

ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพในต่างประเทศ

ก่อนที่จะเข้าสู่การวิเคราะห์ถึงความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ สาธารณคดีที่จะต้องพิจารณา คือ ลักษณะของวิชาชีพ (The Nature of Professions) ซึ่งการพิจารณาในส่วนนี้จะทำให้ทราบถึงลักษณะพื้นฐานทั่วไปของวิชาชีพ อันจะเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ

2.1 ลักษณะของวิชาชีพ (The Nature of Professions)¹

อาชีพ (occupations) ซึ่งจะกล่าวได้ว่าเป็นการประกอบวิชาชีพ (professions) จะต้องประกอบด้วย 4 ลักษณะ (characteristics)

1. ลักษณะของงาน (The nature of the work) จะต้องปรากฏลักษณะดังนี้
 - ก. งานที่กระทำจะต้องใช้ความชำนาญ (skilled) และความเชี่ยวชาญเฉพาะสาขา (specialised)
 - ข. ส่วนประกอบของงานที่กระทำต้องเป็นการใช้สติปัญญา (mental) มากกว่าจะใช้ฝีมือ (manual)
 - ค. จำเป็นต้องมีระยะเวลาที่ใช้อบรมทั้งในด้านทฤษฎีและปฏิบัติ ก่อนที่จะสามารถปฏิบัติการ (perform) ในงานนั้นได้อย่างพอเพียง

2. ลักษณะที่เป็นจรรยาบรรณ (The moral aspect) ผู้ปฏิบัติการตามวิชาชีพ จะต้องกระทำการหรือได้รับการคาดหวังว่าต้องกระทำการตามหลักเกณฑ์ทางศีลธรรมจรรยา (moral principles) ซึ่งควบคู่ไปกับหน้าที่ทั่วไปของความซื่อสัตย์ (The general duty of honesty) และเป็นที่ยกย่องว่าผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องเสนอมาตรฐานขั้นสูงของการบริการสำหรับการบริการในวิชาชีพนั้น (a high standard of service for its

¹ Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, (London : Sweet & Maxwell, 1987), pp. 1 - 2.

own sake) และยังได้รับการคาดหวังด้วยว่าผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับงานที่ถือเป็นความลับ (confidentiality) และยังคงมีหน้าที่ต่อสังคมอย่างกว้างขวางอีกด้วย ซึ่งในบางครั้งอาจจะเป็นการนอกเหนือหรือเกินเลยไปจากหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อลูกค้า โดยเฉพาะหรือผู้เกี่ยวข้องตัวอย่างเช่น หน้าที่ของแพทย์ในอันที่จะต้องป้องกันการแพร่ขยายของเชื้อโรคติดต่อ ซึ่งอาจจะเป็นการเกินเลยหน้าที่ของเขาที่มีต่อผู้ป่วยเฉพาะกรณีของเขา หรือกรณีหน้าที่ของสถาปนิก ซึ่งต้องมีความรับผิดชอบสำหรับความปลอดภัยต่อสาธารณชน ซึ่งเป็นการที่นอกเหนือหน้าที่ของเขาที่มีต่อลูกค้าหรือในกรณีหน้าที่ของนักบัญชี ซึ่งมีหน้าที่ต้องทำการรับรองบัญชีของบริษัท หรือตรวจสอบบัญชีของบริษัทมหาชน ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้อาจจะพบว่าตนต้องมีภาระหน้าที่ในการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์กับผลประโยชน์ของลูกค้า

3. มีลักษณะเป็นองค์กรที่รวมตัวกันเป็นหมู่คณะ (collective organization) โดยปกติแล้วผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องสังกัด (เข้าร่วม) สมาคมของผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งออกกฎข้อบังคับในการรับเข้าเป็นสมาชิก และเสาะหาทางที่จะส่งเสริมมาตรฐานทั้งหลายของการประกอบวิชาชีพ (to uphold the standards of profession) สมาคมเช่นนี้โดยปกติแล้วจะกำหนดรูปแบบการสอบเพื่อที่จะทดสอบความสามารถ (set examinations to test competence) และออกกฎเกณฑ์ในการประกอบวิชาชีพ (issue professional codes) ในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญของการปฏิบัติการ (conduct) ที่ลัทธิธรรมจรรยา (ethics)

4. สถานภาพ (status) การประกอบวิชาชีพโดยส่วนมากแล้วมีสถานภาพสูงในสังคม

การพิจารณาของศาลเกี่ยวกับลักษณะของวิชาชีพ คือ คดี Commissions of Inland Revenue V. Maxse ซึ่งเป็นคดีภาษีอากร ผู้พิพากษา Scrutton ให้แนวทางการพิจารณาในสารสำคัญไว้ดังนี้

" . . . คำว่า "วิชาชีพ" เกี่ยวพันกับลักษณะ
 ดังนี้คือ เป็นอาชีพที่ต้องการทั้งความชำนาญในทาง
 สติปัญญา ล้วน ๆ และความชำนาญในทางฝีมือที่อยู่
 ภายใต้การควบคุมของความชำนาญในทางการใช้
 สติปัญญาของผู้กระทำการ (intellectual
 skill of the operator) ดังเช่นในการ
 วาดภาพ (painting) และการแกะสลัก
 (sculpture) หรือการผ่าตัดยกรรม
 (surgery) ซึ่งจะเห็นไควาแตกต่างออกมา
 จากอาชีพซึ่ง เป็นเพียงการผลิตโดยหลักการสำคัญ
 หรือการขาย หรือการจัดการสำหรับการผลิต หรือ
 การขายสินค้าโภคภัณฑ์ต่าง ๆ ขอบเขตของการ
 กำหนดเช่นนี้อาจจะ เปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา
 ที่เปลี่ยนแปลงไป"

ในคดี Carr V. Inland Revenue Commissions
 Du Parcq กลาวไว้ว่า

คดีนี้ผู้พิพากษา

" . . . เป็นอันตรายในการที่จะพยายามให้
 คำจำกัดความคำว่า "วิชาชีพ" ดังที่ผู้พิพากษา
 Scrutton ได้กลาวไว้ว่า . . . ทุกคน
 ควรจะเห็นด้วยวาก่อนที่เราจะพูดว่าคน ๆ หนึ่ง
 หนึ่งกำลังประกอบการตามวิชาชีพอยู่นั้น เราต้อง
 ทูลว่าเขามีความชำนาญพิเศษอยู่บางหรือไม่ หรือมี
 คุณสมบัติพิเศษบางอย่างที่ได้รับมาจากการที่ได้รับ
 การอบรมมาหรือจากประสบการณ์ . . . แม้ว่า
 จะเป็นดังที่กลาวมานี้แล้ว เราก็ต้อง ระวัງอย่างยิ่ง
 เพราะว่ามีคนมากมายทั้งงานของเขานั้นต้องการ
 ความชำนาญอย่างยิ่ง และความสามารถและ
 ประสบการณ์อันยาวนาน รวมทั้งคุณสมบัติอีกมากมาย
 ซึ่งเขาผู้นั้นไม่ได้รับการกำหนดให้เป็นผู้ประกอบการ
 ตามวิชาชีพ"

มีวิชาชีพหลายวิชาชีพในวันนี้ ซึ่งไม่มีใครจะพิจารณา
 ไคว่าเป็นวิชาชีพ ในอดีตที่ผ่านมา บรรพบุรุษของเรา
 ได้จำกัดการเป็นวิชาชีพไว้แคบมาก ดังเช่นงานของ

หัตถ์แพทย์ (surgeon) วิชาชีพของผู้
 สออบบัญชีรับอนุญาต (chartered
 accountant) ไคเจริญเติบโตขึ้นมาอย่าง
 สามารถเปรียบเทียบได้กับวิชาชีพที่ได้รับการ
 ยอมรับในอดีตเมื่อไม่นานมานี้เอง ดังนั้นใน
 การค้าอย่างอื่นหรืออาชีพอื่น ๆ ในอนาคตก็อาจ
 จะได้รับสถานภาพของวิชาชีพก็เป็นได้"

จากการพิจารณาลักษณะของวิชาชีพ (The Nature of Professions)
 ประกอบกับความเห็นของผู้พิพากษาทั้ง 2 ท่าน ดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าการกำหนด
 ขอบเขตของอาชีพ (occupations) ใดว่าเป็นวิชาชีพ (professions) นั้นเปลี่ยนแปลง
 ไปตามกาลเวลาที่เปลี่ยนแปลงไป แต่อย่างไรก็ตามวิชาชีพที่เกิดขึ้นใหม่โดยส่วนใหญ่แล้วก็
 ยังคงไว้ซึ่งลักษณะของวิชาชีพดังที่กล่าวมาข้างต้น² อนึ่งในการวิเคราะห์ความรับผิดชอบทางละเมิด
 ของผู้ประกอบการวิชาชีพในวิธานพันธฉบับนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงเฉพาะวิชาชีพแพทย์ ผู้สอบบัญชี
 ทนายความ วิศวกร และสถาปนิกเท่านั้น

2.2 หลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพในระบบกฎหมาย (Common Law และ Civil Law)

ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการประกอบวิชาชีพ หรือความรับผิดชอบในการประกอบวิชาชีพ
 หมายถึง ความรับผิดชอบโดยทั่วไปของผู้ประกอบวิชาชีพในการปฏิบัติงานวิชาชีพของตน ซึ่งอาจมีได้

² บทความชั้นนำใน The Times เดือนมกราคม 1980 อภิปรายเกี่ยวกับการ
 ขยายขอบเขตของวิชาชีพเมื่อเร็ว ๆ นี้ ซึ่งสรุปได้ว่าสาธารณชน (สังคม) หวังว่าวิชาชีพจะต้อง
 เป็นดังข้อกำหนดเหล่านี้ "สำหรับการที่อาชีพทั่วไป (occupation) จะกลายเป็นวิชาชีพ
 ในการยอมรับทั่ว ๆ ไปนั้นจะต้องมีความหมายว่าพวกเขาต้องมีความชำนาญที่เป็นพิเศษซึ่งเป็นที่
 ต้องการของการฝึกอบรมในทางสติปัญญา และเหนือสิ่งอื่นใดทั้งหมด คือ พวกเขาให้ความสำคัญ
 ของความรับผิดชอบที่แรงกล้าในการที่จะต้องประกอบวิชาชีพซึ่งบางกรณีอาจขัดต่อผลประโยชน์
 ของลูกค้าของเขา."

ทั้งความรับผิดในทางแพ่ง ความรับผิดทางอาญา และรวมถึงความรับผิดตามกฎหมายซึ่งกำหนดระเบียบปฏิบัติไว้เป็นพิเศษ แต่ความรับผิดในการประกอบวิชาชีพที่ผู้เขียนจะทำการวิจัยในวิทยานิพนธ์นี้จะมุ่งวิจัยถึงความรับผิดทางแพ่ง ซึ่งเน้นเฉพาะในส่วนของความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเท่านั้น

ในระบบ Common Law

ในเรื่องความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพในประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ซึ่งอยู่ในระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้น ในช่วงก่อนกลางปี ค.ศ. 1970 ได้รับการพิจารณาว่าในกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพ (the professional man) และลูกค้าของเขา (his client) แล้วผู้ประกอบวิชาชีพจะมีความรับผิดก็แต่เฉพาะการผิดสัญญาเท่านั้น ผู้ประกอบวิชาชีพไม่จำเป็นต้องมีความผิดเป็นเอกเทศในการละเมิดที่เกิดขึ้น ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากคดีที่เกี่ยวกับความรับผิดของทนายความ (solicitors) คือ คดี Groom V. Crocker (1939)³ และคดีที่เกี่ยวกับความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพสถาปนิก (architects) คือ คดี Bagot V. Stevens Scanlon & Co. Ltd (1966)⁴ ตั้งแต่กลางปี 1970 เป็นต้นมาความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพก็ได้รับการขยายขอบเขตออกไป โดยศาลได้ตัดสินให้ผู้ประกอบวิชาชีพต้องรับผิดทั้งในทางสัญญาและละเมิดต่อลูกค้าของเขาในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพฝ่าฝืนหน้าที่ (breach of duty) นอกจากความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพต่อลูกค้าของเขา ดังกล่าวมาแล้วนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพอาจต้องรับผิดทางละเมิดต่อบุคคลที่สามด้วยในกรณีที่การละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลที่สาม ดังจะเห็นได้จากความรับผิดของทนายความต่อบุคคลอื่นที่มีใช้ลูกค้าของเขา⁵ และความรับผิดของสถาปนิกต่อบุคคลที่สาม นอกจากลูกค้าของเขา เช่น เจ้าของอาคารในภายหลัง (subsequent owners) และผู้ใช้อาคาร⁶

³ 1.K.B. 194.

⁴ 1. Q.B. 197.

⁵ Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 13.

⁶ Sharpe V. E.T. Sweeting and Son Ltd (1963) 2 All ER 455.

ซึ่งบุคคลเหล่านี้ต่างก็มีผลประโยชน์ร่วมกันกับลูกค้าของเขาในการที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้อาคาร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ความปลอดภัยของพวกเขาขึ้นอยู่กับความชำนาญและความระมัดระวังของสถาปนิก ดังนั้นคดีส่วนมากจึงได้รับการตัดสินว่าสถาปนิกต้อง รับผิดชอบบุคคลที่สาม⁷ ทั้งนี้มาจากหลักเกณฑ์ที่ว่าบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ต่อทุกคนผู้ซึ่งมีแนวโน้มว่าจะได้รับผลกระทบจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของเขา⁸

ความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพดังที่กล่าวมาข้างต้น มีประเด็นที่ควรจะทำกรวิเคราะห์ว่าศาลใช้ทฤษฎีความรับผิดชอบละเมิดทฤษฎีใดในการพิสูจน์ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพ หรือความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพตั้งอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีความรับผิดชอบละเมิดทฤษฎีใดและมีหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบอย่างไร ตลอดจนศาลในต่างประเทศใช้ทฤษฎีใดในการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพ และศาลได้จำกัดขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพไว้เพียงใด ซึ่งประเด็นดังที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์หลักกฎหมายประกอบกับยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ซึ่งตัดสินคดีที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ หนายความ วิศวกร สถาปนิก และผู้ตรวจสอบบัญชี

ในระบบกฎหมายจารีตประเพณีแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดในการประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นตั้งอยู่บนหลักเกณฑ์ของความผิดในความประมาทเลินเล่อ ถือว่าการประกอบวิชาชีพทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพ "มีหน้าที่" ที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง แม้มัน

⁷ Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 14.

⁸ Ibid., p. 13.

A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence, (London : Butterworths, 1982), p. 3.

ประกอบวิชาชีพจะมีข้อผูกพันตามสัญญาหรือไม่ก็ตาม ความรับผิดทางละเมิดก็ยังคงมีอยู่โดย
 ทุกกรณี⁹ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หลักพื้นฐานแห่งความรับผิด (Base of Liability)
 ของผู้ประกอบการวิชาชีพในการประกอบวิชาชีพโดยประมาทเลินเล่อ (Professional
 Negligence) นั้น อยู่บนพื้นฐานแนวความคิดที่ว่า การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง
 ก่อให้เกิดความรับผิดได้ก็ต่อเมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพเป็นผู้ผิด (violation of a duty of
 care gives rise to liability only if the professional acted with fault)
 แยกพิจารณาได้ดังนี้

2.2.1 หน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (duty of care)

2.2.2 ความรับผิดเพื่อความผิดที่มีได้ใช้ความระมัดระวัง (liability for
 fault)

2.2.1 หน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (duty of care)

ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี หากมีความเสียหายเกิดขึ้น แนวพิจารณา
 ว่าผู้ประกอบการวิชาชีพจะต้อง รับผิดหรือไม่อยู่ที่ว่าในสถานการณ์เช่นนั้น เขามีหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง
 หรือไม่ ซึ่งหน้าที่ใช้ความระมัดระวังนี้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า ย่อมแปรเปลี่ยนไปตามเวลาและ
 สถานที่ และแนวหน้าที่ดังกล่าวจะมีได้เกิดจากข้อผูกพันตามสัญญา แต่ก็อาจถือได้ว่าผู้ประกอบการ
 วิชาชีพนั้นมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังอยู่ตามความเชื่อหรือความคาดหวัง (confidence)
 ของคนทั่วไปซึ่งใช้บริการจากผู้ประกอบวิชาชีพ¹⁰ และความเชื่อหรือความคาดหวังดังกล่าว
 นี้เป็นสิ่งยืนยันว่าผู้ประกอบการวิชาชีพจะต้องประกอบวิชาชีพของตนด้วยความระมัดระวัง และด้วยความ

⁹ P.J. Zepos, P. Christosoulou, "Professional liability" in
International Encyclopedia of Comparative law, vol I. Chap. 6 pp. 4 - 5.

¹⁰ "ผู้ที่ทำงานในอาชีพที่ต้องศึกษาเล่าเรียนมาเป็นพิเศษต้องรับหน้าที่โดยอัตโนมัติต่อ
 สาธารณชนในการใช้ความระมัดระวังและความชำนาญในการปฏิบัติตามวิชาชีพของตน" จาก
 ไพศาล กุมาลยวิสัย, "ความรับผิดของแพทย์ในกรณีละเมิด : ประมาทเลินเล่อ," ตุลพาท
 8 (มกราคม 2504) : 20.

