บทที่ 3

ความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต่อผู้ป่วย

ก่อนที่จะได้ศึกษาถึงความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นผู้เขียนขอแสดงให้เห็นถึงภาพรวมในกรณีความรับผิดในทางละเมิดของแพทย์ต่อผู้ป่วย ซึ่งนอกจากแพทย์จะต้องรับผิดต่อผู้ป่วยแล้ว ยังอาจจะมีบุคคลอื่นเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการที่จะต้องร่วมรับผิดในทางละเมิดกับแพทย์ด้วย ซึ่งหากเป็นกรณีที่แพทย์ปฏิบัติงานอยู่ในคลินิคเอกชน ซึ่งจากการที่โดยส่วนใหญ่แล้วความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยกับแพทย์นั้น จะมีจุดเริ่มต้นจากสัญญาการรักษาพยาบาลตามที่ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 287/2507 ว่าเป็นสัญญาจ้างทำของ(ยกเว้นในกรณีที่เป็นเหตุฉุกเฉินซึ่งจะทำให้ไม่มีสัญญาดังกล่าว) ทำให้คู่สัญญาต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามสัญญาการรักษาพยาบาล กล่าวคือแพทย์จะต้องใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังในระดับที่แพทย์ผู้มีความรอบคอบโดยทั่วไปในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยของแพทย์ หากปรากฏว่าแพทย์มิได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วยแล้ว นอกจากจะเป็นการปฏิบัติผิดหน้าที่ตามสัญญารักษาพยาบาลแล้ว ยังถือว่าความประมาทเลินเล่อดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อผู้ป่วยด้วย ซึ่งแพทย์อาจจะต้องรับผิดในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ป่วยได้ถ้าหากแพทย์ผู้นั้นเป็นเจ้าของคลินิคเอง ความรับผิดในความประมาทเลินเล่อของแพทย์ต่อผู้ป่วยในกรณีนี้จึงเกิดขึ้นโดยไม่มีคู่กรณีอื่นใดเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย แต่ถ้าหากแพทย์มีฐานะเป็นลูกจ้างในคลินิคเอกชน เจ้าของคลินิคจะต้องร่วมรับผิดในฐานะเป็นนายจ้าง ตามหลักเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดของผู้อื่นในมาตรา 425 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในกรณีเป็นแพทย์ในโรงพยาบาลเอกชน แพทย์ในโรงพยาบาลเอกชน อาจมีฐานะเป็นลูกจ้างของโรงพยาบาล ดังนั้นเมื่อแพทย์ได้กระทำการรักษาพยาบาลโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วย โรงพยาบาลในฐานะนายจ้างของแพทย์ย่อมต้องรับผิดในผลแห่งละเมิด ตามมาตรา 425

แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง

นอกจากนี้ หากปรากฏว่า แพทย์มิได้มีฐานะเป็นลูกจ้างของโรงพยาบาลเอกชน แต่ได้แสดงออกให้ผู้ป่วยเข้าใจว่า ตนมีฐานะเป็นลูกจ้างของโรงพยาบาลและโรงพยาบาลได้ยอมรับเอาผลแห่งการกระทำดังกล่าวแล้ว หากแพทย์ผู้นั้นได้กระทำการรักษาผู้ป่วยโดยประมาทเลินเล่อจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วยแล้ว อาจถือได้ว่าแพทย์ได้กระทำการในฐานะเป็นตัวแทนของโรงพยาบาล โดยมีลักษณะเป็นตัวแทนเชิดตามมาตรา 821 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้บัญญัติว่า "บุคคลผู้ใดเชิดบุคคลอีกคนหนึ่ง ออกแสดงเป็นตัวแทนก็ดี รู้แล้วยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งเชิดตัวเขาเองออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอก ผู้สุจริตเสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตน" และย่อมมีผลทำให้โรงพยาบาลต้องร่วมรับผิดในผลแห่งความประมาทเลินเล่อ ซึ่งแพทย์ได้กระทำต่อผู้ป่วยด้วยเช่นเดียวกับ

ในกรณีเป็นแพทย์โรงพยาบาลของรัฐ ความรับผิดของแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐต่อผู้ป่วยนั้น มีความสัมพันธ์ที่แตกต่างไปจากกรณีแพทย์ในโรงพยาบาลเอกชน ทั้งนี้เนื่องจากถือได้ว่าแพทย์มีฐานะเป็นข้าราชการ จึงไม่มีฐานะเป็นลูกจ้างของโรงพยาบาลต่างจากกรณีแพทย์ในโรงพยาบาลเอกชนซึ่งอยู่ในฐานะเป็นลูกจ้างตามกฎหมายแรงงาน ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับโรงพยาบาลของรัฐนั้น จึงมีความสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครอง มิใช่ในทางกฎหมายเอกชน ดังเช่น ในกรณีแพทย์ในโรงพยาบาลเอกชน ซึ่งได้เคยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 769/2505 วินิจฉัยไว้แล้วว่า

ความรับผิดระหว่างข้าราชการกับหน่วยราชการ เป็นความรับผิดทางกฎหมายปกครอง มิใช่ความสัมพันธ์ในทางนิติกรรมสัญญา (แม้คำพิพากษาฎีกาดังกล่าวจะมิได้มีการวินิจฉัยในกรณีของแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐโดยตรง แต่ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำมาเทียบเคียง เพื่อใช้ในการพิจารณาได้) ซึ่งเมื่อความสัมพันธ์ ระหว่างแพทย์กับโรงพยาบาลของรัฐมิได้เป็นไปในทางนิติกรรมสัญญา ตามกฎหมายเอกชนแล้ว จึงไม่น่าจะนำบทมาตราความรับผิดระหว่างนายจ้างและลูกจ้างตามมาตรา 425 และมาตรา 426 หรือบทบัญญัติเรื่องตัวการตัวแทน ตามมาตรา 427มาใช้บังคับแต่อาจจะนำเอามาตรา 76 ซึ่งเป็นเรื่องความรับผิดของนิติบุคคลกรณีที่ผู้แทนนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคล กระทำความเสียหายแก่บุคคลภายนอก มาปรับใช้ในกรณีที่แพทย์ในโรงพยาบาล ของรัฐกระทำการรักษาพยาบาลโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วยได้

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาของศาลในกรณีดังกล่าวนั้น ศาลจะพิจารณาว่าการกระทำของข้าราชการ (แพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐ) นั้น เป็นละเมิดหรือไม่ โดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด ซึ่งหากไม่เป็นละเมิด ก็จะมีผลให้หน่วยราชการไม่ต้องรับผิดด้วย แต่หากเป็นละเมิด ศาลก็จะพิจารณาว่า การกระทำละเมิดนั้นแยกออกจากการปฏิบัติงานในหน้าที่ได้หรือไม่ หากสามารถแยกออกได้ ศาลก็จะตัดสินให้ข้าราชการเท่านั้น ต้องรับผิด โดยที่หน่วยราชการไม่ต้องร่วมรับผิดไปด้วย แต่ถ้าหากไม่สามารถแยกได้ ก็ถือว่า เป็นการกระทำผิดในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งนอกจากตัวข้าราชการ(แพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐ) ต้องรับผิดโดยตรงต่อผู้เสียหาย (ผู้ป่วย) แล้วหน่วยราชการ(โรงพยาบาล) จะต้องร่วมรับผิดในฐานะลูกหนี้ร่วมต่อผู้เสียหายด้วย ซึ่งหน่วยราชการมักจะเป็นผู้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้ว จึงไปใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาแก่ตัวข้าราชการ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 76 ต่อไป

เท่าที่กล่าวมาแล้วนี้ จะเห็นได้ว่าการกระทำละเมิดของแพทย์นั้น อาจจะไม่เฉพาะแต่ตัวแพทย์เท่านั้นที่ต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดแต่อาจมีผู้ที่เกี่ยวข้องหลาย ๆ ฝ่ายต้องเข้ามามีส่วนร่วมรับผิดในผลแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นด้วย อย่างไรก็ตามในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะได้ศึกษาเฉพาะความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น

เมื่อได้พิจารณาถึงภาพรวมความรับผิดของแพทย์ในกรณีต่าง ๆ แล้ว จะได้ศึกษาถึงความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต่อไป ซึ่งจะเห็นได้ว่าในการพิจารณาความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทยนั้น แม้จะมีพระราชบัญญัติควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 ไว้ แต่กฎหมายดังกล่าวก็มิได้กำหนดความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้แต่อย่างใด ดังนั้นจึงต้องนำบทบัญญัติเกี่ยวกับละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 อันเป็นบทบัญญัติทั่วไปในทางละเมิดมาปรับใช้

"ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น" ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 420 ดังกล่าว อาจแยกองค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดได้เป็น 2 ประการคือ

1. ต้องมีการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมาย(ซึ่งการกระทำในที่นี้ ย่อมหมายความรวมถึง การงดเว้นหน้าที่ที่จะต้องกระทำด้วย)

2. การกระทำนั้นทำให้บุคคลอื่น ได้รับความเสียหายในสิทธิเกี่ยวด้วยเนื้อตัวร่างกายหรือสิทธิในทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่น ๆ

กระทำ"โดยจงใจ"นั้น ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ได้อธิบายว่า[1] "จงใจ" ในที่นี้คือ "จงใจ ฯลฯ ทำ ฯลฯ ให้เขาเสียหาย" หมายความว่า กระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดเสียหายแก่เขาแล้ว ก็ถือเป็นการกระทำโดยจงใจ ส่วนผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงไรไม่สำคัญ

ดังนั้น จากความหมายของ "โดยจงใจ" ดังกล่าว การกระทำโดยจงใจจึงหมายถึงการกระทำที่รู้สำนึกถึงผลเสียหาย แต่ไม่จำต้องถึงกับประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผลในการกระทำแต่อย่างใด

---

[1] จิตติ ติงศภัทิย์ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 173

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะการกระทำโดยจงใจของแพทย์ต่อผู้ป่วยแล้ว จะเห็นได้ว่ามักเกิดขึ้นในกรณีของการกระทำที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาพยาบาลผู้ป่วย ตัวอย่างเช่น กรณีที่แพทย์ปลดสายอ็อกซิเจนออกจากท่อหายใจเพื่อให้ผู้ป่วยตายโดยผู้ป่วยมิได้ยินยอมรับเอาความเสียหายหรือแพทย์ฉีดยาให้ผู้ป่วยตายเพื่อให้พ้นจากความเจ็บปวด ซึ่งกรณีเหล่านี้ถือเป็นตัวอย่างในลักษณะของการกระทำโดยจงใจของแพทย์ต่อผู้ป่วย ส่วนในกรณีของความยินยอมที่ผู้ป่วยให้แก่แพทย์ในการรักษาพยาบาลนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของการกระทำโดยมีสิทธิ์หรือไม่มีสิทธิ ซึ่งจะอยู่ในองค์ประกอบ ในเรื่อง "โดยผิดกฎหมาย" ซึ่งเป็นคนละส่วนกับเรื่อง "จงใจ" ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป (ดูข้อสังเกตุท้ายคดีหมายเลขดำที่ 5443/2534)

นอกจากนั้น ในเรื่องการกระทำละเมิดโดยจงใจของแพทย์ต่อผู้ป่วยนั้น หากเป็นกรณีที่ผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์กระทำโดยจงใจแล้ว ย่อมไม่ทำให้การกระทำนั้นเป็นละเมิดแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากความยินยอมเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดของแพทย์ โดยถือว่าแพทย์มีอำนาจทำได้จึงไม่เป็นการกระทำโดยไม่มีสิทธิอันจะทำให้เป็นละเมิดซึ่งเป็นไปตามหลัก "Volenti Non Fit Injuria" ซึ่งจะได้กล่าวในส่วนความยินยอมของผู้เสียหายข้อยกเว้นความรับผิดของแพทย์ในบทที่ 4 ต่อไป

ในกรณีของการกระทำละเมิดโดยจงใจของแพทย์ต่อผู้ป่วยนั้น ไม่ใคร่มีคดีขึ้นสู่ศาลมาก ในกรณีฟ้องว่าแพทย์กระทำโดยประมาทเลินเล่อ เพราะโดยลักษณะแห่งวิชาชีพแพทย์นั้นแพทย์จะไม่กระทำโดยจุดมุ่งหมายให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วยแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามเคยมีคดีหมายเลขดำที่ 5443/2534 (คดีหมายเลขแดงที่ 4674/2535) ซึ่งผู้ป่วยได้ฟ้องทันตแพทย์เป็นจำเลย โดยฟ้องว่าจำเลยได้กระทำโดยจงใจและประมาทเลินเล่อ โดยถอนฟันของโจทก์ออกไปจำนวน 2 ซี่ โดยที่โจทก์มิได้ให้ความยินยอม โจทก์จึงขอเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดดังกล่าว ซึ่งศาลชั้นต้นในคดีดังกล่าว แพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพทันตแพทย์แล้ว และผู้ป่วยก็ได้ความยินยอมเป็นหนังสือให้แพทย์ถอนฟันแล้ว จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดต่อผู้ป่วย

มีข้อสังเกตในคดีนี้ว่า ในส่วนที่ศาลวินิจฉัยว่าจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพทันตแพทย์แล้วนั้น เป็นคดีที่ศาลได้วินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยไม่เป็นประมาทเลินเล่อ และการที่ผู้ป่วยให้ความยินยอมเป็นหนังสือแก่จำเลยนั้น ทำให้การกระทำของจำเลย เป็นการกระทำโดยมีสิทธิมีอำนาจในการกระทำ ซึ่งทำให้ขาดองค์ประกอบในส่วน "โดยผิดกฎหมาย" ในมาตรา 420 ปพพ. ไป จึงถือได้ว่าเป็นการที่ผู้ป่วยให้ความยินยอมแก่แพทย์นั้นทำให้การกระทำของแพทย์ไม่เป็นละเมิดตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดนั้นเอง

นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่า ความยินยอมของผู้ป่วยที่ให้แก่แพทย์นั้น เป็นสิ่งที่อยู่ในองค์ประกอบในส่วน" โดยผิดกฎหมาย" ซึ่งเป็นคนละส่วนกับองค์ประกอบ "โดยจงใจ" ดังนั้น แม้จะไม่มีความยินยอมของผู้ป่วยที่ให้แก่แพทย์ก็ตาม ก็เป็นกรณีของการกระทำโดยไม่มีอำนาจกระทำซึ่งถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแต่จะเป็นจงใจหรือไม่นั้นต้องไปพิจารณาข้อเท็จจริงก่อนว่าแพทย์รู้สำนึกในผลเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ จึงจะพิจารณาได้ว่า การกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดโดยจงใจต่อผู้ป่วย

ปัญหาในเรื่องการทำละเมิดโดยจงใจของแพทย์ต่อผู้ป่วยนั้น ไม่ใคร่จะมีปัญหาในการพิจารณามากเท่าในกรณีการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ ซึ่งมีปัญหาค่อนข้างมากในทางพิจารณา ซึ่งผู้เขียนได้ได้พิจารณาต่อไป

คำว่า "ประมาทเลินเล่อ" ในมาตรา 420 นี้ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้บัญญัติไว้ ดังนั้นจึงต้องเทียบเคียงกับการกระทำโดยประมาทในทางอาญาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 4 ซึ่งบัญญัติว่า "การกระทำโดยประมาท ได้แก่การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยหรือพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่"

จากบทบัญญัติดังกล่าว พิจารณาองค์ประกอบของการกระทำโดยประมาทเลินเล่อได้ดังนี้

(1) เป็นการกระทำโดยมิใช่เจตนา

(2) เป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติกรรม

(3) ผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบของการกระทำโดยประมาทเลินเล่อดังกล่าวแล้ว จะได้พิจารณาถึงความรับผิดในทางละเมิดโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ต่อไป ซึ่งมาตราฐานหรือขนาดของความระมัดระวังเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่จะนำมาพิจารณาถึงความรับผิดในกรณีดังกล่าว

มาตรฐานหรือขนาดของความระมัดระวัง

ในเรื่องขนาดหรือระดับของความระดับของความระมัดระวังนี้ เป็นประเด็นที่ผู้ป่วยจะต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่าแพทย์ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ ซึ่งศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์[2] ได้กล่าวว่า ขนาดหรือระดับความระมัดระวังที่จะสมมติขึ้นเปรียบเทียบเป็นมาตรฐาน เพื่อวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้กระทำความเสียหายนั้น ต้องเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีสภาพร่างกาย (Physical attributies) อย่างเดียวกับผู้กระทำความเสียหายแต่มีสติปัญญาความสามารถทางจิตใจ เป็นปกติสำหรับบุคคลในสภาพร่างกายเช่นนี้ บุคคลที่สมมตินี้ต้องอยู่ในพฤติการณ์ภายนอกเช่นเดียวกับผู้กระทำความเสียหายด้วย ดังนั้น การพิจารณาความรับผิดอันเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อของแพทย์ จึงต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับแพทย์ ซึ่งมีความรอบคอบในระดับปกติในฐานะแพทย์ทั่ว ๆ ไป นอกจากนั้น ในกรณีของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ขนาดของความ

---

[2] จิตติ ติงศภัทิย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 180

ระมัดระวังย่อมมิอาจจะพิจารณาเปรียบเทียบจากแพทย์โดยทั่วไป หากแต่จะต้องเปรียบเทียบกับแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้วยกัน

มีข้อสังเกตุว่าในกฎหมายระบบ Common Law นั้นก็ได้อาศัยหลักการใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความประมาทเลินเล่อของแพทย์เช่นเดียวกัน ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดในส่วนของกฎหมายระบบ Common Law

วิสัย

ในการพิจารณาวิสัยของบุคคลผู้มีวิชาชีพ แพทย์นั้นจะต้องใช้ความระมัดระวังอันเป็นวิสัยที่บุคคลผู้มีวิชาชีพแพทย์นั้น จะพึงใช้โดยปกติ ทั้งนี้คือจะต้องพิจารณาว่าโดยปกติผู้มีวิชาชีพแพทย์สามารถใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด และในส่วนนี้ก็จะต้องพิจารณาด้วยว่า ในกรณีของผู้มีการประกอบวิชาชีพในระดับที่แตกต่างกัน ย่อมจะต้องใช้หลักพิจารณาต่างกัน เช่น กรณีแพทย์ธรรมดาย่อมใช้ความระมัดระวังอย่างแพทย์ธรรมดา จะหวังให้แพทย์ธรรมดาใช้ความระมัดระวังอย่างแพทย์ผู้เชี่ยวชาญมิได้ [3]

ปัจจุบันปัญหาในเรื่องความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ ก็คือการพิจารณาว่าอย่างไรจึงจะถือเป็นความประมาทเลินเล่อ ทั้งนี้ เนื่องจากในการปฏิบัติงานของแพทย์นั้นต้องอาศัยการตัดสินใจประกอบกับการใช้ความรู้ความสามารถ และความระมัดระวังตามที่ตนเห็นสมควร ซึ่งอาจสูงหรือต่ำกว่า ในระดับที่แพทย์ที่มีความรอบคอบจะปฏิบัติกัน ในสิ่งนี้จึงเป็นปัญหาเนื่องจากยังไม่มีการกำหนดหลักการปฏิบัติของแพทย์ไว้เป็นบรรทัดฐานว่า การกระทำอยู่ในขอบเขตเพียงใดจึงจะไม่ถือว่าแพทย์ได้กระทำการไปโดยประมาทเลินเล่อ

อย่างไรก็ตาม ผลแห่งความผิดพลาดในการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์อาจไม่ถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากวิชาการแพทย์เป็นสิ่งซึ่งละเอียดอ่อนและย่อมไม่อาจคาดหมายถึงผลสำเร็จแห่งงานได้ในทุกกรณี ดังนั้น แม้จะเกิดความผิดพลาดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ แต่ถ้าหากแพทย์ได้ใช้ความรู้ความสามารถประกอบกับการใช้ความระมัดระวังในระดับ

---

[3] หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 12, พระนคร, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2514) หน้า 136

ที่แพทย์ ผู้มีความรอบคอบ จะพึงใช้แล้ว แพทย์ผู้นั้นย่อมไม่มีความรับผิดแต่อย่างใด เช่น ในการที่แพทย์ทำการผ่าตัดเพื่อรักษาโรคมะเร็งให้แก่ผู้ป่วยนั้น ย่อมไม่อาจจะคาดหวังได้ว่าผู้ป่วยจะหายจากโรคมะเร็งนี้ได้ จึงต้องพิจารณาถึงตัวแพทย์ ว่าได้ใช้ความรู้ความสามารถและใช้ความระมัดระวัง ในระดับที่แพทย์ที่มีความรอบคอบจะปฏิบัติกันแล้วหรือไม่ หากได้มีการปฏิบัติดังที่ว่านี้แล้ว แม้อาการของผู้ป่วยจะไม่ดีขึ้น หรือแม้ผู้ป่วยจะถึงแก่ความตายเนื่องจากการผ่าตัดดังกล่าว แพทย์ก็ไม่จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ป่วยแต่อย่างใด

พฤติการณ์

พฤติการณ์ คือ ข้อเท็จจริงภายนอก หรือสภาพแวดล้อมภายนอก ซึ่งผู้กระทำไปเกี่ยวข้อง[4] ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ย่อมหมุนเวียนเปลี่ยนไปไม่คงที่การใช้ความระมัดระวังต้องขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ในกรณีพฤติการณ์ฉุกเฉิน (Emergency) เช่น ตกอยู่ภายใต้ภยันตรายอย่างหนึ่งอย่างใด เป็นต้น ย่อมไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้อย่างเช่นกรณีปกติ ดังนั้น พฤติการณ์ฉุกเฉินจึงต้องนำมาประกอบในการพิจารณาความระมัดระวัง อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่ากรณีฉุกเฉิน จะสามารถใช้เป็นข้อแก้ตัวได้ว่าไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้ หลักอยู่ที่ว่าคนทั่วไปในฐานะของผู้กระทำเขาปฏิบัติกันอย่างไร หากมีพฤติการณ์ฉุกเฉินขึ้นเช่นนั้น ซึ่งแพทย์ ผู้มีความรอบคอบทั่วไป ก็ใช้ได้เพียงแค่นั้น เช่น ตกอยู่ในภาวะสงครามหรือฉุกเฉิน มีเครื่องมือไม่พอแพทย์ก็คงต้องรักษาด้วยความระมัดระวังระดับหนึ่ง แต่มิใช่ไม่ต้องระมัดระวังเสียเลยดังนั้นแพทย์ยังสามารถใช้ความระมัดระวังได้ ซึ่งถ้าไม่ใช้ให้เพียงพอก็เป็นประมาทได้

---

[4] สุษม ศุภนิตย์, "ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพ สถาปนิกและวิศวกร", เอกสารการสัมนาเรื่องสถาปนิก - วิศวกร และความรับผิดทางกฎหมาย เสนอที่ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 8 พฤศจิกายน 2528. (อัดสำเนา)

ในการพิจารณาถึง พฤติการณ์ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของแพทย์นั้น อาจยกตัวอย่างได้ในกรณีที่แพทย์ซึ่งปฏิบัติงานอยู่ในถิ่นทุรกันดาร หรือแพทย์ที่ปฏิบัติหน้าที่ในขณะที่เกิดสงครามซึ่งทำให้ขาดแคลนเครื่องมืออุปกรณ์ทางการแพทย์ที่ทันสมัย จึงทำให้การรักษาพยาบาลผู้ป่วยกระทำไปได้โดยไม่เต็มที่ เช่นนี้ ย่อมไม่อาจถือเป็นกรณีที่แพทย์ประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด เพราะทั้งนี้ในการนำสืบถือความรับผิดของแพทย์ จะต้องสมมติแพทย์ที่ปฏิบัติงานในถิ่นทุรกันดารในลักษณะเดียวกันมาเปรียบเทียบ จึงจะสามารถพิจารณาความรับผิดของแพทย์นั้นได้ถูกต้อง

กล่าวโดยสรุปแล้ว ในปัจจุบันนี้การกำหนดมาตรฐานของการปฏิบัติหน้าที่ในวิชาชีพแพทย์นั้นยังไม่สามารถกำหนดได้ ทั้งนี้เนื่องจากลักษณะงานในวิชาชีพแพทย์นั้นเป็นงานที่ไม่มีรูปแบบแน่นอน นอกจากนั้นวิธีการในการรักษาผู้ป่วยของแพทย์ก็อาจจะสามารถกระทำได้หลายวิธี ดังนั้นจึงไม่อาจจะกำหนดหลักเกณฑ์เป็นการแน่นอนตายตัวได้ จึงยังคงต้องอาศัยการพิจารณาจากการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ผู้มีความรอบคอบซึ่งอยู่ในวิสัย และพฤติการณ์อันเดียวกันนั้นว่าจะได้ใช้ความระมัดระวังเป็นเกณฑ์พิจารณา ซึ่งหากแพทย์ผู้ถูกฟ้องคดีนั้นได้ปฏิบัติหน้าที่โดยใช้ความระมัดระวังในระดับต่ำกว่าแพทย์ผู้มีความรอบคอบจะได้พึงปฏิบัติต่อผู้ป่วยแล้ว ย่อมจะพิจารณาได้ว่าแพทย์ผู้ถูกฟ้องคดีนั้น กระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วย ซึ่งอย่างไรก็ตาม ควรที่จะได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ของการปฏิบัติหน้าที่ในวิชาชีพเวชกรรมให้ได้เท่าที่จะทำได้ เช่นในกรณีของการกำหนดหลักเกณฑ์การวินิจฉัยเรื่องสมองตาย (Brain Death) ซึ่งปัจจุบันถือเป็นหลักเกณฑ์ที่มีแนวปฏิบัติที่วงการแพทย์ทั่วโลกยอมรับและยึดถือปฏิบัติเช่นเดียวกันทุกประเทศ ซึ่งการที่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ของการปฏิบัติหน้าที่ในวิชาชีพเวชกรรมได้อย่างเป็นรูปธรรมนั้น นอกจากจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในอันที่จะสามารถปฏิบัติได้ตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนด ซึ่งจะใช้เป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่า ผู้ป่วยถึงแก่ความตายแล้วหรือไม่ นอกจากนั้นแล้วยังเป็นประโยชน์ในการพิจารณาคดีความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอีกด้วย โดยถือว่าหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเป็นสิ่งที่แพทย์จะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งหากแพทย์ฝ่าฝืนการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ได้มีการยอมรับในวงการแพทย์ดังกล่าว และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วยแล้ว แพทย์อาจจะต้องรับผิดฐานกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วยได้ เนื่องจากถือว่า มิได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาผู้ป่วยและจะเห็นได้ว่า ที่แพทย์ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของการปฏิบัติหน้าที่ในวิชาชีพเวชกรรมอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปนั้น อาจจะถือเป็นการมิได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาผู้ป่วยได้เช่นเดียวกัน

<u>คดีการพิจารณาความรับผิดในทางละเมิดโดยประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทย</u>

สำหรับในคดีความรับผิดของแพทย์ต่อผู้ป่วยที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อของแพทย์ในประเทศไทยนั้นได้เคยมีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาไว้ใน คำพิพากษาฎีกาที่ 946-947/2475 โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่าจำเลยซึ่งเป็นแพทย์ได้ให้ยาแก่ผู้ป่วยซึ่งเป็นเด็กเกินขนาดที่ควรจะได้รับ เป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย ซึ่งจากการพิจารณาข้อเท็จจริงทั้งหมดในคดีนั้น ปรากฏว่า ผู้ป่วยได้มาพบแพทย์ตรวจว่าผู้ป่วยมีพยาธิจริงหรือไม่ แต่แพทย์ไม่ได้ทำการตรวจวินิจฉัยแต่อย่างใด กลับกำหนดยาถ่ายพยาธิ เพื่อให้ผู้ป่วยรับประทานจนเกินขนาด ซึ่งในภายหลังเมื่อได้มีการผ่าศพผู้ป่วยแล้วไม่ปรากฏว่าพบพยาธิแต่อย่างใด ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า ถือเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของแพทย์ และได้พิจารณาให้แพทย์ชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่พ่อแม่ของเด็ก ซึ่งเป็นผู้ป่วยดังกล่าว

จากการศึกษาถึงคำพิพากษาของศาลในคดีดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ข้อวินิจฉัยของศาลที่แสดงให้เห็นถึงความประมาทเลินเล่อของแพทย์นั้นมีสองประการ กล่าวคือ การที่แพทย์ได้ผสมยาถ่ายพยาธิอย่างแรงให้ผู้ป่วยรับประทานเกินขนาดประการหนึ่ง และการที่แพทย์มิได้ตรวจวินิจฉัยถึงอาการที่แท้จริงของผู้ป่วยว่าเป็นพยาธิจริงหรือไม่ อีกประการหนึ่ง ซึ่งหากเป็นการปฏิบัติในวิชาชีพของแพทย์ผู้มีความรอบคอบโดยทั่วไปแล้ว ควรที่จะได้มีการตรวจวินิจฉัยถึงอาการที่แท้จริงของผู้ป่วยว่าผู้ป่วยเป็นโรคอะไร และในการให้ยาแก่ผู้ป่วยก็ควรที่จะกำหนดให้เหมาะสมกับผู้ป่วย ซึ่งในคดีนี้ ผู้ป่วยเป็นเด็กก็ควรที่จะกำหนดยาให้น้อยกว่าผู้ใหญ่เป็นต้น แต่ในคดีนี้จำเลยมิได้กระทำเช่นเดียวกับที่แพทย์ผู้มีความรอบคอบโดยส่วนใหญ่จะพึงปฏิบัติต่อผู้ป่วย จึงถือได้ว่า แพทย์ได้กระทำการรักษาพยาบาลโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วยแล้ว และการที่ศาลสินิจฉัยว่า เป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น ก็เพราะผลจากการผ่าศพของผู้ป่วยแล้วไม่ปรากฏว่าพบพยาธิแต่อย่างใด ซึ่งแสดงว่าจำเลยมิได้วินิจฉัยถึงอาการใดของผู้ป่วยเลยแม้แต่น้อย และยังไม่เพียงเท่านั้น กลับกำหนดขนาดยาถ่ายพยาธิอย่างแรงให้ผู้ป่วยรับประทานอีกด้วย จึงถือได้ว่า เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของจำเลยแล้ว

นอกจากในคดีดังกล่าวแล้ว ยังมีการฟ้องคดีที่ผู้ป่วยได้มีความเสียหายจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออีก ซึ่งปรากฏในการพิจารณาของศาลชั้นต้นในคดีหมายเลขดำที่ 21679/2520 (คดีหมายเลขแดงที่ 17329/2532) โดยในคดีนี้โจทก์ได้รับบาดเจ็บจากการประสบอุบัติเหตุโดยส้นเท้าขวาถูกเฟืองและโซ่ตัดบดเนื้อส้นเท้าขาดหายไป กว้างประมาณ 2 เซนติเมตร จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นแพทย์ได้ทำการรักษาโดยผ่าตัดน่องขาซ้ายของโจทก์ และนำส้นเท้าขวาของโจทก์ที่ได้รับบาดเจ็บมาแนบติดกับน่องขาซ้าย แล้วเข้าเฝือกโดยอ้างว่าเป็นวิธีการเพาะเนื้อเยื่อหรือปลูกเนื้อเยื่อที่ส้นเท้าขวาผลสุดท้ายทำให้โจทก์เดินไม่ได้ เนื่องจากเท้าไม่มีแรงพอ ในคดีนี้ปรากฏว่าจำเลยซึ่งเป็นแพทย์ได้กล่าวว่าตนได้ชี้แจงให้ผู้ป่วยทราบแล้วว่าการรักษาวิธีดังกล่าวอาจทำให้มีการติดเชื้อ โจทก์ผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลแก่ตนแล้ว แต่กลับปรากฏว่าไม่มีหนังสือแสดงความยินยอมให้ศาลพิจารณาแต่อย่างใด ศาลจึงถือว่าจำเลยได้ทำการรักษาด้วยความประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วย

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลในคดีนี้จะเห็นว่า การที่ศาลวินิจฉัยว่าจำเลยประมาทเลินเล่อนั้นก็เพราะการติดเชื้อในแผลบริเวณที่ทำการรักษาจนทำให้โจทก์เดินไม่ได้ ซึ่งเกิดจากความประมาทเลินเล่อของจำเลย ซึ่งแม้ในข้อเท็จจริงจะฟังได้ว่าจำเลยได้มีการชี้แจงให้ผู้ป่วยทราบว่า การรักษาวิธีดังกล่าวอาจทำให้มีการติดเชื้อได้ก็ตามก็ไม่เห็นเหตุให้จำเลยหลุดพ้นจากความรับผิดในความเสียหาย ซึ่งเกิดจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยแต่อย่างใด นอกจากนี้ในคดีนี้ยังมีการวินิจฉัยในประเด็นเรื่องความยินยอมของผู้ป่วยด้วย ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาข้อวินิจฉัยดังกล่าวในส่วนของความยินยอม ซึ่งเป็นข้อยกเว้นความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ในบทที่ 4 ต่อไป

ในกรณีที่แพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยในระดับที่แพทย์ผู้มีความรอบคอบโดยทั่วไปจะพึงปฏิบัติต่อผู้ป่วยแล้ว แพทย์ย่อมไม่มีความรับผิดต่อผู้ป่วย แม้จะเกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วยก็ตาม ซึ่งได้มีการวินิจฉัยของศาลชั้นต้นในคดีหมายเลขดำที่ 879/2531 (คดีหมายเลขแดงที่ 1595/2533) ซึ่งโจทก์ฟ้องว่าจำเลยซึ่งเป็นแพทย์ได้ทำการวินิจฉัยโรคโดยประมาทเลินเล่อ โดยแจ้งผลการตรวจว่าโจทก์เป็นเนื้องอกไม่มีมะเร็งต้องทำการผ่าตัด ซึ่งแท้ที่จริงเป็นแต่เพียงการตั้งครรภ์ธรรมดา ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย และต้องรับการผ่าตัดโดยที่ไม่จำเป็นจึงฟ้องขอให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตน อย่างไรก็ตาม ศาลได้วินิจฉัยโดยรับฟัง

จากพยานผู้เชี่ยวชาญว่า การปฏิบัติของจำเลยนั้นได้ทำไปโดยถูกต้องตามหลักวิชาการแพทย์แล้ว และกรณีดังกล่าวถือว่าจำเลยได้ทำการวินิจฉัยโรคหรือแสดงความเห็น และได้การบำบัดรักษาไปโดยถูกต้องแล้ว จึงไม่ถือว่าจำเลยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วยซึ่งเป็นโจทก์ ศาลจึงได้พิพากษายกฟ้องโจทก์ในคดีนี้

นอกจากนั้น การกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ต่อผู้ป่วยอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีการงดเว้น การที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้ป่วย ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏในการพิจารณาคดีของศาลชั้นต้นในคดีหมายเลขดำที่ 886/2528 (คดีหมายเลขแดงที่ 942/2530) ในคดีนี้ โจทก์ซึ่งเป็นบิดาของผู้ป่วยซึ่งได้รับบาดเจ็บสาหัสจากอุบัติเหตุได้ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นแพทย์เวร ว่าได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ โดยไม่มาทำการตรวจรักษาผู้ป่วยให้ทันท่วงที แต่กลับทอดทิ้งผู้ป่วยไว้ถึง 6 ชั่วโมง จนผู้ป่วยถึงแก่ความตาย ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าการที่จำเลยปล่อยให้ผู้ป่วยซึ่งได้รับบาดเจ็บนอนรออยู่เป็นเวลาถึง 6 ชั่วโมงจนถึงแก่ความตาย โดยไม่มาทำการตรวจรักษาตามหน้าที่ ถือได้ว่าจำเลยประมาทเลินเล่อปราศจากความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติกรรม ซึ่งแพทย์ในภาวะเช่นนั้นจักต้องมี ศาลจึงวินิจฉัยให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทายาทของผู้ตาย

ซึ่งจากคำวินิจฉัยของศาลในคดีนี้ การที่ศาลวินิจฉัยว่า จำเลยกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วยนั้น เนื่องจากจำเลยเป็นแพทย์เวรซึ่งย่อมจะมีหน้าที่อยู่เวรเพื่อรับรักษาผู้ป่วยที่จะมาที่โรงพยาบาล ดังนั้นการที่จำเลยไม่มารักษาผู้ป่วยให้ทันท่วงที แต่กลับมาช้าถึง 6 ชั่วโมง จนผู้ป่วยถึงแก่ความตายจึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วย และในกรณีดังกล่าวถือเป็นการประมาทเลินเล่อในลักษณะของการงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลเสียหาย

นอกจากนั้น แม้ในกรณีที่แพทย์จะมิได้ปฏิบัติตามข้อแนะนำในการใช้ตัวยา แต่หากการใช้นั้นไม่ได้เป็นผลโดยตรงให้เกิดความเสียหายต่อผู้ป่วยแล้ว แพทย์ย่อมไม่ต้องรับผิดต่อผู้ป่วย ซึ่งจะเห็นได้ว่ากรณีนี้ศาลได้พิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหายด้วย ซึ่งศาลได้มีการวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 5637/2533 โดยในคดีนี้ โจทก์ฟ้องว่า จำเลยซึ่งเป็นแพทย์ได้มีคำสั่งให้ฉีดวัคซีน เอ็ม เอ็มอาร์แก่โจทก์ โดยมิได้พิจารณาถึงข้อห้ามในการใช้วัคซีนดังกล่าวว่า มิให้ใช้กับหญิงมีครรภ์ เพราะจะทำให้ทารกในครรภ์พิการ ทำให้โจทก์ต้องไปทำแท้ง แต่

ในคดีนี้ จำเลยได้นำสืบว่า การฉีดวัคซีนดังกล่าวที่ห้ามมิให้ใช้กับหญิงมีครรภ์นั้น มิใช่ข้อห้ามโดยเด็ดขาด เป็นเพียงข้อห้ามที่ผู้ผลิตยาพิมพ์ไว้เป็นข้อห้ามทั่ว ๆ ไปเท่านั้น นอกจากนั้น พยานผู้เชี่ยวชาญยังได้นำสืบว่า การฉีดวัคซีนดังกล่าวไม่ได้มีผลทำให้ทารกในครรภ์พิการแต่อย่างใด ซึ่งศาลเชื่อในน้ำหนักพยานหลักฐานการนำสืบของฝ่ายจำเลยดังกล่าว จึงวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยไม่เป็นการกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อให้โจทก์แท้งลูกแต่อย่างใด

ในคดีนี้ มีข้อที่น่าสังเกตุว่า ฟ้องของโจทก์เป็นการฟ้องว่า จำเลยมิได้ใช้ความระมัดระวังในการพิจารณาถึงข้อห้ามในการใช้วัคซีน ซึ่งน่าจะเป็นการฟ้องว่า จำเลยกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อตน แต่ในการวินิจฉัยของศาลนั้น ศาลได้วินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นการกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อให้โจทก์แท้งลูกแต่อย่างใด จึงน่าจะเป็นการที่ศาลวินิจฉัยเกินคำฟ้องของโจทก์

บอกจากนั้นในการที่จำเลยไม่ปฏิบัติตามข้อห้ามที่ผู้ผลิตยาพิมพ์ไว้นั้น ก็ไม่ใช่สิ่งที่จะพิจารณาว่าแพทย์มิได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาโจทก์แต่อย่างใด เพราะโจทก์สามารถนำสืบให้เห็นได้ว่า แม้โจทก์จะไม่ปฏิบัติตามข้อห้ามดังกล่าวก็ตาม แต่ก็ไม่มีความเสียหายเกิดแก่โจทก์แต่อย่างใด ความเสียหายของโจทก์จึงเกิดจากการที่กังวลไปเอง มิได้เกิดจากความผิดของจำเลยแต่อย่างใด

จากแนววินิจฉัยของศาลในคดีที่ได้ยกตัวอย่างมาเพื่อประกอบการพิจารณานั้น จะเห็นได้ว่าการที่ศาลจะพิจารณาว่า แพทย์กระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วยหรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาจากการปฏิบัติวิชาชีพเวชกรรมของแพทย์ผู้มีความรอบคอบโดยทั่วไป ซึ่งหากแพทย์ได้ปฏิบัติหน้าที่โดยใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกับแพทย์ผู้มีความรอบคอบโดยทั่วไปแล้ว แพทย์ย่อมไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่หากแพทย์ใช้ความระมัดระวังในระดับต่ำกว่าที่แพทย์ผู้มีความรอบคอบโดยทั่วไปจะพึงปฏิบัติต่อผู้ป่วยแล้ว แพทย์ย่อมต้องมีความรับผิดในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วย อย่างไรก็ตามในการพิจารณาถึงความประมาทเลินเล่อดังกล่าว ศาลย่อมมิอาจจะใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาได้ด้วยตนเอง ดังนั้นบุคคลที่มีบทบาทอย่างมาก ในการพิจารณาความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็คือ พยานผู้เชี่ยวชาญจึงเป็นแพทย์เช่น

เดียวกัน และจากการพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลแล้ว จะเห็นได้ว่า ศาลให้น้ำหนักกับพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นอย่างมาก ทั้งนี้จากการพิจารณาถึงคำวินิจฉัยของศาลซึ่งผู้เขียนขอยกมาเพื่อประกอบการพิจารณา เช่นในคำพิพากษาฎีกาที่ 5637/2533 ซึ่งศาลได้วินิจฉัยไว้ว่า "...แต่พยานหลักฐานจำเลยทั้งสองเป็นแพทย์สำเร็จการศึกษาด้านสูตินรีเวชศาสตร์ ผู้เชี่ยวชาญด้านโรคติดเชื้อไวรัสและผู้เชี่ยวชาญด้านกุมารเวชวิทยา มีประสบการณ์และชำนาญเกี่ยวกับเชื้อไวรัสหัดเยอรมันมานาน คำเบิกความของพยานจำเลยดังกล่าว จึงมีน้ำหนักเชื่อถือได้..." และในบางกรณี ศาลได้ให้น้ำหนักคำเบิกความของจำเลยจึงเป็นแพทย์ไว้อย่างชัดแจ้ง เช่นในการพิจารณาคดีของศาลชั้นต้นคดีหมายเลขดำที่ 5443/2534 (คดีหมายเลขแดงที่ 4674/2535) ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า "....นอกจากนี้ ปรากฏว่าจำเลยเป็นแพทย์ระดับสูงของโรงพยาบาลศิริราชในแผนกทันตกรรม โดยเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านทันตกรรมทำหน้าหัวหน้างานทันตกรรมโรงพยาบาลศิริราช การรักษาผู้ป่วยย่อมจะกระทำด้วยความระมัดระวังและถูกต้องตามหลักวิชาการแพทย์....." ซึ่งในกรณีคดีหมายเลขดำที่ 5443/2534 นี้ ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาล ผู้เขียนเห็นควรด้วยในกรณีที่ศาลได้นำพยานผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ และได้ให้น้ำหนักเบิกความของพยานดังกล่าว เพราะแพทย์เองย่อมไม่สามารถที่จะใช้ดุลยพินิจพิจารณาได้เองว่า เพียงใดจึงจะถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่อในทางการแพทย์ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลไม่ควรจะพิจารณาถึงคุณวุฒิและความรู้ความเชี่ยวชาญของจำเลยเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดเพียงอย่างเดียว แต่ควรที่จะได้พิจารณาถึงลักษณะของการปฏิบัติหน้าที่ที่แพทย์กระทำต่อผู้ป่วยด้วย เพราะแม้จำเลยจะเป็นแพทย์ผู้ทรงคุณวุฒิและมีความรู้ความเชี่ยวชาญเพียงใดก็ตาม แต่ก็มีโอกาสที่จะพลั้งเผลอกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วยได้เช่นเดียวกัน

เมื่อได้พิจารณาในส่วนองค์ประกอบในส่วน "โดยประมาทเลินเล่อ" แล้วจะได้พิจารณาถึงองค์ประกอบในส่วน" โดยผิดกฎหมาย" ต่อไป

คำว่า "โดยผิดกฎหมาย"[5] นั้น ถ้ามีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เช่นกฎหมายอาญาบัญญัติว่า การกระทำอันใดเป็นความผิดก็ย่อมเป็นการกระทำผิดกฎหมายอย่างไม่มีปัญหา แต่ความรับผิดฐานละเมิดไม่จำต้องมีกฎหมายบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าการกระทำอันใดถือว่าเป็น

---

[5] ไพจิตร บุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5) (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์สุทธิแสวงการพิมพ์, 2525), หน้า 14-15

ผิดกฎหมาย คำว่า โดยผิดกฎหมายในมาตรา 420 ปพพ. นี้หมายความเพียงว่า ถ้าได้กระทำความเสียหายแก่สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นของบุคคล โดยไม่มีสิทธิหรือไม่มีอำนาจกระทำได้แล้ว ย่อมถือว่าผิดกฎหมายตามมาตรา 420 ปพพ. นี้

โดยสรุปแล้ว จึงเห็นได้ว่า การกระทำโดยผิดกฎหมายนั้นมีความหมายว่าเป็นการล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่น โดยปราศจากอำนาจหรือเกินกว่าอำนาจที่มีอยู่ การละเมิดสิทธิของผู้อื่นย่อมเป็นผิดกฎหมายอยู่ในตัว โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติ จุดสำคัญจึงดูว่าผู้อื่นนั้นมีสิทธิตามกฎหมาย การทำให้สิทธิของผู้อื่นเสียหายกระทบกระเทือนคือ การผิดกฎหมาย โดยเหตุนี้หากผู้กระทำมีอำนาจที่จะกระทำได้ แม้จะเกิดความเสียหายต่อผู้หนึ่งผู้ใด ก็ย่อมไม่เป็นละเมิด เพราะการกระทำโดยมีอำนาจย่อมทำให้การกระทำไม่เป็นผิดกฎหมาย

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงการกระทำโดยผิดกฎหมายของแพทย์ต่อผู้ป่วยนั้น จึงหมายถึงการกระทำโดยที่แพทย์ไม่มีสิทธิหรือไม่มีอำนาจกระทำต่อผู้ป่วยนั่นเอง ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้ป่วยเป็นมะเร็งที่กระเพาะอาหารแต่ไม่ประสงค์ที่จะรับการผ่าตัดจากแพทย์ แต่แพทย์ก็ยังคงทำการผ่าตัดมะเร็งดังกล่าว โดยที่มิได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยแต่อย่างใด เช่นนี้ถือว่า แพทย์กระทำโดยไม่มีสิทธิหรืออำนาจและเป็นการผิดกฎหมายต่อผู้ป่วยแล้ว

นอกจากนั้น คำว่า โดยผิดกฎหมาย ในกรณีการกระทำของแพทย์ต่อผู้ป่วยนั้นยังรวมไปถึงการกระทำที่เกินไปกว่าความยินยอมที่แพทย์ได้รับจากผู้ป่วยอีกด้วย ซึ่งตัวอย่างเช่น ผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัดไส้ติ่งแต่เมื่อแพทย์ผ่าตัดแล้ว ได้พบมะเร็งที่กระเพาะอาหารด้วย และกรณีมิใช่เหตุฉุกเฉินที่แพทย์จะต้องรีบทำการผ่าตัด ในกรณีเช่นนี้ หากแพทย์มิได้รับความยินยอมในส่วนของการผ่าตัดมะเร็งที่บริเวณกระเพาะอาหารและได้ทำการผ่าตัดไปแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายต่อผู้ป่วย

เรื่องความยินยอมหรือไม่ยินยอมให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาลนั้น เป็นเหตุที่ทำให้เกิดการฟ้องร้องคดีต่อแพทย์เป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในต่างประเทศซึ่งผู้ป่วยตื่นตัวในสิทธิของตนเองเป็นอย่างมาก และถือว่าสิทธิของผู้ป่วยดังกล่าวเป็นสิทธิที่จะสามารถตัดสินใจในเนื้อตัว

ร่างกายของตนเองได้ แพทย์จะกระทำสิ่งอันเป็นการฝืนต่อเจตนารมย์ที่แท้จริงของผู้ป่วยไม่ได้ แต่ก็มีบางกรณีที่รัฐเข้ามาแทรกแซงในเจตนารมย์ของผู้ป่วยดังกล่าว ซึ่งในรายละเอียดจะได้กล่าวในบทที่ 4 ต่อไป

สำหรับคดีการฟ้องร้องแพทย์ว่า กระทำการรักษาพยาบาลโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยนั้น ในประเทศไทยมีการพิจารณาของศาลชั้นต้นคดีหมายเลขดำที่ 5443/2534 (คดีหมายเลขแดงที่ 4674/2535) ซึ่งโจทก์ฟ้องว่าจำเลยทำการถอนฟันโจทก์จำนวน 3 ซี่ โดยที่โจทก์มิได้ให้ความยินยอม จึงขอเรียกค่าสินไหมทดแทนจากโจทก์ แต่ทางนำสืบนั้น พบว่าโจทก์ได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือแก่จำเลยแล้ว ดังนั้นจึงถือได้ว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำโดยมีสิทธิ จึงทำให้การกระทำของจำเลยต่อโจทก์ไม่เป็นละเมิดเนื่องจากขาดองค์ประกอบในส่วน "โดยผิดกฎหมาย" นอกจากนั้น ยังมีคดีการพิจารณาคดีของศาลชั้นต้นในหมายเลขดำที่ 21679/2520 (คดีหมายเลขแดงที่ 17329/2532) ซึ่งในประเด็นเรื่องความยินยอมในคดีนี้นั้น จำเลยซึ่งเป็นแพทย์อ้างว่า โจทก์ได้ให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลแก่ตนแล้ว แต่ทางนำสืบศาลไม่เชื่อว่าจำเลยได้มีความยินยอมดังกล่าวจากโจทก์ เพราะไม่ปรากฏหลักฐานการยินยอมเป็นหนังสือ จำเลยจึงไม่อาจจะอ้างความยินยอมขึ้นลอย ๆ ได้ และเมื่อพิจารณาถึงการใช้ความระมัดระวังของจำเลยแล้ว ศาลเห็นว่า มิได้ใช้ความระมัดระวังในระดับแพทย์วิญญูชนจะได้ใช้กับผู้ป่วย ศาลจึงพิจารณาให้จำเลยรับผิดฐานกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วย

จะเห็นได้ว่า ในส่วนเรื่องความรับผิดทางละเมิดของแพทย์ต่อผู้ป่วยนั้น ในองค์ประกอบเรื่อง " โดยผิดกฎหมายนี้" จะมีส่วนเกี่ยวข้องไปถึงเรื่องความยินยอมของผู้ป่วยเป็นอย่างมาก เพราะในกรณีที่ผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมก็ถือได้ว่า แพทย์กระทำโดยมีอำนาจที่จะกระทำซึ่งจะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ป่วยมิได้ให้ความยินยอมแก่แพทย์แล้ว ย่อมถือได้ว่า แพทย์กระทำโดยไม่มีอำนาจกระทำ จึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ซึ่งจะเห็นได้ว่า เมื่อพิจารณาองค์ประกอบในส่วน "โดยผิดกฎหมาย" แล้ว จะมีกรณีเรื่องความยินยอมของผู้ป่วยเข้ามาเป็นเกณฑ์ พิจารณาว่าแพทย์กระทำโดยผิดกฎหมายต่อผู้ป่วยหรือไม่ ดังนั้นในส่วนเรื่องความยินยอมของผู้ป่วยนี้ จึงคาบเกี่ยวทั้งในเรื่ององค์ประกอบ "โดยผิดกฎหมาย" ในบทที่ 3 นี้ และในบทที่ 4 ซึ่งเป็นบทที่พิจารณาถึงข้อยกเว้นความรับผิดในทางละเมิดของแพทย์ต่อผู้ป่วย

ใ17126891

เมื่อได้พิจารณาถึงองค์ประกอบของการกระทำละเมิด คือ จงใจ ประมาทเลินเล่อ และโดยผิดกฎหมายแล้วองค์ประกอบสุดท้ายก็คือ เกิดผลเสียหายขึ้นต่อชีวิตร่างกาย ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญมากองค์ประกอบหนึ่ง เนื่องจากเจตนารมย์ของกฎหมายลักษณะละเมิดนั้น เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังนั้นถ้าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดแล้ว ผู้เสียหายย่อมไม่มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด

ในการพิจารณาถึงผลเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ศาลได้ใช้หลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหายมาเป็นเกณฑ์พิจารณา ซึ่งในปัจจุบัน ทฤษฎีที่ใช้ในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหาย มี 2 ทฤษฎีดังนี้[6]

1. <u>ทฤษฎีเงื่อนไข หรือทฤษฎีผลโดยตรง</u> หรือทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ ทฤษฎีนี้ถือว่าหากปรากฏว่าถ้าไม่มีการกระทำดังที่ถูกกล่าวหาแล้วผลจะไม่เกิดขึ้น เช่นนั้น ต้องถือว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลอันเกิดขึ้นจากการกระทำที่ถูกกล่าวหา ผลอันหนึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากเหตุหลาย ๆ ประการ ถ้าการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาเป็นเหตุอันหนึ่งในเหตุหลาย ๆ เหตุนั้นด้วยแล้ว ผู้นั้นก็ต้องรับผิดไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่ายังมีเหตุอื่นที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วยเหมือนกัน เพราะถือว่าเหตุทุก ๆ เหตุมีน้ำหนักเท่ากัน จะถือว่าเป็นแต่เหตุบางประการเท่านั้นที่ก่อให้เกิดผลขึ้นหาได้ไม่ เพราะถ้าไม่มีเหตุทุก ๆ ประการเหล่านั้น รวมเข้าด้วยกันแล้ว ผลก็ย่อมไม่เกิดขึ้นเช่นกัน

ทฤษฎีนี้มีข้อเสียอยู่ที่ว่า เป็นการผลักภาระความรับผิดที่เกินกว่า ความเป็นจริง และไม่เป็นการยุติธรรมต่อผู้กระทำ เพราะในบางกรณีอาจมีเหตุอื่นที่มีน้ำหนักมากกว่าเหตุเดิมแทรกซ้อนขึ้นและเป็นต้นเหตุให้เกิดผลได้อย่างชัดแจ้ง ถ้าถือว่าทุกเหตุมีน้ำหนักเท่ากันหมดทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบมากเกินกว่าความเป็นจริง

---

[6] จิตติ ติงศภัทิย์, <u>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้</u> พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2523, หน้า 192

2. <u>ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม</u> หรือทฤษฎีผลธรรมดาทฤษฎีนี้ถือว่า ในบรรดาเหตุทั้งหลายที่ก่อให้เกิดผลขึ้นนั้นในแง่ความรับผิดชอบของผู้กระทำการใดแล้ว เฉพาะแต่เหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเช่นว่านั้นเท่านั้น ที่ผู้กระทำการนั้นจะต้องรับผิดชอบเช่น ก. ผลัก ข. ล้มลง ข. ถึงแก่ความตาย เพราะกระโหลกศีรษะของ ข. บางกว่าปกติ เมื่อศีรษะกระทบพื้น จึงแตกและถึงแก่ความตาย ก. ไม่ต้องรับผิดในผลแห่งความตายของ ข. แต่รับผิดเฉพาะผลธรรมดาอันอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำของ ก. กล่าวคือ อาจเป็นความรับผิดแต่ทำร้ายร่างกาย ข.

ทฤษฎีผลธรรมดานี้มีข้อเสียตรงที่ว่า ทำให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ไม่ได้รับการชดใช้เยียวยา เพราะถือว่าการกระทำเฉพาะแต่ที่เป็นเหตุอันเหมาะสมที่จะส่งผลให้เกิดความเสียหายขึ้นเท่านั้น ที่ผู้กระทำจะต้องรับผิด ดังนั้น จึงเป็นการผลักภาระให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งมิได้มีส่วนผิดจะต้องรับเอาความเสียหายนั้นไว้อย่างไม่ยุติธรรม

สำหรับการวินิจฉัย ถึงความเสียหายที่ผู้ป่วยได้รับจากการกระทำละเมิดของแพทย์ในประเทศไทยนั้น ศาลได้เคยมีการวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่เก่ามากคือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 279/2467 ซึ่งในคดีดังกล่าว ผู้ป่วยได้ป่วยเป็นกาฬิโรค โดยมีอาการบวมที่ใต้แขน จ่าเลยซึ่งเป็นแพทย์ได้ขอความยินยอมจากบิดาของผู้ป่วย เพื่อใช้เข็มแทงเอาเลือดผู้ป่วยส่งไปยังกรมอนามัยเพื่อตรวจค้นเชื้อโรค ต่อมาอีก 1 ชั่วโมง ผู้ป่วยได้ถึงแก่ความตาย

ในคดีดังกล่าว ศาลได้นำหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหายมาปรับใช้ด้วย ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าในคดีนี้ศาลได้ใช้ทฤษฎีผลโดยตรงมาใช้ในการวินิจฉัย โดยผู้เขียนขอยกแนววินิจฉัยของศาลมาเพื่อประกอบการพิจารณาดังนี้

"การที่จ่าเลยกระทำดังนี้ (ใช้เข็มแทงเอาเลือดผู้ป่วยส่งไปตรวจ) ไม่มีพยานหลักฐานแสดงว่า ไม่เป็นวิธีที่ถูกต้องอยู่ในตัวประการใด ฤาว่าไม่สะอาดและไม่มีใครเอ่ยอ้างว่าความตายนั้นเนื่องด้วยโลหิตเป็นพิษ เป็นแต่อ้างว่าความตายของเด็กหญิงบุญไทยนั้น เป็นผลของเหตุที่จ่าเลยใช้เข็มแทง และถ้าไม่มีการใช้เข็มแทงแล้วเด็กหญิงบุญไทยควรจะได้หายป่วย

โจทก์จำเป็นต้องสืบให้ได้ความดังนี้

1. การกระทำของจำเลย <u>เป็นอันแท้จริง</u> ที่ก็กระทำให้เด็กหญิงบุญไทยถึงตาย
2. จำเลยได้เสินเล่อตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 43 ตอน 2"

จากแนววินิจฉัยในคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ศาลได้พิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหายประกอบด้วย กล่าวคือ ศาลได้ข้อสรุปที่จะต้องพิจารณาว่า ความตายของผู้ป่วยเป็นผลโดยตรง จากการที่แพทย์ใช้เข็มแทงหรือไม่ และการใช้เข็มแทงของแพทย์ในกรณีดังกล่าว ถือเป็นการกระทำโดยประมาทเสินเล่อหรือไม่

ในที่สุดศาลได้วินิจฉัยว่า การที่แพทย์ได้ใช้เข็มแทงเอาเลือดผู้ป่วยนั้นมิได้เป็นโดยตรงที่ทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายแต่อย่างใด ทั้งนี้ ทางนำสืบยังได้ข้อเท็จจริงด้วยว่า ผู้ป่วยได้ป่วยอยู่ก่อนแล้ว 3 วัน จึงได้มาพบแพทย์ซึ่งเป็นจำเลย

ในส่วนที่ว่า การใช้เข็มแทงเอาเลือดของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาทเสินเล่อหรือไม่นั้น ศาลได้วินิจฉัยโดยอาศัยคำเบิกความของแพทย์ซึ่งเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญได้เบิกความว่ากรณีดังกล่าวแพทย์ซึ่งเป็นจำเลยได้ใช้เข็มฉีดยาที่สะอาดแล้ว และได้เบิกความด้วยว่าเข็มฉีดยาที่สะอาดดังกล่าว ไม่อาจสามารถมีผลทำให้ผู้ป่วยตายได้ นอกจากนั้น แพทย์ได้ปฏิบัติโดยระมัดระวังตามสมควร และการใช้เข็มแทงเอาเลือดเพื่อส่งไปตรวจนั้น ก็ถือเป็นการปฏิบัติ ซึ่งแพทย์ผู้มีความรอบคอบทั่วไป จะปฏิบัติกันเช่นนี้อยู่แล้ว ศาลในคดีนี้จึงได้วินิจฉัยว่า "ในคดีนี้ไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุนโดยตรงและไม่มีเหตุผลเพียงพอ ที่ศาลจะควรถือเอาเป็นเหตุให้สันนิษฐานว่า จำเลยควรจะต้องรับผิดชอบในความตายของเด็กหญิงบุญไทยโดยตรง ถ้าโดยประการใด ๆ เลย

อนึ่ง เมื่อได้วินิจฉัยว่าในทางพิจารณาฟังไม่ได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นเหตุให้เด็กหญิงบุญไทยตายดังกล่าวมาข้างต้นนั้นแล้ว ก็ไม่จำเป็นจะต้องวินิจฉัยต่อไปว่า การกระทำของจำเลยเป็นการเลินเล่อตามกฎหมายฤาไม่ แต่สมควรที่จะกล่าวความเห็นในข้อนี้ของกรรมการไว้ด้วยว่า ในทางพิจารณาไม่ปรากฏพยานหลักฐานอย่างใดที่จะแสดงให้เห็นความเลินเล่อ ฤาความบกพร่อง ในวุฒิของจำเลยอันจะเป็นเหตุแสดงความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 43 นั้นจึงพร้อมกันพิพากษากลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ข้าหลวงพิเศษ และให้ปล่อยตัวจำเลยไป ฯ"

ผู้เขียนเห็นว่ามีข้อที่น่าสังเกตประการหนึ่งด้วยว่า ในคดีนี้ศาลได้พิจารณาถึงหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ก่อนที่จะได้มีการพิจารณาว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสำคัญ ของหลักนี้ เนื่องจากแม้ว่าในคดีนี้ หากข้อเท็จจริงจะกลับปรากฏว่า การกระทำของจำเลย ในการใช้เข็มแทงเอาเลือดของผู้ป่วยนั้นเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ เช่น ใช้เข็มที่ไม่สะอาดเพียงพอก็ตาม แต่หากฝ่ายโจทก์ ไม่สามารถนำสืบให้ศาลได้เห็นว่า ความตายของผู้ป่วยเป็นผลโดยตรงจากการใช้เข็มฉีดยาที่ไม่สะอาดของแพทย์แล้ว ย่อมไม่อาจถือได้ว่า แพทย์จะต้องรับผิดในผลที่เกิดขึ้น คือความตายของผู้ป่วยดังกล่าว

นอกจากนั้นในการวินิจฉัยถึงผลเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดของแพทย์ต่อผู้ป่วย ยังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 5637/2533 ซึ่งในคดีนี้ โจทก์ซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์ฟ้องจำเลยว่า จำเลยได้ฉีดวัคซีน เอ็ม เอ็ม อาร์ ให้กับโจทก์โดยไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำในการใช้วัคซีนดังกล่าว ซึ่งห้ามใช้กับหญิงมีครรภ์ และเนื่องจากโจทก์กังวลว่า บุตรที่เกิดมานั้นจะพิการ โจทก์จึงไปทำแท้งและมาฟ้องจำเลยในคดีดังกล่าว ซึ่งทางนำสืบจำเลยได้นำสืบว่า โดยแท้ที่จริงการที่มีคำแนะนำมิได้มีการใช้วัคซีนดังกล่าวกับหญิงมีครรภ์นั้นก็เพียงเพื่อประโยชน์ของบริษัทผู้ผลิตยาว่าในกรณีที่เกิดความเสียหาย บริษัทผู้ผลิตจะไม่รับผิดชอบเท่านั้น และในคดีนี้พยานจำเลยซึ่งเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญได้นำสืบว่าการฉีดวัคซีนดังกล่าวไม่ทำให้ทารกในครรภ์พิการแต่อย่างใด ดังนั้นศาลในคดีนี้ จึงได้วินิจฉัยว่าจำเลยมิได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อโจทก์แต่อย่างใด การที่โจทก์ไปทำแท้งนั้นก็เป็นเพราะความกังวลว่า ทารกที่เกิดมาจะพิการ ซึ่งเป็นความกังวลของโจทก์เอง ดังนั้น จึงไม่อาจพิจารณาได้ว่าความเสียหายของโจทก์ เกิดจากการฉีดวัคซีนของโจทก์แต่อย่างใด

มีข้อสังเกตุในคดีนี้ว่า แม้การที่แพทย์มิได้ปฏิบัติตามคำแนะนำในการใช้ยา แต่ถ้าการที่แพทย์ไม่ปฏิบัติดังกล่าว ไม่ได้ก่อให้เกิดผลเสียหายโดยตรงแก่โจทก์แล้ว โจทก์ย่อมไม่ต้องรับผิดต่อจำเลยแต่อย่างใด และในคดีนี้พยานผู้เชี่ยวชาญก็ได้นำสืบแล้วว่า วัคซีนที่โจทก์ฉีดให้แก่จำเลยนั้นไม่มีผลกระทบถึงทารกในครรภ์แต่อย่างใด จึงไม่ถือว่าจำเลยกระทำโดยมิได้ใช้ความระมัดระวังต่อโจทก์แต่อย่างใด และการที่โจทก์ต้องไปทำแท้งนั้นก็เกิดจากความวิตกกังวลของโจทก์เอง จำเลยไม่ต้องรับผิดต่อโจทก์แต่อย่างใด

ดังนั้น เมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลทั้งสองคดีดังกล่าว จึงเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความยากลำบากของผู้ป่วยซึ่งเป็นโจทก์ในการที่จะนำสืบให้ศาลเห็นว่าการรักษาพยาบาลของแพทย์นั้น ได้กระทำไปโดยประมาทเลินเล่อ ซึ่งถือเป็นปัญหาที่สำคัญอย่างยิ่งแก่ฝ่ายโจทก์ เพราะหากโจทก์ไม่สามารถนำสืบให้ศาลเห็นถึงความประมาทเลินเล่อดังกล่าวของแพทย์ได้แล้ว ศาลย่อมจะไม่พิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ป่วย และผู้ป่วยย่อมไม่ได้รับค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด ซึ่งปัญหาในเรื่องภาระการนำสืบของผู้ป่วยนี้จะได้กล่าวในส่วนของการกำหนดภาระนำสืบตามมาตรา 84 ปวพ.ต่อไป

<u>บทสันนิษฐานความผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 422</u>

โดยปกติแล้ว หน้าที่ในการนำสืบถึงการกระทำอันเป็นองค์ประกอบของละเมิดนั้น เป็นหน้าที่ของฝ่ายซึ่งยื่นฟ้อง แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีกเป็นหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องที่จะต้องพิสูจน์ว่าการกระทำของนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว หรือมิฉะนั้นก็พิสูจน์ว่าต้นเหตุแห่งความเสียหายนั้น ๆ เกิดจากบุคคลอื่น ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 422 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าความเสียหายเกิดแต่การฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่มีประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่นๆ ผู้ใดทำการฝ่าฝืนเช่นนั้นท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้ผิด"

บทบัญญัติในมาตรา 422 ดังกล่าว ถือเป็นบทบัญญัติที่มีการสันนิษฐาน ความผิดของผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่นแล้ว ดังนั้นจึงเป็นประโยชน์แก่โจทก์ในอันที่จะไม่ต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงองค์ประกอบในเรื่องการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อของจำเลยแต่อย่างใด และจำเลยเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนั้น ซึ่งนับเป็นการบรรเทาภาระการพิสูจน์ของโจทก์ได้เป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงบทสันนิษฐานว่าได้มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น ดังนั้น ในส่วนที่ว่ามีความเสียหายหรือไม่ และความเสียหายเกิดจากการกระทำของจำเลยหรือไม่ยังคงเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องสืบให้ศาลเห็นอยู่นั่นเอง

การที่จะเป็นกฎหมายอันมีที่ประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลอื่นๆ นั้น จะต้องมีลักษณะเป็นกฎหมายที่บัญญัติเพื่อให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง และกฎหมายดังกล่าวนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลทุกคน มิใช่เพื่อคุ้มครองเพียงบุคคลบางกลุ่มบางพวก หรือมิใช่บทบัญญัติเพื่อกำหนดความเป็นระเบียบของสังคมสาธารณะแต่อย่างเดียว ซึ่งตัวอย่างของกฎหมายอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ นั้น ได้แก่กฎหมายจราจร กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายอาหารและยา กฎหมายเกี่ยวกับวัตถุอันตราย และกฎหมายควบคุมกำหนดราคาและป้องกันการผูกขาด เป็นต้น[7] ซึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวที่ยกตัวอย่างมานั้น ล้วนมีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้เป็นการทั่วไปและกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อป้องกันความเสียหายต่อบุคคลทั่วไป จึงอยู่ในความหมายของกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ตามบัญญัติไว้ในมาตรา 422 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าว

---

[7] สุษม ศุภนิตย์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, หน้า 61

จากผลของบทบัญญัติในมาตรา 422 ดังกล่าว ซึ่งจะเป็นประโยชน์แก่โจทก์มากดังที่ได้กล่าวมาแล้ว คือ โจทก์ไม่ต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงองค์ประกอบในเรื่องการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อของจำเลยแต่อย่างใด ซึ่งในส่วนนี้จึงมีประเด็นที่น่าวิเคราะห์ว่า พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ถือเป็นกฎหมายอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ ตามมาตรา 422 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

จากการศึกษาและพิจารณาถึงพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าว ยังไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่มีไว้เพื่อปกป้องบุคคลอื่นแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวไม่มีลักษณะชัดเจนที่จะเป็นการปกป้องบุคคลทุกคน หากแต่เป็นเพียงการกำหนดขอบเขตหน้าที่ของบุคคลในองค์กรแพทย์ไว้อย่างกว้าง ๆ รวมทั้งเป็นเพียงการกำหนดจริยธรรมที่ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ควรจะปฏิบัติต่อผู้ป่วยเท่านั้น

ดังนั้นหากจะคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยให้มากขึ้น โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายในมาตรา 422 ดังกล่าวแล้ว จะต้องมีกฎหมายรับรองให้การปฏิบัติของแพทย์เป็นหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติ ซึ่งหากแพทย์ฝ่าฝืนการปฏิบัติดังกล่าว ย่อมจะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่า เป็นผู้ผิดซึ่งแพทย์จะต้องมีหน้าที่นำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว ซึ่งอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายในมาตรา 422 ดังกล่าวจะเป็นการหาทางออกที่ดีอีกประการหนึ่ง เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมในเรื่องภาระการนำสืบซึ่งผู้ป่วยจะต้องแสดงให้ศาลเห็นว่า แพทย์ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยมากขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

<u>ความรับผิดในทางละเมิดกรณีความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์ซึ่งมีสภาพเป็นอันตรายตามมาตรา 437 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์</u>

เมื่อพิจารณาถึงความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต่อผู้ป่วยแล้ว จะเห็นได้ว่าโดยส่วนใหญ่ ความเสียหายจะเกิดจากการกระทำละเมิดโดยตัวผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั่นเอง ซึ่งผู้ป่วยจะต้องรับภาระในการนำสืบเพื่อให้ศาลเห็นถึงองค์ประกอบในทางละเมิดที่แพทย์ได้กระทำต่อตนเอง กล่าวคือจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า แพทย์ได้กระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อให้ตนได้รับความเสียหาย อย่างไรก็ตามในบางกรณีแม้ความเสียหายจะมิได้เกิดจากการกระทำละเมิดโดยตัวผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์เองก็ตาม แต่เป็นความเสียหายที่เกิด

จากทรัพย์ซึ่งมีสภาพเป็นอันตราย ซึ่งอยู่ในความครอบครองของแพทย์แล้ว แพทย์ก็จะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกัน ยิ่งไปกว่านั้น ยังเป็นประโยชน์แก่ผู้ป่วยหรือโจทก์ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากทรัพย์ซึ่งมีสภาพเป็นอันตรายนั้นด้วย โดยในกรณีดังกล่าว โจทก์ไม่ต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของแพทย์แต่อย่างใด แต่ยังคงต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่า โจทก์ได้รับความเสียหายจากทรัพย์ซึ่งมีสภาพเป็นอันตรายดังกล่าว ซึ่งในส่วนนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 437 ได้บัญญัติว่า

"บุคคลใดครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะอย่างใด ๆ อันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบเพื่อการเสียหายอันเกิดแก่ยานพาหนะนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า การเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัย หรือเกิดเพราะความผิดของผู้ต้องเสียหายนั้นเอง

ความในข้อนี้ให้ใช้บังคับได้ตลอดถึงบุคคลผู้มีไว้ในครอบครองของตน ซึ่งทรัพย์อันเป็นของเกิดอันตรายได้โดยสภาพหรือโดยความมุ่งหมายที่จะใช้ หรือโดยอาการกลไกของทรัพย์นั้น"

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในมาตรา 437 วรรคสองดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่ากรณีที่จะเป็นความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์ซึ่งมีสภาพเป็นอันตรายนั้น จะต้องปรากฏว่าความเสียหายนั้นเกิดจากความชำรุดบกพร่องของตัวทรัพย์นั่นเอง เช่นถังแก๊สรั่ว ดินปืนระเบิด สายไฟชำรุดทำให้ไฟรั่ว เป็นต้น ทั้งนี้หากเป็นกรณีที่บุคคลใช้ทรัพย์ซึ่งมีสภาพเป็นอันตรายดังกล่าว ไปก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว กรณีย่อมไม่อยู่ในบังคับแห่งมาตรา 437 วรรคสองดังกล่าว แต่จะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดตามบทบัญญัติในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องละเมิด

จากการพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 437 วรรคสองดังกล่าว มีปัญหาว่าเครื่องมือและอุปกรณ์ต่าง ๆ ของแพทย์นั้น มีลักษณะเป็นทรัพย์ซึ่งมีสภาพเป็นอันตรายหรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้เคยมีคำวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1869/2472 ว่ากระแสไฟฟ้าถือเป็นทรัพย์ที่เกิดอันตรายได้โดยสภาพ ดังนั้น เครื่องมือแพทย์ที่ต้องใช้กระแสไฟฟ้าทั้งหมด เช่น เครื่องมือช็อคไฟฟ้าเพื่อรักษาผู้ป่วยโรคจิต เครื่องตรวจหัวใจด้วยไฟฟ้า รวมทั้งเครื่องฉายรังสี

ต่าง ๆ เหล่านี้ถือได้ว่า เป็นทรัพย์ที่เกิดอันตรายได้โดยสภาพ ส่วนเครื่องมือผ่าตัดของแพทย์ เช่น มีด กรรไกร เข็มเย็บแผล และเครื่องมือชนิดที่เป็นท่อใส่เข้าไปดูตามทวารต่าง ๆ เหล่านี้ถือได้ว่าเป็นของที่เกิดอันตรายได้โดยความมุ่งหมายที่จะใช้ทั้งสิ้น[8]

นอกจากนั้น มีปัญหาว่า แพทย์มีฐานะเป็น "ผู้ครอบครอง" ตามความหมายในมาตรา 437 วรรคสองหรือไม่ ซึ่งในส่วนนี้เนื่องจาก "ผู้ครอบครอง" มีความหมายถึง ผู้ครอบครองทรัพย์ที่เป็นเหตุแห่งความเสียหายในขณะที่เกิดความเสียหายไม่จำต้องเป็นเจ้าของทรัพย์เสมอไป อาจเป็นเพียงผู้มีสิทธิครอบครองเท่านั้นก็ได้ ซึ่งหากเป็นกรณีที่แพทย์มีเครื่องมือและอุปกรณ์ทางการแพทย์ ซึ่งเป็นทรัพย์ซึ่งมีสภาพเป็นอันตรายในสถานพยาบาลของตนเอง ย่อมไม่มีปัญหาเพราะย่อมถือได้ว่าแพทย์มีฐานะเป็น "ผู้ครอบครอง" ตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้แล้ว แต่มีปัญหาว่าในกรณีที่เครื่องมือและอุปกรณ์ทางการแพทย์ดังกล่าวอยู่ในโรงพยาบาลซึ่งแพทย์ปฏิบัติงานอยู่ เช่นนี้จะถือได้ว่าแพทย์มีฐานะเป็น"ผู้ครอบครอง"หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีดังกล่าวน่าจะถือได้ว่าแพทย์มีฐานะเป็นผู้มีสิทธิครอบครองแล้ว อย่างไรก็ตาม ในกรณีดังกล่าวไม่เคยมีแนววินิจฉัยของศาลพิจารณาไว้แต่อย่างใด ซึ่งหากศาลวินิจฉัยว่า แพทย์ในโรงพยาบาลมีฐานะเป็น "ผู้ครอบครอง" เครื่องมือและอุปกรณ์ทางการแพทย์ ซึ่งมีสภาพเป็นอันตรายแล้ว ย่อมจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายจากการชำรุดบกพร่องของทรัพย์ดังกล่าว ในอันที่จะไม่ต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของแพทย์แต่อย่างใด ซึ่งจะต้องรอการวินิจฉัยในส่วนนี้ของศาลต่อไป

จากที่ได้พิจารณาถึงความผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในกรณีต่าง ๆ แล้ว จะเห็นได้ว่า เป็นหน้าที่ของผู้ป่วยซึ่งเป็นโจทก์ในอันที่จะต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงองค์ประกอบในทางละเมิดให้ศาลเห็น ทั้งนี้เป็นไปตาม 84 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใด เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตนให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่แก่คู่ฝ่ายที่กล่าวอ้าง" ซึ่งหลักดังกล่าว เรียกว่า "หลักผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นนำสืบ"

---

[8] วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ นิติเวชศาสตร์ กรุงเทพมหานคร: น่ำกังการพิมพ์ หน้า 131

ดังนั้นโจทก์ ซึ่งเป็นผู้ป่วยจึงมีภาระการพิสูจน์ถึงความรับผิดชอบดังกล่าว ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า นับเป็นภาระอันหนักยิ่ง ของผู้ป่วยซึ่งเป็นโจทก์ที่จะนำสืบให้ศาลเห็นถึงความประมาทเลินเล่อของแพทย์ เนื่องจากวิชาการแพทย์เป็นสิ่งซึ่งต้องอาศัยการเรียนรู้และฝึกอบรมเป็นเวลาหลายปี จึงจะมีความรู้และความชำนาญอย่างเที่ยงแท้ เมื่อผู้ป่วยไม่มีความรู้ทางด้านวิชาการแพทย์ดังกล่าว ผู้ป่วยย่อมไม่มีโอกาสที่จะทราบถึง แนวทางการปฏิบัติในวิชาชีพแพทย์ว่าจะต้องปฏิบัติอย่างไรบ้าง ซึ่งในส่วนนี้มีข้อสังเกตว่า กฎหมายในระบบ Common Law ได้นำหลักRes Ipsa Loquitur มาใช้ในกรณีการรักษาพยาบาลของแพทย์ ซึ่งถ้าหากปรากฏว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นอยู่ภายใต้ควบคุมของแพทย์ และโดยปกติจะไม่มีความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นหากไม่มีความประมาทเลินเล่อแล้ว หลักนี้จะกำหนดภาระการนำสืบให้ตกอยู่กับฝ่ายแพทย์ โดยแพทย์จะต้องนำสืบว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในระดับที่แพทย์ผู้มีความรอบคอบโดยทั่วไปจะได้พึงปฏิบัติต่อผู้ป่วยแล้ว อย่างไรก็ตามจากการศึกษาและสอบถามจากผู้เชี่ยวชาญกฎหมายลักษณะพยาน (อาจารย์เข็มชัย ชุติวงศ์) แล้ว ไม่ปรากฏว่าได้มีการนำหลักนี้มาใช้ในการพิจารณาคดีของศาลไทยแต่อย่างใดดังนั้น แม้จะปรากฏโดยชัดแจ้งว่า ผลเสียหายเกิดจากความประมาทเลินเล่อของแพทย์ก็ตาม เช่นกรณีแพทย์ลืมเครื่องมือผ่าตัดไว้ในท้องคนไข้ก็ตาม ผู้ป่วยซึ่งเป็นโจทก์ก็ยังคงมีหน้าที่จะต้องนำสืบให้ศาลเห็นกับความประมาทเลินเล่อของแพทย์อยู่นั่นเอง แม้ในกรณีนี้จะสามารถนำสืบได้โดยง่ายก็ตาม ดังนั้นจึงอาจจะไม่เป็นธรรมนัก ที่จะกำหนดให้ผู้ป่วยซึ่งไม่มีความรู้ทางด้านการแพทย์เป็นผู้นำสืบกับความประมาทเลินเล่อดังกล่าวของแพทย์ ดังนั้นจึงควรจะต้องหาทางออกให้กับปัญหานี้ต่อไปซึ่งในส่วนของการที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 84 ดังกล่าวนั้น ย่อมไม่อาจกระทำได้ จึงต้องแก้ปัญหาโดยวิธีการอื่น ๆ ซึ่งในส่วนของกฎหมายในระบบ Common Law ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปนั้น ศาลได้วินิจฉัยคดีความผิดอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อไว้อย่างมากมาย จึงอาจจะอาศัยประโยชน์จากแนววินิจฉัยของศาลระบบ Common Law มาเป็นประโยชน์และเป็นแนวทางในการคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยมากขึ้นได้ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวไว้ในส่วนของข้อเสนอแนะในบทที่ 5 ต่อไป

<u>หลักกฎหมายในระบบ Common Law</u>

เนื่องจากลักษณะของการประกอบวิชาชีพนั้น เป็นงานที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ซึ่งในการที่จะปฏิบัติหน้าที่ในวิชาชีพได้นั้น จะต้องได้รับการศึกษาอบรมในด้านนี้โดยเฉพาะเท่านั้น ดังนั้นบุคคลที่มิได้รับการศึกษาอบรมจึงไม่อาจที่จะทราบถึงแนวปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพได้แต่อย่างใด

ดังนั้นจากลักษณะของการประกอบวิชาชีพ ซึ่งต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านดังกล่าว ในการพิจารณาถึงการใช้ความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพ จึงไม่อาจเปรียบเทียบได้กับกรณีการใช้ความระมัดระวังของวิญญูชนทั่วไป แต่จะต้องเปรียบเทียบกับบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพประเภทเดียวกันนั้น ซึ่งในกรณีการพิจารณาถึงการใช้ความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ก็จะต้องอาศัยการเปรียบเทียบกับการใช้ความระมัดระวังของวิญญูแพทย์เป็นเกณฑ์ว่าในกรณีที่อยู่ในพฤติการณ์เดียวกันนั้น จะสามารถใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด ซึ่งหากแพทย์ผู้ถูกฟ้องคดีใช้ความระมัดระวังในระดับต่ำกว่าวิญญูแพทย์แล้ว ย่อมถือได้ว่าแพทย์ผู้นั้น มิได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ ซึ่งอาจจะทำให้ต้องรับผิดฐานกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วยได้

หลักการใช้ความระมัดระวังในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยของแพทย์ดังกล่าวในกฎหมายระบบ common Law เรียกว่าหลัก Duty of Care โดยถือว่า หากแพทย์มิได้มีการใช้ความระมัดระวังในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยในระดับแพทย์วิญญูชนแล้ว ย่อมจะต้องรับผิดฐานกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วย อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือ Medical Act นั้น ก็มิได้มีการกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด ทั้งนี้จากการพิจารณาถึง Medical Act ที่มีการบังคับใช้ในปี 1858 และมีการแก้ไขเพิ่มในปี 1956,1969 และ 1978 แล้วอาจสรุปสาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าวได้ดังต่อไปนี้

1. การกำหนดองค์กรเพื่อควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรม เช่น ในมาตรา 5 ของ Medical Act ปี 1978 ก็ได้มีการกำหนดให้ General Medical Council หรือ G.M.C. เป็นผู้ควบคุมดูแลกำหนดหน้าที่และจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

2. การขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งในกฎหมายดังกล่าว ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ที่มาขอขึ้นทะเบียนรับใบอนุญาตนั้น เป็นผู้มีคุณสมบัติครบถ้วน ก็จะขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตสำหรับวิชาชีพให้

3. การกำหนดหน้าที่และจริยธรรมของแพทย์ในกฎหมายดังกล่าวเป็นการกำหนดโดยกว้าง ๆ ทั่วไป เช่น ได้กำหนดให้แพทย์ปฏิบัติหน้าที่ต่อผู้ป่วยโดยยึดถือมาตรฐานทางการแพทย์ และยึดถือจริยธรรมในทางการแพทย์เป็นหลักในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งจะเห็นได้ว่า แม้จะ

---

[9] J.Leahy Taylor, Medial Malpractice, John Wright & Song Ltd. P.1,2,3,15,18,24,27

มีการพัฒนากฎหมายควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรมมาหลายครั้ง แต่ก็ไม่อาจที่จะกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้อย่างชัดเจน และเห็นเป็นรูปธรรมได้ จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้วางแนววินิจฉัยไว้ว่า การกระทำในลักษณะใดที่เป็นการใช้ความระมัดระวังในหน้าที่ของแพทย์ไม่เพียงพอ ซึ่งศาลก็จะใช้แนววินิจฉัยที่วางไว้นั้น พิจารณาคดีที่เกิดขึ้นในภายหลังด้วย เช่น กำหนดให้แพทย์มีหน้าที่ภายหลังจากการรักษาผู้ป่วย จะต้องติดตามดูผลการรักษาจนกว่าจะเชื่อได้ว่าผู้ป่วยมีอาการที่ดีขึ้น เป็นต้น ซึ่งมีการวางวินิจฉัยของศาลไว้เช่นนี้แล้ว ในการพิจารณาคดีความรับผิดในทางละเมิดของแพทย์ในคดีหลัง ก็จะนำเอาแนววินิจฉัยที่เคยมีมาก่อนแล้วนั้นมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของตนต่อผู้ป่วยแล้วหรือไม่ มากน้อยเพียงใด

จะเห็นได้ว่าในตัวกฎหมายควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในต่างประเทศมิได้มีการกำหนดหน้าที่ของแพทย์ต่อผู้ป่วยได้อย่างชัดเจน แต่สาระสำคัญของตัวกฎหมายดังกล่าวจะเน้นไปในด้านการกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและกำหนดให้มีการขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตสำหรับวิชาชีพเวชกรรม รวมไปถึงการกำหนดองค์กรเพื่อควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ส่วนการกำหนดหน้าที่ของแพทย์นั้นไม่ปรากฏเห็นได้ชัดเจน แต่เป็นเพียงการกำหนดหน้าที่และจริยธรรมไว้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น ดังนั้นโดยในตัวของกฎหมายควบคุมการประกอบวิชาชีพดังกล่าวเอง จึงไม่ได้มีการกำหนดหน้าที่ของแพทย์ไว้ให้เห็นอย่างชัดเจน จึงยังคงต้องอาศัยการวินิจฉัยจากศาลต่อไป

เมื่อกลับมาพิจารณาถึงหลัก Duty of Care จะเห็นว่ามีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาความรับผิดในทางละเมิดของแพทย์ต่อผู้ป่วย 2 ทฤษฎีคือ[10] ทฤษฎีดั้งเดิม (Original Theory) ซึ่งจะถือว่า การที่แพทย์รักษาผู้ป่วยโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยจะถือว่าเป็นกรณีของการทำร้ายร่างกาย (tort of assault and battery) ซึ่งยังคงมีปรากฏในบางคดีที่ผู้ป่วยไม่สามารถรับรู้โดยสิ้นเชิงว่าแพทย์ได้ทำอะไรกับร่างกายของตนเช่น ผู้ป่วยโรคจิตซึ่งไม่รู้สำนึกถึงการกระทำใด ๆ ได้ ตั้งครรภ์และแพทย์ได้ทำแท้งให้แก่หญิงผู้ป่วยดังกล่าว โดยมิได้รับความยินยอม

---

[10] A.R.Holder, Medical Malpractice Law 2nd Edition. Wiley Medical Publication p.230-231

จากพ่อแม่ของหญิงผู้นั้น, ศาลวินิจฉัยว่า แพทย์ทำร้ายร่างกายผู้ป่วย (คดี Mc Gadless V.New York 1967) หรือเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมย์ของผู้ป่วยที่ไม่ต้องการรับการรักษาในวิธีที่แพทย์ใช้ (คดี Buyson V.Stone 1971) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ได้มีการนำทฤษฎีใหม่มาใช้โดยให้ถือว่า การที่แพทย์รักษาผู้ป่วยโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยถือเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ และถือว่าการที่แพทย์ไม่ชี้แจงให้ผู้ป่วยทราบข้อมูลต่าง ๆ ในการรักษาพยาบาลนั้น เป็นการฝ่าฝืนต่อหลักการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ต่อผู่ป่วย (Duty of Care) ซึ่งในปัจจุบันศาลในระบบ Common Law จะนำทฤษฎีมาใช้กันมากขึ้น โดยเฉพาะในกรณีที่แพทย์ได้กระทำไปด้วยความปรารถนาดีต่อผู้ป่วย แต่อย่างไรก็ตามหากปรากฏว่าแพทย์ได้ให้คำแนะนำที่ไม่ถูกต้อง หรือปกปิดรายละเอียดทางการแพทย์ที่จะต้องชี้แจงให้ผู้ป่วยทราบ ศาลก็จะยังถือว่า เป็นกรณีของการทำร้ายร่างกาย (tort of assault and battery) อยู่นั่นเอง แต่ก็มีปรากฏอยู่น้อยมาก เนื่องจากปัจจุบันแนวโน้มที่ศาลในระบบ Common Law จะพิจารณาว่าการไม่ชี้แจงรายละเอียดทางการรักษาพยาบาลให้แก่ผู้ป่วยทราบนั้นเป็นกรณีของความประมาทเลินเล่อมากขึ้นเป็นลำดับ

ในการพิจารณาถึงความรับผิดในความประมาทเลินเล่อของแพทย์ในระบบ Common Law นั้น จะถือว่าแพทย์ต้องมีหน้าที่ในการรักษาผู้ป่วย (Duty of Care) ซึ่งหากแพทย์มิได้มีการใช้ความระมัดระวังในระดับแพทย์วิญญูชน และเกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วยขึ้นแล้ว แพทย์จะต้องรับผิดในผลแห่งความประมาทเลินเล่อที่เกิดแก่ผู้ป่วยซึ่งจะเห็นได้ว่า สิ่งที่จะนำมาพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วยหรือไม่นั้น ก็คือหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ต่อผู้ป่วย (Dury of Care) นั่นเอง ซึ่งมีข้อสังเกตุในการพิจารณาคดีความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทย ก็อาศัยหลักนี้เช่นเดียวกัน เพียงแต่คดีตัวอย่างในประเทศไทยนั้นมีน้อย ต่างจากในกฎหมายระบบ Common Law ซึ่งศาลได้วางแนววินิจฉัยกรณีที่ถือว่าแพทย์มิได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาผู้ป่วย (Lack of Duty of Care) ไว้เป็นจำนวนมาก

คำว่า Duty Of Care นั้น ได้มีการพิจารณาให้คำจำกัดความไว้ในคดี Schneider V. Little Company 1915 ว่าหมายถึง "การละเว้นในสิ่งที่วิญญูชนพึงจะกระทำหรือการกระทำในสิ่งที่วิญญูชนควรจะละเว้น"

นอกจากนั้นในต้นปี 1898 ศาลสูงแห่งรัฐนิวยอร์ค ยังได้ขยายความคำว่า Duty Of Care ไว้ในคดี Pike V. Honsinger ว่าในหลัก Duty Of Care นั้น กฎหมายมิได้ต้องการที่จะให้แพทย์ต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยใช้ความระมัดระวังในระดับสูงสุด เพียงแต่ให้ใช้ความระมัดระวังในระดับธรรมดาของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์โดยทั่วไป เท่านั้น

เกี่ยวกับการใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพของแพทย์ (Duty of Care) นั้น ได้มีการขยายความคำว่า Duty of Care[11] ไว้ในคดี Adkins V. Ropp 1938 ซึ่งเป็นคดีที่ผู้ป่วยได้ฟ้องว่าแพทย์ประมาท เลินเล่อ เป็นเหตุให้ตนสูญเสียการมอง เห็นของตาข้างหนึ่ง

ในคดีดังกล่าวศาลได้วินิจฉัยซึ่งจะสามารถสรุปความ เป็นภาษาไทยได้ดังนี้

" เมื่อแพทย์หรือศัลยแพทย์ ได้ทำการรักษาพยาบาลผู้ป่วยนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อสัญญา เป็นพิเศษแล้ว กฎหมายถือโดยปริยายว่า แพทย์ได้ให้สัญญาโดยปริยายว่าจะใช้ความรู้ความสามารถ และความระมัดระวังในวิชาชีพ อย่างน้อยที่สุดในระดับที่แพทย์ที่มีความรู้โดยทั่วไปจะปฏิบัติ ซึ่งสัญญาโดยปริยายดังกล่าวมิได้หมายความรวมถึงว่า แพทย์จะต้องรับประกันถึงผลการรักษา และการจะพิจารณาว่าแพทย์ประมาท เลินเล่อก็มิได้พิจารณา เพียงการที่แพทย์รักษาผู้ป่วยไม่หาย แต่ถือ เพียงว่า แพทย์ได้รับรองว่าจะใช้ความรู้ความสามารถประกอบกับความระมัดระวังในการรักษาผู้ป่วยในระดับธรรมดาที่ทำการรักษาทั่วไป เท่านั้น"

From A.R.Holder, Medical Malpractice, Law 2nd EDITIOM P.44

[11]"When a physician and surgeon assumes to treat and care for a patient, in the absence of a special agreement, he is held in law to have impliedly contracted that he possesses the reasonable and ordinary qualifications of his profession and that he will exercise at least reasonable skill, care and diligence in his treatment of him. This implied contract on the part of the physician does not include a promise to effect a cure and negligence cannot be imputed because a cure is not effected, but he does impliedly promise that he will use due diligence and ordinary skill in his treatment of the patient"

ศาลในคดีดังกล่าวได้วินิจฉัยว่า ในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยของแพทย์นั้น จะไม่ถือว่าแพทย์รับประกันผลแห่งการรักษาพยาบาลแต่อย่างใด หากเป็นแต่เพียงว่าแพทย์รับรองว่าจะทำการรักษาผู้ป่วยโดยใช้ความรู้ความสามารถประกอบกับความระมัดระวังในระดับธรรมดาของการรักษาเท่านั้น และศาลเห็นว่าในคดีนี้จำเลยไม่ต้องรับผิดต่อโจทก์แต่อย่างใด เนื่องจากอาการเจ็บป่วยของผู้ป่วยเป็นสิ่งซึ่งมีอยู่เดิมอยู่แล้ว แพทย์จึงไม่ต้องรับผิดจากผลที่เกิดขึ้น เนื่องจากอาการเจ็บป่วยดังกล่าว อย่างไรก็ตามถ้าแพทย์มีข้อตกลงเป็นพิเศษกับผู้ป่วยว่าจะต้องหายขาด แพทย์ก็จะต้องผูกพันตามข้อตกลงดังกล่าว แม้แพทย์จะได้ใช้ความระมัดระวังเพียงใดก็ตามตัวอย่าง เช่น หญิงซึ่งเคยคลอดบุตรที่พิการออกมาแล้ว 2 คน และเกรงว่าจะคลอดบุตรคนที่ 3 จะพิการอีก จึงให้แพทย์ทำหมัน โดยแพทย์รับประกันว่า หญิงผู้นั้นจะไม่สามารถคลอดบุตรได้อีก แต่ปรากฏว่าภายหลังจากนั้น หญิงนั้นคลอดบุตรและพิการอีก เช่นนี้แพทย์ต้องรับผิดชอบ ข้อตกลงที่ให้ไว้กับหญิงผู้นั้นด้วย

<u>การกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์โดยวงการแพทย์</u>

เนื่องจากการกำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ต่อผู้ป่วยเป็นสิ่งซึ่งกำหนดได้ยากมาก เนื่องจากวิชาชีพเวชกรรม เป็นวิชาชีพที่มีความละเอียดอ่อนและไม่มีรูปแบบที่แน่นอน ดังนั้นในการพิจารณาความรับผิดในทางละเมิดของแพทย์โดยส่วนใหญ่ ศาลจึงได้พิจารณาโดยใช้เกณฑ์การปฏิบัติของแพทย์วิญญูชนกล่าวคือ ถ้าแพทย์วิญญูชนซึ่งอยู่ในพฤติการณ์เดียวกันกับแพทย์ผู้ถูกฟ้องคดีนั้น จะไม่สามารถใช้ความระมัดระวังไปได้มากกว่านั้นแล้วก็ไม่ถือแพทย์ผู้นั้นกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วย แต่ถ้าแพทย์ผู้ถูกฟ้องคดีใช้ความระมัดระวังต่ำกว่าแพทย์วิญญูชน ในพฤติการณ์อันเดียวกันนั้นแล้ว ย่อมจะต้องรับผิดในผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของตน

อย่างไรก็ตามในวงการแพทย์เองก็ได้พยายามที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยทางการแพทย์ไว้ซึ่งได้แก่ การวินิจฉัยสภาวะ "สมองตาย" (Brain Death) ไว้โดยคณะกรรมการพิเศษของคณะแพทย์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด (The Harward Medical School's Ad Hoc Commiitte) ได้กำหนดลักษณะที่จะถือว่าเป็น "การตายทางสมอง" ไว้ดังนี้[12]

---

[12] Watter Wadlington, Loger B.Dworkin. <u>Case and Meterial on Law and Medicine,</u> (The Foundation Press, Inc. 1980) P.870-871

อาการเจ็บป่วยดังกล่าว แต่ถ้ามีข้อตกลงเป็นพิเศษต้องหายขาด ผลเป็นอย่างไร

1. ไม่มีความรู้สึก และไม่ตอบสนองต่อสิ่งกระตุ้นทั้งภายนอกและภายใน หรือไม่มีการกระตุกกลับของแขนขา หรือไม่มีการหอบหายใจอย่างถี่เร็ว

2. การเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้ออันเป็นปกติวิสัย หรือการหายใจอันเป็นปกติวิสัยขาดหายไปโดยให้แพทย์ใช้เวลาสังเกตอย่างน้อย 1 ชั่วโมง และหากคนไข้ได้ใช้เครื่องช่วยหายใจ เมื่อได้ปิดเครื่องช่วยหายใจเป็นเวลา 3 นาที แล้วสังเกตดูว่า ผู้ป่วยได้แสดงอาการที่พยายามจะหายในอย่างเป็นปกติหรือไม่

3. ไม่มีปฏิกริยาตอบสนอง กล่าวคือ ม่านตา จะขยายและหยุดนิ่งตายตัว และจะไม่ตอบสนองต่อที่มาของแสง การเคลื่อนไหวของดวงตา และการกระพริบตาขาดหายไป การกลืนน้ำลาย การมีปฏิกริยาสะท้อนกลับของกระจกตาและโพรงจมูกขาดหายไป การเหยียดขยายของเส้นเอ็นกล้ามเนื้อบริเวณโคนขา หน้าขา แขน ปลายแขน หน้าท้องไม่มี

4. คลื่นไฟฟ้าสมองเป็นเส้นตรง โดยใช้เครื่องอุปกรณ์ที่เรียกว่า "electrocencephalogram" (EEG) สำหรับจัดคลื่นไฟฟ้าสมอง หากเซลล์และกล้ามเนื้อสมองตายแล้วก็จะไม่มีพลังงานคลื่นไฟฟ้าการใช้เครื่องวัดนี้ อย่างน้อยที่สุดควรใช้เวลาในการบันทึกตรวจสอบ 10 นาทีและบันทึก ตรวจสอบ 2 ครั้ง

การทดลองตรวจสอบกฎเกณฑ์ทั้ง 4 ประการข้างต้น ควรจะต้องกระทำซ้ำแล้วซ้ำอีก อย่างน้อย 24 ชั่วโมง หากยังเป็นไปตามเกณฑ์ที่กำหนดทั้ง 4 ประการดังกล่าวแล้ว แพทย์ก็สามารถประกาศการตายอย่างเป็นทางการได้ และหลักเกณฑ์นี้จะใช้เฉพาะผู้ป่วยที่หมดสติไม่มีความรู้สึก (Irreversible Coma) ที่กำลังได้รับการช่วยหายใจ และระบบไหลเวียนทำงานโดยเครื่องมืออุปกรณ์และวิธีการพิเศษ และผู้ป่วยมีอาการป่วยด้วยโรคทางสมอง

ปัจจุบันนี้ หลักเกณฑ์ของคณะกรรมการพิเศษของคณะแพทย์ศาสตร์มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด เรื่อง "การตายทางสมอง" (Brain Death) ได้รับการยอมรับจากวงการแพทย์โดยทั่วไป และแม้ในวงการแพทย์ไทยก็ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวขึ้นเช่นเดียวกัน

จากการกำหนดหลักเกณฑ์ของคณะกรรมการพิเศษของคณะแพทย์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดใน เรื่อง "การตายทางสมอง" (Brain Death) ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ในวงการแพทย์เองก็ได้พยายามทุกวิถีทางที่จะกำหนดหลักเกณฑ์การวินิจฉัยอาการของผู้ป่วยในกรณีต่าง ๆ ให้มีลักษณะเป็นรูปธรรม โดยให้มีการปฏิบัติและตรวจสอบอย่างเป็นขั้นตอนและเป็นระบบ และเมื่อเป็นที่ยอมรับของวงการแพทย์ทั่วไปแล้ว หลักเกณฑ์นี้ก็ใช้เป็นมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์อันหนึ่งได้เรื่อง "การตายทางสมอง" ของผู้ป่วยได้

<u>แนววินิจฉัยของศาล Common Law ในการกำหนด Duty of Care ของแพทย์</u>

เนื่องจากในปัจจุบันการกำหนดหลักเกณฑ์ การปฏิบัติหน้าที่ในทางการแพทย์ยังไม่สามารถกำหนดได้มากนัก จึงอยู่ในดุลยพินิจของศาลที่จะวินิจฉัยว่ากรณีใดจึงจะถือว่า แพทย์ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วย ซึ่งศาลในระบบ Common Law ได้วางแนววินิจฉัยไว้หลายกรณี เช่น การกำหนดให้แพทย์ซักถามถึงอาการของผู้ป่วย รวมทั้งการซักประวัติผู้ป่วยเพื่อให้ทราบถึงสาเหตุของการเจ็บป่วยว่าเกิดจากสิ่งใด ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดผลดีแก่การรักษาอย่างมากที่สุด การละเว้นการซักถามอาการของผู้ป่วยหรือซักประวัติของผู้ป่วย อาจจะเป็นสาเหตุที่ทำให้แพทย์ต้องรับผิดในทางละเมิดต่อผู้ป่วยได้ ตัวอย่างในกรณีนี้ได้แก่คดี Salinetro V. Nystrom 1977 ซึ่งในคดีนี้ ผู้ป่วยเป็นหญิงมีครรภ์และได้รับบาดเจ็บที่ท้องน้อย แพทย์ได้ทำการฉายรังสี X-Ray ในบริเวณดังกล่าว โดยมิได้มีการสอบถามหรือตรวจสอบการตั้งครรภ์ดังกล่าว ภายหลังจากนั้น หญิงผู้นั้นได้แท้งบุตร อันเป็นผลสืบเนื่องจากการฉายรังสี X-Ray ของแพทย์ กรณีนี้ศาลวินิจฉัยให้แพทย์ต้องรับผิดชอบฐานกระทำโดยประมาทเลินเล่อ โดยไม่สอบถามถึงประวัติหรืออาการของผู้ป่วยก่อน

นอกจากนั้น หลัก Duty of Care ยังรวมถึงหน้าที่ของแพทย์ที่จะต้องชี้แจงให้ผู้ป่วยทราบถึงอันตรายที่อาจจะเกิดจากการรักษา ซึ่งได้แก่ กรณีให้ยา ซึ่งในบางกรณีจะมีผลข้างเคียงต่อผู้ป่วย เช่น อาจจะทำให้เกิดอาการง่วงซึม เช่นนี้ แพทย์จำเป็นจะต้องบอกกล่าวกับผู้ป่วยของตนด้วย มิฉะนั้นหากผู้ป่วยไม่ทราบและได้ไปขับขี่ยวดยานพาหนะ แล้วเกิดอันตรายขึ้นโดยเป็นผลโดยตรงจากฤทธิ์ยาดังกล่าว แพทย์ย่อมจะต้องรับผิดต่อผู้ป่วยในกรณีดังกล่าว นอกจากนั้น

หากมีบุคคลอื่นที่ได้รับผลร้ายด้วย กล่าวคือ ได้รับอันตรายจากการขับขี่ยวดยานพาหนะดังกล่าวของผู้ป่วยแล้ว แพทย์ก็จะต้องรับผิดชอบในบุคคลดังกล่าวด้วยเช่นกัน ซึ่งศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดี Kaiser V. Suburban Transportation System 1965 และในคดี Gravis V. Physicians and Surgeons' Hospital 1967 ซึ่งศาลให้แพทย์รับผิด เนื่องจากไม่ชี้แจงให้ผู้ป่วยได้รับทราบถึงความเสี่ยงในการให้ยาสลบ ทำให้เกิดอัมพาตบริเวณไขสันหลังของผู้ป่วย

การรักษาของแพทย์นั้นอาจจะมีหลายวิธี[13] ซึ่งหากแพทย์ได้ใช้วิธีการรักษาพยาบาลวิธีใดวิธีหนึ่ง ซึ่งเป็นที่ยอมรับของวงการแพทย์โดยทั่วไปแล้ว ย่อมทำให้แพทย์หลุดพ้นความรับผิดในทางละเมิดต่อผู้ป่วย ตัวอย่างได้แก่คดี Foxluqer V.New york 1960 ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ก็คือ แพทย์มิได้ให้ยาระงับประสาทแก่ผู้ป่วยก่อนที่จะใช้วิธีการรักษาโดยการใช้ไฟฟ้ากระตุ้น อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับในวงการแพทย์ว่า ในบางกรณีกรรมวิธีการรักษาโดยใช้ไฟฟ้ากระตุ้นอาจจะไม่ต้องใช้ยาระงับประสาทก็ได้ ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวจึงถือได้ว่าแพทย์ได้ปฏิบัติการรักษาผู้ป่วยตามวิธีการ ซึ่งเป็นที่ยอมรับของวงการแพทย์โดยทั่วไปแล้ว

นอกจากนั้น จะต้องมีการศึกษาค้นคว้าหาความรู้เพิ่มเติมอย่างสม่ำเสมอ เพื่อให้ทันกับความเจริญก้าวหน้าในทางการแพทย์ อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้ก็ไม่ได้ผูกพันให้แพทย์ต้องมีหน้าที่รับรู้ ในวิทยาการทางการแพทย์ที่ใหม่ล่าสุด ซึ่งยังไม่เป็นที่รู้จักแพร่หลายโดยทั่วไปแต่อย่างใดตัวอย่างดังกล่าว ปรากฏในคดี Darling V. Charleston Community Memorial Hospital 1965 ซึ่งศาลได้ให้แพทย์รับผิดในการที่ไม่ทราบถึงวิธีการรักษาผู้ป่วย ซึ่งแพทย์ผู้มีความรอบคอบจะทราบถึงวิธีการปฏิบัตินี้ และผลจากการไม่ทราบดังกล่าวของแพทย์ทำให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายจากการรักษาพยาบาลของแพทย์นั้น

การรักษาพยาบาลผู้ป่วยของแพทย์ในบางกรณี แพทย์จะต้องปรึกษากับแพทย์ผู้ทรงคุณวุฒิและผู้เชี่ยวชาญด้านการแพทย์ในสาขาที่เกี่ยวข้องนั้นโดยเฉพาะด้วย[14] ทั้งนี้เพื่อให้เกิดผลดีในการรักษามากที่สุด หากแพทย์ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว อาจจะทำให้แพทย์ต้องรับผิดในทางละเมิดต่อผู้ป่วยได้ ซึ่งศาลได้วางแนววินิจฉัยไว้ในคดี Largess V. Tatem 1972 และคดี Langford V. Kasterlitz เป็นต้น นอกจากนั้น ในบางกรณีแพทย์อาจจะต้องอาศัยเครื่อง

---

[13] "Alternative Medical Procedures" JAMA No. 2, April 13, 1970 P.385

[14] "Duty to Refer Patient to Medical Specialist" JAMA No. 8, May 20, 1970 ,P.281

มือหรืออุปกรณ์ในการรักษาอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งในกรณีดังกล่าวแพทย์จะต้องส่งตัวผู้ป่วยไปยังสถานพยาบาลที่มีเครื่องมืออุปกรณ์ที่จำเป็นดังกล่าวด้วย[15] ซึ่งศาลได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานไว้ในคดี Wilson V.Corbin 1950

การรักษาพยาบาลผู้ป่วยของแพทย์นั้น แพทย์จะต้องติดตามผลการรักษาอย่างสม่ำเสมอมิฉะนั้น แพทย์อาจจะต้องรับผิดในผลร้ายที่เกิดแก่ผู้ป่วยได้[16] ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่เป็นเรื่องเฉพาะฉุกเฉินอันเนื่องมาจากอุบัติเหตุ แพทย์ได้สั่งให้ X-Ray ผู้ป่วยและให้ผู้ป่วยกลับบ้านโดยมิได้ส่งผลการ X-Ray ให้แพทย์ประจำบ้านของผู้ป่วย รวมทั้งมิได้ติดตามผลการรักษาของผู้ป่วยต่อไปซึ่งปรากฏว่าอันตรายที่ผู้ป่วยได้รับจากอุบัติเหตุยังคงมีอยู่ ศาลได้วินิจฉัยให้แพทย์รับผิดเนื่องจากการละเว้นไม่ติดตามผลการรักษาและไม่แจ้งรายละเอียดที่คนทราบให้แก่แพทย์ผู้รับช่วงการรักษาจากตน จึงถือเป็นการละเว้นหน้าที่ที่ควรปฏิบัติต่อผู้ป่วย

จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นกรณีการรักษาพยาบาลวิธีการใดของแพทย์ที่ปฏิบัติต่อผู้ป่วยก็ตาม ศาลในระบบ Common Law จะยังคงยึดถือหลัก Duty of Care โดยตลอด กล่าวคือหากแพทย์ใช้ความรู้ความสามารถ ประกอบกับความระมัดระวังตามสมควรในระดับที่แพทย์ผู้มีความรอบคอบทั่วไปจะพึงปฏิบัติต่อผู้ป่วยแล้ว แพทย์ผู้นั้นย่อมหลุดพ้นความรับผิดชอบต่อผู้ป่วย

กล่าวโดยสรุปแล้ว จะเห็นได้ว่าในการพิจารณาความรับผิดในความประมาทเลินเล่อของแพทย์ในกฎหมายระบบ Common Law นั้น ศาลจะคำนึงถึงหลัก Duty of Care เป็นสำคัญ โดยพิจารณาว่าแพทย์ได้ใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังในระดับแพทย์ ผู้มีความรอบคอบโดยทั่วไปจะปฏิบัติหรือไม่ ซึ่งหากการรักษาพยาบาลผู้ป่วยของแพทย์ได้กระทำไปโดยใช้หลักวิชาทางการแพทย์และได้กระทำไปโดยความระมัดระวังตามสมควรแล้ว แม้จะปรากฏว่าอาการ

---

[15] "Duty Refer Larger Hospital" JAMA No. 12, June 18, 1973 V. Toothaker 1973 P.1687

[16] "Failure to Keep Up as Negligence, JAMA No. 10, June 4, 1973 P. 835

ของผู้ป่วยจะไม่ดีขึ้น หรือแม้จะมีอาการทรุดลงก็ตาม แพทย์ก็หามีความรับผิดในฐานละเมิดต่อผู้ป่วยแต่อย่างใดไม่ ทั้งนี้เนื่องจากถือได้ว่าแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังในการตัดสินใจโดยมีเหตุสมควรในการปฏิบัติงานนั้น (Not liabale for an honest error of judgement) เพราะกฎหมายมิได้กำหนดกฎเกณฑ์ ถึงกับขนาดที่จะมิให้แพทย์กระทำการโดยผิดพลาดเลยทีเดียว เพราะหากเป็นการผิดพลาด ซึ่งเกิดจากการตัดสินใจโดยสมควรแก่เหตุผล ซึ่งเป็นที่ยอมรับของแพทย์อื่นโดยทั่วไปแล้ว แม้จะเกิดความผิดพลาดขึ้น กฎหมายก็มิอาจจะกำหนดให้แพทย์รับผิดได้

เพื่อเป็นการแสดงถึงแนววินิจฉัยของศาลในระบบ Common Law อันอาจเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทย ผู้เขียนขอยกคดีซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการรักษาพยาบาลผู้ป่วยของแพทย์บางคดีมาเพื่อประกอบการพิจารณา ดังนี้

1. <u>คดีซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการใช้เครื่องมืออุปกรณ์ทางการแพทย์ (Instruments)</u>

ในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยในบางกรณี แพทย์จำเป็นที่จะต้องใช้เครื่องมืออุปกรณ์ทางการแพทย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการผ่าตัด ซึ่งหากแพทย์ได้ลืมเครื่องมือผ่าตัด หรือสิ่งอื่นซึ่งใช้ในการผ่าตัดไว้ในร่างกายของผู้ป่วยแล้ว แพทย์จะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนเสมอว่า เป็นผู้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ และศาลโดยส่วนใหญ่เห็นว่าไม่มีความจำเป็นอื่นใดที่ศาลจะต้องรับฟังการพิสูจน์จากพยานผู้เชี่ยวชาญใด ๆ อีก[18] เนื่องจากการกระทำดังกล่าว ถือเป็นการฝ่าฝืนหลักการใช้ความระมัดระวังในการรักษาพยาบาลของแพทย์ (Duty of Care) อยู่ในตัวแล้ว ซึ่งศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดี Long V. Sledge 1968 และคดี Conrad V. Lakewood General Hospital 1966

---

[17] "Foreign Objects Left in the Patient" JAMA No. 4 Jan 24, 1976 P. 235

[18] ในกรณีดังกล่าวเป็นไปตามหลัก Res Ipsa Loquitur (The thing speaks for itself) ซึ่งเป็นกรณีที่เห็นได้โดยชัดแจ้งว่าความเสียหายเกิดจากความประมาทเลินเล่อของแพทย์ จึงไม่ต้องอาศัยการพิสูจน์จากพยานผู้เชี่ยวชาญใด ๆ อีก ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ป่วยจะต้องรับการรักษาอย่างเร่งด่วน และมีการลืมสิ่งแปลกปลอมใด ๆ ในร่างกายของผู้ป่วย แพทย์อาจไม่ต้องรับผิดฐานละเมิดต่อผู้ป่วยแต่อย่างใดเช่น ในคดี Steinmetz V. Humphrey 1942 ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่า มีการผ่าตัดเส้นเลือดใหญ่บริเวณเท้าของผู้ป่วยที่เป็นเด็ก แพทย์ได้ทำเข็มผ่าตัดหักค้างในบริเวณดังกล่าว ในระหว่างที่แพทย์ได้พยายามนำเศษเข็มที่หักออกมานั้น ปรากฏว่าผู้ป่วยได้หยุดหายใจ ความพยายามในการที่จะนำเศษเข็มที่หักออกมาจากร่างกายของผู้ป่วยจึงต้องหยุดอยู่เพียงเท่านั้น และการผ่าตัดได้เสร็จสมบูรณ์โดยไม่ได้มีการนำเอาเศษเข็มที่หักออกจากร่างการผู้ป่วยแต่อย่างใด ซึ่งในกรณีนี้ศาลถือว่าแพทย์ไม่ต้องรับผิดในการลืมวัตถุแปลกปลอมไว้ในร่างกายของผู้ป่วยแต่อย่างใด (อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวต้องไม่ปรากฏว่า การที่เข็มผ่าตัดหักค้างดังกล่าวเกิดจากความประมาทเลินเล่อของแพทย์)

ผู้เขียนมีข้อสังเกตุว่า การที่ศาลในระบบ Common Law วินิจฉัยว่ากรณีที่แพทย์ลืมเครื่องมืออุปกรณ์ทางแพทย์ในการผ่าตัดร่างกายผู้ป่วย ซึ่งถือว่า แพทย์กระทำโดยประมาทเลินเล่อ และไม่จำต้องอาศัยการพิสูจน์จากพยานใด ๆ อีกนั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนววินิจฉัยดังกล่าว เนื่องจากการที่แพทย์ลืมเครื่องมืออุปกรณ์ไว้ในร่างกายของผู้ป่วยดังกล่าวนั้น เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความประมาทเลินเล่อของแพทย์ในตัวอยู่แล้ว และหากแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอย่อมจะไม่เกิดกรณีดังกล่าวขึ้น และกรณีดังกล่าวอาจนำมาปรับใช้กรณีความรับผิดในทางละเมิดของแพทย์ในประเทศไทยได้เช่นเดียวกัน เพราะเป็นสิ่งที่เห็นได้ชัดแจ้งว่ากรณีดังกล่าวจะเกิดขึ้นมิได้เลย หากไม่มีความประมาทเลินเล่อของแพทย์ จึงน่าจะถือเป็นความประมาทเลินเล่อของแพทย์โดยไม่ต้องรับฟังการพิสูจน์จากพยานใด ๆ อีก

ส่วนในกรณีที่ผู้ป่วยจะต้องรับการรักษาอย่างเร่งด่วนนั้น จะเห็นได้ว่าศาลไทยก็ได้หลักในเรื่องความสามารถในการใช้ความระมัดระวังในพฤติการณ์ต่าง ๆ มาพิจารณาอยู่แล้วเช่น ถ้าแพทย์อยู่ในพฤติการณ์คับขัน เช่นภาวะสงคราม การรักษาผู้ป่วยย่อมไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้เช่น กรณีการรักษาในภาวะปกติดังนี้เป็นต้น

2. คดีที่เกี่ยวเนื่องกับการถ่ายเลือด (Blood Transfusion)

บัญหาอีกประการหนึ่งอันเกิดจากการรักษาพยาบาลของแพทย์ก็คือ ปัญหาเกี่ยวกับการถ่ายเลือดให้แก่ผู้ป่วย ซึ่งมักพบในกรณีของการถ่ายเลือดผิดหมู่แก่ผู้ป่วย หรือการที่ผู้ป่วยติดเชื้อจากการถ่ายเลือด[19] ซึ่งโดยปกติแล้ว ผู้ที่จะถูกฟ้องร้องในกรณีที่ผู้ป่วยได้รับความเสียหายจากการถ่ายเลือดนั้น มักเป็นโรงพยาบาลหรือธนาคารเลือด (Blood Bank) ทั้งนี้ เนื่องจากหน่วยงานดังกล่าว จะมีหน้าที่ในการตรวจสอบหมู่เลือด หรือการปลอดเชื้อในเลือดที่จะถ่ายแก่ผู้ป่วยดังนั้น แพทย์จึงไม่ต้องรับผิดในกรณีของการถ่ายเลือดดังกล่าว

ความรับผิดในทางละเมิดของแพทย์ที่จะพบได้ในกรณีของการถ่ายเลือดนั้น มักเป็นกรณีที่แพทย์ต้องรับผิดในการที่ให้คำสั่ง หรือเลินเล่อในการให้คำสั่ง หรือเป็นกรณีที่ความประมาทเลินเล่อเกิดจากการกระทำของลูกจ้าง ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับบัญชาโดยตรงของแพทย์ ซึ่งในกรณีนี้แพทย์ย่อมจะต้องร่วมรับผิดในฐานะที่เป็นนายจ้าง ซึ่งคดีตัวอย่างในกรณีนี้ได้แก่ คดี Mazer V.Lipschutz 1963, คดี Weiss V. Rubin และคดี Necolayff V. Genesee Hospital1947 เป็นต้น

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ในกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศไทยแล้ว แพทย์ซึ่งมีฐานะเป็นนายจ้าง ย่อมต้องร่วมรับผิดในผลเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ป่วยด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 425 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง

3. คดีเกี่ยวเนื่องกับการฉาย X-Ray (X-Rays)

ความรับผิดในทางละเมิดของแพทย์ต่อผู้ป่วยในกรณีของการฉาย X-Ray นั้นได้แก่ กรณีที่มีการไหม้บนผิวหนังของผู้ป่วย หรือการได้รับอันตรายอย่างอื่นอันเกี่ยวเนื่องมาจากการฉาย X-Ray ของแพทย์[20] ซึ่งความผิดพลาดในกรณีนี้มักเกิดจากการขาดความระมัดระวังในการใช้

---

[19] "Liability for Transfusion Hepatitis", JAMA No. 8, Feb, 1970, P.1431

[20] "Radiation Therapy" JAMA No. 13, June 26, 1972, P.1807

เครื่องฉาย X-Ray ของแพทย์ รวมทั้งการที่แพทย์ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการใช้เครื่องฉาย X-Ray อย่างถูกวิธี ซึ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้ป่วย อย่างไรก็ตาม การพิจารณาความรับผิดของแพทย์ยังคงยึดถือหลัก Duty of Care ที่ว่า หากแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ในการฉาย X-Ray แก่ผู้ป่วยเช่นเดียวกับที่แพทย์ผู้มีความรอบคอบจะพึงกระทำแล้ว แพทย์ย่อมไม่ต้องรับผิดในผลร้ายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ป่วย ซึ่งได้มีแนววินิจฉัยในคดี Hess V. Rouse 1929 คดี Nance V. Hitch 1953 และคดี Wilkinson V. Harrington 1968

ในกรณีของผู้ป่วยซึ่งมีประสาทสัมผัสไวต่อการฉาย X - Ray (hypersensitive to X-Ray) ซึ่งศาลยอมรับว่าแพทย์ไม่อาจจะหลีกเลี่ยงสิ่งเหล่านี้ได้ อย่างไรก็ตาม ศาลได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงที่ก่อให้เกิดการไหม้บนผิวหนังของผู้ป่วย ซึ่งเกิดจากการฉาย X-Ray เป็นสิ่งซึ่งอาจทำให้แพทย์ต้องรับผิดในทางละเมิดต่อผู้ป่วยได้ ซึ่งในกรณีนี้แพทย์จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าผู้ป่วย มีประสาทสัมผัสซึ่งไวต่อการฉาย X-Ray หรือแสดงให้ศาลเห็นถึงเหตุสมควรประการอื่นทั้งนี้เพื่อตนเองจะได้หลุดพ้นจากความรับผิดในทางละเมิดต่อผู้ป่วย[21]

นอกจากนั้น การสอบถามถึงประวัติของผู้ป่วย หรือซักถามอาการของผู้ป่วยก็ถือเป็นสิ่งสำคัญเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ป่วยในบางกรณีอาจได้รับอันตรายจากการฉาย X-Ray เช่นในกรณีของหญิงมีครรภ์ ซึ่งได้รับบาดเจ็บที่ท้องน้อย และได้รับการฉาย X-Ray ในบริเวณดังกล่าว โดยที่แพทย์มิได้มีการสอบถามถึงการตั้งครรภ์ของผู้ป่วย ภายหลังจากนั้น หญิงผู้นั้นได้แท้งบุตร ซึ่งเป็นผลอันสืบเนื่องมาจากการฉาย X-Ray ของแพทย์ กรณีเช่นนี้ ศาลวินิจฉัยให้แพทย์ต้องรับผิดฐานกระทำการโดยประมาทเลินเล่อ โดยไม่สอบถามถึงประวัติของผู้ป่วย รวมทั้งอาการอย่างอื่นของผู้ป่วยก่อน ซึ่งศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดี Salinetro V. Nystrom 1977

---

[21] Angela Roddey Holder, Medical Malpractice. Law 2nd EDITION P.149

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดให้เป็นหน้าที่ของแพทย์ที่จะต้องซักถามประวัติหรืออาการของผู้ป่วยก่อนจะทำการตรวจรักษาถือเป็นสิ่งที่น่าจะได้นำมาใช้ในประเทศไทย เพราะจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยมากขึ้นและประการสำคัญ จะทำให้ผู้ป่วยไม่ต้องได้รับความเสียหายจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ดังเช่นในกรณีตัวอย่างของการฉาย X-ray ซึ่งโดยปกติ การฉาย X-ray ก็มีสภาพที่จะก่อให้เกิดอันตรายของผู้ป่วยได้อยู่แล้ว การฉาย X-ray จึงควรจะทำด้วยความระมัดระวังเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และหากจะมีความจำเป็นจะต้องฉาย X-ray ก็จะต้องมีการสอบถามหรือตรวจสอบถึงอาการของผู้ป่วยก่อนว่า การฉายX-ray จะเกิดอันตรายใด ๆ ต่อผู้ป่วยหรือไม่

4. <u>คดีที่เกี่ยวเนื่องกับการให้ยาสลบ (Anesthesia)</u>

ปัญหาที่พบมากได้แก่ผลต่อเนื่องซึ่งเกิดขึ้นจากการใช้ยาสลบ ตัวอย่างเช่นในกรณีของการที่ผู้ป่วยเป็นอัมพาต (paralytic) เนื่องมาจากการได้รับยาสลบบริเวณไขสันหลัง (Spinal anesthesia) ซึ่งศาลเห็นว่าในกรณีดังกล่าวเป็นสิ่งซึ่งถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของแพทย์โดยไม่ต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญแต่อย่างใด[22] แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่พยานผู้เชี่ยวชาญสามารถนำสืบได้ว่าการเกิดอัมพาตนั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากการตอบสนองในทางลบของผู้ป่วยต่อยาสลบ ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่อาจจะคาดหมายได้ ในกรณีเช่นนี้จึงไม่อาจถือได้ว่าแพทย์กระทำโดยประมาทเลินเล่อ และผู้ป่วยในคดีนี้จึงมิได้รับค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด (Gravis V.Physicians' and Surgeons' Hospital 1967 และ Hall V. United States1955)

การให้ยาสลบในปริมาณที่มากเกินไป อาจจะก่อให้เกิดอันตรายจนทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายได้ ซึ่งศาลถือว่าในกรณีดังกล่าวเป็นการที่แพทย์กระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วยทั้งนี้ คดีตัวอย่างในกรณีนี้คือ Cavero V. Tranklin General Benevolent Society1950 โดยในคดีนี้ผู้ป่วยเป็นเด็กอายุ 3 ขวบได้ถึงแก่ความตายในระหว่างการผ่าตัดต่อม

---

[22] "Res Ipsa Loquitur : Anes thesia" <u>JAMA</u> No. 11 Sept 10, 1972 P.1329

ทอนซิล (tonsillectomy) พยานผู้เชี่ยวชาญได้พิสูจน์ว่าสาเหตุแห่งการตาย เกิดจากการได้รับยาสลบในปริมาณที่สูงเกินไป และไม่พบสาเหตุอื่นใด ซึ่งจะเป็นสาเหตุแห่งการตายในกรณีดังกล่าว แพทย์จึงมีความรับผิดฐานกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วย

นอกจากนั้น ในบางกรณีที่พบว่าผู้ป่วยมีอาการผิดปกติทางหัวใจหรือปัญหาเกี่ยวกับไตและปัญหาอื่น ๆ แพทย์อาจจะต้องเปลี่ยนแปลงชนิดของยาสลบเพื่อมิให้เกิดอันตรายแก่ผู้ป่วย ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของแพทย์ที่จะต้องใช้วิจารณญาณและใช้ความระมัดระวังในการใช้ยาสลบแก่ผู้ป่วยว่าจะต้องให้ยาสลบชนิดใดจึงจะเหมาะสมกับสภาพของผู้ป่วยแต่ละคน ซึ่งหากแพทย์มิได้ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว และก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้ป่วยแล้ว แพทย์ย่อมต้องรับผิดฐานกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วย (คดี Kemalyan V. Henderson 1954 และคดี Hornbeck V. Homeopathic Hospital Association 1964)

ผู้เขียนมีความเห็นในกรณีเกี่ยวกับการให้ยาสลบนี้ว่า เนื่องจากการกำหนดชนิดและปริมาณของยาสลบนั้น แพทย์จะต้องใช้วิจารณญาณ เพื่อให้เหมาะสมกับผู้ป่วยแต่ละรายซึ่งแตกต่างกันออกไปตามความเหมาะสม และเนื่องจากอันตรายในการให้ยาสลบนั้นอาจมีผลถึงกับทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายได้ จึงควรที่จะมีการกำหนดว่า ให้แพทย์ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอในการให้ยาสลบแก่ผู้ป่วย หากผู้ป่วยได้รับอันตรายจากการให้ยาสลบให้ถือไว้ก่อนว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของแพทย์ เพราะจะเห็นได้ว่าในการให้ยาสลบนั้น อยู่ในดุลยพินิจและอำนาจการตัดสินใจของแพทย์ฝ่ายเดียวผู้ป่วยไม่มีโอกาสรับทราบได้ จึงควรกำหนดให้แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังดังกล่าว

5. <u>คดีซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการให้ยา (Drugs)</u>

ในกรณีของการให้ยาซึ่งไม่ตรงกับอาการของผู้ป่วย ศาลจะถือว่าแพทย์ต้องมีความผิดในฐานกระทำละเมิดต่อผู้ป่วยในทันที[23] เช่น ในกรณีของผู้ป่วยหัวใจวาย (heart attack) ซึ่งเกิดจากการขาดวิตามินอย่างรุนแรง ซึ่งวิธีการรักษา คือ การฉีดวิตามิน บี 12 ให้แก่ผู้ป่วย

---

[23] "Administration of Wrong Drugs" <u>JAMA</u> No. 11, June 10, 1968, P.225

แต่กลับปรากฏว่าผู้ช่วยแพทย์ได้ฉีด adrenalin ให้โดยผิดพลาดไป แพทย์ได้ถูกเรียกตัวมาเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว และได้ฉีดยากล่อมประสาท (tranquilizer) ให้แก่ผู้ป่วยเพื่อระงับ adrenalin แต่ปรากฏว่าผู้ป่วยเกิดอาการคลื่นเหียน และเป็นลมในระหว่างทางที่จะเดินเข้าห้องน้ำและได้รับบาดเจ็บจากการลื่นล้มในห้องน้ำ ในกรณีนี้ศาลได้วินิจฉัยให้ผู้ป่วยได้รับค่าสินไหมทดแทน เนื่องจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดี Schulz V. Feigal 1966

ในคดีที่ Baldor V. Rogers 1955 ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ป่วยเป็นโรคคางทูม(mumps) แพทย์ได้ถามผู้ป่วยว่าแพ้ยา Penicillin หรือไม่ ซึ่งผู้ป่วยได้ตอบว่าไม่แพ้ยาดังกล่าว แพทย์จึงได้ฉีด Penicillin ให้แก่ผู้ป่วยเป็นเหตุให้ผู้ป่วยช็อค และถึงแก่ความตายหลังจากนั้นไม่นานนัก ศาลวินิจฉัยว่าแม้แพทย์จะได้สอบถามอาการแพ้ยาของผู้ป่วยดังกล่าวแล้วก็ตาม แต่การนำสืบของพยานผู้เชี่ยวชาญ ปรากฏว่าการใช้ Penicillin กับโรคคางทูมนั้นไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อันใดแก่การรักษาเลย ดังนั้น แพทย์จึงไม่ควรจะให้ยาดังกล่าวแก่ผู้ป่วยศาลในคดีนี้ จึงวินิจฉัยให้แพทย์ต้องรับผิดในความประมาทเลินเล่อซึ่งเกิดจากการใช้ยาดังกล่าว

ในการใช้ยาในบางกรณี อาจเกิดผลข้างเคียงซึ่งไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้เกิดขึ้นซึ่งในกรณีนี้ศาล จะถือให้เป็นหน้าที่ของแพทย์ที่จะต้องทราบถึงผลข้างเคียงที่จะเกิดขึ้นจากการใช้ยาดังกล่าว[24] หากปรากฏว่าแพทย์ได้ให้ยาแก่ผู้ป่วยโดยไม่ทราบถึงผลข้างเคียงที่อาจจะเกิดขึ้นดังกล่าวย่อมเป็นที่แน่ชัดว่า แพทย์กระทำการโดยประมาทเลินเล่อ (คดี Marchese V.Monaco 1958) และในกรณีที่ได้มีคำแนะนำหรือคำเตือนในการใช้ยา ในวารสารทางการแพทย์ซึ่งแพทย์ควรจะได้อ่าน หรือจะเป็นคำแนะนำจากผู้ผลิตยาก็ตาม จะต้องถือว่าเป็นหน้าที่ของแพทย์ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อแนะนำหรือคำเตือนดังกล่าว ไม่ว่าในความเป็นจริงแพทย์จะทราบหรือไม่ก็ตาม

---

[24] "Liability for Penicillin Reactions" JAMA No. 11, Jun 15, 1970, P.2015

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ในกรณีของการให้ยาแก่ผู้ป่วยนั้น แพทย์ย่อมเป็นผู้ที่มีโอกาสทราบเพียงฝ่ายเดียวว่า ผู้ป่วยเป็นโรคอะไร และควรที่จะให้ยาชนิดใด ในปริมาณเท่าใด จึงจะเหมาะสม ผู้ป่วยย่อมไม่มีโอกาสที่จะทราบได้ นอกจากจะปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์เท่านั้น จึงควรที่จะกำหนดให้เป็นหน้าที่ของแพทย์ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอในการกำหนดชนิดและปริมาณของยาที่ให้แก่ผู้ป่วย ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า หากผู้ป่วยได้รับอันตรายจากยาที่แพทย์กำหนดให้นั้นแล้ว ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของแพทย์ โดยแพทย์มีหน้าที่ต้องนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว

6. <u>คดีซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการรักษาโดยใช้ไฟฟ้ากระตุ้น (Electroshock)</u>

ปัญหาที่มักจะพบในการรักษาโดยใช้ไฟฟ้ากระตุ้นนั้น ได้แก่ ในกรณีที่ผู้ป่วยมีอาการทางจิต หรือมีอาการอื่น ๆ ซึ่งการใช้วิธีการรักษาโดยใช้ไฟฟ้ากระตุ้น จะเป็นอันตรายอย่างมากหากแพทย์ผู้รักษาได้ทราบหรือควรทราบถึงปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้แล้วยังคงใช้วิธีการรักษาโดยใช้ไฟฟ้ากระตุ้น แพทย์จะต้องรับผิดในทางละเมิดต่อผู้ป่วยด้วย

คดี Dunwoody V. Trapnell 1975 ข้อเท็จจริงในคดีมีว่าผู้ป่วยซึ่งมีอาการทางหัวใจอย่างรุนแรง ได้เข้ารับการรักษาตัวในโรงพยาบาลและแพทย์ได้รับคำร้องขอจากญาติของผู้ป่วยมิให้ใช้วิธีการรักษาโดยใช้ไฟฟ้ากระตุ้น และแพทย์รับปากว่าจะไม่ใช้วิธีการดังกล่าวในการรักษา แต่ในที่สุดแพทย์ก็ได้ใช้ไฟฟ้ากระตุ้นแก่ผู้ป่วยจนผู้ป่วยนั้นถึงแก่ความตาย ศาลได้พิจารณาแล้วจึงตัดสินให้ญาติของผู้ป่วยได้รับค่าสินไหมทดแทนมิเพียงจากการกระทำละเมิดของแพทย์เท่านั้นแต่ยังให้ค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษ (punitive damages) อีกส่วนหนึ่งด้วย นอกจากนั้นในกรณีที่ผู้ป่วยมีอาการทางจิตเป็นปกติ และมีความสามารถในการให้ความยินยอมและได้ปฏิเสธที่จะให้แพทย์รักษาโดยวิธีการใช้ไฟฟ้ากระตุ้น ซึ่งหากแพทย์ได้กระทำการโดยฝ่าฝืนเจตนารมณ์ของผู้ป่วย และก่อให้เกิดอันตรายขึ้น แพทย์จะต้องรับผิดในความประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วย ซึ่งศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดี Rice V. Mercy Hospital 1975

ในกรณีของการแตกหักของกระดูก (fractures)[25] ในบริเวณที่มีการใช้ไฟฟ้ากระตุ้นนั้น ศาลโดยส่วนใหญ่จะไม่ถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นลักษณะที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อแต่จะถือว่าเป็นสิ่งที่ผู้ป่วยจะต้องยอมรับถึงการเสี่ยงภัยดังกล่าว[26] คดี (Farber V.Olkon1953 และคดี Collins V. Hand 1968) อย่างไรก็ตามบางคดีศาลวินิจฉัยให้แพทย์ต้องรับผิดในกรณีของการแตกหักของกระดูก ซึ่งแพทย์มิได้ตรวจสอบ ซึ่งเป็นผลเนื่องจากความประมาทเลินเล่อในการ X-Ray โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ยังคงมีการใช้ไฟฟ้ากระตุ้นต่อไป แม้ผู้ป่วยจะได้แจ้งให้แพทย์ทราบถึงความเจ็บปวดนั้นแล้วก็ตาม

เมื่อพิจารณาถึงคดีซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการรักษาพยาบาลผู้ป่วยของแพทย์แล้ว จะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นการรักษาพยาบาลโดยวิธีการใด ๆ ก็ตาม ศาลในระบบ Common Law ยังคงยึดถือหลัก Duty of Care เป็นหลักสำคัญในการพิจารณาความรับผิดในทางละเมิดของแพทย์เสมอ ดังนั้น โดยสรุปแล้ว การพิจารณาความรับผิดในทางละเมิดของแพทย์ ไม่ว่าจะเป็นศาลไทย หรือศาลในระบบ Common Law ต่างก็ยึดถือหลัก Duty of Care หรือหลักการใช้ความระมัดระวังในระดับของแพทย์ผู้มีความรอบคอบเช่นเดียวกัน

จากการพิจารณาถึงแนววินิจฉัยของศาลในระบบ Common Law ที่พิจารณาถึงกรณีที่แพทย์มิได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาผู้ป่วยอย่างเพียงพอ ซึ่งถือว่าแพทย์ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วย ดังที่ได้กล่าวมานั้น จะเห็นได้ว่าแพทย์จะพิจารณาโดยอาศัยการเปรียบเทียบกับแพทย์ผู้มีความรอบคอบโดยทั่วไปว่าจะปฏิบัติเช่นเดียวกับแพทย์ซึ่งถูกฟ้องว่ากระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่ ถ้าแพทย์ที่ถูกยกเป็นเกณฑ์เปรียบเทียบนั้น ก็มีอาจที่จะใช้ความระมัด

---

[25] "Electroshock Therapy" JAMA No. 3, OCt 20, 1970, P.631

[26] "Psychiatric Procedures and their Legal Effects", JAMA No. 2 July 10 1977, P.235

ระวังได้มากไปกว่าแพทย์ที่ถูกฟ้องแล้ว ก็ย่อมถือได้ว่า แพทย์ผู้ถูกฟ้องได้รักษาพยาบาลผู้ป่วยโดยใช้ความระมัดระวังเพียงพอแล้ว แต่ถ้าหากแพทย์ที่ถูกยกเป็นเกณฑ์เปรียบเทียบนี้ สามารถที่จะใช้ความระมัดระวังได้มากกว่าในพฤติการณ์อันเดียวกันนั้น ย่อมถือได้ว่า แพทย์ผู้ถูกฟ้องว่ากระทำโดยประมาทเลินเล่อนั้น มิได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาผู้ป่วยอย่างเพียงพอจึงถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วย ซึ่งจะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาความรับผิดโดยประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมของศาลไทยหรือศาลในระบบ Common Law ต่างก็ใช้หลักเกณฑ์อันเดียวกันคือ พิจารณาว่าแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวัง (Dury of Care) ต่อผู้ป่วยอย่างเพียงพอหรือไม่ ซึ่งถ้าสามารถพิจารณาจุดนี้ได้ก็จะสามารถวินิจฉัยได้ว่า แพทย์กระทำการรักษาพยาบาลผู้ป่วยโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในประเทศไทยนั้น คดีการฟ้องผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่า กระทำการรักษาพยาบาลโดยประมาทเลินเล่อยังมีอยู่น้อย เมื่อเปรียบเทียบกับในต่างประเทศ ดังนั้น จึงอาจจะอาศัยประโยชน์จากแนววินิจฉัยของศาลในระบบ Common Law มาเพื่อเป็นแนวทางในการวินิจฉัยของศาลไทย โดยพิจารณาแนววินิจฉัยที่เหมาะสมกับประเทศไทย เพื่อมากำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้ป่วยต่อไป ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวไว้ในบทที่ 5 ซึ่งเป็นส่วนของบทสรุปและข้อเสนอแนะ

<u>หลัก Res Ipsa Loquitur</u>

ในหลักกฎหมายระบบ Common Law นั้น มีหลักเกณฑ์ทั่วไปในการฟ้องคดีประมาทเลินเล่อว่า "คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอันเป็นมูลพิพาทขึ้นมาฝ่ายนั้นมีหน้าที่นำสืบ (he who asserts a matter must prove it) ดังนั้นภาระการพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อและความเสียหายตกอยู่แก่โจทก์ผู้ฟ้องคดีละเมิด กล่าวคือ โจทก์ต้องนำสืบว่าการได้รับความเสียหายซึ่งเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลย

ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวเป็นภาระอันหนักยิ่งของโจทก์ โดยเฉพาะในกรณีความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนี้ ซึ่งโจทก์อาจไม่มีทางนำสืบได้เลย ทั้งนี้เพราะข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประมาทอยู่ในอำนาจและในความรู้ของฝ่ายจำเลยทั้งหมด ไม่มีใครทราบต้นเหตุได้นอกจากจำเลย ซึ่งเพื่อบรรเทาความเดือดร้อนของโจทก์ในอันที่จะต้องรับภาระนำสืบดังกล่าว ศาลในระบบ Common Law ได้นำหลัก Res Ispa Loquitur (The thing (accident) speaks for itself) มาใช้เพื่อบรรเทาภาระการพิสูจน์ให้โจทก์ได้สามารถเรียกร้องให้ได้รับการเยียวยาชดใช้ความเสียหายได้สะดวกยิ่งขึ้น

ที่มาของหลัก Res Ipsa Loquitur นี้มาจากคดี Byrne V. Bosdle 1863 โดยผู้พิพากษา William Evle C.J. ได้กล่าวไว้ในคดีนี้ว่า โดยถอดความเป็นภาษาไทยได้ดังนี้

"เมื่อสิ่งซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายนั้น อยู่ภายใต้การจัดการของจำเลยหรือลูกจ้างของเขาโดยปกติแล้ว เหตุการณ์เช่นนี้จะไม่เกิดขึ้น ถ้าหากว่าบุคคลซึ่งมีหน้าที่จัดการนั้นได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร กรณีดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้โดยปราศจากการอธิบายของจำเลย ว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจากการขาดความระมัดระวัง"[27]

---

[27] R.F.V. Heuston, Salmond on the Law of Torts P.307

"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 cause of things does not happen if those who have the management use proper cave, it affords reasanable evidence, in the absence at explanation by the detendant, that the accident arose from want of care"

ได้มีการนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาใช้ในกรณีของความรับผิดในทางละเมิดของแพทย์ด้วยโดยมีเงื่อนไขการพิจารณาดังต่อไปนี้[28]

1. ความเสียหายของผู้ป่วยนั้นเกิดขึ้นภายใต้การควบคุมของแพทย์หรือลูกจ้างของแพทย์

2. ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น โดยปกติจะไม่เกิดขึ้น ถ้าแพทย์หรือลูกจ้างได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร

3. มิใช่ความผิดผู้ป่วย

ซึ่งหากเข้าในเงื่อนไขดังกล่าวแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นชัดเจนถึงความประมาทเลินเล่อของแพทย์ และแพทย์ย่อมมีหน้าที่พิสูจน์ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมิได้เกิดจากความประมาทเลินเล่อของตน ซึ่งย่อมเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายผู้ป่วย กล่าวคือผู้ป่วย ไม่จำเป็นจะต้องพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของแพทย์ ทั้งนี้ เพราะเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นย่อมถือได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของแพทย์ หรือกล่าวได้ว่า เป็นข้อสันนิษฐานถึงความประมาทเลินเล่อของแพทย์ ซึ่งแพทย์ย่อมมีหน้าที่นำสืบว่าตนมิได้ขาดความระมัดระวังในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยแต่อย่างใด

---

[28] "Res Ipsa Loquitur". JAMA No. 5, July 31, 1972 ,P.537

กรณีที่ศาลได้นำหลักนี้มาใช้ในการพิจารณาความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ได้แก่กรณีที่แพทย์ลืมสำลีหรือเครื่องมือผ่าตัดไว้ในร่างกายของผู้ป่วย (คดี Dillman V.Hellman 1983) หรือกรณีที่ผู้ป่วยเป็นอัมพาตภายหลังจากที่แพทย์ฉีดยาสลบบริเวณไขสันหลัง (คดี Senevis V.Hass 1965) หรือกรณีนิ้วที่แพทย์ผ่าตัดเกิดการงอแข็งและทำให้กระทบกระเทือนนิ้วอื่นอีก 2 นิ้ว ยังไม่ได้รับการผ่าตัดนั้น ใช้การไม่ได้ไปด้วย (คดี Cassidy V.Ministry of Health 1951) ซึ่งศาลเห็นว่าเกิดจากความประมาทเลินเล่อของแพทย์ และไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นความผิดของผู้ป่วยแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป ในคดีที่ผู้ป่วยฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่แพทย์กระทำการโดยประมาทเลินเล่อ โดยผู้ป่วยนำสืบได้ว่า ตนได้รับความเสียหายจากสิ่งซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของแพทย์ และความเสียหายนั้นโดยปกติแล้วจะไม่เกิดขึ้น กรณีดังกล่าวจะเข้าหลัก Res Ipsa Loquitur ซึ่งมีผลทำให้โจทก์ไม่ต้องนำสืบถึงความประมาทเลินเล่อของแพทย์ แต่แพทย์ก็อาจจะนำสืบหักล้าง ข้อพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อได้โดยพิสูจน์ว่าเหตุการณ์ได้เกิดขึ้น โดยมิใช่ความประมาทเลินเล่อของตน

จากที่ได้ศึกษาถึงความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทั้งในกฎหมายไทยและกฎหมายระบบ Common Law จะเห็นได้ว่า ศาลทั้งระบบในกฎหมายไทยและในระบบ common Law ก็ใช้หลักการใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์คือผู้ป่วย (Duty of Law) มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ซึ่งก็ยังคงต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นแพทย์มาเป็นนำสืบอยู่นั่นเอง และจะเห็นได้ว่า ศาลในระบบ Common Law ก็ได้มีแนววินิจฉัยที่ถือเป็นกรณีที่แพทย์กระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วยไว้ในหลายกรณี ซึ่งอาจจะนำมาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาคดีความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทยได้

นอกจากนั้น ในอนาคตอาจจะนำไปสู่การพัฒนากฎหมายควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในอันที่จะต้องกระทำเพื่อปกป้องความเสียหายต่อผู้อื่น อันจะทำให้ภาระการพิสูจน์ตกอยู่แก่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 422 ซึ่งจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ป่วยมากยิ่งขึ้น ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้เสนอแนะไว้ในบทที่ 5 ต่อไป