



ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ กรณีศึกษาการกระทำโดยประมาท

หทัยรัตน์ ณ ระนอง

สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปีการศึกษา 2566

CRIMINAL LIABILITY OF PHYSICIAN: MEDICAL NEGLIGENCE

HATHAIRAT NA RANONG

A Thematic Paper Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws
Department of Law, Pridi Banomyong Faculty of Law
Dhurakij Pundit University
Academic Year 2023

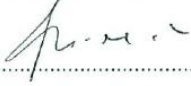



ใบรับรองสารนิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อสารนิพนธ์ ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ กรณีศึกษาการกระทำโดยประมาท
เสนอโดย นางสาวหทัยรัตน์ ณ ระนอง
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์


ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบสารนิพนธ์แล้ว


..... ประธานกรรมการ
(อาจารย์ ดร.นพ.ไพโรจน์ บุญศิริชัย)


..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์
(อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์)


..... กรรมการ
(นายแพทย์วิฑูรย์ ตริสุนทรรัตน์)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว


..... รักษาการคณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี)

วันที่ ๒๔ เดือน ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๖๖

หัวข้อสารนิพนธ์	ความรับผิดทางอาญาของแพทย์ ศึกษากรณีกระทำโดยประมาท
ชื่อผู้เขียน	หทัยรัตน์ ณ ระนอง
อาจารย์ที่ปรึกษา	อาจารย์ ดร. จิรวุฒิ ลิปิพันธ์
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2566

บทคัดย่อ

วิชาชีพเวชกรรมเป็นวิชาชีพที่ต้องกระทำการรักษาพยาบาลต่อร่างกายของผู้ป่วยและมีความเสี่ยงต่อความผิดพลาด เกิดความเสียหาย และการฟ้องร้องดำเนินคดี สำหรับประเทศไทยการพิจารณาความรับผิดทางอาญาของแพทย์ใช้ประมวลกฎหมายอาญาในการพิจารณาเช่นเดียวกับการกระทำโดยประมาททั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ที่กำหนดว่า “กระทำโดยประมาท ได้แก่ กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่” ในการวินิจฉัยความรับผิดของแพทย์สำหรับวิชาชีพแพทย์ต้องใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกับผู้มีวิชาชีพซึ่งอยู่ภายใต้วิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกันกับแพทย์ผู้กระทำนั้น เหตุการยกเว้นความรับผิดทางอาญาของแพทย์ในประเทศไทยไม่ได้ระบุให้การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงยิ่งกว่าประมาทเลินเล่อในทางแพ่งที่ต้องรับผิดทางอาญาเท่านั้น

เมื่อความเสียหายที่ร้ายแรงในการตรวจรักษาของแพทย์ถึงขนาด กฎหมายจะบัญญัติให้บุคคลนั้นต้องรับผิดทางอาญาด้วย โดยความผิดอาญาที่เกิดขึ้นอาจจะเป็นฐานความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาหรือความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอื่นๆ บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อกระทำโดยเจตนาแต่การกระทำในบางลักษณะ แม้จะเกิดขึ้นจากความประมาท แต่ก็ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลหรือสังคมโดยส่วนรวม ในกรณีเช่นนี้กฎหมายจะกำหนดเป็นฐานความผิดอาญาด้วย โดยเรื่องที่เกิดขึ้นและนำมาสู่การฟ้องร้องหรือฟ้องร้องส่วนใหญ่มักจะเกิดขึ้นจากการกล่าวหาแพทย์ว่ากระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ป่วยตาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 หรือได้รับอันตรายแก่กาย ดังนั้นปัญหาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้นต้องพิจารณาอย่างมาตรฐานของผู้มีวิชาชีพ

สำหรับความรับผิดทางอาญาของแพทย์ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอลลอว์ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษนั้นต้องมีความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence or Recklessness) มากกว่าประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง ต่างกับประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์รวมทั้งประเทศไทย แม้กระทำโดยประมาทเลินเล่อก็ถือเป็นความผิดทางอาญาได้ การพิจารณาความรับผิดทางอาญาของระบบกฎหมายคอมมอลลอว์พิจารณาจากความตระหนักรู้ในทางอ้อมโดยพิจารณาว่าตระหนักรู้ถึงความเสียหายหรือภัยอันตรายนั้น ต่างกับระบบกฎหมายซีวิลลอว์รวมทั้งประเทศไทยพิจารณาจากภาวะวิสัย (Objective) ประเทศไทยนั้นใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ พิจารณาการกระทำโดยประมาท ว่าบุคคลได้ใช้

ความระมัดระวังต่ำกว่าความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์หรือไม่ หากบุคคลอื่นตกอยู่ในภาวะเช่นเดียวกัน

ส่วนมาตรฐานความระมัดระวังที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำโดยประมาทนั้น พิจารณาจากความระมัดระวังตามวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพและพฤติการณ์ สถานการณ์สภาวะแวดล้อมในขณะนั้นใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด อีกทั้งเปรียบเทียบกับแพทย์ที่มีความรู้ความชำนาญเฉพาะสาขา ประสบการณ์ในการทำงานเดียวกัน หากใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานความระมัดระวังก็ต้องรับผิดชอบทางอาญา เมื่อความเสียหายอาจเกิดขึ้นได้ทั้งต่อชีวิต ร่างกาย แต่หากแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์แล้ว ไม่ถือว่าแพทย์ผู้นั้นกระทำโดยประมาท ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาความรับผิดทางอาญาของแพทย์ในประเทศไทยเหมาะสมแล้ว แต่อาจพิจารณาร่วมกับหลักความได้สัดส่วนที่เหมาะสมและเป็นธรรม รวมทั้งอาจใช้วิธีอื่นๆ ในการบรรเทาความเสียหายและลดการฟ้องร้องคดี เช่น การใช้วิธีการแก้ไขข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) โดยการกำหนดให้มีกระบวนการเจรจาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและชดเชยค่าเสียหายที่เหมาะสมและเป็นธรรมมาใช้ในการช่วยเหลือเยียวยาให้แก่ผู้ป่วยที่เป็นผู้เสียหายอันเป็นการยุติเรื่องก่อนข้อพิพาทจะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในชั้นศาล

คำสำคัญ: ความรับผิดทางอาญา, แพทย์, กระทำโดยประมาท

Thematic Paper Title	CRIMINAL LIABILITY OF PHYSICIAN: MEDICAL NEGLIGENCE
Author	Hathairat Na Ranong
Thematic Paper Advisor	Dr. Jirawut Lipipun
Program	Master of Laws
Academic Year	2023

ABSTRACT

The medical profession entails providing healthcare to patients and bears potential risks of errors that may lead to harm and consequent legal ramifications. In Thailand, the imposition of criminal liability on physicians is anchored in the Criminal Code, similar to general negligence cases, as articulated in Section 59, paragraph four. This section delineates 'negligence' as unintentional actions taken without the requisite care that someone in that situation should exercise given their discretion and prevailing conditions. Although some caution might be exercised by the perpetrator, it might be considered inadequate. Medical professionals are held to the same standard of care as other professionals, based on their discretion and circumstances. Notably, Thai law doesn't differentiate between medical negligence resulting in harm and general or civil negligence in terms of criminal culpability.

When the harm caused by a physician's treatment is severe, the law mandates that the individual should be held criminally liable. The criminal offense may fall under the provisions of the criminal code or other relevant statutes. Criminal liability is established when an act, even if it arises from negligence, causes harm to an individual or society as a whole. In such cases, the law provides the basis for criminal liability. Most complaints or lawsuits against physicians are related to allegations that their negligent acts caused a patient's death or inflicted bodily harm, as per Section 291 of the Criminal Code. Therefore, determining whether a physician's actions constitute negligence or not depends on the professional standard.

For criminal liability of physicians in countries that follow the common law system, such as the United States and the United Kingdom, physicians must demonstrate gross negligence or recklessness to be held criminally liable, which is a higher threshold than

negligence in civil cases. This is different from countries that follow the civil law system, including Thailand, where even negligence can result in criminal liability. The evaluation of criminal negligence in common law systems considers whether the person was aware of the risk or danger at the time of the act. In contrast, in civil law systems like Thailand, it is evaluated based on an objective standard. Thailand applies Section 59, paragraph four, of the criminal code to determine negligence, considering whether the person exercised care lower than the standard of care dictated by discretion and circumstances, especially when others are in a similar situation.

The standard of care used to assess the conduct of a medical professional takes into consideration the prudence of the practitioner and the circumstances, environmental conditions, and available precautions at that time. Moreover, it is compared to the knowledge and expertise of a physician in the same specialty and their experience in a similar work setting. If the level of caution falls below the standard of care, criminal liability may be imposed when the harm caused includes loss of life or bodily harm. However, if the physician exercised prudence and acted according to the circumstances, their actions are not considered criminal. Therefore, the writer believes that the assessment of criminal liability for physicians in Thailand is appropriate, but it may also be considered alongside proportionate and just principles. Other methods may be used to mitigate harm and reduce litigation, such as using Alternative Dispute Resolution, which involves negotiation and fair compensation to provide relief to injured patients before entering the criminal justice process in court.

Keywords: Criminal Liability, Physicians, Medical Negligence

กิตติกรรมประกาศ

สารนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความกรุณาของบุคคลหลายท่าน ซึ่งผู้เขียนขอขอบพระคุณไว้ ณ
ที่นี้ ดังนี้

อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการที่ปรึกษาสารนิพนธ์และให้คำแนะนำเกี่ยวกับการทำสารนิพนธ์

อาจารย์ ดร.นพ.ไพโรจน์ บุญศิริชัย ที่กรุณารับเป็นกรรมการที่ปรึกษาสารนิพนธ์และให้ความรู้เกี่ยวกับวิชาชีพแพทย์ และสละเวลาที่มีค่ายิ่งมาเป็นกรรมการสอบ

อาจารย์ นพ.วิฑูรย์ ตริสุนทรรัตน์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการที่ปรึกษาสารนิพนธ์ และได้สละเวลาอันมีค่าในการให้คำแนะนำที่มีประโยชน์ต่อการแก้ไขปรับปรุง และสละเวลาที่มีค่ายิ่งมาเป็นกรรมการสอบเพื่อให้สารนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณครอบครัวของผู้เขียนที่เลี้ยงดูผู้เขียนด้วยความรักและความเอาใจใส่ตลอดจนส่งเสริมการศึกษาแก่ผู้เขียนตลอดมาจนถึงทุกวันนี้ ขอขอบพระคุณครูบาอาจารย์ของผู้เขียนทุกท่านที่ได้ให้ความรู้ทั้งในด้านวิชาการและด้านอื่นๆ ซึ่งทำให้ผู้เขียนนำความรู้ที่ได้มาใช้ในการเขียนสารนิพนธ์ฉบับนี้ และขอขอบคุณเพื่อนๆ ของผู้เขียนที่คอยให้กำลังใจผู้เขียนอันมีส่วนช่วยให้ผู้เขียนสามารถเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนแล้วเสร็จ

หากสารนิพนธ์ ฉบับนี้ก่อให้เกิดคุณประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ขอบุญกุศลนี้จงมีแต่ครอบครัว ครูบาอาจารย์และผู้มีพระคุณต่อผู้เขียนทุกท่าน หากมีข้อผิดพลาดประการหนึ่ง ประการใดผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

หทัยรัตน์ ณ ระนอง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
สารบัญ.....	ณ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	2
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	2
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	3
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	3
2. แนวคิด ทฤษฎี และงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบ.....	4
วิชาชีพเวชกรรม	
2.1 แนวความคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพ.....	4
เวชกรรม	
2.2 โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา.....	5
2.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาจากการกระทำโดยงดเว้น และละเว้น.....	7
ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม	
2.4 ดุลพินิจในการลงโทษ.....	11
2.5 หลักความได้สัดส่วนของการลงโทษในคดีอาญา.....	13
2.6 หลักการคำนึงถึงเหตุอัตรเวสัย และเหตุภาวะวิสัยในการลงโทษ.....	13
2.7 ทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดของแพทย์.....	14
2.8 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม.....	19
2.9 ความหมายของทฤษฎีปฏิบัติ.....	20

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3. กฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมใน.....	22
ประเทศไทยและต่างประเทศ	
3.1 ความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทย.....	22
3.2 ความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในต่างประเทศ.....	31
3.3 เหตุยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในต่างประเทศ.....	40
4. วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม.....	42
4.1 ปัญหากฎหมายความรับผิดทางอาญาที่เกิดจากการกระทำของแพทย์.....	42
4.2 ปัญหาการกำหนดโทษกรณีปฏิเสธไม่รักษาผู้ป่วย.....	43
4.3 การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของแพทย์.....	45
5. บทสรุป และข้อเสนอแนะ.....	46
5.1 บทสรุป.....	46
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	47
บรรณานุกรม.....	50
ประวัติผู้เขียน.....	54

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันคดีทางการแพทย์มีการฟ้องร้องเป็นจำนวนมากจากการให้บริการรักษาพยาบาลทางการแพทย์เนื่องจากความคาดหวังของผู้ป่วยต่อแพทย์ที่เพิ่มขึ้น และมีความสัมพันธ์เป็นไปในลักษณะเชิงธุรกิจไม่เหมือนในสมัยก่อน ดังจะเห็นได้จากการร้องเรียนแพทย์เข้ามายังแพทยสภา ในปี พ.ศ. 2561 มีจำนวน 182 เรื่อง และเพิ่มขึ้นเกือบเท่าตัวในระยะเวลาหนึ่งปี โดยในปี พ.ศ. 2562 มีจำนวน 359 เรื่อง และมีจำนวนคดีทางการแพทย์เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องอยู่ในระดับที่สูง พ.ศ. 2563 มีจำนวน 316 เรื่อง¹ ซึ่งนายแพทย์วิฑูรย์ ตรีสุนทรรัตน์ ได้วิเคราะห์ถึงสาเหตุหลักที่นำไปสู่การฟ้องร้องแพทย์ซึ่งน่าจะมีสาเหตุมาจากเหตุหลายประการ² คือ จากผลแทรกซ้อนที่ร้ายแรง เช่น แพ้ยาล่างรุนแรง หรือมาคลดลูก แต่ต้องเสียชีวิตกะทันหัน หรือมีเหตุจูงใจให้เชื่อว่าเป็นความบกพร่องของหมออย่างแน่นอน หรือมีความคาดหวังสูง เพราะเป็นความสัมพันธ์เชิงธุรกิจ ไม่เป็นไปตามที่สัญญาไว้ และการได้รับข้อมูลที่ไม่เพียงพอ การสื่อสารระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยไม่ชัดเจน ทำให้ในปัจจุบันเริ่มมีการฟ้องแพทย์เป็นคดีอาญาซึ่งมีการกล่าวว่าการฟ้องทางอาญาทำให้การบังคับทางแพ่งง่ายขึ้น และประการสุดท้ายเนื่องจากมีกระแสการคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งมีพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545 มาตรา 41 ให้มีเงินช่วยเหลือเบื้องต้นแก่ผู้เสียหาย เมื่อประชาชนตระหนักในสิทธิของตนมากขึ้น และการฟ้องร้องแพทย์เป็นเรื่องที่สังคมสนใจ ขยายข่าวได้ รวมทั้งในปัจจุบันกฎหมายหลายฉบับบัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ป่วย เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ประกาศสิทธิผู้ป่วยของสภาวิชาชีพทางการแพทย์ เป็นต้น

หลักการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์มีการกำหนดกรอบมาตรฐานการประกอบวิชาชีพไว้ โดยแพทย์ต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพเวชกรรม ตามข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษารหัสจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งข้อบังคับแพทยสภา หมวด 4 ว่าด้วยการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ข้อ 15 กำหนดว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วิชา และพฤติการณ์ที่มีอยู่ในสถานการณ์นั้นๆ ดังนั้นหากแพทย์ให้การรักษาพยาบาลที่ต่ำกว่าระดับมาตรฐานที่กำหนดไว้สำหรับแพทย์ที่จะต้องปฏิบัติใน

¹ วารุณี สิทธิรังสรรค์, 'เปิดสถิติ "คดีทางการแพทย์" 2561-2563 สู่แนวคิดสร้างเครือข่ายจัดระบบป้องกันปัญหาภาพรวม' (Hfocus, 29 พฤศจิกายน 2563) <<https://www.hfocus.org/content/2020/11/20529>> สืบค้นเมื่อ 19 สิงหาคม 2565.

² วิฑูรย์ ตรีสุนทรรัตน์, 'ทำไม "หมอ" จึงถูก "คนไข้" ฟ้อง' (กรุงเทพธุรกิจ, 4 ตุลาคม 2563) <<https://www.bangkokbiznews.com/lifestyle/900670>> สืบค้นเมื่อ 1 พฤศจิกายน 2565.

สถานการณ์และภาวะแวดล้อมเช่นนั้น แพทย์จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น เป็นความรับผิดชอบเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลในทางละเมิดและทางสัญญา แม้กระทั่งเกิดความรับผิดชอบของแพทย์ในทางอาญาขึ้น ยังมีกรณีที่แพทย์ทำการรักษาพยาบาลโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย (Informed Consent) หรือแพทย์ทำการอื่นใดนอกเหนือขอบเขตของการให้ความยินยอม แพทย์อาจจะมีผิดตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 หรือ ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา หากกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้เกิดได้รับอันตรายสาหัส หรือ ถึงแก่ความตาย เป็นต้น

ปัจจุบันสถานการณ์การเกิดความเสียหายจากการรักษาพยาบาลจากการกระทำผิดทางอาญาของแพทย์ทำให้มีผู้เสียหายเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องกระทำต่อร่างกาย จิตใจ ของมนุษย์ จึงอาจเกิดเหตุไม่พึงประสงค์ และผลที่ผิดไปจากความคาดหวังได้เสมอ และอาจมีผลรุนแรงถึงขั้นบาดเจ็บ พิการ หรือถึงแก่ความตายได้ การประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจถูกนำไปฟ้องร้องเป็นคดีอาญา โดยมีฐานความผิด หรือความรับผิดชอบที่ต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ ความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัส หรือได้รับบาดเจ็บแก่กายหรือ จิตใจ ตาม มาตรา 291 มาตรา 300 และมาตรา 390 เป็นต้น ผู้ป่วยจึงมีสิทธิโดยชอบธรรม ที่จะได้รับบริการทางสาธารณสุขตามที่กฎหมายกำหนด โดยเฉพาะจากรัฐ ผู้ป่วยส่วนใหญ่ทราบสิทธิดังกล่าวก็มีความคาดหวังที่จะได้รับการดูแลรักษาที่ดีและปลอดภัย แต่การทำงานของบุคลากรทางการแพทย์ การรักษาพยาบาลต่างๆ เป็นการกระทำต่อร่างกายมนุษย์ จึงมีความเสี่ยงที่จะเกิดเหตุไม่คาดหมายได้อยู่เสมอ อันเนื่องจากปัจจัยหลายประการ เช่น พยาธิสภาพของผู้ป่วย ความรุนแรงของโรค ความพร้อมของบุคลากร เครื่องมือ ยา เวชภัณฑ์ต่างๆ ความเสี่ยงต่อการถูกรังเรียนและฟ้องร้อง จึงมีอยู่ตลอดเวลา ดังนั้น การศึกษาค้นคว้าอิสระเล่มนี้เห็นถึงความจำเป็นและความสำคัญที่ควรศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่เกิดจากการกระทำของแพทย์ เพื่อเป็นแนวทางพัฒนาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์อย่างเหมาะสม

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์
- 1.2.2 เพื่อศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่เกิดจากการกระทำของแพทย์
- 1.2.3 เพื่อเป็นแนวทางพัฒนาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์อย่างเหมาะสม

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

เนื่องจากการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ในปัจจุบัน ไม่มีการแยกพิจารณาเป็นความประมาทเลินเล่อธรรมดา หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงอย่างกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องรับผิดชอบทางอาญาต่อเมื่อกระทำโดยเจตนา และ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ในประเทศไทยการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญากรณีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้

ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย หรือได้รับอันตรายสาหัส หรือเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ การศึกษาแนวคิดทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศในระบบคอมมอนลอว์ เพื่อเป็นแนวทางพัฒนาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายความรับผิดทางอาญาของแพทย์

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้มุ่งศึกษาความเป็นมา แนวความคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของแพทย์ ซึ่งพิจารณาจากกฎหมายไทย เปรียบเทียบกับต่างประเทศ และปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางพัฒนาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายความรับผิดทางอาญาของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทยอย่างเหมาะสม

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ในการศึกษาค้นคว้าอิสระครั้งนี้เป็นการวิจัยทางเอกสาร โดยทำการค้นคว้าจากเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยรวบรวมข้อมูลและบททวนเอกสารที่เกี่ยวกับกฎหมายความรับผิดทางอาญาของแพทย์ ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของแพทย์ ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาที่เกิดจากการกระทำของแพทย์ ไม่ว่าจะเป็นหนังสือ บทความ วิทยานิพนธ์ ผลงานทางวิชาการ รายงานการวิจัย ข้อมูลที่เผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต ตลอดจนสื่อสิ่งพิมพ์ต่างๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1.6.1 เพื่อให้ทราบ และให้มีความเข้าใจในเรื่องแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของแพทย์
- 1.6.2 เพื่อให้ทราบ และให้มีความเข้าใจในปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของแพทย์
- 1.6.3 เพื่อสามารถนำมาพัฒนาปรับปรุง และแก้ไขปัญหากฎหมายความรับผิดทางอาญาของแพทย์ ในประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎีและงานวิจัยเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ในบทที่ 2 นี้ผู้เขียนจะนำเสนอแนวทางกฎหมายและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

2.1 แนวความคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของวิชาชีพเวชกรรม

ในประเทศไทย แพทยสภาเป็นองค์กรวิชาชีพที่มีหน้าที่กำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ให้ปฏิบัติตามข้อบังคับ ระเบียบและกฎหมายต่างๆ และได้กำหนดเกณฑ์มาตรฐานผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมของแพทยสภา พ.ศ.2555³ ดังต่อไปนี้

2.1.1 การรักษาเกียรติคุณและธำรงคุณค่าแห่งวิชาชีพผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมพึงมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

- (1) มีคุณธรรม และจริยธรรมที่เหมาะสมต่อวิชาชีพแพทย์
- (2) ซื่อสัตย์สุจริตต่อตนเองและวิชาชีพ เป็นที่ไว้วางใจของผู้ป่วยและสังคม
- (3) มีบุคลิกภาพอันเป็นที่น่าศรัทธา
- (4) รับผิดชอบต่อผู้ป่วย การนัดหมาย และงานที่ได้รับมอบหมาย
- (5) ทำงานร่วมกับผู้อื่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ
- (6) มุ่งมั่นพัฒนาตนเองอย่างต่อเนื่อง

2.1.2 การคำนึงถึงผู้ป่วย

- (1) คำนึงถึงประโยชน์และความปลอดภัยของผู้ป่วยเป็นสำคัญ
- (2) ให้ความจริงแก่ผู้ป่วย รักษาความลับ และเคารพในสิทธิของผู้ป่วย
- (3) ปกป้องและพิทักษ์สิทธิประโยชน์ของผู้ป่วย

2.1.3 การคุ้มครองและรับผิดชอบต่อสังคม

- (1) ดำรงตนเป็นพลเมืองดีของสังคม
- (2) แสดงเจตคติที่ดีต่อการให้บริการสุขภาพแบบองค์รวมแก่ประชาชนทุกระดับ
- (3) เข้าใจความต้องการและข้อจำกัด โดยไม่แบ่งแยกในบริบทของเชื้อชาติ วัฒนธรรม ศาสนา
- (4) อาชีพ อายุและเพศ

³ ประกาศแพทยสภา ที่ 34/2555 เรื่อง แก้ไขวันประกาศเกณฑ์มาตรฐานผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมของแพทยสภา พ.ศ. 2555.

(5) ความมุ่งมั่นในการพัฒนาการให้บริการที่มีคุณภาพอย่างต่อเนื่อง

ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. ๒๕๔๙ ในหมวด ๔ ว่าด้วยเรื่องการประกอบวิชาชีพเวชกรรม มีดังนี้ คือ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุด สถานการณ์นั้นๆ ภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะวิสัย และพฤติการณ์ที่มีอยู่ ต้องไม่เรียกร้อยสินจ้างรางวัลพิเศษนอกเหนือจากค่าบริการที่ควรได้รับ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่จงใจหรือชักชวนผู้ป่วยให้มารับบริการทางวิชาชีพเวชกรรม เพื่อผลประโยชน์ของตน ผู้ต้องไม่ให้ หรือรับผลประโยชน์เป็นค่าตอบแทนเนื่องจากการรับ หรือส่งผู้ป่วยเพื่อรับบริการทางวิชาชีพเวชกรรม หรือเพื่อการอื่นใด ต้องปฏิบัติต่อผู้ป่วยโดยสุภาพ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องปฏิบัติต่อผู้ป่วยโดยปราศจากการบังคับขู่เข็ญ ต้องไม่หลอกลวงผู้ป่วยให้หลงเข้าใจผิดเพื่อประโยชน์ของตน ต้องไม่ประกอบวิชาชีพโดยไม่คำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ป่วย ต้องไม่ประกอบวิชาชีพโดยไม่คำนึงถึงความสิ้นเปลืองของผู้ป่วยต้องไม่สั่ง ใ้ หรือสนับสนุนการใช้ยาตำรับลับ รวมทั้งใช้อุปกรณ์การแพทย์อันไม่เปิดเผยส่วนประกอบ ต้องไม่เจตนาทุจริตในการออกใบรับรองแพทย์ ต้องไม่ให้ความเห็นโดยไม่สุจริตอันเกี่ยวกับวิชาชีพเวชกรรม ต้องไม่เปิดเผยความลับของผู้ป่วย หรือผู้ป่วยที่เสียชีวิตแล้วซึ่งตนทราบมาเนื่องจากการประกอบวิชาชีพ เว้นแต่ได้รับความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเมื่อต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือตามหน้าที่ ต้องไม่ปฏิเสธการช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในระยะอันตรายจากการเจ็บป่วยเมื่อได้รับคำขอร้อง และตนอยู่ในฐานะที่จะช่วยได้ เว้นแต่ผู้ป่วยไม่อยู่ในสภาวะฉุกเฉินอันจำเป็นเร่งด่วนและเป็นอันตรายต่อชีวิตโดยต้องให้คำแนะนำที่เหมาะสมต้องไม่ใช้ หรือสนับสนุนให้มีการประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือวิชาชีพใดๆ ทางการแพทย์หรือสาธารณสุข หรือการประกอบโรคศิลปะโดยผิดกฎหมาย

2.2 โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและโทษ โดยกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำ หรือการละเว้นการกระทำอย่างใดเป็นความผิด โดยการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาจะต้องกระทำโดยเจตนา ซึ่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา” ดังนั้นจะเห็นได้ว่า องค์ประกอบภายในของความผิดอาญาแต่ละมาตรา คือ เจตนา อย่างไรก็ตามสำหรับความผิดบางมาตรา องค์ประกอบภายใน คือ ประมาท ซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้น

2.2.1 ความผิดทางอาญาที่กระทำโดยเจตนา

การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมาย รวมทั้งพิจารณาในสวนจิตใจของผู้กระทำด้วยว่ากระทำโดยเจตนาหรือประมาท ซึ่งคือการพิจารณาองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน เจตนาของผู้กระทำความผิดเป็นหลักสำคัญที่จะวินิจฉัยความผิดของแต่ละบุคคล ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 59 วรรคสอง บัญญัติว่า “กระทำโดยเจตนา ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น” และ มาตรา 59 วรรคสาม บัญญัติว่า “ ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้” จากบทบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่าในการที่จะถือว่า ผู้กระทำมีเจตนาได้นั้น ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม และผู้กระทำจะต้องประสงค์ต่อผลของการกระทำของตน หรือมิฉะนั้นก็จะต้องยอมเล็งเห็นผลของการกระทำของตนนั้นตามมาตรา 59 วรรคสอง

เช่น ความผิดต่อชีวิต หากผู้ใดใช้ปืนยิงบุคคลอื่นถึงแก่ความตาย การจะลงโทษบุคคลนั้นว่าฆ่าคนตายโดยเจตนาจะต้องพิสูจน์ว่าผู้กระทำรู้ว่าผู้ที่ตนกำลังจะยิงนั้นคนและประสงค์จะฆ่าให้ตายจึงจะถือว่ากระทำโดยเจตนา สำหรับฐานความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคลากรทางการแพทย์ เช่น มาตรา 269 ความผิดฐานทำคำรับรองเท็จ มาตรา 306 – 308 ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก ผู้ป่วยหรือคนชรา มาตรา 323 ความผิดฐานเปิดเผยความลับ และมาตรา 374 ความผิดฐานไม่ช่วยผู้อื่นซึ่งตกอยู่ในอันตราย เป็นต้น

2.2.2 ความผิดทางอาญาที่กระทำโดยประมาท

ประมาทเลินเล่อ (negligence) หมายถึง กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง หรือละเลยในสิ่งที่ควรกระทำ⁴

ส่วนประมาทเลินเล่อ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ บัญญัติว่า “กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่” การกระทำโดยประมาทนั้น ผู้กระทำจะต้องไม่มีเจตนา กล่าวคือ กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ การพิจารณาว่าผู้กระทำควรมีความระมัดระวังเพียงใด โดยพิจารณาจาก ภาวะเช่นนั้น หมายความว่า ในขณะที่กระทำการเช่นนั้น และ พิจารณาจาก วิสัย หมายถึง สภาพภายในตัวผู้กระทำ เช่น อายุ เพศ ความเป็นผู้มีวิชาชีพ และต้องพิจารณาจาก พฤติการณ์ หมายความว่า ผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังในพฤติการณ์หรือเหตุการณ์เช่นว่านั้นได้ แต่มิได้ใช้ให้เพียงพอหรือไม่⁵

การกระทำโดยประมาทนั้นเป็นการที่แพทย์ได้ดำเนินการรักษาโดยใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานในเรื่องนั้นๆ หากว่าในการรักษาพยาบาลนั้นแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังในการวินิจฉัยโรคแล้ว แม้ว่าจะเกิดผลร้ายแก่ผู้ป่วยจะถือว่าแพทย์กระทำโดยประมาทไม่ได้ ซึ่งต่างกับกรณีการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คือ การกระทำที่บุคคลในภาวะเช่นนั้น

⁴ ราชบัณฑิตยสถาน, *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542* (สำนักพิมพ์นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์ 2546).

⁵ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญามาตรา 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา 2551).

ต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ซึ่งผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่ผู้กระทำได้กระทำเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานของบุคคลในภาวะเช่นนั้นเป็นอย่างมาก หากใช้ความระมัดระวังเล็กน้อยต้องคาดเห็นได้ว่าความเสียหายอาจเกิดขึ้น⁶ ตัวอย่างการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง⁷ เช่น ตามแพทย์แล้วแต่แพทย์ไม่มารักษาคนไข้ แพทย์ละทิ้งหน้าที่ระหว่างผ่าตัดไปทำคลอด แพทย์ทำหมันโดยไม่บอกคนไข้ แพทย์ผ่ามดลูกแต่พบทารก แพทย์ผ่าตัดลิ้มกรรไกร ลืมผ้า gauze ในท้องคนไข้ เป็นต้น

2.2.3 เหตุสุดวิสัย

เหตุสุดวิสัย หมายถึง ภาวะที่พ้นความสามารถที่ใครจะป้องกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 8 หมายถึง เหตุใดๆ อันจะเกิดขึ้นก็ดี จะให้ผลพิบัติก็ดี เป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้ แม้บุคคลผู้ต้องประสบเหตุหรือใกล้จะประสบเหตุ นั้น จะได้จัดการระมัดระวังตามควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้น

เมื่อผลการรักษาไม่เป็นไปตามที่คาดหวัง แพทย์อาจถูกฟ้องร้อง ว่าประมาทเลินเล่อจนคนไข้ได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือถึงแก่ชีวิต โดยแพทย์มีภาระการพิสูจน์ว่าตนไม่ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ รักษาตามหลักวิชาการ ผลการรักษาไม่เป็นไปตามที่คาดหวัง เกิดจากเหตุสุดวิสัยที่ไม่อาจแก้ไขได้ หรือจากโรคแทรกซ้อนที่อาจเกิดขึ้นได้

คำพิพากษาศาลฎีกา 7452/2541 จำเลยเป็นแพทย์แจ้งโจทก์ว่าเด็กตายในท้อง โจทก์จึงยินยอมให้จำเลยทำการขูดมดลูกและทำแท้งให้ แต่การใช้เครื่องมือของแพทย์ในการขูดมดลูกทำให้มดลูกทะลุ ซึ่งตามความจริงมดลูกของโจทก์เป็นปกติมิได้มีลักษณะบางอย่างใด นอกจากนี้ยังทำให้ลำไส้ทะลุออกมาทางช่องคลอดเนื่องจากเครื่องมือแพทย์ที่ใส่เข้าไปในช่องคลอดได้เกี่ยวเอาลำไส้ออกมา ต่อมาแพทย์อื่นตรวจแล้วมีความเห็นว่าต้องตัดลำไส้เล็กทิ้ง เพราะใส่กลับเข้าไปอาจติดเชื้อในช่องท้อง เป็นการกระทำโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง ความรู้ ความชำนาญตามปกติวิสัยของผู้มีความรู้ ความชำนาญ ความสามารถในการประกอบวิชาชีพแพทย์ ถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่อ เมื่อโจทก์เสียหายจำเลยต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน

2.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาจากการกระทำโดยดเว้นและละเว้นของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ความรับผิดทางการแพทย์ส่วนใหญ่เกิดจากการที่แพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์กระทำโดยประมาท (Negligence Action) เป็นเหตุให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย และในการดำเนินการของแพทย์ได้ดำเนินการต่ำกว่าระดับมาตรฐานทางวิชาชีพ ทั้งการที่แพทย์ดำเนินการดังกล่าวเป็นผลให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย การที่จะถือว่าแพทย์กระทำโดยประมาทได้นั้นในเบื้องต้นจะต้องพิจารณาว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ซึ่งทำให้แพทย์มีหน้าที่จะต้องดูแลผู้ป่วยนั้นจะเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้ป่วยได้แสดงความประสงค์ที่จะ

⁶ สนิท สนั่นศิลป์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (สำนักพิมพ์สุตรไพศาล 2548).

⁷ สุรศักดิ์ แสงทักษิณ, 'แพทย์กับความประมาทเลินเล่อ' (กันยายน - ธันวาคม 2551) 3 วารสารการแพทย์โรงพยาบาลศรีสะเกษ สุรินทร์ บุรีรัมย์ 619, 620-624.

รับการรักษายาบาลจากแพทย์และแพทย์ได้ตกลงที่จะรักษายาบาลผู้ป่วยของตน โดยการแสดงเจตนาที่จะรับการรักษายาบาลอาจจะเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้

ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยที่เกิดจากการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง กล่าวคือ ผู้ป่วยได้แสดงความประสงค์ที่จะรับการรักษายาบาลจากแพทย์และแพทย์ได้ตกลงที่จะรักษายาบาลคนไข้ของตน เกิดเป็นสัญญาเนื่องจากการตกลงกัน เช่น นาง ก. ปวดหัวไปพบแพทย์ที่คลินิก แพทย์ตกลงรักษา นาง ก. ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับ นาง ก. และในระหว่างการรักษานั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิขอลีกสัญญาก็ได้ เมื่อมีการเลิกสัญญาแล้วถือว่าไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับ นาง ก. อีกต่อไป

หรือเกิดจากการแสดงเจตนาโดยปริยาย โดยเป็นการกระทำที่ไม่ได้แสดงออกมาอย่างชัดเจนแต่คาดว่าผู้กระทำต้องการทำนิติกรรมนั้นๆ อย่างแน่นอน เช่น นาง ข. ไปโรงพยาบาลเพื่อรับบริการทันตกรรม แพทย์แจ้งว่าต้องมีการถอนฟัน แต่นาง ข. นิ่งเฉยไม่ปฏิเสธและยินยอมให้แพทย์ถอนฟันออกไป ถือเป็นการแสดงเจตนาโดยปริยาย

2.3.1 สิทธิในการปฏิเสธผู้ป่วย

สิทธิ หมายถึง ความชอบธรรมที่บุคคลอาจใช้ยันกับผู้อื่นเพื่อคุ้มครองและรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนพึงได้ของบุคคลนั้น⁸

สิทธิผู้ป่วย หมายถึง ความชอบธรรมที่ผู้ป่วยจะพึงได้รับจากบริการทางการแพทย์ เพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของผู้ป่วยนั่นเอง

องค์การอนามัยโลก (The World Health Organization)⁹ เห็นว่า ผู้ป่วยควรจะมีสิทธิที่จะได้รับบริการเพื่อสุขภาพ อันถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาชนทุกคนควรได้รับ ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับข้อมูลข่าวสารจากแพทย์ผู้รักษาเพื่อการมีส่วนร่วมตัดสินใจในกระบวนการรักษา รวมทั้งสิทธิที่จะปฏิเสธการรักษา และมีสิทธิส่วนบุคคลในอันที่จะไม่ถูกเปิดเผยในข้อมูลอันเกี่ยวกับความเจ็บป่วยด้วย ซึ่งแพทย์มีหน้าที่ที่จะรักษาไว้เป็นความลับ

แพทย์หรือโรงพยาบาลมีเสรีภาพในการที่จะรับผู้ป่วย แต่ถ้าหากว่าเป็นโรงพยาบาลของรัฐก็จะมีสิทธิที่จะปฏิเสธ แต่ก็มีข้อยกเว้นไม่ว่าจะเป็นโรงพยาบาลของรัฐหรือเอกชน หากผู้ป่วยมาในภาวะวิกฤตแล้วจะต้องได้รับการรักษาในทันที โรงพยาบาลจะปฏิเสธผู้ป่วยไม่ได้ เมื่อมีความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยแล้ว แพทย์ได้กระทำ หรือ งดเว้นการกระทำ เป็นการผิดต่อหน้าที่ (Breach of Duty) การที่แพทย์ต้องรับผิดชอบ แพทย์จะต้องมีการกระทำหรืองดเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง เช่น ในการกระทำ แพทย์ได้ดำเนินการผ่าตัดแล้วลืมผ้าซับลีดไว้ในท้องผู้ป่วย ส่วนการงดเว้นการกระทำ เช่น แพทย์ตรวจหญิงตั้งครรภ์ และพบความผิดปกติของทารกในครรภ์ แต่ไม่แจ้งให้ผู้ป่วยทราบ¹⁰

⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป* (สำนักพิมพ์เจริญวิทย์การพิมพ์ 2525).

⁹ World Health Organization, *Health Aspects of Human Rights with Special Reference to Developments in Biology and Medicine* (World Health Organization 1976).

¹⁰ เอื้อน ขุนแก้ว, *ความรับผิดทางการแพทย์* (สำนักพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง 2559).

2.3.2 การกระทำโดยดเว้น

เป็นการกระทำโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกายอย่างหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย ที่ได้บัญญัติว่า “การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันใดอันหนึ่งขึ้นโดยดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”

มาตรา 59 วรรคท้าย ถ้อยคำที่ว่า “งดเว้นการที่จักต้องกระทำ” หมายความว่า งดเว้นไม่กระทำ ในสิ่งที่ตนมีหน้าที่ต้องกระทำ และถ้อยคำที่ว่า “เพื่อป้องกันผล” แสดงว่าหน้าที่ที่จะต้องกระทำนั้นเป็นหน้าที่ โดยเฉพาะที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลซึ่งเกิดขึ้นนั้น

ซึ่งหน้าที่ต้องกระทำ เกิดขึ้นได้หลายกรณี¹¹ได้แก่

(1) หน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ หมายความว่า มีกฎหมายบัญญัติหน้าที่ของผู้กระทำโดยตรง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1654 บัญญัติว่า “บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดู และให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์” อันเป็นการกำหนดหน้าที่ของบิดามารดาที่จะต้องมีต่อบุตรผู้เยาว์ หรือ หน้าที่ขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนตนให้การดูแลรักษาพยาบาล ตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 ที่กำหนดให้การบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใดจะให้บริการนั้นมิได้

(2) หน้าที่อันเกิดจากการยอมรับโดยเจาะจงหรือหน้าที่ตามนิติกรรมสัญญา หมายความว่า ผู้กระทำยอมรับโดยตรงที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งทำให้เกิดหน้าที่ในอันที่จะต้องกระทำการตามที่ตนยอมรับที่จะกระทำนั้น เช่น ยอมรับเป็นพยาบาลดูแลรักษาผู้ป่วย ตกหลังรับหน้าที่เป็นคนดูแลความปลอดภัยของผู้มาว่ายน้ำในสระว่ายน้ำ การยอมรับดังกล่าวอาจมีค่าจ้าง หรือไม่มีค่าจ้างโดยอาสาสมัครเข้ามาทำก็ได้ เช่น อาสาสมัครรับดูแลเด็ก

(3) หน้าที่อันเกิดจากการกระทำก่อนๆ ของตน หมายความว่า หากการกระทำของผู้กระทำน่าจะก่อให้เกิดภัยอันตรายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น ผู้กระทำย่อมมีหน้าที่ต้องป้องกันภัยอันตรายนั้น เช่น นาย ก. สงสาร นาย ข. ซึ่งตาบอดกำลังเดินข้ามทางม้าลายจึงเข้าไปช่วยพาข้ามถนน แต่ระหว่างทางม้าลาย นาย ก. ปล่อย นาย ข. ไว้โดยลำพังไม่ได้กระทำไปให้ตลอด เช่นนี้ถือว่าเมื่อนาย ก. ได้ลงมือช่วยนาย ข. แล้ว นาย ก. มีหน้าที่ต้องช่วยโดยตลอด การที่ นาย ก. ทิ้ง นาย ข. ไว้ระหว่างทางม้าลาย ซึ่งน่าจะก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่ นาย ข. ถือว่าเป็นการงดเว้นไม่กระทำสิ่งซึ่งตนมีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกัน มิให้ นาย ข. ตกอยู่ในอันตราย โดยเป็นหน้าที่อันเกิดจากการกระทำก่อนๆ ของตน

(4) หน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์เป็นพิเศษเฉพาะเรื่อง หมายความว่า ไม่มีกฎหมายบัญญัติหน้าที่ไว้โดยตรงดังเช่นข้อ 1 แต่เพราะผู้กระทำและผู้เสียหายมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษต่อกันจึงเกิดมีหน้าที่ขึ้น เช่น บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติหน้าที่ไว้โดยตรงดังเช่น ป.พ.พ. มาตรา 1564 ให้

¹¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรธ 5).

จำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ หากตามความเป็นจริง บิดาได้ช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์โดยตลอด ก็ต้องถือว่าบุตรและบิดามีหน้าที่ต้องช่วยเหลือเกื้อกูลกันเป็นหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์เป็นพิเศษเฉพาะเรื่อง

2.3.3 การกระทำโดยละเว้น

เป็นการกระทำโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกายอีกประการหนึ่ง คือ การกระทำโดยละเว้น หรือเรียกว่าการไม่กระทำ กฎหมายอาญาบางมาตราได้บัญญัติบังคับให้บุคคลต้องกระทำการบางอย่างซึ่งหากไม่กระทำก็ถือเป็นความผิด โดยถือว่าเป็นการกระทำความผิดโดยการละเว้น เช่น มาตรา 374 บัญญัติว่า “ผู้ใดเห็นผู้อื่นตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิตซึ่งตนอาจช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่นแต่ไม่ช่วยตามความจำเป็น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 374 นี้เป็นบัญญัติที่บังคับให้บุคคลต้องกระทำการช่วยเหลือผู้ที่ตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิต หากช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่นแต่ไม่ช่วย ก็มีความผิดและต้องรับโทษ การไม่ช่วยถือเป็น การละเว้นไม่กระทำนั่นเอง บทบัญญัติในมาตรา 374 นี้ เป็นการบังคับให้บุคคลทำหน้าที่เป็นพลเมืองดี หรือ ที่เรียกว่า Good Samaritan Law (LaFave, Criminal Law, p.191)

โดยความแตกต่างระหว่างการกระทำโดยงดเว้น และการกระทำโดยละเว้น แตกต่างอยู่ตรงที่ว่า หน้าที่ของการกระทำโดยงดเว้นนั้น เป็นหน้าที่เฉพาะบุคคลที่ต้องทำเพื่อป้องกันผล ส่วนหน้าที่ของการกระทำโดยละเว้นนั้น เป็นหน้าที่บุคคลโดยทั่วไปที่จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ต่างเป็นการกระทำประเภทไม่เคลื่อนไหวร่างกายเหมือนกัน¹²

แนวคิด ทฤษฎี หลักการเกี่ยวกับการตรวจสอบดุลพินิจการกำหนดโทษจำเลย

การดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ เป็นกระบวนการดำเนินคดีอาญาโดยการที่รัฐจัดให้มีองค์กรของรัฐเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลหนึ่ง และทำคำชี้ขาดในที่สุด ส่วนการดำเนินคดีอาญาในประเทศ¹³ พบว่าในประเทศภาคพื้นยุโรป อัยการและตำรวจ มีหน้าที่ค้นหาความจริงแท้ของเรื่อง หรือความจริงในเนื้อหา ทั้งนี้โดยไม่ผูกมัดกับคำร้องขอของผู้ใดทั้งสิ้น

การลงโทษ คือ การปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำให้ผู้ที่ได้รับการปฏิบัตินั้นต้องได้รับผลร้าย เนื่องจากการที่บุคคลนั้นได้ฝ่าฝืนแนวปฏิบัติอันเป็นกติกาของสังคม โดยที่รัฐจะเป็นผู้ทำหน้าที่จัดการให้ ผู้กระทำผิดได้รับผลร้ายนั้นๆ การลงโทษเป็นรูปแบบหนึ่งของการป้องกันสังคมจากผู้กระทำความผิด ทั้งนี้การป้องกันแบ่งออกเป็น “การป้องกันทั่วไป” และ “การป้องกันพิเศษ” มาตรการบังคับทางอาญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการป้องกันทั่วไป (General Prevention) คือการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ได้แก่ การประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน เนื่องจากเป็นมาตรการบังคับทางอาญาที่ใช้ข่มขู่มิให้บุคคลอื่นกระทำความผิดในทางเดียวกันให้ลดความคิดนั้นๆ ในขณะที่วิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นมาตรการบังคับทางอาญา ซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการป้องกันพิเศษ(Special Prevention) เนื่องจากวิธีการเพื่อความปลอดภัยใช้

¹² เพิ่งอ้าง.

¹³ คณิต ญ นคร, *วิ อาญา วิพากษ์* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2552).

เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำความผิดเดียวกันซ้ำอีก และเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดอาญาที่อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ชีวิตหรือทรัพย์สินของผู้อื่นอันอาจเกิดขึ้นในอนาคต วิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นทางเลือกที่ศาลสามารถมีคำสั่งใช้ควบคู่ไปกับการลงโทษ ทั้งนี้ก็เพื่อตอบสนองต่อภารกิจหลักในการคุ้มครองสังคมและป้องกันการกระทำความผิดของกฎหมายอาญา¹⁴

2.4 ดุลพินิจในการลงโทษ

“ดุลพินิจในการกำหนดโทษ” คือ ดุลพินิจของศาลที่จะกำหนด “มาตรการบังคับทางอาญา” กับ การกระทำความผิดใดความผิดหนึ่ง ศาสตราจารย์ คณิต ฌ นคร ได้อธิบายหลักการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ว่า “ในการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจกำหนดมาตรการบังคับทางอาญากับการกระทำความผิดใดความผิดหนึ่ง นั้น ศาลจะต้องพิจารณากำหนดดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดชนิดของมาตรการบังคับทางอาญา
- (2) กำหนดความหนักเบาของมาตรการบังคับทางอาญาที่ได้กำหนดตาม (1) และ
- (3) กำหนดการบังคับใช้มาตรการบังคับทางอาญาตามที่ได้กำหนดตาม (2) นั้น¹⁵

จะเห็นได้ว่าดุลพินิจในการกำหนดโทษมิได้หมายความว่าเฉพาะการกำหนดเฉพาะเรื่องโทษว่าควรจะใช้โทษชนิดใด หนักเบาแค่ไหน แต่หมายความรวมถึงการกำหนดใช้มาตรการบังคับทางอาญาต่าง ๆ ที่มีอยู่ในกฎหมาย รวมถึงการกำหนดว่าจะใช้มาตรการบังคับทางอาญานั้นอย่างไรด้วย

หลักการพิจารณาคดีและบังคับโทษที่เหมาะสมกับบุคคล (Individualization of punishment) หมายถึง การที่ศาลหรือองค์กรอื่นที่มีหน้าที่ควบคุมตัวนักโทษปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับนักโทษแต่ละคนเพื่อส่งเสริมฟื้นฟูปรับปรุงแก้ไขและเพื่อให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคมอย่างไม่มีปัญหาในอดีตเรามากจะตั้งสมมติฐานว่าบุคคลที่กระทำความผิดรูปแบบเดียวกัน ควรจะได้รับโทษจำคุกเท่ากัน เพราะวัตถุประสงค์ของการลงโทษมุ่งเน้นแต่การลงโทษผู้กระทำความผิดให้สมกับการกระทำที่ผู้กระทำได้ก่อขึ้นยับยั้งชั่งใจไม่ให้ประชาชนกระทำความผิด รวมทั้งการกันผู้กระทำความผิดออกจากสังคมในระยะเวลาที่เหมาะสม ด้วยสมมติฐานเพียงเท่านั้นจึงมีการลงโทษนักโทษที่กระทำความผิดแบบเดียวกันด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน เช่นการกำหนดระยะเวลาจำคุกที่เท่ากัน แต่ด้วยในปัจจุบัน วัตถุประสงค์ในการลงโทษได้เปลี่ยนไปในทิศทางของการมุ่งเน้นการฟื้นฟูแก้ไขตัวนักโทษ พร้อมทั้งการพยายามที่ให้นักโทษกลับคืนสู่สังคม การลงโทษจำคุกจึงไม่ได้มีเพียงเพื่อแก้แค้นทดแทนการกระทำความผิดหรือเพียงเพื่อกันผู้ร้ายออกจากสังคมเท่านั้น แต่การจำคุกนั้นยังหมายถึงการเปิดโอกาสให้นักโทษได้รับการฟื้นฟูจิตใจแลเตรียมพร้อมกลับเข้าสู่สังคมโดยที่ไม่ทำให้สังคมเดือดร้อน¹⁶

การตรวจดุลพินิจการกำหนดโทษของต่างประเทศเปรียบเทียบประเทศไทย

¹⁴ ธาณี วรภัทร์, *กฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2553).

