

บทที่ 5

เปรียบเทียบและวิเคราะห์หลักการและปัญหาในการกระทำความผิดทางอาญาโดยประมาทของแพทย์

1. เปรียบเทียบและวิเคราะห์หลักการในการกระทำความผิดทางอาญาโดยประมาทของแพทย์ตามกฎหมายไทยและกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์

1.1 เปรียบเทียบหลักการในการกระทำความผิดทางอาญาโดยประมาทของแพทย์ตามกฎหมายไทยและกฎหมายประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์การกระทำโดยประมาทอันจะเป็นความรับผิดทางอาญาจะต้องเป็นความประมาทในระดับร้ายแรง การเบี่ยงเบนจากมาตรฐานไปเล็กน้อยไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาท แต่อาจจะเป็นเรื่องที่ต้องรับผิดทางแพ่ง โดยตามหลักกฎหมายในประเทศอังกฤษได้มีการแยกความประมาทเลินเล่อในทางอาญาออกเป็น 2 ประเภทคือ ความประมาทเลินเล่อโดยจงใจ (Recklessness) และความประมาทเลินเล่อธรรมดา (Negligence) โดยความประมาทเลินเล่อโดยจงใจนั้นอาจแบ่งได้อีกเป็น 2 รูปแบบคือความประมาทเลินเล่อโดยจงใจในรูปแบบ Cunningham และความประมาทเลินเล่อโดยจงใจในรูปแบบ Caldwell ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในบทก่อนๆ

โดยที่การกระทำความผิดอาญาในการประกอบวิชาชีพแพทย์ส่วนใหญ่เป็นการกล่าวหาว่าแพทย์กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วย ซึ่งตามหลักกฎหมายอังกฤษความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาทจะต้องเป็นการกระทำประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Manslaughter by gross negligence) ซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำหรือการงดเว้นกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายแต่มีการละเลยไม่ใส่ใจในระดับที่สูงเกินกว่าหลักการของความประมาทเลินเล่อตามกฎหมายแพ่ง และการกระทำนั้นร้ายแรง

มากจนต้องให้ความรับผิดชอบทางอาญามาลงโทษ ซึ่งการจะพิจารณาว่าการกระทำถึงระดับประมาทเลินเล่อทางอาญาหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับบทพิจารณาของคณะลูกขุน¹

ความประมาทเลินเล่อนั้นจะถึงระดับที่มีความผิดทางอาญา เมื่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยประมาทโดยจงใจในทางอัตวิสัย (Subjective recklessness) ซึ่งแม้จะไม่ใช่ถือว่าเป็นการกระทำผิดในระดัการฆ่าคนตายโดยเจตนาหรือ Murder ก็เพียงพอที่จะเป็นความผิดในระดัการฆ่าคนตายโดยไม่เจตนาหรือ Manslaughter แล้ว อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันเป็นที่แน่ชัดแล้วว่าความประมาทเลินเล่อโดยจงใจในรูปแบบ Caldwell ไม่ถือเป็นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท (Manslaughter) ตามหลักการนี้² อาจกล่าวได้ว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพอันเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายจะต้องเป็นการกระทำประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือประมาทเลินเล่อโดยจงใจในรูปแบบ Cunningham เท่านั้นจึงจะถึงระดับที่มีความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งจะใช้มาตรฐานความระมัดระวังในทางอัตวิสัยคือพิจารณาว่าแพทย์รู้ถึงความเสี่ยงภัยอันตรายจากการกระทำของตนหรือไม่ อันเป็นการพิจารณาสภาพจิตใจของแพทย์เอง หากรู้แล้วยังฝืนกระทำการดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรก็ถือว่ามี ความผิดทางอาญา

ในคดี R v. Bateman (1925) ศาลอังกฤษได้วางหลักไว้ว่าการที่จะทำให้จำเลยซึ่งเป็นแพทย์มีความผิดทางอาญาสำหรับความผิดฐาน Manslaughter นั้นต้องพิจารณาว่าความประมาทเลินเล่อของจำเลยนั้นการชดเชยค่าเสียหายแต่เพียงอย่างเดียวนั้นไม่เพียงพอและแสดงให้เห็นถึงการละเลยไม่ใส่ใจถึงชีวิตและความปลอดภัยของผู้อื่นจนถึงระดับหรือปริมาณที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมต่อรัฐและการกระทำดังกล่าวสมควรที่จะถูกลงโทษ³ ปัญหาว่าแค่ไหนจะถึงระดับที่เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในทางอาญาแล้วนั้น ในคดี R. v. Adomako (1995) ศาลอุทธรณ์ได้ชี้ให้เห็นว่าลักษณะของสถานการณ์ที่คณะลูกขุนอาจพิจารณาว่าเป็นความผิดฐาน Manslaughter คือ⁴

¹ Giles, Marianne, *Criminal Law in a Nutshell*, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1996), p. 94

² *Ibid*, p. 94

³ S. Levy, "Criminal Liability for Medical Negligence," *Medicine and Law*, December 2006, available from www.westlaw.com, p. 602

⁴ *Ibid*, p. 604

- 1) การเพิกเฉย ไม่แยแสต่อความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อสุขภาพของผู้ป่วย
- 2) การคาดการณ์ได้ล่วงหน้าเกี่ยวกับความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายและการตัดสินใจที่จะเข้ารับความเสี่ยงนั้น
- 3) เจตนาที่จะหลีกเลี่ยงความเสี่ยงภัยอันตรายแต่ยังแสดงให้เห็นถึงระดับของความประมาทเลินเล่ออย่างสูง
- 4) โดยไม่เจตนาหรือโดยไร้ความสามารถไม่ให้ความสนใจถึงความเสี่ยงภัยอันตรายอันร้ายแรงซึ่งโดยหน้าที่ของจำเลยจะต้องกระทำ

สำหรับในประเทศอังกฤษแม้อัตราการฟ้องคดีอาญาแพทยจะสูงขึ้นอย่างมากแต่ก็ยังมีจำนวนน้อยเมื่อเทียบกับคดีแพ่ง เนื่องจากตามกฎหมายอังกฤษนั้นมีหลักการเรื่อง Exemplary Damages (ค่าเสียหายเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง) หรือ Punitive Damages (ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ) ที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักการกำหนดค่าเสียหายเพื่อลงโทษจำเลย จากแนวคิดที่ว่าไม่มีเงินสามารถชดเชยการสูญเสียแขนขาหรือชีวิตของผู้ป่วยได้ จึงนำหลักการนี้มาใช้กับความประมาทเลินเล่อในทางการแพทย์เพื่อชดเชยความเสียหายที่ไม่อาจชดเชยได้⁵ ค่าเสียหายประเภทนี้จะมีอัตราสูงมาก โดยจะได้รับค่าเสียหายเท่าใดขึ้นอยู่กับความร้ายแรงในการทำละเมิด ซึ่งในกรณีละเมิดโดยประมาทนั้นนั้นค่าเสียหายในเชิงลงโทษจะใช้เฉพาะกับกรณีที่เป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง⁶ ในเรื่องนี้ประเทศอังกฤษถือเป็นประเทศแรกที่น่าค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาบัญญัติไว้ชัดเจนในกฎหมาย⁷ หลักการดังกล่าวนำมาใช้กับคดีทุรเวชปฏิบัติอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อด้วย ถือเป็นปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้ผู้เสียหายมักใช้มาตรการทางแพ่งมากกว่าอาญา

หากนำหลักการที่กล่าวมาข้างต้นมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่า ประเทศไทยนั้นไม่ได้แบ่งระดับความประมาทเลินเล่อทางอาญาออกเป็นความประมาทเลินเล่อธรรมดาและความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ต่างจากประเทศอังกฤษซึ่งความประมาทเลินเล่อในทางอาญาจะต้องมีระดับความร้ายแรงมากกว่าความประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง การกระทำประมาท

⁵ Michael A. Jones, *Medical Negligence*, (London: Sweet & Maxwell, 1996), pp. 454-457

⁶ ปริญญาวัน ชมเสวก, “ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 29-30

⁷ เฟิ่งอ้วง, น. 54-55

เดินเลื้อยทางอาญาตามกฎหมายไทยนั้นเป็นแนวคิดเช่นเดียวกับประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ อื่นๆ คือไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำประมาทเดินเลื้อยโดยจงใจหรือเป็นการกระทำโดยประมาทเดินเลื้อยที่ร้ายแรงกว่าการกระทำประมาทเดินเลื้อยในทางแพ่ง

นอกจากนี้มาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาของไทยนั้นพิจารณาจากมาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลซึ่งอยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เดียวกับผู้กระทำ กล่าวคือต้องพิจารณาการกระทำโดยประมาทของแพทย์จากวิสัยของผู้มีวิชาชีพแพทย์ที่มีความรู้ความชำนาญอย่างเดียวกัน มีเพศ วัย ประสบการณ์ในการทำงานเดียวกันกับแพทย์ผู้กระทำภายใต้พฤติการณ์เดียวกัน เช่น อยู่ในโรงพยาบาลที่มีอุปกรณ์ทางการแพทย์เพียงพอหรือไม่มีอุปกรณ์เพียงพอเช่นเดียวกัน เพื่อมาเปรียบเทียบกับแพทย์ผู้กระทำ ต่างจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ตามกฎหมายอังกฤษที่โดยหลักจะใช้มาตรฐานความระมัดระวังในทางอ้อมวิสัย โดยพิจารณาจากจิตใจของแพทย์ผู้กระทำ ว่าแพทย์รู้ตัว (Awareness) ว่ามีการเสี่ยงต่ออันตราย ซึ่งการกระทำของผู้กระทำอาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ และ การเสี่ยงต่ออันตรายนั้นเป็นเรื่องที่ไม่มีเหตุอันสมควร (Unreasonable Risk) หรือไม่ ซึ่งมาตรฐานความระมัดระวังดังกล่าวมิใช่ใช้มาตรฐานของวิญญูชน

ประเทศอังกฤษมีหลักการในเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษอันถือเป็นปัจจัยสำคัญอีกประการที่ทำให้ผู้เสียหายทางการแพทย์มักเลือกที่จะใช้มาตรการทางกฎหมายแพ่งฟ้องแพทย์มากกว่าจะใช้มาตรการทางกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตามในประเทศไทยศาลจะยึดถือหลักค่าเสียหายในทางแพ่งว่าศาลจะใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่สภาพปกติหรือใกล้เคียงกับสภาพเดิมมากที่สุด แม้ศาลอาจพิจารณาค่าสินไหมทดแทนตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438 ได้ แต่โดยหลักก็จะไม่เกินจากค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเท่าใดนัก⁸ แม้จะมีกฎหมายพิเศษบางฉบับที่ระบุหลักการค่าเสียหายในเชิงลงโทษไว้ เช่น พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 แต่ในส่วนของกฎหมายละเมิดโดยทั่วไปหรือกฎหมายพิเศษอื่น ๆ นั้น หลักการนี้มิได้มีระบุไว้ชัดเจนในกฎหมายและแนวคิดค่าเสียหายในเชิงลงโทษในคดีทorts ปฏิบัติหรือคดีละเมิดอื่น ๆ ยังไม่เป็นที่ยอมรับนัก ด้วยเหตุที่ค่าเสียหายในเชิงลงโทษเป็นจำนวนที่สูงมากเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดให้เข็ดหลาบ แต่จากการที่ประเทศไทยมีแต่แนวคิดที่จะชดเชยความ

⁸ เฟิงอ้าง, น. 95

เสียหายที่เกิดขึ้นจริงเป็นหลัก การใช้มาตรการทางแพ่งเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดจึงอาจยังไม่เหมาะสม

1.2 เปรียบเทียบหลักการในการกระทำความผิดทางอาญาโดยประมาทของแพทย์ตามกฎหมายไทยและกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา⁹นั้นสามารถแบ่งการกระทำโดยประมาทได้เป็น 2 ประเภทคือ ประมาทเลินเล่อธรรมดา (Negligence) และประมาทเลินเล่อโดยจงใจ (Recklessness) โดยเป็นเรื่องที่ยอมรับกันว่าหลักการเรื่องความประมาทในทางอาญาจะต้องมีองค์ประกอบมากกว่าการกระทำความผิดโดยประมาทในทางแพ่ง ซึ่งอาจจะเป็นกรณีที่ผู้กระทำโดยประมาท ก่อให้เกิดความเสียหายและภัยอันตรายมากกว่าความประมาทในทางแพ่งอันเป็นเรื่องละเมิด (Greater Risk) หรือผู้กระทำจะต้องระลึกรู้ถึงความเสี่ยงที่ตนก่อหรืออาจก่อให้เกิด (Subjective Awareness) อันเป็นเรื่องในทางอัตวิสัย ซึ่งแตกต่างจากความประมาทในทางแพ่งที่ดูจะเป็นเรื่องทางภาวะวิสัยมากกว่า หรือความประมาทในทางอาญาควรจะมีทั้งภัยที่สูงกว่า (Greater Risk) และการที่ผู้กระทำรู้ถึงภัยนั้นในทางอัตวิสัย (Subjective Awareness) ซึ่งความประมาทในลักษณะที่เป็นความผิดอาญานี้ อาจถูกเรียกว่า ประมาทโดยจงใจ (Recklessness) หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence)⁹

ดังนั้นแพทย์จะมีความรับผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทได้จะต้องมีความประมาทในระดับที่ร้ายแรงกว่าความประมาทในทางแพ่ง ซึ่งโดยปกติจะเป็นความประมาทในระดับประมาทเลินเล่อโดยจงใจ (Recklessness) ซึ่งต้องพิจารณาว่าแพทย์ผู้กระทำรู้ถึงความเสี่ยงต่อภัยอันตรายอันไม่สมควรหรือไม่อันเป็นการใช้มาตรฐานในทางอัตวิสัย (Subjective Standard) มาพิจารณา อย่างไรก็ตามมีบางคดีที่ศาลตัดสินว่าเพียงมีความเสี่ยงภัยอันตรายหรือระดับของความประมาทเลินเล่อร้ายแรงกว่าทางแพ่งก็ถือว่าผู้กระทำมีความผิดทางอาญาแล้ว โดยมีได้วินิจฉัยว่าผู้กระทำจะต้องมีความตระหนักรู้ในทางอัตวิสัย (Subjective Awareness) แต่อย่างไร

จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลอาจสรุปได้ว่ามาตรฐานความระมัดระวังจากเหตุผลในคำพิพากษาในคดีอาญาเกี่ยวกับทฤษฎีปฏิบัติคือแพทย์ต้องไม่ละเลยข้อเท็จจริงอันเป็น

⁹ Wayne R. La Fave, Criminal Law, 4th ed. (St. Paul, MIN: West, a Thompson business, 2003), pp. 262-263

การก่อภัยอันตรายแก่ผู้ป่วยอย่างร้ายแรง หากแพทย์ละเลยไม่ใส่ใจภัยอันตรายดังกล่าวอย่างร้ายแรงและเกิดความเสียหายต่อชีวิตผู้ป่วยขึ้น แพทย์ก็ต้องรับผิดชอบทางอาญา¹⁰

หากนำมาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายไทย จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทนั้นแบ่งแยกความประมาทเลินเล่อทางอาญาออกจากความประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง โดยความประมาทเลินเล่อทางอาญาจะต้องมีความร้ายแรงมากกว่า ต่างจากกฎหมายไทยที่ไม่มีการแบ่งแยกประเภทของความประมาทเลินเล่อในทางอาญา ออกจากความประมาทเลินเล่อในทางแพ่งโดยระดับของความประมาทเลินเล่ออันจะเป็นความรับผิดชอบทางอาญา มีเพียงแต่คำอธิบายในทางตำรา ข้อแตกต่างในความประมาทเลินเล่อทางแพ่งและความประมาทเลินเล่อทางอาญาที่เห็นได้ชัดจึงมีแต่ประเด็นเรื่องภาระการพิสูจน์ของผู้ความ

ในส่วนของมาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่ามาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำประมาทเลินเล่อโดยเจตจำนงนั้นจะใช้มาตรฐานในทางอัตวิสัย (Subjective Standard) หลักการดังกล่าวนี้ต่างจากกฎหมายไทยที่มาตรฐานความระมัดระวังในการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทยปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4 โดยการจะพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลใดเป็นการกระทำโดยประมาทนั้นจะต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นได้ใช้ความระมัดระวังต่ำกว่าความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์หรือไม่ กล่าวคือพิจารณาว่าหากบุคคลอื่นอยู่ในภาวะเช่นเดียวกันจะต้องมีความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์อย่างใดแล้ว หากผู้กระทำไม่ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้น หรือใช้แต่ไม่เพียงพอ เช่นบุคคลอื่น การกระทำนั้นก็ถือเป็นกระทำโดยประมาท หากนำหลักการดังกล่าวมาใช้กับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ แพทย์จะต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังในระดับเดียวกับผู้มีวิชาชีพแพทย์ซึ่งอยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกันกับแพทย์ผู้กระทำการกระทำนั้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีปัจจัยหนึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกามีการฟ้องร้องคดีแพทย์จากการกระทำที่เป็นทฤษฎีปฏิบัติในทางแพ่งมากกว่า ก็เนื่องจากในทางแพ่ง ประเทศสหรัฐอเมริกามีการใช้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) อันเป็นหลักการและแนวคิด

¹⁰ Angela Roddey Holder, Medical Malpractice Law, 2nd ed. (New York: A Wiley Medical Publication, 1978), pp. 361-362

ของประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์¹¹ ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่สูงมากหากเทียบกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าเสียหายในประเทศไทย โดยวัตถุประสงค์หลักของค่าเสียหายในเชิงลงโทษคือการลงโทษให้เข็ดหลาบหรือป้องปรามมิให้เกิดพฤติกรรมเช่นเดียวกันอีกในภายภาคหน้าและอาจเป็นการช่วยเหลือสังคมให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อย โดยมีการบังคับให้ผู้กระทำผิดชดเชยค่าเสียหายให้แก่ทั้งโจทก์และสังคม โดยศาลสหรัฐจะมุ่งเน้นไปที่การชดเชยให้สังคมมากกว่า¹² ความประมาทธรรมดาที่ไม่ถึงกับเป็นความผิดทางอาญาจึงอาจถูกลงโทษในทางแพ่งด้วยค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้ อันต่างจากกฎหมายไทยที่ไม่มีแนวคิดดังกล่าวชัดเจน

2. เปรียบเทียบและวิเคราะห์หลักการในการกระทำความผิดทางอาญาโดยประมาทของแพทย์ตามกฎหมายไทยและกฎหมายในระบบซีวิลลอว์

2.1 เปรียบเทียบหลักการในการกระทำความผิดทางอาญาโดยประมาทของแพทย์ตามกฎหมายไทยและกฎหมายประเทศเยอรมัน

กฎหมายอาญาเยอรมันในความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท (Fahrlässige Toetung) ไม่มีการระบุแบ่งแยกระดับของความประมาทเส้นเล่อในทางอาญาไว้ว่าเป็นความประมาทในระดับใด ต่างจากในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่ตั้งได้กล่าวมาแล้วว่าความประมาทเส้นเล่อทางอาญาจะต้องร้ายแรงกว่าความประมาทเส้นเล่อในทางแพ่ง แม้คำอธิบายทางตำรากฎหมายเยอรมันอาจแบ่งความประมาทเส้นเล่อได้เป็นประมาทโดยรู้ตัวและประมาทโดยไม่รู้ตัวก็ตามแต่ความแตกต่างดังกล่าวก็ไม่มีผลกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้กระทำ ดังนั้นกรณีที่แพทย์กระทำโดยประมาทอันเป็นเหตุให้ผู้อื่น

¹¹ แสง บุญเฉลิมวิภาส, “อะไรคือเหตุปัจจัยให้แพทย์ต้องคำพิพากษาจำคุก,” เอกสารประกอบโครงการสัมมนาวิชาการ: ปัญหาการฟ้องร้องแพทย์และแนวทางการแก้ไขปัญหา, (13 กุมภาพันธ์ 2551, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น. 6

¹² ปริญาวัน ชมเสวก, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 66-68

ถึงแก่ความตาย แม้เพียงปราศจากความระมัดระวังตามหน้าที่ ก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของความชั่วอันเป็นองค์ประกอบที่จะทำให้แพทย์ผู้นั้นต้องรับผิดชอบทางอาญาแล้ว¹³

ในส่วนของมาตรฐานความระมัดระวังในการกระทำความผิดโดยประมาทของแพทย์ ตามกฎหมายเยอรมันแบ่งเป็น 2 ความเห็น โดยความเห็นของฝ่ายข้างมากคือ Prof. Jescheck เห็นว่าการพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทในกฎหมายอาญา ต้องพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์การละเมิดต่อหน้าที่ ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย ซึ่งก็อยู่ในส่วนของความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ ส่วนความเห็นฝ่ายข้างน้อยในแนวทางของ Prof. Roxin เห็นว่า การพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังจะต้องใช้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย โดยพิจารณาว่าการกระทำโดยประมาทเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ไม่ได้รับอนุญาต และผลของการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักทฤษฎีว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ของการกระทำและผลซึ่งตามความเห็นของ Prof. Roxin ทฤษฎีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของการกระทำและผลที่นำมาใช้พิจารณาก็คือทฤษฎีเงื่อนไขนั่นเอง

หลักเกณฑ์ต่างๆที่กล่าวมานั้น ไม่ว่าจะเห็นว่าเป็นความเห็นของ Prof. Jescheck หรือความเห็นของ Prof. Roxin ล้วนแต่เป็นการพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังตามภาวะวิสัยซึ่งเป็นกรณีที่ความสามารถในทางส่วนตัวของผู้กระทำจะสอดคล้องกับบรรทัดฐานดังกล่าว แต่ในบางกรณีผู้กระทำอาจมีความสามารถสูงกว่าหรือน้อยกว่ากรณีปกติทั่วไป มีปัญหาว่าความสามารถเฉพาะตัวของผู้กระทำจะถูกนำมาใช้พิจารณามาตรฐานความระมัดระวังเพียงใด¹⁴ ในที่นี้มีสองความเห็นซึ่งอาจนำมาพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3

กรณีที่แพทย์มีความสามารถต่ำกว่าเกณฑ์เฉลี่ย ทั้งสองความเห็นมีความเห็นตรงกันว่าแพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบ หากแพทย์ไม่สามารถปฏิบัติตามเกณฑ์มาตรฐานได้ โดยความเห็นข้างมากเห็นว่าผู้กระทำขาดความน่าตำหนิ แต่ความเห็นข้างน้อยเห็นว่าการกระทำนั้นขาดองค์ประกอบ

¹³ จิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และคณะ, การศึกษาค้นคว้าการฟ้องคดีเกี่ยวกับกรรประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการแพทยสภา, 2544), น. 43-44

¹⁴ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “มาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาเยอรมัน,” ตุลพาน. ปีที่ 54 เล่มที่ 1 (มกราคม – เมษายน 2550), น. 147

ของความผิด เว้นแต่ในกรณีที่แพทย์รู้ถึงความสามารถที่ต่ำกว่าเกณฑ์ของตนแต่ยังไปฝ่าฝืนกระทำการ เช่นไปผ่าตัดทั้งที่แขนเจ็บไม่สามารถผ่าตัดได้ตามมาตรฐาน ทั้งสองความเห็นมีความเห็นตรงกันว่าแพทย์จะต้องรับผิดชอบประมาท อย่างไรก็ตามกรณีที่แพทย์มีความสามารถสูงกว่าเกณฑ์ทั่วไปความเห็นทั้งสองจะแตกต่างกัน เนื่องจากตามมาตรฐานทางภาวะวิสัยอันเป็นความเห็นฝ่ายข้างมากนั้นแพทย์ไม่จำเป็นต้องกระทำเกินกว่าที่แพทย์ทั่วไปกระทำ ขณะที่ทฤษฎีที่พิจารณาผู้กระทำความผิดเป็นมนุษย์ไปอันเป็นความเห็นฝ่ายข้างน้อยนั้น มองว่าแพทย์จะต้องใช้ความสามารถที่ตนมีเกินกว่าเกณฑ์เฉลี่ยด้วย ซึ่งเรียกร้องให้แพทย์ผู้เชี่ยวชาญเป็นพิเศษกว่าแพทย์ทั่วไปจะถูกเรียกร้องให้กระทำมากกว่า

ความเห็นของ Prof. Roxin เห็นว่าความเห็นที่ถูกต้องอยู่ระหว่างกึ่งกลางความเห็นทั้งสอง กล่าวคือความสามารถต่ำกว่าเกณฑ์ไม่ถือเป็นการตัดองค์ประกอบความผิดตามโครงสร้างข้อ 1 และความผิดตามโครงสร้างข้อ 2 อย่างไรก็ตามผู้กระทำที่มีความสามารถสูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานจะต้องใช้ความสามารถดังกล่าวของตน¹⁵ ซึ่งหากนำหลักดังกล่าวมาพิจารณาการกระทำความผิดทางอาญาโดยประมาทของแพทย์อาจกล่าวได้ว่ากรณีที่แพทย์มีความสามารถต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานจะต้องพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังโดยหลักวิญญูชน (generalisieren) แต่ในกรณีที่แพทย์มีความสามารถสูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานจะต้องใช้หลักปัจเจกชน (individualisieren)

จากหลักกฎหมายดังกล่าวหากนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่าทั้งประเทศไทยและประเทศเยอรมันมิได้ระบุแบ่งแยกความรับผิดชอบทางอาญาว่าจำเป็นต้องร้ายแรงกว่าความรับผิดชอบแพ่งหรือต้องเป็นความประมาทเลินเล่อในระดับประมาทเลินเล่อโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ซึ่งเป็นแนวคิดของประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ในส่วนของมาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมันจะเห็นได้ว่าในส่วนของการพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังในทางภาวะวิสัยตามกฎหมายเยอรมันที่แบ่งเป็นสองความเห็น มีความคล้ายคลึงกับมาตรฐานความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ของกฎหมายไทย เช่นการละเมิดต่อกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อวางระดับความระมัดระวังที่ผู้กระทำจะต้องใช้เพื่อป้องกันผลร้ายหากมีผู้ฝ่าฝืนตามแนวคิดของกฎหมายเยอรมันก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญาโดยประมาทตามแนวคิดของกฎหมายไทยเช่นกันหากการฝ่าฝืนกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเหตุให้เกิดผลร้ายที่กฎหมายประสงค์จะป้องกัน หรือกรณีที่มีการละเมิดต่อ

¹⁵ เฟิงอ้วง, น. 149

มาตรฐานของบุคคลซึ่งมีความแตกต่างกันไปตามแนวคิดของเยอรมันก็คือการละเมิดต่อมาตรฐานความระมัดระวังตามวิสัยของผู้กระทำตามกฎหมายไทยนั่นเอง¹⁶ และกรณีที่แพทย์มีความสามารถสูงหรือต่ำกว่าเกณฑ์ปกติตามแนวคิดกฎหมายอาญาของเยอรมัน ระดับของความสามารถดังกล่าวก็ถือเป็น “วิสัย” ของแพทย์ตามแนวคิดกฎหมายอาญาของไทยนั่นเอง

ข้อสังเกตอีกประการคือประเทศเยอรมันไม่ค่อยยอมรับหลักการเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษดังเช่นประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยหลักการกำหนดค่าเสียหายตามกฎหมายเยอรมันจะยึดหลักการชดเชยความเสียหายเท่านั้น แม้จะมีบางครั้งที่ศาลเยอรมันกำหนดค่าเสียหายตามจำนวนที่โจทก์ควรได้รับมิใช่ตามความเสียหายจริง¹⁷ ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงไม่ถือเป็นปัจจัยที่ผู้เสียหายมุ่งใช้มาตรการทางแพ่งมากกว่ามาตรการทางอาญาเหมือนประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งถือว่ามีความคล้ายคลึงกับหลักการในกฎหมายไทย ทำให้แนวคิดที่จะฟ้องคดีแพ่งเพื่อค่าเสียหายในเชิงลงโทษอันเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดแทนที่จะใช้มาตรการในทางกฎหมายอาญาไม่เด่นชัดนัก

2.2 เปรียบเทียบหลักการในการกระทำความผิดทางอาญาโดยประมาทของแพทย์ตามกฎหมายไทยและกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ประเทศอื่น

ในส่วนของประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์อื่นๆ เช่น ประเทศสเปนหรือประเทศญี่ปุ่น จะเห็นได้ว่าไม่มีการแบ่งแยกการกระทำโดยประมาททางแพ่งออกจากการกระทำโดยประมาททางอาญาโดยอาศัยระดับของความประมาทเล็กน้อย ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรงหรือการกระทำโดยประมาทเล็กน้อยธรรมดา ก็ถือว่าผู้กระทำมีความผิดทางอาญาแล้ว แม้จะมีข้อแตกต่างในรายละเอียด เช่น ความประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรงตามกฎหมายอาญาประเทศญี่ปุ่นถือว่าเป็นเหตุยกเว้นทำให้ผู้กระทำรับโทษหนักขึ้นจากการกระทำโดยประมาทเล็กน้อยธรรมดา¹⁸ ดังนั้นประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์อื่นๆ เช่น ประเทศสเปนหรือประเทศ

¹⁶ ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, “มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 166-167

¹⁷ ปริญญาวัน ชมเสวก, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 88-91

¹⁸ ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น มาตรา 211 (1) จาก Japan Penal Code in English, available from http://en.wikipedia.org/wiki/Criminal_Code_of_Japan

ญี่ปุ่นนั้นไม่จำกัดว่าแพทย์จะมีความรับผิดชอบทางอาญาในการประกอบวิชาชีพโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บเฉพาะกรณีที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรงเท่านั้น

