

4. ความรับผิดทางอาญานั้นเกิดจากการใช้เซลล์ต้นกำเนิดโดยไม่ถูกต้อง

การพิจารณาว่าการกระทำใดถือว่าเป็นความผิดและต้องรับโทษนั้น พิจารณาได้จากโครงสร้างความรับผิด¹ ดังนี้

1. องค์ประกอบ (Tatbestandsmäßigkeit or fulfillment of the statutory elements of crime) มีทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายนอกนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐาน ซึ่งประกอบด้วย ผู้กระทำ เช่น โดยปกติจะหมายถึง “ผู้ใด” การกระทำ เป็นไปตามความหมายในความผิดแต่ละฐาน กรรมของการกระทำ เป็นไปตามฐานความผิดนั้นๆ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

องค์ประกอบภายใน คือ เจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย หมายถึง การรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด หรือประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลแห่งการกระทำ และการกระทำที่มีเจตนา คือ ประมาท อาจจะเป็นการประมาทโดยรู้ตัวหรือโดยจงใจ หรือประมาทโดยไม่รู้ตัวหรือประมาทธรรมดาก็ได้

2. ความผิด (Rechtswidrigkeit or unlawfulness of the act) คือ เหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายหรือมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ อาจพิจารณาจากจารีตประเพณี หรือความยินยอม หรือตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การชั่งน้ำหนักประโยชน์และคุณธรรมทางกฎหมาย หรือการแสดงความคิดหรือถ้อยคำโดยสุจริต

¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546) น. 43-46

3. ความชั่ว (Schuld or guilt or culpability) ในทางกฎหมายอาญานี้ ความชั่ว หมายถึง การดำเนินได้ของการกำหนดเจตจำนง มิได้หมายถึงสภาพไม่ดีอันเกิดจากการฝ่าฝืน ศีลธรรมหรือขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคมตามความหมายทั่วไป ซึ่งอาจพิจารณาได้จาก อายุของผู้กระทำผิด สภาพจิตของผู้กระทำผิด ความไม่รู้ข้อถูกผิด ความไม่รู้กฎหมาย หรือ ความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษ

เมื่อผู้ใดกระทำความผิดตามโครงสร้างความรับผิดชอบข้างต้นแล้ว ผู้นั้นต้องรับโทษ ตามที่กฎหมายกำหนด

4.1 ข้อพิจารณาในความผิดต่อชีวิตและร่างกาย

4.1.1 การใช้เซลล์ต้นกำเนิดโดยไม่ถูกต้องกับความผิดต่อชีวิต

โดยปกติในการทำการรักษาของแพทย์นั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นการจงใจฆ่าหรือ มีเจตนาที่จะฆ่าผู้ป่วย เนื่องจากจุดประสงค์ในการรักษาก็เพื่อต้องการให้คนไข้หายจาก ความเจ็บป่วย จึงเป็นไปไม่ได้ที่แพทย์จะกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นจากการรักษาคนไข้โดยปกติ ทั่วไป แต่สำหรับกรณีการใช้เซลล์ต้นกำเนิดโดยไม่ถูกต้องนี้อาจทำให้ผู้ที่ใช้เซลล์ต้นกำเนิด โดยไม่ถูกต้องต้องรับผิดชอบฆ่าผู้อื่นได้ รายละเอียดของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนามีดังนี้

มาตรา 288² ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุก ตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์

“กรรมของการกระทำ” หรือ “ผู้ถูกกระทำ” คือ มนุษย์ผู้อื่น

“สภาพความเป็นมนุษย์” เริ่มเมื่อคลอดและสิ้นสุดเมื่อตาย

² คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549) น 77- 79

“การกระทำ” คือ การทำให้มนุษย์ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือการฆ่ามนุษย์ผู้อื่น กล่าวคือ การกระทำที่ทำให้ชีวิตมนุษย์สั้นลงทุกสถาน รวมถึงการทำให้ชีวิตมนุษย์ที่ใกล้จะตาย อยู่แล้วสั้นลงด้วย

“การทำให้มนุษย์ผู้อื่นถึงแก่ความตาย” หรือ “การฆ่ามนุษย์ผู้อื่น” คือ การกำจัดชีวิตของมนุษย์ผู้อื่นโดยไม่จำกัดวิธีการกระทำ

“การฆ่า” โดยทั่วไปมักเกิดจาก “การกระทำโดยกระทำ” เช่น ใช้อาวุธปืนยิงผู้อื่นถึงแก่ความตาย หรืออาจเกิดจาก “การงดเว้นการกระทำที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผล” ก็ได้

องค์ประกอบภายใน คือ เจตนาฆ่า หมายถึง การที่ผู้กระทำรู้ว่าการกระทำที่เป็นมนุษย์ และผู้ถูกกระทำต้องการที่จะกระทำให้มนุษย์ผู้นั้นถึงแก่ความตาย ซึ่งจะเป็นเจตนาโดยอ้อมก็ได้

การฆ่าผู้อื่น คือ การทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดก็ตาม เมื่อพิจารณาการใช้เซลล์ต้นกำเนิดโดยไม่ถูกต้องซึ่งในปัจจุบันเซลล์ต้นกำเนิดยังอยู่ในขั้นตอนการวิจัยไม่มีการยืนยันที่เป็นสากลหรือมาตรฐานวิชาชีพรับรองว่าสามารถใช้รักษาโรคได้จริง และไม่เป็นอันตราย ถ้าพิสูจน์ได้ว่าผู้ที่ใช้เซลล์ต้นกำเนิดรู้หรือควรรู้ว่ามีผลการวิจัยเกี่ยวกับเซลล์ต้นกำเนิดที่นำมาใช้อาจจะเป็นอันตรายถึงแก่ชีวิต แต่ก็ยังคงนำมาใช้ เช่นนี้ถือได้ว่ามีเจตนาที่จะทำให้อื่นถึงแก่ความตายโดยการใช้เซลล์ต้นกำเนิด ตัวอย่าง มีรายงานการวิจัยว่าการใช้เซลล์ต้นกำเนิดกับผู้ป่วยโรคกล้ามเนื้อหัวใจตาย เซลล์ต้นกำเนิดที่ฉีดกลับเข้าไปยังหัวใจเพื่อให้สร้างกล้ามเนื้อหัวใจใหม่นั้นจะแบ่งตัวอย่างไม่จำกัดไม่สามารถควบคุมได้ จนในที่สุดจะทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย เช่นนี้ผู้ที่ใช้เซลล์ต้นกำเนิดในลักษณะดังกล่าวมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น เพราะรู้อยู่แล้วว่าหากฉีดเข้าไปแล้วจะเป็นอย่างไร มีความเสี่ยงหรือมีโอกาสสูงที่จะทำให้เป็นอันตรายแก่ชีวิตผู้อื่น ไม่ต่างอะไรกับการฉีดยาพิษเข้าร่างกายผู้ป่วย

การใช้เซลล์ต้นกำเนิดรักษาต่างๆ ที่รู้ว่ามีผลการวิจัยเกี่ยวกับการใช้เซลล์ต้นกำเนิดในลักษณะเดียวกันที่ไม่ประสบผลสำเร็จ แต่ยังฝันหรือทดลองที่จะใช้ จึงเป็นการกระทำโดยเจตนา เพราะรู้อยู่แล้วว่าผลจะเป็นอย่างไร มีความเป็นไปได้สูงมากที่จะทำให้ผู้ที่เข้ารับการรักษารับอันตรายถึงแก่ชีวิต ประกอบดับผู้ใช้เซลล์ต้นกำเนิดต้องเป็นผู้ที่มีความรู้หรือความเชี่ยวชาญสูง เนื่องจากเป็นเทคโนโลยีใหม่ยังไม่แพร่หลายเป็นการทั่วไปมากนัก มีการใช้หรือศึกษาอยู่ในวงจำกัดและต้องใช้เครื่องมือที่ทันสมัยมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสูง ผู้ใช้เซลล์ต้นกำเนิดจึงต้องรู้ถึงผลการวิจัยเป็นอย่างดี แต่อาจเป็นเพราะเหตุผลบางประการ เช่น มีความเชื่อมั่นในความสามารถของตนเองสูงในการทำ การรักษา หรือลองเสี่ยงใช้เซลล์ต้นกำเนิดรักษาเพราะคิดว่า

