

การกระทำโดยจำเป็นในกรณีการเลือกรักษาของแพทย์ในสถานการณ์
การแพร่ระบาดของโรคโควิด 19

Necessary Action in the Case of the Doctor's Choice of Treatment
in the Situation Spread of Covid-19

เหมื่อน สุขมาตย์¹

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรี

321 ตำบลทะเลชุบศร อำเภอเมือง จังหวัดลพบุรี 15000, ประเทศไทย

อีเมลติดต่อ: ms_union1@hotmail.com

Muan Sukamart²

Major of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, Thepsatri Rajabhat University

321 Thale Chup Son, Mueang, Lop Buri 15000, Thailand

Email: ms_union1@hotmail.com

อภิชาติ อวจำปา³

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรี

321 ตำบลทะเลชุบศร อำเภอเมือง จังหวัดลพบุรี 15000, ประเทศไทย

อีเมลติดต่อ: apiaow123@gmail.com

Apichart Aowchumpa⁴

Major of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, Thepsatri Rajabhat University

321 Thale Chup Son, Mueang, Lop Buri 15000, Thailand

Email: apiaow123@gmail.com

Received: January 17, 2023 **Revised:** May 8, 2023 **Accepted:** May 12, 2023

¹ อาจารย์.

² Lecturer.

³ ผู้ช่วยศาสตราจารย์, อาจารย์.

⁴ Assistant Professor, Lecturer.

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาว่าการเลือกรักษาผู้ป่วยคนใดคนหนึ่งของแพทย์ แต่ขณะเดียวกันได้ปล่อยให้ผู้ป่วยอีกคนหนึ่งตายลงไปในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ตามกฎหมายไทย แพทย์จะได้รับการยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษอย่างใดหรือไม่

จากการศึกษาพบว่า การที่แพทย์เลือกช่วยเหลือผู้ป่วยคนใดคนหนึ่ง และปล่อยให้ผู้ป่วยอีกคนหนึ่งตายลงไปตามกฎหมายอาญาไทย เป็นการฆ่าคนตายโดยงดเว้นด้วยเจตนา เนื่องจากแพทย์มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงในการป้องกันผลไม่ให้เกิดขึ้น นั่นคือความตายของผู้ป่วย อย่างไรก็ตาม การเลือกช่วยเหลือผู้ป่วยของแพทย์สามารถอ้างว่าเป็นการกระทำโดยจำเป็น เพราะเป็นภัยอันตรายอันใกล้จะถึงที่เกิดขึ้นพร้อมกัน และไม่มีทางใดที่จะหลีกเลี่ยงนอกจากการกระทำผิดเพื่อให้ผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายนั้นตามประมวลกฎหมายอาญาไทย มาตรา 67(2) แต่อย่างไรก็ตาม การเลือกชั่งน้ำหนักระหว่างผู้ป่วยคนหนึ่งกับผู้ป่วยอีกคนหนึ่งเป็นการเลือกชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตกับชีวิตซึ่งกฎหมายอาญาไทยเห็นว่า เป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วน การเลือกรักษาผู้ป่วยของแพทย์นี้จึงเป็นการกระทำโดยจำเป็นที่เกินสมควรแก่เหตุ แพทย์จึงต้องมีความรับผิดชอบ แต่หากปล่อยให้แพทย์รับผิดชอบจากการช่วยเหลือผู้ป่วยอาจก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคมได้ เนื่องจากแพทย์อาจเลือกที่จะไม่ช่วยเหลือผู้ป่วยทั้งสองฝ่ายก็ได้ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายอาญาไทยจึงควรแก้ไขในเรื่องการกระทำความผิดโดยจำเป็นให้การเลือกช่วยเหลือของแพทย์เป็นการกระทำความผิดโดยจำเป็นที่ได้สัดส่วนในการกระทำ และแพทย์จะได้รับการยกเว้นโทษจากการกระทำดังกล่าว ทั้งนี้ แพทย์จะต้องเลือกช่วยเหลือผู้ป่วยอย่างเท่าเทียมกันโดยวิธีการจับฉลากเพื่อไม่ให้เกิดการเปรียบเทียบหรือตัดสินคุณค่าของความเป็นมนุษย์ และเป็นความเท่าเทียมกันอย่างแท้จริง

คำสำคัญ: การกระทำโดยจำเป็น; การเลือกรักษา; แพทย์; สถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด 19

Abstract

The purpose of this article is to examine whether doctors who chose to treat some patients while allowing others pass away in the COVID-19 epidemic situation will be exempted from any offense under Thai law.

The study found that a doctor's choice to treat some patients while leaving others to die is an intentional omission and slaughter of the dead under Thai criminal law. Because doctor has a special responsibility to prevent the effect from occurring. However, according to Section 67(2) of the Thai Criminal Code, the doctor's decision to assist some patients can be justified as an act of necessity because there is an impending danger that arises at the same time and there is, furthermore, no way to avoid it other than committing an offense to save others from that danger. On the other hand, weighing the treatment of one patient against another is a choice to weigh life against life, which the Thai criminal law considers an act that

is disproportionate. Therefore, the doctor's choice of patient treatment is an act of necessity with no proportion, and doctors have to be liable for their patients' deaths. However, if doctors are forced to take responsibility for treating patients, society may descend into chaos. The doctor may not choose to treat any patient on both sides. Thus, the Thai criminal law should be amended as a necessary act by addressing the choice of a doctor's treatment as a necessary offense that is proportional to the act. In addition, the doctors should be exempt from these actions. Doctors may decide to treat patients equally by drawing lots in order to avoid comparison or judgment and to treat them with humanity and true equality.

Keywords: Necessary Action; Case of the Doctor's Choice; Doctor; Situation Spread of Covid-19