ในส่วนของมาตรฐานความระมัดระวังในกฎหมายของประเทศซีวิลลอว์เช่นประเทศสเปนนั้นจะพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์นั้นละเมิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) โดยพิจารณาจากหลักการพื้นฐานว่าการประกอบวิชาชีพนั้นฝ่าฝืนมาตรฐานความระมัดระวังตามหน้าที่ซึ่งคาดเห็นได้หรือไม่ โดยสำหรับแพทย์นั้น หน้าที่ที่แพทย์จะต้องใช้ความระมัดระวังพิจารณาจากการกระทำที่แพทย์ในอุดมคติควรใช้ในสถานการณ์เช่นเดียวกัน ทั้งในแง่เวลา สถานที่ที่แพทย์ทำการรักษา และสถานการณ์แวดล้อมอื่นๆ ซึ่งหมายความว่าหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังของแพทย์พิจารณาจากการกระทำที่แพทย์ได้กระทำลงเปรียบเทียบกับกรกระทำที่ถูกระบุว่าเป็นการกระทำที่ถูกต้อง¹⁹ อันจะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกับมาตรฐานความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ในกฎหมายอาญาของไทย

นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าในประเทศซีวิลลอว์บางประเทศจะมีการกำหนดในกฎหมายอาญาว่าความประมาทเล็กน้อยในการประกอบวิชาชีพแพทย์ ถือเป็นเหตุจรรยาที่ให้ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ต้องรับโทษมากกว่ากรณีที่ถูกกล่าวหาว่าประมาทเล็กน้อยด้วย ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายอาญาของประเทศสเปน²⁰ และกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น²¹

ในประเด็นเรื่องการใช้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ประเทศในระบบซีวิลลอว์อื่นๆก็มีหลักเกณฑ์คล้ายกับกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน เช่น ประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศที่รับอิทธิพลของประเทศซีวิลลอว์ในภาคพื้นยุโรปและรับแนวคิดกฎหมายละเมิดมาจากกฎหมายเยอรมัน หลักการกำหนดค่าเสียหายในประเทศญี่ปุ่นจึงมุ่งเน้นไปที่การชดเชยความเสียหาย

¹⁹ Virgilio Rodriguez-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, p. 414

²⁰ *Ibid*, pp. 414-415

²¹ 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. 216

เช่นเดียวกับประเทศเยอรมันหรือประเทศฝรั่งเศส หลักการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษดูจะไม่เป็นที่ยอมรับในกฎหมายญี่ปุ่นแต่อย่างใด²²

3. ปัญหาการฟ้องร้องคดีอาญาเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทของแพทย์

3.1 สภาพปัญหาและผลกระทบ

ปัญหาประการสำคัญที่สุดประการหนึ่งในปัจจุบันของทั้งวงการกฎหมายและวงการแพทย์ก็คือปัญหาเรื่องการฟ้องร้องคดีแพทยในการประกอบวิชาชีพ ซึ่งคดีส่วนใหญ่จะเป็นการกระทำโดยประมาทและก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือทรัพย์สินของผู้อื่น ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว การที่แพทย์ถูกฟ้องร้องคดีแพ่งนั้นเป็นเรื่องที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหาย แต่ในคดีอาญา เป็นเรื่องที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลซึ่งมีโทษถึงจำคุก นอกจากนี้กรณีที่แพทย์กระทำโดยประมาททำให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วย หากเป็นคดีแพ่งก็ย่อมสามารถตกลงชดใช้ค่าเสียหายและยอมความกันได้ แต่ในคดีอาญานั้นความผิดฐานประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายถือเป็นความผิดร้ายแรงและเป็นความผิดอาญาต่อแผ่นดิน อันไม่สามารถยอมความได้

จากคดีที่มีการฟ้องร้องแพทย์เป็นคดีอาญาในปัจจุบัน ทำให้เกิดการตื่นตัวต่อปัญหาการฟ้องร้องแพทย์อย่างยิ่งทั้งในวงการกฎหมายและวงการแพทย์ โดยเฉพาะคดีที่มีการพิพากษาลงโทษจำคุกแพทย์โดยไม่มีการรอกการลงโทษในคำพิพากษาศาลจังหวัดสุราษฎร์ธานี (เกาะสมุย) ใน คดีหมายเลขแดงที่ 666/2549 และในคำพิพากษาศาลจังหวัดทุ่งสงในคดีหมายเลขแดงที่ 2961/2550 ที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 ซึ่งคดีทั้งสองทำให้เกิดข้อวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากและนำไปสู่ความพยายามในการแก้ไขปัญหาในการฟ้องร้องแพทย์เป็นคดีอาญา โดยในคดีแรกนั้นมีข้อพิจารณาเรื่องการที่แพทย์ไม่เอาใจใส่คนไข้ อย่างไรก็ตามข้อเท็จจริงก็ไม่ปรากฏแน่ชัดว่าผู้ตายในคดีถึงแก่ความตายเนื่องจากสาเหตุใด ซึ่งในทางการแพทย์มีบางครั้งที่ผู้ป่วยถึงแก่ความตายโดยมิทราบสาเหตุ อีกทั้งยังไม่มี การชันสูตรพลิกศพเพื่อหาสาเหตุการตายด้วย จึงมีข้อวิจารณ์ว่าผู้ตายอาจไม่ได้ถึงแก่ความตายเนื่องจากการกระทำโดยละเลย ไม่เอาใจใส่ของจำเลยซึ่งเป็นแพทย์ก็เป็นได้ ส่วนคดีที่สองมีข้อวิพากษ์วิจารณ์ถึงความขาดแคลนวิสัญญีแพทย์ที่จะปฏิบัติหน้าที่ใน

²² ปริญญาวัน ชมเสวก, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 92-94

โรงพยาบาลชุมชนซึ่งทำให้แพทย์อื่นจำเป็นต้องทำการรักษาแทน แต่กลับมีการตัดสินใจให้แพทย์ที่ไม่ใช่วิสัญญีแพทย์แต่มากระทำการรักษาผู้ป่วยต้องรับผิดชอบ และประเด็นเรื่องปริมาณยาที่จำเลยฉีดให้ผู้ป่วยมากเกินไปหรือไม่ เป็นต้น

ในสวนคดีต่างๆที่นำไปสู่ข้อวิพากษ์วิจารณ์ ผลที่ปรากฏออกมาขึ้นอยู่กับการนำสืบข้อเท็จจริง หรือปรับข้อเท็จจริงไม่ตรงกับกฎหมายหรือข้อเท็จจริงบางส่วนอาจไม่ถูกนำไปพิจารณา ก็ได้ ทำให้ผลของคดีปรากฏออกมาเช่นนี้²³ ซึ่งจะต้องดำเนินการโดยอาศัยขั้นตอนตามกฎหมายต่อไป

ผลเสียจากการถูกฟ้องร้องคดีอาญาทำให้เกิดความคิดว่าอาจจะทำให้แพทย์เลือกที่จะปฏิบัติแบบ Defensive Medicine²⁴ อันเป็นการปฏิบัติทางการแพทย์ที่แพทย์จะวินิจฉัยตรวจรักษาหรือให้ยาผู้ป่วยเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการฟ้องคดีเกี่ยวกับทฤษฎีปฏิบัติเป็นหลัก แทนที่จะคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ป่วยเป็นสำคัญ อันทำให้เกิดการสั่งตรวจหรือให้ยาที่ไม่จำเป็นเนื่องจากแพทย์ต้องการจะปลอดภัยจากการถูกฟ้องร้องคดีไว้ก่อน ซึ่งการกระทำดังกล่าวก่อภาระในด้านค่าใช้จ่ายแก่ผู้ป่วยโดยไม่จำเป็นหรือเป็นภาระในด้านค่าใช้จ่ายแก่รัฐในการจัดหาบริการสาธารณสุขแก่ประชาชนด้วย

ผลเสียอีกประการจะเห็นตัวอย่างได้จากคดีของศาลจังหวัดทุ่งสงใน คดีหมายเลขแดงที่ 2961/2550 ซึ่งมีการวิพากษ์วิจารณ์ถึงผลกระทบจากคดีดังกล่าว เนื่องจากวิสัญญีแพทย์ในโรงพยาบาลชุมชนนั้นมีความขาดแคลน เมื่อเกิดกรณีที่จะต้องผ่าตัดได้ตั้ง แพทย์ในโรงพยาบาลชุมชนก็จะไม่เสี่ยงที่จะทำการฉีดยาชาหรือผ่าตัดแต่จะใช้วิธีส่งต่อไปยังโรงพยาบาลที่มีความพร้อมมากกว่าแทน เพื่อหลีกเลี่ยงการถูกฟ้องคดีอาญา ทั้งๆที่จากสถิติพบว่าหากทำการส่งต่อผู้ป่วยไปให้วิสัญญีแพทย์ โอกาสเสียชีวิตของผู้ป่วยจะสูงขึ้นถึง 5 เท่า²⁵ เนื่องจากการส่งต่อจะต้องใช้เวลาและอาจทำให้ผู้ป่วยได้รับการรักษาไม่ทันเวลาที่ จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นข้อเสียจากการที่แพทย์ไม่กล้าตัดสินใจที่จะทำการรักษาผู้ป่วยเนื่องจากเกรงกลัวการถูกฟ้องร้อง ซึ่งแสดงให้เห็นว่า

²³ แสงว นุญเฉลิมวิภาส, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11*, น. 3

²⁴ Definition of Defensive medicine, available from <http://www.medterms.com/script/main/art.asp?articlekey=33262>

²⁵ รายละเอียดโปรดดู อธิพัชร คณะเจริญ, “อุทธรณ์: บทเรียนวงการแพทย์ จากใต้ตึ๊งถึงห้องคุมขังนักโทษทางอาญา,” เอกสารประกอบการสัมมนา: เมื่อแพทย์ติดคุก ประชาชนต้องเสี่ยงตาย จะร่วมกันแก้ปัญหาอย่างไร, (19 ธันวาคม 2550, โรงพยาบาลราชวิถี)

ปัญหาการฟ้องร้องคดีแพथณ์นั้นเป็นผลร้ายทั้งต่อทางฝ่ายแพथณ์และฝ่ายผู้ป่วยด้วย เนื่องจากอาจทำให้ผู้ป่วยไม่ได้รับการรักษาที่เหมาะสมและทันเวลา

นอกจากนี้ในระยะหลังสถิติของผู้ที่สอบได้คณะแพथณ์ศาสตร์ทุกมหาวิทยาลัยทั่วประเทศแต่สถิติมีถึง 25 เปอร์เซ็นต์ซึ่งถือเป็นอัตราที่สูงมาก ทำให้เห็นได้ว่าแนวโน้มของผู้ที่สนใจศึกษาเป็นแพथณ์นั้นลดลง นอกจากนี้ขณะที่สถิติการมีผู้เสียชีวิตจากความผิดพลาดทางการแพथณ์ในสหรัฐอเมริกาถึง 98,000-190,000 คนต่อปี ส่วนประเทศไทยมีอัตราการเสียชีวิต 25,000-50,000 คนต่อปี ซึ่งส่วนใหญ่ระบุว่าเป็นเหตุสุดวิสัย²⁶ จากสถิติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าปัญหาการเสียชีวิตจากความผิดพลาดทางการแพथณ์นับเป็นปัญหาใหญ่ประการหนึ่งทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ และอาจนำมาซึ่งการฟ้องคดีต่อแพथณ์ทั้งทางแพ่งและอาญา ซึ่งน่าจะเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้มีความสนใจจะเรียนวิชาแพथณ์ลดน้อยลงไปด้วย นอกจากนี้ผู้ที่สนใจจะเรียนแพथณ์ก็อาจจะเลือกเรียนแพथณ์ในสาขาที่มีความเสี่ยงต่อการถูกฟ้องร้องน้อยกว่า ซึ่งจะมีปัญหาทำให้แพथณ์บางสาขาขาดแคลนตามมา

จากปัญหาหลายประการที่กล่าวมา การฟ้องคดีอาญาแพथณ์เป็นการบ่อนทำลายความสัมพันธ์อันดีระหว่างแพथณ์กับผู้ป่วยเป็นอย่างมากและก่อความเสียหายให้แก่ทั้งฝ่ายแพथณ์และผู้ป่วยตลอดจนสังคมโดยรวม เนื่องจากการใช้ Defensive Medicine หรือแพथณ์ไม่กล้าที่จะตัดสินใจทางการแพथณ์ในการทำการรักษาผู้ป่วยเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกฟ้องร้อง และหากแนวโน้มเป็นเช่นนี้อาจทำให้แพथณ์บางสาขาขาดแคลนหรือมีแพथณ์ไม่เพียงพอยิ่งมากขึ้นไปด้วย

3.2 แนวคิดและความพยายามในการแก้ไข้ปัญหา

มีการเสนอใช้มาตรการหลายประการที่จะใช้เพื่อนำมาแก้ไข้ปัญหา เช่นการใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Disputes Resolution) เข้ามาใช้แก้้ปัญหาข้อพิพาทระหว่างแพथณ์และผู้ป่วย แม้หลักการดังกล่าวจะไม่สามารถนำมาใช้ในคดีอาญากรณีแพथณ์กระทำโดยประมาททำให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายของผู้ป่วยได้โดยตรงเนื่องจากเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้ การไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาทในเรื่องการกระทำโดยประมาทของแพथณ์คงทำได้แต่ในคดีแพ่งเท่านั้น แต่ปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ผู้เสียหายทางการแพथณ์ฟ้องคดีอาญาก็เนื่องจากการไม่ได้รับค่าชดเชยทางแพ่งที่เหมาะสม ดังนั้นหากทำการตกลง

²⁶ หนังสือพิมพ์มติชน ฉบับวันที่ 19 กรกฎาคม 2550, น. 10

ในเรื่องค่าเสียหายทางแพ่งได้แล้วก็เป็นการลดโอกาสที่แพทย์จะถูกฟ้องในทางอาญาได้ แนวคิดดังกล่าวนำไปสู่การพยายามจัดตั้งกองทุนคุ้มครองผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขซึ่งเป็นแนวคิดที่ปรากฏอยู่ในร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข ซึ่งเป็นความพยายามให้การชดเชยทางแพ่งแก่ผู้เสียหายอย่างเพียงพอเพื่อมิให้ผู้เสียหายจากทุรเวชปฏิบัติหน้าคดีมาฟ้องแพทย์เป็นคดีอาญา

ข้อเสนอให้มีการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) ซึ่งมุ่งเน้นให้บรรเทาความเสียหายหรือชดเชยทุกฝ่ายให้กลับคืนสู่สภาพเดิมมิได้มุ่งเน้นการลงโทษ²⁷ ถือเป็นหลักการที่ถูกเสนอขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาเช่นกัน ในปัจจุบันหลักการดังกล่าวยังไม่เป็นที่ยอมรับนักในการใช้กับคดีอาญาในความผิดที่ยอมความไม่ได้ แม้จะมีความพยายามที่จะนำมาใช้กับกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็กหรือเยาวชนแล้วก็ตาม อย่างไรก็ตามหากนำแนวคิดมาปรับใช้กับการกระทำความผิดโดยประมาทซึ่งรวมถึงการใช้กับการกระทำความผิดอาญาโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ด้วยก็จะเป็นการแก้ไขปัญหาได้ในระดับหนึ่ง

นอกจากนี้ปัญหาการฟ้องร้องคดีดังกล่าวทำให้มีข้อเสนอแนะ การออกกฎหมายและการพยายามร่างกฎหมายมาใช้แก้ปัญหา ซึ่งปรากฏทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน และในร่างกฎหมายบางฉบับซึ่งมีแนวคิดที่จะแก้ไขปรับปรุงกระบวนการพิจารณาความในคดีทุรเวชปฏิบัติรวมถึงความพยายามจะยกเว้นความผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ด้วยซึ่งจะกล่าวถึงในส่วนต่อไป

4. ศึกษาและวิเคราะห์แนวคิดในการยกเว้นความผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์

4.1 เหตุผลและแนวคิดในการยกเว้นความผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์

แนวคิดในประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นการกระทำโดยประมาทอันจะเป็นความผิดทางอาญาได้จะต้องเป็นการกระทำประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยหลักการ

²⁷ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. “ความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: หลักการและแนวคิด.” ใน กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ (บรรณาธิการ). กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: ทางเลือกใหม่สำหรับกระบวนการยุติธรรมไทย. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), น. 12-13

เบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยไม่เป็นเหตุให้บุคคลต้องรับโทษทางอาญา คงรับผิดชอบแต่ในทางแพ่งเท่านั้น นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายคอมมอนลอว์บางท่านเสนอแนวคิดที่ว่า การกระทำโดยประมาทนั้นไม่สมควรที่จะเป็นความผิดทางอาญาเลยดังจะกล่าวต่อไปนี้

แท้จริงแล้วแนวคิดที่เห็นว่าการกระทำโดยประมาทไม่สมควรถูกลงโทษทางอาญามีมานานแล้ว แต่ไม่ได้รับการตอบรับจากนักกฎหมายส่วนใหญ่เท่าใดนัก แนวคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดของ Jerome Hall นักกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยในเบื้องต้นต้องเข้าใจก่อนว่า ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าหลักกฎหมายของประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ส่วนใหญ่การกระทำที่เป็นความผิดฐาน Manslaughter หรือ Homicide by Automobile (ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยการ ขับขี่ยานพาหนะ) นั้นจะต้องเป็นการกระทำในระดับประมาทเลินเล่อโดยจงใจ (Recklessness) อาจกล่าวได้ว่าเพียงแค่ความไม่ระมัดระวัง (Inadvertence) แล้วก่อให้เกิดความเสียหายไม่ถึงเป็นความผิดอาญาในกฎหมายคอมมอนลอว์²⁸ อย่างไรก็ตามยังมีปัญหาในเรื่องความไม่ชัดเจนของกฎหมายคอมมอนลอว์ว่าการกระทำใดเป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงอันจะชี้ให้เห็นถึง Mens Rea หรือเจตนาร้ายอันเป็นองค์ประกอบของความผิด นอกจากนี้ Jerome Hall ยังมองว่าไม่ควร จะมีใครถูกลงโทษทางอาญาเว้นแต่การกระทำของเขากระทำโดยไร้ศีลธรรมหรือโดยเจตนา ก่อให้เกิดความเสียหายหรือผลร้ายแก่ผู้อื่นและโทษทางอาญาจะต้องเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ ด้วย²⁹ ข้อโต้แย้งในทางศีลธรรมเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาการกระทำโดยประมาทคือการที่ผู้กระทำโดยประมาทแสดงความเพิกเฉยต่อคุณค่าทางสังคมทำให้สมควรจะถูกลงโทษ แต่แนวคิดนี้เป็นการมองว่าความผิด (Fault) ก็นับรวมถึงการละเลยไม่ใส่ใจด้วย ทั้งที่การละเลยไม่ใส่ใจ โดยไม่รู้ตัวดังกล่าวไม่ถึงว่าร้ายแรงในระดับเดียวกับการกระทำโดยเจตนา เพราะผู้กระทำโดยประมาทไม่ได้รู้สึกรู้ว่าการกระทำของตนเป็นอันตราย นอกจากนี้ข้อโต้แย้งอีกประการหนึ่งคือการกระทำโดยประมาทเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่าที่จะเป็นการทำลายคุณค่าทางสังคม ตามกฎหมายอาญาดังเช่นการกระทำโดยเจตนา³⁰ แม้จะมีการพิจารณาว่าการกระทำโดยประมาทหรือละเลยไม่ใส่ใจต่างก็เกี่ยวข้องกับการกระทำที่อันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายและศีลธรรมก็ไม่สามารถเปลี่ยนความจริงที่ว่าความผิด (Fault) เป็นเรื่องที่มีพื้นฐานมาจากการกระทำโดยเจตนา

²⁸ Jerome Hall, "Negligent Behaviors should be excluded from Penal Liability," Columbia Law Review VOL 63, 1963, p. 634

²⁹ *Ibid*, pp. 635-636

³⁰ *Ibid*, p. 637

แม้การกระทำของบุคคลดังกล่าวเป็นการกระทำที่น่าตำหนิก็มิได้หมายความว่า การลงโทษทางอาญาแก่การกระทำโดยประมาทนั้นเป็นธรรมแล้ว³¹

