

ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม



นางสาวดวงกมล ภู่อาย

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2549

ISBN 974-14-3444-8

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CRIMINAL LIABILITY OF MEDICAL PROFESSIONAL



Miss Duangkamon Pulai

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

For the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2006

ISBN 974-14-3444-8

Copyright of Chulalongkorn University

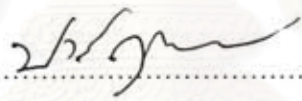
หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม
โดย	นางสาวดวงกมล ภู์ฉาย
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษา	อาจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์

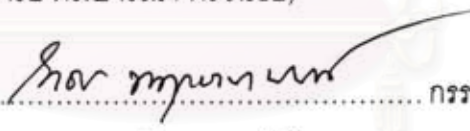
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้นับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย)


คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์มัทยา จิตติรัตน์)


..... อาจารย์ที่ปรึกษา
(อาจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)


..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์นายแพทย์กำธร พฤษานานนท์)


..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์มรธา วัฒนะชีวะกุล)


..... กรรมการ
(ศาสตราจารย์ (พิเศษ) เข็มชัย ชูติวงศ์)

ควงกมล ภู่งาย : ความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม : (CRIMINAL LIABILITY OF MEDICAL PROFESSIONAL) อ. ที่ปรึกษา : อาจารย์ ดร.ปรีณา ศรีวนิชย์ , 165 หน้า. ISBN 974-14-3444-8.

แม้ปัจจุบันประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ.2525 ในการควบคุมการทำงานและจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอยู่ก็ตาม แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็เป็นเพียงการกำหนดขอบเขต หน้าที่และจริยธรรมที่จะปฏิบัติต่อผู้ป่วยไว้อย่างกว้างๆเท่านั้น แต่ไม่ได้บัญญัติถึงความรับผิดทางอาญาไว้แต่อย่างใด ดังนั้น ความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญามาพิจารณาต่อไป

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการประกอบวิชาชีพเวชกรรม เป็นกิจกรรมที่จะต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย ซึ่งในการรักษาย่อมมีโอกาสเกิดความผิดพลาดหรือเกิดอุบัติเหตุในการปฏิบัติงานและเกิดอันตรายแก่ชีวิตร่างกายและจิตใจของผู้ป่วยได้เสมอ

ในการศึกษาวิจัย ได้อาศัยแนวการวินิจฉัยในระบบกฎหมาย common law มาวิเคราะห์ถึงความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยในกฎหมายระบบ common law การกระทำความคิดอาญากรณีประมาทนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะรับผิดต่อเมื่อเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น นอกจากนี้ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงการกระทำโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้ และมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความยินยอมของผู้ป่วย ซึ่งอาจยกมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดทางกฎหมายได้ ซึ่งหลักเกณฑ์เหล่านี้ทำให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณาความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเสนอแนะให้มีหลักเกณฑ์การพิจารณาความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมขึ้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะรับผิดอาญาในกรณีการกระทำโดยเจตนาและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น นอกจากนี้ ผู้เขียนยังได้เสนอแนะในเรื่องของการให้ความยินยอมในการรักษาว่าแพทย์จะต้องบอกกล่าวถึงสิ่งที่เป็นข้อเท็จจริงและสาระสำคัญในการรักษา เพื่อให้ความยินยอมนั้นเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาความรับผิดในการทำงานของแพทย์ซึ่งเป็นวิชาชีพที่จำเป็นในสังคมต่อไป

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิติศ.....
ปีการศึกษา.....2549..... ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

4686238034 : MAJOR LAW

KEY WORD: CRIMINAL / LIABILITY / MEDICAL / PROFESSIONAL

DUANGKAMON PULAI : CRIMINAL LIABILITY OF MEDICAL PROFESSIONAL.

THESIS ADVISOR : DR.PARINA SRIVANICH 165 pp. ISBN 974-14-3444-8.

Although Thailand has the Control of Medical Profession Act B.E. 2525 and the Medical Council of Thailand to monitor medical profession, it scopes, however, limit only to duty and morality of medical professional in general. Nor does it have any provisions on criminal liability specifically for medical professionals. Therefore, the Penal Code must be applied when determining criminal liability of medical professionals.

By nature, the medical professionals must act on patient's body, which mistakes can easily happen incidentally or negligently and cause injuries to patient's life, body, or mind.

This research found that in common law system, medical professionals will be criminally liable only when they act with gross negligence. In addition, there are criteria to determine patient's "informed consent" which might be raised to exempt criminal liability of medical professionals. These laws and criteria could help criminal liability of medical professions be determined more clearly.

Therefore, this thesis proposed that Thailand should set a criteria to punish only medical professionals, during a usual treatment, who act with gross negligence. A guideline that explicitly accept the concept of informed consent should also be introduced as an exemption of criminal liability for the benefits of security for medical professionals, which is one of the most significant profession in the society.

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

DepartmentLAW.....Student's signature.....*Duangkamon*
Academic year2006.....Advisor's signature.....*Parina*

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความเมตตา และความช่วยเหลืออย่างดี
ยิ่งจากอาจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวิเศษย์ ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และได้สละเวลาในการให้
คำปรึกษาตรวจร่างวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นต่างๆที่เป็นประโยชน์อย่าง
มากแก่ผู้เขียน

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์มีทยา จิตศิริรัตน์ ที่ได้กรุณาสละเวลา
รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ในการแก้ไขปรับปรุง
ข้อบกพร่องต่างๆในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้กับผู้เขียน และขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์
มูรธา วัฒนะชีวะกุล และศาสตราจารย์(พิเศษ)เข้มชัย ชูติวงศ์ ที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นกรรมการสอบ
วิทยานิพนธ์ตลอดจนให้คำปรึกษา และให้ข้อมูลที่มีประโยชน์เป็นอย่างยิ่งแก่ผู้เขียน

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์นายแพทย์กำธร พุกขานานนท์ ที่
กรุณาสละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำแก้ไขปรับปรุงข้อบกพร่อง
ต่างๆในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างดีตลอดมา

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดาและครอบครัว ที่ให้การ
สนับสนุนในทุกด้าน จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะก่อให้เกิดประโยชน์
แก่ผู้ให้ความสนใจไม่มากนักน้อย หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอรับไว้
แต่เพียงผู้เดียว และขออภัยมา ณ โอกาสนี้ด้วย

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ดวงกมล ภู่อาย

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญ	ช
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 สมมติฐาน	5
1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	5
1.4 ขอบเขตของการวิจัย	6
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย	6
1.6 วิธีการศึกษาวิจัย	6
บทที่ 2 การประกอบวิชาชีพเวชกรรมและความรับผิดชอบตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรม	7
2.1 การประกอบวิชาชีพเวชกรรม	7
2.1.1 ความหมายของงานอันเป็นวิชาชีพและวิชาชีพเวชกรรม	7
2.1.1.1 ความหมายของงานอันเป็นวิชาชีพ	7
2.1.1.2 ความหมายของงานอันเป็นวิชาชีพเวชกรรม	10
2.1.2 ลักษณะงานและหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม	11
2.1.3 ความสัมพันธ์และอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติการทางการแพทย์ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม	12
2.1.4 จริยธรรมแห่งวิชาชีพสากลและจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม	17
2.1.5 สิทธิของผู้ป่วยในการรักษาพยาบาล	20
2.2 กระบวนการและปัญหาที่เกิดขึ้นในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม	22
2.2.1 ปัญหาที่เกิดขึ้นในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม	22
2.2.1.1 สิทธิในการปฏิเสธการรักษา	22
2.2.1.2 การวินิจฉัยโรคผิดพลาด	24

2.2.1.3	ปัญหาเกี่ยวกับวิวัฒนาการของโรคใหม่	25
2.2.1.4	ปัญหาการไม่ให้ความยินยอมในการรักษา	25
2.2.1.5	ปัญหาการขาดแคลนแพทย์	26
2.2.2	กระบวนการและขั้นตอนที่เกิดขึ้นในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม	26
2.3	กฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม	28
2.3.1	ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายปกครอง	28
2.3.1.1	ข้อบังคับแพทยสภา	28
2.3.1.2	พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525	29
2.3.2	ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายแพ่ง	31
2.3.2.1	ความรับผิดทางสัญญา	31
2.3.2.2	ความรับผิดทางแพ่งว่าด้วยละเมิด	32
2.3.2.2.1	การกระทำโดยจงใจ	32
2.3.2.2.2	การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ	33
2.3.2.2.3	การชดเชยค่าเสียหายในกรณีละเมิด	33
2.3.2.3	ความรับผิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิด ของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2529	35
2.3.2.4	ความรับผิดตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพ แห่งชาติ พ.ศ.2545	37
2.3.3	ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายอาญา	41
บทที่ 3	ความรับผิดทางอาญากรณีการกระทำโดยเจตนาในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม	43
3.1	องค์ประกอบความรับผิดทางอาญา	44
3.1.1	การกระทำขององค์ประกอบ	44
3.1.1.1	การกระทำขององค์ประกอบภายนอก	44
3.1.1.2	การกระทำขององค์ประกอบภายใน	46
3.1.1.3	ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล	46
3.1.2	การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด	46
3.1.3	การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ	47
3.2	การกระทำโดยเจตนา	49

	หน้า
3.2.1 เจตนาประสงค์ต่อผล	49
3.2.2 เจตนาเล็งเห็นผล	51
3.2.3 เจตนาเล็งเห็นผลกับประมาทโดยรู้ตัว	52
3.3 ฐานความผิดตามกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม	53
3.3.1 บทบัญญัติในกฎหมายอาญาทั่วไปที่อาจเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติ หน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม	53
3.3.1.1 ความรับผิดชอบฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา	53
3.3.1.2 ความรับผิดชอบทำร้ายร่างกาย	54
3.3.1.3 ความรับผิดชอบกรณีการกระทำโดยประมาท	56
3.3.2 บทบัญญัติในกฎหมายอาญาที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับการกระทำ ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้โดยเฉพาะ	57
3.3.2.1 ความรับผิดชอบเปิดเผยความลับ	57
3.3.2.2 ความรับผิดชอบทอดทิ้งผู้ป่วย	58
3.3.2.3 ความรับผิดชอบทำเอกสารเท็จ	58
3.4 การกระทำความผิดกรณีคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญา	59
3.5 ปัญหาความรับผิดชอบกรณีการกระทำโดยเจตนาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย	61
3.5.1 ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย	61
3.5.2 ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา	67
3.5.2.1 กรณีความรับผิดชอบต่อส่วนตัว	68
3.5.2.2 กรณีความรับผิดชอบต่อวิชาชีพ	69
3.5.2.3 กรณีการทำให้ตายโดยสงบ	69
3.5.3 การปฏิเสธการรักษา	74
3.5.4 ความรับผิดชอบกรณีหมอเถื่อน	76
3.6 ข้อกเว้นความรับผิดชอบในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม	78
3.6.1 การกระทำโดยป้องกัน	78
3.6.1.1 องค์ประกอบของการกระทำโดยป้องกัน	78
3.6.1.2 แนววินิจฉัยกรณีการกระทำโดยป้องกัน	79

4.1.1.3	ผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ ใช้เพียงพอไม่	106
4.1.1.4	ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการ กระทำโดยประมาท	108
4.1.1.5	เหตุสุดวิสัย	112
4.2	ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำโดยประมาทตาม ประมวลกฎหมายอาญา	114
4.2.1	มาตรา 300	116
4.2.2	มาตรา 291	118
4.2.3	มาตรา 390	123
4.3	การกระทำโดยประมาทในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์	126
4.4	การกระทำโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์	131
4.5	แนวคำวินิจฉัยของศาลในต่างประเทศกรณีความรับผิดทางอาญาเนื่องมาจาก การกระทำโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม	140
4.6	วิเคราะห์เปรียบเทียบความรับผิดทางอาญากรณีการกระทำโดยประมาทของ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม	150
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	153
5.1	บทสรุป	153
5.2	ข้อเสนอแนะ	155
	รายการอ้างอิง	159
	ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	165

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในช่วงระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมา ข่าวเกี่ยวกับการกล่าวหาแพทย์ที่ปฏิบัติผิดพลาดต่อผู้ป่วย หรือละเลยการให้บริการแก่ผู้ป่วยโดยไม่สมควร เกิดขึ้นมีอยู่เสมอและในระยะหลังข่าวประเภทนี้มีปรากฏให้เห็นบ่อยครั้งขึ้นซึ่งจะเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยหรือญาติของผู้ป่วย เริ่มห่างเหินกัน ซึ่งเรื่องนี้ถือเป็นปัจจัยพื้นฐานที่มีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง และเป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สร้างความเชื่อมั่นระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ในการที่ผู้ป่วยจะตัดสินใจรักษาพยาบาลจากแพทย์ เมื่อผู้ป่วยตัดสินใจทำการรักษาย่อมจะต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากในการรักษาพยาบาลผู้ป่วย ในการรักษาพยาบาลนั้นผู้ป่วยย่อมคาดหวังถึงวิธีการรักษาและผลของการรักษาว่าจะต้องประสบผลสำเร็จแต่เมื่อการรักษานั้นไม่ได้เป็นไปตามที่คาดหวังไว้ เนื่องจากแพทย์ทำการรักษาไม่ได้ตามมาตรฐานหรือกระทำผิดพลาดเพราะความจำเป็น ที่มีข้อจำกัดในเรื่องของการรักษา เนื่องจากอาจมีผู้ป่วยมารับการรักษาพยาบาลมากเกินไปหรืออาจจะเกิดจากความผิดพลาดในการตัดสินใจในช่วงวินาทีเร่งด่วน จึงทำให้เกิดการฟ้องร้องแพทย์ขึ้นมา

แม้ปัจจุบัน ประเทศไทยจะมีกฎหมายที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรมอยู่ คือ พระราชบัญญัติผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 และมีแพทยสภาที่คอยควบคุมการทำงานและจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม อยู่ก็ตาม แต่พระราชบัญญัติดังกล่าว ก็เป็นเพียงการกำหนดขอบเขต หน้าที่และจริยธรรมที่จะปฏิบัติต่อผู้ป่วย ของบุคคลในองค์กรแพทย์ไว้อย่างกว้างๆ เท่านั้น กฎหมายนี้ ไม่ทำให้แพทย์มีสิทธิได้รับยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่งและอาญาทั่วไป แต่อย่างใด อีกทั้งกฎหมายดังกล่าว มิได้กำหนดความรับผิดในทางอาญาของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมไว้แต่อย่างใด ดังนั้น การกำหนดความรับผิดในทางอาญาของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม จึงต้องอาศัยประมวลกฎหมายอาญา เป็นตัวพิจารณาถึงความรับผิดทางอาญาทั้งการกระทำโดยเจตนาและประมาท ดังนั้น การใช้หลักในกฎหมายอาญามาพิจารณาว่าการกระทำถึงขั้นใดจึงจะถือว่าเป็นความรับผิดทางอาญาในเรื่องการกระทำโดยเจตนาและประมาทนั้นจึงมีปัญหากเกิดขึ้นว่าการกระทำถึงขั้นไหนถึงจะเป็นความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทั้งการกระทำโดยเจตนาและประมาท

เนื่องจากการประกอบวิชาชีพเวชกรรมบางเรื่องนั้น เป็นกิจกรรมที่จะต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย ของผู้ป่วย ซึ่งนอกจากจะเป็นการกระทบกระเทือนถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ป่วยและ

สิทธิต่างๆของผู้ป่วยแล้ว ในบางครั้ง การกระทำดังกล่าว อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของผู้ป่วยได้ ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมนั้นอาจต้องรับผิดชอบในทางอาญาได้ แต่

เนื่องจากวิชาชีพเวชกรรมนี้เป็นวิชาที่บุคคลที่ได้รับการศึกษาอบรมเฉพาะด้านนี้มาโดยตรงเท่านั้น ที่จะประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ บุคคลอื่นที่ไม่ได้รับการฝึกอบรมมาอาจไม่ทราบถึงแนวปฏิบัติในการรักษาว่ามีวิธีการรักษาเช่นไร ซึ่งวิธีการในการรักษาก็มีความแตกต่างกันไป และก็เป็นเรื่องยากที่คนธรรมดาจะทราบได้ถึงขนาดของความระมัดระวัง และเจตนาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม กรณีการกระทำโดยประมาทนั้น ถ้าเราใช้หลักทางกฎหมายอาญามาปรับใช้ในการพิจารณาถึงความรับผิดชอบทางอาญานั้น ก็อาจทำให้การรักษาเป็นไปอย่างไม่เต็มที่เท่าที่ควรเพราะ ความผิดพลาดในการปฏิบัติงานย่อมเกิดขึ้นได้เสมอ เนื่องจากการรักษาบางครั้งต้องอาศัยการตัดสินใจทันทีทันใดตามที่ตนเห็นสมควรซึ่งอาจต่ำกว่าหรือสูงกว่าแพทย์ที่มีความรอบคอบจะปฏิบัติกัน เพราะในเวลาเร่งด่วนที่จะต้องตัดสินใจรักษาทันทีทันใดเพื่อช่วยชีวิตผู้ป่วยนั้น วิธีการในการรักษาของแต่ละคนก็อาจต่างกันได้ในกฎหมายของไทยนั้น การกระทำโดยประมาทเคลื่อนเลื้อในทางอาญาไม่อาจแยกออกจาก การกระทำประมาทเคลื่อนเลื้อในทางแพ่งได้อย่างชัดเจน เพราะกฎหมายบัญญัติไว้เพียงว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเคลื่อนเลื้อเหมือนกันจึงทำให้แพทย์นั้นถูกฟ้องได้ทั้งทางแพ่งและทางอาญาจึงเป็นปัญหาว่าความรับผิดชอบทางอาญากับความรับผิดชอบทางแพ่งไม่สามารถแยกออกจากกันได้ชัดเจน

ซึ่งหลักเรื่องนี้ต่างกับหลักของกฎหมาย Common Law โดย Common Law ถือว่าประมาทที่เป็นความรับผิดชอบอาญานั้นต้องเข้าข่ายที่มีลักษณะประมาทเคลื่อนเลื้ออย่างร้ายแรงถึงขนาดที่เรียกว่าการกระทำอย่างบ้าบิ่น (Recklessness) เท่านั้น ถ้าประมาทเคลื่อนเลื้อธรรมดา (Negligence) เป็นเพียงละเมิดทางแพ่ง

การรักษานั้นความผิดพลาดย่อมอาจเกิดขึ้นได้ทุกขั้นตอนซึ่งอาจเป็นความรับผิดชอบทางอาญาหรือเป็นความรับผิดชอบทางแพ่งก็ได้ ถ้าเกิดอันตรายต่อผู้ป่วย แต่บางครั้งความผิดพลาดก็ไม่ได้เกิดจากการไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเท่าที่ควร อาจเกิดจากเหตุแทรกซ้อนที่เราไม่อาจคาดหมายได้ หรือเกิดผลข้างเคียงซึ่งในแต่ละรายก็จะแตกต่างกันไป ซึ่งการรักษาในกรณีเหล่านี้ อาจเกิดความผิดพลาดที่เป็นอันตรายต่อผู้ป่วยได้ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าวิธีการรักษาของแต่ละคนย่อมแตกต่างกันไป ประกอบกับปัจจัยภายนอกอื่นๆในการรักษา เช่นในเรื่องของเวลาที่เร่งด่วนที่ต้องตัดสินใจทันทีทันใด

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า จึงควรศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลในระบบ Common Law ว่าการกระทำถึงขั้นใด แพทย์จะต้องรับผิดชอบในทางอาญากรณีการกระทำโดยประมาท โดยดูว่าจะเอาหลักเกณฑ์ใดมาปรับใช้ในการพิจารณาระดับของความประมาท เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ขึ้นมา ซึ่งจะช่วยให้แพทย์ทำการรักษาได้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ใน

ส่วนของผู้ป่วยนั้น ในเรื่องของการกระทำโดยประมาทของแพทย์ การพิสูจน์เรื่องประมาทเป็นการยากที่ผู้ป่วยจะทราบได้ว่าแพทย์ทำการรักษาโดยประมาทหรือไม่ จึงต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นแพทย์เหมือนกันและในส่วนของแพทย์เองก็มีแพทย์อยู่หลายระดับ ดังนั้น ระดับความระมัดระวังก็แตกต่างกันไป จึงทำให้การพิจารณาระดับของความประมาทมีความไม่ชัดเจน ดังนั้นเมื่อมีแนวทางในการกำหนดความรับผิดชอบของแพทย์ขึ้นมาที่จะเป็นการง่ายในการพิสูจน์ความรับผิดชอบของแพทย์ เช่น มีหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติของแพทย์ต่อผู้ป่วยในกรณีต่างๆ ขึ้นมา ซึ่งไม่ใช่วิธีการรักษาเพราะการรักษามีหลายวิธี ซึ่งถ้าแพทย์ไม่ปฏิบัติตามหลักที่กำหนดไว้ ก็สันนิษฐานไว้ก่อนว่าแพทย์กระทำการโดยประมาท

ในกรณีความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในการกระทำโดยเจตนา นั้นจะมีปัญหาในเรื่องความยินยอมของผู้ป่วย การกระทำใด ๆ นั้นอาจจะไม่เป็นความผิดทางอาญาก็ได้เพราะความยินยอมของผู้ป่วย เว้นแต่ผู้ป่วยจะไม่สามารถให้ความยินยอมได้ และการรื้อเข้าไปจะเป็นอันตรายแก่ผู้นั้น หรือเป็นที่ถือว่าให้ความยินยอมโดยปริยาย โดยข้อสำคัญ ก็จะต้องกระทำเพื่อรักษาผู้ป่วย ถ้ากระทำเพื่อประสงค์อย่างอื่น เช่น เพื่อทดลองยา กรณีนี้ผู้กระทำก็มีความผิด เมื่อได้รับความยินยอมโดยชอบแล้วแม้อันตรายที่เกิดขึ้นจะถึงสาหัส ถ้าได้ทำไปโดยใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์แล้ว การกระทำนั้นก็ไม่ใช่ความผิดในการกระทำโดยเจตนา โดยถือว่าผู้ป่วยยินยอมเข้าเสี่ยงภัยในการรักษาเอง หลักเกณฑ์ที่ว่าความยินยอมของผู้เสียหายยกเว้นความรับผิดได้นั้น หลักเกณฑ์นี้ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายโดยชัดแจ้ง แต่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งศาลยอมรับฟังตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ว่าจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หรือหลักกฎหมายทั่วไปก็ย่อมมีน้ำหนักเป็นกฎหมายเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ความยินยอมเป็นหลักทั่วไปที่ไม่อาจนำมาบัญญัติไว้ได้ชัดเจนขึ้นอยู่กับศีลธรรม จารีตประเพณี รวมตลอดถึงความสมัครใจของผู้ยินยอมด้วย

นอกจากนี้กรณีจะลงโทษบุคคลในทางอาญาต้องมีการกระทำอันเป็นความผิดและโทษต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง แต่ ในการยกเว้นความผิดในทางอาญากรณีการให้ความยินยอมนั้น ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ จึงทำให้ความยินยอมของผู้ป่วยเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดได้ ซึ่งในเรื่องการกระทำต่อร่างกายผู้ป่วยนี้แพทย์ก็กลัวว่าตนจะถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีอาญาในการกระทำโดยประมาท เพราะผู้ป่วยไม่ได้ให้ความยินยอมที่ชัดแจ้งในการรักษา ทำให้ไม่สามารถนำมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดได้ จึงเท่ากับว่าแพทย์ประมาทไม่ยอมถามความสมัครใจเข้าเสี่ยงภัยของผู้ป่วยก่อน และในส่วนของผู้ป่วยเองเหตุในเรื่องความยินยอมนั้น การยินยอมนั้นยินยอมถึงขั้นไหนที่แพทย์สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องรับผิดทางอาญาซึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าควรจะศึกษาถึงเรื่องความยินยอมในการรักษา ว่ากรณีใดต้องได้รับความยินยอมก่อนหรือขอยกเว้นในเรื่องของการยินยอม รวมทั้งศึกษาถึงสาระสำคัญของความยินยอมที่จะมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดได้

แนวทางปฏิบัติในกฎหมายไทยนั้นหลักในเรื่องความยินยอมที่จะนำมายกเว้นความรับผิดของแพทย์ได้ ต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ และความยินยอมต้องมีอยู่ตลอดเวลาของการกระทำนั้นจึงจะยกเว้นความรับผิดได้ และยินยอมเพียงให้แพทย์ก็กระทำได้เท่าที่ผู้ป่วยยินยอม เมื่อผู้ป่วยให้ความยินยอมแล้ว แพทย์ก็สามารถทำการรักษาได้ แต่ปัญหา คือ แพทย์และผู้ป่วยไม่ทราบว่าความยินยอมที่ให้นั้นครอบคลุมเพียงใด และยินยอมเสี่ยงภัยในเรื่องใดบ้าง ถ้าแพทย์ทำการรักษาเกินขอบเขตที่ผู้ป่วยให้ความยินยอมไว้แต่เป็นการรักษาที่ต้องกระทำต่อเนื่องจากการรักษาในครั้งก่อน แพทย์ก็อาจจะต้องรับผิดในทางอาญาได้ เพราะผู้ป่วยอาจอ้างได้ว่าเขายินยอมให้กระทำเพียงแค่การผ่าตัดเท่านั้น ไม่รวมถึงการตัดไตด้วย แต่แพทย์ได้กระทำเกินกว่าที่เขาได้ให้ความยินยอมไว้ ส่วนผู้ป่วยก็ไม่ทราบว่าความยินยอมให้รักษานั้น ความยินยอมนั้นยินยอมเสี่ยงภัยแค่ไหน และเมื่อใดถึงจะฟ้องให้แพทย์รับผิดทางอาญาได้ ในระบบกฎหมาย Common Law นั้นกำหนดหน้าที่ให้แพทย์ต้องชี้แจงข้อมูลในการรักษาให้ผู้ป่วยทราบก่อนที่ผู้ป่วยจะให้ความยินยอมในการรักษา ซึ่งถือเป็นหน้าที่ในการให้ความระมัดระวังอย่างหนึ่งของแพทย์ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรสร้างมาตรฐานความระมัดระวังให้แพทย์โดยควรจะกำหนดหน้าที่ให้แพทย์ ต้องชี้แจงให้ผู้ป่วยทราบถึงข้อมูลเกี่ยวกับการรักษา และทางเลือกในการรักษา ข้อดี – ข้อเสีย และอันตรายที่อาจจะเกิดจากการรักษาของแพทย์ให้ผู้ป่วยทราบก่อนให้ความยินยอม

จากปัญหาต่าง ๆ ที่กล่าวมาทำให้เกิดปัญหาการฟ้องร้องระหว่างแพทย์และผู้ป่วยอยู่เป็นประจำ แพทย์เสี่ยงต่อการถูกกล่าวหาและฟ้องร้องให้รับผิดในทางอาญาอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งในปัจจุบันก็มีคดีที่เกี่ยวกับผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมขึ้นสู่การพิจารณาของศาลในปริมาณที่มากขึ้น ในส่วนของผู้ป่วยเองก็ไม่มีความรู้และความเข้าใจในการพิจารณาถึงความรับผิดในทางอาญาของแพทย์ ว่าแพทย์ต้องกระทำถึงขั้นใดจึงจะฟ้องร้องได้ ซึ่งถ้าพิจารณาจากหลักกฎหมายอาญานั้น การจะพิสูจน์ในเรื่องความยินยอมหรือในเรื่องของการกระทำโดยประมาทนั้นเกิดความไม่ชัดเจนในการพิจารณาถึงความรับผิดทางอาญา ซึ่งบางครั้งศาลก็ต้องยกฟ้องไป เนื่องจากไม่มีเหตุที่จะให้แพทย์ต้องรับผิด เพราะผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมแล้วและแพทย์ก็ไม่ประมาทซึ่งก็ทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหายมากกว่าเดิม

ในส่วน of แพทย์เองนั้น การพิจารณาความรับผิดทางอาญาก็เกิดปัญหาทำให้แพทย์ไม่สามารถทำการรักษาได้อย่างเต็มที่เพราะกลัวว่าตนต้องรับผิดทางอาญา เนื่องจากการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนี้ เป็นวิชาชีพที่ต้องทำการช่วยเหลือชีวิตมนุษย์ที่เดือดร้อนให้พ้นจากความทุกข์ทรมานจากโรคร้ายไข้เจ็บ จึงต้องทุ่มเททั้งแรงกายและแรงใจในการรักษาพยาบาลและต้องกระทำอย่างเต็มที่เพื่อให้บรรลุผลที่คาดหวังไว้ ซึ่งการที่มีเพียงหลักในกฎหมายอาญามาใช้ในการพิจารณาถึงความรับผิดทางอาญาของแพทย์นั้น ทำให้แพทย์ต้องเพิ่มมาตรฐานในการรักษาด้วยวิธีการรักษาที่ดีที่สุด ซึ่งก็มีราคาแพงกว่าการรักษาปกติ เพื่อป้องกันความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติการ

รักษา ดังนั้น จึงควรมีแนวทางที่ชัดเจนในการกำหนดความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้ เพื่อความสัมฤทธิ์ผลในการรักษาพยาบาล และป้องกันความหมางเมินที่จะเกิดขึ้นระหว่างแพทย์และผู้ป่วยในกรณีที่มีการฟ้องร้องกันเกิดขึ้น และ เป็นการลดปริมาณคดีที่ไม่จำเป็นขึ้นสู่ศาล

เนื่องจากคดีที่ศาลตัดสินในเรื่องความประมาทที่เกิดในศาลไทยยังน้อย ศาลจึงยังไม่อาจสร้างมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ในกรณีต่างๆ ให้อ้างอิงได้ เหมือนศาลของประเทศที่ใช้คอมมอนลอว์ ในส่วนนี้ ผู้เขียน มีความเห็นว่า ควรจะได้อาศัยประโยชน์จากแนววินิจฉัยของศาลในต่างประเทศ ซึ่งได้วางแนววินิจฉัยไว้ว่า กรณีใดบ้างที่แพทย์ต้องรับผิดชอบในทางอาญา ซึ่งจะได้มีการนำแนววินิจฉัยดังกล่าวมากำหนดเป็นแนวทาง เพื่อกำหนดหน้าที่ขอบเขตและหลักเกณฑ์การพิจารณาความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทย ซึ่งจะเป็นประโยชน์และเป็นแนวทางในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาอันเนื่องมาจากการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของศาลไทย และในอนาคตอาจจะมีการพิจารณาถึงแนวทางที่แพทย์ควรจะต้องปฏิบัติต่อผู้ป่วยดังกล่าว โดยบัญญัติเป็นกฎหมายขึ้นมาต่อไป

1.2 สมมติฐาน

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวกับวิชาชีพเวชกรรมในปัจจุบัน ยังขาดความชัดเจน ในการกำหนดความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ดังนั้น การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษและอินเดีย ที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เพื่อวางแนวทางที่ชัดเจน เหมาะสม ในการพิจารณาความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เพื่อให้เกิดความคุ้มครองและเกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และสังคมมากที่สุด และเป็นการช่วยลดปริมาณคดีที่ขึ้นต่อ ศาล โดยไม่จำเป็น

1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ว่ามีหลักเกณฑ์และปัญหาอย่างไร และควรจะมีหลักเกณฑ์เช่นใดมาใช้ในการพิจารณาถึงการกระทำที่จะเป็นความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ป่วยมากขึ้น

2. เพื่อศึกษาให้เป็นแนวทางในการพิจารณาถึงความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยมากขึ้น

3. เพื่อให้มีการพัฒนากฎหมายควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ให้มีความเหมาะสมและเป็นธรรมต่อไปในอนาคต

4. เพื่อศึกษาหลักในเรื่องการให้ความยินยอมของผู้ป่วย เพื่อเป็นหลักในการพิจารณาถึงความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาถึงความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต่อผู้ป่วยว่ามีเพียงใด และมีข้อยกเว้นในเรื่องความรับผิดชอบของแพทย์ต่อผู้ป่วยในกรณีใดบ้าง ซึ่งในกฎหมายไทยจะได้พิจารณาจากทฤษฎีความรับผิดในทางอาญาทั้งการกระทำโดยเจตนา และการกระทำโดยประมาท ซึ่งบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา โดยทั้งนี้จะได้ศึกษาแนวคิดพิพากษาของศาลในหลักกฎหมายระบบ Common Law ว่ามีแนวทางการพิจารณาคดีคล้ายคลึงหรือแตกต่างจากหลักกฎหมายไทยอย่างไรบ้าง

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ความรับผิดในทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต่อผู้ป่วย ว่ามีข้อบกพร่องอย่างไรบ้าง และ ควรจะได้มีการแก้ไขอย่างไรบ้าง

2. ทำให้เกิดความเป็นธรรมต่อแพทย์และผู้ป่วย โดยเฉพาะในเรื่องหลักการพิจารณาถึงความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

3. เป็นแนวทางในการพิจารณาปรับปรุงบทบัญญัติในกฎหมายไทย เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

4. เป็นแนวทางในการพิจารณาถึงหลักความรับผิดในทางอาญา ในเรื่องการพิสูจน์ความรับผิดของแพทย์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ป่วยมากขึ้น

1.6 วิธีการศึกษาวิจัย

ผู้วิจัยได้ดำเนินการศึกษาโดยอาศัยวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยศึกษาถึงหลักความรับผิดในทางอาญาทั้งในกรณีของการกระทำโดยเจตนาและการกระทำโดยประมาท ตลอดจนปัญหาและอุปสรรคในการพิจารณาถึงความรับผิดในทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ด้วยการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันคือประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ.2525 และที่สามารถนำมาใช้ได้ในอนาคตจากแนวทางของต่างประเทศ โดยการค้นคว้าวิจัยเชิงเอกสารอันได้แก่ ตำรา ผลงานวิจัย บทความ วิทยานิพนธ์ ข้อมูลสถิติ และสืบค้นข้อมูลจากอินเทอร์เน็ตประกอบ

การประกอบวิชาชีพเวชกรรมและความรับผิดชอบตามกฎหมาย
ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

2.1 การประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข หมายถึง บุคคลที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตประเภทต่างๆที่เกี่ยวกับการแพทย์และสาธารณสุข เช่น แพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ก็ได้ชื่อว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ทำนองเดียวกับพยาบาลหรือผดุงครรภ์ ก็ได้ชื่อว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมการพยาบาลและการผดุงครรภ์ เกษษกร ก็ได้ชื่อว่าผู้ประกอบวิชาชีพเภสัชกรรม ทันตแพทย์ ก็ได้ชื่อว่าผู้ประกอบวิชาชีพทันตกรรม ส่วนนักกายภาพบำบัด นักเทคนิคการแพทย์ และผู้ประกอบโรคศิลปะการแพทย์แผนไทย ก็ได้ชื่อว่าผู้ประกอบโรคศิลปะในสาขานั้นๆ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้กล่าวถึงความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น ซึ่งก็คือแพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์

2.1.1 ความหมายของงานอันเป็นวิชาชีพและวิชาชีพเวชกรรม

2.1.1.1 ความหมายของงานอันเป็นวิชาชีพ

คำว่า "วิชาชีพ" ซึ่งใช้กันอยู่ในปัจจุบันมีที่มาจากคำว่า Profession ในภาษาอังกฤษซึ่งมีที่มาจากคำกริยา "to profess" จากคำลาติน pro + fateri แปลว่ายอมรับหรือรับว่าเป็นของตน¹

ก่อนที่จะใช้คำว่า "วิชาชีพ" นั้น พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหมื่นนคราธิปพงศ์ประพันธ์ ได้เคยทรงอธิบายไว้ว่า "Profession ตามศัพท์หมายความว่า ปฏิญาณ คือการปฏิญาณตนต่อสรรพสิ่งศักดิ์สิทธิ์ว่าจะประกอบอาชีพตามธรรมเนียม ซึ่งวางไว้เป็นบรรทัดฐาน อาชีพปฏิญาณในขั้นต้นได้แก่ วิถีอาชีพของนักบวช ซึ่งต้องเคร่งครัดในระเบียบวินัยที่บังคับไว้ และต่อมาได้แก่นักกฎหมายและนายแพทย์ฯ ซึ่งเขาได้จัดองค์กรควบคุมกันเข้าเอง มีวินัยและมารยาทอันเคร่งครัด²

ก่อนที่จะพิจารณาถึงลักษณะโดยทั่วไปของวิชาชีพเวชกรรมนั้น ควรจะทำความเข้าใจในเบื้องต้นถึงความหมายและคำจำกัดความในทางกฎหมายของคำว่า "การงานอันเป็นวิชาชีพ" และ "วิชาชีพ" ซึ่งได้มีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความหมายและคำจำกัดความไว้ดังนี้

¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, หลักวิชานักกฎหมายในภาคพื้นยุโรป ในรวมคำบรรยายหลักวิชานักกฎหมาย, แสง บุญเฉลิมวิภาส บรรณาธิการ, สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2543, หน้า 115

² พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหมื่นนคราธิป พงศ์ประพันธ์, "อาชีพปฏิญาณ", แสง บุญเฉลิมวิภาส บรรณาธิการ, รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพกฎหมาย, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ, 2531, หน้า 1-3

“ การงานอันเป็นวิชาชีพ” (Profession) หมายความว่า งานที่ต้องใช้ความรู้พิเศษทางวิชาการในส่วนความคิด ไม่ใช่ในทางกำลัງกายมีผลเป็นการผูกขาดทำได้แต่โดยบุคคลผู้มีคุณสมบัติอันศึกษาอบรมโดยเหมาะสม เช่น การแพทย์ กฎหมาย หรือบัญชี และทนายความ รวมถึงวิชาชีพอื่นๆด้วย เช่น นักวิทยาศาสตร์ วิศวกร เป็นต้น ³

“ วิชาชีพ” (Profession) คือ อาชีพที่ต้องมีการศึกษาชั้นสูง มีการอบรมเป็นพิเศษและมีเจตนาเพื่อรับใช้ประชาชน วิชาชีพนั้นมีหลายประเภทด้วยกัน เช่น กฎหมาย แพทย์ วิศวกรรม เป็นต้น ⁴

วิชาชีพ (Profession) ในความหมายอย่างแคบคือ คนที่จะประกอบอาชีพนี้ได้ ต้องมีความรู้และคุณสมบัติ ตลอดจนประสบการณ์พิเศษที่ประกอบอาชีพทั่วไป ในฐานะ ลูกจ้าง ครู พ่อค้า ฯลฯ อาจไม่ต้องมี ซึ่งได้แก่วิชาชีพสถาปัตยกรรม วิศวกรรม กฎหมาย แพทย์ ⁵

จากความหมายและคำจำกัดความดังกล่าว จะเห็นได้ว่าลักษณะของงานที่เป็นวิชาชีพจะต้องอาศัยการฝึกอบรมเป็นระยะเวลานานเพื่อให้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า ผู้ที่จะมีความรู้ความสามารถในการปฏิบัติงานในลักษณะของวิชาชีพนั้นจะต้องได้รับการศึกษาอบรมทางด้านวิชาการนั้นโดยเฉพาะ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า บุคคลทั่วไปที่ไม่ได้รับการศึกษาดังกล่าวย่อมไม่มีโอกาสที่จะทราบถึงแนวทางปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพได้แต่อย่างใดเลย

คำว่า “วิชาชีพ” (Profession) จึงมีที่มาและความหมายที่ลึกซึ้ง มีความแตกต่างจากการประกอบอาชีพ (Occupation) โดยทั่วไป เพราะอาชีพนั้นหมายถึงเพียงการทำมาหากินแต่วิชาชีพเป็นงานที่ต้องอุทิศตน แม้จะมีค่าตอบแทนก็เรียกได้ในลักษณะเป็นค่าธรรมเนียม (fee) ไม่ได้เรียกว่าเป็นค่าจ้าง (wage) เหมือนอาชีพอื่นๆ

ลักษณะโดยทั่วไปของวิชาชีพจึงแตกต่างจากอาชีพโดยทั่วไป ซึ่งมีลักษณะเฉพาะดังนี้

1. งานที่มีการอุทิศตนทำไปตลอดชีวิต มีลักษณะเป็นจรรยาบรรณ (The moral aspect)

³ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 , พิมพ์ครั้งที่ 4 , กรุงเทพมหานคร, บริษัท บพิตรการพิมพ์ จำกัด, 2523 , หน้า 1722

⁴ บัญญัติ สุชีวะ, “จริยธรรมของนักกฎหมาย.” เอกสารในการสัมมนาเรื่องจริยธรรมของนักกฎหมาย เสนอที่ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 19-20 ธันวาคม 2528

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ภาพรวมความรับผิดชอบในวิชาชีพของสถาปนิกและวิศวกรในกฎหมายฝรั่งเศสและไทย”, เอกสารในการสัมมนาเรื่องสถาปนิก – วิศวกร และความรับผิดชอบทางกฎหมาย เสนอที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 8 พฤศจิกายน 2528

คำนึงถึงประโยชน์ของส่วนรวมเป็นสำคัญ เป็นการที่มีเจตนารมณ์เพื่อรับใช้ประชาชน และผู้ปฏิบัติการตามวิชาชีพต้องกระทำการหรือการคาดหมายว่าต้องกระทำการตามหลักทางศีลธรรม จรรยาควบคู่ไปกับหน้าที่ที่ทุกๆ ไป อย่างซื่อสัตย์และเป็นที่คาดหวังว่าผู้ประกอบวิชาชีพต้องเสนอมาตรฐานขั้นสูงของการบริการในวิชาชีพนั้นๆ และยังได้รับการคาดหวังด้วยว่าผู้ประกอบวิชาชีพจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับงานที่ถือเป็นความลับ และต้องมีหน้าที่ต่อสังคมอย่างกว้างขวางด้วย เช่น หน้าที่ของแพทย์ในอันที่จะป้องกันการแพร่ขยายของเชื้อโรคติดต่อร้ายแรง หรืออาจจำเป็นต้องแจ้งหน่วยงานควบคุมโรคของรัฐเพื่อให้เข้ามาร่วมรับทราบปัญหาและหาทางป้องกันการแพร่ระบาดของโรคเหล่านี้ หากผู้ประกอบวิชาชีพใช้เพียงแต่ความรู้ที่ได้รับการเล่าเรียนมาโดยขาดการฝึกฝนอบรมทางด้านจรรยาบรรณแล้ว ย่อมส่งผลร้ายต่อสังคมโดยส่วนรวม

2. การงานนั้นต้องได้รับการอบรมสั่งสอนเป็นเวลานานมาหลายปีทั้งด้านทฤษฎี และปฏิบัติ ก่อนที่จะลงมือปฏิบัติการนั้นกล่าวคือ ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพได้ต้องมีการศึกษาโดยเฉพาะในวิชานั้น ไม่ใช่การงานที่บุคคลทั่วไปทำได้โดยเพียงแต่ทดลองปฏิบัติ แต่ต้องมีการฝึกอบรมอย่างสมบูรณ์แบบในทางวิทยาศาสตร์ช่วงระยะเวลาหนึ่ง (prolonged formal scientific training) อีกทั้งเป็นการศึกษาอบรมทางความคิด (intellectual) ยิ่งกว่าการใช้มือ (manual) และแรงงาน

3. มีชุมชนหรือหมู่คณะที่มีขนบธรรมเนียมประเพณีที่สำคัญในจรรยาบรรณและมีองค์กรที่จะคอยสอดส่องดูแลโดยที่ลักษณะของวิชาชีพเป็นงานที่ใช้ความรู้อันมีลักษณะเฉพาะและต้องมีจริยธรรม ผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องเข้าร่วมสมาคมของผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งจะต้องออกกฎข้อบังคับ ในการรับเข้าเป็นสมาชิก และหาทางที่จะส่งเสริมมาตรฐานทั้งหลายของการประกอบวิชาชีพ โดยองค์กรเหล่านี้จะทำหน้าที่ออกกฎเกณฑ์ ในการประกอบวิชาชีพในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญของการปฏิบัติการ และศีลธรรมจรรยา การมีองค์กรคอยควบคุมจึงเป็นเรื่องจำเป็น เพื่อให้งานขนบธรรมเนียมที่ดีของหมู่คณะคงอยู่ได้ เป็นการคุ้มครองประชาชนและรักษาเกียรติยศแห่งวิชาชีพ หากองค์กรวิชาชีพสามารถดูแลสมาชิกให้อยู่ในกรอบแห่งจริยธรรม ความน่าเชื่อถือและเกียรติยศแห่งวิชาชีพย่อมดำรงอยู่ได้ การปฏิบัติงานของผู้ประกอบวิชาชีพโดยผิดไปจากกรอบที่กำหนดไว้ เป็นผลให้ผู้ประกอบวิชาชีพนั้นไม่ได้รับการยอมรับหรือถูกปฏิเสธจากกลุ่มวิชาชีพและไม่สามารถประกอบวิชาชีพได้⁶

4. สถานภาพ (status) การประกอบวิชาชีพโดยส่วนมากแล้วมีสถานภาพสูง ผู้ประกอบวิชาชีพมักจะเป็นผู้ที่ได้รับการยอมรับจากสังคมว่าเป็นผู้ที่ประกอบการทำงานอันเป็นประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ประชาชนต่างให้การยอมรับนับถือผู้มีวิชาชีพว่าเป็นผู้

⁶ จิตติ ดิงศักดิ์ , หลักวิชาชีพนักกฎหมาย , พิมพ์ครั้งที่ 5 , กรุงเทพมหานคร , โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529 , หน้า 21

มีความรู้พิเศษกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป และเป็นผู้ที่เสียสละอุทิศตนเพื่อใช้ความรู้ที่ตนร่ำเรียนมาไปสร้างประโยชน์แก่สังคมโดยทั่วไป ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงได้ยอมรับนับถือจากชุมชน และสังคมว่าเป็นผู้ที่ช่วยให้บุคคลพ้นจากโรคร้ายไข้เจ็บ แต่เดิมในสังคมไทย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้ใกล้ชิดกับผู้คนในชุมชนมากที่สุด หากมีผู้ใดเจ็บป่วยก็จะเรียกหาหมออยู่ร่ำไป จึงนับว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้เสียสละตน เพื่อชุมชนและสังคม แม้ว่าสังคมไทยในปัจจุบันจะเปลี่ยนแปลงไปมาก การรักษาคอนไชน์กลายเป็นธุรกิจประเภทหนึ่งที่สามารถสร้างรายได้สูงให้กับผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม แต่คนในสังคมก็ยังนับถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้เสียสละเวลาและความรู้เพื่อรักษาชีวิตผู้ป่วยไว้เหมือนเดิม

2.1.1.2 ความหมายของงานอันเป็นวิชาชีพเวชกรรม

ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ได้ให้ความหมายของ “วิชาชีพเวชกรรม” ไว้ว่า หมายถึงวิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับ การตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใดๆเข้าไปในร่างกายเพื่อคุมกำเนิด การเสริมสวยและการบำรุงร่างกายด้วย⁷

“โรค” หมายความว่า ความเจ็บป่วย การบาดเจ็บ ความผิดปกติของร่างกายหรือจิตใจ และหมายรวมถึง อาการที่เกิดจากภาวะดังกล่าวด้วย

“ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า บุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา

จากความหมายดังกล่าว การประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามความหมายของกฎหมายได้แก่ การกระทำที่มีองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

1. เพื่อเป็นการกระทำต่อมนุษย์ หมายถึง การกระทำเกี่ยวกับมนุษย์ไม่ว่าจะกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ถือเป็นการกระทำต่อมนุษย์ สำหรับการกระทำต่อสัตว์ไม่ว่าจะเป็นการรักษา หรือการทดลองในสัตว์ ไม่เป็นการกระทำต่อมนุษย์ และการประกอบวิชาชีพของสัตว์แพทย์จึงไม่อยู่ในการควบคุมของแพทยสภา
2. การกระทำนั้นต้องเกี่ยวกับเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ดังต่อไปนี้
 - ก. การตรวจโรค
 - ข. การวินิจฉัยโรค

⁷ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4

- ค. การบำบัดโรค
- ง. การป้องกันโรค
- จ. การผดุงครรภ์
- ฉ. การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส
- ช. การแทงเข็มหรือฝังเข็ม เพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก
- ซ. การคุมกำเนิด ซึ่งเป็นการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยา หรือสสาร หรือโดยการสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกาย
- ฌ. การเสริมสวย ที่มีการกระทำในลักษณะเดียวกันกับการคุมกำเนิดในข้อ ช.
- ฎ. การบำรุงร่างกายที่มีลักษณะเป็นการฉีดยา หรือสสารเข้าไปในร่างกาย

จากคำนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การปฏิบัติงานในฐานะผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมซึ่งผู้ให้บริการด้านสุขภาพมีความหมายที่กว้างกว่าลักษณะของการให้บริการด้านสุขภาพของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นอาจทำได้หลายวิธีนอกจากการตรวจรักษาโรคตามความเข้าใจทั่วไปแล้วการให้บริการยังรวมไปถึงการกระทำทางศัลยกรรมซึ่งอาจไม่ใช่เพื่อการรักษาโรคแต่เพื่อการคุมกำเนิดเสริมสวย หรือ การบำรุงร่างกายซึ่งมีลักษณะเป็น โรงพยาบาลที่เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน

2.1.2 ลักษณะงานและหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

1. ลักษณะงานของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม⁸

- (1) เป็นงานที่จะต้องใช้ความรู้ ความชำนาญและความเชี่ยวชาญเฉพาะสาขา
- (2) ส่วนประกอบของงานที่จะทำเป็นการใช้สมองมากกว่าจะใช้ฝีมือ
- (3) จำเป็นต้องมีระยะเวลาที่ใช้อย่างเต็มที่ทั้งในด้านทฤษฎีและปฏิบัติ ก่อนที่จะสามารถปฏิบัติการใช้งานนั้นได้อย่างพอเพียง

สำหรับการศึกษาวิชาเวชกรรมในประเทศไทย แต่เดิมมีหลักสูตรการศึกษาจำนวน 6 ปี คือ ใช้เวลา 2 ปี เรียนวิชาเตรียมแพทย์ ใช้เวลา 2 ปี เรียนวิชาพื้นฐานของการแพทย์(ปริคคินิก) และอีก 2 ปี เรียนวิชาที่ต้องปฏิบัติงานกับผู้ป่วย (คลินิก) จึงจะได้ปริญญาแพทยศาสตรบัณฑิต และบังคับให้ใช้เวลาอีก 1 ปี เพื่อลองปฏิบัติงานกับผู้ป่วย เรียกว่าเป็นแพทย์ฝึกหัด จึงจะได้ใบประกอบโรคศิลปะ แต่หลักสูตรปัจจุบันเป็นระบบ 5 ปี และ Extern 1 ปี ใช้เวลาน้อยลงไป 1 ปี ให้นักศึกษาแพทย์ ปี 6 ปฏิบัติงานเป็น Extern และไม่มีการเป็นแพทย์ฝึกหัด (Intern) อีกต่อไป

⁸ Rupert M . Jackson and John L . Power , Professional Negligence , London : Sweet & MAXWELL , 1987 , P.78

วิชาชีพเวชกรรมมีประวัติความเป็นมาที่ผูกพันอยู่กับจริยธรรมเป็นสำคัญ ซึ่งมีลักษณะเป็นการเอื้อเพื่อเอื้อแก่ซึ่งกันและกันมาก⁹ การประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงมิใช่งานที่จะกระทำในลักษณะของธุรกิจที่มักโฆษณาเข้าตลาดหลักทรัพย์ หรือ ให้คำตอบแทนแก่บุคคล หรือมูลนิธิที่พาผู้รับบริการ ไปส่งยังสถานพยาบาลของตน และนำค่าใช้จ่ายนั้นมาคิดกับผู้รับบริการ

ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงต้องมีคุณลักษณะ โดยเฉพาะ คือ มีความเมตตา กรุณา เพราะการรักษาพยาบาลเป็นไปในลักษณะของการให้ความอนุเคราะห์แก่คนไข้โดยไม่คำนึงถึงค่ารักษา หรือคำตอบแทนใดๆ

2. หน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่ได้รับการศึกษาอบรมมา ประกอบกับการใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติกรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งมีความรอบคอบทั้งนี้เพื่อให้เกิดผลดีในการรักษามากที่สุด แพทย์มีหน้าที่ที่จะต้องทำตามคำปฏิญาณตามที่เรียกว่า "Hippocratic Oath" โดยหัวใจของคำปฏิญาณ ที่ว่าจะใช้วิชาความรู้ที่เรียนมาเพื่อประโยชน์สุขของผู้ป่วยโดยสุจริตและจะกตัญญูต่อผู้มีพระคุณ คือ ครูบาอาจารย์ และวิชาชีพที่ประสิทธิประสาทความรู้ตลอดไป

ดังนั้น วิชาชีพเวชกรรมจึงต้องอยู่บนพื้นฐานของความเชื่อถือ และไว้วางใจโดยผู้รับบริการ จะเชื่อ และมั่นใจว่าเขาทั้งหลายที่มีความทุกข์ทรมานจากอาการเจ็บป่วยจะได้รับการดูแลอย่างดีที่สุด เพื่อให้เขาพ้นจากความทุกข์ทรมานอย่างรวดเร็ว ได้มาตรฐานและสิ้นเปลืองน้อยที่สุด เพราะผู้รับบริการยอมเปิดทั้งกายและใจให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตรวจ โดยบอกสิ่งที่เป็นความลับให้ทราบและยอมให้ตรวจร่างกาย และอวัยวะต่างๆ เพราะเชื่อในความบริสุทธิ์ของวิชาชีพเวชกรรม ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงมีหน้าที่รักษาผู้ป่วยด้วยความระมัดระวังตามสมควร ตามมาตรฐานของวิชาชีพเวชกรรมที่ได้ศึกษามา โดยไม่ฉวยโอกาสเอาเปรียบหรือเบียดเบียนผู้ที่ด้อยกว่าตนเนื่องมาจากวิชาชีพของตน

2.1.3 ความสัมพันธ์และอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติการทางการแพทย์ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้ป่วย ลักษณะสังคมที่มีมาแต่โบราณ ความเจ็บไข้ได้ป่วยถือเป็นทุกข์ที่ไม่มีใครปรารถนา ผู้ที่เข้ามาช่วยบำบัดปัดเป่าความทุกข์เหล่านั้น

⁹ Lan Kennedy and Andrew Grubb , *Principles of Medical Law* , London : Oxford University Press , 1988) , P.77

คือ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งมีอยู่ในชุมชนจำนวนไม่มาก ในอดีตนั้นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทั่วไป ได้รับการยอมรับนับถือจากชุมชนและสังคมว่าเป็นผู้ที่ช่วยเหลือบำบัดความทุกข์จากโรคร้ายไข้เจ็บให้หาย จึงเป็นความสัมพันธ์ที่เป็นการช่วยเหลือเกื้อกูลกัน ซึ่งแต่เดิมในสังคมไทย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถือเป็นผู้ใกล้ชิดกับผู้คนในชุมชนมากที่สุด หากผู้ใดในชุมชนเจ็บไข้ได้ป่วย ก็จะต้องไปรบกวนหมออยู่รำไป ไม่ว่าจะคิดเงินแค่ไหนเพราะความเจ็บไข้ได้ป่วยมิได้เลือกเวลาหรือสถานที่ ผู้คนในชุมชนจึงมองว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นเหมือนผู้ที่ให้ชีวิตใหม่กับคนในชุมชน ดังนั้น จึงนับว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้เสียสละตนเพื่อชุมชนและสังคม วิชาชีพเวชกรรมจึงถือว่าเป็นวิชาชีพที่ได้รับการยอมรับนับถือจากคนในสังคมมาแต่ช้านาน

การรักษาพยาบาลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ถือเป็นลักษณะของการให้บริการที่รัฐต้องจัดให้แก่ผู้คนในสังคม โดยรัฐเห็นว่าความเจ็บป่วยเป็นเหตุที่ทำให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคม รัฐจึงต้องมีหน้าที่เข้าไปให้บริการแก่ประชาชนโดยเท่าเทียมกัน เพื่อให้ประชาชนทุกคนได้รับการบริการสุขภาพที่ดี ด้วยเหตุนี้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ป่วยจึงมีความใกล้ชิดกันมาก ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นวิชาชีพที่ได้รับการยอมรับนับถือจากผู้คนในสังคมเสมอมา แม้ว่าในปัจจุบันสภาพสังคมไทยจะเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ระบบทุนนิยมเข้ามาแทรกแซงในสังคมไม่เว้นแม้แต่งานในหน้าที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ทำให้การรักษาคนไข้กลายเป็นธุรกิจประเภทหนึ่งที่สามารถสร้างรายได้สูงให้แก่ผู้ประกอบการ แต่ผู้คนในสังคมก็ยังคงนับถือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้ที่เสียสละเวลาและความรู้เพื่อรักษาชีวิตของผู้ป่วยหลายๆคนไว้

แนวคิดที่เปลี่ยนไปทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแทนที่จะปฏิบัติหน้าที่บนพื้นฐานของสายใยที่ผูกพันชุมชนเอาไว้อย่างแน่นแฟ้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในปัจจุบันต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้กรอบทางกฎหมายที่ชัดเจน ซึ่งประกอบไปด้วยความสัมพันธ์ตามสัญญากับผู้ป่วยและสังคมโดยรวม โดยถือว่าแพทย์มีหน้าที่ต่อสาธารณะที่จะรักษาผู้ป่วย ผู้ป่วยมีการเรียกร้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมรับผิดชอบต่อการบริการของตน แนวคิดเรื่อง"ความถูกต้องและเป็นธรรม" มีบทบาทเพิ่มมากขึ้น ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยกำลังมุ่งไปสู่ความสัมพันธ์แบบเป็นทางการในรูปของเอกสารสัญญาตามกฎหมาย

ในปัจจุบันความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้ป่วยได้เปลี่ยนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้รับบริการตามมาตรา 3 * แห่ง พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพ

* มาตรา 3 “บริการสาธารณสุข” หมายถึง บริการด้านการแพทย์และสาธารณสุขซึ่งให้โดยตรงแก่บุคคล เพื่อการสร้างเสริมสุขภาพ การป้องกันโรค การตรวจวินิจฉัย การรักษาพยาบาล และการฟื้นฟูสมรรถภาพ ที่จำเป็นต่อสุขภาพและการดำรงชีวิต ทั้งนี้ ให้รวมถึงการบริการทางการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือกตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะ

แห่งชาติ พ.ศ.2545 จากบทบัญญัตินี้ได้ให้ความหมายของการให้บริการมากกว่าการรักษาอาการเจ็บป่วยจากโรคภัยเท่านั้น แต่หมายถึงการเข้ารับบริการด้านสุขภาพในทุกๆด้าน

ดังนั้น ผู้รับบริการจึงมีความหมายกว้างกว่าผู้ป่วยในอดีต ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมจึงเปลี่ยนแปลงไปบ้าง แต่โดยหลักพื้นฐานก็ยังคงเป็นความสัมพันธ์ในทางสัญญาที่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมจะต้องทำการช่วยเหลือผู้ป่วยให้พ้นจากโรคภัยไข้เจ็บ ปัจจุบันการให้บริการด้านสุขภาพเป็นช่องทางในการทำธุรกิจอีกประเภทหนึ่ง ผู้ประกอบการอาศัยช่องว่างจากการให้บริการของโรงพยาบาลของรัฐที่ล่าช้า ขาดความสะดวกสบายมาประกอบธุรกิจให้บริการด้านสุขภาพที่มีความสะดวกสบาย รวมถึงมีเครื่องมือเครื่องใช้ที่ทันสมัยกว่าโรงพยาบาลของรัฐ ซึ่งทำให้ผู้รับบริการต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงขึ้นในการเข้ารับบริการ

1. ความสัมพันธ์ภายในขอบเขตการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

การปฏิบัติการทางการแพทย์ภายในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม หมายถึง การปฏิบัติการที่เป็นการบำบัดรักษาและที่ไม่ใช่การบำบัดรักษา

การบำบัดการักษา หมายถึง การวินิจฉัยและการบำบัดโรคหรือความผิดปกติด้วยวิธีการมาตรฐานอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในวงการแพทย์ และคาดว่าจะประสบความสำเร็จตามสมควร การประกอบวิชาชีพเวชกรรมถือเป็นศิลปะอย่างหนึ่ง ดังนั้น การบำบัดรักษาไม่ว่าจะโดยใช้ยา การผ่าตัด หรือวิธีการอื่นใด อาจจะยืดหยุ่นหรือดัดแปลงได้ตามความเหมาะสม ซึ่งขึ้นอยู่กับความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของแพทย์ผู้รักษา และขึ้นอยู่กับสภาวะแวดล้อมและการตอบสนองของผู้ป่วยแต่ละราย

โดยทั่วไปผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมไม่อยู่ในหน้าที่ที่จะต้องให้การรักษาพยาบาลใคร โดยไม่คิดค่ารักษาพยาบาล แต่ถ้ามื้อใดผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมได้ยอมรับเอาการดูแลรักษาคนไข้รายใดเข้ามาอยู่ในความรับผิดชอบของตนแล้ว ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้นก็มีความผูกพันที่จะต้องทำการรักษาโดยใช้ความระมัดระวัง และความชำนาญให้ถูกต้องตามสมควรแก่การรักษา (Exercise due care and skill)

1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมกับผู้ป่วยโดยทั่วไป

ในสมัยดึกดำบรรพ์ ผู้ที่ทำหน้าที่รักษาคนป่วยนั้น โดยทั่วไปจะมีฐานะทางสังคมสูงกว่าสมาชิกของชุมชน คนทั่วไปให้ความเคารพนับถือ และมีความเลื่อมใสศรัทธา ดังนั้น ผู้ที่ทำการรักษาต้องเป็นผู้ทรงคุณธรรมที่สูงกว่าคนทั่วไปในชุมชนนั้นๆ และบริการที่ผู้ป่วยได้รับก็เป็นศาสตร์ที่ลึกลับเกินความเข้าใจของคนทั่วไป ความสัมพันธ์ระหว่างผู้รักษาและผู้ป่วยเป็นลักษณะความสัมพันธ์ทางชนชั้น ซึ่งผู้ป่วยไปขอรับบริการโดยไม่มีเงื่อนไข และผู้รักษาให้บริการแก่ผู้ป่วยโดยมิได้เรียกร้องสินจ้างเป็นการให้บริการ โดยการเอื้อเฟื้อเกื้อกูลกันทำนองพ่อรักษาดูแลลูก ความสัมพันธ์ในลักษณะนี้เป็นความสัมพันธ์เชิงครอบครัว (Paternalism) ต่อมาอาชีพแพทย์ก็ได้มี

กฎเกณฑ์ทางจริยธรรมแห่งวิชาชีพเป็นเครื่องกำกับความประพฤติปฏิบัติ แต่แพทย์ในสมัยโบราณยังคงใช้อำนาจที่จะตัดสินใจแทนผู้ป่วย กล่าวคือ การให้บริการการรักษาพยาบาล ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย

เมื่อการแพทย์พัฒนาเป็นแพทย์แนววิทยาศาสตร์ ในขณะที่การปกครองและกฎหมายก็ได้พัฒนาไปเช่นเดียวกัน เมื่อเกิดระบอบเอกชนขึ้นความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย จึงปรับเข้ากับหลักกฎหมายแพ่ง โดยถือว่าเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญา (Contractual relationship) คู่สัญญาในฐานะทางกฎหมายเท่าเทียมกัน

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้ป่วยมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน โดยความยินยอมของผู้ป่วยเป็นจุดเริ่มต้นของสัญญา¹⁰ ถ้าผู้ป่วยไม่ยินยอมหรือความยินยอมของผู้ป่วยไม่ใช่ไม่ได้ นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้ป่วยก็เกิดขึ้นไม่ได้ ในสถานการณ์ปกติที่มีใจความจำเป็นรีบด่วน แพทย์มีสิทธิที่จะรักษาหรือไม่ก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องอธิบายเหตุผลใดๆ

1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้ป่วยในโรงพยาบาลเอกชน

ในโรงพยาบาลเอกชนนั้น คู่สัญญาโดยตรงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยกับโรงพยาบาล ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นลูกจ้างของโรงพยาบาล หรือเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการในนามของโรงพยาบาล ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงมีความสัมพันธ์กับผู้ป่วยทางสัญญาเช่นเดียวกัน แต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำในฐานะลูกจ้างหรือตัวแทนของคู่สัญญา

1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้ป่วยในโรงพยาบาลของราชการ

โรงพยาบาลของทางราชการนั้น จัดเป็นการบริการสาธารณะอย่างหนึ่งที่จัดบริการแก่ประชาชนตามนโยบายของรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยกับโรงพยาบาลก็ยังเป็นลักษณะของสัญญาอยู่ เพียงแต่เป็นสัญญาที่รัฐเป็นผู้ให้บริการ โดยผู้ป่วยไม่ต้องจ่ายค่าบริการ แต่ผลของสัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้ป่วยยอมรับบริการ ถ้าผู้ป่วยไม่ยอมรับบริการ ความสัมพันธ์ก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้

แพทย์ที่ปฏิบัติงานในโรงพยาบาลของรัฐ ไม่มีสิทธิที่จะปฏิเสธการรักษาผู้ป่วยได้ เพราะกิจกรรมโรงพยาบาลของรัฐ เป็นบริการสาธารณะ (Public service) ที่อยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน ในกรณีที่แพทย์โรงพยาบาลของรัฐตรวจผู้ป่วยแล้วส่งต่อไปยังโรงพยาบาลอื่นนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยได้เริ่มขึ้นแล้ว

¹⁰ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติ, บทบันทึกคดี, 2529, หน้า 89-115

ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้ป่วยจึงมีความสัมพันธ์กันในทางกฎหมาย ในรูปของสัญญาหรือนิติกรรมเป็นพื้นฐาน ¹¹

2. อำนาจหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีต่อผู้ป่วย

การเริ่มต้นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้ป่วย

1.) โดยสัญญากับผู้ป่วยเข้าไว้เป็นคนไข้ของตน เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตกลงรับผู้ใดมาอยู่ในความดูแลของตนแล้วผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้นมีหน้าที่ให้การดูแลเอาใจใส่ ฉะนั้น แพทย์ที่กำลังทำการผ่าตัดไส้ติ่งอยู่ ไม่อาจหยุดกลางครันได้ โดยเฝ้าดูคนไข้ของเขาตายไปต่อหน้าต่อตา ในกรณีนี้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจต้องรับผิดชอบฆ่าคนตายโดยเจตนาได้เลยทีเดียว ดังนั้น เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทำการรักษาผู้ป่วยคนใดแล้ว จะต้องให้การรักษาอย่างเต็มที่ไม่ว่าผลที่ได้รับจะเป็นอย่างไร เพราะการรักษาพยาบาลนั้น ไม่อาจคาดหวังถึงผลสำเร็จได้

2.) โดยสัญญากับบุคคลที่สาม ให้มีหน้าที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมประจำเพื่อเปิดบริการแก่ประชาชนทั่วไป เช่น การเป็นแพทย์เวรประจำวันในโรงพยาบาลแห่งหนึ่ง เจามีหน้าที่ต้องให้การรักษาผู้ป่วยโดยทั่วไป ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนหนึ่ง ได้รับมอบหมายหน้าที่ให้เป็นแพทย์เวรประจำวันในโรงพยาบาลแห่งหนึ่ง ซึ่งเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้รับเป็นแพทย์เวรแล้วจะต้องทำการรักษาคนไข้ทุกคนที่เข้ามาทำการรักษาในวันนั้น ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนนี้จะปฏิเสธไม่ยอมรับรักษาผู้ป่วยที่ได้รับบาดเจ็บมาทั้งหมดที่รู้ว่าตนเป็นแพทย์คนเดียวที่จะรักษาได้ในเวลานั้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอ้างว่าผู้ป่วยเป็นผู้ต้องหาคดีฆ่าคนตายมาก่อน เช่นนี้ไม่สามารถทำได้ กรณีนี้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่ที่เกิดจากคุณธรรมทางอาชีพซึ่งจะต้องทำการรักษาคนไข้ เพื่อป้องกันไม่ให้คนไข้ตาย

คุณธรรมของวิชาชีพเวชกรรมนั้น โดยหลักแล้วผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่มีหน้าที่ที่จะต้องให้ความช่วยเหลือให้การรักษาพยาบาลแก่คนไข้ ดังนั้น แม้ว่าบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะปฏิเสธไม่ทำการผ่าตัดคนไข้ หนึ่งที่ตนเป็นคนเดียวที่ทำการรักษาโรคเช่นว่านั้น ได้ก็ตาม ซึ่งการปฏิเสธดังกล่าวทำให้ผู้ป่วยไม่ได้รับการรักษา และในที่สุดก็ถึงแก่ความตาย กรณีนี้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา ด้วยเหตุที่ว่าเขาไม่มีหน้าที่ต้องป้องกันมิให้คนตาย ด้วยเหตุนี้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เปิดทำการรักษาคนไข้โดยทั่วไป จึงไม่มีหน้าที่ต้องถูกผูกพันให้ต้อง

¹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 287/2507 สถานพยาบาลและสถานผดุงครรภ์ของโจทก์ตั้งขึ้นเพื่อรับพยาบาลผู้เจ็บป่วยและรับทำคลอดให้แก่หญิงมีครรภ์ โดยหญิงมีครรภ์เป็นผู้ว่าจ้าง โจทก์เป็นผู้ทำคลอด โจทก์จึงเป็นผู้รับจ้างการทำงานของโจทก์ในฐานะที่เป็นนางพยาบาลผดุงครรภ์ก็คือ จัดการให้ทารกคลอดเสียจากครรภ์มารดา ทั้งนี้โดยมีสินจ้างซึ่งทางฝ่ายหญิงมีครรภ์ผู้ว่าจ้างต้องจ่ายให้โจทก์ เมื่อโจทก์ได้ทำคลอดให้แล้ว มีลักษณะเป็นการรับจ้างทำของโดยปราศจากข้อสงสัย ไม่แตกต่างอะไรกับที่ทนายความรับจ้างว่าความให้แก่ลูกความ

รับรักษาคนไข้ เว้นแต่หน้าที่นั้นจะเกิดขึ้นโดยสัญญา แต่กรณีนี้ถึงผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะไม่ผิดในทางอาญาก็ตามก็มีความผิดตามจรรยาบรรณวิชาชีพแพทย์

การรักษาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น โดยปกติถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อร่างกายของประชาชน แต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่เฉพาะ ซึ่งเป็นหน้าที่ต่อสาธารณะ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงมีอำนาจหน้าที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วยได้ เพราะผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมย่อมมีเจตนาที่จะช่วยเหลือผู้อื่นอยู่แล้ว ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ประกอบวิชาชีพโดยทั่วไปมีอำนาจหน้าที่โดยอาศัยพื้นฐานทางสัญญาเป็นหลักแต่ไม่ได้มีการทำเป็นสัญญาขึ้นมาจริงๆ เป็นการตกลงกันโดยปริยาย แต่กรณีของแพทย์ศัลยกรรมพลาสติกนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้รับบริการนั้นต้องเป็นการทำสัญญาเฉพาะระหว่างกัน (evidual contract) ไม่ใช่เกิดจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่สาธารณะที่จะทำการศัลยกรรมได้เลย กรณีนี้จึงไม่อาจใช้หลักสาธารณะ(public) เหมือนกรณีทั่วๆ ไปได้

2.1.4 จริยธรรมแห่งวิชาชีพสากลและจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

จริยธรรมแห่งวิชาชีพสากล

เมื่อกล่าวถึงการทำงานของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม สิ่งหนึ่งที่มักจะนึกถึงควบคู่ไปด้วยก็คือจริยธรรมแห่งวิชาชีพ โดยเฉพาะงานของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น มีภาพที่สะท้อนออกมาจากความรู้สึกนึกคิดในอดีต เป็นภาพที่แพทย์นั่งอยู่ข้างเตียงคนไข้ ทำทางเป็นห่วงเป็นใย มีเมตตาสูง และมุ่งมั่นที่จะรักษาคนเจ็บไข้ โดยไม่เลือกชั้นวรรณะ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีภาระหน้าที่ที่ต้องพึงปฏิบัติต่อผู้ป่วยเมื่อเกิดการเจ็บป่วยขึ้นมา

การรักษาพยาบาลโดยมาตรฐานวิชาชีพจึงเป็นหนทางที่จะช่วยให้ผู้ป่วยหายจากโรคร้ายไข้เจ็บที่เป็นอยู่ ซึ่งภารกิจนี้นักเรียนแพทย์ย่อมเข้าใจกันเป็นอย่างดีแต่มีโรงเรียนแพทย์เกิดขึ้น ดังปรากฏในคำสาบานของผู้สำเร็จการศึกษาจากโรงเรียนแพทย์ของกรีก ที่รู้จักกัน โดยทั่วไปว่า คำสาบานของฮิปโปเครติส (Hippocratic Oath) ซึ่งส่วนหนึ่งของคำสาบานนี้ได้กล่าวถึงหน้าที่ของแพทย์ไว้ว่า

" ข้าฯ จะทำการรักษาเพื่อประโยชน์แห่งคนไข้ของข้าฯ ด้วยความสามารถและสติปัญญาของข้าฯ และจะไม่ก่ออันตรายและความบกพร่องแก่ผู้ใด" (I will carry out that regimen , which according to my power and discernment , shall be for the benefit of the sick and will keep them from harm and wrong)

นอกจากนี้ยังมีคำปฏิญาณของฮิปโปเครติส (Hippocratic Oath) ซึ่งกล่าวไว้ว่า “ข้าพเจ้าจะไม่จ่ายยาพิษให้แก่ผู้หนึ่งผู้ใด แม้เมื่อถูกขอร้อง ทั้งจะไม่ให้คำแนะนำแก่ผู้ใดในการกระทำนั้น” * ซึ่งเหตุที่ฮิปโปเครติสบัญญัติจริยธรรมข้อนี้ขึ้นมา เพราะว่าความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเชื่อถือในตัวแพทย์ของผู้ป่วย

ในประเทศไทยการศึกษาแพทยศาสตรบัณฑิตตั้งแต่ทางการได้ปรับปรุงร่วมมือของมูลนิธิ ร็อคกีเฟลเลอร์ ตั้งแต่ปีพ.ศ. 2466 เป็นต้นมา แพทย์ปริญญารุ่นแรกของประเทศไทยในวันประสิทธิ์ประสาทปริญญาได้นำจริยธรรมแห่งวิชาชีพหรือจรรยาแพทย์สากลซึ่งอาจารย์แพทย์ฮิปโปเครติส แห่งประเทศกรีซ ริเริ่มใช้คำสาบานต่อหน้าประธานในพิธี แจกผู้มีเกียรติและประชาชนทั้งหลายว่า