¹⁵ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 13).

¹⁶ อัครวิณ จันมะโน และ ธาณี วรภัทร์, ‘การตรวจสอบดุลพินิจการกำหนดโทษจำเลย’ (เมษายน - กรกฎาคม 2560)

ประเทศอังกฤษมีขั้นตอนในการพิจารณาความผิดและขั้นตอนในการกำหนดโทษแยกจากกัน โดยข้อเท็จจริงที่ใช้ในการพิจารณาคดีและกำหนดโทษนั้น ในขั้นตอนกำหนดโทษจำเลย จะต้องมียุทธศาสตร์เกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด โดยจะมาจากรายงานการสืบเสาะและพินิจของพนักงานคุมประพฤติและกฎหมายของประเทศอังกฤษจะกำหนดวัตถุประสงค์ในการลงโทษจำเลยไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะกรณีที่มีการลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดเป็นเด็กและเยาวชน กรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ กฎหมายประเทศอังกฤษกำหนดให้ก่อนที่จะกำหนดโทษจำเลยจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดก่อน อีกทั้งในรายงานสืบเสาะและพินิจจำเลยหรือทนายจำเลย และพนักงานอัยการ เข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดโทษจำเลย

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีขั้นตอนในการพิจารณาความผิด (Guilty stage) และขั้นตอนในการกำหนดโทษ แยกจากกัน เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ ประมวลกฎหมายอาญากลางของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้วางหลักไว้เพื่อให้รัฐแต่ละรัฐใช้เป็นแบบในการกำหนดกฎหมายของรัฐนั้น โดยในการกำหนดโทษจำเลย รายงานการสืบเสาะและพินิจของพนักงานคุมประพฤตินั้นจะนำมาพิจารณาเมื่อปรากฏว่า ในกรณีที่จำเลยถูกตัดสินให้ลงโทษที่มีความผิดร้ายแรง จำเลยอายุต่ำกว่า 22 ปี ศาลจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดจากรายงานการสืบเสาะและพินิจของพนักงานคุมประพฤติก่อนประกอบกับรายงานส่วนอื่นๆ เพื่อนำมาพิจารณากำหนดโทษจำเลยให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดและในการพิจารณากำหนดโทษจำเลย จะต้องให้พนักงานอัยการและจำเลย อยู่ในกระบวนการพิจารณากำหนดโทษด้วย โดยมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดจากรายงานสืบเสาะและพินิจของพนักงานคุมประพฤติประกอบการพิจารณา¹⁷

ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์หรือระบบประมวลกฎหมาย ที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายซีวิลลอว์โดยแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษและการนำรายงานสืบเสาะและพินิจของมีลักษณะดังนี้

ประเทศฝรั่งเศสระบบกฎหมายซีวิลลอว์การดำเนินคดีอาญาจะใช้วิธีการไต่สวนเพื่อค้นหาความจริงเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจในการดำเนินการหาข้อเท็จจริงทั้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดีและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด จึงทำให้การรับฟังรายงานการสืบเสาะและพินิจไม่มีการดำเนินการใน

ประเทศฝรั่งเศสเพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำเนินการไต่สวนไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจ อัยการ หรือศาลล้วนมีหน้าที่ต้องร่วมกันค้นหาความจริง ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจำเลย ประเทศฝรั่งเศสมีการกำหนดโทษที่เป็นอัตราที่กำหนดในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสเพื่อให้การลงโทษเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละรายและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์การลงโทษและพนักงานอัยการจะมีส่วนในการเสนอความเห็นเกี่ยวกับการกำหนดโทษจำเลย

ประเทศเยอรมันในระบบการดำเนินคดีอาญาเป็นระบบไต่สวนค้นหาความจริงเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส การค้นหาความจริงและการดำเนินคดีอาญาเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมีหน้าที่ในการค้นหาความจริง

¹⁷ Harry E. Allen and Clifford E. Simonsen, *Correction in America: an introduction* (Prentice-Hall 1995) 139.

ซึ่งรวมถึงการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด และในการกำหนดโทษ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน กำหนดให้ในการกำหนดโทษจำเลยจะต้องคำนึงถึงประวัติของผู้กระทำความผิด สถานภาพของบุคคลทางสังคม และฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานอัยการ มีหน้าที่จะต้องรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเสนอต่อศาลเพื่อใช้ในการพิจารณากำหนดโทษจำเลย

2.5 หลักความได้สัดส่วนของการลงโทษในคดีอาญา (Proportionality of Sentencing)

การลงโทษที่รุนแรงโดยปราศจากเหตุผลชอบธรรมนั้น จะส่งผลให้ขัดกับหลักศีลธรรมของเหตุผลในการกล่าวโทษ และอาจจะทำให้ผู้กล่าวโทษโดยการลงโทษนั้นเป็นผู้กระทำความผิดเสียเอง ดังนั้น การลงโทษที่ชอบธรรมนั้นจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษด้วยเสมอ

แนวคิดเรื่องความได้สัดส่วนของการลงโทษมีมาตั้งแต่ในอดีต คือ หลักตาต่อตาฟันต่อฟัน (The Eye for an Eye Principle) ปรากฏอยู่ในกฎหมาย Lex Talionis ซึ่งวางหลักไว้ว่า อาชญากรควรได้รับการลงโทษเสมือนกับความเสียหายที่ได้ทำให้เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย เนื่องจากการลงโทษผู้กระทำความผิดมักกระทำรุนแรงโหดร้ายต่อเนื้อตัว ร่างกายของผู้กระทำความผิดที่เกินสัดส่วน ต่อมาในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 18 แนวคิดการลงโทษได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของระบอบเสรีนิยมและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมากขึ้น จึงมีการต่อต้านการลงโทษที่รุนแรงและทารุณโหดร้ายโดย ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) เป็นผู้ริเริ่มความคิดของการลงโทษอย่างมีความเป็นมนุษยธรรม และได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ซึ่งกล่าวไว้ว่าเพื่อไม่ให้โทษทางอาญาใดๆ เป็นการกระทำที่รุนแรงต่อประชาชน โทษทางอาญาจึงต้องเปิดเผย จำเป็น และรุนแรงน้อยที่สุดตามสถานการณ์ที่ปรากฏ และได้สัดส่วนกับความผิด และต้องเป็นโทษที่กำหนดโดยกฎหมาย¹⁸

นักกฎหมาย Herbert L. Packer ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า โทษ ไว้ว่า ความหมายของการลงโทษที่แท้จริง หมายถึง การใช้กฎหมายทำให้ผู้ที่ต้องรับโทษต้องประสบความยากลำบาก หรือ เหตุการณ์รูปแบบต่างๆ ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นภาวะที่ไม่พึงปรารถนา ทั้งนี้เพื่อเป็นไปตามผลแห่งการกระทำความผิด ซึ่งได้ถูกกำหนดให้เป็นความผิดโดยกฎหมาย หากพิจารณาถึงเหตุผลทางปรัชญาแล้วเห็นว่า หากกฎหมายปราศจากการลงโทษผู้ฝ่าฝืนแล้วย่อมไม่อาจเรียกได้ว่า เป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับได้แท้จริง ดังนั้นการลงโทษจึงเปรียบเสมือนสัญญาณบอกให้ทราบถึงการคงอยู่ของกฎหมาย¹⁹

2.6 หลักการคำนึงถึงเหตุอัศจรรย์ และเหตุภาวะวิสัยในการลงโทษ

การคำนึงถึงเหตุอัศจรรย์ในการหลักการคำนึงถึงเหตุอัศจรรย์ ที่ได้สร้างความเสียหายให้กับสังคมเท่ากัน ผู้พิจารณาพิพากษารรคดีอาจใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้ต่างกันก็ได้ เนื่องจากเหตุที่ตัวผู้กระทำ

¹⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และ ปกป้อง ศรีสนิท, 'การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษ: หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนกรณียาเสพติดให้โทษ' (ธันวาคม 2560) 4 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 903, 903-929.

¹⁹ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford University Press 1968).

ความผิดค่อนข้างจะมีลักษณะที่ต่างกัน ซึ่งเป็นการใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดโดยคำนึงถึงลักษณะส่วนตัวผู้กระทำความผิด หรือพิจารณาจากเหตุทางด้านอัตวิสัย (Subjective) ของผู้กระทำความผิดซึ่งอาจแตกต่างกัน

เรียกว่า personalization des peines ส่วนการคำนึงถึงเหตุภาวะวิสัยในการลงโทษ Cesare Beccaria กล่าวว่าขนาดที่แท้จริงของอาชญากรรม คือความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสังคม หากว่าอาชญากรได้สร้างความเสียหายรุนแรงก็ชอบที่จะต้องถูกลงโทษหนัก แต่หากปรากฏว่าสร้างความเสียหายไม่รุนแรงก็ชอบที่จะต้องถูกลงโทษเบา ซึ่งแนวคิดนี้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน

2.7 ทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดของแพทย์

ในการที่แพทย์จะดำเนินการรักษาพยาบาลต้องจับ สัมผัสตัวผู้ป่วยหรือทำให้ผู้ป่วยได้รับบาดเจ็บ เช่น การฉีดยา การเจาะร่างกาย หากไม่ได้รับความยินยอมแล้วอาจทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบในการกระทำโดยจงใจอันจะต้องรับผิดชอบทางละเมิด หรือ เป็นการกระทำโดยเจตนาที่แพทย์จะต้องรับผิดชอบทางอาญาอีกด้วย ดังนั้นการรักษาพยาบาลจึงต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อน อาจเป็นความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้

ความยินยอมโดยชัดแจ้ง หมายถึง การที่ผู้ป่วยได้แสดงเจตนาที่จะยินยอมรักษาพยาบาลกับแพทย์ตามวิธีการที่กำหนดไว้โดยแสดงความยินยอมด้วยวาจา หรือลายลักษณ์อักษร โดยผู้ป่วยจะต้องได้รับแจ้งถึงวิธีการในการรักษา ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะทราบถึงผลที่ไม่พึงประสงค์ที่อาจจะเกิดขึ้นหรือผลข้างเคียง เนื่องจากการรักษาพยาบาลนั้นด้วย ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ป่วยได้ชั่งน้ำหนักถึงอันตรายและความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้นจากการดำเนินการรักษาพยาบาล เมื่อผู้ป่วยชั่งน้ำหนักแล้วจึงให้ความยินยอม (Informed Consent)

หลังจากผู้ป่วยให้ความยินยอมแล้ว ผู้ป่วยอาจกำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการให้ความยินยอมก็ได้ แม้ในระหว่างการรักษาพยาบาล เมื่อเริ่มต้นทำการรักษาพยาบาลแล้ว ผู้ป่วยจะยกเลิกความยินยอมที่ได้ให้ไว้เมื่อใดก็ได้ เว้นแต่ในภาวะวิกฤติผู้ป่วยอยู่ในสภาพหมดสติ จำเป็นต้องดำเนินการรักษาโดยเร่งด่วน แม้ไม่มี ความยินยอม หากแพทย์ได้ดำเนินการรักษาตามระดับมาตรฐานวิชาชีพแม้จะมีเหตุไม่พึงประสงค์เกิดขึ้น แพทย์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบ²⁰

หลัก Informed Consent หรือ หลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว หมายความว่า แพทย์ซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนที่จะทำการใดๆ ต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ นั้น โดยจะต้องมีการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการวินิจฉัย การรักษาให้ผู้ป่วยทราบ และเปิดโอกาสให้ตัดสินใจว่าจะเข้ารับการรักษาหรือไม่เนื่องจากบุคคลทุกคนมีภาวะอิสระของปัจเจกบุคคลในการตัดสินใจโดยไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดใดๆ ไม่ว่าจะ เป็นข้อจำกัดด้านความเข้าใจหรือภาษา²¹ และสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองหรือ

²⁰ เอื้อน ขุนแก้ว (เชิงอรรถ 10).

²¹ Beauchamp T. Childress J., *Principles of Biomedical Ethics* (5th edn, Oxford University Press 2001). อ้างถึงใน ศักดา สติระเรื่องชัย, 'ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติทั่วไป' (กรกฎาคม - ธันวาคม 2556) 2 เวชบัณฑิตกสิกรรม.

สิ่งที่กฎหมายให้อำนาจอันทำให้ผู้อื่นมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในหมวดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งกำหนดว่าบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย รวมทั้ง บทบัญญัติในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 เรื่องความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว

พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 บัญญัติว่า

“ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใด จะให้บริการนั้นไม่ได้

ในกรณีที่เกิดความเสียหายหรืออันตรายแก่ผู้รับบริการเพราะเหตุที่ผู้รับบริการปกปิด ข้อเท็จจริงที่ตนรู้และควรบอกให้แจ้ง หรือแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรืออันตรายนั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

(1) ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน

(2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการแล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้”

องค์ประกอบของความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว 5 ประการ ได้แก่

การเปิดเผยข้อมูล (Disclosure) การแจ้งข้อมูลเพื่อขอความยินยอมนั้นควรประกอบไปด้วย ข้อมูลเกี่ยวกับการวินิจฉัย ข้อมูลเกี่ยวกับขั้นตอนการรักษา ข้อมูลเกี่ยวกับความเสี่ยงที่อาจเกิดจากการรักษาเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่ได้รับ ข้อมูลเกี่ยวกับทางเลือกการรักษาอื่น

ความเข้าใจข้อมูล (Understanding) เพื่อให้ผู้ป่วยสามารถใช้สิทธิของตนได้เต็มที่

ความสมัครใจ (Voluntariness) ผู้ป่วยต้องไม่อยู่ภายใต้การบังคับหรือขู่ขู่

ความสามารถในการตัดสินใจ (Competence) พิจารณาเฉพาะความสามารถของบุคคลในการตัดสินใจในการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล

การให้ความยินยอม (Consent) หลังจากผู้ป่วยได้รับทราบข้อมูลทางการแพทย์และได้ตัดสินใจแล้ว โดยจะมีผลเมื่อมีการแสดงออกซึ่งความยินยอมนั้น โดยชัดแจ้ง (explicit) ไม่ว่าจะเป็นการบอกด้วยปากเปล่าหรือการเขียน หรือโดยปริยาย (implied) เช่น การยอมให้แพทย์ตรวจโดยการนอนบนเตียง การยื่นแขนให้ทำการเจาะเลือด

ข้อยกเว้นของหลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว²²

²² วิฑูรย์ ตรีสุนทรรัตน์ และ ธนสร สุทธิพิดี, *กฎหมายการแพทย์ความยินยอมภายหลังได้รับการบอกกล่าวแล้ว* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2561).

มีบางกรณีที่แพทย์สามารถทำการรักษาพยาบาลผู้ป่วยได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมและไม่เป็นการผิดจริยธรรมในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ผู้ป่วยอยู่ในภาวะฉุกเฉินหรือเร่งด่วนและไม่รู้สึกตัว (Emergency) เนื่องจากผู้ป่วยไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอม และแพทย์จำเป็นต้องให้การรักษาพยาบาลผู้ป่วยเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย

แนวความคิดทางกฎหมายของประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ อธิบายข้อยกเว้นในกรณีนี้ว่า วิญญูชนทั่วไปย่อมต้องการความช่วยเหลือทางการแพทย์เมื่อเกิดกรณีฉุกเฉินขึ้นซึ่งหากบุคคลนั้นรู้สึกดีและมีเวลาที่เพียงพอ ภายหลังจากที่แพทย์ได้อธิบายถึงข้อมูลในการรักษาแล้ว บุคคลนั้นก็คงจะให้ความยินยอมในการรักษาอยู่นั่นเอง บางท่านจึงให้ความเห็นว่าข้อยกเว้นในกรณีฉุกเฉินนี้อาจถือได้ว่าผู้ป่วยให้ความยินยอมโดยปริยาย²³ หากรอรับความยินยอม การรักษาอาจไม่ทันการผู้ป่วยอาจเสียชีวิต หรือเจ็บป่วยรุนแรงขึ้นมาก

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 วรรคหนึ่ง บังคับให้แพทย์และบุคลากรทางการแพทย์ต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพ เพื่อได้รับความยินยอมทางการแพทย์ แต่มาตรา 8 วรรคสาม ก็บัญญัติว่า “ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

(1) ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน

(2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการแล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้”

ตามมาตรา 8 วรรคสาม หมายความว่า แพทย์และบุคลากรทางการแพทย์ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักเรื่องความยินยอมภายหลังได้รับการบอกกล่าวแล้ว สำหรับการให้บริการสาธารณสุขใน 2 กรณี คือ

(2.1) ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน

(2.2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้

(3) มีความจำเป็นต้องได้รับการบำบัดรักษา (Necessity) หมายความว่า สภาวะของผู้ป่วยซึ่งขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมรับการบำบัดรักษาและต้องได้รับการบำบัดรักษาโดยเร็วเพื่อ

²³ Jessica Berg and others, *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice* (2nd edn, Oxford University Press 2001) 76. อ้างถึงใน วิชुरัย ตรีสุนทรรัตน์ และ ธนสร สุทธิพิถี, *กฎหมายการแพทย์ความยินยอมภายหลังได้รับการบอกกล่าวแล้ว* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2561).

ป้องกันหรือบรรเทาให้ความผิดปกติหรือความรุนแรง หรือเมื่ออยู่ในภาวะอันตรายเพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับผู้ป่วยหรือบุคคลอื่น

ตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 วรรคสาม บัญญัติว่า “ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

(1) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการแล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้”

พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 วรรคสาม (2) หมายความว่า แพทย์และบุคลากรการแพทย์ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักเรื่องความยินยอมภายหลังได้รับการบอกกล่าวแล้ว สำหรับการให้บริการสาธารณสุขในกรณีผู้ป่วยไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูล และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นผู้รับทราบข้อมูลแทนผู้ป่วยในขณะนั้นได้ เห็นได้ว่า ผู้ป่วยตามมาตรา 8 วรรคสาม (2) นี้ไม่ใช่ผู้ป่วยกรณีฉุกเฉิน ตามมาตรา 8 วรรคสาม (1) แต่เป็นผู้ป่วยที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูล ร่วมกับมีเหตุจำเป็นในขณะนั้นที่แพทย์และบุคลากรการแพทย์เห็นว่าสมควรจะต้องให้บริการสาธารณสุขใดๆ แก่ผู้ป่วย ตัวอย่างผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ เช่น ผู้ป่วยเด็กทารก ผู้ป่วยผู้เยาว์ ผู้ป่วยผิดปกติทางจิต ผู้ป่วยโคม่าไม่ได้สติ

(2) กรณีผู้ป่วยสละสิทธิ (Patient Waiver)

ในประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอร์ อธิบายข้อยกเว้นในกรณีนี้ว่า เมื่อเป็นสิทธิของผู้ป่วยที่จะได้รับแจ้งถึง ผลดีผลเสีย การรักษาทางเลือกอื่น ที่ทำให้ผู้ป่วยเข้าใจถึงการรักษาและสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าจะยอมรับการรักษานั้นหรือไม่ ผู้ป่วยก็ย่อมจะสละสิทธิดังกล่าวได้ ดังนั้นในกรณีที่ผู้ป่วยแจ้งกับแพทย์ว่าไม่ต้องการได้รับการแจ้งใดๆ เกี่ยวกับความยินยอมทางการแพทย์ แต่ยืนยันให้แพทย์ทำการรักษาไปได้ การที่แพทย์ให้การรักษาไปโดยไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเรื่องความยินยอมภายหลังได้รับการบอกกล่าวแล้ว จึงไม่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้ป่วยแต่อย่างใด²⁴

อย่างไรก็ตามข้อยกเว้นกรณีนี้จะทำงานได้ต้องเป็นที่ชัดเจนว่าผู้ป่วยได้ทราบถึงสิทธิรับการแจ้งข้อมูลความยินยอมทางการแพทย์ ไม่ใช่กรณีที่ผู้ป่วยไม่เคยทราบว่าตนมีสิทธิดังกล่าว กฎหมายในบางรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาจะกำหนดให้ผู้ป่วยสละสิทธินี้ได้เฉพาะการรักษาที่มีความเสี่ยงต่ำเท่านั้น²⁵

สำหรับประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดข้อยกเว้นกรณีเอาไว้โดยเฉพาะ แต่พบได้บ่อยในเวชปฏิบัติ

(3) กรณีแพทย์มีอำนาจแห่งดุลพินิจเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยโดยแท้ (Therapeutic Privilege)

²⁴ Putensen v. Clay Adams, Inc., 12 Cal.App.3d 1062 (Ct.App.1970). อ้างถึงใน วิฑูรย์ ตรีสุนทรรัตน์ และ อนุสร สุทธิบัติ, *กฎหมายการแพทย์ความยินยอมภายหลังได้รับการบอกกล่าวแล้ว* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2561).

²⁵ William H. Roach and others, *Medical Records and the Law* (Jones and Bartlett Publishers 2006) 84. อ้างถึงใน วิฑูรย์ ตรีสุนทรรัตน์ และ อนุสร สุทธิบัติ, *กฎหมายการแพทย์ความยินยอมภายหลังได้รับการบอกกล่าวแล้ว* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2561).

ข้อยกเว้นนี้หมายถึง การที่แพทย์เจตนาไม่แจ้งข้อมูลการรักษาให้ผู้ป่วยทราบเนื่องจากการแจ้งข้อมูลการรักษาให้ผู้ป่วยทราบอาจทำให้ผู้ป่วยปฏิเสธการรักษาหรือไม่ร่วมมือกับการรักษา เพราะผู้ป่วยบางรายอาจเกิดความวิตกกังวลมาก หรือหมดกำลังใจในการมีชีวิตอยู่ต่อไป ซึ่งจะเป็นผลเสียต่อการรักษา หลักการของข้อยกเว้นนี้ถือว่าเป็นผลดีที่เกิดจากการแจ้งให้ผู้ป่วยทราบถึงข้อมูลการรักษามีน้อยกว่าผลเสียที่เกิดขึ้นจากการทราบข้อมูลเหล่านั้น จึงทำให้แพทย์ควรมีสติทบทวนข้อมูลการรักษาเอาไว้เพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยเอง²⁶ มีการศึกษาวิจัยพบว่า แพทย์นำเรื่องนี้มาใช้เป็นข้อแก้ตัวจำนวนมาก โดยอ้างว่า ทำไปเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วย²⁷ ซึ่งขัดกับหลักเรื่องความยินยอมภายหลังได้รับการบอกกล่าว ที่ว่า ผู้ป่วยที่มีสติภาวะเพียงพอควรมีสติที่จะทราบข้อมูลในการรักษา บางท่านจึงให้ความเห็นว่าข้อยกเว้นในกรณีนี้ควรนำมาใช้เมื่อเห็นว่าความวิตกกังวลของผู้ป่วยที่จะรับการรักษา มีมากกว่าผู้ป่วยทั่วไปเป็นอย่างมากเท่านั้น²⁸

และแม้จะไม่เปิดเผยกับผู้ป่วย แต่แพทย์ยังคงมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลการรักษาให้กับผู้แทนของผู้ป่วยให้ทราบถึงข้อเท็จจริงในการรักษาแทน

(4) การบังคับให้บริการสาธารณสุข (Compulsory Treatment)

เป็นการจำต้องกระทำเพื่อประโยชน์ของสังคมในส่วนรวม ไม่ใช่เพียงแต่คุ้มครองบุคคลใดบุคคลหนึ่ง²⁹ เช่น หากผู้ป่วยเป็นโรคติดต่อร้ายแรง หากไม่ทำการรักษาบุคคลอื่นๆ ในสังคมอาจเจ็บป่วยตามไปด้วย ไข้หวัดสเปนเคย

เป็นสาเหตุให้ประชากรในยุโรปเสียชีวิตหลายสิบล้านคน ไข้หวัดนก ไข้หวัดใหญ่สายพันธุ์ใหม่ หรือเชื้อไวรัสโคโรนา - 19 เป็นต้น ที่คุกคามชีวิตและสุขภาพประชากรไทย แม้ผู้ป่วยไม่ประสงค์จะรับการรักษาก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะแล้ว สมควรที่จะต้องให้การรักษาผู้ป่วยดังกล่าว โดยมีกฎหมายออกมาควบคุมโรคติดต่อ

ในประเทศไทย มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับให้บริการสาธารณสุข ได้แก่

พระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 มาตรา 34 (1) เจ้าพนักงานสาธารณสุขมีอำนาจสั่งให้ผู้ต้องสงสัยว่าป่วยเป็นโรคติดต่ออันตราย เช่น ไข้หวัดนก ไวรัสซิกา ตลอดจนผู้สัมผัสโรค มารับการตรวจ รักษา คุมไว้สังเกต ณ สถานที่ซึ่งเจ้าพนักงานสาธารณสุขกำหนด

พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 58/1 ให้อำนาจเจ้าพนักงานบังคับตรวจหายาเสพติดในร่างกายได้ในกรณีจำเป็นและมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดเสพยาเสพติดให้โทษ

²⁶ Alasdair Maclean, *Autonomy, Informed Consent and Medical Law A Relational Challenge* (Cambridge University Press 2009) 190.

