

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพโดยประมาทของแพทย์

อนุสรณ์ แก้ววิเชียร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ.2562

Legal Issues in the Negligent Practices of Medical Profession

Anusorn Kaewwichain

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
For the Degree of Master of Laws Department of Law
Pradi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University**

2019



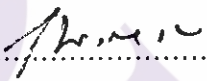
ใบรับรองวิทยานิพนธ์


คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์


ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพโดยประมาทของแพทย์
เสนอโดย นายอนุสรณ์ แก้ววิเชียร
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายทางการแพทย์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรรณภักดิ์

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

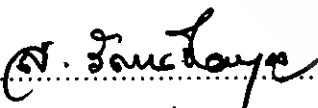



.....ประธานกรรมการ
(อาจารย์ ดร. นายแพทย์ ไพโรจน์ บุญศิริคำชัย)

.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรรณภักดิ์)

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

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล)
วันที่  เดือน  พ.ศ. 

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพ โดยประมาทของแพทย์
ชื่อผู้เขียน	อนุสรณ์ แก้ววิเชียร
อาจารย์ที่ปรึกษา	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรรณภักดิ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2561

บทคัดย่อ

ระบบการให้บริการทางการแพทย์ของประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสเป็นการให้บริการโดยภาครัฐ กฎหมายของทั้งสองประเทศจึงกำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายและไม่ตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายสัญญา ส่วนระบบการให้บริการทางการแพทย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมันนั้นเป็นการให้บริการโดยภาคเอกชน กฎหมายของทั้งสองประเทศจึงกำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญา การพิจารณาความรับผิดของแพทย์ที่ประกอบวิชาชีพโดยประมาทในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมันจึงถูกพิจารณาภายใต้กฎหมายสัญญามากกว่าละเมิด

สำหรับการกระทำโดยประมาทและมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ในต่างประเทศ พบว่า ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่น ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกานั้น การกระทำโดยประมาททางอาญาจะต้องมีระดับความร้ายแรงมากกว่าความประมาทเลินเล่อทางแพ่ง ที่เรียกว่า “ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence) หรือประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ส่วนมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์นั้นถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คณะลูกขุนจะใช้มาตรฐานในทางอัตวิสัย (Subjective Standard) มาพิจารณาว่าแพทย์ผู้กระทำนั้นตระหนักรู้ถึงภัยอันตรายนั้นแล้วยังคงฝ่าฝืนกระทำไป แต่กรณีแพทย์กระทำโดยประมาทธรรมดา (Negligence) ไม่เป็นความผิดอาญา ในขณะที่ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เช่น ประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส ไม่มีการกำหนดระดับความร้ายแรงและไม่แบ่งแยกความประมาทเลินเล่อทางแพ่งออกจากความประมาททางอาญา ส่วนมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์นั้นจะพิจารณาจากมาตรฐานในทางภาวะวิสัย (Objective Standard) โดยประเทศเยอรมันจะนำเอามาตรฐานในทางอัตวิสัย (Subjective Standard) มาใช้พิจารณาสำหรับกรณีที่แพทย์มีความสามารถสูงหรือต่ำกว่าเกณฑ์ปกติ นอกจากนี้ประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศสยังมีการบัญญัติกฎหมายพิเศษเป็นกรณีเฉพาะว่าการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วยจะต้องได้รับ “ความยินยอมที่ได้รับ

การบอกกล่าว” (Informed Consent) ก่อน ส่วนมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ที่จะทำให้แพทย์ต้องรับโทษทางอาญานั้นจะต้องเป็นกรณีแพทย์กระทำโดยปราศจากหรือไม่ใช่ดีในผลแห่งการกระทำของตนเองอย่างผิดปกติธรรมดาอย่างมากและเฉพาะแต่กรณีประมาทอย่างร้ายแรงเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายเท่านั้น หากความประมาทของแพทย์เป็นแต่เพียงไม่นำพาต่อสวัสดิภาพของผู้ป่วยแพทย์ไม่มีความผิดอาญาแต่อาจต้องรับโทษเพียงเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ นอกจากนี้ประเทศฝรั่งเศสยังบัญญัติกฎหมายพิเศษ (Law No.2002-303 of 4 March 2002) เพื่อนำระบบ No Fault Liability มาใช้ชดเชยความเสียหายทางการแพทย์ ที่หากพิจารณาแล้วไม่พบความผิด (No Fault) จะส่งเรื่องให้หน่วยงานของรัฐประจำจังหวัด (ONIAM) จ่ายค่าชดเชย แต่หากพิจารณาแล้วพบความผิด (Fault) หน่วยงานของรัฐประจำจังหวัด (ONIAM) จะดำเนินการเรียกร้องค่าชดเชยแทนผู้เสียหายผ่านบริษัทประกันภัย

จากการศึกษากฎหมายของประเทศไทย พบว่าหลักเกณฑ์การกระทำโดยประมาทและมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ โดยเฉพาะ หากแต่จะนำเอาหลักทั่วไปในเรื่องการกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ มาพิจารณา ทำให้การวินิจฉัยการกระทำโดยประมาทและมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์นั้นกลายเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ขาดความชัดเจนแน่นอนและซ้อนทับกันทั้งประมาทเดินเลื้อยในทางแพ่งและประมาททางอาญา นอกจากนี้ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคและวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยของศาลไทย ยังวางแนวว่าระบบการให้บริการทางการแพทย์ของไทยไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในภาครัฐหรือภาคเอกชนไม่ว่าจะมีการเรียกเก็บค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตามถือเป็นคดีผู้บริโภคทุกกรณี ทำให้การฟ้องคดีผู้บริโภคกรณีแพทย์กระทำโดยประมาทสามารถกระทำได้ง่ายกว่าการฟ้องคดีแพ่งทั่วไป อีกทั้งศาลไทยยังวางแนวไว้ในคำพิพากษาว่าผู้ป่วยสามารถเลือกฟ้องแพทย์เป็นคดีละเมิดหรือผิดสัญญาก็ได้เท่ากับเป็นการสนับสนุนให้ผู้ป่วยเลือกฟ้องเป็นคดีละเมิดและ/หรือคดีอาญาเพื่อจะได้ประโยชน์จากอายุความที่ยาวกว่ากฎหมายสัญญา ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของแพทย์ที่ประกอบวิชาชีพโดยประมาทขึ้นใหม่เป็นพิเศษ โดยเฉพาะเพื่อจัดให้ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยและรัฐเป็นไปตามหลักวิชาการเหมือนในต่างประเทศ บัญญัติหลักกฎหมายความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) ใช้มาตรฐานการพิจารณาในทางอัตวิสัย (Subjective) แบ่งความประมาททางอาญาออกเป็น 2 ประเภทคือ ประมาทธรรมดา (Negligence) และประมาทโดยจงใจ (Recklessness) และบัญญัติให้แพทย์มีความรับผิดอาญาเฉพาะแต่กรณีประมาทโดยจงใจ (Recklessness) เป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายเท่านั้น

Thesis Title	Legal Issues in the Negligent Practices of Medical Profession
Author	Anusorn Kaewwichain
Advisor	Associate Professor Dr. Thanee Vorapatr
Department	Law
Academic Year	2018

ABSTRACT

On the one hand, the medical service system in England and France is the service provided by the government. The laws of both countries, therefore, require that the relationship between the doctor and the patient is a legal relationship and is not subject to contract law. On the other hand, the medical service system in the United States and Germany provided by the private sector. Thus, the laws of both countries stipulate that the relationship between the doctor and the patient is the relationship of contract. In consideration the liability of doctors who practice their medical profession in negligence in the United States and Germany, therefore, considered under contract law rather than torts law.

As for committing an act by negligence and the standard of care of doctors in the foreign countries found that, in Common Law System countries such as England and the United States, criminal negligence must be more aggravated level than civil negligence, called "Gross Negligence" or "Recklessness". For the medical standard of care, it is considered as a question of fact that the "Subjective Standard" shall be used by the jury to determine whether the doctor is reasonable belief or aware of such danger and still disregard to act. However, in case of negligence, the doctor found no guilty in criminal offense.

Meanwhile the Civil Law System, such as Germany and France, does not specify the degree of gravity, and does not separate between civil negligence and criminal negligence. The "Objective Standard" shall utilized to consider the medical standard of care in this system. In Germany, it applies the Subjective Standard to consider for the case that the doctor has a higher or lower ability from the criteria of standard. In addition, both of Germany and France still have a legislation of special law specifically states that, any actions done to the body of the patient shall be received the prior "Informed Consent". For the medical standard of care that caused the

doctors are punished criminal penalties, must be in case that such doctors exceedingly unusually act without prudence, or reckless in the consequences of his own actions, and in case of gross negligence causing the patient to die only. Supposing that the negligence of the doctor is merely to disregard the patient welfare, such doctor is not guilty of criminal offenses, but may punished by a revocation of a professional license. In addition, France also enact special law (the “Law No. 2002-303 of 4 March 2002”) in order to use “No Fault Liability System” to compensate for the medical damage. Provided that, it found no guilty (or No Fault) after consideration, it will be sent to the provincial government agency (called “ONIAM”) to reimburse the compensation, but, if it is found guilty (or Fault), ONIAIM shall claim compensation represent for the injured person through the insurance company.

According to the study the laws of Thailand, found that the rules of negligence and the medical standard of care do not have any laws enact to apply particularly, but the general principles of negligence, under Article 59 paragraph four of the Criminal Code, is adopted to consider and apply instead. It caused the decision of the medical negligence and standard of care become legal issues, which is lack of clarity, certainty, and overlap for both of civil negligence and criminal negligence. Moreover, the consumer protection law and the consumer case procedure, as well as the ruling of Thai courts have the precedent of judgment for Thai medical service system that whether providing services for the public or private sectors, and whether there is any payment or not, is all considered as consumer cases. It is then caused the litigation in consumer cases in case of negligence have done by the doctor can be sued more easily than prosecution for general civil lawsuits. Furthermore, Thai judges generally have precedent that the patients have an alternative to sue either for breach of contract or tort, thus it is regarded as encourage the patients to bring a lawsuit of tort and/or criminal case, in order to get benefit from a longer period of limitation rather than contract law. For these reasons, Thailand should enact the specific law regarding liability in negligent practices by medical profession in order to classify the relationship between doctors, patients, and government according to the academic principle in foreign countries. Moreover, this is to create the informed consent as a principle of law; consider negligent practices of medical profession by using the Subjective Standard classified as negligence and recklessness; and promulgate the law in criminal liability merely for the doctors who reckless causing the other person to death.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดีอันเป็นผลมาจากผู้เขียนได้รับความเมตตาอย่างสูงจากอาจารย์หลายท่าน ผู้เขียนกราบขอบพระคุณ ท่านอาจารย์ ดร. นายแพทย์ไพโรจน์ บุญศิริคำชัย ที่ท่านอาจารย์ยอมสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รวมทั้งให้คำปรึกษาให้แนวคิดแนวทางค้นคว้ากฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ให้แง่คิดในปัญหาทางกฎหมายต่าง ๆ ให้ผู้เขียนสามารถนำไปคิดพัฒนาและเขียนออกมาจนสำเร็จสมบูรณ์เป็นวิทยานิพนธ์เล่มนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสันทิต และท่านรองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งผู้เขียนได้รับความเมตตากรุณาจาก ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสันทิต และท่านรองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์ ในการให้ข้อคิดเห็นและข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางในการแก้ปัญหาตามหัวข้อวิทยานิพนธ์ ทำให้ผู้เขียนนำมาศึกษาแก้ไขและพัฒนาปรับปรุงเป็นประโยชน์แก่วิทยานิพนธ์เป็นอย่างมาก

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรภัทร์ ที่ได้กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์เล่มนี้ โดยท่านอาจารย์ได้เมตตาให้คำปรึกษาด้านกฎหมาย ข้อคิดและแนวทางการแก้ไขปัญหาโดยละเอียด รวมถึงการค้นคว้าข้อมูล และการเขียนอ้างอิงบรรณานุกรม

อนุสรณ์ แก้ววิเชียร

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	2
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.4 สมมุติฐานของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
2. กฎหมายของประเทศไทยกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท.....	8
2.1 ลักษณะเฉพาะของวิชาชีพแพทย์ที่แตกต่างจากอาชีพทั่วไป.....	8
2.2 แนวคิดพื้นฐานและวัตถุประสงค์การลงโทษทางอาญา.....	9
2.3 ระบบการให้บริการทางการแพทย์ของประเทศไทย.....	16
2.4 ความรับผิดทางอาญากรณีแพทย์ก่อวิชาชีพโดยประมาท.....	20
2.5 ความรับผิดทางแพ่งกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาทเล็กน้อย.....	23
2.6 คำพิพากษาศาลไทยกรณีแพทย์กระทำโดยประมาท.....	41
3. กฎหมายต่างประเทศกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท.....	43
3.1 กฎหมายอังกฤษกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท.....	43
3.2 กฎหมายสหรัฐอเมริกากรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท.....	70
3.3 หลักกฎหมายฝรั่งเศสกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท.....	93
3.4 กฎหมายเยอรมันกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท.....	113
4. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท.....	126
4.3 วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดอาญากรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท.....	130
4.4 แนวทางการพัฒนากฎหมายกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท.....	136

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
5. บทสรุป และข้อเสนอแนะ.....	139
5.1 บทสรุป.....	139
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	147
บรรณานุกรม.....	149
ประวัติผู้เขียน.....	156



บทที่ 1

บทนำ

ปัจจุบันปัญหาแพทย์ถูกฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลมีจำนวนสูงมากขึ้นเรื่อย ๆ ทั้งต่อแพทย์ที่ปฏิบัติงานในโรงพยาบาลของรัฐและโรงพยาบาลเอกชน ในบางครั้งการฟ้องคดีก็เกิดมาจากความเข้าใจผิดของผู้ป่วยหรือญาติ บางครั้งก็เกิดมาจากความผิดพลาดของแพทย์จริง ๆ แต่ยังคงมีความคลุมเครือสับสนระหว่างความรู้ความเข้าใจในขั้นตอนการรักษาพยาบาลกับความคาดหวังในผลของการรักษาพยาบาลที่ผู้ป่วยจะพึงได้รับ โดยที่ผู้ป่วยหรือญาติมักมีความคาดหวังต่อผลของรักษาพยาบาลที่ค่อนข้างสูงและเมื่อผลการรักษาไม่เป็นไปตามความคาดหวังของตนจึงคิดเอาว่าความเสียหายนั้นน่าจะเกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาดของแพทย์ ตัวอย่างเช่น ความคิดที่ว่า หากมารดาฝากครรภ์ไว้กับแพทย์และมาตรวจครรภ์ตามกำหนดนัดโดยสม่ำเสมอแล้ว หากเมื่อถึงกำหนดคลอดทั้งบุตรและมารดาจะไม่ต้องปลอดภัยไม่เสียชีวิต ถ้าหากบุตรหรือมารดาเสียชีวิตย่อมต้องเกิดขึ้นมาจากความผิดพลาดของแพทย์ ซึ่งเป็นความคิดที่ไม่ถูกต้องตามหลักวิชาการทางการแพทย์เพราะแม้แต่ในประเทศที่มีเทคโนโลยีทางการแพทย์ก้าวหน้าสูงมาก การคลอดบุตรก็ยังคงมีอัตราการเสียชีวิตของบุตรหรือมารดาปรากฏให้เห็นอยู่เป็นประจำสม่ำเสมอ ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้อย่างมากมายหลากหลายสาเหตุและสาเหตุเหล่านั้นก็ล้วนแล้วแต่เป็นสาเหตุไม่อาจตรวจพบได้ตั้งแต่แรกทั้งในระหว่างการฝากครรภ์หรือก่อนกำหนดคลอดอีกด้วย

ในความเป็นจริงแล้วแพทย์ทุกคนถูกอบรมสั่งสอนมาจากโรงเรียนแพทย์ให้ดูแลรักษาพยาบาลผู้ป่วยทุกคนด้วยความเท่าเทียมกัน โดยไม่มีความลำเอียง แต่สาเหตุแห่งความไม่พึงพอใจของผู้ป่วยนั้นอาจเกิดขึ้นมาจากสภาพของแต่ละโรงพยาบาลที่มีความแตกต่างกันออกไป เช่น แพทย์ที่ปฏิบัติงานในโรงพยาบาลชุมชนที่มีสัดส่วนอัตรากำลังของแพทย์ต่อจำนวนผู้ป่วยน้อยมาก โรงพยาบาลชุมชนบางแห่งแพทย์ต้องดูแลผู้ป่วยนอกวันละเกือบร้อยคนหากแพทย์ทำการตรวจรักษาผู้ป่วยล่าช้าแพทย์ก็จะมักถูกตำหนิจากผู้ป่วยที่มาขอรับการรักษาเป็นเวลานาน แต่หากแพทย์เร่งรัดการตรวจรักษาให้รวดเร็วขึ้นก็จะไม่มีเวลาอธิบายอาการต่าง ๆ ของโรคให้ผู้ป่วยและญาติได้ทราบเพราะแพทย์จำเป็นต้องใช้เวลาแก่ผู้ป่วยและญาติตัดสินใจว่าจะยอมรับการรักษาพยาบาลนั้นหรือไม่ ซึ่งเหตุการณ์ลักษณะนี้พบมากในโรงพยาบาลของรัฐที่แออัดแต่กลับไม่มีการนำเสนอภาพหรือกระแงอีกด้านหนึ่งที่เกิดขึ้นในชีวิตการทำงานจริงของแพทย์ให้ประชาชนได้รับทราบเลย ประกอบกับประชาชนโดยทั่วไปยังขาดความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับข้อผิดพลาด

ทางการแพทย์ (Medical Error) ที่ว่าในปัจจุบันยังไม่มีวิธีการรักษาพยาบาลรูปแบบใดเลยที่จะปราศจากความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายของผู้ป่วยอย่างสิ้นเชิง การรักษาพยาบาลทั้งหมดล้วนแล้วแต่ตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งการใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักกว่าวิธีการรักษาพยาบาลรูปแบบใดจะมีความเสี่ยงภัยกับผู้ป่วยน้อยที่สุดและแพทย์ก็จะเลือกใช้วิธีการรักษาพยาบาลรูปแบบนั้น

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เมื่อวิชาการทางการแพทย์ในปัจจุบันได้พัฒนาจากอดีตจนกลายมาเป็นวิทยาศาสตร์การแพทย์ (Science Oriented Medicine) วิทยาศาสตร์เทคโนโลยีต่าง ๆ ได้พัฒนาไปอย่างรวดเร็วจนทำให้แพทย์เข้ามามีส่วนสำคัญเกี่ยวกับการเกิดและการตายของชีวิตมนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการเรียนการสอนของแพทย์ที่ใช้วิทยาศาสตร์ธรรมชาติได้ถูกหลอมรวมเข้ากับแนวความคิดที่ต้องการจะสร้างแพทย์ให้มีความรู้ความชำนาญเฉพาะทางเฉพาะสาขาจนทำให้แพทย์เหล่านั้นขาดความสนใจในความเป็นคนทั้งคนของผู้ป่วย (Holistic) ไม่ได้เอาใจใส่ดูแลผู้ป่วยมากเท่าที่ควรแทรกซ้อนประกอบในช่วงเวลาเดียวกันที่แนวความคิดระบอบประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมของประชาชนที่เป็นแนวคิดสำคัญอันเป็นรากฐานที่สนับสนุนความเป็นอิสระเสรีของความเป็นมนุษย์ (Human Autonomy) ซึ่งถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานนั้นก็ได้อำนาจขึ้นและได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจนทำให้อำนาจการตัดสินใจแทนผู้ป่วยของแพทย์ที่เคยมีมาแต่ในอดีตนั้นต้องโอนกลับมาเป็นอำนาจตัดสินใจเฉพาะตัวของผู้ป่วย กฎหมายจึงได้เข้ามามีบทบาทเป็นตัวกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยจนทำให้เกิดเป็นความสัมพันธ์เชิงสัญญา (Contractual Relationship) ที่เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยจากในอดีตที่เคารพนับถือเกื้อกูลกันให้กลายมาเป็นผลประโยชน์ตอบแทนในรูปแบบของทรัพย์สินและเงินทองเป็นสำคัญในสังคมทุนนิยมเฉกเช่นปัจจุบันความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในลักษณะเช่นนี้จะปรากฏให้เห็นอย่างเด่นชัดในรูปแบบของธุรกิจสุขภาพที่ทำให้ความสัมพันธ์อันดีระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในอดีตเปลี่ยนแปลงกลายเป็นความสัมพันธ์แบบผู้ให้บริการและผู้รับบริการที่มีผลประโยชน์ตอบแทนเป็นเงินค่ารักษาพยาบาลที่ค่อนข้างสูง และภายใต้สถานการณ์ที่กดดันเหล่านี้เมื่อผู้ป่วยหรือญาติที่ไม่ได้รับความพึงพอใจจากการรักษาพยาบาลก็ย่อมที่จะพร้อมเรียกร้องหาความรับผิดชอบทางกฎหมายจากแพทย์ทันที

สำหรับในสังคมไทยนั้นกำลังอยู่ในช่วงของการเปลี่ยนแปลงซึ่งท่านสมเด็จพระพุทธโฆษาจารย์ (ป.อ.ปยุตโต) ได้เคยบรรยายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ในการประชุมทางวิชาการระหว่างมหาวิทยาลัยมหิดลกับมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ว่าการแพทย์ของประเทศไทยทุกวันนี้อยู่ที่ท่ามกลางกระแสสองกระแส คือ กระแสแบบไทยและกระแสแบบตะวันตก ซึ่งมีทั้งขัดแย้งและ

ส่งเสริมซึ่งกันและกัน วิถีชีวิตหรือจริยธรรมแบบไทย คือ ความเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ มีเมตตากรุณา ทำให้ อีกฝ่ายหนึ่งรู้บุญคุณ ส่วนกระแสแบบตะวันตกเป็นกระแสแบบธุรกิจแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ คิดแต่เพียงความได้เปรียบและเสียเปรียบจนกลายเป็นผู้ให้บริการกับลูกค้า โดยมีเงินเป็นเป้าหมาย สำคัญและในท้ายที่สุดเงินก็จะปิดบังคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์

ในสถานการณ์ปัจจุบันที่วิชาชีพแพทย์ถูกดึงเข้าสู่ระบบธุรกิจมากขึ้น โรงพยาบาล เอกชนเปิดดำเนินการในเชิงพาณิชย์เป็นธุรกิจทางการแพทย์ที่มีเป้าหมายคือผลกำไรเป็นสำคัญ จนทำให้ความผูกพันหรือความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยต้องเปลี่ยนแปลงไปจากความเมตตา กรุณากลายเป็นความสัมพันธ์ในเชิงธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อประเทศไทยยินยอมให้มีการนำ ธุรกิจโรงพยาบาลเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ได้เนื่องจากคุณสมบัติของบริษัทที่จะสามารถ เข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ได้นั้นจะต้องเป็นบริษัทที่มีผลกำไรอยู่ในเกณฑ์ที่ค่อนข้างดีจึงจะ ผ่านการรับรองเข้าสู่ตลาดหลักทรัพย์ได้แต่โดยสภาพของการประกอบกิจการสถานพยาบาลหรือ โรงพยาบาลนั้นไม่ควรจะเร่งดำเนินการเพื่อให้เกิดผลกำไรในลักษณะเช่นนั้น แต่เมื่อประเทศไทย อนุญาตให้นำกิจการโรงพยาบาลเข้าสู่ตลาดหลักทรัพย์ได้การดำเนินงานของโรงพยาบาลที่อยู่ใน ตลาดหลักทรัพย์จึงต้องมุ่งเน้นไปที่การทำกำไรเป็นสำคัญ ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือเมื่อคน ไข่ง่ายเงิน ค่ารักษาพยาบาลไปเป็นเงินจำนวนมากแต่แพทย์ไม่สามารถรักษาพยาบาลตนเองให้หายป่วยได้หรือ ผลการรักษาพยาบาลออกมาไม่เป็นที่พึงพอใจตามความคาดหวังของผู้ป่วยหรือญาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาลร่วมด้วยแล้วจะทำให้ผู้ป่วยพร้อมที่จะ ตัดสินใจฟ้องร้องแพทย์ในทันที

อนึ่ง ในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาประเทศไทยได้มีการนำเสนอข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการ กล่าวหาหรือกล่าวโทษแพทย์ต่อแพทยสภาในเรื่องจริยธรรมทางการแพทย์ที่มีปริมาณเพิ่มมากขึ้น นอกเหนือจากการร้องเรียนเรื่องจริยธรรมต่อแพทยสภาแล้วผู้ป่วยบางคนยังกล่าวหาฟ้องร้องทั้งคดี แพ่งและคดีอาญาว่าแพทย์ประกอบวิชาชีพ โดยประมาทเป็นคดีในศาลยุติธรรมปรากฏขึ้นให้เห็น อย่างสม่ำเสมอ รวมถึงวงเงินในการเรียกร้อยค่าเสียหายก็สูงมากขึ้นเป็นลำดับและสถานการณ์ก็ อาจะยังคงเป็นเช่นนี้ต่อไปอีก

สถานการณ์การฟ้องร้องดำเนินคดีระหว่างผู้ป่วยกับแพทย์นั้นก่อให้เกิดความเสียหาย ตามมาหลายประการเหมือนเช่นกรณีที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วในประเทศสหรัฐอเมริกาจนทำให้แพทย์ ต้องหันไปซื้อประกันการถูกฟ้องร้องจากบริษัทประกันภัย¹ เพื่อป้องกันความเสี่ยงต่อการแพ้กิติ แพทย์อาจจะต้องจ่ายค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนมากมายมหาศาลให้แก่ผู้ป่วยหรือญาติ ผลของการ

¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “การประกันความรับผิดจากการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ในสหรัฐอเมริกา,” *คลินิก*, น. 438-443 (2540)

ซื้อประกันภัยเพื่อป้องกันการถูกฟ้องร้องดังกล่าวนี้ทำให้แพทย์ต้องคิดค่ารักษาพยาบาลเพิ่มขึ้นเพื่อชดเชยกับเบี้ยประกันที่แพทย์ต้องสูญเสียไป รวมถึงแพทย์ยังต้องใช้แนวทางป้องกันตัวเองด้วยการสั่งตรวจทางคลินิกในลักษณะครอบจักรวาลหรือที่เรียกว่า “การประกอบวิชาชีพแบบป้องกัน” (Defensive Medicine) ที่จะยิ่งทำให้อัตราค่ารักษาพยาบาลเพิ่มสูงมากยิ่งขึ้นอีกด้วย แต่นั่นก็ไม่ใช่วิธีในการแก้ปัญหาเพราะระบบประกันภัยความรับผิดชอบดังกล่าวก็สามารถช่วยแบ่งเบาภาระได้เฉพาะแต่เพียงค่าสินไหมทดแทนในคดีแพ่งเท่านั้น ไม่สามารถช่วยให้แพทย์หลุดพ้นไปจากความรับผิดชอบทางอาญาได้ นอกจากนี้แล้วการฟ้องร้องดำเนินคดีระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยยังทำให้แพทย์เกิดความตื่นตระหนกในระหว่างถูกดำเนินคดีและทางฝ่ายผู้ป่วยก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้กับทนายความ เมื่อแพทย์เกิดความวิตกกังวลในการประกอบวิชาชีพแพทย์ก็จะพยายามปฏิบัติหน้าที่ให้น้อยที่สุดเท่าที่จะสามารถกระทำได้เพื่อป้องกันความเสี่ยงต่อการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในขณะเดียวกันผู้ป่วยก็เกิดความวิตกกังวลเกรงว่าแพทย์จะทำการรักษาพยาบาลโดยไม่ถูกต้องตามมาตรฐานวิชาชีพจนทำให้เกิดการเผชิญหน้ากันระหว่างแพทย์และผู้ป่วยอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

แพทย์ในประเทศไทยก็ประสบปัญหาเช่นเดียวกับแพทย์ในสังคมอเมริกันเนื่องจากแพทย์จะต้องประกอบวิชาชีพโดยตรงต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วยซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายของผู้ป่วยได้ตลอดเวลา แพทย์จึงต้องใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพเป็นอย่างมากเพราะหากแพทย์ขาดความระมัดระวังหรือใช้ความระมัดระวังที่ต่ำกว่ามาตรฐานความระมัดระวังในทางวิชาชีพแล้วแพทย์ก็อาจต้องรับผิดชอบทั้งตามกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาเนื่องจากการประกอบวิชาชีพโดยประมาทได้

โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 มีผลใช้บังคับได้เปลี่ยนแปลงระบบนโยบายสาธารณสุขของประเทศไทยไปจากในอดีตเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ประชาชนชาวไทยทุกคนมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขจากรัฐอย่างเสมอภาคทั่วถึงและเท่าเทียมส่งผลทำให้อัตราการเข้าถึงบริการทางการแพทย์เพิ่มสูงขึ้นมากจนแพทย์ต้องมีภาระงานที่เพิ่มมากขึ้นกว่าเดิมแต่แพทย์ยังคงต้องรักษาระดับมาตรฐานความระมัดระวังแห่งวิชาชีพให้อยู่ภายในมาตรฐานแห่งวิชาชีพจึงทำให้แพทย์ต้องประกอบวิชาชีพด้วยความอ่อนล้าและยากลำบาก อีกทั้งยังต้องเสี่ยงต่อการถูกฟ้องร้องทั้งในทางแพ่งและทางอาญาจนทำให้อัตราการลาออกของแพทย์จากระบบราชการหรือแพทย์เปลี่ยนไปประกอบอาชีพอื่นมีอัตราที่สูงขึ้นอย่างต่อเนื่องจนส่งผลกระทบต่อในวงกว้างและก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบสาธารณสุขของประเทศไทยที่มีจำนวนแพทย์ที่ค่อนข้างน้อยอยู่แล้วให้ยิ่งลดน้อยลงไปอีก

เมื่อปัญหาการฟ้องร้องดำเนินคดีระหว่างผู้ป่วยกับแพทย์ทวีความรุนแรงมากขึ้นและการแก้ไขปัญหาก็จำเป็นต้องใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายและอำนาจตุลาการหรือศาลเข้ามาทำหน้าที่

เป็นองค์กรวินิจัยชี้ขาด จึงต้องกลับมาพิจารณา ทบทวนและพัฒนาบทบัญญัติของกฎหมายที่ บังคับให้อยู่ในประเทศไทยให้สามารถแก้ไขปัญหาข้อพิพาทระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ขณะเดียวกัน กฎหมายต้องให้ความรับรองและคุ้มครองการประกอบวิชาชีพแพทย์ คุ้มครองสิทธิผู้ป่วย สร้าง สมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนตนกับประโยชน์สาธารณะ สามารถชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ตรงตามความประสงค์ของผู้ป่วยหรือญาติที่ฟ้องคดีอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ทั้งนี้ เพื่อ ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมโดยรวมและระบบสาธารณสุขของประเทศไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาความแตกต่างระหว่างการประกอบวิชาชีพแพทยกับการประกอบอาชีพทั่วไป
2. เพื่อศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพแพทยโดยประมาทกับการ ประกอบอาชีพทั่วไป
3. เพื่อวิเคราะห์แนวทางการแก้ไขปัญหาความรับผิดทางกฎหมายกรณีแพทยประกอบ วิชาชีพโดยประมาทในประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางการพัฒนากฎหมายกรณีแพทยประกอบวิชาชีพ โดยประมาทใน ประเทศไทย

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

ขอบเขตของการศึกษาจะศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดทางกฎหมายที่เกิดจาก การประกอบวิชาชีพ โดยประมาทของแพทย์ ทั้งความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญา แต่จะไม่ทำการศึกษาความรับผิดของแพทย์ตามกฎหมายวิชาชีพเนื่องจากมีลักษณะพิเศษทาง วิชาการที่สมควรแยกไปทำการศึกษาวิจัยเฉพาะเรื่อง โดยศึกษาเปรียบเทียบกับความรับผิดทาง กฎหมายของแพทย์ในต่างประเทศทั้งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบ กฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) รวมทั้งศึกษาวิเคราะห์แนวทางการแก้ไขปัญหาการฟ้องร้อง ดำเนินคดีระหว่างผู้ป่วยกับแพทย์ และเสนอแนะแนวทางการพัฒนากฎหมายความรับผิดของแพทย์ กรณีประกอบวิชาชีพโดยประมาทในประเทศไทย

1.4 สมมุติฐานของการศึกษา

การนำเอานิยามความประมาทตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้พิจารณาความประมาท ทางกรแพทย์นั้นมีความไม่เหมาะสม จึงสมควรต้องกำหนดนิยามความหมาย “ความประมาท

ทางการแพทย์” และพัฒนากฎหมายรับผิดของแพทย์กรณีประกอบวิชาชีพโดยประมาทขึ้นใหม่เป็นพิเศษโดยเฉพาะ

ความรับผิดทางแพ่งกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาทเล็กน้อยนั้นสมควรกำหนดนิยามและแบ่งความประมาทเล็กน้อยเป็นสองประเภทคือ ความประมาทเล็กน้อยธรรมดา (Negligence) และความประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรง (Recklessness) และใช้เกณฑ์ภาวะวิสัย (Objective) พิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์

ความรับผิดทางอาญากรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาทนั้นสมควรกำหนดนิยามและแบ่งความประมาทเป็นสองประเภทคือ ความประมาทโดยรู้ตัว (bewusste Fahrlässigkeit) และความประมาทโดยไม่รู้ตัว (unbewusste Fahrlässigkeit) และต้องใช้ทั้งเกณฑ์ภาวะวิสัย (objective) และเกณฑ์อัตวิสัย (Subjective) มาพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ และบัญญัติกฎหมายพิเศษให้แพทย์มีความรับผิดอาญาเฉพาะแต่กรณีแพทย์ประมาทโดยรู้ตัวเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายเท่านั้น โดยยกเลิกความรับผิดอาญาของแพทย์ (Decriminalization) กรณีแพทย์ประมาทโดยไม่รู้ตัวและประมาทโดยรู้ตัวที่เป็นเหตุให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจและนำเอาความรับผิดทางแพ่ง ความรับผิดทางวิชาชีพ และกระบวนการชดเชยเยียวยาความเสียหายมาใช้ทดแทนการลงโทษทางอาญาในกรณีดังกล่าว

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาและวิจัยในวิทยานิพนธ์เรื่องนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ในลักษณะที่เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยได้ทำการศึกษาค้นคว้าข้อมูลจากเอกสารทั้งเอกสารภาษาไทยและเอกสารภาษาต่างประเทศ ตำรากฎหมาย บทความทางวิชาการ งานวิจัย วิทยานิพนธ์ เอกสารทางวิชาการต่าง ๆ ตลอดจนคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้อง นำมารวบรวมเรียบเรียงศึกษาวิเคราะห์และวิจัยอย่างเป็นระบบเพื่อค้นหาแนวทางการพัฒนากฎหมายรับผิดของแพทย์ที่เกิดจากการประกอบวิชาชีพโดยประมาทในประเทศไทย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงความแตกต่างระหว่างการประกอบวิชาชีพแพทยกับการประกอบอาชีพทั่วไป
2. ทำให้ทราบถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพแพทย์โดยประมาทที่แตกต่างจากการประกอบอาชีพทั่วไป

3. ทำให้ทราบถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาค่าความรับผิดชอบทางกฎหมายของแพทย์จากการประกอบวิชาชีพโดยประมาทในต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทย

4. ทำให้ทราบถึงแนวทางการพัฒนากฎหมายความรับผิดชอบของแพทย์กรณีประกอบวิชาชีพโดยประมาทในประเทศไทย



บทที่ 2

กฎหมายของประเทศไทยกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท

2.1 ลักษณะเฉพาะของวิชาชีพแพทย์ที่แตกต่างจากอาชีพทั่วไป

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายไว้ว่า

“อาชีพ” หมายถึง การเลี้ยงชีวิต การทำมาหากิน หรืองานที่ทำเป็นประจำเพื่อเลี้ยงชีพ

“วิชาชีพ” หมายถึง วิชาที่จะนำไปใช้ในการประกอบอาชีพ เช่น วิชาแพทย์ วิชาช่างไม้ วิชาช่างยนต์

กล่าวโดยสรุปคือ วิชาชีพ (วิชา+อาชีพ) หรือ Profession นั้นหมายถึง งานที่ตนได้ ปฏิญาณว่าจะอุทิศตัวทำไปตลอดชีวิต เป็นงานที่ต้องได้รับการอบรมสั่งสอนมานาน เป็นงานที่มี ขนบธรรมเนียมและจรรยาของหมู่คณะ โดยเฉพาะ ได้รับค่าตอบแทนในลักษณะค่าธรรมเนียม (fee) หรือ ค่ายกครู มีค่าจ้าง (Wage)

ลักษณะสำคัญของการเป็นวิชาชีพ ได้แก่

1. มีองค์ความรู้เฉพาะของตน ผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องเข้ารับการศึกษามีอบรมให้มีความรู้ในศาสตร์เฉพาะของวิชาชีพนั้น ๆ

2. มีความเป็นอิสระในการประกอบวิชาชีพ เป็นการประกอบวิชาชีพที่มีมาตรฐานการปฏิบัติเป็นการเฉพาะสำหรับวิชาชีพนั้น ๆ โดยมีองค์ความรู้เป็นพื้นฐาน บุคคลอื่นไม่สามารถจะมาสั่งการให้ปฏิบัติเช่นนั้นอย่างนี้ได้ นอกจากนี้การปกครองกันเองภายในวิชาชีพเดียวกันยังเป็นอิสระจากการควบคุมของคนนอกวิชาชีพ เช่น ถ้าสมาชิกคนใดกระทำผิด การพิจารณาจะเริ่มจากคณะกรรมการขององค์กรวิชาชีพก่อน

ดังนั้น แพทย์จึงถือเป็น “วิชาชีพ” ที่แตกต่างจาก “อาชีพ” ทั่วไป เนื่องจาก ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์นั้นจะต้องมีการศึกษาฝึกอบรมทางวิชาการทางการแพทย์เป็นระยะเวลานาน และเมื่อสำเร็จการศึกษาดังกล่าวแล้วแพทย์จะต้องประพฤติและปฏิบัติตัวให้อยู่ภายในกรอบแห่งจริยธรรมจรรยาของวิชาชีพแพทย์ตลอดระยะเวลาแห่งการทำงานของตนไปจนตลอดชีวิต

2.2 แนวคิดพื้นฐานและวัตถุประสงค์การลงโทษทางอาญา

2.2.1 แนวคิดพื้นฐานการกำหนดความผิดอาญา

การกำหนดความผิดอาญาในทางประวัติศาสตร์นั้นมีวิวัฒนาการแบ่งออกเป็น 3 ช่วงเวลา ดังนี้

ก) การใช้กฎเกณฑ์ทางศีลธรรม กำหนดความผิดอาญา ในช่วงเวลาแห่งสังคมดั้งเดิม การกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรจะเป็นความผิดอาญานั้นจะใช้มาตรวัดทางศีลธรรมเป็นตัวกำกับ กล่าวคือ การใดเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม การกระทำนั้นก็เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญา และต้องถูกลงโทษ การใช้เกณฑ์ดังกล่าวสามารถใช้ได้อย่างดีกับสังคมพื้นฐานที่ยังไม่มีความซับซ้อนหลากหลายในทางสังคมมากนัก เพราะความจำเป็นในการใช้กฎหมายเทคนิคเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยยังไม่มี ความจำเป็นมากมายนัก ดังนั้น ในยุคนี้การผิดศีลธรรมกับการผิดกฎหมายอาญาจึงเป็นเรื่องเดียวกัน

ต่อมา เมื่อสังคมพัฒนามากขึ้น ผู้คนมีจำนวนมากและสภาพสังคมมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมจึงเกิดขึ้น กฎหมายจึงค่อย ๆ เคลื่อนตัวออกจากศีลธรรม แต่ก็ไม่ได้แยกจากกันเด็ดขาด จนทำให้เกิดสถานะของกฎหมายกับศีลธรรมมีความสัมพันธ์แบบ intersection กัน กล่าวคือ บางกรณีเป็นทั้งผิดกฎหมายอาญาและผิดศีลธรรม บางกรณีผิดศีลธรรมอย่างเดียวไม่ผิดกฎหมายอาญา และบางกรณีผิดกฎหมายอย่างเดียวแต่ไม่ผิดศีลธรรม

ข) การใช้กฎเกณฑ์ทางสังคม กำหนดความผิดอาญา เป็นช่วงเวลาที่การกระทำผิดคือการกระทำที่กระทบกระเทือนสังคม ซึ่งการพิจารณาว่าอะไรคืออาชญากรรมก็มองจากการกระทำที่ทำให้สังคมเสียหายนั่นเอง Durkheim เสนอว่า “อาชญากรรม คือ การกระทำที่ทำลายสภาพสังคมที่เข้มแข็งของการรับรู้ร่วมกัน” อาชญากรรมจึงเป็นสิ่งที่สังคมรับรู้ร่วมกันว่าการกระทำนั้นคืออาชญากรรม แต่อย่างไรก็ตาม แนวคิดนี้ยังสร้างความไม่แน่นอนให้กับกฎหมายอาญา เพราะเวลาเกิดการกระทำใดเกิดขึ้นแล้วยากที่จะหาตัวแทนสังคมมาชี้ว่าการกระทำนั้นเป็นอาชญากรรมและควรถูกลงโทษหรือไม่

ค) การใช้กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย กำหนดความผิดอาญา เกิดขึ้นในยุคปัจจุบันที่แนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยมองว่า กฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำความผิดต้องออกมาจากรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนประชาชน ดังนั้น เมื่อรัฐสภาออกกฎหมายที่กำหนดความผิดใดออกมาแล้ว กฎหมายนั้นจะใช้บังคับได้ตามความประสงค์ของประชาชน แม้ว่ากฎหมายที่กำหนดความผิดฐานใหม่ขึ้นมาจะ ไม่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมเลยก็ตาม การใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย โดยยึดถือว่ารัฐสภาเห็นว่าการกระทำ

ใดควรลงโทษ การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา อาจทำให้เกิดสภาวะการณ์ที่เรียกว่า “กฎหมายอาญาเพื่อ” (over-criminalization)

ซึ่งในปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้พฤติกรรมใดเป็นความผิดอาญาโดยดูจากการกระทำนั้นต้องขัดกับความสงบเรียบร้อยของสังคม Bernard Bouloc กล่าวว่า “ปรากฏการณ์อาชญากรรม คือ การกระทำที่ถูกกำหนดและถูกลงโทษโดยกฎหมายอันเนื่องมาจากความเสียหายที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (ordre social)² แนวคิดนี้มีความชัดเจนในตัวเองในเรื่องการยอมรับอำนาจนิติบัญญัติที่เป็นผู้กำหนดฐานความผิดและบทลงโทษ พร้อมกับให้แนวทางว่า จะต้องเป็นการลงโทษการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม

เมื่อความผิดอาญาถูกกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อลงโทษการกระทำที่กระทบกระเทือนความสงบเรียบร้อยของสังคม ความผิดอาญาจึงไม่ใช่การกระทำที่เป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบน (déviance) ที่การฝ่าฝืนอาจถูกลงโทษทางสังคม หรือการกระทำที่ผิดศีลธรรมที่เป็นบาป (moral) ซึ่งมีสภาพบังคับทางศาสนาหรือทางความรู้สึก รวมทั้งบางกรณีก็มีสภาพบังคับทางสังคม หรือการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายแพ่ง (ordre juridique privée) ซึ่งมีสภาพบังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่ง

สำหรับเหตุผลที่กฎหมายต้องการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยประมาทนั้น คำอธิบายในทางตำรากฎหมายของไทย เห็นว่า ความประมาทถือเป็นความชั่วร้ายทางจิตใจที่ต้องปราบปรามด้วยโทษทางอาญาถือเป็นการกระทำที่จิตใจของผู้กระทำไม่นำพาและเพิกเฉยต่อผลร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการกระทำของตน การลงโทษทางอาญาอาจมีผลเป็นการเตือนให้บุคคลใช้ความระมัดระวังมากขึ้น³

2.2.2 ความประมาทและวัตถุประสงค์การลงโทษทางอาญา

โดยหลักทั่วไปในการพิจารณาความรับผิดทางอาญานั้นจะต้องมีการพิจารณาถึงเจตนาของบุคคลผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดโดยเจตนาหรือไม่ แต่นอกเหนือไปจากการกระทำโดยเจตนาอันจะทำให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้แล้ว ประมวลกฎหมายอาญายังกำหนดให้การกระทำอีกประเภทหนึ่งที่ว่าผู้กระทำจะมีได้กระทำโดยเจตนา แต่หากได้กระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ให้เป็นความผิดทางอาญาด้วยแล้ว การกระทำโดยประมาทนั้นก็ถือเป็นความผิดอาญา ซึ่งผู้กระทำจะต้องรับโทษทาง

² Bernard Bouloc, *Droit Pénal Général*, 21^e édition, (Paris: Dalloz, 2009) p. 5. อ้างใน ปกป้อง ศรีสนิท. “กฎหมายอาญาชั้นสูง”. น.21.

³ จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญาภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2546), น.251.

อาญาด้วยเช่นกัน ดังนั้น “การกระทำโดยประมาท” จึงถือเป็นสภาวะทางจิตใจอีกรูปแบบหนึ่ง นอกเหนือไปจากเจตนาที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความรับผิดในทางอาญาได้

การกระทำโดยประมาทนี้เป็นเรื่องทางสภาวะจิตใจของผู้กระทำที่ไม่สนใจถึงผลอันจะพึงเกิดขึ้นจากการกระทำของตนหรือความไม่สุขุมรอบคอบ การกระทำโดยด่วน ไม่คิดถึงผลแห่งการกระทำนั้น จึงเป็นการสมควรและเป็นความยุติธรรมที่จะลงโทษบุคคลผู้ซึ่งได้กระทำการใด ๆ โดยไม่สนใจว่าการกระทำของตนนั้นจะก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือไม่ การที่กฎหมายได้บัญญัติให้การกระทำโดยประมาทเป็นความผิดอาญาเพราะการกระทำโดยประมาทนี้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำบางประการแม้จะกระทำโดยประมาทก็เป็นความผิดและต้องรับโทษอาญานั้นเท่ากับต้องการบังคับให้บุคคลต้องใช้ความระมัดระวังในการกระทำของตนเพื่อมิให้ผลร้ายเกิดขึ้น หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะนี้เป็นบทบัญญัติที่มุ่งใช้การลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันยับยั้งการกระทำผิด คือ เป็นการป้องกันยับยั้งทั้งต่อตัวผู้กระทำผิดเองและป้องกันยับยั้งบุคคลอื่น

การที่บุคคลใดกระทำการ โดยมีสภาวะทางจิตใจที่เรียกว่า “ประมาท” อันทำให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้นั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายคาดหวังที่จะให้บุคคลนั้นใช้ความระมัดระวังเพื่อไม่ให้การกระทำของตนไปก่อให้เกิดผู้อื่นได้รับความเดือนร้อนเสียหาย กล่าวคือ ในทุก ๆ การกระทำของบุคคลในสังคมก็อาจที่จะก่อให้เกิดผลร้ายต่อผู้อื่นตามมาจากการกระทำนั้น ๆ ซึ่งหากว่าการกระทำใด ๆ มีการใช้ความระมัดระวังในระดับที่ต่ำไปกว่ามาตรฐานทั่วไปของสังคมตามสภาวะและพฤติการณ์เดียวกันแล้ว การกระทำนั้นก็จะก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ ดังนั้น บุคคลจะปฏิเสธความรับผิดทางอาญาจากการกระทำที่ตนก่อให้เกิดผลร้ายขึ้น โดยอ้างว่าตนมิได้กระทำโดยเจตนา นั้นย่อมเป็นการไม่เพียงพอ เพราะความประมาทปราศจากความระมัดระวังของบุคคลย่อมแสดงให้เห็นถึงจิตใจที่ละเลยต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ชุมชนหรือบุคคลอื่นอันถือเป็นสิ่งที่น่าตำหนิเช่นเดียวกัน

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4 บัญญัติความหมายของการกระทำโดยประมาทไว้ดังนี้ “การกระทำโดยประมาท ได้แก่ กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวสามารถแยกหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาทได้ ดังนี้

- 1) เป็นการกระทำความผิดโดยมิใช่เจตนา

การพิจารณาถึงการกระทำโดยประมาทต้องเริ่มพิจารณาที่การกระทำก่อนว่าต้องเป็นการกระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำหรือไม่ เนื่องจากการรู้สำนึกในการที่กระทำถือเป็น

องค์ประกอบสำคัญของการกระทำทั้งการกระทำโดยประมาทและการกระทำโดยเจตนา การกระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ คือ กระทำโดยรู้สำนึกตัวและประสงค์ต่อการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวอิริยาบถ⁴

การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่นั้น ต้องมีการพิจารณาก่อนว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนาประสงค์ต่อผล หรือเป็นการกระทำโดยเจตนาเล็งเห็นผลหรือไม่ หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนาแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่ใช่การกระทำโดยประมาท แต่หากพิจารณาได้ว่า การกระทำนั้นไม่ใช่การกระทำโดยเจตนาแล้วการกระทำดังกล่าวอาจจะเป็นการกระทำโดยประมาทได้ แต่มีข้อจะต้องพิจารณาว่าการกระทำที่ไม่ใช่การกระทำโดยเจตนาจะต้องเป็นการกระทำโดยประมาททุกกรณี โดยต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ต่อไปนี้ด้วย

2) เป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอ⁵

ความระมัดระวังตามวิสัย

ในทางดารามีคำอธิบายที่หลากหลาย เช่น จิตติ ดิงศกัทธิย์ ให้ความหมายว่า “วิสัย” คือ ลักษณะที่เป็นอยู่ของบุคคลผู้กระทำ บางทีก็เรียกว่าสภาพภายในตัวของผู้กระทำ⁶

หยุด แสงอุทัย อธิบายโดยแยกความระมัดระวังตามวิสัยของบุคคลธรรมดาและวิสัยของผู้มีวิชาชีพ ดังนี้⁷

ก. วิสัยของคนธรรมดา ซึ่งจะแยกพิจารณาตามอายุ เพศ การศึกษาอบรม ความจัดเจนแห่งชีวิตและปัจจัยอื่น ๆ เทาเทียบกับผู้กระทำทุกประการเป็นเครื่องวัด ในการที่จะวินิจฉัยว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังที่เหมาะสมหรือไม่ การกระทำอันเดียวกันอาจเป็นประมาทสำหรับ

⁴ จิตติ ดิงศกัทธิย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น.253

⁵ ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร โดยเห็นว่าถ้อยคำที่ว่า “และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่” นั้น เป็นส่วนที่แสดงถึงความน่าตำหนิของผู้กระทำเท่านั้น มิใช่ส่วนที่เป็นองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของการที่จะเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่ กล่าวคือ ถ้อยคำดังกล่าวไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่จะวินิจฉัยว่าจะเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่ จึงไม่จำเป็นต้องยกถ้อยคำดังกล่าวมาเป็นองค์ประกอบแยกออกมาจากถ้อยคำที่ว่า “กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์” โปรดดู คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น.299-300.

⁶ จิตติ ดิงศกัทธิย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น.263.

⁷ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 19. (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.68.

บุคคลหนึ่งแต่ไม่เป็นประมาทสำหรับบุคคลอีกคนหนึ่งก็ได้ เนื่องจากว่ามีนิสัยของบุคคลอีกคนหนึ่งที่จะต้องให้ความระมัดระวังนั้น

ข. นิสัยของบุคคลผู้มีวิชาชีพ ซึ่งเป็นกรณีที่น่ามาปรับใช้กับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์หรือวิชาชีพอื่นเช่น วิศวกร จะต้องให้ความระมัดระวังตามนิสัยที่บุคคลในวิชาชีพนั้น ๆ พึงมีพึงใช้โดยปกติ ทั้งนี้ต้องพิจารณาว่าปกติผู้มีวิชาชีพเช่นนั้นควรให้ความระมัดระวังเพียงใด

ความระมัดระวังตามพฤติการณ์

จิตติ ดิงศกัทธิย์ ให้ความหมายของความระมัดระวังตามพฤติการณ์ว่าหมายถึงความระมัดระวังตามข้อเท็จจริงประกอบการกระทำ ซึ่งอาจเรียกว่าเหตุภายนอกตัวผู้กระทำ⁸

หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายว่านอกจากบุคคลจะต้องมีความระมัดระวังตามนิสัยแล้วบุคคลยังต้องมีความระมัดระวังตามพฤติการณ์ด้วย เพราะภายใต้พฤติการณ์ที่แตกต่างกัน บุคคลย่อมใช้ความระมัดระวังได้แตกต่างกัน⁹

อุทิศ แสตน โสกล อธิบายว่า การพิจารณาว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะใช้ความระมัดระวังตามควรหรือไม่นั้น ต้องคำนึงด้วยว่าความระมัดระวังของบุคคลย่อมมีมากน้อยแตกต่างกันไปตามพฤติการณ์ ในพฤติการณ์อย่างหนึ่งอาจต้องใช้ความระมัดระวังมากกว่าธรรมดา และในทางกลับกันพฤติการณ์อีกอย่างหนึ่งอาจไม่สามารถใช้ความระมัดระวังอย่างธรรมดาได้¹⁰

สรุปได้ว่า คำว่า “นิสัย” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4 หมายถึงลักษณะที่เป็นอยู่ของผู้กระทำหรือสภาพภายในของผู้กระทำ โดยไม่รวมถึงสภาพจิตใจของผู้กระทำ ซึ่งได้แก่ อายุ เพศ การศึกษา ความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ การเป็นผู้มีวิชาชีพ เป็นต้น ส่วนคำว่า “พฤติการณ์” นั้นอาจให้ความหมายว่า ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบการกระทำซึ่งเป็นเหตุภายนอกตัวผู้กระทำ¹¹

ข้อพิจารณาสำคัญของการกระทำโดยประมาทอยู่ที่การไม่ได้ให้ความระมัดระวังให้เพียงพอตามสมควรแก่กรณี ซึ่งต้องพิจารณาตามสภาพการณ์ที่ผู้กระทำประสบอยู่โดยสมมุติบุคคลอื่นเปรียบเทียบ ผู้ที่สมมุติขึ้นนี้ไม่ใช่สมมุติขึ้นเป็นมาตรฐานทั่วไปในความหมายที่จะใช้ทุกกรณี แต่ต้องสมมุติขึ้นตามภาวะที่อยู่ในนิสัยเช่นเดียวกับผู้กระทำ กับทั้งพฤติการณ์เดียวกับที่การกระทำ

⁸ จิตติ ดิงศกัทธิย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น.266.

⁹ หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.68-69.

¹⁰ อุทิศ แสตน โสกล, กฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ, 2525), น.81.

¹¹ ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, “มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.128-131.

เกิดขึ้นด้วย แล้วเปรียบเทียบว่าบุคคลโดยทั่วไปในภาวะเช่นนั้นควรจะต้องใช้ความระมัดระวังมากหรือน้อยเพียงใด ไม่ใช่พิจารณาว่าผู้กระทำนั้นเองคิดว่าเขากระทำโดยระมัดระวังพอแล้วหรือไม่ ด้วยเหตุนี้บุคคลที่สมมุติขึ้นเปรียบเทียบจึงต้องมีภาวะเช่นเดียวกับผู้กระทำทุกอย่าง เว้นแต่ความระมัดระวังเท่านั้นที่ไม่นำมาเป็นข้อสมมุติอย่างเดียว แต่เป็นสิ่งที่จะต้องค้นหาเปรียบเทียบว่าผู้กระทำกับบุคคลที่สมมุติขึ้นนั้น มีความระมัดระวังมากน้อยกว่ากันหรือไม่¹²

3) การกระทำนั้นเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด

ในกรณีการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้กระทำโดยประมาทนี้เป็นเรื่องความผิดที่ผู้กระทำมิได้กระทำโดยเจตนา ซึ่งเป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไปของความรับผิดชอบทางอาญา ความรับผิดชอบจากการกระทำโดยประมาทจึงต้องเป็นกรณีที่ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบจากการกระทำโดยประมาท ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันมิได้บัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ไว้เป็นพิเศษโดยเฉพาะ

แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 43 ได้เคยบัญญัติถึงการกระทำโดยประมาทสำหรับผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปะศาสตร์ (แพทย์) ไว้ ดังนี้

“ที่ว่ากระทำโดยประมาทนั้น ท่านอธิบายว่า บุคคลกระทำโดยมิได้ตั้งใจ แต่กระทำโดยอาการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ คือ

- (1) กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง อันควรเป็นวิสัยของปรกติชน ก็ดี
 - (2) ผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปะศาสตร์ในกิจการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น เป็นหมอ หรือช่าง เป็นต้น ละเลยการอันควรต้องทำให้ดีในทางศิลปะศาสตร์นั้นก็ดี
 - (3) ทำฝ่าฝืนกฎหมายข้อบังคับหรือคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี
- เหล่านี้ถึงกระทำโดยมิได้ตั้งใจ ท่านก็ว่ากระทำโดยฐานประมาท”

จากบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 43 (2) ดังกล่าวสามารถอธิบายได้ว่า การกระทำโดยประมาทกรณีเป็นผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปะศาสตร์ ได้แก่ บุคคลผู้หาเลี้ยงชีพด้วยวิชาชีพ (Profession) เช่น แพทย์ ทนายความ วิศวกร ฯลฯ กำหนดหลักเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณาไว้ 2 ประการ คือ

(ก) ความระมัดระวังตามฐานะส่วนตัวก็เหมือนกับกรณีบุคคลธรรมดาเช่นกัน กล่าวคือ เพียงแต่ผู้กระทำขาดความระมัดระวังตามพฤติการณ์ยังไม่พอเพียงที่จะถือว่าผู้กระทำประมาทจะต้องปรากฏต่อไปว่าตามฐานะส่วนตัวของผู้กระทำก็พึงคาดหมายให้ผู้กระทำใช้ความระมัดระวัง เช่นว่านั้นได้และถ้าผู้กระทำใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นแล้วผลก็จะไม่เกิดขึ้น แต่มีข้อแตกต่างกับกรณีของบุคคลธรรมดา คือ ความระมัดระวังต้องมากกว่าบุคคลธรรมดา คือ ต้องใช้ความ

¹² จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น.262.

ระมัดระวังอย่างผู้หาเลี้ยงชีพในทางศิลปะศาสตร์นั้น ๆ เช่น ถ้าเป็นนายแพทย์ก็ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างนายแพทย์ เป็นวิศวกรก็ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างวิศวกร เป็นต้น ด้วยเหตุนี้กรณีประมวลตามมาตรา 43 (2) จึงมี 2 กรณี คือ กรณีผู้กระทำไม่มีความรู้ในวิชาชีพนั้นเลยแต่ประกอบวิชาชีพนั้น เช่น ผู้ไม่มีความรู้ทางการแพทย์แต่อดอ้างว่าเป็นแพทย์และรักษาคคนไข้โดยไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างแพทย์ ถ้าคนไข้ตายผู้กระทำมีความผิดฐานกระทำโดยประมาท กับอีกกรณีหนึ่ง คือ มีความรู้ในวิชาชีพนั้น ๆ แต่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างผู้มีวิชาชีพนั้น ๆ

(ข) ความระมัดระวังตามพฤติการณ์ คือ ผู้กระทำจะต้องใช้ความระมัดระวังซึ่งผู้มีวิชาชีพในพฤติการณ์เช่นว่านั้นจะพึงกระทำ เช่น แพทย์เมื่อจะฉีดยาหรือทำการผ่าตัดรักษาคคนไข้ก็ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนวิธีการ ดังนั้น กรณีการกระทำโดยประมาทตามมาตรา 42 (2) ก็ต้องพิจารณาจากความระมัดระวังในฐานะส่วนตัวและความระมัดระวังตามพฤติการณ์ประกอบกัน

ต่อมาเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาและยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยประมวลกฎหมายอาญาได้ตัดเรื่องของการกระทำฝ่าฝืนกฎหมาย ข้อบังคับ หรือคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ออกไป อีกทั้งยังได้ยกเลิกการแบ่งแยกความระมัดระวังของปกติชนและผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปะศาสตร์ออกจากกัน แต่ได้บัญญัติความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ โดยผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ขึ้นมาใช้บังคับแทน โดยได้นำประมวลกฎหมายอาญาของประเทศจีนมาตรา 14 และประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวิตเซอร์แลนด์มาตรา 18 วรรคสามมาเทียบเคียง¹³ ดังนั้น เมื่อกฏลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว การพิจารณาความประมาทของแพทย์จึงต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้พิจารณาความประมาทโดยทั่วไป

สำหรับวัตถุประสงค์การลงโทษทางอาญานั้นได้มีความเห็นในทางดำราแบ่งแยกไว้เป็น 6 ประการ¹⁴ ดังนี้

1) การลงโทษเพื่อป้องกัน โดยเฉพาะ (Prevention) เป็นทฤษฎีที่เห็นว่า การนำอาญา มาใช้ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้นเพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกลับกระทำความผิดซ้ำอีกด้วยการทำให้ผู้กระทำความผิดรับประสบการณ์จากการถูกลงโทษให้เข็ดหลาบอันจะทำให้ไม่ยอมกระทำความผิดอีก

¹³ หยุด แสงอุทัย, ประมวลกฎหมายอาญาศึกษาทางคำพิพากษาฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร: โรงพิมพ์เกษมบรรณกิจ, 2511), น. 190.

¹⁴ Wayne R. La Fave, Criminal Law, 4th ed. (St. Paul, MIN : West, a Thompson business, 2003), pp. 26-31.