ข้าพเจ้า.....(นาม) ขอกล่าวคำปฏิญาณต่อหน้าพระพุทธ พระธรรม พระสงฆ์ ต่อหน้า พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวและต่อคณะมหาวิทยาลัยซึ่งชุมนุมกันอยู่ ณ สถานที่นี้ว่า

1. ข้าพเจ้าจะประพฤติตนในหน้าที่แพทย์เพื่อนำมาซึ่งเกียรติแก่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและเพื่อให้มหาชนนับถืออาชีพแพทย์ทั่วไป
2. บรรดาผู้ป่วยในความอารักของข้าพเจ้า ข้าพเจ้าจะตั้งใจรักษาด้วยสุจริต และพากเพียรจนสุดกำลังที่จะทำให้เขาเหล่านั้นพ้นจากความไข้ ความลับส่วนใดๆ ของผู้ป่วยที่ข้าพเจ้าทราบ โดยหน้าที่แพทย์จะสงวนไว้โดยมิดชิด
3. ข้าพเจ้าจะไม่ใช้ยาหรือวิธีบำบัดโรคประการใดอันจะนำชื่อเสียงอันไม่ดีงามแก่อาชีพแพทย์ไม่ว่าในขณะใดๆ
4. ข้าพเจ้าจะปฏิบัติงานโดยสุจริตและยุติธรรมต่อเพื่อนร่วมอาชีพแพทย์ด้วยกัน และในการติดต่อโดยอาชีพจะประพฤติเป็นสัมมาจารีทุกประการ

คำสาบานสากลนี้มีขึ้นก็เพื่อให้จิตของแพทย์ทั้งหลายได้พึงสำนึกไว้เสมอว่า ควรจะมีจรรยาอะไรบ้าง ที่จะคอยควบคุมรักษาความประพฤติของแพทย์ให้เที่ยงตรงต่อประโยชน์และประสงค์ของผู้ป่วย ¹³

* Hippocratic Oath กล่าวไว้ว่า “ I will neither give a deadly drug to anybody if asked for it , not will I make a suggestion to this effect”

¹² สุรชัย ตักดาพลชัย , ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม , วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต , จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , พ.ศ.2535 , หน้า 12

¹³ เสม พริ้งพวงแก้ว, บรรยายในการประชุมฟื้นฟูวิชาการ ครั้งที่ 18 ของคณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล วันศุกร์ที่ 23 มีนาคม 2516

ความประพฤติกติของแพทย์ก็เพื่อสร้างความศรัทธาและความนับถือ นอกจากจะเป็นความประสงค์ของตัวแพทย์เองแล้วยังจะเป็นความประสงค์ของผู้ป่วยและบุคคลทั่วไปด้วย ดังจะได้นำโครงบทหนึ่ง¹⁴มายืนยันไว้ ณ ที่นี้

แพทย์มีความสำคัญต่อบ้านเมืองเหมือนผู้นำประเทศ เหมือนปราชญ์ เหมือนพ่อค้าที่มั่งคั่งเหมือนแม่น้ำลำคลอง

แพทย์ควรสั่งวรอยู่เสมอว่าการก่อให้เกิดความศรัทธา และเชื่อถือให้ผู้ป่วยมีความสำคัญเท่าๆกับพลังการรักษาที่ได้รับจากวิชาการเหมือนกัน

แพทย์เป็นเสาหินของสังคม เป็นคำกล่าวตามความประสงค์ของชาวตะวันตกเท่าๆกับกลุ่มแพทย์เป็นเสมือนสายน้ำแห่งชีวิตของชาวตะวันออก

เมื่อไรขุนแพทย์บิดเบือนภาพของคนให้เป็นนักธุรกิจ พ่อค้า เมื่อนั้นความเสื่อมของศีลธรรมจรรยา ก็จะพึงเกิดขึ้นเป็นเงาตามตัว

จรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ในเรื่องจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น จรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรที่เก่าแก่ที่สุด ก็คือ คำสาบานของฮิปโปเครติส (Hippocratic Oath) ซึ่งเป็นคำสาบานที่ใช้ให้ผู้เรียนสำเร็จเป็นแพทย์ ในโรงเรียนแพทย์แห่งหนึ่งของกรีกโบราณ ได้สาบานตนก่อนเข้าประกอบวิชาชีพ ต่อมาฮิปโปเครติสได้รับเกียรติว่าเป็นบิดาของการแพทย์ตะวันตก และคำสาบานของฮิปโปเครติสนี้เป็นรากฐานของจรรยาแพทย์สากลที่ใช้เป็นแนวทางปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทุกประเทศ

ในส่วนจรรยาบรรณผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมของประเทศไทยนั้น ตามข้อบังคับของแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 ได้กำหนดหน้าที่และจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้ ดังนี้¹⁵

- ก. ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์จะต้องดำรงตนให้เหมาะสม ไม่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียแก่วิชาชีพของตน
- ข. ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์จะไม่เลือกปฏิบัติแก่ผู้ป่วย
- ค. ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์จะไม่โฆษณาตนเองไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ
- ง. ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์จะรักษาระดับของการปฏิบัติงานในวิชาชีพเวชกรรม
- จ. ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์จะไม่เปิดเผยความลับของผู้ป่วย

¹⁴ สุรชัย คักดาพลชัย , ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม , วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต , จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , พ.ศ.2535 , หน้า 14 -15

¹⁵ ข้อบังคับของแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526

จ. ผู้ประกอบวิชาชีพแพทยจะให้เกียรติและเคารพต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยกัน ปัจจุบัน เนื่องจากภาวะสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป การประกอบวิชาชีพเวชกรรมสมัยใหม่ถูกมองว่ากลายเป็นแพทย์เชิงพาณิชย์ไปแล้ว เพราะถ้าประชาชนอยากได้รับบริการที่ดีและมีคุณภาพจะต้องเสียค่ารักษาพยาบาลที่สูงขึ้นมากจนประชาชนรับไม่ไหว และปรับตัวไม่ทันตามสภาพการณ์ทางการแพทย์ในปัจจุบัน โรงพยาบาลบางแห่งก็ปฏิเสธที่จะรับคนไข้บางราย แม้ผู้ป่วยจะเป็นผู้ป่วยฉุกเฉินก็ตาม การมีค่าประกาศสิทธิของผู้ป่วยจึงทำให้ผู้ป่วยมีสิทธิได้รับบริการเพื่อสุขภาพขั้นพื้นฐานทุกคน

ถึงแม้สภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป แต่ความเข้าใจและความรู้สึกของคนทั่วไป ยังมองว่าการแพทย์นั้นเป็นเรื่องของความช่วยเหลือ และสงเคราะห์กันด้วยมนุษยธรรม ไม่ควรกลายเป็นธุรกิจไป ดังข้อบังคับของแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพ พ.ศ. 2526 หมวด 3 ข้อ 1¹⁶ แต่ถึงแม้จะมีจริยธรรมข้อนี้อยู่ ก็ยังคงมีโรงพยาบาลบางแห่ง คิดค่ารักษาพยาบาลเป็นการแสวงหากำไรเป็นอย่างมาก และผู้ป่วยก็ต้องยอมจ่ายค่ารักษาเพื่อให้ตนหายจากอาการเจ็บป่วย เพราะคิดว่ายี่งจ่ายค่ารักษาสูง ย่อมได้มาตรฐานที่สูงตามไปด้วย ซึ่งในเรื่องนี้อาจเป็นการทำลายแก่นของจริยธรรมทางการแพทย์ในปัจจุบันไป

2.1.5 สิทธิของผู้ป่วยในการรักษาพยาบาล

สิทธิของผู้ป่วย หมายถึง ความชอบธรรมที่ผู้ป่วยจะพึงได้รับจากการบริการทางการแพทย์เพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของผู้ป่วยนั่นเอง ซึ่งผู้ป่วยในที่นี้ นอกจากผู้ที่มีความเจ็บป่วยแล้วยังรวมถึงผู้ที่ไปรับบริการทางการแพทย์และสาธารณสุขทุกประเภทด้วย

สิทธิของผู้ป่วยเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่มีบัญญัติรับรองว่า มนุษย์ทุกคนมีเกียรติศักดิ์ และสิทธิ (dignity and rights) และถือว่า บุคคลมีสิทธิในมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอสำหรับการรักษาพยาบาล นอกจากนี้องค์การอนามัยโลกยังเห็นว่าผู้ป่วยควรจะมีสิทธิได้รับบริการเพื่อสุขภาพ ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล

ในประเทศไทย เพื่อให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพกับผู้ป่วยตั้งอยู่บนความเข้าใจอันดีและเป็นที่น่าไว้วางใจซึ่งกันและกัน แพทยสภา สภาการพยาบาล สภา

¹⁶ "ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุด และพยายามให้ผู้ป่วยพ้นจากอาการทรมานจากโรคและความพิการต่างๆ โดยไม่เรียกร้องสินจ้างรางวัลพิเศษ นอกเหนือจากค่าบริการที่ควรได้รับตามปกติ"

เกสัชกรรม ทันตแพทยสภา คณะกรรมการควบคุมการประกอบโรคศิลปะ จึงได้ร่วมกันออกประกาศรับรองสิทธิของผู้ป่วยไว้ดังต่อไปนี้¹⁷

1. ผู้ป่วยทุกคนมีสิทธิพื้นฐานที่จะได้รับบริการด้านสุขภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ
2. ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับบริการจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากความแตกต่างด้านฐานะ เชื้อชาติ สัญชาติ ศาสนา สังคม ลัทธิทางการเมือง เพศ อายุ และลักษณะของความเจ็บป่วย
3. ผู้ป่วยที่ขอรับบริการด้านสุขภาพมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลอย่างเพียงพอและเข้าใจชัดเจน จากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพเพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเลือกตัดสินใจในการยินยอมหรือไม่ยินยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพปฏิบัติต่อตน เว้นแต่เป็นการช่วยเหลือหรือรีบด่วนหรือจำเป็น
4. ผู้ป่วยที่อยู่ในภาวะเสี่ยงต่ออันตรายถึงชีวิต มีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือรีบด่วนจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพโดยทันที ตามความจำเป็นแก่กรณี โดยไม่คำนึงถึงว่าผู้ป่วยจะร้องขอความช่วยเหลือหรือไม่
5. ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับทราบชื่อ สกุล และประเภทของผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพที่เป็นผู้ให้บริการแก่ตน
6. ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะขอความเห็นจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพอื่นที่มีได้เป็นผู้ให้บริการแก่ตนและมีสิทธิในการขอเปลี่ยนผู้ให้บริการและสถานบริการได้
7. ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับการปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับตนเองจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพโดยเคร่งครัด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย
8. ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลอย่างครบถ้วน ในการตัดสินใจเข้าร่วมหรือถอนตัวจากการเป็นผู้ถูกทดลองในการทำวิจัยของผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ
9. ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลเฉพาะของตนที่ปรากฏในเวชระเบียนเมื่อร้องขอ ทั้งนี้ข้อมูลดังกล่าวต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิ ส่วนตัวของบุคคลอื่น
10. บิดา มารดา หรือผู้แทน โดยชอบธรรม อาจใช้สิทธิแทนผู้ป่วยที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์ ผู้บกพร่องทางกายหรือจิต ซึ่งไม่สามารถใช้สิทธิด้วยตนเองได้

¹⁷ คำประกาศสิทธิของผู้ป่วย ลงวันที่ 16 เมษายน 2541

ดังนั้น โดยสรุปสิทธิที่สำคัญที่สุดในการเป็นผู้ป่วยคือ สิทธิที่จะได้รับการบอกเล่าถึงข้อมูลต่างๆ ทั้งนี้ผู้ป่วยจะได้เข้าใจและสามารถมีส่วนร่วมในการใช้เหตุผลตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลซึ่งจะเกิดผลดีต่อผู้ป่วยโดยตรง เพราะจะทำให้ผู้ป่วยให้ความร่วมมือด้วยความเต็มใจ ซึ่งสิทธิที่จะรู้นี้ทำให้เกิดหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลแก่ผู้ป่วย

ผู้เขียนเห็นว่าสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของผู้ป่วยนั้น มีความสำคัญที่จะนำมาพิจารณาถึงความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ว่าเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่ เพื่อให้ง่ายต่อการพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นทรมานปฏิบัติ* (medical malpractice) หรือไม่ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

2.2 กระบวนการและปัญหาที่เกิดขึ้นในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ในช่วงระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมา ข่าวเกี่ยวกับการกล่าวหาแพทย์ที่ปฏิบัติผิดพลาดต่อผู้ป่วยหรือละเลยการให้บริการแก่ผู้ป่วยโดยไม่สมควร เกิดขึ้นมีอยู่เสมอและในระยะหลังข่าวประเภทนี้มีปรากฏให้เห็นบ่อยครั้งขึ้นซึ่งจะเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยหรือญาติของผู้ป่วยเริ่มห่างเหินกัน ซึ่งเรื่องนี้ถือเป็นปัจจัยพื้นฐานที่มีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง และเป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สร้างความเชื่อมั่นระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ในการที่ผู้ป่วยจะตัดสินใจรักษาพยาบาลจากแพทย์ เมื่อผู้ป่วยตัดสินใจทำการรักษา ผู้ป่วยย่อมคาดหวังถึงวิธีการรักษาและผลของการรักษาว่า จะต้องประสบผลสำเร็จแต่เมื่อการรักษานั้น ไม่ได้เป็นไปตามที่คาดหมายไว้ เนื่องจากแพทย์ทำการรักษาไม่ได้ตามมาตรฐานหรือกระทำผิดพลาด เพราะความจำเป็นการจึงทำให้เกิดการฟ้องร้องแพทย์ขึ้นมา

2.2.1 ปัญหาที่เกิดขึ้นในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

2.2.1.1 สิทธิในการปฏิเสธการรักษา

ผู้ป่วยซึ่งมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ย่อมมีสิทธิที่จะเลือกวิธีการในการบำบัดรักษาหรือเลือกที่จะไม่รับการบำบัดรักษาใดๆ ก็ได้ แม้ว่าการตัดสินใจของผู้ป่วยนั้นจะขัดกับความเห็นของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม หรือเป็นการตัดสินใจที่โง่เขลา ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ป่วยนั้นถึงแก่ความตายก็ตาม การตัดสินใจของผู้ป่วยก็ต้องได้รับการเคารพ¹⁸ ในกรณีเช่นนี้ สิทธิในการกำหนดตนเอง

* medical malpractice คือ การขาดทักษะที่ควรพึงมีอย่างสมเหตุสมผลตามสมควร ในฐานะเป็นแพทย์ และการขาดความดูแลเอาใจใส่จนทำให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพและชีวิตของคนไข้

¹⁸ Malette v. Shulman (1990) 67DLR (4th)321 (Ont CA)

ยอมอยู่เหนือหลักของความศักดิ์สิทธิ์แห่งชีวิต¹⁹ (principle of sanctity of life) และมีได้จำกัดอยู่เพียงเฉพาะผู้ป่วยในระยะสุดท้ายเท่านั้น แต่ครอบคลุมไปถึงบุคคลที่มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ทุกคน

สิทธิในการปฏิเสธการบำบัดรักษาย่อมครอบคลุมถึงการบำบัดรักษาทุกประการ ไม่เว้นแม้แต่การใช้เครื่องมือช่วยชีวิต ดังนั้นผู้ป่วยย่อมมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับการรักษาจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยใช้เครื่องมือช่วยชีวิตกับตนได้ แต่การปฏิเสธในเรื่องนี้เป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อชีวิตของผู้ป่วยมาก จึงต้องมีการพิจารณาความสามารถในการตัดสินใจของผู้ป่วยเพิ่มขึ้นด้วย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องทำให้ปรากฏชัดเจนว่าการตัดสินใจของผู้ป่วยเป็นไปตามความประสงค์ที่แท้จริง คือในขณะที่ผู้ป่วยแสดงการตัดสินใจออกมานั้น เป็นการตัดสินใจของผู้ป่วยที่ไม่ได้ถูกทำให้บ่อน้อยลงไปโดยการใส่ยาหรืออาการป่วยก่อนตัดสินใจ ทั้งนี้ตัวผู้ป่วยเองก็ต้องได้รับข้อมูลทางการแพทย์ที่ถูกต้อง ไม่มีอิทธิพลภายนอกใดๆ มากดดันให้ผู้ป่วยตัดสินใจเช่นนั้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีของการปฏิเสธการใช้เครื่องมือช่วยหายใจในการบำบัดรักษา คือผู้ป่วยไม่สามารถแสดงเจตนาแก่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้โดยตรง ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะถือเจตนาของผู้ป่วยที่ทำได้ก่อนได้หรือไม่ หรือญาติของผู้ป่วยจะแสดงเจตนาแทนผู้ป่วยได้มากน้อยเพียงใด และหากไม่ปรากฏเจตนาของผู้ป่วย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องปฏิบัติเช่นใด ซึ่งพิจารณาตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ได้ดังนี้

กฎหมายสหรัฐอเมริกา แบ่งไว้ 2 กรณี คือกรณีแรก เมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร สมาชิกในครอบครัวของผู้ป่วยสามารถตัดสินใจแทนผู้ป่วยได้ ซึ่งกฎหมายลักษณะนี้เรียกว่า “family consent statutes” แต่ในกรณีที่สองคือไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ สมาชิกในครอบครัวต้องยื่นคำร้องขอต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งตนเองเป็นผู้ปกครองก่อน บุคคลนั้นจึงมีสิทธิที่จะตัดสินใจแทนผู้ป่วยได้²⁰

กฎหมายอังกฤษ มีหลักกฎหมายที่แตกต่างจากอเมริกา โดยเห็นว่าอำนาจในการตัดสินใจในการใช้เครื่องมือช่วยชีวิตในการบำบัดรักษานั้น มีเฉพาะแต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้นที่มีอำนาจตัดสินใจ

กฎหมายไทย เมื่อผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมในการรักษาได้ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็มักจะสอบถามกับญาติใกล้ชิดเสมอเพื่อให้ความยินยอมในนามของผู้ป่วย ในการยุติการใช้เครื่องหายใจนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงมักให้ญาติของผู้ป่วยนั้นให้ความยินยอมก่อนที่จะ

¹⁹ Airedale NHS Trust v Bland , [1993], 1 All ER 851

²⁰ Ian Kennedy & Andrew Grubb, op cit, p.1197

ยุติการช่วยหายใจ มีนักกฎหมายท่านหนึ่งเห็นว่าเมื่อญาติผู้ป่วยแสดงเจตนาที่จะขอนำผู้ป่วยกลับจากโรงพยาบาลเพื่อให้ผู้ป่วยไปถึงแก่กรรมที่บ้านทางโรงพยาบาลต้องดำเนินการตามความประสงค์²¹

มีนักกฎหมายท่านหนึ่งไม่เห็นด้วยกับความคิดนี้ โดยเห็นว่าญาติของผู้ป่วยไม่มีสิทธิในทางกฎหมายที่จะให้ความยินยอมในการบำบัดรักษาหรือปฏิเสธการบำบัดรักษาแทนผู้ป่วย การที่แพทย์ต้องรอความยินยอมจากญาติผู้ป่วย อาจส่งผลกระทบในทางที่เป็นประนีประนอมกับผู้ป่วยเพราะอาจทำให้การบำบัดรักษาผู้ป่วยต้องถูกหน่วงเหนี่ยวหรือเลื่อนเวลาออกไป แพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องขอความยินยอมจากญาติของผู้ป่วย และญาติก็ไม่สามารถขอให้แพทย์ยุติเครื่องช่วยหายใจต่อผู้ป่วยได้ แต่แพทย์มีหน้าที่ที่จะต้องตัดสินใจบนพื้นฐานของข้อมูลทางการแพทย์ว่าสมควรที่จะบำบัดรักษาหรือยุติการรักษาหรือไม่ ซึ่งต้องตัดสินใจบนพื้นฐานของประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยด้วย (the patient's best interest)²²

ในส่วนของผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นที่สอง เพราะการประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องคำนึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยในการบำบัดรักษา และผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ต้องตัดสินใจไปตามที่เห็นสมควร จะทำการรักษาหรือยุติการรักษาโดยความยินยอมของญาติผู้ป่วยไม่ได้

2.2.1.2 การวินิจฉัยโรคผิดพลาด

การวินิจฉัยที่ผิดพลาดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นอาจเกิดได้ทั้งจากปัจจัยภายนอกและภายใน ซึ่งปัญหาภายนอกอาจเกิดจากระบบการรักษาในปัจจุบันที่ให้ผู้รับบริการใช้สิทธิรักษาพยาบาล 30 บาท ทำให้ในแต่ละวันมีผู้รับบริการมาเข้ารับการรักษาพยาบาลเป็นจำนวนมากในเวลาจำกัด ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่สามารถดูแลผู้รับบริการทุกคนได้อย่างทั่วถึง เมื่อผู้รับบริการมารักษา ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็รักษาตามอาการไปก่อนไม่ได้มีการตรวจเพิ่มเติมแต่อย่างใด ซึ่งในบางครั้งการตัดสินใจของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะทำการรักษาที่ต้องใช้เวลาตัดสินใจทันทีทันใดในเวลาจำกัด ซึ่งการตัดสินใจของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแต่ละคนนั้นระดับการตัดสินใจอาจมีความสูงต่ำต่างกัน แล้วแต่ประสบการณ์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแต่ละคน จึงอาจก่อให้เกิดความผิดพลาดขึ้นได้ อีกทั้ง ร่างกายมนุษย์ก็มีโครงสร้างที่ซับซ้อนยากแก่การที่จะทราบถึงอาการเจ็บป่วยได้ทุกโรค บางโรคก็เป็นโรคที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน อาการเบื้องต้นอาจจะเหมือนกันแต่การรักษา อาจต่างกัน เชื้อโรคบางตัวอาจต่อต้านยาที่ให้ไปทำให้การรักษาต่างไปจากเดิม ซึ่งทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้

²¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และพันโทนายแพทย์อเนก ชมจินดา, กฎหมายการแพทย์, 2540, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพมหานคร, หน้า 157

²² นันทน อินทนนท์, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตายโดยสงบ, ธันวาคม 2544, บทบัณฑิตย์, เล่ม 57 ตอน 4, หน้า 139-140

ดังนั้น จึงทำให้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมมีความเสี่ยงที่จะถูกฟ้องให้รับผิดชอบทางอาญามากกว่าบุคคลทั่วไป โดยเฉพาะการกระทำโดยประมาท เพราะระดับความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแต่ละคนย่อมมีความแตกต่างกันตามพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้นอย่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้เชี่ยวชาญระดับของความระมัดระวังย่อมต้องสูงกว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมธรรมดาเสมอ ซึ่งระดับของความสูงต่ำในการตัดสินใจรักษาย่อมแตกต่างกันไปด้วย ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องคิดค้นวิธีการรักษาที่ปลอดภัยและมีประสิทธิผลที่ดีที่สุด ซึ่งทำให้มีราคาสูงกว่าปกติ ผู้รับบริการต้องเสียค่าใช้จ่ายในการรักษาที่เพิ่มขึ้น ทั้งที่ยังไม่ทราบแน่ชัดว่าผลที่ได้จะเป็นไปตามคาดหรือไม่ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดถูกฟ้องในคดีอาญาได้

2.2.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับวิวัฒนาการของโรคใหม่

ในปัจจุบันมีโรคภัยไข้เจ็บหลายชนิดเกิดขึ้น บางโรคก็เป็นโรคที่เพิ่งค้นพบใหม่เนื่องจากมีเชื้อโรคตัวใหม่เข้ามา ซึ่งบางทีอาการของโรคในเบื้องต้นนั้นอาจมีความเหมือนกัน แต่ความร้ายแรงของโรคต่างกัน ขั้นตอนการรักษาในแต่ละโรคก็มีความแตกต่างกันไปตามอาการของโรคนั้นๆ ซึ่งอาการของโรคบางอย่างก็ไม่ปรากฏให้เห็นในตอนตรวจรักษาครั้งแรก ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงไม่อาจวินิจฉัยได้ว่าผู้ป่วยป่วยด้วยโรคอะไร จึงต้องทำการรักษาไปตามอาการที่พบเห็นเบื้องต้นแรก แต่บางทีผู้ป่วยรายนั้นอาจเป็นโรคที่ร้ายแรงกว่าปกติที่ไม่แสดงอาการในตอนแรก หรืออาจเป็นโรคแทรกซ้อนขึ้นมา เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ทำการรักษาตามอาการไปแล้ว ต่อมาผู้ป่วยถึงแก่ความตายอันเนื่องมาจากโรคนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจถูกฟ้องเป็นคดีอาญาฐานกระทำโดยประมาทได้ เพราะไม่ยอมทำการรักษาตามขั้นตอนของโรคนี้ ปัญหาที่เกิดขึ้นมาจากกระบวนการรักษาที่ไม่ชัดเจนจึงเกิดขึ้นเป็นประจำ

ผู้ป่วยเห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ยอมทำการรักษาด้วยเครื่องมือที่ตรวจพบโรคชนิดนี้ได้ตั้งแต่แรก จึงทำให้ไม่ทราบอาการของโรคที่แท้จริง เมื่ออาการของโรคปรากฏขึ้นก็ทำการรักษาไม่ทันแล้ว ซึ่งการรักษาที่ต้องใช้เครื่องมือที่ทันสมัยตรวจนั้นย่อมมีค่าใช้จ่ายสูง ไม่สามารถจะใช้วิธีการตรวจรักษานี้กับผู้ป่วยทุกคนได้ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมส่วนใหญ่จึงต้องทำการรักษาไปตามอาการเบื้องต้นก่อน ไม่มีการวางขั้นตอนในการรักษาที่ชัดเจนไว้ว่าอาการเช่นนี้ต้องทำการตรวจรักษาอย่างไร กล่าวคือในกรณีมีผู้ป่วยมีอาการปวดศีรษะมาพบผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกรณีนี้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ต้องทำการตรวจรักษาไปตามอาการ คือตรวจตามธรรมดาและให้ยาบรรเทาอาการปวดศีรษะ ปรากฏว่าผู้ป่วยคนนี้เป็นมะเร็ง มาตรวจพบในระยะสุดท้ายแล้วรักษาไม่ทันจนถึงแก่ความตายไป ผู้ป่วยอาจฟ้องผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมฐานประมาทได้เพราะผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ยอมใช้เครื่องมือในการตรวจหามะเร็งตั้งแต่มาพบในตอนแรก ซึ่งการใช้เครื่องมือตรวจจะทำให้พบเซลล์มะเร็งได้ แต่การใช้เครื่องตรวจต้องใช้ค่าใช้จ่ายสูง ถ้าจะให้ผู้

ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องทำการใช้เครื่องมือตรวจมะเร็งกับผู้ป่วยทุกคนที่มีอาการปวดศีรษะมา ก้อาจถูกมองว่าเป็นการรักษาที่ดูจะเป็นการเรียกครองเงินจากผู้ป่วยมากไป เช่นนี้จึงทำให้เกิดปัญหา ขึ้นมา

2.2.1.4 ปัญหาการไม่ให้ความยินยอมในการรักษา

ความยินยอมในการรักษาเป็นเรื่องสำคัญที่กฎหมายนำมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ปัญหาในเรื่องนี้อาจเกิดขึ้นอาจมีสองกรณีคือกรณีถ้าผู้ประกอบวิชาชีพ เวชกรรมทำการรักษาโดยได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยแล้ว ปัญหาคือ การให้ความยินยอมของผู้ป่วย นั้นครอบคลุมแค่ไหนถึงจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย การยินยอมให้ผ่าตัดหมายถึงการยินยอมให้ ตัดไตซึ่งเป็นอวัยวะภายในด้วยหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้จะต้องดูว่าความยินยอมที่ได้ให้ไปนั้นเป็นความ ยินยอมที่ได้มาโดยถูกต้องและผู้ป่วยได้ให้ด้วยความสมัครใจหรือไม่ จะให้บุคคลอื่นให้ความ ยินยอมได้ไหมและในกรณีใดบ้าง ผู้ป่วยทราบหรือไม่ว่าความยินยอมนั้นครอบคลุมเพียงไหน และ เมื่อทำการรักษาตามวิธีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมบอกแล้วจะเกิดผลข้างเคียงอย่างไรตามมาบ้าง อีกกรณีหนึ่งคือกรณีที่ผู้ป่วยไม่ให้ความยินยอมในการรักษา หรือไม่สามารภให้ความยินยอมได้ เนื่องมาจากอาการเจ็บป่วย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะทำการรักษาได้หรือไม่ เพราะถ้าไม่ทำการ รักษาผู้ป่วยอาจถึงแก่ความตายได้ แต่ถ้าทำการรักษาผู้ป่วยไปโดยที่ตัวเองไม่ได้รับความยินยอมจาก ผู้ป่วยก็อาจมีความรับผิดทางอาญาได้ ซึ่งปัญหาในเรื่องความยินยอมนี้ก็เป็อีกปัญหาที่พบบ่อยใน กระบวนการของวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาถึงปัญหาในเรื่องความยินยอมต่อไป

2.2.1.5 ปัญหาการขาดแคลนแพทย์

ปัจจุบันในสถานพยาบาลของรัฐปริมาณแพทย์ที่ทำการรักษาผู้ป่วย มีจำนวนไม่เพียงพอต่อ ความต้องการการรักษาผู้ป่วยในแต่ละวัน สืบเนื่องมาจากระบบการรักษาที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบัน คือระบบ 30 บาทประกอบกับปัญหาความยากจนของประชาชนผู้ใช้บริการ จึงทำให้มีผู้มาใช้บริการ ของสถานพยาบาลของรัฐเป็นจำนวนมาก ถึงแม้ความสะดวกสบายและเครื่องมือแพทย์ในการทำ การรักษานั้นจะไม่ทันสมัยเท่ากับสถานพยาบาลของเอกชนก็ตาม แต่ด้วยเหตุที่ค่ารักษาพยาบาลที่มี ราคากว่าสถานพยาบาลเอกชน เพราะเป็นนโยบายหลักของรัฐที่รัฐต้องจัดหาให้ เพื่อให้ ประชาชนได้รับการบริการด้านสุขภาพที่ดี เมื่อมีผู้มาเข้ารับการรักษาจากสถานพยาบาลของรัฐเป็น จำนวนมาก ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีอยู่ไม่เพียงพอในการรักษาจึงอาจทำให้เกิดปัญหาในการ รักษาผิดพลาด หรือดูแลผู้ป่วยไม่ทั่วถึงทำให้ผู้ป่วยไม่ได้รับการดูแลรักษาเท่าที่ควร

ดังนั้น ควรต้องปฏิรูประบบสุขภาพในประเทศไทยให้ได้มาตรฐานกว่าปัจจุบัน เพราะผู้ ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไทยต้องรับผิดชอบคนไข้ 1 คน ต่อคนไข้ 150 คนต่อวัน ในขณะที่ผู้ ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอังกฤษ แพทย์ 1 คนดูแลคนไข้ 8 คนต่อวัน จึงทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวช

กรรมในปัจจุบันทำงานหนักมาก ปัญหาที่เกิดจากการประกอบกิจการตามวิชาชีพจึงมีเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย

2.2.2 กระบวนการและขั้นตอนที่เกิดขึ้นในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ในกิจการการรักษาพยาบาลในโรงพยาบาลนั้น ผู้ป่วยรายหนึ่งจะมีผู้ที่เกี่ยวข้องในการรักษาเป็นจำนวนมาก ความบกพร่องผิดพลาดที่ทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหายนั้น ผู้ป่วยเกือบไม่มีทางจะทราบได้ว่าเกิดจากการบกพร่องของเจ้าหน้าที่คนใดที่เข้ามาเกี่ยวข้องโดยขั้นตอนที่อาจเกิดปัญหาจากการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น อาจพิจารณาได้ดังนี้

กรณีปัญหาที่เกิดขึ้นจากการรักษาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามวิธีการ ขั้นตอนของการรักษานั้น อาจวิเคราะห์กระบวนการและขั้นตอนการรักษาที่อาจเกิดปัญหาขึ้นได้ ดังตัวอย่างการรักษาผู้ป่วยที่เป็นเด็กทารกแรกเกิดที่เกิดภาวะ Pulmonary stenosis คือภาวะหลอดเลือดตีบตัน

กล่าวคือ ในการรักษาผู้ป่วยเด็กในภาวะวิกฤตนั้น อาจเสี่ยงต่อการเกิด อาการหยุดหายใจจากการใช้ยา Prostim ในผู้ป่วยทารกแรกเกิด ซึ่งผลข้างเคียงของยานี้ คือ การหายใจช้าลง ไม่สม่ำเสมอ จนถึงอาการหยุดหายใจ ดังนั้นในการรักษาจึงต้องได้รับการดูแลให้รับยาชนิดนี้ในขนาดที่เหมาะสม ซึ่งจะแตกต่างกันไปในแต่ละราย โดยขั้นตอนการรักษาจะเป็นดังนี้²³

ขั้นตอนที่ 1 การสั่งการรักษา คือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องทำการประเมินผู้ป่วย และเขียนคำสั่งการรักษาต่อไป ซึ่งในขั้นตอนนี้อาจเกิดความผิดพลาดได้ในกรณี การเขียนคำสั่งการรักษาที่ผิด และการคัดลอกยาผิด ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการนี้คือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและพยาบาล ซึ่งในกรณีการเขียนคำสั่งผิด อาจทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ป่วยได้เพราะเป็นการประเมินการรักษาที่ผิดพลาดอาจทำให้ขั้นตอนอื่นๆผิดพลาดตามไปด้วย ซึ่งอาจจะเป็นความรับผิดชอบทางอาญากรณีกระทำโดยประมาทได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าความผิดพลาดอาจไม่เกิดจากการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเสมอไป

ขั้นตอนที่ 2 การเตรียมยา เป็นการที่พยาบาลเจ้าของไข้ รับคำสั่งจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมา และเตรียมยาตามคำสั่ง ซึ่งขั้นตอนนี้ความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้น คือ การเตรียมยาผิด ถ้าเกิดความผิดพลาดมาจะเกิดอันตรายต่อผู้ป่วยอย่างรุนแรงอาจเกิดเป็นความรับผิดชอบทางอาญาฐานประมาทได้

ขั้นตอนที่ 3 การให้ยา ขั้นตอนนี้คือ ต้องตรวจสอบชื่อผู้ป่วยก่อนให้ยา และให้ยาตามหลอดเลือดดำตามปริมาณที่ระบุไว้ในการรักษา ขั้นตอนนี้ความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้นได้คือการให้ยาผู้ป่วย

²³ การทำ FMEA ของโรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ หน่วยงาน เด็กหนัก กุมภาพันธ์ 2548

ผิดคน และการให้ยาทางหลอดเลือดดำผิดขนาด ซึ่งถ้าเกิดขึ้นถือว่าเป็นความประมาทที่เกิดขึ้นในการรักษาได้เพราะอาจทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหายถึงชีวิตได้

ขั้นตอนที่ 4 การเฝ้าระวัง คือการประเมินผู้ป่วย สังเกตอาการข้างเคียงของยาว่าจะรักษาผู้ป่วยต่อไปเช่นไร และติดตามผลของยาที่ให้ พร้อมทั้งทำบันทึกเวลาในการให้ยาและชื่อผู้ให้ยา ซึ่งผู้ที่เกี่ยวข้องในขั้นตอนนี้คือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเจ้าของไข้และพยาบาล ความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้น คือการประเมินผู้ป่วย ว่าอาการของผู้ป่วยเป็นอย่างไร และต้องใช้วิธีการรักษาอย่างไรต่อไป ซึ่งในช่วงนี้อาจมีภาวะแทรกซ้อนเกิดขึ้นได้ ซึ่งบางเรื่องไม่สามารถคาดหมายได้ อาจทำให้ผู้ป่วยเกิดอันตรายในการรักษา ซึ่งความผิดพลาดในขั้นตอนนี้อาจเป็นความรับผิดชอบทางอาญากรณีการกระทำโดยประมาทได้

ขั้นตอนที่ 5 การช่วยหายใจ คือ การใช้เครื่องช่วยหายใจ ความผิดพลาดที่เกิดขึ้นในขั้นตอนนี้คือ การใส่เครื่องช่วยหายใจทันเวลาหรือไม่ รวมทั้งการใส่ท่อทางเดินหายใจ ซึ่งถ้าใส่เครื่องช่วยหายใจเข้าไปอาจเป็นผลร้ายต่อผู้ป่วยได้ อาจเกิดความรับผิดชอบทางอาญาได้

จากกรณีกระบวนการรักษาที่กล่าวมานั้นความผิดพลาดย่อมอาจเกิดขึ้นได้ทุกขั้นตอนซึ่งอาจเป็นความรับผิดชอบทางอาญาหรือเป็นความรับผิดชอบแพ่งก็ได้ ถ้าเกิดอันตรายต่อผู้ป่วย แต่บางครั้งความผิดพลาดก็ไม่ได้เกิดจากการ ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเท่าที่ควร อาจเกิดจากเหตุแทรกซ้อนที่เราไม่อาจคาดหมายได้ หรือเกิดผลข้างเคียงซึ่งในแต่ละรายก็จะแตกต่างกันไป ซึ่งการรักษาในกรณีเหล่านี้ อาจเกิดความผิดพลาดที่เป็นอันตรายต่อผู้ป่วยได้ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าวิธีการรักษาของแต่ละคนย่อมแตกต่างกันไป ประกอบกับปัจจัยภายนอกอื่น ๆ ในการรักษา

2.3 กฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นกิจการที่มีความสำคัญต่อผู้คนในสังคม ดังที่ได้กล่าวมาแล้วซึ่งถ้าการรักษาสร้างความพึงพอใจแก่ผู้เข้ารับการรักษา ก็ไม่มีปัญหาอะไร แต่ถ้าบางครั้งการรักษาทำให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่อร่างกายและจิตใจของผู้เข้ารับบริการการรักษาก็จะเกิดความบาดหมางและไม่เข้าใจกันระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้รับการรักษา ดังนั้น ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงต้องมีกาควบคุมและดูแลโดยรัฐและองค์กรทางวิชาชีพ เพื่อสร้างความรับผิดชอบให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและทำให้การให้บริการเป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพในเรื่องนี้จึงมีกฎหมายหลายฉบับที่เข้ามาเกี่ยวข้องและควบคุมการทำงานของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ดังนี้

2.3.1 ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายปกครอง

2.3.1.1 ข้อบังคับแพทยสภา

เมื่อเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายแล้ว ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งข้อบังคับของแพทยสภาโดยต้องปฏิบัติตามจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพ²⁴

การประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น เป็นการกระทำต่อมนุษย์ในการบำบัดโรค ตรวจโรค และป้องกันโรคซึ่งผลของการประกอบวิชาชีพพบพร่องหรือผิดพลาดย่อมเกิดขึ้นต่อมนุษย์ ซึ่งอาจพิการหรือเป็นอันตรายต่อชีวิตได้ จึงจำเป็นต้องมีมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ และใช้ความระมัดระวังอย่างรอบคอบ หากประมาทเลินเล่อก็ต้องรับผิดชอบ ซึ่งโทษทางวิชาชีพสูงสุด คือ การเพิกถอนใบอนุญาต แพทยสภาได้ออกข้อบังคับของแพทย์ในการปฏิบัติต่อผู้ป่วยตามจรรยาบรรณของแพทย์ ซึ่งแพทย์ต้องปฏิบัติตาม ถ้าไม่ปฏิบัติตามอาจถูกลงโทษตามระดับของลักษณะการกระทำ²⁵

ข้อบังคับของแพทยสภา ว่าด้วยการรักษารักษาจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 ได้วางหลักจรรยาบรรณทางการแพทย์ที่สำคัญๆ ไว้ ดังนี้

- ก. ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องดำรงตนให้เหมาะสม ไม่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียแก่วิชาชีพของตน
- ข. ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะไม่เลือกปฏิบัติแก่ผู้ป่วย และประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยเจตนาดี
- ค. ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะไม่โฆษณาตนเองไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ
- ง. ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะรักษาระดับของการปฏิบัติงานในวิชาชีพเวชกรรมให้ได้มาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุด
- จ. ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะไม่เปิดเผยความลับของผู้ป่วย ซึ่งตนทราบเนื่องมาจากการประกอบวิชาชีพ
- ช. ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะให้เกียรติและเคารพต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยกัน
- ซ. ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่ปฏิเสธการช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในระยะอันตรายจากการเจ็บป่วยเมื่อได้รับคำร้องขอและตนเองอยู่ในฐานะที่จะช่วยได้

2.3.1.2 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525

²⁴ มาตรา 31 แห่ง พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525

²⁵ คำสั่งทางปกครองที่ 72/2544 คำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการแพทยสภาที่มีมติให้ลงโทษ ยังไม่มีผลบังคับตามกฎหมายเพราะยังต้องมีขั้นตอนการดำเนินการเพื่อให้มีการออกคำสั่ง และแจ้งคำสั่งของแพทยสภาต่อไป ข้อบังคับของแพทยสาดังกล่าวเป็นเพียงวิธีพิจารณาเพื่อลงโทษด้านจรรยาบรรณต่อผู้ฟ้องคดี เท่านั้น

ในพระราชบัญญัติฉบับนี้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้ โดยมีบทบัญญัติกำหนดให้ผู้มีสิทธิขอขึ้นทะเบียน และรับใบอนุญาต จะต้องมีความรู้ตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ เป็นสมาชิกแพทยสภา (มาตรา 30) ต้องขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม (มาตรา 3) และ ได้รับอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา (มาตรา 26)

ในพระราชบัญญัติฉบับนี้มีการกำหนดองค์กรเพื่อควบคุมการประกอบวิชาชีพแพทยขึ้นมา สำหรับวิชาชีพแพทยนั้น ได้จัดตั้งแพทยสภาขึ้นเพื่อทำหน้าที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยแพทยสภามีอำนาจในการสอบสวนผู้ที่ถูกกล่าวหาว่า ประพฤติตนละเมิดจริยธรรมแห่งวิชาชีพ รวมทั้งลงโทษผู้ประกอบการที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งการลงโทษอาจจะเป็นการว่ากล่าว ตักเตือน ภาคทัณฑ์ พักใช้ใบอนุญาตไม่เกิน 2 ปี ไปจนถึงการเพิกถอนใบอนุญาตก็ได้

ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังกำหนดให้ผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพแพทย ต้องปฏิบัติตามมารยาทแห่งวิชาชีพแพทย หรือจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ซึ่งมารยาท แห่งวิชาชีพแพทย หรือจริยธรรมแห่งวิชาชีพนี้ได้กำหนดไว้ใน ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 ซึ่งข้อบังคับดังกล่าว เป็นเพียงการกำหนดมารยาท หรือจริยธรรม ที่ผู้ประกอบวิชาชีพแพทยคงจะปฏิบัติได้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น มิได้มีการกำหนดถึงมาตรฐานในแนวทางปฏิบัติเป็นการกำหนดให้เป็นหน้าที่ที่แพทยต้องปฏิบัติต่อผู้ป่วยไว้แต่อย่างใด

ความรับผิดชอบทางจริยธรรมแห่งวิชาชีพนั้นเริ่มจากมีการกล่าวหาผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยบุคคลที่ได้รับความเสียหาย เพราะการประพฤตินอกจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม เมื่อมีการกล่าวหาจะมีคณะกรรมการจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริงเบื้องต้น (มาตรา 34) เพื่อให้คณะกรรมการแพทยสภาพิจารณาว่าข้อกล่าวหาเป็นมูลหรือไม่ ถ้ามีมูลแพทยสภา ก็จะส่งเรื่องให้คณะกรรมการสอบสวนทำการสอบสวนข้อเท็จจริงเสนอคณะกรรมการแพทยสภา เพื่อวินิจฉัยชี้ขาด (มาตรา 36) ท้ายที่สุดคณะกรรมการอาจมีคำวินิจฉัยอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 39

อย่างไรก็ตามการพิจารณาข้อกล่าวหาทางด้านจริยธรรมนั้น มีข้อน่าสังเกตว่า แม้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะถูกสั่งเพิกถอนใบอนุญาตแล้วก็ตาม แต่คำสั่งดังกล่าวนี้หาได้เป็นคำสั่งที่ตัดโอกาสเด็ดขาดในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ประพฤตินอกจริยธรรมไม่ แต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งถูกสั่งเพิกถอนใบอนุญาตอาจยื่นขอคำรับใบอนุญาตอีกได้เมื่อพ้นสองปีไปแล้ว นับแต่วันที่ถูกลงสั่งให้เพิกถอนใบอนุญาต ในส่วนของคำวินิจฉัยที่เป็นการลงโทษนั้น ต้องทำเป็นคำสั่งของแพทยสภาเท่านั้น

ผู้เขียนมีความเห็นว่าแพทยสภามีแต่คณะกรรมการที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทั้งสิ้น อีกทั้งกรรมการทั้งสองชุดที่เข้ามาสืบสวนหาข้อเท็จจริงก็ต้องเป็นสมาชิกของแพทยสภาทั้งคณะ ซึ่ง

ไม่ได้มีการเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมกระบวนการสืบสวนด้วย ซึ่งการให้สมาชิกแพทยสภามาสืบสวนอาจเกิดความลำเอียงและไม่เป็นธรรมในการวินิจฉัยได้ ดังนั้น ในส่วนนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรจะต้องเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกไม่ว่าจะเป็นนักกฎหมายและนักวิชาการหรือนักสังคมสงเคราะห์ เข้าร่วมเป็นกรรมการในการสอบสวนนั้นๆด้วยเพื่อจะได้มีการสอบสวนที่รอบคอบและมีมุมมองที่อาจแตกต่างไปจากเดิม เหมือนในประเทศอังกฤษ และนิวซีแลนด์ ซึ่งอาจเป็นประโยชน์ต่อการสอบสวนหรือการวินิจฉัย

การเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วมนั้น ไม่น่าจะกระทบ หรือเป็นการแทรกแซงการควบคุมองค์กรของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยตัวเอง เพราะคณะกรรมการสอบสวนเป็นเพียงแต่ทำความเข้าใจเห็นประกอบคำวินิจฉัยของแพทยสภาเท่านั้น ท้ายที่สุดคำวินิจฉัยก็ยังเป็นสิทธิขาดของแพทยสภาอยู่ดี

2.3.2 ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายแพ่ง

กฎหมายแพ่งนั้นเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน เมื่อมีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายเกิดขึ้น เช่น ผิดสัญญา หรือละเมิด ผู้ที่ได้รับความเสียหายจะต้องขอให้รัฐเข้าไปเกี่ยวข้องเสียก่อน โดยกฎหมายแพ่งนั้นจะต้องมีการฟ้องคดีต่อศาล และโจทก์ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลด้วย ศาลจึงจะรับฟ้องและพิพากษาคดีนั้นได้ในขณะที่กฎหมายอาญาเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชน เมื่อมีความผิดอาญาเกิดขึ้น รัฐมีอำนาจบังคับใช้กฎหมายอาญาได้โดยตรง

ในส่วนของความรับผิดทางแพ่งนั้น มีวัตถุประสงค์ในการใช้สิทธิเรียกร้อง เพื่อให้ชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย โดยให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายได้รับการเยียวยาให้กลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนเกิดความเสียหายให้ได้มากที่สุด แต่ในคดีอาญานั้น โทษทางอาญาเป็นโทษที่กระทบกระเทือนถึงสิทธิในชีวิตและร่างกายของผู้กระทำผิด เช่น ประหารชีวิต ปรับ ซึ่งเป็นความแตกต่างกันระหว่างความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญา กฎหมายได้วางหลักเกณฑ์ในกรณีมีความเกี่ยวเนื่องกันอยู่ คือ กรณีความรับผิดคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญา ซึ่งมีบางกรณีที่ไม่ผิดกฎหมายอาญา แต่อาจต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายในทางแพ่ง เช่น กรณีประมาททำให้เสียทรัพย์ ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ถ้าเป็นการกระทำโดยประมาทจะไม่เกิดความรับผิดทางอาญา เพราะการทำให้เสียทรัพย์ที่จะเป็นความผิดต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาเท่านั้น แต่กรณีนี้อาจต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดได้ เพราะเป็นการกระทำโดยประมาททำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน

2.3.2.1 ความรับผิดทางสัญญา

ในการรักษาตามความรู้ทางวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ในทางปฏิบัติจริงๆแล้ว ไม่ค่อยจะมีการทำสัญญาอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อรักษาพยาบาลผู้รับบริการ

แต่ส่วนใหญ่การรักษาพยาบาลนั้นมักเป็นการเกิดสัญญาโดยปริยาย ซึ่งอาศัยการเสนอและสนองของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ป่วยเป็นสำคัญ และในสัญญาจะไม่มีภาระไปถึงผลหรือความสำเร็จที่ต้องได้รับการรักษา ดังนั้นการเกิดของสัญญาจึงเป็นการยอมรับของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะรักษาอาการเจ็บป่วยนั้น

ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องใช้ความรู้และความสามารถและความระมัดระวังตามหลักวิชาชีพเพื่อให้เกิดผลสำเร็จในงานนั้นด้วย นอกจากนี้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ป่วยนั้นยังต้องอยู่ภายใต้บังคับในเรื่องหนี้และนิติกรรมสัญญาด้วย ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องใช้ความรู้ ความสามารถทางวิชาชีพรักษาพยาบาลอย่างถูกต้องด้วยถ้าไม่ได้ใช้อย่างถูกต้องแล้ว อาจเป็นเหตุให้เกิดความรับผิดทางสัญญาต่อผู้ป่วยได้และผู้ป่วยอาจเรียกร้องค่าเสียหายฐานผิดสัญญาได้ด้วย แต่ถึงแม้จะไม่มีสัญญาเกิดขึ้นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจเกิดความรับผิดได้ตามกฎหมายอื่น ได้อีกด้วย

2.3.2.2 ความรับผิดทางแพ่งว่าด้วยละเมิด

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 420²⁶ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แยกองค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดได้เป็น 2 ประการคือ

1. ต้องมีการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมาย
2. การกระทำนั้นทำให้บุคคลอื่น ได้รับความเสียหายในสิทธิเกี่ยวกับชีวิตร่างกายหรือสิทธิในทรัพย์สิน อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

2.3.2.2.1 การกระทำโดยจงใจ

กระทำ "โดยจงใจ" นั้น ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์²⁷ได้อธิบายว่า "จงใจ" ในที่นี้คือ "จงใจ ฯลฯ ทำให้เขาเสียหาย" หมายความว่า กระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดเสียหายแก่เขาแล้ว ก็ถือเป็นการกระทำโดยจงใจ ส่วนผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงไรไม่สำคัญ

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะการกระทำโดยจงใจของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต่อผู้ป่วยแล้ว จะเห็นได้ว่ามักเกิดขึ้นในกรณีของการกระทำที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาพยาบาลผู้ป่วย ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมปลดสายออกซิเจน ออกจากท่อ

²⁶ มาตรา 420 "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"

²⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 180

หายใจเพื่อให้ผู้ป่วยตายโดยมิได้ยินยอมรับเอาความเสียหายหรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผิดยาให้ผู้ป่วยตายเพื่อให้พ้นจากความเจ็บปวด ซึ่งกรณีเหล่านี้ถือเป็นตัวอย่างในลักษณะของการกระทำโดยจงใจของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ส่วนในกรณีของความยินยอมที่ผู้ป่วยให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในการรักษาพยาบาลนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของการกระทำโดยมีสิทธิหรือไม่มีสิทธิซึ่งจะอยู่ในองค์ประกอบในเรื่อง "โดยผิดกฎหมาย" ซึ่งเป็นคนละส่วนกับเรื่อง "จงใจ"

ดังนั้นแม้จะไม่มีคามยินยอมของผู้ป่วยที่ให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ตาม ก็เป็นกรณีของการกระทำโดยไม่มีอำนาจกระทำซึ่งถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแต่จะเป็นจงใจหรือไม่ก็ต้องไปพิจารณาข้อเท็จจริงก่อนว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมรู้สำนึกในผลเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ จึงจะพิจารณาได้ว่า การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นการละเมิดโดยจงใจต่อผู้ป่วย

2.3.2.2.2 การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

คำว่า "ประมาทเลินเล่อ" ในมาตรา 420 นี้ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้บัญญัติไว้ ดังนั้นจึงต้องเทียบเคียงกับการกระทำโดยประมาทในทางอาญาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 4²⁸ จากบทบัญญัติดังกล่าว พิจารณาองค์ประกอบของการกระทำโดยประมาทเลินเล่อได้ดังนี้

(1) เป็นการกระทำโดยมิใช่เจตนา

(2) เป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจกต้องมีตามวิสัยและพฤติกรรม

(3) ผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

เมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบของการกระทำโดยประมาทเลินเล่อดังกล่าวแล้ว จะนำหลักนั้นมาพิจารณาถึงความรับผิดชอบในทางละเมิดโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ต่อไป ซึ่งมาตรฐานหรือขนาดของความระมัดระวังเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่จะนำมาพิจารณาถึงความรับผิดชอบในกรณีดังกล่าว

ดังมีตัวอย่างคำพิพากษาที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 292/2542 จำเลยที่ 2 ทำการผ่าตัดหน้าอกของโจทก์ที่มีขนาดใหญ่ให้มีขนาดเล็กลง หลังผ่าตัดแล้วโจทก์ไปทำการแก้ไขที่คลินิกจำเลยที่ 2 อีก 3 ครั้ง แต่อาการไม่ดีขึ้น โจทก์จึงให้แพทย์อื่นทำการรักษาต่อ กรณีนี้เห็นได้ว่าจำเลยที่ 2 เป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านศัลยกรรม

²⁸ มาตรา 59 วรรค 4 ซึ่งบัญญัติว่า "การกระทำโดยประมาท ได้แก่การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจกต้องมีตามวิสัยหรือพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่"

จำเลยที่ 2 จึงมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์เป็นพิเศษ การที่แพทย์ ด. ต้องผ่าตัดแก้ไขอีก 3 ครั้ง แสดงว่าจำเลยที่ 2 ผ่าตัดมามีข้อบกพร่องจึงต้องแก้ไข และแสดงว่าจำเลยที่ 2 ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัด และไม่แจ้งให้ทราบถึงขั้นตอนการรักษา ระยะเวลาและกรรมวิธีในการดำเนินการรักษา จนเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลยที่ 2

2.3.2.2.3 การชดเชยค่าเสียหายในกรณีละเมิด

เมื่อการกระทำของผู้ต้องรับผิดชอบได้กระทำครบถ้วนตามหลักเกณฑ์เรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 แล้ว ถ้าการกระทำนั้นมีความเสียหายเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียง เสรีภาพ ผู้กระทำละเมิดย่อมต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดนั้น ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 445-448 ได้กำหนดลักษณะของค่าเสียหายไว้ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นว่าจะให้ชดเชยในส่วนใดได้บ้าง

กรณีแรก การกระทำละเมิดทำให้บุคคลนั้นตาย ค่าสินไหมที่อาจเรียกได้ คือ ค่าปลงศพ และค่าใช้จ่ายอื่นอันจำเป็น (มาตรา 443) ค่ารักษาพยาบาลก่อนตาย ค่าขาดไร้อุปการะ และค่าขาดประโยชน์ที่นำมาหาได้ก่อนตาย (มาตรา 443 วรรคสอง) และค่าขาดแรงงาน (มาตรา 445)

กรณีที่สอง การทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัย ค่าสินไหมที่อาจเรียกได้ คือ ค่าใช้จ่ายอันตนต้องเสียไป ค่าเสียความสามารถประกอบการงานในปัจจุบันและอนาคต (มาตรา 444 วรรคหนึ่ง) ค่าขาดแรงงานของบุคคลภายนอก (มาตรา 445) และค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน (มาตรา 446) กล่าวคือ เป็นความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นราคาสินทรัพย์ หรือคิดเป็นจำนวนเงินไม่ได้ เช่น ความเสียหายกรณีทรมานทุกขเวทนา ความเจ็บปวด ฯลฯ การคำนวณค่าเสียหายจึงใช้วิธีกะประมาณเอาโดยอาศัยพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามมาตรา 438 อายุความในการเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้นมีอายุความหนึ่งปี นับแต่วันที่รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้ทำละเมิด หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันทำละเมิด (มาตรา 448)

การกระทำละเมิดในบางกรณีศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้น้อยกว่าความจริงก็ได้ ในเรื่องนี้ มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 442 คือผู้เสียหายมีส่วนผิดอยู่ด้วย โดยในมาตรานี้ให้นำบทบัญญัติมาตรา 223 มาพิจารณาการกำหนดค่าเสียหายด้วย กรณีแรกผู้เสียหายมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายด้วย คือถึงแม้จำเลยจะเป็นผู้ทำละเมิดแต่เหตุละเมิดเกิดจากผู้เสียหายมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งมิใช่ผู้เสียหายมีส่วนผิดฝ่ายเดียว กรณีนี้ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายต่ำกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงได้ ดังที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า "ศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามสูงต่ำตามส่วนแห่งความยิ่งย่อนของผู้มีส่วนก่อให้เกิดความเสียหาย" (ฎีกาที่ 463/2503)

กรณีที่สอง คือผู้เสียหายไม่บรรเทาความเสียหาย เป็นเรื่องและผู้กระทำละเมิดไม่อาจคาดคิดมาก่อนว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงผิดปกติ โดยผู้เสียหายละเลยไม่เตือนก่อนหรือละเลยไม่บำบัดป้องกันหรือบรรเทาความเสียหาย²⁹ เช่น ในกรณีของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ถ้าผู้รับบริการได้รับความเสียหายแก่ร่างกายเนื่องมาจากการแพ้ยา ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นได้ให้ยานั้นเกินขนาดด้วย กรณีนี้ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำละเมิดต่อผู้เข้ารับบริการแล้ว แต่ถ้าความจริงผู้เข้ารับบริการแพ้ยาดังนั้นอยู่แล้ว แต่เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถามกลับตอบว่าไม่เคยแพ้ยาตัวใด อีกทั้งผู้รับบริการก็ไม่เคยมีประวัติการรักษาที่สถานพยาบาลแห่งนี้ กรณีนี้ความเสียหายอาจเกิดขึ้นได้มากมาย เพราะผู้เข้ารับบริการไม่บอกให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทราบก่อน ดังนั้น ต้องถือว่าผู้เสียหายไม่บรรเทาความเสียหายเพราะความเสียหายผิดปกติเนื่องจากละเลยไม่เตือนก่อน ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายน้อยกว่า ความเสียหายจริงได้

กรณีของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ถ้าความเสียหายเกิดจากการเข้ารับบริการรักษาพยาบาลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแล้ว ไม่ว่าจะเป็สถานพยาบาลของรัฐหรือเอกชน ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ตามความเสียหายที่เกิดขึ้นว่าเป็นกรณีความเสียหายแบบใด ในกรณีที่ไมทราบถึงความเสียหายที่แท้จริงการเรียกร้องค่าเสียหายนั้นต้องดูพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดประกอบการพิจารณากำหนดค่าเสียหาย แต่ในกรณีทราบความเสียหายที่แท้จริง อาจเรียกค่าเสียหายไปตามจำนวนที่แท้จริงเลยก็ได้ แต่ศาลก็อาจกำหนดให้น้อยลงกว่าความจริง ถ้าผู้เสียหายมีส่วนในการทำละเมิดด้วย มีตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวกับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ศาลได้กำหนดค่าเสียหายตามจำนวนที่แท้จริงประกอบการศึกษาดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 292/2542 โจทก์จ่ายค่ารักษาพยาบาลไปเป็นเงิน 259,512.70 บาท นอกจากนั้น โจทก์ยังมีพยานเบิกความว่าภายหลังโจทก์ทำการผ่าตัดกับจำเลยที่2 แล้วมีอาการเครียดเนื่องจากความเจ็บปวด ต่อมาเมื่อการทำศัลยกรรมไม่ได้ผลทำให้โจทก์เครียดและกังวลมาก และนอนไม่หลับอย่างรุนแรงกว่าก่อนผ่าตัด ความเครียดของโจทก์เป็นผลโดยตรงมาจากการผ่าตัด จำเลยจึงต้องรับผิดชอบ และแม้จะไม่มีใบเสร็จมาแสดงว่าเสียเงินไปเป็นจำนวนเท่าใดแน่นอน แต่น่าเชื่อว่าโจทก์ต้องรักษาจริง จึงเห็นสมควรกำหนดค่าใช้จ่ายนี้เป็ 50,000 บาท รวมค่าเสียหายทั้งสิ้น 309,512.70 บาท

²⁹ เพิ่ง เพิ่งนิติ , รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 58 , สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา , เล่ม 13 , ปีที่ 2548

2.3.2.3 ความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

ความรับผิดและการชดใช้ค่าเสียหายของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจมีความแตกต่างกันออกไปได้ เมื่อตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

กฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เป็นกฎหมายที่มีบทเฉพาะเพื่อให้ประชาชนผู้เสียหายเรียกค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานของรัฐได้โดยตรง เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่และให้หน่วยงานของรัฐซึ่งได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย มีสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐ โดยมีการกำหนดอายุความสิทธิเรียกร้องไว้โดยเฉพาะแตกต่างจากละเมิดทั่วไป และกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐโดยตรง ยังได้กำหนดคดีพิพาทของหน่วยงานของรัฐที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนว่าจะกระทำอย่างไร ซึ่งมีหลักเกณฑ์หลายประการแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บทบัญญัตินี้จึงน่าจะเป็นการปกป้องคุ้มครองประชาชนผู้เสียหาย และขณะเดียวกันก็มีวิธีการบรรเทาภาระของเจ้าหน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐด้วย

ในส่วนของวิชาชีพเวชกรรมนี้ พระราชบัญญัติความรับผิดของเจ้าหน้าที่พ.ศ.2539 นั้น เกี่ยวข้องในกรณีที่สำคัญเป็นโรงพยาบาลของรัฐ เพราะผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ปฏิบัติหน้าที่ในสถานพยาบาลของรัฐถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือถูกจ้างตามความหมายของคำว่า “เจ้าหน้าที่” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ดังนั้นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเหล่านี้จึงได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งการกระทำที่จะเป็นละเมิดต้องพิจารณาตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บทบัญญัติตามพระราชบัญญัตินี้เป็นเพียงการคุ้มครองการถูกฟ้องเป็นคดีความของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น ในประเทศไทยกระทรวงที่ดูแลรับผิดชอบโรงพยาบาลของรัฐก็คือกระทรวงสาธารณสุข ซึ่งเมื่อมีความผิดเกิดขึ้น ผู้ป่วยจะต้องฟ้องกระทรวงสาธารณสุขให้รับผิดชอบในการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในโรงพยาบาล ให้ชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น กรณีนี้ไม่ครอบคลุมถึงโรงพยาบาลในส่วนของเอกชน

พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่พ.ศ.2539 มีผลให้ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลของรัฐและสถานพยาบาลของเอกชนเกิดความแตกต่างกัน การกระทำละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลของรัฐ ได้รับความคุ้มครองมิให้ถูกฟ้องเป็นคดี ผู้เสียหายต้องฟ้องหน่วยงานของรัฐในการดำเนินคดี ไม่สามารถฟ้องผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นคู่ความได้ ซึ่งผิดกับกรณีของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลของเอกชน ที่มีได้รับความคุ้มครองในลักษณะดังกล่าว ทำให้ถูกฟ้องเป็นจำเลยในกรณีกระทำโดยละเมิดได้

ส่วนความรับผิดชอบในเรื่องค่าเสียหายนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีฐานะเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐ ไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้ได้รับความเสียหายโดยตรง เนื่องจากมิได้เป็นคู่ความในคดี แต่อาจต้องชดใช้ผ่านหน่วยงานที่ตนสังกัดอยู่ในกรณีกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เท่านั้น ถ้าเป็นการประมาทเลินเล่อธรรมดาผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลของรัฐไม่ตกอยู่ในบังคับที่ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนคืนแก่หน่วยงานของรัฐแต่อย่างใด

ซึ่งเมื่อเทียบกับกรณีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลเอกชนแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องชดใช้ค่าเสียหายอย่างเต็มจำนวน เพราะเป็นคู่สัญญาโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม สถานพยาบาลเอกชนอาจร่วมรับผิดชอบด้วยในฐานะนายจ้างรับผิดชอบในการทำละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 425 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยถือว่าสถานพยาบาลเอกชนเป็นนายจ้าง ส่วนผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นลูกจ้าง ซึ่งการเข้ามาเป็นรับผิดชอบละเมิดนั้นต่างจากกรณีสถานพยาบาลของรัฐที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจต้องรับผิดชอบเต็มจำนวน ถ้าสถานพยาบาลจ่ายค่าสินไหมทดแทนไปแล้วในกรณีละเมิดในทางที่จ้าง ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้เกิดความแตกต่างของความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแตกต่างกันเนื่องมาจากผลจากการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ ในส่วนนี้ ผู้เขียน เห็นว่าเหตุที่กฎหมายต้องให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐก็เพราะว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นบุคคลที่กระทำการในนามของรัฐเป็นเหมือนลูกจ้างของประเทศชาติ ที่ต้องทำงานที่เกี่ยวกับนโยบายหลักของรัฐ เพื่อให้ประเทศชาติมีความเจริญก้าวหน้า อีกทั้งค่าตอบแทนที่ได้รับจากรัฐก็มีจำนวนน้อยกว่างานในส่วนของเอกชน ดังนั้นกฎหมายจึงต้องให้ความคุ้มครองบุคคลเหล่านี้เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

ปัจจุบันมีคดีที่ฟ้องกระทรวงสาธารณสุขให้รับผิดชอบกรณีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลของรัฐกระทำการโดยประมาทเป็นจำนวนมาก และมีบางคดีที่ศาลชั้นต้นตัดสินให้กระทรวงสาธารณสุขต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินที่สูงมาก ซึ่งกระทรวงสาธารณสุขจะต้องเสียเงินจำนวนมาก แต่ความผิดพลาดที่เกิดขึ้นบางครั้งก็เกิดจากการปฏิบัติการตามวิชาชีพแล้ว ผู้เขียน จึงเห็นว่าควรมีการตั้งกองทุนเพื่อชดเชยความเสียหายแก่ผู้ป่วยเบื้องต้นก่อน เพื่อบรรเทาความขัดแย้งระหว่างตัวผู้ป่วยและแพทย์ผู้ทำการรักษา แล้วจึงมีการพิสูจน์ความผิดกันต่อไป

2.3.2.4 ความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติประกันสุขภาพแห่งชาติ

1. บริการสาธารณสุข หมายความว่า บริการด้านการแพทย์และสาธารณสุขซึ่งให้โดยตรงแก่บุคคลเพื่อการสร้างเสริมสุขภาพ การป้องกันโรค การตรวจวินิจฉัยโรค การ

รักษาพยาบาลและการฟื้นฟูสมรรถภาพที่จำเป็นต่อสุขภาพและการดำรงชีวิต ทั้งนี้รวมถึงการบริการ การแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือกอื่น

2. บุคคลมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขที่มีมาตรฐานและมีประสิทธิภาพตามที่ กำหนดโดยพระราชบัญญัตินี้

3. กำหนดให้มีสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ หน้าที่ที่สำคัญคือ รับผิดชอบ งานธุรการของคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ คณะกรรมการควบคุมคุณภาพมาตรฐาน และอื่นๆ จัดระบบทะเบียนผู้รับบริการ บริหารกองทุนหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ กำกับดูแล หน่วยบริการและเครือข่ายให้ปฏิบัติตามมาตรฐานและอำนวยความสะดวกในเรื่องการร้องเรียนและ งานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

4. มีกองทุนหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ เพื่อเป็นค่าใช้จ่าย สนับสนุนและส่งเสริม การจัดการสาธารณสุขของหน่วยบริการ และสนับสนุนการบริหารจัดการของสำนักงาน

นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้คณะกรรมการกักเงินไว้จำนวนไม่เกินร้อยละหนึ่งของเงินที่จะ จ่ายให้หน่วยบริการไว้เป็นเงินช่วยเหลือเบื้องต้นให้แก่ผู้รับบริการ ในกรณีที่ผู้รับบริการได้รับความ เสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาลของหน่วยบริการ โดยหาผู้กระทำผิดมิได้หรือหาผู้กระทำผิด ได้ แต่ยังไม่ได้รับค่าเสียหายภายในระยะเวลาอันสมควร

5. หน่วยบริการและมาตรฐานบริการสาธารณสุขมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) ให้บริการสาธารณสุข รวมทั้งการให้วัคซีน ยา เวชภัณฑ์ อุปกรณ์ในการรักษาที่ได้ มาตรฐานและมีคุณภาพ

(2) ให้ข้อมูลการบริการสาธารณสุขของผู้รับบริการตามที่ผู้รับบริการร้องขอ และตาม ประกาศที่มีการกำหนดเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยและผู้รับบริการโดยไม่บิดเบือน ทั้งในเรื่องผลของ การวินิจฉัย แนวทาง วิธีการ ทางเลือก และผลในการรักษา รวมทั้งผลข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นเพื่อให้ ผู้รับบริการตัดสินใจในการเลือกรับบริการหรือถูกส่งต่อ

(3) ให้ข้อมูลเกี่ยวกับชื่อแพทย์ เจ้าหน้าที่สาธารณสุข หรือผู้รับผิดชอบในการดูแล

(4) รักษาความลับของผู้รับบริการจากการปฏิบัติหน้าที่ตาม (1) และ (2) อย่างเคร่งครัด เว้นแต่เป็นการเปิดเผยต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย

(5) จัดทำระบบข้อมูลการให้บริการสาธารณสุข เพื่อสะดวกต่อการตรวจสอบคุณภาพ และบริการ

6. มี "คณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุข" เพื่อทำหน้าที่ ควบคุมคุณภาพและมาตรฐานหน่วยบริการและเครือข่ายหน่วยบริการ กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการร้องเรียนของผู้ถูกละเมิดสิทธิจากการใช้บริการ

7. บทกำหนดโทษ ในพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติฉบับนี้ มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายอาญา ถ้าผู้ใดฝ่าฝืนจะได้รับโทษ ได้แก่

(1) กรณีที่คณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติหรืออนุกรรมการ แล้วแต่กรณี ขอให้หน่วยงานของรัฐหรือสั่งให้บุคคลใดที่เกี่ยวข้องมีหนังสือชี้แจงข้อเท็จจริงมาให้ถ้อยคำหรือส่งเอกสารหลักฐานหรือประกอบการพิจารณา แต่ได้รับการปฏิเสธโดยเจตนา

(2) กรณีที่คณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานหรืออนุกรรมการ ขอให้หน่วยงานของรัฐ หรือสั่งให้บุคคลใดที่เกี่ยวข้องมีหนังสือชี้แจงข้อเท็จจริง มาให้ถ้อยคำ หรือส่งเอกสารหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณา แต่ได้รับการปฏิเสธโดยเจตนา

(3) กรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ จะเข้าไปในสถานที่ของหน่วยบริการหรือของเครือข่ายหน่วยบริการ ในระหว่างเวลาทำการ เพื่อตรวจสอบสอบถามข้อเท็จจริง ตรวจสอบทรัพย์สินหรือเอกสารหลักฐาน ถ่ายภาพ ถ่ายสำเนา หรือนำเอกสารที่เกี่ยวข้องไปตรวจสอบ หรือกระทำการอย่างอื่นตามสมควรเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริง อันที่จะปฏิบัติกรให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ แต่ได้รับการปฏิเสธโดยเจตนา

(4) กรณีที่สำนักงานตรวจสอบพบว่าหน่วยบริการใดไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานการให้บริการสาธารณสุขที่กำหนด

ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ มีประเด็นปัญหาในเรื่องของกองทุนชดเชยความเสียหาย ตามมาตรา 41 ว่าหากได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาลของหน่วยบริการ โดยมีได้เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นตามพยาธิของโรคหรือเหตุแทรกซ้อนที่เป็นผลจากการวินิจฉัยตามปกติหรือรักษาโรคตามมาตรฐาน ก็มีสิทธิได้รับเงินช่วยเหลือเบื้องต้น และมีสิทธิไล่เบี่ยของหน่วยงานเอาแก่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดได้ ในกรณีที่รู้ตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมอาจมีความรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาผิดพลาดของตนให้แก่สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ

ระบบนี้เป็นระบบที่มีแนวคิดการชดเชยให้ผู้เสียหาย โดยไม่ต้องพิสูจน์ความถูกผิด (no-fault liability) ระบบนี้เข้ามาแทนที่ระบบการฟ้องร้องกล่าวโทษผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งใช้ในหลายประเทศ เช่น ออสเตรเลีย ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส เยอรมันนี ระบบนี้ผู้เข้ารับบริการทำให้ผู้เดือดร้อนได้รับความช่วยเหลืออย่างรวดเร็วไม่ต้องตกอยู่ในความทุกข์จากกระบวนการฟ้องร้องที่ยาวนาน ระบบนี้ในช่วงแรกๆผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมไม่เห็นด้วยเพราะเป็นหลักที่คล้ายกับความรับผิดโดยเด็ดขาด(strict liability) ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่มีความผิด โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์กันก่อน คือแม้มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ก็เป็นความผิดที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว ในเรื่องนี้อาจทำให้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมกลายเป็นผู้กระทำความผิดโดยที่ยังไม่ได้พิสูจน์เจตนาหรือประมาทกันก่อน ซึ่งอาจทำให้ตนถูกไล่เบี่ยจากสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติได้

ปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนั้นจะเห็นได้ว่า ระบบนี้ครอบคลุมแค่ผู้รับบริการบัตร 30 บาท เท่านั้น แต่ไม่ครอบคลุมถึงผู้มีสิทธิประกันสังคม ข้าราชการ พนักงานรัฐวิสาหกิจ รวมทั้งระบบการชดเชยของผู้รับบริการในภาคเอกชนและเงินชดเชยจากกองทุนน้อยมาก ไม่สามารถเยียวยาอะไรได้ แค่เป็นการช่วยเหลือเบื้องต้นเท่านั้น³⁰

ในส่วนนี้ผู้เขียน ได้เสนอแนะให้มีการปฏิรูประบบนี้ให้ครอบคลุมถึงประชาชนทุกคน และเพิ่มเงินกองทุนให้มีจำนวนมากขึ้น เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ไม่ใช่เพียงเป็นเงินชดเชยเบื้องต้น เพราะการรักษาพยาบาลนั้น รัฐต้องจัดหาให้ประชาชน ซึ่งการสาธารณสุขเป็นปัจจัยพื้นฐานของคนในชาติ เป็นบริการสาธารณะ ดังนั้น เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการรับบริการทางด้านสาธารณสุข รัฐต้องเข้ามาช่วยเหลือเยียวยาเบื้องต้นก่อน เพื่อช่วยบรรเทาความเสียหายที่ได้รับให้เพียงพอกับระดับของความร้ายแรงที่เป็นความเสียหาย และในส่วนของสำนักงานหลักประกันสุขภาพ ควรเป็นหน่วยงานที่เป็นอิสระ มีอำนาจในการพิจารณาชดเชยค่าเสียหายเบื้องต้น โดยที่คณะกรรมการในการพิจารณาควรจะเป็นบุคคลหลายๆฝ่าย ที่มีความเป็นกลาง ซึ่งจะทำให้เกิดความเป็นธรรมในการชดเชยความเสียหายเบื้องต้นได้ และผู้รับบริการที่ได้รับความเสียหายก็จะได้รับการชดเชยที่สามารถบรรเทาความเสียหายได้อย่างเป็นธรรม