²⁷ *President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, Making Health Care Decisions* (U.S. Government Printing Office 1982) 96.

²⁸ William H. Roach and others, *Medical Records and the Law* (Jones and Bartlett Publishers 2006) 83.

²⁹ Jessica Berg and others, *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice* (2nd edn, Oxford University Press 2001) 90.

พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 มาตรา 21 ประกอบ มาตรา 22 บังคับให้บริการบำบัดรักษาผู้ป่วยผิดปกติทางจิตที่มีภาวะอันตรายหรือมีความจำเป็นต้องได้รับการบำบัดรักษา

แต่อย่างไรก็ตาม การตรวจหาพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ตามคำสั่งศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 128/1 ยังคงต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้นก่อน แต่หากบุคคลนั้นไม่ยินยอม กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่คู่ความฝ่ายตรงข้ามกล่าวอ้าง

ระดับมาตรฐานความระมัดระวังทางการแพทย์ในระดับใดที่หากปฏิบัติต่ำกว่าระดับมาตรฐานความระมัดระวังแล้วและก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายผู้ป่วย แพทย์จะมีความรับผิดชอบทางอาญาฐานกระทำโดยประมาท ปัญหาการฟ้องแพทย์เป็นคดีอาญานั้น เป็นเรื่องการสูญเสียชีวิตหรือสภาพร่างกายและจิตใจโดยมีสาเหตุมาจากหลายปัจจัยซึ่งอาจหลีกเลี่ยงได้ หากแพทย์ใช้ความระมัดระวังและความรอบคอบอย่างเหมาะสมเพียงพอ ดังนั้น การจะพิจารณาได้ว่า แพทย์ปฏิบัติการรักษาด้วยความประมาทและเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น จึงต้องพิจารณาระดับของความระมัดระวังเป็นสำคัญ โดยจะต้องพิจารณาให้ทราบถึงมาตรฐานความระมัดระวัง กรณีการกระทำผิดโดยประมาทในทางอาญาของแพทย์ว่ามีระดับมาตรฐานความระมัดระวังมากน้อยเพียงใด เพื่อวินิจฉัยว่าการกระทำโดยประมาทดังกล่าวเป็นความผิดอาญาหรือไม่หรือเป็นภาวะแทรกซ้อนทางการแพทย์ที่ไม่สามารถป้องกันได้ แม้แพทย์จะได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเต็มที่แล้วก็ตาม³⁰

2.8 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ความหมายของวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

วิชาชีพเวชกรรม ตาม พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“วิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรค หรือเพื่อระงับความรู้สึกและหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกายเพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย

“โรค” หมายความว่า ความเจ็บป่วย การบาดเจ็บ ความผิดปกติของร่างกายหรือจิตใจ และหมายความรวมถึงอาการที่เกิดจากภาวะดังกล่าวด้วย

“ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า บุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา

ความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มีขึ้นเพื่อควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของแพทย์ให้อยู่ในกรอบของกฎหมายและจรรยาบรรณโดยมีองค์กร “แพทยสภา” ทำหน้าที่ดูแล

³⁰ ชวนันท์ กนกวิจิตรศิลป์, ‘มาตรฐานความระมัดระวัง กรณีการกระทำผิดโดยประมาทในทางอาญาของแพทย์’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558).

เรื่องใบอนุญาตการประกอบวิชาชีพ องค์การแพทยสภามีฐานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลไม่ได้เป็นส่วนราชการ
ใด แต่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข

สำหรับวิชาชีพเวชกรรมนั้น กำหนดให้ครอบคลุมการประกอบวิชาชีพของแพทย์ในทุกสาขาและ
ทุกกิจกรรม ได้แก่

- (1) การตรวจโรค
- (2) การวินิจฉัยโรค
- (3) การบำบัดโรค
- (4) การป้องกันโรค
- (5) การผดุงครรภ์
- (6) การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส
- (7) การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก
- (8) การคุมกำเนิด โดยมีการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุ

ใดๆ เข้าไปในร่างกาย

- (9) การเสริมสวย โดยมีการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุ

ใดๆ เข้าไปในร่างกาย

- (10) การบำรุงร่างกาย โดยมีการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอด

ใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกาย

แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการกระทำต่อสัตว์ และการประกอบวิชาชีพของสัตวแพทย์

ดังจะเห็นได้ว่า วิชาชีพทางการแพทย์เป็นศาสตร์ที่มีความเฉพาะซึ่งประชาชนทั่วไป

อาจจะรู้และตรวจสอบได้โดยสามัญสำนึกหรืออาศัยความรู้ทั่วไป การประกอบวิชาชีพของแพทย์
จึงต้องผูกติดอยู่กับจริยธรรมเป็นสำคัญ เพราะลักษณะงานเป็นการใช้ความรู้ที่มีอำนาจเหนือบุคคลอื่น ด้วย
เหตุนี้ บทบาทขององค์กรวิชาชีพจึงมีบทบาทโดยตรงในการควบคุมมากกว่าการคุ้มครองส่งเสริมรักษา
ประโยชน์ของผู้ประกอบวิชาชีพและบทบาทเช่นนี้ถือเป็นหลักสากลที่ปฏิบัติกันอยู่ในทุกประเทศ

2.9 ความหมายของทฤษฎีเวชปฏิบัติ (medical malpractice)

เริงฤดี ปธานวนิช (2560, หน้า 3)³¹ ได้ให้ความหมายไว้ว่า ทฤษฎีเวชปฏิบัติ หมายถึง การกระทำหรือ
การงดเว้นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยและรักษาผู้ป่วยที่ผิดไปจาก
มาตรฐานแห่งวิชาชีพ และก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ป่วย

ซึ่งการฟ้องร้องคดีทางการแพทย์หรือทฤษฎีเวชปฏิบัติในประเทศไทย ศาลจะใช้หลักการของกฎหมาย
แพ่ง หรืออาญาเป็นหลักในการพิจารณาตัดสินหากเกิดความเสียหายขึ้น แต่เนื่องจากทฤษฎีเวชปฏิบัติมีความแตกต่าง

³¹ เริงฤดี ปธานวนิช, 'องค์ประกอบของทฤษฎีเวชปฏิบัติ' (พฤษภาคม - สิงหาคม 2560) 2 วารสารกฎหมายสุขภาพ
และสาธารณสุข.

จากคดีอื่น เนื่องจากมีปัจจัยร่วมหลายอย่างเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ความสัมพันธ์และหน้าที่ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย พยาธิสภาพของโรค และมาตรฐานแห่งการประกอบวิชาชีพ ต่างจากการพิจารณาคดีทุรเวชปฏิบัติในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลในสหรัฐอเมริกาได้วางหลักการไว้ในกรณีการพิจารณาความรับผิดทางการแพทย์ไว้ว่า คดีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ ต้องพิสูจน์ให้เห็นใน 4 องค์ประกอบ (McIntyre v. Smith, 2000)³² ได้แก่

- (1) Duty คือ หน้าที่ที่ผู้ประกอบวิชาชีพอื่นจะต้องทำการรักษาผู้ป่วยด้วยมาตรฐานวิชาชีพ
- (2) A breach of the standard of care คือ การประกอบวิชาชีพที่ผิดไปจากมาตรฐานแห่งวิชาชีพ
- (3) An injury คือ มีความเสียหายเกิดขึ้นกับผู้ป่วยที่ได้รับการรักษา
- (4) A causal connection between the breach of care and the injury คือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นผลโดยตรงจากการประกอบวิชาชีพที่ผิดไปจากมาตรฐานแห่งวิชาชีพนั้น

³² McIntyre v. Smith, 24 S.W. 3d 911 (Tex. App. 2000).

บทที่ 3

กฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของ ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทยและต่างประเทศ

ในบทนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายกฎหมายเกณฑ์ทางกฎหมายของไทยและต่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

3.1 ความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทย

กรณีที่แพทย์ดำเนินการรักษาพยาบาล หากว่าแพทย์ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย (Informed Consent) หรือแพทย์ได้ดำเนินการนอกเหนือขอบเขตของการให้ความยินยอม แพทย์อาจจะมี ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตราต่างๆ เช่น

3.1.1 ความรับผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา เช่น การถอดเครื่องช่วยหายใจโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย ปัจจุบันประเทศไทยมีการยอมรับการแสดงเจตนาเพื่อการตายในวาระสุดท้ายของตน เป็นข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งได้กระทำตามเจตนาของผู้ป่วยในการทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์รับการรักษาหรือปฏิเสธการรักษา ซึ่งปรากฏอยู่ใน พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 12 ที่บัญญัติว่า

“บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้

การดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้วมิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดทั้งปวง”

3.1.2 ความรับผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น การรักษาพยาบาลเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอื่น หากแพทย์ตรวจร่างกายหรือทำการผ่าตัดรักษาผู้ป่วย โดยผู้ป่วยยังไม่ได้ให้ความยินยอมย่อมเป็นการทำร้ายร่างกายผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 เป็นเรื่องการทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น หรือมาตรา 297 หากการกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษหนักขึ้น ส่วนในมาตรา 391 เป็นเรื่องทำร้ายผู้อื่นไม่ถึงกับเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้ผู้นั้นถึงแก่ความตายก็เป็นความผิด ตามมาตรา 290

พิจารณาตามทฤษฎีเงื่อนไข ที่กำหนดว่า ถ้าไม่มีการกระทำผลไม่เกิด ถือว่าผลเกิดจากการกระทำนั้น หากไม่มีการกระทำนั้นผลก็ยังเกิด ถือว่าผลเกิดจากการกระทำนั้นไม่ได้ โดยการกระทำต้องครบทั้งองค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายในของความผิดฐานนั้นๆ

3.1.3 กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291

เป็นปัญหาที่เกิดคดีฟ้องร้องส่วนใหญ่ จากการกระทำโดยประมาท หรือการรักษาไม่เป็นไปตามมาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม แต่ความรับผิดชอบฐานกระทำโดยประมาททางอาญามีน้อยกว่าคดีที่ฟ้องการกระทำของแพทย์ทางแพ่งมาก ซึ่งพิจารณาความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 เหมือนความรับผิดทางอาญาในคดีทั่วไป

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำความโดย ประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดย แจ่มชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือ ย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดจะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือ ย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

กระทำโดยประมาท ได้แก่ กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคล ในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัย และพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

การกระทำให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกัน ผลนั้นด้วย”

ดังจะเห็นได้ว่าการกระทำโดยประมาทเป็นการกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ พิจารณาจาก ภาวะเช่นนั้น คือ การกระทำนั้น พิจารณาตาม วิสัย คือ สภาพภายในตัวผู้กระทำ เช่น อายุ เพศ ประสบการณ์ในอาชีพ และ พฤติการณ์ คือ เหตุภายนอกตัวผู้กระทำ และ ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 กรณีกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย หรือ มาตรา 300 กรณีกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส หรือ มาตรา 390 กรณีกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษ

3.1.4 ตัวอย่างการพิจารณาคดีเกี่ยวกับมาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของประเทศไทย

ตัวอย่างการพิจารณาคดีเกี่ยวกับมาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานการณ์นั้น ภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดทางภาวะวิสัยและพฤติการณ์ที่มีอยู่ตามข้อบังคับของแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549

(1) ตัวอย่างคดีอาญาที่มีการฟ้องการกระทำของแพทย์ทางแพ่ง

ตามข้อบังคับของแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 หมวด 4 การประกอบวิชาชีพเวชกรรมกล่าวว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานการณ์นั้นภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดทางภาวะวิสัยและพฤติการณ์ที่มีอยู่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6906/2554 เหตุละเมิดคดีนี้เกิดจากวิธีการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาดของฝ่ายจำเลย ทำให้ผู้ตายถึงแก่ความตายจากการรักษาพยาบาลไม่ครบถ้วนตามหลักวิชาชีพเวชกรรม อันถือได้ว่าเป็นการตายในทันทีจากการทำละเมิด ไม่เข้ากรณีที่มีผู้ตายในทันที จึงไม่มีค่ารักษาพยาบาลผู้ตายภายหลังจากผู้ตายถูกทำละเมิดจนถึงเวลาที่ผู้ตายถึงแก่ความตาย อันจะเรียกเป็นค่าสินไหมทดแทนจากการทำละเมิดได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 443 วรรคสอง ส่วนเงินค่ารักษาพยาบาลที่โจทก์ชำระให้แก่จำเลยที่ 1 นั้น เป็นค่าสินจ้างจากสัญญาจ้างทำของที่โจทก์จ้างให้จำเลยที่ 1 รักษาพยาบาลผู้ตายตามปกติ มิใช่ค่ารักษาพยาบาลที่ได้จ่ายไปภายหลังจากการทำละเมิดจนถึงเวลาที่ผู้ตายถึงแก่ความตาย โจทก์จึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกให้จำเลยที่ 1 ถึงที่ 3 ชดใช้คืนในฐานะเป็นค่าสินไหมทดแทนจากการทำละเมิด

คณะกรรมการแพทยสภาได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นมาสอบสวนเกี่ยวกับมาตรฐานประกอบวิชาชีพของจำเลยที่ 2 และที่ 3 ต่อมาคณะกรรมการดังกล่าวมีความเห็นว่า จำเลยที่ 2 และที่ 3 ยังไม่อาจวินิจฉัยสมมติฐานของโรคที่เป็นสาเหตุของความเจ็บป่วยของผู้ตายได้ การซักประวัติ การตรวจร่างกายขาดความสมบูรณ์ครบถ้วน การสังเกตและการแปลผลการตรวจยังไม่เป็นไปอย่างถูกต้องตามหลักวิชาการ การสั่งการรักษาเป็นไปตามอาการ การประกอบวิชาชีพเวชกรรมของจำเลยที่ 2 และที่ 3 จึงถือได้ว่ายังไม่ได้มาตรฐานอันเป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับของแพทยสภา คณะกรรมการแพทยสภาโดยเสียงส่วนใหญ่ลงมติให้ลงโทษว่ากล่าวตักเตือนจำเลยที่ 2 และที่ 3 รายละเอียดปรากฏตามสำเนาบ้นที่กรายงานการประชุมคณะกรรมการแพทยสภา ครั้งที่ 4/2547 ลงวันที่ 8 เมษายน 2547 สาเหตุที่ผู้ตายถึงแก่ความตายเนื่องจากจำเลยที่ 2 และที่ 3 ซึ่งเป็นแพทย์ประจำโรงพยาบาลของจำเลยที่ 1 ใช้วิธีการรักษาไม่ครบถ้วนตามหลักวิชาชีพเวชกรรม อันเป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับของแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2526 หมวด 3 ข้อ 1 เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย จำเลยที่ 2 และที่ 3 จึงต้องร่วมกันรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420, 443 วรรคหนึ่งและวรรคสาม ส่วนจำเลยที่ 1 เป็นนายจ้างของจำเลยที่ 2 และที่ 3 จึงต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 2 และที่ 3 ในผลแห่งการนั้นด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 คดีสำหรับจำเลยที่ 4 นั้น ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง โจทก์มิได้อุทธรณ์จึงเป็นอันยุติไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7452/2541 จำเลยซึ่งเป็นแพทย์ได้แจ้งโจทก์ว่ามีเด็กตายในท้องโจทก์ โจทก์จึงยินยอมให้จำเลยทำการขูดมดลูกและทำแท้งให้ แต่การที่จำเลยใช้เครื่องมือแพทย์เข้าไปขูดมดลูกของโจทก์ทำให้มดลูกทะลุ ทั้งที่มดลูกของโจทก์มีลักษณะเป็นปกติ มิได้มีลักษณะบางอย่างใด และทำให้ลำไส้เล็กทะลักออกมาทางช่องคลอดยาว 5 เมตร เนื่องจากเครื่องมือแพทย์ที่ใส่เข้าไปในช่องคลอดได้เกี่ยวเอาลำไส้ดึงออกมานั่นเอง จำเลยจึงไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติวิสัยของผู้มีความรู้ความสามารถในการประกอบวิชาชีพแพทย์ นับเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลยซึ่งต่อมาแพทย์คนอื่นที่ตรวจโจทก์ในภายหลังเห็นว่า หากนำลำไส้ของโจทก์ใส่เข้าไปในร่างกายอีกอาจมีการติดเชื้อในช่องท้อง จึงได้ทำการตัดลำไส้ที่ทะลักออกมาทิ้งไป จำเลยจึงต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อโจทก์

คดีนี้แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติวิสัยของผู้มีความรู้ความสามารถในการประกอบวิชาชีพแพทย์จนเกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วย

(2) ตัวอย่างคดีอาญาฟ้องการกระทำของแพทย์ทางอาญา

คำพิพากษาฎีกาที่ 6092/2552 แพทย์มิได้ตรวจดูอาการของโจทก์ตั้งแต่แรกเข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลพนมสารคามด้วยตนเอง แต่วินิจฉัยโรคและสั่งการรักษาอาการของโจทก์ตามที่ได้รับรายงานทางโทรศัพท์จากพยาบาลแทนโดยไม่ได้ตรวจสอบประวัติการรักษาของโจทก์ด้วยตนเอง แม้แพทย์จะสอบถามจากพยาบาลก่อนที่พยาบาลจะฉีดยาให้แก่โจทก์เพื่อทำการรักษาก็ตาม ก็มีเชื้อสายของบุคคลผู้มีวิชาชีพเป็นแพทย์จะพึงกระทำไม่ ทั้งห้องแพทย์เวรกับห้องฉุกเฉินที่โจทก์อยู่ห่างกันเพียง 20 เมตร ไม่ปรากฏว่ามีเหตุสุดวิสัยอันทำให้แพทย์ไม่สามารถมาตรวจวินิจฉัยอาการของโจทก์ได้ด้วยตนเองแต่อย่างใด ถือได้ว่าแพทย์ประมาทเลินเล่อ เมื่อพยาบาลฉีดยาบริคานิลให้แก่โจทก์ตามที่แพทย์สั่งการ หลังจากนั้นโจทก์มีอาการแพ้ยาอย่างรุนแรง โดยไม่ปรากฏว่าโจทก์มีอาการเช่นนั้นมาก่อน อาการแพ้ยาดังกล่าวจึงเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย อันเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์

ความยินยอมของโจทก์ที่ให้แพทย์ทำการรักษา หากการรักษานั้นไม่ได้เป็นไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพแพทย์ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายโจทก์ ซึ่งเป็นผลโดยตรงจากความประมาทเลินเล่อของแพทย์อันเป็นการกระทำละเมิด แพทย์ก็ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ โจทก์จึงฟ้องจำเลยที่ 1 อันเป็นหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบโจทก์ในผลแห่งละเมิดที่แพทย์ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ได้

ค่าทนายทนายธรรมานระหว่างเจ็บป่วย ค่าเสียสมรรถภาพในการมองเห็นและค่าสูญเสียความสวยงาม ถือเป็นความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน ซึ่งโจทก์จึงมีสิทธิเรียกได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าโจทก์ประกอบอาชีพด้วยหรือไม่

จะเห็นได้ว่าแพทย์ที่มีความรู้ความชำนาญพิเศษ หรือเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เช่น เชี่ยวชาญในการผ่าตัด เชี่ยวชาญในการทำคลอด(สูตินรีแพทย์) ก็ย่อมเป็นแพทย์ที่ได้รับการยอมรับและคาดหวังจากบุคคลทั่วไปสูงกว่าระดับแพทย์ทั่วไป มีหน้าที่ที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าได้ใช้ความระมัดระวังอย่างดีที่สุดแล้ว

หากผู้ป่วยมีอาการเจ็บป่วยจะต้องรักษาโดยแพทย์ที่มีความรู้ความชำนาญเฉพาะด้านและสามารถรักษาโดยแพทย์ที่มีความชำนาญได้ หากแพทย์ทั่วไปทำการรักษาก็ต้องใช้ระดับความระมัดระวังสูงกว่าการรักษาทั่วไป นอกจากนี้ในการรักษาหากมีปัญหาจะต้องปรึกษาแพทย์เฉพาะทางด้วย หากแพทย์ทั่วไปทำการรักษาโดยไม่ได้ปรึกษากับแพทย์เฉพาะทางหรือส่งต่อให้แพทย์เฉพาะทางทำการรักษา พฤติการณ์อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยประมาท

จากนิยามการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คือ การกระทำที่บุคคลในภาวะเช่นนี้ ต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ซึ่งผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่ผู้กระทำได้กระทำเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานของบุคคลในภาวะเช่นนั้นเป็นอย่างมาก หากใช้ความระมัดระวังสักเล็กน้อยต้องคาดเห็นได้ว่าความเสียหายอาจเกิดขึ้น³³ ดังจะเห็นได้ว่า การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของแพทย์ เป็นการก

³³ สนิท สนั่นศิลป์ (เชิงอรรถ 6).

