

## บทที่ 4

ความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทและมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ตาม  
กฎหมายไทย

### 1. ความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพ

กฎหมายอาญาของไทยไม่ได้บัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ไว้โดยเฉพาะ หลักเกณฑ์ที่จะต้องใช้พิจารณาการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในทางอาญาจึงต้องให้หลักความรับผิดชอบทางประมาทเช่นเดียวกับการกระทำ ความผิดโดยประมาทของบุคคลทั่วไป หรือของผู้ประกอบวิชาชีพอื่น ซึ่งหลักเกณฑ์ที่นำมาปรับใช้กับการกระทำความผิดของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพนั้น สามารถพิจารณาได้ดังนี้

#### 1.1 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กับกรพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์

กฎหมายไทยให้ความหมายของคำว่าประมาทไว้ครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งปัจจุบันได้ถูกยกเลิกและแทนที่โดยประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบันไปแล้ว เมื่อปี พ.ศ. 2500 โดยมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 43 วรรค 3 ดังนี้

“ที่ว่ากรกระทำโดยประมาทนั้น ท่านอธิบายว่า บุคคลกระทำโดยมิได้ตั้งใจแต่กระทำ โดยอาการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้คือ

- (1) กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชนก็ดี
  - (2) ผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์ในกิจการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่นเป็นหมอหรือเป็นช่าง เป็นต้น ละเลยการอันควรต้องทำให้ดีในทางศิลปศาสตร์นั้นเสียก็ดี
  - (3) ทำฝ่าฝืนกฎหมาย ข้อบังคับหรือคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี
- เหล่านี้ถึงกระทำโดยมิได้ตั้งใจ ท่านก็ว่ากระทำโดยฐานประมาท”

หลักเกณฑ์ดังกล่าวคล้ายคลึงกับหลักการกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งได้กล่าวมาแล้วใน บทที่ 2 โดยตามกฎหมายลักษณะอาญานั้น จะเป็นการกระทำโดยประมาทในทางอาญาได้ การกระทำดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการกระทำโดยเจตนา ดังที่กล่าวไว้ในถ้อยคำของตัวบทว่ากระทำโดยมิตั้งใจและต้องเป็นการกระทำอันปราศจากความระมัดระวังตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตาม (1) – (3)<sup>1</sup>

จากกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 43 ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กรณีตาม (1) เป็นการใช้มาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนเข้ามาพิจารณา และกรณีตาม (2) เป็นกรณีที่ผู้กระทำเป็นผู้หาเลี้ยงชีพโดยศิลปศาสตร์หรือที่เรียกว่า “Profession” ซึ่งอาจเป็นผู้ประกอบอาชีพศิลปศาสตร์ เช่น เป็นหมอ หรือเป็นช่าง หรือเป็นผู้ที่ประกอบอาชีพที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถหรือความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษ<sup>2</sup> ดังนั้นกรณีดังกล่าวก็ย่อมกินความรวมผู้ประกอบวิชาชีพแพทยด้วย ซึ่งกรณีที่ผู้กระทำเป็นผู้ประกอบวิชาชีพแพทย มาตรฐานความระมัดระวังก็ต้องใช้อย่างแพทย เพราะเมื่อตนประกอบวิชาชีพก็ต้องใช้ความรู้ความสามารถตามมาตรฐานของผู้มีวิชาชีพนั้นๆ โดยกรณีตาม มาตรา 43 (2) มี 2 กรณีคือ ไม่มีความรู้ในวิชาชีพนั้น เช่นไม่เป็นแพทย์แต่มาประกอบวิชาชีพ แพทย์กรณีหนึ่งกับเป็นแพทย์ แต่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานวิชาชีพแพทยอย่างที่ แพทย์ธรรมดาจะพึงใช้ อีกกรณีหนึ่ง<sup>3</sup> ส่วนกรณีตาม (3) การกระทำนั้นจะต้องเป็นการฝ่าฝืนระดับความระมัดระวังที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย อย่างไรก็ตาม นอกจากฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งมุ่งคุ้มครองให้บุคคลพ้นจากภัยอันตรายแล้ว ต้องปรากฏด้วยว่าภัยอันตรายนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากการที่ผู้กระทำฝ่าฝืน และต้องปรากฏว่าการฝ่าฝืนนั้นเป็นเหตุให้เกิดผลร้ายที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะป้องกัน ผู้กระทำนั้น จึงจะมีความผิดฐานกระทำโดยประมาทในทางอาญา<sup>4</sup> จะเห็นได้ว่าหลักการกระทำโดยประมาทใน ตัวบทของกฎหมายลักษณะอาญานั้นระบุเรื่องผู้หาเลี้ยงชีพในทางศิลปศาสตร์ไว้อย่างชัดเจน โดยระบุแพทย์เป็นตัวอย่างของผู้หาเลี้ยงชีพในทางศิลปะด้วย จึงมีการระบุไว้ชัดเจนว่าในการประกอบ วิชาชีพแพทย แพทย์จะต้องรักษามาตรฐานความระมัดระวังอย่างที่แพทย์ผู้มีวิชาชีพพึงรักษา

<sup>1</sup> ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, “มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 61-62

<sup>2</sup> เฟิงอ๋าง, น. 63-64

<sup>3</sup> หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 6. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 141

<sup>4</sup> เฟิงอ๋าง, น. 142

จากหลักการดังกล่าวมาแล้วข้างต้น อาจแบ่งมาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมาย ลักษณะอาญามี 2 กรณีคือตาม มาตรา 43 วรรค 3 (1) สำหรับบุคคลธรรมดา ใช้ความระมัดระวัง ตามวิสัยของปกติชนซึ่งเป็นมาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลทั่วไปเพื่อพิจารณาว่าผู้กระทำใช้ ความระมัดระวังต่ำกว่าหรือไม่ และตาม (2) สำหรับแพทย์หรือผู้มีวิชาชีพ ต้องใช้ความระมัดระวัง ตามมาตรฐานของวิชาชีพแพทย์หรือตามมาตรฐานวิชาชีพอื่น<sup>5</sup> ซึ่งย่อมสูงกว่าบุคคลทั่วไป ส่วน กรณีตาม (3) เป็นกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งมีขึ้นเพื่อป้องกันภัยอันตรายแก่ผู้อื่น ข้อบังคับหรือ คำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายเป็นเรื่องสันนิษฐานว่าหากมีการฝ่าฝืนแล้ว ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำโดย ประมาท<sup>6</sup>

สรุปได้ว่ากฎหมายลักษณะอาญากำหนดมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ไว้ ชัดเจนในฐานะที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพโดยบัญญัติแยกไว้ต่างหากอย่างชัดเจนใน มาตรา 43 วรรค 3 (2) ว่าต้องใช้ความระมัดระวังตามวิชาชีพตน

## 1.2 ประมวลกฎหมายอาญากับการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของ แพทย์

สำหรับความรับผิดชอบทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันบัญญัติ หลักการสำคัญที่ใช้วินิจฉัยการกระทำความผิดโดยประมาทอยู่ใน มาตรา 59 แห่งประมวล กฎหมายอาญาว่า

“บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดย ประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่ กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

การกระทำโดยเจตนา ได้แก่การกระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และในขณะเดียวกัน ผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำ ประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

<sup>5</sup> ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, อ้างแล้ว เชนงรรถที่ 1, น. 119-123

<sup>6</sup> เเพ็งอ้าง, น. 66-67

การกระทำโดยประมาท ได้แก่การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่

การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”

ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทนั้นปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 4 ซึ่งบัญญัติว่า

“การกระทำโดยประมาท ได้แก่การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่”

หลักเกณฑ์การกระทำโดยประมาททั่วไปซึ่งได้กล่าวไว้แล้วใน บทที่ 2 ว่า ประมาทนั้นเป็นการกระทำโดยไม่เจตนา เป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ซึ่งพิจารณาว่าผู้กระทำควรมีความระมัดระวังเพียงใด โดยพิจารณาจาก “ภาวะเช่นนั้น” ซึ่งหมายความว่า ในขณะที่กระทำการเช่นนั้น เช่นขณะชนวัตถุอันตราย ขณะขับรถไปตามถนน เป็นต้น และพิจารณาจาก “วิสัย” ซึ่งหมายถึง สภาพภายในตัวผู้กระทำ ซึ่งเกี่ยวข้องกับอายุ เพศ ความเป็นผู้มีวิชาชีพ นอกจาก “วิสัย” แล้วยังต้องพิจารณาจาก “พฤติการณ์” ซึ่งหมายความว่า เหตุภายนอกตัวผู้กระทำ เช่นในการขับรถก็จะเป็นเรื่องสภาพถนน เป็นต้นเมื่อพิจารณาว่าบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์เพียงใดแล้ว ย่อมต้องพิจารณาต่อไปว่า ผู้กระทำใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่มิได้ใช้เพียงพอหรือไม่ หากมิได้ใช้เพียงพอ ย่อมถือว่าผู้กระทำ กระทำการโดยประมาท โดยหลักการสำคัญประการสุดท้ายก็คือจะเป็นความผิดทางอาญาได้ การกระทำนั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาทด้วย

หลักการต่างๆเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทที่กล่าวมานั้นย่อมนำมาใช้กับการกระทำความผิดโดยประมาทในการประกอบวิชาชีพของแพทย์ด้วย โดยมีข้อแตกต่างประการสำคัญก็คือมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์นั้นย่อมต้องสูงกว่าบุคคลทั่วไปที่มีใช้แพทย์ โดยจะต้องนำหลักความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์มาปรับใช้กับการกระทำของแพทย์ในการดูแลรักษาผู้ป่วย ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไปในส่วนเกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์

ฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับแพทย์ที่ก่อความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายของผู้ป่วยในการประกอบวิชาชีพเนื่องจากการกระทำโดยประมาทแล้วมีความผิดทาง

อาญาได้หลายฐาน เช่น หากกระทำการรักษาผู้ป่วยโดยประมาท เป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย ผู้กระทำย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291<sup>7</sup> หากความประมาทนั้นทำให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายสาหัสก็มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 300<sup>8</sup> ซึ่งความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวถือเป็นความผิดร้ายแรงและเป็นความผิดอันยอมความมิได้ ส่วนกรณีประมาทเดินเลื่อเป็นเหตุให้ผู้อื่นบาดเจ็บนั้นถือเป็นเพียงความผิดลหุโทษตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 390<sup>9</sup>

### 1.3 ข้อสังเกตเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์

1) ในเรื่องกระทำความผิดอาญาโดยประมาทของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพนั้น จะเห็นได้ว่าความผิดดังกล่าว เช่นความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 291 และมาตรา 300 เป็นความผิดที่ไม่เจาะจงผู้กระทำความผิด เนื่องจากมิได้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำไว้โดยเฉพาะแต่อย่างใด<sup>10</sup> ดังนั้นความผิดทางอาญาของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพจึงขึ้นอยู่กับ การกระทำของแพทย์ มิได้ขึ้นอยู่กับคุณสมบัติของผู้กระทำว่าผู้กระทำต้องเป็นแพทย์ จึงแตกต่าง จากความผิดที่กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำไว้ เช่นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตาม ประมวลกฎหมายอาญาของไทย

