

บทที่ 3

ความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทและมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ตาม กฎหมายต่างประเทศ

โดยหลักบุคลากรทางสาธารณสุขและผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุขนั้น หมายถึง บุคคลที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์และสาธารณสุข อาจเป็นแพทย์ พยาบาล เภสัชกร ทันตแพทย์ หรือผู้ประกอบโรคศิลปะสาขาต่างๆก็ได้ เช่นแพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนและมีใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม ก็เรียกว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ทันตแพทย์ก็เรียกได้ว่าเป็นผู้ประกอบวิชาชีพทันตกรรม เภสัชกรก็เรียกได้ว่าเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเภสัชกรรม เป็นต้น¹ แต่โดยรวมๆอาจใช้คำว่า “แพทย์” เพื่อแทนความหมายของกลุ่มผู้ประกอบวิชาชีพเหล่านี้ได้

ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น แพทย์ย่อมต้องมีความสัมพันธ์กับผู้ป่วย ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยถือเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง นอกจากมุ่งรักษาโรคให้ผู้ป่วยแล้วยังต้องมุ่งสร้างความเชื่อถือและไว้วางใจต่อกันด้วย แต่เดิมนั้นความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเป็นเรื่องความนับถือที่เกี่ยวกับสถานะของบุคคลมากกว่าความสัมพันธ์ในเชิงกฎหมายหรือสัญญา ความสัมพันธ์ในลักษณะที่ขึ้นอยู่กับความนับถือไว้วางใจนี้เรียกว่า “Fiduciary Relationship” ซึ่งทำให้ในอดีตไม่มีการฟ้องร้องระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยมากนักแต่ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีและการศึกษาด้านการแพทย์เจริญขึ้น ความเชื่อเดิมๆที่ว่าแพทย์เป็นผู้มีอำนาจวิเศษ เป็นผู้ให้ความช่วยเหลือผู้ป่วยในการรักษาผู้ป่วยก็หมดไป เนื่องจากผู้ป่วยมีความรู้ความเข้าใจในโรคภัยไข้เจ็บมากขึ้น แนวคิดอำนาจตัดสินใจแทนผู้ป่วยในการรักษาของแพทย์ก็ถูกถ่ายโอนมายังผู้ป่วยด้วย นอกจากนี้เมื่อมีการเรียกร้องค่าบริการจากผู้ป่วยในอัตราที่สูงขึ้น ผู้ป่วยก็ย่อมคาดหวังผลที่สูงขึ้นไปด้วย² มีการพัฒนาหลักความสัมพันธ์ทางกฎหมายและทางสัญญาใน

¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, กฎหมายการแพทย์: ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 34

² วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และคณะ, การศึกษาศึกษาปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการแพทยสภา, 2544), น. 9-

ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยขึ้น โดยกฎหมายเข้ามารองรับว่าการที่แพทย์กับผู้ป่วยตกลงให้แพทย์รักษา นั้นเป็นการก่อให้เกิดสัญญาระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่าย ในขณะที่เดียวกันความไว้เนื้อเชื่อใจระหว่าง แพทย์และผู้ป่วยก็มีแนวโน้มที่จะลดลง จึงทำให้อัตราการฟ้องร้องเป็นคดีระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย สูงขึ้นไปด้วย

ดังนั้นในการประกอบวิชาชีพแพทย์นั้น การปฏิบัติหน้าที่ สถานะ และความสัมพันธ์ ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์กับผู้ป่วยย่อมเข้าไปเกี่ยวข้องกับกฎหมายอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ดังนั้นผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์อาจมีความรับผิดชอบตามกฎหมายได้ ทั้งในส่วนกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา และในส่วนของกฎหมายวิชาชีพ ซึ่งความรับผิดชอบดังกล่าวนี้มักเกิดจากกรณีที่ เรียกกันว่า “ทุรเวชปฏิบัติ” หรือที่ในภาษาอังกฤษเรียกว่า “Malpractice”

ทุรเวชปฏิบัติทางการแพทย์ (Medical Malpractice) นั้น ตาม Black's Law Dictionary ให้ความหมายว่า “การที่แพทย์ไม่รักษามาตรฐานความระมัดระวังและทักษะ ความสามารถที่แพทย์หรือศัลยแพทย์ที่มีความชำนาญเฉพาะเช่นเดียวกันจะใช้ภายใต้สถานการณ์ เช่นเดียวกัน”³

ส่วนความหมายของคำว่าทุรเวชปฏิบัติตามปทานุกรมศัพท์นิติเวชของสมาคมนิติเวช กรุงลอนดอนนั้นให้ความหมายว่า “การขาดทักษะที่ควรพึงมีอย่างสมเหตุผลตามสมควรใน ฐานะเป็นแพทย์และขาดการเอาใจใส่ดูแลคนไข้จนทำให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพหรือชีวิตของ คนไข้”⁴

จากความหมายดังกล่าวข้างต้นทุรเวชปฏิบัติจึงเกิดจากการประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยขาดความระมัดระวังหรือผิดหลักวิชา ซึ่งจะทำให้ผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์มีความรับผิดชอบ กฎหมายตามมา นอกจากนี้คำว่า “โรคหมอทำ” (iatrogenic disease) ซึ่งมีความหมายว่า เป็นโรค ที่เกิดจากความไม่รู้ ความรู้เท่าไม่ถึงการณ์หรือความผิดพลาดในการใช้เครื่องมือเครื่องใช้เพื่อการ วินิจฉัยหรือรักษาโรค ก็ถือเป็นทุรเวชปฏิบัติอันก่อความเสียหายให้แก่ผู้ป่วย⁵ และก่อความรับผิด ตามกฎหมายให้แก่ผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์เช่นกัน

³ Bryan A. Garner (Editor), Black's Law Dictionary, Revised 8th ed.(St. Paul, MN: West, a Thompson business, 2004), p. 978

⁴ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ เอนก ยมจินดา, กฎหมายการแพทย์. พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 81

⁵ เพิ่งอ้าง, น. 85-86

การกระทำที่เป็นทฤษฎีปฏิบัติอาจนำมาซึ่งความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ได้ โดยสามารถพิจารณาหลักกฎหมายในแต่ละประเทศได้ดังนี้

1. ความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในระบบกฎหมายคอมมอนลอร์

1.1 ประเทศอังกฤษ

1) การกระทำโดยประมาทของแพทย์

ในช่วงไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมาการฟ้องคดีแพทย์ในกรณีกระทำโดยประมาทในประเทศอังกฤษมีแนวโน้มสูงขึ้นอย่างมาก สาเหตุอาจมาจากความคาดหวังของผู้ป่วยสูงขึ้น และทัศนคติของผู้ป่วยที่เห็นว่าความตายหรืออาการบาดเจ็บในระหว่างรับการรักษาเป็นผลมาจากทฤษฎีปฏิบัติของแพทย์ หรืออาจเป็นผลจากความตื่นตัวในการใช้มาตรการทางกฎหมายซึ่งมีมากขึ้น โดยเฉพาะวัฒนธรรมในการฟ้องเรียกค่าเสียหาย นอกจากนี้กฎหมายอังกฤษยังยอมรับกันมายาวนานว่าความประมาทอันเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายอาจไม่เป็นเพียงความผิดตามกฎหมายแพ่งเท่านั้นแต่เป็นความผิดทางอาญาฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนาที่เรียกว่า Manslaughter จากการตรวจสอบทางสถิติพบว่ากรณีสองคดีอาญาในกรณีความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนาที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์ (Medical Manslaughter) นี้สูงขึ้นอย่างมากในปัจจุบัน⁶

ในคดีอาญาสำหรับหลักกฎหมายอาญาอังกฤษเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทที่ต้องนำมาใช้พิจารณาความรับผิดชอบจากทฤษฎีปฏิบัติของแพทย์นั้นได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ซึ่งจะเห็นว่าตามหลักการกระทำโดยประมาทอันจะเป็นความรับผิดชอบทางอาญาในประเทศอังกฤษต้องเป็นความประมาทในระดับร้ายแรง การเบี่ยงเบนจากมาตรฐานไปเล็กน้อยไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาท แต่อาจจะเป็นเรื่องที่ยุติธรรมจะต้องรับผิดชอบแพ่ง

กรณีการกระทำผิดอาญาในการประกอบวิชาชีพแพทย์เกือบทั้งหมดเป็นการกล่าวหาว่าแพทย์กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วย โดยตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาทจะต้องเป็น

⁶ S. Levy, "Criminal Liability for Medical Negligence," Medicine and Law, December 2006, available from www.westlaw.com, p.601

การกระทำประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Manslaughter by gross negligence) ซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำหรือการงดเว้นกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายแต่มีการละเลยไม่ได้ใจในระดับที่สูงเกินกว่าหลักการของความประมาทเลินเล่อตามกฎหมายแพ่ง และการกระทำนั้นร้ายแรงมากจนต้องใช้ความรับผิดชอบทางอาญามาลงโทษ ซึ่งการจะพิจารณาว่าการกระทำถึงระดับประมาทเลินเล่อทางอาญาหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับบทพิจารณาของคณะลูกขุน⁷

ความประมาทเลินเล่อจะถึงระดับที่มีความผิดทางอาญา เมื่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยประมาทโดยจงใจในทางอัตวิสัย (Subjective recklessness) ซึ่งแม้จะไม่ได้ถือว่าเป็นการกระทำความผิดในระดับการฆ่าคนตายโดยเจตนาหรือ Murder ก็เพียงพอที่จะเป็นความผิดในระดับการฆ่าคนตายโดยไม่เจตนาหรือ Manslaughter แล้ว อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันเป็นที่แน่ชัดแล้วว่าความประมาทเลินเล่อโดยจงใจในรูปแบบ Caldwell ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 นั้น ไม่ได้เป็นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท (Manslaughter) ตามหลักการนี้⁸ นอกจากนี้กฎหมายอังกฤษในปัจจุบันอนุญาตให้ใช้การตรวจสอบทางภาวะวิสัย (Objective Test) ซึ่งยังเป็นที่ยกเถียงกันอยู่ในการพิจารณาความผิดฐาน Manslaughter⁹ ซึ่งหลักการที่ใช้พิจารณาความผิดอาญาตามกฎหมายอังกฤษดังกล่าวต้องนำมาปรับใช้เพื่อพิจารณาการกระทำโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพแพทยด้วย

มีปัญหว่าการพิจารณาความผิดทางอาญานั้นหากพิจารณาถึงความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงโดยพิจารณาจากมาตรฐานในทางภาวะวิสัย (Objective Standard) จะเพียงพอที่จะถือว่าการกระทำของจำเลยน่าตำหนิในระดับที่เป็นความผิดฐาน Manslaughter ได้หรือไม่ ซึ่งปัญหานี้มิได้จำกัดเฉพาะความประมาทเลินเล่อในทางการแพทย์เท่านั้น แต่อาจใช้กับอาชีพอื่นเช่นวิศวกรสถาปนิกหรือช่างไฟฟ้าด้วย โดยศาลอังกฤษถือว่าความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence) เป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิดอาญา โดยหลักการนี้จะใช้เฉพาะกรณีการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายเท่านั้น ซึ่งอาจดูไม่เหมาะสมนัก กล่าวคือ การกระทำโดยประมาทอย่างร้ายแรงจะเป็นองค์ประกอบของการกระทำประมาทอันเป็นความผิดอาญาก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นผลให้เกิดความตายเท่านั้น กรณีอื่นจะถือว่าอยู่ในขอบเขตของ

⁷ Giles, Marianne, *Criminal Law in a Nutshell*, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1996), p. 94

⁸ *Ibid.*

⁹ S. Levy, *supra* note 6, p.601

ความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่ง¹⁰ อาจกล่าวได้ว่าในคดีอาญา ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์จะต้องรับผิดชอบในการกระทำโดยประมาทที่ต่อเมื่อทำการประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรง (ซึ่งอาจถือเป็นความประมาทในระดับประมาทโดยจงใจ หรือ Recklessness)¹¹ อันจะเห็นได้ว่าความประมาทเดินเล่อในระดับที่เป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายอังกฤษนั้นจะต้องร้ายแรงกว่าความประมาทเดินเล่อตามกฎหมายแพ่ง

2) มาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์

มาตรฐานความระมัดระวังที่จะนำมาปรับใช้ในการกระทำผิดอาญาโดยประมาทของแพทย์ก็คือมาตรฐานความระมัดระวังทางอรรถวิสัยอันเป็นหลักเกณฑ์จากการกระทำประมาทโดยจงใจในรูปแบบ Cunningham เนื่องจากความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell นั้นเป็นที่ยอมรับกันว่าไม่ใช้กับความผิดฐาน Manslaughter¹² จึงมีอำนาจนำมาปรับใช้กับการกระทำผิดของแพทย์และยังมีแนวคำพิพากษายกเลิกหลักความประมาทโดยจงใจในรูปแบบ Caldwell ไปแล้วจึงไม่มีประเด็นว่าจะต้องนำหลักมาตรฐานความระมัดระวังทางภาวะวิสัยมาพิจารณา หลักการเกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังทางอรรถวิสัยดังกล่าวจะนำมาใช้พิจารณาว่าแพทย์กระทำโดยประมาทหรือไม่

หลักการเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทของแพทย์และมาตรฐานความระมัดระวังนั้น จะถูกวางหลักไว้โดยแนวคำพิพากษาของศาลว่าอย่างไรถือว่าแพทย์กระทำโดยประมาทเนื่องจากใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานอันจะถือเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งอาจเห็นหลักการดังกล่าวได้จากคดีดังต่อไปนี้

คดี R v. Bateman (1925) เป็นคดีที่มีกฏอ้างถึงบ่อยๆในการพิจารณาถึงความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนาซึ่งเกี่ยวข้องกับวงการแพทย์ ในคดีนี้แพทย์ผู้เป็นจำเลยถูกฟ้องข้อหาทำให้หญิงคนหนึ่งถึงแก่ความตายเนื่องมาจากการทำคลอด จำเลยในคดีนี้ไม่สามารถจะทำคลอดได้สำเร็จโดยใช้เครื่องมือจึงใช้มือช่วยในการทำคลอดโดยวิธีซึ่งเรียกกันว่า Version โดยในการเอารกในครรภ์ออกนั้น จำเลยได้เอาส่วนของมดลูกส่วนใหญ่ออกไปด้วยและยังทำให้กระเพาะปัสสาวะและลำไส้ของหญิงผู้นี้ฉีกขาดโดยความผิดพลาดของตน นอกจากนี้จำเลย

¹⁰ *Ibid*, pp. 606-607

¹¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และคณะ, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 2, น. 42-43

¹² Giles, Marianne, *supra* note 7, p. 94

ยังรับคนไข้รายนี้เข้าโรงพยาบาล (infirmary) ล่าช้าไป 5 วันทั้งที่สามีของคนไข้ร้องขอ คนไข้หญิงผู้นี้ถึงแก่ความตายในเวลาต่อมาที่โรงพยาบาล¹³

ในคดีนี้ The Court of Criminal Appeal ตัดสินว่าหลักการที่จะทำให้จำเลยมีความผิดทางอาญาสำหรับความผิดฐาน Manslaughter จะพิจารณาว่าความประมาทเลินเล่อของจำเลยนั้นเกินไปกว่าเรื่องของการชดเชยค่าเสียหายเท่านั้น (กล่าวคือ การชดเชยค่าเสียหายแต่เพียงอย่างเดียวไม่นับเพียงพอ) และแสดงให้เห็นถึงการละเลยไม่ใส่ใจถึงชีวิตและความปลอดภัยของผู้อื่นจนถึงระดับหรือปริมาณที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมต่อรัฐและการกระทำความผิดดังกล่าวสมควรที่จะถูกลงโทษ¹⁴ มีข้อสังเกตว่าไม่มีรูปแบบการแบ่งระดับหรือปริมาณ (amount) ของความผิดใดที่ประสบผลสำเร็จ เนื่องจากภายใต้กฎหมายอังกฤษนั้นความผิดทางอาญาที่ไม่ทำให้ถึงตาย (Non-fatal criminal offence) ต้องการองค์ประกอบทางจิตใจคือการตระหนักรู้ถึงความเสี่ยงภัยอันตราย ซึ่งกรณีดังกล่าวมักจะไม่ถูกฟ้องในกรณีเป็นความประมาทเลินเล่อในทางการแพทย์ จึงอาจจะขัดกันกับการที่จะสรุปว่าความผิดที่มีระดับร้ายแรงกว่าอย่าง Manslaughter นั้น จะถือเป็นความผิดโดยไม่ต้องคำนึงถึงการตระหนักรู้ถึงความเสี่ยง ซึ่งทำให้จำเลยถูกลงโทษจากผลที่เกิดขึ้นคือความตายของผู้อื่น โดยไม่คำนึงถึงองค์ประกอบทางจิตใจของจำเลย ในคดี Bateman นี้ศาลตัดสินว่าปริมาณและระดับของความประมาทเป็นปัจจัยที่ใช้พิจารณาว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ ปัญหาก็คือจะสร้างหลักการตรวจสอบระดับของความประมาทที่ความผิดทางอาญาต้องการอย่างไร¹⁵ ซึ่งจะพิจารณาได้จากหลักกฎหมายจากคำพิพากษา (Case Law) ดังต่อไปนี้

คดี R v. Adomako (1995) ซึ่งมีกรณีให้หลักในการพิจารณาการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงและทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายไว้ ในคดีดังกล่าวจำเลยเป็นวิสัญญีแพทย์ซึ่งไม่สังเกตว่าในขณะที่คนไข้ทำการผ่าตัดตานั้นท่อลำเลียงออกซิเจนได้ถูกเอาออกเป็นเวลา 6 นาที ผู้ป่วยรายนี้หัวใจหยุดเต้นและถึงแก่ความตายในเวลาต่อมา Lord Mackay ผู้พิพากษาในคดีนี้ได้ให้หลักในการพิจารณาว่าจำเลยจะมีความผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาททำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายก็ต่อเมื่อ¹⁶

¹³ S. Levy, *supra* note 6, p. 602

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*, pp. 602-603

¹⁶ *Ibid.*, p. 603

- 1) จำเลยละเมิดต่อหน้าที่ที่มีต่อเหยื่อ
- 2) เหยื่อถึงแก่ความตาย
- 3) การละเมิดต่อหน้าที่นั้นเป็นสาเหตุของความตาย

การละเมิดต่อหน้าที่ที่ถือว่าเป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงและถือเป็นอาชญากรรมนั้นสร้างความยากลำบากให้ทั้งศาลและนักวิชาการเนื่องจากข้อเรียกร้องดังกล่าวขาดความแน่นอน หลักในการพิจารณานี้ให้อ่านาถุกลุขุณอย่างมากในการพิจารณาเนื่องจากลูกขุนสามารถตัดสินได้ว่าเป็นอาชญากรรมถ้าพวกเขาคิดเช่นนั้นอันอาจนำไปสู่คำตัดสินที่ไม่สอดคล้องกันได้ ศาลในคดี Adomako นี้ระบุว่าคณะลูกขุนต้องพิจารณาสถานการณ์แวดล้อมทุกอย่างประกอบกับความเสี่ยงที่จะเกิดความตายขึ้นและถามตนเองว่าในความเห็นของลูกขุนเห็นว่าการกระทำของจำเลยนั้นร้ายแรงและสมควรที่จะถือเป็นอาชญากรรมหรือไม่ ในคดีดังกล่าวเกิดความไม่แน่นอนว่าความเสี่ยงที่จะทำให้ถึงแก่ความตายถือเป็นองค์ประกอบเด็ดขาดหรือไม่ (ซึ่งปัญหาเรื่องความไม่แน่นอนดังกล่าวสามารถเห็นได้ในคดี R v. Misra and Scrivastava ซึ่งเกิดขึ้นภายหลัง) หากไม่มีองค์ประกอบดังกล่าวจะเกิดผลที่ไม่เหมาะสมคือแพทย์สามารถถูกตัดสินลงโทษในความผิดที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรงได้ทั้งที่มีได้มีความเสี่ยงภัยอันตรายในทางภาวะวิสัยต่อความตายของผู้ป่วย (Objective risk of death)

ในคดี Adomako นี้มีพยานผู้เชี่ยวชาญ 2 คนให้ความเห็นไว้ ในขณะที่พยานคนหนึ่งเห็นว่ามาตรฐานความระมัดระวังในกรณีของจำเลยนั้นกว้างและลึกเกินหยั่งถึง พยานอีกคนเห็นว่าวิสัญญีแพทย์ที่มีความสามารถและความเชี่ยวชาญควรจะมีรู้ได้ถึงการทำที่พอออกซิเจนถูกเอาออกภายใน 15 วินาที คดีนี้ศาลตัดสินว่าจำเลยมีความผิด

ศาลอุทธรณ์ได้ชี้ให้เห็นว่าลักษณะของสถานการณ์ที่คณะลูกขุนอาจพิจารณาว่าเป็นความผิดฐาน Manslaughter คือ¹⁷

- 1) การเพิกเฉย ไม่แยแสต่อความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อสุขภาพของผู้ป่วย
- 2) การขาดการณได้ล่วงหน้าเกี่ยวกับความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายและการตัดสินใจที่จะเข้ารับความเสี่ยงนั้น
- 3) เจตนาที่จะหลีกเลี่ยงความเสี่ยงภัยอันตรายแต่ยังแสดงให้เห็นถึงระดับของความประมาทเลินเล่ออย่างสูง

¹⁷ Ibid, p. 604

4) โดยไม่เจตนาหรือโดยไร้ความสามารถไม่ให้ความสนใจถึงความเสี่ยงภัยอันตรายอันร้ายแรงซึ่งโดยหน้าที่ของจำเลยจะต้องกระทำ

มีคดีที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาเดียวกับคดี Adomako คือคดีที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องแพทย์ 2 คน ซึ่งศาลอังกฤษตัดสินลงโทษแพทย์ 2 นาย คือนายแพทย์ Michael Prentice และ นายแพทย์ Barry Sullman ในปี ค.ศ. 1990 ชี้ดยาให้ผู้ป่วยลูคีเมียทางไขสันหลังแทนที่จะฉีดทางเส้นเลือดที่แขน อันทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย ซึ่งศาลตัดสินว่าแพทย์ทั้งสองมีความผิดทางอาญาเพราะกระทำการโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นความผิดฐาน Manslaughter¹⁸ ในคดีดังกล่าว ความประมาททางอาญาเกิดขึ้นเนื่องจากความเข้าใจผิดในการทำงานของนายแพทย์ทั้งสอง Dr. Sullman ส่งยา vincristine ไปให้ Dr. Prentice ฉีด ซึ่ง Dr. Prentice ฉีดยาเข้าไปที่ไขสันหลัง ทั้งที่ยาตัวดังกล่าวต้องฉีดทางเส้นเลือดเท่านั้นจึงทำให้คนไข้ถึงแก่ความตาย โดยที่หากจะฉีดทางเส้นเลือดจะต้องใช้ยาอีกตัวคือ Methotrexate¹⁹

ในคดี R v. Misra and Scrivastava (2005) เป็นกรณีที่ผู้ป่วยคือ Sean Philips ซึ่งเข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลใน Southampton โดยจำเลยเป็นแพทย์ผู้รับผิดชอบดูแลผู้ป่วยก่อนการผ่าตัด ผู้ป่วยมีอาการติดเชื้อซึ่งจำเลยไม่ได้วินิจฉัยหรือตรวจพบโดยประมาท พิษลามไปทั่วร่างกายและทำให้ผู้ป่วยมีอาการช็อกจากพิษ (Toxic shock syndrome) และถึงแก่ความตาย ผู้ป่วยแสดงให้เห็นถึงอาการที่บ่งชี้ถึงการติดเชื้อโดยทั่วไป ซึ่งอาการดังกล่าวมีอยู่อย่างต่อเนื่องและร้ายแรงปรากฏอยู่ในบันทึกเวชระเบียน จำเลยไม่ได้ดูแลรักษาอาการติดเชื้อด้วยวิธีการที่เหมาะสมและให้ยาปฏิชีวนะจนกระทั่งสายเกินไป

คณะลูกขุนตัดสินว่าการกระทำของจำเลยต่ำกว่ามาตรฐานของความระมัดระวังที่แพทย์อาวุโสที่มีความเชี่ยวชาญและประสบการณ์เช่นจำเลยควรใช้ และยังแสดงให้เห็นถึงการละเลยความเสี่ยงภัยอันตรายของชีวิตผู้ป่วยที่เห็นได้อย่างชัดเจนจากการติดเชื้อ ในการอุทธรณ์จำเลยกล่าวว่าความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงขัดต่อมาตรฐานที่ The European Convention on Human Rights ตั้งไว้เพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนและแน่นอนในระดับที่จำเลยสามารถเห็นผลทางกฎหมายที่ตามมาจากการกระทำของตน เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่าลูกขุนเป็นผู้ตัดสินว่าการกระทำของจำเลยถึงขนาดเป็นอาชญากรรมหรือไม่ หากลูกขุนยังไม่ตัดสินว่าเป็นการกระทำประมาทโดยร้ายแรงซึ่งทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

¹⁸ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เริงอรรถที่ 2*, น. 42-43

¹⁹ S. Levy, *supra note 6*, pp. 604-605

ความผิดฐานนี้ก็ยังขาดความแน่นอนและไม่สามารถที่จะตระหนักรู้ได้ ซึ่งการอุทธรณ์นี้ได้รับการสนับสนุนโดยนักวิชาการหลายคน แต่ศาลตัดสินว่าความแน่นอนในที่นี้คือมีความแน่นอนเพียงพอมิใช่มีความแน่นอนอย่างเด็ดขาด กรณีดังกล่าวลูกขุนไม่ได้เป็นผู้ให้คำนิยามของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่พิจารณาข้อเท็จจริงว่าการกระทำของจำเลยเป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงอันสมควรรับโทษทางอาญาหรือไม่ ความผิดฐานนี้จึงมีความแน่นอนแล้วแต่กระบวนการตัดสินของลูกขุนมีความไม่แน่นอน นอกจากนี้ศาลยังปฏิเสธข้อโต้แย้งเรื่องการลงโทษการกระทำผิดฐาน Manslaughter โดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทั้งที่จำเลยขาด Mens Rea หรือสภาพจิตใจอันน่าตำหนิ (Guilty Mind) ว่า Mens Rea ไม่ได้พิจารณาเฉพาะในทางภาวะวิสัยโดยพิจารณาถึงตัวจำเลยเท่านั้น แต่ Mens Rea ยังสามารถหมายความถึงความผิดหรือความน่าตำหนิของจำเลยซึ่งเป็นองค์ประกอบของ Manslaughter และการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงด้วย โดยมีลูกขุนตัดสินถึงการกระทำของจำเลยว่าต่ำไปกว่ามาตรฐานอันควรในระดับที่ควรถือเป็นอาชญากรรมหรือไม่²⁰

คดีนี้มีข้อสังเกตว่าหลักการเรื่อง Corporate Manslaughter หรือการกระทำผิดฐาน Manslaughter โดยนิติบุคคลก็ถูกนำมาใช้ในคดี Misra and Scrivastava ด้วย โดย Southampton NHS Trust นายจ้างของ Drs. Misra และ Scrivastava ถูกฟ้องให้รับผิดชอบโดยอาศัย The Health and Safety at Work Act 1974 ซึ่งระบุหน้าที่ให้นายจ้างคอยดูแลควบคุมมิให้บุคคลอื่นนอกจากลูกจ้างของตนต้องพบความเสี่ยงต่อชีวิตและความปลอดภัยเท่าที่เป็นไปได้ โดยโรงพยาบาลถูกกล่าวหาว่ากระทำโดยไม่เหมาะสมหลายประการเช่น ระบบของห้องคนไข้ไม่เหมาะสมที่จะให้แพทย์ที่ดูแลให้คำปรึกษาพบเห็นผู้ป่วยที่กำลังมีปัญหา ไม่มีระบบคำแนะนำจากแพทย์อาวุโสในโรงพยาบาลที่เพียงพอ ไม่มีนโยบายให้พยาบาลรายงานความเป็นกังวลเกี่ยวกับการที่บุคลากรทางการแพทย์ปฏิบัติต่อคนไข้ โรงพยาบาลถูกตัดสินให้มีความผิดทางอาญาและถูกปรับเป็นเงินหนึ่งแสนปอนด์ในฐานะเป็นผู้ดูแลแพทย์ที่กระทำผิดทางอาญา ซึ่งคดีนี้ถือเป็นครั้งแรกที่มีการลงโทษโรงพยาบาลทางอาญาสำหรับความตายของคนไข้²¹ กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นครั้งแรกที่โรงพยาบาลใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานจึงมีความรับผิดทางอาญา

โดยสรุปแล้วมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์จากแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษ พิจารณาจากระดับของความประมาทเลินเล่อและความละเลยไม่ใส่ใจชีวิตหรือความเสี่ยง

²⁰ *Ibid*, pp. 605-606

²¹ *Ibid*, pp. 609-610

ภยันตรายต่อชีวิตผู้ป่วยของแพทย์จนถึงระดับที่ถือเป็นอาชญากรรมและสมควรถูกลงโทษทางอาญา

3) แนวคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทของแพทย์

คดีตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการพิจารณาการกระทำโดยประมาทและมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ตามกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษมีดังนี้คือ

1) คดี Akerele v. R (1943) ซึ่งเป็นคดีที่แพทย์ในประเทศไนจีเรียทำการรักษาเด็ก 57 คน ซึ่งป่วยเป็นโรคคุดทะราด (yaws) โดยฉีดยา sobita ซึ่งประกอบด้วย Sodium, bismuth และ tartrate ผลปรากฏว่ามีเด็กตายไป 10 คน คดีนี้ศาลชั้นต้นเห็นว่าจำเลยประมาทโดยเตรียมยาซึ่งมีส่วนผสมของ sobita แรงเกินไป เด็กจึงตายเพราะ bismuth เป็นพิษ จึงตัดสินให้จำคุกจำเลยและทำงานหนัก อย่างไรก็ตามคดีนี้ศาล Privy Council เห็นว่าคำพิพากการผสมยาแรงเกินไปยังไม่ถือว่าเป็นความประมาททางอาญา ผลที่เกิดขึ้นคือเด็กตายไป 10 คน ไม่ทำให้ความไม่ระมัดระวังในกรณีดังกล่าวถึงกับเป็นความประมาทเลินเล่อในทางอาญาไปได้²²

ข้อสังเกต แม้คดีนี้จะเป็นกรณีการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในประเทศไนจีเรีย แต่เนื่องจากศาล Privy Council นั้นมีอำนาจพิจารณาคดีที่อุทธรณ์มาจากศาลอังกฤษในประเทศอาณานิคมด้วย คดีดังกล่าวจึงขึ้นมายังศาลอังกฤษ และในคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงแค่ผสมยาแรงเกินไปจนทำให้คนตายยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทในระดับที่เป็นความผิดทางอาญาแม้จะเกิดจากความไม่ระมัดระวังก็ตาม

2) คดี R v. Sargent (1990) เป็นคดีที่นายแพทย์ Norman Sargent ซึ่งทำหน้าที่เป็นวิสัญญีแพทย์รักษาผู้ป่วยซึ่งเป็นหญิงวัย 55 ปีซึ่งเข้ามารับการผ่าตัดคลองเสียง คดีนี้ในระหว่างทำการดูแลรักษาผู้ป่วย นายแพทย์ Sargent ได้สอดดอออกซิเจนในคอผู้ป่วยแล้วปล่อยให้ออกซิเจนในถังปริมาณถึง 1,020 ลิตรเข้าไปในตัวผู้ป่วย ผู้ป่วยจึงถึงแก่ความตาย ซึ่งศาลพิพากษาจำคุกนายแพทย์ Sargent ในความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (Manslaughter)²³

²² ประทีป อ่าววิจิตรกุล, ฟ้องแพทย์ (Doctors at Law), พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: Pholsiam Printing and Publishing (Thailand) Limited Partnership, 2546), น. 91

²³ เพิงอ้าง, น. 52-53

3) คดี R v. Stuart (1995) คดีนี้จำเลยเป็นทันตแพทย์ ผู้ตายเป็นหญิงชราที่มีโรคประจำตัวคือชักกระตุกและโรคหัวใจมาให้อาจารย์ฉีดยา 28 ซีซี ผู้ตายบอกจำเลยว่าตนรู้สึกกลัว จำเลยจึงฉีดยาแก้ปวด Lignocaine ให้เป็น 4 เท่า และยา meprivocaine อีกจำนวนมากทำให้ผู้ตายชัก จำเลยตามรถพยาบาลมาแล้วช่วยให้ชักออกซิเจน เมื่อรถพยาบาลมาก็พยายามปั๊มหัวใจ แต่ผู้ตายถึงแก่ความตาย จำเลยถูกพิพากษาจำคุก 9 เดือนในข้อหาฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter) และถูก General Dental Council ไลบชื้อออกจากทะเบียนด้วย²⁴

ข้อสังเกต คดีนี้ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดทางอาญาเนื่องจากกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเพราะการให้ยาที่สูงเกินขนาดทั้งที่ผู้ป่วยมีโรคประจำตัวคือชักกระตุกและโรคหัวใจ การที่จำเลยไม่ใส่ใจถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวแต่ให้ยาผู้ตายเป็นจำนวนมากถือว่ามีได้ใช้ความระมัดระวังที่เหมาะสมอันถึงระดับที่เป็นความผิดทางอาญาแล้ว

1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

1) การกระทำโดยประมาทของแพทย์

ในช่วง 2 ทศวรรษที่ผ่านมาได้มีการประเมินสถิติว่าในประเทศสหรัฐอเมริกามีการฟ้องคดีอาญาการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในทางการแพทย์ประมาณ 25 ถึง 35 คดี ซึ่งโดยหลักแล้วคดีดังกล่าวจะเป็นการกล่าวหาว่าแพทย์ประมาทเนื่องจากละเลยมาตรฐานความปลอดภัยสำหรับคนไข้ซึ่งเคร่งครัดกว่าความประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง สาเหตุที่มีการฟ้องคดีอาญาการกระทำโดยประมาทของแพทย์เพียงเล็กน้อยอาจอธิบายได้ว่ามีสาเหตุมาจากความซับซ้อนของคดีทางการแพทย์และความจำเป็นที่จะต้องมีความเชี่ยวชาญและความรู้เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) มาตรฐานความระมัดระวังในทางวิชาชีพ (Professional Standard of Care) และการใช้ดุลยพินิจของแพทย์ในการทำการตัดสินใจทางการแพทย์ นอกจากนี้ยังรวมถึงมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญาที่สูงกว่าในทางแพ่ง อีกทั้งการฟ้องที่อาศัยพนักงานอัยการก็ไม่มีประสิทธิภาพพอเนื่องจากสำนักงานอัยการมักไม่สามารถจะเข้าถึงความรู้และความเชี่ยวชาญเฉพาะทางการแพทย์ได้ เหล่านี้เป็นสาเหตุทำให้การฟ้องคดีอาญาใช้ค่าใช้จ่ายสูงและยุ่งยาก นอกจากนี้หากเปรียบเทียบกับอัตราการทำคดีแพ่ง การถูกฟ้องคดีอาญาไม่ใช่ปัญหาสำคัญที่ผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์และโรงพยาบาลในสหรัฐอเมริกากังวลมากนัก เนื่องจาก

²⁴ เฟิงอ้วง, น. 53

โดยปกติทางฝ่ายผู้ป่วยจะใช้มาตรการทางกฎหมายแพ่งในการฟ้องแพทย์ผู้ก่อความเสียหายในชีวิตหรือร่างกายแก่ฝ่ายผู้ป่วย²⁵ นอกจากนี้การกระทำโดยประมาทของแพทย์ในบางกรณีก็ไม่ถึงกับเป็นความผิดทางอาญา เพราะหลักการที่ว่าความประมาทเลินเล่อทางอาญาต้องร้ายแรงกว่าความประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง ดังนั้นการฟ้องคดีให้แพทย์รับผิดชอบในกรณีทุรเวชปฏิบัติในทางแพ่งจึงทำได้ง่ายกว่า

เป็นที่เห็นได้ชัดว่าในการประกอบวิชาชีพแพทย์นั้น แม้แต่แพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญอย่างสูงก็อาจสูญเสียชีวิตคนไข้ของตนไปในการรักษาได้ เว้นแต่ว่าแพทย์ผู้นั้นจะเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในสาขาที่มีความเสี่ยงต่อชีวิตผู้ป่วยต่ำโดยสภาพเอง ดังนั้นการที่แพทย์ไม่สามารถปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง ทักษะและความรู้ความสามารถเป็นเหตุให้คนไข้เสียชีวิตซึ่งแพทย์มีความรับผิดชอบทางแพ่งอยู่แล้วจึงไม่เพียงพอที่จะทำให้แพทย์ผู้นั้นมีความรับผิดชอบทางอาญาไปด้วย²⁶ การกระทำประมาทเลินเล่อในการประกอบวิชาชีพแพทย์ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วยซึ่งอาจทำให้แพทย์ผู้กระทำจะมีความผิดอาญาก็ต่อเมื่อการกระทำของแพทย์เป็นความประมาทเลินเล่อในทางอาญา

ในการกระทำโดยประมาทที่จะเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา²⁵ นั้นซึ่งได้กล่าวมาแล้วใน บทที่ 2 ว่าทั้งจากบทบัญญัติของกฎหมายและคำพิพากษาศาลระบุไว้ชัดเจนว่าโดยหลักการกระทำโดยประมาทในทางอาญานั้นจะต้องมีความผิด (Fault) มากกว่าความประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง อย่างไรก็ตามมักจะไม่มีกรระบุไว้ชัดเจนว่าความประมาทเลินเล่อในทางอาญานั้นต้องการหลักการอะไรเป็นพิเศษมากไปกว่าความประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง ไม่ว่าจะเป็นความเสี่ยงที่สูงกว่า (Greater Risk) การรู้ถึงความเสี่ยงในทางอัตวิสัย (Subjective awareness of the risk) หรือต้องการทั้ง 2 ประการ ในขณะเดียวกันบทบัญญัติของกฎหมายก็อาจใช้คำว่า ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross negligence) ความประมาทเลินเล่ออันน่าตำหนิ

²⁵ Robert B. Leflar and Futoshi Iwata, "Medical Error as Reportable Event, as Tort, as Crime: A Transpacific Comparison," *Widener Law Review*, 2005, available from www.westlaw.com, p. 214-215

²⁶ Angela Roddey Holder, *Medical Malpractice Law*, 2nd ed. (New York: A Wiley Medical Publication, 1978), p. 361

(Culpable negligence) หรือ ความประมาทเลินเล่อในทางอาญา (Criminal negligence) แต่ บทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้ให้บทนิยามหรือคำอธิบายว่าคำเหล่านี้มีความหมายว่าอย่างไร²⁷

ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาทหรือที่เรียกว่า Manslaughter ใน บทบัญญัติของกฎหมายอาญาบางฉบับนั้น ระบุว่าความผิดฐาน Manslaughter นั้นคือการกระทำ ผู้ที่ขณะกระทำการอันชอบด้วยกฎหมายโดยมิได้ใช้ความระมัดระวังที่เหมาะสม (Due Caution or Circumspection) ซึ่งดูเหมือนจะมีความหมายตามตัวอักษรเดียวกับการมิได้ใช้ความ ระมัดระวังอันเหมาะสม (Due Care) ที่ถูกใช้บ่อยครั้งในความประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง คำอื่นๆ ในบทบัญญัติทางอาญาที่ถูกใช้คือ “การจงใจหรือไม่รับผิดชอบในการละเลยความปลอดภัยของ ผู้อื่น” (Willful and wanton disregard of the safety of others) หรือ “ความประมาทโดยจงใจ” (Recklessness) ซึ่งไม่มีการให้คำนิยามหรืออธิบายความหมายและขอบเขตของคำดังกล่าวไว้²⁸ ขณะเดียวกันศาลก็ใช้คำเหล่านี้ในคำตัดสินโดยมิได้ให้ความหมายไว้อย่างชัดเจน จึงมีปัญหา จะต้องพิจารณาถึงหลักการที่เพิ่มขึ้นนอกเหนือไปจากจากหลักของความประมาทเลินเล่อในทาง แพ่ง โดยมิใช่เป็นเรื่องประมาทเลินเล่อหรือการขาดความระมัดระวังเท่านั้น (Mere negligence of carelessness) แต่เป็นเรื่องระดับของความประมาทเลินเล่อหรือขาดความระมัดระวังซึ่งนำมา พิจารณาคำว่าร้ายแรง (Gross) โดยต้องพิจารณาแยกไปจากการกระทำที่วิญญูชนหรือบุคคลผู้มีความ สุขุมรอบคอบพึงกระทำในสถานการณ์เดียวกัน²⁹ โดยหลักการพิเศษหรือความผิด (Fault) ที่ เป็นความประมาทเลินเล่อในทางอาญาตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาจากแนวคำพิพากษาของศาลมี อยู่ 3 กรณีคือ³⁰

1) การกระทำของจำเลยนั้นจะต้องมีความเสี่ยงหรือภัยอันตรายสูงกว่าการกระทำโดย ประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง

2) จำเลยจะต้องตระหนักถึงตัวความเสี่ยงหรือภัยอันตรายนั้น กล่าวคือมีความ ตระหนักถึงในทางอัตวิสัย

²⁷ Wayne R. La Fave, *Criminal Law*, 4th ed. (St. Paul, MIN: West, a Thompson business, 2003), p. 264

²⁸ *Ibid*, pp. 264-265

²⁹ *Ibid*, p. 265

³⁰ *Ibid*, pp. 265-267

3) บางคดีนั้นศาลกำหนดว่าจำเลยจะกระทำความผิดอาญาโดยประมาทได้ การกระทำของจำเลยจะต้องมีทั้งความเสี่ยงหรือภัยอันตรายสูงกว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในทางแพ่งและจำเลยจะต้องตระหนักรู้ถึงภัยอันตรายนั้นด้วย