กระทำที่บุคคลในภาวะ สถานการณ์ที่แพทย์ผู้นั้นเผชิญอยู่ในขณะนั้น ต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ซึ่งแพทย์อาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่แพทย์ผู้กระทำการรักษาผู้ป่วยได้กระทำการรักษาที่เบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานของแพทย์ในภาวะเช่นนั้นเป็นอย่างมาก หากแพทย์ใช้ความระมัดระวังสักเล็กน้อยต้องคาดเห็นได้ว่า ความเสียหายอาจเกิดขึ้นต่อผู้ป่วยได้

ตัวอย่างการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เช่น

กรณีตามแพทย์แล้วแต่แพทย์ไม่มารักษาคนไข้ คำพิพากษาฎีกาที่ 6092/2552 การตรวจร่างกายของผู้ป่วยถือเป็นขั้นตอนสำคัญในการที่แพทย์จะวินิจฉัยโรคว่าผู้ป่วยเป็นโรคอะไร พยาธิสภาพอยู่ที่ไหนและอยู่ในระยะใดเพื่อจะนำไปสู่การรักษาได้ถูกต้อง ในขั้นตอนนี้แพทย์จักต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์มิให้เกิดความผิดพลาดขึ้นได้ เพราะอาจนำมาซึ่งอันตรายที่จะเกิดแก่ร่างกายหรือชีวิตของผู้ป่วยในขั้นตอนการรักษาที่ต่อเนื่องกัน การที่จำเลยที่ 3 มิได้ตรวจดูอาการของโจทก์ตั้งแต่แรกเข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลพนมสราคารามด้วยตนเอง แต่วินิจฉัยโรคและสั่งการรักษาอาการของโจทก์ตามที่ได้รับรายงานทางโทรศัพท์จากพยาบาลแทนโดยไม่ได้ตรวจสอบประวัติการรักษาของโจทก์ด้วยตนเอง แม้จำเลยที่ 3 จะสอบถามอาการและประวัติการรักษาของโจทก์จากพยาบาลก่อนที่พยาบาลจะฉีดยาให้แก่โจทก์เพื่อทำการรักษา ก็มีวิสัยของบุคคลผู้มีวิชาชีพเป็นแพทย์จะพึงกระทำ ทั้งห้องแพทย์เวรกับห้องฉุกเฉินที่โจทก์อยู่ห่างกันเพียง 20 เมตร และไม่มีเหตุสุดวิสัยอันทำให้จำเลยที่ 3 ไม่สามารถมาตรวจวินิจฉัยอาการของโจทก์ได้ด้วยตนเอง ถือได้ว่าจำเลยที่ 3 ประมาทเลินเล่อ เมื่อพยาบาลได้ฉีดยาบริคานิลให้แก่โจทก์ตามที่จำเลยที่ 3 สั่งการหลังจากนั้นโจทก์มีอาการแพ้ยาอย่างรุนแรงโดยโจทก์ไม่มีอาการเช่นว่านั้นมาก่อน จึงเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลยที่ 3 ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย อันเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ ความยินยอมของโจทก์ที่ให้จำเลยที่ 3 ทำการรักษาแม้จะเป็นการแสดงออกให้จำเลยที่ 3 กระทำต่อร่างกายของโจทก์เพื่อการรักษาได้ แต่หากการรักษานั้นไม่ได้เป็นไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพแพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายของโจทก์ ซึ่งเป็นผลโดยตรงจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยที่ 3 อันเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ จำเลยที่ 3 ก็ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ โจทก์จึงฟ้องจำเลยที่ 1 อันเป็นหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบโจทก์ในผลแห่งละเมิดที่จำเลยที่ 3 ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ได้ หรือ ตัวอย่างแพทย์ละทิ้งหน้าที่ระหว่างผ่าตัดไปทำคลอด แพทย์ทำหมันโดยไม่บอกคนไข้ แพทย์ผ่ามดลูก แต่พบทารก แพทย์ผ่าตัดลิ้นมกรรไกร ลิ้นผ้า gauze ในท้องคนไข้ เป็นต้น

(3) ตัวอย่างกรณีที่แพทย์ไม่ต้องรับผิด

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่แพทย์ได้ปฏิบัติตามมาตรฐานทางการแพทย์แล้ว แม้ความเสียหายจะเกิด แพทย์ก็ไม่ต้องรับผิด

คำพิพากษาฎีกาที่ 5018/2550 จำเลยที่ 3 เป็นแพทย์ประจำโรงพยาบาล ส. และเป็นเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของจำเลยที่ 1 และที่ 2 โจทก์ที่ 1 มีอาการเจ็บครรภ์ได้เข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาล ส. มีจำเลยที่ 3 เป็นแพทย์ผู้ตรวจรักษาโดยวิธีผ่าตัดทำคลอดแต่ทารกในครรภ์ได้ถึงแก่ความตาย จำเลยที่ 3 ได้ใช้ความระมัดระวังในการตรวจรักษาโจทก์ที่ 1 ตามความรู้ความสามารถในการประกอบวิชาชีพแพทย์แล้ว การก

กระทำของจำเลยที่ 3 จึงไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์ทั้งสอง จำเลยที่ 1 และที่ 2 ในฐานะหน่วยงานของรัฐที่จำเลยที่ 3 สังกัด จึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ทั้งสอง

(4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล (Proximate Cause)

การที่แพทย์จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น นอกจากแพทย์จะต้องมีหน้าที่ต่อผู้ป่วยแล้ว แพทย์ต้องมีการกระทำหรืองดเว้นกระทำการในหน้าที่ดังกล่าว อันเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์คนนั้น จึงถือได้ว่าการกระทำของแพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วย เช่น แพทย์ไม่ได้แจ้งให้พยาบาลดำเนินการติดตามอาการผู้ป่วยภายหลังการผ่าตัด ถือว่าแพทย์งดเว้นการปฏิบัติหน้าที่ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อผู้ป่วย แพทย์ย่อมต้องรับผิดชอบ

คำพิพากษาฎีกาที่ 292/2542 จำเลยที่ 2 เป็นแพทย์ผู้ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบโรคศิลปะสาขาแพทย์และเป็นผู้ชำนาญการพิเศษ ในแขนงสาขาวิชาศัลยศาสตร์ตกแต่งจากประเทศญี่ปุ่น จำเลยที่ 2 ทำการผ่าตัดหน้าอกโจทก์ที่มีขนาดใหญ่ให้มีขนาดเล็กลงที่โรงพยาบาลจำเลยที่ 1 หลังผ่าตัดแล้วจำเลยที่ 2 นัดให้โจทก์ไปทำการผ่าตัดแก้ไขที่คลินิกจำเลยที่ 2 อีก 3 ครั้ง แต่อาการไม่ดีขึ้น โจทก์จึงให้แพทย์อื่นทำการรักษาต่อ แม้ตัวโจทก์และนายแพทย์ ด. ผู้ทำการรักษาโจทก์ต่อจากจำเลยที่ 2 จะไม่สามารถ นำสืบให้เห็นว่า จำเลยที่ 2 ประมาทเลินเล่อในการผ่าตัด และรักษาพยาบาลโจทก์อย่างไร แต่เมื่อจำเลยที่ 2 เป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านศัลยกรรมด้านเลเซอร์ ผ่าตัด จำเลยที่ 2 จึงมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและ พุทธิการณ์เป็นพิเศษ การที่ นายแพทย์ ด. ต้องทำการผ่าตัดแก้ไขอีก 3 ครั้ง แสดงว่าจำเลยที่ 2 ผ่าตัดมา มีข้อบกพร่องจึงต้องแก้ไขและแสดงว่าจำเลยที่ 2 ไม่ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัด และไม่แจ้งให้ผู้ป่วยทราบ ถึงขั้นตอนการรักษาระยะเวลา และกรรมวิธีในการดำเนินการรักษา จนเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย นับว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลยที่ 2 ถือได้ว่าจำเลยที่ 2 กระทำละเมิดต่อโจทก์ พุทธิการณ์ที่โจทก์ติดต่อรักษากับจำเลยที่ 2 ที่คลินิกและตกลงให้โจทก์เข้าผ่าตัดในโรงพยาบาลจำเลยที่ 1 โจทก์จ่ายเงินให้จำเลยที่ 2 จำนวน 70,000 บาทให้จำเลยที่ 1 จำนวน 30,000 บาท ยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยที่ 1 เป็นนายจ้างหรือตัวการที่ต้องร่วมรับผิดชอบ ในส่วนของค่าเสียหายนอกจากส่วนที่มีใบเสร็จแม้โจทก์จะมีอาการเครียด อยู่ก่อนได้รับการผ่าตัดจากจำเลยที่ 2 แต่เมื่อหลังผ่าตัดอาการมากขึ้นกว่าเดิมความเครียด ของโจทก์จึงเป็นผลโดยตรงมาจากการผ่าตัดจำเลยที่ 2 ต้องรับผิดชอบ และแม้ไม่มีใบเสร็จมาแสดงว่าได้เสียเงินไปเป็นจำนวนเท่าใดแน่นอน แต่น่าเชื่อว่าโจทก์ต้องรักษาจริง ศาลเห็นสมควรกำหนดค่าใช้จ่ายส่วนนี้ให้ สำหรับค่าเสียหายอื่นนั้นเมื่อปรากฏว่าหลังจากแพทย์โรงพยาบาลอื่นได้รักษาโจทก์อยู่ในสภาพปกติแล้ว โจทก์จึง ไม่อาจเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย อื่นอันมิใช่ตัวเงินนั้นอีก

คดีนี้ศาลฎีกาก็นำจะนำหลัก Res Ipsa Loquitur ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงมาใช้ในการ ผลักภาระการพิสูจน์ไปให้จำเลยที่จะต้องมีการพิสูจน์ว่า จำเลยที่ 2 ไม่ได้ประมาทเลินเล่อในการผ่าตัดรักษาโจทก์ เมื่อจำเลยที่ 2 ต้องผ่าตัดโจทก์เพื่อแก้ไขข้อผิดพลาดถึง 3 ครั้ง และจำเลยไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์หักล้างให้เห็นว่า การที่ต้องผ่าตัดแก้ไขถึง 3 ครั้งนั้นไม่ได้เป็นเพราะจำเลยที่ 2

ประมาทเลินเล่อในการผ่าตัดรักษา โดยจำเลยที่ 2 ได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านศัลยกรรมด้านเลเซอร์ผ่าตัดแล้ว จึงต้องถือว่าจำเลยที่ 2 ประมาทเลินเล่อ จำเลยที่ 2 จึงต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายแก้อาการของโจทก์ ถึงแม้ว่าโจทก์จะไม่สามารถนำพยานมาสืบพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยที่ 2 ประมาทเลินเล่อในการผ่าตัดและรักษาพยาบาลโจทก์

หากผลที่เกิดขึ้นมิได้มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล ผลที่เกิดขึ้นนั้นอาจเกิดจากเหตุแทรกซ้อน หรือเกิดจากสภาพร่างกายของผู้ป่วยนั่นเอง แพทย์จึงไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะความเสียหายนั้นมิได้เกิดจากการกระทำของแพทย์

คำพิพากษาฎีกาที่ 5637/2533 โจทก์ขณะเป็นหญิงมีครรภ์ได้ไปปรึกษาแพทย์ที่โรงพยาบาลจำเลยที่ 1 เพื่อขอคำแนะนำในการป้องกันการติดเชื้อหัดเยอรมัน จำเลยที่ 2 แพทย์ผู้ตรวจจึงได้ฉีดวัคซีน เอ็ม.เอ็ม.อาร์. ให้โจทก์ ต่อมาโจทก์ทราบว่าวัคซีนดังกล่าวห้ามใช้กับหญิงมีครรภ์ โจทก์ไปขอคำปรึกษาจากแพทย์อีก แพทย์แจ้งว่าวัคซีนที่ฉีดให้โจทก์ไม่เป็นอันตรายต่อทารกในครรภ์ แต่โจทก์ยืนยันจะทำแท้ง แพทย์เห็นว่าโจทก์มีสุขภาพจิตแย่มากจึงยอมทำแท้งให้ ดังนี้ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าโจทก์ทำแท้งเพราะกลัวไปเองว่าทารกในครรภ์จะคลอดออกมาพิการมิใช่เพราะวัคซีน เอ็ม.เอ็ม.อาร์. ที่จำเลยที่ 2 ฉีด ให้โจทก์ทำแท้งทารกในครรภ์ของโจทก์พิการ การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงไม่เป็นละเมิดต่อโจทก์

สำหรับแพทย์ที่ดำเนินการรักษาพยาบาลเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 บัญญัติให้ฟ้องหน่วยงานของรัฐ และเมื่อหน่วยงานของรัฐใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้ว จะไล่เบี้ยจากเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต่อเมื่อได้กระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ดังนั้นหากแพทย์หรือบุคลากรที่เกี่ยวข้องได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อธรรมดา แพทย์หรือบุคลากรที่เกี่ยวข้องนั้นก็ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว

(5) ความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541

พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ.2541 มาตรา 36 บัญญัติว่า “ผู้รับอนุญาตและผู้ดำเนินการของสถานพยาบาลต้องควบคุมและดูแลให้มีการช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้ป่วย ซึ่งอยู่ในสภาพอันตรายและจำเป็นต้องได้รับการรักษาพยาบาลโดยฉุกเฉิน เพื่อให้ผู้ป่วยพ้นจากอันตรายตามมาตรฐานวิชาชีพและตามประเภทของสถานพยาบาลนั้น ๆ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าหน้าที่ผู้ได้รับใบอนุญาตดำเนินการสถานพยาบาล มีหน้าที่รักษาผู้ป่วย และดูแลช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้ป่วยฉุกเฉิน ซึ่งอยู่ในสภาพอันตรายและจำเป็นต้องได้รับการรักษาพยาบาลโดยฉุกเฉิน ไม่มีสิทธิปฏิเสธไม่รับรักษาผู้ป่วยฉุกเฉิน เพื่อให้ผู้ป่วยพ้นจากอันตรายตามมาตรฐานวิชาชีพและตามประเภทของสถานพยาบาลนั้น ๆ เช่นเดียวกับหน้าที่ของผู้ได้รับใบประกอบวิชาชีพ ต่อผู้ป่วยฉุกเฉิน ที่ไม่มีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่รักษาโดยจริยธรรมทางการแพทย์ เพราะผู้ประกอบวิชาชีพมีหน้าที่ที่ต้องทำการรักษา การนิ่งเป็นการกระทำโดยละเว้นงงดเว้น ก็ต้องรับผิดทางอาญา ถือเป็นกรกระทำโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย

หน้าที่ของแพทย์ ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม และ ตามข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม ข้อ 28 กำหนดว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่ปฏิเสธการช่วยเหลือ

ผู้ที่อยู่ในระยะอันตรายจากการเจ็บป่วยเมื่อได้รับคำขอร้อง และตนอยู่ในฐานะที่จะช่วยได้ เว้นแต่ผู้ป่วยไม่อยู่ในสภาวะฉุกเฉินอันจำเป็นเร่งด่วนและเป็นอันตรายต่อชีวิตโดยต้องให้คำแนะนำที่เหมาะสม

เมื่อให้การช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้ป่วยตามวรรคหนึ่งแล้ว ถ้ามีความจำเป็นต้องส่งต่อ หรือผู้ป่วยมีความประสงค์จะไปรับการรักษาพยาบาลที่สถานพยาบาลอื่น ผู้รับอนุญาตและผู้ดำเนินการต้องจัดการให้มีการจัดส่งต่อไปยังสถานพยาบาลอื่นตามความเหมาะสม”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบการสถานพยาบาลต้องควบคุมดูแลให้มีการช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้ป่วยซึ่งอยู่ในสภาพอันตรายและจำเป็นต้องได้รับการรักษาฉุกเฉินเพื่อให้ผู้ป่วยพ้นจากอันตรายตามมาตรฐานวิชาชีพและประเภทของสถานพยาบาลนั้นๆ เมื่อผู้ประกอบการสถานพยาบาลฝ่าฝืนการปฏิบัติตามมาตรา 36 ผู้ประกอบการสถานพยาบาลย่อมมีความผิดทางอาญา โดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

คำพิพากษาฎีกาที่ 11332/2555 จำเลยเป็นผู้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาล บุตรของโจทก์ได้รับบาดเจ็บจากอุบัติเหตุรถจักรยานยนต์ที่นั่งซ้อนท้ายชนแผงเหล็กกั้นทางโค้งปากทางเข้าหมู่บ้านเมืองเอก และผู้ขับขี่ถึงแก่ความตายในที่เกิดเหตุ บุตรของโจทก์มีอาการเจ็บปวด มีภาวะการบอบช้ำของสมอง และโลหิตออกในสมอง จะต้องได้รับการรักษาอย่างทันท่วงที แม้ไม่ปรากฏบาดแผลร้ายแรงที่มองเห็นจากภายนอก แต่พยาบาลเวรซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยกลับให้ผู้ช่วยพยาบาลตรวจค้นหลักฐานในตัวบุตรของโจทก์ว่ามีบัตรประกันสังคม บัตรประกันสุขภาพ 30 บาท หรือบัตรประกันชีวิตหรือไม่ เมื่อไม่พบหลักฐานใด จึงสอบถามเจ้าหน้าที่อาสาสมัครมูลนิธิที่เป็นผู้นำส่งว่าใครจะรับผิดชอบค่าใช้จ่าย เมื่อไม่มีคำตอบ จึงปฏิเสธที่จะรับบุตรของโจทก์ไว้รักษา โดยแนะนำให้ไปรักษาที่โรงพยาบาลของรัฐ การที่พยาบาลเวรลูกจ้างของจำเลยปฏิเสธไม่รับบุตรของโจทก์เข้ารับการรักษาดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นผลโดยตรงที่ทำให้บุตรของโจทก์ถึงแก่ความตาย จำเลยซึ่งเป็นนายจ้าง เป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาล มีหน้าที่ต้องควบคุมดูแลให้มีการช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้ป่วย ซึ่งอยู่ในสภาพอันตรายและจำเป็นต้องได้รับการรักษาโดยฉุกเฉิน เพื่อให้ผู้ป่วยพ้นจากอันตรายตามมาตรฐานวิชาชีพตาม พ.ร.บ.สถานพยาบาล พ.ศ.2541 มาตรา 36 แต่กลับไม่ควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของลูกจ้างดังกล่าว จึงเป็นการละเมิดต่อโจทก์

3.1.5 ความรับผิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

บัญญัติขึ้นมาโดยมีเหตุผลของการประกาศใช้กฎหมาย “...การที่เจ้าหน้าที่ดำเนินการต่างๆ ของหน่วยงานของรัฐนั้นหาได้เป็นไปเพื่อประโยชน์อันเป็นการเฉพาะตัวไม่ การปล่อยให้ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ในกรณีที่ปฏิบัติงานในหน้าที่และเกิดความเสียหายแก่เอกชนเป็นไปตามหลักกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเป็นการไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดว่าเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบในการกระทำต่างๆ เป็นการเฉพาะตัวเสมอไป เมื่อการที่นำไปทำให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเพียงใดก็จะมีผลป้องกันได้เสียจากเจ้าหน้าที่เต็มจำนวนเท่านั้น ทั้งที่บางกรณีเกิดขึ้นโดยความไม่ตั้งใจหรือความผิดพลาดเพียงเล็กน้อยในการปฏิบัติหน้าที่ นอกจากนั้นยังมีการนำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมในระบบกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้อื่นด้วย ซึ่งระบบนั้นมุ่งหมายแต่จะได้

เงินครบโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมที่จะมีต่อแต่ละคน กรณีเป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่และยังเป็นการบั่นทอนกำลังขวัญในการทำงานของเจ้าหน้าที่ด้วยจนบางครั้งกลายเป็นปัญหาในการบริหาร เพราะเจ้าหน้าที่ไม่กล้าตัดสินใจดำเนินงานเท่าที่ควร เพราะเกรงความรับผิดชอบที่เกิดแก่ตน อนึ่ง การให้คุณให้โทษแก่เจ้าหน้าที่เพื่อควบคุมการทำงานของเจ้าหน้าที่ยังมีวิธีการในการบริหารงานบุคคลและการดำเนินการทางวินัยกำกับดูแล อีกส่วนหนึ่งอันเป็นหลักประกันมิให้เจ้าหน้าที่ทำการใดๆ โดยไม่รอบคอบอยู่แล้ว ดังนั้น จึงสมควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบละเมิดในการปฏิบัติงานในหน้าที่เฉพาะเมื่อเป็นการจงใจกระทำการเพื่อการเฉพาะตัวหรือจงใจให้เกิดความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และให้แบ่งแยกความรับผิดชอบของแต่ละคนมิให้นำหลักลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของรัฐ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

มาตรา 5 “หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้

ถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใดให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง”

มาตรา 8 “ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

สิทธิเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามวรรคหนึ่งจะมีได้เพียงใดให้คำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำและความเป็นธรรมในแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์โดยมิให้ใช้เต็มจำนวนของความเสียหายก็ได้

ถ้าการละเมิดเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวม ให้หักส่วนแห่งความรับผิดชอบดังกล่าวออกด้วย

ในกรณีที่การละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคน มิให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับและเจ้าหน้าที่แต่ละคนต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะส่วนของตนเท่านั้น”

มาตรา 9 “ถ้าหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย สิทธิที่จะเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนให้มีกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นแก่ผู้เสียหาย”

จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 เป็นกฎหมายที่ให้ผู้เสียหายเรียกค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานของรัฐได้โดยตรง เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ และให้หน่วยงานของรัฐซึ่งได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ ตามมาตรา 5

3.1.6 เหตุยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทย

(1) การรักษาพยาบาลนั้นได้ดำเนินการไม่ต่ำกว่ามาตรฐานทางการแพทย์ อันถือว่าแพทย์ได้กระทำโดยประมาทไม่ได้ แพทย์จึงไม่ต้องรับผิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9513/2551 การที่จำเลยที่ 1 ตรวจไม่พบครรภ์แฝดของโจทก์ที่ 1 อาจเนื่องมาจากมีเหตุเกิดจากระยะชัดของเครื่องตรวจและทารกแฝดเรียงตัวเป็นแนวตั้งทำให้มองไม่เห็นทารกที่อยู่ด้านล่าง ประกอบกับการตรวจรักษาครรภ์ของโจทก์ที่ 1 ก็ไม่มีข้อบ่งชี้ว่าจะเป็นครรภ์แฝด และการที่จำเลยที่ 1 ตัดสินใจผ่าท้องคลอดก็มีเหตุผล กับกรณีจะคลอดยากโดยไม่ได้ล่าช้า เพราะได้เริ่มทำในระยะเวลาที่เหมาะสม ไม่ได้ทอดทิ้งผู้ป่วยหรือไม่ได้เตรียมพร้อมในการดูแลรักษาผู้ป่วย แต่ได้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยถูกต้องตามมาตรฐานและคำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ป่วยแล้ว เป็นการที่จำเลยที่ 1 ให้การดูแลรักษาโจทก์ที่ 1 ตามวิสัยของแพทย์สูตินรีเวชแล้ว พยานหลักฐานที่โจทก์ทั้งสองนำเสนอไม่มีน้ำหนักให้ฟังได้ว่า จำเลยที่ 1 ขาดความระมัดระวังจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นตามฟ้อง จึงไม่เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในการตรวจครรภ์และผ่าท้องคลอดโจทก์ที่ 1 ที่จะเป็เหตุให้บุตรโจทก์ทั้งสองถึงแก่ความตาย 1 คน

หากว่าแพทย์ได้ดำเนินการตามข้อบังคับแนวปฏิบัติซึ่งได้รับการยอมรับในกลุ่มวิชาชีพแล้ว แม้ว่าจะมีการตัดสินใจผิดพลาด หรือแม้ว่าแพทย์ส่วนใหญ่จะเห็นว่าวิธีการในการรักษานั้นยังมีวิธีอื่นที่ดีกว่าวิธีการที่จำเลยนำมารักษาหรือแพทย์ที่มีประสบการณ์ความรู้ความชำนาญจะไม่เลือกวิธีการที่จำเลยรักษา ข้อเท็จจริงเพียงเท่านั้นยังไม่พอที่จะฟังว่าแพทย์กระทำโดยประมาท

(2) ผลที่เกิดขึ้นมิได้มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล โดยผลที่เกิดขึ้นนั้นอาจเกิดจากเหตุแทรกซ้อน หรือเกิดจากสภาพร่างกายของผู้ป่วยนั่นเอง แพทย์จึงไม่ต้องรับผิดชอบเพราะความเสียหายนั้นมิได้เกิดจากการกระทำของแพทย์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5637/2533 โจทก์ขณะเป็นหญิงมีครรภ์ได้ไปปรึกษาแพทย์ที่โรงพยาบาล จำเลยที่ 1 เพื่อขอคำแนะนำในการป้องกันการติดเชื้อหัดเยอรมัน จำเลยที่ 2 แพทย์ผู้ตรวจจึงได้ฉีดวัคซีน เอ็ม.เอ็ม.อาร์. ให้โจทก์ ต่อมาโจทก์ทราบว่าวัคซีนดังกล่าวห้ามใช้กับหญิงมีครรภ์ โจทก์ไปขอคำปรึกษาจากแพทย์อีก แพทย์แจ้งว่าวัคซีนที่ฉีดให้โจทก์ไม่เป็นอันตรายต่อทารกในครรภ์ แต่โจทก์ยืนยันจะทำแท้ง แพทย์เห็นว่าโจทก์มีสุขภาพจิตแย่มากจึงยอมทำแท้งให้ ดังนี้ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าโจทก์ทำแท้งเพราะกลัวไปเองว่าทารกในครรภ์จะคลอดออกมาพิการมิใช่เพราะวัคซีน เอ็ม.เอ็ม.อาร์. ที่จำเลยที่ 2 ฉีด ให้โจทก์ทำให้ทารกในครรภ์ของโจทก์พิการ การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงไม่เป็นละเมิดต่อโจทก์.

3.2 ความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในต่างประเทศ

3.2.1 ความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

(1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ความรับผิดของแพทย์ตามหลักกฎหมายอาญา ในระยะแรกศาลสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการฆ่าใดที่มีระดับต่ำกว่าการทำให้คนตายโดยไม่เจตนา รวมถึงการทำให้คนตายโดยประมาทด้วยไม่มีความรับผิดทางอาญารวมถึง ความรับผิดทางอาญาจากการรักษาของแพทย์ด้วย ต่อมาศาลสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนาสามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำโดยประมาทและมีความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างการกระทำโดยประมาทเลินเล่อทางแพ่งกับการกระทำโดยประมาททางอาญา ศาลสหรัฐอเมริกา

จึงต้องกำหนดให้มีบางสิ่งที่พิเศษขึ้นเพื่อใช้กับความประมาททางอาญามากกว่าประมาทเลินเล่อทางแพ่งดังต่อไปนี้³⁴

1. การกระทำของจำเลยจะต้องเป็นการเสี่ยงที่จะทำให้อื่นเกิดอันตรายหรือเกิดความเสียหายมากกว่ากระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ กล่าวคือ การกระทำโดยประมาททางอาญาจะต้องมีความประมาทในระดับที่สูงมากกว่าความประมาทเลินเล่อทางแพ่ง หรือ

2. การกระทำโดยประมาททางอาญา จำเลยจะต้องตระหนักรู้ถึงอันตรายที่เขาก่อขึ้นโดยรู้ตัว ซึ่งการตระหนักรู้ถึงอันตรายที่เขาก่อขึ้นโดยรู้ตัวนั้นไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในกรณีของความประมาทเลินเล่อทางแพ่ง กล่าวคือความประมาทเลินเล่อทางแพ่งเป็นความผิดในทางภาวะวิสัย ส่วนความประมาททางอาญาเป็นความผิดในทางอัตวิสัย หรือ

3. การกระทำโดยประมาททางอาญานั้นในบางกรณีอาจจำเป็นต้องมีทั้ง ก) การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่ออันตรายในระดับที่สูงมากกว่าที่กำหนดไว้สำหรับความประมาทเลินเล่อทางแพ่ง และ ข) การรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลยว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่ออันตรายเช่นนั้น

การกระทำทุรเวชปฏิบัติโดยประมาทของแพทย์ในสหรัฐอเมริกาจึงต้องพิจารณาไปตามการกระทำโดยประมาทในทางอาญาว่าเป็นการกระทำที่อยู่ต่ำกว่ามาตรฐานที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้อื่นให้พ้นต่อการเสี่ยงต่ออันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาไว้วางแนวบรรทัดฐานในการวินิจฉัยความรับผิดในคดีทุรเวชปฏิบัติทางอาญาของแพทย์ไว้ ดังนี้³⁵

1. แพทย์ไม่ต้องรับผิดทางอาญาในกรณีที่ผู้ป่วยได้เสียชีวิตลงอันเป็นผลเนื่องมาจากความผิดพลาดที่ไม่อาจคาดหมายได้ ซึ่งได้พิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบและสมเหตุสมผลแล้วในการเลือกและประยุกต์ใช้วิธีการรักษา

2. การกระทำโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ถ้าเกิดขึ้นจากความประมาท เกิดขึ้นซ้ำแล้วซ้ำเล่า โดยมีลักษณะเช่นเดียวกัน หรือเกิดจากการยึดถือความคิดเห็นของตนเองเป็นสำคัญโดยไม่พิจารณาให้รอบคอบ เช่นนี้แพทย์ย่อมต้องมีความผิด

3. สิ่งสำคัญในการวินิจฉัยว่า แพทย์มีความผิดฐานฆาตกรรมนั้น ข้อเท็จจริงต้องปรากฏว่าผู้ป่วยซึ่งอยู่ในฐานะผู้เสียหายในคดีทุรเวชปฏิบัตินั้นจะต้องมีชีวิตอยู่ในช่วงเวลาที่แพทย์ได้กระทำการรักษาที่เป็นทุรเวชปฏิบัติอันเป็นสาเหตุแห่งความตายนั้นด้วย

มาตรฐานความระมัดระวังในเวชปฏิบัติของแพทย์

การพิจารณาว่าผู้กระทำละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่อจะต้องรับผิดในการกระทำ

³⁴ Wayne R. LaFave, *Criminal Law* (4th edn, West 2003) 216.