2) จากการพิจารณาการแบ่งแยกกฎหมายอาญาออกเป็นกฎหมายอาญابนพื้นฐาน ของการกระทำและกฎหมายอาญابนพื้นฐานของผู้กระทำที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น<sup>11</sup> จะเห็นได้ว่า

<sup>7</sup> มาตรา 291 ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุ ให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกิน สองหมื่นบาท

<sup>8</sup> มาตรา 300 ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ ผู้อื่นรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

<sup>9</sup> มาตรา 390 ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุ ให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน หนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

<sup>10</sup> คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 124

<sup>11</sup> เพิ่งอ้าง, น. 39-40

ความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพเป็นความรับผิดชอบอันมีพื้นฐานมาจากการกระทำเช่นเดียวกับหลักการของกฎหมายอาญาส่วนใหญ่ เนื่องจากความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการพิจารณาความน่าตำหนิของการกระทำโดยประมาทของแพทย์และเป็นการลงโทษความชั่วหรือความน่าตำหนิของการกระทำ มิใช่การพิจารณาจากพฤติกรรมหรือการดำเนินชีวิตของแพทย์อันเป็นความรับผิดชอบอันมีพื้นฐานมาจากผู้กระทำ

3) นอกจากนี้จากความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาท มีข้อพิจารณาว่าในเรื่องระดับของความประมาทเล็กน้อยตามตามกฎหมายอาญาของไทยนั้นไม่มีการแยกระดับของความประมาทออกเป็นความประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรงและความประมาทเล็กน้อยธรรมดาอย่างชัดเจน แม้ในคำอธิบายทางตำราสามารถแยกพิจารณาการกระทำโดยประมาทเป็นประมาทโดยรู้ตัวและประมาทโดยไม่รู้ตัวดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ก็ตาม

จากแนวคิดดังกล่าวนำไปสู่ข้อสังเกตอีกประการคือตามกฎหมายไทยเป็นเช่นเดียวกับประเทศซีวิลลอว์อื่นเช่นประเทศเยอรมันคือไม่มีความแตกต่างระหว่างความประมาทเล็กน้อยทางแพ่งและทางอาญาต่างจากประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ที่การกระทำโดยประมาททางอาญาจะต้องร้ายแรงกว่าการกระทำโดยประมาทในทางแพ่ง เพราะตามกฎหมายไทยในเรื่องละเมิดนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ให้คำนิยามความประมาทอันเป็นละเมิดในทางแพ่งไว้โดยเฉพาะ จึงมีการอธิบายโดยอิงจากความหมายของความประมาทเล็กน้อยตามกฎหมายอาญา<sup>12</sup> ทำให้แนวคิดที่ว่ากระทำโดยประมาททางอาญาต้องเป็นการกระทำประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรงจึงไม่มีหลักกฎหมายสนับสนุน แม้ในทางแพ่งอาจมีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งระบุนความระมัดระวังแตกต่างกันไป แต่กรณีประมาทเล็กน้อยโดยทั่วไปในทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ก็ใช้หลักการเช่นเดียวกับความประมาทเล็กน้อยในทางอาญา ข้อแตกต่างน่าจะอยู่ที่ว่าประมาทในทางอาญานั้นเฉพาะประมาทในบางเรื่องเท่านั้นที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ โดยเห็นว่าเป็นเรื่องร้ายแรงที่จะถือเป็นความผิดอาญา<sup>13</sup> เช่น การประมาทเล็กน้อยทำให้ทรัพย์สินผู้อื่นเสียหายไม่เป็นความผิดอาญา แต่เป็นละเมิดในทางแพ่ง ซึ่งถ้าในการ

<sup>12</sup> สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 6. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2550), น. 17-18

<sup>13</sup> จิตติ ดิงศรัทีย, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10. (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), น. 278-280

ประกอบวิชาชีพแพทย์ แพทย์กระทำละเมิดทำให้ทรัพย์สินผู้ป่วยเสียหายโดยประมาท แพทย์ผู้นั้น จะมีแต่ความรับผิดทางละเมิดเท่านั้น ข้อแตกต่างอีกประการคือเรื่องภาระการพิสูจน์ซึ่งในคดีอาญามาตรฐานการพิสูจน์จะใช้การพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยอันควร (Prove beyond reasonable doubts) ขณะที่ในคดีแพ่งจะใช้การซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐาน

ดังนั้นในการกระทำความผิดอาญา ไม่ว่าจะ เป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือประมาทเลินเล่อธรรมดา ก็ถือว่าผู้กระทำมีความผิดทางอาญาเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามมีการแยกประเภทของความประมาทโดยพิจารณาจากระดับของความประมาทเลินเล่อตามกฎหมายไทยซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายแพ่ง คือใน พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งมีหลักการสำคัญ คือหากเป็นการละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่แล้ว ผู้เสียหายจะสามารถฟ้องร้องได้แต่หน่วยงานของรัฐเท่านั้น จะฟ้องตัวเจ้าหน้าที่ไม่ได้ ตามบทบัญญัติในมาตรา 5 ของกฎหมายดังกล่าวซึ่งเป็นการยกเว้นหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยไม่ให้ผู้เสียหายฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ทำละเมิดให้ต้องรับผิด แต่หากว่ามีใช้การทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่แล้ว มาตรา 6 ก็ระบุว่ากรณีนี้ ผู้เสียหายต้องฟ้องเจ้าหน้าที่เป็นการเฉพาะตัว จะฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่สังกัดอยู่ไม่ได้ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องชดเชยค่าเสียหายในการละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ไปแล้วนั้น มีมาตรา 8 ระบุว่าจะมาไล่เบี้ยเอาแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง<sup>14</sup>

ดังนั้นในกรณีบุคลากรทางสาธารณสุขของหน่วยงานรัฐทุกประเภท รวมทั้งแพทย์ด้วย ทำละเมิดเนื่องจากบุคลากรเหล่านี้ปฏิบัติหน้าที่ในราชการก็จะต้องได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยผู้เสียหายจะฟ้องแพทย์หรือบุคลากรทางสาธารณสุขของหน่วยงานรัฐมิได้ ต้องฟ้องหน่วยงานรัฐแทน และแพทย์หรือบุคลากรดังกล่าวจะต้องรับผิดโดยอาจถูกไล่เบี้ยโดยหน่วยงานของรัฐได้ ก็ต่อเมื่อตนกระทำการละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น

มีปัญหาว่าความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ควรเป็นเช่นไร ในเรื่องนี้เคยมีข้อหาหรือและความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นแนวทางไว้ดังนี้

<sup>14</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, กฎหมายและข้อควรระวังของแพทย์ พยาบาล, พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 32-36

การพิจารณาว่าอย่างไรเป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินการตามกฎหมายและระเบียบทุกคน จนถึงคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์หรือศาล ส่วนอย่างไรเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป ซึ่งความประมาทเลินเล่อนั้นเป็นการกระทำมิใช่โดยเจตนาประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล แต่เป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำเป็นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ส่วนความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นจะมีลักษณะไปในทางที่บุคคลนั้นได้กระทำไปโดยขาดความระมัดระวังที่เบี่ยงเบนไปจากเกณฑ์มาตรฐานอย่างมาก เช่น คาดเห็นได้ว่าความเสียหายอาจเกิดขึ้นได้หรือหากใช้ความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยก็คงคาดเห็นได้ว่าอาจเกิดความเสียหายเช่นนั้น<sup>15</sup>

จากแนวทางดังกล่าว จะเห็นได้ว่าความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยามความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงและมาตรฐานความระมัดระวังของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไปในแนวทางเดียวกับกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ถือเป็นการกรณีที่แยกความประมาทเลินเล่อออกเป็นสองระดับ คือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงและความประมาทเลินเล่อธรรมดา ต่างจากกฎหมายอาญาที่ไม่มีตัวบทกฎหมายแยกระดับของความประมาทเลินเล่อไว้ มีแต่การแยกระดับของความประมาทเลินเล่อทางอาญาจากคำอธิบายในทางตำราดังที่กล่าวมาแล้ว

4) นอกจากนี้แม้บางครั้งแพทย์จะกระทำโดยประมาท โดยมีได้ใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพอย่างเพียงพอก็อาจไม่มีความผิดทางอาญาได้ หากว่าความประมาทนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วย เนื่องจากในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของแพทย์ในการกระทำโดยประมาท นอกจากจะวินิจฉัยว่าแพทย์กระทำโดยประมาทหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาด้วยว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำโดยประมาทของแพทย์กับผลเสียหายต่อผู้ป่วยหรือไม่ เพราะหากขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแล้ว แพทย์ก็ไม่ต้องมีความรับผิดทางอาญาไม่ว่าแพทย์จะกระทำโดยประมาทหรือไม่ เนื่องจากความเสียหายต่อ

---

<sup>15</sup> โปรดดู หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุดที่ นร 0601/087 ลงวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2540

ชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วยนั้นไม่ได้เกิดจากการกระทำของแพทย์<sup>16</sup> แม้จะมีผู้อื่นกระทำให้เกิดผลด้วย แต่ไม่ถึงกับเป็นการตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ก็ยังถือว่าแพทย์กระทำโดยประมาทอยู่ แม้บุคคลอื่นเช่นแพทย์หรือพยาบาลที่ร่วมในการดูแลรักษาผู้ป่วยเช่นร่วมในการผ่าตัดด้วย จะมีส่วนประมาทมากหรือน้อยก็ตาม ก็ถือว่าบุคคลทั้งหมดมีความผิดฐานประมาท นอกจากนี้แม้ผู้ป่วยมีส่วนประมาทด้วย แม้จะประมาทมากกว่าแพทย์ก็ไม่ลบล้างการกระทำโดยประมาทของแพทย์ไปได้<sup>17</sup> ดังนั้นแม้แพทย์จะกระทำการรักษาผู้ป่วยโดยประมาท แต่หากการกระทำดังกล่าวมิได้ก่อผลเสียต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วย แต่ความเสียหายต่อผู้ป่วยนั้นเกิดจากเหตุแทรกซ้อน แพทย์ก็ย่อมไม่มีความรับผิดทางอาญาในความเสียหายต่อผู้ป่วยในกรณีดังกล่าว เพราะขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation)

---

<sup>16</sup> กรณีการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนี้มีความเห็นของนักวิชาการแบ่งออกเป็น 2 ความเห็น ความเห็นแรกเช่นความเห็นของ ศ. ดร. คณิต ฒ นคร เห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเป็นองค์ประกอบภายนอกของการกระทำผิด ดังนั้นหากขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแล้วก็ไม่ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำกระทำโดยเจตนาหรือประมาทซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในหรือไม่อีก เพราะถือว่าผู้กระทำไม่มีความผิดเพราะขาดองค์ประกอบภายนอกโดยไม่ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำกระทำโดยประมาทหรือไม่ รายละเอียดโปรดดู คณิต ฒ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 10, น. 124

