

ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2564
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CRIMINAL LIABILITY OF MEDICAL TRIAGE IN CASE OF NECESSITY



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
Common Course
FACULTY OF LAW
Chulalongkorn University
Academic Year 2021
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย
โดย	น.ส.วริศรา วิเชียรรมณี
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม)	
.....	กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท)	

CHULALONGKORN UNIVERSITY

วริศรา วิเชียรรมณี : ความรับผิดทางอาญาของแพทย์กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย. (CRIMINAL LIABILITY OF MEDICAL TRIAGE IN CASE OF NECESSITY) อ.ที่ปรึกษาหลัก :
ศ. ดร.คณพล จันทน์หอม

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไข ปรับปรุงหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายอาญากรณีแพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย ผู้วิจัยมุ่งศึกษาแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ปัญหาและผลในทางกฎหมายอาญา โดยเปรียบเทียบบทบัญญัติ แนวคิดและความเห็นของนักวิชาการของต่างประเทศ เพื่อให้ได้แนวทางในการปรับปรุงหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายอาญาหรือกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดของแพทย์ในเรื่องความจำเป็นของแพทย์ในการเลือกรักษาผู้ป่วยที่ถูกต้องและเหมาะสม

ท่ามกลางสถานการณ์ฉุกเฉินด้านสาธารณสุข บุคลากรทางการแพทย์ต้องเผชิญกับการตัดสินใจในการเลือกว่าผู้ป่วยคนใดจะได้รับการรักษาเพื่อให้ได้มีชีวิตอยู่รอดต่อไป การที่แพทย์ต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในภาวะวิกฤต ขณะที่ไม่มียกหมายรองรับอย่างชัดเจนนั้นอาจทำให้แพทย์มีความรับผิดในทางอาญา แม้ว่าแพทย์อาจอ้างได้ว่าเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น ซึ่งเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ หรือศาลอาจเห็นว่าเป็นกรณีเกินสมควรแก่เหตุ ไม่ได้สัดส่วนทำให้แพทย์ไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร ทั้งที่การที่ต้องกระทำเช่นนั้นเป็นผลโดยตรงจากปัจจัยภายนอกซึ่งอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ดังนั้นวิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงเสนอแนะให้มีการยกเว้นความรับผิดในทางอาญาจากการกระทำดังกล่าว โดยกำหนดให้เป็นการกระทำด้วยความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดภายใต้เงื่อนไขว่าการเลือกรักษาต้องทำเฉพาะในสถานการณ์ฉุกเฉินทำให้มีผู้รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้น ต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรมโดยคำนึงถึงผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตสูงกว่า ต้องกระทำตามหลักเกณฑ์ทางการแพทย์ที่กำหนดไว้ และต้องไม่เป็นการกระทำโดยประมาท

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิสิต

ปีการศึกษา 2564

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6380111034 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Medical triage, Necessity, Criminal liability of physicians

Warisara Wichianmanee : CRIMINAL LIABILITY OF MEDICAL TRIAGE IN CASE OF NECESSITY. Advisor: Prof. KANAPHON CHANHOM, Ph.D.

The objectives of this research are to suggest solutions and to amend rules of criminal law in the event that physicians are required to choose which patients shall receive treatment to survive. The author aims to study concepts and theories to analyze problems and its implication in criminal law by comparing laws, concepts and academic opinions from abroad to contemplate solutions on criminal law or criminal liabilities of physicians regarding the necessity to treat patients precisely and appropriately.

During the health emergencies, medical personnel are facing tremendous difficulties to determine which patients should receive treatment to survive. When physicians are required to save patient's lives in crisis, but the law does not clearly specify that they are allowed to do so, they shall be liable under criminal law. Even though the physicians may claim that his act was conducted necessarily yet it is a claim for impunity. On the other hand, the court may take such conduct as an unreasonable and disproportionate act. Therefore, the physicians are not protected as much as they should even the conducts is a direct result from inevitable external factors.

In addition, this research proposes the exclusion of criminal liability of such act. By defining that such act is an act of necessity and justifying as an exclusion of criminal liability only when operate under the condition of emergencies where doing so shall increase the number of survivors, comply with fairness of patient prioritization by prioritizing patients who have higher rate of survival and must be performed in accordance with prescribed medical rules and shall not be committed negligently.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2021

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

นับแต่เริ่มต้นศึกษาวิจัยจนสำเร็จลุล่วงเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยได้รับคำสั่งสอน คำแนะนำ ความช่วยเหลือ และความเมตตาจากอาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาสตราจารย์ ดร. คณพล จันทน์หอม ที่กรุณาเป็นทั้งที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และทุ่มเทเอาใจใส่ต่อนิสิตในที่ปรึกษาอยู่เสมอ ท่านอาจารย์กรุณามอบคำแนะนำที่เป็นประโยชน์ต่อการค้นคว้าและคอยให้ความช่วยเหลือในการวิจัย ตลอดจนสละเวลาตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จไปได้ด้วยดี

ผู้วิจัยกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. ชัชพล ไชยพร ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และ รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่กรุณาชี้แนะ ให้คำแนะนำในการปรับปรุงเนื้อหา แก้ไขข้อบกพร่อง รวมทั้งให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีเนื้อหาสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณผู้เชี่ยวชาญทั้งการแพทย์และทางกฎหมายที่กรุณาให้ผู้วิจัยเข้าสัมภาษณ์ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ความรู้ที่ได้รับเป็นข้อมูลสำคัญที่ทำให้ผู้วิจัยสามารถวิเคราะห์และเสนอแนะแนวทางปรับปรุงกฎหมายอันเป็นคำตอบของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้

เหนือสิ่งอื่นใด ผู้วิจัยกราบขอบพระคุณครอบครัววิเชียรเมธี ครอบครัวอันเป็นที่รักของผู้วิจัยที่ให้ออกาสในการศึกษาเล่าเรียน เป็นเบื้องหน้าและเบื้องหลังในทุกความสำเร็จ

ขอขอบคุณมิตรสหายที่คอยให้ความช่วยเหลือทางด้านภาษาต่างประเทศตลอดการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ คือ นางสาวณัฏฐธิดา และนางสาวปิ่นอนงค์ ขอขอบคุณรุ่นน้องที่คอยให้คำแนะนำแนวทางการทำวิจัย แลกเปลี่ยนข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการทำวิทยานิพนธ์ ได้แก่ นายจตุพร นายวิรัชกฤตย์ นางสาวติมา นายพุดพิงค์ และนายชลนที รวมถึงเพื่อนร่วมรุ่นปริญญาโทที่คอยให้กำลังใจ คอยช่วยเหลือกันตลอดระยะเวลา 2 ปีและเป็นเสียงหัวเราะให้ผู้วิจัยเสนาามา ได้แก่ นางสาวอังสุดา นางสาวตรองกมล นายจิรายุ และร้อยตรีอภิวุฒิ ขอขอบคุณนายวัชรภัทรเพื่อนร่วมรุ่นธรรมศาสตร์ที่คอยให้คำปรึกษาตลอดการทำวิจัย และกัลยาณมิตรอีกหลายท่านที่ไม่อาจกล่าวนามได้หมดในที่นี้ รวมทั้งเจ้าหน้าที่ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตและเลขานุการอาจารย์ทุกท่าน ล้วนมีส่วนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จไปได้ด้วยดี

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณประโยชน์ประการใด ผู้วิจัยขอมอบความดีที่ทั้งปวงให้แก่บุคคลที่ได้กล่าวมา หากมีข้อผิดพลาดประการใดผู้วิจัยกราบขออภัยมา ณ ที่นี้ และขอน้อมรับไว้เพียงผู้เดียว

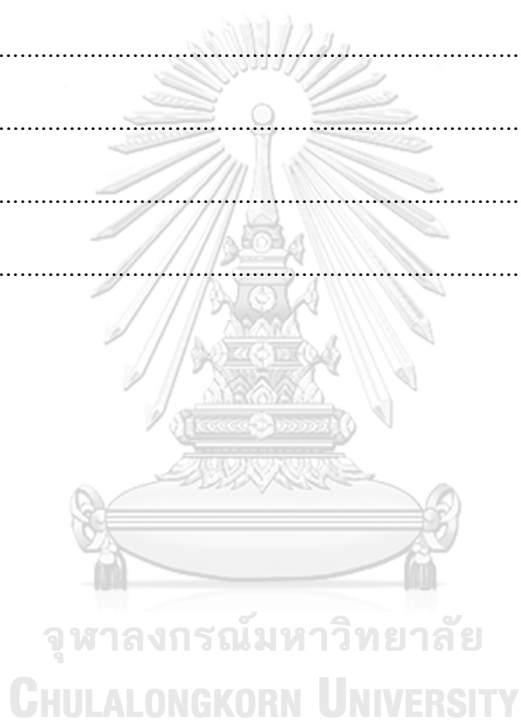
สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ญ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	6
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	7
1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย	7
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
1.7 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง.....	8
บทที่ 2 ข้อพิจารณา แนวความคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำด้วยความจำเป็น	10
และการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย.....	10
2.1 แนวคิดทางทางปรัชญา.....	11
2.1.1 ทฤษฎีทางเวชจริยศาสตร์	11
2.1.2 หลักจริยธรรมของการจัดสรรทรัพยากรในภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุข.....	16
2.2 แนวคิดทางนิติศาสตร์	18
2.2.1 ทฤษฎีการลงโทษ.....	18
2.2.2 โครงสร้างความรับผิดชอบในทางกฎหมายอาญาในประเทศไทย	19

2.2.3 เหตุในการจำกัดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล.....	22
2.2.4 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ	27
2.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (Justifiable Necessity) และความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษ (Excusable Necessity)	30
2.3.1 ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (Justifiable Necessity).....	30
2.3.2 ความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษ (Excusable Necessity).....	31
2.4 ปัญหาที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตมนุษย์ด้วยกัน	34
2.5 ความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดทางปรัชญาและแนวคิดทางนิติศาสตร์.....	35
บทที่ 3 กฎหมายและประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในประเทศไทย	38
3.1 ปัญหาในทางกฎหมายอาญา.....	38
3.1.1 ปัญหาจากการพิจารณาตามหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68.....	38
3.1.2 ปัญหาในการพิจารณาตามหลักการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67 (2).....	41
3.2 ปัญหาด้านกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม	45
3.2.1 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 และข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549	45
3.2.2 หลักเกณฑ์การระงับการใช้เครื่องช่วยหายใจของโรงพยาบาล	47
3.2.3 หลักเกณฑ์การจัดสรรทรัพยากรในการบริหารผู้ป่วยวิกฤตในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ของประเทศไทย	49
บทที่ 4 แนวคิดและหลักกฎหมายต่างประเทศเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็น ในการเลือกรักษาผู้ป่วยของแพทย์	53
4.1 ประเทศอิตาลี	54
4.1.1 หลักการกระทำด้วยความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมาย	54
4.1.2 ประมวลจริยธรรมทางการแพทย์ของอิตาลี (Codice Deontologico).....	55

4.1.3	ความเห็นของนักวิชาการเกี่ยวกับการเลือกรักษาของแพทย์.....	57
4.2	ประเทศเยอรมนี.....	61
4.2.1	ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอาญาเยอรมัน.....	61
4.2.2	ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นที่ต้องเลือกชีวิตมนุษย์.....	63
4.2.3	หน้าที่ที่ขัดแย้งกันในกฎหมายอาญา (Conflicting Duties in Criminal Law)	65
4.2.4	ความเห็นของนักวิชาการเยอรมันเกี่ยวกับการเลือกรักษาของแพทย์.....	68
4.3	ประเทศอังกฤษ.....	72
4.3.1	หลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย	72
4.3.2	ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นที่ต้องเลือกชีวิตมนุษย์.....	75
4.3.3	ความเห็นของนักกฎหมายเรื่องการให้ความจำเป็นในการเลือกชีวิตมนุษย์.....	81
4.3.4	ข้อเรียกร้องของแพทย์อังกฤษต่อการเลือกรักษาในสถานการณ์ฉุกเฉิน	81
4.4	ประเทศสหรัฐอเมริกา	84
4.4.1	หลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย	84
4.4.2	ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นที่ต้องเลือกชีวิตมนุษย์.....	85
4.4.3	ความเห็นของนักวิชาการเกี่ยวกับการเลือกรักษาของแพทย์.....	87
4.5	การเปรียบเทียบหลักความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายและเหตุจำกัดความรับผิดชอบที่ แพทย์จำต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉิน.....	93
4.5.1	เปรียบเทียบการนำหลักความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายมาใช้กับกรณีที่แพทย์จำต้อง เลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉิน	93
4.5.2	เปรียบเทียบเหตุจำกัดความรับผิดชอบที่แพทย์จำต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยและข้อ เรียกร้องของแพทย์ในต่างประเทศ	95
บทที่ 5	บทวิเคราะห์ความรับผิดทางอาญาของแพทย์กรณีจำต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย	98
5.1	วิเคราะห์แนวคิดทางปรัชญาที่เกี่ยวกับการเลือกรักษาของแพทย์	98
5.2	วิเคราะห์และเปรียบเทียบหลักกฎหมายและคำพิพากษาเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นที่ ชอบด้วยกฎหมาย.....	100

5.3 วิเคราะห์และเปรียบเทียบผลในทางกฎหมายอาญาและเหตุในการจำกัดความรับผิดชอบของการ เลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยของแพทย์.....	108
5.4 วิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาในการซึ่่งนำหน้าชีวิตมนุษย์.....	114
5.5 วิเคราะห์และเปรียบเทียบ ความคิดเห็น/ข้อเรียกร้องของนักวิชาการ แพทย์ นักกฎหมาย ที่เกี่ยวกับเรื่องความจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย	119
5.6 วิเคราะห์เงื่อนไขและผลทางกฎหมายที่เหมาะสม.....	125
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	130
6.1 บทสรุป	130
6.2 ข้อเสนอแนะ	137
บรรณานุกรม.....	143
ประวัติผู้เขียน.....	150



สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบการนำหลักการความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายมาใช้กับกรณีแพทย์ จำต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉิน	94
ตารางที่ 2 เปรียบเทียบเหตุจำกัดความรับผิดชอบกรณีแพทย์จำต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยและข้อ เรียกร้องของแพทย์ในต่างประเทศ	96



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ท่ามกลางสถานการณ์ฉุกเฉินด้านสาธารณสุข บุคลากรทางการแพทย์ต้องเผชิญกับการตัดสินใจในการเลือกว่าผู้ป่วยคนใดจะได้รับการรักษาเพื่อให้ได้มีชีวิตอยู่รอดต่อไป ซึ่งเหตุในการเลือกรักษานั้นมาจากการขาดแคลนทรัพยากรทางการแพทย์ รวมถึงการขาดแคลนบุคลากรทางการแพทย์เนื่องจากไม่สามารถจัดหาได้เพียงพอกับความต้องการในภาวะวิกฤต เช่น การแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 (COVID-19) ซึ่งเป็นโรคอุบัติใหม่ที่มีความร้ายแรงถึงชีวิต มีการระบาดใหญ่ ส่งผลกระทบต่อหลายประเทศทั่วโลก ทำให้บุคลากรทางการแพทย์มีงานล้นมือ อุปกรณ์ทางการแพทย์ไม่เพียงพอ ไม่ว่าจะเป็นเตียงหรือเครื่องช่วยหายใจ จนในบางประเทศแพทย์ต้องเลือกรักษาผู้ป่วยโดยพิจารณาผู้ป่วยที่มีโอกาสฟื้นคืนตัวเร็วกว่าผู้ป่วยที่ดูแลแล้วไม่มีทางรักษา อย่างเช่น ในประเทศอิตาลี แพทย์จำเป็นต้องระงับการใช้เครื่องช่วยหายใจกับผู้ที่อ่อนแอกว่าเพื่อนำกำลังคนและอุปกรณ์ทางการแพทย์ที่มีอยู่รักษาผู้ป่วยที่มีโอกาสฟื้นคืนตัวได้มากกว่า

สำหรับในประเทศไทยในอนาคตอาจมีเหตุการณ์เช่นเดียวกันนี้เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก ไม่เฉพาะแต่ในกรณีโควิด 19 จึงมีประเด็นปัญหาว่าหากแพทย์ต้องเลือกรักษา ความรับผิดชอบของแพทย์ในทางอาญาจะเป็นเช่นไร แพทย์จะสามารถอ้างความจำเป็นได้ทุกกรณีหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเลือกรักษาผู้ป่วยที่มีภาวะฉุกเฉินเช่นเดียวกัน แต่คนหนึ่งเป็นผู้ป่วยที่อยู่ในเกณฑ์ถอดเครื่องช่วยหายใจ เช่นคนชรา หรือคนที่มีโรคประจำตัว กับผู้ป่วยอีกคนหนึ่งซึ่งมีโอกาสรักษาสำเร็จมากกว่า ในช่วงที่อุปกรณ์และบุคลากรทางการแพทย์ไม่เพียงพอ เป็นปัญหาทางศีลธรรมที่แพทย์ต้องเลือก เนื่องจากทุกชีวิตนั้นมีคุณค่าเท่ากัน ควรให้กรณีนี้เป็นเหตุจำเป็นที่ยกเว้นความผิดของแพทย์หรือไม่

เหตุการณ์ที่แพทย์ต้องเลือกรักษาไม่ใช่เพียงแค่วิกฤตโรคระบาดเท่านั้น ที่สหรัฐอเมริกาเคยมีเหตุการณ์พายุเฮอริเคนแซนดี้พัดถล่มโรงพยาบาลเบลล์วิวในนิวยอร์กซิตี้ในปี 2555 และเครื่องกำเนิดไฟฟ้าหลักกำลังจะล้มเหลว ผู้อำนวยการด้านการแพทย์ของหน่วยไอซียูต้องเลือกว่าผู้ป่วย

รายได้จะได้รับเครื่องช่วยหายใจ เนื่องจากเหลือเต้าเสียบเพียง 6 ช่องสำหรับผู้ป่วย 50 คน¹ ดังนั้น การที่แพทย์จำเป็นของเล็กรักษานั้น จึงมีโอกาสเกิดได้ในหลายเหตุการณ์ ไม่ว่าจะเป็นโรคระบาด หรือภัยพิบัติร้ายแรง

จากตัวอย่างเหตุการณ์โควิด 19 เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีที่แพทย์กระทำไป มิใช่เรื่องการป้องกัน เนื่องจากแม้แพทย์จะกระทำไปเพื่อป้องกันสิทธิของผู้อื่นให้พ้นอันตราย แต่ในกรณีมิใช่ ภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย เนื่องจากเป็นภัยอันตรายที่เกิดจากเหตุ ภายนอกคือโรคระบาด ส่วนข้อต่อสู้เรื่องการกระทำโดยจำเป็นก็ยังมีข้อจำกัดอยู่หลายประการ กล่าวคือการกระทำด้วยความจำเป็น เพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นจากอันตราย ตามมาตรา 67 (2) ที่ บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายที่ ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภัยอันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะ ความผิดของตน ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” มาตรา 67(2) เป็นกรณีที่ผู้กระทำการให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายจึงจำต้องกระทำความผิดเพื่อ มิให้เกิดผลที่ร้ายแรงกว่า? เป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษเท่านั้น และจากคำพิพากษาศาลฎีกา³ ต้องเป็นกรณี ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงอย่างแท้จริง และภัยอันตรายที่ก่อกำเนิดขึ้นแก่ผู้บริสุทธิ์จะต้องไม่รุนแรงไปกว่าภัยอัน เป็นเหตุแห่งความจำเป็นจึงจะเป็นการได้สัดส่วน⁴ หากกรณีนี้เกิดขึ้น แพทย์อาจจะอ้างเหตุจำเป็นใน กรณีนี้ไม่ได้ เนื่องจากบางกรณีแพทย์ไม่อาจคาดหมายวันที่ผู้ป่วยอาจเสียชีวิตอย่างแน่นอนได้ การที่ แพทย์หยุดการรักษาผู้ที่อ่อนแอกว่านั้นจึงเป็นการเกินกว่ากรณีจำต้องกระทำ และนอกจากนี้ ภัยอันตรายที่แพทย์ได้ก่อกำเนิดแก่ผู้ป่วยที่มีร่างกายอ่อนแอกว่าไม่ได้มีความรุนแรงน้อยกว่าภัยที่ผู้ป่วยที่มีโอกาส

¹ The New York Times, "The Hardest Questions Doctors May Face: Who Will Be Saved? Who Won't?," [Online] Accessed: 13 October 2021. Available from: <https://www.nytimes.com/2020/03/21/us/coronavirus-medical-rationing.html>

² คณพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 424.

³ ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 734/2529 ฟ้องว่าจำเลยขุดหลุมทำให้อุณหภูมิที่ไซหรือมีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์เสียหายเมื่อข้อเท็จจริง ฟังได้ว่าหลุมที่จำเลยทั้งสองขุดอยู่ในเขตถนนสาธารณะที่โจทก์ฟ้องแล้วไม่ว่าหลุมนั้นจะอยู่ที่ใดถนนฝั่งเดียวกันตามที่ปรากฏในทาง พิจารณาหรือทั้งสองข้างถนนดังที่กล่าวในฟ้องก็เป็นเรื่องที่โจทก์ประสงค์ให้ลงโทษทั้งสิ้นและข้อแตกต่างดังกล่าวก็หาใช่ข้อสาระสำคัญ และจำเลยหลงต่อสู้เพราะจำเลยยอมรับว่าขุดหลุมตามที่โจทก์ฟ้องแต่ต่อสู้ว่าไม่เป็นความผิดเพราะไม่ใช่ถนนสาธารณะเท่านั้น การ กระทำเพราะความจำเป็นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67 ผู้กระทำการต้องอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยง หรือขัดขืนได้หรือเพื่อให้ผู้กระทำการหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้แต่การขุดหลุมของ จำเลยทั้งสองเป็นทางระบายน้ำจากนาที่จำเลยทำลงคลองสาธารณะเพื่อไม่ให้หน้าท่วมต้นข้าวเมื่อฝนตกมาเท่านั้นขณะจำเลยกระทำการ ดังกล่าวฝนยังไม่ตกน้ำยังไม่ท่วมต้นข้าวของจำเลยจึงไม่มีภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงจำเลยจำเป็นต้องกระทำทั้งเมื่อฝนตกมากและน้ำท่วม ต้นข้าวของจำเลยจำเลยก็สามารถใช้เครื่องสูบน้ำสูบน้ำออกจากนาได้การกระทำของจำเลยหาใช่ความจำเป็นตามกฎหมายไม่.

⁴ คณพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1, หน้า 424.

รอดชีวิตมากกว่าประสบพบเจออยู่ หากแต่มีความเท่าเทียมกันคือภัยอันตรายจากโรคชนิดเดียวกัน การกระทำโดยจำเป็นนี้จึงเป็นการเกินสมควรแก่เหตุ ด้วยเหตุนี้หากมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศไทยแล้วแพทย์อาจไม่ได้รับการยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 (2) แต่อย่างใด

การกระทำโดยจำเป็นนี้จึงอาจทำให้แพทย์ไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างที่ควรจะเป็น หากมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศไทยอาจไม่ได้รับการยกเว้นโทษแต่หากศาลเห็นว่าแม้จะเป็นการกระทำด้วยความจำเป็นที่เกินสัดส่วนไป ศาลอาจใช้ดุลพินิจลดโทษตามมาตรา 69 ได้ ซึ่งการกระทำ ความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายอันใกล้จะถึงนี้ข้าพเจ้าเห็นว่าในกรณีนี้ แพทย์ต้องเผชิญกับภัยอันตรายอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (โรคโควิด 19) อีกทั้งยังมีปัจจัยภายนอกหลาย ประการที่ทำให้บุคลากรทางการแพทย์เหล่านั้นไม่มีทางเลือก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการขาดแคลนอุปกรณ์ และจำนวนของบุคลากรทางการแพทย์ไม่เพียงพอในช่วงภาวะวิกฤต บุคลากรทางการแพทย์จึงควร ได้รับการยกเว้นความรับผิดทางอาญาสำหรับการกระทำนั้น หากเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งผู้กระทำ ยังมีความผิด อาจทำให้มีความรับผิดทางแพ่งหรือทางวินัยได้ หรืออาจส่งผลกระทบต่อบุคคลดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของทะเบียนประวัติอาชญากรรม ต้องเสียเวลาถูกสอบสวน ค้นหาพยานหลักฐานไป ต่อสู้ในชั้นศาล แพทย์จึงยังไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร

อิตาลีซึ่งเป็นหนึ่งในประเทศที่เคยเกิดเหตุการณ์เหล่านี้มาแล้ว มีบัญญัติเรื่องความจำเป็น ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่ก็ยังไม่สามารถคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์ได้ เนื่องจากบทบัญญัตินี้ไม่นำมาปรับใช้กับบุคคลผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเผชิญหน้ากับภัยอันตราย แม้การกระทำของแพทย์จะยังคงเป็นความผิดอาญา แต่ประมวลกฎหมาย อาญาอิตาลีก็ยังมีบทบัญญัติพิเศษสำหรับผู้พิพากษาในการพิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจด้านมนุษยธรรม เพื่อนำมาประเมินในการบรรเทาโทษแก่ผู้กระทำได้อย่างอิสระ ดังนั้นแพทย์อิตาลีจึงยังคงมีความ รับผิดทางอาญาสำหรับการปฏิเสธการรักษาบุคคลวัยชราเพื่อรักษาชีวิตผู้ที่ยอ่อนวัย เพียงแต่อาจได้รับการลดโทษจากศาลด้วยมูลเหตุจูงใจที่จำต้องเลือกหนทางที่น่าจะเป็นประโยชน์แก่สังคมมากที่สุด ในสถานการณ์นั้น⁵

ประเด็นเรื่องกระทำด้วยความจำเป็นในประเทศไทยที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดก็มีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมาย เช่น การทำแท้งโดยแพทย์ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ในกรณีนี้

⁵ ดิศรณ์ ลิขิตวิทย์วุฒิ, "การสังเวชชีวิตเพื่อรักษาชีวิต : การปฏิเสธการรักษาผู้ป่วยวัยชราเพื่อรักษาผู้อ่อนวัยของแพทย์กรณีไวรัสโคโรนาในประเทศไทยและผลในทางกฎหมายอาญาไทย" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 29 กันยายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.law.tu.ac.th/tulawcovid19-proved-covid-criminal-law/>

หากมีการทำให้เป็นความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายก็ต้องกำหนดเงื่อนไขให้เหมาะสมและทำให้เกิดความเป็นธรรมมากที่สุดกับชีวิตที่ต้องเสียไปด้วยโดยยึดหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์ ประเทศอังกฤษถือว่าความจำเป็นเพื่อให้พ้นจากอันตรายเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิดในบางกรณี เช่นคดี Re A [2000] 4 All ER 961 ก.กับ ข. เป็นทารกแฝดหญิงที่มีตัวติดกันตรงช่องท้อง ก. สามารถอยู่รอดเองได้ในขณะที่ ข. ไม่สามารถอยู่รอดเองได้ การผ่าแยกออกจากกันทำให้ ข. ถึงแก่ความตายหากไม่ผ่าเด็กจะถึงแก่ความตายทั้งคู่ บิดามารดาปฏิเสธการผ่าตัด แต่โรงพยาบาลอ้างว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลอุทธรณ์เห็นว่าการผ่าตัดโดยโรงพยาบาลเป็นการกระทำที่ถูกต้องและไม่มีความผิด เป็นกรณีความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้พิพากษาในคดีนี้มีความเห็นว่าแพทย์มีอำนาจกระทำโดยอาศัยหลักเกณฑ์เรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยจะเห็นว่าแม้การผ่าตัดของแพทย์จะเป็นการฆ่า ข. แต่ก็เป็นกระทำด้วยความจำเป็นเพื่อให้ ก. พ้นจากความตายซึ่งได้สัดส่วนแห่งภัยตามหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะหากแพทย์ไม่ลงมือผ่าตัดจะทำให้ ก. ต้องตายไปพร้อมกับ ข. เท่ากับเป็นการรักษาชีวิตคนไว้ได้อย่างน้อยหนึ่งคน ซึ่งมีประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวมมากกว่าการปล่อยให้ต้องตายทั้งสองคน และผู้พิพากษาท่านหนึ่งได้ให้ความเห็นที่น่าสนใจไว้ว่า ภายใต้สถานการณ์ที่ขัดแย้งเช่นนั้น แพทย์ก็มีสถานะไม่ต่างจากศาลในการที่จะทำให้เด็กทั้งสองอยู่ในสถานะที่ดีที่สุด แพทย์จึงควรมีเสรีภาพในการตัดสินใจเช่นเดียวกับศาล แพทย์ควรจะได้ทำในแนวทางเดียวกับที่ศาลได้ทำด้วยการให้ความสำคัญกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของชีวิตในการชั่งน้ำหนักคุณค่าที่เกี่ยวข้อง ถึงแม้ความเคารพที่กฎหมายจะต้องมีต่อชีวิตของแต่ละคนนั้นจะต้องมีขนาดและน้ำหนักที่เท่ากัน แต่นอกจากเรื่องดังกล่าวก็ต้องคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ ประกอบด้วย

หลายประเทศกำลังตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่ากระอักกระอ่วนใจในทางการแพทย์ จากการศึกษาบทความต่างประเทศ บุคลากรทางการแพทย์หลายประเทศยังต้องเผชิญอยู่กับการตัดสินใจทางศีลธรรมและผลทางกฎหมายอาญาที่จะตามมา และมีการถกเถียงกันอยู่ว่าการกระทำด้วยความจำเป็นประเภทนี้จะเป็นเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษ หรือควรมีบทบัญญัติยกเว้นความผิดให้แพทย์ในกรณีฉุกเฉินหรือไม่ เช่น บทความเรื่อง Legal Challenges to ICU Triage Decisions in the COVID-19 Pandemic: How Effectively Does the Law Regulate Bedside Rationing Decisions in Australia?⁶ ของประเทศออสเตรเลีย เมื่อแพทย์ระงับ

⁶ Eliana Close *et al.*, "Legal Challenges to Icu Triage Decisions in the Covid-19 Pandemic: How Effectively Does the Law Regulate Bedside Rationing Decisions in Australia?," *University of New South Wales Law Journal* 44, 1 (2021).

หรือถอนการรักษาเพื่อช่วยชีวิตจากผู้ป่วยและส่งผลให้ผู้ป่วยเสียชีวิต แพทย์อาจมีความรับผิดชอบทางอาญา หากไม่มีพื้นฐานสำหรับการตัดสินใจที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยแพทย์อาจยกข้ออ้างได้ทั้งหมด ยกเว้นความผิด (Justification) หรือเหตุยกเว้นโทษ (Excuse) แตกต่างกันไปในแต่รัฐ⁷ และมีหลายประเทศที่ออกมาเรียกร้องให้มีการคุ้มครองทางการแพทย์ในกรณีนี้ เช่น ในประเทศอังกฤษ แพทย์ร่วมกันเรียกร้องให้มีการคุ้มครองแพทย์โดยออกกฎหมายฉุกเฉิน โดยแพทย์มีความกังวลไม่เพียงแต่ว่าพวกเขาจะถูกบังคับให้เลือกผู้ป่วยที่ควรอยู่และคนใดควรตาย แต่ยังเสี่ยงต่อการถูกตำรวจสอบสวน บุคลากรทางการแพทย์มีได้ต้องการอยู่เหนือกฎหมาย และเสนอว่ากฎหมายฉุกเฉินควรใช้เฉพาะกับการตัดสินใจที่เพิ่มขึ้นโดยสุจริตเท่านั้น ในสถานการณ์ที่อยู่เหนือการควบคุม และเป็นไปตามแนวทางที่เกี่ยวข้อง⁸

สหรัฐอเมริกา มีบทความเรื่อง Potential Legal Liability for Withdrawing or Withholding Ventilators During COVID-19 Assessing the Risks and Identifying Needed Reforms⁹ แพทย์อาจอ้างเรื่องจำเป็น (Necessity Defense) โดยอ้างว่าการถอดเครื่องช่วยหายใจเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายที่มากขึ้น นั่นคือความตายของผู้ป่วยที่มีสุขภาพดีขึ้นซึ่งมีแนวโน้มที่จะอยู่รอดได้หากใช้เครื่องช่วยหายใจ อย่างไรก็ตามหลักนี้อาจใช้ไม่ได้หากการถอดเครื่องช่วยหายใจช่วยผู้ป่วยรายอื่นได้เพียงรายเดียว (เมื่อเทียบกับคนอื่น ๆ อีกหลายคน) เพราะกฎหมายอาญาโดยทั่วไปถือว่าแต่ละชีวิต “เท่าเทียมกัน” โดยแพทย์เรียกร้องให้มีบทบัญญัติเหมือนในรัฐแมรี่แลนด์ที่ยกเว้นความผิดทางแพ่ง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁷ For example, the Queensland Criminal Code couches the defence as an excuse: [A] person is not criminally responsible for an act or omission done or made under such circumstances of sudden or extraordinary emergency that an ordinary person possessing ordinary power of self-control could not reasonably be expected to act otherwise. In contrast, the Codes in Western Australia and Victoria frame the defence as a justification, requiring the defendant to have acted reasonably in response to an emergency. The common law in New South Wales, South Australia and Tasmania appear to recognize both forms of the defence.

⁸ Medical Protection, "Emergency Law Needed to Protect Doctors at Risk of Legal Challenge When Treating Covid-19 Patients " [Online] Accessed: 1 November 2021. Available from: <https://www.medicalprotection.org/uk/articles/emergency-law-needed-to-protect-doctors-at-risk-of-legal-challenge-when-treating-covid-19-patients>

⁹ I. Glenn Cohen, Andrew M. Crespo, and Douglas B. White, "Potential Legal Liability for Withdrawing or Withholding Ventilators During Covid-19: Assessing the Risks and Identifying Needed Reforms," *JAMA* 323, 19 (2020).

และอาจทำให้บุคลากรทางการแพทย์หากกระทำโดยสุจริตภายใต้สภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุข¹⁰ มีผู้ให้ความเห็นว่าบทบัญญัตินี้จะสร้างภูมิคุ้มกันให้แพทย์ที่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่ได้รับการอนุมัติจากรัฐ โดยไม่คำนึงถึงผลด้านลบที่เกิดจากการถอดเครื่องช่วยหายใจของผู้ป่วย

ปัญหาที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตมนุษย์ด้วยกันจะชอบด้วยหลักสัดส่วนแห่งภัยของความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ในทางวิชาการมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ 2 แนวทาง แนวทางแรกคือความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถยกเว้นความผิดในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาได้ ซึ่งเป็นแนวทางของเยอรมันที่ให้ความเคารพต่อชีวิตของมนุษย์สูงที่สุด แนวทางที่สองคือความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายสามารถยกเว้นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาได้ หากจำเป็นเพื่อรักษาชีวิตมนุษย์ด้วยกันและเป็นผลทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตมากกว่ากรณีที่ไม่มีการกระทำ การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือหลัก lesser evils ซึ่งเป็นไปตามความเห็นส่วนใหญ่ของนักกฎหมายคอมมอนลอว์¹¹

หากในประเทศไทยมีเหตุการณ์ที่ทำให้แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเลือกรักษาผู้ป่วยที่มีภาวะฉุกเฉินเช่นเดียวกันแต่คนหนึ่งเป็นคนชราหรือคนที่ใกล้จะเสียชีวิตกับอีกคนหนึ่งซึ่งมีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า ในช่วงที่อุปสรรคและบุคลากรทางการแพทย์ไม่เพียงพอ ความรับผิดชอบของแพทย์ในทางอาญาจะเป็นเช่นไร แพทย์จะสามารถอ้างความจำเป็นได้ทุกกรณีหรือไม่ ความจำเป็นในกรณีนี้ควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด หรือคงไว้เป็นเหตุยกเว้นโทษเช่นเดิม ซึ่งการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาในประเด็นดังกล่าว เพื่อได้วิเคราะห์ถึงแนวทางในการอธิบายในเรื่องนี้ที่เหมาะสม โดยเปรียบเทียบกับทฤษฎีของต่างประเทศ ความเห็นของนักกฎหมายในปัจจุบัน และอาจนำไปสู่การพัฒนาปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องความจำเป็นของแพทย์ในการเลือกรักษาผู้ป่วย เพื่อคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์ผู้เสียสละตนเองในภาวะวิกฤต

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำด้วยความจำเป็นและการเลือกรักษาชีวิต ความสัมพันธ์ของแนวคิดทางปรัชญาและแนวคิดทางกฎหมาย

¹⁰ Maryland Code > Public Safety Section > Title 14 - Emergency Management > Subtitle 3A - Governor's Health Emergency Powers > § 14-3A-06. Immunity : *A health care provider is immune from civil or criminal liability if the health care provider acts in good faith and under a catastrophic health emergency proclamation.*

¹¹ อนุชล สัญชยานุกูล, "การกระทำด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด" (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 113-114.

1.2.2 เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและผลในทางกฎหมายอาญา ในกรณีที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ต่าง ๆ โดยเฉพาะในเรื่องการชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตมนุษย์ด้วยกัน

1.2.3 เพื่อเปรียบเทียบบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตแนวคิดและความเห็นของนักวิชาการ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ

1.2.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไข ปรับปรุงหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายอาญากรณีที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

การที่แพทย์ต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในภาวะวิกฤตโดยเลือกรักษาคนที่มีโอกาสรอดชีวิตจากการรักษาสูงกว่าขณะที่ไม่มีกฎหมายรองรับอย่างชัดเจนอาจเกิดปัญหาว่าแพทย์ต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่ แม้ว่าแพทย์อาจอ้างได้ว่าเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น ซึ่งเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษหรือศาลอาจเห็นว่าเป็นกรณีกระทำเกินสมควรแก่เหตุ ไม่ได้สัดส่วน ทำให้แพทย์ไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร ทั้งที่การที่ต้องกระทำเช่นนั้นเป็นผลโดยตรงจากปัจจัยภายนอกซึ่งอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ดังนั้นจึงควรมีบทบัญญัติของกฎหมายยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาจากการกระทำดังกล่าวของแพทย์ โดยกำหนดให้เป็นการกระทำด้วยความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดภายใต้เงื่อนไขว่าการเลือกรักษาต้องกระทำเฉพาะในสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งทำให้มีผู้รอดชีวิตเพิ่มขึ้นต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรมโดยคำนึงถึงผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตสูงกว่า ต้องกระทำตามหลักเกณฑ์ทางการแพทย์ที่กำหนด และต้องไม่เป็นการกระทำโดยประมาท

1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย พาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีขอบเขตในการศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีในทางเกี่ยวเนื่องกับการกระทำด้วยความจำเป็นในการเลือกรักษาชีวิต วิเคราะห์ปัญหาและผลในทางกฎหมายอาญา ในกรณีที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ต่าง ๆ โดยเฉพาะในเรื่องการชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตมนุษย์ด้วยกัน เปรียบเทียบบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตแนวคิดและความเห็นของนักวิชาการ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดบทบัญญัติกฎหมายให้มีความเหมาะสมและสามารถใช้แก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคม

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

การศึกษาวิจัยนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยการวิจัยเอกสาร (Document Research) ซึ่งจะศึกษาค้นคว้าจากเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ได้แก่ หนังสือ วารสาร ตั๋วบทกฎหมาย คำพิพากษา สารนิพนธ์ วิทยานิพนธ์ บทความ และข้อมูลจากเครือข่ายอินเทอร์เน็ต รวมไปถึงการสัมภาษณ์ในเชิงลึกจากผู้เชี่ยวชาญเพื่อนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์เปรียบเทียบและประมวลผลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1.6.1 ทำให้ทราบและเข้าใจแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการจำเป็นต้องเลือกรักษาของแพทย์
- 1.6.2 ทำให้ทราบถึงปัญหาและผลในทางกฎหมายอาญา ในกรณีที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ต่าง ๆ โดยเฉพาะในเรื่องการชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตมนุษย์ด้วยกัน
- 1.6.3 ทำให้ค้นพบบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตกฎหมายและมาตรการทางกฎหมายในเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นของแพทย์ในการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยตลอดจนแนวคิดและความเห็นของนักวิชาการในต่างประเทศ
- 1.6.4 ทำให้ได้แนวทางในการปรับปรุงหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายอาญาหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของแพทย์ในเรื่องความจำเป็นของแพทย์ในการเลือกรักษาผู้ป่วยที่ถูกต้องและเหมาะสม ส่งผลให้บุคลากรทางการแพทย์ได้รับความคุ้มครองมากขึ้น

1.7 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

“ความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตด้วยความจำเป็น” วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปี 2556 โดยธณกรณ์ บุญมี วิทยานิพนธ์ดังกล่าวมุ่งศึกษา วิธีที่จะแก้ไข้ปัญหาเรื่องการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตโดยสร้างเหตุยกเว้นความผิดที่ใช้เฉพาะกับกรณีดังกล่าวโดยนำข้อต่อสู้เรื่องความจำเป็นมาใช้ตามหลักความชั่วที่น้อยกว่า โดยสร้างหลักกฎหมายใหม่ซึ่งนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเป็นข้อยกเว้นในเรื่องการฆ่าหากเข้าองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนด

“การกระทำด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปี 2556 โดยอนุชอล สัญชยานุกูล วิทยานิพนธ์ดังกล่าวมุ่งศึกษาเรื่องความจำเป็นที่ควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด อนุชอลเห็นว่าในระบบกฎหมายไทยควรมีการแบ่งแยกการกระทำด้วยความจำเป็นเพื่อให้พ้นจากภัยอันตรายตามที่ปรากฏ

อยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67 (2) ออกเป็นเหตุยกเว้นความผิดที่เรียกว่าความจำเป็นที่
ชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีที่มีความจำเป็นต้องฆ่าคนเพื่อรักษาชีวิตคนอื่นนั้น จะต้องสามารถ
รักษาชีวิตมนุษย์ไว้ได้เป็นจำนวนมากกว่ากรณีที่ไม่มีการกระทำ ซึ่งในการเทียบสัดส่วนระหว่างชีวิต
กับชีวิตนี้ บางกรณีจำนวนชีวิตทั้งสองด้านจะไม่ต่างกันอย่างมาก แต่เมื่อการกระทำดังกล่าวยังคง
เป็นการกระทำที่สามารถรักษาประโยชน์ให้กับสังคมได้มากกว่ากรณีที่ไม่มีการกระทำ แม้จะทำให้มี
ผู้รอดชีวิตเพิ่มขึ้นเพียงคนเดียว อนุชลเห็นว่ากรกระทำดังกล่าวยังคงสมควรเป็นอำนาจกระทำ
ซึ่งสมควรให้เป็นความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นความผิด

อย่างไรก็ดี งานวิจัยที่ได้กล่าวถึงข้างต้น เป็นเพียงหลักการกว้าง ๆ ในการกล่าวอ้างเรื่อง
ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายในการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตมนุษย์ โดยผู้เขียนจะมุ่งเน้นไปที่ประเด็น
ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยโดยเฉพาะในกรณีฉุกเฉินทาง
สาธารณสุข เช่น โรคอุบัติใหม่ โควิด 19 เพื่อยกเว้นความผิดให้แพทย์ ซึ่งเป็นประเด็นทางสังคมอยู่
ในเวลานี้ โดยจะศึกษาแนวคิด กฎหมาย ความเห็นของนักวิชาการต่างประเทศในเรื่องเหล่านี้
เพื่อนำมาแก้ปัญหาสถานการณ์ในประเทศไทยที่กำลังเกิดขึ้นและในอนาคต



บทที่ 2

ข้อพิจารณา แนวความคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำด้วยความจำเป็น และการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย

การที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉิน แพทย์ต้องเผชิญอยู่กับการตัดสินใจทางศีลธรรม ผลทางกฎหมายอาญาที่จะตามมา และมีการถกเถียงกันว่าการกระทำด้วยความจำเป็นประเภทนี้ควรมีการจำกัดความรับผิดชอบให้แพทย์อย่างไร หรือควรมีบทบัญญัติมายกเว้นความผิดให้แพทย์ในกรณีฉุกเฉินหรือไม่ นอกจากนี้ยังมีประเด็นปัญหาเรื่องการชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตผู้ป่วยด้วยกันว่าในกรณีนี้แพทย์จะต้องเลือกรักษาผู้ป่วยคนใด

ในบทนี้จะทำการศึกษาข้อพิจารณา แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักความจำเป็นในกฎหมายอาญา และการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย ทั้งทางปรัชญา ตลอดจนแนวความคิดทางนิติศาสตร์ เพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์เพื่อแก้ไขปัญหาอย่างถูกต้อง

หัวข้อแรกจะศึกษาแนวคิดทางปรัชญา โดยจะอธิบายรายละเอียดของทฤษฎีอรรถประโยชน์ ซึ่งเป็นทฤษฎีสำคัญที่จะนำมาสนับสนุนการกระทำด้วยความจำเป็นของแพทย์ในการเลือกรักษาชีวิต ส่วนสุดท้ายของหัวข้อแรกจะอธิบายถึงหลักจริยธรรมของการจัดสรรทรัพยากรในภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขว่าแตกต่างจากหลักจริยธรรมของแพทย์ในสถานการณ์ปกติอย่างไร ในหัวข้อที่สองจะศึกษาถึงแนวคิดทางนิติศาสตร์ เพื่อนำมาสู่การวิเคราะห์เรื่องการเลือกรักษาของแพทย์ว่าสมควรแล้วหรือที่จะมีการลงโทษทางอาญา ส่วนถัดไปจะศึกษาเหตุจำกัดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลว่ามีเหตุใดบ้าง และข้อพิจารณาเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษว่ามีข้อแตกต่างกันอย่างไร ผลของทั้งสองเหตุมีความแตกต่างกันหรือไม่ อย่างไร

ส่วนถัดไปจะเป็นข้อพิจารณาเกี่ยวกับ ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (Justifiable Necessity) และความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษ (Excusable Necessity) เพื่อศึกษาว่าความจำเป็นทั้งสองประการนี้มีความแตกต่างกันอย่างไร และถัดไปเป็นปัญหาที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตมนุษย์ ซึ่งในทางวิชาการมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ 2 แนวทาง และหัวข้อสุดท้ายเป็นการอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดทางปรัชญาและแนวคิดทางนิติศาสตร์ โดยองค์ความรู้ที่ได้จากการศึกษาบทที่ 2 จะเป็นพื้นฐานในการวิเคราะห์เพื่อหาคำตอบของวิทยานิพนธ์ต่อไป

2.1 แนวคิดทางทางปรัชญา

แนวคิดทางปรัชญาประกอบไปด้วย ทฤษฎีทางเวชจริยศาสตร์ และหลักจริยธรรมของการจัดสรรทรัพยากรในภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุข

2.1.1 ทฤษฎีทางเวชจริยศาสตร์

องค์การอนามัยโลกในการประชุม The Teaching of Medical Ethics Forth Consultation with Leading Medical Practitioners, Geneva, October 12-14, 1994 ได้วางทฤษฎีเรื่องเวชจริยศาสตร์ไว้ดังต่อไปนี้¹²

1. ทฤษฎีสិทธิส่วนบุคคล (Autonomy) คือ หลักการที่คำนึงถึงความชอบธรรมที่ผู้รับบริการด้านสุขภาพสาขาต่าง ๆ พึงจะได้รับ เพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของตน ทั้งนี้โดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น ประกอบด้วยสิทธิในการรับทราบ (หลักความซื่อสัตย์) และการได้รับการปกปิดข้อมูลส่วนบุคคล (หลักการรักษาความลับ) สิทธิในการตัดสินใจเลือกรับบริการ และสิทธิในการได้รับบริการทางการแพทย์และสาธารณสุข

2. ทฤษฎีการกระทำแต่ความดี (Beneficence) และการไม่ทำความชั่ว (Non-Maleficence) ทฤษฎีนี้คำนึงถึงบทบาทของแพทย์ที่จะต้องช่วยให้ผู้ป่วยมีสุขภาพและสวัสดิภาพที่ดี ในขณะที่เดียวกันการกระทำของแพทย์ต้องเป็นประโยชน์และคุ้มค่า กล่าวคือต้องทำให้ผลประโยชน์และค่าใช้จ่ายสมดุลกันด้วย มีรากฐานมาจาก คำปฏิญาณของฮิปโปเครติสที่ว่า “I will never use treatment to injure or wrong the sick.” แพทย์จึงต้องไม่ทำอันตรายผู้ป่วย ยิ่งไปกว่านั้นแพทย์ต้องป้องกันอันตรายต่อผู้ป่วยอย่างเต็มที่ รวมถึงต้องให้ความสนใจโดยไม่ละเลยการดูแลผู้ป่วย การดูแลผู้ป่วยที่ไม่ได้มาตรฐาน การจงใจเอาเปรียบผู้ป่วยด้วยวิธีการต่าง ๆ ถือว่าเป็นการประพฤติชั่ว

3. ทฤษฎีสัทธินิยมหรือสำนักนิยม (Deontology) ทฤษฎีนี้ยึดหลักความถูกต้องผิดชั่วอย่างเคร่งครัด เพื่อแสดงว่าสิ่งต่าง ๆ จะไม่แปรผันตามเวลา สถานที่ และเหตุการณ์แวดล้อม คือการกระทำที่เรียกว่าเป็นความดีนั้น ไม่ว่าจะกระทำเมื่อใดและในสถานการณ์อย่างใดก็ต้องปฏิบัติเช่นนั้นเสมอ แม้จะกระทำเพื่อประโยชน์อื่น ๆ ของส่วนรวม ก็ต้องถือว่าเป็นสิ่งผิดเสมอ เช่น แพทย์ไม่พึงทำแท้งไม่ว่ากรณีใด ๆ เป็นต้น¹³

¹² นันทนา ศิริทรัพย์, "ความรู้พื้นฐานทางเวชจริยศาสตร์," วารสารแพทยสภา ปีที่ 36 ฉบับที่ 3 (กรกฎาคม - กันยายน 2550): 203-204.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 204.

4. ทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (Teleology หรือ Utilitarianism หรือ Consequentialism)

อรรถประโยชน์นิยม เป็นปรัชญาเชิงจริยธรรมที่เชื่อว่าสิ่งซึ่งจะถือเป็นความดีหรือความชั่วอันแท้จริงในโลกนี้อยู่ที่ว่าสิ่งนั้นสร้างความทุกข์หรือความสุขให้เกิดแก่มนุษย์ การกระทำใด ๆ ที่จะเรียกได้ว่าถูกต้องหรือดีงาม ต้องเป็นการกระทำที่สำเร็จประโยชน์ในการก่อให้เกิดความสุขขึ้นมา ส่วนความสุขก็คือบรรดาความพึงพอใจทั้งหมด ความพึงพอใจนั้นต้องถือเป็นสิ่งที่ดี ส่วนความทุกข์ ความเจ็บปวดหรือความดับข้องไม่สมหวังทั้งหลายต้องจัดเป็นสิ่งเลวร้าย¹⁴

หลักอรรถประโยชน์นิยมเป็นหลักที่เบ็นแธม (Jeremy Bentham) เป็นผู้คิดค้นขึ้นโดยมีต้นแบบมาจากแนวคิดสุขนิยม¹⁵ ซึ่งเบ็นแธมได้เสนอหลักจริยธรรมที่ว่า การกระทำที่ดีที่สุดคือการกระทำที่ก่อให้เกิดประโยชน์สุขมากที่สุดแก่คนจำนวนมากที่สุด (The Greatest Happiness of the Greatest Number) จึงได้นำหลักดังกล่าวมาพิจารณาถึงการกระทำใด ๆ ว่าสมควรให้กระทำหรือไม่ โดยคำนึงถึงหากกระทำไปแล้วจะมีแนวโน้มความสุขของคู่กรณีทีผลประโยชน์ของเขากลายเป็นประเด็นปัญหาหรือข้อพิพาทเพิ่มขึ้นหรือลดลง¹⁶ เมื่อใดที่คน ๆ หนึ่งตกอยู่ในสถานการณ์ที่ต้องเลือกทำสิ่งหนึ่งสิ่งใด อรรถประโยชน์นิยมเห็นว่าต้องเลือกการกระทำที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่คนจำนวนมากที่สุด บางครั้งหากการกระทำที่ต้องเลือกนั้นอาจก่อให้เกิดทั้งสุขและทุกข์ จึงต้องประเมินว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดความสุขเท่าใด ความทุกข์เท่าใด แล้วนำมาเปรียบเทียบว่าผลออกมานั้นก่อให้เกิดความสุขมากที่สุดหรือทุกข์น้อยที่สุดจึงเลือกทำสิ่งนั้น¹⁷

อรรถประโยชน์นิยมของเบ็นแธมบ่งชี้ถึงทัศนะว่าการกระทำใดจะถูกต้องหรือผิดขึ้นอยู่กับว่าผลลัพธ์ของการกระทำนั้นดีหรือเลว สำหรับเบ็นแธม “ดี” และ “เลว” หมายถึงความพึงพอใจหรือความเดือดร้อนที่เกิดจากประสบการณ์ต่าง ๆ ของมนุษย์ที่เป็นปัจเจกบุคคล¹⁸ เนื่องจากเบ็นแธมยึดถือทฤษฎีสุขนิยมทางจิตวิทยา ความพึงพอใจและความเดือดร้อนจึงเป็นแรงจูงใจของพฤติกรรมทั้งหมด

¹⁴ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, นิติปรัชญา (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547), หน้า 202.

¹⁵ Robert B. Talisse, On Rawls: A Liberal Theory of Justice and Justification (Belmont, CA: Wadsworth Thomson Learning, 2001), p. 24.

¹⁶ Henry R West, An Introduction to Mill's Utilitarian Ethics (Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2004), p. 24.

¹⁷ นภัส คำนวน, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่และจริยธรรมของแพทย์เมื่อผู้ป่วยใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาในวาระสุดท้าย" (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558), หน้า 48.

¹⁸ Leo Strauss, ประวัติปรัชญาการเมือง เล่มที่ 2, สมบัติ จันทร์วงศ์, ผู้แปล, (กรุงเทพฯ: มูลนิธิเพื่อการศึกษาประชาธิปไตยและการพัฒนา โครงการจัดพิมพ์คบไฟ), หน้า 90.

เมื่อนำทฤษฎีของเบ็นแธมมาปรับใช้กับศิลปะในการบัญญัติกฎหมาย จะทำให้เห็นถึงแนวคิดของเบ็นแธมที่มองเป้าหมายทั่วไปของกฎหมายมีขึ้นเพื่อเพิ่มความสุขทั้งหมดของประชาชน แต่การลงโทษทั้งปวงคือความเสียหาย การลงโทษทั้งปวงโดยตัวของมันเองคือความชั่ว ตามหลักการเรื่องอรรถประโยชน์ การลงโทษควรที่จะเป็นที่ยอมรับกันเฉพาะต่อเมื่อให้สัญญาว่าจะกันความชั่วร้ายบางอย่างที่ยิ่งใหญ่กว่าออกไป¹⁹ การออกกฎหมายใดก็ตามย่อมมีนัยยะว่าจะต้องรุกรานหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งตามแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมอาจจะเป็นความชั่วร้ายที่จำเป็นซึ่งนำไปสู่สิ่งที่ดีหรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งได้ว่า หากว่าสิ่งที่ดีเกินกว่าความเสียหายหรือภัยอันตรายก็ถือว่ายอมรับได้

ตัวอย่างแนวคิดของอรรถประโยชน์นิยม เช่น คนกลุ่มหนึ่งหลงทางและขาดอาหารเป็นเวลาหลายวัน ทุกคนคาดการณ์ว่าหากปล่อยไว้เช่นนั้นต่อไปทุกคนจะตายหมด คนเหล่านั้นจึงปรึกษากันและทุกคนเห็นพร้อมกันว่าจะมีการจับสลากเพื่อคัดเลือกให้คน ๆ หนึ่งในกลุ่มสละชีวิตเพื่อให้อีกคนหนึ่งได้กินเนื้อเป็นอาหารเพื่อประทังให้ชีวิตรอดต่อไป เพราะหากไม่ทำเช่นนั้นทุกคนจะตายหมด แต่ถ้าทำตามที่ดีตกลงกันจะมีคนตายเพียงคนเดียว ถ้าคิดตามหลักอรรถประโยชน์นิยมการกระทำดังกล่าวก็น่าจะเป็นสิ่งที่ชอบและถูกต้อง เพราะก่อให้เกิดประโยชน์สุขมากกว่า แต่ในความเป็นจริงอาจมีคนที่ไม่ยอมรับหลักการนี้เนื่องจากเห็นว่าขัดต่อหลักมนุษยธรรม²⁰

ต่อมา จอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill) ได้พัฒนาแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมโดยเน้นในเรื่องศีลธรรมมากกว่ากฎ กล่าวอีกนัยหนึ่ง แนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของมิลล์มุ่งเน้นความสุขเป็นเป้าหมายที่สอดคล้องเหมาะสมกับศีลธรรมเนื่องจากประชาชนปรารถนาเช่นนั้นจริง ๆ โดยมิลล์ไม่เห็นด้วยกับจุดยืนของเบ็นแธมที่เชื่อว่าหลักการอรรถประโยชน์เป็นไปไม่ได้ที่จะต้องพิสูจน์ และไม่จำเป็นต้องพิสูจน์และเสนอความเห็นที่ให้ความสำคัญกับความสุขของปัจเจกบุคคล และความสุข “ทั่วไป” (General Happiness) เป็นสิ่งที่พึงปรารถนา

เจตนารมณ์ของมิลล์ในที่นี้แสดงให้เห็นว่าเป้าหมายของอรรถประโยชน์เป็นเป้าหมายที่สมเหตุสมผลสำหรับผู้กระทำแต่ละคน (Individual Agent) อย่างไรก็ตาม การนำหลักความคิดนี้ไปปรับใช้ในแต่ละสถานการณ์อาจจะต้องพิจารณาเป็นกรณีไปว่าสามารถที่จะทำให้บรรลุความสุขของ

¹⁹ เรื่องเดียวกัน.

²⁰ นภัส คำนวน, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่และจริยธรรมของแพทย์เมื่อผู้ป่วยใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาในวาระสุดท้าย," หน้า 50.

แต่ละบุคคลได้หรือไม่หากว่ามีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดบางประการที่จะต้องทำให้เลือกตัดสินใจว่าความสุขของกลุ่มบุคคลหนึ่งอาจจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่อีกกลุ่มบุคคลหนึ่ง²¹

ลัทธิอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) ของมิลล์เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า หลักมสุข (The Greatest Happiness Principle) แนวคิดนี้สืบเนื่องมาจากการยึดความสุขเป็นเป้าหมายหลักในชีวิต หลักมสุขในตอนแรก เรียกว่าลัทธิประโยชน์นิยมแบบการกระทำ (Act-Utilitarianism) โดยมีแนวคิดว่าการกระทำที่จะถือว่าถูกได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความสุขแก่มหาชน ความผิดของการกระทำอยู่ที่ก่อให้เกิดความทุกข์แก่มหาชน โดยพิจารณาผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำในแต่ละครั้ง การกระทำโดยตัวมันเองไม่ได้ ดี ชั่ว ถูก ผิด แต่ขึ้นอยู่กับว่ามันจะก่อให้เกิดประโยชน์แค่ไหน ลัทธินี้จึงสังกัดสุขนิยมเพราะถือว่าความสุขเป็นสิ่งดีที่สุดของมนุษย์ดีกับสุขเป็นเรื่องเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ตำรวจจับคนร้ายผู้มีอิทธิพลได้และทราบว่ามีคนร้ายขึ้นฟ้องศาลคนร้ายจะต้องหลุดคดี จึงฆ่าคนร้ายทิ้งเสียด้วยคิดว่าถ้าเขาตายประชาชนจะเป็นสุขมากขึ้น ดังนั้นการฆ่าคนร้ายจึงเป็นความถูกต้อง ต่อมาพบว่าแนวคิดนี้ยังมีข้อบกพร่อง จึงแก้ไขแนวคิดเสียใหม่ให้มีความเป็นสากลมากยิ่งขึ้น โดยเรียกแนวคิดนี้ว่า “กฎประโยชน์นิยม” (Rule-Utilitarianism) เป็นแนวคิดที่เชื่อว่ามิกฎเกณฑ์บางอย่างที่ดีและพิจารณาความถูกต้องจากการกระทำตามกฎเกณฑ์นั้น ๆ โดยไม่ต้องพิจารณาการกระทำในแต่ละครั้ง แต่ให้พิจารณาว่าถ้าทุกคนกระทำเหมือนกันประโยชน์สุขจะเกิดขึ้นอย่างมาก ตัวอย่างถ้าตำรวจจับนักเลงผู้มีอิทธิพลได้และจากประจักษ์พยานทำให้มั่นใจได้ว่า เขาเป็นผู้ที่อยู่เบื้องหลังความชั่วมากมาย จับมาดำเนินคดีก็หลุดรอดจากรางไปได้ทุกครั้ง ดังนั้นการยิงทิ้งจึงเป็นวิธีการที่ดีที่สุด ถ้าตำรวจทุกคนในโลกยึดหลักการนี้โลกจะเกิดความสงบอย่างแน่นอน แนวคิดนี้เป็นแนวคิดที่มีความเป็นสากลมากยิ่งขึ้นกว่าเดิม²²

อรรถประโยชน์นิยมจะไม่สนใจแรงจูงใจหรือเจตนา ตัวอย่างเช่น การช่วยเหลือคนที่ตกน้ำ ไม่ว่าจะเกิดเพราะสงสารหรือหวังค่าตอบแทนมีผลเท่ากันคือดีเท่ากันเพราะช่วยเหลือชีวิตคน กลุ่มนี้ตัดสินคนที่การกระทำการดูเจตนาดูได้ยากเพราะอยู่ข้างในใจคน การดูแรงจูงใจคือการดูดีของการกระทำการดูผลคือการดูอนาคตของการกระทำ²³

²¹ ศิลา ปุขยา, "แนวคิดอรรถประโยชน์นิยมและทฤษฎีความยุติธรรม" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 30 ตุลาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://news.thaipbs.or.th/content/306344>

²² เกษฎา ผาทอง, ธีรภัทร์ เสรีรังสรรค์, ธนู ทดแทนคุณ และ สมพงษ์ เกษานุช, "ประโยชน์นิยม : แนวคิดสู่ปรากฏการณ์ทางการเมืองไทย," วารสารศิลปศาสตร์ราชภัฏสุราษฎร์ธานี ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2562): 183-184.

²³ เรื่องเดียวกัน.

ในเรื่องความสัมพันธ์ของหลักอรรถประโยชน์นิยมกับจารีต โดยทั่วไปควรปฏิบัติตามจารีต ประเพณีเมื่อไม่มีเวลาในการคำนวณหรือชั่งน้ำหนัก เพราะการปฏิบัติตามจารีตประเพณีย่อมเกิด ประโยชน์สุขมากกว่าโทษ การปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของสังคมถือว่าเป็นความฉลาดรอบคอบอย่างมาก แต่สำหรับอรรถประโยชน์นิยม ไม่มีกฎอะไรที่แน่นอนตายตัว จารีตประเพณีก็หนีไม่พ้นกฎนี้ ตัวอย่างเช่น ในอดีตเมื่อร้อยกว่าปีที่แล้ว มิลล์เคยเสนอให้คุณกำหนดหากไม่คุณกำหนดคนจะล้นเกาะ อังกฤษ ปรากฏว่ามีล้นถูกโจมตีว่าหยาบช้าป่าเถื่อน แต่ปัจจุบันการคุณกำหนดกลายเป็นเรื่องธรรมดา ดังนั้นประเพณีจึงไม่ใช่สิ่งสุดท้ายที่จะตัดสินว่าควรทำอะไร แต่ขึ้นอยู่กับว่าประเพณีนั้นจะก่อ ประโยชน์สุขหรือไม่ต่างหาก ดังนั้นท่าทีที่หลักอรรถประโยชน์นิยมมีต่อจารีตประเพณีนั้นจึงเป็นท่าทีที่เป็นกลาง ขึ้นอยู่กับการตรวจสอบขั้นสุดท้ายเสียก่อนว่าเป็นประโยชน์หรือโทษต่อสังคม²⁴

หลักอรรถประโยชน์นิยมไม่ขัดต่อหลักศาสนาหากศาสนามีหลักคำสอนเพื่อประโยชน์สุข ต่อมนุษยชาติให้เมตตาเกื้อกูลกัน แต่หากศาสนาถูกเหยียดหยามความสุขทางกาย หรือสอนให้คน เห็นแก่ตัวมุ่งกอบโกยความสุขเพื่อตนอย่างเดียว หลักอรรถประโยชน์นิยมที่มีต่อศาสนาจะแปรเปลี่ยนเป็น ศัตรูทันที ในเรื่องของศีล 5 ก็เช่นกัน เช่น การฆ่ามนุษย์ก็ไม่ได้เป็นความเลวในตัวของมัน แต่ขึ้นอยู่กับว่าจะประโยชน์ต่อมหาชนหรือไม่ การประหารชีวิตนักโทษที่มีความผิดรุนแรง ถ้าสังคมคิดว่าดี ทำให้สังคมเป็นก็จะเป็นไปตามหลักอรรถประโยชน์นิยม แต่หากสังคมคิดว่าการประหารนักโทษ ไม่เกิด ประโยชน์มีแต่ความสูญเสีย ควรหามาตรการอื่นมาลงโทษและควรรยกโทษประหารชีวิตเสีย และ หาเหตุผลที่ทำให้คนอื่นยอมรับได้ หลักนี้ก็สามารนำมาใช้ได้เช่นกัน

หลักอรรถประโยชน์นิยมกับกฎหมาย โดยหลักการกฎหมายมีไว้เพื่อเป็นประโยชน์ต่อมหาชน แต่ถ้าต้องการช่วยเหลือชีวิตคน บางครั้งก็ต้องยอมละเมิดกฎหมาย เช่น ขับรถไปส่งคนป่วยหนักที่ โรงพยาบาล พอถึงสี่แยกซึ่งถนนว่างแต่รถติดไฟแดง ประโยชน์นิยมเห็นว่าควรที่จะละเมิดกฎหมาย ด้วยการยอมขับรถฝ่าไฟแดงเพื่อช่วยชีวิตคน²⁵

กล่าวโดยสรุปหลักอรรถประโยชน์นิยมทฤษฎีนี้ยึดหลักผลที่เกิดจากการกระทำ ถ้าเป็น ประโยชน์สุขที่กระจายไปสู่คนได้มากที่สุดแล้ว ถือว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ดังนั้นทฤษฎีนี้

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 185.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 186.