³⁵ ธีัญญธร อินศร และคณะ, ‘การดำเนินคดีทุรเวชปฏิบัติที่เป็นคดีอาญาในประเทศไทย: กรณีศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ’ (2551) 2 ตุลาคม 127-128.

ของตนหรือไม่ นั่นมีหลักการสำคัญในการพิจารณา คือ ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำมีหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวังต่อผู้เสียหายหรือไม่ ซึ่งหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังนี้ใช้หลัก เพื่อนบ้าน หรือ หลักผู้ใกล้ชิด หรือ หลักความคาดเห็น เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณา กล่าวคือ การพิจารณาหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวังของผู้กระทำนั้นจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบความคาดเห็นระหว่างผู้กระทำกับความคาดเห็นของบุคคลสมมุติขึ้นให้อยู่ในภาวะวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำจะคาดเห็นหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังได้หรือไม่ หากบุคคลที่สมมุติขึ้นควรจะคาดเห็นเช่นนั้นได้ผู้กระทำก็มีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังเพื่อที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น³⁶

คดี Velazquez v. Poritadin, 163 N.J. 677 (2000) ศาล Supreme Court of New Jersey ซึ่งพิพากษาเมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม 2543 ได้กล่าวว่ากฎหมายยอมรับว่าในการดำเนินการรักษาพยาบาลนั้น มิได้มีศาสตร์ที่มีความแน่นอนตายตัว และกฎหมายให้การยอมรับว่าการปฏิบัติในการรักษาและการพยาบาลตามมาตรฐานทางการรักษาและการพยาบาลที่ได้รับการยอมรับ หากแพทย์หรือพยาบาลได้ใช้ความรู้ทักษะของผู้ใช้ตามที่กำหนดแล้วไม่ถือว่าแพทย์หรือพยาบาลนั้นกระทำโดยประมาท แม้ว่าผลจากการรักษาพยาบาลนั้นจะก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงประสงค์ก็ตาม

คดี Wilkinson v. Vesey ทารกเกิดมาได้ 5 วันเสียชีวิต ศาลวินิจฉัยว่า แม้แพทย์ไม่ได้แจ้งแก่ผู้ป่วยหญิงตั้งครรภ์ว่า หากถ่วงน้ำคร่ำเกิดการฉีกขาดในระหว่างรอกคลอดตามธรรมชาติอาจทำให้เกิดความเสี่ยงที่ทำให้ทารกเป็น Streptococcus Pneumonia ได้ ก็ไม่ถือว่าแพทย์ละเลยหน้าที่ของตน เพราะความเสี่ยงนี้มีโอกาสเกิดขึ้นได้น้อยมาก และแม่แพทย์จะแจ้งผู้ป่วยก็คงไม่กระทบต่อการตัดสินใจของผู้ป่วยที่คงจะคลอดตามธรรมชาติต่อไปอยู่นั่นเอง

คดี State of Utah v. Warden (Utah 1991)³⁷ เป็นคดีที่ฟ้องนายแพทย์ David Warden ว่ากระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ในคดีดังกล่าว Joanne Young หญิงตั้งครรภ์อายุ 18 ปี ซึ่งเป็นผู้ป่วยในความดูแลของนายแพทย์ Warden มีความประสงค์จะคลอดบุตรที่บ้านของตน ในวันที่ 7 พฤศจิกายน 1986 ซึ่งเป็นเวลา 6 สัปดาห์ก่อนครบกำหนด คลอด Joanne มีอาการเป็นตะคริวและเลือดไหลจากทางช่องคลอด เมื่อมารดาของ Joanne โทรศัพทไปแจ้งอาการแก่นายแพทย์ Warden นายแพทย์ Warden แจ้งว่า Joanne กำลังจะคลอดและไม่มีอะไรต้องเป็นกังวล พร้อมทั้งแจ้งว่าไม่มีความจำเป็นจะต้องผ่าตัด Joanne มาที่คลินิก หลังจากนั้นมารดาของ Joanne โทรศัพทไปแจ้งอีกครั้งว่าบุตรสาวของตนมีอาการเลือดออกเป็นลิ่ม นายแพทย์ Warden แจ้งว่าให้เลิกตื่นตระหนกไว้วายและให้โทรกลับมาอีกครั้ง เมื่อมีอาการมดลูกบีบตัวครั้งละ 3-5 นาที หลายชั่วโมงต่อมามารดาของ Joanne โทรศัพทไปแจ้ง ว่าบุตรสาวของ

³⁶ Prosser and Keeton on The Law of Torts (5th edn, West Group 1984) 149-151.

³⁷ Paul R. Van Grunsven, 'Medical Malpractice or Criminal Mistake? - An Analysis of Past and Current Criminal Prosecutions for Criminal Mistakes and Fatal Errors' (1997) 1 DePaul Journal of Care Law, 24-27. อ้างถึงใน ปานรวี ชีวิตโสภณ, 'ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญา ในการกระทำโดยประมาทของแพทย์' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 50.

ตนอยู่ในระยะสุดท้ายก่อนจะคลอด ซึ่งจนถึงขณะนั้นนายแพทย์ Warden ไม่ได้ตรวจถึงแนวโน้มที่จะมีการคลอดก่อนกำหนดและมาตรการที่ควรทำเพื่อลดแนวโน้มที่จะมีการคลอดก่อนกำหนดเลย

นายแพทย์ Warden ไปถึงบ้านของ Joanne หลังจากที่มีการคลอดทารกเพศชายออกมาแล้ว โดยทารกเพศชายนั้นนอกจากน้ำหนักน้อยกว่าปกติแล้วยังมีปัญหาเกี่ยวกับการหายใจนับตั้งแต่เกิด นายแพทย์ Warden ตระหนักว่าทารกที่คลอดก่อนกำหนดเป็นโรคเกี่ยวกับทางเดินหายใจ (Respiratory distress syndrome) ซึ่งเป็นอาการร้ายแรงที่เกี่ยวกับการคลอดก่อนกำหนดและอาจทำให้ทารกถึงแก่ความตายได้ แต่นายแพทย์ Warden ไม่ได้แจ้งถึงลักษณะของโรคดังกล่าว เมื่อถูกถามว่าจะต้องพาทารกไปยังโรงพยาบาลหรือไม่ นายแพทย์ Warden ตอบว่าไม่จำเป็น และยังระบุอีกว่าอาการหายใจดังกล่าวเป็นเรื่องปกติของทารกที่คลอดก่อนกำหนด 40 นาที หลังจากทารกคลอด นายแพทย์ Warden ก็ออกจากบ้านของครอบครัว Young ไป

วันรุ่งขึ้นอาการเกี่ยวกับการหายใจของทารกรุนแรงมากขึ้น และความพยายามในการ ติดต่อ นายแพทย์ Warden ก็ล้มเหลว จึงมีการตามกุมารแพทย์คนอื่นมาดูอาการที่บ้าน และพบว่าทารกใกล้จะเสียชีวิตแล้ว ครอบครัว Young จึงรีบพาทารกไปยังโรงพยาบาลโดยเร่งด่วน ต่อมาทารกถึงแก่ความตายภายหลังจากถึงโรงพยาบาลไม่นาน

ข้อเท็จจริงพบว่าทั้งที่ทำงานและบ้านของนายแพทย์ Warden อยู่ไม่ไกลจากบ้าน ของครอบครัว Young มากนัก และนายแพทย์ Warden ตื่นขึ้นมาแต่เช้า แต่ไม่พยายามติดต่อครอบครัว Young เลย จนกระทั่งตอนบ่ายของวันที่ทารกถึงแก่ความตาย (วันที่ 8 ซึ่งเป็นวันหลังจากทารกคลอด) นายแพทย์ Warden ถูกฟ้องว่ากระทำโดยประมาททำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (Negligence Homicide) ซึ่งตามกฎหมายของรัฐยูทาห์ระบุเป็นความผิดเมื่อผู้กระทำประมาททางอาญาเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย แม้ศาลอุทธรณ์ จะกลับคำตัดสินของลูกขุนโดยพิจารณาว่าพยานหลักฐานไม่พอชี้ว่าการกระทำของนายแพทย์ Warden เป็นการกระทำโดยประมาทในทางอาญา แต่ศาลฎีกาของรัฐยูทาห์ตัดสินยืนตามคณะลูกขุนว่าการกระทำของนายแพทย์ Warden เป็นความผิด

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาของรัฐยูทาห์ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า ความประมาทเลินเล่อทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามกฎหมายรัฐยูทาห์นั้น หมายถึง กรณีที่ผู้กระทำควรจะมีสติถึงภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unjustifiable Risk) หรือรู้ว่าผลของการกระทำของตนจะนำไปสู่ความตายของผู้อื่น ความเสี่ยงเช่นนี้ต้องร้ายแรงในระดับที่การไม่ตระหนักถึงความเสี่ยง ถือเป็นการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานความระมัดระวังที่บุคคลทั่วไปจะใช้ในสถานการณ์เดียวกับผู้กระทำ ในการฟ้องคดีอาญานายแพทย์นั้น พยานหลักฐานจะต้อง พิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยอันควรว่า การรักษาของแพทย์ทำให้เกิดความเสี่ยงภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุอันสมควรอันจะทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย และโดยธรรมชาติของการเสี่ยงและระดับการ

ไม่ตระหนักถึงความเสี่ยงนั้น ถือว่าเป็นการเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานความระมัดระวังอย่างร้ายแรง ซึ่งในคดีดังกล่าวศาลตัดสินว่านายแพทย์ Warden ละเมิดมาตรฐานความระมัดระวังและมีความผิดทางอาญาแล้ว³⁸

คดี State of New York v. Einaugler (N.Y. App. Div. 1994)³⁹ เป็นกรณีที่

Dr. Gerald Einaugler เป็นแพทย์ผู้ดูแลในสถานรักษาคนชรา (Nursing Home) ถูกตัดสินจำคุก 52 สัปดาห์ เนื่องจากกระทำโดยประมาทและละเมิดกฎหมายเกี่ยวกับสุขภาพของรัฐ Dr. Einaugler ได้สั่งให้อาหารเหลวทางสายแก่ Ms. Lamour ผู้ป่วยโดยผิดพลาด โดยให้อาหารเหลวเข้าไปในท่อที่ใช้ระบายของเสียทางช่องท้อง (peritoneal dialysis catheter) แทนที่จะเป็นท่อที่ส่งอาหารไปยังกระเพาะอาหาร (gastrointestinal feeding tube) ดังนั้นสารอาหารจึงเข้าไปอยู่ในท่อที่ใช้ลำเลียงของเสียจากเลือดผู้ป่วย หลังจากการให้อาหารทางสายหลายครั้ง พยาบาลก็พบสิ่งผิดปกติเนื่องจากผู้ป่วยหายใจติดขัดและอาเจียน จึงได้แจ้งไปยัง Dr. Einaugler เมื่อมีการ แจ้งไปยังโรงพยาบาล Dr. Einaugler ได้รับคำแนะนำจากแพทย์ที่มีคุณวุฒิมากกว่าว่าให้ย้ายผู้ป่วยเข้าโรงพยาบาลทันที แม้ Dr. Einaugler จะรู้ว่าอาการของผู้ป่วยร้ายแรงแต่ก็ไม่ได้สั่งย้ายผู้ป่วยเข้าโรงพยาบาลทันที แต่รออีกมากกว่า 10 ชั่วโมง หลังจากส่งโรงพยาบาล ผู้ป่วยถึงแก่ความตายในไม่กี่วันถัดมา A New York State Medical-Conduct Board หรือคณะกรรมการด้านการแพทย์แห่งรัฐนิวยอร์ก พิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวไม่มีความผิดเพราะเป็นเพียงความเข้าใจผิดเนื่องจากความคล้ายคลึงกันของท่อทั้งสองในร่างกายผู้ป่วย อัยการจึงฟ้องคดี

ในคดีดังกล่าวศาลตัดสินว่า Dr. Einaugler ไม่ได้กระทำความผิดทางอาญาโดย

ประมาทในการที่ไม่ระมัดระวังสั่งให้อาหารเหลวทางสายแก่ผู้ป่วย แต่ศาลเห็นว่าการที่ Dr. Einaugler ละเลยต่อคำแนะนำของแพทย์ที่มีคุณวุฒิมากกว่าที่ให้ย้ายผู้ป่วยไปโรงพยาบาลทันที ไม่อาจถือว่าเป็นข้อผิดพลาดโดยสุจริตในการตัดสินใจทางการแพทย์ได้ การกระทำของ Dr. Einaugler เป็นการตระหนักดีถึงความเสี่ยงภัยอันตรายที่เกิดต่อร่างกายผู้ป่วย แต่เลือกที่จะไม่ใส่ใจถึงภัยอันตรายดังกล่าว นอกจากนี้ยังเป็นการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานของการกระทำที่วิญญูชนควรมีและควรใช้ในสถานการณ์เดียวกัน ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าการกระทำที่เบี่ยงเบนจากมาตรฐานอย่างร้ายแรงถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของการกระทำความผิดอาญาแล้ว

(2) ประเทศอังกฤษ กฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษยอมรับว่าความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลอาจเกิดจากการกระทำโดยประมาทได้ โดยพิจารณาว่าการกระทำโดยประมาท คือ การละเลยที่

³⁸ James A. Filkins, “With no Evil Intent” The Criminal Prosecution of Physicians for Medical’ (December 2001) 4 Journal of Legal Medicine, 479- 481. อ้างถึงใน ปานรวี ชีวิตโสภณ, ‘ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 52.

³⁹ Paul R. Van Grunsven, ‘Medical Malpractice or Criminal Mistake? - An Analysis of Past and Current Criminal Prosecutions for Criminal Mistakes and Fatal Errors’ (1997) 1 DePaul Journal of Care Law, 28-29. อ้างถึงใน ปานรวี ชีวิตโสภณ, ‘ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญา ในการกระทำโดยประมาทของแพทย์’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 52-53.

จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวังซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้กระทำที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวังดังกล่าว การกระทำความผิดทางอาญาในการประกอบวิชาชีพแพทย์เกือบทั้งหมดเป็นการกล่าวหาว่าแพทย์กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วย ตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาทนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยประมาทอย่างร้ายแรงซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำหรืองดเว้นการกระทำ และมีการละเลยไม่ใส่ใจในระดับที่สูงเกินกว่าหลักการของความประมาทเลินเล่อตามกฎหมายแพ่ง

โดยโครงสร้างความรับผิดทางอาญา 2 องค์ประกอบ คือ มีการกระทำผิด

กฎหมาย(Actus Reus) การเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับและควบคุมได้ รวมถึงการงดเว้นการจกต้องกระทำเพื่อป้องกันผลด้วย⁴⁰ และองค์ประกอบทางจิตใจของผู้กระทำ (Mens Rea) โดยผู้กระทำรู้ว่าอะไรเป็นความผิดและยังคงกระทำลงโดยใจสมัคร มีเจตนาร้าย

หลัก Res Ipsa Loquitur เป็นหลักข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ โดยพิจารณาตามสภาพปกติของเหตุการณ์ และจากคำพิพากษาในแต่ละคดีก่อให้เกิดกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่จะนำไปใช้บังคับกับคดีอื่นๆ ที่มีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกันด้วย

คดี Byrne V. Boadle (1863) ในประเทศอังกฤษ โดยมีข้อเท็จจริงว่า ถังแป้งตกลงมาจากที่เก็บสินค้าของจำเลยถูกโจทก์ซึ่งเดินผ่านมาได้รับบาดเจ็บ โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยซึ่งเป็นเจ้าของคลังสินค้าได้ แต่ศาลเห็นว่าเหตุการณ์ย่อมชัดเจนในตัวเอง คือ เมื่อพิจารณาถึงสภาพปกติของเหตุการณ์แล้ว เหตุความเสียหายย่อมไม่เกิดขึ้นหากจำเลยซึ่งเป็นเจ้าของคลังสินค้าได้ใช้ความระมัดระวังในการเก็บสินค้า เมื่อจำเลยพิสูจน์ไม่ได้ว่าจำเลยไม่ได้ประมาทเลินเล่อในการเก็บสินค้า จำเลยจึงต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์เมื่อโจทก์ได้รับบาดเจ็บ⁴¹

ในคดีความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อจากการประกอบวิชาชีพของแพทย์ (Clinical Negligence) มีการนำเอาหลัก Res Ipsa Loquitur ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงมาใช้เป็นหลักสำคัญของพยานหลักฐานในการพิจารณาพิพากษาคดีเนื่องจากผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาพยาบาลไม่อยู่ในฐานะที่จะรู้ว่าแพทย์ได้ทำการรักษาโดยถูกต้องตามขั้นตอนและมาตรฐานวิชาชีพของแพทย์หรือไม่ ผู้ที่จะอยู่ในฐานะที่พิสูจน์ได้ย่อมเป็นตัวแพทย์เอง จึงได้มีการนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาใช้ในการพิสูจน์ความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์

ผู้ป่วยที่ เป็นผู้เสียหายซึ่งฟ้องแพทย์ให้รับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายฐานละเมิด ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง ตามหลัก Res Ipsa Loquitur ว่า ความเสียหายย่อมไม่เกิดขึ้นกับโจทก์ถ้าจำเลยไม่

⁴⁰ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, *กฎหมายอาญา: หลักและปัญหา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2528).

⁴¹ James H. Donaldson, *Casualty Claim Practice* (4th edn, Richard D. Irwin 1984) 414-415. อ้างถึงใน ธนภฤต วรธนัชชากุล, 'การพิสูจน์ความรับผิดทางละเมิดของแพทย์จากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ' (พฤษภาคม - มิถุนายน 2559) จุฬานิติ.

ประมาทเลินเล่อ ผู้ป่วยจึงไม่ต้องมีการพิสูจน์ว่าแพทย์กระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างไร ถึงแม้ว่าผู้ป่วยจะเป็นผู้กล่าวอ้างว่าแพทย์กระทำกรักษาตนโดยประมาทเลินเล่อก็ตาม โดยผู้ป่วยมีการการพิสูจน์เพียงเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน ได้แก่ แพทย์คนใดเป็นผู้รักษาตน และตนได้รับความเสียหายจากการรักษาของแพทย์ ส่วนแพทย์กลับต้องเป็นผู้มีการการพิสูจน์ว่าตนไม่ได้ทำการรักษาผู้ป่วยโดยประมาทเลินเล่อโดยได้รักษาผู้ป่วยตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์อย่างครบถ้วนถูกต้อง และได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาผู้ป่วยตามวิสัยและพฤติการณ์ของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ในภาวะเช่นนั้น หากพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานได้ ก็ไม่ถือว่าแพทย์ประมาทเลินเล่อและไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย หากแพทย์พิสูจน์ไม่ได้ว่าตนไม่ได้ประมาทเลินเล่อในการรักษาผู้ป่วย ก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายไป⁴²

คดี R v Adomako ([1994] 3 All ER 79)⁴³ ศาลสูงประเทศอังกฤษพิพากษาว่า

Dr. Adomako มีความผิดฐานประมาททำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย จำคุก 6 เดือน รอการลงโทษ 12 เดือน ในคดี Adomako นี้มีพยานผู้เชี่ยวชาญ 2 คนให้ความเห็นไว้ ในขณะที่พยานคนหนึ่งเห็นว่ามาตรฐานความระมัดระวังในกรณีของจำเลยนั้นกว้างและลึกเกินหยั่งถึง พยานอีกคนเห็นว่า วิสัยแพทย์ที่มีความสามารถและความเชี่ยวชาญควรจะต้องรู้ได้ถึงการทำที่ท่อออกซิเจนหลุดออก ภายใน 15 วินาที คดีนี้ศาลตัดสินว่าจำเลยมีความผิด ข้อเท็จจริงคือ ผู้ป่วยเข้าทำการผ่าตัดต้นขาที่โรงพยาบาลเมย์เดย์และจำเลยเป็นวิสัญญีแพทย์ที่เป็นผู้รับผิดชอบในช่วงท้ายของการผ่าตัดให้แก่ผู้ป่วย หลังจากที่จำเลยมารับช่วงรับผิดชอบต่อจากแพทย์คนแรกได้ประมาณ 35 นาทีสายต่อท่อส่งออกซิเจนที่จัดให้ผู้ป่วยหลุด ทำให้ผู้ป่วยหัวใจหยุดเต้นโดยที่จำเลยไม่รู้และไม่รู้ในภายหลัง หลังจากที่มิสสัญญานเตือนจากเครื่องวัดความดันของผู้ป่วย ซึ่งกินเวลาประมาณ 4 นาที หลังจาก ผู้ป่วยหัวใจหยุดเต้นไปแล้ว ทั้งนี้ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าในระหว่างที่เกิดเหตุจำเลยในฐานะวิสัญญีแพทย์บกพร่องในหลายกรณีเช่น ควรรู้ว่าผู้ป่วยหยุดหายใจแล้วเพราะหน้าอกของผู้ป่วยไม่มีการเคลื่อนไหว ผู้ป่วยมีอาการขาดอากาศหายใจเพราะตัวเขียว และหน้าปิดของเครื่องช่วยหายใจไม่ทำงาน อีกทั้งยังไม่มีตรวจสอบเครื่องมือว่าไม่ได้มีการเปิดปุ่มสัญญาณเตือนไว้ ซึ่งในคดีดังกล่าว แพทย์ผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ขาดความระมัดระวังอย่างมาก และ วิสัญญีแพทย์ในฐานะผู้เชี่ยวชาญควรจะต้องรู้ถึงสัญญาณจากการที่สายต่อท่อส่งออกซิเจนที่จัดให้ผู้ป่วยหลุดภายใน 15 วินาทีนับแต่เกิดเหตุ ประเด็นในคดีนี้มีว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำโดยประมาท แต่ถึงขั้นที่เป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ ซึ่งผู้พิพากษาในคดีนี้เห็นว่าต้องเริ่มพิจารณาว่าจำเลยมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องกระทำการโดยระมัดระวังต่อผู้ป่วยหรือไม่ หากมีก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าผู้ป่วย เสียชีวิตหรือไม่และมีการประมาทเลินเล่ออย่างไรร้ายแรงเกิดขึ้นหรือไม่ ทั้งนี้ระดับความระมัดระวังที่แพทย์ควรมีไม่จำเป็นต้องอยู่ในระดับแนวหน้าของประเทศ

⁴² วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, ‘เปรียบเทียบความรับผิดเพื่อละเมิดจากการประกอบวิชาชีพของแพทย์ตามกฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายไทย’ (2536) 3 วารสารบทบัญญัติ 59.

⁴³ S. Levy, ‘Criminal Liability for Medical Negligence’ (December 2006) 4 Medicine and Law 601, 604. อ้างถึงใน ปานรวี ชีวดีโสภณ, ‘ปัญหาความรับผิดทางอาญา ในการกระทำโดยประมาทของแพทย์’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 40.

