



## ความรับผิดอาญาทางการแพทย์จากความประมาทอย่างร้ายแรง Medical Criminal Liability in Gross Negligence

ไพโรจน์ บุญศิริคำชัย<sup>1</sup>  
Pairoj Boonsirikamchai<sup>1</sup>

### บทคัดย่อ

บทความวิชาการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษาแนวทางการพัฒนากฎหมายให้การพิจารณาการกระทำ ความผิดอาญากรณีประมาทในทางการแพทย์กระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยปกติผู้เสียหายทางการแพทย์ มักฟ้องแพ่งเพื่อการชดเชย แต่บางครั้งมีการฟ้องคดีอาญาเพื่อการลงโทษ ส่วนใหญ่การตรวจรักษามักเริ่มต้นจากผู้ป่วย และแพทย์มีเจตจำนงร่วมกัน เว้นแต่มีเจตนาอื่นแอบแฝงหรือผลการรักษาคลาดเคลื่อนจากความคาดหวังหรือเป้าหมาย ความรับผิดทางอาญาจากการกระทำโดยประมาทคดีทางการแพทย์ค่อนข้างยากและอาจไม่เกิดประโยชน์ ไม่เป็นไปตาม วัตถุประสงค์การลงโทษให้ผู้กระทำความผิดสำนึกหรือปกป้องสังคม

เนื่องจากอาการและการดำเนินโรคของผู้ป่วยมีความซับซ้อน เป็นการดูแลรักษาโดยบรรดาผู้ประกอบวิชาชีพ หลายคนเป็นทีมที่มีความเชี่ยวชาญตรงกับแต่ละโรคของผู้ป่วยในแต่ละครั้งที่มาใช้บริการ เป็นความรู้ที่จำเพาะ อีกทั้งมี ปัจจัยเกี่ยวข้องกับหลายประการ เช่น พยาธิสภาพและระยะของโรค สุขภาพของผู้ป่วย ชีตความสามารถและระบบจัดการ ของสถานพยาบาล ความรู้ความชำนาญของแพทย์ ระบบสาธารณสุขของประเทศ ยากที่จะพิจารณาตามทฤษฎีเหตุ ที่เหมาะสมว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากสาเหตุใดสาเหตุหนึ่งหรือหลายสาเหตุร่วมกัน ผู้ป่วยส่วนใหญ่มักจะยอมรับ ผลความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ เว้นแต่ผลลัพธ์เสียหายไกลกว่าที่คาดหวังซึ่งก็เป็นการยากที่จะพิจารณาตามทฤษฎีผล ที่เหมาะสมเพียงประการเดียว การดูแลรักษาในหลายกรณีเป็นการกระทำหลายอย่างต่อเนื่องกันปรับเปลี่ยนตามการ เปลี่ยนแปลงของโรค มีโอกาสเกิดความผิดพลาดทางการแพทย์ขึ้นได้เสมอ บางกรณีก็เป็นเหตุสุดวิสัยไม่สามารถป้องกัน หรือหลีกเลี่ยงได้ การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจึงเป็นเรื่องยาก การพิสูจน์ระดับความระมัดระวัง ในการรักษาผู้ป่วยที่มีความเสี่ยงสูงต่อความเสียหายต้องใช้ความระมัดระวังอย่างมาก การละเว้นจากการใช้ความระมัดระวัง เพียงเล็กน้อยที่ก่อให้เกิดความเสียหายควรถือเป็นความผิดชนิดเบา แต่ในบางกรณีถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเพียงใช้ความ ระมัดระวังเล็กน้อยก็สามารถป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายได้กลับไม่ได้ใช้ความระมัดระวังนั้นเลยเมื่อเกิดความเสียหาย จึงจะถือว่าเป็นความผิดมาก

<sup>1</sup> อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, พบ., ว.ศุติศาสตร์และนรีเวชวิทยา, บธ.ม., น.ด., น.บ.ท.

<sup>1</sup> Professor, Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University, M.D., Dip. Obstetrics and Gynecology, M.B.A., LL.D., Bar-at-law.

บทบัญญัติเกี่ยวกับความประมาทในประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้ระบุระดับของความประมาทไว้ดังเช่นในต่างประเทศ อาจจะทำให้เกิดปัญหาการตีความและการปรับใช้ให้เกิดความเหมาะสมกับการพิจารณาความประมาทในทางการแพทย์ ในคดีอาญาทางการแพทย์จำเป็นต้องพิจารณาสถานะทางจิตใจด้วยคือการพิจารณาข้อบกพร่องของเจตจำนงของผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพผู้หนึ่งว่ากระทำฝ่าฝืนมาตรฐานความระมัดระวังหรือไม่ พิจารณาสถานะทางจิตใจของผู้กระทำเป็นอัตวิสัยและคำนึงถึงภววิสัยหรือคุณธรรมทางกฎหมายประกอบด้วย ในต่างประเทศมีการพิจารณาสถานะทางจิตใจในอาญาเพิ่มขึ้นจากพลังผลคือประมาทโดยจงใจ คือบุคคลที่รู้ชัดถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายแต่ก็ยังคงกระทำต่อไป หรือละเลยที่จะคิดว่าอาจจะมีภัยอันตรายอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นทั้งที่เป็นภัยอันตรายที่สามารถเห็นได้ชัดเจน การพัฒนากฎหมายไทยให้มีระดับความประมาทอย่างร้ายแรงน่าจะส่งผลให้การพิจารณาการกระทำความผิดอาญากรณีประมาทในทางการแพทย์มีประสิทธิภาพมากขึ้น

**คำสำคัญ :** ความรับผิดทางการแพทย์, ประมาทโดยจงใจหรือประมาทอย่างร้ายแรง, เจตจำนงร่วมกัน

### Abstract

This article aimed to study the guidelines for the development of the law for increase efficiency in Judicial Trial. The victims of medical cases have often civil lawsuits for compensation. Sometime have suing as a criminal case for punishment. Mostly medical services often began with a common will. The punishment of criminal liability which is an act of negligence in a medical case may not be useful or does not meet the purpose of punishment to make the offender realize and protect society.

The complexity of the patient's symptoms and disease's progression caring by many matching professionals as a team have many factors such as type, pathophysiology, duration of the disease, including patient health, hospital management system and competence, knowledge and skill and National health system. That is difficult to determine according to the proper causal theory that the damage caused by any reason or what are some common causes. Most patients tend to accept the damaging effects they cause unless the outcome is farther than expected which is difficult to determine according to the proper effect theory. Many medical errors can always occur. It may be a force majeure, unpreventable or Inevitable damage. It is therefore quite difficult to determine the relationship between action and effect. It's very difficult to proof the level of caution in the high risk to damage case that necessary to make high level of caution in medical care. Although Ignoring just only a little caution will cause damage. So it will be a light offense. In some cases, the practitioner takes only a little caution the damage will not occur. But in case that not even the slightest bit of caution is taken. It must be considered a very wrong when there is damage.

Because The Criminal Code does not specify the level of caution as in abroad. Which may cause interpretation or in use problems properly in medical case. In medical criminal cases mental state must be considered with is the culpability of the determination of will that the practitioners or the actor has an intention to violate the standards of caution or not. It's a consideration of the mental state of the actor calling subjective approach. Together with consideration of legal virtue by the reasonable person or taking into the objective approach. In another country, the consideration of malicious will is more carefully so that criminal penalties can be appropriated. The terminology of the criminal negligence is Recklessness. That is a person who knows the risk of danger but continues to do it or a person who neglects to think that there may be danger which is a clearly visible danger. Developing Thai laws to have the gross negligence should result in criminal trial of medical negligence cases are more effective.