จากแนวคำพิพากษาดังกล่าว จึงมีความเห็นแตกต่างกันว่าหลักการพิเศษที่ความประมาทเลินเล่อในทางอาญาต้องมีเพิ่มขึ้นไปจากความประมาทเลินเล่อในทางแพ่งนั้นคือ การกระทำของจำเลยจะต้องมีความเสี่ยงภัยอันตรายสูงกว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในทางแพ่งหรือจำเลยจะต้องตระหนักรู้ถึงภัยอันตรายนั้น โดยบางคดีศาลตัดสินว่าต้องมีองค์ประกอบทั้ง 2 ประการประกอบกัน

จากนิยามของความประมาทเลินเล่อโดยจงใจ (Recklessness) ใน Model Penal Code ของสหรัฐอเมริกาและคำอธิบายในทางตำราซึ่งได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 ว่าความประมาทเลินเล่อโดยจงใจจะต้องมีทั้งความเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่สูงกว่าและการตระหนักรู้ในทางอัตวิสัยของจำเลยถึงความเสี่ยงต่อภัยอันตรายนั้นด้วย การกระทำประมาทเลินเล่อโดยจงใจจึงมีองค์ประกอบที่ถือเป็นความประมาทเลินเล่อในทางอาญา อันจะทำให้ผู้กระทำมีความผิดทางอาญา ในขณะที่ความประมาทเลินเล่อธรรมดา (Negligence) ซึ่งไม่มีการตระหนักรู้ในทางอัตวิสัยของจำเลยแต่ใช้มาตรฐานในทางภาวะวิสัยนั้นในบางกรณีศาลถือว่าไม่เป็นความประมาทเลินเล่อในทางอาญา จากเหตุผลดังกล่าวสรุปได้ว่าโดยหลักการกระทำโดยประมาทอันจะเป็นความผิดทางอาญาส่วนใหญ่จะต้องเป็นการกระทำประมาทเลินเล่อในระดับความประมาทเลินเล่อโดยจงใจ แม้จะมีบางกรณีที่ศาลตัดสินว่าความประมาทเลินเล่อธรรมดาเป็นความผิดทางอาญาก็ตาม

เมื่อนำหลักการเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อในทางอาญามาพิจารณาความรับผิดชอบในการประกอบวิชาชีพแพทย์จะเห็นได้ว่าความประมาทเลินเล่อในทางอาญาเป็นเรื่องของระดับของความร้ายแรง³¹ อาจกล่าวได้ว่าโดยทั่วไปแล้วผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์จะมีความรับผิดชอบจากการประกอบวิชาชีพโดยประมาทได้ก็ต่อเมื่อแพทย์ผู้นั้นกระทำการโดยประมาทในระดับความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) เท่านั้น การกระทำของแพทย์จึงอาจเป็นความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท (Manslaughter) อันเป็นหลักการของประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์³² แม้จะมีบางกรณีที่ศาลตัดสินว่าความประมาทเลินเล่อธรรมดาเป็นความผิดทางอาญาในกรณีที่มีความเสี่ยงภัยอันตรายสูงกว่าความประมาทเลินเล่อตามกฎหมายแพ่ง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วก็ตาม

³¹ Angela Roddey Holder, *supra* note 26, p. 362

³² วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และคณะ, *อ้างแล้ว* เที่ยงธรรมที่ 2, น. 42

นอกจากนี้การที่แพทย์จะถูกกล่าวหาว่ากระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย พนักงานอัยการจะต้องแสดงให้เห็นว่าการกระทำของแพทย์เป็นสาเหตุของการตายด้วย กล่าวคือ มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลหรือที่เรียกว่า Causation มีกรณีที่น่าสนใจมาเทียบเคียงได้คือการให้ยาเกินขนาดของผู้ประกอบวิชาชีพพยาบาลในคดี *State v. Cumstock* ซึ่งพยาบาลให้ยานอนหลับแก่ผู้ป่วยตามคำสั่งทั่วๆไปของแพทย์ที่มีได้อยู่ในโรงพยาบาลขณะนั้น ซึ่งโดยที่จำเลยผู้เป็นพยาบาลไม่ทราบว่ายาที่ให้นั้นแรงกว่าปกติถึง 4 เท่า ต่อมาผู้ป่วยตายจากโรคปอดบวมและพยาบาลผู้นี้ถูกกล่าวหาว่าทำให้คนตายโดยไม่เจตนา จากคำให้การทางการแพทย์แสดงให้เห็นว่าหากการให้ยาเกินขนาดเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย ผู้ป่วยจะต้องเสียชีวิตภายใน 4-5 ชั่วโมง มิใช่หลังจากได้รับยา 5 วัน เมื่อไม่มีพยานหลักฐานอื่นชี้ให้เห็นถึงสาเหตุของการตายที่แน่ชัด คดีนี้จึงถูกยกฟ้อง³³

ส่วนกรณีที่ผู้ทำการรักษามีใช้แพทย์แต่อาจตัวเป็นแพทย์หรือมาทำการรักษาผู้ป่วย เช่นเดียวกับแพทย์นั้นนอกจากจะมีความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องการประกอบวิชาชีพแพทย์โดยมิได้รับอนุญาตแล้ว อาจจะมีความผิดทางอาญาในกรณีที่กระทำโดยประมาทเพราะใช้วิธีการรักษาอันไม่เหมาะสมทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายด้วย³⁴

2) มาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์

ในส่วนของมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ที่นำมาใช้พิจารณาการกระทำโดยประมาทของแพทย์ว่าแพทย์ผู้กระทำกรณานั้นๆ ได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานที่แพทย์ผู้มีความเชี่ยวชาญในระดับเดียวกันควรใช้ในกรณีเดียวกัน ในสถานการณ์เดียวกัน หรือคล้ายคลึงกันหรือไม่³⁵ หากใช้ต่ำกว่าก็ถือว่าแพทย์กระทำโดยประมาท และกรณีที่การกระทำโดยประมาทจะเป็นความผิดทางอาญาได้นั้น นอกจากจะต้องมีความเสี่ยงหรือภัยอันตรายที่สูงกว่าการกระทำโดยประมาทเดินเลื้อยในทางแพ่งแล้ว อาจต้องใช้เกณฑ์พิจารณาทางอัตวิสัยด้วยว่า แพทย์ผู้รู้ถึงความเสี่ยงต่อภัยอันตรายอันไม่สมควรหรือไม่เนื่องจากการกระทำ ความผิดของแพทย์ในการ

³³ Angela Roddey Holder, *supra* note 26, p. 362

³⁴ *Ibid*, pp. 363-364

³⁵ David M. Harney, Medical Malpractice, (Indiana: The Allen Smith Company, 1977), pp. 24-25

ประกอบวิชาชีพโดยประมาทนั้นโดยหลักเป็นการกระทำโดยประมาทในระดับของความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ซึ่งต้องใช้มาตรฐานในทางอรรถวิสัยพิจารณาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

มาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ซึ่งถูกนำมาปรับใช้กับคดีทุรเวชปฏิบัติที่แพทย์ถูกฟ้องเป็นคดีอาญานั้นสามารถพิจารณาได้จากแนวคำพิพากษาของศาล แม้คดีอาญาที่ฟ้องแพทย์จากการกระทำทุรเวชปฏิบัติจะมีไม่มากนัก แต่ก็มีตัวอย่างคดีที่นำหลักการเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาททางอาญาของแพทย์มาวินิจฉัยและตัดสินว่าแพทย์กระทำโดยฝ่าฝืนมาตรฐานความระมัดระวังดังนี้

คดี Hampton v. State (1905) เป็นคดีที่แพทย์ถูกกล่าวหาว่ามีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนาเนื่องจากกระทำการประมาทเลินเล่อโดยนำตำหนิ ถือเป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงและยังขาดความรู้โดยทั่วไปที่ควรจะมี ในขณะที่ผ่าตัดแพทย์ผู้นี้ได้ทำให้เกิดรอยฉีกที่มดลูกของคนไข้และได้ดึงลำไส้ใหญ่ของคนไข้ออกมาทางรอยฉีกดังกล่าว ศาลตัดสินลงโทษแพทย์เนื่องจากเห็นว่า แม้แพทย์จะใช้ทักษะและทำการตัดสินใจโดยสุจริตเพื่อจะรักษาคนไข้ แพทย์ก็อาจมีความผิดเนื่องจากละเลยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการผ่าตัดอย่างร้ายแรงก่อภัยอันตรายให้ผู้ป่วย อันทำให้แพทย์ผู้นั้นมีความรับผิดทางอาญา³⁶ จะเห็นได้ว่ามาตรฐานความระมัดระวังจากเหตุผลในคำพิพากษาของแพทย์ในคดีนี้คือแพทย์ต้องไม่ละเลยข้อเท็จจริงอันเป็นการก่อภัยอันตรายแก่ผู้ป่วยอย่างร้ายแรง หากแพทย์ละเลยไม่ใส่ใจภัยอันตรายดังกล่าวอย่างร้ายแรงและเกิดความเสียหายต่อชีวิตผู้ป่วยขึ้น แพทย์ก็ต้องรับผิดทางอาญา

คดี State v. Lester (1914) เป็นกรณีที่ผู้ป่วยเสียชีวิตจากการได้รับรังสี X-ray มากเกินไป จำเลยผู้ให้รังสี X-ray ถูกกล่าวหาว่ามีความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนา ในคดีดังกล่าวกล่าวถึงมาตรฐานของความผิดทางอาญาไว้ว่า “การกระทำที่ปราศจากความระมัดระวังทุกกรณีมิใช่ความผิดอาญา จะเป็นการกระทำความผิดทางอาญาเฉพาะเมื่อแพทย์แสดงให้เห็นถึงการที่แพทย์ขาดความสามารถอย่างร้ายแรง ขาดความสนใจ ความรับผิดชอบ เมินเฉยและไม่แยแสต่อความปลอดภัยของผู้ป่วยอย่างร้ายแรงซึ่งอาจเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงอันทำให้เป็นความผิดทางอาญา” ขณะเดียวกันการที่ผู้ป่วยถึงแก่ความตายเนื่องจากผลของข้อผิดพลาดในการตัดสินใจหรือจากอุบัติเหตุไม่ใช่กรณีที่แพทย์จะมีความผิดทางอาญา³⁷

³⁶ Angela Roddey Holder, *supra* note 26, p. 362

³⁷ *Ibid.*

คดี *Munson v. Janklow* (1976)³⁸ เป็นกรณีที่แพทย์ในคลินิกทำแท้งให้หญิงท้องแก่ถึง 6 ถึง 9 เดือน และหญิงนั้นถึงแก่ความตาย ศาลตัดสินว่าพฤติการณ์ของจำเลยเช่นนี้ เบี่ยงเบนไปจากความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพอย่างมาก ไม่มีแพทย์ที่มีวิจรรย์ญาณ (Reasonable Physician) จะทำแท้งให้หญิงท้องแก่เช่นนั้นในคลินิกโดยวิธีการที่จำเลยทำ ศาลจึงตัดสินให้แพทย์ผู้นั้นมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาท³⁹

จากมาตรฐานความระมัดระวังในเหตุผลของคำพิพากษาที่ยกตัวอย่างมานี้ แม้ศาลอาจใช้คำแตกต่างกันแต่โดยหลักการแล้วมีความคล้ายคลึงกัน อาจสรุปได้ว่าการกระทำของแพทย์จะเป็นความผิดทางอาญาโดยประมาทได้แพทย์จะต้องเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานความระมัดระวังอย่างร้ายแรงโดยไม่แยแสต่อภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้ป่วยซึ่งแพทย์ผู้มีวิจรรย์ญาณจะมีกระทำเช่นนั้น

3) แนวคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทของแพทย์

คดีตัวอย่างที่เกี่ยวกับการฟ้องร้องแพทย์ให้รับผิดทางอาญาเนื่องจากการกระทำที่เป็นทุรเวชปฏิบัติอันจะเป็นตัวอย่างในการพิจารณาหลักการและมาตรฐานความระมัดระวังในการกระทำความผิดอาญาโดยประมาทของแพทย์ได้แก่

1) คดี *State of Utah v. David R. Warden* (Utah 1991)⁴⁰ เป็นคดีที่ฟ้องนายแพทย์ David Warden ว่ากระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ในคดีดังกล่าว Joanne Young หญิงตั้งครรภ์อายุ 18 ปีซึ่งเป็นคนไข้ในความดูแลของนายแพทย์ Warden มีความประสงค์จะคลอดบุตรที่บ้านของตน ในวันที่ 7 พฤศจิกายน 1986 ซึ่งเป็นเวลา 6 สัปดาห์ก่อนครบกำหนดคลอด Joanne Young มีอาการเป็นตะคริวและเลือดไหลจากทางช่องคลอด เมื่อมารดาของ

³⁸ *Ibid*, p. 361

³⁹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, นิติเวชศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 5. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2532), น. 144-145

⁴⁰ Paul R. Van Grunsven, "Medical Malpractice or Criminal Mistake?-An Analysis of Past and Current Criminal Prosecutions for Criminal Mistakes and Fatal Errors," DePaul Journal of Health Care Law, Fall 1997, available from www.westlaw.com, pp. 24-27

Joanne โทรศัพทไปแจ้งอาการแก่นายแพทย์ Warden นายแพทย์ Warden แจ้งว่า Joanne กำลังจะคลอดและไม่มีอะไรต้องเป็นกังวล พร้อมทั้งแจ้งว่าไม่มีความจำเป็นจะต้องพาตัว Joanne มาที่คลินิก หลังจากนั้นมารดาของ Joanne โทรศัพทไปแจ้งอีกครั้งว่าบุตรสาวของตนมีอาการเลือดออกเป็นลิ่ม นายแพทย์ Warden แจ้งว่าให้เลิกตื่นตระหนกไว้วายและให้โทรกลับมาอีกครั้งเมื่อมีอาการมดลูกบีบตัวครั้งละ 3-5 นาที หลายชั่วโมงต่อมามารดาของ Joanne โทรศัพทไปแจ้งว่าบุตรสาวของตนอยู่ในระยะสุดท้ายก่อนจะคลอด ซึ่งจนถึงขณะนั้นนายแพทย์ Warden ไม่ได้ทำการตรวจถึงแนวโน้มที่จะมีการคลอดก่อนกำหนดและมาตรการที่ควรทำเพื่อลดแนวโน้มที่จะมีการคลอดก่อนกำหนดเลย