2) การลงโทษเพื่อยับยั้ง (Restrain) ทฤษฎีนี้มีความเห็นว่าสังคมสามารถปกป้องตนเองจากผู้ที่มีแนวโน้มจะก่ออันตรายต่อสังคมจากการกระทำความผิดในอดีตได้ด้วยการลงโทษทางอาญาหากผู้กระทำความผิดถูกจำคุกหรือประหารชีวิตก็ไม่สามารถที่จะก่อให้เกิดอันตรายแก่สังคมได้อีกต่อไป

3) การลงโทษเพื่อฟื้นฟู (Rehabilitation) เป็นทฤษฎีที่เห็นว่าการลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดนั้นถือเป็นมาตรการรักษาและฟื้นฟูผู้กระทำความผิดอย่างเหมาะสมก่อนที่จะส่งผู้กระทำความผิดกลับคืนแก่สังคมด้วยการทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ปรารถนาที่จะกระทำความผิดซ้ำอีก ซึ่งแนวความคิดนี้อาจไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นการลงโทษแต่ดูเหมือนจะเป็นการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมากกว่า

4) การลงโทษเพื่อยับยั้งและป้องกันโดยทั่วไป (Deterrence) ต่างจากทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันซึ่งอาจจะเรียกว่าป้องกันโดยเฉพาะตรงที่ทฤษฎีนี้เห็นว่าสังคมและบุคคลอื่นจะรู้สึกเข็ดหลาบและเกรงกลัวจากการที่เห็นผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษ โดยบุคคลอื่นยอมเกรงกลัวที่จะไม่กระทำความผิดหลังจากเห็นผู้กระทำความผิดต้องรับโทษและทนทุกข์ทรมานจากการถูกลงโทษ

5) การลงโทษเพื่อสอนหรืออบรม (Education) ทฤษฎีนี้เห็นว่ากระบวนการพิจารณาพิพากษาและลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นเป็นการทำให้สาธารณชนได้รับรู้ถึงข้อแตกต่างระหว่างการกระทำที่ถูกต้องและการกระทำที่ผิด

6) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution หรือ Revenge หรือ Retaliation) เป็นทฤษฎีที่เก่าแก่ที่สุดที่เรียกว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” ซึ่งมีความเห็นว่าการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำเพื่อแก้แค้นทดแทน โดยผู้ทำร้ายหรือก่อความเสียหายให้ผู้อื่นโดยมิชอบนั้นควรจะต้องได้รับการกระทำอย่างเดียวกันและต้องได้รับความเดือดร้อน เสียหายและทนทุกข์ทรมานเช่นเดียวกับบุคคลที่ถูกกระทำ

2.3 ระบบการให้บริการทางการแพทย์ของประเทศไทย

ระบบการให้บริการทางการแพทย์ของประเทศไทยแบ่งออกเป็น 3 ระบบ คือ ระบบสวัสดิการรักษายาบาลสำหรับข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ระบบการประกันสังคม และระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ทั้งสามระบบต่างมีวิวัฒนาการและความเป็นมาที่แตกต่างกันตลอดจนบุคคลที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองและหน่วยงานที่รับผิดชอบต่างแยกออกจากกันอย่างชัดเจน ดังนี้

ระบบสวัสดิการรักษายาบาลสำหรับข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐถือเป็นสิทธิและสวัสดิการอย่างหนึ่งของรัฐที่มอบให้แก่ข้าราชการและบุคคลในครอบครัว ครอบครัวสมาชิกการใช้

บริการทั้งผู้ป่วยนอกและผู้ป่วยใน สามารถเลือกใช้บริการในสถานพยาบาลของรัฐทุกแห่ง เป็นการจ่ายตามปริมาณการใช้บริการหรือแบบปลายเปิด และใช้ระบบเบิกจ่ายตรงโดยที่ผู้ป่วยไม่ต้องสำรองจ่ายเงินล่วงหน้า โดยมีแหล่งเงินจากภาษี ครอบคลุมข้าราชการ ลูกจ้างของรัฐและบุคคลในครอบครัวประมาณ 6 ล้านคน โดยในปัจจุบันมีกองสวัสดิการรักษายาบาล กรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง เป็นผู้รับผิดชอบ และมีอำนาจศึกษา วิเคราะห์ และกำหนดแผนแม่บทเกี่ยวกับสวัสดิการรักษายาบาลบุคลากรภาครัฐ จัดทำและประมวลผลข้อมูลสารสนเทศด้านสวัสดิการรักษายาบาล กำหนดหลักเกณฑ์และสิทธิประโยชน์เกี่ยวกับสวัสดิการรักษายาบาลสำหรับภาครัฐ รวมทั้งให้คำปรึกษาแนะนำแก่หน่วยงานภาครัฐ บริหารจัดการระบบการเบิกจ่ายเงินสวัสดิการรักษายาบาลในระบบเบิกจ่ายตรง บริหารจัดการระบบฐานข้อมูลบุคลากรภาครัฐพร้อมทั้งกำหนดสิทธิของหน่วยงานภาครัฐในการเข้าใช้ระบบฐานข้อมูล ตรวจสอบการเบิกจ่ายเงินสวัสดิการรักษายาบาล และเรียกเงินคืนในกรณีที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังกำหนด เป็นต้น¹⁵

ระบบการประกันสังคม ได้รับการจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 โดยกำหนดให้ลูกจ้างภาคเอกชนจะต้องอยู่ภายใต้ “กองทุนประกันสังคม” ที่เกิดจากหลักคิดเพื่อสร้างความมั่นคงทางด้านสังคมให้แก่ลูกจ้าง

การประกันสังคมในประเทศไทยเริ่มขึ้นมาจากกองทุนเงินทดแทน ซึ่งนับเป็นก้าวแรกของการประกันสังคมไทยที่ให้หลักประกันแก่ลูกจ้างกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยด้วยโรคอันเนื่องมาจากการทำงาน ทั้งนี้ กองทุนเงินทดแทน เกิดขึ้นในประเทศไทยครั้งแรก เมื่อปี พ.ศ. 2515 ภายใต้การบริหารของสำนักงานกองทุนเงินทดแทน กรมแรงงาน ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม 2515 โดยในปีแรกของการให้ความคุ้มครองจะครอบคลุมเฉพาะสถานประกอบการที่มีลูกจ้าง 20 คนขึ้นไปที่อยู่ในเขตกรุงเทพมหานคร แล้วจึงค่อย ๆ ขยายความคุ้มครองออกไปจนครบทุกจังหวัดทั่วประเทศในวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2531 จวบจนกระทั่งได้มีการผลักดันพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 2 กันยายน 2533 เป็นต้นมา ประเทศไทยจึงได้เริ่มต้นมีระบบการประกันสังคมอย่างเต็มรูปแบบ โดยลูกจ้างจะได้รับความคุ้มครองสวัสดิการที่หลากหลายด้านทั้งในเรื่องการให้บริการรักษายาบาลจากการประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยทุพพลภาพ และเสียชีวิตทั้งที่เกี่ยวข้องและไม่เกี่ยวข้องกับการทำงาน รวมไปถึงจนถึงการคลอดบุตร สงเคราะห์บุตร ชราภาพ และการว่างงาน เป็นต้น ระบบประกันสังคมของประเทศไทยนั้นเป็นระบบที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะตัวลูกจ้างเท่านั้นไม่ให้ความคุ้มครองรวมไปถึงคู่สมรสและบุตร กองทุนประกันสังคมมีแหล่งเงินได้มาจากการสมทบ 3 ฝ่าย คือ ฝ่ายนายจ้าง 5% ฝ่าย

¹⁵ ข้อ 22 กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง พ.ศ. 2559

ลูกจ้าง 5% และฝ่ายรัฐบาล 2.5% ในเรื่องระบบสวัสดิการรักษายาบาลนั้นกองทุนประกันสังคมให้ความคุ้มครองการรักษาพยาบาลด้วยวิธีการจ่ายค่าบริการรักษาพยาบาลแบบเหมาจ่ายรายหัวโดยไม่มีการปรับอัตราเหมาจ่ายตามความเสี่ยง และให้ผู้ประกันตนมีสิทธิเลือกโรงพยาบาลคู่สัญญาหลักได้อย่างเสรี ครอบคลุมผู้เอาประกันตนที่เป็นลูกจ้างและพนักงานของบริษัทเอกชนประมาณ 12 ล้านคนอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบหลักของสำนักงานประกันสังคม (Social Security Office) กระทรวงแรงงาน ดำเนินการโดยคณะกรรมการที่สำคัญ 2 คณะ คือ

คณะกรรมการประกันสังคม เป็นคณะกรรมการชุดใหญ่ที่ทำหน้าที่กำหนดนโยบายและแผนการบริหารจัดการระบบประกันสังคมของประเทศ วางระเบียบโดยความเห็นชอบของกระทรวงการคลังเกี่ยวกับการรับเงิน การจ่ายเงิน และการเก็บรักษาเงินของกองทุนประกันสังคม วางระเบียบโดยความเห็นชอบของกระทรวงการคลังเกี่ยวกับการจัดหาผลประโยชน์ของกองทุนประกันสังคม เป็นต้น¹⁶ ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงแรงงานเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ผู้แทนกระทรวงมหาดไทย ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข และผู้แทนสำนักงานประมาณเป็นกรรมการ กับผู้แทนฝ่ายนายจ้างและผู้แทนฝ่ายผู้ประกันตน ที่มาจากการเลือกตั้ง โดยคำนึงถึงการมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงของฝ่ายนายจ้างและฝ่ายผู้ประกันตน สัดส่วนระหว่างหญิงและชาย รวมทั้งการมีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพของคณพิการ และผู้ด้อยโอกาส ฝ่ายละเจ็ดคนซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้ง เป็นกรรมการให้เลขาธิการ สำนักงานประกันสังคม เป็นกรรมการและเลขานุการ¹⁷ มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 2 ปี แต่จะดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกิน 2 วาระไม่ได้¹⁸

คณะกรรมการแพทย์ ประกอบด้วย ประธานกรรมการและกรรมการอื่นอีกจำนวนรวมกันไม่เกิน 16 คน โดยมีผู้แทนจากสำนักงานประกันสังคม ผู้ทรงคุณวุฒิในวิชาชีพเวชกรรม สาขาต่าง ๆ หรือในด้านเศรษฐศาสตร์สาธารณสุข หรือด้านการพัฒนาคุณภาพสถานพยาบาล และผู้แทนฝ่ายนายจ้างและผู้แทนฝ่ายผู้ประกันตนฝ่ายละ 1 คน ประกอบกันเป็นกรรมการ โดยมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 2 ปี คณะกรรมการแพทย์มีหน้าที่ในการเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการประกันสังคมเกี่ยวกับการดำเนินงานในการให้บริการทางการแพทย์ กำหนดหลักเกณฑ์ อัตรา และระยะเวลาในการรับประโยชน์ทดแทน และให้คำปรึกษาและแนะนำในทางการแพทย์แก่คณะกรรมการประกันสังคม คณะกรรมการอุทธรณ์ และสำนักงานประกันสังคม¹⁹

¹⁶ มาตรา 9 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

¹⁷ มาตรา 8/7 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

¹⁸ มาตรา 10 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

¹⁹ มาตรา 15 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

ระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติเกิดขึ้นโดยยึดหลักการรักษาพยาบาลเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาชนทุกคนจะได้รับตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ถือเป็นกลุ่มที่มีพัฒนาการค่อนข้างมาก ก่อนหน้านีรัฐได้ตั้งสมประสงค์มาจากการเลือกให้ความช่วยเหลือประชาชนแต่เพียงบางกลุ่มบางประเภท เช่น ผู้มีรายได้น้อย ทหารผ่านศึก ผู้สูงอายุ เด็ก และผู้มีบัตรสุขภาพมาก่อน จนกระทั่งเมื่อรัฐบาลประกาศนโยบายหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้าขึ้นในปี พ.ศ. 2545 และเริ่มต้นขับเคลื่อนระบบจนสามารถดำเนินการและขับเคลื่อนไปได้ พัฒนาเป็นบทเรียนและเป็นที่ยอมรับของต่างประเทศ สำหรับกองทุนหลักประกันสุขภาพแห่งชาติอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (สปสช.) (Nation Health Security Office) มีแหล่งที่มาของเงินค่ารักษาพยาบาลจากภาษี โดยประชาชนไม่ต้องจ่ายค่าบริการเมื่อเข้ารับบริการรักษาพยาบาล ครอบคลุมสิทธิประโยชน์อย่างครบถ้วนรอบด้านและให้ความสำคัญกับระบบบริการปฐมภูมิและบริการส่งเสริมป้องกันโรค โดยใช้ระบบงบประมาณและวิธีการจ่ายค่าบริการรักษาพยาบาลผู้ป่วยนอกแบบเหมาจ่ายรายหัวเช่นเดียวกับกองทุนประกันสังคม แต่ระบบประกันสุขภาพเลือกใช้ระบบการจ่ายเหมาจ่ายรายหัวแบบปลายปิดเพื่อควบคุมค่าใช้จ่ายให้อยู่ในวงเงินงบประมาณที่ได้รับการจัดสรรในแต่ละปี ปัจจุบันระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติครอบคลุมประชากรไทยประมาณ 48 ล้านคน มีโครงสร้างการบริหารงานแบ่งออกเป็น 3 ส่วนคือ

สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ มีภารกิจหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการให้แก่ “คณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ” และ “คณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุข” โดยมีเลขานุการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติเป็นผู้รับผิดชอบการบริหารกิจการของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ และเป็นผู้บังคับบัญชาเจ้าหน้าที่และลูกจ้างของสำนักงานทุกตำแหน่ง

คณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ มีหน้าที่ กำหนดนโยบายและทิศทางการพัฒนาหลักประกันสุขภาพของประเทศ กำหนดมาตรฐานการให้บริการสาธารณสุขของหน่วยบริการและเครือข่ายหน่วยบริการ กำหนดมาตรฐานการดำเนินงานเกี่ยวกับหลักประกันสุขภาพแห่งชาติให้มีประสิทธิภาพ กำหนดประเภทและขอบเขตในการให้บริการสาธารณสุขที่จำเป็นต่อสุขภาพและการดำรงชีวิต กำหนดอัตราค่าบริการสาธารณสุข กำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินงานและการบริหารจัดการกองทุน กำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขการจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นในกรณีที่ได้รับบริการได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากรักษาพยาบาล โดยหาผู้กระทำผิดมิได้หรือหาผู้กระทำผิดได้แต่ผู้รับบริการไม่ได้รับค่าเสียหายภายในระยะเวลาอันสมควร กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษปรับทางปกครองและเพิกถอนการขึ้นทะเบียน เป็นต้น²⁰

²⁰ มาตรา 18 พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545

คณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุข มีหน้าที่เสนอแนะ อัตราราคากลางของโรคทุกโรคต่อคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติเพื่อประกอบการวาง หลักเกณฑ์กำหนดค่าใช้จ่ายเพื่อบริการสาธารณสุขให้แก่หน่วยบริการ กำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขในการร้องเรียนของผู้ซึ่งถูกละเมิดสิทธิจากการใช้บริการและกำหนดวิธีพิจารณาเรื่อง ร้องเรียน รวมทั้งหลักเกณฑ์และวิธีการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ซึ่งถูกละเมิดสิทธิจากการใช้บริการ กำหนดหน่วยรับเรื่องร้องเรียนเพื่อให้ประชาชนสามารถเสนอเรื่องร้องเรียนได้โดยสะดวกและเป็น อิสระจากผู้ถูกร้องเรียน สนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตรวจตราและควบคุมกำกับ หน่วยบริการและเครือข่ายหน่วยบริการ จ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นในกรณีที่ผู้รับบริการได้รับความ เสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาลโดยหาผู้กระทำผิดมิได้หรือหาผู้กระทำผิดได้แต่ผู้รับบริการ ไม่ได้รับค่าเสียหายภายในระยะเวลาอันสมควร เป็นต้น²¹

2.4 ความรับผิดทางอาญากรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท

2.4.1 โครงสร้างความรับผิดทางอาญา

โครงสร้างความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยสามารถแยกออกได้ เป็นสามองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้²²

1) การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandmassigkeit) ถือได้ว่าเป็น ส่วนประกอบในทางรูปแบบของความผิดอาญาซึ่งจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในแต่ละ สถานความผิด แต่การพิจารณาในส่วนที่เป็นการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัตินี้เป็นการ พิจารณาในเบื้องต้นเท่านั้นยังไม่ได้วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาหรือไม่เพราะ บางครั้งแม้ว่าการกระทำนั้นจะครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแต่หากมีเหตุที่ทำให้การกระทำ นั้นชอบด้วยกฎหมายแล้วการกระทำนั้นก็ย่อมไม่เป็นความผิดอาญา

2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) เป็นส่วนที่พิจารณาต่อจากการพิจารณา ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit) ว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัตินั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วย กฎหมายหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่ โดยเหตุที่จะ ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นี้อาจจะบัญญัติอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือเป็นไปตาม จารีตประเพณีหรือเกิดจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ เป็นต้น

²¹ มาตรา 48 และมาตรา 50 พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545

²² คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญากฎทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น.91-94.

3) ความชั่ว (Schuld) เป็นการพิจารณาจากตัวผู้กระทำว่าได้กระทำไปโดยรู้ผิดชอบหรือไม่เพียงใดหรือสิ่งที่กระทำลงไปนั้นเป็นสิ่งที่สังคมควรจะตำหนิได้หรือไม่เพราะความชั่วเป็นเรื่องของความรู้ผิดชอบอันเป็นการพิจารณาในทางอัตวิสัย (Subjective) ซึ่งหากได้ความว่าผู้กระทำได้กระทำไปโดยไม่รู้ผิดชอบหรือการกระทำของเขาเป็นสิ่งที่สังคมไม่อาจจะตำหนิได้แล้วกฎหมายจะยกเว้นโทษให้เพราะถือว่าบุคคลนั้นไม่มีความชั่ว ซึ่งความไม่รู้ผิดชอบนั้นอาจเกิดขึ้นจากอายุของผู้กระทำ จิตของผู้กระทำ หรือความไม่รู้ข้อผิดถูก เป็นต้น

2.4.2 การกระทำโดยประมาทของแพทย์

ปทานุกรมศัพท์นิติเวชของสมาคมนิติเวชกรุงลอนดอนได้ให้ความหมายของคำว่า “ทुरเวชปฏิบัติ” (Medical Malpractice) หมายถึง การขาดทักษะที่ควรพึงมีอย่างสมเหตุและสมผลตามสมควรในฐานะแห่งความเป็นแพทย์และขาดการเอาใจใส่ดูแลคนไข้จนทำให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพหรือชีวิตของคนไข้²³

ส่วน Black’s Law Dictionary ได้ให้ความหมายของคำว่า “ทुरเวชปฏิบัติ” (Medical Malpractice) หมายถึง การที่แพทย์ไม่รักษามาตรฐานความระมัดระวังและทักษะความสามารถที่แพทย์หรือสัณแพทย์ที่มีความชำนาญเฉพาะเช่นเดียวกันจะใช้ภายใต้สถานการณ์เช่นเดียวกัน²⁴

นอกจากนี้ อวย เกตุสิงห์ เคยบรรยายเกี่ยวกับกรณีทुरเวชปฏิบัติและสรุปสาระสำคัญไว้ดังนี้²⁵

1. ทुरเวชปฏิบัติเกิดจากความประมาทเลินเล่อของแพทย์เป็นส่วนใหญ่
2. เป็นกรณีที่ส่วนมากป้องกันได้
3. การป้องกันจะกระทำได้ผลดียิ่งขึ้น หรือการแก้ไขจะทำให้รวดเร็วยิ่งขึ้น ถ้าหากแพทย์ระมัดระวังอยู่เสมอและเอาใจใส่สอดคล้องเกี่ยวกับ “อาการบอกเหตุ” บางประการ พร้อมกันจำไว้ว่าการกระทำอย่างใดหรือยาอย่างใดก่ออันตรายมากเป็นพิเศษ
4. แพทย์ทุกคนควรจะระลึกว่าทุกชีวิตที่เกิดกรณี “ทुरเวชปฏิบัติ” ขึ้น แพทย์ย่อมมีส่วนรับผิดชอบด้วยเสมอ ไม่มากก็น้อยแล้วแต่กรณี

²³ บุตร ประดิษฐวิช, แพทย์ ยา วิชาชีพ หรือการค้ำ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์หมอชาวบ้าน, 2532), น.169, อ้างถึงใน แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอเนก ชมจินดา, กฎหมายการแพทย์, น.81.

²⁴ Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary, 8th ed. (St. Paul: West, 2004), p. 978.

²⁵ อวย เกตุสิงห์, รวมเรื่องพื้นฟูทางวิชาการครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์พระจันทร์, 2506), น.1-12.

2.4.3 มาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์

ความระมัดระวังที่กฎหมายกำหนดเป็นมาตรฐานให้ทุกคนต้องมีและต้องใช้นั้น คือ ความระมัดระวังที่ควรจะมีอยู่ของบุคคลในฐานะอาชีพอย่างเดียวกันและอยู่ในสถานะเดียวกัน ดังนั้น ในกรณีแพทย์ถูกฟ้องว่าประกอบวิชาชีพโดยประมาท จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าแพทย์ที่ถูกฟ้องนั้นได้ใช้ความระมัดระวังน้อยกว่าแพทย์ในสาขาเดียวกันและมีโอกาสกระทำอย่างจำเลยหรือไม่ ถ้าน้อยกว่าย่อมถือว่าแพทย์ที่ถูกฟ้องขาดความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ และการจะพิจารณาเช่นนั้นได้ศาลซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไปซึ่งอยู่นอกวิชาชีพแพทย์ย่อมไม่อาจรู้ได้เพราะเป็นเรื่องวิชาการทางการแพทย์ เช่น ศาลย่อมไม่อาจรู้ว่าการที่จมูกของโจทก์อักเสบเป็นหนองและมีเลือดคั่งที่หน้าผากนั้น เกิดขึ้นเพราะจำเลยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการใช้ยาฆ่าเชื้ออย่างไร (เช่น ไม่มีเทคนิคการฆ่าเชื้อที่ดี หรือไม่ได้ทำให้แผ่นพลาสติกที่ใส่เข้าไปปราศจากเชื้อ) ดังนั้น การจะวินิจฉัยการกระทำของแพทย์ว่าเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่นั้นจะต้องวินิจฉัยเปรียบเทียบกับแพทย์ท่านอื่น ๆ ว่าจะใช้วิธีการให้การรักษาในลักษณะเดียวกันหรือไม่ หรือแพทย์ท่านอื่นจะประพฤติกฎปฏิบัติอย่างนี้แต่แพทย์ที่ทำให้การรักษากลับละเลยไม่ได้ให้การรักษา หรือในกรณีให้การรักษาแตกต่างกันนั้น แตกต่างกันเพราะเหตุใด มีวิธีการรักษาโรคนิดเดียวกันก็วิธี เป็นต้น

การจะพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ตามประมวลกฎหมายอาญานั้น จะต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นได้ใช้ความระมัดระวังต่ำกว่าความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์หรือไม่ กล่าวคือ พิจารณาว่าหากบุคคลอื่นอยู่ในภาวะเช่นเดียวกันจะต้องมีความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์อย่างใดแล้ว หากผู้กระทำไม่ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้น หรือใช้แต่ไม่เพียงพอ เช่นเดียวบุคคลอื่น การกระทำนั้นก็ถือเป็นการกระทำโดยประมาท ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์นั้น ต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยของผู้มีวิชาชีพแพทย์ซึ่งจะต้องมีมาตรฐานความระมัดระวังสูงกว่าบุคคลทั่วไป

ซึ่งหากนำหลักการเกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังในการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญามาพิจารณากรณีการกระทำโดยประมาทของแพทย์แล้วจะสามารถสรุปมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ได้ ดังนี้²⁶

1. ผู้กระทำมีความระมัดระวังเทียบเท่าบุคคลในอาชีพแพทย์เช่นเดียวกับผู้กระทำหรือไม่ เช่น แพทย์ที่กระทำการผ่าตัดผู้ป่วย ในงานที่แพทย์ผู้ชำนาญการผ่าตัดต้องกระทำ ถ้าแพทย์ที่กระทำการผ่าตัดไม่เคยฝึกอบรมการผ่าตัดมาเลย ย่อมถือว่าแพทย์ผู้นั้นปราศจากความระมัดระวัง

²⁶ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, กฎหมายการแพทย์: ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น.46.

ตามที่วิสัยของแพทย์ควรจะมี ถ้าเกิดความบกพร่องจากการผ่าตัดขึ้น ก็เป็นผลจากการกระทำโดยประมาท

2. แม้ผู้กระทำจะมีความระมัดระวังอยู่แล้ว แต่ถ้าการกระทำครั้งนั้นใช้ความระมัดระวังน้อยกว่าความระมัดระวังที่แพทย์ประเภทเดียวกันควรจะมี ทั้งที่น่าจะสามารถใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ และได้เกิดความบกพร่องขึ้น เช่น ศัลยแพทย์ที่ฝึกอบรมมาอย่างดี แต่วันหนึ่งผ่าตัดช่องท้องผู้ป่วยแล้วปลายมีดไปโดนลำไส้ใหญ่ของผู้ป่วย เกิดอันตรายแก่ผู้ป่วย เช่นนี้ย่อมถือว่าเป็นการใช้ความระมัดระวังไม่เพียงพอ เมื่อเทียบกับศัลยแพทย์อื่นที่อยู่ในระดับเดียวกัน ถือเป็นความประมาท

3. การกระทำโดยประมาทของแพทย์นั้นต้องพิจารณาจากสถานการณ์ประกอบด้วยคือ แพทย์ที่ตรวจรักษาผู้ป่วยในฐานะใดก็ต้องเปรียบเทียบกับ การตรวจรักษาของแพทย์ประเภทเดียวกันในสถานะเดียวกันด้วย เช่น การตรวจรักษาในโรงพยาบาลในชุมชน การผ่าตัดในโรงพยาบาลสนามก็ต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับ การตรวจรักษาในโรงพยาบาลชุมชนหรือโรงพยาบาลสนามด้วย

4. จากหลักการดังกล่าวข้างต้นการพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์จะต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับความระมัดระวังของแพทย์ที่พึงจะมีโดยคำนึงถึงวิสัยและพฤติการณ์ประกอบด้วย ในการพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์ขาดความระมัดระวังตามวิสัยหรือพฤติการณ์หรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยอาจจะต้องขอความเห็นจากสภาวิชาชีพคือ แพทยสภาหรือราชวิทยาลัย เพื่อนำความเห็นดังกล่าวมาใช้ประกอบการพิจารณาวินิจฉัยด้วย

2.5 ความรับผิดชอบแพ่งกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาทเลินเล่อ

2.5.1 การกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์

คำว่า “ทุรเวชปฏิบัติทางการแพทย์ (Medical Malpractice)” นั้น มุมมองสำหรับแพทย์แล้วถือเป็นความประมาททางวิชาชีพในระดับมืออาชีพ ผู้ให้บริการอาจดูแลสุขภาพผู้ป่วยแตกต่างจากมาตรฐานที่ยอมรับของการปฏิบัติในวงการแพทย์ และทำให้ผู้ป่วยบาดเจ็บหรือเสียชีวิต มาตรฐานหรือระเบียบที่เกี่ยวกับทุรเวชปฏิบัติทางการแพทย์นั้นจะแตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศและขอบเขตอำนาจภายในประเทศ

ทุรเวชปฏิบัติทางการแพทย์ส่วนใหญ่ หมายถึง กรณีที่แพทย์จะต้องรับผิดชอบแพ่งจากการกระทำละเมิด ซึ่งเป็นการกระทำละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในเวชปฏิบัติ เช่น การหลงลืมวัตถุแปลกปลอม ซึ่งได้แก่ เครื่องมือแพทย์ ผ้าซับลือดและอื่น ๆ ไว้ในช่องท้อง

หลังผ่าตัดเปิดช่องท้อง การให้ยาผิด การรักษาผู้ป่วยผิดคน เป็นต้น ทั้งนี้ อาจเกิดขึ้นจากการขาดความรู้ ขาดทักษะความชำนาญ หรือประมาทเลินเล่อละเลยไม่เอาใจใส่ซึ่งถือเป็นความผิด²⁷

ส่วนคำว่า “ประมาทเลินเล่อ” นั้น มีนักนิติศาสตร์หลายท่านให้ความหมายของคำว่า “ประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง” แยกออกมาต่างหากจาก “ประมาท” ตามประมวลกฎหมายอาญาดังต่อไปนี้

จิต เศรษฐบุตร อธิบายว่า ความผิดโดยไม่จงใจทางละเมิดเป็นความประมาท ซึ่งบุคคลที่มีความระมัดระวังและอยู่ในสภาพภายนอกเช่นเดียวกับผู้ก่อความเสียหายจะไม่กระทำเช่นนั้น²⁸

เสนีย์ ปราโมช อธิบายว่า การกระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นการกระทำโดยมิได้ตั้งใจต่อผลหรือไม่อาจแลเห็นผลได้ หากแต่ได้ทำไปโดยขาดความระมัดระวังที่ควรใช้²⁹

จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายว่า การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หมายถึง การกระทำโดยไม่จงใจแต่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอันสมควรที่จะต้องใช้ รวมถึงการกระทำในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย³⁰

จากความเห็นของนักวิชาการดังกล่าวข้างต้น สรุปได้ว่าการกระทำทุรเวชปฏิบัติโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์นั้น หมายถึง กรณีที่ผู้ป่วยให้ความยินยอมแก่แพทย์ทำการรักษาพยาบาลแล้ว และแพทย์นั้นไม่ได้ใช้มาตรฐานแห่งความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ เพราะหากแพทย์ประกอบวิชาชีพตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพแล้วจะถือว่าแพทย์ผู้นั้นกระทำโดยประมาทเลินเล่อหาได้ไม่ ด้วยเหตุนี้หากแพทย์ที่รับรักษาผู้ป่วยได้ใช้ความรู้ความสามารถในการประกอบวิชาชีพอย่างเหมาะสมแล้ว แม้จะเกิดเหตุไม่คาดคิดบางประการขึ้น เช่น รักษาแล้วไม่หายหรือมีเหตุทำให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายอย่างใดอย่างหนึ่งอันเกิดจากการรักษาตามมาตรฐานดังกล่าวแล้ว แพทย์ก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบละเมิดเพราะกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

²⁷ นัตรสุนัน พฤตภิกขุ โย, กฎหมายสุขภาพและการรักษาพยาบาล: กฎหมายว่าด้วยสารบัญญัติและวิธีพิจารณาความ, (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), น.150-151.

²⁸ จิต เศรษฐบุตร, “กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล,” วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 3, ปีที่ 2, น.138-140. (กันยายน 2514).

²⁹ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค 1-2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2520), น.775.

³⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตสภา, หน้า 222).

ปัญหาสำคัญของการกระทำทรมานปฏิบัติโดยประมาทเลินเล่อคือ แพทย์จะต้องใช้ความระมัดระวังแค่ไหนเพียงใดนั้นเป็นเรื่องยากที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปที่จะนำไปใช้ในทุกรณีได้ แต่หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วจะพบว่า หากแพทย์ประกอบวิชาชีพที่ต่ำกว่ามาตรฐานความระมัดระวังแห่งวิชาชีพและเกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วยขึ้น แพทย์ก็อาจต้องรับผิดชอบละเมิดเพราะความประมาทเลินเล่อดังกล่าว

2.5.2 มาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์

ก่อนที่จะพิจารณาว่าแพทย์ได้ดำเนินการรักษาพยาบาลต่ำกว่าระดับมาตรฐานหรือไม่ เบื้องต้นจะต้องทำความเข้าใจก่อนว่าการรักษาพยาบาลของแพทย์นั้นมีส่วนสำคัญที่เกี่ยวข้องกันอยู่ 2 ส่วน คือ

1. การตัดสินใจเลือกวิธีการใดวิธีการหนึ่งในการรักษาพยาบาล (Medical Judgment) ในกรณีที่วิธีการหรือทฤษฎีในการรักษาพยาบาลอย่างใดอย่างหนึ่งมีหลายวิธี หากว่าแพทย์เลือกใช้การรักษาพยาบาลวิธีใดวิธีหนึ่งอันเป็นที่ยอมรับทางการแพทย์แล้วถือว่าเป็นดุลพินิจที่แพทย์ต้องตัดสินใจตามสถานการณ์นั้น ๆ แม้ว่าผลในการรักษาพยาบาลจะไม่ออกมาตามความพึงประสงค์ของผู้ป่วยหรือญาติก็จะถือว่าแพทย์ผู้นั้นกระทำการโดยประมาทไม่ได้³¹

2. การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นอกจากการกระทำโดยจงใจแล้ว การกระทำโดยประมาทเลินเล่อยังเป็นอีกหนึ่งกรณีของการกระทำละเมิด แต่การกระทำอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติความหมายของคำว่า “ประมาทเลินเล่อ” ไว้จึงต้องนำเอาความหมายของคำว่า “ประมาท” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาใช้แทน โดยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ บัญญัติว่า กระทำโดยประมาท ได้แก่ กระทำ ความผิดมิใช่โดยเจตนาแต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

การวินิจฉัยระดับความระมัดระวังอย่างคนในภาวะเช่นนั้นตามกฎหมายละเมิดนั้นต้องถือเอาตามการปฏิบัติของบุคคลในฐานะและภาวะเช่นเดียวกับจำเลยภายใต้พฤติการณ์เช่นเดียวกันกับจำเลยทุกประการ โดยความระมัดระวังนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นความระมัดระวังอย่างดีที่สุดเพียงแต่ต้องเป็นความระมัดระวังพอสมควรเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว

ความระมัดระวังตามวิสัย หมายถึง ลักษณะที่เป็นอยู่ของผู้กระทำ โดยนักนิติศาสตร์บางท่านเรียกว่า สภาพภายในตัวผู้กระทำ โดยไม่รวมถึงสภาพจิตใจของผู้กระทำ สามารถแยกออกได้เป็นสอง กรณี คือ 1) วิสัยของคนธรรมดาโดยพิจารณาจากอายุ เพศ การศึกษา ความชัดเจนแห่งชีวิต

³¹ เอื้อน ขุนแก้ว, ความรับผิดชอบทางการแพทย์ (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, น.9-

และ2) วัตถุประสงค์ของผู้มีวิชาชีพ หมายถึง บุคคลผู้มีวิชาชีพจะต้องมีความระมัดระวังตามวัตถุประสงค์ของผู้มีวิชาชีพนั้น เช่น แพทย์ต้องมีความระมัดระวังแบบแพทย์ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังมากกว่าบุคคลธรรมดา

ความระมัดระวังตามพฤติการณ์ หมายถึง ข้อเท็จจริงประกอบการกระทำ นักนิติศาสตร์บางท่านเรียกว่า เหตุภายนอกตัวผู้กระทำ (Objective) ซึ่งต้องพิจารณาว่าถ้าบุคคลตกอยู่ในภาวะเช่นนี้จะสามารถใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด เพราะภายใต้พฤติการณ์ที่แตกต่างกันบุคคลย่อมสามารถใช้ความระมัดระวังได้แตกต่างกัน ทั้งนี้ ความระมัดระวังของวิญญูชนต้องได้สัดส่วนกับความเสียหายด้วย

ดังนั้น การวินิจฉัยว่าแพทย์ผู้กระทำได้กระทำไปโดยประมาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากสภาพภายนอก (Objective) ของแพทย์ผู้กระทำว่าแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังแล้วหรือไม่ และหากแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังแล้วแพทย์ผู้นั้นได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอหรือไม่ในภาวะและวิสัยภายใต้พฤติการณ์เช่นนั้น ส่วนการจะพิจารณาว่าแพทย์ผู้นั้นได้ใช้ความระมัดระวังหรือไม่ หรือหากแพทย์ผู้นั้นได้ใช้ความระมัดระวังแล้วแต่ความระมัดระวังนั้นเพียงพอหรือไม่นั้นจะต้องสมมติแพทย์อีกคนหนึ่งขึ้นมาเปรียบเทียบและแพทย์ที่สมมติขึ้นมานั้นจะต้องกำหนดให้มีสภาพทางร่างกายเช่นเดียวกับแพทย์ผู้กระทำทุกประการโดยกำหนดให้แพทย์ผู้นั้นมีสติปัญญาและสภาพทางจิตใจเป็นดังเช่นแพทย์ปกติทั่วไปสำหรับสภาพและพฤติการณ์ภายนอกของแพทย์ที่สมมติขึ้นนี้จะต้องถูกกำหนดให้เหมือนกับสภาพและพฤติการณ์ภายนอกเช่นเดียวกับแพทย์ผู้กระทำทุกประการด้วย ถ้าแพทย์ที่สมมติขึ้นนี้จะไม่กระทำโดยขาดความระมัดระวังเช่นแพทย์ผู้กระทำนั้นแล้วถือว่าแพทย์ผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ แต่ถ้าแพทย์ที่สมมติขึ้นนี้จะกระทำโดยขาดความระมัดระวังเช่นเดียวกับแพทย์ผู้กระทำที่นำมาพิจารณาเปรียบเทียบกันแล้วแม้แพทย์ผู้กระทำจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นก็ไม่ถือว่าแพทย์ผู้กระทำนั้นได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ

2.5.3 ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายสัญญา

สัญญา คือ ข้อตกลง (Agreement) แต่ข้อตกลงทุกข้อตกลงหาได้ก่อให้เกิดสัญญาเสมอไปไม่ (Not all agreement are contracts) จะเกิดเป็นสัญญาได้ก็แต่เฉพาะข้อตกลงที่ก่อให้เกิดหนี้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น³² เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะพบว่าไม่มีการให้นิยามคำว่า “สัญญา” ไว้จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาจากความเห็นของนักนิติศาสตร์ท่านต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

³² ไพจิตร บุญญพันธ์, “ความรับผิดชอบก่อนสัญญากับความรับผิดชอบอันกัน”, ราชกิจจานุเบกษา, ม. 47 : มอญกฎหมายหลายมม, (คณะกรรมการเนติบัณฑิต สมัยที่ 46 : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), น. 141.

เสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงอธิบายไว้ว่า “สัญญาอันแปลว่าความยินยอมทั้งสองฝ่าย ฤมากกว่า 2 ฝ่าย ในการที่จะทำถาวรอันทำอย่างใดอย่างหนึ่ง”³³

เสนีย์ ปราโมช อธิบายว่า “สัญญา คือ การที่บุคคลสองฝ่ายแสดงเจตนาทำนิติกรรมคำเสนอคำสนองรับ มีความประสงค์ตกลงตรงกันและร่วมในกัน ในอันที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น”³⁴

ประกอบ หุตะสิงห์ อธิบายว่า “สัญญาจะเกิดขึ้นได้ต้องมีการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่ายซึ่งมีเนื้อหาถูกต้องกัน คือ ฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนองถูกต้องตรงกับคำเสนอนั้น สัญญาจึงจะเกิด”³⁵

จิต เศรษฐบุตร อธิบายว่า “สัญญานั้นก็คือนิติกรรมหลายฝ่าย เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ดังนั้น สัญญาจึงเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง แต่เป็นประเภทที่สำคัญเพราะก่อนนี้มากกว่านิติกรรมประเภทที่เรียกว่านิติกรรมฝ่ายเดียว”³⁶

เสริม วินิจฉัยกุล อธิบายว่า “สัญญา คือ ความตกลงอันก่อให้เกิดมีระหว่างบุคคลสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งจะต้องกระทำการหรือละเว้นกระทำการให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง”³⁷

ร. แลงการ์ด ชาวฝรั่งเศส ซึ่งได้เข้ามาเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายให้แก่ประเทศไทยในรัชสมัยของรัชกาลที่ 6 (พ.ศ. 2467) อธิบายว่า “สัญญา คือ ข้อตกลงของเจตนาอันเกิดขึ้นโดยอิสระระหว่างหลายฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งรับรองกับอีกฝ่ายหนึ่งว่าจะปฏิบัติตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้เป็นคุณแก่อีกฝ่ายหนึ่ง”³⁸

จากความหมายต่าง ๆ ของคำว่า “สัญญา” ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้นพอจะสรุปได้ว่า “สัญญา” คือ นิติกรรมหลายฝ่าย ซึ่งเกิดขึ้น โดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป แต่

³³ อุทฤษ มงคลนาวิน, คำอธิบายกฎหมายฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร: แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2513), น.52.

³⁴ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค 1-2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2520), น.437.

³⁵ ประกอบ หุตะสิงห์, คำสอนชั้นปริญญาตรี พ.ศ. 2507 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (ธนบุรี: โรงพิมพ์สุทธิสารการพิมพ์, 2514), น.134.

³⁶ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ (กรุงเทพมหานคร: เอรวิณการพิมพ์, 2522), น.247-248.

³⁷ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้ (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), น.361.

³⁸ ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วัฒนาพานิช, 2526), น.163.

ละฝ่ายอาจจะเป็นบุคคลคนเดียว หรือหลายคนรวมกันเป็นฝ่ายเดียวกันก็ได้ ซึ่งได้ตกลงยินยอมกัน ก่อให้เกิดหนี้ขึ้น อาจเป็นหนี้ระทำการ หรือคว้นระทำการก็ได้ และเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วย่อม ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือความผูกพันทางกฎหมายระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนั้น จึงอาจกล่าว ได้ว่าสัญญาเป็นมูลหรือบ่อเกิดแห่งหนี้³⁹

แต่ความสัมพันธ์ในเชิงสัญญา (Contractual Relationship) ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยจะ เกิดขึ้นเมื่อไหร่ นั้นนักวิชาการให้ความเห็นไว้ ดังนี้

สงกรานต์ นิยมเสน (บิดาแห่งวิชานิติเวชศาสตร์ของไทย) ได้เคยอธิบายเรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยไว้ว่า “เป็นนโยบายทางการแพทย์โดยทั่ว ๆ ไปว่าผู้ป่วยย่อมมี สิทธิในการเลือกแพทย์ของตนเหมือนกับเขาเลือกเสื้อผ้าของเขา และเมื่อผู้ป่วยได้ตัดสินใจเลือก แล้ว เขาจึงเริ่มไปหาแพทย์ผู้นั้น ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเริ่มต้นตั้งแต่ได้ตกลงรักษา กัน”⁴⁰

แสวง บุญเฉลิมวิภาส ได้ให้ความเห็นว่า “ความสัมพันธ์ทางสัญญาให้บริการทางการ แพทย์เกิดจากการรับผู้ป่วยเข้ารักษา โดยผู้ป่วยก็ได้แสดงเจตนาเข้ารักษากับแพทย์หรือ สถานพยาบาลนั้น ๆ ในกรณีเช่นนี้ถือว่าสัญญาเกิดแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร หากมีการแสดงเจตนาเข้ารักษา แพทย์หรือสถานพยาบาลจะปฏิเสธการรักษาได้หรือไม่ หาก พิจารณาเฉพาะในแง่ของกฎหมายโดยไม่กล่าวถึงจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ถ้าเป็นสถานการณ์ปกติ ที่มีไขความจำเป็นรีบด่วน แพทย์มีสิทธิที่จะรับรักษาหรือไม่ก็ได้ ถือว่ายังไม่มีสัญญาเกิดขึ้น”⁴¹

โอสถ โกสิน ได้ให้ความเห็นว่า “ถ้าดูเผิน ๆ จะเห็นได้ว่าการที่แพทย์รับรักษาคนไข้ น่าจะเป็นการจ้างทำของ แต่เมื่อได้อ่านประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 592 แล้วจะเห็น ได้ว่าแพทย์หาใช่ผู้รับจ้างทำของไม่ เพราะมาตรานี้บัญญัติว่า ผู้รับจ้างจำต้องยอมให้ผู้ว่าจ้างหรือ ตัวแทนของผู้ว่าจ้างตรวจตราการงานได้ตลอดเวลาที่ทำอยู่นั้น การที่คนไข้ฝากชีวิตไว้กับแพทย์ผู้ใช้ ความรู้ความชำนาญพิเศษอันคนธรรมดาไม่สามารถล่วงรู้ได้นั้น จะมีการเข้าตรวจตราการรักษาของ แพทย์ได้อย่างไร และเมื่อไม่ถือว่าการรักษาคนไข้เป็นเอกเทศสัญญาแล้วก็ต้องนำเอาความในบรรพ 2 เรื่องนี้ซึ่งมีบทบัญญัติอยู่ในลักษณะ 2 เรื่องสัญญามาใช้บังคับ กล่าวคือ สัญญาเกิดจากฝ่ายหนึ่ง

³⁹ ไชยศ เหมะรัชตะ, คู่มือศึกษากฎหมายว่าด้วยสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ นิติธรรม, 2542), น. 2.

⁴⁰ สงกรานต์ นิยมเสน, “ศิลปะและจรรยาแพทย์”, อ้างในวิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, นิติเวชสาธก ฉบับกฎหมาย อาญากับการแพทย์ยุคไฮเทค, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์หมอชาวบ้าน, 2533), น.29.

⁴¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, กฎหมายและข้อควรระวังของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ พยาบาล, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551), น.32.

ทำคำเสนออีกฝ่ายหนึ่งสนองรับ เมื่อผู้ป่วยมาขอให้แพทย์รักษา ก็เรียกว่าเป็นการทำคำเสนอ เมื่อแพทย์ตกลงรับรักษาก็เรียกว่าได้ทำคำสนองแล้วสัญญาที่เกิดขึ้น และเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว แพทย์ก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาคือต้องรักษาผู้ป่วยด้วยความรู้ความสามารถและสติปัญญาเท่าที่บุคคลอันมีความรู้ในทางการแพทย์ศาสตร์จะสามารถทำได้ ตลอดจนถึงใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่วิชาชีพของตนและรักษาจริยธรรมของแพทย์ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบวิชาชีพเวชกรรม และเมื่อถือว่าการที่ผู้ป่วยยินยอมรับการรักษาและแพทย์ยินยอมให้การรักษานี้เป็นนิติสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกันแล้วแพทย์กับผู้ป่วยจึงมีฐานะเป็นคู่สัญญาที่ต่างฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน ดังนั้น เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงหรือปฏิบัติผิดเงื่อนไขของสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาได้⁴²

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้ให้ความเห็นว่า “การที่สถานพยาบาลต่าง ๆ เปิดให้บริการแก่คนทั่วไปโดยเปิดเผยนั้น เป็นการบอกกล่าวแก่สาธารณชนว่าจะให้บริการทางการแพทย์ เมื่อผู้ป่วยเข้าขอรับการบริการต่าง ๆ ถือเป็นคำเสนอขอรับบริการ เมื่อแพทย์ตกลงรับตรวจร่างกายหรือรับให้บริการก็ถือว่าแพทย์ได้ทำคำสนองแล้ว สัญญาที่เกิดขึ้นโดยที่ทั้งสองฝ่ายยอมผูกพันซึ่งกันและกัน แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้ป่วยต้องได้รับการตรวจรักษาโดยวิธีพิเศษต่าง ๆ ซึ่งวิธีพิเศษเหล่านั้นผู้ป่วยไม่ทราบหรือไม่เข้าใจ แพทย์ก็ต้องอธิบายบอกให้ผู้ป่วยทราบถึงวิธีการของตนในลักษณะเริ่มขั้นตอนใหม่ ถือได้ว่าแพทย์ได้ทำคำเสนอใหม่ให้ผู้ป่วย ถ้าผู้ป่วยยอมรับการปฏิบัติตามข้อเสนอของแพทย์ก็เป็นการสนองรับคำเสนอ แต่ถ้าผู้ป่วยไม่ยอมรับตามข้อเสนอของแพทย์สัญญาก็ยังไม่เกิด”⁴³

วิสัย พุกกะวัน ได้ให้ความเห็นว่า “การตั้งโรงพยาบาลขึ้นมาก็ย่อมมีเจตนาเพื่อเสนอบริการดูแลรักษาผู้เจ็บป่วย เมื่อผู้เจ็บป่วยมาขอรับการดูแลรักษา ย่อมเกิดสัญญาขึ้นแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยไม่จำเป็นต้องเขียนสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรก่อน”⁴⁴

นพพร โพธิ์รังสิยากร ได้ให้ความเห็นว่า “ในขณะที่เดียวกันคนไข้เองก็ต้องยินยอมให้แพทย์ทำการรักษา หากคนไข้ไม่ยินยอมให้แพทย์รักษา แพทย์ก็ไม่อาจเข้าไปรักษาได้ ไม่ว่าจะคนไข้จะเจ็บป่วยมีอันตรายแก่ชีวิตเพียงใดก็ตาม เมื่อเป็นดังนี้ ความผูกพันอันเป็นนิติสัมพันธ์ของแพทย์และคนไข้จึงจะต้องเริ่มต้นจากการที่ทั้งสองฝ่ายให้ความยินยอมที่จะให้การรักษา ซึ่งมีใช่เป็นเรื่อง

⁴² โอสถ โกศิน, บทบาทและความรับผิดชอบของแพทย์ตามกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : หอรัตนชัย การพิมพ์, 2528), น. 50.

⁴³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติ”, บทบัญญัติ เล่มที่ 42 , 2529 : 3, น. 99-100.

⁴⁴ วิสัย พุกกะวัน, คนไข้ กฎหมาย และแพทย์, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท แอดทีฟ พรินท์ จำกัด, 2547), น. 82.

ของความผูกพันด้านสัญญา เนื่องจากความผูกพันด้านสัญญานั้นจะเป็นอีกมาตรฐานที่จะต้องกล่าวในภายหลัง... ถ้าพึงการยอมรับคนไข้ไว้ในการรักษาไม่ถือว่าได้เกิดความผูกพันเป็นสัญญา สัญญาที่มีความหมายอยู่ในตัวเองว่าเป็นการรับประกันผล ในการรับประกันผลดังกล่าวมีความหมายออกเป็นสองด้าน คือ ก.รับประกันว่าจะได้รับผลตามที่ตกลงในสัญญา ข.ผลตามสัญญาที่ตกลงสามารถปฏิบัติได้ตามปกติของวัตถุประสงค์ของสัญญา การที่จะได้รับผลเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา (Guaranty) มีความหมายว่า หากมีข้อตกลงว่าสัญญาเป็นเรื่องใดที่มีข้อตกลงในผลของสัญญาแล้ว ย่อมจะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามผลของสัญญา ด้วยเหตุนี้เองมาตรฐานในความรับผิดชอบของสัญญา จึงเป็นไปตามหลักของความรับผิดที่เข้มงวดเด็ดขาด (Strict Liability) ผลของสัญญาก็คือ หากตกลงสร้างบ้านจะต้องได้บ้าน มิฉะนั้นก็จะเป็นการผิดสัญญา ตกลงโอนที่ดินก็ต้องโอนที่ดินให้ มิฉะนั้นผิดสัญญา ตกลงจะขายมะม่วงก็ต้องได้มะม่วง มิฉะนั้นผิดสัญญา นี่คือตัวอย่างของการที่จะต้องรับผิดชอบเป็นไปตามสัญญา ในขณะที่เดียวกันแม้จะได้รับผลตามสัญญาแล้วผลนั้นจะต้องปฏิบัติตามปกติ (Warranty) เช่น สัญญาว่าจะสร้างบ้านให้ เมื่อสร้างบ้านแล้วเป็นการปฏิบัติตามผล (Guaranty) แต่ถ้าหากเข้าไปอยู่ในบ้านไม่ได้เพราะบ้านจะพังทันทีที่เข้าไปอยู่ก็แปลว่าใช้งานตามผลแห่งสัญญาตามปกติไม่ได้ เช่นนี้ถือว่าผิดสัญญาเพราะสัญญาไม่อาจปฏิบัติเป็นไปตามที่จะใช้ตามสัญญาปกติ (Warranty) ในทางการแพทย์นั้น เนื่องจากมีแนวความคิดเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า หากมีการให้บริการทางการแพทย์ด้วยการรับประกันผล คดีดังกล่าวย่อมจะเป็นการผิดสัญญาได้ด้วย... โดยความรับผิดชอบของแพทย์ในด้านสัญญาจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบดังนี้ ก.เจตนาเสนอสนองของคู่สัญญาที่แพทย์ยินยอมรับรักษา และคนไข้ยินยอมให้การรักษา และ ข.แพทย์ผู้รับรักษาได้รับประกันผลหรือรับประกันความสำเร็จของงานที่รักษา ถ้าพึงการที่คนไข้ไปพบแพทย์ขอให้แพทย์ยอมรับตนเข้ารับรักษาไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีตามสัญญา เป็นเพียงคนไข้ยินยอมให้แพทย์รักษาและแพทย์ก็รักษาแต่ยังไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นเรื่องของการรับประกันผล การรับประกันผลจะเกิดขึ้นต่อเมื่อในการดูแลผู้ป่วยของแพทย์ได้มีการให้คำมั่นถึงผลสำเร็จของการรักษา”⁴⁵

ประทีป อ่าววิจิตรกุล ได้ให้ความเห็นว่า “ความผูกพันระหว่างผู้ป่วยกับโรงพยาบาล เป็นไปในรูปของความรับผิดทางสัญญา การที่ผู้ป่วยไปจ้างแพทย์ทำการรักษานี้เป็นสัญญาต่างตอบแทนชนิดหนึ่ง เป็นสัญญาไม่มีชื่อ (Innominated contract) หรือถ้ามุ่งถึงความสำเร็จของงานก็อาจเป็นสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 และเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ

⁴⁵ นพพร โพธิ์รังสิยากร, “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับทฤษฎีปฏิบัติจากการรักษาทางการแพทย์”, *ศาลแพ่ง*, ปีที่ 60, น. 54-64. (กันยายน 2556).

เพียงแต่คู่สัญญาแสดงเจตนาตกลงกันก็เกิดความผูกพันเป็นสัญญาแล้วไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างไร”⁴⁶

ดังนั้น หากสรุปความเห็นของนักวิชาการต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นแล้วจะสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 แนวความคิด ดังนี้

ก. แนวความเห็นที่ว่าการเข้ารับบริการทางการแพทย์ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางสัญญาโดยผู้ป่วยเป็นผู้ทำคำเสนอ

ข. แนวความเห็นที่ว่าการเข้ารับบริการทางการแพทย์ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางสัญญาโดยแพทย์เป็นผู้ทำคำเสนอ

ค. แนวความเห็นที่ว่าการเข้ารับบริการทางการแพทย์โดยปกติไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางสัญญา เป็นเรื่องของความยินยอมที่จะให้การรักษาไม่ใช่ความผูกพันด้านสัญญา

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่สถานพยาบาลเอกชนเปิดให้บริการแก่บุคคลทั่วไป และได้มีการโฆษณาประชาสัมพันธ์การให้บริการทางการแพทย์ในรูปแบบต่าง ๆ นั้น เท่ากับเป็นการบอกกล่าวเชิญชวนต่อสาธารณะอย่างเปิดเผยว่าประสงค์ให้บริการทางการแพทย์ถือว่าเป็นคำเชื้อเชิญ เมื่อผู้ป่วยไปขอเข้ารับบริการทางการแพทย์ถือเป็นการทำคำเสนอ และเมื่อสถานพยาบาลเอกชนโดยแพทย์ได้ตกลงรับตรวจร่างกาย หรือรับที่จะให้บริการทางการแพทย์แก่ผู้ป่วยแล้วย่อมถือได้ว่าแพทย์และสถานพยาบาลเอกชนแห่งนั้นได้ทำคำสนองตอบรับคำเสนอของผู้ป่วยแล้ว สัญญาให้บริการทางการแพทย์ระหว่างแพทย์และสถานพยาบาลเอกชนจึงเกิดขึ้นทันทีนับแต่ได้ตกลงกัน และเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วย่อมส่งผลให้แพทย์และผู้ป่วยในฐานะคู่สัญญาย่อมมีสิทธิและหน้าที่หรือความผูกพันต่อกันตามกฎหมายว่าด้วยหนี้และสัญญานั้นเอง

แต่สำหรับแพทย์ที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในสถานพยาบาลของรัฐนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อแพทย์รับตัวผู้ป่วยไว้ในสถานพยาบาลเพื่อทำการรักษาแล้ว นิติสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยไม่ใช่ความสัมพันธ์ทางสัญญา หากแต่เป็นความสัมพันธ์โดยกฎหมายเนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 47 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการสาธารณสุขของรัฐ

บุคคลผู้ยากไร้ย่อมมีสิทธิได้รับการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการป้องกันและขจัดโรคติดต่ออันตรายจากรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย”

⁴⁶ ประทีป อ่าววิจิตรกุล, ฟ้องแพทย์ (doctors at law), (กรุงเทพมหานคร : Pholsiam printing and publishing (Thailand) limited partnership, 2546) น.7.

เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 47 แล้วจะพบว่าการบริการ สาธารณสุขจากรัฐถือเป็นการบริการสาธารณะ (Public Service) ประเภทหนึ่งที่รัฐ (State) มีหน้าที่ ต้องจัดทำขึ้นเพื่อตอบสนองต่อความต้องการด้านสาธารณสุขของประชาชน ฉะนั้น แพทย์ที่ ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลของรัฐจึงมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับความ ค้ำครองตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งหากแพทย์ประกอบ วิชาชีพเวชกรรมโดยชอบแล้วย่อมต้องถือว่าแพทย์ปฏิบัติหน้าที่แทนสถานพยาบาลซึ่งเป็น หน่วยงานของรัฐและเป็นการกระทำแทนรัฐ ดังนั้น จึงไม่อาจเกิดกรณีพิพาทขึ้นจากการปฏิบัติ หน้าที่ของแพทย์ในสถานพยาบาลของรัฐได้เลยเพราะไม่เคยมีมูลหนี้ในเรื่องสัญญาทางแพ่ง ระหว่างแพทย์ที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐกับผู้ป่วยเกิดขึ้นมาก่อนเลย ดังนั้น จึงไม่อาจเกิดกรณีพิพาท เกิดขึ้นได้

ความเห็นดังกล่าวของผู้เขียนอาจสอดคล้องกับคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่าง ศาลที่ 81/2557 ลงวันที่ 4 กันยายน 2557 ในคดีเขตอำนาจศาลขัดแย้งกันระหว่างศาลแพ่งและศาล ปกครองกลาง โดยศาลแพ่งได้อ่านคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เมื่อวันที่ 3 พฤศจิกายน 2557 ว่าคดีที่โรงพยาบาลเอกชนเป็น โจทก์ยื่นฟ้องเอกชนด้วยกัน เป็นจำเลยที่ 1 และที่ 2 สำนักงาน ประกันสังคมซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง เป็นจำเลยที่ 3 ขอให้ร่วมกันหรือแทนกันชำระเงินค่า รักษาพยาบาลที่จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 2 เข้ารับการรักษาพยาบาลที่โรงพยาบาลโจทก์ ในส่วนที่ค้างจ่ายให้แก่โจทก์ เมื่อโจทก์อ้างว่าได้ทำความตกลงกับจำเลยที่ 3 โดยมอบให้โจทก์เป็นผู้ บริการทางการแพทย์แก่ผู้ประกันตนที่ถือบัตรรับรองสิทธิรักษาพยาบาลประกันสังคม โดยจำเลยที่ 3 เป็นผู้จ่ายค่าบริการทางการแพทย์ในอัตราของผู้ประกันตนให้แก่โจทก์ แต่เมื่อโจทก์เรียกเก็บเงิน ค่ารักษาพยาบาลของจำเลยที่ 1 ที่ใช้สิทธิรักษาพยาบาลประกันสังคมที่โรงพยาบาล โจทก์ จำเลยที่ 3 กลับปฏิเสธการจ่ายเงินค่ารักษาพยาบาลของจำเลยที่ 1 โดยให้เหตุผลว่าตรวจสอบแล้วจำเลยที่ 1 และที่ 2 ไม่ได้มีความสัมพันธ์ในฐานะนายจ้างลูกจ้าง โจทก์จึงมีสิทธิได้รับเงินเป็นค่ารักษาพยาบาล ที่เกิดขึ้นจริงจากการตรวจรักษา เห็นว่า ข้อพิพาทในคดีนี้เป็นข้อพิพาทที่สืบเนื่องมาจากข้อพิพาท เกี่ยวกับสัญญาจ้างให้บริการทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ระหว่าง โจทก์กับจำเลยที่ 3 เมื่อสัญญาจ้างให้บริการทางการแพทย์ระหว่างโจทก์และจำเลยที่ 3 เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง มีสาระสำคัญในการที่จำเลยที่ 3 ว่าจ้าง โรงพยาบาลโจทก์ทำการให้บริการทางการแพทย์แก่ผู้ประกันตนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะด้านสาธารณสุขผ่านระบบประกันสังคม อันเป็น ภารกิจหลักของจำเลยที่ 3 ให้บรรลุผล สัญญาจ้างให้บริการทางการแพทย์ จึงมีลักษณะที่จำเลยที่ 3 มอบหมายให้โจทก์ซึ่งเป็นสถานพยาบาลเอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทาง

ปกครอง ข้อพิพาทระหว่างโจทก์กับจำเลยทั้งสามซึ่งเป็นข้อพิพาทที่สืบเนื่องมาจากสัญญาจ้างให้บริการทางการแพทย์ระหว่างโจทก์และจำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

แต่อย่างไรก็ดี ศาลฎีกาได้วินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยว่าอยู่ในรูปของสัญญาจ้างทำของ ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ที่บัญญัติว่า “อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น”

แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาส่วนใหญ่วินิจฉัยไปในทิศทางเดียวกันว่า แพทย์มีหน้าที่รักษาพยาบาลผู้ป่วย และแพทย์มีหน้าที่รักษาพยาบาลไปตามมาตรฐานและจริยธรรมของการประกอบวิชาชีพ ในขณะที่เดียวกันผู้ป่วยก็มีหน้าที่ชำระค่ารักษาพยาบาล ด้วยเหตุนี้การที่แพทย์ได้ทำการรักษาพยาบาลแล้ว ผู้ป่วยก็มีหน้าที่จะต้องชำระค่ารักษาพยาบาลให้แพทย์เช่นกัน ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยที่สอดคล้องกับคำพิพากษาฎีกาที่ 6906/2554 ที่วินิจฉัยว่า “แพทย์ทำการรักษาพยาบาลโดยผิดพลาดทำให้ผู้ตายถึงแก่ความตายจากการรักษาพยาบาลไม่ครบถ้วนตามหลักวิชาชีพเวชกรรม ถือได้ว่าเป็นการตายในทันทีจากการกระทำละเมิด ซึ่งจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้ตาย ส่วนเงินค่ารักษาพยาบาลที่โจทก์ชำระให้แก่จำเลยไปแล้วนั้นเป็นค่าสินจ้างจากสัญญาจ้างทำของที่โจทก์จ้างจำเลยรักษาพยาบาลผู้ตายตามปกติ โจทก์ไม่มีสิทธิฟ้องเรียกเงินจำนวนดังกล่าวคืนจากจำเลย” คำพิพากษาฎีกาลบนี้ยืนยันว่าความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยนั้นเป็น “สัญญา” ซึ่งศาลฎีกาเรียกว่าเป็น “สัญญาจ้างทำของ” เพียงแต่บทบัญญัติที่ว่า “เพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น” การรักษาพยาบาลหาได้มีความหมายว่าแพทย์จะต้องรักษาพยาบาลจนหายสำเร็จเพียงแต่ถ้าแพทย์ทำการรักษาผิดมาตรฐานวิชาชีพจนเป็นละเมิด (Tort) ก็อาจจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในเหตุแห่งละเมิดนั้น แต่ถ้าแพทย์กระทำโดยประมาทเลินเล่อด้วย ผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเลือกฟ้องคดีโดยอาจตั้งรูปคดีเป็นการฟ้องร้องฐานผิดสัญญา หรือฟ้องร้องฐานละเมิดก็ได้

2.5.4 ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายละเมิด

ปัจจุบันประเทศไทยไม่ได้กำหนดความรับผิดทางแพ่งเกี่ยวกับความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดทางการแพทย์ไว้เป็นการเฉพาะ กรณีจึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 มาใช้ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

สำหรับความหมายของคำว่า “ละเมิด” นั้นเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 ไม่มีการให้นิยามหรือความหมายไว้ แต่นักนิติศาสตร์ให้ความหมายของคำว่าละเมิดไว้ดังนี้

เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความหมายของคำว่า “ละเมิด” ว่าหมายถึง การกระทำหรือละเว้น
 อันเป็นผิดต่อหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งมีได้เกิดจากสัญญาหรือจากความรับผิดชอบตามหลัก Equity
 โดยเฉพาะและการกระทำหรือละเว้นนั้นล่วงละเมิดสิทธิของผู้ใดผู้หนึ่ง โดยปราศจากข้อยกเว้นเป็น
 เหตุให้เขาได้รับความเสียหายซึ่งกฎหมายยอมให้ฟ้องร้องกันได้ในทางแพ่ง⁴⁷

จิต เศรษฐบุตร ได้ให้ความหมายของคำว่า “ละเมิด” ว่าหมายถึง ละเมิดเป็นกรณีที่มีการ
 กระทำอันทำให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน เป็นเหตุให้ผู้กระทำถูกบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทน
 ความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ยกขอบเขตการกระทำที่เนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้ในสัญญา⁴⁸

เสริม วินิจฉัยกุล ได้ให้ความหมายของคำว่า “ละเมิด” ว่าได้แก่การที่บุคคลหนึ่ง
 ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอีกคนหนึ่งโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยมีใช้ว่าเขาทำผิด
 สัญญาแต่อย่างใด⁴⁹

วารี นาสกุล ได้ให้ความหมายของคำว่า “ละเมิด” ว่าได้แก่ การกระทำหรือเหตุการณ์ที่
 ก่อให้เกิดความเสียหาย ละเมิดเป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งอย่างหนึ่งคือ ก่อนมีการละเมิดยังไม่มีการเกิดขึ้น
 เมื่อมีการละเมิดแล้วจึงมีหนี้เกิดขึ้น ดังที่เรียกกันว่า เป็นหนี้ที่เกิดโดยผลของกฎหมายมิใช่โดย
 เจตนา⁵⁰

ศักดิ์ สอนงชาติ ได้ให้ความหมายของคำว่า “ละเมิด” ว่าหมายถึง การกระทำผิดกฎหมาย
 โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ
 ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน⁵¹

⁴⁷เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายอังกฤษว่าด้วยสัญญาและละเมิด (พระนคร: โรงพิมพ์สุวรรณศรี, 2479),
 น.134-135.

⁴⁸จิต เศรษฐบุตร, “กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล,” วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 3, ปีที่ 2, น.119-120.
 (กันยายน 2514).

⁴⁹เสริม วินิจฉัยกุล, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ (พระนคร: โรงพิมพ์
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2483), น.458.

⁵⁰วารี นาสกุล, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิดควรได้
 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542), น.4.

⁵¹ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง
 ลากมิดควรได้ (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2527), น.1.

ชูศักดิ์ ศิรินิล ได้ให้ความหมายของคำว่า “ละเมิด” ว่าเป็นการกระทำให้ผู้อื่นเสียหาย ล่วงสิทธิของผู้อื่น โดยปราศจากอำนาจหรือเกินกว่าอำนาจที่ตนมีอยู่ ทำให้ผู้อื่นนั้นได้รับความเสียหายต่อสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครองอยู่⁵²

จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย ได้ให้ความหมายของคำว่า “ละเมิด” ว่าได้แก่ การอันไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งบุคคลหนึ่งได้ก่อให้เกิดขึ้นเป็นที่เสียหายแก่อีกบุคคลหนึ่งและเป็นมูลเหตุให้เกิดหนี้ผูกพันระหว่างกัน⁵³

ประสิทธิ์ จงวิจิต ได้สรุปความหมายของคำว่า “ละเมิด” ว่าเป็น การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยผิดกฎหมายเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย⁵⁴

จากความเห็นของนักนิติศาสตร์ท่านต่าง ๆ พอจะสรุปได้ว่า “ละเมิด” คือ การกระทำผิดกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือการก่อให้เกิดเหตุการณ์ใดอันเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย และทั้งการกระทำหรือเหตุการณ์นั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ไม่ว่าจะความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นอาจกำหนดจำนวนได้แน่นอนหรือไม่แน่นอน และความเสียหายนั้นจะเป็นตัวเงินหรือไม่ก็ตาม

สำหรับความรับผิดตามกฎหมายละเมิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ (Professional negligence or malpractice) นั้นเป็นการกระทำละเมิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อโดยผิดกฎหมาย ซึ่งหมายถึง กระทำโดยประมาทตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้นเอง ดังนั้น การกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ จึงต้องมีลักษณะดังนี้⁵⁵

ก. เป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยปราศจากความระมัดระวัง และความระมัดระวังนั้นหมายถึง ความระมัดระวังในระดับวิญญูชน ซึ่งอาจจะเทียบได้กับความระมัดระวังของแพทย์ในวิชาชีพสาขาเดียวกันกับแพทย์ผู้กระทำนั้นควรจะต้องมีอยู่ แต่มาตรฐานความระมัดระวังทางแพ่ง (Standard of care) นี้ในบางกรณีก็หมายถึงหน้าที่ที่ต้องระวัง (Duty of care หรือ due care) ในทางวิชาชีพนั่นเอง

⁵²ชูศักดิ์ ศิรินิล, ตำราประกอบการศึกษากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ฎากมิกวรได้ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2526), น.1.

⁵³จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, “คำเสียหายอันเป็นโทษในคดีละเมิด” วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 15, ปีที่ 4, น.153(2528).

⁵⁴ประสิทธิ์ จงวิจิต, “การพิสูจน์ในคดีละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 4.

⁵⁵วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, กฎหมายการแพทย์: ความรับผิดทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น.71-72.

ข. เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หมายถึง การกระทำที่ไม่มีสิทธิหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายและยังรวมไปถึงการใช้สิทธิที่ทำให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่น ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 เรียกว่า เป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful act)

ค. มีความเสียหายเกิดขึ้นกับผู้ถูกระทำ และความเสียหายนั้นเป็นผลโดยตรงจากความประมาทเลินเล่อ หรือเป็นผลที่ใกล้ชิดจากความประมาทเลินเล่อ

2.5.5 กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่

พระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อบุคคลภายนอก โดยได้มีการนำหลักความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้เป็นหลักพื้นฐานในการพิจารณา⁵⁶ ซึ่งในพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นั้นจะกำหนดหลักการให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำการปฏิบัติหน้าที่ ทั้งนี้ หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่กระทำการละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการปฏิบัติหน้าที่ เมื่อหน่วยงานของรัฐได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้ว หน่วยงานของรัฐสามารถใช้สิทธิไล่เบี้ยจากเจ้าหน้าที่ได้ แต่หากเจ้าหน้าที่กระทำการละเมิดโดยประมาทเลินเล่อธรรมดาให้ความเสียหายนั้นตกเป็นพับแก่หน่วยงานของรัฐ นอกจากนี้ยังกำหนดมิให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้ในการไล่เบี้ยเจ้าหน้าที่ด้วย ซึ่งหลักดังกล่าวบัญญัติไว้ในมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ความว่า ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีความสำคัญต่อสิทธิไล่เบี้ยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวโดยหน่วยงานของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ก็ไม่มีกฎหมายฉบับใดเลยให้คำจำกัดความหรือคำนิยามความหมายของประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ การพิจารณาถึงความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงต้องพิจารณาจากความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่ได้อธิบายความหมายของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ดังนี้

⁵⁶ วรเจตน์ ภาศิริตัน, รายงานการวิจัยเรื่อง “คดีปกครองเกี่ยวกับการละเมิดและความรับผิดชอบอื่นของฝ่ายปกครอง”, (กรุงเทพมหานคร: รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, 2548), น.248.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้ให้ความเห็นว่า ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นการกระทำที่เกือบจะเป็นเจตนาถึงเห็นผล (dolus eventualis) กล่าวคือ ผู้กระทำแม้ไม่ได้เจตนา แต่ก็ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังแม้แต่เล็กน้อยเป็นการกระทำที่ผู้กระทำเสี่ยงทำลงไป ทั้งที่รู้ว่าอาจจะเกิดความเสียหาย⁵⁷

ศักดิ์ สนองชาติ ได้ให้ความหมายว่า ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังเสียเลย

ในขณะที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้ให้ความเห็นทำนองเดียวกันว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ส่วนการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะมีลักษณะไปในทางที่บุคคลนั้นได้กระทำไปโดยขาดความระมัดระวังที่เบี่ยงเบนไปจากเกณฑ์มาตรฐานอย่างมาก เช่น คาดเห็นได้ว่าความเสียหายอาจเกิดขึ้นได้หรือหากระมัดระวังสักเล็กน้อยก็คงได้คาดเห็นการอาจเกิดความเสียหายเช่นนั้น⁵⁸

สำหรับการวินิจฉัยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นั้นจะใช้หลักการพื้นฐานความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การพิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จึงใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการพิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.5.6 กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคและวิธีพิจารณาคดี

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ถูกตราขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่คดีผู้บริโภคและมิวัตุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างเป็นธรรม โดยกฎหมายฉบับนี้มีวิธีพิจารณาที่แตกต่างจากกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแพ่งโดยทั่วไป โดยมีลักษณะค่อนข้างไปทางระบบไต่สวน (Inquisitorial System) มากกว่าระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ประกอบกับมีบทบัญญัติที่อำนวยความสะดวกและให้ความสะดวกแก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการบริโภคสินค้าและบริการ เพื่อเป็นการสร้างมาตรฐานและเป็นการป้องกันและปราบปรามการประกอบอาชีพที่ไม่สุจริตของผู้ประกอบธุรกิจ

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 บัญญัติว่า “คดีผู้บริโภค” หมายความว่า (1) คดีแพ่งระหว่างผู้บริโภคกับผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคตามมาตรา 19 หรือ

⁵⁷ เพิ่มอ้าง , น.278.

⁵⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่, พิมพ์แก้ไขครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2550) , น.54.

ตามกฎหมายอื่น กับผู้ประกอบการซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ...

