

บทที่ 2

หลักการเกี่ยวกับการกระทำของแพทย์

ในการศึกษาหลักการเกี่ยวกับการกระทำของแพทย์มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาเกี่ยวกับความหมายของชีวิตและการรักษา ตลอดจนการกระทำโดยดเว้น ความผิดฐานละเว้นและทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ โดยในบทนี้จะแยกศึกษาออกเป็นกรกระทำโดยดเว้น ความผิดฐานละเว้นและทอดทิ้งโดยทั่วไป และการกระทำโดยดเว้น ความผิดฐานละเว้นและทอดทิ้งของแพทย์ ซึ่งจะศึกษาถึงหน้าที่ในการอันจะต้องกระทำเพื่อป้องกันผลของแพทย์ ความผิดฐานละเว้นโดยเจตนาของแพทย์ ส่วนความผิดฐานทอดทิ้งของแพทย์จะกล่าวถึงหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาของแพทย์ที่จะต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้ ตลอดจนมาตรฐานในการดูแลของแพทย์เพื่อเป็นพื้นฐานในการวิเคราะห์ในบทอื่นๆต่อไป

1. ความหมายของชีวิต

ก่อนที่เทคโนโลยีทางการแพทย์จะพัฒนาขึ้นจนการมีชีวิต หมายถึง ภาวะที่แกนสมองยังไม่สูญเสียหน้าที่โดยถาวรดังเช่นในปัจจุบัน ในอดีตมนุษย์ให้ความหมายของชีวิตแตกต่างออกไปตามยุคสมัย โดยมีวิวัฒนาการดังนี้คือ

ในสมัยโบราณมนุษย์เชื่อว่าคนหรือสัตว์มีชีวิตได้เพราะมีบางสิ่งบางอย่างอยู่ข้างใน โดยเรียกสิ่งเหล่านั้นว่า วิญญาณ เจตภูต หรืออาตมัน ชาวฮีบโดโบราณเชื่อว่าวิญญาณอยู่ในหัวใจ ในขณะที่นักปรัชญาเมธีกรีก เช่น ไพลากอร์ส หรือ เปลดโต เชื่อว่าวิญญาณอยู่บนศีรษะ เมื่อวิญญาณคือสิ่งที่ทำให้ร่างกายมีชีวิต ร่างนั้นย่อมจบชีวิตลงเมื่อวิญญาณออกจากร่าง¹ ในยุคนี้ชีวิตจึงหมายถึงการมีวิญญาณอยู่ในร่าง

¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, นิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายอาญากับการแพทย์ยุคไฮเทค, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์หมอชาวบ้าน, 2533) น.60-61.

ต่อมาเมื่อวิทยาศาสตร์พัฒนาขึ้น มนุษย์จึงเข้าใจการทำงานของระบบต่างๆของอวัยวะภายในร่างกายและทราบว่าหัวใจเป็นอวัยวะสำคัญจึงใช้เกณฑ์หัวใจในการให้คำจำกัดความของชีวิต กล่าวคือ หากหัวใจยังเต้นอยู่ย่อมแสดงถึงชีวิตอยู่ แต่เมื่อหัวใจหยุดเต้นย่อมแสดงถึงการจบชีวิตลง ดังที่ปรากฏในพจนานุกรมศัพท์แพทย์ของดอร์แลนด์ ให้ความหมายของคำว่า “ตาย” หมายถึง การสิ้นสุดของชีวิต ซึ่งแสดงออกโดยการหยุดหายใจและหัวใจหยุดเต้น² ตลอดจนการออกใบมรณะบัตรในยุคที่วิทยาศาสตร์เพิ่งจะพัฒนามานั้นให้ถือเอาเวลาที่หัวใจและการหายใจหยุดทำงานเป็นเวลาตาย³ นิยามของชีวิตในยุคนี้จึงหมายถึงภาวะที่หัวใจยังเต้นอยู่

เมื่อเทคโนโลยีทางการแพทย์พัฒนาขึ้นการใช้เกณฑ์หัวใจก็ก่อปัญหามากขึ้น เพราะเมื่อหัวใจหยุดทำงานแพทย์ยังสามารถกู้คืนการเต้นของหัวใจด้วยการกระตุ้นโดยการนวดหัวใจหรือช็อตหัวใจด้วยไฟฟ้า ฉีดยากระตุ้นหัวใจหรือใช้หัวใจเทียมแทนได้ จึงกลับกลายเป็นว่าผู้ที่หัวใจหยุดทำงาน เช่น ผู้ที่หัวใจวายเพราะป่วยเป็นโรคหัวใจ เป็นบุคคลที่ถูกถือว่าตายไปแล้ว ทั้งที่ในความเป็นจริงผู้ป่วยประเภทนี้หากได้รับการกู้คืนการเต้นของหัวใจอย่างทันท่วงทีก็สามารถที่จะกลับมามีชีวิตตามปกติได้อีกครั้ง แต่ผู้ป่วยที่หัวใจยังเต้นอยู่เพราะการฉีดยากระตุ้นหัวใจ ซึ่งหากไม่ได้รับยานี้หัวใจจะหยุดเต้น ยังต้องถือว่าผู้ป่วยยังมีชีวิตอยู่ ทั้งที่พยาธิสภาพของหัวใจผู้ป่วยไม่สามารถกลับมาทำงานได้อีก ถึงแม้จะใส่ยากระตุ้นก็จะเต้นแล้วลงทุกทีจนหยุดไปในที่สุด ผู้ป่วยในสถานะเช่นนี้อะไรเสียหัวใจก็ต้องหยุดเต้น แต่แพทย์ให้ยากระตุ้นหัวใจไว้เพื่อประโยชน์ในการนำหัวใจของผู้ป่วยไปปลูกถ่ายให้กับผู้อื่น⁴ เพราะการปลูกถ่ายหัวใจจะต้องกระทำในขณะที่หัวใจของผู้บริจาคยังเต้นอยู่ การใช้เกณฑ์หัวใจเป็นหลักในการวินิจฉัยชีวิตจึงทำให้การผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะเป็นไปได้เพราะการที่แพทย์นำหัวใจของผู้ที่ถูกถือว่ายังมีชีวิตอยู่ออกจากร่างกายย่อมมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา

² สันต์ หัตถิรัตน์, การดูแลรักษาผู้ป่วยที่หมดหวัง, (กรุงเทพมหานคร : อมรินทร์การพิมพ์, 2521) น. 10.

³ เพิ่งอ้าง, น. 221.

⁴ นายแพทย์คริสเตียน บาร์นาร์ด ปลูกถ่ายหัวใจสำเร็จเป็นครั้งแรก ในปีพ.ศ. 2510 โดยต้องใช้หัวใจที่เต้นอยู่ในขณะปลูกถ่าย โดยแพทย์จะให้ยากระตุ้นให้หัวใจเต้นอยู่จนกว่าจะผ่าตัดนำออกมาปลูกถ่ายในผู้ป่วยอีกคนหนึ่ง สนใจโปรดดู วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1 น. 70.

มิติของวงการแพทย์ในการให้คำจำกัดความของชีวิตเริ่มเปลี่ยนแปลงไปในปีพ.ศ. 2502 เมื่อแพทย์ชาวฝรั่งเศสสองคนได้อธิบายเรื่องการสลบลึก (state beyond coma) ซึ่งมีลักษณะตรงกับสมองตาย ทำให้เกิดการศึกษาทำความเข้าใจอย่างจริงจังเกี่ยวกับสมองจนกระทั่งในปี พ.ศ. 2510 แพทย์ของโรงพยาบาลมหาวิทยาลัยมินเนโซตา (the University of Minnesota Hospital) ได้เสนอให้ใช้เกณฑ์สมองตายเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าผู้ป่วยยังมีชีวิตอยู่หรือไม่ โดยวางหลักให้เป็นหน้าที่ของแพทย์เจ้าของไข้ในการตรวจวินิจฉัยเพื่อตัดสินสมองตายในผู้ป่วยที่แพทย์ทราบอยู่แล้วว่าป่วยเป็นโรคอะไร เกณฑ์การวินิจฉัยดังกล่าวได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมโดยศูนย์วิทยาศาสตร์สุขภาพของมหาวิทยาลัยมินเนโซตา (the University of Minnesota Health Science Center) ให้มีหลักเกณฑ์ดังนี้ คือ⁵

- (1) ผู้ป่วยไม่อาจเคลื่อนไหวได้เลย
- (2) ผู้ป่วยหายใจเองไม่ได้ โดยจะต้องทดสอบด้วยการถอดเครื่องช่วยหายใจออกเป็นเวลาอย่างน้อย 4 นาที
- (3) ไม่ปรากฏรีเฟล็กซ์ของแกนสมอง⁶
- (4) การตรวจพบดังกล่าวต้องไม่เปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อย 12 ชั่วโมง
- (5) การวินิจฉัยว่าสมองตายต้องกระทำเมื่อพยาธิสภาพของผู้ป่วยมีความสัมพันธ์กับข้อ (1) - (4) และพยาธิสภาพนั้นไม่อาจแก้ไขได้ด้วยวิธีการที่มีอยู่ในปัจจุบัน

ในการตรวจวินิจฉัยโดยใช้เกณฑ์สมองตายของมินเนโซตา เป็นการตรวจโดยอาศัยรีเฟล็กซ์ของแกนสมองเป็นหลักแต่ไม่ได้ใช้เกณฑ์เปลือกสมอง⁷ ด้วย เพราะไม่ได้กำหนดให้การวัด

⁵ เพ็งอ้วน, น70.

⁶ รีเฟล็กซ์ของแกนสมองเป็นการแสดงให้เห็นว่าแกนสมองยังทำหน้าที่อยู่หรือไม่ ถ้ายังมีรีเฟล็กซ์แสดงว่าแกนสมองยังไม่ตาย การไม่มีรีเฟล็กซ์ของแกนสมอง เช่น ใช้ไฟฉายส่องที่ตาดำ รูม่านตาจะขยายโตอยู่อย่างเดิม ใช้สำลีเช็ดตาดำไม่กระพริบ ใช้มีดกดที่หน้าผาก แขน หรือ ขา แรงๆ ไม่ปรากฏการหดตัวที่กล้ามเนื้อใบหน้าอันแสดงถึงความเจ็บปวด ใช้สายยางแยงเข้าไปในหลอดลม จะไม่มีอาการไอหรืออาเจียน สนใจโปรดดู เพ็งอ้วน, น 81 - 82.

⁷ สมองแบ่งออกเป็นสามส่วน ส่วนแรกคือ สมองใหญ่หรือเปลือกสมอง (cerebral cortex) เป็นส่วนที่ครอบคลุมพื้นที่ส่วนใหญ่ โดยมีพื้นที่ตั้งแต่หน้าผากไปถึงท้ายทอย ทำหน้าที่ควบคุมความรู้สึกนึกคิดและความทรงจำ ตลอดจนควบคุมการเคลื่อนไหวของร่างกาย ส่วนที่สองคือ สมองน้อย (cerebellum) มีลักษณะเป็นก้อนสมองย่อยออกมาจากแกนสมอง อยู่ทางด้านหลัง

คลื่นสมองเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยด้วย ดังนั้นแม้ว่าเปลือกสมองจะยังมีชีวิตและยังสามารถวัดคลื่นสมองได้ แต่ไม่มีรีเฟล็กซ์ของแกนสมองย่อมถึงว่าผู้ป่วยได้ตายไปแล้ว เกณฑ์มีเนโซต้าที่ให้คำจำกัดความของชีวิตว่า การมีชีวิตอยู่คือการที่มีรีเฟล็กซ์ของแกนสมองนั้น เป็นข้อกังขาสำหรับผู้ป่วยและแพทย์ทั้งหลายในยุคนั้น ในโรงพยาบาล คณะแพทย์ ตลอดจนศูนย์วิจัยทางการแพทย์ทั่วโลกจึงมีการวางหลักเกณฑ์สมองตายขึ้นใช้เฉพาะในองค์กรของตนเอง เช่น คณะแพทยศาสตร์มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดได้ทำรายงานกำหนดเกณฑ์การสลบที่ไม่ฟื้น (irreversible coma) ขึ้นในปี 2511 ในรายงานนี้ได้เสนอว่า สมองตายเป็นภาวะที่สมองทำหน้าที่ต่อไปไม่ได้และไม่อาจกลับฟื้นได้อีก โดยมีเกณฑ์การวินิจฉัยดังต่อไปนี้⁸

(1) ผู้ป่วยไม่รู้สึกรู้สีกตัวและไม่ตอบสนองใดๆ (unreceptivity and unresponsibility) ตรวจได้จากการกระตุ้นให้เจ็บ

(2) ไม่มีการเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่หายใจ (no movement or breathing) โดยจะต้องใช้เวลาสังเกตอย่างน้อยหนึ่งชั่วโมง

(3) ไม่มีรีเฟล็กซ์ กล่าวคือ ม่านตาขยายแล้วนิ่ง ไม่มีปฏิกิริยาต่อแสง ลูกตาไม่เคลื่อนไหว ไม่กระพริบตา ไม่มีการกระตุกของกล้ามเนื้อและอื่นๆ

ของแกนสมองทำหน้าที่ประสานงานให้การเคลื่อนไหวของร่างกายให้สอดคล้องสัมพันธ์กัน ส่วนที่สาม คือ แกนสมอง (brain stem) เป็นส่วนที่เชื่อมต่อระหว่างเปลือกสมองกับไขสันหลัง ทำหน้าที่ในการควบคุมการดำรงชีวิต กล่าวคือ ควบคุมการหายใจ การเต้นของหัวใจให้เป็นไปตามจังหวะ การเคลื่อนไหวของร่างกาย และเป็นศูนย์นำความรู้สึกไปสู่สมอง แกนสมองทำหน้าที่ควบคุมจังหวะการเต้นของหัวใจมาตั้งแต่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา และอาจกล่าวได้ว่าชีวิตเริ่มต้นขึ้นจากการทำงานของแกนสมองส่วนล่างที่ควบคุมการหายใจ เพราะในช่วงที่ทารกคลอดออกมาจนถึงการตัดสายสะดือ ในเลือดของทารกจะมีคาร์บอนไดออกไซด์อยู่มาก คาร์บอนไดออกไซด์จำนวนมากนี้เป็นตัวกระตุ้นให้แกนสมองส่วนที่ควบคุมการหายใจให้ทำงานด้วยการสั่งให้กล้ามเนื้อส่วนต่างๆ ยึดและหดตัว เมื่อเกิดการหายใจปอดจะขยาย หัวใจซึ่งทำงานอยู่แล้วตั้งแต่ตอนที่ทารกอยู่ในครรภ์จะสูบฉีดโลหิตผ่านเข้าปอดและลำเลียงออกซิเจนไปสู่อวัยวะต่างๆ สนใจโปรดดู เฟิงอ๋าง, น. 65 - 66.

⁸ เฟิงอ๋าง, น. 71 - 72

(4) คลื่นสมองราบเรียบ (flat electroencephalogram) สำหรับการตรวจคลื่นสมองนี้ เป็นการตรวจเพื่อยืนยันเท่านั้น ถ้าสามารถตรวจคลื่นสมองได้สมควรที่จะตรวจร่วมด้วย แต่หากไม่อาจตรวจได้ ก็สามารถอาศัยแต่ลำพังการตรวจทางคลินิกเท่านั้น

ทั้งนี้การตรวจทั้งหมดต้องกระทำซ้ำใน 24 ชั่วโมง

การตรวจวินิจฉัยตามเกณฑ์สมองตายของฮาร์วาร์ด สร้างความมั่นใจให้กับแพทย์และผู้ป่วยเพราะการที่จะวินิจฉัยว่าตายได้สมองจะต้องตายทั้งสามส่วน คือ เปลือกสมอง แกนสมอง และไขสันหลัง⁹ แต่เมื่อมองในแง่มุมของการปลูกถ่ายอวัยวะย่อมเป็นการล่าช้าเกินไป เพราะในกรณีที่แกนสมองของผู้ป่วยตายแต่เปลือกสมองยังไม่ตาย ยังต้องรอให้เปลือกสมองตายก่อน ซึ่งอาจจะต้องรอจนกระทั่งหัวใจหยุดเต้น ไม่การสูบฉีดเลือกไปเลี้ยงสมอง เปลือกสมองจึงตายตามมา ซึ่งในเวลานั้นย่อมไม่อาจผ่าตัดนำหัวใจมาปลูกถ่ายได้ ตลอดจนการที่รายงานดังกล่าว กำหนดให้การตรวจตาม (1) - (4) ทั้งหมดต้องกระทำซ้ำใน 24 ชั่วโมง การที่จะต้องตรวจซ้ำภายใน 24 ชั่วโมงเป็นอุปสรรคในการปลูกถ่ายอวัยวะอย่างยิ่งยวด เพราะอวัยวะอาจไม่มีความสดพอที่จะนำมาปลูกถ่าย

เนื่องจากเกณฑ์ของฮาร์วาร์ดอาจล่าช้าเกินไปสำหรับการปลูกถ่ายอวัยวะ คณะนิติศาสตร์แห่งมหาวิทยาลัยดูเคส (Duquesne University) ในฟิลาเดลเฟียจึงตั้งคณะทำงานเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะขึ้นในปีเดียวกันนั่นเอง โดยเสนอเกณฑ์ไว้ดังนี้¹⁰

- (1) หลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับความตายมี ดังนี้
 - (1.1) ผู้นั้นไม่มีการตอบสนองต่อสิ่งแวดล้อมใดๆ ทั้งภายในและภายนอก
 - (1.2) หายใจเองไม่ได้ เป็นเวลาสามนาทีก่อนหน้าในห้อง
 - (1.3) ไม่มีความเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้อเลย ตัวอ่อน ไม่มีการสั่นหรือกระตุก

⁹ เกณฑ์ในข้อ (1) ผู้ป่วยไม่รู้สึกรู้ตัวและไม่ตอบสนองใดๆ และข้อ (4) คลื่นสมองราบเรียบ เป็นลักษณะของเปลือกสมองตาย ข้อ (2) การที่ผู้ป่วยหายใจเองไม่ได้ แสดงว่าศูนย์ควบคุมการหายใจบริเวณก้านสมองไม่ทำงาน แสดงถึงการตายของแกนสมอง แต่ทั้งนี้เกณฑ์ฮาร์วาร์ดได้รวมรีเฟล็กซ์ทั้งของแกนสมองและไขสันหลังเข้าไว้ด้วยกัน เพราะข้อ (2) การไม่มีการเคลื่อนไหวของร่างกาย อาจเกิดจากแกนสมองไม่อาจสั่งการผ่านไขสันหลังเพราะแกนสมองตายหรือแกนสมองยังไม่ตายแต่ไขสันหลังสูญเสียการทำงานไปเหมือนกับผู้ที่ป็นอัมพาตก็ได้ ดังนั้นเกณฑ์ฮาร์วาร์ดจึงใช้หลักเปลือกสมอง แกนสมอง และไขสันหลังตาย

¹⁰ สันต์ หัตถิรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 12-13.

(1.4) ไม่ปรากฏการตอบสนองแบบรีเฟล็กซ์ 10 อย่าง

(1.5) ความดันเลือดตกโดยไม่มีสาเหตุใดๆ. คลื่นสมองไม่เปลี่ยนแปลง (isoelectric electroencephalogram) อยู่อย่างน้อย 30 นาที ในที่สุดฟิลแลนด์เป็นประเทศแรกที่ยอมรับเกณฑ์นี้โดยในปีพ.ศ. 2514

(1.6) ต่อบันทึกการตรวจทั้งหมดลงในตาราง ในขณะที่ตรวจพบว่าสลับไม่ฟื้นแล้ว

(2) การออกหนังสือรับรองการตาย มีหลักเกณฑ์ดังนี้

(2.1) เกณฑ์ข้อ (1) ต้องมีอยู่อย่างน้อย 2 ชั่วโมง ก่อนออกหนังสือรับรองการตาย

(2.2) การออกหนังสือรับรองการตายและการบันทึกในเวชระเบียน ต้องมีแพทย์ลงชื่อรับรองอย่างน้อยสองคน และแพทย์นั้นต้องไม่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ป่วยที่จะเป็นผู้รับบริจาคอวัยวะ

เมื่อสถาบันต่างๆได้กำหนดเกณฑ์สมองตายออกมาเพื่อวินิจฉัยความตายในสถาบันของตน ล้วนแล้วแต่มีความหลากหลาย ไม่เป็นเอกภาพ จนในที่สุดรัฐบาลประเทศฟิลแลนด์ได้ยอมรับเกณฑ์สมองตายและประกาศใช้อย่างเป็นทางการเป็นประเทศแรก โดยคณะกรรมการสาธารณสุขแห่งชาติฟิลแลนด์ (National Board of health) ได้ประกาศรับรองเกณฑ์สมองตายลงวันที่ 24 มีนาคม 2514 โดยวางหลักให้ความตายจะเกิดขึ้นเมื่อสมองถูกทำลายจนถึงขนาดที่ไม่อาจทำหน้าที่ในการดำเนินชีวิตได้อย่างถาวร ไม่ว่าหัวใจจะหยุดเต้นหรือไม่ก็ตาม ซึ่งอาการสมองตายอาจตรวจได้ดังนี้¹¹

(1) หากการที่สมองถูกทำลายด้วยการเพิ่มขึ้นของความดันในกะโหลกศีรษะเพราะเหตุต่างๆ เช่น สมองซ้ำ เลือดออกในกะโหลกศีรษะ ก้อนเนื้อออก เช่นนี้แล้วสมองจะเสียการทำงานที่อย่างถาวรต่อเมื่อตรวจพบอาการดังนี้¹²

(1.1) ม่านตาขยายกว้างตลอดเวลาและไม่มีปฏิกิริยาต่อแสง

(1.2) หายใจด้วยตัวเองไม่ได้ โดยไม่ได้ใช้เครื่องช่วยหายใจหรือการผายปอดช่วยเป็นเวลา 30 นาที - 1 ชั่วโมง

(1.3) ไม่มีปฏิกิริยาของประสาทสมองอื่นๆ

(2) ในกรณีอื่นๆ รวมถึงกรณีที่สงสัยว่าสมองยังไม่ตาย ให้ทำการตรวจอย่างอื่นประกอบ เช่น การตรวจคลื่นสมอง การตรวจหลอดเลือดในสมองทางรังสี (cerebral

¹¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1 น.73 - 74.

¹² เพิ่งอ้าง, 75.

angiography) และอื่นๆ แต่ทั้งนี้การตรวจไม่พบคลื่นสมองมิได้เป็นหลักฐานที่เชื่อได้ว่าคนผู้นั้นจะตายเสมอไป เพราะในบางกรณีเช่น ผู้ป่วยเด็ก หรือ ผู้ป่วยอยู่ในสภาพเย็นจัดอาจไม่อาจตรวจพบคลื่นสมองได้

สำหรับหลักเกณฑ์ที่ประเทศฟิลแลนด์ประกาศใช้เป็นการใช้เกณฑ์แกนสมองตายและเปลือกสมอง เพราะการที่ม่านตาขยายกว้างหรือการหายใจด้วยตัวเองไม่ได้เหล่านี้เป็นเครื่องแสดงว่าแกนสมองได้สูญเสียการทำงาน ส่วนคลื่นสมองแสดงถึงควมมีชีวิตของเปลือกสมอง หากแกนสมองและเปลือกสมองตายแพทย์วินิจฉัยได้ว่าผู้ป่วยตายแล้ว แต่หากยังเป็นที่สงสัยว่าเปลือกสมองตายหรือไม่แพทย์จะต้องทำการตรวจคลื่นสมองประกอบ

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าในช่วงปี พ.ศ. 2502 – 2514 นิยามของการมีชีวิตอยู่ คือ การที่สมองทั้งแกนสมองและเปลือกสมองยังทำงานอยู่ แต่ในช่วงเวลาหลังจากนี้ได้มีการถกเถียงของนักวิชาการในประเทศต่างๆเกี่ยวกับการวินิจฉัยความตายว่าสมควรจะถือหลักสมองทั้งหมดตาย เปลือกสมองและแกนสมองตาย หรือแกนสมองตาย และจะต้องนำการตายของไขสันหลังมาพิจารณาด้วยหรือไม่ จากการศึกษาเพิ่มเติมในเวลาต่อมาทำให้นักวิชาการมีความเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำคลื่นสมองอันแสดงถึงความตายของเปลือกสมองและรีแฟล็กซ์ของไขสันหลังมาเป็นข้อพิจารณาความตายเพราะหากแกนสมองตายก็เป็นจุดที่ผู้ป่วยไม่อาจรอดพ้นจากความตายได้อีกต่อไป (the point of no return)¹³

ประเทศที่มีการถกเถียงเกี่ยวกับเกณฑ์สมองตายมากที่สุด คือ ประเทศอังกฤษ โดยหลังจากที่ประเทศฟิลแลนด์ได้ประกาศใช้เกณฑ์สมองตายโดยพิจารณาจากเปลือกสมองและแกนสมองในปี พ.ศ. 2514 แล้ว กระทรวงสาธารณสุขของประเทศไทยได้ประกาศแนวทางปฏิบัติทางจริยธรรมเกี่ยวกับการถือเกณฑ์สมองตายในปี พ.ศ. 2517 แต่ในปี พ.ศ. 2519 ราชวิทยาลัยทางการแพทย์ (Medical Royal Colleges) ทุกแห่งทั่วประเทศได้ประชุมกันและมีข้อเสนอว่ายังไม่เป็นการสมควรที่จะออกกฎหมายยอมรับการตัดสินความตายด้วยเกณฑ์สมองตาย อังกฤษจึงยังไม่ออกกฎหมายดังกล่าวจนกระทั่งประเทศต่างๆทั้งในยุโรปและอเมริกาได้มีการศึกษาเกี่ยวกับแกนสมองและยอมรับเกณฑ์แกนสมองตายแทนทุกประเทศแล้ว อังกฤษจึงให้การรับรองเกณฑ์แกนสมองตายในปี พ.ศ. 2520 โดยพิจารณาความตายจากแกนสมองเพียงอย่างเดียวเท่านั้น¹⁴

¹³ เฟิงอ้าง, น.76.