**Keywords :** Medical criminal Liability, Recklessness or Gross negligence, Common Will

## บทนำ

ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการรับบริการทางการแพทย์มักฟ้องร้องดำเนินคดีทางแพ่งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับการชดเชยค่าเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น โดยจะต้องพิสูจน์ความรับผิดตามสัญญาหรือตามละเมิดนิติกรรมสัญญา เกิดจากคำเสนอและคำสนองที่ผู้ป่วยประสงค์เข้ารับการตรวจรักษาและสถานพยาบาลหรือผู้ประกอบการวิชาชีพประสงค์ทำการตรวจรักษา ก่อเกิดมูลหนี้ที่ทั้งสองฝ่ายต้องชำระต่อกัน สำหรับความรับผิดทางละเมิดในคดีทางการแพทย์นั้น ส่วนน้อยฟ้องฐานจงใจกระทำความผิด ส่วนใหญ่เป็นฐานประมาทเลินเล่อขาดความระมัดระวังของผู้กระทำซึ่งเป็นผู้ให้บริการสุขภาพ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 กระบวนการพิจารณาดีเป็นระบบกล่าวหา ซึ่งมีขั้นตอนนำเสนอและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานข้อเท็จจริงของสัญญาหรือการละเมิด หากศาลตัดสินว่าผู้ถูกกล่าวหา มีความผิดก็จะพิจารณาค่าเสียหายที่ต้องชดใช้ แต่หลายครั้งมีการฟ้องผู้ให้บริการทางการแพทย์เป็นคดีอาญาด้วย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด ความรับผิดทางอาญาในคดีทางการแพทย์นั้น ส่วนน้อยเป็นความรับผิดโดยเจตนากระทำความผิด ส่วนใหญ่เป็นการกระทำโดยประมาท แต่เมื่อทั้งผู้ให้และผู้รับบริการมีเจตจำนงร่วมกันตั้งแต่แรก เพื่อแก้ไขความเดือดร้อนจากความเจ็บป่วยนั้น จึงมีคำถามว่าการลงโทษทางอาญาเมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสุขภาพ ได้รับการพิพากษาให้ต้องรับผิดนั้นจะบรรลุวัตถุประสงค์การลงโทษทางอาญาเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้สำนึกและเป็นการปกป้องสังคมโดยรวมได้หรือไม่ และเป็นการฟื้นฟูผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสุขภาพซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดให้สามารถกลับเข้าสู่สังคมที่เอื้ออาทรและสงบสุขและมั่นใจว่าจะไม่มีพฤติกรรมที่จะกระทำความผิดอีกให้หรือไม่<sup>2</sup> นอกจากนี้ในการพิสูจน์ความผิดทางอาญาจะต้องพิสูจน์จนสิ้นสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริงจึงจะลงโทษผู้ที่ถูกกล่าวหาได้ เพื่อป้องกันไม่ให้นำผู้ที่ไม่ได้กระทำความผิดไปลงโทษ อันจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อชีวิตบุคคลและครอบครัวรวมถึงไม่เป็นประโยชน์ต่อสังคม สำหรับคดีอาญาทางการแพทย์นั้น บรรดาผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสุขภาพล้วนแต่เป็นผู้ที่ได้รับการศึกษาในแต่ละสาขาวิชาชีพด้านสุขภาพ ซึ่งเป็นการประกอบวิชาชีพในการส่งเสริม ป้องกัน รักษาและฟื้นฟูสุขภาพของผู้ป่วย จุดตั้งต้นของการประกอบวิชาชีพต่อผู้ป่วยแต่ละรายก่อเกิดเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้รับบริการทางการแพทย์ด้วยความสมัครใจ ส่วนใหญ่ไม่เคยรู้จักกันหรือบางรายที่รู้จักกันมาก่อนก็เป็นความสัมพันธ์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการเข้ารับบริการด้านสุขภาพในแต่ละคราว การประกอบวิชาชีพแต่ละครั้งเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องทำงานเป็นทีมและต้องประกอบด้วยผู้ปฏิบัติการที่เกี่ยวข้องหรือชำนาญตรงกับอาการหรือชนิดของโรคที่เกิดกับผู้ป่วยแต่ละครั้ง การประกอบวิชาชีพมีเจตนากระทำคุณประโยชน์ให้กับผู้รับบริการทางการแพทย์ด้านดีเพียงด้านเดียวถ้าเป็นเอกชน จะมีการจ่ายค่าตอบแทนในลักษณะธุรกิจรักษาพยาบาล แต่ผลการรักษาอาจจะหาย ไม่หาย ทุพพลภาพหรือเสียชีวิตได้ อาจจะเป็นไปตามที่คาดหวังไว้หรืออาจจะไม่ได้เป็นไปตามที่คาดหวัง ทั้งนี้เนื่องจากมีองค์ประกอบปัจจัยที่เกี่ยวข้องมากมาย เช่น ชนิดของโรค พยาธิสภาพของโรค ระยะเวลาของโรค สุขภาพของผู้ป่วย ชีตความสามารถและระบบจัดการของสถานพยาบาล ความรู้ความชำนาญและระบบสาธารณสุขของประเทศ เป็นต้น เป็นการยากที่จะพิจารณาตามทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม<sup>3</sup> ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากสาเหตุใดหรือหลายสาเหตุร่วมกันอะไรบ้างมีเงื่อนไขข้อจำกัดองค์ประกอบหรือไม่กรณีต่าง ๆ เหล่านี้ส่วนใหญ่ผู้รับบริการก็มักจะยอมรับผลที่เกิดขึ้นจากการให้บริการทางการแพทย์ได้ แต่หากผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นไกลกว่าที่คาดหวังของผู้ให้บริการหรือผู้รับบริการก็ยากที่จะพิจารณาตามทฤษฎีผลที่เหมาะสมได้เช่นเดียวกัน

<sup>2</sup> ณัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. ทฤษฎีการลงโทษ. ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญาและอาญาวิทยาชั้นสูง, หน่วยที่ 6: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช. 2554.

<sup>3</sup> เกียรติขจร วัฒนสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพมหานคร: พลสยามพริ้นติ้ง. 2551.

อย่างไรก็ตาม ความผิดพลาดทางการแพทย์ (medical error) ย่อมเกิดขึ้นได้เสมอ การประกอบวิชาชีพของ ทีมผู้ให้บริการต้องใช้ความรู้ความสามารถในการกระทำหลายครั้งอย่างต่อเนื่อง ในทางกฎหมายต้องพิสูจน์การกระทำ ที่เกิดจากการเคลื่อนไหวโดยรู้สำนึก (rectus and reus) ด้วยทางวิชาการ ในขณะที่โรคและอาการผู้ป่วยมีการเปลี่ยนแปลง ตลอดเวลา การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจึงค่อนข้างซับซ้อนมาก โดยเฉพาะการตรวจวินิจฉัย และการรักษาจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจทุกครั้งของการกระทำประกอบด้วย หากพิสูจน์ได้ว่าเป็นเหตุสุดวิสัย ไม่ว่าจะเป็กรณอื่นหรือกรณีทางการแพทย์ก็ย่อมจะไม่เป็นความผิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 8 แต่ในทางการแพทย์ยังต้องมีการพิสูจน์ในกรณีการประกอบวิชาชีพว่าเป็นกรณีที่ป้องกันได้หรือหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ หากเป็นกรณีที่สามารถป้องกันได้หรือสามารถหลีกเลี่ยงได้ ข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นอาจจะต้องมีการพิสูจน์ว่ามีการปฏิบัติตาม มาตรฐานวิชาชีพหรือไม่ และการพิสูจน์ความระมัดระวังด้วยเพื่อพิจารณาว่าเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่ ในคดีอาญา การพิสูจน์ความรับผิดชอบความผิดโดยประมาทขาดความระมัดระวังตามองค์ประกอบภายนอกและภายในแล้วยังต้อง พิจารณาความชั่วซึ่งมีอยู่ในโครงสร้างองค์ประกอบการพิจารณาด้วย<sup>4</sup> ซึ่งเป็นการพิสูจน์สภาวะทางจิตใจของผู้กระทำซึ่ง เป็นผู้ประกอบวิชาชีพทั้งในส่วนที่เป็นอติวิสัยและภาวะวิสัย รวมถึงมาตรฐานความระมัดระวังและระดับความระมัดระวัง ซึ่งปรากฏอยู่น้อยมากในกฎหมายไทย ในบางประเทศมีการแยกระดับของการขาดความระมัดระวังระวางเป็นความประมาท ธรรมดาและความประมาทอย่างร้ายแรงหรือประมาทโดยจงใจ<sup>5</sup> ในคดีอาญาทางการแพทย์กรณีประมาททั้งที่มีเจตนา ตรงกันของผู้รับและผู้ให้บริการมาตั้งแต่ต้นนั้น การพิจารณาสภาวะจิตใจของผู้กระทำซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ มีความสำคัญอย่างยิ่ง เพื่อให้สอดคล้องกับการตัดสินเอาคนผิดมาลงโทษทางคดีอาญาโดยเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษได้อย่างเหมาะสม

### การพิจารณาความรับผิดและรับโทษอาญาทางการแพทย์

ความผิดที่มักเกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาลหรือการรับบริการสาธารณสุขเกิดขึ้นในหลากหลายฐานความผิด ทางอาญา เช่น ความผิดต่อชีวิต (มาตรา 288-294) ความผิดต่อร่างกาย (มาตรา 295-300) ความผิดฐานทำให้แท้งลูก (มาตรา 301-305) ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก คนป่วยเจ็บ หรือคนชรา (มาตรา 306-308) ปลอมปละละเลยบุคคลวิกลจริต (มาตรา 373) ความผิดต่อเสรีภาพ (มาตรา 310) กรณีกักตัวผู้ป่วยไว้ในโรงพยาบาลโดยไม่มีเหตุอันควร ความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจาร (มาตรา 278, 279) ความผิดฐานเปิดเผยความลับ (มาตรา 323) ความผิดเกี่ยวกับเอกสาร (มาตรา 264) ความผิดเกี่ยวกับเอกสารต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ (มาตรา 158, 161, 162) ความผิดเกี่ยวกับทำคำรับรอง เป็นเอกสารอันเป็นเท็จของผู้ประกอบวิชาชีพ (มาตรา 269)<sup>6</sup> การกระทำในทางการแพทย์เกี่ยวข้องกับการตรวจรักษา ซึ่งเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย หลายครั้งจึงมักเกี่ยวข้องกัฐานความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย มีทั้งการกระทำ โดยเจตนาและโดยประมาท หากเป็นกรณีที่เป็นเจตนากระทำความผิด เช่น เจตนาแอบแฝงหรือเจตนาอื่นนอกเหนือจาก

<sup>4</sup> คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2563.