หากเกิดอันตรายขึ้นคนไข้หรือญาติอาจจะไม่ทราบสาเหตุการตายที่แท้จริง เนื่องจากเป็นเรื่องใหม่
มาก เช่นนี้เห็นได้ว่าผู้ที่ใช้เซลล์ต้นกำเนิดในลักษณะดังกล่าวรู้หรือควรรู้อยู่แล้วถึงผลที่จะเกิดขึ้น
แต่ก็ยังกระทำลงไป

กรณีที่มีได้มีเจตนาฆ่า แต่มิได้ระมัดระวังหรือประมาทจนเป็นเหตุให้ผู้อื่น
ถึงแก่ความตาย มีรายละเอียดของความผิดดังนี้

มาตรา 291 ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่น
ถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

ความผิดฐานนี้เป็น “ความผิดที่เป็นการทำอันตราย” (Verletzungsdelikt) และเป็น
“ความผิดที่ต้องการผล” (Erfolgsdelikt)³

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ “ชีวิตมนุษย์”

องค์ประกอบภายนอก คือ การทำให้มนุษย์ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

ผู้กระทำความผิดฐานนี้อาจจะเป็นคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ และที่สำคัญคือ
การเป็น “ผู้กระทำความผิดเพียงข้าง”

“กรรมของการกระทำ” หรือ “ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ผู้อื่น

“การกระทำ” ของความผิดฐานนี้อาจเป็น “การกระทำโดยการกระทำ”

องค์ประกอบภายใน คือ ประมาท กล่าวคือ เป็นการกระทำโดยปราศจากหรือฝ่าฝืน
ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์

การวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการกระทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท
หรือไม่ อาจพิจารณาจากแนวทาง ดังนี้ คือ การกระทำนั้นตามภาวะวิสัยอาจเล็งเห็นหรือไม่ว่า
เป็นเหตุให้ความตายของผู้อื่นเกิดขึ้น โดยที่ไม่คำนึงถึงอันตรายต่อชีวิต การกระทำนั้นตั้งอยู่
บนพื้นฐานของความเสี่ยงที่อาจป้องกันได้หรือไม่ การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายอย่างเดียวโดยปกติ
จะรับฟังว่าเป็นการกระทำโดยประมาทยังมิได้ กรณีจะเป็นการกระทำโดยประมาทก็ต่อเมื่อ
การฝ่าฝืนกฎหมายนั้นในทางภาวะวิสัยอาจเล็งเห็นได้ว่าเป็นเหตุให้ความตายของผู้อื่นเกิดขึ้นได้
และการกระทำนั้นไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการเสี่ยงที่อาจป้องกันได้

สำหรับเรื่องของความชั่วในการกระทำโดยประมาทนี้ นอกจากความรู้ผิดชอบของ
ผู้กระทำอันเป็นกรณีทั่วไปในเรื่องความชั่วแล้ว การถูกตำหนิได้ในการกระทำโดยประมาท

³ เฟิงอ๋าง, น 107-110

ยังเกิดขึ้นเพราะผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ในกรณีนั้นได้ แต่ผู้กระทำมิได้ใช้ให้เพียงพอ

“โดยประมาท” ต้องพิจารณาจากสภาพการณ์ ประสบการณ์ และความรู้ความสามารถของแต่ละบุคคล ในกรณีที่เป็นการรักษาพยาบาลโดยแพทย์ก็ต้องใช้บรรทัดฐานของผู้เป็นแพทย์ มิใช่ใช้บรรทัดฐานของคนทั่วไปหรือวิญญาณชน ในทางปฏิบัติศาลจะพิจารณาว่าประมาทหรือไม่โดยตัดสินจาก สภาพการณ์ เหตุการณ์ ภาวะแวดล้อม ในขณะที่เกิดเหตุการณ์นั้นๆ มีความฉุกเฉินหรือไม่ มีความเป็นไปได้ที่จะวางแผนป้องกัน หรือแพทย์ได้มีการเตรียมการป้องกันเหตุสุดวิสัยที่เกิดขึ้นบ่อยๆ หรือไม่ อย่างไรก็ตาม ประกอบกับพิจารณาว่า พฤติการณ์ภายนอกของผู้กระทำเป็นเช่นไร แพทย์ละเลยการกระทำใดๆ ที่ต้องดำเนินการก่อนลงมือทำการรักษาหรือไม่ นอกจากนี้ ยังพิจารณาจากพฤติการณ์ภายใน ภูมิหลัง หรือวิสัยโดยทั่วไปของผู้กระทำนั้นๆ โดยอาจจะอ้างอิงจากประวัติการทำงาน ประสบการณ์ของแพทย์ ผู้ทำการรักษา รวมทั้งพิจารณาจาก มาตรฐานที่แพทย์ท่านอื่นโดยส่วนใหญ่กระทำกัน ในการทำการรักษาโรคดังกล่าวว่าเป็นเช่นไร โดยเทียบเคียงกับสภาพแวดล้อมที่มีปัจจัยคล้ายๆ กัน (Comparative) หากแพทย์ละเลยแล้วเกิดปัญหาหรือผลแทรกซ้อนขึ้นจนทำให้เป็นอันตรายหรือถึงแก่ชีวิตของผู้ป่วย อาจทำให้ต้องรับผิดชอบได้⁴

เมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่า การใช้เซลล์ต้นกำเนิดซึ่งในขณะนี้ยังอยู่ในขั้นตอนการวิจัยมาทำการรักษา โดยที่ยังไม่ทราบถึงผลที่จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนว่าจะใช้ได้จริงหรือไม่ จะก่อให้เกิดอันตรายหรือผลข้างเคียงใดๆ หรือไม่ เป็นขาดความระมัดระวัง ไม่คำนึงถึงผลเสียที่อาจจะเกิดขึ้น จึงเป็นการกระทำโดยประมาท นำเอาสิ่งที่ยังอยู่ระหว่างการวิจัยมาใช้กับคนซึ่งโดยปกติแล้ววิญญาณชนหรือผู้ประกอบวิชาชีพในลักษณะดังกล่าวจะไม่นำเอาสิ่งที่ยังไม่ทราบผลที่แน่ชัดมาใช้กับคน ดังนั้น หากการใช้เซลล์ต้นกำเนิดในลักษณะที่ยังไม่ทราบผลที่แน่นอนว่าสามารถนำมาใช้ได้หรือไม่ ยังต้องทำการค้นคว้าวิจัยต่อไปมาใช้กับมนุษย์แล้วทำให้เกิดความสูญเสียชีวิต จึงเป็นความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้อันถึงแก่ความตาย

บางกรณีมีผลการวิจัยที่ไม่ชัดเจนหรือต้องมีปัจจัยอื่นๆ มาประกอบการรักษา จึงจะได้ผล เช่น ความเข้ากันได้ของเซลล์ต้นกำเนิดกับร่างกายของผู้เข้ารับการรักษา แต่ผู้ใช้เซลล์ต้นกำเนิดรักษานั้นมิได้ใช้ความระมัดระวังพิจารณาอย่างรอบคอบตามบรรทัดฐานของ

⁴ เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ, กฎหมายกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรม, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท บุ๊คเน็ท จำกัด, 2549) น. 46-47

ผู้มีวิชาชีพดังกล่าว นำเอาเซลล์ต้นกำเนิดนั้นมาใช้กับผู้ป่วย แม้ผลการวิจัยจะไม่ชัดเจนว่าเป็นอันตรายแก่ชีวิตดังเช่นกรณีเจตนาฆ่า แต่เป็นกรณีไม่ระมัดระวังตามสมควรแก่กรณี จึงมีความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ซึ่งในปัจจุบันผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมควรระวังในเรื่องนี้ เพราะปรากฏเป็นข่าวเกือบทุกวันกรณีที่แพทย์ถูกฟ้องเป็นคดีหรือถูกร้องเรียนต่อแพทยสภาเกี่ยวกับการทำการรักษาแล้วผู้ป่วยได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิตหรือพิการ กรณีการใช้เซลล์ต้นกำเนิดก็เช่นกันควรใช้ความระมัดระวังให้มาก เพราะส่วนใหญ่ยังคงเป็นเรื่องทฤษฎีหรือการวิจัยในห้องปฏิบัติการยังมิใช่การรักษาที่เป็นที่ยอมรับตามมาตรฐานวิชาชีพ ควรรอให้มีการพัฒนาจนถึงขั้นที่สามารถนำมาใช้ได้อย่างปลอดภัยเสียก่อนจะเป็นการดีกับทุกฝ่าย แต่ถ้าผู้ป่วยร้องขอหรือหมดหนทางที่จะเยียวยารักษาแล้ว อาจทำการรักษาให้ได้แต่ต้องเป็นกรณีของการวิจัยในมนุษย์ที่มีขั้นตอนเฉพาะในการดำเนินการ ซึ่งจะเก็บค่ารักษาพยาบาลมิได้ เนื่องจากการทดลองในมนุษย์เท่ากับว่าผู้ป่วยนั้นยอมเสี่ยงหรือเสียสละที่จะเข้ารับการทดลองเพื่อประโยชน์สาธารณะและมีใช้การรักษาพยาบาล

4.1.2 การใช้เซลล์ต้นกำเนิดโดยไม่ถูกต้องกับความผิดต่อร่างกาย

การกระทำการอย่างใดๆ ต่อเนื้อตัวร่างกายมนุษย์นั้นอาจเข้าข่ายความผิดฐานทำร้ายร่างกายได้ โดยเฉพาะการกระทำในทางการแพทย์ส่วนใหญ่มักจะเป็นการกระทำที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นการทำร้ายร่างกายร่วมด้วยอยู่ แต่อาจไม่เป็นความผิดเพราะโดยประเพณีถือว่าเป็นการรักษาและได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย การทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจนั้น มีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 295⁵ ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่น นั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

องค์ประกอบภายนอก คือ การที่บุคคลทำร้ายมนุษย์ผู้อื่น

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

“กรรมของการกระทำ” หรือ “ผู้ถูกกระทำ” คือ มนุษย์ผู้อื่น

⁵ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549) น 120-122

“การกระทำ” คือ การทำร้าย หมายความว่า การกระทำมิชอบต่อร่างกาย หรือ การทำให้เสียสุขภาพอนามัย รวมทั้งต้องเป็นการทำให้สภาพของร่างกายผู้ถูกระทำเลวลง ดังนั้น การทำให้สภาพร่างกายดีขึ้น เช่น การบำบัดรักษาโรคของแพทย์ที่ได้กระทำโดยผู้ป่วยยินยอมหรือ ได้กระทำโดยมี “ความยินยอมที่บอกกล่าว” จึงมิใช่การทำร้ายในความหมายของกฎหมาย เช่น แพทย์ทำการผ่าตัดไส้ติ่งอักเสบโดยที่ผู้ป่วยยินยอม การผ่าตัดดังกล่าวมิใช่การทำร้าย ในความหมายของกฎหมาย เพราะเป็นการทำให้สภาพร่างกายของผู้ป่วยดีขึ้น หรือกรณี การกระทำของแพทย์โดยมีความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ก็อาจถือได้ว่าเป็นการทำร้าย ในความหมายของกฎหมายได้ เช่น ผู้ได้รับบาดเจ็บสาหัสและสลบอยู่ แพทย์ต้องรีบทำการผ่าตัด เพื่อช่วยชีวิต การผ่าตัดดังกล่าวอาจถือได้ว่ามิใช่การทำร้ายในความหมายของกฎหมาย

มาตรา 297 ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำร้าย รับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี

อันตรายสาหัส⁶ นั้น คือ

(1) ตาบอด หูหนวก ลิ้นขาด หรือเสียอวัยวะประสาท

(2) เสียอวัยวะสืบพันธุ์ หรือความสามารถสืบพันธุ์

(3) เสียแขน ขา มือ เท้า นิ้วหรืออวัยวะอื่นใด

(4) หน้าที่เสียโฉมอย่างติดตัว

(5) แท้งลูก

(6) จิตพิการอย่างติดตัว

(7) ทุพพลภาพ หรือป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต

(8) ทุพพลภาพ หรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกข์ทรมานเกินกว่าสี่สิบวันหรือจนประกอบ กรณียกเลิกตามปกติไม่ได้เกินกว่าสี่สิบวัน

สำหรับความผิดฐานนี้เป็น “ความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล” เช่นเดียวกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295⁶

มาตรา 300 ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตราย สาหัส ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ “ความปลอดภัยของร่างกาย”⁷

⁶ เพิ่งอ้าง, น 130-134

⁷ เพิ่งอ้าง, น 144-146

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลทำให้มนุษย์ผู้อื่น
รับอันตรายสาหัส

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

“กรรมของการกระทำ” หรือ “ผู้ถูกกระทำ” คือ มนุษย์ผู้อื่น

“การกระทำ” อาจเป็นการกระทำโดยกระทำ หรือเป็นการกระทำโดยการงดเว้น
การที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลก็ได้

“อันตรายสาหัส” เป็นผลของการกระทำความผิดฐานนี้ต้องมีความสัมพันธ์กับ
การกระทำตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามหลักทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์
ระหว่างการกระทำและผล

องค์ประกอบภายใน คือ โดยประมาท หมายถึง การกระทำโดยปราศจากหรือฝ่าฝืน
ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์

การใช้เซลล์ต้นกำเนิดทำการรักษานั้น ขณะนี้ยังอยู่ในขั้นตอนของการวิจัย
ซึ่งไม่ทราบผลที่แน่นอนชัดเจน เป็นเพียงแต่สมมุติฐานทางวิทยาศาสตร์เท่านั้น จึงเป็นการใช้
เซลล์ต้นกำเนิดที่ไม่ถูกต้อง หากทำให้ร่างกายผิดปกติหรือไม่เป็นไปในแนวทางที่คาดไว้
แม้ผู้เข้าทำการรักษาจะเข้าใจได้ว่าเป็นการบำบัดรักษาโรคของแพทย์ก็ตาม แต่หากมิได้ทำให้
ผู้ป่วยมีสภาพที่ดีขึ้นกว่าเดิม ก็ถือว่าเป็นการทำร้ายร่างกาย ในความเป็นจริงแล้ว
การใช้เซลล์ต้นกำเนิดในขณะนี้มิได้ถือว่าเป็นการบำบัดรักษาโรคทางการแพทย์แต่อย่างใด
เพราะมิใช่การรักษาตามหลักวิชาการที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป เป็นการใช้วิธีใหม่ในการรักษา
จึงเป็นเพียงการวิจัยเท่านั้น ดังนั้น การกระทำอย่างใดๆ โดยใช้เซลล์ต้นกำเนิดอาจเป็นการใช้
เซลล์ต้นกำเนิดอย่างไม่ถูกต้อง และยังเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดฐานทำร้าย
ร่างกายด้วย หากมีรายงานการวิจัยที่แน่ชัดว่า ถ้าใช้เซลล์ต้นกำเนิดในลักษณะที่กระทำอยู่
จะเกิดผลอย่างไรแต่ก็ยังผิวนใช้ ถ้าเกิดผลถึงขั้นอันตรายสาหัสก็ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น
เช่น รู้อยู่แล้วว่าหากใช้เซลล์ต้นกำเนิดจากผู้อื่นที่ไม่ได้เป็นญาติกันมาฉีดที่ตาเพื่อหวังที่จะรักษา
อาการตาบอดจากโรคเบาหวาน การใช้เซลล์ต้นกำเนิดในลักษณะดังกล่าวนี้ไม่ได้ผล เช่นนี้ถือว่า
เป็นการการกระทำที่ครบองค์ประกอบฐานทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส

หากกระทำโดยประมาทก็ต้องรับผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตราย
เช่นเดียวกัน ขึ้นอยู่กับว่าการใช้เซลล์ต้นกำเนิดนั้นจะเกิดผลเสียต่อผู้ป่วยร้ายแรงเพียงใด
เพราะเซลล์ต้นกำเนิดยังอยู่ในขั้นตอนของการวิจัยจึงไม่ทราบแน่ชัดว่าหากเกิดผลเสียแล้ว
จะร้ายแรงเพียงใด ประกอบกับปัจจัยอื่นๆ ด้วย เช่น เทคนิคที่นำมาใช้ ประเภทของเซลล์ต้นกำเนิด

ที่มาใช้ ความเข้ากันได้ของเซลล์ต้นกำเนิดกับร่างกายของผู้ป่วย เมื่อยังไม่รู้ถึงผลอย่างแน่นอนที่จะเกิดขึ้นแต่นำมาใช้กับคน ถือได้ว่าเป็นกระทำโดยประมาท ซึ่งต่างจากการกระทำโดยเจตนาทำร้ายร่างกาย โดยต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริง หากปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีรายงานผลการวิจัยเกี่ยวกับการใช้เซลล์ต้นกำเนิดในลักษณะเดียวกันจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายแต่ก็ยังนำมาใช้เมื่อรู้อยู่แล้วยังนำมาใช้จึงเป็นการกระทำโดยเจตนา แต่หากควรรู้หรือมิได้หาข้อมูลให้ดีเสียก่อนแล้วนำมาใช้เป็นกรณีการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือหากปรากฏผลรายงานการวิจัยว่าการนำเซลล์ต้นกำเนิดมาใช้ในลักษณะเดียวกันนี้ไม่เป็นอันตรายแก่ร่างกายสามารถนำมาใช้ได้ แต่มิได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่ถูกต้อง เช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยประมาท หรือการนำเซลล์ต้นกำเนิดมาใช้ในลักษณะดังกล่าวไม่เป็นอันตรายแก่ร่างกาย แต่มีข้อจำกัดคือต้องเป็นเซลล์ต้นกำเนิดที่ได้มาจากพี่น้องสายโลหิตเดียวกัน หากมิได้ปฏิบัติตามข้อจำกัดดังกล่าวถือได้ว่าการกระทำโดยประมาท ดังนั้น จึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีโดยยึดหลักว่ารู้หรือควรรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องที่จะนำมาใช้หรือไม่ และได้กระทำตามขั้นตอนที่ถูกต้องตามข้อเท็จจริงนั้นหรือไม่

อนึ่ง จากข้อเท็จจริงที่ว่า การใช้เซลล์ต้นกำเนิดขณะนี้ยังอยู่ในช่วงของการวิจัย ดังนั้น การกระทำต่อผู้ป่วยอาจจะเป็นการทดลองต่อมนุษย์ได้ ซึ่งต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานต้นสังกัดของผู้ทำการวิจัย หรือคณะกรรมการสิทธิแห่งชาติก่อนจึงจะสามารถกระทำได้ ประกอบกับต้องกระทำภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดอย่างเคร่งครัด รวมทั้งแจ้งข้อมูลหรือข้อเท็จจริงในการวิจัยให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทำการวิจัยทราบถึงผลดีผลเสียหรือความเสี่ยงต่างๆ อย่างชัดเจนก่อนที่จะตกลงเข้าร่วมการวิจัยดังกล่าวด้วย เมื่อนำมาใช้ในทางการที่เป็นการบำบัดรักษาโรคโดยมิได้ผ่านขั้นตอนหรือกระบวนการที่ถูกต้อง จึงถือได้ว่าการกระทำโดยประมาท

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายนั้นเป็นความผิดที่เกิดขึ้นบ่อยที่สุดกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทั้งกรณีเจตนาและประมาท ปรากฏเป็นข่าวอยู่บ่อยครั้งและสถิติที่แพทยภูมิจึงเรียนต่อแพทยสภาเพิ่มมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง ดังนั้น จึงควรปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้เทคโนโลยีใหม่ๆ ในการรักษา ต้องมั่นใจได้ว่าเป็นการรักษาที่เป็นที่ยอมรับตามมาตรฐานของวิชาชีพ ไม่ควรริบนำเทคโนโลยีใหม่ๆ ที่ยังไม่มีผลแน่นอนมาใช้ และต้องอธิบายให้ผู้เข้ารับการรักษาเข้าใจด้วยว่าเทคโนโลยีดังกล่าวยังต้องการการวิจัยและพัฒนาอีกจึงจะนำมาใช้ได้อย่างปลอดภัย การนำมาใช้โดยที่ยังมิใช่การบำบัดรักษาโรคที่เป็นที่ยอมรับตามมาตรฐานของวิชาชีพจึงเป็นการเสี่ยงที่จะต้องรับผิดชอบหากเกิดผลเสียขึ้น ทางที่ดีควรหลีกเลี่ยงการกระทำในลักษณะดังกล่าว เพราะนอกจากจะเป็นการทำร้ายผู้อื่นแล้ว

ยังเป็นการทำลายตนเองรวมทั้งผู้ร่วมวิชาชีพเดียวกันอีกด้วย เนื่องจากอาชีพทางด้านนี้ต้องการความเชื่อถือเป็นสิ่งที่ตั้งหากคนไข้ไม่เชื่อถือเป็นจรรยาบรรณของแพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมแล้ว จะเป็นการเข้ารับการรักษาด้วยความไม่ไว้วางใจ ระแวงซึ่งกันและกันส่งผลให้การรักษาไม่ได้ผลดีเท่าที่ควร

4.2 ข้อพิจารณาในความผิดต่อทรัพย์สิน

การที่โรงพยาบาลต่างๆ พยายามที่จะชักชวน หรือทำการตลาดในเรื่องของการใช้เซลล์ต้นกำเนิดรักษาโรค หรือโน้มน้าวให้เก็บเซลล์ต้นกำเนิดจากเลือดจากสายสะดือของทารกเพื่อไว้สำหรับใช้ในอนาคต โดยมีได้ให้ข้อมูลที่ถูกต้องครบถ้วนว่าเรื่องดังกล่าวยังอยู่ในระหว่างขั้นตอนของการทดลองวิจัยและพัฒนา ยังไม่มีผลการทดลองที่แน่นอนชัดเจนที่สามารถยืนยันได้ว่าจะนำมาใช้กับมนุษย์ได้จริงและมีความปลอดภัย การใช้เซลล์ต้นกำเนิดกระทำการดังกล่าวมีความเสี่ยงหรือผลเสียอย่างไรบ้าง บอกแต่เพียงสรรพคุณหรือผลการทดลองที่ได้จากการวิจัยในห้องปฏิบัติการเท่านั้น ซึ่งส่วนใหญ่เป็นสมมุติฐานทางวิทยาศาสตร์ ยังไม่สามารถนำมาใช้กับมนุษย์ได้อย่างปลอดภัยทั้งหมด

เมื่อผู้คนที่ต่างรอคอยความหวังจากเทคโนโลยีใหม่ๆ ได้รับรู้ถึงสมมุติฐานหรือความคาดหวังเกี่ยวกับความสำเร็จที่อาจจะเกิดขึ้นจากการวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดในลักษณะที่เป็นการโฆษณา ต่างพากันหลงเชื่อ ส่วนหนึ่งเนื่องจากความเจ็บป่วยที่ประสบอยู่ ประกอบกับเทคโนโลยีดังกล่าวเป็นเรื่องใหม่มีความลึกลับซับซ้อน คนทั่วไปเข้าใจได้ยาก จึงยอมที่จะทุ่มเททรัพย์สินเงินทองเพื่อหวังที่จะได้หายจากโรคร้าย

เมื่อเซลล์ต้นกำเนิดยังอยู่ในขั้นตอนของการวิจัยเนื่องจากยังไม่มีการรับรองที่เป็นสากล หรือรับรองในระดับที่ของมาตรฐานวิชาชีพ ว่าสามารถนำมาใช้รักษาคนได้จริงและปลอดภัยไม่มีผลข้างเคียง เป็นการรักษาโดยวิธีการใหม่ จึงมิใช่การบำบัดรักษาโรคตามที่ผู้เข้ารับการรักษาด้วยเซลล์ต้นกำเนิดเข้าใจ แต่เป็นการวิจัยหรือทดลองในมนุษย์ ซึ่งไม่สามารถเก็บค่าใช้จ่ายหรือค่ารักษาพยาบาลใดๆ ได้ การที่เก็บค่ารักษาพยาบาลจากการใช้เซลล์ต้นกำเนิดนี้อาจเป็นความผิดได้ โดยมีรายละเอียดของความผิดดังนี้

มาตรา 341⁸ ผู้ใดโดยทุจริต หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลาย เอกสารสิทธิ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ความผิดฐานฉ้อโกงเป็นความผิดที่แสดงถึงการเคลื่อนที่ของทรัพย์สิน ด้วยการหลอกลวงโดยมีเจตนาที่จะได้ซึ่งทรัพย์สินนั้นเป็นของตน กล่าวคือ ก่อนการกระทำความผิดทรัพย์สินยังอยู่ในความครอบครองของผู้เสียหาย แต่ภายหลังที่ความผิดสำเร็จทรัพย์สินได้เคลื่อนย้ายไปเป็นของผู้กระทำความผิด ซึ่งเกิดจากการหลอกลวงโดยมีเจตนาให้ทรัพย์สินนั้นเป็นของตน คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้หมายรวมถึง ทรัพย์สินเพียงอย่างเดียว ไม่รวมถึงความไว้วางใจ และไม่ใช้เสรีภาพในการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน

องค์ประกอบภายนอกประกอบด้วยลักษณะ 4 ประการ ได้แก่

1. การหลอกลวง ซึ่งการหลอกลวงนั้น
2. ทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหลงเชื่อ ซึ่งการหลงเชื่อนั้น
3. ทำให้มีการโอนทรัพย์สินของผู้ถูกหลอกลวง และการโอนทรัพย์สินนั้น
4. ทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของผู้ถูกหลอกลวงขึ้น

“ผู้กระทำความผิด” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าเป็นผู้ใด

“กรรมของการกระทำ” คือ ผู้ถูกหลอกลวงซึ่งกฎหมายมิได้จำกัดว่าต้องเป็นผู้ใด

“การกระทำ” คือ การหลอกลวง ซึ่งเป็นการหลอกลวงที่สังคมยอมรับไม่เป็นการหลอกลวงตามความหมายของกฎหมาย

องค์ประกอบภายในประกอบด้วยลักษณะ 2 ประการ ได้แก่

1. เจตนาฉ้อโกง และ
2. มูลเหตุชักจูงใจ โดยทุจริต

“เจตนาฉ้อโกง” คือการที่ผู้กระทำรู้ว่าเป็นข้อเท็จจริง และผู้กระทำต้องการหลอกลวงให้หลงเชื่อทำให้มีการโอนทรัพย์สินและเกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกหลอกลวง

“โดยทุจริต” คือ เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเอง หรือผู้อื่น

⁸ เพิ่งอ้าง, น 345-349

องค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำเริ่มต้นด้วย “หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ” การหลอกลวงคือการทำให้ผู้อื่นหลงเชื่อผิดจากความเป็นจริง มิใช่เพียงถือเอาประโยชน์จากความสำคัญผิดของบุคคลอื่นซึ่งมิได้ก่อให้เกิดขึ้น การแสดงข้อความเท็จไม่จำกัดว่าต้องแสดงโดยวิธีใด อาจจะทำด้วยวาจา เอกสาร กิริยา หรือวิธีการอื่นใดก็เป็นการแสดงข้อความเท็จได้ทั้งสิ้น เพียงแต่ข้อความที่แสดงออกไปนั้นทราบถึงผู้อื่น มิฉะนั้นจะเป็นเพียงชั้นพยายาม⁹

ข้อความเท็จ หมายความว่า ข้อความที่แสดงเป็นเหตุการณ์ข้อเท็จจริงซึ่งเหตุการณ์ข้อเท็จจริงนั้นไม่ตรงกับความเป็นจริงในขณะที่แสดงข้อความนั้น โดยต้องเป็นเหตุการณ์ในอดีตหรือปัจจุบัน หากเป็นเหตุการณ์ในอนาคตย่อมจะไม่ใช่เป็นจริงหรือเป็นเท็จได้ ในขณะที่เหตุการณ์ยังไม่เกิด การแสดงความคิดเห็นว่าจะมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นในอนาคต การแสดงความเชื่อหรือความหวัง แต่ข้อความที่แสดงยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าจะถูกหรือผิดจึงยังไม่สามารถที่จะถือได้ว่าเป็นข้อความที่มีลักษณะที่เป็นเท็จหรือจริงได้ เช่น ขวนให้ซื้อตึกแถวหรือที่ดินโดยยืนยันว่าอีกสี่เดือนข้างหน้าจะมีผู้ซื้อต่อเพราะดวงจะดี การแสดงข้อความดังกล่าวเป็นเหตุการณ์ในอนาคต ไม่มีความแน่นอนไม่ใช่การแสดงความเท็จ แต่การแสดงข้อความเท็จบ้างจริงปะปนกันถือเป็นการแสดงข้อความเท็จเพราะทำให้เกิดความเชื่อผิดจากความเป็นจริง¹⁰

การแสดงความเห็น ความหวัง หรือกล่าวถึงเหตุการณ์ในอนาคต ตามปกติย่อมไม่เป็นข้อความที่เป็นเท็จหรือจริง จะเป็นไปได้ก็แต่ผิดถูกเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี การแสดงความเห็นนั้นอาจเป็นข้อเท็จจริงอยู่ในตัวก็ได้ ถ้าผู้แสดงได้แสดงความเห็นโดยรู้ยู่ว่าความจริงไม่ได้เป็นดังที่ตนแสดง อาจเป็นการแสดงข้อความเท็จได้ เช่น ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ หรือสิ่งที่พ่อค้าขายไปมิใช่ทองเพียงแต่ไอ้จ๋วนโกงราคาเกินกว่าที่เป็นจริง การแสดงข้อความในอนาคต เช่น การกล่าวว่าดุลการค้าเสียเปรียบมากจะมีการหำมนำสินค้าเข้ามาในราชอาณาจักร ราคาของจะขึ้นให้รีบซื้อ ข้อที่ว่าดุลการค้าเสียเปรียบเป็นข้อเท็จจริง แต่เสียเปรียบมากหรือไม่เป็นความเห็นส่วนที่ว่าราคาจะขึ้นก็เป็นแต่ความเห็นคงจะไม่มีการแสดงข้อความเท็จว่ามีหรือไม่มีมติเช่นนั้น ไม่ใช่ความเห็นหรือคำทำนายเหตุการณ์ในอนาคต แต่ถ้ากล่าวว่าได้ทราบมติให้นำสินค้าเข้ามา

⁹ จิตติ ดิงศภัทิย์, ฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: จีรรัช การพิมพ์, 2545) น. 815-816

¹⁰ เพิ่งอ้าง, น. 818

ในราชอาณาจักรได้แล้ว จะมีการประกาศเร็วๆ นี้ เช่นนี้เป็นารแสดงข้อความเท็จว่ามีหรือไม่มีมติดังกล่าว มิใช่ความเห็นหรือคำทำนายเหตุการณ์ในอนาคต¹¹

การที่ทำให้ผู้ป่วยเข้าใจว่าการใช้เซลล์ต้นกำเนิดเป็นการบำบัดรักษาโรคตามปกติหรือตามมาตรฐานวิชาชีพ ซึ่งโดยความเป็นจริงแล้วของเซลล์ต้นกำเนิดในขณะนี้ยังอยู่ในขั้นตอนของการวิจัยมิใช่การบำบัดรักษาโรคแต่อย่างใด จึงเป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ เนื่องจากในขณะนี้การใช้เซลล์ต้นกำเนิดเป็นเพียงการทดลองเท่านั้นมิใช่การรักษาโรค เมื่อเรียกเก็บค่ารักษาพยาบาลจากการใช้เซลล์ต้นกำเนิด หรือการเชิญชวนให้เก็บเลือดจากสายสะดือของทารกเพื่อเก็บไว้ใช้เมื่อทารกโตขึ้น ซึ่งยังไม่สามารถทราบได้ว่าจะได้ใช้ประโยชน์จากเซลล์ต้นกำเนิดที่เก็บไว้หรือไม่ เพราะยังไม่ทราบอายุที่แน่นอนของเซลล์ต้นกำเนิดว่าจะสามารถเก็บรักษาได้นานเท่าใด และโรคส่วนใหญ่ที่คาดว่าจะรักษาด้วยเซลล์ต้นกำเนิดได้นั้น ส่วนมากจะเกิดกับผู้สูงอายุ เช่น โรคหัวใจหรือโรคเบาหวาน กว่าที่ทารกเจ้าของเซลล์ต้นกำเนิดจากเลือดของสายสะดือจะได้ใช้คงเป็นระยะเวลาอีกหลายสิบปี เซลล์ต้นกำเนิดที่เก็บไว้นั้นอาจจะหมดอายุก่อนที่ผู้เป็นเจ้าของจะได้ใช้¹² ถือเป็นการเสี่ยงอย่างหนึ่งซึ่งมีผู้ประกอบการบางรายเล็งโดยใช้คำว่าเปรียบเสมือนกับการทำประกันชีวิตให้กับทารกในอนาคต การกระทำในลักษณะดังกล่าวโดยที่ไม่ได้แจ้งข้อเท็จจริงที่ต้องแจ้งให้ทราบ จึงมีลักษณะเป็นการหลอกลวง เพราะไม่ได้บอกแก่คนไข้ว่าสิ่งที่กำลังกระทำอยู่นั้นมิใช่การรักษาที่เป็นที่ยอมรับตามหลักของผู้ประกอบวิชาชีพ แต่เป็นการวิจัยหรือทดลอง การกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นการหลอกลวงเพื่อให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน จึงเป็นความผิดฐานฉ้อโกง

การใช้เซลล์ต้นกำเนิดรักษาผู้ป่วยนั้น ขณะนี้การรักษาที่เป็นที่ยอมรับมีเฉพาะโรคทางโลหิตวิทยาเท่านั้น หากเป็นการรักษาโรคชนิดอื่นๆ ยังอยู่ในขั้นตอนการวิจัยทั้งหมด โดยผู้ที่ทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางของการรักษาโรคทางโลหิตวิทยาโดยใช้เซลล์ต้นกำเนิด ได้แก่ ศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย และได้มีข้อบังคับแพทยสภากำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการดังกล่าวไว้แล้ว จึงมิใช่การหลอกลวงหรือการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือการปกปิดความจริง เพราะเป็นการรักษาที่เป็นที่ยอมรับตามมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพ

¹¹ เฟื่องอ้าง, น. 824-825

¹² ผู้จัดการออนไลน์, “เดือนฝากเลือดกับธนาคารสเต็มเซลล์อาจไม่คุ้มค่าอย่างที่คุณคิด”,

<<http://www.thaiday.com/Science/ViewNews.aspx?NewsID=9490000017729>>

ส่วนการใช้เซลล์ต้นกำเนิดรักษาโรคอื่นๆ ยังมีใช้การรักษาที่เป็นที่ยอมรับตามมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพ หากมีการนำไปรักษาเท่ากับเป็นการหลอกลวงหรือปกปิดความจริง หากดำเนินการในลักษณะธุรกิจย่อมต้องมีการจ่ายค่าตอบแทนหรือค่าบริการ จึงเป็นการได้ไปซึ่งทรัพย์สิน เป็นการกระทำความผิดฐานฉ้อโกง บางกรณีเป็นการใช้เฉพาะชื่อของเซลล์ต้นกำเนิดแต่ไม่ได้มีกานำเทคโนโลยีที่เกี่ยวกับเซลล์ต้นกำเนิดไปใช้แต่อย่างใด ทำให้ประชาชนเข้าใจผิดได้ว่านำเอาความก้าวหน้าทางด้านเซลล์ต้นกำเนิดมาใช้ในการรักษาหรือผลิตภัณฑ์บางชนิดส่วนใหญ่จะเป็นผลิตภัณฑ์ประเภทความงาม

นอกจากนี้ เมื่อการใช้เซลล์ต้นกำเนิดมิใช่การบำบัดรักษาแต่เป็นการวิจัยหรือทดลองในมนุษย์ โดยหลักแล้วไม่สามารถที่จะเรียกเก็บค่าใช้จ่ายใดๆ ได้ เพราะมิใช่การบำบัดรักษาตามปกติ แต่เป็นการยอมตนหรืออุทิศตนเพื่อที่จะเข้ารับการทดลอง อันเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ

4.3 ข้ออ้างในการยกเว้นความผิด

การกระทำความผิดนั้น บางกรณีอาจไม่ต้องรับผิดหรือไม่ถือว่าเป็นความผิดเนื่องจากความยินยอมของผู้ถูกระทำหรือบุคคลที่เป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิด แต่ความยินยอมดังกล่าวต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ และได้รับการบอกกล่าวข้อมูลที่ต้อง

การกระทำของแพทย์ต่อร่างกายผู้ป่วย นักกฎหมายส่วนใหญ่ถือว่าเป็นการทำร้ายร่างกาย เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดของฐานความผิดดังกล่าว แต่เนื่องจากความยินยอมของผู้ป่วยให้แพทย์กระทำต่อร่างกายของตน ทำให้การกระทำของแพทย์ไม่เป็นความผิด นอกจากนี้ยังมีการนำหลักกฎหมายเรื่องความยินยอมไม่เป็นความผิดมาปรับใช้กับกรณีนี้ด้วย แม้กฎหมายไทยจะไม่มีบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ แต่อาจถือได้ว่าเป็นการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ อย่างไรก็ดี มีบางแนวความคิดเห็นว่า แม้ผู้ป่วยหรือคนไข้จะไม่ยินยอมแต่แพทย์ก็ยังทำการผ่าตัดคนไข้ แพทย์ไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายเพราะไม่มีเจตนากระทำความผิดอาญา เนื่องจากการผ่าตัดที่ถือได้ว่าเป็นการทำร้ายร่างกายนั้นเป็นกระบวนการหรือขั้นตอนหนึ่งของเจตนาที่ต้องการจะรักษาคนไข้ ต้องการให้คนไข้มีสุขภาพอนามัยที่ดีขึ้น ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวเป็นเรื่องเจตนาร้าย (Mens rea) ตามหลักกฎหมาย

คอมมอนลอว์นั่นเอง แต่เมื่อประเทศไทยมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายหมายอาญา จึงมีผู้เห็นว่าหลักการดังกล่าวไม่น่าจะตรงกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา¹³

แนวความคิดในเรื่องความยินยอมไม่เป็นความผิดนั้นได้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 ได้วางหลักโดยสรุปไว้ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหาย ให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และยินยอมอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นการกระทำ ความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้ จากหลักของคำพิพากษาข้างต้นสามารถสรุปความยินยอมที่ยกเว้นความผิด ต้องประกอบด้วย¹⁴

1. หลักความยินยอมที่บริสุทธิ์ ผู้ให้ความยินยอมต้องเต็มใจ ทราบข้อมูลที่ถูกต้อง สมบูรณ์ หากเป็นเรื่องที่ผู้กระทำรู้รายละเอียดดีกว่า ต้องอธิบายให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจอย่างถ่องแท้ โดยไม่ปกปิด

2. หลักความยินยอมต้องไม่ขัดต่อสำนึกหรือศีลธรรมอันดี เป็นที่ยอมรับของคนทั่วไป หรือมีการยอมรับกันมานาน หากเป็นเรื่องใหม่อาจมีการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาพิจารณา

3. หลักความยินยอมต้องมีอยู่ขณะทำการ มิใช่ความยินยอมเฉพาะเรื่องเฉพาะคราว และก่อนกระทำการผู้ให้ความยินยอมสามารถเพิกถอนหรือยกเลิกการให้ความยินยอมได้ทุกขณะ

ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว หรือ Informed consent มาจากคำว่า Informed กับ Consent ซึ่งแปลตรงตัวได้ว่า การให้ความยินยอม หลัง รับข้อความ ที่ต้องเน้นคำว่า Informed เนื่องจากก่อนที่จะลงลายมือชื่อผู้ลงลายมือชื่อต้องได้รับการอธิบายหรือบรรยายข้อมูลที่เกี่ยวข้องเสียก่อน ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการพัฒนามานานโดยศาลของประเทศทางยุโรปตะวันตกและสหรัฐอเมริกา มีหลายรูปแบบทั้งการรักษาพยาบาล ตามปกติ และการทดลองในมนุษย์ ในประเทศไทยเริ่มที่จะมีการใช้วิธีการ Informed consent มากขึ้นแทบทุกโรงพยาบาลไม่ว่าของรัฐหรือเอกชน เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย เปลี่ยนไป โดยแพทย์เริ่มมีสถานะเป็นพ่อค้า ส่วนคนไข้มีสถานะเป็นลูกค้า เมื่อเป็นการค้าขาย จึงต้องมีเรื่องของกำไรขาดทุนเข้ามาเกี่ยวข้อง เมื่อการให้บริการทางการแพทย์ต้องการกำไรมาก

¹³วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, กฎหมายการแพทย์ ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546) น. 34-35

¹⁴เพ็งอ้าง, น. 37-38

ค่าบริการย่อมแพ่งเป็นธรรมดา เมื่อของแพ่งย่อมจะต้องมีความคาดหวังสูงในเรื่องคุณภาพ เมื่อไม่พอใจกับสินค้าหรือการรักษาที่ได้รับจึงเป็นที่มาของการฟ้องร้องเกิดขึ้น¹⁵

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายนั้น หากเป็นกรณีสมัครใจ หรือกระทำด้วยความยินยอมแล้ว ถือว่าไม่มีความผิด แต่อย่างไรก็ตาม ความยินยอมดังกล่าวจะต้องเกิดโดยการรู้ข้อเท็จจริงที่ชัดเจน มิได้เป็นการสำคัญผิด เพราะมิฉะนั้นแล้วจะทำให้ความยินยอมดังกล่าวเสียไป และแม้ว่าพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ในบทนิยามจะบัญญัติขอบเขตของการกระทำของแพทย์ไว้ก็ตามว่าสามารถกระทำได้ในกรณีใดบ้าง แต่การกระทำดังกล่าวจะต้องมีการปรึกษาหารือหรือทำความเข้าใจกับคนไข้หรือญาติคนไข้เสียก่อน และเมื่อได้รับความยินยอมแล้ว จึงจะดำเนินการต่อไปได้ ความยินยอมในลักษณะนี้เรียกว่าความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed consent)¹⁶

ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวหมายถึง ความยินยอมของผู้ป่วยที่ยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพเกี่ยวกับการแพทย์กระทำต่อร่างกายของตนตามกรรมวิธีของการประกอบวิชาชีพแต่ละประเภท โดยผู้ป่วยจะต้องได้รับการอธิบายหรือบอกกล่าวให้เข้าใจว่าการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นจะเป็นอย่างไร มีรายละเอียดอย่างไรบ้าง และผลที่จะเกิดขึ้นในภายหลังเป็นอย่างไร มีอันตรายหรือผลดีผลเสียอย่างไรบ้าง ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพที่จะต้องแจ้งหรืออธิบายหรือบอกกล่าวให้ผู้ป่วยทราบ เพื่อที่ผู้ป่วยหรือผู้ที่เกี่ยวข้องและมีอำนาจตัดสินใจในขณะนั้นจะได้นำข้อมูลดังกล่าวไปประกอบการตัดสินใจ เนื่องจากการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นการกระทำต่อร่างกายมนุษย์ บุคคลนั้นจึงควรทราบข้อมูลต่างๆ ซึ่งเป็นสิทธิอย่างหนึ่งของผู้ป่วย หรือความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวนั้นกระทำไปเพื่อรองรับสิทธิพื้นฐาน 2 ประการ คือ สิทธิที่จะได้รับรู้ (The right to know) และสิทธิที่จะตัดสินใจ (The right to self-determination)

บางกรณีแพทย์อาจทำการรักษาได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม กล่าวคือ ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนหรือกรณีฉุกเฉิน หรือกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถหรืออยู่ในภาวะที่ไม่อาจแสดงเจตนาได้ตามปกติ หากเห็นเป็นที่ประจักษ์ว่าได้กระทำไปเพื่อช่วยชีวิตผู้ป่วย

¹⁵ เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 4 น.202-205

¹⁶ แสงว นุญเฉลิมวิภาส, กฎหมายและข้อควรระวังของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย พยาบาล, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546) น. 72-77

ความยินยอมในการให้แพทย์ทำการรักษาหรือกระทำต่อร่างกายนั้นมิใช่การกระทำในทางแพ่ง ผู้ป่วยที่จะให้ความยินยอมจึงไม่ต้องถือเกณฑ์อายุที่จะต้องบรรลุนิติภาวะเพียงแต่มีอายุและมีความสามารถที่จะรับรู้ในเรื่องที่ทำการรักษานั้นได้ก็สามารถตัดสินใจและลงนามได้ เรื่องอายุนั้นตามประกาศเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยกำหนดให้บิดามารดาหรือผู้แทนโดยชอบธรรมอาจใช้สิทธิแทนผู้ป่วยที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์ ผู้บกพร่องทางกายหรือจิตซึ่งไม่สามารถใช้สิทธิด้วยตนเองได้

หลักเรื่องความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวนี้ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ซึ่งเหตุผลหนึ่งของการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัตินั้นก็คือ “โรคและปัจจัยที่คุกคามสุขภาพมีการเปลี่ยนแปลงและมีความยุ่งยากสลับซับซ้อนมากขึ้น จำเป็นต้องดำเนินการให้ประชาชนมีความรู้เท่าทัน มีส่วนร่วม และมีระบบเสริมสร้างสุขภาพและระวังป้องกันอย่างสมบูรณ์” เห็นได้ว่าต้องการที่จะให้ประชาชนได้รับรู้ข้อมูลเกี่ยวกับสุขภาพอนามัยมากขึ้น เนื่องจากเป็นเรื่องของวิชาชีพเฉพาะประชาชนทั่วไปอาจไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ และป้องกันการปิดบังข้อมูลที่มีความสำคัญหรือจำเป็นที่ประชาชนควรทราบ ประกอบกับเพื่อเป็นการร่วมมือกันระหว่างแพทย์หรือบุคลากรด้านสาธารณสุขกับผู้ป่วยหรือประชาชนทั่วไปในการบำบัดรักษาให้เป็นไปด้วยดี เป็นการสร้างสัมพันธภาพอันดีระหว่างทั้งสองฝ่าย เพราะผู้ที่รู้ดีที่สุดว่ามีอาการป่วยเป็นอย่างไรก็คือผู้ป่วยจะได้แจ้งให้แพทย์ทราบได้ตรงตามอาการหรือพยาธิสภาพของโรค ทำให้แพทย์สามารถรักษาได้ตรงตามโรคโดยไม่ชักช้า ไม่ต้องเสียเวลานานในการวินิจฉัยโรค นอกจากนี้ยังเป็นการป้องกันมิให้เกิดความเจ็บป่วยไปในตัวด้วย เนื่องจากประชาชนได้รับรู้ข้อมูลเกี่ยวกับการดูแลสุขภาพที่ถูกวิธีทำให้ประหยังบประมาณทางด้านสาธารณสุขได้อีกด้วย

สำหรับรายละเอียดของหลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวที่ปรากฏในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มีดังนี้

มาตรา 8 ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใดจะให้บริการนั้นมิได้

ในกรณีที่เกิดความเสียหายหรืออันตรายแก่ผู้รับบริการเพราะเหตุที่ผู้รับบริการปกปิดข้อเท็จจริงที่ตนรู้และควรบอกให้แจ้ง หรือแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรืออันตรายนั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงแก่ชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน

(2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลที่เป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการแล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้

มาตรา 9 ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขประสงค์จะให้ผู้รับบริการเป็นส่วนหนึ่งของการทดลองในงานวิจัย ผู้ประกอบวิชาชีพสาธารณสุขต้องแจ้งให้ผู้รับบริการทราบล่วงหน้าและต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้รับบริการก่อนจึงจะดำเนินการได้ ความยินยอมดังกล่าวผู้รับบริการจะเพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้

ความผิดที่เกี่ยวกับชีวิตและร่างกายอันเกิดจากการใช้เซลล์ต้นกำเนิดโดยไม่ถูกต้องนั้น แพทย์จะอ้างเรื่องของความยินยอมของผู้ป่วยในการปฏิเสธความรับผิดชอบได้หรือไม่ เห็นว่าการให้ความยินยอมต้องเป็นไปโดยบริสุทธิ์ กล่าวคือ ผู้ให้ความยินยอมต้องทราบข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการตัดสินใจ และยังเป็นหน้าที่ของผู้ที่จะกระทำการด้วยที่จะต้องอธิบายให้ผู้ที่จะให้ความยินยอมเข้าใจให้ได้ว่า กำลังจะถูกกระทำอะไร มีจุดประสงค์ของการกระทำอย่างไร ผลดีผลเสียที่เกิดขึ้นเป็นอย่างไร มีความเสี่ยงมากน้อยเพียงใด เกิดผลข้างเคียงใดๆ หรือไม่ และรายละเอียดอื่นๆ ที่สำคัญ แต่การใช้เซลล์ต้นกำเนิดที่กระทำกันอยู่ในปัจจุบันนี้มีลักษณะเหมือนเป็นการรักษาโรคอย่างหนึ่งโดยเทคโนโลยีใหม่สามารถรักษาได้ผลที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายหรือมีผลข้างเคียงใดๆ แต่ในความเป็นจริงแล้วเทคโนโลยีของเซลล์ต้นกำเนิดในปัจจุบันยังคงเป็นเพียงการวิจัยเท่านั้น การที่มีได้แจ้งแก่ผู้ที่เข้ารับการรักษากว่าการใช้เซลล์ต้นกำเนิดที่กระทำอยู่นี้เป็น การวิจัย ทำให้ความยินยอมของผู้ป่วยนั้นเสียไป เพราะสำคัญผิดในสาระสำคัญ โดยเข้าใจว่าเป็นการรักษาทั่วไปที่มีมาตรฐานและเป็นที่ยอมรับกันแล้ว เป็นการปกปิดข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องแจ้งให้ผู้ป่วยทราบ จึงเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์ แพทย์หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าวไม่สามารถยกเรื่องความยินยอมนี้ขึ้นเป็นข้ออ้างในการยกเว้นความผิดได้

แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะทำการขั้นตอนของการให้ข้อมูลที่ถูกต้องครบถ้วนแล้ว หากเรื่องที่จะให้ความยินยอมเป็นเรื่องขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ก็ไม่อาจยกความยินยอมนั้นขึ้นเป็นข้อยกเว้นความผิดได้ เช่น การใช้เซลล์ต้นกำเนิดในบางกรณีมีความเสี่ยงต่อชีวิตสูงมากหรือเคยมีรายงานผลการทดลองว่าเป็นอันตรายแก่ชีวิตแน่นอน

แต่มีผู้ยินยอมที่จะเข้ารับการทดลอง เช่นนี้แม้จะให้ความยินยอมอย่างถูกต้องแล้วก็ตาม แต่เป็นความยอมที่ขัดต่อศีลธรรมหรือความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง จึงไม่สามารถกระทำได้ เพราะเท่ากับเป็นการยอมให้ผู้อื่นฆ่าตนเอง

ส่วนความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น เมื่อการใช้เซลล์ต้นกำเนิดในปัจจุบันยังเป็นเพียงการวิจัยเท่านั้น ไม่สามารถที่จะนำมารักษาได้จริง การบอกกล่าว การโฆษณา หรือการปกปิดข้อเท็จจริงบางอย่างที่ต้องแจ้ง ถือได้ว่าเป็นการหลอกลวง แม้ผู้ป่วยยินยอมให้ทรัพย์สินไปก็ตาม แต่ความยินยอมดังกล่าวนั้นตั้งอยู่บนความเข้าใจว่าการใช้เซลล์ต้นกำเนิดสามารถรักษาโรคได้จริง เมื่อความเข้าใจดังกล่าวไม่ตรงกับความเป็นจริงจึงเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์ มีผลทำให้ความยินยอมนั้นเสียไปไม่อาจยกขึ้นเป็นข้ออ้างในการยกเว้นความผิดได้ เช่นเดียวกันกับการกระทำที่เป็นความผิดต่อชีวิตและร่างกายข้างต้น