อาจจะขัดต่อหลักของจารีตประเพณี หรือหลักศาสนา เช่นการคุมกำเนิด หรือการทำแท้งอาจไม่ใช่สิ่งที่ผิด ถ้าการกระทำนั้นเป็นประโยชน์และเป็นความพอใจของคนหมู่มาก²⁶

ดังนั้นการตัดสินใจทางเวชจริยศาสตร์ จึงอาจมีทางเลือกให้ได้พิจารณาอยู่เสมอ การตัดสินใจนี้จึงถือเป็น Moral dilemma กล่าวคือ เป็นภาวะที่ตัดสินใจยาก การตัดสินใจไปในทางใดทางหนึ่งอาจทำให้เกิดประโยชน์และด้านหนึ่งเสียประโยชน์ การตัดสินใจทางจริยธรรมจึงจำเป็นที่จะต้องใช้หลักการให้เหตุผลทางจริยธรรม และการคิดเชิงวิเคราะห์

2.1.2 หลักจริยธรรมของการจัดสรรทรัพยากรในภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุข

ในสถานการณ์ปกติที่มีทรัพยากรเพียงพอต่อความจำเป็นของประชาชนนั้น บุคลากรสุขภาพมีหลักจริยธรรมในการบริหารผู้ป่วยโดยยึด 4 หลักการได้แก่²⁷

- ก) ประโยชน์ผู้ป่วยสูงสุด (beneficence)
- ข) ไม่ให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายใด ๆ เพิ่มขึ้น (non-maleficence)
- ค) การเคารพเอกลิทธิ (respect for autonomy) และ
- ง) ความยุติธรรม (justice)

ผู้ป่วยทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการบริการทางสุขภาพที่เท่าเทียมกันไม่คำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา สถานภาพสมรสการวินิจฉัยโรคและสถานะทางสังคมแต่ในภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขที่มีทรัพยากรไม่เพียงพอสำหรับผู้ป่วยทุกรายนั้น หลักจริยธรรมยังคงถูกนำมาใช้โดยเปลี่ยนแนวทางในการนำไปปฏิบัติ จากการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเฉพาะราย และไม่ให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายใด ๆ เพิ่มเติมเป็นการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดต่อสังคม (utilitarianism) ที่คำนึงถึงการช่วยชีวิตผู้ป่วยให้ได้มากที่สุด สถานการณ์ที่มีทรัพยากรไม่เพียงพอสำหรับดูแลผู้ป่วยทุกรายจึงจำเป็นต้องตัดสินใจเลือกให้การบริการแก่ผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดมากกว่ารวมไปถึงการลดระดับการใช้ทรัพยากรสำหรับผู้ป่วยบางรายที่โอกาสรอดน้อยกว่าสำหรับหลักจริยธรรมการเคารพเอกลิทธิ ผู้ป่วยยังคงสามารถเลือกปฏิเสธการรักษาได้เช่นเดียวกับในสถานการณ์ปกติ²⁸

²⁶ นันทนา ศิริทรัพย์, "ความรู้พื้นฐานทางเวชจริยศาสตร์," วารสารแพทยสภาสาร 204.

²⁷ โครงการประเมินเทคโนโลยีและนโยบายด้านสุขภาพ, "รายงานวิจัย : หลักเกณฑ์การจัดสรรทรัพยากรในการบริหารผู้ป่วยวิกฤตในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ของประเทศไทย" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 28 กุมภาพันธ์ 2565. แหล่งที่มา: <https://www.hitap.net/documents/177998>

²⁸ เรื่องเดียวกัน.

การเปลี่ยนแปลงแนวทางการปฏิบัติของหลักจริยธรรมนี้จะต้องดำเนินการภายใต้สถานการณ์และระยะเวลาที่จำเป็นเท่านั้น และต้องมีเป้าหมายเพื่อประโยชน์ของสาธารณะและปกป้องสุขภาพของประชาชนการตัดสินใจว่าผู้ป่วยรายใดจะได้รับหรือไม่ได้รับการรักษาเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้และเป็นความท้าทายทางจิตใจและจริยธรรมต่อแพทย์และบุคลากรสุขภาพผู้ให้การรักษาอย่างมาก ดังนั้นหลักเกณฑ์ในการจัดลำดับความสำคัญ (prioritization) ที่มีความโปร่งใส อยู่บนพื้นฐานของหลักการแพทย์และหลักจริยธรรมโดยเฉพาะหลักความยุติธรรมจึงมีความสำคัญในการลดแรงกดดันทางจิตใจของบุคลากรสุขภาพและสร้างความเชื่อมั่นให้กับประชาชนว่าจะได้รับการจัดสรรทรัพยากรอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมในภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขภายใต้การคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดต่อสังคมที่หมายถึงการช่วยชีวิตผู้ป่วยจำนวนมากที่สุดเท่าที่จะทำได้โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ²⁹

หลักเกณฑ์ในการจัดลำดับความสำคัญเพื่อให้ได้ประโยชน์สูงสุดต่อสังคมโดยรวมนั้น ไม่สามารถทำตามหลัก “มาก่อนได้ก่อน (first-come, first-served)” หรือ “สุ่ม (randomization)” หรือ “ให้ผู้ป่วยที่สุดก่อน (sickest first)” ได้ เนื่องจากขัดกับการรักษาชีวิตให้ได้มากที่สุดหากผู้มาก่อนหรือได้รับการสุ่มเลือกมีโอกาสรอดชีวิตต่ำกว่าผู้ป่วยรายอื่น การตัดสินใจด้วย “อายุ (age)” หรือ “เชื้อชาติ, สัญชาติ (race, nationality)” ก็ไม่สามารถทำได้เนื่องจากขัดกับหลักปฏิบัติที่ไม่แบ่งแยก (non-discriminatory basis) นอกจากนี้ การประเมินการทำประโยชน์หรือคุณค่าต่อสังคม (social usefulness) ของผู้ป่วยแต่ละคนมีปัญหาในการตีความและการปฏิบัติ เนื่องจากคุณค่าของคนแต่ละคนไม่สามารถเปรียบเทียบกันได้โดยง่าย การใช้เกณฑ์ประโยชน์หรือคุณค่าต่อสังคมจึงอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งในสังคมและความไม่เชื่อมั่นของประชาชน

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น การพยากรณ์โรคทางคลินิก (clinical prognosis) ซึ่งเป็นเกณฑ์ทางการแพทย์ที่ใช้พยากรณ์โอกาสรอดชีวิตในระยะสั้นจึงเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดเพื่อใช้เป็นเกณฑ์การจัดลำดับความสำคัญเนื่องจากสามารถวัดเปรียบเทียบกันได้อย่างเป็นรูปธรรม (measurable) มีความเป็นวัตถุวิสัย (objectivity) จึงสามารถปฏิบัติให้สอดคล้องเป็นมาตรฐานเดียวกันได้ การจัดลำดับความสำคัญด้วยเกณฑ์การพยากรณ์โรคทางคลินิกนี้ จะช่วยให้ทรัพยากรได้รับการจัดสรรไปยังผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตสูงสุดหรือโอกาสประสบความสำเร็จในการรักษามากที่สุด ซึ่งเป็นไปตามหลักการประโยชน์สูงสุดต่อสังคม

²⁹ เรื่องเดียวกัน.

2.2 แนวคิดทางนิติศาสตร์

แนวคิดทางนิติศาสตร์ ประกอบไปด้วย ทฤษฎีการลงโทษ โครงสร้างความคิดในทางกฎหมายอาญาในประเทศไทย เหตุในการจำกัดความรับผิดทางอาญาของบุคคล และข้อพิจารณาเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ

2.2.1 ทฤษฎีการลงโทษ

นักวิชาการด้านกฎหมายได้อธิบายความหมายของโทษอาญาไว้ ว่า โทษทางอาญาจะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 5 ประการ³⁰

1) โทษจะต้องก่อให้เกิดความทุกข์ หมายถึง ผู้ได้รับโทษจะต้องได้รับความทุกข์อย่างใดอย่างหนึ่ง อาจเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางร่างกาย การได้รับความเจ็บปวดทางกาย (pain) หรือการสูญเสียทรัพย์สิน หรืออื่น ๆ

2) โทษจะต้องใช้ต่อผู้กระทำผิดกฎหมาย หมายถึง ผู้กระทำผิดกฎหมายเท่านั้นที่จะต้องถูกลงโทษ จะนำบุคคลอื่นที่มีได้กระทำความผิดมารับโทษมิได้

3) โทษจะต้องมีขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย หมายถึง ต้องมีการกระทำผิดกฎหมายเสียก่อนจึงจะลงโทษได้ หากไม่มีการกระทำผิดกฎหมายก็ลงโทษไม่ได้

4) โทษจะต้องเป็นวิธีการซึ่งคนใดคนหนึ่งนอกจากตัวผู้กระทำผิดนำมาใช้กับผู้กระทำผิดนั้น หากผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลนั้นเอง ไม่นับเป็นโทษทางอาญา

5) โทษจะต้องเกิดจากผู้มีอำนาจที่จะกระทำให้เกิดผลร้ายนั้นขึ้นมาได้ หมายถึงโทษนั้นต้องผ่านกระบวนการตามกฎหมาย และผู้มีอำนาจตามกฎหมายจึงจะเป็นผู้ให้ผลร้ายได้

มุมมองเกี่ยวกับการลงโทษในยุคแรกๆ เป็นการมองการกระทำผิดว่าเป็นการแหกกฎหรือฝ่าฝืนกฎของสังคม (Rule-breaking) และมองไปถึงพฤติกรรมของอาชญากรรมโดยมุ่งเน้นเรื่องเจตจำนงอิสระ (Free Will) และความสามารถของบุคคลในการในการใช้เหตุผลที่จะตัดสินใจคำนึงผลสืบเนื่องอันเกิดจากจากพฤติกรรมของตน ความสามารถตามธรรมชาติของมนุษย์ที่มีอยู่แล้วในการที่จะตัดสินใจนี้ขึ้นอยู่กับความคาดหวังระหว่างต้นทุนและผลตอบแทน (Cost and Benefit) ที่จะได้รับจากการกระทำนั้น การทำความเข้าใจเกี่ยวกับความสามารถตามธรรมชาติของมนุษย์นี้จะนำไปสู่การพัฒนาแนวคิดในการลงโทษผู้กระทำผิด³¹ โดยทฤษฎีการลงโทษที่นิยมนำมาใช้ คือ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) ทฤษฎีนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากระบบการเมืองการ

³⁰ ณัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน, *ทฤษฎีการลงโทษ* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2556), หน้า 9.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

ปกครอง ศาสนา และระบบสังคมในสมัยอดีตที่ผู้มีอำนาจปกครอง จะใช้วิธีการลงโทษเพื่อการตอบแทนผู้กระทำผิดให้ได้รับโทษ ในลักษณะตาต่อตาฟันต่อฟัน มีการใช้วิธีการที่รุนแรง ทั้งการประหารชีวิต การลงทัณฑ์ ทรมานด้วยรูปแบบต่าง ๆ เพื่อให้สาสมกับความผิดที่ผู้นั้นได้กระทำลงไป และเพื่อให้ ผู้กระทำผิดสารภาพและเพื่อให้รู้สำนึกถึงความผิดในการกระทำของตนทฤษฎีนี้มี แนวคิดในการลงโทษว่าผู้กระทำผิดมีเจตจำนงเสรี (Free Will) ในการที่จะคิด ตัดสินใจ และกระทำการด้วยตนเอง ประกอบกับมนุษย์มีความมีความสามารถในการใช้เหตุผล เมื่อตัดสินใจทำสิ่งใดลงไปจึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนอย่าง เต็มที่เมื่อกระทำผิดจึงต้องรับผิดชอบต่อความผิดและสมควรได้รับการลงโทษ³²

จากทฤษฎีเบื้องต้นจะเห็นว่า การลงโทษทางอาญาเป็นการทำลายคุณธรรมทางกฎหมาย (ต่อชีวิต เช่น ประหารชีวิต ต่อเสรีภาพ เช่น จำคุก) การที่กฎหมายให้อำนาจทำลายคุณธรรมทางกฎหมายเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม การลงโทษจึงเป็นแนวคิดทางอรรถประโยชน์นิยมในการยอมทำลายสิ่งที่มีคุณค่าน้อยกว่า (คุณธรรมทางกฎหมายของปัจเจก) เพื่อรักษาสิ่งที่สูงกว่าคือ ความสงบเรียบร้อยของสังคม ³³

การที่แพทย์ต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย เพราะเหตุปัจจัยภายนอกบีบบังคับให้ต้องเลือก จึงขัดกับหลักทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) ที่มีแนวคิดในการลงโทษว่าผู้กระทำผิดมีเจตจำนงเสรี (Free Will) ในการที่จะคิด ตัดสินใจ และกระทำการด้วยตนเอง ประกอบกับมนุษย์มีความมีความสามารถในการใช้เหตุผล เมื่อตัดสินใจทำสิ่งใดลงไปจึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนอย่าง เต็มที่เมื่อกระทำผิดจึงต้องรับผิดชอบต่อความผิดและสมควรได้รับการลงโทษ เนื่องจากแพทย์ไม่ได้มี Free Will ที่แท้จริงและไม่ได้มีจิตใจที่ชั่วร้าย

2.2.2 โครงสร้างการรับผิดในทางกฎหมายอาญาในประเทศไทย

บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาเมื่อการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด และการกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

1. บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาเมื่อการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

1.1 มีการกระทำ

³² เรื่องเดียวกัน.

³³ รณกรณ์ บุญมี, "ความรับผิดทางอาญา : ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตด้วยความจำเป็น" (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556), หน้า 8.

- 1.2 การกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบภายนอก” ของความผิดในเรื่องนั้น ๆ
- 1.3 การกระทำครบ “องค์ประกอบภายใน” ของความผิดในเรื่องนั้น ๆ
- 1.4 ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำ ตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์

ระหว่างการกระทำและผล

2. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

3. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ³⁴

การกระทำที่กฎหมายยกเว้นความรับผิด เช่น การกระทำโดยป้องกัน ตามมาตรา 68³⁵ การทำแท้งกรณีพิเศษ ตามมาตรา 305³⁶ การกระทำที่กฎหมายยกเว้นโทษ เช่น การกระทำด้วยความจำเป็น ตามมาตรา 67³⁷ ส่วนหากป้องกันหรือจำเป็นเกินขอบเขตจะเป็นเหตุลดโทษ ตามมาตรา 69³⁸

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ปัจจุบันกฎหมายอาญาไทยแยกเรื่อง “ป้องกัน” เป็นเหตุยกเว้นความผิด และ “จำเป็น” เป็นเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งแตกต่างจากบางประเทศที่มีเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (ยกเว้นความผิด) (Justifiable Necessity) และความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นโทษ (Excusable Necessity)

³⁴ คมพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1, หน้า 86.

³⁵ มาตรา 68 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่น ให้พ้นจากอันตราย ซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

³⁶ มาตรา 305 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 เป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้กระทำไม่มีความผิด

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น

(2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์ อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง

(3) หญิงยื่นยันต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าตนมีครรภ์เนื่องจากมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

(4) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ยินยอมที่จะยุติการตั้งครรภ์

(5) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ ยินยอมที่จะยุติการตั้งครรภ์ ภายหลังจากตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของแพทยสภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น”

³⁷ มาตรา 67 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น (1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ (2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่ออันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

³⁸ มาตรา 69 ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 และมาตรา 68 นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความตื่นตระหนก ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้

เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างความรับผิดชอบในทางกฎหมายอาญาของประเทศไทยแล้ว การที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษา หากแพทย์ถอดหรือไม่ใส่เครื่องช่วยหายใจผู้ป่วยคนหนึ่งเพื่อช่วยผู้ป่วยอีกคนหนึ่งในสถานการณ์ฉุกเฉิน แล้วทำให้ผู้ป่วยคนนั้นไม่ถูกเลือกนั้นถึงแก่ชีวิต แม้แพทย์จะมีเจตนาดีในการรักษาผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่าแต่การกระทำของแพทย์นั้นครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญาแล้วตามมาตรา 288³⁹ ความรับผิดชอบฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา คือแพทย์รู้หรือเล็งเห็นได้ว่าผลคือความตายนั้นจะเกิดขึ้น แต่ก็ยังเลือกที่จะกระทำ แม้ในความเป็นจริงการที่แพทย์ถอดหรือไม่ใส่เครื่องช่วยหายใจจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการให้การรักษาแบบประคับประคองก็ตาม

นอกจากการฆ่าโดยเล็งเห็นผลแล้วแพทย์อาจมีความรับผิดชอบโดยดเว้นไม่กระทำเนื่องจากหน้าที่ในการรักษาของแพทย์นั้น โดยทั่วไปแล้วเป็นหน้าที่อันเกิดจากการยอมรับโดยเจาะจง คือยอมรับที่จะให้การรักษาผู้ป่วย ดังนั้นหากแพทย์งดเว้นไม่ทำการรักษาผู้ป่วย ปล่อยให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย การงดเว้นการกระทำดังกล่าวของแพทย์ย่อมถือเป็นการฆ่าโดยดเว้น ตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 59⁴⁰ ประมวลกฎหมายอาญา

นักกฎหมายไทยส่วนหนึ่งเห็นว่ากรกระทำของแพทย์ในการรักษานั้นไม่มีความรับผิดชอบอาญาเลย เนื่องจากเป็นความยินยอมของผู้ป่วยที่ให้แพทย์กระทำต่อร่างกายของตน ซึ่งก็คือการนำหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่ายินยอมแล้วไม่มีความผิด มาใช้ในทางกฎหมายอาญา แม้ในต้วบทกฎหมายจะไม่มีบัญญัติไว้ก็ตาม จึงทำให้เกิดประเพณีปฏิบัติกันทั่วไป เมื่อผู้ป่วยถูกรับเข้ารักษาตัวในโรงพยาบาล ต้องมีการให้ผู้ป่วยลงชื่อแสดงความยินยอมว่าจะยอมรับการปฏิบัติของแพทย์ของทางโรงพยาบาลทุกประการเพื่อให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา⁴¹ แต่ในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินที่จำเป็นต้องเลือกรักษา

³⁹ มาตรา 288 ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี

⁴⁰ มาตรา 59 บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

การกระทำ ให้หมายรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย

⁴¹ ฉัตรแก้ว สอนศิริ, "ความรับผิดทางอาญาของแพทย์ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตาย" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ปริธีพนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556), หน้า 27-28.

แพทย์จึงจำเป็นต้องตัดสินใจในขณะนั้นหรือบางกรณีตัวผู้ป่วยอาจอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้

นักกฎหมายอีกส่วนหนึ่งเห็นว่าการที่แพทย์รักษาโรคไม่ไข้เรื่องเจตนาเนื่องจากแพทย์ไม่ได้มีเจตนาร้าย จึงไม่อาจเป็นการทำร้ายหรือฆ่าได้เลย เป็นได้แค่เรื่องประมาทเท่านั้น ซึ่งหากแพทย์กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังแพทย์ต้องรับผิดชอบในความประมาทนั้น แต่ในเรื่องการเลือกรักษาผู้ป่วยที่แพทย์กระทำต่อคือผู้ป่วยที่แพทย์พิจารณาแล้วว่าไม่มีทางรักษา เจตนาของแพทย์คือการรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉินให้ได้มากที่สุด โดยนำอุปกรณ์และเครื่องมือที่มีอยู่ไปช่วยชีวิตผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า แม้แพทย์จะมีมูลเหตุจูงใจที่ดีคือต้องการช่วยเหลือผู้ป่วยให้ได้มากที่สุดนั้นก็อาจทำให้ผู้กระทำหลุดพ้นความรับผิดชอบไปได้หากสิ่งที่กระทำลงโดยเจตนาเป็นความผิดกฎหมายอยู่ในตัว เช่น ในกรณีฆ่าคนด้วยความสงสาร (mercy killing) เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี ประเทศไทยได้มีการยอมรับการแสดงเจตนาเพื่อการตายในวาระสุดท้ายของตน เป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งได้กระทำตามเจตนาของผู้ป่วยในการทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์รับการรักษาหรือปฏิเสธการรักษา ซึ่งปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ⁴²

2.2.3 เหตุในการจำกัดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล

เหตุในการจำกัดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล ประกอบไปด้วย ⁴³

1. เหตุยกเว้นความผิด เป็นการพิจารณาตามองค์ประกอบข้อที่ 2 ของโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น มีเหตุอันชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่

2. เหตุยกเว้นโทษ เป็นกรณีที่พิจารณาตามองค์ประกอบโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญาข้อที่ 3 ว่าการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ และไม่มีเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดนั้น ผู้กระทำมีเหตุตามกฎหมายอ้างเพื่อมิให้ตนเองต้องรับโทษตามความผิดที่กระทำขึ้นหรือไม่

⁴² ธรรมนูญสรร แก้วมรกต, "มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, 2557), หน้า 31.

⁴³ คณพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1, หน้า 363-364.

3. เหตุลดโทษ เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำครบองค์ประกอบตามโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญาทุกประการและต้องรับผิดชอบในทางอาญา แต่เนื่องจากมีเหตุตามกฎหมายบางประการที่สมควรลดโทษให้แก่ผู้กระทำนั้น เพื่อให้โทษที่ได้รับเหมาะสมขึ้น

ต่อไปจะกล่าวถึงรายละเอียดของเหตุในการจำกัดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล ประเภทต่าง ๆ

1. เหตุยกเว้นความผิด หรือ เหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด เรียกว่า “Justification”

ศาสตราจารย์ George P. Fletcher ได้แบ่งแยกทฤษฎีที่เป็นรากฐานของเหตุยกเว้นความผิดออกเป็น 3 ทฤษฎี ไว้ในหนังสือ *Rethinking Criminal Law*⁴⁴ ได้แก่ ทฤษฎีอิสรภาพของปัจเจกชน (The Value of Autonomy), ทฤษฎีการกระทำในนามของรัฐบาล (Acting in the name of the government) และ ทฤษฎีการชั่งน้ำหนักประโยชน์ ในที่นี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงทฤษฎีที่เกี่ยวข้องมากที่สุดคือ **ทฤษฎีการชั่งน้ำหนักประโยชน์** ทฤษฎีนี้เป็นมุมมองจากทางด้านสังคมหรือส่วนรวมเป็นหลัก ซึ่งพัฒนาขึ้นตามแนวคิดทางปรัชญาของสำนักอรรถประโยชน์นิยม ซึ่งได้อธิบายไปข้างต้นแล้วว่า สำนักนี้มีหลักการว่าการกระทำจะดีหรือไม่ดีนั้นให้พิจารณาจากผลของการกระทำ เมื่อใดก็ตามที่การกระทำก่อให้เกิดความสุขมากกว่าหรือก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าความเสียหาย การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ดีและถูกต้องในทางศีลธรรม⁴⁵

ทฤษฎีการชั่งน้ำหนักประโยชน์นี้มีความสำคัญโดยตรงต่อการพัฒนาเหตุยกเว้นความผิดเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตามทฤษฎีนี้ถือเป็นการกระทำที่ถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการกระทำที่สร้างประโยชน์ให้กับสังคมด้วยการทำลายคุณธรรมทางกฎหมายที่มีค่าน้อยเพื่อรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายที่มีค่ามากกว่า นอกจากนี้ ทฤษฎีนี้ยังเป็นรากฐานรองรับให้กับเหตุยกเว้นความผิดเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยทฤษฎีนี้ได้อธิบายว่าในกรณีการป้องกันนั้น เนื่องจากผู้ประทุษร้ายเป็นฝ่ายที่เริ่มก่อภัยขึ้นก่อนด้วยความผิดของตน ดังนั้นคุณธรรมทางกฎหมายของผู้ประทุษร้ายที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายจึงมีคุณค่าลดน้อยลงและมีความสำคัญน้อยกว่าคุณธรรมทางกฎหมายของผู้ถูกประทุษร้ายซึ่งเป็นฝ่ายที่บริสุทธิ์ ดังนั้นผู้กระทำการป้องกันจึงมีอำนาจที่จะกระทำการล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายของผู้ประทุษร้ายได้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายของผู้ถูกประทุษร้ายซึ่งมีค่ามากกว่าในสายตาของกฎหมาย อย่างไรก็ตามการป้องกันดังกล่าวต้องเป็นไปภายใต้สัดส่วนที่เหมาะสมซึ่งสังคมยอมรับได้ด้วย ข้อสังเกตที่

⁴⁴ G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford University Press, 2000), pp. 770-775.

⁴⁵ อนุช สัตยชานุกูล, "การกระทำด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด," หน้า 9.

สำคัญประการหนึ่งก็คือ ทฤษฎีการชั่งน้ำหนักประโยชน์เป็นข้อความคิดพื้นฐานที่อยู่เบื้องหลังหลักความได้สัดส่วนแห่งภัยของเหตุยกเว้นความผิด ทั้งในกรณีความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายและการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ในประมวลกฎหมายอาญา เหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดประกอบด้วย

(1) บทบัญญัติที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดเฉพาะบางฐาน⁴⁶ เช่น กรณีทำให้แท้งลูกไม่เป็นความผิดหากเป็นการกระทำของแพทย์ ตามมาตรา 305 และกรณีแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริตตามมาตรา 329 ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 329

มาตรา 305 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 เป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้กระทำไม่มีความผิด

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น

(2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง ...”

มาตรา 329 “ผู้ใดแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต

- (1) เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม
- (2) ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่
- (3) ดิชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ
- หรือ
- (4) ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุม

ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท”

(2) บทบัญญัติที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดโดยทั่วไป⁴⁷ ได้แก่ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68 กฎหมายอาญายอมรับหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

⁴⁶ คณพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1, หน้า 365.

- การป้องกันตนเองเป็นสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ เพราะเป็นสิทธิตามธรรมชาติ
- เมื่อเกิดการประทุษร้ายอันมิชอบ รัฐอาจไม่สามารถเข้าขัดขวางการกระทำนั้นอย่างทันทีทันใด จึงเป็นอำนาจโดยชอบธรรมของบุคคลที่จะป้องกันตนเองได้

มาตรา 68 “ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่น ให้พ้นจากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

การกระทำเพื่อป้องกันนี้ ถึงแม้จะเกิดความเสียหายบ้าง แต่ถ้าได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุ ก็เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นย่อมไม่มีความผิด โดยหลักเกณฑ์ของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายประกอบไปด้วย

1. มีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย
2. เป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง
3. ผู้กระทำจำต้องกระทำการเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตราย
4. ได้กระทำไปภายในขอบเขต

เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบทั้ง 4 ประการแล้ว ผู้กระทำไม่มีความผิด⁴⁸

(3) ความยินยอม หมายถึง การยอมให้ผู้กระทำทำบางอย่างต่อตน แม้การกระทำจะครบองค์ประกอบความผิด แต่ก็ไม่ใช่ความผิด เพราะกฎหมายถือว่าเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้⁴⁹

John Stuart Mill เห็นว่า บุคคลเป็นผู้ตัดสินใจที่ดีที่สุดเพราะเป็นผลประโยชน์ของเขาเอง เพราะฉะนั้นสังคมควรยอมรับคุณค่าของความยินยอมนั้น โดยเงื่อนไขของความยินยอมมีดังต่อไปนี้

- เป็นความยินยอมที่เกี่ยวกับประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเฉพาะ ถ้ามีประโยชน์สาธารณะมาเกี่ยวข้องด้วย ไม่อาจอ้างความยินยอมได้
- ผู้ให้ความยินยอมมีความสามารถให้ความยินยอม เช่น ไม่เป็นเด็ก

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 366.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 368.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 387.

- ความยินยอมนั้นเกิดจากความสมัครใจ หมายถึงผู้กระทำรู้และเข้าใจการกระทำทั้งหมดว่าจะกระทำอะไร อย่างไร และผลที่พึงคาดหวังได้จะเป็นอย่างไร และต้องไม่ได้เกิดจากการถูกข่มขู่หรือหลอกลวง

- ผู้กระทำได้กระทำภายในขอบเขตแห่งความยินยอม
- ความยินยอมต้องมีอยู่ก่อนหรือขณะกระทำ ยกเว้นเป็นความยินยอมโดยปริยาย

2. เหตุยกเว้นโทษ หมายถึง เหตุที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ แม้จะได้กระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและไม่มีเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด กล่าวคือเป็นกรณีที่ทำผิดแต่กฎหมายยกโทษให้⁵⁰

เหตุยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มีหลายประการ เช่น

(1) กรณีผู้กระทำไม่มีความสามารถ เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ตัวหรือเพราะสภาวะทางจิตใจไม่สมบูรณ์ ได้แก่การกระทำของผู้มีอายุน้อย การกระทำของคนวิกลจริตและการกระทำในขณะที่มึนเมา

(2) กรณีผู้กระทำมีภาวะหรือหน้าที่ที่จำต้องกระทำ เป็นกรณีที่ผู้กระทำรู้ตัวหรือมีภาวะหรือหน้าที่บางประการจึงกระทำความผิดนั้น ได้แก่ การกระทำโดยจำเป็น และการกระทำตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ

(3) กรณีที่ผู้กระทำมีความสัมพันธ์กับผู้ถูกระทำ เป็นกรณีที่ผู้กระทำมีความสามารถกระทำความผิด แต่เนื่องจากมีความสัมพันธ์บางประการกฎหมายจึงยกเว้นโทษให้ ได้แก่ การกระทำผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางฐานระหว่างสามีหรือภรรยา

3. เหตุลดโทษ เป็นเหตุนอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ผู้กระทำยังต้องรับผิดในทางอาญา แต่มีเหตุบางประการที่กฎหมายกำหนดให้ลดโทษได้ เพื่อให้โทษที่ได้รับเหมาะสมกับความร้ายแรงที่ผู้กระทำได้กระทำลง เพราะฉะนั้น กฎหมายอาจกำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจว่าจะลดโทษผู้กระทำความผิดนั้นน้อยเพียงใดก็ได้ หรืออาจกำหนดเป็นมาตราส่วนโทษไว้ให้ศาลลดโทษให้เท่าใดหรือไม่เกินเท่าใด⁵¹ เช่น ความไม่รู้กฎหมาย การป้องกันหรือกระทำโดยจำเป็นเกินขอบเขต (มาตรา 69) การกระทำโดยบันดาลโทสะ เป็นต้น

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 402.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 436.

2.2.4 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ

เมื่อผู้กระทำได้กระทำการอันครบองค์ประกอบของความผิดตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ แต่อาจไม่มีความรับผิด เนื่องจากกฎหมายอาญาได้กำหนดข้อต่อสู้ไว้ทั้ง เหตุยกเว้นความผิด (Justification) และเหตุยกเว้นโทษ (Excuse) ข้อต่อสู้ทั้งสองประการมีความแตกต่างอย่างมีนัยยะสำคัญ คือ เหตุยกเว้นความผิดทำให้ “การกระทำ” ของผู้นั้นชอบด้วยกฎหมาย บุคคลอื่นจะต่อต้านไม่ได้ แต่หากเป็นเหตุยกเว้นโทษ “ผู้กระทำ” ยังมีความรับผิดอยู่เช่นเดิม เพียงแต่ได้รับการให้อภัยและยกเว้นโทษให้เท่านั้น⁵²

เหตุยกเว้นความผิด หมายความว่า สิ่งที่ถูกกฎหมายมุ่งประสงคืจะคุ้มครองบางประการได้ถูกทำให้ตกอยู่ในอันตราย ทำให้เสียหาย หรือทำลายไปโดยการกระทำที่สังคมยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ดังนั้นผู้กระทำจึงไม่มีความผิด โดยปกติกฎหมายอาญาได้บัญญัติขึ้นไว้เพื่อมุ่งจะคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย ดังนั้นผู้ใดที่มาทำลายคุณธรรมทางกฎหมาย ก็ย่อมต้องมีความผิดทางอาญา เพียงแต่ภายใต้สถานการณ์บางประการซึ่งมีขึ้นอยู่ก่อนที่จะได้มีการทำลายคุณธรรมทางกฎหมายนั้น เป็นเหตุให้บุคคล “จำเป็น” ที่จะต้องเลือกทำลายสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงคืจะคุ้มครองดังกล่าวภายใต้ “สัดส่วนที่เหมาะสม” ซึ่งสังคมยอมรับได้เพื่อเลือกที่จะรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายอื่น ๆ ที่มีความสำคัญสูงกว่าการกระทำดังกล่าวจึงได้รับการสนับสนุนโดยสังคม โดยถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีความผิด ยกตัวอย่างเช่นการกระทำเพื่อป้องกันตัว การที่กฎหมายยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำหาใช่เป็นเพราะว่าสิทธิต่าง ๆ ของผู้ถูกกระทำไม่ใช่สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงคืจะคุ้มครองแต่เป็นเพราะระหว่างสิทธิของผู้กระทำซึ่งเป็นผู้บริสุทธิ์กับสิทธิของผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นผู้ก่อภัยนั้นสิทธิของผู้บริสุทธิ์มีความสำคัญมากกว่า ดังนั้นภายใต้สถานการณ์ที่ถูกบุคคลอื่นก่อภัยต่อตนหากผู้บริสุทธิ์ “จำเป็น” ต้องตอบโต้โดยทำร้าย หรือทำลายสิทธิของผู้ก่อภัยเพื่อรักษาสิทธิของตนและถ้าการตอบโต้ นั้นเป็นไปภายใต้ “สัดส่วนที่เหมาะสม” ซึ่งสังคมยอมรับได้ การตอบโต้ นั้นก็จะไม่เป็นความผิดอาญา แต่หากทำไปเกินกว่ากรณีจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน หรือทำไปภายใต้สัดส่วนที่ไม่เหมาะสม หรือเกินกว่าเหตุ ผู้กระทำจึงยังมีความรับผิดทางอาญาอยู่

ในกรณีของ**เหตุยกเว้นโทษ**นั้น เป็นกรณีที่บุคคลได้กระทำการอันกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายโดยไม่มีอำนาจกระทำ หรือกล่าวได้ว่าสังคมไม่สนับสนุนให้สมาชิกกระทำเช่นนั้นการกระทำดังกล่าวจึงเป็นความผิด แต่เนื่องด้วยเมื่อพิจารณาตัวผู้กระทำเป็นรายบุคคลแล้ว กฎหมายเห็นว่า

⁵² รมณณ์ บุญมี, "ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ," *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 40 ฉบับที่ 2 (มิ.ย. 2554): 321-335.

ผู้กระทำการนั้นได้กระทำการไปโดยไม่มีเจตนาตำหนิได้ของจิตใจ (Culpability Blameworthiness) หรืออาจกล่าวได้ว่าภายใต้สภาวะหรือเงื่อนไขบางประการทำให้ไม่สมควรต้องรับผิดชอบในผลร้ายแห่งการกระทำของตน

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่งแยกข้อต่อสู้ทั้งสองประเภท คือ กรณีเหตุยกเว้นความผิดนั้น การยกข้อต่อสู้ของจำเลยเป็นการต่อสู้ในประเด็นที่ว่าจำเลยรู้ถึงความรับผิดชอบในการกระทำที่ก่อให้เกิดผลเสียหายของตน แต่การที่จำเลยได้กระทำไปนั้น เป็นการกระทำภายใต้สถานการณ์ที่สังคมเห็นว่าควรกระทำเช่นนั้น เป็นเรื่องที่ต้องดั่งนั้นสังคมจึงควรสนับสนุน หรืออดทนต่อความเสียหายที่เกิดหรืออาจขึ้นจากการกระทำนั้น⁵³ เพราะเมื่อผู้กระทำได้กระทำเรื่องที่ต้อง ผู้กระทำจึงควรได้รับความชื่นชมสนับสนุนมากกว่าการตำหนิ หรือการลงโทษใด ๆ ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากแนวความคิดอรรถประโยชน์นิยม ซึ่งเห็นว่าถ้าผู้กระทำก่อให้เกิดความเสียหายน้อยกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นถ้าผู้กระทำไม่ได้ทำ การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หลักการดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันในชื่อ “Lesser Evils Doctrine”⁵⁴ หรือ “Choices of Two Evil”

สำหรับในส่วนของเหตุยกเว้นโทษนั้น จะมีพื้นฐานของเหตุผลที่แตกต่างกันกล่าวคือในขณะที่จำเลยที่อ้างข้อต่อสู้ประเภทเหตุยกเว้นความผิดอ้างว่าตนได้ทำในสิ่งที่สังคมสนับสนุนตนจึงไม่มีความผิดนั้น จำเลยในคดีที่อ้างข้อต่อสู้ประเภทเหตุยกเว้นโทษกลับยอมรับว่าสิ่งที่ตนทำเป็นสิ่งที่ผิดและจำเลยยอมรับว่าสิ่งที่ตนทำนั้นสร้างความเสียหายมากกว่าการที่ตนไม่ได้กระทำการใดเลย แต่จำเลยต่อสู้ว่าในภาวะที่ตนตกอยู่ภายใต้ภาวะแห่งภัยอันตรายเช่นนั้น ตนซึ่งเป็นคนปกติทั่วไปย่อมต้องกระทำความเสียหายเช่นนั้นเพื่อให้ตนพ้นจากภัย และสังคมไม่ควรลงโทษตน เพราะสังคมไม่ควรคาดหวังให้จำเลยต้องเสียสละมากกว่าสมาชิกคนอื่นในสังคมดั่งนั้นแม้ผู้กระทำไม่อาจได้รับความชื่นชมสนับสนุนในการกระทำเช่นนั้นเหมือนกรณีจำเลยที่ทำไปเพราะมีเหตุยกเว้นความผิด แต่จำเลยก็ควรได้รับการให้อภัยและปล่อยตัวไป โดยไม่ควรมีความรับผิดชอบในการกระทำของตนเช่นกัน

อย่างไรก็ตามแม้เกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่งแยกประเภทของข้อต่อสู้ออกเป็นเรื่อง “ความเห็นชอบกับความเห็นใจ” นั้นจะเป็นการแบ่งที่มีประโยชน์อย่างยิ่งในทางวิชาการ แต่ในทางปฏิบัติการร่างกฎหมายนั้นจะพิจารณาทั้งสองมุมมองไปพร้อมกันดั่งนั้นจะเห็นได้ว่าเหตุยกเว้นความผิดก็ทำได้

⁵³ Paul Robinson, “Criminal Law Defences: A Systematic Analysis”, 1982 82 Col.L.R. 199, p.221 อ้างถึงใน ธรรมนูญ บุญมี, “ขอสังเกตบางประการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ,” วารสารนิติศาสตร์ 40: 326.

⁵⁴ Stanley Yeo, Neil Morgan and Chan Wing Cheong, *Criminal Law in Malaysia and Singapore*, Singapore: Utopia Press, 2003, p.438 อ้างถึงใน ธรรมนูญ บุญมี, “ขอสังเกตบางประการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ,” วารสารนิติศาสตร์ 40: 326.

พิจารณาแต่เพียงด้านภาวะวิสัยแต่เพียงอย่างเดียว หากในบางกรณียังได้คำนึงถึงเจตนาพิเศษของผู้กระทำด้วยว่ากระทำไปด้วยวัตถุประสงค์ หรือแรงจูงใจอย่างไร ในขณะที่กรณีเหตุยกเว้นโทษนั้น บางกรณีก็ทำให้จะพิจารณาแต่เฉพาะในเชิงอัตวิสัยเป็นรายตัวผู้กระทำไปเท่านั้น หากแต่การพิจารณาถึงเหตุในการตัดสินใจของผู้กระทำว่าเหมาะสมหรือไม่ ก็ยังคงใช้เกณฑ์บุคคลที่มีความรู้สึกผิดชอบในระดับทั่ว ๆ ไป (Ordinary man) มาใช้พิจารณาประกอบด้วย

นอกจากแนวความคิดที่กล่าวมาแล้ว ยังมีอีกแนวความคิดหนึ่งที่ได้รับการยอมรับเช่นกัน นั่นก็คือ “**ทฤษฎีการถูกริบคุณธรรมทางกฎหมาย**”⁵⁵ ทฤษฎีนี้เห็นว่าในกรณีที่บุคคลใดกระทำการอันละเมิดต่อกฎหมาย บุคคลนั้นก็สมควรที่จะต้องถูกริบคุณธรรมทางกฎหมายบางประการไป โดยขึ้นอยู่กับความรุนแรงของการกระทำทฤษฎีนี้มักถูกนำมาใช้เพื่ออธิบายกรณีการฆ่าชีวิตมนุษย์ในกรณีของการป้องกันตัว อย่างไรก็ตามทฤษฎีดังกล่าวมักจะถูกโต้แย้งในทางศีลธรรม โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการอนุญาตให้ฆ่าชีวิตคน เพราะทฤษฎีดังกล่าวอนุญาตให้และยินยอมให้มีการฆ่าคนเสมือนเป็นการฆ่าสิ่งที่ไม่ใช่ชีวิต ซึ่งขัดแย้งกับแนวความเชื่อเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของชีวิตมนุษย์

ผลของการแยกข้อต่อสู้ทั้งสองประเภท ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. รณกรณ์ บุญมี ได้ให้ความเห็นว่า การแยกให้เห็นความแตกต่างของความแตกต่างระหว่างข้อต่อสู้ทั้งสองประเภทอาจเกิดประโยชน์ในการวินิจฉัยความรับผิดหลายประการ เช่น ทำให้พิจารณาได้ว่าการกระทำใดผู้กระทำสามารถตอบโต้ได้ ทำให้แยกได้ว่าการกระทำใดสมควรจะต้องป้องกันไม่ให้เกิดอีก หรือการกระทำใดควรจะปล่อยให้เป็นไปเพราะสิ่งที่สังคมยอมรับได้ ทำให้แยกได้ว่าภาระการพิสูจน์ควรเป็นของฝ่ายใด ทำให้สามารถพิจารณาได้ว่าควรต้องนำทฤษฎีการเทียบสัดส่วนแห่งภัยมาใช้อย่างไร เป็นต้น

สรุปผลของความแตกต่างระหว่างเหตุยกเว้นความผิดและยกเว้นโทษ ดังนี้

1. เหตุยกเว้นความผิด คือ เหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ดังนั้นผู้กระทำจึงไม่มีความรับผิดอาญา รวมทั้งทางแพ่งด้วย ในขณะที่เหตุยกเว้นโทษ คือ เหตุที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ แม้จะได้กระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและไม่มีเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด กล่าวคือ เป็นกรณีที่กระทำความผิดแต่กฎหมายยกโทษให้ผู้กระทำแม้ไม่ต้องรับผิดทางอาญา แต่ยังคงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทางแพ่ง เพราะการกระทำนั้นเป็นการละเมิดสิทธิไม่สามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

⁵⁵ Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, New York: M.Bender,1987, pp.180-183. อ้างถึงใน รณกรณ์ บุญมี, “ขอสังเกตบางประการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ,” วารสารนิติศาสตร์ 40: 328.

2. เมื่อการกระทำที่มีเหตุยกเว้นโทษเป็นการละเมิดสิทธิ ผู้ที่ให้ความช่วยเหลือหรือมีส่วนร่วมในการกระทำนั้นจึงมีความรับผิดชอบในฐาน ตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนได้ ในขณะที่การกระทำที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดนั้นเมื่อเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย คนที่ยุให้ทำ ร่วมกระทำ หรือให้ความช่วยเหลือจึงไม่มีความผิด

3. ทำให้พิจารณาได้ว่าการกระทำใดผู้กระทำสามารถตอบโต้ได้ เหตุยกเว้นความผิดทำให้ “การกระทำ” ของผู้นั้นชอบด้วยกฎหมาย บุคคลอื่นจะต่อต้านไม่ได้ เช่นภรรยาไปทำแท้ง (ที่ถูกกฎหมาย) สามีจะไปขัดขวางหรือทำร้ายแพทย์ที่ทำแท้งโดยอ้างว่าเพื่อป้องกันภรรยาหรือทารกในครรภ์ไม่ได้ แต่สำหรับการยกเว้นโทษ สามารถต่อสู้ขัดขืนการกระทำที่ได้รับการยกเว้นโทษได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

2.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (Justifiable Necessity) และความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษ (Excusable Necessity) ⁵⁶

2.3.1 ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (Justifiable Necessity) เป็นเรื่องการปฏิเสธการกระทำที่ไม่ถูกต้อง (Wrongful) การยกเรื่องความจำเป็นเป็นข้อต่อสู้นี้ อาจเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความโน้มเอียงของสังคมในกรณีที่เกิดความขัดแย้งทางประโยชน์และวิถีทางเดียวที่จะรักษาประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง โดยการทำลายประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายอีกอันหนึ่งซึ่งสังคมเห็นว่ามีความค่าน้อยกว่า เช่น การทำลายทรัพย์สินเพื่อรักษาชีวิต ในกรณีเช่นนี้ถือว่าการทำลายประโยชน์ที่มีค่าน้อยกว่านั้น ถือเป็นการกระทำที่ชอบธรรมซึ่งกฎหมายยอมรับได้ เป็นการพิจารณาการกระทำนั้นเป็นสาระสำคัญ หากการกระทำใดเข้าลักษณะดังกล่าวข้างต้น คือเป็นการชั่งน้ำหนักประโยชน์ ถ้าการกระทำใดเป็นการกระทำเพื่อรักษาประโยชน์ของสังคมที่มีคุณค่ามากกว่า โดยการทำลายประโยชน์ของสังคมที่มีความค่าน้อยกว่าแล้ว ถือเป็นการกระทำที่ชอบธรรมซึ่งกฎหมายยอมรับได้และผู้กระทำการดังกล่าวไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาสำหรับการกระทำนั้น

ดังนั้นการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นในกรณีนี้ จึงเป็นการพิจารณาในด้านของการกระทำว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบธรรมหรือไม่

⁵⁶ ซีโรซติ ใฝ่สุรัตน์, "หลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย : ศึกษาความผิดฐานเปิดเผยความลับกรณีแพทย์กับการเปิดเผยความลับของผู้ป่วย" (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 30-31.

2.3.2 ความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษ (Excusable Necessity) สำหรับความจำเป็นที่
 กฎหมายยกเว้นโทษนี้ เป็นการพิจารณาถึงข้อควรตำหนิได้ของผู้ที่แสดงพฤติกรรมที่ผิดนั้น กล่าวคือ
 ถ้าการทำลายประโยชน์หนึ่งเพื่อรักษาประโยชน์อีกอันหนึ่งซึ่งมีคุณค่าเท่ากันหรือแม้ว่าน้อยกว่าก็ตาม
 สังคมก็มิได้รับประโยชน์อันใดจากการกระทำนั้น ฉะนั้นการกระทำดังกล่าวยังถือว่าเป็นความผิดอยู่
 อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในด้านบุคคลผู้กระทำความผิด แล้วจะเห็นว่าเมื่อชีวิตของบุคคลใดตกอยู่
 ในภาวะแห่งการเสี่ยง การที่เขาต้องรักษาชีวิตของตนเองโดยการทำลายชีวิตของผู้อื่น สังคมอาจ
 พิจารณาว่าการกระทำของบุคคลดังกล่าวเป็นสิ่งที่ควรให้อภัย เพราะเป็นการไม่ยุติธรรมและไม่ถูกต้อง
 ในการที่จะตำหนิคนที่ต้องรักษาชีวิตของตนเอง โดยมีทางเลือกทางเดียวคือการทำลายชีวิตผู้อื่น
 การพิจารณาจึงเป็นการพิจารณาถึงตัวผู้กระทำว่าเขาควรได้รับการตำหนิหรือไม่ เพราะการกระทำ
 ของเขานั้นเป็นการกระทำที่ไม่อาจหา “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” การกระทำของเขาเป็น
 ความผิด แต่เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำเพื่อรักษาชีวิตของตนเองซึ่งสังคมไม่อาจ
 ตำหนิได้ ในกรณีเช่นนี้การกระทำดังกล่าวนั้นเป็นความผิด แต่ผู้กระทำอาจได้รับการให้อภัย เพราะถือ
 ว่าเป็นความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ ฉะนั้นการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นในกรณีนี้
 เป็นการพิจารณาในด้านตัวผู้กระทำความผิดว่ามีเหตุผลที่เขาควรถูกตำหนิจากการกระทำดังกล่าว
 หรือไม่

ความจำเป็นทั้งสองประการนี้ก็ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายของประเทศต่าง ๆ
 ทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน และในประเทศที่ใช้
 ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติว่าด้วย “ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย”
 ไว้เป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามก็สามารถกำหนด “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” เพราะความ
 จำเป็นต้องกระทำให้เป็นเหตุหนึ่ง โดยการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ ซึ่งในกรณีนี้คือบทบัญญัติ
 มาตรา 305 เรื่องการฆ่าแกงโดยแพทย์⁵⁷

“มาตรา 305 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 เป็นการกระทำของ
 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาในกรณีดังต่อไปนี้ผู้กระทำไม่มีความผิด

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อ
 สุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น

⁵⁷ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 260.

(2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง

(3) หญิงยืนยันต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าตนมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

(4) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์

(5) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์แต่ไม่เกินยี่สิบสัปดาห์ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ภายหลังการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของแพทยสภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น”

บทบัญญัติดังกล่าวอาจถือได้ว่า “เป็นบทบัญญัติที่แสดงถึงการยอมรับแนวความคิดเรื่องความชั่วที่น้อยกว่าในกฎหมายไทยอย่างชัดเจนที่สุด”⁵⁸ โดยให้อำนาจแก่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาในการทำให้หญิงแท้งลูกได้ หากจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น หรือจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง

ความจำเป็นในการทำแท้งที่กฎหมายถือว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำนั้นมีข้อสาระสำคัญอันเป็นหัวใจของเรื่อง อยู่ 3 ประการ คือ

1. เป็นกรณีที่ “ประโยชน์” หรือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” สองอย่างเกิดขัดแย้งกันทำให้ผู้กระทำจำเป็นต้องเลือกรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งกล่าวคือ เป็นกรณีของการกระทำที่เกิดจาก “การชั่งน้ำหนักประโยชน์” หรือ “การชั่งน้ำหนักของคุณธรรมทางกฎหมาย” ที่ขัดแย้งกันนั้น

2. เป็นกรณีที่เป็นการเลือกทำลาย “ประโยชน์” หรือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” ที่น้อยกว่า เพื่อรักษาประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่า และ

3. ในกรณีนั้นเป็นทางเลือกทางเดียวนั้นเท่านั้น⁵⁹

⁵⁸ รณกรณ์ บุญมี, “ความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตด้วยความจำเป็น,” หน้า 22.

⁵⁹ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 261.

จะเห็นได้ว่า การกระทำด้วยความจำเป็นในมาตรานี้ เป็นการกระทำที่กฎหมายยอมรับ เนื่องจากการกระทำของแพทย์ในกรณีนี้เป็นการคุ้มครองประโยชน์ที่มีน้ำหนักมากกว่า โดยการทำลายประโยชน์ตามกฎหมายที่มีน้ำหนักน้อยกว่า คือชีวิตของมารดา กับชีวิตทารกในครรภ์มารดา ความจำเป็นในเรื่องของการทำแท้งจึงเป็นเรื่องของประโยชน์สองอันขัดแย้งกัน การเลือกทำลายประโยชน์ที่ต่อยกว่า เพื่อรักษาประโยชน์ที่เหนือกว่าและเป็นทางเลือกทางเดียวนั้น เป็นการกระทำที่ชอบธรรม

หลังจากที่มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ.2564 บทบัญญัติเรื่องการทำแท้งในประเทศไทยก็ได้มีการพัฒนาไปไกลมาก เหตุผลในการประกาศใช้บัญญัติเรื่องการทำแท้งเนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 วินิจฉัยว่า บทบัญญัติความผิดฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ตามมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เนื่องจากการทำแท้งหรือการยุติการตั้งครรภ์เป็นปัญหาทั้งทางสังคมทางการแพทย์ และทางกฎหมายที่มีความละเอียดอ่อน รวมทั้งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับจริยธรรมและศีลธรรม ซึ่งถือว่าเป็นความผิดทางอาญาและกำหนดโทษแก่หญิงเพียงฝ่ายเดียวที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ทั้งนี้ความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีเจตนาารมณ์และคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ โดยเห็นถึงความสำคัญและคุณค่าของชีวิตมนุษย์ที่กำลังจะเกิดมาแต่เนื่องจากรากฐานของสังคมไม่ได้ขึ้นอยู่กับความเห็นคุณค่าของชีวิตมนุษย์เพียงเท่านั้น แต่ยังต้องมีปัจจัยอื่นที่สำคัญเป็นรากฐานของสังคมประกอบด้วยเช่นเดียวกับการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์หากมุ่งคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์เพียงอย่างเดียว โดยมิได้พิจารณาการคุ้มครองสิทธิของหญิงผู้ตั้งครรภ์อันมีมาก่อนสิทธิของทารกในครรภ์เป็นสิ่งที่อาจส่งผลกระทบต่อหญิงไม่ได้รับความเป็นธรรมและถูกกีดกันหรือจำกัดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติ อันเป็นสิทธิพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดต่อชีวิตและร่างกายของตนได้ตราบเท่าที่การกระทำนั้นไม่ไปรบกวนหรือล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น รวมทั้งยังส่งผลกระทบต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของหญิงผู้ตั้งครรภ์ที่ครอบคลุมไปถึงสิทธิในการตัดสินใจของหญิงว่าจะยุติการตั้งครรภ์หรือตั้งครรภ์ต่อไปหรือไม่

การคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงผู้ตั้งครรภ์ต้องให้เกิดความสมดุลกันโดยอาจต้องนำช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา การปฏิเสธสิทธิของหญิงโดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่เหมาะสมดังเช่นมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมาย

อาญาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็น ประกอบกับรัฐมีหน้าที่กำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพโดยจัดให้มีมาตรการในการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมายไม่กระทบต่อการใช้สิทธิของหญิง และในขณะเดียวกันก็ต้องเข้าไปดูแลและคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ให้ถูกกระทบสิทธิในการมีชีวิตด้วยเช่นกัน บทบัญญัติมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญา จึงกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงเกินความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วนและเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังได้ให้ข้อเสนอแนะด้วยว่าประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องการทำแท้งสมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน สมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูก โดยกำหนดอายุครรภ์สำหรับความผิดฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกตามมาตรา 301 รวมทั้งเพิ่มเหตุยกเว้นความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 305 ให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยและข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว

การทำแท้งจึงได้ขยายความไกลไปจนถึงสิทธิในเนื้อตัวร่างกายผู้หญิง ซึ่งเป็นทั้งเรื่องความจำเป็นและการดูแลเนื้อตัวร่างกายของตนเองซึ่งจะให้ข้อบังคับของแพทยสภาเป็นตัวกำหนด หากแพทยสภากำหนดไว้ และเป็นไปตามนั้นก็ไม่มี ความผิด

2.4 ปัญหาที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตมนุษย์ด้วยกัน

การชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตมนุษย์ด้วยกันจะชอบด้วยหลักสัดส่วนแห่งภัยของความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในทางวิชาการ มีความเห็นแตกต่างกันอยู่ 2 แนวทาง

- **แนวทางแรก** คือความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถยกเว้นความผิดในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาได้ ซึ่งเป็นแนวทางของเยอรมันที่ให้ความเคารพต่อชีวิตของมนุษย์สูงที่สุด ไม่สามารถใช้หลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายกับสิ่งที่มีคุณค่าเท่ากัน

- **แนวทางที่สอง** คือความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายสามารถยกเว้นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาได้ หากจำเป็นเพื่อรักษาชีวิตมนุษย์ด้วยกันและเป็นผลทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตมากกว่ากรณีที่ไม่มีการกระทำ การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือหลัก lesser evils ซึ่งเป็นไปตามความเห็นส่วนใหญ่ของนักกฎหมายระบบคอมมอนลอว์⁶⁰

⁶⁰ อนุชล สัญชยานุกูล, "การกระทำด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด," หน้า 114-115.

2.5 ความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดทางปรัชญาและแนวคิดทางนิติศาสตร์

แนวคิดทางปรัชญาและแนวคิดทางนิติศาสตร์ มีความเกี่ยวเนื่องและเชื่อมโยงกัน โดยทฤษฎีทางเวชจริยศาสตร์ มีทฤษฎีที่สำคัญคืออรรถทฤษฎีประโยชน์นิยม (Utilitarianism) ทฤษฎีนี้ยึดหลักผลที่เกิดจากการกระทำ ถ้าเป็นประโยชน์สุขที่กระจายไปสู่คนได้มากที่สุดแล้ว ถือว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ดังนั้นทฤษฎีนี้อาจจะขัดต่อหลักของจารีตประเพณี หรือหลักศาสนา เช่นการทำแท้ง อาจไม่ใช่สิ่งที่ผิด ถ้าการกระทำนั้นเป็นประโยชน์และเป็นความพอใจของคนหมู่มาก ส่วนแนวคิดทางนิติศาสตร์ ได้ยกตัวอย่างทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งการลงโทษทางอาญาเป็นการทำลายคุณธรรมทางกฎหมาย การที่กฎหมายให้อำนาจทำลายคุณธรรมทางกฎหมาย เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม การลงโทษจึงเป็นแนวคิดทางอรรถประโยชน์นิยมในการยอมทำลายสิ่งที่มีคุณค่าน้อยกว่า (คุณธรรมทางกฎหมายของปัจเจก) เพื่อรักษาสิ่งที่สูงกว่าคือความสงบเรียบร้อยของสังคม จะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นเวชจริยศาสตร์ หรือ นิติศาสตร์ ก็ล้วนแต่มีทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยมมาเกี่ยวข้องทั้งสิ้น

นอกจากนั้นทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยมยังสัมพันธ์กับเหตุจำกัดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลคือ เหตุยกเว้นความรับผิด เช่นเรื่องความเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการกระทำที่สร้างประโยชน์ให้กับสังคมด้วยการทำลายคุณธรรมทางกฎหมายที่มีค่าน้อยเพื่อรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายที่มีค่ามากกว่า นอกจากนี้ทฤษฎีนี้ยังเป็นรากฐานรองรับให้กับเหตุยกเว้นความผิดเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากผู้ประทุษร้ายเป็นฝ่ายที่เริ่มก่อภัยขึ้นก่อนด้วยความผิดของตน ดังนั้นคุณธรรมทางกฎหมายของผู้ประทุษร้ายที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย จึงมีคุณค่าลดน้อยลงและมีความสำคัญน้อยกว่าคุณธรรมทางกฎหมายของผู้ถูกประทุษร้ายซึ่งเป็นฝ่ายที่บริสุทธิ์ ดังนั้นผู้กระทำการป้องกันจึงมีอำนาจที่จะกระทำการล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายของผู้ประทุษร้ายได้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายของผู้ถูกประทุษร้ายซึ่งมีค่ามากกว่าในสายตาของกฎหมาย อย่างไรก็ตามการป้องกันดังกล่าวต้องเป็นไปภายใต้สัดส่วนที่เหมาะสมซึ่งสังคมยอมรับได้ด้วย

ในเรื่องความจำเป็นจึงเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความโน้มเอียงของสังคมในกรณีที่เกิดความขัดแย้งทางประโยชน์และวิถีทางเดียวที่จะรักษาประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง โดยการทำลายประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายอีกอันหนึ่งซึ่งสังคมเห็นว่ามีความค่าน้อยกว่า เช่นการทำลายทรัพย์สินเพื่อรักษาชีวิต ในกรณีเช่นนี้ถือว่าการทำลายประโยชน์ที่มีค่าน้อยกว่านั้น ถือเป็น การกระทำที่ชอบธรรมซึ่งกฎหมายยอมรับได้ เป็นการพิจารณาการกระทำนั้นเป็นสาระสำคัญ

ถ้าการกระทำใดเป็นการกระทำเพื่อรักษาประโยชน์ของสังคมที่มีคุณค่ามากกว่า โดยการทำลายประโยชน์ของสังคมที่มีค่าน้อยกว่าแล้ว ถือเป็นการกระทำที่ชอบธรรมซึ่งกฎหมายยอมรับได้และ ผู้กระทำการดังกล่าวไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาสำหรับการกระทำนั้น

ทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม เป็นทางเลือกที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด คือสิ่งที่ถูกต้องคือสิ่งที่กระทำแล้วสร้างประโยชน์ต่อสังคมโดยรวมมากที่สุด มีส่วนเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบของการกระทำผิดโดยจำเป็นที่กล่าวไปแล้วข้างต้น ซึ่งจะถูกนำมาใช้ในกรณีที่เกิดทางเลือกสองทางเมื่อเลือกทางหนึ่ง จะเสียอีกทางหนึ่งไป จะใช้หลักการอะไรมาพิจารณาว่าการเลือกทางนั้นเป็นทางที่ถูกต้อง ดังนั้นเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นจึงต้องได้สัดส่วน สร้างความเสียหายแก่ผู้บริสุทธิ์น้อยที่สุด ภัยอันตรายที่ตนเองไปก่อนน้อยกว่าที่ตนเองประสบอยู่ ทำให้สังคมโดยรวมได้รับประโยชน์มากที่สุดหรือเสียหายน้อยที่สุด จึงเห็นได้ว่าทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยมมีความสัมพันธ์กับทฤษฎีการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมาย ทฤษฎีทางปรัชญาและทฤษฎีกฎหมายอาญาจึงมีความเกี่ยวเนื่องและเชื่อมโยงกันอยู่

ส่วนในเรื่องการนำหน้าระหว่างชีวิตมนุษย์ด้วยกัน จะชอบด้วยหลักสัดส่วนแห่งภัยของความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในทางวิชาการ มีความเห็นแตกต่างกันอยู่ 2 แนวทาง คือ ไม่สามารถยกเว้นความผิดในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาได้ ซึ่งเป็นแนวทางของเยอรมันที่ให้ความสำคัญต่อชีวิตของมนุษย์สูงสุด ไม่สามารถใช้หลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายกับสิ่งที่มีคุณค่าเท่ากัน แนวทางที่สอง สามารถยกเว้นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาได้ หากจำเป็นเพื่อรักษาชีวิตมนุษย์ด้วยกันและเป็นผลทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตมากกว่ากรณีที่ไม่มีการกระทำ การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์ ซึ่งเป็นไปตามความเห็นส่วนใหญ่ของนักกฎหมายระบบคอมมอนลอว์

จากแนวคิด ทฤษฎีต่าง ๆ ที่กล่าวไปข้างต้น ดังนั้นในภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขที่มีทรัพยากรไม่เพียงพอสำหรับผู้ป่วยทุกรายนั้น หลักจริยธรรมยังคงถูกนำมาใช้โดยเปลี่ยนแนวทางในการนำไปปฏิบัติ จากการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเฉพาะรายเป็นการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดต่อสังคม จึงเป็นไปตามแนวคิดเรื่องอรรถประโยชน์นิยม ซึ่งเป็นทางเลือกที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด โดยพิจารณาว่าการรักษาใครจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมมากที่สุด สิ่งที่จะสร้างประโยชน์ให้แก่สังคมมากที่สุด คือการช่วยชีวิตผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตสูงกว่าน่าจะเป็นคำตอบสุดท้ายและชอบธรรม ซึ่งเป็นราคาที่สังคมต้องจ่ายเพื่อรักษาสิ่งหนึ่งซึ่งสังคมต้องรักษาไว้ หากมองภาพเพียงผิวเผินอาจเหมือนว่ากำลังทำลายศีลธรรมอยู่ แต่เป็นเพียงศีลธรรมอันมีใช้ศีลธรรมที่แท้จริง เนื่องจากกำลังรักษา

ศีลธรรมอีกสิ่งหนึ่งอยู่เช่นเดียวกัน เราจะบรรลुประโยชน์ที่แท้จริงของสังคมเมื่อช่วยชีวิตผู้ที่จะมีโอกาสรอดมากกว่าผู้ที่แพทย์ประเมินแล้วว่าอย่างไรเสีย แม้ไม่มีเครื่องช่วยหายใจ เขาก็จะต้องเสียชีวิตในวันอยู่ดี

การที่แพทย์ต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยเพราะเหตุปัจจัยภายนอกบีบบังคับให้ต้องเลือก จึงขัดกับหลักทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) ที่มีแนวคิดในการลงโทษว่า ผู้กระทำผิดมีเจตจำนงเสรี (Free Will) ในการที่จะคิด ตัดสินใจ และกระทำการด้วยตนเอง ประกอบกับมนุษย์มีความมีความสามารถในการใช้เหตุผล เมื่อตัดสินใจทำสิ่งใดลงไปจึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนอย่างเต็มที่เมื่อกระทำผิดจึงต้องรับผิดชอบต่อความผิดและสมควรได้รับการลงโทษ เนื่องจากแพทย์ไม่ได้มี Free Will ที่แท้จริงและไม่ได้มีจิตใจที่ชั่วร้าย

จากแนวคิดทฤษฎีต่าง ๆ ที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้น จึงต้องมาพิจารณาว่าความจำเป็นของแพทย์ในการเลือกรักษาผู้ป่วยควรจะต้องมีเหตุในการจำกัดความรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่ ถ้ามีควรจะมีในรูปแบบใด เนื่องจากการศึกษาศาสนาการณเหล่านี้ในต่างประเทศ ล้วนแต่มีการจำกัดความรับผิดชอบให้แก่แพทย์ทั้งสิ้น บางประเทศเป็นเหตุสุดโต่งเช่น อิตาลี บางประเทศเป็นเหตุยกเว้นความผิด เช่น ประเทศเยอรมนี (หากแพทย์ทำหน้าที่ในสถานการณพิเศษที่เป็นไปตามประมวลจริยธรรมทางการแพทย์และสำคัญผิดว่าการกระทำของตนไม่ผิดกฎหมาย ตามมาตรา 17 และตามหลักหน้าที่ที่ขัดแย้งกัน) บางประเทศนำหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมาปรับใช้ได้ ตามแนวคำพิพากษาศาลเป็นเหตุยกเว้นความผิด เช่น ประเทศอังกฤษ หรือ ประเทศสหรัฐอเมริกาในบางรัฐก็มีบัญญัติยกเว้นความผิดให้แพทย์เป็นการเฉพาะ ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดของประเทศต่าง ๆ ในบทที่ 4 ต่อไป

ดังนั้นจึงควรมีการจำกัดความรับผิดชอบในทางอาญา ผู้เขียนเห็นว่าการที่แพทย์จำต้องเลือกรักษาถึงแม้จะเล็งเห็นได้ว่าจะทำให้ผู้ป่วยอีกคนหนึ่งเสียชีวิต แต่หากเป็นกรณีที่กระทำไปด้วยความจำเป็นเพื่อรักษาชีวิตของผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า หากกระทำภายใต้เงื่อนไขอันจำกัดตามกฎหมายการกระทำนั้น ย่อมเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยทางที่เหมาะสมจะอธิบายอีกครั้งหนึ่งในบทวิเคราะห์

บทที่ 3

กฎหมายและประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในประเทศไทย

จากการศึกษาในบทที่ 2 ทำให้ทราบถึงข้อพิจารณา แนวความคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำด้วยความจำเป็นและการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยทั้งทฤษฎีทางปรัชญาและนิติศาสตร์ รวมถึงเหตุจำกัดความรับผิดชอบในทางอาญา

ประเทศไทยในขณะนี้ต้องเผชิญกับวิกฤตโควิด 19 ที่ทวีความรุนแรง ส่งผลให้อุปกรณ์ทางการแพทย์ที่มีอยู่ไม่เพียงพอต่อการรักษาพยาบาลผู้ป่วยที่มีจำนวนมากขึ้น ทำให้บางโรงพยาบาลต้องออกหลักเกณฑ์เลือกไม่ใส่ท่อช่วยหายใจผู้ป่วย แต่ก็ไม่ได้มีบทบัญญัติยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่บุคลากรทางการแพทย์ ทำให้แพทย์ยังเป็นกังวลในการเลือกตัดสินใจรักษาผู้ป่วย ในอนาคตอาจมีเหตุการณ์เช่นเดียวกันนี้เกิดขึ้น ไม่เฉพาะแต่ในกรณีโควิด 19 จึงมีประเด็นปัญหาว่าหากแพทย์ต้องเลือกรักษาความรับผิดชอบของแพทย์ในทางอาญาจะเป็นเช่นไร

ในบทที่ 3 ผู้วิจัยจะนำเสนอปัญหาว่ากฎหมายที่มีในปัจจุบันอยู่ไม่เพียงพออย่างไร ไม่ว่าจะ เป็นปัญหาในทางกฎหมายอาญาและปัญหาด้านกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประกอบการ ซึ่งในการจำกัดความรับผิดชอบให้แพทย์กรณีแพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยนั้น จำเป็นต้องศึกษาก่อนว่ามีปัญหาอุปสรรคอย่างไรบ้าง

3.1 ปัญหาในทางกฎหมายอาญา

ปัญหาในทางกฎหมายอาญา ประกอบไปด้วยปัญหาจากการพิจารณาตามหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 และปัญหาในการพิจารณาตามหลักการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67(2)

3.1.1 ปัญหาจากการพิจารณาตามหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68

การกระทำโดยป้องกัน เป็นหนึ่งในเหตุยกเว้นความผิด หากเกิดกรณีที่เป็นจำเป็นต้องเลือกรักษาขึ้นแล้วทำให้ผู้ป่วยอีกคนหนึ่งเสียชีวิต แพทย์จะสามารถอ้างเหตุว่าป้องกันได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาหลักของการป้องกันเสียก่อน

มาตรา 68 “ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่น ให้พ้นจากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

องค์ประกอบของมาตรา 68 คือ

1. ต้องมีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย⁶¹

ภัยอันตรายหมายถึง ภัยและอันตราย ได้แก่ ผลร้ายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน เป็นต้น และภัยอันตรายนั้นต้องเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าภัยอันตรายนั้นต้องเกิดจากการทำร้ายหรือการทำให้เสียหายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเกิดได้แต่ กรณี “บุคคล” เป็นผู้กระทำเท่านั้น โดยล้าพั้งสัตว์หรือสิ่งของไม่อาจกระทำละเมิดกฎหมายได้ และถ้าใช้สัตว์หรือสิ่งของใด ผู้ใช้สัตว์หรือสิ่งของเป็นเครื่องมือนั้นก็เป็นผู้ก่อภัยขึ้นเอง⁶²

2. การที่ภัยอันตรายใกล้จะถึง

คำว่าใกล้จะถึง หมายถึง จวนจะเกิดขึ้น หรือกำลังจะเกิดขึ้นในขณะนั้น นอกจากนี้ยังหมายความว่าถึงขณะที่ภัยอันตรายเพิ่งเกิดขึ้นหรือที่กำลังดำเนินอยู่ด้วย⁶³

3. การจำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือผู้อื่น

การกระทำโดยป้องกันจะต้องเกิดจากการกระทำโดยเจตนาเท่านั้น เพราะถ้อยคำว่าจำต้องกระทำ แสดงว่าผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนา และมูลเหตุจูงใจ เพื่อ “ป้องกันสิทธิ” เป็นการย้ำว่า ได้กระทำโดยเจตนา⁶⁴ โดยนอกจากจะเป็นการป้องกันสิทธิของผู้อื่นแล้ว ยังรวมถึงการป้องกันสิทธิของผู้อื่นด้วย แม้ว่าผู้ป้องกันและผู้อื่นนั้น จะไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ ต่อกันเลยก็ตาม เพราะถือว่าเป็นหน้าที่ของพลเมืองดีที่จะต้องช่วยป้องกันภัยอันตรายที่ผิดกฎหมาย แม้จะเป็นภัยอันตรายแก่บุคคลอื่นก็ตาม⁶⁵

⁶¹ คณพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1, หน้า 369.