ชำนาญเฉพาะด้าน (Exercise due care and skill)¹¹ ในเรื่องเกี่ยวกับหน้าที่ใช้ความระมัดระวังนี้มีประเด็นสำคัญที่ควรนำมาพิจารณาในเรื่องความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ คือ มาตรฐานของความระมัดระวังและความชำนาญ (Standard of care and skill) และการปฏิบัติสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพโดยทั่วไป (Common Professional Practice) ดังรายละเอียดที่จะกล่าวต่อไป

มาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญ (Standard of care and skill)

ตามประวัติศาสตร์วิธีการที่ศาลจะใช้ในการควบคุมการกระทำการ (conduct) ของผู้ประกอบวิชาชีพ คือ หลักของกฎหมายว่าด้วยสัญญา (the law of contract)¹² กล่าวคือ จะมีสัญญาหนึ่งระหว่างบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพและลูกค้าของเขา ซึ่งเป็นการที่ผู้ประกอบวิชาชีพตกลงที่จะให้บริการตามที่กำหนดไว้ในสัญญา และลูกค้าก็ตกลงที่จะจ่ายค่าธรรมเนียมที่สมเหตุสมผลตามที่ได้กำหนดไว้หรือแล้วแต่จะเลือกเป็นอย่างอื่น และโดยทั่วไปแล้วในสัญญาเช่นนั้นก็จะเป็นที่เข้าใจกันโดยปริยายตามกฎหมาย (implied by law) ถึงข้อกำหนดของสัญญาข้อหนึ่งว่าบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องกระทำการด้วยความชำนาญและความระมัดระวังเช่นวิญญูชน นอกจากนี้ผู้พิพากษา Oliver ได้แสดงให้เห็นไว้ในคดี Midland Bank V. Hett, Stubs & Kemp¹³ ว่า การกำหนดภาระหน้าที่ในอันที่จะกระทำการด้วยความชำนาญและความระมัดระวัง เช่นวิญญูชนนั้นไม่เพียงแต่จะนำมาพิจารณาเฉพาะกับข้อกำหนดในทางสัญญาเท่านั้น แต่ควรจะได้รับพิจารณาในการกระทำอันเป็นการประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพด้วย

ตามธรรมดาที่ปฏิบัติกันมานั้น การประกอบวิชาชีพดำเนินการอยู่ในขอบเขตซึ่งไม่ได้กำหนดว่าผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องประสบผลสำเร็จในงานทุกงานเสมอไป มักจะพบว่าความสำเร็จหรือความล้มเหลวขึ้นอยู่กับปัจจัยหลาย ๆ อย่างที่นอกเหนือไปจากความควบคุมของบุคคลผู้ประกอบ

¹¹ P.J. Zepos, P. Christosoulou, International Encyclopedia of Comparative Law, p. 5.

¹² Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, (Clarendon : Press, 1979), p. 416.

¹³ (1979) ch. 384.

วิชาชีพ เช่น ความอดทนของคนไข้ในระหว่างการผ่าตัดที่ยาวนาน หรือความน่าเชื่อถือของยาน
 ที่ให้การในคดี หรือถึงแม้ว่าปัจจัยหลายปัจจัยที่เกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นซึ่งอยู่ในความควบคุม
 ของผู้ประกอบวิชาชีพก็ตาม ผู้ประกอบวิชาชีพเองก็ไม่สามารถที่จะรับประกันถึงความสำเร็จ
 ของงานนั้น ทั้งนี้เพราะในการตัดสินใจในสิ่งสำคัญ หรือสิ่งที่ซับซ้อนมาก ๆ นั้น ไม่มีมนุษย์คนใดที่
 สามารถตัดสินใจได้ถูกต้องทุกครั้งไป ด้วยเหตุนี้จึงต้องจัดหาวิธีการควบคุมครองที่เหมาะสมให้
 กับผู้บริโภค (consumer) วิธีการดังกล่าวก็คือ จำเป็นต้องเป็นกรณีนี้ที่ผู้ประกอบวิชาชีพควรจะ
 ต้องมีคุณสมบัติของ ระดับที่ต่ำสุดที่แน่นอนของความสามารถและควรที่จะใช้ความระมัดระวัง เช่น
 วิตัน (reasonable care) ในการปฏิบัติการตามหน้าที่ของเขา ดังจะเห็นได้จาก
 ความเห็นของผู้พิพากษา Tindal ในคดี Lanphier V. Phipos (1838) กล่าวว่า

"ทุก ๆ คนที่เข้าไปสู่การประกอบวิชาชีพที่ใช้
 ความรู้ ความสามารถ (learned profession)
 จะผูกพันที่จะนำการใช้ความชำนาญและความระมัด
 ระวัง เช่น วิตัน ไปใช้ในการประกอบวิชาชีพ ไม่ได้
 ผูกพันผู้ประกอบวิชาชีพให้ใช้ความชำนาญในระดับสูงสุด
 เท่าที่เป็นไปได้ (highest possible degree
 of skill) เช่น ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ
 ไม่ได้ผูกพันว่าคดีความทุกคดีจะชนะเสมอ หรือศัลยแพทย์
 ก็ไม่ผูกพันว่าเขาบำบัดรักษาโรคใด"

นอกจากความเห็นดังกล่าวข้างต้นซึ่งเป็นความเห็นในคดีที่เกี่ยวข้องกับความประมาท เลิน เลอ
 ในทางการแพทย์ (medical negligence) แล้ว ต่อมาความเห็น Lord Denning
 M.R. ในคดีห้องรื้อวิศวกรที่ปรึกษา (consulting engineers) ก็คือคดี Greaves
 & Co. V. Baynham Meikle (1975) กล่าวว่า

"เมื่อนำหลัก Reasonable care
 มาใช้กับการจูงหางานสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพ
 กฎหมายไม่ไต่เตงไว้เป็นปริยายว่าผู้ประกอบ
 วิชาชีพจะต้องประสบความสำเร็จในผลงานครั้งที่
 คาดหวังเอาไว้เสมอ แต่กฎหมายก็ยังเน้นว่า
 ผู้ประกอบวิชาชีพต้องใช้ความระมัดระวังและ
 ความชำนาญ เช่น วิตัน เท่านั้น เช่น ศัลยแพทย์
 ไม่ได้รับรองว่าเขาจะรักษาเยี่ยวยาคนไข้จนหาย
 เช่นเดียวกับทนายความไม่รับประกันว่าเขาจะ
 ต้องชนะคดี"

ด้วยเหตุที่ผู้ดำเนินการตามวิชาชีพหรือผู้ประกอบการวิชาชีพเป็นผู้ซึ่งมีคุณสมบัติพิเศษ กล่าวคือ มีความรู้และความชำนาญในการที่กระทำ ดังนั้นนอกจากผู้ประกอบการวิชาชีพจะต้องใช้ความระมัดระวังและความชำนาญเช่นวิญญูชนดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้ประกอบการวิชาชีพจะใช้มาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญแห่งวิญญูชนตามธรรมดาไม่ได้ แต่จะต้องใช้มาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญเช่นวิญญูชนในวิชาชีพเดียวกันกับผู้ประกอบการวิชาชีพนั้นด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มาตรฐานของความระมัดระวังและความชำนาญดังกล่าวนี้ จะต้องได้รับการพิจารณา โดยอ้างถึงสมาชิกในกลุ่มของวิชาชีพที่เกี่ยวข้องนั้น (members of the profession concerns)¹⁴ แต่กรณีดังกล่าวนี้อาจมีปัญหามาตามาคือ แม้บุคคลจะอยู่ในวิชาชีพเดียวกันก็ตาม แต่ความสามารถของผู้ประกอบการวิชาชีพแต่ละคนย่อมแตกต่างกันไปตามตำแหน่งที่ต่างกันไป เช่น แพทย์เหิงจบ (junior hospital doctor) และที่ปรึกษาหรือที่ปรึกษา (นายความ) ชี้นำและนายพิภักดิ์ เป็นต้น ดังนั้นหลักทั่วไปที่ว่าผู้ประกอบการวิชาชีพย่อมต้องใช้มาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญแห่งวิญญูชนในวิชาชีพนั้น ต้องวางหลักเกณฑ์ให้ชัดเจนต่อไป กล่าวคือ ผู้ประกอบการวิชาชีพย่อมใช้มาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญเช่นวิญญูชนที่เหมาะสมกับสมาชิกทั้งหลายในวิชาชีพของเขาผู้ซึ่งมีสถานะ (status) หรือตำแหน่ง (position) อยู่ในฐานะเช่นเดียวกับจำเลย¹⁵ (แต่ในกรณีที่จำเลยแสดงตัวเองว่าอยู่ในฐานะของผู้เชี่ยวชาญเฉพาะสาขาวิชาชีพ เขาจะต้องได้รับการตัดสินโดยใช้มาตรฐานที่เหมาะสมกับความเป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะสาขาวิชาชีพนั้นด้วย)

นอกจากผู้ประกอบการวิชาชีพต้องใช้มาตรฐานแห่งความระมัดระวัง เช่นวิญญูชนแล้ว ประเด็นต่อไปที่จะต้องพิจารณาคือ ขนาดของความระมัดระวัง (Degree of Care) ผู้ประกอบการวิชาชีพจะต้องใช้ความระมัดระวังและความชำนาญในการปฏิบัติงานในระดับใดนั้น ผู้พิพากษา Windever ได้กล่าวไว้ในคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของสถาปนิกและ

¹⁴ Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 15.

¹⁵ Ibid., p. 17.

วิศวกรชาวออสเตรเลีย คือ คดี *Voli V. Inglewood Shire Council* ¹⁶
ซึ่งตัดสินไว้ว่า

"สถาบันผู้ซึ่งรับที่จะปฏิบัติงานในวิชาชีพของเขา
นั้นเป็นการยอมรับว่าจะปฏิบัติงานด้วยความชำนาญ
เช่นเดียวกับผู้ประกอบการวิชาชีพสถาบันอื่น ๆ เขาผูกพัน
ที่จะต้องปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวัง ความชำนาญ
และด้วยความซื่อสัตย์ เขาไม่จำเป็นต้องใช้ความชำนาญเกิน
กว่าธรรมดาหรือสูงกว่าผู้ประกอบการวิชาชีพเดียวกันควรจะ
มี แต่เขาจะต้องปฏิบัติงานในวิชาชีพของเขาด้วยความ
สามารถ ด้วยความระมัดระวังและด้วยความชำนาญ
เช่นเดียวกับที่ผู้ประกอบการวิชาชีพสถาบันอื่นปฏิบัติ
ในวิชาชีพนั้น ถ้าหากสถาบันไม่สามารถปฏิบัติงาน
ในวิชาชีพด้วยความระมัดระวังและด้วยความชำนาญ
ที่กล่าวมาแล้วได้ และผู้ว่าจ้างได้รับความเสียหาย
สถาบันก็จะต้องรับผิดชอบนายจ้าง ซึ่งความรับผิดชอบกล่าว
นี้อาจกล่าวได้ว่า เป็นความรับผิดชอบเนื่องมาจากการฝ่าฝืน
หน้าที่ในทางสัญญาหรือในทางละเมิด"

ในกรณีของผู้ประกอบการวิชาชีพ ผู้สอบบัญชีก็เช่นกัน กล่าวคือ เมื่อผู้สอบบัญชีรับที่จะปฏิบัติงาน
ในวิชาชีพ เขาจะต้องปฏิบัติงานด้วยการใช้ความชำนาญและความระมัดระวัง เช่นเดียวกับความชำนาญ
และความระมัดระวังอันผู้ประกอบการวิชาชีพผู้สอบบัญชีทั่วไปควรใช้ ซึ่งผู้พิพากษา *Lopes* ได้อธิบาย
การทำงานของผู้ตรวจสอบบัญชีว่า ผู้ตรวจสอบบัญชีจะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถและมีความระมัดระวัง
อย่างสมเหตุสมผล" ซึ่งท่านได้กล่าวไว้ในคดี *Re Kingston Cotton Mill Co. (No.2)*
(1896) วว

"ผู้ตรวจสอบบัญชีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติงานด้วยความ
ชำนาญ (skill) ความเอาใจใส่ (care)
และด้วยความระมัดระวัง (caution) ซึ่งผู้
ตรวจสอบบัญชีทั่วไปผู้ซึ่งมีความสามารถควรจะไขอะไร-
คือความชำนาญ ความเอาใจใส่และความระมัด
ระวังอย่างสมเหตุสมผลนั้น จะต้องขึ้นอยู่กับสถาน
การณ์ที่แก้ไขในแต่ละกรณี . . ."

นอกจากนี้ต่อมาในปี ค.ศ. 1918 ผู้พิพากษา Satter ได้ตัดสินไว้ทำนองเดียวกันกับคดี Re Kingston Cotton Mill Co. (No. 2) (1906) ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น คือ คดี Calne Gas Co. V. Curtis (1918) 17 ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่า บริษัทกล่าวหาผู้ตรวจสอบบัญชีของเขาว่าประมาทเลินเล่อในการที่ผู้ตรวจสอบบัญชีตรวจสอบไม่พบการฉ้อโกงที่ได้กระทำตลอดมาโดยการกระทำของผู้จัดการบริษัท ผู้พิพากษา Satter ได้ตัดสินว่า ความระมัดระวังที่ผู้ตรวจสอบบัญชีได้ใช้ในการปฏิบัติงานของตนนั้น "อย่างน้อยก็เป็นมาตรฐานที่ถูกต้องและเป็นมาตรฐานโดยเฉลี่ยทั่ว ๆ ไป (at least a fair and average standard) และนั่นก็เป็นหลักฐานว่าเขามีอยู่ในสิ่งที่ต่ำกว่า "มาตรฐานที่ถูกต้องโดยเฉลี่ยทั่ว ๆ ไปของความสามารถ"

กล่าวโดยสรุป เรื่องมาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญ (Standard of care and skill) ของผู้ประกอบการวิชาชีพใช้หลักเกณฑ์ของ "มาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญเช่นวิญญูชนผู้ซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพอยู่ในสาขาวิชาชีพเช่นเดียวกัน และขนาดหรือระดับของมาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญ (Degree of care and skill) อันผู้ประกอบการวิชาชีพจะต้องใช้ในการปฏิบัติงานในวิชาชีพนั้น ก็คือ ผู้ประกอบวิชาชีพไม่จำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังและความชำนาญเกินกว่าธรรมดาหรือสูง เกินกว่าความระมัดระวังและความชำนาญที่ผู้ประกอบการวิชาชีพเดียวกันควรจะมี

การปฏิบัติสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพโดยทั่ว ๆ ไป (Common Professional practice)

สืบเนื่องจากหลักเกณฑ์ที่ว่า ผู้ประกอบวิชาชีพต้องปฏิบัติงานในวิชาชีพด้วยความชำนาญ (skill) และความสามารถ (competence) ในระดับเช่นเดียวกับวิญญูชนผู้ซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพในสาขาวิชาชีพเดียวกัน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นในคดี Lanphier V. Phipos ซึ่งศาลได้ตัดสินไว้ใน ปี ค.ศ. 1838 ในปี ค.ศ. 1957 หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้รับการยืนยันตลอดมา โดยผู้พิพากษา Mc. Nair ในคดี Bolam V. Friern Hospital Management

Committee 18 ซึ่ง เป็นคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อทางการแพทย์ ซึ่ง ได้ขยาย
 หลักเกณฑ์ดังกล่าวออกไป และคำพิพากษานี้ถือว่าเป็นคำพิพากษาหรือคดีบรรทัดฐานตลอดมา
 คดีดังกล่าวนี้สรุปได้ว่า ในกรณีที่ต้องเผชิญกับสภาพการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ความชำนาญพิเศษ
 (special skill) หรือความสามารถ (competence) แล้ว การพิสูจน์ถึงการใช้
 ความระมัดระวังของบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพในสถานการณ์ดังกล่าว จะต้องใช้มาตรฐานความชำนาญ
 และความสามารถของบุคคลที่มีความชำนาญตามธรรมดา (The standard of the ordinary
 skilled man) ผู้ซึ่งปฏิบัติการ (exercising) และประกอบวิชาชีพ (professing)
 เพื่อที่จะให้มีความชำนาญพิเศษเช่นนั้น การพิสูจน์ดังกล่าวจะไม่พิสูจน์จากบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพ
 ที่มีความชำนาญสูงสุด ผู้ประกอบวิชาชีพไม่จำเป็นต้องมีความชำนาญในสาขาวิชาชีพนั้นอย่างสูงสุด
 มิฉะนั้นแล้วจะเป็นการเสี่ยงอย่างสูงต่อการที่จะเผชิญกับความประมาทเลินเล่อ ฉะนั้นจึงถือว่าเป็น
 เป็นการเพียงพอแล้วหากผู้ประกอบวิชาชีพปฏิบัติงานในวิชาชีพด้วยความชำนาญตามธรรมดา
 (ordinary skill) ของบุคคลซึ่งมีความสามารถธรรมดา (ordinary competence)
 ผู้ซึ่งได้ปฏิบัติการในเฉพาะสาขานั้น ในกรณีที่มีมาตรฐานการปฏิบัติงานในวิชาชีพที่สมบูรณ์แบบ
 (perfectly proper standards) มากกว่า 1 มาตรฐานแล้ว หากผู้ประกอบวิชาชีพ
 ได้กระทำตามมาตรฐานแห่งมาตรฐานใดในมาตรฐานเหล่านั้นแล้ว การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพ
 ดังกล่าวก็จะเป็นการประมาทเลินเล่อ แต่ในกรณีที่เป็นแค่เพียงความเชื่อ (belief)
 ส่วนตัวของผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งเชื่อว่าเทคนิคเฉพาะอย่างนั้นเป็นสิ่งที่ดีที่สุดแล้ว ความเชื่อดังกล่าว
 นี้ผู้ประกอบวิชาชีพไม่อาจยกเป็นข้อต่อสู้ได้ เว้นแต่ความเชื่อเช่นนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของรากฐานที่มา
 ที่สมเหตุสมผล (base on reasonable grounds) เช่น นายแพทย์ผู้หนึ่งหากได้กระทำ
 การตามแนวของการปฏิบัติการ (practice) ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ
 ทางการแพทย์ผู้รับผิดชอบในสาขาวิชาที่นั้นแล้วว่าการปฏิบัติการณ์ดังกล่าวจะไม่ถูกตัดสินว่าประมาท
 เลินเล่อ นอกจากนี้นายแพทย์ผู้นั้นก็จะไม่ถูกตัดสินว่าประมาทเลินเล่อเพียง เพราะมีความเห็นอื่นที่
 ขัดแย้งกับการปฏิบัติการณ์ที่ได้ออกไปแล้ว ซึ่งความเห็นที่ขัดแย้งนี้ไม่ได้เป็นความเห็นที่มาจาก
 คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ผู้รับผิดชอบในสาขาวิชาชีพ แต่อย่างไรก็ตามผู้พิพากษา
 Mc. Nair ก็ได้ให้ความเห็นในคดีดังกล่าวต่อไปว่า ตามหลักการตั้งที่กล่าวมานี้ ก็มีใตหมาย