นอกจากนี้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ยังก่อให้เกิดความแตกต่างในการรับผิดชอบผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลของรัฐและเอกชนด้วย กล่าวคือ เมื่อพิจารณาตามมาตรา 3³¹ แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติพ.ศ.2545 จะเห็นได้ว่าสถานพยาบาลที่อาจให้บริการได้ตามกฎหมายฉบับนี้ เป็นได้ทั้งสถานพยาบาลของรัฐและเอกชน ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งปฏิบัติหน้าที่อยู่ในสถานพยาบาลที่เป็นหน่วยบริการตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545 เป็นได้ทั้งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่เอกชน ดังนั้น การพิจารณาความรับผิดชอบที่ประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในหน่วยงานของรัฐแล้ว การพิจารณาความรับผิดชอบจึงต้องเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ด้วย

ฉะนั้น เมื่อมีกรณีที่ผู้เข้ารับบริการได้รับความเสียหายจากการใช้บริการของสถานพยาบาลของรัฐแล้ว และสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติได้จ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นไปแล้ว หาก

³⁰ สารี อ่องสมหวัง “จากกรณีดอกกรัก...สู่ระบบการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายจากบริการทางการแพทย์” , สมาคมนักข่าวนักหนังสือพิมพ์แห่งประเทศไทย ร่วมกับมูลนิธิหมอชาวบ้าน ราชดำเนินเสนาฯ ครั้งที่ 21 ปี 2548

³¹ มาตรา 3 “สถานพยาบาล” หมายความว่า สถานบริการสาธารณสุขของรัฐ ของเอกชน และของสภากาชาดไทย หน่วยบริการ การประกอบโรคศิลปะสาขาต่างๆ และสถานบริการสาธารณสุขอื่นที่คณะกรรมการกำหนดเพิ่มเติม

“หน่วยบริการ” หมายความว่า สถานบริการที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้ตามพระราชบัญญัตินี้

สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติจะใช้สิทธิไล่เบียดกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมของรัฐแล้วก็ต้องพิจารณาข้อจำกัดความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ด้วยคั้งนั้น ขอบเขตของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลของรัฐ จำกัดเฉพาะกรณีการกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น แต่สำหรับกรณีของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ปฏิบัติหน้าที่ในสถานพยาบาลของเอกชนนั้น ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่พ.ศ.2539 ดังนั้น เมื่อสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติได้จ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นไปแล้ว สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติย่อมใช้สิทธิไล่เบียดกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่กระทำละเมิดได้เต็มจำนวน

แม้พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545 จะมีบทบัญญัติที่กำหนดเรื่องความรับผิดในค่าเสียหายไว้โดยมิได้มีการเลือกปฏิบัติระหว่างหน่วยบริการของรัฐหน่วยบริการของเอกชนก็ตาม แต่ความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ทำการรักษาที่ยังเกิดความแตกต่างเนื่องจากผลความคุ้มครองผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 นั้นเอง ในทางปฏิบัติถ้ามีกรณีความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลของรัฐ หรือสถานพยาบาลของเอกชน ที่จะต้องดำเนินการตามมาตรา 42 แล้ว ผลของการบังคับใช้ย่อมเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลของรัฐ และผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลของเอกชน ดังที่กล่าวมาข้างต้น

2.3.3 ความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา คือกฎหมายที่กำหนดการกระทำที่เป็นความผิดและโทษ และเป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน เป็นบทบัญญัติที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐและเอกชน ที่กระทบกระเทือนต่อมหาชนส่วนรวม ถึงขนาดที่รัฐต้องเข้าดำเนินการป้องกันและปราบปรามเองโดยไม่ต้องมีผู้ใดมาร้องทุกข์ ยกเว้นความผิดอันยอมความได้เท่านั้น ดังนั้นจุดมุ่งหมายของการลงโทษก็เพื่อ³²

1. เป็นการกระทำที่กระทำเพื่อการแก้แค้นทดแทนต่อการกระทำผิด หลักนี้เป็นหลักการลงโทษที่เก่าแก่ที่สุด ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดที่ว่า ผู้ใดกระทำการใดย่อมได้รับผลตอบแทนจากการกระทำนั้น การลงโทษในลักษณะนี้จะได้ผลต่อเมื่อได้กระทำโดยรวดเร็วและรุนแรง

³² จิตติ ดิงศภัทย์ , คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอนที่ 1 ,พิมพ์ครั้งที่ 2 ,กรุงเทพฯ ,สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ,2508 ,หน้า 2

2. เป็นการกระทำที่กระทำเพื่อข่มขู่ ทั้งตัวผู้กระทำความผิดนั้นเองไม่ให้มีการกระทำผิดขึ้นมาอีกเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความหลาบจำ และเพื่อเป็นตัวอย่างให้คนทั่วไปเห็นว่ากระทำผิดแล้วจะต้องได้รับโทษ เพื่อไม่ให้บุคคลอื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่างในการกระทำความผิด

3. เพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมให้พ้นจากภัยอันตรายในระหว่างที่ผู้กระทำถูกตัดขาดจากสังคมไป ซึ่งได้แก่กรณีการลงโทษประหารชีวิต จำคุกเป็นการคุ้มครองไม่ให้ผู้กระทำผิดกลับมาทำร้ายหรือเป็นภัยอันตรายต่อสังคมอีกตลอดไปหรือชั่วระยะเวลาหนึ่ง

4. เพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นพลเมืองดี ทฤษฎีนี้ไม่ใช่การลงโทษ แต่ถือเป็นการบำบัด(treatment) เพราะเป็นการอบรมบ่มนิสัยผู้กระทำความผิด ไม่มีลักษณะจะให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบากเหมือนทฤษฎีอื่นๆ ซึ่งเมื่อผู้กระทำความผิดถูกปล่อยตัวแล้วรัฐต้องพยายามช่วยเหลือด้วยการแก้ไขสภาพแวดล้อมให้ครอบครัวผู้กระทำความผิดมีความเข้าใจในตัวผู้กระทำความผิดดีขึ้น ช่วยเหลือแนะนำในการดำเนินชีวิตและในการหาอาชีพของผู้กระทำผิด

ตามธรรมดาบุคคลที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายก็ควรจะได้รับผลร้ายในการฝ่าฝืน ผลร้ายของผู้ที่กระทำความผิดอาญา คือ โทษ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาตรา 18 มีโทษทางอาญาอยู่ 5 สถาน คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับและริบทรัพย์สิน ซึ่งเป็นโทษที่มีจุดมุ่งหมายดังที่กล่าวมาข้างต้น

ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมอาจต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ได้ปฏิบัติงานในวิชาชีพเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อผู้ป่วย เช่นการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 291 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือในบางครั้งผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมมีเจตนาใช้ความรู้ทางวิชาชีพนั้นทำร้ายผู้อื่น แต่ผลของการทำร้ายนั้นเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย ย่อมมีความผิดตามมาตรา 290 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น ความรับผิดชอบทางอาญานี้มักเป็นความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นพร้อมกับความรับผิดทางแพ่งในเรื่องละเมิดด้วย นอกจากนี้กฎหมายยังได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับความรู้ทางวิชาชีพโดยเฉพาะเพิ่มขึ้นต่างหากจากความรับผิดชอบทางอาญาโดยทั่วไป เช่น ความผิดฐานเปิดเผยความลับ หรือความผิดฐานทอดทิ้งผู้ป่วย เป็นต้น

บทที่ 3

ความรับผิดทางอาญากรณีการกระทำโดยเจตนา ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ความรับผิดทางอาญานั้นตามหลักแล้วบุคคลต้องรับผิดทางอาญาก็แต่เฉพาะการกระทำของตนเองเท่านั้นไม่ต้องรับผิดแทนในการกระทำของคนอื่นเหมือนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 425 และมาตรา 429 แต่ก็มีบางกรณีเท่านั้นที่กฎหมายบัญญัติให้บุคคลต้องรับผิดทางอาญาเพราะการกระทำของบุคคลอื่นด้วย

การพิจารณาโครงสร้างความรับผิดทางอาญานั้นต้องพิจารณาจากคำกล่าวที่ว่า”การกระทำที่ผิดกฎหมายซึ่งผู้กระทำสมควรถูกลงโทษ” ซึ่งจะพบหลักเกณฑ์ใหญ่ 2 ประการ คือ³³

1. การกระทำที่ผิดกฎหมาย (Unrechtstat) ดูจากบรรทัดฐานของสังคมและบรรทัดฐานของกฎหมาย เพราะในบางเรื่องสังคมคิดว่าเป็นการกระทำที่ก่ออันตรายและมีความชั่วร้าย แต่กฎหมายถือว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของบรรทัดฐานทางสังคม เช่น การทำแท้ง โดยปกติการทำแท้งยอมทำให้มารดาและชีวิตในครรภ์เป็นอันตรายได้ สังคมไม่ยอมรับ แต่ถ้าทำแท้งโดยแพทย์ เพื่อความจำเป็นต่อสุขภาพของหญิง กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ ดังนั้นการพิจารณาถึงความไม่สมควรเกี่ยวกับการกระทำนั้น ต้องพิจารณาจากเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นมีอำนาจกระทำได้

2. การกระทำที่ผู้กระทำสมควรถูกลงโทษ (Strafwuerdigkeit) เป็นกรณีที่พิจารณาถึงความรับผิดเฉพาะตัว หากผู้ใดตัดสินใจที่จะเลือกกระทำไปในทางที่ผิด ผู้นั้นก็ควรถูกลงโทษ การที่สังคมจะตำหนิหรือเรียกร้องให้มีการลงโทษผู้กระทำได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำได้ตัดสินใจเลือกทำในสิ่งที่สังคมไม่ยอมรับ โดยรู้ยู่่าสังคมไม่ยอมรับการกระทำนั้น ดังนั้น การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดอาญาจึงมีดังนี้

1. การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ กล่าวคือ

1.1 มีการกระทำ

1.2 การกระทำครบองค์ประกอบภายนอก

1.3 การกระทำครบองค์ประกอบภายใน คือ เจตนาหรือประมาท

1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำภายใน และ ผล

³³ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, กรุงเทพมหานคร, สำนักอบรมศึกษา
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525, หน้า 126

2. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด
3. การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

3.1 องค์ประกอบความรับผิดทางอาญา

3.1.1 การกระทำครบองค์ประกอบ

องค์ประกอบ คือ การกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด และ กฎหมายกำหนดโทษไว้ เพราะ กฎหมายเห็นว่า การกระทำนั้นสมควรถูกลงโทษ เนื่องมาจากการกระทำที่เป็นอันตรายต่อสังคม การกระทำในที่นี้ได้รวมถึงการงดเว้นการกระทำ หรือ การกระทำโดยประมาทด้วย

กฎหมายเข้าไปกำหนดสมบัติบางอย่างที่ถูกทำอันตราย หรือ ถูกก่ออันตราย ให้เป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองจากการถูกละเมิด แต่ ในขณะที่เดียวกันก็บัญญัติให้คนในสังคมมีหน้าที่ที่จะไม่ไปล่วงละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งหากผู้ใดฝ่าฝืนไปล่วงละเมิดก็จะถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญา แต่ ถ้าการกระทำใดถึงแม้จะเป็นการกระทำอันตรายต่อการอยู่ร่วมกัน แต่ สังคมยอมรับได้ ก็ถือว่าอยู่นอกบรรทัดฐาน ขององค์ประกอบ เช่น การที่นักกีฬามีการกระทบกระทั่งกันในการเล่นกีฬา

ดังนั้น องค์ประกอบแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

3.1.1.1 การกระทำครบองค์ประกอบภายนอก คือ ผู้กระทำ และ การกระทำ ซึ่งการกระทำนั้น คือการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก กรณีนี้รวมถึงการกระทำโดยงดเว้นด้วย

การกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกาย หรืออิริยาบถของบุคคล³⁴ โดยอิริยาบถของร่างกายนั้นอยู่ภายใต้อำนาจจิตใจของบุคคล (Voluntary) อิริยาบถนี้อาจมีการเคลื่อนไหว หรือไม่มี การเคลื่อนไหวก็ได้ การกระทำจึงประกอบด้วยการกระทำภายใน (Interior act) และการกระทำภายนอก (Exterior act)

1. การกระทำภายใน ได้แก่ ความคิด การตกลงใจ ถ้ามีแต่การกระทำภายในปราศจากการกระทำภายนอกก็ถือว่าไม่มีการกระทำ

³⁴ สัมฤทธิ์ รัตนดารา , หลักกฎหมายอาญา ,คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง , พิมพ์ครั้งที่ 2 , สำนักพิมพ์สมิต ,กรุงเทพฯ ,มกราคม 2533 ,หน้า 16

2. การกระทำภายนอก ได้แก่ พฤติกรรมที่แสดงออก อาจมีการเคลื่อนไหวของร่างกาย เช่น การเอื้อมมือไปหยิบปากกาของผู้อื่น ถือว่ามีการกระทำภายนอกแล้ว แต่ในบางกรณีก็ไม่มี การเคลื่อนไหวร่างกายภายนอกเลย เช่น การมีสารเสพติดไว้ในครอบครอง

การกระทำทั้งภายในและภายนอกต้องอยู่ภายใต้อำนาจจิตใจของบุคคล หมายความว่าผู้นั้นต้องทำด้วยความรู้สึกตัว รู้ว่าตนเองกำลังทำอะไรอยู่

ก. การกระทำโดยการเคลื่อนไหวร่างกาย ได้แก่ การแสดงออกเคลื่อนไหวว้าวะของร่างกาย ซึ่งโดยปกติผู้กระทำจะมีการเคลื่อนไหวสัมผัสและต้องกับวัตถุแห่งการกระทำโดยตรง แต่มีบางกรณีที่ผู้กระทำไม่กระทำโดยตรงก็ได้ เช่น ก. อยากให้ ข. ตายบอกให้ ข. เดินถอยหลังไป ถอยได้อีกจน ข. ตกตึกตาย เช่นนี้ก็ถือว่ามี การกระทำแล้ว หรือบางกรณีอาจใช้สัตว์ หรือคนเป็นเครื่องมือก็ได้ ในส่วนของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นอาจกระทำต่อเนื้อตัวคนไข้โดยตรงเอง หรืออาจใช้พยาบาลเป็นเครื่องมือในการกระทำก็ได้ เช่น สั่งยาฉีดเพื่อให้พยาบาลนำไปให้ผู้ป่วยกิน

ข. การกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกาย การไม่เคลื่อนไหวร่างกายที่ถือว่าเป็นการกระทำนั้น กฎหมายบัญญัติไว้ในกรณีละเว้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 374 และงดเว้นตามมาตรา 59 วรรคท้าย กรณีการละเว้นเป็นความผิดลหุโทษซึ่งเป็นเรื่องของศีลธรรมจรรยา

ส่วนกรณีงดเว้นนั้น ผลที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นผลมาจากการงดเว้นการที่จักต้องกระทำ เช่น คนไข้ตายเพราะพยาบาลงดเว้นไม่ให้ยา การงดเว้นก็ไม่ใช่การกระทำทุกกรณีไป หากไม่ใช่การที่จักต้องกระทำแล้วก็มีสิทธิที่จะงดเว้นได้ เช่น คนไข้ป่วยหนักแพทย์ไม่ไปรักษา คนไข้ตาย กรณีนี้ถ้าแพทย์ไม่ได้รับไว้เป็นคนไข้ แพทย์ก็ไม่จำเป็นต้องกระทำการรักษา แพทย์ก็ไม่มีความผิด แต่ถ้าการรักษา นั้นเป็นการที่แพทย์นั้นจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล ซึ่งการจักต้องกระทำนั้นมีสาเหตุมาจากการมีหน้าที่ตามสัญญา เช่นพยาบาลมีหน้าที่เฝ้าคนไข้ตามสัญญา หรือแพทย์โรงพยาบาลเอกชนที่รับรักษาคนไข้ตามสัญญานั้น หากผู้มีหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญางดเว้นการที่จักต้องกระทำ ผลที่เกิดขึ้นผู้นั้นก็ต้องรับผิดชอบหากคนไข้ตาย ตามตัวอย่างนี้ไม่ค่อยจะมีปัญหาเกิดขึ้นเพราะเป็นเรื่องของหน้าที่ตามสัญญาที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีต่อผู้ป่วยอยู่ก่อนแล้ว ในเรื่องของการกระทำโดยงดเว้นที่เป็นปัญหาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอยู่นั้นเป็นกรณีของการปฏิเสธการรักษาว่า การที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมปฏิเสธการรักษาถือว่าเป็นการกระทำโดยงดเว้นหรือไม่ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่ต่อผู้ป่วยหรือยัง ถึงจะไม่มีหน้าที่ตามสัญญาแต่ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่อย่างอื่นต่อผู้ป่วยอีกหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาต่อไปในหัวข้อของการปฏิเสธการรักษา

ดังนั้น การกระทำไม่ว่าจะมีการเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่มีการเคลื่อนไหวร่างกาย ต้องผ่าน 3 ขั้นตอน ด้วยความรู้สำนึกในการกระทำ คือ

1. มีความคิดที่จะกระทำการ

2. มีการตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิดไว้
3. ได้กระทำตามความคิดและการตกลงใจ

3.1.1.2 การกระทำครบองค์ประกอบภายใน คือ ส่วนของจิตใจ ได้แก่ เจตนา ประมาท มุลเหตุช้กุงใจ

ในส่วนของเจตนา นั้นแบ่งออกเป็นเจตนาประสงค์ต่อผล และเจตนายอมเล็งเห็นผล รวมทั้ง การกระทำโดยพลาดที่ให้อธิว่ามีเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 60 กับการกระทำโดย สำคัญผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 61 โดยในบางฐานความผิดก็ต้องการเจตนาพิเศษเพิ่ม ขึ้นมาด้วย และการกระทำโดยประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสาม แต่ใน ความผิดบางประเภทแม้ “แม้ไม่เจตนาและไม่ประมาท” ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบ

การกระทำซึ่งจะเป็นความผิดอาญาในส่วนแรกนี้ คือ ต้องมีองค์ประกอบครบถ้วนทั้ง องค์ประกอบภายนอก และ องค์ประกอบภายใน แต่มีข้อยกเว้น คือ กรณีการพยายามกระทำความผิด ที่องค์ประกอบภายในครบถ้วน แต่ องค์ประกอบภายนอกไม่ครบถ้วน อีกกรณี คือ ความรับผิดชอบ เต็มขนาด ซึ่งมีแต่องค์ประกอบภายนอกครบถ้วนเท่านั้น

3.1.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

การจะรับผิดชอบทางอาญานั้น การกระทำ และ ผลของการกระทำจะต้องมีความสัมพันธ์กันตาม ทฤษฎีเหตุ และ ผล ว่ามีความสัมพันธ์กันหรือไม่การกระทำจึงจะเข้าองค์ประกอบความผิดด้วย ซึ่ง ตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนั้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้นก็ต่อเมื่อ³⁵

1. ผลนั้นเป็น “ผลโดยตรง” คือผลตาม “ทฤษฎีเงื่อนไข” ถ้าไม่ใช่ผลโดยตรงก็ไม่ต้องรับ ผิดในผลนั้น
2. ถ้าผลนั้นเป็นผลโดยตรงที่จะทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นแล้ว ยังต้องเป็น “ผล ธรรมดา” ตาม “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” ด้วย ถ้าเป็นผลที่ผิดธรรมดาไป ผู้กระทำยอมไม่ต้องรับผิดชอบ ในบทมาตราที่บัญญัติให้รับโทษหนักขึ้น

3.1.2 การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

เมื่อการกระทำเข้าหลักเกณฑ์ขององค์ประกอบแล้ว การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ กฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด กฎหมายอาญาก็จะมีสภาพบังคับใช้ทันที แต่ ใน

³⁵ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เมษายน 2542

กรณีนี้ก็มีเหตุผลบางอย่างซึ่งเป็นการกระทำที่กฎหมายยอมรับได้ ทำให้กฎหมายอาญาไม่เข้าไปบังคับใช้กับการกระทำนั้นได้ ซึ่งส่งผลให้เป็นการลบเลือนความผิดที่ได้กระทำไป ซึ่งการพิจารณาถึง

การกระทำดังกล่าวจะพิจารณาถึงความชอบธรรมที่เกี่ยวกับการกระทำหรือที่เรียกว่า “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ซึ่งเหตุดังกล่าวนี้แบ่งแยกได้ ดังนี้

1. การใช้สิทธิป้องกันให้พ้นจากอันตรายที่มาโดยฉุกเฉิน ซึ่งผู้รับภัยไม่มีหน้าที่ต้องยอมรับอันพอสมควรแก่เหตุ เช่น การป้องกันตัวโดยชอบด้วยกฎหมาย(มาตรา 68)

2. ความจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

3. การกระทำให้บรรลุผลถึงความสำเร็จของการปฏิบัติหน้าที่ราชการ เช่น การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความจริงโดยสุจริต (มาตรา 313)

4. การเสี่ยงที่อนุญาต

4.1 การเสี่ยงภัยที่เป็นการช่วยเหลือผู้อื่นจะนำมาซึ่งอันตรายอย่างมากแก่คุณธรรมทางกฎหมายและอาจจะไม่ใช่วิถีทางเดียวที่จะต้องทำเช่นนั้น

4.2 การเสี่ยงที่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของสาธารณะของผู้กระทำหรือของผู้เสียหาย เช่น การทำแท้งลูก ของแพทย์เนื่องมาจากความจำเป็นเรื่องสุขภาพของหญิงหรือหญิงถูกกระทำความคิดเกี่ยวกับเพศ (มาตรา 305)

5. อำนาจทำโทษ อำนาจทำโทษอันเกิดจากความสัมพันธ์ภายในครอบครัวซึ่งพ่อแม่มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ โดยขอบเขตของการทำโทษจะต้องกระทำเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนเท่านั้น จะกระทำเพราะความโกรธแค้นด้วยโทษจริตไม่ได้

6. ความยินยอม หรือ การสละคุณธรรมทางกฎหมายของผู้เสียหาย เช่น ความยินยอมตามจารีตประเพณี การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง

นอกจากนี้ยังมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายอื่น เช่น เอกสิทธิ์การกล่าวถ้อยคำในทางแถลงข้อเท็จจริงแสดงความคิดเห็นหรือออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 157

3.1.3 การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

โดยกฎหมายจะเข้าไปกำหนดหน้าที่ให้คนในสังคมมีหน้าที่ต้องประพฤติดี ประพฤติชอบ เพราะ สังคมเรียกร้องให้ทุกคนกระทำแต่ในสิ่งที่ดีที่ถูกต้อง หากผู้ใดตัดสินใจเลือกที่จะกระทำในสิ่งที่สวนทางกับข้อเรียกร้องของสังคมโดยเขารู้ดีอยู่ว่า เป็นเช่นนั้นเขาก็ควรถูกลงโทษ ดังนั้น เหตุที่

สังคมจะตำหนิผู้กระทำได้หรือไม่หรือที่เรียกว่า “ความชั่ว” ³⁶ นั้นมีองค์ประกอบที่จะต้องพิจารณาอยู่ 2 ประการ คือ

1. ความสามารถในการเรียนรู้ หรือ เข้าใจในความผิดของการกระทำของตน บุคคลใดที่ไม่สามารถรู้สึก หรือ เข้าใจในความผิดของการกระทำของตน ย่อมถือได้ว่าไม่มีความชั่ว ซึ่งเหตุที่ไม่สามารถรู้สึกหรือเข้าใจในความผิดของการกระทำของตน

2. ความสามารถในการตัดสินใจโดยอิสระในการที่จะเลือกกระทำในสิ่งที่ถูกต้อง ในบางกรณีแม้ผู้กระทำจะมีความสามารถรับรู้และเข้าใจถึงข้อถูกผิดของการกระทำได้ แต่มีเหตุภายนอกหรือสถานการณ์ภายนอกที่เข้ามากระทบต่อการตัดสินใจในการที่จะเลือกกระทำในสิ่งที่ถูกต้องของผู้กระทำไม่สามารถฝืนใจกระทำเป็นอย่างอื่นได้

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นถือว่ากรณีต่างๆที่จะพิจารณานี้เป็นเรื่องของกฎหมายยกเว้นโทษ ซึ่งได้แก่ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่ามีอำนาจกระทำได้ การกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้สึกชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ การกระทำความผิดเพราะความมีเมตตา การกระทำผิดด้วยความจำเป็น การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางประการระหว่างสามี ภริยา เด็กหรือเยาวชนกระทำผิด การยับยั้งหรือกลับใจสำหรับการพยายามกระทำผิด การเข้าขัดขวางไม่ให้การกระทำผิดสำเร็จของผู้สนับสนุน การพยายามหรือสนับสนุนในความผิดลหุโทษ พยายามทำให้แห้งลูก ฯลฯ

ดังนั้น การกระทำที่จะเป็นการกระทำผิดทางอาญานั้น จะต้องครบถ้วนตามองค์ประกอบความรับผิดชอบที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อผู้กระทำผิดกระทำครบองค์ประกอบความผิดแล้ว ก็ต้องรับโทษทางอาญา

กรณีของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็เช่นกัน ถ้ากระทำความผิดเป็นการเฉพาะบุคคลและเป็นการกระทำนอกกรอบวิชาชีพก็ต้องรับผิดชอบทางอาญาเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนาหรือทำร้ายร่างกาย แต่ถ้าเป็นการกระทำภายในกรอบวิชาชีพแล้ว ก็ต้องพิจารณาต่อไปอีกว่ามีข้อยกเว้นความรับผิดชอบในการกระทำนั้นหรือไม่หรือเป็นการกระทำผิดในกรณีใด โดยเจตนาหรือประมาท ซึ่งในเรื่องนี้ก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นอย่างมาก ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาต่อไปในบทที่ 3 และที่ 4

³⁶ คณิต ณ นคร , คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 , พิมพ์ครั้งที่ 5 , กรุงเทพมหานคร, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , พ.ศ. 2546 , หน้า 76

3.2 การกระทำโดยเจตนา

ในบทนี้ผู้เขียนจะพิจารณาในส่วนของกรกระทำโดยเจตนาเท่านั้น ที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบภายในของผู้กระทำความผิด

ในส่วนของเจตนาตามความเป็นจริงนั้นได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 2 และ 3 ดังนี้ “การกระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

“ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นไม่ได้”

ดังนั้น จากบทบัญญัติที่กล่าวมา อาจพิจารณาในส่วนของเจตนาได้ คือ ผู้กระทำต้อง “รู้” ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด และผู้กระทำจะต้อง “ประสงค์ต่อผล” ของการกระทำของตนนั้น หรือมิฉะนั้นก็จะต้อง “เล็งเห็นผล” ของการกระทำของตนนั้น หากไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของการกระทำความผิด ถือว่า ผู้กระทำไม่มีเจตนากระทำความผิดนั้น

การกระทำโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญานั้นมีเจตนาอยู่ 2 ประเภท คือ

1. เจตนาประสงค์ต่อผล
2. เจตนาเล็งเห็นผล

3.2.1 เจตนาประสงค์ต่อผล

“ประสงค์ต่อผล” หมายความว่า มุ่งหมายจะให้เกิดผลขึ้น หากผลเกิดขึ้นตามที่มุ่งหมายก็เป็นความผิดสำเร็จ หากผลไม่เกิดตามที่มุ่งหมาย ก็เป็นความผิดเพียงฐานพยายามตามมาตรา 80 หรือ มาตรา 81 แล้วแต่กรณี

ความผิดที่ต้องมีผลปรากฏ เช่น ฆ่าคนตายตามมาตรา 288 ประสงค์ต่อผลคือ มุ่งหมายให้ความตายเกิดขึ้น เช่น ใช้น้ำยิงไปที่หน้าอกของผู้เสียหายในระยะกระชั้นชิด

ความผิดที่ไม่ต้องมีผลปรากฏ เช่น แจ้งความเท็จแก่เจ้าพนักงานตามมาตรา 137 ประสงค์ต่อผลคือมุ่งหมายให้เจ้าพนักงานได้ทราบข้อเท็จจริงที่ตนนำมาแจ้ง³⁷ ถ้าเจ้าพนักงานได้ทราบข้อความเท็จนั้นแล้ว ก็ถือว่าการกระทำนั้นสำเร็จตามความมุ่งหมายเป็นความผิดสำเร็จตามมาตรา 137 แล้ว

³⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 191 ; และ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 352

และแม้เจ้าพนักงานจะไม่เชื่อข้อความนั้นเลยก็ตาม ความผิดนี้ก็เพียงแต่การพยายามกระทำความผิด

ข้อสังเกตเกี่ยวกับประสงคฺต่อผล

1. ความประสงคฺกับความคาดหมายนั้นเป็นคนละเรื่องกัน ถ้าผู้กระทำความประสงคฺต่อผลแม้คาดหมายว่าจะไม่เกิดผลก็ถือว่าเป็นการกระทำความประสงคฺต่อผลแล้ว ตัวอย่างเช่น แพทย์ทำการผ่าตัดคนไข้ซึ่งเจ็บหนักใกล้ตาย แม้แพทย์คาดหมายว่าคนไข้อาจจะตายได้เพราะการผ่าตัด แต่แพทย์ก็ไม่ประสงคฺจะให้คนไข้ตาย หากคนไข้ตายเพราะการผ่าตัดนั้นก็ไม่ว่าเป็นการกระทำความประสงคฺต่อผลของแพทย์ผู้นั้น³⁸

2. การกระทำอันเดียวอาจก่อให้เกิดผลหลายประการ ซึ่งผลบางประการอาจเป็นผลที่ผู้กระทำความประสงคฺต่อผล แต่บางประการอาจเป็นผลที่ผู้กระทำความประสงคฺต่อผลไม่ได้

3. หากผู้กระทำความประสงคฺให้ผลเกิดขึ้น และผลก็เกิดตามความประสงคฺต้องถือว่าเป็นเจตนาประสงคฺต่อผล แม้ในบางครั้งผลที่เกิดขึ้นนั้น อาจเกิดจากวิธีการที่ผิดแปลกไปจากความตั้งใจของผู้กระทำก็ตาม

4. การประสงคฺต่อผลนี้อาจมุ่งหมายให้เกิดผลต่างๆไป โดยไม่เจาะจงตัวบุคคลโดยเฉพาะก็ได้

5. การสำคัญผิดในตัวบุคคลถือเป็นการกระทำความประสงคฺต่อผล

ในเรื่องของเจตนาฆ่าผู้อื่น หรือเจตนาทำร้ายนั้น การพิจารณาเรื่องประสงคฺต่อผล ปัญหาที่สำคัญที่ต้องพิจารณา คือ ผู้กระทำมีเจตนาฆ่า หรือมีเพียงเจตนาทำร้ายเท่านั้น กล่าวคือ ถ้าผู้กระทำความประสงคฺต่อความตายของผู้กระทำ ก็เป็นความผิดตามมาตรา 288 แต่ถ้าประสงคฺเพียงให้ผู้กระทำเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หากผู้ถูกกระทำตาย ก็เป็นความผิดตามมาตรา 290 หากผู้ถูกกระทำไม่ตายก็ผิดมาตรา 295 หากผลนั้นเป็นอันตรายสาหัสก็ผิดตามมาตรา 297

การพิจารณาในเรื่องนี้ต้องถือหลัก “กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา” เพราะเรื่องเจตนาเป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำไม่สามารถหยั่งรู้ได้ ซึ่งหลักที่ศาลใช้ในการพิจารณาในปัจจุบันอาจมีข้อพิจารณา ดังนี้

1. หากอาวุธที่ใช้ในการกระทำความผิดคือ “ปืน” ถือว่ามีเจตนาฆ่าเสมอ

2. หากอาวุธที่ใช้กระทำมิใช่ปืน แต่เป็นมีด ขวาน ฯลฯ ต้องพิจารณาว่า การกระทำนั้นเป็นการวิเวทตามปกติถือว่าไม่มีเจตนาฆ่า แต่หากเป็นการกระทำที่เกิดจากการบันดาลโทสะ หรือกระทำในขณะที่มีเมามัว อาจถือได้ว่าไม่มีเจตนาฆ่า

³⁸ อุททิศ แสนโกศิก , กฎหมายอาญาภาค 1 , กรุงเทพฯ , ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ , 2525 , หน้า 67-68

3. ความลึกของบาดแผล อาจชี้ให้เห็นว่าแทงโดยแรงถือว่ามีเจตนาฆ่าตาย
4. หากอาวุธที่ใช้คือไม้และปรากฏว่าเป็นไม้ใหญ่ และผู้กระทำความผิดมีโอกาสเลือกตีด้วยวิธีที่สำคัญได้ ถือว่ามีเจตนาฆ่าดังมีคำพิพากษาฎีกาได้พิพากษาไว้ดังนี้ **คำพิพากษาฎีกาที่ 2058/2514** จำเลยใช้ไม้ของกลางซึ่งเป็นไม้ที่มีลักษณะแข็งและใหญ่ ตีผู้ตายจากด้านหลังในขณะที่ผู้ตายหันหลังให้ และตรงนั้นมีแสงสว่างเห็นได้ถนัดเป็นการเลือกตีตามใจชอบและเลือกตีที่สำคัญ คือที่ศีรษะ แม้จะตีไปเพียงทีเดียว ก็เป็นการฆ่าโดยเจตนาแล้ว
5. การกระทำความผิดโดยใช้มือ หรือเท้าเป็นเครื่องมือ อาจถือว่ามีเจตนาฆ่าได้โดยพิจารณาด้วยเหตุที่ถูกระทำ บาดแผลของการกระทำ และข้อเท็จจริงอื่นๆประกอบอีกดังตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาดังนี้ **คำพิพากษาฎีกาที่ 1270/2527** จำเลยไปตามโจทก์ซึ่งเป็นภริยาให้กลับบ้าน โจทก์ไม่กลับ จำเลยโมโหเข้าแย่งบุตรอายุ 3 เดือนจากโจทก์ขับรถจักรยานยนต์และคิดเครื่อง จำเลยลงจากรถด้วยความโมโหและจับบุตรทุ่มลงบนถนน กะโหลกศีรษะแตกยุบถึงแก่ความตาย จำเลยมีเจตนาฆ่า และมีความผิดตามมาตรา 288

3.2.2 เจตนาเล็งเห็นผล

ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เจตนาเล็งเห็นผลนั้นมีบัญญัติอยู่ในมาตรา 59 วรรคสอง ได้บัญญัติไว้ว่า **"การกระทำโดยเจตนาได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมนเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น"**

แต่ประมวลกฎหมายอาญา ก็ไม่ได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์ว่าทำอะไรถึงจะเป็นเจตนาเล็งเห็นผล ดังนั้นการอธิบายถึงหลักเกณฑ์ของเจตนาเล็งเห็นผลจึงเป็นเรื่องของทางตำราและคำพิพากษาของศาล

"เล็งเห็นผล" หมายความว่า เล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอน เท่าที่จิตใจของบุคคลในฐานะเช่นนั้นจะเล็งเห็นได้³⁹

ท่าน ศ.จิตติ ดิงศภัทย์⁴⁰ ได้อธิบายว่า เจตนาเล็งเห็นผล คือการกระทำที่ผู้กระทำเล็งเห็นผลของการกระทำ ซึ่งโดยปกติบุคคลในฐานะเช่นเดียวกับผู้กระทำเล็งเห็นได้ โดยต้องวินิจฉัยตามระดับความคิดเห็นของบุคคลในสภาพเช่นเดียวกับผู้กระทำ มิใช่จากจิตใจของผู้กระทำ เช่น เด็กหรือคนพิการก็ต้องนำมาเป็นพฤติการณ์ประกอบว่าบุคคลในสภาพเช่นนั้นว่าจะเล็งเห็นผลนั้นหรือไม่

³⁹ เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพฯ, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เมษายน 2542, หน้า 124

⁴⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 8, กรุงเทพฯ, แสงจันทร์การพิมพ์, 2529, หน้า 215-220

นอกจากนี้ อ.หยุด แสงอุทัย ยังได้ให้ความเห็นไว้อยู่ 3 ประการในเรื่องของเจตนาข่มเล็งเห็นผล คือ

1. ผู้กระทำเห็นแล้วว่าผลจะเกิดขึ้นแต่ผู้กระทำยังขึ้นกระทำ
2. ผู้กระทำจะต้องยอมรับเอาผลไว้ล่วงหน้า
3. ผู้กระทำไม่ไยดีในผลที่เกิดขึ้น

ตัวอย่าง การที่ยิงนกเกาะอยู่ที่รั้วประตูแต่หลังจากประตู ไปมีคนยืนคุยกันอยู่ จึงเห็นได้ว่าผลจะเกิดขึ้นอย่างไร ข่มเล็งเห็นได้ว่าจะถูกคนที่ยืนคุยกันอยู่ ผู้กระทำยอมรับเหตุต่างๆอย่างหนึ่ง อย่างไรในสามข้อนี้ก็คือเจตนาตนเอง

นอกจากนี้การที่มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำ เช่น ให้นมลูกกิน ถ้างดเว้นการกระทำข่มเล็งเห็นได้ว่าลูกจะต้องอดนมตาย ดังนั้น ถ้ายอมรับผลที่จะเกิดขึ้น ผู้ซึ่งงดเว้นการกระทำก็มีเจตนาฆ่าเด็ก

ส่วนในคำพิพากษาของศาลนั้น ศาลฎีกาได้ใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็นเจตนาเล็งเห็นผลหรือไม่นั้น มี 4 กรณี คือ

1. เป็นเจตนาที่ไม่เฉพาะเจาะจง เช่น กรณีใช้ปืนยิงเข้าไปในหอประชุมที่กำลังมีการประชุมกันอยู่ (ฎ.298/2472)
2. การกระทำที่ผู้กระทำมิได้มีเจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรง แต่การกระทำนั้นก่อให้เกิด “ผลที่เป็นเงื่อนไข หรือหนทางที่จะนำไปสู่ผลสุดท้ายที่ผู้กระทำตั้งใจ” เช่น จับปลาในที่นาที่มีต้นข้าวของผู้อื่นอยู่ แล้วทอดแหเลยไปทำให้ข้าวในนาเสียหาย ทำให้มีความผิดฐานทำให้เสียหาย (ฎ.461/2478)
3. การกระทำที่ผู้กระทำมิได้มีเจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรง แต่การกระทำนั้นก่อให้เกิด “ผลข้างเคียงที่หลีกเลี่ยงไม่ได้” เช่น จุดประทัดโยนไปที่คนอื่น เป็นเหตุให้เสื้อผ้าไหมเป็นรู กรณีนี้ผู้กระทำข่มเล็งเห็นได้ว่าไฟจะต้องไหม้เสื้อผ้า (ฎ.668/2484)
4. หลักเกณฑ์ที่ศาลนำมาใช้วินิจฉัยนั้น ศาลพิจารณาจากตัวผู้กระทำเป็นหลักว่าผู้กระทำรู้ว่าผลจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนหรือไม่ แต่ระดับของความแน่นอนในการเล็งเห็นผลศาลยังไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนไว้

การกระทำที่ข่มเล็งเห็นผลเป็นเจตนาโดยอ้อม(dol indirect) ผู้กระทำไม่ได้ประสงค์ต่อผลโดยตรง แต่ข่มเล็งเห็นผลของการกระทำว่าจะมีอะไรเกิดขึ้นบ้าง ก็ต้องพิจารณาไปตามสติปัญญาของแต่ละบุคคลที่จะเล็งเห็นได้ เช่น เด็กกับผู้ใหญ่ข่มจะต้องพิจารณาเรื่องเล็งเห็นผลแตกต่างกันไป

3.2.3 เจตนาเล็งเห็นผลกับประมาทโดยรู้ตัว (recklessly)

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จะมีกรณีการกระทำประมาทโดยรู้ตัว(recklessly) ซึ่งมีความหมายใกล้เคียงกับเจตนาเล็งเห็นผลอยู่มาก แต่ข้อแตกต่างอยู่ตรงที่ว่าจะเกิดผลขึ้นเป็นแน่แท้ ก็

เป็นเจตนาเล็งเห็นผล แต่ถ้าเพียงคาดเห็นผลว่าอาจเกิดขึ้นได้โดยไม่แน่ว่าผลนั้นจะเกิดขึ้นหรือไม่ และสามารถจะหลีกเลี่ยงผลที่เกิดขึ้นได้ ก็เป็นประมาทโดยรู้ตัว⁴¹

นักกฎหมายไทยท่านหนึ่ง คือ ท่าน อ.หยุด แสงอุทัย⁴² ได้ให้ข้อแตกต่างระหว่างเจตนาเล็งเห็นผลกับประมาทโดยรู้ตัวไว้ 2 ประการ คือ

ประการแรก การประมาทโดยรู้ตัวนั้น ผู้กระทำรู้ว่าที่ตนกำลังกระทำอยู่นั้นเป็นความประมาทแต่ไม่ได้มุ่งในผล ส่วนเจตนาเล็งเห็นผลนั้น ผู้กระทำทราบดีถึงสภาพการณ์ว่าสิ่งที่ตนกระทำอาจส่งผลอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ แต่ไม่สนใจใยดีและไม่คิดจะหลีกเลี่ยงหรือยับยั้งโดยคิดว่าหากผลจะเกิดก็เกิดไป

ประการสอง การกระทำโดยประมาทเป็นเรื่องภาวะวิสัย จึงพิจารณาจากภายนอก ความรู้สึกของผู้กระทำ หรือขนาดของความระมัดระวัง โดยใช้บุคคลภายนอกหรือวิญญูชนไปเปรียบเทียบกับส่วนเจตนาเล็งเห็นผลนั้น พิจารณาจากความรู้สึกนึกคิดของผู้กระทำโดยเทียบจากบุคคลในสภาพขณะกระทำเป็นหลักวินิจฉัย

ในทางกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาต้องมีเจตนาชั่วร้าย ซึ่งการกระทำประมาทในทางคอมมอนลอว์ที่จะผิดอาญาจึงต้องเป็นการประมาท โดยรู้ตัว (recklessly) คือเป็นการประมาทที่เข้าขั้นบ้าบิ่น แต่ตามกฎหมายไทยนั้น ประมาทเลินเล่อธรรมดาก็เป็นความผิดอาญาแล้ว ซึ่งเมื่อนำมาพิจารณากรณีการประกอบวิชาชีพแพทย์ แล้วจะเห็นได้ว่าแพทย์รับผิดทางอาญาฐานประมาทได้ เพียงแค่ประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติตามวิชาชีพแพทย์ธรรมดา ซึ่งแพทย์ย่อมรักษาผู้ป่วยด้วยเจตนาดี ไม่ใช่มีเจตนาชั่วร้าย กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่ามีปัญหาที่ควรพิจารณาต่อไป

3.3 ฐานความผิดตามกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม

3.3.1 บทบัญญัติในกฎหมายอาญาทั่วไป ที่อาจเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

3.3.1.1 ความรับผิดฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา

ความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจต้องรับผิดทางอาญาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ได้ปฏิบัติงานในวิชาชีพเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อผู้รับบริการ

⁴¹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, กรุงเทพฯ, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2521, หน้า 264

⁴² หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 90-91

ในความผิดฐานฆ่าคนตายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 นั้นเป็นกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่มีเจตนาที่จะรักษาผู้ป่วยตามวิชาชีพที่ตนได้ร่ำเรียนมา แต่มีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลถึงความตายของผู้ป่วย เช่นต้องการอวัยวะที่เป็นอวัยวะสำคัญของผู้ป่วยที่เมื่อนำออกจากร่างกายผู้ป่วยจะต้องเสียชีวิต หรือกรณีการทำให้ตายคดขยง ซึ่งเหตุเหล่านี้ ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมใช้อำนาจหน้าที่ที่ตนมีต่อผู้ป่วยในการรักษาผู้ป่วย มีเจตนาฆ่าผู้ป่วยจากการรักษาพยาบาลนั้น

ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่กระทำการเช่นนี้ถือว่ากระทำการนอกกรอบวิชาชีพ ต้องรับผิดชอบฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา เพราะโดยจรรยาบรรณของแพทย์นั้น เมื่อได้รับรักษาผู้ป่วยคนใดแล้วย่อมเกิดหน้าที่ต่อสาธารณะ ในการที่จะรักษามุคคนนั้นตามวิชาชีพที่ตนได้เรียนมา ไม่ใช่ นำวิชาชีพแพทย์มาเป็นเครื่องมือในการฆ่าผู้อื่น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ได้มีเจตนาที่จะรักษาผู้ป่วยอย่างแท้จริงนั้น แต่มีเจตนาที่จะฆ่าบุคคลนั้นแทน ควรเป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานฆ่าคนตายตามมาตรา 289 แห่งประมวลกฎหมายอาญาโดยถือเป็นเหตุฉกรรจ์ เพราะใช้อำนาจหน้าที่ที่ตนมีอยู่ในการกระทำความผิดด้วย ตัวอย่างเช่น นายแพทย์ผู้หนึ่งรับรักษาผู้ป่วยคนหนึ่ง ซึ่งนายแพทย์และผู้ป่วยคนนี้มีเรื่องโกรธแค้นกันมาก่อน เมื่อแพทย์เห็นว่าผู้ป่วยคนนี้จะรับรักษาไว้ในความดูแลของตน และเห็นว่าผู้ป่วยเสียเลือดมากต้องทำการห้ามเลือดให้เร็วที่สุด ไม่เช่นนั้นอาจเกิดอันตรายต่อชีวิตได้ แต่แพทย์ก็ไม่ยอมทำการรักษาพยาบาลเบื้องต้น โดยเร็วก่อน ทำให้ผู้ป่วยเสียเลือดมากและถึงแก่ความตายในที่สุด

กรณีนี้ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่มีเจตนาที่จะทำการรักษาอย่างแท้จริง เพียงแต่ใช้อำนาจหน้าที่ของตนในการกระทำความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาโดยการงดเว้นการกระทำที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกันผล ซึ่งถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่รับรักษาก็อาจจะไม่มีความผิดเลยก็ได้ แต่เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมรับรักษาผู้ป่วยก็เกิดหน้าที่ที่จะต้องรักษาผู้ป่วยให้พ้นจากความทุกข์ทรมาน เพื่อป้องกันผล คือความตาย ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ทำก็มีความผิด

3.3.1.2 ความรับผิดชอบทำร้ายร่างกาย

การทำร้ายร่างกายที่เป็นการกระทำความผิดอาญานั้น มีบัญญัติไว้ในมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและในมาตรา 297 ซึ่งถือเป็นเหตุฉกรรจ์ของการทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 หรือเป็นกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีเจตนาใช้ความรู้ทางวิชาชีพนั้นทำร้ายผู้อื่นแต่ผลของการทำร้ายนั้นเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายก็ย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 290 ด้วยเช่นกัน

บทบัญญัติทั้งสามมาตรานี้มีความเกี่ยวเนื่องกันคือ มีการกระทำภายนอกที่เป็นการทำร้ายเหมือนกัน ใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็นการทำร้ายเหมือนกัน แต่แตกต่างกันที่ผลของการทำร้ายที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษต่างกัน กล่าวคือ ถ้าเป็นการทำร้ายได้รับอันตรายแก่กายและจิตใจก็มีความผิดตามมาตรา 295 รับโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี ปรับไม่เกิน 4,000 บาท แต่ถ้าการทำร้ายก่อให้เกิดอันตรายสาหัสก็เป็นความผิดตามมาตรา 297 ซึ่งเป็นเหตุจรรยาของมาตรา 295 รับโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 10 ปี และถ้าผลของการทำร้ายทำให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตายก็เป็นความผิดตามมาตรา 290 ระวังโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปีถึง 15 ปี ซึ่งจะเห็นได้ว่าระดับของโทษที่ลงนั้นมีความร้ายแรงแตกต่างกันตามผลของการกระทำ ความผิดฐานทำร้ายร่างกายเดียวกัน

การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นมิลักษณะเป็นการทำร้ายร่างกายในกฎหมายอาญานั้นเอง นอกจากนี้การผ่าตัดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้กระทำย่อมประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลของการกระทำโดยตรง

ดังนั้นโดยสรุปแล้ว แนวความคิดที่มาจากระบบประมวลกฎหมายนั้น การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นการทำความผิดอาญาในตัวเอง

ส่วนแนวคิดในระบบคอมมอนลอว์นั้น เห็นว่าลักษณะการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมขาดเจตนาร้าย การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต่อผู้ป่วยจึงไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยเจตนา

ตามกฎหมายไทยนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ต้องรับผิดฐานทำร้ายร่างกายเพราะความยินยอมของผู้ป่วยเป็นหลัก การที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจต้องรับผิดฐานทำร้ายร่างกายนั้นอาจเนื่องมาจากได้กระทำนอกเหนือวิชาชีพ การพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงต้องดูองค์ประกอบความรับผิด โดยเฉพาะส่วนเจตนาเป็นสำคัญ ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีเจตนาที่จะทำร้ายหรือรักษา กรณีที่เป็นปัญหาถกเถียงกันในปัจจุบันว่าเป็นการทำร้ายร่างกายหรือไม่ คือ กรณีการทดลองต่อมนุษย์ การทำให้ตายโดยสงบและการปลูกถ่ายอวัยวะซึ่งในเรื่องนี้ได้มีผู้ทำวิทยานิพนธ์ศึกษาถึงปัญหาในเรื่องนี้แล้ว ผู้เขียนจึงไม่ขอกล่าวอย่างละเอียดในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

นอกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องมีความรับผิดทางอาญาต่อผู้รับบริการซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรงแล้ว กฎหมายอาญายังได้มีบทบัญญัติบางมาตราที่มุ่งจะคุ้มครองความสงบเรียบร้อยทางสังคมซึ่งไม่ได้เกี่ยวกับประโยชน์ของบุคคล ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถือเป็นบุคคลที่มีความรู้ยิ่งกว่าผู้อื่น โดยทั่วไป และในบางครั้งหน้าที่การงานในวิชาชีพก็ต้องใกล้ชิดกับข้อมูลข่าวสารและเอกสารที่สำคัญ หากกระทำโดยทุจริตแล้ว อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อส่วนรวมได้ ดังนั้น จึงอาจมีความรับผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับความรู้ทางวิชาชีพ โดยเฉพาะเพิ่มขึ้นต่างหากจากความรับผิดโดยทั่วไปอีกได้ ซึ่งจะได้อีกต่อไป

3.3.1.3 ความรับผิดชอบการกระทำโดยประมาท

ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกรณีการกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญานั้น ได้แก่ การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 291 หรือการกระทำโดยประมาททำให้ได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 300 และยังมีกรณีที่เป็นความผิดลหุโทษตามมาตรา 390 ซึ่งเป็นการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายและจิตใจ กรณีเหล่านี้เป็นความรับผิดชอบทางอาญากรณีการกระทำโดยประมาทที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ความรับผิดชอบประมาทตามประมวลกฎหมายอาญานี้จะเห็นได้ว่าความรับผิดชอบในกฎหมายนั้นมีความเกี่ยวเนื่องกันอยู่ กล่าวคือ มีองค์ประกอบภายในของการกระทำเหมือนกันหมดคือ การกระทำโดยมีองค์ประกอบทางกฎหมายฐานประมาท ซึ่งในการพิจารณาถึงความประมาทนั้นใช้หลักเกณฑ์เดียวกันทุกมาตรา แต่เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดแตกต่างกันไปเป็นเพราะผลของการกระทำ กล่าวคือ ผู้กระทำจะรับผิดชอบตามมาตรา 291 เมื่อผลนั้นคือความตาย ถ้าผลนั้นทำให้ได้รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำจะรับผิดชอบตามมาตรา 300 แต่ถ้าผลทำให้เกิดบาดเจ็บเพียงเล็กน้อยที่ไม่เป็นอันตรายแก่กายและจิตใจ การกระทำนั้นก็จะเป็นเพียงความผิดลหุโทษตามมาตรา 390 เท่านั้น

ซึ่งโทษที่ได้รับก็มีความแตกต่างกันออกไปโดยมาตรา 291 เป็นโทษร้ายแรงที่สุดคือจำคุกไม่เกิน 10 ปี ปรับไม่เกิน 20,000 บาท รองลงมาเป็นโทษตามมาตรา 300 คือจำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 6 พันบาท ส่วนมาตรา 390 เป็นความผิดฐานประมาทที่มีโทษน้อยที่สุด คือจำคุกไม่เกิน 1 เดือน ปรับไม่เกิน 1,000 บาท จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าระดับของโทษมีความร้ายแรงแตกต่างกันตามผลของการกระทำ แต่ระดับของความประมาทเป็นระดับเดียวกัน

ในเรื่องนี้ก่อให้เกิดปัญหาในการทำงานของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในปัจจุบันเป็นอย่างมาก ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เข้ารับบริการ เพื่อช่วยเหลือผู้รับบริการให้พ้นจากความทุกข์ทรมานจากโรคภัยไข้เจ็บ ซึ่งการประกอบวิชาชีพเกือบทุกวิชาชีพย่อมมีความผิดพลาดขึ้นได้เสมอ ถือเป็นความผิดพลาดตามปกติของมนุษย์ (Human errors) แต่ในกรณีของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น เมื่อเกิดความผิดพลาดขึ้น แม้จะเพียงเล็กน้อยย่อมหมายถึงชีวิตของผู้เข้ารับบริการคนหนึ่ง ซึ่งอาจได้รับอันตรายจากการรักษาได้ ซึ่งความผิดพลาดจากการรักษานี้ส่งผลกระทบต่อผู้เข้ารับบริการรักษาทั้งทางร่างกายและจิตใจ

โทษในกฎหมายอาญาที่บัญญัติขึ้นนั้นเป็นโทษที่กระทบต่อเสรีภาพในชีวิตและทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด ซึ่งหลักของการลงโทษในกฎหมายอาญาจริงๆ นั้น ก็เพื่อไม่ให้บุคคลเอาเป็นเยี่ยงอย่างในการกระทำความผิด และให้ผู้กระทำผิดเกิดความหยาบช้าไม่อยากจะกระทำความผิดซ้ำอีก แต่กรณีการกระทำโดยประมาทที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวช

กรรมไม่ได้มีจิตใจโหดร้ายในการกระทำนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องมีเจตนาที่จะช่วยเหลือผู้เข้ารับบริการอยู่แล้ว เพียงแต่อาจเกิดความผิดพลาดหรือเดินเลี้ยวส่วนบุคคล ความบกพร่องจากเครื่องมือและอุปกรณ์ทางการแพทย์สมัยใหม่ อุบัติเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้จากการรักษา รวมถึงอดถึงปัจจัยอื่นๆจากผู้ป่วยเองมากมาย

การรับโทษทางอาญา บางครั้งจะไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนัก ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงไม่ควรรับโทษทางอาญาในกรณีที่เป็นกรกระทำที่ไม่ร้ายแรงจริงๆ เพื่อเป็นเกราะกำบังในการทำงาน เพื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะได้ทำงานได้อย่างเต็มที่ขึ้นและคงไว้ซึ่งสถานะของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ที่มีหน้าที่ช่วยเหลือผู้ป่วยให้พ้นจากโรคร้ายไข้เจ็บ และคงไว้ซึ่งความสัมพันธ์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่เอื้ออาทรต่อกันตลอดไป ผู้เขียนเห็นว่าปัจจุบันผู้เข้ารับบริการนำคดีอาญามาใช้เป็นข้อต่อรองในการให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมชดเชยค่าเสียหายที่ตนได้รับจากการรักษาพยาบาลเป็นจำนวนมากเนื่องจากเป็นเหตุที่จะทำให้ตนได้รับค่าเสียหายจากการกระทำนั้นได้ ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาอย่างละเอียดต่อไปในเรื่องการกระทำโดยประมาท

3.3.2 บทบัญญัติในกฎหมายอาญาที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้โดยเฉพาะ

3.3.2.1 ความรับผิดชอบเปิดเผยความลับ

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 323⁴³ นั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะรับผิดชอบนี้ต่อเมื่อมีการนำความลับของผู้ป่วยมาเปิดเผยให้บุคคลภายนอกรับรู้ โดยอาศัยวิชาชีพที่ตนได้ศึกษา มา เนื่องจากผู้ป่วยยอมมอบความไว้วางใจมาปรึกษาและทำการตรวจรักษาด้วยความเชื่อว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะไม่นำความลับของตนไปเปิดเผยต่อผู้อื่น

ความลับของผู้อื่น หมายความว่าถึง ข้อเท็จจริงหรือวิธีการที่ไม่ประจักษ์แก่คนทั่วไปและเป็นสิ่งที่เจ้าของประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวเจ้าของความลับ จึงแล้วแต่ข้อเท็จจริงว่าเจ้าของต้องการปกปิดหรือไม่ การปกปิดอาจปกปิดเฉพาะคนอื่นนอกจากคนที่รู้ความลับนั้นในวงจำกัด ถ้าเป็นสิ่งที่รู้กันอยู่ทั่วไปก็ไม่เป็นความลับ

⁴³ มาตรา 323 “ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เภสัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความหรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้น แล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดได้ ต้องระวางโทษไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้รับการศึกษาอบรมในอาชีพดังกล่าวในวรรคแรกเปิดเผยความลับของผู้อื่นอันตนได้ล่วงรู้หรือได้มาในการศึกษาอบรมนั้น ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน”

การเปิดเผยนั้นจะเปิดเผยเพื่อความมุ่งหมายอันใดก็เป็นความผิดทั้งสิ้น แม้จะเปิดเผยเพื่อประโยชน์ทางวิชาการก็เป็นความผิด เว้นแต่เป็นการกระทำในระหว่างผู้รู้ความลับนั้นด้วยกัน เช่น ในระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือพยาบาลหรือในโรงเรียนแพทย์ระหว่างการศึกษาอบรม ส่วนความลับที่เป็นความผิดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีซึ่งผู้รู้ว่ามีสิทธิหน้าที่เปิดเผยย่อมไม่เป็นความผิด

3.3.2.2 ความรับผิดฐานทอดทิ้งผู้ป่วย

จากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 307⁴⁴ นั้น กรณีนี้อาจเกิดขึ้นได้ เช่น แพทย์เวรประจำหอพักผู้ป่วยไม่อยู่เวรตามหน้าที่และในหอพักผู้ป่วย มีคนป่วยซึ่งมีอาการไม่น่าไว้วางใจนัก เมื่อผู้ป่วยมีอาการแย่ง พยาบาลประจำหอพักผู้ป่วยติดต่อกับแพทย์เวรไม่พบ เช่น แพทย์เวรนั้นไม่อยู่เวรกลับไปนอนที่บ้าน ซึ่งไม่สามารถจะตามมารักษาผู้ป่วยนั้นได้ทันเวลาที่ถึงแม้ผู้ป่วยนั้นจะไม่ตาย เพียงแต่น่าจะเป็นอันตรายถึงตาย แพทย์เวรนั้นก็ต้องรับผิดฐานทอดทิ้งผู้ป่วย มีข้อน่าสังเกตว่า คำว่าทอดทิ้งในมาตรานี้ แม้จะอยู่ที่หอพักผู้ป่วย แต่ไม่ดูแลก็เรียกว่าเป็นการทอดทิ้งผู้ป่วย เพราะงคเว้นไม่กระทำการตามหน้าที่ที่จักต้องดูแลตามกฎหมายหรือสัญญา ถ้าจากกรณีตามที่กล่าวมาข้างต้น ถ้าผู้ป่วยตาย แพทย์เวรก็ต้องรับผิดฐานกระทำโดยประมาททำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายอีกฐานหนึ่ง เพราะไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรกับวิสัยและพฤติการณ์

3.3.2.3 ความรับผิดฐานทำเอกสารเท็จ

จากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 269⁴⁵ นั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนใด ได้ทำคำรับรองเอกสารอันเป็นเท็จ โดยอาศัยอำนาจหน้าที่ที่ตนมีอยู่ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชนทั่วไป เช่น ทำใบรับรองแพทย์อันเป็นเท็จ เพื่อให้ผู้ป่วยนำไปใช้ในการเบิกเงินชดเชยความเจ็บป่วย กรณีนี้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจต้องรับผิดฐานทำเอกสารเท็จด้วย

⁴⁴ มาตรา 307 “ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ เพราะอายุ ความเจ็บป่วย การพิการหรือจิตพิการ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสีย โดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴⁵ มาตรา 269 “ผู้ใดในการประกอบการงานในวิชาแพทย์ กฎหมาย บัญชีหรือวิชาชีพอื่นใด ทำคำรับรองเป็นเอกสารอันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใด โดยทุจริตใช้หรืออ้างคำรับรองอันเกิดจากการทำความผิดตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน”

3.4 การกระทำความผิดกรณีคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญา

การฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องคดีอาญาเป็นการฟ้องขอให้ศาลบังคับตามสิทธิเรียกร้องในทางแพ่งที่เกี่ยวข้องมาจากการกระทำความผิดอาญา ซึ่งคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาหมายถึงคดีแพ่งที่มีมูลมาจากการกระทำความผิดอาญา ซึ่งโดยปกติหมายถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางแพ่งและทางอาญา โดยอาศัยกฎเกณฑ์ความรับผิดในสาระสำคัญเป็นทำนองเดียวกัน

ผู้ที่มีอำนาจฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญานั้น มี 2 ประเภท คือ ผู้ที่ได้รับความเสียหายทางแพ่ง และพนักงานอัยการ ซึ่งผู้ได้รับความเสียหายในทางแพ่งนั้นย่อมมีความหมายกว้างกว่าผู้เสียหายในคดีอาญา โดยจะหมายถึงบุคคลที่ถูกโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายแพ่งอันอาจเสนอคดีของตนต่อศาลแพ่ง และรวมถึงบุคคลอื่นผู้สืบสิทธิของบุคคลนั้น เช่น ทายาท ในส่วนของพนักงานอัยการนั้น โดยปกติการฟ้องทางแพ่งเป็นเรื่องนอกเหนืออำนาจของพนักงานอัยการแต่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้พนักงานอัยการฟ้องเรียกร้องในทางแพ่งแทนผู้ที่ได้รับความเสียหายได้ในบางกรณีและในคดีบางประเภท ทั้งนี้เพื่อความสะดวก รวดเร็วและเพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระของศาลและคู่ความไป

เมื่อมีการฟ้องร้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญามาที่ศาลแล้ว หลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญามีดังนี้⁴⁶ คือ

1. ถึงแม้ฟ้องแพ่งจะรวมมากับคดีอาญาก็ตามก็ยังคงถือว่าเป็นคดีแพ่ง ซึ่งต้องใช้วิธีพิจารณาความแพ่งบังคับ
2. ถ้าการพิจารณาคดีแพ่งทำให้การพิจารณาคดีอาญาเนิ่นช้าหรือติดขัด ศาลมีอำนาจสั่งให้แยกคดีแพ่งออกจากคดีอาญาและการพิจารณาต่างหากโดยศาลที่มีอำนาจชำระ(มาตรา 41)
3. ในการพิจารณาคดีแพ่ง ถ้าพยานหลักฐานที่น่าสืบในคดีอาญาไม่เพียงพอศาลอาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมอีกได้ (มาตรา 42 วรรค 2) แม้ว่าพยานหลักฐานที่น่าสืบในคดีอาญาอาจจะชี้ให้เห็นความรับผิดของจำเลยทางแพ่งได้ก็ตาม ก็ไม่หมายความว่าปัญหาทางแพ่งจะยุติได้โดยพยานหลักฐานทางอาญา ทั้งนี้เพราะความมุ่งหมายในการนำพยานหลักฐานมาเสนอต่อศาลในคดีอาญานั้นก็เพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยผิดทางอาญาหรือไม่จึงไม่จำเป็นที่พยานหลักฐานทางอาญาจะชี้ให้เห็นว่าจำเลยต้องมีความรับผิดทางแพ่งตามที่เรียกร้องเสมอไป

ในส่วนของการพิจารณาคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญานั้น ศาลจำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาส่วนอาญา ในการพิพากษาคดีส่วนแพ่ง(มาตรา 46) กล่าวคือ ถ้าคดีส่วนอาญาได้มีคำพิพากษาไปแล้วไม่ว่าจะลงโทษหรือยกฟ้องในการที่ศาลจะพิจารณาคดีส่วนแพ่งนั้นจำต้องอาศัย

⁴⁶ ศิณิชาต เกียรติกังวาฬไพโรล , “ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ , วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2532 , หน้า 10

ข้อเท็จจริงข้อใดข้อหนึ่งและถ้าข้อเท็จจริงนั้นเป็นยุติ คู่ความจะได้แย้งเป็นอย่างอื่นไม่ได้ นอกจากนี้ คำพิพากษาคดีในส่วนแพ่งต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันว่าด้วยความรับผิดชอบของบุคคล ในทางแพ่ง โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจำเลยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำผิดหรือไม่⁴⁷ (มาตรา 47 วรรคแรก)

การฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ส่วนใหญ่เป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญาโดยอาศัยการกระทำความผิดอาญา มาเรียกร้อยค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำผิด ซึ่งถ้าได้พิจารณาในหลักเกณฑ์ของการพิจารณาคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญาแล้วจะเห็นได้ว่าทั้งการพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาแยกพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายแพ่งและอาญา

ดังนั้นเมื่อมีคำพิพากษาในส่วนแพ่งว่าจำเลยต้องชดเชยค่าเสียหายไม่ได้หมายความว่า จำเลยได้กระทำความผิดอาญาเสมอไปเพราะการพิจารณาในส่วนกฎหมายอาญาย่อมแตกต่างจากกฎหมายแพ่งอยู่แล้ว การถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีอาญาอาจทำให้สิทธิเสรีภาพของตนต้องเสียไป เช่น ต้องถูกขังในระหว่างพิจารณา ชื่อเสียงทางสังคมหรืออาชีพการงาน อาจได้รับความกระทบกระเทือน ซึ่งถ้าเป็นคดีแพ่งจำเลยจะไม่ได้ได้รับความเสียหายขนาดนี้ ดังนั้นจึงไม่ยากมีใครต้องตกเป็นจำเลยในคดีอาญา

ผู้เขียนเห็นว่าในปัจจุบันการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม ผู้เสียหายมักจะเอาคดีอาญามาเป็นข้อต่อรองในการเรียกร้อยค่าสินไหมชดเชยค่าเสียหาย โดยไม่ได้คำนึงว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำผิดทางอาญาจริงหรือไม่ ซึ่งก็ทำให้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมเกิดความวิตกกังวลที่จะต้องตกเป็นจำเลยในคดีอาญาเพราะมีผลกระทบหลายๆด้าน ต่างจากคดีแพ่ง ซึ่งการพิจารณาในส่วนของคดีแพ่งและคดีอาญาอาจต่างกันก็ได้ ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมอาจไม่ได้กระทำผิดทางอาญา แต่อาจต้องชดเชยค่าสินไหมทางแพ่งได้ ดังนั้น ไม่จำเป็นที่ต้องผิดทางแพ่งแล้วต้องผิดทางอาญาเสมอไป แต่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมหลายท่านยังไม่เข้าใจในเรื่องนี้ จึงไม่กล้าที่จะรักษาผู้ป่วยที่ตนไม่แน่ใจในการรักษาได้ เพราะการรักษาพยาบาลในปัจจุบันนั้นมีโอกาสเสี่ยงต่อผลอันไม่พึงประสงค์เกิดขึ้นได้อยู่เสมอ ไม่ว่าจะเพราะความเลินเล่อส่วนบุคคล ความบกพร่องจากเครื่องมือและอุปกรณ์แพทย์สมัยใหม่ อุบัติภัยที่ไม่อาจป้องกันได้ รวมถึงปัจจัยอื่นๆจากผู้ป่วยเองมากมาย ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าถ้ามีการกำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมให้มีความชัดเจนขึ้นกว่าเดิม อาจทำให้ปัญหาเหล่านี้ลดน้อยลงก็ได้

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 484/2494 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยลักทรัพย์ขอให้ลงโทษและเรียกร้อยในทางแพ่งขอให้จำเลยคืนทรัพย์ในทางอาญา ศาลฟังว่าจำเลยเอาทรัพย์ของผู้เสียหายไปจริง แต่พิพากษายกฟ้องเพราะฟังข้อเท็จจริงว่าจำเลยไม่มีเจตนาทุจริต ดังนั้นศาลยอมพิพากษาให้จำเลยคืนทรัพย์ให้แก่ผู้เสียหายได้

ผู้เขียนจะขอนำตัวอย่าง การฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรมมาให้พิจารณา คือ คดีหมายเลขดำที่ ส.108/2547 หมายเลขแดงที่ ส.939/2548 เป็นคดีที่มีนางดอกกรัก เพ็ชรประเสริฐ หรือทองเฟือก เป็นโจทก์โดยศาลพิพากษาให้สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขซึ่งเป็นจำเลยใช้ ค่าเสียหายจำนวน 800,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี โดยศาลเห็นว่า การที่แพทย์ผู้รักษา ไม่ให้ยากลุ่มสเตอรอยด์รักษาอาการแพ้ยาของโจทก์ชนิดรุนแรงภายในเวลาอันสมควรเป็นการรักษา ที่ไม่ได้มาตรฐานเท่าที่ควร และถือว่าแพทย์ผู้ร่วมรักษาโจทก์ให้การรักษาโดยความประมาทอยู่บ้าง จนเป็นเหตุให้ตาทั้งสองของโจทก์บอด คดีนี้เป็นการฟ้องคดีแพ่งตามพระราชบัญญัติความรับผิดทาง ละเมิดของเจ้าหน้าที่พ.ศ.2539 ในเรื่องนี้ก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม ส่วนหนึ่งว่าคำวินิจฉัยของศาลที่ว่า จำเลยประมาทอยู่บ้าง อาจเป็นมูลเหตุที่ทำให้แพทย์ถูกฟ้อง คดีอาญาอีกคดีหนึ่งได้ เพราะคดียังไม่ขาดอายุความ

ดังนั้น ถ้าผู้ที่เข้าใจกฎหมายดีเยี่ยมเข้าใจได้ เพราะคำวินิจฉัยของศาลในคดีแพ่งไม่อาจนำไปใช้ อ้างเป็นพยานในคดีอาญาได้ แต่ในทางตรงกันข้ามถ้ามีการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญา การ วินิจฉัยคดีแพ่งต้องถือข้อเท็จจริงในคดีอาญา แต่ในคดีไม่มีมีการฟ้องคดีอาญามาก่อน มีนักกฎหมาย ท่านหนึ่ง⁴⁸ เห็นว่า หากจะนำข้อเท็จจริงในคดีไปเป็นฐานฟ้องคดีอาญาก็เชื่อว่าพนักงานอัยการจะสั่ง ไม่ฟ้อง เพราะโจทก์ในคดีอาญานั้นมีหน้าที่ต้องพิสูจน์หรือนำสืบจนปราศจากข้อสงสัย (Beyond reasonable doubt) ว่าจำเลยประมาทแน่ๆและผลแห่งความประมาทนั้นทำให้โจทก์ตาบอด จากการที่ โจทก์นำสืบในคดีนี้ยังมีข้อสงสัยหลายประการว่าผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมคนนั้นมีส่วนทำการ รักษาล่าช้าอย่างไรและการรักษาล่าช้านี้ทำให้ตาบอดจริงหรือไม่ เพราะการแพ้แบบนี้เป็นการแพ้ แบบรุนแรง แม้รักษาทันท่วงทีก็อาจทำให้ตาบอดได้(ประเด็นนี้จำเลยไม่ได้นำสืบโต้แย้ง)แต่ใน คดีอาญาโจทก์ก็ต้องสืบให้เห็นในประเด็นนี้ด้วย การที่จำเลยไม่ได้นำสืบโต้แย้งในประเด็นนี้ ศาลก็ ต้องเชื่อความเห็นของพยานโจทก์ที่ว่าแพทย์รักษาช้าจึงทำให้ตาบอดซึ่งในส่วนนี้ ผู้เขียนมีความเห็น ด้วยกับนักกฎหมายท่านนี้ เพราะการพิพากษาคดีส่วนแพ่งและส่วนอาญาย่อมมีความแตกต่างกัน ตามที่กล่าวมาข้างต้น

3.5 ปัญหาความรับผิดกรณีการกระทำโดยเจตนาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามประมวล กฎหมายอาญาของไทย

3.5.1 ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

⁴⁸ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, คดีแพ้ยากับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539, คู่มือ พาท, เล่ม 3 ปีที่ 52, กันยายน-ธันวาคม 2548, อรุณการพิมพ์, กรุงเทพฯ, หน้า 90-91

ในประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติถึงความรับผิดฐานทำร้ายร่างกายไว้ในมาตรา 295,296,297,298,290,391 ซึ่งความรับผิดฐานทำร้ายร่างกายในแต่ละมาตรานั้น องค์ประกอบคือการทำร้ายร่างกายเช่นเดียวกัน แต่ผลที่เกิดจากการทำร้ายร่างกายแตกต่างกัน ทำให้ความรับผิดแตกต่างกันตามที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้ โดยในมาตรา 295 เป็นเรื่องการทำร้ายร่างกายทำให้ได้รับอันตรายแก่กายและจิตใจ โดยมีมาตรา 297 เป็นบทเพิ่มโทษหากการทำร้ายร่างกายเป็นอันตรายสาหัส ส่วนในมาตรา 391 เป็นเรื่องการทำร้ายร่างกายโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ แต่ถ้าทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้บุคคลนั้นตายก็เป็นความผิดตามมาตรา 290

ความผิดในแต่ละมาตรานี้ มีองค์ประกอบความรับผิดภายในและภายนอกที่เหมือนกันอยู่ คือในส่วนของกรกระทำที่เป็นความผิดคือ การทำร้ายร่างกาย และมีเจตนาทำร้ายร่างกายผู้อื่น ผู้เขียนจึงขอแยกอธิบายในส่วนขององค์ประกอบภายนอกและภายในของความผิดในฐานทำร้ายร่างกายที่เหมือนกันในแต่ละมาตรา ก่อน แล้วค่อยอธิบายถึงผลของการกระทำที่มีความแตกต่างกันที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดแตกต่างกันออกไป

การกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา 391,295,297,290 ที่เป็นการกระทำที่เป็นความผิดคือ การกระทำที่เป็นการทำร้ายร่างกาย

การกระทำที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย คือ การกระทำต่อร่างกายหรือจิตใจของผู้อื่น ในทางให้เจ็บ หรือแตกหัก เสียหาย ไม่ว่าจะใช้อาวุธหรือไม่ก็ตาม และไม่ว่าจะกระทำโดยถูกเนื้อต้องตัวผู้เสียหายหรือไม่ ก็ถือว่าเป็นการทำร้าย

ต่อไปจะได้อธิบายถึงเจตนาภายในของการกระทำผิดแต่ละมาตราในฐานทำร้ายร่างกายนี้ คือผู้กระทำต้องมีเจตนาทำร้ายร่างกายด้วย การพิจารณาถึงเจตนาทำร้าย อาจพิจารณาได้ ดังนี้ คือ การ “ใช้กำลัง” ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าต้องมีเจตนา ประกอบกับคำว่า “ทำร้าย” เป็นการชัดเจนว่าต้องมีเจตนากระทำต่อร่างกายหรือจิตใจของผู้อื่น คือ มีเจตนาทำร้าย ซึ่งอันตรายแก่กายจิตใจนั้นต้องเป็นผลจากการทำร้ายด้วย เพราะถ้าเป็นเพียงการพยายามใช้กำลังทำร้ายตามมาตรา 391 ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษก็ไม่ต้องรับโทษ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 273/2509 โจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยยกเท้าซึ่งสวมรองเท้าจะถีบผู้เสียหาย แต่ไม่ได้บรรยายให้เห็นว่าถ้าจำเลยกระทำไปโดยตลอดแล้วจะเกิดผลอย่างไร ผลกรรมดาอันจะเกิดขึ้นเพราะการถีบจะทำให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือไม่ ไม่อาจสังเกตเห็นได้ หากจำเลยกระทำไปโดยตลอดแล้ว ผลที่เกิดไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจแล้ว ความผิดนั้นก็เพียงความผิดลหุโทษ ผู้พยายามกระทำความผิดลหุโทษ ไม่ต้องรับโทษ (มาตรา105) เมื่อข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าจำเลยพยายามกระทำให้ผู้เสียหายเกิดอันตรายแก่กายแล้ว ก็ลงโทษจำเลยตามฟ้องไม่ได้ การใช้เท้าจะถีบไม่เป็นอันตรายต่อจิตใจเพราะอันตรายต่อจิตใจนั้นต้องเป็นผลจากการทำร้าย แต่ความรู้สึกว่าถูกเหยียดหยาม เจ็บใจ แค้นใจ เหล่านี้เป็นอารมณ์ หาใช่เป็นอันตรายต่อจิตใจไม่

ต่อไปผู้เขียนจะขออธิบายถึงผลของการกระทำที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบแตกต่างกันไปในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ดังนี้

1. ความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ (มาตรา 391)

สำหรับความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 391 เป็นเรื่องที่ใกล้เคียงกันกับความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 295 หรือ 296

การใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจนั้น มีคำพิพากษาฎีกาที่บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องการทำร้ายร่างกายที่ไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจไว้ว่าถ้าบาดแผลที่เกิดจากการกระทำเป็นเพียงบาดแผลถลอก เป็นรอยฟกช้ำ ถึงแม้แพทย์จะลงความเห็นว่าบาดแผลจะหายภายใน 10 วันก็ตาม ก็ถือว่าเป็นเพียงการคาดคะเน ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อกายและจิตใจ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 708/2536

มีฎีกาเรื่องหนึ่งที่ไม่เห็นว่าเป็นความผิดตามมาตรา 391 เนื่องจากผู้กระทำไม่ได้มีเจตนาทำร้ายร่างกายผู้เสียหาย คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 3592/2545 เจตนาอันแท้จริงของจำเลยในการจับมือโจทก์ยกขึ้นก็เพื่อให้เจ้าพนักงานตำรวจเห็นว่า โจทก์ได้รับเงินค่าเช่าบ้านไว้โดยไม่มีสิทธิจะรับเท่านั้น หากได้มีเจตนาจะทำร้ายโจทก์ให้ได้รับอันตรายแก่กายและจิตใจแต่อย่างใด จึงไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายและจิตใจ

2. ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายและจิตใจ (มาตรา 295)

ผลของมาตรานี้คือ การทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายและจิตใจของผู้อื่น คือ ศาลฎีกาได้วางหลักในการพิจารณาเรื่องได้รับอันตรายแก่กายไว้ว่า การทำให้เกิดเป็นแผลผิวหนังขาด หรือเป็นแผลบวมช้ำ พุพอง หรือเนื้อแตกปริ ถือว่าเป็นการทำให้เกิดอันตรายแก่กาย แต่เพียงแต่แผลถลอกไม่ถือว่าเป็นอันตรายแก่กาย ส่วนอันตรายต่อจิตใจนั้น จะเป็นการกระทำที่เกิดผลต่อร่างกายของผู้กระทำด้วยหรือไม่ก็ตาม แต่ต้องเป็นผลธรรมดาที่เกิดขึ้นจากการนั้น ดังมีคำพิพากษาฎีกาได้วางหลักเกณฑ์ของการทำร้ายร่างกายไว้ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 1340/2506 โจทก์ถูกจำเลยชกล้มลงได้รับความกระทบกระเทือนที่ศีรษะรักษาอยู่ 10 วันเศษ กับได้รับแผลภายนอกเป็นรอยบวม เช่นนี้ ถือว่าเป็นอันตรายแก่กายตามมาตรา 295 แล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 2895/2543 จำเลยทำร้ายผู้เสียหายถึงช้ำบวมที่ริมฝีปาก บวมปวดที่แก้ม ข้อเท้าเคล็ดปวด เวลาแก้มยกคอด้านหลังปวด และปวดกล้ามเนื้อบริเวณหน้าอก รักษาประมาณ 5 วัน ดังนี้ ผู้เสียหายได้รับอันตรายแก่กายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 แล้ว

สำหรับความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 295 นี้เป็นเรื่องที่ใกล้เคียงกันกับความผิดฐานทำร้ายจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป ผลของการตรวจชั้นสูตรบาดแผลของแพทย์ย่อมมีความสำคัญในการวินิจฉัยของนักกฎหมายว่าการทำร้ายเพียงไรเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรืออย่างไรเป็นการทำร้ายจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายสาหัส

ประเด็นที่น่าสนใจในมาตรา 295 นี้คือ การได้รับอันตรายอย่างใดจึงจะถือว่า “เป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ” เพราะหากไม่ถึงกับเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจก็เป็นเพียงความผิดลหุโทษตามมาตรา 391 เท่านั้น

3. ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายสาหัส (มาตรา 297)

ผลของมาตรานี้คือการทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 และ 298 ซึ่งในเรื่องนี้ก็เป็นผลเช่นเดียวกันกับผลในความผิดฐานกระทำการโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายสาหัสตามมาตรา 300 (ต่างกันตรงที่กระทำ “โดยประมาท” มิใช่ “โดยเจตนา”)

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 , 296 ข้างต้น หากเกินเลยจากเหตุเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ จนผู้ถูกทำร้ายได้รับอันตรายสาหัสก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 297 และ 298

การกระทำความผิดตามมาตรา 297 ผู้กระทำจะมีเจตนาให้เกิดอันตรายสาหัสขึ้นหรือไม่ ไม่สำคัญ ถ้าผู้กระทำมีเจตนาทำร้ายและผลของการทำร้ายอันเป็นผลธรรมดา ทำให้เกิดอันตรายสาหัส ผู้กระทำก็มีความผิดตามมาตรา 297

อันตรายสาหัสที่กฎหมายบัญญัติไว้ตามมาตรา 297 วรรค 2 คือ

- 1.) ตาบอด หูหนวก ลิ่นขาด หรือเสียอวัยวะประสาท
- 2.) เสียอวัยวะสืบพันธุ์ หรือความสามารถสืบพันธุ์
- 3.) เสียแขน ขา มือ เท้า นิ้ว หรืออวัยวะอื่นใด
- 4.) หน้าเสียโฉมอย่างติดตัว
- 5.) แผลลุกลาม
- 6.) จิตพิการอย่างติดตัว
- 7.) ทุพพลภาพหรือเจ็บป่วยเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต
- 8.) ทุพพลภาพหรือเจ็บป่วยด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่า 20 วัน หรือจนประกอบกรณีกิจตามปกติไม่ได้เกินกว่า 20 วัน

ผู้เขียนได้นำคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้ตัดสินไว้ว่าเป็นความผิดตามมาตรา 297 ไว้ดังตัวอย่างต่อไปนี้ **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1665/2543** ใบหูเป็นส่วนที่ประกอบรูปหน้าให้งาม การที่ใบหู

ขาดไปส่วนหนึ่งซึ่งสามารถมองเห็นได้ชัดเจน ย่อมทำให้รูปหน้าเสียความงามอันเป็นการเสียโฉมอย่างคิดตัว แม้บาดแผลจะรักษาหายประมาณ 14 วัน โจทก์ร่วมก็ได้รับอันตรายสาหัสแล้ว

นอกจากนี้ยังมีประเด็นว่าถึงจะมีการทำร้ายร่างกายสาหัสแล้ว แต่ถ้าการกระทำนั้นมีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ การกระทำนั้นก็อาจจะไม่มีความผิดตามมาตรา 297 ได้ ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่จำเลยอุทธรณ์ว่าทำร้ายผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสถึงตาบอด แต่ไม่ผิด เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1010/2510 โจทก์ร่วมกับพวกคีมสุราที่ร้านของจำเลยจนมีนเมา แล้วตั้งสุราอีกกรรยาจำเลยบอกว่าสุราหมด โจทก์ร่วมได้ลุกขึ้นไปหยิบขวดสุราของจำเลยที่โต๊ะชงกาแฟ กรรยาจำเลยเข้าแย่ง โจทก์ร่วมได้ทำร้ายกรรยาจำเลย พวกของโจทก์ร่วมได้บีบบอกจำเลยจนหน้าแดงนอกแอน จำเลยความไปพบเหล็กเปิดขวดแล้วเหวี่ยงไป 1 ทีในขณะที่ชุลมุนกัน ไปถูกนัยน์ตาโจทก์ร่วมได้รับบาดเจ็บสาหัสถึงตาบอด การกระทำของจำเลยเช่นนี้เป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ ไม่เป็นความผิด

ในส่วนของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ในเรื่องการรักษาพยาบาลนั้นมีหลักที่ศาลฎีกาวางไว้ว่า ถ้าเรื่องที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมระบุนเวลาที่ใช้รักษาเกิน 20 วันนั้น อาจเป็นเพียงการคาดคะเน หาใช่หมายถึงการได้รับอันตรายสาหัสเสมอไป เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 69/2539 ผู้เสียหายถูกจำเลยที่ 6 ทำร้ายบาดเจ็บที่ตึงงมูก แต่ผู้เสียหายไม่ได้รักษาโดยวิธีผ่าตัดตามความเห็นของแพทย์คงเอายามากินที่บ้านตั้งแต่เกิดเหตุจนถึงปัจจุบันเป็นเวลานานถึง 10 เดือนเศษ แสดงว่าผู้เสียหายสามารถไปทำงานหรือไปทำธุรกิจอื่นได้ แม้แพทย์ผู้ตรวจจะทำรายงานว่าต้องรักษาอย่างน้อย 21 วัน จึงจะหายเป็นปกติ ก็เป็นเพียงข้อสันนิษฐานของแพทย์ที่กะประมาณไว้ในขณะทำการตรวจ ซึ่งไม่แน่นอนว่าจะถูกต้องตามนั้นหรือไม่ บาดแผลอาจจะหายเร็วกว่ากำหนดก็ได้ ด้วยเหตุนี้จึงยังไม่พอฟังว่าบาดแผลของผู้เสียหายดังกล่าวเป็นเหตุให้ผู้เสียหายป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาหรือจนประกอบกรณีกิจตามปกติไม่ได้เกินกว่า 20 วัน อันจะเข้าลักษณะเป็นอันตรายสาหัสตามมาตรา 297(8)

กรณีผู้ป่วยยังไม่ถึงแก่ความตาย แต่แอบผ่าตัดเอาไตผู้ป่วยไป 1 ข้าง เพื่อนำไปปลูกถ่ายอวัยวะไตให้ผู้มั่งคั่ง แต่ยังเหลือไตอีก 1 ข้าง หรือใช้ไตเทียมช่วยชีวิตไว้ได้ ก็อาจเป็นความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสเพราะเสียอวัยวะอื่นใดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297(3) ก็ได้

มีคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเรื่องหนึ่ง ที่เกี่ยวกับการทำร้ายจนได้รับอันตรายสาหัสในกรณีของการตัดไต ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำมาเทียบเคียงกับการทำร้ายจนได้รับอันตรายสาหัสตามกฎหมายไทยได้ ดังเช่นที่เคยปรากฏเป็นข่าวในนิตยสาร TIME INTERNATIONAL กุมภาพันธ์ 1989 หน้า 21 ว่า นาย Ahmet Koc ชาวชนบทในตุรกี อายุ 33 ปี ถูกล่อลวงให้ไปทำงานในกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ ในเดือนกันยายน 2531 เขาถูกพาตัวไปที่โรงพยาบาล ณ ที่นั้นมีคนเอา

กระดาษเขียนข้อความเป็นภาษาอังกฤษซึ่งไม่รู้เรื่องเลขมาให้เซ็นชื่อ จากนั้นเขาก็ถูกวางยาสลบและถูกนำตัวเข้าห้องผ่าตัด เมื่อฟื้นคืนสติขึ้นมาก็ปรากฏว่าไตของเขาข้างหนึ่งถูกนำไปให้กับนายแพทย์ชาวลิเบียผู้มั่งคั่งผู้หนึ่ง โดยนาย Ahmet Koc ได้ค่าเจ็บตัวเพียง 4,700 เหรียญสหรัฐ จากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นชาวอังกฤษตลอดจนนายกรัฐมนตรีสมัยนั้น ได้ประณามการกระทำดังกล่าวว่าเป็นเหตุการณ์ที่น่าขยะแขยงเหลือแสน⁴⁹

4. ความผิดฐานทำร้ายจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (มาตรา 290)

ผลของการกระทำความผิดตามมาตรา 290 นี้คือ การทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ถึงแม้ความตายนั้นจะเกิดจากการรักษาพยาบาลไม่ดีก็ตาม ถือว่าความตายนั้นเป็นผลมาจากการทำร้ายร่างกาย ดังมีคำพิพากษาฎีกาของศาลฎีกาในเรื่องนี้ไว้คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 442/2502 ผู้ตายถึงแก่ความตายเพราะบาดแผลที่ถูกจำเลยแทง แม้ถึงว่าจะเนื่องจากการรักษาบาดแผลไม่ดีเพราะบาดแผลเน่าจึงเป็นพิษก็ดี แต่ก็เป็นผลธรรมดาอันสืบเนื่องจากการกระทำของจำเลย จำเลยจึงต้องมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา

มาตรา 290 วรรคสอง เป็นเหตุจรรยาของกรฆ่าคนตายโดยไม่เจตนาตามมาตรา 290 วรรคหนึ่ง ซึ่งผลตามมาตรา 290 นี้ก็เช่นเดียวกับความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288, 289 หรือประมวลตามมาตรา 291 ซึ่งผลการตรวจชันสูตรของแพทย์อาจช่วยการวินิจฉัยในบางคดีได้ว่าความตายเป็นผลมาจากการกระทำของผู้ต้องหาหรือจำเลยหรือไม่ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในเรื่องของเจตนาโดยดูจากขนาดของบาดแผล ลักษณะของอาวุธ และจุดที่ถูกทำร้ายว่าผู้กระทำความผิดมีเจตนาฆ่าหรือเจตนาทำร้ายร่างกาย ดังตัวอย่าง คำพิพากษาฎีกาที่ 504/2504 (ประชุมใหญ่) จำเลยกับผู้ตายได้เถียงทะเลาะกัน จำเลยหยิบไม้ได้ในที่แถวนั้น เป็นไม้พินผ้าซีกแบนขนาด 2 นิ้ว ยาว 27 นิ้วครึ่ง ตีผู้ตายถูกกลางศีรษะ 1 ที บาดแผลบวมกว้าง 10 ซม. นูนสูง 3 ซม. ตรงกลางมีรอยแตกปริ มีโลหิตซึม ผู้ตายถูกทำร้ายแล้วพูดจาไม่ได้ถึงแก่ความตายในวันรุ่งขึ้น ดังนี้ ยังไม่พอฟังว่าจำเลยเล็งเห็นผลของการกระทำว่าจะถึงตาย จึงมีความผิดเพียงฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 290

การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นมีเจตนาที่จะรักษาคอนไซ์ที่เจ็บป่วยหรืออยู่ในอันตรายให้พ้นจากการเจ็บป่วยหรือให้รอดชีวิตไม่ได้มีเจตนาที่จะทำร้ายร่างกายแต่ประการใดก็นำเอาหลักของเจตนามาอ้าง สำหรับกรณีของผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เพราะไม่รู้สีกตัวอาจจะไม่มีปัญหามากนัก แต่จะมีปัญหาว่าถ้าคนไข้รู้สีกตัวดีแล้วคนไข้ไม่ยินยอมให้ทำการผ่าตัดรักษา ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะทำได้หรือไม่ ในเรื่องนี้ก็ขึ้นอยู่กับว่าคนไข้นั้นอยู่ในภาวะอย่างไร ถ้าไม่เป็นอันตรายแก่ชีวิตแล้วคนไข้ไม่ยินยอม ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไปรักษาเข้าก็จะ

⁴⁹ ประทีป อ่าววิจิตรกุล, ฟ้องแพทย์, หน้า 105 -106

มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และทำให้เสื่อมเสียอิสรภาพตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 310 ด้วย แต่ถ้าคนไข้อยู่ในภาวะที่ถ้าไม่ได้รับการรักษาผ่าตัดแล้ว จะเป็นอันตรายถึงชีวิต ผู้เขียนมีความเห็นพ้องกับนักกฎหมายหลายๆท่านที่มีความเห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนนั้นไม่มีความผิดใดๆทั้งสิ้น

นอกจากความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในมาตราต่างๆที่กล่าวมาแล้วนั้น ยังมีเรื่องการศึกษาวิจัยและการทดลองในมนุษย์ หรือการปลูกถ่ายอวัยวะที่ขัดต่อจริยธรรม ซึ่งอาจมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้ถูกทดลองหรือผู้บริจาคแล้วแต่กรณี

3.5.2 ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา

กฎหมายอาญามีบัญญัติไว้ในมาตรา 288 และ 289 ซึ่งเป็นเหตุจรรยาของมาตรา 288 นอกจากการกระทำโดยกรณีคนเว้นกระทำการอันตนมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือสัญญาข้างต้นแล้ว ก็ยังมีกรณีที่น่าสนใจ คือการฆ่าด้วยความเมตตาสงสาร หรือการทำให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังถึงแก่ความตายด้วยความสงบ (Euthanasia) เพื่อให้พ้นจากความทุกข์ทรมานจากโรคที่ไม่อาจรักษาได้

ซึ่งในเรื่องการฉีดยาหรือให้ยาให้ตายในเรื่องนี้ค่อนข้างมีความแน่นอนว่ามีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาแน่ ส่วนการหยุดเครื่องช่วยหายใจแล้วปล่อยให้ตายโดยสงบนั้น ศ.จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า คนเรานั้นเกิดมาแล้วต้องตายทุกคน ฆ่าก็ตาย ไม่ฆ่าก็ตาย การฆ่าจึงเป็นการทำให้ตายก่อนเวลาธรรมชาติของเขาเท่านั้น คนที่จวนจะตายเพราะอายุหรือโรคหรือถูกทำร้ายจะตายอยู่แล้ว ถ้าใครทำให้ตายเร็วขึ้นก็เป็นการฆ่า⁵⁰ แต่ในเรื่องนี้ก็ยังมีบางท่านเห็นว่าการแสดงเจตนาของผู้ป่วยที่จะขอตายตามภาวะของธรรมชาติ โดยปฏิเสธการใช้เครื่องมือจากเทคโนโลยีสมัยใหม่จึงเป็นเรื่องที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรับฟัง แม้ความประสงค์ของญาติที่จะนำผู้ป่วยที่ใกล้ตายออกจากห้องไอ.ซี.ยู. เพื่อให้ไปตายที่บ้านนั้น ก็เป็นเรื่องที่ควรดำเนินการไปตามประสงค์ หากได้มีการชี้แจงถึงผลที่เกิดขึ้นจนเข้าใจตรงกันแล้ว เพราะผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่มีหน้าที่ที่จะเหนี่ยวรั้งต่อไป การและการกระทำได้กล่าวว่ามีใช้การฆ่าหรือทอดทิ้งผู้ป่วยซึ่งเป็นความผิดอาญาแต่อย่างใด ซึ่งในเรื่องการช่วยให้ผู้ป่วยตายโดยสงบนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาในหัวข้อต่อไป

ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาอันมีหลักตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”

องค์ประกอบความรับผิดทางอาญาของมาตรา 288 นี้คือ

⁵⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และตอน 3, กรุงเทพฯ, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2533, หน้า 2025

องค์ประกอบภายนอก คือ

- 1.) ผู้ใด
- 2.) ฆ่า คือ การกระทำโดยเคลื่อนไปหวร่างกายหรือฉกเว้นการกระทำ
- 3.) ผู้อื่น คือ บุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้กระทำ

องค์ประกอบภายใน คือ

- 1.) เจตนา คือ เจตนาที่จะฆ่าหรือทำให้ตาย

ต่อไปเป็นตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับการถอดเครื่องช่วยหายใจ เช่น **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 659/2532** จำเลยใช้ของแข็งตีทำร้ายผู้ตายมีบาดแผลฟกช้ำดำเขียวทั่วร่างกาย กับมีบาดแผลลึกขนาดที่ศีรษะบาดแผลลอกจากขากรรไกรและข้อศอกซ้าย กระดูกขากรรไกรหัก กระดูกซี่โครงร้าว ฟังได้ว่าจำเลยทำร้ายผู้ตายโดยมีเจตนาฆ่า หลังจากที่ผู้ตายถูกทำร้ายแล้ว ได้มีการนำตัวผู้ตายไปรับการรักษาที่โรงพยาบาล แพทย์ได้รักษาผู้ตายเบื้องต้นโดยให้น้ำเกลือ ใส่ท่อช่วยหายใจ ผ่าตัดใส่ท่อระบายลมในโพรงปอดข้างซ้าย เพราะมีลมรั่วออกมาจากทางเดินหายใจ แล้วใส่เครื่องช่วยหายใจให้ผู้ตายด้วย และแพทย์ผู้รักษามีความเห็นว่าหากผู้ตายรักษาที่โรงพยาบาลต่อไปแล้วโอกาสที่ผู้ตายจะมีชีวิตรอดมีมากกว่าผู้ตายจะถึงแก่ความตาย การที่ญาติของผู้ตายกระทำให้การรักษาสิ้นสุดลงโดยการดึงเครื่องช่วยหายใจและท่อช่วยหายใจออก แล้วพาผู้ตายกลับบ้าน และผู้ตายถึงแก่ความตายในคืนนั้นย่อมถือได้ว่าเป็นผลโดยตรงที่ทำให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย หากเป็นผลจากการกระทำของจำเลยโดยตรงไม่ เพราะเมื่อผู้ตายอยู่ในความดูแลรักษาของแพทย์แล้ว ผู้ตายย่อมเป็นผู้อยู่ในสภาพที่มีโอกาสมีชีวิตอยู่รอดสูง การกระทำของจำเลยจึงมีความผิดฐานเพียงพยายามฆ่า

คำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องนี้ไม่ได้กล่าวถึงการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยตรง แต่ผู้เขียนเห็นว่า ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการถอดเครื่องช่วยหายใจออกจากตัวผู้ป่วยเอง ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนนั้นน่าจะมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา

ในกรณีของแพทย์ที่จะต้องรับผิดชอบในกรณีตามมาตรา 288 นี้มี 3 กรณี คือ

1. กรณีความรับผิดชอบส่วนตัว กรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนาโดยมิได้มีสาเหตุมาจากการรักษาพยาบาลแต่เป็นการฆ่าด้วยสาเหตุส่วนตัว เป็นการฆ่าด้วยวิธีการต่างๆ ไปอย่างบุคคลธรรมดา ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้นก็ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 288 อย่างบุคคลทั่วไป คือ รับผิดชอบตามมาตรา 288 ฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา โดยพิจารณาถึงองค์ประกอบความรับผิดชอบในการกระทำตามมาตรา 288 เลข คือมีเจตนาฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ไม่ต้องพิจารณาถึงความเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเลยว่ามีเจตนาฆ่าหรือไม่ ดังมีคดีที่เคยเกิดขึ้นที่เกี่ยวกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา ในกรณีความรับผิดชอบส่วนตัวคือ คดีหมอเสริมกับเจนจิรา หรือคดีสยามล หรือคดีหมอวิสุทธิ์ ที่ผู้กระทำเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม แต่เป็นการกระทำในเรื่องส่วนตัวไม่เกี่ยวกับวิชาชีพเวชกรรม

2. **กรณีความรับผิดชอบวิชาชีพ** ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ทำการรักษาผู้ป่วยแล้ว ผู้ป่วยตายลง โดยที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้นไม่ได้มีเจตนาที่จะทำการรักษาผู้ป่วยอย่างแท้จริง แต่ด้วยเหตุเพราะตนมีความเห็นส่วนตัวต่อผู้ป่วยหรือด้วยเหตุใดๆก็ตาม แต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้นได้รับการรักษาโดยอาศัยวิชาชีพที่ตนเป็น คือ วิชาชีพเวชกรรมนั้น เพื่อจะฆ่าบุคคลคนนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ที่กระทำการเช่นนี้ถือว่ากระทำการนอกกรอบวิชาชีพ ต้องรับผิดชอบฆ่าคนตายโดยเจตนา เพราะโดยจรรยาบรรณของแพทย์นั้น เมื่อได้รับการรักษาผู้ป่วยคนใดแล้วย่อมเกิดหน้าที่ต่อสาธารณะ ในการที่จะรักษามูลคนนั้นตามวิชาชีพที่ตนได้เรียนมา ไม่ใช่ นำวิชาชีพเวชกรรมมาเป็นเครื่องมือในการฆ่าผู้อื่น ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในกรณีที่แพทย์ไม่ได้มีเจตนาที่จะรักษาผู้ป่วยอย่างแท้จริงนั้น แต่มีเจตนาที่จะฆ่าบุคคลนั้นแทน ควรเป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานฆ่าคนตายตามมาตรา 289 เหตุเพราะใช้อำนาจหน้าที่ที่ตนมีอยู่ในการกระทำความผิดด้วย

3. กรณีการทำให้ตายโดยสงบ

1. ลักษณะทั่วไปของการตายโดยสงบ

1.1 การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบ แบ่งออกเป็น 2 ประเภท

1.) Active euthanasia หมายความว่า การทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ชีวิตโดยเจตนา และผู้กระทำได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วยโดยตรง เช่น การฉีดยา ซึ่งโดยผลของการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย

2.) Passive euthanasia หมายความว่า การทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ชีวิตโดยเจตนาแต่ผู้กระทำได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย ทั้งยังปฏิเสธที่จะเข้าแทรกแซงเพื่อป้องกันมิให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย และโดยเหตุแห่งการปฏิเสธเช่นนี้เองทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย

ต่อมาตำราในระยหลังในเรื่องการทำให้ตายโดยสงบนั้น ไม่นิยมแบ่งแยกตามลักษณะของการกระทำ แต่จะแบ่งแยกตามเจตนาของผู้ป่วยเป็นหลัก ซึ่งเมื่อจำแนกตามวิธีนี้จะแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

1.) การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบโดยสมัครใจ (Voluntary euthanasia) หมายถึง การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบตามความประสงค์ของผู้ป่วยที่มีสติสัมปชัญญะอยู่นั้น หรือเป็นไปตามคำสั่งที่ผู้ป่วยให้ไว้ล่วงหน้า

2.) การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบโดยปราศจากความสมัครใจ (non-voluntary euthanasia) หมายถึง การทำให้ผู้ป่วยที่ไม่มีสติสัมปชัญญะตายโดยสงบตามความประสงค์ของผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมายในการแสดงเจตนาแทนผู้ป่วย

3.) การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบโดยขัดต่อความสมัครใจ (involuntary euthanasia) หมายถึง การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบที่ขัดต่อความประสงค์ของผู้ป่วย หรือคำสั่งที่ผู้ป่วยให้ไว้ล่วงหน้า

กฎหมายของประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่ถือว่าการทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบเป็นความผิดทางอาญา เพราะการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา มีเพียงบางประเทศเท่านั้นที่อนุญาตให้แพทย์ทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบได้

ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศเนเธอร์แลนด์เป็นประเทศแรกและประเทศเดียวในโลกที่การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบนั้น อนุญาตให้แพทย์ทำได้ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด คือ

- ผู้ป่วยนั้นต้องเป็นผู้ป่วยที่ได้รับความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัส
- การบำบัดรักษาผู้ป่วยให้หายหรือให้ผู้ป่วยมีอาการบรรเทาลงอย่างมีประสิทธิภาพเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้
- ในขณะที่ตัดสินใจนั้น ผู้ป่วยจะต้องมีสติสัมปชัญญะที่สมบูรณ์ และการตัดสินใจต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผล
- แพทย์ต้องให้คำปรึกษาแก่ผู้ป่วยมากกว่าหนึ่งครั้งจนมั่นใจได้ว่าผู้ป่วยให้ความยินยอมโดยสมัครใจ และควรมีญาติของผู้ป่วยเข้าร่วมในขณะที่แพทย์ให้คำปรึกษาด้วย
- หลังจากผู้ป่วยตัดสินใจแล้ว ต้องมีแพทย์อีกอย่างน้อยคนหนึ่งทำการปรึกษากับผู้ป่วยและแพทย์คนแรกเพื่อยืนยันว่ากระบวนการข้างต้นเป็นไปอย่างถูกต้อง

ประเทศอังกฤษ ถือว่า “การกระทำที่มีเจตนาฆ่าก็คือการฆาตกรรมโดยไม่ต้องคำนึงว่าชีวิตผู้ป่วยได้ถูกบั่นทอนไปเพียงใด การทำให้ผู้อื่นตายเร็วขึ้นเพียงชั่วระยะเวลาสั้นๆหนึ่งก็เป็น การฆาตกรรมเช่นเดียวกับทำให้ผู้อื่นตายเร็วขึ้นหลายปี”⁵¹ แต่ระดับของการลงโทษอาจมีความรุนแรงน้อยกว่าการฆาตกรรมทั่วไป ศาลอังกฤษยึดถือทฤษฎีประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยโดยเคร่งครัด การตัดสินใจเกี่ยวกับการบำบัดรักษาไม่อาจกระทำโดยบุคคลภายนอกได้ เว้นแต่จะเป็นการตัดสินใจโดยแพทย์เท่านั้น

⁵¹ H Palmer. Dr Adams' Trial for Murder , [1957] Crim L.R.365,cited in J.K.Mason &McCall Smith;Law & Medical Ethics , 4 th ed.,London , Butterworths, p.317.

ประเทศอเมริกา แม้ว่าบุคคลทุกคนจะมีสิทธิในการปฏิเสธการบำบัดรักษา แต่บุคคลนั้นไม่มีสิทธิที่จะฆ่าตัวตายได้ การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบเป็นความผิดในกฎหมายทุกมลรัฐ ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เคยตัดสินว่า ผู้กระทำการให้ผู้ป่วยตายโดยสงบมีเจตนาชั่ว (malice aforethought) ในการกระทำความผิดและไม่อาจอ้างมูลเหตุจูงใจในการช่วยเหลือผู้ตายมาเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิดได้⁵²

ส่วนการช่วยเหลือของแพทย์ในการฆ่าตัวตายของบุคคลอื่นนั้น ศาลสหรัฐยังคงให้สิทธิแก่มลรัฐต่างๆ ในการออกกฎหมายของมลรัฐว่าจะอนุญาตให้มีการช่วยเหลือของแพทย์แก่บุคคลที่ประสงค์จะฆ่าตัวตายหรือไม่ ในปัจจุบันมีเพียงรัฐโอเรกอนเท่านั้นที่มีกฎหมายอนุญาตให้แพทย์ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ป่วยเช่นนั้นได้

ประเทศออสเตรเลีย ในประเทศออสเตรเลีย เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ.1995 รัฐสภาของนอร์ธเทิร์นเทอรัทอรี ได้ผ่านกฎหมายฉบับหนึ่งมีชื่อว่า “กฎหมายว่าด้วยสิทธิของผู้ป่วยในระยะสุดท้าย” (Rights of the Terminally ill Act) ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวอนุญาตให้แพทย์ทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบได้ และแพทย์จะไม่ถูกดำเนินคดีตามกฎหมายหากได้ปฏิบัติตามเงื่อนไข แต่หลังจากกฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับ กฎหมายฉบับนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากว่ามีบทนิยามที่คลุมเครือ เมื่อวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ.1997 สภาสูงของออสเตรเลียมีมติไม่ผ่านกฎหมายฉบับนี้ ดังนั้นในปัจจุบันจึงยังไม่มีรัฐใดในประเทศออสเตรเลียที่การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

ประเทศแคนาดา ตามประมวลกฎหมายอาญาของแคนาดา การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบไม่ว่าด้วยกรณีใดๆ ถือเป็นความผิดตามกฎหมาย ผู้กระทำได้ถูกดำเนินคดีในฐานะฆาตกรรมขั้นที่หนึ่งหรือขั้นที่สอง ความผิดในฐานะเหล่านี้มีอัตราโทษสูงถึงจำคุกตลอดชีวิต แต่จากคดีที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่ศาลแคนาดามักจะรอการลงโทษผู้ที่ทำผิดเสมอ

ประเทศไทย การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบถือเป็นความผิดทางอาญาเหมือนกัน กฎหมายไม่ได้แยกความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยสงบต่างไปจากการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา ดังนั้น ผู้กระทำได้ต้องรับผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

การตายโดยสงบนั้นมีคนจำนวนหนึ่งเห็นว่าผู้ป่วยสมควรที่จะได้รับการรักษาอย่างสมศักดิ์ศรี มีสิทธิที่จะตายอย่างสงบ และแพทย์อาจเข้ามามีบทบาทต่อการทำให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังตายอย่างสงบไม่ว่าจะด้วยวิธีใดๆ ในขณะที่เดียวกัน มีคนอีกกลุ่มหนึ่งเห็นว่า สิทธิที่จะตายเป็นสิทธิที่ไม่มีอยู่ตามกฎหมาย การทำให้ผู้ป่วยตายนั้น ถึงแม้จะมีเหตุจูงใจเพื่อให้ผู้ป่วยพ้นจากความทุกข์ทรมาน ก็เป็นการทำลายชีวิต ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี และเป็นการขัดต่อสิทธิในชีวิตของบุคคลนั้น

⁵² People v. Conley , 411 P . 2d 911 , 918 (Cal.1966)

อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายก็จะถือหลักเจตนาเป็นสำคัญเสมอ โดยการมองเจตนาของผู้กระทำว่ามีเจตนาอย่างไร เช่น คนไข้มีอาการทนต์ทุกข์เวทนาด้วยโรคมะเร็งมีความเจ็บปวดมากของร้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเถิดยาให้ตายทั้งๆที่คนไข้จะต้องตายแน่ๆ แต่การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่นำไปนั้นทำไปตามเจตนาของคนไข้ ทำให้คนไข้ตายเร็วขึ้น ศาลก็มองเห็นเจตนาการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่ามีเจตนาทำให้คนตายตามคำขอร้องของคนไข้ เช่นนี้แล้วผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา การกระทำเช่นนี้ในประเทศอังกฤษถือว่าไม่มีความผิด คือคนไข้จะตายเจ็บปวดมาก แพทย์ให้ยาแก้ความเจ็บปวดและแพทย์ทราบดีว่ายาแก้ปวดนั้นจะทำให้คนตายเร็วขึ้น เมื่อให้แล้วคนไข้ก็ตายเร็วขึ้น ศาลอังกฤษตัดสินว่าแพทย์ไม่มีความผิด

ในเรื่องนี้มีนักกฎหมายท่านหนึ่ง⁵³ เห็นว่า ถ้าพิจารณาถึงการกระทำกับอาการของคนไข้ซึ่งไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีก็ทำให้คนไข้ปราศจากความทุกข์ทรมานจากความเจ็บปวด แต่ผลการตายนั้นเร็วขึ้นเท่านั้น ไม่น่าจะผิดเช่นกัน ส่วนในเรื่องของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในอังกฤษนั้น ท่านศ.จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายว่าดูเหมือนจะอยู่ที่ว่าแพทย์ควรทำได้โดยมีเหตุที่รับกันว่าแพทย์ควรทำได้

จากการศึกษาในเรื่องการทำให้ตายโดยสงบหลายประเทศยังไม่ได้ให้ความยอมรับในเรื่องนี้ยังถือว่าการทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอยู่ โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบต้องรับผิดชอบฆ่าคนตายโดยเจตนา เพราะถือตามเจตนาว่ามีเจตนาร้ายที่จะฆ่าผู้ป่วยแม้ว่าผู้ป่วยจะร้องขอก็ตาม ในส่วนของผู้เขียนเห็นด้วยว่าการทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบนั้นน่าจะเป็นการกระทำผิดกฎหมายอาชญาฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา เพราะในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยด้วยเจตจำนงที่จะให้ผู้ป่วยพ้นจากโรคร้ายไข้เจ็บ ตามวิถีทางทางการแพทย์ แม้การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบจะทำให้ผู้ป่วยพ้นจากความทุกข์ทรมานหรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เห็นว่าผู้ป่วยจะไม่มีทางรอดตายก็ตาม ก็ไม่ควรให้ผู้ป่วยตายโดยสงบแม้ผู้ป่วยจะมีสิทธิในการปฏิเสธการรักษาก็ตาม ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมควรต้องรับผิดชอบฆ่าคนตายโดยเจตนา

⁵³ วิทยุ อังประพันธ์, ทิษณู เเพ็งไพบูลย์, ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติ, บทบัณฑิตย, เล่มที่ 42 ตอน 1, มีนาคม 2529, กรุงเทพฯ, หน้า 55-56

แต่มีนักกฎหมายท่านหนึ่ง⁵⁴ เห็นว่า ควรจะมีกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับของแพทยสภา ออกมารับรองในเรื่องการแสดงความจำนงล่วงหน้า ที่จะตายอย่างสงบและมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์เสียก่อน จึงจะกระทำการหยุดรักษาได้โดยไม่ต้องเกรงกลัวต่อความรับผิดชอบทางกฎหมายได้อย่างสบายใจ เพราะหากเป็นการที่ผู้ป่วยประสงค์จะให้ตัวเองตายก่อนเวลาที่จะตายจริงไม่ว่าจะทำตัวเอง หรือโดยขอให้แพทย์หรือผู้อื่นช่วยลงมือทำให้ ก็ยังมีประเด็นในเรื่องการฆ่าตัวตายในทางพุทธศาสนาถือว่าเป็นเรื่องบาปกรรมอยู่ด้วย

หากในปัจจุบันต้องนำบุคลากรทางการแพทย์เข้าไปเสี่ยงกับความรับผิดชอบทางอาญาและความรับผิดชอบแพ่งที่จะติดตามมา ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่คุ้มค่ากับการกระทำ เพราะแม้แต่การประหารชีวิตโดยฉีดยาพิษให้ตายซึ่งกฎหมายให้อำนาจกระทำได้ แพทย์ยังไม่เลือกกระทำเลย คงปล่อยให้ เป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานกรมราชทัณฑ์ต่อไป

นอกจากความผิดต่อชีวิตและร่างกายที่เป็นความผิดฐานฆ่าคนตายแล้ว บางครั้งการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็อาจเป็น ความผิดฐานลักทรัพย์จากการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะจากศพหรือจากผู้ป่วยที่สมองตายได้อีกกรณีหนึ่ง การวินิจฉัยว่าบุคคลได้ถึงแก่ความตายไปแล้วนั้น ปกติจะอาศัยความเห็นทางการแพทย์เป็นสำคัญ และแนวความคิดในระยะหลังเห็นว่าเป็นถือว่าการทำงานของสมองเป็นเกณฑ์ว่า ถ้าแกนสมองหยุดทำงานย่อมถือว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตายแล้ว ซึ่งจะมีประโยชน์ในการดำเนินการเปลี่ยนถ่ายอวัยวะให้กับคนไข้เป็น โรคที่รอรับการบริจาคอวัยวะ ดังนั้น หากแพทย์วินิจฉัยสมองตายผิดพลาดและไปผ่าตัดเอาอวัยวะสำคัญ เช่น ไตของผู้ป่วยออกมา ก็เท่ากับเป็นการฆ่าผู้ป่วยให้ตายเท่านั้น และถึงแม้จะเป็นศพหรือผู้ป่วยที่ตายแล้วทั้งทางการแพทย์และทางกฎหมาย ก็ยังอาจเกิดปัญหาเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้

การปลูกถ่ายอวัยวะ ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นวิธีการในการรักษาโรคอย่างหนึ่ง เมื่ออวัยวะอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นโรคขึ้นแล้วพยาธิสภาพลุกลามต่อไป จนถึงขนาดที่อวัยวะนั้นๆไม่อาจทำหน้าที่แทน จึงเป็นวิธีรักษาวิธีสุดท้าย และถ้าอวัยวะที่เป็น โรคเป็นอวัยวะสำคัญสำหรับชีวิตแล้วการปลูกถ่ายอวัยวะ จึงเป็นวิธีรักษาที่ยืดชีวิตผู้ป่วยออกไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น ปัญหากฎหมายที่เกิดจากการผ่าตัดปลูกถ่ายอวัยวะจึงต้องนำมาพิจารณาเพื่อศึกษาวิเคราะห์กันให้ชัดเจนและจริงจัง เพื่อนำไปสู่แนวทางการปฏิบัติที่ถูกต้องชอบธรรมต่อไป

⁵⁴ มนต์ชัย ชนินทรลีลา , แพทย์กับกระบวนการยุติธรรม (รักษาอย่างไร ไม่ต้องรับผิดชอบทางกฎหมาย) , พิมพ์ครั้งที่ 1 , ตุลาคม 2548 , สำนักพิมพ์เอเชียทิท , กรุงเทพฯ , หน้า 103

3.5.3 การปฏิเสธการรักษา

กรณีการปฏิเสธการรักษา¹¹ ตามกฎหมายอาญาของไทย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ต้องรับผิดชอบ โดยไม่ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนนั้นงดเว้นการที่จกต้องกระทำเพื่อป้องกันผล เพราะผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมยังไม่มีหน้าที่ที่จะทำการรักษาผู้ป่วย โดยทั่วไปหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต่อผู้ป่วยนั้น ความสัมพันธ์ส่วนใหญ่มีพื้นฐานเป็นนิติกรรมสัญญา ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องรับผิดชอบในการรักษาต่อเมื่อรับผู้ป่วยเข้ามาอยู่ในการดูแลรักษา ถึงแม้

ผู้ป่วยจะบาดเจ็บมาากเพียงใด แต่เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่มีหน้าที่ที่จะต้องดูแลผู้ป่วยคนนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมปฏิเสธไม่รับรักษาผู้ป่วยคนนั้น ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดๆก็ตาม ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ไม่มีควมรับผิดชอบ ปัจจุบันมีหลายคดีเกิดขึ้นที่ผู้ป่วยเสียชีวิต หรือได้รับอันตรายสาหัส เนื่องมาจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมปฏิเสธไม่รับรักษา ทำให้รักษาไม่ทันท่วงที ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา แต่อาจจะถูกตรวจสอบในเรื่องจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น

ซึ่งในกรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมควรต้องรับผิดชอบในกรณีที่ปฏิเสธการรักษา เนื่องจากโดยวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่ต่อสาธารณะ เพื่อช่วยให้ผู้ป่วยพ้นจากความทุกข์ทรมานจากอาการเจ็บป่วย เมื่อช่วยแล้วแต่สุดท้ายความสามารถก็อาจส่งต่อไปให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีผู้เชี่ยวชาญในด้านนั้นๆ รักษาต่อ หรือถ้าช่วยอย่างเต็มความสามารถแล้วแต่เกิดผลร้ายขึ้น แม้ตนจะไม่มีควมรู้ทางด้านนั้นอย่างพอเพียงแต่ได้ใช้ความระมัดระวังเต็มที่แล้ว ก็ต้องถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนนั้นทำการรักษาโดยถูกต้องแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ไม่ต้องรับผิดชอบ

แต่ถ้าปฏิเสธการรักษาตั้งแต่แรกโดยที่ตนยังไม่ได้ตรวจดูอาการเลย ก็น่าจะถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาคนไข้อยู่เสมอ เมื่อมีคนไข้มาก็ต้องรับรักษา ซึ่งการใช้หลักพิจารณาตามสัญญาดังที่ศาลฎีกาได้วางหลักไว้นั้น ทำให้ปัจจุบันผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่กล้าที่จะรับรักษาผู้ป่วยที่มีอาการ ไขมาเข้ามาไว้ใน การดูแล เพราะกลัวว่าตนจะถูกฟ้องเป็นคดีอาญาได้ ถ้าผู้ป่วยตายขึ้นมา ดังนั้น จึงต้องปฏิเสธการรักษาไปเพื่อความสบายใจในการทำงาน ในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การเริ่มต้นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้ป่วยนั้น ไม่น่าจะมีพื้นฐานมาจากสัญญาเพียงอย่างเดียว เพราะด้วยจรรยาบรรณวิชาชีพแพทยนั้น ซึ่งจรรยาบรรณในข้อนี้ก็กำหนดไว้ในข้อบังคับของแพทยสภาข้อที่ ๗. ที่ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่ปฏิเสธการช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในระยะอันตรายจากการเจ็บป่วยเมื่อได้รับคำร้องขอและตนเองอยู่ในฐานะที่จะช่วยได้ ซึ่งข้อบังคับข้อนี้น่าจะทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกิดหน้าที่ทางกฎหมายขึ้นมา ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่ที่จะต้องทำการรักษาผู้ป่วยเพื่อให้พ้นจากความเจ็บไข้ได้ป่วยเสมอ

แม้ว่าตนเองจะคิดว่าไม่สามารถรักษาให้หายขาดได้ก็ตาม แต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทุกคนย่อมต้องมีพื้นฐานในการรักษาพยาบาลเบื้องต้นได้ ซึ่งอาจช่วยบรรเทาความเสียหายให้น้อยลงได้

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าการปฏิเสธการรักษาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมน่าจะถือเป็นการคว่ำขันการที่จกต้องกระทำเพื่อป้องกันผล เป็นการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมาย เนื่องมาจากการที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่ที่จะต้องดูแลรักษาผู้ป่วย ซึ่งเป็นหน้าที่อันเกิดจากวิชาชีพของตน แม้จะไม่ใช่หน้าที่ตามสัญญาหรือหน้าที่ตามการกระทำครั้งก่อนๆของตนก็ตาม แต่ก็ถือว่ามีหน้าที่ทางศีลธรรมที่จะต้องรับรักษาผู้ป่วยทุกราย เพื่อรักษาอาการเจ็บป่วยในเบื้องต้นก่อน แม้ในปัจจุบันจะไม่มีกรณีพิพาททางกฎหมายกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ปฏิเสธไม่รับการรักษา เพราะด้วยหลักในเรื่องการพิจารณาในเรื่องของสัญญาที่ถึงจะทำให้เกิดหน้าที่ก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นควรว่าน่าจะมีบทลงโทษผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ปฏิเสธการรักษาในส่วนของความรับผิดชอบปกรองหรือในส่วนของจรรยาบรรณวิชาชีพเวชกรรม เพื่อเป็นการบรรเทาความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับผู้ป่วยในกรณีการรักษาไม่ทันท่วงที และเป็นการลงโทษผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ปฏิเสธการรักษาด้วย

ในกรณีการปฏิเสธการรักษานี้ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ทำการศึกษาถึงความรับผิดชอบของแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยผู้เขียนได้เสนอแนะว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะมีความรับผิดชอบอาญาได้ใน 2 กรณีคือกรณีการกระทำโดยเจตนา และกรณีการกระทำโดยประมาทอย่างร้ายแรงเท่านั้น ดังนั้น ถ้าความรับผิดชอบอาญาของแพทย์มีเฉพาะสองกรณีนี้แล้ว ก็ควรเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะต้องรับการรักษาผู้ป่วยทุกรายที่เข้ามารับการรักษา แม้ว่าอาการจะหนักหรือเบาเพียงใด และถึงแม้ตนเองจะไม่แน่ใจว่าจะให้การช่วยเหลือได้หรือไม่ก็ต้องรับรักษา เพื่อบรรเทาความเจ็บปวดและเป็นการช่วยเหลือพยาบาลเบื้องต้นแก่ผู้ป่วย ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำที่เกิดภายหลังจากการที่ตนรับรักษาผู้ป่วยแล้ว แม้ว่าในตอนหลังผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะไม่สามารถรักษาผู้ป่วยให้หายได้ หรือไม่แน่ใจว่าการที่ตนจะรักษาด้วยวิธีนี้ถูกต้องหรือไม่ น่าจะถือเป็นเหตุแทรกแซง* ที่อาจเกิดขึ้นได้ กล่าวคือ ถ้าการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหลังจากที่ได้รับรักษาแล้ว ถ้าผู้ป่วยถึงแก่ความตาย ก็ต้องมาพิจารณาว่าความตายนั้นเกิดจากการกระทำรักษาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือไม่ หรือความตายนั้นอาจเกิดมาจากอาการของโรคตั้งแต่เริ่มแรก ซึ่งอาจทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ต้องรับผิดชอบก็ได้ เพราะเหตุที่เกิดขึ้นไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

* “เหตุแทรกแซง”(intervening cause) คือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นใหม่หลังจากการกระทำของผู้กระทำในตอนแรก และเป็นเหตุให้เกิดผลในบั้นปลาย

ดังนั้น เมื่อพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้เขียนเสนอแนะแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ไม่ต้องกลัวว่าตนจะต้องรับผิดชอบทางอาญา กรณีรับรักษาไว้แล้วต่อมาผู้ป่วยเสียชีวิตลง อันเนื่องมาจากการที่ตนไม่สามารถช่วยชีวิตผู้ป่วยได้หรือตนกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ป่วยตาย

3.5.4 ความรับผิดชอบกรณีหมอเถื่อน

หมอเถื่อน คือ ผู้ที่ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ที่ไม่ได้ขึ้นทะเบียนใบประกอบโรคศิลปะไว้แล้วมาทำการรักษาพยาบาลผู้ป่วย

หลักการพิจารณาของศาลนั้น ศาลจะพิจารณาโดยใช้หลักเจตนาพิจารณาเสมอ เช่นผู้ที่ไม่ใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไปประกอบวิชาชีพเวชกรรมเข้าแล้วทำให้คนไข้ตาย ศาลก็มองเจตนาของการกระทำเสมอไป ดังฎีกาที่ 760/2460⁵⁵ ล.ไม่มีความรู้ทางการแพทย์รักษาเด็กก่อนอายุ 12 ขวบ ให้กินยาปนมูลฝิ่นผสมสุราเพื่อให้หลับ เด็กจะได้รับการรักษาแล้วเด็กตายไปก็มีความผิดฐานประมาททำให้คนตาย เพราะเรื่องนี้ศาลดูเจตนาของการกระทำว่า ล. ไม่มีเจตนาทำร้ายร่างกายเด็ก แต่มีความรู้ว่ามีมูลฝิ่นกินแล้วทำให้นอนหลับ แต่เป็นความประมาทของ ล. ที่ไปให้กับเด็กที่อ่อนแอหรือขนาดที่จะให้ควรเป็นขนาดไหนจึงเป็นการกระทำที่ประมาท

ในการพิจารณาของศาลเกี่ยวกับหมอเถื่อนนั้น ศาลก็พิจารณาถึงเจตนาเป็นหลักเพราะหมอเถื่อนนั้นไม่มีสิทธิที่จะตรวจรักษาคนไข้ตามกฎหมาย และความยินยอมของคนไข้ก็ไม่สมบูรณ์ตามหลักความยินยอมที่ได้กล่าวมาแล้ว อาจเป็นการเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงหรืออาจหลอกให้คนไข้หลงเชื่อว่าเรียนสำเร็จมาจากจีนแดงบ้าง ต่างประเทศบ้าง ซึ่งเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์ใจ จึงถือได้ว่าขาดความยินยอมของคนไข้ซึ่งเป็นเรื่องหนึ่งที่เป็นการละเมิดของผู้กระทำนั้นจะต้องรับผิดชอบแพ่ง แต่เมื่อศาลดูเจตนาแล้วก็เห็นว่าเจตนาที่จะละเมิดพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น ไม่มีเจตนาจะทำร้ายร่างกายด้วย เมื่อคนไข้เกิดอันตรายขึ้นก็เป็นความประมาทโดยที่ตนเองมีความรู้ไม่เพียงพอแล้วไปทำเข้า จึงเป็นความผิดฐานประมาททำให้คนตายดังในฎีกา 760/2460 ที่ได้กล่าวมาแล้ว เพราะถ้าศาลมีความเห็นว่ามีเจตนาทำร้ายร่างกายแล้ว เมื่อมีความตายเกิดขึ้นก็มีความผิดตามมาตรา 290 คือ ผู้ใดมิได้มีเจตนาแต่ทำร้ายผู้อื่นเป็นเหตุให้ผู้นั้นถึงแก่ความตายหรือเรียกสั้นๆว่าฆ่าคนตายโดยไม่เจตนาตนเอง แต่ในเรื่องนี้ศาลมีความเห็นว่าเป็นการประมาทไม่มีเจตนาทำร้ายร่างกายจึงมีความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท

⁵⁵ มนต์ชัย ชนินทรลีลา , แพทย์กับกระบวนการยุติธรรม (รักษาอย่างไร ไม่ต้องรับผิดชอบทางกฎหมาย) , พิมพ์ครั้งที่ 1 , ตุลาคม 2548 , สำนักพิมพ์เอเชียทิค , กรุงเทพฯ , หน้า 105

คดีหมอเถื่อนยังมีคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้องอีกเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 981/2507⁵⁶ จำเลยไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบโรคศิลปะ ได้ฉีดยาไพรานาแก๊สให้เด็กหญิงป่วยโดยฉีดยาไม่ตรงตามตำแหน่งที่ควรฉีดยาและเข็มไม่สะอาด เป็นเหตุให้เด็กหญิงป่วยเป็นฝีและอักเสบอย่างรุนแรงจนถึงแก่ความตาย การกระทำของจำเลยเป็นกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท เมื่ออัยการเลือกฟ้องจำเลยฐานประกอบโรคศิลปะโดยไม่ได้รับอนุญาตจนศาลพิพากษาลงโทษไปแล้ว ได้ชื่อว่าการผิดของจำเลยมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดไปแล้ว โจทก์จึงหมดสิทธิที่จะฟ้องจำเลยฐานทำให้คนตายโดยประมาทอีก ไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(4)

มีคำพิพากษาฎีกาที่ศาลอุทธรณ์ของการกระทำในกรณีหมอเถื่อนอีก ว่าเป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นการฉ้อโกงประชาชนด้วย นอกจากจะต้องรับผิดในความผิดอาญาฐานอื่นๆแล้ว ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 2593/2521 จำเลยมิใช่แพทย์ รักษาคนป่วยเรียกเงินคนละ 59 บาท วิธีรักษาไม่ใช่วิธีตามวิชาแพทย์แผนโบราณหรือปัจจุบัน เป็นการแสดงเท็จต่อประชาชนว่าสามารถจะรักษาให้หายจากโรคได้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 343 จำเลยใช้เข็มแทงเนื้อที่โป่งทำให้น้ำเลี้ยงสมองไหลออกไม่หยุดทำให้เด็กตายเป็นผลโดยตรงเป็นความผิดฐานประมาทตาม มาตรา 291 อีกกระทงหนึ่ง

จากฎีกานี้ศาลมองดูเจตนาของการกระทำ ดังนี้ คือ

1. การกระทำความผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา 341 นั้น ถ้าได้กระทำความผิดกับบุคคลอื่น โทษก็ต้องจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่ถ้าลักษณะคดีที่โดยแสดงตนเป็นบุคคลอื่นหรือทำกับผู้อื่นที่มีปัญญาอ่อน โทษก็หนักขึ้นตามมาตรา 342
2. การกระทำความผิดกล่าวข้างบนตามมาตรา 341 นั้น ถ้าทำกับประชาชนโทษก็หนักขึ้นเท่าๆกับการกระทำโดยแสดงตัวเป็นบุคคลอื่นหรือทำโดยอาศัยความเบาปัญญาของผู้อื่นตามมาตรา 343 และถ้าได้กระทำความผิดตามมาตรา 342 ก็ยังได้รับโทษมากกว่าทำกับประชาชน⁵⁷

จากคำพิพากษาฎีกาของศาลฎีกาจะทำให้เห็นได้ว่าศาลมองดูเจตนาในการกระทำของจำเลยว่ามีเจตนาฉ้อโกงตามมาตรา 343 เท่านั้น แต่การกระทำเป็นเหตุให้คนตายจำเลยมิได้มีเจตนาฆ่า ไม่มีเจตนาทำร้ายร่างกาย มีเจตนาฉ้อโกงตามมาตรา 343 เท่านั้น

⁵⁶ มนต์ชัย ชินทรลีลา , แพทย์กับกระบวนการยุติธรรม (รักษาอย่างไร ไม่ต้องรับผิดทางกฎหมาย) , พิมพ์ครั้งที่ 1 , ตุลาคม 2548 , สำนักพิมพ์เอเชียคิท , กรุงเทพฯ , หน้า 112

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน , หน้า 80

3.6 ข้อยกเว้นความรับผิดชอบในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

3.6.1 การกระทำโดยป้องกัน

มาตรา 68 บัญญัติว่า “ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่น ให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

เหตุผลที่กฎหมายยอมให้ประชาชนใช้สิทธิในการป้องกันได้โดยไม่ถือว่าเป็นความผิด เหตุผลเพราะกฎหมายยอมรับความจริงที่ว่ารัฐไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนได้อย่างทันทั่วถึงในทุกกรณี จึงจำเป็นต้องให้อำนาจแก่ประชาชนผู้บริสุทธิ์ในการขจัดปัดเป่าภัยอันตรายซึ่งกำลังจะมาถึงด้วยการใช้สิทธิในการป้องกัน

ในส่วนของวิชาชีพเวชกรรมนั้น การกระทำโดยป้องกันก็นำมายกเว้นความรับผิดชอบได้ ถ้าการกระทำของแพทย์ครบตามองค์ประกอบความรับผิดชอบของการป้องกัน

3.6.1.1 องค์ประกอบของการกระทำโดยป้องกัน

1. มีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย

1. มีภัยอันตราย

2. เป็นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย

(1) มีภัยอันตราย หมายความว่า ภัยที่เป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน ฯลฯ ซึ่งเป็นสิทธิส่วนบุคคล

(2.) เป็นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย หมายความว่า ผู้ก่อภัยอันตรายนั้นไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำได้ หากผู้ก่อภัยอันตรายนั้นมีอำนาจที่จะทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายผู้รับภัยอันตรายก็ไม่มีสิทธิที่จะป้องกัน

2. ภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึง หากภัยอันตรายนั้นยังอยู่ห่างไกล หรือได้ผ่านพ้นไปแล้ว ผู้ที่จะรับภัยมีหนทางที่จะขจัดปัดเป่าภัยอันตรายที่เกิดขึ้นได้ หรือผู้รับภัยได้รอให้ภัยนั้นผ่านพ้นไปแล้วโดยที่ตนไม่จำเป็นต้องหลบหลีกภัยนั้น กรณีนี้ไม่อาจที่จะอ้างว่าการกระทำที่ตนทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบได้ไม่

3. ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตรายนั้น

"เพื่อป้องกันสิทธิ" หมายถึง กระทำโดยมีเหตุฉุกเฉิน หรือมีเจตนาพิเศษเพื่อป้องกันสิทธิซึ่งเป็นมูลเหตุฉุกเฉินในทางยกเว้นความผิด"

การกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นนั้น ต้องกระทำต่อผู้ก่อภัย ซึ่งตรงจุดนี้เป็นจุดที่แตกต่างกับการกระทำโดยจำเป็นที่การกระทำโดยจำเป็นเป็นการกระทำต่อบุคคลที่ 3 การกระทำโดยป้องกันนั้น ต้องกระทำโดยมีเจตนาต่อผู้ก่อภัย แม้การกระทำนั้นจะพลาดไปก็อ้างป้องกัน

ได้ และแม้การกระทำเพื่อป้องกันสิทธิผู้อื่น โดยที่ตนและผู้อื่น ไม่ได้มีความสัมพันธ์ใดๆต่อกันเลย ก็อ้างป้องกันได้

4. การกระทำโดยป้องกันสิทธินั้นไม่เกินขอบเขต แยกพิจารณา ดังนี้

(1.) การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ประกอบด้วยหลัก 2 ประการ คือ

1.1 ผู้ป้องกันได้กระทำการป้องกันสิทธิของตนเอง หรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายนั้นด้วยวิธีทางน้อยที่สุด เท่าที่จำต้องกระทำ คือ ผู้กระทำต้องใช้มาตรการขั้นต่ำสุด ในการกระทำให้พ้นภัย หากมีหลายวิธีทางที่จะพ้นภัยอันตรายได้ ผู้กระทำต้องเลือกใช้วิธีการขั้นต่ำสุด หากใช้วิธีการอื่น อาจถือว่าเป็นการป้องกันเกินสมควรกว่าเหตุ ดังตัวอย่างคำพิพากษาฎีกานี้ **คำพิพากษาฎีกา 528/2526** แม้ผู้ตายและจำเลยจะได้เถียงกันก่อน แต่การได้เถียงก็หาใช่เป็นเรื่องที่ทั้งสองฝ่ายสมัครใจทำร้ายซึ่งกันและกันไม่ การที่ผู้ตายจะใช้ขวานฟันจำเลย จึงเป็นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง เมื่อจำเลยใช้มีดแทงผู้ตายไปเพียง

ทีเดียวแม้จะถูกที่สำคัญก็เป็นทีเห็นได้ว่าเป็นการจุกเงินเพื่อให้ตนเองพ้นภัยอันตราย จำเลยย่อมไม่มีโอกาสไตร่ตรองว่าอวัยวะส่วนใดสำคัญหรือไม่ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการป้องกันตัวพอสมควรแก่เหตุ

1.2 ผู้ป้องกันได้กระทำการป้องกัน โดยได้สัดส่วนกับภัยอันตราย ซึ่งต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป เช่น หากผู้กระทำใช้ไม้ ผู้ป้องกันใช้ปืนยิงตอบได้ย่อมเกินสัดส่วน

(2.) การป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน หมายความว่า เป็นการกระทำโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อป้องกันสิทธิต่อภัยอันตรายที่ยังอยู่ห่างไกล หรือภัยอันตรายได้ผ่านพ้นไปแล้ว

บันทึกท้ายฎีกาของอ.จิตติ ดิงศภัทย์ ฎีกาที่ 782/2520 ได้กล่าวว่า “.....ยังไม่ทันถึงขั้นที่จำต้องป้องกันก็ยิง หรือเลขขั้นที่จำต้องป้องกันแล้วก็ยิงยิง จึงเป็นเรื่องทำเกินกว่าที่จำต้องทำเพื่อป้องกัน”

3.6.1.2 แนววินิจฉัยกรณีการกระทำโดยป้องกัน

การกระทำโดยป้องกันจะต้องกระทำต่อผู้ก่อภัยขึ้นและภัยที่เกิดขึ้นนั้นต้องเป็นภัยที่เกิดขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ทั้งจะต้องกระทำไปเพื่อป้องกันภัยแต่พอสมควรไม่เกินส่วนเมื่อเปรียบเทียบกันระหว่างภัยที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้ก่อภัยนั้น

สำหรับการกระทำความคิดที่มีสาเหตุมาจากความประมาทนั้น การป้องกันอาจเป็นการป้องกันต่อการเสี่ยงภัยซึ่งคาดเห็นได้ล่วงหน้า และภัยที่คาดเห็นได้ล่วงหน้าซึ่งอาจป้องกันได้ เพื่อป้องกันสิทธิของตน การป้องกันอาจกระทำโดยมิชอบตกลงระหว่างคู่กรณีและการป้องกันนั้นต้องมีใจการกระทำโดยจงใจ ตั้งใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง นอกจากนี้การป้องกันอาจเกิด

จากการเข้าไปช่วยเหลือเพื่อป้องกันสิทธิของคนอื่น ซึ่งเป็นการยอมรับเข้าเสี่ยงภัยซึ่งผู้กระทำรู้อยู่แล้ว แต่คาดไม่ถึงว่าตนจะได้รับอันตราย กรณีที่ถือว่าผู้เสียหายยอมเข้าเสี่ยงภัยเอง ต้องเป็นการกระทำโดยรู้ถึงภัยและสมัครใจเข้าเสี่ยงภัยโดยไม่มีอะไรบังคับ ก็ถือเป็นการกระทำโดยป้องกันตั้งตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาค่าต่อไปนี้ **คำพิพากษาฎีกา 169/2504** ผู้ตายเมาสุรา ร้องทำทนายจำเลยให้มาต่อสู้กัน จำเลยไม่สู้ ผู้ตายถือมีคตาบปลายแหลม ลุยน้ำข้ามคลองจะเข้าไปฟันจำเลยถึงในบ้าน แม้จำเลยจะเห็นผู้ตายอยู่แล้วและอาจหลบหนีไปได้ แต่ก็ไม่มี ความจำเป็นที่ผู้มีสิทธิครอบครองเคหสถานของตน โดยชอบจะต้องหนีผู้กระทำผิดกฎหมาย ดังนี้การที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตาย 1 นัด ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อป้องกันชีวิตพอสมควรแก่เหตุ

3.6.2 การกระทำโดยจำเป็น

3.6.2.1 องค์ประกอบของการกระทำโดยจำเป็น

การกระทำโดยจำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับ (มาตรา 67 อนุมาตรา 1) มีหลักเกณฑ์ดังนี้

1. อยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจหมายความว่า มีการบังคับให้กระทำหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดจากภายนอก ซึ่งการกระทำหรือไม่กระทำนั้นเป็นความผิด การบังคับนี้อาจเกิดจากการกระทำของบุคคล หรือเกิดจากเหตุการณ์ธรรมชาติ ก็ได้ เช่น ลมพายุ น้ำท่วม โดยผู้ถูกบังคับยังต้องมี “การกระทำ” อยู่ ไม่เช่นนั้นก็จะไม่ใช่กรณีกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

2. ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ คือ ผู้กระทำความผิดไม่มีทางเลือกอย่างอื่น นอกจากกระทำความผิดตามที่ถูกบังคับนั้น หากสามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ แต่ไม่หลีกเลี่ยงกลับเลือกไปกระทำความผิดต่อบุคคลที่สาม เช่นนี้จะอ้างจำเป็นไม่ได้

3. ผู้กระทำจะต้องมิได้ก่อเหตุการณั้ขึ้นขึ้นด้วยความผิดของตน แม้มาตรา 67 จะมีได้ระบุข้อความเช่นนี้ไว้ในอนุมาตรา 1 ดังเช่นที่ระบุไว้ในอนุมาตรา 2 ก็ตามแต่ก็เป็นที่เข้าใจอยู่ในตัวว่า หากผู้กระทำก่อเหตุการณั้ขึ้นขึ้นด้วยความผิดของตนแล้ว ก็จะอ้างว่าเป็นการกระทำโดยจำเป็นเพราะถูกบังคับไม่ได้

4. กระทำไปไม่เกินขอบเขต การกระทำโดยจำเป็นตามมาตรา 67 (1) กฎหมายยกเว้นโทษให้เฉพาะกรณีที่ทำไปภายในขอบเขตหากกระทำไปเกินขอบเขต ผู้กระทำไม่ได้รับการยกเว้นโทษ

จำเป็นเพื่อให้พ้นภัยอันตราย (มาตรา 67 อนุมาตรา 2) มีหลักเกณฑ์ดังนี้

1. มีภัยอันตราย ภัยอันตรายอาจเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายดังเช่นกรณีป้องกันก็ได้ ข้อแตกต่างอยู่ตรงที่ว่า หากกระทำต่อผู้ก่อภัยที่ละเมิดกฎหมาย ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยป้องกัน หากกระทำต่อบุคคลอื่นซึ่งมิใช่เป็นผู้ก่อภัยที่ละเมิดต่อกฎหมายก็ถือเป็นการกระทำโดยจำเป็นตามมาตรา 67 (2)

หากภัยอันตรายไม่ได้เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย การกระทำของผู้ที่ ต้องการให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นภัยอันตราย ถือเป็นกรกระทำโดยจำเป็น

2. ภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึง หลักเรื่องนี้เป็นอย่างเดียวกับเรื่องป้องกัน

3. เป็นภัยอันตรายที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ หมายความว่าไม่มีวิธีอื่นใด แล้วที่ผู้กระทำจะสามารถหลีกเลี่ยงภัยอันตรายนั้นได้ นอกจากการกระทำความผิด หากยังมีวิธีอื่นแต่ ผู้กระทำไม่ใช้วิธีอื่นนั้น แต่กลับมกระทำความผิด เช่นนี้จะอ้างจำเป็นไม่ได้

4. ภัยอันตรายนั้นผู้กระทำโดยจำเป็นมีได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน หลักนี้ก็ เป็นอย่างเดียวกับเรื่องป้องกัน เพราะหากผู้กระทำมีส่วนผิดในการก่อให้เกิดภัยอันตรายนั้นผู้กระทำจะไป กระทำความผิดเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายนั้นโดยอ้างจำเป็นไม่ได้

5. ผู้กระทำได้กระทำไปเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นภัยอันตราย การกระทำโดยจำเป็นเพื่อให้ ตนเองหรือผู้อื่นพ้นภัยอันตรายตามมาตรา 67 (2) ผู้กระทำจะต้อง

1. กระทำโดยมีเจตนาธรรมดา กล่าวคือ ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล และ
2. กระทำโดยมีมูลเหตุจงใจหรือเจตนาพิเศษ “เพื่อให้พ้นภัยอันตราย”

6. กระทำไปไม่เกินขอบเขต การกระทำโดยจำเป็นตามมาตรา 67 (2) กฎหมายยกเว้นโทษให้ เฉพาะกรณีที่กระทำไปภายในขอบเขต หากกระทำไปเกินขอบเขต ผู้กระทำไม่ได้รับยกเว้นโทษ ทั้งนี้ตามมาตรา 69⁵⁸ ได้บัญญัติไว้

การกระทำโดยจำเป็น ตามมาตรา 67 (1)และ(2) แต่เกินขอบเขตตามมาตรา 69 มี 2 กรณี คือ

1. การกระทำเกินสมควรแก่เหตุ หรือ
2. การกระทำเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น

การกระทำเกินสมควรแก่เหตุ คือ การกระทำที่เกินวิธิน้อยที่สุด หรือเกินสัดส่วนอย่างใด อย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่าง ในเรื่องการกระทำโดยจำเป็นตามมาตรา 67 (1) การกระทำที่ได้สัดส่วน น่าจะหมายความว่าถึง กรณีที่ภัยประการแรกจะต้องร้ายแรงกว่าภัยที่ผู้กระทำโดยจำเป็นได้ก่อให้เกิด ขึ้นแก่บุคคลที่สาม อย่างไรก็ตาม หากภัยประการแรกเท่ากันหรือน้อยกว่าภัยที่ผู้กระทำโดยจำเป็นได้ ก่อให้เกิดขึ้นก็คงจะต้องถือว่าไม่ได้สัดส่วนและเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุ ผู้กระทำต้อง ได้รับโทษ

⁵⁸ มาตรา 69 บัญญัติว่า “ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 และมาตรา 68 นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกิน สมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันศาลจะลงโทษ น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความตื่นตื่น ความ ตกใจหรือความกลัว ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้”

การกระทำเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หมายถึงการกระทำโดยมิมีเหตุฉุกเฉิน “เพราะอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้” แต่การบังคับนั้นยังอยู่ห่างไกลหรือสามารถหลีกเลี่ยงได้

ผลของการกระทำโดยจำเป็นที่เกินขอบเขต

การกระทำโดยจำเป็นไม่ว่าจะเป็นกรณีมาตรา 67(1) หรือ (2) หากเกินขอบเขตศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ซึ่งหมายความว่าศาลจะไม่ลดโทษให้เลยก็ได้หรือหากลดโทษจะลดลงเพียงใดก็ได้ แม้ว่าจะลดลงน้อยกว่าโทษขั้นต่ำก็ทำได้ แต่ศาลจะไม่ลงโทษเลยนั้นไม่ได้

3.6.2.2 แนววินิจฉัยกรณีการกระทำโดยจำเป็น

การวินิจฉัยความระมัดระวังเนื่องจากการกระทำโดยจำเป็นนั้น แยกพิจารณาเป็น 2 ตอน คือ ตอนแรกที่เขากระทำไม่เป็นประมาทเลินเล่อ แม้จะฝ่าฝืนกฎหมายหรือกระทำการซึ่งตามปกติแล้วไม่ควรกระทำ แต่เขาจำต้องกระทำเพราะความจำเป็น และในตอนหลังคือ เมื่อได้กระทำเพราะความจำเป็นแล้ว เมื่อเกิดความเสียหาย เขาอาจใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด ซึ่งต้องใช้หลักความระมัดระวังในขณะที่เหมาะสมเหตุฉุกเฉินมาวินิจฉัย

ถ้าผู้เสียหายจำเป็นต้องเสี่ยงภัยโดยไม่มีทางเลือกเลยหรือโดยมิเหตุที่จะต้องเลือกเอาในทางเสี่ยงภัยอีกอันหนึ่งยิ่งกว่าที่จะยอมรับภัยที่ผู้กระทำได้ก่อนั้นเฉพาะหน้า หรือมีความจำเป็นที่จะต้องป้องกันตัวเอง หรือผู้อื่นซึ่งผู้กระทำในตอนแรกได้ก่อไว้ เช่นนี้ไม่ถือว่าผู้เสียหายได้ยอมเข้าเสี่ยงภัยโดยสมัครใจ เป็นกรณีการกระทำเพื่อความจำเป็นดังมีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องนี้ ดังนี้ **คำพิพากษาศาลฎีกา 307/2489** “จำเลยไปช่วยงานแต่งงาน แล้วมีคนทำร้ายจำเลย จำเลยวิ่งหนีจะเข้าไปในทางห้องที่พวกเจ้าบ่าวเจ้าสาวอยู่ มีคนกั้นไม่ให้จำเลยเข้าไป จำเลยใช้มีดแทงเขาตาย ดังนี้เป็นเรื่องการกระทำโดยจำเป็น

“จำเลยถูกไล่ทำร้ายวิ่งหนีไป มีผู้กั้นทาง จำเลยอาจใช้กำลังหักโหมวิ่งผ่านไปก็ได้ แต่จำเลยใช้อาวุธแทงเขาตาย ดังนี้ถือว่ากระทำโดยจำเป็นแต่เป็นการเกินสมควรกว่าเหตุ”