ความเห็นอีกความเห็นหนึ่งเช่นความเห็นของ รศ. ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลอยู่ในโครงสร้างข้อ 1.4 มิได้อยู่ในองค์ประกอบภายนอกอันเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างความรับผิดทางอาญาข้อ 1.2 ดังเช่นความเห็นแรก ดังนั้นการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจะต้องพิจารณาองค์ประกอบภายในในโครงสร้างข้อ 1.2 และองค์ประกอบภายในในโครงสร้างข้อ 1.3 มาแล้ว ดังนั้นจะต้องพิจารณาก่อนว่าผู้กระทำกระทำโดยประมาทหรือไม่ หากไม่ได้เจตนาหรือประมาทก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลอีก เพราะผู้กระทำไม่ต้องรับผิดเนื่องจากขาดเจตนาหรือไม่ประมาทมาตั้งแต่ต้น รายละเอียดโปรดดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 9. (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการพิมพ์, 2549), น. 300-301

<sup>17</sup> จิตติ ติงศภัทย์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 13, น. 281

## 2. มาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ในการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญา

### 2.1 ความระมัดระวังตาม “วิสัย” และ “พฤติการณ์” ของแพทย์

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งจากหลักเกณฑ์การกระทำโดยประมาทที่กล่าวมา การจะพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลใดเป็นการกระทำโดยประมาทจะต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นได้ใช้ความระมัดระวังต่ำกว่าความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์หรือไม่ กล่าวคือพิจารณาว่าหากบุคคลอื่นอยู่ในภาวะเช่นเดียวกันจะต้องมีความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์อย่างไรแล้ว หากผู้กระทำไม่ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้น หรือใช้แต่ไม่เพียงพอเช่นบุคคลอื่น การกระทำนั้นก็ถือเป็นการกระทำโดยประมาท

ในส่วนของมาตรฐานความระมัดระวัง ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 4 บัญญัติไว้ว่าเป็น “ความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่” โดยมีได้บัญญัติไว้ว่าความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์เป็นอย่างไร จึงต้องพิจารณาจากคำอธิบายในทางตำราประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาล

#### 1) ความระมัดระวังตามวิสัย

ในทางตำรามีคำอธิบายหลากหลาย เช่น ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภักดิ์<sup>18</sup> ให้ความหมายว่า วิสัยคือ ลักษณะที่เป็นอยู่ของบุคคลผู้กระทำ บางทีก็เรียกว่าสภาพภายในตัวของผู้กระทำ<sup>18</sup>

ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายโดยแยกความระมัดระวังตามวิสัยออกเป็นวิสัยของบุคคลธรรมดาและวิสัยของผู้มีวิชาชีพดังนี้<sup>19</sup>

ก. วิสัยของคนธรรมดา ซึ่งจะต้องแยกพิจารณาตาม อายุ เพศ การศึกษาอบรม ความชัดเจนแห่งชีวิตและปัจจัยอื่นๆเท่าเทียมกับผู้กระทำทุกประการเป็นเครื่องวัด ในการที่จะวินิจฉัยว่าผู้กระทำใช้ความระมัดระวังที่เหมาะสมหรือไม่ การกระทำอันเดียวกันอาจเป็นประมาทสำหรับ

<sup>18</sup> เพิ่งอ้าง, น. 263

<sup>19</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 19. (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 68

บุคคลหนึ่งแต่ไม่เป็นประมาทสำหรับอีกบุคคลก็ได้ เนื่องจากว่ามีวิสัยของบุคคลอีกคนที่จะต้อง  
ใช้ความระมัดระวังนั้น

ข. วิสัยของบุคคลผู้มีวิชาชีพ ซึ่งเป็นกรณีที่น่ามาปรับใช้กับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์  
หรือวิชาชีพอื่นเช่นเป็น นายช่าง จะต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยที่บุคคลในวิชาชีพนั้นๆพึงมีพึง  
ใช้โดยปกติ ทั้งนี้ต้องพิจารณาว่าปกติผู้มิวิชาชีพเช่นนั้นควรใช้ความระมัดระวังเพียงใด

เหตุที่นำวิสัยมาพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลก็เนื่องจาก ในบุคคลแต่  
ละคนย่อมมีวิสัยต่างกัน เด็กย่อมสามารถใช้ความระมัดระวังได้น้อยกว่าผู้ใหญ่ บุคคลผู้มีวิชาชีพ  
ซึ่งมีความชำนาญเฉพาะก็สามารถใช้ความระมัดระวังได้มากกว่าบุคคลทั่วไป คนพิการหรือตา  
มองเห็นไม่ชัดก็ย่อมใช้ความระมัดระวังอย่างบุคคลทั่วไปไม่ได้ ดังนั้นจึงต้องนำปัจจัยเหล่านี้มา  
พิจารณามาตรฐานความระมัดระวังด้วย จะกำหนดให้บุคคลทุกคนมีมาตรฐานความระมัดระวัง  
เท่ากันหมดย่อมจะไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่าเด็กหรือคนพิการจะกระทำ  
ประมาทมิได้ หากปรากฏว่าไปฝ่าฝืนกระทำการใดที่ปกติเด็กที่มีอายุเท่ากันหรือคนพิการใน  
ลักษณะเดียวกันไม่กระทำแล้ว การกระทำนั้นก็เป็นกรกระทำโดยประมาทได้ เช่น ในกรณีที่รู้อยู่  
ว่าตนเมาแต่ไปฝ่าฝืนขับรถก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทจะมาอ้างว่าใช้ความระมัดระวังตาม  
วิสัยของคนเมามิได้ แต่ถ้าถูกผู้อื่นหลอกให้เสพของมีนเมาเข้าไปแล้วเข้าใจว่าตนไม่ได้เมาอาจถือ  
ไม่ได้ว่าการที่ตนไปขับรถเป็นการกระทำโดยประมาท<sup>20</sup> ในกรณีผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ก็เช่นกัน  
หากตนไม่อยู่ในสภาพที่พร้อมจะผ่าตัด เช่นอยู่ในอาการมีนเมา เจ็บตาจนทำให้ใช้สายตาได้ไม่ดี  
พอ แล้วยังฝ่าฝืนทำการผ่าตัดทั้งที่ปกติแพทย์ที่มีวิสัยเช่นเดียวกับจำเลยจะไม่กระทำ จะมาอ้างว่า  
ตนใช้ความระมัดระวังตามวิสัยแล้วมิได้ ทั้งนี้เนื่องจากแพทย์ในวิสัยเดียวกันจะไม่เข้าไปกระทำการ  
ดังกล่าว ความประมาทของแพทย์เริ่มตั้งแต่ที่ตนฝ่าฝืนเข้าไปกระทำการผ่าตัดทั้งที่ตนไม่พร้อมแล้ว

กรณีผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ ในการพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังจะใช้เกณฑ์  
วิสัยเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาได้ เพราะผู้ประกอบวิชาชีพต่างๆเช่น แพทย์ วิศวกร หรือนัก  
กฎหมายนั้น ถือเป็นบุคคลที่เข้าไปประกอบกิจการที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเป็นพิเศษของการ  
ประกอบวิชาชีวดังกล่าวการแสดงให้เห็นให้ผู้อื่นเชื่อว่าตนมีความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษยิ่งกว่า

<sup>20</sup> จิตติ ติงศภัทย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13, น. 263-264

บุคคลธรรมดาซึ่งเหมาะสมกับกิจการเช่นนั้น ตนจึงต้องใช้ความระมัดระวังให้เหมาะสมกับกิจการที่ตนกระทำ<sup>21</sup> มาตรฐานความระมัดระวังตามวิสัยของผู้มีวิชาชีพแพทยจึงสูงกว่ากรณีทั่วไป

นอกจากนี้การรู้ข้อเท็จจริงบางอย่างในเวลากระทำก็อาจทำให้มาตรฐานความระมัดระวังเปลี่ยนไปได้<sup>22</sup> เช่นกรณีของแพทย์หากทราบว่าผู้ป่วยมีโรคประจำตัวหรือแพ้ยาอะไรก็จะต้องใช้ความระมัดระวังในการดูแลรักษาผู้ป่วยมากขึ้น ต้องระวังไม่ให้ยาที่ผู้ป่วยอาจแพ้ หรือถ้าผู้ป่วยมีอาการของโรคต่างๆที่อาจเป็นอันตรายเช่น เป็นลมชักบ่อยๆ ก็ต้องให้ความสนใจดูแลผู้ป่วยมากขึ้นกว่าปกติ หากไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวการกระทำของแพทย์ก็ไม่ใช่ประมาท อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นข้อเท็จจริงที่ควรรู้แต่ไม่รู้ทั้งที่แพทย์โดยปกติควรจะรู้<sup>23</sup> เช่นคนไข้มีประวัติแพ้ยามาก่อนในบันทึกประวัติคนไข้ แต่แพทย์มิได้ตรวจสอบให้ดีจึงไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าว ความไม่รู้ของแพทย์นี้ก็เป็นกรกระทำโดยประมาทได้

ในกรณีที่แพทย์มีความเชี่ยวชาญสูงกว่าแพทย์ปกติทั่วไป แพทย์ก็จะต้องใช้ความเชี่ยวชาญที่สูงกว่าแพทย์ในเกณฑ์เฉลี่ยด้วย ทั้งนี้เพราะความเชี่ยวชาญที่สูงกว่าแพทย์ทั่วไปนี้ถือเป็นวิสัยอย่างหนึ่ง แพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญสูงกว่าปกติก็ต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังตามวิสัยของแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญสูงในระดับเดียวกับตน

## 2) ความระมัดระวังตามพฤติการณ์

ในประมวลกฎหมายอาญามีได้ให้คำนิยามไว้จึงต้องศึกษาความหมายจากคำอธิบายในทางตำราประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาล

โดย ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์ได้ให้ความหมายของความระมัดระวังตามพฤติการณ์ว่าหมายถึงความระมัดระวังตามข้อเท็จจริงประกอบการกระทำ ซึ่งอาจเรียกว่าเหตุภายนอกตัวผู้กระทำ เช่น ในการขับรถ มีข้อเท็จจริงประกอบการกระทำคือสภาพรถ สภาพถนน แสงสว่าง ความพลุกพล่านของการจราจร เป็นต้น<sup>24</sup>

<sup>21</sup> อุทิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ, 2525), น. 78

<sup>22</sup> จิตติ ติงศภัทย์, อรรถกถา เชิงอรรถที่ 13, น. 263

<sup>23</sup> เพ็งอ้อ, น. 263-264

<sup>24</sup> เพ็งอ้อ, น. 266

ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายว่านอกจากบุคคลจะต้องมีความระมัดระวังตามวิสัยแล้ว บุคคลยังต้องมีความระมัดระวังตามพฤติกรรมด้วย เพราะภายใต้พฤติกรรมที่แตกต่างกัน บุคคลย่อมใช้ความระมัดระวังได้แตกต่างกัน<sup>25</sup>

ศ.ดร.อุทิศ แสนโกศล ได้อธิบายไว้ว่า การพิจารณาว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะใช้ความระมัดระวังตามควรหรือไม่นั้น ต้องคำนึงด้วยว่าความระมัดระวังของบุคคลย่อมมีมากน้อยแตกต่างกันไปตามแต่พฤติกรรม ในพฤติกรรมอย่างหนึ่งอาจต้องใช้ความระมัดระวังมากกว่าธรรมดา และในทางกลับกันพฤติกรรมอีกอย่างหนึ่งอาจไม่สามารถใช้ความระมัดระวังอย่างธรรมดาได้<sup>26</sup> เช่น คนที่กำลังวิ่งหนีอันตรายมาย่อมใช้ความระมัดระวังดังเช่นคนธรรมดาไม่ได้ เพราะพฤติกรรมเช่นนั้นย่อมไม่มีเวลาที่จะสังเกตหรือดูให้ดีก่อน

สำหรับบุคคลผู้มีวิชาชีพระฐานความระมัดระวังภายใต้พฤติกรรมที่ต่างกันก็ย่อมแตกต่างกัน เช่นแพทย์ที่ต้องดูแลรักษาผู้ป่วยจำนวนมากบนเครื่องบิน ในกรณีที่เกิดภัยทางอากาศ เมื่อแพทย์ผู้เดียวต้องดูแลผู้ป่วยจำนวนมากจะ让他ใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับแพทย์ในกรณีปกติมิได้<sup>27</sup> ในขณะที่เดียวกันภายใต้สถานการณ์ที่เครื่องมือทางการแพทย์มีจำกัด จะให้แพทย์ใช้ความระมัดระวังเท่ากับกรณีที่มีอุปกรณ์ทางการแพทย์ที่พร้อมและทันสมัยมิได้

อาจสรุปได้ว่า สำหรับคำว่าวิสัยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 4 นั้น หมายถึง ลักษณะที่เป็นอยู่ของผู้กระทำหรือสภาพภายในของผู้กระทำ โดยไม่รวมถึงสภาพจิตใจของผู้กระทำ ซึ่งได้แก่ อายุ เพศ การศึกษา ความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ การเป็นผู้มีวิชาชีพ เป็นต้น<sup>28</sup> ส่วนคำว่าพฤติกรรมนั้นอาจให้ความหมายได้ว่า ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบการกระทำซึ่งเป็นเหตุภายนอกตัวผู้กระทำ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นสภาพแวดล้อมที่มีอยู่ในขณะกระทำซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญที่จะต้องนำมาพิจารณาการใช้ความระมัดระวังของผู้กระทำ<sup>29</sup> ผู้กระทำจะมีความผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทได้ก็ต่อเมื่อกระทำต่ำกว่ามาตรฐานความระมัดระวังทั้งสองประการ คือทั้งความระมัดระวังตามวิสัยและความระมัดระวังตามพฤติกรรม

<sup>25</sup> หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, น. 68-69

<sup>26</sup> อุทิศ แสนโกศล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21, น. 81

<sup>27</sup> หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, น. 68-69

<sup>28</sup> ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 128-131

<sup>29</sup> เพิ่งอ้าง, น. 138-139

ในส่วนมาตรฐานความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์นี้ถือเป็นการใช้มาตรฐานความระมัดระวังในทางภาวะวิสัยมาพิจารณา<sup>30</sup> โดยในการพิจารณาจะต้องสมมุติบุคคลขึ้นมาเปรียบเทียบกับจำเลย โดยผู้ที่สมมุติขึ้นมาเปรียบเทียบกับนี้ไม่ใช่สมมุติขึ้นเป็นมาตรฐานทั่วไปในความหมายที่จะใช้กับทุกกรณี แต่สมมุติขึ้นตามภาวะที่อยู่ในวิสัยเดียวกับผู้กระทำและพฤติการณ์เดียวกับที่การกระทำเกิดขึ้นด้วย แล้วเปรียบเทียบกับบุคคลทั่วไปในภาวะเช่นนั้นว่าควรใช้ความระมัดระวังแค่ไหน<sup>31</sup> กรณีของแพทย์จึงต้องสมมุติแพทย์ที่อยู่ในภาวะวิสัยและพฤติการณ์เดียวกับจำเลยขึ้นมาเพื่อเปรียบเทียบความระมัดระวังว่าจำเลยใช้มาตรฐานต่ำกว่ามาตรฐานที่แพทย์โดยปกติควรใช้ในวิสัยและพฤติการณ์เดียวกันหรือไม่

นอกจากนี้ข้อสังเกตว่าหลักเรื่องมาตรฐานความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์นี้มีใช้มาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน เนื่องจากหลักการทั้งสองอาจมีความแตกต่างกันเนื่องจากบุคคลที่สมมุติขึ้นมาเพื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับจำเลยกระทำโดยประมาทหรือไม่ตามหลักการของประมวลกฎหมายอาญา ไม่ใช่วิญญูชนในกรณีทั่วไป แต่เป็นบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เดียวกับจำเลย<sup>32</sup>

มีข้อสังเกตต่อไปว่าถ้อยคำตามตัวบทในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 4 นั้นมีต่อไปว่า “ผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่” ซึ่งหมายความว่าหากผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ได้แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่ กรณีเช่นนี้ถือว่าผู้กระทำกระทำโดยประมาท มีปัญหาว่าการที่กฎหมายระบุถ้อยคำในส่วนนี้มีผลทางกฎหมายอย่างไร ซึ่งในเรื่องนี้มีความเห็นของนักกฎหมายแตกต่างกัน

ความเห็นแรก เห็นว่า ข้อความที่ว่า “ผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่” เป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของการกระทำโดยประมาท ซึ่งเป็นความเห็นของ ดร.หยุด แสงอุทัย<sup>33</sup> ซึ่งอธิบายไว้ว่าการขาดความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ผู้กระทำมีความรับผิดชอบทางอาญา จะต้องปรากฏว่าผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่มิได้ใช้เพียงพอ เนื่องจากกฎหมายอาญาจะลงโทษบุคคลก็ต่อเมื่อผู้กระทำสามารถกระทำดีกว่านั้นได้แต่ไม่กระทำ ถือว่าเป็นองค์ประกอบในการกระทำผิดโดยประมาท

<sup>30</sup> คณิต ฒ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 269

<sup>31</sup> จิตติ ติงศรัทีย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น. 262-263

<sup>32</sup> เฟิงอ้าง, น. 262

<sup>33</sup> หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น. 69-70

ตัวอย่างในกรณีของแพทย์เช่น แพทย์ต้องผ่าตัดกลางป่า ถ้าไม่ผ่าตัดคนไข้จะตายทันที แต่แพทย์ไม่มียาทำความสะอาดแผล จึงต้องทำการผ่าตัดไปทั้งที่ไม่มียาทำความสะอาด เช่นนี้เห็นได้ว่าแพทย์ไม่สามารถจะใช้ความระมัดระวังได้ จึงไม่ถือว่าการกระทำโดยประมาท

ความเห็นที่สอง เห็นว่า ข้อความดังกล่าวเป็นการแสดงให้เห็นถึง "ความชั่ว" ของการกระทำโดยประมาทนั้น มิใช่องค์ประกอบของการกระทำโดยประมาท ความไม่ถูกต้องไม่เป็นธรรมชาติของความผิดฐานต่างๆที่กระทำโดยประมาทนั้นอยู่ที่ว่าผู้กระทำความผิดได้ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายด้วยการฝ่าฝืนมาตรฐานความระมัดระวัง และในส่วนของความชั่วผู้กระทำความผิดต้องถูกตำหนิเพราะผู้กระทำความผิดสามารถใช้ความระมัดระวังได้แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่<sup>34</sup> ความชั่วของผู้กระทำโดยประมาทนั้นมีใช้อยู่ที่การเลือกกระทำโดยรู้ผิดชอบ แต่เป็นการละเลยไม่ใช้ความสามารถที่ตนมีอยู่ในการรับรู้ความเสี่ยงซึ่งบุคคลนั้นกำลังจะก่อให้เกิดขึ้นมากกว่า<sup>35</sup> นักกฎหมายที่มีความเห็นเช่นนี้ เช่น ศ.ดร. คณิต ณ นคร และ ศ. แสง บุญเฉลิมวิภาส ตัวอย่างกรณีนี้เช่น นาย ก. ต้องรีบขับรถไปช่วยชีวิตคนจึงขับฝ่าฝืนกฎจราจรวิ่งสวนทางถนนที่ระบุให้เดินรถทางเดียว นาย ก. รู้ว่าการกระทำของตนมีอันตรายก็ยิ่งฝ่าฝืนทำไป แม้จะครบองค์ประกอบแต่จะเห็นได้ว่ามิใช่เรื่องผู้กระทำสามารถใช้ความระมัดระวังได้แต่ไม่ใช้ หรือกรณีคนขับรถเจ้านายจ้างว่าเบรกรถไม่ดีแต่นายจ้างไม่ยอมซ่อม จะถือว่าคนขับรถประมาทมิได้ เพราะในสถานะของคนขับรถเมื่อจ้างให้นายจ้างทราบถือว่าได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอแล้ว หากรถไปเกิดอุบัติเหตุต้องถือว่านายจ้างเป็นผู้กระทำโดยประมาท ส่วนคนขับรถไม่ประมาทเพราะไม่อาจฝืนใจให้คนขับรถลาออกเพราะนายจ้างไม่ยอมเปลี่ยนเบรคได้ กรณีคนขับรถไม่อาจใช้ความระมัดระวังมากไปกว่านี้ได้ก็จึงไม่ถือว่ามี<sup>36</sup>ความชั่ว

ความเห็นที่สาม เป็นความเห็นของนักกฎหมาย เช่น รศ.ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ที่มองว่าข้อความดังกล่าวไม่มีความจำเป็นจะต้องบัญญัติไว้ เพราะการวินิจฉัยว่าผู้กระทำกระทำโดยประมาทหรือไม่ขึ้นอยู่กับที่การพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังที่บุคคลนั้นจะต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์<sup>37</sup> เช่นกรณีที่แพทย์ผ่าตัดในโรงพยาบาลกลางเมืองโดยใช้อุปกรณ์ไม่สะอาด คนไข้

<sup>34</sup> คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 269

<sup>35</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 4. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 75-76

<sup>36</sup> เพิ่งอ้าง, น. 76

<sup>37</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 271-272

ติดเชื่อแล้วถึงแก่ความตาย ถือว่าแพทย์กระทำโดยประมาทขาดความระมัดระวังที่ควรมีตามวิสัยหรือพฤติการณ์ ส่วนกรณีที่เป็นการผ่าตัดฉุกเฉินกลางป่าแม้จะติดเชื่อเพราะอุปสรรคทางการแพทย์ไม่สะดวกเนื่องจากหาอุปกรณ์ที่ดีกว่ามิได้ แพทย์ก็ไม่ถือว่ากระทำโดยประมาทเพราะโดยทั่วไปตามวิสัยและพฤติการณ์เช่นนั้นแพทย์ไม่อาจจะใช้ความระมัดระวังได้ดีกว่า แต่หากปรากฏว่าแพทย์ที่ผ่าตัดกลางป่าสามารถใช้อุปกรณ์ที่สะดวกกว่านั้นได้แต่ไม่ใช้ ต้องถือว่ากระทำโดยประมาทปราศจากความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ที่บุคคลในภาวะเช่นนั้นพึงมี ส่วนหลักเกณฑ์ที่ว่าผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่ ไม่จำเป็นต้องระบุไว้อีก เนื่องจากจะเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่พิจารณาจากความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์เท่านั้น

จากหลักการทั้งหมดที่กล่าวมา ในส่วนของผู้ประกอบการวิชาชีพจึงต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยของผู้มีวิชาชีพซึ่งจะมีมาตรฐานสูงกว่าบุคคลทั่วไป ซึ่งหากนำหลักการเกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังในการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญามาพิจารณากรณีการกระทำคามผิดโดยประมาทของแพทย์จะสามารถสรุปถึงมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ได้ดังนี้<sup>38</sup>

1. ผู้กระทำมีความระมัดระวังเทียบเท่ากับบุคคลในอาชีพแพทย์เช่นเดียวกับผู้กระทำหรือไม่ ตัวอย่างเช่น แพทย์ที่กระทำการผ่าตัดผู้ป่วย ในงานที่แพทย์ผู้ชำนาญการผ่าตัดต้องกระทำ ถ้าแพทย์ที่กระทำการผ่าตัดไม่เคยฝึกอบรมการผ่าตัดมาเลย ย่อมถือว่าแพทย์ผู้นั้นปราศจากความระมัดระวังตามวิสัยของแพทย์ควรจะมี ถ้าเกิดความบกพร่องจากการผ่าตัดขึ้น ก็เป็นผลจากการกระทำโดยประมาท

2. แม้ผู้กระทำจะมีความระมัดระวังอยู่แล้ว แต่ถ้าการกระทำครั้งนั้นใช้ความระมัดระวังน้อยกว่าความระมัดระวังที่แพทย์ประเภทเดียวกันควรจะมี ทั้งที่น่าจะสามารถใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ และได้เกิดความบกพร่องขึ้น เช่น ศัลยแพทย์ที่ฝึกอบรมมาอย่างดี แต่วันหนึ่งผ่าตัดของห้องผู้ป่วยแล้วปลายมีดไปโดนลำไส้ใหญ่ของผู้ป่วย เกิดอันตรายแก่ผู้ป่วย เช่นนี้ย่อมถือว่าการใช้ความระมัดระวังไม่เพียงพอ เมื่อเทียบกับศัลยแพทย์อื่นที่อยู่ในระดับเดียวกัน ถือเป็นความประมาทเลินเล่อ

---

<sup>38</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, กฎหมายการแพทย์: ความรับผิดทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 46

3. การกระทำโดยประมาทของแพทย์นั้นต้องพิจารณาจากสถานการณ์ประกอบด้วย คือแพทย์ที่ตรวจรักษาผู้ป่วยในฐานะใดก็ต้องเปรียบเทียบกับมาตรฐานการตรวจรักษาของแพทย์ประเภทเดียวกันในสภาวะเดียวกันด้วย เช่น การตรวจรักษาในโรงพยาบาลในชุมชน การผ่าตัดในโรงพยาบาลสนามก็ต้องพิจารณา เปรียบเทียบกับการตรวจรักษาในโรงพยาบาลชุมชนหรือโรงพยาบาลสนามด้วย

จากหลักการดังกล่าวจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับความระมัดระวังของแพทย์ที่พึงจะมีโดยคำนึงถึงวิสัยและพฤติการณ์ประกอบด้วย เช่น ในการรักษาหรือผ่าตัดในโรงพยาบาลชุมชนจะต้องเปรียบเทียบกับความระมัดระวังของแพทย์ที่พึงจะมีในการรักษาหรือผ่าตัดและมาตรฐานของโรงพยาบาลในชุมชน มิใช่เปรียบเทียบกับโรงเรียนแพทย์ที่ย่อมมีเครื่องมือทันสมัยกว่า เป็นต้น<sup>39</sup> ในการพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์ขาดความระมัดระวังตามวิสัยหรือพฤติการณ์หรือไม่ จะต้องพิสูจน์ความจริงที่เกิดขึ้น โดยอาจจะมีการขอความเห็นจากสภาวิชาชีพหรือสภาการพยาบาล รวมทั้งความเห็นจากราชวิทยาลัยแล้วแต่กรณี เพื่อนำความเห็นมาประกอบการวินิจฉัยด้วย<sup>40</sup>

กล่าวโดยสรุปคือในกรณีของบุคคลผู้มีวิชาชีพแพทย์นั้นต้องให้มาตรฐานความระมัดระวังในระดับเดียวกับผู้มีวิชาชีพแพทย์ซึ่งอยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกันกับผู้กระทำ เช่น สภาพของโรงพยาบาลและความพร้อมของเครื่องมือในขณะทำการรักษาเป็นอย่างไร จำเป็นต้องรักษาผู้ป่วยอย่างเร่งด่วน ไม่สามารถรอส่งไปให้สถานพยาบาลที่มีความพร้อมด้านเครื่องมือมากกว่าหรือไม่ ประเด็นเหล่านี้ล้วนเป็นปัจจัยที่นำมาพิจารณาว่าผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ได้กระทำการตามมาตรฐานความระมัดระวังหรือไม่

ในกรณีที่ผู้กระทำไม่ได้มีวิชาชีพแพทย์แต่มาดำเนินการประกอบวิชาชีพแพทย์ ก็จะต้องใช้ความระมัดระวังในระดับผู้มีวิชาชีพแพทย์ด้วย จะอ้างว่าเพราะตนไม่ใช่แพทย์จึงไม่ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างแพทย์มิได้<sup>41</sup>

<sup>39</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 14, น. 45-46

<sup>40</sup> เฝิงอ้าง, น. 46

<sup>41</sup> หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, น. 68

## 2.2 การใช้แนวทางเวชปฏิบัติ (Clinical Practice Guideline) เป็นแนวทางในการกำหนดมาตรฐานความระมัดระวังในประเทศไทย

เมื่อมีการฟ้องร้องแพทย์จนคดีขึ้นไปสู่ชั้นศาลแล้ว ฝ่าย โฉทกั่มักมีภาระที่จะต้องพิสูจน์ว่าแพทย์รักษาไม่ได้มาตรฐานหรือทำผิดไปจากมาตรฐานที่ได้กำหนดไว้ ซึ่งบางครั้งมีการนำเอาแนวทางเวชปฏิบัติหรือที่เรียกว่า Clinical Practice Guideline (CPG หรือ Guideline) มาสืบว่าแพทย์ไม่ได้ทำตาม CPG จึงทำให้เกิดปัญหาว่าหากแพทย์ไม่ได้ทำตาม CPG จริง ศาลจะพิพากษาให้แพทย์แพคดีหรือไม่

ในประเทศไทยยังไม่ปรากฏคำวินิจฉัยของศาลที่วินิจฉัยถึงประเด็นการนำ CPG มาใช้พิจารณาหามาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์โดยตรงแต่ในการสืบพยานในคดีที่เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทของแพทย์จะมีการนำตำรา เอกสาร หรือ CPG มาสืบประกอบว่าแพทย์กระทำโดยประมาทหรือไม่ อย่างไรก็ตามมีแนวคิดว่าการจะทำตาม CPG ได้นั้นมีเงื่อนไขที่อาจถูกมองข้ามไปคือการขาดทรัพยากร ไม่ว่าจะเป็น ในด้านบุคคลเครื่องมือ ยา หรือปัจจัยอื่นๆ ทำให้ CPG ในบางเรื่อง แพทย์จะไม่สามารถปฏิบัติตามได้ หรือปฏิบัติตามได้เฉพาะแต่ในโรงพยาบาลขนาดใหญ่เท่านั้น เนื่องจากเป็นที่ทราบกันดีว่าในการดูแลผู้ป่วยแต่ละรายมีรายละเอียด สภาวะแวดล้อม ที่ต่างกัน รวมถึงอาจมีข้อจำกัดในด้านต่างๆ เช่น บุคลากร ยา เครื่องมือ ด้วย ทำให้บางครั้งไม่สามารถ ทำตาม CPG ได้อย่างครบถ้วน<sup>42</sup>

ดังนั้นโดยหลักศาลจะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาทที่ได้กล่าวมาแล้วคือหลักการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4 โดยพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลใดเป็นการกระทำโดยประมาทจะต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นได้ใช้ความระมัดระวังต่ำกว่าความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์หรือไม่ มิได้พิจารณาแต่เพียงว่าจำเลยปฏิบัติตาม CPG หรือไม่

จากหลักการดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าการพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์จะต้องพิจารณาถึงสภาพแวดล้อมและปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องด้วย ตัวอย่างเช่น กรณีผู้ป่วยมีภาวะเลือดออกในสมองอย่างรุนแรง ต้องรีบทำการผ่าตัดเอาก้อนเลือดออกโดยด่วนที่สุดมิฉะนั้นผู้ป่วยจะเสียชีวิต แต่โชคร้ายในโรงพยาบาลที่ผู้ป่วยอยู่มีศัลยแพทย์ระบบประสาทแต่อยู่ระหว่างลา

<sup>42</sup> พิฑูร ธรรมธรานนท์, “ไม่ได้ทำตาม practice guideline แล้วจะแพคดีไหม?” จาก <http://www.medlawstory.com>, กันยายน 2549

พักร้อน มีนายแพทย์เพียงคนเดียวซึ่งเป็นศัลยแพทย์ทั่วไป ที่เคยได้รับการอบรมการผ่าตัดเช่นนี้มาเมื่อสองปีก่อน แต่ก็ไม่ได้ทำการผ่าตัดดังกล่าวมาเป็นเวลาเกือบสองปีแล้ว ครั้นจะทำการส่งต่อผู้ป่วยก็ทำไม่ได้เพราะโรงพยาบาลที่ใกล้ที่สุดที่มีศัลยแพทย์ระบบประสาทนั้นห่างกันถึง 200 กิโลเมตร เมื่อไม่มีทางเลือกศัลยแพทย์ผู้นี้จึงต้องทำการผ่าตัดให้ผู้ป่วยรายนี้ แต่ต้องยอมรับว่าความชำนาญในการผ่าตัดนั้นไม่สามารถทำได้ดีเหมือนกับที่ทำโดยศัลยแพทย์ระบบประสาท ดังนั้นหากแพทย์คนดังกล่าวถูกฟ้อง ศาลจะใช้มาตรฐานของศัลยแพทย์ระบบประสาทมาเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังไม่ได้

เมื่อมีข้อจำกัดในการปฏิบัติตาม CPG คือบางครั้งไม่สามารถทำตามได้ครบถ้วน แล้วผู้ป่วยนำสืบว่าแพทย์ไม่ทำตาม CPG ฝ่ายจำเลยต้องนำเสนอให้ศาลเห็นถึงปัญหาและปัจจัยต่างๆ ที่เป็นข้อจำกัดที่ทำให้ไม่สามารถทำตาม CPG ได้อย่างครบถ้วน เพราะการที่ศาลจะวินิจฉัยว่าแพทย์ทำการโดยประมาทหรือไม่นั้นศาลต้องพิจารณาจากทั้งวิสัยและพฤติการณ์ประกอบกัน อีกทั้งศาลจะต้องฟังจากพยานหลักฐานอื่นประกอบด้วย โดยพยานหลักฐานที่มีความสำคัญมากคือพยานผู้เชี่ยวชาญ และความเห็นจากองค์กรวิชาชีพ เช่น ราชวิทยาลัยต่างๆ ดังนั้นพยานผู้เชี่ยวชาญจะต้องแสดงความเห็นโดยคำนึงถึงข้อจำกัดต่างๆที่ทำให้แพทย์ไม่สามารถทำตาม CPG ได้อย่างครบถ้วน หากพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งมักเป็นแพทย์ที่อยู่ในโรงพยาบาลใหญ่ๆที่มีความพร้อมในด้านทรัพยากรอาศัยความเคยชินกันความพร้อมในสถานที่ที่ตนปฏิบัติงานอยู่โดยไม่พิจารณาถึงข้อจำกัดในด้านต่างๆของแพทย์ที่เป็นจำเลย ก็อาจแสดงความเห็นในทางที่ไม่เป็นธรรมต่อจำเลยได้

ดังนั้นการที่แพทย์ไม่สามารถทำตาม CPG ได้อย่างครบถ้วน ไม่ได้เป็นข้อสรุปว่าแพทย์ทำผิดมาตรฐาน เพราะการที่ศาลจะตัดสินว่าแพทย์กระทำการประมาทหรือไม่จะต้องดูปัจจัยอื่นๆประกอบด้วย<sup>43</sup> หลักการสำคัญจึงอยู่ที่การพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ของแพทย์ว่าเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า อาจมีการนำเอา CPG มาพิจารณาประกอบเพื่อพิสูจน์ว่าแพทย์มิได้กระทำการโดยประมาทได้ เพราะการปฏิบัติตาม CPG ก็คือการกระทำตามแนวทางที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นการใช้มาตรฐานความระมัดระวังที่เหมาะสมของแพทย์นั่นเอง ดังเช่นคดีในต่างประเทศที่ได้กล่าวมาแล้วซึ่งมีการนำ CPG มาใช้ในการพิจารณาว่าแพทย์มิได้กระทำการโดยประมาท ขณะเดียวกันก็อาจใช้ CPG มาพิจารณาประกอบได้ว่าแพทย์กระทำการ

<sup>43</sup> เฟิงอ้วง.

โดยประมาทหรือไม่ และแพทย์ที่มีได้ปฏิบัติตาม CPG มีเหตุผลที่สมควรหรือไม่ แม้บางครั้ง CPG อาจวางแนวทางที่ไม่เหมาะสมที่จะปฏิบัติ ศาลก็ต้องพิจารณาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงว่าแนวทางตาม CPG เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับกรณีทฤษฎีปฏิบัติที่เกิดขึ้นหรือไม่

### 3. แนวคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำโดยประมาทของแพทย์

การศึกษาคำพิพากษาของศาลในไทยจะทำให้สามารถเข้าใจหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำผิดโดยประมาทของแพทย์และมาตรฐานความระมัดระวังได้ดียิ่งขึ้น ในส่วนของคดีอาญานั้น มีคำพิพากษาศาลฎีกาไม่มากนัก ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

#### 3.1 คดีอาญาในขณะใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 279/2467 ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์ใช้เข็มแทงผู้ป่วยอายุ 7 ปี ซึ่งเป็นไข้กาฬโรค เพื่อเจาะเลือด ศาลอุทธรณ์พิพากษาลงโทษเนื่องจากมองว่าการเจาะเลือดเป็นการเร่งให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย แต่ศาลฎีกายกฟ้อง เนื่องจากการกระทำของจำเลยนั้น ไม่มีหลักฐานว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง หรือว่าเข็มนั้นไม่สะอาด ทั้งไม่มีการกล่าวอ้างว่าความตายมาจากการที่โลหิตเป็นพิษ แต่อ้างว่าความตายเป็นผลมาจากการใช้เข็มแทง

2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 946-947/2475 กรณีผสมยาเบื่อพยาธิเกินขนาดให้ผู้ป่วยอายุ 12 ปี และ 6 ปี ทั้งเมื่อเกิดอาการเป็นพิษ จำเลยก็ไม่เร่งรักษาและทำการแก้ไข เป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย และจากการผ่าศพออกตรวจก็ไม่พบพยาธิเลยอีกด้วย ศาลจึงพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท

ข้อสังเกต คำพิพากษาศาลฎีกาทั้ง 2 ฉบับ แม้จะเป็นคำพิพากษาในขณะที่ใช้ประเทศไทยใช้กฎหมายลักษณะอาญาอยู่ แต่ก็สามารถนำมาใช้เทียบเคียงเพื่อศึกษาเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทของแพทย์ตามกฎหมายฉบับปัจจุบันคือตามประมวลกฎหมายอาญาได้

#### 3.2 คดีอาญาในขณะใช้ประมวลกฎหมายอาญา

เนื่องจากคดีที่แพทย์ถูกฟ้องให้รับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทนั้นมีไม่มากนักหากเทียบกับคดีที่ฟ้องการกระทำของแพทย์ในทางแพ่ง และคดีอาญาส่วนใหญ่ก็ไม่มีประเด็น

พิพาทไปถึงศาลฎีกา จึงทำให้สืบค้นคำพิพากษาในคดีอาญาที่เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทของแพทย์ได้น้อยมาก

ในเรื่องการกระทำโดยประมาทนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1414/2516 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2593/2521 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 461/2536 ซึ่งจำเลยไม่ใช่แพทย์ แต่ไปทำการรักษาโรคเช่นแพทย์ เมื่อไม่มีความรู้อย่างแพทย์ แต่ไปกระทำการรักษาแล้วเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายจึงเป็นการกระทำโดยประมาทและมีความผิดทางอาญา ซึ่งเป็นการยืนยันหลักการที่ว่าผู้ที่ไม่ใช่ผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์หากจะทำการรักษาผู้ป่วยจะอ้างว่าตนไม่ใช่แพทย์จึงไม่ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างแพทย์มิได้

นอกจากนี้ในคดีอาญาที่จำเลยเป็นแพทย์ ไม่ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกา คงมีเพียงแนวคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ซึ่งในปัจจุบันคดียังไม่ถึงที่สุด แต่มีประเด็นที่น่าสนใจดังนี้

1) คำพิพากษาศาลจังหวัดสุราษฎร์ธานี (เกาะสมุย) คดีหมายเลขแดงที่ 666/2549 เป็นกรณีที่แพทย์คนแรกซึ่งเป็นแพทย์ผู้รับผู้ป่วยซึ่งมีอาการปวดศีรษะเข้ารับการรักษาและได้สั่งยาเพททีดิน (Pethidine) จำนวน 50 มิลลิกรัมให้ผู้ป่วยทุก 4 ชั่วโมง และยังสั่งยานอนหลับโดมิคุม (Dormicum) จำนวน 5 มิลลิกรัมให้แก่ผู้ป่วยหากผู้ป่วยมีอาการนอนไม่หลับ ส่วนแพทย์คนที่สองเป็นแพทย์เวรในโรงพยาบาลได้รับรายงานจากพยาบาลในคืนที่สองว่าผู้ป่วยมีอาการปวดศีรษะมาก จึงสั่งยาทางโทรศัพท์ให้แก่ผู้ป่วย โดยสั่งยา ترامอล (Tramol) และต่อมาก็สั่งยาแวลียม (Valium) อันเป็นยานอนหลับหรือยาระงับประสาทให้แก่ผู้ป่วยโดยไม่ได้ไปตรวจดูอาการของผู้ป่วย วันรุ่งขึ้นพยาบาลไปพบว่าคนไข้เสียชีวิตแล้ว ญาติของผู้ป่วยจึงฟ้องแพทย์ทั้งสองและพยาบาลที่ดูแลผู้ป่วยเป็นคดีอาญา โดยคดีนี้ไม่ได้มีการชันสูตรพลิกศพ (Autopsy) เพื่อหาสาเหตุการตายของผู้ป่วยแต่อย่างใด

ศาลวินิจฉัยว่าแพทย์คนแรกซึ่งเป็นเจ้าของไข้กระทำความผิดอาญาโดยประมาทเพราะสั่งยาเพททีดินให้ผู้ป่วยทุก 4 ชั่วโมง และถ้านอนไม่หลับให้ฉีดยาโดมิคุมอีก เมื่อผู้ป่วยได้รับยาเพททีดิน มา 3 ครั้งแล้วก็ยังไม่หาย ผู้ป่วยยังคงปวดศีรษะอย่างรุนแรง แพทย์คนที่ 1 จะต้องค้นคว้าหาการวินิจฉัยและการรักษาอื่น ๆ เพราะการให้ยาดังกล่าวนั้นโดยปกติผู้ป่วยอื่น ๆ ย่อมต้องหาย หากยังมีอาการอยู่ย่อมชี้ให้เห็นว่าผู้ป่วยมีอาการป่วยร้ายแรง จึงวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

สำหรับแพทย์คนที่สองซึ่งเป็นแพทย์เวร เพียงฟังพยาบาลรายงานว่าผู้ป่วยปวดศีรษะมาก ซึ่งแพทย์คนที่สองซึ่งอยู่เวรก็ไม่ได้มาตรวจผู้ป่วย และแพทย์คนที่สองก็รู้อยู่แล้วว่าผู้ป่วยได้ยา

เพทที่ตื่น แล้ว 3 ครั้ง แต่อาการปวดก็ยังไม่หายแต่กลับไปสั่งยาพาราโมล ซึ่งมีฤทธิ์แก้ปวดน้อยกว่า ยาเพทที่ตื่นและยังไปสั่งให้ยาแวลียมแก่ผู้ป่วยอีกด้วย จึงนับว่าแพทย์คนที่สองกระทำผิดวิสัยของ แพทย์ที่มีหน้าที่ดูแลรักษาผู้ป่วยในความดูแลของตนถือเป็นการกระทำโดยประมาท ส่วนพยาบาล อีกคนนั้นศาลพิพากษาว่ามีความผิดเพราะไม่ได้รายงานให้แพทย์ทราบเมื่อตรวจพบว่าคนไข้มีอาการผิดปกติคือมีอาการกระสับกระส่าย เนื่องจากเมื่อเห็นความผิดปกติ พยาบาลควรจะรีบแจ้ง ให้แพทย์ทราบ

ศาลพิพากษาจำคุกแพทย์ทั้งสองมีกำหนดคนละ 4 ปีโดยมิได้รอกการลงโทษและ พิพากษาจำคุกพยาบาลผู้ดูแลผู้ป่วยเป็นเวลา 1 ปีในความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291

ข้อสังเกต คดีนี้ศาลพิพากษาว่าจำเลยทั้งสามกระทำโดยประมาทและมีความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 291 โดยวินิจฉัยว่าการที่แพทย์เจ้าของไข้เห็นว่ายาไม่ได้ผลแต่ไม่ ตรวจวินิจฉัยหาสาเหตุหรืออาการของโรคอื่นๆ จึงเป็นความผิดฐานประมาทเลินเล่อเพราะละเลยที่จะ ดูแลรักษาผู้ป่วย เช่นเดียวกับแพทย์เวรที่ได้รับทราบอาการของผู้ป่วยแต่เพียงแค่นั่งยาให้ทาง ไทโรศัพท์เท่านั้นไม่ได้มาตรวจผู้ป่วยด้วยตนเอง ส่วนพยาบาลมีความผิดเพราะละเลยไม่แจ้งอาการ ผิดปกติของผู้ป่วยให้แพทย์ทราบ เมื่อผู้ป่วยถึงแก่ความตายจำเลยทั้งสามจึงมีความผิดเนื่องจาก มิใช่ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ที่ผู้ประกอบวิชาชีพเช่นจำเลยทั้งสามพึงมี มีปัญหา ว่าคดีนี้น่าจะขาดความแน่ชัดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) เนื่องจากมิได้ปรากฏว่าการกระทำของจำเลยทั้งสามที่ละเลยไม่ดูแลผู้ป่วยนั้นเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึง แก่ความตายหรือไม่ จำเลยทั้งสามถูกลงโทษทั้งที่ไม่ได้มีการชันสูตรพลิกศพว่าความตายของ ผู้ป่วยเป็นผลจากการดูแลรักษาหรือการให้ยาจากแพทย์ทั้งสองและพยาบาลหรือไม่หรือผู้ป่วยถึง แก่ความตายเพราะเหตุใด เนื่องจากมีบางครั้งที่ผู้ป่วยอาจถึงแก่ความตายโดยที่เทคโนโลยีทางการแพทย์ปัจจุบันไม่สามารถตรวจหาสาเหตุหรือทำการรักษาได้

2) คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 5 คดีหมายเลขแดงที่ 935/2550 ซึ่งเป็นคดีที่ฟ้อง แพทย์ซึ่งทำการผ่าตัดดูดไขมันผู้ป่วยอายุ 17 ปีอันเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย คดีนี้ศาล จังหวัดเชียงใหม่พิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 291 ฐาน กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายและความผิดตามพระราชบัญญัติยา โดย วินิจฉัยว่าจำเลยมิได้กระทำตามมาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งตามวิสัยของแพทย์ เช่นเดียวกับจำเลยจะต้องรักษามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้ดีที่สุด จำเลยงดเว้น ไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนและไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

จนเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายจึงถือเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง พิพากษาจำคุก 4 ปี คู่ความทั้งสองฝ่ายอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์ภาค 5 วินิจฉัยว่าผู้ตายได้ไปรักษาผ่าตัดดูไขมันที่คลินิกของจำเลย โดยมีจำเลยเป็นผู้ตรวจรักษาโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้ตายซึ่งเป็นผู้เยาว์ ผู้ตายถึงแก่ความตายในเวลาต่อมา จากการชันสูตรพลิกศพพบว่าผู้ตายเสียชีวิตเนื่องจากมีเม็ดไขมันกระจายเข้าสู่กระแสเลือด ผู้ตายเกิดอาการเลือดคั่งในสมองและปอดบวมน้ำเนื่องจากการขาดออกซิเจนอันเป็นผลมาจากมีเม็ดไขมันกระจายในกระแสเลือดทำให้เลือดไม่สามารถนำออกซิเจนเข้าไปสู่กระบวนการของร่างกายได้ และยังพบยาลิโดเคนสูงเกินปริมาณที่ใช้ในการรักษา โดยปกติมาก นอกจากนี้ยังพบยาแก้แพ้ซึ่งถ้าไปออกฤทธิ์เสริมกับยาลิโดเคนแล้วจะมีผลตกการหายใจ ทำให้หายใจล้มเหลว การใช้ยามาร์เคนเป็นยาชาในขณะที่ผ่าตัดทำให้เกิดการเสริมฤทธิ์ยา ทำให้ไปกดระบบประสาทส่วนกลางและการทำงานของหัวใจ และยังมีกรให้ยาอีกหลายชนิด การให้ยาปริมาณสูงเกินไปพร้อมทั้งให้ยาหลายชนิดจนยาไปเสริมฤทธิ์กันมีผลทำให้ระบบประสาทส่วนกลางโดยเฉพาะส่วนควบคุมการหายใจหยุดทำงานได้ ดังนั้นการให้ยาดังกล่าวต้องมีการติดตามดูแลผู้ป่วยอย่างใกล้ชิดเพื่อจะคอยช่วยเหลือผู้ป่วยได้ทัน แต่จำเลยทำการผ่าตัดคนเดียวโดยไม่มีวิสัญญีแพทย์มาช่วยคอยดูแลทั้งที่เป็นกรผ่าตัดใหญ่ มีเพียงพยาบาลคอยส่งเครื่องมือให้เท่านั้น พยานผู้เชี่ยวชาญก็เบิกความไปในทางเดียวกันว่าจำเลยให้ยาในปริมาณที่สูงเกินไปเป็นปัจจัยเสริมให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย สถานที่ผ่าตัดของจำเลยก็อยู่ในสภาพไม่เหมาะสม นอกจากนี้จำเลยยังใช้ยาที่ตามฉลากยาหมดอายุแล้วอันเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่ายาเสื่อมสภาพ ศาลจึงพิพากษาลงโทษจำเลยฐานขายยาเสื่อมคุณภาพพร้อมทั้งโทษจำคุกที่ศาลชั้นต้นกำหนดในความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายรวมเป็นจำคุก 4 ปี 3 เดือน

ข้อสังเกต คดีนี้ศาลเห็นว่าพฤติการณ์ที่มีการให้ยาเกินขนาด ใช้ยาหมดอายุ การผ่าตัดโดยไม่ได้รับอนุญาตจากบิดา มารดาของผู้ป่วย สภาพห้องผ่าตัดที่ไม่เหมาะสม และการทำการผ่าตัดที่ไม่เป็นไปตามขั้นตอนมาตรฐานประกอบกันบ่งชี้ว่าจำเลยมีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายเพราะมิได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ในฐานะเดียวกับจำเลย

3) คำพิพากษาศาลจังหวัดทุ่งสง ในคดีหมายเลขแดงที่ 2961/2550 คดีนี้จำเลยที่ 1 เป็นแพทย์ผู้ทำการลงมือผ่าตัดไส้ติ่งแก่ผู้ตาย จำเลยที่ 2 เป็นแพทย์ผู้ฉีดยาชาาระดับความเจ็บปวดเข้าไขสันหลังผู้ตายโดยวิธีที่เรียกว่าบล็อกหลัง จำเลยทั้งสองถูกฟ้องว่ามีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

ระหว่างการผ่าตัดปรากฏว่าผู้ตายเกิดอาการช็อกและหัวใจหยุดเต้น ระบบไหลเวียนของโลหิตล้มเหลว จำเลยทั้งสองหยุดผ่าตัดแล้วทำการกู้ชีพผู้ตายได้สำเร็จแล้วส่งต่อไปยังโรงพยาบาลอื่น ต่อมาผู้ตายถึงแก่ความตาย

ข้อเท็จจริงพบว่าจำเลยที่ 1 แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดได้มอบหมายให้จำเลยที่ 2 ฉีดยาระงับความเจ็บปวดเข้าที่ไขสันหลังของผู้ตาย จำเลยที่ 2 จึงฉีดยาไซโลเคนให้ผู้ตายจำนวน 2 เข็ม ทดสอบความชาแล้วผู้ตายไม่รู้สึกรู้เจ็บ แต่เมื่อลงมือผ่าตัดแล้วพบว่าผู้ตายหัวใจหยุดเต้นและวัดชีพจรไม่ได้ จึงหยุดทำการผ่าตัดทำการกู้ชีพแล้วส่งผู้ป่วยต่อไปยังโรงพยาบาลอื่นโดยยังไม่ได้ผ่าตัดรักษาอาการไส้ติ่งอักเสบแต่อย่างใด หลังจากแพทย์อื่นพยายามรักษาผู้ตายอีกประมาณ 2 สัปดาห์ ผู้ตายถึงแก่ความตาย ในการชันสูตรพลิกศพพบว่าสาเหตุการตายเกิดจากระบบหายใจและการไหลเวียนโลหิตล้มเหลวซึ่งอาจเป็นผลมาจากเส้นเลือดหัวใจหนาหรือยาชาที่ฉีดเข้าไขสันหลังแต่ไม่ได้เกิดจากไส้ติ่งอักเสบ

จากคำเบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญ ศาลเห็นว่าสาเหตุที่ผู้ตายหยุดหายใจมาจากการให้ยาไซโลเคนมากเกินไป ผู้ตายถึงแก่ความตายเนื่องจากสมองบวมหรือเยื่อสมองตายเพราะหยุดหายใจไปประมาณ 4 นาที โดยเชื่อว่าเป็นการหยุดหายใจหลังจากได้รับยา เนื่องจากหลังการกู้ชีพผู้ตายแล้วก็มีการใส่เครื่องช่วยหายใจตลอดในขณะที่ส่งผู้ตายต่อโดยที่ไม่มีการหยุดหายใจอีกเลย จนผู้ตายถึงแก่ความตายในเวลาต่อมา แม้จะนำสืบไม่ได้ว่าได้รับยาไปปริมาณเท่าใดทั้งหมดปรากฏในเวชระเบียน แต่การที่ฤทธิ์ยาทำให้หยุดหายใจในเวลาไม่กี่นาทีหลังจากได้รับยาและใช้เวลาพยายามฟื้นคืนชีพและสภาพหลอดเลือดหัวใจผู้ป่วยเป็นเวลากว่าครึ่งเดือนหลังได้รับยา บ่งชี้ว่าผู้ป่วยได้รับยาสูงเกินควร จึงวินิจฉัยว่าจำเลยที่ 2 ให้ยาแก่ผู้ตายเป็นปริมาณมากเกินไป ไม่เหมาะสมกับสภาพร่างกายผู้ตายและระยะเวลาที่จะผ่าตัดผู้ตายจนเกิดอาการชาทั้งตัวหรือโเทเทิลบล็อคคือชาทั้งระบบประสาทและลามไปถึงสมอง เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลยที่ 2 ไม่ได้เกิดจากการกระทำของจำเลยที่ 1 ซึ่งขณะลงมือผ่าตัดผู้ตายหยุดหายใจไปแล้ว กรณีที่จำเลยที่ 2 กล่าวอ้างว่าคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงสาธารณสุขจังหวัดนครศรีธรรมราชสอบสวนว่าการตายของผู้ตายเกิดจากภาวะแทรกซ้อนของการใช้ยาซึ่งผู้ตายไม่สามารถรับได้นั้น ไม่มีข้อเท็จจริงหรือหลักฐานว่าการที่ผู้ป่วยรับยาไม่ได้เกิดจากสาเหตุใดแต่กลับสนับสนุนว่าผู้ตายถึงแก่ความตายจากการได้รับยา การอ้างความเห็นของอนุกรรมการจริยธรรมแพทย์สภาที่ให้ความเห็นว่าจำเลยทั้งสองปฏิบัติตามมาตรฐานสำหรับสถานการณ์โรงพยาบาลชุมชนแล้วก็ได้ให้รายละเอียดว่าผู้ตายถึงแก่ความตายเพราะเหตุใด จำเลยที่ 2 ได้ใช้ความระมัดระวังสมควรตามวิชาชีพแล้วหรือไม่อย่างไร และจำเลยที่ 2 ก็ไม่ได้นำสืบให้เห็นว่าตนได้ให้ยาในปริมาณที่เหมาะสมแล้วและไม่

สามารถสืบหากล้างได้ว่าผู้ตายเสียชีวิตด้วยเหตุอื่นที่ไม่ใช่การได้รับยาในปริมาณมากเกินไป การที่จำเลยที่ 2 ทำหน้าที่เป็นวิสัญญีแพทย์ฉีดยาทางไขสันหลังให้ผู้ป่วยโดยที่มิได้เป็นวิสัญญีแพทย์โดยตรง นอกจากนี้จำเลยที่ 2 ยังสามารถปรึกษาผู้เชี่ยวชาญด้านวิสัญญีหรือทบทวนการใช้ยาให้ชัดเจนก่อนได้แต่ไม่ได้กระทำและยังฉีดยาให้ผู้ป่วยในปริมาณมากเกินไป การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงเป็นการกระทำโดยประมาทเนื่องจากใช้ความระมัดระวังที่ควรมีตามวิสัยและพฤติการณ์ไม่เพียงพอ

ศาลพิพากษาว่าจำเลยที่ 1 ไม่มีความผิดตามฟ้อง เพราะความตายของผู้ป่วยมิได้เป็นผลมาจากการกระทำของจำเลยที่ 1 ส่วนจำเลยที่ 2 มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 291 กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายซึ่งเป็นการกระทำที่ค่อนข้างประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หลังเกิดเหตุก็ไม่ได้บรรเทาผลร้ายให้แก่ญาติผู้เสียหายและให้การปฏิเสธตลอดมาจึงไม่มีเหตุรอกการลงโทษ

ข้อสังเกต การที่ศาลตัดสินว่าจำเลยที่ 2 มีความผิดเนื่องมาจากสืบมิได้ว่าผู้ตายถึงแก่ความตายด้วยเหตุอื่นนอกจากการให้ยาเกินขนาดและมีได้สืบว่าตนได้ให้ยาในปริมาณที่เหมาะสมแล้ว การที่มิได้เป็นวิสัญญีแพทย์แต่มาทำหน้าที่วิสัญญีแพทย์ก็มิได้สืบให้เห็นว่าเป็นเพราะเหตุใด จึงไม่ได้สืบให้เห็นว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์แล้วทำให้ศาลพิพากษาว่าจำเลยที่ 2 มีความผิด

### 3.3 คดีแพ่ง

คดีที่มีการฟ้องร้องเกี่ยวกับความประมาทในการประกอบวิชาชีพแพทย์ส่วนใหญ่ในประเทศไทยเป็นการฟ้องร้องในคดีแพ่งเช่นเดียวกับในหลายๆประเทศ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากตามกฎหมายไทยนั้น ความประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง ไม่มีข้อแตกต่างในเรื่องความร้ายแรงของความประมาทไปจากความประมาทในทางอาญา ดังเช่นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอร์ ดังนั้นคำพิพากษาของศาลที่ตัดสินว่าแพทย์กระทำโดยประมาทในคดีแพ่ง จึงอาจพิจารณาได้ว่าแพทย์ได้ละเมิดมาตรฐานความระมัดระวังของตนในระดับที่ถือว่าการกระทำโดยประมาทในทางอาญาด้วย การศึกษาคำพิพากษาคดีแพ่งที่ตัดสินว่าแพทย์กระทำผิดโดยประมาทจึงมีประโยชน์ในการพิจารณาความประมาทของแพทย์ในทางอาญาด้วย ตัวอย่างคดีแพ่งที่น่าสนใจ เช่น

1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7452/2541 จำเลยซึ่งเป็นแพทย์ได้แจ้งใจทักว่ามีเด็กตายในห้องใจทัก ใจทักจึงยินยอมให้จำเลยทำการขูดมดลูกและทำแท้งให้ แต่การที่จำเลยใช้เครื่องมือ

แพทย์เข้าไปขูดมดลูกของโจทก์ทำให้มดลูกทะลุ ทั้งที่มดลูกของโจทก์มีลักษณะเป็นปกติ มิได้มีลักษณะบางอย่างใด และทำให้ลำไส้เล็กทะลุออกมาทางช่องคลอดยาว 5 เมตร เนื่องจากเครื่องมือแพทย์ที่ใส่เข้าไปในช่องคลอดได้เกี่ยวเอาลำไส้ดึงออกมานั่นเอง จำเลยจึงไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติวิสัยของผู้มีความรู้ความสามารถในการประกอบวิชาชีพแพทย์ นับเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลยซึ่งต่อมาแพทย์คนอื่นที่ตรวจโจทก์ในภายหลังเห็นว่า หากนำลำไส้ของโจทก์ใส่เข้าไปในร่างกายอีกอาจมีการติดเชื้อในช่องท้อง จึงได้ทำการตัดลำไส้ที่ทะลุออกมาทิ้งไป จำเลยจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อโจทก์

ข้อสังเกต ศาลตัดสินว่าจำเลยใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานเป็นเหตุให้โจทก์ต้องถูกตัดลำไส้บางส่วนทิ้งไป หากเป็นคดีอาญาอาจเทียบเคียงได้ว่ามีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 300

2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1137/2538 ซึ่งศาลฎีกาตัดสินว่าการผ่าตัดในกรณีนี้เป็นกรณีเร่งด่วน เพื่อช่วยเหลือเด็กในครรภ์ที่อยู่ในภาวะวิกฤตเพราะผู้ตายไม่อาจคลอดเองได้ตามปกติ จึงไม่อาจเตรียมการให้ผู้ตายอดอาหารก่อนการผ่าตัดได้ เมื่อผู้ตายสำลักอาหาร ผ่าฝายจำเลยและทีมงานก็ได้ช่วยกันบำบัดแก้ไขจนพร้อมที่จะผ่าตัดต่อไปได้ กรณีที่ผู้ตายถึงแก่ความตายภายหลังจะเป็นเพราะเหตุใดไม่ได้ความแน่ชัด จากคำเบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญ แพทย์จะให้ผู้ป่วยงดอาหารก่อนผ่าตัดเว้นแต่เป็นกรณีฉุกเฉินที่ต้องผ่าตัดทันที แม้ผู้ป่วยจะรับประทานอาหารมาแล้วก็ต้องทำ ในการวางดมยา คนไข้อาจเกิดอาการแทรกซ้อนอย่างกรณีผู้ตายได้ มิใช่ความประมาทเลินเล่อ จากรายงานการตรวจทางนิติเวช การที่หัวใจหยุดเต้นขณะดมยาแม้จะเกิดได้ยากแต่ก็เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้ หัวใจหยุดเต้นนานเกินไปเป็นเหตุให้เสียชีวิตและไม่ปรากฏว่าการดูแลรักษาของแพทย์และพยาบาลแสดงถึงความประมาทเลินเล่ออย่างไร พยานหลักฐานยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยประมาทเลินเล่อต่อโจทก์

ข้อสังเกต คดีนี้โจทก์ไม่มีพยานผู้เชี่ยวชาญที่จะชี้ให้เห็นได้ว่าจำเลยกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างไร

3) คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ คดีหมายเลขแดงที่ 8690/2550 เป็นกรณีที่แพทย์เจาะถุงน้ำคร่ำผู้ตายแล้วเกิดภาวะน้ำคร่ำอุดตันหลอดเลือดในปอดจนถึงแก่ความตาย ซึ่งเป็นภาวะที่พบไม่บ่อยแต่มีอัตราการตายสูง ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าแพทย์เจาะถุงน้ำคร่ำแล้วออกไปจากห้องคลอดไปตรวจคนไข้อื่นทั้งที่ควรจะใช้ความระมัดระวังและดูแลผู้ป่วยอย่างใกล้ชิดเนื่องจากหลังเจาะน้ำคร่ำหรือให้ยาชาทางสันหลัง ภาวะแทรกซ้อนอาจเกิดขึ้นได้ ทำให้แก้ไขภาวะแทรกซ้อนได้ไม่ทันการซึ่งหากมีการแก้ไขทันการผู้ตายอาจรอดได้ นอกจากนี้เนื่องจากความเชื่อมั่นต่อชื่อเสียง

ของโรงพยาบาลจำเลยและคำรักษาพยาบาลในโรงพยาบาลจำเลยซึ่งเป็นโรงพยาบาลเอกชนที่สูง ย่อมคาดหวังได้ว่าจะได้รับ การดูแลรักษาในระดับที่สูงกว่าโรงพยาบาลรัฐหรือโรงพยาบาลเอกชน อื่น จำเลยที่ 3 และจำเลยที่ 4 ผู้เป็นแพทย์จึงเกิดหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานการประกอบ วิชาชีพที่ดีที่สุดที่โรงพยาบาลเอกชนระดับจำเลยจะพึงมี จะนำไปเปรียบเทียบกับ การคลอดใน โรงพยาบาลของรัฐที่มีคนไข้ต้องดูแลมากไม่ได้ จำเลยจึงกระทำโดยประมาท

ข้อสังเกต คดีนี้ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลแพ่งกรุงเทพใต้ซึ่ง วินิจฉัยว่าจำเลยมิได้กระทำโดยประมาทเพราะใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานแล้ว

4) คดีศาลจังหวัดนนทบุรี ในคดีหมายเลขแดงที่ ส. 939/2548 โจทก์เข้าไปรักษาอาการ มีรอยไหม้ที่แขน ท้อง แสบระคายเคืองตา น้ำตาออก ริมฝีปากพุพอง โดยโจทก์อ้างว่าน่าจะเกิด จากการแพ้ยาซึ่งตนเคยแพ้มาก่อนและตนก็ได้แจ้งให้แพทย์ที่ทำการรักษาแล้ว พยานผู้เชี่ยวชาญ เบิกความว่าอาการดังกล่าวเป็นอาการแพ้ยาที่เรียกว่าสตีเวนส์จอห์นสันซินโดรมซึ่งอาจทำให้ตาย หรือตาบอดซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์มาเป็นเวลานานย่อมจะวินิจฉัยได้ ฝ่ายจำเลยผู้ทำการตรวจ รักษา ก็วินิจฉัยในเบื้องต้นแล้วว่าโจทก์มีอาการของสตีเวนส์จอห์นสันซินโดรม ต้องรักษาอย่าง ทันทีและให้ยาแก้แพ้กลุ่มสเตียรอยด์ แต่แพทย์ที่ทำการรักษาไม่ได้ให้ยากกลุ่มสเตียรอยด์ใน เวลาอันควรโดยอ้างว่ายังไม่แน่ใจว่าอาการของโจทก์เกิดจากการติดเชื้อหรือแพ้ยาจนเป็นเหตุให้ โจทก์ตาบอดถือว่าแพทย์ที่ทำการรักษากระทำโดยประมาทต้องรับผิดชอบละเมิด คดีนี้ไม่มีคู่ความ อุทธรณ์ คดีถึงที่สุดแล้ว

ข้อสังเกต คดีนี้การที่โจทก์ได้รับความเสียหายจากความประมาทจนตาบอดถือว่าเป็น การได้รับอันตรายสาหัสเนื่องจากความประมาทเล็กน้อยของจำเลย