สำนักงานวิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

# บทที่ 2
# แนวคิดทางกฎหมายเรื่องความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

กฎหมายเรื่องความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น สามารถแบ่งศึกษาออกตามระบบกฎหมายที่สำคัญของโลกได้เป็น 2 ส่วน คือ กฎหมายในเรื่องความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมของกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี และกฎหมายในเรื่องความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมของกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งหลักความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพที่มีอยู่ในต่างประเทศนั้นมีพัฒนาการมาอย่างยาวนานและเป็นระบบ มีคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่ตัดสินไว้เป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำพิพากษาของศาลในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีมีการวางหลักกฎหมายที่สำคัญๆ ไว้เป็นจำนวนมาก นอกจากนั้น ในขณะยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดของไทย ก็ได้ดันแบบหลักกฎหมายละเมิดมาจากต่างประเทศเสียเป็นส่วนใหญ่

ก่อนที่จะได้กล่าวถึงกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของต่างประเทศ จะขอกล่าวถึงลักษณะของงานที่ถือว่าเป็นวิชาชีพ ความหมายของวิชาชีพเวชกรรม และความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เพื่อให้เข้าใจขอบเขตในเรื่องที่ทำการศึกษาเสียก่อน

## 2.1 ลักษณะของวิชาชีพเวชกรรม

ในส่วนแรกจะได้อธิบายเป็นเบื้องต้นก่อนว่าการงานลักษณะใดจะถือว่าเป็นการงานอันเป็นวิชาชีพ และวิชาชีพเวชกรรมนั้นมีความหมายเพียงใด รวมไปถึงความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เพื่อเป็นประโยชน์ในการพิจารณาถึงหลักความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะได้กล่าวต่อไป

### 2.1.1 ความหมายของงานอันเป็นวิชาชีพ

คำว่า "วิชาชีพ" นั้น เป็นถ้อยคำที่แปลมาจากภาษาอังกฤษที่ว่า "Profession" ซึ่งรากศัพท์นั้นมาจากภาษาละตินที่ว่า pro + fateri แปลได้ว่า ยอมรับหรือรับว่าเป็นของตน คำนี้นำมาใช้ครั้งแรกเพื่อประโยชน์ในทางศาสนา มีความหมายว่า เป็นการประกาศตนว่ามีศรัทธาในศาสนา หรือการประกาศปฏิญาณตน[1] โดยถือว่านักบวชในศาสนาคริสต์นั้นเป็นผู้อุทิศตนให้กับ

---

[1] ปรีดี เกษมทรัพย์, "หลักวิชาชีพนักกฎหมายในภาคพื้นยุโรป," ใน รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย, แสวง บุญเฉลิมวิภาส, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 17.

ศาสนาและสังคมไปตลอดชีวิต และการเป็นนักบวชในศาสนาคริสต์นั้น ต้องผ่านการเล่าเรียนฝึกฝนในวิชาเทววิทยา (theology) อยู่เป็นเวลาหลายปี ลักษณะสำคัญเช่นนี้เองจึงถือว่านักบวชในศาสนาคริสต์เป็นวิชาชีพแรกในโลก

ต่อมาในยุโรปได้มีการใช้คำว่า "Profession" กับบุคคลอื่นที่มิใช่นักบวชในศาสนา แต่มีลักษณะของการงานเช่นเดียวกับนักบวชในศาสนา กล่าวคือ เป็นผู้มีความรู้ชั้นสูงจนได้รับการเคารพนับถือในสังคม ผ่านการศึกษาอบรมความรู้มาอย่างยาวนาน เป็นผู้อุทิศตัวเพื่อสังคม และเป็นอาชีพที่มีหมู่คณะอันมีขนบธรรมเนียมปฏิบัติกันเฉพาะกลุ่ม คำว่า "Profession" จึงได้เริ่มใช้ในกลุ่มของผู้ประกอบการงานด้านแพทย์ และผู้ประกอบการงานด้านกฎหมาย ซึ่งเรียกต่อมาว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และผู้ประกอบวิชาชีพทางด้านกฎหมาย ตามลำดับ ก่อนที่จะขยายนำไปใช้กับการประกอบการงานอื่นๆ ที่เริ่มพัฒนาขึ้นในช่วงหลังๆ เช่น วิศวกรรม สถาปัตยกรรม หรือการบัญชี เป็นต้น

ส่วนคำว่า "Profession" ในปัจจุบันนั้น Oxford Advanced Dictionary ได้ให้คำแปล Profession ไว้เป็นใจความว่า "อาชีพ โดยเฉพาะอาชีพที่ต้องมีการศึกษาชั้นสูงและการฝึกอบรมเป็นพิเศษ เช่น กฎหมาย สถาปัตยกรรม แพทย์ การศาสนา" ส่วนใน Wester Dictionary ได้แปลไว้เป็นใจความว่า "อาชีพซึ่งต้องมีการฝึกอบรมชั้นสูงในศิลปศาสตร์ (liberal art) หรือวิทยาศาสตร์ (science) ซึ่งโดยปกติเป็นงานในทางความคิด (mental) มากกว่ากำลังกาย (manual) เช่น การสอน วิศวกรรม การเขียนบทความ โดยเฉพาะวิชาแพทย์ กฎหมาย การศาสนา ซึ่งเคยเรียกว่าวิชาชีพของผู้รู้ (the learned professions) หรือของผู้คงแก่เรียน"[2] ส่วนผู้มีความรู้ในต่างประเทศอย่างเช่น Roscoe Pound ได้ให้ความเห็นไว้ว่า "profession หมายความถึง กลุ่มบุคคลผู้ประกอบวิชาการเป็นอาชีพร่วมกันด้วยเจตนารมณ์เพื่อบริการประชาชน"[3]

ในประเทศไทย กรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ ได้แปลคำว่า "Profession" ไว้เมื่อ 50 ปีก่อนว่า "อาชีวปฏิญาณ" อาจด้วยเหตุที่ว่าท่านได้แปลตามรากศัพท์ละดินเดิมซึ่งเป็นเรื่องการประกาศตนยอมรับว่าเป็นผู้ศรัทธาในศาสนา จึงเห็นว่า Profession น่าจะมีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า อาชีวปฏิญาณ นั่นเอง อย่างไรก็ดี ต่อมาคำว่า Profession รู้จักกันแพร่หลายในคำแปลว่า "วิชาชีพ" มากกว่าคำว่า "อาชีวปฏิญาณ" เนื่องด้วยเป็นคำที่สามารถสื่อให้เข้าใจถึงลักษณะที่แท้จริงของคำว่า Profession ได้ดีกว่า กล่าวคือ เป็นการประกอบการงานลักษณะหนึ่งที่ผู้ประกอบการงานดังกล่าวนั้นต้องเป็นผู้มีวิชาความรู้อันเป็นที่ยอมรับนับถือของสังคม ดังนั้นคำว่า วิชาชีพ จึงมีความหมายที่แตกต่างไปจากคำว่า "อาชีพ" ที่เฉพาะเจาะจงถึงการประกอบการ

---

[2] จิตติ ติงศภัทิย์, หลักวิชาชีพนักกฎหมาย พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 21.

[3] เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

งานเพื่อหาเลี้ยงชีพตน แต่ "วิชาชีพ" เป็นการประกอบการงานที่ไม่เฉพาะหาเลี้ยงชีพตนแต่ในบางครั้งเป็นการทำเพื่อประโยชน์ของสังคมโดยส่วนรวม ค่าตอบแทนสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพโดยมากจึงเรียกว่า "ค่าธรรมเนียม (fee)" มากกว่าที่จะเรียกว่า "ค่าจ้าง (wage)"

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทิย์ ได้ให้ความหมายของคำว่า "วิชาชีพ (profession)" ไว้ว่าหมายถึง งานที่ต้องใช้ความรู้พิเศษทางวิชาการในส่วนความคิด ไม่ใช่ในทางกำลังกายมีผลเป็นการผูกขาดทำได้แต่โดยบุคคลผู้มีคุณสมบัติอันศึกษาอบรมโดยเหมาะสม[4]

ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ ให้ความหมายของคำว่า "วิชาชีพ (profession)" ไว้ว่า คือ อาชีพที่ต้องมีการศึกษาชั้นสูง มีการอบรมเป็นพิเศษและมีเจตนาเพื่อรับใช้ประชาชน[5]

ส่วนพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า "วิชาชีพ" ว่าหมายถึง วิชาที่จะนำไปใช้ในการประกอบอาชีพ เช่น วิชาแพทย์ วิชาช่างไม้ วิชาช่างยนต์[6]

กล่าวโดยสรุปแล้ว คำว่า "วิชาชีพ (profession)" จึงมีความหมายว่า การงานซึ่งเป็นที่ยอมรับนับถือว่าต้องเล่าเรียนศึกษามาด้วยความเพียรทั้งทางด้านศาสตร์ ศิลป์ และจริยธรรมแห่งความรู้นั้น โดยมุ่งประสงค์ที่จะรับใช้สังคมเป็นหลัก

**2.1.2 ลักษณะของงานอันเป็นวิชาชีพ**

จากความหมายของผู้รู้ต่างๆ นั้น พอจะกำหนดเป็นลักษณะของงานอันเป็นวิชาชีพได้ว่าต้องประกอบด้วยส่วนสำคัญ 4 ประการด้วยกัน คือ

1. ลักษณะของงาน (Nature of work) ต้องเป็นงาน ดังนี้

1.1 เป็นงานที่ปฏิบัติด้วยความสามารถ ความชำนาญ และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน

1.2 เป็นงานที่ต้องใช้สติปัญญามากกว่าจะใช้ฝีมือ

1.3 เป็นงานที่ต้องได้รับการอบรมทั้งทางด้านทฤษฎีและปฏิบัติก่อนที่จะสามารถปฏิบัติงานในสังคมได้

2. ลักษณะที่เป็นจรรยาบรรณ (Moral aspect) ผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องปฏิบัติหน้าที่การงานของตนตามกรอบแห่งศีลธรรมจรรยาควบคู่ไปกับความซื่อสัตย์สุจริต ทั้งงาน

---

[4] จิตติ ดิงศภัทิย์, "คติของวิชาชีพทางกฎหมาย," ใน เอกสารในการสัมมนาเรื่อง จริยธรรมของนักกฎหมาย ณ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 19-20 ธันวาคม 2528, หน้า 2.

[5] บัญญัติ สุชีวะ, "จริยธรรมของนักกฎหมาย," ใน เอกสารในการสัมมนาเรื่อง จริยธรรมของนักกฎหมาย ณ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 19-20 ธันวาคม 2528, หน้า 1.

[6] ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 (กรุงเทพมหานคร: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่น, 2546), หน้า 1073.

ที่ปฏิบัตินั้นจะต้องเป็นการแสดงความรู้ที่ได้มาตรฐานทางวิชาชีพ และในบางครั้งงานของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นจะต้องเกี่ยวข้องกับความลับของผู้รับบริการ การรักษาความลับของผู้รับบริการจึงเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้ในจริยธรรมพื้นฐานของผู้ประกอบวิชาชีพ หรือในบางครั้งงานที่เกี่ยวข้องมีผลต่อสังคมโดยส่วนรวม เช่น แพทย์มีหน้าที่รักษาผู้ป่วยซึ่งมีอาการติดเชื้อที่แพร่กระจายได้ นอกจากแพทย์จะมีหน้าที่ให้การรักษาผู้ป่วยผู้นั้นแล้ว แพทย์ยังมีหน้าที่เฝ้าระวังไม่ให้เชื้อโรคแพร่กระจายไปยังบุคคลอื่นด้วย หรืออาจจำเป็นต้องแจ้งหน่วยงานควบคุมโรคของรัฐเพื่อให้เข้ามาร่วมรับทราบปัญหาและหาทางป้องกันการแพร่ระบาด หรือในกรณีของนักบัญชีซึ่งมีหน้าที่ในการดูแลการใช้จ่ายของบริษัทที่ปฏิบัติงานอยู่ แต่ในขณะเดียวกันนักบัญชีก็ต้องมีส่วนสำคัญที่ต้องปกป้องผลประโยชน์ของประเทศชาติด้วยเช่นกัน เป็นต้น ภาระหน้าที่ดังกล่าวนี้ หากผู้ประกอบวิชาชีพใช้เพียงแต่ความรู้ที่ได้รับการเล่าเรียนมาโดยขาดการฝึกฝนอบรมทางด้านจรรยาบรรณแล้ว ย่อมส่งผลร้ายต่อสังคมโดยส่วนรวม

3. มีลักษณะเป็นองค์กรอันเกิดจากการรวมตัวกันของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นๆ ด้วยกันเอง (Collective Organization) ด้วยลักษณะของการงานที่ทำนั้นเป็นงานที่ต้องศึกษาด้วยความเพียร ใช้ระยะเวลานาน ยากที่ผู้อื่นซึ่งมิได้ศึกษาเล่าเรียนจะเข้าใจและควบคุมอย่างเหมาะสมได้ อีกทั้งยังเป็นการงานอันถือได้ว่าอุทิศตนเพื่อประโยชน์ของสังคม และได้รับการยอมรับนับถือโดยทั่วไป ดังนั้น กลุ่มผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันเอง จะมีการรวมตัวกันเป็นกลุ่มเพื่อมุ่งกำหนดกรอบมาตรฐานของการทำงาน และกำหนดหน้าที่ทางจรรยาบรรณของกลุ่มวิชาชีพด้วยกันเอง โดยมากบุคคลที่จะถูกยอมรับจากกลุ่มวิชาชีพ จะต้องได้รับการทดสอบความรู้ความสามารถในวิชาชีพนั้นๆ จากองค์กรทางวิชาชีพจนเป็นที่ประจักษ์ ซึ่งถือเป็นการควบคุมการประกอบวิชาชีพอย่างหนึ่งเช่นกัน และการปฏิบัติงานของผู้ประกอบวิชาชีพโดยผิดไปจากกรอบที่กำหนดไว้ เป็นผลให้ผู้ประกอบวิชาชีพนั้นไม่ได้รับการยอมรับหรือถูกปฏิเสธจากกลุ่มวิชาชีพ และไม่สามารถประกอบวิชาชีพได้ การรวมกลุ่มทางวิชาชีพ นอกจากจะเป็นการควบคุมทางวิชาชีพด้วยกันเองแล้ว ยังเป็นการรวมกลุ่มกันเพื่อพบปะ สังสรรค์ และเพื่อพัฒนาองค์ความรู้ทางด้านวิชาชีพให้ทันต่อยุคสมัย อันจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันเอง

4. สถานภาพ (Status) ผู้ประกอบวิชาชีพนั้นมักจะเป็นผู้ที่ได้รับการยอมรับจากสังคมว่าเป็นผู้ที่ประกอบการงานอันเป็นประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น นับแต่โบราณกาลจวบจนกระทั่งปัจจุบัน ประชาชนต่างให้การยอมรับนับถือผู้มีวิชาชีพว่าเป็นผู้มีความรู้พิเศษกว่าบุคคลโดยทั่วไป และเสียสละอุทิศตนเพื่อใช้ความรู้นั้นสร้างประโยชน์แก่สังคมโดยทั่วไป ดังจะเห็นได้จาก ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทั่วไป ที่ได้รับการยอมรับนับถือจากชุมชนและสังคมว่าเป็นผู้ที่ช่วยบำบัดความทุกข์จากโรคภัยไข้เจ็บให้หาย ซึ่งแต่เดิมในสังคมของไทย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถือเป็นผู้ใกล้ชิดกับผู้คนในชุมชนมากที่สุด หากมีผู้ใดในชุมชนเจ็บไข้ได้ป่วย ก็จะต้องรบกวนหมออยู่ร่ำไป ไม่ว่าจะดึกแค่ไหน นับว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้เสียสละตนเพื่อ

ชุมชนและสังคม แม้ว่าในปัจจุบันสภาพสังคมไทยจะเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ระบบทุนนิยมเข้ามาแทรกในสังคมไม่เว้นแม้แต่งานในหน้าที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ทำให้การรักษาคนไข้กลายเป็นธุรกิจประเภทหนึ่งที่สร้างรายได้สูงให้กับผู้ประกอบการ แต่ผู้คนในสังคมก็ยังนับถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้ที่เสียสละเวลาและความรู้เพื่อรักษาชีวิตของผู้ป่วยหลายๆ คนไว้

**2.1.3 ความหมายของวิชาชีพเวชกรรม**

คำว่า วิชาชีพเวชกรรม (Medical Profession) นั้น Schmidt's Attorneys' Dictionary of Medicine ได้ให้ความหมายไว้ว่า เป็นการงานอันเกี่ยวข้องกับศาสตร์และศิลป์ในเรื่องการรักษาความเจ็บป่วย หากจะกล่าวในความหมายอย่างกว้างก็จะหมายรวมไปถึง การผ่าตัดและแขนงวิชาอื่นๆ อันเกี่ยวกับศิลปะแห่งการรักษาโรค แต่หากในความหมายอย่างแคบแล้ว หมายถึงการงานอันเกี่ยวข้องกับศาสตร์และศิลป์ในเรื่องการรักษาความเจ็บป่วยซึ่งไม่รวมถึงการรักษาที่ต้องใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการช่วยการรักษา[7]

ส่วนพจนานุกรมทางการแพทย์ดังเช่น Dorland's Illustrated Medical Dictionary นั้น ให้ความหมายของคำว่า วิชาชีพเวชกรรม (Medical Profession) ว่า หมายถึงศาสตร์และศิลป์อันเกี่ยวเนื่องกับการวินิจฉัยโรคและการรักษาอาการเจ็บป่วย และการส่งเสริมสุขภาพ[8]

ส่วนความหมายตามกฎหมายไทยนั้น มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ได้ให้ความหมายของคำว่า วิชาชีพเวชกรรม ไว้ดังนี้

"วิชาชีพเวชกรรม" หมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนซ์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสสาร การสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้ เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย

จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 นั้น ได้ให้ความหมายของคำว่า วิชาชีพเวชกรรม ไว้ให้หมายความถึง วิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรคแล้ว ยังให้หมายความกว้างไปถึงการผดุงครรภ์ และการกระทำอื่นๆ

---

[7] J. E. Schmidt, Schmidt's Attorneys' Dictionary of Medicine Volume 2 (New York: Matthew bender, 1986), p. M-48.

[8] John P. Friel, editor, Dorland's Illustrated Medical Dictionary Twenty-fifth Edition (Philadelphia: W. B. Saunders, 1974), p. 922.

อันเป็นการใช้ความรู้ทางการแพทย์เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกาย ซึ่งมิใช่ความหมายของวิชาชีพเวชกรรมที่เข้าใจได้โดยสามัญชนทั่วไป

ลักษณะของงานอันจะถือได้ว่าเป็นวิชาชีพเวชกรรมนั้น มีลักษณะเช่นเดียวกับวิชาชีพอื่นๆ กล่าวคือ

1. เป็นการงานอันเกี่ยวข้องกับความรู้ ความสามารถเฉพาะด้าน ซึ่งต้องใช้สติปัญญามากกว่าจะใช้ฝีมือ แม้ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น จะต้องมีการปฏิบัติงานโดยตรงกับตัวผู้ป่วยก็ตาม แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นจะต้องใช้สติปัญญาในการวินิจฉัยโรคและคิดหาวิธีการรักษาอาการเจ็บป่วยที่เกิดขึ้นด้วย การงานอันถือได้ว่าเป็นวิชาชีพเวชกรรมต้องผ่านการศึกษาความรู้ทั้งทางด้านทฤษฎีและฝึกปฏิบัติให้ชำนาญก่อนที่จะสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเต็มที่

2. ลักษณะงานของวิชาชีพเวชกรรมนั้นเป็นงานที่ต้องอยู่ในจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพ โดยจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพนั้น จะถูกกำหนดขึ้นโดยองค์กรซึ่งเป็นตัวแทนของกลุ่มผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และในการปฏิบัติงานของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ปอยครั้งเกี่ยวข้องกับความเป็นความตายของผู้ป่วย การรักษาจึงต้องกระทำด้วยความรอบคอบ และใช้ความอดทน รวมถึงผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตนหรือค่าตอบแทนมากเกินไปกว่าภาระหน้าที่ที่ตนต้องช่วยเหลือผู้คนในสังคม

3. มีองค์กรวิชาชีพเป็นผู้ควบคุมการปฏิบัติงาน องค์กรวิชาชีพที่เข้ามาควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรม จะประกอบด้วยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยกันเอง เนื่องจากงานอันเป็นวิชาชีพนั้น ถือว่าเป็นการงานซึ่งยากที่บุคคลโดยทั่วไปจะสามารถเข้าใจและทราบถึงแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ที่เหมาะสมได้ ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศอังกฤษ ก็มีสภาวิชาชีพเวชกรรม ที่เรียกว่า General Medical Council จัดตั้งขึ้นตาม Medical Act 1983 ทำหน้าที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของสมาชิกที่ได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม กำหนดมาตรฐานการประกอบวิชาชีพและจรรยาบรรณทางวิชาชีพ รวมทั้งเป็นองค์กรที่ปกป้องผลประโยชน์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม[9] หรือกรณีของประเทศฝรั่งเศสก็มีสภาวิชาชีพแห่งชาติ (National Council) เป็นผู้ดูแลเรื่องประมวลจริยธรรมทางวิชาชีพ[10] เป็นต้น สำหรับประเทศไทยนั้น องค์กรทางวิชาชีพที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรม คือ แพทยสภา ซึ่งจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2511 ซึ่งต่อมาได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

---

[9] Ian Kennedy and Andrew Grubb, Principles of Medical Law (London: Oxford University Press, 1998), p. 77.

[10] Gérard Mémeteau, International Encyclopaedia of Laws Volume 1 Medical Law (1998): France-45.

แต่บทเฉพาะกาลในมาตรา 45 ยังคงให้แพทยสภาซึ่งตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2511 เป็นแพทยสภาตามพระราชบัญญัตินี้ต่อไป

นอกจากนั้น วิชาชีพเวชกรรมถือว่าเป็นการงานอันผู้ที่ประสงค์จะประกอบวิชาชีพจำเป็นต้องได้รับการยอมรับจากสภาวิชาชีพ ดังจะเห็นได้จากการที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม หากผู้ใดประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยมิได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายแล้ว ย่อมถือว่าเป็นความผิด ดังเช่น มาตรา 49 แห่ง Medical Act 1983 ของประเทศอังกฤษ กำหนดโทษแก่ผู้ที่อ้างตนว่าเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยมิได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย[11] หรือมาตรา L 372-4 แห่งประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสุขภาพ (Code of Public Health) ของประเทศฝรั่งเศส กำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยผิดกฎหมาย[12] เป็นต้น ในพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ก็กำหนดให้ผู้ที่จะสามารถประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้นั้น จะต้องขึ้นทะเบียนและได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพจากแพทยสภา[13]

4. สถานภาพ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถือเป็นบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ใกล้ชิดกับคนในชุมชนเป็นอย่างมาก และได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ที่มีความรู้ ความสามารถ สามารถดำรงตนได้อย่างมีเกียรติในสังคม ถือเป็นวิชาชีพที่มีรายได้และผลตอบแทนจากการปฏิบัติหน้าที่ค่อนข้างสูง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา วิชาชีพเวชกรรมถือเป็นวิชาชีพที่มีรายได้โดยเฉลี่ยสูงมากวิชาชีพหนึ่ง ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงถือว่าเป็นผู้มีฐานะในสังคมและเป็นวิชาชีพที่ทุกคนให้ความเคารพนับถือ ส่วนในประเทศไทยนั้น ลักษณะสภาพสังคมที่มีมาแต่โบราณ ความเจ็บไข้ได้ป่วยถือเป็นทุกข์ที่ไม่มีใครปรารถนา ผู้ที่เข้ามาช่วยบำบัดปัดเป่าความทุกข์เหล่านั้น คือ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งมีอยู่ในชุมชนจำนวนไม่มาก อีกทั้งความเจ็บไข้ได้ป่วยมิได้เลือกเวลาหรือสถานที่ ฉะนั้น เวลาในการปฏิบัติงานของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงไม่แน่นอน สังคมไทยจึงถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้อุทิศตัวและเสียสละในการช่วยเหลือรักษาผู้คนในชุมชน วิชาชีพเวชกรรมจึงถือว่าเป็นวิชาชีพที่ได้รับการยอมรับนับถือจากคนในสังคมมาแต่ช้านาน

---

[11] Ian Kennedy and Andrew Grubb, Principles of Medical Law, p. 72.

[12] Gérard Mémeteau, International Encyclopaedia of Laws Volume 1 Medical Law, p. France-38.

[13] "ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม" มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

**2.1.4 ความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม**

ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถเป็นพิเศษในการรักษาโรคภัยไข้เจ็บต่างๆ โดยความรู้ความสามารถนั้นได้รับการฝึกฝนเล่าเรียนมาจากสถาบันการศึกษาทางด้านการแพทย์ ซึ่งมีความมุ่งหมายว่าบุคคลผู้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเหล่านี้จะได้รับใช้ผู้คนในสังคม อย่างไรก็ดี ในระหว่างการรักษาผู้เข้ารับบริการ อาจเกิดความผิดพลาดในการรักษาขึ้นได้ ซึ่งความผิดพลาดดังกล่าวอาจเกิดจากปัจจัยหลายประการ อาทิเช่น ประสบการณ์ในการปฏิบัติงานของผู้ประกอบวิชาชีพผู้นั้นยังมีอยู่น้อย หรือเกิดขึ้นเพราะความรีบด่วน หรือแม้แต่การพัฒนาของพยาธิโรค เป็นต้น เหล่านี้ล้วนเป็นสาเหตุที่ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมปฏิบัติงานจนเกิดความผิดพลาดได้ทั้งสิ้น ดังนั้น แม้จะถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นบุคคลที่ได้รับการยอมรับในทางสังคม แต่ด้วยความคาดหวังในผลของการรักษา ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงมีความรับผิดได้เสมือนบุคคลธรรมดาโดยทั่วไป ซึ่งอาจแบ่งความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมออกได้เป็น 4 ประเภท คือ

1. ความรับผิดทางแพ่ง ในส่วนของความรับผิดทางแพ่งนั้นเป็นความรับผิดอันเกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้รับบริการหรือทายาทของผู้นั้นเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่การปฏิบัติหน้าที่ทางวิชาชีพโดยผิดพลาด ซึ่งแบ่งความรับผิดทางแพ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ

1.1 ความรับผิดทางสัญญา ในการรักษาตามความรู้ทางวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ไม่บ่อยครั้งนักที่จะได้พบเห็นการทำสัญญาอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อรักษาพยาบาลผู้รับบริการ แต่มักเป็นการเกิดสัญญาขึ้นโดยปริยาย อาศัยการเสนอสนองของผู้ป่วยและผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นสำคัญ การเกิดของสัญญาจึงเกิดขึ้นจากการยอมรับของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะรักษาอาการเจ็บป่วยนั้น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 287/2507 ได้วินิจฉัยว่า การรับรักษาพยาบาลนั้นเป็นลักษณะของสัญญาจ้างทำของ ดังนั้น คู่สัญญาต่างมีสิทธิและหน้าที่ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ โดยสัญญาจ้างทำของนี้เป็นสัญญาที่มุ่งผลสำเร็จของงานเป็นสำคัญและผู้ว่าจ้างมิได้มีสิทธิในการควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับจ้างแต่อย่างใด โดยผู้รับจ้างตกลงที่จะใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังตามหลักวิชาชีพเพื่อให้เกิดผลสำเร็จในงานที่รับจ้างนั้น นอกจากที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้เข้ารับบริการจะเป็นไปตามลักษณะสัญญาจ้างทำของแล้ว ยังต้องอยู่ภายใต้บทกฎหมายทั่วไปในเรื่องหนี้และนิติกรรมสัญญาด้วย ดังนั้น การไม่ใช้ความรู้ความสามารถทางวิชาชีพรักษาพยาบาลผู้ป่วยอย่างถูกต้องแล้ว ย่อมเป็นเหตุให้เกิดความรับผิดทางสัญญาต่อผู้รับบริการ และผู้รับบริการสามารถเรียกร้องค่าเสียหายฐานผิดสัญญาได้

สำหรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มิได้มุ่งศึกษาถึงความสัมพันธ์และความรับผิดทางแพ่งในเรื่องสัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้รับบริการ แต่จะได้มุ่งเน้นศึกษาถึง

ความรับผิดทางละเมิดที่เกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นความรับผิดทางแพ่งอีกส่วนหนึ่ง

1.2 ความรับผิดทางละเมิด ถือเป็นความรับผิดทางแพ่งประการสำคัญที่มักเกิดขึ้นกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม หากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำผิดหน้าที่โดยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้น ย่อมต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดนั้น ความรับผิดทางละเมิดที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยมากมักเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อ โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมิได้ใช้ความระมัดระวังอันเหมาะสมตามหลักวิชาชีพในการรักษา อย่างไรก็ดี แม้จะถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้มีความผิดแต่ในบางกรณีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้นไม่ต้องเป็นคู่ความในคดีและอาจไม่ต้องรับผิดในค่าเสียหายที่เกิดขึ้นก็ได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้จะขอได้กล่าวไว้ในบทถัดไปในส่วนของข้อยกเว้นความรับผิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

2. ความรับผิดทางอาญา ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจต้องมีความรับผิดทางอาญาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ได้ปฏิบัติงานในวิชาชีพเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อผู้รับบริการ เช่น การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 291 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือในบางครั้งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีเจตนาใช้ความรู้ทางวิชาชีพนั้นทำร้ายผู้อื่น แต่ผลของการทำร้ายนั้นเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย ย่อมมีความผิดตามมาตรา 290 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น ความรับผิดทางอาญานี้ มักเป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นพร้อมกับความรับผิดทางแพ่งในเรื่องละเมิดด้วย

นอกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องมีความรับผิดทางอาญาต่อผู้รับบริการซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรงแล้ว กฎหมายอาญายังมีบทบัญญัติบางมาตราที่มุ่งจะคุ้มครองความสงบเรียบร้อยทางสังคมซึ่งมิได้เกี่ยวกับประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถือว่าเป็นบุคคลที่มีความรู้ยิ่งกว่าบุคคลอื่นโดยทั่วไป และในบางครั้งหน้าที่การงานทางวิชาชีพทำให้ต้องใกล้ชิดกับข้อมูลหรือเอกสารอันสำคัญ หากกระทำการอื่นใดในทางทุจริตแล้วอาจเกิดความเสียหายต่อส่วนรวมได้ ดังนั้น จึงมีความรับผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับความรู้ทางวิชาชีพโดยเฉพาะเพิ่มขึ้นต่างหากจากความรับผิดทางอาญาโดยทั่วไป เช่น

มาตรา 269 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

"ผู้ใดในการประกอบการงานในวิชาแพทย์ กฎหมาย บัญชีหรือวิชาชีพอื่นใด ทำคำรับรองเป็นเอกสารอันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดโดยทุจริตใช้หรืออ้างคำรับรองอันเกิดจากการกระทำความผิดตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน"

มาตรา 323 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

"ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่นโดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงาน ผู้มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เภสัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความหรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้น แล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้รับการศึกษาอบรมในอาชีพดังกล่าวในวรรคแรก เปิดเผยความลับของผู้อื่น อันตนได้ล่วงรู้หรือได้มาในการศึกษาอบรมนั้น ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน"

ในบางกรณีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจจะต้องมีความรับผิดทางอาญาที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะด้วย ตัวอย่างเช่น ความรับผิดทางอาญาตามมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 หรือหากว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้มีหน้าที่อื่นตามกฎหมายอยู่ด้วย ก็อาจจะต้องมีความรับผิดทางอาญาตามที่กฎหมายนั้นๆ กำหนด

3. ความรับผิดตามกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อควบคุมการประกอบวิชาชีพ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องถูกควบคุมการประกอบวิชาชีพและควบคุมการประพฤติทางจริยธรรมตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ซึ่งความรับผิดประเภทนี้ มิใช่ความรับผิดต่อผู้รับบริการโดยตรง แต่เป็นความรับผิดต่อผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันเอง ถือเป็นการควบคุมทางวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยมีองค์กรควบคุมวิชาชีพหรือสภาวิชาชีพทำหน้าที่พิจารณาความรับผิดที่เกิดขึ้น แม้กฎหมายจะมิได้กำหนดให้ความรับผิดที่เกิดขึ้นเป็นเหตุให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องชดใช้ค่าเสียหาย หรือต้องถูกลงโทษทางอาญา แต่เป็นความรับผิดที่เป็นเหตุให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ไม่อาจประกอบวิชาชีพได้อีกต่อไป

วิธีการควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 นั้น มีลักษณะเช่นเดียวกับการควบคุมการประกอบวิชาชีพอื่นๆ โดยทั่วไป กล่าวคือ เริ่มแรกนั้นผู้ที่ประสงค์จะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องได้รับการยอมรับจากหมู่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยกันเอง กฎหมายจึงกำหนดให้มีการขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตให้

---

มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 กำหนดว่า ผู้รับอนุญาต ผู้ดำเนินการ และผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลแห่งหนึ่งๆ จะเป็นบุคคลคนเดียวกันก็ได้ ดังนั้น ผู้รับอนุญาต ผู้ดำเนินการจึงอาจเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยก็ได้ และหากผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการของสถานพยาบาลไม่ควบคุมและดูแลให้มีการช่วยเหลือเยียวยาผู้ป่วย ซึ่งอยู่ในสภาพอันตรายและจำเป็นต้องได้รับการรักษาพยาบาลโดยฉุกเฉิน เพื่อให้ผู้ป่วยพ้นจากอันตรายตามมาตรฐานวิชาชีพและตามประเภทของสถานพยาบาลนั้นๆ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 36 แล้ว ผู้รับอนุญาตและผู้ดำเนินการย่อมมีความผิดทางอาญาตามมาตรา 66

ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากสภาวิชาชีพ คือ แพทยสภา มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 กำหนดนิยามของ "ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม" ไว้ว่าหมายถึง บุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา และมาตรา 26 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือแสดงด้วยวิธีใด ๆ ว่าพร้อมที่จะประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยมิได้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามพระราชบัญญัตินี้ และมาตรา 30 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ผู้ขอขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตต้องเป็นสมาชิกแห่งแพทยสภา ดังนั้น ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทยได้นั้น จะต้องมีคุณสมบัติอย่างน้อย 3 ประการ คือ เป็นสมาชิกของแพทยสภา ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา หากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมขาดคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวแล้วย่อมไม่สามารถประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้อีกต่อไป

เมื่อเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายแล้ว ก็ย่อมต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งข้อบังคับของสภาวิชาชีพ โดยต้องปฏิบัติตนตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ซึ่งมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 กำหนดว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภา ซึ่งปัจจุบันนี้ได้แก่ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมต่อมาอีก 6 ครั้ง การรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพจึงถือเป็นหัวใจสำคัญที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องให้การเอาใจใส่

ความรับผิดทางจริยธรรมแห่งวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งกำหนดโดยพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 นั้น เริ่มต้นจากการกล่าวหาโดยบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเพราะการประพฤติผิดจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม หรือบุคคลอื่นซึ่งได้ยื่นเรื่องกล่าวหาต่อแพทยสภา หรือคณะกรรมการแพทยสภาอาจเป็นผู้กล่าวโทษผู้มีพฤติการณ์ที่สมควรให้มีการสืบสวนหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการประพฤติผิดจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมก็ได้[14]

การสืบสวนข้อกล่าวหานั้น มีคณะอนุกรรมการจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมทำหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริงเบื้องต้น[15] เพื่อให้คณะกรรมการแพทยสภาพิจารณาว่าข้อกล่าวโทษนั้นมีมูลหรือไม่ หากข้อกล่าวโทษมีมูลจริงคณะกรรมการแพทยสภาจะส่งเรื่องให้คณะอนุกรรมการสอบสวนทำการสอบสวนข้อเท็จจริงเสนอคณะกรรมการแพทยสภาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาด[16] ในการสอบสวนของคณะอนุกรรมการสอบสวนนั้น ผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้ถูกกล่าวโทษมีสิทธิ

---

[14] มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525.

[15] มาตรา 34.

[16] มาตรา 36.

ทำคำชี้แจงหรือนำพยานหลักฐานใดๆ เพื่อประกอบการพิจารณาของคณะอนุกรรมการสอบสวนได้[17] ในท้ายที่สุดคณะกรรมการแพทยสภาอาจมีคำวินิจฉัยอย่างใดอย่างหนึ่ง[18] คือ

1. ยกข้อกล่าวหาหรือข้อกล่าวโทษ
2. ว่ากล่าวตักเตือน
3. ภาคทัณฑ์
4. พักใช้ใบอนุญาตมีกำหนดเวลาตามที่เห็นสมควรแต่ไม่เกินสองปี
5. เพิกถอนใบอนุญาต

ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวต้องทำเป็นคำสั่งแพทยสภา

อย่างไรก็ดี การพิจารณาข้อกล่าวหาทางด้านจริยธรรมนั้น มีข้อสังเกตว่า แม้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะถูกสั่งเพิกถอนใบอนุญาตแล้วก็ตาม แต่คำสั่งดังกล่าวนี้หาได้เป็นคำสั่งที่ตัดโอกาสเด็ดขาดในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ประพฤติผิดจริยธรรมไม่ แต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งถูกสั่งเพิกถอนใบอนุญาตอาจยื่นขอรับใบอนุญาตอีกได้เมื่อพ้นสองปีนับแต่วันถูกสั่งให้เพิกถอนใบอนุญาต นอกจากนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ขั้นตอนการสอบสวนข้อกล่าวหาว่าประพฤติผิดจริยธรรมทางวิชาชีพจะมีคณะกรรมการพิจารณาถ่วงดุลถึงสองชุด คือ คณะอนุกรรมการจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม และคณะอนุกรรมการสอบสวนก็ตาม แต่ถึงอย่างไร คณะอนุกรรมการทั้งสองชุดนั้นก็ประกอบด้วยสมาชิกของแพทยสภาทั้งคณะ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ มิได้เปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมในกระบวนการสอบสวนด้วย ทำให้อาจเกิดความลำเอียงในการสอบสวนได้ หากได้มีการปรับปรุงองค์ประกอบของคณะอนุกรรมการทั้งสองชุดให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วมด้วย ก็จะทำให้การพิจารณาของคณะอนุกรรมการเกิดความรอบคอบยิ่งขึ้น เพราะบุคคลภายนอกที่ร่วมในการพิจารณานั้นอาจมีมุมมองและความคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ต่อการสอบสวน นอกจากนั้น รายงานความเห็นของคณะอนุกรรมการทั้งสองชุด ก็เป็นเพียงความเห็นประกอบการวินิจฉัยของคณะกรรมการแพทยสภาเท่านั้น คำวินิจฉัยสุดท้ายยังคงเป็นสิทธิขาดของคณะกรรมการแพทยสภา การให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาของคณะอนุกรรมการทั้งสองชุดจึงไม่กระทบต่อกระบวนการควบคุมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยกันเองมากนัก

4. ความรับผิดทางวินัย สำหรับความรับผิดทางวินัยของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น มิได้เป็นความรับผิดที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยทั่วไปจะต้องรับผิดทุกคน แต่เป็นความรับผิดที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมบางกลุ่มเท่านั้น อาจถูกพิจารณาความรับผิดลักษณะดังกล่าวได้

---

[17] มาตรา 38 วรรคสอง.

[18] มาตรา 39.

ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่อาจมีความรับผิดทางวินัยได้นั้น คือ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือลูกจ้างหน่วยงานของรัฐซึ่งปฏิบัติงานอยู่ในสถานพยาบาลของรัฐทั้งในส่วนกลางและในส่วนท้องถิ่น หรือมีฐานะเป็นข้าราชการในสังกัดมหาวิทยาลัยปฏิบัติหน้าที่เป็นอาจารย์ภายในมหาวิทยาลัยเพื่อผลิตบัณฑิตทางการแพทย์ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเหล่านี้ถือเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอีกส่วนหนึ่งที่แยกต่างหากจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในสถานพยาบาลของเอกชน ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลเอกชนนั้น มิได้มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่ต้องมีความรับผิดทางวินัย

ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่อาจมีความรับผิดทางวินัยได้นั้น ข้อสำคัญจะต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย หรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานคร แล้วแต่กรณี โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น นอกจากจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ดังผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยทั่วไปแล้ว ยังต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 หรือพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย พ.ศ. 2507 หรือพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 แล้วแต่ส่วนราชการของผู้ประกอบวิชาชีพที่สังกัดอยู่ ดังนั้น การดำรงตนของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น นอกจากจะต้องเป็นผู้ดำรงตนตามจริยธรรมทางวิชาชีพแล้ว ยังต้องเป็นผู้ปฏิบัติตามหน้าที่ที่ทางราชการมอบหมายเพื่อประโยชน์ของประชาชน หากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นมิได้ปฏิบัติตามกฎข้อบังคับทางการบริหารงานบุคคลของหน่วยงานของรัฐที่กำหนดไว้แล้ว ย่อมเป็นเหตุให้เกิดความรับผิดทางวินัยได้

มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า ความรับผิดทางวินัยนั้นมีลักษณะคล้ายกับความรับผิดทางจริยธรรมทางวิชาชีพ คือ มิใช่เป็นความรับผิดต่อผู้รับบริการโดยตรง แต่เป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นตามกฎหมายมหาชน อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับส่วนราชการที่ตนสังกัดอยู่ ดังนั้น โทษทางวินัยจึงมิใช่โทษลักษณะเช่นเดียวกับโทษทางแพ่ง หรือโทษทางอาญา ที่ผู้ต้องรับผิดอาจต้องชดใช้เยียวยาเป็นตัวเงิน หรือต้องถูกลงโทษจำคุกหรือถูกปรับตามกฎหมาย แต่เป็นโทษทางการบริหารงานบุคคล คือ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน ลดขั้นเงินเดือน ปลดออก และไล่ออก ซึ่งการลงโทษทางวินัยจะมีผลกระทบต่อความก้าวหน้าในหน้าที่การงานของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ถูกลงโทษ

**2.2 ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ**

หลายปีที่ผ่านมา ได้มีวิทยานิพนธ์ระดับปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิตจากหลายสถาบันการศึกษา ทำการศึกษาความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพในแขนงต่างๆ ไม่ว่าจะ

เป็นความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพทางด้านกฎหมาย ความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมโยธา หรือความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพสถาปนิกและวิศวกรในโครงการก่อสร้าง โดยผู้ศึกษาได้แบ่งส่วนการศึกษาออกเป็น 2 ส่วนสำคัญ คือ หลักความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี และหลักความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร สำหรับตัวผู้เขียนเองเห็นควรที่จะได้นำข้อศึกษาที่ผ่านมานี้ กล่าวไว้เป็นพื้นฐานเสียแต่ตอนต้น ทั้งนี้ จะได้สรุปสาระสำคัญของหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดของในแต่ละกลุ่มประเทศที่ปรับใช้กับความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพในสาขาวิชาต่างๆ และผู้เขียนเองได้เพิ่มเติมรายละเอียดในส่วนที่ยังขาดหายไปให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น เพื่อใช้เป็นพื้นฐานในการวิเคราะห์หลักความรับผิดทางวิชาชีพที่เหมาะสมในบทถัดไป

### 2.2.1 กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี

กฎหมายลักษณะละเมิดในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีนั้นมีวิวัฒนาการมาจากระบบหมายของศาล (writ system) โดยศาลจะออกหมายเป็นเรื่องๆ ตามแต่ที่โจทก์จะได้เข้าร้องต่อศาล เช่น การขอหมายเกี่ยวกับคดีที่มีการบุกรุกหรือรบกวนสิทธิเหนือที่ดิน หรือคดีเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกาย เป็นต้น การขอหมายแต่ละเรื่องเริ่มมีความยุ่งยากและมีคดีที่เกิดขึ้นใหม่มากขึ้นเรื่อยๆ ทำให้เกิดความยากลำบากแก่ศาลที่จะออกหมายเป็นเรื่องๆ ไป ศาลจึงได้พยายามที่จะพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดทางละเมิดให้มีความคล่องตัวและเกิดความยุติธรรมแก่ทุกฝ่ายมากขึ้น ความรับผิดทางละเมิดของกลุ่มประเทศดังกล่าวนี้ จึงแบ่งแยกออกเป็นเรื่องๆ แล้วแต่ลักษณะการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น จึงเป็นกรณีความรับผิดเฉพาะเรื่องในฐานะต่างๆ (specific types of tort) ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าหลักความรับผิดทางละเมิดของกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีมีแนวคิดที่คล้ายคลึงกับความรับผิดทางอาญา[19] กล่าวคือบุคคลจะต้องรับผิดในผลละเมิดลักษณะใด จะต้องพิจารณาว่าได้กระทำครบองค์ประกอบความผิดทางละเมิดลักษณะนั้นหรือไม่ ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวนี้ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน คือ มีการจำกัดชนิดของความรับผิดว่าอย่างใดเป็นความรับผิดฐานละเมิด[20]

ความรับผิดทางละเมิดของกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีแต่ละเรื่องจะมีชื่อเรียกเฉพาะความรับผิดนั้นเป็นเรื่องๆ ไป กล่าวโดยเฉพาะถึงความรับผิดทางละเมิดอัน

---

[19] สุษม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2546), หน้า 3.

[20] วารี นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ประชาชน, 2526), หน้า 1.

เกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพ (Professional Negligence) ซึ่งเป็นความรับผิดที่มีหลักเกณฑ์เฉพาะเรื่องแตกต่างจากความรับผิดในลักษณะอื่นๆ และเป็นความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นคดีอยู่ในศาลมากที่สุด ในส่วนที่จะกล่าวต่อไปนี้จะได้แสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพที่ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อของกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีว่ามีอยู่อย่างไรบ้าง

**2.2.1.1 หลักทั่วไปของความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ**

ผู้ประกอบวิชาชีพในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีนั้น ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพทางด้านกฎหมาย วิศวกรรม สถาปนิก นักบัญชี หรือแม้แต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ต่างอยู่ภายใต้หลักในเรื่องความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพหลักเดียวกัน ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่สำคัญอยู่ 3 ประการ คือ

1. ผู้ประกอบวิชาชีพมีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) ในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ต้องพิจารณาเป็นเบื้องต้นเสียก่อนว่า ผู้ประกอบวิชาชีพมีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังในสถานการณ์นั้นหรือไม่ หน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังนั้นอาจเกิดขึ้นได้ด้วยความคาดหวังหรือความเชื่อถือของผู้รับบริการที่คาดหวังหรือเชื่อถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพจะทำงานด้วยความระมัดระวังและความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน แต่ถึงอย่างไรก็ตาม การปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวังและความเชี่ยวชาญนั้นก็มิได้เป็นสิ่งยืนยันว่าผลของงานจะประสบความสำเร็จเสมอไป เพราะความสำเร็จของงาน นอกจากจะขึ้นอยู่กับความเชี่ยวชาญของผู้ประกอบวิชาชีพแล้ว ยังขึ้นอยู่กับเงื่อนไขแวดล้อมอีกหลายประการด้วยกัน เช่น สภาพความพร้อมของเครื่องมือ สถานการณ์แวดล้อมในขณะนั้น หรือแม้แต่สภาพของผู้เข้ารับบริการนั้นเอง ซึ่งต่างก็มิได้อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ประกอบวิชาชีพ

หน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพที่พอจะยกตัวอย่างได้เช่น กรณีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพทางด้านกฎหมาย ซึ่งอาจเกิดขึ้นร่วมไปกับการเกิดหน้าที่ตามสัญญาที่ได้ทำไว้ต่อคู่ความ ดังเช่นที่ตัดสินในคดี Midland Bank Trust Co., Ltd Vs Hett, Stubbs and Kemp ในปี 1979 หรือหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพสถาปนิกหรือวิศวกร ซึ่งต้องมีความรับผิดตามหน้าที่ที่ตนได้ทำสัญญาขึ้นกับผู้ว่าจ้าง[21] ปกติแล้วสถาปนิกหรือวิศวกรมีหน้าที่ระมัดระวังตามสมควร ระดับเยี่ยงวิญญูชนที่มีความ

---

[21] Inns of Court School of Law, Advanced Civil Litigation (Professional Negligence in Practice) (London: Blackstone Press Limited, 2000), pp. 40-41.

หอสมุดกลาง สำนักงานวิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ชำนาญตามวิชาชีพของตน แต่ในบางกรณีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังของสถาปนิกหรือวิศวกรก็ขึ้นอยู่กับงานในหน้าที่ทางวิชาชีพนั้นๆ ที่มีความแตกต่างกันออกไปด้วย[22]

อย่างไรก็ดี เป็นที่ยอมรับกันว่า หน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังนั้นอาจจะเกิดขึ้นกับบุคคลที่สามซึ่งมิใช่คู่กรณีโดยตรงกับผู้ประกอบวิชาชีพก็ได้ เช่น กรณีของผู้ประกอบวิชาชีพทางด้านกฎหมาย อาจจะต้องมีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทายาท หากว่าขณะที่ให้คำแนะนำและร่างพินัยกรรมให้กับผู้ทำพินัยกรรมนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพมิได้แจ้งแก่ผู้ทำพินัยกรรมว่า พยานในพินัยกรรมต้องมิใช่ผู้รับมรดกตามพินัยกรรม หากเมื่อพินัยกรรมเป็นโมฆะแล้ว หน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังนี้เกิดขึ้นและเป็นผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพทางด้านกฎหมายกับผู้เป็นทายาท[23] หรือในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสถาปนิกหรือวิศวกรต้องมีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้เป็นเจ้าของอาคารหรือผู้ใช้อาคารในภายหลัง ซึ่งต่างก็มิได้เป็นคู่สัญญาแต่ต้น[24] เป็นต้น

2. ผู้ประกอบวิชาชีพฝ่าฝืนหน้าที่นั้นด้วยการไม่ใช้ความระมัดระวังและทักษะทางวิชาชีพที่เหมาะสม (Breach of Duty) ในการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้อนี้ จำต้องรู้ว่ามาตรฐานในการใช้วัดความระมัดระวังที่เหมาะสมเป็นอย่างไร ซึ่งต้องทำความเข้าใจส่วนสำคัญ 2 ประการ คือ เกณฑ์มาตรฐานความระมัดระวัง และระดับของมาตรฐานความระมัดระวัง

2.1 เกณฑ์มาตรฐานความระมัดระวัง (Standard of Care) ที่ใช้พิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวจะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ คือ มาตรฐานความระมัดระวังที่ใช้ในระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันเอง ไม่เพียงแต่ผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องใช้ความระมัดระวังและความชำนาญเช่นวิญญูชนทั่วไป (reasonable person) ผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องใช้ความระมัดระวังและความชำนาญเช่นวิญญูชนที่ประกอบวิชาชีพเช่นเดียวกันนั้น เนื่องจากผู้ประกอบวิชาชีพเป็นผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านยิ่งกว่าวิญญูชน ดังนั้น มาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องเทียบกับความระมัดระวังโดยปกติของผู้ประกอบวิชาชีพเดียวกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความระมัดระวังที่แตกต่างกันไปของผู้ประกอบวิชาชีพในสถานะ

---

[22] พนารัตน์ เฉลิมวุฒิศักดิ์, "ความรับผิดทางแพ่งเนื่องจากการประกอบวิชาชีพของสถาปนิกและวิศวกรในโครงการก่อสร้าง," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 178-181.

[23] ณัฐวุฒิ ฉัตรเลิศพิพัฒน์, "ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 59.

[24] ศิณีนาถ เกียรติกังวาฬกุล, "ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), หน้า 10.

(status) ตำแหน่ง (position)[25] และความเชี่ยวชาญ (expert) เดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น กรณีมาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพสถาปนิกหรือวิศวกรนั้น จะต้องพิจารณาจากกลุ่มวิชาชีพสถาปนิกหรือวิศวกรที่มีความชำนาญและเชี่ยวชาญในแขนงสาขาเดียวกันนั้น[26] เป็นต้น

2.2 ระดับของมาตรฐานความระมัดระวัง (Degree of Care) ที่ใช้พิจารณานั้น ผู้ประกอบวิชาชีพไม่จำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังในระดับสูงเกินกว่าความระมัดระวังและความชำนาญที่ผู้ประกอบวิชาชีพเช่นเดียวกันนั้นจะพึงมี โดยผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องใช้ความชำนาญ ความเอาใจใส่ อย่างระมัดระวังเช่นเดียวกับที่ผู้ประกอบวิชาชีพคนอื่นๆ ควรจะใช้ในการประกอบวิชาชีพ ผู้ประกอบวิชาชีพไม่จำต้องใช้ความชำนาญอย่างสูงสุดเท่าที่จะมีได้ในวิชาชีพนั้น ตัวอย่างเช่น ความผิดพลาดในการใช้ดุลยพินิจหรือแสดงความรู้ของผู้ประกอบวิชาชีพทางด้านกฎหมายนั้น จะถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่อได้ก็ต่อเมื่อวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมิได้มีการใช้ดุลยพินิจหรือแสดงความรู้อย่างผิดพลาดเช่นเดียวกับจำเลย[27] เป็นต้น

หากในกรณีมาตรฐานของการปฏิบัติงาน (common professional practice) มีมากกว่าหนึ่งมาตรฐานแล้ว การได้ปฏิบัติตามมาตรฐานใดมาตรฐานหนึ่งเช่นว่านั้น การกระทำดังกล่าวก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ แต่หากปฏิบัติให้แตกต่างไปจากมาตรฐานเหล่านั้นอันเป็นที่ยอมรับของผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันแล้ว ก็อาจแสดงให้เห็นได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกระทำการด้วยความประมาทเลินเล่อ ไม่เป็นไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพของตน

อย่างไรก็ดี การอยู่ภายใต้บังคับของการปฏิบัติตามมาตรฐานเดิมๆ ที่มีอยู่แต่ก่อนนั้น ก็ถือว่าเป็นการปิดกั้นการพัฒนาองค์ความรู้ใหม่ๆ ของวิชาชีพ เพราะการที่ผู้ประกอบวิชาชีพบางรายประสงค์จะใช้เทคนิคใหม่ๆ ในการปฏิบัติงาน ซึ่งไม่เป็นไปตามมาตรฐานเดิมที่กำหนดไว้ ก็อาจถูกตั้งข้อสงสัยถึงระดับของความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพ และอาจถูกฟ้องเป็นคดีละเมิดโดยประมาทเลินเล่อได้ ดังนั้น เพื่อมิให้เป็นการปิดกั้นการพัฒนาองค์ความรู้ใหม่ๆ อันจะเป็นประโยชน์ต่อความก้าวหน้าของวิชาชีพ จึงมีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยเพื่อให้ผู้ประกอบวิชาชีพอ้างได้ว่า กระทำการไปด้วยความชำนาญ และความระมัดระวังที่เหมาะสมแล้ว หลักเกณฑ์ดังกล่าวนั้น ได้แก่

1. พิจารณาถึงความจำเป็นที่ต้องใช้เทคนิคใหม่ๆ นั้น

2. พิจารณาว่าผู้รับบริการได้รับคำชี้แจงที่เพียงพอถึงความเสี่ยงภัยที่จะเกิดขึ้นจากการใช้เทคนิคใหม่ๆ นั้นแล้วหรือไม่

---

[25] Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence (London: Sweet&Maxwell, 1987), p. 17.

[26] Inns of Court School of Law, Advanced Civil Litigation (Professional Negligence in Practice), p. 41.

[27] ณัฐวุฒิ ฉัตรเลิศพิพัฒน์, "ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย," หน้า 61.

3. พิจารณาถึงปริมาณและคุณภาพของงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับเทคนิคใหม่ที่จะนำมาใช้นั้นว่ามีผลสำเร็จมากน้อยเพียงใด

ผู้ประกอบวิชาชีพมีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามหลักวิชาที่เรียนมาและพัฒนาให้ทันสมัยอยู่ตลอดเวลา เพื่อเป็นข้อยืนยันว่าการพัฒนาใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นสอดคล้องกับการปฏิบัติตามวิชาชีพ แต่ก็มิได้หมายความว่า ผู้ประกอบวิชาชีพมีภาระผูกพันที่จะต้องยอมรับเอาเทคนิคใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นตามกาลเวลานั้นในทุกกรณี แต่หากเทคนิคใหม่ๆ นั้น ได้รับการปฏิบัติอย่างต่อเนื่อง และได้รับการพิสูจน์แล้วว่าเป็นส่วนหนึ่งที่แน่นอนในการประกอบวิชาชีพ การละเลยที่จะยอมรับเทคนิคดังกล่าว และปฏิบัติให้แตกต่างออกไป ก็ถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติงานโดยประมาทเลินเล่อ

3. ผลของการฝ่าฝืนหน้าที่นั้นเป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย (Causation and Remoteness) ถือเป็นหลักเกณฑ์ประการสำคัญอีกประการหนึ่งของการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ ผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อได้เกิดความเสียหายขึ้น การพิสูจน์หลักเกณฑ์ประการนี้จำต้องพิจารณาข้อสำคัญ 2 ประการ คือ ความเสียหายนั้นเป็นผลอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพ (Causation) และความเสียหายนั้นสามารถคาดเห็นได้ในขณะที่กระทำละเมิดและต้องเป็นความเสียหายที่กฎหมายยอมให้มีการชดใช้ได้ (Remoteness)[28] ลำพังเพียงแต่จะพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมายแล้ว และผู้รับบริการได้รับความเสียหายเท่านั้นหาเป็นการเพียงพอไม่

3.1 ความเสียหายนั้นเป็นผลอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพ (Causation) แนวทางการพิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำนั้น โดยศาลจำต้องพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นมีว่าอย่างไรและจะเกิดอะไรขึ้นหากการกระทำนั้นมิได้เกิดขึ้น (Causation in fact) ศาลของประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีได้นำหลัก "but for" มาใช้พิจารณา ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ ดังนี้

> "ความเสียหายจะไม่เกิดขึ้นเว้นแต่จะมีความประมาทเลินเล่อของจำเลย ถ้าไม่มีความประมาทเลินเล่อของจำเลย ความเสียหายก็จะไม่เกิดขึ้น แต่ถ้าปรากฏว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นเช่นเดียวกัน แม้ว่าไม่มีความประมาทเลินเล่อของจำเลย กรณีเช่นนี้ถือว่าความประมาทเลินเล่อของจำเลยมิใช่เป็นเหตุของความเสียหาย"[29]

---

[28] Inns of Court School of Law, Advanced Civil Litigation (Professional Negligence in Practice), p. 16.

[29] ศิณีนาถ เกียรติกังวาพไกล, "ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ," หน้า 24.

การใช้หลัก "but for" คล้ายกับเป็นการคาดหมาย (speculation) ว่าอะไรควรเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นหากจำเลยได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างสมบูรณ์แล้ว[30] โจทก์จะต้องพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแห่งการกระทำ ว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับไม่ควรเกิดขึ้นหากจำเลยมิได้ประมาทเลินเล่อ หรือจำเลยมิได้เป็นผู้ผิด ส่วนในเรื่องค่าเสียหายตามที่โจทก์ร้องขอนั้น ศาลจะกำหนดให้เพียงไร ศาลจะต้องพิจารณาต่อไปว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นควรมีขอบเขตเพียงไร

อย่างไรก็ดี ในบางครั้งมีเหตุการณ์เกิดขึ้นแทรก (intervening cause) ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำนั้น เป็นเหตุให้ต้องพิจารณาว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแทรกนั้น ได้ตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำละเมิดและผลเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ (Causation in law) ตัวอย่างเช่น โจทก์ประสบอุบัติเหตุทำให้ได้รับบาดเจ็บมาก่อนหน้านี้ การรักษาพยาบาลของแพทย์ในห้องฉุกเฉินและเป็นผลให้โจทก์ได้รับความเจ็บปวด ถือว่าเป็นเหตุที่เกิดขึ้นภายหลังอันเป็นเหตุแทรกแซง[31] เหตุแทรกแซงนี้จะตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนหน้าและผลท้ายที่สุดที่เกิดขึ้น ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดในผลท้ายที่สุดนั้น แต่ต้องรับผิดเฉพาะความเสียหายที่แท้จริงอันเกิดขึ้นเพราะผลแห่งการกระทำนั้น เหตุแทรกแซงที่เกิดขึ้นนั้น อาจเกิดขึ้นเพราะการกระทำของโจทก์เอง การกระทำของบุคคลที่สาม หรือเพราะธรรมชาติก็ได้

ข้อพิจารณาเหตุแทรกแซงนั้น ศาลคำนึงถึงปัจจัย 2 ประการ คือ

1. ลักษณะธรรมชาติของเหตุเกิดก่อนที่เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ (nature of the prior breach) ซึ่งมีหลักว่า ผู้ประกอบวิชาชีพไม่มีหน้าที่รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากเหตุแทรกแซง เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้รับบริการไม่สามารถตรวจพบถึงความประมาทเลินเล่อหรือความผิดพลาดในงานของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น กรณีเช่นนี้จะไม่ตัดขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหาย เพราะการที่ผู้รับบริการทำสัญญารับบริการทางวิชาชีพ ก็เพื่อต้องการบริการที่ไว้วางใจได้จากผู้ประกอบวิชาชีพโดยไม่มีความจำเป็นที่จะต้องตรวจสอบ แต่หากผู้รับบริการได้รับผิดชอบว่าได้ตรวจสอบแล้ว หรือพบความผิดพลาดในงานที่ปฏิบัติ แต่ยังคงตัดสินใจที่จะเสี่ยงต่อความสูญเสีย หรือเสียหายที่จะเกิดขึ้น กรณีย่อมเป็นการตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

2. ลักษณะธรรมชาติที่เป็นเหตุแทรกแซง (intervening natural event) ซึ่งแยกพิจารณาออกได้เป็น 3 กรณี คือ

1) หากการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนนั้นมิได้บ่งชี้ว่าใครเป็นผู้รับผิดในเหตุแทรกแซง ศาลจะพิจารณาว่าเหตุแทรกแซงมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเหตุที่เกิดขึ้นก่อนเพียงไร หากเหตุแทรกแซงมิได้เป็นผลมาจากการกระทำที่เกิดขึ้นก่อน หรือเรียกได้ว่าเหตุแทรกแซงเป็นเหตุ

---

[30] Stephen M. Grant and Linda Rothstein, Lawyer's Professional Liability, p. 95.

[31] West Group, "Negligence," West's Encyclopedia of American Law 7 (1998): 315

บังเอิญโดยแท้ เหตุแทรกแซงนั้นจะตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนและผลสุดท้ายที่เกิดขึ้น

2) หากเหตุแทรกแซงเป็นการกระทำโดยมิได้ประมาทเลินเล่อของบุคคลที่สาม การกระทำของบุคคลที่สามจะไม่ตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนและผลสุดท้ายที่เกิดขึ้น ผู้กระทำละเมิดยังคงมีความรับผิดในผลที่เกิดขึ้นนั้น เช่น การที่ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บจากการถูกรถชน และต้องบาดเจ็บเพิ่มขึ้นจากการรักษาอย่างถูกวิธีของแพทย์ในโรงพยาบาล ผู้กระทำละเมิดยังต้องรับผิดในผลท้ายที่สุดนั้นด้วย เป็นต้น

3) หากเหตุแทรกแซงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของบุคคลที่สาม เหตุแทรกแซงนั้นจะตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนและผลสุดท้ายที่เกิดขึ้น หากเหตุแทรกแซงเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อมากเท่าใด ก็ยิ่งจะเป็นการแน่นอนที่จะตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนและผลสุดท้ายที่เกิดขึ้นมากขึ้นเท่านั้น

3.2 ความเสียหายนั้นสามารถคาดเห็นได้ในขณะที่กระทำละเมิดและต้องเป็นความเสียหายที่กฎหมายยอมให้มีการชดใช้ได้ (Remoteness) ขอบเขตความรับผิดของความเสียหายที่สืบเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพ ในกรณีความรับผิดในผลแห่งการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ผู้เป็นโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะมีเหตุแทรกแซงประกอบด้วยหรือไม่ก็ตาม ผู้ประกอบวิชาชีพสามารถคาดเห็นได้ (foreseeability) หากเป็นผลเสียหายที่เกิดขึ้นโดยที่ผู้ประกอบวิชาชีพไม่สามารถคาดเห็นได้ ผู้ประกอบวิชาชีพก็ไม่ต้องรับผิด[32] หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพจำกัดอยู่เพียงความเสียหายที่ไม่ไกลเกินกว่าเหตุ (too remote) ในกรณีที่ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นอันเป็นผลตามมาจากการถูกกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ เช่น ความเสียหายที่จะได้รับค่าจ้างค่าตอบแทนจากสัญญาที่ทำขึ้นกับบุคคลภายนอกหลังจากที่พ้นจากการรักษาอย่างถูกต้องของแพทย์ เป็นต้น จะถือว่าเป็นความเสียหายที่อาจคาดหมายได้ต่อเมื่อผู้รับบริการได้บอกกล่าวให้แก่แพทย์ทราบถึงความเสียหายเหล่านี้ หรือเป็นเรื่องที่แพทย์อาจทราบได้เองจากพฤติการณ์แวดล้อม ผู้รับบริการก็ควรที่จะเรียกให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายเหล่านี้ได้

#### 2.2.1.2 ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

การพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีนั้น ใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพอื่นๆ โดยทั่วไป กล่าวคือ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องมีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ฝ่าฝืนหน้าที่นั้นด้วยการไม่ใช้ความ

---

[32] Ibid.

ระมัดระวังและทักษะทางวิชาชีพที่เหมาะสม (Breach of Duty) และผลของการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับบริการ (Causation and Remoteness)[33]

1. ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องมีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) หน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีต่อผู้รับบริการนั้นเกิดขึ้นทันทีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้นยอมรับที่จะรักษาผู้ป่วย และหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังเช่นนี้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ขึ้นระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้เข้ารับบริการที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังและทักษะทางวิชาชีพอย่างเหมาะสม และหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังเกิดขึ้นได้ไม่ว่าจะมีความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้รับบริการหรือไม่ก็ตาม[34]

เมื่อปี ค.ศ. 1957 Later Nathan กล่าวไว้ว่า "หน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นย่อมเกิดขึ้น...แยกต่างหากจากความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผู้ป่วย และอยู่บนพื้นฐานของการเข้ารับดูแลและรักษาผู้ป่วย"[35]

Nathan ยังได้กล่าวไว้อีกว่า หน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกิดขึ้นเนื่องจากผู้นั้นได้ถูกสันนิษฐานไว้ว่าจะต้องมีความรับผิดชอบในการดูแลรักษาหรือปฏิบัติหน้าที่ทางเวชกรรมต่อผู้ป่วย และหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนี้เอง ไม่ว่าจะเกิดขึ้นด้วยการเข้ารับดูแล (undertaking) หรือจะเกิดขึ้นเนื่องด้วยถูกสันนิษฐานไว้ว่าจะต้องมีความรับผิดชอบในการดูแลรักษา (assumption of responsibility) ถือเป็นดุลยพินิจของศาลที่จะตีความว่าเกิดหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังขึ้นหรือไม่[36]

แม้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะมีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้เข้ารับบริการตามหลักของกฎหมายแล้ว ในบางครั้งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ต้องมีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลที่สาม (Third Party) ซึ่งมิใช่ผู้รับบริการของตนด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น ในคดี Urbanski Vs Patel ของประเทศแคนนาดา เมื่อปี ค.ศ. 1978 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ผ่าตัดเคลื่อนย้ายไตของผู้ป่วยโดยเข้าใจผิดว่าเป็นกระเพาะปัสสาวะ เป็นเหตุให้บิดาของผู้ป่วยต้องบริจาคไตของตนเพื่อช่วยชีวิตของลูกตนไว้ คดีนี้ถือเป็นความประมาทเลินเล่อที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องรับผิดต่อบิดาของผู้ป่วยนั้นด้วยในฐานะที่ตนมีหน้าที่ที่ต้องใช้

---

[33] Ibid., p. 310.

[34] Inns of Court School of Law, Advanced Civil Litigation (Professional Negligence in Practice), p. 6.

[35] Ian Kennedy and Andrew Grubb, Principles of Medical Law, p. 294.

[36] Ibid., p. 341.

ความระมัดระวังต่อบุคคลที่สามด้วย[37] หรือในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทำหน้าที่รักษาผู้ป่วยซึ่งเขารู้หรือควรจะรู้ว่าตั้งครรภ์ หากเกิดความผิดพลาดในการรักษามารดาของเด็กและมีผลกระทบต่อเด็ก ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้นจะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กที่ยังไม่คลอดนั้นด้วย[38] เป็นต้น

2. ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ฝ่าฝืนหน้าที่นั้นด้วยการไม่ใช้ความระมัดระวังและทักษะทางวิชาชีพที่เหมาะสม (Breach of Duty) เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้รับบริการหรือต่อบุคคลที่สามแล้ว หลักเกณฑ์ประการต่อมาคือ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นได้ฝ่าฝืนหน้าที่นั้นด้วยการไม่ใช้ความระมัดระวังและทักษะทางวิชาชีพที่เหมาะสม โดยเกณฑ์มาตรฐานความระมัดระวัง (Standard of Care) ที่นำมาใช้ประกอบการวินิจฉัยความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ในคดี Adkins Vs Ropp ในปี ค.ศ. 1938 ศาลได้วินิจฉัยว่า

"เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือศัลยแพทย์ได้ถูกสันนิษฐานไว้ว่ามีหน้าที่ที่ต้องดูแลรักษาผู้ป่วย หากมิได้มีข้อสัญญาใดๆ เป็นพิเศษแล้ว กฎหมายถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ให้สัญญาโดยปริยายที่จะใช้ทักษะทางวิชาชีพอันเหมาะสมและปกติธรรมดาตามความรู้ทางวิชาชีพ และผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอย่างน้อยที่สุดจะต้องใช้ทักษะอันเหมาะสม ความเอาใจใส่และความเพียรพยายามในการรักษาผู้ป่วยนั้น สัญญาโดยปริยายนี้มิได้หมายความรวมถึงผลสำเร็จในการรักษา และมิได้หมายความว่าหากผู้ป่วยได้รับการรักษาแล้วไม่หายจากโรคจะถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม แต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องใช้ความพยายามและทักษะอย่างปกติธรรมดาที่ควรใช้ในการรักษาผู้ป่วยนั้น"[39]

คดีที่นักกฎหมายอังกฤษมักจะหยิบยกขึ้นมาเป็นแนวทางในการต่อสู้คดีเสมอก็คือ คดีความรับผิดทางละเมิดโดยประมาทเลินเล่อเรื่อง Bolam Vs Friern Hospital Management Committee ในปี ค.ศ 1657 หรือเป็นที่รู้จักกันดีในหมู่นักกฎหมายอังกฤษว่า คดี Bolam Test ซึ่งเป็นคดีที่ศาลของประเทศอังกฤษได้ตัดสินเพื่อวางบรรทัดฐานให้กับคดีหลังๆ ได้ถือเป็นแนววินิจฉัยเกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพ

คดีนี้ ผู้เรียกร้องเป็นอาสาสมัครเข้ารับการทดลองการรักษาในโรงพยาบาลของจำเลย โดยวิธีการรักษานั้นเป็นการรักษาโดยใช้คลื่นไฟฟ้ากระตุกซึ่งเป็นที่รู้กันดีว่าจะก่อให้เกิดผลข้างเคียงต่อการควบคุมการเคลื่อนไหวร่างกาย แต่ก็สามารถบรรเทาลงได้ด้วยการใช้ยาคลาย

---

[37] Inns of Court School of Law, Advanced Civil Litigation (Professional Negligence in Practice), p. 6.

[38] Ibid., p. 9.

[39] A. R. Holder, Medical Malpractice Law 2nd Edition, p. 44.

กล้ามเนื้อ แต่ในการรักษาครั้งนี้ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมิได้ให้ยาเพื่อบรรเทาอาการหรือมิได้กระทำการใดๆ อันจะทำให้ผลข้างเคียงนั้นลดลง และผู้เรียกร้องก็มิได้รับคำเตือนถึงผลข้างเคียงที่จะเกิดขึ้นนั้นจากการบอกกล่าวของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ทำการรักษา ระหว่างการรักษาด้วยวิธีการใช้คลื่นไฟฟ้ากระตุก ผู้เรียกร้องเกิดรอยร้าวบริเวณกระดูกเชิงกราน จึงเป็นเหตุให้ผู้เรียกร้องฟ้องผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นคดีว่าได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้ผู้เรียกร้องได้รับความเสียหาย

คดีนี้ McNair J ได้กล่าวว่า "ในสถานการณ์ที่มีความเกี่ยวข้องกับการใช้ทักษะพิเศษหรือความสามารถพิเศษ การจะพิจารณาว่าเกิดความประมาทเลินเล่อขึ้นหรือไม่นั้นไม่อาจพิจารณาได้จากบุคคลสามัญโดยทั่วไป เพราะเหตุว่าบุคคลสามัญโดยทั่วไปมิได้มีทักษะพิเศษเช่นว่านั้น การพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลผู้มีทักษะความสามารถเป็นพิเศษอย่างธรรมดาที่ใช้ความสามารถพิเศษเช่นว่านั้น ไม่ต้องคำนึงว่าผู้นั้นจะต้องใช้ทักษะพิเศษนั้นในระดับสูง แต่ต้องคำนึงว่าผู้นั้นได้ใช้ทักษะความสามารถอย่างปกติธรรมดาที่ผู้มีทักษะความสามารถเช่นนั้นโดยทั่วไปจะได้ใช้หรือไม่"[40]

Bolam Test ถือเป็นคดีบรรทัดฐานที่ใช้สำหรับการวินิจฉัยว่ามาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ทางวิชาชีพเวชกรรมนั้นจะต้องพิจารณาจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยกันเองและมีอยู่ในระดับปกติธรรมดาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยทั่วไปจะพึงใช้ คดีนี้ถือเป็นบรรทัดฐานให้กับคดีที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อไม่เฉพาะแต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น แต่ยังสามารถปรับใช้กับมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ทางวิชาชีพในแขนงอื่นๆ ได้ด้วย ซึ่งต่อมาในคดี Sidaway Vs Governors of the Bethlem Royal Hospital เมื่อปี ค.ศ. 1985 ศาลได้มีคำวินิจฉัยอันเป็นการขยายหลัก Bolam Test ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดย Lord Scarman ได้วินิจฉัยไว้ว่า

"หลักในคดี The Bolam นั้นอาจกล่าวได้เป็นบรรทัดฐานว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ถือว่าได้กระทำการอันเป็นการประมาทเลินเล่อ หากผู้นั้นได้กระทำการรักษาในแนวทางที่เป็นที่ยอมรับว่าเป็นแนวทางที่ถูกต้องเหมาะสมแล้วตามความเห็นของกลุ่มผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งมีความรับผิดชอบ แม้ว่าจะมีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมคนอื่นๆ ได้ให้การรักษาในแนวทางที่แตกต่างออกไปก็ตาม กล่าวโดยย่อก็คือ หน้าที่ความระมัดระวังนั้นกฎหมายเป็นผู้กำหนด แต่มาตรฐานความระมัดระวังนั้นขึ้นอยู่กับสภาพความเป็นจริงของการประกอบวิชาชีพ"[41]

จะเห็นได้ว่า ในคดี Sidaway Vs Governors of the Bethlem Royal Hospital นั้นเท่ากับศาลของกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีได้ขยายหลักของคดี Bolam Test ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยกำหนดว่าการพิจารณาหลักความรับผิดทางวิชาชีพไม่เพียงแต่

---

[40] Ian Kennedy and Andrew Grubb, Principles of Medical Law, pp. 336-337.

[41] Ibid., p. 341.

ต้องพิจารณาว่ามาตรฐานความระมัดระวังที่นำมาวินิจฉัยความประมาทเลินเล่อจะต้องเป็นมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยกันเท่านั้น แต่มาตรฐานดังกล่าวนี้ จะต้องเป็นมาตรฐานที่กลุ่มของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยกันเองให้การยอมรับแล้วว่าเป็นเรื่องที่ถูกต้องเหมาะสม แม้ว่าจะมีแนวทางปฏิบัติอีกทางหนึ่งในขณะนั้นที่อาจเลือกได้ก็ตาม แต่หากเป็นแนวทางที่ถูกต้องเหมาะสมแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพดังกล่าวก็ไม่ถือว่าประมาทเลินเล่อ ดังนั้น มาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในหลักความรับผิดทางวิชาชีพต้องพิจารณาตามความเห็นของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมส่วนใหญ่นั่นเอง จึงเห็นได้ว่า ศาลมิได้ถือเอาความเห็นของตนเป็นเครื่องตัดสินไปทุกกรณี ศาลได้เปิดโอกาสให้หลักความรับผิดทางวิชาชีพนี้พัฒนาไปได้ตามความเหมาะสมของข้อเท็จจริงแห่งสภาพสังคมในขณะนั้นๆ

ดังนั้น เกณฑ์มาตรฐานความระมัดระวัง (Standard of Care) ที่ใช้เปรียบเทียบกับการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็คือ มาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วยกันนั้นเอง เพราะผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้มีทักษะความรู้ความสามารถทางด้านการรักษายิ่งกว่าบุคคลตามธรรมดาโดยทั่วไป (Ordinary man) จึงไม่อาจนำบุคคลโดยทั่วไปมาเปรียบเทียบมาตรฐานความระมัดระวังได้

นอกจากการพิจารณาถึงเกณฑ์มาตรฐานความระมัดระวัง (Standard of Care) แล้ว ศาลยังพิจารณาถึงความเชี่ยวชาญของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วย ซึ่งในประการนี้ศาลในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีได้แยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณี คือ

1. ความเชี่ยวชาญในแต่ละด้านของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยเห็นว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีความเชี่ยวชาญ ชำนาญ ในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยเฉพาะทางย่อมต้องได้รับการคาดหวังจากผู้เข้ารับบริการว่าจะต้องได้รับการรักษาที่ได้มาตรฐานดีกว่าการเข้ารับการรักษากับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่รักษาตามสถานพยาบาลโดยทั่วๆ ไป ความคาดหวังดังกล่าวจึงเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้การพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านแตกต่างจากมาตรฐานโดยทั่วไป โดยมาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านนั้น ต้องเปรียบเทียบกับการปฏิบัติหน้าที่โดยปกติทั่วไปของผู้ประกอบวิชาชีพในความเชี่ยวชาญเดียวกัน อย่างไรก็ดี แม้จะเป็นที่คาดหวังได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านจะมีมาตรฐานทางวิชาชีพที่สูงกว่ามาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยทั่วไปก็ตาม แต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านก็ไม่จำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังในระดับสูงสุดที่จะพึงใช้ได้ในวิชาชีพเฉพาะด้านของตน

2. สถานะของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถือเป็นส่วนประกอบอีกประการหนึ่งที่จะใช้พิจารณาถึงมาตรฐานความระมัดระวังที่จำเลยจะต้องมีต่อผู้ได้รับผลร้าย กล่าวคือ ศาลของกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีจะพิจารณาสถานะความรับผิดชอบของ

ผู้ประกอบวิชาชีพในขณะที่มีเหตุละเมิดเกิดขึ้นมากกว่าที่จะพิจารณาถึงความเชี่ยวชาญ หรือประสบการณ์ส่วนบุคคลของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น หลักนี้สามารถเห็นได้ชัดเจนจากคดี Wilsher Vs Essex Area Health Authority ในปี ค.ศ. 1987 ซึ่งในคดีนั้น ผู้เรียกร้องเป็นทารกซึ่งคลอดก่อนกำหนดและต้องรับการดูแลในแผนกดูแลพิเศษ โดยมีเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในขณะนั้น 2 คน คือ เจ้าหน้าที่ทะเบียนและแพทย์ฝึกหัดหนึ่งคน ศาลอุทธรณ์ด้วยคะแนนเสียง 2 ต่อ 1 เสียงวินิจฉัยว่าหน้าที่ระมัดระวังที่เกิดขึ้นมิได้พิจารณาจากประสบการณ์ส่วนบุคคลของแพทย์ผู้นั้น แต่ต้องพิจารณาจากความรับผิดชอบในขณะนั้นของแพทย์เป็นสำคัญ

ในคดีนี้ Mustill L J ได้กล่าวว่า "มาตรฐานความระมัดระวังมิได้ขึ้นอยู่กับความสามารถและความรู้ในระดับของแพทย์ฝึกหัด (หรือไม่ว่าแพทย์นั้นจะมีตำแหน่งอะไรก็ตาม) แต่ขึ้นอยู่กับหน้าที่ที่ดนรับผิดชอบอยู่ในขณะนั้นว่าต้องใช้ความเชี่ยวชาญอย่างสูงในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่"[42]

ต่อมาในคดี Djemal Vs Bexley Health Authority ปี ค.ศ. 1995 ก็ได้ตัดสินยืนยันตามหลักที่วางไว้ในคดี Wilsher โดยวินิจฉัยว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่แพทย์ มีประสบการณ์เป็นเวลา 4 เดือน เข้ารับหน้าที่ในฐานะเจ้าหน้าที่ประจำแผนกอุบัติเหตุร้ายแรง การวินิจฉัยโรคที่ผิดพลาดเป็นเหตุให้สมองของผู้ป่วยได้รับความเสียหาย จะถือได้ว่าขาดความระมัดระวังอันพึงมีหรือไม่จะต้องพิจารณาในฐานะที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้นเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในแผนกอุบัติเหตุร้ายแรง มิใช่พิจารณาจากประสบการณ์ส่วนบุคคลของผู้นั้น[43]

สำหรับในเรื่องระดับของมาตรฐานความระมัดระวัง (Degree of Care) ที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องปฏิบัติในหน้าที่ให้การรักษาผู้ป่วยนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะทางเช่นตนจะปฏิบัติอย่างปกติธรรมดาในทางวิชาชีพ ฉะนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงไม่จำเป็นต้องใช้ทักษะความสามารถอย่างสูงสุดในการรักษาผู้ป่วย แต่กระนั้นก็ตามผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็จะใช้ความระมัดระวังในระดับที่ต่ำกว่าแพทย์ระดับเดียวกับตนโดยทั่วไปจะปฏิบัติก็ไม่ได้ ซึ่งหลักในการพิจารณาระดับของมาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็มาจากหลักในคดี Bolam Test นั่นเอง

3. ผลของการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับบริการ (Causation and Remoteness) ถือเป็นหลักเกณฑ์ประการสุดท้ายที่ใช้พิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

---

[42] Inns of Court School of Law, Advanced Civil Litigation (Professional Negligence in Practice), pp. 10-11.

[43] Ian Kennedy and Andrew Grubb, Principles of Medical Law, p. 361.

ผลของความเสียหายนั้นจะต้องเกิดขึ้นจากเหตุที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ แม้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะได้ฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังแล้วก็ตาม แต่หากมิได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้รับบริการ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ไม่ต้องรับผิดในผลนั้น ในเรื่องนี้จะต้องพิจารณาว่า ความเสียหายนั้นเป็นผลอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือไม่ (Causation) และความเสียหายนั้นสามารถคาดเห็นได้ในขณะที่กระทำละเมิดและต้องเป็นความเสียหายที่กฎหมายยอมให้มีการชดใช้ได้หรือไม่ (Remoteness) ข้อพิจารณานี้ก็เป็นข้อพิจารณาเดียวกันกับที่ใช้พิจารณาความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพโดยทั่วไปนั่นเอง

หลักที่ใช้ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกับผลแห่งความเสียหายในหลักความรับผิดทางวิชาชีพนั้น ศาลกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีได้อาศัยหลัก "but for test" ขึ้นมาเพื่อพิจารณา กล่าวคือ จะไม่เกิดความความเสียหายขึ้นกับผู้เป็นโจทก์เว้นเสียแต่ว่าจะได้มีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นจำเลย ตัวอย่างของการนำหลัก "but for test" มาใช้ในศาลกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี เช่น

ค ดี Barnett Vs Chelsea & Kensington Hospital Management Committee ในปี ค.ศ. 1969 ซึ่งข้อเท็จจริงเป็นเรื่องยามรักษาการณ์ 3 คนถูกส่งตัวเข้าแผนกฉุกเฉินในคืนหนึ่งหลังจากที่ได้ดื่มชาถ้วยหนึ่งไปแล้วก็เกิดการอาเจียน เจ้าหน้าที่ในแผนกและพยาบาลได้ส่งตัวเขาทั้ง 3 คนกลับบ้านพร้อมด้วยคำแนะนำให้มาพบหมอในเช้าวันรุ่งขึ้น ปรากฏว่าในคืนนั้นเองสามีของผู้เรียกร้องถึงแก่ความตายด้วยพิษของสารหนู ศาลได้วินิจฉัยว่า อย่างไรเสียผู้ตายก็ต้องถึงแก่ความตายแม้ว่าจะได้มีการรักษาอย่างถูกต้องของผู้ประกอบวิชาชีพในคืนนั้นก็ตาม เนื่องจากในขณะที่ได้วินิจฉัยโรคนั้น ผู้ตายมาถึงสถานพยาบาลเกินเวลาที่จะสามารถช่วยชีวิตไว้ได้แล้ว

จะเห็นได้ว่า ในคดีเช่นนี้ ศาลได้หยิบยกหลัก "but for test" มาใช้โดยวินิจฉัยว่า แม้จะได้มีการรักษาเยียวยาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในขณะนั้นก็ตาม ผลที่เกิดขึ้นก็ยังคงต้องเกิดขึ้นอยู่นั่นเอง แต่ในทางกลับกัน ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้รักษาอาการของผู้ป่วยในขณะนั้นแล้ว จะทำให้ผู้ป่วยมีอาการทุเลาลง หรือไม่ถึงแก่ความตาย ผลแห่งการกระทำละเมิดนั้นย่อมเป็นผลจากการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงมีความรับผิดทางละเมิด

หรือตัวอย่างในคดี Wilsher Vs Essex AHA ในปี ค.ศ. 1988 ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องเกี่ยวกับเด็กที่คลอดก่อนกำหนดและเกิดความเสียหายภายในดวงตา มีผลกระทบต่อการมองเห็นของเด็ก ในกรณีเช่นนี้ศาลสูงของอังกฤษเห็นว่ามีความประมาทเลินเล่อเกิดขึ้นในการให้ออกซิเจนแก่เด็ก แต่ถึงอย่างไรก็ดี เหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายเช่นนั้นมิได้เกิดจากเหตุเพราะ

ความประมาทเลินเล่อของจำเลยแต่เพียงเหตุเดียว แต่มีเหตุอื่นประกอบรวมถึง 5 เหตุ ความประมาทเลินเล่อเป็นเพียงส่วนหนึ่งที่ก่อความเสี่ยงที่จะทำให้เกิดความเสียหาย ผู้เรียกร้องยังไม่สามารถจะแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าความประมาทเลินเล่อในการให้ออกซิเจนเช่นนั้นจะเป็นเหตุร้ายแรงให้เกิดความเสียหายแก่เด็ก

ในคดีนี้ หากจะได้เปรียบเทียบกับทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมที่ใช้วินิจฉัยความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างความผิดและความเสียหายในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว จะเห็นได้ว่า ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมถือว่าเหตุที่ประกอบขึ้นเป็นผลเสียหายนั้น ผู้กระทำผิดจะต้องรับผิดในผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ก่อความเสียหายเท่านั้น ผู้ก่อความเสียหายไม่จำเป็นต้องรับผิดในความเสียหายอื่นเกินไปกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตน แต่ในศาลของกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีนั้น ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ต้องรับผิดทางละเมิดเนื่องจากความประมาทเลินเล่อมิใช่เป็นเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น และยังมีเหตุอื่นๆ ประกอบกันเข้าทำให้เกิดผลของความเสียหาย

ดังได้กล่าวไว้แล้วว่าความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในเรื่องภาระการพิสูจน์ว่า "คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอันเป็นมูลพิพาทขึ้น ฝ่ายนั้นมีหน้าที่นำสืบ" (he who asserts a matter must prove it) ซึ่งมีที่มาจากหลักกฎหมายโรมันที่ว่า "ภาระการพิสูจน์ตกแก่คู่ความซึ่งกล่าวอ้าง หาได้ตกอยู่แก่ผู้ปฏิเสธไม่" (ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat) ดังนั้น ภาระการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยหลักแล้วจึงตกอยู่แก่โจทก์ผู้กล่าวอ้าง

ภาระในการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นถือเป็นความยากลำบากอย่างยิ่งที่โจทก์จะสามารถแสดงให้ศาลเห็น เนื่องจากข้อเท็จจริงหลายประการโจทก์ไม่สามารถที่จะรู้ได้ ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่โจทก์เข้ารับบริการทางการแพทย์ ซึ่งต้องมีการผ่าตัด สภาพของโจทก์ในขณะที่เข้ารับการผ่าตัดนั้นยังคงเป็นปกติ ขณะเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเข้าทำการผ่าตัดนั้น โจทก์ไม่ทราบความเป็นไปขณะผ่าตัดเพราะโจทก์ต้องรับการวางยาสลบ ข้อเท็จจริงในความเป็นไปขณะผ่าตัดจึงอยู่ในความรู้เห็นของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมฝ่ายเดียว เมื่อโจทก์ฟื้นจากการผ่าตัดและได้รับความเจ็บปวด หรือผลการรักษาไม่เป็นที่พอใจ การพิสูจน์การกระทำในขณะผ่าตัดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงเป็นเรื่องยาก นอกจากนั้นในการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อ หลายกรณีต้องอาศัยความเชี่ยวชาญและความรู้เฉพาะด้านทางการแพทย์ โจทก์ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาย่อมไม่ทราบถึงวิธีการโดยเฉพาะที่ถูกต้องของการรักษานั้น ในกรณีที่กล่าวมานี้ศาลในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีจึงบรรเทาภาระการพิสูจน์ของ

โจทก์ดังกล่าว โดยใช้หลัก Res Ipsa Loquitur (The thing speaks for itself) โดยกำหนดให้การพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อตกเป็นภาระแก่ผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งเป็นจำเลย

หลัก Res Ipsa Loquitur (The thing speaks for itself) นั้นเป็นหลักประการสำคัญของหลักความรับผิดทางวิชาชีพ และถือเป็นกฎแห่งพยานหลักฐาน มิใช่เป็นหลักในทางกฎหมายสารบัญญัติ[44] และถูกนำมาใช้โดยเฉพาะในคดีละเมิดซึ่งเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อ (The Tort of Negligence) โดยได้มีการอ้างอิงครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1863 ในคดี Byrne Vs Bosdle ซึ่งเป็นเรื่องถังเก็บแป้งสาลีหล่นลงมาใส่ผู้ที่เดินผ่านมา ผู้พิพากษา William Erle C. J. กล่าวไว้ในคดีนี้ว่า

> "but when the thing is shown to be under the management of the defendant or his servants, and the accident is such as in the ordinary course of things does not happen if those who have the management use proper care, it affords reasonable evidence, in the absence of explanation by the defendant, that the accident arose from want of care"

ซึ่งสามารถถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า "แต่เมื่อสถานการณ์ถูกแสดงให้เห็นแล้วว่าอยู่ภายใต้การจัดการของจำเลยเองหรือลูกจ้างของจำเลย และเหตุแห่งความเสียหายเช่นว่านั้นโดยปกติแล้วย่อมไม่เกิดขึ้นหากผู้ที่มีหน้าที่จัดการได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร เมื่อจำเลยมิได้สืบให้เห็นเป็นอย่างอื่น ย่อมรับฟังได้ตามพยานหลักฐานอันสมเหตุสมผลนั้นว่าเหตุแห่งความเสียหายนั้นเป็นเพราะจำเลยขาดความระมัดระวัง"

คำวินิจฉัยดังกล่าวของผู้พิพากษา William Erle C. J. จึงถือเป็นบรรทัดฐานของศาลกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีในระยะต่อมา และนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาใช้ในคดีละเมิดที่เกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อ

หลักเกณฑ์ 3 ประการ[45] ที่ต้องพิสูจน์ให้เห็นเสียก่อนเพื่อนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาใช้แก่คดี ได้แก่

1. ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่โจทก์นั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่ตามธรรมดาจะต้องไม่เกิดขึ้นเว้นแต่โดยความประมาทของบุคคลอื่น

2. ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่โจทก์จะต้องมีสาเหตุจากเครื่องมือหรือเงื่อนไขที่อยู่ภายใต้ความควบคุมของจำเลย

3. โจทก์จะต้องไม่มีส่วนรับผิดชอบในเหตุแห่งความเสียหายนั้น

---

[44] West Group, "Res ipsa loquitur," West's Encyclopedia of American Law 9 (1998): 13

[45] Ibid., pp. 13-15.

เมื่อโจทก์สามารถพิสูจน์ให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ 3 ประการข้างต้นแล้ว มีผลทำให้โจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลย เป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องนำสืบหักล้างว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นมิได้เกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อของตน

แต่แม้จะนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาใช้ในคดีที่ต้องการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อของจำเลยแล้วก็ตาม ศาลก็อาจจะฟังว่าจำเลยมิได้ประมาทเลินเล่อก็ได้ หากจำเลยซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถแสดงให้ศาลเห็นได้ว่าตนได้ปฏิบัติตามมาตรฐานทางวิชาชีพอย่างเหมาะสมแล้ว อย่างไรก็ดี หลัก Res Ipsa Loquitur ไม่อาจนำมาใช้ได้หากเป็นกรณีที่มีพยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่าความเสียหายมิได้เกิดจากความประมาทเลินเล่อ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หลัก Res Ipsa Loquitur ไม่อาจนำมาใช้ในคดีละเมิดที่เกิดขึ้นจากความจงใจของผู้กระทำละเมิด

โดยสรุปแล้ว แม้ในคดีละเมิด ภาระการพิสูจน์ความผิดจะตกแก่โจทก์ แต่ในคดีที่เกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของจำเลย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความประมาทเลินเล่อที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นการยากที่โจทก์จะรู้เห็นถึงข้อเท็จจริงอันเป็นมูลเหตุของความประมาทเลินเล่อนั้น ทั้งความรู้ ความเชี่ยวชาญในวิชาชีพเวชกรรมยังเป็นเรื่องเฉพาะบุคคลที่โจทก์ไม่อาจรู้ถึง การพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยประมาทเลินเล่อในทางวิชาชีพจึงเป็นข้อเท็จจริงที่ยากจะพิสูจน์ได้ ศาลในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีจึงได้พยายามที่จะบรรเทาภาระดังกล่าวโดยนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาใช้ในคดีที่ต้องการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยผลักภาระในการพิสูจน์ไปให้แก่จำเลย เพื่อให้จำเลยนำสืบว่าความเสียหายมิได้เกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อของตน

### 2.2.2 กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร

ความรับผิดทางละเมิดในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรย่อมสามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมายของประเทศนั้นๆ ซึ่งมีองค์ประกอบของกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป แต่ความรับผิดของบุคคลยังคงอยู่บนพื้นฐานของความผิด (Liability based on Fault) กล่าวคือ บุคคลจะมีความรับผิดทางละเมิดได้ ก็ควรที่จะได้รับการพิสูจน์ว่าได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย ซึ่งแนวคิดพื้นฐานดังกล่าวนี้เป็นแนวคิดที่มุ่งคุ้มครองความบริสุทธิ์ของบุคคลที่ก่อความเสียหาย โดยผู้ที่ได้รับผลร้ายนั้นจะต้องพิสูจน์ว่าผลของความเสียหายเป็นผลที่เกิดขึ้นจากเหตุที่ผู้ถูกกล่าวหานั้นก่อขึ้นจริง

การพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น กฎหมายของประเทศเหล่านี้มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะเรื่องดังเช่นกรณีของความรับผิดทางวิชาชีพในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี แต่จะวินิจฉัยจากหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดกรณีทั่วไปซึ่งใช้พิจารณาความรับผิดทางละเมิดของ

วิญญูชนธรรมดา ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิดในกฎหมายทั่วไป จึงนำมาใช้กับความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพด้วย

ในการศึกษาถึงหลักความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพจะได้มุ่งเน้นศึกษาถึงหลักความรับผิดทางละเมิดของประเทศที่สำคัญ 2 ประเทศ คือ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยเห็นว่ากฎหมายละเมิดของทั้งสองประเทศต่างมีส่วนสำคัญในต้นร่างของลักษณะละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา 823 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และมีลักษณะคล้ายคลึงกับมาตรา 1382 และมาตรา 1383 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส นอกจากนั้น ผู้เขียนได้ศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติมในรายละเอียดของหลักกฎหมายทั้งสองประเทศ เพื่อให้การอธิบายหลักเกณฑ์ของกฎหมายกระจ่างชัดยิ่งขึ้น และสำหรับหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพในประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกันนั้น จะได้ขอกล่าวไว้ในบทถัดไป

**2.2.2.1 หลักทั่วไปของความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ**

หลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสหรือประเทศเยอรมัน ก็ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในเรื่องละเมิดโดยทั่วไปเช่นเดียวกันเนื่องจากมิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพไว้โดยเฉพาะ สำหรับบทบัญญัติในเรื่องละเมิดของฝรั่งเศสนั้น กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1382 และมาตรา 1383 ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีบทบัญญัติที่ถือว่าเป็นความรับผิดทางละเมิดในกรณีทั่วไปที่สำคัญอยู่ 3 ส่วน (Three major general grounds of tort liability)[46] คือ มาตรา 823 วรรคหนึ่ง มาตรา 823 วรรคสอง และมาตรา 826

ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพในประเทศฝรั่งเศสนั้น ต้องพิจารณาตามมาตรา 1382 และมาตรา 1383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดทั่วไป มาตรา 1382 บัญญัติว่า

"Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à réparer"

---

[46] Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, Introduction to German Law (The Hague: Kluwer Law International, 1996), p. 198.

I 22465078

ซึ่งถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า "การกระทำใดๆ ของบุคคลซึ่งก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น บุคคลซึ่งกระทำความเสียหายโดยความผิดนั้นจำต้องทดแทนความเสียหาย"[47]

ส่วนมาตรา 1383 นั้น เป็นความรับผิดทางละเมิดของบุคคลอันเนื่องมาจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

"Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence"

ถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า "บุคคลต้องรับผิดในความเสียหายที่ตนได้ก่อขึ้น ไม่เพียงแต่การกระทำโดยจงใจของตนเท่านั้น แต่ยังรับผิดในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือปราศจากความระมัดระวังอีกด้วย"[48]

เมื่อพิจารณาแล้วมาตรา 1382 และมาตรา 1383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีหลักเกณฑ์ร่วมกัน 3 ประการ คือ

1. ความเสียหาย (dommage)

2. ความผิด (faute)

3. ความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างความผิดและความเสียหาย (relation de cause à effet entre la faute et le dommage)

1. ความเสียหาย (dommage) เป็นหลักเกณฑ์ประการแรกที่จะต้องพิจารณาในกฎหมายละเมิดฝรั่งเศส ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า การกระทำอันเป็นการละเมิดต่อบุคคลอื่นได้นั้น ข้อสำคัญคือ การกระทำละเมิดนั้นต้องก่อให้เกิดผลเสียหายแก่บุคคลผู้ถูกละเมิดด้วย หากความผิดที่ได้กระทำไปนั้นมิได้เกิดผลเสียหายอย่างใดๆ ผู้กระทำก็ไม่มีความรับผิดในเรื่องละเมิดแต่อย่างใด ข้อสำคัญประการนี้เป็นข้อสำคัญที่แยกความแตกต่างระหว่างความรับผิดทางละเมิดกับความรับผิดทางอาญาอีกส่วนหนึ่งด้วย

ความเสียหาย มีความหมายว่า ความสูญเสียหรือความเสียหายอันเป็นผลจากการล่วงสิทธิ ซึ่งมีความแตกต่างจากคำว่า injure ซึ่งมีความหมายว่า การล่วงสิทธิของบุคคลอื่นอันมีความหมายเป็นลักษณะของการกระทำของผู้ก่อความเสียหาย ส่วนคำว่า ความเสียหาย นั้นเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการล่วงสิทธิ[49] (Abuse of Right) นั้น ในกฎหมายฝรั่งเศสเรียกความเสียหายว่า "dommage" หรือ "prejudice" มาจากภาษาลาตินว่า "damnum" แปลว่าสิ่งที่ชำรุดบกพร่องแก่

---

[47] ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท กฎหมายเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 22.

[48] เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

[49] John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, Principles of French law (New York: Oxford University Press, 1998), p. 364.

ทรัพย์สิ่งหนึ่ง[50] ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น อาจเป็นความเสียหายที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้หรือไม่สามารถจะคำนวณเป็นเงินได้ สำหรับความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้นั้น กฎหมายของทุกประเทศต่างยอมรับให้ชดใช้กันได้ เรียกว่า "ค่าทำขวัญ" (consolation money)[51]

ในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น ความเสียหายที่จะได้รับการทดแทนจะต้องเป็นความเสียหายที่เกิดจากการฝ่าฝืนประโยชน์ตามกฎหมาย เพียงแต่เป็นการทำให้ประโยชน์ใดๆ ได้รับความเสียหายไม่เป็นการเพียงพอ แต่ต้องเป็นประโยชน์ที่สมควรได้รับการคุ้มครองนับถือตามกฎหมายด้วย กล่าวคือ เป็นความเสียหายที่แน่นอน ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นความเสียหายโดยตรง และเป็นความเสียหายโดยเฉพาะ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่อาจนำมาใช้ในการพิจารณาลักษณะความเสียหายตามกฎหมายไทยด้วย อย่างไรก็ดี ความเสียหายนั้นอาจแบ่งออกเป็น 3 ประเภท[52] คือ ความเสียหายในทางทรัพย์สิน (le dommage patrimonial) ความเสียหายในทางศีลธรรม (le dommage maral) และความเสียหายเกี่ยวกับร่างกาย (le dommage corporel)

2. ความผิด (faute) กฎหมายลักษณะละเมิดของฝรั่งเศสนั้นได้รับเอาแนวความคิดทฤษฎีความผิด (Theory of Fault) เข้ามาไว้ในหลักกฎหมายละเมิดทั่วไปในมาตรา 1382 และมาตรา 1383 ด้วย ดังนั้น ความเสียหายที่แม้จะเกิดขึ้นจากผู้ก่อความเสียหายก็ตาม ผู้ก่อความเสียหายยังไม่ต้องรับผิดจนกว่าการกระทำดังกล่าวนั้นจะได้รับการพิสูจน์ว่าเป็นการกระทำอันเรียกได้ว่าเป็นความผิด (faute) การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นความผิด (faute) นั้นเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาถึงสภาพจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก ซึ่งในมาตรา 1382 และมาตรา 1383 กำหนดว่าการกระทำอันจะเป็นถือเป็นความผิดได้นั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยตั้งใจกระทำ (faute intentionnelle) หรือเป็นการกระทำที่ไม่ได้ตั้งใจกระทำ (faute non-intentionnelle) ซึ่งเมื่อพิจารณาชื่อลักษณะละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่ใช้ว่า "des délits et des quasi délits" จะเห็นว่าคำว่า délits หมายถึง การกระทำที่มีกลฉ้อฉลหรือมีความตั้งใจร้าย (par dol ou malignité) ที่จะก่อความเสียหาย (faute délictuelle) ส่วนคำว่า quasi délits คือ การกระทำที่ไม่มีความตั้งใจร้าย (sans malignité) แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง (imprudence) อันไม่อาจจะยกโทษให้ได้

---

[50] จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), หน้า 55.

[51] ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท กฎหมายเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, หน้า 36.

[52] เรื่องเดียวกัน, หน้า 38.

เรียกว่า faute quasi-délictuelle ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า ในมาตรา 1383 นอกจากจะใช้คำว่า ประมาทเลินเล่อ (négligence) แล้วยังมีคำว่า ปราศจากความระมัดระวัง (imprudence) อีกคำหนึ่งด้วย[53]

(1) การกระทำโดยตั้งใจกระทำ (faute intentionnelle) หมายถึง กระทำขึ้นโดยประสงค์ต่อผล หากการกระทำที่แม้อาจรู้ถึงผลการกระทำเท่านี้ยังไม่เรียกว่า intention กรณีดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างจากกรณีการกระทำโดยจงใจตามหลักเรื่องละเมิดของไทย แต่มีลักษณะเช่นเดียวกันกับการกระทำโดยเจตนาตามหลักกฎหมายอาญา

(2) การกระทำที่ไม่ได้ตั้งใจกระทำ (faute non-intentionnelle) หมายถึง กรณีที่ผู้กระทำไม่ได้ประพฤติตามที่เขาควรจะประพฤติหรือตามที่เขาควรกระทำ ซึ่งในการพิจารณาลักษณะการกระทำที่ไม่ได้ตั้งใจนี้ ศาลจะเทียบเคียงการกระทำของจำเลยนั้นกับบุคคลที่สมมติขึ้น ซึ่งกำหนดให้บุคคลที่สมมติขึ้นนั้นมีสภาวะ และอยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย หากบุคคลที่สมมติขึ้นนั้น ใช้ความระมัดระวัง และกระทำเช่นเดียวกับจำเลย ย่อมแสดงให้เห็นว่าจำเลยไม่เป็นผู้ผิด แต่ในทางกลับกัน หากบุคคลที่สมมติขึ้นนั้นใช้ความระมัดระวังในระดับที่ต่างออกไป ไม่กระทำเช่นเดียวกับจำเลย ก็แสดงให้เห็นว่าจำเลยกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

ในการพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพ ผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ให้ได้ความว่า ผู้ประกอบวิชาชีพไม่ได้ปฏิบัติตามเกณฑ์มาตรฐานเฉพาะในวิชาชีพของตน (particular standards which his profession imposes upon him) ในการพิสูจน์ถึงมาตรฐาน (standard) ของวิชาชีพ จะต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพนั้นมาสนับสนุนว่ามาตรฐานทางวิชาชีพนั้นเป็นอย่างไร

ข้อที่น่าสังเกตสำหรับความรับผิดทางละเมิดของประเทศฝรั่งเศสก็คือ ในกฎหมายละเมิดของฝรั่งเศสมิได้มีหลักเกณฑ์ในเรื่อง "โดยผิดกฎหมาย" เข้ามาพิจารณาด้วย ดังเช่นหลักเกณฑ์เรื่องละเมิดของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งในเรื่องนี้ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ ได้อธิบายว่า มาตรา 1382 ที่ว่า "ความผิด" (la faute) นั้น นอกจากจะหมายถึงความผิดที่ตั้งใจกระทำกับความผิดที่ไม่ได้ตั้งใจกระทำดังกล่าวมาแล้ว มีความหมายถึงการกระทำความผิดที่เป็นการละเมิดต่อบทกฎหมาย (fait illicite) ด้วย[54] ฉะนั้น แม้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการพิจารณาว่าความผิดที่เกิดขึ้นจะต้องผิดกฎหมายด้วยหรือไม่ดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นความผิด ไม่ว่ากรณีตั้งใจหรือ

---

[53] เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

[54] คำอธิบายในส่วนนี้ท่านได้อธิบายไว้ในส่วนที่ 3 ว่าด้วยเรื่อง "โดยผิดกฎหมาย" รายละเอียดโปรดดู ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท กฎหมายเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, หน้า 28-29.

ไม่ได้ตั้งใจกระทำก็ตาม ก็ย่อมมีความหมายอยู่ในตัวแล้วว่าการกระทำซึ่งจะเป็นความผิดได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อบทกฎหมาย (fait illicite) อยู่ในตัวแล้วนั่นเอง

3. ความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างความผิดและความเสียหาย (relation de cause à effet entre la faute et le dommage)* การที่ผู้ก่อความเสียหายจะต้องรับผิดในผลแห่งความเสียหายนั้นได้ จะต้องปรากฏว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายอันเนื่องมาจากผลแห่งการกระทำของตนเอง ซึ่งในเรื่องความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างความผิดและความเสียหายนั้น มีนักนิติศาสตร์พยายามจะอธิบายความสัมพันธ์ดังกล่าวที่เกิดขึ้น เพื่อเป็นแนวทางแก่ศาลที่จะปรับใช้วินิจฉัยความรับผิดของผู้ก่อความเสียหาย เรื่องดังกล่าวนี้ เป็นส่วนที่มิได้กำหนดไว้อย่างเป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส ถือเป็นส่วนที่กำหนดเปิดกว้างให้ผู้พิพากษาของฝรั่งเศสใช้ดุลยพินิจในการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหาย โดยทฤษฎีที่นำมาพิจารณาความสัมพันธ์ดังกล่าวนั้นใช้อยู่ 2 ทฤษฎีคือ

ทฤษฎีเหตุเท่าเทียมกัน โดยมีแนวคิดว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากเหตุปัจจัยหลายเหตุประกอบกันเป็นเงื่อนไขทำให้เกิดผลในจำนวนเหตุเหล่านั้นทั้งหมด หากขาดเหตุใดเหตุหนึ่งไป ความเสียหายย่อมไม่เกิดขึ้น[55] ดังนั้น จำเลยเป็นผู้ก่อความเสียหายจึงต้องรับผิดเพื่อความเสียหายทั้งหมดโดยไม่ต้องคำนึงว่าจำเลยจะคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นถึงความเสียหายเช่นนั้นหรือไม่

ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม มีแนวคิดว่า เหตุปัจจัยต่างๆ ที่เกิดขึ้นนั้นมิใช่เหตุทั้งหมดที่ก่อให้เกิดผลเสียหายขึ้น แต่มีเหตุเหมาะสมโดยปกติวิสัยของมัน (Normal Cause of Things) เป็นตัวที่ก่อให้เกิดความเสียหาย[56] ผู้ก่อความเสียหายย่อมต้องรับผิดเฉพาะแต่เหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเช่นว่านั้นเท่านั้น

ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ศาลไม่ยอมที่จะผูกพันวินิจฉัยคดีโดยอาศัยทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งอย่างแน่นอนเพื่อที่จะแก้ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหาย แต่แนวคำวินิจฉัยของศาลยอมรับว่ามีเหตุได้หลายเหตุที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายอันหนึ่งขึ้นและ

---

* บางก็เรียกว่า "ความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างการกระทำของผู้ก่อความเสียหายและความเสียหาย" (relation de cause à effet entre le fait d'agent et le dommage) หรือเรียกว่า "ความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างการกระทำอันผิดกฎหมายและความเสียหายที่ก่อขึ้น" (rapport de cause à effet entre le fait illicite et le dommage causé)

[55] Roscoe Pound, Jurisprudence Volume 4 (St. Paul Minn: West Publishing, 1959), pp. 521-522.

[56] Amos and Walton, An Introduction to French Law (London: Clarendon Press, 1963), pp. 212-213.

วินิจฉัยความรับผิดตามความหนักเบาแห่งความผิดซึ่งมีนัยไปในทางทฤษฎีเหตุเท่าเทียมกัน[57] ถ้าหากว่ามีกรณีอุบัติเหตุหรือเหตุสุดวิสัย ความผิดของบุคคลภายนอกหรือผู้เสียหายยินยอม ก็ย่อมเป็นการตัดความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหายที่เกิดขึ้น

ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหายต้องพิจารณาเหตุแทรกแซงประกอบด้วยเช่นเดียวกับการพิจารณาหลัก "but for" ของกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี

สำหรับความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพในประเทศเยอรมันนั้น ต้องพิจารณาตามมาตรา 823 และมาตรา 826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งมาตรา 823 วรรคแรก มีข้อความเป็นภาษาอังกฤษว่า "A person who, intentionally or negligently, injures unlawfully the life, body, health, freedom, property or any other right of another person is bound to compensate him for any damage arising therefrom"[58] ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ถือเป็นเรื่องละเมิดอันเป็นหลักทั่วไป และถือเป็นบทบัญญัติสำคัญซึ่งเป็นที่มาของมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ส่วนในมาตรา 823 วรรคสอง มีข้อความเป็นภาษาอังกฤษว่า "A person who infringes a statutory provision intended for the protection of others, is liable to pay compensation for any damage arising from this violation."[59] ซึ่งนอกจากจะถือได้ว่าเป็นหลักทั่วไปในเรื่องละเมิดของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแล้ว ยังเป็นบทบัญญัติอันเป็นที่มาของมาตรา 422 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอีกด้วย เพียงแต่ว่า มาตรา 422 ของไทยไม่ใช่บทบัญญัติว่าเป็นละเมิด เพียงแต่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้ผิด จึงต่างกับมาตรา 823 วรรคสอง ของเยอรมันที่ถือว่าต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดกฎหมายนั้นทีเดียว[60]

ความรับผิดทางละเมิดทั่วไปในส่วนสุดท้ายคือ มาตรา 826 มีข้อความเป็นภาษาอังกฤษว่า "A person who intentionally causes damage to another in a manner *contra bonos mores* is bound to compensate the other for this damage."[61] ซึ่งบทบัญญัติในส่วนนี้

---

[57] Zweigert and Kötz, An Introduction to Comparative Law (North Holland Publishing, 1977), p. 288.

[58] E. J. Cohn, Manual of German Law Volume I General Introduction Civil Law (London: Oceana Publications, 1968), p. 155.

[59] Ibid., p. 157.

[60] สุษม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด หน้า 69.

[61] E. J. Cohn, Manual of German Law Volume I General Introduction Civil Law, p. 158.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้รับมาบัญญัติไว้ในลักษณะละเมิดดังเช่นสองบทบัญญัติแรกข้างต้น

หลักเกณฑ์ร่วมกันที่ใช้พิจารณาความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น จึงมีองค์ประกอบ 4 ประการ[62] คือ

1. การรบกวนสิทธิเด็ดขาด (Interference with an absolute right) หรือเรียกในภาษาเยอรมันว่า Rechts(guts)verletzung ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ ได้แก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใด (sonstige Rechte) ซึ่งมีความสำคัญเทียบเท่ากับสิทธิเด็ดขาด (absolute right) แตกต่างจากสิทธิสัมผัส (relative right)[63] อันเป็นสิทธิที่มีอยู่ต่อบุคคลคนหนึ่งหรือบุคคลบางคนเท่านั้น

2. โดยมิชอบด้วยกฎหมาย (unlawful) หรือเรียกในภาษาเยอรมันว่า Rechtswidrigkeit ลักษณะละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นมีความแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสตรงที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้แยกหลักเกณฑ์ในเรื่อง "โดยมิชอบด้วยกฎหมาย" ออกมาต่างหากจากหลักเกณฑ์ในเรื่อง "ความผิด"[64] การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายถือเป็นการฝ่าฝืนต่อบรรทัดฐานของกฎหมาย (legal norm) แต่หากผู้กระทำสามารถอ้างเหตุใดๆ ตามกฎหมาย เช่น การกระทำโดยป้องกันตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 227 หรือการกระทำโดยจำเป็น (necessity) หรือการทำลายสิ่งก่อสร้างให้ตนเองหรือบุคคลอื่นพ้นจากอันตรายตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 228 หรือการอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (volenti non fit injuria) การกระทำนั้นย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย[65]

3. ความผิดหรือความน่าตำหนิ (Culpable) หรือเรียกในภาษาเยอรมันว่า Verschulden ในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สิทธิเด็ดขาดนั้น ผู้ก่อความเสียหายจะต้องได้กระทำด้วยความตั้งใจ (vorsätzlich) หรือด้วยความประมาทเลินเล่อ (fahrlässig) การกระทำอันจะถือได้ว่าเป็นความตั้งใจนั้น จะต้องเป็นการกระทำโดยรู้สำนึกและปรารถนาให้เกิดผลเสียหายขึ้น ซึ่งการกระทำโดยความตั้งใจนี้อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะกล่าวคือ เป็นการกระทำโดยประสงค์ต่อผล (dolus directus) ซึ่งการกระทำลักษณะดังกล่าวนี้ผู้กระทำต้องรู้ถึงผลที่จะตามมาจากการกระทำของตนและได้ประสงค์จะให้เกิดผลนั้นขึ้น ยกตัวอย่างเช่น การมุ่งประสงค์ที่จะฆ่าบุคคลด้วยการยิง เป็นต้น ลักษณะของการกระทำละเมิดโดยตั้งใจอีกลักษณะหนึ่งคือ การกระทำโดยเล็งเห็นผล (dolus

---

[62] B. S. Markesinis, The German Law of Obligations Volume II The law of Torts: A Comparative Introduction 3rd Edition (New York: Clarendon Press, 1997), p. 35.

[63] หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 206-209.

[64] B. S. Markesinis, The German Law of Obligations Volume II The law of Torts: A Comparative Introduction 3rd Edition, p. 68.

[65] Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, Introduction to German Law, p. 207.

eventualis) กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ผู้กระทำทราบดีถึงผลในการกระทำของตนที่จะอาจเกิดขึ้นและยอมรับในผลนั้นแม้ตนจะมิได้ประสงค์ในผลนั้นก็ตาม[66] ยกตัวอย่างเช่น การตีหัวเพื่อนด้วยความประสงค์เพียงแค่ทำร้ายให้บาดเจ็บเท่านั้น แต่ผู้กระทำตระหนักดีว่าการตีด้วยความแรงเช่นนั้นจะทำให้เพื่อนของตนเองถึงแก่ความตายได้ แม้ผู้กระทำจะรู้ถึงผลเช่นนั้นแล้วก็ตาม ก็ยังฝืนที่จะกระทำเช่นนั้นต่อไปอีก[67] เป็นต้น

สำหรับความประมาทเลินเล่อนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกล่าวถึงไว้ในมาตรา 276 ซึ่งมีข้อความเป็นภาษาอังกฤษว่า

"In the absence of other provisions, the debtor is responsible for willfulness and negligence. Negligence is disregard of the care required in trade. The provisions of § § 827, 828 are applicable.

The liability by reason of wilfulness cannot be remitted to the debtor in advance."[68]

ซึ่งเมื่อปรับเข้ากับกรณีความรับผิดทางละเมิดแล้วจะหมายถึง ความบกพร่องในหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังนั้นต้องเป็นความบกพร่องในความระมัดระวังที่พึงจะใช้ในสังคมและสามารถที่จะคาดหมายได้จากวิญญูชนในสถานะเช่นเดียวกับผู้ก่อความเสียหาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กระทำในสิ่งที่วิญญูชนไม่ตัดสินใจที่จะกระทำ หรือไม่กระทำในสิ่งที่วิญญูชนจะพึงกระทำ[69]

4. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับความเสียหาย (Haftungsbegründende Kausalität) การฝ่าฝืนสิทธิเด็ดขาดอันเกิดขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และด้วยความผิดของจำเลยต้องเป็นเหตุที่แท้จริงที่ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าผลเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นเพราะการกระทำของจำเลย ทฤษฎีที่ประเทศเยอรมันใช้ในการพิจารณาความสัมพันธ์

---

[66] Ibid., p. 208.

[67] B. S. Markesinis, The German Law of Obligations Volume II The law of Torts: A Comparative Introduction 3rd Edition, p. 72.

[68] Walter Loewy, The civil code of the German empire, (London: Sweet&Maxwell, 1909), p. 71.

[69] B. S. Markesinis, The German Law of Obligations Volume II The law of Torts: A Comparative Introduction 3rd Edition, p. 73.

ระหว่างการกระทำกับความเสียหาย คือ ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม* อันถือเป็นการประนีประนอมของทฤษฎีเงื่อนไข และทฤษฎีความคาดเห็นได้** อย่างไรก็ดี การวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับความเสียหายนั้น ไม่อาจพิจารณาได้ดั่งหลักทางดรรกวิทยา แต่ขึ้นอยู่กับคุณค่าของความยุติธรรม (value-judgement) อันถือเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการวินิจฉัยคดีได้อย่างเต็มที่เหมือนกับศาลในประเทศฝรั่งเศสนั่นเอง

**2.2.2.2 ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม**

สำหรับการพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในฝรั่งเศสว่าเป็นการกระทำโดยละเมิด (delict) หรือไม่ หลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาก็คือ มาตรา 1382 และมาตรา 1383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องเป็นการกระทำให้เกิดผลเสียหาย มีความผิด และต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและความเสียหายนั้น โดยสามารถแยกความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ออกเป็น 2 ส่วนสำคัญ คือ การปฏิบัติหน้าที่ซึ่งเป็นละเมิดโดยตั้งใจ (faute intentionnelle) ซึ่งต้องพิจารณาตามมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งเป็นละเมิดโดยไม่ได้ตั้งใจ (faute non-intentionnelle) ซึ่งต้องพิจารณาตามมาตรา 1383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ในการพิจารณาการกระทำโดยตั้งใจให้เกิดผลละเมิดนั้น ผู้ได้รับผลร้ายจะต้องแสดงให้ได้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจากการถูกล่วงละเมิดสิทธิ (Abuse of Rights) และผู้ประกอบวิชาชีพได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ได้รับผลร้าย และมีความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับการกระทำโดยความตั้งใจของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงต้องรับผิดในผลเสียหายที่เกิดขึ้น ความเสียหายนั้นต้องได้รับการชดใช้เยียวยา

สำหรับการการกระทำโดยไม่ได้ตั้งใจให้เกิดผลละเมิด การพิจารณาจะต้องคำนึงถึงภาระในการประกอบวิชาชีพของแพทย์ผู้นั้น และการปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นการปฏิบัติที่บกพร่องต่อภาระทางวิชาชีพดังกล่าว[70] โดยในการพิจารณาความผิดของผู้ประกอบ

---

* ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมในประเทศเยอรมัน เป็นทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมทฤษฎีเดียวกันกับที่ใช้ในประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ จะกล่าวว่าจำเลยเป็นผู้ผิดเพียงแต่แค่พิจารณาว่าผลเสียหายย่อมไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีการกระทำของจำเลยนั้น ยังไม่อาจฟังได้ แต่ถึงอย่างไรความรับผิดของจำเลยก็ไม่จำเป็นที่จะจำกัดแต่เพียงผลเสียหายที่จำเลยจะคาดเห็นได้เท่านั้น

** ทฤษฎีความคาดเห็นได้ (Foreseeability Theory) มองว่า จำเลยต้องรับผิดในการกระทำของตนเฉพาะแต่เพียงความเสียหายที่ตนคาดเห็นได้เท่านั้น

[70] Gérard Mémeteau, International Encyclopaedia of Laws Volume 1 Medical Law: France-93.

วิชาชีพกรณีกระทำละเมิดโดยไม่ได้ตั้งใจนั้น จะประเมินการกระทำดังกล่าวโดยหยิบยกเอาการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมขึ้นมาพิจารณา (in abstracto) มิได้นำเอาตัวของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือความรู้สึกภายในใจของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นมาพิจารณา (in concreto) กล่าวโดยเฉพาะก็คือ การนำเอาบุคคลอื่นมาเทียบเคียงว่าเขาจะกระทำเช่นเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นหรือไม่ ถ้าบุคคลนั้นยังคงประพฤติเช่นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็หมายความว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่มีความผิด แต่หากบุคคลนั้นจะไม่กระทำการเช่นเดียวกับที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำไป ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นก็ถือได้ว่าบกพร่องต่อวิชาชีพแล้ว[71]

การกระทำที่จะอ้างถึงเพื่อประเมินความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น จะต้องเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้มาตรฐานทางวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยทั่วไปซึ่งมีความรับผิดชอบ (Standard of a responsible physician) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะมีความรับผิดละเมิดโดยไม่ได้ตั้งใจหากได้กระทำโดยไม่เป็นไปตามมาตรฐานทางวิชาชีพที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งมีประสบการณ์ทำงาน (experienced) มีความรอบคอบ (conscientious) และมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน (spectialty) เช่นเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายนั้นจะพึงกระทำในภาวะเช่นนั้น[72]

ในการพิจารณาว่าการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นจะถือได้ว่าเป็นการกระทำอันเป็นความผิดหรือไม่นั้น ศาลจะเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาถึงการฝ่าฝืนต่อระดับของการมีมนุษยธรรม (humanity) หรือการฝ่าฝืนต่อระดับความมีศีลธรรมจรรยา (morality) แต่หากเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาถึงความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ศาลจะไม่เข้ามาเป็นผู้กำหนดระดับของความเหมาะสม ในสถานการณ์ที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ก่อความเสียหายกล่าวอ้างถึงข้อเท็จจริงในเรื่องวิทยาการ ศาลจำเป็นต้องพึ่งความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ แต่ถึงอย่างไรก็ดีศาลก็ไม่จำเป็นที่จะต้องผูกพันในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นทุกกรณี หากศาลยังคงมีข้อสงสัยในเรื่องพยานหลักฐานทางการแพทย์ก็ดี หรือมีข้อสงสัยในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญก็ดี ศาลจำต้องอาศัยพยานหลักฐานอื่นหรือความเห็นของผู้เชี่ยวชาญคนอื่นมาประกอบการพิจารณาความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ก่อความเสียหาย หากไม่สามารถที่จะแสดงให้เห็นได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นกระทำความผิดแล้ว ศาลก็ต้องตัดสินว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้นไม่มีความผิด การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมิได้เป็นการกระทำโดยละเมิด ในทางคดีแล้ว แทบจะไม่มีกรณีที่ศาลของฝรั่งเศสจะปฏิเสธความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่มาเป็นพยานในคดี

---

[71] Ambroise Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français T. II, p. 377.

[72] Gérard Mémeteau, International Encyclopaedia of Laws Volume 1 Medical Law: France-94.

ศาลมักจะถือความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นหลักในการพิจารณาระดับของความรู้ความเชี่ยวชาญที่เหมาะสม[73]

ในเรื่องของความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างความผิดและความเสียหายนั้น ผู้ได้รับความเสียหายยังคงต้องมีหน้าที่ที่จะแสดงว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนนั้นเป็นผลมาจากเหตุของการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น และมิได้มีเหตุอื่นเข้ามาแทรกแซงระหว่างความสัมพันธ์ของความเสียหายที่เกิดขึ้นและการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้น ในการพิจารณาความสัมพันธ์ดังกล่าวศาลฝรั่งเศสได้พยายามที่จะพิจารณาโดยอาศัยแนวคิด 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีเหตุเท่าเทียมกัน และทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม แต่ศาลมีความโน้มเอียงที่จะพยายามปรับใช้หลักทฤษฎีเหตุเท่าเทียมกับการกระทำละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยเห็นว่า การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นเหตุหนึ่งที่สำคัญเท่าเทียมกับเหตุอื่นๆ อันเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดผลคือความเสียหายแก่ผู้ได้รับผลร้ายเช่นเดียวกับเหตุอื่นๆ ที่อาจประกอบอยู่ด้วยกันนั้น ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องรับผิดในผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาของตน

ในประเทศเยอรมัน หลักความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมพิจารณาจากมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน[74] โดยจะต้องปรากฏว่าการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นการกระทำด้วยความตั้งใจ (vorsätzlich) หรือด้วยความประมาทเลินเล่อ (fahrlässig) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องความประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่นั้นต้องแสดงได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกระทำโดยประมาทเลินเล่อในทางวิชาชีพเวชกรรม (Medical Malpractice) และต้องปรากฏว่าการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเป็นการล่วงสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองไว้ตามมาตรา 823 ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำอันเป็นความผิดกับสิทธิที่ถูกล่วงล้ำ เกิดความเสียหาย และมีความสัมพันธ์ระหว่างการล่วงล้ำสิทธิและความเสียหาย

จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้ถูกนำมาใช้กับกรณีอันเกิดจากการกระทำละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วย ซึ่งในการกระทำละเมิดด้วยความตั้งใจ (vorsätzlich) อาจไม่เกิดปัญหามากเท่ากับกรณีที่เป็นการกระทำอันถือได้ว่าเป็นความประมาทเลินเล่อทางวิชาชีพเวชกรรม เนื่องจากเป็นการยากที่ผู้ได้รับความเสียหายจะแสดงให้ปรากฏได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพได้กระทำการอย่างใดอันจะถือได้ว่าเป็นความประมาทเลินเล่อทางวิชาชีพเวชกรรม

---

[73] Ibid.

[74] Stefanie Samland, Right of parents and child in cases of "wrongful conception/life/birth" in contract and tort law : Comparative view on Germany and France (Katholieke Universiteit Leuven, 2003), p. 3. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

หากจะกล่าวโดยเฉพาะถึงเรื่องการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในทางวิชาชีพเวชกรรมนั้น มีหลักเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณา 5 ประการ[75] ดังนี้

1. เป็นการกระทำอันถือได้ว่าเป็นความประมาทเลินเล่อในทางวิชาชีพเวชกรรม (Medical Malpractice) กล่าวคือ ผู้ประกอบวิชาชีพมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติงานด้วยทักษะทางวิชาชีพและมาตรฐานของการปฏิบัติงานทางวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่เหมาะสม (proper standards and skill of the profession) หากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้กระทำด้วยความหย่อนความสามารถ ความรู้และความเชี่ยวชาญ อันจะพึงคาดหวังได้จากประสบการณ์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในลักษณะเช่นนี้ ย่อมถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้กระทำการอันถือว่าประมาทเลินเล่อในทางวิชาชีพของตนแล้ว

2. การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเป็นการล่วงสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองไว้ตามมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Violation of the right and interests protected by § 823 I BGB) ซึ่งการละเมิดสิทธิดังกล่าวนั้นก็ได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใด (Sonstige Rechte) ซึ่งมีความสำคัญเทียบเท่ากับสิทธิเด็ดขาด (Rechts(guts)verletzung) โดยมากแล้วการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อในทางวิชาชีพเวชกรรมนั้น จะเป็นการล่วงสิทธิในชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้เข้ารับการรักษา เช่น ในกรณีการรักษาผู้ป่วยซึ่งประสบอุบัติเหตุ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจจำต้องตัดขาหนึ่งของผู้ป่วยทิ้งเพื่อรักษาชีวิตของผู้ป่วยไว้ การตัดขาของผู้ป่วยจึงถือว่าเป็นการล่วงสิทธิในร่างกายของผู้อื่นแล้วเป็นต้น

3. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำอันเป็นความผิดกับสิทธิที่ถูกล่วงล้ำ ( Causal relation between medical malpractice and violation of life, body or health : causation giving rise to liability) (Haftungsbegründende Kausalität) การพิจารณาความประมาทเลินเล่ออันเนื่องมาจากการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในเยอรมันนั้น จะต้องแสดงให้ปรากฏด้วยว่าการกระทำอันเป็นความประมาทเลินเล่อนั้นส่งผลให้เกิดการล่วงสิทธิที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง โดยมีหลักเกณฑ์ที่ต้องพิจารณา 3 ประการ คือ

3.1 จะต้องพิสูจน์ได้ว่าสิทธิของผู้ได้รับความเสียหายจะไม่ถูกล่วงล้ำหากไม่มีการกระทำอันถือได้ว่าเป็นความประมาททางวิชาชีพเวชกรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้นเกิดขึ้น หรือการถูกล่วงล้ำสิทธินั้นมิได้เกิดขึ้นจากความเจ็บป่วยที่มีมาแต่เดิมของผู้ได้รับความเสียหายหรือเกิดขึ้นโดยความผิดของบุคคลที่สาม (conditio sine qua non)

---

[75] Miriam Wieland, The Economic Analysis of German Medical Malpractice Law-with emphasis on the Allocation of Burden of Proof for Causation (University of Hamburg, 2001), pp. 16-19. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

3.2 จะต้องแสดงให้เห็นได้ว่าการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น เป็นการกระทำที่ถึงขนาดที่จะก่อให้เกิดการล่วงสิทธินั้นได้ และผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมควรจะได้คาดเห็นถึงผลที่จะตามมาจากการกระทำของตน (Adequacy) ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องรับผิดในผลที่เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อในภาวะเช่นนั้นของวิญญูแพทย์ ผู้กระทำควรจะได้คาดเห็นถึงการล่วงสิทธินั้น

3.3 ภัยอันตรายที่เกิดจากการถูกล่วงล้ำสิทธินั้นจะต้องเป็นภัยอันตรายที่อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองในฐานะประโยชน์ของปัจเจกบุคคล มิใช่ประโยชน์โดยทั่วๆ ไปที่กฎหมายมิได้ประสงค์คุ้มครอง (Scope of the rule theory)

4. เกิดความเสียหาย (Damage) ผลในท้ายที่สุดอันจะกำหนดให้บุคคลต้องรับผิดทางละเมิดได้นั้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำละเมิดของบุคคลโดยทั่วไปหรือเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อทางวิชาชีพเวชกรรมก็ตาม จะต้องมีผลเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นเสมอ

5. มีความสัมพันธ์ระหว่างการล่วงล้ำสิทธิกับความเสียหาย (Causal relation between violation of life, body or health and damage : remoteness of damage) (Haftunsausfüllende Kausalität) ข้อพิจารณาดังกล่าวนี้จะต้องแสดงให้ปรากฏด้วยว่าการล่วงล้ำสิทธินั้นก่อให้เกิดความเสียหายอันเป็นผลท้ายที่สุดนั้นจริง ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสัมพันธ์เช่นนี้ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการที่ใช้ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำอันเป็นความผิดกับสิทธิที่ถูกล่วงล้ำ กล่าวคือ ความเสียหายที่เป็นผลท้ายที่สุดนั้นเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการล่วงล้ำสิทธิดังกล่าว และความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องสามารถคาดหมายได้จากผู้ก่อความเสียหาย (foreseeable) หรือไม่ไกลเกินไปกว่าเหตุ (too remote) และความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นความเสียหายที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครอง