจฉัยและตัดสินใจตามที่เห็นสมควร แต่ต่อมาเมื่อประมาณปี พ.ศ. 2531 ได้มีเหตุการณ์สำคัญเกิดขึ้น เนื่องจากโรงพยาบาลแห่งหนึ่งได้แถลงการณ์ว่า ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนหัวใจให้กับคนไข้โรคหัวใจที่รอการบริจาคอยู่เป็นรายแรกของประเทศกลุ่มเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ได้ โดยได้หัวใจจากผู้ป่วยสมองตายที่ยุติการช่วยชีวิตตามความยินยอมของญาติ นับเป็นความสำเร็จทางการแพทย์ไทยอันน่าภาคภูมิใจยิ่ง ขณะเดียวกัน ก็เกิดข้อวิพากษ์วิจารณ์ในทางกฎหมายขึ้นมาว่า การที่ทำให้ผู้ป่วยสมองตายต้องหมดชีวิตลงเพื่อนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายให้ผู้อื่น

⁸² ชลกันต์ ชรรวมกฎ, “สมองตาย – นิยามการตายที่กฎหมายยังไม่ยอมรับ,” (สารนิพนธ์บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยปทุมธานี, 2556)

⁸³ ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล, *อ้าวแล้ว เจริญรอกที่* 76, น.42.

นั้น จะเกิดปัญหาในทางกฎหมายแก่แพทย์ที่ทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะในความผิดต่อชีวิตหรือไม่ประการใด

ดังนั้น จึงได้มีการจัดสัมมนาทางวิชาการครั้งใหญ่ในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเรื่องนี้ ที่หอประชุมใหญ่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งประกอบไปด้วยผู้ทรงคุณวุฒิหลายฝ่าย อาทิ แพทย์ อาจารย์มหาวิทยาลัย กลุ่มศาสนา ทนายความ ตำรวจ อัยการ ผู้พิพากษา ฯลฯ โดยทางแพทย์ยืนยันว่าผู้ที่สมองตายนั้นถือว่าเป็นการตายแล้วและแพทย์สามารถยุติการรักษาชีวิตเพื่อนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายต่อไปได้ ส่วนทางนักกฎหมายจำนวนหนึ่งยอมรับว่าผู้ป่วยสมองตายนั้นถือว่าเป็นการตายแล้ว แต่จำนวนหนึ่งก็ยังเห็นว่าน่าจะเป็นการตายตามธรรมชาติทั่วไปอย่างแท้จริงมากกว่า ส่วนการตายด้วยภาวะสมองตายนั้นยังไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนที่จะวินิจฉัย และอาจเกิดการยุติชีวิตผู้ป่วยโดยอ้างว่าอยู่ในภาวะสมองตายโดยไม่สมควรหรือมีเหตุผลแอบแฝง จึงหาข้อยุติไม่ได้

แต่แล้วในที่สุด เมื่อทางการแพทย์ยืนยันว่าผู้ที่ตกอยู่ในภาวะสมองตายนั้นได้ถึงแก่ความตายแล้ว และจำเป็นต้องยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยด้วยเหตุผลความจำเป็นต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยภาวะสมองตาย แพทยสภาซึ่งเป็นองค์กรที่ควบคุม กำกับ ดูแล การประกอบวิชาชีพเวชกรรม ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ก็ควรมีบทบาทในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่า บุคคลใดสมองตายซึ่งควรยุติการช่วยชีวิต โดยแพทย์ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนให้เป็นระบบ และอยู่ในมาตรฐานเดียวกัน ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองในทางกฎหมายแก่แพทย์ผู้ทำการยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วย และเพื่อคุ้มครองผู้ป่วยมิให้ต้องถูกยุติชีวิตด้วยเหตุผลอันไม่สมควร⁸⁴

ต่อมา แพทยสภาจึงได้ออก “ประกาศแพทยสภา เรื่องเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย” ลงวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2532 กำหนดหลักเกณฑ์การวินิจฉัยว่า เมื่อใดจึงจะถือว่าผู้ป่วยมีอาการสมองตาย เช่น ต้องไม่รู้สึกรู้สึกร่างกายและอยู่ในเครื่องช่วยหายใจ และต้องทำการตรวจสอบตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดคือ จะไม่มีอาการเปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อย 12 ชั่วโมง จึงจะถือว่าสมองตาย ส่วนวิธีการปฏิบัติในการวินิจฉัยสมองตายนั้นต้องกระทำโดยคณะแพทย์ไม่น้อยกว่า 3 คน และต้องไม่ประกอบด้วยแพทย์ผู้จะกระทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะรายนั้น โดยผู้อำนวยการโรงพยาบาลหรือผู้รับมอบหมายต้องลงนามรับรองการวินิจฉัยสมองตาย และรับรองการตายด้วย โดยภายหลังต่อมา แพทยสภาได้ออกประกาศฉบับที่ 2 ลงวันที่ 31 มีนาคม พ.ศ. 2539 กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติม

⁸⁴ ญัตติ ต้นศรีสวัสดิ์, วีระ โชติ จงสกุล, *อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 10*, น.3.

ในเรื่องการวินิจฉัยและการทดสอบว่าผู้ใดสมองตายอย่างแท้จริง รวมทั้งตลอดระยะเวลาการตรวจสอบ จาก 12 ชั่วโมง เป็น 6 ชั่วโมง จึงจะถือว่าสมองตาย

อนึ่ง ผู้ป่วยที่สมองตายและแพทย์ได้ทำการยุติการช่วยชีวิตแล้วนั้น สามารถนำอวัยวะไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่น ๆ ได้ ทั้งนี้ตาม "ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่3) พ.ศ. 2538 ออกตามพระราชบัญญัติวิชาชีพกรรม พ.ศ. 2523" ข้อ 3 โดยต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ด้วย

จากหลักเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายตามประกาศของแพทยสภา และการนำอวัยวะของผู้ป่วยสมองตายที่แพทย์ยุติการช่วยชีวิตไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่น ๆ ตามข้อบังคับของแพทยสภาดังกล่าวข้างต้น เป็นเพียงกำหนดหลักเกณฑ์ทางการแพทย์เพื่อประกอบการวินิจฉัยว่า แพทย์ดังกล่าวให้ทำการยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยสมองตายคนใด แล้วนำเอาอวัยวะไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่น ๆ นั้นเป็นไปโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนดไว้หรือไม่ แต่ยังเป็นเพียง "ข้อเท็จจริง" เพราะข้อบังคับหรือประกาศของแพทยสภานั้น มิใช่กฎหมายโดยตรงเพียง แต่ออกโดยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น ยังไม่อาจใช้เป็นข้อยกเว้นทางกฎหมายโดยตรงในความผิดต่อชีวิตตามมาตรา 288 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่อย่างน้อยก็เกิดผลในทางกฎหมาย คือ หากแพทย์ผู้ใดได้ยุติการช่วยเหลือชีวิตผู้ป่วยสมองตายถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนด ก็ย่อมยืนยันในข้อเท็จจริงว่า แพทย์ผู้นั้นกระทำการด้วยความสุจริต (Good Faith) มิได้มีเจตนาฆ่าผู้ป่วยเหมือนผู้กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 หรือตามมาตรา 289 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพื่อพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาล จะได้นำไปประกอบการพิจารณาว่า สมควรฟ้อง หรือสมควรลงโทษแพทย์ผู้นั้นหรือไม่ประการใด⁸⁵

ดังนั้น หากมีการร้องเรียนกล่าวหาในทางคดีอาญาหรือคดีแพ่ง ว่าแพทย์ผู้ทำการยุติชีวิตผู้ป่วยที่สมองตาย กระทำการอันมิชอบ เช่น ไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนด หรือปฏิบัติไม่ครบถ้วนหรือกระทำโดยประมาท หรือการยุติชีวิตผู้ป่วยนั้น ๆ กระทำโดยมีเหตุผลอื่นแอบแฝง และจากการสอบสวนคดีอาญามีมูลน่าเชื่อว่าอาจจะเกิดการกระทำตามที่ถูกล่าม้ายจริง ก็อาจจำต้องฟ้องแพทย์ผู้ยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยสมองตายเพื่อพิสูจน์ในศาลต่อไป

⁸⁵ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 81*, น.45.

2.5 ปัญหาและผลกระทบเกี่ยวกับการวินิจฉัยการตายและหลักเกณฑ์ในการกำหนดภาวะสมองตาย

การมีชีวิตนั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้คำว่า “สภาพบุคคล” แทนปรากฏในมาตรา 15 ความว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก และสิ้นสุดลงเมื่อตาย”⁸⁶ ซึ่งมีคำที่สมควรพิจารณา 4 คำ คือ

(1) “สภาพบุคคล” หมายถึง สภาพการมีชีวิต ถือเป็นจุดเริ่มต้นของการเป็นประธานแห่งสิทธิ คือ จะเริ่มมีสิทธิต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด

(2) “คลอด” มีความเห็นแบ่งเป็น 3 กลุ่ม โดยกลุ่มแรกเห็นว่า การคลอด หมายถึง การที่ทารกหลุดพ้นจากช่องคลอดมารดาทั้งตัว แม้จะยังไม่ตัดสายสะดือก็ตาม ซึ่งอังกฤษยึดความเห็นนี้เป็นหลักในการนิยามความหมายของคำว่า สภาพบุคคล กลุ่มถัดมาเห็นว่า การคลอด คือ การที่ทารกมีระบบการไหลเวียนโลหิตแยกเป็นอิสระจากมารดา หมายถึง จะต้องมี การตัดสายสะดือหลังจากที่ทารกหลุดพ้นจากช่องคลอดมารดาทั้งตัวแล้ว ซึ่งสหรัฐอเมริกายึดความเห็นนี้เป็นหลัก และกลุ่มสุดท้ายเป็นความเห็นของนักกฎหมายไทย ซึ่งเห็นว่า การคลอด หมายถึง การคลอดที่เสร็จสมบูรณ์แล้วตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์และมีการหายใจด้วยตนเองแล้ว แม้จะเพียงครั้งเดียวก็ตาม

(3) “อยู่รอดเป็นทารก” ตามความเห็นของนักกฎหมายไทย ถือเอาตามวิชาชีพเป็นสำคัญ ซึ่งตามหลักทางการแพทย์นั้น เห็นว่า ทารกที่มีชีวิตสมบูรณ์ จะต้องมีการทำงานของอวัยวะสำคัญที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต 3 อวัยวะ ได้แก่ หัวใจ ปอด และสมอง ซึ่งทารกที่อยู่ในครรภ์มารดานั้นมีการทำงานของหัวใจและสมองแล้ว แต่ยังไม่มีการหายใจทางปอด ตรวจจับเมื่อมีการร้องภายหลังคลอด ก็ถือได้ว่าเริ่มมีการหายใจ และพร้อมที่จะดำรงชีวิตต่อไปได้ด้วยตนเอง⁸⁷

(4) “ตาย” ตามหลักการดั้งเดิม คือ การที่หัวใจหยุดเต้นและปอดหยุดทำงาน หรือที่เรียกว่า ภาวะระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลว กับการตายตามหลักการสมัยใหม่ คือ การตายโดยภาวะสมองสมอง กระนั้น คำว่า “สมองตาย” เดิมเป็นศัพท์เทคนิคที่ใช้กันแพร่หลายเฉพาะในวงการแพทย์ แต่ต่อมาเมื่อวิทยาศาสตร์การแพทย์ได้พัฒนาไปจนถึงขั้นสามารถเปลี่ยน

⁸⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.1.

⁸⁷ ไพฑูรย์ ณรงค์ชัย, “Brain Death and Organ Donation,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2559 จาก <http://www.med.cmu.ac.th/secret/meded/Mede7/%B5%E9%B9%A9%BA%D1%BA/MEDE07PDF/Chapter03%20MEDE07.pdf>

หรือปลุกถ่ายอวัยวะได้และเกิดปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยว่า เมื่อใดจึงจะถือว่ามนุษย์ถึงแก่ความตาย คำว่า “สมองตาย” จึงได้มีการกล่าวถึงในวงกว้างขึ้น⁸⁸

สมองตาย จึงเป็นภาวะที่ต้องอาศัยเกณฑ์ในการวินิจฉัย ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีความสำคัญอย่างมากในปัจจุบัน เนื่องด้วยสมองมีการทำงานที่สลับซับซ้อน ไม่อาจปล่อยให้แพทย์แต่ละรายต่างใช้แนวทางในการวินิจฉัยของตนเองได้ แพทยสภาจึงทำหน้าที่เป็นองค์กรกลางในการกำหนดเกณฑ์มาตรฐานในการวินิจฉัยภาวะสมองตายขึ้น โดยถือเอาภาวะที่ก้านสมองหยุดทำงานโดยสิ้นเชิงเป็นประเด็นสำคัญในการวินิจฉัย

เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2532 จึงได้กำเนิดประกาศแพทยสภา เรื่อง “เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย” ขึ้นเป็นครั้งแรก ปรากฏการกำหนดสภาวะและเงื่อนไขสำหรับการวินิจฉัยซึ่งมีใจความสำคัญ⁸⁹ ดังนี้

(1) โคม่า (Deep Coma) โดยไม่ได้เกิดจาก Drug Intoxication, Primary Hypothermia, Metabolic และ Endocrine Disturbance หรือ ภาวะ Shock

(2) ใช้เครื่องช่วยหายใจ (On Ventilator) ไม่สามารถหายใจได้ด้วยตนเอง ซึ่งไม่ได้เกิดจากอิทธิพลของยาในกลุ่ม Muscle Relaxants หรือยาอื่น ๆ

(3) Irreversible Brain Damage ซึ่งเป็นสาเหตุของข้อ (1) และ (2) เกิดจากการที่สมองเสียหายโดยไม่มีหนทางเยียวยาได้อีกแล้ว

(4) ผู้ที่อยู่ในสภาวะครบตามข้อ (1), (2), และ (3) จะต้องมีการตรวจสอบเพื่อยืนยันสมองตายจริง ดังนี้

(4.1) ไม่มีการขยับตัวได้เอง ไม่มีการชักกระตุก หรือเกร็งเหยียดหรืองอ (No spontaneous movement, epileptic jerking, decortication or decerebrate rigidity)

(4.2) ไม่มีรีเฟล็กซ์ทั้ง 6 ต่อไปนี้

ก. รีเฟล็กซ์การหดหรือขยายของรูม่านตา (Dilated & Fixed Pupils)

ข. รีเฟล็กซ์ของกระจกตา (Corneal Reflex)

ค. การเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้อใบหน้าและลูกตา (Motor Response within the Cranial Nerve Distribution)

ง. ปรากฏการณ์ศีรษะตุ้กตา (Doll's Head Phenomena)

⁸⁸ คณิต ฒ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4*, น.2.

⁸⁹ ประกาศแพทยสภา เรื่อง เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7*, น.3.

จ. การตอบสนองของประสาทหูชั้นในต่อการกระตุ้นด้วยน้ำอุ่น (Vestibular Response to Caloric Stimulation)

ฉ. รีเฟล็กซ์ของการกลืนและการไอ (Gag & Cough Reflex)

(4.3) ไม่มีการหายใจได้ด้วยตนเอง โดยการทดสอบหยุดเครื่องช่วยหายใจ 10 นาทีแล้วไม่พบการหายใจเอง และ $p\text{CO}_2$ มากกว่า 60 มม.ปรอท (ถ้าสามารถวัดได้)

(4.4) ไม่มีการเปลี่ยนแปลงตามข้อ 4.1, 4.2, และ 4.3 เป็นเวลาอย่างน้อย 6 ชั่วโมง

(5) ต้องวินิจฉัยโดยองค์คณะของแพทย์ไม่น้อยกว่า 3 คน คือ แพทย์เจ้าของผู้ป่วย แพทย์สาขาประสาทวิทยาหรือประสาทศัลยศาสตร์ (ถ้ามี) และผู้อำนวยการหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย แต่หากจะมีการบริจาคอวัยวะเกิดขึ้น ในองค์คณะของแพทย์จะต้องไม่มีแพทย์ผู้จะทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะ

(6) ต้องใช้บันทึกการตรวจวินิจฉัยสมองตายของแพทย์สภาประกอบการวินิจฉัย

จะเห็นได้ว่า ในทางนิตินัยนั้น มีผู้ป่วยอยู่กลุ่มหนึ่งซึ่งจะต้องทำการวินิจฉัยภาวะสมองตายตามเกณฑ์การวินิจฉัยโดยแพทย์สภาให้สมบูรณ์เสียก่อน จึงจะถือได้ว่าบุคคลนั้น “เสียชีวิต” ส่งผลให้การกระทำใด ๆ ต่อร่างกายของผู้ป่วยกลุ่มที่ยังมิได้รับการวินิจฉัยว่าสมองตาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำอวัยวะออกจากร่างเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะ หากพิจารณาจากมุมมองของกฎหมายอย่างเคร่งครัด จะถือเป็นการกระทำกับบุคคลผู้ที่ยังมีชีวิต ซึ่งมีข้อพิจารณา ดังนี้⁹⁰

(1) อาจเป็นความผิดฐาน “ฆ่าคนตาย” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 หรือความผิดฐาน “ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) แม้ว่าผู้ป่วยจะแสดงความจำนงยินยอมแล้วก็ตาม หากการกระทำใด ๆ ต่อผู้ป่วยรวมถึงการนำอวัยวะออกจากร่างเพื่อการปลูกถ่าย ทำให้ผู้ป่วยรายนั้นเสียชีวิต

(2) อาจเป็นความผิดฐาน “ทำร้ายร่างกายเป็นอันตรายสาหัส” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 หากการกระทำในลักษณะเดียวกับข้อ 1 นั้น มิได้ถึงกับทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิตแต่ทำให้มีความบาดเจ็บเกิดขึ้น

จึงจำเป็นที่จะต้องยกความเห็นของ นายพิระพันธุ์ สาลีรัฐวิภาค⁹¹ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (ในขณะนั้น) ซึ่งได้กล่าวในพิธีเปิดการประชุมสัมมนากฎหมายทางการแพทย์

⁹⁰ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *อ้าวแล้ว เจริญธรรมที่ 81*, น.45.

⁹¹ MGR Online, “แพทย์สภาเตรียมออกประกาศกฎเกณฑ์วินิจฉัยสมองตาย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2559 จาก <http://www.manager.co.th/Qol/ViewNews.aspx?NewsID=952000013726>

เรื่อง “สมองตาย: การตายตามกฎหมายที่แพทย์วินิจฉัยและนักกฎหมายควรถวาย” เมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน ณ กระทรวงสาธารณสุข ใจความว่า

“ปัญหาการตายที่ทางการแพทย์เรียกว่าสมองตาย มีการถกเถียงเป็นปัญหาทั้งในทางกฎหมายและวงการแพทย์มานานแล้ว และยังไม่ได้ข้อยุติเนื่องจากทางกฎหมายยังไม่ยอมรับว่าสมองตายถือเป็นการตายของบุคคล และถือว่าบุคคลนั้นยังหายใจและหัวใจเต้นอยู่เท่ากับยังมีชีวิตอยู่ เมื่อมอมมอมยังไม่เป็นไปในทางเดียวกัน ทำให้แพทย์เสี่ยงต่อการถูกฟ้องร้องและกล่าวหาว่ากระทำผิดกฎหมายได้ ... อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม และประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย เป็นเพียงข้อบังคับที่ใช้ได้กับวิชาชีพแพทย์เท่านั้น ไม่สามารถนำไปใช้ในภาพรวมกับทนาย ผู้พิพากษา หรือวิชาชีพอื่นได้ ดังนั้น แม้ว่าแพทย์จะปฏิบัติตามข้อบังคับแพทยสภา ไม่ถือว่าผิดจริยธรรม แต่อาจผิดกฎหมายได้ แพทย์จึงไม่ได้ปลอดภัย 100% ดังนั้น แพทยสภาควรจะต้องออก โดยการผลักดันให้เกิดกฎหมายเพื่อนำข้อบังคับใช้ เพราะไม่ว่าใครจะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วย เมื่อมีกฎหมายก็ต้องปฏิบัติตามและอยู่ภายใต้กฎหมาย ... หลังจากนั้นอาจจะต้องมีการระดมความคิดเห็นทุกด้าน ทุกแง่ ทุกมุม ให้มากขึ้น เพื่อให้สังคมทนาย บุคลากรทางด้านกฎหมายให้อีกฝ่ายยอมรับ เพราะหากมีการร้องเรียนเป็นคดีความขึ้น นำเรื่องเข้าพิจารณาในศาล ซึ่งการตีความเป็นการวินิจฉัยส่วนบุคคล ศาลชั้นต้นอาจวินิจฉัยว่าไม่ผิดกฎหมาย เมื่อญาติอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์อาจจะวินิจฉัยว่าผิดกฎหมายและต้องสู้คดีไปถึงชั้นฎีกา แม้สุดท้ายแพทย์จะไม่ผิดเพราะทำตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภา แต่ก็ถือว่าทำให้ต้องเสียเวลาในการต่อสู้คดี”

ร่วมกับความเห็นของ ศ.นพ.อำนาจ กุศลนันท์⁹² อุปนายกแพทยสภา คนที่ 1 ในคราวเดียวกัน ดังนี้

“ที่ผ่านมา การจำกัดความเรื่องการตายของบุคคลไม่เคยมีการบัญญัติในกฎหมาย มีเพียงกฎหมายเกี่ยวกับทะเบียนราษฎรที่กำหนดว่า ผู้รับรองการตาย คือ แพทย์ ซึ่งแพทยสภาได้กำหนดให้แพทย์วินิจฉัยการตายโดยเกณฑ์สมองตายตั้งแต่ปี 2532 และมีการปรับปรุงในปี 2539 ซึ่งยังไม่ได้เป็นกฎหมาย ขณะที่ในต่างประเทศมีการบัญญัติกฎหมายนี้แล้ว ทั้งนี้ ประกาศฉบับนี้ เพื่อให้การวินิจฉัยการตายของแพทย์เป็นไปตามหลักสากลมากขึ้นและไม่ให้เกิดข้อโต้แย้งทาง

⁹² เห่งอ้าง, น.51.

กฎหมาย รวมถึงให้ผู้ที่สมองตายได้รับการดูแลอย่างถูกต้อง สามารถบริจาคอวัยวะนำไปปลูกถ่ายให้กับผู้รอรับการบริจาคต่อชีวิตให้กับผู้อื่น”

ร่วมกับความเห็นของ นพ.สัมพันธ์ คมฤทธิ์⁹³ เลขาธิการแพทยสภา ในคราวเดียวกัน ดังนี้

“ประกาศฉบับนี้มีเหตุมาจาก การที่เคยมีกรณีการฟ้องร้องที่เกิดขึ้นที่โรงพยาบาลวชิระปราการ ที่นำไตของผู้สมองตายออกไปขณะที่ยังไม่ตายหรือไม่ ซึ่งการที่แพทย์จะฆ่าผู้ป่วยเพื่อนำอวัยวะไปเป็นไปไม่ได้เด็ดขาด แต่อาจเกิดความผิดพลาดขั้นตอนการดำเนินการไม่ถูกต้อง โดยแพทยสภาได้ลงโทษโดยยึดใบอนุญาต ซึ่งขณะนี้คดีดังกล่าวอยู่ในชั้นของศาลฎีกา อย่างไรก็ตามจากเหตุการณ์นั้นทำให้แพทย์ไม่กล้าที่จะนำอวัยวะของผู้สมองตายไปปลูกถ่ายอวัยวะให้กับผู้รับบริจาค ดังนั้น หากไม่ออกประกาศฉบับนี้ก็จะยังทำให้แพทย์มีความหวาดกลัวอยู่ และทำให้ผู้รอรับบริจาคที่ขึ้นทะเบียนมากกว่า 2,000 คน และผู้ที่ไม่ได้ลงทะเบียนอีกนับหมื่นก็อาจต้องเสียโอกาส ซึ่งการปลูกถ่ายอวัยวะ เช่น การปลูกถ่ายไตนั้น จะช่วยให้คุณภาพชีวิตผู้ป่วยดีขึ้น ลดภาระการดูแลและค่าใช้จ่ายได้เป็นจำนวนมาก”

จวบจนปัจจุบัน (พ.ศ. 2560) ก็ยังไม่ปรากฏกฎหมายที่ให้การรับรองภาวะสมองตายว่าเป็นการตายในประเทศไทย แต่ก็เริ่มมีความตื่นตัวในหมู่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ ทนายความ นักกฎหมาย หรือแม้แต่ประชาชนทั่วไปอยู่บ้างในประเด็นปัญหาดังกล่าว ทั้งนี้ เสียงส่วนใหญ่ได้มีความเห็นว่า สมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยเพิ่มเติมนิยามคำว่า “ตาย” โดยเฉพาะการนิยามให้ครอบคลุมถึงภาวะสมองตายให้ชัดเจน⁹⁴

⁹³ เพิ่งอ้าง, น.52.

⁹⁴ พินิจ ทิพย์มณี, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 65, น.37.

บทที่ 3

การตายและการวินิจฉัยภาวะสมองตายในต่างประเทศ

ปัญหาสำคัญประการหนึ่งในวงการนิติศาสตร์ คือ การนิยามว่าสภาพบุคคลนั้นเริ่มต้นและสิ้นสุดลงเมื่อใด แม้ในระบบกฎหมายสารบัญญัติ (Civil Law) อย่างกฎหมายไทยและกฎหมายจีนก็ได้มีกำหนดกฎเกณฑ์ถึงคำนิยามแห่งสภาพทั้งสองอย่างไว้โดยชัดเจน หากแต่โดยธรรมเนียมปฏิบัติแล้วนั้น แพทย์มีอำนาจในการตัดสินใจว่าชีวิตนั้นจบลงเมื่อใด ในอดีตกาล มนุษย์นิยามตรงกันว่า การสิ้นลมหายใจ คือ การตาย ต่อมาเมื่อมีการพบหลักฐานทางโบราณคดีจากภาพผนังถ้ำที่บุคคลหนึ่งกำลังแทงหอกไป ณ ตำแหน่งหัวใจของอีกบุคคลหนึ่ง ได้แสดงให้เห็นว่า มนุษย์ยุคโบราณก็เริ่มมีความเข้าใจแล้วว่า หัวใจ คือ ส่วนที่สำคัญที่สุดของร่างกาย การทำลายหัวใจก็คือการปลิดชีพฝ่ายตรงข้าม นั้นหมายความว่า ถ้าหากหัวใจหยุดเต้นก็หมายถึงการตายนั่นเอง⁹⁵

ในช่วงยุคก่อนทศวรรษที่ 60 นิยามการตายมัก หมายถึง การที่หัวใจหรือซีพจรหยุดเต้น โดยพบว่าหลักกฎหมายหลายประเทศนั้นยึดหลักนิยามการตายว่า “การยุติการทำงานของหัวใจและปอดอย่างถาวรไม่สามารถฟื้นคืนสภาพกลับมาได้” (Irreversible Cessation of Heart and Lung Function) แต่ในยุคปัจจุบัน เทคโนโลยีทางการแพทย์ได้พัฒนาก้าวหน้าไปมาก หากหัวใจหยุดเต้นหรือร่างกายไม่สามารถหายใจได้ด้วยตนเอง ผู้ป่วยก็สามารถใช้เครื่องปอดและหัวใจเทียม เครื่องช่วยหายใจ และ/หรือ ยากระตุ้นการบีบตัวของหัวใจ ได้ ความก้าวหน้าในวิทยาการการแพทย์เหล่านี้ นั่น คือ ที่มาของปัญหาในวงการนิติศาสตร์ ซึ่งจะต้องปรับตัวเคลื่อนไหวตามบริบทของสังคมและวิทยาการต่อไป โดยปัญหาที่เกิดขึ้น คือ ในบางครั้งอาจไม่สามารถชี้ชัดได้ว่า บุคคลซึ่งมิได้สติร่วมกับการถูกใส่เครื่องช่วยหายใจอยู่นั้น แท้จริงแล้วเป็นบุคคลซึ่งตายไปแล้วหรือไม่ ทั้งนี้หากย้อนกลับไปในช่วงยุค ค.ศ. 1970 ซึ่งได้เริ่มมีผู้เสนอแนะแนวคิดเรื่อง “ภาวะสมองตาย” โดยการศึกษาพบว่า เมื่อสมองตาย บุคคลนั้นจะไม่สามารถฟื้นคืนหรือรักษาให้ดิกลับขึ้นมาได้อีกเป็น

⁹⁵ ชลกันต์ ธรรมมังกู, *อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 82*, น.46.

การแน่นอน⁹⁶ การใส่ท่อช่วยหายใจและการใช้เครื่องช่วยหายใจนั้น อาจยังสามารถช่วยให้หัวใจและปอดทำงานต่อไปได้อีกระยะหนึ่ง แต่ในทางปฏิบัติ แพทย์มักจะยุติการช่วยชีวิตผู้ป่วยเพื่อปล่อยให้ผู้ป่วยนั้นจากไปอย่างสงบ โดยให้การวินิจฉัยภาวะสมองตายตามหลักเกณฑ์ทางการแพทย์ เช่น จะต้องไม่มีการเคลื่อนไหวใดๆ ได้เอง (Absence of Spontaneous or Voluntary Movement) จะต้องไม่มีปฏิกิริยารีเฟล็กซ์จากก้านสมอง (Absence of Brainstem Reflex) จะต้องไม่สามารถหายใจได้เอง (Absence of Spontaneous Breathing) เป็นต้น ซึ่งเงื่อนไขเหล่านี้จะต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 24 ชั่วโมง (ในไทยปัจจุบัน ยึดเกณฑ์ที่ 12 ชั่วโมง) แต่ในทางกฎหมายนั้น ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่เรื่อยมาว่า การตายทางการแพทย์เช่นนี้นั้น ควรจะถือว่าเป็นการตายตามกฎหมายด้วยแล้วหรือไม่ เพราะหากกฎหมายไม่ยอมรับว่าเป็นการตาย และถือว่าบุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่ ก็จะทำให้แพทย์นั้นเสี่ยงต่อการถูกกล่าวหาว่ากระทำการที่มีโทษร้ายแรง คือ กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา⁹⁷

ทั้งนี้ การยอมรับการตายโดยภาวะสมองตาย อาจเป็นการเลื่อนระยะเวลาตายให้เร็วขึ้นหรือในทางกลับกัน อาจเป็นการยืดระยะเวลาตายให้นานขึ้นก็เป็นได้ เนื่องจาก การตายโดยภาวะสมองตายนั้นไม่เห็นได้เด่นชัดเท่ากับกับการตายโดยระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลว จึงไม่สามารถบอกเวลาตายได้อย่างชัดเจน ซึ่งปัจจุบันใช้วิธีการทดสอบต่าง ๆ ทางทางการแพทย์เพื่อเติมเต็มเกณฑ์การวินิจฉัย (Full Filled Criteria) เมื่อครบถ้วน จึงจะให้การวินิจฉัยการตายได้ โดยจะเห็นว่า มีความไม่แน่นอนของระยะเวลาในการเริ่มตรวจหรือสิ้นสุดการตรวจ ซึ่งจะส่งผลกับข้อพิพาททั้งทางแพ่งและทางอาญาตามมามากมาย โดยเฉพาะในเรื่องมรดกและประกันภัย อย่างไรก็ตาม มุมมองของผู้เชี่ยวชาญและประชาชนในสังคมส่วนใหญ่เห็นว่า การที่กฎหมายยอมรับภาวะสมองตายให้เป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยการตายนั้น จะเกิดประโยชน์มากกว่า⁹⁸ เช่น การพิจารณาว่าการยืดวาระสุดท้ายของชีวิตออกไปเพียงไม่กี่วันนั้น ไม่ได้ทำให้เกิดความหมายอันใด แต่กลับจะเป็นการสิ้นเปลืองงบประมาณค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ทั้งภาครัฐและเอกชน หรือแม้แต่หลักเหตุผลทางสิทธิมนุษยชนที่พิจารณาว่า การใส่เครื่องช่วยหายใจต่อไปนั้น ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานมากกว่าจะเกิดประโยชน์แก่บุคคลนั้นเอง และกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การปล่อยให้บุคคลนั้นหมด

⁹⁶ Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, *supra* note 21, p.10.

⁹⁷ วิญญู อึ้งประพันธ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 81*, น.45.

⁹⁸ พินิจ ทิพย์มณี, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 65*, น.37.

สภาพบุคคลไปน่าจะเหมาะสมยิ่งกว่า หรือแม้แต่เหตุผลทางด้านการปลูกถ่ายอวัยวะ เพื่อนำอวัยวะจากผู้ที่ยังคงอยู่ในภาวะสมองตายไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยที่รอการรักษา เนื่องจากการนำอวัยวะจากผู้ที่อยู่ในอาการสมองตายไปใช้นั้นมีโอกาสสำเร็จสูง อีกทั้งอวัยวะบางอย่าง เช่น หัวใจ ไม่สามารถย้ายจากบุคคลที่ตายด้วยนิยามหัวใจหยุดเต้นและหยุดหายใจได้ เพราะจะทำให้หัวใจนั้นไม่อยู่ในสภาพที่เหมาะสมแก่การปลูกถ่ายอีกต่อไป⁹⁹

ภาวะสมองตายไม่เพียงแต่ได้รับการยอมรับในวงการแพทย์อย่างกว้างขวางเท่านั้น ในช่วงทศวรรษที่ 80 – 90 นั้นถือเป็นยุคทองแห่งการร่างกฎหมายรับรองภาวะสมองตาย ปัจจุบันพบว่า มีมากกว่า 89 ประเทศที่ได้ออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาวะสมองตาย โดยสามารถแบ่งได้เป็น 3 กลุ่ม ดังตาราง

ตารางที่ 3.1 จำแนกประเภทประเทศตามกลุ่มประเทศที่มีหรือไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองการตายโดยภาวะสมองตายร่วมกับมีหรือไม่มีหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย โดยองค์กรวิชาชีพ^{100, 101}

กลุ่มประเทศที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองการตายโดยภาวะสมองตาย	กลุ่มประเทศที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองภาวะสมองตาย แต่มีหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย	กลุ่มประเทศที่ไม่มีทั้งกฎหมายบัญญัติรับรองภาวะสมองตาย และไม่มีหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย
สหรัฐอเมริกา (39 รัฐ) ¹⁰² แคนาดา บราซิล ออสเตรเลีย เบลเยียม เดนมาร์ก ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี เนเธอร์แลนด์ โปแลนด์ รัสเซีย สเปน อินเดีย ศรีลังกา ญี่ปุ่น มาเลเซีย สิงคโปร์ เกาหลีใต้	เคนยา บาเรน เอลซัลวาดอร์ ปารากวัย ไครเอเชีย ยูเครน อังกฤษ* ยูโกสลาเวีย ทานซาเนีย อินโดนีเซีย จีน ฮองกง ใต้หวัน ไทย	บาร์บาโดส บอตสวานา เบลีซ กินีนาฟาโซ คาร์เนเวอเด กินี ไนจีเรีย รวันดา เยเมน อัลบาเนีย มาซิโดเนีย กัวเตมาลา เติ อีลิปต์ ซีเรีย อามเนียบ ภูฏาน

*ไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแต่มีคำพิพากษาศาลสูงรองรับ (ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์)

⁹⁹ ประสิทธิ์ โภทวีไลกุล, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 76, น.42.

¹⁰⁰ Eelco F.M. Wijdicks. "Brain death worldwide: Accepted fact but no global consensus in diagnostic criteria." *Neurology* 58. (2002) : 20 – 25.

¹⁰¹ Sarah Wahlster, Eelco F.M. Wijdicks, Pratik V. Patel. "Brain death declaration Practices and perceptions worldwide." *Neurology* 84. (May 2015) : 1870 – 1879.

¹⁰² Uniform Law Commission. Legislative Fact Sheet – Determination of Death Act 2017

วงการแพทย์ไทยใช้เวลาต่อสู้นานกว่า 20 ปี ในการสนับสนุนให้มีการรับรองภาวะสมองตายตามกฎหมาย ถึงแม้จะยังไม่มีกฎหมายโดยตรง แต่การประกาศใช้ พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 12 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้”¹⁰³ ซึ่งคือการรับรองการทำพินัยกรรมการตาย (Living Will) นั่นเอง เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า พ.ร.บ. ฉบับนี้นั้น คือ การยอมรับภาวะสมองตายตามกฎหมายนั่นเอง แต่ก็ยังมีได้บัญญัติไว้ชัดเจนถึงการเป็นเหตุของการสิ้นสภาพบุคคลเป็นกรณีทั่วไป

3.1 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกา ถือเป็นจุดเริ่มต้นแห่งประวัติศาสตร์เรื่องภาวะสมองตาย อันสืบเนื่องมาจากใน ค.ศ. 1968 ณ มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ได้ตีพิมพ์การศึกษาเรื่อง การนิยามภาวะโคม่าอันไม่สามารถฟื้นคืนกลับ (A Definition of Irreversible Coma) ใน วารสารของแพทยสมาคมอเมริกัน (The Journal of the American Medical Association, JAMA) โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อกำหนดข้อบ่งชี้ในการนิยามการตายลักษณะใหม่ด้วยภาวะโคม่าอันไม่สามารถฟื้นคืนกลับ¹⁰⁴ เพื่อประโยชน์หลัก 2 ประการ คือ

(1) เพื่อประโยชน์ต่อผู้ป่วยที่ยังมีชีวิตที่ต้องการพื้นที่ในการรักษาพยาบาลอันอาจถูกรอนสิทธิไปเนื่องด้วยอัตราการครองเตียงที่สูงขึ้นของผู้ที่ตกอยู่ในภาวะสมองตายอันได้รับการรักษาเพื่อยืดวาระสุดท้ายของชีวิตออกไปเป็นระยะเวลายาวนาน โดยแพทย์จะสามารถยุติการรักษาผู้ที่ตกอยู่ในภาวะสมองตายนี้ได้อย่างมีหลักเกณฑ์ที่แน่ชัด

(2) เพื่อประโยชน์ต่อผู้ป่วยที่ยังมีชีวิตและมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการรักษาโดยการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้ตกอยู่ในภาวะสมองตาย

ดังนั้น จึงได้กลายมาเป็นจุดกำเนิดแห่งนิยามการตายรูปแบบใหม่ นั่นคือ ภาวะสมองตายนั่นเอง โดยหลังจากนั้นเพียง 3 ปี ใน ค.ศ. 1971 ก็ได้มีประเทศแรกในโลกที่ได้รับนำเอาหลักการนี้ไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในรับรองภาวะสมองตายให้ถือว่าเป็นการตายตามกฎหมาย นั่นคือ

¹⁰³ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ, อ้างแล้ว เชมอรรถที่ 66, น.38.

¹⁰⁴ Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, *supra* note 21, p.10.

ฟินแลนด์¹⁰⁵ โดยในสหรัฐอเมริกาเองนั้น ได้ออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกในเรื่องนี้ คือ พระราชบัญญัติความเป็นหนึ่งเดียวกันของการวินิจฉัยการตาย (Uniform Determination of Death Act, UDDA) ใน ค.ศ. 1981 โดย คณะกรรมาธิการความเป็นหนึ่งเดียวกันของกฎหมายมลรัฐในการประชุมระดับชาติ (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) โดยความร่วมมือกับ แพทยสมาคมอเมริกัน (American Medical Association) เนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน (American Bar Association) และ คณะกรรมาธิการกลางเพื่อการศึกษาปัญหาชีวจริยธรรมการแพทย์และพฤติกรรมศาสตร์ในการวิจัย (President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research)¹⁰⁶ โดยมีเนื้อความแบ่งเป็นทั้งสิ้นเพียง 3 มาตรา คือ

มาตรา 1 [การวินิจฉัยการตาย] บุคคลที่มีภาวะดังต่อไปนี้ เป็นบุคคลที่ตายแล้ว

(1) ภาวะที่ระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลวอย่างไม่อาจย้อนคืนได้ หรือ

(2) ภาวะที่ระบบการทำงานของสมองสูญสิ้นไปทั้งหมดอย่างไม่อาจย้อนคืนได้

โดยรวมไปถึงบริเวณก้านสมองด้วย

เกณฑ์การวินิจฉัยการตายนั้นให้ปฏิบัติตามมาตรฐานทางการแพทย์¹⁰⁷

มาตรา 2 [ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการปรับใช้และการบัญญัติกฎหมาย] เพื่อประโยชน์แห่งการตราและการปรับใช้พระราชบัญญัตินี้ตามวัตถุประสงค์เพื่อการบังคับใช้เป็นการทั่วไป จะต้องได้รับการนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในแต่ละมลรัฐเพื่อให้มีสภาพบังคับต่อไป¹⁰⁸

มาตรา 3 [ชื่อ] พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของการวินิจฉัยการตาย”¹⁰⁹

¹⁰⁵ Imogen Goold, Jonathan Herring, *Medical Law and Ethic*, (London : The Lavenham Press, 2014).

¹⁰⁶ Uniform Determination of Death Act 1981

¹⁰⁷ Article 1 [Determination of Death] An individual who has sustained either

(1) Irreversible cessation of circulatory and respiratory functions, or

(2) Irreversible cessation of all functions of the entire brain, including the brain stem, is dead.

A determination of death must be made in accordance with accepted medical standards.

¹⁰⁸ Article 2 [Uniformity of Construction and Application] This Act shall be applied and construed to effectuate its general purpose to make uniform the law with respect to the subject of this Act among states enacting it.

¹⁰⁹ Article 3 [Short Title] This Act may be cited as the Uniform Determination of Death Act.

จวบจนปัจจุบัน ได้มีจำนวนมลรัฐมากถึง 39 มลรัฐ¹¹⁰ ที่ได้รับนำเอากฎหมายฉบับนี้ไปตราเป็นกฎหมายภายใน (Alabama, Alaska, Arkansas, California, Colorado, Delaware, District of Columbia, Georgia, Idaho, Indiana, Kansas, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, U.S. Virgin Islands, Utah, Vermont, West Virginia, Wisconsin, Wyoming)

อย่างไรก็ตาม พบว่าจุดแตกหักที่ทำให้เกิดการออกกฎหมาย UDDA ออกมาอันเนื่องมาจากคดี Karen Ann Quinlan ณ ศาลแห่งรัฐนิวเจอร์ซีย์ ในช่วงกลางทศวรรษที่ 70 ซึ่งถือเป็นคดีตัวอย่างที่สำคัญและเป็นต้นแบบของหลักการในอีกหลาย ๆ ประเด็น เช่น ศาสนจริยศาสตร์ (Moral Theology) ชีวจริยศาสตร์ (Bioethics) การุณฆาต (Euthanasia) อำนาจของผู้ดูแลแทนตามกฎหมาย (Legal Guardianship) และ สิทธิมนุษยชน (Human Rights)¹¹¹

Karen Ann Quinlan เกิดเมื่อ 29 มีนาคม ค.ศ. 1954 ในรัฐเพนซิลเวเนีย จากหญิงโสดชาวอเมริกันไอริช และได้รับเป็นบุตรบุญธรรมโดย Joseph และ Julia Quinlan สองสามีภรรยาชาวคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก หลังจากนั้นไม่กี่สัปดาห์ โดยได้ย้ายไปอยู่ ณ บ้านของบิดาและมารดาบุญธรรม ณ รัฐนิวเจอร์ซีย์¹¹² จวบจนอายุ 21 ปี เธอจึงได้ย้ายออกจากบ้านของบิดามารดาบุญธรรม โดยได้ย้ายไปอยู่ในบ้านร่วมกับเพื่อนอีกสองคน ซึ่ง ณ ช่วงเวลานั้น เธอได้ให้ความสนใจเกี่ยวกับเรื่องลดน้ำหนัก เพื่อจะได้สามารถใส่ชุดที่เธอต้องการใส่ได้ หลังจากย้ายออกจากบ้านของครอบครัวบุญธรรมของเธอได้เพียงไม่กี่สัปดาห์ เธอได้ไปงานสังสรรค์กับเพื่อน ๆ ณ บาร์ห้องที่ โดยเธอได้ดื่มเหล้าอินส์และน้ำโทนิคส์เล็กน้อยร่วมกับยา Valium (Diazepam) และได้หมดสติไปเพื่อนร่วมบ้านของเธอจึงได้พาเธอกลับมานอนที่บ้าน และพบว่าหลังจากนั้น 15 นาที เธอได้หยุดหายใจไป จึงได้เรียกรถพยาบาลฉุกเฉินเพื่อมาทำการกู้ชีพและนำส่งเธอสู่โรงพยาบาล Newton Memorial โดยหลังจากได้เข้าพักรักษาตัวเป็นเวลา 9 วัน เธอก็ได้ถูกย้ายไปยังโรงพยาบาล Saint Clare เนื่องด้วยความพร้อมและศักยภาพของโรงพยาบาลที่มากกว่า โดยในขณะที่เธอเข้าพักรักษาตัวที่โรงพยาบาลนี้ เธอมีน้ำหนักอยู่ที่ 52 กก.

¹¹⁰ Uniform Law Commission. *supra* note 102, p.56.

¹¹¹ Jennifer Fecio McDougall, Martha Gorman, *Euthanasia: A Reference Handbook*. 2nd edition (California : ABC – CLIO, 2008), p.141–142.

¹¹² Quinlan J, Karen Ann, *The Quinlans Tell Their Story*, (New York : Bantam Books, 1977)

แพทย์ตรวจพบว่า สมองของ Karen ได้รับบาดเจ็บรุนแรง เนื่องจากการขาดอากาศเป็นระยะเวลานาน มากกว่า 15 – 20 นาที ทำให้เธอเข้าสู่สภาวะฝกอย่างถาวร (Persistent Vegetative State) ดวงตาของเธอทั้งสองข้างไม่สัมพันธ์กัน (Deconjugate) การตรวจคลื่นไฟฟ้าสมองของเธอพบเพียงแต่คลื่นไฟฟ้าสมองช้า ๆ ที่ผิดปกติ (Abnormal Slow-Wave Activity) อาการของเธอแย่งเรื่อย ๆ ในหลายเดือนถัดมา โดยเธอมีชีวิตอยู่ได้โดยใช้เครื่องช่วยหายใจและการให้อาหารเหลวทางสายยางผ่านรูจมูกลงสู่กระเพาะอาหารโดยตรง ทั้งนี้ น้ำหนักของเธอลดลงเหลือเพียง 36 กก. เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม Joseph และ Julia ไม่ต้องการให้ Karen ทนทุกข์ทรมานอีกต่อไป เนื่องจากเชื่อว่า การที่เธอถูกใส่ท่อช่วยหายใจและสายยางเพื่อรับอาหารนั้น เป็นการทำให้เธอเจ็บปวด¹¹³ จึงแจ้งความประสงค์ต่อคณะแพทย์ผู้ให้การรักษาเธอเพื่อถอดเครื่องช่วยหายใจออก แต่คณะแพทย์ผู้ทำการรักษาเธอนั้นก็ได้ถูกกดดันจากอัยการจากเขต Morris ณ รัฐนิวเจอร์ซีย์เองนั้นว่าการกระทำเช่นนั้นอาจจะเป็นความผิดฐานฆ่าคนตาย ดังนั้น Joseph และ Julia จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลในวันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 1975 เพื่อให้ศาลมีคำสั่งคณะแพทย์ยุติการรักษาที่ไม่จำเป็นซึ่งเป็นไปเพียงเพื่อการยืดชีวิตเธอ (Extraordinary Means of Prolonging Life) แต่คำร้องนี้ได้ถูกปฏิเสธโดยผู้พิพากษา Robert Muir Jr. โดยศาลชุปพีเรีย New Jersey ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1975 โดยให้เหตุผลว่า ทีมแพทย์ผู้ทำการรักษา Karen นั้นไม่มีสิทธิที่จะกระทำการเช่นนั้น เนื่องจากอาจจะเป็นความผิดฐานฆ่าคนตาย¹¹⁴ Joseph และ Julia จึงได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลชุปรีม New Jersey โดยในวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 1976 ศาลก็ได้มีคำพิพากษาออกมาว่า สมควรที่จะให้ความเคารพถึงสิทธิความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) ของผู้อนุบาลซึ่งเป็นตัวแทนของ Karen อันครอบคลุมไปถึงอำนาจในการตัดสินใจที่จะกระทำการตามคำร้องในครั้งนี้¹¹⁵ เมื่อมีคำพิพากษาดังนี้แล้ว คณะแพทย์จึงได้ยินยอมถอดเครื่องช่วยหายใจออก แต่ก็ได้เกิดเรื่องไม่คาดฝันขึ้น เมื่อ Karen สามารถที่จะหายใจได้ด้วยตนเองต่อไปอีกถึง 9 ปี จึงจะเสียชีวิตด้วยภาวะระบบการหายใจล้มเหลว อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากโรคปอดบวม และในวาระสุดท้ายของชีวิตเธอ Joseph และ Julia ก็ได้ขอให้ไม่ใช้วิธีการ

¹¹³ Nessman Ravi, “Karen Ann Quinlan's Parents Reflect on Painful Decision 20 Years Later,”

Los Angeles Times (7 April 1996) : p.1.

¹¹⁴ Heimer, Carol, *The Unstable Alliance of Law and Morality*, (New York : Springer, 2012), p.181–182.

¹¹⁵ *In re Quinlan*, 355 A.2d 647 – NJ: Supreme Court. 1976

ใด ๆ อันเกินความจำเป็นไปเพื่อเป็นการทำให้เธอฟื้นคืนชีวิตขึ้นมาอีกครั้ง โดยในระหว่าง 9 ปีนี้ เธอได้รับอาหารเหลวผ่านทางกรป้อนทางปากเท่านั้น โดยไม่มีการใส่สายสวนจมูกใด ๆ¹¹⁶

ถึงแม้ว่าสหรัฐอเมริกาและอีกหลายประเทศในแถบซีกโลกตะวันตกนั้นจะถือว่าเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว แต่กระแสความเชื่อและความศรัทธาในศาสนา โดยเฉพาะศาสนาคริสต์นั้นถือว่ายังมีอิทธิพลและเป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดแนวความคิดของสังคมโดยรวมเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในกรณีของนิยายโรมันแคทอลิกที่มีผู้นำทางศาสนาสูงสุดในตำแหน่งโป๊ป ซึ่งได้รับความเคารพและศรัทธาจากคริสต์ศาสนิกชนทั่วโลก โดยในระหว่างกระบวนการพิจารณาคดีของ Karen ได้มีคำประกาศสำคัญของโป๊ป Pius ที่ 12 ซึ่งได้ก่อให้เกิดอิทธิพลต่อแนวความคิดของคริสต์ศาสนิกชนทั่วโลกในประเด็นเรื่องนี้เป็นอย่างมาก ณ งานประชุมวิสามัญแพทยสหรัฐอเมริกา ในวันที่ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 1975 ระบุว่า “คำขอของโจทก์เพื่อที่จะให้ยุติการรักษาที่เหนือความจำเป็นนี้ไม่รวมไปถึงการกระทำที่เป็นการรณฆมต” (“*The request of plaintiff for authority to terminate a medical procedure characterized as ‘an extraordinary means of treatment’ would not involve euthanasia.*”) และได้ตั้งคำถามไว้ว่า “วิสัญญีแพทย์นั้นมีสิทธิหรือมีความผูกพันต่อผู้ป่วยที่อยู่ในภาวะโคม่าลึกทุกราย ถึงแม้ว่าผู้ป่วยรายนั้น ๆ จะถูกประเมินโดยแพทย์แล้วว่าสิ้นหวังในการรักษาต่อไป โดยใช้เครื่องช่วยหายใจซึ่งเป็นของเทียมในการรักษาทั้ง ๆ ที่ขัดต่อความประสงค์ของญาติหรือไม่?” (“*Does the anesthesiologist have the right, or is he bound, in all cases of deep unconsciousness, even in those that are completely hopeless in the opinion of the competent doctor, to use modern artificial respiration apparatus, even against the will of the family?*”)¹¹⁷

ภายหลังจากเหตุการณ์นี้ แนวคิดทางศาสนจริยศาสตร์จากคริสตจักรก็เป็นที่ถกเถียงถึงความประสงค์ของตัวผู้ป่วยเป็นสำคัญ เช่น เคารพต่อความประสงค์ในพินัยกรรมชีวิต (Living Will) แต่หากผู้ป่วยไม่ได้ทำความประสงค์ไว้ และอยู่ในสถานะที่ไม่อาจแสดงเจตจำนงได้ ทางคริสตจักรเห็นว่ากรการรักษาที่เป็นไปเพียงเพื่อการยืดชีวิตผู้ป่วยในวาระสุดท้ายซึ่งไม่มีเหตุผลอันสมควรเพียงพอ นั้น เป็นการรักษาที่เกินความจำเป็น (Extraordinary Mean) และอาจเป็นการที่จะทำ

¹¹⁶ “Karen Ann Quinlan dies after 10 years in a coma,” St. Petersburg (FL) Evening Independent (12 June 1985).

¹¹⁷ Coleman, Gerlad. “Catholic theology and the right to die.” Health Progress 66. (1985) : 28 – 32.

ให้บุคคลผู้นั้นต้องทนทุกข์ทรมานมากกว่าประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นต่อตัวผู้นั้นเอง ถึงแม้ว่าการยุติการรักษาที่ว่านั้นจะเป็นการเร่งให้ผู้นั้นตายเร็วขึ้นตามธรรมชาติก็ตาม¹¹⁸

ภายหลัง Karen ได้เสียชีวิตลง ก็ได้มีการผ่าพิสูจน์ศพของเธอ และได้พบว่า สมองใหญ่ของเธอทั้งสองกลีบนั้นเกิดพังผืด (Scaring) ซึ่งหมายความว่า สมองของเธอในส่วนนี้ได้ตายลงก่อนที่เธอจะเสียชีวิตแล้ว และสมองส่วนทาลามัสของเธอนั้นได้รับความเสียหายอย่างรุนแรงทั้งสองข้าง แต่ในส่วนก้านสมองซึ่งเป็นส่วนที่ควบคุมการเต้นของหัวใจและการหายใจของเธอนั้นไม่ได้รับความเสียหายใด ๆ อันเป็นการยืนยันว่า เธอนั้นตกอยู่ในสภาวะพักอย่างถาวร (มิใช่ภาวะสมองตายตามเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายในปัจจุบัน)¹¹⁹ โดยหลังจากเหตุการณ์นี้ สหราชอาณาจักร โดย ราชวิทยาลัยแพทย์ (Medical Royal Colleges) ได้ประกาศแนวทางในการวินิจฉัยภาวะ (ก้าน) สมองตาย ใน ค.ศ. 1976 และสหรัฐอเมริกาได้ประกาศใช้ UDDA ใน ค.ศ. 1981 เป็นลำดับต่อมามีผลแล้ว และได้ประกาศแนวทางในการวินิจฉัยภาวะสมองตายเพื่อเป็นมาตรฐานในสหรัฐอเมริกาและในอีกหลายประเทศทั่วโลก ใน ค.ศ. 1995 โดย วิทยาลัยประสาทวิทยาอเมริกัน (American Academy of Neurology, AAN) ซึ่งได้พัฒนาปรับปรุงล่าสุดและเผยแพร่ใน ค.ศ. 2010 โดยมีขั้นตอน 4 ขั้นตอนหลักในการวินิจฉัย ดังนี้¹²⁰

(1) ข้อกำหนดเบื้องต้น: เป็นที่แน่นอนแล้วว่าภาวะโคม่านั้นไม่สามารถทำให้กลับฟื้นคืนขึ้นมาได้อีก และไม่ได้เป็นผลมาจาก ยา ภาวะอุณหภูมิกายต่ำ แอลกอฮอล์ และคำผิดปกอื่น ๆ ที่ตรวจพบได้ทางห้องปฏิบัติการ

(2) การตรวจร่างกาย: ไม่พบการตอบสนองแบบรีเฟล็กซ์จากก้านสมอง

(3) การทดสอบการไม่หายใจให้ผลบวก

¹¹⁸ McCartney James. "The Development of the Doctrine of Ordinary and Extraordinary Means of Preserving Life in Catholic Moral Theology before the Karen Quinlan Case." *Linacre Quarterly* 47. (1980).

¹¹⁹ Kinney H. C., Korein, J., Panigrahy A., Dikkes P., Goode R. "Neuropathological Findings in the Brain of Karen Ann Quinlan – The Role of the Thalamus in the Persistent Vegetative State." *The New England Journal of Medicine* 330. (1994) : 1469 – 1475.

¹²⁰ Wijdicks EF, Varelas PN, Gronseth GS, Greer DM, American Academy of Neurology, *supra note 27*, p.12.

(4) การตรวจที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ สามารถนำมาใช้ตรวจได้หากการตรวจร่างกายหรือการทดสอบการไม่หายใจไม่สามารถกระทำได้¹²¹

3.2 กฎหมายอังกฤษ

ประวัติศาสตร์เกี่ยวกับเรื่องภาวะสมองตายของอังกฤษนั้นเริ่มมาพร้อม ๆ กันกับสหรัฐอเมริกา แต่มีข้อแตกต่างกันในรายละเอียดในระยะแรกอยู่ คือ สหรัฐอเมริกานั้นให้นิยามของภาวะสมองตายเป็นการสูญเสียหน้าที่ของสมองทั้งหมด (Whole – Brain – Death) แต่อังกฤษนั้นเจาะจงเฉพาะบริเวณก้านสมองตาย (Brain – Stem – Death) ซึ่งเป็นส่วนที่มีความสำคัญในการควบคุมการหายใจและสติสัมปชัญญะเสียมากกว่า¹²² แต่อย่างไรก็ตาม ทั้งสองภาวะนี้ถือว่าแสดงผลในทางคลินิกไม่แตกต่างกันนัก จะแตกต่างกันก็เพียงแต่ในรายละเอียดวิธีในการตรวจสอบเท่านั้น

ค.ศ. 1976 นับเป็นครั้งแรกที่อังกฤษได้มีประกาศเกี่ยวกับเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะก้านสมองตายออกมา โดย การประชุมราชวิทยาลัยแพทยสหราชอาณาจักร (United Kingdom Conference of Medical Royal Colleges)¹²³ และในอีก 3 ปีต่อมา (ค.ศ. 1979) ได้ลงบันทึกอย่างเป็นทางการโดยองค์กรเดิมนี้อีกว่า ภาวะสมองตานั้น หมายถึง การตายของบุคคลนั้น ๆ ทั้งหมด¹²⁴

ค.ศ. 1982 Christopher Pallis ประสาทอายุรแพทย์ชาวอังกฤษ ได้ตีพิมพ์ผลงานชื่อ จากสมองตาคู่ก้านสมองตาย (From Brain Death to Brain – Stem Death) ในวารสารการแพทย์อังกฤษ (British Medical Journal, BMJ) ซึ่งได้อธิบายถึงกลไกและความสำคัญของภาวะก้านสมองตายไว้อย่างน่าสนใจ โดยเขาพิจารณาถึงหน้าที่อันสำคัญของก้านสมอง 2 ประการ คือ หน้าที่ในการ

¹²¹ (1) Prerequisites: definite and irreversible coma whose cause should be excluded drug, hypothermia, alcohol, and other laboratory abnormal values;

(2) Examination: absence of brainstem reflexes;

(3) The apnea test result is positive; and

(4) Ancillary tests can be used when uncertain about the clinical examination or when the apnea test cannot be performed

¹²² Immogen Goold, Jonathan Herring, Great Debates in Medical Law and Ethics, (London : Palgrave, 2014), p.202–231.

¹²³ Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the UK, *supra note 22*, p.11.

¹²⁴ Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the UK. “Diagnosis of Death,” BMI 1. (1979) : 332.

ควบคุมการหายใจและสติสัมปชัญญะ ซึ่งเขาได้ให้คุณค่าของ 2 สิ่งนี้ว่า เป็นคุณสมบัติสำคัญของสิ่งมีชีวิต (Living Organism)¹²⁵ ซึ่งแนวคิดนี้ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในอังกฤษ และรวมไปถึงประเทศอื่น ๆ ด้วย เช่น แคนาดา¹²⁶

ค.ศ. 1995 ราชวิทยาลัยแพทย์แห่งลอนดอน (Royal College of Physicians of London) ในการประชุมราชวิทยาลัยแพทย์ (Conference of Medical Royal Colleges) ได้ทบทวนเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายใหม่อีกครั้ง ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากงานของ Pallis เป็นอย่างมาก และได้สรุปว่า การตายนั้นหมายถึง ภาวะที่ไม่อาจย้อนคืนกลับได้ของการไร้ซึ่งสติสัมปชัญญะร่วมกับ ภาวะที่หยุดหายใจด้วยตนเอง (“Irreversible loss of the capacity for consciousness, combined with irreversible loss of the capacity to breathe”) โดยได้สรุปว่า ภาวะสมองตายนั้นหมายถึง การตายของบุคคล (“Therefore Brain – Stem Death is equivalent to the death of the individual”)¹²⁷

ค.ศ. 1998 ราชวิทยาลัยอังกฤษ (Academy of Royal College) ได้ประกาศ หลักเกณฑ์ และวิธีการวินิจฉัยการตาย (Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death) เพื่อเป็นกรอบและระเบียบในการปฏิบัติถูกต้องตรงกันของแพทย์ชาวอังกฤษทั้งหมด โดยได้มีการพัฒนาปรับปรุงและประกาศใช้ใหม่เป็น ฉบับที่ 2 อีกครั้งเมื่อ ค.ศ. 2008¹²⁸ แต่ในปีเดียวกันนี้ สหรัฐอเมริกาโดย สภาชีวจริยศาสตร์สหรัฐอเมริกา (United States’ President’s Council on Bioethics) ได้มีประกาศ เอกสารขาว (White Paper) ออกมาชัดเจนว่า เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายของสหรัฐอเมริกากับอังกฤษนั้นไม่เหมือนกัน โดยสหรัฐอเมริกานั้นยังคงให้ความสำคัญกับ ภาวะ Whole – Brain – Death มากกว่า Brain – Stem – Death ซึ่งมองว่า การตรวจภาวะ Brain – Stem – Death นั้นมีความสับสนและเกินความจำเป็นไปเสียมากกว่า เนื่องจาก การตรวจภาวะสมองตายตามเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายของสหรัฐอเมริกานั้น ก็ได้ครอบคลุมความเสียหาย

¹²⁵ Pallis C. “From Brain Death to Brain Stem Death.” *BMI* 285. (1982).

¹²⁶ Leonard B Baron, “A Review of the Literature on the Determination of Brain Death,” from the Forum on Severe Brain Injury to Neurological Determination of Death, by Canadian Council for Donation and Transplantation (CCDT), 2011.

¹²⁷ Royal College of Physicians. “Criteria for the diagnosis of brain stem death,” *J R Coll Physicians Lond* 29. (1995) : 381 – 382.

¹²⁸ Academy of Medical Royal Colleges, *supra note 49*, p.24.

ที่ก้านสมองไปด้วยอยู่แล้ว¹²⁹ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาในรายละเอียดแห่งเกณฑ์การตรวจและวินิจฉัยแล้วนั้น กลับพบว่าแทบไม่ได้แตกต่างกันเลยระหว่างอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

เนื่องด้วยระบบกฎหมายอังกฤษนั้นเป็นระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) จึงไม่มีการบัญญัตินิยามการตายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายฉบับใด ๆ แต่คำพิพากษาของศาลนั่นเองที่จะกลายมาเป็นบรรทัดฐานหรือกลายมาเป็นกฎหมาย (Court – Made Law) ต่อไป ทั้งนี้ ใน ค.ศ. 1992 ได้มีกรณีปัญหาขึ้นสู่ศาลอังกฤษในกรณีที่มีการวินิจฉัยภาวะสมองตายในเด็กชายอายุ 19 เดือน (กรณี Re A) ชาวมุสลิมอังกฤษเชื้อสายซาอุดีอาระเบีย ซึ่งสำคัญเอาชิ้นส่วนของผลไม้เข้าไปในหลอดลมและทำให้เกิดภาวะสมองขาดออกซิเจนเป็นระยะเวลาหนึ่ง โดยคณะแพทย์ผู้ให้การรักษานั้นได้ให้การวินิจฉัยภาวะสมองตายตามเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตาย ค.ศ. 1976 โดย United Kingdom Conference of Medical Royal Colleges และต้องการที่จะยุติการรักษาต่อไปโดยการถอดเครื่องช่วยหายใจออก แต่ครอบครัวของเด็กชายนั้นไม่ยินยอมจึงได้ทำการฟ้องร้องต่อศาล โดยขอให้ย้ายร่างของบุตรชายซึ่งติดต่อกับเครื่องช่วยหายใจนั้นไปที่ซาอุดีอาระเบีย อย่างไรก็ตาม คณะลูกขุนได้ลงความเห็นว่าเป็นเด็กชายนั้นได้ถูกวินิจฉัยว่าตกอยู่ในภาวะสมองตายแล้วตามเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายซึ่งเป็นเกณฑ์มาตรฐานในทางการแพทย์อังกฤษ ซึ่งมีความเห็นว่า บุคคลซึ่งตกอยู่ในภาวะสมองตายนั้นถือเป็นบุคคลที่ตายแล้ว (สอดคล้องกับบันทึกใน ค.ศ. 1979 ดังกล่าวแล้วข้างต้น) หากจะเกิดการเคลื่อนย้าย ก็สมควรที่จะย้ายเพื่อไปยังสุสานเสียมากกว่า¹³⁰ เหตุการณ์ในครั้งนี้ ถือได้ว่า ศาลอังกฤษและระบบกฎหมายอังกฤษได้ยอมรับเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตาย¹³¹ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ศาลและกฎหมายอังกฤษเห็นว่า การที่จะบอกว่าผู้ใดได้ถึงความตายแล้วหรือไม่นั้น เป็นข้อเท็จจริงทางการแพทย์ซึ่งสมควรที่จะให้แพทย์เป็นผู้วินิจฉัย โดยหากแพทย์ได้วินิจฉัยว่าบุคคลใดได้ตกอยู่ในภาวะสมองตายแล้วตามเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายซึ่งได้ถูกประกาศอย่างเป็นทางการและได้รับการยอมรับในวงการแพทย์อย่างเป็นทางการไปแล้วนั้น ก็ถือได้ว่าบุคคลนั้นได้ตายลงแล้วตามกฎหมายเช่นกัน ทั้งนี้จะเห็นได้อีกว่า ศาลและกฎหมายอังกฤษได้ยึดถือแนวทางในการปฏิบัติอย่างเคร่งครัด โดยไม่คำนึงถึงเหตุผลทางความเชื่อหรือศาสนา ซึ่งแตกต่างกับกรณีสหรัฐอเมริกา ดังคดีตัวอย่างใน ค.ศ. 2013 เมื่อ ค.ศ. Jahi McMath อายุ 13 ปี (ขณะนั้น) ได้เข้ารับการผ่าตัดเพื่อรักษาภาวะหยุดหายใจขณะหลับจากลิ้นอุดกั้น

¹²⁹ The President’s Council on Bioethics, *supra* note 26, p.12.

¹³⁰ Re A, *supra* note 16, p.5.

¹³¹ Joe Brierley. “UK court accepts neurological determination of death.” *Lancet* 385. (2015) : 2254.