⁶² Blomsma & Roef, “Justification and Excuse,” 213. อ้างถึงใน ศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1, หน้า 370.

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 373.

⁶⁴ คณพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1, หน้า 377.

⁶⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (แก้ไขเพิ่มเติม) (พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551), หน้า 403.

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี ได้ให้ความเห็นส่วนตัวใน “ความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตด้วยความจำเป็น” วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปี 2556 ว่า คำว่า “จำต้องกระทำ” นี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แท้จริงแล้วเป็นการกระทำโดยจำเป็นประเภทหนึ่ง แต่กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขอย่างเคร่งครัดไว้เฉพาะหลายประการ แตกต่างจากการกระทำด้วยความจำเป็นทั่วไปตามมาตรา 67 ทำให้การป้องกันตัวตามมาตรา 68 มีผลเป็นเหตุยกเว้นความผิด... นอกจากนี้ คำว่า “จำต้องกระทำ” ยังมีความหมายว่าเป็น “หน้าที่” ที่พึงต้องกระทำเพื่อรักษาความสงบสุขในสังคม เพราะการป้องกันภัยอันตรายที่ละเมิดกฎหมายนี้ทำให้เพียงเป็นการป้องกันสิทธิของตนหรือผู้อื่น อันอยู่เฉพาะหน้าเท่านั้น หากแต่ยังเป็นการกระทำการแทนสมาชิกคนอื่นในสังคมในการต่อสู้กับสิ่งที่ไม่ถูกต้อง และช่วยป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายต่อบุคคลอื่นในอนาคตอีกด้วย”

4. การกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ

การวินิจฉัยว่าผู้หนึ่งกระทำโดยสมควรแก่เหตุหรือไม่ มี 2 หลักที่สำคัญคือ หลักความได้สัดส่วนและหลักวิถีทางที่น้อยที่สุด⁶⁶

- **หลักแห่งความได้สัดส่วน** ใช้เพื่อพิจารณาโดยชั่งน้ำหนักระหว่างความร้ายแรงของการตอบโต้กับความร้ายแรงของภัยอันตรายที่เกิดขึ้นว่าได้สัดส่วนกันหรือไม่ โดยต้องพิจารณาพฤติการณ์ต่าง ๆ ประกอบการกระทำด้วย ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้สัดส่วน เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9276/2555 ผู้ตายเป็นผู้ก่อเหตุและวิ่งไล่ทำร้าย ร. จากโรงลิเกจนไปถึงที่เกิดเหตุ แล้วใช้มีดฟันแขน ร. ได้รับบาดเจ็บและเตะถีบ ร. จนล้มลงแล้วใช้อาวุธปืนจ่อ ร. พร้อมจะยิงและพูดว่ามึงตายอันเป็นการหมายเอาชีวิต ร. นับว่าเป็นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายใกล้จะถึงจำเลยได้ห้ามปรามแล้ว แต่ผู้ตายไม่เชื่อฟัง ในสถานการณ์เช่นนั้นการที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายในทันทีทันใดจึงเป็นการยับยั้งการกระทำของผู้ตาย และป้องกันชีวิต ร. ทั้งจำเลยยิงปืนเพียงนัดเดียว ถือได้ว่าจำเลยกระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตาม ป.อ. มาตรา 68 จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น⁶⁷

⁶⁶ คณพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1, หน้า 380.

⁶⁷ https://www.smartdeka.com/each_deka/คำพิพากษาศาลฎีกาที่9276_2555

ถ้าการกระทำไม่เป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วน ผู้กระทำยังต้องรับโทษอยู่ แต่ได้รับการลดโทษ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1336/2553 จำเลยกับพวกได้กลับมาที่เกิดเหตุก็เพื่อเอา รถจักรยานยนต์ของพวกจำเลยที่จอดทิ้งไว้ มิได้กลับมาหาเรื่องและชวนทะเลาะวิวาทกับผู้เสียหายที่ 1 กับพวก การที่ผู้เสียหายที่ 1 กับพวกเข้าไปรุมทำร้ายจำเลยกับพวก จำเลยกับพวกไม่มีหน้าที่ที่จะต้องหลบหนีแต่มีอำนาจที่จะป้องกันตนให้พ้นจากอันตรายที่เกิดจากการรุมทำร้ายของผู้เสียหายที่ 1 กับพวกได้ ทั้งข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ผู้เสียหายที่ 1 กับพวกได้ลงมือทำร้ายชกต่อยจำเลยตกจากรถจักรยานยนต์ ภัยอันตรายที่จำเลยได้รับจึงถึงตัวจำเลยไม่สามารถหลีกเลี่ยงเป็นอย่างอื่น แต่การที่จำเลยใช้อาวุธปืนซึ่งมีอำนาจร้ายแรงยิงไปทางผู้เสียหายที่ 1 กับพวกจนหมดลูกไม่จำนวน 6 นัด การกระทำของจำเลยดังกล่าวเป็นการป้องกันสิทธิของตนและผู้อื่นเกินสมควรแก่เหตุตาม ป.อ. มาตรา 69

- **หลักวิถีทางที่น้อยที่สุด** เป็นการพิจารณาว่า ณ ขณะกระทำนั้น ถ้ามีวิถีทางป้องกันหลายอย่าง ให้เลือกวิถีทางในการจัดการกับผู้ก่อภัยที่ไม่ร้ายแรงมากจนเกินไป แต่ใช้เท่าที่เพียงพอต่อการขจัดหรือขัดขวางภัยอันตรายนั้น

ดังนั้นเมื่อพิจารณาองค์ประกอบของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว การที่แพทย์ต้องเผชิญอันตรายจากโรคระบาดหรือภัยพิบัติ จึงมิใช่ภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ถึงแม้ว่าแพทย์จะกระทำไปเพื่อป้องกันสิทธิของผู้อื่นจากภัยอันตราย แต่แพทย์ก็ไม่สามารถอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้เพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้

3.1.2 ปัญหาในการพิจารณาตามหลักการกระทำ ความผิดด้วยความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67 (2)

การกระทำความผิดจำเป็นเป็นเหตุยกเว้นโทษเนื่องจากผู้กระทำไม่มีอำนาจตัดสินใจโดยอิสระที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำ ทั้งนี้เพราะถูกบังคับหรืออยู่ในภาวะกดดันที่ต้องตัดสินใจกระทำ ความผิดอาญา แต่เมื่อผู้กระทำไม่มีอำนาจตัดสินใจโดยอิสระ ผู้นั้นก็สมควรอ้างเหตุจำกัดความรับผิดในทางอาญาได้⁶⁸

ประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 67 แบ่งการกระทำด้วยความจำเป็นออกเป็น 2 ประเภทคือ

⁶⁸ คณพล จันทน์หอม, *หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1*, หน้า 420.

(1) ความจำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจ ตามมาตรา 67 (1) เรียกว่า “Duress” เป็นกรณีที่ผู้กระทำถูกบังคับจากภายนอกให้ต้องกระทำ ผู้กระทำไม่มีทางเลือกเลี้ยวที่จะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นได้นอกจากกระทำตาม มิฉะนั้นจะเกิดผลร้ายแก่ตัวผู้กระทำหรือผู้อื่น

(2) ความจำเป็นเพราะเพื่อให้พ้นจากภยันตราย ตามมาตรา 67 (2) เรียกว่า “Necessity” เป็นกรณีที่มิภยันตรายจากภายนอกเช่นกัน แต่ผู้กระทำได้ “เลือก” กระทำ ความผิดด้วยการตัดสินใจของตนโดยหลีกเลี่ยงที่จะไม่กระทำความผิดไม่ได้ เพราะมิฉะนั้นก็อาจเกิดความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งที่ร้ายแรงกว่าการกระทำผิดดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นการชั่งน้ำหนักผลร้ายสองอย่างที่สามารถเกิดขึ้นนั่นเอง⁶⁹

เหตุที่กฎหมายกำหนดให้การกระทำโดยจำเป็น เป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ ไม่ใช่เหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดนั้น ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า “การกระทำด้วยความจำเป็นนั้นกระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์ซึ่งเขาไม่มีส่วนผิดใด ๆ เลย และนอกจากนี้ความจริงผู้กระทำก็ไม่มีอำนาจทำได้ กฎหมายจึงเป็นแต่เห็นใจจึงยกโทษให้เท่านั้น⁷⁰

ความจำเป็นที่อาจอ้างได้กรณีที่แพทย์จำต้องเลือกเพื่อรักษาชีวิต คือ ความจำเป็นเพื่อให้พ้นภยันตรายตามมาตรา 67 (2) เป็นกรณีที่ผู้กระทำต้องการให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายจึงต้องกระทำเพื่อมิให้เกิดผลที่ร้ายแรงกว่า

กฎหมายบางประเทศถือว่าความจำเป็นเพื่อให้พ้นจากภยันตรายเป็นเหตุให้ผู้กระทำไม่มี ความผิดในบางกรณี เช่นคดี Re A [2000] 4 All ER 961 ก.กับ ข. เป็นทารกแฝดหญิงที่มีตัวติดกันตรงช่องท้อง ก. สามารถอยู่รอดเองได้ในขณะที่ ข. ไม่สามารถอยู่รอดเองได้ การผ่าแยกออกจากกันทำให้ ข. ถึงแก่ความตายหากไม่ผ่าเด็กจะถึงแก่ความตายทั้งคู่ บิดามารดาปฏิเสธการผ่าตัด แต่โรงพยาบาลเหตุว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลอุทธรณ์เห็นว่าการผ่าตัดโดยโรงพยาบาลเป็นการกระทำที่ถูกต้องและไม่มี ความผิด เป็นกรณีความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่กฎหมายไทยเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษเท่านั้น

มาตรา 67(2) บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภยันตรายนั้นตน

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 421.

⁷⁰ หยุด แสงอุทัย, ประมวลกฎหมายอาญา : ศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา (พระนคร : มงคลการพิมพ์, 2505), หน้า 227. อ้างถึงใน คณพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1, หน้า 421.

มิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

เงื่อนไขของมาตรา 67(2) ประกอบไปด้วย

(1) มีภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง จะต้องมิภัยอันตรายซึ่งอาจเกิดจากการกระทำของบุคคลหรือภัยธรรมชาติก็ได้ และภัยอันตรายนั้นต้องใกล้จะถึง เช่น ก หนีจากคลื่นสึนามิ เข้าไปหลบในอาคารผู้อื่นให้ตนปลอดภัย

(2) ไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ หากหลีกเลี่ยงได้แต่ไม่หลีกเลี่ยงผู้กระทำผิดก็มิได้รับการยกเว้นโทษ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 734/2529 ฟ้องว่าจำเลยชุดหลุมทำให้อุโมงค์ที่ใช้หรือมีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์เสียหายเมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าหลุมที่จำเลยทั้งสองขุดอยู่ในเขตถนนสาธารณะที่โจทก์ฟ้องแล้วไม่ว่าหลุมนั้นจะอยู่ที่ไหนถนนฝั่งเดียวกันตามที่ปรากฏในทางพิจารณาหรือทั้งสองข้างถนนดังที่กล่าวในฟ้องก็เป็นเรื่องที่โจทก์ประสงค์ให้ลงโทษทั้งสิ้นและข้อแตกต่างดังกล่าวก็หาใช่ข้อสาระสำคัญและจำเลยหลงต่อสู้อย่างไรเพราะจำเลยยอมรับว่าขุดหลุมตามที่โจทก์ฟ้องแต่ต่อสู้อย่างไม่เป็นความผิดเพราะไม่ใช่ถนนสาธารณะเท่านั้น การกระทำเพราะความจำเป็นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67 ผู้กระทำจะต้องอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้หรือเพื่อให้ผู้กระทำหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้แต่การขุดหลุมของจำเลยทั้งสองเป็นทางระบายน้ำจากนาที่จำเลยทำลงคลองสาธารณะเพื่อไม่ให้ท่วมต้นข้าวเมื่อฝนตกมาเท่านั้นขณะจำเลยกระทำการดังกล่าวฝนยังไม่ตกน้ำยังไม่ท่วมต้นข้าวของจำเลยจึงไม่มีภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงอันจำเลยจำเป็นต้องกระทำทั้งเมื่อฝนตกมากและน้ำท่วมต้นข้าวของจำเลยจำเลยก็สามารถใช้เครื่องสูบน้ำสูบน้ำออกจากนาได้การกระทำของจำเลยหาใช่ความจำเป็นตามกฎหมายไม่

(3) ภัยอันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน ผู้กระทำผิดจะต้องไม่ใช่ผู้ก่อภัย

(4) การกระทำผิดด้วยความจำเป็น ต้องมีการกระทำเท่านั้น และต้องได้กระทำโดยเจตนา

(5) เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตราย เป็นเหตุจูงใจของการกระทำการตามมาตรา 67(2)

(6) กระทำไปไม่เกินขอบเขต หากเกินขอบเขตจะยังได้รับโทษอยู่ แต่อาจได้รับการลดโทษตามมาตรา 69 โดยได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น

เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบของมาตรา 67(2) และจากคำพิพากษาฎีกา การจะอ้างการกระทำด้วยความจำเป็นได้นั้น ต้องเป็นกรณีอันตรายที่ใกล้จะถึงอย่างแท้จริง และอันตรายที่ก่อกำเนิดแก่ผู้บริสุทธิ์จะต้องไม่รุนแรงไปกว่าภัยอันเป็นเหตุแห่งความจำเป็นจึงจะเป็นการได้สัดส่วน หากกรณีนี้เกิดขึ้น แพทย์อาจจะอ้างเหตุจำเป็นในกรณีไม่ได้ เนื่องจากบางกรณีแพทย์ไม่อาจคาดหมายวัน เวลาที่ผู้ป่วยจะเสียชีวิตได้ การที่แพทย์หยุดการรักษาผู้สูงวัยหรือผู้ที่อ่อนแอกว่าเพื่อมาช่วยผู้ป่วยอีกคนหนึ่งที่มีโอกาสฟื้นคืนชีวิตได้มากกว่านั้นจึงเป็นการเกินกว่ากรณีจำต้องกระทำ และนอกจากนี้กรณีอันตรายที่แพทย์ได้ก่อกำเนิดแก่ผู้ป่วยวัยชราหรืออ่อนแอซึ่งเป็นผู้บริสุทธิ์นั้นก็ไม่ได้มีความรุนแรงน้อยกว่าภัยที่ผู้อ่อนวัยหรือแข็งแรงกว่าประสบพบเจออยู่แต่อย่างใดเลยหากแต่มีความเท่าเทียมกันคือภัยอันตรายจากโรคระบาด หรือเหตุภัยพิบัติชนิดเดียวกัน การกระทำโดยจำเป็นนี้จึงเป็นการเกินสมควรแก่เหตุ แต่อาจจะได้รับการลดโทษตามดุลพินิจของศาล เนื่องจากเป็นความจำเป็นที่เกินสัดส่วน ตามมาตรา 69 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 และมาตรา 68 นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้”

หลักกฎหมายเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายของประเทศไทยนั้นยังคงมีประเด็นปัญหาในเรื่องเงื่อนไขในการปรับใช้เพื่อผลทางกฎหมายอันเป็นคุณแก่แพทย์ในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งแพทย์ต้องเผชิญกับทั้งปัญหาทางสาธารณสุข นอกจากนี้ยังต้องเผชิญหน้ากับเหตุการณ์ที่ไม่อยากให้เกิดขึ้นคือการเลือกรักษา จึงเป็นปัญหาในเชิงหลักการในกฎหมายอาญาเนื่องจากการกระทำของแพทย์นี้ ไม่สามารถอ้างเหตุยกเว้นความผิดได้ หรืออาจจะเป็นได้เพียงเหตุยกเว้นโทษ แต่หากเป็นเหตุยกเว้นโทษต้องเข้าองค์ประกอบเรื่องความจำเป็น ซึ่งตามมาตรา 67(2) ก็ไม่เข้าองค์ประกอบบางประการ ที่นำมาอ้างได้มาที่สุดในกฎหมายไทยเห็นจะเป็นเพียงเหตุลดโทษตามมาตรา 69 เท่านั้น⁷¹

จากปัญหาในทางกฎหมายอาญาที่อธิบายไปแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายนั้นยังคงมีประเด็นปัญหาในเรื่องเงื่อนไขในการปรับใช้เพื่อผลทางกฎหมายอันเป็นคุณแก่บุคลากรทางการแพทย์ในสถานการณ์ที่กลุ่มบุคคลดังกล่าวได้เสียสละอุทิศตนในการเข้าไปสู่สถานการณ์ยากลำบาก ที่ไม่เพียงแต่ต้องเผชิญกับ

⁷¹ ดิศรณ์ ลิขิตวิทย์วณิช, "การสังเวทชีวิตเพื่อรักษาชีวิต : การปฏิเสธการรักษาผู้ป่วยวัยชราเพื่อรักษาผู้อ่อนวัยของแพทย์กรณีไวรัสโคโรนาในประเทศอิตาลี และผลในทางกฎหมายอาญาไทย" [ออนไลน์].

เพียงแต่ปัญหาทางสาธารณสุขเท่านั้น หากแต่ยังต้องเผชิญกับปัญหาทางศีลธรรมที่กฎหมายยังคงตราหน้าว่าเขาคืออาชญากร ทั้ง ๆ ที่เขาไม่อาจเลือกที่จะไม่กระทำการเช่นนั้นได้เลย⁷²

หากเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งผู้กระทำยังมีความผิดอาจทำให้มีความรับผิดชอบทางแพ่งหรือทางวินัยได้ หรือ อาจส่งผลกระทบต่อบุคคลดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของทะเบียนประวัติอาชญากรรม ต้องเสียเวลาถูกสอบสวน ค้นหาพยานหลักฐานไปต่อสู้อัยการชั้นศาล ทั้งที่บุคลากรทางการแพทย์ต้องทำงานหนักเพื่อต่อสู้กับโรคระบาดหรือเหตุการณ์วิกฤตต่าง ๆ หรือหากเป็นเพียงเหตุลดโทษ (จำเป็นที่เกินสัดส่วนศาลอาจใช้ดุลพินิจลดโทษตามมาตรา 69) แพทย์อาจกลายเป็นนักโทษในเรือนจำ จึงควรให้โอกาสผู้มีวิชาชีพได้ทำงานของเขาในสถานการณณ์ฉุกเฉิน

การกระทำโดยจำเป็นนี้จึงอาจทำให้แพทย์ไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างที่ควรจะเป็นจึงควรต้องมีการพิจารณาหลักการกระทำด้วยความจำเป็นของแพทย์ในสถานการณณ์ฉุกเฉิน

3.2 ปัญหาด้านกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม

3.2.1 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 และข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549

การประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นเป็นกิจการที่มีความสำคัญต่อคนในสังคม เนื่องจากเป็นการกระทำต่อมนุษย์ในการบำบัดโรค ตรวจโรคและป้องกันโรค ซึ่งผลการประกอบวิชาชีพบกพร่องหรือผิดพลาดย่อมเกิดขึ้นต่อมนุษย์ซึ่งการพิการหรือเป็นอันตรายต่อชีวิตได้ จึงจำเป็นต้องมีมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ⁷³ ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องและควบคุมการทำงานของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม ดังนี้

3.2.1.1 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือ เพื่อควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรมและคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน ในพระราชบัญญัตินี้มีการกำหนดคุณสมบัติผู้ที่จะประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้ และกำหนดองค์กรเพื่อควบคุมการประกอบวิชาชีพแพทย์ ซึ่งก็คือแพทยสภานอกจากนั้นยังกำหนดให้ปฏิบัติตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพอีกด้วย

⁷² เรื่องเดียวกัน.

⁷³ ดวงมล ภูถาย, "ความรับผิดชอบอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม" (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 29.

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“วิชาชีพอหะกรรม” หมายความว่า วิชาชีพอหะที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์การปรับสายตาดัวยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อบรรเทาความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสีการฉีดยาหรือสสาร การสอดใส่วัตถุใด ๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้เพื่อบำรุงก่าเนิต การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย

“ผู้ประกอบวิชาชีพอหะกรรม” หมายความว่า บุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพอหะกรรมจากแพทยสภา

มาตรา 31 ผู้ประกอบวิชาชีพอหะกรรมต้องรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพอหะกรรม ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภา

ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพอหะกรรม พ.ศ.2525 มีบทบัญญัติให้ผู้ประกอบวิชาชีพอหะกรรมต้องรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพอหะกรรม ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภา

ในเรื่องจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพอหะกรรมนั้น จรรยาบรรณที่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรที่เก่าแก่ที่สุด คือ คำสาบานของฮิปโปเครติส ซึ่งเป็นคำสาบานที่ใช้ให้ผู้เรียนสำเร็จเป็นแพทย์ในโรงเรียนแพทย์แห่งหนึ่งของกรีกโบราณ ได้สาบานตนก่อนเข้าประกอบวิชาชีพ โดยคำสาบานของฮิปโปเครติสนี้เป็นรากฐานของจรรยาแพทย์สากลที่ใช้เป็นแนวทางปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพอหะกรรมทุกประเทศ⁷⁴

ในส่วนจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพอหะกรรมของประเทศไทยนั้น เป็นไปตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพอหะกรรม พ.ศ. 2549

3.2.1.2 ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพอหะกรรม พ.ศ. 2549 หมวด 4 การประกอบวิชาชีพอหะกรรม

ข้อ 15 ผู้ประกอบวิชาชีพอหะกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพอหะกรรม ภายใต้นความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วิชาชีพอหะ และพฤติกรรมที่มีอยู่ในสถานการณ์นั้น ๆ

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

บทบัญญัตินี้ให้แพทย์รักษาพยาบาลผู้ป่วยภายใต้ความสามารถและ “ข้อจำกัดตามภาวะ วิกฤต และพฤติการณ์ที่มีอยู่ในสถานการณ์นั้น ๆ” ซึ่งข้อบังคับนี้ เป็นเพียงการกำหนดมารยาทหรือ จริยธรรมที่ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์คงจะปฏิบัติไว้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น โดยการที่บทบัญญัตินี้ให้ แพทย์รักษาพยาบาลผู้ป่วยภายใต้ความสามารถและ “ข้อจำกัดตามภาวะ วิกฤต และพฤติการณ์ที่มีอยู่ ในสถานการณ์นั้น ๆ” และข้อ 31 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพ เวชกรรม ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภา เป็นเพียงหลักให้แพทย์รักษาจรรยาบรรณ ไม่ใช่เหตุ ในการยกเว้นความผิด หรือลดหย่อนผ่อนโทษ ไม่มีฐานะแบบกฎหมายอาญา

3.2.2 หลักเกณฑ์การระงับการใช้เครื่องช่วยหายใจของโรงพยาบาล

ในช่วงที่เกิดภาวะวิกฤต COVID 19 ในประเทศไทยอย่างรุนแรง โรงพยาบาลธรรมศาสตร์ เป็นโรงพยาบาลแรก ที่ออกประกาศเกี่ยวกับการพิจารณาไม่ใส่ท่อช่วยหายใจใน ผู้ป่วย COVID และมี หลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเหมาะสม ที่สามารถให้แพทย์ผู้รักษา COVID ที่ โรงพยาบาลอื่น ๆ นำไป ประยุกต์ใช้ได้ ในสถานการณ์ปัจจุบันที่ผู้ป่วย COVID ที่มีระบบหายใจล้มเหลวมีจำนวนมากเกินกว่า ระบบการดูแลด้วยเครื่องช่วยหายใจจะรองรับได้⁷⁵ ดังนั้นในที่นี้ จึงขอยกตัวอย่างหลักเกณฑ์การ ระงับการใช้เครื่องช่วยหายใจมาอธิบาย

โรงพยาบาลธรรมศาสตร์เฉลิมพระเกียรติ ออกประกาศเรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณาไม่ใส่ท่อ ช่วยหายใจ (Withholding Intubation)⁷⁶ ระบุว่า เนื่องจากสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) ที่เข้าขั้นวิกฤตอย่างรุนแรง ส่งผลให้อุปกรณ์ทางการแพทย์ที่มีอยู่ ไม่เพียงพอต่อการรักษาพยาบาลผู้ป่วยที่มีจำนวนมากขึ้น จึงจำเป็นต้องใช้หลักเกณฑ์การพิจารณา ไม่ใส่ท่อช่วยหายใจ (Withholding Intubation) ผู้ป่วยติดเชื้อ COVID-19 สำหรับการให้ การ รักษาพยาบาลผู้ป่วย COVID-19 ที่เข้าหลักเกณฑ์และสอดคล้องกับกฎหมายและมาตรฐานการให้การ รักษาพยาบาลผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาพยาบาลที่โรงพยาบาลธรรมศาสตร์เฉลิมพระเกียรติใน สภาวการณ์ปัจจุบันนี้

อาศัยอำนาจตามความในข้อ 15 แห่งระเบียบมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ว่าด้วยการ บริหารงานโรงพยาบาลธรรมศาสตร์เฉลิมพระเกียรติ พ.ศ.2550 ผู้อำนวยการโดยความเห็นชอบของ

⁷⁵ ผู้จัดการออนไลน์, “หมอธนิต” อธิบายง่ายๆ ประเด็นหลักเกณฑ์การพิจารณาไม่ใส่ท่อช่วยหายใจสำหรับผู้ป่วยโควิดของ รพ.มธ. [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 20 พฤศจิกายน 2564. แหล่งที่มา: <https://mgronline.com/online/section/detail/9640000072015>

⁷⁶ Thai PBS News, “รพ.ธรรมศาสตร์ ออกหลักเกณฑ์เลือกไม่ใส่ท่อช่วยหายใจ ผู้ป่วย 75 ปีขึ้นไป” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 ตุลาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://news.thaipbs.or.th/content/306344>

คณะกรรมการบริหารโรงพยาบาลธรรมศาสตร์เฉลิมพระเกียรติ ในคราวประชุมครั้งที่ 7/2564 เมื่อวันที่ 20 ก.ค.2564 มีมติเห็นชอบอนุมัติให้ใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาไม่ใส่ท่อช่วยหายใจ (Withholding Intubation) สำหรับผู้ป่วยติดเชื้อ COVID-19 ตามเอกสารแนบท้ายประกาศนี้ ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 22 ก.ค.2564 เป็นต้นไป

ทั้งนี้ ในสถานการณ์ที่มีทรัพยากรในการรักษาจำกัด แพทย์ผู้รักษาพิจารณาไม่ใส่ท่อช่วยหายใจ หรือให้คำปรึกษาเพื่อการไม่ใส่ท่อช่วยหายใจ และมุ่งเน้นการรักษาแบบประคับประคอง (palliative care) ให้แก่ผู้ป่วยติดเชื้อ COVID-19 โดยแบ่ง 2 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1 ผู้ป่วยมีการแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้า

ผู้ป่วยมีการแสดงเจตนาโดยวาจา หรือโดยลายลักษณ์อักษร (advance directive หรือ living will) ไม่ประสงค์ให้ใส่ท่อช่วยหายใจ หรือมีการประชุมครอบครัวร่วมกับผู้ตัดสินใจแทน (surrogate decision maker) แล้ว กรณีที่ไม่มีการมอบหมายไว้ ญาติหรือผู้ดูแลใกล้ชิด และทีมสหสาขาวิชาชีพร่วมกันพิจารณาอย่างรอบคอบ

กรณีนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่าหากผู้ป่วยมีการแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าก็จะไม่เกิดประเด็นปัญหาเรื่องการเลือกรักษา เนื่องจากได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยและญาติแล้ว

กรณีที่ 2 ผู้ป่วยไม่ได้มีการแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้า

แพทย์ผู้ดูแลพิจารณาไม่ใส่ท่อช่วยหายใจ เมื่อผู้ป่วยมีลักษณะอย่างน้อย 2 ข้อจาก 4 ข้อ ดังนี้

1. อายุมากกว่า 75 ปี
- 2.ป่วยเป็นโรคที่มีค่าคะแนน Charlson Comorbidity Index (CC) มากกว่า 4 เช่น โรคมะเร็งที่มีการแพร่กระจาย และโรคเอดส์ (AIDS)
3. ผู้ป่วยที่มีความเปราะบางระดับปานกลาง, รุนแรง, รุนแรงมาก, อยู่ในช่วงสุดท้ายของชีวิต หรือ Clinical Frailty Scale (CFS) มากกว่าหรือเท่ากับ 6
4. เป็นผู้ป่วยระยะสุดท้าย

ตามปกติแล้วแพทย์ผู้รักษาจะเข้าร่วมปรึกษากับญาติใกล้ชิดของผู้ป่วยเพื่อบอกถึงพยากรณ์โรคที่จะดำเนินต่อไป ทรัพยากรการรักษาที่ทางโรงพยาบาลมีเหลืออยู่ในปัจจุบันให้ญาติผู้ป่วยเข้าใจ เพื่อเลือกหนทางการรักษาที่เหมาะสมที่สุดในบริบทที่เป็นอยู่ แต่อย่างไรก็ดีจากประกาศนี้ มีกรณีที่ผู้ป่วยไม่ได้แสดงเจตนาไว้ล่วงหน้า แต่แพทย์สามารถถอดเครื่องช่วยหายใจได้เมื่อผู้ป่วยมีลักษณะ

อย่างน้อย 2 ข้อจาก 4 ข้อ ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ซึ่งแม้โรงพยาบาลจะออกหลักเกณฑ์การ
 ระบุระดับเครื่องช่วยหายใจนี้ขึ้นมา หากพิจารณาเพียงแค่ประกาศนี้ อาจคิดไปว่าแพทย์มีอำนาจทำได้
 แต่เมื่อพิจารณาอำนาจในการออกประกาศแล้ว เป็นไปตามระเบียบมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ว่าด้วย
 การบริหารงานโรงพยาบาลธรรมศาสตร์ จึงมิได้มีหลักอะไรรองรับในการยกเว้นความผิดในทางอาญา
 แพทย์ในการกระทำเช่นนั้น อีกทั้งการที่ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย การที่แพทย์จำเป็นต้องเลือก
 รักษา เพื่อนำทรัพยากรไปรักษาผู้ที่มีโอกาสฟื้นคืนตัวได้มากกว่า แพทย์จึงอาจเล็งเห็นได้ว่าจะทำให้
 ผู้ป่วยเสียชีวิต

3.2.3 หลักเกณฑ์การจัดสรรทรัพยากรในการบริหารผู้ป่วยวิกฤตในระหว่างการแพร่ระบาดของ ของโรคโควิด 19 ของประเทศไทย

นักวิจัยจากสำนักงานพัฒนานโยบายสุขภาพระหว่างประเทศ (IHPP) และโครงการประเมิน
 เทคโนโลยีและนโยบายด้านสุขภาพ (HITAP) ได้ทำการวิจัยโดยทบทวนแนวทางปฏิบัติในต่างประเทศ
 เก็บข้อมูลจากแพทย์ผู้ปฏิบัติงาน และประชุมตัวแทนผู้มีส่วนได้ส่วนเสียจากภาคส่วนต่าง ๆ จน
 สามารถสรุปเกณฑ์ที่เสนอให้นำมาใช้หากสถานการณ์เลวร้ายลงจนถึงที่สุด หลักเกณฑ์นี้จะใช้กับ
 ผู้ป่วยทุกคน โดยไม่พิจารณาถึงสถานะ เพศ อายุ อาชีพ หากอยู่ในภาวะวิกฤตที่ต้องเลือกรักษาแพทย์
 จะต้องใช้เกณฑ์นี้พิจารณา

เกณฑ์ดังกล่าวคือเกณฑ์ทางการแพทย์ซึ่งเรียกกันว่า “การพยากรณ์โรค” (clinical
 prognosis) ซึ่งเป็นการพิจารณาอาการและโรคต่าง ๆ ของผู้ป่วย และคาดการณ์ว่าอาการจะรุนแรง
 ขึ้นหรือไม่ โรคจะหายหรือไม่ ผู้ป่วยมีความเสี่ยงที่จะเสียชีวิตมากหรือน้อย เป็นต้น โดยเสนอว่า ผู้ที่มี
 การพยากรณ์โรคดีที่สุด กล่าวคือ มีโอกาสหายเป็นปกติมากที่สุด ควรได้รับการรักษาก่อน ได้ใช้
 ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดก่อน เพื่อให้แน่ใจได้ว่าทรัพยากรที่ใช้ไปจะไม่เสียเปล่า ข้อดีของการใช้
 พยากรณ์โรคในการตัดสินใจ คือ เกณฑ์นี้เป็นเกณฑ์ที่มีความเป็นวัตถุวิสัย (objectivity) สูง หลีกเลี่ยง
 การใช้ความรู้สึก นอกจากนี้ตัวบ่งชี้พยากรณ์โรคหลายอย่างสามารถวัดเป็นตัวเลขได้ชัดเจน จึงมีความ
 โปร่งใส อย่างไรก็ตามแนวทางนี้จะถูกใช้ก็ต่อเมื่อเกิดภาวะวิกฤตเท่านั้น กล่าวคือศูนย์ปฏิบัติการภาวะ
 ฉุกเฉินทางสาธารณสุขจะต้องมีการประกาศภาวะฉุกเฉินทางด้านสาธารณสุข พร้อมทั้งระบบบริการ
 สุขภาพได้พยายามจัดหาทรัพยากรเพิ่มเติมจนถึงที่สุดแล้ว แต่ยังไม่สามารถช่วยเหลือทุกคนไว้ได้ และ
 หลักเกณฑ์นี้จะใช้กับผู้ป่วยทุกคน ทั้งผู้ป่วยโควิด-19 และผู้ป่วยโรคอื่น ๆ ที่ต้องได้รับการรักษา

ให้ทุกคนได้รับโอกาสเท่าเทียมกัน เว้นแต่ในกรณีที่ผู้ป่วยหรือญาติได้แสดงเจตจำนงว่าไม่ต้องการรับการรักษา⁷⁷

โรงพยาบาลจะใช้เครื่องมือในการประเมินภาวะของผู้ป่วยในรูปแบบของแบบประเมินและเกณฑ์ที่กำหนดช่วงตัวเลขในแต่ละระยะความเจ็บป่วย เพื่อใช้ในการพยากรณ์โรค โดยผลการประเมินจะออกมาในรูปแบบของตัวเลข ซึ่งมีความโปร่งใส และสามารถจัดลำดับได้อย่างยุติธรรม เครื่องมือที่ช่วยในการประเมินผู้ป่วยมีอยู่ทั้งหมด 4 เครื่องมือด้วยกัน ได้แก่

1. ดัชนีโรคร่วมชาร์ลสัน (Charlson comorbidity index) เป็นการประเมินคะแนนจาก 21 โรคร่วม เช่น โรคกล้ามเนื้อหัวใจตาย โรคอัมพาต โรคมะเร็ง เป็นต้น โดยหากผู้ป่วยมีโรคร่วมดังกล่าว จะได้คะแนนตามตัวเลขที่กำหนดไว้ เมื่อรวมผลคะแนนแล้ว ยิ่งได้คะแนนมากหมายถึงยังมีโรคร่วมมาก และการพยากรณ์โรคไม่ดี

2. เกณฑ์การประเมินอวัยวะล้มเหลว (sequential organ failure assessment – SOFA) คือคะแนนการประเมินประสิทธิภาพการทำงานของระบบต่าง ๆ ในร่างกาย 6 ระบบ ได้แก่ ระบบการหายใจ การแข็งตัวของเลือด การทำงานของตับ การทำงานของหัวใจและหลอดเลือด ระบบประสาท และการทำงานของไต โดยจะแบ่งเป็นข้อ ๆ ให้คะแนน 0 – 4 ตามช่วงตารางที่กำหนด ยิ่งคะแนนมากหมายถึงระบบอวัยวะนั้น ๆ ล้มเหลวมาก และการพยากรณ์โรคไม่ดี

3. การประเมินภาวะเปราะบาง (frailty assessment) คือการประเมินภาวะเปราะบางซึ่งไม่ใช่โรค แต่ภาวะของร่างกายที่ไม่สมบูรณ์ อยู่ระหว่างสุขภาพดีกับมีโรค และร่างกายสามารถทำงานได้ปกติกับไร้ความสามารถ โดยหากผู้ป่วยมีภาวะเปราะบางสูง การพยากรณ์โรคจะไม่ดี การประเมินนี้พิจารณาจากความสามารถในการดำเนินชีวิตและพึ่งพาตนเอง มีเครื่องมือในการวัดให้เลือกใช้ได้ 2 เครื่องมือ คือ clinical frailty scale ประเมินภาวะเปราะบางด้วยเกณฑ์ที่เป็นคะแนน 0-9 ยิ่งคะแนนมากหมายถึงยังมีภาวะเปราะบาง เช่น คนที่แข็งแรง สามารถออกกำลังกายได้ ถือว่าเปราะบางน้อยกว่าคนที่เคลื่อนไหวได้ช้า ต้องมีคนดูแลช่วยเหลือเมื่อทำงานบ้านหรือออกไปข้างนอก และผู้ที่ใกล้จะเสียชีวิต มีชีวิตอยู่ได้ไม่เกิน 6 เดือน เปราะบางมากที่สุด อีกเครื่องมือหนึ่ง คือ การประเมินคัดกรองความสามารถในการดำเนินชีวิต (barthel index for activities of daily living – ADL) มีลักษณะเป็นคำถามถึงการใช้ชีวิตประจำวัน เช่น ล้างหน้า แปรงฟัน หวีผม หากไม่สามารถทำกิจกรรมนั้น ๆ

⁷⁷ โครงการประเมินเทคโนโลยีและนโยบายด้านสุขภาพ. เลือกอย่างไรในภาวะวิกฤต? เมื่อหมอต้องเลือกชีวิตคน [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.the101.world/whose-life-matter-most-under-health-crisis/> [เข้าถึงเมื่อ 28 กุมภาพันธ์ 2565]

ตัวเองเมื่อไม่มีคนช่วยแม้จะมีอุปกรณ์ช่วยแล้วก็ตาม จะได้ 0 คะแนน หากให้คนช่วยบางขั้นตอนหรือทำกิจกรรมนั้น ๆ ได้เอง จะได้คะแนนมากขึ้น ผู้ที่ประเมินได้คะแนนเต็ม 100 คะแนน แสดงว่าร่างกายไม่ต้องการความช่วยเหลือในการดำเนินชีวิต เครื่องมือนี้ยังได้คะแนนน้อยจะยังมีภาวะเปราะบางสูง

4. การทดสอบภาวะความรับรู้บกพร่อง (cognitive impairment assessment) ใช้ทดสอบการรับรู้โดยมีเครื่องมือประเมินให้เลือกใช้ได้ 2 เครื่องมือ ได้แก่ แบบทดสอบสมองเบื้องต้นฉบับภาษาไทย (MMSE-Thai 2002) เป็นคำถาม 11 ข้อ ทดสอบการรับรู้ด้านต่าง ๆ เช่น วันนี่วันที่เท่าไร ที่นี่ที่ไหน ของสิ่งนี้คืออะไร จนถึงให้เรียงเรียงและพูดประโยคต่าง ๆ แล้วให้คะแนน อีกเครื่องมือหนึ่งคือ แบบการตรวจสภาพจิตแบบย่อ (Thai mental state examination – TMSE) ซึ่งทดสอบการทำหน้าที่ของสมองด้านการรับรู้ด้วยคำถามทั่วไป เช่น วันที่ เดือน คำนวนเลขรวมถึงทดสอบความจำแล้วรวมคะแนน โดยทั้งสองเครื่องมือนี้ หากคะแนนน้อยจะเท่ากับมีปัญหาด้านการรับรู้มาก และการพยากรณ์โรคไม่ดี

โรงพยาบาลจะเลือกใช้ 2 จาก 4 เครื่องมือนี้ในการประเมินให้คะแนนเป็นตัวเลข หากมีผู้ป่วยตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปที่คะแนนเท่ากันและมีทรัพยากรทางการแพทย์ไม่เพียงพอสำหรับพวกเขา ก็จะใช้เครื่องมือในการประเมินที่เหลืออีก 2 เกณฑ์เพื่อตัดสิน ทั้งนี้แต่ละโรงพยาบาลต้องกำหนดลำดับเกณฑ์ที่ใช้ในการประเมินให้เหมือนกันในผู้ป่วยทุกราย เช่น หากเลือกใช้ดัชนีโรครวมชาร์ลสัน และเกณฑ์การประเมินอวัยวะล้มเหลวในการประเมินก่อน ก็ต้องใช้ทั้งสองเกณฑ์นี้กับผู้ป่วยทุกราย เมื่อได้ผลการประเมินว่ามีสุขภาพดีก็จะได้รับการรักษาที่เรียกว่า “การบริหารผู้ป่วยวิกฤต” ซึ่งก็คือจะได้ใช้ทรัพยากรที่มีจำกัด เช่น เตียงในหอผู้ป่วย เครื่องช่วยหายใจ เครื่องไตเทียม จำนวนผู้ป่วยที่ได้รับสิทธิ์นี้จะมีจำนวนเท่ากับจำนวนเครื่องมือแพทย์ที่เหลืออยู่ ขณะที่ผู้ป่วยที่เหลือจะได้รับ “การรักษาแบบประคับประคอง” ซึ่งเป็นการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้าย โดยเน้นที่การลดความทุกข์ทรมานและเพิ่มคุณภาพชีวิตให้กับผู้ป่วยและครอบครัว⁷⁸

นอกจากนี้หลักเกณฑ์นี้ยังมีคณะกรรมการประเมินภาวะผู้ป่วยเพื่อช่วยแบ่งเบาความเครียดในจิตใจของแพทย์ โดยการให้คำปรึกษาแก่แพทย์ผู้ให้การรักษาในการตัดสินใจ และช่วยเหลือแพทย์ผู้ให้การรักษาในการสื่อสารกับผู้ป่วยหรือญาติ โดยคณะกรรมการชุดนี้ประกอบไปด้วยบุคลากรอย่าง

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน.

น้อย 5 คน จากหลากหลายภาคส่วน ประกอบด้วยแพทย์ พยาบาล นักสังคมสงเคราะห์ นักกฎหมาย หรือผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกโรงพยาบาลซึ่งเป็นที่นับถือในชุมชน

หลักเกณฑ์นี้มีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การถอดเครื่องช่วยหายใจของโรงพยาบาลต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาข้างต้น เนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความเป็นสากลที่แพทย์ทั่วโลกใช้ในสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีทรัพยากรจำกัด แต่อย่างไรก็ดีก็มีข้อกังวลด้านกฎหมายในการนำหลักเกณฑ์นี้มาปฏิบัติ กล่าวคือไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแพทย์กระทำอย่างชัดเจน แม้ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ได้กล่าวถึงมาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรมภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วัสดุ และพฤติการณ์ที่มีอยู่ในสถานการณ์นั้น ๆ ซึ่งในที่นี้คือการขาดแคลนทรัพยากรที่ใช้ในการรักษาของแพทย์ ซึ่งแพทย์อาจอ้างความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การจัดสรรทรัพยากรนี้ แต่ก็มีได้มีบทบัญญัติกเว้นความรับผิดทางอาญาให้แพทย์ในกรณีนี้แต่อย่างไร

ในขั้นตอนแรกหลักเกณฑ์นี้ควรได้รับการรับรองจากองค์กรวิชาชีพคือแพทยสภา เพื่อรับรองการดำเนินการตามหลักเกณฑ์นี้รวมถึงต้องมีบทบัญญัติเรื่องการจำกัดความรับผิดให้แก่แพทย์ด้วย นอกจากนี้ยังต้องมีการอบรม ให้ความรู้ต่อแพทย์ บุคลากรสุขภาพ และเจ้าหน้าที่กระทรวงสาธารณสุขให้รับทราบสาระสำคัญและแนวปฏิบัติของแนวทางฯ นี้ก่อนที่จะมีการนำไปปฏิบัติจริง เพื่อให้การปฏิบัติงานเป็นไปในแนวทางเดียวกันและต้องมีการสื่อสารต่อประชาชนทั่วไปให้เข้าใจถึงคุณค่าของการจัดสรรทรัพยากรเพื่อประโยชน์ส่วนรวม

ดังนั้น พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 และข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 หลักเกณฑ์การระงับการใช้เครื่องช่วยหายใจ และหลักเกณฑ์การจัดสรรทรัพยากรในการบริบาลผู้ป่วยวิกฤตในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ของประเทศไทย จึงไม่ได้รับรองว่าแพทย์จะได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องร้องเป็นคดีอาญาหากจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิต

ในบทต่อไปจะศึกษาบทบัญญัติของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเหล่านี้เพื่อดูว่ามีการจำกัดความรับผิดแบบใดบ้าง

บทที่ 4

แนวคิดและหลักกฎหมายต่างประเทศเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็น ในการเลือกรักษาผู้ป่วยของแพทย์

เมื่อได้ทราบถึงปัญหาแห่งบทบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในบทที่ 3 แล้ว ในบทนี้จะเป็นการศึกษาแนวคิดและหลักกฎหมายต่างประเทศเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นในการเลือกรักษาผู้ป่วยของแพทย์ โดยในที่นี่จะศึกษาด้วยกันทั้งหมด 4 ประเทศ ซึ่งประกอบไปด้วย ประเทศอิตาลี ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อนำความคิดเห็นแนวคิด หลักกฎหมาย และมาตรการที่สำคัญมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทยและนำเสนอแนวทางแก้ไขที่เหมาะสม

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ผู้วิจัยเลือกศึกษาประเทศอิตาลีเนื่องจากเคยเกิดวิกฤตโควิดอย่างรุนแรงและมีกรณีที่แพทย์ต้องเลือกรักษา จึงต้องการทราบว่ากรณีนี้แพทย์มีความรับผิดชอบอย่างไร ถัดมาคือประเทศเยอรมนี เหตุที่เลือกศึกษาประเทศนี้เนื่องจากบัญญัติเรื่องความจำเป็นที่ยกเว้นความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และมีหลักการที่แตกต่างจากหลักทั่วไป เช่น เรื่องหน้าที่ที่ขัดแย้งกัน ซึ่งเป็นหลักการใหม่ที่ผู้วิจัยเคยได้รับฟังและศึกษา ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ผู้วิจัยเลือกศึกษาประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากสองประเทศมีหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย และมีคำพิพากษาที่น่าสนใจและเกี่ยวข้องกับการเลือกรักษาชีวิตให้ศึกษา รวมถึงมีนักวิชาการเสนอแนวทางแก้ไขที่คล้ายกันในหลายบทความ

4.1 ประเทศอิตาลี

ประเทศอิตาลีเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือซีวิลลอว์ อิตาลีเป็นประเทศแรก ๆ ที่เผชิญกับการระบาดใหญ่ของโควิด 19 และเป็นหนึ่งในประเทศที่มีจำนวนผู้เสียชีวิตจากโควิด 19 มากที่สุดอย่างต่อเนื่อง จึงกล่าวได้ว่าประเทศอิตาลีได้ประสบปัญหาอย่างหนักและมีกรณีที่แพทย์ต้องเลือกรักษา ในที่นี้จะศึกษาเรื่องหลักการกระทำด้วยความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมาย ประมวลจริยธรรมทางการแพทย์ ความเห็นของนักวิชาการเกี่ยวกับการเลือกรักษาของแพทย์ และผลในทางกฎหมายอาญาของการเลือกรักษาของประเทศอิตาลี

4.1.1 หลักการกระทำด้วยความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมาย

ประเทศอิตาลีมีการกำหนดกฎหมายเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายซึ่งเป็นเหตุที่มีอำนาจกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย (necessity as justification)⁷⁹ ไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 54⁸⁰

มาตรา 54 “บุคคลจะไม่มี ความรับผิดทางอาญาหากได้กระทำด้วยความจำเป็นเพื่อรักษาตนเองหรือผู้อื่นให้พ้นภยันตรายที่ร้ายแรง หากภยันตรายนั้นไม่ได้เกิดขึ้นด้วยความผิดของตน โดยผู้กระทำไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และได้กระทำลงไปอย่างได้สัดส่วนกับภยันตราย

⁷⁹ Finbarr McAuley, "The Theory of Justification and Excuse: Some Italian Lessons," *The American Journal of Comparative Law* 35, 2 (1987): 359-360.

⁸⁰ Codice Penale

Art.54 Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. [A person is not liable for his actions if they were necessary to save himself or others from imminent danger of serious personal harm, provided he did not cause the danger, could not otherwise have avoided it and that his actions were proportionate to it.]

Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. [This provision does not apply to someone who has a legal duty to expose himself to the danger]

La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo. [The provision of the first part of this article also applies if the state of necessity was brought about by the threat of another.]

บทบัญญัตินี้ไม่นำมาปรับใช้กับบุคคลผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเผชิญหน้ากับภัยอันตราย”

บทบัญญัติในวรรคแรกนี้ให้นำไปใช้บังคับในกรณีสถานะแห่งความจำเป็นเกิดขึ้นจากการคุกคามที่เกิดขึ้นจากบุคคลอื่นด้วย เฉพาะแต่กรณีที่กระทำความผิดด้วยความจำเป็นต่อบุคคลที่เป็นเหตุแห่งการคุกคามนั้น”⁸¹

จากบทบัญญัติข้างต้น แม้ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลีจะให้อำนาจกระทำแก่บุคคลที่กระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายก็ตาม แต่บทบัญญัติให้อำนาจกระทำนี้ยังคงมีข้อจำกัดในการปรับใช้อยู่ในวรรคสองที่บัญญัติไม่ให้นำบทบัญญัติอำนาจกระทำในวรรคแรกมาบังคับใช้เพื่อยกเว้นความรับผิดทางอาญาแก่บุคคลที่มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงตามกฎหมายที่ต้องเผชิญกับภัยอันตราย กรณีนี้รวมไปถึงบุคลากรทางการแพทย์ด้วย⁸² เพราะฉะนั้นแพทย์อิตาลีจึงไม่อาจกล่าวอ้างความชอบด้วยกฎหมายในเลือกรักษาผู้ป่วยเนื่องจากเหตุจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยเหตุผลอุปสรรคทางการแพทย์ไม่เพียงพอ

4.1.2 ประมวลจริยธรรมทางการแพทย์ของอิตาลี (Codice Deontologico)

ประมวลจริยธรรมทางการแพทย์ของอิตาลีมีบทบัญญัติไม่รับรองความชอบด้วยกฎหมายของแพทย์ในการปฏิเสธการรักษาผู้ป่วย ในข้อ 7 ดังนี้

ข้อ 7 “แม้ว่าแพทย์จะมีหน้าที่ตามปกติที่ต้องทำอยู่แล้ว แต่ก็ไม่สามารถปฏิเสธที่จะให้ความช่วยเหลือฉุกเฉินหรือการรักษาและต้องดำเนินการทันทีเพื่อให้แน่ใจว่าได้รับความช่วยเหลือที่เฉพาะเจาะจงและเพียงพอ”⁸³

ประกอบกับคำพิพากษาหมายเลขที่ 6804/2000 IV (Sentenza n. 6804/2000 IV)⁸⁴ ข้อเท็จจริงในคดี คือ แพทย์คนหนึ่งถูกตัดสินจำคุก เนื่องจากไม่ได้ให้การรักษารั้งแรกในจุดที่เกิด

⁸¹ คำแปลภาษาไทย จาก ดิศรณ์ ลิขิตวิฑูยาภูมิ, "การสังเวชชีวิตเพื่อรักษาชีวิต : การปฏิเสธการรักษาผู้ป่วยวัยชราเพื่อรักษาผู้อ่อนวัยของแพทย์กรณีไวรัสโคโรนาในประเทศอิตาลี และผลในทางกฎหมายอาญาไทย" [ออนไลน์].

⁸² Sport and Medicina, "Aspetti Medico-Legali Del Soccorso," [Online] Accessed: 1 November 2021. Available from: http://besport.org/sportmedicina/pronto_primo_soccorso.htm

⁸³ Art. 7 “Il medico indipendentemente dalla sua abituale attività non può mai rifiutarsi di prestare soccorso o cure d’urgenza e deve tempestivamente attivarsi per assicurare ogni specifica e adeguata assistenza “[The doctor regardless of his usual activity can never refuse to provide emergency help or treatment and must promptly take action to ensure any specific and adequate assistance”]

⁸⁴ Sentenza n. 6804/2000 IV: con questa sentenza è stato condannato un medico, che aveva ommesso di prestare le prime cure sul luogo di un incidente stradale, adducendo la giustificazione di non avere avuto a disposizione

อุบัติเหตุบนท้องถนน โดยอ้างเหตุผลว่าไม่มีเครื่องมือกู้ภัยที่เหมาะสม คำพิพากษานี้ได้มีการบัญญัติและวินิจฉัยยืนยันถึงการไม่รับรองความชอบด้วยกฎหมายของแพทย์ในการปฏิเสธการรักษาผู้ป่วย

จากหลักเรื่องความจำเป็น ประมวลจริยธรรมทางการแพทย์ และคำพิพากษาข้างต้นจึงสะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายอาญาอิตาลีนั้นไม่รับรองความชอบด้วยกฎหมายสำหรับแพทย์ในการเลือกรักษาผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เช่นคนอ่อนวัยกว่า อย่างไรก็ตาม แม้การกระทำของแพทย์จะยังเป็นความผิดอาญา แต่ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี ก็ยังมีบทบัญญัติพิเศษสำหรับผู้พิพากษาในการพิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจด้านมนุษยธรรม (humanitarian motives) ในของผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากสถานการณ์อันยากลำบากที่เกิดขึ้นกับเขา เพื่อนำมาประเมินในการบรรเทาโทษแก่ผู้กระทำได้อย่างอิสระ⁸⁵ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 (1)⁸⁶

มาตรา 62 (1)

“พฤติการณ์ดังต่อไปนี้เป็นเหตุบรรเทาโทษสำหรับความผิด

(1) กรณีจำเลยได้กระทำโดยเหตุผลทางศีลธรรม และเพื่อประโยชน์ของสังคม”

นอกจากนี้ยังสามารถนำพฤติการณ์อื่น ๆ นอกเหนือจากมาตรา 62 มาใช้พิจารณาประกอบได้อีกทั้งนี้ตามมาตรา 62bis⁸⁷

“นอกจากพฤติการณ์ตามมาตรา 62 แล้ว ผู้พิพากษายังสามารถนำพฤติการณ์อื่นมาใช้ประกอบการพิจารณาเพื่อลดโทษได้”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

gli idonei strumenti di soccorso. [Judgment no. 6804/2000 IV: with this sentence a doctor was sentenced, who had failed to provide the first treatment on the spot of a road accident, citing the justification of not having available the appropriate rescue tools.]

⁸⁵ McAuley, F., "The Theory of Justification and Excuse: Some Italian Lessons," *The American Journal of Comparative Law*: 363.

⁸⁶ Codice Penale

Art.62 Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali,cle circostanze seguenti [The following circumstances mitigate the offense]:

1. l' avere agito per motivi di particolare valore morale o sociale; [(1) if the defendant acted for reasons of particular moral and social value]

⁸⁷ Art.6 2 bis Il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste nell'articolo 6 2 , può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena.["The judge, independently of the circumstances provided for by Art. 6 2 , can take various other circumstances into account."]

ดังนั้น แพทย์อิตาลีจึงยังคงมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการเลือกรักษาเพียงแต่อาจได้รับการลดโทษจากศาลด้วยมูลเหตุจูงใจที่จำต้องเลือกหนทางที่น่าจะเป็นประโยชน์แก่สังคมมากที่สุด สถานการณ์นั้น

4.1.3 ความเห็นของนักวิชาการเกี่ยวกับการเลือกรักษาของแพทย์

อย่างที่กล่าวไปแล้วว่า อิตาลีเป็นประเทศแรก ๆ ที่แพทย์ต้องเผชิญกับความยากลำบากในการตัดสินใจเลือกรักษาผู้ป่วย เนื่องจากไอซียูไม่เพียงพอ จากบทความเรื่อง COVID-19 forces Italian doctors to make life-and-death choices about rationing care⁸⁸ กล่าวว่าทรัพยากรทางการแพทย์ถูกจำกัดเนื่องจากการระบาดใหญ่ของโควิด 19 ซึ่งแพทย์อิตาลีกำลังเผชิญกับทางเลือกที่ยากลำบากกว่าใครจะได้รับสิทธิ์ในการเข้าถึงทรัพยากรที่อาจช่วยชีวิตได้ก่อน เช่น เตียงผู้ป่วยหนัก และเครื่องช่วยหายใจ ซึ่งตามแนวปฏิบัติใหม่ได้แนะนำให้แพทย์ จัดลำดับความสำคัญ “ทรัพยากรที่หายาก” สำหรับผู้ป่วยที่มี “โอกาสรอดชีวิตสูงสุด”

มาร์โก เวอร์กาโน แพทย์ประจำเมืองตูรินที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาแนวทางจริยธรรมสำหรับวิธีจัดการกับสถานการณ์เหล่านี้ เห็นว่า การยอมรับผู้ป่วยสูงอายุ ที่อ่อนแอด้วยโรคร่วมและมีโอกาสรอดน้อยมาก แม้ว่าจะไม่มีปัญหาเตียงผู้ป่วยหนัก (ICU) ก็ตาม เวอร์กาโนเห็นว่ามันผิดจรรยาบรรณและไม่เหมาะสมจากมุมมองของผู้ป่วย เขากล่าวว่าการขาดแคลนทรัพยากรอย่างฉับพลัน และการตัดสินใจของแพทย์ในการเลือกให้ผู้ป่วยอยู่หรือตายเป็นการถูกบังคับให้ทำ มีความคล้ายคลึงบางอย่างกับการพิจารณาคดีในช่วงสงคราม แต่มีความแตกต่างที่สำคัญประการหนึ่งคือ “ในกรณีนี้ ระเบิดอยู่ในโรงพยาบาล”

จากบทความ National health system cuts and triage decisions during the COVID-19 pandemic in Italy and Spain: ethical implications⁸⁹ สรุปความได้ว่า การแพร่กระจายของไวรัสในอิตาลีทำให้เกิดภาวะฉุกเฉินด้านสุขภาพ ผู้ติดเชื้อมีพัฒนาระบบทางเดินหายใจล้มเหลวเฉียบพลันจำนวนมากได้ครอบงำโรงพยาบาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องจำนวนเตียงในห้องไอซียู

⁸⁸ CBC Radio, "Covid-19 Forces Italian Doctors to Make Life-and-Death Choices About Rationing Care," [Online] Accessed: 13 January 2022. Available from: <https://www.cbc.ca/radio/day6/covid-19-in-italy-sports-season-shutdown-re-reviewing-contagion-comedian-mae-martin-more-1.5495224/covid-19-forces-italian-doctors-to-make-life-and-death-choices-about-rationing-care-1.5495232>

⁸⁹ Maurizio P Faggioni, Fermín Jesús González-Melado, and Maria Luisa Di Pietro, "National Health System Cuts and Triage Decisions During the Covid-19 Pandemic in Italy and Spain: Ethical Implications," *J Med Ethics* 47, (2021) 300-307.

บุคลากรทางการแพทย์ต้องเผชิญกับปัญหาทรัพยากรทางการแพทย์ที่จำกัดและความต้องการที่ไม่สมส่วน สมาคมวิชาชีพและหน่วยงานระดับชาติหลายแห่งได้พัฒนาระเบียบการสำหรับการคัดเลือกผู้ป่วยและการกระจายทรัพยากรด้านสุขภาพที่มีอยู่ตามเกณฑ์ด้านจริยธรรมและการแพทย์

ประเด็นปัญหาทางจริยธรรมที่ร้ายแรงและเจ็บปวดที่สุดที่เกิดขึ้นในภัยพิบัติประเภทต่าง ๆ คือ ช่องว่างระหว่างเหตุฉุกเฉินในการดูแลและทรัพยากรด้านการรักษาพยาบาล ในเหตุการณ์การแพร่ระบาด

ในอิตาลี สมาคมวิทยาศาสตร์ได้ตีพิมพ์เอกสารซึ่งกลายเป็นประเด็นถกเถียงกันอย่างเข้มข้น Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) ได้ตีพิมพ์ชุดเอกสารเกี่ยวกับ COVID-19 รวมถึงเอกสารเกี่ยวกับการจัดสรรการรักษาผู้ป่วยหนัก⁹⁰ เอกสารนี้จัดทำโดยคณะทำงาน ที่พยายามเสนอข้อบ่งชี้ที่เป็นรูปธรรมสำหรับแพทย์และพยาบาลที่มีส่วนร่วมในทางเลือกที่ยากลำบาก โดยคำนึงถึงช่วงเวลาฉับพลันของการหลังไหลของผู้ป่วยที่ป่วยหนักไปยังห้องฉุกเฉินโดยไม่คาดคิด เวลาสั้น ๆ ในการตัดสินใจ ภาระความรับผิดชอบและความตึงเครียดทางอารมณ์ของบุคลากรทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้อง โดยในเอกสารเห็นความจำเป็นในการเปลี่ยนจากเกณฑ์การตัดสินใจที่ใช้ได้ในเวลาปกติเป็นเกณฑ์การตัดสินใจในกรณีฉุกเฉินจากการระบาดใหญ่ ได้มีการเสนอหลักการของความยุติธรรมแบบกระจายเพื่อประเมินความเหมาะสมในแง่ของการจัดสรรทรัพยากร

ตามเอกสารของ SIAARTI เกณฑ์พื้นฐานควรเป็นเรื่อง การรับประกันการรักษาอย่างเข้มข้นสำหรับผู้ป่วยที่มีโอกาสประสบความสำเร็จในการรักษา ดังนั้นจึงเป็นเรื่องของการให้สิทธิ “อายุขัยที่มากที่สุด” โดยบูรณาการกับองค์ประกอบอื่น ๆ ของ “ความเหมาะสมทางการแพทย์” สำหรับการดูแลผู้ป่วยหนัก ซึ่งรวมถึงชนิดและความรุนแรงของโรค การมีอยู่ของโรคร่วม และระบบอื่น ๆ ในทางปฏิบัติ เป็นเรื่องของการยอมรับเพื่อใช้ศักยภาพในการรักษาให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อส่วนรวม

⁹⁰ SIAARTI, “CLINICAL ETHICS RECOMMENDATIONS FOR THE ALLOCATION OF INTENSIVE CARE TREATMENTS, IN EXCEPTIONAL, RESOURCE-LIMITED CIRCUMSTANCES,” [Online] Accessed : 30 Dec 2020. Available from: <https://www.cbc.ca/radio/day6/covid-19-in-italy-sports-season-shutdown-re-reviewing-contagion-comedian-mae-martin-more-1.5495224/covid-19-forces-italian-doctors-to-make-life-and-death-choices-about-rationing-care-1.5495232> Cited in Faggioni MP, González-Melado FJ, Di Pietro ML, “National health system cuts and triage decisions during the COVID-19 pandemic in Italy and Spain: ethical implications,” *J Med Ethics*: 303.

คำแนะนำฉบับที่ 3 ของ SIAARTI ซึ่งจำกัดอายุในการเข้าห้องไอซียู เป็นสาเหตุของการถกเถียงกันอย่างมาก ภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินที่มีทรัพยากรจำกัด จะถือว่าชอบด้วยกฎหมายที่จะให้โอกาสแก่ผู้ที่มีชีวิตต่อหน้าพวกเขามากกว่า เพื่อประหยัดทรัพยากรที่อาจหายากมาก ประการแรก สำหรับผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากที่สุด และประการที่สอง สำหรับผู้ที่สามารถช่วยชีวิตได้อีกหลายปี เพื่อเพิ่มผลประโยชน์ให้มากที่สุด

แต่อย่างไรก็ดี มีการวิพากษ์วิจารณ์ว่าแพทย์ควรปฏิบัติตามจรรยาบรรณแพทย์ คือผู้ป่วยทุกคนเท่าเทียมกันและควรได้รับการปฏิบัติโดยไม่เลือกปฏิบัติ อายุไม่สามารถเป็นปัจจัยของการเลือกปฏิบัติในแง่ของการยกเว้นผู้ป่วยหนักเพื่อออกจากที่ว่างไม่กี่แห่งสำหรับผู้ป่วยที่อายุน้อยกว่าซึ่งอาจมาถึงห้องฉุกเฉินในไม่ช้า หลักการของความยุติธรรมแบบกระจายมีแนวโน้มที่จะลดทอนความเป็นอิสระของผู้ป่วยและปฏิเสธการรักษาที่ไม่สมส่วนอย่างเห็นได้ชัด และแพทย์ก็อาจหลีกเลี่ยงได้เพราะในท้ายที่สุด แพทย์ที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ตัดสินใจในนามของผลประโยชน์ส่วนรวม

หนึ่งในทางออกในการแก้ไขปัญหาเรื่องเหล่านี้ผู้เขียนเห็นว่าหน่วยงานด้านสุขภาพที่มีความสามารถมีหน้าที่ในการวางแผนสำหรับความท้าทายด้านจริยธรรมที่คาดการณ์ได้ในระหว่างภาวะฉุกเฉินด้านสุขภาพ ความท้าทายด้านจริยธรรมเกิดขึ้นเมื่อมีความไม่แน่นอนเกี่ยวกับวิธีการ “ทำสิ่งที่ถูกต้อง” ในการตัดสินใจทางการแพทย์เมื่อหน้าที่หรือค่านิยมขัดแย้งกัน การวางแผนความท้าทายด้านจริยธรรมที่คาดการณ์ได้นี้รวมถึงการระบุงการตัดสินใจคัดแยกที่อาจเกิดขึ้น เครื่องมือที่จะใช้ และกระบวนการที่ต้องปฏิบัติตาม ในสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะ บุคลากรทางการแพทย์ต้องมีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนและยุติธรรมในการปฏิบัติตาม โพรโตคอล Triage ต้องช่วยผู้เชี่ยวชาญในแนวหน้าจัดลำดับความสำคัญของผู้ป่วยตามระดับการดูแลตามความต้องการและความสามารถในการตอบสนองต่อการรักษาโดยคำนึงถึงทรัพยากรที่จำกัด เจ้าหน้าที่สาธารณสุขต้องตระหนักว่าทุกการตัดสินใจในการปฏิบัติทางคลินิก ในสถานการณ์ฉุกเฉิน ไม่เพียงแต่มีผลกระทบทางการแพทย์เท่านั้น แต่ยังรวมถึงผลกระทบทางจริยธรรมด้วย

นอกจากนี้ยังมีบทความที่กล่าวถึงความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ในการเลือกรักษา คือบทความเรื่อง COVID-19—immunity from prosecution for physicians forced to allocate scarce resources: the Italian perspective⁹¹ เขียนโดย Marco Ricci (Court of Florence, Florence,

⁹¹ Marco Ricci and Pasquale Gallina, "Covid-19—Immunity from Prosecution for Physicians Forced to Allocate Scarce Resources: The Italian Perspective," *Critical Care* 24, 1 (2020): 295.

Italy) และ Pasquale Gallina (Department of Neurosciences, Psychology, Drug Research and Child Health, Neurosurgical Unit, University of Florence, Florence, Italy) กล่าวโดยสรุปได้ว่า ในช่วงเวลาของ COVID-19 อาจไม่รับประกันมาตรฐานการวินิจฉัยและการรักษาในสถานการณ์ทางคลินิกที่กำหนด นี่อาจหมายถึงการปฏิเสธการรักษาผู้ป่วยเนื่องจากไม่สามารถทำได้ เนื่องจากการรักษาที่มีอยู่เพียงอย่างเดียวถือว่าจำเป็นสำหรับผู้ป่วยรายอื่น หรือกรณีสุดโต่งที่ต้องนำการรักษาออกจากผู้ป่วยรายหนึ่งไปยังอีกรายหนึ่ง การตัดสินใจเหล่านี้ทำโดยแพทย์ ซึ่งในประเทศอิตาลี พนักงานอัยการมีหน้าที่ดำเนินคดีอาญา (รัฐธรรมนูญของอิตาลีมาตรา 112)⁹²

ภูมิคุ้มกันทางอาญาสำหรับแพทย์ที่ใช้กล่าวอ้าง คือ เรื่องความจำเป็น โดยต้องปกป้องบุคคลในสถานการณ์ฉุกเฉิน แพทย์ถูกบังคับให้ก่ออาชญากรรม เพื่อป้องกันอันตรายร้ายแรงต่อตนเองหรือบุคคลอื่นเนื่องจากแพทย์มีหน้าที่⁹³ แพทย์ถูกบังคับให้เข้าสู่สถานการณ์ (เช่น แพทย์ที่มีทรัพยากรด้านสุขภาพไม่เพียงพอ) หรือมีอันตรายที่ไม่ได้เกิดจากแพทย์ และที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ (เช่น ความเสี่ยงต่อการเสียชีวิตจากการติดเชื้อ COVID-19) อย่างไรก็ตาม ความจำเป็นยังกำหนดข้อกำหนดสำหรับการประเมินแบบภาวะวิสัยโดยผู้พิพากษาด้วย สิ่งสำคัญที่สุดคือการประเมินความได้สัดส่วน อันตรายที่ก่อตายน้อยกว่าอันตรายที่อาจหลีกเลี่ยงได้ (เช่น ความล้มเหลวในการบริหารการรักษากับผู้ป่วยที่มีการพยากรณ์โรคแบบประนีประนอมเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยรายอื่นที่มีโอกาสฟื้นตัว)

หากแพทย์ดำเนินการตามหลักวิทยาศาสตร์และมโนธรรม ก็จะสามารถได้รับการสนับสนุนจากแนวทางปฏิบัติหากเป็นไปได้ อย่างไรก็ตาม แนวทางนี้ยังขัดต่อหลักการความเท่าเทียมกันของชีวิตในระบบประชาธิปไตยแบบเสรีนิยมอีกด้วย ดังนั้นผู้พิพากษาอาจไม่ถือว่าแนวทางเหล่านั้นเป็นข้อแก้ตัว ซึ่งจะบ่อนทำลายการมีอยู่ของสัดส่วนของทางเลือกของแพทย์ ดังนั้นจึงทำให้ความจำเป็นไม่สามารถนำมาใช้ได้

จากบทความที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นจะเห็นได้ว่าในการเผชิญหน้ากับการเลือกรักษาในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น แพทย์อิตาลีได้มีข้อกำหนดทางการแพทย์ในการเลือกรักษา เช่น ต้องเป็นผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดมากกว่า แต่ก็มีความเห็นในฝั่งที่ไม่เห็นด้วย โดยเห็นว่าแพทย์ต้องปฏิบัติต่อผู้ป่วยทุกคนเท่าเทียมกัน อีกทั้งหากเกิดการเลือกรักษาขึ้นมาแล้ว แพทย์ไม่สามารถอ้างเรื่องความจำเป็นได้ เนื่องจากขัดต่อหลักความได้สัดส่วนและหลักการเท่าเทียมของชีวิต ดังนั้น แพทย์อิตาลีจึงยังคงมีความ

⁹² Art. 112 The public prosecutor has the obligation to institute criminal proceedings.

https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf

⁹³ The Italian penal code, art. 54.

รับผิดชอบทางอาญาสำหรับการเลือกรักษาเพียงแต่อาจได้รับการลดโทษจากศาลด้วยมูลเหตุจูงใจที่จำต้องเลือกหนทางที่น่าจะเป็นประโยชน์แก่สังคมมากที่สุด สถานการณ์นั้น

4.2 ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือซีวิลลอว์ โดยมีการบัญญัติเรื่องความจำเป็นที่ยกเว้นความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ในที่นี้ผู้เขียนจะศึกษาเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอาญาเยอรมัน ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นที่ต้องเลือกชีวิตมนุษย์ หลักเรื่องหน้าที่ที่ขัดแย้งกัน (Conflicting Duties in Criminal Law) และความเห็นของนักวิชาการเยอรมันเกี่ยวกับการเลือกรักษาของแพทย์

4.2.1 ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอาญาเยอรมัน

แนวคิดในเรื่องของการกระทำด้วยความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักประโยชน์ของสิ่งสองสิ่ง ที่การกระทำของผู้กระทำได้ทำลายประโยชน์สิ่งหนึ่งเพื่อรักษาประโยชน์อีกสิ่งหนึ่งที่มีคุณค่ามากกว่าอย่างมาก เช่น การขับรถยนต์ฝ่าสัญญาณไฟจราจรเพื่อนำผู้ป่วยโรคหัวใจไปส่งโรงพยาบาล เป็นต้น ในกรณีดังกล่าว ตามกฎหมายเยอรมันถือว่าการขับรถยนต์ที่ฝ่าสัญญาณไฟจราจรแม้จะเป็นความผิดแต่เมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นไปเพื่อช่วยชีวิตของผู้ป่วยจึงเป็นการขัดแย้งกันระหว่างประโยชน์สองสิ่ง กล่าวคือ ความปลอดภัยของการจราจรและชีวิตผู้ป่วย ในกรณีเช่นนี้ ตามกฎหมายเยอรมันถือว่าการขับรถยนต์ที่ฝ่าสัญญาณไฟจราจรแม้จะเป็นความผิดแต่ก็เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเพราะชีวิตมนุษย์มีคุณค่ามากกว่าความปลอดภัยของการจราจร ในกรณีเช่นนี้อย่างมาก กรณีตามตัวอย่างข้างต้นหากพิจารณาตามหลักกฎหมายไทย การกระทำของผู้กระทำยังคงเป็นความผิดแต่ผู้กระทำสามารถอ้างเหตุจำเป็นยกเว้นโทษได้เท่านั้น⁹⁴

ในปี 1927 ศาลเยอรมันก็ได้ตัดสิน คดี RGSt 61, 242 ซึ่งเป็นกรณีของการทำแท้งของแพทย์ โดยศาลได้แยกความแตกต่างระหว่างความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดและความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นโทษอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรก และยอมรับถึงการมีอยู่ของเหตุจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย⁹⁵ โดยการอ้างความชอบธรรม (Justification) ที่แพทย์ได้ทำแท้งให้แก่หญิงมีครรภ์ ภายหลังจากที่แพทย์ได้ชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นในการกระทำความผิดกล่าวว่า หากไม่กระทำเช่นนั้นหญิงจะต้องตาย การที่ศาลได้

⁹⁴ ณรงค์ ใจหาญ, โครงการวิจัยเพื่อปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา: ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป : รายงานฉบับสมบูรณ์ (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2014), หน้า 23.

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

ตัดสินปล่อยตัวแพทย์โดยเห็นว่าการกระทำของแพทย์ไม่มีความผิด ถ้าการทำเช่นนั้นเป็นสิ่งที่ชอบธรรมและมีน้ำหนักของความถูกต้องตามคลองธรรมมากกว่า⁹⁶

ผลของคำพิพากษาทำให้วงการนิติศาสตร์เกิดการถกเถียงกันว่าอำนาจกระทำของแพทย์ที่ทำแท้งมาจากหลักกฎหมายใด ซึ่งแนวความคิดเรื่องการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมายสอดคล้องกับแนวคิดสำนักอรรถประโยชน์ชนินิยมนั้นได้รับการยอมรับว่าน่าจะเป็นแนวคิดที่ถูกต้อง แต่ก็มีการตั้งข้อสังเกตต่อไปว่าหากมีการยอมรับแนวคิดดังกล่าวโดยไม่มีหลักเกณฑ์เฉพาะขึ้นมาครอบคลุม อาจทำให้เกิดการยอมรับเรื่องการฆ่าผู้บริสุทธิ์เพื่อรักษาซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับภัยอันตราย โดยอ้างว่าเป็นการกระทำเพื่อรักษาชีวิตของผู้บริสุทธิ์จำนวนมากกว่า ซึ่งสำนักคิดของ Immanuel Kant ไม่เห็นด้วยเรื่องดังกล่าว โดยถือว่าชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งสูงสุดที่จะสูญเสียไม่ได้⁹⁷

ในปี 1975 ประมวลกฎหมายเยอรมันได้มีการแก้ไขปรับปรุงครั้งใหญ่ และได้มีการบัญญัติ “ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย” (necessity as a justification) ไว้ในมาตรา 34⁹⁸ และ “ความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษ” (necessity as an excuse) ตามมาตรา 35

มาตรา 34 ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย⁹⁹

บุคคลใดตกอยู่ในภัยอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ เกียรติ กรรมสิทธิ์หรือประโยชน์ทางกฎหมายในกรณีอื่น ๆ และได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายนั้น ถือว่าการกระทำของผู้นั้นไม่ผิดกฎหมาย หากปรากฏว่าการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่ขัดกัน คือ ประโยชน์ทางกฎหมายที่ถูกกระทบและความร้ายแรงของภัยอันตรายที่เกิดขึ้นชี้ชัดว่าประโยชน์ที่ได้รับ ความคุ้มครองนั้นมีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ที่ถูกกระทบ แต่บทบัญญัตินี้ใช้บังคับได้ตราบเท่าที่ การกระทำนั้นเป็นวิธีการที่เหมาะสมสำหรับปกป้องภัยอันตรายเท่านั้น

⁹⁶ กุสุม่า จินดาทิพย์, "ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 18.

⁹⁷ รณกรณ์ บุญมี, "ความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตด้วยความจำเป็น," หน้า 42.

⁹⁸ คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, หน้า 259.

⁹⁹ German Criminal Code https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html

Section 34 Necessity as justification

Whoever, when faced with a present danger to life, limb, liberty, honor, property or another legal interest which cannot otherwise be averted, commits an act to avert the danger from themselves or another is not deemed to act unlawfully if, upon weighing the conflicting interests, in particular the affected legal interests and the degree of the danger facing them, the protected interest substantially outweighs the one interfered with. However, this only applies to the extent that the act committed is an adequate means to avert the danger.

จากความในมาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1975 มีข้อสังเกตที่น่าสนใจ 2 ประการ คือ¹⁰⁰

1. ภัยอันตรายที่ผู้กระทำประสงค์จะหลีกเลี่ยงต้องไม่เพียงแต่สำคัญกว่าภัยอันตรายที่ผู้กระทำจะก่อขึ้นเท่านั้น หากแต่ยังต้องมีความสำคัญกว่าอย่างชัดเจน หรือมีนัยสำคัญ (substantially) และ

2. การกระทำเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่มีประโยชน์ซึ่งมีน้ำหนักมากกว่านี้ การกระทำต้องเป็นวิธีการที่เหมาะสม และไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้โดยวิธีการอื่น

หากพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 34 เรื่องหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า หลักนี้ไม่อาจนำมาใช้ได้ เนื่องจาก ภัยอันตรายที่ผู้กระทำประสงค์จะหลีกเลี่ยงต้องไม่เพียงแต่สำคัญกว่าภัยอันตรายที่ผู้กระทำจะก่อขึ้นเท่านั้น หากแต่ยังต้องมีความสำคัญกว่าอย่างชัดเจน ซึ่งกรณี COVID-19 หรือ ภัยพิบัติต่าง ๆ ล้วนแต่เป็นภัยอันตรายที่มีความร้ายแรงเท่าเทียมกันและเกิดจากเหตุภายนอก นอกจากนั้นการถอดเครื่องช่วยหายใจก็มีใช้วิธีการที่เหมาะสม แพทย์เยอรมันจึงไม่สามารถอ้างการกระทำด้วยความจำเป็นในเหตุนี้ได้

4.2.2. ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นที่ต้องเลือกชีวิตมนุษย์

คดี Air traffic Security Act 2005¹⁰¹ จากเหตุการณ์ 911 ทำให้รัฐบาลเยอรมันวิตกกังวลกับเหตุการณ์นี้มาก จึงผลักดันร่างกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยทางอากาศ ในท้ายสุดรัฐสภามีมติเห็นชอบให้เป็นรัฐบัญญัติการรักษาความปลอดภัยทางอากาศ Air Security Act (ต่อไปจะย่อว่า ASA) กฎหมายนี้อนุญาตให้กองทัพอากาศด้วยความช่วยเหลือของตำรวจของมลรัฐเข้าแทรกแซงเหตุการณ์ได้ ในกรณีที่การจี้เครื่องบินนั้นร้ายแรงมากจนกระทั่งอาจนำมาซึ่งภัยพิบัติ ทหารสามารถใช้มาตรการเพื่อกดดันให้เครื่องบินที่ถูกจี้เปลี่ยนเส้นทางการบินหรือจอดลงสู่พื้นดิน หรือเตือนว่าจะใช้กำลังในกรณีที่กองทัพประเมินแล้วว่าวัตถุประสงค์ของผู้จี้เครื่องบิน คือการนำเครื่องบินพุ่งชนเพื่อทำลายชีวิตมนุษย์จำนวนมาก และการยิงเครื่องบินให้ตกเป็นวิธีการสุดท้ายที่สามารถหยุดการข่มขู่ทำลายนั้นได้ กฎหมายก็อนุญาตให้กองทัพอากาศยิงเครื่องบินนั้นให้ตกสู่พื้นได้¹⁰²

¹⁰⁰ Fletcher, G. P., *Rethinking Criminal Law*, pp. 786-787.

¹⁰¹ อ่านคำพิพากษา BVerfG, 1 BvR 357/05 ฉบับเต็มได้ที่ vom 15.2.2006, Absatz-Nr.

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705en.html (สืบค้นเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2564)

¹⁰² ปิยนุตร แสงกนกกุล, "การใช้อาวุธทำลายอากาศยานในระบอบกฎหมายเยอรมันและไทย : การเผชิญหน้ากันระหว่างความมั่นคงปลอดภัยกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์," *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* ปีที่ 42 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2556): 536.

กฎหมายที่เป็นวัตถุประสงค์ที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องตรวจสอบว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ คือ รัฐบัญญัติการรักษาความปลอดภัยทางอากาศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 14 ซึ่งบัญญัติว่า

“เพื่อหลีกเลี่ยงมหันตภัยอย่างร้ายแรงและจำเพาะเจาะจง กองทัพสามารถเข้าแทรกแซงบนน่านฟ้าเพื่อบังคับให้อากาศยานแล่นลงสู่พื้นดิน ส่งสัญญาณเตือนว่าจะใช้อาวุธ และใช้อาวุธขับไล่

1. ในบรรดามาตรการทั้งหลายที่ขึ้นไปได้ กองทัพต้องเลือกมาตรการที่กระทบปัจเจกบุคคลและกระทบประชาชนทั่วไปน้อยที่สุด ขอบเขตของมาตรการและระยะเวลาการใช้มาตรการนั้นต้องไม่มากไปกว่าความจำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ มาตรการต้องไม่ก่อให้เกิดผลเสียเกินกว่าเหตุเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์

2. การโจมตีของกองทัพชอบธรรมได้เฉพาะกรณีสถานการณ์เฉพาะเจาะจงอย่างยิ่งและได้ข้อสรุปว่าอากาศยานถูกใช้ไปเพื่อทำลายชีวิตของปัจเจกบุคคลและการยิงเป็นเพียงวิธีการเดียวในการป้องกันมิให้เกิดอันตรายนั้นขึ้น

3. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมแห่งสหพันธ์ หรือรัฐมนตรีที่ได้รับมอบหมายจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมแห่งสหพันธ์ เป็นผู้มีอำนาจสั่งการตาม (3) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมแห่งสหพันธ์อาจอนุญาตให้ผู้บัญชาการทหารอากาศสั่งการตาม (1)”

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในคำวินิจฉัย ลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2006 (BVerG, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006) วินิจฉัยว่ามาตรา 14.3 ของรัฐบัญญัติการรักษาความปลอดภัยทางอากาศไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผล 2 ประการ ประการแรก ละเมิดหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างสหพันธ์รัฐกับมลรัฐ และประการที่สอง ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์¹⁰³

ศาลรัฐธรรมนูญอ้างบทบัญญัติในมาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐาน¹⁰⁴ (Grundgesetz) ซึ่งรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่อาจถูกละเมิดได้ องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายมีหน้าที่ต้องเคารพและปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เพื่อยืนยันว่าบทบัญญัติในมาตรา 14.3 ของ ASA นั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ระบบกฎหมายเยอรมันให้ความสำคัญในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างมาก อาจกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิเด็ดขาดอันมิอาจละเมิดได้ หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดหรือการกระทำใดของฝ่ายปกครองละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นหรือการกระทำนั้นของฝ่ายปกครองย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สิทธิในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แตกต่างจากสิทธิอื่น ๆ ตรงที่ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่อาจถูกจำกัดสิทธิได้เลย

¹⁰³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 537-538.

¹⁰⁴ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

เมื่อองค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนใช้ความตายของผู้บริสุทธิ์ (ผู้โดยสารและลูกเรือบนเครื่องบินที่ถูกจี้) เพื่อรักษาชีวิตของคนอื่น ๆ (บุคคลที่อยู่บนพื้นดิน) ชีวิตของคนที่ยาวยุโรปนั้นจึงเป็นเสมือนวัตถุจึงเป็นการละเลยสถานะทางรัฐธรรมนูญของปัจเจกชนในฐานะองค์ประธานแห่งสิทธิซึ่งศักดิ์ศรีและสิทธิของเขาย่อมไม่อาจถูกละเมิดได้

ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธที่จะชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่จะได้รับในกรณีที่ยิงเครื่องบินที่ถูกจี้ (รักษาชีวิตและทรัพย์สินจำนวนมากบนพื้นดินที่เป็นเป้าหมายของการจี้เครื่องบิน) กับผลเสียที่จะเกิดขึ้น (ชีวิตผู้โดยสารและลูกเรือบนเครื่องบินที่ถูกจี้) และชั่งน้ำหนักประโยชน์ระหว่างการตัดสินใจยิงเครื่องบินกับไม่ยิงเครื่องบิน เพราะการชั่งน้ำหนักระหว่างทางเลือกสองทางว่าทางไหนได้ประโยชน์มากกว่ากันตามหลักพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนนั้นจะกระทำได้ที่ต่อเมื่อทางเลือกทั้งสองทางชอบด้วยกฎหมาย เมื่อการยิงเครื่องบินที่ถูกจี้ให้ตกลงสู่พื้นอันทำให้ผู้โดยสารลูกเรือและผู้จี้เครื่องบินต้องเสียชีวิตอย่างแน่แท้ นั้นเป็นทางเลือกที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1 แห่งกฎหมายพื้นฐานแล้วจึงไม่จำเป็นต้องนำประโยชน์ที่ได้รับจากการยิงเครื่องบินมาชั่งน้ำหนักกับผลเสียที่ได้รับ¹⁰⁵

คำพิพากษานี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าประเทศเยอรมนียังไม่ยอมรับความจำเป็นที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตมนุษย์ แม้ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อรักษาชีวิตของผู้อื่นก็ตาม โดยเห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีค่าสูงที่สุดไม่อาจเอามาเทียบกับสิทธิอื่น ๆ ได้ และหลักการกระทำด้วยความจำเป็นจะนำมาใช้ได้เมื่อทำลายสิทธิอื่นที่ไม่ใช่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

แต่หลังจากมีเหตุการณ์ COVID -19 เกิดขึ้น บรรดานักวิชาการเยอรมันก็ได้มีการถกเถียงกันเกี่ยวกับการกระทำด้วยความจำเป็นของแพทย์ในการเลือกรักษาผู้ป่วยในภาวะวิกฤต โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ขาดแคลนอุปกรณ์ทางการแพทย์ แต่มีผู้ป่วย ICU เกินกว่าที่แพทย์จะสามารถทำการรักษาทั้งหมดได้ จึงต้องนำทรัพยากรที่มีไปให้กับคนที่มีโอกาสฟื้นคืนตัวได้มากกว่า โดยได้มีการหยิบยกหลัก “หน้าที่ที่ขัดแย้งกัน” (Conflicting Duties) มาพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง

4.2.3 หน้าที่ที่ขัดแย้งกันในกฎหมายอาญา (Conflicting Duties in Criminal Law) ¹⁰⁶

ตัวอย่างของเรื่องหน้าที่ที่ขัดแย้งกัน เช่น เล่นเรืออย่างสงบสุขกับลูกสองคนของคุณ เรือจมและคุณพบว่า แม้ว่าคุณสามารถช่วยพวกเขาให้พ้นจากการจมน้ำได้โดยการช่วยเหลือแยกกัน แต่ก็

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 543.

¹⁰⁶ Ivó Coca Vila, "Conflicting Duties in Criminal Law," *An International and Interdisciplinary Journal* 22(2019).

มีเวลาในเวลาจำกัดนั้นเลือกช่วยชีวิตได้เพียงคนเดียว การปฏิบัติตามหน้าที่ในการช่วยเหลือคนใดคนหนึ่งย่อมไม่รวมถึงหน้าที่ในการช่วยเหลืออีกคนหนึ่ง หรือจินตนาการว่าคุณเป็น lifeguard และวิธีเดียวที่จะทำหน้าที่ช่วยเหลือคือการขโมยเจ็ตสกีจากคนแปลกหน้า ในทั้งสองกรณีคุณมีหน้าที่ตามกฎหมายอาญาสองหน้าที่ แต่คุณสามารถปฏิบัติตามได้เพียงเรื่องเดียว โดยที่ผลที่หลีกเลี่ยงไม่ได้คือคุณจะละเมิดอีกฝ่ายหนึ่ง หลักนี้ฝังค่อมมอนลอว์พูดถึงน้อย เพราะไปเน้นเรื่องจำเป็นหรือ choice of evils

George P. Fletcher นำวรรณกรรมเยอรมันในปัจจุบันมาใช้อ้างอิง เน้นย้ำถึงปัญหาที่เขาเรียกว่า “หน้าที่ที่ไม่สอดคล้องกัน” (inconsistent duties)

“ในสถานการณ์หนึ่ง ทางเลือกคือการฆ่าผู้บริสุทธิ์โดยไม่เจตนากับการกระทำใด ๆ ซึ่งจะส่งผลอย่างมีประสิทธิภาพในการเสียชีวิตของผู้บริสุทธิ์มากขึ้น ... หากเราเห็นความขัดแย้งระหว่างหน้าที่เหล่านี้ เป็นเพราะเราไม่สามารถตัดสินใจได้ว่า จะตามคานท์หรือเบนแธม หากสิ่งที่กระทำในสถานการณ์เหล่านี้ปราศจากการตำหนิ นั่นเป็นเพราะความเชื่อมั่นทางศีลธรรมของระบบกฎหมาย เป็นสิ่งที่ไม่สมมูล ด้วยวัฒนธรรมที่ฉีกกระชากด้วยหลักฐานทางศีลธรรมที่ขัดแย้งกัน เราไม่สามารถตัดสินใจได้ว่า จะเรียกร้องให้ผู้คนยึดมั่นในสิ่งหนึ่งหรืออีกประการหนึ่ง” ¹⁰⁷

เฟลตเชอร์จับข้อความโดยระบุว่าความขัดแย้งทั้งสองประเภทมีความแตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากเงื่อนไขการแก้ต่างที่เหลือ “คติประเภทแรกเป็นผลมาจากความไม่แน่นอนทางศีลธรรมของระบบกฎหมาย ... คติที่สองคือลักษณะเฉพาะทางตรรกะของหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือ ดังนั้นจึงควรปฏิบัติตามประเภทของหน้าที่ที่ไม่สอดคล้องกันเป็นหมวดหมู่พิเศษของการยกเว้น แทนที่จะเป็นกรณีของการให้อภัยความผิด”

หน้าที่ที่ขัดแย้งกันในกฎหมายอาญามีหลักพื้นฐานสามประการที่สนับสนุนการรักษาความขัดแย้งทางหน้าที่โดยนักวิชาการด้านกฎหมายอาญา

(1) การป้องกันนี้ถูกกำหนดโดยความขัดแย้งระหว่างหน้าที่ตั้งแต่สองหน้าที่ขึ้นไปที่ต้องกระทำ

¹⁰⁷ Fletcher, G. P. (1978). Rethinking Criminal Law. Oxford: Oxford University Press. p. 852–855. Cited in Coca Vila, ICoca Vila, "Conflicting Duties in Criminal Law," *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 22, P.36.

(2) การจัดลำดับความสำคัญของหน้าที่เป็นขั้นตอนแรกในการแก้ไขข้อขัดแย้ง อยู่ภายใต้หลักการของผลประโยชน์เหนือกว่า (ความชั่วร้ายน้อยกว่า) และ

(3) ปฏิบัติตามหน้าที่ที่เทียบเท่าหรือตำแหน่งที่สูงกว่าไม่นับรวมการกระทำผิดโดยธรรมชาติ โดยมีต้องเผชิญหน้าที่อื่น

การจัดลำดับหน้าที่ที่มีความขัดแย้งจะต้องตัดสินโดยการตัดสินเปรียบเทียบผลประโยชน์ทางกฎหมายทั้งหมดที่อยู่ภายใต้หน้าที่ที่ขัดแย้งกัน สมมติว่าไม่สามารถปกป้องผลประโยชน์ที่ถูกคุกคามได้ทั้งหมด ผู้กระทำต้องทำหน้าที่ปกป้องสูงสุดให้สำเร็จ

ตัวอย่างเช่น เป็นเรื่องปกติที่จะมีการโต้เถียงกันว่าพ่อต้องมีหน้าที่ต้องช่วยลูกของเขาให้รอดก่อนคนแปลกหน้า เมื่อทั้งคู่ตกอยู่ในอันตรายจากการจมน้ำ ไม่ว่าจะผู้เคราะห์ร้ายทั้งสองจะถูกคุกคามจากความชั่วร้ายที่เหมือนกันมากเพียงใด หน้าที่ประเภทต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกันจะขัดขวางไม่ให้เกิดการยืนยันความเท่าเทียมกัน

“*Ultra posse nemo obligatur*” เป็นศัพท์ทางกฎหมายภาษาละตินหมายความว่า “ไม่มีใครมีหน้าที่รับผิดชอบเกินกว่าที่เขาสามารถทำได้” (No one is obligated beyond what he is able to do.)

สุดท้าย การวิเคราะห์หน้าที่ที่ขัดแย้งกันสรุปโดยระบุลักษณะที่ยุติธรรมของการกระทำผิดทางอาญาเบื้องต้น ตามหลักการของผลประโยชน์เหนือกว่า (ความชั่วร้ายน้อยกว่า) ตามหลักการทั่วไปของการให้เหตุผล¹⁰⁸ การแก้ไขข้อขัดแย้งระหว่างหน้าที่ที่ไม่เท่าเทียมกันไม่ควรทำให้เกิดปัญหาใหญ่ขึ้น อย่างไรก็ตาม เมื่อต้องเผชิญกับความขัดแย้งระหว่างหน้าที่ที่มีศเท่าเทียมกัน (กรณีความเท่าเทียมกัน) มาตรฐานความจำเป็นจึงพังทลายลง และจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพัฒนาทฤษฎีพิเศษขึ้นมา โดยมีรากฐานที่ชัดเจนสอดคล้องกันเหตุผลก็คือเพราะแม้ว่าหน้าที่ที่ขัดแย้งกันดูเหมือนจะเป็นกรณีพิเศษของการอ้างเรื่องความจำเป็นเนื่องจากระบบกฎหมายไม่สามารถเรียกร้องให้พลเมืองปฏิบัติตามหน้าที่สองประการที่เป็นไปไม่ได้ที่จะปฏิบัติตามร่วมกันอย่างถูกกฎหมาย การกระทำของผู้ผู้คุมจะเป็นที่ชอบธรรม ไม่ใช่แค่การแก้ตัว เมื่อเขาปฏิบัติตามหน้าที่ที่เทียบเท่ากันอย่างใดอย่างหนึ่งในสองข้อ นอกจากนั้นยังหมายความว่าไม่มีใครสามารถป้องกันตัวเองจากผู้ผู้คุมที่ปล่อยให้คน ๆ หนึ่งตกอยู่ในชะตากรรมของตนได้

¹⁰⁸ Molina Fernandez, F. (2000). El estado de necesidad como ley general. (Aproximacion a un sistema de causas de justificacion). Revista de derecho penal y criminología, 1, 199–260. Cited in Coca Vila.

หลักเรื่องหน้าที่ที่ขัดแย้งกันสรุปได้ดังนี้

1. หลักเรื่องหน้าที่ที่ขัดแย้งกันแทบไม่ได้รับความสนใจจากนักวิชาการด้านกฎหมายอาญา แองโกล-อเมริกัน ทั้งคำจำกัดความเชิงแนวคิดของการป้องกันในหลักคำสอนกฎหมายอาญา หรือการอ้างสิทธิ์ในการแก้ไขข้อขัดแย้งตามหลักการของผลประโยชน์เหนือกว่า หรือการจัดวางอย่างเป็นระบบซึ่งมักจะกำหนดให้กับปัญหาในโครงสร้างไตรภาคีแบบคลาสสิกของความผิด ถือเป็นกรณีเริ่มต้นที่เหมาะสมสำหรับการแก้ไขข้อขัดแย้ง

2. ความขัดแย้งดังกล่าวเป็นปัญหาพิเศษโดยการก่อตั้งกฎหมายอาญา การแก้ปัญหาคือเงื่อนไขที่ขาดไม่ได้ (*conditio sine qua non* - an indispensable condition) ก่อนที่จะกำหนดหน้าที่ตามกฎหมายต่อพลเมืองในการยุติความขัดแย้ง ไม่เกี่ยวกับความประพฤติอันสมควรจะเป็นการกระทำหรือละเว้น

3. ความขัดแย้งซึ่งหนึ่งในผู้รับผลประโยชน์จากเหตุของภาระผูกพันมีสิทธิดีกว่าคนอื่น (การป้องกัน หรือความจำเป็น) ให้ระงับโดยบังคับผู้กระทำให้เป็นไปตามเหตุแห่งภาระผูกพันที่รับประกันสถานะเชิงบรรทัดฐานของบุคคลที่มีสิทธิสูงสุด ความขัดแย้งที่ไม่มีสิทธิดีกว่าสามารถพบได้ในระนาบแนวนอนโดยบังคับผู้กระทำเพื่อบรรลุภาระผูกพันที่สูงขึ้นตามชนิดของมัน (หน้าที่ค้าประกันหน้าที่ระดับกลาง หน้าที่สมานฉันท์ทั่วไป)

4. ความขัดแย้งที่ไม่พบความแตกต่างในข้อใดข้อหนึ่งระนาบระหว่างข้อเรียกร้องที่เป็นปฏิปักษ์ถูกระงับโดยการกำหนดหน้าที่แยกส่วนกับผู้ผูกมัด ในกรณีเช่นนี้ ระบบกฎหมายไม่กำหนดเงื่อนไขทางศีลธรรมในการตัดสินใจของผู้ผูกมัด

5. ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของความขัดแย้งต้องยอมรับการสูญเสียโดยไม่คำนึงถึงความคาดหวังและเมื่อมีความขัดแย้งระหว่างเหตุที่เท่าเทียมกัน หน้าที่ที่ต้องยอมเป็นทั้งราคาที่ต้องจ่ายเพราะนับถึงความเป็นไปได้ที่จะออกมาจากมันได้โดยไม่เป็นอันตรายและเงื่อนไขที่จำเป็นเพื่อให้สามารถบังคับผู้กระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายผ่านหน้าที่การกีดกัน

4.2.4 ความเห็นของนักวิชาการเยอรมันเกี่ยวกับการเลือกรักษาของแพทย์

ในบทความ [Legal Issues of Resource Allocation in the COVID-19 Pandemic - Between Utilitarianism and Life Value Indifference]¹⁰⁹ นักวิชาการชาวเยอรมัน ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการเลือกรักษาของแพทย์ในสถานการณ์ COVID-19 ไว้ว่ากฎหมายของเยอรมนีให้เสรีภาพ

¹⁰⁹ J. Hübner et al., "[Legal Issues of Resource Allocation in the Covid-19 Pandemic - between Utilitarianism and Life Value Indifference]," *Dtsch Med Wochenschr* 145, 10 (2020): 687-692.

ในการเลือกอย่างจำกัด ซึ่งอนุญาตให้แพทย์เกณฑ์ที่เป็นประโยชน์นอกเหนือจากอัลกอริธึมการตัดสินใจทางการแพทย์

โดยทั่วไปตามกฎหมายและจรรยาบรรณ ภาระหน้าที่ของโรงพยาบาล/แพทย์ คือจะต้องรักษาผู้ป่วยที่ต้องการการรักษาทั้งหมดทั้งเหตุทั่วไปและเหตุฉุกเฉิน โรงพยาบาล/แพทย์ จะต้องรักษาผู้ป่วยที่อยู่ใน monopoly position การรักษาจะต้องทำอย่างเต็มความสามารถ ถ้าไม่สามารถทำให้หายได้ก็ต้องเป็นการยืดอายุหรือบรรเทาอาการ และการรักษาจะต้องเป็นไปตามมาตรฐาน ถ้าไม่ได้รับการรักษาจากแพทย์ ก็ต้องได้รับการรักษาจากคนที่สามารถรักษาได้ ถ้าผู้ป่วยมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการรักษา

อย่างไรก็ตามกฎหมายของเยอรมันมีความเห็นว่าหลักความจำเป็นที่ขอบด้วยกฎหมายมาตรา 34 ไม่ใช่กับชีวิตมนุษย์ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐกล่าวไว้ว่า “ชีวิตมนุษย์ทุกคนมีค่าเท่าเทียมกัน ดังนั้นจึงไม่สามารถถูกประเมินผลที่แตกต่างกันหรือแม้แต่การชั่งน้ำหนักเชิงตัวเลขใด ๆ ได้”

ตามคำตัดสินพื้นฐานของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (BVerfG) ที่สมาชิกสภานิติบัญญัติสั่งห้ามเครื่องบินที่ผู้ก่อการร้ายใช้โจมตีผู้คนที่ใช้หากมีบุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำ (คำพิพากษาลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2549 Az. 1 BvR 357/05 สิ่งสำคัญคือต้องตระหนักว่าสถานการณ์ฉุกเฉินที่ประเมินโดย BVerfG นั้นแตกต่างจากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นการขาดเตียงผู้ป่วยหนัก ความขัดแย้งของหน้าที่การพิสูจน์ได้รับการพัฒนาเพื่อเป็นเหตุผลเหนือกฎหมายสำหรับกรณีดังกล่าว

ข้อสังเกต การให้เหตุผลในการขัดกันแห่งหน้าที่ หมายความว่า ถ้ามีการกระทำซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ 2 อันมาขัดกัน ต้องดูว่าการกระทำอันไหนที่เข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด หากการกระทำใดเป็นการกระทำที่ไม่เข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดจะเอามาอ้างยกเว้นความรับผิดชอบไม่ได้ (ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นหลักเดียวกับเรื่องหน้าที่ที่ขัดแย้งกันได้อธิบายในข้างต้น)

ในกรณีที่มีผู้ป่วยมากกว่าทรัพยากร จะเกิด “Justification Emergency” เช่น สถานการณ์โควิด 19 จึงทำให้ต้องมีการตัดสินใจว่า “จะสละชีวิตใครเพื่อรักษาชีวิตใคร” หลักของการรักษาคือต้องรักษาทั้งหมด ยกเว้นต้องเลือกที่จะรักษา ซึ่งทำให้ผู้ป่วยบางส่วนไม่ได้รับการรักษาซึ่งจากเหตุที่ทรัพยากรไม่เพียงพอ จะก่อให้เกิดการรักษา 2 ทาง คือ 1. การรักษาทั้งคู่ แต่เมื่อทรัพยากรไม่พอก็เหมือนเป็นการละเลย 2. การรักษาคนใดคนหนึ่ง ซึ่งต้องมีการตัดสินใจเมื่อรู้ว่าผู้ป่วยอีกคนไม่สามารถรักษาให้หายได้แล้ว โดยการตัดสินใจนั้นจะต้องมีการกำหนด Priority ขึ้นมาเพื่อเป็นตัวการในการ

ช่วยตัดสินใจว่าจะช่วยหรือสละชีวิตผู้ป่วยคนใด และจะต้องมีเหตุผลรองรับเพื่อที่อาจจะอ้างเหตุป้องกันในการเลือกรักษาผู้ป่วยได้ อย่างไรก็ตามก็ยังมีกฎหมายหลักที่บัญญัติว่าแพทย์ต้องรักษา ผู้ป่วยทุกคน แต่ตามรัฐธรรมนูญก็ได้บังคับให้คนทำในสิ่งที่ไม่สามารถทำได้ (รักษาผู้ป่วยทั้งหมด ทั้ง ๆ ที่ทรัพยากรไม่เพียงพอต่อการรักษา) ดังนั้นจึงควรมีการแก้ไขกฎหมายสำหรับกรณีเช่นนี้

ในกรณีที่มีการเลือกรักษาแล้ว ก็จะต้องรักษาคนนั้นให้ดี เพื่อไม่ให้ขัดต่อกฎหมาย และถ้ามีมากกว่า 2 เคสก็ต้องรักษาให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ (เช่น กรณีที่มี 5 เคส ก็ต้องรักษาให้ได้อย่างน้อย 3 เคส)

หลักการในการเลือกยังคงเป็นเพียงทฤษฎี ยังไม่สามารถปฏิบัติได้หรือปฏิบัติได้ยาก และในทางกฎหมายก็ยังไม่เคยมีปรากฏ แต่ในกรณีที่มีมหันตภัยจะพิจารณาจากความเร่งด่วนและโอกาสในการรักษาสำเร็จ (ความจำเป็น) ปัจจุบันจะเน้นจากการรักษาสำเร็จเป็นสำคัญ ซึ่งเป็นการเสียสละส่วนน้อยเพื่อรักษาส่วนมาก

หลักการในการเลือกรักษาที่อิงจากความเร่งด่วนและโอกาสในการรักษาสำเร็จ ซึ่งนอกจากจะพิจารณาจากเหตุผลทางการแพทย์แล้ว ก็มีคำถามว่าควรมีปัจจัยอื่นมาร่วมตัดสินใจด้วยหรือไม่ จึงมีการสัมภาษณ์แพทย์ถึงปัจจัยต่าง ๆ อาทิเช่น

1. เหตุผลทางการแพทย์
2. การใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุด
3. อายุ เนื่องจากผู้ป่วยที่มีอายุน้อยกว่า คือบุคคลที่จะมีระยะเวลาการใช้ชีวิตที่มากกว่าผู้ป่วยที่มีอายุมาก แต่ก็อาจขัดกับหลักการของสหภาพยุโรป เนื่องจากมองว่าทุกคนเท่ากัน แต่ในเรื่อง Anti-discrimination ไม่ได้ระบุถึงเรื่องอายุไว้

4. ภาระหน้าที่ต่อสังคม กล่าวคือ ผู้ป่วยที่มีภาระหน้าที่มากกว่าควรได้รับการรักษาก่อน

กรณีมองว่าชีวิตทุกคนมีค่าเท่ากัน การเลือกอายุก็อาจจะขัดกับหลักนี้ การทำงานของแพทย์แพทย์ที่ทำการตัดสินใจ ไม่ใช่ผู้มีอำนาจ และจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย (ทั้งอาญาและแพ่ง) ดังนั้นจึงมีคำถามอยู่สองคำถาม คือ 1. ควรมีปัจจัยอื่น นอกจากปัจจัยทางการแพทย์หรือไม่ 2. ถ้าเอาปัจจัยอื่นเข้ามา จะทำให้มีน้ำหนักมากกว่าปัจจัยทางการแพทย์หรือไม่ เช่น หากมีโอกาสรอด 50% คนอื่นโอกาสรอด 60% จะเลือกรักษาใคร และอาศัยปัจจัยอะไร **ทั้งนี้ โอกาสในการรักษาหาย ยังคงเป็นปัจจัยหลักในการพิจารณา อายุ ภาระทางสังคม ไม่สามารถนำมาใช้เพื่อเลือกได้** ดังนั้นจึงต้องหา Criteria มาร่วมพิจารณา ในกรณีที่มีผู้ป่วยอยู่ก่อนแล้วเกิดเหตุการณ์เช่นนี้ขึ้น โดยส่วนมากจะรักษา

ผู้ป่วยเก่าให้เรียบร้อยก่อนเพื่อความเชื่อมั่นของผู้ป่วย แต่หากผู้ป่วยที่รักษาอยู่ไม่สามารถรักษาได้จริง ๆ ก็อาจจะเลิกรักษาได้

ความเห็นของนักวิชาการเยอรมันเกี่ยวกับการเลือกรักษาของแพทย์ สรุปได้ดังนี้

1. แพทย์ผู้รับผิดชอบการจัดสรรเตียงผู้ป่วยหนักที่ขาดแคลนโดยคำนึงถึงโอกาสสำเร็จของการรักษาเท่านั้น

2. แพทย์ที่ทำหน้าที่ในสถานการณ์พิเศษ หากดำเนินการตาม MBO-Ä 1997¹¹⁰ (Professional Code for Physicians in Germany) เป็นที่เชื่อว่าสิ่งนี้สามารถยืนยันเหตุผลของมโนธรรมได้

3. นอกจากนี้แพทย์ที่ทำหน้าที่ในสถานการณ์ทางกฎหมายที่สับสน หรือไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หากแพทย์ไม่รู้ว่าการกระทำของตนเองเป็นการกระทำที่กฎหมายห้ามและด้วยเหตุนี้แพทย์จึงเข้าใจว่าการกระทำของตนเองเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย ให้ถือว่าแพทย์ได้กระทำโดยปราศจากความผิด หากไม่สามารถหลีกเลี่ยงความผิดพลาดได้ (ตามหลักในเรื่อง Mistake of Law § 17 StGB)¹¹¹

นักวิชาการเห็นว่ากรณีโควิดต่างจากกรณียิงเครื่องบิน โดยการตัดสินใจนั้น จะต้องมีการกำหนด Priority ขึ้นมา เพื่อเป็นตัวการในการช่วยตัดสินใจว่าจะช่วยหรือสละชีวิตผู้ป่วยคนใด และจะต้องมีเหตุผลรองรับ เพื่อที่อาจจะอ้างเหตุในการเลือกรักษาผู้ป่วยได้โดยพิจารณาจากความเร่งด่วนและโอกาสการรักษาสำเร็จ กรณีนี้เป็นการให้เหตุผลในหน้าที่ที่ขัดแย้งกัน หมายความว่าถ้ามีการกระทำซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ 2 อันมาขัดกัน ต้องดูว่าการกระทำอันไหนเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด หน้าที่ที่ไม่เข้าเงื่อนไขจะเอามาอ้างยกเว้นความรับผิดชอบไม่ได้

แม้จะใช้หลักความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 34 ไม่ได้ แต่หากแพทย์ทำหน้าที่ในสถานการณ์พิเศษที่หากเป็นไปตามประมวลจริยธรรมทางการแพทย์ของเยอรมันเป็นที่เข้าใจสำหรับสิ่งนี้สามารถยืนยันเหตุผลของมโนธรรมได้ นอกจากนี้ในสถานการณ์ทางกฎหมายที่สับสน หลีกเลี่ยงไม่ได้ แพทย์อาจจะอ้างมาตรา 17 German Criminal Code (StGB) ได้

¹¹⁰ Professional Code* for Physicians in Germany - MBO-Ä 1997 -

¹¹¹ Section 17 Mistake of law

If, at the time of the commission of the offence, the offender lacks the awareness of acting unlawfully, then the offender is deemed to have acted without guilt if the mistake was unavoidable. If the mistake was avoidable, the penalty may be mitigated pursuant to section 49 (1).

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0141

มาตรา 17 “ในกรณีการกระทำความผิดใด ผู้กระทำไม่รู้ว่าตนได้กระทำสิ่งที่ผิดกฎหมาย ผู้กระทำย่อมกระทำไปโดยปราศจากความชั่วถ้าในกรณีนั้นผู้กระทำไม่สามารถเล็งความสำคัญผิดนั้น...” ดังนั้นแพทย์เยอรมันอาจได้รับการยกเว้นความผิดตามมาตรา 17 หากกระทำตามประมวลวิชาชีพแพทย์ โดยมีได้นำเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นมาใช้

4.3 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และเป็นอีกหนึ่งประเทศที่ต้องเผชิญกับวิกฤตการแพร่ระบาดของโควิด 19 จึงมีกรณีที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาเกิดขึ้น ในที่นี้จะศึกษาเรื่องหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นที่ต้องเลือกชีวิตมนุษย์ ความเห็นของนักกฎหมายเรื่องการใช้ความจำเป็นในการเลือกชีวิตมนุษย์ และข้อเรียกร้องของแพทย์อังกฤษต่อการเลือกรักษาในสถานการณ์ฉุกเฉิน

4.3.1 หลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีรากฐานมาจากจารีตประเพณี และได้มีการจัดทำขึ้นเป็นรูปกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลเป็นผู้นำกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้ คำพิพากษาของศาลจึงกลายเป็นสิ่งที่ยึดถือเป็นบรรทัดฐานเรื่อยมา การยกข้อต่อสู้ในเรื่องความจำเป็นที่มีอยู่ทั่วไปในกฎหมายอังกฤษนั้น ไม่มีระดับของความแน่นอนว่าในขอบเขตใดที่จะอ้างความจำเป็นขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้¹¹²

ในปี ค.ศ. 1550 Serjeant Pollard เป็นผู้นำหลักกฎหมายละตินที่ว่า “*Necessitas non habet legem*” (ความจำเป็นย่อมไม่มีกฎหมาย) เข้ามาเผยแพร่ โดยได้นำมากล่าวไว้เป็นความเห็นแย้งในคำพิพากษาของศาล Exchequer Chamber¹¹³ ว่า

“...ในกฎหมายทุกฉบับมีบางสิ่งซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้ว บุคคลย่อมจะละเมิดบทบัญญัตินั้นได้ แต่ไม่ได้ละเมิดกฎหมายในเนื้อแท้ของกฎหมายเอง (*the law itself*) และสิ่งเช่นนั้นอยู่นอกเหนือการลงโทษของกฎหมาย โดยกฎหมายก็ได้ให้ออกสิทธิ์แก่มัน แม้ว่าจะเป็นการละเมิดตัวอักษรของกฎหมายสำหรับถ้อยคำของกฎหมาย แต่มิใช่การละเมิดตัวบทกฎหมายเอง ดังนั้น เนื้อแท้ของกฎหมายมิได้ถูกละเมิด ฉะนั้นบทบัญญัติของกฎหมายธรรมชาติซึ่งเป็นกฎแห่งแผ่นดินนี้หรือแผ่นดินอื่น ๆ และกฎหมายของพระเจ้าจะต้องยอมรับด้วยเช่นกันที่จะเปิดทางให้การกระทำบางอย่างหรือบางสิ่งที่ยึด

¹¹² กุสุมา จินดาทิพย์, "ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ," หน้า 38.

¹¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

ต่ออัยคำของกฎหมายเดียวกัน และนั่นคือว่า เมื่ออัยคำของกฎหมายถูกละเมิดเพื่อหลีกเลี่ยงความยากลำบากหรือภัยอันตรายที่ยิ่งใหญ่กว่าด้วยความจำเป็นหรือด้วยการบังคับ...”

จากความเห็นแย้งของ Pollard ดังกล่าว ทำให้ศาลอังกฤษได้กำหนดแนวทางของการกระทำด้วยความจำเป็นไว้ 2 กรณี¹¹⁴ คือ

1. **Duress** เป็นการกระทำเพราะถูกข่มขู่บังคับโดยบุคคล ซึ่งเป็นการขู่บังคับใจของผู้กระทำ โดยบุคคลผู้ถูกข่มขู่ไม่มีเหตุอันสมควรที่จะเกรงกลัวอันตรายเฉพาะหน้านั้นแม้ว่าอันตรายที่ข่มขู่จะเท่ากับภัยอันตรายที่กระทำไป และข้อต่อสู้เรื่องถูกข่มขู่สามารถยกขึ้นอ้างได้แม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้เช่นนั้น แต่ก็มีข้อจำกัดอยู่ว่าจะยกข้อต่อสู้เรื่องถูกข่มขู่ขึ้นอ้างในความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาหรือคดีกบฏไม่ได้ แต่ต่อมาก็สามารถยกขึ้นอ้างเพื่อไม่ให้รับโทษในความผิดฐานกบฏได้ โดยให้เหตุผลว่าการฆ่าคนตายเป็นกรรมเพียงกรรมเดียวซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้วไม่สามารถเยียวยาแก้ไขหรือยุติการกระทำดังกล่าวได้ เพราะผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายไปแล้ว แต่คดีกบฏเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องสามารถแก้ไขได้เป็นช่วง ๆ และจากคำพิพากษาในคดีที่ถือเป็นบรรทัดฐานในเรื่องการถูกข่มขู่บังคับของอังกฤษซึ่งตัดสินในปี ค.ศ.1971 ที่ว่าบรรทัดฐานของการถูกข่มขู่ก็คือ “การกระทำความผิดโดยความไม่สมัครใจของจำเลย” ซึ่งโดยสรุปแล้ว การกระทำโดยการถูกข่มขู่ที่จะยกเป็นข้อแก้ตัวทางกฎหมายได้นั้น จะต้องประกอบไปด้วย¹¹⁵

- 1) ความกลัวอย่างมีเหตุผลของการข่มขู่
- 2) ภัยอันตรายกำลังจะเกิดขึ้นในทันที
- 3) ทำให้ผู้ถูกข่มขู่กลัวว่าจะต้องตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัส

2. **Necessity** เป็นการกระทำโดยหลีกเลี่ยงภัยเพราะถูกบังคับจากสภาพแวดล้อมภายนอกหรือเหตุการณ์ตามธรรมชาติ เช่น พายุ เป็นต้น โดยภัยอันตรายนั้นเป็นภัยอันตรายที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ การกระทำด้วยความจำเป็นนี้เป็นเหตุที่เรียกว่า “นโยบายสาธารณะ” (Public Policy) กล่าวคือกฎหมายควรที่จะสนับสนุนคุณค่าที่อยู่เหนือกว่าและยอมสูญเสียคุณค่าที่น้อยกว่า และในบางครั้งการที่จะรักษาคุณค่าที่อยู่เหนือกว่านี้จะต้องกระทำการโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายก็ตาม เช่น กฎหมายห้ามการขโมยและการฆ่าผู้อื่น เพราะเป็นการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินและสิทธิในร่างกาย แต่ในกรณีคนที่อดอยากไปขโมยทรัพย์สินนั้น สิ่งที่เราควรได้รับการคุ้มครองในคดีนี้ควรเป็น “ชีวิต”

¹¹⁴ เรื่องเดียวกัน.

¹¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

มากกว่า “ทรัพย์สิน” ฉะนั้นการกระทำของบุคคลนั้นจึงเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น ซึ่งเป็นสิ่งที่ชอบธรรม ส่วนกรณีการฆ่าคน ๆ หนึ่ง เพื่อช่วยชีวิตคนหลายคนการรักษาชีวิตของคนหลายคนไว้เป็นสิ่งที่ดีกว่าที่จะรักษาชีวิตคนเดียว สิ่งนี้เป็นเรื่องของการเลือกกระทำในระหว่างสิ่งที่ชั่วร้าย (Choice of evils) เมื่อแรงกดดันจากสภาพภายนอกทำให้บุคคลต้องเผชิญกับการเลือกที่จะกระทำในสิ่งที่ชั่วร้าย การกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายที่มีประโยชน์มากกว่าโดยกระทำความชั่วร้ายที่น้อยกว่า เป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งแนวคิดนี้อาจจะเรียกว่า “ทฤษฎีความชั่วร้ายที่น้อยกว่า” (theory of lesser evils)

การเกิดขึ้นของความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายอังกฤษมีความคล้ายคลึงกับแนวทางการพัฒนาในประวัติศาสตร์กฎหมายเยอรมัน¹¹⁶ ในระยะแรกศาลอังกฤษยอมรับว่าการทำลายหรือทิ้งทรัพย์สินจะเป็นธรรมในการช่วยชีวิตมนุษย์¹¹⁷ นอกจากนั้นศาลยังได้ใช้หลักการที่ว่าเจ้าของที่ดินต้องทนต่อการบุกรุกโดยชอบธรรมและยิ่งไปกว่านั้นมิสิทธิได้รับค่าเสียหายจากอันตรายที่ได้รับ¹¹⁸ คำพิพากษาที่ปรากฏต่อ ๆ มา ก็ยังคงถือแนวการพิจารณาพิพากษาโดยใช้หลักการเดียวกัน เช่น การทำลายบ้านหลังหนึ่งเพื่อป้องกันไฟไหม้ หรือการทำแท้งเพื่อเป็นการคุ้มครองชีวิตของมารดา โดยผู้กระทำความเจตนาสุจริต แม้ว่าในขณะนั้นไม่มีบทกฎหมายให้ทำได้ก็ดี กรณีเหล่านี้ศาลอังกฤษเห็นว่าเป็นความชอบธรรมที่กระทำได้ เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการรักษาประโยชน์ตามกฎหมายที่มีคุณค่าสูงกว่า¹¹⁹

การเรียกร้องให้กฎหมายยอมรับเอาความแตกต่างระหว่างความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย และความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษเช่นเดียวกับที่เยอรมันยอมรับนั้น จะเป็นงานของนักตำรา โดยเฉพาะ Granville William ซึ่งเห็นว่าความแตกต่างระหว่าง necessity กับ duress จะมีได้ขึ้นอยู่กับสภาพที่มาของสภาพแวดล้อมที่เป็นอันตราย กับการข่มขู่ของมนุษย์อีกต่อไป แต่ความแตกต่างจะอยู่บนพื้นฐานของการชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่จะต้องรักษาและที่จะต้องสละมากกว่า necessity ในฐานะที่เป็นความชอบธรรมจะใช้ในทุกกรณีที่ประโยชน์ที่จะต้องสละมีค่าน้อยกว่าประโยชน์ที่

¹¹⁶ Fletcher, G. P., *Rethinking Criminal Law*, p. 788.

¹¹⁷ ดูคดี Mouse's Case, 77 Eng. Rep. (1608) ศาลตัดสินว่า ผู้โดยสารบนเรือเดินสมุทรอาจบุกรุกเข้าไปในห้องเก็บสินค้าบนเรือ และโยนสินค้าทิ้งลงทะเลได้ เพื่อให้เรือที่กำลังผจญกับพายุอยู่ มีน้ำหนักเบาขึ้นและสามารถแล่นต่อไปได้

¹¹⁸ ดูคดี Vincent V. Lake Eric Trans Co. 109 Minn. 456, 124 N.W.221 (1910) ศาลตัดสินว่า เจ้าของท่าเรือต้องทนต่อการรุกราน และความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ท่าเทียบเรือ เพราะเจ้าของท่าเรือสามารถเรียกค่าเสียหายจากเจ้าของเรือในการหนีภัยพายุได้

¹¹⁹ ธีรโชติ ไผ่สุรัตน์, "หลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย : ศึกษาความผิดฐานเปิดเผยความลับกรณีแพทย์กับการเปิดเผยความลับของผู้ป่วย," หน้า 48.

จะต้องรักษา โดยไม่คำนึงถึงว่าภยันตรายของประโยชน์ที่จะต้องรักษาเป็นผลมาจากสภาพแวดล้อมภายนอกหรือการข่มขู่ของมนุษย์¹²⁰

4.3.2 ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นที่ต้องเลือกชีวิตมนุษย์

ตัวอย่างคดีเรื่องความจำเป็นที่ต้องเลือกระหว่างชีวิตกับชีวิตในประเทศอังกฤษนั้น มีคดีที่น่าสนใจอยู่เรื่องหนึ่ง คือ **คดี R vs. Dudley and Stephens (1884)**¹²¹ สรุปได้ดังนี้¹²²

จำเลยเป็นกะลาสีเรือชื่อ Thomas Dudley และ Edward Stephen พร้อมด้วยเพื่อนกะลาสีชื่อ Brooks และผู้ตายซึ่งเป็นเด็กประจำเรืออายุประมาณ 17 -18 ปี ชื่อ Richard Parker ได้ลอยอยู่กลางทะเลในเรือชูชีพห่างจากฝั่งประมาณ 1,600 ไมล์ เพราะเรือยอชต์ที่นั่งมาเจอกับพายุบนเรือชูชีพนั้นนอกจากหัวผักกาดกระป๋องหนัก 1 ปอนด์แล้วก็ไม่มีทั้งอาหารและน้ำติดมา ในวันที่สี่หลังจากอดอาหารและน้ำเป็นเวลาสามวัน จำเลยและพวกก็จับเต่าตัวเล็ก ๆ มาได้หนึ่งตัวและใช้เป็นอาหารจนถึงวันที่สิบสอง และคนทั้งสี่ก็ไม่มีอะไรกินนอกจากดื่มน้ำฝน ในวันที่สิบแปดหลังจากขาดอาหารมาเจ็ดวันและไม่ได้ดื่มน้ำมาห้าวัน จำเลยทั้งสองปรึกษากับ Brooks ว่าหากยังไม่มีความช่วยเหลือ พวกตนคนใดคนหนึ่งควรที่จะต้องเสียสละเพื่อให้คนที่เหลือรอด แต่ Brooks ปฏิเสธ ส่วนผู้ตายซึ่งเป็นคนที่จำเลยประสงค์จะให้เป็นคนเสียสละไม่ทราบถึงการปรึกษาดังกล่าว

ในวันที่ยี่สิบ Dudley ส่งสัญญาณให้ทั้ง Brook และ Stephen ว่าควรจะฆ่าผู้ตายแต่ Brooks ก็ยังคงปฏิเสธ ส่วน Stephen เห็นด้วย ดังนั้น Dudley และ Stephen จึงตรงไปฆ่าผู้ตายซึ่งกำลังนอนไม่สบายเพราะอดอาหาร หลังจากนั้นทั้งสามคนจึงดื่มเลือดและกินเนื้อของผู้ตายจนมีชีวิตรอดมาได้อีกสี่วัน จนถึงวันที่ยี่สิบสี่เมื่อมีเรือผ่านมาและช่วยชีวิตของทั้งสามไว้ได้ในสภาพที่อ่อนเพลียจนถึงที่สุด และถูกนำตัวขึ้นสู่ศาลเพื่อพิจารณาคดีโดยจำเลยยกข้อต่อสู้ว่าเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น

คำพิพากษาของศาล ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา แต่ลดโทษให้จำคุกเพียง 6 เดือน โดยศาลไม่ยอมรับข้อต่อสู้เรื่องการกระทำด้วยความจำเป็น เพราะการฆ่าเด็กไม่ได้เป็นความจำเป็นมากไปกว่าการฆ่าผู้ใหญ่และอาจเป็นไปได้ว่าในวันรุ่งขึ้นเรือผ่านมา นอกจากนี้

¹²⁰ กุสุมา จินดาทิพย์, "ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ," หน้า 40.

¹²¹ ศึกษาคำพิพากษาเพิ่มเติมได้ที่ Lifeboat case: is murder allowed by necessity? (Queen vs. Dudley and Stephens) แหล่งที่มา : <https://canestrinilex.com/en/readings/lifeboat-case-is-murder-allowed-by-necessity-queen-vs-dudley-and-stephens/>

¹²² ธรรมนูญ บุญมี, "ความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตด้วยความจำเป็น," หน้า 63.

ผู้พิพากษาบางคนยังให้ความเห็นสนับสนุนว่าการฆ่าผู้บริสุทธิ์นั้นเป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้ เพราะกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่ห่างไกลจากความเป็นธรรม และหากยอมรับให้อ้างความจำเป็นได้หลักการนี้จะ เป็นอันตรายเนื่องจากมีความไม่ชัดเจนในการพิจารณาระดับความจำเป็นและการเลือกผู้ที่ต้อง เสียสละ และแม้กฎหมายกับศีลธรรมจะไม่ใช่เรื่องเดียวกันและมีหลายเรื่องที่สามารถจะผิดศีลธรรมแต่ ไม่จำเป็นต้องผิดกฎหมายก็ตาม แต่การแยกกฎหมายออกจากศีลธรรมอย่างเด็ดขาดย่อมมีผลที่เป็น อันตรายอย่างยิ่ง¹²³

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าในคดีนี้จำเลยไม่สามารถอ้างความจำเป็น เนื่องจากมิใช่การกระทำไป ด้วยความจำเป็นเพื่อให้พ้นจากภัยอันตรายที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้โดยวิธีอื่น เนื่องจากมีความไม่แน่นอน เกิดขึ้น เช่น วันรุ่งขึ้นหรือเย็นวันนั้นอาจจะมีเรือมีพบบ หรืออาจจะจับสัตว์ทะเลกินเพื่อประทังชีวิตได้ โดยที่ไม่ต้องฆ่าใครเลยเหมือนที่เคยทำมาก่อนในวันต้น ๆ แม้จะเสียสละชีวิตผู้หนึ่งเพื่อให้อีกหลายคน อยู่รอดตามหลักซึ่งนำหลักประโยชน์ แต่เด็กอายุน้อยที่ป่วยก็ไม่ใช่ทางเลือกที่เป็นธรรม โดยไม่ได้ แม้แต่จะให้เด็กมีโอกาสในการเลือกผู้เสียสละเลย

จากคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่าศาลเห็นว่าการอ้างเรื่องจำเป็นในการพรากชีวิตมนุษย์ ไม่สามารถทำได้ ในปัจจุบันแม้ยังไม่มียุทธศาสตร์ที่อนุญาตให้มีการยกข้อต่อสู้ดังกล่าวมาใช้ในความผิดฐานฆ่าคนตายได้ แต่ในปี ค.ศ. 2000 มีคดีที่ทำให้สถานะของข้อต่อสู้เรื่องการกระทำโดยจำเป็นต้อง ถูกนำมาพิจารณาทบทวนอีกครั้งว่าสามารถนำมาใช้เพื่อเป็นข้ออ้างในการทำลายชีวิตมนุษย์ได้หรือไม่ ซึ่งคดีดังกล่าวนี้ก็คือคดี **Re A (Children)**¹²⁴ สรุปได้ดังนี้¹²⁵

Jodie กับ Mary เกิดเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม พ.ศ.2543 มีน้ำหนักรวมกัน 6 กิโลกรัม ทั้งคู่ต่างมี การหายใจตามธรรมชาติแต่ May ไม่ได้หายใจด้วยอวัยวะของตนเอง ทั้งคู่เป็นฝาแฝดที่มีส่วนเชื่อมกัน บริเวณกระดูกกันที่อยู่ใต้กระดูกเชิงกราน แต่ละคนมีแขนขาคนละ 2 ข้างครบทั้งคู่มีกระดูกสันหลัง ร่วมกัน ทั้ง Jodie และ Mary ต่างก็มีสมอง หัวใจ ปอด ตับ และไตเป็นของตนเองแต่ใช้กระเพาะ ปัสสาวะร่วมกันซึ่งอยู่ในส่วนบริเวณท้องของ Jodie (แต่ละคนมีอวัยวะสำหรับปัสสาวะต่างหาก และ สามารถใช้งานได้แยกเป็นอิสระจากกัน) Mary มีอาการที่ผิดปกติรุนแรง 3 ประการได้แก่

¹²³ อนุชล สัญชานุกูล, "การกระทำด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด," หน้า 116.

¹²⁴ รมณกรณ์ บุญมี, "ความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตด้วยความจำเป็น," หน้า 70.

¹²⁵ รมณกรณ์ บุญมี, "การฆ่าเพื่อรักษาชีวิต: ศึกษาจากกรณีผ่าตัดแยกแฝดสยาม," *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่39, ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2553) 306-338.

1) สมองของ Mary ในส่วนที่เป็น primitive brain รวมทั้งในส่วนของเปลือกสมองนั้นไม่มีการพัฒนา อันอาจนำไปสู่การสูญเสียการควบคุมร่างกายได้ในอนาคต

2) หัวใจมีขนาดใหญ่ผิดปกติและขยายอยู่เต็มช่องอก นอกจากนี้หัวใจของ Mary ยังมีความผิดปกติหลายประการ รวมทั้งในส่วนของเส้นเลือดที่นำเลือดมาหล่อเลี้ยงหัวใจก็ผิดปกติหรือสรุปได้ว่าหัวใจแทบจะทำงานไม่ได้เลย ไม่มีการจ่ายเลือดไปเลี้ยงอวัยวะต่าง ๆ ของร่างกาย ถ้าเมื่อไหร่ที่หัวใจของ Jodie ไม่สามารถทำงานได้ Mary จะไม่สามารถมีชีวิตได้เลยและเนื่องด้วยขนาดที่ใหญ่โตทำให้ไปเบียดพื้นที่อวัยวะอื่น ๆ ที่เหลือ

3) ปอดของ Mary ไม่สามารถทำงานได้เนื่องจากไม่มีเนื้อเยื่อปอด ทำให้ไม่สามารถแลกเปลี่ยนอากาศภายในช่องอกได้ Mary จึงต้องอาศัยปอดของ Jodie ในการหายใจ และแลกเปลี่ยนอากาศ

เนื่องด้วยอวัยวะทั้งสามส่วนของ Mary ทั้งสมอง หัวใจและปอดไม่สามารถทำงานได้เลย ทำให้กรณีดังกล่าวถ้าไปเกิดกับเด็กธรรมดาที่ไม่ใช่แฝดสยาม Mary จะไม่สามารถมีชีวิตอยู่ได้รวมทั้งไม่อาจใช้เครื่องช่วยหายใจ หรืออุปกรณ์ใด ๆ ในการรักษาชีวิตไว้ได้เพราะอวัยวะสำคัญไม่อาจทำงานได้เลย หรือก็คือลำพังอวัยวะของ Mary นั้นไม่สามารถทำให้ Mary คลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกได้ หากแต่ที่ยังเคลื่อนไหวอยู่ได้เป็นเพราะอาศัยอวัยวะของ Jodie ในการดำรงชีวิตอยู่ได้นั่นเอง

คณะแพทย์เห็นว่ามีทางเลือกในการรักษาทั้งหมด 3 วิธีซึ่งแต่ละวิธีจะมีผลต่ออัตราการรอดชีวิตของคนทั้งสองที่แตกต่างกัน ดังนี้

1. ไม่ผ่าตัดแยก การไม่ผ่าตัดแยกทำให้ Jodie ต้องแบกรับภาระที่เกิดจากน้องสาวที่มีร่างกายไม่สมบูรณ์ไปตลอดชีวิตของทั้งคู่จากการประเมินด้านกายวิภาคถ้าคนทั้งสองเติบโตขึ้นไปเรื่อย ๆ Jodie จะไม่สามารถเดินหรือนั่งตามปกติได้อีกทั้งมีแนวโน้มสูงที่ Jodie จะมีอาการหัวใจล้มเหลวเพราะด้วยหัวใจที่ยังพัฒนาไม่เต็มที่และถูกสร้างมาเพื่อใช้กับคนที่มีร่างกายเพียง 40 เซนติเมตร แต่กลับต้องนำไปหล่อเลี้ยงคนที่สูงเท่ากันอีกคนหนึ่งเท่ากับหัวใจของ Jodie ซึ่งเป็นของคนสูง 40 เซนติเมตรต้องทำงานเท่ากับหัวใจของคนที่สูงเป็นสองเท่าคือ 80 เซนติเมตร อันจะทำให้ทั้งคู่เสียชีวิตตามประมาณการของแพทย์ที่ทำการรักษาภายในเวลา 3 ถึง 6 เดือน

2. ผ่าตัดแยก ถ้าผ่าตัดแยกเมื่อใด Mary จะเสียชีวิตในทันทีเพราะแพทย์จะตัดเส้นเลือด aorta ที่ใช้ในการลำเลียงเลือดจาก Jodie ไปที่ Mary แต่ Jodie จะมีโอกาสรอดและมีโอกาสมี

คุณภาพชีวิตที่ดีสามารถเดินได้ด้วยตนเอง สามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติและมีพัฒนาการทางร่างกายที่เหมาะสม แต่ในระหว่างการผ่าตัดอาจเกิดปัญหาทำให้ Jodie หัวใจล้มเหลว รวมทั้ง Jodie จำเป็นต้องได้รับการรักษาต่อเนื่องอีกเป็นเวลานานเพื่อให้สามารถควบคุมการปัสสาวะได้ นอกจากนี้ Jodie อาจจะมีปัญหากล้ามเนื้อบริเวณที่อยู่ติดกับกระดูก ซึ่งต้องรับการผ่าตัดเพิ่มเติม นอกจากนี้ยังมีโอกาสประมาณ 5-6% ที่การผ่าตัดจะล้มเหลวและคนทั้งสองเสียชีวิตทั้งคู่ที่สำคัญที่สุดก็คือถึงแม้การผ่าตัดจะสำเร็จ Jodie ก็อาจจะมีชีวิตอยู่ได้ไม่นาน อย่างไรก็ตามสิ่งที่สำคัญก็คือความถูกต้องตามกฎหมายขณะกระทำ ถ้าการผ่าตัดนั้นชอบด้วยกฎหมาย แม้เด็กทั้งสองจะไม่รอดเลยก็ตาม การกระทำดังกล่าวก็ย่อมชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าสิ่งที่ทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเด็กจะรอดกี่คน มีชีวิตที่ยาวนานเพียงใด หรือมีความสุขมากเท่าใด ผู้ผ่าตัดก็ยังคงมีความผิดอาญาเช่นเดิม อยู่เสมอ ซึ่งเป็นไปตามสำนวนที่ว่า The end does not justify the means¹²⁶

3. ผ่าตัดแยกแบบเร่งด่วน กรณีการผ่าตัดแยกแบบเร่งด่วนจะใช้ต่อเมื่อเกิดเหตุการณ์อันตรายขึ้น เช่น Mary เสียชีวิต หรือ Jodie เริ่มแสดงอาการหัวใจล้มเหลว หรือมีอาการแทรกซ้อน อย่างเป็นทางการผ่าตัดโดยเร่งด่วนเนื่องด้วยเกิดเหตุอันตรายเช่นนั้นจะทำให้ Jodie มีโอกาสเสียชีวิตสูงถึง 60% เมื่อเทียบกับ 6% ในกรณีที่เป็นการผ่าตัดแยกโดยมีการวางแผนไว้เป็นระบบ

แต่สำหรับ Mary ไม่ว่าจะเป็นการผ่าตัดแบบใด Mary ก็เสียชีวิตทันทีอย่างแน่นอน ถึงแม้ว่าแพทย์ผู้ทำการรักษาจะอ้างว่าการเสียชีวิตของ Mary จะเกิดขึ้นในเวลาอันรวดเร็วและเป็นไปในแบบที่ไม่ทรมานเนื่องจากการขาดเลือดไปเลี้ยงทำให้ไม่รู้สึกรู้เจ็บปวดใด ๆ ทั้งสิ้นก็ตาม

นอกจากข้อขัดแย้งที่แพทย์ประสงค์ต้องการให้ผ่าตัดเพื่อช่วยชีวิต Jodie กับบิดามารดาทั้งสองคนที่ไม่ต้องการให้ผ่าตัด และปล่อยให้ชีวิตของเด็กทั้งสองเป็นไปตามประสงค์ของพระเจ้าแล้ว ยังมีข้อขัดแย้งระหว่างกฎหมายและศีลธรรมอีกด้วย

¹²⁶ เป็นสำนวนในภาษาอังกฤษหมายถึง การบรรลุเป้าหมายนั้นต้องทำด้วยวิธีทางที่ถูกต้องทั้งในทางกฎหมาย และศีลธรรม การกระทำที่ไม่ถูกต้องนั้นแม้สุดท้ายจะทำให้ได้ผลที่ต้องการ และเป็นผลที่ดีแก่ผู้กระทำ หรือสังคมมากแค่ไหนก็ตาม แต่การกระทำเช่นนั้นก็ยังเป็นการกระทำที่ผิดอยู่เช่นเดิม ผลลัพธ์ที่ดีนั้นไม่อาจทำให้การกระทำที่ไม่ถูกต้องกลายเป็นการกระทำที่ถูกต้องได้

ในคดี Jodie กับ Mary นั้น Archbishop Cormac Murphy - O'Connor เจ้าคณะแห่งโบสถ์แคธอลิกในอังกฤษ และเวลล์ (Head of Catholic Church of England and Wales) ขึ้นเป็นพยานในคดีดังกล่าว และได้เคยพูดไว้ว่า "หลักการพื้นฐานแห่งศีลธรรมในการเสี่ยง ก็คือไม่มีผลที่ดีงามอันจะงอกจากการกระทำที่ไม่ชอบธรรมไปได้" (There is a fundamental moral principle at stake. No one can commit a wrong action that good may come of it) รมณกรณ์ บุญมี, "การฆ่าเพื่อรักษาชีวิต: ศึกษาจากกรณีผ่าตัดแยกแฝดสยาม,"วารสารนิติศาสตร์ :315.

คำพิพากษา ผู้พิพากษาสามคนได้ตัดสินโดยมีแนวความเห็นซึ่งพอสรุปได้ ดังนี้¹²⁷

ผู้พิพากษา Ward L.J. ภายใต้สถานการณ์ที่ขัดแย้งเช่นนั้น แพทย์ก็มีสถานะไม่ต่างจากศาล ในการที่จะทำให้เด็กทั้งสองอยู่ในสถานะที่ดีที่สุด แพทย์จึงควรมีเสรีภาพในการตัดสินใจเช่นเดียวกับศาล แพทย์ควรจะได้ทำในแนวทางเดียวกับที่ศาลได้ทำ ด้วยการให้ความสำคัญกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของชีวิตในการชั่งน้ำหนักคุณค่าที่เกี่ยวข้อง ถึงแม้ความเคารพที่กฎหมายจะต้องมีต่อชีวิตของแต่ละคนนั้นจะต้องมีขนาดและน้ำหนักที่เท่ากัน แต่นอกจากเรื่องดังกล่าวก็จะต้องคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ ประกอบด้วย ศาลจึงตัดสินอนุญาตให้มีการผ่าตัด และศาลตัดสินว่าการผ่าตัดนั้นชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชั่วที่น้อยกว่า และไม่ถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ผู้พิพากษา Robert Walker L.J. เห็นว่าเป็นคดีที่แพทย์มีหน้าที่สองอย่างที่ขัดแย้งกัน ซึ่งหน้าที่นั้นไม่ใช่เพียงหน้าที่ทางสังคมหรือศีลธรรมเท่านั้น ในคดีดังกล่าวศาลเห็นว่าเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนเพราะเป็นการพิจารณาระหว่างชีวิตกับความตาย โดยมีหลักฐานปรากฏชัดว่าอย่างไร Mary ก็ต้องตายอย่างแน่นอน มันจึงไม่ใช่การพิจารณาระหว่างชีวิตของมนุษย์ที่มีคุณค่าเท่ากัน

ผู้พิพากษา Brooke L.J. เห็นว่าการกระทำโดยจำเป็นเงื่อนไขอยู่สามประการคือ 1) เป็นการกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายที่กำลังเกิดขึ้นโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงด้วยวิธีการอื่นได้ 2) ทำได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่กล่าวมาบรรลุเท่านั้น 3) ภัยที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เกินสัดส่วนแห่งภัยที่จะหลีกเลี่ยง... ศาลเห็นว่าตามพฤติการณ์แห่งคดีถือว่าเป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสามประการ

ดังนั้นผู้พิพากษาในคดีนี้จึงมีความเห็นว่าแพทย์มีอำนาจกระทำโดยอาศัยหลักเกณฑ์เรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยจะเห็นว่าแม้การผ่าตัดของแพทย์จะเป็นการฆ่า Mary แต่ก็เป็นการกระทำด้วยความจำเป็นเพื่อให้ Jodie พ้นจากภัยความตายซึ่งได้สัดส่วนแห่งภัยตามหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะหากแพทย์ไม่ลงมือผ่าตัดจะทำให้ Jodie ต้องตายไปพร้อมกับ Mary เท่ากับเป็นการรักษาชีวิตคนไว้ได้อย่างน้อยหนึ่งคน ซึ่งมีประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวมมากกว่าการปล่อยให้ต้องตายทั้งสองคน นอกจากนี้ก็ไม่มีปัญหาการเลือกชีวิตที่ต้องเสียสละเหมือนคดีที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ (Dudley and Stephens) เพราะไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากต้องฆ่า Mary

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าในเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นของประเทศอังกฤษนั้นมีการวิวัฒนาการมาอย่างยาวนาน จะเห็นได้ทั้งพัฒนาการและความคลี่คลายของคำพิพากษาศาล ที่ก่อน

¹²⁷ รมกรณ์ บุญมี, "ความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตด้วยความจำเป็น," หน้า 70.

หน้านี้ไม่สามารถอ้างความจำเป็นในการทำลายชีวิตมนุษย์ได้อย่างคดี Dudley and Stephens แม้จะเป็นไปเพื่อช่วยชีวิตคนจำนวนมากก็ตามแต่ก็ยังมีทางอื่นในการเลี่ยงให้พ้นภัยอันตราย นอกจากนี้ ทฤษฎีให้อ้างความจำเป็นได้อาจเกิดปัญหาในการพิจารณาระดับความจำเป็นและการเลือกผู้ที่ต้องเสียสละ แต่ตั้งแต่หลังคดี Re A (Children) ศาลก็เริ่มยอมรับการกล่าวอ้างหลักความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายในการพินาศชีวิตมนุษย์ แม้ปัจจุบันจะมีการถกเถียงกันว่าสามารถอ้างความจำเป็นในการทำลายชีวิตมนุษย์ได้หรือไม่ แต่ผลจากคำพิพากษาในคดี Re A (Children) ย่อมแสดงให้เห็นแนวโน้มของการปรับใช้หลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายในการทำลายชีวิตมนุษย์ โดยต้องเข้าองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- 1) เป็นการกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่กำลังเกิดขึ้นโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงด้วยวิธีการอื่นได้
- 2) ทำได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่กล่าวมาบรรลุเท่านั้น
- 3) ภัยที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เกินสัดส่วนแห่งภัยที่จะหลีกเลี่ยง โดยต้องให้ความสำคัญกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของชีวิตในการชั่งน้ำหนักคุณค่าที่เกี่ยวข้อง ถึงแม้ความเคารพที่กฎหมายจะต้องมีต่อชีวิตของแต่ละคนนั้นจะต้องมีขนาดและน้ำหนักที่เท่ากัน แต่นอกจากเรื่องดังกล่าวก็ต้องคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ ประกอบด้วย **การทำลายชีวิตผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนเพราะเป็นการพิจารณาระหว่างชีวิตกับความตาย จึงจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย**

จากการศึกษาคำพิพากษาของประเทศคอมมอนลอว์ การจะอ้างความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายการเลือกรักษาชีวิตต้องครบองค์ประกอบดังต่อไปนี้

1. เป็นการกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่กำลังเกิดขึ้นโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงด้วยวิธีการอื่นได้
2. ทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้น
3. การเลือกต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรม เช่น ผู้มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่าก็ต้องเป็นผู้ที่เสียสละ
4. ต้องได้สัดส่วน (หากเป็นกรณีการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนเพราะเป็นการพิจารณาระหว่างชีวิตกับความตาย จึงจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย)

ดังนั้นจากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า แนวโน้มการปรับใช้หลักเรื่องความจำเป็นในการทำลายชีวิตมนุษย์ของประเทศอังกฤษสามารถทำได้ แต่ต้องเป็นการทำลายชีวิตผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า

4.3.3 ความเห็นของนักกฎหมายเรื่องการใช้ความจำเป็นในการเลือกชีวิตมนุษย์

Andrew Ashworth นักกฎหมายชาวอังกฤษได้กล่าวถึงการอ้างหลักความจำเป็นในการใช้น้ำหนักชีวิตมนุษย์ในหนังสือ *Principles of Criminal Law* ว่าการอ้างหลักเรื่องความจำเป็นต้องใช้ด้วยความระมัดระวังโดยเฉพาะกับเรื่อง “ชีวิต” ซึ่งเป็นสิ่งที่มีค่าสูงสุด¹²⁸ แม้ใน Model Penal Code จะมีการกล่าวถึงเรื่อง lesser evil แต่ก็ได้จำกัดขอบเขตในการปรับใช้ไว้ให้ชัดเจนทำให้การใช้หลักดังกล่าวยังต้องอาศัยการตีความ เราพยายามที่จะพิสูจน์ความผิดที่ได้กระทำลงนั้นโดยอ้างอิงถึงผลดีโดยรวมที่เกิดขึ้น ทว่าอาจมีบางสถานการณ์ที่การเสียสละชีวิตจำนวนน้อยอาจจะเป็นทางเดียวที่จะช่วยชีวิตคนจำนวนมากขึ้นได้ อย่างที่เขื่อนกำลังจะแตก (น้ำท่วมทั้งเมือง) จึงต้องมีการเปิดประตูน้ำ (น้ำท่วมพื้นที่ที่มีประชากรน้อย)

Ashworth เห็นว่า สถานการณ์บางอย่างทำให้เกิดปัญหาทางศีลธรรม คือ “การเลือกเหยื่อ” ตัวอย่างเช่น เมื่อเรือชูชีพตกอยู่ในอันตรายจากการจม จำเป็นต้องโยนผู้โดยสารบางคนลงน้ำหรือเมื่อต้องฆ่ากินคนเพื่อให้คนที่เหลืออยู่รอด ซึ่งกรณีที่ไม่อาจรักษาประโยชน์ของทุกคนไว้ได้ ก็จำเป็นที่จะต้องมีการเสียสละเพื่อลดความเสียหายให้เหลือน้อยที่สุด

Glanville Williams เห็นว่าหากเป็นกรณีของการช่วยชีวิตของบุคคลอื่น หรือการช่วยคนหลาย ๆ คนโดยการทำลายชีวิตของคน ๆ เดียว หรือคนจำนวนน้อยกว่า สมควรที่จะต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แค่เพียงได้รับการยกเว้นโทษเท่านั้น ซึ่งการปรับใช้การกระทำโดยจำเป็นกับการกระทำในลักษณะดังกล่าวน่าจะเหมาะสม โดย Williams เห็นว่าในกรณีที่เรือกำลังจะจม หากมีการใช้วิธีการจับฉลากเพื่อเลือกคนที่ต้องถูกจับโยนลงทะเล ดังนี้หากมีการโยนคนลงไปทะเล การโยนนั้นจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะหากต้องเลือกระหว่างไม่ทำอะไรเลย แล้วรอให้เรือจมกับโยนคนออกแม้จะมากกว่าครึ่งแต่ก็เป็น การช่วยคนที่เหลือ บุคคลก็ควรต้องเลือกทางที่สองซึ่งถึงแม้ว่าจะเป็น การกระทำที่เลวร้าย แต่กฎหมายก็ต้องยอมให้ทำ¹²⁹

4.3.4 ข้อเรียกร้องของแพทย์อังกฤษต่อการเลือกรักษาในสถานการณ์ฉุกเฉิน

ในปัจจุบันหลังจากเกิดเหตุการณ์ COVID-19 ทำให้แพทย์ออกมาเรียกร้องให้มีการคุ้มครองแพทย์ในสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น การเลือกรักษาผู้ป่วย จากบทความ Emergency law needed to

¹²⁸ A. Ashworth and J. Horder, *Principles of Criminal Law* (OUP Oxford, 2013), pp. 35-36.

¹²⁹ Glanville Williams, *Criminal Law the General Part*, 2nd ed., London: Steven and Sons Limited, 1961, pp.737,741 อ้างถึงใน รมณกรณ์ บุญมี, "ความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตด้วยความจำเป็น," หน้า 81-82.

protect doctors at risk of legal challenge when treating COVID-19 patients¹³⁰ แพทย์ร่วมกันเรียกร้องให้มีการคุ้มครอง แพทย์กังวลไม่เพียงแต่ว่าพวกเขาจะถูกบังคับให้เลือกผู้ป่วยที่ควรอยู่และคนใดควรตาย แต่ยังเสี่ยงต่อการถูกตำรวจสอบสวนอีกด้วย ดังนั้นควรออกกฎหมายฉุกเฉิน พวกเขาเน้นย้ำว่าพวกเขาไม่ได้โต้เถียงกันเพื่อให้บุคลากรทางการแพทย์อยู่เหนือกฎหมาย และเสนอว่ากฎหมายฉุกเฉินควรใช้เฉพาะกับการตัดสินใจที่เพิ่มขึ้นโดยสุจริตเท่านั้นในสถานการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุม และเป็นไปตามแนวทางที่เกี่ยวข้อง กฎหมายดังกล่าวจะไม่มีผลบังคับใช้กับการทำอันตรายทางอาญาโดยจงใจหรือโดยเจตนา หรือการประพฤตินิষอบโดยประมาท และจะมีผลใช้บังคับเพียงชั่วคราวเท่านั้น โดยมีผลย้อนหลังตั้งแต่เริ่มต้นการระบาดใหญ่ และจากบทความ Covid-19: Protect us from unlawful killing charges - medics¹³¹ กล่าวว่า แพทย์และพยาบาลจำเป็นต้องได้รับการปกป้องจากการดำเนินคดีกับการตัดสินใจรักษาที่เกิดขึ้นภายใต้แรงกดดันของการระบาดใหญ่ หน่วยงานทางการแพทย์ ระบุว่ากลุ่มต่าง ๆ รวมถึง British Medical Association ได้เขียนจดหมายถึงรัฐมนตรี โดยระบุว่าเจ้าหน้าที่ทางการแพทย์เกรงว่าพวกเขาอาจเสี่ยงต่อการถูกตั้งข้อหาฆ่าอย่างผิดกฎหมาย

เนื้อความในจดหมายชี้ให้เห็นว่าระบบบริการสุขภาพแห่งชาติ (National Health Service หรือ NHS) จะกลายเป็น “หายนะทางการแพทย์และศีลธรรม” ซึ่ง “แพทย์และพยาบาลอาจถูกบังคับให้เลือกผู้ป่วยที่จะรักษา ใครจะมีชีวิตอยู่และใครจะตาย” นอกจากนี้ยังอาจมีความเสี่ยงต่อการสอบสวนคดีอาญาของตำรวจ โดยแพทย์ได้เรียกร้องให้มีกฎหมายฉุกเฉินเพื่อปกป้องแพทย์และพยาบาลจากการดำเนินการทางกฎหมายที่ “ไม่เหมาะสม” เมื่อต้องรับมือกับสถานการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของพวกเขา โดยคำแนะนำที่มีอยู่สำหรับแพทย์และพยาบาลในการบริหารหรือถอนการรักษาไม่ได้ให้การคุ้มครองทางกฎหมายแต่อย่างใด

“ความกังวลอันดับแรกของแพทย์คือผู้ป่วยของพวกเขา และให้การดูแลที่มีมาตรฐานสูงสุดตลอดเวลา” หน่วยงานทางการแพทย์กล่าว

“เราไม่เชื่อว่าเป็นเรื่องถูกต้องที่บุคลากรทางการแพทย์ควรได้รับความเสียหายจากบาดแผลทางศีลธรรมและความเสียหายทางจิตใจในระยะยาว ซึ่งอาจเป็นผลมาจากการตัดสินใจว่าจะจัดสรร

¹³⁰ Medical Protection, "Emergency Law Needed to Protect Doctors at Risk of Legal Challenge When Treating Covid-19 Patients "

¹³¹ BBC, "Covid-19: Protect Us from Unlawful Killing Charges - Medics," [Online] Accessed: 13 January 2022. . Available from: <https://www.bbc.com/news/uk-55689388>

ทรัพยากรอย่างจำกัดอย่างไร ในขณะที่เดียวกันก็มีความเสี่ยงที่จะเกิดการดำเนินคดีข้อหาฆ่าโดยมิชอบ”

องค์กรทางการแพทย์กล่าวว่าไม่มีบุคลากรทางการแพทย์ใดควร “อยู่เหนือกฎหมาย” และกฎหมายฉุกเฉินควรใช้เฉพาะกับการตัดสินใจที่ “โดยสุจริต” และ “ในสถานการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของพวกเขาและเป็นไปตามคำแนะนำที่เกี่ยวข้อง”

นอกจากนั้นยังมีบทความเรื่อง Covid-19: Doctors’ call for legal protection against claims of unlawful killing is rejected¹³² มีความเห็นไปในทางเดียวกัน กล่าวคือแพทย์กังวลไม่เพียงแต่ว่าพวกเขาจะถูกบังคับให้เลือกว่าผู้ป่วยรายใดควรอยู่และคนใดควรตาย แต่ยังเสี่ยงที่จะถูกตำรวจสอบสวน

องค์กรแพทย์เรียกร้องให้ออกกฎหมายฉุกเฉินในจดหมายถึงรัฐมนตรีสาธารณสุข จดหมายระบุว่า “ในขณะที่แพทย์มีคำแนะนำที่มีค่ามากมาย พวกเขาสามารถอ้างถึงการบริหารและการถอนการรักษาไม่ว่าจะมาจากคณะกรรมการจริยธรรม หน่วยงานกำกับดูแล หรือ NICE (สถาบันแห่งชาติสำหรับ ความเป็นเลิศด้านสุขภาพและการดูแล) แต่อย่างไรก็ดีแนวทางนี้ไม่ได้ให้หรืออ้างว่าจะให้ความคุ้มครองทางกฎหมาย และยังไม่มีคำแนะนำระดับชาติซึ่งสนับสนุนโดยกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับวิธีที่แพทย์ควรดำเนินการในสถานการณ์ที่ยากลำบากเช่นนี้

กลุ่ม NHS บางกลุ่มได้ขอความเห็นทางกฎหมายจากทนายความเพื่อจัดทำโปรโตคอลเกี่ยวกับการตัดสินใจในการรักษาหากทรัพยากรไม่เพียงพอ

ทนายความ Michael กล่าวว่า “ในแผนฉุกเฉินทั่วประเทศ แพทย์จะต้องตัดสินใจว่าใครควรได้รับบริการ ICU ในกรณีที่ไม่มีคำแนะนำระดับชาติ แพทย์ในโรงพยาบาลต่าง ๆ หรือแม้แต่โรงพยาบาลใกล้เคียง อาจใช้เกณฑ์ที่แตกต่างกันและตัดสินใจต่างกัน สิ่งนี้ทำให้เกิดภาระเพิ่มขึ้นอย่างมากแก่บุคลากรทางการแพทย์ ทำให้ไม่มีความแน่นอนเกี่ยวกับการรักษาที่จะรักษาได้ในโรงพยาบาล และก่อให้เกิดการทำลายทางกฎหมาย”

จากบทความที่กล่าวอ้างถึงข้างต้นได้แสดงให้เห็นว่า แพทย์ในประเทศอังกฤษก็เป็นกังวลต่อการเลือกรักษาในสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่นโควิด 19 โดยต้องการให้ออกกฎหมายคุ้มครองแพทย์และ

¹³² Clare Dyer, "Covid-19: Doctors’ Call for Legal Protection against Claims of Unlawful Killing Is Rejected," *BMJ* 372(2021).

แนวทางการเลือกรักษาที่ชัดเจน เพื่อช่วยให้แพทย์สามารถมุ่งเน้นไปที่การทำสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับผู้ป่วยของพวกเขาโดยไม่ต้องกลัวว่าจะถูกสอบสวนอย่างไม่เป็นธรรม แต่อย่างไรก็ดีจากที่ได้ศึกษาคำพิพากษาเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายในการเลือกชีวิต ผู้วิจัยมีความเห็นว่าแม้จะยังไม่มี การออกกฎหมายฉุกเฉินแต่จากคำพิพากษาที่ได้ยกตัวอย่างข้างต้น หากเกิดเหตุการณ์ที่แพทย์ต้องเลือกรักษาในสถานการณ์ฉุกเฉินแล้วเป็นคดีขึ้นสู่ศาล ผู้วิจัยเห็นว่าหากแพทย์ถูกฟ้องเป็นคดีอาญา บรรดาเหล่าลูกขุน หรือแม้แต่ศาลอาจยอมให้แพทย์อ้างเรื่องความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายมาใช้ในกรณีนี้ได้

4.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่เดิมประเทศสหรัฐอเมริกาได้ปรับใช้หลักกฎหมายเรื่องการกระทำโดยจำเป็นโดยอาศัยกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยวางหลักเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ ต่อมาได้มีการจัดทำ Model Penal Code ขึ้นเพื่อเป็นต้นแบบของกฎหมายอาญาให้แต่ละมลรัฐไปบัญญัติกฎหมายอาญาของตนเอง สำหรับรัฐแมริแลนด์ได้มีการออกกฎหมายคุ้มครองแพทย์ในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งนักวิชาการหลายคนมีความเห็นว่าสามารถนำไปปรับใช้กับการเลือกรักษาของแพทย์ในเหตุการณ์ โควิด 19 ได้ ในที่นี้จะศึกษาเรื่องหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นที่ต้องเลือกชีวิตมนุษย์ ความเห็นของนักวิชาการเกี่ยวกับการเลือกรักษาของแพทย์

4.4.1 หลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย

ประเทศสหรัฐอเมริกา วางหลักเรื่องการกระทำโดยจำเป็นไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญาต้นแบบ หรือ Model Penal Code มาตรา 3.02 ดังนี้

มาตรา 3.02

(1) ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปโดยเชื่อว่าจำเป็นต้องกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายแก่ตนเองหรือบุคคลที่สาม การกระทำนั้นจะไม่มี ความผิด ถ้า

ก. ภัยอันตรายที่ผู้กระทำประสงค์จะหลีกเลี่ยงนั้นรุนแรงกว่าภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด และ

ข. ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดกำหนดให้ใช้ข้อต่อสู้ หรือข้อยกเว้นอื่น

ค. ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดกำหนดข้อห้ามในการยกอ้างข้อต่อสู้

(2) ถ้าภัยอันตรายนั้นเกิดขึ้นด้วยความประมาทของผู้กระทำ ให้ผู้กระทำรับผิดฐานกระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า การกระทำนั้นผู้กระทำจะต้องรับโทษ แม้กระทำโดยประมาท¹³³

ก่อนหน้าที่จะมี Model Penal Code อเมริกาได้ปรับใช้หลักกฎหมายเรื่องการกระทำโดยจำเป็นโดยอาศัยกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยวางหลักเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ การบัญญัติกฎหมายได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในการปรับใช้กฎหมายอาญาในเรื่องการกระทำโดยจำเป็นของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งแตกต่างจากของประเทศอังกฤษอย่างมาก และเป็นการวางหลักที่พัฒนาหลักการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวได้เป็นอย่างดี¹³⁴

จากหลักเรื่องความจำเป็นของประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่าไม่มีการกล่าวถึงภัยอันตรายที่จะที่ใกล้จะถึง มีเพียงว่าภัยอันตรายที่ผู้กระทำประสงค์จะหลีกเลี่ยงนั้นต้องรุนแรงกว่าภัยอันตรายที่เกิดขึ้นจากการกระทำสิ่งทีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดเท่านั้น

4.4.2 ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นที่ต้องเลือกชีวิตมนุษย์

คดีที่มีชื่อเสียงของสหรัฐอเมริกาในเรื่องการอ้างความจำเป็นกรณีการฆ่าคนตายแล้วแล้วศาลอเมริกันยอมรับให้ยกเป็นข้อต่อสู้ได้ คือ คดี **U.S. & Holmes (1842)**¹³⁵ (คดีนี้เกิดขึ้นก่อน Model Penal Code) ซึ่งสรุปได้ดังนี้¹³⁶

¹³³ Section 3.02. Justification Generally: Choice of Evils.

(1) Conduct that the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another is justifiable, provided that:

(a) the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged; and

(b) neither the Code nor other law defining the offense provides exceptions or defenses dealing with the specific situation involved; and

(c) a legislative purpose to exclude the justification claimed does not otherwise plainly appear.

(2) When the actor was reckless or negligent in bringing about the situation requiring a choice of harms or evils or in appraising the necessity for his conduct, the justification afforded by this Section is unavailable in a prosecution for any offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability. ¹³³ คำแปลจาก รณกรณ์ บุญมี, “ความรับผิดชอบทางอาญา: ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตด้วยความจำเป็น,” หน้า 78.

¹³⁴ เรื่องเดียวกัน.

¹³⁵ อ่านคำพิพากษาลงฉบับเต็มได้ที่ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/18/412/> (สืบค้นเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2564)

¹³⁶ อนุชล สัญชยานุกูล, “การกระทำด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด,” หน้า 119-120.

เรืออเมริกันลำหนึ่งซึ่งบรรทุกสินค้าพร้อมกับลูกเรือ 17 คน และผู้โดยสาร 65 คน ได้ไปชนกับภูเขาน้ำแข็งที่อยู่ระหว่างทางจากเมือง Liverpool ไปยังเมือง Philadelphia กับตันพร้อมลูกเรือ 7 คนและผู้โดยสารอีกคนหนึ่งได้ลงเรือบลลำเล็ก ในขณะที่ต้นหนเรือ ลูกเรืออีก 8 คนพร้อมกับผู้โดยสารอีก 32 คนได้ลงเรือบลลำใหญ่ ส่วนผู้โดยสารจำนวนที่เหลือทั้งหมดถูกทิ้งไว้ที่เรือใหญ่ซึ่งได้จมลงในท้ายที่สุด ต่อมาเรือบลลำใหญ่เกิดรั่วขึ้นกะทันหัน กับตันไม่ยอมที่จะให้ออนคนที่อยู่บนเรือบลลำใหญ่มาที่เรือบลลำเล็ก แต่ได้สั่งให้มีการสับเปลี่ยนให้ลูกเรือที่มีประสบการณ์สูงโอนไปยังเรือบลลำใหญ่เพื่อทำหน้าที่ช่วยนำทางเรือบลลำใหญ่ให้ดียิ่งขึ้น ต่อมาภายหลังจากที่เรือบลทั้งสองลำได้แยกห่างกันออกไป เรือบลลำใหญ่เริ่มจะเต็มไปด้วยน้ำที่รั่วเข้ามา ลูกเรือที่ชื่อ Holmes จึงได้ทำตามคำสั่งของต้นหนเรือร่วมกับลูกเรือคนอื่น ๆ ด้วยการโยนผู้โดยสารชายซึ่งไม่มีภรรยาจำนวน 14 คนลงจากรเรือบลลำใหญ่ นอกจากนี้ยังมีผู้หญิงหายไปอีก 2 คนซึ่งข้อเท็จจริงไม่แน่ชัดว่าถูกโยนลงไปด้วยหรือได้กระโดดลงไปเองตามน้องชายของตนที่ถูกโยนลงไปด้วย Holmes ทำให้เรือเบาลงและรอดพ้นจากการอัปปาง และในวันต่อมาผู้รอดชีวิตที่เหลือก็ได้รับความช่วยเหลือจากเรือที่ผ่านมาพบ

ต่อมา Holmes ถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาล ศาลตัดสินว่าจำเลยมีความผิดและลงโทษในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยมีเหตุลดโทษ (Manslaughter) ให้จำคุก 6 เดือนและปรับ 20 ดอลลาร์สหรัฐ ศาลให้เหตุผลว่าคุณเคยยอมไม่มีสิทธิที่จะทำลายชีวิตของคนอีกคนหนึ่งเพื่อให้ตนอยู่รอด แม้จะเป็นเพียงวิธีเดียวก็ตาม ดังนั้นถ้ากะลากับผู้โดยสารไม่มีความสัมพันธ์กันเป็นพิเศษอย่างอื่น โดยหลักแล้วผู้โดยสารยอมไม่มีหน้าที่ต้องเสียสละชีวิตของตนก่อนลูกเรือแต่อย่างใด เว้นแต่ในกรณีที่จำเป็นต้องเสียสละชีวิตผู้โดยสารเพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตลูกเรือจำนวนน้อยที่สุดที่จะทำหน้าที่นำพาเรือต่อไปซึ่งจะทำให้ผู้โดยสารที่เหลือรอดชีวิต คดีนี้ศาลได้ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายกำหนดว่าผู้โดยสารจะต้องถูกโยนลงทะเลก่อนลูกเรือ เพราะลูกเรือเป็นผู้ที่สามารถนำพาเรือไปได้โดยปลอดภัยและผู้โดยสารที่จำเป็นต้องถูกโยนลงทะเลจะต้องจับสลากกัน แต่วิธีนี้ได้นำมาใช้ในคดีนี้ ศาลจึงเห็นว่ากรกระทำของจำเลยเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น แต่เนื่องจากจำเลยไม่ได้เลือกใช้วิธีที่เหมาะสมในการเลือกผู้เคราะห์ร้ายที่จะตาย ศาลจึงลงโทษจำเลย แต่ลงโทษในสถานเบาเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษที่เป็นการยกขึ้นอ้างได้ เป็นเฉพาะกรณีที่ไม่มีกำหนดไว้เป็นหลักทั่วไป จนกระทั่งนักนิติบัญญัติอเมริกันได้ร่างแบบของประมวลกฎหมายอาญา (Model Penal code) ขึ้นมา¹³⁷

¹³⁷ ซีโรซติ ฝั่สุรัตน์, "หลักความจำเป็นที่ข้อยกกฎหมาย : ศึกษาความผิดฐานเปิดเผยความลับกรณีแพทย์กับการเปิดเผยความลับของผู้ป่วย," หน้า 53.

คดีนี้เห็นได้ชัดว่า การโยนคนบางส่วนออกจากเรือแม้จะเป็นการฆ่าโดยเจตนาเล็งเห็นผล แต่ก็เป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้เรือรอดพ้นจากการอัปปางซึ่งสามารถรักษาชีวิตคนจำนวนหนึ่งไว้ได้ เท่ากับเป็นการรักษาประโยชน์ของสังคมไว้ได้มากกว่าการไม่ทำอะไรเลยแล้วปล่อยให้เรือล่มตายกันหมดทุกคน ซึ่งหากมีการเลือกชีวิตที่ต้องเสียสละด้วยความเป็นธรรมแล้ว เช่น การใช้วิธีจับฉลาก ก็ถือเป็นการกระทำที่ได้รับการยกเว้นความผิดตามหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่คดีนี้ไม่ปรากฏว่ามีการเลือกด้วยวิธีการเช่นนั้น จึงไม่ถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด¹³⁸

ดังนั้นจากคำพิพากษา การจะอ้างความจำเป็นในการทำลายชีวิตคนได้นั้นจะต้องเป็นการที่ทำให้คนจำนวนมากกว่ารอดชีวิต

จากคำพิพากษาของศาล และ Model Penal Code ในมาตรา 3.02 แสดงให้เห็นว่า แนวความคิดหลักในประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าในสถานการณ์จำเป็นกรณีที่ไม่อาจรักษาประโยชน์ของทุกคนไว้ได้ การฆ่าคนส่วนน้อยเพื่อรักษาชีวิตของคนจำนวนมากว่าสามารถทำได้

4.4.3 ความเห็นของนักวิชาการเกี่ยวกับการเลือกรักษาของแพทย์

บทความ Forced Triage: Allocating Ventilators and Legal Liability in the COVID Crisis¹³⁹ โดยศาสตราจารย์ Glenn Cohen จาก Harvard Law School ได้กล่าวถึงเรื่องการเลือกรักษาไว้ว่า ในช่วงการระบาดของโควิด มีหลายประเด็นทางกฎหมายและจริยธรรมที่ยากมากที่กำลังถูกหยิบยกขึ้นมา ศาสตราจารย์เกล็นคิดว่สิ่งที่ยากที่สุด คือปัญหาการขาดแคลนเครื่องช่วยหายใจ หากความต้องการของผู้คนในการจัดหาเครื่องช่วยหายใจจะมีมากกว่าเครื่องช่วยหายใจที่มีอยู่เมื่อเป็นเช่นนั้นจะทำอย่างไร

สิ่งแรกที่ต้องเข้าใจคือสิ่งที่เรียกว่าโปรโตคอล Triage^{140 141} กฎส่วนใหญ่ทำในระดับโรงพยาบาลต่อโรงพยาบาล และสิ่งสำคัญที่ต้องเข้าใจคือมีหลักการที่ค่อนข้างชัดเจน หนึ่งในหลักการ

¹³⁸ อนุชล สัญชยานุกูล, "การกระทำด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด," หน้า 120.

¹³⁹ Glenn Cohen, "Forced Triage: Allocating Ventilators and Legal Liability in the Covid Crisis " [Online] Accessed: 5 December 2021. Available from: <https://www.talksonlaw.com/briefs/force-triage-allocating-ventilators-and-legal-liability-in-the-covid-crisis>

¹⁴⁰ the process of quickly examining patients who are taken to a hospital in order to decide which ones are the most seriously ill and must be treated first. คำแปลจาก <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/triage>

¹⁴¹ การคัดแยก (Triage) เป็นการจัดกลุ่มผู้ป่วยตามระดับความรุนแรง เพื่อนำผู้ป่วยไปยังสถานที่ที่เหมาะสม ในเวลาที่เหมาะสม (deliver the right patient to the right place at the right time) เพื่อให้ผู้ป่วยได้รับการรักษาที่เหมาะสม ในกรณีผู้ป่วยมี

เหล่านั้นคือแนวคิดในการมุ่งเน้นที่การพยายามช่วยชีวิตผู้คนจำนวนมากที่สุด อีกประการหนึ่งคือแนวคิดในการช่วยชีวิตคนที่คาดว่าจะมีชีวิตรอดมากกว่า นั่นหมายความว่าความต้องการมอบเครื่องช่วยหายใจให้กับคนที่มีแนวโน้มจะมีชีวิตอยู่ถึงสี่สัปดาห์ มากกว่าที่จะให้คนที่จะมีชีวิตอยู่เพียงหนึ่งปี หลักการที่สามต้องให้ความสำคัญกับบุคลากรทางการแพทย์ในแนวหน้า

เมื่อเข้าใจหลักการแล้ว “จะเกิดอะไรขึ้นหากแพทย์ต้องถอนหรือระงับเครื่องช่วยหายใจ มีความรับผิดชอบใด” สิ่งแรกที่ต้องรู้คือมีความเป็นไปได้ที่จะถูกตั้งข้อหาทางอาญา ก่อนหน้านั้นมีแบบอย่างสำหรับกรณีนี้ระหว่างเหตุการณ์เฮอริเคนแคทรินา ซึ่งแพทย์บางคนถูกตั้งข้อหาในสถานการณ์ฉุกเฉินเนื่องจากพวกเขามีความผิดทางอาญาข้อหาฆาตกรรมโดยคณะลูกขุนใหญ่ปฏิเสธที่จะฟ้อง แต่นั่นเป็นความเสี่ยงที่แท้จริง หากแพทย์ต้องเผชิญกับสิ่งนี้ พวกเขาอาจอ้างเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย แนวคิดนี้บางครั้งเรียกว่า choice of evils ในความเป็นจริงแล้วสิ่งนี้สามารถป้องกันอันตรายที่ร้ายแรงกว่านั้นได้ แต่จะค่อนข้างยุ่งยากในกรณีของ COVID เพราะหลายรัฐไม่ได้รวมการฆ่าว่าเป็นสิ่งที่สามารถทำได้ภายใต้หลักความจำเป็นและหากคุณเพียงแค่อพยพเครื่องช่วยหายใจจากผู้ป่วยรายหนึ่งไปยังอีกรายหนึ่ง อาจไม่ใช่การป้องกันภัยอันตรายที่ร้ายแรงกว่าแต่เป็นภัยอันตรายประเภทเดียวกัน ความหวังในที่นี้คืออัยการจะยืนยันล่วงหน้าว่าแพทย์คนใดที่ปฏิบัติตามระเบียบการคัดแยกโดยสุจริตจะไม่ถูกดำเนินคดี

นอกเหนือจากความรับผิดชอบทางอาญาแล้ว ยังอาจมีความรับผิดชอบในการละเมิดอีกด้วย คือความประมาท การทุจริตต่อหน้าที่ ความประมาทในโรงพยาบาล และความรับผิดชอบของตัวแทนบางรูปแบบสำหรับโรงพยาบาล หนึ่งในคำถามที่น่าสนใจคือ มีมาตรฐานการดูแลที่แตกต่างกันหรือไม่เมื่อพูดถึงภาวะฉุกเฉิน ตามปกติแล้วเมื่อคุณถูกตั้งข้อหาหรือเมื่อมีคนฟ้องคุณในข้อหาประมาทเลินเล่อหรือการทุจริตต่อหน้าที่ จะพิจารณาว่าคุณละเมิดมาตรฐานการดูแลที่บังคับใช้หรือไม่ มาตรฐานการดูแลนั้นจะแตกต่างกันหรือไม่เมื่อพูดถึงปัญหาการขาดแคลนเครื่องช่วยหายใจและยาฉุกเฉิน นั่นเป็นคำถามที่จะต้องต่อสู้ด้วย อีกคำถามหนึ่งเกี่ยวข้องกับสาเหตุและความเสียหาย หากคุณสามารถแสดงให้เห็นว่าผู้ป่วยน่าจะเสียชีวิตแม้ว่าจะเก็บผู้ป่วยไว้บนเครื่องช่วยหายใจ ก็อาจเอาชนะข้อเรียกร้องของความประมาทเลินเล่อต่อโรงพยาบาล ต่อแพทย์ หรือพยาบาลได้

ศาสตราจารย์เกล็นเห็นว่าจะต้องสร้างภูมิคุ้มกันให้กับแพทย์ให้มากที่สุด รัฐแมริแลนด์ให้ภูมิคุ้มกันต่อความรับผิดทางอาญาและทางแพ่งสำหรับการปฏิบัติตามโดยสุจริตตามคำสั่งของรัฐ หรืออาจเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับการพิจารณาคดี และรัฐอื่น ๆ ควรออกกฎหมายตามนี้เพราะเป็นสิ่งที่พวกเขาสามารถทำได้เพื่อช่วยปกป้องพยาบาลและแพทย์ เพราะถ้าไม่ทำก็จะเป็นความเสี่ยงที่จะถูกฟ้องคดีและแพทย์พยาบาลต้องเผชิญกับทางเลือกที่เจ็บปวด

บทความ Potential Legal Liability for Withdrawing or Withholding Ventilators During COVID-19 Assessing the Risks and Identifying Needed Reforms¹⁴² ได้กล่าวถึงกรณีเลือกรักษาไว้ว่าแพทย์ไม่น่าจะต้องรับผิดทางอาญาเนื่องจากไม่สามารถจัดหาเครื่องช่วยหายใจที่ขาดแคลนให้กับผู้ป่วยที่ต้องการเครื่องช่วยหายใจ トラบดที่การตัดสินใจเป็นไปตามโปรโตคอล triage กฎหมายอาญาโดยทั่วไปมีโทษต่อการกระทำ ไม่ใช่การปฏิเสธที่จะกระทำการ ยิ่งไปกว่านั้น แพทย์ไม่สามารถถูกลงโทษสำหรับความล้มเหลวในการจัดหาเครื่องช่วยหายใจที่ไม่มีอยู่จริง เนื่องจากในความเป็นความจริงเครื่องช่วยหายใจไม่เพียงพอ¹⁴³

ในทางตรงกันข้าม แพทย์ที่ตั้งใจถอนเครื่องช่วยหายใจออกจากผู้ป่วยที่ไม่ยินยอมอาจถูกตั้งข้อหาฆาตกรรมทางอาญา หากแพทย์รู้ว่าการถอดเครื่องช่วยหายใจออกจะทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิต ไม่ว่าผู้ป่วยจะเสียชีวิตในไม่ช้านี้ก็ตาม การกระทำที่ทำให้อายุสั้นลง แม้เพียงชั่วโมงก็สามารถถูกดำเนินคดีในข้อหาฆาตกรรม โดยมีข้อกล่าวหาที่อาจฟ้องร้องต่อบุคคลใด ๆ ที่เข้าร่วมหรือสั่งการถอดเครื่องช่วยหายใจและต่อโรงพยาบาล

แพทย์ที่ต้องเผชิญข้อกล่าวหาดังกล่าวอาจพยายามกล่าวอ้างเรื่องความจำเป็น โดยอ้างว่าการถอดเครื่องช่วยหายใจหลีกเลี่ยงอันตรายที่มากขึ้น กล่าวคือการเสียชีวิตของผู้ป่วยที่มีสุขภาพดีกว่าซึ่งมีแนวโน้มที่จะอยู่รอดได้หากใช้เครื่องช่วยหายใจ อย่างไรก็ตาม การป้องกันนี้อาจใช้ไม่ได้หากการถอดเครื่องช่วยหายใจช่วยชีวิตผู้ป่วยอีกรายเดียวเท่านั้น (เมื่อเทียบกับคนอื่น ๆ อีกหลายคน) เนื่องจากกฎหมายอาญาโดยทั่วไปถือว่าแต่ละชีวิต “มีค่าเท่ากัน”¹⁴⁴ นอกจากนี้ บางรัฐไม่ยอมรับ ความจำเป็น

¹⁴² Cohen, I. G., A. M. Crespo, and D. B. White, "Potential Legal Liability for Withdrawing or Withholding Ventilators During Covid-19: Assessing the Risks and Identifying Needed Reforms," *JAMA*: 1901-1902.

¹⁴³ Lafave W. Substantive Criminal Law 3d ed. §6.2(a), (c). Thomson Reuters; 2017. Cited in Cohen IG, Crespo AM, White DB, P.1902.

¹⁴⁴ American Law Institute, Model Penal Code §3.02. Cited in Cohen IG, Crespo AM, White DB, P.1902.

ในการฆาตกรรมโดยสงวนไว้สำหรับอาชญากรรมที่น้อยกว่า¹⁴⁵ แต่อย่างไรก็ดีโอกาสที่อัยการจะตั้งข้อหาแพทย์ที่พยายามลดการเสียชีวิตระหว่างการระบาดใหญ่นั้นต่ำมาก แต่มีสำนักงานอัยการท้องถิ่นที่ได้รับการเลือกตั้งอย่างอิสระมากกว่า 2,300 แห่งในสหรัฐอเมริกา ซึ่งหนึ่งในนั้นสามารถตัดสินใจดำเนินคดีกับข้อหาดังกล่าวได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากชุมชนท้องถิ่นเรียกร้องให้มีการแทรกแซงดังกล่าว ในกรณีฉุกเฉินเจ้าหน้าที่สาธารณสุขแนวหน้าไม่ควรต้องพึ่งพาหรือพยายามคาดการณ์การตัดสินใจในอนาคตของเจ้าหน้าที่ดังกล่าว

เนื่องด้วยการตัดสินใจเลือกรักษาอีกหลายพันครั้งที่สามารถเกิดขึ้นได้ในอนาคต จึงความจำเป็นในการดำเนินการอย่างเร่งด่วนโดยรัฐบาลของรัฐ แพทย์ไม่ควรคาดหวังให้ดำเนินการตาม triage protocols ตามความหวังว่าดุลยพินิจของอัยการหรือคณะลูกขุนที่เห็นอกเห็นใจจะปกป้องพวกเขาในอนาคต ด้วยปัญหาการขาดแคลนเครื่องช่วยหายใจ แพทย์จึงต้องการวิธีแก้ปัญหาที่ชัดเจนในตอนนี้

บางรัฐได้ให้คำตอบเกี่ยวกับเรื่องนี้ แต่รัฐหนึ่งเสนอรูปแบบที่ชัดเจน คือ กฎเกณฑ์ของรัฐแมริแลนด์ (Maryland statute) เริ่มใช้ตั้งแต่ปี 2004 ระบุว่า “ผู้ให้บริการด้านสุขภาพจะได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดทางแพ่งหรือทางอาญา หากผู้ให้บริการด้านสุขภาพกระทำการโดยสุจริตและอยู่ภายใต้การประกาศภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขที่ร้ายแรง”¹⁴⁶ โดยผู้ให้บริการด้านสุขภาพถูกกำหนดให้รวมถึงสิ่งอำนวยความสะดวกด้านการดูแลสุขภาพส่วนใหญ่ ตามความเห็นของอัยการสูงสุดของรัฐแมริแลนด์ที่ตีความกฎหมายนี้ จะสร้างภูมิคุ้มกันให้กับผู้ให้บริการที่ปฏิบัติตามโปรโตคอลการจัดสรรเครื่องช่วยหายใจที่รัฐกำหนดและมีแนวโน้มสร้างภูมิคุ้มกันให้แพทย์ที่ปฏิบัติตามโปรโตคอลที่ได้รับการอนุมัติจากรัฐโดยสมัครใจเช่นกัน “โดยไม่คำนึงถึงผลเชิงลบที่เกิดจากการถอนเครื่องช่วยหายใจของผู้ป่วย”¹⁴⁷

¹⁴⁵ Kletter FL. Application of defense of necessity to murder. 2017; 23 A.L.R. 7th Art. 1. Cited in Cohen IG, Crespo AM, White DB,P.1902.

¹⁴⁶ Public Safety Section > Title 14 - Emergency Management > Subtitle 3A - Governor's Health Emergency Powers > § 14-3A-06. Immunity : “A health care provider is immune from civil or criminal liability if the health care provider acts in good faith and under a catastrophic health emergency proclamation”
<https://law.justia.com/codes/maryland/2005/gps/14-3A-06.html>

¹⁴⁷ Opinions of the Maryland Attorney General. Health–public health emergency preparedness–state’s authority to ration ventilators during pandemic–physician immunity. Published December 28, 2015. Accessed March 25, 2020. <http://www.marylandattorneygeneral.gov/Opinions%20Documents/2015/100oag160.pdf>. Cited in Cohen IG, Crespo AM, White DB,P.1902.

นอกจากนี้ยังมีบทความ เรื่อง A Framework for Rationing Ventilators and Critical Care Beds During the COVID-19 Pandemic¹⁴⁸ (กรอบการทำงานสำหรับการปันส่วนเครื่องช่วยหายใจและเตียงผู้ป่วยวิกฤตในช่วงการระบาดของ COVID-19) บทความนี้ได้กล่าวถึงปัญหาการขาดแคลนเครื่องช่วยหายใจ ในภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขประเภทนี้ ภาระหน้าที่ทางจริยธรรมของแพทย์ในการจัดลำดับความสำคัญของความเป็นอยู่ที่ดีของผู้ป่วยแต่ละรายอาจถูกแทนที่ด้วยนโยบายด้านสาธารณสุขที่ให้ความสำคัญกับการทำสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับผู้ป่วยจำนวนมากที่สุดสถานการณ์เหล่านี้ทำให้เกิดคำถามที่สำคัญ เมื่อความต้องการใช้เครื่องช่วยหายใจและการรักษาแบบเข้มข้นอื่น ๆ มีมากกว่าที่มีอยู่ เกณฑ์ใดควรเป็นแนวทางในการตัดสินใจปันส่วนเหล่านี้

คำแนะนำที่มีอยู่สำหรับวิธีจัดสรรทรัพยากรการดูแลที่สำคัญที่ขาดแคลนในช่วงการระบาดใหญ่หรือภัยพิบัติมีข้อกำหนดที่เป็นปัญหาด้านจริยธรรม เช่น การแยกผู้ป่วยจำนวนมากออกจากกรเข้าถึงทรัพยากรของหอผู้ป่วยหนัก (ICU)

การแยกผู้ป่วยกลุ่มใหญ่ออกจากกรรับเครื่องช่วยหายใจถือเป็นปัญหาอย่างมีจริยธรรม เช่น ผู้ที่มีภาวะหัวใจล้มเหลวระดับ III หรือ IV โรคปอดเรื้อรังขั้นรุนแรง โรคไตวายเรื้อรังระยะสุดท้าย และความบกพร่องทางสติปัญญาขั้นรุนแรง การยกเว้นเหล่านี้ไม่ได้ให้เหตุผลอย่างชัดเจน และมีความบกพร่องตามหลักจริยธรรม เนื่องจากเกณฑ์สำหรับการยกเว้น (การพยากรณ์โรคในระยะยาวและสถานะการทำงาน) ได้รับการเลือกใช้เฉพาะกับผู้ป่วยบางประเภทเท่านั้น แทนที่จะใช้กับผู้ป่วยทุกรายที่ได้รับการพิจารณาให้เข้ารับการรักษาในภาวะวิกฤต สิ่งนี้ขัดต่อหลักการแห่งความยุติธรรมเพราะใช้เกณฑ์การจัดสรรเพิ่มเติมกับผู้ป่วยบางรายแต่ไม่ใช้กับผู้ป่วยรายอื่น ๆ โดยไม่ได้ระบุให้ชัดเจนว่าผู้ป่วยแต่ละรายมีความแตกต่างทางจริยธรรมอย่างไรที่จะให้เหตุผลในการทำเช่นนั้น การแยกผู้ป่วยอย่างเป็นทางการจะช่วยให้หลายคนรู้สึกว้าชีวิตของพวกเขา “ไม่คุ้มที่จะรักษาไว้” ซึ่งอาจนำไปสู่การรับรู้ถึงการเลือกปฏิบัติ

แนวทางที่แนะนำโดยทั่วไปในการจัดสรรเครื่องช่วยหายใจที่หายากคือการ **จัดลำดับความสำคัญให้กับผู้ป่วยวิกฤตที่มีแนวโน้มจะรอดพ้นจากการออกจากโรงพยาบาลด้วยการรักษามากที่สุด** ควรทำให้ชัดเจนว่าเครื่องช่วยหายใจจะไม่ได้มีการจัดสรรตามการพิจารณาที่ไม่เกี่ยวข้อง

¹⁴⁸ Douglas B. White and Bernard Lo, "A Framework for Rationing Ventilators and Critical Care Beds During the Covid-19 Pandemic," *JAMA* 323, 18 (2020).