1. บทนำ

เนื่องจากสถานการณ์ที่ผ่านมามีผู้ติดเชื้อโควิด 19 (Covid-19) เป็นจำนวนมากทั่วโลก ในประเทศสหรัฐอเมริกา มียอดผู้ติดเชื้อสูงถึง สำหรับประเทศไทยในวันที่ 15 กรกฎาคม 2564 มียอดผู้ติดเชื้อพุ่งสูงถึง 9,317 คนต่อวัน ยอดผู้ติดเชื้อสะสมจำนวน 334,166 คน และยอดผู้เสียชีวิตสะสม 2,934 คน ยิ่งไปกว่านั้น ยอดผู้ติดเชื้อก็ยังคงเพิ่มสูงขึ้นในแต่ละวันถึงขนาดที่นายแพทย์สุภัทร ฮาสุวรรณกิจ ประธานชมรมแพทย์ชนบทให้ความเห็นว่า สถานการณ์วิกฤตจนต้องบีบบังคับให้แพทย์หลายโรงพยาบาลต้องตัดสินใจเลือกช่วยเหลือผู้ติดเชื้อ เพราะไม่สามารถช่วยรักษาทุกคนได้เช่นเดียวกับเครื่องมือทางการแพทย์ซึ่งถูกนำไปใช้กับคนที่มีโอกาสรอดมากกว่า เพราะเครื่องมือทางการแพทย์ตอนนี้ก็ขาด⁵ แสดงให้เห็นปัญหาทางข้อเท็จจริงที่ว่า แพทย์และเครื่องมือทางการแพทย์ เช่น เครื่องช่วยหายใจ มีปริมาณไม่เพียงพอต่อผู้ป่วยที่ต้องเข้ารับการรักษาเมื่อเกิดปัญหา เช่นนี้ ความลำบากเลยตกมาอยู่ที่แพทย์ว่าแพทย์ต้องเลือกรักษาผู้ป่วยคนใดให้มีชีวิตรอดต่อไป และอาจจะต้องปล่อยให้ผู้ป่วยบางคนเสียชีวิต ซึ่งในทางกฎหมายนั้นการปล่อยให้ผู้ป่วยเสียชีวิตอาจเป็นความผิดทางอาญาตามลำดับได้ การจำต้องปล่อยให้ผู้ป่วยเสียชีวิตนั้นในทางกฎหมายแพทย์จะมีความรับผิดชอบหรือไม่ ในทางกลับกันแพทย์สามารถอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบหรือเหตุยกเว้นโทษได้บ้าง ผู้เขียนจึงขอศึกษาถึงประเด็นดังกล่าวนี้โดยทำการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายไทย ดังนี้

2. กฎหมายอังกฤษที่เกี่ยวกับการกระทำโดยจำเป็นในกรณีการเลือกรักษาของแพทย์ในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด 19

ในประเทศอังกฤษหลักการพื้นฐานของกฎหมายอังกฤษเดิมไม่ได้มีการยอมรับการกระทำผิดแม้เป็นการกระทำเพื่อรักษาสิ่งใดสิ่งหนึ่งไว้เพราะกฎหมายอังกฤษเห็นว่า หากยอมปล่อยให้มีการกระทำผิดไปแล้วอ้างเหตุยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษได้ จะเป็นการเปิดกว้างให้ผู้อื่นกระทำความผิดได้อีก⁶

⁵ พีพีทีวี ออนไลน์, “โควิดวิกฤต บีบ หมอเลือกช่วยชีวิตคนไข้,” คอลัมน์ สุขภาพ, พีพีทีวี ออนไลน์, 30 มิถุนายน 2560, สืบค้นเมื่อ 15 กรกฎาคม 2564. <https://www.pptvhd36.com/news/%E0%B8%AA%E0%B8%B8%E0%B8%82%E0%B8%A0%E0%B8%B2%E0%B8%9E/150583/>

⁶ Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. (London: Steven & Sons, 1983), 597.

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมีการยอมรับแนวความคิดที่บุคคลจะต้องเลือกระหว่างผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นสองประการ (Choice of Evil) ประการแรก คือ ยอมรับภัย หรือยอมให้เกิดความเสียหาย ประการที่สอง หลีกเลี่ยงหรือขัดขืนต่อภัยนั้นโดยเลือกที่จะกระทำสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดซึ่งก่อให้เกิดความเสียหาย ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นอาจจะมากกว่า น้อยกว่า หรือเท่ากับความเสียหายที่จะหลีกเลี่ยงก็ได้ หากผลจากการยอมรับภัยร้ายแรงกว่าผลจากการกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงภัย กฎหมายก็จะต้องให้อำนาจแก่บุคคลที่จะต้องเลือกกระทำการสิ่งที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ซึ่งกรณีนี้เป็นกรณีก่อเหตุด้วยความจำเป็น⁷

แต่เดิมในกรณีของดัดลีย์ (Dudley) และสติเฟนส์ (Stephens) กะลาสี 3 คนฆ่าเด็กที่อยู่บนเรือซึ่งกำลังป่วยเพื่อนำเอาเลือดเนื้อมาแค่ประทังชีวิตของตนเอง ศาลตัดสินว่าผู้กระทำความผิด ไม่อาจอ้างการกระทำโดยจำเป็นได้⁸ เพราะกฎหมายมีความคาดหวังทางศีลธรรมว่าบุคคลควรยอมสละชีวิตตนเองเพื่อรักษาชีวิตผู้บริสุทธิ์เอาไว้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีของรี อา (Re A) ของ โจดี้ (Jodie) และ แมรี่ (Mary) เนื่องจากสมองของ แมรี่ (Mary) ไม่มีการพัฒนา และนำไปสู่การสูญเสียทางร่างกายได้ในอนาคต นอกจากนี้ หัวใจของ แมรี่ (Mary) ยังมีขนาดใหญ่ผิดปกติ ขยายเต็มช่องอก เส้นเลือดที่นำเลือดมาเลี้ยงหัวใจก็ผิดปกติ ถ้าหัวใจของ โจดี้ (Jodie) ไม่ทำงานของแมรี่ (Mary) ก็ไม่อาจมีชีวิตได้เลย ปัญหาอีกประการคือ ปอดของแมรี่ (Mary) ไม่สามารถทำงานได้เนื่องจากไม่มีเนื้อเยื่อปอด ทำให้ไม่สามารถแลกเปลี่ยนอากาศภายในช่องอกได้ แมรี่ (Mary) จึงต้องใช้ปอดของโจดี้ (Jodie) ในการหายใจ จากเหตุดังกล่าวนี้คือ แมรี่ (Mary) ไม่สามารถดำรงชีวิตด้วยอวัยวะของตนเองได้ ต้องใช้อวัยวะของโจดี้ (Jodie) ในการดำรงชีวิต ในกรณีนี้จึงเป็นปัญหาว่าแพทย์จะผ่าตัดแมรี่ (Mary) แยกออกจากโจดี้ (Jodie) ได้หรือไม่ คดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล เพราะแพทย์เจ้าของไข้ต้องการผ่าตัด แต่พ่อแม่ของทั้งสองคนไม่ยอมให้ผ่าตัด ดังนั้นจึงนำคดีนี้ขึ้นสู่ศาล โดยศาลได้วินิจฉัยว่า ศาลอนุญาตให้ผ่าตัดเพราะการผ่าตัดชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชั่วที่น้อยกว่า และการพิจารณาการผ่าตัดเป็นการทำไปตามหลักความได้สัดส่วนแล้ว เพราะถึงอย่างไร แมรี่ (Mary) ก็ต้องตาย จึงเป็นการพิจารณาระหว่างชีวิตกับความตาย ไม่ใช่การพิจารณาระหว่างชีวิตกับชีวิต และการที่ แมรี่ (Mary) เป็นผู้ถูกเลือกด้วยตัวเองว่าจะต้องตายโดยไม่สามารถยืดอายุ แมรี่ (Mary) ออกไปได้ ซึ่งแตกต่างจากคดีดัดลีย์และสติเฟนส์ ที่เด็กในเรือยังไม่ได้ถูกเลือกให้ตาย แม้เด็กนั้นจะอ่อนแอและใกล้ตายแล้วก็ตาม แต่ผู้ตายก็ยังมีโอกาสรอดได้หากปรากฏว่ามีเรือแล่นผ่านมาในเร็ววัน⁹

กรณีของรี อา (Re A) ทำให้เห็นว่า การปรับใช้กฎหมายในกรณีที่มีความจำเป็นภายใต้พฤติการณ์เฉพาะการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่าเป็นสิ่งที่ไม่ได้ต้องห้ามด้วยกฎหมายอังกฤษ และสามารถกระทำได้ถ้าเป็นไปตามเงื่อนไขที่ศาลได้วางไว้¹⁰

⁷ Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, 4th ed. (Minnesota: West, 2003), 523.

⁸ Ronnakorn Bunmee, *Criminal Reasonability: Studying the Necessity of Homicide to Save Life* (Bangkok: Thammasat University Press, 2013), 65.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

3. กฎหมายเยอรมันที่เกี่ยวกับการกระทำโดยจำเป็นในกรณีการเลือกรักษาของแพทย์ในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด 19

เมื่อกล่าวถึงแนวคิดกฎหมายประเทศเยอรมันแล้วคือการปกป้องผลประโยชน์ของบุคคล ระบบกฎหมายจึงรวมถึงบทบัญญัติที่เรียกว่า “สิทธิส่วนบุคคล”¹¹ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญเยอรมัน (Grundgesetz) ให้สิทธิในการมีชีวิตอยู่ ตามมาตรา 2 (2) การปกป้องผลประโยชน์ของแต่ละบุคคลที่จะมีชีวิตอยู่ และมาตรา 14 (1) การรับรองทรัพย์สิน การปกป้องผลประโยชน์ของแต่ละบุคคลในการเป็นเจ้าของสิ่งของ ดังนั้น เพื่อปกป้องสิทธิที่สำคัญ เช่น ชีวิตหรือทรัพย์สิน กฎหมายอาญาไม่เพียงแต่ห้ามละเมิดสิทธิที่สำคัญเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการกำหนดโทษเมื่อสิทธิดังกล่าวถูกละเมิด

กฎหมายอาญายังกำหนดหน้าที่บางประการให้กับประชาชนทุกคนโดยการกำหนดกฎหมายเพื่อปกป้องสิทธิส่วนบุคคล ตัวอย่างเช่น หน้าที่ที่จะไม่ละเมิดสิทธิในชีวิตของผู้ใด หรือผลประโยชน์ของทรัพย์สิน (Strafgesetzbuch) ดังนั้น ผลประโยชน์หรือสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองสำคัญมากเท่าไร หน้าที่ที่เกี่ยวข้องก็ยิ่งต้องเคร่งครัดมากขึ้นเท่านั้น

โดยทั่วไปหน้าที่เหล่านี้ ห้ามมิให้กระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ตัวอย่างเช่น บุคคลไม่ได้รับอนุญาตให้เหนี่ยวไกปืนของตนเองในขณะที่ปืนชี้ไปที่คนอื่น หรือบุคคลไม่ได้รับอนุญาตให้เอาไปซึ่งทรัพย์สินของบุคคลอื่น หากบุคคลใดมีเจตนาที่จะกระทำการละเมิดผลประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครอง เขาจะละเลยหน้าที่ที่จะละเว้นจากการกระทำเช่นนี้ เพราะหน้าที่นี้คือการละเว้นไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น หน้าที่นี้จะเรียกกันว่า “หน้าที่เชิงลบ” (Unterlassungspflicht)¹² การละเลยหน้าที่ที่จะไม่ละเมิดสิทธิคนอื่นเป็นการกระทำผิดกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม หน้าที่ส่วนใหญ่ในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันจะเป็นหน้าที่เชิงลบ แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันก็ยังปกป้องสิทธิโดยเรียกร้องให้ดำเนินการบางอย่าง ภายใต้สถานการณ์บางอย่างตามที่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันกำหนดไว้ในมาตรา 13 หากผู้กระทำได้ตระหนักว่าการกระทำในส่วนของผู้กระทำมีความจำเป็นในการช่วยเหลือหรือป้องกันของผู้อื่น ผู้กระทำมีหน้าที่ต้องช่วยเหลือผู้อื่น (Garantenpflicht)¹³ ตัวอย่างเช่น เนื่องจากความสัมพันธ์พิเศษระหว่างพ่อกับลูก พ่อมีหน้าที่ต้องเลี้ยงดูลูก พ่อต้องแน่ใจว่าลูกจะต้องไม่อดอยาก หากพ่อไม่เลี้ยงดูลูกแล้วลูกอดตาย พ่อก็จะมีคามผิดฐานฆ่าคนตาย หรือในกรณีที่นักดับเพลิงมีหน้าที่ในการดับเพลิง หากนักดับเพลิงเห็นเพลิงไหม้แล้วไม่ทำหน้าที่ดับเพลิง นักดับเพลิงก็จะมีคามผิดฐานทำให้เสียทรัพย์หรือความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์¹⁴

¹¹ Norbert Hoerster, “Rechtsethik ohne Metaphysik,” *Juristenzeitung* (1982): 266.

¹² Philippa Foot, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, 2nd ed. (New York: Harper & Row, 1975), 59.

¹³ Karl Lackner and Kristian Kuhl, *Strafgesetzbuch*, 27th ed. (Munich: C. H. Beck, 2011), 13.

¹⁴ Till Zimmermann, “Justification or Excuse the Collision of Positive Duties in German Criminal Law,” *The Journal of Criminal Law* 78, no. 3 (June 2014): 264.