<sup>5</sup> อนุสรณ์ แก้ววิเชียร. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพโดยประมาทของแพทย์ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยสุรนารีบัณฑิตย์, กรุงเทพมหานคร. 2562. หน้า 156.

<sup>6</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ. (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพมหานคร. 2555. หน้า 23-27.

การการประกอบวิชาชีพตามปกติวิสัย ก่อเกิดการกระทำตามความคาดหวังที่เพิ่มขึ้นหรือแตกต่างจากความคาดหวังของผู้รับบริการที่ต้องการจะได้รับ หรือ เจตนาออกใบรับรองแพทย์เท็จ เจตนากระทำโดยฝ่าฝืนต่อการให้ความยินยอม เจตนาเปิดเผยความลับผู้ป่วย การุณยฆาต เป็นต้น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 กระทำโดยเจตนา ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น กรณีเล็งเห็นผลนั้นแม้ผู้กระทำมิได้ประสงค์ต่อผลแต่ผู้กระทำก็เล็งเห็นในขณะกระทำได้ว่าการกระทำของตนนั้นมีโอกาสสูงมากที่จะเกิดผลความเสียหายนั้นจึงเป็นเจตนากระทำความผิดด้วย กรณีทอดทิ้งเด็ก คนชรา ป่วย ยบปละ เลอะเลือนบุคคลวิกลจริต และการละทิ้งผู้ป่วยก็อาจจะเข้าฐานความผิดการกระทำโดยเจตนาได้ เนื่องจากการกระทำนั้นให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้น โดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วยนั้น

การพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญากรณีเจตนากระทำความผิดโดยกฎหมายที่มีอยู่ไม่ซับซ้อน และมักจะไม่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงขององค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายในอันเป็นเจตนากระทำความผิด มากกว่าการพิจารณามาตรฐานการตรวจรักษาและข้อเท็จจริงทางวิชาการ ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ ต้องพิสูจน์ว่าหากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพซึ่งเป็นผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดจะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมีได้ ทั้งผู้ให้บริการและผู้รับบริการโดยมีเจตจำนงร่วมกันมาตั้งแต่เริ่มต้น คาดหวังถึงการกระทำให้เกิดผลลัพธ์ที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน มิได้บิดเบือนต่อเจตจำนงร่วมกันนั้นตลอดช่วงเวลาตรวจรักษาพยาบาลจากบุคลากรหลายคนต่อเนื่องกัน มีความซับซ้อนในการพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากพยาธิสภาพของโรค การดำเนินโรค ความอ่อนแอหรือบกพร่องของร่างกายผู้ป่วยเอง สภาวะแวดล้อม ข้อจำกัดของระบบสาธารณสุขหรือเกิดจากการกระทำครั้งใดหรือผู้ให้บริการคนใดที่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือมีเหตุใดบ้างประกอบกัน ผลกระทบหรือความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นย่อมเกิดขึ้นได้เสมอ (adverse event (AE))<sup>7</sup> หลายครั้งที่เป็เหตุสุดวิสัย หรือเป็นเหตุที่ไม่สามารถป้องกันได้หรือหลีกเลี่ยงได้ แต่กรณีที่เป็นเหตุที่สามารถป้องกันได้หรือหลีกเลี่ยงได้ ผลกระทบที่เกิดขึ้นจะเป็นบทเรียนสู่การพัฒนาคุณภาพหรือมาตรการความปลอดภัย ความเสียหายที่เกิดขึ้นผู้เสียหายหากฟ้องเป็นคดีอาญาถ้าไม่ใช่ความผิดโดยเจตนา ก็ต้องพิสูจน์ว่าเป็นการกระทำที่ขาดความระมัดระวัง เข้าฐานความผิดโดยประมาท เช่น กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้เสียชีวิตหรือเป็นอันตรายสาหัส (มาตรา 291, 300) หรือกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ (มาตรา 390) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4 บัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท ปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้แต่ทำไม่ได้ใช้ให้เพียงพอไม่ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4 ทั้งนี้ต้องอาศัยมาตรฐานการตรวจรักษา และความรู้ทางวิชาการมาประกอบการพิจารณา ซึ่งนอกจากความซับซ้อนในวิชาการและแนวปฏิบัติของวิชาชีพแล้ว การปฏิบัติต่อผู้ป่วยแต่ละรายแตกต่างกัน และเป็นการทำงานร่วมกันของแต่ละวิชาชีพที่เกี่ยวข้องเป็นสหวิชาชีพ มีการกระทำมากมายสืบต่อเนื่องกัน ไม่ใช่เป็นการกระทำเพียงครั้งเดียวเหมือนคดีอาญาอื่น ๆ มีขั้นตอนการตรวจรักษาพยาบาล

<sup>7</sup> Wilson R, Harrison BT, Gibberd RW, Hamilton JD. An analysis of the causes of adverse events from the Quality in Australian Health Care Study. MJA, 1999. 170, p.411-415.

ปรับเปลี่ยนตามการดำเนินโรคและการตรวจพบโดยใช้ดุลพินิจประเมินพยาธิสภาพ ระยะของโรค เจ็บป่วยของตัวผู้ป่วย และญาติ ความพร้อมของเครื่องมือเวชภัณฑ์ ระบบของสถานพยาบาล สถานการณ์แวดล้อม นโยบายสาธารณสุข ระบบการประกันสุขภาพ ซึ่งต้องนำมาประกอบในการพิจารณาความระมัดระวังในการกระทำแต่ละครั้งที่เกี่ยวข้องกับความเสี่ยงที่เกิดขึ้นนั้น

นอกจากความยุ่งยากในการพิสูจน์การกระทำที่แยกกันในแต่ละบุคคลตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา ตามทฤษฎีเหตุที่เหมาะสมและทฤษฎีเงื่อนไขที่พิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแล้ว หากผลที่เกิดขึ้นนั้น ส่งผลจากการกระทำไปยังอีกการกระทำหนึ่ง จะถือว่าเป็นการกระทำของทุกคนในกลุ่มที่ต้องรับผิดชอบร่วมกันใช่หรือไม่ แต่ก็ไม่มีกฎหมายที่ระบุให้ต้องรับผิดชอบร่วมกันแบบลูกหนี้ร่วมเหมือนกฎหมายแพ่งหรือละเมิด แม้นิติบุคคลสามารถรับผิดชอบทางอาญาได้ แต่ในทางอาญาต้องพิสูจน์เป็นรายการกระทำและต้องพิสูจน์จนสิ้นสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริงจึงจะลงโทษจำเลยได้ เป็นมาตรฐานการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในระดับปราศจากข้อสงสัยตามสมควร<sup>8</sup> อันเป็นมาตรฐานการพิสูจน์หลักในคดีอาญาที่ใช้ในการขึ้นพิพากษาของศาล

โทษทางอาญาของไทยมี 5 สถาน คือ (1) ประหารชีวิต (2) จำคุก (3) กักขัง (4) ปรับ (5) ริบทรัพย์สิน การลงโทษจำคุกและกักขังเป็นการจำกัดเสรีภาพ จากทฤษฎีแนวคิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญา<sup>9</sup> มี 4 กรณีคือ 1. การลงโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดอีก 2. เพื่อยับยั้งไม่ให้อันตราย 3. เพื่ออบรมสั่งสอนให้ทั้งผู้กระทำผิดและสังคมได้รับรู้ว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ผิด 4. เพื่อฟื้นฟูเพื่อคืนผู้กระทำผิดให้แก่สังคม ในปัจจุบันวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญานั้นการให้ออกาสต่อผู้กระทำความผิดเป็นสิ่งสำคัญ เพื่อให้สามารถกลับเข้าสู่สังคมและโดยเฉพาะบุคลากรที่มีความจำเป็นและเป็นประโยชน์ต่อสังคมในภาวะขาดแคลนบุคลากรดังกล่าว นั้น นอกจากเรื่องการไกล่เกลี่ยเชิงสมานฉันท์ การบรรเทาโทษ การลดโทษ และการรอกการลงโทษหรือรอกกำหนดโทษแล้ว อัตราโทษทางอาญาก็เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่ต้องคำนึงถึงในบุคลากรที่ขาดแคลนได้มีโอกาสกลับมาปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมได้เร็วขึ้น สำหรับแนวคิดในการลงโทษเพื่อแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดนั้น ในกรณีประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดมีความระมัดระวังมากขึ้นได้ แต่กรณีประมาทเลินเล่อทั่ว ๆ ไปที่เกิดจากการกระทำโดยพลั้งเผลอซึ่งอาจเกิดขึ้นได้กับบุคคลทุกคน แนวคิดในการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดนี้อาจจะขาดประสิทธิภาพ<sup>10</sup> การปรับแนวความคิดใหม่ที่สามารถทดแทนการลงโทษโดยเน้นให้มีการนำบทเรียนจากการเกิดความเสียหายมาพัฒนามาตรการความปลอดภัยและการป้องกันการเกิดขึ้นซ้ำอีกน่าจะเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพมากกว่าการลงโทษ แต่ทั้งสองแนวทางอาจไม่สามารถดำเนินการไปพร้อมกันได้ เพราะหากยังมีการลงโทษผู้เกี่ยวข้องก็จะไม่เปิดเผยข้อมูลที่ทำให้ตนต้องถูกลงโทษส่งผลให้ไม่สามารถเรียนรู้ข้อเท็จจริงที่นำไปสู่การพัฒนาคุณภาพและความปลอดภัยเพื่อการป้องกันได้