ทางศีลธรรม เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ความพิการทางสติปัญญา สถานะการประกัน ความมั่งคั่ง สัญชาติ สถานะทางสังคม หรือความสัมพันธ์ทางสังคม

เนื่องจากไม่มีเกณฑ์เดียวที่รวบรวมค่านิยมที่เกี่ยวข้องทางศีลธรรมทั้งหมด เกณฑ์หลายเกณฑ์ จึงควรรวมเข้าไว้ในเครื่องมือเดียวเพื่อจัดลำดับความสำคัญว่าผู้ป่วยรายใดควรได้รับเครื่องช่วยหายใจ เมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2020 เครือจักรภพแห่งเพนซิลเวเนียรับรองแนวทางดังกล่าว รัฐมินนิโซตาได้รับรองกลยุทธ์ที่คล้ายคลึงกัน ตัวอย่างหนึ่งของวิธีการทำให้สำเร็จมีอยู่ในนโยบายแบบจำลองที่โรงพยาบาลหลายแห่งในสหรัฐฯ นำไปใช้¹⁴⁹ กรอบการจัดสรรจะคำนึงถึงโอกาสที่ผู้ป่วยจะรอดชีวิตจนถึงการออกจากโรงพยาบาล ประเมินด้วยการวัดความรุนแรงของการเจ็บป่วยเฉียบพลัน และความเป็นไปได้ของผู้ป่วยที่จะบรรลุการอยู่รอดในระยะยาวโดยพิจารณาจากการมีหรือไม่มีเงื่อนไขร่วมที่มีอิทธิพลต่อการรอดชีวิต

กรอบการจัดสรรนี้มีจุดแข็งที่สำคัญเมื่อเทียบกับกรอบการจัดสรรอื่น ๆ คือ ไม่แยกผู้ป่วยกลุ่มใหญ่ออกอย่างเป็นหมวดหมู่ และให้ลำดับความสำคัญแก่ผู้ที่มีแนวโน้มอยู่รอดมากที่สุด เหตุผลตามหลักจริยธรรมในการถอนเครื่องช่วยหายใจคือในกรณีฉุกเฉินด้านสาธารณสุข เป้าหมายของการเพิ่มผลลัพธ์ด้านประชากรสูงสุดจะเป็นอันตรายหากผู้ป่วยที่ไม่น่าจะรอดชีวิตได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องช่วยหายใจอย่างไม่มีกำหนด

สรุปความเห็นของนักกฎหมาย แพทย์ และนักวิชาการของอเมริกาแล้วเห็นว่าแพทย์อาจอ้างเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายได้ (necessity defense) ได้โดยอ้างว่าการถอนเครื่องช่วยหายใจเพื่อช่วยผู้ป่วยที่มีแนวโน้มที่จะอยู่รอดได้หากใช้เครื่องช่วยหายใจ อย่างไรก็ตามหลักนี้อาจใช้ไม่ได้หากการถอนเครื่องช่วยหายใจช่วยผู้ป่วยรายอื่นได้เพียงรายเดียว (เมื่อเทียบกับคนอื่น ๆ อีกหลายคน) เพราะกฎหมายอาญาโดยทั่วไปถือว่าแต่ละชีวิต “เท่าเทียมกัน” โดยเรียกร้องให้มีบทบัญญัติเหมือนในรัฐแมริแลนด์ที่ยกเว้นความผิดทางแพ่งและอาญาให้บุคลากรทางการแพทย์หากกระทำโดยสุจริตภายใต้สภาวะฉุกเฉิน มีผู้ให้ความเห็นว่าบทบัญญัตินี้จะสร้างภูมิคุ้มกันให้แพทย์ที่ปฏิบัติตามโปรโตคอลที่ได้รับการอนุมัติจากรัฐ โดยไม่คำนึงถึงผลด้านลบที่เกิดจากการถอนเครื่องช่วยหายใจของผู้ป่วย

¹⁴⁹ White DB. A Model Hospital Policy for Allocating Scarce Critical Care Resources. University of Pittsburgh School of Medicine. Published March 23, 2020. Accessed March 25, 2020. <https://ccm.pitt.edu/?q=content/model-hospital-policy-allocating-scarce-critical-care-resources-available-online-now> Cited in Douglas B. White and Bernard Lo.

4.5 การเปรียบเทียบหลักความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายและเหตุจำกัดความรับผิดชอบที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณฉุกเฉิน

ผู้วิจัยจะทำการเปรียบเทียบการนำหลักความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายมาใช้กับกรณีที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณฉุกเฉิน และเปรียบเทียบเหตุจำกัดความรับผิดชอบที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยและข้อเรียกร้องของแพทย์ในต่างประเทศ

4.5.1 เปรียบเทียบการนำหลักความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายมาใช้กับกรณีที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณฉุกเฉิน

ประเทศอิตาลี มีการกำหนดกฎหมายเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายซึ่งเป็นเหตุที่มีอำนาจกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย (necessity as justification) ไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 54 แต่อย่างไรก็ดีไม่ใช่บังคับกับบุคคลที่มีหน้าที่ โดยเฉพาะเจาะจงตามกฎหมายต้องเผชิญกับภยันตราย ซึ่งรวมไปถึงบุคลากรทางการแพทย์ ดังนั้นแพทย์อิตาลีจึงไม่อาจกล่าวอ้างความชอบด้วยกฎหมายในการเลือกรักษาผู้ป่วยด้วยเหตุจำเป็น

ประเทศเยอรมนี นำเอาข้อต่อสู้เรื่องการกระทำโดยจำเป็นตามหลักเรื่องความชั่วที่น้อยกว่ามาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 34 นักกฎหมายและคำพิพากษาของเยอรมันเห็นว่าชีวิตมนุษย์เป็นคุณธรรมทางกฎหมายสูงสุด การทำลายชีวิตมนุษย์เพื่อรักษาชีวิตมนุษย์จึงอ้างเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้พ้นความรับผิดทางอาญาไม่ได้

ประเทศอังกฤษ ในอดีตการยกข้อต่อสู้เรื่องการกระทำโดยจำเป็น เพื่อยกเว้นความรับผิดการทำลายชีวิตมนุษย์นั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้มาโดยตลอด แต่ในปี ค.ศ. 2000 คดี Re A (Children) ศาลตัดสินว่าการผ่าตัดของแพทย์แม้จะทำให้เด็กอีกตายแต่ก็ทำให้เด็กอีกคนรอดนั้นชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชั่วที่น้อยกว่า และไม่ถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผลจากคำพิพากษาในคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าแนวโน้มของการปรับใช้กฎหมายในกรณีที่มีความจำเป็นภายใต้พฤติการณ์เฉพาะการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่าเป็นสิ่งที่สามารถอ้างหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (แต่ต้องครบองค์ประกอบคือ 1) เป็นการกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงภยันตรายที่กำลังเกิดขึ้นโดยไม่อาจหลบเลี่ยงด้วยวิธีการอื่นได้ 2) ทำได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่กล่าวมาบรรลุเท่านั้น 3) ภัยที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เกินสัดส่วนแห่งภัยที่จะหลีกเลี่ยง หากเป็นกรณีการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน เพราะเป็นการพิจารณาระหว่างชีวิตกับความตาย จึงจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนอกจากนี้

ยังต้องทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้น และการเลือกต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความ เป็นธรรม เช่น ผู้มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่าก็ต้องเป็นผู้ที่เสียสละ)

ประเทศสหรัฐอเมริกา บัญญัติเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ใน มาตรา 3.02 Model Penal Code จากคำพิพากษาและความเห็นของนักกฎหมาย เห็นว่าการยกข้อต่อสู้เรื่องการ กระทำโดยจำเป็นเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบฆ่าคนตายน่าจะได้ หากได้กระทำไปเพื่อรักษาสิ่งที่ สำคัญกว่า เช่นชีวิตของคนจำนวนมากว่า แพทย์อาจอ้างเรื่องความจำเป็น (necessity defense) ในการเลือกรักษาในสถานการณ์ฉุกเฉินได้ หากถอดเครื่องช่วยหายใจเพื่อช่วยผู้ป่วยที่มีแนวโน้มที่มี โอกาสรอดชีวิตจากการรักษามากกว่า (แต่ต้องเป็นไปตามโปรโตคอล Triage) อย่างไรก็ตามนักวิชาการ เห็นว่าหลักนี้อาจใช้ไม่ได้หากการถอดเครื่องช่วยหายใจสามารถช่วยผู้ป่วยรายอื่นได้เพียงรายเดียว (เมื่อเทียบกับการช่วยคนอื่น ๆ ได้อีกหลายคน) เพราะกฎหมายอาญาโดยทั่วไปถือว่าแต่ละชีวิต เท่าเทียมกัน

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบการนำหลักการความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายมาใช้กับกรณีแพทย์ จำต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉิน

ประเทศ	ประเด็น : การนำหลักการความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายมาใช้กับ กรณีที่แพทย์จำต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉิน
ประเทศอิตาลี	ไม่สามารถนำหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมาใช้ได้ เนื่องจากไม่ใช่บังคับ กับบุคคลที่มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงตามกฎหมายต้องเผชิญกับภัยอันตราย อีกทั้งนักวิชาการเห็นว่า การเลือกรักษาขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันของชีวิต
ประเทศเยอรมนี	ไม่สามารถนำหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมาใช้ได้ เนื่องจากประโยชน์ ที่ได้รับความคุ้มครองต้องมีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ที่ถูกกระทบ อีกทั้ง นักกฎหมายและคำพิพากษาของเยอรมันเห็นว่าชีวิตมนุษย์เป็นคุณธรรมทาง กฎหมายสูงสุด การทำลายชีวิตมนุษย์เพื่อรักษาชีวิตมนุษย์จึงอ้างเรื่องความ จำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบทางอาญาไม่ได้
ประเทศอังกฤษ	ผลจากคำพิพากษาในคดี Re A (Children) แสดงให้เห็นว่า <u>แนวโน้มของการ ปรับใช้กฎหมายในกรณีที่มีความจำเป็นภายใต้พฤติการณ์เฉพาะการเลือกรักษา ชีวิตของผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่าเป็นสิ่งที่สามารถอ้างหลักเรื่องความจำเป็น ที่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่ต้องเข้าเงื่อนไขที่ศาลกำหนด</u>

ประเทศ	ประเด็น : การนำหลักการความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายมาใช้กับกรณีแพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณฉุกเฉิน
ประเทศสหรัฐอเมริกา	จากคำพิพากษาความเห็นของนักกฎหมาย และ Model Penal Code เห็นว่า <u>แพทย์อาจอ้างเรื่องความจำเป็นในการเลือกรักษาในสถานการณฉุกเฉินได้ หากถอดเครื่องช่วยหายใจเพื่อช่วยผู้ป่วยที่มีแนวโน้มที่มีโอกาสรอดชีวิตจากการรักษา มากกว่า</u> อย่างไรก็ตามนักวิชาการเห็นว่าหลักนี้อาจใช้ไม่ได้หากการถอดเครื่องช่วยหายใจสามารถช่วยผู้ป่วยรายอื่นได้เพียงรายเดียว (เมื่อเทียบกับการช่วยคนอื่น ๆ ได้อีกหลายคน) เพราะกฎหมายอาญาโดยทั่วไปถือว่าแต่ละชีวิตเท่าเทียมกัน

4.5.2 เปรียบเทียบเหตุจำกัดความรับผิดชอบกรณีแพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยและข้อเรียกร้องของแพทย์ในต่างประเทศ

ประเทศอิตาลี แม้จะอ้างเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้แต่มีบทบัญญัติพิเศษสำหรับผู้พิพากษาในการพิจารณาถึงมูลเหตุจูงด้านมนุษยธรรม ในของผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากสถานการณ์อันยากลำบากเพื่อนำมาบรรเทาโทษแก่ผู้กระทำได้อย่างอิสระตามมาตรา 62(1) นักวิชาการเห็นว่า การเลือกรักษาชีวิตต่อหลักการความเท่าเทียมกันของชีวิตในระบอบประชาธิปไตย ผู้พิพากษาอาจไม่ถือว่าแนวทางเหล่านั้นเป็นข้อแก้ตัวซึ่งจะบ่อนทำลายการมีอยู่ของสัดส่วนของทางเลือกของแพทย์ ดังนั้นจึงทำให้ความจำเป็นไม่สามารถนำมาใช้ได้ ดังนั้นแพทย์อิตาลีจึงยังคงมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการเลือกรักษาผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เพียงแต่อาจได้รับการลดโทษจากศาลด้วยมูลเหตุจูงใจที่จำต้องเลือกหนทางที่น่าจะเป็นประโยชน์แก่สังคมมากที่สุด

ประเทศเยอรมนี หลังจากมีเหตุการณ์ที่แพทย์ต้องเลือกรักษาเนื่องจากโควิด 19 เกิดขึ้น ได้มีการกล่าวถึงหลัก “หน้าที่ที่ขัดแย้งกัน” มีหลักพื้นฐานสามประการ คือ (1) มีหน้าที่ตั้งแต่สองหน้าที่ขึ้นไปที่ต้องกระทำ (2) การจัดลำดับความสำคัญของหน้าที่อยู่ภายใต้หลักการของผลประโยชน์เหนือกว่า (ความชั่วร้ายน้อยกว่า) (3) หน้าที่ที่ขัดแย้งกันเป็นข้อแก้ตัวที่ขอขมขื่นหากเกิดกรณีเลือกรักษาอาจอ้างหลักนี้ได้ แต่การตัดสินใจของแพทย์นั้น จะต้องมีการกำหนด Priority ขึ้นมาโดยพิจารณาจากความเร่งด่วนและโอกาสการรักษาสำเร็จแม้จะใช้หลักความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 34 ไม่ได้แต่หากแพทย์ทำหน้าที่ในสถานการณพิเศษที่เป็นไปตามประมวลจริยธรรมทางการแพทย์ของเยอรมันเป็นที่เข้าใจสำหรับสิ่งนี้สามารถยืนยันเหตุผลของมโนธรรมได้ นอกจากนี้

ในสถานการณ์ทางกฎหมายที่สับสนหลีกเลี่ยงไม่ได้ แพทย์อาจจะอ้างมาตรา 17 German Criminal Code (StGB) ได้ Section 17 Mistake of law “ในกรณีการกระทำความผิดใด ผู้กระทำไม่รู้ว่าตนได้กระทำสิ่งที่ผิดกฎหมาย ผู้กระทำย่อมกระทำไปโดยปราศจากความชั่วถ้าในกรณีนั้นผู้กระทำไม่สามารถเลี่ยงความสำคัญผิดนั้น” แพทย์เยอรมันอาจได้รับการยกเว้นความผิดตามมาตรา 17

ประเทศอังกฤษ มีแนวโน้มยกเว้นความผิด ตามแนวคำพิพากษาของศาลโดยใช้หลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดีจากเหตุการณ์โควิด 19 ที่ต้องเลือกรักษา แพทย์ร่วมกันเรียกร้องให้มีกฎหมายคุ้มครองแพทย์ เนื่องจากแพทย์กังวลต่อการถูกฟ้องและถูกสอบสวน โดยเรียกร้องให้มีการออกกฎหมายฉุกเฉินมาคุ้มครองแพทย์โดยใช้เฉพาะกับการตัดสินใจที่ท้อแท้ขึ้นโดยสุจริตเท่านั้น ในสถานการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมและเป็นไปตามแนวทางที่เกี่ยวข้อง

ประเทศสหรัฐอเมริกา แพทย์อาจได้รับการยกเว้นความผิดโดยอ้างเรื่องความจำเป็น (necessity defense) ในการเลือกรักษาในสถานการณ์ฉุกเฉินได้ หากถอดเครื่องช่วยหายใจเพื่อช่วยผู้ป่วยที่มีแนวโน้มที่มีโอกาสรอดชีวิตจากการรักษามากกว่า (แต่ต้องเป็นไปตามโปรโตคอล Triage) อย่างไรก็ตามนักวิชาการเห็นว่าหลักนี้อาจใช้ไม่ได้หากการถอดเครื่องช่วยหายใจสามารถช่วยผู้ป่วยรายอื่นได้เพียงรายเดียว (เมื่อเทียบกับการช่วยคนอื่น ๆ ได้อีกหลายคน) เพราะกฎหมายอาญาโดยทั่วไปถือว่าแต่ละชีวิตเท่าเทียมกัน โดยเรียกร้องให้มีบทบัญญัติเหมือนในรัฐแมริแลนด์ที่ยกเว้นความผิดทางแพ่งและอาญาให้บุคลากรทางการแพทย์หากกระทำโดยสุจริตภายใต้สภาวะฉุกเฉิน มีผู้ให้ความเห็นว่าบทบัญญัตินี้จะสร้างภูมิคุ้มกันให้แพทย์ที่ปฏิบัติตามโปรโตคอลที่ได้รับการอนุมัติจากรัฐ โดยไม่คำนึงถึงผลด้านลบที่เกิดจากการถอดเครื่องช่วยหายใจของผู้ป่วย

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบเหตุจำกัดความรับผิดกรณีแพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยและข้อเรียกร้องของแพทย์ในต่างประเทศ

ประเทศ	ประเด็น : เหตุจำกัดความรับผิดกรณีแพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตและข้อเรียกร้องของแพทย์ในต่างประเทศ
ประเทศอิตาลี	มีเหตุผลโทษตามมาตรา 62(1) บทบัญญัติพิเศษสำหรับผู้พิพากษาในการพิจารณาถึงมูลเหตุจูงด้านมนุษยธรรมของผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากสถานการณ์อันยากลำบากเพื่อนำมาบรรเทาโทษแก่ผู้กระทำแพทย์อิตาลีจึงยังคงมีความรับผิดทางอาญาสำหรับการเลือกรักษาผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เพียงแต่อาจได้รับการลดโทษจากศาลด้วยมูลเหตุจูงใจที่จำต้องเลือกหนทางที่น่าจะเป็นประโยชน์แก่สังคมมากที่สุด ในสถานการณ์นั้น

ประเทศ	ประเด็น : เหตุจำกัดความรับผิดชอบแพทยจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิต และข้อเรียกร้องของแพทย์ในต่างประเทศ
ประเทศเยอรมนี	อาจได้รับการยกเว้นความผิด หากแพทย์ทำหน้าที่ในสถานการณ์พิเศษที่เป็นไปตามประมวลจริยธรรมทางการแพทย์ของเยอรมันตามหลักหน้าที่ที่ขัดแย้งกัน และแพทย์อาจจะอ้างประมวลกฎหมายมาตรา 17 เรื่องสำคัญผิดว่าการกระทำไม่ผิดกฎหมาย แพทย์เยอรมันจึงอาจได้รับการยกเว้นความผิด
ประเทศอังกฤษ	มีแนวโน้มยกเว้นความผิด ตามแนวคำพิพากษาของศาลโดยใช้หลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี จากเหตุการณ์โควิด 19 แพทย์ร่วมกันเรียกร้องให้มีกฎหมายคุ้มครองแพทย์ เนื่องจากแพทย์กังวลต่อการถูกฟ้องและถูกสอบสวน โดยเรียกร้องให้มีการออกกฎหมายฉุกเฉินมาคุ้มครองแพทย์โดยใช้เฉพาะกับการตัดสินใจที่เพิ่มขึ้นโดยสุจริตเท่านั้น ในสถานการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมและเป็นไปตามแนวทางที่เกี่ยวข้อง
ประเทศ สหรัฐอเมริกา	แพทย์อาจได้รับการยกเว้นความผิดโดยอ้างเรื่องความจำเป็นในการเลือกรักษาในสถานการณ์ฉุกเฉินได้ หากสามารถรักษาผู้ป่วยได้จำนวนมากกว่า แต่หลักนี้อาจใช้ไม่ได้หากการถอดเครื่องช่วยหายใจสามารถช่วยผู้ป่วยรายอื่นได้เพียงรายเดียว โดยเรียกร้องให้มีบทบัญญัติเหมือนในรัฐแมริแลนด์ที่ยกเว้นความผิดทางแพ่งและอาญาให้บุคลากรทางการแพทย์หากกระทำโดยสุจริตภายใต้สภาวะฉุกเฉิน

บทที่ 5

บทวิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย

ตามที่ได้ผู้วิจัยได้ศึกษาข้อพิจารณา แนวความคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำด้วยความจำเป็นและการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย การสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญ กฎหมายและประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในประเทศไทย ตลอดจนหลักกฎหมายเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นของต่างประเทศ แนวคิด ความเห็นของนักวิชาการหรือนักกฎหมายต่างประเทศในเรื่องความจำเป็นในการเลือกรักษาผู้ป่วยของแพทย์ ได้แก่ ประเทศอิตาลี ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา ในเบื้องต้นนั้น

ผู้วิจัยได้กำหนดประเด็นที่จะวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับกันหกประเด็นดังต่อไปนี้ ประเด็นแรกจะวิเคราะห์แนวคิดทางปรัชญาที่เกี่ยวกับการเลือกรักษาของแพทย์ ซึ่งจะสามารถสนับสนุนความชอบธรรมได้ว่าทำไมจึงควรยกเว้นความผิดให้แพทย์ในกรณีนี้ ประเด็นที่สองจะวิเคราะห์และเปรียบเทียบหลักกฎหมายและคำพิพากษาเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อเปรียบเทียบว่าในต่างประเทศและประเทศไทย มีหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เมื่อทราบข้อมูลแล้วก็จะนำไปสู่การวิเคราะห์ในประเด็นที่สามคือ วิเคราะห์และเปรียบเทียบผลในทางกฎหมายอาญาและเหตุในการจำกัดความรับผิดชอบของการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยของแพทย์ว่าหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้กล่าวถึงในประเด็นที่แล้ว สามารถนำมาใช้กับการเลือกรักษาของแพทย์ได้หรือไม่ มีข้อจำกัดอย่างไร หากไม่สามารถอ้างได้ จะสามารถอ้างเหตุจำกัดความรับผิดชอบอย่างไรได้บ้าง ประเด็นต่อไปเป็นประเด็นสำคัญโดยจะวิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาในการซึ่งน้ำหนักชีวิตมนุษย์ โดยจะเน้นไปที่ความเห็นของนักวิชาการทั้งในไทยและต่างประเทศ ประเด็นถัดมาจะเป็นการวิเคราะห์และเปรียบเทียบ ความคิดเห็น/ข้อเรียกร้องของนักวิชาการ แพทย์ นักกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องความจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย เพื่อให้ทราบว่าในปัจจุบันแต่ละประเทศมีการคุ้มครองแพทย์ที่เพียงพอหรือยังและนักวิชาการ นักกฎหมายของต่างประเทศและของประเทศไทย มีข้อเรียกร้องประการใดบ้าง และสุดท้ายจะเป็นการวิเคราะห์เงื่อนไขและผลทางกฎหมายที่เหมาะสม

5.1 วิเคราะห์แนวคิดทางปรัชญาที่เกี่ยวกับการเลือกรักษาของแพทย์

ในบทที่ 2 ผู้วิจัยได้ศึกษาข้อพิจารณา แนวความคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย ซึ่งหนึ่งในทฤษฎีทางเวทียจริยศาสตร์นั้น ประกอบไปด้วยสำนักนิยมที่ยึดความถูกต้องดีชั่วอย่างเคร่งครัดและทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยมที่ยึดหลักว่าหากการกระทำนั้นเกิดประโยชน์แก่คนจำนวนมาก

มากที่สุดแล้ว ถือว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ซึ่งจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาอันเนื่องมาจากสถานการณ์ฉุกเฉินที่มาจากเหตุภายนอกที่ไม่อาจคาดหมายได้ คือโรคระบาด จะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แพทย์ไม่อาจยึดทฤษฎีสำนกนิยมที่ยึดความผิดถูกตีช่วยอย่างเคร่งครัดได้ เนื่องจากการปฏิเสธไม่ให้เครื่องช่วยหายใจแก่ผู้ป่วยคนหนึ่งถือว่าแพทย์นั้นได้ทำผิดหลักศีลธรรมแล้ว ทุกคนมองว่าสิ่งนี้ผิด แพทย์ไม่สามารถดำเนินการดังนั้นได้ ซึ่งในทางปฏิบัติในสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่นว่านั้น ไม่มีทางเป็นไปได้เลยที่ทรัพยากรมีจำกัดแต่ต้องรักษาทุกคน ซึ่งเป็นการตัดสินใจที่ยากลำบากที่อาจจะทำให้เกิดประโยชน์ต่ออีกฝ่ายหนึ่งและอีกฝ่ายหนึ่งต้องเสียประโยชน์ แพทย์จึงต้องเลือกหลักที่สองคือ ทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม โดยเจเรมี เบ็นธัมได้เสนอว่าการกระทำที่ดีที่สุดคือการก่อให้เกิดประโยชน์สุขแก่คนจำนวนมากที่สุด โดยในกรณีที่แพทย์ไม่สามารถรักษาทุกคนไว้ได้ การเลือกรักษาผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากที่สุดจึงเป็นทางออกที่ทุกคนเห็นพ้องต้องกัน ซึ่งแนวทางนี้เป็นแนวทางที่ก่อให้เกิดประโยชน์มากที่สุดกับทรัพยากรที่ได้ใช้ไป ยกตัวอย่างเช่นในสถานการณ์ฉุกเฉินที่เครื่องช่วยหายใจมีจำนวนจำกัด มีผู้ป่วยที่มีสภาวะเป็นฝักที่มีชีวิตอยู่รอดได้ด้วยการใช้เครื่องช่วยหายใจ กับผู้ป่วยอีกคนหนึ่งที่เป็นโรคอุบัติใหม่ มีอาการร้ายแรงที่ต้องรีบรักษา หากไม่รีบรักษาโดยใช้เครื่องช่วยหายใจผู้ป่วยอาจเสียชีวิตได้ ซึ่งแพทย์ประเมินได้ว่าหากได้รับเครื่องช่วยหายใจผู้ป่วยอาจกลับมาหายเป็นปกติได้ แพทย์จึงต้องเลือกรักษาโดยการชั่งน้ำหนักว่าเลือกทางใดจะเกิดประโยชน์ที่สุด โดยหลักมาก่อนได้ก่อนไม่สามารถนำมาใช้ในนี้ได้ เนื่องจากขัดกับหลักการรักษาชีวิตให้ได้มากที่สุด

ในสถานการณ์ปกตินั้น แพทย์จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเฉพาะราย แม้ว่าผู้ป่วยจะมีอายุมากหรือจะสามารถฟื้นคืนตัวได้ยากแพทย์ก็ต้องไม่เลือกรักษา เนื่องจากแพทย์ต้องยึดหลักจริยธรรมในการรักษาผู้ป่วย 4 ประการคือ ต้องรักษาประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย ไม่ให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายใด ๆ เพิ่มขึ้น เคารพเอกสิทธิ์ผู้ป่วยและต้องมีความยุติธรรม คือผู้ป่วยทุกคนมีสิทธิได้รับบริการสุขภาพที่เท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะยากดีมีจน หรือสถานะทางสังคมที่แตกต่าง แพทย์ก็ต้องรักษาเหมือนกันทั้งสิ้น แต่ในสถานการณ์ฉุกเฉินทางสาธารณสุขที่มีทรัพยากรไม่เพียงพอแล้วนั้น หลักจริยธรรมนั้นยังคงอยู่ เพียงแต่เปลี่ยนแนวทาง คือจากประโยชน์สูงสุดเฉพาะราย ไปสู่ประโยชน์สูงสุดในทางสังคม คือต้องช่วยเหลือผู้ป่วยให้ได้มากที่สุด สถานการณ์ฉุกเฉินนั้น โดยในการเลือกรักษาแพทย์ต้องใช้เกณฑ์ที่โปร่งใสและเป็นธรรม ซึ่งจากที่ได้ศึกษาพบว่าการพยากรณ์โรคทางคลินิกเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดที่สามารถวัดได้อย่างเป็นรูปธรรม ดังนั้นหลักอรรถประโยชน์นิยมจึงเป็นทางเลือกที่ควรนำมาใช้ที่มากที่สุดในการปรับเข้ากับการเลือกรักษาของแพทย์ในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งถึงแม้ว่าจะไม่สามารถบรรลุประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเฉพาะรายได้ แต่ก็บรรลุประโยชน์สูงสุดของ

สังคมที่ดีที่สุด สถานการณ์นั้น ๆ แล้ว ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแพทย์ได้เลือกทางเลือกที่เป็นประโยชน์ที่สุดแล้ว แม้ว่าจะเล็งเห็นได้ว่าจะทำให้ผู้ป่วยอีกคนหนึ่งเสียชีวิต แต่เพื่อช่วยผู้ป่วยอีกหลายรายให้มีชีวิตรอดจากทรัพยากรอันมีจำกัดนั้น จึงเป็นสิ่งที่ไม่ควรลงโทษแพทย์แต่อย่างใดเลย และควรมีกฎหมายเพื่อจำกัดความรับผิดชอบของแพทย์ในกรณีนี้ด้วย

5.2 วิเคราะห์และเปรียบเทียบหลักกฎหมายและคำพิพากษาเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย

ในการเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น หลักกฎหมายอาญาที่แพทย์อาจยกขึ้นอ้างได้คือหลักเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็น โดยหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นหลักทั่วไปในกฎหมายอาญาที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ซึ่งไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์หรือคอมมอนลอว์ ก็ล้วนแต่มีหลักนี้ทั้งสิ้น แต่ขึ้นอยู่กับว่าจะปรากฏในรูปแบบใด ประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ เช่น อิตาลี และเยอรมนีมีการบัญญัติเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ส่วนประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ ศาลได้กำหนดแนวทางในการปรับใช้หลักเรื่องความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่เดิมได้วางหลักเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ ต่อมาได้บัญญัติหลักเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญาต้นแบบ เพื่อให้แต่ละมลรัฐไปบัญญัติกฎหมายอาญาของตนเอง

ในประเทศไทยนั้น หลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะโดยตามมาตรา 67 การกระทำด้วยความจำเป็นเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษเท่านั้น ไม่ว่าจะจำเป็นเรื่องความจำเป็นเพราะอยู่ภายใต้ที่บังคับตามมาตรา 67(1) หรือความจำเป็นเพื่อให้พ้นจากภัยอันตรายตามมาตรา 67(2) แต่อย่างไรก็ดีในประเทศไทยได้มีการยอมรับหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ในมาตราต่าง ๆ เช่น เรื่องการทำแท้ง ตามมาตรา 305 แต่อย่างไรก็ดีก็ไม่สามารถปรับใช้หลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายกับกรณีนี้ได้ เนื่องจากมาตรา 305 คุณธรรมทางกฎหมายที่รักษาไว้ต้องมากกว่าคุณธรรมทางกฎหมายที่ถูกทำลาย ในกรณีนี้เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เท่ากัน จึงไม่สามารถนำกรณีนี้มาปรับใช้ได้

มีผู้ให้ความเห็นว่าควรแยกความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายกับความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยออกจากกัน¹⁵⁰ และในโครงการวิจัยเพื่อปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา: ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป

¹⁵⁰ อนุชล สัญชยานุกูล, "การกระทำด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด," หน้า 130.

ในส่วนของการบัญญัติเหตุความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้น โดยยกตัวอย่างของการขับรถเร็วเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดเพื่อนำคนป่วยที่ใกล้จะเสียชีวิตไปส่งโรงพยาบาล มีความเห็นออกเป็น 3 แนวทาง ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้ แนวทางแรก เห็นว่าควรบัญญัติเหตุยกเว้นความผิดดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งก็เป็นความเห็นในทางเดียวกันกับความเห็นของคณะผู้วิจัย แนวทางที่สองเห็นว่าควรมีเฉพาะกรณีของเหตุจำเป็นที่ยกเว้นโทษเท่านั้น โดยให้เหตุผลว่าเพราะไม่มีอันตรายที่เกิดจากการละเมิดกฎหมายที่กระทำต่อผู้ป่วย ในประเด็นนี้คณะผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการนำแนวคิดในเรื่องป้องกันมาเทียบเคียงกับกรณีดังกล่าว แต่ตามกฎหมายเยอรมันหลักในเรื่องป้องกันกับหลักในเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นคนละกรณีกัน กล่าวคือหลักในเรื่องป้องกันเป็นกรณีที่ผู้ประทุษร้ายละเมิดต่อกฎหมายและผู้กระทำการป้องกันได้กระทำไปเพื่อป้องกันสิทธิของตนซึ่งเป็นไปตามแนวคิดที่เป็นการคุ้มครองตนเองและทำให้กฎหมายมีความศักดิ์สิทธิ์ในขณะที่หลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายพิจารณาคนละหลักการกับเรื่องป้องกันเพราะในกรณีนี้เป็นการชั่งน้ำหนักของประโยชน์สองสิ่งที่มีความขัดแย้งกัน การที่ผู้กระทำได้ทำลายประโยชน์หนึ่งเพื่อรักษาอีกประโยชน์หนึ่งที่มีคุณค่ามากกว่าอย่างมาก เมื่อพิจารณาจากเหตุผลในทางกฎหมายแล้วย่อมเป็นสิ่งที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้และไม่ใช่เป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษแนวทางที่สาม เห็นว่าให้พิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปว่าจะยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ ในประเด็นนี้คณะผู้วิจัยเห็นว่า เหตุผลที่ฝ่ายนี้ให้ไว้ว่าหากไม่ใช้กรณีฉุกเฉินก็จะไม่ยกเว้นความผิดนั้นหากพิจารณาปัญหาดังกล่าวตามหลักกฎหมายเยอรมันแล้ว จะเห็นได้ว่าหากเป็นกรณีดังกล่าวก็ไม่อาจที่จะอ้างหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายได้อยู่แล้ว เนื่องจากจะอ้างได้ต้องเป็นกรณีที่ไมอาจหลีกเลี่ยงไปใช้วิธีการอย่างอื่นที่เบากว่าได้ ดังนั้น หากไม่ฉุกเฉินแล้วก็ย่อมไม่อาจอ้างหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายได้และจริง ๆ แล้วในกรณีนี้ก็อ้างหลักความจำเป็นที่ยกเว้นโทษไม่ได้เช่นกัน โดยคณะผู้วิจัยได้มีข้อเสนอแนะโดยเห็นควรเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 69/1 โดยบัญญัติว่า ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย บุคคลใดตกอยู่ในอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ เกียรติ กรรมสิทธิ์ หรือนิติสมบัติอื่น ๆ ที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นได้จึงได้กระทำความผิดไปเพื่อป้องกันอันตรายมิให้เกิดขึ้นแก่ตนเองหรือบุคคลอื่น ถือว่าการกระทำของบุคคลดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหากว่าในการชั่งน้ำหนักของประโยชน์ที่ขัดแย้งกันนั้น กล่าวคือ นิติสมบัติที่ขัดแย้งกันรวมถึงระดับของอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่นิติสมบัตินั้นปรากฏว่าประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครองมีคุณค่ากว่าประโยชน์ที่ถูกทำลายอย่างชัดแจ้ง อย่างไรก็ตาม จะถือว่าการกระทำด้วยความจำเป็นดังกล่าว

ชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นวิธีการที่เหมาะสมในการที่จะป้องกันอันตราย¹⁵¹ แต่อย่างไรก็ดีความเห็นของคณะผู้วิจัยดังกล่าว เห็นว่าการที่จะบัญญัติให้การกระทำด้วยความจำเป็น เป็นเหตุยกเว้นความผิดนั้น ต้องเป็นกรณีที่มีการชั่งน้ำหนักของประโยชน์ที่ขัดแย้งกันนั้น กล่าวคือ นิติสมบัติที่ขัดแย้งกันรวมถึงระดับของอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่นิติสมบัติดังกล่าวปรากฏว่าประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครองมีคุณค่ากว่าประโยชน์ที่ถูกทำลายอย่างชัดเจน จึงสรุปได้ว่าคณะผู้วิจัยต้องการให้ในเรื่องความจำเป็นที่จะบัญญัติเป็นเหตุยกเว้นความผิดนั้น คุณค่าของสองสิ่งต้องไม่เท่ากัน คือประโยชน์ที่จะคุ้มครองต้องมีคุณค่ามากกว่า ดังนั้นในการเลือกชีวิตมนุษย์ซึ่งคุณค่าของชีวิตแต่ละคนนั้นมีความเท่าเทียมกัน จึงเกิดปัญหาว่าในกรณีแบบนี้ควรที่จะมีการยกเว้นความผิดหรือไม่

ในประเทศอิตาลี ได้มีการกำหนดกฎหมายเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายซึ่งเป็นเหตุที่มีอำนาจกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย (necessity as justification) ไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 54¹⁵² แม้กฎหมายอาญาอิตาลีจะมีการให้อำนาจกระทำแก่บุคคลที่กระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายก็ตาม แต่บทบัญญัติอำนาจกระทำนี้ก็ยังคงมีข้อจำกัดในการปรับใช้อยู่ในวรรคสองที่ได้มีการบัญญัติไม่ให้นำบทบัญญัติอำนาจกระทำในวรรคแรกมาบังคับใช้เพื่อยกเว้นความรับผิดทางอาญากับบุคคลที่มีหน้าที่ โดยเฉพาะเจาะจงตามกฎหมายต้องเผชิญกับภัยอันตราย

ในประเทศเยอรมนี มีการนำเอาข้อต่อผู้เรื่องกรกระทำโดยจำเป็นตามหลักเรื่องความชั่วที่น้อยกว่ามาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 34¹⁵³ จากความในมาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1975 มีข้อสังเกตที่น่าสนใจ 2 ประการ คือ¹⁵⁴

¹⁵¹ ณรงค์ ใจหาญ, โครงการวิจัยเพื่อปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา: ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป : รายงานฉบับสมบูรณ์, หน้า 195-197.

¹⁵² มาตรา 54 “บุคคลจะไม่มี ความรับผิดทางอาญาหากได้กระทำด้วยความจำเป็นเพื่อรักษาตนเองหรือผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายที่ร้ายแรง หากภัยอันตรายนั้นไม่ได้เกิดขึ้นด้วยความผิดของตน โดยผู้กระทำไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และได้กระทำลงไปได้สัดส่วนกับภัยอันตราย

บทบัญญัตินี้ไม่นำมาปรับใช้กับบุคคลผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเผชิญหน้ากับภัยอันตราย

บทบัญญัติในวรรคแรกนี้ให้นำไปใช้บังคับในกรณีสภาวะแห่งความจำเป็นเกิดขึ้นจากการคุกคามที่เกิดขึ้นจากบุคคลอื่นด้วย เฉพาะแต่กรณีที่กระทำความผิดด้วยความจำเป็นต่อบุคคลที่เป็นเหตุแห่งการคุกคามนั้น”

¹⁵³ มาตรา 34 ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย

บุคคลใดตกอยู่ในภัยอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ เกียรติยศ ทรัพย์สินหรือประโยชน์ทางกฎหมายในกรณีอื่นๆ และได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายนั้น ถือว่าการกระทำของผู้นั้นไม่ผิดกฎหมาย หากปรากฏว่าการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่ขัดกัน คือประโยชน์ทางกฎหมายที่ถูกกระทบและความร้ายแรงของภัยอันตรายที่เกิดขึ้นชี้ชัดว่าประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครองนั้นมีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ที่ถูกกระทบ แต่บทบัญญัตินี้ใช้บังคับได้ตราบเท่าที่การกระทำนั้นเป็นวิธีการที่เหมาะสมสำหรับปกป้องภัยอันตรายเท่านั้น

1. ภัยอันตรายที่ผู้กระทำประสงค์จะหลีกเลี่ยงต้องไม่เพียงแต่สำคัญกว่าภัยอันตรายที่ผู้กระทำจะก่อขึ้นเท่านั้นหากแต่ยังต้องมีความสำคัญกว่าอย่างชัดเจน หรือมีนัยสำคัญ (substantially) และ

2. การกระทำเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่มีประโยชน์ซึ่งมีน้ำหนักมากกว่านี้ การกระทำต้องเป็นวิธีการที่เหมาะสม และไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้โดยวิธีการอื่น

องค์ประกอบของความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องประกอบไปด้วย (1) สถานการณ์ที่เป็นความจำเป็น (2) การกระทำที่จำเป็นต้องกระทำ และ (3) การกระทำที่มีเจตนาช่วยเหลือ¹⁵⁵

สถานการณ์ที่จะถือว่าเป็นสถานการณ์ที่ความจำเป็นได้เกิดขึ้นแล้ว คือ สถานการณ์ใด สถานการณ์หนึ่งซึ่งมีความเสียหายร้ายแรงที่กระทบโดยตรงต่อ “คุณธรรมทางกฎหมาย” ส่วนการกระทำที่จำต้องกระทำ ต้องเป็นการกระทำที่มีความพอสมควร กล่าวคือการกระทำนั้นต้องเหมาะสมในการขจัดภัยอันตราย การกระทำที่จำเป็นต้องจำกัดเนื่องจากอาจจะกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายของบุคคลที่ 3 จึงต้องเป็นกรณีที่ไม่มีความเลือกอื่น โดยประเทศเยอรมนีเห็นว่าความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่ขัดแย้งกัน ฉะนั้นการกระทำที่จำเป็นต้องกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่เป็นการรักษาประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่า

ประเทศอังกฤษ เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีรากฐานมาจากจารีตประเพณี และมีได้มีการจัดทำขึ้นเป็นรูปกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลเป็นผู้นำกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้ คำพิพากษาของศาลจึงกลายเป็นสิ่งที่ยึดถือเป็นบรรทัดฐานเรื่อยมา การยกข้อต่อสู้ในเรื่องความจำเป็นที่มีอยู่ทั่วไปในกฎหมายอังกฤษนั้น ไม่มีระดับของความแน่นอนว่าในขอบเขตใดที่จะอ้างความจำเป็นขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้¹⁵⁶

ในปี ค.ศ. 1550 Serjeant Pollard เป็นผู้นำหลักกฎหมายละตินที่ว่า “*Necessitas non habet legem*” (ความจำเป็นย่อมไม่มีกฎหมาย) เข้ามาเผยแพร่ จากความเห็นแย้งของ Pollard ทำให้ศาลอังกฤษได้กำหนดแนวทางของการกระทำด้วยความจำเป็นไว้ 2 กรณี¹⁵⁷ คือ 1. Duress เป็นการกระทำเพราะถูกข่มขู่บังคับโดยบุคคล และ 2. Necessity เป็นการกระทำโดยหลีกเลี่ยงภัยเพราะ

¹⁵⁴ Fletcher, G. P., *Rethinking Criminal Law*, pp. 786-787.

¹⁵⁵ คณิต ฌ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, หน้า 261.

¹⁵⁶ กุสุมา จินดาทิพย์, "ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ," หน้า 38.

¹⁵⁷ เรื่องเดียวกัน.

ถูกบังคับจากสภาพแวดล้อมภายนอกหรือเหตุการณ์ตามธรรมชาติ เช่น พายุ เป็นต้น โดยภัยอันตรายนั้นเป็นภัยอันตรายที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ การกระทำด้วยความจำเป็นนี้เป็นเหตุที่เรียกว่า “นโยบายสาธารณะ” (Public Policy) กล่าวคือกฎหมายควรที่จะสนับสนุนคุณค่าที่อยู่เหนือกว่าและยอมสูญเสียคุณค่าที่น้อยกว่า และในบางครั้งการที่จะรักษาคุณค่าที่อยู่เหนือกว่านี้จะต้องกระทำการโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายก็ ฉะนั้นการกระทำของบุคคลนั้นจึงเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น ซึ่งเป็นสิ่งที่ชอบธรรม ส่วนกรณีการฆ่าคน ๆ หนึ่ง เพื่อช่วยชีวิตคนหลายคนการรักษาชีวิตของคนหลายคนไว้เป็นสิ่งที่ดีกว่าที่จะรักษาชีวิตคนเดียว สิ่งนี้เป็นเรื่องของทางเลือกกระทำในระหว่างสิ่งที่ชั่วร้าย (Choice of evils) เมื่อแรงกดดันจากสภาพภายนอกทำให้บุคคลต้องเผชิญกับการเลือกที่จะกระทำในสิ่งที่ชั่วร้าย การกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่มีประโยชน์มากกว่าโดยกระทำความชั่วร้ายที่น้อยกว่าเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายได้

การเกิดขึ้นของความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายอังกฤษมีความคล้ายคลึงกับแนวทางการพัฒนาในประวัติศาสตร์กฎหมายเยอรมัน โดยการเรียกร้องให้กฎหมายอาญารับเอาความแตกต่างระหว่างความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายและความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษเช่นเดียวกับที่เยอรมันยอมรับนั้น จะเป็นงานของนักตำราโดยเฉพาะ Granville William ซึ่งเห็นว่าความแตกต่างระหว่าง necessity กับ duress จะมีได้ขึ้นอยู่กับสภาพที่มาของสภาพแวดล้อมที่เป็นภัยอันตราย กับการข่มขู่ของมนุษย์อีกต่อไป แต่ความแตกต่างจะอยู่บนพื้นฐานของการซึ่งน้ำหนักประโยชน์ที่จะต้องรักษาและที่จะต้องสละมากกว่า necessity ในฐานะที่เป็นความชอบธรรมจะใช้ในทุกกรณีที่ประโยชน์ที่จะต้องสละ มีคุณค่าน้อยกว่าประโยชน์ที่จะต้องรักษา โดยไม่คำนึงถึงว่าภัยอันตรายของประโยชน์ที่จะต้องรักษาเป็นผลมาจากสภาพแวดล้อมภายนอกหรือการข่มขู่ของมนุษย์¹⁵⁸

ความจำเป็นที่ต้องเลือกระหว่างชีวิตกับชีวิตในประเทศอังกฤษนั้น ในอดีตเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้ เช่น คดี R vs. Dudley and Stephens (1884) จากคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่าศาลเห็นว่าการอ้างเรื่องจำเป็นในการพรากชีวิตมนุษย์ไม่สามารถทำได้ ในปัจจุบันแม้ยังไม่มีกฎหมายที่อนุญาตให้มีการยกข้อต่อสู้ดังกล่าวมาใช้ในความผิดฐานฆ่าคนตายได้ แต่ในปี ค.ศ. 2000 มีคดีที่ทำให้สถานะของข้อต่อสู้เรื่องการทำโดยจำเป็นต้องถูกนำมาพิจารณาทบทวนอีกครั้งว่าสามารถนำมาใช้เพื่อเป็นข้ออ้างในการทำลายชีวิตมนุษย์ได้หรือไม่ ซึ่งคดีดังกล่าวนี้ก็คือ คดี Re A (Children)¹⁵⁹ โดยผู้พิพากษาในคดีนี้จึงมีความเห็นว่าแพทย์มีอำนาจกระทำโดยอาศัยหลักเกณฑ์เรื่องความจำเป็นที่

¹⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

¹⁵⁹ รมกรณ์ บุญมี, "ความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตด้วยความจำเป็น," หน้า 70.

ชอบด้วยกฎหมาย โดยจะเห็นว่าแม้การผ่าตัดของแพทย์จะเป็นการฆ่า Mary แต่ก็เป็นการกระทำด้วยความจำเป็นเพื่อให้ Jodie พ้นจากภัยความตายซึ่งได้สัดส่วนแห่งภัยตามหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะหากแพทย์ไม่ลงมือผ่าตัดจะทำให้ Jodie ต้องตายไปพร้อมกับ Mary เท่ากับเป็นการรักษาชีวิตคนไว้ได้อย่างน้อยหนึ่งคน ซึ่งมีประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวมมากกว่าการปล่อยให้ต้องตายทั้งสองคน นอกจากนี้ก็ไม่มีปัญหาการเลือกชีวิตที่ต้องเสียสละเหมือนคดีที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ (Dudley and Stephens) เพราะไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากต้องฆ่า Mary

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าในเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นของประเทศอังกฤษนั้น มีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนาน จะเห็นได้ทั้งพัฒนาการและความคลี่คลายของคำพิพากษาศาล ที่ก่อนหน้านี้ไม่สามารถอ้างความจำเป็นในการทำลายชีวิตมนุษย์ได้อย่างคดี Dudley and Stephens แม้จะเป็นไปเพื่อช่วยชีวิตคนจำนวนมากก็ตามแต่ก็ยังมีทางเลือกอื่นในการเสี่ยงให้พ้นภัยอันตรายนอกจากนั้นหากศาลให้อ้างความจำเป็นได้ อาจเกิดปัญหาในการพิจารณาระดับความจำเป็นและการเลือกผู้ที่ต้องเสียสละ แต่หลังคดี Re A (Children) ศาลก็เริ่มยอมรับการกล่าวอ้างหลักความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายในการพรากชีวิตมนุษย์ แม้ปัจจุบันจะมีการถกเถียงกันว่าสามารถอ้างความจำเป็นในการทำลายชีวิตมนุษย์ได้หรือไม่ แต่ผลจากคำพิพากษาในคดี Re A (Children) ย่อมแสดงให้เห็นแนวโน้มของการปรับใช้หลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายในการทำลายชีวิตมนุษย์ โดยต้องเข้าองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- 1) เป็นการกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่กำลังเกิดขึ้นโดยไม่อาจหลบเลี่ยงด้วยวิธีการอื่นได้
- 2) ทำได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่กล่าวมาบรรลุเท่านั้น
- 3) ภัยที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เกินสัดส่วนแห่งภัยที่จะหลีกเลี่ยง โดยต้องให้ความสำคัญกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของชีวิตในการชั่งน้ำหนักคุณค่าที่เกี่ยวข้อง ถึงแม้ความเคารพที่กฎหมายจะต้องมีต่อชีวิตของแต่ละคนนั้นจะต้องมีขนาดและน้ำหนักที่เท่ากัน แต่นอกจากเรื่องดังกล่าวก็ต้องคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ ประกอบด้วย การทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนเพราะเป็นการพิจารณาระหว่างชีวิตกับความตาย จึงจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาคำพิพากษาของประเทศอังกฤษ การจะอ้างความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย การเลือกรักษาชีวิตคือ

1. เป็นการกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่กำลังเกิดขึ้นโดยไม่อาจหลบเลี่ยงด้วยวิธีการอื่นได้

2. ทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้น
3. การเลือกต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรม เช่น ผู้มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่าก็ต้องเป็นผู้ที่เสียสละ
4. ต้องได้สัดส่วน (หากเป็นกรณีการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่าเพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนเพราะเป็นการพิจารณาระหว่างชีวิตกับความตาย จึงจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย)

ดังนั้นจากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า แนวโน้มการปรับใช้หลักเรื่องความจำเป็นในการทำลายชีวิตมนุษย์ของประเทศอังกฤษสามารถทำได้ แต่ต้องเป็นการทำลายชีวิตผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่าเพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า

ประเทศสหรัฐอเมริกา บัญญัติเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ใน มาตรา 3.02¹⁶⁰ ไว้ในร่างแบบของประมวลกฎหมายอาญา หรือ Model Penal Code

ก่อนหน้าที่จะมี Model Penal Code อเมริกาได้ปรับใช้หลักกฎหมายเรื่องการกระทำโดยจำเป็นโดยอาศัยกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยวางหลักเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ การบัญญัติกฎหมายได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในการปรับใช้กฎหมายอาญาในเรื่องการกระทำโดยจำเป็นของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งแตกต่างจากของประเทศอังกฤษอย่างมาก และเป็นการวางหลักที่พัฒนาหลักการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวได้เป็นอย่างดี¹⁶¹ หลักเรื่องความจำเป็นของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเห็นได้ว่าไม่มีการกล่าวถึงภัยอันตรายที่จะใกล้จะถึง มีเพียงว่าภัยอันตรายที่ผู้กระทำประสังค์จะหลีกเลี่ยงนั้นต้องรุนแรงกว่าภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำสิ่งทีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดเท่านั้น

คดีที่มีชื่อเสียงของสหรัฐอเมริกาในเรื่องการอ้างความจำเป็นกรณีการชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตมนุษย์แล้ว ศาลอเมริกันยอมรับให้ยกเป็นข้อต่อสู้ได้ คือ คดี U.S. & Holmes (1842)¹⁶² (คดีนี้

¹⁶⁰ (1) ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปโดยเชื่อว่าจำเป็นต้องกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายแก่ตนเองหรือบุคคลที่สาม การกระทำนั้นจะไม่มี ความผิด ถ้า

- ก. ภัยอันตรายที่ผู้กระทำประสังค์จะหลีกเลี่ยงนั้นรุนแรงกว่าภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำสิ่งทีกฎหมายบัญญัติไว้ เป็นความผิด และ
- ข. ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดกำหนดให้ใช้ข้อต่อสู้ หรือข้อยกเว้นอื่น
- ค. ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดกำหนดข้อห้ามในการยกอ้างข้อต่อสู้

(2) ถ้าภัยอันตรายนั้นเกิดขึ้นด้วยความประมาทของผู้กระทำ ให้ผู้กระทำรับผิดฐานกระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า การกระทำนั้นผู้กระทำต้องรับโทษแม้กระทำโดยประมาท¹⁶⁰

¹⁶¹ อนุชล สัญยานุกูล, "การกระทำด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด," หน้า 120.

¹⁶² อ่านคำพิพากษาลงฉบับเต็มได้ที่ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/18/412/> (สืบค้นเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2564)

เกิดขึ้นก่อน Model Penal Code) คดีนี้ศาลได้ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายกำหนดว่าผู้โดยสารจะต้องถูกโยนลงทะเลก่อนลูกเรือ เพราะลูกเรือเป็นผู้ที่สามารถนำพาเรือไปได้โดยปลอดภัยและผู้โดยสารที่จำเป็นต้องถูกโยนลงทะเลจะต้องจับสลากัน แต่วิธีนี้ได้นำมาใช้ในคดีนี้ ศาลจึงเห็นว่ากรกระทำของจำเลยเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น แต่เนื่องจากจำเลยไม่ได้เลือกใช้วิธีที่เหมาะสมในการเลือกผู้เคราะห์ร้ายที่จะตาย ศาลจึงลงโทษจำเลย แต่ลงโทษในสถานเบาเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษที่เป็นที่ยอมรับกันมาตั้งแต่ก่อนการยกขึ้นอ้างได้ เป็นเฉพาะกรณีที่ไม่มีการกำหนดไว้เป็นหลักทั่วไป จนกระทั่งนักนิติบัญญัติอเมริกันได้ร่างแบบของประมวลกฎหมายอาญา (Model Penal code) ขึ้นมา ผู้วิจัยเห็นว่าคดีนี้เห็นได้ชัดว่าการโยนคนบางส่วนออกจากเรือแม้จะเป็นการฆ่าโดยเจตนาเล็งเห็นผล แต่ก็เป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้เรือรอดพ้นจากการอัปปางซึ่งสามารถรักษาชีวิตคนจำนวนหนึ่งไว้ได้ เท่ากับเป็นการรักษาประโยชน์ของสังคมไว้ได้มากกว่าการไม่ทำอะไรเลยแล้วปล่อยให้เรือล่มตายกันหมดทุกคน ซึ่งหากมีการเลือกชีวิตที่ต้องเสียสละด้วยความจำเป็นแล้ว เช่นโดยการใช่วิธีจับสลาก ก็ถือเป็นการกระทำที่ได้รับการยกเว้นความผิดตามหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่คดีนี้ไม่ปรากฏว่ามีการเลือกด้วยวิธีการเช่นนั้น จึงไม่ถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด¹⁶³ ดังนั้นจากคำพิพากษาการจะอ้างความจำเป็นในการทำลายชีวิตคนได้นั้นจะต้องเป็นการที่ทำให้คนจำนวนมากกว่ารอดชีวิต

จากที่กล่าวมาแต่ละประเทศจะเห็นได้ว่าประเทศส่วนใหญ่ล้วนแต่มีหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายหรือความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ โดยในประเทศไทยก็มีความจำเป็นในลักษณะนี้เช่นเดียวกัน แต่บัญญัติไว้ในเรื่องของการทำแท้ง ตามมาตรา 305 โดยหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น คุณธรรมทางกฎหมายที่จะปกป้องรักษาไว้จะต้องมากกว่าคุณธรรมที่ถูกทำลายเมื่อชีวิตมนุษย์มีค่าเท่ากัน ในบางประเทศ เช่น ประเทศอิตาลี ประเทศเยอรมนี จึงไม่สามารถนำหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมาใช้ในการเลือกรักษาชีวิตได้ ส่วนทางฝั่งคอมมอนลอว์ได้แก่ประเทศอังกฤษ และประเทศอเมริกา นั้น จากคำพิพากษาและ Model penal code จะต้องเป็นกรณีการเลือกรักษาชีวิตนั้นสามารถอ้างเหตุความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่จะต้องเป็นการกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่กำลังเกิดขึ้นโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงด้วยวิธีการอื่นได้ ทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้น การเลือกต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความจำเป็น เช่น ผู้มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่าก็ต้องเป็นผู้ที่เสียสละ และต้องได้สัดส่วน (หากเป็นกรณีการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนเพราะเป็นการพิจารณาระหว่างชีวิตกับความตาย จึงจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วย

¹⁶³ อนุชล สัญชานุกูล, "การกระทำด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด," หน้า 120.

กฎหมาย) ซึ่งแนวโน้มการปรับใช้หลักเรื่องความจำเป็นในการเลือกรักษาชีวิตของประเทศฝั่งคอมมอนลอว์สามารถทำได้ แต่ต้องเป็นการทำลายชีวิตผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า

ในข้อ 5.3 จะวิเคราะห์เปรียบเทียบผลในทางกฎหมายอาญาและเหตุในการจำกัดความรับผิดชอบของการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยของแพทย์ ว่ากรณีที่บางประเทศอ้างเหตุเรื่องความจำเป็นที่ขบด้วยกฎหมายในการเลือกรักษาชีวิตของแพทย์ไม่ได้แล้ว ผลในทางกฎหมายอาญาของแพทย์จะเป็นอย่างไร รวมถึงจะมีเหตุจำกัดความรับผิดชอบของการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยของแพทย์หรือไม่

5.3 วิเคราะห์และเปรียบเทียบผลในทางกฎหมายอาญาและเหตุในการจำกัดความรับผิดชอบของการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยของแพทย์

การเลือกรักษาผู้ป่วยเป็นกรณีที่เกิดเหตุฉุกเฉิน แล้วทรัพยากรที่มีอยู่ไม่เพียงพอ แพทย์จึงต้องเลือกไม่ใส่หรือถอดเครื่องช่วยหายใจเพื่อนำไปให้ผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า การที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาเป็นการกระทำด้วยความจำเป็นเพื่อให้ผู้ป่วยพ้นจากภยันตราย โดยมาตรา 67(2) ของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67(2) บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภยันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” เงื่อนไขของมาตรา 67(2) ประกอบไปด้วย 1. ต้องมีภยันตรายอันใกล้จะถึง 2. ไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นด้วยวิธีใดได้ 3. ภยันตรายนั้นมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน 4. กระทำผิดด้วยความจำเป็น 5. เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตราย 6. กระทำไปไม่เกินสมควรแก่เหตุ เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบมาตรา 67(2) แล้วจะเห็นได้ว่าการที่แพทย์จะอ้างเหตุเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นมาเป็นเหตุยกเว้นโทษในการเลือกรักษาในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น อาจจะไม่สามารถอ้างได้ เนื่องจาก ต้องมีภยันตรายที่จะใกล้จะถึงอย่างแท้จริง ซึ่งในกรณีนี้แพทย์ได้คาดการณ์ว่าผู้ป่วยจะเสียชีวิตได้ อีกทั้งการที่แพทย์ไม่ได้ใส่เครื่องช่วยหายใจ หรือถอดเครื่องช่วยหายใจมาให้ผู้ป่วยที่มีโอกาสฟื้นคืนชีวิตมากกว่า อาจเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุ (ขึ้นอยู่กับว่าศาลจะพิเคราะห์พิจารณาอย่างไร) อีกทั้งภยันตรายมาจากเหตุเดียวกัน (ยกตัวอย่างเช่น โควิด 19) เมื่อเป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว แพทย์ในประเทศไทยอาจได้รับการลดโทษหรือหากศาลเห็นว่าข้ออ้างนั้นเข้าองค์ประกอบตามมาตรา 67(2) แพทย์จะได้รับการยกเว้นโทษเท่านั้น ซึ่งเหตุยกเว้นความผิดกับเหตุยกเว้นโทษมีข้อแตกต่างกันคือ หากเป็นเหตุยกเว้นความผิดนั้น คือการกระทำที่สังคมรับรอง อำนาจกระทำทำให้การกระทำไม่ต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่ง แต่การกระทำที่เป็นเหตุ

ยกเว้นโทษ สังคมไม่ได้รับรองการกระทำนั้นเพียงแต่ว่าสังคมเห็นว่าไม่ควรลงโทษคนเหล่านั้นเป็นอาชญากร โดยเหตุยกเว้นโทษยังต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งอยู่¹⁶⁴ หากเป็นเพียงการยกเว้นโทษ แพทย์จึงอาจยังคงมีความรับผิดชอบทางแพ่ง อาจส่งผลกระทบต่อแพทย์ในการหาหลักฐานไปสู่คดี ถูกสอบสวน ทั้งที่แพทย์ไม่ได้มีเจตนาไม่ดีแต่อย่างใด เพียงอยากสร้างประโยชน์สูงสุดให้สังคมในเวลานั้นเท่านั้น หรือหากเพียงได้รับการลดโทษ แพทย์อาจต้องเข้าเรือนจำ ทั้ง ๆ ที่ ควรได้ทำหน้าที่ในระหว่างที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน

ตามกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมก็ได้มีการยกเว้นความรับผิดชอบให้แพทย์ในกรณีนี้แต่อย่างใด ข้อ 15 ของข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม บัญญัติเพียงแต่ว่าผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบการวิชาชีพเวชกรรม ภายใต้อำนาจและข้อจำกัดตามภาวะ วิสัย และพฤติการณ์ที่มีอยู่ในสถานการณ์นั้น ๆ ซึ่งข้อบังคับนี้ เป็นเพียงการกำหนดมารยาทหรือจริยธรรมที่ผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์คงจะปฏิบัติได้ อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น และข้อ 31 ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภาเป็นเพียงหลักให้แพทย์รักษาจรรยาบรรณ ไม่ใช่เหตุในการยกเว้นความผิด หรือลดหย่อนผ่อนโทษ ไม่มีฐานะแบบกฎหมายอาญาแต่อย่างใด

ส่วนหลักเกณฑ์การระงับการใช้เครื่องช่วยหายใจของโรงพยาบาลและหลักเกณฑ์การจัดสรรทรัพยากรในการบริหารผู้ป่วยวิกฤตในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ของประเทศไทย ไม่มีบทจำกัดความรับผิดชอบให้แก่แพทย์ในกรณีเลืกรักษาแต่อย่างใด แพทย์จึงไม่ได้รับการรับรองว่าแพทย์ จะได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องเป็นคดีอาญาหากจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย

อย่างที่กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 5.2 ประเทศอิตาลี มีการกำหนดกฎหมายเรื่องการกระทำ ความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้อันตรายหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายซึ่งเป็นเหตุที่มีอำนาจกระทำโดยชอบ ด้วยกฎหมาย (necessity as justification) ไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 54 แม้กฎหมายอาญาอิตาลีจะมีการให้อำนาจกระทำแก่บุคคลที่กระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้อันตรายหรือผู้อื่น พ้นจากภัยอันตรายก็ตาม แต่บทบัญญัติอำนาจกระทำนี้ก็ยังต้องมีข้อจำกัดในการปรับใช้อยู่ในวรรคสองที่ ได้มีการบัญญัติไม่ให้นำบทบัญญัติอำนาจกระทำในวรรคแรกมาบังคับใช้เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบ อาญากับบุคคลที่มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงตามกฎหมายต้องเผชิญกับภัยอันตราย ซึ่งรวมไปถึงบุคลากร ทางการแพทย์ เพราะฉะนั้นแพทย์อิตาลีจึงไม่อาจกล่าวอ้างความชอบด้วยกฎหมายในเลือกรักษา

¹⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 21-22.

ผู้ป่วยเนื่องจากเหตุจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยเหตุผลไม่มีอุปกรณ์ทางการแพทย์ไม่เพียงพอ แต่ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลีก็ยังมีบทบัญญัติพิเศษสำหรับผู้พิพากษาในการพิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจด้านมนุษยธรรม (humanitarian motives) ในของผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากสถานการณ์อันยากลำบากที่เกิดขึ้นกับเขา เพื่อนำมาประเมินในการบรรเทาโทษแก่ผู้กระทำได้อย่างอิสระตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62(1)¹⁶⁵ นอกจากนี้ยังสามารถนำพฤติการณ์อื่น ๆ นอกเหนือจากมาตรา 62 มาใช้พิจารณาประกอบได้อีกทั้งนี้ตามมาตรา 62bis

ดังนั้น แพทย์อิตาลีจึงยังคงมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการเลือกรักษาเพียงแต่อาจได้รับการลดโทษจากศาลด้วยมูลเหตุจูงใจที่จำต้องเลือกหนทางที่น่าจะเป็นประโยชน์แก่สังคมมากที่สุด สถานการณ์นั้น

ในประเทศเยอรมนี ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่ามีกรณีนำเอาข้อต่อสู้เรื่องการกระทำโดยจำเป็นตามหลักเรื่องความชั่วที่น้อยกว่ามาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 34 โดยมีข้อสังเกตที่น่าสนใจ 2 ประการ คือ 1. ภัยอันตรายที่ผู้กระทำประสงค์จะหลีกเลี่ยงต้องไม่เพียงแต่สำคัญกว่าภัยอันตรายที่ผู้กระทำจะก่อขึ้นเท่านั้น หากแต่ยังต้องมีความสำคัญกว่าอย่างชัดเจน หรือมีนัยสำคัญ (substantially) และ 2. การกระทำเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่มีประโยชน์ซึ่งมีน้ำหนักมากกว่านี้ การกระทำต้องเป็นวิธีการที่เหมาะสม และไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้โดยวิธีการอื่น

หากพิจารณาเหตุจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 34 เรื่องหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การที่แพทย์จำต้องเลือกรักษาผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า หลักนี้ไม่อาจนำมาใช้ได้เนื่องจากภัยอันตรายที่ผู้กระทำประสงค์จะหลีกเลี่ยงต้องไม่เพียงแต่สำคัญกว่าภัยอันตรายที่ผู้กระทำจะก่อขึ้นเท่านั้น หากแต่ยังต้องมีความสำคัญกว่าอย่างชัดเจน ซึ่งกรณี COVID-19 หรือ ภัยพิบัติต่าง ๆ ล้วนแต่เป็นภัยอันตรายที่มีความร้ายแรงเท่าเทียมกันและเกิดจากเหตุภายนอก นอกจากนั้นการถอดเครื่องช่วยหายใจก็มีใช้วิธีการที่เหมาะสม แพทย์เยอรมันจึงไม่สามารถอ้างการกระทำด้วยความจำเป็นในเหตุนี้ได้

แต่อย่างไรก็ดีนักกฎหมายเยอรมันเห็นว่าแม้จะใช้หลักความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 34 ไม่ได้แต่หากแพทย์ทำหน้าที่ในสถานการณ์พิเศษที่เป็นไปตามประมวลจริยธรรมทางการแพทย์ของเยอรมันเป็นที่เข้าใจสำหรับสิ่งนี้สามารถยืนยันเหตุผลของมโนธรรมได้ นอกจากนี้ใน

¹⁶⁵ มาตรา 62(1)

“พฤติการณ์ดังต่อไปนี้ เป็นเหตุบรรเทาโทษสำหรับความผิด

(1) กรณีจำเลยได้กระทำโดยเหตุผลทางศีลธรรม และเพื่อประโยชน์ของสังคม”

สถานการณ์ทางกฎหมายที่สับสนหลีกเลี่ยงไม่ได้ แพทย์อาจจะอ้างมาตรา 17 German Criminal Code (StGB) ได้ แพทย์เยอรมันจึงอาจได้รับการยกเว้นความผิดตามมาตรา 17¹⁶⁶ ซึ่งศาสตราจารย์ ดร. คณิต เห็นว่า มาตรา 17 เป็นเรื่อง “ความสำคัญผิดในข้อห้าม” หรือ “ความสำคัญผิดว่าการกระทำไม่ผิดกฎหมาย” คือการที่ผู้กระทำผิดไม่รู้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำที่กฎหมายห้าม และด้วยเหตุนี้ผู้กระทำจึงเข้าใจว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำที่ไม่ “ผิดกฎหมาย” โดยได้แปลมาตรานี้เป็นภาษาไทยไว้ว่า “ในกรณีการกระทำผิดใด ผู้กระทำไม่รู้ว่าตนได้กระทำการที่ผิดกฎหมาย ผู้กระทำย่อมกระทำไปโดยปราศจากความชั่วถ้าในกรณีนั้นผู้กระทำไม่สามารถเล็งความสำคัญผิดนั้นแต่ แต่ถ้าผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงความสำคัญผิดนั้นได้ไซ้โทษอาจเบาลงตามนัยมาตรา 49 วรรคหนึ่ง”¹⁶⁷

โครงสร้างความรับผิดทางกฎหมายอาญาของเยอรมันจะแตกต่างจากกฎหมายไทยคือ มี 3 ส่วน 1. การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ 2. ความผิดกฎหมาย 3. ความชั่วร้ายหรือความชั่ว¹⁶⁸ การกระทำที่เป็นความผิดอาญา จึงต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการ โดยการที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษานั้น แม้จะอ้างมาตรา 34 ไม่ได้ เนื่องจากมนุษย์มีคุณธรรมที่เท่ากันคือชีวิตต่อชีวิต แต่อ้างมาตรา 17 ได้ เนื่องจากการที่แพทย์กระทำไป แพทย์ไม่ได้มีความชั่วร้ายแต่อย่างใด แต่จำต้องกระทำเนื่องจากเป็นเหตุฉุกเฉินและมีทรัพยากรที่จำกัด จึงไม่สามารถที่จะดำเนินจิตใจผู้กระทำได้ แพทย์กระทำไปโดยเห็นว่าตนไม่มีความผิด จึงเป็นการสำคัญผิดว่าการกระทำของตนนั้นไม่ผิดกฎหมาย ถึงแม้มาตรา 17 จะเห็นว่าการกระทำนั้นไม่มีอำนาจกระทำ แต่แพทย์ก็ไม่มี ความรับผิดทางอาญาเนื่องจากการกระทำที่ไม่ควรดำเนินและไม่มีความชั่ว

ก่อนจะเปรียบเทียบกับประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงโครงสร้างความรับผิดของฝั่งคอมมอนลอว์ ซึ่งหลักเกี่ยวกับ “ความผิดอาญา” ของคอมมอนลอว์มีว่า “*Actus reus non facit reum nisi mens sit rea*” ซึ่งหมายความว่า “การกระทำไม่ทำให้ (ผู้กระทำของการกระทำนั้น) เป็นความผิด หากไม่มีจิตใจที่ชั่วร้าย กล่าวคือ จิตใจที่เป็นอาชญากรรมเจตนาและการกระทำทั้งสองอย่างนี้ต้องประกอบกันจึงจะทำให้เป็นความผิดอาญา”

¹⁶⁶ Section 17 Mistake of law “หากในขณะที่กระทำความผิด หากผู้กระทำความผิดขาดความตระหนักในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ถือว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยปราศจากความผิด ...”

¹⁶⁷ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 317-318.

¹⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 128.

ในประเทศอังกฤษ ในอดีตการยกข้อต่อสู้เรื่องการกระทำโดยจำเป็น เพื่อยกเว้นความรับผิด การทำลายชีวิตมนุษย์นั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้เลยมาโดยตลอด แต่ในปี ค.ศ. 2000 คดี Re A (Children) ศาลตัดสินว่าการผ่าตัดของแพทย์แม้จะทำให้เด็กอีกตายแต่ก็ทำให้เด็กอีกคนรอดนั้นชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชั่วที่น้อยกว่า และไม่ถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผลจากคำพิพากษาในคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าแนวโน้มของการปรับใช้กฎหมายในกรณีที่มีความจำเป็นภายใต้พฤติการณ์เฉพาะการทำลายชีวิตผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่าเป็นสิ่งที่สามารถอ้างหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (แต่ต้องครบองค์ประกอบคือ 1) เป็นการกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายที่กำลังเกิดขึ้นโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงด้วยวิธีการอื่นได้ 2) ทำได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่กล่าวมาบรรลุเท่านั้น 3) ภัยที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เกินสัดส่วนแห่งภัยที่จะหลีกเลี่ยง หากเป็นกรณีการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนเพราะเป็นการพิจารณาระหว่างชีวิตกับความตาย จึงจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนอกจากนี้ยังต้องทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้น และการเลือกต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรม เช่น ผู้มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่าก็ต้องเป็นผู้ที่เสียสละ)

ดังนั้นจากเหตุการณ์ที่แพทย์ต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย หากอ้างอิงจากหลักในคำพิพากษาข้างต้นแล้ว แพทย์อาจอ้างเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นได้ แต่ต้องเข้าใจเงื่อนไขที่กำหนดคือต้องเลือกผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่าและต้องทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้น

ประเทศสหรัฐอเมริกา บัญญัติเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ใน มาตรา 3.02¹⁶⁹ Model Penal Code จากคำพิพากษา เห็นว่าการยกข้อต่อสู้เรื่องการกระทำโดยจำเป็นเพื่อยกเว้นความรับผิดฐานฆ่าคนตายน่าจะทำได้ หากได้กระทำไปเพื่อรักษาสิ่งที่สำคัญกว่า เช่น ชีวิตของคน

¹⁶⁹ (1) ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปโดยเชื่อว่าเป็นต้องกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายแก่ตนเองหรือบุคคลที่สาม การกระทำนั้นจะไม่มี ความผิด ถ้า

ก. ภัยอันตรายที่ผู้กระทำประสงค์จะหลีกเลี่ยงนั้นรุนแรงกว่าอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็น ความผิด และ

ข. ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดกำหนดให้ใช้ข้อต่อสู้ หรือยกเว้นอื่น

ค. ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดกำหนดข้อห้ามในการยกอ้างข้อต่อสู้

(2) ถ้าภัยอันตรายนั้นเกิดขึ้นด้วยความประมาทของผู้กระทำ ให้ผู้กระทำรับผิดฐานกระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมาย บัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า การกระทำนั้นผู้กระทำจะต้องรับโทษแม้กระทำโดยประมาท¹⁶⁹

จำนวนมากกว่า แพทย์อาจอ้างเรื่องความจำเป็น (necessity defense) ในการเลือกรักษาในสถานการณ์ฉุกเฉินได้ หากถอดเครื่องช่วยหายใจเพื่อช่วยผู้ป่วยที่มีแนวโน้มที่มีโอกาสรอดชีวิตจากการรักษามากกว่า (แต่ต้องเป็นไปตามโปรโตคอล Triage) อย่างไรก็ตามนักวิชาการเห็นว่าหลักนี้อาจใช้ไม่ได้หากการถอดเครื่องช่วยหายใจสามารถช่วยผู้ป่วยรายอื่นได้เพียงรายเดียว (เมื่อเทียบกับการช่วยคนอื่น ๆ ได้อีกหลายคน) เพราะกฎหมายอาญาโดยทั่วไปถือว่าแต่ละชีวิตเท่าเทียมกัน

แต่อย่างไรก็ดีในรัฐแมริแลนด์ มีบทบัญญัติที่ยกเว้นความผิดให้แพทย์เป็นการเฉพาะ โดยยกเว้นความผิดทางแพ่งและอาญาให้บุคลากรทางการแพทย์หากกระทำโดยสุจริตภายใต้สภาวะฉุกเฉิน ดังนั้นหากแพทย์เลือกรักษาผู้ป่วย โดยสามารถช่วยผู้ป่วยได้หลายคน ทุกรัฐจะสามารถอ้างเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่หากตามบทบัญญัติของรัฐแมริแลนด์ แม้แพทย์สามารถช่วยผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดได้เพียงคนเดียว แพทย์ก็จะได้รับการยกเว้นความผิดโดยมีตัวอย่างในการเลือกรักษาจากกรณีเฮอริเคนแคทรินา ซึ่งแพทย์บางคนถูกตั้งข้อหาในสถานการณ์ฉุกเฉินเนื่องจากพวกเขามีความผิดทางอาญาข้อหาฆาตกรรมแต่คณะลูกขุนใหญ่ปฏิเสธที่จะฟ้อง เพราะเห็นว่าแพทย์ไม่มีความผิดเนื่องจากกระทำไปในสถานการณ์ฉุกเฉิน

เมื่อพิจารณาจากผลในทางอาญาและเหตุจำกัดความรับผิดของแพทย์ของการเลือกรักษาชีวิตของแพทย์ในต่างประเทศ จะเห็นได้ว่าแต่ละประเทศล้วนมีข้อจำกัดความรับผิดให้แพทย์ทั้งสิ้น เนื่องจากเห็นว่าในสถานการณ์ฉุกเฉินที่ทรัพยากรจำกัด แพทย์ไม่สามารถช่วยเหลือทุกคนได้พร้อม ๆ กัน จึงต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสังคมส่วนรวม คือรักษาผู้ป่วยได้มากที่สุด โดยเลือกรักษาผู้ที่มีโอกาสรักษาสำเร็จก่อน โดยแพทย์มิได้มีองค์ประกอบในเรื่องความชั่วแต่อย่างใด ในหลาย ๆ ประเทศ จึงมีข้อจำกัดความรับผิดให้แพทย์ เช่น ในประเทศอิตาลี แม้จะอ้างเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ แต่ก็มียกเว้นความผิดให้แพทย์ ส่วนในประเทศเยอรมนีแม้จะอ้างเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้เช่นเดียวกับประเทศอิตาลี แต่หากแพทย์ได้กระทำไปตามประมวลจริยธรรมแพทย์ และหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนคิดว่าการกระทำของตนนั้นไม่เป็นความผิด ก็จะมีบทบัญญัติตามมาตรา 17 ยกเว้นความรับผิดให้แพทย์ ส่วนในประเทศอังกฤษ จากคำพิพากษาเห็นว่าแนวโน้มของการปรับใช้กฎหมายในกรณีที่มีความจำเป็นภายใต้พฤติการณ์ของการเลือกรักษาชีวิตผู้ที่มีโอกาสรอดมากกว่าเป็นสิ่งที่สามารถอ้างหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่ต้องปรากฏข้อเท็จจริงชัดเจนว่าอีกคนจะเสียชีวิตแน่นอน และคนที่เป็นผู้ถูกเลือกนั้นจะรอดชีวิต สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นจากคำพิพากษาและ Model penal code หลักการปรับใช้นั้นคล้าย ๆ กันกับ

ประเทศอังกฤษ แต่ในบางรัฐ เช่น รัฐแมริแลนด์ ได้มีบทบัญญัติยกเว้นความรับผิดให้แพทย์ในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นการเฉพาะ ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นว่ารวมถึงการเลือกรักษาด้วย

สำหรับในประเทศไทยอาจอ้างเรื่องความจำเป็นมาตรา 67(2) เพื่อยกเว้นความรับผิดได้ แต่ก็มิเงื่อนไขในการปรับใช้หลายประการ ทำให้แพทย์ไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างที่ควรจะเป็น อีกทั้งบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายการแพทย์ก็มิได้เขียนความรับผิดของแพทย์ในกรณีนี้ไว้ จึงควรมีบทบัญญัติเพื่อยกเว้นความรับผิดให้แพทย์เป็นการเฉพาะโดยต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด

5.4 วิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาในการชั่งน้ำหนักชีวิตมนุษย์

จากที่ได้กล่าวไปในบทที่ 2 ว่าจะชอบด้วยหลักสัดส่วนแห่งภัยของความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในทางวิชาการ มีความเห็นแตกต่างกันอยู่ 2 แนวทาง

แนวทางแรก การชั่งน้ำหนักชีวิตมนุษย์ในการที่จะเลือกว่าใครจะอยู่ใครจะตายนั้นไม่สามารถทำได้ ซึ่งเป็นแนวทางของเยอรมันที่ให้ความเคารพต่อชีวิตของมนุษย์สูงสุด ไม่สามารถให้หลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายกับสิ่งที่มีคุณค่าเท่ากัน

จากการศึกษาความเห็นของนักกฎหมายฝั่งซิวลเลอร์ นักกฎหมายของอิตาลีเห็นว่า ในเรื่องการเลือกรักษาผู้ป่วยของแพทย์หากแพทย์ดำเนินการตามหลักวิทยาศาสตร์และมโนธรรม ก็อาจได้รับการสนับสนุนจากแนวทางปฏิบัติหากเป็นไปได้ อย่างไรก็ตาม แนวทางนี้ยังขัดต่อหลักการความเท่าเทียมกันของชีวิตในระบอบประชาธิปไตยแบบเสรีนิยมอีกด้วย ดังนั้นผู้พิพากษาอาจไม่ถือว่าแนวทางเหล่านั้นเป็นข้อแก้ตัว ซึ่งจะบ่อนทำลายการมีอยู่ของสัดส่วนของทางเลือกของแพทย์ ดังนั้นจึงทำให้ความจำเป็นไม่สามารถนำมาใช้ได้

ส่วนในประเทศเยอรมนี จากคำพิพากษาในคดี Air traffic Security Act 2005 ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธที่จะชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่จะได้รับในกรณีที่ยิงเครื่องบินที่ถูกจี้ (รักษาชีวิตและทรัพย์สินจำนวนมากบนพื้นดินที่เป็นเป้าหมายของการจี้เครื่องบิน) กับผลเสียที่จะเกิดขึ้น (ชีวิตผู้โดยสารและลูกเรือบนเครื่องบินที่ถูกจี้) และชั่งน้ำหนักประโยชน์ระหว่างการตัดสินใจยิงเครื่องบินกับไม่ยิงเครื่องบิน เพราะการชั่งน้ำหนักระหว่างทางเลือกสองทางว่าทางไหนได้ประโยชน์มากกว่ากันตามหลักพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนนั้นจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อทางเลือกทั้งสองทางชอบด้วยกฎหมาย เมื่อการยิงเครื่องบินที่ถูกจี้ให้ตกลงสู่พื้นอันทำให้ผู้โดยสาร ลูกเรือและผู้จี้เครื่องบินต้องเสียชีวิตอย่างแน่แท้ นั้น เป็นทางเลือกที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1 แห่งกฎหมายพื้นฐานแล้วจึงไม่จำเป็นต้องนำประโยชน์ ที่ได้รับจากการ

ยิ่งเครื่องบินมาซึ่งน้ำหนักรักษาที่ได้รับ จากคำพิพากษานี้ย่อมแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าประเทศเยอรมนียังไม่ยอมรับความจำเป็นที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตมนุษย์ แม้ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อรักษาชีวิตของผู้อื่นก็ตาม โดยเห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีค่าสูงที่สุดไม่อาจเอามาเทียบกับสิทธิอื่น ๆ ได้ และหลักการกระทำด้วยความจำเป็นจะนำมาใช้ได้เมื่อทำลายสิทธิอื่นที่ไม่ใช่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่หลังจากมีเหตุการณ์ COVID -19 เกิดขึ้น บรรดานักวิชาการเยอรมันก็ได้มีการถกเถียงกันเกี่ยวกับการกระทำด้วยความจำเป็นของแพทย์ในการเลือกรักษาผู้ป่วยในภาวะวิกฤต โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ขาดแคลนอุปกรณ์ทางการแพทย์ แต่มีผู้ป่วย ICU เกินกว่าที่แพทย์จะสามารถทำการรักษาทั้งหมดได้ จึงต้องนำทรัพยากรที่มีไปให้กับคนที่มีโอกาสฟื้นคืนตัวได้มากกว่า โดยได้มีการหยิบยกหลัก “หน้าที่ที่ขัดแย้งกัน” (Conflicting Duties) มาพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ตัวอย่างของเรื่องหน้าที่ที่ขัดแย้งกัน เช่น เรือจมโดยที่บนเรือมีเด็กอยู่ทั้งสองคน แม้ว่าจะสามารถช่วยพวกเขาให้พ้นจากการจมน้ำได้โดยการช่วยเหลือแยกกัน แต่ก็มีเวลาในเวลาจำกัดนั้นเลือกช่วยชีวิตได้เพียงคนเดียว การปฏิบัติตามหน้าที่ในการช่วยเหลือคนใดคนหนึ่งย่อมไม่รวมถึงหน้าที่ในการช่วยเหลืออีกคนหนึ่ง ในทั้งสองกรณีเรามีหน้าที่ตามกฎหมายอาญาสองหน้าที่ แต่สามารถปฏิบัติได้เพียงเรื่องเดียว โดยที่ผลที่หลีกเลี่ยงไม่ได้คือจะไปละเมิดอีกฝ่ายหนึ่ง

หน้าที่ที่ขัดแย้งกันในกฎหมายอาญามีหลักพื้นฐานสามประการที่สนับสนุนการรักษาความขัดแย้งทางหน้าที่โดยนักวิชาการด้านกฎหมายอาญา

- (1) การป้องกันนี้ถูกกำหนดโดยความขัดแย้งระหว่างหน้าที่ตั้งแต่สองหน้าที่ขึ้นไปที่ต้องกระทำ
- (2) การจัดลำดับความสำคัญของหน้าที่เป็นขั้นตอนแรกในการแก้ไขข้อขัดแย้ง อยู่ภายใต้หลักการของผลประโยชน์เหนือกว่า (ความชั่วร้ายน้อยกว่า) และ
- (3) ปฏิบัติตามหน้าที่ที่เทียบเท่าหรือตำแหน่งที่สูงกว่าไม่นับรวมการกระทำผิดโดยธรรมชาติ โดยมีต้องเผชิญหน้าที่อื่น

การจัดลำดับหน้าที่ที่มีความขัดแย้งจะต้องตัดสินโดยการตัดสินเปรียบเทียบผลประโยชน์ทางกฎหมายทั้งหมดที่อยู่ภายใต้หน้าที่ที่ขัดแย้งกัน สมมติว่าไม่สามารถปกป้องผลประโยชน์ที่ถูกคุกคามได้ทั้งหมด ผู้กระทำต้องทำหน้าที่ปกป้องสูงสุดให้สำเร็จ ดังสำนวนละตินที่ว่า “ไม่มีใครมีหน้าที่รับผิดชอบเกินกว่าที่เขาสามารถทำได้” (No one is obligated beyond what he is able to do. เช่นเดียวกันกับในเรื่องการเลือกรักษาของแพทย์ เมื่อแพทย์อยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินโดยไม่สามารถที่จะรักษาผู้ป่วยทั้งหมดพร้อม ๆ กันได้ ในเวลาแห่งความเป็นความตายนี้ แพทย์จึงจำเป็นต้องเลือก

รักษาผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า โดยแพทย์ไม่สามารถปกป้องประโยชน์ของทุกคนได้ เลยจำเป็นต้องทำหน้าที่ยกป้องสูงสุดให้สำเร็จ ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นว่าเมื่อต้องเผชิญกับความขัดแย้งระหว่างหน้าที่ที่เท่าเทียมกัน มาตรฐานความจำเป็นจึงพังทลายลง และจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพัฒนาทฤษฎีพิเศษขึ้นมา โดยมีรากฐานที่ชัดเจนสอดคล้องกันเหตุผลก็คือเพราะแม้ว่าหน้าที่ที่ขัดแย้งกันดูเหมือนจะเป็นกรณีพิเศษของการอ้างเรื่องความจำเป็น แต่ระบบกฎหมายไม่สามารถเรียกร้องให้พลเมืองปฏิบัติตามหน้าที่สองประการที่เป็นไปไม่ได้ที่จะปฏิบัติตามร่วมกันอย่างถูกกฎหมาย การกระทำของผู้ที่ตกอยู่ในหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามนั้นควรจะเป็นสิ่งที่ชอบธรรม ไม่ใช่เพียงแค่การแก้ตัว

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายของเยอรมันมีความเห็นว่าหลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 34 ไม่ใช่กับชีวิตมนุษย์ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐกล่าวไว้ว่า “ชีวิตมนุษย์ทุกคนมีค่าเท่าเทียมกันดังนั้นจึงไม่สามารถถูกประเมินผลที่แตกต่างกันหรือแม้แต่การชั่งน้ำหนักเชิงตัวเลขใด ๆ ได้”

ตามคำตัดสินพื้นฐานของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (BVerfG) ที่สมาชิกสภานิติบัญญัติสั่งห้ามเครื่องบินที่ผู้ก่อการร้ายใช้โจมตีผู้คนใช้หากมีบุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำ (คำพิพากษา ลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2549 Az. 1 BvR 357/05 สิ่งสำคัญคือต้องตระหนักว่าสถานการณ์ฉุกเฉินที่ประเมินโดย BVerfG นั้นแตกต่างจากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นการขาดเตียงผู้ป่วยหนัก ความขัดแย้งของหน้าที่การพิสูจน์ได้รับการพัฒนาเพื่อเป็นเหตุผลเหนือกฎหมายสำหรับกรณีดังกล่าว ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า ในประเทศเยอรมนีหลักเรื่องความจำเป็นไม่สามารถนำมาใช้ในกรณีนี้ได้เนื่องจากทุกชีวิตมีค่าเท่าเทียมกัน นักกฎหมายจึงเรียกร้องให้พัฒนาบทบัญญัติเรื่องหน้าที่ที่ขัดแย้งกัน โดยนักวิชาการล้วนมีความเห็นว่า การเรียกร้องให้ผู้คนปฏิบัติหน้าที่ทั้งสองประการ (หน้าที่ที่เท่ากัน) เป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้ จึงต้องเลือกช่วยคนที่ปกป้องสูงสุดได้สำเร็จมากกว่า ซึ่งการกระทำของผู้ที่ตกอยู่ในหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามนั้นควรจะเป็นสิ่งที่ชอบธรรม คือเป็นเหตุยกเว้นความผิด ไม่ใช่เพียงแค่การแก้ตัว (ในความเห็นผู้เขียนคือการยกเหตุต่าง ๆ มากกล่าวอ้างเพื่อให้ตนเองพ้นผิด ซึ่งในที่นี้อาจหมายถึงเหตุยกเว้นโทษต่าง ๆ)

แนวทางที่สอง คือการการเลือกรักษาโดยการชั่งน้ำหนักชีวิตมนุษย์ สามารถนำเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาได้ หากจำเป็นเพื่อรักษาชีวิตมนุษย์ด้วยกันและเป็นผลทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตมากกว่ากรณีที่ไม่มีการกระทำ การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือหลัก lesser evils ซึ่งเป็นไปตามความเห็นส่วนใหญ่ของนักกฎหมายระบบคอมมอนลอว์

Andrew Ashworth ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ในหนังสือ *Principles of Criminal Law*¹⁷⁰ ว่า การอ้างหลักเรื่องความจำเป็นต้องใช้ด้วยความระมัดระวังโดยเฉพาะกับเรื่อง “ชีวิต” ซึ่งเป็นสิ่งที่มีค่าสูงสุด แม้ใน Model Penal Code จะมีการกล่าวถึงเรื่อง lesser evil แต่ก็ได้จำกัดขอบเขตในการปรับใช้ไว้ให้ชัดเจนทำให้การใช้หลักดังกล่าวยังต้องอาศัยการตีความ เราพยายามที่จะพิสูจน์ความผิดที่ได้กระทำลงนั้นโดยอ้างอิงถึงผลดีโดยรวมที่เกิดขึ้น ทว่าอาจมีบางสถานการณ์ที่การเสียสละชีวิตจำนวนน้อยอาจจะเป็นทางเดียวที่จะช่วยชีวิตคนจำนวนมากขึ้นได้ อย่างที่เขื่อนกำลังจะแตก (น้ำท่วมทั้งเมือง) จึงต้องมีการเปิดประตูน้ำ (น้ำท่วมพื้นที่ที่มีประชากรน้อย)

Ashworth เห็นว่าสถานการณ์บางอย่างทำให้เกิดปัญหาทางศีลธรรม คือ “การเลือกเหยื่อ” ตัวอย่างเช่น เมื่อเรือชูชีพตกอยู่ในอันตรายจากการจม จำเป็นต้องโยนผู้โดยสารบางคนลงน้ำ หรือเมื่อต้องฆ่ากินคนเพื่อให้คนที่เหลืออยู่รอด ซึ่งกรณีที่ไม่อาจรักษาประโยชน์ของทุกคนไว้ได้ ก็จำเป็นที่จะต้องให้ผู้เสียสละเพื่อลดความเสียหายให้เหลือน้อยที่สุด

Glanville Williams เห็นว่าหากเป็นกรณีของการช่วยชีวิตของบุคคลอื่น หรือการช่วยคนหลาย ๆ คนโดยการทำลายชีวิตของคน ๆ เดียว หรือคนจำนวนน้อยกว่า สมควรที่จะต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แค่เพียงได้รับการยกเว้นโทษเท่านั้น ซึ่งการปรับใช้การกระทำโดยจำเป็นกับการกระทำในลักษณะดังกล่าวจะเหมาะสม โดย Williams เห็นว่าในกรณีที่เรือกำลังจะจม หากมีการใช้วิธีการจับฉลากเพื่อเลือกคนที่ต้องถูกจับโยนลงทะเล ดังนั้นหากมีการโยนคนลงไปในทะเล การโยนนั้นจะเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะหากต้องเลือกระหว่างไม่ทำอะไรเลย แล้วรอให้เรือจมกับโยนคนออกแม้จะมากกว่าครึ่งแต่ก็เป็นการช่วยคนที่เหลือ บุคคลก็ควรต้องเลือกทางที่สองซึ่งถึงแม้ว่าจะเป็นการกระทำที่เลวร้าย แต่กฎหมายก็ต้องยอมให้ทำ¹⁷¹

จากการศึกษาคำพิพากษาของประเทศคอมมอนลอว์ การจะอ้างความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายการเลือกรักษาชีวิตคือ

1. เป็นการกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่กำลังเกิดขึ้นโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงด้วยวิธีการอื่นได้
2. ทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้น
3. การเลือกต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรม เช่น ผู้มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่าก็ต้องเป็นผู้ที่เสียสละ

¹⁷⁰ Ashworth, A. and J. Horder, *Principles of Criminal Law*, pp. 35-36.

¹⁷¹ Glanville Williams, *Criminal Law the General Part*, 2nd edition, London: Steven and Sons Limited, 1961, pp. 737,741 อ้างถึงใน รมณกรณ์ บุญมี, “ความรับผิดชอบทางอาญา: ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตด้วยความจำเป็น,” หน้า 81-82.

4. ต้องได้สัดส่วน (หากเป็นกรณีการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนเพราะเป็นการพิจารณาระหว่างชีวิตกับความตาย จึงจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย)

ดังนั้นจากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า แนวโน้มการปรับใช้หลักเรื่องความจำเป็นในการทำลายชีวิตมนุษย์ของประเทศอังกฤษสามารถทำได้ แต่ต้องเป็นการทำลายชีวิตผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า

สำหรับในประเทศไทยมีความเห็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร ใต้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับการกระทำด้วยความจำเป็น ว่าการทำลายชีวิตของคน ๆ หนึ่ง เพื่อช่วยชีวิตหลาย ๆ คนถือเป็นการกระทำโดยจำเป็นพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ซึ่งศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร เห็นว่าการทำลายชีวิตของคนหนึ่งเพื่อช่วยชีวิตของอีกคนเป็นการกระทำที่สมควรแก่เหตุ แต่ถ้าทำลายชีวิตของคนหนึ่งเพื่อให้อีกคนมีชีวิตรอด ถือว่าพอสมควรแก่เหตุ เท่ากับว่าเป็นการทำประโยชน์แก่สังคมด้วยการช่วยรักษาชีวิตของคนสองคนไว้¹⁷²

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ได้ให้ความเห็นว่า ชีวิตมนุษย์เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงที่สุด การทำลายชีวิตมนุษย์เพื่อรักษาชีวิตมนุษย์จึงอ้างเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบอาญาไม่ได้¹⁷³

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. รณกรณ์ บุญมี เห็นว่า แม้การฆ่าผู้บริสุทธิ์จะเป็นการกระทำที่โดยทั่วไปสมควรจะถูกลงโทษ แต่หากเป็นกรณีเฉพาะของการฆ่าผู้บริสุทธิ์ด้วยความจำเป็นเพื่อรักษาชีวิตของผู้บริสุทธิ์จำนวนมากกว่าเอาไว้ได้ ภายใต้เงื่อนไขอันจำกัดตามกฎหมายได้กำหนดไว้ล่วงหน้า การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้กระทำต้องไม่มีความรับผิดชอบอาญาเลย เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการรักษาชีวิต อีกทั้งยังรักษาผลประโยชน์สูงสุดในความเป็นจริงให้กับสังคม¹⁷⁴

จากข้อมูลข้างต้นจะเห็นได้ว่าทางฝั่งนักกฎหมายไทยเองก็มีความเห็นไม่ได้เป็นในแนวเดียวกันทั้งหมดในการเลือกรักษาชีวิต แต่อย่างไรก็ดีความเห็นดังกล่าวเป็นความเห็นในกรณีทั่วไป แต่เมื่อเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีทรัพยากรจำกัด ไม่สามารถรักษาไว้ซึ่งชีวิตของคนทุกคนได้ เมื่อไม่

¹⁷² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 453-454.

¹⁷³ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 263.

¹⁷⁴ รณกรณ์ บุญมี, "ความรับผิดชอบอาญา : ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตด้วยความจำเป็น," หน้า 22.

สามารถรักษาชีวิตของทุกคนได้จึงจำเป็นต้องเลือกผู้ที่มีโอกาสรอดมากที่สุด และเพื่อให้มีผู้มีชีวิตรอดมากขึ้นจึงจะเกิดประโยชน์สูงสุดต่อสังคม ซึ่งข้าพเจ้าเห็นด้วยกับแนวคิดฝั่งคอมมอนลอว์ คือการชั่งน้ำหนักชีวิตมนุษย์ สามารถนำเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดได้ หากจำเป็นเพื่อรักษาชีวิตมนุษย์ด้วยกันและเป็นผลทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตมากกว่ากรณีที่ไม่มีการกระทำใดเลย แต่อย่างไรก็ดีต้องมีหลักเกณฑ์การเลือกที่ชอบธรรม ซึ่งในเรื่องเกี่ยวกับการแพทย์นั้นการที่แพทย์จะไม่เลือกรักษาผู้ป่วยคนใด แพทย์ก็มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนและเป็นสากลที่ถือปฏิบัติกันทั่วโลก จึงไม่มีความน่ากังวลเรื่องความไม่เป็นธรรมในการเลือกแต่อย่างใด

5.5 วิเคราะห์และเปรียบเทียบ ความคิดเห็น/ข้อเรียกร้องของนักวิชาการ แพทย์ นักกฎหมาย ที่เกี่ยวกับเรื่องความจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย

สำหรับประเทศไทยจากหลักเกณฑ์การจัดสรรทรัพยากรในการบริบาลผู้ป่วยวิกฤตในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 ของประเทศไทย และจากการสัมภาษณ์แพทย์และนักกฎหมาย พบว่ามีความเห็นไปในทางเดียวกันคือ ยังไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดให้แพทย์อย่างเป็นทางการกรณีเกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน เมื่อยังไม่มีกฎหมายรับรอง แพทย์จึงเป็นกังวลว่า แม้จะเลือกรักษาผู้ป่วยโดยกระทำตามหลักเกณฑ์ แนวทางของแพทย์ที่ได้วางไว้ แต่เมื่อยังไม่มีกฎหมายออกมายกเว้นความผิดให้ แพทย์ก็ยังคงเป็นกังวลว่าจะถูกดำเนินคดี โดยได้มีคำแนะนำว่าการเลือกรักษาผู้ป่วยหากมีกฎหมายคุ้มครองแพทย์จากความผิดในกรณีมีสถานการณ์ฉุกเฉินในการตัดสินใจเลือกก็ต้องควรเป็นกรณีที่ทรัพยากรไม่เพียงพอ คนที่มีโอกาสรักษาประสบความสำเร็จมากก็ต้องได้รับการรักษาก่อน คนที่มีโอกาสประสบความสำเร็จน้อยก็ต้องเป็นลำดับรองลงมา

บุคลากรทางการแพทย์ของประเทศไทยยังไม่อาจได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเต็มรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ หากแต่ยังคงมีแต่เพียงการบรรเทาโทษเท่านั้น ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อชีวิตของกลุ่มบุคคลดังกล่าวอย่างร้ายแรง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของทะเบียนประวัติอาชญากรรม ความยากลำบากในการต้องตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาที่ต้องแสวงหาและนำสืบพยานหลักฐานเพื่อให้ตนเองได้รับการลดโทษ ทั้ง ๆ ที่ กลุ่มบุคคลเหล่านี้ได้ปฏิบัติตามเพื่อประโยชน์สุขอนามัยของประชาชน และไม่อาจมีเจตจำนงอิสระของตนอย่างแท้จริงที่จะเลือกไม่ทำการฆ่าผู้อื่น หลักกฎหมายเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

กรณีของการสังเวยชีวิตหนึ่งเพื่อรักษาอีกชีวิตจึงควรจะต้องมีการนำกลับมาทบทวนเงื่อนไขการปรับใช้ และผลทางกฎหมายกันอีกครั้งเพื่อรองรับสถานการณ์ของโลกที่เปลี่ยนไปอีกด้วย¹⁷⁵

ในประเทศอิตาลี นักวิชาการเห็นว่าหน่วยงานด้านสุขภาพที่มีหน้าที่ในการวางแผนสำหรับ ความท้าทายด้านจริยธรรมที่คาดการณ์ได้ในระหว่างภาวะฉุกเฉินด้านสุขภาพ การวางแผนความ ท้าทายด้านจริยธรรมที่คาดการณ์ได้นี้รวมถึงการระบุงการตัดสินใจเด็ดแยกที่อาจเกิดขึ้น เครื่องมือที่ จะใช้ และกระบวนการที่ต้องปฏิบัติตามในสถานการณ์ฉุกเฉิน บุคลากรทางการแพทย์ต้องมีกฎเกณฑ์ ที่ชัดเจนและยุติธรรมในการปฏิบัติตามโปรโตคอล Triage ต้องช่วยผู้เชี่ยวชาญในแนวหน้าจัดลำดับ ความสำคัญของผู้ป่วยตามระดับการดูแลตามความต้องการและความสามารถในการตอบสนองต่อการ รักษาโดยคำนึงถึงทรัพยากรที่จำกัด เจ้าหน้าที่สาธารณสุขต้องตระหนักว่าทุกการตัดสินใจในการ ปฏิบัติทางคลินิกในสถานการณ์ฉุกเฉิน ไม่เพียงแต่มีผลกระทบทางการแพทย์เท่านั้นแต่ยังรวมถึง ผลกระทบทางจริยธรรมด้วย

ในประเทศเยอรมนี นักวิชาการให้ความเห็นว่าในกรณีที่มีผู้ป่วยมากกว่าทรัพยากร จะเกิด “Justification Emergency” เช่น สถานการณ์โควิด 19 จึงทำให้ต้องมีมติตัดสินใจว่า “จะสละชีวิต ใครเพื่อรักษาชีวิตใคร” หลักของการรักษาคือต้องรักษาทั้งหมด ยกเว้นต้องเลือกที่จะรักษา ซึ่งทำให้ ผู้ป่วยบางส่วนไม่ได้รับการรักษาซึ่งจากเหตุที่ทรัพยากรไม่เพียงพอ คือการรักษาคนใดคนหนึ่ง ซึ่งต้อง มีการตัดสินใจเมื่อรู้ว่าผู้ป่วยอีกคนไม่สามารถรักษาให้หายได้แล้ว โดยการตัดสินใจนั้น จะต้องมีการ กำหนด Priority ขึ้นมา เพื่อเป็นตัวการในการช่วยตัดสินใจว่าจะช่วยหรือสละชีวิตผู้ป่วยคนใด และ จะต้องมีการมีเหตุผลรองรับ เพื่อที่อาจจะอ้างเหตุจำเป็นในการเลือกรักษาผู้ป่วยได้ อย่างไรก็ตาม ก็มีกฎหมาย หลักที่บัญญัติว่าแพทย์ต้องรักษาทุกคน แต่ตามรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้บังคับให้คนทำในสิ่งที่ไม่ สามารถทำได้ (รักษาผู้ป่วยทั้งหมด ทั้ง ๆ ที่ทรัพยากรไม่เพียงพอต่อการรักษา) ดังนั้น จึงควรมีการ แก้ไขกฎหมายสำหรับกรณีเช่นนี้ ในกรณีที่มีการเลือกรักษาแล้ว ก็จะต้องรักษาเคสนั้นให้ดี เพื่อไม่ให้ ขัดต่อกฎหมาย และถ้ามีมากกว่า 2 เคสก็ต้องรักษาให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ (เช่น กรณีที่มี 5 เคส ก็ต้องรักษาให้ได้อย่างน้อย 3 เคส) ในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินจะพิจารณาจากความเร่งด่วนและโอกาส ในการรักษาสำเร็จ (ความจำเป็น) ปัจจุบันจะเน้นจากการรักษาสำเร็จเป็นสำคัญ ซึ่งเป็นการเสียสละ ส่วนน้อยเพื่อรักษาส่วนมาก

¹⁷⁵ ดิศรณ์ ลิขิตวิทย์วฑูฒิ, "การสังเวยชีวิตเพื่อรักษาชีวิต : การปฏิเสธการรักษาผู้ป่วยวัยชราเพื่อรักษาผู้อ่อนวัยของแพทย์กรณีไวรัสโคโรนาในประเทศอิตาลี และผลในทางกฎหมายอาญาไทย" [ออนไลน์].

ในประเทศอังกฤษ แพทย์ออกมาเรียกร้องให้มีการคุ้มครองแพทย์ในสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น การเลือกรักษาผู้ป่วย โดยแพทย์กังวลไม่เพียงแต่พวกเขาจะถูกบังคับให้เลือกผู้ป่วยที่ควรอยู่และคนใดควรตาย แต่ยังเสี่ยงต่อการถูกตำรวจสอบสวนอีกด้วย ดังนั้นควรออกกฎหมายฉุกเฉิน พวกเขาเน้นย้ำว่าพวกเขาไม่ได้โต้เถียงกันเพื่อให้บุคลากรทางการแพทย์อยู่เหนือกฎหมาย และเสนอว่ากฎหมายฉุกเฉินควรใช้เฉพาะกับการตัดสินใจที่เพิ่มขึ้นโดยสุจริต ในสถานการณ์ที่อยู่เหนือการควบคุมและเป็นไปตามแนวทางที่เกี่ยวข้องเท่านั้น กฎหมายดังกล่าวจะไม่มีผลบังคับใช้กับการกระทำโดยประมาท และจะมีผลใช้บังคับเพียงชั่วคราวเท่านั้น โดยแพทย์เห็นว่าคำแนะนำที่มีอยู่สำหรับแพทย์และพยาบาลในการบริหารหรือลดการรักษาไม่ได้ให้การคุ้มครองทางกฎหมายแต่อย่างใด

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาสตราจารย์ Glenn Cohen จาก Harvard Law School ได้กล่าวถึงเรื่องการเลือกรักษาไว้ว่า ในช่วงการระบาดของโควิด มีหลายประเด็นทางกฎหมายและจริยธรรมที่ยากมากที่กำลังถูกหยิบยกขึ้นมา ศาสตราจารย์เกล็นคิดว่าสิ่งที่ยากที่สุด คือปัญหาการขาดแคลนเครื่องช่วยหายใจ หากความต้องการของผู้คนในการจัดหาเครื่องช่วยหายใจจะมีมากกว่าเครื่องช่วยหายใจที่มีอยู่ เมื่อเป็นเช่นนั้นจะอย่างไร หนึ่งในหลักการสำคัญคือแนวคิดในการมุ่งเน้นที่การพยายามช่วยชีวิตผู้คนจำนวนมากที่สุด อีกประการหนึ่งคือแนวคิดในการช่วยชีวิตคนที่คาดว่าจะมีชีวิตรอดมากกว่า หากแพทย์ย้ายเครื่องช่วยหายใจจากผู้ป่วยรายหนึ่งไปยังอีกรายหนึ่ง อาจไม่ใช่การป้องกันอันตรายที่ร้ายแรงกว่าแต่เป็นอันตรายประเภทเดียวกัน ความหวังในที่นี้คืออัยการจะยืนยันล่วงหน้าว่าแพทย์คนใดที่ปฏิบัติตามระเบียบการคัดแยกโดยสุจริตจะไม่ถูกดำเนินคดี

นอกเหนือจากความรับผิดชอบทางอาญาแล้ว ยังอาจมีความรับผิดชอบในการละเมิดอีกด้วย คือ ความประมาท การทุจริตต่อหน้าที่ และความรับผิดชอบของตัวแทนบางรูปแบบสำหรับโรงพยาบาล แต่เมื่อพูดถึงภาวะฉุกเฉิน มาตรฐานการดูแลจะแตกต่างจากสถานการณ์ปกติ ซึ่งเป็นสิ่งที่แพทย์จะต้องต่อสู้ด้วย และหากแพทย์สามารถแสดงให้เห็นว่าผู้ป่วยน่าจะเสียชีวิตแม้ว่าจะเก็บผู้ป่วยไว้บนเครื่องช่วยหายใจ ก็อาจเอาชนะข้อเรียกร้องของความประมาทเล็กน้อยต่อโรงพยาบาล ต่อแพทย์ หรือโรงพยาบาลได้

ศาสตราจารย์เกล็นเห็นว่าทางแก้ปัญหานั้นคือต้องสร้างภูมิคุ้มกันให้กับแพทย์ให้มากที่สุด รัฐแมริแลนด์ให้ภูมิคุ้มกันต่อความรับผิดชอบทางอาญาและทางแพ่งสำหรับการปฏิบัติตามโดยสุจริตตามคำสั่งของรัฐ หรืออาจเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับการพิจารณาคดี และรัฐอื่น ๆ ควรออกกฎหมาย

ตามนี้เพราะเป็นสิ่งที่พวกเขาสามารถทำได้เพื่อช่วยปกป้องพยาบาลและแพทย์ เพราะถ้าไม่ทำก็จะ เป็นความเสี่ยงที่จะถูกฟ้องคดี และแพทย์พยาบาลต้องเผชิญกับทางเลือกที่เจ็บปวด

ซึ่งรัฐแมริแลนด์ได้บัญญัติกฎหมายคุ้มครองบุคลากรทางสาธารณสุขใน Maryland Code Public Safety Section Title 14 - Emergency Management > Subtitle 3A - Governor's Health Emergency Powers > § 14-3A-06. Immunity : “A health care provider is immune from civil or criminal liability if the health care provider acts in good faith and under a catastrophic health emergency proclamation”

จากบทความ Potential Legal Liability for Withdrawing or Withholding Ventilators During COVID-19 Assessing the Risks and Identifying Needed Reforms¹⁷⁶ ได้กล่าวถึงกรณี เลือกรักษาไว้ว่าแพทย์ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบทางอาญาเนื่องจากไม่สามารถจัดหาเครื่องช่วยหายใจที่ขาดแคลนให้กับผู้ป่วยที่ต้องการเครื่องช่วยหายใจ ตราบใดที่การตัดสินใจเป็นไปตามโปรโตคอล triage กฎหมายอาญาโดยทั่วไปมีโทษต่อการกระทำ ไม่ใช่การปฏิเสธที่จะกระทำการ ยิ่งไปกว่านั้น แพทย์ไม่สามารถถูกลงโทษสำหรับความล้มเหลวในการจัดหาเครื่องช่วยหายใจที่ไม่มีอยู่จริง เนื่องจากในความเป็นความจริงเครื่องช่วยหายใจไม่เพียงพอ¹⁷⁷

ในทางตรงกันข้าม แพทย์ที่ตั้งใจถอนเครื่องช่วยหายใจออกจากผู้ป่วยที่ไม่ยินยอมอาจถูกตั้งข้อหาฆาตกรรมทางอาญา หากแพทย์รู้ว่าการถอดเครื่องช่วยหายใจออกจะทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิต ไม่ว่าผู้ป่วยจะเสียชีวิตในไม่ช้านี้ก็ตาม การกระทำที่ทำให้อายุสั้นลง แม้เพียงชั่วโมงก็สามารถถูกดำเนินคดีในข้อหาฆาตกรรม โดยมีข้อกล่าวหาที่อาจฟ้องร้องต่อบุคคลใด ๆ ที่เข้าร่วมหรือสั่งการถอดเครื่องช่วยหายใจและต่อโรงพยาบาล

แพทย์ที่ต้องเผชิญข้อกล่าวหาดังกล่าวอาจพยายามกล่าวอ้างเรื่องความจำเป็น โดยอ้างว่าการถอดเครื่องช่วยหายใจหลีกเลี่ยงอันตรายที่มากขึ้น กล่าวคือการเสียชีวิตของผู้ป่วยที่มีสุขภาพดีกว่าซึ่งมีแนวโน้มที่จะอยู่รอดได้หากใช้เครื่องช่วยหายใจ อย่างไรก็ตาม การป้องกันนี้อาจใช้ไม่ได้หากการถอดเครื่องช่วยหายใจช่วยชีวิตผู้ป่วยอีกรายเดียวเท่านั้น (เมื่อเทียบกับคนอื่น ๆ อีกหลายคน) เนื่องจาก

¹⁷⁶ Cohen, I. G., A. M. Crespo, and D. B. White, "Potential Legal Liability for Withdrawing or Withholding Ventilators During Covid-19: Assessing the Risks and Identifying Needed Reforms," *JAMA*: 1901-1902.

¹⁷⁷ Lafave W. Substantive Criminal Law 3d ed. §6.2(a), (c). Thomson Reuters; 2017. Cited in Cohen IG, Crespo AM, White DB, P.1902.

กฎหมายอาญาโดยทั่วไปถือว่าแต่ละชีวิต “มีค่าเท่ากัน”¹⁷⁸ นอกจากนี้ บางรัฐไม่ยอมรับ ความจำเป็นในการฆาตกรรมโดยสงวนไว้สำหรับความชั่วร้ายที่น้อยกว่า¹⁷⁹ แต่อย่างไรก็ดีโอกาสที่อัยการจะตั้งข้อหาแพทย์ที่พยายามลดการเสียชีวิตระหว่างภาวะระบาดใหญ่นั้นต่ำมาก ด้วยการตัดสินใจคัดเลือกหลายพันครั้งที่สามารถเกิดขึ้นได้ในอนาคต แพทย์ไม่ควรคาดหวังให้ดำเนินการตาม triage protocols ตามความหวังว่าดุลยพินิจของอัยการหรือคณะลูกขุนที่เห็นอกเห็นใจจะปกป้องพวกเขาในอนาคต ด้วยปัญหาการขาดแคลนเครื่องช่วยหายใจ แพทย์จึงต้องการวิธีแก้ปัญหาคัดเลือกที่ชัดเจนในตอนนี้

มีรัฐหนึ่งเสนอรูปแบบที่ชัดเจน คือ กฎเกณฑ์ของรัฐแมริแลนด์ (Maryland statute) เริ่มใช้ตั้งแต่ปี 2004 ระบุว่า “ผู้ให้บริการด้านสุขภาพจะได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดทางแพ่งหรือทางอาญา หากผู้ให้บริการด้านสุขภาพกระทำการโดยสุจริตและอยู่ภายใต้การประกาศภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขที่ร้ายแรง”¹⁸⁰ โดยผู้ให้บริการด้านสุขภาพถูกกำหนดให้รวมถึงสิ่งอำนวยความสะดวกด้านการดูแลสุขภาพส่วนใหญ่ ตามความเห็นของอัยการสูงสุดของรัฐแมริแลนด์ที่ดีความกฎหมายนี้จะสร้างภูมิคุ้มกันให้กับผู้ให้บริการที่ปฏิบัติตามโปรโตคอลการจัดสรรเครื่องช่วยหายใจที่รัฐกำหนด และมีแนวโน้มสร้างภูมิคุ้มกันให้แพทย์ที่ปฏิบัติตามโปรโตคอลที่ได้รับการอนุมัติจากรัฐโดยสมัครใจเช่นกัน “โดยไม่คำนึงถึงผลเชิงลบที่เกิดจากการถอนเครื่องช่วยหายใจของผู้ป่วย”¹⁸¹

ผู้เชี่ยวชาญได้แนะนำแนวทางในการจัดสรรเครื่องช่วยหายใจที่หายากคือการจัดลำดับความสำคัญให้กับผู้ป่วยวิกฤตที่มีแนวโน้มจะรอดพ้นจากการออกจากโรงพยาบาลด้วยการรักษามากที่สุด ควรทำให้ชัดเจนว่าเครื่องช่วยหายใจจะไม่ได้รับการจัดสรรตามการพิจารณาที่ไม่เกี่ยวข้องทางศีลธรรม เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ความพิการทางสติปัญญา สถานะการประกัน ความมั่งคั่ง สัญชาติ สถานะทางสังคม หรือความสัมพันธ์ทางสังคม

¹⁷⁸ American Law Institute, Model Penal Code §3.02. Cited in Cohen IG, Crespo AM, White DB, P.1902.

¹⁷⁹ Kletter FL. Application of defense of necessity to murder. 2017; 23 A.L.R. 7th Art. 1. Cited in Cohen IG, Crespo AM, White DB,P.1902.

¹⁸⁰ Public Safety Section > Title 14 - Emergency Management > Subtitle 3A - Governor's Health Emergency Powers > § 14-3A-06. Immunity : “A health care provider is immune from civil or criminal liability if the health care provider acts in good faith and under a catastrophic health emergency proclamation”
<https://law.justia.com/codes/maryland/2005/gps/14-3A-06.html>

¹⁸¹ Opinions of the Maryland Attorney General. Health–public health emergency preparedness–state’s authority to ration ventilators during pandemic–physician immunity. Published December 28, 2015. Accessed March 25, 2020. <http://www.marylandattorneygeneral.gov/Opinions%20Documents/2015/100oag160.pdf>. Cited in Cohen IG, Crespo AM, White DB,P.1902.

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าในสถานการณ์ฉุกเฉิน ยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์อย่างเพียงพอ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อบุคลากรทางการแพทย์ซึ่งอาจต้องตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาและเสี่ยงต่อการถูกตำรวจสอบสวน โดยเฉพาะกรณีที่แพทย์ที่ถอดเครื่องช่วยหายใจออกจากผู้ป่วยที่ไม่ยินยอมอาจถูกตั้งข้อหาฆาตกรรมทางอาญา หากแพทย์รู้ว่าการถอดเครื่องช่วยหายใจออกจะทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิต ไม่ว่าจะผู้ป่วยจะเสียชีวิตในไม่ช้าก็ตาม

ข้อเรียกร้องของต่างประเทศต้องการให้แพทย์ปราศจากความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญาในการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย แต่อย่างไรก็ดี ในการตัดสินใจนั้นจะต้องมีการกำหนด Priority ขึ้นมา เพื่อเป็นตัวการในการช่วยตัดสินใจว่าจะช่วยหรือสละชีวิตผู้ป่วยคนใด และจะต้องมีเหตุผลรองรับเพื่อที่จะอ้างเหตุจำเป็นในการเลือกรักษาผู้ป่วยได้ แม้โดยหลักการทั่วไปแพทย์ต้องรักษาหมดทุกคน แต่เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป บุคลากรทางการแพทย์ไม่สามารถทำหลาย ๆ หน้าที่พร้อม ๆ กันได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักเรื่องหน้าที่ที่ขัดแย้งกัน คือเราไม่สามารถบังคับให้คนทำในสิ่งที่ไม่สามารถทำได้ ในที่นี้คือ การรักษาผู้ป่วยทั้งหมด ทั้ง ๆ ที่ทรัพยากรไม่เพียงพอต่อการรักษา ดังนั้นจึงควรมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองแพทย์ ในกรณีที่มีการเลือกรักษาแล้ว ก็จะต้องรักษาผู้ป่วยที่เลือกรักษาจนรักษาสำเร็จ ความเห็นของแพทย์ในอังกฤษเห็นว่าในกรณีนี้แพทย์ไม่ได้ต้องการอยู่เหนือกฎหมาย โดยเสนอว่ากฎหมายฉุกเฉินที่ออกมาคุ้มครองแพทย์ในกรณีนี้ควรใช้เฉพาะกับการตัดสินใจที่ทำได้โดยสุจริต ในสถานการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมและเป็นไปตามแนวทางที่เกี่ยวข้องเท่านั้น กฎหมายดังกล่าวจะไม่มีผลบังคับใช้กับการกระทำโดยประมาท ซึ่งในทุกประเทศมีความเห็นตรงกันว่า การทำตามหลักเกณฑ์หรือคำแนะนำที่มีอยู่ในปัจจุบันยังไม่ให้ความคุ้มครองทางการแพทย์แต่อย่างใด

ในประเทศสหรัฐอเมริกา นักกฎหมายได้เสนอว่า ทุกรัฐในสหรัฐอเมริกาควรนำบทบัญญัติของรัฐแมรี่แลนด์ไปบัญญัติในรัฐของตน โดยผู้ให้บริการด้านสุขภาพจะได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดชอบทางแพ่งหรือทางอาญา หากผู้ให้บริการด้านสุขภาพกระทำการโดยสุจริตและอยู่ภายใต้การประกาศภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขที่ร้ายแรง ซึ่งตามความเห็นของอัยการของรัฐแมรี่แลนด์ที่ดีความกฎหมายนี้ จะสร้างภูมิคุ้มกันให้กับบุคลากรทางการแพทย์ที่ทำตามหลักเกณฑ์การถอดเครื่องช่วยหายใจโดยไม่ต้องคำนึงถึงผลกระทบเชิงลบที่เกิดจากการถอดเครื่องช่วยหายใจของผู้ป่วยแต่อย่างใด ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยอย่างยิ่งว่าปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองแพทย์ในกรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาอย่างเต็มรูปแบบ จึงควรมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อยกเว้นความผิดให้แพทย์เหมือนที่ทั่วโลกกำลังเรียกร้องกฎหมายนี้

5.6 วิเคราะห์เงื่อนไขและผลทางกฎหมายที่เหมาะสม

ดังที่ได้มีความเห็นของนักกฎหมายที่ได้กล่าวไปในบทที่แล้วว่า เราไม่สามารถฝากความคาดหวังไว้กับพนักงานอัยการที่จะไม่สั่งฟ้องแพทย์ผู้ทำการเลือกรักษาได้ ถึงแม้ว่าโอกาสที่จะไม่ฟ้องคดีจะมีมากกว่า หรือเมื่อคดีขึ้นไปสู่ศาลแล้วเราก็จะพบการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาว่าบุคลากรทางการแพทย์จะถูกลงโทษ ยกเว้นโทษ หรือลดโทษ ดังนั้นการคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์ไม่ควรขึ้นอยู่กับดุลพินิจของใครคนใดคนหนึ่งแต่ควรมีบทบัญญัติทางกฎหมายและเงื่อนไขที่เหมาะสมมากกว่า

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่าประเทศต่าง ๆ ล้วนต้องการให้มีข้อจำกัดความรับผิดของแพทย์ในกรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉิน แม้บางประเทศจะไม่สามารถนำหลักเรื่องความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายมาใช้ได้ แต่ก็พยายามที่จะผลักดันให้ออกบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองแพทย์ หรือใช้บทบัญญัติในกฎหมายอาญายกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษให้แพทย์ ซึ่งจากการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญในประเทศไทย และความเห็นของแพทย์ในต่างประเทศ ล้วนแต่ต้องการให้การเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดทางแพ่งและทางอาญา แต่อย่างไรก็ดีเนื่องจากชีวิตมนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันในการจัดลำดับหรือการคัดเลือกนั้นจึงต้องในการเลือกรักษานั้นจะต้องอ้างอิงหลักเกณฑ์ที่เป็นสากลและทำให้ประชาชนยอมรับได้ จากการศึกษาหลักกฎหมายของประเทศอิตาลี ประเทศเยอรมนี คำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา รวมถึงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ผู้วิจัยเสนอเงื่อนไขที่เหมาะสมสำหรับการยกเว้นความผิดให้แพทย์ ดังนี้

1. การเลือกต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรม ซึ่งในที่นี้คือการเลือกรักษาผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่าหรือโอกาสประสบความสำเร็จในการเลือกรักษาสูงที่สุด โดยต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของแพทย์ที่ได้รับการรับรองจากแพทยสภาหรือหน่วยงานอื่นทางการแพทย์ที่มีความน่าเชื่อถือ โดยผู้เขียนแนะนำให้อ้างอิงหลักเกณฑ์การจัดสรรทรัพยากรในการบริหารผู้ป่วยวิกฤตในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 ของประเทศไทย¹⁸² ซึ่งทีมวิจัยได้มีการรวบรวมแนวทางปฏิบัติจากประเทศต่าง ๆ โดยนำมาทำเป็นหลักเกณฑ์การเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งจะทำได้กับสถานการณ์ฉุกเฉินทุกสถานการณ์ไม่เพียงแต่โรคระบาด

¹⁸² โครงการประเมินเทคโนโลยีและนโยบายด้านสุขภาพ. รายงานวิจัย : หลักเกณฑ์การจัดสรรทรัพยากรในการบริหารผู้ป่วยวิกฤตในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ของประเทศไทย [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.hitap.net/documents/177998> [เข้าถึงเมื่อ 28 กุมภาพันธ์ 2565]

COVID – 19 เท่านั้น โดยหลักเกณฑ์นี้ได้ใช้การพยากรณ์โรคทางคลินิก (clinical prognosis) เป็นเกณฑ์ทางการแพทย์ที่ใช้พยากรณ์โอกาสรอดชีวิตในระยะสั้น ซึ่งเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดเพื่อใช้เป็นเกณฑ์การจัดลำดับความสำคัญ เนื่องจากสามารถเปรียบเทียบได้อย่างเป็นรูปธรรม จึงทำให้บุคลากรทางการแพทย์สามารถปฏิบัติให้สอดคล้องเป็นมาตรฐานเดียวกันได้ โดยไม่สามารถนำหลักอื่นนอกจากนี้มาใช้ได้ เช่น อายุ เชื้อชาติ สัญชาติ หลักมาก่อนได้ก่อน หรือการสูมด้วยวิธีอื่น นอกจากนี้สิ่งต้องห้ามที่ไม่สามารถนำมาใช้ได้เลยคือ คุณค่าทางสังคมของผู้ป่วยแต่ละคน เพราะทำให้เกิดปัญหาในการตีความและการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากคุณค่าของคนแต่ละคนไม่สามารถเปรียบเทียบกันได้โดยง่าย การใช้เกณฑ์ประโยชน์หรือคุณค่าต่อสังคมจึงอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งในสังคมและความไม่เชื่อมั่นของประชาชน

2. ในการเลือกรักษานั้นต้องทำให้มีผู้ป่วยที่รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้นจากการเลือกนั้นเพื่อให้เป็นไปตามหลักอรรถประโยชน์หรือประโยชน์สูงสุดของสังคม

3. มีการประกาศภาวะฉุกเฉินทางด้านสาธารณสุขโดยรัฐหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ทำให้เราไม่ต้องกังวลว่าภาวะฉุกเฉินนี้หมายความว่าความถึงอะไรบ้าง โดยรัฐจะเป็นผู้กำหนดนิยามของความฉุกเฉินนั่นเอง ไม่ว่าจะเป็นภัยพิบัติ โรคระบาด หรือสงคราม

4. สาธารณสุข โรงพยาบาล บุคลากรทางการแพทย์ได้พยายามจัดหาทรัพยากรเพิ่มเติมหรือใช้กลไกให้เกิดการใช้ทรัพยากรร่วมกันระหว่างสถานพยาบาลจนถึงที่สุดแล้วแต่ยังไม่เพียงพอต่อความต้องการของผู้ป่วยวิกฤต

5. การเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยของแพทย์นั้นต้องเป็นไปโดยสุจริตและไม่ประมาท คำว่าสุจริตนั้น เป็นคำที่มีลักษณะเป็นนามธรรม ในความเป็นจริงอาจจะมีบางกรณีที่แพทย์อาจจะมีเจตนาไม่ดี เลือกปฏิบัติ หรือมีเรื่องผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้นวิธีแก้ปัญหาในเรื่องนี้คือ แพทย์จะต้องใช้เครื่องมือในการประเมินภาวะของผู้ป่วยในรูปแบบของแบบประเมินและเกณฑ์ที่กำหนดช่วงตัวเลขในแต่ละระยะความเจ็บป่วย เพื่อใช้ในการพยากรณ์โรค โดยผลการประเมินจะออกมาในรูปแบบของตัวเลขที่มีความโปร่งใส แบบประเมินนี้จึงเป็นหลักฐานชิ้นหนึ่งที่จะช่วยพิสูจน์ถึงความสุจริตของแพทย์ได้

ในเรื่องผลทางกฎหมายที่เหมาะสม อย่างที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องความแตกต่างของเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษว่าเหตุยกเว้นความผิด คือ เหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ดังนั้นผู้กระทำจึงไม่มีความรับผิดชอบอาญา รวมทั้งทางแพ่งด้วย ในขณะที่เหตุยกเว้นโทษ คือ เหตุที่ทำให้

ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษแม้จะได้กระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและไม่มีเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด กล่าวคือเป็นกรณีที่กระทำความผิดแต่กฎหมายยกโทษให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดทางอาญา แต่ยังคงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทางแพ่ง เพราะการกระทำนั้นเป็นการละเมิดสิทธิไม่สามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