ดังนั้น จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า “ผู้ป่วย” จะถือเป็น “ผู้บริโภค” หรือไม่ คำว่า “ผู้บริโภค” นั้น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 หมายความว่า ผู้บริโภคตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคและให้หมายความรวมถึงผู้เสียหายตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 บัญญัติว่า

“ผู้บริโภค” หมายความว่า ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการและให้หมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม

“บริการ” หมายความว่า การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใด ๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน

ดังนั้น เมื่อผู้ป่วยได้เข้ารับบริการทางการแพทย์แล้ว กรณีจึงถือว่า “ผู้ป่วย” เป็น “ผู้บริโภค” ตามกฎหมายทันที

ปัญหาประเด็นต่อมาคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ผู้ประกอบการ” หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ตั้งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้าหรือผู้ให้บริการและหมายความรวมถึงผู้ประกอบการโฆษณาด้วย

ดังนั้น คำว่า “ผู้ประกอบการ” ย่อมหมายความถึง บุคคลที่ได้ดำเนินการทางธุรกิจโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรเป็นหลัก

สำหรับการบริการทางการแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐนั้นมีแนวคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ซึ่งใช้อำนาจตามความในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 วางแนวคำวินิจฉัยไว้ว่า “ส่วนราชการที่ดำเนินกิจการให้บริการด้านสาธารณสุขให้แก่ประชาชน โดยเรียกค่ารักษาพยาบาล หรือค่าธรรมเนียมการตรวจเป็นค่าตอบแทน รวมทั้งแพทย์ผู้ตรวจรักษาถือเป็นผู้ให้บริการและเป็นผู้ประกอบธุรกิจ คดีพิพาทระหว่างส่วนราชการดังกล่าวหรือโรงพยาบาลดังกล่าวหรือโรงพยาบาลในสังกัดและแพทย์ผู้ตรวจรักษากับประชาชนที่เข้ารับการรักษาพยาบาล รวมทั้งทายาทของผู้เข้ารับการรักษาพยาบาล ย่อมเป็นคดีผู้บริโภค⁵⁹ และการฟ้อง

⁵⁹ คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 8/2551 คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 166/2551 คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 175/2551 คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 176/2551 คำวินิจฉัยของ

ขอให้แพทย์ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายนั้น จะต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งมิใช่ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง⁶⁰

ดังนั้น ในปัจจุบันการฟ้องคดีแพ่งเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนกรณีกล่าวหาว่าแพทย์กระทำทรมานปฏิบัติโดยประมาทในประเทศไทย จึงต้องฟ้องแพทย์เป็นคดีผู้บริโภครต่อศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งตามกฎหมายกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคและวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค ทั้งนี้ ไม่ว่าแพทย์ผู้ถูกกล่าวหาจะเป็นแพทย์ที่ประกอบวิชาชีพในหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานภาคเอกชน และไม่ว่าผู้ป่วยจะเข้ารับบริการทางการแพทย์และสาธารณสุขในระบบสวัสดิการข้าราชการ ระบบประกันสังคม หรือระบบหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า

นอกเหนือจากการฟ้องคดีผู้บริโภคตามแนวคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวแล้วเมื่อแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาทเลินเล่อทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตาย ผู้เสียหายหรือทายาทจะมีสิทธิที่จะดำเนินการตามกฎหมายได้สองช่องทางคือ การดำเนินคดีแพ่งและการดำเนินคดีอาญา ในส่วนของการดำเนินคดีแพ่งเป็นเรื่องของการฟ้องคดีต่อศาล ในขณะที่การดำเนินคดีอาญาผู้เสียหายหรือทายาทสามารถเลือกได้สองทางคือการร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนเพื่อให้รัฐดำเนินคดีให้ หรือการฟ้องคดีเองที่ศาลอาญา วัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาจะแตกต่างกัน กล่าวคือ คดีแพ่งคือการดำเนินคดีเพื่อให้ผู้เสียหายได้รับค่าสินไหมทดแทน ในขณะที่การดำเนินคดีอาญาเป็นการดำเนินคดีเพื่อประโยชน์ของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ด้วยความที่วัตถุประสงค์ต่างหากนี้ การดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาจึงไม่ควรนำมาเกี่ยวข้องกัน กล่าวคือ คดีอาญาจะยกฟ้องหรือลงโทษจำเลยก็ไม่ควรมีผลถึงคดีแพ่งที่จะยกฟ้องหรือพิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้เสียหาย

หลักคิดเรื่องผลของคดีอาญากับคดีแพ่งที่แตกต่างกันได้นั้นได้รับการยืนยันในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 47 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “คำพิพากษาคดีส่วนแพ่งต้อง

ประธานศาลอุทธรณ์ที่ 182/2551 คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 23/2552 และคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 43/2552 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน

⁶⁰ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 2/2545 คดีที่ฟ้องขอให้กระทรวงสาธารณสุข โรงพยาบาลของรัฐและแพทย์ประจำโรงพยาบาล ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เนื่องมาจากการที่แพทย์ทำการรักษาพยาบาลโดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้คนไข้ ซึ่งถูกงูพิษกัดถึงแก่ความตาย ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดทางกายภาพในระหว่างปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น มิใช่เป็นการกระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากภาระเลขหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ทั้งมิใช่เป็นการฟ้องคดีเนื่องจากยังไม่พอใจในคำวินิจฉัยของหน่วยงานรัฐ ตามมาตรา 11 และมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 อันอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) คดีจึงอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม

เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันว่าด้วยความรับผิดชอบของบุคคลในทางแพ่ง โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจำเลยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดหรือไม่” และยังยืนยันในทางสารบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 424 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการพิพากษาคดีข้อความรับผิดชอบเพื่อละเมิดและกำหนดค่าสินไหมทดแทนนั้น ท่านว่าศาลไม่จำเป็นต้องดำเนินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะอาญาอันว่าด้วยการที่จะต้องรับโทษ และไม่จำเป็นต้องพิเคราะห์ถึงการที่ผู้กระทำความผิดต้องคำพิพากษาลงโทษทางอาญาหรือไม่” อย่างไรก็ตาม ปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในเหตุการณ์เดียวกัน เช่น ปัญหาที่ว่าใคร ท้ออะไร ที่ไหน เมื่อไร อย่างไร ศาลแพ่งและศาลอาญาควรจะต้องชี้ขาดและยึดถือข้อเท็จจริงที่เหมือนกันเพื่อธำรงรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของศาลในสายตาของสาธารณชน กล่าวคือ ในระดับศาลชั้นต้นซึ่งเป็นศาลระดับเดียวกัน ทั้งศาลแพ่งและศาลอาญาไม่ควรจะชี้ขาดข้อเท็จจริงในเหตุการณ์เดียวกันให้แตกต่างกัน เช่น ในคดีที่นายแพทย์ ก. ประมาทเลินเล่อทำให้นาย ข. ถึงแก่ความตาย ศาลอาญาได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงไว้อย่างชัดเจนแล้วว่า นายแพทย์ ก. ผ่าตัดนาย ข. โดยประมาทเลินเล่อ จนนาย ข. ถึงแก่ความตาย ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องผูกพันมาใช้กับคดีแพ่งโดยศาลแพ่งต้องยึดถือข้อเท็จจริงดังกล่าว แต่ศาลแพ่งจะใช้ข้อกำหนดทางแพ่งพิพากษาอย่างไรก็สุดแท้แต่หลักกฎหมายแพ่ง ซึ่งหากศาลแพ่งไม่ยึดถือข้อเท็จจริงของศาลอาญาแล้ว อาจเกิดเหตุการณ์ประหลาดที่เป็นที่กลางแกลงสายตาสาธารณชน เช่น หากศาลแพ่งมาสืบพยานใหม่ ศาลแพ่งอาจชี้ขาดเหตุการณ์เดียวกันใหม่นี้ว่า นายแพทย์ ก. ไม่ได้ผ่าตัดนาย ข. จนนาย ข. ถึงแก่ความตาย สังคมจะตั้งคำถามทันทีว่าแท้จริงแล้วใครทำให้นาย ข. ถึงแก่ความตาย เพราะศาลชั้นต้นเหมือนกันแต่ต่างศาลกันกลับชี้ขาดข้อเท็จจริงให้ต่างกัน

ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลฝรั่งเศสจึงสร้างหลักการให้ศาลแพ่งต้องยึดถือ ข้อเท็จจริงที่ศาลอาญาวินิจฉัยชี้ขาดไว้แล้ว โดยปรากฏครั้งแรกในคำพิพากษาศาลฎีกาฝรั่งเศส ลงวันที่ 18 ธันวาคม 1912 และลงวันที่ 12 มิถุนายน 1914 และกลายมาเป็นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 4 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า “อย่างไรก็ดี คำฟ้องคดีแพ่งจะถูกแขวนไว้จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีอาญา หากมีการฟ้องคดีอาญา” ซึ่งเหตุผลที่ต้องแขวนรอคดีแพ่งไว้เพื่อรอฟังคำชี้ขาดข้อเท็จจริงในคดีอาญานั้นเอง หลักการดังกล่าวไม่ปรากฏในระบบกฎหมายประเทศอื่นไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเยอรมัน หรือกฎหมายของประเทศที่อยู่ในระบบ Common Law แต่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดดังกล่าว โดยปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 46 มีหลักการสำคัญ คือ ศาลในคดีแพ่งจะต้องรอฟังข้อเท็จจริงที่วินิจฉัยโดยศาลอาญา

2.6 คำพิพากษาของศาลไทยกรณีแพทย์กระทำโดยประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 946-947/2475 จำเลยที่ 1 เป็นแพทย์สั่งให้จำเลยที่ 2 นักปรุงยาผสมยาเพื่อพยาธิให้บุตร โจทก์กินแรงเกินขนาดเป็นเหตุให้บุตร โจทก์ตายเพราะพิษยานั้น ทั้งเมื่อยาเกิดเป็นพิษแก่เด็ก จำเลยที่ 1 ก็มีได้ไปแก้ไขให้ทันทวงที เมื่อเด็กตายแล้วผ่าศพตรวจก็ไม่พบพยาธิเลย ข้อสังเกต การที่แพทย์วางยาผิดในบางเรื่องนั้นจะถือว่าแพทย์ประมาทเสมอไปก็มีได้ การวินิจฉัยว่าแพทย์ประมาทหรือไม่ต้องแล้วแต่ว่าในเหตุการณ์เช่นนั้นแพทย์อื่นถ้าใช้ความระมัดระวังโดยรอบคอบแล้วอาจจะวางยาผิดได้หรือไม่ ถ้าตามลักษณะของ โรคและประกอบด้วยเหตุผลอื่น แพทย์คนอื่นก็อาจวางยาผิดได้แล้วจะสันนิษฐานว่าแพทย์ผู้นั้นประมาทเลินเล่อมิได้⁶¹ แต่กรณีดังกล่าวจำเลยผสมยาแรงเกินขนาดและเมื่อเกิดเป็นพิษขึ้นจำเลยก็ไม่ได้แก้ไขทันทีที่น่าจะเป็นกรณีประมาทโดยแท้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7452/2541 จำเลยซึ่งเป็นแพทย์ได้แจ้งโจทก์ว่ามีเด็กตายในห้องโจทก์ โจทก์จึงยินยอมให้จำเลยทำการดูดมดลูกและทำแท้งให้ แต่การที่จำเลยใช้เครื่องมือแพทย์เข้าไปดูดมดลูกของโจทก์ทำให้มดลูกทะลุ ทั้งที่มดลูกของโจทก์มีลักษณะเป็นปกติ มิได้มีลักษณะบางอย่างใด และทำให้ลำไส้เล็กทะลักออกมาทางช่องคลอดยาว 5 เมตร เนื่องจากเครื่องมือแพทย์ที่ใส่เข้าไปในช่องคลอดได้เกี่ยวเอาลำไส้ดึงออกมานั่นเอง จำเลยจึงไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติวิสัยของผู้มีความรู้ความสามารถในการประกอบวิชาชีพแพทย์ นับเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลยซึ่งต่อมาแพทย์คนอื่นที่ตรวจโจทก์ในภายหลังเห็นว่า หากนำลำไส้ของโจทก์ใส่เข้าไปในร่างกายอีกอาจมีการติดเชื้อในช่องท้องจึงได้ทำการตัดลำไส้ที่ทะลักออกมาทิ้งไป จำเลยจึงต้องรับผิดชอบค่าสินไหมทดแทนต่อโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1604/2527 จำเลยที่ 2 เป็นศัลยแพทย์ตกแต่ง เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 เจ้าของคลินิกทำศัลยกรรมตกแต่งจมูกของโจทก์ด้วยความประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้จมูกอักเสบและมีเลือดคั่งที่หน้าผากต้องรักษาประมาณ 2 เดือนเศษ ดังนี้ จำเลยทั้งสองต้องใช้ค่าเสียหายในการที่โจทก์เจ็บปวดทรมานค่าขาดประโยชน์ในการทำมาหาได้และค่ารักษาพยาบาลจากแพทย์อื่น

ข้อสังเกต

1) คดีนี้โจทก์ตั้งรูปคดีมาในเรื่องละเมิด ถ้าตั้งเป็นเรื่องสัญญาแล้ว จำเลยที่ 2 อาจมีข้อต่อสู้ตัดฟ้องโจทก์ได้ว่า จำเลยที่ 2 มิได้มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญากับโจทก์ แต่ก็เป็นเรื่องละเมิด ถือว่าจำเลยที่ 2 มีหน้าที่ (Duty) ที่จะใช้ความระมัดระวังในวิชาชีพในการทำศัลยกรรมตกแต่งให้โจทก์

⁶¹ พระราชลัทธิธรรมประคัลภ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา (พระนคร:ม.ป.ท., 2474), น.103-104.

จำเลยที่ 1 ในฐานะเจ้าของคลินิกและในฐานะนายจ้างของจำเลยที่ 2 ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของจำเลยที่ 2 ด้วย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425)

2) เกี่ยวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Civil Procedure) ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่า จำเลยที่ 2 ประมาทเลินเล่อ จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์เห็นว่าจำเลยที่ 2 ประมาทเลินเล่อ จำเลยไม่ฎีกา ศาลฎีกาจึงต้องฟังว่าจำเลยที่ 2 ประมาทเลินเล่อเพราะไม่มีประเด็นว่าจำเลยที่ 2 ประมาทเลินเล่อหรือไม่ในชั้นฎีกาอีกแล้ว



บทที่ 3

หลักกฎหมายต่างประเทศกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท

3.1 กฎหมายอังกฤษกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท

3.1.1 ระบบการให้บริการทางการแพทย์ของอังกฤษ

ประเทศอังกฤษสร้างหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้าตั้งแต่ปี ค.ศ. 1948 มีรัฐเป็นผู้จ่ายเงินและจัดบริการ โดยมีสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (National Health Service : NHS) เป็นหน่วยงานหลักในการบริหารจัดการหลักประกัน สุขภาพและการบริการทางการแพทย์ โรงพยาบาลในประเทศอังกฤษส่วนใหญ่เป็นของรัฐ โดยทุกโรงพยาบาลจะได้รับคำรักษาพยาบาลเท่ากัน⁶² ไม่เล็กลงว่าจะเป็นโรงพยาบาลใหญ่หรือโรงพยาบาลเล็กมีเพียงส่วนน้อยเท่านั้นที่ให้บริการโดยโรงพยาบาลเอกชน และมีการเสริมระบบหลักประกันสุขภาพด้วยการจัดบริการปฐมภูมิในคลินิกและร่ายขายยาที่เปิดให้บริการโดยภาคเอกชน

ระบบการให้บริการทางการแพทย์ในประเทศอังกฤษเป็นระบบสวัสดิการเต็มรูปแบบที่ทุกคนจะได้รับการรักษาพยาบาลโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน งบประมาณที่รัฐบาลอังกฤษใช้ในการดูแลสุขภาพของประชาชนมาจากงบประมาณของแผ่นดิน การรับบริการทางการแพทย์ในประเทศอังกฤษกำหนดให้ผู้ป่วยต้องไปพบหมอประจำบ้าน (Family Doctor) ก่อนเป็นอันดับแรก หลังจากนั้นกำหนดให้เป็นดุลพินิจของแพทย์ประจำบ้านในการส่งต่อผู้ป่วยไปพบแพทย์เชี่ยวชาญเฉพาะทางตามความจำเป็นของโรค การใช้บริการทางการแพทย์ในโรงพยาบาลทั้งแผนกผู้ป่วยนอกและผู้ป่วยในผู้ป่วยไม่ต้องเสียค่ารักษาพยาบาลใด ๆ ทั้งสิ้น ผู้ป่วยร่วมจ่ายแค่ค่ายาตามใบสั่งแพทย์เท่านั้น (ยกเว้นเด็ก คนชรา และผู้ป่วยบางกลุ่ม)⁶³

3.1.2 ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายอาญา

ในสังคมอังกฤษ โบราณหรือแองโกลแซกซอน (The old Anglo-Saxon) นั้นยังไม่มี การแบ่งแยกความแตกต่างกันระหว่างกฎหมายอาญากับกฎหมายละเมิด ไม่มีการแบ่งแยกความแตกต่าง

⁶² เสาวคนธ์ รัตนวิจิตรศิลป์, การปฏิรูประบบสุขภาพ: ประสบการณ์จาก 10 ประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: คณะเภสัชศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), น.20-30.

⁶³ ปาณัสม์กัญญ์ เจิมพิพัฒน์, “การฟ้องคดีบริการทางการแพทย์ในอังกฤษ,” ดุลพินิจ เล่ม 2, ปีที่58. (พฤษภาคม-สิงหาคม 2554).

ระหว่างการกระทำโดยเจตนาและการกระทำโดยประมาท อันตรายหรือผลที่เกิดขึ้นจากความประมาทนั้นกฎหมายถือว่าเป็นเรื่องของความโชคร้าย (Misadventure) หรืออุบัติเหตุ (Accident)

ประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 12 ได้เริ่มมีการวางหลักเกณฑ์สำหรับการกระทำของบุคคลที่เป็นอันตรายโดยอิทธิพลในทางศาสนาได้เข้ามามีบทบาทสำคัญเป็นอย่างมากถึงขนาดที่มีการผสมผสานระหว่างกฎหมายและศีลธรรมเข้าไว้ด้วยกัน โดยจะสังเกตเห็นได้จากกฎหมายของพระเจ้าเฮนรีที่ 1 (The Laws of Henry I) ซึ่งบัญญัติว่า “reum non facit nisi mens rea” หมายความว่า “การกระทำไม่ก่อให้เกิดความผิด เว้นแต่ผู้กระทำจะมีจิตใจที่ชั่วร้าย”⁶⁴

ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 17 แนวความคิดในเรื่องการกระทำโดยประมาทค่อนข้างจะปรากฏชัดเจนขึ้นและพัฒนาเป็นแนวความคิดในเรื่องความรับผิดชอบสำหรับการกระทำโดยประมาทและได้เกิดคำพิพากษาในคดีของ Hull (1644) ขึ้นซึ่งในคดีนี้ Hull ถูกกล่าวหาว่ากระทำการฆ่าผู้อื่น แม้ว่าเหตุผลในคำตัดสินในคดีนี้จะไม่ได้วินิจฉัยอย่างชัดเจนว่าเป็นการกระทำโดยประมาท แต่ก็ได้แสดงให้เห็นว่ามี การลงโทษการกระทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายแม้การกระทำนั้นจะมีได้เกิดจากการกระทำโดยเจตนา (Intention) ก็ตาม จากคำพิพากษาในคดีของ Hull นี้เองเป็นจุดสำคัญที่ทำให้เห็นได้ว่าการกระทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาทมีผลทางกฎหมายแต่เป็นเพียงการรับผิดชอบเพราะเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลอื่นเท่านั้น ในเวลาต่อมาได้มีคดีเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทเพิ่มขึ้นอีกคดีหนึ่ง คือ คดี Rampton (1664) ในคดีนี้ Rampton ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter) คดีนี้ Rampton ถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter)

ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 กฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษเริ่มมีแนวความคิดที่จะกำหนดให้บุคคลต้องรับผิดชอบฐานกระทำโดยประมาทและเริ่มมีแนวความคิดที่จะแยกความแตกต่างระหว่างการกระทำโดยเจตนาและการกระทำโดยประมาทออกจากกัน แต่การกำหนดให้บุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญาจากการกระทำโดยประมาทนั้นก็ยังคงเป็นปัญหาที่มีการถกเถียงในทางวิชาการตลอดมา แต่ในทางปฏิบัติกลับมีคำพิพากษาของศาลเป็นเครื่องบ่งชี้ให้เห็นว่าการกระทำโดยประมาทเป็นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter)

ในปัจจุบันกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษยอมรับว่าความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลอาจจะเกิดจากการกระทำโดยประมาท (Negligence) ได้โดยพิจารณาว่าการกระทำโดยประมาท (Negligence) คือ การละเลยที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง (Standard of Care) ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้กระทำที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวังดังกล่าว

⁶⁴Gillis Erenius, *Criminal Negligence and Individuality*, (Stockholm: Pa Norstedt & Söners Förlag, 1976), p.112.

ศาลอังกฤษได้พัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาท (Negligence) โดยเพิ่มหลักเกณฑ์ที่ว่าความประมาทนั้นต้อง “ร้ายแรง” (Gross) ซึ่งหมายความว่า เป็นการกระทำที่เบี่ยงเบนจากมาตรฐานความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยหรือมีเหตุอันสมควรจะไม่ทำให้บุคคลนั้นต้องรับโทษในทางอาญา หลักเกณฑ์ที่ถูกเพิ่มเติมขึ้นใหม่นี้เป็นการระบุถึงระดับของความประมาท (Degree of Negligence) ที่จำเป็นสำหรับความรับผิดทางอาญา

ต่อมามีการเสนอให้ใช้คำว่า “ความประมาทโดยจงใจ” (Recklessness) ในการพิจารณาความผิดฐานทำให้คนตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter) ที่เกิดจากการกระทำโดยประมาท โดยอธิบายถึงความหมายของคำว่า “ประมาทโดยจงใจ” (Recklessness) ว่าเป็นการเพิกเฉยในระดับที่สูงที่สุดหรือเป็นการไม่เอาใจใส่ต่อความผิดโดยแยกให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการกระทำโดยประมาทในทางอาญาและการกระทำละเมิดโดยประมาท โดยใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันเพื่อแสดงให้เห็นความประมาททางอาญา เช่น โดยปราศจากความยับยั้งชั่งใจและโดยจงใจ (Wanton and Willful) หรือประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence) เป็นต้น

กรณีการกระทำความผิดอาญาในการประกอบวิชาชีพแพทย์เกือบทั้งหมดเป็นการกล่าวหาว่าแพทย์กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วยโดยตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท (Manslaughter) นั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยประมาทอย่างร้ายแรง (Manslaughter by gross negligence) ซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำหรือการงดเว้นกระทำ และมีการละเลยไม่ใส่ใจในระดับที่สูงเกินกว่าหลักการของความประมาทเล็กน้อยตามกฎหมายแพ่ง

สำหรับการกระทำโดยประมาทอันจะเป็นความรับผิดทางอาญาของแพทย์ในประเทศอังกฤษนั้นจะต้องเป็นความประมาทในระดับร้ายแรง (Medical Manslaughter) จนต้องใช้โทษทางอาญามาลงโทษแพทย์ผู้กระทำ การเบี่ยงเบนจากมาตรฐานแห่งวิชาชีพแพทย์ไปเพียงเล็กน้อยนั้นไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา แต่ถือเป็นแต่เพียงความรับผิดทางแพ่งเท่านั้น ส่วนการพิจารณาว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์จะถึงระดับความประมาททางอาญาหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับ การพิจารณาของคณะลูกขุน⁶⁵ โดยศาลอังกฤษถือว่าความประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence) เป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิดอาญา ซึ่งหลักการนี้จะใช้เฉพาะกรณีการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายเท่านั้น กล่าวคือ การกระทำโดยประมาทอย่างร้ายแรงจะเป็นองค์ประกอบของการกระทำโดยประมาทอันเป็นความผิดอาญาก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นผลให้

⁶⁵ Giles, Mariane, *Criminal Law in a Nutshell*, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1996), p.94

เกิดความตายแก่ผู้ป่วยเท่านั้น กรณีอื่นๆ เช่น แพทย์การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ป่วยเกิดอันตรายแก่ร่างกายนั้นถือว่าอยู่ในขอบเขตของความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่งเท่านั้น⁶⁶

1) โครงสร้างความรับผิดทางอาญา

การวินิจฉัยความรับผิดอาญาของบุคคลตามกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น มีสุภาษิตกฎหมายที่ถือเป็นหลักมาตั้งแต่สมัยกลางว่า “actus non, facit reum, nisi mens sit rea” หรือ an act does not make a person guilty unless the mind is guilty” กล่าวคือ การกระทำจะไม่เป็นความผิดถ้าผู้กระทำไม่มีเจตนาร้าย หลักดังกล่าวนี้เกิดขึ้นจากแนวความคิดทางศาสนาในสมัยกลาง ซึ่งเน้นในเรื่องสภาวะทางจิตใจ (Subjective) ของผู้กระทำผิด หลักเจตนาร้ายหรือ Mens Rea จึงได้ถูกกำหนดขึ้นอย่างชัดเจนในสมัยนี้⁶⁷ แต่เมื่อสภาพของสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปกฎหมายอาญาในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ถูกแยกออกจากอิทธิพลทางศาสนา ความคิดในสมัยกลางเกี่ยวกับการวินิจฉัยความผิดอาญาที่เน้นไปในเรื่องสภาวะทางจิตใจหรือเจตนาร้าย (Mens Rea) ซึ่งเป็นการพิจารณาในทางอัตวิสัย (Subjective) นั้นจึงค่อย ๆ ผ่อนคลายลงโดยได้มีการนำเอามาตรการทางภาวะวิสัย (Objective) มาเป็นส่วนหนึ่งในการวินิจฉัยความผิดอาญาด้วย ดังนั้น การวินิจฉัยความผิดอาญาในปัจจุบันจึงจะต้องพิจารณาส่วนที่เป็นมาตรการทางภาวะวิสัย (Objective) ควบคู่กับส่วนที่เป็นสภาวะทางจิตใจหรืออัตวิสัย (Subjective) เสมอ

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวทำให้โครงสร้างความผิดอาญาของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) จึงต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญสองประการ คือ

ก) มีการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Actus Reus) คือ การเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับและควบคุมได้ (Willed Movement) นอกจากนี้ การกระทำยังรวมถึงการงดเว้นการจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลด้วย⁶⁸ การกระทำประกอบด้วยกระบวนการต่าง ๆ ทั้งที่เป็นการเคลื่อนไหวโดยแท้ สิ่งแวดล้อมและผลประกอบกัน กล่าวคือ ผู้กระทำได้กระทำลงโดยใจสมัครหรือมีเจตจำนงที่จะเคลื่อนไหวไปในทิศทางนั้น การเคลื่อนไหวร่างกายโดยมิได้อยู่ภายใต้อำนาจของจิตใจ (Reflex) หรือเกิดการชักกระตุก (Convulsion) หรือไม่รู้สึกรู้ตัว (Unconsciousness) เช่น การละเมอหรือเป็น โรคลมบ้าหมูไม่ถือว่ามี การกระทำ ดังนั้นการกระทำที่จะเป็นความผิดอาญา (Actus Reus)

⁶⁶ Ibid, pp. 606-607

⁶⁷ Albert Levitt, The Origin of the Doctrine of Mens Rea, อ้างถึงใน โกเมศ ขวัญเมือง, กฎหมายอาญาขั้นสูง, น.17.

⁶⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา: หลักและปัญหา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), น.7.

ได้นั้นจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบสามส่วน⁶⁹คือ 1. มีการเคลื่อนไหวร่างกาย (Bodily Movement) ตามที่กฎหมายกำหนด 2. สถานการณ์แวดล้อม (Circumstances) และ 3. ผลจากการกระทำนั้น (Consequence)

ข) มุ่งองค์ประกอบทางด้านจิตใจของผู้กระทำผิด (Mens Rea) คือ เป็นเรื่องเกี่ยวกับสภาวะทางจิตใจ (The Mental State) ของผู้กระทำโดยผู้กระทำรู้ว่าอะไรเป็นความผิดและยังคงกระทำลงโดยใจสมัครประกอบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากลักษณะของจิตใจ (Culpable State of Mind) และเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญานั้นส่วนใหญ่จะมีสภาวะทางจิตใจที่น่าตำหนิ (Blameworthy State of Mind) ซึ่งเป็นเรื่องของการพิสูจน์ถึงสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำผิดซึ่งได้บ่งบอกไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายในบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น มีเจตนาร้าย (Maliciously) โดยรู้ (Knowingly) ซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงสภาวะทางจิตใจที่น่าตำหนิ (Blameworthy State of Mind) อันได้แก่ เจตนา (Intention) และประมาทโดยจงใจ (Recklessness)⁷⁰

2) การกระทำทุเรชปฏิบัติโดยประมาทของแพทย์

การกระทำทุเรชปฏิบัติโดยประมาทของแพทย์นั้นก็ต้องพิจารณาไปตามหลักกฎหมายอังกฤษที่แบ่งความประมาทออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

(1) ความประมาทธรรมดา (Negligence) คือ กรณีที่ผู้กระทำละเลยหรือไม่เอาใจใส่ต่อภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้น รวมถึงกรณีที่ผู้กระทำควรจะรู้ว่ามีความเสี่ยงต่ออันตรายและควรที่จะเอาใจใส่กับภัยอันตรายที่มีความเสี่ยงนั้น อาจกล่าวได้ว่าการกระทำโดยประมาทธรรมดา (Negligence) คือ การละเลย (Failure) ที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง (Standard of Care) ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้กระทำที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวังนั้น ดังนั้น การกระทำโดยประมาทจึงเป็นการละเลยที่จะประพฤติปฏิบัติให้เหมือนกับวิญญูชน (A Reasonable Man) หรือบุคคลผู้มีความสุ่มรอบคอบ (Prudent Man) ในพฤติการณ์ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ต้องประพฤติปฏิบัติตนเช่นเดียวกับวิญญูชน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ บุคคลจะมีความประมาทธรรมดา (Negligence) ถ้าการกระทำของเขามีความสัมพันธ์กับการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายซึ่งสามารถเข้าใจได้โดยมีเหตุผลอันสมควรและการกระทำของเขาเป็นการกระทำซึ่งอยู่ต่ำกว่ามาตรฐานการกระทำซึ่งจะพึงคาดหมายได้จากวิญญูชน (Reasonable Person) เมื่อมองเห็นภัยอันตรายเช่นนั้น

⁶⁹John Smith, Smith and Hogan Criminal Law, 10th ed. (London: Butterworths Lexisnexis, 2002), p. 40.

⁷⁰Rupert Cross and Philip Asterley Jones, An Introduction to Criminal Law, อ้างถึงใน นนทิยา ทองสุก, “ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), น.23.

ดังนั้น การจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นความประมาทธรรมดา (Negligence) หรือไม่ นั้นจึงต้องพิจารณาโดยเปรียบเทียบกับมาตรฐานของวิญญูชน (Prudent Man or Reasonable Man) ว่าเป็น “มาตรฐานในทางภาวะวิสัย” (Objective Standard) หรือไม่ กล่าวคือ ไม่พิจารณาถึงสภาพภายในจิตใจ (State of Mind) ของผู้กระทำเพราะความประมาทธรรมดา (Negligence) ไม่ใช่รูปแบบหนึ่งของ mens rea การกระทำโดยประมาทธรรมดา (Negligence) เป็นเพียงการแสดงให้เห็นถึงการขาดความเอาใจใส่ใจโดยไม่เกี่ยวข้องกับความรู้ร้ายของจิตใจแต่อย่างใด ความรับผิดชอบของจำเลยสำหรับความประมาทธรรมดา (Negligence) จึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ว่าจำเลยละเลยที่จะตระหนักรู้ (Realize) หรือควรจะรู้ถึงความเสี่ยงต่ออันตรายแต่ละเลยที่จะปฏิบัติตามมาตรฐานการกระทำของวิญญูชนทั่วไป จำเลยจึงจะมีความประมาทธรรมดา (Negligence) ในผลของการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำถ้าวิญญูชน (Reasonable Person) สามารถมองเห็นอันตรายนั้นล่วงหน้าได้ หรือจำเลยสามารถมองเห็นอันตรายล่วงหน้าได้แต่จำเลยละเลย (Fails) ที่จะมองเห็นอันตรายล่วงหน้า นั้น หรือจำเลยมองเห็นอันตรายล่วงหน้าได้แต่ละเลย (Fails) ที่จะจัดการเพื่อหลีกเลี่ยงอันตราย หรือจำเลยจัดการหลีกเลี่ยงอันตรายด้วยวิธีการซึ่งต่ำกว่ามาตรฐานการกระทำอันพึงคาดหมายได้จากวิญญูชนที่มองเห็นถึงอันตรายเช่นนั้น

(2) ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) หมายถึง การขาดความระมัดระวังอย่างมาก โดยมีนักนิติศาสตร์กำหนดนิยามความหมายของคำว่าประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ไว้อย่างมากมายหลากหลาย ดังนี้

Glanville Williams⁷¹ ได้ให้คำอธิบายว่าประมาทโดยจงใจ (Recklessness) เป็นความประมาทที่สมควรถูกลงโทษเนื่องจากประมาทโดยจงใจเกี่ยวข้องกับการเสี่ยงต่ออันตรายโดยรู้ตัว (Conscious) และโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable) แม้ว่าประมาทโดยจงใจ (Recklessness) จะมีสภาพความผิดทางจิตใจน้อยกว่าการกระทำโดยเจตนา (Intention) แต่ก็มีสภาพความผิดทางจิตใจที่เลวร้ายมากกว่าความประมาทธรรมดา (Negligence)

John Smith⁷² ได้กำหนดนิยามคำว่า ประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ว่าหมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำลงโดยไม่เพียงแต่ขาดความระมัดระวังเท่านั้น แต่ได้กระทำโดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายขึ้น แต่ก็ยังขึ้นกระทำโดยคิดว่าคงจะสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดอันตรายขึ้นได้

⁷¹Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2ed. (London: Stevens & Son, 1983), p.88.

⁷²John Smith, *supra* note 69, p.52.

Cross and Jones⁷³ ได้กล่าวถึงประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ว่ามีอยู่สองความหมาย คือ 1) ความหมายในทางอัตวิสัย (Subjective) หมายถึง การเสี่ยงโดยรู้ตัว (Conscious) ถึงภัยอันตราย และเป็นการเสี่ยงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable Risk) และ 2) ความหมายในทางภาวะวิสัย (Objective) หมายถึง การเสี่ยงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable risk) ไม่ว่าผู้กระทำจะรู้หรือไม่รู้ถึงภัยอันตรายนั้น

จากความเห็นของนักนิติศาสตร์ดังกล่าวทำให้เห็นว่าความแตกต่างระหว่างความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) กับความประมาทธรรมดา (Negligence) ตามกฎหมายอังกฤษนั้น อยู่ที่การรู้ตัวถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายของผู้กระทำ กล่าวคือ ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ผู้กระทำจะต้องรู้ตัว (Aware) ว่าการกระทำของตนเป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายไม่ว่าจะเป็นการรู้ตัวในทางอัตวิสัย (Subjective) หรือการรู้ตัวในทางภาวะวิสัย (Objective) แต่สำหรับความประมาทธรรมดา (Negligence) นั้นผู้กระทำไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบในเรื่องของการรู้ตัว (Aware) แต่อย่างไรก็ตามความประมาทธรรมดา (Negligence) มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่งที่เหมือนกับความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) คือ ต้องเป็นการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable risk) เพราะการกระทำโดยประมาทธรรมดา (Negligence) เป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่มีระดับของความเป็นไปได้ที่จะไม่ได้รับการยอมรับในทางสังคม (Socially Unacceptable) ซึ่งขึ้นอยู่กับสิ่งที่เกิดขึ้นในระหว่างที่มีการเสี่ยงต่อภัยอันตรายและประโยชน์ในทางสังคมที่จะได้รับการเสี่ยงต่อภัยอันตรายนั้น แต่หากเป็นการเสี่ยงภัยที่มีเหตุผลอันสมควร (Reasonable Risk) แล้วแม้จะเกิดภัยอันตรายขึ้นก็ไม่เป็นการกระทำโดยประมาท

นอกเหนือจากความเห็นของนักนิติศาสตร์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ศาลอังกฤษมีคำพิพากษาวางแนวทางการพิจารณาความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลไว้ดังนี้

(2.1) ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham Recklessness) เป็นรูปแบบของความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ที่เกิดจากการพิพากษาดัดสินคดี Cunningham ในปี ค.ศ. 1957 ซึ่งความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham Recklessness) มีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่สองประการ คือ

ก) จำเลยรู้ตัว (Awareness) ว่ามีการเสี่ยงต่อภัยอันตรายซึ่งการกระทำของเขาอาจทำให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ กล่าวคือ จำเลยจะต้องรู้ตัว (Awareness) ว่ามีการเสี่ยงต่อภัยอันตรายและ

⁷³ Rupert Cross and Philip Asterley Jones, *An Introduction to Criminal Law*, อ้างถึงใน นนทิตยา ทองสุก, “ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), น.52.

นี่เป็นสาเหตุที่ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham Recklessness) ถูกเรียกว่าเป็น “ความประมาทโดยจงใจอย่างรู้ตัว” (Advertent Recklessness) และองค์ประกอบในเรื่องการรู้ตัวยังเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการนำแนวความคิดเรื่อง mens rea มาใช้พิจารณากับความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้รู้ถึงภัยอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้น แต่ผู้กระทำไม่สนใจหรือเพิกเฉยต่อการภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unjustifiable Risk) ที่จะก่อให้เกิดผลที่ตามมา โดยในทางอัตวิสัย (Subjective) ต้องพยายามมองเข้าไปถึงจิตใจของผู้กระทำ ความผิดเพื่อจะทำให้ทราบว่าผู้กระทำได้ตระหนักถึงภัยอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นและผู้กระทำก็ยังคงกระทำการนั้นต่อไปโดยไม่ลังเล ซึ่งในทางอัตวิสัย (Subjective) จึงเป็นมาตรฐานหรือสภาวะจิตของการกระทำความผิด โดยแท้จริง เพราะฉะนั้นในทางอัตวิสัย (Subjective) จึงหมายถึง การประมาทโดยรู้สำนึก (Conscious) ซึ่งผู้กระทำสามารถคาดเห็นได้ว่าผลอาจจะเกิดขึ้นได้จากการกระทำของเขา และเมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์ทั้งหมดแล้วไม่มีเหตุผลสำหรับผู้กระทำที่จะทำการเสี่ยง ที่กล่าวว่าผู้กระทำจะต้องคาดเห็นได้ล่วงหน้าถึงการเสี่ยงนั้นต้องการเพียงแก่ความเป็นไปได้ของการเสี่ยงเท่านั้นแต่ถ้าระดับของการคาดเห็นได้นั้นจะเป็นการเสี่ยงที่แน่นอนหรือมีความเป็นไปได้สูงมากก็จะกลายเป็นการเจตนากระทำความผิดไป⁷⁴

ข) การเสี่ยงต่อภัยอันตรายเป็นเรื่องที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable) สำหรับจำเลยที่จะทำการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเช่นนั้น กล่าวคือ จะต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำได้ทำการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable Risk) ซึ่งเหมือนกันกับองค์ประกอบของความประมาทธรรมดา (Negligence) การเสี่ยงต่อภัยอันตรายซึ่งจำเลยเชื่อมั่นและแสดงออกมานั้นจะต้องเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ไม่สมควรหรือไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unjustified or Unreasonable) องค์ประกอบนี้เป็นองค์ประกอบทางภาวะวิสัย (Objective Element)⁷⁵ กล่าวคือ การเสี่ยงต่อภัยอันตรายจะเป็นเรื่องมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาโดยใช้มาตรฐานของบุคคลธรรมดาและวิญญูชน (The Stands of The Ordinary and Reasonable Person) ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าจำเลยคิดว่าการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเป็นเรื่องมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่มีเหตุผลอันสมควร⁷⁶ องค์ประกอบในข้อนี้ศาลพูดถึงไม่บ่อยนักแต่กำลังเริ่มมีความสำคัญมากยิ่งขึ้น

⁷⁴Richard Card, Criminal Law, 12th ed. (London: Butterworths, 1992), p. 67.

⁷⁵Andrew Ashworth, Principles of Criminal Law, 5th ed. (New York: Oxford University Press, 2006), p.182.

⁷⁶Jonathan Herring, Criminal Law Text, Cases and Materials (New York: Oxford University Press, 2004), p.152.

อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งก็มีเหตุผลอันสมควรสำหรับแพทย์ในการที่จะกระทำการเสี่ยงที่จะทำให้เกิดอันตรายต่อทรัพย์สินหรือต่อร่างกายของบุคคลอื่นหรือทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย เช่น ศัลยแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดคิดว่า การผ่าตัดอาจทำให้คนไข้ถึงแก่ความตายได้แต่ศัลยแพทย์ก็ยังคงทำการผ่าตัดเพราะการผ่าตัดเป็นหนทางเดียวที่จะทำให้คนไข้รอดชีวิตได้กรณีเช่นนี้ต้องถือว่าการผ่าตัดเป็นการเสี่ยงต่ออันตรายโดยมีเหตุผลอันสมควร ดังนั้น จะเป็นการกระทำที่เสี่ยงต่ออันตรายโดยมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับประโยชน์ในทางสังคมที่ได้รับจากการกระทำนั้น โดยเปรียบเทียบกับโอกาสที่จะเกิดอันตรายและความหนักเบาของอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้น⁷⁷ ลักษณะของสิ่งที่ทำและระดับของความเสี่ยงภัย (Degree of Risk) ซึ่งจะถูกพิจารณาโดยศาลและมีความจำเป็นในทุกคดีที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าจำเลยได้ทำการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unjustifiable Risk)⁷⁸

(2.2) ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell Recklessness) เป็นรูปแบบของความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ที่เกิดจากการพิพากษาตัดสินคดีของสภาขุนนางของอังกฤษ (House of Lord) ในคดี R v. Caldwell (1982) AC 341 (HL) ซึ่ง Lord Diplock มีความเห็นว่า บุคคลจะเป็นผู้ประมาทโดยจงใจ (Reckless) ในการทำให้ทรัพย์สินถูกทำลายหรือทำให้เกิดความเสียหาย ตามมาตรา 1 (1) และ (2) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้เสียหาย ค.ศ. 1971 (The Criminal Damage Act 1971) นั่นก็คือเมื่อ (1) เขาได้กระทำลงโดยปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการเสี่ยงต่ออันตรายซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจน (Obvious Risk) ซึ่งจะทำให้ทรัพย์สินถูกทำลายหรือถูกทำให้เสียหาย และ(2) ในขณะที่เขาได้กระทำนั้นเขาไม่ได้คิดว่าอาจจะมียันตรายอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นหรือเขาคิดว่ามีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายบางอย่างแต่ไม่ว่าอย่างไร เขาก็จะกระทำการที่เป็นการเสี่ยงต่ออันตรายนั้นต่อไป⁷⁹

คำพิพากษาของสภาขุนนางของอังกฤษ (House of Lord) ในคดี Caldwell ในปี ค.ศ. 1982 นี้มีการโต้เถียงกันในทางวิชาการอย่างแพร่หลายเพราะสภาขุนนางอังกฤษ (House of Lords) ได้ทำให้ความหมายของคำว่า “ความประมาทโดยจงใจ” (Recklessness) ขยายออกกว้างขวางขึ้นเพื่อให้รวมถึงสิ่งที่เรียกว่า “ความประมาทโดยจงใจอย่างไม่รู้ตัว” (Inadvertent Recklessness)⁸⁰

⁷⁷ Smith, *supra* note 69, p.77.

⁷⁸ Ibid., p. 78.

⁷⁹ Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 3th ed. (New York: Oxford University Press, 1999), p.185.

⁸⁰ Ibid., p.188.

3) มาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์

ในอดีตนั้นศาลอังกฤษใช้เกณฑ์ตัดสินการประมาทโดยจงใจ 2 เกณฑ์คือ เกณฑ์อัตวิสัย (subjective test) โดยศาลอังกฤษเริ่มใช้เกณฑ์อัตวิสัยในคดี Cunningham และพัฒนาจนกลายเป็นหลักในการวินิจฉัยความประมาทโดยจงใจที่เรียกว่า “Cunningham Recklessness”

ต่อมาศาลอังกฤษได้เปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยมาใช้เกณฑ์ภาววิสัย (objective test) ในคดี Caldwell โดยมีหลักในการพิจารณาว่า “บุคคลถือว่าประมาทโดยจงใจแม้ว่าทรัพย์สินจะเสียหายหรือไม่ก็ตาม ถ้า (1) เขากระทำการที่สร้างความเสี่ยงอย่างชัดแจ้งต่อการที่ทรัพย์สินถูกทำลาย และ (2) เมื่อเขากระทำการเช่นนั้น เขาไม่คิดว่าจะมีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเขายอมรับว่ามีความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น” หลักการพิจารณาของศาลอังกฤษได้พัฒนามาเป็นแนวทางการตีความประมาทโดยจงใจโดยใช้เกณฑ์ภาววิสัยที่เรียกว่า “Caldwell Recklessness”

ในเวลาต่อมาศาลอังกฤษละทิ้งแนวการตีความประมาทโดยจงใจโดยใช้เกณฑ์ภาววิสัย และกลับไปใช้เกณฑ์อัตวิสัยเหมือนเช่นในอดีตแล้ว ทั้งนี้ ก่อนปี ค.ศ. 2003 มีประมาทโดยจงใจอยู่ 2 ประเภท คือ Cunningham Recklessness ซึ่งใช้เกณฑ์อัตวิสัย และ Caldwell Recklessness ซึ่งใช้เกณฑ์ภาววิสัย โดย Caldwell Recklessness ใช้กับความผิดต่อทรัพย์สิน แต่ Cunningham Recklessness ใช้กับความผิดต่อบุคคล ซึ่งก่อให้เกิดผลประหลาด (Absurd) คือ Recklessness เพียงคำเดียวแต่กลับมีความหมายที่ไม่เหมือนกัน และเท่ากับว่ากฎหมายมุ่งประสงค์ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินมากกว่าคุ้มครองบุคคล เพราะเหตุที่จะผิด Recklessness ได้ ถ้าเป็นความผิดต่อทรัพย์สิน ขอให้แค่วิญญาณทราบถึงความเสี่ยงน่าจะมิขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำนั้นก็จะถือว่าผู้กระทำมีความผิดอาญาแล้ว แต่ถ้าเป็นความผิดต่อบุคคลต้องให้ตัวผู้กระทำทราบความเสี่ยงนั้นเองจึงจะเป็นความผิด

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2003 การกระทำโดยประมาทโดยจงใจในระบบ Common Law ก็เหลือเพียงรูปแบบเดียวคือ Cunningham Recklessness โดยใช้เกณฑ์อัตวิสัยสืบเนื่องจากศาลอังกฤษได้วางบรรทัดฐานใหม่ในคดี R v G & R โดยศาลได้ละทิ้งเกณฑ์ภาววิสัยของคดี Caldwell ดังกล่าวไปเสีย และกลับมาใช้เกณฑ์อัตวิสัยที่ว่า “บุคคลจะถือว่าประมาทโดยจงใจตามความหมายของมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความเสียหายทางอาญา (The Criminal Damage Act 1971) ก็ต่อเมื่อ (1) พฤติการณ์ที่เขาตระหนักถึงความเสี่ยงนั้นมีอยู่หรือจะมีขึ้น และ (2) ผลเมื่อเขาตระหนักถึงความเสี่ยงได้เกิดขึ้น และเขาได้เข้าเสี่ยงแบบไม่สมเหตุสมผล โดยที่เขาได้รู้ถึงพฤติการณ์นั้น”⁸¹ ซึ่งหลักการพิจารณาความประมาทโดยจงใจโดยใช้เกณฑ์อัตวิสัยดังกล่าวนี้จะต้องนำมาปรับ

⁸¹ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.139.

ใช้กับการพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังในการกระทำทุรเวชปฏิบัติโดยประมาทของแพทย์ด้วย

3.1.3 ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายแพ่ง

แม้ตามกฎหมายแพ่งของอังกฤษจะไม่มีบทบัญญัติในเรื่องละเมิดไว้เป็นหลักทั่วไป เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) แต่ศาลอังกฤษจะเป็นผู้พัฒนาแก่นแท้ของกฎหมายให้เป็นที่ไปตามสภาพสังคมโดยอาศัยแนวทางตามคำพิพากษาของศาลที่เคยตัดสินไว้แล้วในอดีตและจากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute) ที่รัฐสภาบัญญัติขึ้นควบคู่กันไป

1) การกระทำทุรเวชปฏิบัติโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์

การกระทำทุรเวชปฏิบัติโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ในระบบกฎหมายอังกฤษนั้น ต้องใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาเช่นเดียวกับความหมายของความประมาทเลินเล่อในกรณีทั่ว ๆ ไป ซึ่งมีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้อธิบายความหมายของคำว่า “ประมาทเลินเล่อ” ไว้ดังนี้

Baron Alderson อธิบายว่า ประมาทเลินเล่อ หมายความว่า การขึ้นไม่กระทำตามที่บุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยกระทำหรือกระทำสิ่งที่บุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยจะไม่กระทำในการดำเนินกิจการแห่งชีวิตตามปกติ ประมาทเลินเล่อเป็นเรื่องของเหตุการณ์กระทำอันหนึ่ง (objective fact) ไม่เกี่ยวข้องกับจิตใจของผู้กระทำการนั้น จิตใจของผู้กระทำจะเป็นอย่างไร ไม่ต้องนำมาพิจารณา เพราะเหตุว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่อไม่ใช่เรื่องเจตนาที่มีความชั่วร้าย ไม่ใช่เจตนากระทำความผิดแต่อย่างใด แต่เป็นเรื่องของการกระทำที่ขาดหรือเกินกว่าปกติเท่านั้น ถ้าจะพิจารณาถึงสภาพจิตใจว่าต้องรู้สึกถึงความประมาทเลินเล่อหรือไม่ประมาทเลินเล่อแล้ว ก็จะกลับเป็นว่าบุคคลผู้มีปกติวิสัยระมัดระวังมากก็จะถูกวินิจฉัยว่ากระทำด้วยความประมาทง่ายกว่าคนที่สะเพร่าอยู่เป็นปกติ เพราะบุคคลที่ระมัดระวังมากนั้นจิตใจของเขา่อมมองเห็นการกระทำเป็นประมาทเลินเล่อได้ง่าย แต่บุคคลผู้กระทำการสะเพร่าอย่างนี้เป็นนิสัยจะไม่มีวันประมาทเลินเล่อตามความรู้สึกความนึกคิดของเขาเลย เพราะเขา่อมมองไม่เห็นถึงความสะเพร่าของเขานั้นเลย⁸²

Salmond ได้อธิบายว่า ประมาทเลินเล่อ เป็นลักษณะของจิตใจ (subjective fact) คือเป็นสถานะของจิตใจที่ไม่คิดนึกถึงอันตรายที่จะเกิดจากการกระทำของตน (thoughtlessness or inadvertence) แต่ท่าน Samond ยอมรับว่าจิตใจที่เป็นประมาทเลินเล่อยังไม่มีผลอย่างไรในทาง

⁸² จิตติ ดิงศักดิ์, “ประมาทเลินเล่อ”, วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่4, ฉบับที่1, น.9. (มกราคม-เมษายน 2521).

กฎหมายจนกว่าความประมาทเลินเล่อนั้นจะได้แสดงออกมาเป็นการกระทำ จิตใจที่ประมาทเลินเล่อจึงรวมอยู่ในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อนั่นเอง⁸³

Winfield ได้อธิบายความหมายของประมาทเลินเล่อไว้ ความว่า ประมาทเลินเล่อเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่จะต้องให้ความระมัดระวัง คือการไม่กระทำตามที่อันพึงต้องใช้ตามกฎหมาย และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น⁸⁴ ซึ่งหน้าที่ที่จะต้องให้ความระมัดระวังจะต้องเป็นหน้าที่เฉพาะกรณีแต่ละบุคคลและใช้การทดสอบตามภาวะวิสัยเป็นหลักวินิจฉัยว่าบุคคลนั้นกระทำการโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่ ประมาทเลินเล่อลักษณะนี้เป็นละเมิดลักษณะหนึ่ง ซึ่งเป็นลักษณะเอกเทศต่างหากจากละเมิดลักษณะอื่น โดยถือหลักสำคัญว่าความประมาทเลินเล่อต้องเกิดจากการไม่ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่อันมีต่อประชาชนตามกฎหมาย และในการไม่ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่นั้นก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลอื่น

จากคำอธิบายของนักนิติศาสตร์ดังกล่าวข้างต้น สามารถสรุปความหมายของความประมาทเลินเล่อแยกออกเป็นหลักเกณฑ์ได้ 3 ประการ ดังนี้

ก) หน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องให้ความระมัดระวังต่อบุคคลอื่น (Duty of care) หน้าที่ตามกฎหมายคือ หน้าที่ที่ทุกคนต้องให้ความระมัดระวังตามสมควรของตนเพื่อไม่ให้กระทำการอันเป็นการก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การจำกัดเสรีภาพของบุคคลไม่ให้กระทำการเกินเลยจากการกระทำของบุคคลทั่วไป (reasonable man) และหน้าที่ตามกฎหมายนี้ก็ไม่จำกัดเพียงแต่หน้าที่ตามศีลธรรมเท่านั้น แต่รวมถึงหน้าที่อื่นๆ ซึ่งกฎหมายกำหนดอีกด้วย

ข) ฝ่าฝืนหน้าที่ที่จะต้องให้ความระมัดระวัง (Breach of Duty of care) ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องให้ความระมัดระวังต่อผู้อื่น แต่ไม่ได้ให้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นต่อบุคคลที่ตนมีหน้าที่ต้องให้ความระมัดระวัง และก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลที่ตนมีหน้าที่ต้องให้ความระมัดระวัง ย่อมถือว่าเป็นการละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ การที่จะพิจารณาว่าอย่างไรเป็นการไม่ใช้ความระมัดระวังนั้นต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไปโดยคำนึงถึงวิสัยและพฤติการณ์ของบุคคลในภาวะเช่นนั้นเป็นสำคัญ

ค) เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งความเสียหายนั้นจะต้องเป็นผลโดยตรงและใกล้ชิดกับความประมาทเลินเล่อของผู้กระทำ หรือเป็นความเสียหายที่บุคคลซึ่งสมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่น จำเลยคาดหมายได้ว่าจะเกิดจากการกระทำของตน ซึ่งเดิมศาลอังกฤษถือว่าหากบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลย พอมองจะคาดเห็นได้ว่าความประมาทเลินเล่ออาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้แล้วผู้ประมาทเลินเล่อจะต้องรับผิดชอบสิ่งที่เกิดขึ้นโดยตรง

⁸³ เพิ่มอ้าง, น.10.

⁸⁴ W.V.H. Roger, *Winfield and Jolowicz on tort*, 12^{ed} (London: Sweet&Maxwell, 1984), pp. 97-98.

จากความประมาทเลินเล่อ โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์ เช่น จำเลยจะเห็นผลแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ก็ตาม

2) มาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์

นอกเหนือจากการพิจารณาหลักเรื่องระดับของความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ รวมทั้งหน้าที่และความชำนาญพิเศษแล้ว การพิจารณาว่าจำเลยฝ่าฝืนหน้าที่หรือไม่ยังจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ประกอบด้วย

ก) ความหนักเบาของความเสียหาย หมายถึง ความหนักเบาของความเสียหายที่อาจจะคาดเห็นได้และช่องทางที่อาจจะเกิดความเสียหายขึ้นได้นั้นมีมากน้อยเพียงใด ถ้าเล็งเห็นได้ว่าความเสียหายนั้นร้ายแรงและมีช่องทางที่จะเกิดขึ้นได้ง่ายความระมัดระวังย่อมต้องมีมากขึ้นตามส่วนแต่ถ้าความเสียหายนั้นยังอยู่ห่างไกลก็ไม่จำเป็นต้องใช้ความระมัดระวัง

ข) ความสำคัญมากหรือน้อยแห่งวัตถุประสงค์ที่จะกระทำ หมายถึง การชั่งน้ำหนักระหว่างผลที่เกิดขึ้นและการยอมเสี่ยงภัยว่าสิ่งใดมีความสำคัญมากกว่ากัน

ค) ทางปฏิบัติซึ่งเป็นไปได้ในการใช้ความระมัดระวัง หมายถึง การชั่งน้ำหนักระหว่างความปลอดภัยกับค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปเพราะซื้อความปลอดภัยนั้นสมดุลกันหรือไม่ เช่น แพทย์วินิจฉัยโรคผิดเพราะไม่ยอมใช้เครื่องมือทางการแพทย์ชนิดใหม่จะถือว่าแพทย์มีความประมาทเลินเล่อยังมีได้หากเครื่องมือทางการแพทย์นั้นหาใช้ภายในประเทศได้ยากแม้เครื่องมือทางการแพทย์นั้นจะมีใช้อยู่ในต่างประเทศก็ตาม

ง) วิธีการซึ่งในทางปฏิบัติเป็นที่ยอมรับกันอยู่โดยทั่วไป ถ้าจำเลยกระทำการไปตามวิธีการในทางปฏิบัติที่รับรู้กันอยู่โดยทั่วไปก็ไม่ถือว่าจำเลยกระทำโดยประมาทเลินเล่อแต่จำเลยจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงวิธีการในทางปฏิบัติซึ่งเป็นที่รับรู้กันอยู่โดยทั่วไปนั้นจากพยานหลักฐานและผู้เชี่ยวชาญพิเศษแต่ถ้าหากจำเลยกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่นั้นบ่อย ๆ ก็ต้องถือว่าจำเลยกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อแล้ว⁸⁵

3) ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายสัญญา

สิทธิของบุคคลที่กฎหมายอังกฤษรับรองและคุ้มครองให้ได้แก่ สิทธิในบุคลิกภาพ สิทธิในทางทรัพย์สิน และสิทธิในทางร่างกาย แต่ไม่รวมถึงการผิดสัญญาเช่นเดียวกับกฎหมายละเมิดของประเทศอื่นๆ กล่าวคือ กฎหมายละเมิดของประเทศอังกฤษให้ความรับรองและคุ้มครองเฉพาะสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น หากไม่ใช่การล่วงละเมิดสิทธิเด็ดขาดแล้วการกระทำนั้นจะไม่เป็นละเมิดตามกฎหมายอังกฤษ ด้วยเหตุนี้ตามความเห็นของนักกฎหมายอังกฤษ การผิดสัญญาและการละเมิด

⁸⁵ มัทธา จารุพันธ์, “ประมาทในทางละเมิด,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2518), น.46.

จึงแยกออกจากกันเพราะการผิดสัญญานั้นไม่ถือเป็นการละเมิด เว้นแต่การผิดสัญญานั้นจะกระทบถึงสิทธิเด็ดขาดด้วยในขณะเดียวกัน

ระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญา (Contract) ในประเทศอังกฤษนั้นมืองค์ประกอบ 4 ประการ คือ 1. ข้อตกลง (Agreement) โดยมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เสนอและต้องมีคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นผู้สนองยอมรับในข้อเสนองของคู่สัญญาฝ่ายแรก 2. ค่าตอบแทนในสัญญา (Consideration) 3. วัตถุประสงค์ของสัญญานั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย (Legal Subject Matter) และ 4. คู่สัญญาต้องเป็นผู้มีความสามารถในทางกฎหมาย (Contractual capacity) คือ ไม่ใช่เป็นผู้ไร้ความสามารถหรือผู้เยาว์

แต่เนื่องจากประเทศอังกฤษนั้นมีระบบหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้าที่รัฐเป็นผู้จ่ายเงินและจัดบริการ โดยมืองค์กรที่ดูแลการให้บริการทางการแพทย์ที่เรียกว่าเป็นหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (National Health Service) หรือ NHS เป็นองค์กรหลักในการจัดการประกันสุขภาพ หากผู้ป่วยได้รับความเสียหายจากการให้บริการทางการแพทย์ของ NHS ก็สามารเรียกค่าสินไหมทดแทนกับทาง NHS ในความรับผิดชอบทางละเมิดได้ แต่มักไม่ค่อยมีการฟ้องร้องคดีทางการแพทย์เนื่องจากประเทศอังกฤษมีระบบการชดเชยค่าเสียหายขององค์กรที่ให้บริการทางการแพทย์ (NHS) ซึ่งเป็นการเยียวยาความเสียหายในทางแพ่งก่อนการฟ้องร้องคดีต่อศาล ประเด็นสำคัญคือผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายจากการรับบริการทางการแพทย์จะสามารถเลือกฟ้อง NHS ให้มีความรับผิดชอบในทางสัญญาด้วยได้หรือไม่

ศาลอังกฤษเคยวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่าง NHS กับ ผู้ป่วยไว้⁸⁶ ในคดีระหว่าง Pfizer Corp. V. Ministry of Health⁸⁷ โดยสภาขุนนาง (The House of Lords) วินิจฉัยว่า “ผู้ป่วยมีสิทธิตามกฎหมายที่จะขอให้มีการจ่ายยาเมื่อชำระราคาตามกฎหมายจำนวน 2 ซิลลิง และโรงพยาบาลมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องจัดหาให้แก่ผู้ป่วยเมื่อมีการชำระราคาดังกล่าว ซึ่งการดังกล่าวหาจำเป็นต้องมีข้อตกลง (Agreement) ระหว่างผู้ป่วยและโรงพยาบาลไม่ นอกจากนี้ผู้ป่วยและโรงพยาบาลไม่อาจตกลงเป็นอย่างอื่นนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนด”

ในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่าผู้ป่วยไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญากับโรงพยาบาลที่สังกัด NHS หรือกับบุคลากรในโรงพยาบาลดังกล่าว เนื่องจากขาดองค์ประกอบการเกิดสัญญาเกี่ยวกับข้อตกลง เพราะทั้งโรงพยาบาลและบุคลากรของโรงพยาบาลต่างอยู่ในบังคับของกฎหมายที่จะต้องจ่ายยาให้แก่ผู้ป่วย เมื่อผู้ป่วยได้ชำระค่ายาตามที่กฎหมายกำหนดแล้วจึงไม่ใช่กรณีที่กระทำไปโดย

⁸⁶ Brendan Greene, Understanding Medical Law, (New York: Cavendish Publishing, 2006), p5.

⁸⁷ Pfizer Corp. V. Ministry of Health, (1965) A.C. 512

สมัครใจและไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกัน ดังนั้น ผู้ป่วยจึงไม่สามารถฟ้องโรงพยาบาลของรัฐหรือการรักษาพยาบาลที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ NHS โดยอาศัยความรับผิดทางสัญญาได้⁸⁸

ประเด็นต่อไปคือ หากผู้ป่วยจ่ายเงินค่าบริการให้แก่แพทย์หรือโรงพยาบาลที่สังกัด NHS ไปแล้ว ผู้ป่วยจะสามารถฟ้องแพทย์หรือ NHS ให้มีความรับผิดทางสัญญาได้หรือไม่ ศาลอังกฤษได้มีคำวินิจฉัยไว้ในคดีระหว่าง Reynolds v Health First Medical Group ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า เมื่อปีค.ศ.1996 โจทก์ไปปรึกษากับจำเลยซึ่งเป็นแพทย์เวชปฏิบัติทั่วไป (GP) และได้รับการวินิจฉัยว่าโจทก์ไม่ได้ตั้งครรภ์ แต่ต่อมาโจทก์มาทราบภายหลังว่าโจทก์กำลังตั้งครรภ์อยู่ ซึ่งกว่าโจทก์จะทราบความจริงก็เกินระยะเวลาตามกฎหมายที่โจทก์จะสามารถทำแท้งได้แล้ว หลังจากโจทก์คลอดบุตรแล้วโจทก์จึงได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการเจ็บปวดทรมานอันเกิดจากการตั้งครรภ์ ค่าขาดรายได้และค่าเลี้ยงดูบุตร โดยโจทก์ตั้งรูปคดีเรียกเอาค่าเสียหายในมูลหนี้อันเนื่องมาจากการผิดสัญญาแทนการฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายฐานละเมิด⁸⁹ โดยโจทก์กล่าวหาว่าแพทย์ได้รับค่าบริการจากโจทก์ไปแล้วจึงถือว่ามีค่าตอบแทน (Consideration) เกิดขึ้นแล้วตามหลักการเกิดขึ้นของสัญญา ศาลอังกฤษวินิจฉัยว่า “ค่าตอบแทนที่แพทย์ได้รับจากการบริการผู้ป่วยแต่ละรายไม่ใช่ค่าตอบแทนตามกฎหมายสัญญาและถึงแม้จะเป็นค่าตอบแทนตามกฎหมายลักษณะสัญญา แต่ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในกรณีนี้ก็ไม่ใช่ความสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกันเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในกรณีดังกล่าวถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย (The National Health Service Act 1977) จึงไม่ใช่กรณีที่เกิดจากการเจรจาตกลงกันอันจะทำให้เป็นความสัมพันธ์ในทางสัญญาได้

ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไปคือ ผู้ป่วยจะสามารถฟ้องแพทย์หรือโรงพยาบาลเอกชนซึ่งไม่อยู่ในการกำกับดูแลของ NHS ให้มีความรับผิดทางสัญญาได้หรือไม่ ศาลอังกฤษได้เคยวินิจฉัยไว้ในคดี Thake v Maurice⁹⁰ โดยมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์ทั้งสองซึ่งเป็นสามีภริยากันได้มาติดต่อกับจำเลยซึ่งเป็นศัลยแพทย์ทำหมันให้โจทก์ที่ 1 ผู้เป็นสามีโดยการตัดท่อนำสุจิออก จำเลยได้อธิบายกับโจทก์ทั้งสองถึงการผ่าตัดว่าเมื่อทำการผ่าตัดแล้วจะไม่สามารถกลับมามีบุตรได้อีก (Irreversible) แต่จำเลยไม่ได้อธิบายถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นเพียงเล็กน้อยแก่โจทก์ที่ว่าแม้จะทำ

⁸⁸ Richard Goldberg, “Medical Malpractice and Compensation in the UK,” *Chicago-Kent Law Review*, p.142 (2012).

⁸⁹ เนื่องจากการเรียกร้องค่าเสียหายในมูลละเมิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์นั้นเคยมีคดีเกิดขึ้นก่อนหน้าแล้วคือคดี McFalace v Tayside ซึ่งในคดีดังกล่าวศาลไม่ให้ค่าเสียหายตามคำร้อง

⁹⁰ นพพร โพธิ์รังสิยากร, “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับทฤษฎีปฏิบัติจากการรักษาทางการแพทย์”, *อุลพาห*, ปีที่ 60, น.37-38 (พฤษภาคม 2556).