นายแพทย์ Warden ไปถึงบ้านของ Joanne หลังจากที่มีการคลอดทารกเพศชายออกมาแล้ว ทารกเพศชายนั้นนอกจากน้ำหนักน้อยกว่าปกติแล้วยังมีปัญหาเกี่ยวกับการหายใจ นับตั้งแต่เกิด Warden ตระหนักว่าทารกที่คลอดก่อนกำหนดเป็นโรคเกี่ยวกับทางเดินหายใจ (respiratory distress syndrome) ซึ่งเป็นอาการร้ายแรงที่เกี่ยวกับการคลอดก่อนกำหนดและอาจทำให้ทารกถึงแก่ความตายได้ แต่ Warden ไม่ได้แจ้งถึงลักษณะของโรคดังกล่าว เมื่อถูกถามว่า จะต้องพาทารกไปยังโรงพยาบาลหรือไม่ Warden ตอบว่าไม่จำเป็นและระบุอีกว่าอาการหายใจดังกล่าวเป็นเรื่องปกติของทารกที่คลอดก่อนกำหนด 40 นาทีหลังจากทารกคลอด Warden ก็ออกจากบ้านของครอบครัว Young ไป

วันรุ่งขึ้นอาการเกี่ยวกับการหายใจของทารกรุนแรงมากขึ้น และความพยายามในการติดต่อนายแพทย์ Warden ก็ล้มเหลว จึงมีการตามกุมารแพทย์คนอื่นมาดูอาการที่บ้านและพบว่าทารกใกล้จะเสียชีวิตแล้ว ครอบครัว Young จึงรีบพาทารกไปยังโรงพยาบาลโดยเร่งด่วน ต่อมาทารกถึงแก่ความตายไม่นานหลังจากถึงโรงพยาบาล

ข้อเท็จจริงพบว่าทั้งที่ทำงานและบ้านของนายแพทย์ Warden อยู่ห่างไกลจากบ้านของครอบครัว Young นัก และนายแพทย์ Warden ตื่นขึ้นมาแต่เช้าแต่ไม่พยายามติดต่อครอบครัว Young เลยจนกระทั่งตอนบ่ายของวันที่ทารกถึงแก่ความตาย (วันที่ 8 ซึ่งเป็นหนึ่งวันหลังจากทารกคลอด) นายแพทย์ Warden ถูกฟ้องว่ากระทำโดยประมาททำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (Negligent Homicide) ซึ่งตามกฎหมายของรัฐยูทาห์ระบุเป็นความผิดเมื่อผู้กระทำกระทำประมาททางอาญาเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย แม้ศาลอุทธรณ์จะกลับคำตัดสินของลูกขุนโดยพิจารณาว่า พยานหลักฐานไม่พอชี้ว่าการกระทำของนายแพทย์ Warden เป็นการกระทำโดยประมาทในทางอาญา ศาลฎีกาของรัฐยูทาห์ตัดสินยืนตามคณะลูกขุนว่าการกระทำของนายแพทย์ Warden เป็น

ความผิด⁴¹ จากคำพิพากษาของศาลฎีกาของรัฐยูทาห์ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่าความประมาทเลินเล่อทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามกฎหมายรัฐยูทาห์นั้นหมายถึงกรณีที่ผู้กระทำควรจะรู้ถึงการเสี่ยงภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unjustifiable Risk) หรือรู้ว่าผลของการกระทำของตนจะนำไปสู่ความตายของผู้อื่น ความเสี่ยงเช่นว่านี้ต้องร้ายแรงในระดับที่การไม่ตระหนักถึงความเสี่ยงถือเป็นการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงไปจากมาตรฐานความระมัดระวังที่บุคคลทั่วไปจะใช้ในสถานการณ์เดียวกับผู้กระทำ ในการฟ้องคดีอาญาแพทยนั้น พยานหลักฐานจะต้องพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยอันควรว่าการรักษาของแพทย์ทำให้เกิดความเสี่ยงภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุอันสมควรอันจะทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย และโดยธรรมชาติของการเสี่ยงและระดับการไม่ตระหนักถึงความเสี่ยงนั้นถือว่าเป็นการเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานความระมัดระวังอย่างร้ายแรง ซึ่งในคดีดังกล่าวศาลตัดสินว่านายแพทย์ Warden ละเมิดมาตรฐานความระมัดระวังและมีความผิดทางอาญาแล้ว⁴²

2) คดี State of New York v. Einaugler (N.Y. App. Div. 1994)⁴³ เป็นกรณีที่ Dr. Gerald Einaugler เป็นแพทย์ผู้ดูแลในสถานรักษาคนชรา (Nursing Home) ถูกตัดสินจำคุก 52 สัปดาห์เนื่องจากกระทำโดยประมาทและละเมิดกฎหมายเกี่ยวกับสุขภาพของรัฐ Dr. Einaugler ได้สั่งให้อาหารเหลวทางสายแก่ Ms. Lamour ผู้ป่วยโดยผิดพลาด โดยให้อาหารเหลวเข้าไปทางท่อที่ใช้ระบายของเสียทางช่องท้อง (peritoneal dialysis catheter) แทนที่จะเป็นท่อที่ส่งอาหารไปยังกระเพาะอาหาร (gastrointestinal feeding tube) ดังนั้นสารอาหารจึงเข้าไปอยู่ในท่อที่ใช้ลำเลียงของเสียจากเลือดผู้ป่วย หลังจากการให้อาหารทางสายหลายครั้งพยาบาลก็พบสิ่งผิดปกติเนื่องจากผู้ป่วยหายใจติดขัดและอาเจียน และได้แจ้งไปยัง Dr. Einaugler เมื่อมีการแจ้งไปยังโรงพยาบาล Dr. Einaugler ได้รับคำแนะนำจากแพทย์ที่มีคุณวุฒิมากกว่าว่าให้ย้ายผู้ป่วยไปยังโรงพยาบาลทันที แม้ Dr. Einaugler จะรู้ว่าอาการของคนไข้ร้ายแรงแต่ก็ไม่ได้สั่งย้ายผู้ป่วยเข้าโรงพยาบาลทันที แต่รออีกมากกว่า 10 ชั่วโมง หลังจากส่งโรงพยาบาลผู้ป่วยถึงแก่ความตายใน

⁴¹ *Ibid*, pp. 26-27

⁴² James A. Filkins, ““With no Evil Intent” The Criminal Prosecution of Physicians for Medical Negligence,” *Journal of Legal Medicine*, December 2001, available from www.westlaw.com, pp. 479-481

⁴³ Paul R. Van Grunsven, *supra note* 40, pp. 28-29

ไม่กี่วันถัดมา⁴⁴ A New York State Medical-Conduct Board ได้พิจารณาว่าการกระทำดังกล่าว ไม่มีความผิดเพราะเป็นเพียงความเข้าใจผิดเนื่องจากความคล้ายคลึงกันของท่อทั้งสองในร่างกายผู้ป่วย อัยการจึงฟ้องคดี⁴⁵

ในคดีดังกล่าวศาลตัดสินว่า Dr. Einaugler ไม่ได้กระทำความผิดทางอาญาโดยประมาทในการที่ไม่ระวังสั่งให้อาหารเหลวทางสายแก่ผู้ป่วย แต่ศาลเห็นว่าการที่ Dr. Einaugler ละเลยต่อคำแนะนำของแพทย์ที่มีคุณวุฒิมากกว่าที่ให้ย้ายผู้ป่วยไปโรงพยาบาลทันทีไม่อาจถือว่าเป็นข้อผิดพลาดโดยสุจริตในการตัดสินใจทางการแพทย์ได้ การกระทำของ Dr. Einaugler เป็นการตระหนักดีถึงความเสี่ยงภัยอันตรายที่เกิดต่อร่างกายผู้ป่วยแต่เลือกที่จะไม่ใส่ใจถึงภัยอันตรายดังกล่าว นอกจากนี้ยังเป็นการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานของการกระทำที่วิญญูชนควรมีและควรใช้ในสถานการณ์เดียวกัน ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าการกระทำที่เบี่ยงเบนจากมาตรฐานอย่างร้ายแรงถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของการกระทำความผิดอาญาแล้ว⁴⁶

ข้อสังเกต ศาลมิได้ตัดสินว่าการสั่งให้อาหารทางสายที่ผิดพลาดถือเป็นความประมาทในระดับที่เป็นความผิดอาญา ประเด็นที่ศาลพิจารณาว่าเป็นความผิดอาญาคือการกระทำโดยประมาทในส่วนที่ Dr. Einaugler ละเลยไม่ส่งผู้ป่วยเข้าโรงพยาบาลทันทีที่เห็นได้ถึงภัยอันตรายที่กำลังเกิดขึ้นกับผู้ป่วย

2. ความรับผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

2.1 ประเทศเยอรมัน

1) การกระทำโดยประมาทของแพทย์

ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันไม่ได้ให้คำอธิบายความหมายของคำว่าประมาทไว้ เพียงแต่ระบุความผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาทไว้เท่านั้น

⁴⁴ Kara M. McCarthy, "Doing Time for Clinical Crime: The Prosecution of Incompetent Physicians as an Additional Mechanism to Assure Quality Health Care," *Seton Hall Law Review*, 1997, available from www.westlaw.com, pp. 607-610

⁴⁵ Paul R. Van Grunsven, *supra note 40*, p. 29

⁴⁶ Kara M. McCarthy, *supra note 44*, pp. 608-610

ความหมายของความประมาทในทางอาญาจึงต้องพิจารณาจากคำนิยามในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและคำอธิบายในทางตำรา และเนื่องจากไม่มีการระบุความผิดเกี่ยวกับแพทย์ไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมันมาพิจารณาความรับผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในกรณีที่แพทย์ก่อความเสียหายในชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วย

สืบเนื่องจากกฎหมายอาญาเยอรมันระบุความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท (Fahrlässige Tötung) หรือความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยประมาท (Fahrlässige Körperverletzung) โดยไม่มีการระบุแบ่งแยกระดับของความประมาทไว้ว่าเป็นประมาทในระดับใด ต่างจากในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นอังกฤษและสหรัฐอเมริกาซึ่งได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้นกรณีที่แพทย์กระทำโดยประมาทอันเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย แม้เพียงปราศจากความระมัดระวังตามหน้าที่ (Verletzung der Sorgfaltspflicht) และผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นเป็นการผิดกฎหมาย⁴⁷ ก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของความชั่วอันเป็นองค์ประกอบที่จะทำให้แพทย์ผู้นั้นต้องรับผิดทางอาญาแล้ว⁴⁸ ดังนั้นแพทย์ก็ย่อมมีความรับผิดทางอาญาในการประกอบวิชาชีพ หลักการที่ว่าระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดโดยประมาทในทางแพ่งและทางอาญาไม่แตกต่างกันนี้เป็นแนวคิดของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่น ประเทศเยอรมันซึ่งแตกต่างไปจากประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

2) มาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์

มาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ตามกฎหมายเยอรมันนั้นจะต้องพิจารณาจากมาตรฐานความระมัดระวังซึ่งได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่านักกฎหมายมีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 ฝ่ายคือ⁴⁹

ความเห็นของฝ่ายข้างมาก ซึ่งมี Prof. Jescheck เป็นตัวแทนเห็นว่ามาตรฐานความระมัดระวังจากการละเมิดต่อหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย โดยพิจารณาว่าหากผู้กระทำได้กระทำหรืองดเว้นกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัยแล้วก่อให้เกิดผลที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นได้ชัด และ

⁴⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 51

⁴⁸ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น. 43-44

⁴⁹ ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, "มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท,"

ผลนั้นถือว่าเป็นไปตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ต้องถือว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาท

ความเห็นของฝ่ายข้างน้อย ซึ่งเป็นความเห็นของ Prof. Roxin เห็นว่าการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังจะต้องพิจารณาโดยใช้ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (Die Lehre von der objektiven Zurechnung) กล่าวคือการกระทำโดยประมาทเป็นผลจากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงโดยมิได้รับอนุญาต และผลของการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลซึ่งเป็นการพิจารณาทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัยสองขั้นตอน ขั้นตอนแรกคือผลที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ซึ่ง Prof. Roxin เห็นว่าให้ใช้ทฤษฎีเงื่อนไขพิจารณา ในส่วนของมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทนั้นต้องพิจารณาในส่วนของขั้นตอนที่สอง คือผลของการกระทำที่เกิดขึ้นเกิดจากการกระทำของผู้กระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่ และเป็นผลที่อยู่ในขอบเขตขององค์ประกอบความผิดหรือไม่

โดยหลักเกณฑ์ในการกำหนดการก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่ได้รับอนุญาต (Zur Konkretisierung der unerlaubten Gefahrschaffung) สามารถพิจารณาได้จาก บรรทัดฐานของกฎหมาย (Rechtsnormen) บรรทัดฐานในทางอาชีพ (Verkehrsnormen) หลักความไว้วางใจ (Der Vertrauensgrundsatz) มาตรฐานที่แตกต่างกันไป (Die differenzierte Massfigur) หน้าที่ที่จะต้องสอบถามและงดเว้นกระทำการ (Erkundigungs- und Unterlassungspflichten) และการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์และความเสี่ยง (Die Abwägung von Nutzen und Risiko) ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2

อย่างไรก็ตามแม้ความเห็นจากนักกฎหมายทั้งสองฝ่ายจะมีความแตกต่างในการใช้หลักเกณฑ์พิจารณามาตรฐานความระมัดระวัง แต่ในทางเนื้อหาแล้วมีความใกล้เคียงกัน เช่นการละเมิดต่อหน้าที่ที่จะต้องงดเว้นกระทำการใดที่เฉพาะคนที่ได้รับการฝึกฝนเท่านั้นจึงจะกระทำได้อันเป็นไปตามหลักเกณฑ์การละเมิดต่อหน้าที่อันจะต้องใช้ความระมัดระวังตามภาวะวิสัยตามความเห็นฝ่ายข้างมากนั้น ตรงกับหลักเกณฑ์การก่ออันตรายโดยไม่ได้รับอนุญาตตามความเห็นฝ่ายข้างน้อย ในกรณีละเมิดต่อหน้าที่ที่จะงดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งขณะที่ผู้กระทำไม่พร้อม⁵⁰