(Obstructive Sleep Apnea, OSA) ในวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2013 ณ โรงพยาบาลเด็กโอ๊คแลนด์ แต่ได้เกิดภาวะแทรกซ้อนขึ้น ซึ่งทำให้เธอตกเลือดอย่างมาก จนทำให้สมองของเธอขาดเลือด ซึ่งคณะแพทย์ผู้ให้การรักษาคือได้ให้การวินิจฉัยว่าเธอนั้นตกอยู่ในภาวะสมองตายเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 2013 และต้องการที่จะยุติการรักษาต่อโดยการถอดเครื่องช่วยหายใจของเธอออก แต่บิดาและมารดาของเธอนั้นปฏิเสธการวินิจฉัยนี้ และต้องการให้เธอนั้นได้รับการต่อกับเครื่องช่วยหายใจต่อไป ในวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 2013 บิดาและมารดาของเธอจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลชุปพีเรีย Alameda เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้คณะแพทย์ผู้ทำการรักษา Jahi นั้นดำเนินการรักษาต่อไปและให้คงการใช้เครื่องช่วยหายใจไว้ ในวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 2013 ผู้พิพากษา Evelio Grillo จึงได้เชิญ นพ. Paul Graham Fisher ผู้อำนวยการศูนย์กุมารประสาทศัลยศาสตร์ แห่ง คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยสแตนฟอร์ด เพื่อมาแสดงความเห็น ในฐานะผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์อิสระ (Independent) แต่บิดาและมารดาของ Jahi นั้นได้ยื่นคำร้องเพื่อขอให้ นพ. Paul A. Byrne กุมารแพทย์ปริกำเนิด ผู้ซึ่งเป็นที่รู้จักในวงกว้างจากผลงานในการคัดค้านการวินิจฉัยภาวะสมองตายว่าเป็นการตายตามกฎหมายมาโดยตลอดเพื่อมาแสดงความเห็น ในฐานะผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์อิสระ แต่คำร้องนี้ได้ถูกยกไป ทั้งนี้ นพ. Paul Graham Fisher ได้ตรวจร่างกายและตรวจวัดคลื่นสมอง การไหลเวียนโลหิตในสมองและการทดสอบการไม่หายใจกับ Jahi แล้วยืนยันว่าเธอนั้นได้ตกอยู่ในภาวะสมองตายแล้วจริง ในวันที่ 24 ธันวาคม ค.ศ. 2013 ผู้พิพากษา Evelio Grillo จึงได้มีคำพิพากษาออกมาว่า Jahi นั้นตกอยู่ในภาวะสมองตาย และเธอได้ตายลงแล้วตามกฎหมาย แต่ให้คณะแพทย์ยังคงใช้เครื่องช่วยหายใจกับเธอต่อไปพลางก่อนในขณะที่บิดาและมารดาของเธอนั้นยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์แคลิฟอร์เนีย เพื่อขอให้คณะแพทย์นั้นดำเนินการรักษา Jahi ต่อไป ทั้งยังขอให้ทำการเจาะคอเพื่อเป็นช่องหายใจใหม่และให้ใส่สายสวนเพื่อให้อาหารด้วย แต่ท้ายที่สุด คำขอร้องทั้งหมดได้ถูกปฏิเสธ แต่ขอมที่จะให้เคลื่อนย้ายร่างของ Jahi ออกจากโรงพยาบาลได้โดยมีเครื่องช่วยหายใจ¹³² ซึ่งหลังจากนั้น บิดาและมารดาของเธอก็ได้พาเธอไปยังสถานที่ที่ไม้อาจเปิดเผยชื่อได้เพื่อรับการเจาะคอและใส่สายสวนเพื่อให้อาหาร¹³³ ทั้งนี้ มารดาของเธอได้ออกมากล่าวว่า UDDA นั้นขัดต่อหลักจริยธรรมทางศาสนา ความเชื่อ และขัดกับหลักสิทธิความเป็นส่วนตัว หลังจากเหตุการณ์นี้ Jahi ได้ถูกย้ายไปยังโรงพยาบาลคาทอลิก ในรัฐนิวเจอร์ซีย์ และได้พักรักษาตัว

¹³² Winkfield v. Childrens Hospital Oakland et al, 4cv05993. 2013

¹³³ “Jahi McMath Family Cleared to Take Brain – Dead Teen From Hospital,”

อยู่เป็นระยะเวลาหนึ่ง เนื่องจาก หลักกฎหมายแห่งรัฐนิวเจอร์ซีย์นั้นเปิดโอกาสให้ใช้เหตุผลทางความเชื่อและศาสนาในการคัดค้านการวินิจฉัยภาวะสมองตายตามเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายได้¹³⁴ จึงเห็นได้ว่า ในแต่ละรัฐของสหรัฐอเมริกาเองนั้นก็ยังมีความแตกต่างในความยืดหยุ่นของการยอมรับภาวะสมองตายตามกฎหมาย โดยกฎหมายภายในรัฐแคลิฟอร์เนียนั้นมีความเคร่งครัดกว่า และคล้ายกับแนวปฏิบัติในอังกฤษ

เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายของอังกฤษในปัจจุบันของอังกฤษนั้น มีแนวทางในการวินิจฉัย ดังนี้¹³⁵

(1) ภาวะโคม่าและการหยุดหายใจอันไม่อาจย้อนคืนได้นี้จะต้องทราบสาเหตุที่ชัดเจน และจะต้องไม่ได้เกิดมาจากอิทธิพลของยา ภาวะเมตาบอลิซึมหรือต่อมไร้ท่อผิดปกติ หรือภาวะอุณหภูมิร่างกายต่ำ

(2) ตรวจไม่พบการตอบสนองแบบรีเฟล็กซ์จากก้านสมองและการทดสอบการไม่หายใจให้ผลบวก

(3) การทดสอบยืนยันอื่นโดยปกติไม่มีความจำเป็น แต่จะเป็นประโยชน์เมื่อมีกรณีที่ไม่น่าใจ หรือเพื่อลดระยะเวลาในการตรวจสอบซ้ำ หรือการทดสอบข้างต้นหรือการตรวจทางระบบประสาทไม่สามารถกระทำได้

(4) การทดสอบดังกล่าวข้างต้น จะต้องถูกกระทำโดยแพทย์ไม่ต่ำกว่า 2 คน และจะต้องทำการทดสอบอย่างน้อย 2 กลุ่มประเภทของการทดสอบเพื่อที่จะวินิจฉัยการตายนี้¹³⁶

¹³⁴ Dolan Christopher, "McMath attorney: Jahi's family aren't fools; they deserve better than ignorant attacks," Los Angeles Times (21 January 2014).

¹³⁵ Academy of Medical Royal Colleges, *supra* note 49, p.24.

¹³⁶ *There must be no doubt that the patient's comatose condition is due to irreversible brain damage of known etiology, and potentially reversible causes of coma and apnea, such as drug effects, metabolic or endocrine disturbances, or hypothermia, must be excluded. A clinical examination of brainstem reflexes and an apnea test is then undertaken. Confirmatory tests are not required in the UK, but may be useful to reduce any element of uncertainty or minimize the period of observation prior to the diagnosis of brainstem death if the preconditions for clinical testing are not met, or if a comprehensive neurologic examination is not possible. Brainstem death must be diagnosed by two doctors who must be present at each of the two sets of clinical tests that are required to determine death.*

3.3 กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ฝรั่งเศสใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) เช่นเดียวกับประเทศไทย โดยได้ปรากฏกฎหมายเกี่ยวกับภาวะสมองตายครั้งแรกในปี ค.ศ. 1976 คือ “Law No. 76 – 1181 of 22 December 1976 on organ harvesting” ซึ่งได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ในปี ค.ศ. 1978 โดย “Decree No. 78 – 501 of 31 March 1978 for the application of the law of 22 December 1976 on organ harvesting” หลังจากนั้นก็ได้มีการปรับปรุง แก้ไข เปลี่ยนแปลงเรื่องมาหลายครั้ง ครั้งล่าสุดเมื่อปี ค.ศ. 2003 กฎหมายดังกล่าวนี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายไว้ในหมวดที่ 4 (Chapter IV: Procedures and Procedures for the Declaration of Death) มาตราที่ 20 ถึง 22 ดังนี้^{137, 138, 139, 140}

มาตรา 20 ไม่สามารถที่จะถอนการรักษาหรือการกระทำใด ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ในทางวิทยาศาสตร์บนร่างที่ยังไม่ได้ให้การวินิจฉัยการตายภายใต้ข้อบังคับแห่งมาตรา 21 ซึ่งต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสองราย โดยหนึ่งในสองรายนั้นจะต้องเป็นระดับหัวหน้าแผนกหรือตัวแทนที่ได้รับมอบหมาย

ในกรณีที่มีการเก็บเกี่ยวเพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษา ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่อยู่ในกลุ่มที่ต้องการเก็บเกี่ยวหรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะเป็นผู้ปลูกถ่ายอวัยวะนั้นไม่สามารถเข้าร่วมในการวินิจฉัยได้¹⁴¹

¹³⁷ Law No. 76 – 1181 of 22 December 1976 on organ harvesting

¹³⁸ Decree No. 78 – 501 of 31 March 1978 for the application of the law of 22 December 1976 on organ harvesting

¹³⁹ Decree No. 97 – 306 of 1 April 1997 on the conditions of authorization of health establishments performing organ and tissue sampling for therapeutic purposes and amending the Public Health Code (Part II: State)

¹⁴⁰ Decree No. 2003 – 462 of 21 May 2003 on the regulatory provisions of Parts I, II and III of the Public Health Code

¹⁴¹ Article 20 No withdrawal for therapeutic or scientific purposes may be made on a body without the prior knowledge of the death under the conditions laid down in Article 21 by two physicians of the establishment, one of whom must be a head of department or his authorized replacement.

In case of collection for therapeutic purposes, the doctors belonging to the team who will take the sample or to the person who will perform the transplant cannot participate in the report.

มาตรา 21 การตรวจค้นนั้นอยู่บนพื้นฐานของความสอดคล้องระหว่างหลักฐานทางคลินิกและหลักฐานแวดล้อมทางคลินิก ซึ่งสนับสนุนให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นสามารถสรุปได้ว่าบุคคลนั้นตายจริง

กระบวนการทดสอบต่าง ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ในวรรคแรกนั้นจะต้องได้รับการรับรองจากกระทรวงสุขภาพโดยคำปรึกษาของวิทยาลัยแพทยศาสตร์แห่งชาติและแพทยสภา

ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องบันทึกรายละเอียดและกระบวนการในการตรวจรวมถึงผลลัพธ์ วันและเวลาที่ตรวจพบ¹⁴²

มาตรา 22 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่กระทำการตรวจเก็บตัวอย่างทั้งเพื่อการรักษาหรือเพื่อวัตถุประสงค์ในทางวิทยาศาสตร์ จะต้องบันทึกรายละเอียดของการกระทำและสิ่งตรวจพบถึงภาวะของร่างนั้นและอวัยวะที่ถูกนำออกมาด้วย

หากสภาพแวดล้อมของการตายนั้นปรากฏว่า ศพนั้นจะต้องถูกตรวจในทางนิติเวชศาสตร์เพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ความจริง ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องระมัดระวังและจะต้องงดเว้นการเก็บเกี่ยวใด ๆ ที่จะทำให้หลักฐานที่แสดงถึงสาเหตุการตายนั้นเปลี่ยนแปลงไป¹⁴³

จากกฎหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ฝรั่งเศสมีความตื่นตัวเรื่อง การเก็บเกี่ยวอวัยวะของมนุษย์ (Human Organs Harvesting) เป็นอย่างมาก โดยการวินิจฉัยภาวะสมองตายนั้นเป็นเพียงประเด็นรองลงไป ซึ่งเป็นเพียงทางผ่านไปสู่การเก็บเกี่ยวอวัยวะอย่างราบรื่น

จากมาตรา 21 วรรคสองในกฎหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นหน้าที่ขององค์กรวิชาชีพในการกำหนดเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตาย หรืออาจจะกล่าวในอีก

¹⁴² Article 21 The finding is based on concordant clinical and paraclinical evidence enabling practitioners to conclude that the subject has died.

The procedures used for this purpose must be recognized as valid by the Minister of Health after consultation with the National Academy of Medicine and the National Council of the Order of Medicine.

The doctors shall draw up a report specifying the procedures used, the results obtained and the date and time of their findings.

¹⁴³ Article 22 Physicians performing a therapeutic or scientific sampling shall provide a detailed account of their intervention and findings on the condition of the body and organs removed.

If the circumstances surrounding the death are such that the corpse is likely to be subjected to a forensic examination in the interest of proof, the doctor who is aware of the circumstances must refrain from any specimen that makes the evidence of the causes of death uncertain.

แง่มุมหนึ่งได้ว่า กฎหมายให้อำนาจองค์กรวิชาชีพในการบัญญัติกฎเกณฑ์ในการวินิจฉัยภาวะสมองตาย โดยในยุคแรกเริ่มนั้น องค์กรวิชาชีพฝรั่งเศสได้ยึดเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายตามสหรัฐอเมริกาซึ่งประกาศโดยมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดในปี ค.ศ. 1968¹⁴⁴ (รายละเอียดปรากฏตามหัวข้อ 3.2) จากนั้นจึงได้เริ่มทำการศึกษาภายในประเทศฝรั่งเศสและได้ออกหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายเป็นของตนเองครั้งแรกเมื่อ วันที่ 15 พฤษภาคม ค.ศ. 1996 โดย C. Fisher ซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในวงการแพทย์ฝรั่งเศส โดยมีรายละเอียดสรุปได้ ดังนี้¹⁴⁵

การวินิจฉัยภาวะสมองตายให้กระทำได้ในสภาวะและเงื่อนไข ดังนี้

(1) บุคคลซึ่งตกอยู่ในภาวะระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลว โดยมีการวินิจฉัยถึงสาเหตุที่รู้แน่ชัดว่า สภาวะของผู้ป่วยนั้นเกิดขึ้นจากสมองถูกทำลายอย่างสิ้นเชิงถาวรไม่อาจย้อนคืนกลับมาได้ โดยที่ไม่ได้เกิดจาก พิษของยา (Drug Intoxication) ภาวะอุณหภูมิกายต่ำ (Hypothermia) หรือภาวะช็อก (Shock)

(2) การทดสอบภาวะสมองตาย มีดังนี้

ก. ไม่มีสติสัมปชัญญะและไม่มีการเคลื่อนไหวกล้ามเนื้อได้เอง (Absence of Consciousness and Spontaneous Motor Activity)

ข. ไม่พบรีเฟล็กซ์ของก้านสมอง (Absence of Brainstem Reflexes)

ค. ทดสอบการไม่หายใจ (Apnea Test) ให้ผลเป็นบวก (Positive) หมายความว่า ไม่มีการเคลื่อนไหวของทรวงอกและหน้าท้อง หากปรากฏบุคคลที่พบว่าตายแล้วในทางคลินิกได้รับการช่วยหายใจและระบบไหลเวียนโลหิตโดยการใช้เครื่องช่วยหายใจ ให้ใช้การทดสอบไฮเปอร์แคปเนีย (Hypercapnia) ในการยืนยันว่าบุคคลนั้นไม่สามารถหายใจได้ด้วยตนเอง

(3) การตรวจยืนยันภาวะสมองตายด้วยการตรวจคลื่นไฟฟ้าสมอง (Electroencephalogram) 2 ครั้ง โดยเว้นระยะเวลาห่างกันอย่างน้อยครั้งละ 4 ชั่วโมง หรือ การตรวจยืนยันว่าระบบไหลเวียนโลหิตในสมองล้มเหลวด้วย Cerebral Angiography

และในปีเดียวกันนั่นเองเมื่อ วันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 1996 ฝรั่งเศสก็ได้ออกกฎหมายเพื่อรับรองและควบคุมเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายนี้ให้ประจักษ์ชัดขึ้นใน “Decree No. 96 – 1041

¹⁴⁴ Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, *supra* note 21, p.10.

¹⁴⁵ C Fischer. “La pratique de l’EEG dans le diagnostic de mort cerebrale en France.” *Neurophysiol Clin* 27. (1997) : 373 – 382.

of 2 December 1996 on the finding of death before the removal of organs, tissues and cells for therapeutic or scientific purposes and amending the Health Code (Part II: Decrees in Council of State)” แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดในปี ค.ศ. 2005 โดย “Decree No. 2005 – 949 of 2 August 2005 on the conditions for the removal of organs, tissues and cells and amending Book II of the first part of the Public Health Code (statutory provisions)” ทั้งนี้ กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายสาธารณสุข (Public Health Code) ของฝรั่งเศส¹⁴⁶ โดยได้แก้ไขเพิ่มเติมมาตราดังต่อไปนี้^{147, 148}

มาตรา อาร์ 1232 – 1 เมื่อปรากฏบุคคลตกอยู่ในภาวะระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลว การวินิจฉัยภาวะสมองตายจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อครบเกณฑ์การวินิจฉัยทางคลินิกทั้งสามประการ:

1. ไม่มีสติสัมปชัญญะและไม่มีการเคลื่อนไหวกล้ามเนื้อได้เอง
2. ไม่มีปฏิกิริยารีเฟล็กซ์จากก้านสมอง
3. ไม่มีการหายใจด้วยตนเอง¹⁴⁹

มาตรา อาร์ 1232 – 2 หากปรากฏบุคคลที่พบว่าตายแล้วในทางคลินิกได้รับการช่วยหายใจและระบบไหลเวียนโลหิตโดยการใช้เครื่องช่วยหายใจ ให้ใช้การทดสอบไฮเปอร์แคปเนียในการยืนยันว่าบุคคลนั้นไม่สามารถหายใจได้ด้วยตนเอง

ร่วมไปกับเกณฑ์การวินิจฉัยการตายทางคลินิกทั้งสามประการ ดังปรากฏในมาตรา อาร์ 1232 – 1 แล้ว จะต้องยืนยันว่าสมองนั้นถูกทำลายอย่างไม่อาจย้อนคืนมาได้:

¹⁴⁶ Code de la santé publique

¹⁴⁷ Decree No. 96 – 1041 of 2 December 1996 on the finding of death before the removal of organs, tissues and cells for therapeutic or scientific purposes and amending the Health Code (Part II: Decrees in Council of State)

¹⁴⁸ Decree No. 2005 – 949 of 2 August 2005 on the conditions for the removal of organs, tissues and cells and amending Book II of the first part of the Public Health Code (statutory provisions)

¹⁴⁹ Article R1232 – 1 If the person has persistent cardiac and respiratory arrest, the finding of brain death can only be established if the following three clinical criteria are present simultaneously:

1. Absence of consciousness and spontaneous motor activity;
2. Abolition of all reflexes of the brainstem;
3. Absence of spontaneous ventilation.

1. การตรวจคลื่นสมองสองครั้ง ครั้งละสามสิบนาที ในระยะเวลาห่างกันอย่างน้อยครึ่ง ละเอียดชั่วโมง พบว่าไม่มีคลื่นสมองหรือคลื่นสมองมีรูปแบบสะเปะสะปะ ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ตรวจและแปลผลบันทึกผลลัพท์ในทันที หรือ

2. การตรวจหลอดเลือดสมองด้วยวิธีแองจิโอแกรมพบว่าการไหลเวียนโลหิตในสมอง ได้สูญเสียไป ให้รังสีแพทย์ผู้ทำการตรวจและแปลผลบันทึกผลลัพท์ในทันที¹⁵⁰

มาตรา อาร์ 1232 – 3 การรายงานการตายตามมาตรา แอล 1232 – 1 จะต้องทำเป็น หนังสือและรายงานการตายภายในระยะเวลาที่กำหนดตามประกาศกระทรวงสุขภาพ

รายงานการตายของบุคคลที่ตกอยู่ในภาวะระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจ ล้มเหลวซึ่งถูกวินิจฉัยว่ามีภาวะสมองตายจะต้องประกอบไปด้วยอาการทางคลินิกที่ตรวจพบ วัน และเวลาที่ตรวจพบ โดยรายงานการตายนี้จะต้องปรากฏลายมือชื่อของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตาม มาตรา แอล 1232 – 4

รายงานการตายของบุคคลที่ได้รับการช่วยหายใจและระบบไหลเวียนโลหิตโดยใช้ เครื่องช่วยหายใจ จะต้องประกอบไปด้วยผลลัพท์การจากตรวจทางคลินิกที่สอดคล้องกันของผู้ ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสองรายที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตาม มาตรา แอล 1232 – 4 ร่วมกับผลการ ตรวจในข้อ 1. หรือ 2. แห่งมาตรา อาร์ 1232 – 2 ซึ่งระบุวันและเวลาในการตรวจ พร้อมลายมือชื่อ ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทั้งสองรายนั้น

ให้ออกรายงานการตายร่วมกับหนังสือรับรองการตายโดยเป็นไปตามประกาศ กระทรวงสุขภาพ¹⁵¹

¹⁵⁰ Article R1232 – 2 If the person, whose death is clinically observed, is assisted by mechanical ventilation and maintains a hemodynamic function, the absence of spontaneous ventilation is verified by a hypercapnia test.

Moreover, in addition to the three clinical criteria mentioned in Article R. 1232 – 1, it must be used to attest to the irreversibility of brain destruction:

1. Either two null and random electroencephalograms performed at a minimum interval of four hours, carried out with maximum amplification over a recording period of thirty minutes and the result of which must be immediately recorded by the doctor who makes the interpretation; Or

2. A cerebral angiogram objectifying the cessation of the encephalic circulation, the result of which must be immediately recorded by the radiologist who makes the interpretation of it.

มาตรา อาร์ 1232 – 4 ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ลงลายมือชื่อในรายงานการตาย ทำสำเนารายงานการตายและมอบให้กับผู้อำนวยการโรงพยาบาลที่ออกรายงานการตายนั้น รายงานการตายต้นฉบับให้เก็บไว้ในเวชระเบียนของผู้ตาย¹⁵²

จะเห็นได้ว่า กฎหมายฝรั่งเศสได้บัญญัติล้าไปกับเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายที่วงการแพทย์ฝรั่งเศสให้การยอมรับ โดยมีบทบัญญัติที่แทบจะเหมือนกันทุกประการ และได้เพิ่มเติมในรายละเอียดเรื่องกระบวนการและการเก็บพยานหลักฐานอย่างชัดเจน

3.4 กฎหมายสาธารณรัฐประชาชนจีน

วัฒนธรรมจีนโลกตะวันออกและวัฒนธรรมจีนโลกตะวันตกนั้นมีความเหมือนและความแตกต่างกันอยู่ในบางประการ แต่อย่างไรก็ตาม ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่า ถึงแม้ปัจจุบันจะมีความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีอย่างกว้างขวาง แต่ความเชื่อและความศรัทธาในลัทธิและศาสนาของมนุษย์ยังคงฝังรากลึกลงในจิตใจของประชากรส่วนใหญ่ของโลก ซึ่งความเชื่อและความศรัทธาเหล่านี้เอง ในบางครั้ง อาจจะขัดกับหลักการและความจริงที่ถูกค้นพบโดยวิทยาศาสตร์ โดยเฉพาะในเรื่องความตาย จิตวิญญาณ โลกหน้า และการเกิดใหม่ โดยในแต่ละลัทธิและศาสนาก็มีความเชื่อที่แตกต่างกัน

¹⁵¹ Article R1232 – 3 The minutes of the report of death, referred to in Article L. 1232 – 1, shall be drawn up on a document, the model of which shall be laid down by decree of the Minister for Health.

When the brain death is established for a person with persistent cardiac and respiratory arrest, the report shall indicate the results of the clinical findings and the date and time of the finding. This report shall be drawn up and signed by a physician who meets the condition referred to in Article L. 1232 – 4.

When the death report is established for a person assisted by mechanical ventilation and retaining a hemodynamic function, the report of the death report indicates the results of the concordant clinical findings of two physicians meeting the condition mentioned in the article L. 1232 – 4. It also mentions the results of the examinations defined in 1. or 2. of article R. 1232 – 2, as well as the date and time of the examination. These minutes are signed by the two doctors mentioned above.

The record of death must be signed concomitantly with the death certificate provided for by decree of the Minister of Health.

¹⁵² Article R1232 – 4 The physician (s) signing the report of death shall keep a copy of it. A copy shall be given to the director of the health facility in which the report of the death has been established. The original is kept in the medical record of the deceased.

ศาสนาพุทธ มีถิ่นกำเนิดในซีกโลกตะวันออกและได้แผ่ขยายอิทธิพลครอบคลุมในพื้นที่แถบนี้อย่างกว้างขวาง¹⁵³ โดยมีความเชื่อในเรื่องของการเกิดใหม่หรือการกลับชาติมาเกิด ซึ่งมีความแตกต่างกับความเชื่อในศาสนาคริสต์ที่มีผู้นับถือมากที่สุดในโลก โดยเฉพาะในซีกโลกตะวันตก ซึ่งไม่มีความเชื่อในเรื่องการกลับชาติมาเกิดหรือการเกิดใหม่ แต่เชื่อว่าความตายนั้นเป็นการนำไปสู่โลกหน้า โดยดวงวิญญาณจะได้ไปอยู่กับพระเจ้าหรือตกลงสู่นรกแล้วแต่กรณี ซึ่งคล้ายกันกับความเชื่อในศาสนาอิสลาม ที่รองความศรัทธาในแถบตะวันออกกลาง

คงไม่สามารถปฏิเสธได้ว่า ความเชื่อนั้นมีอิทธิพลต่อความคิดของประชาชนในสังคมเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะความเชื่อในลัทธิและศาสนาดังได้กล่าวมาแล้ว ทำให้มุมมองต่อการตายหรือความตายนั้นถูกอิทธิพลของความเชื่อนี้เข้าครอบงำมาเป็นระยะเวลาช้านาน ประกอบกับระดับความรู้พื้นฐานโดยเฉลี่ยของประชาชนโดยส่วนใหญ่ในภูมิภาคซีกโลกตะวันออกนั้นยังไม่ทัดเทียมเท่ากับทางซีกโลกตะวันตก โดยมักพิจารณาการตายว่าเป็นการหยุดเต้นของหัวใจและการหยุดหายใจ ซึ่งเห็นได้ชัดเจนและตรวจสอบได้ง่าย แม้ผู้ที่ไม่มีความรู้ทางการแพทย์ก็สามารถใช้เกณฑ์นี้ในการบ่งบอกได้ว่าบุคคลได้ถึงแก่ความตายแล้วหรือไม่ จึงทำให้สังคมโดยส่วนใหญ่ยึดติดกับหลักเกณฑ์นี้มาเป็นระยะเวลานาน โดยเฉพาะในประเทศจีน

ศาสตร์การแพทย์แผนจีนนับเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงการไม่ใคร่ให้ความสำคัญกับส่วนสมองจากชาวจีน โดยจะเห็นได้จากการที่ตำรับยาจีนส่วนใหญ่เน้นให้ความสำคัญกับอวัยวะอื่น ๆ มากกว่า เช่น หัวใจ ตับ ไต และปอด เป็นต้น ทั้งรูปแบบการตรวจวินิจฉัยก็มักจะใช้วิธีเฝะ (การจับชีพจร) และการพิจารณารูปแบบการหายใจ รวมไปถึงวิธีการรักษาแบบกำหนดลมปราณ ซึ่งก็คือ การกำหนดลมหายใจนั่นเอง¹⁵⁴ จะเห็นว่าชาวจีนให้ความสำคัญกับหัวใจและปอด มากกว่าสมองเป็นอย่างมาก ดังนั้น การจะปลูกฝังความเชื่อใหม่ในเรื่องของภาวะสมองตายให้แก่ชาวจีน จึงเป็นเรื่องยากและท้าทาย

ภาวะสมองตายและการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคซึ่งได้รับการวินิจฉัยภาวะสมองตายนั้นเป็นสิ่งที่มักจะมาควบคู่กัน ซึ่งแยกออกจากกันได้ยาก ทั้งนี้ยังมีชาวจีนพุทธจำนวนมาก ที่ยังมีความเชื่อเรื่องชีวิตหลังความตายและการกลับชาติมาเกิดว่า หากศพของผู้เสียชีวิตนั้นได้สูญเสีย

¹⁵³ สุชาติ หงษา, ประวัติศาสตร์พุทธศาสนาจากอดีตถึงปัจจุบัน, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันบันลือธรรม, 2545) น.106 – 107.

¹⁵⁴ Camillia Matuk, “Seeing the Body: The Divergence of Ancient Chinese and Western Medical Illustration.” *JBC* 32. (2006) : 1 – 8.

อวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดไปในชาติหน้า อวัยวะส่วนนั้นก็จะสูญหายหรือบกร่องไปด้วย เช่น มีความเชื่อว่า หากให้การบริจาคกระจกตาไป ชาติหน้าจะเกิดมาตาบอด เป็นต้น ทำให้สังคมส่วนหนึ่งที่มีความเชื่อในลักษณะนี้ ปฏิเสธการบริจาคอวัยวะ และทำให้ปฏิเสธภาวะสมองตายไปด้วย เนื่องจากเกรงว่าหากกฎหมายให้การยอมรับเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายแล้ว จะทำให้เกิดการบังคับให้บริจาคอวัยวะต่าง ๆ ตามมา

ไม่เพียงแต่ตลาดแรงงานในจีนที่มีราคาถูกซึ่งเป็นปัจจัยดึงดูดสำคัญที่ทำให้เป็นที่สนใจของนักลงทุนต่างชาติทั่วโลก ดังจะเห็นได้จากการที่ประเทศจีนนั้นกลายเป็นฐานของโรงงานผลิตสิ่งของต่าง ๆ มากมายจากบริษัทชั้นนำต่าง ๆ ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลของจีนนั้นก็ยังมีราคาถูกมากกว่าเมื่อเทียบกับค่าใช้จ่ายที่จะต้องเสียไปในการรักษาพยาบาล ณ ประเทศกลุ่มซีกโลกตะวันตก ประกอบกับการมีขบวนการไต่ดินขนาดใหญ่ในการซื้อขายอวัยวะมนุษย์อยู่ในประเทศจีน ทำให้มีชาวตะวันตกที่แฝงตัวเข้ามาในลักษณะของนักท่องเที่ยวเพื่อเดินทางเข้ามาซื้อขายอวัยวะมนุษย์กันอย่างมากมาย ปัจจัยนี้เองก็เป็นหนึ่งในปัจจัยที่ทำให้ชาวจีนโดยส่วนใหญ่มีความกังวลว่าหากมีกฎหมายรับรองภาวะสมองตายแล้วนั้น จะเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อกลุ่มขบวนการซื้อขายอวัยวะหรือไม่ และจะทำให้ผู้ป่วยหลาย ๆ รายที่ยังไม่สมควรตาย จะถูกวินิจฉัยให้ตกอยู่ในภาวะสมองตายเพื่อเหตุผลในการนำอวัยวะของผู้นั้นออกไปหรือไม่ หรือแม้แต่ความกังวลในการจะเพิ่มขึ้นของอาชญากรรมในรูปแบบใหม่ ๆ เช่น การฆ่าคนเพื่อขโมยอวัยวะ เป็นต้น¹⁵⁵

เหตุผลอีกประการหนึ่ง ที่ทำให้การยอมรับเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตาย หรือการออกกฎหมายที่จะให้การยอมรับภาวะสมองตายนั้นยากยิ่งที่จะเกิดขึ้นในประเทศจีน ก็คือ มุมมองที่ว่า การตายตามธรรมชาติ นั้น คือ การตายจากภาวะหัวใจหยุดเต้นและหยุดการหายใจ และมองว่าการตายจากภาวะสมองตายนั้นเป็นการตายทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งยังไม่มีคามแน่นอน เนื่องจากพบว่าเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายในแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกัน ทำให้เกิดความคลาดเคลื่อนที่จะบอกว่าผู้ใดตายแล้วหรือยังไม่ตาย ทำให้เกิดความกังวลในการวินิจฉัยการตายโดยมนุษย์ ทั้งยังเกิดกรณีที่พบผู้ที่ถูกวินิจฉัยว่าตกอยู่ในภาวะสมองตายแล้วสามารถฟื้นคืนกลับขึ้นมาได้จำนวนหนึ่ง ซึ่งสวนทางกันกับเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายหนึ่งว่า เป็นภาวะที่มีอาจย้อนคืนกลับมาได้ (Irreversible State) ทั้งยังปรากฏมุมมองคำถามอีกว่า ในทางการแพทย์นั้น เมื่อพบผู้ที่หัวใจหยุดเต้น แนะนำให้ทำการช่วยเหลือกู้ชีพ โดยการนวดหัวใจและช่วยหายใจ

¹⁵⁵ ชลگانต์ ธรรมมังกุ, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 82*, น.46.

(Cardiopulmonary Resuscitation, CPR) ซึ่งพบการกลับฟื้นคืนมาของผู้ป่วยจำนวนมาก แต่ทำไมเมื่อพบผู้ที่สมองหยุดทำงาน เหตุใดในทางการแพทย์จึงไม่หาทางพยายามกู้ชีวิตโดยการช่วยให้สมองนั้นฟื้นคืนกลับมาทำงานได้ดังเดิมเช่นเดียวกับหัวใจและปอด หากเป็นที่ข้อจำกัดด้วยวิทยาการทางการแพทย์ที่ยังไม่เจริญก้าวหน้าถึงขั้นที่สามารถจะกระทำได้ ก็สมควรที่จะคิดถึงการตายจากภาวะนี้ ควรปล่อยให้การตายนั้นดำเนินไปตามธรรมชาติ นั่นคือการตายด้วยภาวะระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลว¹⁵⁶

อย่างไรก็ตาม วงการแพทย์จีนเองได้เริ่มให้ความสนใจในภาวะสมองตายครั้งแรกใน ค.ศ. 1986¹⁵⁷ โดยได้มีความพยายามผลักดันให้เกิดกฎหมายรับรองเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายมาโดยตลอด ทั้งนี้ด้วยเหตุผลหลาย ๆ ประการ เช่น หลักสิทธิมนุษยชนของผู้ที่ตกอยู่ในภาวะสมองตาย ที่มีสิทธิจะจากไปโดยสงบ ปราศจากการถูกรบกวนโดยการยื้อชีวิตไว้ซึ่งทำให้ต้องตกอยู่ในภาวะทุกขเวทนามากกว่าที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ตัวผู้ผู้นั้นเอง หรือ เพื่อประโยชน์แห่งการบริจาคและการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้ตกอยู่ในภาวะสมองตาย เนื่องจากอวัยวะในบุคคลกลุ่มนี้ ในหลาย ๆ กรณีพบว่ายังอยู่ในสภาพที่ดีและเหมาะสมที่จะปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยรายอื่น ๆ ที่มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนและปลูกถ่ายอวัยวะ ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่นุชนชาติอีกนานัปการ ซึ่งร่างกายหนึ่งของผู้ที่ตกอยู่ในภาวะสมองตายนั้น อาจจะสามารถบริจาคอวัยวะได้หลายอวัยวะเพื่อต่อชีวิตหรือเพื่อเพิ่มคุณภาพชีวิตให้กับผู้ป่วยได้หลาย ๆ ราย ซึ่งนับเป็นความคุ้มค่าอย่างมากที่จะปล่อยให้อวัยวะที่ดีเหล่านี้สูญเสียไปโดยเปล่าประโยชน์ เนื่องจาก หากใช้เกณฑ์การวินิจฉัยการตายจากภาวะระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลว จะทำให้อวัยวะต่าง ๆ เหล่านี้ไม่อยู่ในสภาพที่เหมาะสมแก่การปลูกถ่ายอีกต่อไป ซึ่งเป็นที่น่าเสียดายในทางการแพทย์อย่างมาก หรือแม้แต่ เหตุผลทางเศรษฐกิจ ซึ่งการสูญเสียค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลเพื่อยื้อชีวิตผู้ตกอยู่ในภาวะสมองตายนั้นเป็นการใช้จ่ายที่สูญเปล่า เนื่องจากในทางการแพทย์นั้น ถือว่าบุคคลนั้นได้ตายไปแล้ว จึงเป็นการสูญเสียเงินและทรัพยากรทางการแพทย์ ทั้งเครื่องมือและบุคลากร ไปกับศพที่ไม่มีทางฟื้นคืนกลับมาได้อีก โดยเมื่อพิจารณาให้ถ่วงถ่วงแล้วนั้นจะพบว่า เป็นการย้อนกลับมาทำ

¹⁵⁶ Qing Yang, “Cross – Cultural Perspectives on Brain Death,” from Neuroethics Seminar, by Harvard University Department of Neurobiology (HMS), 2016.

¹⁵⁷ Feng Jianhua. “Redefining Death – New insights into brain death to bring changes to Chinese laws.” *Beijing Review* 52. (2009) : 18.