กล่าวโดยสรุป Jerome Hall ไม่ได้หมายความว่า การกระทำโดยประมาทเป็นการกระทำที่ถูกต้องและไม่สมควรถูกลงโทษ แต่การใช้โทษทางอาญาเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม โดยเสนอมาตรการอื่นแทน เช่นการให้รับผิดในทางแพ่งโดยการชดใช้ค่าเสียหาย โดยที่หากมีการประกันภัยความรับผิด ผู้กระทำโดยประมาทก็ควรที่จะถูกบังคับให้จ่ายค่าเสียหายบางส่วนเป็น อย่างต่ำด้วย³²

สำหรับการฟ้องคดีอาญาแพทยนั้น Alexander Mccall Smith ก็มีแนวคิดที่ไม่ควรจะให้แพทย์รับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาททุกกรณีโดยอ้างอิงจากแนวคิดของ Jerome Hall เนื่องจากเห็นว่าแพทย์มีความกดดันจากการที่จะถูกฟ้องคดีแพ่งอยู่แล้ว และการกระทำโดยประมาทไม่ได้แสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะก่ออันตรายหรือแสดงให้เห็นถึงทัศนคติที่ละเลยต่อความปลอดภัยของผู้อื่น จึงไม่ใช่การกระทำที่น่าตำหนิในทางศีลธรรม แม้มีนักวิชาการบางท่านตอบสนองต่อแนวคิดของ Jerome Hall แต่แนวคิดในการจะยกเว้นความผิดอาญาในการกระทำโดยประมาทก็มิได้รับการยอมรับมากนัก³³

จากแนวคิดของ Alexander Mccall Smith หลักการกระทำโดยประมาทหากนำมาปรับใช้กับแพทย์แล้วจะเห็นได้ว่า แพทย์นั้นถูกเรียกร้องให้ตัดสินใจหรือปฏิบัติหน้าที่โดยมีมาตรฐานและความเชี่ยวชาญที่สูง แต่เป็นเรื่องที่เห็นได้ชัดว่าแม้แต่แพทย์ผู้มีความเชี่ยวชาญอย่างสูงก็อาจละเลยที่จะกระทำการบางอย่างที่ตนควรจะได้ นอกจากนี้แพทย์ก็สามารถจะทำการตัดสินใจผิดพลาดในการรักษาผู้ป่วยได้ ซึ่งการละเว้นหรือละเลยดังกล่าวนี้อาจทำให้แพทย์มีความผิดทางอาญาได้หากนำการกระทำของแพทย์มาพิจารณากับมาตรฐานในทางภาวะวิสัย (Objective standard of care) แต่การกระทำดังกล่าวมิจำเป็นต้องแสดงให้เห็นทัศนคติที่ละเลยไม่เอาใจใส่ผู้อื่น เนื่องจากความผิดพลาดดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นเป็นปกติในชีวิตมนุษย์ ตัวอย่างเช่นในประเทศนิวซีแลนด์มีการตรวจสอบกลุ่มตัวอย่างพบว่าวิสัญญีแพทย์กว่าร้อยละ 89

³¹ *Ibid*, p. 639-641

³² *Ibid*, p. 643

³³ Alexander Mccall Smith, "Criminal or Merely Human: The Prosecution of Negligent Doctors," *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, Fall 1995, available from www.westlaw.com, pp. 131-132

ต่างทำผิดพลาดในการประกอบวิชาชีพ ซึ่งไม่ได้ทำให้นำไปสู่ข้อสรุปว่าแพทย์ร้อยละ 89 จากกลุ่มตัวอย่างกระทำผิดโดยประมาท แต่แสดงให้เห็นว่าแพทย์เกือบทุกคนอาจกระทำผิดโดยใช้มาตรฐานต่ำกว่ามาตรฐานความระมัดระวังในบางโอกาสได้³⁴ ความประมาทในทางอาญานั้นถูกอธิบายว่าเป็นกรณีที่ผู้กระทำเห็นถึงความเสี่ยงภัยอันตรายแต่ยังคงฝ่าฝืนกระทำ โดยใช้มาตรฐานทางอติวิสัยพิจารณา แนวคิดในกฎหมายคอมมอนลอว์พยายามจะแบ่งแยกการกระทำโดยประมาทเป็นการกระทำที่สมควรรับโทษทางอาญาและการกระทำที่ไม่สมควรรับโทษทางอาญา³⁵ กล่าวโดยสรุปคือคำว่า “ความประมาทเลินเล่อ” ในตัวเองนั้นไม่ควรถือเป็นความผิดอาญา อย่างไรก็ตามปัญหานี้ถูกแก้ไขโดยหลักจากกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดทางอาญานั้นจะต้องเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง³⁶ ซึ่งทำให้ข้อผิดพลาดของแพทย์นั้นไม่ถือเป็นความผิดอาญาทุกกรณี การจะเป็นความผิดอาญาได้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่แพทย์เห็นถึงความเสี่ยงภัยอันตรายแต่ยังคงฝ่าฝืนกระทำ โดยใช้มาตรฐานทางอติวิสัยพิจารณาว่าแพทย์ตระหนักรู้ถึงภัยอันตรายนั้นหรือไม่ หลักดังกล่าวมาจากแนวคิดของศาลในประเทศในระบอบกฎหมายคอมมอนลอว์และหลักกฎหมายที่ความประมาทที่จะต้องรับผิดทางอาญาคือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือประมาทเลินเล่อโดยจงใจ แม้จะมีบางกรณีที่คำพิพากษาศาลหรือบทบัญญัติกฎหมายอาจจะลงโทษทางอาญาการกระทำประมาทธรรมดา (Ordinary negligent conduct) แต่การลงโทษดังกล่าวจะเหมาะสมและเป็นธรรมเมื่อได้คำนึงถึงการสนับสนุนและการส่งเสริมความปลอดภัยส่วนรวมและสาธารณประโยชน์เท่านั้น คำพิพากษาศาลหรือการบัญญัติของกฎหมายพิเศษที่จะลงโทษทางอาญาการกระทำโดยประมาทธรรมดาจึงต้องถูกจำกัดจากปัจจัยดังกล่าว³⁷

สำหรับในประเทศไทย มีความพยายามจากแพทยสภาในการแก้ไขปัญหาที่แพทย์ถูกฟ้องร้องกันมากจากการประกอบวิชาชีพ และแนวคิดสำคัญประการหนึ่งก็คือการพยายามจะ

³⁴ *Ibid*, p. 135

³⁵ *Ibid*, pp. 137-139

³⁶ *Ibid*, p. 145

³⁷ Leslie Yalof Garfield, “A More Principled Approach to Criminalizing Negligence: A Prescription for the Legislature,” *Tennessee Law Review*, Summer 1998, available from www.westlaw.com, pp. 923-924

ยกเว้นความผิดอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายและชีวิตของผู้ป่วย โดยจะให้แพทย์ต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีที่ได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น อันเป็นการนำแนวคิดของการกระทำโดยประมาทในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้

สำหรับเหตุผลและแนวคิดการยกเว้นความผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในประเทศไทยนั้น แนวคิดนี้มีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้แพทย์ถูกฟ้องร้องคดีในทางอาญาซึ่งอาจต้องรับโทษถึงจำคุก เพื่อให้แพทย์ไม่ต้องเดือดร้อนจากการถูกฟ้องคดีอาญา อันจะเป็นการสร้างขวัญกำลังใจให้แก่แพทย์ ในขณะเดียวกัน ก็จะทำให้แพทย์มีความมั่นใจในการทำหน้าที่เนื่องจากโรคบางโรคจะต้องมีการวินิจฉัยและตัดสินใจอย่างเด็ดขาดภายในระยะเวลาจำกัด หากไม่มีการตัดสินใจรักษาอย่างเด็ดขาดก็อาจเกิดผลร้ายอย่างใหญ่หลวงต่อตัวผู้ป่วยเอง

อย่างไรก็ตามแนวคิดนี้จะยกเว้นความผิดทางอาญาในการประกอบวิชาชีพโดยประมาทเท่านั้น เนื่องจากเห็นว่าแพทย์ย่อมไม่ต้องการให้เกิดผลร้ายแก่ผู้ป่วย หากเป็นการกระทำผิดอาญาโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะไม่ได้การยกเว้นความผิดทางอาญา โดยแนวคิดนี้เห็นว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นการกระทำที่แพทย์สมควรต้องรับโทษในทางอาญาต่างจากกรณีประมาทธรรมดา ซึ่งมีปัญหาต้องพิจารณาต่อไปว่าการกระทำประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมีความหมายเพียงใด เนื่องจากประเทศไทยมีการแบ่งแยกประเภทความประมาทเลินเล่อตามระดับของความร้ายแรงในกฎหมายนั้นมีเพียงในพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เท่านั้น

4.2 ข้อเสนอและความพยายามในการยกเว้นความผิด

สำหรับข้อเสนอและความพยายามในการยกเว้นความผิดนั้น จะเห็นได้จากบทบัญญัติของกฎหมายและร่างกฎหมายดังต่อไปนี้

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพิ่งมีการใส่แนวคิดคุ้มครองแพทย์จากความรับผิดตามกฎหมายลงในตัวบทของรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก ซึ่งหลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ใน มาตรา 80 (2) ของรัฐธรรมนูญดังนี้

“มาตรา 80 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านสังคม การสาธารณสุข การศึกษา และวัฒนธรรมดังต่อไปนี้

(2) ส่งเสริม สนับสนุน และพัฒนาระบบสุขภาพที่เน้นการสร้างเสริมสุขภาพอันนำไปสู่สุขภาพที่ยั่งยืนของประชาชน รวมทั้งจัดและส่งเสริมให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณสุขที่มีมาตรฐานอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพและส่งเสริมให้เอกชนและชุมชนมีส่วนร่วมในการพัฒนาสุขภาพและการจัดบริการสาธารณสุข โดยผู้มีหน้าที่ให้บริการดังกล่าวซึ่งได้ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐานวิชาชีพและจรรยาบรรณ ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย”

หลักการตามรัฐธรรมนูญมีการบัญญัติคุ้มครองผู้มีหน้าที่ให้บริการสาธารณสุขซึ่งได้ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐานวิชาชีพและจรรยาบรรณ ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งก็หมายความว่าได้รับการคุ้มครองจากทั้งการฟ้องคดีในทางแพ่งและการฟ้องคดีในทางอาญาด้วย

อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าหลักการดังกล่าวไม่มีความจำเป็นจะต้องระบุเอาไว้ เนื่องจากหากแพทย์หรือผู้ให้บริการสาธารณสุขได้ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐานของวิชาชีพและจรรยาบรรณแล้ว ก็ย่อมถือว่าแพทย์ผู้นั้นไม่ได้กระทำการโดยประมาท เพราะมิได้ใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ ดังนั้นแพทย์ผู้ปฏิบัติตามมาตรฐานวิชาชีพและจรรยาบรรณย่อมไม่ต้องรับผิดในการกระทำโดยประมาท ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดเรื่องละเมิดตามกฎหมายแพ่งหรือความรับผิดตามกฎหมายอาญา

2) ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข มาตรา 44 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์คุ้มครองแพทย์ไว้ดังนี้

“มาตรา 44 ผู้ให้บริการสาธารณสุขย่อมได้รับการคุ้มครองจากการถูกฟ้องคดีอาญาอันเนื่องมาจากการประกอบวิชาชีพ เว้นแต่เป็นการกระทำความผิดโดยเจตนา”

จะเห็นได้ว่าจากหลักการในร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว หากร่างฉบับนี้ออกมาใช้บังคับเป็นกฎหมาย ผู้ป่วยจะไม่สามารถฟ้องร้องคดีอาญาแพทย์ผู้กระทำการโดยประมาทได้เลย ไม่ว่าจะระดับของความประมาทนั้นจะเป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือประมาทเลินเล่อธรรมดา เพราะระบุว่าผู้ให้บริการสาธารณสุขจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองเฉพาะกรณีที่กระทำโดยเจตนาเท่านั้น

3) ร่างพระราชบัญญัติความรับผิดและวิธีพิจารณาความสำหรับการประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ ซึ่งนอกจากจะกำหนดกระบวนการตามกฎหมายไว้เป็นพิเศษสำหรับกรณีการฟ้องคดีเกี่ยวกับทิวเวชปฏิบัติแล้ว ยังมีความพยายามที่จะยกเว้นความผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพดังนี้

มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

(8) กระทำโดยประมาท หมายความว่า กระทำมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งผู้กระทำสามารถให้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ตามวิสัยและพฤติการณ์ แต่ผู้กระทำหาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

วิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ ย่อมต้องมีความรู้ความชำนาญมากกว่าคนธรรมดา จึงต้องใช้ความระมัดระวังมากกว่า โดยเปรียบเทียบระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพที่มีความรู้ความสามารถเฉพาะสาขาของตน กับผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพที่มีความชำนาญเนื่องจากประสบการณ์และอายุการทำงานใกล้เคียงกัน ซึ่งมาตรฐานด้านความรู้และด้านประสบการณ์อาจแตกต่างกันได้ ตามที่แต่ละสภาวิชาชีพด้านสุขภาพกำหนดไว้เป็นบรรทัดฐาน

พฤติการณ์ ได้แก่ สภาวะการณ์และสภาพแวดล้อมในขณะนั้นเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด ทั้งนี้โดยอาศัยระดับมาตรฐานด้านสภาวการณ์ที่แตกต่างกัน และมาตรฐานด้านสภาพแวดล้อมที่แตกต่างกันตามที่แต่ละสภาวิชาชีพด้านสุขภาพกำหนดไว้

(11) กระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า กระทำโดยประมาทที่มีระดับของความประมาทมากกว่าประมาทในอนุมาตราก่อน ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งความประมาทในการประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพของผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ ตามที่แต่ละสภาวิชาชีพด้านสุขภาพกำหนดไว้เป็นบรรทัดฐาน ได้แก่กรณีดังนี้

(ก) ละทิ้งผู้ป่วยที่อยู่ในการดูแลของตนและรู้อยู่ว่าอยู่ในระยะวิกฤติทั้งที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์ที่จะดูแลได้

(ข) กระทำหรือไม่กระทำการใด ในภาวะการณ์ใด โดยไม่มีทางเลือกอื่นอันเป็นที่ประจักษ์ชัดแล้วว่าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรง และผู้ประกอบวิชาชีพได้ล่วงรู้ภาวะการณ์ข้างต้นก่อนแล้ว

(ค) กระทำหรือไม่กระทำการใดในแต่ละช่วงเวลา ในแต่ละขั้นตอน ในภาวะการณ์หนึ่ง ผิดพลาดหลายครั้ง ซ้ำซาก และสภาวิชาชีพเห็นว่าผิดหลักวิชาการมาตรฐานวิชาชีพอย่างร้ายแรง

(ง) กรณีตามข้อ ก ถึงข้อ ค นั้น ถ้าความเสียหายเกิดจากข้อจำกัดเนื่องจากความบกพร่องหรือความไม่พร้อมของระบบการให้บริการสาธารณสุขของหน่วยงาน ซึ่งส่งผลให้ผู้ประกอบวิชาชีพต้องตัดสินใจภายใต้วิสัยและพฤติการณ์นั้น มิให้ถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ในส่วนของบทกำหนดโทษมีบทบัญญัติที่ยกเว้นความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาและใช้หลักการตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้แทนดังนี้

มาตรา 17 ในการประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ ผู้ประกอบวิชาชีพไม่ต้องรับผิดตามบทกำหนดโทษที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 291 มาตรา 300 และมาตรา 390 โดยให้รับผิดตามบทกำหนดโทษต่อไปนี้แทน

มาตรา 18 ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพที่ได้กระทำการประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นเหตุให้ผู้ได้รับผลกระทบถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีและปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

มาตรา 19 ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพที่ได้กระทำการประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นเหตุให้ผู้ได้รับผลกระทบได้รับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีและปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 20 ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพที่ได้กระทำการประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นเหตุให้ผู้ได้รับผลกระทบได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 21 ความรับผิดตามมาตรา 18 มาตรา 19 และมาตรา 20 เป็นความผิดที่ยอมความได้

ตามร่างพระราชบัญญัติความรับผิดและวิธีพิจารณาความสำหรับการประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพนั้นจะเห็นได้ว่าตามมาตรา 5 ซึ่งเป็นบทนิยามจะมีการให้คำจำกัดความของทั้งการกระทำประมาทเลินเล่อและการกระทำประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ นิยามของการกระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นการให้ความหมายโดยอิงจากมาตรฐานความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ในประมวลกฎหมายอาญาที่มาปรับใช้กับการกระทำโดยประมาทและมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักการดังกล่าวมีจำเป็นต้องระบุไว้เฉพาะแก่ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ เพราะหลักการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 ก็สามารถนำมาปรับใช้กับมาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ได้อยู่แล้ว เพียงแต่นิยามตามร่างพระราชบัญญัตินี้ระบุไว้ให้ชัดเจนขึ้นเท่านั้น

ในส่วนของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นจะเห็นได้ว่ามีการให้ความหมายอิงจากแนวคิดของหลักกฎหมายในประเทศในระบบคอมมอนลอว์ตาม มาตรา 5 (11) (ก) และ (ข) ว่าแพทย์ละทิ้งผู้ป่วยที่อยู่ในการดูแลของตนและรู้หรืออยู่ในระยะวิกฤติทั้งที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์ที่จะดูแลได้หรือกระทำหรือไม่กระทำการใด ในสภาวะการณ์ใด โดยไม่มีทางเลือกอื่นอัน

เป็นที่ประจักษ์ชัดแล้วว่า จะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรง และผู้ประกอบการวิชาชีพได้ล่วงรู้ ภาวการณ์ข้างต้นก่อนแล้ว อันจะเห็นได้ว่าเป็นหลักการตระหนักรู้ในทางอัตวิสัย (Subjective Awareness) ตามแนวคิดกฎหมายคอมมอนลอว์นั่นเอง

ในส่วนของบทกำหนดโทษก็มีการระบุยกเว้นมิให้นำประมวลกฎหมายอาญามาตรา 291 มาตรา 300 และมาตรา 390 มาใช้ แต่ให้รับผิดตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้แทนคือหาก เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อธรรมดาแพทย์ก็ต้องรับผิด จะมีความรับผิดทางอาญาในการ ประกอบวิชาชีพแล้วเกิดความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายผู้ป่วยก็ต่อเมื่อกระทำโดยประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น

แนวคิดที่ให้รับผิดทางอาญาเฉพาะกรณีกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนี้ น่าจะได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 อันเป็นหลักในเรื่องความรับผิดในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในทางแพ่งที่ใช้กับ บุคลากรทางสาธารณสุขของหน่วยงานรัฐทุกประเภท รวมทั้งแพทย์ด้วย หากเป็นการละเมิด เนื่องจากบุคลากรเหล่านี้ปฏิบัติหน้าที่ในราชการก็ต้องปรับเข้ากับพระราชบัญญัติความรับผิด ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยผู้เสียหายจะฟ้องแพทย์หรือบุคลากรทางสาธารณสุขของ หน่วยงานรัฐมิได้ ต้องฟ้องหน่วยงานรัฐแทน และแพทย์หรือบุคลากรดังกล่าวจะต้องรับผิดโดยอาจ ถูกไล่เบี้ยโดยหน่วยงานของรัฐได้ ก็ต่อเมื่อตนกระทำการละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ อย่างร้ายแรงเท่านั้น

นอกจากนี้ตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ใน มาตรา 21 ระบุว่า “ความรับผิดตาม มาตรา 18 มาตรา 19 และมาตรา 20 เป็นความผิดที่ยอมความได้” อันจะเห็นได้ว่านอกจากจะเป็น ความผิดเฉพาะกรณีที่แพทย์กระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแล้ว แม้จะเป็นการกระทำ โดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็ถือเป็นความผิดอันยอมความได้ เป็นข้อยกเว้นจากกฎหมาย อาญาในกรณีทั่วไปที่การกระทำความผิดโดยประมาทแล้วก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตและ ร่างกายผู้อื่นถือเป็นความผิดอาญาแผ่นดินอันไม่สามารถยอมความได้