แต่ต้องอยู่ในระดับที่เหมาะสมที่แพทย์ทั่วไปจะพึงมีในสถานการณ์ที่เกิดขึ้น การจะพิจารณาลงโทษแพทย์ในคดีอาญาจึงจะกระทำต่อเมื่อศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำในระดับที่แพทย์ทั่วไปไม่ทำกัน

ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์และศาลสูงของอังกฤษ (House of Lords) จึงพิพากษา

ลงโทษจำเลยฐานประมาททำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย โดยลักษณะของสถานการณ์ที่คณะลูกขุนอาจพิจารณาว่าเป็นความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท คือ 1) การเพิกเฉย ไม่แยแสต่อความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อสุขภาพของผู้ป่วย 2) การคาดการณ์ได้ล่วงหน้าเกี่ยวกับความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย และการตัดสินใจที่จะเข้ารับความเสี่ยงนั้น 3) เจตนาที่จะหลีกเลี่ยงความเสี่ยงภัยอันตราย แต่ยังคงแสดงให้เห็นถึงระดับของความประมาทเลินเล่ออย่างสูง 4) โดยไม่เจตนาหรือโดยไร้ความสามารถ ไม่ให้ความสนใจถึงความเสี่ยงภัยอันตรายอันร้ายแรงซึ่งโดยหน้าที่ของจำเลยจะต้องกระทำ

อีกคดีหนึ่งเกี่ยวข้องกับการฟ้อง แพทย์ 2 คน ซึ่งศาลอังกฤษตัดสินลงโทษ

แพทย์ 2 คน คือ นายแพทย์ Michael Prentice และ นายแพทย์ Barry Sullman ในปี ค.ศ. 1990 ฉีดยาให้ผู้ป่วยลูคีเมียทางไขสันหลังแทนที่จะฉีดทางเส้นเลือดที่แขน ทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย ซึ่งศาลตัดสินว่าแพทย์ทั้งสองมีความผิดทางอาญา เพราะกระทำการโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท⁴⁴ ในคดีดังกล่าวความประมาททางอาญาเกิดขึ้นเนื่องจากความเข้าใจผิดในการทำงานของนายแพทย์ทั้งสอง Dr. Sullman ส่งยา vincristine ไปให้ Dr. Prentice ฉีดยาเข้าไปที่ไขสันหลัง ทั้งที่ยาตัวดังกล่าวต้องฉีดทางเส้นเลือดเท่านั้น จึงทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย โดยที่หากจะฉีดทางไขสันหลังจะต้องใช้ยาอีกตัวคือ Methotrexate⁴⁵

คดี R v. Misra and S crivastava (2005) เป็นกรณีที่ผู้ป่วยคือ Sean Phillips

ซึ่งเข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลใน Southampton โดยจำเลยเป็นแพทย์ผู้รับผิดชอบดูแลผู้ป่วยก่อนผ่าตัด ผู้ป่วยมีอาการติดเชื้อ ซึ่งจำเลยไม่ได้วินิจฉัยหรือตรวจพบโดยประมาท พิษจึงลามไปทั่วร่างกายผู้ป่วยและทำให้ผู้ป่วยมีอาการช็อกจากพิษ (Toxic shock syndrome) และถึงแก่ความตาย ผู้ป่วยแสดงให้เห็นถึงอาการที่บ่งชี้ว่าติดเชื้อโดยทั่วไป ซึ่งอาการดังกล่าวมีอยู่อย่างต่อเนื่องและร้ายแรงปรากฏอยู่ในบันทึกเวชระเบียน จำเลยไม่ได้ดูแลรักษาอาการติดเชื้อด้วยวิธีการที่เหมาะสมและให้ยาปฏิชีวนะ จนกระทั่งสายเกินไป คณะลูกขุนตัดสินว่า การกระทำของจำเลยต่ำกว่ามาตรฐานของความระมัดระวังที่แพทย์อาวุโสซึ่งมีความเชี่ยวชาญและ ประสบการณ์เช่นจำเลยควรใช้ และยังแสดงให้เห็นถึงการละเลยความเสี่ยงภัยอันตรายของชีวิต ผู้ป่วยที่เห็นได้อย่างชัดเจนจากการติดเชื้อ ในการอุทธรณ์จำเลยกล่าวว่าความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่

⁴⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และคณะ, *การศึกษาปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทย* (สำนักงานเลขาธิการแพทยสภา 2544) 42-43. อ้างถึงใน ปานรวี ชีวิตโสภณ, 'ปัญหาความรับผิดทางอาญา ในการกระทำโดยประมาทของแพทย์' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 41.

⁴⁵ S. Levy, 'Criminal Liability for Medical Negligence' (December 2006) 4 *Medicine and Law* 601, 604-605. อ้างถึงใน ปานรวี ชีวิตโสภณ, 'ปัญหาความรับผิดทางอาญา ในการกระทำโดยประมาทของแพทย์' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 41.

ความตายโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ขัดต่อมาตรฐานที่ The European Convention on Human Rights หรืออนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนตั้งไว้ เพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจน และแน่นอนในระดับที่จำเลยสามารถเห็นผลทางกฎหมายที่ตามมาจากการกระทำของตน เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่าลูกขุนเป็นผู้ตัดสินว่าการกระทำของจำเลยถึงขนาดเป็นอาชญากรรมหรือไม่ หากลูกขุนยังไม่ตัดสินว่าเป็นการกระทำประมาทโดยร้ายแรงซึ่งทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ความผิดฐานนี้ก็ยังขาดความแน่นอนและไม่สามารถที่จะตระหนักรู้ได้ ซึ่งการอุทธรณ์นี้ได้รับการสนับสนุนโดยนักวิชาการหลายคน แต่ศาลตัดสินว่าความแน่นอนในที่นี้ คือมีความแน่นอนเพียงพอมิใช่มีความแน่นอนอย่างเด็ดขาด กรณีดังกล่าวลูกขุนไม่ได้เป็นผู้ให้คำนิยามของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่พิจารณาข้อเท็จจริงว่าการกระทำของจำเลยเป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงสมควรรับโทษทางอาญาหรือไม่ ความผิดฐานนี้จึงมีความแน่นอนแล้ว นอกจากนี้ศาลยังปฏิเสธข้อโต้แย้งเรื่องการลงโทษการกระทำความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นองค์ประกอบของการกระทำความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท และเป็นกรกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงด้วย โดยมีลูกขุนตัดสินถึงการกระทำของจำเลยว่าต่ำไปกว่ามาตรฐานอันควรในระดับที่ควรถือเป็นอาชญากรรมหรือไม่⁴⁶

คดีนี้ศาลตัดสินว่าจำเลยความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

3.2.2 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ประเทศญี่ปุ่น⁴⁷ กำหนดในกฎหมายอาญาว่าความประมาทเลินเล่อในการประกอบ

วิชาชีพแพทย์ถือเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ต้องรับโทษมากกว่ากรณีที่บุคคลทั่วไปกระทำการโดยประมาทเลินเล่อด้วย

คดีที่แพทย์ในประเทศญี่ปุ่น 3 คน ถูกดำเนินคดีอาญาหลังจากผ่าตัดผู้ป่วยวัย 60 ปี ซึ่ง

ป่วยเป็นโรคมะเร็งต่อมลูกหมากในการผ่าตัดมีการใช้ท่อ Laparoscope สอดเข้าไปในช่องท้อง แต่ผู้ใช้ไม่มีความชำนาญ การผ่าตัดกินเวลา 10 ชั่วโมง ผู้ป่วยเลือดออกมากและไม่มีการห้ามเลือดดีพอ ผ่าตัดแบบผิดพลาด (Botched surgery) จนผู้ป่วยตายหลังจากผ่าตัด

ศาลเมือง Talamatsu พิพากษาให้นายแพทย์ Toshiyuki Ohnishi จำย

ค่าเสียหายให้แก่ครอบครัวผู้ป่วยหญิงคนหนึ่งเป็นเงิน 54.4 ล้านบาท เนื่องจากนายแพทย์ดังกล่าวทำการผ่าตัดอาการเส้นเลือดดำขอด (Varicose veins) ผิดพลาด จนเกิดอาการเนือตาย ทำให้ผู้ป่วยรายดังกล่าวต้องถูกตัดขา หลังจากตัดขาผู้ป่วยคนดังกล่าวทำใจรับสภาพไม่ได้จึงฆ่าตัวตาย นอกจากค่าเสียหายแล้วแพทย์คนดังกล่าวยังถูกพิพากษาจำคุกเป็นเวลา 1 ปี โดยโทษจำคุกให้รอการลงโทษเป็นเวลา 2 ปี

⁴⁶ S. Levy, 'Criminal Liability for Medical Negligence' (December 2006) 4 Medicine and Law 601, 605-606. อ้างถึงใน ปานรวี ชีวิตโสภณ, 'ปัญหาความรับผิดทางอาญา ในการกระทำโดยประมาทของแพทย์' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 42.

⁴⁷ ประทีป อ่าววิจิตรกุล, *ห้องแพทย์: ฉบับคดีดัง* (สำนักพิมพ์Pholsiam Printing Publishing (Thailand) Limited 2549) 108-109. อ้างถึงใน ปานรวี ชีวิตโสภณ, 'ปัญหาความรับผิดทางอาญา ในการกระทำโดยประมาทของแพทย์' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 64.

เนื่องจากแพทย์ไม่มีความรู้ความสามารถเพียงพอ และคดี Yuri Furudate ปี พ.ศ. 2543 พบว่าตนมีก้อนเนื้อที่ขากรรไกร จึงไปพบแพทย์ที่โรงพยาบาลในเมือง Saitama แพทย์ให้ยาต้านมะเร็งชื่อ Vinchristine เป็นเวลา 7 วันติดต่อกัน จนผู้ป่วยรายนี้ป่วยมีอาการคลื่นไส้ ปัสสาวะไม่ได้ เคลื่อนไหวร่างกายไม่ได้ เมื่อกลับบ้านตัวก็เป็นสีม่วงและถึงแก่ความตายในเวลาต่อมา สาเหตุเพราะแพทย์ที่ทำการรักษาไม่เคยรักษามะเร็งชนิดนี้ ไม่มีประสบการณ์เกี่ยวกับการให้ยาตัวนี้ รวมทั้งไม่ทราบผลข้างเคียงของยาดังกล่าว แพทย์ผู้ทำการรักษาและแพทย์ผู้กำกับดูแลถูกดำเนินคดีอาญา

3.3 เหตุยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในต่างประเทศ

แนวคิดในประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์นั้น การกระทำโดยประมาทอันจะเป็นความผิดทางอาญาได้จะต้องเป็นการกระทำประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยหลักการเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยไม่เป็นเหตุให้บุคคลต้องรับโทษทางอาญาครบผิดแต่ในทางแพ่งเท่านั้น เพราะผู้กระทำโดยประมาทไม่ได้รู้สึกรู้ว่าการกระทำของตนเป็นอันตราย ส่วนใหญ่การกระทำที่เป็นความผิดฐาน Manslaughter หรือ Homicide by Automobile (ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยการขับขี่ยานพาหนะ) นั้นจะต้องเป็นการกระทำในระดับประมาทเลินเล่อโดยจงใจ (Recklessness) อาจกล่าวได้ว่าเพียงแต่ความไม่ระมัดระวัง (Inadvertence) แล้วก่อให้เกิดความเสียหายไม่ถือเป็นความผิดอาญาในกฎหมายคอมมอนลอว์⁴⁸ รวมทั้งยังมีปัญหาในเรื่องความไม่ชัดเจนของกฎหมายคอมมอนลอว์ ว่าการกระทำใดเป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงอันจะชี้ให้เห็นถึง Mens Rea หรือเจตนาร้ายอันเป็นองค์ประกอบของความผิด

จากกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ว่า การกระทำที่จะเป็นความผิดทางอาญานั้นจะต้องเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงซึ่งทำให้ข้อผิดพลาดของแพทย์นั้นไม่ถือเป็นความผิดอาญาทุกกรณี การจะเป็นความผิดอาญาได้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่แพทย์เห็นถึงความเสี่ยงภัยอันตรายแต่ยังคงฝ่าฝืนกระทำโดยใช้มาตรฐานทางอรรถวิสัยพิจารณาว่าแพทย์ตระหนักรู้ถึงภัยอันตรายนั้นหรือไม่ หลักนี้มาจากแนวคิดของศาลในประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และหลักกฎหมายที่ความประมาทที่จะต้องรับผิดทางอาญาคือความประมาทเลินเล่อ อย่างร้ายแรงหรือประมาทเลินเล่อโดยจงใจ

แนวทางเวชปฏิบัติ (Clinical Practice Guideline หรือ CPG) เป็นเอกสารที่พยายามจะให้แนวทางการปฏิบัติที่ดีที่สุดแก่การประกอบวิชาชีพทางการแพทย์และสาธารณสุข โดยเป็นเอกสารที่องค์กรวิชาชีพแพทย์จัดทำขึ้นเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติให้แก่แพทย์ในการดูแลผู้ป่วย⁴⁹ ศาลในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ และ คอมมอนลอว์ล้วนนำเอาแนวทางเวชปฏิบัติมาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ ศาลในประเทศคอมมอนลอว์ เช่น ศาลอังกฤษนั้น หากเห็นว่าแพทย์ได้

⁴⁸ Jerome Hall, 'Negligent Behaviors should be excluded from Penal Liability' (1963) 4 Columbia Law Review 632, 634.

⁴⁹ เพลินตา ต้นรังสรรค์, 'ภาระการพิสูจน์ความรับผิดทางละเมิดในการประกอบวิชาชีพของแพทย์' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551).

ปฏิบัติตามแนวทางเวชปฏิบัติแล้ว ไม่มีคดีใดเลยที่ศาลตัดสินว่าแพทย์กระทำโดยประมาทเลินเล่อ แต่ศาลอังกฤษก็ไม่เคยตัดสินว่าหากแพทย์ไม่ปฏิบัติตามแนวทางเวชปฏิบัติ แล้วถือว่าแพทย์ประมาทเลินเล่อ ในสหรัฐอเมริกาที่มีการนำเอาแนวทางเวชปฏิบัติมาใช้ในการต่อสู้คดีของแพทย์⁵⁰ แต่ในบางครั้งแพทย์ก็ไม่อาจปฏิบัติตามแนวทางเวชปฏิบัติที่กำหนดไว้ได้ด้วยเหตุปัจจัยต่างๆ เช่น พื้นที่ในการรักษาผู้ป่วยอยู่ในเขตศูรกันดาร โรงพยาบาลชุมชนที่อยู่ห่างไกล ขาดแคลนบุคลากร เครื่องมือแพทย์ในการรักษาผู้ป่วยไม่เพียงพอ ไม่ทันสมัย การคมนาคมเข้าไปไม่ถึง เป็นต้น ดังนั้นแนวทางเวชปฏิบัติที่กำหนดไว้ไม่สามารถนำมาใช้กับผู้ป่วยได้ทุกข้อ แนวทางเวชปฏิบัติจึงเป็นเพียงแนวทางที่ควรปฏิบัติในการรักษาผู้ป่วยเท่านั้น ไม่สามารถนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์กำหนดมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์อย่างตายตัวได้ การที่แพทย์ไม่ปฏิบัติตามแนวทางเวชปฏิบัติจะถือว่าแพทย์กระทำโดยประมาทเสมอไปไม่ได้จำเป็นต้องพิจารณาแต่ละกรณีไป⁵¹

⁵⁰ C. Foster, 'Will Clinical Guideline Replace Judge?' (December 2006) 4 Medicine and Law 585, 588-590. อ้างถึงใน เพลินตา ตันรังสรรค์, 'ภาระการพิสูจน์ความรับผิดชอบทางละเมิดในการประกอบวิชาชีพของแพทย์' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 107-108.

⁵¹ ธนกฤต วรณัชชากุล, 'การพิสูจน์ความรับผิดชอบทางละเมิดของแพทย์จากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ' (พฤษภาคม - มิถุนายน 2559) จุลนิติ.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของ ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม

เมื่อความเสียหายที่ร้ายแรงในการตรวจรักษาของแพทย์ถึงขนาด กฎหมายจะบัญญัติให้บุคคลนั้นต้องรับผิดทางอาญาด้วย โดยความผิดอาญาที่เกิดขึ้นอาจจะเป็นฐานความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาหรือความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอื่นๆ บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อกระทำโดยเจตนาแต่การกระทำในบางลักษณะ แม้จะเกิดขึ้นจากความประมาท แต่ก็ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลหรือสังคมโดยส่วนรวม ในกรณีเช่นนี้ กฎหมายจะกำหนดเป็นฐานความผิดอาญาด้วย ได้แก่

4.1 ปัญหากฎหมายความรับผิดทางอาญาที่เกิดจากการกระทำของแพทย์

ในด้านการแพทย์และสาธารณสุข เรื่องที่เกิดขึ้นและนำมาสู่การร้องเรียนหรือฟ้องร้องส่วนใหญ่ มักจะเกิดขึ้นจากการกล่าวหาแพทย์ว่ากระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ป่วยตาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 หรือได้รับอันตรายแก่กาย

หลักกฎหมายที่จะใช้พิจารณาว่าการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่นั้น ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ วางหลักไว้ว่า

การกระทำโดยประมาท ได้แก่ กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

พฤติการณ์ในขณะที่แพทย์ปฏิบัติงาน เช่น การรักษาการผ่าตัดที่กระทำในโรงพยาบาลชุมชนแล้วเกิดผลร้ายที่ตามมา คือ ผู้ป่วยเสียชีวิตการจะพิจารณาว่าการรักษาหรือการผ่าตัดในกรณีนั้นเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่ จะต้องเปรียบเทียบตามวิสัยและพฤติการณ์ในกรณีนั้นๆ กล่าวคือ ต้องเปรียบเทียบกับความระมัดระวังของแพทย์ที่พึงจะมีในการรักษาหรือผ่าตัดและมาตรฐานของโรงพยาบาลชุมชนที่ตั้งอยู่ในอำเภอต่างๆ ไม่มีเครื่องมือทางการแพทย์ที่ทันสมัย มีแพทย์ไม่เพียงพอกับจำนวนผู้ป่วยที่มีจำนวนมาก มิใช่เปรียบเทียบกับมาตรฐานของโรงเรียนแพทย์ที่มีเครื่องมือทันสมัยเหล่านี้ เป็นต้น⁵² เป็นการพิจารณาถึงภาวะวิสัย ซึ่งพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด พิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ประกอบประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291, 300, 390

⁵² แสง บุญเฉลิมวิภาส, *กฎหมายและข้อควรระวังของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ พยาบาล* (พิมพ์ครั้งที่ 9, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2565).

ความผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีความเสียหายจากการกระทำที่ไม่เจตนาแต่เป็นการกระทำประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิด ความรับผิดชอบและบทลงโทษ คำพิพากษาที่แพทย์ถูกจำคุกเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่เวชกรรม ทำให้แพทย์หวาดกลัว ไม่อยากทำการรักษาหากไม่มีความพร้อม มีการประชุมให้ความรู้เกี่ยวกับการฟ้องคดี มีการจัดทำคู่มือการจัดการคดีทางการแพทย์ ที่จัดขึ้นโดยกระทรวงสาธารณสุข และ แพทยสภา รวมทั้งมีการจัดสัมมนาทางวิชาการของบุคลากรทางการแพทย์ในเรื่อง “เมื่อแพทย์ต้องติดคุก ประชาชนต้องเสี่ยงตายจะร่วมกันแก้ปัญหาอย่างไร” การที่แพทย์รักษาผู้ป่วย ไม่ใช่เจตนาร้ายแต่กลับต้องรับผิดชอบทางอาญาเมื่อผู้ป่วยไม่ได้ผลการรักษาอย่างที่ต้องการ แม้ปฏิบัติตามมาตรฐานวิชาชีพเวชกรรม มีเหตุสุดวิสัย หรือเกิดความพลั้งพลาดโดยไม่มีเจตนา ไม่เป็นไปตามคาดหวังจนเกิดการฟ้องร้องเป็นคดีความ

ส่วนมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์จากแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษ พิจารณาจากระดับของความประมาทเลินเล่อสูงกว่าความประมาทเลินเล่อทางแพ่งและความตระหนักรู้ในทางอัตวิสัย ว่าตระหนักรู้ถึงความเสี่ยงหรืออันตรายนั้นความละเอียดไม่ใส่ใจชีวิตหรือความเสี่ยงอันตรายต่อชีวิตผู้ป่วยของแพทย์จนถึงระดับที่ถือเป็นอาชญากรรมและสมควรถูกลงโทษทางอาญา เลือกที่จะไม่ใส่ใจถึงภัยอันตรายดังกล่าว นอกจากนี้ยังเป็นการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานของการ กระทำที่วิญญูชนควรมีและควรใช้ในสถานการณ์เดียวกัน ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าการกระทำที่ เบี่ยงเบนจากมาตรฐานอย่างร้ายแรงถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของการกระทำผิดอาญาแล้ว กล่าวโดยสรุปคือ โดยปกติการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ต้องกระทำต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วย แต่การกระทำของแพทย์ได้รับการยกเว้นความผิดทางอาญาตามหลักเรื่องความยินยอม และแพทย์ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ภายใต้ ความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วิสัย และพฤติการณ์ที่มีอยู่ในสถานการณ์นั้น ๆ

ดังนั้นปัญหาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้นต้องพิจารณาอย่างมาตรฐานของผู้มีวิชาชีพ ซึ่งการที่จะวินิจฉัยได้ว่าประมาทหรือไม่จะต้องพิจารณาตามมาตรฐานการรักษาว่าในการรักษาผู้ป่วยทั่วไปหากมีการผ่าตัดและใช้เครื่องช่วยหายใจเช่นเดียวกัน โอกาสที่ท่อช่วยหายใจจะหลุดก่อนขณะ หรือภายหลังการทำการรักษานั้นมีเล็กน้อยเพียงใด หากโอกาสเกิดขึ้นน้อยมากก็อาจจะต้องรับฟังว่าแพทย์ผู้ทำการรักษากระทำประมาทซึ่งโรงพยาบาลจะต้องรับผิดชอบ เมื่อคดีนี้ข้อเท็จจริงรับฟังเป็นที่ยุติว่าสาเหตุที่โจทก์ที่ 1 สมองพิการอย่างถาวรเกิดจากท่อช่วยหายใจหลุดหรือเคลื่อนจากหลอดลมภายหลังการผ่าตัด ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่าเป็นการประมาทเลินเล่อของแพทย์ผู้ทำการรักษา โดยแพทย์ผู้รักษาประมาทซึ่งโรงพยาบาลจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย

4.2 ปัญหาการกำหนดโทษกรณีปฏิเสธไม่รักษาผู้ป่วย

เมื่อผู้ป่วยได้รับอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายจากการไม่ได้รับการรักษาในทันที เช่น ผู้ป่วยขอเข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลแต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมปฏิเสธไม่รักษาผู้ป่วย เนื่องจากเห็นว่า ผู้ป่วยมีสิทธิการรักษาโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายที่อื่น หรือ อาจมีศักยภาพไม่เพียงพอต่อการรักษา ไม่มีแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ

เลือกที่จะส่งตัวผู้ป่วยไปยังโรงพยาบาลที่มีศักยภาพมากกว่า หรือโรงพยาบาลที่มีความพร้อมมากกว่า เพื่อป้องกันตนเองจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดี

โดยต้องพิจารณา ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 หมวด4 การประกอบวิชาชีพเวชกรรม ข้อ 28

และ พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2559 มาตรา 36 กำหนดให้ผู้รับอนุญาตและผู้ดำเนินการของสถานพยาบาลต้องควบคุมและดูแลให้มีการช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้ป่วย ตามมาตรา 33/1 ซึ่งอยู่ในสภาพอันตรายและจำเป็นต้องได้รับการรักษาพยาบาลโดยฉุกเฉินเพื่อให้พ้นจากอันตรายตามมาตรฐานวิชาชีพและตามประเภทของสถานพยาบาลนั้น และ กำหนดบทลงโทษไว้ในมาตรา 66 ให้ผู้รับอนุญาตและผู้ดำเนินการที่ฝ่าฝืนมาตรา 36 ระวังโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

อีกทั้งมีพระราชบัญญัติการแพทย์ฉุกเฉิน พ.ศ.2551 มาตรา 28 ได้บัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองผู้ป่วย มาตรา 28 บัญญัติว่า “เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของผู้ป่วยฉุกเฉิน ให้หน่วยปฏิบัติการ สถานพยาบาล และผู้ปฏิบัติการดำเนินการปฏิบัติการฉุกเฉินตามหลักการ ดังต่อไปนี้

(1) ตรวจสอบคัดแยกระดับความฉุกเฉินและจัดให้ผู้ป่วยฉุกเฉินได้รับการปฏิบัติการฉุกเฉินตามลำดับความเร่งด่วนทางการแพทย์ฉุกเฉิน

(2) ผู้ป่วยฉุกเฉินต้องได้รับการปฏิบัติการฉุกเฉินจนเต็มขีดความสามารถของหน่วยปฏิบัติการหรือสถานพยาบาลนั้นก่อนการส่งต่อ เว้นแต่มีแพทย์ ให้การรับรองว่าการส่งต่อผู้ป่วยฉุกเฉินจะเป็นประโยชน์ต่อการป้องกันการเสียชีวิตหรือ การรุนแรงขึ้นของการเจ็บป่วยของผู้ป่วยฉุกเฉินนั้น

(3) การปฏิบัติการฉุกเฉินต่อผู้ป่วยฉุกเฉินต้องเป็นไปตาม ความจำเป็นและข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ฉุกเฉิน โดยมีให้สิทธิการประกัน การขึ้น ทะเบียนสถานพยาบาล หรือความสามารถในการรับผิดชอบค่าใช้จ่ายของผู้ป่วยฉุกเฉิน หรือเงื่อนไขใด ๆ มาเป็นเหตุปฏิเสธผู้ป่วยฉุกเฉินให้ไม่ได้รับการปฏิบัติการฉุกเฉินอย่างทันท่วงที