ตามมาตรา 323c แห่งกฎหมายกำหนดให้มีความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีงดเว้นการกระทำ (Jedermannspflicht) หากไม่สามารถช่วยเหลือที่ได้รับอันตรายร้ายแรง มาตรานี้ครอบคลุมไปไกลกว่า “กฎหมายพลเมืองดี” ของประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่ามาตรา 323c ไม่ได้กำหนดโทษอย่างรุนแรง นั่นคือเป็นความผิดลหุโทษ โทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี โดยตามมาตรา 323c กำหนดให้เป็นหน้าที่โดยทั่วไปของบุคคลที่จะช่วยเหลือบุคคลอื่นตามสมควร ไม่ใช่หน้าที่ป้องกันผลโดยเฉพาะอย่างจริงจังหรือต้องพาตัวเองไปเสี่ยงในสถานการณ์ที่อันตราย¹⁵

เนื่องจากหน้าที่ดังกล่าวต้องการการกระทำ จึงเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “หน้าที่เชิงบวก” (Handlungspflicht) พฤติกรรมในการละเลยหน้าที่เชิงบวกนั้นจะถูกเรียกว่า การละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นคำสั่ง ปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งคือ หากหน้าที่ในเชิงบวกขัดแย้งหรือปะทะกันในสถานการณ์เดียวกัน จะมีผลทางกฎหมายอย่างไร

ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน มาตรา 323c ไม่ได้บัญญัติทางแก้ไขปัญหาการขัดแย้งกันของหน้าที่เชิงบวกและมาตรา 34 ก็ไม่ได้แก้ปัญหานี้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามก็จำเป็นต้องกำหนดกฎหมายเพื่อให้ความสำคัญกับหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งที่ขัดแย้งกัน ตัวอย่างเช่น นักดับเพลิงมีหน้าที่ดับเพลิงเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายจากเพลิง บ้านหลังหนึ่งมีเพลิงไหม้และมีคนหนึ่งติดอยู่ในบ้านหลังนั้น และบ้านที่ติดกันอีกหลังหนึ่งก็เกิดเพลิงไหม้เช่นกันและมีภพวาดของแวนโก๊ะซึ่งมีคุณค่าสูงติดฝาผนังอยู่ แต่ในสถานการณ์นี้ นักดับเพลิงไม่มีเวลาพอที่จะช่วยคนในบ้านและภพวาดแวนโก๊ะในเวลาเดียวกัน หากนักดับเพลิงช่วยคนภพวาดแวนโก๊ะก็จะถูกเพลิงไหม้ทำลาย แต่ถ้าหากนักดับเพลิงช่วยภพวาดแวนโก๊ะ คนอีกบ้านหลังหนึ่งก็จะถูกไฟคลอกตายนักดับเพลิงจึงมีหน้าที่เชิงบวกทั้งสองประการ¹⁶

ในกรณีดังกล่าวพิจารณาได้ว่า ชีวิตเป็นสิ่งที่มีน้ำหนักมากกว่าทรัพย์สิน ซึ่งในหมู่คณะลูกขุนชาวเยอรมันไม่มีข้อโต้แย้งในการเลือกรักษาชีวิตมากกว่าทรัพย์สิน ดังนั้นในหน้าที่เชิงบวกในการปกป้องประโยชน์ที่สำคัญมากกว่าซึ่งก่อให้เกิดการละเลยหน้าที่เชิงบวกในการปกป้องประโยชน์ที่สำคัญน้อยกว่าเป็นการละเว้นการกระทำโดยชอบด้วยธรรม เป็นการพิจารณาว่าหน้าที่เชิงบวกใดเป็นหน้าที่ที่สำคัญมากกว่าหน้าที่อื่น ๆ อันเป็นไปตามหลัก “ความชั่วที่น้อยกว่า”

ในกรณีที่หน้าที่เชิงบวกที่ขัดแย้งกันมีน้ำหนักมากเท่ากัน จะเป็นปัญหาในการชั่งน้ำหนักว่าควรเลือกฝั่งใด กรณีสมมติที่ถูกอ้างถึงมากที่สุดในเรื่องนี้เป็นเรื่องของการเลือกของแพทย์¹⁷ “คนสองคนทั้ง เอ (A) และ บี (B) ทั้งสองคนบริสุทธิ์เท่ากัน ได้รับบาดเจ็บสาหัสจากอุบัติเหตุเช่นเดียวกัน ดังนี้แล้ว จึงจำเป็นต้องได้รับการรักษาพยาบาลทันที ในกรณีนี้แพทย์เลือกที่จะช่วยเหลือได้เพียงคนเดียวเท่านั้น สำหรับผู้ป่วยที่ถูกทิ้งไว้ไม่ได้ได้รับการรักษาก็จะตายไป แล้วแพทย์จะต้องทำอย่างไร เนื่องจากอาชีพของแพทย์จึงมีหน้าที่ในเชิงบวกในการช่วยชีวิตเอ (A) และมีหน้าที่เชิงบวกในการช่วยชีวิตบี (B) ด้วย ซึ่งชีวิตเอ (A) และชีวิตบี (B) มีน้ำหนักที่เท่าเทียมกัน ไม่มีฝ่ายใดสำคัญกว่าฝ่ายใด

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid., 269.

¹⁷ Harro Otto, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3rd ed. (Marburg: Elwert, 1978), 107.

ในการถกเถียงของบรรดากลุ่มเยอรมันว่าจะแก้ปัญหาการขัดแย้งกันของกฎหมายเยอรมันได้อย่างไร โดยมีข้อตกลงเกี่ยวกับประเด็นที่ว่าแพทย์ไม่ควรได้รับการลงโทษหากแพทย์ช่วยเหลือคนใดคนหนึ่ง เช่น ช่วยชีวิต เอ แต่ปล่อยให้ตาย ซึ่งการไม่ช่วยชีวิตบีของแพทย์นั้นเป็นการกระทำโดยดเว้นหรือการกระทำโดยละเว้นโดยชอบธรรม เหตุผลของแพทย์ในการเลือกช่วยชีวิตบีนั้นคือ กฎหมายไม่สามารถเรียกร้องได้ กฎหมายรัฐธรรมนูญไม่ได้รับอนุญาตให้ “ตรวจจับ” การทำหน้าที่ของพลเมือง¹⁸ เนื่องจากในกรณีสมมติแพทย์ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ทั้งสองอย่างได้ในเวลาเดียวกัน ดังนั้นจึงเป็นการไม่ยุติธรรมที่จะให้แพทย์รับผิดชอบในการไม่ช่วยเหลือผู้ป่วยทั้งสองคน