⁵⁰ เฝิงอ้วง, น. 166

หลักเกณฑ์ดังกล่าวนำมาปรับใช้พิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ได้ โดยตามความเห็นฝ่ายข้างมาก หากแพทย์ได้กระทำหรืองดเว้นกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (กล่าวคือใช้มาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเดียวกับผู้กระทำความผิด ในที่นี้ก็คือวิญญูชนผู้มีฐานะเป็นแพทย์) แล้วก่อให้เกิดผลที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นได้ชัด และผลนั้นถือว่าเป็นไปตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแล้ว ต้องถือว่าแพทย์ผู้นั้นกระทำโดยประมาท

ในขณะเดียวกันตามความเห็นของฝ่ายข้างน้อย แพทย์จะกระทำโดยประมาทก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นผลจากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงโดยมิได้รับอนุญาต และผลของการกระทำที่เกิดขึ้น (ซึ่งในที่นี้คือความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายของผู้ป่วย) จะต้องเป็นไปตามหลักทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล กล่าวคือพิจารณาว่าแพทย์ได้ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่มิได้รับอนุญาตหรือไม่ ซึ่งอาจจะพิจารณาได้จากหลายบรรทัดฐาน เช่นบรรทัดฐานทางกฎหมายหรือบรรทัดฐานทางอาชีพ หรือหลักความไว้วางใจ หากแพทย์ทำการฝ่าฝืนมาตรฐานตามบรรทัดฐานต่างๆที่กล่าวมาแล้ว ถือว่าแพทย์กระทำโดยประมาท

อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ต่างๆที่กล่าวมา ไม่ว่าจะเห็นเป็นความเห็นของ Prof. Jescheck ซึ่งพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังจากการละเมิดต่อหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย หรือความเห็นของ Prof. Roxin ซึ่งเห็นว่าการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังจะต้องพิจารณาโดยใช้ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (Die Lehre von der objektiven Zurechnung) นั้นล้วนแต่เป็นการพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังตามภาวะวิสัยซึ่งเป็นกรณีที่ความสามารถในทางส่วนตัวของผู้กระทำจะสอดคล้องกับบรรทัดฐานดังกล่าว แต่ในบางกรณีผู้กระทำอาจมีความสามารถสูงกว่าหรือน้อยกว่ากรณีปกติทั่วไป ซึ่งหากนำมาใช้พิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ก็อาจเป็นกรณีที่แพทย์ไม่อาจขยับมือและแขนได้อย่างสะดวก ทำให้ไม่อาจทำการผ่าตัดได้เหมือนกรณีปกติ ในทางตรงข้ามก็มีแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญสูงและมีมือผ่าตัดดีกว่าแพทย์ทั่วไปเช่นกัน มีปัญหาว่าความสามารถเฉพาะตัวของผู้กระทำจะถูกนำมาใช้พิจารณามาตรฐานความระมัดระวังเพียงใด⁵¹ ในที่นี้มี 2 ความเห็นคือ

ความเห็นของฝ่ายข้างมาก ซึ่งใช้หลักบรรทัดฐานสองชั้น (doppelten Massstab) ตามทฤษฎีนี้ถือว่าการละเมิดต่อบรรทัดฐานในทางภาวะวิสัยถือว่าครบองค์ประกอบความผิดของการ

⁵¹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “มาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาเยอรมัน,” อุลพาท. ปีที่ 54 เล่มที่ 1 (มกราคม – เมษายน 2550), น. 147

กระทำโดยประมาทแล้ว ส่วนปัญหาว่าผู้กระทำผิดสามารถที่จะรับผิดชอบได้หรือไม่นั้นเป็นปัญหาใน ส่วนของความน่าตำหนิของการกระทำโดยประมาท (ein Problem der Fahrlaessigkeitsschuld) เมื่อส่วนในทางภาวะวิสัยของการกระทำโดยประมาทมีอยู่แล้ว (องค์ประกอบในส่วนของความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ Unrechtstatbestand) ก็ต้องพิจารณาผู้กระทำผิดแต่ละคนต่อไป โดยพิจารณาระดับสติปัญญา การศึกษา ความสามารถ ประสบการณ์ ตลอดจนฐานะทางสังคม ของแต่ละคนว่าเป็นไปตามข้อบัญญัติในเรื่องข้อสันนิษฐานและความระมัดระวังโดยทั่วไปหรือไม่ (das generelle Sorgfalts-und Voraussichtsgebot, องค์ประกอบของความน่าตำหนิหรือ Schuldstatbestand) เช่น เมื่อบุคคลใดก่อให้เกิดอุบัติเหตุจากการละเมิดกฎจราจรที่ตนไม่สามารถ ปฏิบัติตามได้เนื่องจากตนมีความสามารถต่ำกว่ามาตรฐานทั่วไป ถือว่าการกระทำครบ องค์ประกอบความผิดแล้ว แต่เฉพาะความน่าตำหนิของการกระทำโดยประมาท (die Fahlaessigkeitsschuld) ที่ไม่มีอยู่เพราะถือว่าผู้กระทำผิดไม่อาจจะปฏิบัติตามบรรทัดฐาน ได้ (sein individuelles Unvermoegen) แต่หากผู้กระทำรู้ถึงความสามารถของตนแล้วยังเข้าไปกระทำการดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทซึ่งมีทั้งส่วนอัตวิสัยและภาวะวิสัยอยู่ ครบถ้วน⁵²

ความเห็นฝ่ายข้างน้อย ซึ่งเห็นว่าการครบองค์ประกอบความผิดของการกระทำผิดโดย ประมาทขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้กระทำผิดเป็นรายๆไป (von den individuellen Faehigkeiten des Taeters) ใครที่มีความสามารถมากกว่าบุคคลทั่วไปก็อาจถูกเรียกร้องมากกว่า ในแง่ที่ว่าตนจะต้องรับผิดชอบประมาท หากว่าตนไม่ได้ใช้ความสามารถของตนที่มีสูงกว่าปกติ แล้วเป็นผลให้เกิดความเสียหายขึ้น แม้ว่าถ้าเป็นบุคคลอื่นจะไม่ต้องรับผิดชอบก็ตาม ในขณะที่เดียวกันผู้ ที่มีความสามารถน้อยกว่าบุคคลทั่วไปก็ไม่ต้องใช้ความระมัดระวังเกินความสามารถที่ตนมี จาก เหตุผลดังกล่าวไม่ถือว่ากระทำโดยประมาท แม้บุคคลทั่วไปจะถูกลงโทษจากการกระทำเดียวกันนี้ อย่างไรก็ตามกรณีที่ผู้กระทำรู้ว่าตนเองมีความสามารถต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานแล้วก็ยังถือว่าต้อง รับผิดชอบกระทำโดยประมาทหากเข้าไปกระทำการดังกล่าวโดยสามารถที่จะตำหนิตนเองได้ (sein Uebernahmeverschulden)⁵³

จากการศึกษาพบว่าความเห็นทั้งสองกรณีนี้ไม่ได้แตกต่างกันมากนัก ซึ่งอาจนำมา พิจารณาการกระทำโดยประมาทของแพทย์ได้ดังนี้

⁵² เฟิงอ๋าง, น. 147-148

⁵³ เฟิงอ๋าง, น. 148

กรณีนี้ที่แพทย์มีความสามารถต่ำกว่าเกณฑ์เฉลี่ยโดยปกติ เช่นแพทย์มือเจ็บหรือสายตามองเห็นไม่ชัด ทั้งสองฝ่ายเห็นตรงกันว่าแพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบกระทำโดยประมาท หากแพทย์ไม่สามารถปฏิบัติไปตามเกณฑ์มาตรฐานได้ เว้นเสียแต่ว่าแพทย์จะรู้ว่าตนมีความสามารถต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานแล้วยังไปฝ่าฝืนกระทำ โดยความเห็นฝ่ายข้างมากเห็นว่ากรณีที่ผู้กระทำมีความสามารถต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานนั้นผู้กระทำขาดความน่าตำหนิจึงไม่สมควรถูกลงโทษ แต่ความเห็นฝ่ายข้างน้อยเห็นว่าเป็นการขาดองค์ประกอบของความผิด และในกรณีที่แพทย์รู้ว่าตนมีความสามารถต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานแต่ยังไปฝ่าฝืนกระทำ ทั้งสองฝ่ายเห็นตรงกันว่ากรณีดังกล่าวแพทย์จะต้องรับผิดชอบกระทำโดยประมาท อย่างไรก็ตามในกรณีที่แพทย์มีความสามารถสูงกว่าเกณฑ์ทั่วไปความเห็นทั้งสองฝ่ายจะแตกต่างกัน เนื่องจากตามมาตรฐานทางภาวะวิสัย แพทย์ไม่จำเป็นต้องกระทำเกินกว่าที่แพทย์ทั่วไปกระทำ ขณะที่ทฤษฎีที่พิจารณาผู้กระทำผิดเป็นคนๆไปอันเป็นความเห็นฝ่ายข้างน้อยเห็นว่าแพทย์จะต้องใช้ความสามารถที่ตนมีเกินกว่าเกณฑ์เฉลี่ยด้วย ซึ่งทำให้แพทย์ผู้เชี่ยวชาญเป็นพิเศษกว่าแพทย์ทั่วไปจะถูกเรียกร้องให้กระทำมากกว่าปกติ

ข้อแตกต่างของทั้งสองความเห็นถูกทำให้ลดน้อยลงโดยทฤษฎีทางภาวะวิสัย (die objektiver) ซึ่งได้กำหนดเกณฑ์มาตรฐานพิเศษสำหรับผู้เชี่ยวชาญไว้เป็นพิเศษ ขณะที่ผู้ที่มีความสามารถสูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานก็สามารถกระทำให้เป็นไปตามเกณฑ์ในทางภาวะวิสัยของการเสี่ยงที่อนุญาตได้ เช่นกระทำตามหลักความไว้วางใจ เป็นต้น⁵⁴

ความเห็นของ Prof. Roxin เห็นว่าความเห็นที่ถูกตั้งอยู่ระหว่างกึ่งกลางความเห็นทั้งสอง กล่าวคือความสามารถต่ำกว่าเกณฑ์ไม่ถือเป็นการตัดองค์ประกอบความผิดตามโครงสร้างข้อ 1 และความผิดตามโครงสร้างข้อ 2 อย่างไรก็ตามผู้กระทำที่มีความสามารถสูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานจะต้องใช้ความสามารถดังกล่าวของตน⁵⁵ ซึ่งหากนำหลักดังกล่าวมาพิจารณาการกระทำผิดทางอาญาโดยประมาทของแพทย์อาจกล่าวได้ว่ากรณีที่แพทย์มีความสามารถต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานจะต้องพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังโดยหลักวิญญูชน (gereralisieren) แต่ในกรณีที่แพทย์มีความสามารถสูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานจะต้องใช้หลักปัจเจกชน (individualisieren) กล่าวคือแพทย์ที่มีความสามารถต่ำกว่าเกณฑ์ก็ยังคงรักษามาตรฐาน

⁵⁴ เฟิงอ้าง, น. 149

⁵⁵ เฟิงอ้าง.

ความระมัดระวังของวิญญาณชน ในขณะที่แพทย์ผู้มีความสามารถสูงกว่าเกณฑ์ก็ต้องรักษามาตรฐานที่สูงกว่าเกณฑ์ปกติโดยการใช้ความระมัดระวังมากกว่าแพทย์โดยทั่วไป

3) แนวคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทของแพทย์

คดีตัวอย่างในเรื่องการกระทำโดยประมาทของแพทย์อันเป็นคดีอาญามีดังนี้คือ

คดีที่แพทย์เยอรมันถูกฟ้องฐานทำให้คนตายโดยประมาท 2 ราย จำเลยเป็นศัลยแพทย์ผ่าตัดใส่ลวดให้ผู้ป่วยเพื่อตรึงกระดูกไหปลาร้าแก่ผู้ป่วยทั้ง 2 ซึ่งเป็นหญิงอายุ 44 ปี และชายอายุ 19 ปี ทั้งคู่กระดูกไหปลาร้าหักจากอุบัติเหตุทางรถยนต์⁵⁶ ต่อมาผู้ป่วยถึงแก่ความตายเนื่องจากลวดที่แพทย์ใส่ไว้เคลื่อนไปที่มทะลุหัวใจ ศาลได้ขอความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญพบว่าการผ่าตัดในลักษณะดังกล่าวควรจะต้องถอดลวดเพื่อป้องกันไม่ให้ลวดเคลื่อนที่ ซึ่งแม้การถอดลวดดังกล่าวจะลดอันตรายได้แต่ก็ไม่ได้เป็นหลักประกันว่าจะป้องกันไม่ให้ลวดเคลื่อนตัวได้อย่างแน่นอน ดังนั้นศาลจึงลงโทษศัลยแพทย์ผู้นั้นในการประกอบวิชาชีพโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย แต่ลงโทษปรับอันเป็นโทษสถานเบาเท่านั้น⁵⁷

ข้อสังเกต ความประมาทเดินเล่อทางอาญาตามกฎหมายเยอรมันนั้นไม่ได้มีหลักการว่า จะต้องมีความร้ายแรงยิ่งกว่าความประมาทเดินเล่อในทางแพ่งดังเช่นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ กรณีดังกล่าวศาลตัดสินว่าการกระทำของแพทย์ที่ไม่ได้ถอดลวดป้องกันมิให้ลวดเคลื่อนที่ถือเป็นความผิดทางอาญาแล้วเพราะใช้ความระมัดระวังในการรักษาผู้ป่วยต่ำกว่ามาตรฐาน และแม้จะมีความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญว่าการถอดลวดมิได้ป้องกันมิให้ลวดเคลื่อนที่ได้อย่างแน่นอนก็ตามก็ไม่ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้จำเลยไม่มีความผิด แต่ศาลก็นำความเห็นดังกล่าวมาพิจารณาประกอบดุลยพินิจลงโทษจำเลยสถานเบาเท่านั้น

2.2 ประเทศอื่นๆ

สำหรับความรับผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพของประเทศอื่นๆที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่นเดียวกับประเทศไทยนั้น ในที่นี้จะกล่าวถึง

⁵⁶ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 1, น. 51-52

⁵⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 39, น. 146-147

แนวคิดของหลักการเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยประมาทของแพทย์ในประเทศญี่ปุ่นและประเทศสเปนมาเป็นตัวอย่งในการพิจารณา

2.2.1 ประเทศสเปน

ในระยะหลังๆนี้ปัญหาการฟ้องคดีอาญาแพทย์ที่กระทำความผิดโดยประมาทในประเทศสเปนมีแนวโน้มสูงขึ้น เมื่อเกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วย ตัวผู้ป่วยเองหรือญาติของผู้ป่วยสามารถเลือกใช้มาตรการทางกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายปกครองซึ่งใช้ในกรณีบริการสาธารณสุขของรัฐ หรืออาจใช้มาตรการทางกฎหมายอาญาเพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกายของบุคคลก็ได้ หากเป็นการฟ้องคดีอาญา ผู้ป่วยก็ยังสามารถได้รับค่าเสียหายในทางแพ่งได้ด้วยตามประมวลกฎหมายอาญาสเปน มาตรา 109.1 แม้ว่าผู้ป่วยหรือครอบครัวของผู้ป่วยส่วนใหญ่จะเลือกใช้มาตรการในการฟ้องคดีอาญาน้อยกว่าในทางแพ่งหรือทางปกครอง แต่บางครั้งผู้ป่วยก็เลือกที่จะใช้มาตรการทางอาญาในการฟ้องแพทย์ผู้กระทำโดยประมาทเล็กน้อยเนื่องจากมีผลเป็นการทำให้แพทย์วิตกกังวลอันจะทำให้ฝ่ายผู้ป่วยมีแนวโน้มที่จะได้รับข้อตกลงเกี่ยวกับค่าเสียหายนอกกระบวนการศาลได้มากกว่า เป็นการเพิ่มโอกาสในการประนอมข้อพิพาทนอกศาล และทำให้พนักงานอัยการของรัฐเป็นผู้ฟ้องคดีก็สามารถประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีได้มากกว่าอีกด้วย⁵⁸

ตามกฎหมายสเปน ความประมาทซึ่งจะทำให้แพทย์ต้องรับโทษทางอาญาจากการประกอบวิชาชีพนั้นจะต้องนำมาพิจารณาจากหลักการการกระทำโดยประมาทในกฎหมายอาญาสเปนซึ่งแนวคิดพื้นฐานของการกระทำความผิดอาญาโดยประมาทในการประกอบวิชาชีพแพทย์คือการกระทำของแพทย์นั้นละเมิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) โดยพิจารณาจากหลักการพื้นฐานว่าการประกอบวิชาชีพนั้นฝ่าฝืนมาตรฐานความระมัดระวังตามหน้าที่ซึ่งคาดเห็นได้หรือไม่ โดยแพทย์มีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังโดยพิจารณาจากการกระทำที่แพทย์ในอุดมคติควรใช้ในสถานการณ์เช่นเดียวกัน ทั้งในแง่เวลา สถานที่ที่แพทย์ทำการรักษา และสถานการณ์แวดล้อมอื่นๆ ซึ่งหมายความว่าหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังของแพทย์นั้น

⁵⁸ Virgilio Rodríguez-Vázquez, "Doctors in Spanish Criminal Law: Medical Criminal Responsibility for Deaths and Injuries Caused by Negligence in Present-day Spain," *Medicine and Law*, September 2006, available from www.westlaw.com, pp. 412-413

พิจารณาจากการกระทำที่แพทย์นั้นได้กระทำลงเปรียบเทียบกับกระทำที่ถูกพิจารณาว่าเป็น การกระทำที่ถูกต้อง⁵⁹

เมื่อมีการละเมิดมาตรฐานความระมัดระวังดังกล่าว แพทย์ผู้นั้นก็ถือว่ากระทำโดย ประมาท เมื่อเกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วยก็ย่อมมีความรับผิดชอบทางอาญา ตามมา โดยในส่วนของหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังจะถูกพิจารณาโดยผู้พิพากษาซึ่งจะ พิจารณาจากหลายปัจจัยประกอบกัน ได้แก่ กฎหมายหรือกฎเกณฑ์เกี่ยวกับหน้าที่และ ความสามารถทางวิชาชีพแพทย์ (Medical Lex Artis หรือ the Law of Medical Skill) ซึ่งมาจาก ประมวลจริยธรรม (Code of Practice) แนวทางเวชปฏิบัติ (Clinical Guideline) หรือแม้แต่ กฎเกณฑ์ทางจารีตประเพณี (Legal Norm) นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาข้อเท็จจริงอื่นๆประกอบ เช่นสถานการณ์และความฉุกเฉินของการกระทำ ความพร้อมของอุปกรณ์ทางการแพทย์ ลักษณะ ของคนไข้ เป็นต้น เพื่อนำไปพิจารณาถึงมาตรฐานความระมัดระวังที่แพทย์ควรจะใช้⁶⁰

นอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายอาญาสเปนซึ่งลงโทษการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุ ให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บนั้นมีหลักเกณฑ์เฉพาะในเรื่องความประมาทในทางวิชาชีพ โดยประมวลกฎหมายอาญาสเปน มาตรา 142.1 กำหนดโทษผู้ที่กระทำประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึง แก่ความตายให้มีโทษจำคุกระหว่าง 1 ปีถึง 4 ปี ในขณะที่มาตรา 152.1 กำหนดโทษผู้กระทำโดย ประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นบาดเจ็บด้วยโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี โดยทั้งสองมาตรานี้ระบุความประมาท ทางวิชาชีพ (Professional Negligence) อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายเป็นเป็น เหตุฉกรรจ์ของความผิด (Aggravated Model) ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งกระทำโดยประมาทเป็น เหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายอาจถูกลงโทษจำคุกและถูกระงับใบอนุญาตวิชาชีพระยะเวลาหนึ่ง โดย กรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพประมาททำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายมีโทษจำคุกระหว่าง 3 ปีถึง 6 ปี และ กรณีทำให้บาดเจ็บมีโทษจำคุกระหว่าง 1 ปีถึง 4 ปี ความประมาทเลินเล่อในทางวิชาชีพนี้ถือเป็น ความผิดอาญาร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญาสเปน⁶¹ ซึ่งเหตุฉกรรจ์ดังกล่าวไม่ได้ใช้เฉพาะผู้ ประกอบวิชาชีพแพทย์เท่านั้นแต่ใช้กับความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพอื่นด้วย นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าการเพิ่มโทษพักใบอนุญาตหรือสถานะทางวิชาชีพของผู้กระทำการโดย ประมาทในทางวิชาชีพไว้ในกฎหมายอาญาดังนี้ ดังนั้นกรณีผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ประมาท

⁵⁹ *Ibid*, p. 414

⁶⁰ *Ibid*.

⁶¹ *Ibid*, pp. 414-415

เดินเล่นเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายของผู้ป่วยต้องรับโทษหนักกว่าบุคคลธรรมดาประมาทเดินเล่นเนื่องจากเป็นเหตุฉกรรจ์ตามกฎหมายอาญาสเปน

2.2.2 ประเทศญี่ปุ่น

ในประเทศญี่ปุ่นการฟ้องคดีอาญาผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ที่ก่อเหตุเวชปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพมีไม่มากนัก สำหรับเรื่องการกระทำโดยประมาทของแพทย์นั้นตามกฎหมายอาญาญี่ปุ่นบัญญัติให้เป็นความผิดที่เรียกว่า “ความผิดโดยประมาทในทางวิชาชีพซึ่งทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บ” ซึ่งต่างจากความผิดอาญาของแพทย์โดยประมาทตามกฎหมายระบบคอมมอนลอว์เช่นกฎหมายของสหรัฐอเมริกาให้เป็นความผิดอาญาเฉพาะกรณีความประมาทเดินเล่นอย่างร้ายแรงซึ่งแสดงให้เห็นถึง *Mens Rea* สูงยิ่งกว่าความประมาทเดินเล่นโดยทั่วไป⁶² ดังนั้นความผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ตามกฎหมายญี่ปุ่นจึงไม่จำเป็นต้องเป็นความประมาทเดินเล่นอย่างร้ายแรง เพียงพิจารณาว่าเป็นประมาทในการประกอบวิชาชีพก็เพียงพอแล้ว

นอกจากนี้ตามกฎหมายอาญาประเทศญี่ปุ่นยังกำหนดให้ความประมาทเดินเล่นในอาชีพหรืองานที่มีความรับผิดชอบในทางสังคมเป็นความผิดที่มีเหตุฉกรรจ์ ซึ่งมีโทษร้ายแรงกว่ากรณีประมาทเดินเล่นโดยทั่วไปเช่นเดียวกับกฎหมายประเทศสเปน⁶³ โดยหลักการกระทำประมาทในกรณีปกติที่ทำให้ผู้อื่นบาดเจ็บบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นมาตรา 209 และกรณีที่เป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายบัญญัติอยู่ใน มาตรา 210 หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทโดยผู้ที่มีหน้าที่หรืองานที่เกี่ยวข้องกับสังคม (ซึ่งรวมถึงแพทย์ด้วย) จะปรากฏอยู่ในมาตรา 211 (1)⁶⁴ โดยกรณีที่ผู้กระทำกระทำโดยประมาทเดินเล่นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือ

⁶² Robert B. Leflar and Futoshi Iwata, *supra* note 25, p. 216

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Chapter XXVIII. Crimes of Injury through Negligence

Article 209. (Causing Injury through Negligence)

(1) A person who causes another to suffer injury through negligence shall be punished by a fine of not more than 300,000 yen or a petty fine.

(2) The crime proscribed under the preceding paragraph shall be prosecuted only upon complaint.

บาดเจ็บตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นมาตรา 209 และ 210 มีโทษเพียงแค่โทษปรับเท่านั้น อย่างไรก็ตามหากเป็นการกระทำโดยประมาทในทางวิชาชีพเนื่องจากผู้กระทำไม่สามารถปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวังอันสมควร (Due care) ที่จำเป็นจะต้องมีในการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางสังคมแล้ว ผู้กระทำจะมีความผิดตาม มาตรา 211 (1) ซึ่งมีโทษปรับที่สูงกว่าและมีโทษจำคุกซึ่งอาจมีการบังคับให้ทำงานในระหว่างจำคุกด้วย กรณีประมาทเดินเลื้อในทางวิชาชีพนี้ถือว่ามีโทษเท่ากับกรณีประมาทเดินเลื้ออย่างร้ายแรงแล้วเกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้อื่นซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ใน มาตรา 211 (1) ซึ่งหลักเกณฑ์ใน มาตรา 211 นี้ปกติจะใช้กับการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการขับขี่ยานพาหนะและการจรรยาแม้จะมีความผิดตามมาตรา 209 และ 210 แต่ความผิดตามมาตราเหล่านี้แทบจะไม่เคยใช้ในกรณีการฟ้องคดีเกี่ยวกับทฤษฎีปฏิบัติของแพทย์ ขณะเดียวกันแพทย์ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตาม มาตรา 211 แทบจะไม่ถูกพิพากษาจำคุกเลย เนื่องจากคดีส่วนใหญ่แพทย์จะรับผิดชอบเฉพาะโทษปรับและอาจถูกพักใช้ใบอนุญาตเท่านั้น⁶⁵

Article 210. (Causing Death through Negligence)

A person who causes the death of another through negligence shall be punished by a fine of not more than 500,000 yen.

Article 211. (Causing Death or Injury through Negligence in the Pursuit of Social Activities)

(1) A person who fails to exercise due care required in the pursuit of social activities and thereby causes the death or injury of another shall be punished by imprisonment with or without work for not more than 5 years or a fine of not more than 1,000,000 yen. The same shall apply to a person who through gross negligence, causes the death or injury of another.

(2) A person who commits the crime proscribed under the first sentence of the preceding paragraph by driving a vehicle may be exculpated in light of circumstances if the injury is minor.

Please see Japan Penal Code in English, available from <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf>

⁶⁵ Robert B. Leflar and Futoshi Iwata, *supra note 25*, pp. 215-216

อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดในประเทศซีวิลลอว์ไม่มีการแยกการกระทำโดยประมาทในทางอาญาว่าต้องเป็นการกระทำประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงยิ่งไปกว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง จากตัวอย่างในประเทศสเปนและญี่ปุ่นที่เป็นเช่นเดียวกับประเทศเยอรมันคือไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในระดับใดก็ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา⁶⁶ นอกจากนี้บางประเทศยังถือว่าความประมาทเลินเล่อในทางวิชาชีพเป็นเหตุจรรยาบรรณทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นด้วย

สำหรับคดีตัวอย่างเกี่ยวกับการกระทำผิดโดยประมาทของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพมีตัวอย่างที่น่าสนใจดังนี้⁶⁷

1) แพทย์ในประเทศญี่ปุ่น 3 คน ถูกดำเนินคดีอาญาหลังจากผ่าตัดคนไข้วัย 60 ปีซึ่งป่วยเป็นโรคมะเร็งต่อมลูกหมาก ในการผ่าตัดมีกรใช้ท่อ Laparoscope สอดเข้าไปในช่องท้อง แต่ผู้ใช้ไม่มีความชำนาญ การผ่าตัดกินเวลา 10 ชั่วโมง คนไข้เลือดออกมากและไม่มีการห้ามเลือดดีพอ ผ่าตัดแบบ ผิดๆพลาดๆ (Botched surgery) จนคนไข้ตายหลังผ่าตัด

2) ศาลเมือง Takamatsu พิพากษาให้นายแพทย์ Toshiyuki Ohnishi จ่ายค่าเสียหายให้แก่ครอบครัวผู้ป่วยหญิงคนหนึ่งเป็นเงิน 54.4 ล้านบาท เนื่องจากนายแพทย์ดังกล่าวทำการผ่าตัดดอกการเส้นเลือดดำขอด (Varicose veins) ผิดพลาด จนเกิดอาการเนื้อตาย ทำให้ผู้ป่วยรายดังกล่าวต้องถูกตัดขา หลังถูกตัดขาผู้ป่วยคนดังกล่าวทำใจรับสภาพไม่ได้จึงฆ่าตัวตาย นอกจากค่าเสียหายแล้วแพทย์คนดังกล่าวยังถูกพิพากษาจำคุกเป็นเวลา 1 ปี โดยโทษจำคุกให้รอการลงโทษเป็นเวลา 2 ปี