<sup>8</sup> อุดม รัฐอมฤต. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: พิมพ์ลักษณ์. 2564.

<sup>9</sup> ณัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. ทฤษฎีการลงโทษ.

<sup>10</sup> นนทียา ทองสุข. ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2543. หน้า 126.

### การพิจารณาความรับผิดโดยประมาทขาดความระมัดระวังทางการแพทย์

การพิสูจน์ความรับผิดทางอาญากรณีประมาทตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญา<sup>11</sup> ประกอบด้วย 3 ประการ คือ 1. การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ได้แก่องค์ประกอบภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง และองค์ประกอบภายใน คือส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่งนั้น 2. ความผิดกฎหมาย คือในความผิดแต่ละฐานมีปทัสฐานที่เป็นข้อห้ามในการกระทำนั้น และไม่มีเหตุที่กฎหมายอนุญาตหรือมีอำนาจกระทำได้ 3. ความชั่ว หมายถึงการดำเนินได้ของการกำหนดเจตจำนง โดยพิจารณาว่าผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพหรือ ผู้กระทำมีเจตจำนงฝ่าฝืนมาตรฐานความระมัดระวังหรือไม่ และพิจารณาสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำซึ่งเป็นอัตวิสัย ร่วมกับการพิจารณาโดยคำนึงถึงภววิสัยหรือคุณธรรมทางกฎหมายประกอบด้วยซึ่งหมายถึงประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง หรือประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง

ในการกระทำทางการแพทย์หรือการประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ ไม่ว่าจะเป็นแพทย์ พยาบาล เภสัชกร ทันตแพทย์ เทคนิคการแพทย์ รังสีเทคนิค กายภาพบำบัด รวมถึงบุคลากรทางการแพทย์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเข้ารับบริการของผู้รับบริการ ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่ก่อขึ้นจากการเข้ารับบริการของผู้รับบริการต่อผู้ให้บริการ หรือก่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพกับผู้ช่วยมีเจตนาที่ดีตั้งแต่ต้นเป็นเจตนาในทิศทางเดียวกันด้วยความคาดหวังผลลัพธ์ที่ดีร่วมกันและดำรงเจตจำนงตั้งกล่าวอยู่ตลอดจนสิ้นสุดการรักษาพยาบาลนั้น นอกจากนี้ยังมีแนวความคิดที่ว่ากระทำอันเป็นการประกอบวิชาชีพอันเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวและร่างกายมนุษย์ ซึ่งบุคคลที่ไม่ใช่ผู้ประกอบวิชาชีพไม่มีอำนาจตามกฎหมายให้กระทำได้ และความเสียหายหากมีขึ้นในการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายนั้นยังอาจจะถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยเป็นกรณีจำเป็นหรือเป็นกรณีป้องกันซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดหรือเหตุลดโทษต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นอีกด้วย<sup>12</sup>

ตัวอย่างคำพิพากษาในคดีอาญาบางคดีที่สื่อให้เห็นถึงการพิจารณาระดับของความประมาทในคำบรรยายคำพิพากษา คำพิพากษาศาลจังหวัดสุราษฎร์ธานี (เกาะสมุย) คดีหมายเลขแดงที่ 666/2549 จำคุกแพทย์ทั้งสองมีกำหนดคนละ 4 ปี โดยมีได้รอกการลงโทษและพิพากษาจำคุกพยาบาลผู้ดูแลผู้ป่วยเป็นเวลา 1 ปี ในความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 คำพิพากษาศาลจังหวัดทุ่งสง คดีหมายเลขแดงที่ 2961/2550 พิพากษาว่าจำเลยที่ 1 ไม่มีความผิดตามฟ้องเพราะความตายของผู้ป่วยมิได้เป็นผลมาจากการกระทำของจำเลยที่ 1 ส่วนจำเลยที่ 2 มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 291 กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายซึ่งเป็นการกระทำที่ค่อนข้างประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง พิพากษาจำคุก 3 ปี หลังเกิดเหตุจำเลยก็ไม่ได้บรรเทาผลร้ายให้แก่ญาติผู้เสียหายและให้การปฏิเสธตลอดมาจึงไม่มีเหตุรอกการลงโทษ ศาลอุทธรณ์ภาค 8 พิพากษาเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม 2551 พิพากษากลับให้ยกฟ้องโจทก์ทั้งจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 5 คดีหมายเลขแดงที่ 935/2550 ซึ่งเป็นคดีที่ฟ้องแพทย์ซึ่งทำการผ่าตัดดูดไขมันผู้ป่วยอายุ 17 ปี อันเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย คดีนี้ศาลจังหวัดเชียงใหม่พิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 291 ฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายและความผิดตามพระราชบัญญัติฯ โดยวินิจฉัยว่าจำเลยมิได้กระทำตาม

<sup>11</sup> คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป.

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน



มาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้ดีที่สุด จำเลยคดีวันไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนและไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจนเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย จึงถือเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง พิพากษาจำคุก 4 ปี คู่ความทั้งสองฝ่ายอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ภาค 5 พิพากษาจำคุกจำเลย 4 ปี 3 เดือน

จากตัวอย่างคดีทั้ง 3 รายเป็นกรณีการกระทำโดยประมาทธรรมดาในคดีแรก คดี 2 รายหลังมีคำบรรยายพิพากษาของศาลใช้คำว่าประมาทอย่างร้ายแรงและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กฎหมายไทยและคำพิพากษาของศาลไม่ได้มีการให้เหตุผลว่าประมาทอย่างร้ายแรงแตกต่างกับประมาทธรรมดาอย่างไร แต่ก็เป็นที่เข้าใจกันเองว่าประมาทอย่างร้ายแรงน่าจะมีระดับของความประมาทมากกว่าประมาทโดยทั่วไป

สำหรับกฎหมายไทยมีการแบ่งระดับของความประมาทปรากฏคำว่าประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 คือหากเป็นการละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่แล้วผู้เสียหายจะสามารถฟ้องร้องได้แต่หน่วยงานของรัฐเท่านั้น จะฟ้องตัวเจ้าหน้าที่ไม่ได้ แต่เมื่อหน่วยงานต้องรับผิดชอบและชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายแล้วจะไล่เบี้ยเจ้าหน้าที่ได้เฉพาะเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงโดยมีเจตนาประมาทของกฎหมายที่คำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่โดยเป็นไปเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานรัฐหาได้เป็นไปเพื่อประโยชน์อันเป็นการเฉพาะตัวไม่ และบางกรณีเกิดขึ้นโดยความไม่ตั้งใจหรือความผิดพลาดเพียงเล็กน้อยไม่ควรถูกรับผิดชอบกรณีกระทำโดยประมาทธรรมดา เป็นการบัญญัติข้อความนี้เป็นครั้งแรกในกฎหมายไทย แต่ก็ไม่มีบทนิยามระบุให้ชัดเจนว่าระดับของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นอย่างไร

นักวิชาการบางท่านได้อธิบายว่า การกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายถึง การกระทำโดยรู้สึกอยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะเกิดภัยหรือความเสียหายแต่ยังซิ่นทำลงโดยคิดว่าสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดภัยหรือความเสียหายขึ้นได้ ผู้กระทำเพียงคาดเห็นว่าผลอาจเกิดขึ้นได้โดยไม่แน่ว่าจะเกิด และคิดว่าคงสามารถหลีกเลี่ยงผลนั้นได้<sup>13</sup> กฎหมายไทยมีเพียงระบุระดับการใช้ความระมัดระวังในหมวดการฝากทรัพย์ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 659 ว่า กรณีไม่มีค่าตอบแทนให้ใช้ความระมัดระวังเช่นเคยประพฤตินอกกิจการของตนเอง ถ้ามีค่าตอบแทนให้ใช้ความระมัดระวังเหมือนเช่นวิญญูชนพึงประพฤดิหรือใช้ฝีมือพิเศษเฉพาะที่จะพึงใช้ฝีมือเช่นนั้น และกรณีผู้มีวิชาชีพเฉพาะให้ใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเท่าที่เป็นธรรมดาจะต้องใช้และสมควรจะต้องใช้ในกิจการค้าขายหรืออาชีพอย่างนั้น ทำให้มีผู้ตีความว่าผู้มีวิชาชีพต้องใช้ความระมัดระวังมากกว่าบุคคลทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 659

กฎหมายโรมัน กล่าวถึงระดับความระมัดระวังกรณีละเมิด ดังนี้ 1. Culpa leissima ความผิดชนิดเบามาก หมายถึงการละเว้นการใช้ความระมัดระวังเพียงเล็กน้อย ตัวอย่างการซ่อมพุงทอก ในสถานที่ซ่อมเมื่อเทียบกับสถานที่ทั่วไป ถ้าเทียบกับการรักษาผู้ป่วยที่มีความเสี่ยงสูงต่อความเสียหาย ต้องใช้ความระมัดระวังมาก การละเว้นการใช้ความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยก็ก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว น่าจะเป็นความผิดชนิดเบา 2. Culpa levis ความประมาทเลินเล่ออย่างเบา หมายถึงการละเว้นการใช้ความระมัดระวังตามธรรมดา 3. Culpa lata ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายถึงการละเว้นไม่ใช้ความระมัดระวังเลยแม้แต่เพียงเล็กน้อย ถ้าเทียบเคียงกับการรักษาผู้ป่วยที่ไม่ถึงกับต้องใช้ความระมัดระวังมาก ผู้ประกอบวิชาชีพเพียงใช้ความระมัดระวังเล็กน้อยก็ไม่เกิดความเสียหาย แต่กรณีนี้เขาไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเลยแม้แต่เพียงเล็กน้อยเมื่อเกิดความเสียหายจึงต้องถือว่าเป็นความผิดมาก

<sup>13</sup> วรพจน์ วรรตพิชญ์. กฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541. 28(2): หน้า 375.

นักวิชาการอีกท่านหนึ่งอธิบายว่า การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (grossly negligent act) เป็นการกระทำที่เกือบจะเป็นเจตนาเล็งเห็นผล (dolus eventualis) กล่าวคือ แม้ผู้กระทำมิได้มีเจตนาแต่ก็ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังแม้แต่แต่นิดเดียว โดยผู้กระทำได้เสี่ยงทำลงไปทั้งที่รู้ว่าอาจจะเกิดความเสียหาย<sup>14</sup> ซึ่งต่างกับเจตนาโดยเล็งเห็นผลตรงที่เจตนาโดยเล็งเห็นผลนั้นเล็งเห็นได้ว่าผลจะเกิดขึ้นเป็นแน่ แต่ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นผู้กระทำยังคาดเห็นว่าผลอาจเกิดขึ้นได้โดยไม่แน่ใจว่าจะเกิดผลขึ้นเป็นแน่ และคิดว่าสามารถหลีกเลี่ยงผลนั้นได้ การพิจารณาความระมัดระวังโดยคำนึงถึงสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำหรือผู้ประกอบการวิชาชีพเป็นหลักการที่สำคัญ ซึ่งสอดคล้องกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญามากกว่าความรับผิดทางแพ่ง โดยที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การพิจารณาระดับความระมัดระวังในการชำระหนี้ อาจจะเป็นหนี้ตามสัญญาหรือหนี้ละเมิด เมื่อพิจารณาการให้บริการทางการแพทย์เป็นการชำระหนี้ ผู้ให้บริการจะต้องชำระหนี้ให้ต้องตามประสงค์แห่งมูลหนี้ เป็นการชำระหนี้ตามสัญญา หรือหากการชำระหนี้โดยมีการกระทำที่จงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหาย ก็จะต้องชำระหนี้จากมูลละเมิด ทั้งการชำระหนี้ตามสัญญาหรือละเมิดจึงต้องใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ด้วย ผู้ให้บริการทางการแพทย์จึงต้องชดใช้ค่าเสียหายจากความประมาทเลินเล่อตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในกรณีประมาททางอาญามีการพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิดในคดีอาญา นอกจากพิจารณาองค์ประกอบภายในคือการละเมิดปทัสถานความระมัดระวังแล้วยังต้องมีสภาวะทางจิตใจที่ถูกดำเนินได้เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย<sup>15</sup> อันเป็นการพิสูจน์ทางอัตวิสัยของผู้กระทำและรวมถึงการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายตามความเชื่อของสังคมในขณะนั้น ซึ่งเป็นการพิสูจน์ทางภววิสัย

### แนวคิดหลักการพิจารณาความรับผิดอาญาโดยประมาทอย่างร้ายแรง

บุคคลขาดความระมัดระวังที่ควรมีไม่ว่าจะได้รู้สึกถึงความระมัดระวังหรือไม่ก็ตาม ถือได้ว่ากระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ต้องชดใช้ความเสียหายทางแพ่งอันเนื่องจากผิดสัญญาหรือเหตุละเมิด แต่หากเพิ่มหลักเกณฑ์การกระทำโดยประมาทที่ว่าความประมาทนั้นต้องร้ายแรง ซึ่งหมายความว่ากระทำที่เบี่ยงเบนจากมาตรฐานความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยหรือมีเหตุอันสมควรไม่ทำให้บุคคลต้องรับโทษในทางอาญา เป็นการระบุดังระดับของความประมาท (degree of negligent) ที่จำเป็นสำหรับความรับผิดในทางอาญา เป็นความประมาทโดยจงใจ (recklessness)<sup>16</sup> อยู่ในฐานความผิดทำให้คนตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) ที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทที่สมควรถูกลงโทษ เป็นการขาดความระมัดระวังอย่างมาก (gross negligent)

<sup>14</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549.

<sup>15</sup> คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป.

<sup>16</sup> อนุสรณ์ แก้ววิเชียร. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพโดยประมาทของแพทย์

ในชีวิตประจำวันบุคคลอาจต้องมีการกระทำที่เสี่ยงภัยที่มีเหตุผลอันสมควร (reasonable risk) แม้จะเกิดความเสียหายขึ้นก็ไม่เป็นการกระทำโดยประมาท ในระดับความเป็นไปได้ (probability) และในสายตาของสังคม (socially acceptable) ต้องเปรียบเทียบระหว่างระดับของการเสี่ยงภัยของผู้กระทำกับระดับของความเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสียหายต่อผู้ได้รับผลกระทบและความเห็นการยอมรับของสังคมต่อความเสี่ยงนั้นเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการกระทำดังกล่าว หากไม่มีวิธีอื่นแล้วที่จะลดความทุกข์ทรมานของผู้ป่วยหรือไม่สามารถยืดชีวิตผู้ป่วยได้ต่อไป แพทย์อาจจะทำการผ่าตัดซึ่งเป็นการกระทำที่เสี่ยงมากที่จะทำให้คนไข้เสียชีวิต โดยไม่ถูกตัดสินว่าเป็นการกระทำโดยประมาท (negligence) เพราะเป็นการเสี่ยงภัยอันตรายเป็นเหตุอันสมควร (reasonable risk) หากมีการลงโทษทางอาญาต้องปรากฏว่าผู้กระทำขาดความระมัดระวังในระดับหนึ่งที่ยังพอจะทำให้เห็นว่าสมควรต้องรับโทษไม่จำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังอย่างดีที่สุดเท่าที่มนุษย์จะทำได้ และไม่จำเป็นต้องหลีกเลี่ยงการกระทำทุกอย่างที่เป็นความเสี่ยงต่อกันตราย ในชีวิตประจำวันก็มีความจำเป็นที่จะต้องเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีซึ่งมีการเสี่ยงภัยอันตรายเป็นขึ้นได้ เช่น การขับรถยนต์ การใช้เครื่องจักรกล ในการรักษาผู้ป่วยระดับความระมัดระวังของผู้กระทำนั้นควรจะต้องอยู่ในระดับที่พอจะป้องกันมิให้เกิดภัยอันตรายเป็นขึ้นเท่านั้นเพื่อให้บุคคลต้องใช้ความระมัดระวังมากเกินไปจนถึงขนาดไม่กล้าทำอะไร เช่น แพทย์ไม่กล้าให้การรักษายเลยเพราะกลัวจะเกิดความเสียหายหรือผู้รับบริการต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นจากการตรวจที่เกินความจำเป็นเพื่อปกป้องตัวแพทย์เอง เพื่อให้บุคคลทราบว่าต้องใช้ความระมัดระวังแค่ไหนเพียงไรในการกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่ง จึงเป็นเรื่องจำเป็นที่กฎหมายจะต้องกำหนดมาตรฐานของความระมัดระวังสำหรับการกระทำโดยประมาทในทางอาญาให้ชัดเจน จึงจะเกิดประโยชน์ที่ตัดสินเอาบุคคลที่กระทำไปลงโทษ โดยจะต้องคำนึงถึงสภาวะทางจิตใจของบุคคลดังกล่าวขณะที่กระทำด้วย (mens rea)<sup>17</sup> ความประมาทโดยจงใจ เป็นการรู้ตัวถึงความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายหรือประมาทโดยรู้ตัว (advertent recklessness)

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีการแบ่งระดับของความประมาททางอาญาสูงกว่าประมาทธรรมดาโดยมีสภาวะทางจิตใจเข้ามาเกี่ยวข้องคือต้องมีความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) จึงจะฟ้องคดีอาญาได้ เพียงแค่ความไม่ระมัดระวัง (Inadvertence) ก่อให้เกิดความเสียหายไม่ถึงเป็นความผิดอาญา เช่น ดื่มสุราแล้วเผลอขับรถแต่ยังจงใจขับรถ แตกต่างจากการกระทำที่พลั้งเผลอ ความประมาทโดยรู้ตัวกับประมาทโดยไม่รู้ตัว ต้องชี้ให้เห็นถึง Mens Rea หรือเจตนาร้ายซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิด<sup>18</sup> ในกรณีของผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพโดยเฉพาะแพทย์ แม้เป็นผู้มีความเชี่ยวชาญก็อาจเกิดความผิดพลาดในการรักษาผู้ป่วย การพิจารณาการกระทำของแพทย์กับมาตรฐานในทางภาวะวิสัย (Objective standard of care) นั้นอาจจะไม่สามารถแสดงให้เห็นทัศนคติที่ละเลยไม่เอาใจใส่ผู้ป่วย หรืออาจจะไม่สามารถพิจารณาได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นอยู่ในการคาดการณ์ไว้ก่อนแล้วหรือไม่ว่าสามารถเกิดขึ้นได้ซึ่งจำเป็นต้องมีข้อมูลทางวิชาการประกอบด้วย เนื่องจากความผิดพลาดต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเป็นปกติในชีวิตมนุษย์

ในประเทศนิวซีแลนด์พบว่าวิสัญญีแพทย์ร้อยละ 89 เคยทำผิดพลาดในการประกอบวิชาชีพ แต่ยังไม่สรุปไม่ได้ว่าแพทย์ประมาทแต่แสดงให้เห็นว่าแพทย์เกือบทุกคนอาจกระทำการโดยต่ำกว่ามาตรฐานได้ จึงต้องพิสูจน์มาตรฐานทางอรรถวิสัยด้วย<sup>19</sup> ถ้าแพทย์เห็นถึงความเสี่ยงภัยอันตรายเป็นแต่ยังคงฝืนกระทำถือว่าไม่ได้มาตรฐานทางอรรถวิสัยเป็นความผิด

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>18</sup> Hall J. Negligent behaviors should be excluded from Penal Liability. Columbia Law Review, 1963. 63, p.634.

<sup>19</sup> Smith AM. Criminal or merely human?: The prosecution of negligent doctors. Journal of Contemporary Health Law and Policy, 1995. 12(No.1), p.131-132.

ทางอาญา กฎหมายประเทศอังกฤษถือว่าการกระทำโดยประมาท (Negligence) คือการละเลยที่จะปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวังตามหน้าที่ของตน (Standard of care) ได้มีการเพิ่มหลักเกณฑ์ว่าความประมาทที่ต้องรับโทษในทางอาญาจะต้องเป็นการกระทำประมาทอย่างร้ายแรง (Gross) ความประมาทโดยจงใจเกี่ยวข้องกับการเสี่ยงต่ออันตรายโดยรู้ตัว (conscious) และโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable) คล้ายเป็นการเสี่ยงโชคของผู้กระทำ สภาพจิตใจที่กระทำผิดน้อยกว่าการกระทำโดยเจตนา (intention) แม้จะเหมือนกับประมาทธรรมดา (negligence) ตรงที่เสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unjustifiable risk) แต่เลวร้ายกว่าประมาทธรรมดาตรงที่ผู้กระทำรู้ตัวว่าเป็นการเสี่ยงต่ออันตราย<sup>20</sup>

คำพิพากษาคดี Cunningham<sup>21</sup> ในปี ค.ศ.1957 จำเลยตั้งเครื่องวัดแก๊สจากกำแพงในห้องเก็บของที่อยู่ใต้ถุนตึกของบ้านซึ่งไม่มีผู้อาศัยเพื่อขโมยเงินในนั้น แก๊สรั่วเป็นเหตุให้บุคคลอื่นเสียชีวิต มีการลงโทษจากความผิดฐานก่อสารเป็นพิษโดยมีเจตนาร้าย (malice) เพื่อทำให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต เจตนาร้ายนั้นนอกจากหมายถึงเจตนาที่แท้จริงในการทำให้เกิดภัยอันตรายอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วก็ยังเป็นเรื่องของความประมาทโดยจงใจซึ่งทำให้เกิดภัยอันตรายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น เช่นมองเห็นล่วงหน้า (foreseen) ว่าอาจทำให้เกิดภัยอันตรายและยังคงฝ่าฝืนที่จะทำให้เกิดภัยอันตรายต่อไป ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham Recklessness มีองค์ประกอบ 2 ประการ คือ 1. จำเลยรู้ตัว (awareness) ว่ามีการเสี่ยงต่ออันตรายซึ่งการกระทำของเขาอาจทำให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ โดยผู้กระทำไม่สนใจหรือเพิกเฉยต่อการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะก่อให้เกิดผลที่ตามมา ต้องมองเข้าไปถึงจิตใจของผู้กระทำ ความผิดเพื่อจะได้ทราบว่าผู้กระทำได้ตระหนักถึงภัยอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นซึ่งเป็นอัตวิสัย (subjective) แต่ถ้าระดับของการคาดเดานั้นจะเป็นการเสี่ยงที่มีความเป็นไปได้สูงมากก็จะกลายเป็นการเจตนากระทำผิดโดยเล็งเห็นผล (intention) 2. นอกจากระดับการคาดเดาความเป็นไปได้เพียงใดแล้ว ยังต้องพิจารณาความร้ายแรงเพียงใดของภัยอันตรายที่น่าจะเกิดขึ้นด้วย และต้องคาดเดาอย่างชัดเจนของภัยอันตรายนั้น (obvious) การเสี่ยงต่ออันตรายเป็นเรื่องที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable) ที่ทำการเสี่ยงนั้น แตกต่างกับองค์ประกอบทางภาวะวิสัย (objective) กรณีความประมาทธรรมดา (negligence) ต้องเปรียบเทียบลักษณะของสิ่งที่ทำและระดับของความเสียหาย (degree of risk) จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่าจำเลยได้ทำการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรจึงสมควรลงโทษ

คดี James Caldwell<sup>22</sup> จุดไฟเผาโรงแรมในขณะที่มีนเมา ศาลพิพากษาลงโทษฐานลอบวางเพลิงทำให้เสียชีวิต จำเลยต่อสู้ว่าเป็นเพราะความเดือดดาลตื่นเต้นและมึนเมาการเสี่ยงต่ออันตรายไม่เคยผ่านเข้ามาในจิตใจของเขาเลย ถ้าตามแนวทางคดีของ Cunningham เขาต้องรู้ทั้งสองข้อ คดีนี้จึงอยู่ที่ความเชื่อของคณะลูกขุน ต้องพิจารณาคัดสินใจว่าจะเลือกทางใดในเส้นแบ่งแคบ ๆ ระหว่าง เพราะผลกระทบบจิตใจของเขาจากความเดือดดาลตื่นเต้นมึนเมาทำให้เขาไม่ได้เล็งเห็นอันตรายที่รุนแรง กับเขาเชื่อว่าจะโชคดีและจะป้องกันไม่ให้เกิดอันตรายได้ซึ่งเป็นการเสี่ยงโชคอันถือว่าสภาพจิตใจของเขาเป็นเจตนาร้าย (malice) สรุปแล้วคณะลูกขุนเชื่อในเหตุผลประการหลัง ความเชื่อของคณะลูกขุนเป็นภาวะวิสัยกำหนด ไม่ได้ปล่อยให้เพียงอัตวิสัยของจำเลยตามคดี Cunningham เท่านั้น กรณีนี้ไม่ใช่เป็นภาวะวิสัยการวัดระดับของความระมัดระวังหรือมาตรฐานความระมัดระวังที่กล่าวไว้ก่อนหน้านี้ แต่เป็นภาวะวิสัยกรณีวิญญูชนที่คาดหมายว่าคาดเดาเห็นอันตรายหรือไม่หรือมีเจตนาร้ายหรือไม่ การคาดเดาเห็นอันตรายหรือไม่เป็นสภาวะที่อยู่ภายในจิตใจ

<sup>20</sup> Williams G. Textbook of criminal law. 2<sup>nd</sup> ed. London. Stevens & Son. 1983.

<sup>21</sup> David O. Smith and Hogan's Criminal Law. 13<sup>th</sup> ed. Oxford. Oxford University Press. 2011.

<sup>22</sup> Field S, Lynn M. The capacity for recklessness. Cambridge University Press, 1992. 12(No.1), p.74-91.

ของผู้กระทำไม่อาจใช้ข้อวิสัยได้ แต่การใช้ภาวะวิสัยนี้ในทางการแพทย์ต้องอ้างอิงวิชาการทางการแพทย์ประกอบด้วยว่าเป็นภาวะแทรกซ้อนที่สามารถเกิดขึ้นได้จากการรักษานอกจากในการเล็งเห็นหรือคาดเห็นอันตรายจะต้องเป็นอันตรายที่รุนแรงหรืออันตรายที่ชัดเจนด้วย (obvious risk) กรณี Caldwell จึงเป็นบรรทัดฐานพิจารณาความประมาทโดยจงใจก็ต่อเมื่อ 1. ได้กระทำโดยปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการเสี่ยงต่ออันตรายซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจน (obvious risk) 2. ในขณะที่กระทำนั้นเขาคิดว่ามีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายบางอย่างแต่เขาก็จะกระทำการที่เป็นการเสี่ยงต่ออันตรายนั้นต่อไป หรือเขาไม่ได้คิดว่าอาจจะมีอันตรายอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น

ต่อมาคดี Lawrence<sup>23</sup> เกี่ยวกับการขับรถอย่างประมาทโดยจงใจ (reckless driving) ได้ก้าวไปไกลขึ้นอีก โดยจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าเป็นการเสี่ยงต่ออันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจนและร้ายแรง (obvious and serious) บทนิยามความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell recklessness ได้รวมองค์ประกอบของความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham recklessness หรือความประมาทโดยจงใจแบบรู้ตัว (advertent recklessness) ไว้ด้วย คือบุคคลที่รู้ถึงการเสี่ยงต่ออันตรายแต่ก็ยังคงกระทำต่อไป และได้รวมถึงความประมาทโดยจงใจแบบไม่รู้ตัวด้วย (inadvertent recklessness) คือบุคคลที่เละเลยที่จะคิดว่าอาจจะมีอันตรายอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นซึ่งเป็นอันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจน (obvious)

### ความสอดคล้องของความรับผิดชอบทางการแพทย์โดยประมาทอย่างร้ายแรง

ประเทศไทยมีระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) เช่นเดียวกับประเทศในภาคพื้นยุโรป แต่ใช้กระบวนการพิจารณาคดีอาญาโดยประชาชนเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) ในขณะที่ประเทศภาคพื้นยุโรปใช้กระบวนการพิจารณาคดีอาญาโดยรัฐ เมื่อผู้เสียหายแจ้งความต่อพนักงานสอบสวนแล้วทั้งพนักงานสอบสวน อัยการและศาล จะร่วมกันพิจารณาความผิดหรือถูกของจำเลย เป็นนิติสัมพันธ์ 2 ฝ่าย คือฝ่ายรัฐกับจำเลย สำหรับประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อผู้เสียหายแจ้งความแล้วจะเข้ามาเป็นคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นนิติสัมพันธ์ 3 ฝ่าย มีฝ่ายโจทก์คือผู้เสียหายร่วมกับอัยการ ฝ่ายจำเลย และศาลเป็นฝ่ายที่ 3 เช่นเดียวกับกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งที่เป็นนิติสัมพันธ์ 3 ฝ่าย ในคดีทางการแพทย์ของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นแม้จะมีวิกฤตการณ์ฟ้องร้องทางแพ่งแต่หากจะเป็นคดีอาญาต้องเป็นกรณีเจตนากระทำความผิดหรือประมาทโดยจงใจจึงจะฟ้องคดีอาญาได้ ดังตัวอย่างคดีแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาถูกฟ้องดำเนินคดี<sup>24</sup> โดยแพทย์ผู้ดูแลในสถานพยาบาลคนชรา ได้สั่งให้อาหารเหลวทางสายแก่ผู้ป่วยแต่เกิดความผิดพลาด โดยมีการให้อาหารเหลวเข้าไปทางท่อที่ใช้ระบายของเสียทางช่องท้องแทนที่จะเป็นท่อที่ส่งอาหารไปยังกระเพาะอาหาร ดังนั้นสารอาหารจึงเข้าไปอยู่ในท่อที่ใช้ลำเลียงของเสียจากเลือดผู้ป่วย พยาบาลพบว่าผู้ป่วยหายใจติดขัดและอาเจียนและได้แจ้งให้แพทย์ทราบ แต่แม้ว่าจะได้รับคำแนะนำจากแพทย์ที่มีคุณวุฒิสูงกว่าแล้วให้ย้ายผู้ป่วยไปยังโรงพยาบาลทันทีและแพทย์รู้อยู่แล้วว่าอาการของผู้ป่วยร้ายแรงแต่ก็ไม่ได้สั่งย้ายผู้ป่วยเข้าโรงพยาบาลทันที แต่รออีกมากกว่า 10 ชั่วโมง หลังจากเข้ารับการรักษาโรงพยาบาลผู้ป่วยถึงแก่ความตายในไม่กี่วันถัดมา

<sup>23</sup> Duff RA. Caldwell and Lawrence: The Retreat from Subjectivism. Oxford Journal of Legal Studies, 1983. 3(No.1): p.77-98.

<sup>24</sup> Crane M. Medical convictions how prosecutors are charging doctors with criminal malpractice--and why patients should be very scared. Reason, 1998. P.1-5. [Internet]. 2022 [cited 2022 Jan 10]. Available from: <https://reason.com/1998/05/01/medical-convictions/>

ศาลตัดสินว่าแพทย์ไม่ได้กระทำความผิดทางอาญาโดยประมาทในการที่ไม่ระวังสั่งให้อาหารเหลวทางสายแก่ผู้ป่วย แต่การละเลยต่อคำแนะนำของแพทย์ที่มีคุณวุฒิสูงกว่าที่ให้อาหารผู้ป่วยไปโรงพยาบาลทันทีไม่อาจถือว่าเป็นข้อผิดพลาดโดยสุจริตในการตัดสินใจทางการแพทย์ได้ การกระทำดังกล่าวเป็นการตระหนักถึงความเสี่ยงภัยอันตรายที่จะเกิดต่อร่างกายผู้ป่วยแต่เลือกที่จะไม่ใส่ใจถึงภัยอันตรายดังกล่าว นอกจากนี้ยังเป็นการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานของการกระทำที่วิญญูชนควรมีและควรใช้ในสถานการณ์เดียวกัน ศาลมีมติตัดสินว่าการสั่งให้อาหารทางสายที่ผิดพลาดถือเป็นความประมาทในระดับที่เป็นความผิดอาญา ประเด็นที่ศาลพิจารณาว่าเป็นความผิดอาญาคือการกระทำโดยประมาทในส่วนที่ละเลยไม่ส่งผู้ป่วยเข้าโรงพยาบาลทันทีที่เห็นได้ถึงถึงภัยอันตรายที่กำลังเกิดขึ้นกับผู้ป่วย แพทย์ถูกตัดสินจำคุก 52 สัปดาห์เนื่องจากกระทำโดยประมาทเป็นความประมาทโดยจงใจ

จากคดีตัวอย่างจะเห็นว่าได้มีการแบ่งระดับการกระทำโดยประมาทไว้สองระดับ ได้แก่ ความประมาทธรรมดา (negligence) เป็นกรณีที่ผู้กระทำเพียงแค่ขาดความระมัดระวังตามมาตรฐานความระมัดระวังที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น โดยใช้อุปกรณ์ประกอบในทางภาวะวิสัยเพียงอย่างเดียวหรือสภาวะทางจิตที่พลั้งเผลออันไม่อาจตำหนิเท่านั้น แต่หากสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำซึ่งต้องพิสูจน์ในส่วนที่มีองค์ประกอบว่ามีการเคลื่อนไหวร่างกายเรียกว่า actus reus และส่วนของจิตใจที่ถูกตำหนิได้คือ mens rea อันมีเจตนาร้าย (maliciously) โดยรู้ (knowingly) โดยตั้งใจ (intentionally) เป็นสภาวะทางจิตใจที่น่าตำหนิ (blameworthy state of mind) อันได้แก่ เจตนา (intention) และประมาทโดยจงใจ (recklessness) คือการที่ผู้กระทำรู้ตัวว่ามีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตราย เป็นองค์ประกอบในอัตวิสัย (subjective standard) หรือมีกรณียกเว้น คือ กฎหมายกำหนดให้การกระทำโดยประมาทในบางรูปแบบที่ไม่ต้องมีอัตวิสัย แต่เป็นความผิดอาญากรณีเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อส่วนรวม ในกรณีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องประกอบวิชาชีพในระดับมาตรฐานตามที่พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรมและข้อบังคับแพทยสภากำหนด ซึ่งอาจแตกต่างกับหรือสูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำสุดที่สามารถยอมรับได้หรือสังคมยอมรับได้หรือระดับวิญญูชน (reasonable man) ซึ่งเป็นภาวะวิสัย

มาตรฐานความประมาท ประกอบด้วย การวิเคราะห์ ระดับความระมัดระวัง (level of care) มาตรฐานความระมัดระวัง (standard of care) การกระทำโดยประมาทคือการละเลยที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง (standard of care) เป็นหน้าที่ของผู้กระทำที่จะต้องไม่ละเลยปฏิบัติ เหมือนกับวิญญูชน (reasonable man) หรือบุคคลผู้มีความสุจริตรอบคอบ (prudent man) บุคคลอาจใช้ความระมัดระวังทั้งหมดซึ่งเขาสามารถทำได้และเขาอาจขาดความระมัดระวัง (careless) หรือประมาท (negligent) เพราะเขาสามารถที่จะไปถึงมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนซึ่งเป็นมาตรฐานที่เป็นภาวะวิสัย เขาอาจเชื่อโดยสุจริต (bona fide) ว่าเขาไม่ได้ทำให้คนใดคนหนึ่งตกอยู่ในอันตราย แต่ก็อาจถือได้ว่าเขามีความประมาทในการที่เชื่อเช่นนั้น หากกฎหมายไทยมีการแยกความประมาทในทางการแพทย์ออกเป็นความประมาทธรรมดาโดยให้รับผิดทางแพ่งและความประมาทอย่างร้ายแรงหรือประมาทโดยจงใจเพื่อใช้ในการพิจารณาความรับผิดทางอาญาย่อมจะสอดคล้องกับการพัฒนากฎหมายในระดับสากล จะก่อให้เกิดประโยชน์มากต่อกระบวนการพิจารณาคดีอาญาทางการแพทย์ได้เหมาะสมขึ้น ซึ่งต้องพิสูจน์ระดับความระมัดระวังในการรักษาผู้ป่วยที่มีความเสี่ยงสูงต่อความเสียหายต้องใช้ความระมัดระวังมาก การละเว้นการใช้ความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยก็สามารถก่อให้เกิดความเสียหายแล้วควรจะเป็นความผิดชนิดเบา แต่กรณีความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหมายถึงการละเว้นไม่ใช้ความระมัดระวังเลยแม้แต่เพียงเล็กน้อย ซึ่งถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเพียงใช้ความระมัดระวังเล็กน้อยนี้แล้วก็จะไม่เกิดความเสียหายขึ้น แต่ถ้าไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเลยแม้แต่เพียงเล็กน้อยนี้เมื่อเกิดความเสียหายจึงต้องถือว่าเป็นความผิดมาก ในคดีอาญาทางการแพทย์จำเป็นต้องพิจารณาสภาวะทางจิตใจประกอบด้วย เรียกว่าประมาทโดยจงใจ

## สรุป

ความผิดพลาดทางการแพทย์มักเกิดขึ้นได้เสมอ ทั้งอาจเป็นเหตุสุดวิสัยหรือเหตุที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้หรือป้องกันได้ หรือเป็นกรณีที่สามารถป้องกันได้หรือหลีกเลี่ยงได้ ก็อาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งต่อความเสียหายสู่การฟ้องร้องทางอาญากรณีกระทำการโดยประมาทขาดความระมัดระวัง ซึ่งการพิจารณาเหตุที่เหมาะสม ผลที่สำคัญและความสัมพันธ์ระหว่างการทำและผลค่อนข้างยาก เพราะมีปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการตรวจรักษามากมายและเป็นการกระทำหลายครั้งอย่างต่อเนื่องตามการเปลี่ยนแปลงของโรคและอาการผู้ป่วย โดยเฉพาะหากจุดเริ่มต้นด้วยเจตนาและความคาดหวังร่วมกันในทิศทางเดียวกันและดำรงอยู่ตลอดการรักษาพยาบาล อันเป็นส่วนสำคัญในการพิจารณาสถานะทางจิตใจที่อยู่ในกระบวนการพิจารณาคดีตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายไทย แต่การพิจารณาคดีการกระทำโดยประมาทเพื่อการรับผิดชอบทางอาญาในคดีทางการแพทย์ที่ซับซ้อนค่อนข้างยากและการลงโทษอาญาจะไม่เกิดประโยชน์และไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ นอกจากนี้จำเป็นต้องพิจารณาระดับของความระมัดระวังและมาตรฐานความระมัดระวังมาตรฐานการรักษาและมาตรฐานการดูแลแล้ว ยังจำเป็นต้องพิจารณาสถานะทางจิตใจด้วยคือการกำหนดเจตจำนงผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสุขภาพที่ข้อตำหนิได้หรือผู้กระทำมีเจตจำนงฝ่าฝืนมาตรฐานความระมัดระวังหรือไม่เป็นการพิจารณาสถานะทางจิตใจของผู้กระทำซึ่งเป็นอ้อมวิสัย ร่วมกับการพิจารณาโดยคำนึงถึงภววิสัยหรือคุณธรรมทางกฎหมายทางประกอบด้วย โดยเฉพาะการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจตรวจรักษาเพื่อประโยชน์ต่อผู้ป่วยซึ่งอาจจำเป็นต้องตัดสินใจแม้จะรู้ว่าการรักษามีความเสี่ยงภัยที่อาจเกิดขึ้นได้แม้ว่าจะมีข้อจำกัดในการใช้ความระมัดระวังที่เหมาะสม

การแยกความประมาทธรรมดาและความประมาทอย่างร้ายแรงหรือประมาทโดยจงใจมีความสำคัญในคดีอาญาทางการแพทย์กรณีประมาทอย่างยิ่ง โดยการพิสูจน์ให้เห็นว่าเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจนและร้ายแรง (obvious and serious) ทั้งที่เป็นความประมาทโดยจงใจแบบรู้ตัว (advertent recklessness) รู้ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายแต่ก็ยังงกกระทำต่อไป และความประมาทโดยจงใจแบบไม่รู้ตัว (inadvertent recklessness) ละเลยที่จะคิดว่าอาจจะมีภัยอันตรายอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นทั้งที่เป็นภัยอันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจน (obvious) อันจะส่งผลให้การพิจารณาการกระทำความผิดอาญากรณีประมาทในทางการแพทย์มีประสิทธิภาพมากขึ้น และอาจนำไปสู่การพัฒนากฎหมายไทยที่เหมาะสมต่อไป

## บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพมหานคร: พลสยามพรีนติ้ง.
- คณิต ณ นคร. (2563). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- ณัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. (2554). ทฤษฎีการลงโทษ. ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง, หน่วยที่ 6: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมิกราช.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2555). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ. (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพมหานคร. หน้า 23-27.
- นนทยา ทองสุข. (2543). ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. หน้า 126.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- วรพจน์ วศุตพิชญ์. (2541) กฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 28(2): หน้า 375.
- อนุสรณ์ แก้ววิเชียร.(2562). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพโดยประมาทของแพทย์ (วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพมหานคร. หน้า 156.
- อุดม รัฐอมฤต. (2564). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: พิมพ์ลักษณ์.
- Crane M. (1998) Medical convictions how prosecutors are charging doctors with criminal malpractice--and why patients should be very scared. Reason, p.1-5. [Internet]. 2022 [cited 2022 Jan 10]. Available from: <https://reason.com/1998/05/01/medical-convictions/>
- David O. (2011) Smith and Hogan's Criminal Law. 13<sup>th</sup> ed. Oxford. Oxford University Press.
- Duff RA. (1983) Caldwell and Lawrence: The Retreat from Subjectivism. Oxford Journal of Legal Studies, 3(No.1): p.77-98.
- Field S, Lynn M. (1992) The capacity for recklessness. Cambridge University Press, 12(No.1), p.74 – 91.
- Hall J. (1963). Negligent behaviors should be excluded from Penal Liability. Columbia Law Review, 63, p.634.
- Smith AM. (1995) Criminal or merely human?: The prosecution of negligent doctors. Journal of Contemporary Health Law and Policy, 12(No.1), p.131-132.
- Williams G. (1983). Textbook of criminal law. 2th ed. London. Stevens & Son.
- Wilson R, Harrison BT, Gibberd RW, Hamilton JD. (1999) An analysis of the causes of adverse events from the Quality in Australian Health Care Study. MJA, 170, p.411-415.