ข้อโต้แย้งที่รุนแรงมากสำหรับการที่แพทย์ช่วยชีวิตเอ และปล่อยให้บีตาย หากแพทย์ได้รับการยกเว้นไม่ต้องรับผิดชอบอย่างเดียว กฎหมายก็ยังคงยืนยันที่จะเรียกการกระทำของแพทย์ว่าเป็นความผิด แม้ว่ากฎหมายจะไม่ให้บอกโดยตรงว่าเป็นสิ่งที่ “ถูกต้อง” หากข้อเท็จจริงเพิ่มขึ้นมาว่า มีผู้เห็นเหตุการณ์อื่นที่ไม่เห็นด้วยกับการเลือกของแพทย์ได้บังคับแพทย์โดยใช้ปืนจ่อหัวของแพทย์เพื่อให้แพทย์เปลี่ยนใจ การบังคับเช่นนั้นสามารถทำได้ โดยถูกต้องตามกฎหมาย และหากอีกฝั่งคัดค้านการเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจของแพทย์โดยใช้ปืนจ่อหัวของแพทย์เพื่อบังคับแพทย์เช่นกัน ปัญหาที่จะตกมาอยู่ที่แพทย์ว่าต้องเลือกใครคนใดคนหนึ่งอีกเช่นเดิม ดังนั้น ข้อโต้แย้งนี้ทำให้แพทย์ผู้มีหน้าที่เชิงบวกที่มีน้ำหนักเท่าเทียมกันมีความชอบธรรมในการเลือกช่วยเหลือผู้ป่วยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง¹⁹

อย่างไรก็ตาม เหตุผลที่สนับสนุนว่าแพทย์ไม่ควรได้รับโทษมากที่สุดคือ ผลลัพธ์เชิงบวกที่แท้จริง ตัวอย่างเช่น การช่วยชีวิตคนให้ได้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ การให้เหตุผลว่าต้องช่วยชีวิตผู้ป่วยหนึ่งคนแล้วละเลยหน้าที่ป้องกันผล โดยปล่อยให้ผู้ป่วยอีกคนหนึ่งตายเป็นการละเมิดหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญและเป็นการละเมิดสิทธิในชีวิตของผู้ป่วยตามหลักอรรถประโยชน์นิยม เช่น หากมีผู้ป่วย 2 คนใกล้จะเสียชีวิตด้วยกันทั้งคู่ แพทย์เลือกที่จะช่วยคนแรกและปล่อยให้คนที่สองตาย หรือแพทย์เลือกที่จะช่วยคนที่สองแล้วปล่อยให้คนแรกตายก็เป็นสิ่งที่ดีกว่าการที่แพทย์เลือกที่จะไม่เข้าไปช่วยเหลือใครเลย เพราะการเลือกช่วยเหลือของแพทย์อย่างน้อยก็ทำให้มีผู้ป่วยเหลือรอดหนึ่งคน แต่ถ้าหากแพทย์ไม่เข้ามาช่วยเหลือผู้ป่วยเลย ปล่อยให้ไปตายตามอาการของโรค สุดท้ายก็ไม่มีผู้ป่วยคนใดรอดชีวิต²⁰

ความเท่าเทียมกันของการเลือกช่วยผู้ป่วย คือ การสุ่มเลือกอย่างเท่าเทียมกัน โดยแพทย์ผู้เลือกช่วยผู้ป่วยต้องไม่รู้ถึงภูมิหลังของผู้ป่วย นั่นคือการเลือกของแพทย์จะเปรียบเสมือนการโยนลูกเต๋าหรือการจับฉลากซึ่งเป็นไปตามอำเภอใจของแพทย์ หรือการเลือกของแพทย์ไม่ได้เลือกเพราะการใช้เกณฑ์เดิมที่ใช้ตัดสินใจเลือกรักษาในครั้งก่อน เช่น ในครั้งแรกมีผู้ป่วย 2 คน คนแรกคือผู้หญิงผมบรอนซ์ อีกคนหนึ่งเป็นชายแก่ หากแพทย์เลือกช่วยผู้ป่วยคนแรกซึ่งเป็นผู้หญิงผมบรอนซ์ เพราะคิดว่าผู้ป่วยอีกคนหนึ่งเป็นคนแก่น่าเกลียดในครั้งนี้ ในครั้งหน้าหากมีผู้ป่วย 2 คนเช่นนี้อีก แพทย์อาจเลือกช่วยผู้หญิงผมบรอนซ์เพราะเขาสวมรองเท้าสวยกว่าที่คนแก่สวมก็ได้ ในทางกลับกันครั้งที่สามแพทย์อาจเลือกช่วยคนแก่มากกว่าผู้หญิงผมบรอนซ์ก็ได้ การเลือกทั้งสามครั้งนั้น

¹⁸ Ulfrid Neumann, *Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen* (Berlin: De Gruyter, 2001), 424.

¹⁹ Till Zimmermann, “Justification or Excuse the Collision of Positive Duties in German Criminal Law,” 274.

²⁰ Ibid.

แสดงให้เห็นว่าเกณฑ์การเลือกช่วยเหลือผู้ป่วยของแพทย์มีความเป็นไปได้อย่างเท่าเทียมกันและไม่ได้ชั่งน้ำหนักเหตุผลทางศีลธรรมว่าการช่วยเหลือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะมีศีลธรรมหรือคุณค่ามากกว่ากัน การเลือกของแพทย์ในกรณีนี้จึงไม่ได้เลือกจากเหตุผลทางศีลธรรม ดังนั้นทางเลือกทั้งสองทางเลือกของแพทย์จึงไม่มีความแตกต่างกันแต่อย่างใด สุดท้ายแล้วการเลือกช่วยเหลือผู้ป่วยก็จะขึ้นอยู่กับความอำเภอใจของแพทย์นั่นเอง²¹

4. กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการกระทำโดยจำเป็นในกรณีการเลือกรักษาของแพทย์ในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด 19

การกระทำโดยงดเว้นเป็นการกระทำโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกายอย่างหนึ่ง มาตรา 59 วรรคท้ายได้บัญญัติไว้ว่า “การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย” คำว่า “งดเว้นการที่จักต้องกระทำ” หมายความว่า งดเว้นไม่กระทำในสิ่งที่ตนมีหน้าที่ต้องกระทำ และถ้อยคำที่ว่า “เพื่อป้องกันผล” แสดงว่าหน้าที่ต้องกระทำนั้นเป็นหน้าที่โดยเฉพาะที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้ผลซึ่งเกิดขึ้นนั้น การกระทำโดยงดเว้นต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังนี้ 1) เป็นการไม่กระทำคือ ไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก 2) ทั้ง ๆ ที่ผู้กระทำมีหน้าที่ต้องกระทำ และ 3) หน้าที่ต้องกระทำตามข้อ 2 นั้น เป็นหน้าที่ซึ่งต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลนั้นขึ้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจมากยิ่งขึ้น เราต้องพิจารณาถึงหน้าที่ต้องกระทำว่ามีอะไรบ้าง หน้าที่ต้องกระทำเกิดได้จากหลายกรณี เช่น หน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ หน้าที่อันเกิดจากการยอมรับโดยเจาะจงหน้าที่อันเกิดจากการกระทำก่อน ๆ ของตน และหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์เป็นพิเศษเฉพาะเรื่องและบุคคลอาจมีหลายหน้าที่ในขณะเดียวกันก็ได้ สำหรับในกรณีของแพทย์นี้เป็นไปตามหน้าที่อันเกิดจากการยอมรับโดยเฉพาะเจาะจงหมายความว่า ผู้กระทำยอมรับโดยตรงที่จะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งทำให้เกิดหน้าที่อื่นที่จะต้องกระทำตามที่ตนยอมรับที่จะกระทำนั้น เช่น ยอมรับเป็นคนเลี้ยงเด็ก เป็นนางพยาบาลดูแลคนไข้ เป็นคนดูแลความปลอดภัยของผู้มาว่ายน้ำในสระว่ายน้ำ เป็นต้น²² เช่นเดียวกับหน้าที่ของแพทย์ที่มีหน้าที่ให้การรักษาแก่ผู้ป่วยที่เข้ามาหาแพทย์ ดังนั้นแพทย์จึงมีหน้าที่อันเกิดจากการยอมรับโดยเฉพาะเจาะจงในการรักษาผู้ป่วย สำหรับการกระทำของแพทย์ที่ต้องเลือกรักษาชีวิตของผู้ป่วยคนหนึ่งไว้และต้องยอมปล่อยให้ผู้ป่วยอีกคนหนึ่งตายไป ในเมื่อแพทย์มีหน้าที่ป้องกันผล คือ ความตายของผู้ป่วยไม่ให้เกิดขึ้นโดยเฉพาะเจาะจงโดยการลงมือรักษาผู้ป่วยนั้น แต่กลับกันแพทย์ไม่ยอมลงมือรักษาผู้ป่วยแล้วปล่อยให้ตายลงไป การกระทำของแพทย์จึงเป็นการฆ่าผู้ป่วยโดยงดเว้น²³

อย่างไรก็ตาม การเลือกปล่อยให้ผู้ป่วยคนหนึ่งตายลงไปในั้น ก็มีเหตุมาจากต้องช่วยเหลือผู้ป่วยอีกคนให้รอดชีวิต การกระทำของแพทย์ในกรณีนี้จึงต้องพิจารณาว่าเป็นการกระทำโดยจำเป็นด้วยหรือไม่หลักเกณฑ์การกระทำโดยจำเป็นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 67 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

- (1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ
- (2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภยันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

²¹ Ibid.

²² Kiatkajorn Vajanasawas, *Criminal Law Part 1* (Bangkok: Ponsiam Press, 2008), 104.

²³ Ibid.

การกระทำโดยจำเป็นตามอนุมาตรา 1 เรียกว่า “จำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับ” ซึ่งตำรากฎหมายอาญาต่างประเทศเรียกชื่อว่า ช่มชู้ (Duress) ส่วนตามอนุมาตรา 2 เรียกว่า “จำเป็นเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นภัยอันตราย” ซึ่งเรียกในต่างประเทศว่า ความจำเป็น (Necessity) ความแตกต่างอยู่ตรงที่ว่า จำเป็นตามอนุมาตรา 1 มีการบังคับให้กระทำการที่เป็นความผิดนั้นจากภายนอก โดยผู้ถูกบังคับไม่ได้คิดริเริ่มกระทำการนั้นด้วยตนเอง ส่วนอนุมาตรา 2 ไม่มีการบังคับให้กระทำ แต่มีภัยอันตรายซึ่งจะต้องหลีกเลี่ยงและผู้กระทำเลือกที่จะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายโดยการกระทำความผิดด้วยความคิดริเริ่มของตน²⁴ การกระทำของแพทย์ที่เลือกปล่อยให้ผู้ป่วยตายไปเป็นการกระทำที่ไม่ได้อยู่ภายใต้การบังคับให้กระทำเพราะแพทย์มีสิทธิเลือกที่จะช่วยเหลือผู้ป่วยคนใดก็ได้ แต่เป็นการกระทำเพราะมีภัยอันตรายก็คือ โรคโควิด 19 ซึ่งจะต้องหลีกเลี่ยงและแพทย์ได้เลือกหลีกเลี่ยงภัยอันตรายโดยการกระทำความผิดด้วยความคิดริเริ่มของตน นั่นก็คือ การรักษาผู้ป่วยอีกคนหนึ่งให้รอดชีวิตและขณะเดียวกันก็ปล่อยให้ผู้ป่วยอีกคนหนึ่งตายนั่นเอง การปล่อยให้ผู้ป่วยตายจึงเป็นการกระทำโดยจำเป็นเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นภัยอันตรายตามอนุมาตรา 2

แม้แพทย์จะอ้างการกระทำโดยจำเป็นได้ แต่การกระทำโดยจำเป็นของแพทย์เป็นการเลือกระหว่างชีวิตของผู้ป่วยกับชีวิตของผู้ป่วยอีกคนหนึ่ง ดังนั้นจึงต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำโดยจำเป็นของแพทย์ได้กระทำไปโดยไม่เกินขอบเขตหรือไม่

การกระทำโดยจำเป็นที่เกินขอบเขตต้องเป็นการกระทำโดยจำเป็นที่เกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็นและเกินสมควรแก่เหตุ โดยการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น คือ กระทำไปโดยมีมูลเหตุจูงใจให้พ้นภัยอันตราย แต่ภัยอันตรายยังอยู่ห่างไกลหรือผ่านพ้นไปแล้ว²⁵ จากข้อเท็จจริงการกำเริบของโรคโควิด 19 ที่ทำให้อาการผู้ป่วยแยลงจนใกล้จะเสียชีวิตซึ่งเป็นภัยอันตรายอันใกล้จะถึงนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถคาดหมายได้ เพราะร่างกายของผู้ป่วยแต่ละคนมีความแตกต่างกัน อาการป่วยจะดีขึ้นหรือแยลงจึงมีความแตกต่างกันเช่นกัน หากแพทย์ช่วยเหลือผู้ป่วยคนหนึ่งที่อาการยังไม่ได้แย แต่กลับปล่อยให้ผู้ป่วยอีกคนหนึ่งซึ่งอาการแยแล้วตายลงไป การกระทำของแพทย์ก็เป็นการกระทำโดยจำเป็นที่เกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น ในทางกลับกัน หากแพทย์ช่วยเหลือผู้ป่วยคนหนึ่งที่อาการแยแล้วนั้นคือภัยอันตรายใกล้จะถึงแล้ว และปล่อยให้ผู้ป่วยที่อาการยังไม่แยรักษาตัวเองไป การกระทำของแพทย์ก็เป็นการกระทำโดยจำเป็นที่ไม่เกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น ปัญหาจะเกิดขึ้นว่า ถ้าหากผู้ป่วยทั้งสองฝ่ายมีอาการแยด้วยกันทั้งคู่ แพทย์ควรจะเลือกรักษาชีวิตผู้ใดเอาไว้