¹⁴ เฟิงอ้าง, น.75.

เมื่อประเทศต่างๆในยุโรปและอเมริกาได้ยอมรับหลักการเกณฑ์สมองตายในช่วงประมาณ ปี พ.ศ. 2520 แทบทุกประเทศแล้ว ประเทศไทยจึงยอมรับเกณฑ์แกนสมองตายโดยคณะแพทยศาสตร์และคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้ประกาศเกี่ยวกับสมองตายและเกณฑ์วินิจฉัยสมองตาย ลงวันที่ 24 ธันวาคม 2530 ต่อมาในวันที่ 17 พฤษภาคม 2531 ได้มีการจัดประชุมโต๊ะกลมแพทยศาสตร์ – นิติศาสตร์ เรื่องการตายทางการแพทย์และการตายทางกฎหมายขึ้น การประชุมดังกล่าวได้วางหลักเกี่ยวกับภาวะสมองตาย โดยให้นิยามว่า สมองตายหมายถึง การที่แกนสมองถูกทำลาย จนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไป และการวินิจฉัยว่าสมองตายเป็นการวินิจฉัยว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย¹⁵ ดังนั้นคำว่าสมองตายในประเทศไทยจึงหมายความว่าแกนสมองตาย สืบเนื่องจากการประชุมนี้แพทยสภาจึงประกาศเกณฑ์แกนสมองตายไว้ ในประกาศแพทยสภา ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2532 โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้¹⁶

(1) ผู้ป่วยจะต้องไม่รู้สึกตัว (deeply comatose) โดยจะต้องแน่ใจว่าสาเหตุของการไม่รู้สึกตัวนี้ไม่ได้เกิดจากพิษยา (drug intoxication) เช่น ยาเสพติด ยานอนหลับ ยากล่อมประสาท ไม่ได้เกิดจากสภาวะอุณหภูมิในร่างกายต่ำ (primary hypothermia) และไม่ได้เกิดจากภาวะผิดปกติของระบบต่อมไร้ท่อและเมตาบอลิซึม (metabolic and endocrine disturbances) ตลอดจนไม่ได้เกิดจากภาวะช็อคด้วย การทดสอบ (1) นี่เป็นการทดสอบว่าแกนสมองส่วนบน ซึ่งเป็นศูนย์นำความรู้สึกไปสู่เปลือกสมองตายแล้วหรือยัง แต่จะต้องตัดเหตุต่างๆดังกล่าวข้างต้นออกไปเพราะล้วนแต่เป็นสิ่งที่กีดการทำงานของสมองส่วนดังกล่าวไว้เป็นการชั่วคราว มิใช่การสูญเสียหน้าที่อย่างถาวร

(2) ผู้ป่วยที่ไม่รู้สึกตัวนั้นอยู่ในเครื่องช่วยหายใจ เนื่องจากไม่หายใจ โดยจะต้องแน่ใจว่าเหตุของการไม่หายใจไม่ได้เกิดจากยาคลายกล้ามเนื้อหรือยาอื่นๆ ทั้งยังจะต้องมีข้อวินิจฉัยถึงสาเหตุของการไม่รู้สึกตัวและไม่หายใจในผู้ป่วย โดยที่รู้แน่ชัดโดยปราศจากข้อสงสัยว่า สภาวะของผู้ป่วยนี้เกิดจากสมองเสียหายโดยไม่มีทางเยียวยาได้อีก (irremediable and irreversible structural brain damage) การทดสอบดังกล่าวนี้เป็นการแสดงให้เห็นว่าศูนย์การควบคุมการหายใจในแกนสมองส่วนล่างเสียการทำงานไป

(3) ถ้าผู้ป่วยอยู่ในภาวะครบตามเงื่อนไขที่กำหนดแล้ว จะต้องทำการตรวจสอบเพื่อยืนยันสมองตาย คือ ผู้ป่วยจะต้องไม่มีการเคลื่อนไหวใดๆได้เอง ไม่มีอาการชัก หรืออาการกระตุกเกร็ง

¹⁵ เพิ่งอ้าง, น.77 – 83.

¹⁶ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ภาคผนวก ข, น.162

(decorticate) หรือ decerebrate rigidity เนื่องจากอาการชักและอาการกระตุกเกร็งเกิดจากการที่เปลือกสมองตายแต่แกนสมองยังไม่ตาย ผู้ป่วยจะต้องไม่มีรีเฟล็กซ์ของแกนสมอง¹⁷ และหายใจเองไม่ได้¹⁸

สภาพต่างๆ ดังที่กล่าวมาตั้งแต่ (1) - (3) นี้จะต้องไม่เปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อย 12 ชั่วโมง จึงจะถือว่าสมองตาย ซึ่งจะต้องวินิจฉัยโดยแพทย์จำนวนไม่น้อยกว่าสามคน โดยคนหนึ่งเป็นแพทย์เจ้าของไข้ และอีกสองคน คือ แพทย์ประสาทวิทยา หรือ แพทย์ประสาทศัลยศาสตร์ ถ้าหากมี องค์คณะของแพทย์ที่วินิจฉัยสมองตายจะต้องไม่ใช่แพทย์ที่จะผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะรายนั้น ทั้งนี้ผู้อำนวยการโรงพยาบาลหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายเป็นลายลักษณ์อักษร จะต้องร่วมเป็นผู้รับรองวินิจฉัยสมองตาย และเป็นผู้ลงนามรับรองการตายด้วย

¹⁷ รีเฟล็กซ์ของแกนสมองเป็นการแสดงให้เห็นว่าแกนสมองยังทำหน้าที่อยู่หรือไม่ ถ้ายังมีรีเฟล็กซ์แสดงว่าแกนสมองยังไม่ตาย การไม่มีรีเฟล็กซ์ของแกนสมองทั้งหกประการที่แพทย์สภาวะทางหลักไว้ ได้แก่ 1. ใช้ไฟฉายส่องที่ตาดำ รูม่านตาจะขยายโตอยู่อย่างเดิม แสดงว่าประสาทเส้นที่ 2 และ 3 ซึ่งมีศูนย์ควบคุมอยู่ที่แกนสมองไม่ทำหน้าที่แล้ว 2. ใช้สำลีเชี่ยตาดำไม่กระพริบ แสดงว่าประสาทเส้นที่ 5 และ 7 ซึ่งมีศูนย์การควบคุมอยู่ที่แกนสมองไม่ทำงาน 3. ใช้มือกดที่หน้าผาก แขนหรือ ขา แแรงๆ ไม่ปรากฏการหดตัวที่กล้ามเนื้อใบหน้าอันแสดงถึงความเจ็บปวด แสดงว่าประสาทเส้นที่ 5 และ 7 ซึ่งมีศูนย์การควบคุมอยู่ที่แกนสมองไม่ทำงาน เช่นเดียวกับข้อสอง 4. จับศีรษะหันไปข้างใดข้างหนึ่ง ลูกตาทั้งสองข้างจะไม่กรอกไปข้างใด ซึ่งในคนปกติแล้วลูกตาจะกรอกไปทางที่ศีรษะหัน แสดงว่าศูนย์ควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างกล้ามเนื้อคอและประสาทสมองเส้นที่ 4 ที่ควบคุมการเคลื่อนไหวของลูกตาไม่ทำงาน 5. ใช้น้ำเย็นประมาณ 30 องศาเซลเซียส กรอกเข้าไปในหูข้างใดข้างหนึ่งลูกตาจะไม่เคลื่อนไหว แสดงว่าประสาทสมองเส้นที่ 8 และ 9 ไม่ทำงาน 6. ใช้สายยางแยงเข้าไปในหลอดลมจะไม่มีอาการไอหรืออาเจียน แสดงว่าศูนย์ควบคุมประสาทเส้นที่ 9 และ 10 ซึ่งอยู่ในแกนสมองส่วนล่างไม่ทำงาน ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ภาคผนวก ข, น.162 และ ภาคผนวก ค, น.165

¹⁸ การหายใจเองไม่ได้ ทดสอบด้วยการหยุดเครื่องช่วยหายใจ ให้ออกซิเจนทางสายยางเข้าทางหลอดลม เป็นเวลาอย่างน้อย 10 นาที และคอยดูว่ามีการหายใจหรือไม่ ขณะทดสอบจะต้องมีค่าความดันของคาร์บอนไดออกไซด์ในเลือดแดงไม่ต่ำกว่า 60 ทอร์ สนใจโปรดดู วิทยุ อ๋อง ประพันธ์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2 น.22

ในปัจจุบันการใช้เกณฑ์สมองตายทำให้มีการพยายามใช้เทคโนโลยีต่างๆเพื่อเลี้ยงแกนสมองไว้ จนชีวิตของผู้ป่วยเป็นเพียงการมีชีวิตในทางชีวภาพ¹⁹ แต่ในทางคุณภาพของการใช้ชีวิต ผู้ป่วยไม่อาจกลับฟื้นคืน ใช้ชีวิตอย่างปกติสุขได้ เมื่อเทคโนโลยีการแพทย์พัฒนาสูงขึ้น จึงมีผู้มองชีวิตว่ามีได้เป็นเพียงรูปแบบในทางชีววิทยานวตหนึ่งแต่เป็นการมีชีวิตได้²⁰ ในปัจจุบันจึงเกิดแนวคิดที่เรียกกันว่า ประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย patient's best interest แนวคิดประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยนี้เห็นว่าแพทย์จะต้องทำการรักษาโดยคำนึงถึงประโยชน์ที่ผู้ป่วยจะได้รับมากที่สุด หากการรักษาไม่อาจช่วยให้ผู้ป่วยมีชีวิตที่ปกติสุข แต่เป็นเพียงการยืดชีวิตให้ยาวออกไป การรักษานั้นไม่อยู่ภายใต้หลัก patient's best interest เพราะมิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆแก่ผู้ป่วย โดยที่ประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยนี้หาใช่ประโยชน์สูงสุดในการทางการแพทย์ แต่เป็นการนำเอาปัจจัยต่างๆเกี่ยวกับตัวผู้ป่วยมาพิจารณา เช่น สุขภาพทางจิต การมีชีวิตอยู่อย่างปกติสุข คุณภาพของการใช้ชีวิต ความสัมพันธ์ต่อครอบครัวหรือทางด้านการงาน จึงอาจกล่าวได้ว่าประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยก็คือประโยชน์ในการใช้ชีวิตอย่างปกติมนุษย์²¹

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าในสมัยโบราณการมีชีวิตหมายถึงการมีชีวิตอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ในร่าง ต่อมาในช่วงที่วิทยาศาสตร์เริ่มพัฒนาขึ้นคำจำกัดความจึงเปลี่ยนไป กล่าวคือ ชีวิตหมายถึงภาวะที่หัวใจและระบบหายใจยังคงทำงานอยู่ สำหรับในช่วงปีพ.ศ. 2502 – 2514 เป็นยุคที่มนุษย์เข้าใจการทำงานของสมองมากขึ้น ชีวิตจึงหมายถึงการที่เปลือกสมอง แกนสมองและไขสันหลังยังคงสภาพและการทำงานอยู่ และในช่วงปี พ.ศ. 2520 เป็นต้นมา ชีวิตหมายถึงการที่แกนสมองยังไม่สูญเสียการทำงานไปอย่างถาวร แม้ว่าในบางครั้งจะสูญเสียการทำงานไปบ้างก็ถือว่าผู้ป่วยยังคงมีชีวิตอยู่ในปัจจุบันวงการแพทย์ยังถือเกณฑ์แกนสมองตายในการวินิจฉัยว่าผู้ป่วยยังมีชีวิตอยู่หรือไม่ แต่ในกรณีที่แพทย์พิจารณาว่าจะจัดการอย่างไรกับผู้ป่วยต่อไป สมควรที่จะนำหลักประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยมาพิจารณาประกอบด้วย

¹⁹ การมีชีวิตในทางชีวภาพ หรือ การมีชีวิตในทางวิทยาศาสตร์ คือ ความสามารถที่จะกินได้ แปรสภาพสิ่งที่กินได้ เติบโตได้ ปรับตัวเข้ากับสิ่งแวดล้อมและสืบพันธุ์ได้ สนใจโปรดดู สันต์ หัตถิรัตน์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2 , น. 220.

²⁰ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. “กฎหมายกับการปล่อยให้ตายอย่างสงบ” บทบันทึกคดี (ธันวาคม 2536) : 41 – 44.

²¹ British Medical Association “Withholding and withdrawing life prolonging medical treatment” <<http://www.bmjpg.co.uk/withwith/ contents.htm>>

2. ความหมายของการรักษา

การรักษานอกจากจะหมายความว่า การรักษาโดยทั่วไปแล้วยังหมายความว่ารวมถึงการทดลองรักษา เนื่องจากการทดลองรักษาได้พัฒนาแนวคิดจากคดี United States v. Karl Braundt จนเกิดเป็น Declaration of Helsinki ในส่วนนี้จึงศึกษาถึงความหมายของการรักษาโดยทั่วไปและความหมายของการทดลองรักษาในเชิงวิวัฒนาการ เพื่อเป็นการปูพื้นฐานในการค้นคว้า โดยมีหัวข้อดังต่อไปนี้

2.1 ความหมายของการรักษาโดยทั่วไป

การรักษาโดยทั่วไป หมายถึง กระบวนการในทางการแพทย์เพื่อที่จะเยียวยาผู้ป่วยจากโรคหรือการบาดเจ็บ ซึ่งครอบคลุมทุกขั้นตอนตลอดทั้งกระบวนการ อันได้แก่ การวินิจฉัยโรค การป้องกันโรค การตรวจโรค การบำบัดโรค อันเป็นการกระทำในทางสร้างสรรค์และเป็นการดำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวม โดยใช้วิธีการมาตรฐานที่ยอมรับกันในวงการแพทย์

ดังนั้นสาระสำคัญของความหมายของการรักษาโดยทั่วไป จึงอาจมีหลักการได้ดังนี้

(1) การรักษาโดยทั่วไปเป็นกระบวนการในทางการแพทย์ที่ครอบคลุมทุกขั้นตอนตลอดทั้งกระบวนการอันได้แก่ การวินิจฉัยโรค การป้องกันโรค การตรวจโรค การบำบัดโรค โดยอาจให้คำจำกัดความขั้นตอนต่างๆได้ดังนี้

(1.1) การวินิจฉัยโรค (Diagnosis) คือ การให้ความเห็นของแพทย์ว่าผู้ป่วยเป็นโรคอะไร พยาธิสภาพอยู่ที่ไหนและอยู่ในระยะอะไร²²

(1.2) การป้องกันโรค คือ การกั้น หรือ กีดกันให้พ้นจากโรคหรือความเจ็บป่วย การป้องกันโรค เช่น การปลูกฝี การฉีดวัคซีน สำหรับการตรวจโรค คือ การสอบดูความเจ็บป่วย²³

²² ชัชวิน ระวังภัย,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1 น.13 วิชญ์ อึ้งประพันธ์.“LA 408 นิติเวชศาสตร์ Forensic Medical” พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง) น.59.

²³ คณิต ณ นคร. “ทัศนะของนักกฎหมายเกี่ยวกับการแพทย์” รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร อัยการสูงสุด กรุงเทพมหานคร : พิมพ์อักษร,น.398

(1.3) การตรวจโรค คือ การค้นเพื่อหาอาการแสดง (Signs) ซึ่งอาการแสดงนี้หมายถึง สิ่งผิดปกติที่แพทย์ตรวจพบ²⁴

(1.4) การบำบัดโรค คือ ทำให้ความเจ็บป่วยเสื่อมคลายหรือหาย โดยอาจจะใช้วิธีการ เยียวยาหรือวิธีอื่น เช่น การใช้วิธีทางอายุรกรรม ทางศัลยกรรม รังสีวิทยา กายภาพบำบัด การช็อต ไฟฟ้า หรือจิตบำบัด²⁵

(2) ขั้นตอนต่างๆต้องเป็นไปเพื่อเยียวยาผู้ป่วยจากโรคหรือการบาดเจ็บ อันเป็นการ กระทำในทางสร้างสรรค์และดำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวม²⁶ ซึ่งอาจสรุปหลักการได้ดังนี้

(2.1) การรักษาโดยทั่วไปเป็นการกระทำในทางสร้างสรรค์และดำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ ของส่วนรวม ดังนั้นการกระทำที่ไม่เป็นการสร้างสรรค์ เช่น การผ่าตัดนิ้วดีให้เป็นนิ้วด้วน โดยไม่มี เหตุอันจำเป็นต้องกระทำ

(2.2) การรักษาโดยทั่วไปต้องเป็นไปเพื่อเยียวยาผู้ป่วยจากโรคหรือการบาดเจ็บและ เป็นการปกป้องไว้ซึ่งชีวิตหรือร่างกายของมนุษย์ การจะพิจารณาว่าการจัดการทางการแพทย์ใด เป็นการรักษาโดยทั่วไปหรือไม่ จึงต้องพิจารณาว่าหากไม่ได้รับการจัดการทางการแพทย์นั้นแล้วจะ เกิดภัยต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วยหรือไม่ การจัดการทางการแพทย์ เช่น การเสริมความงาม การคุมกำเนิด การทำหมัน การผ่าตัดแปลงเพศ เหล่านี้ไม่ใช่การรักษา เพราะหากไม่ได้รับการ จัดการทางการแพทย์ดังกล่าวก็มีได้เป็นภัยร้ายแรงถึงขนาดคุกคามชีวิตหรือเป็นภัยต่อสุขภาพ แต่ การผ่าตัดตกแต่งใบหน้าที่ผิดปกติไปเพราะโรคหรือการบาดเจ็บ ซึ่งหากไม่ได้รับการผ่าตัดนั้นแล้ว ผู้ป่วยจะใช้ชีวิตตามปกติไม่ได้ ย่อมเป็นการรักษา เช่น การผ่าตัดตกแต่งริมฝีปากและช่องปากของ ผู้ป่วยโรคปากแหว่งเพดานโหว่ นอกจากนี้หากการจัดการทางการแพทย์มิใช่การแก้ไขความ บกพร่องของร่างกายแต่เป็นการผ่าตัดตกแต่งเพื่อรักษาทางด้านจิตใจก็ถือเป็นการรักษาโดยทั่วไป ซึ่งการผ่าตัดตกแต่งเพื่อรักษาทางด้านจิตใจนี้จะต้องไม่ใช่แค่เสริมบุคลิกภาพเพื่อความสบายใจ เท่านั้น แต่จะต้องมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตโดยตรงหากไม่ได้รับการรักษา ดังเช่นที่ศาลแคนาดา

²⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "LA 408 นิติเวชศาสตร์ Forensic Medical" พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง) น.50.

²⁵ คณิต ณ นคร, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 23 น.398 และดู วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 24 น.60-61.

²⁶ กมลชัย รัตนสกลาวงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์มหา บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523) น.99.

เคยตัดสินใจให้การผ่าตัดแก้ไขภาวะหูทวนในเด็กอายุ 14 ปี เป็นการรักษาทางจิตใจไม่ใช่การเสริมความงามทางกายภาพธรรมดา²⁷

(3) การรักษาโดยทั่วไปเป็นการใช้วิธีการมาตรฐานอันเป็นการยอมรับโดยทั่วไปในวงการแพทย์และคาดว่าจะประสบความสำเร็จตามสมควร ซึ่งอาจจะดัดแปลงได้บ้างตามความเหมาะสม ขึ้นอยู่กับความชำนาญ ประสบการณ์ของแพทย์ผู้รักษา และสภาพแวดล้อม ตลอดจนการตอบสนองของผู้ป่วยแต่ละราย²⁸

2.2 ความหมายของการทดลองรักษา

ก่อนที่การทดลองรักษาจะถือว่าเป็นการรักษาดังเช่นในปัจจุบัน ในอดีตการทดลองรักษาถือเป็นการทดลองในมนุษย์อย่างหนึ่ง การให้คำจำกัดความของการทดลองรักษาได้มีการวิวัฒนาการขึ้นมาพร้อมกับกฎเกณฑ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการทดลองรักษา จึงเป็นการหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องศึกษาวิวัฒนาการของกฎเกณฑ์ดังกล่าวควบคู่ไปด้วย

ในยุคที่มนุษย์เริ่มละทิ้งความกลัวอำนาจลึกลับหรือคำสอนของศาสนา มนุษย์ได้เริ่มทำการทดลองทางวิทยาศาสตร์ในมนุษย์ด้วยตนเอง เพื่อเข้าใจและเอาชนะความกลัวตามธรรมชาติ ในยุคนี้การทดลองทั้งที่เป็นการทดลองรักษาและไม่เป็นการทดลองรักษา ทั้งที่กระทำในผู้ป่วยและผู้ที่ยังคงปกติดีล้วนเป็นการทดลองในมนุษย์ทั้งสิ้น กฎเกณฑ์ที่ถือได้ว่าเป็นการควบคุมการทดลองในมนุษย์เป็นครั้งแรก คือ หนังสือจรรยาแพทย์ของโรมัส เพอร์ซิวัล (Thomas Percival) ในปี ค.ศ. 1803 ซึ่งวางหลักแต่เพียงว่าในการทำการวิจัยแพทย์ผู้ทำการจะต้องส่งโครงการวิจัยให้เพื่อนร่วมวิชาชีพตรวจสอบก่อนลงมือปฏิบัติ²⁹ ซึ่งนับเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายใน กล่าวคือ แพทย์ทำการควบคุมการทดลองของแพทย์ด้วยตนเอง

การควบคุมการทดลองในมนุษย์โดยองค์กรภายนอกครั้งแรกเกิดขึ้นในประเทศเยอรมัน โดยกระทรวงมหาดไทยเยอรมัน (German Ministry of the Interior) ได้จัดทำข้อเสนอแนะการทำการวิจัยทางคลินิก ในปี ค.ศ. 1931 อันเป็นการควบคุมทางจริยธรรม โดยกำหนดหน้าที่ของผู้ทดลองในเบื้องต้นว่าต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถูกทดลองหลังจากที่ได้อธิบายให้ผู้ถูกทดลอง

²⁷ ชัชวิน กระจับปักษ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 22 น.13

²⁸ เพิ่งอ้าง, น.13

²⁹ เพิ่งอ้าง, น.5

ทราบถึงเนื้อหาเกี่ยวกับการทดลองอย่างครบถ้วน การทดลองใดก็ตามที่กระทำในมนุษย์ต้องกระทำในสัตว์มาก่อน สำหรับการทดลองในผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องให้การดูแลพิเศษและการทดลองต้องกระทำโดยแพทย์หัวหน้าสถาบัน³⁰ แต่ข้อแนะนำดังกล่าวก็ยังไม่ได้แยกการทดลองรักษาออกมาจากการทดลองในมนุษย์

จากนั้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ได้มีการทดลองการตายด้วยความเย็นและการไม่มีอากาศหายใจ³¹ รวมทั้งการทดลองอีกมากมายที่ฝ่าฝืนข้อแนะนำทางจริยธรรมข้างต้น เพราะปรัชญาพวกนาซีมีอำนาจเหนือแพทย์ จนกระทั่งสงครามโลกครั้งที่สองสงบลง จึงเกิดคดี United States v. Karl Braundt ขึ้นในศาลทหารนูเรมเบิร์ก คาร์ล แบรินด์³² โดยจำเลยชื่อ Rose เป็นแพทย์นาซี หัวหน้าแผนกใน Robert – Koch – Institute ได้ทำการทดลองวัคซีนกับนักโทษทางการเมืองที่ Buchenwald และ Natzweiler โดยใช้เชื้อไวรัสและวัคซีน โดยแบ่งคนออกเป็นสองกลุ่ม กลุ่มหนึ่งให้วัคซีน แต่อีกกลุ่มไม่ได้ให้วัคซีน จากจำนวนผู้ทดลอง 179 คน เสียชีวิตอย่างน้อย 154 คน³³ และยังมีการทดลองเพาะเชื้อใช้โรไฟล์ในร่างกายมนุษย์ ทดลองทำหมันด้วยการฉายรังสีที่อวัยวะเพศ ศึกษาสาเหตุการตายโดยให้คนอยู่ในน้ำเย็นจัดและมีความกดดันต่ำ จึงถูกตัดสินให้จำคุกตลอดชีวิต ในคดีนี้ศาลได้ขอความเห็นจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญชาวอเมริกันสองนาย คือ Dr. Andrew Ivy และ Dr. Leo Alexander ถึงมาตรฐานทางจริยธรรมที่เป็นสากลในการทดลอง Dr. Ivy ได้แถลงต่อศาลถึงหลักการพื้นฐานของการทดลองต่อมนุษย์ที่รับรองโดยแพทย์อเมริกันในฐานะที่เป็นหลักปฏิบัติอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปของนักวิทยาศาสตร์การแพทย์ ประกอบด้วยหลักการดังนี้คือ³⁴

(1) ผู้รับการทดลองทุกคนจะต้องได้รับความยินยอมโดยสมัครใจ ปราศจากการบังคับทุกรูปแบบ และก่อนที่จะให้ความยินยอมผู้รับการทดลอง

(2) จะต้องได้รับการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับอันตราย จะต้องมีการสืบค้นอันตรายจากการทดลองแต่ละอย่างในสัตว์ทดลองมาก่อน

³⁰ เพิ่งอ้าง, น.5-6

³¹ กมลชัย รัตนสกววงศ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 26 , น.101.

³² ชัชวิน ระงับภัย, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 22, น.59

³³ กมลชัย รัตนสกววงศ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 26 , น.101.

³⁴ ชัชวิน ระงับภัย, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 22, น.59

(3) การทดลองจะต้องกระทำภายใต้การดูแลและการจัดการทางการแพทย์อย่างเหมาะสม

ในเวลาต่อมาหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับจากสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ กลายเป็นมาตรฐานที่เรียกว่า Nurnberger Codex หรือ Nuremberg Code โดยมีข้อความทั้งหมด 10 ข้อ วางหลักการซึ่งมีหลักการดังนี้

(1) การทดลองในมนุษย์จะกระทำได้ต่อเมื่อการทดลองนั้นมีความปลอดภัยพอสมควร โดยมีการวางหลักประกันความปลอดภัยไว้ ดังนี้

(1.1) การทดลองในมนุษย์จะกระทำได้ต่อเมื่อผลที่คาดหมายได้นั้นแสดงให้เห็นว่าการทดลองเป็นสิ่งที่สมควรกระทำอย่างยิ่ง³⁵

(1.2) การทดลองในมนุษย์จะต้องเคยกระทำในสัตว์มาก่อน

(1.3) แพทย์จะต้องไม่ทำการทดลองในกรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่าอาจจะเกิดอันตรายถึงพิการหรือถึงตาย เว้นแต่แพทย์ผู้ทำการทดลองจะเข้าร่วมเป็นผู้ถูกทดลองด้วย³⁶

(2) การทดลองจะกระทำได้ต่อเมื่อผู้ทดลองได้รับความยินยอมโดยสมัครใจจากผู้รับการทดลองที่มีความสามารถตามกฎหมาย³⁷

หลัก Nurnberger Codex หรือ Nuremberg Code นี้ยังมีข้อบกพร่องโดยเฉพาะในด้านกฎหมาย จึงมีการเสนอให้แก้ไขที่ชิคาโก เมื่อปี 1959 แต่กลับไม่มีการแก้ไขตามที่เสนอ³⁸ จึงมีการนำเรื่องนี้ขึ้นประชุมของ WMA ในการประชุมสมัชชา ครั้งที่ 8 ในปีค.ศ. 1964 แพทย์สมาคมโลกได้ยอมรับหลักการเกี่ยวกับการวิจัยและการทดลองในมนุษย์โดยวางหลักให้การทดลองในผู้เยาว์และผู้ไร้ความสามารถจะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้แทนตามกฎหมาย และเป็นครั้งแรกที่มีการแยกการทดลองออกเป็นการทดลองในผู้ป่วยและการทดลองในคนปกติ แต่การทดลองในผู้ป่วยก็มีทั้งการทดลองที่เป็นการทดลองรักษาและการทดลองที่ไม่ได้ให้

³⁵ กมลชัย รัตนสการวงศ์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 26 , น.101.

³⁶ ชัชวิน ระจับภัย, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น.7

³⁷ A.C.Ivy. "The History and Ethics of the use of Human Subjects in Medical Experiments". Science (1994 ; 108) pp.5.

³⁸ Japan Medical Association. "World Medical Association Declaration of Helsinki Ethical Principles for Medical Research Involving human Subjects" <http://www.med.or.jp/wma/helsinki02_e.html>

การรักษาควบคุมไปด้วย จึงยังถือไม่ได้ว่าเป็นแยกการทดลองรักษาออกจากการทดลองในมนุษย์ ต่อมาในปี ค.ศ. 1961 ทางสมาคม WMA ได้ทำการร่างบทบัญญัติทางจริยธรรมว่าด้วยการทดลองในมนุษย์ และหลังจากที่ได้มีการปรับปรุงแก้ไขในการประชุมสมัชชาครั้งที่ 18³⁹ ในเดือนมิถุนายน 1965 the WMA (the World Medical Association) General Assembly Helsinki, Finland ได้วางกฎเกณฑ์ของตนเอง โดยกระทำที่เมือง Helsinki ประเทศฟินแลนด์ และเรียกกฎเกณฑ์นี้ว่า Declaration of Helsinki⁴⁰ ซึ่งเป็นบทบัญญัติทางจริยธรรมระหว่างประเทศฉบับแรกที่กล่าวถึง

³⁹ ชัชวีน กระจับภัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น.6-7

⁴⁰ Declaration of Helsinki ประกาศใช้ครั้งแรกในปี 1965 จากการประชุมที่เฮลซิงกิ ประเทศฟินแลนด์ และได้มีการแก้ไขอีกหลายครั้ง ได้แก่ แก้ไขในการประชุมสมัชชาครั้งที่ 19 ที่โตเกียว ประเทศญี่ปุ่น เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม ค.ศ. 1975 เรียกกันว่า Declaration of Helsinki II, แก้ไขที่เวนิส ประเทศอิตาลี ในปี 1983, แก้ไขอีกครั้งที่ฮ่องกง ในเดือนกันยายน ปี 1989, แก้ไขที่สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ในเดือนตุลาคม ปี 1996, ในเอดินเบิร์ก ประเทศสกอตแลนด์ ในปี 2000, แก้ไขในการประชุมที่วอชิงตัน สหรัฐอเมริกา ปี 2002 และล่าสุดได้แก้ไขในการประชุมที่โตเกียวในปี 2004 สิ่งที่ได้แก้ไขใน Declaration of Helsinki ฉบับปัจจุบันโดยหลักใหญ่ คือ (1) ในประกาศนี้ทั้งหมด ได้เปลี่ยนจากคำว่าทดลองทางชีวการแพทย์ (biomedical research) เป็นการทดลองทางการแพทย์ (medical research) ทำให้ขอบเขตของประกาศฉบับปัจจุบันกว้างกว่า กล่าวคือไม่จำกัดเฉพาะการทดลองในทางชีวภาพเท่านั้น แต่รวมถึงการทดลองทางการแพทย์ทั้งหมด อันเป็นการแก้ไขให้สอดคล้องกับการเพิ่มเติมข้อความในตอนท้ายของข้อ 1 ว่า การทดลองทางการแพทย์ต่อมนุษย์รวมถึงการทดลองทั้งการทดลองทางกายและทางวิเคราะห์ข้อมูล (2) แต่เดิมวางหลักให้ประกาศนี้เป็นแนวทางปฏิบัติของแพทย์ผู้ทำการทดลองซึ่งหากแพทย์กระทำตามหลักเกณฑ์ในประกาศนี้แล้ว ย่อมบรรเทาความรับผิดชอบทั้งในทางแพ่ง อาญา และจริยธรรมภายในประเทศของที่ทำทดลอง แต่ในปัจจุบันได้ตัดข้อความท้ายออก เหลือเพียงว่าประกาศนี้เป็นหลักการที่จะก่อให้เกิดแนวทางแก่แพทย์ในการทดลองทางการแพทย์ต่อมนุษย์ การปฏิบัติตามประกาศนี้จึงทำให้ความรับผิดชอบของแพทย์ตามกฎหมายภายในไม่เปลี่ยนแปลง (3) หลักการซึ่งแต่เดิมวางไว้ว่า เป็นภารกิจ (mission) ของแพทย์ที่จะต้องป้องกันอันตรายที่จะเกิดกับสุขภาพของผู้ที่เข้ารับการทดลอง ปัจจุบันได้แก้ไขว่าเป็นหน้าที่ (duty) ของแพทย์ที่จะส่งเสริมสุขภาพและป้องกันอันตรายที่จะเกิดกับผู้ถูกทดลอง โดยจะต้องใช้ความรู้ความสามารถ คุณธรรมและเหตุผลอย่างเต็มที่ เพื่อให้บรรลุหน้าที่ดังกล่าว การแก้ไขจากคำว่า 'ภารกิจ' เป็นคำว่า 'หน้าที่' ทำให้เมื่อ

หลักความชอบธรรมในการวิจัยทางชีวการแพทย์ โดยแยกการทดลองในมนุษย์ออกเป็น การทดลองรักษาและการทดลองที่ไม่มีการรักษาควบคู่ไปด้วย ซึ่งในประกาศฉบับนี้ได้เรียกการทดลองรักษาว่าการวิจัยทางคลินิกที่รวมไปกับการรักษา ที่สำคัญ คือ Declaration of Helsinki ได้กำหนดว่าการวิจัยทางคลินิกที่รวมไปกับการรักษา (การทดลองรักษา) เป็นสิ่งที่ชอบจะกระทำได้ โดยอาสาสมัครต้องให้ความยินยอมโดยสมัครใจและสอดคล้องกับภาวะทางจิตวิทยาของผู้ถูกทดลอง ส่วนการทดลองในมนุษย์ที่ไม่ใช่การทดลองรักษาผู้ถูกทดลองจะต้องให้ความยินยอมโดยอิสระ⁴¹ จึงต้องนับว่าการทดลองรักษาแยกออกจากการทดลองในมนุษย์เป็นครั้งแรกใน Declaration of Helsinki นี้เอง

เมื่อการทดลองรักษาแยกออกจากการทดลองในมนุษย์แล้ว นักกฎหมายทั่วโลกได้มีความเห็นเกี่ยวกับการทดลองรักษาและการทดลองที่ไม่ได้ให้การรักษาควบคู่ไปด้วยโดยมีหลักการดังนี้ คือ

(1) การทดลองรักษาเป็นสิ่งที่กระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่านักกฎหมายจะเห็นตรงกันว่าการทดลองรักษาเป็นสิ่งที่กระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่มีการให้เหตุผลแยกออกเป็นสองความเห็น ซึ่งอาจมีหลักการ ดังนี้

(1.1) เนื่องจากผู้ถูกทดลองได้รับประโยชน์โดยตรง การยอมเข้ารับความเสี่ยงที่เกิดขึ้นย่อมเป็นไปเพื่อที่จะได้รับประโยชน์จากการทดลองรักษา การให้ความยินยอมของผู้ป่วยจึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

แพทย์ไม่กระทำการดังกล่าว ย่อมต้องพิจารณาในเรื่องการกระทำโดยงดเว้นการอันจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล ดังที่จะได้กล่าววิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต่อไป นอกจากที่ได้กล่าวมาแล้ว การแก้ไขโดยมากเป็นการแก้ไขเพียงเล็กน้อย เช่น เปลี่ยนจากคำว่าคนป่วย (sick person) เป็นผู้ป่วย (patient) เปลี่ยนจากการใช้คำว่าของเขาหรือของเธอ (his or her) เป็นของพวกเขา (their) หรือเปลี่ยนจากคำว่าอันตราย (hazard) เป็นความเสี่ยง (risk) การเปลี่ยนคำจากอันตราย เป็นความเสี่ยง แสดงให้เห็นว่าประกาศนี้มีความประสงค์ที่จะให้ความสำคัญกับสวัสดิภาพของผู้ป่วยมากขึ้น สนใจโปรดดู Glen Drew "1996 Order-Side-by-Side Comparison of 1996 and 2000 Declaration of Helsinki " <<http://www.hhs.gov/ohrp/nhrpac/mtg12-00/h1996-2000.pdf>> January 8,2001. และดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ภาคผนวก ก, น.154

⁴¹ ชัชวิน กระจับปักษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น.7

(1.2) การทดลองรักษาก่อประโยชน์ต่อผู้ป่วย หากจะต้องได้รับอันตรายหรือเสี่ยงกับอันตราย แต่ประโยชน์ที่จะได้รับย่อมสูงกว่า แพทย์จึงกระทำได้โดยอาศัยหลักความจำเป็นโดยการชั่งน้ำหนักประโยชน์

(2) การทดลองโดยไม่ให้การรักษาควบคุมไปด้วยเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยนักกฎหมายมีความเห็นตรงกันว่า การทดลองในผู้ป่วยโดยไม่ให้การรักษาควบคุมไปด้วยเป็นสิ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เพราะมนุษย์ไม่ใช่สัตว์หรือสิ่งของที่จะนำมาทดลองทางวิทยาศาสตร์ได้ ความยินยอมของผู้ถูกทดลองที่ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีไม่อาจให้ได้⁴²

จากความเห็นของนักกฎหมายข้างต้น การทดลองในมนุษย์จึงต้องเป็นไปเพื่อความมุ่งหมายในการรักษาผู้ป่วยที่เข้ารับการทดลองรักษาเท่านั้น และแม้ว่า Declaration of Helsinki จะเป็นที่ยอมรับของสมาคมแพทย์อเมริกันและองค์กรทางวิชาชีพแพทย์ทั่วโลก แต่กลับอนุญาตให้ทำการทดลองที่ไม่ใช่การรักษาได้⁴³ ประเทศต่างๆ จึงดัดแปลงหลักการใน Declaration of Helsinki ให้

⁴² The Director General, World Health Organization, Human Organ Transplantation. Report. 3 December 1986.

⁴³ หลักการเกี่ยวกับการทดลองในมนุษย์ได้วางไว้ในการแก้ไข Declaration of Helsinki ในการประชุมสมัชชาครั้งที่ 19 ที่โตเกียว ประเทศญี่ปุ่น เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม ค.ศ. 1975 เรียกกันว่า Declaration of Helsinki II มีหลักการโดยสรุปว่า การทดลองในมนุษย์จะกระทำได้ต่อเมื่อมีการประเมินอย่างรอบคอบถึงความเสี่ยงที่อาจมองเห็นล่วงหน้ากับประโยชน์ที่ผู้ถูกทดลองหรือผู้อื่นจะได้รับ ทั้งนี้ความปลอดภัยของผู้ถูกทดลองจะต้องมาก่อนประโยชน์ของวิชาการและของสังคม ทั้งนี้ในการทดลองทางการแพทย์ทุกกรณีผู้ป่วยจะต้องได้รับการตรวจและการรักษาที่ดีที่สุดในการใช้วิทยาการในการวิจัยทางการแพทย์ เป็นภารกิจของแพทย์ที่จะต้องคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของผู้ป่วยที่ยอมให้ทำการวิจัย แพทย์ผู้ทำการวิจัยหรือคณะแพทย์ผู้ทำการวิจัย จะต้องหยุดการวิจัยหากเห็นว่าจะก่ออันตรายแก่ผู้ป่วย ในกรณีที่แพทย์เห็นเป็นกรณีจำเป็นอย่างยิ่ง ไม่อาจเป็นอย่างอื่น จะต้องทำการทดลองไปโดยปราศจากความยินยอม เหตุผลพิเศษในการกระทำเช่นนั้นจะต้องจดแจ้งไว้ในสำนวนการทดลองที่ทำขึ้นสำหรับคณะกรรมการอิสระนั้นด้วย นอกจากนี้ Declaration of Helsinki ยังให้ความสำคัญแก่สิทธิของผู้ถูกทดลอง โดยวางหลักให้สิทธิดังกล่าว จะถูกล่วงละเมิดมิได้ ผู้ถูกทดลองจะต้องได้รับการเอาใจใส่เสมอ จะต้องมีการกระทำทุกวิถีทางเพื่อรักษาไว้ซึ่งเรื่องส่วนบุคคลของผู้ถูกทดลองนั้น สภาพที่ล่วงละเมิดมิได้ของร่างกาย

เหมาะสมกับนโยบายของรัฐ โดยบัญญัติกฎหมายให้มีแต่การทดลองที่เป็นการรักษาเท่านั้นที่จะกระทำได้

ในยุคที่ประเทศต่างๆ ได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทดลองรักษา จึงมีการให้คำจำกัดความไว้ว่า การทดลองรักษา หมายถึง การใช้วิธีการรักษาอย่างใหม่ในกรณีที่ไม่มีการรักษามาตรฐานอยู่ก่อน หรือมีวิธีการรักษาที่เป็นมาตรฐานอยู่ก่อนแต่ได้ทำการรักษาแตกต่างออกไป เพื่อทดลองว่าการรักษาอย่างใหม่มีผลดีกว่าการรักษาอย่างเก่า⁴⁴ โดยลักษณะของการทดลองรักษามีหลักการดังนี้⁴⁵

(1) การทดลองรักษาเป็นกรณีที่แพทย์ทดลองประสิทธิภาพในการรักษาแบบใหม่ ซึ่งยังไม่เคยมีวิธีการรักษาที่เป็นมาตรฐานมาก่อนเลย ซึ่งผู้ป่วยจะได้รับการดูแลและการบรรเทาความเจ็บปวดตามอาการ หรือ

(2) เป็นกรณีที่แพทย์ทดลองประสิทธิภาพในการรักษาแบบใหม่เปรียบเทียบกับการรักษาแบบเก่า หรือ

จิตใจ และสภาพที่เกี่ยวข้องกับส่วนตัวของผู้ป่วยจะต้องได้รับการกระทบกระเทือนน้อยที่สุดเท่าที่จะน้อยได้นอกจากนี้ยังวางหลักเกี่ยวกับผู้ทำการวิจัยว่าจะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถทางวิชาการเท่านั้น และจะต้องกระทำภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์ที่มีประสบการณ์จากทางโรงพยาบาล แพทย์จะต้องรับภาระในการรับผิดชอบผู้ถูกทดลอง จะให้ผู้ถูกทดลองแบกรับภาระเองไม่ได้เด็ดขาด แม้ว่าผู้ถูกทดลองจะได้ให้ความยินยอมแล้วก็ตาม ในการลงพิมพ์ผลผลการทดลอง แพทย์จะต้องเขียนถึงสิ่งที่พบไว้อย่างชัดเจน ห้ามมิให้รับรายงานการทดลองที่มีได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่วางไว้ในแถลงการณ์ลงพิมพ์เผยแพร่ การวางแผนและการดำเนินการทดลองจะต้องบันทึกไว้เป็นหลักฐานในสำนวนการทดลองอย่างชัดเจน สำนวนการทดลองนี้จะต้องส่งไปให้คณะกรรมการอิสระที่ตั้งขึ้นเป็นพิเศษ เพื่อปรึกษาความเห็นหรือเพื่อตรวจดู สำนวนการทดลองต้องอธิบายและแสดงว่าได้ทบทวนถึงปัญหาจริยธรรมที่เกี่ยวกับการดำเนินการทดลอง อันเป็นการทดลองที่หลักเกณฑ์ของแถลงการณ์นี้ได้ยอมรับแล้ว สนใจโปรดดู กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ,อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 26* , น.102-103.

⁴⁴ Raymond Hoffenberg, " Research on Health Volunteers; A report of the Royal college of Physicians" Journal of the Royal college of Physicians of London (1996 ; 20) pp.244.

⁴⁵ ชัชวิน ระจับภัย,อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 22* น.10

(3) เป็นกรณีที่แพทย์ใช้วิธีการรักษาแบบใหม่กับผู้ป่วยที่เจ็บป่วยรุนแรงและใช้การรักษามาตรฐานมาแล้วแต่ไม่เป็นผล

ไม่ว่าการทดลองรักษาจะเป็นไปในลักษณะใดก็ตาม การจะพิจารณาว่าการรักษาใดเป็นการทดลองรักษา ต้องพิจารณาว่าการรักษานั้นมีความเบี่ยงเบนออกไปจากมาตรฐานหรือเวชปฏิบัติอันเป็นที่ที่ยอมรับกันหรือไม่⁴⁶ มาตรฐานหรือเวชปฏิบัติอันเป็นที่ที่ยอมรับกันนี้พิจารณาได้จากตำราที่วงการแพทย์รับรอง ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป หรือเป็นต้นตำรับในวิชาชีพ ตลอดจนสิ่งที่สอนกันในโรงเรียนแพทย์ปัจจุบันและหลักสูตรต่อเนื่องหลังปริญญา รวมถึงข้อมูลที่ตีพิมพ์ในเอกสารทางการแพทย์ที่แพร่หลาย เชื่อถือได้ และเป็นวิธีการที่วงการแพทย์โดยทั่วไปได้ยอมรับแล้ว⁴⁷ ดังจะเห็นได้จากคดีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ โจทก์ชาห์ วิธีการรักษาที่ได้รับการยอมรับในสมัยนั้น คือ การกดกระดูกที่หักให้เข้าที่จนกว่ากระดูกจะประสานกันสนิท แต่แพทย์ได้ใช้เครื่องมือที่คิดค้นขึ้นเองในการยึดกระดูกโจทก์ ทำให้กระดูกขาของโจทก์ไม่ประสานกัน ศาลตัดสินว่าโดยปกติแพทย์จะต้องรักษาด้วยความชำนาญและวิธีการที่เหมาะสม เมื่อแพทย์ใช้วิธีการที่ไม่เหมาะสมในการรักษา อันเป็นวิธีการที่ตรงข้ามกับเกณฑ์มาตรฐาน การกระทำของแพทย์เป็นการทดลองรักษา⁴⁸ ในทางตรงกันข้ามหากการรักษาเป็นการกระทำตามมาตรฐานแต่แพทย์กระทำผิดพลาดหรือการรักษาไม่บังเกิดผลย่อมไม่ใช่การทดลองรักษา ดังจะเห็นได้จากคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ เช่น โจทก์ฟ้องว่าจำเลยกระทำการทดลองรักษาโดยบริหารยาในปริมาณที่แตกต่างออกไป ศาลได้วินิจฉัยว่าการบริหารยาในปริมาณที่แตกต่างออกไปจากผู้ผลิตกำหนด ยังไม่เป็นการรักษาที่เบี่ยงเบนไปจากเวชปฏิบัติปกติ จึงไม่เป็นการทดลองรักษา⁴⁹ หรือในคดีที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา โจทก์ได้ขอรับการรักษาจากแพทย์ด้วยอาการถุงลมโป่งพอง แพทย์ได้แนะนำให้รักษาด้วยการผ่าตัดเอาปมประสาทที่ติดอยู่กับหลอดเลือดแดงใหญ่ที่บริเวณลำคอ (carotid body) ออก ผู้ป่วยยินยอม และการรักษาได้กระทำถูกต้องทุกประการ แต่กลับไม่เกิดผล ผู้ป่วยจึงฟ้องแพทย์ว่ากระทำการผ่าตัดโดยไม่มีความจำเป็น โดยมีแพทย์ที่กระทำการรักษาด้วยวิธี

⁴⁶ เฟ็งอ้าง, น.8

⁴⁷ เฟ็งอ้าง, น.10

⁴⁸ เฟ็งอ้าง, น.9

⁴⁹ คดี Salgo v. Leland Stanford University 1957 สนใจโปรดดู เฟ็งอ้าง, น.8

นี้เพียง 6 คนในโลก และ 3 คนในสหรัฐอเมริกา คดีนี้ศาลตัดสินว่า กรรมวิธีการรักษาที่ถูกปฏิเสธโดยหมู่แพทย์ส่วนใหญ่ ไม่ถือว่าเป็นการทดลอง กรณีนี้เป็นเพียงเวชปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมเท่านั้น⁵⁰

ในเมื่อการทดลองรักษาจะเป็นการทดลองรักษาต่อเมื่อเบี่ยงเบนจากมาตรฐาน หากมีข้อพิสูจน์ว่าการรักษาในแบบดังกล่าวมีประสิทธิภาพและเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวาง การทดลองรักษานั้นก็อาจจะกลายเป็นวิธีการรักษามาตรฐานต่อไป

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าการทดลองรักษาหมายถึงการใช้วิธีการรักษาอย่างใหม่ที่เบี่ยงเบนไปจากวิธีการรักษามาตรฐาน ซึ่งอาจจะไม่มีวิธีการรักษาที่เป็นมาตรฐานอยู่ก่อน หรือมีวิธีการรักษาที่เป็นมาตรฐานอยู่ก่อนแต่ได้ทำการรักษาแตกต่างออกไปเพื่อทดลองว่าการรักษาอย่างใหม่มีผลดีกว่าการรักษาอย่างเก่า

3. การกระทำโดยดเว้นและความผิดฐานละเว้นและทอดทิ้ง

การกระทำในเชิงลบในคดีอาญาอาจเป็นการกระทำโดยดเว้นในความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา หรือ ความผิดฐานละเว้น หรือ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้ ในส่วนนี้จะศึกษาถึงการกระทำโดยดเว้น ความผิดฐานละเว้นและทอดทิ้งในหลักการทั่วไปเสียก่อน เพื่อที่จะเป็นรากฐานในการศึกษาการกระทำโดยดเว้น ความผิดฐานละเว้นและทอดทิ้งของแพทย์โดยเฉพาะต่อไป ดังนี้

3.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำโดยดเว้น

ในหัวข้อหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำโดยดเว้นนี้จะศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์หน้าที่เพื่อป้องกันผลและความสัมพันธ์ระหว่างการทำและผลดังที่อาจจะแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

(1) หน้าที่เพื่อป้องกันผล

เนื่องจากมาตรา 59 วรรคสองบัญญัติไว้ว่า “กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น” และมาตรา 59 วรรคท้าย ได้บัญญัติไว้ว่า “การกระทำให้หมายความรวมถึง การให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดโดยดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล” ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการ

⁵⁰ คดี Hood V. Phillips สนใจโปรดดู เพิ่งอ้าง ,น.9

กระทำตามกฎหมายอาญาอาจแบ่งออกเป็นกระทำโดยเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับ และการกระทำโดยงดเว้นซึ่งหมายถึงการที่จิตใจบังคับให้ร่างกายอยู่เฉยๆ ทั้งที่ตนมีหน้าที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผล⁵¹

เมื่อการกระทำโดยงดเว้น (Indirect omissions) เป็นการกระทำอย่างหนึ่งผู้กระทำจึงต้องรับผลเท่ากับมีการกระทำโดยเคลื่อนไหวร่างกาย ทั้งๆที่ความจริงแล้วผู้กระทำเพียงแต่อยู่เฉยๆ⁵² การกระทำโดยงดเว้นจึงไม่เกิดกับบุคคลทุกคนที่ไม่กระทำ เพราะจะเป็นการหาขอบเขตไม่ได้ เนื่องจากกฎหมายอาญาจะต้องมีความชัดเจนแน่นอน การกระทำโดยงดเว้นจึงจำกัดไว้แต่เฉพาะบุคคลที่มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผล⁵³ กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องมีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงในการป้องกันผลนั้น แต่กลับงดเว้นไม่กระทำตามหน้าที่⁵⁴ โดยหน้าที่ดังกล่าวจะต้องไม่เป็นเพียงหน้าที่ตามศีลธรรม (moral obligation) แต่จะต้องเป็นหน้าที่ที่เกิดจากกฎหมาย สัญญา หรือ ความรับผิดชอบอันเกิดจากการเข้ารับหน้าที่และผู้กระทำงดเว้นเสียไม่กระทำต่อให้ลุกล้าง⁵⁵ ทั้งนี้ผู้กระทำจะต้องรู้หรือควรรู้ถึงข้อเท็จจริงอันทำให้ตนมีหน้าที่โดยเฉพาะที่จักต้องป้องกันผลและจะต้องรู้หรือควรรู้ถึงผลอันอาจเกิดขึ้นจากการไม่ทำตามหน้าที่ของตน แต่ไม่ต้องรู้ว่าตนมีหน้าที่ดังกล่าวด้วย⁵⁶

⁵¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, รายงานวิจัยเสริมหลักสูตร เรื่อง การกระทำและการไม่กระทำ ในกฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร) น.20

⁵² เนื่องจากการกระทำโดยงดเว้นทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษเช่นเดียวกับการเคลื่อนไหวร่างกายทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วผู้กระทำเพียงแต่อยู่เฉยๆ จึงเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า unreal omission สนใจโปรดดู แวรวี สังขพงษ์, “การกระทำโดยงดเว้น,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527) น.25.