ความว่าผู้ประกอบวิชาชีพที่สามารถที่จะค้นหุ้รังและยึดถือเทคนิคเก่า ๆ อย่างตื้อตึงต่อไปได้ หากปรากฏว่ามีภารกิจสุ่จออกมาแล้วว่าเทคนิคเก่า ๆ นั้นเป็นปฏิบัติกับสิ่งซึ่ง เป็นสาระสำคัญ อย่างแท้จริงทั้งหมดของความเห็นทางการแพทย์ที่ประกาศเป็นทางการออกมา

จากหลักเกณฑ์ในคดี Bolam อาจกล่าวได้ว่า ผู้ปฏิบัติการตามวิชาชีพ (practitioner) เป็นจำนวนมากผู้ซึ่งใช้ความชำนาญในเฉพาะสาขาวิชานั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรฐานที่สามารถนำมาใช้ได้นั้น ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้หากผู้ประกอบวิชาชีพได้ปฏิบัติตามมาตรฐาน (standards) การปฏิบัติการในสาขาวิชานั้น ๆ แล้วก็ถือได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่า ผู้ประกอบวิชาชีพได้ปฏิบัติการตามวิชาชีพตามมาตรฐานแห่งความชำนาญของผู้ปฏิบัติการตามวิชาชีพโดยธรรมดาทั่ว ๆ ไป (standard of skill of the average practitioner) ดังตัวอย่างคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อทางการแพทย์ คดี Robinson v. Post Office¹⁹ ปี ค.ศ. 1974 ศาลตัดสินว่าแพทย์ไม่ได้ประมาทเลินเล่อในการที่เขาเลือกใช้เซิร์มที่ป้องกันบาดทะยักเพื่อรักษาคนไข้ของเขา ซึ่งการกระทำของแพทย์ดังกล่าวได้เป็นไปตามหลักวิชา (อันเป็นที่ยอมรับกันแล้ว) ที่เขาได้รับการสั่งสอนมาจากโรงเรียนแพทย์ ซึ่งอยู่ภายในขอบเขตแห่งวิชาชีพแพทย์ และอีกคดีหนึ่งซึ่งเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของวิศวกร คือ คดี Mc Laren Maycroft & Co v. Fletcher Development Co. Ltd²⁰ ปี ค.ศ. 1973 ศาลตัดสินว่า คดีของโจทก์ต้องแพ้เพราะเหตุว่าโจทก์ไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่า การก่อสร้างบ่อขุดเจาะเพื่อใช้ในการตรวจสอบสภาพของดินชั้นล่างนั้นเป็นที่ยอมรับกันในวิชาชีพวิศวกรรม (engineering profession) แล้วว่าเป็นการปฏิบัติการในวิชาชีพนั้น ๆ (common professional practice) นอกจากนี้ยังมีอีกคดีหนึ่งซึ่ง เป็นคดีที่เกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของวิศวกร ซึ่งตัดสินโดยผู้พิพากษา Beattie ในปี ค.ศ. 1977 คือ คดี Bevan Investment Ltd v. Blackhall and Strutherns (No. 2)²¹ ได้ให้ความเห็นในกรณีการปฏิบัติการตามวิชาชีพ

¹⁹ (1974) 2 All E.R. 737.

²⁰ (1973) 2 NZIR 100.

²¹ (1977) 2 NZIR 45.

(General practice, common practice) ได้มีการประมวลเป็นแนวทางปฏิบัติ
 ของวิชาชีพที่เรียกว่า ประมวลแนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพ²² (Codes of Practice)
 เช่น ประมวลแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับความประพฤติของการก่อสร้าง (Codes of
 practice relation to the manner of construction) แต่ผู้ประกอบการวิชาชีพ
 ไม่ปฏิบัติตามในวิชาชีพตามแนวทางที่กำหนดไว้ในประมวล ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ผู้พิพากษา Beattie
 ได้ให้ความเห็นไว้ในคดี Bevan Investments ได้สรุปถึงสถานะในความสัมพันธ์ต่อ
 ประมวลแนวทางวิศวกรรม (engineering codes) ไว้ดังนี้

"เราต้องนึกถึงหน้าที่ของบทบัญญัติในประมวล
 (function of codes), เอาไว้ในใจเสมอ
 การออกแบบซึ่งผิดแผกแตกต่างไปจากบทบัญญัติใน
 ประมวลนั้น ถือได้ว่าเป็นกรณีที่แสดงให้เห็นว่าคดี
 มีมูลพอจะเป็นประมาทเลินเล่อออกแบบผิด
 (prima facie a faulty design) เว้นแต่
 การออกแบบผิดนั้นจะได้รับการชี้แจงให้เห็นว่าเป็น
 สิ่งที่ตรงกับการปฏิบัติทางวิศวกรรมที่ได้รับการยอมรับ
 กันทั่วไปโดยการวิเคราะห์หรืออย่างมีเหตุผลแล้ว"

จะเห็นได้ว่าความสอดคล้องระหว่างมาตรฐานของความระมัดระวัง เช่น วิศวกรรมกับการ
 ปฏิบัติการของผู้ประกอบวิชาชีพโดยธรรมชาติทั่วไปนั้น ดังที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ก่อให้เกิดการ
 ปิดกั้นความก้าวหน้าอย่างมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวิชาชีพทางวิทยาศาสตร์ เช่น แพทย์
 สถาปนิก และวิศวกร ซึ่งโดยพื้นฐานของวิชาชีพดังกล่าวนี้ต้องการการปรับปรุงและการพัฒนา
 เทคนิคใหม่ ๆ (new techniques) ซึ่งการที่ผู้ประกอบวิชาชีพนำเทคนิคใหม่ ๆ มาใช้ใน
 การปฏิบัติการทางวิชาชีพ และปรากฏว่าการนำเทคนิคใหม่ ๆ มาใช้นั้นไม่ประสบผลสำเร็จ เป็น
 เหตุให้ผู้ประกอบวิชาชีพต้องเผชิญหน้ากับข้อกล่าวหา (allegation) ว่าเขาประมาทเลินเล่อ

²² ประมวลแนวปฏิบัติทางวิชาชีพ (Codes of Practice) อันเป็นแนวทาง
 การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นเป็นสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแต่ไม่สำคัญมากไปกว่าการปฏิบัติตาม
 ตามวิชาชีพโดยทั่วไปที่ได้รับการกำหนดแบบแผนเอาไว้แล้ว (formalised common
 practice)

โดยที่เขาไม่ปฏิบัติตามการปฏิบัติการทั่ว ๆ ไปที่ได้รับการรับรองแล้ว (general and approved practice) ดังจะเห็นได้จากคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของสถาปนิก ในคดี Independent broadcasting Authority v. B.I.C.C Construction Ltd (1980) คดีนี้ B.I.C.C. ผู้ซึ่งมีความรู้เหนือผู้ประกอบการวิชาชีพอื่น ๆ เป็นผู้บุกเบิกในการออกแบบเสาอากาศโทรทัศน์ทรงกระบอก รูปแบบของการออกแบบเสาอากาศนี้ไม่เคยมีการใช้กันมาก่อน และไม่เคยมีเสาอากาศที่ออกแบบเช่นนี้ในระดับความสูงเช่นนี้มาก่อนด้วย 2 ปีต่อมาภายหลังจากการใช้งาน เสาอากาศนั้นก็แตกหักและพังลงมา และ House of Lord วินิจฉัยว่า B.I.C.C. ใต้ทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติงานด้วยความชำนาญและความระมัดระวัง เช่น วิชาชนในการออกแบบเสาอากาศ (breach of their duty to exercise reasonable skill and care in the design of the mast) คดีนี้ Lord Edmund - Davies ได้สรุปให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของมาตรฐานที่เป็นที่ ต้องการใหม่ของการออกแบบใหม่ ๆ ว่า "เมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพต้องเผชิญหน้าเป็นครั้งแรกกับการปฏิบัติซึ่งตนเองขาดความรู้ ความชำนาญ และคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้นซึ่งมีปัญหามากมายที่รอการแก้ไข แต่การขาดรู้ซึ่งสิ่งต่าง ๆ ที่กล่าวมานี้ได้ก่อให้เกิดหน้าที่อย่างชัดเจนที่จะต้องแยกแยะและคิดแก้ปัญหาทั้งหลายนั้นให้ตลอด ดังนั้นการเสี่ยงภัยที่ไม่อาจรู้ได้นั้นอาจได้รับการนำมาประเมินและการพิจารณาตัดสินใจขั้นสุดท้าย . . . กฎหมายต้องการให้แม้แต่ผู้บุกเบิกต้องมีความรอบคอบ"

อย่างไรก็ตามสาระสำคัญของประการในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการวิชาชีพใดกระทำการโดยใช้ความชำนาญและความระมัดระวัง เช่น วิชาชนกับการใช้เทคนิคใหม่ ๆ ²³ คือ

1. ต้องพิจารณาว่ามีความจำเป็นใด ๆ ที่จะต้องใช้เทคนิคใหม่ ๆ หรือไม่
2. ต้องพิจารณาว่าลูกค้าได้รับการชี้แจงที่เพียงพอแล้วหรือยังถึงการเสี่ยงภัย (risk) ที่จะเกิดขึ้นเกี่ยวพันกับการกระทำของจำเลย และ
3. จำนวนและคุณภาพของการวิจัยเบื้องต้นได้ทำให้สำเร็จไปแล้วหรือยัง

²³ Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 17.

ฉะนั้นจะเห็นได้ว่า มาตรฐานของความชำนาญและความระมัดระวัง (ที่เกี่ยวกับวิชาชีพ) ต้องการใหม่นั้นไม่ได้กำหนดไว้ตายตัวเสมอ ความก้าวหน้าของวิชาการอาจก่อให้เกิดปัญหาการระงับของการกระทำที่เป็นประมาทเลินเล่อ ซึ่งเคยเป็นที่ยอมรับกันมาก่อนนานแล้ว นอกจากนี้ ความก้าวหน้าทางวิชาการอาจก่อให้เกิดการปรับปรุงทั่ว ๆ ไปในมาตรฐานการปฏิบัติของวิชาชีพเฉพาะแต่ละสาขา ยิ่งไปกว่านั้นการตีพิมพ์มาตรฐานการปฏิบัติงานในวิชาชีพโดยคณะกรรมการผู้ควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพนั่นเอง อาจจะทำให้เกิดการเพิ่มขึ้นหรือการเปลี่ยนแปลงคุณภาพของผลงานในวิชาชีพ ซึ่งเป็นที่ต้องการเพื่อประกอบขึ้นเป็นความชำนาญและความระมัดระวัง เช่นวิญญูชน

อาจกล่าวโดยสรุปว่า มาตรฐานของความระมัดระวัง เช่นวิญญูชนซึ่งสอดคล้องกับการปฏิบัติการของผู้ประกอบวิชาชีพทั่ว ๆ ไป (common professional practice) นั้นหมายความว่า บุคคลผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องผูกพันอย่างเต็มที่ในอันที่จะต้องปฏิบัติการตามวิชาชีพ (practice) ตามหลักวิชาที่เรียนมาให้ทันสมัยอยู่ตลอดเวลา เพื่อเป็นการรับรองว่าการพัฒนาใหม่ ๆ ภายในการประกอบวิชาชีพนั้นสอดคล้องกันกับการปฏิบัติการตามวิชาชีพ (practice) ของเขา แต่อย่างไรก็ตามที่กล่าวมานี้มิได้หมายความว่า บุคคลผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องผูกพันในอันที่จะยอมรับเอาเทคนิคใหม่ ๆ ทุกกรณีที่มีการเสนอขึ้นมาในวิชาชีพสาขานั้น ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากคำพิพากษาคดีประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ คือคดี Crawford V. Charity Cross Hospital²⁴ ศาลอุทธรณ์ได้วางหลักเกณฑ์ว่า บุคคลผู้ประกอบวิชาชีพไม่จำเป็นต้องอ่านบทความทุก ๆ เรื่องที่ปรากฏในหนังสือที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพนั้น ๆ และจะถือว่าไม่เป็นการประมาทเลินเล่อโดยเฉพาะในกรณีที่ไม่ยอมรับเอาคำแนะนำที่เกิดมาทันทีทันใดจากความคิดเห็นของตนเขียนบทความนั้น (ไม่จำเป็นต้องเชื่อในบทความที่เขียนเสมอไป) แต่กรณีจะเป็นการเข้าข่ายความประมาทเลินเล่อก็ต่อเมื่อเทคนิคใหม่ ๆ นั้นได้รับการพิสูจน์และยอมรับแล้วว่าเป็นส่วนที่แน่นอนของการปฏิบัติการตามวิชาชีพโดยธรรมดาทั่ว ๆ ไปในการประกอบวิชาชีพ ซึ่งบุคคลจะรับผิดชอบในทางละเมิดก็ต่อเมื่อไม่รับหลักการข้อนี้

²⁴ (1953) Times, 8 th December, CA.

2.2.2 ความรับผิดเพื่อความผิดที่มีได้ใช้ความระมัดระวัง (liability for fault)

หลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพในระบบกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าความรับผิดในกรณีผู้ประกอบวิชาชีพมีได้ใช้ความระมัดระวังนี้อยู่บนพื้นฐานว่าจะต้องมีความผิด (fault) กล่าวคือ ทำผิดหน้าที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างผู้ประกอบวิชาชีพที่พึงต้องใช้ คือ ประมาทเลินเล่อนั่นเอง เหตุผลที่ศาลอาหัยหลักความผิดเป็นเกณฑ์ในการตัดสินว่าผู้ประกอบวิชาชีพต้องรับผิด ก็เนื่องจากว่าศาลตระหนักว่าการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพละเมิดหรือไม่เป็นเรื่องที่รุนแรงสำหรับเขา นอกจากนี้การจะตัดสินว่าผู้ประกอบวิชาชีพผู้ใดประมาทเลินเล่อในการประกอบวิชาชีพของตนแล้ว จะเป็นปัญหาสำคัญในการประกอบวิชาชีพของเขาเหล่านั้นอย่างยิ่งนั่นคือ ชื่อเสียงของเขาจะไม่เป็นที่เชื่อถือในวงการของวิชาชีพนั้น ๆ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มันเป็นเรื่องเสียหายสำหรับชื่อเสียงของเขามากยิ่งกว่าการฟ้องร้อง เรียกค่าเสียหายจากเขา

นอกจากหลักเกณฑ์ความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพดังกล่าวมาข้างต้นแล้วนั้น หลักเกณฑ์ประการสุดท้ายที่จะต้องพิจารณาคือ โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าความเสียหายเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพหรือที่เรียกกันว่า ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหาย (Relative of Causality between Fault and Damage) แนวทางในการพิสูจน์หลักเกณฑ์ประการสุดท้าย แยกพิจารณาเป็น 2 ลำดับ กล่าวคือต้องพิสูจน์ในลำดับแรกก่อนว่าการฝ่าฝืนหน้าที่ในทางวิชาชีพในทางข้อเท็จจริงของผู้ประกอบวิชาชีพเป็นต้นเหตุที่แท้จริงที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์หรือไม่ (factual causation) ส่วนในลำดับสองจะเป็นปัญหาของการกำหนด ขอบเขตความรับผิดต่อความเสียหายที่สืบเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพ (Legal Cause or Remoteness of Damage) ซึ่งจะพิจารณาลำดับ

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหายในทางข้อเท็จจริง (Factual causation)

ในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหายในทางข้อเท็จจริงในกรณีความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น โคน้ำหลัก "but for" มาใช้พิจารณา²⁵

²⁵ A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence,

ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ ดังนี้

"ความเสียหายจะไม่เกิดขึ้น เว้นแต่จะมี
ความประมาทเลินเล่อของจำเลย ถ้าไม่มีความ
ประมาทเลินเล่อของจำเลย ความเสียหายก็จะ
ไม่เกิดขึ้น แต่อาจปรากฏว่าความเสียหายจะเกิด
ขึ้นเช่นเดียวกัน แม้วาไม่มีความประมาทเลินเล่อ
ของจำเลย กรณีเช่นนี้ถือว่าความประมาทเลินเล่อ
ของจำเลยมิใช่เป็นเหตุของความเสียหาย"

การใช้หลัก "but for" นี้จำเป็นที่จะต้องเกี่ยวข้องกับการเก็ง
(speculation) ว่าจะอะไรจะเกิดขึ้นถ้าไม่มีความประมาทเลินเล่อ ต่อไปนี้เป็นตัวอย่าง
คดีที่ใช้หลัก "but for" ในการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพ เพื่อการ
ชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (Loss caused by
negligent acts) และเพื่อการชดเชยความเสียหายอันเกิดจากคำแนะนำที่ประมาทเลินเล่อ
(Loss caused by negligent advice)

1. คดีที่เกี่ยวข้องกับความประมาทเลินเล่อทางการแพทย์ คดี Barnett V.

Chelsea and Kensington Hospital Management Committee ²⁶ คดีนี้โจทก์

กล่าวหาว่าการตายของสามีโจทก์เนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อของจำเลย จากข้อเท็จจริง
ที่ว่าสามีของโจทก์ได้เข้ารับรักษาตัวในโรงพยาบาลผู้เป็นจำเลยเวลา 8.00 น. เนื่องจากอาการ
อาเจียนอย่างรุนแรงหลังจากดื่มชาที่มีสารหนูเข้าไป แต่แพทย์ไม่ได้มาทำการตรวจดูแลอาการ
สามีโจทก์เพียงแต่สั่งทางโทรศัพท์ให้พยาบาลเฝ้าดูอาการเท่านั้น และออกคำสั่งให้สามีโจทก์
กลับบ้านแล้วให้ติดต่อแพทย์ประจำตัวสามีโจทก์ เวลา 13.30 น. ในวันเดียวกันนั้นเองสามี
โจทก์ก็ได้ตายลง คดีนี้จึงมีปัญหาวาโรงพยาบาลได้ประมาทเลินเล่อฝ่าฝืนหน้าที่ที่มีต่อผู้ตายโดย
ที่หมอไม่ได้มาดูแลผู้ตายและตรวจร่างกายผู้ตาย หรือรับเข้ารับรักษาไว้ในโรงพยาบาลเพื่อรักษา
หรือไม่ ศาลตัดสินว่าจำเลยหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ ทั้งนี้เพราะหลักฐานทางการแพทย์ที่พบ

²⁶ (1972) 1 All ER 1210.

(1972) 1 WIR 602.

สรุปว่า แม้ว่าจำเลยได้กระทำดูแลเอาใจใส่อย่างสมเหตุสมผลแล้วก็ตาม แต่แพทย์นั้น ก็จะไม่สามารถที่จะวินิจฉัยและทำการรักษาที่จะช่วยชีวิตเขาได้ทันเวลาเพราะว่าการรักษา ที่ถูกต้องก็ไม่สามารถช่วยชีวิตสามีของโจทก์ได้ ดังนั้นการรักษาที่ประมาทเลินเล่อจึงไม่เป็น เหตุที่แท้จริงของการตายของเขา (the negligent treatment was not a factual cause of his death)

2. คดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรม เช่นการประมาท เลินเล่อในการออกแบบซึ่งประกอบไปด้วยรากฐานโครงสร้าง (foundations) ที่ไม่เพียงพอ สำหรับการออกแบบเช่นนั้น แต่กรณีดังกล่าวมักจะไม่ค่อยพบนัก นอกจากนี้การละเมิดคณหน้าที่ (breach of duty) ยังอาจจะประกอบด้วยการไม่สามารถที่จะสั่งหรือแนะนำ (failure to order or advice) อีกบุคคลหนึ่งให้กระทำที่เฉพาะเจาะจงได้ (particular act) และผลจากการนี้ทำให้เกิดความเสียหายขึ้นจากการรุดหน้าการกระทำ ของบุคคลอื่นนั้น ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า ความเสียหายมีสาเหตุมาจากการละเมิด หน้าที่ตั้งแต่เริ่มแรกของวิศวกรผู้ให้คำสั่งหรือคำแนะนำ (original breach of duty) กล่าวคือ จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า หากวิศวกรได้ให้คำสั่งหรือคำแนะนำนั้นแล้ว บุคคลอื่น (ผู้รับคำสั่ง หรือคำแนะนำจะปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำแนะนำที่ได้รับ หรือในกรณีที่สถาปนิกละเมิดหน้าที่ในการ ตรวจสอบตราดูแล (supervision) ก็เข้าข่ายหลักเกณฑ์เช่นเดียวกัน²⁷ ดังตัวอย่างใน คดี Driver V. William Willett (Contractors) Ltd²⁸ คดีนี้วิศวกรผู้ให้ คำปรึกษาในเรื่องที่เกี่ยวกับความปลอดภัย (consultant safety engineers) กระทำการผิดหน้าที่ของพวกเขาเอง คือ มิได้ให้คำแนะนำ (failing to advise)แก่ ผู้รับเหมาว่าต้องมีเครื่องจักรอกที่ติดตั้งตะขายเพื่อป้องกันการตกลงมาเพราะไม่มีตาข่ายที่วาง ทั่วลหิทหากษาว่า ถ้าหากมีการให้คำแนะนำ และคำแนะนำจะได้รับการยอมรับ กล่าวคือ ผู้รับเหมา นาน่าที่จะสนับสนุน (ทั้ง) คำแนะนำของวิศวกร และเป็นผลให้มีการป้องกันอุบัติเหตุ วิศวกรต้องรับ ผิดชอบต่อความเสียหาย บาดเจ็บของโจทก์ด้วย

²⁷ Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 104.

²⁸ (1969) 1 All ER 665.

3. คดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของผู้ตรวจสอบบัญชี (auditor)

คือ คดี London Oil Storage Co. Ltd. V. Seear, Hasluck & Co ²⁹ คดีนี้
 จำเลยในฐานะผู้ตรวจสอบบัญชี ถูกกล่าวหาว่าประมาทเลินเล่อต่อการทำงานที่ไม่สามารถค้นพบว่า
 ลูกจ้างของโจทก์ได้ทำการขอยกทรัพย์สินของโจทก์ ศาลชี้แนะแนวทางพิจารณาว่าจะต้องแสดง
 ให้เห็นว่า ความเสียหายเช่นนั้นจริง ๆ แล้วมีสาเหตุมาจากการที่ผู้ตรวจสอบบัญชีไม่ปฏิบัติ
 หน้าที่ให้สมบูรณ์ในฐานะผู้ตรวจสอบบัญชีของบริษัท (Auditor of the company) ศาล
 พิพากษาว่าความสูญเสียของโจทก์ไม่อาจเรียกร้องให้จำเลยผู้ตรวจสอบบัญชีชดเชยคืน ทั้งนี้
 เพราะหากจำเลยผู้ตรวจสอบบัญชีไม่ได้ฝ่าฝืนหน้าที่การตรวจบัญชี ความสูญเสียของโจทก์ก็ยังคง
 จะต้องเกิด

4. คดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อในการให้คำแนะนำของทนายความ

(solicitors' negligent advice) ซึ่งคำแนะนำที่ให้โดยประมาทเลินเล่อนั้นจะเป็น
 สาเหตุที่แท้จริงแห่งความเสียหายก็ต่อเมื่อคำแนะนำโดยประมาทเลินเล่อนั้นเป็นเหตุให้โจทก์
 ตัดสินใจกระทำการเช่นนั้นและโจทก์ได้รับความเสียหาย คดี Otter V. Church,
 Adams, Tatham & Co ³⁰ คดีนี้ทนายได้ให้คำแนะนำโดยประมาทเลินเล่อแก่ลูกความ
 ว่าบุตรชายของหลอนมีสิทธิอย่างเด็ดขาดในทรัพย์สินมูลค่า 7,000 ปอนด์ ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว
 บุตรชายของหลอนมีสิทธิแต่เพียงในจำนวนเงินค่าเช่าทรัพย์สินเท่านั้น (ไม่มีสิทธิในทรัพย์สินนั้น)
 เมื่อบุตรชายของหลอนเสียชีวิตลง หลอนประสงค์จะโอนทรัพย์สินทั้งหมด (ทรัพย์สินและค่าเช่า) ให้แก่
 บุตรสาวของหลอน แต่ทว่าไม่อาจกระทำเช่นนั้นได้ เพราะบุตรชายหลอนมิได้ทำพินัยกรรมยก
 ทรัพย์สินทั้งหมด (รวมค่าเช่าด้วย) ดังกล่าวไว้แก่ลูกความ ดังนั้นทรัพย์สินทั้งหมดจึงตกทอดเป็น
 มรดกแก่น้องชายของลูกความในฐานะที่เป็นชาย (ทรัพย์สินมรดกจะตกทอดแก่ทายาทที่เป็นผู้ชายเท่านั้น)
 ศาลพิพากษาว่า หากลูกความได้รับคำแนะนำที่ถูกต้องแล้ว เขาก็อาจจะแนะนำลูกชายให้ทำพินัยกรรม
 ยกทรัพย์สินทั้งหมดให้หลอนตามคำแนะนำของหลอน บังลูกชายหลอนก็อาจประสงค์จะให้ทรัพย์สิน
 ดังกล่าวเป็นแต่เพียงแหล่งที่มาของรายได้ของมารดา (ลูกความ) เท่านั้น ไม่ถือเป็นทรัพย์สินของ
 บรรพบุรุษซึ่งจะตกทอดเป็นมรดกไปสู่ทายาทที่เป็นผู้ชายเท่านั้น ศาลตัดสินให้ลูกความได้รับการ
 ชดเชยความเสียหาย

²⁹ (1904) 31 Acct IR 93.

³⁰ (1953) 1 All ER 168.

จากหลักเกณฑ์คำแนะนำประมาทเลินเล่อ นั้น บางสถานการณ์จะเห็นได้ว่าเป็นการยากต่อโจทก์ที่จะแสดงให้เห็นว่าโจทก์อาจจะกระทำการใด ๆ ที่ต่างออกไปถ้าเขาได้รับคำแนะนำที่ถูกต้องแน่นอน (accurate advice) ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้มักจะพบในกรณีของการเกี่ยวกับการลงทุน (investment) และการตรวจสอบบัญชี (auditing) อย่างประมาทเลินเล่อ ซึ่งศาลมักตัดสินว่า โจทก์อาจจะเสี่ยงที่จะลงทุนอยู่ที่ หรือความผิดพลาดที่เกิดจากการตรวจสอบบัญชีนั้น เล็กน้อยเกินไปที่จะสามารถมีอิทธิพลต่อการกระทำของโจทก์ ดังเช่น คดี Meal V. Ball Baker (1911) ศาลให้ความเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและความเสียหายอาจจะเป็นการยากที่จะพิสูจน์ในที่ซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับการเงิน (financial information) ไม่ได้ให้โดยตรงกับโจทก์ในฐานะเป็นคำแนะนำ แต่เป็นในฐานะข้อมูลที่โจทก์ได้รับมากกว่า ตัวอย่างเช่น นักลงทุน (investor) ที่อ่านหนังสือพิมพ์รายงานของผู้ตรวจบัญชีของบริษัท³¹

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า การใช้หลัก "but for" กับคำแนะนำโดยประมาทเลินเล่อ (negligent advice) นั้นจำเลยมักจะอ้างว่าเป็นความประสงค์หรือการตัดสินใจ (decisive) ของโจทก์เองและคำแนะนำนั้นมิได้มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของโจทก์เลย ฉะนั้นเพื่อที่จะได้รับการเยียวยาโจทก์จะต้องแสดงให้เห็นเพียงว่าคำแนะนำนั้นมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของเขา แต่ไม่จำเป็นต้องแสดงถึงขนาดว่าคำแนะนำนั้นเป็นการตัดสินใจ

ประเด็นต่อไปที่จะต้องนำมาพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหายในทางข้อเท็จจริง (Factual causation) คือ เหตุแทรกแซง (intervening cause) ความประมาทเลินเล่อในวิชาชีพอาจมิใช่เหตุเพียงประการเดียวที่ก่อให้เกิดความเสียหาย เหตุการณ์ธรรมชาติ (natural events) หรือการกระทำของมนุษย์ (human conduct) อาจมีส่วนร่วมอยู่ด้วย ความยุ่งยากจะเกิดขึ้นเมื่อความเสียหายซึ่งเป็นผลหนึ่งของเหตุหนึ่ง (เหตุแทรกแซง) โดยแท้จริงแล้วความเสียหายนั้นเกิดขึ้นเพราะอีกเหตุหนึ่งก่อนหน้านั้น (เหตุเกิดก่อน) ตัวอย่างเช่น บุคคลหนึ่งได้รับบาดเจ็บเพราะการรักษาพยาบาล แต่การรักษาพยาบาลนั้น

³¹ A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence, pp. 240 - 241.

เป็นสิ่งจำเป็นเพราะบุคคลนั้นได้รับบาดเจ็บมาแล้วจากเหตุอื่นที่เกิดขึ้นก่อนหน้าการรักษายาบาล หรือบริษัทขาดทุนเพราะมีการฉ้อโกง แต่การฉ้อโกงเกิดขึ้นได้เพราะผู้ตรวจบัญชีของบริษัทตรวจ ไม่พบความผิดพลาดในระบบบัญชีนั้น ในสถานการณ์เช่นนี้ทั้ง เหตุเกิดก่อนและเหตุแทรกแซง เป็นเหตุ แท้จริงของความเสียหายที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม เหตุเกิดก่อนและเหตุแทรกแซงอาจมีใครมีส่วน เกี่ยวข้องกันโดยตรง และเหตุแทรกแซงอาจทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลทาง กฎหมายของเหตุเกิดก่อนและเหตุแทรกแซงสิ้นสุดลง ทำให้เหตุเกิดก่อนอยู่ห่าง เกินกว่าที่จะมีส่วน รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

ในการพิจารณาเกี่ยวกับเหตุแทรกแซงของศาล จะคำนึงถึงปัจจัย 2 ประการ ซึ่งได้แก่ ลักษณะธรรมชาติของเหตุเกิดก่อนที่เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ และลักษณะธรรมชาติของ เหตุแทรกแซงที่จะกล่าวต่อไปนี้

1. ลักษณะธรรมชาติของเหตุเกิดก่อนที่เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ (Nature of the prior breach) อาจบ่งบอกได้ว่าความรับผิดชอบของบุคคลนั้นจะครอบคลุมไปถึงการสูญเสีย อันเนื่องมาจากเหตุแทรกแซงหรือไม่³² ลักษณะหน้าที่ในวิชาชีพ (Nature of professional duties) นั้น มีหลักอยู่ว่า ผู้ประกอบวิชาชีพไม่มีหน้าที่รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากเหตุ แทรกแซง³³ แต่ในบางกรณีผู้ประกอบวิชาชีพอาจมีหน้าที่กว้างขึ้นซึ่งอาจรวมถึงความรับผิดชอบ ต่อเหตุแทรกแซง เช่น กรณีลูกค้านำไม่สามารถตรวจพบความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพ ปกติ ก็จะไม่ตัดขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหาย นอกเสียจากจะปรากฏชัดว่าลูกค้า ได้รับผิดชอบว่าได้ตรวจสอบแล้ว การที่ลูกค้าไม่สามารถตรวจพบความผิดพลาดในงานของผู้ประกอบ วิชาชีพปกติแล้วจะไม่ถือว่าประมาทเลินเล่อ ทั้งนี้เพราะเขาทำสัญญาใช้บริการทางวิชาชีพ เพื่อต้อง

³² ดูคดี Lambert V. Lewis (1981) 1 All ER 1185.

³³ A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence, p. 244.

ดูคดี O'Connor V. B.D.B. Kirby & Co. (1971) & All ER 1415 (เป็นคดีเกี่ยวกับนายหน้า).

การบริการที่ไว้วางใจได้จากบุคคลเหล่านั้นโดยไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่จะต้องตรวจสอบอีกตั้ง
 จะเห็นตัวอย่างคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของนักบัญชีคดีนี้ปรากฏว่า นักบัญชีได้ถูกจ้าง
 มาเพื่อให้จัดทำข้อมูลเกี่ยวกับรายได้ของลูกค้าให้แก่ผู้รับประกันซึ่งกำลังจัดการเกี่ยวกับวงเงิน
 ประกันของลูกค้า ด้วยความประมาทเลินเล่อของนักบัญชีคำนวณรายได้ของลูกค้าได้น้อยกว่า
 ครึ่งหนึ่งของจำนวนรายได้ที่แท้จริง และเสนอตัวเลขนั้นแก่ผู้รับประกันด้วยความเห็นชอบของ
 ลูกค้า ลูกค้าได้รับความเสียหายเนื่องจากการประกันต่ำกว่าความเป็นจริง การที่ลูกค้าตรวจ
 ไม่พบความผิดพลาดในการคำนวณของนักบัญชี ถือว่ามีได้ตัดความสัมพันธ์ระหว่าง เหตุและผลเสีย
 หายกับเหตุเกิดก่อน ฉะนั้นจึงถือได้ว่านักบัญชีประมาทเลินเล่อ³⁴ แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏ
 ว่าลูกค้าพบความผิดพลาดในการคำนวณแต่ตัดสินใจที่จะเสี่ยงต่อการสูญเสีย กรณีเช่นนี้ย่อมเป็น
 การตัดความสัมพันธ์ระหว่างเหตุแห่งการกระทำและผลเสียหาย ด้วยเหตุนี้ถ้าบุคคลใดตัดสินใจ
 ซื้อทรัพย์สินตามการสำรวจซึ่งแสดงให้เห็นข้อบกพร่องในโครงสร้างของทรัพย์สินนั้น เขาจะไม่
 สามารถฟ้องร้องผู้ที่รับผิดชอบความบกพร่องนั้นได้ ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผลที่สืบต่อมาจาก
 ความประมาทเลินเล่อของเขาผู้รับผิดชอบคงกล่าวได้ถูกตัดขาดไปแล้ว³⁵

นอกจากคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของนักบัญชีดังกล่าวข้างต้นแล้ว กรณีเกี่ยว
 กับความประมาทเลินเล่อของสถาปนิกก็เช่นกัน กล่าวคือ สถาปนิกมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อลูกค้า
 ในการควบคุมดูแลงานก่อสร้าง เพื่อตรวจสอบว่างานก่อสร้างนั้นตรงตามสัญญาหรือไม่ ถ้าเขา
 บกพร่องในหน้าที่และผู้ก่อสร้างอาคารประมาทเลินเล่อทำให้เกิดการสูญเสียแก่ลูกค้า การกระทำ
 ของผู้ก่อสร้างอาคารไม่ถือว่าเป็นการตัดขาดความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผลเสียหายอันเกิดจาก
 การละเมิดหน้าที่ของสถาปนิก การกระทำของสถาปนิกและการกระทำของผู้ก่อสร้างอาคารถือว่าเป็น
 เป็นเหตุรวมของการทำให้ลูกค้าได้รับความเสียหาย³⁶

³⁴ คดี De Meza and Stuart V. Apple, Van Streates, Shena and Stone (1974) Lloyd's Rep. 503.

³⁵ A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence, pp. 249 - 250.

³⁶ Ibid., p. 245.

2. ลักษณะธรรมชาติที่เป็นเหตุแทรกแซง (intervening natural event) ซึ่งแบ่งลักษณะเหตุแทรกแซงออกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ

ก. เหตุการณ์ธรรมชาติที่เป็นเหตุแทรกแซง (intervening natural event) ถ้าลักษณะการละเมิดของเหตุเกิดก่อนมีใครเป็นผู้รับผิดชอบเหตุแทรกแซง ศาลจะพิจารณาว่าเหตุแทรกแซงนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการละเมิดของเหตุเกิดก่อนเพียงไร การละเมิดของเหตุเกิดก่อนมีส่วนส่งเสริมให้เกิดเหตุแทรกแซงขึ้น และก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ ถ้าเหตุการณ์แทรกแซงมิได้ส่งเสริมให้เกิดความเสียหาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า เหตุการณ์นั้นเป็นเหตุบังเอิญโดยแท้ เหตุการณ์นั้นจะตัดความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลเสียหายด้วยเหตุนี้ถ้าการละเมิดหน้าที่ของเหตุเกิดก่อนทำให้นักพลได้รับบาดเจ็บต้องเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาล เหตุเกิดก่อนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบต่อการบาดเจ็บเพิ่มเติมที่บุคคลนั้นได้รับเนื่องจากไฟไหม้โรงพยาบาล

ข. พฤติกรรมแทรกแซงที่มีใช้การประมาทเลินเล่อ (intervening non-culpable conduct) เมื่อพฤติกรรมแทรกแซงของมนุษย์มีใช้ความประมาทเลินเล่อ ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบความเสียหาย แนวทางในการพิจารณาพฤติกรรมดังกล่าว คือ ดูจากการผิดพลาดที่เกิดขึ้นก่อนหน้าพฤติกรรมนั้น กล่าวคือ ในกรณีซึ่งการผิดพลาดที่ก่อให้เกิดสถานการณ์นั้นจะมีการป้องกันผู้รับเคราะห์ และเมื่อการผิดพลาดที่นั้นทำให้เกิดการเสียหายมากขึ้น ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลเสียหายจะยังคงอยู่ เช่นผู้ทำให้เกิดการบาดเจ็บโดยประมาทเลินเล่อจึงต้องรับผิดชอบต่อการบาดเจ็บที่ผู้รับเคราะห์ได้รับเพิ่มขึ้นจากการรักษาพยาบาลที่กระทำอย่างถูกต้องเพื่อรักษาอาการบาดเจ็บที่มีอยู่แต่แรก ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อที่มีอยู่แต่แรก ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ คดี Cook V.S.³ ซึ่งพฤติกรรมโดยประมาทเลินเล่อของทนายความ (solicitor) เกี่ยวกับเรื่องคดีทนายความ ลูกความ ทำให้จำเป็นต้องได้รับคำแนะนำจากทนายความที่ปรึกษา (counsel) ในกรณีนี้ ทนายความจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายซึ่งอาจเกิดขึ้นเนื่องจากความผิดพลาดของคำแนะนำของทนายความที่ปรึกษา คำแนะนำของทนายความที่ปรึกษามิได้ตัดขาดความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลเสียหาย ทั้งนี้เพราะคำแนะนำของทนายความที่ปรึกษานี้เป็นที่ต้องการเนื่องจากการผิดพลาดที่แต่เดิมของทนายความ (solicitor)

ค. พฤติกรรมแทรกแซงโดยประมาทเลินเล่อ (intervening culpable conduct) หลักเกณฑ์ดังกล่าวมาก่อนหน้านี้จะเห็นได้ว่าเป็นการผิดหน้าที่ของเหตุเกิดก่อน ซึ่งอาจบ่งชี้ได้ว่าผู้กระทำเหตุนั้นต้องรับผิดชอบต่อพฤติกรรมที่ประมาทเลินเล่อ พฤติกรรมที่เจตนาที่จะเกิดขึ้นต่อมาจากการผิดหน้าที่ของ เขาด้วย แต่ที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้มีใช้กรณีนั้น ปกติแล้ว พฤติกรรมแทรกแซงที่เกิดขึ้นเพราะความประมาทเลินเล่อจะตัดขาดความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล ซึ่งพฤติกรรมแทรกแซงมีลักษณะที่ประมาทและปราศจากเหตุผลมากเท่าใด มันก็ยิ่งตัดขาดความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลมากขึ้นเท่านั้น ซึ่งกรณีดังกล่าวจะเห็นตัวอย่างได้จากกรณีความบกพร่องโดยประมาทเลินเล่อในการตรวจหาการผิดหน้าที่ของเหตุเกิดก่อน (Negligent Failure to detect a prior breach) ศาลคอมมอนลॉว์วางหลักเกณฑ์กรณีดังกล่าวไว้ว่า ความบกพร่องดังกล่าวนี้จะตัดขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหายก็แต่เฉพาะในกรณีที่บุคคลผู้รับผิดชอบต่อการผิดหน้าที่ดั้งเดิมตั้งใจให้มีการตรวจสอบงานของเขาเพื่อให้ได้มีการป้องกันความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้นได้อย่างเพียงพอ แต่สำหรับกรณีผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งปกติมักได้รับความไว้วางใจให้ปฏิบัติงานที่ต้องมีความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะของพวกเขาไปด้วยความระมัดระวังตามควร ดังนั้นการไม่ตรวจสอบงานหรือการตรวจไม่พบความบกพร่องของงานนั้น จึงไม่มาที่จะตัดขาดความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลเสียหาย ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากคดีความประมาทเลินเล่อของสถาปนิก คือ คดี Clay v. A.J. Crump & Sons Ltd³⁷ ในกรณีนี้สถาปนิกได้ปล่อยให้มีกำแพงที่ไม่แน่นอนที่ตั้งอยู่ในบริเวณการก่อสร้างโดยประมาทเลินเล่อผู้รับเหมา-ก่อสร้างมีโอกาสดูตรวจสอบกำแพงนั้น แต่ไม่พบความบกพร่องใด ๆ ต่อมากำแพงนั้นพังหลายลงมาทับคนงานของผู้รับเหมา ซึ่งต่อมาได้ฟ้องร้องทั้งผู้รับเหมาและสถาปนิก ศาลพิจารณาวาผู้รับเหมากระทำการโดยประมาทเลินเล่อและต้องรับผิดชอบต่อคนงาน และวินิจฉัยต่อไปด้วยว่าความประมาทเลินเล่อของผู้รับเหมามิได้ตัดขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหายจากความประมาทเลินเล่อของสถาปนิก ดังนั้นสถาปนิกต้องรับผิดชอบในกรณีนี้ด้วย ทั้งนี้ศาลให้เหตุผลว่าผู้รับเหมา-น่าจะไว้วางใจในความสามารถของสถาปนิกได้ในการพิจารณาว่ากำแพงนั้นปลอดภัยหรือไม่ และด้วยเหตุนี้ผู้รับเหมาจึงอาจตรวจสอบกำแพงนั้นด้วยความถี่ถ้วนกว่าที่ควร

การกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบความเสียหายที่สืบเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อ
ของผู้ประกอบวิชาชีพ (Legal cause)

ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกระทำการโดยประมาทเลินเล่อจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมดหรือบางส่วนนั้น มีหลักอยู่ว่าผู้ประกอบวิชาชีพอาจจะไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด ความรับผิดชอบในความเสียหายของผู้ประกอบวิชาชีพจะจำกัดอยู่ที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องไม่ห่างไกลเกินไป (too remote) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ในการกระทำละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นจะถือว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นห่างไกลเกินไป ถ้าหากปรากฏว่าความเสียหายนั้นไม่สามารถคาดเห็นได้ล่วงหน้า (reasonable foreseen) ในขณะที่มีการฝ่าฝืนหน้าที่ (ละเมิด) เกิดขึ้น³⁸ ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้อาจแยกพิจารณาประกอบกับหลักการคาดเห็นได้ล่วงหน้าออกได้เป็น 2 ประเภทคือ ความเสียหายทางกายภาพ (physical damage) และความสูญเสียทางเศรษฐกิจ (pure economic loss)

ก. ความเสียหายทางกายภาพ (physical damage) มีหลักเกณฑ์ว่าผู้ประกอบวิชาชีพผู้ซึ่งกระทำการโดยประมาทเลินเล่อจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพนั้นสามารถคาดหมายได้ล่วงหน้าถึงประเภทของความเสียหาย (the type of damages) แต่ไม่จำกัดขอบเขตของความเสียหาย (type but not extent) หรือที่เรียกว่า "กฎเกณฑ์การคาดหมายได้ล่วงหน้าอย่างสมเหตุสมผล" (reasonable foreseeability rule) ดังนั้นแม้แพทย์สามารถคาดเห็นได้ล่วงหน้าถึงความเสียหายเพียงเล็กน้อยอันเป็นผลมาจากการปฏิบัติการรักษาที่ประมาทเลินเล่อ แพทย์ก็ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด แม้ว่าความเสียหายนั้นจะกลายเป็นความเสียหายที่รุนแรงกว่าที่แพทย์จะสามารถคาดการณได้ล่วงหน้า หรือกรณีผู้ประกอบวิชาชีพสถาปนิก ผู้ซึ่งกระทำการโดยประมาทเลินเล่อเป็นผลให้บ้านที่สร้างขึ้นมากโดยปราศจากการออกแบบรากฐานที่มั่นคงพอเพียง ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่มีสาเหตุมาจากการที่บ้านทรุดตัวลง ถึงแม้ว่าการทรุดตัวนั้นจะรุนแรงกว่าที่สถาปนิกจะสามารถ

³⁸ A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence, p. 251.

Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, pp. 460 - 461.

คาดเห็นได้ก็ตาม ดังตัวอย่างคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของสถาปนิก คือ คดี *Acrecrest Ltd V.W.S. Hattrell and Partners* ³⁹

ในคดีนี้สถาปนิกต้องรับผิดชอบต่อการออกแบบก่อสร้างอาคารที่มีฐานรากของอาคารที่ไม่แน่นอนแข็งแรงพอ ซึ่งผลของการออกแบบสามารถเป็นที่คาดเห็นได้ล่วงหน้าว่าจะมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่อาคารอันมีสาเหตุมาจากการเคลื่อนตัวของรอยต่อย่อย (sub joint movement) แต่สิ่งซึ่งไม่สามารถคาดเห็นได้ล่วงหน้าคือ เชื้อโรค Dutch Elm ซึ่งจำเป็นให้ต้องมีการถอนต้นไม้ออกจากสถานที่ก่อสร้าง แต่รากของต้นไม้เหล่านี้ยังคงอยู่และเป็นเหตุให้เกิดการเคลื่อนตัวของรอยต่อของฐานรากเพิ่มมากขึ้นอันเป็นผลให้เกิดความเสียหายขยายออกไป ศาลพิพากษาว่าหากประเภทของความเสียหายสามารถคาดเห็นได้ล่วงหน้าแล้ว จำเลยก็ต้องรับผิดชอบจำเลยจะไม้อาจคาดเห็นได้ถึงขนาดความเสียหายที่เกิดขึ้น ⁴⁰

ถึงแม้ว่าความเสียหายในทางร่างกายเป็นลักษณะของความเสียหายที่สามารถคาดหมายได้ล่วงหน้า ก็ยังอาจมีปัญหาคือเป็นความห่างไกลความสัมพันธ์ของเหตุและผล นั่นคือ การที่ความเสียหายอาจจะก่อให้เกิดผลในลักษณะที่เป็นความเสียหายทางด้านการเงินที่ตามมาในภายหลัง ดังนั้นคนไข้ที่ได้รับความเสียหายจากการประมาทเลินเล่อของหมออาจจะสูญเสียโอกาสในอันที่จะได้รับการจ้างงานที่เป็นประโยชน์กับตัวเขาอย่างเห็นได้ชัด หรือผู้ผลิตผู้ซึ่งเป็นเจ้าของโรงงานใหม่ที่ชำรุดทรุดท่อนั้นเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อของวิศวกร อาจจะสูญเสียโอกาสที่จะได้รับสัญญาขายที่เป็นประโยชน์กับเขาอย่างเห็นได้ชัด ดังนั้นจึงเกิดคำถามว่า ค่าเสียหายที่เป็นผลตามมาที่เห็นได้ชัดนี้ควรที่จะเรียกชดเชยขึ้นจากจำเลยได้หรือไม่ แนวทางในการพิจารณาปัญหาดังกล่าวคือ ถ้าหากว่าโจทก์อาจได้รับการคาดหมายไปบอกแก่จำเลยถึงความเสียหายที่อาจเป็นไปได้ของโจทก์ในสถานการณ์ของความประมาทเลินเล่อซึ่งก็ไม่ว่าจะเป็นการเรียกร้องในทางสัญญาหรือทางละเมิดก็ตาม โจทก์ก็ควรที่จะเรียกให้ชดเชยในค่าเสียหายเหล่านั้นได้ ซึ่งความเสียหายนั้นได้รับการบอกกล่าวในจำเลยรู้แล้ว หรือสามารถที่จะคาดคะเนได้โดยจำเลย ดังนั้นผู้ผลิตจึงได้รับการ

³⁹ (1979) 252 Estates Gazette 1107.

⁴⁰ คดี *I.B.A. V. E.M.I. and B.I.C.C.* (1973) 11 Build. L.R.

คาดหมายให้แจ้งแก่วิศวกรถึงการใช้ประโยชน์ที่เป็นไปได้ของโรงงานนั้น และบางทีก็ควรที่จะสามารถเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายที่ตามมาภายหลังอย่างสมเหตุสมผล เว้นแต่ไม่ได้มีการแจ้งแก่วิศวกรถึงความเสียหายที่เป็นไปได้และในบางกรณีการบอกกล่าวดังกล่าวก็ไม่สามารถที่จะคาดหมายได้ เช่น ในเรื่องของความสัมพันธ์ของแพทย์กับคนไข้ เป็นไปได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพที่ประมาทเลินเล่อควรจะได้รับผิดสำหรับค่าเสียหายทั้งหมดที่เป็นผลตามมา

ข. ความสูญเสียในทางเศรษฐกิจล้วน (Pure economic loss)

ความสูญเสียในทางเศรษฐกิจโดยปกติแล้วถูกเรียกกรองในทางสัญญา รูปแบบที่เฉพาะเจาะจงของความสูญเสียทางเศรษฐกิจต้องอยู่ภายในการพิจารณาไตร่ตรอง (contemplation) ของคู่สัญญา มิฉะนั้นแล้วมันจะได้รับการถือว่าห่างไกลเกินไป (too remote) ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพที่ทนายความ คือ คดี G. and K. Ladenbu (UK) Ltd. v. Crawley and De Reya⁴¹ คดีนี้ถูกความได้แจ้งกับทนายความของเขาที่คืนที่จะมีการซื้อที่ดินนั้นต้องการนำมาพัฒนาและขายต่อ ด้วยความประมาทเลินเล่อของทนายความที่มีได้บวที่คืนดังกล่าวเป็นของราชการ ดังนั้นเมื่อมีการซื้อที่ดินมาแล้วจึงยากต่อการขายออก ดังนั้นทนายความจึงถูกตัดสินให้รับผิดชอบสำหรับความเสียหายของลูกความอันเป็นผลมาจากการซ้เข้าในการขายต่อ ซึ่งความเสียหายนี้ไม่ไกลเกินไป เพราะทนายความได้รับการแจ้งถึงแผนการของลูกความแล้ว เมื่อมีการให้คำแนะนำกันในครั้งแรก ในคำร้องเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของผู้ตรวจสอบบัญชี คือ คำร้อง Re Kingston Cotton Mill Co, (No.2) ผู้พิพากษา Vaughn Williams ได้สั่งคำร้องว่าความสูญเสีย (losses) ที่เกิดขึ้นจากการที่บริษัททำการค้าอย่างต่อเนืองอันเป็นผลมาจากค่าแถลงการณ์ที่เกินจริงของสินทรัพย์ในงบดุลนั้นไม่สามารถเรียกจำเลยผู้เป็น auditor ให้ชดใช้ค่าเสียหายได้ ทั้งนี้เพราะเป็นความเสียหายที่ห่างไกลเกินไป (too remote) อย่างไรก็ตาม ก็ได้ตัดสินให้ auditor รับผิดชอบสำหรับเงินปันผลบุริมสิทธิ (preference dividends) ที่บริษัทได้จ่ายไปโดยผิดพลาดโดยเนื่องมาจากผลงานของงบดุลที่ผิดพลาดนั้นซึ่งลงนามรับรองโดย auditor

⁴¹ (1978) 1 All ER 682.