การกระทำโดยจำเป็นพอสมควรแก่เหตุ ประกอบด้วย 2 ประการ คือ 1) วิธีทางที่น้อยที่สุด หมายความว่า ผู้กระทำต้องใช้มาตรการขั้นต่ำที่สุดในการกระทำเพื่อให้พ้นภัย ซึ่งหากไม่ใช้มาตรการดังกล่าวก็ไม่สามารถพ้นภัยอันตรายนั้นได้ หากมีวิธีการหลายอย่างให้เลือกวิธีการขั้นต่ำสุดนั้นคือ ก่ออันตรายแก่ผู้อื่นน้อยที่สุด หากใช้วิธีการอื่นซึ่งก่ออันตรายมากกว่าผู้ก่อภัย ก็เป็นการกระทำโดยจำเป็นที่เกินสมควรแก่เหตุได้²⁶ จากข้อเท็จจริง

²⁴ Chitti Tingsaphat, *Criminal Law Part 1* (Bangkok: The Thai Bar, 2008), 873.

²⁵ Ibid.

²⁶ Kiatkajorn Vajanasawas, *Criminal Law Part 1*, 406.

ในกรณีที่ผู้ป่วยทั้งสองฝ่ายมีอาการกำเริบใกล้จะเสียชีวิตด้วยกันทั้งคู่ การที่แพทย์ได้เลือกรักษาผู้ป่วยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็เป็นมาตรการขั้นต่ำสำหรับผู้ป่วยคนที่ไม่ได้รับการรักษาแล้ว เพราะสุดท้ายมาตรการขั้นต่ำที่สุดในการกระทำเพื่อให้ผู้ป่วยฝ่ายหนึ่งพ้นภัยที่แพทย์สามารถทำได้คือการเลือกรักษาผู้ป่วยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและปล่อยให้ผู้ป่วยอีกฝ่ายหนึ่งตาย ผลของมาตรการขั้นต่ำที่สุดคือความตายของผู้ป่วยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอยู่ดี เพราะฉะนั้นการที่แพทย์จำต้องเลือกช่วยผู้ป่วยฝ่ายหนึ่งให้รอดชีวิต และปล่อยให้ผู้ป่วยอีกฝ่ายหนึ่งตายไปจึงเป็นการที่แพทย์ผู้กระทำโดยจำเป็นได้กระทำด้วยวิถีทางที่น้อยที่สุดเท่าที่จำต้องกระทำแล้ว และ 2) ได้สัดส่วนกับภัยอันตรายความได้สัดส่วนของการกระทำโดยจำเป็นนั้นจะใช้หลักการอย่างเดียวกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ เพราะการกระทำโดยจำเป็นเป็นการกระทำต่อบุคคลที่สามซึ่งเป็นผู้บริสุทธิ์ ดังนั้นภัยอันตรายที่ผู้กระทำโดยจำเป็นจำต้องกระทำต้องร้ายแรงน้อยกว่าภัยอันตรายที่ผู้กระทำโดยจำเป็นต้องการหลีกเลี่ยง หากภัยอันตรายที่ผู้กระทำโดยจำเป็นต้องกระทำลงร้ายแรงมากกว่าหรือเท่ากับภัยอันตรายที่ตนเองต้องการหลีกเลี่ยงก็ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วน²⁷ จากข้อเท็จจริงการที่แพทย์เลือกรักษาผู้ป่วยฝ่ายหนึ่งแต่ปล่อยให้ผู้ป่วยอีกฝ่ายหนึ่งตายไปเป็นการช่วยเหลือชีวิตผู้ป่วยคนหนึ่งและจำเป็นที่จะต้องให้ผลคือความตายของผู้ป่วยอีกฝ่ายหนึ่งเกิดขึ้น กรณีนี้จึงเป็นการกระทำโดยจำเป็นระหว่างชีวิตกับชีวิต เป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตกับชีวิต ภัยอันตรายที่แพทย์จำต้องกระทำลงจึงเท่ากับภัยอันตรายที่แพทย์ต้องการจะหลีกเลี่ยง ดังนั้นการเลือกรักษาของแพทย์จึงเป็นการกระทำโดยจำเป็นที่ไม่ได้สัดส่วน และการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วนก็เป็นกระทำเกินสมควรแก่เหตุ

การกระทำเกินสมควรแก่เหตุ คือ การกระทำที่เกินวิถีทางที่น้อยที่สุด หรือเกินสัดส่วนอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่าง การกระทำที่เกินวิถีทางน้อยที่สุด คือ การกระทำเกินขั้นต่ำที่จำเป็นต้องกระทำ ซึ่งมีหลักอย่างเดียวกับการกระทำโดยป้องกันตามมาตรา 68 นั่นเอง²⁸

ดังนั้นแล้ว การที่แพทย์เลือกช่วยเหลือผู้ป่วยคนหนึ่งแต่ปล่อยให้ผู้ป่วยอีกคนหนึ่งตายไป จึงเป็นการกระทำโดยจำเป็นที่เกินสมควรแก่เหตุ และแพทย์ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม การที่แพทย์เลือกช่วยเหลือผู้ป่วยก็เป็นความช่วยเหลือชีวิตผู้ป่วย แล้วเหตุใดการช่วยเหลือผู้ป่วยของแพทย์ทำให้แพทย์ต้องได้รับโทษ การได้รับโทษของแพทย์จึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อแพทย์ และอาจเกิดปัญหาขึ้นต่อสังคมได้ เพราะหากลงโทษแพทย์จากการเลือกรักษาในสุดท้ายแล้วนั้น แพทย์อาจจะไม่รับรักษาผู้ป่วยคนใดเลยเพื่อป้องกันไม่ให้ตนเองต้องได้รับโทษ กฎหมายไทยจึงมีปัญหาในเรื่องนี้อยู่ ซึ่งสมควรได้รับการแก้ไข

จากบทบัญญัติของกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่าหากแพทย์เลือกช่วยเหลือผู้ป่วยคนใดคนหนึ่งขณะเดียวกันก็ปล่อยให้ผู้ป่วยอีกคนหนึ่งตายไปเป็นการกระทำโดยจำเป็นที่เกินสมควรแก่เหตุ และแพทย์ต้องได้รับโทษ เพราะเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตกับชีวิต ซึ่งไม่ได้สัดส่วนกับภัยอันตรายที่เกิดขึ้น ดังนั้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวผู้เขียนจึงเห็นควรให้นำกฎหมายอังกฤษและกฎหมายเยอรมันมาปรับใช้กับกฎหมายไทย ในกรณีที่แพทย์ผู้กระทำมีหน้าที่รักษาผู้ป่วยเพื่อป้องกันผลไม่ให้ความตายของผู้ป่วยเกิดขึ้นพร้อม ๆ กันและแพทย์นั้นจำต้องเลือกช่วยผู้ป่วยคนใดคนหนึ่งโดยการสุ่มเลือกอย่างเท่าเทียมกันโดยการจับฉลากและให้การกระทำของแพทย์ผู้นั้นเป็นการกระทำโดยจำเป็นที่ได้สัดส่วนในการกระทำ อันเป็นการกระทำโดยจำเป็นที่พอสมควรแก่เหตุ แพทย์จึงได้รับการยกเว้นโทษจากการเลือกรักษาผู้ป่วย

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

5. สรุปผล และข้อเสนอแนะ

จากการศึกษา การกระทำโดยจำเป็นในกรณีการเลือกรักษาของแพทย์ในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ผู้เขียนมีข้อสรุปและข้อเสนอแนะดังนี้

5.1 สรุปผล

โดยปัญหาที่ว่าในเรื่องที่แพทย์ต้องเลือกที่จะรักษาผู้ป่วยคนใดคนหนึ่งไว้ และขณะเดียวกันก็ต้องเลือกปล่อยให้ผู้ป่วยอีกคนหนึ่งตายลงไปในสถานการณ์ที่ปรากฏว่าแพทย์หรือเครื่องมือในการรักษาผู้ป่วยไม่เพียงพอ ตามกฎหมายอาญาไทยหากแพทย์ปล่อยให้ผู้ป่วยอีกคนหนึ่งตายไปจะเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตกับชีวิต ซึ่งไม่ได้สัดส่วนกับภยันตรายที่เกิดขึ้น ดังนั้นการกระทำของแพทย์จึงเป็นการกระทำความผิดโดยจำเป็นที่เกินสมควรแก่เหตุและแพทย์ต้องได้รับโทษ ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่แพทย์ และทำให้เกิดผลกระทบทางสังคมโดยรวมคือหากแพทย์ตกอยู่ในสถานการณ์เช่นนี้ แพทย์ก็อาจจะไม่รับรักษาผู้ป่วยทั้งสองคน อย่างไรก็ตามเมื่อได้ศึกษากฎหมายอาญาของอังกฤษและเยอรมันแล้วจะเห็นได้ว่า ตามหลักความชั่วที่น้อยกว่า (The Lesser Evil) อนุญาตให้แพทย์เลือกช่วยเหลือผู้ป่วยคนหนึ่งให้รอดชีวิต ขณะเดียวกันก็ทอดทิ้งผู้ป่วยอีกคนหนึ่งให้เสียชีวิตได้ ซึ่งย่อมเป็นผลดีกว่าการที่แพทย์ไม่เลือกช่วยเหลือผู้ป่วยทั้งสองคน การเลือกรักษาของแพทย์เป็นการกระทำที่ได้สัดส่วนแล้ว ทั้งนี้ การเลือกช่วยเหลือผู้ป่วยของแพทย์ต้องเป็นไปตามเกณฑ์ที่ศาลได้กำหนดไว้หรือไม่ เช่นนั้นแล้วต้องเป็นการสุ่มเลือกอย่างเท่าเทียมกันโดยที่แพทย์ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้ป่วยคนใดคนหนึ่งหรือเป็นการสุ่มเลือกแบบการจับฉลาก ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นควรแก้ไขกฎหมายอาญาไทยในเรื่องการกระทำโดยจำเป็น ให้การเลือกช่วยเหลือของแพทย์เป็นการกระทำโดยจำเป็นที่ได้สัดส่วนในการกระทำและแพทย์จะได้รับการยกเว้นโทษจากการกระทำดังกล่าว ทั้งนี้ แพทย์จะต้องเลือกช่วยเหลือผู้ป่วยอย่างเท่าเทียมกันโดยการจับฉลาก เพื่อไม่ให้เกิดการเปรียบเทียบหรือตัดสินคุณค่าของความเป็นมนุษย์ และเป็นความเท่าเทียมกันอย่างแท้จริง

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่า เห็นควรแก้ไขกฎหมายอาญาของประเทศไทยในเรื่องการกระทำความผิดโดยจำเป็น ให้การเลือกช่วยเหลือของแพทย์เป็นการกระทำความผิดโดยจำเป็นที่ได้สัดส่วนในการกระทำ และแพทย์จะได้รับการยกเว้นโทษจากการกระทำดังกล่าว ทั้งนี้ แพทย์จะต้องเลือกช่วยเหลือผู้ป่วยอย่างเท่าเทียมกันโดยวิธีการจับฉลาก เพื่อไม่ให้เกิดการเปรียบเทียบหรือตัดสินคุณค่าของความเป็นมนุษย์ และเป็นความเท่าเทียมกันอย่างแท้จริง

References

- Chitti Tingsaphat. *Criminal Law Part 1*. Bangkok: The Thai Bar, 2008. [In Thai]
- Foot, Philippa. *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*. 2nd ed. New York: Haper& Row, 1975.
- Kiatkajorn Vajanasawas. *Criminal Law Part 1*. Bangkok: Ponsiam Press, 2008. [In Thai]
- Lackner, Karl, and Kristian Kuhl. *Strafgesetzbuch*. 27th ed. Munich: C. H. Beck, 2011.
- LaFave, Wayne R. *Criminal Law*. 4th ed. Minnesota: West, 2003.
- Neumann, Ulfrid. *Der Rechtfertigungsrund der Kollision von Rettungsinteressen*. Berlin: De Gruyter, 2001.
- Otto, Harro. *Pflichtenkollision and Rechtswidrigkeitsurteil*. 3rd ed. Marburg: Elwert, 1978.
- PPTV Online. "Covid Crisis Forces Doctors to Choose to Save Patients." Health Column, *PPTV Online*, June 30, 2017. Accessed July 15, 2021. <https://www.pptvhd36.com/news/%E0%B8%AA%E0%B8%B8%E0%B8%82%E0%B8%A0%E0%B8%B2%E0%B8%9E/150583/> [In Thai]
- Ronnakorn Bunmee. *Criminal Reasonability: Studying the Necessity of Homicide to Save Life*. Bangkok: Thammasat University Press, 2013. [In Thai]
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*. 2nd ed. London: Steven & Sons, 1983.
- Zimmermann, Till. "Justification or Excuse the Collision of Positive Duties in German Criminal Law." *The Journal of Criminal Law* 78, no. 36 (June 2014): 264.