หน่วยปฏิบัติการหรือสถานพยาบาลต้องควบคุมและดูแลผู้ปฏิบัติการให้ ดำเนินการปฏิบัติการฉุกเฉินเป็นไปตามหลักการตามวรรคหนึ่ง”

ตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 กำหนดให้ผู้ประกอบการสถานพยาบาลต้องควบคุมดูแลให้มีการช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้ป่วย ซึ่งอยู่ในสภาพอันตราย และจำเป็นต้องได้รับการรักษาฉุกเฉิน เพื่อให้ผู้ป่วยพ้นจากอันตราย ตามมาตรา 36 เมื่อผู้ประกอบการสถานพยาบาลไม่ปฏิบัติตามย่อมมีความรับผิดชอบทางอาญาเกิดขึ้น โดยต้องระวังโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เช่นเดียวกับผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมปฏิเสธไม่รักษาผู้ป่วยต้องรับผิดชอบต่อผู้ป่วยซึ่งจะได้รับความเสียหาย ผู้ประกอบการวิชาชีพไม่มีสิทธิปฏิเสธการรักษาผู้ป่วย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย และ จริยธรรมในการประกอบวิชาชีพ เพราะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย การกระทำที่ หมาย ความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย

ส่วนในต่างประเทศ การที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมละเลยไม่ให้การรักษาผู้ป่วย กฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้กระทำโดยประมาทอย่างร้ายแรง ศาลพิพากษาให้มีความรับผิดทางอาญา ดังคดี State of Utah v. Warden (Utah 1991)⁵³ และ คดี State of New York v. Einaugler (N.Y. App. Div. 1994)⁵⁴ ดังที่ยกตัวอย่างไปข้างต้น

ประเทศไทยมีแพทยสภา พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรม การปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ให้เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งต่างประเทศมีมาตรฐานตามแนวปฏิบัติ Clinical Practice Guideline (CPG) เป็นมาตรฐานการพิจารณาระดับความระมัดระวังในการรักษาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

4.3 การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของแพทย์

การพิจารณาความรับผิดทางอาญาของแพทย์อาจนำหลักความได้สัดส่วนของการลงโทษในคดีอาญา การลงโทษที่รุนแรงโดยปราศจากเหตุผลชอบธรรมนั้น จะส่งผลให้ขัดกับหลักศีลธรรมของเหตุผลในการกล่าวโทษ และอาจจะทำให้ผู้กล่าวโทษโดยการลงโทษนั้นเป็นผู้กระทำความผิดเสียเอง ดังนั้น การลงโทษที่ชอบธรรมนั้นจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษด้วยเสมอ การลงโทษอย่างมีความเป็นมนุษยธรรม และได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ซึ่งกล่าวไว้ว่าเพื่อไม่ให้โทษทางอาญาใดๆ เป็นการกระทำที่รุนแรงต่อประชาชน โทษทางอาญาจึงต้องเปิดเผย จำเป็น และรุนแรงน้อยที่สุดตามสถานการณ์ที่ปรากฏ และได้สัดส่วนกับความผิด และต้องเป็นโทษที่กำหนดโดยกฎหมาย⁵⁵ หรือ ทฤษฎีอาชญาวิทยาว่าด้วยการลงโทษที่เน้นการขาดความระมัดระวัง มากกว่าความพลั้งเผลอ และความได้สัดส่วนของการลงโทษกับความรับผิดทางอาญาของแพทย์

หนึ่งประเทศสหรัฐอเมริกา มีขั้นตอนในการพิจารณาความผิด (Guilty stage) และขั้นตอนในการกำหนดโทษ แยกจากกัน เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ ประมวลกฎหมายอาญากลางของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้วางหลักไว้เพื่อให้รัฐแต่ละรัฐใช้เป็นแบบในการกำหนดกฎหมายของรัฐนั้น โดยในการกำหนดโทษจำเลย รายงานการสืบเสาะและพินิจของพนักงานคุมประพฤตินั้นจะนำมาพิจารณาเมื่อปรากฏว่า ในกรณีที่จำเลยถูกตัดสินให้ลงโทษที่มีความผิดร้ายแรง จำเลยอายุต่ำกว่า 22 ปี ศาลจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดจากรายงานการสืบเสาะและพินิจของพนักงานคุมประพฤติก่อนประกอบกับรายงานส่วนอื่นๆ เพื่อนำมาพิจารณากำหนดโทษจำเลยให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด

และในการพิจารณากำหนดโทษจำเลย จะต้องให้พนักงานอัยการและจำเลย อยู่ในกระบวนการพิจารณากำหนดโทษด้วย โดยมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดจากรายงานสืบเสาะและพินิจของพนักงานคุมประพฤติประกอบการพิจารณา

⁵³ Paul R. Van Grunsven (เชิงอรรถ 37).

⁵⁴ Paul R. Van Grunsven (เชิงอรรถ 39).

⁵⁵ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และ ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 18).

บทที่ 5

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

5.1.1 จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของแพทย์ พบว่าการกระทำโดยประมาทที่จะมีความผิดทางอาญาในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา นั้นต้องมีระดับความร้ายแรงมากกว่าความประมาทเล็กน้อยในทางแพ่ง โดยจะต้องเป็นเรื่องประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรง (Gross Negligence หรือ Recklessness) ในขณะที่ประเทศไทยและประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ประเทศอื่นๆ นั้นไม่มีข้อแตกต่างระหว่างความประมาทเล็กน้อยในทางแพ่งและความประมาทเล็กน้อยในทางอาญา อย่างชัดเจนในเรื่องระดับของความร้ายแรง ดังนั้นความประมาทเล็กน้อยในทางแพ่งและอาญาจึงใช้หลักเกณฑ์คล้ายคลึงกัน แม้การกระทำโดยประมาทของแพทย์จะไม่ใช้การกระทำโดยประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรงก็ถือเป็นความผิดทางอาญาได้

การกระทำการในวิชาชีพของแพทย์ต้องเปรียบเทียบกับ ผู้ที่มีความระมัดระวังหรือใช้ความระมัดระวังเท่าเทียมกับแพทย์ที่อยู่ในฐานะและเหตุการณ์เดียวกับผู้นั้นหรือไม่ ถ้าผู้นั้นไม่มีความระมัดระวังอย่างแพทย์ หรือไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างแพทย์ ย่อมถือว่าผู้นั้นกระทำการโดยประมาท ประมาทในทางอาญากับละเมิดในทางแพ่ง ในกฎหมายซีวิลลอว์รวมทั้งประเทศไทยการกระทำละเมิดโดยประมาทเล็กน้อยในกฎหมายแพ่งไม่อาจแยกจากการกระทำโดยประมาทในทางอาญาได้อย่างชัดเจน ซึ่งต่างกับหลักของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่ถือว่าประมาทที่เป็นความผิดอาญาต้องเข้าข่ายที่มีลักษณะประมาทอย่างร้ายแรงถึงขนาดเรียกว่า การกระทำอย่างร้ายแรง (Recklessness) เท่านั้น ถ้าประมาทเล็กน้อยธรรมดา (Negligence) เป็นละเมิดทางแพ่ง และจะถือว่าผู้กระทำมีความผิดทางอาญาต่อเมื่อผู้กระทำมีเจตนาร้าย (Mens rea) โดยแพทย์รู้ถึงความเสี่ยงต่อการให้การรักษาที่อาจส่งผลให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย แต่แพทย์ยังฝืนทำการรักษาโดยไม่คำนึงถึงผลนั้น รวมถึงมีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผล

5.1.2 วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาที่เกิดจากการกระทำของแพทย์ จากกรณีศาลจังหวัดทุ่งสงมีคำพิพากษาให้ ลงโทษจำคุกแพทย์ในความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย จากการฉีดยาเข้าไขสันหลังเพื่อระงับความรู้สึกในการผ่าตัดไส้ติ่งผู้ป่วย โดยมีได้ควบคุมยาชาในปริมาณที่เหมาะสม จนทำให้ผู้ป่วยเกิดอาการช็อคและเสียชีวิต แม้ต่อมาศาลอุทธรณ์จะพิพากษายกฟ้องก็ตาม จากคดีดังกล่าวทำให้แพทย์และแพทยสภาได้ออกมาแสดงความคิดเห็นว่า ทำไมแพทย์ต้องถูกฟ้อง ทำไมแพทย์ต้องถูกพิพากษาให้จำคุก แพทย์ทำหน้าที่เพื่อรักษาผู้ป่วย แต่ผลที่แพทย์ได้รับก็คือแพทย์ต้องถูกจำคุก ด้วยเหตุนี้แพทยสภาจึงหาทางออกเพื่อป้องกันมิให้แพทย์ต้องรับผิดทางอาญา โดยเสนอร่างพระราชบัญญัติความรับผิดและวิธีพิจารณาความสำหรับ ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ และร่างพระราชบัญญัติกองทุนชดเชยผู้ได้รับความเสียหายจากบริการทางการแพทย์เพราะไม่เห็นด้วยที่แพทย์ผู้ซึ่งรักษาผู้ป่วย ต้องรับโทษทางอาญากรณีมีความเสียหายจากการประกอบวิชาชีพ ต้องมีระบบไกล่เกลี่ยและเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายทางการแพทย์

เพื่อช่วยลดความขัดแย้งและสร้างความสมดุลของสัมพันธภาพระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย แต่แนวทางการแก้ปัญหาพระราชบัญญัติความรับผิดและวิธีพิจารณาความสำหรัผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ โดยกำหนดให้แพทย์มีความรับผิดทางอาญาอันเกิดจากการประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ เฉพาะกรณีที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น

ประเด็นเรื่องการยกเว้นความผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์นั้น แพทย์มีเจตนาบริสุทธิ์ในการพยายามรักษาพยาบาลผู้ป่วยเป็นความพยายามช่วยเหลือผู้ป่วย ไม่มีเจตนาร้ายต่อผู้ป่วย เมื่อช่วยเหลือได้ไม่สำเร็จอาจเนื่องจากมีปัจจัยต่างๆ ที่ไม่สามารถควบคุมได้ และแพทย์ต้องรับผิดชอบต่อการรักษาผู้ป่วย ต่อชีวิตของผู้ป่วย ซึ่งอาจเกิดความผิดพลาดในการรักษาได้จากปัจจัยหลายๆ อย่าง แม้กระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการสร้างขวัญกำลังใจให้แพทย์ตัดสินใจทำการตรวจรักษาได้อย่างเต็มที่ เต็มขนาดและรวดเร็ว ในโรคที่จำเป็นเร่งด่วนและอาจเกิดผลเสียหายต่อชีวิต แต่การยกเว้นความผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์นั้นให้ต่างจากการกระทำโดยประมาทอื่นๆ จะเป็นการขัดต่อกฎหมายอาญาในการกระทำโดยประมาทของประเทศไทย และขัดต่อวัตถุประสงค์การลงโทษการกระทำโดยประมาทที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้กระทำความผิดมีความเข็ดหลาบ ให้ความระมัดระวังมากขึ้น และเมื่อบุคคลอื่นผู้เห็นผู้กระทำถูกลงโทษก็ย่อมมีความระมัดระวังมากขึ้น ซึ่งช่วยยับยั้งและป้องกันการกระทำผิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ การยกเว้นการรับผิดทางอาญาของแพทย์จากการกระทำโดยประมาท อาจจะเป็นการเพิ่มโอกาสให้แพทย์ใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพลดลง ผู้ป่วยอาจเกิดความไม่แน่ใจในมาตรฐานการรักษาพยาบาล เป็นการให้ความคุ้มครองแก่วิชาชีพแพทย์โดยเฉพาะอันจะก่อให้เกิดความขัดแย้งกับวิชาชีพอื่น บุคคลอื่น ผู้ป่วยและประชาชนทั่วไปได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนเห็นว่า การยกเว้นความผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่ให้แพทย์ถูกจำคุกนั้น ไม่ควรแก้กฎหมายเพื่อยกเว้นความผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ให้ต้องรับผิดเมื่อกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และให้รับผิดเฉพาะทางแพ่ง เพราะวิชาชีพเวชกรรมต้องกระทำด้วยความระมัดระวังอย่างวิชาชีพต่อชีวิตของผู้ป่วยยิ่งกว่าบุคคลทั่วไป ซึ่งอาจขัดต่อกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ รวมทั้งกฎหมายของประเทศไทย และหลักการลงโทษทางอาญา จึงไม่สมเหตุผลที่จะนำแนวคิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้ เพราะ การกระทำโดยประมาทมีการพิจารณาความรับผิดเป็นอย่างเดียวกันทุกกรณีไม่ได้แยกเฉพาะวิชาชีพแพทย์ รวมทั้งกฎหมายญี่ปุ่นที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ ให้ผู้ประกอบวิชาชีพที่กระทำประมาทเลินเล่อเป็นเหตุจรรยาบรรณทำให้ผู้กระทำรับโทษทางอาญาหนักขึ้น

ศาลมีดุลพินิจพิจารณาไปตามพยานหลักฐานที่โจทก์และจำเลยนำสืบ และ พิเคราะห์ตามประมวลกฎหมายอาญา ข้าพเจ้าเห็นว่าผลของคดีขึ้นอยู่กับการนำข้อเท็จจริงขึ้นนำสืบว่ากระทำไปตามมาตรฐานวิชาชีพ ไม่ได้กระทำประมาทเลินเล่อ ดังจะเห็นได้จากการต่อสู้คดีกรณีแพทย์ถูกฟ้องว่าผ่าตัดเนื้องอกในสมองผิดพลาดทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิต คดีหมายเลขดำที่ ผบ. 158/2558 ของศาลจังหวัดนนทบุรี ได้แสดงให้เห็นถึงการ

นำสืบพยานหลักฐานในการต่อสู้คดีตามมาตรฐานวิชาชีพ มิได้กระทำละเมิดต่อผู้เสียชีวิตเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย มีการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดตามคำสั่งของจังหวัดจันทบุรี การเจรจาไกล่เกลี่ยในชั้นศาล ผลของคดีคือศาลพิพากษายกฟ้อง

มาตรฐานความระมัดระวังที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำโดยประมาทนั้นมีความเหมาะสมอยู่แล้ว โดยพิจารณาความระมัดระวังตามวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพและพฤติการณ์ สถานการณ์สภาวะแวดล้อมในขณะนั้นใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด อีกทั้งเปรียบเทียบกับแพทย์ที่มีความรู้ความชำนาญเฉพาะสาขา ประสบการณ์ในการทำงานเดียวกัน หากใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานความระมัดระวังก็ต้องรับผิดชอบ อาญา เมื่อความเสียหายอาจเกิดขึ้นได้ทั้งต่อชีวิต ร่างกาย แต่หากแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์แล้ว ไม่ถือว่าแพทย์ผู้นั้นกระทำโดยประมาท

อาจเสนอการใช้ดุลพินิจตามแบบระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ให้มีการกำหนดให้มีการนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิด และสภาพความผิดหรือเหตุอันควรปราณี และกำหนดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ มาเป็นองค์ประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจำเลย ดังเช่น ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ประเทศอังกฤษ (The Criminal Justice Act 2003) ประเทศสหรัฐอเมริกา (United States Code Title)

อาจใช้วิธีอื่นในการบรรเทาความเสียหายและลดการฟ้องร้องคดี เช่น

(1) การใช้วิธีการแก้ไขข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) นอกจากกระบวนการศาล เช่น การกำหนดให้มีกระบวนการเจรจาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและชดเชยค่าเสียหายที่เหมาะสม และเป็นธรรมมาใช้ในการช่วยเหลือเยียวยาให้แก่ผู้ป่วยที่เป็นผู้เสียหายซึ่งหากสามารถตกลงกันได้และผู้เสียหายจากการรับบริการทางการแพทย์ได้รับค่าเสียหายหรือได้รับบริการทางการแพทย์เป็นการชดเชยที่เหมาะสมและเป็นธรรม มีแนวโน้มว่าทางฝั่งผู้เสียหายก็จะไม่นำข้อพิพาทดังกล่าวมาฟ้องแพทย์เป็นคดีอาญาอีก ทำให้ผู้ป่วยได้รับการเยียวยาความเสียหายที่รวดเร็วกว่าอันเป็นการยุติเรื่องก่อนข้อพิพาทจะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในชั้นศาล

(2) ในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์อาจจะขอความเห็นจากสภาวิชาชีพ แพทยสภา ราชวิทยาลัย แล้วแต่กรณี เพื่อนำความเห็นนั้นมาประกอบการวินิจฉัยด้วย รวมทั้งการสนับสนุน พัฒนา และให้ความรู้ทางการแพทย์ คดีทางการแพทย์แก่นักกฎหมาย ทนายความผู้พิพากษา ให้สามารถเข้าใจถึงหลักการทางการแพทย์ได้ดียิ่งขึ้น อันจะทำให้กระบวนการต่อสู้คดี และการพิจารณาพิพากษาคดีทุรเวชปฏิบัติ มีประสิทธิภาพมากขึ้น

(3) การพัฒนาวิธีพิจารณาความในศาล จัดให้มีระบบพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ความชำนาญทางการแพทย์ของศาลให้นำเชื่อถือ เป็นธรรม เป็นที่ยอมรับ ไว้ให้ความเห็นทางการแพทย์ เพื่อประกอบดุลพินิจการพิจารณาพิพากษาคดีทุรเวชปฏิบัติ

(4) เนื่องจากแพทยสภามีคณะกรรมการเป็นแพทย์ทั้งหมดโดยไม่มีประชาชนหรือบุคคลภายนอกเข้าร่วม ผู้เสียหายอาจกลัวว่าจะไม่ได้รับความเป็นธรรม ดังนั้นแทนที่ผู้เสียหายจะไปร้องเรียนที่แพทยสภา กลับจะใช้วิธีร้องเรียนผ่านสื่อหรือฟ้องศาลแทน หรือร้องเรียนแพทยสภาด้วยฟ้องศาลด้วยคู่ขนานกันไป ถ้าประชาชนเห็นว่าแพทยสภาสอดส่องดูแลให้การปฏิบัติงานของแพทย์อยู่ในกรอบที่ถูกต้องของวิชาชีพและจริยธรรม ประชาชนก็จะเกิดศรัทธา เมื่อมีปัญหาก็จะมาร้องเรียนที่แพทยสภา ถ้าแพทยสภาดำเนินการให้ได้ โดยรวดเร็ว และอธิบายถึงเรื่องที่เกิดขึ้นได้ด้วยเหตุและผลที่รับฟังได้ ปัญหาก็คงยุติได้ที่แพทยสภา

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา 2551).
- คณิต ณ นคร, *วิ อาญา วิพากษ์* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2552).
- ชวนันท์ กนกวิจิตรศิลป์, 'มาตรฐานความระมัดระวัง กรณีการกระทำความผิดโดยประมาทในทางอาญาของแพทย์' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558).
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *กฎหมายอาญา: หลักและปัญหา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2528).
- ธานี วรภัทร์, *กฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2553).
- ธัญญธร อินทร และคณะ, 'การดำเนินคดีทุรเวชปฏิบัติที่เป็นคดีอาญาในประเทศไทย: กรณีศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ' (2551) 2 ดุลพาห.
- ชนกฤต วรณัชชากุล, 'การพิสูจน์ความรับผิดชอบทางละเมิดของแพทย์จากการกระทำโดยประมาทเล็กน้อย' (พฤษภาคม - มิถุนายน 2559) จุลนิติ.
- ปานรวี ชีวิตโสภณ, 'ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญา ในการกระทำโดยประมาทของแพทย์' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551).
- ประทีป อ่าววิจิตรกุล, *ฟ้องแพทย์: ฉบับคดีดัง* (สำนักพิมพ์Pholsiam Printing Publishing (Thailand) Limited 2549).
- ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป* (สำนักพิมพ์เจริญวิทย์การพิมพ์ 2525).
- เพลินตา ต้นรังสรรค์, 'ภาระการพิสูจน์ความรับผิดชอบทางละเมิดในการประกอบวิชาชีพของแพทย์' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551).
- ราชบัณฑิตยสถาน, *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542* (สำนักพิมพ์นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์ 2546).
- เริงฤดี ปธานวนิช, 'องค์ประกอบของทุรเวชปฏิบัติ' (พฤษภาคม - สิงหาคม 2560) 2 วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข.
- วารุณี สิทธิรังสรรค์, 'เปิดสถิติ "คดีทางการแพทย์" 2561-2563 สู่แนวคิดสร้างเครือข่ายจัดระบบป้องกันปัญหาภาพรวม' (Hfocus, 29 พฤศจิกายน 2563)
<<https://www.hfocus.org/content/2020/11/20529>> สืบค้นเมื่อ 19 สิงหาคม 2565.
- วิฑูรย์ ตรีสุนทรรัตน์, 'ทำไม "หมอ" จึงถูก "คนไข้" ฟ้อง' (กรุงเทพธุรกิจ, 4 ตุลาคม 2563)
<<https://www.bangkokbiznews.com/lifestyle/900670>> สืบค้นเมื่อ 1 พฤศจิกายน 2565.
- วิฑูรย์ ตรีสุนทรรัตน์ และ ธนสร สุทธิบัติ, *กฎหมายการแพทย์ความยินยอมภายหลังได้รับการบอกกล่าวแล้ว* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2561).

บรรณานุกรม (ต่อ)

- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, 'เปรียบเทียบความรับผิดเพื่อละเมิดจากการประกอบวิชาชีพของแพทย์ตามกฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายไทย' (2536) 3 วารสารบทบัญญัติ.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และคณะ, *การศึกษาปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทย* (สำนักงานเลขาธิการแพทยสภา 2544).
- ศักดิ์ดา สติรเรื่องชัย, 'ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติทั่วไป' (กรกฎาคม - ธันวาคม 2556) 2 เวชบัณฑิตศิริราช.
- สนิท สนั่นศิลป์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่* (สำนักพิมพ์สูตรไพศาล 2548).
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และ ปกป้อง ศรีสนิท, 'การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษ: หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนกรณียาเสพติดให้โทษ' (ธันวาคม 2560) 4 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุรศักดิ์ แสงทักษิณ, 'แพทย์กับความประมาทเลินเล่อ' (กันยายน - ธันวาคม 2551) 3 วารสารการแพทย์โรงพยาบาลศรีสะเกษ สุรินทร์ บุรีรัมย์.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *กฎหมายและข้อควรระวังของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ พยาบาล* (พิมพ์ครั้งที่ 9, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2565).
- อัศวิน จันมะโน และ ธาณี วรรณทร์, 'การตรวจสอบดุลพินิจการกำหนดโทษจำเลย' (เมษายน - กรกฎาคม 2560) 3 วารสารบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- เอื้อน ขุนแก้ว, *ความรับผิดทางการแพทย์* (สำนักพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง 2559).
- Alasdair Maclean, *Autonomy, Informed Consent and Medical Law A Relational Challenge* (Cambridge University Press 2009).
- Beauchamp T. Childress J., *Principles of Biomedical Ethics* (5th edn, Oxford University Press 2001).
- C. Foster, 'Will Clinical Guideline Replace Judge?' (December 2006) 4 *Medicine and Law*.
- Harry E. Allen and Clifford E. Simonsen, *Correction in America: an introduction* (Prentice-Hall 1995).
- Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford University Press 1968).
- James A. Filkins, "'With no Evil Intent" The Criminal Prosecution of Physicians for Medical' (December 2001) 4 *Journal of Legal Medicine*.
- James H. Donaldson, *Casualty Claim Practice* (4th edn, Richard D. Irwin 1984).
- Jerome Hall, 'Negligent Behaviors should be excluded from Penal Liability' (1963) 4 *Columbia Law Review*.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Jessica Berg and others, *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice* (2nd edn, Oxford University Press 2001).
- Paul R. Van Grunsven, 'Medical Malpractice or Criminal Mistake? - An Analysis of Past and Current Criminal Prosecutions for Criminal Mistakes and Fatal Errors' (1997) 1 DePaul Journal of Care Law
- President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, Making Health Care Decisions* (U.S. Government Printing Office 1982).
- Prosser and Keeton on The Law of Torts* (5th edn, West Group 1984).
- S. Levy, 'Criminal Liability for Medical Negligence' (December 2006) 4 Medicine and Law.
- Wayne R. LaFave, *Criminal Law* (4th edn, West 2003).
- William H. Roach and others, *Medical Records and the Law* (Jones and Bartlett Publishers 2006).
- World Health Organization, *Health Aspects of Human Rights with Special Reference to Developments in Biology and Medicine* (World Health Organization 1976).

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล

นางสาวหทัยรัตน์ ณ ระนอง

ประวัติการศึกษา

- พ.ศ. 2561 - เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 71
- พ.ศ. 2551 - 2553 - บริหารธุรกิจมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- พ.ศ. 2543 - 2548 - เกษัตราศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยศิลปากร

ประสบการณ์ทำงาน

- พ.ศ. 2550 - 2565 - เกษัชกรชำนาญการ กลุ่มงานเกษัชกรรม โรงพยาบาลสิรินธร
สำนักงานแพทย์ กรุงเทพมหานคร
- พ.ศ. 2548 - 2550 - เกษัชกรปฏิบัติการ ฝ่ายเกษัชกรรม โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์
สภากาชาดไทย