หลัก Res Ipsa Loquitur

ดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้นว่าความรับผิดชอบทางละเมิดในการประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพในระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้น ตั้งอยู่บนหลักเกณฑ์ของความรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อ ซึ่งหลักเกณฑ์ทั่วไปในการฟ้องคดีสำหรับความประมาทเลินเล่อมีอยู่ว่า "บุคคลที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงอันเป็นมูลฟ้องขึ้นมาฝ่ายนั้นมึหน้าที่นำสืบ (he who asserts a matter must prove it) ⁴² ซึ่งหลักดังกล่าวมาจากหลักกฎหมายโรมันที่ว่า "ภาระการพิสูจน์ตกแก่บุคคลที่กล่าวอ้าง หากใดตกอยู่กับผู้ปฏิเสธไม่" (ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat) ⁴³ ดังนั้นภาระการพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อ (negligence) และความเสียหาย (damage) ตกอยู่กับโจทก์ผู้ฟ้องคดีละเมิด กล่าวคือ โจทก์ผู้เสียหายมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่า

- (1) ตนได้รับความเสียหาย
- (2) ความเสียหายของตนเกิดจากการกระทำของจำเลย
- (3) จำเลยเป็นฝ่ายผิด คือ จงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้เป็นภาระอันหนักสำหรับโจทก์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีความรับผิดชอบทางละเมิดในการประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งโจทก์อาจไม่มีทางจะสืบได้เลย ทั้งนี้เพราะข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประมาทอยู่ในอำนาจและในความรู้ของฝ่ายจำเลยทั้งหมด ไม่มีใครทราบตนเหตุใด นอกจากจำเลย ซึ่งหลักในเรื่องข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้ของฝ่ายตนโดยเฉพาะนี้เป็นหลักกฎหมายของอังกฤษที่ว่า "ถ้าผู้ใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งอยู่ในความรู้เห็นของอีกฝ่ายหนึ่ง โดยเฉพาะไม่ว่าจะกล่าวในทางปฏิฐานหรือนิเสธ ตกเป็นภาระของฝ่ายที่รู้เห็น โดยเฉพาะนั้นจะต้อง

⁴² P.J. Zepos, P. Christosoulon, International Encyclopedia of Comparative Law, p. 6-4.

⁴³ Ibid., p. 6-141.

พิสูจน์กลางว่าความจริงมิได้เป็นเช่นนั้น" 44 ดังนั้นหากยังเกณฑ์ให้โจทก์ต้องนำสืบถึงความ
ประมาทเลินเล่อของจำเลยอยู่ โจทก์ย่อมไม่มีทางทำได้ เพื่อบรรเทาความเดือดร้อนนี้ หลัก
ในเรื่องนี้จึงเกิดขึ้น เรียกว่า "Res Ipsa Loquitur" (The thing (accident)
speaks for itself) ซึ่งแปลความได้ว่า "เหตุการณ์หรือวัตถุบอกเรื่องของมันเอง"

คำว่า Res Ipsa Loquitur (The thing speaks for itself) นี้
John Burke ได้อธิบายความหมายไว้ในหนังสือ Osborn's concise Law Dictionary
ว่า "Res Ipsa Loquitur" เป็นสุภาษิตซึ่งใช้ในกรณีที่ไม่น่าเป็นไปได้ว่าเหตุการณ์บางอย่าง
เกิดขึ้นโดยปราศจากความประมาทเลินเล่อของจำเลย ซึ่งลูกขุนทั่วไปสามารถวินิจฉัยคดีโดยปราศจาก
พยานหลักฐานอื่นได้ว่าเหตุการณ์เกิดขึ้นเพราะความประมาทของจำเลย (The maxim applies
whenever it is so improbable that such an accident would have happened
without the negligence of the defendant, that a reasonable jury could
find without further evidence that it was so caused) 45 สุภาษิตนี้ใช้กันมาก
ในคดีละเมิดซึ่งเกิดจากความประมาทเลินเล่อ (The Tort of Negligence) ทั้งนี้เพราะโดย
ปกติแล้วเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อแต่ในบางกรณีเป็นภาระอันหนักแก่
โจทก์ เพราะเหตุว่าข้อเท็จจริงที่ก่อให้เกิดเหตุการณ์นั้นอยู่ในความรู้เห็นของจำเลยผู้ซึ่งเป็นต้นเหตุ
ของเหตุการณ์ (the true cause of the accident is solely within the
knowledge of the defendant who caused it) โจทก์สามารถพิสูจน์ถึงเหตุการณ์
ได้แต่เขาไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเหตุการณ์เกิดขึ้นได้อย่างไร เพื่อที่จะแสดงให้เห็นถึงที่มาของความ
ประมาทเลินเล่อ (origin in the negligence of defendant) 46 ข้อยุ่งยากนี้หลีกเลี่ยง

44 ประมุข สุวรรณศร, กฎหมายลักษณะพยาน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรุงธน, 2519), หน้า 47.

45 John Burke, Osborn's concises Law Dictionary, 6 d.ed. (London : Sweet and Maxwell, 1976), p. 289.

46 John Huxley Buzzard, Phipon on Evidence, 11 th ed. (London : Sweet & Maxweel, 1970), p. 49.

ได้โดยการชี้หลัก Res Ipsa Loquitur หลักนี้เป็นประโยชน์แก่โจทก์ในการพิสูจน์ถึงเหตุการณ์ เป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะพิสูจน์ให้คณะลูกขุนเชื่อว่าเหตุการณ์ไม่ได้เกิดจากความประมาทเลินเล่อของเขา ⁴⁷ ดังปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลในคดีซึ่งถือเป็นบรรทัดฐานจนกระทั่งปัจจุบันนี้ คือคดีระหว่าง Scott V. London & St. Katherine's Docks Co. (1865) ข้อเท็จจริงได้ความว่าจำเลยเก็บกระสอบบรรจุน้ำตาลไว้ในโรงเก็บสินค้าข้างทาง ในวันเกิดเหตุโจทก์เดินผ่านมาปรากฏว่ามีน้ำตาลหลายกระสอบไหลลงมาจากโจทก์ได้รับบาดเจ็บ ศาลเห็นว่าตามเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นทั้งได้ในเบื้องต้นว่าจำเลยประมาทในการเก็บรักษาน้ำตาล จึงเป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังพอสมควรแล้ว มิฉะนั้นต้องชดเชยค่าเสียหายแก่โจทก์ ⁴⁸ ท่านผู้พิพากษา 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" ⁴⁹

⁴⁷ R.F.V. Henston, Salmond on the Law of Torts, p. 306.

⁴⁸ Thomas Atkins Street, The Foundation of Legal Liability, (Colorado : Fred B. Rothman & Co., 1980), p. 107.

⁴⁹ R.F.V. Heuston, Salmon on the Law of Torts, p. 307.

คำกล่าวข้างต้นถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า "เมื่อสิ่งที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอยู่ภายใต้การจัดการของจำเลย หรือลูกจ้างของเขาและเหตุการณ์ธรรมดาแล้วจะไม่เกิดขึ้น ถ้าหากว่าบุคคลซึ่งมีหน้าที่จัดการนั้นได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร กรณีดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ โดยปราศจากการอธิบายของจำเลยว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเกิดจากการขาดความระมัดระวัง"

คำวินิจฉัยของทนายพิพากษา William Erle C.J. จึงเป็นบรรทัดฐานของหลัก Res Ipsa Loquitur ซึ่งใช้ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี

ในคดีความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพตามธรรมดาทั่วไปแล้ว ภาระการพิสูจน์ (burden of proof) ตกอยู่แก่โจทก์ทั้งหมด หลัก Res Ipsa Loquitur อาจถูกนำมาใช้โดยเฉพาะกับโจทก์ในการฟ้องร้องในเรื่องการประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพ กล่าวคือ Res Ipsa Loquitur อาจจะถูกกำหนดให้บุคคลผู้ประกอบวิชาชีพ (จำเลย) ต้องผูกพันอยู่ภายใต้ภาระหน้าที่ในอันที่จะต้องอธิบายและแสดงให้เห็นถึงวิธีการซึ่งเขายอมรับเอา มาเพื่อการปฏิบัติงานของเขา (it may place the professional person involved under an obligation to explain and justify the method which he adopted to do the job) ทั้งนี้เพราะในสถานการณ์ของการประกอบวิชาชีพหนึ่ง ๆ โจทก์ไม่มีความสามารถ ความชำนาญ หรือความรู้ในกรณีดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม การใช้หลัก Res Ipsa Loquitur นี้ไม่ลบล้างความจำเป็นที่จะต้องมีพยานผู้เชี่ยวชาญ (expert witness) 50

การใช้หลัก Res Ipsa Loquitur มีเงื่อนไขอยู่ 2 ประการ คือ

1. สิ่งที่เกิดขึ้นก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอยู่ภายใต้การควบคุม (control) ของจำเลย หรือลูกจ้างของเขา และ

50

A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence,

2. เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นตามธรรมดาจะไม่เกิด ถ้าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร ⁵¹

เงื่อนไข 2 ประการดังกล่าวมีข้อควรพิจารณาดังนี้

ประการแรก สิ่งที่เกิดก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอยู่ภายใต้การควบคุม (control) ของจำเลย หรือลูกจ้างของเขา

หลัก Res Ipsa Loquitur จะนำไปใช้ในพุดติการซึ่งโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยแต่ผู้เดียวเป็นผู้ควบคุมสิ่งซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายไม่แต่เพียงพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นหนึ่งในจำนวนหลาย ๆ คน แต่ยังต้องพิสูจน์ว่าความประมาทเลินเล่อของบุคคลหนึ่งบุคคลใดนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย ปัญหาที่แท้จริงแล้วเป็นเรื่องยากในการใช้หลักสุภาษิตนี้ ในกรณีเกี่ยวกับการผ่าตัด หรือการปฏิบัติการทางการแพทย์อย่างอื่น อย่างไรก็ตามมีคดีจำนวนมากที่คนไข้อยู่ภายใต้การดูแลของแพทย์ซึ่งใช้หลักสุภาษิตนี้ในการลงความเห็นถึงความประมาทเลินเล่อในพุดติการซึ่งเขาพิสูจน์ว่ามีสิ่งแปลกปลอมเข้าไปในตัวเขาระหว่างการผ่าตัด (คดี Morris V. Winsbury - white (1937)) แต่ในบางครั้งสุภาษิตนี้อาจนำไปใช้ในกรณีที่จำเลยต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นในการผ่าตัดรักษาคนไข้ ดังปรากฏในคดี Cassidy V. Ministry of Health (1951) ⁵³

คดีนี้โจทก์เป็นกรรมกรรับจ้างทำงานทั่วไป ครั้นในตอนต้น ค.ศ. 1948 โจทก์มีอาการเกร็งที่นิ้วมือทำให้นิ้วกลางและนิ้วนางงอที่มีข้อนิ้ว เมื่อแพทย์ผู้มีหน้าที่ตรวจผู้ซึ่งได้ประกันสุขภาพตามกฎหมาย (Health Insurance Act) ได้ตรวจดูแล้วก็ส่งโจทก์ไปรับการรักษาตัวที่โรงพยาบาล Walton Hospital ในเมือง Liverpool แพทย์ได้แนะนำให้

⁵¹ R.F.V. Henston, Salmond on the Law of Torts, p. 307 :
Philip S. James, General Principles of the law of Torts, p. 80.

⁵² A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence, pp. 229 - 230.

⁵³ (1951), ALL ER. 574, CA.

โจทก์รับการผ่าตัด ซึ่งนายแพทย์ Fahrni เป็นแพทย์ผู้ทำการผ่าตัด หลังการผ่าตัดโจทก์ อยู่ในความดูแลรักษาของนายแพทย์ Fahrni, นายแพทย์ Ronaldson และบรรดานางพยาบาลในโรงพยาบาลนั้น ประมาณ 14 วัน หลังจากนั้นก็เอาเพื่อออกจากแขนโจทก์ ซึ่งปรากฏว่าโดยแท้จริงแล้วมือของโจทก์ใช้การอะไรไม่ได้เลย นิ้วที่ผ่าตัดทั้ง 2 นิ้วนั้นงอแข็งและเลยทำให้กระทบกระเทือนไปถึงนิ้วดี ๆ ถัดไปอีก 2 นิ้วด้วย

โจทก์ฟ้องว่า หลังจากได้มีการผ่าตัดแล้ว การรักษาได้กระทำไปด้วยความประมาท เลินเลอในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลัก Res Ipsa Loquitur ทานผู้พิพากษา Singleton ลงความเห็นว่

1. กรณีของฝ่ายโจทก์พยานหลักฐานที่มีมูลว่ามี การประมาทเลินเลอนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง มิได้สับสนกลาง
2. เป็นที่ชัดเจนว่าได้มีการประมาทเลินเลอเกี่ยวข้องกับการรักษาภายหลังที่ได้มีการผ่าตัดแล้ว
3. โจทก์ไม่สามารถจะแสดงได้ว่าความประมาทเลินเลอนั้นเป็นความประมาทเลินเลอ ของคนใดคนหนึ่ง โดยเฉพาะอาจเป็นได้ว่าบุคคลหลายคนได้ประมาทเลินเลอหรือเพราะเหตุที่หย่อน ในแผนการปฏิบัติทุกสิ่งทุกอย่าง ใต้อุบายใต้อุบายความควบคุมของโรงพยาบาล และผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรง ก็เป็นผู้ที่อยู่ในความดูแลในทางการจ้างของเทศบาล

ความรับผิดชอบสิ่งตกอยู่แก่จำเลย ถึงแม้หากสามารถแสดงให้เห็นว่าเรื่องยุ่งยากที่ เกิดขึ้นนั้นเนื่องมาจากความประมาทเลินเลอของนายแพทย์ Fahrni และซึ่งไม่อาจกล่าวได้ ว่าเรื่องนี้อยู่ในฐานะเช่นนั้น ความรับผิดชอบก็ยังคงตกอยู่กับจำเลยอยู่นั่นเอง จำเลยจึงต้อง รับผิดชอบว่าความประมาทเลินเลอนั้นจะได้อาจเกิดจากการกระทำของนายแพทย์ Fahrni หรือ ทั้ยแพทย์ Ronaldson หรือบรรดาพยาบาล 54

54 อูทิตี วีรวัดน์, "ความประมาทเลินเลอของผู้ใช้วิชาชีพความรับผิดชอบของแพทย์ โรงพยาบาลและทันตแพทย์," บทบัญญัติ 24 (เมษายน 2509) : 383.

จากคดี Cassidy ข้างต้นจะเห็นได้ว่า จำเลยซึ่งในฐานะเป็นโรงพยาบาล ถูกตัดสินให้ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติบำบัดการรักษาโดยประมาทเลินเล่อ ในกรณีที่โจทก์ไม่สามารถแสดงใบปรากฎแก่ฝ่ายว่าผู้ร่วมงานในการปฏิบัติการรักษาคนใดจะเป็นผู้รับผิดชอบ⁵⁵ นอกจากนี้หากปรากฎว่าผู้ช่วยแพทย์เป็นผู้ควบคุมในการผ่าตัดและผู้ช่วย (โจทก์) ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า ความเสียหายที่โจทก์ได้รับนี้เกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้ช่วย หรือคณะผู้ร่วมการผ่าตัด กรณีเช่นนี้ผู้ช่วยแพทย์อาจถูกฟ้องให้รับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อดังกล่าวภายใต้หลักเกณฑ์ Res Ipsa Loquitur (คดี Mahon V. Osborn (1939)⁵⁶ ในทางตรงกันข้ามหากปรากฎว่าผู้ช่วยแพทย์มิได้เป็นผู้ควบคุมการบำบัดรักษาทุกขั้นตอน และหากโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า ความประมาทเลินเล่อใดเกิดขึ้นในขั้นตอนซึ่งอยู่ในความควบคุมของผู้ช่วยจำเลยแล้ว หลัก Res Ipsa Loquitur ก็ไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีดังกล่าวได้ (คดี Morris V. Winsbury - White (1937)

ประการที่สอง เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้น ตามธรรมดาจะไม่เกิด ถ้าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุการณ์ซึ่งอาจเห็นได้ในตัวเองว่าเป็นความประมาทเลินเล่อหรือไม่ จำเป็นต้องอาศัยประสบการณ์ธรรมดา ๆ ของมนุษย์ (the ordinary experience of mankind) พิจารณาว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนี้เกิดขึ้นโดยการขาดไว้ซึ่งความระมัดระวังเช่นวิญญูชน (reasonable care)⁵⁷ ดังนั้นจะเห็นได้จากการฟ้องคดีประมาทเลินเล่อซึ่งเกี่ยวกับผู้ช่วยแพทย์ เพราะเหตุที่ว่าผู้พิพากษานั้นไม่ใช่บุคคลที่สามารถรู้ถึง "สิ่งที่เบ็นปกติธรรมดา" (the ordinary course of things) เช่น การผ่าตัดช่องท้อง ดังนั้นหลักสุภาษิตนี้จึงไม่อาจนำมาใช้⁵⁸ ดังตัวอย่างคดีระหว่าง Mahon V.

⁵⁵ P.J. Zepos, P. Christosoulou, International Encyclopedia of Comparative Law, p. 29.

⁵⁶ (1939), ALL ER 535 (C.A.)

⁵⁷ A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence, p. 230.

⁵⁸ R.F.V. Henston, Salmond on the Law of Torts, p. 308.

Osborne 59 ข้อเท็จจริงใดก็ตามที่ผ่านเลือกถูกสวมไว้ในท้องของคนที่ หลังจากการผ่าตัดของท้อง (abdominal surgery) นานผู้พิพากษา Scott L.J. ได้ให้ความเห็นว่า "ถ้าความรู้ของสามัญชนทั่วไปไม่อาจลงความเห็นในเรื่องความประมาทเลินเล่อได้ หลัก Res Ipsa Loquitur จึงไม่อาจนำมาใช้ได้" ทั้งนี้เพราะความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพ (professional responsibilities) ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า ประสพการณ์ธรรมดาทั่วไปของมนุษย์นั้นไม่รู้ถึง (knew nothing) หลักการความชำนาญที่มีอยู่ของงานในวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพ ค้ำยันเหตุนี้ในการวินิจฉัยถึงความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพ (professional negligence) ซึ่งข้อเท็จจริงในทางวิชาชีพอยู่นอกเหนือความรู้ธรรมดา โจทก์จึงควรที่จะนำพยานผู้เชี่ยวชาญ (expert witness) มาสืบเพื่อแสดงว่าเหตุการณ์จะไม่เกิดขึ้นโดยปราศจากความประมาทเลินเล่อ ทั้งนี้เพื่อแสดงให้เห็นถึงสิทธิเรียกร้องได้ชัดเจนขึ้น เพราะเหตุว่าผู้พิพากษาขาดประสพการณ์ในการที่จะลงความเห็นถึงความประมาทเลินเล่อ 60

นอกจากนี้ยังมีคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพผู้สอบบัญชี (auditor) ในคำร้อง in Re London & General Bank (No.2) ผู้พิพากษา Lindley ให้ความเห็นว่า "งบดุลและบัญชีที่ได้รับการรับรอง โดยผู้สอบบัญชีและได้แสดงให้เห็นถึงผลกำไรที่น่ามาคิดเงินปันผลนั้น ถือได้ว่าเป็นสาเหตุที่แท้จริงอันก่อให้เกิดการจ่ายเงินปันผลซึ่งทางคณะกรรมการได้รับรอง เห็นด้วยกับการจ่ายเงินปันผลดังกล่าวซึ่งไม่ถูกต้อง และทำให้มีการยอมรับบัญชีและคำรับรอง เช่นนั้นในการประชุมคณะกรรมการ ซึ่งไม่เป็นการจำเป็นเลยในอันที่โจทก์ (เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ (official receiver) จะต้องเรียกให้ผู้ถือหุ้นคนหนึ่ง มาเพื่อให้การว่า เขาได้รับการชักจูงจากคำรับรองผู้สอบบัญชีเพื่อที่จะลงมติเป็นเอกฉันท์ในการจ่ายเงินปันผลในเรื่องของส่วนนี้เป็น Res Ipsa Loquitur 61

59 (1939) 1 ALL ER 535 CA.

60 J.A. Jolowicz, T. Ellis Lewis and D.M. Harris, Winfield and Jolowicz on Tort, p. 76 ; Edward J. Kionka, Tort in a Nutshell Injuries to Persons and Property, p. 83.

61 Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 459.

ผลของการใช้หลัก Res Ipsa Loquitur

เมื่อโจทก์นำสืบได้ว่าเขาได้รับความเสียหายจากสิ่งซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของจำเลย และความเสียหายนั้นปกติแล้วจะไม่เกิดขึ้น ถ้าหากว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร กรณีดังกล่าวจึงเข้ากับหลัก Res Ipsa Loquitur มีผลทำให้โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลย (Proof of negligence) ทั้งนี้เพราะเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นย่อมถือได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้โดยปราศจากคำอธิบายของจำเลย โดยถือได้ว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลย (the defendant's negligence) เป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะนำสืบหักล้างพยานหลักฐานของโจทก์ อย่างไรก็ตามจำเลยมีสิทธิหลุดพ้นจากความรับผิดได้ถึงแม้ว่าเขาไม่สามารถแสดงได้ว่าเหตุการณ์เกิดขึ้นอย่างไร ถ้าหากว่าเขาสามารถพิสูจน์ได้ว่าเขาไม่ได้ขาดความระมัดระวัง⁶²

หลัก Res Ipsa Loquitur คือ กฎของพยานหลักฐาน (rule of evidence)⁶³ ซึ่งผลของหลักนี้ประการที่สำคัญก็คือ เป็นข้อสันนิษฐานในคดีประมาทเลินเล่อและภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับจำเลย อย่างไรก็ตามถ้าหากมีพยานหลักฐานที่แสดงได้ว่าเป็นความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นโดยปราศจากความประมาทเลินเล่อแล้ว หลักนี้จะนำมาใช้ไม่ได้ ดังคดีตัวอย่างดังต่อไปนี้

คดีระหว่าง Video V. Kennedy⁶⁴ ศาลวินิจฉัยว่า ในกรณีที่พยานหลักฐานเป็นที่ยอมรับกันว่า ความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นนั้นมิใช่เกิดจากความประมาทเลินเล่อ โจทก์จึงถูกตัดสิทธิที่จะอ้างหลัก Res Ipsa Loquitur เพื่อสนับสนุนสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีประมาทเลินเล่อเมื่อโจทก์ได้รับบาดเจ็บจากการผาทองในการทำหมัน

⁶² R.F.V. Henston, Salmond on the Law of Torts, pp. 308 - 309.

⁶³ J.G.M. Tyas, Law of Torts, p. 70.

⁶⁴ (1980) 107 DLR (3d) 692.

คดีระหว่าง Stafford V. Conti Commodity Services Ltd ⁶⁵
 โจทก์อ้างว่าโจทก์ได้รับความเสียหายประมาณ 19,000 ปอนด์ โดยความประมาทเลินเล่อ
 ของจำเลยซึ่งเป็นนายหน้าซื้อขาย ในการจัดการซื้อขายสินค้าเพื่อการส่งมอบในภายหน้า
 โจทก์ได้กล่าวอ้างถึงรายละเอียดของความประมาทเลินเล่อและโดยหลัก Res Ipsa
 Loquitur ขึ้นอ้าง ศาลพิพากษายกฟ้องโดยอ้างว่าสภาพการณ์ไม่สามารณำมาใช้เพราะ
 ความเสียหายที่โจทก์ได้รับ เป็นผลจากวิธีการที่รู้กันทั่วไปว่าเป็นการซื้อขายแบบเสี่ยงโชค และ
 ตลาดการซื้อขายเปลี่ยนแปลงได้ง่าย

มีข้ออ้างสังเกตว่า แม้จะนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาใช้ก็ไม่เป็น
 การแน่นอนว่าโจทก์จะชนะคดี ศาลอาจเห็นว่าจำเลยไม่ได้ประมาทเลินเล่อ หรือจำเลยอาจ
 พิสูจน์ได้ว่าอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นนั้นมิใช่ความประมาทเลินเล่อของจำเลย (คดี Pearson
 V. North Western Gas Board (1963) ⁶⁶ และถ้าจำเลยมีพยานมาแสดง
 ได้ว่าเขาไม่ประมาทเลินเล่อเขายอมหลุดพ้นจากความรับผิด และไม่มีควมจำเป็นสำหรับ
 จำเลยที่จะพิสูจน์ต่อไปอีกว่า ห้ามเหตุการณังเกิดขึ้น และเกิดขึ้นได้อย่างไร (คดี Woods
 V. Duncan (1946) ⁶⁷)

กล่าวโดยสรุป ในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของผู้นประกอบวิชาชีพ
 เมื่อโจทก์นำสืบได้ว่าเขาได้รับความเสียหายจากสิ่งซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของจำเลยและความ
 เสียหายนั้นปกติแล้วจะไม่เกิดขึ้น ถ้าหากว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร กรณีดังกล่าวจึง
 เข้ากับหลัก Res Ipsa Loquitur ซึ่งมีผลทำให้โจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงความ
 ประมาทเลินเล่อของจำเลย แต่จำเลยอาจนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานความประมาทเลินเล่อ
 ได้โดยพิสูจน์ว่าเหตุการณ์ได้เกิดขึ้นโดยมิใช่ความประมาทเลินเล่อของจำเลย จึงอาจกล่าวได้

⁶⁵ (1981) 1 ALL ER 691.

⁶⁶ Kenneth Smith and Denis J. Keenan, English Law, p. 351.

⁶⁷ Sir Arthur Underhill, A summary of the Law of Torts, p. 206 ;
 A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence, pp. 230 - 231.

ว่า ในระบบกฎหมาย Common Law ศาลไต่หาทางบรรเทาภาระการพิสูจน์ถึงความ
 ประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพใดก็ตาม เพื่อให้ได้รับการเยียวยาชดใช้ความเสี
 หาย โดยการนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาใช้ร่วมกับกรณีความรับผิดชอบเพื่อ
 ความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งเท่าที่ผู้เขียนได้ทำการค้นคว้าแล้วพบว่า
 ศาล Common Law ได้นำหลัก Res Ipsa Loquitur ดังกล่าวนี้นำมาใช้กับ
 กรณีของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์เป็นส่วนใหญ่ และในระยะหลังนี้ศาล Common Law
 นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้กับความรับผิดชอบเพื่อความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพผู้ส
 อบ
 บัญชี (คดี in Re London & General Bank (No. 2))

ในระบบ Civil Law

ในการพิจารณาหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพในระบบ
 Civil Law ผู้เขียนจะกล่าวถึงเฉพาะในประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศส

จากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ไม่ปรากฏว่าโดยบัญญัติหลักเกณฑ์ความรับผิดทาง
 ละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพไว้เฉพาะเรื่อง ดังนั้นการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของผู้
 ประกอบวิชาชีพจึงตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสลักษณะละเมิด
 มาตรา 1382⁶⁸ ซึ่งเป็นแม่บทแห่งความรับผิดทางละเมิดได้กล่าวว่า

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

ซึ่งถอดความเป็นภาษาไทย ดังนี้ "การกระทำใด ๆ ของมนุษย์อันเป็นเหตุทำ
 ความเสียหายแก่ผู้อื่นไซ้ ย่อมบังคับผู้กระทำความเสียหายโดยความผิดของ เขา นั้น ให้ทดแทน

⁶⁸ P.J. Zepos, P. Christosoulou, International Encyclopedia of
 Comparative Law, p. 6 - 149.

ความเสียหาย⁶⁹ จะเห็นได้ว่าความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายฝรั่งเศสประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ 1. ต้องมีความเสียหาย เรียกว่า *Domage* หรือ *Préjudice* กับ 2. ต้องมีความผิดเรียกว่า *faute* และ 3. ต้องให้ความเสียหายนั้นเนื่องมาจากความผิดด้วย (*Relation de cause à effet entre la faute et le Préjudice*) ซึ่งจะพิจารณายบายความเรียงลำดับหลักดังต่อไปนี้

1. ความเสียหาย (*Le préjudice*) ในเบื้องต้นจะมีความรับผิดทางละเมิดได้ ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นด้วย ทั้งนี้เพราะหลักความรับผิดทางละเมิดมีวัตถุประสงค์มุ่งไปในทางชดเชยสินไหมทดแทน ไม่ใช่ลงโทษอาญาแก่ผู้ละเมิด หากไม่มีความเสียหายเพื่อบังคับให้ชดเชยทดแทนแล้วย่อมไม่มีละเมิด ไม่จำเป็นจะต้องวินิจฉัยหลักเกณฑ์ข้ออื่นอีกต่อไป ความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน (*préjudice certain*) กล่าวคือ จะต้องเกิดความเสียหายขึ้นอย่างแน่นอน แต่จะเกิดขึ้นในปัจจุบัน (*actuel*) หรือไม่ว่าสำคัญ แต่จะเป็นความเสียหายที่จะเกิดในอนาคตก็ย่อมทำให้เกิดความรับผิดทางละเมิดได้ ความเสียหายที่ไม่แน่นอน เป็นเหตุทำให้ฟ้องฐานความผิดทางละเมิดไม่ได้ ทั้งนี้เพราะความเสียหายนั้นไม่เป็นผลโดยตรงเนื่องมาจากการกระทำที่เป็นผิดนั้นเอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ความเกี่ยวเนื่อง (ความสัมพันธ์) ระหว่างความผิดและความเสียหายยังไกลกันอยู่⁷⁰

2. ความผิด (*La faute*) ความรับผิดทางละเมิดในกฎหมายฝรั่งเศสตั้งอยู่บนหลักเกณฑ์ความผิด (*faute*) ซึ่งแบ่งความผิดออกเป็น 2 ชนิด คือ ความผิดโดยจงใจ (*des délits*) กับความผิดโดยไม่จงใจ (*des quasi-délits*) หรือที่เรียกว่า การกระทำโดยประมาท (*imprudence*)⁷¹ แยกพิจารณา ดังนี้

ก. ความผิดโดยจงใจ⁷² (*faute intentionnelle*) การกระทำ

⁶⁹ จีดี เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการสัมมนาและวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2513), หน้า 54.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55 - 58.

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 101.

⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 104 - 105.

โดยจงใจเป็นการกระทำโดยตั้งใจให้เขาเสียหาย ศาลจะพิเคราะห์เช่นเดียวกับความผิดทางอาชญาที่กระทำโดยเจตนาซึ่งต้องดูถึงสภาพความในใจ *état d'âme* ของผู้ต้องหาด้วย เมื่อพบความตั้งใจจะให้เขาเสียหายแล้ว จึงจะเรียกว่ามีความผิดที่จงใจหรือเจตนากระทำ

ตามกฎหมายฝรั่งเศส *faute intentionnelle* ความผิดโดยเจตนา นั้น หมายถึง ความผิดที่กระทำขึ้นโดยประสงค์ต่อผล หากการกระทำนั้นอาจรู้ถึงผลการกระทำ เพียงเท่านั้นยังเรียกไม่ได้ว่ามี *intention*

ข. ความผิดโดยไม่จงใจ หรือประมาทเลินเล่อ (*faute non-intentionnelle*) ความผิดที่กระทำโดยไม่จงใจ หรือประมาทเลินเล่อ นั้น เป็นความสำคัญผิดต่อความประพฤติ (*une erreur de conduite*) กล่าวคือ จะเรียกว่าผู้ใดมีความผิดก็ต่อเมื่อเขาหาไปประพฤติดังที่เขาควรจะประพฤติไมหรือเขาหาไปกระทำตามที่เขาคควรจะทำไม่⁷³

การวินิจฉัยความผิดที่กระทำโดยไม่จงใจ หรือที่เรียกว่า ประมาท นั้น จะไม่นำความรู้สึกลงใจของผู้ต้องหามาพิจารณา ต้องเอาบุคคลอื่นเทียบเคียงว่าเขาจะกระทำเช่นเดียวกับผู้ต้องหาหรือไม่ ถ้าบุคคลนั้นยังคงประพฤติเช่นเดียวกับผู้ต้องหา ก็หมายความว่า ผู้ต้องหาไม่มีความผิด แต่หากเขาจะไม่กระทำเช่นผู้ต้องหา ก็หมายความว่า ผู้ต้องหาไปประมาทเลินเล่อแล้ว หรือพูดอีกนัยหนึ่งคือ ศาลจะไม่เอาผู้ต้องหา มาวินิจฉัย คงหยิบยกแต่การกระทำของผู้ต้องหา มาพิจารณาแล้วเทียบกับการกระทำของผู้อื่นที่มีความระมัดระวังพอควร ซึ่งศาลเองก็ต้องสมมติตัวผู้ต้องหาขึ้น ซึ่งบุคคลที่สมมติขึ้น คือบุคคลที่มีความระมัดระวัง นอกจากนั้นบุคคลที่สมมติจะต้องอยู่ในสภาพภายนอก (*circonstance externe*) เช่นเดียวกับผู้ก่อความเสียหายด้วย สภาพภายนอกก็คือ เหตุการณ์ต่าง ๆ ที่ไม่ได้มาจากตัวของผู้ก่อความเสียหาย⁷⁴

73 เรื่องเดียวกัน, หน้า 105.

74 เรื่องเดียวกัน, หน้า 107 - 108 และ 110.

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า ความผิดโดยไม่จงใจทางละเมิดเป็นความประมาท ซึ่งบุคคลที่มีความระมัดระวังและอยู่ในสภาพภายนอกเช่นเดียวกับผู้ก่อความเสียหายจะไม่กระทำเช่นนั้น

จากการพิจารณาหลักเกณฑ์ความผิดโดยไม่จงใจหรือประมาทเลินเล่อดังกล่าวข้างต้น นั้น ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปนั้นมีนักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่า นอกจากจะนำมาใช้พิจารณาความผิดแก่บุคคลทั่วไปไปแล้ว ยังนำมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพ โดยไม่มีข้อยกเว้นด้วย แต่อย่างไรก็ตามมีความเห็นที่แตกต่างออกไปสำหรับความผิดอันเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพ (La faute professionnelle) ว่าต้องเป็นความผิดอย่างร้ายแรง หรือความผิดอย่างหนัก (Culpa lata)⁷⁵ จึงจะทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพมีความรับผิดชอบทางละเมิด⁷⁶ ซึ่งอาจจะแยกพิจารณาดังนี้

ก. ความเห็นของศาล (La jurisprudence) คำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับเรื่องความผิดระหว่างการประกอบอาชีพนี้โดยทั่วไปศาลถือว่า การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพอันจะเป็นผิดทางละเมิดนั้นต้องเป็นความผิดอย่างร้ายแรง (Culpa lata) เท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งหลักเกณฑ์ในเรื่องความผิดดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ เป็นผิดเมื่อกระทำสิ่งซึ่งบุคคลที่มีความระมัดระวัง เขาไม่กระทำนั้นใช้ใน เรื่องความรับผิดชอบอันเกี่ยวแก่ผู้ประกอบวิชาชีพนี้ได้ แม้ผู้ประกอบอาชีพจะไล่กระทำในสิ่งซึ่งบุคคลที่ใช้ความระมัดระวังจะพึงละเว้นกระทำก็ตาม ก็ยังถือว่าสิ่งที่เขากระทำนั้นไม่ผิด จะผิดก็ต่อเมื่อเขาประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กระทำสิ่งซึ่งบุคคลที่มีความระมัดระวัง พึงเล็กน้อยจะไม่พึงกระทำก็ ทั้งนี้เพราะเหตุผลประการแรกศาลถือว่า การวินิจฉัยเพื่อจะชี้ว่าการกระทำใดเป็นผิดต้องมีการใช้คำสันนิษฐานใหม่ทดแทนความเสียหายนั้น ศาลต้องอาศัยหลักความสุจริตเท่านั้น ศาลต้องไม่ดำเข้าไปถึงกับวินิจฉัยหลักแห่ง ศิลปหรือวิทยาศาสตร์นั้น ๆ⁷⁷ คำพิพากษาที่ต่อเนื่องดังกล่าวนี้มีอยู่หลายเรื่อง เช่น แพทย์วินิจฉัยโรคตามอาการของทรวงอกผิด (erreur de diagnostic) ทำให้วางยาผิดหรือรักษาผิด ศาลถือว่าเพียงเท่านั้นยังหาถือเป็นความผิดที่ใช้คำสันนิษฐานใหม่ทดแทนไม่ หรือว่าการที่แพทย์ใช้วิธีรักษา

⁷⁵ ความผิดที่ร้ายแรง la culpa lata เป็นความผิดที่แก่บุคคลที่ไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างใด (homme moins soigneux) ก็ไม่อาจกระทำเช่นนั้น

⁷⁶ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายลักษณะละเมิด, หน้า 123 - 128.

⁷⁷ Ch Rep., 21 Juillet 1862.

โดยฉวยเอกลัษณ์เรย์เกิดมีทองไหม้แก่ผิวหนังคนไข้ แพทย์นั้นก็หาต้องรับผิดชอบ ศาลจึงเป็นเหตุ
 สุกวิสัย⁷⁸ การกระทำที่เป็นผลซึ่งแพทย์จะต้องรับผิดชอบใช้คำสันนิษฐานใหม่ทดแทนความเสียหายนั้น
 ต้องเป็นความประมาทเลินเล่อทางศิลปะ หรือหลักวิทยาศาสตร์ไม่อาจสามารถมีข้อสงสัยโต้แย้ง
 ขึ้นได้ เช่น แพทย์ผ่าตัดมิได้นำการตรวจอาการเย็บแผลผ่าท้องหญิงมีครรภ์⁹ เดือนโดยเข้าใจ
 ว่าเป็น fribrone (โรคเนื้องอก)⁷⁹

ส่วนเหตุผลประการที่สอง คือ ผู้ประกอบวิชาชีพต้องมีความเชื่อมั่นในการกระทำ
 ของตน เพื่อให้ผู้ประกอบวิชาชีพ เช่น แพทย์กล้าเข้าแก้ไขรักษาคนไข้ จำเป็นต้องให้เขาแน่ใจ
 ว่าความรับผิดชอบจะเกิดขึ้นตักหน้าแก่เขานั้น คงมีเฉพาะกรณีที่เขาทำการผิดพลาดอย่างร้ายแรง
 เท่านั้น ความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ไม่ควรจะต้องเอามามุ่งกบให้เขาใช้คำสันนิษฐานใหม่ทดแทนความ
 เสียหาย

ข. ความเห็นของนักนิติศาสตร์ (La doctrine) ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์
 ใหม่โดแก ทาน Mazeaud และทาน Marty แตกต่างออกไปจากความเห็นของศาล
 กล่าวคือ ประการแรก จะเห็นได้ว่า ในเบื้องต้นไม่ปรากฏว่าในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส
 มีควมบทกฎหมายใดที่บัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้ว่า ในเรื่องความผิดอันเกี่ยวกับการประกอบอาชีพจะ
 ต้องมีหลักพิเศษ กำหนดกฎเกณฑ์ว่าต้องมีขนาดร้ายแรงไว้อย่างไร เมื่อกฎหมายบัญญัติเรื่องความ
 ผิด (faute) เป็นหลักเดียวกันหมดเช่นนี้ ทำไมจะต้องไปแบ่งแยกขึ้นเอาเอง จึงหาควร
 เป็นเช่นนั้นไม่ ประการที่สอง ข้อที่ว่าศาลไม่ควรดล่เข้าไปสอบสวนในหลักศิลปะและหลักวิทยาศาสตร์
 นั้นก็ยังไม่ใช่ข้อสนับสนุนที่น่าไว้วางใจมากนัก เพราะศาลให้ผู้เชี่ยวชาญในปัญหานั้นฐานเป็นพยานได้
 ศาลอาจไม่เชื่อความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ แต่อย่างไรก็ตามศาลอาจมองปัญหาได้ไกลและละเอียด
 ลงไปอีกได้ และประการสุดท้าย ที่ซึ่งความเห็นว่าการควรถือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็น
 เกณฑ์ความผิดเพื่อเป็นการให้ความเชื่อมั่นแก่ผู้ประกอบวิชาชีพในการกระทำของตนนั้น จะเห็นได้
 ว่า หากพิจารณาไปอีกทางหนึ่ง ก็มีเหตุที่น่าคิดว่าก็เป็นการสมควรเช่นกันที่ผู้เสียหาย เช่น คนไข้
 ต้องมีความเชื่อมั่นไว้วางใจในตัวแพทย์ผู้ที่เขาได้มอบชีวิตร่างกายไว้รักษา คนไข้จะต้องเชื่อใจว่า

⁷⁸ Trib - Civil - Nantes 29 Janvier 1925.

⁷⁹ Rouen 21 Avril 1923.

แพทย์จะต้องรักษาเขาอย่างระมัดระวัง ไม่ใช่ว่าแพทย์ใช้ความระมัดระวังเพียงเล็กน้อย ๆ ก็พอใจคนไข้แล้ว

จากการพิจารณาองค์ประกอบความผิด (La faute) ในส่วนของความผิดที่ไม่จงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพดังที่กล่าวข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่าความคิดเห็นระหว่างศาลกับนักนิติศาสตร์ยังไม่ลงรอยกัน แต่อย่างไรก็ตามในการพิจารณาองค์ประกอบความผิด (La faute) ของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นจะต้องปรากฏว่าผู้ประกอบวิชาชีพจะถือว่าเป็นผู้ผิดก็ต่อเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพ (จงใจ หรือประมาทเลินเล่อ) ไม่ปฏิบัติตาม "เกณฑ์มาตรฐานเฉพาะในวิชาชีพของตน" (particular standards which his profession imposes upon him) ⁸⁰ ซึ่งมาตรฐานของวิชาชีพนี้เป็นที่ยอมรับว่าผู้ประกอบวิชาชีพไม่จำเป็นต้องรับรองถึงขนาดวางงานของตนเป็นผลงานที่สมบูรณ์แบบที่มิได้ หรือใช้เทคนิคอย่างที่ดีที่สุด ในฐานะผู้ประกอบวิชาชีพเพียงแต่ต้องมีความรู้ เจนจบในทฤษฎีและกฎเกณฑ์ในศาสตร์ของตน มีความรอบรู้ทางเทคนิครายละเอียดต่าง ๆ ในทางปฏิบัติและมีความรอบรู้ในการดำเนินงานที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพของตน และผู้ประกอบวิชาชีพเพียงแต่ต้องใช้ความรอบรู้ต่าง ๆ ดังกล่าวอย่างระมัดระวังให้ใคร่ครวญถูกต้องตามทฤษฎีและหลักเกณฑ์ของตนเท่านั้น ในการพิสูจน์ถึงมาตรฐาน (standard) ของวิชาชีพ จะต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพนั้นเองมาสนับสนุนว่ามาตรฐาน (standard) ของวิชาชีพในเรื่องนั้น ๆ ว่าเป็นอย่างไร ซึ่งภาระการพิสูจน์ความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพตกอยู่กับผู้เสียหาย ⁸² ซึ่งผู้เสียหายต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพขาดความระมัดระวังในฐานะวิชาชีพที่ประกอบวิชาชีพที่ต้องอาศัยความชำนาญพิเศษ ⁸³ โดยปกติการพิสูจน์การขาดความระมัดระวังดังกล่าวจะพิสูจน์

⁸⁰ P.J. Zepos, F. Christosoulou, International Encyclopedia of Comparative Law, p. 6 - 10.

⁸¹ Ibid., p. 6 - 141.

⁸² Ibid., p. 6 - 149, 150.

⁸³ จิตติ คิงพันธ์ย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 180.

จากการที่ผู้ประกอบวิชาชีพละเมิดหน้าที่ทางวิชาชีพ (professional duties) ซึ่งกำหนดโดยมรรยาท (ethics) ในวิชาชีพหรือโดยหลักทางวิชาการ (rules of technology) ถ้าผู้เสียหายพิสูจน์ได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพไม่ได้ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอกับผู้ประกอบวิชาชีพที่ดีและรอบคอบอื่นที่อยู่โดยทั่วไปภายใต้สภาพและสถานการณ์เดียวกันแล้วก็ต้องถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพนั้นต้องรับผิดชอบ 84

3. ความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหาย (Relation de cause à effect entre la faute et le préjudice) เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหาย ซึ่งเป็นองค์ประกอบสุดท้ายอันผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ให้ได้ศาลจึงจะสามารถกำหนดให้จำเลยรับผิดชอบจากการกระทำของเขาได้⁸⁵ จะเห็นได้ว่าเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหายนั้นมีได้มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ฉะนั้นจึงเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีเพราะมีได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคดีให้แก่ผู้พิพากษาเลย ถ้าความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหายไม่แน่นอน หรือไม่สามารพิสูจน์ได้การฟ้องคดีเรียกค่าสินไหมทดแทนก็จะถูกยกฟ้อง การที่จะรู้ว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหายหรือไม่ เป็นปัญหาข้อเท็จจริง ต้องรู้ความจริงว่าความเสียหายนั้นสืบเนื่องมาจากการกระทำนั้นหรือไม่ ในข้อเท็จจริงธรรมดาจะไม่มีปัญหา แต่ข้อเท็จจริงที่ซับซ้อนยิ่งขึ้นในฝรั่งเศสจะมีปัญหา กล่าวคือ ศาลอาจวินิจฉัยคดีที่มีข้อเท็จจริงคล้ายกันแตกต่างกัน ทั้งนี้เพราะเหตุที่บทบัญญัติของกฎหมายได้เปิดช่องให้ศาลมีอิสระในการใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่

ในประเทศฝรั่งเศสมีความเชื่อใน "ทฤษฎีของความผิด" (Theory of Fault)⁸⁶ คือ เมื่อการกระทำของจำเลยเป็นความผิดแล้วต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด ต่อมามีความเชื่อว่าเพียงทฤษฎีของความผิดไม่สามารถให้ความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายได้เพียงพอเพราะทำให้ในบางกรณีจำเลยต้องรับผิดมากเกินไป จึงได้วางแนวความคิดทางทฤษฎีในการวินิจฉัย ดังนี้

⁸⁴ P.J. Zepos, P. Christosoulou, International Encyclopedia of Comparative Law, p. 6 - 149, 150.

⁸⁵ Planilo, Treatise on the Civil Law, p. 473.

⁸⁶ Ibid., p. 474.

ก. ทฤษฎีเหตุเท่าเทียมกัน (L'équivalence des condition)

ทฤษฎีนี้ใช้กันมากในฝรั่งเศส⁸⁷ ทฤษฎีนี้มีความเชื่อว่า "ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากเหตุหลายเหตุประกอบเข้ากันเป็นเงื่อนไขที่เพียงพอในการก่อให้เกิดผลในจำนวนเหตุเหล่านั้นทั้งหมดตามทฤษฎีนี้ถือว่ามีความเท่าเทียมกัน เพราะถ้าขาดเหตุใดเหตุหนึ่งไป ความเสียหายก็จะไม่สามารถเกิดขึ้นได้เลย"⁸⁸ การใช้ทฤษฎีนี้ถูกต้องตามความเป็นจริงที่จำเลยเป็นผู้ก่อความเสียหาย จึงต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายทั้งหมดโดยไม่ต้องคำนึงว่าจำเลยสามารถคาดเห็นได้หรือควรจะได้คาดเห็นความเสียหายเช่นนั้นไว้ก่อนหรือไม่ ทฤษฎีนี้จึงให้ความเป็นธรรมแก่โจทก์ได้⁸⁹ แต่ตามองในทางตรงกันข้ามทฤษฎีนี้อาจจะกำหนดภาระความรับผิดชอบให้แก่จำเลยมากเกินไป

ข. ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม (La causalité adéquate) ทฤษฎีนี้มีความ

เชื่อว่า "เหตุการณ์จำนวนมากทั้งหมดที่เกิดขึ้นซึ่งมีส่วนในการก่อให้เกิดผลอันใดอันหนึ่งต่อมานั้นมิใช่เป็นเหตุในความหมายของ "ความรับผิดชอบ" เฉพาะเหตุการณ์ซึ่งโดยปกติวิสัยของมัน (Normal Cause of Things) น่าจะเป็นตัวก่อให้เกิดความเสียหาย จึงจะถือว่าเป็นเหตุ"⁹⁰

ค. จุดตัดความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและความเสียหาย ในกฎหมายฝรั่งเศส

ความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและความเสียหายจะถูกตัดขาดออกไปถ้ามีเหตุภายนอกเข้ามาแทรกซ้อน (Cause Étrangère) อันมีอิทธิพลเหนือกว่าการกระทำของจำเลย⁹¹ คือ เหตุสุดวิสัย เหตุเกิดจากบุคคลที่สาม และเหตุเกิดจากผู้เสียหาย

⁸⁷ Ryan, An Introduction to the Civil Law, p. 116.

⁸⁸ Pound, Jurisprudence, pp. 521 - 522.

⁸⁹ พจน์ บุษปาคม, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด, (พระนคร : สำนักอบรมกฎหมายแพ่งเนติบัณฑิตยสภา, 2520), หน้า 176.

⁹⁰ Amos and Walton, An Introduction to French Law, p. 212.

⁹¹ Zweigert and Kötz, An Introduction to Comparative Law, p. 288.

ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นแนวความคิดทางทฤษฎี และในหลักปฏิบัติของศาลแล้ว บางครั้ง ศาลต้องการใช้มากกว่าหนึ่งทฤษฎี ในการวินิจฉัยปัญหาใดปัญหาหนึ่ง ในขณะที่เกี่ยวกับศาลไม่ละเลย ต่อความสัมพันธ์ทางตรรกวิทยา (Logical Connection) ศาลรู้อย่างแจ่มชัดว่าเหตุต่าง ๆ ของความเสียหายที่เกิดขึ้นมักจะสัมพันธ์กัน ศาลจึงมีแนวโน้มที่จะถามตัวเองว่า ในจำนวนเหตุทั้งหลายของความเสียหายที่เกิดขึ้น "เหตุ" อันไหนน่าตำหนิมากที่สุด อย่างไรก็ตามศาลได้ยืนยันว่า เหตุจะต้องแน่นอน (certain) และจำต้องไม่เป็นผลทางอ้อมมากเกินไป (not too indirect) ⁹² ในทางปฏิบัติศาลได้ก้าวเข้าไปในหลัก "สามัญสำนึก" (Common Sense) โดยปฏิเสธ "เหตุที่ไกลเกินไป" และ "เหตุที่ไม่น่าจะเป็นไปได้" "และชี้หลักเหตุใกล้ชิด" (Proximate Cause) และเหตุที่น่าจะเป็น (Probable Cause) ซึ่งสิ่งนี้ทำให้ศาลใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง และไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ⁹³ นอกจากศาลแนวความคิดทางทฤษฎีดังกล่าวข้างต้นเป็นแนวทางในการวินิจฉัยปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหายแล้ว ศาลยังได้นำหลักจากสัญญามาเป็นแนววินิจฉัยปัญหาค้างกล่าวด้วย กล่าวคือได้นำหลักเกณฑ์กำหนดขอบเขตความรับผิดในเรื่องการผิดสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1151 มาใช้วินิจฉัย ซึ่งมาตราดังกล่าวได้กำหนดขอบเขตความรับผิดชอบในเรื่องการผิดสัญญาไว้ว่า ผู้ผิดสัญญาต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่ง เป็น "ผลทันทีและโดยตรง หรือโดยตรงและหลีกเลี่ยงไม่ได้" (Immédiat et direct or direct et nécessaire) ทั้งนี้เพราะมาตรา 1151 เป็นหลักทั่วไป สามารถนำไปใช้ได้ทุกกรณีในปัญหาของความรับผิดและศาลฝรั่งเศสก็ยอมรับเอาหลักทางสัญญามาวินิจฉัยกรณีละเมิด ⁹⁴

กล่าวโดยสรุป ศาลฝรั่งเศสก็มีคดีทฤษฎีโดยทฤษฎีหนึ่งอย่างแน่นอนเพื่อที่จะแก้ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหาย ⁹⁵ เพราะบทบัญญัติของกฎหมายได้เปิดช่องให้ศาล

⁹² Amos and Walton, An Introduction to French Law, p. 212.

⁹³ Ibid., p. 213.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Zweigert and Kötz, An Introduction to Comparative Law, p. 288.

ใช้คุณวิเศษอย่างกว้างขวาง แต่ไม่ว่าศาลจะใช้หลักใดหลักหนึ่งหรือมากกว่านั้นในการพิสูจน์
 ความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหาย ก่อนที่ศาลจะวินิจฉัยชี้ขาดลงไปศาลจะต้องคำนึง
 ถึงว่ามีกรณีนี้เข้ามาทำลายความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหายหรือไม่ คือ เหตุสุดวิสัย
 การกระทำของบุคคลภายนอก และความผิดของผู้เสียหาย ถ้าเหตุเหล่านี้เข้ามาเมื่ออิทธิพลเนื่อง
 การกระทำของจำเลยอย่างเด็ดขาดในการก่อให้เกิดความเสียหาย ถือว่าความสัมพันธ์ระหว่าง
 ความผิดและผลเสียหายที่เกิดขึ้นถูกตัดขาด จำเลยหลุดพ้นความรับผิดชอบแต่ถ้าเหตุเหล่านี้เป็นเพียง
 เหตุส่วนหนึ่งของความเสียหายเท่านั้น ความรับผิดชอบของจำเลยก็จะลดลงตามส่วนที่ตนเอง
 กระทำละเมิด