3) ในเดือนเมษายน ปี ค.ศ. 2000 สตรีวัยรุ่นชื่อ Yuri Furudate พบว่าตนมีก้อนเนื้อที่ขากรรไกร จึงไปพบแพทย์ที่โรงพยาบาลในเมือง Saitama แพทย์ให้ยาต้านมะเร็งชื่อ Vinchristine เป็นเวลา 7 วันติดต่อกันจนผู้ป่วยรายนี้ป่วย มีอาการคลื่นเหียน ปัสสาวะไม่ได้ เคลื่อนไหวร่างกายไม่ได้ เมื่อกลับบ้านตัวก็เป็นสีม่วงและถึงแก่ความตายในเวลาต่อมา สาเหตุเพราะแพทย์ที่ทำการ

⁶⁶ ตามตำรากฎหมายฝรั่งเศสส่วนใหญ่มิถือว่าประมาทเลินเล่อในทางแพ่งกับอาญาไม่แตกต่างกัน แต่มีตำราบางเล่มที่อธิบายว่าประมาทเลินเล่อทางอาญาต้องร้ายแรงกว่าประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง โปรดดูเชิงอรรถที่ 50 ใน จิตติ ติงศภัทิย์. กฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), น. 281

⁶⁷ ประทีป อ่าววิจิตรกุล, ฟ้องแพทย์: ฉบับคดีดัง, (กรุงเทพมหานคร: Pholsiam Printing and Publishing (Thailand) Limited Partnership, 2549), น. 108-109

รักษาไม่เคยรักษามะเร็งชนิดนี้ ไม่มีประสบการณ์เกี่ยวกับการให้ยาตัวนี้ รวมทั้งไม่ทราบผลข้างเคียงของยาด้วย แพทย์ผู้ทำการรักษาและแพทย์ผู้กำกับดูแลถูกดำเนินคดีอาญา ซึ่งมีการวิพากษ์วิจารณ์วงการแพทย์ญี่ปุ่นที่แย้งว่า ประเทศญี่ปุ่นมีคดีทุเวชปฏิบัติอยู่ 2 รูปแบบ คือ แพทย์ประมาทเดินเลื้อ และแพทย์ไม่มีความรู้ความสามารถเพียงพอ

คดีทุเวชปฏิบัติในประเทศญี่ปุ่นก่อนปี ค.ศ. 2003 ย้อนหลังไป 5 ปีมีปริมาณเพิ่มขึ้นถึงร้อยละ 45 จากการสำรวจนับแต่เดือนกุมภาพันธ์ 2002 ย้อนหลังไป 3 ปี โรงพยาบาลชั้นนำในญี่ปุ่น 82 แห่ง มีอุบัติเหตุทางการแพทย์เกิดขึ้น 15,201 ราย เช่นลืมนัดผ่าอกซ ลืมเครื่องมือผ่าตัดไว้ในตัวคนไข้ ผ่าตัดหูดผิดข้าง ฉีดยาผิดคน เป็นต้น

3. การใช้แนวทางเวชปฏิบัติ (Clinical Practice Guideline) เป็นแนวทางในการกำหนดมาตรฐานความระมัดระวังในต่างประเทศ

แนวทางเวชปฏิบัติหรือ Clinical Practice Guideline ซึ่งอาจเรียกย่อๆได้ว่า CPG หรือ Guideline นั้นเป็นคำที่มีการให้คำนิยามหลากหลาย แต่มีความหมายและใจความสำคัญอย่างเดียวกัน โดย Institute of Medicine (IOM) ได้ให้ความหมายว่า “เป็นข้อความที่จัดทำอย่างเป็นระบบเพื่อช่วยในการตัดสินใจของผู้ประกอบวิชาชีพและผู้ป่วยเกี่ยวกับการดูแลรักษาสุขภาพที่เหมาะสมสำหรับภาวะใดภาวะหนึ่ง”⁶⁸ หรือมีการให้ความหมายของ CPG ว่าเป็น “Documents that attempt to define best practice parameters for important medical issues” หรือเอกสารที่พยายามจะให้แนวทางการปฏิบัติที่ดีที่สุดแก่การประกอบวิชาชีพทางการแพทย์และสาธารณสุข⁶⁹ โดย CPG หรือแนวทางเวชปฏิบัตินั้นเป็นเอกสารที่องค์กรทางการศึกษาหรือองค์กรทางวิชาชีพจัดทำขึ้นเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติให้แก่แพทย์ในการดูแลรักษาผู้ป่วย มีปัญหาว่าจะนำ CPG มาใช้ในการพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ เพื่อตัดสินว่าแพทย์กระทำการโดยประมาทได้หรือไม่

⁶⁸ จิตร สิทธีอมร และคณะ, Clinical Practice Guideline: การจัดทำและนำไปใช้, พิมพ์ครั้งที่ 2. (นนทบุรี: สถาบันพัฒนาและรับรองคุณภาพโรงพยาบาล, 2543), น. 2

⁶⁹ พิฑูร ธรรมธรานนท์. “ไม่ได้ทำตาม practice guideline แล้วจะแพ้คดีไหม?” จาก <http://www.medlawstory.com>, กันยายน 2549

สำหรับในต่างประเทศนั้น ศาลในต่างประเทศมีการนำ CPG มาใช้พิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ ไม่ว่าจะเป็นประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ในประเทศคอมมอนลอว์เช่น ประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษนำ CPG มาช่วยเป็นเครื่องพิจารณาในการตัดสินคดี อย่างไรก็ตามศาลอังกฤษไม่เคยตัดสินว่าหากไม่ปฏิบัติตาม CPG แล้วถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์นั้นกระทำการโดยประมาท หรือการปฏิบัติตาม CPG เป็นการใช้มาตรฐานอันยอมรับได้แล้วอย่างแน่นอน แต่จากคำตัดสินของศาลอังกฤษนั้น หากผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ปฏิบัติตาม CPG แล้วไม่มีคดีใดที่ศาลตัดสินว่าแพทย์ใช้ความระมัดระวังในระดับที่ยอมรับได้⁷⁰ นอกจากนี้การใช้ CPG ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับในประเทศอังกฤษ โดยในประเทศสหรัฐอเมริกามีการใช้ CPG ต่อสู้คดีในแนวทางที่คล้ายคลึงกับการใช้ CPG ในประเทศอังกฤษ⁷¹

สำหรับประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ตัวอย่างเช่นประเทศสเปน ในคดีที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎีปฏิบัติศาลสเปนก็มีการใช้ CPG หรือ Guideline มาพิจารณาเช่นกัน ในหลายๆกรณีศาลจะทำการเปรียบเทียบการกระทำที่ถูกฟ้องร้องกับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับประมวลจริยธรรม (Code of Practice) หรือแนวทางเวชปฏิบัติ (CPG หรือ Guideline) แต่หากไม่มีกฎเกณฑ์หรือแนวทางที่เป็นลายลักษณ์อักษรเหล่านี้ ศาลก็จะเปรียบเทียบการกระทำที่ถูกฟ้องร้องกับ Medical Lex Artis ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ต่างๆเกี่ยวกับเทคนิคทางการแพทย์ที่ได้รับการอนุมัติรับรองจากกลุ่ม องค์การทางการแพทย์นั้นๆที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร จะเห็นได้ว่า CPG ซึ่งเป็นแนวทางที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ถูกนำมาใช้เปรียบเทียบเพื่อพิจารณาว่าการกระทำที่ถูกกล่าวหาเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่ ดังนั้นตามกฎหมายสเปนการใช้ CPG เป็นแนวทางทางการแพทย์นี้จึงมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาว่าแพทย์ได้กระทำความผิดอาญาโดยประมาทหรือไม่ กฎเกณฑ์หรือแนวทางที่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้ทำให้สามารถระบุมาตรฐานทางการแพทย์ในกรณีหรือสถานการณ์เฉพาะต่างๆได้ซึ่งทำให้ลดโอกาสที่แพทย์จะถูกดำเนินคดีได้มากขึ้นขณะเดียวกันก็ทำให้ Lex Artis มีคุณค่าอย่างมากในการใช้เป็นสิ่งบ่งบอกระดับของความระมัดระวังที่แพทย์ต้องใช้

⁷⁰ C. Foster, "Will Clinical Guideline Replace Judge?" *Medicine and Law*, December 2006. available from www.westlaw.com, p. 588

⁷¹ *Ibid*, p. 590

อาจสรุปได้ว่าการทำตาม CPG นี้ เป็นข้อสันนิษฐานว่าแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังตามหน้าที่อย่างเหมาะสมแล้ว⁷²

นอกจากนี้การที่มีนักกฎหมายรับรู้ถึงความมีอยู่และความสำคัญของ CPG มากขึ้นทำให้บทบาทของ CPG ในการต่อสู้คดีเกี่ยวกับทฤษฎีปฏิบัติของแพทย์ทวีความสำคัญมากขึ้นไปด้วย อย่างไรก็ตามมีปัญหาว่าจะใช้ CPG มาตัดสินว่าแพทย์กระทำโดยประมาทหรือไม่แทนคำตัดสินและดุลยพินิจของศาลได้หรือไม่ ในเรื่องนี้มีข้อสังเกตว่าแม้ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์หรือองค์กรทางการแพทย์จะพยายามออก CPG หรือแนวทางเวชปฏิบัติให้ครอบคลุมจนแทบไม่เหลือช่องว่างไว้ให้แพทย์ทำการตัดสินใจทางการแพทย์ (Clinical Judgment) โดยใช้ดุลยพินิจตนได้มากนักก็ตาม แต่ในการวินิจฉัยความรับผิดโดยประมาทของแพทย์ก็ไม่สามารถใช้ CPG เป็นแนวทางแทนดุลยพินิจของศาลได้ทั้งหมด เนื่องจากสาเหตุดังต่อไปนี้⁷³

(1) การตัดสินใจทางการแพทย์เกี่ยวกับการรักษา (Clinical Judgment) ไม่สามารถถูกเพิกถอนได้เด็ดขาดโดยแนวทางเวชปฏิบัติหรือ CPG บางกรณีอาจจะมีเหตุผลพิเศษที่แพทย์สามารถอ้างได้ในการที่ทำการตัดสินใจทางการแพทย์รักษาผู้ป่วยโดยมิได้ทำตาม CPG ในขณะเดียวกัน การปฏิบัติตาม CPG โดยไม่พิจารณาให้รอบคอบอาจแสดงถึงความไม่รับผิดชอบของแพทย์ได้

(2) มีคำถามเกิดขึ้นเสมอว่าแนวทางเวชปฏิบัติหรือ CPG นั้นสามารถวางแนวทางไว้ครอบคลุมทุกสถานการณ์ที่แพทย์ต้องทำการวินิจฉัยและรักษาผู้ป่วยหรือไม่

(3) นอกจากนี้ยังมีคำถามเกิดขึ้นเสมอว่าแนวทางเวชปฏิบัติหรือ CPG นั้นวางแนวทางที่น่าเชื่อถือและเหมาะสมทุกกรณีหรือไม่ ปัญหานี้สามารถเห็นได้ชัดเจนเมื่อ CPG สำหรับการแพทย์ในระดับท้องถิ่นนั้นถูกร่างขึ้นโดยวางแนวทางเช่นเดียวกับ CPG ในระดับประเทศหรือระดับระหว่างประเทศ แม้องค์กรที่ออก CPG (เช่น NHS หรือ National Health Service ของอังกฤษ) จะรับรองว่า CPG ดังกล่าวเป็นแนวปฏิบัติที่ดีที่สุด (Best Practice) ศาลก็ยังคงพิจารณาว่า CPG ดังกล่าวถูกต้องเหมาะสมหรือไม่ในการจะนำมาใช้พิจารณาคดี และในบางกรณีอาจต้องพิจารณาว่า CPG ดังกล่าวมีข้อที่ผิดอย่างเห็นได้ชัดหรือไม่สมเหตุสมผลหรือไม่ที่จะนำมาใช้พิจารณาคดีประมาทเงินเล่าในการรักษาผู้ป่วยในการประกอบวิชาชีพแพทย์ในกระบวนการพิจารณาของศาล

⁷² Virgilio Rodríguez-Vázquez, *supra* note 58, pp. 420-421

⁷³ C. Foster, *supra* note 70, p. 591

(4) ยังมีข้อถกเถียงว่าบางกรณีคดีประมาทเดินเลื้อยในทางการแพทย์มีเกี่ยวข้องกับการละเมิดต่อหน้าที่ที่จะต้องให้ความระมัดระวัง (Breach of Duty) ซึ่งเป็นการถกเถียงในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลว่าแม้จะมีการละเมิดต่อหน้าที่ก็ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ป่วย จึงไม่ต้องนำ CPG มาพิจารณาในกรณีดังกล่าว

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในต่างประเทศมีการใช้ CPG ประกอบการพิจารณาว่าแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานหรือไม่ หากทำตามมาตรฐานใน CPG ในการตรวจ วินิจฉัย และรักษาโรคแล้วก็อาจสันนิษฐานได้ว่าแพทย์ผู้นั้นได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานแล้ว จึงไม่ต้องรับผิดชอบประมาททั้งในทางอาญาและทางแพ่ง อย่างไรก็ตาม บางกรณีการไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานใน CPG อาจเกิดขึ้นเพราะหลายปัจจัย เช่น การมีเครื่องมือทางการแพทย์ไม่เพียงพอโดยมิใช่ความผิดของแพทย์ก็ได้ บางกรณีจึงไม่สามารถจะทำตามแนวปฏิบัติตาม CPG ได้ หรือบางกรณี CPG ก็อาจไม่สามารถนำมาปรับใช้กับการดูแลรักษาผู้ป่วยได้อย่างเหมาะสม ทั้งนี้ CPG เป็นเพียงแนวทางที่ควรปฏิบัติเท่านั้น จะนำมาใช้เป็นการกำหนดมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์มิได้ การที่แพทย์ไม่ปฏิบัติตาม CPG จะถือว่าแพทย์ผู้นั้นได้กระทำการโดยประมาทเสมอไปมิได้ แต่จะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป เช่นผู้ป่วยที่มีโรคประจำตัวอยู่และการใช้ยาที่กำหนดใน CPG อาจมีผลข้างเคียงกับผู้ป่วย แพทย์ก็จำเป็นต้องเลี่ยงไปใช้ยาอื่นที่ต่างไปจาก CPG แทน