ในส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาความร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ระบุหลักการเฉพาะ ในคดีสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพไว้หลายประการเพื่อให้เกิดความเหมาะสมใน กระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับทฤษฎีปฏิบัติ เช่น มีการขอความเห็นไปยังสภาวิชาชีพในชั้น พนักงานสอบสวน อัยการต้องพิจารณาความเห็นจากสภาวิชาชีพก่อนสั่งฟ้องคดี กรณีที่ฝ่าย ผู้เสียหายฟ้องคดีเองให้ศาลพยายามดำเนินการไกล่เกลี่ยคู่ความทุกฝ่ายก่อน ให้ศาลฟังความเห็น จากพยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นกลางจากสภาวิชาชีพก่อนพิจารณา ผู้ประกอบวิชาชีพใช้ความเป็น

สมาชิกสภาวิชาชีพของตนประกันตัวได้ เป็นต้น ซึ่งในบางประเด็นมีข้อโต้แย้งในเรื่องการแทรกแซงอำนาจอิสระขององค์กรศาลและอัยการ

4.3 ข้อโต้แย้งแนวความคิดการยกเว้นความผิด

กฎหมายอาญาในส่วนที่เกี่ยวกับการประมาทเลินเล่อและก่อความเสียหายให้แก่ชีวิตหรือร่างกายของผู้อื่น แตกต่างจากเรื่องละเมิด เนื่องจากโดยแนวคิดถือเป็นการกระทำผิดร้ายแรงอันเป็นความผิดอาญาแผ่นดินซึ่งไม่สามารถตกลงยอมความกันได้ มีปัญหาว่าการที่จะยกเว้นความรับผิดทางอาญาให้แก่แพทย์จะเป็นการให้ความคุ้มครองแพทย์มากเกินไปจนสมควรหรือไม่ หากให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทแม้จะมีการชดเชยค่าเสียหายให้ผู้เสียหายไปแล้วก็จะขัดหลักการดังกล่าว

หากจะนำแนวคิดตามร่าง พ.ร.บ. คุ้มครองผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขมาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการใช้เช็ค ซึ่งมีบทบัญญัติให้หากมีการชดเชยเงินแล้ว คดีอาญาเป็นอันเลิกกัน³⁸ หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งหากมีการเสียค่าปรับแล้ว คดีอาญาเป็นอันเลิกกันนั้น³⁹ จะเห็นได้ว่าเป็นการที่คดีอาญาตามกฎหมายเฉพาะฉบับนั้นๆ เลิกกันเท่านั้น ไม่ได้ไปยกเลิกความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาที่ร้ายแรงถึงขนาดก่อความเสียหายแก่ชีวิตและร่างกายผู้อื่นดังเช่นแนวคิดตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว

หากพิจารณาในด้านวัตถุประสงค์ของการลงโทษ การลงโทษการกระทำความผิดอาญาที่กระทำโดยประมาทนั้นดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้กระทำความผิดมีความเข็ดหลาบและใช้ความระมัดระวังมากขึ้น ในขณะที่บุคคลอื่นในสังคมเมื่อเห็นผู้กระทำโดยประมาทถูกลงโทษก็ย่อมจะมีความระมัดระวังมากขึ้นเช่นกันอันเป็นแนวคิดจากทฤษฎีป้องกันตามแนวคิดดังกล่าวการลงโทษทางอาญาสามารถช่วยยับยั้งหรือป้องกันการกระทำผิดโดยประมาทในอนาคตได้ โดยสาเหตุที่มีการลงโทษการกระทำโดยประมาทนั้นก็เนื่องจากมองว่าความประมาทถือเป็นการชั่วร้ายทางจิตใจที่ต้องปราบปรามด้วยโทษทางอาญา เป็นการกระทำที่จิตใจของผู้กระทำไม่นำพาและเฉยเมยต่อผลร้ายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตน การลงโทษทาง

³⁸ พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 มาตรา 7

³⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 62

อาญาอาจมีผลเป็นการเตือนให้บุคคลใช้ความระมัดระวังมากขึ้น⁴⁰ ดังนั้นการที่จะไม่ลงโทษการกระทำความผิดโดยประมาทย่อมขัดต่อหลักการและแนวคิดดังกล่าว

นอกจากนี้การที่จะไม่ให้แพทย์มีความรับผิดชอบทางอาญาแม้ตนจะกระทำการโดยประมาทย่อมต้องเป็นการทำให้แพทย์ขาดความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพเพื่อวินิจฉัยหรือรักษาโรคผู้ป่วยมากขึ้นไปด้วย ยิ่งไปกว่านั้นหลักการตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายนั้น กลับมีบทบัญญัติที่ตัดสิทธิการฟ้องแพทย์ผู้กระทำการโดยประมาทเป็นคดีอาญา ซึ่งจะเห็นได้ว่าตามร่างกฎหมายฉบับนี้ ยกเว้นความผิดทางอาญาในการกระทำประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรงของแพทย์เลยทีเดียว จึงเป็นการไม่สมควรอย่างยิ่งที่จะมีบทบัญญัติให้การคุ้มครองผู้เสียหายน้อยลงขัดกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติและจะทำให้แพทย์ขาดความระมัดระวังมากขึ้นด้วย

จากร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบและวิธีพิจารณาความสำหรับการประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพจะเห็นได้ว่ามีหลักการที่ยกเว้นความผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพ แม้จะให้มีความรับผิดชอบในกรณีที่มีการกระทำโดยประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรงโดยอิงความหมายจากแนวคิดคำอธิบายในทางตำรากฎหมายและแนวคิดจากประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ก็มีการให้คำจำกัดความไว้อย่างค่อนข้างจำกัด โดยมีการยกเว้นว่าถ้าความเสียหายเกิดจากข้อจำกัดจากความบกพร่องหรือความไม่พร้อมของระบบให้บริการสาธารณสุขก็มีถือเป็นความประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรง นอกจากนี้แม้จะเป็นความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรงก็มีข้อยกเว้นว่าคดีดังกล่าวเป็นคดีอันยอมความได้ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าเหตุใดแพทย์จึงสมควรได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอาญาเป็นพิเศษแตกต่างจากบุคคลทั่วไปหรือบุคคลในวิชาชีพอื่น

ประเด็นเรื่องการจะยกเว้นความผิดฐานประมาทในระดับประมาทเล็กน้อยธรรมดา เช่นเดียวกับกฎหมายอาญาในระบบคอมมอนลอว์ซึ่งความประมาทเล็กน้อยธรรมดาเป็นเพียงความผิดทางแพ่งไม่เป็นความผิดอาญานั้นเป็นเรื่องที่มีปัญหาเนื่องจากระบบกฎหมายอาญาไทยนั้นเป็นเช่นเดียวกับระบบกฎหมายซีวิลลอว์อื่นเช่นประเทศเยอรมัน ประเทศสเปน หรือประเทศญี่ปุ่น ซึ่งความประมาทเล็กน้อยในทางแพ่งและอาญาไม่ได้มีการระบุระดับความร้ายแรงของการกระทำโดยประมาทที่แตกต่างกัน ต่างจากตามกฎหมายคอมมอนลอว์กรณีที่แพทย์ไม่ต้องรับผิด

⁴⁰ จิตติ ดิงศรัทีย, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10. (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), น. 251

ทางอาญาหากประมาทเดินเล่อธรรมดาเท่านั้นซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากหลักการและแนวคิดทางของกฎหมายอาญาที่แตกต่างกัน ซึ่งหลักการของประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ดังกล่าวมิได้ใช้แต่กับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์เท่านั้นแต่ใช้กับการกระทำโดยประมาทเดินเล่อที่ถึงระดับจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาทุกกรณี หากประเทศไทยนำหลักการยกเว้นความผิดทางอาญาในกรณีประมาทเดินเล่อธรรมดามาใช้กับแพทย์ โดยให้แพทย์รับผิดชอบเฉพาะกรณีประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น อาจจะถูกมองว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและเป็นการให้อภิสิทธิ์แก่ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์มากเกินไป

จากเหตุผลของแนวคิดในการยกเว้นความผิดทางอาญาให้แพทย์ผู้กระทำโดยประมาทซึ่งกล่าวว่าแพทย์เสียสละตนเองมาช่วยผู้ป่วยด้วยเจตนาดี และไม่ได้เจตนาที่จะก่อให้เกิดผลร้ายต่อผู้ป่วยในการรักษา เป็นเพียงเรื่องของข้อผิดพลาด แพทย์ไม่ควรถูกกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับกับอาชญากรรมมาลงโทษนั้น มีข้อพิจารณาว่าการกระทำโดยประมาทในกรณีอื่น ๆ ที่กฎหมายอาญาลงโทษ ผู้กระทำก็ได้เจตนาก่อให้เกิดผลร้ายเช่นกัน แต่สาเหตุที่กฎหมายอาญาควรจะลงโทษการกระทำโดยประมาทมีแนวคิดมาจากวัตถุประสงค์การลงโทษดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

ในขณะเดียวกันหากนำแนวคิดการยกเว้นโทษความผิดอาญาให้แก่การกระทำโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ไปเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายในต่างประเทศจะพบว่าทั้งประเทศในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ประเทศที่ได้เลือกศึกษามาแล้วนั้น มีการลงโทษการกระทำความผิดโดยประมาท และไม่มีกรยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาให้แก่แพทย์โดยเฉพาะ แม้ในประเทศคอมมอนลอว์จะมีแนวคิดว่าการกระทำโดยประมาทที่จะต้องรับผิดชอบทางอาญานั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้นก็เนื่องมาจากแนวคิดทางระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ซึ่งแนวคิดดังกล่าวก็ได้ให้อภิสิทธิ์แก่ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์โดยเฉพาะ แต่เป็นแนวคิดที่นำมาปรับใช้กับการกระทำโดยประมาทในทางอาญาทุกกรณี นอกจากนี้ประเทศซีวิลลอว์บางประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายและแนวคิดแบบเดียวกับกฎหมายไทยยังมีบัญญัติระบุความประมาทเดินเล่อในวิชาชีพเป็นความผิดเฉพาะแยกต่างหากจากความประมาทเดินเล่อทั่วไปโดยถือว่าเป็นเหตุจรรยาบรรณทำให้ผู้กระทำโดยประมาทเดินเล่อในวิชาชีพรับผิดชอบมากกว่ากรณีประมาทเดินเล่อทั่วไปอีกด้วย