คำพิพากษาศาลฎีกา 104/2494 จำเลยขับรถชนคน โดยสารมาตามถนน เผอิญเกิดยิงกันเกี่ยวกับการเกิดจลาจล จำเลยขับรถหนี แม้จะเร็วจนถึงขนาดผิดกฎจราจร ก็ได้รับยกเว้นโทษตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 49 (ตรงกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67) การที่ผู้ตายวิ่งตัดหน้ารถยนต์ภายในระยะ 1 วา จำเลยห้ามล้อรถหยุดไม่ทันทั้งๆที่ห้ามล้อดี รถจึงทับผู้ตาย ดังนี้เป็นเหตุสุดวิสัยไม่ใช่ประมาท กรณีนี้จำเลยกระทำไปโดยมิเจตนาพิเศษตาม มาตรา 67(2) เพื่อให้ตนเองพ้นภัยอันตราย จึงอ้างจำเป็นเพื่อยกเว้นโทษในการกระทำความผิดโดยเจตนาไม่ได้

จากฎีกานี้ ถ้าการกระทำของจำเลยในวิสัยและพฤติการณ์เช่นนั้น จำเลยประมาท จำเลยต้องรับผิดชอบตามมาตรา 291 จะอ้างว่าจำเลยเป็นไปตามมาตรา 67 (2) ไม่ได้ เพราะการกระทำโดยจำเลยเป็นอ้างได้เฉพาะกรณีที่ผู้กระทำมีเจตนาเท่านั้น

กรณีการกระทำของแพทย์นั้น จะเป็นการกระทำโดยจำเลยได้เนื่องมาจากว่า ถ้าแพทย์ทำการผ่าตัดโดยได้รับความยินยอมของผู้ป่วย ซึ่งความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมที่ถูกกฎหมาย แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบทำร้ายร่างกาย เพราะความยินยอมในกรณีเช่นนี้ยกเว้นความรับผิดชอบได้ แต่ถ้าคนไข้หมดสติไปไม่อาจให้ความยินยอมได้ คงจะต้องถือว่า การผ่าตัดของแพทย์เป็นการทำให้ผู้ป่วยพ้นจากภยันตราย โดยอ้างมาตรา 67(2) ได้ แต่ถ้าผู้ป่วยไม่ให้ความยินยอม ผู้เขียนเห็นว่าต้องดูว่าการไม่ให้ความยินยอมนั้นเป็นผลร้ายต่อชีวิตและร่างกายของผู้ป่วยหรือไม่ ถ้าไม่เป็นแพทย์กระทำการรักษาไปโดยขาดความยินยอมก็น่าจะเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่ถ้าการไม่ให้ความยินยอมนั้นจะเป็นอันตรายถึงแก่ชีวิตแพทย์ก็ น่าจะทำการรักษาโดยอ้างเหตุจำเลยตามมาตรา 67(2) ได้

3.6.3 การกระทำโดยความยินยอมของผู้ป่วย

3.6.3.1 ความเป็นมาของหลักความยินยอม

ความยินยอมของผู้เสียหายตรงกับหลักภาษิตกฎหมายโรมันซึ่งเรียกว่า *Volenti non fit injuria* หลักนี้เป็นที่ยอมรับในกฎหมายโรมัน และ Canon law มาจนถึงปัจจุบัน⁵⁹

ความยินยอมของผู้เสียหาย หมายความว่า ผู้เสียหายสมัครใจยอมเสี่ยงภัยต่อภยันตรายหรือความเสียหายใดๆ ที่อาจเกิดขึ้นแล้ว เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นกับตนจะเรียกร้องให้อีกฝ่ายต้องรับผิดชอบได้ไม่ ความยินยอมเป็นเรื่องของข้อแก้ตัวของผู้กระทำผิด มิใช่เป็นสิทธิของผู้กระทำ การให้ความยินยอมอาจทำได้โดยตรง เช่น การกล่าวด้วยวาจา หรือแสดงกริยาซึ่งแสดงความเต็มใจยอมให้กระทำการหรือประทุษร้าย และผู้ถูกประทุษร้ายได้เข้าใจเช่นนั้นแล้ว หรืออาจเป็นการแสดงเจตนาโดยปริยายก็ได้ เช่น การกล่าวด้วยวาจา หรือแสดงกริยาซึ่งมิได้แสดงออกชัดแจ้งถึงความสมัครใจแต่วิญญูชนเข้าใจว่ายินยอม และผู้กระทำก็เข้าใจว่ายินยอมเช่นกัน การเฉยอาจถือว่าเป็นการแสดงความเต็มใจว่ายินยอมได้ หรือการไม่ขัดขวางต่อการประทุษร้ายสิทธิหรือประโยชน์ของตนย่อมถือโดยปริยายว่ายินยอม

⁵⁹ วิชาญ อึ้งประพันธ์, ทัศน พึ่งไพบุลย์, ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติ, บทบัณฑิตย, เล่มที่ 42 ตอน 1, มีนาคม 2529, กรุงเทพฯ, หน้า 76

ในเรื่องการให้ความยินยอมโดยการเฉยนั้น ผู้เขียนไม่เห็นด้วยถ้านำมาใช้ในกรณีของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเพราะในการรักษานั้น ผู้ป่วยจะต้องให้ความยินยอมโดยตรงออกมาว่ายินยอมให้รักษา ไม่ว่าจะกระทำด้วยวาจา หรือยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร เนื่องจากการรักษาพยาบาลนั้นเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิในชีวิตและร่างกายของผู้ป่วย ซึ่งการกระทำต่อเนื้อตัวและร่างกายของผู้ป่วยนั้นย่อมต้องได้รับความยินยอม ไม่เช่นนั้น หากมีความผิดพลาดเกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาล ความยินยอมของผู้ป่วยนั้นไม่สามารถนำมายกเว้นความรับผิดชอบได้ กรณีของการเฉยนั้นก็จะนำมาใช้เป็นการยินยอมกรณีการทำให้ตายโดยสงบไม่ได้เช่นกัน เป็นเรื่องที่ต้องได้รับความยินยอมที่ชัดเจนจากผู้ป่วย เพราะเรื่องการทำให้อายุยืนโดยสงบนี้เป็นเรื่องที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ถ้าผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมได้กระทำไปก็จะถือว่าเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา

หลักเกณฑ์การให้ความยินยอมของผู้เสียหายตามกฎหมายอังกฤษและอเมริกา ซึ่ง อ.บัญญัติ สุชีวะ สรุปเป็นหลักไว้ดังนี้ คือ

(1.) การแข่งขัน การกีฬา การผ่าตัดหรือการใดๆที่ผู้เสียหายให้ความยินยอม สมควรใจเข้าทำการนั้น จะต้องไม่ใช่สิ่งผิดกฎหมาย เช่น การสมัครใจเข้าชกต่อยกัน

(2.) ความยินยอมต้องเป็นไปโดยสมัครใจ ความยินยอมต้องไม่เกิดจากความสำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือข่มขู่ หรือเป็นความยินยอมที่ให้โดยมีข้อได้เปรียบอยู่ ไม่เรียกว่าเป็นความยินยอมโดยสมัครใจ

(3.) เพียงแต่รู้ว่าอาจเกิดความเสียหายขึ้นเท่านั้น ยังไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอม

(4.) ถ้าเนื่องจากการกระทำอันมิชอบของบุคคลหนึ่งทำให้บุคคลอื่นตกอยู่ในภยันตรายใกล้จะถึง และผู้เสียหายได้ยอมเสี่ยงภัยเข้าไปช่วยในลักษณะซึ่งบุคคลผู้มีความกล้าหาญพอสมควรยอมจะต้องกระทำเช่นนั้น และได้รับภยันตรายจากการช่วยนั้น ผู้กระทำการอันมิชอบจะอ้างหลักความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้อแก้ตัวไม่ได้ เพราะถือว่าบุคคลธรรมดาในภาวะเช่นนั้นก็ต้องกระทำดังนั้นเช่นกัน และยังถือเป็นหน้าที่ทางศีลธรรมอีกด้วย

หลักในเรื่องความยินยอมนี้ไม่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยโดยตรง แต่ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ในฎีกาที่ 1403/2508 ซึ่งหลักเรื่องความยินยอมนี้ถือว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 “มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาอยู่ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำเป็นความผิดขึ้นได้”

กรณีของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น กระทำการรักษาผู้ป่วยได้เพราะมีจารีตประเพณีให้แพทย์ทำได้ แต่ในการรักษาบางกรณีที่เกี่ยวข้องกับอันตรายแก่ชีวิตและร่างกายนั้น ก็ต้องได้รับความยินยอมก่อนทำการรักษา ซึ่งหลักความยินยอมก็ต้องเป็นไปตามหลักที่ศาลฎีกาวางไว้ คือ เป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนถึงขณะกระทำการนั้นด้วย

3.6.3.2 หลักความยินยอมในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ตาม Hippocratic Oath นั้น เรื่องความยินยอมและการร่วมมือของผู้ป่วยเป็นสิ่งสำคัญด้านจริยธรรม ตามแนวคิดปรัชญาของเพลโต โดยเขาเห็นว่าความยินยอมของคนไข้เป็นสิ่งที่มีความสำคัญ ผู้ป่วยจะทราบถึงข้อมูลเกี่ยวกับวิธีการรักษาตลอดจนประโยชน์อันพึงเกิดขึ้น เพลโตเห็นว่าความร่วมมือด้วยความสมัครใจของผู้ป่วย เช่น การกินยา หรือทำตามคำแนะนำอื่นๆของแพทย์ จะเป็นผลดีแก่ผู้ป่วยอย่างแน่นอนที่สุด

ถ้าผู้ป่วยตระหนักถึงวัตถุประสงค์และวิธีการของการรักษาเนื่องจากความยินยอมของคนไข้มาจากความเข้าใจและยังมีส่วนร่วมสะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับว่าผู้ป่วยมีเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการแสดงความคิดเห็น แม้ว่าในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอธิบายรายละเอียดให้ผู้ป่วยได้ทราบแล้วว่า ผู้ป่วยเกิดความลังเลที่จะปฏิบัติตามคำแนะนำนั้นก็ตาม

หลักความยินยอมในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น มีที่มาจากหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ

1. การเคารพสิทธิส่วนบุคคล หลักกฎหมายทั่วไป ถือว่าบุคคลทุกคนต่างมีความสามารถตามกฎหมาย มีสิทธิโดยสมบูรณ์ต่อชีวิตและร่างกายของตนเองในการที่จะตัดสินใจทำอะไร หรือยอมให้ใครทำอะไรกับร่างกายของตน โดยที่รัฐ หรือบุคคลอื่นไม่มีสิทธิที่จะบังคับให้บุคคลนั้นต้องยอมรับการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนความต้องการของตนเอง
2. ผู้ประกอบวิชาชีพในทางการแพทย์ กับผู้ป่วยมีความสัมพันธ์ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของการมอบความไว้วางใจต่อผู้ประกอบวิชาชีพ ดังนั้นการกระทำของแพทย์จึงต้องเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ใจ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ป่วยเป็นสำคัญ และเนื่องจากผู้ป่วยเป็นบุคคลธรรมดาไม่ได้มีความรู้ในทางการแพทย์เลย จึงถือเป็นหน้าที่ของแพทย์ที่จะให้ความกระจ่างต่อผู้ป่วยในเรื่องที่ตนกำลังกระทำต่อผู้ป่วยนั้น

ต่อไปจะกล่าวถึงความยินยอมในลักษณะต่างๆในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

3.6.3.2.1 หลักความยินยอมที่ต้องได้รับการแจ้งให้ทราบถึงข้อมูลอย่างเพียงพอ

หลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) เป็นหลักในกฎหมายระบบ Common Law ซึ่งใช้ในสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร คือ ความยินยอมของผู้ป่วยที่ยอมให้ผู้

ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำต่อร่างกายของตนตามกรรมวิธีในวิชาชีพแต่ละประเภท โดยกำหนดหน้าที่ให้แพทย์จะต้องบอกกล่าวให้ผู้ป่วยทราบถึงข้อมูลในการรักษาพยาบาล ก่อนที่จะรับความยินยอมในการรักษาจากผู้ป่วย โดยในหลักนี้เป็นตัวอย่างอันหนึ่งของหลักการใช้ความระมัดระวัง การบอกกล่าวเป็นการเคารพสิทธิของผู้ป่วย เพราะผู้ป่วยมีสิทธิที่จะต้องการทราบว่าจะมีอะไรเกิดขึ้นกับตัวเองบ้าง และการกระทำนั้นจะมีอันตรายเกิดขึ้นหรือตามมามากน้อยเพียงใด ถ้าผู้ป่วยไม่เข้าใจการกระทำของแพทย์เลย ความยินยอมของผู้ป่วยนั้นย่อมไม่มีผลทางกฎหมาย

หน้าที่การรักษาพยาบาล (Duty of care) ที่แพทย์ต้องพึงปฏิบัติต่อผู้ป่วย คือ ⁶⁰

1. การวินิจฉัยโรค (Diagnosis) โดยวินิจฉัยว่า ผู้ป่วยเป็นโรคอะไร มีอาการอย่างไร และมีความรุนแรงเพียงใด
2. วิธีการที่แพทย์ใช้ในการรักษา ซึ่งแพทย์จะต้องอธิบายรายละเอียดของการรักษาให้ผู้ป่วยทราบรวมถึงการชี้แจงให้ทราบถึงวิธีการรักษาโดยวิธีอื่นๆ (ถ้ามี) เพื่อให้ผู้ป่วยตัดสินใจเลือกวิธีการรักษา (Treatments and Alternatives)
3. อันตราย หรือผลใกล้เคียงจากการรักษาที่อาจเกิดขึ้น (Side effects)
4. โอกาสที่จะหายจากโรคมียากน้อยเพียงใด (Prognosis)
5. ถ้าผู้ป่วยไม่ได้รับการรักษาจากแพทย์ผลจะเป็นอย่างไร

สำหรับรูปแบบที่ผู้ป่วยให้ความยินยอมแก่แพทย์ในสหรัฐนั้น ได้กำหนดแบบฟอร์มเพื่อให้ผู้ป่วยลงลายมือชื่อ ซึ่งในบางรัฐ ได้กำหนดให้ระบุอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการรักษาเพื่อที่จะให้ผู้ป่วยได้ทราบเพื่อจะได้ตัดสินใจว่าจะยินยอมให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาลหรือไม่ หรือกำหนดวิธีการรักษา (กรณีที่สามารถรักษาพยาบาลได้หลายวิธี) เพื่อให้ผู้ป่วยได้ตัดสินใจเลือกว่าจะยอมรับการรักษาพยาบาลโดยวิธีใด

ผลของการไม่อธิบายหรือบอกกล่าวนั้น การกระทำของแพทย์อาจมีผลตามกฎหมายเกิดขึ้น คือ เป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และละเมิด เพราะความยินยอมของผู้ป่วยไม่สมบูรณ์ ไม่เกิดผลตามกฎหมาย

โดยทั่วไปการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทยนั้น ความยินยอมที่ต้องบอกกล่าวจะใช้หลักทำนองเดียวกันกับของระบบคอมมอนลอว์ ก็จะต้องบอกกล่าวถึงสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของการรักษานั้น และสิ่งซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเพื่อประกอบการตัดสินใจของผู้ป่วย ⁶¹ ตามปกติ

⁶⁰ กุมรินทร์ ศรีมูล , “ความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” ,วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2548 , หน้า 68

⁶¹ มนต์ชัย ชนินทรลีลา , แพทย์กับกระบวนการยุติธรรม (รักษาอย่างไร ไม่ต้องรับผิดชอบกฎหมาย) , พิมพ์ครั้งที่ 1 , ตุลาคม 2548 , สำนักพิมพ์เอเชียคิท , กรุงเทพฯ , หน้า 75

โรงพยาบาลต่างๆ มักจะมี “ใบยินยอม” รับการรักษาเป็นผู้ป่วยใน หรือรับการตรวจรักษา ผ่าตัด และ การทำหัตถการ ให้ผู้ป่วยหรือญาติลงชื่อโดยในใบยินยอมจะระบุในรายละเอียดทำนองว่ายินยอม สมัครใจในการให้แพทย์ทำการรักษา และได้รับทราบรายละเอียดเกี่ยวกับแผนการตรวจวินิจฉัยและ การรักษาพยาบาลข้างต้น รวมถึงความเสี่ยง ผลข้างเคียง หรือผลที่อาจเกิดขึ้นภายหลัง อีกทั้ง ทางเลือกอื่นๆที่อาจเป็นไปได้อย่างชัดเจน

ตัวอย่างใบยินยอมที่กล่าวมานั้น ผู้เขียนเห็นว่า หากบุคลากรทางการแพทย์ปฏิบัติไม่ได้ ตามที่ระบุไว้ในใบยินยอมอย่างครบถ้วนจริง หรือผู้ป่วยหรือญาติเข้าใจอย่างชัดเจนและยินยอมตาม ใบยินยอมอย่างเข้าใจถ่องแท้จริงหรือไม่ ไม่ใช่ว่าพอผู้ป่วยตายหรือสาหัสขึ้นมาแล้วกลับไปอ้างว่า เป็นความยินยอมที่ไม่ได้สมัครใจหรือไม่เข้าใจอย่างถ่องแท้ขึ้นมาภายหลัง ก็ย่อมมีปัญหาว่าจะเป็น ความยินยอมที่ไม่สามารถนำมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาและทางแพ่งได้ และอาจเกิด ปัญหาฟ้องร้องกันขึ้นสู่แพทยสภาหรือศาลได้

ดังนั้น ใบความยินยอมข้างต้นนี้ แพทย์จึงควรเขียนด้วยลายมือในช่องว่างให้ตัวใหญ่ ชัดเจน และเหมาะสมเฉพาะกรณีผู้ป่วยแต่ละรายมากกว่านี้ เพราะผู้ป่วยแต่ละคนมีอัตราความเสี่ยงแตกต่างกัน ตามแต่ปัจจัยรอบด้าน เสร็จแล้วอ่านให้ฟัง เพื่อให้ผู้ป่วยหรือญาติลงชื่อกำกับข้อความต่อท้ายไว้ ด้วย นอกจากนี้ในกรณีฉุกเฉินที่ไม่อาจขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้และมีความเสี่ยงที่จะเกิดความ เสียหายแก่ชีวิตและร่างกายของผู้ป่วยขึ้น ผู้เขียน เห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพควรต้อง ปรึกษาขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการแพทย์หรือแพทย์อาวุโสหรือผู้บังคับบัญชาแล้วบันทึกไว้ เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย

แพทยสภาก็เห็นถึงความสำคัญในเรื่องนี้ ได้เคยทำแบบฟอร์มความยินยอมที่บอก รายละเอียดต่างๆในการรักษาไว้ แต่ผู้ป่วยไม่มีความเคยชินกับสิ่งนี้พอได้รับรู้ว่าจะเกิดอะไรขึ้นบ้าง ก็ไม่แน่ใจที่จะรักษากับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนนั้น ผู้เขียน เห็นว่า ในกรณีนี้ควรจะมี แบบฟอร์มรายละเอียดการรักษา โดยในนั้นอธิบายถึงสิ่งสำคัญในการรักษา อันตรายที่อาจเกิดขึ้น และข้อเท็จจริงประกอบการตัดสินใจ แล้วให้ผู้ป่วยลงลายมือชื่อยินยอม เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาที่ อาจเกิดจากการรักษาที่ผิดพลาดเนื่องมาจากอาการของโรคนั้น และปัญหาในเรื่องความยินยอมของ ผู้ป่วยมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบของแพทย์

ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีแบบฟอร์มของการให้ความยินยอมที่ต้องบอกกล่าวก่อน ใน กรณีที่ไม่ใช่ผู้ป่วยฉุกเฉินที่ต้องมีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายเพื่อให้ผู้ป่วยได้เข้าใจถึงการกระทำ ของแพทย์ทุกขั้นตอน การรักษาโรคแต่ละชนิดนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแต่ละคนก็อาจมี วิธีการรักษาที่แตกต่างกันออกไปบ้าง แต่คำนึงถึงผลสำเร็จเหมือนกัน คือช่วยให้ผู้ป่วยหายจาก โรคภัยไข้เจ็บ เนื่องจากวิชาชีพเวชกรรมเป็นศาสตร์อย่างหนึ่ง ต้องมีการศึกษาร่ำเรียนมาซึ่งในแต่ละ

ตำราก็มีหลายทฤษฎีแตกต่างกันออกไป แต่ก็สามารถนำมาใช้ในการรักษาโรคชนิดเดียวกันได้ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงไม่สามารถสร้างแบบฟอร์มการให้ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวตามหลักเกณฑ์อย่างละเอียดได้ ต้องทำเฉพาะกรณีๆ ไป เมื่อเกิดความผิดพลาดอันเนื่องมาจากการรักษา จึงทำให้เกิดความบาดหมางระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยขึ้น

3.6.3.2.2 หลักความเสี่ยงภัย

ในกรณีที่จะเข้าหลักเกณฑ์ของหลักนี้นั้น จะต้องปรากฏว่า แพทย์ได้มีการบอกกล่าวถึงผลร้ายที่อาจจะเกิดการรักษาให้ผู้ป่วยทราบแล้ว และผู้ป่วยยังยืนยันที่จะรับการปฏิบัติจากแพทย์ เช่นเดิม⁶² ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักนี้มีส่วนเกี่ยวข้องกับ หลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว ซึ่งแพทย์จะต้องได้รับจากผู้ป่วยด้วย

ตัวอย่างเช่นกรณีที่แพทย์ได้ใช้วิธีการรักษาพยาบาลซึ่งอาจก่อให้เกิดผลข้างเคียงต่างๆ ขึ้นแก่ผู้ป่วยได้ซึ่งแพทย์จะต้องชี้แจงให้ผู้ป่วยได้ทราบเป็นการล่วงหน้าก่อน และหากผู้ป่วยยังคงยินยอมที่จะรับการรักษาโดยวิธีการดังกล่าวแล้ว ย่อมถือว่าแพทย์หลุดพ้นความรับผิดชอบในผลข้างเคียงที่เกิดขึ้นแก่ผู้ป่วย เช่น ในคดีของผู้ป่วยโรคเบาหวาน ซึ่งแพทย์ได้แจ้งผู้ป่วยทราบว่าหากทำการผ่าตัดอาจเกิดการติดเชื้อขึ้นได้ แต่ผู้ป่วยก็ยังยืนยันที่จะรับการผ่าตัดเช่นนี้ถือว่าแพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ป่วยแต่อย่างใด

3.6.3.2.3 ข้อพิจารณาในการนำหลักความยินยอมมาใช้เป็นเหตุยกเว้นความรับผิด

ตามกฎหมายไทยนั้น ศาลได้วางหลักในเรื่องความยินยอมไว้ว่าหากผู้ป่วยให้ความยินยอมให้แพทย์กระทำต่อคนแล้ว ความยินยอมของผู้ป่วยนั่นเองจะทำให้การกระทำของแพทย์ไม่มีความผิดเพราะหลักการเรื่อง “ความยินยอมไม่เป็นละเมิดหรือทำร้าย” นี้ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งในมาตรา 4 วรรค 3 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติรับรองให้นำมาใช้ได้ หลักเรื่องความยินยอมเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดนี้ เป็นหลักในกฎหมายโรมัน ที่ว่า “Volenti non fit injuria” ซึ่งเป็นสิ่งที่ยอมรับกันโดยทั่วไป โดยเกณฑ์ดังกล่าวมิได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เพราะ เป็นเรื่องยากที่จะกำหนดไปว่า ความยินยอมอย่างไรจึงจะไม่เป็นความผิด ซึ่งอาจจะเกินความสามารถของมนุษย์ที่จะบัญญัติให้ครบถ้วนจนเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้การได้ จึงต้องปล่อยไว้ให้เป็นหลักที่ใช้วินิจฉัยกับข้อเท็จจริงเป็นรายคดีไป ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้ใช้กฎหมายว่าอย่างไรจึง

⁶² กุมากรินทร์ ศรีมูล , “ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” ,วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2548 , หน้า 32

จะเหมาะสม⁶³ ในเรื่องการประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็เช่นกันการให้ความยินยอมของผู้ป่วยก็ต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป การทำแบบฟอร์มให้ความยินยอมจึงเป็นเรื่องยากที่จะทำให้ทราบถึงรายละเอียดในการรักษาทั้งหมดได้ จึงทำให้เกิดปัญหาในเรื่องการให้ความยินยอมขึ้นมา ว่าความยินยอมที่ผู้ป่วยให้ครอบคลุมแค่ไหน

ลักษณะความยินยอมที่ไม่ทำให้เป็นความผิดนี้ ต้องมีการแสดงออกซึ่งความยินยอมโดยชัดแจ้งและปริยาย และต้องมีลักษณะเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความรู้สึกในทางศีลธรรมจรรยา เป็นความยินยอมโดยบริสุทธิ์ที่มีได้เกิดจากการขู่เข็ญ หลอกลวง หรือสำคัญผิด ผู้ให้ความยินยอมต้องเข้าใจถึงการกระทำนั้น และเป็นความยินยอมในขณะที่หรือก่อนเกิดการกระทำ ซึ่งความยินยอมต่อสิ่งหนึ่งไม่หมายรวมถึงสิ่งอื่นที่เพิ่มเติม หรือแตกต่างออกไปด้วย โดยผู้เสียหายไม่ทราบถึงการนั้น ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงอายุของผู้ให้ความยินยอมด้วยว่าเป็นบุคคลที่เป็นประเภทให้ความยินยอมโดยรู้พฤติการณ์หรือไม่ ถ้าเป็นบุคคลที่ไม่รู้ถึงพฤติการณ์นั้นแล้วไม่สามารถอ้างความยินยอมมายกเว้นความรับผิดชอบได้

ดังนั้นความยินยอมของผู้ป่วยที่ยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำต่อตน ซึ่งจะทำให้การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ก็ต้องมีลักษณะดังที่กล่าวมาแล้วด้วย คือ ต้องเป็นความยินยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพกระทำในทางวิชาชีพของตนเพื่อให้บริการแก่ผู้ป่วย ในทางที่ไม่ขัดต่อความรู้สึกในทางศีลธรรมจรรยา หมายถึง การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพ ในกรอบที่กฎหมายควบคุมวิชาชีพบัญญัติไว้ และ เป็นความยินยอมที่มีได้เกิดจากการขู่เข็ญ หลอกลวง หรือเข้าใจผิด ตลอดจนเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นในขณะที่หรือก่อนการกระทำนั้น

โดยปกติทั่วไปผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะทำการรักษาผู้ป่วยได้ก็ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนว่าให้ทำการรักษาได้ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงจะทำการรักษาได้ แต่ความยินยอมก็ไม่จำเป็นต้องมีในทุกกรณีเพราะการรักษาในบางกรณีผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้หรือไม่ให้ความยินยอมด้วยเหตุใดๆก็ตาม แต่ถ้าการรักษานั้นเป็นการรักษาที่เป็นเหตุฉุกเฉินที่ต้องทำการรักษาโดยเร่งด่วน ถ้าไม่รักษาในขณะที่นั้นแล้ว ผู้ป่วยอาจเกิดอันตรายถึงแก่ชีวิตได้ กรณีนี้จะให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อน น่าจะไม่ได้เพราะการช่วยชีวิตผู้ป่วยเป็นหน้าที่และจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องทำการรักษาโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยในการรักษา กรณีฉุกเฉินนี้เป็นกรณีที่ผู้ประกอบ

⁶³ จิตติ ดิงศักดิ์ , ความยินยอมทำให้ไม่ผิดเป็นความผิด, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , ฉบับที่ 2 , พ.ศ. 2527

วิชาชีพเวชกรรมไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อน ส่วนกรณีให้ความยินยอมแทนนั้น บุคคลใดจะเป็นผู้ให้แทนได้นั้น ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

ถ้าเป็นเด็กหรือบุคคลที่ไม่สามารถเข้าใจการกระทำที่แพทย์จะกระทำต่อตนเองได้ ก็ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุญาต ตามลำดับ ซึ่งหลักในเรื่องนี้เป็นหลักในการทำนิติกรรมทางกฎหมายแพ่ง ประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในกรณีการให้ความยินยอมแทนนั้น คือบุคคลใดที่จะให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยได้บ้าง ถ้าไม่ใช่ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือญาติสนิทแล้ว ความยินยอมที่เกิดขึ้นจะนำมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบได้หรือไม่ ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าถ้าเป็นกรณีฉุกเฉิน คือถ้าไม่ทำการรักษาในตอนนั้น ผู้ป่วยจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ทำการรักษาได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากญาติผู้ป่วยก่อน ถึงแม้ผู้มาส่งจะไม่ใช่อุญาติแต่เป็นพลเมืองดีก็ตาม แพทย์ก็ทำการรักษาไปโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมก่อน แต่ถ้าเป็นกรณีที่การรักษานั้นไม่เป็นการจำเป็นเร่งด่วน ผู้ป่วยไม่ให้ความยินยอมหรือให้ความยินยอมไม่ได้ ความยินยอมที่ได้จากบุคคลอื่นที่ไม่ใช่อุญาติผู้ป่วยไม่น่าจะนำมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบได้ กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรให้แพทย์สภากำหนดหลักเกณฑ์ในการให้ความยินยอมขึ้นมาว่าบุคคลใดบ้างที่จะเป็นผู้ให้ความยินยอมในการรักษาได้บ้าง

ความยินยอมที่ผู้ป่วยไม่ได้รับการบอกกล่าวจากแพทย์ โดยผู้ป่วยไม่เข้าใจหรือเข้าใจในการกระทำนั้น ย่อมเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์ จะไม่ทำให้การกระทำของแพทย์เป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดไปได้

กล่าวโดยสรุป การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพที่จะไม่มีความผิดฐานทำร้ายได้นั้น ต้องเป็นความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวหรืออธิบายจากผู้ประกอบวิชาชีพนั้น และต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ แต่หากนำเรื่องเจตนาร้ายมาใช้ในกรณีการกระทำของแพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวกับแพทย์ ความยินยอมของผู้ป่วยจะไม่มี ความหมายที่จะทำให้เกิดความพ้นผิดของแพทย์ฐานทำร้ายโดยเจตนาแต่อย่างใด เพราะการกระทำของแพทย์โดยตัวเองอาจถือว่าไม่ใช่การกระทำที่มีเจตนาร้าย

ซึ่งตามกฎหมายไทยไม่นำหลักเรื่องเจตนาร้ายมาใช้ ความยินยอมจึงนำมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบได้ ความยินยอมที่ผู้ป่วยยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพในทางการแพทย์กระทำการต่าง ๆ ต่อตนในทางกฎหมายอาญานั้น มีผลทำให้แพทย์พ้นจากความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการหรือไม่ กระทำการหรือจำยอมต่อสิ่งบางอย่างตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309

ปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องนี้คือ การให้ความยินยอมที่จะนำมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบนั้น เป็นความยินยอมที่ครอบคลุมแค่ไหน ผู้ป่วยไม่สามารถทราบได้ว่าที่ตัวเองให้ความยินยอมนั้น ตนเองยอมเสี่ยงภัยแค่ไหน กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าความยินยอมที่ผู้ป่วยจะให้กับแพทย์นั้นต้องเป็น ความยินยอมที่บริสุทธิ์ตามที่กล่าวมาแล้ว และแพทย์ต้องอธิบายรายละเอียดเกี่ยวกับการกระทำนั้น ให้ผู้ป่วยเข้าใจเป็นอย่างดีก่อนที่ผู้ป่วยจะยินยอม รวมทั้งผลเสียหายข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นด้วย

ในทางปฏิบัติโรงพยาบาลอาจทำแบบฟอร์มการให้ความยินยอมไว้โดยมีรายละเอียดในการ กระทำครบถ้วน เพื่อป้องกันปัญหาในกรณีเอาความยินยอมมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิด ซึ่งความ ยินยอมในเรื่องหนึ่งย่อมไม่ครอบคลุมไปถึงสิ่งอื่นที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างออกไป โดยผู้ป่วยอาจไม่ ทราบ เช่น คนไข้หญิงสงสัยว่าจะเป็นโรคหัวใจมาให้แพทย์ตรวจ ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมที่จะ ให้แพทย์ใช้เครื่องฟังการเต้นของหัวใจ แต่ไม่หมายถึงว่ายอมให้แพทย์นั้นทำอนาจารแก่คนไข้ ถ้า เกิดผลเสียหายขึ้นนอกเหนือความยินยอมที่ได้ให้ไว้แล้ว ผู้ป่วยสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ ได้ ซึ่งในเรื่องของความยินยอมนี้ ถ้าได้กระทำตามที่กล่าวมาก็อาจทำให้แพทย์สามารถทำงานได้ เต็มที่ขึ้นเพราะความยินยอมมีความชัดเจนขึ้น ทำให้นำมายกเว้นความรับผิดในการกระทำได้ ทั้งนี้ เพื่อตอบสนองต่อปัญหากรณีการกระทำของแพทย์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ได้

3.6.3.3 หลักผู้ป่วยมีส่วนผิดด้วย

หลักผู้ป่วยมีส่วนผิดด้วย (Contributory negligence) ตามหลักกฎหมาย Common law ของ อังกฤษ เดิมถือว่าถ้าความประมาทของผู้เสียหายนั้นเป็นเหตุโดยตรงที่ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น หรือไม่สามารถทราบได้ว่าความเสียหายเกิดจากความประมาทของฝ่ายใดแล้ว ผู้เสียหายจะเรียกร้อง ให้อีกฝ่ายรับผิดชอบไม่ได้⁶⁴

โดยในหลักนี้ได้แยกการพิจารณาออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีที่หนึ่ง แพทย์อ้างว่าผู้ป่วยมีส่วน ผิดด้วย และอีกกรณีหนึ่งแพทย์อ้างว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเนื่องจากความผิดของผู้ป่วยทั้งหมด

หลักเกณฑ์ประการสำคัญในหลักนี้ คือ ความผิดที่ผู้ป่วยมีส่วนร่วมอยู่ด้วยนั้นจะต้องเกิดขึ้น ในช่วงเดียวกันกับที่มีความประมาทเลินเล่อของแพทย์ด้วย หากเกิดขึ้นภายหลังจะ ไม่ถือว่าเข้าใน หลักนี้และแพทย์จะอ้างว่าผู้ป่วยมีส่วนผิด เพื่อให้ตัวเองพ้นความรับผิดมิได้⁶⁵

⁶⁴ กุมรินทร์ ศรีมูล , “ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” ,วิทยานิพนธ์นิติศาสตร มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2548 , หน้า 30

⁶⁵ “ Contributory negligence Part I , JAMA No. 5 Nov. 1, 1971 P. 785

เมื่อผู้เสียหายเข้าเลี้ยงภัย ผู้เสียหายจะต้องใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกับวิญญาณ ผู้มีความรอบคอบภายใต้พฤติการณ์นั้นๆ เมื่อผู้ป่วยมีส่วนผิดด้วยจะให้จำเลยต้องรับผิดชอบไม่ได้

ตัวอย่างเช่น ผู้ป่วยไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของแพทย์ (คดี Meacham V. Mc. leay 1975 และคดี Page V. Brodoff 1961) หรือมาพบแพทย์ช้ากว่ากำหนดที่แพทย์ได้นัดหมายไว้ (คดี Marlow V. Cerino 1974) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม กรณีที่จะถือได้ว่าผู้ป่วยมีส่วนผิดนั้น จะต้องปรากฏว่าผู้ป่วยเป็นผู้ที่รู้สภาพการณ์ต่าง ๆ ได้ดี หากเป็นผู้ป่วยสูงอายุหรือผู้ป่วยเด็ก หรือผู้ป่วยที่ไม่รู้ถึงสภาพการกระทำของตัวเองแล้ว ย่อมไม่อาจถือได้ว่าผู้ป่วยมีส่วนผิดด้วย (คดี Stogsdill V. Manor Convalescent Home 1976)

3.6.3.4 หลักโอกาสสุดท้าย (The Doctrine of last opportunity)

คือ หลักที่ว่าถ้าฝ่ายใดเป็นฝ่ายสุดท้ายที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายที่เกิดขึ้นได้และไม่หลีกเลี่ยงแล้ว ฝ่ายนั้นจะเรียกร้องค่าเสียหายจากอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ โดยการพิเคราะห์ว่าฝ่ายใดมีโอกาสสุดท้ายที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายนั้นต้องคำนึงถึงระยะเวลา สถานที่ หรือพฤติการณ์ต่าง ๆ ระหว่างความประมาทของโจทก์และความประมาทของจำเลยประกอบด้วย ว่าความเสียหายเกิดขึ้นเพราะความประมาทของจำเลยเพียงผู้เดียวหรือไม่⁶⁶ นอกจากนี้ถ้าฝ่ายใดมีโอกาสสุดท้ายแต่เนื่องจากความประมาทของตนจึงทำให้ไม่มีโอกาสสุดท้ายที่จะหลีกเลี่ยงได้ ฝ่ายนั้นจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด

ในกรณีทางการแพทย์นั้น ถ้าผู้ป่วยไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงความเสียหายได้เพราะตนประมาทก่อน แต่แพทย์เห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างทันท่วงที ถ้าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร แต่แพทย์มิได้กระทำใดๆ เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายนั้น แพทย์ก็ต้องรับผิดชอบฝ่ายเดียว แต่ถ้าผู้ป่วยประมาทเพราะไม่เอาใจใส่ดูแล และไม่สนใจหลีกเลี่ยง และแพทย์ไม่เห็นถึงค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งไม่ได้เกิดจากความประมาทของแพทย์ แพทย์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบ

3.6.3.5 หลักเหตุฉุกเฉิน

โดยปกติแล้วในการรักษาพยาบาลของแพทย์ต่อผู้ป่วยนั้น แพทย์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยเสมออย่างใดก็ตาม ในกรณีที่เป็เหตุฉุกเฉินที่แพทย์จะต้องรีบทำการรักษาพยาบาลผู้ป่วย

⁶⁶ กุมากรินทร์ ศรีมูล , “ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” ,วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2548 , หน้า 31

โดยแรงคว้น แพทย์ย่อมไม่อาจจะขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้ ซึ่งหลักนี้จะทำให้แพทย์หลุดพ้นความรับผิดชอบในการกระทำต่อผู้ป่วย แม้จะไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก็ตาม

กรณีที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยในการรักษา หรือไม่ต้องอธิบายหรือบอกกล่าวให้ผู้ป่วยทราบ⁶⁷ คือ

1. ในกรณีฉุกเฉินรีบด่วนที่จะช่วยชีวิตผู้ป่วย
2. เพื่อความปลอดภัยของผู้ป่วยเอง ในกรณีที่แพทย์เห็นว่าการเปิดเผยอันตรายจากการรักษาให้ผู้ป่วยทราบ จะทำให้ผู้ป่วยเกิดความวิตกกังวลจนน่าจะเกิดผลร้ายต่อผู้ป่วย เนื่องมาจากภาวะจิตใจที่ย่ำแย่ของผู้ป่วยเอง
3. ในกรณีที่ผู้ป่วยเป็นเด็กหรือเป็นผู้ที่มีภาวะทางจิตใจไม่สมบูรณ์ แพทย์ต้องเปิดเผยอันตรายหรือการเสี่ยงภัยจากการรักษานั้น ต่อบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลรับผิดชอบผู้ป่วยนั้นแทน
4. ผลร้ายที่เกิดขึ้นโดยมิได้คาดหมาย
5. ผลร้ายที่อาจเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อของแพทย์

3.7 ความรับผิดชอบทางอาญากรณีการกระทำโดยเจตนาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระบบคอมมอนลอว์

การกระทำที่จะเป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิดชอบในทางอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) จะต้องประกอบด้วยการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย หรือการกระทำที่แสดงออกภายนอกนั้น ผิดกฎหมายซึ่งการกระทำนี้กฎหมายอาญา ให้รวมถึงการงัดข้อเท็จจริงที่กระทำด้วย (actus reus) และจะต้องมีส่วนของจิตใจที่ถูกดำเนินได้ซึ่งถือว่าเป็นองค์ประกอบภายใน อันเป็นองค์ประกอบทางจิตใจ คือ mens rea แม้ว่าจะเป็นการยากที่จะอธิบายสถานะทางจิตใจแต่ mens rea ก็ต้องการความผิดที่ต้องการความสัมพันธ์ต่อผลที่เกิดขึ้น หรือพฤติกรรมของการกระทำหรือทั้งสองประการ⁶⁸ ซึ่งทั้งหมดเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบทางอาญาที่ว่า “การกระทำไม่เป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิดชอบ เว้นแต่บุคคลนั้นมีจิตใจที่ชั่วร้าย” (actus non facit reum, nisi mens sit rea)

จากหลักเกณฑ์ ความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ดังกล่าว จึงประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

⁶⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ , ทัศนุ เฟ็งไพนูลย์ , ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติ , บทบัญญัติ , เล่มที่ 42 ตอน 1, มีนาคม 2529, กรุงเทพฯ , หน้า 97-98

⁶⁸ Jerome Hall , General Principles of Criminal Law second edition , (New York : The Bobbs-Merrill Company , Inc., 1960 , p.122-123

1. ต้องมีการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus)
2. ต้องมีองค์ประกอบทางจิตใจของผู้กระทำผิด (mens rea)

1. การกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus) การกระทำ ได้แก่ การเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับและควบคุมได้ เช่น การเอามือไปฟาดผู้อื่น โดยทั่วไปอาจถือว่าเป็นการกระทำของผู้กระทำ เพราะมีการเคลื่อนไหวร่างกาย นอกจากนี้ การกระทำรวมถึงการงดเว้น การจับต้องกระทำเพื่อป้องกันผลด้วย

การกระทำประกอบด้วยกระบวนการต่างๆที่เคลื่อนไหวโดยแท้ สิ่งแวดล้อมและผลด้วย เช่น การฆ่าผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยใช้ปืนยิงการเคลื่อนไหวของผู้ยิง ได้แก่ การยกปืนขึ้นเล็งกระดิกไกปืนเท่านั้นเอง แต่ความรู้สึกทั่วไปการกระทำของผู้ยิง รวมถึง การที่ลูกกระสุนวิ่งออกจากปืนไปเข้าสู่ร่างกายผู้อื่นและเกิดปฏิกิริยาทำให้ภาวะร่างกายของผู้อื่นเปลี่ยนไป เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายทั้งๆที่สิ่งที่เกิดทั้งหมดมีหลายส่วนมิใช่การเคลื่อนไหวร่างกายของผู้ยิงโดยตรง และการเคลื่อนไหวจะต้องเกิดจากการควบคุมของจิตใจด้วย กล่าวคือ ผู้กระทำได้กระทำลงโดยใจสมัคร หรือมีเจตจำนงที่จะเคลื่อนไหวไปในทิศทางนั้น การเคลื่อนไหวร่างกาย โดยมีได้อยู่ในอำนาจจิตใจ หรือเกิดอาการชักกะตุก หรือไม่รู้สึกรู้ตัว เช่น ละเมอ ไม่ถือว่าเป็นการกระทำ

2. องค์ประกอบทางจิตใจของผู้กระทำผิด (mens rea) เป็นองค์ประกอบซึ่งต้องมีในทุกความผิด จึงจะสมบูรณ์ในความหมายของการกระทำผิด ที่กฎหมายประสงค์จะลงโทษ การกระทำ (actus) เท่าที่ปรากฏออกมาเพียงอย่างเดียว แม้จะเกิดผลเสียหายเหมือนกัน แต่ผู้กระทำ ความผิดอาจมีผลแตกต่างกันออกไป โดยขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้กระทำผิด ทั้งนี้ เพราะวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญามีหลายประการทั้งป้องกัน ปรามปรามและแก้ไขผู้กระทำความผิด ตลอดจนการลงโทษบุคคลที่กระทำการ โดยเจตนา คือมี mens rea ซึ่งถือว่าเป็นสถานะทางจิตใจ โดยรู้อะไรเป็นความผิด และยังคงกระทำลงโดยใจสมัคร ประกอบกับความเสียหายที่เกิดจากลักษณะของจิต (culpable state of mind) และเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาส่วนใหญ่มีสถานะทางจิตใจที่น่าตำหนิ (blameworthy state of mind)

แนวคิดของ mens rea คือ การพยายามที่จะเกี่ยวข้องกัน กล่าวคือ มิใช่การกระทำความผิด (actus reus) อย่างเดียวเท่านั้น แต่การกระทำจะต้องมีเจตนาพิเศษ หรือเจตนาที่ต้องการกระทำการก่อนที่จะมีความผิดเกิดขึ้น แต่มีข้อยกเว้นเบื้องต้นของการกระทำความผิด คือ เมื่อเป็นความผิดที่เรียกว่า “ความผิดโดยเคร่งครัด” หรือ “ความรับผิดชอบเด็ดขาด” (strict liability) เป็นความผิดที่เกิดขึ้น

ทันที⁶⁹ โดยไม่คำนึงสถานะภาพทางจิตใจของผู้กระทำผิด โดยความผิดประเภทนี้จะเกี่ยวข้องกับความปลอดภัย สุขภาพอนามัยของประชาชน รวมทั้งเศรษฐกิจและความมั่นคงทางการเงินของรัฐ ด้วยหรืออาจกล่าวโดยรวมได้ว่า เป็นเรื่องเกี่ยวกับ “ความปลอดภัยสาธารณะ” (public welfare) และ จำเลยจะมีความผิดทันที ถ้าจำเลยได้กระทำหรือกระทำโดยพลาดก็ตาม

เพราะฉะนั้น การวินิจฉัยความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญาตามระบบกฎหมายของคอมมอนลอว์ จะพิจารณาส่วนของ actus reus ซึ่งเป็นส่วนของการกระทำภายนอกก่อนว่า มีการกระทำอันเป็นความผิด ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ (criminal act) เป็นการครบองค์ประกอบส่วนนี้ จึงค่อยไปพิจารณาในส่วนของจิตใจ (guilty mind) คือ mens rea ว่าผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนา (Intention) ประมาทโดยรู้ตัว (recklessly) ประมาทธรรมดา (negligence) หากขาดอย่างหนึ่งอย่างใด ก็จะไม่ถือว่าเป็นความผิด⁷⁰

3.8 แนวคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศในกรณีการกระทำโดยเจตนาในการประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

แนวคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศนี้ ส่วนใหญ่ศาลก็จะใช้หลักเจตนาในการพิจารณาเสมอ ดังตัวอย่าง เช่น คดี **Hatcher V. Black and other (1954)**⁷¹ โจทก์เป็น โฆษกหญิงของสถานีวิทยุ BBC เจ็บป่วยเกี่ยวกับต่อมไทรอยด์ จึงเข้าไปรับการรักษา จำเลยเป็นแพทย์ได้แนะนำให้โจทก์ผ่าตัด โจทก์ถามว่าการผ่าตัดจะมีผลไปถึงเสียงของโจทก์หรือไม่ จำเลยยืนยันว่าไม่มี หลังการผ่าตัดปรากฏว่าเส้นประสาทของโจทก์ถูกกระทบกระเทือนทำให้เสียงโจทก์ไม่เป็นปกติไม่อาจทำหน้าที่เป็นโฆษกผู้ประกาศได้อีกต่อไป โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหาย จำเลยรับว่าก่อนผ่าตัดได้บอกโจทก์ว่าไม่มีอะไรที่จะต้องเสี่ยง ทั้งๆที่จำเลยรู้ดีว่ามีการเสี่ยงเล็กน้อย (slightly risk) เหตุที่จำเลยพูดปกติก็เพื่อให้โจทก์หมดความวิตกกังวล ท่านผู้พิพากษา Denning เห็นว่า หากแพทย์มีมโนธรรมชนิดพูดโกหกไม่ได้เสียแล้ว จะทำให้ผู้ป่วยขาดความเชื่อมั่นไปมาก ความเชื่อมั่นเป็นยาที่ดีที่สุด กฎหมายจะไม่ประณามหรือเอาผิดกับแพทย์ ซึ่งแพทย์ที่ฉลาดและดีหลายท่านทำเช่นนั้น จะตำหนิหรือเอาผิดก็ต่อเมื่อเขาไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานอันเป็นที่ยอมรับกัน คณะลูกขุนปรึกษากันแล้วลงมติให้จำเลยชนะคดี

⁶⁹ Werner F . Ebke and Matthew W . Finkin , Introduction to German Law (The Hague : Kluwer Law International , 1996) , p.198

⁷⁰ นนทिया ทองสุก , ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา , วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2525 , หน้า 59

⁷¹ โปรดดูรายละเอียดใน www.medicallaw.com

หมายเหตุ จากหนังสือ *Medicine , Patients and the law* ของ Margaret Brazier พิมพ์ครั้งที่ 2 หน้า 81 กล่าวไว้ว่า การโกหกแบบนี้เรียกว่า *therapeutic lie*

ในคดีนี้ศาลไม่ได้พูดถึงว่าเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือไม่ แต่ผู้เขียนเห็นว่าถ้าพิจารณาในเรื่องการทำร้ายร่างกายแล้วก็ไม่น่าจะเป็นความผิดฐานทำร้าย เพราะ ผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย ถึงแม้แพทย์จะไม่ได้บอกความจริงในเรื่องความเสี่ยงของการรักษาให้ผู้ป่วยทราบก็ตาม ก็เป็นเพียงจรรยาบรรณแพทย์ที่จะทำให้ผู้ป่วยมีความหวังในการรักษา

ต่อไปเป็นตัวอย่างคดีที่ฟ้องผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมฐานทำร้ายร่างกายและเรียกค่าเสียหาย ซึ่งส่วนใหญ่ศาลจะดูที่เจตนาในการกระทำเป็นหลัก และใช้หลักความยินยอมมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดในการกระทำ⁷² เช่น คดี **Mulloy V. Hop Sang 1935** โจทก์เป็นคนจีนประสบอุบัติเหตุทางรถยนต์ และถูกส่งไปที่โรงพยาบาลที่จำเลยเป็นศัลยแพทย์ โจทก์บอกว่าอย่าตัดมือของโจทก์ โจทก์อยากให้แพทย์ที่รู้จักดู ในห้องผ่าตัดโจทก์ก็ห้ามตัดมือ จำเลยว่าจะจัดการตามอาการที่พบ โจทก์ถูกวางยาสลบ เมื่อจำเลยตรวจดูก็ตัดสินใจตัดมือโจทก์ทิ้งเนื่องจากบาดแผลบ่งชี้ว่าหากทิ้งไว้นานโลหิตจะเป็นพิษ โจทก์มาฟ้องจำเลยเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดร่างกาย กับค่ามือเทียมอีก 150 เหรียญสหรัฐ ศาลสูงแห่งมลฑลแอลเบอร์ตา แคนาดา แผนกอุทธรณ์วินิจฉัยว่าจำเลยไม่ใส่ใจในคำห้ามของโจทก์ โจทก์ไม่ได้จ้างให้จำเลยตัดมือโจทก์ จำเลยจึงไม่มีสิทธิเรียกค่ารักษา โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายฐานล่วงละเมิดร่างกาย แม้การผ่าตัดจะจำเป็นและลุล่วงไปได้ด้วยดี ค่าเสียหายเรื่องมือเทียมเป็นผลมาจากอุบัติเหตุ ไม่ใช่การผ่าตัดโดยไม่ได้รับความยินยอม โจทก์ซ้อคเมื่อรู้ว่าต้องเสียมือ ศาลกำหนดค่าเสียหายให้ 50 เหรียญสหรัฐ

คดี **Zimmer กับพวก V. Ringrose 1981**⁷³ โจทก์บอกจำเลยว่าการทำหมันเมื่อคลอดบุตรคนที่ 2 จำเลยแนะนำเทคนิคใหม่โดยใช้สาร silver nitrate paste อดท่อรังไข่ แต่จำเลยไม่ได้บอกวิธีการนี้ว่ายังไม่เป็นที่ยอมรับในวงการแพทย์ วันที่ 1 มีนาคม 1973 โจทก์ยินยอมให้จำเลยใช้วิธีการนี้ ต่อมาวันที่ 13 กันยายน 1973 โจทก์มาพบจำเลยเนื่องจากมีครรภ์ขึ้นอีก โจทก์ต้องไปทำแท้งที่สหรัฐอเมริกา โจทก์จึงฟ้องจำเลย ศาลเห็นว่า การที่โจทก์ยินยอมให้จำเลยใช้วิธีการดังกล่าวข้อหาทำร้ายร่างกายจึงรับฟังไม่ได้ แต่การที่จำเลยไม่ได้บอกวิธีการดังกล่าวยังไม่เป็นที่ยอมรับในวงการแพทย์เป็นประมาทเลินเล่อ

⁷² โปรดดูรายละเอียดใน www.findlaw.com

⁷³ โปรดดูรายละเอียดใน www.answerlaw.com

คดี Reibl V. Hughes 1980⁷⁴ โจทก์เป็นโรคปวดศีรษะและความดันโลหิตสูง จำเลยเป็น ศัลยแพทย์ทางประสาท จากภาพเอ็กซเรย์เส้นโลหิตแดงพบว่าหลอดเลือดข้างซ้ายมีอาการอุดตัน เลือดผ่านได้เพียง 15 % จำเลยแนะนำให้โจทก์ผ่าตัดแต่ไม่ได้บอกว่าการผ่าตัดแบบนี้มีโอกาสตาย 4% และอัมพาต 10 % โจทก์ยอมผ่าตัด จำเลยผ่าตัดให้ในเดือนมีนาคม 1970 ผลปรากฏว่าโจทก์เป็น อัมพาตด้านขวา จึงฟ้องจำเลยหาว่าทำร้ายและประมาทเลินเล่อ ศาลสูงสุดแห่งแคนาดาวินิจฉัยว่า โจทก์ยินยอมผ่าตัดจึงเอาผิดจำเลยฐานทำร้ายไม่ได้ แต่การที่จำเลยปกปิดไม่เปิดเผยเรื่องความเสี่ยง ให้โจทก์ทราบก่อนผ่าตัด เป็นประมาทเลินเล่อ

คดี R V. Sargent 1990⁷⁵ จำเลยทำหน้าที่เป็นวิสัญญีแพทย์ ผู้ตายเป็นหญิงอายุ 55 ปี มา นอนผ่าตัดคลองเสียง จำเลยใส่หลอดออกซิเจนในคอผู้ตายแล้วปล่อยออกซิเจนในถังซึ่งมีปริมาณ 1,020 ลิตร เข้าไปในตัวผู้ตาย ทำให้ผู้ตายตัวถึงลมอัดพองขึ้นมาเหมือนมนุษย์ขมิ้น และตาย ศาลจำคุกจำเลยในข้อหาฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา เพราะการกระทำของจำเลยไม่ได้มีเจตนาฆ่าผู้ป่วย เป็นเพียงเจตนาทำร้ายเพราะการปล่อยออกซิเจนเข้าไปในตัวผู้ปวยนั้นไม่ได้มีผลร้ายต่อผู้ปวยขนาด ที่ทำให้ถึงแก่ความตายได้ เพียงแต่การกระทำนั้นเป็นการปล่อยเข้าไปในปริมาณที่มากจนทำให้ ผู้ปวยถึงแก่ความตาย

คดี R V. Stuart 1995 จำเลยเป็นทันตแพทย์ ผู้ตายเป็นหญิงชราที่มีโรคประจำตัวคือชัก กระตุกและหัวใจ มาให้จำเลยถอนฟัน 28 ซี่ ผู้ตายบอกจำเลยว่ารู้สึกกลัว จำเลยจึงฉีดยาแก้ปวด lignocaine ให้เป็น 4 เท่า และยา mepivacaine อีกโดสใหญ่ๆ ผู้ตายชัก จำเลยตามรถพยาบาลมาและ ช่วยให้ออกซิเจน เมื่อรถพยาบาลมาก็พยายามปั๊มหัวใจ แต่ผู้ตายไม่รอด จำเลยถูกศาลสั่งจำคุก 9 เดือน ในข้อหาฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา และถูก General Dental Council ลบชื่อออกจากทะเบียนด้วย ตัวอย่างคดีความผิดเกี่ยวกับเพศที่ไม่ใช่คดีความผิดทางอาญาที่กระทำโดยเจตนาแต่เป็นการ กระทำที่ผิดเพียงวิชาชีพ เช่น **คดี General Medical Council V. Dr. R 1995**⁷⁶ ผู้กล่าวหาเป็นหญิง อายุ 22 ปี ไปหาทันตแพทย์เพื่อถอนฟันกรามและยินยอมให้แพทย์วางยาสลบได้ ระหว่างที่ผู้ กล่าวหายังไม่คืนสติ ผู้ถูกร้องเรียนซึ่งเป็นวิสัญญีแพทย์ได้เบลอ้งผ้าผู้กล่าวหาและเอาแท่งยา diclofenac สอดใส่เข้าไปในช่องคลอดของผู้กล่าวหาเพื่อบรรเทาอาการเจ็บปวด ผู้กล่าวหาเข้าใจว่า ถูกกระทำชำเราจึงไปแจ้งความ ตำรวจจับกุมทันตแพทย์และผู้ถูกกล่าวหา แต่ตำรวจไม่ดำเนิน คดีอาญา โดยส่งเรื่องไปให้คณะกรรมการจริยธรรมแพทย์พิจารณา ผู้ถูกกล่าวหาชี้แจงว่า วิสัญญี

⁷⁴ มนต์ชัย ชนินทรลีลา , แพทย์กับกระบวนการยุติธรรม (รักษาอย่างไร ไม่ต้องรับผิดทางกฎหมาย) , พิมพ์ครั้งที่ 1 , ตุลาคม 2548 , สำนักพิมพ์เอเชียคิท , กรุงเทพฯ , หน้า 135

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน , หน้า 137

⁷⁶ โปรดดูรายละเอียดใน www.answerlaw.com

แพทย์อาวุโสหลายท่านยืนยันว่าวิธีการเช่นนี้ไม่จำเป็นต้องให้คนไข้ซึ่งจะต้องมีการเปลี่ยนผ้าถุงเหมือนกัน คณะกรรมการวินิจฉัยว่า วิธีการเปลี่ยนผ้าถุงเป็นวิธีการที่คนไข้ไม่คาดคิดว่าจะมี การที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้ชี้แจงให้ผู้กล่าวหาทราบก่อน และไม่ได้ได้รับความยินยอม การกระทำของผู้ถูกกล่าวหาเป็นการทำร้ายผู้ถูกกล่าวหาด้วย การกระทำของผู้ถูกกล่าวหาเป็นการกระทำผิดต่อวิชาชีพอย่างร้ายแรง

ในเรื่องของความยินยอมที่นำมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดนั้น มีหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้วางไว้คือ กรณีที่บางครั้งศัลยแพทย์อาจเกิดการผิดพลาดในการผ่าตัด เช่นจะผ่าตัดคนป่วยมะเร็งที่ขาข้างขวาแต่กลับผ่าตัดผิดเป็นขาข้างซ้าย หรือคนป่วยหญิงจะผ่าตัดไส้ติ่ง แต่เกิดสับเอกสารกันเลเยถูกผ่าตัดไขแทน ทั้ง 2 กรณีผู้เสียหายอาจฟ้องศัลยแพทย์ฐานล่วงละเมิดร่างกาย (battery) ได้ทั้งทางแพ่งและทางอาญา และในเรื่องนี้ไม่ถือว่าเป็นเรื่องความยินยอม เช่น คดี **Allan V. New Mount Sinai Hospital 1980** ⁷⁷ โจทก์เข้าโรงพยาบาลเพื่อผ่าตัดภายใน โจทก์บอกวิสัญญีแพทย์ชื่อ Dr.Hellman ว่า ยาฉีดยาเข้าแขนซ้าย แต่แพทย์กลับฉีดยาเข้าแขนซ้ายจนโจทก์ได้รับอันตราย โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหาย ศาล Ontario High Court of Justice เห็นว่าแพทย์ต้องรับผิดฐานทำร้ายร่างกาย และต้องชดเชยค่าเสียหาย

ในคดีหมอเถื่อน (quack) ที่ทำการรักษาผ่าตัดคนป่วย แม้คนป่วยจะยินยอม และการผ่าตัดประสบความสำเร็จ ก็มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายสาหัส (grievous bodily harm) หากคนป่วยไม่จ่ายค่าจ้าง หมอเถื่อนก็ไม่สามารถฟ้องเรียกครองเอาเงินค่าจ้างได้ ⁷⁸ ซึ่งในเรื่องหมอเถื่อนนี้ ศาลต่างประเทศต่างจากศาลไทย คือของศาลไทยจะมองดูที่เจตนาของการกระทำและผลของการกระทำเป็นหลักว่าผลจากการกระทำนั้นเป็นเช่นไรและต้องรับผิดตามกฎหมายอย่างไร ถ้าหมอเถื่อนกระทำการผ่าตัดผู้ป่วย และผู้ป่วยยินยอม และการผ่าตัดนั้นประสบความสำเร็จ กรณีนี้ตามหลักที่ศาลฎีกาของไทยวางไว้ จะถือว่าไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือเจตนาแต่อาจเป็นความรับผิดฐานฉ้อโกงเท่านั้น หรืออาจเป็นความรับผิดทางปกครองในเรื่องการประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย

จะเห็นได้ว่าจากคำวินิจฉัยของศาลในต่างประเทศ การพิจารณาความรับผิดทางอาญาในกรณีการกระทำโดยเจตนาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ศาลจะใช้หลักเจตนาในการกระทำพิจารณาเป็นสำคัญ และเมื่อคุณแล้วว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาจริง จึงดูต่อการกระทำนั้นมีเหตุยกเว้นความรับผิด เช่น ความยินยอมหรือไม่

⁷⁷ โปรดดูรายละเอียดใน www.findlaw.com

⁷⁸ M.Brazier , Medicine , Patients and the law , 2 ed , p.11

3.9 วิเคราะห์เปรียบเทียบความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกรณีการกระทำโดยเจตนา

จากการศึกษาความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม กรณีการกระทำโดยเจตนา ทั้งของประเทศไทย และกฎหมายในระบบ Common Law ผู้เขียนเห็นว่า ความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมของทั้งสองระบบนั้น หลักเกณฑ์วิธีพิจารณาความรับผิดทางอาญาอาศัยหลักเกณฑ์ที่เหมือนกัน ถึงแม้การประกอบวิชาชีพเวชกรรมของทั้งไทยและระบบ Common law กับการกระทำผิดกฎหมายอาญาจะมีแนวคิดที่ต่างกันในการพิจารณาความรับผิด คือ การประกอบวิชาชีพเวชกรรมของไทยนั้น เป็นการกระทำที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย โดยองค์ประกอบความรับผิดทางอาญาของไทยนั้นถือว่าการกระทำเข้าองค์ประกอบภายนอกและภายในของเกณฑ์พิจารณาความรับผิดทางอาญา ก็ถือว่าเป็นการกระทำ ความผิดอาญาแล้ว ถ้าการกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด หรือเหตุยกเว้นโทษ

ในส่วนของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของไทยนั้น การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญา ก็เพราะว่ามีกฎหมายยกเว้นความผิด เช่น เรื่องความยินยอม การกระทำโดยป้องกัน หรือมีเหตุยกเว้นโทษ คือเรื่องจำเป็น

แต่กรณีของระบบ Common Law นั้น การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ถือว่าไม่ เป็นความผิดตั้งแต่แรก เพราะถือว่าไม่มีเจตนาร้ายในการกระทำความผิด การกระทำที่จะเป็น ความผิดอาญาต้องมีเจตนาร้ายในการกระทำความผิด แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นการพิจารณาถึงความรับผิดทาง อาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาล คือศาลทั้งสองระบบใช้ หลักเจตนาเป็นสำคัญในการพิจารณาถึงความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ว่าถ้า กระทำโดยอาศัยอำนาจหน้าที่ที่ตนมีอยู่ กระทำความผิดโดยเจตนาร้ายต่อผู้ป่วยแล้ว เช่น เจตนาทำ ร้ายร่างกาย เจตนาฆ่า หรือเจตนาทำการรักษาผู้ป่วยโดยไม่มีข้อยกเว้นความรับผิดในการประกอบ วิชาชีพเวชกรรม เช่น การได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อน หรือการกระทำมีเหตุยกเว้นความผิด หรือเหตุยกเว้นโทษ

ดังนั้น การพิจารณาความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยเจตนา จึง อาศัยหลักเกณฑ์ ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้

1. การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกและภายในตามที่กฎหมายบัญญัติไว้
2. เป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดอาญา
3. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล
4. ไม่มีเหตุยกเว้นความผิดและยกเว้นโทษ

ส่วนในเรื่องของการทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ปัจจุบันยังมี ปัญหาถกเถียงกันอยู่ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีอำนาจที่จะกระทำได้หรือไม่ แต่ในเรื่องนี้ทั้ง

ระบบกฎหมายของไทยและระบบกฎหมาย Common law ก็ยังเห็นตรงกันว่าไม่สมควรกระทำเป็นการกระทำที่ทำลายจริยธรรมทางการแพทย์อย่างร้ายแรงในการช่วยเหลือรักษาผู้ป่วย และถือว่าเป็นการกระทำความผิดทางอาญา โดยถือว่ามีเจตนาฆ่าผู้ป่วย ถึงแม้ผู้ป่วยจะร้องขอก็ตาม เพราะถือว่าเป็นการกระทำที่มีเจตนาร้ายต่อผู้ป่วย คือจะทำให้ผู้ป่วยตาย มีเพียงประเทศเนเธอร์แลนด์เท่านั้นที่อนุญาตให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการฆ่าผู้ป่วยให้ตายโดยสงบได้ แต่ก็มีหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการพิจารณาที่ชัดเจนและยุ่งยากมาก

ในเรื่องความยินยอมที่นำมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบนั้น ตามกฎหมายไทยความยินยอมนำมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบได้ เพราะกฎหมายไทยไม่ได้นำเรื่องเจตนาร้ายมาใช้ ในกฎหมายไทยนั้นโดยปกติผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการรักษาผู้ป่วยได้โดยจารีตประเพณี แต่การรักษาบางกรณีก็เป็นการรักษาที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วยซึ่งเป็นการกระทบถึงสิทธิในร่างกายของผู้ป่วย การรักษาจึงต้องขอความยินยอมก่อน เช่น การผ่าตัด ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำไปโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมก็จะผิดฐานทำร้ายร่างกายได้ แต่ถ้าได้รับความยินยอมแล้วการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ก็ไม่มีความผิดในการกระทำโดยเจตนา แต่ไม่ใช่ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะไม่มีผิดในการรักษาแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจมีความผิดในการกระทำฐานประมาทได้ เพราะความยินยอมที่ผู้ป่วยได้ให้ในการผ่าตัด หมายถึงยินยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทำการผ่าตัด ไม่ใช่ยินยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทำการรักษาโดยประมาทด้วย ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ถึงแม้จะได้รับความยินยอมในการรักษาแล้วก็เป็นเพียงให้ตัวเองพ้นผิดในการกระทำโดยเจตนาเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาท เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทำการรักษาผู้ป่วยแล้วต้องทำการรักษาด้วยความระมัดระวังตามภาวะ วิชา และพฤติการณ์ในการรักษาด้วย ซึ่งมาตรฐานแห่งความระมัดระวังก็ต้องเป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ โดยต้องดูตามภาวะและพฤติการณ์ในขณะนั้นๆ ด้วย

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 4

ความรับผิดชอบทางอาญากรณีการกระทำโดยประมาท ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

4.1 การกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

หลักในการพิจารณาความประมาทของไทยนั้น กฎหมายได้บัญญัติหลักในการพิจารณาในเรื่องการกระทำโดยประมาทไว้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสี่ ซึ่งหลักในเรื่องนี้ไม่ได้มีมาตรฐานตายตัวในการพิจารณา ดังนั้น ในเรื่องหนึ่งๆ การตัดสินพิพากษาของศาลจึงขึ้นอยู่กับ การพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของความประมาทเป็นกรณีๆ ไป ซึ่งตามกฎหมายไทยนั้นประมาทในทางอาญาย่อมมีความหมายเช่นเดียวกับทางแพ่ง จึงทำให้ความรับผิดชอบทางอาญาและทางแพ่งกรณีการกระทำโดยประมาทไม่สามารถแยกออกจากกันอย่างชัดเจน เหมือนเช่นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่ระดับของความประมาทในทางอาญาและทางแพ่งมีความแตกต่างกัน ดังนั้นคำพิพากษา ที่เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถูกฟ้องดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยนั้น จึงมีจำนวนน้อยมาก ส่วนใหญ่ที่เป็นคดีฟ้องร้องกันนั้น จะเป็นคดีละเมิด ที่ฟ้องผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย แต่หลักเกณฑ์ของการพิจารณาถึงความประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นก็สามารคนำมาเทียบเคียงในการพิจารณาถึงความประมาทในคดีอาญาได้

4.1.1 ความหมายของการกระทำโดยประมาท

มาตรา 59 วรรคสี่ บัญญัติว่า “การกระทำโดยประมาท ได้แก่การทำความผิดที่มีใจโดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่”

แยกพิจารณาได้ดังนี้

4.1.1.1 ไม่ใช่การกระทำโดยเจตนา

หากเป็นการกระทำโดยเจตนาแล้ว ไม่ว่าจะเจตนาประเภทประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลก็ไม่ใช่การกระทำโดยประมาท การกระทำโดยประมาทนั้นผู้กระทำจะต้องไม่มีเจตนาใดๆเลย

การไม่มีเจตนา นั้นอาจเป็นเพราะ ⁷⁹(1) ไม่รู้ว่าข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด เช่น ไม่รู้ว่าเป็นคนแต่เข้าใจว่าเป็นศพจึงใช้มีดกรีดลงไป หรือ (2) รู้ข้อเท็จจริงอันเป็น

⁷⁹ เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เมษายน 2542

องค์ประกอบภายนอกของความคิด แต่ไม่ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล เช่น รู้ว่าในห้องมีคนนั่งอยู่ใกล้ๆ แต่ยังไม่ยับยั้งขึ้นมาทำความสะอาดทำให้ปิ่นปักถูกคนตาย เป็นต้น

4.1.1.2 กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง หรือใช้ความระมัดระวังไม่เพียงพอซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้น จักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์

1.1 ความระมัดระวังในภาวะเช่นนั้น “ภาวะ” เช่นนั้น หมายถึง ในขณะที่กระทำการนั้นๆ เช่น ในขณะที่ขับรถไปตามท้องถนน

1.2 ความระมัดระวังตาม “วิสัย” หมายความว่า สภาพภายในตัวผู้กระทำ ซึ่งต้องแยกออกเป็น วิสัยคนธรรมดา ซึ่งพิจารณาตามอายุ เพศ การอบรม ความชัดเจนแห่งชีวิตและอื่นๆ และวิสัยบุคคลผู้มีวิชาชีพ เช่น เป็นแพทย์ เป็นนายช่าง เป็นต้น

วิสัยของบุคคลในฐานต่างๆ

1. วิสัยในฐานะผู้ใหญ่

ผู้ใหญ่คือบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว โดยกฎหมายถือว่าเป็นบุคคลที่พ้นจากภาวะผู้เยาว์และเป็นผู้ที่มีความสามารถตามกฎหมายที่จะก่อนิติสัมพันธ์ใดๆ ได้ด้วยตนเอง สำหรับความรับผิดชอบที่ประมาทนั้น คือ บุคคลนั้นได้กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง แต่ระดับความระมัดระวังของคนเราย่อมไม่เท่ากัน เพราะผู้ใหญ่บางทีสติปัญญาที่แตกต่างกันออกไป จึงต้องมีมาตรฐานของความระมัดระวังมากำหนดความประพฤติของบุคคลทั่วไปในสังคม ก็คือความระมัดระวังรอบคอบตามสมควรแก่กรณีที่วิญญูชน* จะพึงใช้ในพฤติการณ์นั้นๆ⁸⁰

ดังนั้น ระดับของความระมัดระวังต้องไม่ต่ำกว่าระดับที่วิญญูชนพึงใช้ คนที่มีนิสัยแปลกจากคนทั่วไปก็ต้องถูกบังคับให้ปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นตานั้น ซึ่งต้องตามสมควรแก่กรณีที่วิญญูชนพึงปฏิบัติ

2. วิสัยในฐานะเด็ก

ความระมัดระวังของเด็กย่อมไม่เท่ากับผู้ใหญ่ เพราะเด็กเป็นผู้ที่ขาดประสบการณ์และมีความอยากรู้อยากเห็นซึ่งเป็นลักษณะพิเศษของเด็ก กฎหมายจึงยอมด้วยเหตุผลนี้ ดังนั้น จึงให้ผู้ใหญ่มีหน้าที่ดูแลและใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษต่อเด็ก การพิจารณาความรับผิดชอบเด็กกระทำโดย

* วิญญูชน คือ บุคคลที่ไม่มีตัวตน กิดตั้งขึ้นมาเป็นมาตรฐานเป็นบุคคลในความคิดและถือเอาความประพฤติของเขาแทนความประพฤติของบุคคลทั่วไป เป็นความระมัดระวังตามธรรมดาโดยคำนึงถึงวิสัยและพฤติการณ์เป็นส่วนประกอบ

⁸⁰ พจน ปุชปาคม , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด , ตอน 1 , พระนคร , โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2514 , หน้า 83

ประมาทนั้น ไม่ได้พิจารณาถึงการใช้ความระมัดระวัง เช่น ความประพฤติปฏิบัติของวิญญาณ แต่ต้องพิจารณาจาก การใช้ความระมัดระวังรอบคอบตามสมควรแก่บุคคล ผู้มีความคิดตามอายุสติปัญญาและความสามารถ ว่าควรจะใช้ในพฤติการณ์เช่นนั้นหรือไม่ กล่าวคือ เด็กมีความสามารถที่จะรู้ถึงภัยและการหลีกเลี่ยงเพียงใด ดังตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาต่อไปนี้ **คำพิพากษาฎีกาที่ 497/2486** เด็กอายุ 13 ปีทึ่งก้อนหินหนัก 10 กิโลกรัมจากสะพานลงในคลองที่มีเรือผ่านไปมา ก่อนหินตกถูกผู้ที่พายเรือมาถึงแก่ความตาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยเป็นเด็กจะใช้ความรอบคอบอย่างผู้ใหญ่ไม่ได้ แต่ศาลวินิจฉัยว่า จำเลยกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังและจำเลยเข้าใจความรับผิดชอบแล้ว มีความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท

3. วิสัยในฐานะคนชรา

คนชรา หมายถึง บุคคลซึ่งมีอายุมาก เพราะผู้ที่ชรานั้นสุขภาพร่างกาย กำลังวังชาตลอดจนความจำและสติปัญญาย่อมลดลงด้วย ดังนั้น การที่จะให้บุคคลชราต้องใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกับวิญญาณย่อมเป็นไปได้ แต่ถึงอย่างไรก็ตาม บุคคลในวัยเดียวกันอาจมีสังขารที่เสื่อมโทรมแตกต่างกันไป สภาพของร่างกายที่ไม่ปกติ จะต้องนำมาพิจารณาประกอบกันว่าในพฤติการณ์เช่นนั้น บุคคลผู้ที่มีสภาพนั้นสมควรจะใช้ความระมัดระวังขนาดไหน⁸¹ แต่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือการวินิจฉัยความระมัดระวังของคนชรา เป็นเช่นเดียวกับการวินิจฉัยการใช้ความระมัดระวังของเด็ก ซึ่งสำหรับศาลไทยยังไม่มีแนววินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐาน

4. วิสัยในฐานะผู้บกพร่องทางร่างกายและจิตใจ

ผู้บกพร่องทางร่างกาย หมายถึง บุคคลผู้มีร่างกายไม่สมบูรณ์ เช่น ตาบอด หูหนวก ฯลฯ เหล่านี้ ถือเป็นข้อประกอบในการใช้ความระมัดระวังเพราะการที่จะให้บุคคลผู้มีสภาพร่างกายบกพร่องต้องใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกับผู้ที่มีร่างกายปกติย่อมไม่ได้ การใช้ความระมัดระวังของผู้มีสภาพร่างกายบกพร่องก็ต้องเทียบจากวิสัยและพฤติการณ์ เช่นเดียวกันกับผู้ที่มีความบกพร่องตามสภาพนั้นๆจะพึงใช้อย่างรอบคอบ แต่อย่างไรก็ตามถ้าบุคคลผู้มีสภาพร่างกายบกพร่องขึ้นไปกระทำการที่บุคคลอื่นในภาวะเช่นเดียวกันกับตนไม่ควรเข้าไปกระทำ จะอ้างความพิการของตนเป็นเหตุให้ไม่สามารถใช้ความระมัดระวังดีกว่านั้นหาได้ไม่⁸²

สำหรับผู้ป่วยด้วยโรคภัยไข้เจ็บ และมีอาการเพื่อไม่รู้สึกรู้สึกรู้ ย่อมถือว่าเป็นพฤติการณ์ที่ไม่สามารถควบคุมการกระทำของเขาได้ และไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของเขา

ผู้บกพร่องทางจิต หมายถึง ผู้ที่มีสภาพจิตใจซึ่งผิดปกติหรือบกพร่อง ได้แก่ บุคคลที่มีจิตบกพร่อง โรคจิต จิตฟั่นเฟือนและวิกลจริต บุคคลเหล่านี้เมื่อได้กระทำความผิดอาญา เขาจะได้รับ

⁸¹ ชาญวุฒิ ฉัตรเลิศพิพัฒน์ , “ความรับผิดชอบแห่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย” , วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2540 , หน้า 59

⁸² เรื่องเดียวกัน , หน้า 60

การยกเว้นไม่ต้องถูกลงโทษ การพิจารณาระดับของความระมัดระวังจะใช้อย่างเช่นมาตรฐานวิญญูชนธรรมคาไม่ได้ เพราะเขามีสภาพจิตใจที่ผิดปกติ ไม่รู้ผิดชอบในการกระทำซึ่งแตกต่างไปจากคนธรรมดา ระดับความระมัดระวังย่อมอาจต่ำกว่าบุคคลธรรมดาได้ บุคคลเหล่านี้อาจมีคุณดูแลเขาอยู่ย่อมแสดงให้เห็นว่า แม้นบุคคลวิกลจริตไม่สามารถใช้ความระมัดระวัง เพราะไม่รู้ผิดชอบในการกระทำก็ยังมีบุคคลซึ่งจะต้องใช้ความระมัดระวังดูแลมิให้บุคคลวิกลจริตกระทำผิดอยู่แล้ว หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังย่อมตกแก่ผู้ดูแล การพิจารณาความรับผิดชอบอาจต้องพิจารณาที่ตัวบุคคลผู้มีหน้าที่ดูแลเป็นสำคัญ

5. วิสัยในฐานะผู้ประกอบการวิชาชีพ⁸³

ผู้ประกอบการวิชาชีพเป็นผู้ที่ต้องใช้ฝีมือและความชำนาญในการทำกิจการนั้นๆ ผู้ใดเป็นผู้ประกอบวิชาชีพอย่างนั้น ก็จะต้องใช้ความระมัดระวังที่บุคคลในลักษณะเช่นนั้นควรต้องใช้ด้วย จะอ้างโดยใช้มาตรฐานบุคคลธรรมดาเป็นตัววัดระดับความระมัดระวังไม่ได้ เพราะการประกอบอาชีพเป็นกิจการที่ใช้ฝีมือ ความชำนาญ จึงต้องมีความระมัดระวังสูงกว่าคนธรรมดา และจะอ้างว่าตนไม่มีความรู้ หรือไม่มีความสามารถจึงไม่อาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ หรือจะมากำหนดคกฏเกณฑ์ให้ใช้ความระมัดระวังถึงเพียงนั้นย่อมไม่อาจทำได้

ในกรณีของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นก็ยิ่งแบ่งได้เป็น 2 ระดับคือระดับผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมทั่วไป กับผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ซึ่งระดับความระมัดระวังหรือวิสัยย่อมมีความแตกต่างกันไปอีก เพราะผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านย่อมต้องมีระดับความระมัดระวังที่สูงกว่าผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมทั่วไป การพิจารณาถึงระดับของความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น จึงต้องใช้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่อยู่ในระดับเดียวกัน จะเอาวิสัยในตัวผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่เชี่ยวชาญเฉพาะด้านมาเป็นตัวกำหนดระดับความระมัดระวังในตัวผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมทั่วไปไม่ได้

1.3 ความระมัดระวังตาม “พฤติการณ์” หมายความว่า เหตุภายนอกตัวผู้กระทำ เช่น ในการขับรถ พฤติการณ์ ย่อมหมายถึง สภาพรถ สภาพคน สภาพถนน สภาพแวดล้อม

ตัวบทมาตรา 59 วรรคสี่ ใช้คำว่า “จกต้องมี” หมายความว่า จกต้องมีความระมัดระวังในภาวะเช่นนั้นและเป็นความระมัดระวังตามวิสัยและตามพฤติการณ์

ระดับความระมัดระวังนั้น ไม่ได้ยู่คงที่แน่นอนตายตัว แต่ขึ้นลงตามภาวะของการกระทำและตามวิสัยและตามพฤติการณ์

หลักในการวินิจฉัยว่าผู้กระทำขาดความระมัดระวังตามวิสัยและตามพฤติการณ์หรือไม่นั้น จะต้องสมมุติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบ บุคคลนี้มีทุกอย่างเหมือนผู้กระทำ เว้นแต่ ความระมัดระวัง

⁸³ ศินินาด เกียรติกังวาลไกล , “ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ” , วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2532 , หน้า 32

เท่านั้นที่จะต้องใช้ระดับของวิญญาณ จะให้เหมือนกับผู้กระทำไม่ได้⁸⁴ หากบุคคลซึ่งสมมุติขึ้นนี้ โดยทั่วไปอาจใช้ความระมัดระวังได้ แต่ผู้กระทำขาดความระมัดระวังเช่นนั้น ก็ถือว่ากระทำการโดยประมาท ถ้าผู้กระทำประมาทเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ เช่น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ความระมัดระวังต้องเทียบกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยกัน

ในกรณีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการผ่าตัดคนไข้ในโรงพยาบาลในเมือง ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนนั้นจะต้องมีความระมัดระวังระดับหนึ่ง แต่ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนเดียวคนนั้นทำการผ่าตัดคนไข้ฉุกเฉินกลางป่า ความระมัดระวังในการผ่าตัดก็ต้องอยู่อีก ระดับหนึ่งจะเป็นอย่างเดียวกันไม่ได้ เพราะระดับของความระมัดระวังนั้นต้องขึ้นลงตามวิสัยและตามพฤติการณ์เป็นกรณีๆ ไป

ต่อไปเป็นตัวอย่างของการพิจารณาการกระทำโดยประมาทตาม ภาวะ วิสัย และพฤติการณ์ ตัวอย่าง การผ่าตัดคนไข้ในโรงพยาบาลในเมืองหากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมใช้อุปกรณ์ในการผ่าตัดที่ไม่สะอาดทำให้คนไข้ติดเชื้อ โรคและตายอาจต้องถือว่าขาดความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้น (ในขณะผ่าตัด) ต้องมีวิสัย (ของแพทย์) และตามพฤติการณ์ (การผ่าตัดในโรงพยาบาลในเมือง) แต่ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมใช้อุปกรณ์ที่ไม่สะอาดอย่างเดียวกันนั้น ในระหว่างการผ่าตัดฉุกเฉินผ่าตัดกลางป่า และคนไข้ติดเชื้อตาย อาจจะได้ว่า ไม่ขาดความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้น (ในขณะผ่าตัด) ต้องมีตามวิสัย(ของแพทย์) และตามพฤติการณ์ (การผ่าตัดฉุกเฉินกลางป่า)

1.4 **ระดับความระมัดระวัง** จากบทบัญญัติของกฎหมายอาญา จะเห็นได้ว่าระดับของการกระทำโดยประมาทน่าจะมี 2 ระดับ คือ⁸⁵

1. ระดับที่ไม่มีความระมัดระวังอยู่เลย หรือ ปราศจากความระมัดระวัง เช่น **คำพิพากษาฎีกาที่ 1414/2516** จำเลยไม่เคยได้ศึกษาเล่าเรียนวิชาแพทย์มาก่อน เคยแต่ฉีดยาในความควบคุมของพี่ชาย ซึ่งเป็นแพทย์ประจำตำบลเท่านั้น เมื่อจำเลยฉีดยาแคลเซียมเข้าเส้นเลือดของผู้ตายแล้ว ผู้ตายแพ้ยา ซึ่งจำเลยไม่สามารถแก้ไขได้ เมื่อผู้ตายถึงแก่ความตาย การกระทำของจำเลยจึงเข้าลักษณะการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

2. ระดับที่มีความระมัดระวังอยู่แล้ว แต่ใช้ความระมัดระวังไม่เพียงพอ ในการกระทำครานั้น เช่น ศัลยแพทย์ที่มีความชำนาญในการผ่าตัดอยู่แล้ว แต่ในการผ่าตัดครั้งหนึ่งแม้ผลการ

⁸⁴ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ , คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 ,พิมพ์ครั้งที่ 6 ,กรุงเทพฯ , สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , เมษายน 2542

⁸⁵ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ , ตรรกวิทยาในประมวลกฎหมายอาญา วารสารนิติศาสตร์ 2531 ; 16 (ตอน 2) หน้า

ผ่าตัดจะเรียบร้อยดี แต่ศัลยแพทย์ผู้นั้นเกิดล้มเครื่องมือผ่าตัดขึ้นหนึ่งไว้ในห้อง เช่นนี้ต้องถือว่า ศัลยแพทย์ผู้นั้น ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอสำหรับการผ่าตัดคราวนั้น

จากกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นคือมีคดีที่เกิดในประเทศไทยที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในโรงพยาบาลชุมชน ได้ทำคลอดผู้ป่วยด้วยการบล็อกหลัง ต่อมาผู้ป่วยตกเลือดตาย ศาลเห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างผู้เชี่ยวชาญ กรณีนี้การวินิจฉัยถึงการกระทำโดยประมาทของแพทย์ผู้นั้น จะพิจารณาจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญไม่ได้ เพราะแพทย์ที่ทำคลอดนั้นเป็นแพทย์ในโรงพยาบาลชุมชน จึงต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังเช่นวิญญูแพทย์ธรรมดา จะใช้ความระมัดระวังอย่างผู้เชี่ยวชาญไม่ได้ การวินิจฉัยถึงความประมาทจึงต้องพิจารณาถึงภาวะ วัสดุ และพฤติการณ์เป็นกรณีๆไป

4.1.1.3 ผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

ในกรณีตัวอย่างเรื่องผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผ่าตัดคนไข้ในโรงพยาบาลกลางเมืองโดยใช้อุปกรณ์ไม่สะอาด คนไข้ติดเชื้อโรคตาย ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมประมาทเพราะการกระทำโดย “ปราศจากความระมัดระวัง”⁸⁶

ส่วนกรณีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผ่าตัดคนไข้ฉุกเฉินกลางป่าแม้ใช้อุปกรณ์ที่ไม่สะอาดอย่างเดียวกัน และคนไข้ที่ตายเพราะติดเชื้อโรคก็จะถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมประมาทไม่ได้ เพราะไม่ได้กระทำโดย “ปราศจากความระมัดระวัง” ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจกต้องมีวิสัยและพฤติการณ์เสียแล้ว

ในกรณีของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น โดยปกติผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งทำการรักษา ย่อมไม่มีสัญญาณว่าจะต้องรักษาให้หาย แต่เมื่อทำการรักษาแม้ไม่คิดการรักษา ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็จะต้องเป็นผู้มีความรู้ ความชำนาญ อย่างผู้มีอาชีพเวชกรรมทั้งหลายที่เขาปฏิบัติกันมา

การวินิจฉัยในเรื่องความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพ คือ เรื่อง *The Story of Baby Mary*⁸⁷ คือ เด็กเกิดก่อนกำหนด 2 เดือนครึ่ง ร่างกายส่วนอื่นปกติหมดทุกอย่าง หมอให้อยู่ในเครื่องอบ Isolette 37 วัน คลอดมาแล้ว 59 วัน บิดาและมารดาจึงไปรับเด็กมา หมอบอกว่าไม่ชอบดูตาเด็ก ภายหลังเมื่อตรวจแล้วพบว่าเด็กตาบอดตลอดชีวิต บิดาและมารดามีฐานะยากจน จึงไม่สามารถเลี้ยงดูเด็กได้ จึงไปหานายโรบิน สืบสวนดูปรากฏว่าเด็กเป็นโรค *retrolental fibroplasias* จึงได้สงสัยในปริมาณออกซิเจนที่ให้ ซึ่งโรคนี้มีมาตั้งแต่ค.ศ.1942 ก่อนเด็กเกิด และก่อนค.ศ.1942 เครื่องอบมักรั่ว ทำให้ออกซิเจนมีไม่มาก จากการทดลองปรากฏว่าออกซิเจน 35 % หรือ 40% ก็เพียงพอสำหรับเด็กทารกแล้ว ถ้าเกิน 40% จะทำให้เด็กทารกตาบอด กรณีนี้ถือว่า โรงพยาบาลไม่ใช้ความระมัดระวังตามวิชาชีพของตน จึงต้องรับผิดชอบ

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน , หน้า 350

⁸⁷ โปรดดูรายละเอียดใน www.findlaw.com

ตัวอย่างของความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม อีกกรณีหนึ่งคือ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ซึ่งวินิจฉัยโรคของคนไข้ผิดไป เพราะไม่ใช่เครื่องมือชนิดใหม่จะถือว่าประมาทยังไม่ได้ หากเครื่องมือชนิดนั้นแม้จะมีใช้ในต่างประเทศ แต่ก็ยังหาเครื่องมือที่อยู่นอกระยะ และเครื่องมือนั้นก็ไม่มีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศนั้นใช้กัน

ปัจจุบันประเด็นนี้เป็นปัญหาในการรักษาพยาบาลของโรงพยาบาล ที่ทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้เข้ารับบริการการรักษากันเป็นจำนวนมาก เนื่องจากการที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีความเกรงกลัวว่าตนจะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาฐานประมาทจึงทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องหาวิธีการรักษาที่มีมาตรฐานสูงมารักษาเพื่อป้องกันความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งการรักษาที่มีมาตรฐานสูงนั้น ย่อมต้องใช้ค่าใช้จ่ายสูงในการรักษา ซึ่งในเรื่องนี้ผู้ที่ต้องรับภาระหนักคือตัวผู้เข้ารับบริการเองและในปัจจุบันการรักษาที่ได้มาตรฐานสูงของโรงพยาบาลบางแห่งนั้นผู้เข้ารับบริการจึงมองว่าเป็นการหาประโยชน์เพิ่มเติมจากคนไข้

ปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องนี้ที่ผู้เข้ารับบริการมองว่าเป็นการรักษาเชิงธุรกิจมากเกินไป คือ

1. เทคนิคการตรวจรักษาเกินความจำเป็น (Over Treatment) หรือการแนะนำให้คนไข้ใช้เครื่องมือคอมพิวเตอร์ที่มีราคาแพง เช่น เครื่องตรวจด้วยคลื่นสะท้อนในสนามแม่เหล็ก (MRI Scan) เครื่องเอกซเรย์คอมพิวเตอร์ เครื่องอัลตราซาวด์ 4 มิติ ฯลฯ ซึ่งค่าตรวจแต่ละครั้งมีราคาสูงมากทำให้ผู้เข้ารับบริการต้องเสียค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลเป็นจำนวนมากเพื่อให้ตนเองได้รับการรักษาที่มาตรฐานสูงขึ้นเพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นได้

ในเรื่องนี้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจเห็นว่าการตรวจรักษาด้วยเครื่องมือที่ทันสมัยจะเป็นการป้องกันตัวเองจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายด้วย เพราะหากมีความผิดพลาดเกิดขึ้นจากการรักษา อาจถูกมองว่าไม่ใช่วิธีการรักษาที่ดีที่สุดมารักษาผู้ป่วยได้ แต่ถ้าจะให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสร้างมาตรฐานการรักษาที่สูงขึ้นในการตรวจรักษาเบื้องต้นนั้น อาจเกิดปัญหาในเรื่องการตรวจรักษาเกินความจำเป็นได้ เช่น ผู้ป่วยที่มีอาการปวดศีรษะมา ไม่ใช่จะต้องเข้าเครื่อง CT Scan ทุกคน เพราะการใช้เครื่องมือนี้แม้จะทำให้ทราบถึงสาเหตุการป่วยที่แท้จริงก็ตาม แต่ผู้ป่วยจะต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงมาก ซึ่งบางทีอาจเป็นการปวดศีรษะธรรมดา ทำให้การตรวจโดยใช้เครื่องมือที่เกินความจำเป็นนั้น ถูกมองว่าเป็นการเรียกร้องผลประโยชน์จากคนไข้มากเกินไป กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า ควรจะมีการกำหนดแนวทางในการพิจารณาความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ชัดเจนขึ้นมาเพื่อเป็นแนวทางป้องกันการรักษาพยาบาลที่เกินความจำเป็น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ไม่ต้องสร้างมาตรฐานการรักษาที่สูงกว่าปกติ ส่วนผู้ป่วยที่เข้ารับ บริการก็ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น เพื่อบรรเทาปัญหาความขัดแย้งระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้เข้ารับบริการในปัจจุบันได้ อีกทั้งยังทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้เข้ารับบริการไม่ถูกมองว่าเป็นการรักษาเชิงธุรกิจไปด้วย

2. เทคนิคการรักษาแบบเลี้ยงไข้ (Under Treatment) หรือการรักษาโรคแบบไม่วินิจฉัยโรคให้แน่ชัดแต่แรก แต่จะใช้วิธีเกลี้ยกล่อมให้คนไข้แอดมิท (ค้างคืน) ที่โรงพยาบาลเพื่อดูอาการอย่างละเอียด หรือแนะนำให้คนไข้พบแพทย์ผู้เชี่ยวชาญหลายสาขา ทั้งที่คนไข้เป็นโรคขั้นพื้นฐาน เช่น โรคกระเพาะอาหาร ลำไส้อักเสบ ฯลฯ

3. เทคนิคการรักษาแบบถูกโซ่ (Over Admitting) หรือการเกลี้ยกล่อมให้ผู้ป่วยไปตรวจรักษาโรคอื่นเพิ่มเติมจากโรคที่ตั้งใจมาตรวจรักษา เช่น การแนะนำผู้ป่วยเบาหวานให้รักษาโรคหัวใจ

กรณีต่างๆเหล่านี้เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในปัจจุบัน ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ป่วยเปลี่ยนแปลงไป ส่วนหนึ่งมาจากการที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องการที่จะป้องกันตนเองจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมาย ถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของตน ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้ทำการศึกษาถึงแนวทางในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งอาจทำให้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้ป่วยในปัจจุบันลดน้อยลงได้

4.1.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำโดยประมาท

หลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ถ้าการกระทำของผู้กระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในมาแล้ว กล่าวคือ มีเจตนาหรือไม่ก็ต้องประมาท การกระทำนั้นจะเป็นความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ก็ต้องมาพิจารณาในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เว้นแต่เป็นความผิดนั้นเป็นความผิดโดยเด็ดขาดซึ่งไม่ต้องเจตนาและไม่ประมาทก็เป็นความผิด หากเป็นกรณีความผิดโดยเด็ดขาดแล้วก็ไม่ต้องพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเลย เพราะไม่มีประโยชน์อันใดที่จะต้องมาพิจารณาในเรื่องนี้ ในเมื่อผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบเพราะขาดเจตนาหรือไม่ประมาทมาตั้งแต่ต้นเสียแล้ว⁸⁸ ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 114/2510 จำเลยไม่ได้ขับรถเร็วและทางลัดไม้ที่ขับมานั้นเป็นทางจำกัด บังคับให้ขับ โดยข้างหนึ่งเป็นคลองอีกข้างหนึ่งเป็นเขา จะขับให้ห่างคลองออกไปอีกไม่ได้ เพราะติดเขา การที่ล้อพ่วงเอียงนั้นก็เนื่องมาจากที่ตรงนั้นเป็นหลุม เอาหินแตกกองไว้ เป็นเหตุให้ระดับล้อที่ผ่านไปทรุดต่ำลงและรถคันที่จำเลยขับก็ไม่ได้คิดว่า ถ้าผู้ตายไม่ด่วนตัดสินใจกระโดดจากรถเหมือนคนอื่น ก็คงไม่ได้รับอันตรายแต่อย่างใด ดังนี้หาใช่ความประมาทของจำเลยหรือไม่

หลักในประมวลกฎหมายอาญา

⁸⁸ เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เมษายน, 2542

ในประมวลกฎหมายอาญานั้น ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไว้โดยตรง แต่ก็ยังมีการนำบทบัญญัติในมาตรา 63 มาใช้ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไว้ในมาตรา 63 แต่เพียงว่า “ถ้าผลของการกระทำมีความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ผลของการกระทำมีความผิดนั้นต้องเป็นผลที่ตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้”

“ผลธรรมดา” ตามมาตรา 63 นี้ ไม่ใช่หลักทั่วไปที่จะนำมาวินิจฉัยปัญหาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในทุกๆเรื่อง แต่นำมาใช้ได้โดยเฉพาะในกรณีที่ผลของการกระทำความผิดทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเท่านั้น⁸⁹

ดังนั้น ในการพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำนั้น มีหลักดังนี้ คือ

1. หากผลนั้นเป็น “ผลโดยตรง” ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้น หากไม่ใช่ “ผลโดยตรง” ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลนั้น ผลโดยตรง คือผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นโดยตรง ถ้าไม่มีการกระทำนั้น ผลจะไม่เกิดขึ้น
2. หากผลนั้นทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้นก็ต่อเมื่อ เป็น “ผลโดยตรง”และ “ผลธรรมดา” หากไม่ใช่ “ผลธรรมดา” ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลนั้น
3. หากผลนั้นมิได้ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น แต่เป็นผลที่เกิดจาก “เหตุแทรกแซง” ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้นก็ต่อเมื่อเป็น “ผลโดยตรง” ซึ่ง “ผลโดยตรง” นั้นเกิดจาก “เหตุแทรกแซง”ที่วิญญูชน “คาดหมายได้”

ทฤษฎีต่างๆที่นำมาวิเคราะห์ในเรื่องการกระทำและผล

1. ทฤษฎีเงื่อนไข

เป็นหลักสากลอันเป็นที่ยอมรับในทางตำราทั้งของไทยและต่างประเทศ สาระสำคัญของหลักนี้ คือ ถือว่า “ถ้าไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่งแล้ว ผลจะไม่เกิด ถือว่าผลเกิดจากการกระทำอันนั้น แม้ว่าผลจะเกิดจากการกระทำอันอื่นๆด้วยก็ตาม ในทางตรงกันข้าม หากไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่งนั้นแล้วผลก็ยังเกิดอยู่นั่นเอง ก็จะถือว่าผลเกิดจากการกระทำอันใดอันหนึ่งนั้นมิได้” ทฤษฎีนี้เรียกกันในภาษาอังกฤษว่า The Condition Theory หรือ but for test หรือ had not test

⁸⁹ สัมฤทธิ์ รัตนดารา , หลักกฎหมายอาญา ,คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง , พิมพ์ครั้งที่ 2 , สำนักพิมพ์สมิต ,กรุงเทพฯ ,มกราคม 2533 ,หน้า 50

โดยหลักแล้ว หากผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำตามทฤษฎีเงื่อนไขแล้ว ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น เพราะเมื่อการกระทำของตนเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดผลนั้น จึงเป็นการถูกต้องและชอบธรรมที่จะให้ผู้กระทำรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นนั้น

“การกระทำ” ในที่นี้ จะต้องไม่ลืมนำไปว่า หมายความว่าถึงการกระทำที่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เช่น ครอบงำประกอบภายนอก และ องค์ประกอบภายใน เช่น เป็นการกระทำโดยเจตนา หรือมิฉะนั้นก็ต้องประมาท

ทฤษฎีเงื่อนไขมีสาระสำคัญ ดังนี้

1. ถ้าไม่มีการกระทำ ผลก็จะไม่เกิด ถือว่าผลเกิดจากการกระทำอันนั้น ดังตัวอย่างคำพิพากษานี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 1973/2497 มีหลักกันขวางออกมาเกาะอยู่ รถที่จำเลยขับมาโดยเร็วเกินควรจึงชนเหล็กนั้น เป็นเหตุให้คนตาย ถ้าปรากฏว่าหากจำเลยขับไม่เร็วกว่าที่ควร จำเลยก็จะขับรถหลบพ้นไปได้ ดังนี้ได้ชื่อว่าความตายเป็นผลโดยตรงจากการกระทำโดยประมาทของจำเลย เป็นความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท

2. หากไม่มีการกระทำ ผลก็ยังเกิด จะถือว่าผลเกิดจากการกระทำนั้นไม่ได้ ดังตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาดังต่อไปนี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 717/2509รถจักรยานยนต์ของจำเลยที่ 2 แล่นในช่องทางที่ 1 ห่างขอบถนนซ้าย 1 เมตร จำเลยที่ 1 ขับรถในช่องทางที่ 2 ซึ่งอยู่ถัดไปแล้วขับเฉียงเข้ามาในช่องทางรถที่จำเลยที่ 2 โดยกระชั้นชิดเพื่อจะเลี้ยวซ้าย แม้จำเลยที่ 2 จะขับรถเร็วน้อยกว่าที่ขับอยู่ต้องชนกันอยู่นั่นเอง ดังนี้มิใช่เป็นความประมาทของจำเลยที่ 2

ในกรณีของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นมีตัวอย่างในเรื่องนี้คือ ตัวอย่าง ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมประมาทนิตยสารเฉพาะที่ให้แก่คนไข้ที่ผ่าตัดโดยใช้โคเคนฉีดแทนที่จะใช้โนโวเคน คนไข้ตายระหว่างได้รับยาอยู่ ผู้เชี่ยวชาญเบิกความว่า แม้ใช้โนโวเคนคนไข้ก็ตาย เพราะร่างกายภายในบางส่วนของคนไข้มีสภาพไม่สมประกอบ เช่นนี้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ต้องรับผิดชอบในความตายของคนไข้ แม้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะประมาทก็ตาม กรณีเช่นนี้ถือว่าความตายไม่ใช่ “ผลโดยตรง” จากการกระทำโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เพราะแม้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ประมาทคนไข้ก็จะตายอยู่นั่นเอง⁹⁰

3. แม้จะมีการกระทำอันอื่น ๆ ที่ก่อให้เกิดผลนั้นด้วย แต่ถ้าไม่มีการกระทำอันนั้นแล้ว ผลก็จะไม่เกิด ต้องถือว่าผลเกิดจากการกระทำอันนั้น ดังตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาดังต่อไปนี้ คำพิพากษา

⁹⁰ ระพี แม้น โกลล , กฎหมายกับแพทย์ , พิมพ์ครั้งที่ 1 , ไพบูลย์การพิมพ์ , กรุงเทพฯ , 2539

ฎีกาที่ 122/2496 แม้ผู้เสียหายจะประมาทอยู่ด้วย ถ้าจำเลยระมัดระวังตามควรแก่ฐานะแล้ว ก็จะไม่เป็นอันตรายแก่ผู้เสียหาย ดังนี้จำเลยต้องรับผิดชอบฐานทำให้บาดเจ็บสาหัสโดยประมาท

2. ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม

ในการวินิจฉัยปัญหาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล หากเราใช้ทฤษฎีเงื่อนไขเพียงอย่างเดียวก็อาจทำให้ผู้กระทำได้รับผิดชอบในผลทุกอย่างที่เกิดขึ้น โดยไม่มีข้อจำกัด ด้วยเหตุนี้นอกจากใช้ทฤษฎีเงื่อนไขแล้วยังต้องใช้ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสมด้วย ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้กระทำ การใช้ทฤษฎีนี้ก็ให้ดูว่าการกระทำของผู้กระทำนั้นเหมาะสมที่จะเกิดผลนั้นๆ โดยทั่วไปหรือไม่ หรืออีกนัยหนึ่งคือการพิจารณาว่าการกระทำและผลนั้นมีความเกี่ยวพันกันพอสมควร (reasonable connection) หรือไม่

“ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” ใช้ในกรณี ดังนี้

1. ในกรณีที่ผลของการกระทำความผิดทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น
2. ในกรณีที่ผลของการกระทำเกิดจากเหตุแทรกแซง

ซึ่งแยกพิจารณาเป็นข้อๆ ดังนี้

1. ในกรณีที่ผลของการกระทำความผิดทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น

ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ใน “ผลธรรมดา” ตามมาตรา 63 คือผลตามทฤษฎีเหตุที่เหมาะสมนั่นเอง ซึ่งหมายความว่า เป็นผลที่ผู้กระทำสามารถ “คาดเห็น” ความเป็นไปได้ของผลนั้น (The offender could have foreseen the possibility of such a consequence) การวินิจฉัยความสามารถในการคาดเห็นให้ใช้ในหลักมาตรฐานของบุคคลสามัญที่เรียกกันว่า วิญญูชนเป็นหลัก การคาดเห็นนี้ไม่ต้องถึงขั้นเล็งเห็นผล

2. ในกรณีที่ผลของการกระทำเกิดจากเหตุแทรกแซง

เหตุแทรกแซง (intervening cause) คือ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นใหม่หลังจากการกระทำของผู้กระทำการในตอนแรก และเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดผลในขั้นปลายขึ้น

- ก. เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นใหม่หลังจากการกระทำของผู้กระทำการในตอนแรก
- ข. เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นใหม่หลังจากการกระทำของผู้กระทำในตอนแรก ต้องเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดผลขั้นปลายขึ้น

หลักในการวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้กระทำ

ในกรณีที่ผลในขั้นปลายมิได้เกิดจากการกระทำของผู้กระทำโดยตรง แต่เกิดจากเหตุแทรกแซงผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลขั้นปลายก็ต่อเมื่อเหตุแทรกแซงเป็นสิ่งที่คาดหมายได้ (foreseeability) หากเป็นกรณีคาดหมายไม่ได้ (unforeseeability) ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลขั้น

ปลาย แต่รับผิดชอบเท่านั้นจนกระทั่งผ่านไปแล้ว ก่อนเกิดเหตุแทรกแซงนั้น ดังตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาต่อไปนี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 1436/2511 จำเลยขับรถด้วยความประมาทชนเสาไม้ที่ปักริมทางแฉลบจะไปชนเสาไฟฟ้าอย่างแรง อันเป็นการหวาดเสียวและใกล้อันตราย ดังนั้นการที่ผู้ตายกระโดดลงจากรถในระยะกระชั้นชิดกับรถยนต์จะชนเสาไฟฟ้า เพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายอันเกิดขึ้นเฉพาะหน้า และถึงแก่ความตาย ถือว่า เป็นผลอันเกิดใกล้ชิดกับเหตุที่จำเลยขับรถด้วยความประมาท จำเลยจึงมีความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท

4.1.1.5 เหตุสุดวิสัย

ในเรื่องเหตุสุดวิสัยนี้อาจเป็นเหตุที่นำมาพิจารณาในเรื่องการกระทำโดยประมาทด้วยการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่ ถ้าผลที่เกิดขึ้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย ที่ถึงแม้ผู้กระทำจะไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเพียงใดแล้วผลก็ยังคงเกิด กรณีนี้ก็ไม่ถือว่าผู้กระทำกระทำการโดยประมาท ดังนั้น ถึงแม้ผู้กระทำจะได้กระทำไปโดยปราศจากความระมัดระวัง หรือ ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรก็ตาม แต่ถ้าผลที่เกิดขึ้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย ผู้กระทำก็ไม่ถือว่ากระทำการโดยประมาทเช่นกัน

กฎหมายไทยนั้น ได้บัญญัติในเรื่องเหตุสุดวิสัยไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 8 ซึ่งได้บัญญัติคำว่า “เหตุสุดวิสัย หมายความว่า เหตุใดๆอันจะเกิดขึ้นก็ดีจะทำให้ผลพิบัติก็ดี เป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้ แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสพหรือใกล้จะต้องประสพเหตุนั้น จะได้จัดการระมัดระวังตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้น”

จะเห็นได้ว่าในเรื่องเหตุสุดวิสัยนี้เป็นเหตุที่ไม่สามารถคาดเดาได้ว่าจะมีภัยอย่างใดเกิดขึ้น เป็นเหตุที่ไม่สามารถป้องกันได้ แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้วก็ตาม เช่น เหตุจากภัยพิบัติทางธรรมชาติ หรือเหตุที่อยู่เหนือการควบคุมของผู้กระทำ ฯลฯ มีคำพิพากษาฎีกาที่วางหลักในเรื่องเหตุสุดวิสัยไว้คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 9047/2544 เหตุที่จะถือได้ว่าเป็นเหตุสุดวิสัยนั้นจะต้องเป็นเหตุที่เกิดขึ้น โดยไม่ใช่ความผิดของบุคคลนั้นและต้องเป็นเหตุที่ไม่สามารถป้องกันได้ แม้ผู้ประสพเหตุนั้นจะได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว

ในเรื่องการประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็เช่นกัน การพิจารณาถึงความประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นก็ต้องพิจารณาด้วยว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นเกิดขึ้นมาจากเหตุสุดวิสัยหรือไม่

เหตุสุดวิสัยในทางการแพทย์

เหตุสุดวิสัยในทางการแพทย์ก็คงมีความหมายเหมือนกัน คือไม่สามารถที่จะป้องกันได้ ถึงได้ทำการป้องกันเอาไว้แล้วก็ไม่สามารถจะช่วยชีวิตผู้ป่วยเอาไว้ได้ ปัญหาเรื่องประมาทกับเหตุสุดวิสัยนี้ในทางการแพทย์จะพบได้บ่อยๆก็เรื่องการแพ้ยาและยาที่จะทำให้คนไข้แพ้และถึงตายได้ก็

มีอยู่ไม่มากมายนักที่แพทย์ทุกคนจะต้องนึกถึงอยู่เสมอแต่ที่พบกันบ่อยๆก็ได้แก่ยาเพนนิซิลินซึ่งแพทย์ทุกคนทราบกันดีว่ายานี้ถ้าให้ผู้ป่วย ผู้ป่วยอาจจะแพ้เมื่อไหร่ก็ได้

ดังนั้น ก่อนที่จะให้ยานี้แพทย์ต้องถามคนไข้ก่อนว่าเคยแพ้ยานี้หรือไม่ ซึ่งก็แสดงถึงการที่ได้ให้ความระมัดระวังแล้ว จึงแสดงให้เห็นได้ว่าแพทย์ไม่ได้ประมาท⁹¹

การที่ฉีดยาเพนนิซิลินให้ผู้ป่วยในโรงพยาบาลทุกวัน ผู้ป่วยอาจจะแพ้ยาขึ้นมาเมื่อไหร่ก็ได้ ดังนั้น ก่อนที่จะฉีดยาเข็มต่อไปควรจะทำอะไรบ้าง จึงจะเป็นการที่ได้ให้ความระมัดระวังแล้ว

1. จะต้องดูในรายงานว่ามีการแพ้ยานี้เกิดขึ้นบ้างหรือไม่ ก็เป็นการให้ความระมัดระวังแล้ว เพราะคนไข้อาจจะมีการแพ้ยานี้ขนาดเล็กน้อยที่ผู้ฉีดยาก่อนๆได้บันทึกเอาไว้ ถ้าได้ดูแล้วก็แสดงว่าได้ให้ความระมัดระวังแล้ว ถ้าไม่ได้ดูในรายงานที่บันทึกเอาไว้ว่าผู้ป่วยมีอาการแพ้ยานี้แล้วไปฉีดยานี้เข้าก็ไม่มีข้อแก้ตัวที่จะให้พ้นผิดแม้แต่คนเดียว
2. กรณีที่ผู้ป่วยยังไม่แพ้ยา การที่จะฉีดยาเข็มต่อไปควรจะอย่างไรจึงจะดูได้ว่าแพทย์ผู้กระทำการรักษานี้ไม่ได้ประมาท

ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมทุกคนย่อมรู้ว่ายาเพนนิซิลินนี้อาจเกิดการแพ้ขึ้นมาในเข็มที่เท่าไรก็ได้ เมื่อทราบดังนี้แล้วก็ต้องจัดการเตรียมพร้อมที่จะช่วยเหลือแก้ไขในกรณีที่จะเกิดขึ้นได้ในทันทีทันใด เป็นการป้องกันเอาไว้ก่อน เพราะเป็นเรื่องที่คาดคิดไม่ได้ ดังนั้นจึงต้องเตรียมยาที่จะช่วยเหลือหรือแก้แพ้ให้ได้ทันทั่วๆ ก็จะต้องมียาต่างๆ เช่น แอดรีนาลีน เดกซามิโทซาโซน แอนตี้ฮิสตามีน ยาช่วยเพิ่มความดัน ยาแก้ชัก น้ำเกลือ อ็อกซิเจนอื่นๆ ก็เกิดมีอาการแพ้ก็จะช่วยเหลือได้ทันทั่วๆ หากผู้ป่วยตายไปก็เป็นเหตุสุดวิสัย

ในทางตรงกันข้ามถ้าหากไม่ได้เตรียมยาดังกล่าวไว้พร้อมแล้ว เมื่อผู้ป่วยมีอาการแพ้ชนิดนั้นขึ้นมา จึงค่อยวิ่งไปเอายามาจากที่อื่น เช่นนี้ ก็ไม่สามารถจะช่วยเหลือผู้ป่วยได้ทันทั่วๆ ก็เป็นความประมาทของแพทย์จึงเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างเหตุสุดวิสัยและประมาทให้เห็นได้⁹²

การเดินทางเข้าไปในป่ามีคนเดินทางถูกกัด จำเป็นต้องฉีดยา anti serum ให้ แต่ขวดแอลกอฮอล์ไม่มีแตกไปเสียในระหว่างการเดินทาง จึงใช้น้ำกลั่นทำความสะอาดก่อนที่จะฉีดยา การที่ไม่ใช่แอลกอฮอล์ก็เป็นเหตุสุดวิสัยไม่ใช่เรื่องทอดทิ้งหน้าที่ที่จะต้องทำ

การให้เลือดในหลักวิชาจะต้องให้หมู่เดียวกัน แต่คนไข้หมู่ AB ซึ่งหาแล้วไม่มีก็เอาหมู่ O ให้ก็เป็นเรื่องสุดวิสัยที่จะไปหาหมู่ AB มาให้ผู้ป่วยเช่นเดียวกัน

⁹¹ มนต์ชัย ชนินทรลีลา , แพทย์กับกระบวนการยุติธรรม (รักษาอย่างไร ไม่ต้องรับผิดชอบทางกฎหมาย) , พิมพ์ครั้งที่ 1 , ตุลาคม 2548 , สำนักพิมพ์เอเชียคิท , กรุงเทพฯ , หน้า 120

⁹² กุมารินทร์ ศรีมูล , “ความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” , วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2548 , หน้า 30

มีคดีที่ศาลได้พิเคราะห์ถึงเรื่องเหตุสุดวิสัยทางการแพทย์กับการประมาทเลินเล่อว่ามีความแตกต่างกัน ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้กระทำการรักษาตามหลักวิชาชีพแพทย์แล้ว และใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว ถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ผู้ป่วย ก็ไม่ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการโดยประมาท ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางหลักในเรื่องนี้ไว้ คือ **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1137/2538(สูติกรรมและวิสัญญี)** โจทก์ฟ้องจำเลยว่าจำเลยซึ่งเป็นแพทย์ที่ทำการผ่าตัดคว่ำกระทำการด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นเหตุให้ผู้ป่วยตาย ศาลฎีกาพิพากษาว่าการผ่าตัดรายนี้เป็นกรณีที่ต้องกระทำเร่งด่วน เพื่อช่วยเหลือนเด็กในครรภ์ ซึ่งอยู่ในภาวะวิกฤตเพราะผู้ตายไม่สามารถคลอดเองได้ตามปกติ จึงไม่อาจเตรียมการให้ผู้ป่วยอดอาหารก่อนทำการผ่าตัดได้ เหตุที่ผู้ตายเกิดอันตรายต่อชีวิตนั้น เกิดขึ้นเพราะเหตุใดไม่มีความแน่ชัด เพราะการรักษาที่ต้องทำการผ่าตัดในกรณีเร่งด่วนนั้น ต้องทำการผ่าตัดทันที ในระหว่างดมยาสลบอาจมีโอกาสดังกล่าวเกิดขึ้นขึ้นมากับทุกคนได้ จึงเป็นเรื่องปกติในทางการแพทย์ มิใช่ความประมาทเลินเล่อ ตลอดจนการดูแลรักษาของแพทย์และพยาบาลก็เป็นการปฏิบัติเหมือนอย่างทั่วทั้งวงการแพทย์ทั่วไป ถ้อยปฏิบัติ ตรวจไม่พบข้อชี้แจงที่แสดงถึงความประมาทเลินเล่อในการวินิจฉัยโรค การทำผ่าตัด การดมยาระงับความรู้สึก ตลอดจนการใช้ยาต่างๆและการปฏิบัติรักษาของแพทย์ และพยาบาลแต่อย่างใด

ต่อไปเป็นตัวอย่างคดีที่ฟ้องและสิ้นสุดก่อนถึงศาลฎีกาในเรื่องเหตุสุดวิสัยทางการแพทย์ จึงได้นำคำฟ้องและคำพิพากษามาศึกษาดังต่อไปนี้ คือ **กรณีนักศึกษาพยาบาลทำน้ำร้อนลวกเด็ก**⁹³ โจทก์ฟ้องผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่ากระทำการโดยประมาทเป็นเหตุให้โจทก์ถูกน้ำร้อนลวกเกิดภาวะไม่สมดุลในการนั่งนอน คดีนี้ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า ตามข้อเท็จจริงฟังได้ว่า นักศึกษาพยาบาลเป็นผู้ใช้กระเป้าน้ำร้อนใบที่เกิดเหตุ โดยจำเลยก็เบิกความว่า เหตุที่น้ำร้อนรั่ว คงปิดจุกเกลียวไม่แน่น จึงฟังได้ว่า นักศึกษาพยาบาลกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง จึงจะอ้างเหตุสุดวิสัยหาได้ไม่ เพราะเหตุสุดวิสัยหมายถึงเหตุใดๆอันจะเกิดขึ้นไม่มีใครอาจป้องกันได้ แม้จะได้จัดการระมัดระวังตามสมควร

ข้อสังเกต คดีนี้ศาลได้พิเคราะห์ถึงหลักในเรื่องเหตุสุดวิสัยกับการกระทำโดยประมาทว่ามีความแตกต่างกัน

4.2 ความรับผิดชอบผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำโดยประมาทตามประมวล

กฎหมายอาญา

ตัวอย่างกลุ่มความผิดกรณีการกระทำโดยประมาทในประมวลกฎหมายอาญานั้นมีบัญญัติอยู่ในมาตรา 291,300,390 ความผิดในแต่ละมาตราในฐานะประมาทนี้มีองค์ประกอบความรับผิดชอบที่

⁹³ พัทธน์ ทองผดุงโรจน์ , โรคหมอทำ รวมบทความวิชาการในโอกาสเกษียณอายุราชการศ.นพ.วิฑูรย์ อิงประพันธ์ 2536 , กรุงเทพฯ ,สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2536 , หน้า 41-44

เหมือนกันคือองค์ประกอบภายใน กล่าวคือ เป็นการกระทำโดยประมาท เหมือนกันหมด แต่เหตุที่ความรับผิดชอบแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับผลของการกระทำ คือ ความรับผิดชอบตามมาตรา 390 ผลของการกระทำนั้นต้องเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ซึ่งเป็นเพียงความผิดลหุโทษ ส่วนความรับผิดชอบตามมาตรา 300 นั้น ผลนั้นจะต้องเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายสาหัส แต่ถ้าผลนั้นทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ก็เป็นความผิดตามมาตรา 291 ซึ่งกลุ่มความผิดในฐานประมาทนี้ก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับมาตรา 295, 297, 290 ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

การกระทำผิดในกลุ่มนี้เมื่อองค์ประกอบภายนอกและภายในที่เหมือนกันคือ มีการกระทำ และการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยประมาท ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบายถึงองค์ประกอบที่เหมือนกันในความผิดกลุ่มประมาทก่อน ในส่วนแรกคือส่วนของการกระทำ กล่าวคือ จะต้องมีการกระทำด้วยประการใดๆ ในความผิดฐานนั้นๆ แสดงว่าความผิดกลุ่มประมาทนี้ไม่จำกัดการกระทำไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการขับรถ การยิงปืน การปรุงอาหารก็สามารถเป็นการกระทำผิดได้ทั้งสิ้น นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงการกระทำที่ผลอันใดอันหนึ่งเกิดขึ้น โดยงดเว้นการที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้น (ตามมาตรา 59 วรรคท้าย) ด้วย เช่นแพทย์ละเลยเลินเล่อรักษาคณไขที่รับเข้ามาอยู่ในความดูแลของตนแล้ว คนไข้มาย กรณีนี้อยู่ในความหมายของคำว่า “กระทำ” ตามมาตรานี้ด้วยเช่นกัน ซึ่งการกระทำในกลุ่มความผิดฐานประมาทนี้มีลักษณะการพิจารณาเหมือนกันกับมาตรา 300 และ 390 แต่เหตุที่ทำให้ความรับผิดชอบแตกต่างกันคือผลของการกระทำ

ในส่วนของการกระทำที่เป็นกระทำโดยประมาทนั้น ที่เป็นองค์ประกอบเหมือนกันในทุกมาตรา การกระทำอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท กล่าวคือ การกระทำโดยประมาทนั้น พิจารณาตามมาตรา 59 วรรคสี่แล้วว่าผู้กระทำจะต้องได้กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ ซึ่งในการพิจารณาถึงความระมัดระวังตามวิสัยจะต้องพิจารณาถึงความระมัดระวังซึ่งบุคคลที่มีอายุ เพศ การศึกษา อบรม สิ่งแวดล้อม ฯลฯ อย่างเดียวกับผู้กระทำ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ข้อสังเกต⁹⁴ ในเรื่องการทำผิดความผิดโดยประมาท คือ (1.) ไม่มีการพยายามกระทำความผิด (ตามมาตรา 80) โดยประมาท (2.) จะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน (ตามมาตรา 83-86) ในการกระทำความผิดในฐานประมาทมิได้ (3.) ความประมาทย่อมเกิดขึ้นได้ 2 กรณีคือ กรณีแรกคือผู้กระทำไม่ได้คาดคิดมาก่อนว่าผลจะเกิดขึ้น และกรณีสอง คือผู้กระทำคิดแล้วว่าผลอาจจะเกิดขึ้นได้ แต่กระทำไปโดยคาดว่าผลคงจะไม่เกิดขึ้น

⁹⁴ เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เมษายน 2542

ต่อไปผู้เขียนจะอธิบายถึงผลของการกระทำความคิดในแต่ละมาตราที่ทำให้ความรับผิดชอบต่างกัน

4.2.1 มาตรา 300

การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายสาหัส (มาตรา 300) ความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดที่ต้องการผลของการกระทำ ซึ่งผลตามมาตรานี้ คือ การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายสาหัส คำว่า “ได้รับอันตรายสาหัส” ได้อธิบายไว้ในมาตรา 297 ที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว มีคำพิพากษาฎีกาที่ได้อธิบายถึงหลักอันตรายสาหัสไว้ดังนี้ **คำพิพากษาฎีกาที่ 1059/2507** ประมาททำให้เขาแขนหักกรักษาประมาณ 30 วันหายนั้น ยังไม่ถือเป็นอันตรายสาหัสตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 300 ฟ้องว่าผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัส กระดูกปลายแขนซ้ายหักและทุพพลภาพป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่า 20 วัน แต่มิได้นำสืบให้ปรากฏว่าผู้เสียหายต้องทุพพลภาพป่วยเจ็บด้วยทุกขเวทนาเกินกว่า 20 วันอย่างไร ก็ลงโทษจำเลยฐานทำให้รับอันตรายสาหัสไม่ได้

ความคิดในมาตรานี้ต้องดูความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจะต้องเป็นไปตามมาตรา 63 คือต้องเป็นผลซึ่งตามธรรมดาย่อมจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นๆ เพราะมาตรานี้เป็นเหตุเพิ่มโทษให้หนักขึ้นของมาตรา 390⁹⁵

ต่อไปเป็นคำพิพากษาฎีกาที่พิจารณาว่าเป็นการกระทำโดยประมาทตามมาตรา 300 คือ **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2589/2546** จำเลยมีเจตนาใช้อาวุธปืนแก๊ปยาวยิงค้างคาวโดยไม่พิจารณาให้ตีว่าบริเวณที่จะยิงไปนั้นจะมีผู้เสียหายอยู่หรือไม่ เมื่อกระสุนปืนที่ยิงไปนั้นไม่ถูกค้างคาว แต่กลับไปถูกผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัสต้องป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่า 20 วัน กรณีเช่นนี้จึงถือว่าจำเลยกระทำโดยประมาทปราศจากความระมัดระวัง จำเลยย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 300 แม้โจทก์จะมีได้ฟ้องขอให้ลงโทษในความผิดฐานนี้ ศาลฎีกาก็มีอำนาจลงโทษจำเลยได้ เพราะจำเลยต่อสู้ว่าเป็นการกระทำโดยประมาท จำเลยจึงไม่หลงต่อสู้ ทั้งการแตกต่างระหว่างการกระทำโดยเจตนา กับประมาทนั้น กฎหมายมิให้ถือว่าต่างกันในเรื่องสาระสำคัญตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 192 วรรคสาม

ประเด็นปัญหาอีกประเด็นในเรื่องนี้ คือกรณีที่ผู้กระทำไม่ได้มีเจตนาทำร้ายผู้เสียหาย แต่ได้กระทำการโดยขาดความระมัดระวังทำให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้เสียหาย ศาลฎีกาตัดสินวางหลักไว้ว่าเป็นการกระทำโดยประมาท ดังตัวอย่างคำพิพากษาฎีกา ดังนี้ **คำพิพากษาฎีกาที่ 1592/2534** จำเลยไม่มีเจตนายิงปืนเพื่อฆ่าผู้เสียหาย แต่การที่จำเลยใช้อาวุธปืนจี้ศีรษะผู้เสียหายไว้ในขณะที่

⁹⁵ จิตติ ดิงศักดิ์ , คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 , กรุงเทพมหานคร , สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา , 2525 , หน้า 66

อาวุธปืนขึ้นนกโดยมีกระสุนบรรจุในรังเพลิง และได้ทำอาวุธปืนสั้น ถือได้ว่าจำเลยกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งจำเลยจกต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ จึงเป็นการกระทำโดยประมาท บาดแผลของผู้เสียหายถือได้ว่าเป็นอันตรายสาหัส ศาลพิพากษาว่าจำเลยกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายสาหัสตามมาตรา 300

การกระทำความผิดตามมาตรา 300 ในกรณีของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นมคคิอาญาเรื่องหนึ่งที่ศาลไทยใช้หลักกฎหมายเรื่อง “สิ่งที่ปรากฏมันฟ้องอยู่ในตัวแล้ว” มาพิจารณาซึ่งหลักนี้เป็นหลักการระการพิสูจน์ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้ในการวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยประมาทและในคดีนี้จำเลยก็นำสืบต่อผู้คดีในประเด็นที่ขัดๆกัน จึงเป็นสาเหตุที่อาจทำให้จำเลยแพคดีได้ดังคดีต่อไปนี้ **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3302/2528 (ศัลยกรรมระบบทางเดินปัสสาวะ)** ⁹⁶โจทก์เป็นผู้ป่วยฟ้องว่า ไปตรวจรักษาที่โรงพยาบาล (รัฐบาลในต่างจังหวัด) แห่งหนึ่ง เนื่องจากปวดท้อง และปัสสาวะมีโลหิตไหล แพทย์บอกว่าต่อมลูกหมากโจทก์โต จำเลยซึ่งเป็นแพทย์ของโรงพยาบาลได้ทำการรักษาโจทก์ โดยใช้เครื่องมือสอดเข้าตามสายทางปัสสาวะไปจุดต่อมลูกหมาก แต่กระทำด้วยความประมาททำให้สายทางเดินปัสสาวะขาด โจทก์จึงมีปัสสาวะไหลออกตลอดเวลา โจทก์ต้องทนทุกข์ทรมานตลอดชีวิต ขอให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหาย 20,000 บาท

จำเลยให้การว่า ฟ้องโจทก์เคลือบคลุม เพราะในทางการแพทย์สายโรคทางเดินปัสสาวะไม่มีในร่างกายนมนุษย์ จำเลยไม่เคยรักษาคณ ไข้ที่มีอาการดัง โจทก์อ้างในวันที่ 3 เมษายน 2524 หากจำเลยเป็นผู้รักษาจำเลยย่อมกระทำด้วยกระทำด้วยความระมัดระวังตามหน้าที่ของแพทย์ผู้รับผิดชอบอาการของโจทก์หลังผ่าตัดเกิดจากความผิดของโจทก์เอง เพราะโจทก์ก็ไม่เคยไปพบผู้ผ่าตัดเลย

ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้ว วินิจฉัยว่า จำเลยผ่าตัดโดยประมาท

ต่อไปเป็นตัวอย่างคดีที่ฟ้องและสิ้นสุดลงก่อนถึงศาลฎีกา ในกรณีของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 300 ซึ่งผู้เขียนได้นำคำฟ้องและคำพิพากษาดังกล่าวมาศึกษา ในคำพิพากษาเรื่องนี้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้กระทำตามหน้าที่ในการบอกกล่าวถึงอันตรายในการรักษาแล้ว ความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากการที่จำเลยไม่ยอมรับการรักษาและปฏิบัติตามที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแนะนำ ดังนั้น จะถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสไม่ได้ กรณีนี้เป็นกรณีตาม **คดีคำหมายเลข 26000/2529(โรคตา)** โจทก์ฟ้องจับกุมแพทย์เป็นจำเลย ว่ากระทำการโดยประมาทในการผ่าตัดตาของโจทก์ ทำให้โจทก์ตาบอด ศาลชั้นต้นเห็นว่าการผ่าตัดรักษาดวงตาของโจทก์ ตามหลักวิชาการแพทย์ไม่มีวิธีอื่นใด นอกจากการผ่าตัดเอาเลนส์ที่ตกรอก หากไม่ทำการรักษา

⁹⁶ แสง บุญเฉลิมวิภาส , กฎหมายและข้อควรระวังของผู้ประกอบวิชาชีพแพทยพยาบาล , กรุงเทพมหานคร , สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2545 , หน้า 90

จะทำให้ลูกตาเกิดอักเสบเพราะพิษของเนื้อเลนส์ทำให้เกิดอาการเจ็บปวดและอาจเกิดต้อหินแทรกซ้อน เกิดประสาทตาฝ่อซึ่งมีอาการเจ็บปวดและทรมานถึงทรมานต้องผ่าตัดควักลูกตาออก แต่เมื่อโจทก์เข้ารับการผ่าตัด หากไม่มีโรคแทรกซ้อน ตาอาจสามารถมองเห็นได้ การผ่าตัดครั้งนี้จำเลยได้อธิบายให้โจทก์ทราบแล้ว แต่โจทก์ไม่ยอมรับการผ่าตัดอีก โอกาสที่จะมองเห็นเหมือนเดิมจึงเป็นไปได้ เพราะฉะนั้นการที่โจทก์ตาบอดมองไม่เห็น เป็นเพราะโจทก์ไม่ยอมรับการรักษาและปฏิบัติตามที่แพทย์แนะนำ จำเลยมิได้กระทำไปโดยประมาทแต่อย่างใด คดีนี้ต่อมาโจทก์ขอถอนฟ้อง ศาลอนุญาตและจำหน่ายคดี

4.2.2 มาตรา 291

การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (มาตรา 291) เป็นการกระทำโดยประมาทที่ผลของการกระทำคือ การกระทำนั้นเป็นเหตุให้คนอื่นถึงแก่ความตาย ในเรื่องนี้แสดงให้เห็นว่าการกระทำนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และโดยความผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาทตามมาตรานี้ เป็นเหตุเพิ่มโทษให้หนักขึ้นของความผิดฐานประมาททำให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 390 ฉะนั้นความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจึงต้องเป็นไปตามมาตรา 63 ซึ่งเป็นทฤษฎีผลธรรมดา ซึ่งก็คือ ความตายจะต้องเป็นผลซึ่งตามธรรมดาต้องเป็นผลที่เกิดขึ้นได้จากการกระทำของผู้กระทำ

ในทางการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมย่อมต้องใช้ความระมัดระวังโดยไม่ทำการรักษาคนไข้มาตั้งแต่ต้นแล้ว ถ้าเขายังขึ้นทำการรักษาพยาบาล เขาก็ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างนายแพทย์ ถ้าเขาไม่สามารถใช้ความระมัดระวังถึงขนาดนั้นได้ และเกิดผลขึ้นคือความตายของคนไข้ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนนั้นก็มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาทตามมาตรา 291 นี้ ในเรื่องการไม่รับรักษาตั้งแต่แรกนี้ อาจจะมีประเด็นปัญหาในเรื่องการปฏิเสธการรักษาตามมา เพราะว่าถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่รับรักษาแล้ว เกิดผลเสียหายแก่ผู้ป่วยตามมา ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น เพราะยังไม่มียุทธศาสตร์ในการรักษาผู้ป่วย ในกรณีนี้ ผู้เขียนได้เขียนวิเคราะห์ไว้แล้วในหัวข้อการปฏิเสธการรักษาว่าควรมีบทลงโทษต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ปฏิเสธการรักษาเพราะกลัวการกระทำที่ผิดพลาดทำให้ตนเองถูกฟ้องคดีอาญาแล้ว

ในส่วนที่เกี่ยวกับความระมัดระวังตามพฤติการณ์นั้น บุคคลคนเดียวกันตามพฤติการณ์อันหนึ่งอาจจะทำการซึ่งถือว่าปราศจากความระมัดระวัง แต่ภายใต้พฤติการณ์อีกอันหนึ่งอาจถือว่าไม่ใช่ปราศจากความระมัดระวังก็ได้ เช่น ในเวลาที่เกิดสงคราม มีผู้บาดเจ็บจำนวนมาก แพทย์ต้องรีบทำการรักษาพยาบาลเพื่อช่วยชีวิตผู้บาดเจ็บเหล่านั้น โดยเหตุนี้จึงหวังให้แพทย์ใช้ความระมัดระวังในการรักษาพยาบาลเหมือนในยามปกติ ย่อมไม่ได้

ความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 นี้ ในทางปฏิบัติส่วนมากมักจะเป็นคดีรถชน ซึ่งเป็นกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบทกันกับความผิดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ.2522 รวมทั้งมักจะเป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญา

คดีตัวอย่างที่เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทตามมาตรา 291 เช่น **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6968/2545**⁹⁷ การที่จำเลยจอดรถในทางเดินรถโดยไม่แสดงเครื่องหมายหรือสัญญาณตามพระราชบัญญัติจราจรทางบกฯ มาตรา 56 วรรคสอง,152 เป็นสาเหตุส่วนหนึ่งของการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายและได้รับอันตรายแก่กาย ซึ่งเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกันและเป็นผลโดยตรงที่ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายและได้รับอันตรายแก่กายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291,390 จึงเป็นการกระทำกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท ต้องลงโทษฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายซึ่งเป็นบทที่มีโทษหนักที่สุด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7143/2544 ผู้ตายขับรถจักรยานยนต์แข่งรถโดยสารประจำทางที่จำเลยขับห่าง 1 เมตรเศษ แล้วรถจักรยานยนต์ที่ผู้ตายขับได้เสียหลักล้มลง รถยนต์โดยสารประจำทางที่จำเลยขับจึงได้แล่นทับผู้ตายถึงแก่ความตาย ดังนี้ การที่รถจักรยานยนต์ที่ผู้ตายขับแข่งแล้วเสียหลักล้มลงอย่างกะทันหันหันหน้ารถโดยสารประจำทางที่จำเลยขับห่าง 1 เมตรเศษ เป็นระยะกระชั้นชิดจนเหลือวิสัยที่จำเลยจะหยุดรถได้ทัน กรณีเป็นเหตุสุดวิสัยที่บุคคลในภาวะเช่นจำเลยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ จึงมิใช่เกิดจากความประมาทของจำเลย ไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291

นอกจากนี้ ผลการตรวจชันสูตรบาดแผลหรือศพของแพทย์ ผู้ชำนาญการพิเศษยังอาจช่วยนักกฎหมายในการวินิจฉัยคดีอาญาอีกด้วย เช่น **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1919/2533**⁹⁸ โจทก์ไม่มีประจักษ์พยานรู้เห็นว่าจำเลยขับรถยนต์ชนผู้ตายแล้ว จำได้เพียงว่าเป็นรถยนต์นั่งสีเทาบรอนซ์ หมายเลขทะเบียนเท่าไร จังหวัดใด ยี่ห้อใด ไม่มีใครรู้เห็นและจำได้ จ. เห็นจำเลยขับรถยนต์คันนี้ผ่านไปผ่านมาหลายครั้ง แต่คืนเกิดเหตุก็มิได้ตามไปบ้านจำเลย และมีได้บอกบิดาผู้ตายในคืนเกิดเหตุว่ารถยนต์ของจำเลยชนคนตาย แม้จะปรากฏรอยฉีกที่ยางกันชนด้านหน้าขวารถจำเลยเป็นรอยเกิดขึ้นใหม่ๆ และมีรอยโลหิตเป็นจุดอยู่ใกล้กับดวงไฟรถด้านขวาก็ตาม แต่ผู้ชำนาญการพิเศษได้ตรวจพิสูจน์แล้วปรากฏว่า คราบโลหิตดังกล่าวเป็นโลหิตคนละหมู่กับโลหิตของผู้ตาย เช่นนี้พยานโจทก์ไม่พอฟังว่ารถยนต์ของจำเลยชนผู้ตายโดยจำเลยเป็นคนขับ

⁹⁷ มนต์ชัย ชนินทรลีลา , แพทย์กับกระบวนการยุติธรรม (รักษาอย่างไร ไม่ต้องรับผิดชอบกฎหมายฯ) , พิมพ์ครั้งที่ 1 , ตุลาคม 2548 , สำนักพิมพ์เอเชียทิท , กรุงเทพฯ , หน้า 92

⁹⁸ เรื่องเดียวกัน , หน้า 97

ต่อไปผู้เขียนได้นำคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรมกรณีของการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้คนตายนั้นมาพิจารณาพร้อมประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในกรณีนี้ได้มาศึกษาถึงหลักเกณฑ์ที่ศาลได้วินิจฉัยไว้

ประเด็นแรกคือในกรณีการกระทำที่ผู้กระทำไม่ได้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ศาลไทยได้วินิจฉัยไว้เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม แล้วได้กระทำไปโดยที่ตนเองไม่มีความรู้ ความสามารถ ขาดความระมัดระวังซึ่งถือเป็นการกระทำโดยประมาทเป็นความผิดตามมาตรา 291 ดังตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาต่อไปนี้ *คำพิพากษาฎีกาที่ 3768/2527*⁹⁹ จำเลยเป็นผู้ไม่มีสิทธิขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ทำการตรวจบำบัดโรคโดยได้ทำการฉีดยา และให้ น. กินยาโดยประมาท เป็นเหตุให้ น. ถึงแก่ความตาย

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาที่วางหลักในเรื่องการขาดความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้อีก เช่น *คำพิพากษาฎีกาที่ 2593/2521* จำเลยที่ 1 มิได้เป็นแพทย์ และมีได้รับอนุญาตให้ประกอบโรคศิลป์จัดให้มีการโฆษณาว่าสามารถรักษาโรคหลายชนิดให้หายได้ ประชาชนหลงเชื่อได้พากันไปรับรักษาโรคต่างๆกับจำเลยที่ 1 วันละประมาณ 50-60 คน แต่ไม่หาย เพราะจำเลยที่ 1 มิได้รักษาโรคตามวิธีที่ถูกต้อง ในการรักษาดังกล่าวจำเลยคิดค่ารักษาคนละ 59 บาท ดังนี้ การกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชน และได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากการหลอกลวง จึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 343 , ผู้ตายเป็นโรคน้ำเลี้ยงสมองโป่งพอง มีเนื้อโป่งพองที่คั่งจุกมาแต่กำเนิด มารดาพาไปให้จำเลยที่ 1 รักษา จำเลยที่ 1 ใช้เข็มฉีดยาเจาะเนื้อที่โป่งพองออกแล้วเป่าฟันด้วยน้ำลาย เมื่อเจาะแล้วมีน้ำใสไหลออกมาจากรูที่เจาะไม่หยุด กับมีอาการชูกะบังและอ่อนเพลีย หลังจากนั้นอีก 6 วันก็ถึงแก่ความตาย ดังนี้ ถือว่าจำเลยที่ 1 กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291

คำพิพากษาฎีกาที่ 1414/2516 (ประชุมใหญ่) จำเลยมิได้เป็นผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบโรคศิลป์ นาง ป. ผู้ตายได้ถึงแก่ความตายเพราะเหตุที่จำเลยฉีดยาเคลเซียมเข้าเส้นเลือดของผู้ตาย แล้วผู้ตายแพ้ยา ซึ่งจำเลยไม่สามารถแก้ไขได้เพราะไม่เคยศึกษาเล่าเรียนวิชาแพทย์มาก่อนเลย การกระทำของจำเลยจึงเข้าลักษณะการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 ให้จำคุกจำเลย 4 ปี คำให้การชั้นสอบสวนและคำเบิกความของจำเลยในชั้นพิจารณาเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาอยู่บ้าง ลดโทษให้ 1 ใน 4 ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงจำคุกจำเลย 3 ปี ของกลางริบ

⁹⁹ ประทีป อ่ำวิจิตรกุล , *ฟ้องแพทย์* , หน้า 55

คำพิพากษาฎีกาที่ 981/2507 จำเลยไม่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบโรคศิลปะ ได้ฉีดยาไพรา นาแกโซให้เด็กหญิง ส. โดยฉีดยาไม่ตรงตามตำแหน่งที่ควรฉีดยาและเข็มไม่สะอาด เป็นเหตุให้เด็กหญิง ส. เป็นฝีและอักเสบอย่างรุนแรงจนถึงแก่ความตาย

มีคดีที่เกี่ยวกับประมาทที่ผู้กระทำไม่ได้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอีกคดีหนึ่ง แต่ในคดีนี้มีข้อพิจารณาถึงหลักในการกระทำโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้ในเรื่องเหตุสุดวิสัยในทางการแพทย์กับการกระทำโดยประมาทซึ่งผู้เขียนได้ตั้งข้อสังเกตไว้คือใน **คำพิพากษาฎีกาที่ 461/2536** การที่จำเลยทั้งสองไม่ได้เป็นแพทย์ และไม่ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา ได้ฉีดยาและให้ผู้ป่วยกินยาปฏิชีวนะประเภทเพนิซิลลิน โดยผู้ตายมีอาการหมดสติแทบจะทันใดหลังจากจำเลยให้กินยาและฉีดยา และถึงแก่ความตายหลังจากนั้นประมาณ 3 ชั่วโมง โดยไม่ปรากฏว่าผู้ตายรับการฉีดยาจากสถานพยาบาลอื่นมาก่อนมีอาการเช่นนั้น ถือว่าความตายเป็นผลโดยตรงจากการที่จำเลยทั้งสองให้กินยาและฉีดยาเพนิซิลลิน จำเลยทั้งสองจึงต้องมีความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291

ข้อสังเกต คดีนี้เป็นคดีที่ผู้กระทำไม่ใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ฉีดยาเพนิซิลลินให้ผู้ป่วย หลังจากนั้นผู้ป่วยมีอาการหมดสติไป และถึงแก่ความตายแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ตามหลักวิชาการทางการแพทย์แล้ว ยาเพนิซิลลินนั้นเป็นยาที่เสี่ยงต่อการแพ้ยาได้ง่ายซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมย่อมทราบดีในเรื่องนี้ ถ้าก่อนทำการฉีดยาผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ทำการตรวจประวัติผู้ป่วยก่อน หรือในประวัติไม่มีการแพ้ยามาก่อน ก่อนที่จะฉีดยาเข้าไปผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ต้องเตรียมยาที่สามารถแก้ไขอาการแพ้ยาตัวนี้ไว้ก่อน ถ้าผู้ป่วยมีอาการแพ้ยาเพนิซิลลินขึ้นมามีจริงๆ จะสามารถแก้ไขได้ทันทันที

ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้กระทำการดังนี้แล้วยังมีผลเกิดขึ้น คือผู้ป่วยตาย ก็ต้องถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ได้กระทำการโดยประมาท แต่สิ่งที่เกิดขึ้นถือเป็นเหตุสุดวิสัยทางการแพทย์ แต่ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ได้กระทำการเช่นว่านี้แล้ว ก็ต้องถือว่าเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพราะถือว่าเป็นเรื่องที่คุณประกอบวิชาชีพเวชกรรมเข้าใจและทราบเป็นอย่างดี¹⁰⁰

นอกจากนี้หากเป็นกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมขาดความระมัดระวังไม่ได้ทำการตรวจรักษาเบื้องต้นก่อนการรักษาและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วยขึ้น ศาลก็ต้องถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการโดยประมาท ดังได้มีคำพิพากษากฎีกาข้างต้นไว้คือ **คำพิพากษาฎีกาที่**

¹⁰⁰ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และคณะ , งานวิจัย คดีแพทย์ บุคลากรแพทยถูกฟ้อง , พิมพ์ครั้งที่ 1 , มีนาคม 2544 , โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์ , กรุงเทพฯ

946-947/2475 จำเลยที่ 1 เป็นแพทย์สั่งให้จำเลยที่ 2 นักปรุงยา ผสมยาเมื่อพยาธิให้บุตรโจทก์กินแรงเกินขนาด เป็นเหตุให้บุตรโจทก์ตายเพราะพิษยานั้น ทั้งเมื่อเกิดเป็นพิษแก่เด็ก จำเลยที่ 1 ก็ไม่ได้ไปแก้ไขให้ทันท่วงที เมื่อเด็กตายแล้ว ผ่าศพออกตรวจก็ไม่พบตัวพยาธิเลย ดังนี้ จำเลยทั้งสองมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาท ตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 252 (ปัจจุบันคือ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 291) จำเลยที่ 1 เป็นแพทย์และเป็นนายจ้างของจำเลยที่ 2 เป็นต้นเรื่องแห่งการกระทำผิดยิ่งกว่าจำเลยที่ 2 ที่มีความรู้เพียงเล็กน้อย

ข้อสังเกต ในกรณีนี้จำเลยเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ได้ทำการตรวจรักษาเบื้องต้นตามอาการของผู้ป่วยก่อน แต่ได้สันนิษฐานไปว่าผู้ป่วยมีพยาธิอยู่ในตัวจึงผสมยาให้กินแรงเกินขนาดและเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นก็ไม่ได้แก้ไขให้ทันท่วงที ทำให้ผู้ป่วยตาย กรณีนี้น่าจะถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการผสมยาที่แรงเกินขนาดให้ผู้ป่วยโดยที่ไม่ได้ตรวจดูให้ดีกว่าก่อนว่าผู้ป่วยมีพยาธิอยู่ในตัวหรือไม่ เพราะเมื่อผ่าศพออกมาดูก็ไม่พบพยาธิ ซึ่งถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ใช้ความระมัดระวังในการตรวจรักษาเบื้องต้นก่อนผู้ป่วยก็คงไม่ได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิต

ในเรื่องความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 291 นี้มีคำพิพากษาฎีกาเรื่องหนึ่งที่ศาลได้นำหลักในการพิจารณาพยานหลักฐานในกรณีการกระทำโดยประมาทในทางอาญา และแฟ่งมาใช้ในการพิจารณา ในการฟ้องผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในคดีอาญานั้น เหตุที่ศาลยกฟ้องมักจะมาจากการที่ไม่มีการนำสืบพยานให้เห็นชัดเจนได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมประมาทเลินเล่ออย่างไร เพราะในคดีอาญานั้นการพิจารณาถึงความรับผิด โจทก์ต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่าการกระทำโดยประมาทจริงโดยปราศจากข้อสงสัยในการกระทำผิด ถ้านำสืบให้เห็นไม่ได้ย่อมต้องยกประโยชน์ให้แก่จำเลย¹⁰¹ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการพิจารณาความรับผิดในทางแพ่งและทางอาญากรณีประมาทนั้นเหมือนกัน แต่การรับฟังพยานหลักฐานมีความแตกต่างกัน คือ ในทางอาญานั้นพยานหลักฐานต้องมีความชัดเจนหนักแน่นพอที่จะทำให้ทราบถึงการกระทำผิดของจำเลยได้ ดังคำพิพากษาฎีกานี้คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 279/2467 จำเลยเป็นแพทย์ประกาศนียบัตร ต้องหาว่าทำให้นบุตรโจทก์ อายุ 7 ปีถึงแก่ความตาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยสันนิษฐานว่าเด็กหญิงป่วยเป็นไข้กาฬโรค จำเลยประสงค์จะเอาเลือดของเด็กส่งไปยังกรมสาธารณสุข เพื่อตรวจค้นเชื้อโรค จึงขออนุญาตโจทก์ โจทก์ซึ่งเป็นบิดาเด็กยินยอม จำเลยจึงใช้เข็มสำหรับแทงเอาเลือดชนิดธรรมดาแทงตรงต่อมที่บวม การที่จำเลยกระทำดังนี้ ไม่มีพยานหลักฐานแสดงว่าไม่เป็นวิธีที่ถูกต้องประการใด หรือว่าเข็มนั้นไม่ใช่เครื่องมือสำหรับใช้ในกรณีเช่นนั้นหรือไม่สะอาด และไม่มีใครอ้างเลยว่าการตายนั้นเนื่องจากโลหิตเป็นพิษ แต่อ้างว่าความตายของเด็กหญิงเป็นผลของเหตุที่จำเลยใช้เข็มแทง โจทก์ต้อง

