

ความยินยอมในการรักษา ผลทางกฎหมายต่อความรับผิดทางละเมิด และทางอาญาของทันตแพทย์

เดชา ธรรมธาดาวิวัฒน์

ฝ่ายทันตสาธารณสุข

โรงพยาบาลชะอำ

อำเภอชะอำ จังหวัดเพชรบุรี

โทรศัพท์: 032-471666

โทรสาร: 032-471666

อีเมล: dechadt@yahoo.com

บทคัดย่อ

ความยินยอมของผู้ป่วยในการรักษามีผลให้ไม่เป็นละเมิดตราบเท่าที่การรักษาอยู่ในขอบเขตแห่งการให้ความยินยอมที่เกิดจากการรู้สำนึกถึงผลที่จะเกิดจากการให้ความยินยอมของผู้ป่วย ภายใต้การรักษาที่กระทำอย่างปกติ ไม่ประมาทเลินเล่อของทันตแพทย์ ทันตแพทย์จึงจะไม่ต้องรับผิดในอันตรายมิได้คาดหมายที่อาจเกิดขึ้น

ถ้าผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาเกิดจากความประมาทเลินเล่อของทันตแพทย์ ทันตแพทย์ต้องรับผิดในละเมิด และอาจเป็นความผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้อง

การให้คนไข้ลงนามให้ความยินยอมล่วงหน้าว่าจะไม่เอาความ หากเกิดผลเสียหายที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อของทันตแพทย์ เป็นโมฆะ และต้องห้ามตามกฎหมาย

อธิบายคำย่อ (Abbreviations)

- ป.พ.พ. = ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ป.อ. = ประมวลกฎหมายอาญา
ป.ว.พ. = ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
ป.ว.อ. = ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
ฎ. = คำพิพากษาศาลฎีกาที่
ฎ....ฎ. = คำพิพากษาศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่
พ.ร.บ. = พระราชบัญญัติ

บทนำ

ปัจจุบันวิชาชีพทันตกรรมมีความครอบคลุมหลากหลายขึ้น ทั้งชนิดบริการ จำนวนบุคลากรที่เกี่ยวข้องสาขาต่าง ๆ เครื่องมืออุปกรณ์ที่ทันสมัย การบริหารงานในรูปแบบธุรกิจ ค่ารักษาที่มีราคาสูงขึ้น และการคาดหวังผลต่อการรักษาที่สูงขึ้นตามไปด้วย รูปแบบความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนไปจากผู้ให้บริการ ผู้รับบริการ เป็นผู้ขายบริการ ผู้ซื้อบริการ¹ ปัญหาการสื่อสารทำความเข้าใจจะหว่างกัน

สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ได้เปลี่ยนให้วัฒนธรรมการแพทย์ไทยจากวัฒนธรรมน้ำใจ มีความเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ ปรารถนาดีต่อกัน ไปเป็นวัฒนธรรมธุรกิจ ที่มองไปยังผลประโยชน์ ค่าตอบแทน² หรือมุมมองบริการทางการแพทย์ที่เปลี่ยนไปในเชิงพาณิชย์ เมื่อร่วมไปกับการพัฒนาทางกฎหมาย ที่ให้สิทธิเสรีภาพ มุ่งคุ้มครองประชาชนอันถือเป็นผู้บริโภคมากขึ้น ปัญหาการฟ้องร้องคดีทางการแพทย์จึงเพิ่มขึ้นเป็นเงาตามตัว ซึ่งสาเหตุส่วนใหญ่เป็นเพราะมีเหตุร้ายอันไม่พึงประสงค์เกิดขึ้น และมีผลให้เกิดความสูญเสียหรือเสียหายกับผู้ป่วย³ โดยเฉพาะการฟ้องในมูลละเมิดเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทน และความผิดทางอาญาบางมาตรา ซึ่งผลแห่งคดีบางราย ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกแพทย์ผู้เป็นจำเลย จนเป็นที่หว่นวิตกของผู้ประกอบวิชาชีพนี้ และออกมาเคลื่อนไหวขอให้มีการแก้ไขกฎหมาย เช่น การมีสิทธิปฏิเสธการรักษา หากเสี่ยงต่อการเป็นอันตรายของคนที่ใช้⁴ การให้คนไข้ลงชื่อให้ความยินยอมในการผ่าตัด⁵ ขณะที่มีความเสี่ยงของการโต้แย้งกลับ เช่น มุมมองในความประมาทเลินเล่อของผู้ให้การรักษาเอง หรือปัญหาการสื่อสารทำความเข้าใจ และมนุษยสัมพันธ์

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีกรณีพิพาทกันขึ้น และจำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาล ประเด็นสำคัญอันหนึ่งในการพิจารณาพิพากษาคือเรื่องของความยินยอม

ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงได้หยิบยกเรื่องความยินยอมและประเด็นที่เกี่ยวข้องขึ้นมาเสนอ พร้อมวิเคราะห์ แสดงความเชื่อมโยง การปรับหลักและบทมาตรากฎหมาย รวมทั้งแนวคำพิพากษา ศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง เพราะทุกอย่างจะจบลงด้วยบทกฎหมายเพียงบทเดียวย่อมไม่ได้ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความรู้ ความเข้าใจ เห็นภาพรวมถึงหลักกฎหมายที่สำคัญและจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการประกอบวิชาชีพของทันตแพทย์ และช่วยเป็นมุมมองที่อาจคิดขยายได้กว้างไกลกว่าผู้เขียนออกไปจากนักกฎหมาย ผู้ทรงคุณวุฒิ และองค์กรแห่งวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง อันมีหน้าที่ที่จะต้องพัฒนาให้วิชาชีพเจริญก้าวหน้าโดยไม่อาจละเว้น

ความยินยอมในการรักษา (Medical Consent)

เป็นความยินยอมที่ตัวผู้ป่วยให้แก่ผู้กระทำคือผู้รักษาทางการแพทย์ ทำให้การรักษานั้นเป็นการกระทำที่ไม่ผิดต่อกฎหมาย ด้วยอำนาจแห่งความยินยอม มีผลให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดทางแพ่งในเรื่องละเมิด หรือรับผิดทางอาญาในบางฐานความผิดที่อนุญาตให้มีการให้ความยินยอมกันได้ ความยินยอมในการรักษาจัดเป็นความยินยอมทางแพ่งอย่างหนึ่ง จึงเป็นข้อเท็จจริงในพฤติการณ์แห่งคดี⁶ และยังไม่มียกเว้นโดยชัดแจ้งในกฎหมายไทย⁶ แต่ถูกนำมาใช้โดยเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า

“ความยินยอม ไม่เป็นละเมิด (Voluntati non fit injuria)”⁷ และตามบทบัญญัติมาตรา 8 แห่ง พ.ร.บ.สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ที่ว่า

“ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใด จะให้บริการนั้นไม่ได้”

ฎ. 1403/2508 กล่าวว่า หลักในเรื่องความยินยอมที่ว่า ยกเว้นความผิดได้ ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปถ้าความยินยอมไม่ขัดต่อสามัญสำนึกและศีลธรรมอันดี

ความยินยอมในการรักษา (Medical consent) นี้ ต้องเป็นความยินยอมที่ให้โดยชอบด้วยกฎหมาย จึงจะมีผลให้ผู้รับความยินยอมไม่ต้องรับผิดทางละเมิดและทางอาญาในการที่ตนกระทำ

อย่างไรเป็นความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย

มีเงื่อนไขหลักเกณฑ์พิจารณา คือ

1. รูปแบบการแสดงความยินยอม

กฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบไว้แน่นอน จึงอาจเป็นการแสดงออกชัดแจ้งโดยตรง (Expressed Consent) ในรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษร (Signed Consent) หรือแสดงออกโดยปริยาย (Implied Consent) ในรูปแบบลักษณะอาการกริยาท่าทาง (Verbal Consent) หรือการนิ่งเฉยแสดงการให้ความยินยอม (Silence Give Consent)⁶

ความยินยอมอาจเกิดในรูปสัญญาได้⁸ เช่น

ฎ. 1403/2508 ญ. การกระทำตามนิติกรรมสัญญาที่ผู้ถูกกระทำยินยอมให้กระทำย่อมไม่เป็นละเมิด

2. ความยินยอมนั้นต้องให้ก่อนหรือขณะทำการรักษา⁹

3. ตัวบุคคลผู้ให้ความยินยอม

ฐานะของบุคคลทางกฎหมายในเรื่องให้ความยินยอมนี้ไม่คำนึงถึงเรื่องความสามารถที่จะต้องบรรลุนิติภาวะ เพราะการแสดงความยินยอมนี้ไม่ใช่เรื่องทำนิติกรรม แต่ต้องมีสติสัมปชัญญะพอเพียงพอต่อการรับรู้และเข้าใจในเรื่องที่ให้ความยินยอมนั้น⁵

ยินยอมให้ใคร

การให้ความยินยอมย่อมเป็นการให้แก่ผู้ทำการรักษา ซึ่งในทางทันตกรรมก็คือทันตแพทย์โดยตรง ดังนั้นถ้าทันตแพทย์ให้ผู้อื่น เช่น ผู้ช่วยทันตแพทย์ในคลินิกเป็นผู้ทำการรักษาจะไม่ตรงกับความยินยอมที่ให้ จึงไม่ถือเป็นความยินยอมโดยชอบ

ดังกรณีตัวอย่าง

ก. ผู้ป่วยมาขอรับการรักษาด้วยการอุดหินปูนจากทันตแพทย์ที่คลินิกแต่ทันตแพทย์กลับให้ผู้ช่วยทันตแพทย์เป็นผู้อุดหินปูนให้แทนแล้วหวัชุดหินปูนไปทิ้งถูกคนอื่นใช้เป็นแผล

ข. ผู้ป่วยมีฟันปลอมชนิดติดแน่นหลุดมาขอให้ทันตแพทย์รักษาช่วยยึดติดฟันปลอมให้กลับเข้าที่ในปาก ทันตแพทย์ใช้ให้ผู้ช่วยทันตแพทย์เป็นผู้ผสมซีเมนต์ แต่ไม่ได้คุณภาพที่ดีพอที่จะยึดติดฟันปลอมให้เข้าที่ได้คงทนถาวร ใส่ไปไม่กี่วันหลุดซ้ำอีก ผู้ป่วยต้องกลับมาทำใหม่เป็นเช่นนี้ถึงสามสี่ครั้ง โดยที่การผสมซีเมนต์เป็นการประกอบวิชาชีพทันตกรรมอย่างหนึ่งซึ่งทันตแพทย์มีหน้าที่จะต้องทำด้วยตนเอง

การที่ทันตแพทย์ยินยอมให้ผู้ไม่มีสิทธิประกอบวิชาชีพทันตกรรมทำการรักษาแก่ผู้ป่วยแทนตนเอง แล้วเกิดความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำกรักษาอันถือว่าผิดต่อกฎหมายเพราะปราศจากความยินยอมโดยชอบของผู้ป่วย จึงเป็นความผิดฐานละเมิด ทั้งการกระทำดังกล่าว ยังเป็นความผิดทางจรรยาบรรณที่ว่าเป็นการให้หรือช่วยเหลือผู้มิได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพทันตกรรมให้ประกอบวิชาชีพทันตกรรม รวมทั้งตนมีหน้าที่ต้องดูแลมิให้มีการกระทำดังกล่าวในสถานพยาบาลที่ตนรับผิดชอบ

จากตัวอย่างโดยข้อเท็จจริงที่กล่าวมาจึงเห็นได้ว่าการยินยอมให้แก่ใครก็ตามต้องทำให้ถูกต้องตรงตัวบุคคลตามที่ผู้ให้ความยินยอมต้องการด้วย

การให้ความยินยอมยังอาจจำกัดเฉพาะเจาะจงตัวบุคคล ผู้รับความยินยอมแคบเข้าไปอีก^๘ ดังกรณีให้ความยินยอมจำกัดลงไปว่าเฉพาะทันตแพทย์คนใดคนหนึ่งแล้ว ทันตแพทย์คนอื่น ๆ ก็จะมาทำการรักษาไม่ได้ เช่น ยอมให้ทันตแพทย์ ก เป็นผู้ผ่าตัดฝังรากเทียมจะเอาทันตแพทย์ ข เป็นผู้ผ่าตัดไม่ได้

คนอื่นยินยอมแทนได้ไหม

การรักษาทางทันตกรรมบางกรณีที่มีความยุ่งยากซับซ้อนยากแก่การทำความเข้าใจ เช่น การจัดฟัน รักษาโรคฟัน หรือการผ่าตัดในช่องปากที่ทำต่อผู้ป่วยเด็กที่ยังมีวุฒิภาวะไม่เพียงพอหรือผู้ป่วยที่บกพร่องทางกายหรือจิต ผู้อื่นให้ความยินยอมแทนได้ซึ่งได้แก่บิดามารดาหรือผู้แทนโดยชอบธรรม ทั้งยังเป็นไปตามประกาศเกี่ยวกับสิทธิผู้ป่วยข้อ 10 ว่า “บิดามารดาหรือผู้แทนโดยชอบธรรม อาจใช้สิทธิแทนผู้ป่วยที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกิน 18 ปี บริบูรณ์ ผู้บกพร่องทางกายหรือจิตซึ่งไม่สามารถใช้สิทธิด้วยตนเองได้”¹⁰ ซึ่งการให้ความยินยอมแทน เป็นการใช้สิทธิแทนผู้ป่วยอย่างหนึ่ง

4. การแสดงเจตนาให้ความยินยอมต้องเป็นไปโดยไม่ถูกข่มขู่ ไม่ถูกทำให้สำคัญผิดและไม่ถูกบังคับขู่เข็ญ^๙

การแสดงเจตนาให้ความยินยอม กฎหมายต้องการให้เป็นไปโดยสุจริตใจ ซึ่งจะต้องประกอบด้วยความรู้พื้นฐานของผู้ป่วยเองที่มีอยู่ก่อนแล้วกับความรู้ที่ได้จากการอธิบายบอกกล่าวจากทันตแพทย์ในการรักษานั้น ซึ่งถ้าเป็นการกระทำทำให้ผู้ป่วยสำคัญผิดก็จะเป็นผลให้ความยินยอมที่ผู้ป่วยให้นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไป

ความสำคัญผิดอาจเกิดได้ 2 กรณี คือ การสำคัญผิดที่เกิดจากตัวผู้ป่วยสำคัญผิดเอง

ดังตัวอย่างผู้ป่วยปวดฟันมาขอให้ทันตแพทย์ถอนฟันโดยผู้ป่วยชี้ฟันซี่ที่ปวดเองว่าเป็นฟันกรามล่างขวาซี่แรก แต่เมื่อทันตแพทย์ตรวจดูแล้วปรากฏว่าฟันซี่ที่ผู้ป่วยชี้ปากผิด แต่ฟันกรามบนขวาซี่แรกเป็นรูผะดูถึงโพรงประสาทฟัน และวินิจฉัยว่าเป็นซี่ที่ปวด ซึ่งมีอาการปวดร้าวลงไปบริเวณฟันกรามล่างขวาซี่แรกได้

การสำคัญผิดที่เกิดจากทันตแพทย์เป็นผู้กระทำ

เช่น การบอกกับผู้ป่วยว่าเป็นทันตแพทย์ผู้เชี่ยวชาญสาขาต่าง ๆ ทั้งที่จริงมิได้เป็นแต่อย่างใด จนผู้ป่วยสำคัญผิดและเชื่อยินยอมให้ทันตแพทย์เป็นผู้รักษา

5. เป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรม (Public Sentiment) และความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order)^{๑๐} ดังตัวอย่าง

การยินยอมรับผลร้ายที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นการขัดต่อสำนึกในศีลธรรมและความสงบเรียบร้อยของประชาชน

การสมัครใจเข้าเสี่ยงภัยของผู้ป่วยเอง (Consent to take the risk) ถือเป็นความยินยอมโดยชอบ^{๑๑} ดังเช่น

ก. การที่ผู้ป่วยสมัครใจให้ทันตแพทย์ถอนฟันคุดที่ขึ้นมาบางส่วนแล้วออก (Partial Impaction) โดยทันตแพทย์แจ้งให้ทราบแล้วว่าเครื่องกรอแบ่งฟัน และเครื่องเอกซเรย์เสียใช้การไม่ได้ ถ้าถอนวิธีธรรมดาอาจทำให้กระดูกรอบรากฟันโดยเฉพาะด้านติดลิ้น (Lingual Plate) แตกออก และฟันข้างเคียงอาจโยกหรือหลุดออกมาด้วย ดังนั้นถ้าเกิดผลเสียร้ายดังกล่าวดังขึ้นทันตแพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบ

ข. การขอให้ทันตแพทย์ช่วยฝังเพชรลงที่ฟันเขี้ยว โดยการกรอผิวฟันให้เป็นรู และผู้ป่วยทราบจากการอธิบายบอก

กล่าวแล้วว่าเป็นการทำลายเคลือบฟันธรรมชาติ มีโอกาสทำให้เกิดฟันผุลุกลาม ซึ่งไม่ควรทำ แต่ผู้ป่วยรับรู้ว่าเขาจะขอให้ทำ ดังนั้นเป็นการสมัครใจเข้าเสี่ยงภัยของผู้ป่วยเอง

ค. การจัดฟันแฟชั่น (Fashion) โดยผู้ป่วยขอให้ทันตแพทย์ติดเครื่องมือจัดฟันให้โดยไม่ได้เป็นการจัดฟันจริง การติดเครื่องมืออุปกรณ์ต่าง ๆ ดังกล่าวจะทำให้ทำความสะอาดฟันลำบากมีโอกาสเกิดฟันผุและเหงือกอักเสบ แต่ผู้ป่วยสมัครใจขอให้ทำเป็นการสมัครใจเข้าเสี่ยงภัยของผู้ป่วย

6. ขอบเขตของความยินยอม (Scope of Consent)

ขอบเขตของความยินยอมมีความเกี่ยวข้องกับการอธิบายบอกกล่าวก่อนการรักษาอย่างถูกต้องเพียงพอและยุติธรรมโดยทันตแพทย์ ถึงสภาพแห่งการรักษาและผลข้างเคียงที่อาจจะเกิดขึ้นในขอบเขตการรักษาที่ได้กระทำนอกเหนือไปจากการกระทำตามปกติ ดังนั้นเมื่อเกิดอันตรายมิได้คาดหมายขึ้นจากการรักษาทันตแพทย์ถึงจะไม่ต้องรับผิดชอบ

ดังนั้นขอบเขตแห่งการรักษาที่กระทำอย่างปกติปราศจากความประมาทเลินเล่อคือขอบเขตของความยินยอมนั่นเอง บางครั้งจึงเรียกความยินยอมที่เห็นว่าความยินยอมหลังการบอกกล่าว (Informed Consent)¹¹

มีข้อที่ควรพิจารณาคือ

ก. การอธิบายบอกกล่าวก่อนการรักษา

การกระทำแค่ไหนจึงจะถือว่าพอเพียงนั้น เป็นข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป เช่น การรักษาบางอย่างอาจต้องให้ผู้ป่วยเข้าใจทุกอย่างหมดเท่ากับหมอหรือใกล้เคียงกับหมอ¹²

ข. สภาพแห่งการรักษา

สภาพแห่งการรักษาเป็นเนื้อหาของรักษาซึ่งประกอบไปด้วยวัตถุประสงค์ รายละเอียด ขั้นตอน และวิธีการในการรักษา ตลอดจนผลข้างเคียงที่อาจจะเกิด ซึ่งจำเป็นที่จะต้องอธิบายบอกกล่าวให้ผู้ป่วยทราบอย่างถูกต้องพอเพียงก่อนการรักษา เพื่อให้ผู้ป่วยทราบและตัดสินใจในการจะให้ความยินยอมในการรักษาหรือไม่

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าการรักษาที่กระทำไปไม่เกินไปจากคำอธิบายบอกกล่าวของสภาพแห่งการรักษาโดยปราศจากความประมาทเลินเล่อคือขอบเขตของความยินยอม

ความยินยอมต่อสภาพการรักษาที่น่าสนใจศึกษาหยิบยกขึ้นพิจารณา 2 เรื่องด้วยกันคือความยินยอมต่อตำแหน่งของบาดแผลและความยินยอมในวิธีการ

ยินยอมต่อตำแหน่งของบาดแผล

ตำแหน่งของบาดแผลมีความสำคัญต่อการให้ความยินยอม ตัวอย่างเช่น จะเปิดแผลผ่าตัดบริเวณใดต้องคำนึงถึงความอันตรายต่อผู้ป่วยน้อยที่สุด และรอยแผลเป็นที่จะปรากฏหลังผ่าตัด เป็นต้น ดังตัวอย่างเช่น

ก. ในการผ่าตัดรักษากระดูกขากรรไกรล่างหักที่จำเป็นต้องเปิดแผลผ่าตัดเป็นรอยยาวบริเวณขอบล่างของกระดูกขากรรไกรล่าง เพื่อจะยึดกระดูกส่วนที่หักเข้าด้วยกันก็ต้องซ่อนรอยแผลเป็นจากการผ่าตัดให้เห็นน้อยที่สุด มิใช่เปิดแผลผ่าตัดเป็นรอยยาวบริเวณคาง เห็นเป็นแผลเป็นเด่นชัด แล้วอ้างว่าอยู่ในขอบเขตความยินยอม

ข. ในการผ่าตัดฟันคุด จะเปิดแผลผ่าตัดในตำแหน่งที่ใกล้จนอาจเป็นอันตรายต่อเส้นประสาทฟัน (Inferior alveolar nerve) โดยอ้างว่าอยู่ในขอบเขตของความยินยอมย่อมไม่ได้

ยินยอมในวิธีการ

วิธีการรักษาอาจมีได้หลายแบบเมื่อผู้ป่วยตกลงเลือกการรักษาแบบใดแบบหนึ่งแล้ว แต่ทันตแพทย์ไปใช้วิธีการรักษาแบบอื่น ย่อมไม่ใช่ความยินยอมที่ถูกต้องเพราะกระทำนอกขอบเขต เช่น ในการฟอกสีฟันให้ขาว ทันตแพทย์บอกกับผู้ป่วยว่าเป็นวิธีการฟอกสีฟันให้ขาวโดยใช้แสงเลเซอร์เป็นตัวกระตุ้นปฏิกิริยาน้ำยาที่ใช้ฟอก (Laser whitening) แต่ทำจริง ๆ กลับเป็นการใช้แสงจากเครื่องฉายแสงธรรมดา (Light cured whitening) ดังนั้นนอกจากเป็นการรักษานอกขอบเขตแห่งการให้ความยินยอมแล้วยังเป็นการทำให้ผู้ป่วยแสดงเจตนาให้ความยินยอมโดยสำคัญผิดด้วย

อย่างไรเป็นอันตรายมิได้คาดหมาย มิใช่อันตรายจากการประมาทเลินเล่อ

ในการรักษาทางทันตกรรม ถ้าเกิดผลที่ไม่พึงประสงค์ขึ้นจากการรักษาที่กระทำตามปกติของทันตแพทย์ที่ผู้ป่วยสมัครใจให้ความยินยอมหลังจากได้รับการอธิบายบอกกล่าวอย่างพอเพียงถูกต้องแล้ว จะเรียกผลที่ไม่พึงประสงค์อันเกิดขึ้นนั้นว่าอันตรายมิได้คาดหมาย¹³ ดังตัวอย่าง

การสมัครใจร่วมประเพณีแล้วเกิดตายระหว่างนั้นโดยที่ไม่ได้กระทำการนอกเหนือไปจากการร่วมประเพณีตามปกติ ซึ่งอยู่ในขอบเขตแห่งการให้ความยินยอมเป็นอันตรายที่มีได้คาดหมาย (ฏ. 320/2530)

การที่ทันตแพทย์ถอนฟันที่กระทำไปตามปกติแก่ผู้ป่วยที่สุขภาพแข็งแรง ไม่มีโรคประจำตัว แต่ขณะถอนฟันผู้ป่วยเป็นลม

หมดสติ เนื่องจากความกลัว (Psychogenic Shock) ซึ่งต้องแก้ไขให้คืนสู่ภาวะปกติของผู้ป่วย เป็นอันตรายมิได้คาดหมาย

7. ผลของความยินยอม

เมื่อให้ความยินยอมในการรักษาแล้วด้วยอำนาจแห่งความยินยอมมีผลต่อการกระทำในการรักษาและมีผลต่อความเสียหายที่เกิดโดยตรงจากการรักษาคือ

ก. ผลต่อการกระทำ ทำให้การรักษาไม่เป็นการกระทำโดยผิดต่อกฎหมาย แต่ไม่มีผลถึงการรักษาที่กระทำโดยประมาทเลินเล่อ เมื่อกระทำโดยไม่ผิดกฎหมายแม้เกิดความเสียหายก็ไม่เป็นละเมิด

ข. ผลต่อความเสียหาย ทำให้ไม่ถือว่าได้รับความเสียหาย แม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้นจริง ก็ไม่ติดใจ เมื่อไม่ถือว่าเกิดความเสียหาย แม้กระทำโดยผิดต่อกฎหมายก็ไม่เป็นละเมิด

ผลของความยินยอมจึงทำให้การกระทำการรักษาไม่มีความผิดต่อกฎหมาย

การจะเป็นการละเมิดได้นั้นต้องเป็นการกระทำโดยผิดต่อกฎหมายแล้วเกิดความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงหรือใกล้ชิดจากการกระทำเท่านั้น เกิดขึ้นพร้อมกันจึงจะครบองค์ประกอบความผิดของละเมิด เกิดเพียงอย่างเดียวอย่างหนึ่งไม่เป็นละเมิดหรือกล่าวสั้น ๆ ได้ว่า “ทำผิดให้เสียหาย”¹⁴ เช่น ตีหัวเขาแตก แม้ว่าเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ เพราะการกระทำโดยประมาทเลินเล่อมีลักษณะของการกระทำผิดต่อกฎหมายอยู่ในตัว เมื่อเกิดผลเสียหายจึงเป็นละเมิด

8. การถอนความยินยอม

กฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบไว้เช่นเดียวกับการแสดงความยินยอม จึงอาจแสดงออกโดยตรงหรือโดยปริยาย และจะถอนเมื่อไหร่ก็ได้ ดังเช่น

การที่ผู้ป่วยไม่พอใจในการรักษาใส่ฟันปลอมกับทันตแพทย์ ก เพราะพูดไม่เพราะและทำฟันมือหนัก อาจถอนความยินยอมด้วยการบอกเลิกการรักษาได้ โดยทันตแพทย์ ก จะอ้างว่าถอนความยินยอมไม่ได้เพราะลงมือทำฟันปลอมไปบ้างแล้ว และจะรับเงินมัดจำ ย่อมไม่ได้ การคิดหรือหักค่าใช้จ่ายขึ้นกับการมีนิติสัมพันธ์กันอย่างไร เช่น เป็นเรื่องกรณีจ้างทำของต้องไปว่าเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญา แต่จะไม่ยินยอมให้คนไข้ถอนความยินยอมด้วยการบอกเลิกการรักษาไม่ได้

การกระทำต่อผู้ป่วยโดยปราศจากความยินยอมที่ไม่ต้องรับผิดชอบ

โดยทั่วไปในการรักษาทางการแพทย์ทุกอย่างต้องได้รับความยินยอม ซึ่งเป็นการยินยอมหลังได้รับการอธิบายบอกกล่าว แต่มีบางกรณีที่สามารกระทำต่อผู้ป่วยได้โดยไม่ต้องรับความยินยอม ได้แก่

ก. การมีอำนาจทางแพ่ง เช่น การกักกันควบคุมผู้ป่วยที่เป็นโรคไข้หวัดนก โรคซาร์ ในสถานการณ์ที่มีภาวะระบาดของโรคเพื่อรับมารักษาตาม พ.ร.บ.ควบคุมโรคติดต่อ พ.ศ. 2522¹⁰ และ พ.ร.บ.สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 วรรคสาม ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด

ข. ในภาวะฉุกเฉิน ภาวะฉุกเฉินไม่ต้องมีความยินยอม ถ้าตามพฤติการณ์นั้นบังคับว่าจะต้องกระทำการนั้นก่อนจะขอความยินยอมได้ ทั้งนี้เป็นไปตามภาษีตกกฎหมาย “ความจำเป็นไม่ต้องมีกฎหมาย (Necessity has no law)”¹⁵ เช่น ผู้ป่วยจมน้ำหมดสติ และจำเป็นต้องได้รับการรักษาช่วยชีวิต ผู้ป่วยช็อคจากการแพ้ยาชา

ความยินยอมในภาวะฉุกเฉินมีหลักพิจารณา คือ

ก. มีเหตุฉุกเฉินให้ต้องกระทำก่อนได้รับความยินยอม

ข. เป็นกรณีที่วิญญูชนยอมให้ความยินยอม

ค. ผู้กระทำหรือผู้รักษาไม่รู้หรือไม่มีเหตุควรรู้ว่าผู้ถูกกระทำจะไม่ให้ความยินยอม ถ้ามีโอกาสถามเขาก่อน เช่น ผู้ป่วยจมน้ำหมดสติ แพทย์ไม่อาจทราบได้เลยว่า เป็นความตั้งใจฆ่าตัวตายและคนไข้จะไม่ให้ความยินยอมต่อการรักษาช่วยชีวิตเขา ถ้าเขาพูดได้ในขณะนั้น

ค. ความจำเป็น

โดยทั่วไปการรักษาทางการแพทย์มีลักษณะของการกระทำประทุษร้ายต่อร่างกายในมุมมองของความรับผิดชอบทางอาญา เป็นอาชญากรรมที่ทำกับมนุษย์ ยกเว้นสัตวแพทย์ทำกับสัตว์ แต่การกระทำไม่เป็นความผิดอาญา เพราะได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย เป็นความยินยอมที่สำนึกของวิญญูชนทั่วไปยอมรับ และเป็นเจตนาของการรักษาไม่ใช่เจตนาทำร้าย แต่ความยินยอมนี้ต้องไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมและความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย

การรักษาที่ปราศจากความยินยอมโดยทั่วไปเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญา แต่กฎหมายนิรโทษกรรมให้ โดยมองว่าเป็นการกระทำด้วยความจำเป็นต่อภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงโดย

การกระทำไม่เกินกว่าเหตุ¹⁶ ทั้งนี้เป็นไปตาม ป.อ. มาตรา 67(2) บัญญัติไว้ดังนี้

“ผู้ใดกระทำผิด ด้วยความจำเป็น เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภัยอันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการกระทำเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

ดังตัวอย่าง

ในการทำแผลติดเชื้อที่ขาของผู้ป่วยเบาหวานในระหว่างทำมีเลือดออกบริเวณนั้นมากโดยไม่ทราบสาเหตุ จำเป็นที่ต้องตัดขาบางส่วนราคาแพงของผู้ป่วยออก เพื่อให้สามารถห้ามเลือดได้ทันที ซึ่งเป็นการกระทำนอกขอบเขตการให้ความยินยอม และเป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ แต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ เพราะจำป็นต้องห้ามเลือดซึ่งออกมาก อาจเป็นอันตรายถึงแก่ชีวิต ถือเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและเป็นการกระทำไม่เกินกว่าเหตุ ผู้กระทำจึงไม่ต้องได้รับโทษ แม้เป็นการกระทำความผิดอาญาในทางประทุษร้ายต่อร่างกายและความผิดต่อทรัพย์ก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าการที่กฎหมายยกเว้นโทษให้โดยไม่ต้องรับโทษนั้นก็ไม่ต้องรับผิด เพราะโทษเป็นโครงสร้างของความผิด¹⁷

เปรียบเทียบภาวะฉุกเฉินกับความจำเป็น

ภาวะฉุกเฉินเป็นเรื่องการกระทำไม่มีความผิด เพราะซ่อนความยินยอมอยู่ในการกระทำเสมือนให้ความยินยอมโดยปริยายนั่นเอง เพียงแต่ผู้ป่วยไม่อยู่ในสภาวะแสดงความยินยอมได้ แต่ในภาวะจำเป็นกฎหมายให้เป็นเรื่องการกระทำเป็นความผิด ไม่มีความยินยอมมาปนเปื้อนเกี่ยวข้องด้วยเลย แต่เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ เพราะกระทำโดยจำป็นต่อภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงโดยไม่เกินกว่าเหตุ¹⁶ เมื่อไม่ต้องรับโทษซึ่งเป็นโครงสร้างของความผิดแล้วพิจารณาโดยองค์รวมของการกระทำนั้น ๆ ตอบทมาตราแห่งความผิด จึงเทียบได้เสมือนไม่มีความผิด¹⁷

แต่ทั้งสองอย่างให้ผลเหมือนกันคือไม่ต้องรับผิดทางแพ่งในเรื่องละเมิด

เหตุใดความยินยอมถึงไม่เป็นละเมิด (Voluntati non fit injuria)

ความยินยอมไม่ทำให้เกิดเป็นละเมิดเพราะกฎหมายถือหลักที่ว่าความยินยอมไม่ทำให้เกิดความเสียหาย คือถือว่าไม่ได้รับความเสียหายแม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้นจริง ๆ กล่าวให้เข้าใจง่าย ๆ ได้ว่า ผู้ให้ความยินยอมไม่ติดใจในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนเองจึงถือว่าไม่มีความเสียหายต่อเขา

ความเสียหายเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างหนึ่งของละเมิดที่ประกอบด้วยการกระทำโดยผิดกฎหมาย แล้วเกิดความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำนั้นด้วย เมื่อไม่ถือว่าเป็นความเสียหายจึงไม่ครบองค์ประกอบความผิด จึงไม่เป็นละเมิดซึ่งจะต้องศึกษาทำความเข้าใจความผิดทางแพ่งเรื่องละเมิดเชื่อมโยงกัน

ละเมิดคืออะไร

ละเมิดอันเกิดจากการกระทำของตนเอง (Personal Fault) มีบัญญัติไว้ใน ป.พ.พ. มาตรา 420 ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

จากบทบัญญัตินี้ ละเมิดคือการกระทำโดยผิดกฎหมาย และเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ไม่ว่าจะด้วยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม

โดยมีองค์ประกอบความผิดอยู่ 3 ประการ คือ

1. การกระทำโดยผิดกฎหมาย
2. เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น
3. จงใจหรือประมาทเลินเล่อ

1. การกระทำโดยผิดกฎหมาย

มีข้อพิจารณาคือ ต้องมีการกระทำเกิดขึ้นจริง ๆ ถ้าบุคคลใดไม่ได้เป็นผู้กระทำแต่ไปบังคับให้เขารับผิดชอบเป็นการไม่ชอบ เช่น ผู้บังคับบัญชาไม่ได้กระทำแต่ไปออกกฎระเบียบในหน่วยงานว่าผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบในกรณีผู้ใต้บังคับบัญชาทำละเมิดเป็นการบังคับให้บุคคลต้องรับผิดชอบโดยไม่มี การกระทำไม่ได้ (ฎ. 388/2506, ฎ. 4879/2537)

ปัจจุบันหลักกฎหมายนี้ถูกยกเว้น กรณีกระทำละเมิดต่อผู้เสียหายของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ผู้เสียหายต้องฟ้องหน่วยงานของรัฐโดยตรง จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 อันเป็นกฎหมายเฉพาะ

การละเว้นการกระทำที่ตนมีหน้าที่ตามกฎหมายต้องกระทำถือเป็นการกระทำตามกฎหมายด้วย

ฎ. 2600/2538 การละเว้นการกระทำจะเป็นการละเมิดต่อเมื่อเป็นการละเว้นการกระทำในเมื่อมีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผล และความเสียหายเป็นผลโดยตรงจากการกระทำดังกล่าว¹⁸

ฎ. 38/2496 การละเว้นไม่กระทำในสิ่งที่กฎหมายมิได้บัญญัติให้กระทำ หรือตนไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องทำ หาเป็นการละเมิดไม่¹⁹

การละเว้นหน้าที่ทางวิชาชีพ เป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายอย่างหนึ่ง เช่น หมอซึ่งมีหน้าที่ตามวิชาชีพจะต้องรักษาผู้ป่วย หากทอดทิ้งหน้าที่เสีย ไม่รักษา ถือว่าหมอนั้นละเมิดได้เหมือนกัน²⁰ แต่การละเว้นหน้าที่ตามมาตรฐานวิชาชีพไม่เป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย แต่จะเป็นเรื่องประมาทเลินเล่อ ซึ่งหากเกิดผลเสียหาย ก็เป็นละเมิดเช่นกัน ตัวอย่างเช่น ในการรักษาลองรากฟัน ถ้าถือว่าหน้าที่ทางวิชาชีพต้องใส่แผ่นยางกันน้ำลาย (Rubber Dam)²¹ แต่ไม่ใส่แล้วเกิดตัวตะไบขยายคลองรากฟัน (File) หลุดตกลงไปอุดหลอดลม ถ้าหน้าที่ทางวิชาชีพถึงขั้นเป็นกฎหมาย การละเว้นไม่ใส่แผ่นยางกันน้ำลาย (Rubber Dam) เป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายมาแต่แรก แล้วเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายก็ครบองค์ประกอบความผิดละเมิด แต่ถ้าไม่ถือว่าการไม่ใส่แผ่นยางกันน้ำลายเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย เป็นแค่ละเว้นไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางวิชาชีพ ก็พิจารณาในองค์ประกอบความผิดอื่น คือจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ซึ่งถ้าใส่แล้วเกิดความเสียหายขึ้นก็เป็นละเมิดเช่นกัน โดยไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายมาแต่แรกทุกครั้งไป การกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายมาแต่แรกแต่ประมาทเลินเล่อเกิดความเสียหายภายหลังก็กลายเป็นกระทำโดยผิดกฎหมายเป็นละเมิดได้

โดยเหตุนี้ จึงมีความพยายามที่จะขยายขอบเขตความยินยอมให้ครอบคลุมไปถึงการให้ความยินยอมต่อการกระทำโดยประมาทเลินเล่อขึ้น เพื่อให้ผู้กระทำพ้นความรับผิดทางละเมิด ซึ่งได้แก่ ข้อตกลงล่วงหน้า ยกเว้นความรับผิดในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของผู้รับความยินยอม ซึ่งจำแนกได้ 2 ประเภท คือ

ก. ความยินยอมต่อการกระทำโดยประมาทธรรมดา

ข. ความยินยอมต่อการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

การที่โรงพยาบาลให้ผู้ป่วยทำความเข้าใจความตกลงหรือยินยอมว่า หากการรักษาเป็นเหตุให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกายหรืออนามัยด้วยความประมาทเลินเล่อ คนไข้ก็จะไม่เอาความอันดีเป็นข้อตกลงล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดทางละเมิดในความเสียหายที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อ มีผลทางกฎหมายเพียงใด

ก. ความยินยอมต่อการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อธรรมดา

ก่อนหน้านี้ไม่ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งไม่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย

โดยพิจารณาตาม ป.พ.พ. มาตรา 373 บัญญัติว่า “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อยกเว้น มิให้ลูกหนี้รับผิดชอบเพื่อถ่วงหนี้หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้นเป็นโมฆะ” และมาตรา 150 “การใดมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

เมื่อเป็นข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบล่วงหน้าในความประมาทเลินเล่อธรรมดา มิใช่ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทั้งไม่ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่เป็นโมฆะ ตามบทบัญญัติแห่งสองมาตราดังกล่าว

จนถึงเมื่อมี พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บังคับใช้ 15 พฤษภาคม 2541 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความหรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศหรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบจะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้”

จากบทบัญญัติมาตรา 8 แห่งกฎหมายดังกล่าว ข้อตกลงล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดในความเสียหายที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อจึงต้องห้ามตามกฎหมายไม่มีผลบังคับใช้อีกต่อไป

ข. ความยินยอมต่อการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ความยินยอมต่อการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายจึงเป็นโมฆะตาม ป.พ.พ. มาตรา 373 และมาตรา 150 และจะนำมาเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้ ทั้งยังเป็นไปตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 9 ที่บัญญัติว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหาย สำหรับการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้”

ผลจากมาตรา 8 และมาตรา 9 แห่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ทำให้หลักกฎหมายที่ว่าความยินยอมไม่เป็นละเมิดเปลี่ยนไปอย่างมาก

การแสวงหาเครื่องมือป้องกันความรับผิดชอบที่จะเกิดด้วยการให้คนไข้ลงนามให้ความยินยอม (Sign Consent) เป็นข้อตกลงล่วงหน้ากับความเสี่ยงในความประมาทเลินเล่อจึงไม่มีผลต่อไปและต้องห้ามตามกฎหมาย

กล่าวได้ว่า “ละเมิดมีหลักเกณฑ์ของความรับผิดชอบในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องของความระมัดระวังระดับเดียวคือประมาทเลินเล่อแต่การไม่ระมัดระวังที่จะถือว่าเป็นการประมาทเลินเล่อก็ต้องพิจารณาตามวิสัยของคนธรรมดาหรือของคนที่มีฝีมืออาชีพด้วย”²²

ผลของความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นโมฆะ

การยินยอมให้แพทย์กระทำให้ตนถึงแก่ความตาย เพราะป่วยเป็นโรคร้ายที่รักษาไม่หายจึงไม่อยากมีชีวิตต่อไป (Mercy Killing) หรือการยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดไตข้างหนึ่งของตนไปขายเหตุการณ์เหล่านี้ อาจถือเป็นความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ที่อาจเปลี่ยนแปลงแตกต่างกันได้ ตามแต่ละยุคสมัย ซึ่งปัจจุบันมีการยอมรับให้กระทำได้ตามมาตรา 12 แห่ง พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ที่บัญญัติไว้ว่า

“บุคคลที่มีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้

การดำเนินการตามหนังสือเจตนาตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้ว มิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดทั้งปวง”

โดยบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจึงถือว่าความยินยอมให้แพทย์กระทำให้ตนถึงแก่ความตาย เพราะป่วยเป็นโรคร้ายที่รักษาไม่หายต้องทนทุกข์ทรมานในวาระสุดท้ายของชีวิต (Mercy Killing) ไม่ถือเป็นความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งไม่ถือว่าการกระทำเป็นความผิดและแพทย์ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดเช่นกัน

ผลของความยินยอมต่อเหตุไม่ราบรื่นอันเป็นธรรมชาติของการรักษามีผลไม่เป็นละเมิด

ธรรมชาติของการรักษาทางการแพทย์ รวมทั้งทันตกรรมในระหว่างการรักษาย่อมมีความไม่ราบรื่นบ้าง เช่น การถูกเนื้อต้องตัว การใช้ที่อุดน้ำลายแรง-ค่อยต่างกัน มีอหนักมีอเบา? การอ้าปากเป็นเวลานาน ๆ จนบางครั้งมีปัญหาปวดข้อต่อขากรรไกร

ผลของความยินยอมต่ออันตรายมิได้คาดหมายมีผลไม่เป็นละเมิด แต่ต้องบอกกล่าวก่อนเพื่อกำหนดเป็นขอบเขตแห่งการรักษา และต้องกระทำการรักษาตามปกติไม่ประมาทเลินเล่อ

การให้ความยินยอมโดยรู้สำนึกในผลที่จะเกิด คือขอบเขตแห่งการรักษาที่ความยินยอม มีผลไปถึงภายใต้การกระทำตามปกติ มิได้ประมาทเลินเล่อของทันตแพทย์ แม้เกิดอันตรายมิได้คาดหมาย ความยินยอมย่อมมีผลไปถึง ทันตแพทย์จึงไม่ต้องรับผิดชอบละเมิด

เมื่อให้ความยินยอมในการรักษาแล้วเกิดความผิดพลาดได้อย่างไร

ความยินยอมในการรักษาที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือความยินยอมทางอาญาย่อมทำให้การรักษาไม่เป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายแต่แรก แต่การรักษาไปแล้วเกิดผลเสียหายในบั้นปลาย โดยความประมาทเลินเล่อฝ่ายเดียวของทันตแพทย์จะทำให้การรักษาที่ถูกกฎหมายมาแต่แรกเป็นผิดกฎหมายไปโดยผลร้ายที่เกิดขึ้น ดังนั้นเมื่อเป็นการกระทำโดยประมาทและเกิดผลเสียหายแล้ว ถ้าตรงกับความผิดพลาดอาญาฐานใด ทันตแพทย์ก็อาจถูกฟ้องรับผิดทางอาญาฐานนั้น ซึ่งมักได้แก่ความผิดฐานประมาทเลินเล่อ ในเรื่องทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตาม ป.อ. มาตรา 292 ทำให้ผู้อื่นเป็นอันตรายสาหัส ตาม ป.อ. มาตรา 300 หรือทำให้ผู้อื่นเป็นอันตรายแก่กายตาม ป.อ. มาตรา 390 ทั้งนี้เพราะว่าการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อในทางแพ่งไม่อาจแยกออกจากการกระทำโดยประมาทในทางอาญาได้ตามหลักกฎหมายของไทย¹¹

ถ้าความเสียหายเกิดจากความประมาทเลินเล่อด้วยกันทั้งสองฝ่าย ตามหลักกฎหมายของไทยใครเป็นผู้รับผิดชอบทางละเมิด

เช่น กรณีผู้ป่วยมีส่วนประมาทด้วย ถ้าทันตแพทย์เป็นฝ่ายประมาทเลินเล่อมากกว่า จะต้องเป็นฝ่ายรับผิดชอบละเมิด ชด-ใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยเฉลี่ยตามสัดส่วนที่ทำละเมิด ตาม ป.พ.พ. มาตรา 442 และมาตรา 223

ป.พ.พ. มาตรา 442 กล่าวว่า “ถ้าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วย ‘ชั่ว’ ท่านให้นับบทบัญญัติแห่งมาตรา 223 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

และ ป.พ.พ. มาตรา 223 กล่าวว่า “ถ้าผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่ง ก่อให้เกิดความเสียหายด้วย ‘ชั่ว’ ท่านว่าหนี้สินจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน แก่ฝ่ายผู้เสียหายมาก

น้อยเพียงใดนั้น ต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาณ ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร”

ในกรณีที่ผู้ป่วยมีส่วนร่วมกระทำความผิดด้วย ย่อมไม่ถือเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย ตาม ป.ว.อ. มาตรา 2(4) จึงไม่มีอำนาจฟ้องในคดีอาญา²³

ซึ่ง ป.ว.อ. มาตรา 2(4) ให้ความหมายของผู้เสียหายไว้ว่า “ผู้เสียหาย หมายถึง บุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6”

และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวางบรรทัดฐานไว้ว่า ผู้เสียหายต้องไม่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ถึงจะเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย มีอำนาจฟ้องคดีอาญา

ผู้มีอำนาจฟ้องในคดีอาญา ต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย มิใช่ผู้เสียหายโดยพฤตินัย²³

2. เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น

กฎหมายดูแลแห่งการกระทำอันเป็นผลธรรมดา หรือโดยตรง หรือใกล้ชิดกับเหตุเท่านั้น (ฎ.131/2496) ไม่รวมเหตุสอดแทรก⁸ เช่น ขณะที่นายขาวรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาล เพราะถูกนายจ้างลอบยิงบาดเจ็บสาหัส เหตุสอดแทรกอาจเป็นว่า นายแพทย์รักษาไม่ดี จนนายขาวถึงแก่ความตาย หรืออาจเป็นว่า ไฟไหม้ห้องพยาบาล จนนายขาวถึงแก่ความตายในกองไฟ หรือ ศัลยกรลอบเข้าไปทำร้าย หรือนายขาวละเมอตกลงเตียง และแม้กระทั่งตรอมใจตายเองก็ตาม⁹

ความเสียหายโดยนิตินัย

บางครั้งความเสียหายไม่ได้เกิดเป็นรูปธรรมโดยตรง คือไม่เกิดเป็นอันตรายต่อชีวิตร่างกาย แต่กฎหมายก็ถือว่าการกระทำนั้นทำให้เกิดความเสียหายแล้ว และเรียกว่าเป็นความเสียหายทางนิตินัย ตัวอย่างเช่น

ก. จำเลยเอาปืนมายิงแต่ไม่ถูกผู้ใด และคนที่ประสงค์จะยิงก็ไม่ตกใจ เพราะจิตใจเข้มแข็งไม่เกิดตกใจกลัวด้วย ไม่เกิดความเสียหายต่อผู้ใด แต่ทางแพ่งก็ถือว่าเกิดความเสียหายโดยนิตินัยแล้ว

ข. บุตรส่งข้อความโทรเลขไปหามารดาเพื่อไม่ให้เป็นห่วง เมื่อตนเดินทางไปถึงอำเภอแก่งคอยเพื่อเรียนหนังสือความว่า “ถึงแก่งคอยแล้ว” แต่ข้อความในโทรเลขที่ไปถึงมารดากลับเป็นว่า “ถึงแก่ความตายแล้ว” ทำให้มารดาดกใจ ต้องจัดเตรียมงาน

ศพ และเช่ารถไปหา ดังนั้นแม้ไม่เกิดความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย แต่ก็เป็นความเสียหายโดยนิตินัย เป็นละเมิดแล้ว

ความเสียหายอันเป็นปัญหาที่พบบ่อยในทางทันตกรรม คือการติดเชื้อหลังการผ่าตัดหรือถอนฟัน ซึ่งมีข้อควรพิจารณาคือเป็นความผิดของใคร ถ้าเกิดจากเครื่องมือ สิ่งแวดล้อมไม่สะอาด และขั้นตอนในการเตรียมการผ่าตัดตั้งแต่แรกไปจนถึงสิ้นสุดการรักษาไม่สะอาด ซึ่งความสะอาดเป็นสิ่งสำคัญที่สุดในการผ่าตัด และต้องอยู่ในความดูแลรับผิดชอบของทันตแพทย์ ดังนั้นทันตแพทย์เป็นผู้รับผิดชอบ เช่น การไม่ทำความสะอาดผิวหน้า (scrub) ก่อนผ่าตัด แล้วเกิดการติดเชื้อขึ้น

แต่ถ้าเกิดจากการปฏิบัติตัวไม่ถูกต้องของผู้ป่วยเอง ทั้งที่ทันตแพทย์ได้ให้คำอธิบายแนะนำแล้ว แต่ผู้ป่วยยังฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม เช่น หลังจากถอนฟันแล้ว ผู้ป่วยเอามือไปเลีย เอานิ้วไปแหย่ หรือใช้สิ่งแปลกปลอมไปแตะบริเวณแผล เพราะกังวลว่ายังมีเศษฟันหลงเหลืออยู่ จนเกิดการอักเสบติดเชื้อขึ้น ความเสียหายตกเป็นพับแก่ผู้ป่วย

ประเด็นที่มักหยิบยกขึ้นมาในคดีอย่างหนึ่งคือความไม่สะอาดของเครื่องมือและสถานพยาบาล²⁴

3. จงใจ หรือประมาทเลินเล่อ (ในองค์ประกอบความผิดละเมิด)

จงใจ หมายถึง รู้สำนึกถึงผลและความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ผลเสียหายจะเกิดขึ้นจริงมากหรือน้อยไม่สำคัญ แค่ว่าการกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายขึ้นก็พอ²⁵

จงใจมีความหมายกว้างกว่าเจตนาในทางอาญา แม้ขาดเจตนาทางอาญาก็เป็นจงใจได้ เช่น เอาจี๊ดไปแทงผู้อื่น ผู้แทงย่อมรู้สำนึกถึงผลและความเสียหายว่าจะเกิดเป็นอันตรายต่อชีวิตร่างกาย เพียงเท่านี้ก็ถือว่าเป็นการจงใจในความผิดละเมิดแล้ว ส่วนจะตายไม่ตายคือผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากหรือน้อยไม่สำคัญ เช่น คดีทำร้ายร่างกาย ศาลตัดสินว่าไม่ได้เจตนาฆ่า เป็นการทำความร้ายร่างกาย จำเลยจึงเอาจี๊ดแทงในคืบแฝงว่า เมื่อไม่ได้เจตนาฆ่าจึงไม่ได้จงใจในทางแพ่งด้วย จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบละเมิด ศาลว่าจงใจในคืบแฝงจะไปเทียบเคียงกับคำว่าไม่เจตนาในทางอาญาไม่ได้ (ตามนัยฎีกา 1104/2509) และการกระทำโดยรู้สำนึกว่าจะเกิดผลให้เกิดอันตรายแก่กายก็เป็นจงใจแล้วจะเป็นผลถึงตายหรือไม่ ไม่สำคัญ²⁶

จงใจ ไม่ได้มุ่งต่อผลของการกระทำลงเฉพาะเจาะจงว่าจะเกิดผลเฉพาะเจาะจงขึ้นระดับเช่นใด แค่ว่าจะเกิดผลเสียหายกว้าง ๆ ขึ้น ต่างกับเจตนาทางอาญาตาม ป.อ. มาตรา 59 วรรค 2 ที่ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ด้วย เป็นการรู้ว่าเกิดผลเสียหายถึงระดับผลเสียหายนั้น เฉพาะเจาะจงตรงต่อความประสงค์ของตัว หรือตรงกับการคาด-
เล็งเห็นผลของตัวเลยทีเดียว

การกระทำโดยสุจริตเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงไม่เป็นจริง เพราะไม่รู้ว่าเกิดผลเสียหาย เช่น เข้าใจผิดว่าปากกาของ นาย ก เป็นของตนเอง เพราะวางอยู่ใกล้เคียงกันกับปากกาของตนเองจึงหยิบปากกาของนาย ก ไป การเข้าใจผิดว่าคนไข้ ก คือ คนไข้ ข เพราะยูนิตทำฟันอยู่ติดกัน ขูดหินปูนเหมือนกัน แล้วขูด หินปูนไปจนเสร็จ เป็นการกระทำโดยสุจริต เข้าใจผิดในข้อเท็จจริง คือ ตัวคนไข้

การกระทำโดยผิดหลงและพลั้งพลาดไม่เป็นจริง เพราะ ไม่รู้สำนึกได้ถึงผลและความเสียหาย แต่จะเป็นประมาทเลินเล่อ หรือไม่ยอมแล้วแต่พฤติการณ์¹³

ประมาทเลินเล่อคืออะไร

ประมาท คือ การไม่ระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ที่ควร มี ทั้งนี้เป็นไปตาม ป.อ. มาตรา 59 ที่บัญญัติว่า "การกระทำ โดยประมาท ได้แก่ การกระทำความผิดโดยมิใช่โดยเจตนา แต่ กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้น จำต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระ-
มัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่"

ประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง ตาม ป.พ.พ. มาตรา 420 ไม่แตกต่างกับประมาทในทางอาญา

ทุกวันนี้ศาลฎีกาถือหลักประมาทเลินเล่อในทางแพ่งกับ อาญาเหมือนกัน

ในทางอาญาเฉพาะแต่ประมาทในบางเรื่องเท่านั้นที่บุคคล จะต้องรับผิด เพราะผลที่เกิดขึ้นร้ายแรงพอที่จะต้องรับผิดทาง อาญา

ในทางแพ่ง ประมาทในทางแพ่ง เป็นมูลความรับผิดทุก กรณีที่เกี่ยวข้องอันได้แก่ ละเมิด สัญญา หนี้โดยทั่วไป หาใช่แตก-
ต่างกันขนาดของความระมัดระวังว่าในทางอาญาต้องร้ายแรง กว่าในทางแพ่งไม่²⁶

ประมาทจึงเป็นการพิเคราะห์ถึงเรื่องความระมัดระวังเป็น หลักว่าบุคคลต่าง ๆ ในภาวะเหตุการณ์หนึ่ง ๆ จะต้องใช้ความ ระมัดระวังระดับใด จึงจะเหมาะสมโดยเปรียบเทียบกับบุคคลอื่น ที่ใกล้เคียงกันจะใช้ความระมัดระวังระดับใด ถ้าอยู่ในภาวะวิสัย และพฤติการณ์เดียวกัน

ประมาทของคนเป็นทันตแพทย์จึงมิได้พิเคราะห์ที่ความ ระมัดระวังตามวิสัยของทันตแพทย์ผู้กระทำนั้นคนเดียวไม่ แต่ ระดับหรือขนาดของความระมัดระวังต้องเทียบกับทันตแพทย์อื่น

ที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เดียวกันกับทันตแพทย์ผู้นั้น ประมาท หรือไม่ต้องดูข้อเท็จจริงแห่งคดีแต่ละคดีไป โดยพิเคราะห์ถึงบุคคล ภาวะ วิสัย และพฤติการณ์

ตัวอย่างการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ เช่น ทันตแพทย์ จัดฟันส่งผู้ป่วยซึ่งยินยอมให้ถอนรากฟันกรามน้อยบนซี่แรกสอง ซ้างซ้ายขวามาให้ทันตแพทย์อีกคนถอน เมื่อมาถึงเกิดสลับเวช-
ระเบียนกับผู้ป่วยอื่น ทำให้ถอนฟันกรามน้อยบนซี่ที่สองออกแทน เป็นการถอนฟันผิดซี่ จากการประมาทเลินเล่อทันตแพทย์ต้อง รับผิดชอบละเมิด

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยถึงความประมาท ของจำเลย

ฎ. 7452/2541 จำเลยซึ่งเป็นแพทย์ได้แจ้งโจทก์ว่ามีเด็ก ตายในห้องโจทก์ โจทก์จึงยินยอมให้จำเลยทำการขูดมดลูกและ ทำแท้งให้ แต่การที่จำเลยใช้เครื่องมือแพทย์เข้าไปขูดมดลูกของ โจทก์ทำให้มดลูกทะลุ ทั้งที่มดลูกของโจทก์มีลักษณะเป็นปกติ มิได้มีลักษณะบางแต่อย่างใดและทำให้ลำไส้เล็กทะลักออกมา ทางช่องคลอดยาว 5 เมตร เนื่องจากเครื่องมือแพทย์ที่ใส่เข้าไปใน ช่องคลอดได้เกี่ยวเอาลำไส้เล็กดึงออกมานั่นเอง จำเลยจึงไม่ได้ใช้ ความระมัดระวังตามปกติของวิสัยของผู้มีความรู้ความสามารถ ในการประกอบวิชาชีพแพทย์ นับเป็นความประมาทเลินเล่อของ จำเลย

จากคำพิพากษาศาลฎีกา เป็นแนวทางให้เห็นว่า แม้มีการให้ ความยินยอมต่อการรักษา แต่แพทย์ผู้รักษายังต้องใช้ความระมัด ระวังด้วยตามระดับความระมัดระวังแห่งความชำนาญในวิชาชีพ และได้บรรยายถึงข้อเท็จจริงแห่งคดี ที่เป็นลักษณะการกระทำ โดยประมาทให้เห็นชัดด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 292/2542 จำเลยที่ 2 ทำการผ่า ตัดหน้าอกโจทก์ที่มีขนาดใหญ่ให้มีขนาดเล็กลงที่โรงพยาบาล จำเลยที่ 1 หลังผ่าตัดแล้วจำเลยที่ 2 นัดให้โจทก์ไปทำการผ่าตัด แก้ไขที่คลินิคจำเลยที่ 2 อีก 3 ครั้งแต่อาการไม่ดีขึ้น โจทก์จึงให้ แพทย์อื่นทำการรักษาต่อแม้ตัวโจทก์และนายแพทย์ ด ผู้ทำการ รักษาโจทก์ต่อจากจำเลยที่ 2 จะไม่สามารถนำสืบให้เห็นว่า จำ-
เลยที่ 2 ประมาทเลินเล่อในการผ่าตัดและรักษาพยาบาลโจทก์ อย่างไร แต่เมื่อจำเลยที่ 2 เป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านศัลยกรรม ด้านเลเซอร์ผ่าตัด จำเลยที่ 2 จึงมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง ตามวิสัยและพฤติการณ์เป็นพิเศษ การที่นายแพทย์ ด ต้องทำ การผ่าตัดแก้ไขอีก 3 ครั้ง แสดงว่าจำเลยที่ 2 ผ่าตัดมามีข้อ บกพร่องจึงต้องแก้ไขและแสดงว่าจำเลยที่ 2 ไม่ใช้ความระมัด ระวังในการผ่าตัด และไม่แจ้งให้ผู้ป่วยทราบขั้นตอนการรักษา ระยะเวลาและกรรมวิธีในการดำเนินการรักษา จนเป็นเหตุให้

โจทก์ได้รับความเสียหาย นับว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลยที่ 2 ถือได้ว่าจำเลยที่ 2 กระทำละเมิดต่อโจทก์

คำพิพากษานี้เป็นแนวทางให้พิจารณาใน 3 ประเด็นสำคัญ คือ

1. ภาระการพิสูจน์ แม้โจทก์จะพิสูจน์ให้เห็นได้ไม่หมดว่าจำเลยประมาทเลินเล่ออย่างไร แต่เมื่อฟังข้อเท็จจริงอื่นที่เป็นพฤติการณ์แห่งคดีประกอบ เช่น การต้องไปผ่าตัดแก้ไขอีกถึง 3 ครั้ง ก็ฟังว่าจำเลยประมาทเลินเล่อได้

2. เรื่องประมาทเลินเล่อระดับความระมัดระวังของผู้เชี่ยวชาญต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ที่สูงกว่าปกติเป็นพิเศษ

3. ความยินยอมที่ต้องมีคำอธิบายเพียงพอ (Informed Consent) ให้กับคนไข้ แต่หาได้มีไม่ ดังนั้นถ้ามีการปฏิเสธความรับผิดชอบโดยยกเรื่องอันตรายมิได้คาดหมายจะฟังให้มีน้ำหนักในคดีได้ยาก

ตัวอย่างที่อาจพบเห็นในวิชาชีพทันตแพทย์ที่ใกล้เคียงกับฎีกานี้ เช่น คนไข้จัดฟันกับทันตแพทย์จัดฟันซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านทันตกรรมจัดฟัน ด้วยปัญหาฟันหน้ายื่นดูไม่สวยงามเวลียิ้ม มีการถอนฟันคนไข้ออกไปแล้วปรากฏว่ายังเหลือช่องว่างที่เกิดจากการถอนฟันและสบฟันได้ไม่ถนัด คนไข้ทนทนทนทนกับการเคี้ยวอาหารไม่ได้ เวลายิ้มยังดูฟันหน้าแหว่งใช้เวลาแก้ไขรักษาอยู่ ถึง 4-5 ปี คนคนไข้ต้องเปลี่ยนไปหาทันตแพทย์อื่นรักษา และคนไข้มาฟ้องทันตแพทย์คนแรกที่รักษาในความผิดฐานกระทำโดยประมาทก่อให้เกิดความเสียหายเป็นละเมิด และเรียกค่าสินไหมทดแทน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 136/2515 กล่าวว่า จำเลยเป็นทหารเรือมีตำแหน่งเป็นพนักงานวิทยุ จะรู้ได้อย่างไรว่าปุ่มอะไรอยู่ตรงไหนในลำคอ หรือเส้นเลือดที่ไปเลี้ยงสมองนั้นไปทางไหนในขณะที่จำเลยกับผู้ตายกำลังร่วมประเวณีกันเป็นครั้งที่ 2 นิ้วมือของจำเลยไปกดถูกที่ปุ่มคาโรติดไซนัสหรือเส้นเลือดไปเลี้ยงสมอง โดยไม่รู้ตัว ซึ่งเป็นการกดอย่างไม่แรงและประกอบกับผู้ตายมีสุขภาพไม่สู้จะดีด้วย การกระทำเหล่านี้เป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย โดยพร้อมใจกันทั้งสองฝ่ายและไม่อาจคิดได้เลยว่าจะเป็เหตุให้ถึงตาย จึงเห็นว่าจำเลยมิได้มีเจตนาฆ่าผู้ตายหรือแม้แต่เจตนาทำร้ายร่างกาย อันจะเป็นความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนาแต่อย่างใด

คำพิพากษานี้เป็นแนวทางพิจารณาถึงการให้ความยินยอมแล้วเกิดอันตรายมิได้คาดหมายจากการกระทำที่ยังอยู่ใน

ขอบเขตวิสัยปกติ บาบเคราะห์จึงตกแก่ผู้เสียหาย มีข้อเท็จจริงอันเป็นพฤติการณ์แห่งคดี แสดงถึงบุคคล สภาพวิสัย และพฤติการณ์ของจำเลยด้วยในความสัมพันธ์กับระดับความระมัดระวัง แต่คดีนี้ไม่ได้ฟ้องถึงการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายจึงไม่มีการวินิจฉัยถึง

ค่าสินไหมทดแทน

ได้แก่ ค่าเสียหายเป็นตัวเงิน และรวมถึงการกระทำอย่างอื่นที่จะเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิมทางแพ่งให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เมื่อเป็นมาตรการในทางเยียวยาความเสียหายโดยหลักการแล้วย่อมไม่ได้กำไร คงได้รับค่าชดใช้เพียงเท่าที่ต้องเสียหายจริงเท่านั้น เพราะว่าค่าสินไหมทดแทนเป็นการทดแทนความเสียหาย²²

ถ้าเรียกค่าเสียหายสูงเกินความเป็นจริง ศาลปรับลดลงได้โดยวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามที่ ป.พ.พ. มาตรา 438 บัญญัติ “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด อนึ่งค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้ก่อกว้านขึ้นด้วย”

ค่าเสียหายที่ต้องชดใช้ไม่เกี่ยวข้องกับการที่ผู้เสียหายได้รับจากทางราชการตามสิทธิ

ฎ. 2455/2519 ณ. แม้โจทก์เป็นข้าราชการได้รับเงินค่ารักษาพยาบาลบุตรผู้เยาว์ ซึ่งถูกทำละเมิดจากทางราชการแล้ว ก็ยังมีสิทธิที่จะเรียกร้องเอาค่ารักษาพยาบาลจากจำเลยผู้ต้องรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดอีกได้ เพราะสิทธิของโจทก์ที่จะได้รับเงินดังกล่าวจากทางราชการ เป็นสิทธิที่รัฐกำหนดให้แก่ข้าราชการ ไม่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของจำเลย

อายุความฟ้องคดีละเมิด

การฟ้องคดีละเมิดต้องฟ้องภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิด และรู้ตัวผู้จะพึงใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเมื่อพ้น 10 ปีนับแต่วันทำละเมิด ทั้งนี้เป็นไปตาม ป.พ.พ. มาตรา 448 บัญญัติ

“สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิด และรู้ตัวผู้จะพึงใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเมื่อพ้น 10 ปีนับแต่วันทำละเมิด”

ภาระการพิสูจน์ ในการฟ้องคดีละเมิด

โดยทั่วไปตกอยู่แก่ผู้ฟ้อง คือผู้ป่วยมีหน้าที่จะต้องนำสืบให้เห็นถึงการกระทำโดยประมาทของทันตแพทย์ว่าประมาทอย่างไร ซึ่งเป็นผลโดยตรงให้เกิดความเสียหายแก่ตนเอง ด้วยพยานหลักฐานต่าง ๆ ตามหลักกฎหมายที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้างผู้อื่นมีหน้าที่นำสืบ” ดังที่บัญญัติไว้ใน ป.พ.พ. มาตรา 84 “ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตน ให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง”

ภาระการพิสูจน์ หมายความว่าหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อศาลให้เห็นจริงตามที่ตนกล่าวอ้าง หากฝ่ายใดมีภาระในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงใด แต่ไม่นำพยานหลักฐานมาสืบเพื่อปลดเปลื้องภาระนั้น ผลร้ายย่อมตกแก่ฝ่ายนั้น คือการแพ้คดี ภาระการพิสูจน์จะสืบก่อนหรือสืบหลังแล้วแต่การกำหนดหน้าที่นำสืบของศาลอีกชั้นหนึ่ง แต่ความสำคัญคือมีผลถึงการแพ้ความของคดี²⁷

แต่หน้าที่นำสืบ อาจจะสืบให้เห็นจริงได้บ้างสืบไม่ได้บ้าง มีผลต่อน้ำหนักแห่งคดีว่ามีโอกาสมากหรือน้อยที่จะชนะหรือแพ้เท่านั้น เมื่อประมวลหน้าที่นำสืบในแต่ละประเด็นรวมกัน แต่ภาระการพิสูจน์เป็นเรื่องถึงขั้นที่จะรู้ว่าข้อแพ้ชนะในคดีอยู่ที่จุดไหน เป็นการสะดวกแก่การวินิจฉัยและจับประเด็น และตามธรรมดาในคดีแพ่งแล้ว ฝ่ายไหนที่มีภาระการพิสูจน์หนักกว่าย่อมเป็นฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบก่อน¹⁹

ส่วนใหญ่ประเด็นในคดีมักมีว่า จำเลยคือทันตแพทย์ ประมาทเลินเล่อหรือไม่ เป็นอันตรายมิได้คาดหมายหรือเหตุสุดวิสัยหรือไม่ ค่าเสียหายมากไปหรือไม่ โจทย์มีอำนาจฟ้องหรือไม่ ฯลฯ

หากความเสียหายเกิดขึ้นจากเครื่องมือ เครื่องใช้ในทาง การแพทย์ซึ่งเป็นของเกิดอันตรายได้โดยสภาพ หรือโดยความมุ่งหมายที่จะใช้ หรือโดยการกลไกของเครื่องมือ นั้น เช่น เครื่องฉายรังสี เครื่องมือ เครื่องจักรที่ใช้ในการผ่าตัด ทันตแพทย์อาจต้องมีภาระการพิสูจน์ว่าไม่ได้ตั้งใจหรือประมาท ทำละเมิดต่อผู้เสียหาย ตาม ป.พ.พ. มาตรา 437 วรรคสอง²⁸

ป.พ.พ. มาตรา 437 กล่าวว่า “บุคคลใดครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะอย่างใด ๆ อันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบเพื่อการเสียหายอันเกิดแต่ยานพาหนะนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัย หรือเกิดเพราะความผิดปกติของผู้ต้องเสียหายนั่นเอง

ความข้อนี้ให้ใช้บังคับได้ตลอดถึงบุคคลผู้มีไว้ในครอบครองของตนซึ่งทรัพย์สินอันเป็นของเกิดอันตรายได้โดยสภาพ หรือโดย

ความมุ่งหมายที่จะใช้ หรือโดยอาการกลไกของทรัพย์สินนั้นด้วย”

มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าหวักรความเร็วสูง (Airotor) ในทางทันตกรรมซึ่งหมุนด้วยความเร็วรอบ 200,000–400,000 รอบ/นาที เป็นทรัพย์สินอันตรายโดยสภาพหรือเป็นเครื่องมือแพทย์ธรรมดา ซึ่งถ้ากรอฟันในปากเกิดความเสียหายถูกลิ้น หรือกระพุ้งแก้มเป็นแผลเหวอะหวะ เกิดละเมิดขึ้น ถ้าเป็นทรัพย์สินอันตรายโดยสภาพ ทันตแพทย์มีภาระการพิสูจน์ว่าเหตุที่เกิดขึ้นเป็นเหตุสุดวิสัยหรือเกิดจากความประมาทของผู้ป่วยเอง ถ้าเป็นเครื่องมือแพทย์ธรรมดาผู้ป่วยต้องมีภาระการพิสูจน์ว่าทันตแพทย์ประมาทอย่างไร ตาม ป.พ.พ. มาตรา 420

เหตุสุดวิสัยคืออะไร

ป.พ.พ. มาตรา 8 กล่าวว่า “เหตุสุดวิสัย หมายความว่า เหตุใด ๆ อันจะเกิดขึ้นก็ดี จะให้ผลพิบัติก็ดี เป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสบหรือใกล้จะต้องประสบเหตุนั้น จะได้จัดการระมัดระวังตามสมควร อันพึงคาดหมายได้ จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้น”

ฎ. 937/2515 เหตุสุดวิสัยต้องเป็นผิดปกติสุดวิสัยที่คิดว่าจะมีขึ้น หากเป็นกรณีที่สามารถป้องกันผลพิบัติได้ ถ้าได้จัดการระมัดระวังตามสมควร มิใช่เป็นเหตุที่ไม่มีใครอาจป้องกันได้ย่อมไม่ใช่เหตุสุดวิสัย

ฎ. 9147/2544 ตาม ป.พ.พ. มาตรา 8 เหตุที่จะถือได้ว่าสุดวิสัยนั้น จะต้องเป็นเหตุที่เกิดขึ้นโดยไม่ใช่ความผิดของบุคคลนั้น และต้องเป็นเหตุที่ไม่สามารถป้องกันได้แม้ผู้ประสบเหตุ จะได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว

ฎ. 2015/2520 ผู้ตายวัยตัดหน้ารถยนต์คันที่จำเลยที่ 1 ขับมาในระยะกระชั้นชิดถือว่าเป็นความประมาทของผู้ตายเอง จำเลยไม่อาจห้ามล้อหยุดได้ทัน เป็นการสุดวิสัยที่จะป้องกันได้ ไม่ใช่เกิดจากความประมาทของจำเลย²⁹

เหตุสุดวิสัยในความเข้าใจหรือภาพทั่วไป มักเป็นเหตุการณ์ภัยพิบัติใหญ่ ๆ เช่น แผ่นดินไหว พายุถล่ม อุทกภัย การอ้างเหตุสุดวิสัยตรง ๆ มาปฏิเสธความรับผิดชอบในความเสียหายจากการรักษาอันเป็นละเมิดตาม ป.พ.พ. มาตรา 420 เพียงประเด็นเดียวน่าจะปฏิเสธความรับผิดชอบได้ยาก และไม่ตรงมาตราความผิดทางละเมิด เหตุสุดวิสัยเป็นเรื่องปฏิเสธความรับผิดชอบเด็ดขาดทางละเมิดอันเกี่ยวกับทรัพย์สินอันตรายโดยสภาพ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 437 แม้แต่ ฎ. 2015/2520 ศาลยกประเด็นเหตุสุดวิสัยมาเสริมข้อเท็จจริงอื่นคือความประมาทของผู้ตายเองเท่านั้นหาได้วินิจฉัยตรง ๆ เพียงประเด็นเดียวไม่ แต่ถ้ายกเรื่องอันตรายโดยมิคาดหมายที่เกิดขึ้นในการรักษา น่าจะเป็นเหตุผลที่เป็นไปได้มากกว่าอ้างเหตุ

สุดวิสัย ทั้งมีความเชื่อมโยงกับความยินยอมของคนไข้ที่ตัดสินใจ หลังจากได้รับรู้ถึงผลที่จะเกิดจากการรักษา (Decision after informing consent) ด้วย

อย่างไรก็ตาม ข้อพึงระวังในเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งคือ กฎหมายแพ่งทั้ง 1,755 มาตรา ระบุเรื่องการทำประมาท เลินเล่อ แต่ขอความสุจริต โดยเฉพาะในมาตรา 5 เป็นหลักที่ให้ผู้บุคคลมาศาลด้วยมือที่สุจริต คือการใช้สิทธิทางศาลโดยสุจริตนั่นเอง

ป.พ.พ. มาตรา 5 กล่าวว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

ฎ. 954/2482 การใช้สิทธิทางศาลจึงต้องกระทำโดยสุจริต ไม่มุ่งใจให้ผู้ใดได้รับความเสียหาย โดยใช้ศาลเป็นเครื่องกำบัง

บทวิจารณ์

การกระทำผิดทางละเมิดในองค์ประกอบที่ว่ากระทำความผิดกฎหมายนั้น รวมถึงการละเว้นหน้าที่ทางวิชาชีพที่ต้องกระทำแต่ไม่กระทำด้วย ซึ่งหน้าที่ทางวิชาชีพของทันตแพทย์จะต้องแยกออกจากมาตรฐานทางวิชาชีพ ในการรักษาทางทันตกรรมบางประเภท โดยเฉพาะการรักษาชนิดใหม่ ๆ และราคาแพง เช่น การฝังรากเทียมเพื่อทำฟันปลอม มีมาตรฐานทางวิชาชีพในการรักษาอย่างไร มาตรฐานทางวิชาชีพมีอะไรบ้าง องค์การที่เกี่ยวข้องจะต้องมาทำหน้าที่พิจารณากำหนดให้ชัดเจนต่อไป เพื่อลดปัญหาการฟ้องร้อง และให้มีความยุติธรรมชัดเจนต่อกระบวนการพิจารณาพิพากษาได้ง่ายขึ้น

การให้ความยินยอมของคนไข้ในการรักษา โดยต้องรู้สำนึกในผลที่จะเกิดนั้นเกี่ยวข้องกับการให้ข้อมูลรายละเอียดในการรักษา ทั้งผลดี ผลเสียแก่คนไข้อย่างเพียงพอและการบอกไว้ก่อนเป็นการป้องกัน การบอกทีหลังเป็นการแก้ตัว ความยินยอมหลังการบอกกล่าว (Informed Consent) จึงเป็นเรื่องสำคัญ มีผลให้ทันตแพทย์ไม่ต้องรับผิดในอันตรายมิได้คาดหมายด้วย ความยินยอมหลังบอกกล่าวบางครั้งทันตแพทย์ไม่มีเวลาอธิบาย เพราะผู้ป่วยมีจำนวนมาก และคิดว่าอธิบายไปก็ไม่เข้าใจ ซึ่งอาจใช้ภาษาที่ง่าย ๆ ได้ การอธิบายบอกกล่าวยังเป็นการรองรับสิทธิพื้นฐาน 2 ประการ คือสิทธิที่จะได้รับรู้ (The right to learn) และสิทธิที่จะตัดสินใจ (The right to self determination)¹⁰

องค์กรวิชาชีพหน้าที่จะต้องเข้ามากำหนดแนวทางเนื้อหา (Content) ที่จำเป็นต้องให้เป็นข้อมูล (Information) แก่ผู้ป่วยว่าในแต่ละชนิดการรักษา ว่าควรมีข้อมูลอะไร แค่นั้น จึงจะถือว่าพอเพียงและเป็นแนวทางประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีใน

ชั้นศาลเช่นกัน

ความระมัดระวังในการรักษา เป็นเรื่องที่ต้องตระหนัก เพราะถ้าประมาทเลินเล่อ เกิดผลร้ายขึ้นจากการรักษา แล้วเกิดผลเสียหายต่อผู้ป่วย จะมีผลให้การรักษาที่กระทำโดยชอบมาแต่ต้น กลายเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เมื่อเกิดความเสียหายนอกจากจะต้องรับผิดชอบละเมิดแล้วยังอาจต้องรับผิดทางอาญาในฐานะความผิดที่เกี่ยวข้องเรื่องกระทำโดยประมาทเป็นอันตรายต่อชีวิต ตั้งแต่ตาย บาดเจ็บสาหัส เป็นอันตรายแก่กาย อันมีโทษถึงจำคุก

ปัจจุบันรูปแบบความสัมพันธ์ของทันตแพทย์กับสถานพยาบาลและคลินิกมีหลากหลายแบบ เช่น ในรูปลูกจ้าง นายจ้างตัวการตัวแทน หรือบางครั้งเป็นเพียงมาเยี่ยมสถานที่ทำการรักษา รูปแบบนิติสัมพันธ์เหล่านี้มีผลต่อความรับผิดชอบละเมิดที่ควรจะมีผู้ศึกษาต่อไป

เมื่อเป็นคดีฟ้องร้องทางอาญา ทันตแพทย์ควรมีความรู้ต่อไปถึงสิทธิทางคดีอาญา เมื่อตกเป็นผู้ต้องหาและจำเลยในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งทุกคนมักตกใจเมื่อถูกแจ้งข้อหา และถูกควบคุมตัว จึงเป็นความจำเป็นที่ทันตแพทย์จะต้องมีความรู้ทางด้านกฎหมาย พอที่จะเป็นแนวทางในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่จำเป็น และเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานในวิชาชีพพอสมควรมากกว่าที่จะหลีกเลี่ยงปัญหา กล่าวการฟ้องร้องแล้วไม่เลือกมาเรียนในวิชาชีพนี้ ดังเช่นข้อมูลปัจจุบันที่มีนักศึกษาละสิทธิการเรียนแพทย์เมื่อสอบได้ถึงร้อยละ 25 ในภาพรวมของประเทศ และร้อยละ 15 ของคณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล อันเป็นสถาบันแพทย์เก่าแก่ของประเทศไทย³⁰

ปัญหาอุปสรรคที่มีบทวิพากษ์การทางด้านนี้ยังมีน้อย โดยเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับวิชาชีพทันตกรรมที่เป็นฐานข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับกฎหมาย อาจเป็นเพราะ

1. ความยากในเนื้อหาของหลักตัวบทกฎหมาย และเรื่องที่จะหยิบยกขึ้นมาเขียนอธิบาย รวมทั้งต้องอธิบายแสดงความเชื่อมโยงเข้าด้วยกัน

2. ความยากในภาษา กฎหมายมีเอกลักษณ์เฉพาะของภาษาที่มีความลุ่มลึกและละเอียดเป็นเหมือนกันทุกชาติทุกภาษา การหยิบยกมาอธิบายนอกจากจะต้องรักษาความสละสลวยของภาษาแล้ว³¹ ยังต้องคำนึงถึงความต่อเนื่องและความไม่ผิดเพี้ยนในความหมายของประโยค ข้อความที่ต้องการจะสื่อด้วย

3. ข้อเท็จจริงในวิชาชีพอันเป็นความรู้เฉพาะของผู้ประกอบวิชาชีพที่จะต้องสามารถปรับหลักกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในวิชาชีพได้ถูกต้อง รวมทั้งต้องแสดงความเชื่อมโยงในบทมาตราที่เกี่ยวข้องด้วย

อย่างไรก็ตาม องค์การในวิชาชีพรวมทั้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรให้การสนับสนุนและให้ความสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นการให้ทุนการศึกษาวิจัย ดังเช่นที่มีมาตั้งแต่ต้นของการวิจัยสาขาต่าง ๆ ทางทันตแพทยศาสตร์ ซึ่งไม่แน่ใจว่าผลจากการศึกษาวิจัยจะนำไปใช้ประโยชน์ได้จริงเพียงใด แต่กฎหมายเมื่อรู้ ให้คุณเห็นผลทันที ไม่ว่าจะเป็นทางป้องกัน บรรเทา เยียวยาความเสียหายให้แก่ทันตแพทย์ รวมทั้งช่วยให้การประกอบวิชาชีพเป็นไปราบรื่น ลดข้อพิพาทลง รวมทั้งประโยชน์สุดท้ายที่ตกแก่ประชาชนทั้งทางตรงและทางอ้อม

ผู้เขียนไม่หวังว่าบทความนี้จะป็นงานแรกและงานเดียวของแวดวงวิชาชีพทันตกรรม แต่หวังว่าจะมีทันตแพทย์ และผู้ทรงคุณวุฒิอื่นที่มีประสบการณ์ทั้งในวิชาชีพ และกฎหมายทางแพทย ถ่ายทอดความรู้ในเชิงดังกล่าวออกมาให้แพร่หลายกว้างขวาง เพื่อเป็นประโยชน์แก่ทันตแพทย์ทุกคน ตลอดจนความเจริญก้าวหน้าทางวิชาชีพ รวมทั้งประชาชนที่จะได้รับการรักษาทางทันตกรรมอย่างมีคุณภาพ ไม่เป็นการผิดต่อกฎหมาย มีความปลอดภัยขึ้น

สิ่งสำคัญที่สุดเมื่อมีความรู้ในวิชาชีพ และความรู้ทางกฎหมายที่จำเป็นในวิชาชีพแล้ว ทันตแพทย์ควรจะต้องมีคุณธรรม โดยเฉพาะรู้จักปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับหลักธรรมคำสั่งสอนของพระพุทธศาสนา และสามารถครองตน ครองคน และครองงาน ได้ดีพร้อม เป็นทันตแพทย์ที่มีคุณลักษณะอันพึงประสงค์ของสังคมไทย³²

บทสรุป

ความยินยอมในการรักษาที่เป็นความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายมีผลให้การรักษาทางทันตกรรมไม่เป็นการผิดทางละเมิด แม้เกิดความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากการรักษานั้น ยกเว้นแต่เป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อ ที่แม้จะทำความประมาทเลินเล่อของทันตแพทย์ก็หาไม่ เพราะเป็นโหมะและต้องห้ามกฎหมาย ผลเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้น อาจทำให้ทันตแพทย์ต้องรับผิดชอบทางอาญา บางฐานความผิดที่เกี่ยวข้องอันมีโทษถึงจำคุก

แม้จะมีผู้เขียนเผยแพร่บทวิทยากรในด้านนี้โดยตรงเป็นจำนวนน้อย ทันตแพทย์จำเป็นที่จะต้องมีความรู้ทางด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพ ควบคู่ไปกับการดำรงรักษาจริยธรรม

ความเป็นทันตแพทย์ที่ดีตามหลักครองตน ครองคน และครองงาน ก็จะลดปัญหาในการประกอบวิชาชีพได้มาก มีความเจริญก้าวหน้าตามที่ปรารถนา

ในการประกอบวิชาชีพทันตแพทย์นั้น จริยธรรมแห่งวิชาชีพเป็นสิ่งสำคัญ ความสัมพันธ์ของทันตแพทย์กับผู้ป่วย ควรเป็นไปด้วยความมีเมตตาปรารถนาดีต่อกัน มากกว่าที่จะมองไปที่วัตถุและผลตอบแทน การคิดค่ารักษาที่ยุติธรรมไม่สูงเกินไป การสื่อสารและมนุษยสัมพันธ์ที่ดี กระทำด้วยความระมัดระวัง ความรู้สึกเหล่านี้ถ่ายทอดจากมือไปสู่คนไข้ได้ ลดโอกาสบาดหมางใจกัน เมื่อเกิดผลเสียหายจากการรักษาขึ้น ถ้าทันตแพทย์รู้จักเอาใจเขามาใส่ใจเรา ดังสุภาษิตที่ว่า “อดทน อดปม อดเกร” และทางสายกลางของ “ความรู้จักพอทุกสถาน” เพราะเมื่อเป็นคดีฟ้องร้องขึ้นสู่ศาลความสุจริตจะหาไม่ แม้ผลจะเป็นผู้แพ้หรือชนะคดีก็ตาม ดังที่ล้นเกล้าฯ รัชกาลที่ 6 ได้ทรงนิพนธ์ไว้ในหนังสือ “เวนิส-วานิช” ความตอนหนึ่งว่า “ในความยุติธรรมมา จะหาความหรรษาหาไม่” กฎหมายจึงขอให้เส้นทางเลือกสุดท้ายสำหรับทันตแพทย์ทุกคน

คำขอบคุณ

ขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ไพโรจน์ วายุภาพ ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา ท่านวิชาญ ชำนาญกุล ผู้พิพากษาท่านวุฒิสมาชิก เวชยานนท์ อดิษฐ์พิพากษา ที่กรุณาให้คำแนะนำเพิ่มเติมเนื้อหา และหลักกฎหมายที่สำคัญบางประเด็น เป็นแนวทางการปรับปรุงแก้ไขให้มีความถูกต้องสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

เจ้าหน้าที่ห้องสมุดสำนักอบรมและศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาทุกท่าน ที่ช่วยเหลือในการค้นคว้าตำราเอกสารอ้างอิง และคุณนพรัตน์ ศรีเพชรพงษ์ เจ้าของร้านปณรัชชร้านสวัสดิการหนังสือกฎหมาย ที่สนับสนุนหนังสือตำรากฎหมายทพ.ไพศาล กังวลกิจ เลขาธิการทันตแพทยสภา ที่สนับสนุนและให้กำลังใจในการเขียน

ขอขอบพระคุณครูบูรพาจารย์ผู้มีพระคุณผู้ให้การอบรมศึกษาทุกท่าน และขออภัยต่อคู่ความในเนื้อหาแห่งคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่หยิบยกขึ้นอ้างอิง หากกุศลเป็นวิทยาทานขอพึงบังเกิดแก่ท่าน หากแม้เป็นการกล่าวถึงสิทธิประการหนึ่งประการใด แม้ไม่ผิดต่อกฎหมาย แต่ด้วยสำนึกแห่งมโนวิญญาณอันบริสุทธิ์ ผู้เขียนขออภัย ณ ที่นี้

เอกสารอ้างอิง

- พิศาล เทพสิทธิ. จริยธรรมในการประกอบวิชาชีพของทันตแพทย์. สำนักเลขาธิการทันตแพทยสภา: คิดไม่ถึง. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ AI Agent Co.Ltd; 2547. หน้า 141-148.
- เพชรดา เตชะกำพุช. เพิ่มคุณค่าแห่งชีวิต ยกระดับความเป็นมิตรให้สังคม. สำนักงานเลขาธิการทันตแพทยสภา: คิดไม่ถึง. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ AI Agent Co.Ltd; 2547. หน้า 109-112.
- ปรียานุช บทกลอน และการดูแล เลี้ยวศรีสุข. แนวคิดการร้องเรียนทันตแพทย์: กรณีศึกษาจากการร้องเรียนแพทย์: วารสารทันตแพทย์ ปีที่ 53 ฉบับที่ 5-6 เดือน กันยายน-ธันวาคม 2546. หน้า 424.
- สุขุม สุภณิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ; 2550. หน้า 15-25.
- ศักดิ์ สอนงชาติ. รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 43 ปีการศึกษา 2533 เล่มที่ 3. สำนักอบรมและศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา พ.ศ. 2533. หน้า 201-210.
- ประสิทธิ์ โสวิไลกุล. รวมคำบรรยายภาคหนึ่งสมัยที่ 48 ปีการศึกษา 2538 เล่มที่ 5. สำนักอบรมและศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา. กรุงเทพมหานคร: บริษัทกฎหมาย พรินต์ กรุ๊ป จำกัด; 2538. หน้า 253-264.
- ไพจิตร ปุณณพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ; 2548. หน้า 1- 53.
- ศักดิ์ สอนงชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด และความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ; 2549. หน้า 1-74.
- เพ็ง เพ็งนิต. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: หจก.จิรัชการพิมพ์; 2550. หน้า 114-126, 135-150.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอนเนก ยมจินดา. กฎหมายการแพทย์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน; 2546. หน้า 72-77.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. กฎหมายการแพทย์ ความรับผิดทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน; 2546. หน้า 46-65.
- ทองยศ ชัยชนะ. พระราชบัญญัติสถานพยาบาลและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง. สำนักเลขาธิการทันตแพทยสภา : คิดไม่ถึง. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ AI Agent Co.Ltd; 2547. หน้า 145.
- ศานติ. ความยินยอมของหญิงกับอันตรายที่ไม่คาดหมาย. ชาติชาย สุขไสย หนังสือ รหัส 32. กรุงเทพมหานคร; 2532. หน้า 18-22.
- เทพวิฑูร พระยา. ประมวลกฎหมายแพ่ง ร.ศ. 129. หน้า 21-23.
- ประทีป อ่าววิจิตรกุล. พ้องแพทย์ (Doctor of Law). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พลสยามพัลลขิง แอนพริ้นดิง (ประเทศไทย); 2549. หน้า 28-30.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์; 2537. หน้า 140-145.
- เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 43 ปีการศึกษา 2533. เล่มที่ 1. หน้า 6-9.
- วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์. แพ่งพิสดาร ฉบับปรับปรุงใหม่ ปี 2550. กรุงเทพมหานคร: หจก.แสงจันทร์การพิมพ์; 2550. หน้า 138-140, 334-357.
- ประกาศน์ อวยชัย. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 194 ถึง มาตรา 452. สำนักอบรมและศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพมหานคร: เทพรันการพิมพ์; 2530. หน้า 1667.
- ศักดิ์ สอนงชาติ. รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 42 ปีการศึกษา 2532 เล่มที่ 1. สำนักอบรมและศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพมหานคร; 2532. หน้า 187.
- ปิยาณี พานิชวิสัย. ข่าวสารทันตแพทย์ ฉบับที่ 7/2546 ปีที่ 16. หน้า 17.
- ไพโรจน์ วายูภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พิมพ์พลสยาม พัลลขิง แอนพริ้นดิง (ประเทศไทย); 2549. หน้า 133-141.
- เจียรธรรม ลัดพลี. การฟ้องคดีอาญา ความรู้ชุดกฎหมายชาวบ้าน. กองวิชาการกรมประชาสัมพันธ์: บริษัทรุ่งศิลป์การพิมพ์ (1977) จำกัด; 2526. หน้า 94-96.
- ประทีป อ่าววิจิตรกุล. พ้องแพทย์ฉบับคดีดัง. กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พัลลขิงแอนพริ้นดิง; 2549. หน้า 11-21.
- ศักดิ์ สอนงชาติ. รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 43 ปีการศึกษา 2533 เล่มที่ 2. สำนักอบรมและศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 129-140.
- เพ็ง เพ็งนิต. รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 48 ปีการศึกษา 2538 เล่มที่ 6. สำนักอบรมและศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพมหานคร; 2538. หน้า 157-170.
- โอสถ โกสิน. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: หอรัตนชัยการพิมพ์; 2538. หน้า 245-246, 265.
- มนต์ชัย ชินทรลีลา. แพทย์กับกระบวนการยุติธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เอเชียคิต; 2548. หน้า 133-137.
- ภาสกร ญาณสุธี. ประมาทหรือเหตุสุดวิสัย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: ปณรัชการพิมพ์; 2549. หน้า 164.

30. หนังสือพิมพ์คมชัดลึก ฉบับวันที่ 23 สิงหาคม 2550
31. เพ็ญแข วงศ์สง่า. เทคนิคและข้อคิดบางประการในการเขียนนวนิยาย: วารสารสกุลไทยรายสัปดาห์ ปีที่ 35 ฉบับ 1816 8 สิงหาคม 2532
32. อรรถสิทธิ์ สิทธิสุนทร. คุณลักษณะของนักกฎหมายอันเป็นที่พึงประสงค์ของสังคมไทย. หนังสือฉบับพิเศษ เล่ม 52 ตอน 1 มีนาคม 2539. หน้า 1-2.
33. พ.ร.บ.สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550.
34. หนังสือรวมกฎหมายวิธีสบัญญัติ จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมและศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.ศ. 2540
35. หนังสือ คำพิพากษาศาลฎีกา จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา
36. หนังสือคำพิพากษาศาลฎีกา จัดพิมพ์โดย สำนักงานส่งเสริมตุลาการ กระทรวงยุติธรรม

R e v i e w

Consent to the Medical Treatment: Legal Effects of the Dentist's Liability for Wrongful Act and Criminal Liability

Decha Thamtadawiwat

Dental Health Section
Cha-am Hospital Petchaburi
Petchakasem Rd., Cha-am District,
Petchaburi 76120

Tel: 032-471666

Fax: 032-471666

E-mail: dechadt@yahoo.com

Abstract

Patient's consent renders the medical treatment shall not be deemed wrongful act so long as the treatment thereof is within the scope of consent granted, whereby the patient fully aware of the likely results arising therefrom, subject to the fact that the dentist has done so under the normal cause of treatment and without any negligence. In this respect, if and adversely unexpected result occurs, the dentist shall have no liability.

If damage is a result of negligence, the dentist shall assume liability and any criminal liability concerned.

Prior written consent signed by the patient in order to exonerate the dentist from any damage caused by its negligence shall be deemed null and void, and is prohibited.

Key words: adversely unexpected result; fully aware of; negligence; patient's consent; prior written consent; scope of consent.