การที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยนั้น แพทย์ไม่ได้มีจิตใจชั่วร้ายหรือเป็นอาชญากรที่จะต้องถูกลงโทษแต่อย่างใด อีกทั้งในสถานการณ์วิกฤตเช่น กรณีโควิด 19 ที่ขาดแคลนทั้งบุคลากรทางการแพทย์และอุปกรณ์ทางการแพทย์นั้น แพทย์ไม่สามารถรักษาผู้ป่วยหลายคนพร้อม ๆ กันได้ โดยการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ผิดหลักจริยธรรมทางการแพทย์ แต่อย่างใด เพียงแต่เปลี่ยนหลักจริยธรรมจากการรักษาผลประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย เป็นรักษามลประโยชน์สูงสุดของสังคมแทน

นอกจากนั้นแพทย์ยังมีแนวทางชัดเจนในการปฏิบัติ โดยมีการจัดลำดับความสำคัญที่มีความโปร่งใส ซึ่งจะส่งผลในการทำงานของแพทย์คือลดแรงกดดันทางจิตใจของบุคลากรทางการแพทย์และสร้างความเชื่อมั่นให้กับประชาชนว่าจะได้รับการจัดสรรทรัพยากรอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมในภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขภายใต้การคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดต่อสังคมที่หมายถึงการช่วยชีวิตผู้ป่วยจำนวนมากที่สุดเท่าที่จะทำได้โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ

ดังที่กล่าวไปแล้วว่ากฎหมายอาญาเรื่องความจำเป็นของประเทศไทยที่แพทย์อาจจะสามารถนำมาอ้างได้เป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษเท่านั้น ซึ่งหากเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ ถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้เท่านั้น ซึ่งผู้กระทำยังมีความผิดอาจทำให้มีความรับผิดทางแพ่งหรือทางวินัยได้ หรืออาจส่งผลกระทบต่อบุคคลดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของทะเบียนประวัติอาชญากรรมต้องเสียเวลาถูกสอบสวน ค้นหาพยานหลักฐานไปต่อสู้ในชั้นศาล ทั้งที่บุคลากรทางการแพทย์ต้องทำงานหนักเพื่อต่อสู้กับโรคระบาดหรือเหตุการณ์วิกฤตต่าง ๆ หรือ หากเป็นเพียงเหตุลดโทษ แพทย์อาจกลายเป็นนักโทษในเรือนจำ จึงควรให้โอกาสผู้มีวิชาชีพได้ทำงานของเขาในสถานการณ์ฉุกเฉิน จึงควรมีการยกเว้นความผิดให้กับแพทย์ในสถานการณ์เช่นนี้ ซึ่งเป็นความเห็นที่แพทย์และนักกฎหมายทั้งไทยและต่างประเทศเห็นตรงกัน

ข้อดีของการบัญญัติให้เป็นเหตุยกเว้นความผิดนั้น ส่งผลเสมือนว่ากฎหมายยอมรับว่า การที่แพทย์กระทำเช่นนั้นเป็นการรักษาประโยชน์สูงสุดแก่สังคมซึ่งกฎหมายควรจะสนับสนุนมากกว่าไป

ลงโทษ ดังนั้นบุคคลที่เป็นฝ่ายต้องเสียหาย ในที่นี้คือผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยจึงต้องจำยอมรับผลของการเลือกโดยถือเป็นผู้เสียสละเพื่อผลประโยชน์ของสังคม

จากการวิเคราะห์ข้างต้นจะพิจารณาได้ว่าทางเลือกที่เหมาะสมในกรณีนี้แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในสถานการณฉุกเฉินนั้นควรที่จะต้องเป็นเหตุยกเว้นความผิด แต่การที่จะอ้างเหตุยกเว้นความผิดได้นั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่เหมาะสมที่กล่าวไปข้างต้น

ทางเลือกในการบัญญัติเหตุยกเว้นความรับผิดให้มีอยู่ด้วยกัน 2 แนวทางคือ

แนวทางที่ 1 แก้ไขโดยเพิ่มบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 เรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายโดยการยกเว้นความผิดให้กับแพทย์เฉพาะแต่กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยเท่านั้น

แนวทางที่ 2 บัญญัติในกฎหมายการแพทย์เป็นการเฉพาะ โดยทำเป็นเรื่องเฉพาะทางการแพทย์ ไปอยู่ในกฎหมายการแพทย์ โดยให้มีการรองรับหลักเกณฑ์หรือแนวทางการเลือกรักษาผู้ป่วยที่โอกาสรอดชีวิตมากกว่าในสถานการณฉุกเฉิน ซึ่งหากดำเนินการตามหลักเกณฑ์แล้วจะถือว่าไม่มีความผิด

ในแนวทางที่ 1 แม้ในประเทศไทยจะมีแนวคิดเรื่องความจำเป็นยกเว้นความผิดในเรื่องการทำแท้ง หรือมีผู้สนับสนุนให้นำแนวคิดเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย แต่ผู้วิจัยเห็นว่าการเพิ่มบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 เรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายโดยการยกเว้นความผิดให้กับแพทย์เป็นการเฉพาะนั้นตามความเห็นของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ มีความเห็นเป็นไปแนวทางเดียวกันกับนักกฎหมายฝั่งซีวิลลอว์ คือ การจะนำเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมาใช้ได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่คุ้มครองทางกฎหมายที่จะปกป้องต้องมากกว่าคุ้มครองทางกฎหมายที่ถูกทำลาย ดังนั้นเรื่องการเลือกรักษาผู้ป่วยซึ่งคุ้มครองของชีวิตมนุษย์มีความเท่าเทียมกันจึงนำหลักนี้มาใช้ไม่ได้ หากนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา มาตรา 67 ให้เป็นความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายในเรื่องแพทย์เป็นการเฉพาะ ผู้วิจัยเห็นว่านักกฎหมายอาจจะมีการถกเถียงกันว่าความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นกรณีที่คุ้มครองทางกฎหมายไม่เท่ากัน คุ้มครองที่จะปกป้องต้องสูงกว่า และหากบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาแล้วควรนำไปใช้ได้ทุกกรณี ไม่เพียงแต่เฉพาะความจำเป็นกรณีของแพทย์เท่านั้น ซึ่งหากนำไปใช้ในกรณีอื่นได้ด้วย อาจเกิดการตีความในเรื่องสถานการณฉุกเฉินและการจัดลำดับผู้รอดชีวิต ซึ่งในหลักเกณฑ์เลือกรักษาผู้ป่วยของแพทย์นั้น มีการจัดลำดับอย่างเป็นรูปธรรมที่สังคมและประชาชนยอมรับได้

ผู้วิจัยจึงเห็นด้วยกับแนวทางที่ 2 ว่าควรมีการออกบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะเรื่องการแพทย์ เพื่อให้
ความจำเป็นในการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นเหตุยกเว้นความผิดให้แก่บุคลากร
ทางการแพทย์ โดยไม่ว่าจะเป็นไปในแนวทางใด บุคลากรทางการแพทย์ล้วนแต่ได้รับการยกเว้น
ความผิดในกรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยทั้งสิ้น



บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากสมมติฐานของวิทยานิพนธ์ที่ว่า การที่แพทย์ต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในภาวะวิกฤตโดยเลือกรักษาคนที่มีโอกาสรอดชีวิตจากการรักษาสูงกว่าขณะที่ไม่มีกฎหมายรองรับอย่างชัดเจนอาจเกิดปัญหาว่าแพทย์ต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่ แม้ว่าแพทย์อาจอ้างได้ว่าเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น ซึ่งเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ หรือศาลอาจเห็นว่าเป็นกรณีกระทำเกินสมควรแก่เหตุ ไม่ได้สัดส่วนทำให้แพทย์ไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร ทั้งที่การที่ต้องกระทำเช่นนั้นเป็นผลโดยตรงจากปัจจัยภายนอกซึ่งอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ดังนั้นจึงควรมีบทบัญญัติของกฎหมายยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาจากการกระทำดังกล่าวของแพทย์ โดยกำหนดให้เป็นการกระทำด้วยความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดภายใต้เงื่อนไขว่าการเลือกรักษาต้องกระทำเฉพาะในสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งทำให้มีผู้รอดชีวิตเพิ่มขึ้น ต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรมโดยคำนึงถึงผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตสูงกว่า ต้องกระทำตามหลักเกณฑ์ทางการแพทย์ที่กำหนด และต้องไม่เป็นการกระทำโดยประมาท

เมื่อได้ศึกษาวิจัยแล้วปรากฏว่า สมมติฐานที่ตั้งไว้ในเบื้องต้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง เพราะ การที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยนั้น แพทย์ไม่ได้มีจิตใจชั่วร้ายหรือเป็นอาชญากรที่จะต้องถูกลงโทษแต่อย่างใด อีกทั้งในสถานการณ์วิกฤต ที่ขาดแคลนทั้งบุคลากรทางการแพทย์และนั้นแพทย์ไม่สามารถรักษาผู้ป่วยหลายคนพร้อม ๆ กันได้ โดยการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยนั้น ยังคงไว้ซึ่งจริยธรรมทางการแพทย์อยู่เพียงแต่เปลี่ยนหลักจริยธรรมจากการรักษาผลประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย เป็นรักษาผลประโยชน์สูงสุดของสังคมแทน ดังจะได้อธิบายโดยสรุปและเสนอแนะแนวทางแก้ไขดังนี้

6.1 บทสรุป

การที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น แพทย์ต้องเผชิญกับการตัดสินใจในการเลือกว่าผู้ป่วยคนใดจะได้รับการรักษาเพื่อให้ได้มีชีวิตอยู่รอดต่อไป ซึ่งเหตุในการเลือกรักษานั้นอาจมาจากการขาดแคลนทรัพยากรทางการแพทย์ รวมถึงการขาดแคลนบุคลากรทางการแพทย์เนื่องจากไม่สามารถจัดหาได้เพียงพอกับความต้องการในภาวะวิกฤต ซึ่งตามทฤษฎีเวชจริยศาสตร์ แพทย์ต้องคำนึงถึงหลักสิทธิส่วนบุคคล การกระทำแต่ความดี การไม่ทำความชั่ว โดยในการตัดสินใจทางเวชจริยศาสตร์ แพทย์จะต้องนำปัญหาของผู้ป่วยแต่ละรายมาวิเคราะห์แล้วจึงมาชั่งน้ำหนักว่าจะใช้ทฤษฎีใดในการตัดสินใจ ซึ่งทฤษฎีที่จะนำมาใช้ได้กับเรื่องนี้คือทฤษฎีอรรถประโยชน์ โดยเจเรมี เบ็นธัมได้เสนอว่าการกระทำที่ดีที่สุดคือการก่อให้เกิดประโยชน์สุขแก่คนจำนวนมากที่สุด โดยในกรณีที่แพทย์ไม่สามารถรักษาทุกคนไว้ได้ การเลือกรักษาผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากที่สุดจึงเป็น

ทางออกที่ทุกคนเห็นพ้องต้องกัน ซึ่งแนวทางนี้เป็นแนวทางที่ก่อให้เกิดประโยชน์มากที่สุดกับทรัพยากรที่ได้ใช้ไป

นอกจากนั้นทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยมยังสัมพันธ์กับเหตุจำกัดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลคือ เหตุยกเว้นความรับผิด เช่นเรื่องความเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการกระทำที่สร้างประโยชน์ให้กับสังคมด้วยการทำลายคุณธรรมทางกฎหมายที่มีค่าน้อยเพื่อรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายที่มีค่ามากกว่า ทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม เป็นทางเลือกที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด มีส่วนเกี่ยวเนื่องกับองค์ประกอบของการกระทำผิดด้วยความจำเป็น ซึ่งจะถูกนำมาใช้ในกรณีที่เกิดทางเลือกสองทางเมื่อเลือกทางหนึ่งจะเสียอีกทางหนึ่งไป จะใช้หลักการอะไรมาพิจารณาว่าการเลือกทางนั้นเป็นทางที่ถูกต้อง ดังนั้นเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นจึงต้องได้สัดส่วน สร้างความเสียหายแก่ผู้บริสุทธิ์น้อยที่สุด ภัยอันตรายที่ตนเองไปก่อนน้อยกว่าที่ตนเองประสบอยู่ ทำให้สังคมโดยรวมได้รับประโยชน์มากที่สุดหรือเสียหายน้อยที่สุด จึงเห็นได้ว่าทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยมมีความสัมพันธ์กับทฤษฎีการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมาย ทฤษฎีทางปรัชญาและทฤษฎีกฎหมายอาญาจึงมีความเกี่ยวเนื่องและเชื่อมโยงกันอยู่

ดังนั้นในภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขที่มีทรัพยากรไม่เพียงพอสำหรับผู้ป่วยทุกรายนั้น หลักจริยธรรมยังคงถูกนำมาใช้โดยเปลี่ยนแนวทางในการนำไปปฏิบัติ จากการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเฉพาะรายเป็นการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดต่อสังคม จึงเป็นไปตามแนวคิดเรื่องอรรถประโยชน์นิยม ซึ่งเป็นทางเลือกที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด โดยพิจารณาว่าการรักษาใครจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมมากที่สุด สิ่งที่จะสร้างประโยชน์ให้แก่สังคมมากที่สุด คือการช่วยชีวิตผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตสูงกว่าน่าจะเป็นคำตอบที่ชอบธรรม ซึ่งเป็นราคาที่สังคมต้องจ่ายเพื่อรักษาสิ่งหนึ่งที่สังคมต้องรักษาไว้ หากมองภาพเพียงผิวเผินอาจเหมือนว่ากำลังทำลายศีลธรรมอยู่ แต่เป็นเพียงศีลธรรมอันมิใช่ศีลธรรมที่แท้จริง เนื่องจากกำลังรักษาศีลธรรมอีกสิ่งหนึ่งอยู่เช่นเดียวกัน เราจะบรรลุประโยชน์ที่แท้จริงของสังคมเมื่อช่วยชีวิตผู้ที่จะมีโอกาสรอดมากกว่าผู้ที่แพทย์ประเมินแล้วว่าอย่างไรเสีย แม้ไม่มีเครื่องช่วยหายใจ เขาก็จะต้องเสียชีวิตในเร็ววันอยู่ดี

การที่แพทย์ต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย เพราะเหตุปัจจัยภายนอกบีบบังคับให้ต้องเลือก จึงขัดกับหลักทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) ที่มีแนวคิดในการลงโทษว่าผู้กระทำความผิดมีเจตจำนงเสรี (Free Will) ในการที่จะคิด ตัดสินใจ และกระทำการด้วยตนเอง ประกอบกับมนุษย์มีความมีความสามารถในการใช้เหตุผล เมื่อตัดสินใจทำสิ่งใดลงไปจึงต้องรับผิดชอบต่อการ

กระทำของตนอย่างเต็มที่เมื่อกระทำผิดจึงต้องรับผิดชอบต่อความผิดและสมควรได้รับการลงโทษ เนื่องจากแพทย์ไม่ได้มี Free Will ที่แท้จริงและไม่ได้มีจิตใจที่ชั่วร้าย

หากมีการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในกรณีฉุกเฉินในประเทศไทย การที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาเพื่อนำทรัพยากรไปรักษาผู้ที่มีโอกาสฟื้นคืนตัวได้มากกว่าหรือปฏิเสธการรักษา นั้น แพทย์จึงอาจจะโดนตั้งข้อหาในเรื่องฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา เนื่องจากแพทย์เล็งเห็นได้ว่าจะทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิต โดยในปัจจุบันยังมีได้มีกฎหมายคุ้มครองแพทย์อย่างชัดเจน ข้อกล่าวอ้างเรื่องการป้องกันไม่สามารถนำมาใช้ในกรณีนี้ได้ เนื่องจากการที่แพทย์ต้องเผชิญอันตรายจากโรคระบาดหรือภัยพิบัติ มิใช่ภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ถึงแม้ว่าแพทย์จะกระทำไปเพื่อป้องกันสิทธิของผู้อื่นจากภัยอันตราย แต่แพทย์ก็ไม่สามารถอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้เพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ ส่วนในเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67(2) และจากคำพิพากษาศาลฎีกา การจะอ้างการกระทำด้วยความจำเป็นได้นั้น ต้องเป็นกรณีอันตรายที่ใกล้จะถึงอย่างแท้จริง และภัยอันตรายที่ก่อขึ้นแก่ผู้บริสุทธิ์จะต้องไม่รุนแรงไปกว่าภัยอันเป็นเหตุแห่งความจำเป็นจึงจะเป็นการได้สัดส่วน หากกรณีนี้เกิดขึ้นแพทย์อาจจะอ้างเหตุจำเป็นในกรณีไม่ได้ เนื่องจากบางกรณีแพทย์ไม่อาจคาดหมายวัน เวลาที่ผู้ป่วยจะเสียชีวิตได้ การที่แพทย์หยุดการรักษาผู้สูงวัยหรือผู้ที่อ่อนแอกว่าเพื่อมาช่วยผู้ป่วยอีกคนหนึ่งที่มีโอกาสฟื้นคืนชีวิตได้มากกว่านั้นจึงเป็นการเกินกว่ากรณีจำต้องกระทำ และนอกจากนี้ภัยอันตรายที่แพทย์ได้ก่อแก่ผู้ป่วยที่อ่อนแอกว่าก็ได้มีความรุนแรงน้อยกว่าภัยที่ผู้ที่แข็งแรงกว่าประสบพบเจออยู่แต่อย่างใดเลยหากแต่มีความเท่าเทียมกันคือภัยอันตรายจากโรคระบาด หรือเหตุภัยพิบัติชนิดเดียวกัน การกระทำโดยจำเป็นนี้จึงเป็นการเกินสมควรแก่เหตุ แต่อาจจะได้รับการลดโทษตามดุลพินิจของศาล เนื่องจากเป็นความจำเป็นที่เกินสัดส่วนตามมาตรา 69

ในเรื่องกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม ข้อบังคับแพทยสภามีหลักให้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบการวิชาชีพเวชกรรม ภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วิสัย และพฤติการณ์ที่มีอยู่ในสถานการณ์นั้น ๆ แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัตินี้ให้แพทย์รักษาพยาบาลผู้ป่วยภายใต้ความสามารถและ “ข้อจำกัดตามภาวะ วิสัย และพฤติการณ์ที่มีอยู่ในสถานการณ์นั้น ๆ” ซึ่งข้อบังคับนี้ เป็นเพียงการกำหนดมารยาทหรือจริยธรรมที่ผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์คงจะปฏิบัติไว้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น เป็นเพียงหลักให้แพทย์รักษาระยาบรรณไม่ใช่เหตุในการยกเว้นความผิด หรือลดหย่อนผ่อนโทษ ไม่มีฐานะแบบกฎหมายอาญา ส่วนหลักเกณฑ์

การระงับเครื่องช่วยหายใจของโรงพยาบาลต่าง ๆ ก็ยังมีได้มีแพทย์สภาหรือหน่วยงานอื่นมารองรับ จึงมิได้มีหลักอะไรรองรับในการยกเว้นความผิดในทางอาญาแพทย์ในการกระทำเช่นนั้น

หลักกฎหมายเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายของประเทศไทยนั้นยังคงมีประเด็นปัญหาในเรื่องเงื่อนไขในการปรับใช้เพื่อผลทางกฎหมายอันเป็นคุณแก่แพทย์ในสถานการณ์ฉุกเฉิน ไม่แต่เพียงปัญหาทางสาธารณสุขเท่านั้น แต่แพทย์ต้องเผชิญกับปัญหาทางศีลธรรมที่กฎหมายยังคงตราหน้าว่าเขาคืออาชญากร ทั้ง ๆ ที่เขาไม่อาจเลือกที่จะไม่กระทำการเช่นนั้นได้เลย หากเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งผู้กระทำยังมีความผิดอาจทำให้มีความรับผิดชอบทางแพ่งหรือทางวินัยได้ หรืออาจส่งผลกระทบต่อบุคคลดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของทะเบียนประวัติอาชญากรรม ต้องเสียเวลาถูกสอบสวน ค้นหาพยานหลักฐานไปต่อสู้อัยการ ศาล ทั้งที่บุคลากรทางการแพทย์ต้องทำงานหนักเพื่อต่อสู้กับโรคระบาดหรือเหตุการณ์วิกฤตต่าง ๆ หรือหากเป็นเพียงเหตุลดโทษ (จำเป็นที่เกินสัดส่วนศาลอาจใช้ดุลพินิจลดโทษตามมาตรา 69) แพทย์อาจกลายเป็นนักโทษในเรือนจำ จึงควรให้โอกาสผู้มีวิชาชีพได้ทำงานของเขาในสถานการณ์ฉุกเฉิน

การกระทำโดยจำเป็นนี้จึงอาจทำให้แพทย์ไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร จึงต้องมีการพิจารณาหลักการกระทำความจำเป็นของแพทย์ในสถานการณ์ฉุกเฉิน

ผู้เขียนได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบเรื่องการนำหลักการความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายมาใช้กับกรณีแพทย์จำต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉินและเหตุจำกัดความรับผิด ไม่ว่าจะ เป็นบทบัญญัติของกฎหมาย บทความ และความเห็นของนักวิชาการในต่างประเทศ ทั้งหมด 4 ประเทศ ซึ่งประกอบไปด้วย ประเทศอิตาลี ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศอิตาลี มีการกำหนดกฎหมายเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายซึ่งเป็นเหตุที่มีอำนาจกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย (necessity as justification) ไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 54 แต่อย่างไรก็ดีไม่ใช้บังคับกับบุคคลที่มีหน้าที่ โดยเฉพาะเจาะจงตามกฎหมายต้องเผชิญกับภัยอันตราย ซึ่งรวมไปถึงบุคลากรทางการแพทย์ ดังนั้น แพทย์อิตาลีจึงไม่อาจกล่าวอ้างความชอบด้วยกฎหมายในการเลือกรักษาผู้ป่วยด้วยเหตุจำเป็น แต่มีบทบัญญัติพิเศษสำหรับผู้พิพากษาในการพิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจด้านมนุษยธรรม ในของผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากสถานการณ์อันยากลำบากเพื่อนำมาบรรเทาโทษแก่ผู้กระทำได้อย่างอิสระตามมาตรา 62(1)

นักวิชาการเห็นว่าการเลือกรักษาขัดต่อหลักการความเท่าเทียมกันของชีวิตในระบอบประชาธิปไตย ผู้พิพากษาอาจไม่ถือว่าแนวทางเหล่านั้นเป็นข้อแก้ตัวซึ่งจะบ่อนทำลายการมีอยู่ของสัดส่วนของทางเลือกของแพทย์ ดังนั้นจึงทำให้ความจำเป็นไม่สามารถนำมาใช้ได้ ดังนั้นแพทย์อิตาลีจึงยังคงมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการเลือกรักษาผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เพียงแต่อาจได้รับการลดโทษจากศาลด้วยมูลเหตุจูงใจที่จำต้องเลือกหนทางที่น่าจะเป็นประโยชน์แก่สังคมมากที่สุด ในสถานการณ์นั้น

ประเทศเยอรมนี นำเอาข้อต่อสู้เรื่องการกระทำโดยจำเป็นตามหลักเรื่องความชั่วที่น้อยกว่ามาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 34

นักกฎหมายและคำพิพากษาของเยอรมันเห็นว่าชีวิตมนุษย์เป็นคุณธรรมทางกฎหมายสูงสุด การทำลายชีวิตมนุษย์เพื่อรักษาชีวิตมนุษย์จึงอ้างเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบทางอาญาไม่ได้ หลังจากมีเหตุการณ์ที่แพทย์ต้องเลือกรักษาเนื่องจากโควิด 19 เกิดขึ้น ได้มีการกล่าวถึงหลัก “หน้าที่ที่ขัดแย้งกัน” มีหลักพื้นฐานสามประการ คือ (1) มีหน้าที่ตั้งแต่สองหน้าที่ขึ้นไปที่ต้องกระทำ (2) การจัดลำดับความสำคัญของหน้าที่อยู่ภายใต้หลักการของผลประโยชน์เหนือกว่า (ความชั่วร้ายน้อยกว่า) (3) หน้าที่ที่ขัดแย้งกันเป็นข้อแก้ตัวที่ชอบธรรมหากเกิดกรณีเลือกรักษาอาจอ้างหลักนี้ได้ แต่การตัดสินใจของแพทย์นั้น จะต้องมีการกำหนด Priority ขึ้นมาโดยพิจารณาจากความเร่งด่วนและโอกาสการรักษาสำเร็จแม้จะใช้หลักความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 34 ไม่ได้แต่หากแพทย์ทำหน้าที่ในสถานการณ์พิเศษที่เป็นไปตามประมวลจริยธรรมทางการแพทย์ของเยอรมันเป็นที่เข้าใจสำหรับสิ่งนี้สามารถยืนยันเหตุผลของมโนธรรมได้ นอกจากนี้ในสถานการณ์ทางกฎหมายที่สับสนหลีกเลี่ยงไม่ได้ แพทย์อาจจะอ้างมาตรา 17 German Criminal Code (StGB) ได้ Section 17 Mistake of law ว่า “ในกรณีการกระทำความผิดใด ผู้กระทำไม่รู้ว่าตนได้กระทำสิ่งผิดกฎหมาย ผู้กระทำย่อมกระทำไปโดยปราศจากความชั่วถ้าในกรณีนั้นผู้กระทำไม่สามารถเลี่ยงความสำคัญผิดนั้น...” แพทย์เยอรมันอาจได้รับการยกเว้นความผิดตามมาตรา 17

ประเทศอังกฤษ ในอดีตการยกข้อต่อสู้เรื่องการกระทำโดยจำเป็น เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบการทำลายชีวิตมนุษย์นั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้มาโดยตลอด แต่ในปี ค.ศ. 2000 คดี Re A (Children) ศาลตัดสินว่าการผ่าตัดของแพทย์แม้จะทำให้เด็กอีกตายแต่ก็ทำให้เด็กอีกคนรอดนั้นชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชั่วที่น้อยกว่า และไม่ถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ผลจากคำพิพากษาในคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าแนวโน้มของการปรับใช้กฎหมายในกรณีที่มีความจำเป็นภายใต้พฤติการณ์เฉพาะการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่าเป็นสิ่งที่สามารถอ้างหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (แต่ต้องครบองค์ประกอบคือ 1) เป็นการกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายที่กำลังเกิดขึ้นโดยไม่อาจหลบเลี่ยงด้วยวิธีการอื่นได้ 2) ทำได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่กล่าวมาบรรลุเท่านั้น 3) ภัยที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เกินสัดส่วนแห่งภัยที่จะหลีกเลี่ยง หากเป็นกรณีการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนเพราะเป็นการพิจารณาระหว่างชีวิตกับความตาย จึงจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนอกจากนี้ยังต้องทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้น และการเลือกต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรม เช่น ผู้มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่าก็ต้องเป็นผู้ที่เสียสละ) แต่อย่างไรก็ดีจากเหตุการณ์โควิด 19 ที่ต้องเลือกรักษา แพทย์ร่วมกันเรียกร้องให้มีกฎหมายคุ้มครองแพทย์ เนื่องจากแพทย์กังวลต่อการถูกฟ้องและถูกสอบสวน โดยเรียกร้องให้มีการออกกฎหมายฉุกเฉินมาคุ้มครองแพทย์โดยใช้เฉพาะกับการตัดสินใจที่เพิ่มขึ้นโดยสุจริตเท่านั้น ในสถานการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมและเป็นไปตามแนวทางที่เกี่ยวข้อง

ประเทศสหรัฐอเมริกา บัญญัติเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ใน มาตรา 3.02 Model Penal Code จากคำพิพากษาและความเห็นของนักกฎหมาย เห็นว่าการยกข้อต่อสู้เรื่องการกระทำโดยจำเป็นเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบฆ่าคนตายน่าจะทำได้ หากได้กระทำไปเพื่อรักษาสิ่งที่สำคัญกว่า เช่นชีวิตของคนจำนวนมาก

แพทย์อาจอ้างเรื่องความจำเป็น (necessity defense) ในการเลือกรักษาในสถานการณ์ฉุกเฉินได้ หากถอดเครื่องช่วยหายใจเพื่อช่วยผู้ป่วยที่มีแนวโน้มที่มีโอกาสรอดชีวิตจากการรักษามากกว่า (แต่ต้องเป็นไปตามโปรโตคอล Triage) อย่างไรก็ตามนักวิชาการเห็นว่าหลักนี้อาจใช้ไม่ได้หากการถอดเครื่องช่วยหายใจสามารถช่วยผู้ป่วยรายอื่นได้เพียงรายเดียว (เมื่อเทียบกับการช่วยคนอื่น ๆ ได้อีกหลายคน) เพราะกฎหมายอาญาโดยทั่วไปถือว่าแต่ละชีวิตเท่าเทียมกัน โดยเรียกร้องให้มีบทบัญญัติเหมือนในรัฐแมริแลนด์ที่ยกเว้นความผิดทางแพ่งและอาญาให้บุคลากรทางการแพทย์หากกระทำโดยสุจริตภายใต้สภาวะฉุกเฉิน มีผู้ให้ความเห็นว่าบทบัญญัตินี้จะสร้างภูมิคุ้มกันให้แพทย์ที่ปฏิบัติตามโปรโตคอลที่ได้รับการอนุมัติจากรัฐ โดยไม่คำนึงถึงผลด้านลบที่เกิดจากการถอดเครื่องช่วยหายใจของผู้ป่วย

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่าประเทศต่าง ๆ ล้วนต้องการให้มีข้อจำกัดความรับผิดชอบของแพทย์ในกรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉิน แม้บางประเทศจะไม่สามารถนำหลักเรื่องความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายมาใช้ได้ แต่ก็พยายามที่จะผลักดันให้ออกบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองแพทย์ หรือใช้บทบัญญัติในกฎหมายอาญามากวนความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษให้แพทย์ ซึ่งจากการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญในประเทศไทย และความเห็นของแพทย์ในต่างประเทศ ล้วนแต่ต้องการให้การเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดทางแพ่งและทางอาญา แต่อย่างไรก็ดีเนื่องจากชีวิตมนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันในการจัดลำดับหรือการคัดเลือกนั้นจึงต้องในการเลือกรักษานั้นจะต้องอ้างอิงหลักเกณฑ์ที่เป็นสากลและทำให้ประชาชนยอมรับได้ จากการศึกษาหลักกฎหมายของประเทศอิตาลี ประเทศเยอรมนี คำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา รวมถึงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ผู้วิจัย เสนอเงื่อนไขที่เหมาะสมสำหรับการยกเว้นความผิดให้แพทย์ ดังนี้

1. การเลือกต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรม ซึ่งในที่นี้คือการเลือกรักษาผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่าหรือโอกาสประสบความสำเร็จในการเลือกรักษาสูงที่สุด โดยต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของแพทย์ที่ได้รับการรับรองจากแพทยสภาหรือหน่วยงานอื่นทางการแพทย์ที่มีความน่าเชื่อถือ
2. ในการเลือกรักษานั้นต้องทำให้มีผู้ป่วยที่รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้นจากการเลือกนั้นเพื่อให้เป็นไปตามหลักอรรถประโยชน์หรือประโยชน์สูงสุดของสังคม
3. มีการประกาศภาวะฉุกเฉินทางด้านสาธารณสุขโดยรัฐหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง
4. สาธารณสุข โรงพยาบาล บุคลากรทางการแพทย์ได้พยายามจัดหาทรัพยากรเพิ่มเติมหรือใช้กลไกให้เกิดการใช้ทรัพยากรร่วมกันระหว่างสถานพยาบาลจนถึงที่สุดแล้วแต่ยังไม่เพียงพอต่อความต้องการของผู้ป่วยวิกฤต
5. การเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยของแพทย์นั้นต้องเป็นไปโดยสุจริตและไม่ประมาท

เหตุจำกัดความรับผิดในที่นี้คือผู้เขียนเสนอให้เป็นเหตุยกเว้นความผิด เนื่องจากการที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยนั้น แพทย์ไม่ได้มีจิตใจชั่วร้ายหรือเป็นอาชญากรที่จะต้องถูกลงโทษแต่อย่างใด อีกทั้งในสถานการณ์วิกฤตเช่น กรณีโควิด 19 ที่ขาดแคลนทั้งบุคลากรทางการแพทย์และอุปกรณ์ทางการแพทย์นั้น แพทย์ไม่สามารถรักษาผู้ป่วยหลายคนพร้อม ๆ กันได้ โดยการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ผิดหลักจริยธรรมทางการแพทย์ เพียงแต่เปลี่ยนหลักจริยธรรมจากรักษาผลประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย เป็นรักษาผลประโยชน์สูงสุดของสังคมแทน นอกจากนั้นแพทย์ยัง

มีแนวทางชัดเจนในการปฏิบัติ โดยมีการจัดลำดับความสำคัญที่มีความโปร่งใส ซึ่งจะส่งผลในการทำงานของแพทย์คือลดแรงกดดันทางจิตใจของบุคลากรทางการแพทย์และสร้างความเชื่อมั่นให้กับประชาชนว่าจะได้รับการจัดสรรทรัพยากรอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมในภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุข ภายใต้การคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดต่อสังคมที่หมายถึงการช่วยชีวิตผู้ป่วยจำนวนมากที่สุดเท่าที่จะทำได้โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ

หากทำให้เป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ ถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้เท่านั้น ซึ่งผู้กระทำยังมีความผิดอาจทำให้มีความรับผิดชอบทางแพ่งหรือทางวินัยได้ หรืออาจส่งผลกระทบต่อบุคคลดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของทะเบียนประวัติอาชญากรรมต้องเสียเวลาถูกสอบสวน ค้นหาพยานหลักฐานไปต่อสู้ในชั้นศาล ทั้งที่บุคลากรทางการแพทย์ต้องทำงานหนักเพื่อต่อสู้กับโรคระบาดหรือเหตุการณ์วิกฤตต่าง ๆ หรือ หากเป็นเพียงเหตุลดโทษ แพทย์อาจกลายเป็นนักโทษในเรือนจำ จึงควรให้โอกาสผู้มีวิชาชีพได้ทำงานของเขาในสถานการณ์ฉุกเฉิน จึงควรมีการยกเว้นความผิดให้กับแพทย์ในสถานการณ์เช่นนี้ ซึ่งเป็นความเห็นที่แพทย์และนักกฎหมายทั้งไทยและต่างประเทศเห็นตรงกัน

ข้อดีของการบัญญัติให้เป็นเหตุยกเว้นความผิดนั้น ส่งผลเสมือนว่ากฎหมายยอมรับว่า การที่แพทย์กระทำเช่นนั้นเป็นการรักษาประโยชน์สูงสุดแก่สังคมซึ่งกฎหมายควรจะสนับสนุนมากกว่าไปลงโทษ ดังนั้นบุคคลที่เป็นฝ่ายต้องเสียหาย ในที่นี้คือผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยจึงต้องจำยอมรับผลของการเลือกโดยถือเป็นผู้เสียสละเพื่อผลประโยชน์ของสังคม ทางเลือกที่เหมาะสมในกรณีนี้ที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นควรที่จะต้องเป็นเหตุยกเว้นความผิด แต่การที่จะอ้างเหตุยกเว้นความผิดได้นั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่เหมาะสมที่กล่าวไปข้างต้น

เมื่อได้ทราบบทสรุปของเรื่องแล้วในหัวข้อต่อไปจะเป็นข้อเสนอแนะว่าควรนำหลักเรื่องความจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยของแพทย์มาบัญญัติให้เป็นเหตุยกเว้นความผิดอย่างไร

6.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยเห็นว่าแนวทางที่ควรจะเป็นและสามารถทำได้อย่างรวดเร็วที่สุดคือการบัญญัติเรื่องความจำเป็นในการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในกฎหมายการแพทย์เป็นการเฉพาะ รวมถึงเหตุจำกัดความรับผิดให้บุคลากรทางการแพทย์ ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวกับแพทย์นั้นมีหลายฉบับ แต่กฎหมายที่กระทบความสุขภาพของผู้ป่วยมากที่สุดคือ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 (พระราชบัญญัติ) โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือโรคและปัจจัยที่คุกคามสุขภาพมีการเปลี่ยนแปลงและมีความยุ่งยากสลับซับซ้อนมากขึ้น จำเป็นต้องดำเนินการให้ประชาชนมีความรู้เท่าทัน

มีส่วนร่วม และมีระบบเสริมสร้างสุขภาพและระวังป้องกันอย่างสมบูรณ์ สมควรมีกฎหมายว่าด้วยสุขภาพแห่งชาติ เพื่อวางกรอบและแนวทางในการกำหนดนโยบายยุทธศาสตร์และการดำเนินงานด้านสุขภาพของประเทศรวมทั้งเมืองครและกลไกเพื่อให้เกิดการดำเนินงานอย่างต่อเนื่องและมีส่วนร่วมจากทุกฝ่าย อันจะนำไปสู่เป้าหมายในการสร้างเสริมสุขภาพ รวมทั้งสามารถดูแลแก้ไขปัญหาด้านสุขภาพของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพและทั่วถึง¹⁸³ ซึ่งตามคำนิยามในพระราชบัญญัติ “บุคลากรด้านสาธารณสุข” หมายความว่า ผู้ให้บริการสาธารณสุขที่มีกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อกำหนดรองรับ หากบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การเลือกรักษาในกฎหมายนี้ จะทำให้คุ้มครองแพทย์ บุคลากรทางการแพทย์ และบุคลากรด้านสาธารณสุข ซึ่งจะคุ้มครองครอบคลุมถึงทุกคนทุกกระบวนการในการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยจากต้นสาย คือ ผู้ออกนโยบายหรือหลักเกณฑ์ จนไปถึงปลายสายคือ แพทย์ พยาบาล บุคลากรสาธารณสุขด้านหน้า ที่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ได้รับการรับรอง

ในพระราชบัญญัตินี้ มีบางข้อที่กล่าวถึงเหตุจำกัดความรับผิดชอบของบุคลากรทางสาธารณสุขด้วยด้วย เช่น

“มาตรา 8 ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใด จะให้บริการนั้นมีได้

ในกรณีที่เกิดความเสียหายหรืออันตรายแก่ผู้รับบริการเพราะเหตุที่ผู้รับบริการปกปิดข้อเท็จจริงที่ตนรู้และควรบอกให้แจ้ง หรือแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรืออันตรายนั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ...”

นอกจากนั้นในหมวดสองของพระราชบัญญัตินี้ ยังมีคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ ซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิด้านการแพทย์และด้านอื่น ๆ อีกหลายแขนง เช่น นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้แทนองค์กรวิชาชีพด้านสาธารณสุข ผู้แทนคณะกรรมการวิชาชีพที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะและผู้ทรงคุณวุฒิด้านต่าง ๆ โดยในมาตรา 25 คณะกรรมการฯ มีหน้าที่จัดทำธรรมนูญว่าด้วยระบบสุขภาพแห่งชาติ เสนอแนะหรือให้คำปรึกษาต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับนโยบายและยุทธศาสตร์ด้านสุขภาพ และติดตามผลการดำเนินงานตามที่ได้เสนอแนะหรือให้คำปรึกษาดังกล่าวพร้อมทั้งจัดให้มีหรือส่งเสริม สนับสนุนให้มีกระบวนการในการพัฒนานโยบายและยุทธศาสตร์ด้านสุขภาพและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการติดตามและประเมินผลเกี่ยวกับระบบสุขภาพแห่งชาติ รวมทั้งการออกกฎกระทรวง

¹⁸³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 พฤษภาคม 2565.

แหล่งที่มา: <http://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=626938&ext=pdf>

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์ ผู้ทรงคุณวุฒิ บุคลากรสาธารณสุข ออกหลักเกณฑ์ผ่านคณะกรรมการในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ อาศัยอำนาจตามมาตรา 25(5)¹⁸⁴ โดยออกเป็นหลักเกณฑ์การเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉิน ว่าหากกระทำการตามเงื่อนไขดังกล่าวแล้วแพทย์จะได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ตัวอย่างหลักเกณฑ์การเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉิน

หลักเกณฑ์นี้จะใช้กับผู้ป่วยทุกคน โดยไม่พิจารณาถึงสถานะ เพศ อายุ อาชีพ หากอยู่ในภาวะวิกฤตที่ต้องเลือกรักษาบุคลากรด้านสาธารณสุขจะต้องใช้เกณฑ์ “การพยากรณ์โรค” มาพิจารณาเว้นแต่ในกรณีที่ผู้ป่วยหรือญาติได้แสดงเจตจำนงว่าไม่ต้องการรับการรักษา¹⁸⁵ โดยหลักเกณฑ์นี้จะนำมาใช้เมื่อมีการประกาศภาวะฉุกเฉินทางด้านสาธารณสุข ประกอบกับบุคลากรด้านสาธารณสุขได้พยายามจัดหาทรัพยากรเพิ่มเติมจนถึงที่สุดแล้ว แต่ยังไม่เพียงพอต่อความต้องการ

นิยามศัพท์

“การพยากรณ์โรค” (clinical prognosis) คือการพิจารณาอาการและโรคต่าง ๆ ของผู้ป่วย และคาดการณ์ว่าอาการจะรุนแรงขึ้นหรือไม่ โรคจะหายหรือไม่ ผู้ป่วยมีความเสี่ยงที่จะเสียชีวิตมากหรือน้อย เป็นต้น

1. ลำดับขั้นตอนในการเลือกรักษา

1.1 โรงพยาบาลจะต้องใช้เครื่องมือในการประเมินภาวะของผู้ป่วยในรูปแบบของแบบประเมินและเกณฑ์ที่กำหนดช่วงตัวเลขในแต่ละระยะความเจ็บป่วย เพื่อใช้ในการพยากรณ์โรค โดยผลการประเมินจะออกมาในรูปแบบของตัวเลขที่มีความโปร่งใส และสามารถจัดลำดับได้อย่างยุติธรรม เครื่องมือที่ช่วยในการประเมินผู้ป่วยมีอยู่ทั้งหมด 4 เครื่องมือด้วยกัน ได้แก่

1) ดัชนีโรคร่วมชาร์ลสัน (Charlson comorbidity index) เป็นการประเมินคะแนนจาก 21 โรคร่วม เช่น โรคกล้ามเนื้อหัวใจตาย โรคอัมพาต โรคมะเร็ง เป็นต้น โดยหากผู้ป่วยมีโรคร่วมดังกล่าว

¹⁸⁴ มาตรา 25 ให้ คสช. มีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(5) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการติดตามและประเมินผลเกี่ยวกับระบบสุขภาพแห่งชาติและผลกระทบต่อด้านสุขภาพที่เกิดจากนโยบายสาธารณะทั้งระดับนโยบายและระดับปฏิบัติการ

¹⁸⁵ โครงการประเมินเทคโนโลยีและนโยบายด้านสุขภาพ. เลือกอย่างไรในภาวะวิกฤต? เมื่อหมอต้องเลือกชีวิตคน [ออนไลน์].

แหล่งที่มา: <https://www.the101.world/whose-life-matter-most-under-health-crisis/> [เข้าถึงเมื่อ 28 กุมภาพันธ์ 2565]

จะได้คะแนนตามตัวเลขที่กำหนดไว้ เมื่อรวมผลคะแนนแล้ว ยิ่งได้คะแนนมากหมายถึงยังมีโรคร่วมมาก และการพยากรณ์โรคไม่ดี

2) เกณฑ์การประเมินอวัยวะล้มเหลว (sequential organ failure assessment – SOFA) คือคะแนนการประเมินประสิทธิภาพการทำงานของระบบต่าง ๆ ในร่างกาย 6 ระบบ ได้แก่ ระบบการหายใจ การแข็งตัวของเลือด การทำงานของตับ การทำงานของหัวใจและหลอดเลือด ระบบประสาท และการทำงานของไต โดยจะแบ่งเป็นข้อ ๆ ให้คะแนน 0 – 4 ตามช่วงตารางที่กำหนด ยิ่งคะแนนมากหมายถึงระบบอวัยวะนั้น ๆ ล้มเหลวมาก และการพยากรณ์โรคไม่ดี

3) การประเมินภาวะเปราะบาง (frailty assessment) คือการประเมินภาวะเปราะบางซึ่งไม่ใช่โรค แต่ภาวะของร่างกายที่ไม่สมบูรณ์ อยู่ระหว่างสุขภาพดีกับมีโรค และร่างกายสามารถทำงานได้ปกติกับไร้ความสามารถ โดยหากผู้ป่วยมีภาวะเปราะบางสูง การพยากรณ์โรคจะไม่ดี การประเมินนี้พิจารณาจากความสามารถในการดำเนินชีวิตและพึ่งพาตนเอง มีเครื่องมือในการวัดให้เลือกใช้ได้ 2 เครื่องมือ คือ clinical frailty scale ประเมินภาวะเปราะบางด้วยเกณฑ์ที่เป็นคะแนน 0-9 ยิ่งคะแนนมากหมายถึงยังมีภาวะเปราะบาง เช่น คนที่แข็งแรง สามารถออกกำลังกายได้ ถือว่าเปราะบางน้อยกว่าคนที่เคลื่อนไหวได้ช้า ต้องมีคนดูแลช่วยเหลือเมื่อทำงานบ้านหรือออกไปข้างนอก และผู้ที่ใกล้จะเสียชีวิต มีชีวิตอยู่ได้ไม่เกิน 6 เดือน เปราะบางมากที่สุด อีกเครื่องมือหนึ่ง คือ การประเมินคัดกรองความสามารถในการดำเนินชีวิต (barthel index for activities of daily living – ADL) มีลักษณะเป็นคำถามถึงการใช้ชีวิตประจำวัน เช่น ล้างหน้า แปรงฟัน หวีผม หากไม่สามารถทำกิจกรรมนั้น ๆ ได้เองเมื่อไม่มีคนช่วย แม้จะมีอุปกรณ์ช่วยแล้วก็ตาม จะได้ 0 คะแนน หากให้คนช่วยบางขั้นตอนหรือทำกิจกรรมนั้น ๆ ได้เอง จะได้คะแนนมากขึ้น ผู้ที่ประเมินได้คะแนนเต็ม 100 คะแนน แสดงว่าร่างกายไม่ต้องการความช่วยเหลือในการดำเนินชีวิต เครื่องมือนี้ยิ่งได้คะแนนน้อยจะยังมีภาวะเปราะบางสูง

4) การทดสอบภาวะความรู้บกพร่อง (cognitive impairment assessment) ใช้ทดสอบการรับรู้โดยมีเครื่องมือประเมินให้เลือกใช้ได้ 2 เครื่องมือ ได้แก่ แบบทดสอบสมองเบื้องต้นฉบับภาษาไทย (MMSE-Thai 2002) เป็นคำถาม 11 ข้อ ทดสอบการรับรู้ด้านต่าง ๆ เช่น วันนี่วันที่เท่าไร ที่นี่ที่ไหน ของสิ่งนี้คืออะไร จนถึงให้เรียงเรียงและพูดประโยคต่าง ๆ แล้วให้คะแนน อีกเครื่องมือหนึ่งคือ แบบการตรวจสภาพจิตแบบย่อ (Thai mental state examination – TMSE) ซึ่งทดสอบการทำหน้าที่ของสมองด้านการรับรู้ด้วยคำถามทั่วไป เช่น วันที่ เดือน คำนวนเลขรวมถึงทดสอบความจำแล้ว

รวมคะแนน โดยทั้งสองเครื่องมือนี้ หากคะแนนน้อยจะเท่ากับมีปัญหาด้านการรับรู้มาก และการพยากรณ์โรคไม่ดี

1.2 โรงพยาบาลจะเลือกใช้ 2 จาก 4 เครื่องมือนี้ในการประเมินให้คะแนนเป็นตัวเลข หากมีผู้ป่วยตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปให้คะแนนเท่ากันและมีทรัพยากรทางการแพทย์ไม่เพียงพอสำหรับพวกเขา ก็จะใช้เครื่องมือในการประเมินที่เหลืออีก 2 เกณฑ์เพื่อตัดสิน ทั้งนี้แต่ละโรงพยาบาลต้องกำหนดลำดับเกณฑ์ที่ใช้ในการประเมินให้เหมือนกันในผู้ป่วยทุกราย เช่น หากเลือกใช้ดัชนีโรคร่วมชาร์ลสัน และเกณฑ์การประเมินอวัยวะล้มเหลวในการประเมินก่อน ก็ต้องใช้ทั้งสองเกณฑ์นี้กับผู้ป่วยทุกราย

1.3 เมื่อได้ผลการประเมินว่ามีสุขภาพดี จะถูกจัดเป็นผู้ที่มีการพยากรณ์โรคดีที่สุด มีโอกาสหายเป็นปกติมากที่สุด จะได้รับการรักษาก่อน ได้ใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดก่อน ผู้ป่วยจะได้รับการรักษาที่เรียกว่า “การบริหารผู้ป่วยวิกฤต” โดยจะได้ใช้ทรัพยากรที่มีจำกัด เช่น เตียงในหอผู้ป่วย เครื่องช่วยหายใจ เครื่องไตเทียม จำนวนผู้ป่วยที่ได้รับสิทธิ์นี้จะมีจำนวนเท่ากับจำนวนเครื่องมือแพทย์ที่เหลืออยู่ ขณะที่ผู้ป่วยที่เหลือจะได้รับ “การรักษาแบบประคับประคอง” ซึ่งเป็นการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้าย โดยเน้นที่การลดความทุกข์ทรมานและเพิ่มคุณภาพชีวิตให้กับผู้ป่วยและครอบครัว¹⁸⁶

2. ข้อจำกัดความรับผิดชอบ

หากบุคลากรด้านสาธารณสุขได้กระทำตามลำดับขั้นตอนการเลือกรักษาผู้ป่วยข้างต้นแล้ว บุคลากรด้านสาธารณสุขจะได้รับการยกเว้นความผิดทางแพ่งและทางอาญา เมื่อ

2.1 การเลือกรักษานั้นทำให้ผู้ป่วยวิกฤตมีชีวิตรอดชีวิตเพิ่มมากขึ้น และ

2.2 การเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยนั้นต้องเป็นไปโดยสุจริตและไม่ประมาท

เมื่อหลักเกณฑ์นี้ได้ผ่านคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติแล้วเท่ากับว่าหลักเกณฑ์นี้สามารถนำไปใช้ได้ทั่วประเทศ ทำให้บุคลากรทางการแพทย์กล้าที่จะตัดสินใจในภาวะวิกฤตเพิ่มมากขึ้น มีภูมิคุ้มกันการจากถูกฟ้องร้อง

นอกจากนี้ข้อเสนอแนะด้านกฎหมายแล้วจากการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญ ยังมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมว่าเราทุกคนแม้ว่าจะยังไม่เป็นผู้ป่วย ควรมีการทำการวางแผนดูแลล่วงหน้า หรือ Advance Care Planning คือกระบวนการวางแผนดูแลและสุขภาพที่ทำไว้ ก่อนที่ผู้ป่วยจะหมดความสามารถในการตัดสินใจ หรือเข้าสู่ระยะท้ายของชีวิต¹⁸⁷ สิ่งนี้เป็นสิ่งที่ทุกคนควรวางแผนตัวเองไว้แต่เนิ่น ๆ

¹⁸⁶ เรื่องเดียวกัน.

¹⁸⁷ นิยม บุญทัน, "การวางแผนการดูแลล่วงหน้าคืออะไร" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 พฤษภาคม 2565. แหล่งที่มา:

<https://baojai.co/advance-care-planning/>

ทุกคนหนีธรรมชาติไม่ได้ หากเจ็บป่วยหรือเป็นหนักขึ้น เราต้องพิจารณาว่าตอนป่วยหนักจะใส่เครื่องช่วยหายใจไหม จะปั๊มหัวใจไหม ถ้าทุกคนมีไอเดียหรือคิดไว้ตั้งแต่ตอนยังไม่ได้เป็นโรคอะไรจะทำให้เราได้รับการตัดสินใจที่ดีที่สุดซึ่งจะไม่เหมือนอยู่ในช่วงวิกฤตในช่วงคับขัน ซึ่งเราอาจจะไม่มีแม้แต่โอกาสในการตัดสินใจ เราอาจคิดว่าผู้ที่ทำแผนดูแลตัวเองล่วงหน้าได้มักจะเป็นผู้ป่วยที่ได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นโรคที่คุกคามต่อชีวิตผู้ป่วยที่คาดการณ์ว่าจะมีชีวิตเหลืออีกไม่นาน ผู้ป่วยระยะสุดท้าย ผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลบ่อย ๆ ผู้สูงอายุ หรือผู้ป่วยเรื้อรัง แต่แท้จริงแล้ว ผู้ที่มีสุขภาพแข็งแรงดี ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ป่วยหรือมีโรคประจำตัว ยังสุขภาพแข็งแรงดีอยู่ก็สามารถวางแผนดูแลล่วงหน้าได้ ถ้าในอนาคตทุกคนมีการวางแผนดูแลล่วงหน้า ว่าในระยะที่ตนป่วยหนักหรือเกิดเหตุการณ์วิกฤตเราจะตัดสินใจอย่างไร ซึ่งจะช่วยลดปัญหาในการเลือกรักษาของแพทย์ได้

องค์ความรู้ที่เกิดจากการศึกษาวิจัยเรื่อง “ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย” ทำให้ทราบและเข้าใจแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการจำเป็นต้องเลือกรักษาของแพทย์ ทำให้ทราบถึงปัญหาและผลในทางกฎหมายอาญา ในกรณีที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ต่าง ๆ โดยเฉพาะในเรื่องการชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตมนุษย์ด้วยกัน นอกจากนี้ยังทำให้ค้นพบบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตกฎหมายและมาตรการทางกฎหมายในเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นของแพทย์ในการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย และแนวคิดและความเห็นของนักวิชาการ ในต่างประเทศ และทำให้ได้แนวทางในการปรับปรุงหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายอาญาหรือกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของแพทย์ในเรื่องความจำเป็นของแพทย์ในการเลือกรักษาผู้ป่วยที่ถูกต้องและเหมาะสม ส่งผลให้บุคลากรทางการแพทย์ได้รับความคุ้มครองมากกว่าที่เป็นอยู่เดิม

บรรณานุกรม

- Ashworth, A., and Horder, J. Principles of Criminal Law. OUP Oxford, 2013.
- BBC. Covid-19: Protect Us from Unlawful Killing Charges - Medics [Online]. Available from: <https://www.bbc.com/news/uk-55689388> [13 January 2022].
- Close, E., Young, S., Cockburn, T., Willmott, L., and White, B. Legal Challenges to Icu Triage Decisions in the Covid-19 Pandemic: How Effectively Does the Law Regulate Bedside Rationing Decisions in Australia? University of New South Wales Law Journal 44, 1 (2021).
- Coca Vila, I. Conflicting Duties in Criminal Law. An International and Interdisciplinary Journal 22 (02/01 2019).
- Cohen, G. Forced Triage: Allocating Ventilators and Legal Liability in the Covid Crisis [Online]. Available from: <https://www.talksonlaw.com/briefs/force-triage-allocating-ventilators-and-legal-liability-in-the-covid-crisis> [5 December 2021].
- Cohen, I. G., Crespo, A. M., and White, D. B. Potential Legal Liability for Withdrawing or Withholding Ventilators During Covid-19: Assessing the Risks and Identifying Needed Reforms. JAMA 323, 19 (2020): 1901-1902.
- Dyer, C. Covid-19: Doctors' Call for Legal Protection against Claims of Unlawful Killing Is Rejected. BMJ 372 (2021): n164.
- Fletcher, G. P. Rethinking Criminal Law. Oxford University Press, 2000.
- Hübner, J., Schewe, D. M., Katalinic, A., and Frielitz, F. S. [Legal Issues of Resource Allocation in the Covid-19 Pandemic - between Utilitarianism and Life Value Indifference]. Dtsch Med Wochenschr 145, 10 (May 2020): 687-692.
- Maurizio P Faggioni, Fermín Jesús González-Melado, and Maria Luisa Di Pietro. National Health System Cuts and Triage Decisions During the Covid-19 Pandemic in Italy and Spain: Ethical Implications. J Med Ethics 47, (2021)
- McAuley, F. The Theory of Justification and Excuse: Some Italian Lessons. The American Journal of Comparative Law 35, 2 (1987): 359-360.
- Medical Protection. Emergency Law Needed to Protect Doctors at Risk of Legal Challenge When Treating Covid-19 Patients [Online]. Available from: <https://www.medicalprotection.org/uk/articles/emergency-law-needed-to-protect-doctors-at-risk-of-legal-challenge-when-treating-covid-19-patients> [1 November 2021].
- Medicina, S. a. Aspetti Medico-Legali Del Soccorso [Online]. Available from: http://besport.org/sportmedicina/pronto_primo_soccorso.htm [1 November 2021].
- Radio, C. Covid-19 Forces Italian Doctors to Make Life-and-Death Choices About Rationing Care

- [Online]. Available from: <https://www.cbc.ca/radio/day6/covid-19-in-italy-sports-season-shutdown-re-reviewing-contagion-comedian-mae-martin-more-1.5495224/covid-19-forces-italian-doctors-to-make-life-and-death-choices-about-rationing-care-1.5495232> [13 January 2022].
- Ricci, M., and Gallina, P. Covid-19—Immunity from Prosecution for Physicians Forced to Allocate Scarce Resources: The Italian Perspective. *Critical Care* 24, 1 (2020/06/05 2020): 295.
- Strauss, L. ประวัติปรัชญาการเมือง เล่มที่ 2. แปลโดย จันทรวงศ์, ส. กรุงเทพฯ: มูลนิธิเพื่อการศึกษาประชาธิปไตย และการพัฒนา โครงการจัดพิมพ์คบไฟ.
- Talisie, R. B. On Rawls: A Liberal Theory of Justice and Justification. Belmont, CA: Wadsworth Thomson Learning, 2001.
- Thai PBS News. รพ.ธรรมศาสตร์ ออกหลักเกณฑ์เลือกไม่ใส่ท่อช่วยหายใจ ผู้ป่วย 75 ปีขึ้นไป [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://news.thaipbs.or.th/content/306344> [เข้าถึงเมื่อ 13 ตุลาคม 2564]
- The New York Times. The Hardest Questions Doctors May Face: Who Will Be Saved? Who Won't? [Online]. Available from: <https://www.nytimes.com/2020/03/21/us/coronavirus-medical-rationing.html> [13 October 2021].
- West, H. R. An Introduction to Mill's Utilitarian Ethics. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2004.
- White, D. B., and Lo, B. A Framework for Rationing Ventilators and Critical Care Beds During the Covid-19 Pandemic. *JAMA* 323, 18 (2020): 1773-1774.
- กุสุมา จินดาทิพย์. ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2531.
- เกษภา ฆาทอง, อีรภัทร์ เสรีรังสรรค์, ธนู ทดแทนคุณ และ สมพงษ์ เกษานุช. ประโยชน์นิยม : แนวคิดสู่ปรากฏการณ์ทางการเมืองไทย. วารสารศิลปศาสตร์ราชภัฏจันทรเกษม ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2562).
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10 (แก้ไขเพิ่มเติม). พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551.
- แก้วมรกต, ณ. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา. 2557.
- คณพล จันทน์หอม. หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.
- โครงการประเมินเทคโนโลยีและนโยบายด้านสุขภาพ. รายงานวิจัย : หลักเกณฑ์การจัดสรรทรัพยากรในการบริบาลผู้ป่วยวิกฤตในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ของประเทศไทย [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.hitap.net/documents/177998> [เข้าถึงเมื่อ 28 กุมภาพันธ์ 2565]
- ณรงค์ ใจหาญ. โครงการวิจัยเพื่อปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา: ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป : รายงานฉบับสมบูรณ์. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2014.

- ณัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. ทฤษฎีการลงโทษ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2556.
- ดวงกมล ภู่อาย. ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2549.
- ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวุฒิ. การสังเวชชีตเพื่อรักษาชีต : การปฏิเสธการรักษาผู้ป่วยวัยชราเพื่อรักษาผู้อ่อนวัยของแพทย์กรณีไวรัสโคโรนาในประเทศอิตาลี และผลในทางกฎหมายอาญาไทย [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.law.tu.ac.th/tulawcovid19-proved-covid-criminal-law/> [เข้าถึงเมื่อ 29 กันยายน 2564]
- ธีรโชติ ไผ่สุรัตน์. หลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย : ศึกษาความผิดฐานเปิดเผยความลับกรณีแพทย์กับการเปิดเผยความลับของผู้ป่วย. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2559.
- นภัส คำนวน. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่และจริยธรรมของแพทย์เมื่อผู้ป่วยใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาในวาระสุดท้าย. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2558.
- นันทนา ศิริทรัพย์. ความรู้พื้นฐานทางเวชจริยศาสตร์. วารสารแพทยสภาสาร ปีที่ 36 ฉบับที่ 3 (กรกฎาคม - กันยายน 2550).
- นิยม บุญทัน. การวางแผนการดูแลล่วงหน้าคืออะไร [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://baojai.co/advance-care-planning/> [เข้าถึงเมื่อ 21 พฤษภาคม 2565]
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. การใช้อาวุธทำลายอวกาศยานในระบบกฎหมายเยอรมันและไทย : การเผชิญหน้ากันระหว่างความมั่นคงปลอดภัยกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 42 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2556).
- ผู้จัดการออนไลน์. “หมอนิต” อธิบายง่ายๆ ประเด็นหลักเกณฑ์การพิจารณาไม่ใส่ท่อช่วยหายใจสำหรับผู้ป่วยโควิดของ รพ.มธ. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://mgronline.com/onlinesection/detail/9640000072015> [เข้าถึงเมื่อ 20 พฤศจิกายน 2564]
- มหาวิทยาลัยรามคำแหง. นิติปรัชญา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547.
- รณกรณ์ บุญมี. การฆ่าเพื่อรักษาชีต: ศึกษาจากกรณีผ่าตัดแยกแฝดสยาม. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 39, ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2553)
- . ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 40 ฉบับที่ 2 (มิ.ย. 2554).
- . ความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีตด้วยความจำเป็น. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556.
- ศิลา ปุชยา. แนวคดีอุกฉกรรจ์ประโยชน์นิยมและทฤษฎีความยุติธรรม [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://news.thaipbs.or.th/content/306344> [เข้าถึงเมื่อ 30 ตุลาคม 2564]
- สอนศิริ, ฉ. ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ผู้ทำการปลูกถ่ายอวัยวะจากคนตาย. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2556.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=626938&ext=pdf> [เข้าถึงเมื่อ 18 พฤษภาคม 2565]
อนุชล สัญชยานุกูล. การกระทำด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์
มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2556.





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

คำถามสัมภาษณ์

เพื่อให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีความครบถ้วนสมบูรณ์ ผู้วิจัยจึงได้สัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญในด้าน การแพทย์และด้านกฎหมายอาญา ด้านละ 2 ท่าน รวม 4 ท่าน โดยมีคำถามสัมภาษณ์ดังต่อไปนี้

ประเด็นคำถามในการสัมภาษณ์แพทย์

1. ในสถานการณ์ฉุกเฉินเคยมีกรณีการเลือกรักษาเกิดขึ้นหรือไม่ บ่อยขนาดไหน เช่น ถอด หรือไม่ใส่เครื่องช่วยหายใจ เพื่อนำทรัพยากรมารักษาผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า
2. ในการเลือกรักษา แพทย์ปฏิบัติตามขั้นตอน หลักเกณฑ์อะไร ใครเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจ มีถามความยินยอมจากผู้ป่วยหรือญาติผู้ป่วยหรือไม่ มีเคสที่ไม่ได้ถามความยินยอมของญาติก่อนหรือไม่
3. คิดว่าในปัจจุบันมีกฎหมายคุ้มครองแพทย์เพียงพอแล้วหรือไม่ โดยเฉพาะความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญา หากยังไม่เพียงพอ ต้องการให้มีกฎหมายคุ้มครองแพทย์ในกรณีนี้หรือไม่

ประเด็นคำถามในการสัมภาษณ์นักกฎหมาย

1. ข้อคิดเห็นต่อประเด็นปัญหาในส่วนข้อจำกัดตามประมวลกฎหมายอาญา
2. หากจะนำโมเดลของรัฐแมรีแลนด์ที่มีบทบัญญัติคุ้มครองแพทย์ในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นการเฉพาะมาใช้ มีข้อคิดเห็นต่อมาตรการนี้อย่างไร หรือเห็นด้วยกับแนวทางของประเทศใด
3. ข้อคิดเห็นต่อแนวทางการแก้ไขปัญหาที่ได้เสนอให้การกระทำของแพทย์เป็นการกระทำ ด้วยความจำเป็นอันเป็นเหตุยกเว้นความผิด โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายการแพทย์
4. ข้อเสนอแนะเพิ่มเติมอื่นๆ



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นางสาววิศรดา วิเชียรมณี
วัน เดือน ปี เกิด	16 พฤศจิกายน 2537
สถานที่เกิด	จังหวัดนนทบุรี
วุฒิการศึกษา	สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาจากโรงเรียนสวนกุหลาบวิทยาลัย นนทบุรี และปริญญาตรีนิติศาสตร์บัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เกียรตินิยมอันดับ 2 สอบผ่านหลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความสหภาพนายความแห่งประเทศไทย รุ่นที่ 48 และผ่านการทดสอบความรู้ชั้นเนติบัณฑิต จากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 71 ต่อมาได้เข้าศึกษาต่อชั้นปริญญา มหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ที่อยู่ปัจจุบัน	121/26 หมู่บ้านสวนกุหลาบ ถ.ติวานนท์ ต.ปากเกร็ด อ.ปากเกร็ด จ. นนทบุรี 11120