⁵³ วรณดี วิไลรัตน์, “การไม่กระทำในทางอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532) น.17.

⁵⁴ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคหนึ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544) น.53

⁵⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาลึกและปัญหา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545) น.52

⁵⁶ เพิ่งอ้าง, น.24-25

ดังนั้นการจะเป็นการกระทำโดยงดเว้นการอันจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล ต่อเมื่อเกิด มีสภาวะที่ก่อหน้าที่ให้ผู้กระทำและผู้กระทำจะต้องมีกำลังความสามารถทางกายภาพที่จะป้องกัน ผลนั้นได้⁵⁷ โดยหน้าที่ป้องกันผลดังกล่าวอาจแยกพิจารณาเป็นหัวข้อต่างๆดังต่อไปนี้

(1.1) หน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Duty based upon statute)

หน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาจจะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดก็ได้ ไม่ จำเป็นต้องเป็นกฎหมายอาญา เพียงแต่หน้าที่ที่กำหนดไว้นั้นจะต้องเป็นหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจง ของผู้กระทำ ไม่ใช่หน้าที่ของพลเมืองดีโดยทั่วไป⁵⁸ สำหรับบทบัญญัติที่บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของ แพทย์ มีดังนี้

ก. ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 หมวด 3 ข้อ 1 ให้แพทย์ต้องรักษามาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุด ฉะนั้น หากแพทย์รักษาไปโดยใช้มาตรฐานระดับต่ำ และเกิดอันตรายแก่ผู้ป่วย การกระทำของแพทย์ย่อม เป็นการงดเว้นการอันจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล

ข. ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 หมวด 3 ข้อ 6 วางหลักให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่ประกอบวิชาชีพโดยไม่คำนึงถึงความ ปลอดภัยของผู้ป่วย ฉะนั้นในการรักษาของแพทย์ แพทย์จะต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ป่วย เป็นหลัก หากการรักษาของแพทย์เป็นไปโดยคำนึงถึงสิ่งอื่นมากกว่าความปลอดภัยของผู้ป่วย ย่อมเป็นการกระทำโดยงดเว้น

⁵⁷ นอกจากผู้กระทำจะมีหน้าที่แล้ว ผู้กระทำยังจะต้องมีความสามารถที่จะกระทำเพื่อ ป้องกันผลนั้นได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักบุคคลไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาอันเนื่องมาจากการงดเว้นกระทำ การที่เขาไม่มีความสามารถที่จะกระทำได้ตามหน้าที่ หรือ Lex non coait ad impossibilia ที่มี หลักอยู่ว่ากฎหมายย่อมไม่บังคับให้ผู้ใดกระทำในสิ่งซึ่งเป็นไปไม่ได้ เช่น แพทย์ที่มีสัญญารักษา ผู้ป่วย แต่ไม่มีความสามารถในการรักษาเฉพาะทาง ย่อมมีหน้าที่เพียงให้การรักษาเบื้องต้นแก่ ผู้ป่วย แต่ไม่มีหน้าที่รักษาเฉพาะทางหากตนไม่มีความสามารถเช่นนั้น หรือแพทย์ฝึกหัดที่ไม่มี ความเชี่ยวชาญในเรื่องสมอง ย่อมไม่มีหน้าที่ต้องผ่าตัดสมอง เพียงแต่ให้การรักษาในเบื้องต้นตาม ความสามารถของตนและติดต่อแพทย์ที่เชี่ยวชาญเท่านั้น สนใจโปรดดู แวรวี สังขพงษ์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 52 น. 46.

⁵⁸ เฝิงอ้าง, น.41.

ดังนั้นโดยสรุปแล้วหน้าที่ของแพทย์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คือ การใช้มาตรฐานการประกอบวิชาชีพระดับสูงและจะต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ป่วยเป็นหลัก

(1.2) หน้าที่ที่เกิดจากพฤติการณ์บางอย่างของผู้กระทำ

หน้าที่ป้องกันผลอาจจะเกิดจากการกระทำบางประการของผู้กระทำความผิดเอง ซึ่งอาจแยกพิจารณาเป็นหัวข้อได้ดังนี้

ก. หน้าที่ที่เกิดจากการยอมรับโดยเจาะจง หน้าที่ที่เกิดจากการยอมรับนี้อาจเป็นการยอมรับโดยมีสัญญาหรือไม่มีสัญญาก็ได้

(ก) กรณีไม่มีสัญญา อาจเกิดจากการที่แพทย์ยอมรับโดยเจาะจงที่จะลงมือกระทำการอันเป็นการป้องกันผลความตายที่จะเกิดขึ้นกับผู้ป่วย แพทย์ย่อมมีหน้าที่ป้องกันผลนั้น⁵⁹

(ข) กรณีที่มีสัญญา จะต้องเป็นสัญญาซึ่งก่อหน้าที่เพื่อป้องกันผลที่จะเกิดขึ้นเท่านั้น กล่าวคือ การที่ผู้ป่วยมาพบแพทย์และแพทย์ได้ตกลงรักษาผู้ป่วย เป็นการสัญญาว่าแพทย์จะป้องกันไม่ให้ผลความตายเกิดขึ้นเนื่องจากการไม่รักษา แต่มิได้สัญญาว่าแพทย์จะป้องกันไม่ให้ผลความตายเกิดขึ้นจากความเจ็บป่วยของผู้ป่วยเอง ดังนั้นหากแพทย์สัญญาจะรักษาแล้วกลับงดเว้นไม่ให้ยาบางอย่างจนผู้ป่วยตาย ทั้งที่หากให้ยาผู้ป่วยจะไม่ตาย ผลความตายเกิดจากการไม่รักษา การกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยงดเว้นการอันจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล แต่หากแพทย์รักษาอย่างสุดความสามารถแล้วแต่โรคของผู้ป่วยเกินกำลังที่จะรักษา ผู้ป่วยได้ตายเพราะโรค แพทย์ไม่มีหน้าที่ตามสัญญาจะต้องป้องกันผลความตายตามธรรมชาติ การกระทำของแพทย์ไม่ใช่การกระทำโดยงดเว้น

ข. หน้าที่ที่เกิดจากการกระทำก่อนๆของตน กรณีที่บุคคลกระทำการอย่างหนึ่งลงไป และการกระทำนั้นนำมาซึ่งภัยอันตราย เขาย่อมมีหน้าที่ป้องกันภัยอันตรายนั้น⁶⁰ ดังที่จะแยกพิจารณาได้ดังนี้

⁵⁹ เช่น ผู้ป่วยใช้อุปกรณ์ช่วยหายใจที่ทำงานโดยอัตโนมัติ แต่จะปิดตัวเองลงทุกๆ 24 ชั่วโมง และทุกครั้งที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว จะมีแพทย์ผู้หนึ่งเดินมาเปิดเครื่องช่วยหายใจ ทั้งๆที่ไม่ใช่แพทย์เจ้าของไข้ แพทย์ผู้นี้ย่อมมีหน้าที่ที่เกิดจากการยอมรับโดยเฉพาะเจาะจง หากอยู่มาวันหนึ่งเขากลับไม่ไปเปิดเครื่องช่วยหายใจ เพราะอยากให้ผู้ป่วยตาย การกระทำของเขาย่อมเป็นการกระทำโดยงดเว้นการอันจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลความตายนั้น สนใจโปรดดู Ian Kennedy & Andrew Grubb, Medical law : Text with Materials, 2 (London: Butterworths, 1994) pp.1208.

(ก) ผู้กระทำการทำการอันเป็นการเพิ่มความเสี่ยง ผู้กระทำย่อมมีหน้าที่ป้องกันผล⁶¹ ดังจะเห็นได้จากการที่ผู้ป่วยเข้ารับการผ่าตัด ในระหว่างการผ่าตัดศัลยแพทย์เป็นผู้ที่เพิ่มความเสี่ยงให้กับผู้ป่วย ทำให้ชีวิตของผู้ป่วยอยู่ในภยันตราย ศัลยแพทย์ย่อมมีความรับผิดชอบอยู่จนกว่าจะปลอดภัยเท่ากันหรือมากกว่าก่อนที่จะเข้ารับการกระทำนั้น หากศัลยแพทย์หยุดผ่าตัดเสียกลางคันไม่ยอมเย็บปิดแผลย่อมเป็นการงดเว้นการอันจะต้องกระทำเพื่อป้องกันผล⁶²

(ข) ผู้กระทำได้เข้าช่วยเหลือผู้ถูกกระทำแล้ว ย่อมมีหน้าที่ต้องช่วยเหลือให้ตลอดรอดฝั่ง จนกว่าผู้้นั้นจะมีความปลอดภัยโดยสมบูรณ์⁶³ กล่าวคือ เมื่อศัลยแพทย์ผ่าตัดผู้ป่วยจนเสร็จสิ้นและย้ายมาอยู่ในห้องพักฟื้น ศัลยแพทย์ก็ยังมีหน้าที่ดูแลหลังการผ่าตัด ซึ่งการผ่าตัดนั้นเองเป็นการกระทำก่อนๆของตน หากแพทย์ไม่ดูแลจนกว่าผู้ป่วยจะมีความปลอดภัยโดยสมบูรณ์แล้ว การกระทำของแพทย์ย่อมเป็นการงดเว้นการอันจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล

(2) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เกิดขึ้น (Causation)

เมื่อมีผลคือความตายหรือบาดเจ็บสาหัสของผู้ป่วยเกิดขึ้นและการกระทำของแพทย์ครบองค์ประกอบทั้งภายนอกและภายในตามฐานความผิดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาแล้ว การ

⁶⁰ หยุต แสงอุทัย, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 54, น. 54.

⁶¹ กรณีที่แพทย์ก่อหรือเพิ่มความเสียหายอาจเห็นได้จากคดีในศาลต่างประเทศที่มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า หลังจากที่วิสัญญีแพทย์ได้วางยาสลบผู้ป่วยจนสลบแล้ว ในระหว่างการผ่าตัด วิสัญญีแพทย์ได้ออกไปจากห้องผ่าตัดเพื่อดื่มเครื่องดื่ม ผู้ป่วยเสียชีวิตเนื่องจากหัวใจหยุดเต้นกะทันหัน อันเป็นผลมาจากปริมาณยาสลบ วิสัญญีแพทย์มีหน้าที่วางยาสลบในปริมาณที่พอเหมาะ กับสภาพของผู้ป่วย เมื่อดมยาแล้ว ผู้ป่วยย่อมอยู่ในภาวะที่เป็นอันตรายมากกว่าก่อนที่จะดมยา วิสัญญีแพทย์จึงมีหน้าที่ป้องกันผลความตายที่เกิดจากการดมยาไปจนกว่าการผ่าตัดจะเสร็จสิ้น การที่วิสัญญีแพทย์ออกจากห้องผ่าตัดเพื่อมาดื่มเครื่องดื่ม ย่อมเป็นการกระทำโดยงดเว้นการอันจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล ศาลได้ตัดสินว่าเป็นการกระทำความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาทเพราะวิสัญญีแพทย์ไม่ได้มีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลความตาย ซึ่งการกระทำโดยประมาทอาจเกิดจากการกระทำโดยงดเว้นได้ เพราะการกระทำโดยงดเว้นเป็นการกระทำอันเป็นองค์ประกอบภายนอก แต่ประมาทเป็นองค์ประกอบภายใน สนใจโปรดดู แวรวี สังขพงษ์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 52, น.33.

⁶² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 55, น.22

⁶³ แวรวี สังขพงษ์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 52 น.46.

ที่แพทย์จะต้องรับผิดชอบเพราะการงดเว้นการจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลหรือไม่ ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เกิดขึ้นด้วย โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

(2.1) หลักในการนำความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เกิดขึ้นมาใช้

โดยปกติแล้วในต่างประเทศจะบัญญัติความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เช่น ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี มาตรา 40 ฉบับ ค.ศ. 1930 วางหลักให้บุคคลไม่ต้องรับโทษ หากผลที่เกิดขึ้นไม่ได้เป็นผลจากการกระทำหรือการงดเว้นกระทำของผู้กระทำ⁶⁴ แต่ประเทศไทยไม่ได้วางหลักเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไว้ในกฎหมายอาญา จะบัญญัติไว้ก็แต่ผลซึ่งตามธรรมชาติย่อมเกิดขึ้นได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 63 ซึ่งผลตามธรรมชาีย่อมเกิดขึ้นได้นั้น จะนำมาวินิจฉัยเฉพาะกับผลที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น แต่ไม่ใช่หลักทั่วไปที่จะนำมาวินิจฉัยกับทุกๆ เรื่อง ถึงกระนั้นก็เป็นที่น่าสนใจอยู่เองว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาเฉพาะในผลที่เกิดจากการกระทำของตนเท่านั้น ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจึงมีหลักการดังนี้⁶⁵

ก. หากผลเป็นผลโดยตรงผู้กระทำต้องรับผิดชอบในผลนั้น หากผลไม่ได้เป็นผลโดยตรงผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ ทฤษฎีที่จะนำมาพิจารณา คือ ทฤษฎีเงื่อนไข⁶⁶

⁶⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค ๑ . พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542) น.226

⁶⁵ เพิ่งอ้าง, น.226 -227

⁶⁶ เช่น วิสัญญีแพทย์มีหน้าที่ต้องป้องกันผลความตายของผู้ป่วยที่เกิดจากการดมยา หากระหว่างการผ่าตัดวิสัญญีแพทย์ได้ออกมาจากห้องผ่าตัดเพื่อดื่มเครื่องดื่ม หลังจากนั้นก็กลับเข้าไป ผู้ป่วยได้ถึงแก่ความตายเพราะศัลยแพทย์ผ่าตัดไม่ดี การกระทำของวิสัญญีแพทย์เป็นการกระทำโดยงดเว้นแล้ว แต่ขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เพราะความตายไม่ได้เป็นผลโดยตรงจากการที่วิสัญญีแพทย์ออกจากห้องผ่าตัด ความตายจึงไม่ได้เกิดจากการกระทำของวิสัญญีแพทย์หรือเช่น คดี *Ocloo v Royal Brompton and Harefield Hospital NHS Trust* ผู้ป่วยได้รับการผ่าตัดหัวใจซึ่งแพทย์มีหน้าที่ต้องดูแลสืบเนื่องจากการรักษา กล่าวคือ มีหน้าที่ป้องกันผลความตายโดยการติดตามผล นัดมาตรวจ และแจ้งให้ทราบว่าจะต้องเข้ารับการตรวจภายในหกเดือนนับจากวันผ่าตัด แต่กลับงดเว้นไม่ได้กระทำเช่นนั้น อีกสองปีถัดมาผู้ป่วยมีอาการหายใจติดขัดและได้รับการสอดท่อสู่หัวใจและเสียชีวิต การกระทำของแพทย์ได้จบลงตั้งแต่การ

ข. หากผลนั้นทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบโดยตรง และเป็นผลธรรมดา ทฤษฎีที่จะนำมาใช้ คือ ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม⁶⁷

ค. หากผลนั้นเกิดจากเหตุแทรกแซงและมีได้ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบเมื่อผลนั้นเป็นผลโดยตรงที่เกิดจากเหตุแทรกแซงที่วิญญูชนคาดหมายได้ หากวิญญูชนคาดหมายไม่ได้ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น ทฤษฎีที่จะนำมาใช้ คือ ทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสม⁶⁸

(2.2) ทฤษฎีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เกิดขึ้น

ในหัวข้อที่แล้วได้กล่าวถึงหลักในการนำความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เกิดขึ้นมาใช้ ซึ่งจะต้องใช้ควบคู่ไปกับทฤษฎีต่างๆ ดังนี้

ก. ทฤษฎีเงื่อนไข (Condition Theory)

หลักเกณฑ์ของทฤษฎีเงื่อนไข คือ ถ้าไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่งแล้ว ผลจะไม่เกิดขึ้น ถือว่าผลเกิดจากการกระทำอันนั้น แม้ว่าผลจะเกิดจากการกระทำอื่นๆ ด้วยก็ตาม แต่หากไม่มีการกระทำอันนั้น ผลก็ยังไม่เกิดขึ้น จะถือว่าผลเกิดจากการกระทำไม่ได้⁶⁹ จึงอาจวางหลักในการพิจารณาได้ดังนี้⁷⁰

(ก) ต้องพิจารณาว่าถ้าไม่มีการกระทำนั้น ผลก็จะไม่เกิดขึ้น ดังนี้ผลย่อมเกิดจากการ

ป่วยครั้งแรกแล้ว ความเจ็บป่วยที่เกิดขึ้นในอีกสองปีถัดมา เป็นความเจ็บป่วยที่เกิดขึ้นใหม่ ที่แม้ไม่มีการกระทำโดยดเว้นในความเจ็บป่วยครั้งแรก ความเจ็บป่วยในครั้งที่สองก็ต้องเกิดขึ้นอยู่ดี อีกทั้งในขณะที่ผู้ป่วยเจ็บป่วยครั้งใหม่ แพทย์ไม่ได้กระทำการใดอันเป็นการก่อกำหนัที่ขึ้นมาใหม่ ผลความตายจึงได้เกิดจากการกระทำของแพทย์ สนใจโปรดดู Westlaw <http://web2.westlaw.com/search/default.wl?RS=WLW4.09&VR=2.0&SV=Split&FN=_top&MT=InternationalLaw&DB=UK-CASELOC&Method=WIN&Query=duty++doctor+omission+death+refuse+treatment&Cnt=DOC&DocSample=False&Cxt=RL&SCxt=WL&SS=CNT&Service=Search&CMD=None&EQ=search&bLinkedCiteList=False&EffDate=1%2f1%2f0001+12%3a00%3a00+AM&Dups=False&origin=Search&RP=%2fsearch%2fdefault.wl&n=6>

⁶⁷ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 64, น.226

⁶⁸ เพิ่งอ้าง, น. 227

⁶⁹ เพิ่งอ้าง, น.227

⁷⁰ เพิ่งอ้าง, น.227 - 234

กระทำ⁷¹

(ข) ต้องพิจารณาว่าถ้าไม่มีการกระทำ ผลก็จะต้องเกิดขึ้นอยู่ดี จะถือว่าผลเกิดจากการกระทำไม่ได้⁷²

(ค) ต้องพิจารณาว่าแม้จะมีการกระทำอื่นๆที่ก่อให้เกิดผลด้วย แต่ถ้าไม่มีการกระทำนั้นแล้ว ผลจะไม่เกิดขึ้น ผลย่อมเกิดจากการกระทำ⁷³ ในทางตรงกันข้าม หากเป็นกรณีที่พิจารณาได้ว่าแม้ไม่มีการกระทำ ผลก็เกิดจากการกระทำของผู้อื่น แต่การกระทำของผู้กระทำก็เพียงพอที่จะทำให้เกิดผลโดยไม่ต้องอาศัยการกระทำของผู้อื่น ผู้กระทำก็จะต้องรับผิดชอบในผลนั้น⁷⁴

⁷¹ เช่นข้อเท็จจริงจากคดี Speed v. State of Iowa, Iowa 1976 หลังการผ่าตัดช่องปาก ผู้ป่วยมีอาการปวดศีรษะรุนแรง การที่แพทย์ทำการผ่าตัดแล้ว ย่อมมีหน้าที่ป้องกันผลอันตรายสาหัสที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการผ่าตัด เมื่อผู้ป่วยปวดหัวรุนแรงแพทย์จะต้องป้องกันผลอันตรายสาหัสด้วยการตรวจเชื้อในไขสันหลังและกระแสเลือด แต่แพทย์งดเว้นเสีย ต่อมาผู้ป่วยตาบอดถาวรเพราะติดเชื้อรุกรามสืบเนื่องจากการผ่าตัด หากแพทย์ตรวจเชื้อและให้ยาฆ่าเชื้อได้ทันผลอันตรายสาหัสจะไม่เกิด เมื่อแพทย์งดเว้นไม่ตรวจเชื้อ ผลความตายย่อมเกิดจากการงดเว้นของแพทย์ สนใจโปรดดู Angely Roddey Holder, Medical Malpractice law (New York : Wiley, 1987) pp.124

⁷² เช่น กรณีที่แพทย์ฉีดยาชาเฉพาะที่ให้แก่คนไข้ผ่าตัด โดยที่แพทย์งดใช้ในโวกเคนแต่ใช้โคเคนแทน คนไข้ตายระหว่างได้รับยาชาอยู่ ผู้เชี่ยวชาญเบิกความว่าแม้ได้รับโวกเคนคนไข้ก็จะตาย เพราะร่างกายภายในที่ซ่อนอยู่ไม่สมบูรณ์ กรณีนี้นี้ความตายไม่ใช่ผลจากการกระทำของแพทย์ สนใจโปรดดู เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64 น.230

⁷³ เช่น ในหนึ่งวันผู้ป่วยต้องได้รับยาสิบกรัมจึงจะไม่ตาย แพทย์ ก. และนายแพทย์ ข. ต่างคนต่างต้องการให้ผู้ป่วยตาย ต่างคนจึงต่างดให้ยาคนละห้ากรัม รวมกันเป็นสิบกรัมผู้ป่วยจึงตาย หากนายแพทย์ก. ไม่ดให้ยาผู้ป่วยจะไม่ตาย หากนายแพทย์ข. ไม่ดให้ยาผู้ป่วยก็จะไม่ตาย ความตายของผู้ป่วยจึงเกิดจากการงดให้ยาของทั้งนายแพทย์ก.และข. รวมกัน นายแพทย์ก.และข. ต่างคนจึงต้องต่างรับผิดชอบในความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา

⁷⁴ เช่น ในหนึ่งวันผู้ป่วยต้องได้รับยาสิบกรัมจึงจะไม่ตาย แพทย์ ก. และนายแพทย์ ข. ต่างคนต่างต้องการให้ผู้ป่วยตาย ต่างคนจึงต่างดให้ยาคนละสิบกรัม ผู้ป่วยจึงตาย หากนายแพทย์ก. ไม่ดให้ยา ผู้ป่วยก็จะต้องตายเพราะการกระทำของนายแพทย์ข. อยู่แล้ว แต่เพราะการกระทำของนายแพทย์ก. เพียงลำพังคนเดียวก็เพียงพอที่จะทำให้ผู้ป่วยตาย ทั้งนายแพทย์ก.และข.

ข. ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม

ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสมอาจแยกพิจารณาเป็นสองกรณี ดังต่อไปนี้

(ก) ในกรณีที่ผลของการกระทำความผิดทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 63 ได้วางหลักให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะผลใด ผลนั้นต้องเป็นผลตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้ ซึ่งก็คือผลตามทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม กล่าวคือ ผู้กระทำสามารถคาดเห็นได้ การคาดเห็นนี้ใช้วิญญูชนเป็นมาตรฐาน และการคาดเห็นนี้ไม่ต้องถึงขั้นเล็งเห็นผล⁷⁵ ในทางตรงกันข้ามหากการกระทำนั้นวิญญูชนไม่อาจคาดเห็นได้ ย่อมไม่ใช่ผลตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้น⁷⁶

(ข) ในกรณีที่ผลของการกระทำเกิดจากเหตุแทรกแซง เหตุแทรกแซง (intervening cause) คือ เหตุที่เกิดขึ้นใหม่หลังจากการกระทำของผู้กระทำในตอนแรก และเป็นเหตุที่ก่อผลในบั้นปลายขึ้น⁷⁷ เมื่อผลเกิดจากเหตุแทรกแซง มิได้เกิดจากการกระทำของผู้กระทำโดยตรง ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นต่อเมื่อเหตุแทรกแซงนั้นเป็นสิ่งที่วิญญูชนคาดหมายได้ (foreseeability) หากวิญญูชนคาดหมายไม่ได้ (unforeseeability) ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลนั้น⁷⁸

ต่างคนจึงต้องต่างรับผิดชอบในผลความตายที่เกิดขึ้น หรือเช่น วิสัญญีแพทย์ต้องการให้ผู้ป่วยตาย ศัลยแพทย์ก็ต้องการให้ผู้ป่วยตาย ในระหว่างการผ่าตัด วิสัญญีแพทย์และศัลยแพทย์ต่างคนต่างออกมาจากห้องผ่าตัดพร้อมๆกัน การกระทำของวิสัญญีแพทย์และศัลยแพทย์แต่ละการกระทำเพียงพอที่จะก่อความตายให้เกิดขึ้น เช่นนี้ทั้งวิสัญญีแพทย์และศัลยแพทย์ต่างคนต่างต้องรับผิดชอบในผลความตายที่เกิดขึ้น

⁷⁵ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เฑียรรรถที่ 64 น. 239

⁷⁶ เพิ่งอ้าง, น. 241 - 242

⁷⁷ เพิ่งอ้าง, น. 247

⁷⁸ เช่น หลังการผ่าตัดช่องปาก ผู้ป่วยมีอาการปวดศีรษะรุนแรง การที่แพทย์ทำการผ่าตัดแล้ว ย่อมมีหน้าที่ป้องกันผลอันตรายสาหัสที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการผ่าตัด เมื่อผู้ป่วยปวดหัวรุนแรงแพทย์จะต้องป้องกันผลอันตรายสาหัสด้วยการตรวจเช็ชในไขสันหลังและกระแสเลือด แต่แพทย์งดเว้นเสีย ต่อมาผู้ป่วยตาบอดถาวรเพราะติดเชื้อรุกรามสืบเนื่องจากการผ่าตัด ผู้ป่วยจึงฆ่าตัวตายเพราะเสียใจที่ตนตาบอด การฆ่าตัวตายเป็นเหตุแทรกแซงที่วิญญูชนคาดหมายไม่ได้ แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบในผลความตาย คงรับผิดชอบแต่ผลอันตรายสาหัสเท่านั้น

เหตุแทรกแซงอาจเกิดได้หลายกรณี แต่ละกรณีจะเป็นเหตุที่วิญญูชนคาดหมายได้หรือไม่ต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆไป⁷⁹ โดยอาจจะเป็นเหตุแทรกแซงซึ่งเป็นเหตุธรรมชาติ ได้แก่ ฟ้าผ่า ลมพายุ เชื้อโรค⁸⁰ เหตุแทรกแซงซึ่งเป็นการกระทำของผู้เสียหาย⁸¹ หรือเหตุแทรกแซงซึ่งเป็นการกระทำของบุคคลที่สามก็ได้⁸²

3.2 การกระทำความผิดฐานละเว้น

ความผิดฐานละเว้น (Direct omission) เป็นฐานความผิดที่รัฐบัญญัติขึ้น (positive law) เพื่อป้องกันผลประโยชน์ของสาธารณชนและการป้องกันสาธารณภัย ตลอดจนเพื่อให้การบริหารงานของรัฐบาลเป็นไปอย่างเรียบร้อย⁸³ โดยความผิดตามกฎหมายอาญาที่รัฐบัญญัติขึ้นนี้ เป็นการบัญญัติให้บุคคลกระทำบางอย่างซึ่งหากไม่กระทำจะเป็นความผิด การไม่กระทำนั้นถือ

⁷⁹ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์ , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64 น.249 – 256

⁸⁰ เช่น ศัลยแพทย์ต้องการฆ่าผู้ป่วยจึงดื่ยบีบแผลผ่าตัด หลังจากนั้นผู้ป่วยต้องเข้ารับการเย็บแผลโดยแพทย์อื่น ผู้ป่วยติดเชื่อจากการเย็บแผลโดยแพทย์อื่น การติดเชื่อเป็นเหตุที่วิญญูชนคาดหมายได้ ศัลยแพทย์จึงต้องรับผิดชอบในความตายนั้น

⁸¹ เช่น ในการตรวจวินิจฉัยโรค แพทย์มีหน้าที่จะต้องแจ้งข้อมูลแก่ผู้ป่วย แต่ไม่แจ้งถึงโอกาสในการหายจากโรค ผู้ป่วยเข้าใจเองว่าไม่มีทางหายจึงฆ่าตัวตาย ย่อมเป็นเหตุแทรกแซงที่วิญญูชนคาดหมายไม่ได้ แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น แต่หากแพทย์ต้องการให้ผู้ป่วยตาย จึงไม่แจ้งข้อมูลว่าหากได้รับการรักษาจะมีโอกาสหายสูง ผู้ป่วยปฏิเสธการรักษาเพราะเข้าใจว่าไม่มีทางรักษา ต่อมาผู้ป่วยตายเพราะการปฏิเสธการรักษานั้น การปฏิเสธการรักษาเป็นเหตุแทรกแซงที่วิญญูชนคาดหมายได้ แพทย์จึงต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น

⁸² สำหรับโดยทั่วไปได้แก่การกระทำโดยประมาทของบุคคลที่สาม โดยปกติแล้วมักจะเป็นการกระทำโดยประมาทเพราะเหตุที่มีการกระทำของผู้กระทำในตอนแรก เช่น ศัลยแพทย์ ก. อยากให้ผู้ป่วยตาย ในระหว่างการผ่าตัด จึงหยุดเสี้ยกลางคันและออกมาจากห้องผ่าตัด พยาบาลเห็นว่าศัลยแพทย์ ก. หายไปนานและตามตัวไม่ได้จึงเรียกศัลยแพทย์ ข. มาทำการผ่าตัดแทนจนเสร็จ แต่ศัลยแพทย์ ข. ผ่าตัดประมาทผู้ป่วยจึงถึงแก่ความตาย เช่นนี้ศัลยแพทย์ ก. ต้องรับผิดชอบฆ่าคนตายโดยเจตนา และนายแพทย์ ข. ต้องรับผิดชอบฆ่าคนตายโดยประมาท

⁸³ แวรวี สังขพงษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52, น.24.

เป็นการกระทำความผิดโดยการละเว้น ละเว้นจึงเป็นการกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกายอีกประการหนึ่ง⁸⁴ ซึ่งมีความแตกต่างจากการกระทำโดยงดเว้นเพราะการกระทำโดยงดเว้นเป็นการที่ผู้กระทำมีหน้าที่เฉพาะที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผล ส่วนละเว้นเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีหน้าที่โดยทั่วไปที่จะต้องกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง⁸⁵ และการกระทำโดยงดเว้นเป็นการกระทำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 59 วรรคท้ายแห่งประมวลกฎหมายอาญา ส่วนละเว้นเป็นฐานความผิดที่มีอยู่มากมายหลายมาตรา ทั้งในประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่น

แม้ว่าความผิดฐานละเว้นจะมีอยู่มากมายแต่ความผิดฐานละเว้นในประมวลกฎหมายอาญา ที่จะต้องนำมาพิจารณาเมื่อแพทย์ไม่รักษาตามคำปฏิเสธการรักษา คือความผิดฐานไม่ช่วยเหลือผู้ที่ตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิตใน มาตรา 374 ที่บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดเห็นผู้อื่นตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิต ซึ่งตนอาจช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่น แต่ไม่ช่วยตามความจำเป็น ต้องระวางโทษ...”

ความผิดฐานละเว้นไม่ช่วยเหลือผู้ที่ตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิตตามมาตรา 374 มีหลักการดังนี้ คือ

(1) ผู้กระทำให้ผู้อื่นตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิต ภยันตรายแห่งชีวิต คือ ภัยที่เกิดขึ้นอย่างฉับพลัน⁸⁶ และเป็นภัยที่อาจทำให้บุคคลถึงแก่ความตายได้⁸⁷ ดังนั้นหากอาการเจ็บป่วยนี้ไม่อาจทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายได้ แพทย์ไม่ช่วยเหลือ ย่อมไม่มีความผิดฐานนี้

(2) ภยันตรายแห่งชีวิตนั้นต้องเป็นภยันตรายที่ผู้กระทำอาจช่วยได้ กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องอยู่ในสถานที่นั้นและมีความสามารถที่จะช่วยได้ ดังนั้นหากแพทย์ไม่ได้อยู่ในสถานที่ที่ต้องการความช่วยเหลือ ย่อมเป็นภยันตรายที่แพทย์ไม่อาจช่วยได้ เมื่อเพิกเฉยเสียย่อมไม่เป็นการละเว้น⁸⁸ เช่น แพทย์อยู่ที่โรงพยาบาล มีผู้โทรศัพท์มาแจ้งว่ามีผู้ประสบอุบัติเหตุที่อื่น ซึ่งห่างไกลจากโรงพยาบาลพอสมควร หากแพทย์ไม่ออกไปให้ความช่วยเหลือ ก็ไม่เป็นการละเว้น

⁸⁴ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์ , อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 64 น.90.

⁸⁵ เพิ่งอ้าง, น.90.

⁸⁶ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2545) น. 376.

⁸⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 . พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2545) น. 3200.

⁸⁸ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 86 น. 375 - 376.

(3) ผู้กระทำอาจช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่น อันตรายนี้ไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นหากเข้าช่วยเหลือไป เพียงแต่เป็นที่น่ากลัวว่าจะเกิดก็เพียงพอแล้ว และอันตรายดังกล่าวเป็นอันตรายที่ควรเกรงว่าจะเกิดได้กับตนเองหรือผู้อื่นก็ได้⁸⁹

(4) คุณธรรมของความผิดฐานนี้ คือ ความปลอดภัยสาธารณะ⁹⁰ หน้าที่นี้จึงเป็นหน้าที่โดยทั่วไปของพลเมืองดี แพทย์นอกจากจะเป็นแพทย์แล้วยังมีเป็นพลเมืองดีอีกด้วย ดังนั้นในกรณีที่แพทย์พบเห็นผู้ที่ตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิตก็จะต้องเข้าช่วยเหลือตามหน้าที่พลเมืองดี

3.3 การกระทำความผิดฐานทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้

การที่แพทย์ไม่ดูแลผู้ป่วยอาจมีความผิดฐานทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 307⁹¹ และอาจจะต้องรับโทษหนักขึ้นหากผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้นั้นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 308⁹² โดยมีหลักการดังนี้

ก. ผู้กระทำมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญา ต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ กล่าวคือ ต้องปรากฏว่าผู้กระทำมีความสัมพันธ์กับผู้ถูกกระทำตามกฎหมายหรือสัญญา หน้าที่นี้จึงไม่ใช่หน้าที่ดูแลตามข้อเท็จจริงหรือศีลธรรม อันไม่ถึงกับเป็นความผูกพันทางสัญญา⁹³

ข. ผู้กระทำได้ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้ การทอดทิ้งจึงต้องปรากฏว่าผู้ป่วยนั้นเป็นผู้ที่เป็นผู้ที่พึ่งพาตนเองมิได้ กล่าวคือ ไม่สามารถคุ้มครองรักษาตัวเองได้ในพฤติการณ์ขณะนั้น⁹⁴

⁸⁹ เช่น แพทย์ให้การปฐมพยาบาลผู้ป่วยบนรถพยาบาล ระหว่างทางที่รถกำลังมุ่งหน้าตรงไปยังโรงพยาบาลได้ผ่านบริเวณซึ่งเกิดอุบัติเหตุขึ้น หากแพทย์ลงไปช่วยผู้ประสบอุบัติเหตุแล้วทิ้งผู้ป่วยไปโรงพยาบาลอาจจะมีอันตรายเกิดขึ้นกับผู้ป่วยได้ กรณีนี้แพทย์ไม่มีความผิดฐานละเว้น เพราะแพทย์ไม่อาจช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายที่จะเกิดแก่ผู้อื่น

⁹⁰ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 86 น. 375.

⁹¹ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 307 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ เพราะอายุ ความป่วยเจ็บ การพิการหรือจิตพิการ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสียโดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษ...”

⁹² มาตรา 308 แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 308 บัญญัติไว้ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา... 307 เป็นเหตุให้ผู้ถูกทอดทิ้งถึงแก่ความตายหรือรับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษ...”

⁹³ จิตติ ดิงศภัทิย์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 87 น. 276.

⁹⁴ เพ็งอ้าง, น.76.

โดยกฎหมายได้บัญญัติให้ผู้ที่ถูกทอดทิ้ง คือ ผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้เพราะอายุ ความป่วยเจ็บ การพิการหรือจิตพิการ ในกรณีของแพทย์ผู้ถูกกระทำจึงเป็นผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้เพราะความเจ็บป่วย ซึ่งนอกจากโรคภัยไข้เจ็บตามปกติแล้วแล้วยังรวมไปถึงความเมาและการเจ็บครรภ์คลอดด้วย⁹⁵

ค. ในเรื่องขององค์ประกอบภายใน ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ และจะต้องต้องการให้ผู้ที่ถูกทอดทิ้งตกอยู่ในภาวะที่ตนเห็นว่าอาจอยู่ในอันตราย⁹⁶ แต่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ขนาดที่ว่าภาวะนั้นเป็นภาวะที่ต้องเกิดอันตรายแก่ผู้ป่วยอย่างแน่นอน เพราะหากเป็นเช่นนั้นย่อมเป็นเจตนาเล็งเห็นผล ในความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา⁹⁷

ง. ความผิดฐานทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้เป็นการกระทำที่ไม่ต้องการผลอันตราย เพียงแต่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตของผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ก็เพียงพอแล้วที่จะเป็นความผิดสำเร็จ ดังนั้นความผิดฐานนี้จึงต้องมีสภาวะที่น่าจะเป็นอันตราย หากไม่มีสภาวะดังกล่าวก็ไม่เป็นความผิดฐานทอดทิ้ง⁹⁸

⁹⁵ คณิต ณ นคร, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 86 น. 104.

⁹⁶ คณิต ณ นคร, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 86 น. 105.

⁹⁷ เช่น แพทย์พยาบาลพากันนัดหยุดงานทั้งโรงพยาบาล ทั้งๆที่รู้ว่ามีผู้ป่วยหนักอยู่ในโรงพยาบาล การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการทอดทิ้ง แต่หากแพทย์หยุดงานโดยที่ยังมีแพทย์และพยาบาลอื่นอยู่ในโรงพยาบาลย่อมไม่เป็นการทอดทิ้งผู้ป่วย ในทางตรงกันข้ามหากแพทย์และพยาบาลทุกคนนัดหยุดงาน โดยที่ทราบดีว่าเครื่องช่วยหายใจจะปิดตัวเองลงทุกๆ 24 ชั่วโมง และจะต้องเปิดใหม่ จึงเล็งเห็นผลได้ว่าหากไม่มีแพทย์และพยาบาลอยู่ในโรงพยาบาลเลย ผู้ป่วยที่ใช้เครื่องช่วยหายใจอยู่จะต้องถึงแก่ความตายอย่างแน่นอน การกระทำของแพทย์และพยาบาลเป็นการกระทำในความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาเล็งเห็นผล สนใจโปรดดู สัญชัย สัจจวานิช, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัณฑิตยสภา) น.120

⁹⁸ เช่น คดี Miller v Dore 1959 หญิงมีครรภ์มีกำหนดคลอดในวันที่ 16 พฤษภาคม 1956 ซึ่งแพทย์ผู้รับฝากครรภ์รู้สึกเหน็ดเหนื่อยจากการทำงานจึงไปตกปลา โดยแพทย์ผู้รับฝากครรภ์ได้จัดให้มีสูตินารีแพทย์อื่นดูแลในระหว่างที่ตนไม่อยู่แล้ว เพียงแต่ไม่ได้แจ้งให้หญิงมีครรภ์ทราบ การกระทำของแพทย์เป็นการกระทำที่สมควรตำหนิอย่างยิ่ง แต่ไม่มีความผิดอาญารฐานทอดทิ้งแต่อย่างใด เพราะการที่แพทย์ผู้รับฝากครรภ์จัดให้มีสูตินารีแพทย์อื่นดูแลอยู่ย่อมไม่มี

จ. หากผู้ป่วยต้องตายหรือเป็นอันตรายสาหัสเพราะการทอดทิ้งตามมาตรา 307 แพทย์ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 308 แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁹⁹

สถานะที่น่าจะเป็นอันตราย หรือเช่น คดี *Katsetos v Nolan* ผู้ป่วยคลอดบุตรคนที่สี่และช็อกไปสูตินารีแพทย์สันนิษฐานว่าเป็นเพราะเลือดออกภายใน และตามแพทย์อายุรศาสตร์มาตรวจดู แต่ไม่อาจวินิจฉัยได้ว่ามีอาการแตกของหลอดเลือดแดงในมดลูก ในภาวะอันตรายเช่นนั้น สูตินารีแพทย์ได้ออกจากโรงพยาบาลไปยังคลินิกของตนเพื่อรักษาคนไข้อีกหกคน และไม่กลับมาที่โรงพยาบาลตลอดเวลาที่ผู้ป่วยอยู่ในอันตราย การกระทำของสูตินารีแพทย์เป็นการทอดทิ้ง โดยศาลได้วางหลักไว้ว่าในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉิน หรือสถานการณ์พิเศษ แพทย์ต้องให้การดูแลผู้ป่วยตามจำเป็นและต่อเนื่อง ตราบเท่าที่เหตุการณ์แห่งโรคจะต้องการการดูแล และแพทย์ไม่อาจทิ้งผู้ป่วยให้อยู่ในอันตรายโดยที่ไม่ได้มีคำบอกกล่าวแสดงผลอันสมควรหรือโดยปราศจากการจัดการที่สมควร หรือไม่ได้จัดให้มีแพทย์อื่นดูแล สนใจโปรดดู *Gene A. Blumenreich. "Abandonment"* <<http://www.aana.com/legal/legbrfs/1996/04lb96.asp>> April 1996. pp.4-5

⁹⁹ เช่นข้อเท็จจริงจากคดี *Crowe v Provost* หญิงซึ่งเป็นมารดาเด็กได้พาเด็กชายอายุ 22 เดือนมาพบแพทย์ที่คลินิก แพทย์ได้ให้ยาเพนนิซิลินแก่เด็ก และเขียนใบสั่งยาแอนตี้ไบโอติก เมื่อเด็กได้รับยาแอนตี้ไบโอติกแล้วอาการทรุดลง มารดาได้พาลูกกลับมาที่คลินิกอีก แต่แพทย์ได้ออกไปจากคลินิกเพื่อทานอาหารกลางวัน เด็กได้รับการดูแลจากพยาบาล พยาบาลได้โทรศัพท์เรียกแพทย์และบอกกับแพทย์ว่าเด็กอาการไม่เปลี่ยนแปลงหลังจากได้รับการตรวจ แพทย์ได้บอกว่าการทานอาหารกลางวันเสร็จแล้วจึงจะเข้าคลินิก ขณะนั้นพยาบาลได้ทิ้งผู้ป่วยไว้ที่คลินิกและออกไปทานอาหารกลางวัน แพทย์ได้ทราบแล้วแต่ไม่ได้รับกลับมาก่อนที่พยาบาลจะออกไป ระหว่างที่แพทย์และพยาบาลไม่อยู่ เด็กอาการทรุดลง เด็กอาเจียนและลำลักอาเจียน สุดของเหลวเข้าไปจนถึงแก่ความตาย แม้ว่าทางพิจารณาจะพบว่าความตายของเด็กเกิดจากการติดเชื้อ คดีนี้ศาลเทนเนสซีตัดสินว่า แม้ว่าความตายจะเกิดจากการติดเชื้ออย่างรุนแรง แต่หากมีแพทย์หรือพยาบาลอยู่ ณ ที่นั้น ก็คงจะหาช่องทางให้เด็กหายใจได้ และเด็กจะไม่ถึงแก่ความตาย การกระทำดังกล่าวเป็นการทอดทิ้ง และผลความตายเป็นผลที่เกิดจากการทอดทิ้ง สำหรับการให้ยาเพนนิซิลินแก่ผู้ป่วย อาจมีผู้ป่วยบางกลุ่มเกิดอาการแพ้ และช็อกยาเพนนิซิลิน (*Penicillin shock*) หรือที่เรียกว่า อาการ *anaphylactic shock* ได้ แต่ในการให้ยาเพนนิซิลินนั้น มีหลักอยู่ว่า หากแพทย์ได้สอบถามผู้ป่วยแล้วและได้คำตอบว่าไม่มีประวัติแพ้ยาเพนนิซิลิน หรือหากเป็นที่สงสัยแพทย์ได้

จ. คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานมาตรา 307 คือ ภัยอันตรายต่อชีวิต เนื่องจากเป็นความผิดที่ผู้กระทำทอดทิ้งบุคคล ซึ่งการทอดทิ้งนั้นก่อนหรือเพิ่มอันตรายแก่ชีวิต¹⁰⁰

4 การกระทำของแพทย์โดยงดเว้นและความผิดฐานละเว้นและทอดทิ้ง

ในหัวข้อที่แล้วได้กล่าวถึงการกระทำโดยงดเว้น ความผิดฐานละเว้นและทอดทิ้งในหลักการทั่วไปมาแล้ว สำหรับหัวข้อนี้จะกล่าวถึงการกระทำโดยงดเว้น ความผิดฐานละเว้นและทอดทิ้งของแพทย์โดยเฉพาะ โดยในเรื่องของการกระทำโดยงดเว้นจะกล่าวถึงหน้าที่ของแพทย์ สำหรับความผิดฐานละเว้นจะกล่าวถึงความผิดฐานละเว้นที่บัญญัติไว้สำหรับการกระทำของแพทย์โดยเฉพาะและความผิดฐานทอดทิ้งจะกล่าวถึงหน้าที่ตามกฎหมายหรือสัญญาของแพทย์ ตลอดจนมาตรฐานในการดูแลของแพทย์ ดังจะแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.1 การกระทำโดยงดเว้นของแพทย์

การกระทำโดยงดเว้นการอันจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้น ผู้กระทำจะต้องมีหน้าที่ป้องกันผลที่จะเกิดขึ้น ในส่วนนี้จึงกล่าวถึงกรณีที่แพทย์มีหน้าที่ และกรณีที่แพทย์ไม่มีหน้าที่ เพื่อจะได้ทราบในเบื้องต้นว่ากรณีใดบ้างเป็นกรณีที่แพทย์ได้กระทำโดยงดเว้นการอันจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล

(1) แพทย์มีหน้าที่ในการอันจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล กรณีที่เป็นหน้าที่ของแพทย์อันจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลมีดังต่อไปนี้

(1.1) หน้าที่ดูแลต่อเนื่องและสืบเนื่องจากการรักษา (continuous care)

เมื่อแพทย์ยอมตนให้การรักษามريض ย่อมเป็นการเข้ารับหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจง นอกจากแพทย์จะมีหน้าที่ป้องกันผลที่จะเกิดขึ้นระหว่างการรักษาแล้ว หน้าที่ของแพทย์ยังไม่หมด

ทดสอบแล้วว่าได้ผลเป็นลบ การให้ยาเพนนิซิลินของแพทย์ไม่เป็นการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญา และไม่เป็นการกระทำผิดข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพ สนใจโปรดดู วิทยุ อึ้งประพันธ์, นิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายกับเวชปฏิบัติ, (กรุงเทพมหานคร : เรือนแก้วการพิมพ์, 2530) pp.102-103 see also *Ibid.* pp.4

¹⁰⁰ คณิต ณ นคร, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 86 น. 103.

สิ้นไปทันทีที่การรักษาจบลง หากแต่แพทย์ยังมีหน้าที่ป้องกันผลร้ายที่จะเกิดจากการรักษาของตน ด้วยการดูแลต่อเนื่องและสืบเนื่องจากการรักษาอย่างสม่ำเสมอและเพียงพอที่จะป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่คนไข้¹⁰¹ โดยมีหลักการดังนี้

ก. หลังจากแพทย์ยอมตนให้การรักษา แพทย์มีหน้าที่ต้องดูแลอย่างต่อเนื่องและใกล้ชิดพอที่จะวิเคราะห์ได้ว่าเกิดปัญหาสืบเนื่องจากการรักษาหรือไม่¹⁰² ซึ่งการรักษาดังกล่าว อาจจะเป็นการผ่าตัด การให้การรักษาเบื้องต้น การให้คำสั่งของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ หรือการให้คำสั่งของแพทย์ที่กำกับดูแลแพทย์ฝึกหัดก็ได้¹⁰³

¹⁰¹ Angely Roddey Holder, *supra* note 71, pp.124

¹⁰² ทันตแพทย์ยังมีหน้าที่ดูแลผู้ป่วยต่อเนื่องและสืบเนื่องจากการรักษาด้วยมาตรฐานเดียวกับอายุรแพทย์และศัลยแพทย์ด้วย สนใจโปรดดู คดี Domurad v Hill, 414 Mass 1001, 605 NE2d 858 (1993) สนใจโปรดดู Westlaw < http://web2.westlaw.com/search/default.wl?RS=WLW4.09&VR=2.0&SV=Split&FN=_top&MT=WestlawInternational&RP=%2fsearch%2fdefault.wl&Action=EditQuery&DB=ALMM&RLTDB=CLID_DB558310&EQ=search&Dups=False&Method=TNC&Query=letting-die&ToFrom=%2fsearch%2fresult.aspx>2004.

¹⁰³ เช่น คดี Speed v. State of Iowa, Iowa 1976 นักบาสเก็ตบอลของมหาวิทยาลัยต้องเข้ารับการผ่าตัดในช่องปาก หลายชั่วโมงต่อมาผู้ป่วยมีอาการปวดศีรษะอย่างรุนแรง แพทย์ของมหาวิทยาลัยดังกล่าวได้ตรวจดูแล้ว และมีคำสั่งให้ผู้ป่วยนอนพักฟื้นในโรงพยาบาลหนึ่งคืน ยี่สิบสี่ชั่วโมงหลังจากนั้นผู้ป่วยตาบอดอย่างถาวรจากการติดเชื้อ พยานผู้เชี่ยวชาญให้การว่าอาการปวดศีรษะสองสามชั่วโมงหลังจากการผ่าตัดช่องปากอาจวินิจฉัยได้ว่ามิใช่อาการรุนแรง แต่เมื่อผู้ป่วยปวดศีรษะหนักขึ้น แพทย์สมควรที่จะตรวจหาเชื้อโรคในไขสันหลังและในเลือด แต่แพทย์กลับไม่ได้ตรวจหาเชื้อใดๆ ศาลโอไออวาตัดสินว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องให้การดูแลต่อเนื่องและใกล้ชิดพอที่จะวิเคราะห์ว่ามีปัญหาเกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากการผ่าตัดหรือไม่ แต่แพทย์ก็หาได้กระทำตามหน้าที่เช่นนั้นไม่ หรือเช่น คดี Johnson v. Vaughn, Oklahoma 1963 ผู้ป่วยถูกนำตัวส่งโรงพยาบาลเวลา 01.00 น. เพราะถูกยิงที่ลำคอ แพทย์มาถึงโรงพยาบาลหลังจากนั้นเล็กน้อย และได้ให้การักษาเบื้องต้นแก่ผู้ป่วย จากนั้นจึงกลับบ้านไปเวลา 03.45 น. โดยมีหลักฐานบ่งชี้ว่าผู้ป่วยกำลังหายใจได้อย่างยากลำบากยิ่ง แต่แพทย์ผู้ให้การรักษาเบื้องต้นไม่ได้เจาะคอหรือให้เลือดเวลาประมาณ 04.00 น. สิบห้านาทีหลังจากที่แพทย์ผู้ให้การรักษาเบื้องต้นออกจากโรงพยาบาล โรงพยาบาลได้เรียกแพทย์ฉุกเฉิน แพทย์ฉุกเฉินพยายามโทรศัพท์หาแพทย์ผู้ให้การรักษาเบื้องต้นเพื่อ

ข. ระยะเวลาในการดูแลต่อเนื่องและสืบเนื่องจากการรักษา แพทย์จะมีหน้าที่ให้การดูแลจนกระทั่งเกิดเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นดังต่อไปนี้ คือ¹⁰⁴

(ก) อาการของผู้ป่วยดีขึ้นจนไม่จำเป็นต้องได้รับการดูแลดังกล่าวอีกต่อไป

ขอให้กลับมาโรงพยาบาลและให้ผู้ป่วยอยู่ในความดูแลของเขาต่อไป แต่แพทย์ผู้ให้การรักษาเบื้องต้นได้พูดอย่างไม่พอใจว่าตนไม่อาจรักษาผู้ป่วยได้ แพทย์ฉุกเฉินจึงต้องทำการผ่าตัดด้วยตนเอง ในระหว่างการผ่าตัดซึ่งเกิดขึ้นก่อน 05.00 น. ผู้ป่วยตายเพราะช็อกและเสียเลือด ศาสตราจารย์ไมราวินิจัยว่าแพทย์ผู้ให้การรักษาเบื้องต้นมีหน้าที่จะต้องดูแลผู้ป่วยอันเป็นการสานต่อการรักษาซึ่งครั้งหนึ่งแพทย์เคยยอมตนให้การรักษาแก่ผู้ป่วย หรือเช่น คดี Benzmilller v. Swanson, Nd 1962 ผู้ป่วยประสบอุบัติเหตุในฟาร์มจนแขนหัก และเข้ารับการรักษาในห้องฉุกเฉินของโรงพยาบาลแห่งหนึ่ง แพทย์ฝึกหัดได้เรียกศัลยแพทย์กระดูกและรายงานต่อศัลยแพทย์ว่าผู้ป่วยกระดูกแตก ศัลยแพทย์สั่งให้ทำความสะอาดแขนผู้ป่วยเพื่อเตรียมการผ่าตัดแต่ไม่ได้สั่งยาฆ่าเชื้อ อีกทั้งมิได้ให้การดูแลผู้ป่วยด้วยตัวเองตลอดทั้งวัน และในวันต่อมาศัลยแพทย์ก็ตรวจดูเพียงชั่วขณะก่อนเข้าห้องผ่าตัด ผู้ป่วยติดเชื้อถึงสามวันจนต้องตัดแขน ศาสตราจารย์ไมราวินิจัยว่า ศัลยแพทย์ไม่มาตรวจดูการเตรียมผู้ป่วยเพื่อเข้ารับการผ่าตัดอันเป็นหน้าที่ของศัลยแพทย์กระดูก จึงต้องกระทำ แต่กลับไม่ดูแลผู้ป่วยถึงสองวันติดต่อกันแสดงว่าจำเลยได้งดเว้นการอันจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล คดีนี้อาจพิจารณาได้ว่าการรักษาเริ่มตั้งแต่ศัลยแพทย์กระดูกให้คำสั่งทำความสะอาดแขน จึงมีหน้าที่สืบเนื่องจากการให้คำสั่งด้วยการตรวจดูการเตรียมการตามคำสั่งของตน สนใจโปรดดู Angely Roddey Holder, *supra* note 71, pp.124 see also FindLaw for legal professionals < <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=ok&vol=/supreme/1963/&invol=1963ok109> > see also FindLaw for legal professionals <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=nd&vol=20040348&invol=1>>

¹⁰⁴ คดี Johnson v Bernard สนใจโปรดดู Westlaw <http://web2.westlaw.com/search/default.wl?RS=WLW4.09&VR=2.0&SV=Split&FN=_top&MT=WestlawInternational&RP=%2fsearch%2fdefault.wl&Action=EditQuery&DB=ALMM&RLTDB=CLID_DB558310&EQ=search&Dups=False&Method=TNC&Query=letting-die&ToFrom=%2fsearch%2fresult.aspx>2004.

(ข) มีการถอดถอนแพทย์ที่รักษาอยู่โดยมีแพทย์ผู้เชี่ยวชาญอื่นที่มีความสามารถทัดเทียมกันเข้ามาทำหน้าที่แทน

ค. การที่แพทย์จะต้องรับผิดชอบหรือไม่จะต้องพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลประกอบด้วย¹⁰⁵

(1.2) หน้าที่ใช้ความระมัดระวังระดับสูงในการรักษา (duty of care)

เมื่อแพทย์ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษได้ ให้การรักษาผู้ป่วยด้วยความรู้ความชำนาญพิเศษนั้น แพทย์ย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการรักษา โดยจะต้องใช้สติปัญญา ความรู้ ความชำนาญและความระมัดระวังในการรักษาอย่างเต็มที่ ซึ่งหน้าที่ของแพทย์นี้เกิดขึ้นเพราะการที่แพทย์เข้าทำการรักษา โดยไม่จำเป็นจะต้องมีสัญญา, คำตอบแทนหรือรางวัลใดๆ¹⁰⁶

หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังระดับสูงในการรักษานี้ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 ได้กำหนดไว้ในหมวด 3 ข้อ 1 และข้อ 6 ให้แพทย์

¹⁰⁵ คดี *Ocloo v Royal Brompton and Harefield Hospital NHS Trust* ผู้ตายได้รับการผ่าตัดหัวใจหลังจากนั้นก็ออกจากโรงพยาบาลและหายเป็นปกติ โดยที่นายแพทย์ไม่ติดตามผลไม่นานมาตรวจ และไม่ได้แจ้งให้ทราบว่าจะต้องเข้ารับการตรวจภายในหกเดือนนับจากวันผ่าตัด ในปี 1995 ผู้ตายมีอาการหายใจติดขัดและได้รับการสอดท่อสู่หัวใจในปี 1996 และเสียชีวิตในปีนั้นเอง ศาลอังกฤษได้วินิจฉัยว่าแพทย์ประมาทแต่ความประมาทนั้นไม่ได้เป็นเหตุให้เกิดความตายขึ้น และแพทย์ไม่ได้ให้การรักษาอย่างอื่นต่อไปอีก อันเป็นการก่อกำหนดให้แพทย์ต้องป้องกันผลความตายที่เกิดขึ้น สนใจโปรดดู Westlaw <http://web2.westlaw.com/search/default.wl?RS=WLW4.09&VR=2.0&SV=Split&FN=_top&MT=InternationalLaw&DB=UKCASELOC&Method=WIN&Query=duty++doctor+omission+death+refuse+treatment&Cnt=DOC&DocSample=False&Cxt=RL&SCxt=WL&SS=CNT&Service=Search&CMD=None&EQ=search&bLinkedCiteList=False&EffDate=1%2f1%2f0001+12%3a00%3a00+AM&Dups=False&origin=Search&RP=%2fsearch%2fdefault.wl&n=6>

¹⁰⁶ จากคำกล่าวของผู้พิพากษา lord Hewart CJ ใน คดี *R v. Bateman* สนใจโปรดดู Ian Kennedy & Andrew Grubb, *Supra* note 59.pp.240.

จะต้องใช้มาตรฐานระดับดีที่สุดในการรักษาและคำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ป่วยเป็นหลัก¹⁰⁷ อันอาจสรุปหลักการได้ดังนี้ คือ

ก. แพทย์มีหน้าที่ต้องใช้มาตรฐานในระดับดีที่สุดในการรักษา กล่าวคือ

(ก) แพทย์มีหน้าที่ให้การรักษาตามเกณฑ์ปกติแห่งวิชาชีพแพทย์¹⁰⁸

(ข) แพทย์มีหน้าที่ให้การรักษาตามเกณฑ์ปกติเท่าที่สถานพยาบาลจะกระทำได้ตามความพร้อมทางเครื่องมือและวิทยาการในโรงพยาบาล¹⁰⁹

¹⁰⁷ ข้อ 1 กำหนดไว้ว่า "ข้อ 1 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับดีที่สุด และพยายามให้ผู้ป่วยพ้นจากอาการทรมานจากโรคและความพิการต่างๆ โดยไม่เรียกรังสีจนจำจาง รังสีพิเศษนอกเหนือจากค่าบริการที่ควรได้รับตามปกติ" และ ข้อ 6 ได้กำหนดไว้ว่า "ข้อ 6 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่ประกอบวิชาชีพโดยไม่คำนึงถึงความปลอดภัยและความสิ้นเปลืองของผู้ป่วย"

¹⁰⁸ ถ้าแพทย์ไม่ให้การรักษาตามเกณฑ์ปกติแห่งวิชาชีพแพทย์ ย่อมเป็นการไม่ใช้มาตรฐานระดับสูงในการรักษา เช่น คำสั่งแพทยสภาที่ 48/2543 แพทย์ผู้ถูกกล่าวหาทำการผ่าตัดให้ผู้ป่วย ในการเตรียมการผ่าตัด แพทย์ไม่ได้แนะนำผู้ป่วยให้อุดอาหารก่อน 6 ชั่วโมง ไม่ได้ทำการตรวจเอ็กซเรย์ทรวงอกและตรวจคลื่นหัวใจก่อนการผ่าตัด ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับผู้ป่วยที่สูงอายุ ขั้นตอนปฏิบัติเกี่ยวกับการให้ยาสลบตลอดจนการช่วยชีวิต การเตรียมอุปกรณ์เพื่อช่วยชีวิตในห้องผ่าตัดไม่เป็นไปตามมาตรฐาน การกระทำของแพทย์ทั้งหมดที่กล่าวมา เป็นการไม่รักษามาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับดีที่สุด สนใจโปรดดู วิสัย พฤษะวัน, คนไข้กฎหมายและแพทย์, ความรู้สึกเพื่อชุมชน เล่ม 58 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547) น. 50 – 52

¹⁰⁹ ในกรณีที่โรงพยาบาลมีความพร้อมทางด้านเครื่องมือ แต่แพทย์ไม่ใช้เครื่องมืออย่างเต็มที่ เป็นการไม่ใช้มาตรฐานระดับสูงในการรักษา เช่น คำสั่งแพทยสภาที่ 14/2544 ผู้ป่วยมีอาการปัสสาวะออกน้อย เนื้อเยื่อ ไอ่ เข้ารับการรักษา โดยมีแพทย์ผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้รักษา แพทย์ผู้ถูกกล่าวหาได้วินิจฉัยว่าผู้ป่วยเป็น Ischemic heart disease, COPD คณะอนุกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่าจากประวัติเวชระเบียนไม่มีบันทึกการตรวจร่างกายตลอดจนการเปลี่ยนแปลงของผู้ป่วย ไม่มีการสืบค้นทางห้องปฏิบัติการ ไม่ส่งเลือด ตรวจปัสสาวะ และไม่มีการเอ็กซเรย์ปอดต่างๆ ที่ควรดำเนินการและโรงพยาบาลมีความพร้อม ก่อนที่จะเสียชีวิตผู้ป่วยมิใช่สูงแต่แพทย์กลับไม่สืบ

ข. แพทย์มีหน้าที่ต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ป่วยเป็นหลัก กล่าวคือ

(ก) ในกรณีที่แพทย์ไม่มีความชำนาญเฉพาะทาง หรือไม่มีความสามารถในการรักษา แพทย์มีหน้าที่จะต้องไม่ผินให้การรักษาและจะต้องดำเนินการให้ผู้ป่วยได้รับการรักษาจากแพทย์ที่มีความชำนาญมากกว่า¹¹⁰

(ข) ในกรณีที่แพทย์ทราบว่าสถานพยาบาลของตนไม่มีศักยภาพในการรักษาหรือทราบว่าสถานพยาบาลอื่นที่สามารถรักษาได้ แพทย์มีหน้าที่จะต้องดำเนินการให้ผู้ป่วยได้รับการรักษาจากสถานพยาบาลอื่นที่สามารถรักษาได้ดีกว่า¹¹¹

ค้นหาสาเหตุของไข้ที่ชัดเจน ไม่มีการให้ยาปฏิชีวนะตลอด 5 วันที่ผู้ป่วยมีไข้ สูงลอยอย่างต่อเนื่อง เป็นการไม่รักษามาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับดีที่สุด สนใจโปรดดู เพ็ญอ้าง, น.15

¹¹⁰ หากแพทย์ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญแต่ผินรักษาไปเป็นการไม่คำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ป่วย เช่น คำสั่งแพทย์สภาที่ 38/2543 แพทย์ผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้เป็นผู้เชี่ยวชาญด้าน ศัลยกรรมโสต ศอ นาสิก เพียงแต่เคยผ่านการอบรมระยะสั้นเพียงสามวันเท่านั้น แต่กลับทำศัลยกรรมให้ผู้ป่วย ในผู้ป่วยอีกรายหนึ่งแพทย์คนเดียวกันนี้ทราบดีว่าผู้ป่วยเป็นโรคเบาหวาน และความดันโลหิตสูง แต่กลับไม่ตรวจร่างกายผู้ป่วยโดยละเอียดก่อนทำการผ่าตัด คณะกรรมการแพทยสภาพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำของแพทย์ต่อผู้ป่วยทั้งสองรายเป็นการประกอบวิชาชีพที่ไม่ได้มาตรฐานในระดับดีที่สุด และไม่คำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ป่วย เป็นการไม่รักษามาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับดีที่สุด อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่แพทย์มีความรู้ความชำนาญในการรักษาเฉพาะทาง แต่รักษาไม่ได้มาตรฐาน ก็เป็นการไม่ใช่มาตรฐานระดับสูงในการรักษาได้ เช่น คำสั่งแพทย์สภาที่ 21/2544 แพทย์ผู้ถูกกล่าวหาเป็นแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญ โดยได้ศึกษาจบมาจากประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ได้วินิจฉัยโรคไม่ถูกต้องจนเกือบทำให้ผู้ป่วยต้องสูญเสียทารกในครรภ์ คณะกรรมการได้พิจารณาหลักฐานแล้วเห็นว่าการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของแพทย์ผู้ถูกกล่าวหา เป็นการประกอบวิชาชีพที่เป็นอันตราย และไม่ได้มาตรฐานแห่งการประกอบวิชาชีพเวชกรรม การปฏิบัติในการทำคลอด เป็นการผิดปกติดังชัดเจน รายงานข้อมูลบันทึกเวชระเบียนการคลอดของผู้ป่วย ไม่อยู่บนเกณฑ์มาตรฐาน เป็นการไม่รักษามาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับดีที่สุด สนใจโปรดดู เพ็ญอ้าง, น.53 - 55

¹¹¹ สนใจโปรดดู เพ็ญอ้าง, น.47 - 49

ค. แพทย์มีหน้าที่ต้องรักษามาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับดีที่สุดใน การทดลองรักษาตามข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 หมวด 6 ข้อ 2 ที่วางหลักให้ต้องนำหมวด 3 ข้อ 1 และข้อ 6 มาอนุโลมใช้กับการทดลอง รักษาด้วย¹¹²

(1.3) หน้าที่ในการส่งเสริมสุขภาพและการป้องกันอันตรายที่จะเกิดกับสุขภาพของ ผู้ป่วยในการทดลองรักษา

ในการทดลองรักษาตามหลักการใน Declaration of Helsinki ข้อ 2 วางหลักให้เป็น หน้าที่ของแพทย์ที่จะต้องส่งเสริมสุขภาพ (promote the health) และป้องกันไม่ให้สุขภาพของ ผู้ป่วยได้รับอันตราย (safeguard the health) โดยแพทย์จะต้องอุทิศความรู้ความสามารถ คุณธรรมและเหตุผล เพื่อทำหน้าที่นี้ให้สมบูรณ์¹¹³ หลักการข้อ 2 นี้เป็นการวางหลักให้สอดคล้อง กับข้อ 10 วางหลักให้แพทย์ในการทดลองทางการแพทย์มีหน้าที่ป้องกัน (protect) ชีวิต สุขภาพ ความเป็นส่วนตัวและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกทดลอง โดยหน้าที่ตามข้อ 2 และ 10 นี้ เกิดขึ้นเนื่องจากแพทย์เข้าทำการทดลองรักษากับผู้ป่วย จึงต้องป้องกันผลความตาย หรืออันตราย ต่อสุขภาพของผู้ป่วย มิให้เกิดขึ้นเพราะการทดลองรักษา แต่ไม่ได้หมายความว่าแพทย์จะต้องมี หน้าที่ป้องกันผลความตายอย่างอื่นที่ไม่ได้เกิดจากการทดลองรักษา เช่น ความตายตามธรรมชาติ¹¹⁴

แม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้รับหลักการทั้งหมดใน Declaration of Helsinki มาบัญญัติ เป็นกฎหมาย แต่ก็นำหลักการในข้อ 2 และ ข้อ 10 แห่ง Declaration of Helsinki มาบัญญัติเอาไว้ ในข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 หมวด 6 เกี่ยวกับการทดลองในมนุษย์ ข้อ 2 และข้อ 3 ดังนี้

"ข้อ 2 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ทำการทดลองในมนุษย์...ต้องพร้อมที่จะป้องกันผู้ ถูกทดลองจากอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการทดลองนั้นๆ"

"ข้อ 3 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรับผิดชอบต่ออันตรายหรือผลเสียหาย เนื่องจากการทดลองที่บังเกิดต่อผู้ถูกทดลอง อันมิใช่ความผิดของผู้ถูกทดลอง"

ดังนั้นหน้าที่ของแพทย์ในการทดลองรักษาจึงบให้หลักการดังนี้

¹¹² "ข้อ 2 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องปฏิบัติต่อผู้ถูกทดลองเช่นเดียวกับการปฏิบัติ ต่อผู้ป่วยในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามหมวด 3 โดยอนุโลม"

¹¹³ Glen Drew, *supra* note 40

¹¹⁴ *Ibid.* pp. 69.

ก. แพทย์ผู้ทดลองรักษามีหน้าที่ส่งเสริมสุขภาพและป้องกันอันตรายมิให้เกิดกับผู้ป่วยที่ถูกทดลองรักษา

ข. การป้องกันดังกล่าวเป็นการป้องกันอันตรายที่เกิดจากการทดลองรักษา มิใช่อันตรายที่เกิดจากความเจ็บป่วยของผู้ป่วยเองหรือเหตุอย่างอื่น

ค. หากแพทย์ที่ทำการทดลองรักษาได้ใช้ความรู้ความสามารถและเหตุผลอย่างเต็มที่แล้ว ยังเกิดอันตรายต่อสุขภาพของผู้ป่วย ก็ไม่เป็นการกระทำโดยดเว้น เพราะแพทย์ได้กระทำการตามหน้าที่แล้ว

ง. หน้าที่ในการส่งเสริมสุขภาพและการป้องกันอันตรายที่จะเกิดกับสุขภาพของผู้ป่วยนี้จำกัดเฉพาะในการทดลองรักษา แต่ไม่รวมไปถึงการรักษาตามวิธีการปกติ เพราะทั้ง Declaration of Helsinki และข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 ในหมวด 6 มีขอบเขตครอบคลุมเฉพาะการทดลองในมนุษย์เท่านั้น

(2) แพทย์ไม่มีหน้าที่ในการอันจกต้องกระทำเพื่อป้องกันผล กรณีที่ไม่เป็นหน้าที่ของแพทย์อันจกต้องกระทำเพื่อป้องกันผลมีดังต่อไปนี้

(2.1) หน้าที่ป้องกันผลความตายตามธรรมชาติ

ความตายอันเกิดขึ้นด้วยโรค ความป่วยเจ็บ หรือพยาธิสภาพของผู้ป่วย คือ ความตายตามธรรมชาติ และแม้ว่าแพทย์จะต้องไม่กระทำการใดอันเป็นการฆ่าผู้ป่วย แต่แพทย์ก็ไม่มีหน้าที่ทางกฎหมายที่จะต้องต่อสู้เพื่อให้ผู้ป่วยมีชีวิตอยู่ชั่ววันจันทร์¹¹⁵ แพทย์มีหน้าที่เพียงแต่ป้องกันผลความตายหรืออันตรายสาหัสมิให้เกิดจากการรักษา ดังนั้นการกระทำในเชิงลบของแพทย์ หากเป็นเพียงการไม่เข้าขัดขวางความตายตามธรรมชาติ ย่อมมิใช่การกระทำโดยดเว้นการอันจกต้องกระทำเพื่อป้องกันผล โดยมีนักกฎหมายให้ความเห็นเกี่ยวกับการกระทำเชิงลบของแพทย์โดยอาจจำแนกออกเป็นกรณีต่างๆดังนี้

ก. การไม่ใช้เครื่องมือในการคงสภาพชีวิต ตามธรรมดาแล้วคนเราเกิดมาต้องตายทุกคน ความตายเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ การใช้เครื่องมือแพทย์เพื่อคงสภาพชีวิต เช่น การสอดท่อช่วยหายใจ จึงเป็นการกระทำที่ผิดธรรมชาติ แพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องใช้เครื่องมือคงสภาพชีวิตดังกล่าว

¹¹⁵ Lan Freckelton and Danuta Mendelson, Causation in Law and Medicine (Hampshire: Dartmouth Publishing Company, 2002), pp.261.

ข. การไม่ให้ยาบางตัวแก่ผู้ป่วยหนัก¹¹⁶ ซึ่งหากให้ยาแล้วความตายจะมาถึงช้าลง กว่า การไม่ให้ยา ความตายที่เกิดขึ้นเป็นความตายตามธรรมชาติในเวลาตามธรรมชาติ การไม่ให้ยา ไม่ใช่การเร่งความตายให้เกิดขึ้นเร็วกว่าเวลาตายตามธรรมชาติ เมื่อแพทย์ไม่มีหน้าที่ป้องกันผล ความตายตามธรรมชาติการกระทำของแพทย์ไม่ใช่การกระทำโดยงดเว้น¹¹⁷

(2.2) หน้าที่รักษาผู้ป่วย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าหน้าที่อันจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล ได้แก่ หน้าที่ตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายและหน้าที่อันเกิดพฤติการณ์บางอย่างของผู้กระทำ เมื่อพิจารณาจาก หน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้ว ไม่มีกฎหมายกำหนดให้แพทย์ต้องรักษาในทุกกรณี จึง อาจกล่าวได้ว่าโดยปกติแล้วเมื่อผู้ป่วยมาถึงโรงพยาบาล แพทย์จะรักษาผู้ป่วยหรือไม่ก็ได้¹¹⁸

¹¹⁶ เช่น ผู้ป่วยที่เป็นโรคมะเร็งปอด ต่อมาเป็นโรคปอดบวม ต้องใช้ Anti-biotic รักษา แพทย์เห็นว่าผู้ป่วยรายนี้ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ จึงงดให้ Anti-biotic เป็นสิ่งที่แพทย์ชอบที่จะ กระทำได้ การไม่กระทำของแพทย์ดังกล่าวไม่ใช่การงดเว้น เนื่องจากแพทย์ไม่มีหน้าที่ป้องกัน ความตายตามธรรมชาติ สนใจโปรดดู กมลชัย รัตนสกาววงศ์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 26, น.83.

¹¹⁷ จะเห็นได้ว่าในเรื่องของการเร่งความตายให้มาถึงเร็วขึ้น ย่อมการก่อความตายอัน เป็นการฆ่า เช่น การใช้ปืนจ่อยิงผู้ป่วยหนักให้ตาย หรือ การฉีดยาพิษให้ผู้ป่วยหนักตาย แต่กรณีนี้ ไม่เหมือนกับการที่แพทย์ไม่ให้ยา เพราะการใช้ปืนยิง หรือ การฉีดยาพิษเป็นการกระทำโดย เคลื่อนไหวร่างกายไม่ต้องพิจารณาในเรื่องหน้าที่ ผู้กระทำจึงต้องมีความผิดในฐานะฆ่าคนตายโดย เจตนา แม้ว่าหากปล่อยไว้ผู้ป่วยก็ต้องตายเพราะความเจ็บป่วย แต่ผู้กระทำก็ไม่อาจไปก่อความ ตายให้เกิดแก่ผู้ป่วยได้ การที่แพทย์ไม่ให้ยา ซึ่งหากให้ยาแล้วความตายจะมาเยือนผู้ป่วยช้าลง จะ เห็นได้ว่าถ้าแพทย์ให้ยาแก่ผู้ป่วยก็มีผลเป็นการยืดความตายธรรมชาติให้ยาวออกไปเท่านั้น เมื่อ แพทย์ไม่ให้ยา ความตายที่เกิดขึ้นก็เป็นความตายตามธรรมชาติ ในเวลาตามธรรมชาติ ไม่ใช่การ เร่งความตายให้เกิดขึ้นเร็วกว่าธรรมชาติ เมื่อแพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องป้องกันความตายตามธรรมชาติ การกระทำของแพทย์จึงไม่ใช่การกระทำโดยงดเว้น ดังนั้นในบางประเทศ เช่น ในอังกฤษจึงยึดหลัก ว่า การที่แพทย์งดให้ยาและมีผลทำให้ความตายเกิดขึ้นเร็วกว่าการที่แพทย์ให้ยา แพทย์จะไม่มี ความรับผิดชอบก็ต่อเมื่อ พิสูจน์ได้ว่าอย่างไรเสียผู้ป่วยก็ต้องตายเพราะโรคอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ สนใจโปรดดู Lan Freckelton and Danuta Mendelson, *supra* note 115, pp.258.

¹¹⁸ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, กฎหมายการแพทย์ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบ วิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข, กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน 2546 น.64-65

แม้ว่าแพทย์ผู้นั้นจะเป็นผู้เดียวที่รักษาผู้ป่วยได้¹¹⁹ แต่กฎหมายก็ไม่บังคับให้แพทย์ต้องรับรักษา เว้นแต่ว่าแพทย์จะได้กระทำการใดอันเป็นการก่อกวนที่เท่านั้น

การกระทำของแพทย์อันเป็นการก่อกวนที่ จะต้องพิจารณาว่าแพทย์ได้ยอมตนให้การ รักษาแล้วหรือยัง ซึ่งการยอมตนให้การรักษานี้ไม่จำเป็นจะต้องพูดออกมาโดยชัดแจ้งเท่านั้น เพียงแต่มีการกระทำ พฤติการณ์ หรือ สถานการณ์ ซึ่งอาจจะสันนิษฐานได้ว่าแพทย์ยอมรับรักษา แล้ว¹²⁰ หรือมีคำสั่งอันมีผลโดยตรงต่อการรักษาโดยตรงก็เพียงพอแล้ว¹²¹

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าโดยปกติแล้วแพทย์ไม่มีหน้าที่รับรักษา แต่หน้าที่นั้นจะเกิดขึ้น ต่อเมื่อแพทย์ยอมตนให้การรักษา และหน้าที่อันจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลก็คือผลที่เกิดจากการ

¹¹⁹ แวรวี สังขพงษ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 52, น.44.

¹²⁰ เช่น คดี *MvGulpin -v. Bessmer* 1950 ผู้ป่วยถูกนำตัวเข้ามารับการผ่าตัดขยาย หลอดเลือดดำกับแพทย์คนแรก หลังจากการผ่าตัดเกิดเนื้องอก แพทย์คนที่สองได้เข้ามาพบผู้ป่วย เป็นครั้งแรกและบอกผู้ป่วยว่าจะต้องตัดเท้าในทันที ผู้ป่วยยอมให้รักษาด้วยการตัดเท้า ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยและแพทย์คนที่สองเกิดขึ้นแล้ว แพทย์คนที่สองยอมมีหน้าที่รักษาตาม ความรู้ความสามารถและใช้ความระมัดระวังอย่างเต็มที่ หรือเช่น แพทย์ยอมมีความสัมพันธ์กับผู้ ที่โทรมา ในฐานะที่ผู้ที่โทรมานั้นเป็นผู้ป่วยในความรับผิดชอบของตนแล้ว เช่นนี้แพทย์ย่อมต้องรับ ผิดในผลอันเกิดขึ้นจากการให้คำแนะนำหรือสั่งยาทางโทรศัพท์ เสมือนการให้คำแนะนำหรือสั่งยา นั้นเป็นการรักษา ทั้งนี้แพทย์ย่อมมีหน้าที่ในการติดตามผลหลังการให้คำแนะนำหรือสั่งยาด้วย ใน กรณีเช่นนี้หากแพทย์ไม่ต้องการมีความสัมพันธ์ดังกล่าวกับผู้โทรมา แพทย์จะต้องแนะนำให้ผู้ที่ โทรมาไปรับการรักษาที่อื่น จึงจะเป็นการไม่ก่อกวนที่แก่แพทย์ สนใจโปรดดู *Angely Roddey Supra note71, pp.3 - 4*

¹²¹ คดี *Smart v. Kansas City* 1907 แพทย์ผู้หนึ่งเป็นอาจารย์ในโรงเรียนแพทย์ได้ตั้ง คลินิกสำหรับนักเรียนแพทย์ขึ้น ผู้ป่วยบาดเจ็บที่เข่า แพทย์ผู้นี้ได้บอกกับแพทย์ฝึกหัดที่ดูแลผู้ป่วย อยู่ว่าควรจะต้องตัดขา แม้ว่าแพทย์ผู้นี้จะไม่เคยรักษาผู้ป่วย ไม่เคยมาตรวจดูผู้ป่วยเป็นกิจจะ ลักษณะ นอกจากช่วงเวลาสั้นๆ และไม่เคยใช้ผู้ป่วยในการสอน แต่คำแนะนำของเขามีผลโดยตรง ต่อผู้ป่วย ประกอบกับการที่ผู้ป่วยมีความรู้ความเข้าใจว่าการให้คำแนะนำของแพทย์แก่แพทย์ ฝึกหัดเป็นไปเพื่อรักษาตน เช่นนี้ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยได้เกิดขึ้นแล้ว แพทย์ย่อมมี หน้าที่ต่อผู้ป่วยเช่นเดียวกับการที่แพทย์ได้ให้การรักษาเอง สนใจโปรดดู *Ibid.pp.3*

รักษาเป็นขั้นเป็นตอนไป เช่น การที่แพทย์ให้ยา ย่อมมีหน้าที่ป้องกันผลร้ายเฉพาะแต่ที่จะเกิดจากการให้นั้น

4.2 ความผิดฐานละเว้นของแพทย์

ความผิดฐานละเว้นของแพทย์จะเห็นได้จากข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 หมวด 3 ข้อ 10 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่ปฏิเสธการช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในระยะอันตรายจากการเจ็บป่วย เมื่อได้รับการร้องขอและตนอยู่ในฐานะที่จะช่วยได้”

ตามข้อบังคับดังกล่าวมีหลักในการพิจารณา ดังนี้

(1) แพทย์ได้รับการร้องขอให้รักษาหรือไม่ หากแพทย์ไม่ได้รับขอร้องยอมนำรักษาได้ไม่ผิดจริยธรรม เพราะผู้ป่วยมีเสรีภาพในการเลือกแพทย์ที่ตนไว้วางใจให้รักษาตนได้ การที่ผู้ป่วยปฏิเสธการรักษาตั้งแต่ต้น ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าผู้ป่วยไม่ได้ร้องขอให้แพทย์ช่วย หากแพทย์ไม่ช่วยย่อมไม่เป็นการละเว้น แต่หากในเบื้องต้นผู้ป่วยขอให้แพทย์ช่วย และแพทย์ได้ช่วยเหลือไปแล้ว ต่อมาผู้ป่วยหรือญาติได้ปฏิเสธการรักษาที่จะมีขึ้นในอนาคตดังนี้จะต้องพิจารณาในข้อ (2) และ (3) ต่อไป

(2) ผู้ป่วยอยู่ในระยะอันตรายจากการเจ็บป่วยหรือไม่ หากผู้ป่วยไม่อยู่ในระยะอันตราย แพทย์อาจไม่รับรักษาได้ ไม่ผิดจริยธรรม

(3) แพทย์อยู่ในฐานะที่จะช่วยได้หรือไม่ กรณีที่ผู้ป่วยมาคลินิกและแพทย์ตรวจแล้วพบว่าไม่อาจรักษาได้ จึงขีดยาแก้ปวดให้และแนะนำให้ไปโรงพยาบาลโดยเร่งด่วน ดังนี้ย่อมไม่ผิดตามข้อบังคับนี้ แต่หากผู้ป่วยมาเรียกให้แพทย์เปิดคลินิกในเวลากลางคืน แพทย์ไม่รับรักษาเพราะปิดคลินิกแล้ว เป็นการผิดข้อบังคับนี้ แพทย์ควรตื่นขึ้นมาตรวจดูอาการผู้ป่วยเสียก่อน หากเห็นว่ารักษาได้ก็จะต้องรักษา หากรักษาไม่ได้จะต้องปฐมพยาบาลเบื้องต้นและแนะนำให้ไปโรงพยาบาลโดยเร็วที่สุด¹²²

ในการพิจารณาว่าแพทย์อยู่ในฐานะที่จะช่วยได้หรือไม่ จะต้องพิจารณาว่าการช่วยเหลือนั้นเป็นประโยชน์แก่ชีวิตของผู้ป่วยหรือไม่ เมื่อแพทย์ไม่ช่วยเหลือผู้ป่วยที่เปลือกสมองสูญเสียการ

¹²² สงกรานต์ นิยมเสน ศิลปและจรรยาแพทย์. (กรุงเทพมหานคร : แพทยสมาคมแห่งประเทศไทย , 2506) น.753 -754.

ทำงานอย่างถาวรด้วยการใช้เครื่องช่วยหายใจ ถือได้ว่าการช่วยเหลือนั้นไม่เป็นประโยชน์แก่ชีวิตผู้ป่วยอีกต่อไป ย่อมเป็นกรณีที่แพทย์ไม่อยู่ในฐานะที่จะช่วยได้ หากแพทย์ละเว้นไม่ช่วยย่อมไม่ผิดตามข้อบังคับนี้¹²³

4.3 ความผิดฐานทอดทิ้งของแพทย์

ในการกระทำความผิดฐานทอดทิ้งของแพทย์นั้น จะกล่าวถึงหน้าที่ตามกฎหมายและตามสัญญาว่าแพทย์มีหน้าที่จะต้องดูแลผู้ป่วยตามกฎหมายหรือสัญญาหรือไม่ และจะกล่าวถึงมาตรฐานในการดูแลของแพทย์ เพื่อจะชี้ให้เห็นว่าการดูแลของแพทย์เป็นอย่างไร

(1) หน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาจะต้องดูแล

หน้าที่ของแพทย์ตามกฎหมายหรือตามสัญญาจะต้องดูแลอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1.1) หน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องดูแล

ในเรื่องหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องดูแล กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าแพทย์จะต้องให้การดูแลผู้ป่วย จะมีก็แต่ในเรื่องของการวิจัยในมนุษย์ตามที่ประกาศไว้ใน the declaration of Helsinki ที่วางหลักไว้ในข้อ 3 ให้แพทย์ที่ทำการทดลองต้องคำนึงถึงสุขภาพของผู้ป่วยเป็นอันดับแรก โดยจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย และจะต้องจัดหาการดูแลทางการแพทย์เพื่อไม่ให้ร่างกายและจิตใจของผู้ป่วยต้องอ่อนแอลง แม้ว่าในกฎหมายไทยจะไม่ได้วางหลักการไว้อย่างชัดเจนดังเช่น the declaration of Helsinki แต่ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 ได้วางหลักในหมวด 6 ข้อ 2 วางหลักว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ทำการศึกษาวิจัยและการทดลองในมนุษย์ ต้องพร้อมที่จะป้องกันอันตรายที่เกิดขึ้นจากการทดลองนั้น การป้องกันอันตรายดังกล่าวย่อมรวมไปถึงการมีหน้าที่ที่จะต้องดูแลผู้ป่วยในการทดลองรักษาด้วย

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าการทดลองรักษาแพทย์จึงมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องดูแลผู้ป่วย แต่ในเรื่องของการรักษาทั่วไปต้องพิจารณาในเรื่องหน้าที่ตามสัญญาต่อไป

(1.2) หน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องดูแล

ในการตั้งโรงพยาบาลย่อมมีเจตนาเพื่อเสนอบริการดูแลผู้ป่วยเจ็บ เมื่อมีผู้ป่วยมาขอให้ดูแล ย่อมเกิดสัญญาขึ้นโดยไม่ต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร¹²⁴ และการที่ผู้ป่วยมารับการ

¹²³ กมลชัย รัตนสกาววงศ์, อ่างแล้ว เจริญรทที่ 26 น.81-82.

รักษาย่อมหมายความว่าผู้ป่วยแสดงเจตนาโดยปริยายให้แพทย์ดูแล และเมื่อบุคคลเข้ารับการรักษาจากแพทย์ ย่อมมีความผูกพันโดยนัย ให้แพทย์ต้องดูแล แม้ว่าภายหลังจะปฏิเสธการรักษาแต่ความผูกพันนี้ยังคงมีอยู่ตลอดความเจ็บป่วย โดยเกิดมีขึ้นตั้งแต่เมื่อแรกรู้จักและจบลงด้วยความยินยอมของผู้ป่วย หรือโดยการบอกเลิก หรือแพทย์ได้จัดหาการดูแลทางการแพทย์อื่นที่จำเป็นและเป็นประโยชน์ต่อผู้ป่วยมากกว่า¹²⁵

ฉะนั้นเมื่อผู้ป่วยตกลงเข้ารับการดูแลในโรงพยาบาล แต่ปฏิเสธการรักษาด้วยการใช้เทคโนโลยีทันสมัย แพทย์ย่อมมีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องดูแลผู้ป่วยซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้ แม้แพทย์จะไม่รักษาตามคำปฏิเสธการรักษาแต่ยังคงต้องดูแลตามจำเป็น กล่าวคือ ยังคงต้องเฝ้าสังเกตอาการหรือให้ยาระงับปวด จึงอาจกล่าวได้ว่าทราบเท่าที่ผู้ป่วยยังอยู่ในโรงพยาบาล ย่อมถือได้ว่าผู้ป่วยอยู่ในความดูแลของแพทย์ แพทย์ย่อมมีหน้าที่ตามสัญญา ที่จะต้องดูแลผู้ป่วย หากไม่ดูแลย่อมเป็นการทอดทิ้งตามมาตรา 307 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ดังนั้นจึงอาจสรุปหลักการได้ ดังนี้

- ก. เมื่อผู้ป่วยมาโรงพยาบาลแพทย์ย่อมมีหน้าที่ตามสัญญาในการดูแลผู้ป่วย
- ข. แม้ผู้ป่วยปฏิเสธการรักษา แพทย์ยังคงมีหน้าที่ตามสัญญาจะต้องดูแลผู้ป่วยทราบเท่าที่ผู้ป่วยยังอยู่ในโรงพยาบาล
- ค. หน้าที่ดูแลตามสัญญาจะหมดไปเมื่อผู้ป่วยปฏิเสธการดูแลหรือแพทย์ได้จัดหาการดูแลทางการแพทย์อื่นที่จำเป็นและเป็นประโยชน์ต่อผู้ป่วยมากกว่า

(2) มาตรฐานการดูแลของแพทย์

ในความผิดฐานทอดทิ้งการกระทำคือการไม่ดูแล แต่การไม่ดูแลอาจจะเป็นการไม่ดูแลอันเป็นการงดเว้นหน้าที่ในการดูแลต่อเนื่องและสืบเนื่องจากการรักษาหรือการไม่ดูแลอันเป็นการกระทำในความผิดฐานทอดทิ้งก็ได้ จึงต้องกล่าวถึงความหมายของการดูแลของความผิดฐานทอดทิ้งและความแตกต่างระหว่างการไม่ดูแลที่เป็นการทอดทิ้งและการกระทำโดยงดเว้นเสียก่อน

ในเรื่องความหมายนั้น การดูแลของแพทย์ในความผิดฐานทอดทิ้งหมายถึงการจัดการทางการแพทย์อันเป็นการคงไว้ซึ่งพยาธิสภาพของผู้ป่วย โดยการตรวจอาการจากร่างกายผู้ป่วยเพื่อทราบถึงพยาธิสภาพ การรักษาโรคแทรกซ้อน รักษาอาการข้างเคียง ตลอดจนการบริหารยาแก้ปวดด้วย แต่ทั้งหมดนี้ต้องไม่ใช่การรักษาโรคที่ผู้ป่วยเจ็บป่วยโดยตรงและต้องไม่ใช่การดูแล

¹²⁴ วิสัย พุกกะวัน, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 108 น.82.

¹²⁵ Gene A. Blumenreich, *supra* note 98.

ต่อเนื่องและสืบเนื่องจากการรักษาความเจ็บป่วยโดยตรง ซึ่งหากไม่กระทำแล้วจะเป็นการกระทำโดยดเว้น

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ความแตกต่างของการดูแลในความผิดฐานทอดทิ้งและการกระทำโดยดเว้น คือ ในการกระทำโดยดเว้น เมื่อมีการรักษาโรคที่ผู้ป่วยเจ็บป่วยโดยตรงเกิดขึ้น การดูแลเพื่อไม่ให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายที่อาจเกิดจากการรักษาโรคที่ผู้ป่วยเจ็บป่วยโดยตรง ย่อมเป็นการดูแลต่อเนื่องและสืบเนื่องจากการรักษา (Continuous care) เช่น กรณีที่ผู้ป่วยได้รับการผ่าตัด เมื่อออกมาจากห้องผ่าตัดแล้ว แพทย์จะต้องดูแลด้วยการเรียกชื่อผู้ป่วย ตรวจสอบว่าฟื้นคืนสภาพพอจะออกไปอยู่ในห้องพักฟื้นได้หรือยัง ตลอดจนต้องให้การตรวจบาดแผลจากการผ่าตัด จนกว่าจะออกจากโรงพยาบาล อันเป็นหน้าที่ป้องกันผลร้ายที่อาจเกิดจากการผ่าตัด¹²⁶ แต่การดูแลในความผิดฐานทอดทิ้งจะต้องเป็นการจัดการเพื่อคงไว้ซึ่งพยาธิสภาพของผู้ป่วย เช่น การจัดการกับโรคแทรกซ้อน อาการข้างเคียงหรือบริหารยาบรรเทาปวด แต่ต้องไม่เกี่ยวข้องกับการป้องกันอันตรายที่เกิดจากการรักษาโรคที่ผู้ป่วยเจ็บป่วยโดยตรง โดยการดูแลต่อเนื่องและสืบเนื่องจากการรักษาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อได้มีการกระทำของแพทย์อันเป็นการก่อกำเนิดที่ กล่าวคือ การลงมือให้การรักษา แต่สำหรับการดูแลในความผิดฐานทอดทิ้งเพียงแต่ผู้ป่วยมาโรงพยาบาลแพทย์ก็จะต้องดูแลแล้ว

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการทอดทิ้ง คือ การไม่ดูแล ซึ่งการไม่ดูแลของแพทย์และการไม่ดูแลของบุคคลอื่น เช่น พยาบาล หรือ ผู้ที่ดูแลคนชรา ย่อมมีมาตรฐานที่ไม่เหมือนกัน ในการจะพิจารณาว่าการกระทำใดของแพทย์เป็นการไม่ดูแล จะต้องพิจารณาจากมาตรฐานการดูแลของแพทย์ซึ่งหากแพทย์ไม่กระทำตามมาตรฐานนี้แล้ว การกระทำดังกล่าวจะเป็นการทอดทิ้ง โดยมาตรฐานในการดูแลของแพทย์อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(2.1) การดูแลด้วยการรักษาแบบประคับประคองผู้ป่วย (Supportive and Symptomatic treatment)

การดูแลด้วยการรักษาแบบประคับประคองเป็นการดูแลผู้ป่วยด้วยการรักษาโรคแทรกซ้อนหรืออาการข้างเคียง ซึ่งมาตรฐานในการดูแลด้วยการรักษาแบบประคับประคองผู้ป่วยอาจแยก

¹²⁶ The California Patient's Guide, "Your Rights to Continuous Care"

พิจารณาได้ดังนี้¹²⁷

ก. การดูแลด้วยการรักษาแผลกดทับ¹²⁸

แผลกดทับ คือ บริเวณที่มีการตายของเซลล์และเนื้อเยื่อที่เกิดจากแรงกดเฉพาะที่บนร่างกายมากเกินไปหรือนานเกินไป ทำให้เลือดไม่สามารถไปเลี้ยงผิวหนังและเนื้อเยื่อบริเวณนั้นได้พอ¹²⁹ ซึ่งมักจะเกิดบริเวณเนื้อเยื่อที่อยู่เหนือปุ่มกระดูก เช่น บริเวณกระดูกก้นกบ กระดูกสะโพก ตาตุ่ม ด้วยเหตุนี้แผลกดทับจึงมักเกิดกับผู้ป่วยที่ไม่อาจเคลื่อนไหวเองได้ เช่น ผู้ป่วยที่เป็นอัมพาต ผู้ป่วยสมองพิการ ไม่รู้ตัว ตลอดจนผู้ป่วยที่เป็นโรคเบาหวานหรือไขข้ออักเสบ¹³⁰ ผู้ป่วยประเภทนี้ไม่สามารถคุ้มครองตัวเองได้จึงเป็นผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้เพราะความเจ็บป่วยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 307 เมื่อมาอยู่ในโรงพยาบาลแพทย์ย่อมมีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้ โดยมีมาตรฐานในการดูแลอาจแบ่งออกเป็นสองวิธี คือ¹³¹

(ก) การดูแลด้วยการแก้ไขสภาวะผู้ป่วย (Systemic treatment) วิธีนี้เป็นการดูแลด้วยการแก้ไขสภาวะร่างกายของผู้ป่วยที่ส่งเสริมให้เกิดแผลกดทับและทำให้แผลหายยาก เช่น การรักษาภาวะโลหิตจาง การให้สารอาหารในผู้ป่วยเรื้อรัง (Chronic illness) และผู้ป่วยอัมพาต เพราะภาวะขาดสารอาหารทำให้การเสริมสร้างเนื้อเยื่อใหม่ไม่ดีเท่าที่ควร

(ข) การดูแลเฉพาะจุด (Local Treatment) การรักษาเฉพาะจุดอาจกระทำด้วยการผ่าตัดหรือไม่ก็ได้ โดยมาตรฐานในการดูแลด้วยการไม่ผ่าตัด คือ แพทย์จะต้องควบคุมการติดเชื้อในแผลกดทับ กล่าวคือ แพทย์จะต้องมีคำสั่งให้มีการทำความสะอาดแผลโดยน้ำยาที่ใช้ทำความสะอาด หรือถ้ามีแผลหลายแห่งอาจให้ผู้ป่วยแช่อ่างน้ำวนผสมน้ำยาฆ่าเชื้อ หากมีการอักเสบ

¹²⁷ ไพรัช เทพมงคล โรคมะเร็งสำหรับแพทย์เวชปฏิบัติทั่วไปและนักศึกษาแพทย์. (กรุงเทพมหานคร : อักษรเจริญทัศน์, 2528) น.505

¹²⁸ เนื่องจากมีตำรากล่าวไว้ว่าการดูแลแผลกดทับอาจกระทำได้โดยการรักษาความสะอาดและพลิกตัวผู้ป่วยทุกๆ 2 ชั่วโมง การกระทำดังกล่าวเป็นหน้าที่ของพยาบาล ไม่ใช่หน้าที่แพทย์จึงไม่น่ามากล่าวไว้ ณ ที่นี้ด้วย สนใจโปรดดู ชลลดา คิดประเสริฐ "แผลกดทับ / Bedsore, Pressure ulcer" <<http://thailabonline.com/bedsore.htm>>

¹²⁹ สำนักพยาบาล กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข "การศึกษารูปแบบหน่วยงานสาธิตทางการพยาบาล" < <http://www.dms.moph.go.th/nurse/les4.pdf> > น.4

¹³⁰ ชลลดา คิดประเสริฐ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 128

¹³¹ เพิ่งอ้าง.

ติดเชื่ออย่างรุนแรง แพทย์อาจให้ยาปฏิชีวนะ หรืออาจอบแผลด้วยเครื่องมือทางกายภาพบำบัด คือ อุลตราไวโอเล็ต ซึ่งมีคุณสมบัติฆ่าเชื้อโรค

สำหรับการดูแลผู้ป่วยด้วยการผ่าตัด การผ่าตัดเพื่อรักษาแผลกดทับเป็นการดูแลตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 307 แต่เมื่อลงมือผ่าตัดย่อมเป็นการเพิ่มความเสี่ยง แพทย์จึงมีหน้าที่กระทำให้ตลอดรอดฝั่ง หากหยุดเสียกลางคันย่อมเป็นการกระทำโดยงดเว้น และหลังจากที่มีการผ่าตัดเสร็จแล้ว แพทย์ย่อมมีหน้าที่จะต้องดูแลต่อเนื่องและสืบเนื่องจากการผ่าตัดซึ่งหากไม่กระทำแล้วจะเป็นการกระทำโดยงดเว้นเช่นเดียวกัน

ดังนั้นโดยสรุปแล้วมาตรฐานของแพทย์ในการดูแลด้วยการรักษาแผลกดทับอาจทำได้ด้วยการแก้ไขสภาวะทั่วไปของผู้ป่วยอันเนื่องมาจากการเกิดแผลกดทับหรือการดูแลเฉพาะจุด ซึ่งในการดูแลเฉพาะจุดนั้นแพทย์จะเลือกดูแลแผลกดทับด้วยการผ่าตัดหรือไม่ผ่าตัดก็ได้ หากแพทย์เลือกที่จะดูแลด้วยการไม่ผ่าตัด การไม่ผ่าตัดนั้นไม่ใช่การทอดทิ้ง เป็นเพียงการเลือกวิธีในการดูแล แต่หากแพทย์ไม่กระทำการใดเลย ปล่อยให้แผลกดทับรุกรามไปเรื่อยๆ การกระทำของแพทย์ย่อมเป็นการทอดทิ้ง และหากแพทย์เลือกใช้วิธีผ่าตัด แพทย์มีหน้าที่จะต้องกระทำให้ตลอดรอดฝั่งและมีหน้าที่ต้องดูแลต่อเนื่องและสืบเนื่องจากการรักษา ซึ่งหากไม่กระทำจะเป็นการกระทำโดยงดเว้น

ข. การดูแลด้วยการรักษาภาวะติดเชื่อ

การรักษาภาวะติดเชื่อเป็นการรักษาการติดเชื่อโรคที่มีอยู่ทั่วไปรอบกายมนุษย์¹³² เพียงแต่ผู้ป่วยด้วยสภาวะร่างกายของเขาเอง ไม่อาจที่จะต้านทานเชื้อโรคนั้นได้ แพทย์จึงต้องทำการรักษาภาวะติดเชื่อ เช่น ในกรณีของผู้ป่วยโรคมะเร็ง โดยมากจะมีความต้านทานต่อเชื้อโรคได้น้อยกว่าคนปกติ¹³³ การรักษาภาวะติดเชื่อเป็นการรักษาโรคแทรกซ้อนไม่ใช่การรักษา มะเร็งโดยตรงจึงเป็นการดูแลตามความหมายของมาตรา 307

¹³² เชื้อโรคที่แทรกซ้อนนี้ เป็นเชื้อโรคที่โดยปกติแล้วอยู่รอบตัวมนุษย์ เช่น เชื้อราแคนดิดา อัลบิแคนสมักเข้าสู่ร่างกายจากทางเดินอาหารหรือทางเดินปัสสาวะ หรือในบางครั้งก็เป็นเชื้อที่ปกติอยู่ในร่างกายมนุษย์ เช่น เชื้อแบคทีเรีย สแตฟิโลค็อกคัส เป็นเชื้อโรคที่อยู่ในร่างกายมนุษย์โดยปกติอยู่แล้วแต่ผู้ป่วยที่มีเม็ดเลือดขาวต่ำจะไวต่อเชื้อแบคทีเรียชนิดนี้ ไพรัช เทพมงคล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 127 น. 506

¹³³ ผู้ป่วยโรคมะเร็ง โดยเฉพาะผู้ป่วยที่เป็นมะเร็งเม็ดเลือดขาวหรือมะเร็งของระบบน้ำเหลืองร้อยละ 80 จะตายเพราะติดเชื่อ ผู้ป่วยที่เป็นมะเร็งที่มีเม็ดเลือดขาวและเกร็ดเลือดต่ำ

มาตรฐานในการดูแลของแพทย์ในการรักษาภาวะติดเชื้อ แพทย์จะต้องสังเกตว่าผู้ป่วยมีไข้หรือไม่ เมื่อผู้ป่วยมีไข้แพทย์จะต้องตรวจร่างกายโดยละเอียดเพื่อหาตำแหน่งที่ติดเชื้อ จากนั้นจะต้องส่งสิ่งที่ถูกขับออกจากร่างกาย (Excreta) ไปตรวจทางห้องทดลองเพื่อหาชนิดของเชื้อและความไวต่อยาปฏิชีวนะ ต้องมีการให้ยาฆ่าเชื้อต่างๆที่ตรวจพบ และอาจต้องแยกผู้ป่วยไว้ในห้องปราศจากเชื้อที่มีการกรองอากาศเพื่อกรองเชื้อแบคทีเรีย และให้ยาฆ่าเชื้อแบคทีเรียเฉพาะที่หรือรับประทาน เพื่อทำลายเชื้อแบคทีเรียที่พบเป็นปกติบนผิวหนัง เยื่อบุและทางเดินอาหาร¹³⁴ สิ่งเหล่านี้หากแพทย์ไม่กระทำย่อมเป็นการไม่ดูแลผู้ป่วย

ค.การรักษาอาการเลือดออก

ผู้ป่วยที่มีความบกพร่องเกี่ยวกับเกร็ดเลือด อันได้แก่ผู้ป่วยที่ไขกระดูกสูญเสียหน้าที่¹³⁵ หรือ ผู้ป่วยโรคมะเร็ง ที่เซลล์มะเร็งได้เข้าแทนที่เซลล์ไขกระดูก จนไม่อาจผลิตเม็ดเลือดและเกร็ดเลือดได้ มักจะมีอาการเลือดออกในจุดต่างๆของร่างกาย¹³⁶ ซึ่งเลือดจะออกมาเองโดยไม่จำเป็นต้องมีการฉีดยาของเนื้อเยื่อ การที่เลือดออกนี้นับเป็นภาวะแทรกซ้อนที่เกิดจากสภาพร่างกายของผู้ป่วย จึงเป็นการดูแลตามความหมายของมาตรา 307

เพราะไขกระดูกถูกแทนที่ด้วยเซลล์มะเร็ง ทำให้สูญเสียหน้าที่ไป ไม่อาจที่จะผลิตเม็ดเลือดขาวได้ จึงไม่อาจต้านทานเชื้อโรคที่มีอยู่โดยทั่วไปได้ สนใจโปรดดู เพ็งอ้วง , น. 505-506

¹³⁴ เช่น ในผู้ป่วยโรคไขกระดูกฝ่อ (Aplastic anemia) จะมีการล้มเหลวของไขกระดูกในการสร้างเซลล์เม็ดเลือด โดยตรวจพบว่าปริมาณเซลล์ของไขกระดูกลดลง(hypocellularity) และการตรวจเลือดพบปริมาณของเม็ดเลือดแดงเม็ดเลือดขาวและเกร็ดเลือดลดลง (pancytopenia) สนใจโปรดดู เพ็งอ้วง, น. 506 - 509

¹³⁵ อาการเลือดออกมักเกิดจากการที่ผู้ป่วยมีเกร็ดเลือดต่ำกว่า 20,000/ลบ.ซม. การดูแลผู้ป่วยที่มีเฮโมโกลบินและเกร็ดเลือดต่ำจะต้องให้เลือดสด ให้มีระดับเฮโมโกลบินอยู่ระหว่าง 9-11กรัม/100 ลบ.ซม. ในบางกรณีอาจต้องให้เกร็ดเลือดแยกจากเลือดประมาณ 500-20,000 ลบ.ซม./วัน การให้เกร็ดเลือดจะทำให้อาการเลือดออกลดน้อยลงอย่างมาก แต่อาจจะไม่ทำให้ปริมาณเกร็ดเลือดเพิ่มขึ้นอย่างชัดเจน เพราะผู้ป่วยที่ได้รับเกร็ดเลือดบ่อยๆอาจมีแอนติบอดีต่อเกร็ดเลือด ทำให้เกร็ดเลือดที่เข้าไปมีอายุสั้นกว่าปกติ แพทย์จึงทำได้เพียงดูแลเพื่อประคับประคอง ด้วยการให้เลือดและเกร็ดเลือดเท่านั้น สนใจโปรดดู ผาณิต หิรัญศรี "Aplastic anemia" <<http://www.thaihemato.org/guideline/aplastic.htm>>

¹³⁶ ไพรัช เทพมงคล, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 127 น. 509

สำหรับมาตรฐานในการดูแลผู้ป่วยที่มีเลือดออก คือ แพทย์จะต้องให้การดูแลด้วยการให้เลือดและเกร็ดเลือด¹³⁷ ตรวจฮีโมโกลบิน เกร็ดเลือด หรือตรวจหาเวลาของการแข็งตัวของเลือดเป็นระยะๆ และจะต้องพยายามรักษาระดับเวลาของการแข็งตัวของเลือดด้วย¹³⁸

อย่างไรก็ดีอาจมีบางกรณีที่คล้ายการดูแลตามมาตรา 307 แต่ในความจริงแล้วเป็นหน้าที่อันจำต้องกระทำเพื่อป้องกันผล กล่าวคือ ในการให้เลือดหรือส่วนประกอบของเลือดก่อนการปลูกถ่ายไขกระดูกของผู้ป่วยที่เป็นโรคไขสันหลังฝ่อ เนื่องจากผู้ป่วยที่รับเลือดหรือส่วนประกอบของเลือดก่อนการปลูกถ่ายไขกระดูกมีอัตราการตายสูง¹³⁹ ก่อนปลูกถ่ายไขกระดูกแพทย์จะต้องไม่ให้เลือดหรือส่วนประกอบของเลือด โดยการไม่ให้เลือดและส่วนประกอบของเลือดนี้ไม่ใช่การทอดทิ้ง แต่เป็นหนึ่งในการเตรียมผู้ป่วยก่อนการรักษาโรคที่ผู้ป่วยเจ็บป่วยโดยตรง ซึ่งหากแพทย์ไม่หยุดให้เลือดและส่วนประกอบของเลือดก่อนการปลูกถ่ายไขกระดูกแล้วย่อมเป็นการงดเว้นการอันจำต้องกระทำเพื่อป้องกันผล¹⁴⁰ นอกจากนี้ในการดูแลด้วยการตรวจฮีโมโกลบินและ

¹³⁷ เพิ่งอ้าง, น. 509

¹³⁸ สำหรับผู้ที่มีเลือดออกหลายๆแห่งทั่วร่างกาย อันเกิดจากการแข็งตัวของเลือดในหลอดเลือด ซึ่งอาจพบได้ในผู้ป่วยมะเร็งเม็ดเลือดขาว และผู้ป่วยอื่นที่มีเกร็ดเลือดต่ำ มีความผิดปกติในปัจจัยที่ทำให้เลือดแข็งตัว แพทย์จะต้องให้การดูแลด้วยการตรวจหาเวลาของการแข็งตัวของเลือดเป็นระยะๆ และจะต้องพยายามรักษาระดับเวลาของการแข็งตัวของเลือดให้นานกว่าภาวะที่เป็นอยู่ประมาณหนึ่งเท่า สนใจโปรดดู เพิ่งอ้าง, น. 509 - 510

¹³⁹ ในการให้เลือดและเกร็ดเลือดแก่ผู้ป่วยที่เป็นโรคไขกระดูกฝ่อ (Aplastic anemia) พิจารณาให้ pack red cell ในกรณีที่มียาการจากภาวะช็อค ให้เกร็ดเลือดเมื่อมีปัญหาเลือดออกจากเกร็ดเลือดต่ำ การให้เกร็ดเลือดเพื่อป้องกันเลือดออก จะให้ต่อเมื่อระดับของเกร็ดเลือดน้อยกว่า 5×10^9 /ลิตร ทั้งนี้แพทย์อาจไม่ให้เลือดและส่วนประกอบของเลือดได้ หากผู้ป่วยจะเข้ารับการปลูกถ่ายไขกระดูก เพราะผู้ป่วยที่ได้รับเลือดและส่วนประกอบของเลือดก่อนการปลูกถ่ายไขกระดูกมีอัตราการตายสูง การที่แพทย์งดให้เลือดและส่วนประกอบของเลือดดังกล่าวย่อมไม่เป็นการทอดทิ้ง สนใจโปรดดู ฆาณิต หิรัญศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 135

¹⁴⁰ กรณีนี้อาจเทียบเคียงได้กับ คดี Benzmilller v. Swanson, Nd 1962 ผู้ป่วยประสบอุบัติเหตุในฟาร์มจนแขนหัก ศัลยแพทย์สั่งให้ทำความสะอาดแขนผู้ป่วยเพื่อเตรียมการผ่าตัดแต่ไม่ได้สั่งยามาเชื้อ การดูแลเพื่อเตรียมการรักษาเป็นหน้าที่ของแพทย์ที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกันผลร้ายหรืออันตรายที่จะเกิดขึ้น ดังนั้นในการหยุดให้เลือดและส่วนประกอบของเลือดก่อนการปลูก

เกร็ดเลือด หากเป็นการกระทำในผู้ป่วยที่มีเลือดออกเพราะพยาธิสภาพของผู้ป่วยเองเป็นการดูแลตามมาตรา 307 แต่การตรวจฮีโมโกลบินและเกร็ดเลือดอันเป็นการติดตามผลหลังการรักษาโรคที่ผู้ป่วยเจ็บป่วยโดยตรง เช่น การฉายรังสี เป็นหน้าที่ดูแลสืบเนื่องจากการรักษา ในลักษณะเดียวกับการตรวจแผลและสภาพร่างกายหลังการผ่าตัด ซึ่งหากไม่กระทำจะเป็นการงดเว้นการอันจกต้องกระทำเพื่อป้องกันผล

ดังนั้นโดยสรุปแล้วมาตรฐานในการดูแลด้วยการรักษาแผลเลือดออก คือ

1. การให้เลือดและส่วนประกอบของเลือด เว้นแต่การหยุดให้เลือดและส่วนประกอบของเลือดก่อนการปลูกถ่ายไขกระดูก

2. การตรวจฮีโมโกลบินและเกร็ดเลือด เว้นแต่การตรวจสืบเนื่องจากการฉายรังสี

3. รักษาระดับเวลาการแข็งตัวของเลือด

ง. การดูแลด้วยการรักษาตามอาการ

การรักษาตามอาการเป็นการรักษาอาการข้างเคียงที่อาจเกิดจากการรักษา โดยจะต้องเป็นผลข้างเคียง ไม่ใช่ผลโดยตรงจากการรักษา เช่น การรักษาด้วยการฉายรังสี ผลข้างเคียง คือ อาการคลื่นไส้ การรักษาอาการคลื่นไส้อาเจียนจึงเป็นการดูแลตามความหมายของมาตรา 307 แต่การฉายรังสีปริมาณมากอาจทำให้ไตเน่าและตับทำหน้าที่ผิดปกติ สิ่งที่เกิดกับไตและตับนี้เป็นผลที่เกิดจากการฉายรังสีโดยตรงไม่ใช่ผลข้างเคียง การดูแลเป็นหน้าที่ต่อเนื่องและสืบเนื่องจากการรักษา หากไม่กระทำจะเป็นการงดเว้นการอันจกต้องกระทำเพื่อป้องกันผล¹⁴¹

ถ่ายไขสันหลัง ย่อมเป็นการเตรียมผู้ป่วยก่อนการรักษา ซึ่งหากไม่กระทำจะเป็นการกระทำโดยงดเว้นการอันจกต้องกระทำเพื่อป้องกันผล

¹⁴¹ ในการฉายรังสีที่มีปริมาณมากๆหรือรักษาด้วยเคมีบำบัดแบบหักโหม แพทย์มีหน้าที่ป้องกันผลร้ายอันเกิดจากการฉายรังสีปริมาณมากหรือเคมีบำบัดแบบหักโหม ด้วยการบันทึกปริมาณน้ำที่ผู้ป่วยรับประทานหรือได้รับทางหลอดเลือดและปริมาณน้ำที่ถ่ายออกจากร่างกาย เมื่อปัสสาวะลดลงต้องรีบให้การดูแลอย่างใกล้ชิดเพราะสารเคมีบำบัดบางชนิดอาจทำให้บางส่วนของไตเน่าได้ สำหรับตับจะต้องได้รับการตรวจสัปดาห์ละครั้ง ในภาวะวิกฤตต้องได้รับการตรวจทุกวัน สนใจโปรดดู ไพรัช เทพมงคล, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 127 น. 510

สำหรับมาตรฐานในการดูแลด้วยการรักษาตามอาการมีมากมายหลายอย่างขึ้นอยู่กับอาการ โดยอาจจะเป็นการให้ยา ให้น้ำหรือน้ำเกลือ¹⁴² เป็นต้น

(2.2) การดูแลด้วยยาแก้ปวดในผู้ป่วยหนัก หรือ การดูแลเพื่อบรรเทา (Palliative care)

การดูแลเพื่อบรรเทา (Palliative care) คือ การดูแลด้วยการให้ยาแก้ปวดแก่ผู้ป่วยที่อยู่ในระยะสุดท้าย โดยที่แพทย์ไม่อาจทำการรักษาใดๆ ให้ผู้ป่วยหายจากโรคได้ สิ่งที่แพทย์ทำได้จึงเป็นเพียงการทำให้ผู้ป่วยคลายความเจ็บปวดและความทุกข์ทรมานลง จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักของการดูแลเพื่อบรรเทา คือ แพทย์จะต้องทำให้ผู้ป่วยได้รับความทรมานน้อยที่สุด¹⁴³ แพทย์จึงต้องให้ยาระงับปวดซึ่งหากไม่ให้แล้วแพทย์ย่อมเป็นการทอดทิ้ง

เนื่องจากยาระงับปวดโดยมากจะเป็นยาอันตราย ในบางครั้งยากดังกล่าวอาจทำให้ความตายของผู้ป่วยมาถึงเร็วขึ้น¹⁴⁴ จึงเกิดปัญหาว่าการให้ยาระงับปวดของแพทย์จะเป็นการเร่งความตายอันเป็นการกระทำในความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาหรือไม่ ในความผิดฐานดังกล่าว นอกจากแพทย์จะมีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลความตาย และความตายนั้นจะต้องเป็นผลโดยตรงจากการงดให้ยาด้วย ดังนั้นหากแพทย์ได้ให้ยาแก้ปวดด้วยประสงค์ที่จะบรรเทาความเจ็บปวดเป็นหลัก และได้ให้ยาโดยความพยายามที่จะรักษาสมดุลระหว่างตัวยาและผลข้างเคียง ซึ่งก็คือการทำให้ความตายมาถึงเร็วขึ้นแล้ว ความตายนั้นก็ยังคงเป็นความตายตามธรรมชาติ

¹⁴² ในผู้ป่วยที่มีอาการข้างเคียงจากการรักษา เช่น การคลื่นไส้อาเจียนเนื่องจากการรักษาด้วยรังสีบริเวณทางเดินอาหารหรือเคมีบำบัด ถ้าอาการรุนแรงแพทย์จะต้องให้น้ำทางหลอดเลือดและให้ยาประเภทพิโนธัยซีน และในการรักษาด้วยการให้ยาบางชนิด เช่น ยาปฏิชีวนะ อาจก่อผลข้างเคียง คือ อาการท้องเดิน แพทย์ต้องให้การรักษา เช่น ให้น้ำและอิเล็กโทรลัย ซึ่งตามมาตรฐานอายุรศาสตร์ ประกอบด้วย น้ำตาล สอร์บิทอล สารไลปีดส์ กรดอะมิโน เป็นต้น สนใจโปรดดู เพ็งฮ้าง, น. 510

¹⁴³ Lan Freckelton and Danuta Mendelson, *supra* note 115, pp.232

¹⁴⁴ ยาแก้ปวดโดยมากมีฤทธิ์กดประสาทและเป็นยาเสพติด เช่น มอร์ฟีน ซึ่งเป็นยาอันตรายการการฉีดยาเข้าเส้นเลือด ยาจะออกฤทธิ์ต่อระบบประสาทส่วนกลางและกดการหายใจ ตลอดจนทำให้สูญเสียน้ำและอาจตายเพราะขาดน้ำได้ อีกทั้งผู้ป่วยจะมีอัตราการติดมอร์ฟีนสูงถึง 80% แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันในโรงพยาบาล สำหรับยาระงับปวดบางตัวที่ผู้ป่วยมีอัตราการติดน้อยกว่ามอร์ฟีน ก็มีผลต่อระบบหายใจและอาจทำให้ผู้ป่วยอยู่ในอาการโคม่า สนใจโปรดดู *ibid.* pp.231-236

เพราะขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล¹⁴⁵ กล่าวคือ การให้ยาระงับปวดอาจจะมีผลต่อความตาย แต่ไม่มีผู้ใดพิสูจน์ได้อย่างแน่ชัดว่าหากผู้ป่วยไม่ได้รับยาระงับปวดนั้น เวลาตายจะเนิ่นช้าออกไปหรือจะหดสั้นลงจากเวลาตายจริง จึงไม่อาจพิสูจน์ได้ว่ายานั้นมีผลเป็นการเร่งความตายอย่างแน่แท้หรือไม่ ความตายจึงเป็นความตายตามธรรมชาติอยู่นั่นเอง¹⁴⁶ ในทางตรงกันข้ามหากแพทย์ต้องการให้ผู้ป่วยตาย จึงฉีดยาระงับปวดเกินขนาด การกระทำของแพทย์ย่อมเป็นการฆ่าคนตายโดยเจตนา เพราะการที่แพทย์ให้ยาระงับปวดเกินขนาด จนผู้ป่วยตาย ความตายย่อมเกิดจากการฉีดยาซึ่งอาจพิสูจน์ได้อย่างแน่ชัด จึงมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

จึงอาจกล่าวได้ว่าแม้ยาระงับปวดจะเป็นยาอันตราย แพทย์ก็ต้องให้ยาระงับปวดโดยมีมาตรฐานในการดูแล คือ แพทย์จะต้องให้ยาระงับปวดในปริมาณที่สามารถควบคุมความ

¹⁴⁵ ในอังกฤษมีคดีที่เกิดขึ้นหลายคดีที่วางหลักให้การดูแลเพื่อบรรเทาไม่ใช่การฆ่าคนตายโดยเจตนาเพราะขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เช่น ในคดี R v. Adams ผู้พิพากษา Devlin J. กล่าวไว้ว่าเมื่อจุดประสงค์ของการใช้ยา คือ การทำให้สุขภาพดีขึ้นเดิมนั้น ไม่อาจบรรลุผลได้ ก็ยังมีสิ่งอื่นที่แพทย์จะต้องทำ คือ แพทย์จะต้องทำทุกอย่างตามความจำเป็นอย่างเพียงพอ เพื่อที่จะลดความเจ็บปวดหรือความทรมานของผู้ป่วยลง แม้ว่ายาที่ฉีดจะทำให้ชีวิตของผู้ป่วยสั้นลงก็ตาม สิ่งนี้ไม่ใช่เพราะแพทย์มีความคุ้มกันพิเศษ แต่เป็นเพราะไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เหตุที่ก่อความตายคือความเจ็บป่วยของผู้ป่วยเอง และการให้การดูแลโดยการฉีดยาระงับปวด “มักจะ” มีผลกระทบต่อชีวิต แต่ในเวลาที่มีความตายเกิดขึ้น ยาไม่ได้เป็นเหตุให้ผู้ป่วยตาย ไม่มีแพทย์คนใดมีสิทธิที่จะตัดชีวิตผู้ป่วยโดยเจตนาได้ นอกจากนี้เช่น คดี R v. Cox 1992 วางหลักว่าการกระทำทางการแพทย์บางประการรวมไปถึงการดูแลเพื่อบรรเทา ซึ่งในบางครั้งนำมาซึ่งความเสี่ยงต่อสุขภาพและชีวิตของผู้ป่วยเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งแพทย์ต้องประสบกับความลำบากใจทั้งสองทาง กล่าวคือ หากแพทย์ไม่ให้ยาระงับปวดก็ย่อมมีความผิดฐานทอดทิ้ง หากให้ยาระงับปวดอาจมีความผิดต่อชีวิต การที่แพทย์ให้ยาบรรเทาปวดไม่ใช่ความชอบธรรมทางการแพทย์ แต่หากแพทย์เชื่อว่าการให้ยาบรรเทาปวดจะก่อประโยชน์แก่ผู้ป่วยมากกว่าแม้ว่าจะก่อความเสี่ยงต่อชีวิต แพทย์ก็อาจกระทำได้ เพราะเมื่อผู้ป่วยตายย่อมไม่มีผู้ใดอาจพิสูจน์ได้ว่าในสถานการณ์เช่นนั้นความตายเกิดขึ้นจากการให้ยาแก้ปวดหรือไม่ เพราะไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์หรือทางคลินิกจะพิสูจน์ได้ว่าการให้ยามอร์ฟินเป็นเหตุแห่งความตายของผู้ป่วยอย่างแน่แท้ ดู Ibid. pp.233-234

¹⁴⁶ Ibid. pp.246

เจ็บปวดได้และมีความสมดุลระหว่างตัวยาและผลข้างเคียงที่จะเกิดขึ้น¹⁴⁷ ซึ่งแพทย์อาจใช้วิธีบริหารยาเข้าช่วย เช่น การให้ยานอนหลับในขนาดเล็กน้อยโดยการรับประทานจะทำให้ฤทธิ์ระงับปวดนานออกไป¹⁴⁸ และในการให้ยาอันตรายนี้ แพทย์จะต้องให้ผู้ป่วยรับรู้ว่ายานั้นอาจมีผลให้ชีวิตของผู้ป่วยสั้นลง¹⁴⁹ และในการเพิ่มยา แพทย์จะต้องถามผู้ป่วยว่าต้องการยาเพิ่มหรือไม่ หากผู้ป่วยไม่มีสติแพทย์จะต้องจัดการไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ป่วยมากที่สุด¹⁵⁰

ดังนั้นอาจสรุปหลักการในการให้ยาระงับปวดในการดูแลเพื่อบรรเทาได้ดังนี้ คือ¹⁵¹

1. การให้ยาในการดูแลจะต้องเป็นไปโดยที่แพทย์มีเจตนาลดความเจ็บปวดของผู้ป่วยเพียงอย่างเดียวเท่านั้น

2. จะต้องเป็นการจัดการเพื่อตอบสนองความทรมานหรือสัญญาณของความทรมาน

3. การดูแลจะต้องได้สัดส่วนกับความทรมาน เพราะหากให้ยาเกินกว่าความทรมาน ยานั้นอาจส่งผลโดยตรงในความตายหรืออันตรายที่อาจเกิดกับร่างกายของผู้ป่วย

4. จะต้องไม่ใช่การให้ยาเพื่อฆ่าคนตายโดยเจตนา

เมื่อเข้าหลักการดังกล่าวแล้ว การกระทำของแพทย์ย่อมไม่ใช่การฆ่าคนตายโดยเจตนา แต่เป็นการดูแลเพื่อบรรเทา ซึ่งหากแพทย์ไม่ให้การดูแลด้วยการฉีดยาแก้ปวดนี้ ย่อมเป็นการไม่ดูแลตามความหมายของความผิดฐานทอดทิ้งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 307

¹⁴⁷ Ibid.pp.235

¹⁴⁸ ไพรัช เทพมงคล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 127 น. 519

¹⁴⁹ จาก คดี Airedale NHS trust v Bland 1993 ศาลได้วางหลักให้การที่แพทย์ให้การดูแลโดยยาบรรเทาปวดที่มีผลทำให้ชีวิตของผู้ป่วยสั้นลง จะเป็นการชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อ 1. การกระทำนั้นอยู่บนหลักประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย และ 2. ผู้ป่วยได้รับรู้ว่ายานั้นทำให้ชีวิตของผู้ป่วยสั้นลง เมื่อการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ความตายของผู้ป่วยในสายตาของกฎหมายย่อมเกิดจากโรคและความเจ็บป่วยของผู้ป่วยเอง ดู Lan Freckelton and Danuta Mendelson, *supra* note 115, pp.240

¹⁵⁰ Ibid.pp.236

¹⁵¹ Ibid.pp.244