หมั้นไปแล้วก็อาจมีโอกาสนำอสุจิที่ถูกตัดออกไปจะกลับมาเชื่อมติดกันและอาจทำให้กลับมา มีบุตรได้อีกครั้ง ภายหลังจากผ่าตัดดังกล่าวเสร็จสิ้น ผลการทดสอบพบว่าโจทก์ที่ 1 เป็นหมั้นแล้ว จำเลยจึงบอกกับ โจทก์ทั้งสองว่าโจทก์ทั้งสองไม่จำเป็นต้องคุมกำเนิดอีกต่อไป ปรากฏว่าต่อมา โจทก์ที่ 2 ตั้งครรภ์และมาทราบภายหลังจากเมื่อครรภ์มีอายุเกือบ 5 เดือนแล้วซึ่งไม่อาจทำแท้งได้ ตามกฎหมาย เป็นผลให้ท้ายที่สุดโจทก์ที่ 2 คลอดบุตรทารกเพศหญิงออกมา โจทก์จึงฟ้องจำเลยว่า ทำผิดสัญญา โดยโจทก์กล่าวอ้างว่าก่อนจะทำหมั้น จำเลยซึ่งเป็นแพทย์ได้แจ้งต่อโจทก์ว่าหากทำ หมั้นแล้วจะไม่สามารถกลับมา มีบุตรได้อีก ศาลอังกฤษวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยเป็นการผิด สัญญา โดย Peter Pain ผู้พิพากษาในคดีนี้ให้คำวินิจฉัยว่า “คดีนี้จำเลยต่อสู้ว่าสัญญาระหว่างโจทก์ และจำเลยมีวัตถุประสงค์ในการผ่าตัดโดยใช้ความระมัดระวังเช่นบุคคลในวิชาชีพแพทย์เท่านั้น โดยมีได้มีการรับประกันผลแต่อย่างใด แต่เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าในขณะที่จำเลยอธิบายเกี่ยวกับการ ผ่าตัด จำเลยได้แสดงท่าทางประกอบโดยการกำมือทั้งสองข้างประกบกันเพื่อแสดงให้เห็นถึง ท่อนำอสุจิปกติ จากนั้นจำเลยก็ดึงมือแยกออกจากกันเพื่อแสดงให้เห็นถึงท่อนำอสุจิบางส่วนถูกตัด ออก และหลังจากนั้นจำเลยก็บิดข้อมือทั้งสองเพื่อแสดงให้เห็นถึงลักษณะของปลายท่อนำอสุจิที่ถูก ตัดและผูกไว้ ศาลเห็นว่าโดยพฤติการณ์เหล่านี้ย่อมเพียงพอที่จะสื่อสารให้คนทั่วไปเข้าใจได้ว่าภาย หลังจากการผ่าตัดแล้วอสุจิย่อมไม่สามารถเคลื่อนที่ผ่านท่อนำอสุจิไปได้อีก ประกอบกับการที่ จำเลยมิได้เตือนโจทก์เกี่ยวกับความเสี่ยงใดๆ ย่อมทำให้โจทก์เข้าใจไปว่าโจทก์จะเป็นหมั้นถาวร ไม่สามารถมีบุตรได้อีกต่อไป ศาลเห็นด้วยว่าโดยปกติทางการแพทย์ย่อมไม่อาจรับรองผลได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเกี่ยวข้องกับการผ่าตัดของอวัยวะภายในร่างกายมนุษย์ แต่อย่างไรก็ดี ศาล ไม่เห็นว่าจะมีเหตุผลทางกฎหมายที่จะยับยั้งไม่ให้แพทย์ห้ามทำการรับรองผลการรักษาพยาบาล ของตน ในคดีนี้ศาลจึงเห็นว่าสัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยมีวัตถุประสงค์ในการทำให้โจทก์เป็น หมั้นและไม่อาจมีบุตรได้อย่างถาวร การกระทำของจำเลยจึงเป็นการผิดสัญญา” แต่อย่างไรก็ตามใน คดีนี้ KERR L.J. ซึ่งเป็นผู้พิพากษาอีกท่านหนึ่งในคดีและเป็นเสียงข้างน้อยนั้นได้ทำความเข้าใจแย้ง ไว้ว่า “คำอธิบายเกี่ยวกับการผ่าตัดของจำเลยยังไม่ถึงขั้นเป็นการรับรองว่าการผ่าตัดเอาท่อนำอสุจิ ออกจะส่งผลให้โจทก์ที่ 1 เป็นหมั้นอย่างถาวร ดังนั้น การที่ต่อมาโจทก์ที่ 1 จะกลับมา มีบุตรได้นั้น จึงไม่ใช่การผิดสัญญา” ผลจากคดีนี้จึงเป็นการวางหลักว่าความรับผิดชอบทางสัญญาในทางการแพทย์จะ เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อแพทย์ได้รับรองผลของการรักษาต่อผู้ป่วยเป็นการเฉพาะเท่านั้น

สรุปว่าตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้น ผู้ป่วยไม่อาจฟ้องแพทย์หรือโรงพยาบาลของรัฐ หรือหน่วยงานที่อยู่ในระบบ NHS ตามความรับผิดชอบทางสัญญาได้เพราะแพทย์หรือโรงพยาบาลของรัฐในระบบ NHS ไม่มีนิติสัมพันธ์ทางสัญญากับผู้ป่วย ผู้ป่วยจึงต้องอาศัยความรับผิดชอบละเมิดเป็นหลักในการฟ้องคดี แต่ผู้ป่วยสามารถฟ้องแพทย์หรือโรงพยาบาลเอกชนที่ไม่อยู่ในระบบ NHS ให้

รับผิดชอบทางสัญญาได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าในการรักษาพยาบาลนั้นแพทย์มีการผูกพันตนในการรับรองผลของการรักษาพยาบาลนั้นอย่างชัดแจ้ง

4) ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายละเมิด

การวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิดในกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นมีสาระสำคัญในการพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลเป็นการประพฤติฝ่าฝืนหน้าที่อันมีต่อประชาชนตามกฎหมายหรือไม่ เพราะบุคคลทุกคนย่อมมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องไม่ทำความเสียหายให้แก่บุคคลอื่นด้วยการไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรของตน ในทางตรงกันข้ามถือว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการกระทำของบุคคลไม่ให้กระทำการเกินเลยไปกว่าการกระทำของบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย (Reasonable Man) ซึ่งบุคคลผู้กระทำการธรรมดาต้องใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกับคนทั่วไปจะพึงกระทำการนั้น

การพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลเป็นการประพฤติฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังอันมีต่อประชาชนตามกฎหมายหรือไม่ย่อมแล้วแต่ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องราว ไปโดยคำนึงถึงวิสัยและพฤติการณ์ของบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในภาวะเช่นนั้นเป็นสำคัญเพราะระดับความระมัดระวังของบุคคลมีไม่เท่ากันจึงสมควรให้บุคคลซึ่งมีฐานะเท่ากันต้องใช้ความระมัดระวังเหมือนกัน นอกจากนี้หน้าที่ในการประกอบอาชีพตามความชำนาญพิเศษก็ต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย กล่าวคือ บุคคลจะต้องมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษตามวิชาชีพหรือความชำนาญพิเศษของตน โดยความระมัดระวังจะอยู่ในระดับที่สูงกว่าระดับของบุคคลธรรมดาที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพ

หลักความรับผิดทางละเมิดในบริการทางการแพทย์ หมายถึง ประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหาย (Negligence) ในความหมายโดยทั่วไปแล้วหมายถึงการกระทำโดยไม่เจตนา เป็นละเมิดพิเศษ (Specific and independent tort) เรียกว่า tort of negligence ซึ่งมีองค์ประกอบ 4 ประการ คือ

1. หน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) หน้าที่ดังกล่าวนี้เป็นหน้าที่ที่กฎหมายและผู้พิพากษาจะเป็นผู้ชี้ขาดว่ากระทำละเมิดหรือไม่ ถ้าเป็นกรณีเกิดจากสัญญาโดยชัดแจ้งจะสามารถเห็นถึงการฝ่าฝืนหน้าที่ได้โดยง่าย ซึ่งศาลอังกฤษสร้างหลักการพิจารณาหน้าที่ขึ้นใหม่คือ ให้รวมไปถึงหน้าที่ป้องกันไม่ให้เกิดอันตรายด้วย แต่ Lord Wilberforce เห็นว่าการก่อให้เกิดหน้าที่กับสถานะการณ์เฉพาะไม่จำเป็นว่าต้องมีหน้าที่ตามข้อเท็จจริง มีหลักว่า 1) ไม่จำเป็นว่าทั้งสองฝ่ายจำเป็นที่จะต้องมีความสัมพันธ์ในทางกฎหมายต่อกัน ต้องพิจารณาถึงผู้ก่อละเมิดที่ประสงค์จะทำก็ถือเป็นมูลเหตุให้เกิดหน้าที่แล้ว (Prima Facie Duty of Care) ที่จะต้องไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น 2. ผู้กระทำละเมิดต้องพิจารณาว่าควรจะจำกัดขอบเขตหน้าที่ที่ทำให้เสียหาย หากนอก

ขอบเขตหน้าที่เป็นละเมิด ซึ่งหน้าที่นี้ตามกฎหมายอังกฤษมีหลัก 2 ประการ คือ 1) ต้องเป็นหน้าที่ของจำเลย และ 2) จำเลยกระทำในหน้าที่นั้น โดยดูสภาพแวดล้อมในการกระทำโดยใช้หลัก Neighbor principle

2. กระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ (Breach of Duty) ถ้าเป็นหน้าที่ตามกฎหมายอยู่ภายใต้สมมุติฐานว่าต้องกระทำอย่างผู้มีเหตุผล (Reasonable Man) จึงถือเป็นมาตรฐานทางกฎหมาย (Legal Standard) สร้างมาจากหลักในคดี ว่าประมาทเดินเล่อคือ การงดเว้นกระทำในสิ่งซึ่งผู้มีเหตุผลต้องกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้อื่นซึ่งควรกระทำหรือทำในสิ่งซึ่งวิญญูชน (Prudent Resonable Man) มีเหตุผลว่าจะไม่ทำโดยต้องเป็นวิญญูชนในสายตาของศาลไม่ใช่ตามความเห็นของคนทั่วไป แต่หน้าที่สำหรับผู้มีความชำนาญพิเศษ (Extraordinary Skill) คือ ผู้มีวิชาชีพ (Professional) ซึ่งระดับความชำนาญต้องสูงกว่าบุคคลทั่วไป ผู้ปฏิบัติงานการแพทย์ (Medical practitioners) ที่อันตรายเกิดบ่อยรุนแรง ต้องมีมาตรฐานที่สูงกว่าบุคคลทั่วไปทำให้มาตรฐานการพิสูจน์ว่าประมาทต้องสูงตามไปด้วย

3. ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและความเสียหาย (Causation) การพิสูจน์ว่าเป็นของโจทก์ที่ต้องพิสูจน์ว่าได้รับความเสียหาย เพราะความเสียหายไม่อาจบอกได้ด้วยตัวเอง (Actional Per se) ยกเว้นว่าพยานหลักฐานนั้นสามารถจะบอกได้ด้วยตัวเอง (Res ipsa Loquitur) โดยโจทก์ต้องพิสูจน์เงื่อนไข 2 ประการ คือ 1. สิ่งนั้นหรือการกระทำนั้นทำให้เกิดความเสียหายอยู่ภายใต้การควบคุมของจำเลยทั้งหมดหรือลูกจ้าง 2. ความเสียหายจะไม่เกิดขึ้นถ้าจำเลยกระทำอย่างเหมาะสม และการกระทำเหมาะสมเป็นเรื่องมาตรฐานที่เปลี่ยนแปลงไปได้ตามสมัย ความเสียหายต้องมีความแน่นอนพอประมาณว่าจะเกิดด้วย

4. ความเสียหาย (Damage) นอกจากค่าเสียหายที่สูญเสียไปแล้วยังได้รับค่าขาดไร้อุปการะด้วยค่าเสียหายละเมิด แต่ไม่รวมถึงค่าเสียหายในเชิงป้องกันมิให้เกิดละเมิด (Exemplary Damage) นอกจากความรับผิดชอบในละเมิดของตนเองแล้วยังมีการรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้อื่น (Vicarious liability) กรณีสถานพยาบาลกับแพทย์หรือแพทย์กับลูกจ้างอื่นที่ทำละเมิดตามกฎหมายการจ้าง Employer's liability (compulsory insurance) Act 1969 และหลักความรับผิดชอบในละเมิดจากผู้ทำสัญญาอิสระ (Independent contractors) โดยเฉพาะผู้ให้บริการทางการแพทย์ที่ทำสัญญาปฏิบัติงานให้สถานพยาบาลโดยเป็นอิสระมิใช่ลูกจ้าง

จนกระทั่งในช่วงปี ค.ศ. 1972 – 1992 ศาลอังกฤษได้มีการยอมรับให้นำเอาเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damage) มาใช้กับการกระทำความผิดด้วยความประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรง กฎหมายอังกฤษอธิบายว่าความประมาทเดินเล่อธรรมดา (Negligence) ในคดีแพ่งแตกต่างจากความประมาทในคดีอาญา (Criminal Negligence) เพราะการกระทำโดยประมาท

ธรรมดา (Negligence) ทำให้เกิดความเสียหายในคดีแพ่งนั้น ไม่มีปัญหาในเรื่องของเจตนาร้าย (Mens Rea) แต่การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Recklessness) และการกระทำโดยประมาทในคดีอาญา (Criminal Negligence) นั้นผู้กระทำมีเจตนาร้าย (Mens Rea) จึงต้องถูกลงโทษทางอาญา

ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Recklessness) ในระบบกฎหมายอังกฤษจะมีความเป็นเอกเทศต่างหากจากความประมาทเลินเล่อธรรมดาโดยผู้กระทำความผิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นจะต้องถูกกฎหมายลงโทษให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในจำนวนที่สูงมากกว่าปกติหรือที่เรียกว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damage) เพื่อป้องปรามพฤติกรรมที่มีความชั่วร้ายในสังคมไม่ให้นำไปสู่การเอาเป็นเยี่ยงอย่าง

ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง สามารถแยกองค์ประกอบได้ 4 ประการคือ 1. การกระทำหรืองดเว้นการกระทำโดยเจตนา 2. จำเลยต้องรู้ถึงความเสี่ยงสูงที่อันตรายจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น 3. จำเลยได้กระทำโดยไม่ใส่ใจว่าจะเกิดอันตรายขึ้น และ 4. ผลของการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นอย่างร้ายแรงหรือเกินกว่าปกติอย่างมาก โดยพิจารณาจากขนาดของความร้ายแรง ความเป็นไปได้ของอันตรายที่จะเกิดขึ้นและระดับความเสี่ยงที่สูงมากซึ่งระดับความเสี่ยงนี้จะพิจารณาว่าในสถานการณ์เช่นนั้นบุคคลที่สมมุติขึ้นให้มีวิสัยและพฤติกรรมเช่นจำเลยจะกระทำสิ่งเดียวกับจำเลยหรือไม่

การพิจารณาลักษณะการกระทำของจำเลยที่ต้องรับผิดชอบโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นต้องใช้หลักการพิจารณาทางอัตวิสัย (Subjective) คือ เหตุที่มาจากภายในตัวของจำเลย ประกอบกับหลักการพิจารณาทางภาวะวิสัย (Objective) คือ เหตุสภาพภายนอกที่ไม่ได้มาจากภายในตัวของจำเลย

การพิจารณาโดยใช้หลักภาวะวิสัย (Objective) เป็นการพิจารณาระดับการกระทำของจำเลยว่าเป็นการกระทำอย่างร้ายแรงหรือไม่โดยเปรียบเทียบระหว่างการกระทำของจำเลยกับบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติกรรมเช่นเดียวกับจำเลย ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา 4 ประการ คือ 1) จำเลยต้องรู้ถึงความเสี่ยงในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น 2) จำเลยไม่ใส่ใจต่อความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้น 3) บุคคลซึ่งสมมุติขึ้นให้อยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกับจำเลยจะไม่กระทำการเช่นเดียวกับจำเลย และ 4) การกระทำของจำเลยควรได้รับการดำเนินจากสังคม (Underlying Social Policies) โดยการพิจารณาระดับความร้ายแรง (Outrage) หรือระดับของการกระทำที่เบี่ยงเบนจากมาตรฐาน (Extraordinariness) คณะลูกขุนจะเป็นผู้พิจารณาตัดสินจากสถานการณ์และข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไปซึ่งคณะลูกขุนจะพิจารณาโดยสมมุติว่าตนเองนั้นเป็นบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติกรรมเช่นเดียวกับจำเลย

การพิจารณาทางอัตวิสัย (Subjective) มีหลักในการพิจารณา ดังนี้⁹¹

ก) ระดับความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหาย (The Nature of The Risk of Harm) การพิจารณาถึงระดับความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นนั้นจะเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ จำเลยจะต้องรู้ว่ามีความเสี่ยงในการก่อความเสียหายเกิดขึ้นแต่จำเลยกลับไม่ใส่ใจต่อความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นประกอบกับการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ใช้ความระมัดระวังต่ำกว่าความระมัดระวังของบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลยเป็นอย่างมาก

ข) ความเสี่ยงที่ยอมรับได้ การกระทำที่เสี่ยงในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นซึ่งความเสี่ยงนั้นเป็นความเสี่ยงที่กฎหมายยอมรับได้นั้นมีสองประเภทคือ การกระทำในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Exigency) และการกระทำเพื่อประโยชน์ของสังคม (Social Utility) โดยศาลยอมรับว่าบุคคลที่ตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินเร่งด่วนย่อมตัดสินใจผิดพลาดได้และกฎหมายย่อมจะต้องปกป้องการกระทำที่กระทำแล้วเป็นประโยชน์ต่อสังคมโดยรวม ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันมีลักษณะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นจะต้องไม่เป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้ภาวะความเสี่ยงที่กฎหมายยอมรับได้

3.1.4 คำพิพากษาศาลอังกฤษกรณีแพทย์กระทำโดยประมาท

คดีศาลอังกฤษ Whitehouse V. Jordan (1981) โจทก์ฟ้องสูติแพทย์ เรียกว่าเสียหายฐานประมาทในการทำคลอดทำให้ทารกได้รับบาดเจ็บทางสมอง จำเลยเห็นว่า การคลอดโดยวิธีธรรมชาติทำไม่ได้จึงใช้เข็มช่วยซึ่งเป็นวิธีที่ดีกว่าการผ่าตัด ศาลชั้นต้นเห็นว่าจำเลยดึงแรงเกินไป ศัลยแพทย์และโรงพยาบาลประมาท ตัดสินให้ชดใช้ค่าเสียหาย ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับยกฟ้อง ศาลสูงสุดเห็นพ้องกับศาลอุทธรณ์ โดย Lord Russel กล่าวว่า การวินิจฉัยผิดพลาดกับประมาทเป็นไปด้วยกันได้ ไม่ใช่ทำไม่ได้

คดี Gold V. Essex Country Council 1942 มารดาพาบุตรสาว ซึ่งเป็นหูไปปรึกษาที่โรงพยาบาล รังสีแพทย์ประมาททำให้ใบหน้าของเด็กไหม้และเสียโฉม รังสีแพทย์ ต้องรับผิดชอบ

คดี Hatcher v. Black and other (1954) โจทก์เป็นโฆษกของสถานีวิทยุ BBC เจ็บป่วยเกี่ยวกับต่อมไทรอยด์ จึงเข้ารับการรักษา จำเลยเป็นแพทย์แนะนำให้โจทก์ผ่าตัด โจทก์ถามว่าการผ่าตัดจะมีผลไปถึงเสียงของโจทก์หรือไม่ จำเลยยืนยันว่าไม่มี หลังการผ่าตัด เส้นประสาทของโจทก์ถูกกระทบกระเทือนทำให้เสียงโจทก์ไม่เป็นปกติ ไม่อาจทำหน้าที่โฆษกได้อีก โจทก์จึงฟ้อง เรียกว่าเสียหาย จำเลยรับว่าก่อนผ่าตัดบอกโจทก์ว่าการผ่าตัดไม่มีอะไรต้องเสี่ยง ทั้งที่ จำเลยรู้ดีว่ามี

⁹¹Randolph Stuart Sergent, "Gross, Reckless, Wanton, and Indifferent: Gross Negligence Maryland Civil Law," *University of Baltimore Law Review*, p.7 (2000).

การเสี่ยงเล็กน้อย (Slightly risk) เหตุที่จำเลยพูดเพื่อให้โจทก์หมดความกังวล (therapeutic tie) ท่านผู้พิพากษา Denning เห็นว่า หากแพทย์มีมโนธรรมชนิดพูดโกหกไม่ได้ จะทำให้ผู้ป่วยขาดความเชื่อมั่นไปมาก ความเชื่อมั่นเป็นยาที่ดีที่สุด กฎหมายจะไม่ประนามหรือเอาผิดแก่ แพทย์ ซึ่งแพทย์ที่ฉลาดและดีหลายท่านทำเช่นนั้น จะตำหนิหรือเอาผิดก็ต่อเมื่อเขาไม่ปฏิบัติตาม มาตรฐานอันเป็นที่ยอมรับกัน คณะลูกขุนปรึกษากันแล้วลงมติให้จำเลยชนะคดี

คดี Ybarra V. Spangard Supreme Court of California 1944 นาย Joseph R. Ybarra โจทก์ปรึกษานายแพทย์ Titley วินิจฉัยว่า โจทก์เป็นไส้ติ่งอักเสบและ เตรียมการผ่าตัด โดยนายแพทย์ spangard ที่โรงพยาบาลของนายแพทย์ Swift เมื่อโจทก์ผ่าตัดถูกฉีดยานอนหลับก่อนและ นายแพทย์ Reser วิชาญแพทย์ ลูกจ้างของนายแพทย์ Swift วางยาสลบโจทก์ เมื่อโจทก์ฟื้นขึ้นรู้สึกปวดที่แขนขวากับไหล่ขวา โจทก์บอกอาการให้พยาบาลทราบ นายแพทย์ Titley ใช้วิธีการรักษา โดยวิธีกระจายความร้อน (diathermy treatments) แต่อาการเจ็บของโจทก์ยังไม่ทุเลา กลับแผ่ลงไปยังร่างกายส่วนล่างอีก เมื่อโจทก์ออกจากโรงพยาบาล อาการรุนแรงขึ้นถึงขนาดไม่สามารถยกแขนหมุนได้ มีอาการลีบและเป็นอัมพาต (paralysis and atrophy) โจทก์ให้แพทย์รักษา ต่อจนถึงเดือนมีนาคม 1940 จากนั้นกลับมาทำงานโดยต้องใส่เฝือกที่แขน จำเลยสู้คดีว่า จำเลยแต่ละ คนแบ่งหน้าที่กันแล้ว การกระทำที่เป็นต้นเหตุอาจเกิดจากคนหนึ่งคนใดไม่แจ้งชัด หลักกฎหมาย Res ipsa loquitur (The thing speaks for itself) นำมาใช้กับคดีนี้ไม่ได้ ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง ศาลอุทธรณ์เห็นว่า โรงพยาบาลใช้บุคลากรจำนวนมาก ในการเตรียมการผ่าตัดต้องมีแพทย์พยาบาล แบ่งหน้าที่กัน จำนวนบุคลากรมากไม่ใช่เหตุผลที่จะปฏิเสธความรับผิดชอบ มีเหตุต้องพิจารณาคดีนี้อีกครั้ง เพื่อดูว่าใครประมาท จึงให้พิจารณาคดีนี้ใหม่ (ศาลอุทธรณ์ใช้หลัก Res ipsa loquitur เนื่องจากผู้ที่รู้ดีถึงอาการป่วยของโจทก์คือ คณะแพทย์ที่ให้การผ่าตัดโจทก์ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอยู่ในวิสัยของ แพทย์ผู้ทำการรักษาที่รู้ดีว่าอะไรเป็นอะไร) ในการพิจารณาคดีใหม่นี้ ศาลตัดสินให้โจทก์ชนะคดี

คดี Lin Poh Choo V. Camden and Isington Area Health Authority 1979 พญ. Lin Poh Ch50 อายุ 37 ปี ผ่าตัดภายใน (gynaecological operation) เธอ มีสุขภาพแข็งแรง ได้รับการวางยาสลบตามปกติ หลังผ่าตัดถูกนำเข้าห้องพักฟื้น แต่หมดสติและ ร่างกายเปลี่ยนเป็นสีเขียว เนื่องจากขาดออกซิเจน (cyanosis) ตอนแรกอาการหนักไม่มีเลือดไปเลี้ยง สมอง แพทย์ต้องปั๊มหัวใจและเริ่มหายใจได้ แต่มีการตายทั้งเป็น (living death) เนื่องจากสมอง เสียหายหนักกลายเป็นคนช่วยเหลือตัวเองไม่ได้ พูดได้ไม่กี่คำและไม่มีความหมาย มารดาของเธอจึงฟ้อง เรียกค่าเสียหาย ศาลชั้นต้นให้ค่าเสียหาย 250,000 ปอนด์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน (Lord Denning องค์กรคณะผู้พิพากษามีความเห็น

ให้ลดค่าเสียหายลงถึงหนึ่ง ด้วยเหตุผลที่ว่าต่อไปค่าประกันภัยใน วิชาชีพจะต้องสูงขึ้นกว่าเดิม อันจะต้องตกเป็นภาระแก่ผู้ต้องเสียค่ารักษาพยาบาลเพิ่มขึ้น)

คดี Landau V. Werner 1961 เดือนมีนาคม 1949 Dr. Landau จำเลยเป็นจิตแพทย์ รักษา โจทก์ ซึ่งเป็นสาววัยกลางคนมีอาการปริวิตก (anxiety state) แต่โจทก์ก็เกิด หลงรักจำเลย (fallen deeply in love) และบอกว่าเป็นเหตุผลที่โจทก์ตัดสินใจไม่รักษาต่อ จำเลย คิดว่าโจทก์อาการไม่ดี ระหว่างเดือนสิงหาคม 1949 ถึงมีนาคม 1950 จำเลยพาโจทก์ไปดื่มน้ำชา รับประทานอาหารค่ำ ด้วยกัน และเย็บเย็บโจทก์ถึงห้องนอน ทั้งคู่พุดคุยกันถึงการพักผ่อนใน วันหยุดด้วยกัน ตั้งแต่ เดือนมีนาคม 1950 อาการของโจทก์แยลง โจทก์ฟ้องจำเลย ศาลชั้นต้นเห็นว่า จำเลยประมาท ศาลอุทธรณ์เห็นว่า วิธีการรักษาของจำเลยที่ชวนโจทก์ออกงานสังคม ไปเที่ยวด้วยกัน เป็นสิ่งไม่ดี และแพทย์ไม่ควรปฏิบัติเป็นวิธีการรักษาที่ไม่เข้าท่า (unwise treatment) ทำให้อาการของโจทก์ แยลง เป็นความประมาทและทำผิดหน้าที่ของแพทย์

คดี James V. Dunlop 11 ธันวาคม 1928 จำเลยฝาก่อนนี้ทำให้สามี โจทก์ แต่อาการสามี โจทก์ไม่ดีขึ้น 20 มีนาคม 1929 แพทย์คนอื่นผ่าตัดสามีโจทก์อีกครั้ง พบมีก้อน ลำไส้หลงไว้ใน ตัวสามีโจทก์ และเกิดแผลขอนทะลุ (fistula) อีก 7 วัน ต่อมา สามีโจทก์ก็ตาย โจทก์ ฟ้องจำเลย คณะลูกขุนเห็นว่าจำเลยประมาท ศาลอุทธรณ์เห็นว่า จำเลยเพียงแต่ถามพยาบาลว่าเอา ออกหมดแล้ว หรือยัง มีเสียงของใครที่จำเลยจำไม่ได้แน่นอน ตอบกลับว่าหมดแล้ว จำเลยจึงประมาท

คดี Pask V. Bexley Health Authority 1988 ปี 1981 โจทก์ไปล้าง ท้องที่โรงพยาบาล 1 ปีต่อมา พบว่ามีสายยางขนาด 2 ฟุตครึ่งอยู่ในตัวโจทก์ สายยางอยู่ทางปอดซ้าย ตอนโจทก์ออก จากโรงพยาบาลในปี 1981 โจทก์หายใจไม่ออกเจ็บปวดอย่างแรง ไอเป็นเสมหะปน เลือด หลัง ผ่าตัดเอาสายยางออก โจทก์มีรอยฟ่ายและน้ำเกลือคั่ง หลังผ่าตัดอาการดีขึ้น แต่ยังหายใจ ไม่ค่อย ออกและติดเชื้อทางเดินหายใจบ่อย ๆ และต้องทนไปตลอดชีวิต ศาลเห็นว่าจำเลยประมาท

คดี Lofthouse V. North Tees Health Authority 1992 ปี 1988 โจทก์อายุ 24 ปี คลอดบุตรคนแรกที่โรงพยาบาลจำเลย บริเวณปากช่องคลอดฉีกขาด แพทย์เย็บให้ แน่นเกินไป โจทก์ร่วมประเวณีไม่ได้โจทก์ต้องผ่าตัดตกแต่งใหม่ถึง 4 ครั้งจนสำเร็จในเดือนพฤษภาคม 1990 ช่วงเวลา 2 ปี โจทก์ต้องทนทุกข์ทรมาน ชีวิตสมรสไม่มีความสุข ศาลเห็นว่าจำเลยประมาท

คดี Lord v. Spencer 1994 วันที่ 1 มกราคม 1987 โจทก์อายุ 64 ปี ปรีกษาจำเลยซึ่งเป็น แพทย์ว่า เมื่อ 3 วันก่อน ตาข้างขวาของโจทก์มัวเหมือนมีม่านน้ำ จำเลยมิได้ แนะนำให้โจทก์ไป โรงพยาบาล วันรุ่งขึ้นตอนเที่ยงจอตา (retina) ของโจทก์หลุด วันที่ 4 มกราคม โจทก์ถูกส่งไปที่ โรงพยาบาลเพื่อผ่าตัดแต่ไม่สำเร็จ ตาข้างนี้เสียไป โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหาย ข้อเท็จจริงได้ความ

ว่า หากในวันที่ 2 มกราคม จำเลยให้โจทก์ไปโรงพยาบาล การรักษาอาจทันทั่วทั้งที่ตาโจทก์อาจจะไม่เสียไป ศาลให้คำเสียหายสำหรับความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน และเสียความสุข

คดี Mogan V. Gwent Health Authority 1988 โจทก์มีเลือดเป็น rhesus negative ปี 1978 โจทก์ผ่าตัดที่โรงพยาบาล โรงพยาบาลให้เลือดชนิด thesus positive โดยประมาท ทำให้โจทก์มีความผิดปกติ มีบุตรยาก เมื่อมีครรภ์ทารกในครรภ์อาจแท้งหรือพิการ ระหว่างมีครรภ์ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาครรภ์มาก ต่อมาในปี 1984 โจทก์ถูกถอนหมั้น โจทก์ต้องการมีครอบครัว โอกาสที่โจทก์จะหาสามีถูกจำกัดลง โจทก์มีความกังวลอย่างมาก โจทก์จึง ฟ้องโรงพยาบาล เป็นจำเลย ศาลเห็นว่า จำเลยประมาท

คดี Newell and Newell V. Goldenberg 1995 โจทก์ทั้งสองเป็น สามีภริยาปรึกษากับจำเลย เพื่อทำหมันชายแบบ vasectomy จำเลยมิได้เตือนพวกโจทก์ว่า มีโอกาส เสีย 1 ใน 2,300 ที่จะมีลูกได้อีก เดือนกันยายน 1985 จำเลยลงมือทำหมันให้ แต่เดือนธันวาคม 1995 โจทก์มีครรภ์อีก เมื่อถูกฟ้อง จำเลยรับว่าไม่ได้เตือนพวกโจทก์ ศาลเห็นว่าจำเลยประมาท

คดี Smith V. Tunbridge Wells Health Authority 1994 โจทก์ เป็นชายอายุ 28 ปี มีบุตร 2 คน มีปัญหาเกี่ยวกับลำไส้ แพทย์โรงพยาบาลจำเลยแนะนำการผ่าตัดเย็บ ตรึงไส้ตรง โดยอธิบายว่าการผ่าตัดอาจมีเส้นประสาทบางแห่งชำรุด และโจทก์มีโอกาสเป็นหมัน 10% โจทก์ยินยอมให้ผ่าตัดได้ ต่อมาการผ่าตัดในส่วนลำไส้ประสบความสำเร็จ แต่มีเส้นประสาทบางเส้นเสียไป ทำให้โจทก์เสื่อมสมรรถภาพทางเพศ และกระเพาะปัสสาวะผิดปกติ โจทก์จึงฟ้อง โรงพยาบาล อ้างเหตุที่แพทย์ไม่ได้อธิบายให้ฟังว่า มีโอกาสเสี่ยงเรื่องเสื่อมสมรรถภาพทางเพศ และ กระเพาะปัสสาวะผิดปกติจากการผ่าตัด ศาลเห็นว่า แพทย์ไม่ได้เตือนเรื่องความเสี่ยงของกระเพาะ ปัสสาวะและเสื่อมสมรรถภาพทางเพศ จึงประมาท หากโจทก์ซึ่งมีอายุเพียง 28 ปี ได้รับคำเตือนเรื่อง เสื่อมสมรรถภาพทางเพศ ก็น่าจะไม่ยินยอมให้ผ่าตัดแน่ ๆ

คดี Roger VWhittaker 1992 โจทก์เคยถูกไม้แทงทะลุในปี 1944 ทำให้ตาขวาเกือบบอดสนิท แต่ตาข้างซ้ายยังคงอยู่ จำเลยเป็นจักษุแพทย์ได้แนะนำว่า ตาข้างขวารักษา โดยการผ่าตัดได้ โจทก์ถามจำเลยว่าจะมีอะไรยุ่งยากเกิดขึ้นตามมาหรือไม่ ถามจนจำเลยรำคาญ แต่ โจทก์ก็ไม่ได้ถามว่า การผ่าตัดจะทำให้ตาอีกข้างเสียไปด้วยหรือไม่ ซึ่งเรื่องแบบนี้มีโอกาสเกิดขึ้น 1 ใน 14,000 เท่านั้น แต่จำเลยก็ไม่ได้พูดถึงเรื่องนี้ โจทก์ให้จำเลยผ่าตัดในเดือนสิงหาคม 1984 การผ่าตัด เกิดผลทำให้ตาข้างซ้ายเสีย ปี 1986 โจทก์กลายเป็นคนตาบอดสนิททั้ง 2 ข้าง จึงฟ้องจำเลย ศาลเห็นว่า การที่จำเลยไม่ได้บอกโจทก์ว่า มีโอกาสที่ตาข้างซ้ายจะเสีย 1 ใน 14,000 เป็นประมาท เพราะไม่ได้ชี้แจงให้คนไข้อย่างเหมาะสมด้วยความระมัดระวังและชำนาญ หากเปิดเผยความเสี่ยงแล้ว โจทก์ซึ่งเป็นคนตาเดียวมาตั้งแต่ปี 1944 คงไม่ยอมให้ผ่าตัดแน่ ๆ

คดี Zimmer กับพวก V. Ringrose 1981 โจทก์บอกจำเลยว่า ต้องการ ทำหมันเมื่อคลอด บุตรคนที่สอง จำเลยแนะนำเทคนิคใหม่ โดยใช้สาร silver nitrate paste อุดท่อรังไข่ แต่จำเลยไม่ได้ บอกว่าวิธีการนี้ ยังไม่เป็นที่ยอมรับในวงการแพทย์ วันที่ 1 มีนาคม 1973 โจทก์ยินยอมให้จำเลยใช้ วิธีการนี้ ต่อมาวันที่ 13 กันยายน 1973 โจทก์มาพบจำเลย เนื่องจากมีครรภ์ขึ้นอีก โจทก์ต้องไปทำ แท้งที่สหรัฐอเมริกา โจทก์จึงฟ้องจำเลย ศาลเห็นว่า การที่โจทก์ยินยอมให้จำเลยใช้ วิธีการดังกล่าว ข้อน่าทำร้ายร่างกายจึงรับฟังไม่ได้ แต่การที่จำเลยไม่ได้บอกวิธีการดังกล่าวยังไม่เป็นที่ ยอมรับใน วงการแพทย์ เป็นประมาท

คดี Reibly. Hughes 1980 โจทก์เป็นโรคปวดศีรษะและความดันโลหิต สูง จำเลยเป็น ศัลยแพทย์ทางประสาท จากภาพเอ็กซเรย์เส้นโลหิตแดงพบว่า หลอดเลือดข้างซ้ายมี การอุดตัน เลือดผ่านได้เพียง 15% จำเลยแนะนำให้โจทก์ผ่าตัด แต่ไม่ได้บอกว่าการผ่าตัดแบบนี้มี โอกาสตาย 4% และอัมพาต 10% โจทก์ยอมผ่าตัด จำเลยผ่าตัดให้ในเดือนมีนาคม 1970 ผลปรากฏ ว่าโจทก์เป็น อัมพาตด้านขวา จึงฟ้องจำเลยหาว่าทำร้ายร่างกายโดยประมาท ศาลสูงสุดแห่งแคนาดา วินิจฉัยว่า โจทก์ยินยอมผ่าตัดจึงเอาผิดฐานทำร้ายไม่ได้ แต่การที่จำเลยปกปิดไม่เปิดเผยเรื่องความเสี่ยงให้ โจทก์ทราบก่อนผ่าตัด เป็นประมาท

คดี o'Donnell V. South Bedfordshire Health Authority 1991 คณะแพทย์วินิจฉัยว่า โจทก์ (ทารก) ตายตั้งแต่ออยู่ในครรภ์ จึงไม่ได้ผ่าเอาโจทก์ออกมา แต่ 17 ชั่วโมงต่อมา โจทก์คลอด ออกมาตามปกติ แต่พิการอย่างแรง (severe disabilities) มีอาการ cerebral palsy กับอาการ spastic quadriplegia โจทก์เคลื่อนไหวไม่ได้ พูดไม่ได้ คาดว่าจะมีอายุ เพียง 28 ปี ศาลเห็นว่าจำเลยประมาท

คดี Paten V. Birmingham Regional Hospital Board กับพวก 1985 วันที่ 29 สิงหาคม 1982 โจทก์บาดเจ็บขณะแข่งม้ากระโดด กระดูกแขนงแตกและเจ็บเข้าซ้าย แต่โรงพยาบาลไม่ได้ วินิจฉัยเรื่องกระดูกแตก โจทก์กลับไปโรงพยาบาลอีกครั้งวันที่ 13 กันยายน วันรุ่งขึ้นก็ผ่าตัด หลังเกิดอุบัติเหตุ โจทก์มีอาการเจ็บปวดตลอด หากการผ่าตัดทำทันที โอกาสที่โจทก์ จะพิการมี เพียง 20% แทนที่จะเป็น 50% โจทก์ฟ้องโรงพยาบาล โรงพยาบาลยอมรับว่าประมาทใน การตรวจ กระดูกแตกให้ดี ศาลเห็นว่าจำเลยประมาท

คดี R V. Sargent 1990 จำเลยทำหน้าที่เป็นวิสัญญีแพทย์ ผู้ตายเป็น หญิงอายุ 55 ปี ฆาตกรรมผ่าตัดกล่องเสียง จำเลยใส่หลอดออกซิเจนในคอผู้ตายแล้วปล่อยออกซิเจนในถัง ซึ่งมี ปริมาตร 1,020 ลิตร เข้าไปในตัวผู้ตาย ทำให้ตัวผู้ตายถึงลมอัดพองขึ้นมาเหมือนมนุษย์ขามิซ ซิลิน และตาย ศาลจำคุกจำเลยในข้อหาฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา

คดี R v. Stuart 1995 จำเลยเป็นทันตแพทย์ ผู้ตายเป็นหญิงชรามีโรค ประจำตัว คือ ชักกระดูกและหัวใจ มาให้จำเลยถอนฟัน 28 ซี่ ผู้ตายบอกจำเลยว่ารู้สึกกลัว จำเลยจึง ฉีดยาแก้ปวด

tignocaine ให้เป็น 4 เท่า และยา mepivacaine อีกโตสใหญ่ ๆ ผู้ตายชัก จำเลยตาม รถพยาบาลมาและช่วยให้ออกซิเจน เมื่อรถพยาบาลมาก็ช่วยปั๊มหัวใจ แต่ผู้ตายไม่รอด จำเลยถูกศาล สั่งจำคุก 9 เดือนในข้อหาฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา และถูก General Dental Council ลบชื่อออก จากทะเบียนด้วย

การใช้มาตรฐานของแพทย์ผู้ทำการรักษาผู้ป่วย แพทย์เฉพาะทางมี มาตรฐานของแพทย์ในการรักษาเป็นกรณี ๆ ตามวิชาชีพเฉพาะ เช่น แพทย์นวด (Chiropractor) รักษาด้วยยาอย่างแพทย์ ต้องได้รับใบอนุญาต มิฉะนั้นถือว่าประมาท เพราะไม่มีมาตรฐานอย่างแพทย์

คดี Allan V. New Mount Sinai Hospital 1980 โจทก์เข้า โรงพยาบาล เพื่อผ่าตัดภายใน โจทก์บอกวิสัญญีแพทย์ว่า อย่าฉีดยาเข้าแขนซ้าย แต่วิสัญญีแพทย์ กลับฉีดยาเข้าแขนซ้ายจน โจทก์ได้รับอันตราย โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหาย ศาลยุติธรรม Ontario High Court เห็นว่า วิสัญญีแพทย์ ผู้นี้ต้องรับผิดชอบการทำร้ายร่างกาย (battery) และต้องชดใช้ ค่าเสียหาย (nominal damages)

คดี Herbert AP, Misleading Cases in the Common Law. 1930 แพทย์อาจไม่ต้องรับผิดชอบในผลที่ไม่อาจคาดถึง ถ้าหากผลนั้น เกิดขึ้นเพราะลักษณะอันผิดปกติ ของคนไข้ ที่ไม่อาจคาดหมายได้ด้วยเหตุผลที่สมควร และแพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบความเสียหาย เกิดขึ้น เพราะความพลาดพลั้งหรืออุบัติเหตุ มาตรฐานความระวังที่กฎหมายวางไว้ไม่ใช่เป็นประกันต่อ ความพลาดพลั้งที่เป็นอุบัติเหตุ แต่หากเป็นความระมัดระวังตามขนาดที่ผู้มีความชำนาญโดยปกติในวิชาชีพนั้น จะพึงคาดหมายได้ตามควรที่ผู้กระทำได้พึงใช้ในสถานการณ์จริง ฉะนั้น การกระทำพลาดพลั้งอาจไม่ถือว่าเป็นการประมาทเสมอไป

คดี Crivon v. Barnet Group Hospital Management Committee, 19 พฤศจิกายน 1958 แม้ว่าจำเลยจะมีความรู้แพทย์น้อยกว่าแพทย์คนอื่น การ วินิจฉัยประมาทหรือไม่ ขึ้นอยู่กับ การวินิจฉัยที่ผิดพลาดนั้น แพทย์ที่มีความชำนาญปกติ จะใช้ความ ระมัดระวังอย่างปกติ อย่่างไรก็ตาม การวินิจฉัยโรคผิดยังไม่ได้หมายความว่า ผู้วินิจฉัยทำไปโดย ปราศจากความชำนาญ (unskiffut) หรือประมาท

คดี Def v. West Midlands Regional Health Authority, 1981 โจทก์นาง Devi อายุ 29 ปี ชาวซิกข์ เข้ารับการผ่าตัดภายในที่โรงพยาบาลจำเลยใน Walsall ศัลยแพทย์ได้จัดการทำหมันให้ โจทก์ เพราะคิดเอาเองว่าคงเป็นประโยชน์แก่โจทก์ และทำไปโดย โจทก์ไม่ให้ความยินยอม การทำหมันทำให้โจทก์ช็อกและผิดหวัง เพราะต้องการจะมีบุตรอีก 2 คน ทำให้โจทก์หมดอารมณ์ทางเพศ

Whitehouse V. Jordan (1981) All E.R. 267

โจทก์ฟ้องสูติแพทย์เรียกค่าเสียหายฐานประมาทเกินเลื่อในการทำคลอดทำให้ทารก ได้รับบาดเจ็บทางสมอง (Brain Danger) จำเลยเห็นว่าการคลอดโดยวิธีธรรมชาติทำไม่ได้ จึงใช้คีม (Forceps) ช่วย ซึ่งเป็นวิธีที่ดีกว่าการผ่าตัด (Caesarean Section)

ศาลชั้นต้น (Trial Judge) เห็นว่าจำเลยดึงแรงเกินไป (Pull too Long and too Hard) ศัลยแพทย์และโรงพยาบาลประมาทเลินเล่อ (Negligent) ตัดสินให้ชดใช้ค่าเสียหาย 100,000 ปอนด์

ศาลอุทธรณ์โดยเสียงข้างมาก (The Court of Appeal, By a Majority) เห็นตรงกันข้ามกับศาลชั้นต้น (Trial Judge) พิพากษากลับยกฟ้อง

ศาลสูงสุด (The House of Lords) เห็นพ้องกับศาลอุทธรณ์ ท่านผู้พิพากษา Lord Russell กล่าวว่า “บางตอนในคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ดูเหมือนจะวางหลักว่าหากแพทย์ตัดสินใจผิดพลาดยังไม่ถือว่าประมาทเลินเล่อ หลักดังกล่าวไม่ถูกต้อง การวินิจฉัยผิดพลาดกับประมาทเลินเล่อเป็นไปด้วยกันได้ไม่ใช่ว่าไม่ได้”

คดี Bolam V. Friern Hospital Management Committee Queen’s Bench (1957) 2 All E.R. 118 โจทก์เป็นผู้ป่วยอาการทางสมอง (Mental Disorder) ได้รับความเจ็บกระดูกเชิงกราน (Pelvis) หักในระหว่างการเข้ารับการรักษาทางกายภาพบำบัด (Therapy Treatment) โดยใช้เครื่อง Electro-Convulsive (E.C.T.) ที่โรงพยาบาลของจำเลยโดยนายแพทย์ Allfrey เป็นผู้ทำการรักษาพยาบาล โจทก์กล่าวหาว่าแพทย์ผู้ให้การรักษาพยาบาลประมาทเลินเล่อ (Negligent) โดย (1) ไม่เตือนโจทก์ก่อนว่ากรักษาด้วยวิธีนี้อาจมีอันตราย (2) ไม่ได้ให้ยาลายกล้ามเนื้อ (Relaxant) ก่อนทำการบำบัดรักษาและ (3) ไม่ได้มีเครื่องหนุนไหล่ คางและหมอนรองหลังจึงเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเจ็บดังกล่าว

ผู้พิพากษา McNair J. ให้ความเห็นทางกฎหมายแก่คณะลูกขุน (Jury) ว่าประมาทเลินเล่อ (Negligent) หมายถึง การไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานที่วิญญูชนในสถานการณ์เช่นนั้นพึงกระทำ ในคดีทั่ว ๆ ไป (Ordinary Case) จะพึงวินิจฉัยโดยดูจากมาตรฐานของคนเดินถนน (Judge It by the Active of the Man in the Street) แต่ในสถานการณ์ที่ต้องการความชำนาญเป็นพิเศษ (Special Skill) ไม่ใช่มาตรฐานอย่างคนในรถเมล์เคลปแฮม⁹² (The Man on the Top of a Clapham Omnibus) เพราะพวกเขาไม่มีความชำนาญเป็นพิเศษเช่นนั้น ในกรณีของแพทย์ความประมาทเลินเล่อ หมายถึง การไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานที่วิญญูชนผู้มีความชำนาญทางการแพทย์พึงปฏิบัติในขณะนั้น (Failure to Act in Accordance with the Standards of Reasonably Competent

⁹² เป็นโวหารที่นักกฎหมายอังกฤษชอบอ้างถึง คือ ไม่มีใครหวังว่าคนโดยสารรถเมล์เคลปแฮมจะมีความชำนาญ เช่น ศัลยแพทย์ ทนายความ คนอุเรื่อ หรือคนกวาดปล่องไฟ เว้นแต่เขาเป็นบุคคลเช่นนั้น แต่ถ้าเขาอ้างว่าเขาเป็นบุคคลดังกล่าว กฎหมายก็เกณฑ์ให้เขามีความชำนาญ เช่น บุคคลที่มีอาชีพนั้น ๆ

ฉะนั้น ถ้ากฎหมายไม่ได้เกณฑ์ให้เขาต้องมีความชำนาญพิเศษ เขาก็เป็นวิญญูชนธรรมดา เขาเป็นคนบนรถเมล์เคลปแฮม เขาไม่ได้มีความกล้าหาญ เช่น Achilles หรือมีปัญญา เช่น Ulysses หรือมีความแข็งแรง เช่น Hercules หรือไม่อาจพยากรณ์ได้เช่นผู้มีตาทิพย์

Medical Men at the Time) จะไม่ถือว่าประมาทเลินเล่อหากปฏิบัติ (Practice) ไปตามมาตรฐานที่ผู้มีความเชี่ยวชาญทางการแพทย์พึงกระทำ แต่ทั้งนี้ไม่หมายรวมถึงผู้ที่ถือคติสอนยาก (Obstinately and Pig Headedly) ที่ยังยึดมั่นกับเทคนิคเก่า ๆ ซึ่งล้าสมัยไปแล้ว

ผู้พิพากษา McNair J. กล่าวแก่คณะลูกขุนว่าลองใคร่ครวญดูเถิดว่าเมื่อวิธีการรักษาผู้ป่วยทางจิตผู้มีความคิดอย่างแรงกล้าว่าวิธีเดียวที่จะใช้รักษาคือวิธี E.C.T. แพทย์ผู้นำการรักษาไม่อาจจะวิพากษ์วิจารณ์การรักษาที่เขาเชื่อว่าอาจมีอันตรายเพียงน้อยนิด เหตุการณ์นี้เกิดขึ้นระหว่างการปฏิบัติงานของ Allfrey จำเลย พวกท่าน (ลูกขุน) ต้องตัดสินใจว่าจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังในวิชาชีพแล้วหรือไม่ ในการใช้สิ่งระงับอารมณ์ (Restraint) จำเลยกล่าวว่าในระหว่างที่เขาศึกษามีแนวความคิดบางสำนักศึกษาที่ส่งเสริมการใช้ Restraint เหมือนกัน แต่เขาเห็นในทางตรงกันข้าม เขาได้รับการศึกษาอบรมมาด้วยว่าไม่จำเป็นต้องใช้ Restraint ก็ได้ฉะนั้นเขาจึงไม่ใช้ เมื่อจำเลยมาประจำที่โรงพยาบาล Friern เขาก็พบวิธีปฏิบัติเช่นที่เขาเห็นชอบด้วย นายแพทย์ Marshall แห่ง Netherne และนายแพทย์ Baker แห่ง Banstead ก็ปฏิบัติเช่นเดียวกันมีผู้ที่ปฏิบัติแตกต่างออกไปบ้างเหมือนกัน คือ นายแพทย์ Page แห่ง The Three Counties Mental Institution ใช้วิธีปฏิบัติโดยให้ผู้ป่วยนอนอยู่บนเตียงมีผ้าห่มคลุม ปัญหาที่พวกท่าน (ลูกขุน) จะต้องพิจารณาอยู่ที่ว่าวิธีการรักษาของจำเลยใช้ไม่ได้ (Condemnation) หรือไม่ หลังจากปรึกษาหารือกันประมาณ 40 นาที ลูกขุนมีความเห็นว่า จำเลยไม่ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ

คดี Akerele v. R (1943)

เป็นคดีที่แพทย์ในประเทศไนจีเรียทำการรักษาพยาบาลเด็กจำนวน 57 คนซึ่งป่วยเป็นโรคคุดทะราด (Yaws) โดยแพทย์ได้ฉีดยา sobita ซึ่งประกอบไปด้วย Sodium, bismuth และ tartrate ผลปรากฏว่ามีเด็กตายไป 10 คน คดีนี้ศาลชั้นต้นเห็นว่าจำเลยประมาทเพราะได้เตรียมยาซึ่งมีส่วนผสมของ Sodium แรงเกินไปทำให้เด็กตายเพราะ bismuth เป็นพิษ ศาลจึงพิพากษาให้จำคุกจำเลยและให้จำเลยทำงานหนัก

แต่อย่างไรก็ตามคดีนี้ศาล Privy Council มีความเห็นว่าลำพังแต่เพียงการที่แพทย์ผสมยา sobita แรงเกินไปนั้นยังไม่ถือว่าเป็นความประมาททางอาญา ส่วนผลที่เกิดขึ้นตามมาคือเด็กตายไป 10 คนก็ยังไม่ทำให้การขาดความระมัดระวังในกรณีดังกล่าวถึงกับเป็นความประมาทเลินเล่อในทางอาญาไปได้⁹³

ข้อสังเกต แม้คดีนี้จะเป็นการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในประเทศไนจีเรีย แต่เนื่องจากศาล Privy Council นั้นมีเขตอำนาจพิจารณาคดีที่อุทธรณ์มาจากศาลอังกฤษในประเทศ

⁹³ประทีป อ่าววิจิตรกุล, ฟ้องแพทย์ (Doctors at Law), (กรุงเทพมหานคร: Pholsiam Printing and Publishing (Thailand) Limited Partnership, 2546), น.91.

อาณานิคมด้วย คดีดังกล่าวจึงขึ้นศาลอังกฤษ และศาลได้วินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงเพียงแค่ว่าแพทย์ผสมยาแรงเกินไปจนทำให้เด็กตายไป 10 คนนั้นยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทในระดับที่จะเป็นความผิดทางอาญาได้แม้จะเกิดจากความไม่ระมัดระวังก็ตาม

คดี R v. Sargent (1990)

เป็นคดีที่นายแพทย์ Norman Sargent ซึ่งทำหน้าที่เป็นวิสัญญีแพทย์ทำการรักษาผู้ป่วยซึ่งเป็นหญิงวัย 55 ปี ซึ่งเข้ามารับการผ่าตัดคลองเสียง คดีนี้ในระหว่างทำการรักษาพยาบาลผู้ป่วย นายแพทย์ Sargent ได้ใส่หลอดออกซิเจนในคอของผู้ป่วยแล้วปล่อยออกซิเจนในถังปริมาณถึง 1,020 ลิตร เข้าไปในตัวผู้ป่วย ผู้ป่วยจึงถึงแก่ความตาย ซึ่งศาลพิพากษาจำคุกนายแพทย์ Sargent ในความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (Manslaughter)⁹⁴

คดี R v. Stuart (1995)

คดีนี้จำเลยเป็นทันตแพทย์ ผู้ตายเป็นหญิงชราที่มีโรคประจำตัวคือโรคชักกระตุกและโรคหัวใจได้เข้ามาให้จำเลยถอนฟัน 28 ซี่ ผู้ตายบอกจำเลยว่าตนรู้สึกกลัวจำเลยจึงฉีดยาแก้ปวด Lignocaine ให้เป็น 4 เท่า และยา meprivocaine อีกจำนวนมากจนทำให้ผู้ตายชัก จำเลยตามรถพยาบาลมาแล้วช่วยให้ออกซิเจน เมื่อรถพยาบาลมาก็พยายามปั๊มหัวใจแต่ผู้ตายถึงแก่ความตาย จำเลยถูกศาลพิพากษาจำคุก 9 เดือนในข้อหาฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter) และถูก General Dental Council ลบชื่อออกจากทะเบียนด้วย⁹⁵

ข้อสังเกต คดีนี้ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดทางอาญาเนื่องจากกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเพราะการให้ยาที่สูงเกินขนาดทั้งที่ผู้ป่วยมีโรคประจำตัวคือโรคชักกระตุกและโรคหัวใจ การที่จำเลยไม่ใส่ใจถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวแต่ให้ยาแก่ผู้ตายเป็นจำนวนมากถือว่าไม่ได้ใช้ความระมัดระวังที่เหมาะสมอันถึงระดับที่เป็นความผิดทางอาญาแล้ว

3.2 กฎหมายสหรัฐอเมริกากรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท

3.2.1 ระบบการให้บริการทางการแพทย์ของสหรัฐอเมริกา

ระบบบริการทางการแพทย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่าในด้านหนึ่งจะได้ชื่อว่าเป็นระบบที่มีความทันสมัยที่สุดในโลกด้วยความก้าวหน้าของวิชาการทางการแพทย์และเทคโนโลยีสมัยใหม่ แต่อีกด้านหนึ่งกลับถูกมองว่าเป็นระบบที่ขาดประสิทธิภาพ ไม่เป็นธรรม และแพงที่สุดในโลก สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศพัฒนาแล้วประเทศเดียวในโลก (ยกเว้นแอฟริกาใต้) ที่ไม่มีระบบประกันสุขภาพโดยรัฐ หรือไม่มีระบบบริการสุขภาพแห่งชาติที่ดำเนินการโดยรัฐบาลกลาง

⁹⁴ เพิ่มอ้าง, น.52.

⁹⁵ เพิ่มอ้าง, น.53.

สถานพยาบาลในสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่เป็นของเอกชนและบริหารโดยเอกชน แม้ว่าจะไม่มีระบบประกันสุขภาพของรัฐเพื่อคนส่วนใหญ่ แต่สหรัฐอเมริกาก็มีค่าใช้จ่ายสุขภาพ (Health expenditure) สูงเป็นอันดับสามของโลก คนอเมริกันมีค่าใช้จ่ายสุขภาพต่อหัวมากกว่าคนในประเทศอื่น และมีสัดส่วนค่าใช้จ่ายสุขภาพต่อ GDP ที่สูงกว่าเกือบทุกประเทศในโลก พร้อม ๆ กับที่มีคนอเมริกันเกือบ 50 ล้านคน ที่เข้าไม่ถึงบริการสุขภาพ

ระบบบริการสุขภาพของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นระบบที่มีค่าบริหารจัดการ (administrative cost) สูงกว่าทุกประเทศ ทำให้บริษัทประกันเข้ามามีบทบาทสำคัญในการให้บริการของผู้ป่วย โดยการให้บริการทุกครั้งต้องผ่านการตกลงค่าใช้จ่ายระหว่างสถานพยาบาลกับบริษัทที่รับประกัน ความขัดแย้งหรือความล่าช้าในการต่อรองหาข้อตกลง ทำให้เกิดปัญหาการเข้าถึงบริการสุขภาพ ค่าใช้จ่ายที่ผู้อุปประกันต้องจ่ายเพิ่ม หรือถูกปฏิเสธการให้บริการสุขภาพเพราะอยู่นอกการคุ้มครองของประกัน ทำให้เกิดปัญหาความไม่พึงพอใจต่อระบบบริการตามมา

สำหรับประชาชนที่มีประกันสุขภาพ ส่วนใหญ่เป็นการประกันโดยนายจ้าง (Employer-based) โดยคนอเมริกันราวร้อยละ 59.3 อยู่ภายใต้ระบบประกันที่จัดให้โดยนายจ้าง ในลักษณะของการประกันกลุ่มที่มีลูกจ้างร่วมจ่าย มีคนอเมริกันเพียงร้อยละ 9 ที่ทำประกันสุขภาพผ่านบริษัทประกันเอกชน

สำหรับหลักประกันสุขภาพที่ดำเนินการโดยรัฐบาลที่เรียกว่าโครงการ Medicaid คือโครงการจัดบริการสุขภาพสำหรับคนจนและผู้มีรายได้น้อย และ Medicare คือระบบประกันสุขภาพสำหรับผู้สูงอายุชาวอเมริกัน นั้นครอบคลุมประชากรร้อยละ 27.8 หรือ 83 ล้านคน ซึ่งส่วนใหญ่คือ คนชรา ผู้พิการ เด็ก ทหารผ่านศึก และคนจน ขณะที่ระบบประกันสุขภาพอื่นๆ ที่จัดให้กับกลุ่มเป้าหมายเฉพาะ เช่น TRICARE Children's Health Insurance และ Veterans Health Administration เป็นต้น

เมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2010 รัฐบาลของประธานาธิบดี บารัค โอบามา ได้ออกกฎหมายสำคัญฉบับหนึ่ง คือ Affordable Care Act ที่มีเป้าหมายเพื่อการปฏิรูประบบการประกันสุขภาพ โดยให้บริษัทประกันถูกควบคุมมากขึ้น ลดค่าใช้จ่ายสุขภาพ เพิ่มความครอบคลุมและยกระดับคุณภาพบริการสำหรับคนอเมริกัน โดยจะมีการทุ่มงบประมาณกว่า 900,000 ล้านดอลลาร์ ในช่วง 10 ปีต่อไป เพื่อขยายระบบบริการสุขภาพให้ครอบคลุมชาวอเมริกัน อีกราว 32 ล้านคน

3.2.2 ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายอาญา

ในอดีตนั้นศาลสหรัฐอเมริกายังไม่ยอมรับว่าความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter) นั้นสามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำโดยประมาท (Negligence) จึงอาจเกิดกรณีที่บุคคลกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายแต่ไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา

ขึ้นเพราะศาลสหรัฐอเมริกาเชื่อว่าเป็นการทำให้คนตายโดยไม่รู้ (Innocent Homicide) และเป็นการทำให้คนตายโดยอุบัติเหตุและโชคร้าย (Accident and Misfortune) ในระยะแรกศาลสหรัฐอเมริกาจึงมีความเห็นว่าการฆาตกรรมที่มีระดับต่ำกว่าการทำให้คนตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter) ซึ่งรวมถึงการทำให้คนตายโดยประมาทด้วยนั้น ไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งรวมถึงความรับผิดชอบทางอาญาจากการรักษาของแพทย์ด้วย

แต่ต่อมาศาลสหรัฐอเมริกาเริ่มมีความเห็นว่ามันคงจะเป็นเรื่องที่แปลกประหลาดมากหากจะยอมให้บุคคลใดกระทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท (Negligence) แต่กลับไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา ศาลสหรัฐอเมริกาจึงได้เปลี่ยนความเห็นมากำหนดว่าการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter) นั้นสามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำโดยประมาทและมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนระหว่างการกระทำโดยประมาทเลินเล่อทางแพ่ง (Simple or Ordinary Negligence) กับการกระทำโดยประมาททางอาญา (Culpable Negligence) ศาลสหรัฐอเมริกาจึงต้องกำหนดให้มีบางสิ่งพิเศษ (Something Extra) ขึ้นเพื่อใช้กับความประมาททางอาญาที่จำเป็นจะต้องมีบางสิ่งพิเศษ (Something Extra) มากกว่าความประมาทเลินเล่อทางแพ่ง ดังต่อไปนี้⁹⁶

ก) การกระทำของจำเลยจะต้องเป็นการเสี่ยงที่จะทำให้ผู้อื่นเกิดภัยอันตรายหรือเกิดความเสียหายมากกว่ากระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ (Tort Negligence) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการกระทำโดยประมาททางอาญาจะต้องมี “ความประมาทในระดับที่สูง” (High Degree of Negligence) มากกว่า “ความประมาทเลินเล่อทางแพ่ง (Simple or Ordinary Negligence) หรือ

ข) การกระทำโดยประมาททางอาญา จำเลยจะต้องตระหนักรู้ (Realize) ถึงภัยอันตรายที่เขาก่อขึ้นโดยรู้ตัว (Consciously) ซึ่งการตระหนักรู้ (Realization) ถึงภัยอันตรายที่เขาก่อขึ้นโดยรู้ตัวนั้นไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในกรณีของความประมาทเลินเล่อทางแพ่ง (Simple or Ordinary Negligence) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ความแตกต่างระหว่างความประมาทเลินเล่อทางแพ่ง (Simple or Ordinary Negligence) กับการประมาททางอาญา (Criminal Negligence) คือ ความประมาทเลินเล่อทางแพ่งเป็นความผิดในทางภาวะวิสัย (Objective Fault) ส่วนความประมาททางอาญาเป็นความผิดในทางอัตวิสัย (Subjective Fault) หรือ

ค) การกระทำโดยประมาททางอาญานั้นในบางกรณีอาจจำเป็นต้องมีทั้ง ก) การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงมากกว่าที่กำหนดไว้สำหรับความประมาทเลินเล่อทางแพ่ง (Simple or Ordinary Negligence) และ ข) การรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลย (Subjective Awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อภัยอันตรายเช่นนั้น

⁹⁶Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, 4th ed. (St. Paul, Minn: West, 2003), p. 216.

เมื่อศาลสหรัฐอเมริกาได้เปลี่ยนแปลงความเห็น โดยกำหนดให้การกระทำโดยประมาทที่มีบางสิ่งพิเศษ (Something Extra) มากกว่าความประมาทเดินเล่อทางแพ่ง อาทิเช่น การกระทำของจำเลยจะต้องเป็นการเสี่ยงที่จะทำให้ผู้อื่นเกิดอันตรายหรือเกิดความเสียหายมากกว่ากระทำละเมิดโดยประมาทเดินเล่อ (Tort Negligence) หรือ จำเลยจะต้องตระหนักรู้ (Realize) ถึงอันตรายที่เขาก่อขึ้น โดยรู้ตัว (Consciously) อย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างรวมกันเป็นความผิดอาญาดังนั้น ความรับผิดทางอาญาของแพทย์ในสหรัฐอเมริกาก็ย่อมต้องถูกพิจารณาภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวด้วยเช่นกัน

1) โครงสร้างความรับผิดทางอาญา

ในการพิจารณาโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของสหรัฐอเมริกานั้นต้องพิจารณาไปตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่นเดียวกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของอังกฤษ กล่าวคือ สิ่งแรกที่ต้องพิจารณาคือส่วนที่เป็น “Actus Reus” ว่ามีการกระทำและการกระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดหรือไม่ และเมื่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดจึงจะไปพิจารณาในส่วนของสภาวะทางจิตใจ (The Mental State) ซึ่งก็คือ “Men Rea” ว่าผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนา (Intention) หรือประมาทโดยจงใจ (Recklessness) หรือไม่ หรือเป็นแต่เพียงการกระทำโดยประมาทธรรมดา (Negligence) หรือมีสภาวะทางจิตที่พลั้งเผลออันไม่อาจตำหนิได้ (Blameless Inadvertent) เท่านั้น

2) การกระทำโดยประมาทของแพทย์

แต่เดิมประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์อย่างเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาได้มองข้ามความแตกต่างระหว่างความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) และความประมาทธรรมดา (Negligence) ในบางครั้งมีการใช้คำว่า “reckless” หรือ “recklessly” ในการแสดงแนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับความประมาททางอาญา (Criminal Negligence)

แต่ในปัจจุบันกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับว่ามีความแตกต่างกันระหว่างความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) กับความประมาทธรรมดา (Negligence) ซึ่งเป็นไปตามแนวความคิดของแกรนวิลล์ วิลเลียม (Granville Williams) นักกฎหมายชาวอังกฤษผู้มีชื่อเสียงที่ได้แยกความแตกต่างระหว่าง “ประมาทโดยรู้ตัว” (Advertent Negligence) กับ “ประมาทโดยไม่รู้ตัว” (Inadvertent Negligence) โดยอธิบายว่าความแตกต่างนี้ขึ้นอยู่กับการที่ผู้กระทำรู้ตัว (Aware) หรือไม่รู้ตัว (Unaware) ถึงการเสี่ยงต่ออันตรายที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable Risk) ซึ่งผู้กระทำได้ก่อขึ้น และเขาอธิบายเพิ่มเติมว่าความประมาทโดยรู้ตัว (Advertent Negligence) คือ ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) นั่นเอง

ในขณะที่ศาสตราจารย์ฮอลล์ (Hall) นักกฎหมายชาวอังกฤษอีกท่านหนึ่งมีความเห็นว่า “ความประมาทโดยจงใจ” (Recklessness) และ “ความประมาทธรรมดา” (Negligence) คำสองคำนี้ ต้องแยกออกจากกัน และเขากล่าวว่า “ไม่มีระดับของความประมาทธรรมดาที่จะถึงขั้นที่จะเป็น ความประมาทโดยจงใจ”

ซึ่งนักกฎหมายทั้งสองท่านมีความเห็นที่ตรงกันว่าการรู้ตัว (Awareness) ถึงการเสี่ยงต่อ ภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable risk) จำเป็นสำหรับ “ความประมาทโดยจงใจ” (Recklessness) นอกจากนี้ “ความประมาทโดยจงใจ” (Recklessness) และ “ความประมาทธรรมดา” (Negligence) ยังมีแนวความคิดที่แตกต่างกันเกี่ยวกับเจตนาร้าย (Mens Rea) จึงจำเป็นที่จะต้องมีบท นิยามที่แตกต่างกันเกี่ยวกับคำว่า “ความประมาทโดยจงใจ” (Recklessness) และ “ความประมาท ธรรมดา” (Negligence)⁹⁷

การกระทำทุรเวชปฏิบัติโดยประมาทของแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงต้อง พิจารณาไปตามการกระทำโดยประมาทในทางอาญา (Criminal Negligence) ว่าเป็นการกระทำ ซึ่งอยู่ต่ำกว่ามาตรฐานที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้อื่นให้พ้นจากการเสี่ยงต่ออันตรายโดย ไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable Risk) ยกเว้นการกระทำที่เพิกเฉยต่อผลประโยชน์ของบุคคล อื่นโดยเจตนา (Intention) หรือขาดความยับยั้งและอย่างจงใจ (Wanton) ซึ่งเป็นมาตรฐานที่กฎหมาย บัญญัติขึ้นเพื่อรับรองและคุ้มครองผู้อื่นให้พ้นจากการเสี่ยงต่ออันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable Risk) อันเป็นมาตรฐานของการกระทำ (Standard of Conduct) ซึ่งทุกคนจะต้อง ปฏิบัติตามเพื่อหลีกเลี่ยงความประมาท

อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาการกระทำโดยประมาททางอาญา (Criminal Negligence) ก็ไม่ได้มีเพียงความหมายเดียว ในหลายกรณีการกระทำโดยประมาทยัง หมายถึงการกระทำที่เบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานความระมัดระวัง (Standard of Care) ซึ่งกฎหมายต้องการจากปัจเจกบุคคล (Individual) และบ่อยครั้งที่ศาลสหรัฐอเมริกาได้อธิบายการ กระทำโดยประมาททางอาญาไว้ว่าเป็นความประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence) หรือการ กระทำโดยประมาทที่ต้องมีความรับผิดชอบ (Culpable Negligence) ในขณะที่บางศาลในสหรัฐอเมริกา ได้อธิบายว่าบุคคลที่กระทำโดยประมาททางอาญาคือ บุคคลผู้ซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่ออันตรายที่ ไม่สมควรต่อผู้อื่น (Unjustified Risk of Harm to Others)

ในปัจจุบันกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงแบ่งแยกความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) กับความประมาทธรรมดา (Negligence) ออกจากกันเช่นเดียวกับกฎหมายอาญาของ

⁹⁷ ศันว์วรรณ สิริพรหมเจริญ, “มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท,” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.34-41.

ประเทศอังกฤษ ดังจะเห็นได้จากกรณีที่สถาบันกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (The American Law Institute) ได้ให้บทนิยามความหมายของคำว่า “ความประมาทโดยจงใจ” (Recklessness) กับ “ความประมาทธรรมดา” (Negligence) ไว้ใน Model Penal Code โดยแยกบทนิยามความหมายของคำทั้งสองออกจากกันดังนี้

(1) ความประมาทธรรมดา (Negligence) ใน Model Penal Code Section 2.02 (d) ได้ให้บทนิยามของคำว่า “ความประมาทธรรมดา” (Negligence) ไว้ดังนี้ (d) ประมาทธรรมดา (Negligence) การกระทำของบุคคลจะเป็นความประมาทธรรมดาก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นควรที่จะใช้ความระมัดระวังในการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ไม่สมควรซึ่งเกิดจากการกระทำของเขา การเสี่ยงต่อภัยอันตรายดังกล่าวต้องมีลักษณะและระดับที่ผู้กระทำเพิกเฉยที่จะรู้ถึงการเสี่ยงนั้น โดยพิจารณาจากลักษณะและวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้น ๆ ตลอดจนพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่ผู้กระทำรู้รวมถึงการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานความระมัดระวังที่วิญญูชน (Reasonable Person) พึงจะปฏิบัติในสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ”⁹⁸ จากบทนิยามดังกล่าว ความประมาทธรรมดา (Negligence) จึงหมายถึง การกระทำใด ๆ ของผู้กระทำที่เป็นความเสี่ยงต่อภัยอันตรายอันไม่สมควรซึ่งเกิดจากการที่ผู้กระทำละเลยที่จะรับรู้ถึงความเสี่ยงนั้น และเป็นการกระทำที่เบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงออกจากมาตรฐานความระมัดระวังซึ่งวิญญูชน (Reasonable Person) พึงจะปฏิบัติในสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ หรืออาจกล่าวได้ว่าประมาทธรรมดาคือเป็นการกระทำใดซึ่งอยู่ต่ำกว่ามาตรฐานที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้อื่นให้พ้นจากการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุอันสมควร⁹⁹

ดังนั้น หากนำความหมายของคำว่า “ประมาทธรรมดา” (Negligence) ตามที่กำหนดไว้ใน Model Penal Code Section 2.02 (d) แยกออกเป็นองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ ดังนี้¹⁰⁰

ก) การแสดงถึงระดับของความเสี่ยงต่อภัยอันตรายซึ่งผู้กระทำได้ก่อขึ้นองค์ประกอบที่สำคัญสำหรับความประมาทธรรมดา (Negligence) คือ จะต้องมีการแสดงถึงระดับของความเสี่ยงต่อภัยอันตรายซึ่งผู้กระทำได้ก่อขึ้นซึ่งจะต้องเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงมากกว่าการ

⁹⁸Section 2.02 (d) Negligence “A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that actor’s failure to perceive it. Considering the nature and purpose of his conduct and circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor’s situation.”.

⁹⁹Negligence is any conduct, except conduct intentionally or recklessly disregardful of an interest of others, which falls below the standard established by law for the protection of other against unreasonable risk of harm.

¹⁰⁰LaFave, *supra* note 96, pp. 262-263.

กระทำโดยประมาทในทางแพ่งเพื่อแสดงให้เห็นถึง “ความประมาทในระดับที่สูง” (High Degree of Negligence) ของผู้กระทำโดยระดับของการเสี่ยงต่อภัยอันตรายซึ่งกฎหมายต้องการสำหรับความประมาทธรรมดา (Negligence) ก็คือ “การเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable Risk) ซึ่งหมายถึง การก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะเสี่ยงหรือการไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะทำการเสี่ยงเช่นนั้น ซึ่งการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable Risk) เป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ไม่ได้รับการยอมรับทางสังคม โดยการพิจารณาว่าการกระทำที่เป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายของผู้กระทำเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือไม่นั้นจะต้องขึ้นอยู่กับประโยชน์ในทางสังคม (Social Utility) ที่จะได้รับการกระทำของผู้กระทำระดับของการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายของผู้กระทำ ความรู้เกี่ยวกับพฤติกรรมแวดล้อมของผู้กระทำ และลักษณะและขอบเขตของภัยอันตรายที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำของผู้กระทำตามที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้น นอกจากนี้การเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable Risk) ยังต้องมีลักษณะที่เป็น “การเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานความระมัดระวังซึ่งวิญญูชนพึงคาดเห็นได้ในสถานการณ์ของผู้กระทำ” และบางครั้งอาจกล่าวได้ว่าการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรง หมายถึง การเบี่ยงเบนซึ่งสำคัญมากกว่าการขาดความระมัดระวังอย่างธรรมดา (Ordinary Care)¹⁰¹

ข) การวัดระดับของการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยใช้มาตรฐานในทางภาวะวิสัย (Objective Standard) กล่าวคือ ผู้กระทำควรที่จะต้องรู้ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable Risk) แม้ว่าผู้กระทำจะไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าการกระทำของเขาก่อให้เกิดภัยอันตรายเช่นนั้นขึ้น ถ้าหากว่าวิญญูชน (Reasonable Man) ควรที่จะต้องรู้ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรนั้น มาตรฐานในทางภาวะวิสัย (Objective Standard) นั้นอาจเรียกอีกชื่อหนึ่งว่ามาตรฐานวิญญูชน (Reasonable Man Standard) ดังนั้น ความประมาทธรรมดาจะถูกรวมกรอบในรูปของมาตรฐานในทางภาวะวิสัย (Objective Standard) (ในบางครั้งเรียกว่ามาตรฐานภายนอก (External Standard) มากกว่าในรูปของมาตรฐานในทางอัตวิสัย (Subjective Standard)¹⁰² และด้วยเหตุนี้ความประมาทธรรมดา (Negligence) จึงเป็นความผิดในทางภาวะวิสัย (Objective Fault)

¹⁰¹LaFave, Ibid., p. 265.

¹⁰²Ibid., p.264.

(2) ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ใน Model Penal Code Section 2.02 (c) ให้ความนิยาม “ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ไว้ดังนี้¹⁰³(c) ประมาทโดยจงใจ (Recklessness) การกระทำของบุคคลจะเป็นความประมาทโดยจงใจก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นเพิกเฉยต่อการเสี่ยงต่อภัยอันตรายซึ่งได้กระทำลงโดยรู้ตัว และการเสี่ยงเช่นนี้เป็นความเสี่ยงภัยอันตรายโดยไม่สมควร ซึ่งเกิดจากการกระทำของเขา การเสี่ยงต่อภัยอันตรายนี้ต้องมีลักษณะและระดับของการเสี่ยง โดยพิจารณาจากลักษณะและวัตถุประสงค์ของการกระทำของผู้กระทำ ตลอดจนพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่ผู้กระทำรู้ การเพิกเฉยต่อการเสี่ยงนี้รวมถึงการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานการกระทำของบุคคลซึ่งเคารพต่อกฎหมาย (บุคคลทั่วไป) (Law Abiding Person) พึงจะปฏิบัติในสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ จากบทนิยามดังกล่าว ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) เป็นการกระทำที่เพิกเฉยต่อการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายโดยรู้ตัว กล่าวคือ ผู้กระทำได้กระทำโดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายขึ้นแต่ก็ยังขึ้นทำลง หรืออาจจะกล่าวได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่ใส่ใจต่อผลที่จะเกิดขึ้นและเป็นการสร้างภาพแห่งการเสี่ยงให้เกิดขึ้นโดยคาดหมายได้ กล่าวคือผู้กระทำได้มองเห็นผลที่อาจจะเกิดขึ้นได้อย่างกลาง ๆ และผู้กระทำก็ได้เลือกที่จะทำให้อากาศที่จะเกิดเหตุร้ายขึ้นนั้นมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น นอกจากจะต้องเป็นการกระทำโดยขาดความระมัดระวัง (Carelessness) หรือเพิกเฉย (Disregard) ต่อภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อบุคคลอื่นแล้วยังจะต้องปรากฏว่าผู้กระทำยังขึ้นกระทำลงโดยคิดว่าคงสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดภัยอันตรายเช่นนั้นได้ด้วย

ดังนั้น หากนำความหมายของคำว่า “ความประมาทโดยจงใจ” (Recklessly) ตามที่กำหนดไว้ใน Model Penal Code Section 2.02 (c) แยกออกเป็นองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ ดังนี้

ก) การกระทำซึ่งก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงมากขึ้น ในการพิพากษาตัดสินคดีเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทในทางอาญาของศาลนั้นในบางครั้งศาลได้อธิบายถึงการกระทำความผิดอาญาโดยประมาทโดยใช้คำว่า “ร้ายแรง” (Gross) หรือคำว่า “การเพิกเฉยต่อความปลอดภัยของบุคคลอื่นโดยจงใจและขาดการยับยั้ง” (Willful and Wanton Disregard of The Safety of Others) หรือคำว่า การกระทำอย่าง “ประมาทโดยจงใจ” (Recklessness) ซึ่งบ่อยครั้งที่ไม่มีคำชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าคำเหล่านี้หมายถึงอะไร แต่มีลักษณะเป็นการแสดงให้เห็นว่าความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องการทำให้คนตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter)

¹⁰³Section 2.02 (c) Recklessly “A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor’s conduct and circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor’s situation.”.

ที่ต้องการบางสิ่งทีมากกว่าการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ (Tort Negligence) แต่การสร้างคำเหล่านี้ขึ้นมาขึ้นมาก่อนทำให้เกิดความไม่ชัดเจน (Hazy) ว่าอะไรคือบางสิ่งซึ่งพิเศษนั้น บางสิ่งนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับความประมาทธรรมดา (Negligence) หรือการขาดความระมัดระวัง (Carelessness) เท่านั้น แต่ขึ้นอยู่กับระดับของความประมาท (Degree of Carelessness) ซึ่งถูกกำหนดว่าจะต้อง “ร้ายแรง” (Gross) บางสิ่งที่พิเศษซึ่งจำเป็นจะต้องมีสำหรับประมาทโดยจงใจ คือ การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงมากขึ้น ซึ่งก็คือ การเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable Risk) เช่นเดียวกับการกระทำโดยความประมาทธรรมดา (บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทในทางอาญากำหนดให้การเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายสำหรับความประมาทโดยจงใจต้องมีระดับของการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่สูงกว่าการเสี่ยงภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable Risk)) การกระทำของจำเลยที่เป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายในระดับที่สูงนั้นเป็นการแสดงให้เห็นถึง “ความไม่เอาใจใส่” (Indifference) หรือ “การเพิกเฉย” (Disregard) ต่อผลที่ตามมา¹⁰⁴

ข) การรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลย (Subjective Awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตราย ตามที่ได้อธิบายไว้แล้วว่าความรับผิดชอบเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทในทางอาญานั้นจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดให้มากกว่าความประมาทในทางแพ่งซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดที่จำเป็นจะต้องมีได้แก่ (1) การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงมากขึ้น หรือ (2) การรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลย (Subjective Awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตราย หรือทั้งสองอย่างรวมกัน ซึ่งความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) นั้นนอกจากจะต้องมีการกระทำที่เป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายในระดับที่สูงแล้วยังจะต้องมีการรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลย (Subjective Awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเช่นนั้นด้วย กล่าวคือ องค์ประกอบในเรื่องของการรู้ตัว (Awareness) ถึงการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable risk) นั้นเป็นองค์ประกอบที่สำคัญสำหรับ “ความประมาทโดยจงใจ” (Recklessness) และเป็นองค์ประกอบที่ทำให้ความประมาทโดยจงใจแตกต่างกับความประมาทธรรมดา (Negligence) โดยหากผู้กระทำรู้ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่เขาได้ก่อขึ้นแล้วเพิกเฉยต่อการเสี่ยงต่อภัยอันตรายนั้น โดยรู้ตัว (Aware) ต้องถือว่าผู้กระทำได้กระทำโดยความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) แม้ว่าผู้กระทำอาจคาดหวังว่าจะไม่มีอันตรายเกิดขึ้นก็ตาม แต่ถ้าหากผู้กระทำไม่รู้ตัว (Unaware) ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายนั้นแต่ภายใต้พฤติการณ์เช่นนั้นผู้กระทำควรที่จะรู้ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตราย การกระทำของผู้กระทำก็จะเป็นความประมาทธรรมดา

¹⁰⁴LaFave, *supra* note 96, pp.262-265.

(Negligence) เมื่อความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) มีองค์ประกอบที่สำคัญ คือ การรู้ตัว (Awareness) ซึ่งไม่มีอยู่ในความประมาทธรรมดา (Negligence) จึงหมายความว่าความประมาทโดยจงใจและความประมาทธรรมดาคะรวมกันไม่ได้ถึงแม้ว่าความประมาทธรรมดา (Negligence) จะมีความรุนแรงเพียงใด ก็ไม่สามารถที่จะเป็นความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ได้

เมื่อสภานิติบัญญัติและศาล (Legislatures and Courts) ได้เริ่มนำเอาหลักเกณฑ์ ความประมาทธรรมดา (Negligence) และความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาและตัดสินคดีโดยมีรายละเอียด ดังนี้

ก) การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงมากขึ้น การกระทำโดยประมาทที่มีความรับผิดชอบทางอาญานั้นจะต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญ คือ การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงมากกว่าการกระทำละเมิดโดยประมาทเดินเลื้อ (Tort Negligence) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การกระทำโดยประมาทในทางอาญาจะต้องมี “ความประมาทในระดับที่สูง” (High Degree of Negligence) มากกว่าความประมาทในทางแพ่ง (Simple or Ordinary Negligence) ซึ่งการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงที่นำมาเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญของการกระทำโดยประมาทในทางอาญา (Criminal Negligence) นั่นก็คือ “การเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร” (Unreasonable Risk or Unjustifiable Risk) ซึ่งหมายความว่า การเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อผู้อื่น (ไม่ว่าต่อบุคคลหรือต่อทรัพย์สิน) โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะเสี่ยงหรือการไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะทำการเสี่ยงเช่นนั้น “การเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร” (Unreasonable Risk) นั้นเป็นถ้อยคำซึ่งพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่าเราทุกคนย่อมก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อผู้อื่นในการดำเนินชีวิตประจำวันของเราได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบการกระทำโดยประมาท (Negligence) ทั้งนี้เนื่องจากการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเกี่ยวข้องกับรูปแบบของการกระทำ การกระทำที่ได้รับการยอมรับทางสังคม (Socially Acceptable Conduct) ไม่อาจถูกจำกัดไว้เพียงการกระทำที่ไม่เกี่ยวข้องกับการยอมรับทางสังคมออกจากการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่เป็นเหตุการณ์ธรรมดาที่สังคมยอมรับได้ ซึ่งการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ไม่ได้รับการยอมรับทางสังคมนั้นเป็นเรื่องไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable)

นอกจากประโยชน์ที่จะได้รับจากการกระทำของผู้กระทำแล้ว ปัจจัยที่เป็นตัวแปรอีกปัจจัยหนึ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับปัญหาในเรื่องการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable) คือ ความรู้เกี่ยวกับข้อเท็จจริง ซึ่งส่งผลต่อการเสี่ยงภัยอันตรายของผู้กระทำ บุคคลอาจหรือไม่อาจก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable risk) แก่บุคคลอื่นโดยขึ้นอยู่กับสิ่งที่เขาารู้ (Knows) นอกจากนั้นยังคงมีตัวแปรอีกตัวแปรหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งก็คือ ลักษณะและ

ขอบเขตของภัยอันตราย (The Nature and Extent of The Harm) ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการกระทำของจำเลยและเป็นเหตุให้บุคคลจำนวนมากได้รับอันตราย กล่าวคือ อาจมีเหตุผลอันสมควรภายใต้พฤติการณ์บางอย่าง (Some Circumstances) ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน แม้ว่าจะไม่มีความผิดอันสมควร (Unreasonable) ภายใต้พฤติการณ์อย่างเดียวกันที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคล อาจมีเหตุผลอันสมควรภายใต้พฤติการณ์บางอย่างที่ทำให้บุคคลได้รับอันตรายเพียงเล็กน้อยแม้ว่าจะไม่มีเหตุผลอันสมควรภายใต้พฤติการณ์อย่างเดียวกันที่จะทำให้บุคคลได้รับอันตรายจากการบาดเจ็บทางร่างกายหรือถึงแก่ความตาย แม้ว่าอาจไม่มีเหตุผลอันสมควรภายใต้พฤติการณ์อย่างเดียวกันที่จะทำให้บุคคลจำนวนมากเป็นอันตราย

สิ่งเหล่านี้ชี้ให้เห็นว่าทำไมเราไม่สามารถที่จะวัด (Measure) ระดับของการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่จำเป็นสำหรับความผิดทางอาญาโดยใช้ความเป็นไปได้ของโอกาสที่จะเกิดอันตราย (จำนวนร้อยละของโอกาสที่จะเกิดอันตราย) เพราะความเป็นไปได้ของโอกาสที่จะเกิดอันตรายต่อผู้อื่น (จำนวนร้อยละของโอกาสที่จะเกิดอันตรายต่อผู้อื่น) ย่อมขึ้นอยู่กับประโยชน์ในทางสังคม (Social Utility) ที่จะได้รับการกระทำของผู้กระทำ ระดับของการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายของผู้กระทำ ความรู้เกี่ยวกับพฤติการณ์แวดล้อมของผู้กระทำ และลักษณะและขอบเขตของภัยอันตรายที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำของผู้กระทำ นอกจากนี้การเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable Risk) อาจเกิดขึ้นโดยไม่เป็นความผิดทางสังคม หากบุคคลผู้ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าการเสี่ยงภัยอันตรายนั้นมีอยู่ภายใต้พฤติการณ์ต่าง ๆ ด้วยเหตุนี้จึงมีการแยกความแตกต่างระหว่างความเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่สามารถคาดเห็นได้ (Realizable) กับการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ไม่สามารถคาดเห็นได้ (Not Realizable) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าการกระทำที่อยู่ต่ำกว่ามาตรฐานการยอมรับทางสังคมนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่เป็นความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อสังคมซึ่งเป็นการเสี่ยงที่สามารถคาดเห็นได้ (Realizable) และเป็นความเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable risk)

ข) การรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลย (Subjective Awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออันตราย ปัญหาสำคัญประการหนึ่งเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาทในทางอาญาตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาคือ การกระทำโดยประมาทในทางอาญาของบุคคลนั้นจำเป็นหรือไม่ที่บุคคลนั้นอาจรู้ตัว (Aware) ถึงการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อผู้อื่น กล่าวคือ บุคคลผู้นั้นอาจรู้ตัว (Aware) ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ตัวเขาเป็นผู้ก่อหรือเขาอาจจะไม่รู้ตัวทั้ง ๆ ที่เขาควรจะต้องรู้ตัว (โดยใช้วิญญูชน (Ordinary Reasonable Person) เป็นตัววัดว่าผู้กระทำรู้หรือควรจะรู้หรือไม่หากวิญญูชนจะรู้ในสิ่งที่เขาได้รู้ ผู้กระทำจึงควรรู้ตัว) และถ้าหากผู้กระทำรู้ตัว (Aware) ถึงการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายการกระทำโดยประมาทของเขาก็จะเป็น

“การกระทำโดยประมาทอย่างรู้ตัว” (Advertent) และผู้กระทำก็จะมี ความผิดในทางอัตวิสัย (Subjective Fault) แต่ถ้าผู้กระทำไม่รู้ตัว (Unaware) การกระทำโดยประมาทของเขาก็จะกลายเป็น “การกระทำโดยประมาทอย่างไม่รู้ตัว” (Inadvertent) และผู้กระทำก็จะมี ความผิดในทางภาวะวิสัย (Objective Fault) นักกฎหมายบางท่านแนะนำว่าการรู้ตัว (Awareness) ควรจะเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการกระทำโดยประมาทในทางอาญา (Criminal Negligence) แต่จะไม่นำเรื่องนี้มาใช้กับ การกระทำโดยประมาทในทางอาญา (Criminal Negligence) รูปแบบที่เป็นความประมาทธรรมดา (Negligence) เนื่องจากการกระทำโดยประมาทประเภทนี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบในเรื่องของ การรู้ตัว (Awareness) แต่ขึ้นอยู่กับระดับของความประมาท (Degree of Negligence) กล่าวคือ ถ้าภัยอันตรายนั้นเกิดจากการไม่ใช้ความระมัดระวังภายใต้พฤติการณ์ (Circumstances) เช่นนั้นต้อง ถือว่าภัยอันตรายนั้นเกิดจากความประมาทธรรมดา (Negligence) แต่ในบางครั้งคณะลูกขุน (Jury) ได้นำเอาองค์ประกอบในเรื่องการรู้ตัวมาพิจารณาเพื่อใช้ตัดสินว่าจำเลยมี “การเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรง ออกจากมาตรฐานความระมัดระวังหรือไม่” (A Gross Deviation from The Standard of Care) แต่ก็อาจจะพบว่ามีการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงออกจากมาตรฐานความระมัดระวังโดยที่ไม่มี องค์ประกอบในเรื่องของการรู้ตัวเลยก็ได้ ด้วยเหตุนี้จึงมีคำพิพากษาลงโทษในความผิดฐานทำให้ ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter) แม้ว่าการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายนั้นจะเกิดจาก การเล่นอาวุธปืนซึ่งผู้กระทำคิดว่าปืนไม่มีอันตราย และผู้กระทำไม่ได้คิดมาก่อนว่าจะก่อให้เกิด ภัยอันตราย

3) มาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์

มาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์ซึ่งถูกนำมาปรับใช้กับคดีทรวงเวช ปฏิบัติที่แพทย์ถูกฟ้องเป็นคดีอาญานั้นสามารถพิจารณาได้จากแนวคำพิพากษาของศาล สหรัฐอเมริกา ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า การกระทำของแพทย์ที่จะเป็นความผิดทางอาญาโดยประมาท นั้นจะต้องปรากฏว่าการกระทำของแพทย์ได้เบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานความระมัดระวังอย่าง ร้ายแรง โดยไม่ใช่ดีต่อภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้ป่วยซึ่งแพทย์ผู้มีวิจรรย์ญาณจะไม่กระทำเช่นนั้น

การพิสูจน์มาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์ในศาลสหรัฐอเมริกานั้น จึงจำเป็นต้องอ้างอิงจากพยานผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ โดยมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานความ ระมัดระวังของแพทย์ในสหรัฐอเมริกายู่หลายทฤษฎี ได้แก่¹⁰⁵

ก) มาตรฐานการรักษาโดยใช้พื้นที่เป็นเกณฑ์: ระดับท้องถิ่นเดียวกัน (locality rule), ระดับท้องถิ่นใกล้เคียง (similar locality rule), ระดับชาติ (national rule) โดยทั่วไปในการประกอบ

¹⁰⁵ เรืองฤดี ปธานวนิช, “องค์ประกอบของทรวงเวชปฏิบัติ,” วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข เล่ม 3, ปีที่ 2, น.218-222 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2560).

วิชาชีพทางการแพทย์ การตรวจ วินิจฉัย รักษาโรคต่าง ๆ จะมีแนวทางการรักษาแต่ละเรื่องไว้เฉพาะ อย่างไรก็ตาม แนวทางการรักษาผู้ป่วย ในท้องถิ่นที่ต่างกันอาจมีความแตกต่างกัน ด้วยข้อจำกัดทางทรัพยากรทางการแพทย์ ไม่ว่าจะเป็นยา เวชภัณฑ์ เครื่องมือ อุปกรณ์ทางการแพทย์ ปริมาณผู้ป่วย หรือจำนวนแพทย์ โดยเฉพาะแพทย์เฉพาะทาง รวมทั้งความแตกต่างของวิถีการดำรงชีวิตของผู้ป่วย ในสหรัฐอเมริกาที่มีขนาดพื้นที่กว้างขวางจึงมีความแตกต่างระหว่างท้องถิ่นค่อนข้างมาก ศาลสหรัฐ จึงได้มีการวางบรรทัดฐานในเรื่องมาตรฐานการรักษาระดับท้องถิ่น หรือ locality rule ไว้ในหลายคดี กล่าวคือ ในเมืองใหญ่แพทย์มีโอกาที่จะเรียนรู้ทางวิชาการและมีโอกาสได้ตรวจรักษาผู้ป่วยที่หลากหลายมากกว่าแพทย์ที่ปฏิบัติงานอยู่ในเมืองเล็ก ดังนั้น แพทย์ที่อยู่ในเมืองเล็กจึงไม่ควรถูกคาดหวังต่อแนวทางและผลการรักษาเช่นเดียวกับแพทย์ในเมืองใหญ่ เช่น กรณี โจทก์ถูกกระจกบาดที่ข้อมือเข้ารับการรักษาที่แพทย์ทั่วไปในเมืองเล็กแห่งหนึ่ง ปรากฏว่าต้องใช้เวลารักษานานถึง 10 วัน และผลการรักษาก็ไม่เป็นที่พอใจของโจทก์ โจทก์นำคดีมาฟ้องต่อศาลโดยอ้างว่าผลในลักษณะดังกล่าว หากได้รับการรักษาจากแพทย์เฉพาะทางศัลยกรรมที่อยู่ในเมืองใกล้เคียง ผลการรักษาจะดีกว่า ศาลวินิจฉัยว่าหากแพทย์ทั่วไปทำการรักษาตามมาตรฐานในระดับที่แพทย์โดยทั่วไปในท้องถิ่นเดียวกันถือว่าได้ปฏิบัติตามมาตรฐานแล้ว (Small v. Howard, 1880)

นอกจากนี้เกณฑ์มาตรฐานระดับท้องถิ่นเดียวกันยังรวมไปถึงพยานผู้เชี่ยวชาญ (expert witness) ที่ต้องเป็นแพทย์ที่ประกอบวิชาชีพอยู่ในท้องถิ่นเดียวกันหรือมีความรู้ความเข้าใจในท้องถิ่นนั้น ๆ ด้วย เช่น กรณีผู้ป่วยถูกแทงและมีเลือดออกที่ปอด ได้ไปรักษาที่แพทย์เมืองเล็กแห่งหนึ่ง แพทย์ได้ทำการเจาะปอดเพื่อระบายเลือด เดือนต่อมาผู้ป่วยเกิดภาวะมีพังผืดเกาะยึดในปอดกลับไปพบแพทย์ท่านเดิม แต่ไม่ได้ทำการผ่าตัดเพื่อรักษาให้ ผู้ป่วยจึงไปพบแพทย์อีกคนที่อยู่ในเมืองขนาดใหญ่กว่า แพทย์ได้ทำการผ่าตัดฉุกเฉินให้แต่ผู้ป่วยเสียชีวิต ประเด็นที่ศาลรับฟังคือแนวทางการรักษาภาวะพังผืดยึดเกาะปอดของเมืองทั้งสองแตกต่างกัน คือในเมืองเล็กจะทำการผ่าตัดเมื่อภาวะดังกล่าวเกิดขึ้นภายใน 6 สัปดาห์ถึง 3 เดือนหลังเกิดภาวะเลือดออกในช่องปอด แต่ในเมืองขนาดใหญ่จะพิจารณาผ่าตัดเร็วกว่าคือภายใน 3 ถึง 8 สัปดาห์ คดีนี้โจทก์ได้นำพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งเป็นแพทย์เฉพาะทางศัลยกรรมทรวงอกที่ปฏิบัติงานในเมืองขนาดใหญ่ แต่ศาลวินิจฉัยว่าพยานท่านนี้ไม่มีความรู้หรือประสบการณ์เกี่ยวกับการรักษาผู้ป่วยในเมืองเล็ก จึงไม่นำคำให้การของพยานท่านนี้มาพิจารณาได้ (Osler v. Burnett, 1993)

คำว่า “ท้องถิ่นเดียวกัน” ในปัจจุบันศาลในสหรัฐอเมริกาได้ขยายความออกไป ไม่จำกัดอยู่เฉพาะเมืองเดียวกันเหมือนในอดีตเท่านั้น (strict locality rule) แต่ให้รวมไปถึงเมืองอื่น ๆ ที่อยู่ใกล้เคียงที่มีลักษณะต่าง ๆ ใกล้เคียงด้วย (similar locality rule) ซึ่งจะทำการหาพยานผู้เชี่ยวชาญ

ไม่ถูกจำกัดเฉพาะแพทย์ที่ปฏิบัติงานในเมืองนั้น ๆ และยังทำให้มาตรฐานการรักษาของเมืองขนาดใกล้เคียงกันมีการพัฒนาไปให้มีความใกล้เคียงกัน (King v. Murphy, 1982)

ส่วนมาตรฐานการรักษาระดับชาติ (national rule) เป็นแนวทางที่ศาลในระยะปัจจุบันใช้ประกอบการวินิจฉัย เนื่องจากมองเห็นข้อเสียของการใช้เกณฑ์มาตรฐานระดับท้องถิ่นที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ การที่แพทย์ในท้องถิ่นอาจจะไม่ยอมมีการพัฒนาความรู้ความสามารถให้เทียบเคียงกับมาตรฐานระดับชาติหรือกระทั่งสามารถกำหนดมาตรฐานให้ต่างจากมาตรฐานชาติได้ และข้อจำกัดในการที่จะต้องใช้พยานผู้เชี่ยวชาญที่ปฏิบัติงานเฉพาะในท้องถิ่นนั้น ๆ เท่านั้น ใน Hall v. Hilbun (1985) ศาลได้วางหลักเกณฑ์ของมาตรฐานการรักษาในระดับชาติ โดยตั้งข้อสังเกตว่าแม้ท้องถิ่นต่างกันจะมีความแตกต่างกันในเรื่องเครื่องมือ อุปกรณ์ บุคลากรหรือทรัพยากรที่จำเป็น แต่ในเรื่องความรู้ทางการแพทย์นั้นไม่ควรจะแตกต่างกัน เนื่องจากหลักสูตรที่สอนในโรงเรียนแพทย์แต่ละแห่งก็มีมาตรฐานในระดับเดียวกัน ศาลยกตัวอย่างว่าผู้ป่วยที่มีอุณหภูมिर่างกาย 105 ฟาเรนไฮต์ แพทย์ในทุกท้องถิ่นก็ต้องให้การวินิจฉัยแบบเดียวกันคือผู้ป่วยมีไข้สูง เป็นต้น ข้อจำกัดในเรื่องทรัพยากรทางการแพทย์นั้น แพทย์เพียงแต่ต้องรับรู้และปรับความรู้ที่มีอยู่ใช้อย่างเหมาะสมและไม่ต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำ (minimally acceptable level) นอกจากนี้ศาลยังได้วางหลักเรื่องพยานผู้เชี่ยวชาญว่าไม่จำเป็นต้องจำกัดเฉพาะผู้ปฏิบัติงานในท้องถิ่นเท่านั้น ยังได้วางหลักเกณฑ์เรื่องพยานผู้เชี่ยวชาญต่างท้องถิ่นที่สามารถเข้าใจสภาพจำกัดของท้องถิ่นนั้น ๆ ก็สามรถเบิกความได้

ข) มาตรฐานการรักษาโดยใช้ความเชี่ยวชาญของแพทย์เป็นเกณฑ์ (specialization) ทฤษฎีนี้ไม่นำข้อจำกัดเรื่องพื้นที่มาใช้ แต่จะอ้างอิงความเชี่ยวชาญของแพทย์ที่ตรงกับภาวะเจ็บป่วยของผู้เสียหายเป็นสำคัญ และจะถือว่าแพทย์เฉพาะทางมีมาตรฐานการรักษาที่สูงกว่าแพทย์ทั่วไปในการรักษาหรือทำหัตถการเดียวกัน ดังนั้น การที่ผู้ป่วยได้รับการรักษาจากแพทย์ทั่วไปจะนำมาตรฐานการรักษาผู้ป่วยนอกเหนือจากขอบเขต เช่น ทำหัตถการในผู้ป่วยซึ่งปกติจะเป็นขอบเขตงานของแพทย์เฉพาะทาง กรณีนี้แพทย์ทั่วไปก็ต้องทำตามมาตรฐานการรักษาของแพทย์เฉพาะทางนั้น และศาลอาจมองว่าการรักษาของแพทย์ไม่เหมาะสม เนื่องจากไม่ดำเนินการส่งต่อไปให้แพทย์เฉพาะทางเป็นผู้ทำการรักษา เช่น ในคดีที่โจทก์ประสบอุบัติเหตุเศษไม้ไผ่เข้าตาซ้ายไปพบแพทย์ทั่วไปที่โรงพยาบาลชุมชน แพทย์ตรวจร่างกายพบว่ามีการฉีกตาฉีกขาด ได้ทำการรักษาโดยล้างตาด้วยน้ำเกลือและปิดตาไว้ และให้คำแนะนำแก่ผู้ป่วยว่าอาการไม่รุนแรงให้ไปพบจักษุแพทย์ในวันรุ่งขึ้น ซึ่งเมื่อผู้ป่วยไปพบจักษุแพทย์พบที่มีการติดเชื้อที่ตาอย่างรุนแรง ต้องผ่าตัดเอาตาซ้ายออก มีผลให้โจทก์ตาบอด คดีนี้ทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า การรักษาของแพทย์ทั่วไปทำน

นี้ผิดมาตรฐาน เป็นการประมาทเลินเล่อเนื่องจากภาวะเช่นนี้แพทย์ทั่วไปไม่อาจทำการรักษาด้วยตนเองได้และควรส่งต่อจักษุแพทย์ทันที

ค) มาตรฐานการรักษาโดยใช้แนวปฏิบัติที่ต่างกันของแพทย์ (schools of thought) ต้องยอมรับว่าในทางการแพทย์ การรักษาโรคหนึ่ง ๆ อาจจะมีแนวทางการรักษาได้หลายวิธี การกำหนดมาตรฐานการรักษากลับเป็นแบบเดียวกันในการรักษาโรคหนึ่ง ๆ จึงทำได้ยาก ทำให้หลักการ “two schools of thought” เป็นเหมือนข้อต่อสู้ที่แพทย์มักจะนำมาใช้เมื่อถูกฟ้องคดีความรับผิดชอบทางการแพทย์ โดยหากแพทย์สั่งการรักษาโดยวิธีที่ได้รับการยอมรับในวงการแพทย์ว่าเป็นวิธีการรักษาทางเลือกอีกทางหนึ่งก็ไม่จำเป็นต้องรับผิด แต่การจะวินิจฉัยว่าแนวทางการรักษาแบบใดที่ได้รับการยอมรับ ศาลในสหรัฐได้วางหลักการพิจารณาประเด็นนี้ไว้ในคดี *Jone v. Chidester* (1992) ว่าแนวทางการรักษาที่แตกต่างจะได้รับการยอมรับก็ต่อเมื่อแนวทางดังกล่าวได้รับการยอมรับจากแพทย์ที่มีชื่อเสียงและได้รับการนับถือเป็นจำนวนมากพอสมควร โดยหากเป็นแนวทางรักษาทางเลือกที่ได้รับการยอมรับจากแพทย์เพียงกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือแพทย์ส่วนน้อย (reputable minority) ปัจจุบันศาลจะไม่ยอมรับให้ใช้เป็นข้อต่อสู้ของแพทย์

มีข้อยกเว้นประการหนึ่งของการพิสูจน์เรื่องมาตรฐานการรักษาที่ไม่จำเป็นต้องอ้างอิงพยานผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ ได้แก่ *Res Ipsa Loquitur* (the thing speaks for itself) หรือหลักที่ว่า “สิ่งนั้นบ่งบอกได้ด้วยตัวเอง” หลักการนี้ถูกนำมาใช้กับคดีพิพาทในการรักษาพยาบาลในกรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคนธรรมดาทั่วไปที่สามารถรู้ได้เองว่าเกิดจากการรักษาที่ผิดมาตรฐาน โดยไม่ต้องใช้พยานผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์มาพิสูจน์ เช่น กรณีแพทย์ผ่าตัดขาผิดข้าง หรือกรณีแพทย์ลืมหิ้วเครื่องมือผ่าตัดไว้ในช่องท้องของผู้ป่วย กรณีเหล่านี้โจทก์ไม่จำเป็นต้องนำพยานผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์มาพิสูจน์ว่ามีกระทำความผิดหรือผิดหลักวิชาชีพหรือไม่ แต่เป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องพิสูจน์ว่าตนเองไม่ได้กระทำความผิด และได้ทำการรักษาอย่างถูกต้องตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพแพทย์แล้ว

จากการศึกษาพบว่า ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา (Supreme Court) ได้วางแนวบรรทัดฐานในการวินิจฉัยความรับผิดในคดีทุเวชปฏิบัติทางอาญาของแพทย์ไว้ ดังนี้¹⁰⁶

ก. แพทย์ไม่ต้องรับผิดทางอาญาในกรณีที่ผู้ป่วยได้เสียชีวิตลงอันเป็นผลเนื่องมาจากความผิดพลาดที่ไม่อาจคาดหมายได้ ซึ่งได้พิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบและสมเหตุสมผลแล้วในการเลือกและประยุกต์ใช้วิธีการรักษา

¹⁰⁶ รัชฎูธร อินทร และคณะ, “การดำเนินคดีทุเวชปฏิบัติที่เป็นคดีอาญาในประเทศไทย: กรณีศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ,” *ตุลพาห .* เล่ม 2, ปีที่ 55, น. 127-128 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2551).

ข. การกระทำโดยความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ถ้าเกิดขึ้นจากความประมาท เกิดขึ้นซ้ำแล้วซ้ำเล่า โดยมีลักษณะเช่นเดียวกัน หรือเกิดจากการยึดถือความคิดเห็นของตนเองเป็นสำคัญโดยไม่พิจารณาให้รอบคอบ เช่นนี้แพทย์ย่อมต้องมีความผิด

ค. สิ่งสำคัญในการวินิจฉัยว่า แพทย์มีความผิดฐานฆาตกรรมนั้น ข้อเท็จจริงต้องปรากฏว่าผู้ป่วย (ที่เสียชีวิต) ซึ่งอยู่ในฐานะเป็นผู้เสียหายในคดีทรมานปฏิบัติตนนั้นจะต้องมีชีวิตอยู่ในช่วงเวลาซึ่งแพทย์ได้กระทำการรักษาที่เป็นทรมานปฏิบัติอันเป็นสาเหตุแห่งความตายนั้นด้วย

3.2.3 ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายแพ่ง

1) การกระทำทรมานปฏิบัติโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์

กฎหมายสหรัฐอเมริกาไม่มีการให้คำนิยามหรือความหมายของคำว่าความประมาทเลินเล่อไว้อย่างชัดเจน การศึกษาค้นคว้าความหมายของคำว่าประมาทเลินเล่อจึงต้องนำคำอธิบายของนักนิติศาสตร์มาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณา ซึ่งมีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้อธิบายความหมายของคำว่า “ความประมาทเลินเล่อ” ไว้ ดังนี้

Prosser อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ หมายความว่า การกระทำโดยการขาดความระมัดระวังตามบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยจะพึงมีพึงใช้ในการกระทำหน้าที่ตามกฎหมายจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลอื่น¹⁰⁷

Keeton อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ หมายความว่า การกระทำโดยไม่ใช้ความระมัดระวังตามบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยจะพึงมีพึงใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งการกระทำโดยขาดความระมัดระวังเช่นนั้นเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลอื่น¹⁰⁸

Nicholas McBride and Roderick Bagshaw อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ หมายความว่า การกระทำโดยไม่ใช้ความระมัดระวังอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ซึ่งการฝ่าฝืนหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น¹⁰⁹

จากคำอธิบายความหมายของคำว่าประมาทเลินเล่อของนักนิติศาสตร์ท่านต่าง ๆ สามารถสรุปความหมายของคำว่าความประมาทเลินเล่อได้ดังนี้

ความประมาทเลินเล่อ หมายความว่า การกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่พึงจะต้องใช้ความระมัดระวัง กล่าวคือ การไม่กระทำตามหน้าที่อันพึงจะต้องกระทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้

¹⁰⁷William L. Prosser, Handbook of The Law of Tort, 4th ed. (St. Paul, Minn: West, 1971), p.183.

¹⁰⁸W. Page Keeton, Torts Case and Materials (St. Paul, Minn: West, 1977), p.384.

¹⁰⁹Nicholas Macbride and Roderick Bagshaw, Tort Law, 2 ed. (London: 2005), p.51.

และการฝ่าฝืนต่อหน้าที่นั้นเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ซึ่งสามารถแยกองค์ประกอบของความประมาทเลินเล่อได้ 4 ประการ คือ¹¹⁰

ก) หน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หมายถึง บุคคลทุกคนมีหน้าที่ในการกระทำการตามที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลอื่นต้องตกอยู่ในความเสี่ยงที่จะได้รับความเสียหายโดยไม่สมควร (Unreasonable Risk)

ข) เป็นการกระทำที่ขาดความระมัดระวัง หมายถึง การกระทำที่ขาดความระมัดระวังที่จะเป็นความประมาทเลินเล่อได้นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ต่ำกว่ามาตรฐานที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลต้องปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ขาดความระมัดระวังตามที่บุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยจะพึงกระทำ

ค) ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล หมายถึง ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อนั้นต้องสัมพันธ์กับผลของการกระทำ ความประมาทเลินเล่อนั้นตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Legal Cause or Proximate Cause)

ง) มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อเป็นองค์ประกอบสำคัญของการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อเพราะความประมาทเลินเล่อนั้นถ้าไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นเลยก็จะไม่ถือว่าเป็นความผิด

2) มาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์

การพิจารณาว่าผู้กระทำละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่อจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนหรือไม่นั้นมีหลักการสำคัญในการพิจารณาคือ ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำมีหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวังต่อผู้เสียหายหรือไม่ ซึ่งหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังนี้ใช้หลัก “เพื่อนบ้าน” หรือ “หลักผู้ใกล้ชิด” หรือ “หลักความคาดเห็น” เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณา กล่าวคือ การพิจารณาหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังของผู้กระทำนั้นจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบความคาดเห็นระหว่างผู้กระทำกับความคาดเห็นของบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในภาวะวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำโดยพิจารณาว่าบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในภาวะวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำจะคาดเห็นหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังได้หรือไม่ หากบุคคลที่สมมุติขึ้นควรจะคาดเห็นเช่นนั้นได้ผู้กระทำก็มีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังเพื่อที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น¹¹¹

¹¹⁰W. Page Keeton, *Prosser and Keeton on The Law of Torts*, 5th ed. (St. Paul, Minn: West, 1984), p.143.

¹¹¹ Keeton, *Prosser and Keeton on The Law of Torts*, pp. 149-151.

การพิจารณาความประมาทเลินเล่อในกฎหมายสหรัฐอเมริกา มีหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณา 2 ประการ คือ

ก) สภาพภายในตัวของผู้กระทำ (Subjective) หมายความว่า บุคคลทุกคนย่อมมีสภาพภายในตัวที่แตกต่างกันทำให้มีความสามารถในการคาดเห็นหน้าที่ที่จะต้องให้ความระมัดระวังได้แตกต่างกัน เช่น คนตาบอดจะคาดหวังให้ให้ความระมัดระวังเช่นคนตาดีคงไม่ได้ โดยสภาพภายในตัวที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย อาทิเช่น สภาพความสมบูรณ์ของร่างกาย อายุ เพศ วัย การศึกษาเล่าเรียน เป็นต้น

ข) สภาพแวดล้อมทั้งปวงในขณะที่เกิดเหตุ หมายความว่า การนำสภาพแวดล้อมทั้งปวงขณะเกิดเหตุมาพิจารณาความมีหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวังของผู้กระทำเพราะบุคคลผู้อยู่ในสภาพแวดล้อมต่างกันย่อมต้องให้ความระมัดระวังได้แตกต่างกันไปตามแต่ละสภาพแวดล้อม

3) ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายสัญญา

ในสหรัฐอเมริกานั้น ความรับผิดชอบตามสัญญาในคดีทางการแพทย์ใช้หลักการเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ คือ แพทย์รับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่มีการรับรองผลในทางสัญญาเท่านั้น ในกรณี que แพทย์ไม่ได้ให้การรับรองผลการรักษาพยาบาล เช่น ในคดี *Servais v Philbrick*¹¹² ผู้ป่วยฟ้องคดีให้นักรังสีวิทยารับผิดชอบที่ต้องทรมาณจากการเจ็บปวดจากการฉายรังสี โดยฟ้องว่าเป็นการผิดสัญญา ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาเพราะไม่ระบุว่าผู้ป่วยจะไม่ได้รับผลกระทบจากการรักษาพยาบาล แต่ถ้ามีการรับรองผลการรักษาโดยชัดแจ้งแม้ไม่กำหนดไว้ในสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ต้องรับผิด คดีสำคัญที่เคยเกิดขึ้นคือ คดี *Goilmet v Campbell*¹¹³ โดยมีข้อเท็จจริงว่า ในปีค.ศ. 1964 โจทก์ไปหาจำเลยซึ่งเป็นสัลยแพทย์เนื่องจากมีอาการเกี่ยวกับแผลในกระเพาะอาหาร โจทก์ถามจำเลยว่าโจทก์ควรเข้ารับการผ่าตัดหรือไม่ จำเลยไม่เคยตอบว่าการผ่าตัดจำเป็นสำหรับโจทก์หรือไม่แต่อย่างใด นอกจากนี้จำเลยให้การว่าก่อนทำการผ่าตัดโจทก์มีสุขภาพแข็งแรงดี การผ่าตัดไม่ได้ทำไปในสถานการณ์ฉุกเฉินแต่อย่างใด โจทก์ให้การว่าจากการที่โจทก์เข้ารับการรักษากับจำเลย จำเลยได้กล่าวในทำนองที่ว่าการผ่าตัดเช่นนี้เป็นเรื่องง่ายมากสำหรับจำเลยและกล่าวต่อไปว่า หลังจากการผ่าตัดแล้ว โจทก์ไม่จำเป็นต้องใช้ยารักษาอาการอีกต่อไป นอกจากนี้ยังได้บรรยายสุขภาพที่จะเกิดขึ้นกับโจทก์ภายหลังผ่าตัดว่า “ภายหลังผ่าตัดแล้ว คุณจะลืมปัญหาทั้งหมดไปเลย คุณสามารถกิน ดื่ม หรือทำทุกอย่างที่คุณอยากทำได้” จำเลยโต้แย้งว่าคำกล่าวเหล่านั้นไม่ได้เจตนา

¹¹² มาโนช ขจรไพศาล, “การฟ้องคดีความเสียหายจากบริการทางการแพทย์ของอเมริกา,” วารสารกฎหมาย, ปีที่ 5, น.33 (มกราคม 2555).

¹¹³ Gary L. Birnbaum, “Express Contracts to Cure: The Nature of Contractual Malpractice,” Indiana Law Review, p.371 (1975).

มุ่งทำสัญญาและไม่ใช้การรับรองผล ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่าวันรุ่งขึ้นหลังการผ่าตัดโจทก์มีอาการเจ็บคอเนื่องจากหลอดอาหารนิ่วขาดอันเป็นผลมาจากกระบวนการผ่าตัด ศาลชั้นต้นแห่งมิชิแกนวินิจฉัยว่าคดีนี้แพทย์ไม่ได้กระทำโดยประมาท แพทย์ไม่มีความรับผิดชอบทางละเมิด แต่แพทย์มีความรับผิดชอบจากการผิดสัญญาและให้ใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์เป็นเงินจำนวน 50,000 ปอนด์ โดยให้ความเห็นว่า “จากคำให้การของโจทก์ เห็นได้ว่าคำกล่าวของจำเลยมีลักษณะเป็นการรับรองผลถึงแม้โดยความเป็นจริงแล้วแพทย์ไม่จำเป็นต้องรับรองผลของการรักษาพยาบาลที่เกิดขึ้น แต่ก็ไม่มีเหตุผลอันใดที่แพทย์จะไม่สามารถทำเช่นนั้นได้ถ้าเขาต้องการ”

นอกเหนือจากการเรียกร้องความรับผิดชอบทางสัญญา (Contract) แล้ว สัญญาประกันความรับผิดทางวิชาชีพ (Professional liability insurance) ก็ถูกนำมาใช้ประกอบการเรียกร้องด้วยเสมอ เนื่องจากเป็นหลักประกันความแน่นอนในการจ่ายค่าเสียหายและจะทำให้โอกาสที่ผู้ป่วยจะได้รับการเยียวยาความเสียหายมีมากขึ้น แต่เมื่อการฟ้องคดีมีการจ่ายค่าชดเชยเยียวยาสูงมากทำให้อัตราเบี้ยประกันดังกล่าวก็สูงมากขึ้นไปตามรูปแบบการประกันด้วย โดยการประกันมี 2 รูปแบบ ดังนี้

ก) ประกันเฉพาะเมื่อใช้สิทธิเรียกร้อง (Claim made insurance) เป็นประกันเฉพาะกรณีผู้เอาประกันที่มีสิทธิเรียกร้อง ไม่รวมการบาดเจ็บ เช่น ผู้เอาประกันเกิดความเสียหายภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ แต่จะไม่ใช้กับกรณีการละเมิดทางการแพทย์

ข) ประกันเมื่อมีกรณีเกิดเหตุเวชปฏิบัติขึ้น (Occurance insurance) หรือ (Claim-incurred insurance) เป็นประกันที่จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อพบอุบัติการณ์จากกรณีเหตุเวชปฏิบัติเกิดขึ้นแล้ว

อาจกล่าวในอีกแบบหนึ่งได้ว่า “การประกันความรับผิด” (Liability insurance) เป็นสัญญาที่บริษัทประกันจะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายจากกรณีเฉพาะหรือเหตุเวชปฏิบัติ แต่อาจมีเงื่อนไขพิเศษบางประการ เช่น โรงพยาบาลต้องมีอุปกรณ์การรักษาที่ได้มาตรฐาน และแพทย์ต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างถูกต้องตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพด้วย การประกันกรณีเหตุเวชปฏิบัติ (Malpractice insurance) มักจะครอบคลุมความเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากเหตุเวชปฏิบัติจึงทำให้เบี้ยประกันมีอัตราที่สูงขึ้นตามประเภทของเวชปฏิบัติ โดยเฉพาะหากกรณีครอบคลุมความเสียหายจากการผ่าตัดด้วยแล้ว เบี้ยประกันอาจสูงมากถึงปีละ 1 แสนดอลลาร์ต่อปี

4) ความรับผิดของแพทย์ตามหลักกฎหมายละเมิด

ความประมาทเลินเล่อในกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้รับการแบ่งแยกออกเป็นเอกเทศจากความรับผิดทางละเมิดในกรณีอื่น ๆ เหมือนดังเช่นความประมาทเลินเล่อในกฎหมายอังกฤษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับให้มีนำเอาค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damage) มาใช้ลงโทษการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Recklessness)

เพราะเห็นว่าการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยภายในสังคมอย่างร้ายแรง

การวินิจฉัยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Recklessness) นั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่สำคัญ 2 ประการ คือ

ก) ความประมาทอย่างร้ายแรงต้องเป็นการกระทำซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่ออันตรายในระดับที่เบี่ยงเบนอย่างร้ายแรง¹¹⁴ โดยมีสิ่งที่พิเศษแตกต่างจากความประมาทธรรมดา (Negligence) คือ ความประมาทอย่างร้ายแรง (Recklessness) จะต้องเป็นการกระทำโดยเพิกเฉยขาดความระมัดระวังต่ออันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อบุคคล และปรากฏว่าผู้กระทำยังขึ้นกระทำลงโดยคาดเห็นได้ว่าคงจะสามารถหลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่จะไม่ให้เกิดอันตรายขึ้นได้ โดยการกระทำของผู้กระทำนั้นจะพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลที่สมมุติขึ้น (Reasonable Person) ให้อยู่ภายใต้สถานการณ์ (Circumstances) เช่นเดียวกับจำเลย¹¹⁵

ข) การตระหนักรู้ (Aware) ว่าการกระทำของตนเองนั้นเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่ออันตรายที่สูงขึ้น โดยหากผู้กระทำรู้ถึงความเสียหายอันตรายแต่กลับขึ้นกระทำโดยไม่ใส่ใจหรือเพิกเฉยต่ออันตรายนั้นทั้ง ๆ ที่จำเลยตระหนักรู้ก็ต้องถือว่าผู้กระทำได้กระทำไปโดยความประมาทอย่างร้ายแรง (Recklessness) แม้จำเลยจะคาดหวังว่าอันตรายจะไม่เกิดขึ้นก็ตาม โดยการพิจารณาความตระหนักรู้ของผู้กระทำจะพิจารณาจากการกระทำของผู้กระทำที่รับรู้และแสดงให้เห็นถึงความล้มเหลวอย่างร้ายแรง ซึ่งวัดเปรียบเทียบกับมาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยที่จะพึงกระทำ¹¹⁶

3.2.4 คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกากรณีแพทย์กระทำโดยประมาท

คดี Anderson V. Somberg (1975) 67 N.J. 291 338 A. 2d. 1

ขณะโจทก์เข้ารับการผ่าตัดกระดูกสันหลัง (Intra Vertebral Disc) ขึ้นส่วนของคีบขบกระดูก (Rongeur) หล่นลงไปในปล่องกระดูกสันหลังของโจทก์ โจทก์ก็ต้องทนทุกข์ทรมานจึงฟ้องศาลแพทย์ โรงพยาบาล ผู้จำหน่ายและผู้ผลิตคีม

¹¹⁴Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, Handbook on Criminal Law, (St. Paul, Minn: West, 1972), p.267.

¹¹⁵Rollin M. Perkins.,Ronald N. Boyce, Criminal Law, 3rd ed. (New York: The Foundation Press, 1982), p.105.

¹¹⁶Ibid., p.850.

ศาลชี้ขาดว่าคณะลูกขุน (Jury) ต้องตัดสินว่าจำเลยคนใดคนหนึ่งต้องรับผิดชอบเรื่องนี้ในการพิจารณาใหม่ลูกขุนตัดสินให้ผู้ผลิตและผู้จำหน่าย (The Supplier and The Manufacturer) ต้องรับผิดชอบ

คดี Ybarra V. Spangard Supreme Court of California 1944 25 Cal. 2d 468; 154 p.2d687

นาย Joseph R. Ybarra ฟ้องนาย Lawrence C. Spangard กับพวกเรียกค่าเสียหายเนื่องจากจำเลยกับพวกรักษาพยาบาลโจทก์ไม่ดี (Improper Treatment by Physicians and Nurses) ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง (A Judgement of Nonsuit) โจทก์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐแคลิฟอร์เนียวินิจฉัยว่า เมื่อวันที่ 28 ตุลาคม ค.ศ. 1939 โจทก์ได้ปรึกษาหารือกับนายแพทย์ Tilley ซึ่งวินิจฉัยโรคของโจทก์ว่าโจทก์เป็นไส้ติ่งอักเสบ จึงได้เตรียมการผ่าตัด โดยนายแพทย์ Spangard ที่โรงพยาบาลของนายแพทย์ Swift เมื่อโจทก์เข้ารับการผ่าตัดก็ถูกนิยมนอนหลับก่อนนำเข้าห้องผ่าตัด นายแพทย์ Reser ซึ่งเป็นวิสัญญีแพทย์ลูกจ้างของนายแพทย์ Swift ซึ่งเป็นเจ้าของโรงพยาบาลได้วางยาสลบโจทก์ เมื่อโจทก์ฟื้นคืนสติขึ้นมา โจทก์รู้สึกปวดที่แขนขวากับไหล่ขวา โจทก์ได้บอกอาการให้นางพยาบาลทราบ นายแพทย์ Tilley ได้ใช้วิธีการรักษาโดยวิธีกระจายความร้อน (Diathermy Treatments) แต่อาการเจ็บของโจทก์ยังไม่ทุเลากลับแผ่ลงไปยังร่างกายส่วนล่างอีก เมื่อโจทก์ออกจากโรงพยาบาลอาการกลับรุนแรงขึ้นไปอีกถึงขนาดโจทก์ไม่สามารถยกแขนหมุนแขนได้มีอาการลีบและเป็นอัมพาต (Paralysis and Atrophy) โจทก์ให้นายแพทย์รักษาต่อไปจนถึงเดือนมีนาคม ค.ศ. 1940 จากนั้นโจทก์ก็กลับไปทำงานโดยต้องใส่ฝือกที่แขน (Splint)

จำเลยต่อสู้คดีว่า เรื่องนี้จำเลยมีจำนวนหลายคน ซึ่งแต่ละคนได้แบ่งหน้าที่กันทำและการกระทำที่เป็นต้นเหตุอาจเกิดจากคนหนึ่งคนใดก็ไม่ชัดเจน จึงนำหลัก Res ipsa loquitur นำมาใช้กับคดีนี้ไม่ได้

ศาลอุทธรณ์เห็นว่าโรงพยาบาลทุกวันนี้ใช้บุคลากรจำนวนมากในการจัดเตรียมการผ่าตัดซึ่งแพทย์ และพยาบาลซึ่งเป็นลูกจ้างของโรงพยาบาลนั้นจะต้องแบ่งแยกหน้าที่กัน แต่จำนวนบุคลากรที่มีมากก็ไม่ใช่เหตุผลที่จะปฏิเสธความรับผิด ดังนั้น ประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาในคดีนี้คือใครเป็นผู้ประมาทเลินเล่อ

ศาลอุทธรณ์จึงได้ให้พิจารณาคดีนี้ใหม่อีกครั้ง และในการพิจารณาใหม่นี้ศาลอุทธรณ์ได้มีคำพิพากษาให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดี เพราะศาลอุทธรณ์ได้นำหลัก Res ipsa loquitur มาใช้ในการตัดสินคดี เนื่องจากผู้ที่รู้ดีถึงอาการป่วยของโจทก์ก็คือคณะแพทย์ที่ทำการผ่าตัดให้แก่โจทก์

คดี State of Utah v. David R. Warden (Utah 1991)¹¹⁷

เป็นคดีที่ฟ้องนายแพทย์ David Warden ว่ากระทำการรักษาพยาบาลโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ในคดีดังกล่าว Joanne Young หญิงตั้งครรภ์อายุ 18 ปีซึ่งเป็นคนไข้ในความดูแลของนายแพทย์ Warden มีความประสงค์จะคลอดบุตรที่บ้านของตนในวันที่ 7 พฤศจิกายน 1986 ซึ่งเป็นเวลา 6 สัปดาห์ก่อนครบกำหนดคลอด Joanne Young มีอาการเป็นตะคริวและเลือดไหลทางช่องคลอด เมื่อมารดาของ Joanne โทรศัพท์ไปแจ้งอาการแต่นายแพทย์ Warden แจ้งว่า Joanne กำลังจะคลอดและไม่มีอะไรต้องเป็นกังวล พร้อมทั้งแจ้งว่าไม่มีความจำเป็นจะต้องพาตัว Joanne มาที่คลินิก หลังจากนั้นมารดาของ Joanne ได้โทรศัพท์ไปแจ้งอีกครั้งว่าบุตรสาวของตนมีอาการเลือดออกเป็นลิ่ม นายแพทย์ Warden แจ้งว่าให้เลิกตื่นตระหนกไววายและให้กลับมาอีกครั้งเมื่อมีอาการมดลูกบีบตัวครั้งละ 3-5 นาที หลายชั่วโมงต่อมามารดาของ Joanne โทรศัพท์ไปแจ้งว่าบุตรสาวของตนอยู่ในระยะสุดท้ายก่อนจะคลอด ซึ่งจนถึงขณะนั้นนายแพทย์ Warden ไม่ได้ทำการตรวจอาการถึงแนวโน้มที่จะมีการคลอดก่อนกำหนดและมาตรการที่ควรต้องกระทำเพื่อลดแนวโน้มที่จะมีการคลอดก่อนกำหนดแต่อย่างใดเลย

นายแพทย์ Warden ไปถึงบ้านของ Joanne หลังจากที่มีการคลอดทารกเพศชายออกมาแล้ว ทารกเพศชายนั้นนอกจากน้ำหนักน้อยกว่าปกติแล้วยังมีปัญหาเกี่ยวกับการหายใจนับแต่เกิด นายแพทย์ Warden ตระหนักดีว่าทารกที่คลอดก่อนกำหนดเป็นโรคเกี่ยวกับทางเดินหายใจ (Respiratory Distress Syndrome) ซึ่งเป็นอาการร้ายแรงที่เกี่ยวกับการคลอดก่อนกำหนดและอาจทำให้ทารกถึงแก่ความตายได้ แต่นายแพทย์ Warden ก็ไม่ได้แจ้งถึงลักษณะและอาการของโรคดังกล่าว เมื่อถูกถามว่าจะต้องพาทารกไปยังโรงพยาบาลหรือไม่ นายแพทย์ Warden ตอบว่าไม่จำเป็นและยังระบุอีกว่าอาการหายใจดังกล่าวเป็นเรื่องปกติของทารกที่คลอดก่อนกำหนด 40 นาทีหลังจากทารกคลอด นายแพทย์ Warden ก็ออกจากบ้านของครอบครัว Young ไป

วันรุ่งขึ้นอาการเกี่ยวกับการหายใจของทารกรุนแรงมากขึ้น และความพยายามในการติดต่อ นายแพทย์ Warden ก็ล้มเหลว จึงมีการตามกุมารแพทย์คนอื่นมาดูอาการที่บ้านและพบว่าทารกใกล้จะเสียชีวิตแล้ว ครอบครัว Young จึงรีบนำทารกไปยังโรงพยาบาลโดยเร่งด่วน ต่อมาทารกถึงแก่ความตายไม่นานหลังจากถึงโรงพยาบาลแล้ว

ข้อเท็จจริงพบว่าทั้งสถานที่ทำงานและบ้านของนายแพทย์ Warden นั้นอยู่ไม่ไกลจากบ้านของครอบครัว Young มากนัก และนายแพทย์ Warden ยังตื่นนอนขึ้นมาแต่เช้าแต่ไม่พยายาม

¹¹⁷ Paul R. Van Grunsven, "Medical Malpractice or Criminal Mistake an Analysis of Past and Current Criminal Prosecutions for Criminal Mistake and Fatal Errors," *DePaul Journal of Health Care Law* Fall, pp.24-27 (1997).

ติดต่อกับครอบครัว Young เลขจนกระทั่งถึงตอนบ่ายของวันนี้จนทาร์กถึงแก่ความตายในวันที่ 8 (หนึ่งวันหลังจากทาร์กคลอด) ต่อมา นายแพทย์ Warden ถูกฟ้องว่ากระทำโดยประมาททำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (Negligent Homicide) ซึ่งตามกฎหมายของรัฐยูทาห์ระบุว่าจะเป็นความผิดเมื่อผู้กระทำประมาททางอาญาเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย แม้ศาลอุทธรณ์จะกลับคำตัดสินของลูกขุนโดยพิจารณาว่าพยานหลักฐานไม่พอชี้ว่าการกระทำของนายแพทย์ Warden เป็นการกระทำโดยประมาทในทางอาญา แต่ศาลฎีกาของรัฐยูทาห์ได้ตัดสินยืนตามความเห็นของคณะลูกขุนว่าการกระทำของนายแพทย์ Warden เป็นความผิด

คำพิพากษาศาลฎีกาของรัฐยูทาห์ได้ให้คำอธิบายไว้ว่าความประมาทเลินเล่อทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามกฎหมายของรัฐยูทาห์นั้นหมายถึงกรณีที่ผู้กระทำควรจะต้องรู้ถึงการเสี่ยงภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unjustifiable Risk) หรือรู้ว่าผลของการกระทำของตนจะนำไปสู่ความตายของผู้อื่น ความเสี่ยงเช่นนี้ต้องร้ายแรงในระดับที่การไม่ตระหนักถึงความเสี่ยงถือเป็นการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงไปจากมาตรฐานความระมัดระวังที่บุคคลทั่วไปจะใช้ในสถานการณ์เดียวกันกับผู้กระทำ ในการฟ้องคดีอาญาแก่นายแพทย์นั้นพยานหลักฐานจะต้องพิสูจน์ให้เห็นได้โดยปราศจากข้อสงสัยอันควรว่าการรักษาของแพทย์ทำให้เกิดความเสี่ยงภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุอันสมควรอันจะทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย และโดยธรรมชาติของการเสี่ยงและระดับการไม่ตระหนักถึงความเสี่ยงนั้นถือว่าการเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานความระมัดระวังอย่างร้ายแรงซึ่งในคดีดังกล่าวศาลได้พิพากษาว่านายแพทย์ Warden ละเมิดมาตรฐานความระมัดระวังและมีความผิดทางอาญาแล้ว¹¹⁸

คดี State of New York v. Einaugler (N.Y. App. Div. 1994)

เป็นกรณีที่ Dr. Gerald Einaugler ซึ่งเป็นนายแพทย์ผู้มีหน้าที่ดูแลในสถานรักษาคณชรา (Nursing Home) ถูกศาลพิพากษาจำคุก 52 สัปดาห์เนื่องจากกระทำโดยประมาทและละเมิดกฎหมายเกี่ยวกับสุขภาพของรัฐ โดย Dr. Einaugler ได้สั่งให้อาหารเหลวทางสายแก่ Ms. Lamour ผู้ป่วยโดยผิดพลาดโดยให้อาหารเหลวเข้าไปทางท่อที่ใช้ระบายของเสียทางช่องท้อง (Peritoneal Dialysis Catheter) แทนที่จะเป็นท่อที่ส่งอาหารไปยังกระเพาะอาหาร (Gastrointestinal Feeding Tube) ดังนั้น สารอาหารจึงเข้าไปอยู่ในท่อที่ใช้ลำเลียงของเสียจากเลือดของผู้ป่วย หลังจากการให้อาหารทางสายหลายครั้งพยาบาลก็ตรวจพบสิ่งผิดปกติเนื่องจากผู้ป่วยหายใจติดขัดและอาเจียนและได้แจ้งไปยัง Dr. Einaugler เมื่อมีการแจ้งไปยังโรงพยาบาล Dr. Einaugler ได้รับคำแนะนำจากแพทย์ที่มีคุณวุฒิมากกว่าให้ย้ายผู้ป่วยไปยังโรงพยาบาลทันที แม้ Dr. Einaugler จะรู้ว่าอาการของคนไข้ร้ายแรงแต่ก็ไม่ได้ส่งย้ายผู้ป่วยเข้าโรงพยาบาลทันทีแต่กลับรอช้าอีกมากกว่า 10 ชั่วโมง

¹¹⁸ Grunsven, Ibid., pp.26-27.

แต่หลังจากนำผู้ป่วยส่งถึงโรงพยาบาลแล้วปรากฏว่าผู้ป่วยถึงแก่ความตายในไม่กี่วันต่อมา A New York State Medical Conduct Board ได้พิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวไม่มีความผิดเพราะเป็นเพียงความเข้าใจผิดเนื่องจากความคล้ายคลึงกันของท่อทั้งสองในร่างกายผู้ป่วย อัยการจึงฟ้องคดี¹¹⁹

ในคดีดังกล่าวศาลตัดสินว่า Dr. Einaugler ไม่ได้กระทำความผิดทางอาญาโดยประมาทในการที่ไม่ระวังสั่งให้อาหารเหลวทางสายแก่ผู้ป่วย แต่ศาลเห็นว่ากรณีที่ Dr. Einaugler ละเลยต่อคำแนะนำของแพทย์ที่มีคุณวุฒิมากกว่าที่ให้ย้ายผู้ป่วยไปโรงพยาบาลทันทีไม่อาจถือว่าเป็นข้อผิดพลาดโดยสุจริตในการตัดสินใจทางการแพทย์ได้ การกระทำของ Dr. Einaugler เป็นการตระหนักดีถึงความเสี่ยงภัยอันตรายที่เกิดต่อร่างกายผู้ป่วยแต่เลือกที่จะไม่ใส่ใจถึงภัยอันตรายดังกล่าว นอกจากนี้ยังเป็นการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานของการกระทำที่วิญญูชนควรมีและควรใช้ในสถานการณ์เดียวกัน ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าการกระทำที่เบี่ยงเบนจากมาตรฐานอย่างร้ายแรงถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของการกระทำความผิดอาญาแล้ว¹²⁰

ข้อสังเกต ศาลมิได้ตัดสินว่าการสั่งให้อาหารทางสายที่ผิดพลาดถือเป็นความประมาทในระดับที่เป็นความผิดอาญา ประเด็นที่ศาลพิจารณาว่าเป็นความผิดอาญาคือการกระทำโดยประมาท ในส่วนที่ Dr. Einaugler ละเลยไม่ส่งผู้ป่วยเข้าโรงพยาบาลทันทีที่เห็นได้ถึงภัยอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้นกับผู้ป่วย

3.3 กฎหมายฝรั่งเศสกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท

3.3.1 ระบบการให้บริการทางการแพทย์ของฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศต้นแบบระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ประเทศหนึ่ง และในระบบบริการทางการแพทย์ฝรั่งเศสยังถือเป็นต้นแบบรัฐสวัสดิการที่สำคัญ พัฒนาการสิทธิในชีวิตร่างกายของพลเมืองฝรั่งเศสมีความเป็นมาเก่าแก่ที่ผ่านการปรับตัวนับแต่ปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 มีการรับรองสิทธิในชีวิตร่างกายในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและรับรองสิทธิโดยบทบัญญัติของกฎหมายและคำพิพากษาของศาล การบริการทางการแพทย์ในประเทศฝรั่งเศสนั้นจัดเป็นการบริการสาธารณะประเภทหนึ่งจากรัฐหรือที่เรียกว่า “รัฐสวัสดิการ” ดังนั้น รัฐจึงต้องเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบริการทางการแพทย์

ระบบบริการทางการแพทย์ของฝรั่งเศสมีลักษณะคล้ายคลึงกับระบบบริการทางการแพทย์ของสหรัฐอเมริกา โดยฝรั่งเศสใช้ระบบประกันทั้งภาครัฐและภาคเอกชนหลอมรวมกัน

¹¹⁹ Kara M. McCsrthy, “Doing Time for Clinical Crime: The Prosecution of Incompetent Physicians as an Additional Mechanism to Assure Quality Health Care,” *Seton Hall Law Review*, pp.607-610. (1997).

¹²⁰ Van Grunsven, *supra* note 117, p.29.

เป็นระบบหลักประกันสุขภาพ ซึ่งบุคคลทั่วไปได้รับการประกันตนผ่านนายจ้าง แต่ทุกคนในฝรั่งเศสมีการประกันสุขภาพ บุคคลทุกคนที่อาศัยอยู่ในดินแดนของประเทศฝรั่งเศสจะได้รับสิทธิในการรักษาพยาบาล ภายใต้กฎหมายที่เรียกว่า la Couverture maladie Universelle

ประเทศฝรั่งเศสอยู่ภายใต้ระบบประกันสุขภาพในรูปแบบสังคม (Sociale) สาขาประกันสังคมหรือเพื่อความมั่นคงของสังคม (Sécurité) ฝรั่งเศสมีระบบการดูแลสุขภาพที่ครอบคลุมประชาชนทั้งหมดเพื่อให้มีสุขภาพดีแบบถ้วนหน้า (Universal health care) ภายใต้การสนับสนุนทางการเงินจากรัฐบาลฝรั่งเศสภายใต้หลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (National health insurance) ระบบหลักประกันสุขภาพของฝรั่งเศสครอบคลุม 95% ของประชากร โดยแบ่งออกเป็น 3 กองทุนย่อย เพื่อนำไปรวมเข้ากองทุนความมั่นคงของสังคม (Sécurité Sociale) (ซึ่งระบบหลักประกันสุขภาพของฝรั่งเศสนี้กำหนดให้ผู้ป่วยสามารถเลือกผู้ให้บริการได้ โดยสิทธิด้านสุขภาพนี้ยังครอบคลุมไปถึงคู่สมรสและบุตร และมีเงินบำนาญหรือเงินสงเคราะห์) คือ 1. กองทุนแรงงานในภาคอุตสาหกรรมและบริการ 2. กองทุนแรงงานภาคเกษตรกรรม และ 3. กองทุนผู้รับจ้างอิสระ (Self-employed) โดยประชาชนจะถูกหักเงินเดือนโดยอัตโนมัติจากนายจ้างเป็นเบี้ยประกันเพื่อนำเข้ากองทุนดังกล่าวตามกฎหมาย Social security funding act 2001

ระบบประกันสุขภาพฝรั่งเศสจึงเป็นระบบร่วมจ่าย (Co-payment) รูปแบบกองทุนประกันสุขภาพเป็นรูปแบบประกันสังคม (Social insurance model) บุคคลกรทางการแพทย์ในประเทศฝรั่งเศสส่วนใหญ่ปฏิบัติงานภายใต้การกำกับของรัฐ แพทย์เกือบทั้งหมดในประเทศฝรั่งเศสมีส่วนร่วมในระบบการประกันสุขภาพโดยรัฐโดยแพทย์ทำงานและได้รับค่าตอบแทนจากกองทุนประเทศฝรั่งเศสเรียกระบบประกันสังคมในรูปแบบดังกล่าวว่า “ระบบความเป็นหนึ่งเดียวของสังคมหรือระบบเอกภาพ (Solidarity)” โดยผู้ป่วยที่มีอาการเจ็บป่วยมากจะเสียค่าใช้จ่ายน้อย โดยเฉพาะผู้เจ็บป่วยเรื้อรังหรือเป็นโรคที่รุนแรง

3.3.2 ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายอาญา

1) โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา

โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของประเทศฝรั่งเศส ตามแนวทฤษฎีดั้งเดิม (Classic Theory) แบ่งโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา ออกเป็น 3 ส่วน¹²¹ ดังนี้

ก) องค์ประกอบทางกฎหมาย (Elément Légal)

¹²¹ โกเมน ภัทรภิรมย์, เอกสารคำบรรยายวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายอาญา, ในคำบรรยายชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. และในรวมคำบรรยายกฎหมายอาญา ภาคหนึ่ง ของเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 49 เล่มที่ 1, พ.ศ. 2539, น.7-8. อ้างถึงใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์ วัฒนกุล. “ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา”. หน้า 19-23.

ข) องค์ประกอบทางการกระทำ (Elément Matériel)

ค) องค์ประกอบทางจิตใจ (Elément Moral)

โดย ก) องค์ประกอบทางกฎหมาย (Elément Légal) หมายความว่า การกระทำจะมีความผิดและต้องถูกลงโทษก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดและได้กำหนดโทษไว้ ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายอาญาว่า “เมื่อไม่มีกฎหมาย ก็ไม่มีความผิดและไม่มีโทษ” ในภาษาละตินที่เรียกว่า “Nullum Crimen, Nulla poena, Sine lege”¹²²

ข) องค์ประกอบทางการกระทำ (Elément Matériel) หมายความว่า กิริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกภายนอกซึ่งกระทำให้เกิดความผิดขึ้น แต่เดิมจะมีความผิดเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการกระทำเท่านั้น แต่ต่อมากฎหมายเห็นความจำเป็นในการอยู่ร่วมกันเพื่อความสงบและปกติสุขกฎหมายจึงบัญญัติให้บุคคลต้องกระทำบางอย่างเพื่อผลประโยชน์ส่วนรวม หรือละเว้นการกระทำบางอย่างซึ่งกฎหมายบัญญัติให้กระทำ ดังนั้น ความผิดตามกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำในสิ่งที่กฎหมายห้ามหรืออาจเกิดขึ้น โดยการละเว้นการกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำก็ได้ ส่วนผลของการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็อาจเป็นความผิดขึ้นมาได้

ค) องค์ประกอบทางจิตใจ (Elément Moral) หมายความว่า การกระทำใด ๆ ของบุคคลย่อมมีมูลฐานมาจากจิตใจก่อนแล้วจึงบังคับร่างกายให้ปฏิบัติตามจิตใจ ดังนั้น ความประสงค์ของผู้กระทำจึงขึ้นอยู่กับจิตใจ และแสดงออกมาโดยการกระทำ องค์ประกอบทางจิตใจนี้จะพิจารณาถึงเจตนาและความประมาทที่ไม่ใช้ความระมัดระวังของผู้กระทำ และความรู้สึกผิดชอบของผู้กระทำที่จะมีการกำหนดความรับผิดและโทษ

อนึ่ง เมื่อการกระทำของบุคคลใดครบองค์ประกอบทั้ง 3 ประการดังกล่าวข้างต้นแล้วจึงพิจารณาว่าผู้กระทำจะต้องมีความรับผิดทางอาญาหรือไม่ โดยเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ

ก) เหตุที่เกี่ยวกับการกระทำ (Cause Objective) เป็นการพิจารณาเหตุที่เป็นภาวะวิสัย (Objective) โดยไม่พิจารณาว่าใครเป็นผู้กระทำ เช่น การกระทำที่เป็นการป้องกัน ซึ่งจะพิจารณาจากการกระทำว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยไม่พิจารณาตัวผู้กระทำเช่น แม้เด็กจะเป็นผู้กระทำก็เป็นกรกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งไม่มีความผิดและไม่ใช้กรณีนี้เพียงแต่ยกเว้นโทษแต่อย่างใด

ข) เหตุที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำ (Cause Subjective) เป็นการพิจารณาเหตุที่เป็นอัตวิสัย (Subjective) กล่าวคือ เมื่อไม่มีเหตุที่เกี่ยวกับการกระทำ หรือ Cause Objective แล้วต้องถือว่ากรกระทำนั้นเป็นความผิด แล้วจึงมาพิจารณาจากตัวผู้กระทำความคิด เช่น การทำร้ายผู้อื่น หากไม่มี

¹²² หรือที่เรียกกันในภาษาอังกฤษว่า “No crime non punishment without Law.”

เหตุเกี่ยวกับการกระทำ ซึ่งจะพิจารณาจากการกระทำว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แล้ว การทำร้ายร่างกายนั้นเป็นความผิดอาญา ส่วนจะต้องมีความรับผิดชอบหรือไม่นั้นจะเป็นการพิจารณาจากตัวผู้กระทำเช่น หากผู้กระทำเป็นเด็ก แม้การทำร้ายร่างกายจะเป็นความผิดแต่เด็กนั้นจะได้รับการยกเว้นโทษซึ่งเป็นการพิจารณาจากเหตุเกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิด

2) การกระทำโดยประมาทของแพทย์

ในปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสแบ่งประเภทของความประมาทออกเป็น 3 ประเภท คือ

2.1 ประมาทโดยจงใจ (*mise en danger*) หมายถึง การที่ผู้กระทำไม่มีเจตนาไม่ได้ปรารถนาในผล แต่ผู้กระทำได้เข้าเสี่ยงภัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (*unjustified risk*) โดยสมัครใจ และรู้ตัว เข้าเสี่ยงภัยอย่างรุนแรง โดยลักษณะที่ผู้กระทำรู้ว่าความเสียหายอาจจะเกิดขึ้น และผู้กระทำนั้นได้เข้ากระทำการนั้น หมายความว่า การกระทำโดยประมาทโดยจงใจ จึงต้องมีการคาดเห็นผลความเสียหายล่วงหน้าจากการกระทำของตน หากผู้กระทำคาดเห็นผลแห่งการกระทำในระดับแน่นอนเสมือนจริง (*virtual certainty*) ก็จะกลายเป็นเจตนาอ้อมเล็งเห็นผล (*indirect intent*) แต่หากผู้กระทำคาดเห็นผลในระดับความเป็นไปได้ (*probability*) ก็จะเป็่นประมาทโดยจงใจ (*recklessness*) โดยประมาทโดยจงใจในกฎหมายฝรั่งเศสมีลักษณะสองประการ คือ เป็นความผิดในตัวเองโดยไม่ต้องการผล และเป็นเหตุเพิ่มโทษในกรณีที่มีผลเกิดขึ้น

2.2 ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (*faute caractérisée*) ในกฎหมายฝรั่งเศสเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2000 จากความพยายามของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องการจำกัดขอบเขตแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ลงโทษผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยอ้อมขึ้นหลายครั้ง โดยการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 121-3 วรรค 4 โดยมีข้อความดังนี้ “ในกรณีของวรรคก่อน หากบุคคลธรรมดาผู้ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรง แต่ได้ก่อหรือมีส่วนก่อให้เกิดสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ได้ใช้มาตรการเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหาย บุคคลนั้นจะมีความผิดทางอาญา ถ้าพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นละเมิดอย่างตั้งใจต่อหน้าที่แห่งความระมัดระวังหรือความปลอดภัยที่กำหนดโดยกฎหมายหรืออนุบัญญัติ (*mise en danger*) หรือบุคคลนั้นได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (*faute caractérisée*) และนำผู้อื่นสู่ความเสี่ยงภัยที่รุนแรงซึ่งไม่อาจเพิกเฉยได้” ดังนั้น ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (*faute caractérisée*) ตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงมีหน้าที่ในการจำกัดความรับผิดกับบุคคลธรรมดาผู้ก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้อื่นโดยอ้อมเท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดความรับผิดทางปกครองในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไปกระทำละเมิดในหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดทางแพ่งเฉพาะจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น

2.3 ประมาทเลินเล่อธรรมดา (*négligence*) หมายถึง ผู้กระทำต้องไม่อาจคาดเห็นความเสียหายล่วงหน้า (*lack of foresight*) เพราะหากเป็นการกระทำที่ผู้กระทำคาดเห็นความเสียหาย

ล่วงหน้าได้บ้างแล้วก็จะกลายเป็นประมาทโดยจงใจ (recklessness, mise en danger) และถ้าคาดเห็นว่าผลจะเกิดขึ้นแน่นอนจะกลายเป็นเจตนาเล็งเห็นผล (indirect intent)

ซึ่งกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้นมุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิทธิในร่างกายและการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย ดังนั้น การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วยในระบบการบริการทางการแพทย์ในฝรั่งเศสจึงอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ใน 2 กรณีคือ

(1) กรณีแพทย์กระทำต่อร่างกายผู้ป่วยโดยผู้ป่วยไม่สมัครใจ (Involuntary) ถือเป็นความผิดทางอาญา แพทย์ผู้กระทำต้องรับผิดชอบตามกฎหมายและอาจเป็นความผิดตามกฎหมาย Bioethic law 29 July 1994 ที่ห้ามไม่ให้มีการกระทำต่อร่างกายมนุษย์ ยกเว้นเพื่อความจำเป็นในการรักษาพยาบาล และต้องได้รับความยินยอมก่อนการรักษาพยาบาล ยกเว้นมีกฎหมายกำหนดกรณีไม่อยู่ในสภาพให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้

(2) กรณีแพทย์กระทำต่อร่างกายผู้ป่วยโดยผู้ป่วยสมัครใจ (Voluntary) เป็นการกระทำต่อร่างกายโดยสมัครใจ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

(2.1) การรักษาพยาบาลทางการแพทย์แต่ต้องเป็นการกระทำที่ได้รับความยินยอมรับในทางวิชาชีพ และห้ามจงใจกระทำให้เกิดความเสียหาย เพราะการจงใจกระทำให้เกิดความเสียหายนั้นถือเป็นความผิดอาญาฐานประทุษร้าย (Assault) ทำร้ายร่างกาย (Battery) เจตนาฆ่า (willful homicide) แม้ผู้ป่วยให้ความยินยอมก็ไม่พ้นความรับผิดที่กฎหมายกำหนดไว้ เพราะกฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะไม่ใช่ประโยชน์ส่วนตัวที่สามารถสละได้

(2.2) ผู้ป่วยให้การยอมรับในการกระทำ แบ่งออกได้เป็น 2 กรณีคือ

2.2.1 บริการทางการแพทย์เอกชน (Private care sector) มีหลักกฎหมายว่าความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเป็นตามหลักกฎหมายแพ่งเรื่องสัญญา โดยเงื่อนไขสำคัญต้องมาจากความสมัครใจของแพทย์และผู้ป่วย

2.2.2 บริการทางการแพทย์ของรัฐ (Public health sector) ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่ถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์ที่ทำงานแทนรัฐกับผู้ป่วยนั้นเป็นความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเป็นตามหลักกฎหมายแพ่งเรื่องสัญญา แต่ถือว่าเป็นความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับหน่วยงานทางปกครองเท่านั้น

3) มาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์

มาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับความประมาทตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้นเกี่ยวเนื่องกับความไม่ยั้งคิด ไม่ระมัดระวังซึ่งผูกมัดอยู่กับทั้งกฎหมายและศีลธรรม เพราะความรับผิดชอบของฝรั่งเศสนั้นได้รับอิทธิพลอย่างมากจากโชคชะตา ซึ่งหากความประมาทของแพทย์แสดงออกอย่างชัดเจนให้เห็นได้ว่า แพทย์ไม่นำพาต่อสวัสดิภาพต่อผู้ป่วยแพทย์

ก็สมควรได้รับโทษเพียงเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบวิชาชีพแพทย์เท่านั้น ส่วนความรับผิดชอบและโทษทางอาญาตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นจะนำมาใช้กับความประมาทของแพทย์ก็ต่อเมื่อแพทย์ได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาทอย่างร้ายแรงเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายเท่านั้น ดังนั้นมาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส จึงถูกกำหนดไว้ให้สูงมากอย่างเพียงพอเฉพาะกับแพทย์ผู้กระทำโดยปราศจากหรือไม่ใช่ดีในผลแห่งการกระทำของตนอย่างผิดธรรมดาอย่างมากเท่านั้นที่แพทย์จะต้องรับผิดชอบและรับโทษทางอาญา โดยขึ้นอยู่กับลักษณะและขอบเขตของสถานการณ์ประกอบด้วย¹²³

อนึ่ง ตามทฤษฎีปัจจุบัน ในทางคำรากกฎหมายอาญาฝรั่งเศส นอกจากจะมีการวินิจฉัยความผิดอาญาจากทฤษฎีดั้งเดิมแล้ว ยังเพิ่มองค์ประกอบที่ 4 คือ องค์ประกอบในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความไม่เป็นธรรม (Elément illicéité) ซึ่งอธิบายว่า ในองค์ประกอบส่วนนี้เป็นการพิจารณาว่าความผิดอาญาจะต้องมีการทำร้ายหรือละเมิดใน 2 ลักษณะ คือ 1.ละเมิดต่อกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และ 2.ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย แต่ในการอธิบายในทางทฤษฎีเช่นนี้ไม่เป็นที่นิยมในทางปฏิบัติของฝรั่งเศสมากนัก เนื่องจากถูกมองว่าเป็นคำอธิบายในเชิงนิติปรัชญามากกว่าจะเป็นการอธิบายในทางเทคนิคทางกฎหมาย นักกฎหมายฝรั่งเศสเห็นว่าเป็นการยุ่งยาก และไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ในทางปฏิบัติที่ชัดเจน¹²⁴

นอกจากนี้ นักกฎหมายฝรั่งเศส¹²⁵ ยังได้เสนอแนวความคิดในเรื่องเหตุที่ผู้กระทำได้รับการยกเว้นโทษว่าเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาอย่างน้อยที่สุดว่า ผู้กระทำจะต้องมีความสามารถรับผิดชอบ (Le minimum l' aptitude au discernment) กล่าวคือ ผู้นั้นจะต้องสามารถตอบสนองต่อผลของการกระทำผิดอาญาของตนเองได้ ในการพิจารณาความสามารถรู้สึกผิดชอบตามแนวคิดคลาสสิกนั้นเป็นการมองว่าผู้กระทำสมควรที่จะต้องรับโทษทัณฑ์หรือมีความรับผิดชอบอาญาหรือไม่ ซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำผิดสมควรที่จะต้องรับโทษเมื่อเขาได้กระทำโดยมีเจตจำนงอันเป็นอิสระและมีสติสมบูรณ์ กล่าวคือ ผู้กระทำนั้นจะต้องมีความสามารถเข้าใจในการกระทำของตนเองและต้องการที่จะกระทำความผิดนั้นอยู่ แต่ถ้ามองตามแนวคิดอาชญาวิทยาแล้วจะเป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดสามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้หรือที่เรียกว่า

¹²³ ชวนันท์ กนกวิจิตรศิลป์, “มาตรฐานความระมัดระวัง กรณีการกระทำความผิดโดยประมาทในทางอาญาของแพทย์,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.28.

¹²⁴ Merle et Vitu, *Traité de droit Criminel: Problèmes généraux de la science Criminelle, Droit pénal général* édition, Paris: Cujas, 1984. อ้างใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ”, น.82-83.

¹²⁵ เพิ่มอ้าง, น.83.

ความสามารถในทางอาญา (Capacité Pénale) ที่ผู้กระทำความผิดสามารถที่จะมีความรับผิดชอบทางอาญาได้

3.3.3 ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายแพ่ง

กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) หรือระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับกฎหมายแพ่งของไทย โดยทั้งกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส (The code pénal) มีหลักการพื้นฐานมาจากประมวลกฎหมายนโปเลียน (The Code Napoléon) ระบบศาลฝรั่งเศสมี 2 ระบบคือ ศาลปกครองและศาลยุติธรรม

สำหรับความรับผิดชอบเกี่ยวกับการให้บริการทางการแพทย์ในประเทศฝรั่งเศสนั้นแยกออกเป็น 2 รูปแบบ คือ

ก) ความรับผิดชอบเมื่อกระทำความผิด (Liability for fault) เช่น กฎหมายลักษณะสัญญา กฎหมายลักษณะละเมิด และกฎหมายปกครอง

ข) ความรับผิดชอบแม้ไม่ได้กระทำความผิด (Liability without fault) เช่น กฎหมายประกันสังคม (System of social security) ซึ่งต่อมาภายหลังเปลี่ยนเป็น “ความรับผิดชอบขององค์กรให้บริการทางการแพทย์ตามกฎหมาย Patient’s right and quality of care act no.2002-303

1) การกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์

สำหรับความหมายของความประมาทเลินเล่อนี้มีนักกฎหมายหลายท่านให้ความหมายของคำว่าประมาทเลินเล่อไว้แตกต่างกัน ดังนี้

เอช เอกูต์ อธิบายว่า ประมาทเลินเล่อ คือ การกระทำที่ขาดความระมัดระวัง ขาดความเอาใจใส่ และการละเว้นการกระทำในสิ่งที่ควรกระทำเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น¹²⁶

Mazeaud and Andre Tunc อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ หมายถึง การกระทำโดยขาดความระมัดระวังแล้วก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น และผู้กระทำได้กระทำการโดยขาดความระมัดระวังนั้นต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ท่านยังอธิบายไว้อีกว่าการแบ่งแยกการกระทำที่กระทำด้วยความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อไม่ใช่สิ่งจำเป็นเพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382 นั้นไม่ว่าบุคคลจะก่อความเสียหายขึ้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบในผลแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้น¹²⁷

¹²⁶ เอช เอกูต์, คำอธิบายกฎหมายฝรั่งเศส โดย ดร. แอล ดูปลาสต์ กับ ศ. เอกูต์ (พระนคร: สภานิติศึกษา, 2475), น.1080.

¹²⁷ The International Association of Legal Science, International Encyclopedia of Comparative Law (Vol. 11 Torts Chapter 1-2 chief ed. by Andre tunc, Tubigeen, J. C. B. Mohr Paul Siebeck, 1978): 25.

Planoil อธิบายว่า การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หมายความว่า การกระทำที่ไม่ใช่กระทำด้วยความจงใจ แต่กระทำด้วยการขาดความระมัดระวัง โดยระดับของความประมาทจะต้องถูกพิสูจน์ว่าระดับแค่นี้จึงเป็นความผิด เพราะความประมาทเลินเล่อเป็นความผิดต้องผ่านการพิสูจน์ระดับความร้ายแรง¹²⁸

Raymond Youngs อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ หมายถึง การกระทำที่ขาดความระมัดระวังอย่างบุคคลผู้สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย (Un Home Avise) ฟังกระทำหรือการกระทำที่ขาดความระมัดระวังอย่างผู้นำครอบครัวที่ดีฟังกระทำ (On Pere de Famille) โดยบุคคลที่จะนำมาเปรียบเทียบนั้นจะต้องมีลักษณะเช่นเดียวกับผู้กระทำการ โดยขาดความระมัดระวัง นอกจากนี้ท่านยังอธิบายว่า การขาดความระมัดระวังจนไม่สามารถบรรลุผลแห่งหน้าที่สำเร็จได้ (Breach of an Obligation de Resultat) ถือได้ว่าเป็นความประมาทเลินเล่อตามวัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382¹²⁹

Amos อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ (Quasi-Delict) หมายถึง การกระทำ ความเสียหายเกิดขึ้นด้วยความไม่จงใจ แต่กระทำไปด้วยความขาดความระมัดระวังซึ่งบุคคลทั่วไปที่มีสติรู้ผิดรู้ชอบ (The Conscientious Man) จะไม่กระทำเมื่ออยู่ภายใต้สถานการณ์เช่นเดียวกันนั้น ผู้กระทำการขาดความระมัดระวังจึงสมควรได้รับการตำหนิ และท่านยังอธิบายเพิ่มเติมว่า ความผิดของการกระทำด้วยความประมาทจะต้องเป็นการกระทำอันมีลักษณะฝ่าฝืนวัตถุประสงค์และมาตรฐานการกระทำที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม (Objective and Abstract Standard of Conduct)¹³⁰

Ryan อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ หมายถึง จำเลยกระทำการขาดความระมัดระวังแล้วก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลอื่น ซึ่งบุคคลทั่วไปภายใต้สถานการณ์เช่นเดียวกับจำเลยสามารถคาดเห็นได้ถึงความเสียหายและจะไม่กระทำการดังเช่นจำเลย โดยบุคคลจะมีหน้าที่ทั่วไปที่จะไม่กระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหายด้วยความประมาทเลินเล่อ

นอกจากความเห็นของนักนิติศาสตร์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีความเห็นในทางตำราที่แบ่งแยกความประมาทเลินเล่อออกเป็น 2 ประเภท คือ ประมาทเลินเล่อธรรมดา (ในฐานะที่เป็นความผิดธรรมดา Faute Simple) และประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (ในฐานะที่เป็นความรับผิดชอบอย่าง

¹²⁸ Marcel Planiol and George Ripert, *Treatise on the Civil Law VI*, Part 1, Eleventh Edition (Translated by the Louisiana state law institute, 1938), p.469.

¹²⁹ Raymond Youngs, *English, French and German Comparative Law*, 2nd ed (London: Cavendish, 2007), pp.366-367.

¹³⁰ Sir Maurice Sheldon Amos, *Amos & Walton's Introduction to French Law*, 3d ed (Oxford University Press, 1974), p.217.

ร้ายแรง Faute Lourde) หมายถึง การไม่ใช้ความระมัดระวังแม้เพียงเล็กน้อยในการทำให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิตและทรัพย์สิน และการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมีความใกล้เคียงการกระทำโดยจงใจมาก และมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความประมาทเลินเล่อสองรูปแบบ คือ

ก) การวินิจฉัยความผิดแบบ in concreto คือ การจะพิจารณาว่าสิ่งที่ผู้กระทำได้กระทำลงไปนั้นผู้กระทำควรจะมีประพฤติกิริยาหรือไม่นั้นจะต้องเอาตัวผู้กระทำมาพิจารณาโดยพิจารณาจากความรู้สึกในใจของผู้กระทำนั้นเองว่าผู้กระทำเป็นผู้ประมาทกระทำความผิดหรือไม่ กล่าวคือ ยกตัวผู้กระทำมาพิจารณาคุณภาพภายในจิตใจ (état d'âme) ของผู้กระทำหรือเรียกว่าเป็น faute subjective

ข) การวินิจฉัยความผิดแบบ in abstracto คือ การวินิจฉัยความผิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทนั้นไม่ควรเอาความรู้สึกภายในจิตใจของผู้กระทำมาพิจารณา แต่ควรสมมติเอาบุคคลอื่นมาพิจารณาเทียบเคียงว่าบุคคลอื่นนั้นจะกระทำเช่นเดียวกันหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นนี้ยังคงกระทำเช่นเดียวกับผู้กระทำที่เท่ากับว่าผู้กระทำไม่มีความผิด แต่หากบุคคลอื่นนั้นจะไม่กระทำเช่นเดียวกับผู้กระทำแล้วก็หมายความว่าผู้กระทำได้กระทำไปด้วยความประมาทเลินเล่อแล้ว

2) มาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์

มาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์ในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นต้องพิจารณาจากฐานความคิดที่ว่า แพทย์จะมีความรับผิดชอบทางละเมิดได้ต้องเป็นความผิดร้ายแรงหรือความผิดอย่างหนัก (Culpa lata) หากแพทย์กระทำความผิดเล็กน้อยหรืออย่างเบา (Culpa levis) ย่อมไม่มีความรับผิดชอบทางละเมิด กล่าวคือ แพทย์จะมีความรับผิดชอบทางละเมิดและต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายก็ต่อเมื่อแพทย์ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น¹³¹

การวินิจฉัยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดของฝรั่งเศสนั้นใช้หลัก in abstracto โดยการสมมติบุคคลขึ้นมาเปรียบเทียบกับผู้กระทำว่าเขาจะกระทำเช่นเดียวกับผู้กระทำหรือไม่ ถ้าบุคคลนี้ยังประพฤติกิริยาเช่นเดียวกับผู้กระทำ ก็หมายความว่า ผู้กระทำไม่มีความผิด แต่ถ้าหากเขาไม่กระทำเช่นเดียวกับผู้กระทำแล้วผู้กระทำก็ย่อมมีความผิดเป็นการวินิจฉัยจากสิ่งที่สมมติ โดยผู้พิพากษาจะหยิบยกแต่การกระทำของผู้กระทำเท่านั้นมาพิจารณาเปรียบเทียบกับบุคคลที่ศาลสมมติขึ้น ซึ่งบุคคลที่ศาลสมมติขึ้นนั้นจะต้องอยู่ในสภาพแวดล้อมและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ พฤติการณ์แวดล้อมที่ต้องคำนึงถึงในการสมมติบุคคลขึ้นมาเปรียบเทียบกับนั้นมี 2 ประการด้วยกัน คือ

¹³¹ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553), น.138-139.

ก) เหตุภายนอกหรือสภาพแวดล้อม เช่น สถานที่ กาลเวลา ซึ่งจะต้องนำมาประกอบกับบุคคลผู้สมมุติโดยเปรียบเทียบว่าภายใต้สถานที่และเวลาเกิดเหตุเช่นนั้น บุคคลที่สมมุติขึ้นจะทำอย่างเดียวกันกับที่ผู้กระทำได้กระทำไปหรือไม่

ข) เหตุภายในตัวผู้กระทำ เช่น อายุ เพศ ความเจ็บป่วย ความไม่สมประกอบของสภาพทางกายและใจซึ่งจะต้องนำมาประกอบกับบุคคลที่สมมุติขึ้นแต่สำหรับสภาพจิตใจของผู้กระทำ เช่น ความรู้สึกนึกคิด ความเคยชิน หรืออุปนิสัยของผู้กระทำนั้นเป็นเหตุภายในที่ไม่ต้องนำมาประกอบการพิจารณาเพราะว่าผู้กระทำที่มีนิสัยสะเพร่าทั้งต่อตนเองและผู้อื่น โดยไม่รู้ตัวว่าตนเองได้กระทำถึงนั้นด้วยความสะเพร่าอยู่เป็นนิจนั้นคงจะไม่มีใครโดยอมรับเหตุแก้ตัวเช่นนี้ได้

3) ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายสัญญา

สัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศสคือข้อตกลงทางกฎหมายที่บังคับได้ (Legally enforceable agreement) สิทธิในบริการทางการแพทย์ปรากฏทั่วไปทั้งในกฎหมายแพ่ง กฎหมายสาธารณสุข และกฎหมายจริยธรรมทางการแพทย์ สิทธิในกฎหมายแพ่งคือการคุ้มครองความสมบูรณ์ของร่างกาย (Protection of body integrity) ปรากฏในมาตรา 2 ประมวลกฎหมายแพ่ง (Loi n 94-653 of 29 July 1994) ซึ่งตรงกับมาตรา 2 ของสนธิสัญญาของสหภาพยุโรป (European convention on human right) ที่เรียกว่า Right of personality

ในอดีตการใช้สิทธิเรียกร้องความเสียหายจากการบริการทางการแพทย์ใช้หลักกฎหมายแพ่งเรื่องละเมิด (Tort) และสัญญา (Contract) เป็นหลักในการพิจารณา แต่ต่อมาได้เปลี่ยนเป็นระบบความมั่นคงของสังคม (French social security system) แต่ปัจจุบันได้ปรับเปลี่ยนเป็นกฎหมายสิทธิผู้ป่วย (Patient's right and quality of care act no.2002-303)

4) ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายละเมิด

หลักกฎหมายละเมิดของประเทศฝรั่งเศสนั้นโดยหลักการต้องไม่ใช่กรณีความรับผิดชอบทางสัญญา (Contractual obligation) กล่าวคือ ผู้ที่ทำให้เกิดความเสียหายต้องชดเชยค่าเสียหายเต็มจำนวนตามความเสียหาย (Full compensation) อันเกิดขึ้นกับทรัพย์สิน ชีวิต ร่างกาย อนามัย หรืออวัยวะส่วนต่าง ๆ ของร่างกาย ตามหลักการทำให้ความเสียหายนั้นกลับคืนสู่สภาพเดิม (Réparation intégral)

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีบทบัญญัติลักษณะละเมิดเพียง 5 มาตรา คือ มาตรา 1382-1386 โดยมีมาตรา 1382 และมาตรา 1383 เป็นบทบัญญัติที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้ ดังนี้

มาตรา 1382 บัญญัติว่า การกระทำใด ๆ ของบุคคลซึ่งก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น บุคคลซึ่งกระทำความเสียหายโดยความผิดนั้นจำต้องทดแทนความเสียหาย

มาตรา 1383 บัญญัติว่า บุคคลต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนได้ก่อขึ้น ไม่เพียงแต่การกระทำโดยจงใจของตนเท่านั้น แต่ยังต้องรับผิดชอบในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือปราศจากความระมัดระวังอีกด้วย

ตามบทบัญญัติมาตรา 1382 และมาตรา 1383 สามารถแยกองค์ประกอบความรับผิดชอบตามละเมิดตามกฎหมายฝรั่งเศสได้ 3 ประการ ดังนี้

- 1) ความเสียหาย (Le Préjudice)
- 2) ความผิด (La Faute)
- 3) ความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างความผิดและความเสียหายนั้น (Relation de cause à effect entre la faute et le Préjudice)

ในเรื่องความเสียหาย (Préjudice) อันเป็นองค์ประกอบความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่เกิดแก่ตนเองโดยเฉพาะ (Personel) มิใช่ความเสียหายที่เกิดแก่ผู้อื่นและจะต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน (Certain) และโดยตรง (Direct) โดยสามารถแบ่งความเสียหายออกได้เป็นสองประเภท คือ ความเสียหายเกี่ยวกับวัตถุอันมีรูปร่างเป็นตัวตนได้ (Préjudice Matériel) หมายถึง การทำความเสียหายแก่สิทธิทางทรัพย์สินซึ่งรวมถึงการก่อให้เกิดความสูญเสียกำไรและค่าจ้างอันอาจคำนวณเป็นตัวเงินได้แน่นอน และความเสียหายในทางศีลธรรม (Préjudice Moral) หมายถึง ความเสียหายต่อสิทธิที่อยู่นอกเหนือกองทรัพย์สิน

ในส่วนขององค์ประกอบที่สองเกี่ยวกับความผิด (La Faute) นั้นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่ได้ให้คำนิยามไว้ แต่ตามคำอธิบายทางดาราได้อธิบายว่าความผิด (La Faute) หมายถึง การขัดขึ้นต่อหน้าที่ที่มีอยู่แล้วซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องชดใช้หากเกิดความเสียหายขึ้น ในเรื่องความผิด (La Faute) นี้ความเห็นในทางดาราแบ่งความผิด (La Faute) ออกเป็นสองชนิด คือ ความผิดที่ตั้งใจกระทำ (Faute Intentionnelle) หมายความว่า เป็นการกระทำโดยทำให้เขาเสียหายเป็นการกระทำที่โหดร้าย (Acte Méchant) และเป็นความผิดที่กระทำขึ้นโดยประสงค์ต่อผลกับความผิดที่ไม่ได้ตั้งใจกระทำ หรือการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (Faute non-intentionnelle) หมายความว่า เขาหาได้ประพฤติดังที่เขาควรประพฤติไม่ หรือเขาหาได้กระทำตามที่เขาควรจะทำไม่

สำหรับองค์ประกอบที่สาม คือ ความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างความผิดและความเสียหายนั้น (Relation de cause à effect entre la faute et le Préjudice) มีความหมายว่า การกระทำและความเสียหายที่ก่อขึ้นนั้นต้องเอาโทษแก่จำเลยได้ มิฉะนั้นจะถือไม่ได้ว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผล โจทก์จึงต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าความเสียหายนั้นเป็นผลจากการกระทำของผู้กระทำ มีทฤษฎีที่สำคัญอยู่สองทฤษฎี ดังนี้

(1) ทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเงื่อนไข (Théorie de l'équivalence des conditions, doctrine of equivalence of conditions) หมายความว่า หากปรากฏว่าถ้าไม่มีการกระทำตามที่กล่าวหา ผลเช่นนั้นก็จะไม่เกิดขึ้นและจะไม่มี ความเสียหายตามที่กล่าวอ้าง ผลที่เกิดขึ้นนั้น เป็นผลอันเกิดจากการกระทำที่ถูกลกล่าวหา ผลอันใดอันหนึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากเหตุหลายประการ ถ้าเหตุอันหนึ่งคือการกระทำของผู้ถูกลกล่าวหาแล้ว ผู้นั้นก็ต้องรับผิดชอบโดยไม่ต้องคำนึงว่ายังมีเหตุอื่นที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วยเหมือนกัน เพราะถือว่าเหตุทุก ๆ เหตุมีน้ำหนักเท่ากันจะถือว่าเป็น แต่เหตุบางประการเท่านั้นที่ก่อให้เกิดผลขึ้นหาได้ไม่ เพราะถ้าไม่มีเหตุทุก ๆ ประการเหล่านั้น รวมเข้าด้วยกันแล้ว ผลก็ย่อมไม่เกิดขึ้น

(2) ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม (Théorie de la causalité adéquate, doctrine of adequate causality) ทฤษฎีนี้ถือว่า ในบรรดาเหตุทั้งหลายที่ก่อให้เกิดผลขึ้นนั้น ในแง่ความรับผิดชอบของผู้กระทำ การใด ๆ แล้วเฉพาะแต่เหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเช่นนั้นเท่านั้นที่ผู้กระทำการนั้นจะต้อง รับผิดชอบ

สำหรับความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น (La Faute Professionnelle) ความเห็น ในทางตำรามีความเห็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพว่าผู้ประกอบวิชาชีพจะมีความ รับผิดชอบในทางละเมิดได้ก็ต่อเมื่อเขาได้กระทำความผิดอย่างร้ายแรงหรือความผิดอย่างหนัก (Culpa Lata) จึงจะทำให้เขามีความรับผิดชอบทางละเมิด หากเป็นความผิดเพียงเล็กน้อยหรือความผิดอย่างเบา (Culpa Levis) แล้วผู้ประกอบวิชาชีพจะมีความรับผิดชอบในทางละเมิดไม่ กล่าวคือ แม้ผู้ประกอบวิชาชีพจะ ได้ กระทำในสิ่งที่บุคคลที่ใช้ความระมัดระวังควรระวังจะพึงละเว้นไม่กระทำก็ตามก็ยังถือว่าไม่ได้ว่า ผู้ประกอบวิชาชีพมีความผิด เขาจะมีความผิดก็ต่อเมื่อเขาประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงกระทำสิ่งที่ บุคคลที่มีความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยจะไม่พึงกระทำเลยเท่านั้น

สอดคล้องกับความเห็นของศาล La jurisprudence ที่ถือว่าการกระทำของผู้ประกอบ วิชาชีพอันจะเป็นความผิดทางละเมิดนั้นต้องเป็นความผิดอย่างร้ายแรงเท่านั้น ทั้งนี้เพราะศาล La jurisprudence ถือว่าการวินิจฉัยเพื่อจะชี้ว่าการกระทำใดเป็นความผิดต้องชดใช้ค่าสินไหม ทดแทนความเสียหายนั้นศาลต้องอาศัยหลักความรู้ธรรมดาเท่านั้น ศาลจะไม่กล้าเข้าไปถึงกับ วินิจฉัยหลักแห่งศิลปะหรือวิทยาศาสตร์นั้น ๆ คำพิพากษาที่ถือแนวความคิดดังกล่าวมีอยู่หลายเรื่อง อาทิเช่น แพทย์วินิจฉัยโรคตามอาการของคนไข้ผิด (Erreur de Diagnostic) ทำให้วางยาผิดหรือ รักษาผิด ศาลถือว่าเพียงเท่านี้ยังไม่ถือเป็นความผิดที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือการที่แพทย์ ใช้วิธีรักษาด้วยการฉายแสงเอ็กซ์เรย์แล้วเกิดมีแผลพองใหม่ที่ผิวหนังของคนไข้แพทย์นั้นก็หาต้อง รับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่เพราะศาลฟังจากพยานหลักฐานได้ว่าเป็นเหตุสุดวิสัย การกระทำ ที่จะเป็นความผิดซึ่งแพทย์จะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นจะต้องเป็นความประมาท

เกินเล่ออย่างร้ายแรงซึ่งในทางวิทยาศาสตร์ไม่สามารถมีข้อสงสัยโต้แย้งได้เลย เช่น แพทย์ผ่าตัดโดยมิได้ทำการตรวจร่างกายคนไข้อย่างเพียงพอจนได้ทำการผ่าตัดหุ้มมีครรภ์ 9 เดือนโดยเข้าใจว่าเป็นโรคเนื้องอก (Fibrome) หรือแพทย์ใช้วิธีการรักษาที่มีอันตรายอย่างร้ายแรงเพื่อรักษาอาการบาดเจ็บเพียงเล็กน้อย เช่น แก้วรอยเหี่ยวย่นหรือทำลายขนบนใบหน้าเท่านั้น

5) การจ่ายเงินเยียวยาความเสียหายทางการแพทย์

ในระบบการชดเชยความเสียหายอันเนื่องมาจากความรับผิดชอบ (Responsabilité) นั้นแบ่งแยกย่อยออกเป็น 2 ลักษณะ คือ 1.ระบบการชดเชยความเสียหายอันเนื่องมาจาก “ความรับผิดชอบจากการกระทำความผิด (Responsabilité pour faute) และ 2.ระบบการชดเชยความเสียหายอันเนื่องมาจาก “ความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด” (Responsabilité sans faute) กฎหมายฝรั่งเศสใช้คำว่า “ความรับผิดชอบ” (Responsabilité) ในสาระสำคัญมีความหมายถึง กรณีที่บุคคลทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดา หรือรัฐ ซึ่งมีหน้าที่หรือความผูกมัดที่ต้องชดใช้หรือแก้ไขเยียวยาสิ่งที่ตนได้กระทำให้ขึ้นเพื่อแสดงออกถึง “ความรับผิดชอบ¹³²” (ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “ความรับผิดชอบ”)

ก่อนปี ค.ศ. 2002 ฝรั่งเศสใช้ระบบการชดเชยความเสียหายอันเนื่องมาจาก “ความรับผิดชอบจากการกระทำความผิด (Responsabilité pour faute) ด้วยวิธีการฟ้องร้องคดีต่อศาลในการชดเชยค่าเสียหายในคดีทางการแพทย์เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยใช้หลักความรับผิดชอบทางละเมิด กล่าวคือการทำให้อื่นเสียหายโดยการล่วงละเมิดหน้าที่¹³³ เป็นการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นนั้นเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เรียกว่า “การกระทำละเมิด” (la Responsabilité pour faute) โดยอาศัยหลักความรับผิดชอบทางแพ่งในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1382 มาตรา 1383 และมาตรา 1384 เป็นพื้นฐานในการวินิจฉัยคดีในกรณีความรับผิดชอบที่ต้องมีการกระทำความผิด มีความเสียหาย และมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลคือความเสียหาย¹³⁴

แต่ในปี ค.ศ. 2002 ฝรั่งเศสได้พัฒนาระบบกฎหมายสาธารณสุขและหันมาใช้ระบบการชดเชยความเสียหายอันเนื่องมาจาก “ความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด” (Responsabilité sans

¹³² เนื่องจากการใช้คำว่า “ความรับผิดชอบ” มักทำให้เกิดความเข้าใจอย่างจำกัดว่าเป็นเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดหรือกรณีที่มีการกระทำความผิดเท่านั้น การใช้ถ้อยคำว่า “ความรับผิดชอบ” จึงบ่งบอกความหมายที่กว้างกว่า ในวิทยานิพนธ์นี้ผู้เขียนจึงขอใช้คำว่า “ความรับผิดชอบ” แทนคำว่า “ความรับผิดชอบ”

¹³³ วาริ นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวร ได้ (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518), หน้า 2.

¹³⁴ นิพนธ์ สะกิมิ, “เปรียบเทียบความรับผิดชอบทางแพ่งของเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และความรับผิดชอบทางปกครองของฝ่ายปกครองตามกฎหมายปกครองในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย”, วารสารกรมบัญชีกลาง 50, 4 : 18.

faute) หรือระบบการชดเชยค่าเสียหายแม้ไม่ได้กระทำความผิด (No-fault compensation system) ซึ่งเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ที่เรียกว่า “ความรับผิดชอบอย่างอื่น” (la Responsabilité sans faute) โดยให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายใช้สิทธิเรียกร้องจากหน่วยงานของรัฐในพื้นที่นั้น เพื่อส่งเรื่องให้คณะกรรมการพิจารณาค่าชดเชย (Boards standards for compensation) พิจารณา ซึ่งถือเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการชดเชยทางการแพทย์ไปโดยนโยบายของรัฐ

ความรับผิดชอบของรัฐ โดยปราศจากความผิด เป็นความรับผิดชอบของรัฐ โดยที่รัฐมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่ไม่ใช่การกระทำละเมิด กล่าวคือ ไม่มีการกระทำที่เป็นความผิด เช่น ในกรณีที่กฎหมายมอบอำนาจให้หน่วยงานของรัฐกระทำการบางอย่างเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ แต่การกระทำดังกล่าวทำให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่เอกชน จึงสมควรที่หน่วยงานของรัฐนั้นต้องชดเชยเยียวยาความเสียหายนั้น หลักเรื่องความรับผิดชอบโดยไม่มีการกระทำผิดนี้เป็นผลมาจากความต้องการที่จะไม่ให้เกิดกรณีที่มีความเสียหายขึ้น โดยไม่มีกรณีใดๆ เป็นระบบความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดความรับผิดที่ปราศจากความผิด โดยเป็นความรับผิดที่มาจากหลักการทางกฎหมายที่สำคัญ ดังนี้

ก) หลักความเสี่ยงภัย (Risque) โดยทฤษฎีความเสี่ยงภัยนี้ ถือว่ากิจกรรมทุกอย่างล้วนแต่ก่อให้เกิดความเสี่ยงภัยขึ้นกับทั้งตัวบุคคลภายนอกและทั้งผู้กระทำกิจกรรมที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงภัยนั้นเอง การที่กำหนดให้ผู้กระทำการนั้นต้องรับผิดชอบเยียวยาให้แก่บุคคลภายนอกผู้ต้องเสียหายจากการกระทำการนั้น จึงเป็นธรรมแล้ว เพราะผู้นั้นได้สร้างความเสี่ยงภัยขึ้นเพื่อประโยชน์ของตนเอง เมื่อตนเองได้รับประโยชน์จากการกระทำนั้น จึงสมควรที่จะต้องรับผิดชอบต่อผลร้ายทั้งปวงที่อาจจะเกิดจากการกระทำอันเดียวกันนั้น¹³⁵ ในกรณีที่เป็นกิจกรรมหรือการกระทำของรัฐ อาจก่อให้เกิดความเสี่ยงภัยเป็นกรณีพิเศษขึ้นแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง และแม้เมื่อภัยนั้นเกิดขึ้นโดยปราศจากความผิดของฝ่ายปกครอง ผู้ได้รับประโยชน์จากการกระทำหรือกิจกรรมนั้น คือประชาชนทุกคนในรัฐนั่นเอง ประชาชนทุกคนจึงควรจะต้องมีส่วนร่วมในการรับผิดชอบผลเสียใด ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นจากการกระทำหรือกิจกรรมเหล่านั้นด้วย ในบางกรณีศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจึงตัดสินคดีให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายให้กับบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากบริการสาธารณะที่เป็น

¹³⁵ วรวิทย์ ทวาทสิน, “กฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสกับระบบกฎหมายจารีตประเพณี,” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, น.593.

อันตรายหรือที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่จะเป็นความเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีนี้
 สิ่งที่เกิดความรับผิดชอบคือ ความเสียหายที่ฝ่ายปกครองทำให้เกิดขึ้น¹³⁶

ข) หลักความเสมอภาคของพลเมืองต่อการรับภาระสาธารณะ เป็นหลักย่อยของหลักว่า
 ด้วยความเสมอภาค (principe d'égalité) ที่จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่า
 เทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่อง
 นั้น ๆ หลักความเสมอภาคของพลเมืองต่อการรับภาระสาธารณะเป็นหลักที่มีสถานะเป็น
 รัฐธรรมนูญ (principe de valeur constitutionnelle) การฝ่าฝืนหลักความเสมอภาคของพลเมืองต่อ
 การรับภาระสาธารณะเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย หลักความ
 เสมอภาคของพลเมืองต่อการรับภาระสาธารณะยังนำมาใช้ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในกรณีที่มี
 ความเสียหายเกิดขึ้นแต่ไม่ได้เกิดจากการกระทำผิดของรัฐ เนื่องจากถือว่าเป็นความไม่เป็นธรรม
 ขึ้นหากบุคคลหนึ่งจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายเพียงคนเดียวจากการกระทำที่กระทำเพื่อประโยชน์
 ของส่วนรวม จึงมีหลักการหนึ่งเกิดขึ้นภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส คือหากปราศจากกฎหมายบัญญัติ
 เป็นอย่างอื่น โดยเฉพาะเจาะจงแล้ว จะต้องแบ่งความรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายทั้งปวงที่เกิดจากการ
 ดำเนินงานของรัฐในระหว่างประชาชนทุกคนในรัฐ โดยเท่าเทียมกัน หากเอกชนคนใดคนหนึ่ง
 ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐ ก็จะต้องถือว่าไม่ได้มีการแบ่งค่าใช้จ่ายของรัฐโดยเท่าเทียม
 กันเพราะเอกชนผู้ได้รับความเสียหายนั้นต้องแบกรับภาระที่เกิดจากการกระทำของรัฐเพื่อมิต้อง
 รับภาระใด ๆ ที่เกิดขึ้น ดังนั้น จึงได้เกิดมีความคิดให้รัฐต้องรับผิดชอบแม้ทั้งในกรณีที่ความ
 เสียหายที่เกิดแก่เอกชนนั้นจะมีได้เป็นความผิดของรัฐ ทั้งนี้ก็เพื่อที่จะให้มีการกระจายภาระที่เกิดขึ้น
 จากการให้บริการสาธารณะในระหว่างประชาชนทุกคนโดยเท่าเทียมกัน ซึ่งการกระจายภาระนี้จะ
 กระทำโดยผ่านระบบการเก็บภาษีอากรที่ประชาชนทุกคนมีหน้าที่จะต้องเสียให้แก่รัฐ¹³⁷ ทั้งนี้ การ
 ชดเชยความเสียหายตามหลักการนี้จะต้องปรากฏว่าบุคคลผู้เสียหายได้รับภาระความเสียหายที่มาก
 เกินกว่าปกติอันเนื่องมาจากกิจกรรมที่ดำเนินการโดยชอบตามปกติทั่วไป

ค) หลักประโยชน์สาธารณะ (intérêt général) และหลักการช่วยเหลือเกื้อกูลกันในชาติ
 (Solidarité nationale) ประโยชน์สาธารณะ (intérêt général) หมายถึง ความจำเป็นที่มนุษย์ในสังคม
 มีอยู่ร่วมกัน จึงเป็นวัตถุประสงค์หลักและเป็นพื้นฐานในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง (activité
 administrative หรือ administrative activity) ประโยชน์สาธารณะหรือความจำเป็นที่มนุษย์ในแต่ละ

¹³⁶ สุรพล นิติไกรพจน์ และคนอื่น ๆ , รายงานการวิจัย เรื่องหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, เสนอต่อ
 สำนักงานศาลปกครอง, น.272.

¹³⁷ วรวิทย์ ทวาทสิน, “กฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสกับระบบกฎหมายจารีตประเพณี,” ในคู่มือ
 การศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, น.593.

สังคมมีอยู่นี้เป็นเรื่องที่ยื่นอยู่กับสภาพทางจิตวิทยาทางธรรมชาติและอาจต่างกันในแต่ละยุคก็ได้ แต่ในทางกฎหมายมหาชนนั้น รัฐย่อมเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมของคนจำนวนมาก ในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์ส่วนรวมของคนหมู่มากในสังคม หรือที่เรียกว่าประโยชน์สาธารณะ จะต้องให้ประโยชน์สาธารณะมาก่อนหรืออยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน ผลทางกฎหมายมหาชนที่ตามมาคือ รัฐ องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องมีฐานะเหนือกว่าเอกชน ส่วนหลักการช่วยเหลือเกื้อกูลกันในชาติ (Solidarité nationale) มีการอธิบายความหมายไว้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในชุมชน ซึ่งมีการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน ภายในรัฐและมีพันธะหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติระหว่างกัน เป็นหลักการพื้นฐานของความมั่นคงของสังคม และหลักการนี้มีการประกาศไว้ในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส แนวความคิดเกี่ยวกับการช่วยเหลือเกื้อกูลกันในชาติ เกิดมาจากความต้องการให้มีการช่วยเหลือประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย

ความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิดในประเทศฝรั่งเศสมีที่มาจาก 2 แหล่ง คือ

ก. กรณีตามบทบัญญัติของกฎหมาย ในประเทศฝรั่งเศสมีการออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติหลายฉบับเพื่อเยียวยาความเสียหายให้กับประชาชน อาทิเช่น รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1964 กำหนดให้มีการชดเชยเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการถูกบังคับให้ฉีดวัคซีน และปัจจุบันบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย Code de la Santé Publique มีการจัดตั้งกองทุนในการชดเชยความเสียหายให้กับผู้ได้รับความเสียหายที่เป็นผลมาจากการถูกบังคับให้ฉีดวัคซีน ซึ่งความเสียหายที่มีลักษณะเป็นความเจ็บป่วยเป็นปัญหาทางสุขภาพนั้น การพิสูจน์ถึงความผิดเป็นไปได้ยาก ทั้งนี้มีคดีซึ่งเจ้าหน้าที่ทางการแพทย์มาฟ้องคดีต่อศาลปกครองอันเนื่องมาจากความเจ็บป่วยจากโรค multiple sclerosis ที่เป็นผลมาจากมาตรการบังคับให้ฉีดวัคซีนป้องกันไวรัสตับอักเสบบี โดยผู้ฟ้องคดีมักมาฟ้องคดีบนพื้นฐานความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดของรัฐ และรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1991 กำหนดให้มีการชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการติดเชื้อเอดส์จากการถ่ายเลือด การกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อผู้ติดเชื้อเอดส์จากการถ่ายเลือด มีได้ในหลายลักษณะ ดังนี้ ประการแรก คือ ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำ ความผิดในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่สาธารณสุข โดยมีความบกพร่องที่ไม่มีมาตรการที่จำเป็นสำหรับควบคุมดูแลการถ่ายเลือด ประการที่สอง คือ ความรับผิดชอบโดยไม่มี การกระทำความผิดของศูนย์ถ่ายเลือดส่วนกลาง (Les centres de transfusion sanguine publics) ประการที่สาม คือ ความรับผิดชอบตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1991 ว่าด้วยการชดเชยค่าเสียหายให้ผู้เคราะห์ร้ายจากการติดเชื้อไวรัสเอชไอวีซึ่งเป็นการชดเชยมาจากกองทุนซึ่งตั้งขึ้นมาเป็นการเฉพาะ โดยได้ให้หลักประกันในการชดเชยค่าเสียหายว่าจะต้องครอบคลุมความเสียหายมากที่สุดแก่บุคคลที่

ติดเชื่อ ในกฎหมายฉบับนี้เป็นการกำหนดให้มีการชดใช้ความเสียหายกรณีที่มีการติดเชื่อเอดส์อันเนื่องมาจากการถ่ายเลือดหรือการฉีดสารผ่านเส้นเลือด โดยผู้เสียหายในเรื่องดังกล่าวจำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายที่เป็นผลมาจากการถ่ายเลือดหรือฉีดสารผ่านเส้นเลือด โดยชดใช้ความเสียหายจะเป็นการชดใช้อย่างเต็มจำนวน เป็นต้น

ข. กรณีที่เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลปกครอง นอกจากความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิดซึ่งได้บัญญัติไว้ในกฎหมายฝรั่งเศสตามที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยข้อพิพาทในคดีปกครองหลายคดีที่ได้ปรับใช้หลักความรับผิดชอบที่เกิดจากการเสี่ยงภัย และหลักความรับผิดชอบที่เกิดจากการสูญเสียความเสมอภาคของพลเมืองต่อการรับภาระสาธารณะ ซึ่งเป็นความรับผิดชอบของรัฐ โดยปราศจากความผิด และนอกเหนือไปจากที่กฎหมายบัญญัติความรับผิดชอบของรัฐไว้ อาทิเช่น ความรับผิดชอบจากการรักษาพยาบาล ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในความเสียหายที่เกิดจากกิจการรักษาพยาบาลมีพัฒนาการค่อนข้างมากจากเดิมที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบพัฒนามาเป็นรัฐต้องรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่เกิดจากความผิดร้ายแรง และในปี ค.ศ. 1992 ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเรื่องความรับผิดชอบเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลไว้ โดยเปลี่ยนแปลงหลักเดิมที่ว่าโรงพยาบาลจะต้องรับผิดชอบต่อเมื่อมีการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงเท่านั้น เป็นการยอมรับว่าการกระทำละเมิดในระดับปกติก็อาจทำให้เกิดความรับผิดชอบของโรงพยาบาลได้

คดี Epoux V. ลงวันที่ 10 เมษายน ค.ศ. 1992 ข้อเท็จจริงมีว่า นาง V. ผู้ฟ้องคดีได้คลอดบุตรในโรงพยาบาลของรัฐซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดี โดยคณะแพทย์ได้ใช้วิธีการทำคลอดโดยการผ่าตัดดมยาสลบ วิธีดังกล่าวทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องรับเคราะห์จากกระบวนการทางการแพทย์หลายประการ ในการทำคลอดโดยการผ่าตัดก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อความดันและระบบการเดินของหัวใจ และการดมยาสลบก็มีผลต่อความดันของผู้ป่วยเช่นกัน เมื่อให้ยาแก่ผู้ป่วยเกินขนาดก่อนทำการผ่าตัดทำให้ผู้ป่วยเกิดอาการความดันโลหิตต่ำ หัวใจเต้นผิดปกติ และมีอาการคลื่นไส้ อาเจียน เมื่อให้คนไข้ดมยาสลบทำให้ความดันโลหิตลดต่ำลงเป็นครั้งที่สอง เมื่อผ่าตัดทำคลอดเสร็จแล้วความดันโลหิตของผู้ป่วยลดต่ำลงอีก แพทย์ได้รักษาตามวิธีการทางการแพทย์แล้ว แต่ผู้ป่วยอาการไม่ดีขึ้น อาการกลับทรุดลงจนหัวใจหยุดเต้นไปชั่วขณะ จึงมีการส่งต่อผู้ป่วยไปรักษายังโรงพยาบาลอื่น เมื่อผู้ป่วยฟื้นซิคอันตรายแต่การที่หัวใจหยุดเต้นไปชั่วชั่วโมงทำให้มีผลต่อการทำงานของสมอง และผู้ป่วยมีอาการโคม่าไปหลายวัน จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากโรงพยาบาลที่ทำการผ่าตัด คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยกลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งตัดสินโดยอ้างหลักเดิมที่ว่าฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการรักษาพยาบาลเฉพาะความเสียหายที่เกิดจากความผิดร้ายแรงเท่านั้น ศาลปกครองชั้นต้นจึงพิพากษายกฟ้อง

แต่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยให้โรงพยาบาลต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาลโดยความเสียหายไม่จำเป็นต้องเกิดจากความผิดร้ายแรงของโรงพยาบาล¹³⁸

ในเวลาต่อมา ศาลปกครองสูงสุดได้ยอมรับหลักเรื่องความรับผิดชอบโดยไม่ได้กระทำความคิดในกรณีของผู้ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบำบัดรักษา หรือการใช้จ่ายบำบัดรักษาเป็นครั้งแรก และผลที่เกิดขึ้นนั้นถือได้ว่าเป็นผลที่ไม่น่าจะเป็นปกติ คดี Gomez ลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1990 และคดี Bianchi ลงวันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 1993 ในคดี Bianchi ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ วินิจฉัยว่า แม้ฝ่ายปกครองจะไม่ได้กระทำความคิด แต่เมื่อปรากฏว่าวิธีการในการรักษานั้นมีความเสี่ยง และต่อมาได้ก่อให้เกิดความเสียหายที่มีลักษณะพิเศษ หากปรากฏว่าความเสียหายเป็นผลโดยตรงจากการรักษาพยาบาลดังกล่าว โดยผู้ป่วยมิได้มีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายและความเสียหายนั้นเกิดขึ้นตามความคาดหมายและมีลักษณะที่รุนแรง โรงพยาบาลต้องรับผิดชอบในผลของความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ป่วยของตน ส่วนในคดี Gomez ความรับผิดชอบ โดยไม่มีความผิดเกิดขึ้นจากการรักษาด้วยวิธีการใหม่และไม่อาจคาดการณ์ความร้ายแรงที่จะเกิดผลข้างเคียงขึ้น จึงเป็นเงื่อนไขของคดีคือการเกิดผลข้างเคียงที่มีลักษณะคาดไม่ถึงและค่อนข้างรุนแรงอย่างมาก ส่วนในคดี Bianchi ความรับผิดชอบเกิดขึ้นเมื่อการดำเนินการทางการแพทย์เป็นสิ่งจำเป็นในการรักษาหรือวินิจฉัยผู้ป่วยและก่อให้เกิดผลข้างเคียงที่รุนแรงมาก โดยไม่เกี่ยวข้องกับอาการป่วยของคนไข้ก่อนเข้ารับการรักษา มีความแตกต่างจากคดี Gomez ตรงที่ความเสี่ยงภัยที่จะเกิดความเจ็บป่วยนั้นรู้ได้ในขณะทำการรักษา แต่โอกาสเกิดขึ้นกับผู้ป่วยมีน้อยมาก¹³⁹ การฟ้องคดีที่มีข้อเท็จจริงคล้ายกับคดี Bianchi แต่ไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายด้วยเหตุผลที่ว่า ความเสี่ยงภัยในการเกิดผลข้างเคียงไม่น้อยพอ (ในคดี Bianchi มีความเสี่ยงเพียง 0.04-0.06%) หรือความร้ายแรงของความเจ็บป่วยจากการดำเนินการทางการแพทย์ไม่ได้ร้ายแรงเป็นพิเศษ หรือการเจ็บป่วยที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการเจ็บป่วยที่มีอยู่เดิมก่อนแล้ว¹⁴⁰

หลังจากที่มีคำตัดสินในคดีดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดได้ใช้แนวคำวินิจฉัยดังกล่าวในการตัดสินคดี โดยยึดหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการรักษาพยาบาล หากความเสียหายที่เกิดขึ้นมีลักษณะพิเศษและเป็นผลโดยตรงของกระบวนการทางการแพทย์แล้ว ศาลปกครองสูงสุดจะให้ฝ่ายปกครองชดเชยเยียวยาความเสียหายนั้น โดยไม่จำต้อง

¹³⁸ นุบผา อัครพิมาน, “คำวินิจฉัยและข้อสังเกตในคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” ใน *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ*, น.357-358.

¹³⁹ Duncan Fairgrieve, *State Liability in Tort: A Comparative Law Study*, pp.151-152.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p.152.

พิสูจน์ให้เห็นว่าความเสียหายเกิดจากความผิดพลาดหรือความบกพร่องของโรงพยาบาลหรือแพทย์แต่อย่างใด¹⁴¹

การจ่ายค่าชดเชยความเสียหายจากการรักษาพยาบาลมีการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้น เมื่อมีรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 2002 เป็นกฎหมายที่รวบรวมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางการแพทย์ในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนไว้ ทำให้รัฐต้องรับผิดชอบการรักษาพยาบาลบนสมมติฐานของการพิสูจน์ความผิด โดยมีข้อยกเว้น 2 ประการคือ ระบบความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดนำมาใช้ในกรณี การติดเชื้อในโรงพยาบาลภายใต้ความรับผิดชอบของสถานพยาบาล และความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดยังนำมาใช้ในกรณีความเสียหายที่มีสาเหตุมาจากวัตถุประสงค์ทางการแพทย์ที่มีความชำรุดบกพร่อง (produits de santé) ยิ่งไปกว่านั้น การชดเชยความเสียหายในกรณีที่ไม่มี ความผิดได้ขยายมากขึ้นบนพื้นฐานของแนวคิดการช่วยเหลือเกื้อกูลกันในชาติ และมีการให้เงินสนับสนุนจากระบบประกันสังคม ภายใต้แนวคิดนี้ การจะได้รับค่าชดเชยความเสียหายต้องมีความเสียหายที่เกิดขึ้นมาจากอุบัติเหตุทางการแพทย์ การติดเชื้อจากการรักษา หรือจากโรงพยาบาล ซึ่งความเจ็บป่วยมีสาเหตุโดยตรงมาจากปฏิบัติการทางการแพทย์ในการป้องกัน รักษา หรือวินิจฉัยโรค¹⁴²

ปัจจุบันการบริหารจัดการด้านการแพทย์และสาธารณสุขในฝรั่งเศสอยู่ภายใต้กฎหมาย Patient's right and quality of care act no.2002-303 ที่ผ่านรัฐสภาเมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2002 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ 3 ประการคือ 1.ส่งเสริมการรับฟังเสียงเรียกร้องของประชาชนและให้เสียงเรียกร้องนั้นได้รับการพิจารณา 2.ปรับปรุงคุณภาพการบริการทางการแพทย์ให้มีระบบศึกษาต่อเนื่องและการประเมินผลการปฏิบัติวิชาชีพ 3.ชดเชยความเสียหายจากบริการทางการแพทย์ไม่ว่าจะเกิดจากการกระทำผิดหรือไม่

ประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบ No fault system ในการชดเชยความเสียหายทางการแพทย์โดยได้ตรากฎหมาย Law No. 2002-303 of 4 March 2002 ชื่อ Patient's Rights and quality of the health system ใน Title V เรื่อง การจ่ายค่าชดเชยความเสียหายเกี่ยวกับสุขภาพ ปรากฏอยู่ใน section 98-107 ที่ถือเป็นการแก้ไขส่วนแรกของประมวลกฎหมายสาธารณสุขด้วย

กฎหมาย Patient's right and quality of care act no.2002-303 นี้มีรายละเอียดที่แตกต่างจากกฎหมายทั่วไป โดยกำหนดหลักการใหม่ ๆ คือ ใน Division II ที่ใช้กระบวนการที่เป็นมิตรเมื่อเกิดกรณี “โรคหมอทำ” (Iatrogenic Disease) หรือการติดเชื้อในโรงพยาบาล หลักการประเมินผล

¹⁴¹ บุษพา อัครพิมาน, “คำวินิจฉัยและข้อสังเกตในคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ, น.357-358.

¹⁴² Duncan Fairgrieve, *State Liability in Tort: A Comparative Law Study*, pp.151-152.

ความเสียหายจากการบริการทางการแพทย์โดยแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ หลักการจ่ายค่าชดเชยจากความเสียหายจากการบริการทางการแพทย์ บริการทางการแพทย์ที่ถือเป็นโทษทางอาญา กำหนดระยะเวลาในการใช้สิทธิเรียกร้อง เป็นต้น โดยมีคณะกรรมการ Committee of conciliation and compensation เป็นผู้พิจารณาความเสียหาย โดยคณะกรรมการจะพิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น สาเหตุ สภาพธรรมชาติ ความเสียหาย และพิจารณาให้ค่าชดเชยตามระเบียบ (Compensation scheme) ถ้าพิจารณาแล้วไม่เป็นการกระทำผิด (No Fault) จะส่งเรื่องต่อไปให้หน่วยบริการทางการแพทย์ภายในจังหวัด (ONIAM Office nation d' indemnisation des accidents médicaux) ให้เป็นผู้พิจารณาจ่ายค่าชดเชย ซึ่งถือเป็นการแก้ไขปัญหาลักษณะความไม่เป็นมิตรจากการฟ้องร้องดำเนินคดีระหว่างแพทย์และผู้ป่วยได้อย่างดียิ่ง

สำหรับการชดเชยค่าเสียหายทางการแพทย์เกิดจากการกระทำผิด (Fault) นั้น เมื่อผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากการบริการทางการแพทย์ ผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิเรียกร้องต่อหน่วยงานของรัฐในพื้นที่ (Regional compensation commission) ให้เป็นผู้พิจารณา หากเป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิด (Fault) หน่วยงานของรัฐจะเรียกร้องต่อบริษัทผู้รับประกันภัย ให้เป็นผู้จ่ายค่าชดเชยทางการแพทย์ให้แก่ผู้เสียหาย แต่ถ้าหากบริษัทผู้รับประกันภัยปฏิเสธการจ่ายค่าชดเชยทางการแพทย์ให้แก่ผู้เสียหาย หน่วยงานของรัฐจะสำรองจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้เสียหายไปก่อนและดำเนินการยื่นฟ้องบริษัทผู้รับประกันภัยต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าชดเชยดังกล่าวกลับคืน

นอกจากนี้ยังมีการปรับปรุงคุณภาพบริการทางการแพทย์เพื่อลดความผิดพลาดทางการแพทย์อันถือเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายทางการแพทย์ในทางอ้อม โดยรัฐบาลฝรั่งเศสได้จัดตั้งหน่วยงานในการประเมินคุณภาพบริการทางการแพทย์ (National agency for accreditation and health care evaluation) ที่เรียกชื่อว่า Agence nationale de accréditation et d' evaluation en sante' ANAES รับผิดชอบในการทำแนวการปฏิบัติงานและพิจารณาประเมินผลการปฏิบัติวิชาชีพ เรียกว่า Recommendation on clinical practice RPC ในเรื่องเกี่ยวกับการวินิจฉัยโรคการรักษา หรือการปฏิบัติงานในเงื่อนไขที่แน่นอน โดยจัดพิมพ์เป็นคู่มือการปฏิบัติงานเพื่อให้แพทย์ใช้เป็นแนวทางปฏิบัติงาน โดยจะทำเป็นข้อตกลงระหว่างสภาวิชาชีพกับกองทุนประกันสุขภาพ เพื่อลดความผิดพลาดในการบริการทางการแพทย์ถือเป็นการให้ความรับรองและคุ้มครองสิทธิผู้ป่วยอีกทางหนึ่ง

3.3.4 คำพิพากษาศาลฝรั่งเศสกรณีแพทย์กระทำโดยประมาท

Case CE , Sect,20 juin 1997, p255 Case Theux 20 June 1997¹⁴³

¹⁴³ ธนงศักดิ์ วิเศษรจนา, “ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามมาตรา 420: ศึกษากรณีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.101.

คดีนี้ Mr. Theux ฟ้องโรงพยาบาล Toulouse ให้รับผิดชอบเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลระบบ SAMU โดยฟ้องให้รับผิดชอบค่าสินไหมทดแทนในการปฏิบัติหน้าที่ช่วยเหลืออย่างล่าช้าทำให้อาการบาดเจ็บของเขามีอาการสาหัสมากขึ้นหลังจากเกิดอุบัติเหตุ เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 1986

ในวันที่ 23 พฤษภาคม 1986 เวลา 20.30 น. Mr. Theux ได้รับบาดเจ็บที่คอระหว่างการแข่งขันรักบี้ที่ Masseube หน่วยกู้ภัยมาถึงเวลา 21.00 น. และเรียกหน่วย SAMU มาจากโรงพยาบาลกลางให้ส่งเฮลิคอปเตอร์มารับ Mr. Theux ไปไว้ที่โรงพยาบาลกลาง แต่ปรากฏว่าเฮลิคอปเตอร์มารับไม่ได้เพราะสภาพอากาศแย่มากโดยหน่วยกู้ชีพบนเฮลิคอปเตอร์รายงานว่าการนำคนไข้มาด้วยเฮลิคอปเตอร์ไม่มีทางที่จะเป็นไปได้ แต่อย่างไรก็ตามหน่วยกู้ภัยก็พา Mr. Theux ไปถึงโรงพยาบาล Rangneil ใน Toulouse เวลา 02.00 น. ของวันที่ 24 พฤษภาคม 1986

ศาลพิจารณาว่า ในวันที่เกิดอุบัติเหตุสภาพอากาศและทัศนวิสัยไม่ดี ทำให้ไม่สามารถขนส่ง Mr. Theux ไปโรงพยาบาลด้วยเฮลิคอปเตอร์ได้ ไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงที่โรงพยาบาลจะต้องรับผิดชอบ เพราะเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นเหตุการณ์ที่สุดิวสัย แม้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า Mr. Theux ไม่ได้ได้รับการรักษาจนกระทั่งถึงเวลา 02.00 น. ของวันที่ 24 พฤษภาคม 1986 แต่ก็เพราะการที่จะรักษา Mr. Theux นั้นเป็นการกระทำที่หน่วยกู้ภัยไม่สามารถทำได้ประกอบกับการทำการขนส่งทางรถยนต์ต้องกระทำอย่างระมัดระวังเป็นอย่างมากเพราะอาการบาดเจ็บที่คอของ Mr. Theux มีอาการบาดเจ็บอย่างรุนแรงมาก

3.4 กฎหมายเยอรมันกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท

3.4.1 ระบบการให้บริการทางการแพทย์ของเยอรมัน

ประเทศเยอรมันมีวิวัฒนาการของระบบประกันสุขภาพที่ยาวนานมาตั้งแต่ ปีค.ศ. 1883 และใช้เวลาอีกเกือบร้อยปีจนสามารถขยายหลักประกันสุขภาพให้กับประชาชนทุกคนแบบถ้วนหน้า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นประเทศแรกที่ประสบความสำเร็จในการจัดหลักประกันด้านสังคมและสุขภาพให้แก่ประชาชนด้วยระบบประกันสังคมหรือประกันภาคบังคับ ภายใต้ปรัชญาและหลักการพื้นฐานที่สำคัญของระบบการเมืองเยอรมันคือ ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของคนในสังคม (Solidarity) การกระจายอำนาจและบทบาทหน้าที่ระหว่างหน่วยงานของรัฐ (ส่วนกลางและส่วนภูมิภาค) และเอกชน (Subsidiarity) เป็นพื้นฐานการพัฒนาองค์กรทางสังคมจากล่างขึ้นบน กระจายอำนาจในการแปลงนโยบายไปสู่การปฏิบัติให้กับหน่วยงานท้องถิ่นหรือภาคเอกชนในการดำเนินการ และการมีองค์กรร่วม (Corporatist organization)

ระบบสุขภาพสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันตั้งอยู่บนหลักการที่มีตัวแทนสองประเภทคือ ตัวแทนจากผู้แทนวิชาชีพ และตัวแทนที่มาจากทางเลือกตั้ง ระบบบริการสุขภาพของเยอรมันนั้น

ภาครัฐจะมีบทบาทหลักในการสร้างกรอบทางกฎหมาย ในการควบคุมกำกับ ในขณะที่การดำเนินงานนั้นจะกระจายอำนาจให้องค์กรเอกชนที่ไม่แสวงหากำไรเป็นผู้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะเป็นกองทุนการเจ็บป่วย และการจัดบริการ ทั้งนี้ จะมีการกำกับและปฏิสัมพันธ์กันผ่านทางองค์กรที่เป็นตัวแทนของแต่ละกลุ่ม เช่น สมาคมกองทุนการเจ็บป่วย (Association of Sickness) สมาคมแพทย์ (Association of Panel Doctors) เป็นต้น โดยมีเครื่องมือสำคัญในการปฏิรูประบบสุขภาพ คือ การบัญญัติกฎหมายที่กำหนดให้องค์กรต่าง ๆ ต้องปฏิบัติตามโดยกระจายอำนาจไปให้องค์กรต่าง ๆ ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนเป็นผู้ดำเนินการ ทั้งนี้การจัดบริการด้านสาธารณสุขของเยอรมันนั้นเป็นการจัดบริการโดยภาคเอกชนเป็นหลักภายใต้การควบคุมกำกับของภาครัฐหรือหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ

3.4.2 ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายอาญา

1) โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา

โครงสร้างความผิดอาญาตามกฎหมายอาญาของเยอรมันแบ่งออกเป็น 3 ส่วน¹⁴⁴ คือ

ก) การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandmassigkeit) ถือได้ว่าเป็นส่วนประกอบในทางรูปแบบของความผิดอาญาซึ่งจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในแต่ละฐานความผิด แต่การพิจารณาในส่วนที่เป็นการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัตินี้เป็นการพิจารณาในเบื้องต้นเท่านั้นยังไม่ได้วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาหรือไม่เพราะบางครั้งแม้ว่าการกระทำนั้นจะครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแต่หากมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้วการกระทำนั้นก็ย่อมไม่เป็นความผิดอาญา

ข) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) เป็นส่วนที่พิจารณาต่อจากการพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit) ว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัตินั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่ โดยเหตุที่จะทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นี้ อาจจะเป็นบัญญัติอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือเป็นไปตามจารีตประเพณีหรือเกิดจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ เป็นต้น

ค) ความชั่ว (Schuld) เป็นการพิจารณาจากตัวผู้กระทำว่าได้กระทำไปโดยรู้ผิดชอบหรือไม่เพียงใดหรือสิ่งที่กระทำลงไปนั้นเป็นสิ่งที่สังคมควรจะตำหนิได้หรือไม่เพราะความชั่วเป็นเรื่องของความรู้สึกผิดชอบอันเป็นการพิจารณาในทางอัตวิสัย (Subjective) ซึ่งหากได้ความว่าผู้กระทำได้กระทำไปโดยไม่รู้ผิดชอบหรือการกระทำของเขาเป็นสิ่งที่สังคมไม่อาจจะตำหนิได้แล้ว

¹⁴⁴ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญากฎทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น.90.

กฎหมายจะยกเว้นโทษให้เพราะถือว่าบุคคลนั้นไม่มีความชั่ว ซึ่งความไม่รู้ผิดชอบนั้นอาจเกิดขึ้นจาก อายุของผู้กระทำ จิตของผู้กระทำ หรือความไม่รู้ข้อผิดถูก

2) การกระทำโดยประมาทของแพทย์

ซึ่งกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันได้กำหนดความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาท (Fahrlässigkeit) ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 15 ดังนี้

มาตรา 15 การกระทำโดยประมาทจะถูกลงโทษได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งให้ลงโทษการกระทำโดยประมาท

ซึ่งกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันไม่ได้ระบุความผิดเกี่ยวกับแพทย์ไว้เป็นพิเศษ โดยเฉพาะ ในกรณีที่แพทย์ก่อความเสียหายในชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วย จึงต้องนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทที่กำหนดไว้สำหรับบุคคลทั่วไปมาพิจารณาความรับผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์

นอกจากนั้น จะสังเกตได้ว่ากฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันไม่ได้ให้ความหมายหรือคำนิยามของคำว่า “การกระทำโดยประมาท” ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันนั้นมีการให้บทนิยามความหมายของคำว่า การกระทำโดยประมาทเดินเล่นไว้ในมาตรา 276 วรรคหนึ่ง ดังนี้

มาตรา 276 วรรคหนึ่ง บุคคลผู้ซึ่งไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน บุคคลนั้นกระทำโดยประมาทเดินเล่น¹⁴⁵

ดังนั้น ในการพิจารณาทางอาญาจึงต้องนำเอาความหมายหรือนิยามของคำว่า การกระทำโดยประมาทตามมาตรา 276 วรรคหนึ่งดังกล่าวมาใช้ประกอบการพิจารณาว่าการกระทำใดจะถือเป็นการกระทำโดยประมาทในทางอาญาหรือไม่อีกประการหนึ่ง

นอกจากนี้ยังมีคำอธิบายเพิ่มเติมใน Manual of German Law ให้ความหมายของการกระทำโดยประมาทในกฎหมายอาญาไว้ว่า “จะเป็นการกระทำโดยประมาทเดินเล่น (Negligence) ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้กระทำลงโดยขาดความระมัดระวัง (Due Care) อันสมควรภายใต้พฤติการณ์ เช่นนั้นตลอดจนความสามารถและการดำรงชีพของแต่ละบุคคล และผู้กระทำไม่อาจคาดเห็นได้อย่างแน่แท้ถึงผลที่อาจเกิดขึ้นแม้ว่าเขาควรจะคาดเห็นได้”¹⁴⁶

¹⁴⁵“Section 276 A person who does not exercise ordinary care acts negligently” See Translated and annotated by Chung Wang, *The German Civil Code*. (London: Stevens and Sons), 1997.

¹⁴⁶“A person is negligent when he does not act with due care, i.e., the care which may reasonably be demanded of him in the particular circumstances and having regard to his own personal means and capabilities

หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการกระทำโดยประมาท

ตามที่กล่าวไว้ในตอนต้นแล้วว่ากฎหมายอาญาของเยอรมันนั้นไม่ได้ให้ความหมายหรือคำนิยามของคำว่ากระทำโดยประมาทไว้เป็นการเฉพาะแต่ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันจะกำหนดฐานความผิดและอัตราโทษของการกระทำโดยประมาทไว้เป็นกรณี ๆ ไป เพราะการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันนั้นมีลักษณะเฉพาะในทางโครงสร้างการกระทำโดยประมาท (Die Strukturelle Eigenstaendigkeit Der Fahrlaessigkeitstat) โดยมีนักนิติศาสตร์ให้ความเห็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาของเยอรมันไว้สองความเห็น ดังนี้

1) ความเห็นของ Prof. Jescheck ซึ่งถือได้ว่าเป็นตัวแทนของความเห็นฝ่ายข้างมากนั้นแบ่งส่วนองค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทออกเป็นสองส่วนด้วยกัน คือ ความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ (Das Handlungsunrecht) และความมิชอบด้วยกฎหมายของผลของการกระทำ (Das Erfolgsunrecht) ซึ่งการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันนั้นจะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์การละเมิดต่อหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย¹⁴⁷ (Die Verletzung Der Objektiven Sorgfaltspflicht) ซึ่งถือว่าอยู่ในส่วนของความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำซึ่งสามารถแยกองค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทได้ ดังนี้

(1) ความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ (Das Handlungsunrecht) ซึ่งได้แก่การละเมิดต่อหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (Die Verletzung Der Objektiven Sorgfaltspflicht) บทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติให้การกระทำโดยประมาทต้องรับโทษทางอาญาเรียกร้องให้ทุกคนจะต้องใช้ความระมัดระวังที่จำเป็นในทางภาวะวิสัย (Die Anwendung Der Objektiv Gebotenen Sorgfalt) ซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการกระทำของตนครบองค์ประกอบความผิด

(2) ความมิชอบด้วยกฎหมายของผลของการกระทำ (Das Erfolgsunrecht) ได้แก่การเกิดขึ้นของผล สาเหตุของการเกิดขึ้นของผลและการคาดหมายได้ของผลของการกระทำ (Eintritt, Verursachung und Vorausssehbarkeit Des Erfolgs) การเกิดขึ้นของผลของการกระทำที่

and in consequence does not foresee the ensuing result although he could have done so.” See Gt. Brit, Manual of German Law, Volume 2 (London: Her Majesty’s Stationery Office, 1952), p.79.

¹⁴⁷Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 4. Auf. 1988, บทที่ 55, หน้า. 521-530, อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “มาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาเยอรมัน,” อุทพาน. เล่ม 1, ปีที่ 54 (มกราคม-เมษายน 2550).

ครอบงำประกอบของความผิดถือว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทและผลที่เกิดขึ้นดังกล่าวจะต้องเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำผิด นอกจากนี้ผลที่เกิดขึ้นและความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจะต้องเป็นสิ่งที่สามารถคาดเห็นได้โดยการคาดเห็นได้ดังกล่าวจะต้องใช้บรรทัดฐานในทางภาวะวิสัย

2) ความเห็นของ Prof. Roxin มีความเห็นว่าองค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทนั้น ไม่ได้ถูกแบ่งออกเป็นสองส่วนเหมือนความเห็นของ Prof. Jescheck แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจาก Prof. Roxin มีความเห็นว่าการศึกษาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมันนั้นจะต้องใช้หลักเกณฑ์ของทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (Die Lehre von Der Objektiv Zurechnung) ซึ่งต้องแยกการพิจารณาออกเป็นสองขั้นตอน¹⁴⁸ คือ

(1) ผลที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Die Lehre von Kausalzusammenhang) ซึ่งก็คือผลตามทฤษฎีเงื่อนไขนั่นเอง

(2) เป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ไม่ได้รับอนุญาตต่อกรรมของการกระทำและเป็นผลที่อยู่ในขอบเขตขององค์ประกอบความผิด

3) มาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์

ในบางกรณีแพทย์ผู้กระทำอาจมีความสามารถสูงกว่าหรือน้อยกว่าเกณฑ์มาตรฐานทางวิชาชีพปกติทั่วไป ซึ่งหากนำมาใช้พิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ก็อาจเป็นกรณีที่มีปัญหาว่าความสามารถเฉพาะตัวของแพทย์ผู้กระทำจะถูกนำมาใช้พิจารณามาตรฐานความระมัดระวังเพียงใด ซึ่งมีสองความเห็น ดังนี้

1) ความเห็นของ Prof. Jescheck ซึ่งเป็นความเห็นของฝ่ายข้างมากนั้นใช้หลักบรรทัดฐานสองชั้น (Doppelten Massstab) ตามทฤษฎีนี้ถือว่าการละเมิดต่อบรรทัดฐานในทางภาวะวิสัยถือว่าครอบงำประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทแล้ว ส่วนปัญหาว่าผู้กระทำความผิดสามารถที่จะรับผิดชอบได้หรือไม่นั้นเป็นปัญหาในส่วนของความนำคำหนิของการกระทำโดยประมาท (Ein Problem Der Fahrlaessigkeitsschuld) เมื่อส่วนในทางภาวะวิสัยของการกระทำโดยประมาทมีอยู่แล้วก็ต้องพิจารณาผู้กระทำความผิดแต่ละคนต่อไปโดยพิจารณาจากระดับสติปัญญา การศึกษา ความสามารถ ประสบการณ์ ตลอดจนฐานะทางสังคมของแต่ละคนว่าเป็นไปตามข้อบัญญัติในเรื่องข้อสันนิษฐานและความระมัดระวังโดยทั่วไปหรือไม่

2) ความเห็นของ Prof. Roxin ซึ่งเป็นความเห็นของฝ่ายข้างน้อยนั้นมีความเห็นว่าการครอบงำประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้กระทำความผิดเป็นราย ๆ ไป (Von Den Individuellen Faehigkeiten Des Taeters) ใครที่มีความสามารถมากกว่า

¹⁴⁸ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, เพิ่มอ้าง, น.138.

บุคคลทั่วไปก็อาจถูกเรียกร้องมากกว่าในแง่ที่ว่าตนจะต้องรับผิดชอบประมาท หากว่าตนไม่ได้ใช้ความสามารถของตนที่มีสูงกว่าปกติแล้วเป็นผลให้เกิดความเสียหายขึ้น แม้ว่าถ้าเป็นบุคคลอื่นจะไม่ต้องรับผิดชอบก็ตาม ในขณะที่เดียวกันผู้ที่มีความสามารถน้อยกว่าบุคคลทั่วไปก็ไม่ต้องใช้ความสามารถที่เกินความสามารถที่ตนเองมี อย่างไรก็ตามกรณีที่ผู้กระทำรู้ว่าตนเองมีความสามารถต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานทางวิชาชีพแล้วก็ยังถือว่าต้องรับผิดชอบกระทำโดยประมาทหากเข้าไปกระทำการดังกล่าวโดยสามารถที่จะกำหนดตนเองได้ (Sein Uebnahmeverschulden)

ความเห็นในทางตำราแบ่งประเภทของการกระทำโดยประมาทออกเป็น 2 ประเภท¹⁴⁹ คือ

ก) ประมาทโดยรู้ตัว (Bewusste Fahrlässigkeit) คือ การกระทำโดยประมาทที่เกิดขึ้นในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเห็นถึงอันตรายที่ประจักษ์ที่มีต่อวัตถุที่คุ้มครองแล้ว แต่ผู้กระทำความผิดก็ยังเชื่อมั่นว่าจากความสามารถของตนหรือจากความโชคชะตาของตนอันตรายที่ประจักษ์นั้นจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้ กล่าวคือ เป็นกรณีของการกระทำที่ผู้กระทำความผิดไม่เพียงแต่ขาดความระมัดระวังเท่านั้นแต่ได้กระทำไปโดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะเกิดภัยแต่ก็ยังขึ้นทำลงไปโดยตนคิดว่าคงสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้ภัยนั้นเกิดขึ้นได้ ประมาทโดยรู้ตัวเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดอาจคาดคิดถึงความเป็นไปได้ของผลที่แน่ชัดแต่มิได้กระทำด้วยความระมัดระวังเพียงพอเพื่อป้องกันผลนั้น

ข) ประมาทโดยไม่รู้ตัว (Unbewusste Fahrlässigkeit) คือ การที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำการฝ่าฝืนความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ไปโดยไม่คำนึงถึงโอกาสที่การกระทำของตนจะนำไปสู่การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่อาจคาดล่วงหน้ามาก่อนเลยว่าผลจะเกิดขึ้น แต่เป็นการกระทำไปโดยขาดความระมัดระวัง

3.4.3 ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายแพ่ง

1) การกระทำทุรเวชปฏิบัติโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์

ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันมีการให้บทนิยามความหมายของคำว่า “การกระทำโดยประมาทเลินเล่อไว้ใน มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ดังนี้

มาตรา 276 วรรคหนึ่ง บุคคลผู้ซึ่งไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน บุคคลนั้นกระทำโดยประมาทเลินเล่อ¹⁵⁰ การวินิจฉัยว่าบุคคลใดกระทำการใดด้วยความประมาทเลินเล่อ

¹⁴⁹ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น.138.

หรือไม่นั้นจะวัดจากประเภทของงานที่ผู้กระทำได้กระทำไปและบุคคลซึ่งทำงานประเภทเดียวกับผู้กระทำนั้น¹⁵¹ สำหรับมาตรฐานความระมัดระวังนั้นจะใช้การพิจารณาทางด้านภาวะวิสัย (Objective) กล่าวคือ ถ้าผู้กระทำจัดอยู่ในกลุ่มอาชีพประเภทใดผู้กระทำจะต้องถูกพิสูจน์ความผิดโดยใช้มาตรฐานเช่นเดียวกับบุคคลผู้ประกอบอาชีพนั้น ๆ เพราะมาตรฐานที่จะนำมาใช้ในเรื่องความประมาทเลินเล่อจะต้องถือเอาตามมาตรฐานความต้องการของสังคมยิ่งกว่าจะถือเอาตามความรู้สึกลึกซึ้งของแต่ละบุคคลเป็นสำคัญว่าจะอะไรควรทำอะไรไม่ควรทำแต่ในขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงความสมบูรณ์แห่งร่างกาย สติปัญญา สุขภาพจิต ความอดทน ความอดจำ ประสบการณ์ ความรู้และความชำนาญหรือความรู้พิเศษของผู้กระทำประกอบด้วย เช่น แพทย์ฝึกหัดจะต้องมีความระมัดระวังเช่นเดียวกับแพทย์ทั่วไปแต่ไม่ถึงขนาดความระมัดระวังในระดับของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านเฉพาะสาขา

การวินิจฉัยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันนั้น ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจัดเป็นความประมาทเลินเล่อชนิดหนึ่งที่มีองค์ประกอบและหลักการพิจารณาเช่นเดียวกับความประมาทเลินเล่อธรรมดาเพียงแต่พฤติกรรมที่มีความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นพฤติกรรมที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังที่ต้องพึงมีพึงใช้ในสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งและผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงที่ตนได้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นขึ้นก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเขาจะต้องรับผิดชอบหากกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ความรับผิดชอบทางละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงมีการนำไปใช้น้อยมากในทางปฏิบัติเพราะตามกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันนั้นแค่เพียงความประมาทเลินเล่อธรรมดาผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว

2) มาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์

การพิจารณาความรับผิดชอบทางละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นจะพิจารณาจากการกระทำของผู้กระทำเปรียบเทียบกับบุคคลผู้สมมุติขึ้นให้ตกอยู่ในสถานการณ์เดียวกับผู้กระทำ โดยการสมมุติบุคคลจากกลุ่มผู้ประกอบอาชีพเช่นเดียวกับผู้กระทำขึ้นมาเปรียบเทียบกับไม่ต้องนำเอาสภาพความบกพร่องต่าง ๆ ของผู้กระทำมาพิจารณาประกอบหากบุคคลผู้สมมุติซึ่งตกอยู่ในพฤติการณ์สภาพแวดล้อมเช่นเดียวกับผู้กระทำยังจะกระทำการเช่นเดียวกับผู้กระทำแล้วก็ต้องถือว่าผู้กระทำไม่มีความผิด แต่ถ้าหากว่าบุคคลที่สมมุติขึ้น ไม่มีทางที่

¹⁵⁰“Section 276 A person who does not exercise ordinary care acts negligently” See Translated and annotated by Chung Wang, *The German Civil Code*. (London: Stevens and Sons Limited) , 1997.

¹⁵¹The British Institute of International and Comparative Law. P. 118. อ้างถึงใน คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ละเมิดแต่ไม่เลินเล่อ,” *บทบัญญัติ* เล่ม 39, ปีที่ 4, น.476 (ธันวาคม 2524).

จะกระทำสิ่งที่ขาดความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อยเช่นเดียวกับผู้กระทำแล้วก็ต้องถือว่าจำเลยกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กล่าวคือ การพิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงต้องเป็นการพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างการกระทำของจำเลยกับการกระทำของบุคคลที่สมมุติขึ้นให้ตกอยู่ในสภาพแวดล้อมเช่นเดียวกันกับจำเลย สิ่งที่สำคัญที่จะใช้ในการพิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมี 2 ประการ คือ

1) บุคคลผู้สมมุติขึ้นให้มีลักษณะเดียวกับจำเลย (Reasonable Man) หมายความว่า บุคคลทั่ว ๆ ไปที่อยู่ในสภาวะการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำหรือผู้ละเว้นกระทำ ในหมู่บุคคลธรรมดา หมายความว่า บุคคลทั่ว ๆ ไป บุคคลผู้สมมุติขึ้นให้มีวิสัยพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย (Reasonable Man) ในหมู่ผู้ที่มีอาชีพในทางศิลปะหรืออาชีพที่ต้องใช้ฝีมือเป็นพิเศษ เช่น แพทย์ ทนายความ หรือวิศวกร หมายความว่า บุคคลในประเภทนั้น ๆ ซึ่งจะต้องอาศัยความชำนาญ ฝีมือ และความระมัดระวังยิ่งกว่าบุคคลธรรมดา

บุคคลผู้สมมุติขึ้นให้มีลักษณะเช่นเดียวกับผู้กระทำจะมีลักษณะเป็นบุคคลที่อยู่ในจินตนาการที่เกิดจากการสมมุติขึ้นมา โดยเขาจะเป็นบุคคลในอุดมคติที่มีความเป็นมาตรฐานเป็นบุคคลผู้ที่รวมเอาไว้ซึ่งคุณสมบัติทั้งหลายอันเราจะพึงบังคับให้อยู่ในตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่เป็นพลเมืองดีและเราจะพบเขาอยู่ทั่วทุกแห่งที่เราประสบความเดือนร้อน ลักษณะของเขาจะเป็นภาพอันเป็นที่หมายแห่งหนทางไปสู่ความยุติธรรมและความชอบธรรม โดยบุคคลผู้สมมุติขึ้นให้มีลักษณะเดียวกับจำเลยนั้นจะเป็นผู้ที่มีความรอบคอบเป็นหลักในการดำเนินชีวิต¹⁵²

การพิจารณาถึงความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงต้องเป็นการพิจารณาระหว่างการกระทำของผู้กระทำเปรียบเทียบกับกระทำของบุคคลที่ถูกสมมุติขึ้น โดยบุคคลที่สมมุติขึ้นจะถูกกำหนดให้มีลักษณะเดียวกับจำเลยนั้นจะไม่คำนึงถึงสภาวะจิตใจ หรือความเคยชิน อันเป็นสภาพภายในตัวของจำเลย แต่จะคำนึงถึงความสมบูรณ์ของสภาพร่างกาย สภาพสติปัญญา ความรอบรู้ เพศ วัย เป็นต้นเพื่อประกอบการพิจารณา ซึ่งการนำเหตุใดมาพิจารณาประกอบตัวบุคคลผู้สมมุตินั้นไม่มีหลักเกณฑ์ตายตัวขึ้นอยู่กับความเป็นธรรมในข้อเท็จจริงเป็นแต่ละเรื่องไป ตามหนทางแห่งความยุติธรรมที่ผู้พิพากษาเห็นสมควร เช่น นาย ก. เป็นแพทย์ได้ทำการผ่าตัดนาย ข. โดยล้างเครื่องมือผ่าตัดด้วยน้ำสะอาดแทนที่จะล้างด้วยน้ำยาฆ่าเชื้อ โรคจนเป็นเหตุให้นาย ก. ติดเชืวจนถึงแก่ความตาย การพิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะต้องนำการกระทำของนาย ก. มาพิจารณาเปรียบเทียบกับกระทำของแพทย์ที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับนาย ก. ซึ่งจะเห็นว่าแพทย์ที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับนาย ก. จะไม่กระทำเช่นเดียวกับนาย ก. เลยแม้แต่น้อย แต่จะนำเครื่องมือผ่าตัดมาล้างด้วยน้ำยาฆ่าเชื้อโรคโดยเฉพาะตามหลักวิชาการทาง

¹⁵²อมร อินทรกำแหง, “วิญญูชน,” บทบัญญัติ. เล่ม 24, ปีที่ 2, น.346-347 (เมษายน 2509).

การแพทย์ที่ได้เรียนมา การกระทำของนาย ก. จึงเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

2) สภาพแวดล้อมในขณะเกิดเหตุ ซึ่งเป็นสิ่งหนึ่งที่ใช้ในการพิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเพราะว่าบุคคลผู้อยู่ในสภาพแวดล้อมต่างกันก็ต้องรับผิดชอบต่างกัน การใช้ความระมัดระวังในสภาพแวดล้อมอย่างใดอย่างหนึ่งย่อมมีความแตกต่างกันไปตามแต่ละพฤติการณ์เป็นเรื่อง ๆ ไป¹⁵³

สภาพแวดล้อมในขณะเกิดเหตุ ได้แก่ เวลา สถานที่ สภาพอากาศ แสงสว่าง บุคคล ความพลุกพล่านของประชาชนในบริเวณนั้น เป็นต้น การพิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นนอกจากจะต้องสมมุติเปรียบเทียบกับบุคคลผู้มีลักษณะเช่นเดียวกับจำเลยแล้วจะต้องนำสภาพแวดล้อมในขณะเกิดเหตุมาพิจารณาประกอบด้วย โดยต้องสมมุติให้บุคคลนั้นอยู่ในสภาพแวดล้อมขณะเกิดเหตุเช่นเดียวกับจำเลยด้วย¹⁵⁴ เพราะว่าสภาพแวดล้อมต่างกันการใช้ความระมัดระวังย่อมแตกต่างกันไปตามแต่ละสภาพแวดล้อมนั้น ๆ เช่น แพทย์ที่อยู่บริเวณที่น้ำท่วมและรักษาคนป่วยจำนวนมากย่อมจะใช้ความระมัดระวังได้ไม่เท่ากับแพทย์ที่อยู่ในโรงพยาบาลขนาดใหญ่และรักษาผู้ป่วยจำนวนน้อย

มาตรา 823 วรรคสองประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันบัญญัติว่า “บุคคลใดซึ่งฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันมีที่ประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลอื่นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการฝ่าฝืนเช่นนั้น”¹⁵⁵

หลักเกณฑ์ในมาตรา 823 วรรคสองเกิดขึ้นเมื่อมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้อื่น ซึ่งกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองบุคคลอื่นอาจเป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนก็ได้ โดยเฉพาะกฎหมายอาญาซึ่งมุ่งคุ้มครองบุคคลหรือกลุ่มบุคคลทั่วไปความสำคัญอยู่ที่ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้น องค์ประกอบที่สำคัญและเป็นข้อโต้แย้งกันอยู่ที่การฝ่าฝืนบทบัญญัติใด ๆ ที่มุ่งคุ้มครองผู้อื่นว่าจะหมายถึงบทบัญญัติประเภทใด ต่อมาภายหลังจึงเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า

¹⁵³Ernest J. Schuster, *The Principle of German Civil Law*, (London: Oxford at The Clarendon Press, 1907), p.152.

¹⁵⁴Markesinis B.S, *Comparative Introduction to the German Law of Torts*, 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1994), pp.72-73.

¹⁵⁵A person who infringes a statutory provision intended for the protection of others, is liable to pay compensation for any damage arising from this violation. *เพิ่มอ้าง*, ไพจิตร บุญญพันธุ์, “คำสอนชั้นปริญญาโท: กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ,” น.33.

บทบัญญัติใด ๆ ที่มุ่งแบบแผนทางกฎหมาย (Legal Norm) ต่าง ๆ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปพระราชบัญญัติระเบียบหรือกฎต่าง ๆ ก็คือบทบัญญัติใด ๆ ที่มุ่งคุ้มครองผู้อื่นทั้งสิ้น

นอกจากนี้องค์ประกอบอื่น ๆ ของมาตรา 823 วรรคแรกต้องนำมาใช้กับมาตรานี้ด้วยเช่นกัน คือ ต้องเป็นการล่วงสิทธิเด็ดขาดของบุคคลอื่นและจำเลยเป็นผู้ก่อความเสียหายและการกระทำของจำเลยนั้นเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงองค์ประกอบในส่วนของจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วย

หลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดชอบทางละเมิดในกฎหมายแพ่งเยอรมันประการต่อมาต้องเป็นไปตามมาตรา 826 ซึ่งมาตรา 826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันบัญญัติว่า “บุคคลใดโดยจงใจก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น โดยอาการที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี จำต้องชดใช้ค่าทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น”¹⁵⁶

บทบัญญัติมาตรานี้ถือเป็นบทบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดเพิ่มเติมและแยกต่างหากจากบทบัญญัติทั่วไปในมาตรา 823 วรรคหนึ่ง นอกจากนี้ยังเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดชอบทางละเมิดประการหนึ่งซึ่งช่วยบรรเทาความแข็งกระด้างของหลักกฎหมายละเมิดตามมาตรา 823 วรรคหนึ่ง

ความรับผิดชอบตามมาตรา 826 นี้กฎหมายกำหนดว่าต้องมีการจงใจกระทำทั้งนี้ ไม่จำเป็นว่าผู้กระทำจะต้องรู้สำนึกว่าการกระทำนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดีและไม่จำเป็นต้องรู้ถึงชนิดและประมาณของความเสียหายที่จะเกิดขึ้น กฎหมายต้องการเพียงให้ผู้กระทำรู้ว่าความเสียหายอาจเกิดขึ้นจากการกระทำของตนเท่านั้น อนึ่งการไม่ยั้งคิดว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นจากการกระทำของตนหรือไม่ก็ถือว่าเพียงพอ ถ้อยคำที่ว่า “Contra Bonus Mores” ศาลเยอรมันได้อธิบายว่าเป็นการฝ่าฝืนความรู้สึกของผู้กระทำตามความเหมาะสมดังเช่นคนทั่วไปที่จะคิดและเห็นว่ายุติธรรมซึ่งเป็นทัศนคติของคนทั่วไปมาตรฐานของหลักนี้ไม่ตายตัวเปลี่ยนแปลงไปตามเวลาและสถานการณ์

การงดเว้นการกระทำก็อาจผิดตามมาตรา 826 นี้ได้ถ้ามีหน้าที่ตามศีลธรรมที่จะต้องกระทำ ดังนั้น แม้การกระทำผิดสัญญาจะไม่เป็นละเมิดตามมาตรา 823 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่ถ้าบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นผู้ทำลายสิทธิตามสัญญานั้นก็ย่อมเป็นละเมิดได้เช่นกัน

3) ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายสัญญา

กฎหมายของประเทศเยอรมันนั้นวางหลักการสำคัญเกี่ยวกับ “ความยินยอมที่ได้รับ การบอกกล่าว” (Informed Consent) โดยมีที่มาจากหลักการสำคัญ 2 ประการ ที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ คือ 1. สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง (The Right to self determination) และ

¹⁵⁶ A person who willfully causes damage to another in a manner contra bonus mores is bound to compensate the other for the damage. *เพิ่มอ้าง*, ไพจิตร บุญญพันธุ์, น.31.

2. ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (Human dignity) เนื่องจากประเทศเยอรมันเห็นว่าผู้ป่วยเป็นศูนย์กลางของระบบการรักษาพยาบาล โดยผู้ป่วยต้องเป็นผู้มีสิทธิในการพิจารณาและตัดสินใจด้วยตนเอง (Self Determination) ที่จะขอรับการรักษาด้วยรูปแบบและวิธีการแบบใด อาทิเช่น ผ่าตัด ผังแร่ หรือขอให้มีการรักษาแบบประคับประคอง โดยถือว่าแพทย์มีฐานะเป็นแต่เพียงคู่สัญญาที่มีหน้าที่ให้คำแนะนำหรือบอกกล่าวให้ข้อมูลการรักษาไปตามมาตรฐาน เพื่อประกอบการตัดสินใจของผู้ป่วยเท่านั้น

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Bundesverfassungsgericht) ได้มีคำวินิจฉัยไว้ในปีค.ศ. 1979 ว่า การพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) นั้น ศาลจะต้องนำเอาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 823 มาใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองของผู้ป่วยด้วย นอกจากนี้ศาลยังได้วินิจฉัยวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า การรักษาพยาบาลของแพทย์ที่ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย หรือความยินยอมของผู้ป่วยไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย (Informal Refusal/Unauthorized Treatment) มีผลเท่ากับเป็นการทำร้ายร่างกาย และแพทย์ได้ทำร้ายต่อเอกภาพในเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย (infringement of the body's integrity) จึงถือว่าการกระทำละเมิดโดยจงใจต่อผู้ป่วย

สำหรับความรับผิดชอบทางสัญญาของแพทย์ในเยอรมันนั้นจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อแพทย์ได้ดำเนินการผ่านพ้นขั้นตอนการตกลงขอความยินยอมรับการรักษาจากผู้ป่วยเรียบร้อยแล้ว อนึ่ง หากผู้ป่วยมีอาการของโรคที่ไม่ปรากฏในระยะแรก และแพทย์ก็ไม่อาจตรวจพบอาการดังกล่าวได้ในระยะเริ่มแรก จะไม่ถือว่าแพทย์เป็นฝ่ายกระทำผิดสัญญา เนื่องจากแพทย์มีหน้าที่เพียงดูแลรักษาผู้ป่วยต่อไปตามอาการของโรคเท่านั้น ซึ่งนอกจากความรับผิดชอบทางสัญญาของแพทย์แล้ว ศาลเยอรมันยังได้นำหลักควบคุมมาใช้เป็นเกณฑ์การตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับโรงพยาบาลด้วย แต่หลักการควบคุมตามกฎหมายเยอรมันนั้นมีระดับการควบคุมกำกับที่เข้มข้นน้อยกว่าหลักการนายจ้างลูกจ้าง หรือหลักการบังคับบัญชา กล่าวคือ เพียงแต่โรงพยาบาลมีสิทธิที่จะให้แพทย์คนใดทำงานในโรงพยาบาล และกำหนดตำแหน่งหน้าที่ว่าให้ปฏิบัติหน้าที่แผนกใด รวมทั้งมีสิทธิกำหนดแนวทางเบื้องต้นเกี่ยวกับขั้นตอนการรักษาผู้ป่วยเพียงเท่านั้นก็ถือว่ามีความควบคุมตามมาตรา 831 BGB แล้ว ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดมีอำนาจควบคุมตั้งการในขั้นตอนและวิธีการรักษา เมื่อโรงพยาบาลรับผู้ป่วยคนใดไว้ทำการรักษาพยาบาลแล้ว หากแพทย์กระทำการโดยประมาทเลินเล่อ โรงพยาบาลก็ต้องร่วมรับผิดชอบกระทำผิดสัญญาต่อผู้ป่วยตามมาตรา 278 BGB ด้วยเพราะถือว่าผู้ป่วยกับโรงพยาบาลมีสัญญาต่อกันเกิดขึ้นแล้ว และโรงพยาบาลได้มอบหมายให้แพทย์เป็นผู้ปฏิบัติการชำระหนี้ (รักษาพยาบาลผู้ป่วย) ตามสัญญา หากแพทย์กระทำโดยประมาทเลินเล่อ โรงพยาบาลก็ต้องร่วมรับผิดชอบกับแพทย์ฐานกระทำผิดสัญญาภายใต้หลักควบคุมดังกล่าวด้วย

4) ความรับผิดชอบของแพทย์ตามหลักกฎหมายละเมิด

ความรับผิดชอบทางละเมิดในภาษาเยอรมันเรียกว่า Unerlaubte Handlung มีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายดั้งเดิมของโรมันที่มุ่งประสงค์จะควบคุมการล้างแค้นให้เป็นที่ยุติโดยถูกต้องตามจารีตประเพณีและได้เปลี่ยนมาเน้นการแก้ไขเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในเวลาต่อมา ซึ่งแนวความคิดในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันนั้นเริ่มเกิดขึ้นภายหลังจากที่ประเทศฝรั่งเศสได้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งขึ้นแล้วโดยอาศัยแนวความคิดที่มีอยู่ในกฎหมายโรมันและแนวความคิดประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาสร้างเป็นประมวลกฎหมายโดยเน้นปรัชญาความคิดของสำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย (Historical Law School) เพราะนักกฎหมายเยอรมันเชื่อว่าการบัญญัติกฎหมายตามแนวทางของสำนักกฎหมายธรรมชาติเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสนั้นยังไม่ค่อยจะถูกต้องนักเพราะยังไม่ได้คำนึงถึงจิตวิญญาณประชาชาติ (Volksgeist) เนื่องจากในแต่ละชาตินั้นต่างก็มีขนบธรรมเนียมประเพณีและความสำนึกร่วมกันของชนในชาติแตกต่างกันออกไปนักกฎหมายที่ยึดแนวคิดของสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายเชื่อว่าส่วนสำคัญของกฎหมายอยู่ที่ประเพณีที่เจริญงอกงามอย่างค่อยเป็นค่อยไปทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันนั้นไม่ได้เป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมายจารีตประเพณีตรงกันข้ามจารีตประเพณีกลับเป็นบ่อเกิดของกฎหมายซึ่งจะแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสที่มีปรัชญาแนวความคิดตามแบบของสำนักกฎหมายธรรมชาติ

ในปีค.ศ. 1900 ประเทศเยอรมันได้บัญญัติประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch หรือ BGB.) ขึ้นโดยมีหลักทั่วไปว่า “ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดนั้นผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดนั้นก็ต่อเมื่อการกระทำละเมิดนั้นเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย (Unlawful) และเป็นการกระทำที่เป็นความผิด (Culpably)” กล่าวคือ ละเมิดตามหลักกฎหมายของประเทศเยอรมันเป็นการกระทำที่ล่วงสิทธิของผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิหรือไม่มีอำนาจ กฎหมายละเมิดของประเทศเยอรมันจึงมีลักษณะแตกต่างไปจากของกฎหมายละเมิดของประเทศฝรั่งเศสเพราะนอกจากกฎหมายละเมิดของประเทศเยอรมันจะได้บัญญัติหลักเกณฑ์ความรับผิดโดยทั่วไปไว้แล้วยังได้บัญญัติความรับผิดในกรณีเฉพาะเรื่องต่าง ๆ เอาไว้อีกด้วย

ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน มาตรา 823 บัญญัติว่า บุคคลใดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด จำต้องทำการทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการนั้น

บทบัญญัติดังกล่าวได้ยืนยันหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดทางละเมิดว่าจะต้องเป็นการกระทำที่มีความผิด (Fault) หรือการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเกิดขึ้น ซึ่งนักกฎหมาย

บางท่านอธิบายว่าการกระทำละเมิดนั้นจะต้องเป็นการล่วงสิทธิประการใดประการหนึ่งตามที่ปรากฏในมาตรา 823 ซึ่งก็ต้องหมายถึงสิทธิเด็ดขาดเท่านั้นไม่ใช่ความเสียหายแก่สิทธิตามสัญญาที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา

3.4.4 คำพิพากษาศาลเยอรมันกรณีแพทย์กระทำโดยประมาท

คดีที่แพทย์เยอรมันถูกฟ้องฐานทำให้คนตายโดยประมาท 2 ราย จำเลยเป็นศัลยแพทย์ผ่าตัดไส้ติ่งให้ผู้ป่วยเพื่อตรึงกระดูกไหปลาร้าให้แก่ผู้ป่วยทั้ง 2 ราย ซึ่งเป็นหญิงอายุ 44 ปี และชายอายุ 19 ปี ทั้งคู่นี้กระดูกไหปลาร้าหักจากอุบัติเหตุทางรถยนต์¹⁵⁷ ต่อมาผู้ป่วยถึงแก่ความตายเนื่องจากลวดที่แพทย์ใส่ไว้เคลื่อนที่ไปที่มหัวใจจนหัวใจทะลุ ศาลได้ขอความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญพบว่าการผ่าตัดในลักษณะดังกล่าวควรจะต้องงอปลายลวดเพื่อป้องกันไม่ให้ลวดเคลื่อนที่ซึ่งแม้การงอปลายลวดดังกล่าวจะลดอันตรายได้แต่ก็ไม่ได้เป็นหลักประกันว่าจะป้องกันไม่ให้ลวดเคลื่อนตัวได้อย่างแน่นอน ดังนั้นศาลจึงลงโทษศัลยแพทย์ผู้นั้นจากการประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย แต่ศาลก็ได้พิพากษาลงโทษปรับอันเป็นโทษสถานเบาเท่านั้น¹⁵⁸

ข้อสังเกต ความประมาทเลินเล่อทางอาญาตามกฎหมายเยอรมันนั้นไม่ได้มีหลักการว่าต้องมีระดับความร้ายแรงยิ่งกว่าความประมาทเลินเล่อในทางแพ่งดังเช่นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) กรณีดังกล่าวศาลตัดสินว่าการกระทำของแพทย์ที่ไม่ได้งอปลายลวดเพื่อป้องกันมิให้ลวดเคลื่อนที่นั้นถือเป็นความผิดทางอาญาแล้วเพราะใช้ความระมัดระวังในการรักษาผู้ป่วยต่ำกว่ามาตรฐาน และแม้จะมีความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญว่าการงอปลายลวดมิได้ป้องกันมิให้ลวดเคลื่อนที่ได้อย่างแน่นอนก็ตามก็ไม่ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้จำเลยไม่มีความผิด แต่ศาลก็ได้นำความเห็นดังกล่าวมาพิจารณาประกอบดุลยพินิจในการลงโทษจำเลยสถานเบาเท่านั้น

¹⁵⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, กฎหมายการแพทย์: ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น.51-52.

¹⁵⁸ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, นิติเวชศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2532), น.146-147.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท

4.1 ความแตกต่างระหว่างการประกอบวิชาชีพแพทย์กับอาชีพทั่วไป

เมื่อแพทย์เป็นวิชาชีพที่ต้องอุทิศตนทำงานภายใต้หลักวิชาการทางการแพทย์และจริยธรรมจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพไปตลอดชีวิต แต่การประกอบวิชาชีพแพทย์นั้นแพทย์จำเป็นต้องกระทำต่อชีวิตร่างกาย สุขภาพและอนามัยของผู้ป่วยโดยตรงซึ่งอาจจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจของผู้ป่วยได้ แพทย์จึงต้องใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพอย่างสูงเพราะหากแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยใช้มาตรฐานความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานทางวิชาชีพแล้วแพทย์อาจต้องรับผิดชอบทางอาญาอันเนื่องมาจากกระทำโดยประมาทนั้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากศาลพิพากษาลงโทษทางอาญาแก่แพทย์ด้วยแล้ว คำพิพากษาดังกล่าวนั้นไม่เพียงแต่กำหนดวิธีปฏิบัติต่อตัวของแพทย์เองหากแต่ยังคงกำหนดชะตาชีวิตของแพทย์ผู้นั้นทั้งในปัจจุบันและอนาคตอีกด้วย รวมถึงหากการประกอบวิชาชีพของแพทย์นี้ถือเป็นบริการสาธารณะที่รัฐต้องจัดบริการด้านสาธารณสุขให้กับประชาชนภายในประเทศของตนเองด้วยแล้ว การประกอบวิชาชีพของแพทย์ดังกล่าวย่อมจะต้องถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่แทนรัฐอีกส่วนหนึ่งด้วยซึ่งรัฐก็ควรจะมีบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ความรับรองและคุ้มครองในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวของแพทย์ โดยเฉพาะกรณีการประกอบวิชาชีพโดยประมาทโดยไม่จงใจหรือประมาทเลินเล่อธรรมดา (Negligence) ที่ทั้งประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศสไม่ถือว่าการเป็นความผิดทางอาญาเนื่องจากเห็นว่าการประกอบวิชาชีพของแพทย์นั้นทำให้สังคมได้ประโยชน์มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสังคมจึงไม่สมควรกำหนดให้การประกอบวิชาชีพโดยประมาทโดยไม่จงใจหรือประมาทเลินเล่อธรรมดา (Negligence) ของแพทย์เป็นความผิดอาญา โดยปล่อยให้เป็นเรื่องของความผิดในทางวิชาชีพและสร้างระบบการจ่ายเงินชดเชยเยียวยาความเสียหายทางแพ่งขึ้นมาชดเชยแทน แนวคิดนี้มีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้แพทย์ต้องถูกฟ้องร้องในคดีอาญาซึ่งอาจต้องรับโทษถึงขั้นจำคุก ทั้งนี้ เพื่อให้แพทย์ไม่ต้องเดือดร้อนจากการถูกฟ้องร้องในคดีอาญาอันจะเป็นการสร้างขวัญและกำลังใจให้แก่แพทย์ ในขณะที่เดียวกันก็จะทำให้แพทย์มีความมั่นใจในการทำหน้าที่เนื่องจากโรคบางโรคจะต้องมีการวินิจฉัยและตัดสินใจอย่างเด็ดขาดภายในระยะเวลาอันจำกัด หากไม่มีการตัดสินใจอย่างเด็ดขาดจากแพทย์แล้วอาจจะเกิดผลร้ายแรงอย่างใหญ่หลวงต่อตัวผู้ป่วยเอง แต่อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

หรือประมาทโดยจงใจ (Recklessness) จนเป็นเหตุให้ผู้ป่วยเสียชีวิตแล้วแพทย์ผู้กระทำนั้นก็ยังคงต้องมีความผิดทางอาญาเช่นกัน

4.2 วิเคราะห์ปัญหาความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย

ในการประกอบวิชาชีพของแพทย์นั้นย่อมต้องเกี่ยวข้องกับสัมพันธภาพโดยตรงกับผู้ป่วยทำให้บุคคลทั้งสองฝ่ายย่อมต้องก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันในทางกฎหมาย การวิเคราะห์ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยจึงมีความสำคัญต่อการพิจารณาและการปรับใช้กฎหมายที่จะต้องเกิดมีขึ้นหากการประกอบวิชาชีพของแพทย์นั้นไปกระทบต่อสิทธิของผู้ป่วย ปัญหาที่ต้องพิจารณาประการแรกคือ ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยตามหลักกฎหมายนั้นถือเป็นความสัมพันธ์รูปแบบหรือลักษณะใด และเกิดขึ้นเมื่อใด

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่าในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) คือ อังกฤษและสหรัฐอเมริกา ศาลอังกฤษและศาลสหรัฐอเมริกาแนวทางการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยโดยเริ่มต้นพิจารณาจากระบบการให้บริการทางการแพทย์ของแต่ละประเทศเป็นอันดับแรก กล่าวคือ ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า (National Health Service) หรือ NHS ที่รัฐจ่ายเงินและจัดบริการทางการแพทย์ให้กับผู้ป่วย โดยมีหน่วยงานของรัฐคือสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (National Health Service) หรือ NHS เป็นหน่วยงานหลักในการบริหารจัดการหลักประกันสุขภาพ จากการศึกษาพบว่า ศาลอังกฤษโดยสภาขุนนาง (The House of Lords) วินิจฉัยคดีระหว่าง Pfizer Corp. V. Ministry of Health ว่าผู้ป่วยไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญา กับแพทย์หรือโรงพยาบาลที่สังกัด NHS เนื่องจากขาดองค์ประกอบการเกิดสัญญาเกี่ยวกับข้อตกลง เพราะทั้งแพทย์และโรงพยาบาลต่างอยู่ในบังคับของกฎหมายที่จะต้องทำการรักษาพยาบาลและจ่ายยาให้แก่ผู้ป่วยจึงไม่ใช่กรณีที่ทำไปโดยสมัครใจ และไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างกันเกิดขึ้น นอกจากนั้นศาลอังกฤษยังได้วินิจฉัยไว้ในคดี Reynolds v Health First Medical Group ว่า ค่าตอบแทนที่แพทย์ได้รับจากการให้บริการผู้ป่วยแต่ละรายนั้นไม่ใช่ค่าตอบแทนตามกฎหมายสัญญาและถึงแม้จะเป็นค่าตอบแทนตามกฎหมายลักษณะสัญญา แต่ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในกรณีนี้ก็ไม่ใช่ความสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกัน เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในกรณีดังกล่าวถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย (The National Health Service Act 1977) จึงไม่ใช่กรณีที่เกิดจากการเจรจาตกลงกันอันจะทำให้กลายเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญาได้ ดังนั้น ผู้ป่วยจึงไม่สามารถฟ้องแพทย์หรือโรงพยาบาลของรัฐที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ NHS โดยอาศัยความรับผิดทางสัญญาได้ คำพิพากษาของศาลอังกฤษนี้แสดงให้เห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในโรงพยาบาล (รัฐ) ที่สังกัด NHS นั้นถือ

เป็น “ความสัมพันธ์โดยกฎหมาย ที่ไม่ใช่ความสัมพันธ์ทางสัญญา” หากมีความเสียหายจากการรักษาพยาบาลเกิดขึ้น รัฐจึงต้องสร้างระบบการชดเชยเยียวยาความเสียหายให้กับผู้ป่วยหรือญาติที่ได้รับ ความเสียหายดังกล่าว ซึ่งถือเป็นการเยียวยาความเสียหายในทางแพ่งก่อนการฟ้องร้องคดีต่อศาล หากผู้ป่วยหรือญาติได้รับความเสียหายจากการให้บริการทางการแพทย์ของ NHS ผู้ป่วยหรือญาติก็สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนกับทาง NHS ได้โดยตรงจึงทำให้ประเทศอังกฤษมักไม่ค่อยมีการฟ้องร้องคดีทางการแพทย์

สำหรับแพทย์หรือโรงพยาบาลเอกชนที่ไม่อยู่ในการกำกับดูแลของ NHS นั้น ศาลอังกฤษได้เคยวินิจฉัยไว้ในคดี *Thake v Maurice* ว่า ผู้ป่วยสามารถฟ้องแพทย์หรือโรงพยาบาลเอกชนซึ่งไม่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ NHS ให้มีความรับผิดทางสัญญาในทางการแพทย์ได้ก็ต่อเมื่อแพทย์ได้ให้การรับรองผลของการรักษาต่อผู้ป่วยเป็นการเฉพาะเท่านั้น ซึ่งสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกับคำวินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกาในคดี *Servais v Philbrick* และคดี *Goilmet v Campbell* ที่วินิจฉัยว่า ความรับผิดทางสัญญาในคดีทางการแพทย์ในสหรัฐอเมริกานั้นจะเกิดขึ้นได้ก็เฉพาะแต่กรณีแพทย์ให้การรับรองผลในการรักษาของตนโดยชัดแจ้งเท่านั้นที่จะส่งผลทำให้แพทย์ต้องมีความรับผิดในทางสัญญาเกิดขึ้น อนึ่ง เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีระบบการให้บริการทางการแพทย์โดยเอกชนเท่านั้น ไม่มีระบบการให้บริการทางการแพทย์โดยรัฐ ดังเช่นประเทศอังกฤษทำให้ศาลสหรัฐอเมริกาไม่เคยวินิจฉัยให้แพทย์และผู้ป่วยในสหรัฐอเมริกามี “ความสัมพันธ์โดยกฎหมาย หากมีแต่เพียงความสัมพันธ์ทางสัญญา” เท่านั้น

สำหรับการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย ซีวิตลอว์ (Civil Law) คือ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน ผู้เขียนพบว่า มีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยไว้โดยพิจารณาจากระบบการให้บริการทางการแพทย์เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ก่อนปี ค.ศ. 2002 ประเทศฝรั่งเศสกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่าง ๆ ที่กำหนดไว้มากมายหลากหลายฉบับกระจัดกระจายกันออกไปทั้งในกฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญาและละเมิด กฎหมายสาธารณสุข และกฎหมายจริยธรรมทางการแพทย์ แต่เมื่อวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 2002 รัฐสภาฝรั่งเศสได้ผ่านกฎหมาย Patient's right and quality of care act no.2002-303 และจัดความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยและผู้ป่วยเสียใหม่ตามระบบการให้บริการทางการแพทย์ กล่าวคือ หากเป็นระบบการให้บริการทางการแพทย์ภาคเอกชน (Private care sector) มีหลักกฎหมายว่า “ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยย่อมต้องเป็นตามหลักกฎหมายแพ่งเรื่องสัญญา” โดยเงื่อนไขสำคัญต้องเกิดขึ้นจากความสมัครใจของทั้งแพทย์และผู้ป่วย และหากเป็นระบบการให้บริการทางการแพทย์โดยรัฐ (Public health sector) กฎหมายบัญญัติให้

เป็น “ความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างผู้ป่วยหรือประชาชนกับรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง” เท่านั้นไม่ถือเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญา

สอดคล้องกับประเทศเยอรมันที่แม้จะมีระบบหลักประกันสุขภาพให้กับประชาชนทุกคนแบบถ้วนหน้า หากแต่การให้บริการทางการแพทย์ทั้งหมดในประเทศเยอรมันนั้นเป็นการให้บริการจากภาคเอกชนโดยรัฐหรือหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายจากรัฐมีหน้าที่เพียงควบคุมกำกับดูแลภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น การที่ประเทศเยอรมันมีแต่ระบบการให้บริการทางการแพทย์ภาคเอกชนจึงทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายแพ่งและเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญาเหมือนดังเช่นกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา

แต่จากการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในประเทศไทยนั้น ผู้เขียนพบว่าประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เหมือนดังเช่นประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน และมีระบบการให้บริการทางการแพทย์ 2 ระบบคือ ระบบการให้บริการทางการแพทย์โดยรัฐ (ระบบหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า ระบบประกันสังคม และระบบสวัสดิการข้าราชการ) กับระบบการให้บริการทางการแพทย์ภาคเอกชน แต่การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในประเทศไทยไม่ได้พิจารณาจากระบบการให้บริการทางการแพทย์เหมือนในต่างประเทศ โดยนักวิชาการในประเทศไทยได้มีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป อาทิเช่น การเข้ารับบริการทางการแพทย์ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสัญญาโดยผู้ป่วยเป็นผู้ทำคำเสนอหรือโดยแพทย์เป็นผู้ทำคำเสนอ รวมทั้งความเห็นว่า การเข้ารับบริการทางการแพทย์ไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสัญญาเลยเพราะเป็นเรื่องของความยินยอมที่จะให้การรักษายาบาลจึงไม่ใช่ความสัมพันธ์ทางสัญญา อย่างไรก็ตามศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยไว้ว่าเป็น “สัญญาจ้างทำของ” ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 โดยวินิจฉัยไปในทิศทางเดียวกันว่าแพทย์มีหน้าที่ในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยตามมาตรฐานและจริยธรรมแห่งการประกอบวิชาชีพ ในขณะที่ผู้ป่วยก็มีหน้าที่ชำระค่ารักษาพยาบาล หากผู้ป่วยไม่ชำระหนี้ก็จะเป็นการผิดสัญญาชำระหนี้ (Positive Breach of Contract) แต่หากแพทย์วินิจฉัยโรค (Diagnosis) ผิดหรือทำการรักษาพยาบาลผิดพลาดย่อมถือเป็นการผิดสัญญา แต่ถ้าแพทย์ประมาทเลินเล่อร่วมด้วยก็อาจเป็นละเมิด (Tort) ผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเลือกฟ้องคดีโดยอาจตั้งรูปคดีเป็นการฟ้องร้องฐานผิดสัญญาหรือฟ้องฐานละเมิดก็ได้

แต่ผู้เขียนกลับมีความเห็นว่า การที่สถานพยาบาลเอกชนเปิดให้บริการแก่บุคคลทั่วไป และได้มีการโฆษณาประชาสัมพันธ์การให้บริการทางการแพทย์ในรูปแบบต่าง ๆ นั้น เท่ากับเป็นการบอกกล่าวเชิญชวนต่อสาธารณะอย่างเปิดเผยว่าประสงค์ให้บริการทางการแพทย์ถือว่าเป็นคำเชิญเชิญ เมื่อผู้ป่วยเข้าไปขอรับบริการทางการแพทย์ถือว่าเป็นการทำคำเสนอ และเมื่อ

สถานพยาบาลเอกชนผ่านทางตัวแทนคือแพทย์ได้ตกลงรับตรวจร่างกายหรือรับที่จะให้บริการทางการแพทย์แก่ผู้ป่วยแล้วยอมถือได้ว่าแพทย์และสถานพยาบาลเอกชนแห่งนั้นได้ทำคำสนองตอบรับคำเสนอของผู้ป่วยแล้ว สัญญาให้บริการทางการแพทย์ระหว่างแพทย์และสถานพยาบาลเอกชนจึงเกิดขึ้นทันทีนับแต่ได้ตกลงกัน และเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วยอมส่งผลให้แพทย์และผู้ป่วยในฐานะคู่สัญญาย่อมมีสิทธิและหน้าที่หรือความผูกพันต่อกันตามกฎหมายว่าด้วยหนี้และสัญญานั้นเอง แต่สำหรับแพทย์ที่ปฏิบัติหน้าที่ให้บริการทางการแพทย์อยู่ในสถานพยาบาลของรัฐหรือปฏิบัติหน้าที่แทนรัฐนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อแพทย์รับตัวผู้ป่วยไว้ในสถานพยาบาลของรัฐเพื่อทำการรักษาพยาบาลแล้ว นิติสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยย่อมไม่ใช่ความสัมพันธ์ทางสัญญา หากแต่เป็นความสัมพันธ์โดยกฎหมายเนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 47 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขของรัฐ บุคคลผู้ยากไร้ย่อมมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายตามที่กฎหมายบัญญัติ บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการป้องกันและขจัดโรคติดต่ออันตรายจากรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 47 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้วจะพบว่าระบบการให้บริการทางการแพทย์โดยรัฐถือเป็นการบริการสาธารณะ (Public Service) ประเภทหนึ่งที่รัฐ (State) มีหน้าที่ต้องจัดทำขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการด้านสาธารณสุขของประชาชน แพทย์ที่ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลของรัฐหรือภายใต้ระบบการให้บริการทางการแพทย์โดยรัฐ (ระบบหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า ระบบประกันสังคม และระบบสวัสดิการข้าราชการ) ย่อมมีฐานะเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐที่ต้องได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งหากแพทย์ประกอบวิชาชีพตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพแล้วย่อมต้องถือว่าแพทย์ปฏิบัติหน้าที่แทนสถานพยาบาลซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐและเป็นการกระทำแทนรัฐ ดังนั้น จึงไม่อาจเกิดกรณีผิดสัญญาขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ในสถานพยาบาลของรัฐหรือภายใต้ระบบการให้บริการทางการแพทย์โดยรัฐได้โดยเพราะแพทย์และผู้ป่วยต่างไม่เคยมีมูลหนี้ในเรื่องสัญญาทางแพ่งระหว่างกัน หากแต่ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในกรณีนี้ถือเป็นความสัมพันธ์โดยกฎหมายไม่ใช่ความสัมพันธ์ทางสัญญา

4.3 วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดอาญากรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท

โครงสร้างความรับผิดอาญาตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญสองประการคือ มีการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Actus Reus) หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับและควบคุมได้ (Willed Movement) และองค์ประกอบทางด้านจิตใจ (Mens Rea) หมายถึง สภาวะทาง

จิตใจ (The Mental State) ของผู้กระทำที่รู้ว่าอะไรเป็นความผิดและยังคงฝ่าฝืนกระทำลงโดยใจสมัครประกอบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากลักษณะของจิตใจ (Culpable State of Mind) ที่มีสถานะทางจิตใจที่น่าตำหนิ (Blameworthy State of Mind) โดยส่วนนี้ถือว่าเป็นองค์ประกอบในทางอาชญากรรม ซึ่งเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับตัวผู้กระทำ ความผิด ด้วยลักษณะพิเศษของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่มีองค์ประกอบทางด้านจิตใจ (Mens Rea) ซึ่งเป็นสถานะทางจิตใจที่น่าตำหนิหรือสภาพจิตใจที่ชั่วร้ายนั้นจึงทำให้ตกอยู่ภายใต้แนวความคิดที่ว่า “reum non facit nisi mens rea” หมายความว่า “การกระทำไม่ก่อให้เกิดความผิด เว้นแต่ผู้กระทำจะมีจิตใจที่ชั่วร้าย” ในอดีตศาลประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเคยวินิจฉัยว่าประมาททำให้คนตายไม่มีความผิดทางอาญา แต่ต่อมาเมื่อการกระทำโดยประมาทเริ่มปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนมากขึ้น ศาลอังกฤษจึงได้พัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาท (Negligence) โดยเพิ่มหลักเกณฑ์ที่ว่าความประมาทนั้นต้อง “ร้ายแรง” (Gross) ซึ่งหมายความว่า เป็นการกระทำที่เบี่ยงเบนจากมาตรฐานความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยหรือมีเหตุอันสมควรจะไม่ทำให้บุคคลนั้นต้องรับโทษในทางอาญา หลักเกณฑ์ที่ถูกเพิ่มเติมขึ้นใหม่นี้เป็นการระบุถึงระดับของความประมาท (Degree of Negligence) ที่จำเป็นสำหรับความรับผิดทางอาญา ต่อมามีการเสนอให้ใช้คำว่า “ความประมาทโดยจงใจ” (Recklessness) ในการพิจารณาความผิดฐานทำให้คนตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter) ที่เกิดจากการกระทำโดยประมาท โดยอธิบายถึงความหมายของคำว่า “ประมาทโดยจงใจ” (Recklessness) ว่าเป็นการเพิกเฉยในระดับที่สูงที่สุดหรือเป็นการไม่เอาใจใส่ต่อความผิด โดยแยกให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการกระทำโดยประมาทในทางอาญาและการกระทำละเมิดโดยประมาท โดยศาลเลือกใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันเพื่อแสดงให้เห็นความประมาททางอาญา เช่น โดยปราศจากความยับยั้งชั่งใจและโดยจงใจ (Wanton and Willful) หรือประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence) เป็นต้น

ในขณะที่ศาลสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษและได้รับเหตุการณ์เดียวกันก็เปลี่ยนแนวทางคำวินิจฉัยเช่นเดียวกัน โดยศาลสหรัฐอเมริกาวางแนวคำวินิจฉัยใหม่โดยกำหนดว่าการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter) นั้นสามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำโดยประมาทและมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนระหว่างการกระทำโดยประมาทเส้นเล่อทางแพ่ง (Simple or Ordinary Negligence) กับการกระทำโดยประมาททางอาญา (Culpable Negligence) ศาลสหรัฐอเมริกาก็ต้องกำหนดให้มีบางสิ่งพิเศษ (Something Extra) ขึ้นเพื่อใช้กับความประมาททางอาญาที่จำเป็นจะต้องมีบางสิ่งพิเศษ (Something Extra) มากกว่าความประมาทเส้นเล่อทางแพ่ง กล่าวคือ การกระทำของจำเลยจะต้องเป็นการเสี่ยงที่จะทำให้อุบัติภัยอันตรายหรือเกิดความเสียหายมากกว่ากระทำละเมิดโดยประมาท

เลินเล่อ (Tort Negligence) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การกระทำโดยประมาททางอาญาจะต้องมี “ความประมาทในระดับที่สูง” (High Degree of Negligence) มากกว่า “ความประมาทเลินเล่อทางแพ่ง (Simple or Ordinary Negligence) และการกระทำโดยประมาททางอาญานั้นจำเลยจะต้องตระหนัก (Realize) ถึงภัยอันตรายที่เขาเกิดขึ้นโดยรู้ตัว (Consciously) ทั้งนี้ การกระทำโดยประมาททางอาญานั้นบางกรณีอาจมีเพียงอย่างเดียวอย่างหนึ่งหรืออาจจำเป็นต้องมีทั้งการกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงมากกว่าที่กำหนดไว้สำหรับความประมาทเลินเล่อทางแพ่ง (Simple or Ordinary Negligence) และการรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลย (Subjective Awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อภัยอันตรายเช่นนั้น จึงอาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ความแตกต่างระหว่างความประมาทเลินเล่อทางแพ่ง (Simple or Ordinary Negligence) กับความประมาททางอาญา (Criminal Negligence) คือ ความประมาทเลินเล่อทางแพ่งเป็นความผิดในทางภาวะวิสัย (Objective Fault) ส่วนความประมาททางอาญาเป็นความผิดในทางอัตวิสัย (Subjective Fault)

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ความผิดอาญาจากการประกอบวิชาชีพแพทยนั้นเกือบทั้งหมดเป็นการกล่าวหาว่าแพทย์กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วย และการกระทำโดยประมาทอันจะเป็นความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นจะต้องเป็นความผิดฐานทำให้คนตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter) และแพทย์ผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องมีความประมาทในระดับร้ายแรง (Medical Manslaughter) เท่านั้นจึงจะนำโทษทางอาญามาใช้ลงโทษแพทย์ได้ หากแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยการเบี่ยงเบนออกจากมาตรฐานแห่งวิชาชีพไปเพียงเล็กน้อยจะไม่ทำให้แพทย์ต้องรับโทษในทางอาญาหากแต่แพทย์ผู้กระทำนั้นอาจต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งในการชดเชยค่าเสียหายแทน

สำหรับความรับผิดชอบกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาทในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และมีพัฒนาการทางกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเป็นระบบต่อเนื่องและยาวนาน สิทธิในชีวิตร่างกายของพลเมืองฝรั่งเศสมีความเป็นมาเก่าแก่ที่ผ่านการปรับตัวนับตั้งแต่มีการปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 ประเทศฝรั่งเศสได้ให้การรับรองสิทธิในชีวิตร่างกายไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและได้รับการรับรองสิทธิอื่น ๆ โดยบทบัญญัติของกฎหมายและคำพิพากษาของศาลอีกหลายประการซึ่งพัฒนาการทางกฎหมายดังกล่าวยังได้ครอบคลุมมาถึงสิทธิในชีวิตร่างกายของผู้ป่วยในระบบการให้บริการทางการแพทย์อีกด้วย

การให้บริการทางการแพทย์ในประเทศฝรั่งเศสนั้นเป็นการบริการสาธารณะประเภทหนึ่งจากรัฐหรือที่เรียกว่า “รัฐสวัสดิการ” ที่รัฐจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก

การบริการทางการแพทย์ ในขณะที่ระบบการให้บริการทางการแพทย์ของประเทศเยอรมันนั้นเป็นแบบหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้าให้กับประชาชนทุกคนภายใต้หลักการความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของสังคม (Solidarity) ที่รัฐจะมีบทบาทหลักในการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อควบคุมกำกับดูแลการให้บริการทางการแพทย์ ส่วนการให้บริการทางการแพทย์นั้นรัฐจะกระจายอำนาจไปให้องค์กรเอกชนที่ไม่แสวงหากำไรเป็นผู้ให้บริการทางการแพทย์

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า การพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญร่วมกันอยู่ประการหนึ่งคือ “หลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว” (Informed Consent) ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นในการพิจารณาความรับผิดชอบของแพทย์ทั้งสองประเทศ กล่าวคือ กฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้นมุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิทธิในร่างกายและการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย ดังนั้น ในระบบการบริการทางการแพทย์ของประเทศฝรั่งเศส แพทย์จึงอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ใน 2 กรณีคือ 1) กรณีแพทย์กระทำต่อร่างกายผู้ป่วยโดยผู้ป่วยไม่สมัครใจ (Involuntary) ถือเป็นความผิดทางอาญาในทุกกรณี แพทย์ผู้กระทำความผิดตามกฎหมายอาญาและอาจเป็นความผิดตามกฎหมาย Bioethic law 29 July 1994 ที่ห้ามไม่ให้มีการกระทำต่อร่างกายมนุษย์ ยกเว้นเพื่อความจำเป็นในการรักษาพยาบาลและต้องได้รับความยินยอมก่อนการรักษาพยาบาล ยกเว้นมีกฎหมายกำหนดกรณีไม่อยู่ในสภาพให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้ และ 2) กรณีแพทย์กระทำต่อร่างกายผู้ป่วยโดยผู้ป่วยสมัครใจ (Voluntary) หากแต่การกระทำของแพทย์นั้นเป็นการกระทำที่ไม่ได้รับการยอมรับในทางวิชาชีพและแพทย์จงใจกระทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วย การกระทำนั้นถือเป็นความผิดอาญาฐานประทุษร้าย (Assault) ทำร้ายร่างกาย (Battery) หรือเจตนาฆ่า (willful homicide) แม้ผู้ป่วยจะให้ความยินยอมแพทย์ก็ไม่พ้นความรับผิดชอบอาญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้เพราะกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้นมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะไม่ใช่ประโยชน์ส่วนตัวที่สามารถสละได้

สำหรับการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ในประเทศเยอรมันนั้นเนื่องจากประเทศเยอรมันเห็นว่าผู้ป่วยเป็นศูนย์กลางของระบบการรักษาพยาบาล โดยผู้ป่วยจะต้องมีสิทธิในการพิจารณาและตัดสินใจด้วยตนเอง (Self Determination) ว่าจะยอมรับการรักษาด้วยรูปแบบและวิธีการแบบใด และแพทย์มีฐานะเป็นแต่เพียงคู่สัญญาที่มีหน้าที่ให้คำแนะนำหรือบอกกล่าวให้ข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาไปตามมาตรฐานวิชาชีพเพื่อประกอบการตัดสินใจของผู้ป่วยเท่านั้น ในปีค.ศ. 1979 ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Bundesverfassungsgericht) จึงได้มีคำวินิจฉัยวางหลักการสำคัญทางกฎหมายเกี่ยวกับ “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว” (Informed Consent) ขึ้นเพื่อใช้เป็นแนวทางประกอบการพิจารณาทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้บริการทางการแพทย์ให้อยู่ภายใต้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human dignity) และการตัดสินใจด้วยตนเอง (The Right to

self determination) ของผู้ป่วยตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่งถือเป็นกฎหมายสูงสุดว่า การรักษาพยาบาลของแพทย์ที่ไม่ได้รับความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) จากผู้ป่วยหรือความยินยอมของผู้ป่วยไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย (Informal Refusal/Unauthorized Treatment) นั้นมีผลเท่ากับเป็นการทำร้ายร่างกายและทำร้ายต่อเอกภาพในเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย (infringement of the body's integrity) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันดังกล่าวทำให้การพิจารณาความรับผิดของแพทย์ทุกครั้งจะต้องเริ่มต้นจากการพิจารณาว่าแพทย์ได้รับความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) จากผู้ป่วยก่อนเริ่มต้นทำการรักษาพยาบาลโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้วหรือไม่หลังจากนั้นจึงจะพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ๆ ต่อไป

ซึ่งนอกเหนือจากหลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) ข้างต้นแล้วผู้เขียนยังพบว่าแม้ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ก็ไม่มีการบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับแพทย์ไว้เป็นพิเศษ โดยเฉพาะหากแต่ศาลของทั้งสองประเทศได้นำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทที่กำหนดไว้สำหรับบุคคลทั่วไปมาใช้พิจารณาความรับผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ โดยศาลฝรั่งเศสได้วางแนวคำวินิจฉัยกำหนดให้เฉพาะแต่กรณีแพทย์กระทำโดยเจตนาหรือประมาทอย่างร้ายแรงโดยปราศจากหรือไม่ใช่ดีในผลแห่งการกระทำของตนอย่างผิดธรรมดาและผิดมาตรฐานทางวิชาชีพอย่างมากจนเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายเท่านั้นที่แพทย์จะมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา หากแพทย์แค่เพียงไม่นำพาต่อสวัสดิภาพของผู้ป่วยแพทย์ยังไม่สมควรจะต้องได้รับโทษทางอาญาหากแต่สมควรจะต้องได้รับการลงโทษในทางวิชาชีพ เช่น เพิกถอนใบอนุญาตการประกอบวิชาชีพแพทย์แทน

แต่สำหรับประเทศเยอรมันนั้นความรับผิดอาญาของแพทย์จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อแพทย์ได้ดำเนินการผ่านพ้นขั้นตอนการตกลงขอความยินยอมรับการรักษาจากผู้ป่วยเรียบร้อยแล้วเท่านั้น ทำให้คดีที่แพทย์ถูกฟ้องร้องคดีอาญาจึงเกิดขึ้นน้อยมากเนื่องจากแพทย์ในประเทศเยอรมันเข้มงวดและเคร่งครัดในการปฏิบัติตามหลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) จึงทำให้ความขัดแย้งระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยแทบไม่เกิดขึ้นเลย แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันนั้นก็มีลักษณะพิเศษเฉพาะในทางโครงสร้างการกระทำโดยประมาท (Die Strukturelle Eigenstaendigkeit Der Fahrlaessigkeitstat) เนื่องจากกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันไม่ได้ให้ความหมายหรือคำนิยามของคำว่า “การกระทำโดยประมาท” ไว้เป็นการเฉพาะ อนึ่ง แม้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันมีการให้บทนิยามความหมายของคำว่า การกระทำโดยประมาทเส้นเลือดไว้ในมาตรา 276 วรรคหนึ่งว่า “บุคคลผู้ซึ่งไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน บุคคลนั้นกระทำโดยประมาทเส้นเลือด” แต่การ

พิจารณาความประมาทในทางอาญาของประเทศเยอรมันก็ไม่ได้นำเอานิยามการกระทำโดยประมาทเดินเลื้อยในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้พิจารณา หากแต่ได้นำเอาแนวคิดของนักนิติศาสตร์ที่ได้เคยให้ความเห็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาของเยอรมันไว้สองความเห็นมาใช้พิจารณาความประมาททางอาญาคือ ความเห็นของ Prof. Jescheck ซึ่งถือได้ว่าเป็นตัวแทนของความเห็นฝ่ายข้างมากนั้นแบ่งส่วนองค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทออกเป็นสองส่วนด้วยกันคือ ความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ (Das Handlungsunrecht) และความมิชอบด้วยกฎหมายของผลของการกระทำ (Das Erfolgsunrecht) ซึ่งจะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์การละเมิดต่อหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (Die Verletzung Der Objektiven Sorgfaltspflicht) ซึ่งถือว่าอยู่ในส่วนของความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ และความเห็นของ Prof. Roxin ซึ่งถือเป็นตัวแทนความเห็นของฝ่ายข้างน้อยที่มีความเห็นว่าการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมันนั้นจะต้องให้หลักเกณฑ์ของทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (Die Lehre von Der Objektiv Zurechnung) ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ส่วนคือ ผลที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักทฤษฎีว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Die Lehre von Kausalzusammenhang) ซึ่งก็คือผลตามทฤษฎีเงื่อนไข และเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ไม่ได้รับอนุญาตต่อกรรมของการกระทำและเป็นผลที่อยู่ในขอบเขตขององค์ประกอบความผิด ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความประมาททางอาญาดังกล่าวทั้งหมดนี้จะถูกนำมาใช้พิจารณากับกรณีที่มีการกล่าวหาว่าแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาทด้วย

สำหรับการพิจารณาความรับผิดชอบของแพทย์กรณีประกอบวิชาชีพโดยประมาทในประเทศไทยนั้นแม้ว่าประเทศไทยจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) จากการศึกษาพบว่ากฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติความผิดอาญากรณีแพทย์กระทำโดยประมาทไว้เป็นพิเศษโดยเฉพาะหากแต่จะปรับใช้ความผิดอาญฐานกระทำโดยประมาทเหมือนเช่นกรณีบุคคลปกติทั่วไป กระทำความผิด การที่แพทย์ประกอบวิชาชีพโดยมีสภาวะทางจิตใจที่เรียกว่า “ประมาท” อันจะทำให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาได้นั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายคาดหวังที่จะให้แพทย์ต้องใช้ความระมัดระวังเพื่อไม่ให้เกิดการประกอบวิชาชีพของตนไปก่อให้เกิดผู้ป่วยได้รับความเดือนร้อนหรือเสียหาย ข้อพิจารณาสำคัญของการประกอบวิชาชีพแพทย์โดยประมาทอยู่ที่การไม่ได้ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอตามสมควรแก่กรณี ซึ่งต้องพิจารณาตามมาตรา 59 วรรค 4 แห่งประมวลกฎหมายอาญาคือ ภายใต้อาณัติหน้าที่แพทย์ผู้กระทำกำลังประสบอยู่โดยการสมมุติแพทย์อีกคนหนึ่งขึ้นเปรียบเทียบกับ แพทย์ผู้ที่ถูกสมมุติขึ้นนี้จะต้องสมมุติขึ้นตามภาวะที่อยู่ในวิสัยเช่นเดียวกับแพทย์ผู้กระทำกับทั้งพฤติการณ์เดียวกันกับการกระทำเกิดขึ้นด้วยแล้วเปรียบเทียบกับ

แพทย์ในภาวะเช่นนี้สมควรจะต้องใช้ความระมัดระวังมากหรือน้อยเพียงใด ซึ่งถือเป็นการพิจารณาในทางภาวะวิสัย (Objective) ซึ่งการพิจารณาในทางภาวะวิสัยนี้เมื่อนำมาใช้พิจารณาความรับผิดชอบของแพทย์กรณีประกอบวิชาชีพโดยประมาทแล้วจะทำให้เกิดข้อโต้แย้งขึ้นได้ว่าเป็นการพิจารณาแต่สภาพภายนอกแต่เพียงด้านเดียวโดยไม่ได้พิจารณาให้ลึกกลงไปถึงสภาพภายในจิตใจของแพทย์ผู้กระทำว่าแพทย์ผู้นั้นละเลยไม่ใส่ใจในกษัตริย์อย่างร้ายแรงจนก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตของผู้ป่วยหรือไม่เพราะการที่จะกำหนดให้แพทย์ต้องรับโทษทางอาญานั้นสมควรจะต้องพิจารณาให้เห็นถึงความชั่วร้ายหรือความบกพร่องทางจิตใจของแพทย์ผู้กระทำเพิ่มเติมด้วยเนื่องจากหากเกิดความผิดพลาดในการพิจารณาแล้วแพทย์ต้องรับโทษทางอาญาถึงขั้นจำคุกย่อมจะส่งผลไปถึงประสิทธิภาพและประสิทธิผลในระบบการให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขของประเทศโดยรวมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การพิจารณาความผิดทางอาญาของแพทย์จึงต้องพิจารณาให้ได้สมดุลกับประโยชน์ของสังคมที่จะต้องสูญเสียไปด้วย

4.4 แนวทางการพัฒนากฎหมายกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาท

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ไม่มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของแพทย์ขึ้นไว้เป็นพิเศษ โดยเฉพาะทำให้นักกฎหมายและศาลไทยต้องนำเอาหลักกฎหมายต่าง ๆ หลายฉบับที่เคยบัญญัติไว้แล้วมาประกอบการพิจารณาความรับผิดชอบของแพทย์ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะสัญญา ลักษณะละเมิด กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค และประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น

สำหรับการพิจารณาว่าแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาทหรือไม่นั้น ศาลไทยได้นำเอานियามความหมายของคำว่า “การกระทำโดยประมาท” ตามมาตรา 59 วรรค 4 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้เป็นหลักเกณฑ์การพิจารณาความประมาททั้งในคดีอาญาและความประมาทเลินเล่อในคดีแพ่งจนทำให้เกิดความซ้อนทับกับระหว่างความประมาททางอาญาและความประมาทเลินเล่อทางแพ่ง การซ้อนทับกับเช่นนี้ทำให้เกิดปัญหาต่อความรับผิดชอบของแพทย์กรณีประกอบวิชาชีพโดยประมาทเนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 46 บัญญัติให้การพิพากษาคดีส่วนแพ่ง ศาลจำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญา กล่าวคือ หากการกระทำโดยแพทย์ได้รับการพิจารณาว่าเป็นการกระทำโดยประมาทซึ่งเป็นปัญหาข้อเท็จจริงประการหนึ่งแล้วผู้ฟ้องคดีย่อมสามารถฟ้องคดีต่อแพทย์ผู้กระทำนั้นได้ทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา ทั้งที่วัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีอาญาและคดีแพ่งมีความแตกต่างกัน คดีอาญาเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ของสังคม ในขณะที่คดีแพ่งต้องการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหาย นอกจากนั้น ศาลไทยยังได้วินิจฉัยว่าการฟ้องคดีทางการแพทย์ถือเป็นคดีผู้บริโภคทำให้สามารถฟ้องคดีทาง

การแพทย์ได้ง่ายกว่าคดีแพ่งทั่วไป รวมถึงศาลไทยวินิจฉัยว่าสามารถเลือกฟ้องคดีทางการแพทย์ เป็นคดีผิดสัญญาหรือละเมิดก็ได้และด้วยประโยชน์ทางกฎหมายที่ผู้ฟ้องคดีทางการแพทย์จะได้รับ อายุความในคดีอาญาที่ยาวกว่าอายุความในคดีแพ่งภายใต้เงื่อนไขของคดีแพ่งเกี่ยวกับคดีอาญา จึงทำให้การฟ้องคดีทางการแพทย์ในประเทศไทยมักจะมีการฟ้องคดีอาญาร่วมด้วยเสมอ ปัญหาทั้งหมดนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าเกิดจากการที่ประเทศไทยต้องนำเอาบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ หลากหลายเรื่องหลากหลายกรณีมาใช้พิจารณาความรับผิดชอบของแพทย์ ดังนั้น แนวทางการพัฒนากฎหมายความรับผิดชอบของแพทย์กรณีประกอบวิชาชีพโดยประมาทจึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายความรับผิดทางการแพทย์ขึ้นเป็นพิเศษโดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายภายใต้หลักทางวิชาการที่ว่า “กฎหมายเฉพาะย่อมตัดกฎหมายทั่วไปมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน” (lex specialis derogat legi generali)

จากการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ผู้เขียนพบว่าสามารถนำหลักการและแนวคิดทางกฎหมายของต่างประเทศที่ใช้หลักวิชาการอย่างเป็นระบบระเบียบมาแก้ไขปัญหาดังกล่าวเกี่ยวกับประกอบวิชาชีพโดยประมาทของแพทย์ในประเทศไทยได้ ดังนี้

ภายใต้ระบบการให้บริการทางการแพทย์และกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันที่สามารถสร้างความเข้าใจอันดีร่วมกันระหว่างแพทย์และผู้ป่วยด้วยการใช้ “หลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว” (Informed Consent) โดยกำหนดให้ผู้ป่วยเป็นศูนย์กลางของระบบการรักษาพยาบาล แพทย์มีหน้าที่ให้คำแนะนำหรือบอกกล่าวให้ข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพเพื่อประกอบการตัดสินใจของผู้ป่วย และผู้ป่วยจะต้องมีสิทธิในการพิจารณาและตัดสินใจด้วยตนเอง (Self Determination)ว่าจะยอมรับการรักษาด้วยรูปแบบและวิธีการแบบใดก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การให้บริการทางการแพทย์อยู่ภายใต้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human dignity) และการตัดสินใจด้วยตนเอง (The Right to self determination) ของผู้ป่วย จึงควรนำหลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) มาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจน

ระบบการให้บริการทางการแพทย์ในประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสมีระบบการให้บริการทางการแพทย์ใหญ่ ๆ อยู่ 2 ระบบคือ ระบบการให้บริการทางการแพทย์โดยรัฐกับระบบการให้บริการทางการแพทย์ภาคเอกชนเช่นเดียวกับระบบการให้บริการทางการแพทย์ของประเทศไทย แต่การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในประเทศไทยนั้นยังไม่ได้พิจารณาให้ไปตามหลักวิชาการทางกฎหมายเหมือนประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส จึงควรบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้แพทย์ที่ปฏิบัติงานในระบบการให้บริการทางการแพทย์โดยรัฐมีความสัมพันธ์โดยกฎหมายกับผู้ป่วยซึ่งหากมีความเสียหายเกิดขึ้นรัฐจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ

เชี่ยวชาญความเสียหายนั้นแทนแพทย์เหมือนดังเช่นในประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส และ บัญญัติให้แพทย์ที่ปฏิบัติงานในระบบการให้บริการทางการแพทย์ในภาคเอกชนมีความสัมพันธ์ ทางสัญญากับผู้ป่วยภายใต้เงื่อนไขที่ว่าแพทย์ต้องดำเนินการผ่านพ้นขั้นตอนการขอความยินยอมที่ ได้รับการบอกกล่าวโดยชอบแล้วเท่านั้น หากแพทย์ไม่ดำเนินการขอความยินยอมหรือขอความ ยินยอมแล้วแต่เป็น ไม่ชอบด้วยกฎหมายการกระทำของแพทย์ภายหลังจากนั้นย่อมถือเป็นการละเมิด

สำหรับความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์กรณีประกอบวิชาชีพ โดยประมาทนั้นควร บัญญัติกฎหมายเฉพาะให้ความประมาททางการแพทย์เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ต้องใช้มาตรฐาน การพิจารณาในทางอัตวิสัย (Subjective) และบัญญัติให้แพทย์มีความรับผิดชอบเฉพาะแต่กรณี แพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาทอย่างร้ายแรงหรือประมาทโดยจงใจ (Recklessness) เป็นเหตุให้ ผู้ป่วยถึงแก่ความตายเท่านั้น นอกจากกรณีดังกล่าวแล้วควรปล่อยให้เป็นเรื่องของความผิดทาง วิชาชีพและการชดเชยเชี่ยวชาญความเสียหายทางแพ่ง



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายจากต่างประเทศ ทั้งจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์พบว่า ในต่างประเทศนั้นมีการแบ่งแยกการผิดสัญญาและการละเมิดออกจากกันอย่างชัดเจน เนื่องจากในทางทฤษฎีนั้นทั้งสัญญาและละเมิดต่างเป็นกรณีของนิติกรรมและนิติเหตุที่ในขณะเดียวกันไม่อาจเกิดขึ้นโดยซ้อนทับกันได้ ดังนั้น การพิจารณาความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยจึงต้องเริ่มต้นพิจารณาจากความสัมพันธ์ทางสัญญา (Contractual Relationship) ซึ่งเป็นนิติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนเป็นลำดับแรก

ความสัมพันธ์ทางสัญญา (Contractual Relationship) ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกานั้นถูกพิจารณาจากระบบการให้บริการทางการแพทย์ของแต่ละประเทศ กล่าวคือ ประเทศอังกฤษมีระบบหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้าที่รัฐเป็นผู้จ่ายเงินและจัดบริการ โดยมีองค์กรที่ดูแลการให้บริการทางการแพทย์ที่เรียกว่าหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (National Health Service) หรือ NHS ซึ่งศาลอังกฤษเคยวินิจฉัยไว้ว่าผู้ป่วยไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญากับโรงพยาบาลที่สังกัด NHS และไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญากับแพทย์และบุคลากรภายในโรงพยาบาลของรัฐ ถึงแม้แพทย์จะได้รับค่าบริการจากผู้ป่วยและเป็นค่าตอบแทนตามกฎหมายลักษณะสัญญา แต่ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในกรณีนี้ก็ไม่ใช่อะไรที่ความสัมพันธ์ทางสัญญา หากแต่เป็นความสัมพันธ์โดยกฎหมาย (The National Health Service Act 1977) สำหรับการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของแพทย์กรณีของการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อในระบบกฎหมายอังกฤษแบ่งความประมาทเลินเล่อออกเป็นสองประเภท คือ ความประมาทเลินเล่อธรรมดา (Negligence) และความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Recklessness) โดยความประมาทเลินเล่อธรรมดา (Negligence) ของแพทย์นั้นจะต้องพิจารณาว่าแพทย์ผู้นั้นได้กระทำโดยฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง โดยต้องคำนึงถึงภาวะ วัสดุ และพฤติการณ์ของแพทย์ผู้กระทำนั้นประกอบด้วย นอกจากนี้แพทย์ผู้กระทำยังต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังเป็นพิเศษตามวิชาชีพหรือความชำนาญพิเศษของตนในระดับที่สูงกว่าระดับความระมัดระวังของบุคคลธรรมดาที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพแพทย์อีกด้วย ส่วนความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Recklessness) นั้นจะต้องใช้ทั้งการพิจารณาทางภาวะวิสัย (Objective) และการ

พิจารณาทางอัตวิสัย (Subjective) มาพิจารณาประกอบกันเพราะหากแพทย์กระทำละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแล้วแพทย์ย่อมจะต้องถูกลงโทษด้วยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในจำนวนที่สูงมากกว่าความประมาทเลินเล่อธรรมดาที่เรียกว่า “ค่าเสียหายเชิงลงโทษ” (Punitive Damage) อนึ่ง เนื่องจากประเทศอังกฤษมีระบบการจ่ายชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ป่วยโดยองค์กรที่ให้บริการทางการแพทย์หรือหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (National Health Service : NHS) ซึ่งเป็นการเยียวยาความเสียหายในทางแพ่งก่อนการฟ้องร้องคดีต่อศาล ในประเทศอังกฤษจึงมักไม่ค่อยมีการฟ้องร้องคดีทางการแพทย์ทั้งในเรื่องความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิด

ส่วนระบบการให้บริการทางการแพทย์ของสหรัฐอเมริกาเป็นระบบที่ใช้บริการของโรงพยาบาลของเอกชนจึงไม่มีประเด็นความสัมพันธ์ของแพทย์ที่ให้บริการในโรงพยาบาลของรัฐกับผู้ป่วยให้ต้องพิจารณาดังเช่นประเทศอังกฤษ โดยศาลสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยไว้ว่า ความรับผิดตามสัญญาในคดีทางการแพทย์ในสหรัฐอเมริกานั้นจะเกิดขึ้นได้ก็เฉพาะแต่กรณีแพทย์ให้การรับรองผลในการรักษาของตน โดยขัดแย้งเท่านั้นที่จะส่งผลทำให้แพทย์ต้องมีความรับผิดในทางสัญญา ส่วนการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของแพทย์ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกานั้นจะต้องพิจารณาว่าแพทย์ผู้กระทำมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้เสียหายหรือไม่ และสหรัฐอเมริกายังแบ่งความประมาทเลินเล่อออกเป็นสองประเภท คือ ความประมาทเลินเล่อธรรมดา (Negligence) และความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Recklessness) โดยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีสองประการ คือ 1. ต้องเป็นการกระทำซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่ออันตรายในระดับที่เบี่ยงเบนอย่างร้ายแรง เป็นการกระทำโดยเพิกเฉยขาดความระมัดระวังต่ออันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อบุคคลและปรากฏว่าผู้กระทำความผิดยังขึ้นกระทำลงโดยคาดเห็นว่าคงจะสามารถหลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่จะไม่ให้เกิดอันตรายขึ้นได้ และ 2. ผู้กระทำต้องตระหนักรู้ (Aware) ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นการก่อให้เกิดความเสี่ยงต่ออันตรายที่สูงขึ้น หากแพทย์ผู้กระทำรู้ถึงความเสี่ยงอันตรายแต่กลับขึ้นกระทำไปโดยไม่ใส่ใจหรือเพิกเฉยต่ออันตรายนั้นทั้ง ๆ ที่ควรตระหนักรู้ หรือแม้จะคาดหวังว่าอันตรายนั้นจะไม่เกิดขึ้นก็ตาม หากแพทย์กระทำละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแล้วแพทย์ย่อมถูกลงโทษด้วยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในจำนวนที่สูงกว่าความประมาทเลินเล่อธรรมดาที่เรียกว่า “ค่าเสียหายเชิงลงโทษ” (Punitive Damage) เหมือนเช่นประเทศอังกฤษ แต่เนื่องจากระบบการให้บริการทางการแพทย์ของสหรัฐอเมริกานั้นเป็นการให้บริการในภาคเอกชนเป็นหลักจึงทำให้การฟ้องร้องคดีทางการแพทย์มีจำนวนสูงมาก แต่ด้วยระบบสัญญาประกันความรับผิดทางวิชาชีพ (Professional liability insurance) ที่จะถูกนำมาใช้ประกอบการเรียกร้องด้วยเสมอจึงเป็นหลักประกันความแน่นอนในการจ่ายค่าเสียหายและทำให้โอกาสที่ผู้ป่วยจะได้รับการเยียวยาความ

เสียหายมีมากขึ้น แต่เมื่อการฟ้องคดีมีการจ่ายค่าชดเชยเสียหายในจำนวนที่สูงมากย่อมจะทำให้อัตราเบี้ยประกันดังกล่าวก็สูงมากขึ้นไปตามรูปแบบการประกันภัยด้วย

สำหรับความสัมพันธ์ทางสัญญา (Contractual Relationship) ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในระบบกฎหมายซวีลลอร์เช่นประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันนั้นถูกพิจารณาจากระบบการให้บริการทางการแพทย์ของแต่ละประเทศเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ระบบการให้บริการทางการแพทย์ของฝรั่งเศสอยู่ภายใต้กฎหมาย Patient's right and quality of care act no.2002-303 ที่มีลักษณะเฉพาะทำให้ฝรั่งเศสจัดความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยออกเป็น 2 กรณีคือ บริการทางการแพทย์ของเอกชน (Private care sector) ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งเรื่องสัญญา และบริการทางการแพทย์ของรัฐ (Public health sector) และความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชนที่ถือว่าเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างผู้ป่วยกับรัฐหรือตัวแทนของรัฐ (หน่วยงานทางปกครอง) เท่านั้น

ความรับผิดชอบของแพทย์ในฝรั่งเศสนั้นในอดีตใช้หลักความรับผิดชอบเมื่อกระทำผิด (Liability for fault) ตามกฎหมายลักษณะสัญญา และกฎหมายลักษณะละเมิด แต่ปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงมาเป็น “หลักความรับผิดแม้ไม่ได้กระทำผิด” (Liability without fault) และด้วยกฎหมาย Patient's right and quality of care act no.2002-303 นี้เองทำให้การพิจารณาความสัมพันธ์ทางสัญญาและการกระทำละเมิดของแพทย์โดยเฉพาะกรณีการประกอบวิชาชีพโดยประมาทของแพทย์จึงแทบจะไม่มีผลทางกฎหมายแล้วในปัจจุบัน กล่าวคือ ผู้ป่วยจะได้รับค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นมาจากอุบัติเหตุทางการแพทย์ การติดเชื้อจากการรักษา หรือจากโรงพยาบาล ซึ่งความเสียหายดังกล่าวนี้ต้องมีสาเหตุโดยตรงมาจากปฏิบัติการทางการแพทย์ในการป้องกันรักษา หรือวินิจฉัยโรค แต่หากเป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิด (Fault) ของแพทย์หน่วยงานของรัฐจะเรียกร้องต่อบริษัทผู้รับประกันภัยให้เป็นผู้จ่ายค่าชดเชยทางการแพทย์ให้แก่ผู้เสียหาย ถ้าหากบริษัทผู้รับประกันภัยปฏิเสธการจ่ายค่าชดเชยทางการแพทย์ให้แก่ผู้เสียหายหน่วยงานของรัฐจะสำรองจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้เสียหายไปก่อนและดำเนินการยื่นฟ้องบริษัทผู้รับประกันภัยต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าชดเชยดังกล่าวกลับคืนซึ่งแก้ไขปัญหาค่าฟ้องร้องดำเนินคดีระหว่างแพทย์และผู้ป่วยได้อย่างดียิ่ง

สำหรับการบริการทางการแพทย์ของประเทศเยอรมันนั้นเป็นการจัดบริการโดยภาคเอกชนภายใต้การควบคุมกำกับของภาครัฐหรือหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ กฎหมายของประเทศเยอรมันวางหลักการสำคัญเกี่ยวกับ “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว” (Informed Consent) โดยมีที่มาจากหลักการสำคัญ 2 ประการที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ คือ สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง (The Right to Self Determination) และศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์

(Human dignity) สำหรับความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในเยอรมันนั้นจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อแพทย์ได้ดำเนินการผ่านพ้นขั้นตอนการขอความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว” (Informed Consent) จากผู้ป่วยเรียบร้อยแล้ว ส่วนการพิจารณาว่าการประกอบวิชาชีพของแพทย์จะเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้น กฎหมายละเมิดของประเทศเยอรมันจะใช้หลักการวินิจฉัยความผิดแบบ in abstracto กล่าวคือ การสมมุติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบกับแพทย์ผู้กระทำ แต่เนื่องจากการประกอบวิชาชีพของแพทย์ในเยอรมันนั้นถูกวางหลักการไว้ตั้งแต่เริ่มต้นว่าแพทย์มีหน้าที่ที่จะต้องได้รับความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) จากผู้ป่วย การขอความยินยอมและการอธิบายด้วยความรู้ความเข้าใจอันดีระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยก่อนเริ่มต้นทำการรักษาพยาบาลหรือก่อนการประกอบวิชาชีพของแพทย์นั้นย่อมส่งผลทำให้การฟ้องร้องคดีละเมิดระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยอันเนื่องมาจากความไม่รู้ความไม่เข้าใจซึ่งกันและกันนั้นเกิดขึ้นน้อยมาก

ระบบการให้บริการทางการแพทย์ของไทยแบ่งออกเป็น 2 ระบบหลัก คือ ระบบการให้บริการทางการแพทย์โดยรัฐ (สวัสดิการรักษายาบาลสำหรับข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ระบบการประกันสังคม และระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ) และระบบการให้บริการทางการแพทย์ภาคเอกชน แต่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยว่าอยู่ในรูปของ “สัญญาจ้างทำของ” ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ทั้งนี้ แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาส່ว่นใหญ่วินิจฉัยไปในทิศทางเดียวกันว่า แพทย์มีหน้าที่ในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยตามมาตรฐานและจริยธรรมแห่งการประกอบวิชาชีพ ในขณะที่เดียวกันผู้ป่วยก็มีหน้าที่ชำระค่ารักษาพยาบาล หากผู้ป่วยไม่ชำระหนี้ก็จะเป็นการผิดสัญญาชำระหนี้ (Positive Breach of Contract) แต่หากแพทย์วินิจฉัยโรค (Diagnosis) ผิดหรือทำการรักษาพยาบาลผิดพลาดย่อมถือเป็นการผิดสัญญา แต่ถ้าแพทย์ประมาทเลินเล่อร่วมด้วยก็อาจเป็นละเมิด (Tort) ผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเลือกฟ้องคดีโดยอาจตั้งรูปคดีเป็นการฟ้องร้องฐานผิดสัญญาหรือฟ้องฐานละเมิดก็ได้ แนวคำวินิจฉัยของศาลไทยดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าขาดการพิจารณาในส่วนขอระบบการให้บริการทางการแพทย์โดยรัฐหรือตัวแทนรัฐที่ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยควรเป็นความสัมพันธ์โดยกฎหมายไม่ใช่ความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย เว้นแต่เป็นกรณีการให้บริการของแพทย์ในภาคเอกชนที่จะมีความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยได้ นอกจากนี้การที่ศาลไทยวินิจฉัยให้ผู้เสียหายมีสิทธิเลือกฟ้องคดีทางการแพทย์ได้ทั้งในฐานผิดสัญญาหรือฐานละเมิดนั้นย่อมเป็นการทำลายหลักการแบ่งแยกการผิดสัญญาและการละเมิดที่ควรจะต้องแยกออกจากกันอย่างชัดเจน เนื่องจากในทางทฤษฎีนั้นทั้งสัญญาและละเมิดต่างเป็นกรณีของนิติกรรมและนิติเหตุที่ในการกระทำเดียวกันไม่อาจเกิดขึ้น โดยซ้อนทับพร้อม ๆ กันได้

นอกจากนั้น แนวคำวินิจฉัยของศาลไทยที่นำกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคและวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคมาใช้ในการประกอบวิชาชีพโดยประมาทของแพทย์ที่ปฏิบัติงานในภาครัฐของประเทศไทยนั้นมีความไม่เหมาะสมหลายประการ เนื่องจากการให้บริการทางการแพทย์ของภาครัฐนั้นไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการมุ่งหวังผลกำไรหากแต่เป็นการบริการสาธารณะเพื่อรักษาโรคภัยไข้เจ็บและบรรเทาโรคภัย อีกทั้งการรักษาพยาบาลไม่สามารถกำหนดมาตรฐานตายตัวดังเช่นการขายสินค้าหรือการให้บริการอื่นได้ เพราะยังมีปัจจัยอื่นอีกหลายประการที่ส่งผลกระทบต่อการรักษาพยาบาล เช่น สุขภาพพื้นฐานของตัวผู้ป่วยเอง กรรมพันธุ์ กรอบระยะเวลาที่ผู้ป่วยเข้ารับการรักษา เป็นต้น นอกจากนี้ในความเป็นจริงแล้วแพทย์ก็ยังไม่สามารถรักษาโรคทุกโรคให้หายเป็นปกติได้ เช่น โรคมะเร็ง เป็นต้น แพทย์ย่อมกระทำได้เพียงบรรเทาอาการเจ็บป่วยแก่ผู้ป่วย แม้เป็นการรักษาในสถานพยาบาลที่มีความเชี่ยวชาญของบุคลากรทางการแพทย์และเครื่องมือทางการแพทย์ก็ยังไม่อาจหลีกเลี่ยงหรือยุติความตายของผู้ป่วยได้ อีกทั้งในระหว่างการรักษาพยาบาลยังมีโอกาสเกิดภาวะแทรกซ้อนหรืออาการไม่พึงประสงค์เกิดขึ้นได้ แม้ว่าแพทย์ผู้รักษาจะได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาอย่างเต็มที่แล้วก็ตามเพราะการรักษาพยาบาลเป็นกระบวนการแห่งการคาดคะเนความเป็นไปได้โดยอาศัยหลักวิชาการทางการแพทย์และสถิติของโรคทางวิทยาศาสตร์ ประสิทธิภาพในการรักษาพยาบาลจึงขึ้นอยู่กับสภาพของผู้ป่วยแต่ละรายและความชำนาญของแพทย์เป็นสำคัญ

สำหรับความรับผิดชอบของแพทย์กรณีประกอบวิชาชีพโดยประมาทนั้นเนื่องจากการประกอบวิชาชีพแพทย์จำเป็นจะต้องกระทำต่อชีวิตร่างกาย สุขภาพและอนามัยของผู้ป่วยโดยตรงซึ่งอาจจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจของผู้ป่วยได้ แพทย์จึงต้องใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพอย่างสูงเพราะหากแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยใช้มาตรฐานความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานทางวิชาชีพแล้วแพทย์อาจต้องรับผิดชอบทางอาญา จากการศึกษา พบว่าหากนำเอาวัตถุประสงค์การลงโทษทางอาญาทั้ง 6 ประการ กล่าวคือ 1) การลงโทษเพื่อป้องกัน โดยเฉพาะ (Prevention) 2) การลงโทษเพื่อยับยั้ง (Restrain) 3) การลงโทษเพื่อฟื้นฟู (Rehabilitation) 4) การลงโทษเพื่อยับยั้งและป้องกันโดยทั่วไป (Deterrence) 5) การลงโทษเพื่อสั่งสอนหรืออบรม (Education) และ 6) การลงโทษเพื่อแก้แค้น (Retribution หรือ Revenge หรือ Retaliation) มาพิจารณาประกอบการลงโทษแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพโดยประมาทธรรมดาด้วยโทษจำคุกแล้วนั้นเห็นว่ายังขาดเหตุและผลในทางทฤษฎีรองรับ แม้จะอ้างว่าการกระทำโดยประมาทเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อส่วนรวมก็ตามเพราะการกระทำโดยประมาทธรรมดาของแพทย์นั้นแพทย์ผู้กระทำไม่สามารถคาดเห็นหรือรู้ล่วงหน้าในผลแห่งการกระทำของแพทย์นั้นได้เลย และการฟ้องคดีอาญากรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาทธรรมดาและผู้ป่วยได้รับอันตรายแก่

ร่างกายหรือบาดเจ็บเพียงเล็กน้อยนั้นก็ไม่ใช่ประโยชน์ต่อสาธารณะ การกระทำของแพทย์ที่ผิดมาตรฐานทางวิชาชีพเพียงเล็กน้อยเช่นนี้ควรถูกพิจารณาอยู่แต่เพียงในกรอบการลงโทษทางจริยธรรมแห่งวิชาชีพแพทย์และควรเพิ่มช่องทางการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นให้กับผู้ป่วยหรือญาติเป็นการทดแทนการฟ้องคดีอาญาข่มขู่ทำให้ประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากระบบการรักษาพยาบาลมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น

ปัญหาการฟ้องคดีอาญาต่อการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของแพทย์นั้นส่วนใหญ่แล้วแพทย์จะถูกกล่าวหาว่ากระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วย และจากการศึกษาพบว่ากฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทยไม่พบว่ามีประเทศใดเลยที่บัญญัติความผิดอาญากรณีแพทย์กระทำโดยประมาทไว้เป็นพิเศษโดยเฉพาะ แต่ทุกประเทศจะปรับใช้ความผิดอาญาฐานกระทำโดยประมาทเหมือนเช่นกรณีบุคคลปกติทั่ว ๆ ไปกระทำโดยประมาท

ความรับผิดชอบอาญาของแพทย์ในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น ตามหลักกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาคความผิดอาญาฐานทำให้นुकคคอื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท (Manslaughter) นั้นจะต้องเป็นการกระทำด้วยความประมาทอย่างร้ายแรง (Manslaughter by Gross Negligence) หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ประมาทโดยจงใจ” (Recklessness) การกระทำโดยประมาทที่เบี่ยงเบนออกไปจากมาตรฐานเพียงเล็กน้อยไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาแต่อาจจะต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง ศาลอังกฤษวางแนวคำพิพากษากำหนดหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความประมาทอย่างร้ายแรง (Manslaughter by Gross Negligence) ไว้ในกรณีความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham Recklessness) กล่าวคือ แพทย์ผู้กระทำตัว (Awareness) ว่ามีการเสี่ยงต่อภยันตรายและแพทย์ผู้กระทำได้รู้ถึงภยันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นนั้นแต่ไม่สนใจหรือเพิกเฉยต่อการเกิดภัยโดยใช้เกณฑ์การพิจารณาในทางอัตวิสัย (Subjective Element) หมายถึงแพทย์ผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้สำนึก (Conscious) และแพทย์ผู้กระทำนั้นได้กระทำการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable risk) โดยในส่วนนี้จะใช้เกณฑ์การพิจารณาในทางภาวะวิสัย (Objective Element) กล่าวคือ การเสี่ยงต่อภยันตรายเป็นเรื่องมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาโดยใช้มาตรฐานของบุคคลธรรมดาและวิญญูชน (The Stands of The Ordinary and Reasonable Person) ในขณะที่แนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาอธิบายการกระทำโดยประมาททางอาญาโดยเลือกใช้คำว่า “ร้ายแรง” (Gross) หรือคำว่า “การเพิกเฉยต่อความปลอดภัยของบุคคลอื่นโดยจงใจและขาดการยับยั้ง” (Willful and Wanton Disregard of The Safety of Others) สรุปว่าในประเทศอังกฤษนั้นหากแพทย์ละเลยข้อเท็จจริงอันเป็นการก่อภยันตรายแก่ผู้ป่วยอย่างร้ายแรง และเกิดความ

เสียหายต่อชีวิตของผู้ป่วยแล้วแพทย์จะต้องรับผิดชอบทางอาญา เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกาที่แพทย์จะมีความผิดอาญาฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายได้นั้นจะต้องเป็นความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ซึ่งการพิจารณาว่าแพทย์รู้ถึงความเสี่ยงต่อภัยอันตรายอันไม่สมควรหรือไม่นั้นจะต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังในทางอัตวิสัย (Subjective Recklessness) มาพิจารณา และแม้ว่ากรณีแพทย์กระทำโดยประมาทธรรมดา (Negligence) เป็นเหตุให้ผู้ป่วยเกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายจะไม่ใช่ความผิดทางอาญาก็ตาม แต่ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาก็มีหลักกฎหมายในเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damage) มาทดแทนการฟ้องคดีอาญา

สำหรับความรับผิดชอบอาญาของแพทย์ในประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) นั้น กฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้นมุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิทธิในชีวิตร่างกายและการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายทั้งของบุคคลธรรมดาทั่วไปรวมตลอดไปจนถึงผู้ป่วยด้วย ดังนั้น การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วยในระบบการบริการทางการแพทย์ของฝรั่งเศสจึงอาจมีความรับผิดชอบอาญาได้สองกรณีคือ กรณีแพทย์กระทำต่อร่างกายผู้ป่วยโดยผู้ป่วยไม่สมัครใจ (Involuntary) ถือเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมาย Bioethic law 29 July 1994 และกรณีแพทย์กระทำต่อร่างกายผู้ป่วยโดยผู้ป่วยสมัครใจ (Voluntary) แต่เป็นการรักษาพยาบาลทางการแพทย์ที่ได้รับการยอมรับในทางวิชาชีพและเจตนากระทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วยเพราะการเจตนากระทำให้เกิดความเสียหายนั้นถือเป็นความผิดอาญาฐานประทุษร้าย (Assault) ทำร้ายร่างกาย (Battery) หรือเจตนาฆ่า (willful homicide) การพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับความประมาทตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้นเกี่ยวเนื่องกับความไม่ยั้งคิดไม่ระมัดระวัง โดยศาลฝรั่งเศสวินิจฉัยว่าหากความประมาทของแพทย์แสดงออกให้เห็นได้ว่าแพทย์เพียงไม่นำพาต่อสวัสดิภาพของผู้ป่วยแล้วแพทย์ก็ควรจะได้รับโทษเพียงเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบวิชาชีพแพทย์เท่านั้น ส่วนความรับผิดชอบอาญาของแพทย์ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นจะนำมาใช้ก็ต่อเมื่อแพทย์ได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาทอย่างร้ายแรงเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายเท่านั้น ส่วนประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันนั้นไม่ได้ให้คำอธิบายความหมายของคำว่าประมาทเอาไว้เพียงแต่ระบุความผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาท (Fahrlässige Tötung) เอาไว้เท่านั้น ความหมายของคำว่าความประมาททางอาญาต้องพิจารณาตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ 2 ท่านคือ ความเห็นของ Prof. Jescheck ซึ่งถือได้ว่าเป็นตัวแทนของความเห็นฝ่ายข้างมากนั้นแบ่งส่วนองค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทออกเป็นสองส่วนด้วยกันคือ ความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ (Das Handlungsunrecht) และความมิชอบด้วยกฎหมายของผลของการกระทำ (Das Erfolgsunrecht) ซึ่งจะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์

การละเมิดต่อหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (Die Verletzung Der Objektiven Sorgfaltspflicht) ซึ่งถือว่าอยู่ในส่วนของความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ และความเห็นของ Prof. Roxin ซึ่งถือเป็นตัวแทนความเห็นของฝ่ายข้างน้อยที่มีความเห็นว่าการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมันนั้นจะต้องใช้หลักเกณฑ์ของทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (Die Lehre von Der Objektiv Zurechnung) ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ผลที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักทฤษฎีว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกรกระทำและผล (Die Lehre von Kausalzusammenhang) ซึ่งก็คือผลตามทฤษฎีเงื่อนไข และเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ไม่ได้รับอนุญาตต่อกรรมของการกระทำ และเป็นผลที่อยู่ในขอบเขตขององค์ประกอบความผิด ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความประมาททางอาญาดังกล่าวทั้งหมดนี้จะถูกนำมาใช้พิจารณากับกรณีที่มีการกล่าวหาว่าแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาทด้วย นอกจากนั้นกฎหมายอาญาเยอรมันก็ไม่ได้บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับความประมาทของแพทย์ไว้เป็นพิเศษโดยเฉพาะจึงต้องนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทที่ใช้กับบุคคลธรรมดาทั่วไปมาใช้พิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ โดยในส่วนของมาตรฐานความระมัดระวังในการกระทำความผิดโดยประมาทของแพทย์นั้นเป็นการพิจารณาจากมาตรฐานความระมัดระวังตามภาวะวิสัย (Objective) กรณีที่แพทย์มีความสามารถต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานทางวิชาชีพอันเป็นเหตุเฉพาะตัวของแพทย์ผู้กระทำนั้น ทั้ง Prof. Jescheck และ Prof. Roxin มีความเห็นตรงกันว่าแพทย์ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาหากแพทย์ไม่สามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานทางวิชาชีพได้ เว้นแต่ในกรณีที่แพทย์รู้ถึงความสามารถที่ต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานทางวิชาชีพของตนแล้วยังคงฝ่าฝืนไปกระทำการนั้นซึ่งทั้ง Prof. Jescheck และ Prof. Roxin มีความเห็นตรงกันว่าแพทย์ผู้กระทำนั้นต้องรับผิดชอบการกระทำโดยประมาท แต่สำหรับกรณีที่แพทย์มีความสามารถสูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานทางวิชาชีพนั้น Prof. Jescheck มีความเห็นที่ไม่จำเป็นต้องกระทำเกินกว่าที่แพทย์ทั่วไปกระทำเพราะความเห็นนี้พิจารณาจากมาตรฐานทางภาวะวิสัย แต่ Prof. Roxin กลับมีความเห็นที่ว่าแพทย์จะต้องใช้ความสามารถที่ตนเองมีเกินกว่าเกณฑ์มาตรฐานทางวิชาชีพนั้นด้วยเพราะความเห็นนี้พิจารณาผู้กระทำความผิดเป็น คน ๆ ไป

สำหรับความผิดอาญาของแพทย์ในประเทศไทยซึ่งจัดเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เช่นเดียวกับประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส แต่ประเทศไทยมีระบบการให้บริการทางการแพทย์ทั้งในภาครัฐและภาคเอกชนผสมผสานกันอยู่เหมือนดังประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส การที่แพทย์ประกอบวิชาชีพโดยมีสภาวะทางจิตใจที่เรียกว่า “ประมาท” อันจะทำให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาได้นั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายคาดหวังที่จะให้แพทย์ต้องใช้ความ

ระมัดระวังเพื่อไม่ให้เกิดการประกอบวิชาชีพของตนไปก่อให้เกิดผู้ป่วยได้รับความเดือนร้อนหรือเสียหาย ข้อพิจารณาสำคัญของการประกอบวิชาชีพแพทย์โดยประมาทอยู่ที่การไม่ได้ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอตามสมควรแก่กรณี ซึ่งต้องพิจารณาตามสภาพการณ์ที่แพทย์ผู้กระทำกำลังประสบอยู่โดยสมมุติแพทย์อีกคนหนึ่งขึ้นเปรียบเทียบ แพทย์ผู้ที่มีสมมุติขึ้นนี้ต้องสมมุติขึ้นตามภาวะที่อยู่ในวิสัย เช่นเดียวกับแพทย์ผู้กระทำกับทั้งพฤติการณ์เดียวกับที่การกระทำเกิดขึ้นด้วยแล้วเปรียบเทียบว่า แพทย์ในภาวะเช่นนั้นควรจะต้องใช้ความระมัดระวังมากหรือน้อยเพียงใด ซึ่งเป็นการพิจารณาทางภาวะวิสัย (objective) เท่านั้น กฎหมายอาญาของไทยยังไม่ได้นำหลักการพิจารณาทางอัตวิสัย (subjective) มาใช้ประกอบการพิจารณาความประมาททางอาญาเหมือนเช่นกรณีต่างประเทศ รวมถึงประเทศไทยไม่ได้บัญญัติหลักกฎหมายเรื่องความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) เพื่อสร้างความเข้าใจอันดีและป้องกันความเข้าใจผิดในกระบวนการรักษาพยาบาลอันจะนำไปสู่การฟ้องร้องระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเหมือนเช่นประเทศเยอรมัน กฎหมายอาญาของไทยไม่มีการแบ่งแยกความประมาทออกเป็นประมาทธรรมดา (Negligence) และประมาทอย่างร้ายแรง (Recklessness) เหมือนเช่นกรณีของกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และกฎหมายของประเทศไทยก็ไม่ได้บัญญัติยกเว้นความรับผิดชอบอาญากรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาทธรรมดาหรือประมาทโดยไม่ตั้งใจ (Negligence) เหมือนเช่นกรณีประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส เพราะหลักกฎหมายอาญาและแนวคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศเหล่านี้ต่างลงโทษอาญาเฉพาะกรณีแพทย์ประกอบวิชาชีพโดยประมาทอย่างร้ายแรงหรือประมาทโดยจงใจ (Recklessness) เป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายเท่านั้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

ประเทศไทยควรบัญญัติกฎหมายความรับผิดชอบทางการแพทย์ขึ้นเป็นพิเศษโดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายภายใต้หลักวิชาการที่ว่า “กฎหมายเฉพาะย่อมตัดกฎหมายทั่วไปมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน” (lex specialis derogat legi generali) โดยนำหลักกฎหมายต่างประเทศที่ได้จากการศึกษามาบัญญัติไว้ ดังต่อไปนี้

นำหลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) มาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจน เพื่อสร้างความเข้าใจอันดีร่วมกันระหว่างแพทย์และผู้ป่วยด้วยการกำหนดให้ผู้ป่วยเป็นศูนย์กลางของระบบการรักษาพยาบาล แพทย์มีหน้าที่ให้คำแนะนำหรือบอกกล่าวให้ข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพเพื่อประกอบการตัดสินใจของผู้ป่วย และผู้ป่วยต้องมีสิทธิในการพิจารณาและตัดสินใจด้วยตนเอง (Self Determination)ว่าจะยอมรับหรือไม่ยอมรับการรักษาด้วยรูปแบบและวิธีการแบบใดก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การให้บริการทาง

การแพทย์อยู่ภายใต้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human dignity) และการตัดสินใจด้วยตนเอง (The Right to self determination) ของผู้ป่วย

บัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้แพทย์ที่ปฏิบัติงานในระบบการให้บริการทางการแพทย์โดยรัฐมีความสัมพันธ์โดยกฎหมายกับผู้ป่วย และหากมีความเสียหายเกิดขึ้นรัฐจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบเยียวยาความเสียหายนั้นแทนแพทย์เหมือนดังเช่นในประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส โดยใช้ “หลักความรับผิดโดยปราศจากความผิด” (Liability without fault) ซึ่งจะทำให้ผู้ป่วยได้รับค่าชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งจากอุบัติเหตุทางการแพทย์ การติดเชื้อจากการรักษา หรือจากโรงพยาบาล ทั้งนี้ หากเป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิด (Fault) ของแพทย์ หน่วยงานของรัฐจะต้องเป็นผู้เรียกร้องต่อบริษัทผู้รับประกันภัยให้จ่ายค่าชดเชยทางการแพทย์ให้แก่ผู้เสียหาย ถ้าหากบริษัทผู้รับประกันภัยปฏิเสธการจ่ายค่าชดเชยทางการแพทย์ให้แก่ผู้เสียหาย หน่วยงานของรัฐจะต้องสำรองจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้เสียหายไปก่อนและดำเนินการยื่นฟ้องบริษัทผู้รับประกันภัยต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าชดเชยดังกล่าวกลับคืน และบัญญัติกฎหมายให้แพทย์ที่ปฏิบัติงานในระบบการให้บริการทางการแพทย์ภาคเอกชนมีความสัมพันธ์ทางสัญญา กับผู้ป่วย ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าแพทย์ต้องดำเนินการผ่านพ้นขั้นตอนการขอความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวโดยชอบแล้วเท่านั้น หากแพทย์ไม่ดำเนินการขอความยินยอมหรือขอความยินยอมแล้วแต่เป็นไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของแพทย์ภายหลังจากนั้นย่อมถือเป็นการละเมิดทุกกรณี

สำหรับความรับผิดอาญาของแพทย์กรณีประกอบวิชาชีพโดยประมาทนั้นควรบัญญัติกฎหมายให้ความประมาททางการแพทย์เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ต้องพิจารณาโดยใช้มาตรฐานการพิจารณาในทางอัตวิสัย (Subjective) และบัญญัติกฎหมายให้แพทย์มีความรับผิดอาญาเฉพาะแต่กรณีประกอบวิชาชีพโดยประมาทอย่างร้ายแรงหรือประมาทโดยจงใจ (Recklessness) เป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายเท่านั้น นอกเหนือจากกรณีดังกล่าวแล้วควรปล่อยให้เป็นเรื่องของความผิดทางวิชาชีพและการชดเชยเยียวยาความเสียหายทางแพ่งเท่านั้น



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกววงศ์. สัมมนากฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.

กุลพล พลวัน. สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

โกเมศ ขวัญเมือง. กฎหมายอาญาชั้นสูง. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2550.

คณิต ณ นคร. “ทัศนคติของนักกฎหมายเกี่ยวกับการแพทย์.” วารสารอัยการ. เล่ม 1. ปีที่ 10. (ตุลาคม

2521) : 45-46.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญู

ชน จำกัด, 2547.

คัมภีร์ แก้วเจริญ. “ละเมิดแต่ไม่เลินเล่อ.” บทบัณฑิตย. เล่ม 39. ปีที่ 4. (ธันวาคม 2524) : 476-489.

จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. “คำเสียหายอันเป็นโทษในคดีละเมิด.” วารสารนิติศาสตร์. เล่ม 15. ปีที่ 4.

(ตุลาคม-ธันวาคม 2528) : 153.

จิต เศรษฐบุตร. “กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล.” วารสารนิติศาสตร์. เล่ม 3. ปีที่ 2. (กันยายน

2514) : 119-120.

จิต เศรษฐบุตร. กฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและ

เอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. กรุงเทพมหานคร: เอร่าวันการพิมพ์,

2522.

จิตติ ดิงศภัทย์. “ประมวลเลินเล่อ.” วารสารกฎหมาย. เล่ม 4. ปีที่ 1. (มกราคม-เมษายน 2521) : 21.

จิตติ ดิงศภัทย์ และชล ธีรกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 214-452.

กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2503.

จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมาย

แห่งเนติบัณฑิตสภา, 2546.

จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452 ว่าด้วยมูลแห่ง

หนี้. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้ว, 2526.

- ชูศักดิ์ ศิรินิล. ตำราประกอบการศึกษากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง
ลากมิกวรได้. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2526.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร:
 สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547.
- ทัศนัวรรณ สิริพรหมเจริญ. “มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท.” วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- ชนงศักดิ์ วิเศษรจนา. “ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามมาตรา 420: ศึกษากรณีความรับผิดชอบเพื่อละเมิด โดย
 ประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- นนธิยา ทองสุก. ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525.
- นิติศาสตร์ไพศาล, พระยา. กฎหมายอาญาพิสดาร. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และ
 การเมือง, 2491.
- บลัดเลย์ ดี บี. ประชุมพงศาวดารภาคที่ 31 จดหมายเหตุเรื่องมิชชันนารีอเมริกาเข้ามาในประเทศไทย
สยาม. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์โสภณพรณนการ, 2468.
- ประกอบ หุตะสิงห์. คำสอนชั้นปริญญาตรี พ.ศ. 2507 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและ
สัญญา. ธนบุรี: โรงพิมพ์สุทธิสารการพิมพ์, 2514.
- ประทีป อ่าววิจิตรกุล. ฟ้องแพทย์ (Doctors at Law). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: Pholsiam
 Printing and Publishing (Thailand) Limited Partnership, 2546.
- ประสิทธิ์ จงวิจิต. “การพิสูจน์ในคดีละเมิดโดยประมาทเล็กน้อย.” วิทยานิพนธ์ชั้นปริญญาโท คณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร :
 โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสาร
 ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- ปานรวี ชีวิตโสภณ. “ปัญหาความรับผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์.”
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- พจน์ บุญปกคม. คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร:
 เนติบัณฑิตสภา, 2525.

พิณพาศย์พิทยา, หลวง. การศึกษาแพทยศาสตร์แผนปัจจุบันในประเทศไทย. พระนคร: โรงพิมพ์
อุดม, 2500.

เพชรน้อย สรรคนรานูรักษ์. “ความมิชอบด้วยกฎหมายในละเมิด.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

ไพจิตร บุญญพันธ์. คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานา
ประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2546.

มัทยา จารุพันธ์. “ประมาทในทางละเมิด.” วิทยานิพนธ์ปริญญาตรีนิติศาสตร์มหาบัณฑิต ภาควิชา
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2518.

วารี นาสกุล. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรได้.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542.

วิจิต มันทากรณ์. (2528). “สิทธิมนุษยชนและประเทศไทย ทศนคตึรากลฐาน.” วารสารกฎหมาย.

เล่ม 10. ปีที่ 1. (สิงหาคม 2528) : 179-221.

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. คำอธิบายพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525. กรุงเทพมหานคร: บริษัท
สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2551.

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. จากจรรยาแพทย์มาถึงยุคชีวจริยศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์
วิญญูชน จำกัด, 2548.

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. นิติเวชศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2532.

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์และคณะ. คดีแพทย์ บุคลากรแพทย์ถูกฟ้อง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือน
แก้วการพิมพ์, 2544.

ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอก
สั่ง ลากมิกวรได้. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2527.

สมพงษ์ ขจรชัยกุล. “ปัญหาการกระทำโดยประมาทในกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. โครงการตำราและเอกสารประกอบการ
สอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

สายหยุด แสงอุทัย. “ความเกี่ยวข้องระหว่างกฎหมายต่างๆ ต่อกันและกัน.” บทบัญญัติ. เล่ม 10.
ปีที่ 12. (ธันวาคม 2481) : 2627-2628.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. “มาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมาย
อาญาเยอรมัน.” ตุลพาห้. เล่ม 1. ปีที่ 54. (มกราคม-เมษายน 2550) : 131-149.

เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. กฎหมายอังกฤษว่าด้วยสัญญาและละเมิด. พระนคร: โรงพิมพ์สุวรรณศรี, 2479.

เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค 1-2. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

เสริม วินิจฉัยกุล. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้. พระนคร: โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2483.

เสริม วินิจฉัยกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, นครหลวง กรุงเทพมหานครบุรี: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอนุก ขมจินดา. กฎหมายการแพทย์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2546.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. "ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548.

อมร อินทรกำแหง. "วิญญูชน." บทบัณฑิตย. เล่ม 24. ปีที่ 2. (เมษายน 2509) : 346-347.

อัจฉรา วีระชาติ. "สิทธิของผู้ป่วย." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.

อุทิศ แสนโกศิก. กฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: จัดพิมพ์โดยศูนย์บริการเอกสารและ วิชาการ กรมอัยการ, 2525.

ภาษาต่างประเทศ

Ackerknecht. EH. A short history of medicine. New York: Ronald Press, 1955.

Amos, Sir Maurice Sheldon. Amos & Walton's introduction to French law, Third edition, Oxford University Press, 1974.

Andrew Ashworth. Principles of Criminal Law, 3ed. New York: Oxford University Press Inc., 1999.

- Andrew Ashworth. Principles of Criminal Law, 5ed. New York: Oxford University Press Inc., 2006.
- Bodenheimer. Jurisprudence: The philosophy and Method of the Law, Harvard University Press, 1981.
- Brockington. A Short History of Public Health, London: J & A Churchill, 1966.
- Bryan A. Garner (Editor). Black's Law Dictionary, Revised 8th ed. (St. Paul, MN: West, a Thompson business, 2004.
- Cameron. The medico-legal expert-past. Present and future: Med Sci Law, 1980.
- Chung Wang. Translated and annotated. The German Civil Code. London: Stevens and Sons Limited, 1997.
- Ernest J. Schuster. The Principle of German Civil Law. London and Newyork : Oxford at The Clarendon Press, 1907.
- George Whitecross Paton. Jurisprudence, London: Oxford University Press, 1964.
- Giles, Marianne. Criminal Law in a Nutshell, 4 ed. London: Sweet & Maxwell, 1996.
- Gillis Erenius. Criminal Negligence and Individuality, Stockholm: Pa Norstedt & Söners Förlag, 1976.
- Glanville Williams. Textbook of Criminal Law, 2 ed. London: Stevens & son, 1983.
- Gt. Brit. Manual of German Law, Volume 2, London: Her Majesty's Stationery Office, 1952.
- Harvey Wallace. Cliff Roberson Principle of Criminal Law, 2 ed. Boston: Allyn and Bacon, 2001.
- Jerome Hall. General Principal of Criminal Law, Second Edition, NewYork: The Bobbs-Merril, 1960.
- John Smith. Smith and Hogan Criminal Law, 10 ed. London: Butterworths Lezisnexus, 2002.
- Jonathan Herring. Criminal Law Text, Cases and Materials, New York: Oxford University Press Inc., 2004.
- Jonathan Herring. Criminal Law, 4ed. New York: Palgrave Macmillan, 2005.
- Marcel Planiol and George Ripert. Treatise on the Civil Law VI, Part 1, Eleventh Edition. Translated by the Louisiana state law institute, 1938.
- Markesinis B.S. Comparative Introduction to the German Law of Torts, 3ed. Oxford: clarendon Press, 1994.
- Marti-Ibanez. F.A prelude to medical history. New York: M.D. Publication, 1961.

- Nicholas Macbride and Roderick Bagshaw. Tort Law, Second Edition. London, 2005.
- Raymond Youngs. English, French and German Comparative Law, 2ed London: Cavendish Publishing Limited, 2007.
- René David. Major Legal Systems in The World Today: An Introduction to The Comparative Study of Law, London: Stevens & Sons, 1985.
- Richard Card. Criminal Law, 12 ed. London: Butterworths, 1992.
- Rollin M. Perkins.,Ronald N.Boyce. Criminal Law, 3ed. New York: The Foundation Press,Inc, 1982.
- Ryan, Kevin William. An Introduction to the civil law. Sydney: The Law book, 1962.
- S.R. Benator. Traditional and Evolving Concepts in Medical Ethics. Med Law, 1989.
- Smith. The history and development of legal medicine. St.Louis: C.V. Mosby, 1954.
- W.Page Keeton. Prosser and Keeton on The Law of Torts, Fifth Edition, St Paul Minn West Publishing CO, 1984.
- W.Page Keeton. Torts Case and Materials, St. Paul Minn West Publishing CO, 1977.
- W.V.H.Roger. Winfield and jolowicz on tort, 12ed. London: Stevens & Maxwell, 1984.
- Wayne R. Lafave and Austin W. Scott. Handbook on Criminal Law, St Paul Minn: West Publishing Co, 1972.
- Wayne R. LaFave. Criminal law, 4ed. St.Paul, Minn.: West, a Thomson business, 2003.
- Wayne R. LaFave. Criminal law, 4ed. St.Paul, Minn.: West, a Thomson business, 2003.
- William L. Prosser. Handbook of The Law of Tort, Fourth Edition, St Paul Minn West Publishing CO, 1971.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล	นายอนุสรณ์ แก้ววิเชียร
ประวัติการศึกษา	พ.ศ. 2545 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2546 ประกาศนียบัตรวิชาชีพชั้นสูง สาขาเทคนิค พ.ศ. 2550 เนติบัณฑิตไทย สมัย 59 เนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2551 ป.บัณฑิตทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