¹⁰¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และคณะ , งานวิจัย คดีแพทย์ บุคลากรแพทย์ถูกฟ้อง , พิมพ์ครั้งที่ 1 , มีนาคม 2544 , โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์ , กรุงเทพฯ

สืบให้ได้ความว่า การกระทำของจำเลยเป็นเหตุอันแท้จริงที่กระทำให้เด็กหญิงนั้นตาย และจำเลยเดินเลื้อตามความในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 43 (ปัจจุบัน คือประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59)

4.2.3 มาตรา 390

ความผิดตามมาตรา 390 การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจนี้เป็นความผิดลหุโทษ ความสำคัญในมาตรานี้อยู่ที่ว่าการกระทำนั้นต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำโดยประมาทและผล คืออันตรายแก่กายหรือจิตใจตามทฤษฎีผลกรรมตาม มาตรา 63

ผลของการกระทำตามมาตรา 390 นี้คือ การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ การกระทำเช่นใดที่จะถือว่าเป็นอันตรายหรือไม่เป็นอันตรายต่อกายและจิตใจนั้น ต้องพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ศาลได้วางหลักไว้ ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ว่า การกระทำไม่เป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายเนื่องจากบาดแผลเป็นเพียงรอยถลอก ฟกช้ำเท่านั้น หลักนี้ศาลได้ตัดสินไว้ใน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1770/2516 ขับรถโดยประมาททำให้เกิดชนกันอย่างแรง แต่ลักษณะบาดแผลของผู้เสียหายบาดเจ็บบริเวณข้อศอกมีรอยช้ำ รักษา 2 วันหาย ไม่ถึงอันตรายแก่กาย ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 390

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 202/2510 รอยบาดแผลเจ็บเพียงโหนกแก้มถลอกโตกลมประมาณ 3 เซนติเมตร เข้าบวมโตกลมประมาณ 5 เซนติเมตร รักษาประมาณ 4 วัน ยังไม่อันตรายแก่กายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 390

ต่อไปเป็นตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยในกรณีความผิดตามมาตรา 390 ไว้ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2154/2534 จำเลยที่ 2 สำคัญผิดว่าบุตรแรกเกิดของตนถึงแก่ความตายแล้ว จึงโยนลงมาจากหน้าต่างห้องน้ำชั้น 2 ของโรงแรม เป็นเหตุให้เด็กหญิง น. ได้รับอันตรายแก่กาย แม้โจทก์จะไม่มีพยานรู้เห็นว่าจำเลยที่ 1 ร่วมลงมือกระทำความผิดกับจำเลยที่ 2 แต่การที่จำเลยที่ 1 อยู่ร่วมห้องเดียวกับจำเลยที่ 2 ตามลำพังในขณะที่จำเลยที่ 2 คลอดบุตร จำเลยที่ 2 ย่อมต้องมีความเจ็บปวดซึ่งจะต้องเรียกให้จำเลยที่ 1 ช่วยเหลือตน ตามพฤติการณ์จึงมีเหตุผลให้เชื่อได้ว่าจำเลยที่ 1 ได้รู้เห็นในการคลอดบุตรของจำเลยที่ 2 แม้จะเป็นการคลอดก่อนกำหนดประมาณ 2 เดือนเศษ ก็หาใช่ว่าเด็กทารกจะไม่มีชีวิตรอดอยู่เสมอไปไม่ จำเลยที่ 1 ในฐานะบิดาย่อมมีหน้าที่ต้องเอาใจใส่ดูแลบุตรด้วยการใช้ความระมัดระวังตรวจดูให้ถ้วนถี่เสียก่อนว่าบุตรที่เกิดมายังมีชีวิตรอดอยู่หรือไม่ มิใช่ปล่อยให้จำเลยที่ 2 โยนบุตรทิ้งไปโดยไม่ได้ห้ามปรามทั้งๆที่จำเลยที่ 1 สามารถใช้ความระมัดระวังในกรณีเช่นนี้ได้ จำเลยที่ 1 จึงมีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายตามมาตรา 390

ต่อไปผู้เขียนจะได้นำคำพิพากษาที่เกี่ยวกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นความผิดตาม มาตรา 390 ฐานประมาททำให้ได้รับอันตรายแก่กายและจิตใจพร้อมประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นมาศึกษา ถึงหลักเกณฑ์ที่ศาลฎีกาได้วางไว้

เรื่องของความยินยอมในการรักษานั้น คำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องนี้ศาลได้วินิจฉัยในเรื่องของความยินยอมไว้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องอธิบายให้ผู้ป่วยเข้าใจ และให้ผู้ป่วยตัดสินใจยอมรับการรักษาด้วยวิธีการดังกล่าวเอง และวิธีที่ใช้รักษาก็เป็นวิธีการทางการแพทย์ที่ใช้กันมานานแล้ว และถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้กระทำการป้องกันการติดเชื้ออย่างดีที่สุดแล้ว การติดเชื้อที่เกิดขึ้นจึงมิใช่เกิดจากความประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นจึงไม่เป็นการกระทำโดยประมาท คือ **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1582/2538 (ศาลฎีกา กระจก)** โจทก์ฟ้องแพทย์ศัลยกรรมกระดูกว่าทำการผ่าตัดโดยประมาทเลินเล่อทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยที่ 2 เป็นโรงพยาบาลเอกชน การรักษาคนไข้โดยการผ่าตัดอย่างกรณีโจทก์เป็นการรักษาที่ยุ่งยาก และเสียค่าใช้จ่ายสูงทั้งไม่ใช่กรณีเร่งด่วนที่จะทำให้โจทก์ถึงแก่ชีวิตในทันที หากโจทก์ไม่ยินยอมผ่าตัดรักษาตามวิธีดังกล่าวแล้ว แพทย์คงไม่กล้ากระทำไปโดยพลการแน่ และข้อเท็จจริงยังฟังได้ว่าแพทย์ได้แจ้งให้โจทก์ทราบถึงวิธีการรักษาดังกล่าวแล้ว และโจทก์ยินยอมให้ผ่าตัดรักษาตามวิธีดังกล่าว การผ่าตัดตามวิธีนี้ในวงการแพทย์มีมานานแล้ว และแพทย์ก็ได้ทำตามความต้องการของโจทก์ตามหลักวิชาชีพแพทย์ ในการผ่าตัดย่อมมีโอกาสติดเชื้อเป็นธรรมดา โดยเฉพาะกรณีของโจทก์มีโอกาสดูติดเชื้อสูง ซึ่งมีสาเหตุโดยตรงจากการกระทำของแพทย์(จำเลยที่1) ข้อเท็จจริงจึงยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยที่ 1 รักษาโดยประมาทเลินเล่อ

มีคดีที่ศาลได้นำหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ในเรื่องหลักการการพิสูจน์มาใช้ในการพิจารณาความรับผิดตามมาตรา 390 เพราะในคำวินิจฉัย ศาลได้วินิจฉัยไว้ชัดว่า แม้โจทก์จะพิสูจน์ไม่ได้ว่า จำเลยที่ 2 ประมาทอย่างไร แต่เมื่อจำเลยที่ 2 ผ่าตัดแล้ว ต้องแก้ไขอีกถึง 3 ครั้งแสดงว่า จำเลยที่ 2 ไม่ใช่ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์เป็นพิเศษ คล้ายๆหลัก Res ipsa loquitur (ทุกอย่างมันฟ้องอยู่ในตัวแล้ว)¹⁰² นอกจากนั้น ศาลฎีกายังยกเรื่องจำเลยที่ 2 ไม่ได้แจ้งให้ผู้ป่วยทราบ ถึงขั้นตอนการรักษา ระยะเวลา และกรรมวิธีในการดำเนินการรักษา เข้ามาประกอบการวินิจฉัยด้วยแสดงว่าศาลได้คำนึงถึงเรื่อง Informed consent ด้วย ใน **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 292/2542(ศาลฎีกา กระจกแตกแต่เงา)** โจทก์ฟ้องบริษัทเจ้าของโรงพยาบาลเป็นจำเลยที่ 1 และแพทย์ผู้ผ่าตัดเป็นจำเลยที่ 2 ว่ากระทำการผ่าตัดโดยประมาททำให้โจทก์ได้รับความทุกข์ทรมานทั้งร่างกายและจิตใจ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าแม้ยานโจทก์ไม่สามารถนำสืบให้เห็นได้ว่า จำเลยที่ 2 ประมาทเลินเล่อในการผ่าตัดและรักษาพยาบาลโจทก์อย่างไร แต่การที่แพทย์ผู้ที่รักษาต่อทำการผ่าตัดแก้ไขอีก 3 ครั้ง แสดง

¹⁰² West Group , “Res ipsa loquitur”, West’s Encyclopedia of American Law 9(1998) : 14

ว่าจำเลยที่ 2 ผ่าตัดมามีข้อบกพร่อง จึงต้องแก้ไข ยิ่งกว่านั้น การที่โจทก์ให้จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านศัลยกรรมเลเซอร์ผ่าตัด แสดงว่า จำเลยที่ 2 มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์เป็นพิเศษ แต่การที่จำเลยที่ 2 ผ่าตัดโจทก์เป็นเหตุให้ต้องแก้ไขถึง 3 ครั้ง แสดงว่าไม่ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัด และไม่แจ้งให้ผู้ป่วยทราบถึงขั้นตอนการรักษาระยะเวลาและกรรมวิธีในการดำเนินการรักษาจนเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย นับว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลยที่ 2

นอกจากนี้ยังมีคดีที่เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ศาลได้นำหลักการพิสูจน์ข้อเท็จจริงมาใช้อีกในกรณี **การผ่าตัดจุมูก คำพิพากษาศาลแพ่งคดีแดง 21076/2528(หุ คอ จมูก)** โจทก์เป็นผู้ป่วยฟ้องแพทย์ผู้ทำการรักษาว่ากระทำการประมาทเลินเล่อ ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายจากการเข้ารักษาเนื้องอกในจมูก ศาลวินิจฉัยว่าในทางพิจารณาจากการนำสืบของคู่ความซึ่งอ้างแพทย์ซึ่งมีความเชี่ยวชาญทางโรคตามาเบิกความแล้ว ไม่ปรากฏว่ากล้ามเนื้อตาของโจทก์ขาดังโจทก์ฟ้อง ข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าอาการของโจทก์อาจเกิดจากสาเหตุหลายประการ ซึ่งไม่แน่ว่าจะเกิดจากอะไร และเป็นผลของการผ่าตัดของจำเลยที่ 2 หรือไม่ ข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่า จำเลยที่ 2 กระทำโดยประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุให้โจทก์เสียหายดังฟ้อง พิพากษายกฟ้องโจทก์

ข้อสังเกต ศาลยกฟ้องเพราะโจทก์พิสูจน์ไม่ได้ว่าจำเลยประมาทเลินเล่ออย่างไรคดีในศาลสูงไม่ทราบผลคดี

ประเด็นปัญหาในเรื่องเหตุสุดวิสัย ก็อาจนำมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ คือไม่ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะได้อาศัยความระมัดระวังอย่างเต็มที่แล้วหรือไม่ก็ตาม แต่ถ้ายังมีความเสียหายเกิดขึ้นแม้จะได้อาศัยความระมัดระวังตามภาวะ วิสัย และพฤติการณ์แล้ว ก็ไม่ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการโดยประมาท ในคดีนี้โจทก์ฟ้องว่าจำเลยประมาทเลินเล่อไม่สอบถามประวัติการแพ้ยาของโจทก์ก่อนทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายซึ่งเป็นการผิดตามมาตรา 390 แต่โจทก์ก็ยอมรับว่า ตนเองไม่รู้ว่าตนแพ้ยาอะไร ดังนั้น ไม่ว่าจำเลยจะถามโจทก์หรือไม่ก็ไม่สามารถป้องกันการแพ้ยาของโจทก์ได้อยู่ดี เป็นกรณี **คำพิพากษาของศาลจังหวัดนนทบุรี คดีแดงที่ 1368/2532 (เภสัชกรรม)** โจทก์ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นเภสัชกรเจ้าของร้านขายยา ว่ากระทำการโดยประมาทเลินเล่อขาดความเชี่ยวชาญในการวินิจฉัยโรคและจัดยาโดยไม่สอบถามประวัติการแพ้ยาของโจทก์มาก่อน ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าตามข้อเท็จจริงจำเลยได้เบิกความว่าได้สอบถามโจทก์ก่อนแล้วว่าแพ้ยาอะไร และจากคำเบิกความของโจทก์ก็ยอมรับว่าตัวเองไม่รู้ว่าแพ้ยาอะไรมาก่อน คดีนี้แม้ได้ความว่าอาการแพ้ยาของโจทก์เกิดจากการรับประทานยาซัลฟาที่จำเลยจัดให้ แต่ก็เป็นเรื่องที่จำเลยไม่อาจป้องกันได้ และไม่อาจคาดเห็นว่าจะเกิดขึ้นจึงยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยขายยาให้โจทก์โดยประมาท จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบ ศาลยกฟ้อง โจทก์ไม่ได้อุทธรณ์

คดีที่ศาลได้นำหลักในเรื่องความยินยอมมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดในการกระทำ และวินิจฉัยว่าจำเลยประมาทหรือไม่โดยการพิจารณาว่าจำเลยได้กระทำตามหลักวิชาชีพแพทยหรือไม่ และได้ใช้ความระมัดระวังแค่ไหน ซึ่งในกรณีนี้โจทก์นำสืบไม่ได้ว่าโจทก์กระทำการโดยประมาทอย่างไร ดังเช่น *กรณีถอนฟันโดยไม่ได้รับความยินยอม คดีแดงหมายเลข 4674/2535 ศาลแพ่งธนบุรี (ต้นตอกรรม)* โจทก์ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นทันตแพทย์ประจำโรงพยาบาล ว่ากระทำการถอนฟันโจทก์โดยไม่ได้รับความยินยอม ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ศาลพิเคราะห์ว่า เมื่อโจทก์เข้าขอรับการรักษาที่โรงพยาบาล โจทก์ได้ให้ความยินยอมแก่แพทย์ผู้จะทำการรักษาไว้ ดังปรากฏตามหนังสือให้ความยินยอมแก่แพทย์ผู้จะทำการรักษาไว้ตามหนังสือให้ความยินยอมมีใจความว่า โจทก์ยินยอมให้แพทย์ที่ทางโรงพยาบาลจัดให้ดำเนินการทุกอย่างที่เป็นการกระทำเพื่อตรวจและรักษาต่อร่างกายของโจทก์ผู้ป่วย รวมทั้งทำการผ่าตัดตัดตามความเห็นของแพทย์ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ต่อสุขภาพและชีวิตของโจทก์ผู้ป่วย ฯลฯ นอกจากนี้การรักษาของจำเลยก็เป็นการกระทำด้วยความระมัดระวัง และถูกต้องตามหลักวิชาแพทย์ เป็นวิธีการรักษาที่ถูกต้องแล้ว

คดีในประเทศไทยส่วนใหญ่ที่ศาลยกฟ้องสืบเนื่องมาจากโจทก์ไม่สามารถนำพยานมาสืบให้เห็นได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการโดยประมาทอย่างไร จึงก่อให้เกิดปัญหามากมายในปัจจุบัน

คดีต่างๆที่เกิดขึ้นในศาลไทยนั้นยังมีน้อย ศาลจึงยังไม่อาจสร้างมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูแพทย์ในกรณีต่างๆไว้อ้างอิงได้เหมือนศาลของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ แต่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ก็มีอิทธิพลอยู่ในหมุ่ นักกฎหมายไทยมิใช่น้อยประกอบกับมาตรฐานความระมัดระวังในทางการแพทย์ ซึ่งปัจจุบันเป็นวิทยากรที่เป็นมาตรฐานสากลอยู่แล้ว ในคำพิพากษาส่วนใหญ่ของไทยนั้นจึงมีแนวทางไปในทางเดียวกับระบบคอมมอนลอว์ ในการพิจารณาความรับผิดชอบกรณีการกระทำโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างคำพิพากษาฎีกา ในคดีที่เกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของข้าราชการพยาบาลซึ่งไม่ใช่ความผิดที่เกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย แต่เป็นการกระทำโดยประมาท ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยอาจนำมาศึกษาเทียบเคียงกับความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ เช่น *คำพิพากษาฎีกาที่ 1886/2523*¹⁰³ จำเลยรับราชการเป็นพยาบาลประจำโรงพยาบาลได้ตรวจชั้นสูตรบาดแผลของ พ. ซึ่งถูกข่มขืนกระทำชำเรา ละเว้นไม่ส่งชันสูตรในช่องคลอดของ พ.ไปหาเชื้อของน้ำอสุจิตามระเบียบ และกรอกข้อความลงในรายงานผลการตรวจชั้นสูตรเอาเอง พ. ย่อมเป็นผู้เสียหายและได้รับความเสียหายเพราะการกระทำของจำเลยแล้ว จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157

¹⁰³ มนต์ชัย ชนินทรลีลา , แพทย์กับกระบวนการยุติธรรม (รักษาอย่างไร ไม่ต้องรับผิดทางกฎหมายฯ) , พิมพ์ครั้งที่ 1 , ตุลาคม 2548 , สำนักพิมพ์เอเชียคิท , กรุงเทพฯ , หน้า 82

4.3 การกระทำโดยประมาทในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ระบบกฎหมาย Common Law นั้นความรับผิดชอบทางอาญากับความรับผิดชอบทางแพ่งแยกออกจากกันอย่างเห็นได้ชัด กล่าวคือ การกระทำโดยประมาทที่จะเป็นความรับผิดชอบทางอาญานั้นต้องเป็นประมาทที่ต้องเข้าข่ายที่มีลักษณะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงถึงขนาดที่เรียกว่าการกระทำอย่างบ้าบิ่น (Recklessness) เท่านั้น ถ้าประมาทเลินเล่อธรรมดา (Negligence) เป็นเพียงละเมิดทางแพ่ง มีการกล่าวอยู่เสมอว่า ความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา (ไม่รวมถึงความผิดที่กฎหมายกำหนด ซึ่งได้แก่ ความผิดที่มีกฎหมายบัญญัติห้าม (mala prohibita) ต้องขึ้นอยู่กับ การบังเกิดพร้อมกันของการกระทำ (actus reus) และเจตนาร้าย (mens rea) หรือในกรณีเป็นการกระทำความผิดฐานประมาท ในบางกรณีถือว่าเป็นตัวแทนสำหรับเจตนาร้าย¹⁰⁴ แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานประมาทจะไม่เคยนำมาใช้สำหรับ กรณีเป็นตัวแทนของความผิดที่ต้องการเจตนาพิเศษ (specific intent) ผู้ที่กระทำการโดยประมาทจะปฏิเสธความรับผิดชอบทางอาญา โดยอ้างว่าตนมิได้กระทำโดยเจตนาไม่ได้ ถ้าเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติว่าการไม่ระมัดระวังและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ถือว่าเป็นความผิดอาญาเพราะความประมาทปราศจากความระมัดระวังของบุคคล ย่อมแสดงให้เห็นถึงจิตใจที่ละเลยต่อความเสียหายที่อาจเกิดแก่ชุมชน หรือบุคคลอื่น

จากที่กล่าวมาแล้วว่าในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ความรับผิดชอบทางกฎหมายมีระดับของความประมาทอยู่ 2 ระดับ คือประมาทที่เป็นความผิดในทางแพ่ง (negligence) และประมาทโดยรู้ตัว (recklessly) ซึ่งถือเป็นประมาทที่จะทำให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งมีระดับของความประมาทแตกต่างกัน ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะศึกษาแต่ในกรณีของการกระทำโดยประมาทที่เป็นความรับผิดชอบทางอาญา ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ คือ ประมาทโดยรู้ตัว (recklessly)

ประเทศอังกฤษ จากแนวทบทวนคดีของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะเห็นได้ว่า ประมาทโดยรู้ตัว หมายถึงการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำลงไม่เพียงแต่ขาดความระมัดระวังเท่านั้น แต่ได้กระทำโดยรู้สึกล่วงแล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะเกิดภัยขึ้นแต่ก็ยังขึ้นกระทำลง โดยคิดว่าจะสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดขึ้นได้¹⁰⁵

ในความผิดตามกฎหมายคอมมอนลอว์จำนวนมาก “ประมาทโดยรู้ตัว” เหมือนกับผลที่ได้เกิดขึ้นที่ต้องการ actus reus หรือพฤติการณ์ที่จำเป็นของการกระทำหรือการเสี่ยงภัยอื่นๆซึ่งเพียงพอแก่ความต้องการตามที่กฎหมายบัญญัติสำหรับความรับผิดชอบทางอาญา เช่นเดียวกับเป็นการเปลี่ยนแปลงต่อสถานะภาพทางจิตใจเหมือนกับเจตนา หรือการรู้สำนึก

¹⁰⁴ Amos and Walton , *An introduction to Criminal Law* , Clarendon Press , 1963

¹⁰⁵ J.C.Smith and Brian Hogan , *Criminal Law* , 4ed , (London : Butterworths , 1978) , p.52

ในประเทศอังกฤษนั้นศาลได้ให้คำจำกัดความประมาทโดยรู้ตัวโดยคำพิพากษาของศาล กล่าวคือ เริ่มแรกศาลได้ให้ความหมายของประมาทโดยรู้ตัวในทางอัตวิสัย (subjective) การกล่าวหาจะพบว่า กรณีจะเป็นความผิดประมาทโดยรู้ตัว ก็คือ ถ้าผู้กระทำรู้ถึงความเป็นไปได้ในผลของความประพฤติที่ปรากฏ (หรือพฤติการณ์ที่มีอยู่โดยเฉพาะ) และผู้กระทำไม่คำนึงถึงอันตรายที่จะปรากฏในคดี Cunningham(1957) 2QB. 396. จำเลยได้ทำการเคลื่อนย้ายมิเตอร์แก๊ส เมื่อเขาหันหลังสายท่อแก๊สได้แตก ทำให้แก๊สรั่วและกระจายไปยังบ้านใกล้เคียงอื่นๆ และเพื่อนบ้านได้สูดดมแก๊สเข้าไป จำเลยถูกตัดสินลงโทษฐานมุ่งร้าย (maliciously) นำสิ่งมีพิษก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้อื่น (The Offences The Person Act 1861,S.23)

ประเทศสหรัฐอเมริกา ประมาทโดยรู้ตัวหรือประมาทโดยจงใจตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา นั้น ก็มีหลักกฎหมายหรือแนวความคิดเหมือนหรือใกล้เคียงกับประเทศอังกฤษ กล่าวคือ สหรัฐอเมริกา ได้มีความพยายามที่จะติดต่อเชื่อมโยงกันกับพื้นฐานของความรับผิดชอบทางอาญา รวมถึงประมาทด้วยคือ ความเหมาะสมของการใช้ mens rea โดยในคดีแรกๆได้เน้นเกี่ยวกับการเอาแต่ใจ (obstinate) , การตั้งใจด้วยความเร็วคว้นได้ (willful rashness) เช่น ในคดี Commonwealth V. Thompson) , 6 Mass .134,140 (1809) . หรือความประมาทอย่างร้ายแรง (gross negligence) และยังรวมถึงการกระทำโดยตั้งใจ รู้ถึงผลของการกระทำนั้น ภายใต้พฤติการณ์ที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิต

การวิเคราะห์โดยทฤษฎีของ Holmes ที่ว่า ประมาทโดยรู้ตัว ต้องพิจารณาจาก “ระดับของอันตรายต่อการกระทำนั้น” (the degree of danger attending the act) * ประมาทโดยรู้ตัว เริ่มมีการใช้วิจรรณญาณที่กว้างขึ้น แต่การปรับปรุงของภาษายังเป็นขั้นตอนที่ช้ามาก ประมาทในทางอาญาไม่เพียงแต่ประพฤติด้วยความลุ่มหลงในแบบอย่างทั่วไปหรือมาตรฐานธรรมดา หรือความประพฤติของวิญญูชนภายใต้พฤติการณ์เดียวกันเท่านั้น แต่ความประพฤติต้องเป็นการไม่เอาใจใส่หรือไม่แตกต่างในผล ภายใต้พฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับอันตรายต่อชีวิตและอื่นๆ

ท่าน Glanville Williams ได้ให้ความหมายของความแตกต่างระหว่างประมาทโดยรู้ตัว (adventent negligence) จากประมาทโดยไม่รู้ตัว (inadvertent negligence) ว่า “ขึ้นอยู่กับว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังของการไม่มีเหตุผลที่เขาจะกระทำการเสี่ยงหรือไม่” ตามประมวลกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกา ¹⁰⁶ ได้บัญญัติกรณีของประมาทโดยรู้ตัวว่า “การกระทำของบุคคลจะเป็น

* ในคดี Commonwealth V. Pierce , 138 Mass . 165(1884) Holmes ได้กล่าวว่า “ประมาทโดยรู้ตัวในทางศีลธรรม หมายถึง การรู้สำนึกที่ชัดเจนต่อผลการกระทำของบุคคลหนึ่ง หรือพฤติการณ์จากบุคคลบางคนหรือทุกคนที่จะต้องคาดหมายไว้ก่อนหรือเข้าใจในการกระทำ มันเป็นเรื่องที่ชัดเจนในการยอมรับของคนส่วนใหญ่ที่ว่าประมาทโดยรู้ตัวในความผิดอาญานั้นจะต้องมีไม่น้อยกว่าในทางกฎหมายแพ่งที่จะต้องพิสูจน์โดยใช้บางสิ่งที่เรียกว่ามาตรฐานภายนอก(external standard) มาตรฐานที่เลือก ก็คือ ระดับของอันตรายที่มีอยู่ของการกระทำนั้น

¹⁰⁶ Loewy , W. The criminal code of the American law . London : Sweet&Maxell , 1909

ประมาทโดยรู้ตัว ก็ต่อเมื่อ บุคคลนั้น ได้รู้สำนึกถึงองค์ประกอบ อันเป็นสาระสำคัญของความผิดและเพิกเฉย กระทำการเสี่ยงโดยไม่นำพาต่อภัยอันตราย อันจะพึงมีหรือพึงเกิดจากการกระทำนั้นๆ โดยผู้กระทำได้รู้ถึงระดับและสภาวะการณ์ของภัยอันตรายที่ผู้กระทำต้องรู้และประสงค์ การเพิกเฉยนี้ รวมถึง การเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรง ไปจากมาตรฐานของการกระทำของบุคคลทั่วไป ที่จะปฏิบัติในสถานการณ์ของผู้กระทำนั้น

การรู้สำนึกถึงองค์ประกอบ อันเป็นสาระสำคัญของความผิด ก็คือ การกระทำโดยประมาทที่วิญญูชนทั่วไปย่อมรู้ถึงอันตรายหรือความชั่ว ความประพฤติดต่อกิจกรรมที่เกิดขึ้นหรือการให้เหตุผลที่สมควรของการรู้หรือข้อแก้ตัวสำหรับความประพฤดิเช่นนั้น

การกระทำการเสี่ยงโดยไม่นำพาต่อภัยอันตราย อันจะพึงมีหรือพึงเกิดจากการกระทำนั้น หมายถึง การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ไม่สมควรทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บต่อชีวิต ร่างกายหรือเสียหายในทางทรัพย์สินและผู้กระทำได้ว่าเขาได้ก่อให้เกิดความเสี่ยงเช่นนั้น ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าการกระทำดังกล่าว เป็นความเสี่ยงที่มีระดับสูงและการกระทำเช่นนั้น ไม่ได้กระทำเพื่อรักษาประโยชน์สุขของสังคม¹⁰⁷

การกระทำกรณีความรับผิดชอบที่เบี่ยงเบนไปจากความต้องการของวิญญูชน (standard of care) นั้น เป็นการให้คำจำกัดความ ถึงความแตกต่างของประมาทโดยรู้ตัวไปจากประมาทโดยไม่รู้ตัวและเป็นตรรกวิทยา(logical) ในการเลือกที่จะกำหนด คำว่า “ประมาทโดยรู้ตัว”(recklessness) สำหรับกรณีแรกและประมาทที่เป็นความผิดอาญาในกรณีอื่นๆ โดยอยู่ในคำจำกัดความ ของ Model Penal Code

ดังนั้น สรุปความผิดประมาทโดยรู้ตัว(recklessness) ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์

1. การกระทำโดยไม่ระมัดระวัง ไม่เอาใจใส่ต่อภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อบุคคลอื่น

ประมาทโดยรู้ตัวเป็นสิ่งที่อาจมีอยู่ตามผลของการกระทำหรือตามเหตุแวดล้อม กล่าวคือผู้กระทำไม่นำพาหรือไม่สนใจต่อการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร(an unjustifiable risk)¹⁰⁸ว่าจะก่อให้เกิดผลที่ติดตามมาหรือการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุอันสมควรนั้นว่าจะมีเหตุการณ์พร้อมที่จะเป็นจริง แท้จริงแล้ว “ประมาทโดยรู้ตัว” เป็นการเบี่ยงเบนขั้นสุดทำจากมาตรฐานการกระทำของวิญญูชน (reasonable man) แม้เราจะไม่พยายามมองเข้าไปถึงจิตใจของผู้กระทำความคิดแต่ก็สามารถวัดขนาดของความเบี่ยงเบนของผู้กระทำความคิดจากมาตรฐานที่แท้จริงได้¹⁰⁹

¹⁰⁷ ปัญจมา นรัตถรักษา , “ความผิดในการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย:ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และไทย” , หน้า 45-46

¹⁰⁸ Amos and Walton , An introduction to Criminal Law , Clarendon Press , 1963

¹⁰⁹ นนทิตยา ทองสุก , “ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา” , วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2525 , หน้า 55

ในทางอ้อม ต้องพยายามมองเข้าไปถึงจิตใจของผู้กระทำความผิดจะทำให้ทราบว่า ผู้กระทำได้ตระหนักถึงภัยอันตรายที่จะมีขึ้น แต่ผู้กระทำความผิดก็ยังคงกระทำนั้นต่อไปโดยไม่ลังเล¹¹⁰ ดังนั้น ในทางอ้อม จึงหมายถึง การประมาทโดยการรู้ตัว (conscious) เป็นการเสี่ยงที่ไม่มีเหตุอันสมควร (unjustified risk) และเนื่องจากผลของการกระทำโดยเจตนาของผู้กระทำเมื่อได้กระทำออกมาและผู้กระทำสามารถคาดเห็นได้ล่วงหน้า ซึ่งต้องการเพียงแต่ความเป็นไปได้ของการเสี่ยง ถ้าระดับของการคาดเห็นได้จากการเสี่ยงแน่นอน หรือมีความเป็นไปได้สูงมาก ก็จะอนุมานได้ว่าการกระทำผิดนั้น เป็นเจตนาในผลของคำถามหรือถ้าจะอนุมานอีกกรณี ก็คือ ขอบเขตจะเหลื่อมกันระหว่างเจตนาและประมาทโดยรู้ตัว

ในปีค.ศ.1981 ในประเทศอังกฤษศาลสูง (House of Lord) ได้ตัดสินคำพิพากษาในคดี Caldwell โดยได้อธิบายความหมายทั่วไปของประมาทโดยรู้ตัวไว้ดังนี้

“บุคคลจะประมาทโดยรู้ตัว ก็ต่อเมื่อเป็นการเสี่ยงโดยเฉพาะและการเสี่ยงจะต้องปรากฏชัดแจ้งซึ่งประกอบด้วย

- a.) ผู้กระทำไม่คำนึงถึงความเป็นไปได้ของการเสี่ยงที่จะปรากฏขึ้น หรือ
- b.) ผู้กระทำคำนึงถึงว่า มีการเสี่ยงบางอย่างเกี่ยวข้อง รวมอยู่ด้วยแม้กระนั้นก็ตาม ก็ยังคงเต็มใจที่จะกระทำการเช่นนั้น

2. ผู้กระทำยังขึ้นทำลง โดยคิดว่าคงสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดอันตรายเช่นนั้นได้

การกระทำที่จะเป็น ประมาทโดยรู้ตัวนั้น นอกจากจะเป็นการกระทำโดยไม่ระมัดระวัง ไม่เอาใจใส่ต่อภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อบุคคลอื่นแล้วยังต้องปรากฏว่า ผู้กระทำยังขึ้นทำลงโดยคิดว่าคงสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดอันตรายเช่นนั้นได้อีกด้วย เท่ากับผู้กระทำได้กระทำโดยรู้สึกลอยู่แล้วว่า เป็นการเสี่ยงที่จะเกิดภัยขึ้นแต่ก็ยังขึ้นกระทำลงหรืออาจพิจารณาได้อีกทางหนึ่งว่า เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่ใส่ใจต่อผลที่เกิดขึ้นก็ได้ เป็นการสร้างสภาพแห่งการเสี่ยงภัยขึ้นโดยคาดหมายได้ อาจกล่าวได้ว่าผู้กระทำ มองเห็นผลที่จะเกิดขึ้นได้อย่างลงๆและผู้กระทำก็ได้เลือกที่จะทำให้ออกาสที่จะเกิดเหตุร้ายนั้นมีความชัดเจนขึ้น

ระดับของการเสี่ยงในความคิดฐานประมาทโดยรู้ตัว ประเภท Caldwell แม้จะไม่ปรากฏในแนวทางสมัยใหม่แต่ศาลสูง (House of Lord) ก็ได้กล่าวว่า บุคคลจะไม่ต้องรับผิดชอบประมาทโดยรู้ตัว ถ้าการเสี่ยงในผลของอันตรายนั้น มีเพียงเบาบางซึ่งการตัดสินใจที่จะเสี่ยงของบุคคลที่รอบคอบธรรมดาทั่วไปจะต้องไม่ถูกยับยั้งจากการกระทำดังกล่าว ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ระดับของความเสี่ยงภัย จะต้องถึงขนาดที่พอเพียงด้วย

¹¹⁰ จิตติ ดิงสภักดิ์ , กฎหมายอาญา ภาค1 , พิมพ์ครั้งที่ 8 , กรุงเทพฯ , แสงจันทร์การพิมพ์ , 2529 , หน้า

กรณีเช่น ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นตายโดยประมาท ต้องเป็นการกระทำด้วยความประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) เพราะวัตถุประสงค์ของการรับผิดโดยประมาทนั้น ในทาง อาญาจะต้องพิสูจน์ถึงระดับของความรับผิดและต้องเป็นระดับของความประมาทที่สูงมาก(a very high degree of negligence) จึงจะสามารถลงโทษได้ เพราะถือว่าการประมาทโดยรู้ตัวหรือประมาท โดยจงใจเป็นความประมาทซึ่งบุคคลธรรมดาโดยวิญญูชนจะไม่ทำเช่นนั้น¹¹¹

ในการตัดสินพิพากษาคดีของคณะลูกขุนนั้น การพิจารณาถึงกรณีการตัดสินใจของจำเลย จะต้องคาดเห็นผลที่จะเกิดขึ้นหรือไม่ จำเลยควรจะใช้วิจรรย์ญาณของวิญญูชนที่จะสามารถคาดเห็น ได้หรือไม่ ดังที่ศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดี R.V.Batemen (1925) ในความหมายของประมาทว่า “ต้องถึง ขนาดที่ลูกขุนเห็นว่าเพียงแต่จะใช้ความเสียหายกันยังไม่พอ ต้องเป็นความละเอียดต่อความ ปลอดภัยของผู้อื่นอันสมควรต้องรับผิดทางอาญาด้วยจึงเป็นเรื่องที่ว่าประมาทในฐานนี้ จะต้อง พิสูจน์ถึงระดับของความประมาท ซึ่งสัมพันธ์กับผลของการกระทำ¹¹²

จากสภาวะดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของเจตนา (intention) หรือเรื่องของการประมาทโดย รู้ตัว (recklessness) ซึ่งเป็นเรื่องของสภาวะทางจิตใจที่ผู้กระทำมีความรู้สึกรู้ว่ามีสภาพจิตใจที่ กฎหมายถือว่าเป็น่าตำหนิ (guilty mind) ในทางคอมมอนลอว์ ถือว่าสภาวะของจิตใจทั้งของเจตนา และประมาทโดยรู้ตัวเป็นส่วนที่มี mens rea เป็นส่วนประกอบด้วย¹¹³

จากที่กล่าวมา คือ ความแตกต่างของความรับผิดกรณีการกระทำโดยประมาทในทางแพ่ง และทางอาญาของกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ กล่าวคือ ในทางแพ่งนั้นวัตถุประสงค์หลักคือเพื่อ ขอให้ชดใช้ค่าเสียหาย แต่ในทางอาญานั้นวัตถุประสงค์คือ “ระดับของความประมาท” ซึ่งต้องมื ความสัมพันธ์กันระหว่างการกระทำและผล

4.4 การกระทำโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ความรับผิดของแพทย์จากการประกอบวิชาชีพ (Medical malpractice) ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ในกรณีประมาทนั้น คือ ความประมาทเลินเล่อในกฎหมายคอมมอนลอว์ จะถือว่าเป็น ความผิดทางอาญา ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความรับผิดทางอาญาของกฎหมาย ระบบคอมมอนลอว์ กล่าวคือ ต้องมีองค์ประกอบทางจิตใจ คือ เจตนาร้าย(Men reas) ความประมาท

¹¹¹ นนทิยา ทองสุก , “ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา” ,วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2525 , หน้า 59-60

¹¹² เรื่องเดียวกัน , หน้า 60

¹¹³ แสง บุญเฉลิมวิภาส , “ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา” , วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2518 , หน้า 51

เดินเล่อโดยทั่วไปจึงไม่เป็นความผิดอาญา แต่ถ้ามีความประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงถึงขนาดที่ผู้กระทำให้ตั้งใจกระทำ โดยไม่ต้องการผลที่เกิดขึ้น แต่ก็ยอมรับถ้าผลจะเกิดขึ้น ถือว่าการกระทำนั้นผู้กระทำมีความบ้าบิ่น (Recklessness) ในการกระทำนั้น เช่นนี้ถือว่ามีเจตนาร้ายต้องรับโทษอาญา¹¹⁴ ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่มีความชำนาญชุกชุมดลุกเพื่อทำแท้งให้ผู้ป่วยในคลินิก ชุกแล้วมดลุกทะลุผู้ป่วยถึงแก่ความตาย เช่นนี้ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้นมีความบ้าบิ่นเกินกว่าที่ใครๆจะทำเช่นนั้นได้ เพราะผู้ไม่มีความชำนาญอาจทำให้มดลุกทะลุได้ นอกจากนี้การชุกมดลุกที่กระทำที่คลินิกนั้น ก็แสดงความเสี่ยงอย่างบ้าบิ่นมาก เพราะในคลินิกไม่มีความพร้อมที่จะแก้ไขผู้ป่วยได้ทันทั่วทั้งที่เมื่อมีการผิดพลาดเกิดขึ้น การกระทำที่เป็นความผิดอาญาดังกล่าวนี้ จึงไม่อยู่ในความหมายของประมาทเดินเล่อในทางแพ่ง แต่อาจเทียบได้กับการกระทำโดยเจตนา ย่อมอาจเล็งเห็นผลได้ในกฎหมายอาญาของไทย (ความผิดเช่นนี้ในสหรัฐอเมริกาเรียกว่า Criminally negligent homicide)¹¹⁵

ประมาทเดินเล่อ คือการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่โดยละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมิเหตุมาจากความไม่รอบคอบ ประมาท หรือเป็นการกระทำที่จะไม่เกิดขึ้นกับบุคคลที่มีความละเอียดรอบคอบ ในเรื่องนี้ Lord Wright กล่าวว่า ถ้าพิจารณากันตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดแล้ว ประมาทเดินเล่อมีความหมายกว้างกว่าการขาดความรอบคอบในงานที่ได้รับมอบหมาย เป็นการชี้ให้เห็นถึงรูปแบบความล้มเหลวของบุคคลผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในวิชาชีพของตน ดังนั้น เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่อันพึงกระทำต่อคนไข้ และทำให้คนไข้ได้รับบาดเจ็บ จึงจะถือว่าเป็นประมาทเดินเล่อ¹¹⁶

ระดับความสามารถและการดูแลเอาใจใส่ที่นักศึกษาแพทย์พึงมีนั้น ได้กล่าวไว้ใน Halsbury 'Laws of England ว่านักศึกษาแพทย์ต้องมีระดับความรู้ความสามารถที่สมดุสมผล ต้องฝึกฝนในด้านการดูแลเอาใจใส่คนไข้ของตนอย่างเหมาะสม ไม่ว่าจะป็นระดับความสามารถในการดูแลที่สูงสุดหรือต่ำสุด ซึ่งในทางกฎหมายจะถูกพิจารณาเป็นสถานการณ์เฉพาะในแต่ละกรณี การกระทำต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเดินเล่อ การวินิจฉัยโรคผิดพลาด และการรักษาที่แตกต่างกันอันเนื่องมาจากความรู้ความสามารถที่แตกต่างกัน และในทางกฎหมายไม่ถือว่าเป็นความผิดเนื่องมาจากความประมาทเดินเล่อ ถ้าหากว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ทำการรักษาอย่างเหมาะสมตามที่ได้ร่ำเรียนมาแล้ว แม้ว่าอาการของคนไข้จะไม่ดีขึ้นก็ตาม

การกระทำโดยประมาทในทางอาญาและทางแพ่งนั้นแตกต่างกันอย่างชัดเจนเพราะในทางแพ่งเป็นการประมาทที่นำมาสู่การเรียกร้องค่าเสียหายทดแทนส่วนประมาทในทางอาญานั้น เป็น

¹¹⁴ Trick KLK , Tennent TG . Forensic psychiatry . London : Pitman 1981 : 9-21

¹¹⁵ Holder AR. Medical malpractice law 2nd Ed. New York : CV Mosby 1978 : 361-5

¹¹⁶ โปรดดูรายละเอียดใน www.issuesinmedicaethics.org

ประมาทที่ก่อให้เกิดความเสียหายถึงชีวิต จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญามีความแตกต่างกัน แต่บางทีผลของการกระทำก็เหมือนกัน การที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแสดงความไม่เอาใจใส่ต่อคนไข้ เมื่อคนไข้เข้าไปทำการรักษาไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นการก่ออาชญากรรม จะถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญาเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแสดงอาการเพิกเฉยอย่างชัดเจน หรือแสดงเจตจำนงอย่างเด่นชัดที่จะไม่สนใจต่อความปลอดภัยในชีวิตของคนไข้ แต่ถ้าหากว่าการเสียชีวิตของคนไข้เกิดจากความผิดพลาดในการพิจารณาหรือเกิดจากอุบัติเหตุในทางกฎหมายไม่ถือว่าเป็นการกระทำผิดอาญา¹¹⁷

กฎหมายได้ระบุไว้ว่าจะถือเป็นการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญาในทางกฎหมายนั้นสามารถพิสูจน์ได้จาก

1. หน้าที่ในการดูแลรักษาที่มีอยู่
2. การฝ่าฝืนต่อหน้าที่ทำให้เกิดการเสียชีวิต และ
3. การฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าวต้องบ่งชี้ว่าเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างชัดเจน กล่าวคือ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการเพิกเฉยต่อความเสี่ยงอันตรายที่ปรากฏชัดเจนว่าจะเกิดต่อสุขภาพของคนไข้ หรือรู้ล่วงหน้าว่ามีความเสี่ยงแต่ยังกระทำการรักษา

ใน Indian Penal Code มีการกล่าวถึงโทษทางอาญาเกี่ยวกับความประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้ใน Section 304 A มีการกล่าวอ้างที่แสดงความคิดเห็นไว้ด้วยว่า “การกล่าวโทษในคดีอาญาภายใต้ section 304 A ของ Indian Penal Code สิ่งจำเป็นก็คือ การเสียชีวิตควรเกิดจากข้อกล่าวหาที่มาจากกระทำความที่รีบร้อนและประมาทเลินเล่อโดยตรง และการกระทำดังกล่าวเป็นสาเหตุส่วนใหญ่ที่ทำให้เกิดการเสียชีวิตโดยที่ไม่มีการกระทำอย่างอื่นมาแทรกแซง เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นทันทีและมีผลกระทบที่รุนแรง ไม่ใช่เพียงแค่ “An indispensable cause”¹¹⁸

การจะตัดสินว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะมีความผิดภายใต้ section 304 A ของ IPC ต้องกระทำการดังต่อไปนี้ คือ¹¹⁹

1. ต้องมีการเสียชีวิตของบุคคล
2. เป็นข้อกล่าวหาที่เป็นสาเหตุของการเสียชีวิต
3. เป็นข้อกล่าวหาอันเนื่องมาจากการกระทำโดยประมาทอย่างร้ายแรง แต่ไม่ได้หมายความว่าถึงการจงใจฆ่า เมื่อความผิดฐานประมาทถูกฟ้องเป็นคดีอาญา ความผิดนั้นจะกลายเป็นการฆ่าโดยไม่ได้คิดไตร่ตรองมาก่อนและจะถูกลงโทษตามกฎหมายอาญา

¹¹⁷ โปรดดูรายละเอียดใน www.coursework.info

¹¹⁸ โปรดดูรายละเอียดใน www.indianlaw.com

¹¹⁹ Dr. Sir Hari Singh Gour , Law on Hurt & Homicide , page 339

ด้วยเหตุดังกล่าวระดับของความประมาทเลินเล่อที่จะใช้เป็นตัวตรวจสอบว่า การกระทำโดยประมาทที่นำไปสู่การเสียชีวิตนั้น เป็นการกระทำที่เป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ต่อไปจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาถึงความประมาทเลินเล่อในต่างประเทศ

เกณฑ์การประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในต่างประเทศ มีองค์ประกอบ 4 ประการ คือ

1. การมีหน้าที่ (Duty) เมื่อแพทย์มีหน้าที่ต่อผู้ป่วย ไม่ว่าจะหน้าที่ทางศีลธรรม หรือหน้าที่ทางกฎหมาย แพทย์ต้องใช้ความรู้ ความชำนาญ ความระมัดระวัง เพื่อผลประโยชน์ต่อผู้ป่วยเป็นสำคัญ หน้าที่ดังกล่าว รวมเรียกว่า มาตรฐานแห่งความระมัดระวัง (Standard of care) หรือหน้าที่ที่ต้องระวัง (Duty of care)¹²⁰

เรื่องนี้เป็นเรื่องที่ถูกพันกันจากการกระทำจะเป็นหน้าที่ตามกฎหมายหรือไม่ตามกฎหมายก็ได้ ถ้าได้เข้าไปกระทำหน้าที่อันนั้นแล้วก็ต้องทำตามหน้าที่ด้วยความระมัดระวังไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้นเพราะกฎหมายกำหนดว่าเพียงได้กระทำประมาทเท่านั้น ไม่ว่าจะเป็หน้าที่อะไร เช่น นาย ก.มีหน้าที่ขับรถยนต์ จะเป็นการทำตามหน้าที่ตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม หรือขอร้องผู้อื่นเพื่อจะขับรถเพราะอยากขับรถ เมื่อทำหน้าที่นี้แล้วก็ต้องรับผิดชอบขับไปตามถนนจะรับใครที่ขออาศัยรถตามข้างทางมาด้วยก็ต้องรับผิดชอบในหน้าที่ที่ขับรถ ถ้าหากทอดทิ้งความระมัดระวังอันพึงมีที่เกี่ยวข้องกับการขับรถที่จะต้องทำ ได้ฝ่าฝืนกฎจราจรที่ป้องกันอันตรายต่างๆ ทำให้เกิดความเสียหายขึ้นมา ถือเป็นความประมาทของผู้ขับขี่ยี่จะต้องมีหน้าที่ผูกพันรับผิดชอบกับความเสียหายของผู้ที่เสียหายนั้นๆด้วยตามกฎหมาย

ในเรื่องหน้าที่นี้เป็นทฤษฎีบทอันเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาตรา 59 วรรคท้าย กรณีการกระทำโดยงดเว้น ซึ่งเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย อาจจะเป็นหน้าที่ตามสัญญา หรือหน้าที่ที่เกิดจากการกระทำครั้งก่อนๆของตนก็ได้

ในกรณีที่เกิดอุบัติเหตุขึ้นดังกล่าว ผู้ป่วยได้รับอันตรายจากอุบัติเหตุ ถ้าจะพูดถึงหน้าที่ตามกฎหมายแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่มีหน้าที่ที่จะเข้าไปช่วยเหลือตามกฎหมาย แต่มีหน้าที่ทางศีลธรรม ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเข้าไปช่วยเหลือก็ต้องเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะต้องใช้ความรู้หลักวิชาทางแพทย์และทักษะที่มีอยู่ตามความสามารถของแต่ละบุคคลไป ด้วยความระมัดระวังที่ไม่ทำให้เกิดอันตรายแก่ผู้ป่วย¹²¹

¹²⁰ Samuels A. Medical negligence today-an appraisal. Med Law 1983 : 23 : 31-6

¹²¹ กุมนรินทร์ ศรีมูล , “ความรับผิดชอบของแพทย์และผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” ,วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2548 , หน้า 112

ในเรื่องหน้าที่นี้มีปัญหาคือ จริงๆแล้วผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ควรมีหน้าที่รักษาผู้ป่วยทุกรายหรือไม่ ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยใช้หลักการพิจารณาถึงความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยคำว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่ต่อผู้ป่วยหรือยัง โดยดูจากหน้าที่ตามกฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาการปฏิเสธการรักษาขึ้นมา ผู้เขียนเห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมควรมีหน้าที่รักษาผู้ป่วยเสมอซึ่งถือเป็นหน้าที่ของวิชาชีพเวชกรรม ดังนั้น ปัญหาในเรื่องหน้าที่นี้จะป็นหน้าที่ตามกฎหมายหรือไม่ไม่สำคัญ ถ้าหากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้เข้าไปทำการรักษาคนไข้แล้ว การตรวจรักษาคนไข้ก็เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแล้วตามความหมายของหน้าที่(Duty) ถ้ามีหน้าที่ตามกฎหมายด้วยแล้วก็ยิ่งมีความสำคัญเพิ่มขึ้นที่มีหน้าที่จะต้องผูกพันตามกฎหมายอาญาด้วย¹²² เช่น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่รับผู้ป่วยเอาไว้รักษาในโรงพยาบาล ถ้าหากรับผู้ป่วยที่เป็นผู้ต้องหาเข้ามารักษาโดยไม่มีข้อชี้บ่งที่จะต้องรับเอาไว้ แล้วผู้ป่วยหนีไปก็จะถูกข้อหาฐานเป็นเจ้าของงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติโดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157 เรื่องนี้แพทย์โรงพยาบาลกลางก็เคยต้องคดีนี้มาแล้วดังคดีเล่าซู่ที่ปรากฏเป็นข่าวมาแล้ว แต่ก็พ้นข้อหาไปเพราะรับผู้ป่วยเข้ามาชอบด้วยหลักวิชา บางครั้งแม้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้กระทำดีที่สุดแล้วแต่ก็ยังถูกฟ้องได้ ดังเช่นเคยมีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถูกฟ้องเรียกค่าเสียหายเป็นเงินหลายแสนบาท ในข้อหาละเมิดที่ไม่รับตัวให้ผู้ป่วยอาการหนักมาไว้ทำการรักษา ทำให้ผู้ป่วยตายจึงเป็นการกระทำด้วยความประมาททำให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตของผู้ป่วย¹²³ ซึ่งเป็นความผิดฐานละเมิด

เรื่องมีอยู่ว่าผู้ตายขับรถชนผู้เฒ่าบาดเจ็บและตนเองก็บาดเจ็บด้วย ดังนั้นก็ตกเป็นจำเลยของพนักงานสอบสวนด้วย ได้มาตรวจที่โรงพยาบาลศิริราช แพทย์ได้ทำการตรวจแล้วไม่พบสิ่งผิดปกติก็ให้กลับบ้านได้ ตำรวจจึงรับตัวไปควบคุมเอาไว้ พอเวลา 3 ทุ่ม ผู้ตายมีอาการปวดท้องมากเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงพาไปโรงพยาบาลกลางและก็ได้สิ้นชีวิตลงเพราะเหตุม้ามแตก ดังนั้นญาติผู้ตายจึงฟ้องว่าแพทย์ที่โรงพยาบาลศิริราชตรวจผู้ป่วยด้วยความประมาท(Negligence in Diagnosis) ในการวินิจฉัยผู้ป่วยหนักด้วยความประมาท ควรจะรับเอาไว้ แต่ไม่รับเอาไว้รักษาทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย ปัญหาที่เกิดขึ้นนี้จึงมีอยู่ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ทำการตรวจคนไข้ด้วยความประมาทหรือไม่

ในเรื่องของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ถูกฟ้องนั้น ประเด็นที่จะต้องรับผิดชอบทางแพ่งนั้นก็อยู่ที่ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ใช้ความรู้ในหลักวิชาที่ได้ศึกษามาและทักษะนั้นหรือไม่ ถ้าได้ทำการตรวจดังกล่าวแล้วก็พ้นจากความรับผิดชอบ ซึ่งผลสุดท้ายก็ได้พิสูจน์ให้ศาลเห็นแล้วว่า

¹²² มนต์ชัย ชนินทรลีลา , แพทย์กับกระบวนการยุติธรรม (รักษาอย่างไร ไม่ต้องรับผิดชอบทางกฎหมาย) , พิมพ์ครั้งที่ 1 , ตุลาคม 2548 , สำนักพิมพ์เอเชียทิค , กรุงเทพฯ , หน้า 150

¹²³ เรื่องเดียวกัน , หน้า 156

ได้ตรวจร่างกายตามหลักวิชาทุกประการ ผลที่เกิด Delayed rupture of spleen) นั้นเป็นเหตุสุดวิสัยที่จะตรวจให้พบในขณะนั้นได้ เมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมไม่ได้กระทำด้วยความประมาทจึงไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาทั้งสิ้น ศาลก็จะพิพากษายกฟ้อง

2. การไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ (Breach of duty) หมายถึงการที่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานของความระมัดระวัง การทอดทิ้งหน้าที่ของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่จะต้องกระทำนั้น ดังตัวอย่างที่กล่าวมาแล้วก็จะเห็นได้ว่า ถ้ามีหน้าที่ต้องขับรถ หน้าที่ก็คือการต้องขับรถ เมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่ที่จะต้องทำการรักษา หน้าที่ที่จะต้องกระทำก็คือ การดูแล คัดลอก เฝง ให้การวินิจฉัยโรคและการรักษาโรค แต่กลับทอดทิ้งไม่กระทำตามหน้าที่ดังกล่าว หน้าที่ของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมนั้นยังรวมไปถึงหน้าที่ที่จะต้องอธิบายถึงสิ่งต่างๆที่จะให้ผู้ป่วยเข้าใจถึงอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการตรวจและรักษาด้วย เช่นการใช้เครื่อง Short wave diathermy ที่ทำให้เกิดความร้อนในการรักษาคนไข้ ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมจะต้องบอกผู้ป่วยว่า ถ้ารู้สึกร้อนเกินไปไม่สบายตัวก็ต้องบอก เพราะความร้อนจากเครื่องนั้นอาจทำให้เกิดผิวหนังไหม้ได้ ซึ่งผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมต้องอธิบายเรื่องนี้ให้ผู้ป่วยเข้าใจ ถ้าไม่อธิบาย ไม่บอกคนไข้ การรักษาผู้ป่วยเกิดผิวหนังไหม้ก็เป็นความประมาทของผู้รักษาอาจจะเป็นแพทย์หรือผู้ประกอบการโรค ศิลปะได้ ดังคดี Clarke V. Adams¹²⁴ จากคดีนี้จึงเห็นได้ว่าหน้าที่ของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่จะต้องเตือนผู้ป่วยถึงอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากความร้อนและทำให้ผู้ป่วยร่วมมือด้วย ถ้าผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมได้ทอดทิ้งหน้าที่ที่จะต้องเน้นเตือนผู้ป่วยในเรื่องอันตรายที่จะเกิดขึ้นก็จะมี ความผิด การทอดทิ้งในการที่จะต้องกระทำการใดๆก็ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว เช่น การต้องลงมือทำการตรวจ ดูแล คัดลอก เฝง ผู้ป่วย

การที่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมจะให้เลือด การเจาะเลือด ก็ต้องคว่าการให้เลือดถูกคนหรือไม่ เจาะเลือดให้ถูกคน เจาะแล้วใส่หลอดให้ถูกคน ชื่อผู้บริจาคเลือด ผู้ป่วยที่จะรับเลือด ซึ่งบางครั้งชื่อหรือนามสกุลอาจจะคล้ายกัน ดังนั้นก็ต้องเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่จะต้องดูให้ถูกต้องก่อนที่จะทำการดังกล่าว¹²⁵

¹²⁴ Short wave diathermy was administered with the warning :

“ When I turn on machine I want you to experience a comfortable warmth and nothing more:If you do I want you to tell me”

The patient was burned and succeeded in the action on the grounds that the warning did not sufficiently stress the danger.

¹²⁵ มนต์ชัย ชนินทรลีลา , แพทย์กับกระบวนการยุติธรรม (รักษาอย่างไร ไม่ต้องรับผิดชอบทางกฎหมาย) , พิมพ์ครั้งที่ 1 , ตุลาคม 2548 , สำนักพิมพ์เอเชียทิค , กรุงเทพฯ , หน้า 93

การที่รับผู้ป่วยที่คลอดในสถานพยาบาลส่วนตัว ผู้ป่วยตั้งครรภ์มา 10 กว่าท้องแล้วรับเอาไว้ทำคลอด แพทย์ย่อมทราบว่าจะเกิด มดลูกไม่หดตัวหลังคลอด (Atony bleeding) มีเลือดออกไม่หยุดผู้ป่วยตายหลังคลอดได้ ถ้าแพทย์ทอดทิ้งหน้าที่ที่จะต้องเตรียมยาห้ามเลือดเอาไว้ หรือสิ่งทดแทนเลือดให้คนไข้ ไม่มีเลยเมื่อคนไข้มีอาการตกเลือดก็ให้ไปโรงพยาบาลที่ไกลเพราะตนอยู่โรงพยาบาลนั้นๆ แทนที่จะให้ไปโรงพยาบาลใกล้ๆ สุดท้ายผู้ป่วยตาย กรณีนี้เห็นได้ชัดเจนตั้งแต่แรกแล้วว่าแพทย์ทอดทิ้งหน้าที่ที่จะต้องช่วยเหลือ ถ้าเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวประการหลังได้ทอดทิ้งในการรักษาควรจะให้ไปที่ใกล้ที่สุด แต่ไม่ทำดังกล่าว กรณีเหล่านี้เกิดปัญหาต่อผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมเป็นจำนวนมาก

3. มูลเหตุของความเสียหาย (Causation) โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่า อันตรายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้น เป็นผลโดยตรงจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ไม่ได้มาตรฐานของความระมัดระวัง

4. ความเสียหาย (Damages) โจทก์ต้องพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้น ความเสียหายที่เรียกหรือจากกรณีการประกอบวิชาชีพ ซึ่งเป็นความเสียหายที่เป็นเงิน ความเสียหายต่อร่างกาย หรือความเสียหายทางจิตใจ

ข้อ 3 และ 4 นี้จะต้องไปด้วยกันมีความสัมพันธ์กับการกระทำในข้อที่ 2 จึงจะถือว่าเป็นต้นเหตุโดยตรงที่ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น หรือต้นเหตุที่ใกล้เคียงที่สุดไม่มีอะไรมาตัดความสัมพันธ์กับการกระทำนั้นๆ ยกตัวอย่าง ในทางการแพทย์ การที่ให้เลือดผิดหมู่เนื่องจากการทอดทิ้งหน้าที่ของแพทย์ที่จะต้องดูแลว่าถูกต้องไม่ผิดหมู่ไม่ผิดคน แต่แพทย์ทอดทิ้งหน้าที่ไปจึงเกิดการให้เลือดผิดหมู่ เกิดเม็ดเลือดแตกปัสสาวะไม่ออกในที่สุดไตวายตาย ผู้ป่วยตายด้วยไตวาย แต่ต้นเหตุโดยตรงเกิดขึ้นจากการให้เลือดผิดภูมนั่นเอง

คดีตัวอย่างที่ศาลพิจารณาในเรื่องความเสียหาย คือ คดี *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock, Engineering Co.Ltd.(1961)*¹²⁶ ข้อเท็จจริงของคดีนี้มีอยู่ว่า พนักงานของจำเลยซึ่งมีหน้าที่ขนถ่ายน้ำมันลงเรือได้กระทำการโดยประมาทเป็นเหตุให้น้ำมันจำนวนหนึ่งไหลลงสู่พื้นน้ำในบริเวณท่าเรือ โจทก์เป็นบริษัทอู่เรือและต่อเรือได้ซ่อมแซมเรือของโจทก์ตามปกติ ต่อมาปรากฏว่าเกิดไฟไหม้ที่น้ำมันที่ไหลลงไปนั้นและไฟได้ลุกลามไหม้ทำลายอู่เรือและเรือที่จอดซ่อมเกือบหมดทุกลำ ศาลได้พิจารณาคดีนี้แล้วยกฟ้องโจทก์โดยให้เหตุผลว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ใช่ความเสียหายที่บุคคลที่มีเหตุผลโดยทั่วไปจะคาดหมายได้

¹²⁶ ไพจิตร บุญยพันธุ์, ถ้าอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, กรุงเทพฯ, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522, หน้า 37-39

ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีอำนาจหน้าที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย ที่อาจนำมาเป็นเหตุให้ไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย¹²⁷ คือ

1. ถ้ามีความยินยอมกันถูกต้องตามหลักกฎหมายที่ได้กล่าวมา
2. ทำไปตามหลักวิชาแพทย์และทักษะที่ไม่เป็นอันตรายแก่ผู้ป่วยแล้ว

ถ้าผู้ป่วยตายไป ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ไม่ต้องรับผิดชอบทุกประการ ยกเว้นมิได้ทำการดังในข้อ 2 หรือได้ทอดทิ้งหลักดังกล่าวในข้อที่ 2 ไปด้วยความประมาท ซึ่งอาจทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจจะต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญาตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังอาจต้องรับผิดชอบตามข้อบังคับของแพทยสภาด้วย

ที่กล่าวมาเป็นหลักของการทำประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในต่างประเทศ ซึ่งมีหลักที่ชัดเจนกว่าของประเทศไทย ซึ่งเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำผิดหลักที่กล่าวมาก็เป็นความรับผิดชอบทางแพ่งกรณีละเมิด ส่วนในกรณีความผิดที่จะเป็นความผิดอาญานั้น นอกจากการกระทำผิดหน้าที่ดังกล่าวมาแล้ว ยังต้องเป็นกรณีที่เป็นกรกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และจะต้องมีองค์ประกอบในส่วนของจิตใจที่ชั่วร้ายด้วย (mens rea) การกระทำนั้นจึงจะเป็นความรับผิดชอบทางอาญา

หลักการใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม

ในการพิจารณาถึงความรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อของแพทย์ในระบบ Common Law นั้น จะถือว่าแพทย์ต้องมีหน้าที่ในการรักษาผู้ป่วย (Duty of Care) ซึ่งหากแพทย์ไม่มีการใช้ความระมัดระวังในระดับวิญญูชนที่เป็นแพทย์ และเกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วยขึ้นแล้ว แพทย์จะต้องรับผิดชอบในผลแห่งความประมาทเลินเล่อแก่ผู้ป่วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าสิ่งที่จะนำมาพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วยหรือไม่ นั่นก็คือหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ต่อผู้ป่วย (Duty of Care) นั่นเอง¹²⁸ ประเด็นเรื่องหน้าที่ที่ต้องระวังในเรื่องประมาทเลินเล่อนั้นมีความสำคัญมาก หากไม่มีหน้าที่ที่ต้องระวังตามที่กฎหมายกำหนดก็หมายความว่าความรับผิดชอบประมาทเลินเล่อก็จะไม่สามารถเกิดขึ้นได้เลย ดังนั้นศาลหรือผู้พิพากษาต้องใช้แนวทางหรือดุลพินิจในการ

¹²⁷ โปรดดูรายละเอียดใน www.indianlaw.com

พิจารณาข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีเพื่อใช้ประกอบในการตัดสินคดีว่ามีหน้าที่ที่ต้องระวัง(duty of care) หรือไม่

หลักความระมัดระวังตามวิสัยวิญญูชนของกฎหมายไทยนั้น น่าจะหมายถึงการใช้ความระมัดระวังมิให้เกิดผลร้ายหรือความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้อื่น แต่มิได้รวมไปถึงการเตือนหรือบอกคู่กรณีว่าจะเสี่ยงภัยมากน้อยแค่ไหนเข้าไปด้วย

หลักมาตรฐานความระมัดระวัง (standard of care) ของไทยนั้น อาจเทียบได้เพียงบางส่วนของมาตรฐานความระมัดระวังในคอมมอนลอว์เท่านั้น เพราะมาตรฐานความระมัดระวังของคอมมอนลอว์ได้พัฒนากว้างขวางออกไป โดยรวมถึงหน้าที่ที่ต้องบอกกล่าว หรือต้องอธิบายของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต่อผู้ป่วยเข้าไปด้วย ตัวอย่างคดี Donoghue V Stevenson (1932)¹²⁹ คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายได้ดื่มเบียร์ที่มีซากของตัวทากที่ตายแล้วในขวดเบียร์เข้าไป ทำให้ผู้เสียหายตกใจและอาเจียนต้องเข้าโรงพยาบาลเนื่องจากกระเพาะอาหารอักเสบ ศาลตัดสินว่าผู้เสียหายฟ้องบริษัทเบียร์ฐานทำละเมิดได้ เพราะถือว่าบริษัทเบียร์มีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อร้านอาหารซึ่งซื้อเบียร์จากบริษัทไปจำหน่ายเท่านั้น นับว่าเป็นคดีที่ได้วางหลักในเรื่องหน้าที่ที่ต้องระวังไว้คือหลักเรื่องเพื่อนบ้าน (neighbor principle) ไว้คือ บุคคลมีหน้าที่ที่ใช้ความระมัดระวังตามสมควร (Reasonable care) เพื่อป้องกันความเสียหายอันจะเกิดขึ้นกับบุคคลอื่น

แนวคำวินิจฉัยของศาลในเรื่องหน้าที่ที่ต้องระวังนั้น ศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงโดยใช้องค์ประกอบ 3 ประการ กล่าวคือ

1. ความเสียหายต้องคาดเดาได้
2. จะต้องมีความสัมพันธ์อย่างพอเพียงระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่าย
3. และการกำหนดนั้นต้องเป็นธรรมถูกต้องและสมเหตุสมผลหรือไม่

คดีที่เกี่ยวกับหน้าที่ที่ต้องระวัง (duty of care) คือคดี *Kent V. Griffiths and Others (2000)*¹³⁰ ในปกติรถพยาบาลฉุกเฉินของโรงพยาบาลทุกแห่งต้องมีหน้าที่ที่ต้องระวัง ต่อประชาชนทั่วไป กล่าวคือ เมื่อมีการโทรศัพท์ เพื่อขอใช้บริการรับส่งกรณีเจ็บป่วยฉุกเฉินเพื่อไปส่งที่โรงพยาบาลโดยรีบด่วนหากรถพยาบาลฉุกเฉินไม่มาถึงในเวลาอันสมควร อาจถือว่าบกพร่องต่อหน้าที่ที่ต้องระวัง(duty of care) ในคดีนี้รถพยาบาลฉุกเฉินไปรับผู้ป่วยเข้าไป 40 นาทีโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำให้ผู้ป่วยหัวใจวายเฉียบพลัน ได้รับความเสียหายมากกว่าปกติธรรมดา ศาลเห็นว่าการที่ผู้ป่วยได้รับความเสียหายมากกว่าธรรมดาเพราะความล่าช้านั้น เป็นการคาดเห็นล่วงหน้าโดยถือว่า

¹²⁸ Ian Kennedy and Grubb , Principle of medical law. New York : Oxford University Press , 1998

¹²⁹ Giliker P, Beckwiths , Tort (London , Sweet and Max well , 2000)

¹³⁰ Baker CD , Tort 6th eds , (London , Sweet and Maxwell , 1996)

เป็นหน้าที่ที่สำคัญของโรงพยาบาลที่จะต้องใกล้ชิด (proximity) และมีหน้าที่ที่ต้องระวัง (duty of care)

4.5 แนวคำวินิจฉัยของศาลในต่างประเทศกรณีความรับผิดทางอาญาเนื่องมาจากการกระทำ โดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

แนวคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศที่เป็นความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะรับผิดในทางอาญาฐานประมาทก็ต่อเมื่อได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) หรือที่เรียกว่าประมาทโดยรู้ตัว (recklessly) คือเป็นการเล็งเห็นถึงผลของการกระทำได้ ถ้าเพียงแต่ประมาทเลินเล่อธรรมดา (negligence) จะถือว่าเป็นเพียงการกระทำประมาทในทางแพ่ง ซึ่งพิจารณาจากระดับของความประมาทตามมาตรฐานของวิญญูชนทั่วไป ในเรื่องของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นความรับผิดทางอาญานั้น มีคดีตัวอย่างดังต่อไปนี้

จากวารสารนิติเวชศาสตร์ของเยอรมัน¹³¹ มีคดีแพทย์ถูกฟ้องว่าทำให้คนตายโดยประมาท 2 ราย คดีนี้เป็นการฟ้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมรับผิดทางอาญาในการกระทำประมาทเป็นเหตุให้คนตาย ซึ่งศาลก็เห็นว่ากรกระทำประมาทในครั้งนี้มีใช้การประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) เพราะจากการฟังพยานผู้เชี่ยวชาญแล้วเห็นว่ากรกระทำนั้นมิได้เป็นหลักประกันในการรักษาว่าลวดจะไม่เคลื่อนตัว ซึ่งกรณีแพทย์ก็ไม่สามารถคาดเห็นถึงผลที่อาจเกิดขึ้นได้

กล่าวคือ ผู้ตายเป็นหญิงอายุ 44 ปี และชายอายุ 19 ปี ทั้งสองรายกระดูกไหปลาร้าหักจากอุบัติเหตุรถยนต์ แพทย์ได้ทำการผ่าตัดและใส่ลวดเข้าไปตรึงกระดูกที่เคลื่อน หลังผ่าตัดได้ 3 เดือน หญิงคนแรกได้ถึงแก่กรรมกะทันหันโดยไม่ทราบสาเหตุ ส่วนชายคนหลังผ่าตัดประมาณ 3 เดือนครั้ง มีอาการปวดในหน้าอกและหลัง แพทย์ได้ถ่ายเอกซเรย์พบว่าลวดที่ ใส่ไว้เคลื่อนตัวลึกเข้าไปในทรวงอก 4 เซนติเมตร จึงนัดผู้ป่วยให้มารับการผ่าตัดเอาลวดออกในอีก 5 วันต่อมา แต่ก่อนถึงวันนัด 2 วัน ผู้ป่วยเป็นลมหน้ามืดถึงแก่กรรมกะทันหัน ทั้งสองรายได้มีการ ผ่าศพตรวจทางนิติเวช

แพทย์นิติเวชพบว่า ทั้งสองรายลวดที่คล้ายแพทย์ใส่ไว้เคลื่อนที่เข้าไปแทงทะลุผนังหัวใจ ทำให้เลือดไหลออกมาจากหัวใจมาขังในถุงหุ้มหัวใจ และรัดหัวใจไม่ให้บีบตัว เป็นสาเหตุการตาย แพทย์ที่ผ่าตัดผู้ตายทั้งสองรายนี้ถูกฟ้องฐานทำให้คนตายโดยประมาท

ศาลได้ขอความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญคือศัลยแพทย์ พยานให้ความเห็นว่าการผ่าตัดโดยวิธีนี้มีข้อบ่งชี้ว่าทำได้ แต่การใส่ลวดเข้าไปนั้น ปลายด้านนอกควรจะต้องงอเพื่อป้องกันมิให้ลวดเคลื่อนตัวลึกเข้าไปในร่างกาย ซึ่งการงอปลายลวดดังกล่าวสามารถจะลดอัตราการเกิดอันตรายจาก

¹³¹ โปรดดูรายละเอียดใน www.answerlaw.com

การเคลื่อนตัวของลวดนั้นได้บ้าง แต่ก็มีเป็นหลักประกันการเคลื่อนตัวของลวดได้ถึงร้อยเปอร์เซ็นต์ จากความเห็นของแพทย์ดังกล่าว ศาลจึงสั่งลงโทษปรับเท่านั้น

ประเด็นปัญหาในเรื่องการวินิจฉัยโรคผิดพลาด ศาลในต่างประเทศได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่า การที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้วินิจฉัยโรคผิดพลาด แล้วทำการรักษาพยาบาลผิดวิธีทำให้มีความเสียหายเกิดขึ้น การพิจารณาถึงความประมาทต้องพิจารณาในขณะที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการรักษาผู้ป่วย ว่าในขณะที่ทำการรักษานั้น ได้ทำการรักษาเป็นไปตามหลักวิชาชีพเวชกรรมและได้กระทำไปด้วยความระมัดระวังตามสมควรแก่วิสัยและพฤติการณ์ หรือไม่ ถ้าได้กระทำไปด้วยความระมัดระวังตามสมควรแล้ว ยังมีความเสียหายเกิดขึ้น แม้การรักษานั้นจะเกิดจากการวินิจฉัยผิดพลาดก็ตาม ก็ไม่ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการโดยประมาท ดังมีคดีตัวอย่างต่อไปนี้ *คดี Whitehouse V. Jordan (1981)*¹³² โจทก์ฟ้องสูติแพทย์เรียกค่าเสียหายฐานประมาท เลินเล่อในการทำคลอดทำให้ทารกได้รับบาดเจ็บทางสมอง จำเลยเห็นว่าการคลอดโดยวิธีธรรมชาติทำไม่ได้ จึงใช้คี้มช่วย ซึ่งเป็นวิธีที่ดีกว่าการผ่าตัด ศาลชั้นต้นเห็นว่าจำเลยดึงแรงเกินไป ศัลยแพทย์และโรงพยาบาลประมาทเลินเล่อตัดสินใจคลอดให้ขาดใช้ค่าเสียหาย 100,000 ปอนด์ ศาลอุทธรณ์เห็นตรงกันข้าม พิพากษากลับ ยกฟ้อง ศาลสูงสุดเห็นพ้องกับศาลอุทธรณ์ โดย Lord Russell กล่าวว่า การวินิจฉัยผิดพลาดกับประมาทเลินเล่อเป็นไปด้วยกันได้ ไม่ใช่ว่าไม่ได้