ร้ายผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่ในอีกหลายแ่งมุม ทั้งนี้ รัฐบาลจีนเองก็ได้สังเกตเห็นถึงปัญหาและความสำคัญของกฎหมายเพื่อการรับรองเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายนี้ จึงได้มีการพิจารณาเรื่อยมา

กระทั่งใน ค.ศ. 2002 ผู้ประกาศข่าวชาวจีนชื่อ Liu Hai-juo ได้เดินทางไปยังกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ และได้ประสบอุบัติเหตุรถไฟตกรางที่ Potters Bar บริเวณตอนเหนือของกรุงลอนดอน เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 2002 และได้ถูกรับเข้ารักษาตัว ณ โรงพยาบาล Royal Free ใน Hampstead โดยภายหลังจากที่ได้เข้ารับการรักษาตัวในหอผู้ป่วยวิกฤตเพียง 2 – 3 วัน คณะแพทย์ชาวอังกฤษผู้ทำการรักษาก็ได้ประกาศว่า Liu Hai-juo มีภาวะสมองตาย แต่ญาติของ Liu Hai-juo นั้นปฏิเสธการวินิจฉัยนี้ โดยสำนักข่าว Phoenix ในฮ่องกงซึ่ง Liu Hai-juo ได้ทำงานอยู่ด้วยนั้น ได้ติดต่อกับสถานทูตจีน ณ กรุงลอนดอนเพื่อให้เข้ามามีส่วนร่วมในกรณีนี้ และได้ส่งตัวแพทย์หญิง Ling Feng หัวหน้าประสาทศัลยแพทย์ประจำโรงพยาบาล Xuanwu จากกรุงปักกิ่งเพื่อบินไปตรวจอาการของ Liu Hai-juo ณ กรุงลอนดอน หลังจากแพทย์หญิง Ling Feng ได้ตรวจร่างกายของ Liu Hai-juo แล้วได้มีความเห็นว่า Liu Hai-juo นั้นยังไม่ถึงกับตกอยู่ในภาวะสมองตาย เพียงแต่ได้รับบาดเจ็บรุนแรงและต้องการได้รับการรักษาในระดับวิกฤตเท่านั้น Liu Hai-juo จึงได้ถูกส่งตัวกลับมายังประเทศจีน โดยได้เข้ารับการรักษาตัวต่อที่โรงพยาบาล Xuanwu กรุงปักกิ่ง และภายหลังจากนั้นเพียง 2 เดือน คือในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2002 Liu Hai-juo ก็ได้ฟื้นขึ้นมา ถึงแม้จะยังไม่สามารถลุกขึ้นยืนเดินได้ด้วยตัวเองหากปราศจากความช่วยเหลือก็ตาม แต่อีกเพียง 4 เดือนหลังจากนั้น Liu Hai-juo ที่ได้รับการทำกายภาพบำบัดอย่างต่อเนื่อง ก็สามารถลุกขึ้นยืนเดินได้ด้วยตนเอง และยังสามารถกลับไปทำหน้าที่ผู้ประกาศข่าว ณ สำนักข่าว Phoenix ได้ถึงแม้จะมีสติภาพสมองและร่างกายกลับมาสมบูรณ์เหมือนเดิม 100%¹⁵⁸ แต่จากเหตุการณ์นี้ซึ่งเป็นที่สนใจของชาวจีนจำนวนมาก ก็ยิ่งตอกย้ำภาพลักษณ์ที่ไม่ดีของเกณฑ์การวินิจฉัยการตายที่ไม่แน่นอนของระบบการแพทย์ตะวันตก โดยเห็นได้ว่า ผู้ที่ถูกรับวินิจฉัยว่าตกอยู่ในภาวะสมองตายนั้นยังอาจฟื้นคืนกลับมาได้อีก

อย่างไรก็ตามประมาณช่วง สิงหาคม ค.ศ. 2002 กระทรวงสาธารณสุขจีนได้สำเร็จการร่างเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายในบริบทของประเทศจีน¹⁵⁹ และได้ตีพิมพ์ลง วารสาร

¹⁵⁸ CNN World, “Phoenix TV star 'fighting for life',” search on 30th April 2016 from <http://edition.cnn.com/2002/WORLD/asiapcf/east/05/13/taiwan.train/index.html>

¹⁵⁹ “Brain Death Defined in Health Ministry Draft,” *China Daily* (29 August 2002).

การแพทย์แห่งชาติจีน (National Medical Journal of China) ใน ค.ศ. 2003¹⁶⁰ และในปีเดียวกันนี้เอง ก็ได้มีผู้ป่วยที่ได้รับการวินิจฉัยว่าตกอยู่ในภาวะสมองตายเป็นรายแรกในประเทศจีน¹⁶¹ ทั้งนี้ ได้มีการทบทวนเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายในจีนเรื่อยมา จนได้มีการประกาศเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายฉบับที่ 2 เมื่อ ค.ศ. 2009 ซึ่งได้รับการตีพิมพ์ลง วารสารโรคหลอดเลือดสมองจีน (Chinese Journal of Cerebrovascular Disease)¹⁶² โดยใน ค.ศ. 2013 ได้รับการตีพิมพ์อีกครั้งในชื่อ ว่า หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายในผู้ใหญ่ (Criteria and practical guidance for the determination of Brain Death in adults: BQCC version) ลงใน วารสารการแพทย์จีน (Chinese Medical Journal) โดยมีเนื้อความเดียวกันกับฉบับปี ค.ศ. 2009¹⁶³ แต่อย่างไรก็ตาม ณ ปัจจุบัน ก็ยังไม่ปรากฏกฎหมายลายลักษณ์อักษรใด ๆ ที่ให้การรับรองเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายนี้หรือรับรองว่าภาวะสมองตายนั้นเป็นการตายตามกฎหมายจีนอย่างเป็นทางการ¹⁶⁴

เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายของจีนนั้นมีลักษณะค่อนข้างรัดกุมเป็นอย่างมาก โดยมีลำดับขั้นในการทดสอบ 4 ขั้นตอน ดังนี้¹⁶⁵

(1) ทำการตรวจร่างกายเพื่อให้การวินิจฉัยภาวะสมองตาย เช่น การตรวจพบภาวะโคม่าลึก (Deep Coma) การตรวจไม่พบปฏิกิริยารีเฟล็กซ์จากก้านสมอง (Absence of Brainstem Reflexes) และการตรวจไม่พบการหายใจด้วยตนเอง (No Spontaneous Respiration)

(2) ทำการทดสอบยืนยัน โดยยึดเกณฑ์ผลบวกจาก 2 ใน 3 การทดสอบต่อไปนี้

(2.1) การตรวจการไหลเวียนของโลหิตในสมองด้วยคลื่นเสียงความถี่สูง (Transcranial Doppler, TCD)

¹⁶⁰ MOHC. “Brain Death Criteria (Adult) (Consultation Drafts).” *Natl Med J China* 83. (2003) : 262.

¹⁶¹ “China Announces First Case of Brain Death,” *Xinhua News Agency* (16 April 2003)

¹⁶² MOHC. “Brain Death Criteria (Adult) (Revised Drafts).” *Chin J Cerebrovasc Dis* 6. (2009) : 220 – 224.

¹⁶³ Brain Injury Evaluation Quality Control Centre of National Health and Family Planning Commission. “Criteria and practical guidance for determination of brain death in adults (BQCC version).” *Chin Med J (Engl)* 126. (2013) : 4786 – 4790.

¹⁶⁴ Ni Dandan, “Patients and families suffer from lack of brain death laws,” *Global Times* (10 August 2014)

¹⁶⁵ Brain Injury Evaluation Quality Control Centre of National Health and Family Planning Commission. *supra note 163*, p.78.

(2.2) การตรวจคลื่นไฟฟ้าสมอง (Electroencephalogram, EEG)

(2.3) การตรวจกระแสประสาทรับความรู้สึกกายโดยการกระตุ้น (Somatosensory Evoked Potential, SEP)

(3) ทำการทดสอบการไม่หายใจ (Apnea Test) ให้ผลบวก

(4) ทำการประเมินซ้ำที่ 12 ชั่วโมงหลังจากการประเมินครั้งแรก¹⁶⁶

ค.ศ. 2015 ได้มีการตีพิมพ์การศึกษาใน Chinese Medical Journal โดยศึกษาเปรียบเทียบเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายของจีนกับสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้ศึกษาในช่วง 1 มกราคม 2012 ถึง 8 ตุลาคม 2013 ณ หน่วยผู้ป่วยวิกฤตระบบประสาท ที่โรงพยาบาล Beijing Tiantan โดยมีผู้ป่วยที่เข้าเกณฑ์การคัดเลือกให้เข้าร่วมการศึกษาทั้งสิ้น 37 ราย พบว่า หากใช้เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายของสหรัฐอเมริกา จะทำให้เกิดการวินิจฉัยภาวะสมองตายในผู้ป่วยทั้งสิ้น 33 ราย แต่หากใช้เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายของจีน จะทำให้เกิดการวินิจฉัยภาวะสมองตายในผู้ป่วยเพียงแค่ 9 รายเท่านั้น¹⁶⁷ ซึ่งยิ่งตอกย้ำถึงความไม่แน่นอนในเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายในวงการแพทย์ และทำให้สังคมจีนนั้นยังคงต้องพิจารณาเรื่องการยอมรับการตายจากภาวะสมองตายตามกฎหมายต่อไป

กล่าวโดยสรุป ปัจจุบัน หากจะมีกฎหมายจีนที่ให้การรับรองภาวะสมองตายออกมา บังคับใช้ ข้อสรุปจากฝ่ายกฎหมายและวงการแพทย์ควรจะต้องออกมาโดยมีลักษณะร่วมกันในหลายประการ ดังนี้

1. ตามความเข้าใจของสังคมจีนโดยส่วนใหญ่ นั้น ยังยึดติดกับการตายตามธรรมชาติ (หัวใจหยุดเต้นและการหยุดหายใจ) และมีความคุ้นเคยกับเรื่องภาวะสมองตายน้อย ฉะนั้น เกณฑ์การวินิจฉัยการตายจะต้องยังคงบูรณาการระหว่างระบบความเชื่อเดิม คือ ภาวะระบบไหลเวียนโลหิต และการหายใจล้มเหลว ร่วมกับระบบความเชื่อใหม่ คือ ภาวะสมองตาย ไปด้วยกัน

¹⁶⁶ (1) *The clinical examination confirm the BD diagnose, including deep coma, absence of brainstem reflexes and no spontaneous (SPONT) respiration;*

(2) *confirmatory tests should fulfill two of the three which include transcranial Doppler (TCD), electroencephalogram (EEG), and somatosensory evoked potential (SEP);*

(3) *the apnea test is positive; and*

(4) *a repeat determination should be done 12 h later after the 1st time*

¹⁶⁷ Ze-Yu Ding. "A Comparison of Brain Death Criteria between China and the United States." *Chin Med J (Engl)* 128. (2015) : 2896 – 2901.

2. ในกรณีที่ถูกวินิจฉัยว่าตกอยู่ในภาวะสมองตายแล้วนั้น โดยปกติแพทย์จะสามารถยุติการรักษาได้โดยทันที เนื่องจากถือว่าบุคคลนั้นได้ตายลงแล้ว แต่ในบางกรณีจะต้องมีการดำเนินการรักษาต่อไปก่อน เช่น ในกรณีของหญิงตั้งครรภ์ที่ได้รับการวินิจฉัยภาวะสมองตาย จะต้องให้การรักษาหญิงนั้นไปก่อนจนกระทั่งได้คลอดบุตร หรือในกรณีของผู้ที่มีความประสงค์จะบริจาคอวัยวะ เป็นต้น

3. กำหนดจำนวนแพทย์ในองค์คณะที่ให้การวินิจฉัยภาวะสมองตาย ควรมีจำนวนมากที่สุดในระดับสากลนั้นคือ 3 คน (เช่น ออสเตรเลียใช้จำนวนแพทย์ทั้งสิ้น 1 คน สหรัฐอเมริกาใช้จำนวนแพทย์ทั้งสิ้น 2 คน และอิตาลีใช้จำนวนแพทย์ทั้งสิ้น 3 คน) และความเห็นขององค์คณะผู้ให้การวินิจฉัยจะต้องเป็นเอกฉันท์ มีอายุยอมรับระบบเสียงข้างมากหรือการประชุมลงความเห็นได้

4. กำหนดบุคคลต้องห้ามมีส่วนเกี่ยวข้องในการวินิจฉัยภาวะสมองตาย เช่น สมาชิกในครอบครัวผู้ป่วย แพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะ หรือแม้แต่แพทย์ที่มีประวัติทำงานผิดพลาดมาก่อน เป็นต้น

5. จัดตั้งหน่วยงานในการควบคุมดูแลในเรื่องภาวะสมองตายโดยมีมาตรการในการควบคุมและกฎเกณฑ์ข้อบังคับต่าง ๆ อย่างชัดเจน รวมไปถึงบทลงโทษในกรณีที่เกิดการฝ่าฝืน¹⁶⁸

¹⁶⁸ ชลگانต์ ธรรมมงกุฎ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 82*, น.46.

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบการตายและหลักเกณฑ์วินิจฉัยสมองตายของไทยกับ ต่างประเทศ

เมื่อวิทยาการทางการแพทย์ก้าวหน้า ย่อมเกิดการค้นพบสิ่งใหม่ ๆ ความตายที่แต่เดิมบุคคลทั่วไปเข้าใจว่าเป็นการสิ้นสุดลงของระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจนั้นอาจไม่เพียงพออีกต่อไป เมื่อวิทยาศาสตร์การแพทย์ได้พบนิยามการตายโดยภาวะสมองตายขึ้นมา ทั้งนี้ กฎหมายซึ่งเป็นโครงสร้างหลักอย่างหนึ่งของสังคม จึงต้องถูกปรับปรุง เปลี่ยนแปลง แก้ไข และพัฒนาให้ทัดเทียมกับวิทยาการ มิเช่นนั้น ก็จะเกิดปัญหาตามมาอย่างมากมาย

4.1 วิเคราะห์ปัญหาการตายโดยภาวะสมองตายในไทย

“สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย”¹⁶⁹

จากบทบัญญัติตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเห็นได้ว่า การเกิดและการตายนั้นเกี่ยวข้องกับการกำเนิดขึ้นหรือสิ้นสุดลงของสภาพบุคคลตามกฎหมายอย่างแนบแน่น ทั้งนี้ นิยามของคำว่า “การเกิด” อาจพออนุมานได้จากถ้อยคำว่า “เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก” แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีได้ปรากฏนิยามของคำว่า “การเกิด” เอาไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายเช่นกัน ซึ่ง “เกณฑ์การวินิจฉัยการเกิด” ในแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกันออกไป เฉกเช่นเดียวกับนิยามของคำว่า “ตาย” ก็ไม่ปรากฏคำอธิบายไว้โดยชัดเจน ณ ที่แห่งใดทั้งในกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นเช่นเดียวกัน จึงทำให้เกิดปัญหาในหลายกรณีที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินว่า บุคคลใด ๆ ได้ตายลงแล้วหรือไม่ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อทั้งตัวบุคคลนั่นเองและบุคคลอื่น¹⁷⁰

กรณีปัญหาที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วและส่งผลกระทบต่อบุคคลและสังคมเป็นวงกว้าง คือกรณี “คดีฆริปราการ” ซึ่งแพทย์ได้ตกเป็นจำเลยในข้อหา “ฆ่าผู้อื่น” ตามประมวลกฎหมายอาญา

¹⁶⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.1.

¹⁷⁰ ไพฑูรย์ ณรงค์ชัย, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 87, น.49.

มาตรา 288 อันเนื่องมาจาก ได้ยุติการรักษาผู้ป่วยที่ได้รับการวินิจฉัยว่าตายโดยภาวะสมองตายและ ผ่าตัดนำเอาอวัยวะ (ตับและไต) ของผู้ป่วยนั้นไปปลูกถ่ายให้กับผู้ป่วยที่จำเป็นต้องได้รับการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะอวัยวะหนึ่ง จะเห็นได้ว่า ประเด็นพิพาทที่สำคัญในกรณีปัญหานี้ คือ ผู้ป่วยรายดังกล่าวนี้ เสียชีวิตลงแล้วหรือไม่ หากพิจารณาว่าผู้ป่วยรายนี้ยังคงมีชีวิตอยู่ การกระทำของแพทย์ดังกล่าวข้างต้นนี้ก็จะตกเป็นการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 หรือแม้แต่อาจพิจารณาว่าเป็นการกระทำความผิดฐาน “ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) เนื่องจาก หากพิจารณาให้ถี่ถ้วนแล้วจะพบว่า กระบวนการผ่าตัดเพื่อเก็บเกี่ยวอวัยวะจากร่างของผู้ป่วยนั้นจะต้องมีการเตรียมการและวางแผนไว้ล่วงหน้าอย่างแน่แท้ แต่หากพิจารณาว่าผู้ป่วยรายนี้เสียชีวิตลงแล้ว การกระทำของแพทย์ดังกล่าวข้างต้นย่อมจะไม่เป็นการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่น เนื่องจาก บุคคลย่อมไม่สามารถฆ่าผู้อื่นที่ตายไปแล้วซ้ำได้¹⁷¹ ยิ่งไปกว่านั้น การกระทำความผิดดังกล่าวนี้ นับแต่ วันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2558 ซึ่งเป็นวันถัดจากวันประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นวันที่พระราชบัญญัติฉบับนี้เริ่มมีผลบังคับใช้ คงจะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า หากการกระทำความผิดดังกล่าวข้างต้นไม่เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นหรือฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนก็ตาม แต่อาจจะเป็นความผิดตาม ลักษณะ 13 แห่ง ประมวลกฎหมายอาญา คือ เป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับศพ เช่น อาจเป็นการกระทำความผิดฐาน “ทำให้เสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งศพ ส่วนของศพ อัฐิหรือเถ้าของศพ” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/3 หรือแม้แต่อาจเป็นการกระทำความผิดฐาน “คูห่มินเหยียดหยามศพ” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/4¹⁷² ก็เป็นไปได้

จะเห็นได้ว่า ภาวะสมองตาย นั้น กลายมาเป็นประเด็นสำคัญในข้อพิพาทแห่งคดี เป็นตัวตัดสินชี้เป็นชี้ตายของบุคคล ซึ่งเป็นเรื่องใหม่สำหรับวงการกฎหมายของประเทศไทยและยังรวมไปถึงความเข้าใจของสังคมโดยทั่วไปด้วย ซึ่งแต่เดิมนั้น ความรับรู้ความเข้าใจของสังคมโดยทั่วไปเกี่ยวกับการตาย คือ การที่หัวใจหยุดเต้นและปอดหยุดทำงาน (ไม่หายใจ) โดยที่มิได้คำนึงถึงการทำงานของสมองแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น ยังปรากฏกรณีที่คล้ายคลึงกันและอาจทำให้สังคม

¹⁷¹ คำพิพากษาศาลฎีกาคดีหมายเลขแดง ด.403/2548 (หมายเลขคำ ด.1242/2545), อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, น.5.

¹⁷² พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 72, น.39.

โดยทั่วไปเกิดความสับสน คือ กรณีที่สมองนั้นได้รับความเสียหายอย่างมีอาจฟื้นคืนย้อนกลับมาได้อีก (Irreversible Brain Damage) เช่น กรณีเจ้าหญิงนิทรา (หรือเจ้าชายนิทรา) หรือภาวะผัก (Persistent Vegetative State) ซึ่งเป็นกรณีที่บุคคลนั้น ๆ ยังมีชีวิตอยู่ย่อมทำให้ ภาวะสมองตาย เข้าใจได้ยากขึ้นไปอีก เนื่องจากขัดกับความรับรู้ทั่วไปของสังคมเกี่ยวกับภาวะผักนี้

ภาวะสมองตาย โดยหลักการใหญ่ ๆ ถือว่า บุคคลที่มีภาวะสมองตายนั้น ได้ตายลงแล้ว เนื่องจากสมองไม่สามารถสั่งงานให้ระบบการหายใจอัตโนมัติทำงานได้เองอีก แต่ที่บุคคลนั้น ๆ ยังคงหายใจได้อยู่ก็เพียงเพราะเครื่องช่วยหายใจ (Ventilator) ซึ่งเป็นอุปกรณ์สิ่งเทียม และเป็น การชั่วคราว โดยบุคคลใด ๆ ไม่อาจอยู่ได้ด้วยเครื่องช่วยหายใจตลอดไป¹⁷³ เนื่องจากจะมี ภาวะแทรกซ้อนตามมาอย่างมากมาย เช่น ภาวะปอดติดเชื้ออันเนื่องมาจากการใส่ท่อช่วยหายใจ (Ventilator – Associated Pneumonia) ทั้งนี้ การหายใจที่เกิดขึ้นอยู่นั้นจึงเป็นเพียงการอัดอากาศเข้าไปในระบบทางเดินหายใจจากเครื่องมือทางการแพทย์ ซึ่งไม่จริงยั่งยืน คล้ายกับการเป่าลมเข้าไปใน ลูกโป่งกันรั่วนั่น

ตัวอย่างที่สำคัญของความไม่เข้าใจและความสับสนต่อภาวะผักกับภาวะสมองตาย คือ กรณีพิพาทในคดีชีวิตปรากการนั่นเอง ซึ่งจะเห็นได้ว่าประเด็นพิพาทนั้นเกิดจาก บิดามารดาของ ผู้ป่วยภาวะสมองตายเห็นว่าบุตรของตนยังมีชีวิตอยู่ คือ ยังมีการหายใจอยู่ แม้จะโดยการต่อกับ เครื่องช่วยหายใจก็ตาม และเห็นว่าหัวใจยังคงเต้นอยู่เพราะฉะนั้น การถอดเครื่องช่วยหายใจออกจึง มองว่าเป็นการฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตนเอง นอกจากความไม่เข้าใจและความสับสนของสังคมต่อภาวะ ผักกับภาวะสมองตายนั้นยังพบว่ายังมีปัญหาอีกจุดหนึ่ง คือ กฎหมายมิได้บัญญัติให้การรับรองการ ตายโดยภาวะสมองตายเป็นการตายตามกฎหมายแล้วนั่นเอง

ในระดับของแพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นมีประกาศ เรื่อง หลักเกณฑ์และ วิธีการวินิจฉัยสมองตาย โดยแพทยสภา ซึ่งระบุชัดเจนว่า บุคคลผู้ซึ่งได้รับการวินิจฉัยว่าสมองตาย ถือว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย ทั้งยังมีหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการตรวจสอบเพื่อให้การวินิจฉัยนี้ เป็นไปอย่างเคร่งครัด¹⁷⁴ แต่อย่างไรก็ตาม ประกาศดังกล่าวคงมีผลใช้บังคับได้เพียงในหมู่ผู้ประกอบ วิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น เนื่องจาก ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้เป็นการทั่วไป จึงยังคง เป็นปัญหาสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและบุคคลอื่นที่อาจเกี่ยวข้องกับผู้ที่ภาวะสมองตาย

¹⁷³ WHO, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 37*, น.15.

¹⁷⁴ ประกาศแพทยสภา ที่ 7/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9*,

แม้ว่าจะมีคำพิพากษาจากศาลฎีกาในกรณีปัญหาดังกล่าวได้เป็นที่สุดแล้วว่า ผู้ที่มีภาวะสมองตายนั้นถือว่าได้ตายไปแล้ว โดยเห็นว่าแพทย์จะเป็นผู้วินิจฉัยภาวะนี้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศแพทยสภาดังกล่าวแล้ว จึงอาจอนุมานได้ว่า หากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวแล้วนั้น จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย แต่กระนั้น แนวคำพิพากษาศาลฎีกาก็มิใช่กฎหมาย และอาจถูกพิพากษากลับเมื่อใดก็ได้ จึงยังถือว่าไม่มีความแน่นอนในเรื่องนี้สำหรับประเทศไทยอยู่

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในแง่ของความไม่แน่นอนในกฎเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยภาวะสมองตายในแต่ละประเทศ เช่น จากการศึกษาเปรียบเทียบเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายของสหรัฐอเมริกากับจีนซึ่งได้ผลออกมาว่า ในผู้ป่วยกลุ่มเดียวกัน หากใช้เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายของสหรัฐอเมริกา จะได้ผลว่าผู้ป่วยนั้นมีภาวะสมองตายถึง 33 คน แต่หากให้เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายของจีน จะได้ผลว่าผู้ป่วยนั้นมีภาวะสมองตายเพียง 9 คน¹⁷⁵ ซึ่งเป็นหลักฐานเชิงประจักษ์ที่แสดงถึงความไม่แน่นอนของหลักเกณฑ์และวิธีการในการวินิจฉัยสมองตายของสมาคมแพทย์ในแต่ละประเทศ ซึ่งนำไปสู่ความคลางแคลงใจของนักกฎหมายและสังคมโดยทั่วไปว่า เหตุใดบุคคลคนเดียวกันหากใช้เกณฑ์การวินิจฉัยจากต่างแหล่งที่มาแล้ว บุคคลนั้นกลับได้รับการวินิจฉัยที่แตกต่างกันไปด้วย ฉะนั้น หากกฎหมายปล่อยให้แพทย์เป็นผู้วินิจฉัยการตายหรือภาวะสมองตายถึงแม้โดยหลักเกณฑ์ซึ่งถูกกำหนดโดยสภาวิชาชีพแล้วก็ตาม ก็ยังอาจเป็นการให้อำนาจแก่แพทย์มากจนเกินไปในการชี้เป็นชี้ตายชีวิตของประชาชน

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาว่า การตายนั้นทำให้สภาพบุคคลสิ้นสุดลง ย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ตามกฎหมายมากมาย ฉะนั้น การตายโดยภาวะสมองตายก็ย่อมที่จะก่อสิทธิหรือระงับซึ่งสิทธิเช่นเดียวกัน ฉะนั้น การตายโดยภาวะสมองตายอาจมีความยุ่งยากซับซ้อนกว่าการตายในกรณีปกติทั่วไปในบางกรณี โดยเฉพาะในประเด็นเรื่อง “เวลาการตาย” ว่า การตายโดยภาวะสมองตายนั้นจะกำหนด เวลาตาย อย่างไร ซึ่งย่อมส่งผลกระทบในหลายกรณี เช่น สิทธิในการรับมรดก การตกทอดของมรดกแก่ทายาทหรือผู้มีสิทธิรับมรดกตามพินัยกรรม สัญญาประกันชีวิต และการแสดงเจตนาปฏิเสธรักษาที่เป็นไปเพื่อยกเว้นการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต อันจะได้วิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อ 4.2

¹⁷⁵ Ze-Yu Ding, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 167, น.79.

4.2 วิเคราะห์ปัญหาของประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย

ปัจจุบัน มีประกาศแพทยสภาที่ 7 /2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย เป็นหลักในการประกอบเวชปฏิบัติของแพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในไทยสำหรับกรณี การวินิจฉัยภาวะสมองตาย อย่างไรก็ตาม เป็นที่ทราบกันคืออยู่แล้วว่า ประกาศแพทยสภาดังกล่าว มิได้มีสถานะเป็นกฎหมาย จึงไม่อาจใช้บังคับได้เป็นการทั่วไป การที่แพทย์ผู้สุจริตได้กระทำการ ตามขั้นตอนและหลักเกณฑ์ตามประกาศดังกล่าวนี้ จึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและมี อาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นได้

กรณีตัวอย่างที่เกิดจากปัญหาดังกล่าวอันเป็นที่ทราบกันคืออยู่แล้ว คือ คดีวชิรปราการ ซึ่งถึงแม้ว่าในท้ายที่สุดศาลฎีกาจะได้มีคำวินิจฉัยออกมารับรองการตายโดยภาวะสมองตายที่ได้รับการวินิจฉัยตามประกาศแพทยสภาดังกล่าว ก็อาจมีผลผูกพันไปกับกรณีอื่น ๆ หรือแม้แต่กรณีที่ อาจมีข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันก็ตาม เนื่องจาก แนวคำพิพากษาศาลฎีกานั้นก็ไม่มีสถานะเป็น กฎหมายเช่นเดียวกัน

ดังนั้น ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลายฝ่าย ทั้งฝ่ายผู้ปฏิบัติงาน คือ แพทย์ และฝ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น สังคม ประชาชน โดยทั่วไป เจ้าพนักงานตำรวจ อัยการ และศาล เป็นต้น โดยแพทย์ ย่อมที่จะเกิดความไม่สบายใจในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเด็นการวินิจฉัยภาวะสมอง ตาย เนื่องจาก มีความวิตกกังวลว่า ถึงแม้ตนจะประกอบเวชปฏิบัติโดยสุจริต แต่ก็มีได้รับความ คุ้มครองตามกฎหมาย หรือแม้ในทางกลับกัน สังคมก็อาจวางใจได้ เนื่องจาก ปัญหาความไม่ แน่นอนของกฎหมาย อันหมายถึงความถึง คำพิพากษาศาลฎีกาที่อาจถูกกลับเมื่อใดก็ได้ รวมไปถึง เจ้าพนักงานตำรวจ อัยการ และศาล ซึ่งย่อมจะต้องได้รับผลกระทบจากประเด็นนี้เช่นเดียวกันใน การปฏิบัติหน้าที่

ฉะนั้น หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อรับรองการตายโดยภาวะสมองตายให้ สอดคล้องกับแนวทางการวินิจฉัยโดยแพทยสภาและคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีวชิรปราการ ย่อมจะ ขจัดปัดเป่าให้ปัญหาดังกล่าวมานี้เบาบางลงได้บ้างไม่มากก็น้อย อันจะได้วิเคราะห์ต่อไปในหัว ข้อ 4.5

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณา ประกาศแพทยสภาที่ 7 /2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการ วินิจฉัยสมองตาย พบว่า ยังมีจุดบกพร่องอยู่หลายประการ อันจะส่งผลกระทบต่อกรณีต่าง ๆ ที่อาจ เกิดขึ้นได้ในอนาคต ดังนี้

- (1) ปัญหาความไม่แน่นอนของจุดเริ่มต้นการวินิจฉัยภาวะสมองตาย
- (2) ปัญหาความไม่แน่นอนของการระบุเวลาตาย
- (3) ความสัมพันธ์และผลกระทบต่อการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต
- (4) ความสัมพันธ์และผลกระทบต่อการตายตามความรู้เดิม (ระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลว)

4.2.1 ปัญหาความไม่แน่นอนของจุดเริ่มต้นการวินิจฉัยภาวะสมองตาย

จากประกาศแพทยสภาดังกล่าว ไม่ปรากฏบัญญัติข้อใดกำหนดว่า จุดเริ่มต้นของการวินิจฉัยภาวะสมองตายนั้นจะต้องเริ่มกระทำเมื่อใด หากแต่เพียงบัญญัติไว้กว้าง ๆ ใน

ข้อ 3 การวินิจฉัยสมองตายให้ทำได้ในสภาวะและเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ป่วยต้องไม่รู้สึกรู้สีก้าวและไม่หายใจ โดยมีข้อวินิจฉัยถึงสาเหตุให้รู้แน่ชัดว่า สภาวะของผู้ป่วยนี้เกิดขึ้นจากการที่สมองเสียหายโดยไม่มีหนทางเยียวยาได้ และ

(2) การไม่รู้สึกรู้สีก้าวและไม่หายใจนี้ไม่ได้เกิดจาก

ก. พิษยา เช่น ยาเสพติด ยานอนหลับ ยาคลายกล้ามเนื้อ สารพิษที่มีผลให้กล้ามเนื้อไม่ทำงาน

ข. ภาวะอุณหภูมิในร่างกายต่ำรุนแรง (น้อยกว่า 32 องศาเซลเซียส)

ค. ภาวะผิดปกติของระบบต่อมไร้ท่อและเมตาบอลิก

ง. ภาวะช็อก ยกเว้น ที่เกิดจากการสูญเสียหน้าที่ของระบบประสาทที่ควบคุมการเต้นของหัวใจและการหดตัวของหลอดเลือด

จากการตีความตามตัวอักษรจะพบว่า ประกาศดังกล่าว ได้บัญญัติไว้เพียงคร่าว ๆ เท่านั้นว่า อนุญาตให้แพทย์กระทำการวินิจฉัยภาวะสมองตายได้ เมื่อ ผู้ป่วยนั้นไม่รู้สึกรู้สีก้าวและไม่หายใจ ทั้งนี้ จะต้องประกอบกับเงื่อนไขว่า สภาวะดังกล่าวนี้จะต้องเกิดจากการที่สมองเสียหายโดยไม่มีหนทางเยียวยาได้ และจะต้องไม่ได้เกิดจากปัจจัยทางการแพทย์อื่น ๆ (พิษยา อุณหภูมิกายต่ำ ความผิดปกติของระบบต่อมไร้ท่อฯ และช็อก)

คำว่า “ให้ทำได้” ย่อมหมายความในเชิง “อนุญาต” ซึ่งหากพิจารณาให้ถี่ถ้วนจะพบว่า หมายถึง “มิได้บังคับให้ต้องกระทำ” ดังนั้น จึงอาจอนุมานได้ว่า บัญญัติให้เป็น “ดุลยพินิจ” ของแพทย์เป็นกรณีไป เมื่อพิจารณาถึงประโยชน์และโทษของบทบัญญัตินี้อาจพินิจได้ว่า

(1) ประโยชน์: เป็นการเปิดโอกาสให้แพทย์ได้ใช้ดุลยพินิจอย่างเต็มที่ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่า กรณีใดสมควรจะต้องวินิจฉัยภาวะสมองตายหรือไม่ มิใช่บังคับให้ต้องกระทำในทุกกรณี ซึ่งอาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ เช่น ความขาดแคลนแพทย์ ความขาดแคลนทรัพยากรและอุปกรณ์ที่ใช้ในการตรวจ และความไม่ลงรอยกับประสงค์ของญาติ เป็นต้น

(2) โทษ: สังคมย่อมจะตั้งคำถามต่อความไม่แน่นอนของจุดเริ่มต้นการวินิจฉัยภาวะสมองตาย และอาจมีการทะเลาะหรือถูกบีบบังคับมิให้กระทำในกรณีที่สมควรจะต้องมีการวินิจฉัยภาวะสมองตายเพื่อประโยชน์อื่น ๆ เช่น ปัญหาการครองเตียง ปัญหาทางเศรษฐศาสตร์ และปัญหาทางสิทธิมนุษยชน เป็นต้น

หากพิจารณาให้ถี่ถ้วนมากขึ้นยังพบว่า ประการดังกล่าวมิได้กำหนดตัว “ผู้เริ่ม” กระบวนการวินิจฉัยภาวะสมองตาย หากแต่อนุมานเอาเองได้ว่า น่าจะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เนื่องจาก เป็นประกาศจากสภาวิชาชีพ (แพทยสภา) แต่ก็มีได้มีบทบังคับแต่ประการใด ดังนั้นจึงอาจเกิดกรณีปัญหาในประเด็น “ผู้เริ่ม” กระบวนการวินิจฉัยภาวะสมองตายได้ เช่น ในกรณีที่แพทย์มิได้มีความคิดริเริ่มกระบวนการวินิจฉัยภาวะสมองตาย ญาติหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องจะเป็นผู้ร้องให้เริ่มกระบวนการดังกล่าวนี้ได้หรือไม่?

หากตีความตามตัวอักษรจากบทบัญญัตินี้จะพบว่า มิได้มีการกำหนดตัว “ผู้เริ่ม” กระบวนการวินิจฉัยภาวะสมองตายไว้ แต่ได้กำหนดกรณีที่ “อนุญาต” ให้เริ่มกระบวนการวินิจฉัยภาวะสมองตายได้ คือ ภาวะที่ผู้ป่วยนั้นไม่รู้สึกตัวและไม่หายใจ ดังนั้น หากปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าวขึ้น ผู้ใดที่มีส่วนเกี่ยวข้องก็ย่อมจะร้องขอให้เริ่มกระบวนการวินิจฉัยภาวะสมองตายได้

อย่างไรก็ตาม การบัญญัติ “เงื่อนไข” ในการเริ่มกระบวนการวินิจฉัยภาวะสมองตาย คือ กรณีที่ผู้ป่วยนั้นไม่รู้สึกตัวและไม่หายใจ นั้นเป็นการยากแก่บุคคลทั่วไปที่จะทราบได้ เนื่องจากผู้ป่วยที่ต้องสงสัยว่าจะมีภาวะสมองตายนั้น มักจะไม่รู้สึกตัวแต่ได้รับการช่วยหายใจอยู่โดยต่อกับเครื่องช่วยหายใจ (Ventilator) การสังเกตหรือการจะทราบได้ว่าผู้นั้น “ไม่หายใจ” จึงเป็นข้อมูลที่ทราบแต่เพียงฝ่ายเดียวของแพทย์ (Exclusive Knowledge) ร่วมกับ บัญญัติใน

ข้อ ๗ วิธีปฏิบัติในการวินิจฉัยสมองตาย

...

การตายโดยเกณฑ์สมองตาย คือ การดูแลเพื่อรักษาอวัยวะให้สามารถนำไปปลูกถ่ายได้

จะเห็นได้ว่า การวินิจฉัยภาวะสมองตายนั้นมีเจตนารมณ์หนึ่ง คือ เพื่อการเก็บเกี่ยวอวัยวะ (Organ Harvesting) ซึ่งมีได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ที่ตกอยู่ในภาวะสมองตายโดยแท้ แต่

เป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยรายอื่นและมวลมนุษยชาติ ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงพบว่า แพทย์มักจะเป็นผู้เริ่มในกระบวนการวินิจฉัยภาวะสมองตายเป็นส่วนใหญ่ และด้วยเหตุนี้ ยิ่งทำให้เกิดความแคลงใจของสังคมต่อการเปิดโอกาสให้แพทย์ใช้ดุลยพินิจอย่างเต็มที่ในเรื่องละเอียดอ่อนเช่นนี้

4.2.2 ปัญหาความไม่แน่นอนของการระบุเวลาตาย

ต่อเนื่องจากปัญหาที่ 1 คือ ความไม่แน่นอนของจุดเริ่มต้นการวินิจฉัยภาวะสมองตาย ทำให้เวลาสิ้นสุดการตรวจทดสอบภาวะสมองตายและให้การวินิจฉัยภาวะสมองตายย่อมไม่แน่นอนไปด้วยเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม ปราบกฏบทบัญญัติ

ข้อ 4 เมื่อผู้ป่วยอยู่ในสภาวะครบตามเงื่อนไขข้อ (3) แล้ว เพื่อยืนยันการวินิจฉัยสมองตาย ให้ตรวจตามเกณฑ์ ดังนี้

(1) ตรวจไม่พบการเคลื่อนไหวใด ๆ ได้เอง ยกเว้นการเคลื่อนไหวที่เกิดจากรีเฟลกซ์ของไขสันหลัง

(2) ตรวจไม่พบรีเฟลกซ์ของก้านสมองต่อไปทั้งหมด ยกเว้นในส่วนที่มีข้อจำกัดไม่สามารถตรวจได้

...

(3) สภาวะการตรวจพบใน ข้อ 4 (1) และ 4 (2) นี้ ต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อย 6 ชั่วโมง จึงวินิจฉัยสมองตาย

เมื่อตีความตามบทบัญญัติใน ข้อ 4 (3) จะพบว่า เจตนารมณ์ของบทบัญญัตินี้ต้องการให้มีการตรวจทดสอบซ้ำอีกครั้งหนึ่ง ณ เวลาไม่น้อยกว่า 6 ชั่วโมงนับจากการตรวจทดสอบครั้งแรก เพื่อความแน่นอนว่าผู้นั้นได้ตกอยู่ในภาวะสมองตายแล้วจริง ๆ ซึ่งบทบัญญัตินี้ได้บัญญัติไว้ให้เป็นการสะดวกในทางปฏิบัติ เนื่องจาก หากบัญญัติให้ทำการตรวจทดสอบอีกครั้ง ณ เวลา 6 ชั่วโมงนับจากการตรวจทดสอบครั้งแรก คงจะทำให้แพทย์ปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างยากลำบากมากขึ้น เนื่องจาก จะต้องจับเวลาและทำการทดสอบในเวลาที่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด ไม่สามารถยืดหยุ่นได้ อย่างไรก็ตาม หากบัญญัติไว้เช่นนั้นจริง ก็อาจไม่มีประโยชน์มากนักในเรื่องความแน่นอนในการระบุเวลาตาย เนื่องจาก ช่วงเวลาในการเริ่มทำการทดสอบครั้งแรกนั้น ก็มีได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนตั้งแต่แรกแล้ว

ในทางปฏิบัติ ดังปรากฏในสำนวนคดีฉิรปรากฏ พบว่า แพทย์ได้ทำการตรวจทดสอบอีกครั้งที่ 10 ชั่วโมงนับจากการตรวจทดสอบครั้งแรก ซึ่งเกินกว่า 6 ชั่วโมงนับจากการตรวจทดสอบครั้งแรก ศาลจึงได้ให้ความเห็นว่า แพทย์นั้นปฏิบัติชอบตามประกาศแพทยสภาดังกล่าวนี้แล้ว

จะเห็นได้ว่า ประกาศแพทยสภาดังกล่าวนี้ได้บัญญัติไว้อย่างยืดหยุ่นเรื่องระยะเวลาของขั้นตอนการตรวจทดสอบซ้ำ อีกทั้ง มิได้บัญญัติถึงข้อกำหนดในการลงเวลาตายแต่อย่างใด ทั้งนี้ ในธรรมเนียมปฏิบัติปรากฏว่า แพทย์มักลงเวลาตายเมื่อทำการตรวจทดสอบทุกอย่างเสร็จสิ้นแล้ว ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดปัญหาในบางกรณี เช่น สิทธิในการรับมรดก การตกทอดของมรดกแก่ทายาทโดยธรรมหรือผู้มีสิทธิรับมรดกตามพินัยกรรม และการใช้เงินตามสัญญาประกันชีวิต

กรณีที่จะก่อให้เกิดปัญหาได้ คือ กรณีที่มีผู้ประสบภัยในเหตุการณ์เดียวกันหลายคน โดยบุคคลเหล่านั้นมีความเกี่ยวข้องกันเป็นทายาทโดยธรรมหรือเป็นทายาทผู้มีสิทธิรับมรดกตามพินัยกรรมซึ่งกันและกัน เช่น กรณีบิดา มารดา และบุตร ประสบเหตุทางการจราจรทางบก ได้รับบาดเจ็บอย่างรุนแรง หมดสติ ร่วมกันได้รับการรักษาโดยการใช้เครื่องช่วยหายใจ ซึ่งเข้าเกณฑ์ในการริเริ่มวินิจฉัยภาวะสมองตายด้วยกันทั้งสามราย ดังนั้น ระยะเวลาตายของบุคคลทั้งสามย่อมมีผลต่อสิทธิในการรับมรดกหรือการตกทอดของมรดกแก่ทายาทโดยธรรมหรือทายาทผู้มีสิทธิรับมรดกตามพินัยกรรม การลงระยะเวลาการตายที่เหลื่อมล้ำกันในกรณีดังกล่าว ย่อมที่จะส่งผลกระทบต่อลำดับของทายาทโดยธรรมและการคำนวณทรัพย์สินมรดก รวมไปถึงผลกระทบต่อสัญญาประกันชีวิต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 889 ในสัญญาประกันชีวิตนั้น การใช้จำนวนเงินย่อมอาศัยความทรงชีพหรือมรณะของบุคคลคนหนึ่ง

จะเห็นได้ว่า การใช้เงินตามสัญญาประกันชีวิตนั้นพิจารณาถึงความดำรงอยู่หรือความตายของบุคคลหนึ่ง ซึ่งมีความเกี่ยวพันกันอย่างแนบแน่นกับการคำนวณทรัพย์สินมรดก ดังนั้น ลำดับการตาย (เวลาตาย) จึงมีความสำคัญ

อย่างไรก็ตาม กรณีปัญหาเช่นนี้อาจนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาประกอบการวินิจฉัย คือ

มาตรา 17 ในกรณีบุคคลหลายคนตายในเหตุอันตรายร่วมกัน ถ้าเป็นการพันวิสัยที่จะกำหนดได้ว่าคนไหนตายก่อนหลัง ให้ถือว่าตายพร้อมกัน

จะเห็นได้ว่า หากนำบทบัญญัติในมาตรา 17 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ก็น่าจะขจัดปัดเป่าปัญหาดังกล่าวนี้ลงไปได้ ทั้งนี้ กรณีดังกล่าวยังไม่เคยเกิดขึ้นเป็นกรณี

ปัญหาจริง จึงสมควรจะต้องติดตามกันต่อไปว่า ในทางปฏิบัติแล้วการนำบทบัญญัติดังกล่าวมาปิดช่องโหว่ในประกาศแพทยสถานี้จะสามารถกระทำได้หรือไม่ มากน้อยเพียงใด

4.2.3 ความสัมพันธ์และผลกระทบต่อการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต

“การรักษา (การรับบริการสาธารณสุข) ที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต” นั้นมิได้มีบทนิยามในกฎหมายชัดเจน จึงอาจยึดถือตามความหมายทั่วไปที่วิญญูชนเข้าใจกัน ซึ่งอาจหมายถึง “การรักษาใด ๆ ที่มีได้ทำให้โรคร้ายไข้เจ็บหรือภาวะใด ๆ ที่ร่างกายกำลังประสบอยู่นั้นหายไป ทั้งยังไม่สามารถที่จะทำให้หลีกเลี่ยงความตายได้ในระยะเวลาอันสั้น” เมื่อพิจารณาจากความหมายนี้จะเห็นได้ว่า การรักษาโดยใช้เครื่องช่วยหายใจต่อผู้ที่ตกอยู่ในภาวะสมองตายนั้น น่าจะเป็นการรักษาที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต เนื่องจากภาวะสมองตายตามนิยามที่ประกาศโดยแพทยสถานี้หมายถึง ภาวะที่สมองเสียหายโดยไม่มีหนทางเยียวยาได้ การรักษาใด ๆ รวมถึงการรักษาโดยใช้เครื่องช่วยหายใจต่อผู้ที่ตกอยู่ในภาวะสมองตายย่อมเป็นการรักษาที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตเพียงเท่านั้น บุคคลย่อมที่จะแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาดังกล่าวล่วงหน้าเป็นหนังสือได้ตาม มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550

กรณีที่น่าจะเกิดปัญหาได้ คือ กรณีที่บุคคลยังมิได้รับการวินิจฉัยว่าตกอยู่ในภาวะสมองตาย โดยที่บุคคลนั้น ได้แสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตล่วงหน้าเป็นหนังสือ จึงเป็นกรณีที่นำวินิจฉัยว่า การรักษาโดยการใส่เครื่องช่วยหายใจนั้นสามารถกระทำได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาประกาศแพทยสภาที่ 7 /2554 เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย

ข้อ 4 เมื่อผู้ป่วยอยู่ในสภาวะครบตามเงื่อนไขข้อ 3 แล้ว เพื่อยืนยันการวินิจฉัยสมองตายให้ตรวจตามเกณฑ์ ดังนี้

...

(1) ทดสอบการไม่หายใจ เป็นบวก หมายความว่า ไม่มีการเคลื่อนไหวของทรวงอกและหน้าท้องเมื่อหยุดเครื่องช่วยหายใจเป็นเวลาอย่างน้อย 10 นาที บ่งบอกถึงก้านสมองสูญเสียหน้าที่โดยสิ้นเชิงและสมองตาย

จะเห็นได้ว่า เกณฑ์ในการวินิจฉัยภาวะสมองตายข้อหนึ่ง คือ การทดสอบการไม่หายใจ ซึ่งกำหนดว่า จะต้องทดสอบโดยการ “หยุดเครื่องช่วยหายใจ” แปลว่า จะต้องมีการรักษาโดยการใส่

เครื่องช่วยหายใจอยู่ก่อน มิเช่นนั้น จะไม่สามารถทำการทดสอบนี้ได้ครบตามเกณฑ์จากประกาศแพทยสภาดังกล่าว จึงมีผลทำให้ไม่สามารถวินิจฉัยภาวะสมองตายได้

ในยุคที่สังคมเรียกร้องถึงสิทธิมนุษยชนเป็นอันมาก การแสดงอัตตาณัติ (Autonomy) ของผู้ป่วยย่อมต้องได้รับความเคารพและคุ้มครอง ซึ่ง ภาวะสมองตาย เมื่อพิจารณาโดยนิยามแล้ว หมายความว่า บุคคลนั้นได้ตายแล้ว ดังนั้น การใช้เครื่องช่วยหายใจกับบุคคลที่ตกอยู่ในภาวะสมองตายย่อมหมายถึงการใช้เครื่องช่วยหายใจกับศพ เมื่อพิจารณาให้ถี่ถ้วนอาจจะเห็นได้ว่า มิใช่กรณีตาม มาตรา 12 แห่ง พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ก็ว่าได้

โรคภัยไข้เจ็บหรือภาวะใด ๆ นั้นมีอยู่มากมายที่สามารถนำพาให้บุคคลต้องประสบกับความตายในระยะเวลาอันสั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น การเคารพต่ออัตตาณัติของผู้ป่วยที่แสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตล่วงหน้าเป็นหนังสือ นั้นย่อมสมควรได้รับความเคารพแล้ว

4.2.4 ความสัมพันธ์และผลกระทบต่อการตายตามความรับรู้เดิม (ระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลว)

เมื่อความตายทางการแพทย์แบ่งมี 2 กรณี¹⁷⁶ คือ

(1) ความตายแบบดั้งเดิม หมายถึง ความตายที่พิจารณาจากการดับสูญของระบบไหลเวียนโลหิต คือ หัวใจหยุดเต้น ร่วมกับการดับสูญของระบบการหายใจ คือ ปอดหยุดทำงานรวมเป็น ภาวะระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลว

(2) ความตายแบบใหม่ หมายถึง ความตายที่พิจารณาจากการดับสูญของสมอง (หรือก้านสมอง) หรือ การตายโดยภาวะสมองตาย

หากพิจารณาเพียงผิวเผินสังคมอาจจะตั้งข้อสังเกตว่า ความตายทางการแพทย์นั้นแยกออกเป็น 2 กรณี ซึ่งอาจจะทำให้เกิดปัญหาว่า เมื่อใดจึงจะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาความตายแบบดั้งเดิมและเมื่อใดจึงจะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาความตายแบบใหม่ แต่ครั้งเมื่อพิจารณาให้ถี่ถ้วนจะพบว่า ความตายแบบใหม่ หรือ การตายโดยภาวะสมองตาย เป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยความตายที่ต่อ ยอดมาจากเกณฑ์การพิจารณาความตายแบบดั้งเดิม คือ เมื่อพิจารณาความตายด้วยเกณฑ์การพิจารณาความตายแบบดั้งเดิมแล้วพบว่า ระบบไหลเวียนโลหิตยังคงทำงานร่วมกับการหายใจที่ยังคงมีอยู่ จึงไม่อาจตัดสินได้ว่าบุคคลในภาวะดังกล่าวนั้นตายแล้ว จึงยกระดับไปพิจารณาโดยใช้

¹⁷⁶ Jason Payne – James, Richard Jones, Steven B Karch, John Manlove, *supra note 40*, p.19.

เกณฑ์การพิจารณาความตายแบบใหม่ คือ เมื่อพบบุคคลที่ยังคงมีระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจทำงานอยู่ แต่ไร้เส้นซึ่งสติสัมปชัญญะ และมีบริบทแวดล้อมที่น่าสงสัยว่าบุคคลนั้นตกอยู่ในภาวะสมองตายแล้วหรือไม่ ก็สามารถที่จะใช้เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายเพื่อตรวจทดสอบบุคคลดังกล่าวต่อไป

กล่าวโดยสรุป การตายโดยภาวะสมองตาย ตามประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย นั้น ย่อมไม่กระทบต่อการพิจารณาความตายแบบดั้งเดิม ที่พิจารณาจากระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจ

4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการตายโดยภาวะสมองตายของไทยและต่างประเทศ

สังคมและประเทศต่าง ๆ นั้น ย่อมมีโครงสร้างพื้นฐานของประชากรที่แตกต่างกัน ตั้งแต่ระดับการศึกษาของประชาชนโดยทั่วไปจนถึงความรู้ความสามารถของกลุ่มผู้เชี่ยวชาญสาขาต่าง ๆ ในแต่ละประเทศ ทั้งนี้ อาจจะมีปัจจัยด้านปรัชญา ศาสนา และความเชื่อที่แตกต่างกันร่วมด้วย ย่อมจะทำให้ชุดกระบวนการความคิดของคนในแต่ละสังคมนั้นแตกต่างกันออกไป อย่างไรก็ตามในทุกประเทศทุกสังคมย่อมจะต้องมีโครงสร้างพื้นฐานอย่างหนึ่งที่สำคัญในการควบคุมความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม นั่นคือ กฎหมาย ซึ่งในบางครั้งกฎหมาย ความเชื่อ และวิทยาการอาจจะไม่สอดคล้องลงรอยกัน

4.3.1 ระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา

อย่างที่ได้นำเสนอข้อมูลและวิเคราะห์มาแล้วว่า ภาวะสมองตายนั้นยังไม่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายไทยอย่างจริงจัง เนื่องจาก ยังไม่มีการบัญญัติรับรองภาวะสมองตายให้ถือเป็นการตายตามกฎหมายใด ๆ คงมีแต่เพียงประกาศแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย ร่วมกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ให้ความเห็นและพิพากษาตามประกาศดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งไม่มีฐานะเป็นกฎหมายเพื่อให้เกิดการบังคับใช้เป็นการทั่วไปแต่อย่างใด

สหรัฐอเมริกานั้นแตกต่างกับไทย ซึ่งถึงแม้จะใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) แต่ก็ได้ปรากฏการบัญญัติรับรองภาวะสมองตายให้เป็นการตายตามกฎหมายอย่างชัดเจนใน พระราชบัญญัติความเป็นหนึ่งเดียวกันของการวินิจฉัยการตาย (Uniform Determination of Death Act 1981, UDDA) โดย คณะกรรมาธิการความเป็นหนึ่งเดียวกันของกฎหมายมลรัฐในการประชุมระดับชาติ (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) โดยความร่วมมือกับ แพทยสมาคมอเมริกัน (American Medical Association) เนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน

(American Bar Association) และ คณะกรรมการกลางเพื่อการศึกษาปัญหาชีวจริยธรรม การแพทย์และพฤติกรรมศาสตร์ในการวิจัย (President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research)¹⁷⁷ จะเห็นได้ว่า การออกกฎหมาย เป็นลายลักษณ์อักษรนี้ได้รับความร่วมมือจากหลาย ๆ ฝ่าย โดยฝ่ายที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งใน กรณีนี้ คือ ฝ่ายการแพทย์ เนื่องจาก การตายโดยภาวะสมองตายนี้จุดเริ่มต้นนั้นเริ่มมาจากการพัฒนา องค์ความรู้ทางการแพทย์ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับความร่วมมือและข้อมูลทาง การแพทย์จากองค์กรวิชาชีพนี้

อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกานั้นใช้ระบอบการปกครองแบบสหพันธรัฐ มิใช่แบบรัฐ เดี่ยวเช่นประเทศไทย ดังนั้น การออกกฎหมายโดยทั่วไปจากส่วนกลางนั้นจะต้องถูกนำไปบัญญัติ เป็นกฎหมายภายในแต่ละรัฐ เพื่อให้มีสภาพบังคับได้ในแต่ละรัฐด้วย ซึ่งปัจจุบัน กฎหมายฉบับ ดังกล่าวนี้ได้ถูกนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในแต่ละรัฐแล้วถึง 39 รัฐ (Alabama, Alaska, Arkansas, California, Colorado, Delaware, District of Columbia, Georgia, Idaho, Indiana, Kansas, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, U.S. Virgin Islands, Utah, Vermont, West Virginia, Wisconsin, Wyoming)

เนื้อหาของ UDDA นั้นมีความเรียบง่าย ไม่ยุ่งยากซับซ้อน โดยได้บัญญัติไว้กว้าง ๆ เพียง 3 มาตรา เท่านั้น ดังนี้

มาตรา 1 [การวินิจฉัยความตาย] บุคคลที่มีภาวะดังต่อไปนี้ เป็นบุคคลที่ตายแล้ว

(1) ภาวะที่ระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลวอย่างไม่อาจย้อนคืนได้ หรือ

(2) ภาวะที่ระบบการทำงานของสมองสูญเสียไปทั้งหมดอย่างไม่อาจย้อนคืนได้

โดยรวมไปถึงบริเวณก้านสมองด้วย

เกณฑ์การวินิจฉัยการตายนั้นให้ปฏิบัติตามมาตรฐานทางการแพทย์

มาตรา 2 [ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการปรับใช้และการบัญญัติกฎหมาย] เพื่อ ประโยชน์แห่งการตราและการปรับใช้พระราชบัญญัตินี้ตามวัตถุประสงค์เพื่อการบังคับใช้เป็น การทั่วไป จะต้องได้รับการนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในแต่ละมลรัฐเพื่อให้มีสภาพบังคับต่อไป

¹⁷⁷ Uniform Determination of Death Act 1981, *supra* note 106, p.59.

มาตรา 3 [ชื่อ] พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของการวินิจฉัยการตาย”¹⁷⁸

จะเห็นได้ว่า ตามบทบัญญัติแห่ง UDDA นั้น ได้บัญญัติเกี่ยวกับการตายโดยภาวะสมองตายไว้เพียงกว้าง ๆ คือ การรับรองว่าบุคคลที่มีภาวะสมองตายนั้นเป็นบุคคลที่ตายไปแล้ว ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามมาตรฐานทางการแพทย์ ถึงแม้กฎหมายฉบับนี้จะมีได้บัญญัตินิยามของคำว่า “มาตรฐานทางการแพทย์ (Medical Standard)” เอาไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่ก็อาจอนุมานได้ว่า หมายถึง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายซึ่งประกาศโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและได้รับการยอมรับในวงการแพทย์อเมริกันเป็นการทั่วไปในเรื่องนี้ ซึ่งหน่วยงานดังกล่าว คือ วิทยาลัยประสาทวิทยาอเมริกัน (American Academy of Neurology, AAN) ทั้งนี้ AAN ได้พัฒนาปรับปรุงและประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายเรื่อยมา โดยฉบับล่าสุด คือ ประกาศในปี ค.ศ. 2010 คือ แนวทางปฏิบัติอิงหลักฐานปรับปรุงใหม่: การวินิจฉัยสมองตายในผู้ใหญ่ (Evidence – Based Guideline Update: Determining Brain Death in Adults)¹⁷⁹

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายของไทยกับสหรัฐอเมริกาจะเห็นถึงความคล้ายคลึงและความแตกต่างกันในรายละเอียด ดังนี้ ย่อมตอกย้ำถึงความไม่แน่นอนในหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าว เนื่องจาก อาจเกิดกรณีที่บุคคลคนเดียวกันจะถูกตัดสินว่าตายโดยภาวะสมองตายหรือไม่จากคนละหลักเกณฑ์และวิธีการซึ่งประกาศโดยสมาคมทางการแพทย์ที่แตกต่างกัน แล้วอาจจะทำให้บุคคลนั้นถูกตัดสินว่าตายหรือไม่ตายได้ในคราวเดียวกัน จึงส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์ของกระบวนการดังกล่าว และแสดงถึงความไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของความเห็นทางการแพทย์ ดังนั้น หากเกิดกรณีที่มีสมาคมทางการแพทย์ในระดับความ

¹⁷⁸ Article 1 [Determination of Death] An individual who has sustained either

(1) Irreversible cessation of circulatory and respiratory functions, or

(2) Irreversible cessation of all functions of the entire brain, including the brain stem, is dead.

A determination of death must be made in accordance with accepted medical standards

Article 2 [Uniformity of Construction and Application] This Act shall be applied and construed to effectuate its general purpose to make uniform the law with respect to the subject of this Act among states enacting it.

Article 3 [Short Title] This Act may be cited as the Uniform Determination of Death Act.

¹⁷⁹ Wijdicks EF, Varelas PN, Gronseth GS, Greer DM, American Academy of Neurology, *supra* note 27, p.12.

น่าเชื่อถือเดียวกันออกมาประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายที่แตกต่างกันในสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้น เช่น ความแตกต่างกันของหลักเกณฑ์และวิธีการในแต่ละมลรัฐ ย่อมจะทำให้การวินิจฉัยการตายมีความไม่แน่นอนเกิดขึ้น ดังนี้ การกำหนดนิยามของคำว่า “มาตรฐานทางการแพทย์ (Medical Standard)” หรือแม้แต่หน่วยงานที่รับผิดชอบในการประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวนี้ให้ชัดเจนไป น่าจะป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในประเด็นนี้ให้หมดสิ้นไปได้

ในกรณีของไทย หน่วยงานที่อาจเกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าวนี้ คือ แพทยสภา การบัญญัติให้อำนาจแก่แพทยสภาเพื่อการตราหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายนั้น อาจต้องกระทำลงในกฎหมายที่ให้อำนาจแก่แพทยสภาโดยตรง เช่น พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 การบัญญัติให้อำนาจดังกล่าวนี้หากกระทำลงในกฎหมายอื่น อาจไม่เหมาะสมกับบริบทนัก

ยิ่งไปกว่านั้น หากมีบทบัญญัติให้อำนาจแพทยสภาในลักษณะเช่นนี้ขึ้นในประเทศไทย อาจจะทำให้สังคมเกิดความกังวลต่ออำนาจของแพทยสภาที่มากเกินไป ในการกำหนดคกฏเกณฑ์ตัดสินว่าบุคคลใดตายแล้วหรือไม่ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อภาระการทำความผิดอันเกี่ยวกับการซื้อขายอวัยวะมนุษย์ จึงสมควรที่จะมีการศึกษาถึงมาตรการควบคุมและถ่วงดุลอำนาจของแพทยสภาในเรื่องนี้ต่อไป

ทั้งนี้ หากจะนำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้กับบริบทของไทย อาจจะต้องทำการปรับข้อความให้เหมาะสมกับบริบทของไทยอีกเล็กน้อย ดังนี้

มาตรา 1 บุคคลที่มีภาวะดังต่อไปนี้ เป็นบุคคลที่ตายแล้ว

(1) ภาวะที่ระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลวอย่างไม่อาจย้อนคืนได้ หรือ

(2) ภาวะที่ระบบการทำงานของสมองสูญสิ้นไปทั้งหมดอย่างไม่อาจย้อนคืนได้

โดยรวมไปถึงบริเวณก้านสมองด้วย

เกณฑ์การวินิจฉัยการตายนั้นให้เป็นไปตามมาตรฐานทางการแพทย์

4.3.2 ระหว่างไทยกับอังกฤษ

ระบบกฎหมายอังกฤษนั้นเป็นระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งแตกต่างกับระบบกฎหมายไทยซึ่งเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือระบบกฎหมายสารบัญญัติ หรือซีวิลลอว์ (Civil Law) ทั้งไทยและอังกฤษเองนั้น ไม่มีบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ถึงการรับรองภาวะสมองตายเป็นการตายตามกฎหมาย คงมีแต่เพียงแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องดังกล่าวนี้เท่านั้นที่พิจารณาพิพากษาโดยเห็นด้วยไปกับหลักบุคคลที่มีภาวะสมองตายนั่นคือบุคคลซึ่งได้ตายไปแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์นั้นมียกข้อยกเว้นหนึ่ง คือ Court – Made Law ซึ่งถือเอาคำพิพากษาของศาลก่อน ๆ เป็นกฎหมาย ไม่เหมือนกับกรณีระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ที่จะต้องบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้นจึงจะมีสภาพเป็นกฎหมายและสามารถบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไป

โดยคำพิพากษาที่ถือว่าเป็นหลักรับรองในเรื่องภาวะสมองตายตามกฎหมายอังกฤษ คือ คำพิพากษาคดี Re A ใน ค.ศ. 1992 โดยมีใจความสำคัญตอนหนึ่ง ความว่า “บุคคลซึ่งตกอยู่ในภาวะสมองตายนั้นถือเป็นบุคคลที่ตายแล้ว”¹⁸⁰ ทั้งนี้ คำพิพากษานี้ได้สอดคล้องไปกับประกาศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัย (ก้าน) สมองตายโดย United Kingdom Conference of Medical Royal Colleges เมื่อ ค.ศ. 1976 โดยได้มีการเพิ่มเติมข้อความลงในบันทึกให้ชัดเจนมากขึ้น เมื่อ ค.ศ. 1979 ความว่า “ภาวะสมองตายนั้น หมายถึง การตายของบุคคลนั้น ๆ ทั้งตัว”¹⁸¹ และอังกฤษก็ได้ยึดหลักการนี้เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

เมื่อเปรียบเทียบกับคำพิพากษาคดี “วชิรปราการฯ” ในไทยนั้น ปรากฏข้อความสำคัญตอนหนึ่งว่า “การที่จำเลยที่ 1, 2, และ 4 ร่วมกันผ่าตัดเอาไตออกจากผู้ตายทั้งสองที่อยู่ในภาวะสมองตายตามการวินิจฉัยของแพทย์ ตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภา ถือเป็นการกระทำต่อคนตายแล้ว จึงไม่อาจเป็นการฆ่าได้อีก” จะเห็นได้ว่า มีความคล้ายคลึงกันกับคำพิพากษาในคดี Re A ของอังกฤษ แต่เมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาคดีวชิรปราการของศาลไทยนี้ จะเห็นได้ว่า ศาลไทยได้ให้น้ำหนักความสำคัญต่อหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายโดยประกาศจากแพทยสภาเป็นอย่างมาก ซึ่งน่าจะทำนายได้ว่าแนวทางสำหรับประเทศไทยต่อไปในอนาคตหากจะมีการบัญญัติบทกฎหมายเกี่ยวกับภาวะสมองตายนี้น่าจะต้องมีการกำหนดลงไปด้วยว่าให้เป็นไปตามประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายโดยแพทยสภา

อย่างไรก็ตาม อย่างที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า ระบบกฎหมายไทยนั้นเป็นระบบซีวิลลอว์ ดังนั้นแล้วแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนี้ จึงไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างกับกรณีคำพิพากษาจากศาลอังกฤษในคดี Re A ทั้งยังอาจถูกพิพากษากลับได้ทุกเมื่อ จึงทำให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นในบริบทกฎหมายไทย การกระทำต่าง ๆ ต่อผู้ที่มีภาวะสมองตายนั้นจึงยังคงมีความ

¹⁸⁰ Re A, *supra* note 16, p.5.

¹⁸¹ Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the UK, *supra* note 124, p.63.

คลุมเครือและเกิดความเลื่อมใสต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ถึงแม้จะได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายโดยประกาศจากแพทยสภาก็ตาม

คำว่า “สมองตาย” กับ “ก้านสมองตาย” แท้จริงแล้วนั้นมีความแตกต่างกันอยู่ในรายละเอียด อย่างที่ได้นำเสนอข้อมูลไปแล้วอย่างละเอียดในบทที่ 3 ถึงที่มา แนวคิด และหลักการ ทั้งสองแง่มุม โดยสหรัฐอเมริกาเป็นผู้นำของหลัก “สมองตาย (Whole – Brain Death)” และอังกฤษ เป็นผู้นำของหลัก “ก้านสมองตาย (Brain – Stem Death)” ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายของไทยกับอังกฤษ พบว่า มีความแตกต่างกันอยู่ในหลายจุด และจากการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายของสหรัฐอเมริกาจะพบว่ามีความ คล้ายคลึงกันมากกว่า จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายในประเทศไทยนั้น ยึดหลักการ “สมองตาย (Whole – Brain Death)” เช่นสหรัฐอเมริกา

4.3.3 ระหว่างไทยกับฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นต่างก็ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร หรือ ซีวิลลอว์ (Civil Law)

ปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่ปรากฏกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับภาวะสมองตาย หรือการตายโดยภาวะสมองตาย มีเพียงแนวคำพิพากษาจากศาลฎีกาในคดี “วชิรปราการ” เมื่อปี พ.ศ. 2559 เท่านั้นที่ให้ความเห็นรับรองการตายโดยภาวะสมองตายเป็นการตายอย่างแท้จริง ทั้งนี้ แนวคำพิพากษานั้นไม่ใช่กฎหมายที่จะมีสภาพบังคับและใช้ได้เป็นการทั่วไป แตกต่างกับในกรณี ประเทศฝรั่งเศสที่มีการออกกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรตั้งแต่ปี ค.ศ. 1976 และได้มีการแก้ไขปรับปรุงเรื่อยมาและยึดถือใช้มาจวบจนปัจจุบัน

กฎหมายฉบับแรกของฝรั่งเศสที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับภาวะสมองตาย คือ “Law No. 76 – 1181 of 22 December 1976 on organ harvesting” ปรากฏในมาตรา 20 ถึง 23

เมื่อวิเคราะห์ มาตรา 21 วรรคสอง ความว่า “กระบวนการทดสอบต่าง ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ในวรรคแรกนั้นจะต้องได้รับการรับรองจากกระทรวงสุขภาพโดยคำปรึกษาของวิทยาลัยแพทยศาสตร์แห่งชาติและแพทยสภา” จะพบว่า กฎหมายฝรั่งเศสให้อำนาจแก่องค์กรวิชาชีพ คือ วิทยาลัยแพทยศาสตร์แห่งชาติ (National Academy of Medicine) และ แพทยสภาฝรั่งเศส (National Council of the Order of Medicine) ในการกำหนดเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายตามหลักการทางการแพทย์ได้ โดยให้ถือเป็นคำแนะนำแก่กระทรวงสุขภาพและให้กระทรวงสุขภาพรับรอง

ดังนั้น เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายที่ประกาศโดยองค์การวิชาชีพฝรั่งเศสนั้นจึงมีสภาพบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย แตกต่างกับกรณีเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายที่ประกาศโดยองค์การวิชาชีพไทย คือ แพทยสภาไทย ซึ่งไม่มีกฎหมายใด ๆ รับรอง และไม่มีสภาพบังคับเป็นการทั่วไป

นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 1996 ฝรั่งเศสได้ออกกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง คือ “Decree No. 96 – 1041 of 2 December 1996 on the finding of death before the removal of organs, tissues and cells for therapeutic or scientific purposes and amending the Health Code (Part II: Decrees in Council of State)” แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดในปี ค.ศ. 2005 โดย “Decree No. 2005 – 949 of 2 August 2005 on the conditions for the removal of organs, tissues and cells and amending Book II of the first part of the Public Health Code (statutory provisions)” ซึ่งเป็นกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายสาธารณสุขฝรั่งเศส (Public Health Code) โดยไปบัญญัติถึง รายละเอียดของเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย ปรากฏใน

มาตรา อาร์ 1232 – 1 เมื่อปรากฏบุคคลที่อยู่ในภาวะระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลว การวินิจฉัยภาวะสมองตายจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อครบเกณฑ์การวินิจฉัยทางคลินิกทั้งสามประการ:

- (1) ไม่มีสติสัมปชัญญะและไม่มีการเคลื่อนไหวกล้ามเนื้อได้เอง
- (2) ไม่มีปฏิกิริยารีเฟล็กซ์จากก้านสมอง
- (3) ไม่มีการหายใจด้วยตนเอง

มาตรา อาร์ 1232 – 2 หากปรากฏบุคคลที่พบว่าตายแล้วในทางคลินิกได้รับการช่วยหายใจและระบบไหลเวียนโลหิตโดยการใช้เครื่องช่วยหายใจ ให้ใช้การทดสอบไฮเปอร์แคปเนียในการยืนยันว่าบุคคลนั้นไม่สามารถหายใจได้ด้วยตนเอง

รวมไปกับเกณฑ์การวินิจฉัยการตายทางคลินิกทั้งสามประการ ดังปรากฏในมาตรา อาร์ 1232 – 1 แล้ว จะต้องยืนยันว่าสมองนั้นถูกทำลายอย่างไม่อาจย้อนคืนมาได้:

(1) การตรวจคลื่นสมองสองครั้ง ครั้งละสามสิบนาที ในระยะเวลาห่างกันอย่างน้อยครั้งละสี่ชั่วโมง พบว่าไม่มีคลื่นสมองหรือคลื่นสมองมีรูปแบบสะเปะสะปะ ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ตรวจและแปลผลบันทึกผลลัพท์ในทันที หรือ

(2) การตรวจหลอดเลือดสมองด้วยวิธีแองจิโอแกรมพบว่าการไหลเวียนโลหิตในสมองได้สูญเสียไป ให้รังสีแพทย์ผู้ทำการตรวจและแปลผลบันทึกผลลัพท์ในทันที”

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายฝรั่งเศสนั้นมีการบัญญัติถึงรายละเอียดและกฎเกณฑ์ในการวินิจฉัยภาวะสมองตายไว้อย่างชัดเจน แตกต่างกับในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่กำหนดไว้เพียงกว้าง ๆ ว่า ให้เป็นไปตามมาตรฐานของวิชาชีพฯ คล้ายกับกฎหมายฝรั่งเศสในช่วงปี ค.ศ. 1976 ถึง ค.ศ. 1996

การบัญญัติถึงรายละเอียดกฎเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายลงในกฎหมายอย่างชัดเจนนั้นย่อมมีประโยชน์ในการตีความ รวมถึงการบังคับใช้ได้อย่างชัดเจนไร้ข้อกังขา แต่อย่างไรก็ตาม ความรู้ทางการแพทย์นั้นมีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว แนวทางการวินิจฉัยภาวะสมองตายในระดับนานาชาตินั้นมีการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา เช่น การให้ความสำคัญกับการตรวจยืนยันภาวะสมองตายด้วยการตรวจคลื่นสมอง (EEG) ได้ถูกลดทอนความสำคัญลงอย่างต่อเนื่อง โดยค้นพบหลักฐานเชิงประจักษ์จำนวนมากที่ไม่สนับสนุนวิธีการตรวจดังกล่าว เป็นต้น ดังนั้น การบัญญัติถึงรายละเอียดกฎเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายลงในกฎหมายนั้นอาจทำให้เกิดความยากลำบากเมื่อความรู้ทางการแพทย์เปลี่ยนแปลงนำไป กฎหมายก็จะต้องถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามมา ซึ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นมีกระบวนการที่ยุ่งยากและใช้ระยะเวลานาน ทั้งจะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามไปเรื่อย ๆ ไม่จบสิ้น¹⁸²

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายฝรั่งเศสในส่วนรายละเอียดแห่งเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายจะพบว่า ได้ถูกบัญญัติอยู่ในส่วน “Regulation” ซึ่งเป็นกฎหมายที่มาจากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร หากจะเปรียบกับกฎหมายไทย ย่อมจะเปรียบได้กับกฎหมายระดับกฎกระทรวง ดังนี้ จึงเป็นการขจัดปัญหากระบวนการที่ยุ่งยากและใช้ระยะเวลานานในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายตามความรู้ทางการแพทย์ที่มีการเปลี่ยนแปลงนำไปตลอดเวลาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เนื่องจาก กฎหมายในระดับ Regulation หรือ กฎกระทรวง นั้นสามารถปรับเปลี่ยนได้ง่าย เหมาะแก่การบัญญัติหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในรายละเอียด

4.3.4 ระหว่างไทยกับจีน

ทั้งไทยและจีนนั้นมีระบบกฎหมายที่เหมือนกัน คือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีหลักสำคัญ คือ กฎหมายที่จะสามารถบังคับใช้ได้

¹⁸² สุภัตสร ภูเจริญศิลป์, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปลุกถ่ายอวัยวะ,”

(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533)

เป็นการทั่วไปนั้นจะต้องถูกตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร โดยหน่วยงานที่มีอำนาจ คือ รัฐสภา (ยกเว้นในกรณี พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา และกฎกระทรวง)

ทั้งนี้ ไทยและจีนนั้นยังไม่มีกฎหมายใด ๆ ที่บัญญัติให้การรับรองว่า ภาวะสมองตายนั้นเป็นการตายตามกฎหมาย

เมื่อวิเคราะห์บริบทของสังคมร่วมด้วยแล้วจะเห็นได้ว่า การที่เกิดปัญหาการตายจากภาวะสมองตายนั้นก็เนื่องด้วยความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์ซึ่งรุดหน้าไปอย่างรวดเร็ว สวนทางกับความรับรู้และความเข้าใจของสังคม รวมไปถึงนักกฎหมาย ซึ่งมีความเข้าใจว่าการตายนั้นหมายถึงการสิ้นสุดลงของระบบการไหลเวียนโลหิตและการหายใจแต่เพียงเท่านั้น โดยไม่มีใครให้ความสำคัญต่อสมองซึ่งมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในทางการแพทย์ต่อการดำรงอยู่ของชีวิต ทั้งนี้ สมองบริเวณส่วนศูนย์ควบคุมการหายใจนั้นเป็นปัจจัยหลักในการส่งคำสั่ง โดยกระแสประสาทไปยังกล้ามเนื้อที่ควบคุมการหายใจให้สามารถหายใจได้ด้วยตัวเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในจีน ซึ่งมีความเชื่อมาตั้งแต่ยุคโบราณที่ให้ความสำคัญกับลมปราณและชีพจรเป็นอย่างมาก ขนาดถึงมีศาสตร์แห่งการจับแอมะเพื่อการวินิจฉัยโรคได้ทุกระบบของร่างกาย รวมไปถึงการรักษาด้วยลมปราณหรือการกำหนดลมหายใจ¹⁸³

จะเห็นได้ว่า ความรู้และความเข้าใจของประชาชนในรัฐนั้นส่งผลกระทบต่อปัญหาดังกล่าวนี้เป็นอย่างมาก หากประชาชนโดยทั่วไปในรัฐมีพื้นฐานความรู้ทางการแพทย์ในระดับสูงย่อมจะส่งผลให้การออกกฎหมายในเรื่องนี้มีความสะดวกและเป็นไปได้อย่างรวดเร็ว แต่ด้วยประเพณีและวัฒนธรรมจีนดังกล่าวมาแล้วนั้น ทำให้เรื่องนี้จึงเป็นไปได้ยาก¹⁸⁴ เมื่อเปรียบเทียบกับในประเทศไทย จะเห็นได้ว่า ระดับการศึกษาของประชาชนโดยทั่วไปนั้นมิได้มีความแตกต่างกันมากนักกับประชาชนชาวจีน โดยประชาชนไทยนั้นเป็นชาวไทยเชื้อสายจีนอยู่จำนวนมาก ความเชื่อประเพณี และวัฒนธรรมของจีนนั้นจึงมีอิทธิพลกับประชาชนไทยมากอยู่ไม่มากนักน้อย จึงอาจถือว่าเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ประเทศไทยยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายรับรองการตายโดยภาวะสมองตายออกมามีเป็นรูปธรรมเช่นนานาอารยประเทศเสียที

ปัญหาอย่างหนึ่งของจีน คือ การเกิดกรณีปัญหาเรื่องการซื้อขายอวัยวะมนุษย์เป็นจำนวนมาก ซึ่งการซื้อขายอวัยวะมนุษย์นั้นส่วนหนึ่งเกี่ยวข้องกับผู้มีภาวะสมองตาย เนื่องจาก ผู้มี

¹⁸³ Camillia Matuk, *supra note 154*, p.74.

¹⁸⁴ Qing Yang, *supra note 156*, p.76.

ภาวะสมองตายนั้นโดยหลักทางการแพทย์นั้นถือว่าเป็นบุคคลที่ได้ตายลงแล้ว แต่หัวใจยังคงเต้น และยังมีกรหายใจโดยเครื่องช่วยหายใจอยู่ ทำให้อวัยวะภายในนั้นยังทำงานและอยู่ในสภาพที่ดีที่สุดสำหรับการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะ ด้วยเหตุนี้เอง ทำให้ประชาชนจีนโดยส่วนใหญ่เน้นเกรงว่าหากมีกฎหมายที่รับรองการตายโดยภาวะสมองตายเกิดขึ้น จะทำให้แพทย์มีอำนาจในการชี้เป็นชี้ตายจนเกินไป ทั้งนี้ รวมไปถึงองค์กรวิชาชีพด้วย และอาจจะนำไปสู่การเกิดอาชญากรรมที่เกี่ยวกับภาวะสมองตายและการซื้อขายอวัยวะมนุษย์มากขึ้น¹⁸⁵

กระนั้น จีนเองได้มีความพยายามให้การร่างกฎหมายเกี่ยวกับภาวะสมองตายในปี ค.ศ. 2003 แต่ก็กลับเกิดเหตุการณ์ที่ยังตอกย้ำความเคลือบแคลงใจของสังคมต่อความไม่แน่นอนของหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายของแพทย์จีน คือ เหตุการณ์ที่ผู้รายงานข่าวสาวชื่อดังของจีน Liu Hai – juo ได้ประสบอุบัติเหตุรถไฟตกรางที่กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ และได้รับการวินิจฉัยจากแพทย์อังกฤษว่าเธอมีภาวะสมองตาย แต่ญาติของเธอไม่นับยอมรับการวินิจฉัยนี้ และให้แพทย์จีนเป็นผู้ตรวจร่างกายเธออีกครั้ง และแพทย์ผู้นั้นก็ได้ให้ความเห็นออกมาว่า เธอยังไม่ได้มีภาวะสมองตาย จึงได้นำตัวเธอกลับมารักษาต่อที่ประเทศจีน หลังจากนั้นเพียง 2 เดือน เธอก็ได้ฟื้นคืนสติขึ้นมา และปัจจุบันเธอก็ได้กลับไปทำหน้าที่ผู้รายงานข่าวเช่นเดิม¹⁸⁶

ไม่เพียงเท่านั้น ยังมีงานการศึกษาวิจัยทางการแพทย์ของแพทย์จีน (Ze-Yu Ding) ที่ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายของจีนกับของสหรัฐอเมริกา (A Comparison of Brain Death Criteria between China and the United States) ซึ่งได้ผลการศึกษาออกมาอย่างน่าตกใจว่า ในผู้ป่วยกลุ่มเดียวกันนั้น หากใช้หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายของจีนจะมีผู้ที่ถูกวินิจฉัยว่ามีภาวะสมองตายเพียง 9 ราย แต่กลับมีผู้ที่ถูกวินิจฉัยว่ามีภาวะสมองตายถึง 33 คนหากใช้หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายของสหรัฐอเมริกา โดยการศึกษานี้ได้ถูกตีพิมพ์เผยแพร่เมื่อ ค.ศ. 2015 ที่ผ่านมานี้เอง¹⁸⁷ ยิ่งทำให้สามารถคาดการณ์ได้อย่างยิ่งว่า กว่าที่ประชาชนชาวจีนนั้นจะเข้าใจและยอมรับหลักการตายจากภาวะสมองตายนั้นคงจะใช้เวลาอีกนาน

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาได้ความจริงเช่นนี้แล้ว ในฐานะประชาชนชาวไทย คงจะต้องมีความตระหนักถึงปัญหาความไม่แน่นอนในหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายตามข้อจำกัดของความรู้จากวิทยาการการแพทย์แผนปัจจุบันอยู่บ้างเช่นกัน เนื่องจาก ตัวอย่างดังที่ได้

¹⁸⁵ ชลกานต์ ธรรมมังกู, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่* 82, น.46.

¹⁸⁶ CNN World, *supra note* 158, p.77.

¹⁸⁷ Ze-Yu Ding, *supra note* 167, p.79.

กล่าวมานี้ย่อมเป็นหลักฐานที่เห็นแจ้งประจักษ์ชัดถึงความไม่แน่นอนของหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายในปัจจุบัน ฉะนั้น หากหน่วยงานใดมีความต้องการที่จะผลักดันให้เกิดการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยภาวะสมองตายขึ้นภายในประเทศไทยต่อไปในอนาคต คงจะต้องตอบคำถามต่าง ๆ เหล่านี้กับสังคมให้ได้ด้วยเช่นกัน

4.3.5 ระหว่างสหรัฐอเมริกากับอังกฤษ

ทั้งสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเองนั้น ต่างก็เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ด้วยกันทั้งสิ้น เป็นที่ทราบคืออยู่แล้วว่า ที่มาของกฎหมายในระบบกฎหมายประเภทนี้ คือ แนวคำพิพากษาจากศาลในคดีต่าง ๆ (Court – Made Law) กระนั้น ก็อาจมีการออกบทบัญญัติในบางเรื่องเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เกิดความเป็นรูปธรรมชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อให้มีแนวทางในการปฏิบัติเป็นการทั่วไปอย่างถูกต้องตรงกัน ในกรณีภาวะสมองตายนี้จะเห็นได้จากกรอก Uniform Determination of Death Act (UDDA) ของสหรัฐอเมริกา ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้ว

ถึงแม้ว่า อังกฤษจะไม่ได้มีการบัญญัติรับรองภาวะสมองตายให้เป็นการตายตามกฎหมายลงในพระราชบัญญัติ (Act) ดังเช่นสหรัฐอเมริกา แต่แนวคำพิพากษาของศาลในคดี *Re A* นั้นก็ถือได้ว่ามีการรับรองภาวะสมองตายให้เป็นการตายตามกฎหมายอังกฤษแล้ว

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่า ทั้งสองประเทศนี้ได้ให้ประเด็นในเรื่องการพิสูจน์ปัญหาข้อเท็จจริงว่า บุคคลใดนั้นมีภาวะสมองตายหรือไม่ให้เป็นหน้าที่แก่แพทย์ ทั้งนี้ โดยอนุমানได้จากคำว่า “มาตรฐานทางการแพทย์ (Medical Standard)” ดังปรากฏในมาตรา 1 แห่ง UDDA และจากใจความสำคัญตอนหนึ่งจากคำพิพากษาของศาลในคดี *Re A* ที่ว่า “บุคคลซึ่งตกอยู่ในภาวะสมองตายนั่นถือเป็นคนตายแล้ว” อันสอดคล้องไปกับหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยก้านสมองตาย โดยการประชุมราชวิทยาลัยแพทย์สหราชอาณาจักร (United Kingdom Conference of Medical Royal Colleges) เมื่อ ค.ศ. 1979¹⁸⁸

ดังนั้น จึงกลายเป็นว่า การตัดสินใจว่าบุคคลใดนั้นตายหรือไม่จากภาวะสมองตายเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ประกาศโดยหน่วยงานวิชาชีพ (เวชกรรม) ของทั้งสองประเทศนี้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายของทั้งสองประเทศนี้มีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไรบ้าง และจะส่งผลกระทบต่อบุคคลที่จะต้องถูกวินิจฉัยอย่างไร

¹⁸⁸ Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the UK, *supra* note 124, p.63.

ดังที่ได้นำเสนอมาแล้วในบทที่ 3 อย่างละเอียดว่า สหรัฐอเมริกานั้นเป็นประเทศแรกในโลกที่เสนอเรื่องภาวะสมองตายขึ้นมาให้ปรากฏ โดยยึดแนวทาง สมองตายทั้งหมด (Whole – Brain – Death) แต่อังกฤษนั้น ได้เสนอและยึดแนวทาง ก้านสมองตาย (Brain – Stem – Death) โดยทั้งสองแนวทางนี้มีทั้งข้อที่เหมือนและข้อที่แตกต่างกันอยู่ในหลายประการ ดังปรากฏในหลักการและวิธีวินิจฉัยภาวะสมองตายที่ถูกนำเสนอ โดยหน่วยงานวิชาชีพของทั้งสองประเทศซึ่งจะได้กล่าวเปรียบเทียบต่อไปให้เห็นอย่างละเอียดว่า มีข้อที่เหมือนและแตกต่างกันอย่างไร

4.3.6 ระหว่าง ไทย สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และจีน

จากการศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายของประเทศต่าง ๆ พบว่า มีหลักเกณฑ์ที่เป็นแก่นสารคล้ายคลึงกัน แต่ยังปรากฏความแตกต่างกันในรายละเอียด ดังนี้

(1) บุคลากรผู้ประเมิน

ก. *อังกฤษ* ระบุให้การวินิจฉัยภาวะ (ก้าน) สมองตายต้องกระทำโดยแพทย์ 2 คน ผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมาเป็นระยะเวลานานกว่า 5 ปีและมีความสามารถในการประเมินภาวะแกนสมองตายได้ กับทั้งเป็นจำนวนอย่างน้อย 1 ใน 2 คนนี้จะต้องเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในด้านนี้ และการทดสอบจะต้องทำให้สำเร็จลุล่วงสมบูรณ์โดยแพทย์ทั้ง 2 คน คนละ 2 ครั้ง ทั้งนี้ โดยมีได้กำหนดระยะเวลาในการประเมินแต่ละครั้งที่แน่นอน

ข. *ฝรั่งเศส* ระบุให้การวินิจฉัยภาวะสมองตายต้องกระทำโดยแพทย์ 2 คนโดยมิได้กำหนดให้ประเมินซ้ำ

ค. *สหรัฐอเมริกา* ระบุไว้เพียงแต่ให้เป็นแพทย์ที่สามารถตรวจได้ตามมาตรฐาน และให้ทำการทดสอบเพียงแค่ครั้งเดียว

ง. *จีน* แนะนำว่าผู้ประเมินควรเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านระบบประสาทและจะต้องทำการประเมินทั้งสิ้น 2 ครั้ง โดยกำหนดเวลาในแต่ละครั้งห่างกันอย่างน้อย 12 ชั่วโมง

จ. *ไทย* ระบุว่าการวินิจฉัยภาวะสมองตายให้กระทำโดยองค์คณะของแพทย์ไม่น้อยกว่า 3 คน และจะต้องไม่ประกอบไปด้วยแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะรายนั้น หรือแพทย์ที่ดูแลผู้ป่วยที่ต้องการอวัยวะไปปลูกถ่าย หากมีข้อสงสัยประการใด จึงค่อยปรึกษาแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านระบบประสาท และให้ประเมินซ้ำอีกครั้งที่ระยะเวลาอย่างน้อย 6 ชั่วโมงหลังจากการประเมินครั้งแรก

(2) ข้อกำหนดเบื้องต้น

ก. *สหรัฐอเมริกา* ให้ความสำคัญกับการตรวจสอบสาเหตุของการไม่รู้สีกตัวและไม่หายใจ ว่าจะต้องมีสาเหตุที่แน่ชัดและไม่สามารถคืนกลับเป็นปกติได้ การตรวจทางภาพถ่ายรังสีวินิจฉัย (Neuroimaging) ต้องสามารถอธิบายการเกิดภาวะนั้นของผู้ป่วยได้ ซึ่งในตอนนี้จะเหมือนกับการตรวจสอบสาเหตุของการไม่รู้สีกตัวและไม่หายใจ (Identification of Coma) ของ *อังกฤษ* และ *ฝรั่งเศส* ซึ่งแนะนำให้ตรวจสอบจากอาการทางคลินิกของผู้ป่วยรวมถึงหลักฐานทางภาพถ่ายรังสีวินิจฉัยร่วมด้วย

ข. *ไทย* กำหนดว่าผู้ป่วยจะต้องไม่รู้สีกตัวและไม่หายใจ โดยมีข้อวินิจฉัยถึงสาเหตุให้รู้แน่ชัดว่าสภาวะของผู้ป่วยนี้เกิดขึ้นจากการที่สมองเสียหายโดยไม่มีทางเยียวยาให้คืนกลับมาได้อีก (Irremediable and Irreversible Structural Brain Damage) โดยไม่ได้ระบุชัดถึงเรื่องการตรวจทางภาพถ่ายรังสีวินิจฉัยเช่นเดียวกับใน *จีน*

(1) การคัดกรองภาวะอื่นที่อาจทำให้เกิดอาการ โคม่าที่ไม่ใช่ภาวะสมองตายหรือก้านสมองตาย

ก. *อังกฤษ* จะมีแบบฟอร์มให้แพทย์ระบุชื่อยาที่ออกฤทธิ์ต่อระบบประสาทส่วนกลางและระบบกล้ามเนื้อที่มีการใช้ในผู้ป่วย เพื่อคัดออกจากการวินิจฉัย ถ้าหากผู้ป่วยมีการใช้ยาในกลุ่ม Opioids หรือ Benzodiazepines ให้แก้ไขโดยการให้ยาต้านฤทธิ์ที่จำเพาะเจาะจงต่อยานั้น ๆ เช่น Naloxone หรือ Anexate ถ้ามีการใช้ยา Midazolam ระดับยาในเลือดจะต้องไม่เกิด 10 ไมโครกรัมต่อลิตร แต่ *สหรัฐอเมริกา* แนะนำว่า นอกจากจะไม่มีประวัติการใช้ยาแล้ว ให้ตรวจทางพิษวิทยาเพิ่มเติมหากไม่แน่ใจ ถ้ามีการใช้ยาในกลุ่ม Barbiturates ให้ตรวจระดับยาในเลือดจะต้องไม่เกิน 10 ไมโครกรัมต่อมิลลิลิตร ในกรณีของ *ไทย* ระบุเพียงว่า การไม่รู้สีกตัวและไม่หายใจจะต้องไม่ได้เกิดจากพิษของยา (Drug Intoxication) เช่น ยาเสพติด ยานอนหลับ ยาคลายกล้ามเนื้อ หรือสารพิษอื่น ๆ ที่มีผลทำให้กล้ามเนื้อไม่ทำงาน โดยมีได้กำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับระดับยาหรือสารพิษในเลือดเช่นเดียวกับใน *จีน*

ข. ผู้ป่วยจะต้องไม่มีภาวะอุณหภูมิร่างกายต่ำ (Hypothermia) โดย *อังกฤษ* และ *ฝรั่งเศส* ระบุให้มีอุณหภูมิร่างกายมากกว่า 34 องศาเซลเซียสในขณะที่ประเมิน แต่ *สหรัฐอเมริกา* ยอมรับที่ไม่ต่ำกว่า 36 องศาเซลเซียสเช่นเดียวกับ *จีน* ในกรณีของ *ไทย* ยึดเกณฑ์ที่ 32 องศาเซลเซียส

ค. ทั้ง สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส จีน และ ไทย ให้ตรวจสอบและแก้ไขความผิดปกติของเกลือแร่ สมดุลกรดด่าง และความผิดปกติของต่อมไร้ท่อในร่างกายก่อนทำการตรวจประเมิน

ง. สหรัฐอเมริกา มีการเพิ่มเติมในเรื่อง ความดันโลหิตขั้นต่ำที่เหมาะสม คือ ความดันตัวบน (Systolic Blood Pressure) จะต้องมากกว่า 100 มิลลิเมตรปรอท เช่นเดียวกับ จีน ส่วนใน ไทย กำหนดว่า การไม่รู้สึกร่างกายและไม่หายใจเองนี้จะต้องไม่เกิดจากภาวะช็อก (Shock) ยกเว้นกรณีที่เกิดจากการสูญเสียหน้าที่ของระบบประสาทที่ควบคุมการเต้นของหัวใจและการหดตัวของหลอดเลือด (Neurogenic Shock) ส่วน อังกฤษ และ ฝรั่งเศส มิได้มีการกล่าวถึงในเรื่องนี้

(2) การตรวจประเมินการทำงานของก้านสมอง

อังกฤษ และ ฝรั่งเศส ใช้การตรวจทางระบบประสาท 6 วิธี เพื่อบ่งชี้การหยุดการทำงานของก้านสมอง ได้แก่ ไม่มีรีเฟล็กซ์การตอบสนองของรูม่านตา ไม่มีรีเฟล็กซ์การตอบสนองจากกระจกตา ไม่มีรีเฟล็กซ์ Oculo – Vestibular ไม่มีการตอบสนองของกล้ามเนื้อที่ควบคุมโดยเส้นประสาทสมอง เช่นกล้ามเนื้อโบทันตา ไม่มีการไอเมื่อใส่สายสวนหลอดลม (ท่อช่วยหายใจ) หรือไม่มีการขย้อนเมื่อทำการกดลิ้น และไม่มีการหายใจที่ตอบสนองต่อภาวะคาร์บอนไดออกไซด์เกิน (Hypercarbia) หรือจากการทำการทดสอบการไม่หายใจ (Apnea Test) ซึ่งการตรวจการทำงานของก้านสมองทั้ง 6 วิธีนี้ สามารถพบได้ในวิธีการวินิจฉัยของ สหรัฐอเมริกา เช่นเดียวกัน แต่มีการเพิ่มเติมว่าจะต้องไม่มีรีเฟล็กซ์ Oculocephalic (ปรากฏการณ์ศีรษะตุ้กตา) ในกรณีที่แน่ใจว่ากระดูกสันหลังส่วนคอปกปิดดีด้วย ทั้งนี้ แนวทางปฏิบัติของ ไทย นั้นเหมือนกับของสหรัฐอเมริกาทุกประการ แต่สำหรับ จีน นั้นใช้เพียง 5 วิธี คือ ไม่มีรีเฟล็กซ์การตอบสนองของรูม่านตา ไม่มีรีเฟล็กซ์การตอบสนองจากกระจกตา ไม่มีรีเฟล็กซ์ Oculo – Vestibular ไม่มีรีเฟล็กซ์ Oculo – Vestibular และ ไม่มีอาการไอเมื่อใส่สายสวนหลอดลม

(3) การตรวจประเมินการเคลื่อนไหวของรยางค์

ทั้ง สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส จีน และ ไทย กำหนดว่าจะต้องไม่มีการเคลื่อนไหวของรยางค์ทั้ง 4 แต่อาจมีการเคลื่อนไหวที่เกิดจากรีเฟล็กซ์ของไขสันหลัง (Spinal Reflex) ได้

(4) การทดสอบการไม่หายใจ (Apnea Test)

ก. ทั้ง สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส จีน และ ไทย กำหนดว่า การทดสอบการไม่หายใจจะต้องให้ผลเป็นบวก (Positive) แต่ทั้งนี้การแปลผลว่า บวก ในแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกันในรายละเอียด

จ. ใน *ไทย* หมายความว่า ไม่มีการเคลื่อนไหวของทรวงอกและหน้าท้องเมื่อปิดเครื่องช่วยหายใจเป็นเวลาอย่างน้อย 10 นาที บ่งบอกถึงก้านสมองสูญเสียหน้าที่โดยสิ้นเชิงและมีภาวะสมองตาย ซึ่งขั้นตอนก่อนการทดสอบนี้ต้องเตรียมผู้ป่วย เพื่อให้มีค่าความดันของออกซิเจนในกระแสเลือด (PaO_2) มีระดับที่สูงเพียงพอ (มากกว่า 200 มิลลิเมตรปรอท) เพื่อป้องกันภาวะขาดออกซิเจนในระหว่างการทดสอบ โดยตั้งเครื่องช่วยหายใจให้ความเข้มข้นออกซิเจน 100% (FiO_2 เท่ากับ 1.0) ปริมาตรการหายใจต่อครั้ง (Tidal Volume) เท่ากับ 10 มิลลิลิตร/กิโลกรัม อัตราการหายใจ 10 ครั้ง/นาที เป็นระยะเวลาประมาณ 30 นาทีเพื่อให้ได้ค่าความดันของคาร์บอนไดออกไซด์ใกล้เคียง 40 มิลลิเมตรปรอท จึงเริ่มทำการทดสอบ และระหว่างการทดสอบให้สอดสายขนานนำออกซิเจนความเข้มข้น 100% เข้าในหลอดลมระดับคาไรนา (Carina) ในอัตรา 6 ลิตร/นาที หลังจากหยุดเครื่องช่วยหายใจอย่างน้อย 10 นาที จากนั้นให้เจาะตรวจวัดค่าความดันของคาร์บอนไดออกไซด์ในกระแสเลือด (PaCO_2) ซึ่งมีค่าไม่น้อยกว่า 60 มิลลิเมตรปรอท หรือมีค่าเปลี่ยนแปลงมากขึ้นต่างกันระหว่างก่อนและหลังถอดเครื่องช่วยหายใจไม่น้อยกว่า 20 มิลลิเมตรปรอท ซึ่งวิธีทดสอบเช่นนี้เป็นการยึดตามหลักการของ *สหรัฐอเมริกา* และใน *จีน* เองก็เช่นเดียวกัน แต่ทาง *อังกฤษ* และ *ฝรั่งเศส* นั้นมีความแตกต่างเล็กน้อย คือ จะทำการประเมินที่ 5 นาทีว่าผู้ป่วยหายใจเองได้หรือไม่ โดยที่ค่าความดันของคาร์บอนไดออกไซด์ในกระแสเลือด (PaCO_2) เพิ่มขึ้นจากตั้งต้น 0.5 กิโลปาสคาล หรือมีค่าไม่น้อยกว่า 6.5 กิโลปาสคาลนั่นเอง (เมื่อปรับให้เป็นหน่วยเดียวกันแล้วจะได้ประมาณ 50 มิลลิเมตรปรอท)

(5) การส่งตรวจพิเศษเพิ่มเติม

ก. ในกรณีที่แพทย์ไม่แน่ใจในประวัติและผลการตรวจร่างกาย หรือทำการทดสอบการไม่หายใจ (Apnea Test) ไม่ได้ *สหรัฐอเมริกา* แนะนำให้ตรวจ Cerebral Angiogram, HMPAO SPECT, EEG และ TCD

ข. *อังกฤษ* ได้มีการกล่าวถึงเช่นกัน แต่ไม่ได้แนะนำถึงขั้นระบุชนิดการตรวจพิเศษนี้เพิ่มเติม ทั้งนี้ ให้ขึ้นอยู่กับวิจารณ์ของแพทย์ผู้ทำการตรวจประเมินในการเลือกวิธีการเหล่านี้

ค. *ไทย* แนะนำให้ทำ Cerebral Angiogram หรือ Isotope Brain Scan ในกรณีที่ไม่สามารถทำ Apnea Test ได้เช่นกัน

ง. *ฝรั่งเศส* และ *จีน* นั้นแตกต่างออกไป คือ ไม่ว่าผลของการทำ Apnea Test จะออกมาเป็นเช่นไร ก็ให้ส่งตรวจพิเศษเพิ่มเติมเพื่อยืนยันการวินิจฉัย โดย *ฝรั่งเศส* จะต้องยืนยันว่าสมองนั้นถูกทำลายอย่างไม่อาจย้อนคืนมาได้ เลือกระหว่าง 1. การตรวจคลื่นสมองสองครั้ง ครั้งละสามสิบ

นาที ในระยะเวลาห่างกันอย่างน้อยครึ่งละสี่ชั่วโมง พบว่าไม่มีคลื่นสมองหรือคลื่นสมองมีรูปแบบ
สะเปะสะปะ ให้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่ตรวจและแปลผลบันทึกผลลัพท์ในทันที หรือ 2. การ
ตรวจหลอดเลือดสมองด้วยวิธีแองจิโอแกรมพบว่าการไหลเวียนโลหิตในสมองได้สูญเสียไป ให้
รังสีแพทย์ผู้ทำการตรวจและแปลผลบันทึกผลลัพท์ในทันทีส่วน จีน ให้แพทย์ใช้ดุลยพินิจเลือกจาก
2 ใน 3 วิธี ได้แก่ SEP, EEG, และ TCD ตามความเหมาะสมในบริบทนั้น ๆ



ตารางที่ 4.1 สรุปความแตกต่างของหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายในประเทศต่าง ๆ

หัวข้อ	อเมริกา	อังกฤษ	ฝรั่งเศส	จีน	ไทย
ผู้ตรวจวินิจฉัย	แพทย์ 1 คน	แพทย์ 2 คน ผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมาเป็นระยะเวลากว่า 5 ปีและมีความสามารถในการประเมินภาวะแกนสมองตายได้ และอย่างน้อย 1 ใน 2 คนนี้ต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญในด้านระบบประสาท	แพทย์ 2 คน โดยหนึ่งในสองรายนั้นจะต้องเป็นระดับหัวหน้าแผนกหรือตัวแทนที่ได้รับมอบหมายในกรณีที่มีการเก็บเกี่ยวเพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษา ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่อยู่ในกลุ่มที่ต้องการเก็บเกี่ยวหรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะเป็นผู้ปลูกถ่ายอวัยวะนั้นไม่สามารถเข้าร่วมในการวินิจฉัยได้	แพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านระบบประสาท 1 คน	องค์คณะของแพทย์ไม่น้อยกว่า 3 คน และจะต้องไม่ประกอบด้วยแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะรายนั้น หรือแพทย์ที่ดูแลผู้ป่วยที่ต้องการอวัยวะไปปลูกถ่าย
จำนวนครั้งที่ทดสอบ	1 ครั้ง	คนละ 2 ครั้ง รวมทั้งสิ้น 4 ครั้ง	1 ครั้ง	2 ครั้ง ห่างกัน 12 ชั่วโมง	2 ครั้ง ห่างกัน 6 ชั่วโมง

ข้อกำหนดเบื้องต้น					
หัวข้อ	อเมริกา	อังกฤษ	ฝรั่งเศส	จีน	ไทย
ตรวจสอบสาเหตุของการไม่รู้สึกร้าวและไม่หายใจ	มี	มี	มี	มี	มี
การเคลื่อนไหวของรยางค์	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ

การตรวจคัดกรองภาวะอื่นที่ไม่ใช่สมองตาย					
หัวข้อ	อเมริกา	อังกฤษ	ฝรั่งเศส	จีน	ไทย
ภาวะพิษจากยา	มีการตรวจสอบ	มีการตรวจสอบ	มีการตรวจสอบ	มีการตรวจสอบ	มีการตรวจสอบ
ภาวะอุณหภูมิร่างกายต่ำ	ยอมรับที่ 36°C	ยอมรับที่ 34°C	ยอมรับที่ 34°C	ยอมรับที่ 36°C	ยอมรับที่ 32°C
ความผิดปกติของเกลือแร่ สมดุลกรดต่าง และความผิดปกติของต่อมไร้ท่อ	มีการตรวจสอบ	มีการตรวจสอบ	มีการตรวจสอบ	มีการตรวจสอบ	มีการตรวจสอบ
ภาวะช็อก	ระบุ SBP > 100 มม.ปรอท	ไม่ระบุ	ไม่ระบุ	ระบุ SBP > 100 มม.ปรอท	ไม่ระบุ

การตรวจการทำงานของก้านสมอง					
หัวข้อ	อเมริกา	อังกฤษ	ฝรั่งเศส	จีน	ไทย
<i>Pupillary Reflex</i>	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ
<i>Corneal Reflex</i>	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ
<i>Oculocephalic Reflex</i>	ตรวจ	ไม่ตรวจ	ไม่ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ
<i>Oculovestibular Reflex</i>	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ
<i>Facial Movement</i>	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ	ไม่ตรวจ	ตรวจ
<i>Cough Reflex</i>	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ
<i>Gag Reflex</i>	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ	ไม่ตรวจ	ตรวจ
<i>Apnea Test</i>	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ	ตรวจ
ค่าระดับ $PaCO_2$	≥ 60 มม.ปรอท หรือเพิ่ม 20 มม. ปรอท จากปกติ	≥ 50 มม.ปรอท	≥ 50 มม.ปรอท	≥ 60 มม.ปรอท หรือเพิ่ม 20 มม. ปรอท จากปกติ	≥ 60 มม.ปรอท หรือเพิ่ม 20 มม. ปรอท จากปกติ
การตรวจพิเศษ เพื่อยืนยัน	เมื่อมีข้อบ่งชี้	เมื่อมีข้อบ่งชี้	ทำทุกราย โดย ให้เลือกทำ EEG 2 ครั้ง หรือ angiogram	ทำทุกราย เลือก 2 ใน 3 วิธี ได้แก่ SEP, EEG, และ TCD	เมื่อมีข้อบ่งชี้

4.4 วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นจากความแตกต่างกันของหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายในแต่ละประเทศ

นอกจากปัญหาที่เกิดจากการไม่มีกฎหมายรองรับการตายโดยภาวะสมองตาย ซึ่งทำให้บุคคลที่ตกอยู่ในภาวะสมองตายซึ่งถือเป็นบุคคลที่ตายแล้วทางการแพทย์ เกิดเป็นประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ทางกฎหมายว่า การกระทำการใด ๆ ต่อบุคคลนั้นเป็นการกระทำต่อบุคคล (ที่ยังมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย) หรือเป็นการกระทำต่อศพ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในประเด็นต่าง ๆ ตามมามากมาย ทั้งในทางแพ่งและทางอาญา รวมไปถึงประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนและชีวจริยศาสตร์อีกด้วย

เมื่อพิจารณาถึงสาเหตุที่บางประเทศยังไม่มีกฎหมายรองรับการตายโดยภาวะสมองตาย เช่น จีน พบว่า นอกจากการตายโดยภาวะสมองตายนั้ยังขัดต่อความรับรู้ของสังคมซึ่งฝังรากลึกมายาวนานว่า การตายนั้หมายถึงการสิ้นสุดลงของระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจ และอาชญากรรมชื่อฆาตกรรมมนุษย์ ยังพบอีกว่ามีประเด็นหนึ่งที่สำคัญ คือ ความแตกต่างกันของเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายในแต่ละประเทศ ซึ่งเป็นประเด็นทางการแพทย์

เนื่องจาก การตายโดยภาวะสมองตายนั้เป็นนิยามใหม่ของการตายอันเกิดจากความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ แต่เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายโดยกลุ่มแพทย์ในแต่ละประเทศกลับมีความเห็นไม่ตรงกัน เช่น ภาวะสมองตาย (Whole – Brain – Death) และ ภาวะก้านสมองตาย (Brain – Stem – Death) ยังมีการถกเถียงกันจนถึงปัจจุบันระหว่างกลุ่มแพทย์จากประเทศมหาอำนาจซึ่งเป็นผู้ริเริ่มให้เกิดนิยามการตายโดยภาวะสมองตายนั้เป็นครั้งแรกในโลก คือ สหรัฐอเมริกา และ อังกฤษ

นอกจากนี้ แม้แต่แพทย์ในกลุ่มประเทศที่มีความเห็นว่า การตายโดยภาวะสมองตายนั้ควรจะเป็นการตายโดยภาวะสมองตายอย่างสิ้นเชิง (Whole – Brain – Death) เช่น สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส จีน และไทย ก็ยังพบว่า เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายในแต่ละประเทศดังกล่าวมานั้มีความแตกต่างกันในรายละเอียด โดยเฉพาะประเด็นเรื่องการบังคับให้ตรวจพิเศษเพื่อยืนยันภาวะสมองตาย มีเฉพาะใน ฝรั่งเศสและจีน กระนั้น วิธีการตรวจพิเศษของทั้งสองประเทศนั้ก็ยังคงมีความแตกต่างกันอยู่ในรายละเอียด

กรณีที่แสดงถึงปัญหาความไม่แน่นอนในเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายในแต่ละประเทศที่เด่นชัดที่สุด คือ กรณี Liu Hai-juo ซึ่งได้รับการวินิจฉัยว่าตายจากภาวะ (ก้าน) สมองตายตามเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะ (ก้าน) สมองตายของอังกฤษ แต่กลับได้รับการวินิจฉัยว่ายังมีชีวิตอยู่เมื่อ

ทดสอบด้วยเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายของจีน โดยในท้ายที่สุด Liu Hai-juo ก็ได้ฟื้นคืนสติ และกลับมาประกอบกรณียกิจได้เกือบเป็นปกติ

จากกรณี Liu Hai-juo ทำให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยต่อเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายของแพทย์ว่ามีความแม่นยำถูกต้องมากน้อยเพียงใด การออกกฎหมายเพื่อรับรองการตาย โดยภาวะสมองตายจึงถูกลดลงในหลายประเทศ เช่น ในประเทศจีนและไทย

ฉะนั้น กฎหมายบางประเทศกลับบัญญัติเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายอย่างละเอียดคล้ายกับเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายของแพทย์ เช่น ฝรั่งเศส ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาซ้ำเดิม คือ จะต้องแก้ไขกฎหมายตามวิทยาการทางการแพทย์ต่อไปอีกเรื่อย ๆ

ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายอย่างกว้าง ๆ เพื่อยอมรับการตายโดยภาวะสมองตาย เช่น สหรัฐอเมริกา ย่อมจะเกิดความคล่องตัวมากกว่า แต่ก็อาจทำให้เกิดความเคลือบแคลงจากสังคมได้ ว่า ทำให้เกิดกลุ่มบุคคลหนึ่งที่มีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์การวินิจฉัยการตายของประชาชนในรัฐได้

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้น จึงมีความพยายามร่วมกันในการกำหนดเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายให้สอดคล้องกันในระดับนานาชาติโดย World Health Organization (WHO) ซึ่งได้ประสบความสำเร็จในการประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยการตายมาตรฐานในระดับนานาชาติออกมาในปี ค.ศ. 2012 คือ “แนวทางปฏิบัติสากลสำหรับการวินิจฉัยการตาย ขั้นที่ 1 (International Guidelines for the Determination of Death – Phase I)”¹⁸⁹

เมื่อวิเคราะห์ปัญหาความแตกต่างกันของเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายในแต่ละประเทศเทียบกับเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายนานาชาติ พบว่า เกณฑ์ที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศนั้นแตกต่างกันเพียงในรายละเอียดปลีกย่อย หากเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายของประเทศใด ๆ ได้บัญญัติไว้สูงกว่าเกณฑ์ขั้นต่ำที่ปรากฏในเกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายนานาชาติ จะไม่เกิดปัญหาความแม่นยำในการให้การวินิจฉัย ทั้งนี้ WHO ยังแถลงอีกว่า การตรวจพิเศษเพื่อยืนยันภาวะสมองตาย (Confirmatory Test) ต่าง ๆ นั้น ยังไม่มีหลักฐานเชิงประจักษ์ที่หนักแน่นเพียงพอว่าเหนือกว่าการตรวจทดสอบทางคลินิก ดังนั้น หากกฎหมายหรือกฎหมายในประเทศใดบัญญัติให้ต้องกระทำการตรวจพิเศษเพื่อยืนยันภาวะสมองตายดังกล่าว ก็มิได้แปลว่ามีความ

¹⁸⁹ WHO, *supra* note 37, p.15.

รัดกุมหรือสามารถตรวจได้แม่นยำกว่าประเทศที่ไม่มีกฎหมายหรือกฎหมายบัญญัติบังคับไว้
เช่นนั้น

4.5 เหตุผลและความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายรับรองการตายโดยภาวะสมองตายในไทย

จากการวิเคราะห์ที่ผ่านมา พบว่า ประเทศไทยยังคงมีปัญหาเรื่องการตายโดยภาวะสมอง
ตาย เนื่องจาก ยังไม่ปรากฏบทบัญญัติกฎหมายที่ให้การรับรองการตายโดยภาวะสมองตายนี้
ถึงแม้ว่าจะปรากฏแนวคำพิพากษาศาลฎีกาใน “คดีชีวิตปรากฏ” ว่า ศาลไทยได้ยอมรับการตายโดย
ภาวะสมองตายที่ได้รับการวินิจฉัยตามประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมอง
ตาย แล้วก็ตาม แต่แนวคำพิพากษาศาลฎีกานั้นก็มิได้มีฐานะเป็นกฎหมาย อีกทั้ง ถึงแม้ว่าประกาศ
แพทยสภามีผลบังคับใช้ได้กับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม แต่ประกาศแพทยสภาดังกล่าวก็มิได้
มีฐานะเป็นกฎหมายเช่นเดียวกัน จึงไม่มีสภาพบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไป ฉะนั้น หากจะจัดปัญหา
ดังกล่าว จำต้องมีบทบัญญัติให้การรับรองการตายโดยภาวะสมองตายปรากฏในกฎหมายเพื่อให้มี
สภาพบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไป

เมื่อเปรียบเทียบกับฝรั่งเศส ทั้งไทยและฝรั่งเศสนั้นก็ยึดถือระบบกฎหมายแบบลาย
ลักษณ์อักษร ทั้งนี้ ฝรั่งเศสเองได้ปรากฏบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อรับรองการตายโดยภาวะสมอง
ตายแล้ว โดยปรากฏในกฎหมายส่วน “Regulation” หากนำมาเทียบเคียงกับกฎหมายไทย คง
สามารถเปรียบได้กับกฎหมายระดับกฎกระทรวง ซึ่งใช้อำนาจของฝ่ายบริหารแต่เพียงฝ่ายเดียวใน
การตรากฎหมายดังกล่าว ซึ่งมีประโยชน์ในด้านความสะดวกรวดเร็วในการปรับปรุง เปลี่ยนแปลง
หรือแก้ไข หากพิจารณาในแง่ของความคล่องตัวในการปรับปรุงกฎหมายให้ก้าวทันตามวิทยาการ
ทางการแพทย์ เห็นว่ามีความเหมาะสมดี แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายระดับกฎกระทรวงนั้นจำต้อง
ได้รับอำนาจจากกฎหมายในระดับที่สูงกว่าให้สามารถตรากฎกระทรวงต่าง ๆ ออกมาบังคับใช้ได้
ทั้งนี้ ฐานะของกฎหมายระดับกฎกระทรวงนั้นเป็นกฎหมายระดับล่าง ซึ่งไม่มีความมั่นคงแน่นอน
ทั้งยังอาจถูกรงจากสังคมด้วยปัญหาความไม่ชอบธรรมในการใช้อำนาจฝ่ายบริหารในการตรา
กฎหมาย หากประเทศไทยต้องการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ที่ผ่านมามีหรือที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต จึง
สมควรบัญญัติรับรองการตายโดยภาวะสมองตายให้อยู่ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไป ซึ่ง
เป็นกฎหมายที่มีความชอบธรรมสูง เนื่องจาก เป็นกฎหมายที่ตราโดยอำนาจนิติบัญญัติแห่งรัฐ

เมื่อพิจารณากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าว พบว่ามีดังต่อไปนี้ คือ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

จากคดี “วชิรปราการ” พบว่า ประเด็นสำคัญที่เป็นข้อพิพาทแห่งคดี คือ “บุคคลที่ตกอยู่ในภาวะสมองตายตามหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายโดยประกาศของแพทย์ท่านั้น เป็นบุคคลที่ตายแล้วหรือไม่?” คำถามดังกล่าวนี้ นอกจากจะตอกย้ำถึงความไม่มีสภาพบังคับเป็นการทั่วไปของประกาศแพทย์สภาดังกล่าวแล้ว ยังสะท้อนถึงความไม่รู้ของสังคมต่อองค์ความรู้เรื่องการตายโดยภาวะสมองตายอีกด้วย ซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็น สังคมเอง ศาล พนักงานอัยการ ตำรวจ ทนายความ นักกฎหมาย และโดยเฉพาะต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ต้องตกอยู่ในฐานะจำเลยในคดีอาญา

จะเห็นได้ว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องอันเป็นประเด็นสำคัญซึ่งเป็นที่วิตกกังวลของหลายฝ่าย คือ การเกิดความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 จะเป็นมาตราที่บัญญัติถึงการเกิดและสิ้นสุดลงของสภาพบุคคลอย่างตรงประเด็นที่สุด แต่การดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญานั้นมีลักษณะที่รัดกุม การตีความและปรับใช้กฎหมายจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอน หากมีบทบัญญัติปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาโดยตรง น่าจะทำให้ป้องกันความเคลือบแคลงของสังคมที่อาจเกิดขึ้นในการปรับใช้กฎหมายอื่นในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญานั้นให้หมดสิ้นไปได้ จึงเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อรับรองการตายโดยภาวะสมองตายนั้น หากได้กระทำลงในประมวลกฎหมายอาญา

พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ปรากฏบทบัญญัติอันเกี่ยวข้องกับการตายโดยภาวะสมองตายใน มาตรา 12 ในประเด็น “ความสัมพันธ์และผลกระทบต่อการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต” ซึ่งได้วิเคราะห์ไปโดยละเอียดแล้วในหัวข้อ 4.2.3 อันจะเห็นได้ว่า เป็นประเด็นเกี่ยวโยงเพียงเล็กน้อย ซึ่งมีได้มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับกรณีปัญหาสำคัญที่เคยเกิดขึ้นในอดีต ปัจจุบัน หรือที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต จึงไม่สมควรนำมาพิจารณาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรับรองการตายโดยภาวะสมองตาย ณ ที่นี้

ฉะนั้น หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายเพื่อรับรองการตายโดยภาวะสมองตาย การเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “ตาย” ให้ปรากฏใน มาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยให้ครอบคลุมถึงการตายโดยภาวะสมองตายด้วย จึงน่าจะเหมาะสมที่สุดและน่าจะขจัดปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในอดีตและป้องกันมิให้เกิดปัญหาขึ้นในอนาคตต่อไปได้

การนิยามคำว่า “ตาย” นั้นสมควรนิยามไว้เพียงกว้าง ๆ ให้ครอบคลุมถึงการตายโดยภาวะสมองตาย แต่ไม่ควรบัญญัติรายละเอียดแห่งหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย เนื่องจากการตายโดยภาวะสมองตายนั้นเป็นการตายที่มีจุดกำเนิดมาจากความก้าวของวิทยาการทางการแพทย์ ซึ่งมีการพัฒนาอย่างรวดเร็วตลอดเวลา ดังนั้น หากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งต้องใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรา ได้บัญญัติถึงรายละเอียดแห่งหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย ย่อมจะทำให้เกิดความไม่คล่องตัวและก่อให้เกิดปัญหาตามมาในอนาคต เนื่องจาก กฎหมายจะไม่สามารถพัฒนาหรือปรับเปลี่ยนได้ทันวิทยาการทางการแพทย์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วว่า ย่อมจะก่อให้เกิดปัญหาซึ่งจะต้องแก้ไขกฎหมายให้ก้าวตามทันวิทยาการตลอดไป

เมื่อพิจารณาได้ดังนี้แล้ว กฎหมายแม่บทที่สมควรนำมาปรับใช้ ได้แก่ Uniform Determination of Death Act 1981 ของสหรัฐอเมริกา เนื่องจาก เป็นกฎหมายที่เรียบง่าย บังคับใช้มาอย่างยาวนานโดยไม่ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไข โดยมีมาตราที่สำคัญ คือ

มาตรา 1 บุคคลที่มีภาวะดังต่อไปนี้ เป็นบุคคลที่ตายแล้ว

(1) ภาวะที่ระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลวอย่างไม่อาจย้อนคืนได้ หรือ

(2) ภาวะที่ระบบการทำงานของสมองสูญสิ้นไปทั้งหมดอย่างไม่อาจย้อนคืนได้

โดยรวมไปถึงบริเวณก้านสมองด้วย

เกณฑ์การวินิจฉัยการตายนั้นให้ปฏิบัติตามมาตรฐานทางการแพทย์

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติในมาตราดังกล่าว ได้บัญญัตินิยามการตายว่าหมายถึง 2 กรณี คือ การตายแบบดั้งเดิมและการตายโดยภาวะสมองตาย ร่วมกับการบัญญัติไว้กว้าง ๆ เปิดโอกาสให้องค์กรวิชาชีพกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยการตายดังกล่าวได้ในรายละเอียด เนื่องจากคำว่า “มาตรฐานทางการแพทย์” ย่อมหมายถึง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายที่ได้รับการยอมรับในหมู่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสหรัฐอเมริกา ซึ่งย่อมจะต้องถูกประกาศเป็นหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายโดยองค์กรวิชาชีพซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายหรือที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในหมู่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสหรัฐอเมริกานั้นเอง

หากจะนำบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวนี้มาปรับใช้กับประเทศไทย โดยการเพิ่มบทนิยามการตายในมาตรา 1 แห่ง ประมวลกฎหมายอาญา สมควรปรับเปลี่ยนรูปแบบเล็กน้อยเพื่อให้เข้ากับบริบทของไทยและกฎหมายไทย ดังนี้

มาตรา 1 ในประมวลกฎหมายนี้

(18) “ตาย” หมายความว่า

ก. ภาวะที่หัวใจและปอดหยุดทำงานโดยไม่มีหนทางเยียวยาได้ หรือ

ข. ภาวะสมองตาย ทั้งนี้ เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายนั้นให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่ประกาศโดยแพทยสภาร่วมกับกระทรวงสาธารณสุข

อย่างไรก็ตาม ปัญหาเรื่องการตาย นั้นเป็น ปัญหาข้อเท็จจริง มิใช่ ปัญหาข้อกฎหมาย หากแต่ปัญหาข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ได้ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายขึ้นมาแล้วมากมายหลายประเทศทั่วโลก ไม่เว้นแม้แต่ในประเทศไทย ดังนั้น จึงสมควรให้เกิดการเปลี่ยนแปลง แก้ไข เพิ่มเติม บทบัญญัติในกฎหมายไทยเพื่อรองรับการตายโดยภาวะสมองตายนี้ให้ชัดเจน

เมื่อพิจารณา บทบัญญัติที่ได้วิเคราะห์และเสนอแนะมาในตอนที่ท้าย จะพบว่า ได้บัญญัติให้อำนาจองค์กรวิชาชีพ คือ แพทยสภา อันเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตาม พระราชบัญญัติ วิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวข้องโดยตรงในการตราหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัย สมองตายเป็นแต่เมื่อครั้งแรกเริ่ม อย่างไรก็ตาม สังคมส่วนหนึ่งอาจมีความวิตกกังวลต่อ “อำนาจ” ที่ มากเกินไปขององค์กรวิชาชีพใดวิชาชีพหนึ่งในการออกกฎหมายสำหรับ “ชีเป็นชีตาย” ชีวิตของ ประชาชนในรัฐ จึงเห็นสมควรให้มีการใช้อำนาจอธิปไตยแห่งรัฐร่วมกระทำการ เพื่อควบคุมและ ถ่วงดุลอำนาจองค์กรวิชาชีพดังกล่าวร่วมด้วย ทั้งนี้ การใช้อำนาจอธิปไตยนี้ผ่านทางกระทรวงที่ เกี่ยวข้อง คือ กระทรวงสาธารณสุข ย่อมจะทำให้สังคมนั้นคลายความวิตกกังวลและก่อให้เกิดความ เชื่อมั่นต่อหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายเป็นที่ประกาศโดยความร่วมมือของหน่วยงานที่ เกี่ยวข้องทั้งสองหน่วยงานดังกล่าวนี้

การให้อำนาจแพทยสภาและกระทรวงสาธารณสุขนั้นย่อมเป็นการให้อำนาจต่อผู้ที่มี ความเชี่ยวชาญโดยตรงร่วมกันต่อประเด็นดังกล่าว ทั้งยังทำให้เกิดความคล่องตัวต่อการแก้ไข เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายได้มากกว่าการระบุนรายละเอียดแห่งหลักเกณฑ์ ดังกล่าวให้ปรากฏในกฎหมายโดยตรง กระนั้น หากบัญญัติให้อำนาจแก่กระทรวงสาธารณสุขแต่ เพียงฝ่ายเดียวให้อำนาจในการตราหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายเป็นปรากฏในรูปของ กฎกระทรวง ก็อาจทำให้สังคมเกิดความคลางแคลงใจต่อการให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารมากเกินไป โดยขาดความเห็นจากองค์กรวิชาชีพที่มีความเชี่ยวชาญโดยตรงอย่าง แพทยสภา

หากไม่ปรากฏบทบัญญัติในตอนท้ายดังกล่าว ถึงแม้จะได้บัญญัติรับรองว่า ภาวะสมอง ตาย เป็นการตายอย่างหนึ่ง ก็คงมีอาจจัดปัญหาความไม่แน่นอนของการตายโดยภาวะสมองตายนี้นี้ ให้คลี่คลายลงไปได้ เนื่องจาก สังคมอาจเกิดข้อถกเถียงถึง นิยามของภาวะสมองตายเป็นอย่างไร และผู้ใดเป็นผู้นิยาม และผู้ที่มีอำนาจในการนิยามดังกล่าวนี้หรือไม่?

ดังนั้น หากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวดังที่ได้เสนอแนบมานี้ ย่อมจะทำให้ประเด็นข้อพิพาทสำคัญที่เคยเกิดขึ้นในอดีต คือ “บุคคลที่ตกอยู่ในภาวะสมองตายตามหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายโดยประกาศของแพทยภานัน เป็นบุคคลที่ตายแล้วหรือไม่?” คลี่คลายลงไปได้ ซึ่งเป็นการให้ความชัดเจนกับสังคม รวมถึงบุคลากรหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เจ้าหน้าที่งานตำรวจ นักกฎหมาย ทนายความ อัยการ ผู้พิพากษา ฯลฯ ให้เกิดความมั่นใจและความปลอดภัยในการปฏิบัติหน้าที่ของคนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าวได้

ทั้งนี้ ในความเป็นจริงแล้ว สังคมได้รับรู้ถึงการตายโดยภาวะสมองตายมาเป็นเวลากว่า 20 ปีแล้ว โดยอนุมานได้จาก ความหมายโดยทั่วไปของคำว่า “ตาย” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมความหมายของคำว่า “ตาย” ให้ครอบคลุมถึง “ภาวะสมองตาย” เมื่อ พ.ศ. 2542 ซึ่งสะท้อนว่า สังคมไทยนั้นรู้จักและเข้าใจว่า การตายนั้นหมายความรวมถึงภาวะสมองตายด้วยมาช้านานแล้ว ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวเพื่อนิยามการตายให้ครอบคลุมถึงภาวะดังกล่าว จึงมิใช่เรื่องใหม่ซึ่งขัดกับพื้นฐานความเข้าใจของสังคมแต่อย่างใด

ถึงแม้ว่า จะมีข้อพิพาทจนเป็นคดีขึ้นสู่ศาลฎีกาในช่วงระยะเวลาดังกล่าว แต่ก็ปรากฏเพียง 1 คดีเท่านั้น ซึ่งอาจสะท้อนได้ว่า สังคมไทยส่วนใหญ่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการตายโดยภาวะสมองตายดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วส่วนหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ความเศร้าโศกเสียใจของญาติที่เสียชีวิตอันเป็นที่รักไป ย่อมจะก่อให้เกิดแรงขับเคลื่อนอย่างรุนแรงเป็น ความโกรธและการปฏิเสธไม่ยอมรับว่าบุคคลอันเป็นที่รักของตนได้ตายลงแล้ว จึงอาจเกิดเป็นข้อพิพาทเช่นใน “คดีฉิรปราการ” ขึ้นมาได้อีก ซึ่งส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยทั่วไปเป็นอย่างมากว่า ถึงตนจะได้กระทำถูกต้องครบถ้วนตามหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายโดยประกาศแพทยสภาแล้ว ก็ยังมีได้รับความคุ้มครองหรือความปลอดภัยใด ๆ ตามกฎหมาย ดังนั้น หากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาดังที่ได้เสนอแนบมาแล้ว ย่อมจะก่อให้เกิดความมั่นใจและความสบายใจในหมู่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในการปฏิบัติหน้าที่มากขึ้น ซึ่งในท้ายที่สุดก็จะส่งผลเป็นประโยชน์ต่อสังคมโดยรวมในแง่มุมต่าง ๆ เช่น ประโยชน์ด้านมนุษยธรรม ประโยชน์ด้านการปลูกถ่ายอวัยวะให้แก่ผู้ป่วยที่ต้องการ และประโยชน์ด้านเศรษฐกิจ เป็นต้น

สรุป การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติใน มาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยเพิ่มบทนิยามการตายให้ครอบคลุมถึงภาวะสมองตาย นั้นเป็นการบัญญัติโดยยังคงถือว่าปัญหาการตายนั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ทั้งยังเคารพหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายที่ประกาศโดยองค์กร

วิชาชีพ (แพทยสภา) ร่วมกับการใช้อำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ ซึ่งจะช่วยให้จัดปัดเป่าปัญหาที่ผ่านมาในอดีตและป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้เป็นอย่างดี



บทที่ 5

สรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ

การตายโดยภาวะสมองตาย เป็นนิยามความตายแบบใหม่จากความก้าวหน้าของวิทยาการทางการแพทย์ ซึ่งขัดกับความรู้ความเข้าใจในความตายแบบดั้งเดิมของสังคมไทย ก่อให้เกิดปัญหาเนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับการตายโดยภาวะสมองตายนี้ กำเนิดเป็นคดีตัวอย่างที่สำคัญ คือ “คดีฉัตรปรการ” ซึ่งส่งผลกระทบต่อบุคลากรหลายฝ่าย ทั้ง ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เจ้าหน้าที่งานตำราวจ นักกฎหมาย ทนายความ อัยการ ผู้พิพากษา และสังคมโดยรวม

5.1 สรุปผลการศึกษา

จากการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการตายและภาวะสมองตายพบว่า “การตายโดยภาวะสมองตาย” เป็นนิยามความตายแบบใหม่ที่เกิดจากความก้าวหน้าของวิทยาการทางการแพทย์ ถูกกล่าวถึงเป็นครั้งแรกเมื่อ ค.ศ. 1959 ณ ประเทศฝรั่งเศส แต่ได้ถูกหยิบยกมาเป็นประเด็นและกำเนิดหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายขึ้นครั้งแรกในโลกโดย มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด สหรัฐอเมริกา เมื่อ ค.ศ. 1968 จากนั้นได้มีแนวคิดแตกแขนงออกไปเป็นอีกสายหนึ่ง คือ แนวคิดภาวะก้านสมองตาย กำเนิดหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยก้านสมองตายขึ้นครั้งแรกในโลกโดยราชวิทยาลัยแพทย์ อังกฤษ เมื่อ ค.ศ. 1976 ทั้งนี้ แนวคิดภาวะสมองตายนั้นให้ความสำคัญกับการที่สมองทั้งหมดถูกทำลายอย่างสิ้นเชิงถาวร แต่ แนวคิดภาวะก้านสมองตายนั้นให้ความสำคัญเพียงก้านสมองที่ถูกทำลายอย่างสิ้นเชิงถาวร โดยแนวคิดหลังนี้เห็นว่า ตำแหน่งศูนย์สำคัญที่ควบคุมความรู้สึกตัว การเต้นของหัวใจ และการหายใจ อยู่ในบริเวณก้านสมองเป็นหลัก ดังนั้น เพียงก้านสมองที่ถูกทำลายอย่างสิ้นเชิงถาวรนั้นย่อมจะเพียงพอต่อการวินิจฉัยการตายแล้ว

นับแต่ ค.ศ. 1976 เป็นต้นมา จึงได้เกิดการถกเถียงและการศึกษาถึงความแตกต่างระหว่าง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย กับ หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยก้านสมองตาย ว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร ทำให้เกิดผลกระทบเป็นวงกว้างต่อสังคมโลกถึงความไม่ลงรอยกันระหว่างแนวคิดทางการแพทย์ทั้งสองแนวคิดนี้ สังคมได้ตั้งคำถามถึงความไม่แน่นอน

ของการวินิจฉัยการตายตามนियามการตายแบบใหม่ที่เกิดจากวิทยาการทางการแพทย์ ทั้งยังได้ปรากฏ “กรณี Liu Hai-juo” ซึ่งเป็นผู้ประกาศข่าวสาวชาวจีนที่ได้เดินทางไป ณ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ และได้ประสบเหตุรถไฟตกราง โดยคณะแพทย์อังกฤษได้วินิจฉัยว่าเธอตกอยู่ในภาวะก้านสมองตายตามหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยก้านสมองตาย โดยราชวิทยาลัยแพทย์อังกฤษ แต่คณะแพทย์จีนได้วินิจฉัยว่าเธอเพียงได้รับอันตรายอย่างรุนแรงบริเวณศีรษะเท่านั้น โดยได้ตรวจทดสอบเธอตามหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายของจีนแล้วพบว่า เธอยังมิได้ตกอยู่ในภาวะสมองตาย จึงได้นำตัวเธอกลับมายังประเทศจีน หลังจากนั้นเพียง 2 เดือน เธอก็ได้ฟื้นคืนสติกลับมา และสามารถลุกยืนเดินได้ภายใน 6 เดือนนับจากเกิดเหตุ จากเหตุการณ์ดังกล่าว ยิ่งทำให้สังคมโลก คลางแคลงใจกับความไม่แน่นอนของนियามการตายทางการแพทย์แบบใหม่นี้

ปัญหาดังกล่าวได้เรื้อรังมาจวบจน ค.ศ. 2012 “องค์กรอนามัยโลก” จึงได้มีความพยายามในการรวบรวมแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในสาขาต่าง ๆ จากหลากหลายประเทศทั่วโลกเพื่อมาร่วมกันถกเถียงและศึกษาค้นคว้าหลักฐานเชิงประจักษ์ต่าง ๆ ทางการแพทย์ เพื่อหาข้อยุติของหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยการตายแบบใหม่ให้ถูกต้องตรงกันทุกประเทศทั่วโลกขึ้นเป็นครั้งแรก และได้กำเนิด “แนวทางปฏิบัติสากลสำหรับการวินิจฉัยการตาย” ขึ้นครั้งแรกในโลก โดยมีรายละเอียดแบ่งเป็น 2 ส่วน คือ “เกณฑ์การตรวจทดสอบขั้นต่ำ” และ “การตรวจพิเศษเพิ่มเติม” และได้ให้ความเห็นซึ่งสามารถสรุปได้ว่า หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายหรือก้านสมองตายนั้นมิได้มีความแตกต่างกัน ความแตกต่างที่พบนั้นเป็นเพียงความแตกต่างในรายละเอียด โดยเฉพาะในส่วน “การตรวจพิเศษเพิ่มเติม” เท่านั้น หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายหรือก้านสมองตายของแต่ละประเทศนั้นหากกระทำไม่ต่ำกว่า “เกณฑ์การตรวจทดสอบขั้นต่ำ” ย่อมที่จะให้ผลการทดสอบไม่แตกต่างกัน

ประเทศไทย ได้เกิดการประชุมร่วมกันหลายฝ่าย ทั้งผู้ประกอบวิชาเวชกรรมและนักวิชาการกฎหมาย เป็นครั้งแรกในการประชุมโต๊ะกลม เรื่อง “การตายทางการแพทย์และการตายทางกฎหมาย” ณ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อ พ.ศ. 2531 ซึ่งได้ข้อสรุปสำคัญออกมา คือ ทุกฝ่ายยอมรับการตายโดยภาวะสมองตายที่ได้รับการวินิจฉัยโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายโดยแพทยสภา ดังนี้ ในปีต่อมา พ.ศ. 2532 จึงได้กำเนิดหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายโดยแพทยสภาเป็นครั้งแรกในประเทศไทย และได้ถูกพัฒนาปรับปรุงเรื่อยมาในปี พ.ศ. 2539 พ.ศ. 2552 และ พ.ศ. 2554 ซึ่งเป็นฉบับที่มีผลบังคับใช้เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน (พ.ศ. 2560)

ฟินแลนด์ เป็นประเทศแรกในโลกที่ได้บัญญัติรับรองการตายโดยภาวะสมองตายไว้ในกฎหมาย เมื่อ ค.ศ. 1971

สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศแรกในโลกที่ให้กำเนิดหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายได้บัญญัติรับรองการตายโดยภาวะสมองตายไว้ในกฎหมาย เมื่อ ค.ศ. 1981 ปรากฏใน Uniform Determination of Death Act ซึ่งมีมาตราเพียง 3 มาตรา และได้ยึดถือมาจวบจนปัจจุบัน โดยมีมาตราที่สำคัญ คือ

มาตรา 1 บุคคลที่มีภาวะดังต่อไปนี้ เป็นบุคคลที่ตายแล้ว

(1) ภาวะที่ระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลวอย่างไม่อาจย้อนคืนได้ หรือ

(2) ภาวะที่ระบบการทำงานของสมองสูญสิ้นไปทั้งหมดอย่างไม่อาจย้อนคืนได้

โดยรวมไปถึงบริเวณก้านสมองด้วย

เกณฑ์การวินิจฉัยการตายนั้นให้เป็นไปตามมาตรฐานทางการแพทย์

อังกฤษซึ่งเป็นประเทศแรกในโลกที่ให้กำเนิดหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยก้านสมองตายมิได้มีการบัญญัติรับรองการตายโดยภาวะสมองตายหรือภาวะก้านสมองตายไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน เนื่องด้วยอังกฤษนั้นใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ จึงได้ใช้แนวคำพิพากษาศาลสูงอังกฤษที่ให้การรับรองการตายโดยภาวะสมองตายเป็นครั้งแรกไว้เมื่อ ค.ศ. 1992 ใน “คดี Re A” โดยถือเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลอังกฤษซึ่งได้ยึดถือปฏิบัติเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

ฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศแรกในโลกที่กล่าวถึงการตายโดยภาวะสมองตายได้บัญญัติรับรองการตายโดยภาวะสมองตายไว้ในกฎหมายครั้งแรก เมื่อ ค.ศ. 1976 โดยได้มีการพัฒนาปรับปรุงเรื่อยมาหลายครั้ง ล่าสุดเมื่อ ค.ศ. 2005 ทั้งนี้ บทบัญญัติที่ให้การรับรองการตายโดยภาวะสมองตายของฝรั่งเศส ณ ปัจจุบัน ได้ปรากฏอยู่ใน “ประมวลกฎหมายสาธารณสุข”

มาตรา อาร์ 1232 - 1 เมื่อปรากฏบุคคลตกอยู่ในภาวะระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลว การวินิจฉัยภาวะสมองตายจะกระทำได้อีกต่อเมื่อครบเกณฑ์การวินิจฉัยทางคลินิกทั้งสามประการ:

(1) ไม่มีสติสัมปชัญญะและไม่มีการเคลื่อนไหวกล้ามเนื้อได้เอง

(2) ไม่มีปฏิกิริยารีเฟล็กซ์จากก้านสมอง

(3) ไม่มีการหายใจด้วยตนเอง

ประเทศจีน ได้มีความพยายามผลักดันให้เกิดกฎหมายรับรองการตายโดยภาวะสมองตายครั้งแรกเมื่อ ค.ศ. 1986 แต่ก็ประสบความล้มเหลวมาโดยตลอด เนื่องจาก การตายโดยภาวะ

สมองตายนั้นขัดแย้งกับพื้นฐานความเข้าใจในเรื่องการตายของสังคมจีน ประกอบกับปัญหาเรื่องการซื้อขายอวัยวะมนุษย์ในตลาดมืดจีน ร่วมกับ “กรณี Liu Hai-juo” ซึ่งยิ่งทำให้สังคมจีนมีความเคลือบแคลงต่อความไม่แน่นอนของหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย ผลกระทบดังกล่าวส่งผลให้จวบจนปัจจุบันก็ยังไม่ปรากฏกฎหมายรับรองการตายโดยภาวะสมองตายในจีน

ประเทศไทย ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับฝรั่งเศสและจีน ซึ่งจวบจนถึงปัจจุบันก็ยังไม่ปรากฏกฎหมายใดที่ให้การรับรองการตายโดยภาวะสมองตายขึ้นในประเทศไทย ทั้งยังได้เกิดกรณีพิพาทเป็นคดีตัวอย่าง คือ “คดีฉิรปราการ” เมื่อ พ.ศ. 2545 โดยทีมแพทย์และโรงพยาบาลถูกญาติของผู้เสียชีวิตฟ้องร้องในข้อหา “ฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ซึ่งถือเป็นคดีอุกฉกรรจ์และมีอัตราโทษสูงถึงประหารชีวิต จึงได้รับความสนใจจากสังคมอย่างกว้างขวางและก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคลากรหลายฝ่าย จนคดีจบลงในระดับศาลฎีกาเมื่อปี พ.ศ. 2559 ซึ่งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้วางหลักเอาไว้ว่า บุคคลซึ่งถูกวินิจฉัยว่าตกอยู่ในภาวะสมองตายตามหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายตามประกาศแพทยภาคนั้นถือว่าเป็นบุคคลที่ตายแล้ว

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะปรากฏแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีฉิรปราการให้การรับรองการตายโดยภาวะสมองตาย แต่คำพิพากษาศาลฎีกานั้นมิใช่กฎหมาย จึงไม่มีสภาพบังคับได้เป็นการทั่วไป และอาจถูกพิพากษากลับได้ทุกเมื่อ นอกจากนี้ ประกาศแพทยสภาดังกล่าวก็มิได้มีสถานะเป็นกฎหมายเช่นเดียวกัน จึงคงมีผลบังคับใช้ได้เฉพาะในหมู่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

นอกจากปัญหาการไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายรับรองการตายโดยภาวะสมองตาย ยังพบว่ามีประเด็นปัญหาในรายละเอียดอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าวอีก เช่น

- (1) ปัญหาความไม่แน่นอนของจุดเริ่มต้นการวินิจฉัยภาวะสมองตาย
- (2) ปัญหาความไม่แน่นอนของการระบุเวลาตาย
- (3) ความสัมพันธ์และผลกระทบต่อการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต
- (4) ความสัมพันธ์และผลกระทบต่อการตายตามความรู้เดิม (ระบบไหลเวียนโลหิตและการหายใจล้มเหลว)

ประเด็นปัญหาที่ (1) และ (2) จากการศึกษาพบว่า ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่แน่นอนชัดเจนของการเริ่มต้นและสิ้นสุดของการวินิจฉัยภาวะสมองตายในหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายโดยประกาศแพทยสภา ซึ่งส่งผลให้ “เวลาตาย” ของผู้ที่เสียชีวิตโดยภาวะสมองตายนี้ไม่มี

ความแน่นอน ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อลำดับการตกทอดของมรดกต่อทายาทและสัญญาประกันชีวิต อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่มีการตายนั้นเป็นผลต่อเนื่องมาจากเหตุภัยอันตราย ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วบุคคลที่จะตกอยู่ในภาวะสมองตายนั้นมักจะเกิดจากเหตุภัยอันตราย (มิได้เกิดจากโรคตามธรรมชาติ) อาจใช้มาตรา 17 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ได้เป็นกรณี

ประเด็นปัญหาที่ (3) จากการศึกษาพบว่า การแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต ตามมาตรา 12 แห่ง พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 นั้น ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่มักหมายถึง การปฏิเสธการปฏิบัติการกู้ชีพ (Cardiopulmonary Resuscitation, CPR) และการใส่ท่อช่วยหายใจ (Endotracheal Intubation) ซึ่งการทดสอบการไม่หายใจ (Apnea Test) อันเป็นหนึ่งในการทดสอบที่สำคัญของการวินิจฉัยภาวะสมองตายตามหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายโดยประกาศแพทยสภา จะต้องทดสอบโดยการปิดเครื่องช่วยหายใจซึ่งต่ออยู่กับท่อช่วยหายใจ จึงเป็นประเด็นว่า หากผู้รับบริการสาธารณสุขได้แสดงเจตนาเป็นหนังสือเพื่อปฏิเสธการรักษาดังกล่าว จะสามารถทำการทดสอบการไม่หายใจได้อย่างไร เห็นว่า ต้องพิจารณาเป็นกรณีไปว่า การใส่ท่อช่วยหายใจนั้น เป็นการรักษาที่จะทำให้ผู้รับบริการสาธารณสุขนั้นหายจากโรคร้ายหรือภาวะที่เป็นอยู่ได้หรือไม่ หรือการใส่ท่อช่วยหายใจนั้นเป็นเพียงการรักษาที่เป็นไปเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต ตามเจตนารมณ์แห่งมาตรา 12 ดังกล่าว

ประเด็นปัญหาที่ (4) จากการศึกษาพบว่า สังคมอาจมีความวิตกกังวลเมื่อเกิดความสงสัยว่าบุคคลใดได้ตายลงแล้วหรือไม่ จะต้องทำการทดสอบการตายทั้ง 2 รูปแบบ ดังนี้ เห็นว่า ในทางปฏิบัตินั้นคงไม่เกิดปัญหา เนื่องจาก การตายตามความรู้เดิมนั้นสามารถตรวจสอบได้โดยง่าย บุคคลที่มีไข้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมส่วนหนึ่งก็สามารถตรวจสอบและเข้าใจภาวะนี้ได้ทั่วไป แต่หากเกิดกรณีที่สงสัยว่าบุคคลใดตายด้วยภาวะสมองตายหรือไม่ จึงต้องทำการทดสอบต่อไปโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ทั้งนี้ ไม่ว่าจะบุคคลจะตกอยู่ในภาวะหนึ่งภาวะใดในสองภาวะนี้ ก็ถือว่าเป็นบุคคลที่ตายลงแล้วทั้งสิ้น

ฉะนั้น หากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายเพื่อรับรองการตายโดยภาวะสมองตายให้ประจักษ์ชัด ย่อมจะทำให้ประเด็นข้อพิพาทที่สำคัญ คือ “บุคคลที่ตกอยู่ในภาวะสมองตายตามหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยภาวะสมองตายโดยประกาศของแพทยภานนั้น เป็นบุคคลที่ตายแล้วหรือไม่?” คลี่คลายลงไปได้ ซึ่งเป็นทำให้ความชัดเจนกับสังคม รวมถึงบุคลากรหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เจ้าหน้าที่งานตำรวจ นักกฎหมาย ทนายความ อัยการ ผู้

พิพาทฯ ฯลฯ ให้เกิดความมั่นใจและความปลอดภัยในการปฏิบัติหน้าที่ของตนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าวได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

(1) สมควรตราบทบัญญัติเพื่อรับรองการตายโดยภาวะสมองตายให้ปรากฏในกฎหมายไทย โดยพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไป เนื่องจาก เป็นกฎหมายที่ตราโดยอำนาจนิติบัญญัติแห่งรัฐ ซึ่งมีความชอบธรรมสูง เมื่อพิจารณาจากกรณีปัญหาและผลกระทบที่เคยขึ้นและอาจเกิดขึ้นจากการขาดบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว จะพบว่า กรณีพิพาทต่าง ๆ ที่เคยเกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นนั้นกระทบต่อความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลัก ถึงแม้ว่า อาจจะมีกรณีที่สามารถกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายอื่น เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 แต่ก็มีใช้ประเด็นหลักที่สังคมมีความกังวลถึง ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายในระดับที่เทียบเท่าพระราชบัญญัติ ซึ่งมีสภาพบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไป สามารถถูกนำไปปรับใช้ได้หลากหลายกรณี กับทั้ง การพิจารณาคดีอาญานั้นจะต้องตีความตามตัวอักษรประกอบกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายอย่างรัดกุม หากนำบทบัญญัติดังกล่าวไปตราลงในกฎหมายอื่น อาจมีปัญหาระงับการตีความและการนำมาปรับใช้กับกรณีพิพาททางอาญา ซึ่งอาจทำให้เจตนารมณ์ในการตราบทบัญญัตินี้เสียหายไป ดังนั้น การเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อรับรองการตายโดยภาวะสมองตายให้ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา พิจารณาแล้วเห็นว่า มีความเหมาะสมที่สุด

(2) เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาแล้วจะพบว่า ไม่มีบทบัญญัติใดเลยที่นิยามการตาย จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมนิยามของการตายดังกล่าวให้ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 ซึ่งเป็นบทนิยามศัพท์ โดยดัดแปลงมาจาก มาตรา 1 แห่ง Uniform Determination of Death Act 1981 เพื่อให้เหมาะสมกับบริบทในประเทศไทย ดังนี้

มาตรา 1 ในประมวลกฎหมายนี้

(18) “ตาย” หมายความว่า

ก. ภาวะที่หัวใจและปอดหยุดทำงานโดยไม่มีหนทางเยียวยาได้ หรือ

ข. ภาวะสมองตาย ทั้งนี้ เกณฑ์การวินิจฉัยภาวะสมองตายนั้นให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ประกาศโดยแพทยสภาร่วมกับกระทรวงสาธารณสุข

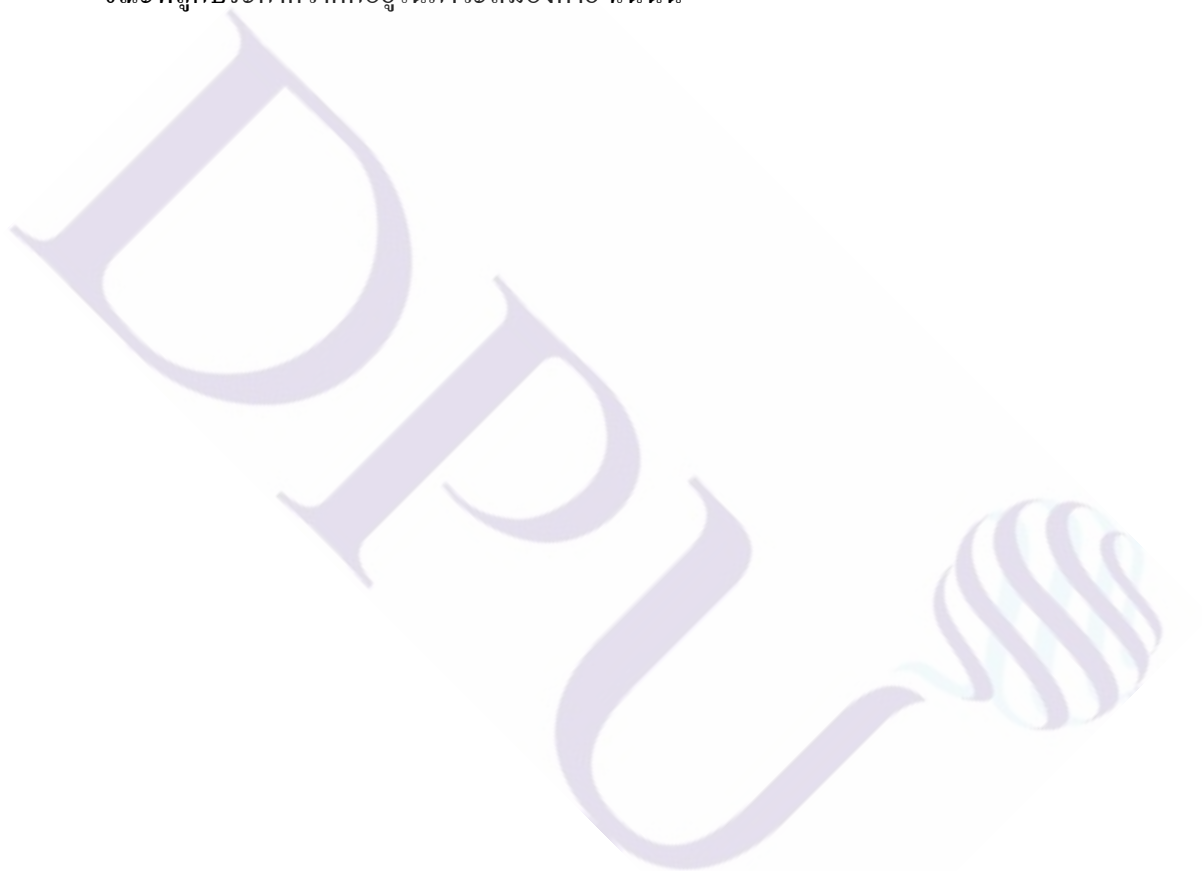
เมื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติใน มาตรา 1 แห่ง ประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้แล้ว ย่อมจะจัดข้อพิพาทในประเด็น “บุคคลที่ตกอยู่ในภาวะสมองตายตามหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายโดยประกาศของแพทยภานัน เป็นบุคคลที่ตายแล้วหรือไม่?” ให้คลี่คลายลงไปได้ อีกทั้ง ย่อมเป็นการรับรองประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตาย ให้มีสถานะบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย ทั้งนี้ โดยอาศัยอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐผ่านกระทรวงที่เกี่ยวข้อง คือ กระทรวงสาธารณสุข ร่วมกับอำนาจขององค์กรวิชาชีพที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะ คือ แพทยสภา ซึ่งจัดตั้งตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

(3) การบัญญัติรายละเอียดแห่งหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายให้ปรากฏในกฎหมาย พิจารณาแล้วเห็นว่า ไม่เหมาะสม เนื่องจาก จะไม่สามารถจัดปัญหาที่กฎหมายนั้นได้รับการพัฒนาปรับปรุงล่าช้ากว่าความก้าวหน้าของวิทยาการทางการแพทย์ได้ ทำให้ต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายตามหลังความก้าวหน้าของวิทยาการทางการแพทย์ตลอดไป อีกทั้ง หากจะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรใดองค์กรหนึ่งในการตราหลักเกณฑ์และวิธีการวินิจฉัยสมองตายแต่เพียงองค์กรเดียว ไม่ว่าจะเป็นแพทยสภาหรือกระทรวงสาธารณสุขก็ดี ย่อมที่จะก่อให้เกิดความกังวลของสังคมต่อความชอบธรรมหรืออำนาจอันมากเกินไปขององค์กรใดองค์กรหนึ่งในการ “ชี้เป็น ชี้ตาย” ประชาชนในรัฐ ดังนี้ การบัญญัติให้องค์กรวิชาชีพที่เกี่ยวข้องที่สุด คือ แพทยสภา อันจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญที่สุดต่อประเด็นดังกล่าวร่วมกับ กระทรวงสาธารณสุข ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐในอันที่จะใช้อำนาจอธิปไตยและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน ย่อมจะทำให้สังคมเกิดความเชื่อมั่นและคลายความกังวลลงไปได้

ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ย่อมที่จะส่งผลกระทบต่อประเทศชาติในทางบวก โดยก่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกันระหว่างสังคมและบุคลากรที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ช่วยลดข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้น ทำให้จำนวนอรรถคดีที่จะขึ้นสู่ชั้นศาลลดน้อยลง ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถประกอบเวชปฏิบัติได้อย่างมั่นคง ลดความวิตกกังวลต่อความรับผิดชอบทางการแพทย์ที่ไม่ได้เกิดจากทฤษฎีปฏิบัติ ทั้งยังเป็นการอำนวยความสะดวกต่อการบริการอวัยวะ เพื่อประโยชน์ของชีวิตมนุษยชาติอันเป็นทรัพยากรที่สำคัญของประเทศชาติต่อไป

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 ดังที่ได้เสนอแนะมาแล้ว ก็ยังมีอาจจัดปัญหาบางประการในรายละเอียดให้หมดสิ้นไปเสียได้ โดยเฉพาะในประเด็นปัญหา เรื่อง “เวลาตาย” ซึ่งยังคงมีความไม่แน่นอนอนแม้แต่ในระดับ

นานาอารยะประเทศ ถึงแม้จะยังไม่เคยเกิดกรณีปัญหาดังกล่าวขึ้นมาให้เห็นเป็นประจักษ์ชัด แต่จากการศึกษาวิเคราะห์ในเชิงทฤษฎีดังที่ได้นำเสนอมาโดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่า อาจจะก่อให้เกิดปัญหาขึ้นจริงในทางปฏิบัติ ดังนี้ หากจะมีผู้ทำการศึกษาต่อไป จึงขอเสนอแนะแนวทางในการศึกษาประเด็นปัญหานี้ต่อยอดให้ลึกลงไป โดยอาจเทียบเคียงการระบเวลาตายกับกรณี “การสาบสูญ” ซึ่งถือว่าบุคคลนั้นได้สิ้นสภาพบุคคลลง ณ เวลาที่ศาลได้โปรดมีคำสั่งให้บุคคลนั้นเป็นบุคคลสาบสูญ เช่นนี้ บุคคลที่ถูกประกาศว่าตกอยู่ในภาวะสมองตาย จึงถือได้ว่า เสียชีวิตลงนับแต่ขณะที่ถูกประกาศว่าตกอยู่ในภาวะสมองตาย ฉะนั้น





บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กุลพล พลวัน. “การตายทางการแพทย์กับการยอมรับของกฎหมายไทย.” วารสารประชาสัมพันธ์
ฉบับที่ 1. ปีที่ 10 (20 ธันวาคม 2545).

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญา ภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11
(กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559)

จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล.
(กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530)

ชลกานต์ ชรรวมกฎ. “สมองตาย – นิยามการตายที่กฎหมายจีนยังไม่ยอมรับ.”
(สารนิพนธ์บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยปฏักัง, 2556)

ณัฐ ดันศรีสวัสดิ์. ชีร โชติ จงสกุล. “สมองตาย.” วารสารนิติเวชศาสตร์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 3
(มีนาคม – มิถุนายน 2553). น.54 – 57.

ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 6
(กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2557)

ฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. “ภาวะสมองตายและผลทางกฎหมาย.”
ข่าวสารพัฒนากฎหมาย ฉบับที่ 84 (พฤษภาคม 2556).

พินิจ ทิพย์มณี. “การวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการตายของประเทศไทย.”
(งานศึกษาวิจัระระดับรองศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ปริดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัย
ธุรกิจบัณฑิต, 2553)

พนัส เกลิมแสนยากร. “ตาย: ความตาย (Death).”

<http://haamor.com/th/%E0%B8%95%E0%B8%B2%E0%B8%A2>, 10 มีนาคม 2559.

ไพฑูรย์ ณรงค์ชัย. “Brain Death and Organ Donation. ”

<http://www.med.cmu.ac.th/secret/meded/Mede7/%B5%E9%B9%A9%BA%D1%BA/MEDE07PDF/Chapter03%20MEDE07.pdf>, 10 มีนาคม 2559.

ระพี แม้นโกศล. กฎหมายกับแพทย์. (กรุงเทพมหานคร : ไทศาลศิลป์การพิมพ์, 2539)

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. กฎหมายการแพทย์ : ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพ

ด้านการแพทย์และสาธารณสุข. (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546)

สุชาติ หงษา. ประวัติศาสตร์พุทธศาสนาจากอดีตถึงปัจจุบัน.

(กรุงเทพมหานคร : สถาบันบันลือธรรม, 2545)

สงกรานต์ นิยมเสน. นิติเวชวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 9

(กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515)

สกันต์ บุญนาค. การวินิจฉัยและการดูแลผู้ป่วยสมองตายเพื่อการบริจาคอวัยวะ.

(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์กรุงเทพเวชสาร, 2555)

สุกิจ ทัศนสุนทรวงศ์. การวินิจฉัยผู้ป่วยสมองตาย : ทำอย่างไรในเวชปฏิบัติ

(Management of Brain Death Patients : How to Do in Clinical Practice).

(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์กรุงเทพเวชสาร, 2554)

สำนักสื่อสารทางสังคม สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ. “สข.เปิดหลักฐานยืนยันทั้งกฤษฎีกา และสข.ฟังทุกฝ่ายมาโดยตลอด แนะนำแพทย์สภาให้ทำหน้าที่ของตัวเองที่ควรทำ หยุดป่วน ล้มกฎกระทรวงมาตรา.” <http://www.nationalhealth.or.th/node/420>, 15 พฤษภาคม 2559.

สุภัทสร ภูเจริญศิลป์. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ.”

(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533)

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. เอนก ขมจินดา. กฎหมายการแพทย์. พิมพ์ครั้งที่ 2

(กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546)

ภาษาต่างประเทศ

Academy of Medical Royal Colleges. A Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death. (London : PPG Design and Print, 2008)

Bernat JL. Philosophical and ethical aspects of brain death.

(Philadelphia : Lippincott Williams and Wilkins, 2001)

Bernat JL. “A defense of the whole – brain concept of death.” Hastings Center Report 28. (1998) : 14 – 23.

Brain Injury Evaluation Quality Control Centre of National Health and Family Planning

Commission. “Criteria and practical guidance for determination of brain death in adults (BQCC version).” Chin Med J (Engl) 126. (2013) : 4786 – 4790.

BBC news. “2002: Woman granted ‘right to die.’”

http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/march/22/newsid_2543000/2543739.stm,
24th August 2017.

“Brain Death Defined in Health Ministry Draft.” China Daily (29 August 2002)

Coleman, Gerlad. “Catholic theology and the right to die.” Health Progress 66. (1985) : 28 – 32.

Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the UK. “Diagnosis of Brain Death.”

BMJ 2. (1976) : 1187 – 1188.

Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the UK. “Diagnosis of Death.”

BMJ 1. (1979) : 332.

C Fischer. “La pratique de l’EEG dans le diagnostic de mort cerebrale en France.”

Neurophysiol Clin 27. (1997) : 373 – 382.

Camillia Matuk. “Seeing the Body: The Divergence of Ancient Chinese and Western Medical

Illustration.” JBC 32. (2006) : 1 – 8.

CNN World. "Phoenix TV star 'fighting for life.'"

<http://edition.cnn.com/2002/WORLD/asiapcf/east/05/13/taiwan.train/index.html>,

30th April 2016.

"China Announces First Case of Brain Death." Xinhua News Agency (16 April 2003)

DiMaio, Dominick J. Vincent JM. Forensic Pathology. 2nd edition

(New York : Elsevier Pub, 2001)

Dolan Christopher. "McMath attorney: Jahi's family aren't fools; they deserve better than ignorant

Attacks." Los Angeles Times (21 January 2014)

Eelco F.M. Wijdicks. "Brain death worldwide: Accepted fact but no global consensus in

diagnostic criteria." Neurology 58. (2002) : 20 – 25.

Feng Jianhua. "Redefining Death – New insights into brain death to bring changes to Chinese

laws." Beijing Review 52. (2009) : 18.

Heimer. Carol. The Unstable Alliance of Law and Morality. (New York : Springer, 2012)

Imogen Goold. Jonathan Herring, Medical Law and Ethic. (London : The Lavenham Press, 2014)

Imogen Goold. Jonathan Herring. Great Debates in Medical Law and Ethics.

(London : Palgrave, 2014)

Jason Payne – James. Richard Jones. Steven B Karch. John Manlove. Simpson's Forensic

Medicine. 13rd edition (London : Hodder Arnold Pub, 2011)

Jennifer Fecio McDougall. Martha Gorman. Euthanasia: A Reference Handbook. 2nd edition

(California : ABC – CLIO, 2008)

Joe Brierley. "UK court accepts neurological determination of death." Lancet 385. (2015) : 2254.

"Jahi McMath Family Cleared to Take Brain – Dead Teen From Hospital." NBC Universal Media

Associated Press (4 January 2014)

Knight. Bernard. Forensic Pathology. 2nd edition (New York : Arnold Pub, 1996)

Kumar Amarasekara, Mirko Bagaric. "The Legalisation of Euthanasia in the Netherlands:

Lessons to be Learnt." Monash University Law Review 27. (2001) : 179 – 196.

Kinney H. C., Korein, J., Panigrahy A., Dikkes P., Goode R. “Neuropathological Findings in the Brain of Karen Ann Quinlan – The Role of the Thalamus in the Persistent Vegetative State.” The New England Journal of Medicine 330. (1994) : 1469 – 1475.

“Karen Ann Quinlan dies after 10 years in a coma.” St. Petersburg (FL) Evening Independent (12 June 1985)

Leonard B. Baron. A Review of the Literature on the Determination of Brain Death. (Canada : CCDT, 2003)

Leonard B Baron. “A Review of the Literature on the Determination of Brain Death.” from the Forum on Severe Brain Injury to Neurological Determination of Death. by Canadian Council for Donation and Transplantation (CCDT), 2011.

Mollaret P, Goulon M. “The depassed coma (preliminary memoir).” Rev Neurol (Paris) 101. (1959) : 3 – 15.

McCartney James. “The Development of the Doctrine of Ordinary and Extraordinary Means of Preserving Life in Catholic Moral Theology before the Karen Quinlan Case.” Linacre Quarterly 47. (1980).

MOHC. “Brain Death Criteria (Adult) (Consultation Drafts).” Natl Med J China 83. (2003) : 262.

MOHC. “Brain Death Criteria (Adult) (Revised Drafts).” Chin J Cerebrovasc Dis 6. (2009) : 220 – 224.

MGR Online. “แพทย์สภาเตรียมออกประกาศกฎเกณฑ์วินิจฉัยสมองตาย.” <http://www.manager.co.th/Qol/ViewNews.aspx?NewsID=9520000> 137263, 10 มีนาคม 2559.

Nakagawa TA. Ashwal S. Mathur M. Mysore M. Society of Critical Care Medicine. Section on Critical Care and Section on Neurology of American Academy of Pediatrics. Child Neurology Society. “Clinical report – Guidelines for the determination of brain death in infants and children: An update of the 1987 task force recommendations.” Pediatrics 128. (2011) : e720 – 740.

Nessman Ravi. "Karen Ann Quinlan's Parents Reflect on Painful Decision 20 Years Later."

Los Angeles Times (7 April 1996) : p.1.

Ni Dandan. "Patients and families suffer from lack of brain death laws." Global Times

(10 August 2014)

Pallis C. Harley DH. ABC of Brainstem Death. 2nd edition

(London : BMJ Publishing Group, 1996)

President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and

Behavioral Research. Defining Death: Medical, Legal and Ethical Issues in the

Determination of Death. (Washington DC : Government Printing Office, 1981)

Powner DJ. Ackerman BM. Grenvik A. "Medical diagnosis of death in adults:

Historical contributions to current controversies." Lancet 348. (1996) : 1219 – 1223.

Pallis C. "From Brain Death to Brain Stem Death." BMJ 285. (1982).

Quinlan J. Karen Ann. The Quinlans Tell Their Story. (New York : Bantam Books, 1977)

Qing Yang. "Cross – Cultural Perspectives on Brain Death." from Neuroethics Seminar.

by Harvard University Department of Neurobiology (HMS), 2016.

Richard L Drake. A Wayne Vogl. Adam W M Mitchell. Gray's Anatomy for Students. 3rd edition

(New York : Elsevier Pub, 2015)

Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of

Brain Death. "A Definition of Irreversible Coma." JAMA 205. (1968) : 337 – 340.

Royal College of Physicians. "Criteria for the diagnosis of brain stem death."

J R Coll Physicians Lond 29. (1995) : 381 – 382.

Sarah Wahlster, Eelco F.M. Wijdicks, Pratik V. Patel. "Brain death declaration Practices and

perceptions worldwide." Neurology 84. (May 2015) : 1870 – 1879.

Schwab RS, Potts F. Bonazzi A. "EEG as an aid in determining death in the presence of cardiac

activity ethical, legal, and medical aspects." Electroencephalogr Clin Neurophysiol 15.

(1963) : 147 – 148.

Shewmon DA. "Brain death: Can it be resuscitated?." Hastings Center Report 39.

(March – April 2009) : 18 – 24.

Sam D. Shemie. Laura Hornby. Andrew Baker. Jeanne Teitelbaum. Sylvia Torrance. Kimberly Young. Alexander M. Capron. James L. Bernat. Luc Noel. The International Guidelines for Determination of Death phase 1 participants. in collaboration with the World Health Organization. "International guideline development for the determination of death."

Intensive Care Med 40. (2014) : 788 – 797.

The President's Council on Bioethics. Controversies in the determination of death: A white paper of the President's Council on Bioethics 2008. (Washington DC : Government Printing Office, 2008)

Veatch RM. Death, Dying, and the Biological Revolution: Our Last Quest for Responsibility.

(New Haven, Conn : Yale University Press, 1976)

Werner U Spitz. Spitz and Fisher's Medicolegal Investigation of Death. 4th edition

(Illinois : Charles C Thomas Pub, 2006)

Wijdicks EF. Brain Death. (Philadelphia : Lippincott Williams and Wilkins, 2000)

Wertheimer P. Jouviet M. Descotes J. "Diagnosis of death of the nervous system in comas with respiratory arrest treated by artificial respiration." Presse Med 67. (1959) : 87 – 88.

Wijdicks EF. Varelas PN. Gronseth GS, Greer DM, American Academy of Neurology. "Evidence – based guideline update: Determining brain death in adults: Report of the quality standards subcommittee of the American Academy of Neurology." Neurology 74. (2010) : 1911 – 1918.

Webb AC. Samuels OB. "Reversible brain death after cardiopulmonary arrest and induced hypothermia." Crit Care Med 39. (2011) : 1538 – 1542.

Wijdicks EF. Varelas PN. Gronseth GS. Greer DM. "There is no reversible brain death."

Crit Care Med 39. (2011) : 2204 – 2205.

Webb AC. Samuels OB. "There is no reversible brain death." Crit Care Med 39. (2011) : 2206.

W. Szurhaj. M. D. Lamblin. A. Kaminska. H. Sediri. "EEG guidelines in the diagnosis of brain death." Neurophysiologie Clinique/Clinical Neurophysiology 45. (2015) : 97 – 104.

WHO. "International Guidelines for the Determination of Death – Phase I."
from Montreal Forum. by Canada and Canadian Blood Services in collaboration
with the WHO, 2012.

Youngner SJ. Arnold RM, Schapiro R. The Definition of Death: Contemporary Controversies,
(Baltimore : Johns Hopkins University Press, 1999)

Ze-Yu Ding. "A Comparison of Brain Death Criteria between China and the United States."
Chin Med J (Engl) 128. (2015) : 2896 – 2901.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล
ประวัติการศึกษา

วาโย อัสวรุ่งเรือง
พ.ศ. 2555 แพทยศาสตรบัณฑิต
มหาวิทยาลัยมหิดล
พ.ศ. 2556 นิติศาสตรบัณฑิต
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
พ.ศ. 2558 วิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