ข้อสังเกต คดีนี้ศาลได้วางหลักไว้ว่าการวินิจฉัยผิดพลาดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ไม่ใช่จะเกิดเพราะความประมาทเลินเล่อเสมอไป ความประมาทเลินเล่อให้ดูในขณะที่กระทำการนั้น ไม่ใช่ว่าพอวินิจฉัยผิดพลาด เกิดความเสียหายขึ้นจะเป็นเพราะความประมาทเลินเล่อเสมอไป

นอกจากนี้ยังมีคดีที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยผิดพลาดอีก เช่น *คดี O'Donnell V. South Bedfordshire Health Authority 1991* คณะแพทย์วินิจฉัยว่าโจทก์ (ทารก) ตายตั้งแต่อยู่ในครรภ์แล้ว จึงไม่ได้ผ่าเอาทารกออกมา แต่อีก 17 ชั่วโมงต่อมาทารกคลอดออกมาตามปกติ แต่พิการอย่างรุนแรง (severe disabilities) โดยมีอาการ cerebral palsy กับอาการ spastic quadriplegia โจทก์เคลื่อนไหวไม่ได้ พูดไม่ได้ คาดว่าจะมีอายุได้เพียง 28 ปี ศาลให้ค่าเสียหาย 346,476 ปอนด์

ต่อไปเป็นตัวอย่างคดีที่เกี่ยวกับการละเว้นหน้าที่ที่ต้องระมัดระวัง คดีนี้ศาลได้วางแนวไว้ว่า หน้าที่ที่ต้องระวางนั้น ต้องสามารถคาดเดาได้ล่วงหน้าถึงความเสี่ยงและสมควรแก่เหตุ ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่สามารถคาดเดาถึงความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นได้ ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ได้ประมาท คือ *คดี Roe V Minister of Health (1954)*¹³³ คดีนี้ Dr. Graham เป็นหมอวิสัญญีของ

¹³² มนต์ชัย ชนินทรลีลา , แพทย์กับกระบวนการยุติธรรม (รักษาอย่างไร ไม่ต้องรับผิดทางกฎหมาย) , พิมพ์ครั้งที่ 1 , ตุลาคม 2548 , สำนักพิมพ์เอเชียคิต , กรุงเทพฯ , หน้า 68

¹³³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ , เปรียบเทียบความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจากการประกอบวิชาชีพของแพทย์ตามกฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายไทย , บทบันทึกคดี , หน้า 52

โรงพยาบาล North Derbyshire Royal Hospital ไว้วางยาสลบโดยใช้เข็มฉีดยาแทงที่กระดูกสันหลัง โดยยาชื่อ nupercaine (Astra Zeneca) ทำให้คนไข้ที่มารักษากลายเป็นอัมพาตส่วนล่างแบบถาวรไป สาเหตุเพราะหลอดแก้วเล็กที่ใช้บรรจุยาฉีดเวลาจะใช้ต้องตัดหัวจุกก่อนแล้วจึงใช้เข็มฉีดยาฉีดด้วย ขึ้นมา โรงพยาบาลมีวิธีปฏิบัติ เพื่อป้องกัน ไม่ให้เกิดการติดเชื้อจากตัวหลอดแก้วเองหรือตัวเข็มฉีดยา คือ นำหลอดแก้วที่บรรจุยา nupercaine เก็บไว้ในภาชนะที่เก็บขวดยาและแช่น้ำยา phenol ไว้เพื่อป้องกันการเกิดสาร carbolic ที่ทำให้เกิดการติดเชื้อได้ แต่ปรากฏว่าต่อมาหลอดแก้วเล็กที่เก็บไว้นั้น เกิดรอยร้าวแตกเล็กๆ ที่ไม่สามารถเห็นได้ด้วยตาเปล่าได้ทำให้น้ำยา phenol ไหลซึมเข้าไปร่วมกับยา nupercaine รวมตัวเกิดเป็นสาร carbolic ดังนั้นเวลาฉีดยาสู่ตัวคนไข้ทำให้เป็นอัมพาตถาวรครึ่งล่าง ทั้งหมด

ศาลยกฟ้องคดีนี้โดยให้เหตุผลว่า ไม่เกิดการละเว้นหน้าที่ที่ต้องระวัง(duty of care) เพราะ ขณะที่เกิดเหตุการณ์นั้น แพทย์ไม่ได้ประมาทและไม่สามารถคาดเดาถึงความเสี่ยงเรื่องหลอดแก้วที่สามารถแตกร้าวและซึมออกไปได้ ความเสี่ยงในเรื่องดังกล่าวไม่อาจคาดเดาได้ในขณะนั้น ดังนั้น อันตรายที่เกิดขึ้นจึงไม่สามารถคาดเดาได้ล่วงหน้าและสมควรแก้เหตุ

มีตัวอย่างคดีที่เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต่างประเทศ แต่ไม่ใช่การฟ้องให้รับผิดชอบทางอาญา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำมาเทียบเคียงกับการพิจารณา หลักเกณฑ์ของความรับผิดชอบประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในไทยได้ เพื่อให้เป็นแนวทางในการพิจารณาความรับผิดชอบในทางประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ประเด็นปัญหาในเรื่องเหตุสุดวิสัยในทางการแพทย์กับความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ศาลต่างประเทศได้วางหลักวินิจฉัยไว้ว่า ในเรื่องเหตุสุดวิสัยทางการแพทย์นั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ต้องรับผิดชอบในผลที่ไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้าในการทำการรักษา ถ้าผลนั้นเกิดจากเหตุแทรกซ้อน หรืออุบัติเหตุทางการแพทย์ กรณีนี้ไม่ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการโดยประมาทเลินเล่อ

ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ต้องรับผิดชอบในผลที่ไม่อาจคาดถึงได้ ถ้าหากผลนั้นเกิดขึ้นเพราะ ลักษณะอันผิดปกติของคนไข้(some peculiarity in the constitution of the patient) ที่ไม่อาจคาดหมายได้ด้วยเหตุผลอันสมควร และผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีความเสียหายเกิดขึ้น เพราะความพลาดพลั้งหรืออุบัติเหตุ(slip or accident)ดังคดีตัวอย่างต่อไปนี้ คดี *Crossman v. Stewart 1977*¹³⁴ คดีนี้แพทย์เป็นผู้เชี่ยวชาญด้าน โรคผิวหนัง โจทก์ไปปรึกษาผิวหนัง จำเลยให้ยามารักษาโดยบอกว่าโจทก์เป็นวัณโรคผิวหนัง (discoïd lupus erythematosus) เมื่อยามหมด โจทก์ไปรับยาจากเซลแมนขายยาเองโดยที่จำเลยไม่ทราบ โจทก์ใช้ยานี้อยู่เรื่อยมาแม้จะทราบว่ายานี้ถ้าใช้นานๆ

¹³⁴ กุมรินทร์ ศรีมูล , “ความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” , วิทยานิติพนธ์นิติศาสตร์ มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2548 , หน้า65

อาจเป็นอันตรายต่อสายตา ต่อมาสายตาของโจทก์เริ่มมีปัญหา แก้วไขไม่ได้เสียแล้ว โจทก์จึงฟ้อง จำเลย ศาลสูงแห่งบริติชโคลัมเบีย แคนาดา วินิจฉัยว่า โดยมาตรฐานแห่งความระมัดระวัง จำเลย ทราบว่าการให้ยานี้มีอันตรายแอบแฝง ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังอย่างสูง(must be very high) แต่ จำเลยก็บกพร่องเพราะ 1. ละเลยไม่นำพาต่อรายงานของจักษุแพทย์ที่ว่าโจทก์ใช้ยาตัวนี้เป็นปีแล้ว 2. ไม่ใส่ใจเรื่องการตรวจสายตาเนื่องจากมีร่องรอยการใช้ยานี้ปรากฏอยู่ แต่โจทก์ก็บกพร่องเพราะ 1. ใช้ยาจากแหล่งที่มาโดยไม่ถูกต้อง 2. ใช้ยาดัดต่อกันเองโดยไม่ให้แพทย์สั่ง และไม่ปรึกษาแพทย์ คดี นี้โจทก์กับจำเลยต่างคนต่างก็มีส่วนประมาทด้วยกันทั้งคู่

แม้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะทำการรักษาโดยไม่คิดค่ารักษาพยาบาลก็ตาม แต่การใช้ ความระมัดระวังก็ต้องเป็นไปตามวิชาชีพแพทย์ จะใช้ความระมัดระวังในระดับที่แตกต่างกันไม่ได้ ดังเช่น คดี *Gold V. Essex Country Council 1942*¹³⁵ มารดาพาบุตรสาวซึ่งหน้าเป็นหูไปรักษาที่ โรงพยาบาล โดยไม่ได้เสียค่ารักษา รังสีแพทย์ประมาทเดินเล่อทำให้ใบหน้าของเด็กไหม้และเสีย โจม ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหาย

มาตรฐานความระมัดระวังที่กฎหมายวางไว้ มิใช่เป็นหลักประกันต่อความพลาดพลั้งที่เป็น อุบัติเหตุ หากแต่เป็นความระมัดระวังตามขนาดที่ผู้มีความชำนาญโดยปกติในวิชาชีพนั้นจะพึง คาดหมายได้ตามควรที่ผู้กระทำจะพึงต้องใช้ในเหตุการณ์จริงๆ ฉะนั้นการกระทำพลั้งพลาดหรือ ผิดพลาด จึงมิได้สื่อแสดงถึงความประมาทเดินเล่อเสมอไป มีตัวอย่างเช่น คดี *Crawford v. Board of Charing Cross Hospital 1953* ในคดีนี้ปี 1950 โจทก์ผ่าตัดกระเพาะปัสสาวะที่โรงพยาบาลจำเลย วิธี รักษาของวิสัญญีแพทย์ทำให้แขนซ้ายของ โจทก์เป็นอัมพาต ก่อนหน้านี้เมื่อต้นปีมีบทความใน วารสาร Lancet กล่าวถึงกรรมวิธีที่วิสัญญีแพทย์คนนั้นใช้ว่าไม่สมควร แต่แพทย์คนนั้นไม่ได้อ่านถึง บทความนี้ ศาลเห็นว่า ข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าแพทย์ประมาทเดินเล่อ เพราะเป็นการสร้างภาระแก่ บุคลากรทางการแพทย์มากเกินไปที่จะกะเกณฑ์ให้พวกเขาต้องอ่านบทความทางการแพทย์ทุกเรื่อง

ข้อสังเกต จากคดีนี้จะเห็นได้ว่าการพิจารณาเรื่องประมาทเดินเล่อจำต้องพิจารณาพฤติการณ์ ประกอบอื่นๆด้วย ฉะนั้นจึงถือหลักไม่ได้ว่าในการผ่าตัดรายใด ถ้าพบสิ่งผิดปกติหลงเหลืออยู่ในตัว คนไข้หลังผ่าตัดแล้ว จะต้องถือว่าประมาทเดินเล่อเสมอไป (Negligence will inevitably exist) กรณี เช่นนี้ต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงอื่นๆประกอบด้วย เช่น ความยากลำบากที่มีในการผ่าตัด ภาวะของ คนไข้ ความเร่งรีบ ฯลฯ ดังนั้น ไม่ถือว่าแพทย์เดินเล่อหากปฏิบัติไปตามมาตรฐานที่ผู้มีความ เชี่ยวชาญทางการแพทย์พึงกระทำ บางทีวิธีการรักษาของแต่ละสำนักที่ศึกษามาก็มีความแตกต่างกัน ไป ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมบางคนก็ได้รับการอบรมศึกษามาส่งเสริมให้ใช้ยาตัวนี้รักษา หรือ คัดค้านว่าไม่ต้องใช้ยานี้รักษาก็ได้ ซึ่งจะนำพฤติการณ์เหล่านี้มาเป็นตัวกำหนดว่าผู้ประกอบวิชาชีพ

¹³⁵ โปรดดูรายละเอียดใน www.medcallaw.com

เวชกรรมประมาทเดินเลื้อยเพราะปฏิบัติไม่เหมือนแพทย์อื่นๆ ย่อมไม่ได้เช่นกัน แต่ถ้าข้อเท็จจริงในคดีนี้กลายเป็นว่าข้อมูลทางการแพทย์นั้นเป็นข้อมูลใหม่ที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทุกคนต้องทราบ และเข้าใจในการรักษานั้น และข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลที่มีอยู่ทั่วไปสามารถค้นหาได้ไม่ยาก กากละเลยไม่สนใจข้อมูลนั้นๆ อาจถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการ โดยประมาทได้

การวินิจฉัยโรคผิดโดยลำพังเท่านั้นยังถือไม่ได้ว่าเป็นความประมาทเดินเลื้อย แม้การวินิจฉัยของจำเลยจะแตกต่างกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนอื่น แม้เขาจะด้อยความชำนาญและความรู้กว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนอื่น การวินิจฉัยว่าประมาทเดินเลื้อยหรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่า การวินิจฉัยที่ผิดพลาดนั้นแพทย์ที่มีความชำนาญปกติ (ordinary skill) และใช้ความระมัดระวังปกติ (ordinary care) ไม่วินิจฉัยอย่างนั้น จึงจะถือว่าเป็นความประมาทเดินเลื้อย ดังในคดีอาญาเรื่องหนึ่ง คือ *คดี Hunter v. Hanley 1955* โจทก์ฟ้องจำเลยหาว่าประมาทเดินเลื้อยใช้เข็มขนาดไม่เหมาะสม ศาลชั้นต้นให้คำแนะนำแก่คณะลูกขุนว่าเรื่องนี้ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าเป็นประมาทเดินเลื้อยอย่างร้ายแรง (gross negligence) คณะลูกขุนเห็นว่าจำเลยไม่ผิด เพราะไม่ได้กระทำการ โดยประมาทเดินเลื้อยอย่างร้ายแรง เพราะผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนนั้นได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติแล้ว

ระบบตะวันตก ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องป้องกันตัวเองจากการฟ้องร้อง เนื่องจากมีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมร้องดำเนินคดีเป็นจำนวนมาก อันเนื่องมาจากการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาด ซึ่งบางทีความผิดพลาดไม่ได้เกิดมาจากความประมาทเดินเลื้อยเฉพาะตัวของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งในการฟ้องร้องแต่ละครั้ง จำนวนเงินค่าเสียหายมีราคาสูงมาก ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถูกตัดสินว่ากระทำความผิดจริง ย่อมต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนมาก ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกิดความวิตกกังวลในการรักษา จึงต้องหาวิธีการป้องกันตัวเองจากการถูกฟ้องร้อง ซึ่งก็คือ การทำประกันภัยวิชาชีพ ซึ่งจะทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพเต็มที่ ไม่ต้องมากังวลกับการรักษา

โดยการทำประกันภัยวิชาชีพและวินิจฉัยโรคโดยส่งตรวจทุกอย่างไม่ว่าจะจำเป็นหรือไม่ เพื่อป้องกันตัวเอง (defensive investigation) จากการประกอบวิชาชีพเวชกรรม เพราะหากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ส่งตรวจ บริษัทประกันอาจปฏิเสธความรับผิดชอบได้ ผลจากความสัมพันธ์แบบนี้จะส่งผลเสียต่อประชาชนที่ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลเพิ่มขึ้น¹³⁶ เช่น *คดี Lin Poh Choo V. Camden and Islington Area Health Authority 1979* แพทย์หญิง Lin Poh Choo อายุ 37 ปี เข้ารับการผ่าตัดภายใน (gynaecological operation) เธอมีสุขภาพแข็งแรง ได้รับการวางยาสลบตามปกติ หลังผ่าตัดก็ถูกนำเข้าห้องพักฟื้น แต่หมดสติและร่างกายเริ่มเปลี่ยนเป็นสีเขียวเนื่องจากขาดออกซิเจน (cyanosis) ตอนแรกมีอาการหนังไม่มีเลือดไปเลี้ยงสมอง แพทย์ต้องปั๊มหัวใจและเริ่ม

¹³⁶ โปรดดูรายละเอียดใน www.healthtoday.net

หายใจได้ แต่มีการตายทั้งเป็น (living death) เนื่องจากสมองเสียหายหนัก กลายเป็นคนช่วยตัวเองไม่ได้ พูดได้ไม่ก็คำและไม่มี ความหมาย มารดาของเธอจึงฟ้องเรียกค่าเสียหาย ศาลชั้นต้นให้ค่าเสียหาย 250,000 ปอนด์ ศาลอุทธรณ์พิพากษาขึ้น (โดย Lord Denning องค์กรคณะผู้พิพากษา มีความเห็นให้ลดค่าเสียหายลงครึ่งหนึ่ง ด้วยเหตุผลที่ว่าต่อไป ค่าประกันภัยในวิชาชีพจะต้องสูงขึ้นกว่าเดิม อันจะต้องตกเป็นภาระแก่ผู้ต้องเสียค่ารักษาพยาบาลเพิ่มขึ้น)

นอกจากนี้ยังมีคดีที่เกี่ยวกับความประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ที่เป็นการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับจรรยาบรรณของแพทย์เท่านั้น ไม่ได้มีการฟ้องเป็นคดีอาญา คือคดี *Landan V. Werner 1961* เดือนมีนาคม 1949 *Dr. Landau* จำเลยเป็นจิตแพทย์ได้ให้การรักษาโจทก์ซึ่งเป็นสาว ที่หนักวักกลางคนที่มีความวิตกกังวล (anxiety state) แต่โจทก์เกิดหลงรักจำเลยจนถอนตัวไม่ขึ้น (fallen deeply in love) และบอกว่านี่เป็นเหตุผลที่โจทก์ตัดสินใจไม่รักษาต่อ จำเลยคิดว่าโจทก์มีอาการไม่ดี ระหว่างเดือนสิงหาคม 1949 ถึงเดือนมีนาคม 1950 จำเลยพาโจทก์ไปดื่มน้ำชา รับประทานอาหารค่ำด้วยกัน ตั้งแต่เดือนมีนาคม 1950 อาการของโจทก์แย่ลง โจทก์ฟ้องจำเลย ศาลชั้นต้นเห็นว่าจำเลยประมาทเลินเล่อ ศาลอุทธรณ์เห็นว่า วิธีการรักษาของจำเลยที่ชวนโจทก์ออกงาน สังคม ไปเที่ยวด้วยกัน เป็นสิ่งไม่ดีและแพทย์ไม่ควรปฏิบัติเช่นนี้ วิธีการรักษาที่ไม่เข้าท่า (unwise treatment) ทำให้อาการของโจทก์แย่ลง เป็นความประมาทเลินเล่อและทำผิดหน้าที่ของแพทย์

ข้อสังเกต คดีนี้ถ้าฟ้องให้รับผิดทางอาญาจำเลยไม่น่าจะต้องรับผิดเพราะเป็นการกระทำที่ผิด จรรยาบรรณแพทย์เท่านั้น ไม่ได้เป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

มีคดีตัวอย่างที่เกี่ยวกับความประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอีกแต่ไม่ใช่การฟ้อง คดีอาญา ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำมาใช้เทียบเคียงการพิจารณาความรับผิดกรณีประมาทตาม กฎหมายไทยได้ เช่นคดี *James V. Dunlop*¹³⁷ วันที่ 11 ธันวาคม 1928 จำเลยฝาก่อนนิ้วให้สามีโจทก์ แต่อาการของสามีโจทก์ไม่ดีขึ้น วันที่ 20 มีนาคม 1929 แพทย์คนอื่นผ่าตัดสามีโจทก์อีกครั้ง พบมี ก้อนลำไส้หลงไว้ในตัวสามีโจทก์ และเกิดแผลซอนทะลุ (Fistula) อีก 7 วันต่อมาสามีโจทก์ก็ตาย โจทก์ฟ้องจำเลย คณะลูกขุนเห็นว่าจำเลยประมาทเลินเล่อ ศาลอุทธรณ์เห็นว่า จำเลยเพียงแต่ถาม พยาบาลว่าเอาออกหมดแล้วหรือยัง มีเสียงของใครที่จำเลยจำไม่ได้แน่นอนว่าหมดแล้ว จำเลยจึง ประมาทเลินเล่อ

และคดี *Pask V. Bexley Health Authority 1988*¹³⁸ ในปี 1981 โจทก์ถูกส่งไปล้างท้องที่ โรงพยาบาล อีก 1 ปี ต่อมาพบว่ามียาขนาด 2 ฟุตครึ่งอยู่ในตัวโจทก์ ยาขนาด 2 ฟุตครึ่งไปอยู่ทางปอดซ้าย ด้านล่าง ตอนโจทก์ออกจากโรงพยาบาลในปี 1981 โจทก์มีอาการหายใจไม่ออก เจ็บปวดอย่างแรง

¹³⁷ ภูมิรินทร์ ศรีมูล , “ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” ,วิทยานิพนธ์นิติศาสตร มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2548 , หน้า 78

¹³⁸ เรื่องเดียวกัน , หน้า 78

ไอเป็นเสมหะปนเลือด หลังจากผ่าตัดเอาสายยางออก โจทก์มีรอยผ้าที่ขาวและน่าเกลียด หลังผ่าตัดแล้วอาการดีขึ้น แต่ยังหายใจไม่ค่อยออกและติดเชื้องูทางเดินหายใจบ่อย ๆ และต้องทนเช่นนี้ไปตลอดชีวิต ศาลเห็นด้วยกับศาลชั้นต้นที่กำหนดค่าเสียหายให้ 42,500 ปอนด์

ในระบบคอมมอนลอว์นั้น การพิสูจน์ถึงความประมาท ศาลจะใช้หลัก Res ipsa loquitur มาใช้ในการพิจารณาถึงการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่ ดังคดี คดี **Ybarra V. Spangard Supreme Court of California 1944**¹³⁹ นาย Joseph R. Ybarra โจทก์ปรึกษานายแพทย์ Tilley ซึ่งวินิจฉัยว่าโจทก์เป็นไส้ติ่งอักเสบ ได้เตรียมการผ่าตัดโดยนายแพทย์ Spangard ที่โรงพยาบาลของนายแพทย์ Swift เมื่อโจทก์เข้ารับการผ่าตัดก็ถูกฉีดยานอนหลับก่อน นายแพทย์ Reser ซึ่งเป็นวิสัญญีแพทย์ ลูกจ้างของนายแพทย์ Swift ได้วางยาสลบโจทก์เมื่อโจทก์ฟื้นคืนสติขึ้นมาก็รู้สึกปวดที่แขนขวากับไหล่ขวา โจทก์ได้บอกอาการให้พยาบาลทราบ นายแพทย์ Tilley ได้ใช้วิธีการรักษาโดยการกระจายความร้อน แต่อาการเจ็บของโจทก์ยังไม่ทุเลากลับแผ่ลงไปยังร่างกายส่วนล่างอีก เมื่อโจทก์ออกจากโรงพยาบาลอาการรุนแรงขึ้นไปอีกถึงขนาดที่ไม่สามารถยกแขนหมุนแขนได้ มีอาการลีบและเป็นอัมพาต(paralysis and atrophy) โจทก์ให้แพทย์รักษาต่อไปจนถึงเดือนมีนาคม 1940 จากนั้นกลับทำงาน โดยต้องใส่ฝือกที่แขน จำเลยผู้คดีว่า เรื่องนี้จำเลยแต่ละคนได้แบ่งหน้าที่กันแล้ว การกระทำที่เป็นต้นเหตุอาจเกิดจากคนหนึ่งคนใดมาแจ้งชัด

หลักกฎหมาย Res ipsa loquitur (The thing speaks for itself)¹⁴⁰ นำมาใช้กับคดีนี้ได้ ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง ศาลอุทธรณ์เห็นว่า โรงพยาบาลทุกวันนี้ใช้บุคลากรจำนวนมาก ในการเตรียมการผ่าตัดต้องมีแพทย์ พยาบาล ซึ่งเป็นลูกจ้างของโรงพยาบาลแบ่งแยกหน้าที่กัน จำนวนบุคลากรที่มีมากไม่ใช่เหตุผลที่จะปฏิเสธความรับผิดชอบ มีเหตุที่ต้องพิจารณาคดีนี้อีกครั้งหนึ่งเพื่อหาว่าใครประมาทเลินเล่อ จึงได้พิจารณาคดีนี้ใหม่(ศาลอุทธรณ์ใช้หลัก Res ipsa loquitur เนื่องจากผู้ที่รู้ดีถึงอาการป่วยเจ็บของโจทก์ก็คือ คณะแพทย์ที่ให้การผ่าตัดโจทก์ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอยู่ในวิสัยของแพทย์ผู้ทำการรักษาที่จะรู้ว่าอะไรเป็นอะไร) ในการพิจารณาคดีใหม่นี้ ศาลตัดสินให้โจทก์ชนะ

มีคดีเรื่องหนึ่งในศาลของประเทศอังกฤษที่ศาลได้ใช้หลักภาระการพิสูจน์มาพิจารณา โดยคดีนี้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ทำการผ่าตัดใหม่ถึง 4 ครั้งถึงจะสำเร็จ ซึ่งย่อมแสดงให้เห็นว่าการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นน่าจะขาดความระมัดระวังที่สมควรตามวิสัยและพฤติการณ์เป็นพิเศษในการทำการผ่าตัด เพราะถ้าใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้วไม่น่าจะที่จะต้องมีการแก้ไขใหม่ถึง 4 ครั้ง คล้ายๆหลักของ Res ipsa loquitur (The thing speaks for itself ทุกอย่างมันฟ้องอยู่ในตัวแล้ว) คือคดี **Lofthouse V. North Tees Health Authority 1992** เดือน

¹³⁹ มนต์ชัย ชนินทรลีลา , แพทย์กับกระบวนการยุติธรรม (รักษาอย่างไร ไม่ต้องรับผิดชอบทางกฎหมาย) , พิมพ์ครั้งที่ 1 , ตุลาคม 2548 , สำนักพิมพ์เอเชียทิท , กรุงเทพฯ , หน้า132

¹⁴⁰ West Group , “Res ipsa loquitur”, West’s Encyclopedia of American Law 9(1998) : 13

เมษายน 1988 โจทก์อายุ 24 ปี ไปคลอดบุตรคนแรกที่โรงพยาบาลประจำเลข บริเวณปากช่องคลอดฉีกขาด แพทย์เย็บให้แน่นเกินไป ทำให้โจทก์ร่วมประเวณีไม่ได้ โจทก์ต้องผ่าตัดตกแต่งใหม่ถึง 4 ครั้ง จนสำเร็จ ในเดือนพฤษภาคม 1990 ช่วงเวลา 2 ปี โจทก์ต้องทนทุกข์ทรมาน ชีวิตสมรสไม่มีความสุข

กรณีประเด็นปัญหาในเรื่องการไม่ทำหน้าที่ตามหลักวิชาชีพเวชกรรมนั้น ศาลต่างประเทศได้วินิจฉัยไว้ว่าเมื่อผู้ป่วยเข้ามาอยู่ในความดูแลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแล้ว ในเบื้องต้นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องทำการรักษาตามหลักวิชาชีพเวชกรรมในเบื้องต้นก่อน คือ ทำการวินิจฉัยหาสาเหตุของโรคด้วยการตรวจ ดู คลำ เคาะ ไม่ใช่เพียงแค่คาดคะเนถึงอาการของโรคเพียงอย่างเดียว โดยไม่ได้ทำการตรวจเบื้องต้นก่อน ถ้าต่อมามีความเสียหายเกิดขึ้น ต้องถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการโดยประมาท ต่อไปเป็นตัวอย่างคดีที่เกี่ยวกับการประมาทในการไม่ได้กระทำตามหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในเบื้องต้น เช่น การตรวจ จับ คลำ หรือเคาะ เพื่อจะได้สันนิษฐานอาการเบื้องต้นของผู้ป่วย คดี *Lord V. Spencer 1994* วันที่ 1 มกราคม 1987 โจทก์อายุ 64 ปี ปรีกษาประจำเลขซึ่งเป็นแพทย์ว่าเมื่อ 3 วันก่อน ตาข้างขวาของโจทก์มัวเหมือนมีม่านน้ำ จำเลยมิได้แนะนำให้โจทก์ไปโรงพยาบาล วันรุ่งขึ้นตอนเที่ยง จอตา (retina) ของโจทก์หลุด วันที่ 4 มกราคม โจทก์ถูกส่งไปที่โรงพยาบาลเพื่อผ่าตัดแต่ไม่สำเร็จ ตาข้างนี้เสียไป โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหาย ข้อเท็จจริงได้ความว่า หากในวันที่ 2 มกราคม จำเลยให้โจทก์ไปโรงพยาบาล การรักษาอาจทันท่วงที ตาโจทก์อาจจะไม่เสียไป ศาลให้ค่าเสียหายสำหรับความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน และเสียความสุข เป็นเงิน 20,000 ปอนด์

นอกจากนี้ยังมีคดีในศาลอังกฤษอีกคดีหนึ่งที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ทำหน้าที่ตามหลักวิชาชีพเวชกรรมนั้น คือ คดี *Patten V. Birmingham Regional Hospital Board กับพวก 1985* วันที่ 29 สิงหาคม 1982 โจทก์ได้รับบาดเจ็บขณะแข่งขันม้ากระโดด มีอาการกระดูกเชิงแตกและเจ็บเข้าซ้าย แต่ทางโรงพยาบาลไม่ได้วินิจฉัยเรื่องกระดูกแตก โจทก์กลับไปโรงพยาบาลอีกครั้งในวันที่ 13 กันยายน วันรุ่งขึ้นก็ผ่าตัด หลังเกิดอุบัติเหตุโจทก์มีอาการเจ็บปวดตลอดมา หากการผ่าตัดทำทันที โอกาสที่โจทก์จะพิการมีเพียง 20% แทนที่จะเป็น 50% โจทก์ฟ้องโรงพยาบาล ทางโรงพยาบาลยอมรับว่าประมาทในการไม่ตรวจเรื่องกระดูกแตกให้ดี

ข้อสังเกต ทั้งสองคดีนี้ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ทำตามหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะต้องวินิจฉัยและตรวจสอบอาการเบื้องต้นก่อนเมื่อมีผู้ป่วยมาขอรับการรักษา และไม่แนะนำถึงการรักษา ทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมประมาทเลินเล่อ นอกจากคดีที่กล่าวมาแล้วยังมีอีกหลายคดีที่กล่าวถึงการไม่ทำตามหน้าที่เบื้องต้นของแพทย์ก่อน

ต่อไปเป็นตัวอย่างคดีในศาลของอังกฤษที่เกี่ยวกับการให้เลือดผิด หรือให้ยาผิดทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้วก็ต้องถือ

ว่ากระทำการ โดยประมาทแต่จะเป็นความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ต้องพิจารณาถึงระดับของความประมาทอีกที ดังมีตัวอย่างคดีที่ได้เคยวินิจฉัยไว้ คือ คดี *Mogan V. Gwent Health Authority 1988* โจทก์มีเลือดเป็น rhesus negative ปี 1978 โจทก์ไปผ่าตัดที่โรงพยาบาล ๆ ให้เลือดชนิด rhesus positive โดยประมาทเกินเลื้อ ผลทำให้โจทก์มีความผิดปกติ มีบุตรได้ยาก เมื่อมีครรภ์ทารกในครรภ์อาจแท้งหรือพิการ ระหว่างมีครรภ์ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาครรภ์มาก ต่อมาในปี 1984 โจทก์ถูกถอนหมั้น โจทก์ต้องการมีครอบครัว โอกาสที่โจทก์จะหาสามีถูกจำกัดลง โจทก์มีความวิตกกังวลอย่างมาก โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหาย

กรณีประเด็นปัญหาในเรื่องการรักษาพยาบาลกับความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวนั้น ศาลในต่างประเทศได้วินิจฉัยวางหลักในเรื่องนี้ไว้ว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก่อนที่จะทำการรักษาพยาบาลผู้ป่วยต้องทำการบอกกล่าวถึงวิธีการรักษา ความเสี่ยงหรือผลข้างเคียงที่อาจเกิดจากการรักษาพยาบาลด้วยเพื่อให้ผู้ป่วยทราบถึงขั้นตอนและวิธีการรักษา รวมถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาล¹⁴¹ เพื่อให้ผู้ป่วยตัดสินใจยินยอมให้ทำการรักษา ซึ่งความยินยอมนี้จะนำมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ นอกจากการบอกกล่าวให้ผู้ป่วยทราบถึงวิธีการรักษาแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมยังต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับโรคนั้นให้ผู้ป่วยได้ทราบด้วย แม้ความจริงอาจทำร้ายจิตใจของผู้ป่วยก็ตาม

ทั้งสามคดีที่จะกล่าวต่อไปถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่ที่จะต้องเตือนถึงความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นจากการรักษาให้ผู้ป่วยทราบก่อนที่จะตกลงรับการรักษา ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่เตือนก่อนย่อมถือว่าเป็นความประมาทเกินเลื้อของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ป่วยอาจจะไม่ยินยอมให้ผ่าตัดถ้าทราบถึงความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นได้ หลักในเรื่องนี้เป็นหลักในเรื่องของความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งนำมายกเว้นความรับผิดชอบในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ เช่น คดี *Newell and Newell V. Goldenberg 1995* โจทก์ทั้งสองเป็นสามีภริยาได้ปรึกษากับจำเลยเพื่อทำหมันชายแบบ vasectomy จำเลยมิได้เตือนพวกโจทก์ว่ามีโอกาสเสี่ยง 1 ใน 2,300 ที่จะมิได้ลูกได้อีก เดือนกันยายน 1985 จำเลยลงมือทำหมันให้ แต่เดือนธันวาคม 1995 โจทก์มีครรภ์อีก เมื่อถูกฟ้อง จำเลยรับว่าไม่ได้เตือนพวกโจทก์เรื่องนี้ ศาลเห็นว่าจำเลยประมาทเกินเลื้อ

คดี *Rogers v. Whittaker 1992* โจทก์เคยถูกไม้แทงทะเลในปี 1944 ทำให้ตาขวาเกือบบอดสนิท แต่ตาข้างซ้ายยังคงอยู่ จำเลยเป็นจักษุแพทย์ได้แนะนำว่าตาข้างขวารักษาโดยการผ่าตัดได้ โจทก์ถาม

¹⁴¹ ภูรินทร์ ศรีมูล , “ความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” ,วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2548 , หน้า 93

จำเลยว่าจะมีอะไรยุ่งยากเกิดขึ้นตามมาหรือไม่ ถ้ามองจำเลยรำคาญ แต่โจทก์ก็ไม่ได้ถามว่าการผ่าตัดจะทำให้ตาอีกข้างเสียไปด้วยหรือไม่ ซึ่งเรื่องแบบนี้มีโอกาสเกิดขึ้น 1 ใน 14,000 เท่านั้น แต่จำเลยก็ไม่ได้พูดถึงเรื่องนี้ โจทก์ให้จำเลยผ่าตัดในเดือนสิงหาคม 1984 การผ่าตัดเกิดผลทำให้ตาข้างซ้ายเสีย ปี 1986 โจทก์กลายเป็นคนตาบอดสนิททั้ง 2 ข้าง จึงฟ้องจำเลย ศาลเห็นว่าการที่จำเลยไม่ได้บอกโจทก์ว่ามีโอกาสที่ตาข้างซ้ายจะเสีย 1 ใน 14,000 เป็นประมาทเล็กน้อย เพราะไม่ได้ชี้แจงให้คนไข้ อย่างเหมาะสมด้วยความระมัดระวังและชำนาญ หากเปิดเผยความเสี่ยงแล้ว โจทก์ซึ่งเป็นคนตาเดียวมาตั้งแต่ปี 1944 คงไม่ยอมให้ผ่าตัดแน่ ๆ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยประมาท

คดี *Smith V. Tunbridge Wells Health Authority 1994* โจทก์เป็นชายอายุ 28 ปี มีบุตร 2 คน มีปัญหาเกี่ยวกับลำไส้ แพทย์โรงพยาบาลจำเลยแนะนำการผ่าตัดเย็บตรึงไส้ตรง โดยอธิบายว่าการผ่าตัดอาจมีเส้นประสาทบางแห่งชำรุด และโจทก์มีโอกาสเป็นหมัน 10% โจทก์ยินยอมให้ผ่าตัดได้ ต่อมาการผ่าตัดในส่วนลำไส้ประสบความสำเร็จ แต่มีเส้นประสาทบางเส้นเสียไป ทำให้โจทก์เสื่อมสมรรถภาพทางเพศ และกระเพาะปัสสาวะผิดปกติ โจทก์จึงฟ้องโรงพยาบาลอ้างเหตุที่แพทย์ไม่ได้อธิบายให้ฟังว่ามีโอกาสเสี่ยงเรื่องเสื่อมสมรรถภาพทางเพศและกระเพาะปัสสาวะผิดปกติจากการผ่าตัด ศาลเห็นว่าถ้าแพทย์ไม่ได้เตือนเรื่องความเสี่ยงของกระเพาะปัสสาวะ และเสื่อมสมรรถภาพทางเพศ ก็น่าจะไม่นยินยอมให้ผ่าตัดแน่ ๆ การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการกระทำโดยประมาท

มีคดีที่เกี่ยวกับการเตือนถึงความเสี่ยงที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องบอกกล่าวต่อผู้ป่วยก่อน แต่คดีนี้ศาลเห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่มีหน้าที่ที่จะต้องเตือนก่อน คดีนี้เกิดในประเทศญี่ปุ่น คือ **คดี *Makino v. Japanese Red Cross Society 1990***¹⁴² ในเดือนมกราคม 1983 แพทย์ตรวจพบว่านางมาโกโนะ อายุ 50 ปี เป็นมะเร็งในถุงน้ำดี แพทย์จึงใจบอกเธอว่าเป็นนิ่วในถุงน้ำดีเท่านั้น เธอจึงไม่ยอมผ่าตัดและไม่ไปโรงพยาบาล ต่อมานางเสียชีวิต ทายาทฟ้องแพทย์ว่าประมาทเล็กน้อย เนื่องจากไม่ยอมเปิดเผยความจริงจึงทำให้ผู้ตายไม่อาจตัดสินใจได้ว่าจะผ่าตัดดีหรือไม่ ศาลสูงแห่งเมืองนาโกย่าเห็นว่าจำเลยมิได้ประมาท นางมาโกโนะกับแพทย์ไม่ได้มีความไว้วางใจกันถึงขนาด(did not share a relationship of mutual trust) ที่จะทำให้แพทย์ต้องเปิดเผยความจริงกับนางมาโกโนะหรือคนในครอบครัวของมาโกโนะ

หมายเหตุ ในคดีนี้ผู้เขียนไม่เห็นด้วย กับคำตัดสินของศาลเพราะการบอกถึงอาการเจ็บป่วยที่แท้จริงของผู้ป่วยนั้นเป็นหน้าที่ที่แพทย์พึงกระทำ เพื่อให้ผู้ป่วยได้ทราบถึงอาการของโรคและสามารถตัดสินใจเข้ารับการรักษาได้อย่างทันท่วงที

การที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่อยู่ในสภาพที่จะมาทำหน้าที่เป็นแพทย์ เนื่องมาจากความชราหรือความเจ็บป่วยนั้น ถ้าการรักษามีความเสียหายเกิดขึ้น แล้วต่อมาแพทย์ผู้นั้นถึงแก่ความตาย

¹⁴² โปรดดูรายละเอียดใน www.healthcare management.com

การพิจารณาในเรื่องความประมาทเลินเล่อก็ต้องดูตามพฤติการณ์ในการรักษาแต่ละครั้งว่านายแพทย์ผู้นั้นอยู่ในสภาพที่จะทำการรักษาผู้ป่วยได้หรือไม่ ถ้าแพทย์ผู้นั้นมีสภาพที่จะทำการรักษาผู้ป่วยได้ในขณะนั้น ก็ถือว่าไม่ประมาทเลินเล่อ เช่น คดี *Nickolls v. Ministry of Health กับพวก 1955*

ยังมีคดีตัวอย่างที่เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอื่น เช่น คดี *Walker v. South West Surrey District Health Authority*¹⁴³ โจทก์ไปโรงพยาบาลเพื่อคลอดบุตรคนที่สาม พยาบาลได้ฉีดยา pethidine ให้ วันรุ่งขึ้น นายแพทย์บันทึกว่าโจทก์บ่นว่ามีความรู้สึกที่ผิดปกติ (paraesthesia) บริเวณขาข้างขวาห่างไกลจากบริเวณที่ฉีดยาลงไป การฉีดยาทำให้ประสาทฝืนอกเสีย ทำให้บริเวณขาขวาของโจทก์หมดความรู้สึก โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหาย ศาลเห็นว่าการฉีดยาเข้าไปด้านในโคนขาขวา ซึ่งแพทย์และพยาบาลผู้มีความระมัดระวังย่อมไม่พึงกระทำ เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

คดี *Willson v. Mckechnie 1973* โจทก์ทนทุกข์ทรมานจากอาการปวดหลัง จากการเอกซเรย์แสดงให้เห็นกระดูกสันหลังโปนออกมา สงสัยเกิดอาการนอนทับ (overlay) ต่อมาแพทย์ทำการผ่าตัดกระดูกเอวให้โจทก์ หลังผ่าตัดเสร็จ 3 ชั่วโมง โจทก์เป็นอัมพาตตั้งแต่ช่วงล่างลงไป ขาใช้การไม่ได้ ศาลตัดสินว่า จำเลยตัดสินใจผ่าตัดโจทก์เร็วเกินไป การรักษาแบบดั้งเดิมยังไม่ได้ใช้ให้เพียงพอ เพราะการที่โจทก์มีอาการดีขึ้นจำเลยมิได้ใส่ใจในจุดนี้เลย การผ่าตัดจึงเป็นประมาทเลินเล่อ จะเห็นได้ว่าการกระทำที่เป็นความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในกรณีประมาทนั้น จะต้องเป็นกรณีที่เป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงโดยถือว่าผู้กระทำต้องมีเจตนาร้าย (mens rea) ทำให้การพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาและทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในต่างประเทศมีความแตกต่างกัน

4.6 วิเคราะห์เปรียบเทียบความรับผิดชอบทางอาญากรณีการกระทำโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

จากการศึกษาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกรณีการกระทำโดยประมาททั้งของไทยและของต่างประเทศนั้น จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์การพิจารณาความรับผิดชอบในทางอาญาของไทยและต่างประเทศในระบบคอมมอนลอว์ นั้น มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในระบบคอมมอนลอว์นั้นความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกรณีการกระทำโดยประมาทนั้นจะพิจารณาจากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ คือมีการกระทำที่ผิดกฎหมายและมีเจตนาร้าย (mens rea) ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญในการรับผิดชอบทางอาญาของกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะรับผิดชอบในการกระทำฐานประมาทในทาง

¹⁴³ ภูมรินทร์ ศรีมูล , “ความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” ,วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2548 , หน้า75

อาญาที่ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำประมาทโดยรู้ตัว (recklessly) คือเป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) เท่านั้น เนื่องจากความรับผิดชอบทางอาญานั้นเป็นความรับผิดชอบที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง และโทษทางอาญาก็เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพทางชีวิตและร่างกายของผู้กระทำผิด

นอกจากนี้ยังเห็นว่าการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นเป็นวิชาชีพที่มีหน้าที่ต่อสาธารณะ เพื่อช่วยเหลือผู้ป่วยให้พ้นจากความทุกข์ทรมานจากโรคภัยไข้เจ็บ ไม่มีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนใดที่จะทำการรักษาผู้ป่วยโดยมีเจตนาร้ายในการรักษาผู้ป่วยแน่นอน ดังนั้น การพิจารณาความรับผิดชอบในทางอาญาในระบบคอมมอนลอว์จึงต้องมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน ว่าการกระทำใดเป็นการกระทำ ความผิดอาญาและทางแพ่ง ซึ่งความรับผิดชอบทั้งสองประเภทนี้แยกออกจากกันอย่างชัดเจน

แต่ในประเทศไทยนั้นความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกรณีการกระทำโดยประมาทนั้น ใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาเช่นเดียวกับประมาทในทางแพ่ง เพียงแต่วิธีพิจารณา และการรับฟังพยานหลักฐานของศาลในคดีแพ่งและคดีอาญามีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การรับฟังพยานหลักฐานในทางแพ่งนั้นจะเป็นการชี้หน้าหน้าพยาน ซึ่งในเรื่องนี้ก็เป็นที่ยกฟ้องที่ฝ่ายผู้เสียหายจะนำพยานหลักฐานมาสืบถึงความประมาทในการรักษาพยาบาลได้ เนื่องจากการรักษาพยาบาลนั้นย่อมอยู่ในความรู้เห็นของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแต่เพียงอย่างเดียว อีกทั้งวิชาชีพเวชกรรมเป็นวิชาชีพที่ต้องมีก็ศึกษาอบรมมาเป็นพิเศษ บุคคลทั่วไปย่อมไม่อาจทราบได้ถึงวิธีการรักษาตามหลักวิชาชีพแพทย์

คดีส่วนใหญ่ที่เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นจึงต้องมีพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความในคดีทุกครั้ง เพื่อนำสืบถึงการรักษาที่กล่าวหาว่าเป็นการกระทำโดยประมาท ด้วยเหตุนี้ทำให้คดีที่ฟ้องแพทย์ส่วนใหญ่ในคดีอาญาเป็นเรื่องยาก เมื่อในคดีแพ่งการนำสืบถึงพยานหลักฐานเป็นเรื่องยากแล้ว ในคดีอาญานั้นการรับฟังพยานหลักฐานยิ่งยากกว่าเพราะในคดีอาญาศาลจะเชื่อว่ามีกรกระทำผิดต่อเมื่อนำพยานหลักฐานมาสืบให้ศาลเห็นว่ามีกรกระทำผิดจริง จนปราศจากข้อสงสัยในการกระทำผิดคิด ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาให้แน่ใจจริงๆว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้นจริง ถ้าฟ้องว่าประมาทก็ต้องนำสืบพิสูจน์ให้ได้ว่าประมาทอย่างไร ซึ่งในเรื่องนี้เป็นหลักการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาของไทย ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ไม่ค่อยมีคดีที่ฟ้องแพทย์เป็นคดีอาญาในประเทศไทยเท่ากับการฟ้องเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดในทางแพ่ง ในการศึกษาถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาความรับผิดชอบกรณีการกระทำโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทยนั้น จึงต้องใช้แนวทางในการศึกษาในคดีทางแพ่งมาใช้ในการศึกษาเปรียบเทียบ

ในส่วน of ระบบคอมมอนลอว์นั้น การพิจารณาความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในคดีละเมิดที่เป็นความรับผิดชอบทางแพ่งต่างๆ ไปนั้นก็ยังมีแนวคำพิพากษาของศาลวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในกรณีประมาทไว้อย่างชัดเจน เช่น การ

กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความรับผิดชอบประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ที่จะต้องมีหน้าที่ที่ต้องระวัง มีการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องระวัง ทำให้มีความเสียหายเกิดขึ้นและความเสียหายเป็นผลโดยตรงจากการกระทำนั้น นอกจากนี้ยังได้กำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในการรักษาว่าก่อนทำการรักษาผู้ป่วยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องมีหน้าที่อย่างไรบ้าง เช่น ต้องมีการบอกกล่าวถึงวิธีการรักษา การเตือนถึงความเสี่ยงที่จะได้รับในการรักษาด้วยวิธีนั้นๆ ฯลฯ จึงทำให้การรักษาพยาบาลในต่างประเทศนั้นมีค่าใช้จ่ายที่สูงกว่า และมีการประกันภัยวิชาชีพที่มีราคาสูงเพื่อปกป้องแพทย์จากการถูกฟ้องร้อง

ส่วนในประเทศไทยนั้นยังไม่มีข้อกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความรับผิดชอบการกระทำโดยประมาทที่ชัดเจนไว้ การพิจารณานั้นใช้หลักตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 4 คือต้องเป็นการกระทำที่ขาดความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้น จักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ นั้นๆ ซึ่งก็ยังไม่มีความชัดเจน เมื่อมีคดีเกิดขึ้นก็ต้องพิจารณาเป็นคดีๆ ไป แต่คำพิพากษาส่วนใหญ่ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาก็คล้ายกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แล้ว เพราะวิชาชีพเวชกรรมนั้นระบบการรักษาย่อมเป็นสากลอยู่แล้วทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศย่อมไม่แตกต่างกันมาก จึงสามารถนำมาเทียบเคียงกันได้เช่นกัน เพื่อนำมาศึกษาและกำหนดแนวทางในการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทยในอนาคต เพื่อตอบสนองต่อปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

วิชาชีพเวชกรรม (Medical Professional) ถือเป็นงานที่มีต้องได้รับการศึกษาเล่าเรียน และฝึกฝนมาเป็นอย่างดี ถูกต้องตามหลักวิชาชีพเวชกรรม และนำความรู้ที่เรียนมาให้เกิดประโยชน์แก่ผู้คนในสังคม วิชาชีพเวชกรรมมีลักษณะเช่นเดียวกับวิชาชีพแขนงอื่นๆ กล่าวคือ เป็นงานที่ต้องอาศัยความรู้ ความเชี่ยวชาญที่เรียนมาเฉพาะด้าน ยกที่บุคคลอื่นทั่วไปจะเข้าใจได้ ดังนั้น การควบคุมดูแลจำเป็นต้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยกันเป็นผู้ควบคุมดูแล จึงจัดตั้งเป็นองค์กรที่เรียกว่า แพทยสภา เพื่อควบคุมให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมปฏิบัติหน้าที่ให้อยู่ในกรอบของจริยธรรมแห่งวิชาชีพ แต่อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมิได้มีแต่เพียงความรับผิดชอบตามกฎหมายควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น แต่ยังมีความรับผิดชอบในกรณีอื่นๆด้วย ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดชอบทางอาญา ความรับผิดชอบทางสัญญา ความรับผิดชอบทางแพ่ง หรือกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยซึ่งอาจต้องมีความรับผิดชอบทางวินัยอีกกรณีหนึ่งด้วย

การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วยเป็นปกติธรรมดา ดังนั้นความผิดพลาดเพียงเล็กน้อย อาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงกับผู้ป่วยได้ ความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นเสมอจึงเป็นความรับผิดชอบฐานกระทำโดยประมาท วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ศึกษาถึงความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทั้งของไทยและต่างประเทศไว้ ผู้เขียนจึงขอสรุปไว้เป็นข้อๆดังนี้

1. ประเทศไทยนั้น การกระทำผิดกรณีประมาทในทางอาญาย่อมมีความหมายเช่นเดียวกันกับประมาทในทางแพ่ง กล่าวคือ การพิจารณาถึงความประมาทใช้หลักพิจารณาเช่นเดียวกันคือพิจารณาจากคำจำกัดความในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4 ในประเทศไทยนั้นระดับของความประมาทมีเพียงระดับเดียวในการพิจารณาถึงความรับผิดชอบทางอาญาและทางแพ่ง จึงทำให้ความรับผิดชอบทางอาญาและทางแพ่งในกรณีการกระทำโดยประมาทไม่สามารถแยกออกจากกันได้อย่างชัดเจน ต่างกับความรับผิดชอบทางอาญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งระดับของความประมาทในทางแพ่งและทางอาญาแตกต่างกัน กล่าวคือ ความรับผิดชอบในทางอาญากรณีการกระทำโดยประมาทต้องเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) ส่วนในทางแพ่งเป็นความประมาทเลินเล่อธรรมดาเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ความรับผิดชอบทางอาญาและทางแพ่งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดที่แตกต่างออกไปในแต่ละเรื่อง สำหรับความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมฐานประมาทเลินเล่อ นั้น มีหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาความรับผิดชอบอยู่ 3 ประการ คือ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ไม่ว่าจะเป็นหน้าที่ทางศีลธรรม หรือหน้าที่ทางกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ฝ่าฝืนหน้าที่นั้นด้วยการไม่ใช้ความระมัดระวังและทักษะทางวิชาชีพที่เหมาะสม (Breach of duty) และผลของการฝ่าฝืนหน้าที่นั้นของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วย ดังนั้น หลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น จึงมีหลักที่ค่อนข้างละเอียดกว่าของประเทศไทย ส่วนในกรณีความผิดที่จะเป็นความรับผิดชอบทางอาญานั้น นอกจากการกระทำ ความผิดจะครบองค์ประกอบตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ต้องเป็นกรณีที่เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงอีกด้วย

2. ในเรื่องการรักษาผู้ป่วยที่กระทำโดยเจตนา นั้น ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีเจตนาที่จะรักษาผู้ป่วยตกอยู่ในอันตรายให้พ้นจากความเจ็บป่วยให้รอดชีวิตนั้นถือว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ได้มีเจตนาทำร้ายร่างกาย โดยอาศัยหลักเจตนาฆ่าอ้าง ส่วนในกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้เพราะไม่รู้สึกรู้ตัว หรือไม่สามารถให้ความยินยอมได้นั้น ก็ไม่ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทำร้ายร่างกายผู้ป่วย แต่ถ้าผู้ป่วยรู้สึกรู้ตัวดี แต่ไม่ให้ความยินยอมนั้น กรณีแรกถ้าความไม่ยินยอมนั้นไม่เป็นอันตรายแก่ชีวิตแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมยังเข้าไปรักษา ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และทำให้เสื่อมเสียอิสรภาพด้วย แต่ถ้าการไม่ให้ความยินยอมนั้นจะเป็นอันตรายถึงชีวิต การเข้ารักษาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นไม่มีความผิดใดๆ เลย

3. การทำให้ตายโดยสงบหลายประเทศไม่ได้ให้ความยอมรับในการกระทำนี้ ยังถือว่าการทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอยู่ โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบต้องรับผิดชอบฆ่าคนตายโดยเจตนา เพราะถือตามเจตนาว่ามีเจตนาร้ายที่จะฆ่าผู้ป่วย ถึงแม้ว่าผู้ป่วยจะต้องขอให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทำให้ตายโดยสงบก็ตาม เพราะในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยด้วยเจตจำนงที่จะทำให้ผู้ป่วยพ้นจากโรคร้ายไข้เจ็บ ตามวิถีทางการแพทย์

4. ตามกฎหมายไทยไม่นำหลักเรื่องเจตนาร้ายมาใช้ ความยินยอมจึงนำมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบได้ ในเรื่องความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวนั้น สาระสำคัญในการบอกกล่าวนั้นต้องเป็นการบอกกล่าวถึงสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของการรักษาและสิ่งซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเพื่อประกอบการตัดสินใจของผู้ป่วย ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่อธิบายหรือบอกกล่าวนั้น การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจมีความผิดตามกฎหมาย คือเป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานทำร้าย

ร่างกายและละเมิด เนื่องจากความยินยอมของผู้ป่วยไม่สมบูรณ์และไม่เกิดผลตามกฎหมาย ทำให้เกิดความรับผิดทางอาญาขึ้นมาได้

ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ คือผู้ป่วยต้องเข้าใจถึงวิธีการรักษาพยาบาลที่ถูกต้อง รวมถึงความเสี่ยงหรือผลข้างเคียงหรือผลที่อาจเกิดขึ้นภายหลัง อีกทั้งทางเลือกอื่น ๆ ที่อาจเป็นไปได้อย่างชัดเจน เพื่อให้ผู้ป่วยให้ความยินยอมในการรักษาที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายมากรเว้นความรับผิดทางอาญาและแพ่งได้ อีกทั้งความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความรู้สึกในทางศีลธรรมจรรยา และไม่ได้เกิดจากการขู่เข็ญหลอกลวงหรือสำคัญผิด และผู้ยินยอมต้องเข้าใจถึงการกระทำนั้นและต้องให้ความยินยอมในขณะที่หรือก่อนเกิดการกระทำ

5. ในการพิจารณาถึงการกระทำโดยเจตนาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทยนั้น ศาลจะพิจารณาโดยใช้หลักเจตนาพิจารณาเสมอ ว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่มีเจตนาทำร้ายร่างกายผู้ป่วยหรือไม่ ส่วนการพิจารณาในระบบ Common law นั้น ส่วนใหญ่ศาลในระบบ Common law ก็จะใช้หลักเจตนาในการพิจารณาถึงความรับผิดในทางอาญาเช่นกัน คือถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีเจตนาทำร้ายในการรักษาผู้ป่วย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องรับผิดทางอาญาในความผิดที่ได้กระทำ โดยทั้งนี้ทั้งนั้นศาลทั้งของประเทศไทยและ Common law ก็จะนำหลักเรื่องความยินยอมมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดในการกระทำมาพิจารณาด้วยเสมอ

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทยและของต่างประเทศนั้น ความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมของประเทศไทยนั้นไม่ได้แยกออกจากกันอย่างชัดเจนเหมือนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งทำให้การพิจารณาความรับผิดในทางอาญากรณีการกระทำโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นเกิดปัญหาอยู่ในปัจจุบัน เพราะแม้แต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยกันเองยังอาจมีความเห็นเกี่ยวกับวิธีการรักษาที่แตกต่างกันออกไปแล้วแต่ความชำนาญและความเชี่ยวชาญของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมท่านนั้น จึงทำให้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงการกระทำโดยประมาทในประเทศไทยไม่มีความชัดเจนแน่นอนว่าการกระทำในระดับใดจึงจะถือว่าเป็นการกระทำผิดทางอาญา ดังนั้น เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปอย่างถูกต้องและเป็นธรรม ผู้เขียนเห็นควรเสนอแนะมาตรการที่จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาหลักเกณฑ์ความรับผิดในทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในอนาคตต่อไป โดยแยกออกได้ดังนี้

1. ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้มีความชัดเจนขึ้น กล่าวคือ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม จะรับผิดทางอาญาเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการโดยเจตนา และประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เท่านั้น เพราะ

ความรับผิดชอบทางอาญาเป็นความรับผิดชอบที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การลงโทษจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อให้หลบจำ และไม่ให้อาเป็นเยี่ยงอย่าง โทษทางอาญาจึงควรร้ายแรงกว่าโทษในทางแพ่ง ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ต้องรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยเจตนาส่วนมากไม่มีปัญหาในทางพิจารณามากนัก เพราะศาลดูจากเจตนาในการรักษาเป็นสำคัญ ส่วนใหญ่ที่เป็นปัญหาอยู่ในปัจจุบัน เป็นการกระทำโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เพราะการพิจารณาถึงความประมาทในการรับผิดชอบทางอาญา ใช้หลักเดียวกับการพิจารณาในทางแพ่ง ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดแนวทางในการพิจารณารับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ชัดเจนในการบัญญัติเป็นกฎหมายเกี่ยวกับผู้ประกอบวิชาชีพต่อไป

2. การกำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมขึ้นมานั้น ทำให้มีหลักเกณฑ์ในการฟ้องคดีอาญาต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม อีกทั้งยังเป็นการลดปริมาณคดีที่ไม่จำเป็นขึ้นสู่ศาล นอกจากนี้เมื่อมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแล้ว ก็จะทำให้ผู้รับบริการจะได้รับมาตรฐานการรักษาที่เป็นธรรมต่อตัวผู้รับบริการด้วย ผู้เขียนเห็นว่า ในปัจจุบันปัญหาที่เกิดขึ้นบางทีก็มาจากระบบสาธารณสุขในประเทศไทย ดังนั้นจึงควรต้องปฏิรูประบบสุขภาพในประเทศไทยให้ได้มาตรฐานกว่าปัจจุบัน เพราะในปัจจุบันผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรับผิดชอบคนไข้ต่อวันเป็นจำนวนมาก จึงทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ทำงานหนัก ปัญหาที่เกิดจากการประกอบวิชาชีพจึงมีมากขึ้นไปด้วย

3. ในกรณีของแพทยสถานนั้น ผู้เขียนเห็นว่าคณะกรรมการที่อยู่ในแพทยสภาเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทั้งสิ้น โดยไม่ได้เปิดโอกาสให้มีบุคคลภายนอกเข้ามาร่วมเป็นคณะกรรมการในการสืบสวนด้วย ซึ่งในบางครั้งคำตัดสินของแพทยสภามักจะถูกมองว่าเกิดความลำเอียง และไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหาย เพราะเป็นการช่วยเหลือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยตนเอง ดังนั้น แพทยสภาควรที่จะเปิดโอกาสให้มีบุคคลภายนอกไม่ว่าจะเป็นนักกฎหมาย นักวิชาการ หรือ นักสังคมสงเคราะห์ มาเข้าร่วมเป็นกรรมการในการสอบสวนของแพทยสภาด้วย เพื่อให้มีความรอบคอบและมีมุมมองความคิดที่แตกต่างออกไปจากเดิม ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้เสียหายมากขึ้น ซึ่งการเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกเข้ามานั้น ไม่น่าจะเป็นการเข้าไปแทรกแซงภายในองค์กรของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม นอกจากนี้ในเรื่องของกองทุนชดเชยตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาตินั้น การพิจารณาการจ่ายเงินชดเชยนั้น คณะกรรมการพิจารณาก็ควรที่จะเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เข้าร่วมในการพิจารณาชดเชยค่าเสียหายด้วย เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมในการชดเชยความเสียหาย ในส่วนของเงินชดเชยจากกองทุนนั้น ควรจะปฏิรูปไปให้ครอบคลุมถึงประชาชนทุกคน และเพิ่มเงินกองทุนให้มีจำนวนมากขึ้น เพื่อให้เพียงพอต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ไม่ใช่เพียงเป็นเงินชดเชยเบื้องต้นเท่านั้น

4. ปัจจุบันมีการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยผู้เสียหายมักเอาคดีอาญามาเป็นข้อต่อรองในการเรียกร้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมชดเชยค่าเสียหาย ทำให้ผู้ประกอบ

วิชาชีพเวชกรรมต้องวิตกกังวลในการตกเป็นจำเลยในคดีอาญา ทั้งที่ความจริงแล้วการพิจารณาใน ส่วนของคดีแพ่งและคดีอาญาย่อมมีความแตกต่างกันออกไป ไม่จำเป็นที่ต้องผิดทางแพ่งแล้วต้องรับ ผิดทางอาญาเสมอไป ดังนั้นจึงควรมีการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวช กรรมให้มีความชัดเจนมากกว่าเดิม เพื่อให้ปัญหาเหล่านี้ลดน้อยลง

5. ในกรณีการปฏิเสธการรักษา วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้เสนอแนะผู้ประกอบวิชาชีพเวช กรรมจะมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ใน 2 กรณี คือ กรณีการกระทำโดยเจตนาและกรณีการกระทำโดย ประมาทอย่างร้ายแรงเท่านั้น ดังนั้นเมื่อความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมี เฉพาะ 2 กรณีนี้แล้ว ก็ควรกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะต้องรับการรักษาผู้ป่วย ทุกรายที่เข้ามารับการรักษามาแล้ว แม้ว่าตนเองจะไม่แน่ใจว่าจะการช่วยเหลือได้หรือไม่ก็ตาม ผู้ประกอบ วิชาชีพเวชกรรมก็ต้องรับผู้ป่วยมาอยู่ในการรักษาเพื่อบรรเทาอาการเจ็บปวดและเป็นการช่วยเหลือ พยาบาลเบื้องต้น โดยที่ไม่ต้องกังวลว่าการรับรักษาแล้วจะทำให้ตนเองต้องรับผิดชอบในคดีอาญา เพราะ มีการกำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางอาญาที่ชัดเจนแล้ว

6. ควรมีการทำแบบฟอร์มความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว โดยมีรายละเอียดในการ กระทำที่ครบถ้วน รวมถึงการอธิบายถึงความเสี่ยงและผลข้างเคียงของการรักษาพยาบาล โดยความ ยินยอมในเรื่องหนึ่ง ๆ ย่อมไม่ครอบคลุมไปถึงสิ่งอื่น ๆ ที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างออกไป ในเรื่องที่ ผู้ป่วยอาจไม่ทราบในเรื่องแบบฟอร์ม ความยินยอมนั้น ถ้าเป็นกรณีปกติทั่ว ๆ ไป ก็ควรมีแบบฟอร์ม ความยินยอมที่เป็นมาตรฐานไว้ ก็ต้องบอกรายละเอียดต่าง ๆ ในการรักษาและอธิบายถึงสิ่งสำคัญ ในการรักษา อันตรายที่อาจเกิดขึ้นและข้อเท็จจริงประกอบการตัดสินใจ แต่ถ้าเป็นกรณีการรักษาที่ พิเศษกว่าปกติ รายละเอียดในการบอกกล่าวก็ต้องมีรายละเอียดเพิ่มขึ้นตามอาการป่วยของบุคคลนั้น ๆ เพื่อป้องกันปัญหาในเรื่องความยินยอมที่เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบในการประกอบวิชาชีพเวช กรรม

7. ผู้เขียนเห็นว่าควรให้แพทยสภากำหนดหลักเกณฑ์ในการให้ความยินยอมในการรักษาและ กำหนดบุคคลว่าใครจะเป็นผู้ให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยได้บ้าง เพราะในปัจจุบันเกิดปัญหาในการ ให้ความยินยอมแทน คือกรณีผู้ป่วยเป็นคนชราที่ถูกทอดทิ้งไม่ได้อยู่กับลูกหลานเมื่อมีอาการ เจ็บป่วยมารักษาที่ต้องขอความยินยอมนั้น ถ้าผู้ป่วยมีสติและรับรู้ถึงการกระทำก็ไม่มีปัญหาเพราะ สามารถให้ความยินยอมได้เลย แต่ถ้าผู้ป่วยไม่รับรู้ถึงการกระทำ ส่วนใหญ่ผู้ที่มาส่งจะเป็นผู้ให้ความ ยินยอมแทนซึ่งบางทีไม่ใช่ลูกหลานหรือญาติสนิท จึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นมา การกำหนดหลักเกณฑ์ การให้ความยินยอมแทนขึ้นมานั้น อาจทำให้ปัญหานี้ลดน้อยลงไปได้

8. การปฏิเสธการรักษานั้น โดยปกติถ้าแพทย์ปฏิเสธไม่รับรักษานั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวช กรรมจะไม่มีผิดอาญา แต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจผิดในทางวิชาชีพ กรณีนี้ ผู้เขียนเห็น ว่าข้อบังคับแพทยสภาที่ออกมาในเรื่องจรรยาบรรณของแพทย์ในข้อนี้ น่าจะก่อให้เกิดหน้าที่ทาง กฎหมายที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องรับรักษาผู้ป่วยไว้ เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมี

หน้าที่และปฏิเสธรักษา ก็ต้องถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำความผิดอาญาโดยการงดเว้นการกระทำที่จกต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้น



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ . คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 . พิมพ์ครั้งที่ 6 ,กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , เมษายน 2542 .

คณิต ฅ นคร . คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 . พิมพ์ครั้งที่ 5 ,กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546 .

จิตติ ดิงสภักดิ์ . กฎหมายอาญา ภาค1 . พิมพ์ครั้งที่ 8 . กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงจันทร์การ
พิมพ์ ,2529.

จิตติ ดิงสภักดิ์ . กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และตอน 3 . กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษา
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา , 2533 .

จิตต์ ดิงสภักดิ์ . ความยินยอมทำให้ไม่เป็นความผิด . วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬา,2520, 3
(ฉบับที่ 2) , 2527 .

จิตติ ดิงสภักดิ์ . คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอนที่ 1 . พิมพ์ครั้งที่ 2 . กรุงเทพฯ : สำนัก
อบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ,2508 .

จิตติ ดิงสภักดิ์ . คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 . พิมพ์ครั้งที่ 4 .กรุงเทพมหานคร :
บริษัท บพิชการพิมพ์ จำกัด , 2523 .

จิตติ ดิงสภักดิ์ . หลักวิชาชั้นปกครองกฎหมาย . พิมพ์ครั้งที่ 5 . กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529 .

ณัฐวุฒิ ฉัตรเลิศพิพัฒน์ . ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย . วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2540 .

นนทยา ทองสุก . ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา . วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2525 .

นันทน อินทนนท์ . ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตายโดยสงบ . บทบัณฑิตย . เล่ม 57 ตอน 4 , 2544 .

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ . ภาพรวมความรับผิดชอบในวิชาชีพของสถาปนิกและวิศวกรในกฎหมายฝรั่งเศส
และไทย. เอกสารในการสัมมนาเรื่องสถาปนิก – วิศวกร และความรับผิดชอบทางกฎหมาย
เสนอที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 8 พฤศจิกายน 2528

บัญญัติ สุชีวะ . จริยธรรมของนักกฎหมาย. เอกสารในการสัมมนาเรื่องจริยธรรมของนักกฎหมาย
เสนอที่ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 19-20 ธันวาคม 2528

ประทีป อ่าววิจิตรกุล . ฟ้องแพทย์ . กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2543 .

ปรีดี เกษมทรัพย์ . หลักวิชาชีพนักกฎหมายในภาคพื้นยุโรป ในรวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนัก
กฎหมาย : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2543 .

ปัญญา นรัตถรักษา . ความผิดในการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของ
อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และไทย . วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2538 .

พจน์ ปุษปาคม . คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด . ตอน 1 . พระนคร :
โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2514 .

พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหมื่นนคราธิป พงศ์ประพันธ์ . รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพกฎหมาย .
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2531 .

พิพัฒน์ ทองคุดจโรจน์ . โรคหมอทำ รวมบทความวิชาการในโอกาสเกษียณอายุราชการศ.นพ.วิฑูรย์
อึ้งประพันธ์ 2536 . กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2536 .

เพ็ญ เพ็งนิตติ . รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 58 . สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา . เล่ม 13 , 2548.

ไพจิตร ปุญญพันธ์ . คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด . กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2522 .

ภูมรินทร์ ศรีมุต . ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม . วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2548.

มนต์ชัย ชนินทรลีลา . แพทย์กับกระบวนการยุติธรรม (รักษาอย่างไร ไม่ต้องรับผิดทางกฎหมาย) . พิมพ์ครั้งที่ 1 . กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เอเชียลิท , ตุลาคม 2548 .

ระพี แม้นโกศล . กฎหมายกับแพทย์ . พิมพ์ครั้งที่ 1 . กรุงเทพมหานคร : ไทศาลศิลป์การพิมพ์ , 2539 .

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ . ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติ . บทบัณฑิตย , 2529 .

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ , ทิษณุ เพ็งไพบูลย์ . ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติ . บท บัณฑิตย , เล่มที่ 42 ตอน 1 . กรุงเทพมหานคร , มีนาคม 2529 .

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ . คดีแพ่งกับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 . คุณภาพ เล่ม 3 ปีที่ 52 . กรุงเทพมหานคร : อรุณการพิมพ์ , กันยายน-ธันวาคม 2548 .

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และคณะ . งานวิจัย คดีแพทย์ บุคลากรแพทย์ถูกฟ้อง . พิมพ์ครั้งที่ 1 , กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์ , มีนาคม 2544 .

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ . ตรรกวิทยาในประมวลกฎหมายอาญา . วารสารนิติศาสตร์ 2531 . 16 (ตอน 2) 76-83 สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2540 .

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ . เปรียบเทียบความรับผิดเพื่อละเมิดจากการประกอบวิชาชีพของแพทย์ตามกฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายไทย . บทบัณฑิตย . กรุงเทพมหานคร , 2544

- สารี อ่องสมหวัง . จากกรณีดอกกรัก...สู่ระบบการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายจากบริการทางการแพทย์ . สมาคมนักข่าวนักหนังสือพิมพ์แห่งประเทศไทย ร่วมกับมูลนิธิหมอชาวบ้าน ราชดำเนินเสวนา . ครั้งที่ 21 , 2548 .
- สุรัชย์ ศักดาพลชัย . ความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม . วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2535 .
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และพันโทนายแพทย์อเนก ยมจินดา . กฎหมายการแพทย์ . กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2540 .
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส . กฎหมายและข้อควรระวังของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์พยาบาล . กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน , 2545 .
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส . ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา . วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2527 .
- สัมฤทธิ์ รัตนดารา . หลักกฎหมายอาญา . พิมพ์ครั้งที่ 2 . กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สมิต , มกราคม 2533 .
- หยุด แสงอุทัย . กฎหมายอาญาภาคทั่วไป . กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2541 .
- ศิณีนาด เกียรติกังวาฬไกล . ความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ . วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2532 .
- อุททิส แสนโกศิก . กฎหมายอาญาภาค 1 . กรุงเทพมหานคร : ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กอง วิชาการ กรมอัยการ , 2525 .

ภาษาอังกฤษ

Amos and Walton . An introduction to Criminal Law . Clarendon Press , 1963 .

Baker CD . Tort 6th eds . London . Sweet and Maxwell , 1996 .

Criminal Law available from : [www. answerlaw . com](http://www.answerlaw.com)

Criminal Law available from : [www . cousework .Info](http://www.cousework.info)

Criminal Law available from : [www . findlaw .com](http://www.findlaw.com)

Criminal liability of medical professional available from : www.indianlaw.com

Criminal liability of medical professional available from : www.issuesinmedicalethics.org

Dr. Sir Hari Singh Gour . Law on Hurt & Homicide . New York : Matthew bender , 1986.

Giliker P. Beckwiths . Tort . London . Sweet and Max well , 2000.

Group . “Res ipsa loquitur”, West’s Encyclopedia of American Law 9(1998) . 1959 .

H Palmer. Dr Adams. Trial for Murder . Crim L.R.365. cited in J.K.Mason &McCall , 1957 .

Holder AR . Medical malpractice law 2nd Ed . New York : CV Mosby , 1978 .

JAMA . Contributory negligence Part I . No. 5 Nov. 1, 1971 .

J.C.Smith and Brian Hogan . Criminal Law . 4ed . London : Butterworths , 1978 .

Jerome Hall . General Principles of Criminal Law second edition . New York : The Bobbs-Merrill Company . Inc., 1960 .

Lan Kennedy and Grubb . Principle of medical law . New York : Oxford University Press , 1998 .

Loewy . W. The criminal code of the American law . London : Sweet&Maxell , 1909 .

M.Brazier . Medicine . Patients and the law . 2 ed . Medical Law , 1998 .

Medical Law available from : www.healthtoday.net

Medical Law available from : www.medicallaw.com

Rupert M . Jackson and John L . Power . Professional Negligence . London: Sweet & Maxwell , 1987 .

Samuels A. Medical negligence today-an appraisal . Medical Law , 1983 .

Smith . Law & Medical Ethics . 4 th ed . London . Butterworths , 1989 .

W Trick KLK , Tennent TG . Forensic psychiatry . London : Pitman , 1981 .

Werner F . Ebke and Matthew W . Finkin . Introduction to German Law . The Hague : Kluwer Law International , 1996 .

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวดวงกมล ภู่อาย เกิดวันที่ 7 กรกฎาคม พ.ศ.2523 สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปีการศึกษา 2544 ได้รับประกาศนียบัตรหลักสูตรวิชาว่าความแห่งสภานายความ รุ่นที่ 19 พ.ศ.2545 สอบไล่ได้ความรู้ชั้นเนติบัณฑิตไทยจากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 58 และเข้ารับการศึกษาคณะนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยเมื่อ พ.ศ.2546



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย