

องค์ประกอบของทฤษฎีปฏิบัติ

ดร.พญ.เริงฤดี ปธานวนิช *

บทคัดย่อ

การฟ้องร้องคดีความรับผิดชอบทางการแพทย์หรือทฤษฎีปฏิบัติเป็นปัญหาสำคัญ แต่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ใช้ในการพิจารณาคดีทฤษฎีปฏิบัติ ศาลจะใช้หลักการของกฎหมายลักษณะละเมิดเป็นหลักในการพิจารณาคดี แต่เนื่องจากทฤษฎีปฏิบัติมีความแตกต่างจากกรณีละเมิดโดยทั่วไป โดยมีปัจจัยร่วมหลายอย่างเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ความสัมพันธ์และหน้าที่ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย พยาธิสภาพของโรค รวมทั้งมาตรฐานแห่งการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ดังนั้นการพิจารณาคดีทฤษฎีปฏิบัติให้มีความถูกต้องและเป็นธรรมต่อทั้งสองฝ่าย ในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ได้ยึดหลักองค์ประกอบสำคัญสี่ประการ อันได้แก่ 1) หน้าที่ของแพทย์อันมีต่อผู้ป่วย 2) การกระทำอันผิดไปจากมาตรฐานแห่งวิชาชีพ 3) ความเสียหายที่เกิดต่อผู้ป่วย และ 4) ความเสียหายนั้นต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำผิดจากมาตรฐานแห่งวิชาชีพ กล่าวคือหน้าที่ของแพทย์อันมีต่อผู้ป่วยจะเริ่มจากความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย นอกจากนี้ยังมีหน้าที่ตามสัญญา หน้าที่ตามกฎหมายและตามวิชาชีพที่แพทย์จะมีต่อผู้ป่วย เมื่อความสัมพันธ์เกิดขึ้นแล้วแพทย์มีหน้าที่อันจะต้องรักษาผู้ป่วยให้เป็นไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพ ซึ่งมาตรฐานนี้จะมีหลักพิจารณาต่างกันไปตามบริบท หรือวิสัยและพฤติการณ์ของสถานการณ์นั้นๆ หากมีการกระทำอันผิดไปจากมาตรฐานและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ป่วยที่เป็นผลโดยตรงจากการละเมิดนี้ ย่อมถือว่าครบองค์ประกอบความผิดทฤษฎีปฏิบัติ ซึ่งปัจจุบันแม้ว่ากฎหมายไทยยังไม่ได้มีการกำหนดนิยามที่ชัดเจนขององค์ประกอบของทฤษฎีปฏิบัติดังกล่าวนี้เป็นการเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณากฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องประกอบกับการนำตัวอย่างคดีมาศึกษาเปรียบเทียบแล้วจะพบองค์ประกอบทั้งสี่ประการในการพิจารณาคดีละเมิดทางการแพทย์ในไทย บทความนี้จะจึงน่าจะทำให้ความเข้าใจในองค์ประกอบทฤษฎีปฏิบัติชัดเจนขึ้นเพื่อประโยชน์ต่อการพิจารณาความรับผิดชอบทางการแพทย์ในประเทศไทย

คำสำคัญ: ทฤษฎีปฏิบัติ มาตรฐานแห่งวิชาชีพเวชกรรม ความรับผิดชอบทางการแพทย์, ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย

* อาจารย์ ภาควิชาเวชศาสตร์ชุมชน คณะแพทยศาสตร์โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล

Fundamental Elements of Medical Malpractice

Roengrudee Patanavanich M.D., LL.M., Ph.D.*

Abstract

There is no specific laws in Thailand that deals with medical malpractice lawsuits. In general, the Thai court applies tort law which is codified and national to medical malpractice claims. However, the characteristics of medical negligence cases are quite different from general negligence cases in terms of the doctor-patient relationship, the nature of diseases and the standard of care. Therefore, the four mandatory elements of medical malpractice: the duty, the breach of the standard of care, the injury, and the causation between the breach of care and the injury should be considered. To be specific, the duty of care starts from a relationship between a patient and a doctor. When the doctor owns a duty of care to the patient, the doctor must follow the standard of care. If the doctor fails to meet the standard of care proven by other doctors under similar circumstances and that failure causes direct harm to the patient, then medical malpractice by negligence is established. Although, Thailand does not have a clear definition of the four elements coded in a specific law, court decisions in many medical malpractice cases tend to follow these elements. This paper should help readers understand the concept of medical malpractice and be beneficial to medical malpractice trials in Thailand.

Keywords: medical malpractice, medical negligence, standard of care, doctor-patient relationship

*Lecturer, Department of Community Medicine, Faculty of Medicine Ramathibodi Hospital, Mahidol University

บทนำ

ทุรเวชปฏิบัติ (medical malpractice) ตามความหมายก็คือ การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยและรักษาผู้ป่วยที่ผิดไปจากมาตรฐานแห่งวิชาชีพ และก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ป่วย โดยทั่วไปทุรเวชปฏิบัติ ถูกจัดอยู่ในกฎหมายเรื่องละเมิด ที่เกิดจากการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ หลักกฎหมายละเมิดในไทยถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่า ผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” จากบทบัญญัติในกฎหมายไทย ความรับผิดทางละเมิดเกิดได้ทั้งการกระทำที่จงใจ หรือการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ แต่ส่วนใหญ่แล้วความรับผิดทางละเมิดในคดีทางการแพทย์ มักจะเกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นอกจากนี้ความรับผิดทางละเมิดในคดีทางการแพทย์มีข้อแตกต่างสำคัญประการหนึ่งที่ต่างจากการทำผิดทางละเมิดโดยทั่วไป คือ เรื่องมาตรฐานการรักษา (standard of care) ที่ศาลต้องมีการนำมาพิจารณาเพื่อประกอบการวินิจฉัยคดี กฎหมายไทยยังไม่ได้มีการกำหนดนิยามที่ชัดเจนขององค์ประกอบของทุรเวชปฏิบัติ การศึกษาจากเทียบเคียงจากต่างประเทศน่าจะช่วยให้ความเข้าใจในองค์ประกอบทุรเวชปฏิบัติชัดเจนขึ้นเพื่อประโยชน์ต่อการพิจารณาความรับผิดทางการแพทย์ในประเทศไทย

องค์ประกอบของทุรเวชปฏิบัติ

หลักความรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไปที่ศาลไทยและศาลในสหรัฐอเมริกาได้วางแนวทางไว้ต้องประกอบไปด้วย การกระทำ (รวมทั้งการงดเว้นการกระทำ) โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ในหน้าที่ที่จะต้องกระทำ ซึ่งได้แก่ หน้าที่ตามกฎหมาย หน้าที่ตามสัญญา หน้าที่ตามวิชาชีพและหน้าที่ตามความสัมพันธ์ ซึ่งการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำนั้น เมื่อพิจารณาหลักการทั่วไปของความรับผิดทางละเมิดแล้ว สามารถนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ให้เข้ากับความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ โดยศาลในสหรัฐได้วางหลักการไว้ในการพิจารณาคดีความรับผิดทางการแพทย์ไว้ว่า คดีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ ต้องพิสูจน์ให้เห็นใน 4 องค์ประกอบ (McIntyre v. Smith, 2000) ได้แก่

1. Duty คือ หน้าที่ที่ผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องทำการรักษาผู้ป่วยด้วยมาตรฐานวิชาชีพ
2. A breach of the standard of care คือ การประกอบวิชาชีพที่ผิดไปจากมาตรฐานแห่งวิชาชีพ
3. An injury คือ มีความเสียหายเกิดขึ้นกับผู้ป่วยที่ได้รับการรักษา
4. A causal connection between the breach of care and the injury คือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นผลโดยตรงจากการประกอบวิชาชีพที่ผิดไปจากมาตรฐานวิชาชีพนั้น

ในแต่ละองค์ประกอบ มีประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องที่ควรจะศึกษาจากตัวอย่างการพิจารณาของศาลสหรัฐอเมริกา และแนวคิดที่เกิดขึ้นที่ประเทศไทยมาพิจารณาเปรียบเทียบ

1. หน้าที่ตามวิชาชีพของแพทย์ต่อผู้ป่วย (Duty)

สิ่งแรกที่ต้องมีการพิสูจน์ในคดีความรับผิดชอบทางการแพทย์ คือ ต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า แพทย์ (หรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอื่นๆ) มีหน้าที่ที่จะต้องตรวจรักษาผู้ป่วยนั้นๆ ตามมาตรฐานวิชาชีพ หน้าที่ดังกล่าวจะเริ่มจากความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย (physician-patient relationship) คือผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์ทำการรักษา และแพทย์ก็รับที่จะรักษาผู้ป่วย ความสัมพันธ์ก่อให้เกิดหน้าที่ตามวิชาชีพของแพทย์ต่อผู้ป่วย หน้าที่นี้อาจจะเกิดจากสัญญา หรือเป็นหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด

ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย (Physician-Patient Relationship)

การพิจารณาว่าความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ บางกรณีมีความซับซ้อนไม่ตรงไปตรงมา กฎหมายไทยไม่ได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนว่าความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเกิดขึ้นเมื่อไร และกรณีใดบ้างที่ถือว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวเกิดขึ้นแล้ว แต่ได้มีการระบุหน้าที่ของรัฐ (ซึ่งน่าจะรวมไปถึงหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาลในภาครัฐ) ไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 มาตรา 55 ว่า “รัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณสุขที่มีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึง.....[โดย] บริการสาธารณสุข....ต้องครอบคลุมการส่งเสริมสุขภาพ การควบคุม และป้องกันโรค การรักษาพยาบาล และการฟื้นฟูสุขภาพด้วย.....” ประกอบกับรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในมาตรา 47 ด้วยว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขของรัฐ” ดังนั้นแม้ว่าจะไม่มีความสัมพันธ์ของแพทย์และผู้ป่วยเกิดขึ้นตามนิยามปกติ แต่อาจจะถือได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์ (ในกรณีนี้คือหน่วยงานของรัฐ ได้แก่ สถานบริการของรัฐ รวมทั้งกระทรวงที่กำกับดูแลสถานบริการนั้นๆ) กับผู้ป่วยในสถานบริการสาธารณสุขของภาครัฐเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย ก่อให้เกิดหน้าที่ของแพทย์ที่จะต้องให้บริการแก่ผู้ป่วยนับตั้งแต่ผู้ป่วยได้เข้าไปรับบริการสาธารณสุขของรัฐ

อีกกรณีที่ได้ถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยเกิดขึ้นโดยปริยายตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นสถานพยาบาลในภาครัฐหรือภาคเอกชน คือกรณีผู้ป่วยอยู่ในภาวะฉุกเฉินหรือสภาพอันตราย ดังตามคำประกาศสิทธิของผู้ป่วย พ.ศ. 2558 ข้อ 3 กรณีที่เป็นกรณีฉุกเฉินหรือผู้ป่วยอยู่ในภาวะอันตรายถึงชีวิต ผู้ป่วยก็มีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากผู้ประกอบวิชาชีพโดยทันที โดยไม่จำเป็นต้องร้องขอความช่วยเหลือ และตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2559 มาตรา 36 ที่กำหนดให้ “...สถานพยาบาลมีหน้าที่ควบคุมดูแลให้มีการช่วยเหลือเยียวยาผู้ป่วย [ฉุกเฉิน]... ซึ่งอยู่ในสภาพอันตรายและจำเป็นต้องได้รับการรักษาพยาบาลโดยฉุกเฉิน เพื่อให้พ้นอันตรายตามมาตรฐานวิชาชีพและตามประเภทของสถานพยาบาลนั้นๆ” หลักการให้ความช่วยเหลือผู้ป่วยในภาวะฉุกเฉินเช่นนี้มีแนวบรรทัดฐานทั้งในและต่างประเทศ เช่น ใน กรณีที่ผู้ป่วยไปรับการรักษาที่ห้องฉุกเฉินด้วยโคมาจากภาวะน้ำตาลในเลือดสูง แต่แพทย์ประจำห้อง

ฉุกเฉินปฏิเสธการรักษาผู้ป่วยโดยอ้างว่าไม่ชำนาญในการรักษาผู้ป่วยภาวะดังกล่าว และให้เจ้าหน้าที่ติดต่อแพทย์ท่านอื่นมาทำการรักษา แต่ด้วยความล่าช้าทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิต โจทก์นำคดีมาฟ้องต่อศาล แพทย์อ้างว่าไม่ได้เป็นผู้ทำการตรวจรักษาผู้ป่วย ไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยเกิดขึ้น ศาลวินิจฉัยว่า ในกรณีผู้ป่วยฉุกเฉิน แพทย์ประจำห้องฉุกเฉินที่ได้รับค่าจ้างจากทางโรงพยาบาลมีหน้าที่ในการบริการผู้ป่วยทุกคนที่มาใช้บริการกรณีฉุกเฉิน ในกรณีนี้การที่ผู้ป่วยเสียชีวิตเป็นผลโดยตรงจากการไม่ทำการรักษาผู้ป่วยของแพทย์ แพทย์จึงต้องรับผิด (Hiser v. Randolph, 1980) สำหรับศาลไทยก็เคยมีคำพิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐานใน คำพิพากษาฎีกาที่ 11332/2555 กรณีผู้ป่วยประสบอุบัติเหตุมีภาวะการบอบช้ำของสมองและเลือดออกในสมอง ถูกนำส่งโรงพยาบาลเอกชน แต่เจ้าหน้าที่พยาบาลประจำห้องฉุกเฉิน ไม่รีบตรวจอาการผู้ป่วยเบื้องต้นและรายงานแพทย์ กลับสอบถามถึงสิทธิการรักษาพยาบาล และผู้รับผิดชอบรักษา เมื่อไม่พบจึงปฏิเสธการรับผู้ป่วยไว้รักษาและให้ผู้นำส่งผู้ป่วยไปรักษาที่โรงพยาบาลรัฐ แต่ผู้ป่วยได้เสียชีวิตขณะนำส่งต่อ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการปฏิเสธไม่รับผู้ป่วยไว้รักษาถือว่าเป็นผลโดยตรงที่ทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย โรงพยาบาลที่เป็นผู้ควบคุมดูแลตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาลมาตรา 36 จึงต้องรับผิดชอบต่อโจทก์

แต่ในกรณีปกติทั่วไป ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์ (ในฐานะแพทย์ผู้ทำการรักษา) กับผู้ป่วย จะถือว่าเกิดขึ้นเมื่อไรนั้น มีหลักการทั่วไปว่า ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยจะเกิดขึ้นเมื่อแพทย์ได้กระทำการบางอย่างที่เพื่อประโยชน์แก่ผู้ป่วย หรือเข้าไปเกี่ยวข้องกับการเจ็บป่วยของผู้ป่วย Wilkins (2007) กล่าวไว้ว่า “The relationship means the physician needs to do something benefit to the patient or makes himself involve with the patient’s illness” มีตัวอย่างคดีในต่างประเทศหลายคดี ที่มีประเด็นน่าสนใจเกี่ยวกับการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย เช่น

1. แพทย์ที่มีชื่อปรากฏอยู่ในเวชระเบียนผู้ป่วย แต่ไม่ได้เป็นผู้ทำการตรวจรักษาผู้ป่วย ถือว่าไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย เช่น กรณี ผู้ป่วยเข้ารับการผ่าตัดกับแพทย์ท่านหนึ่ง แต่ในใบยินยอมการผ่าตัดระบุชื่อแพทย์เจ้าของไข้เป็นแพทย์อีกท่านหนึ่ง กรณีนี้ศาลวินิจฉัยว่า เพียงแต่มีชื่อแพทย์ระบุไว้ในเอกสารแต่แพทย์นั้นไม่ได้พบผู้ป่วยหรือเข้าร่วมรักษาผู้ป่วยเลย ถือไม่ได้ว่าแพทย์มีความสัมพันธ์อันจะก่อให้เกิดหน้าที่ต่อคนไข้ ที่จะต้องรับผิดหากมีความเสียหายจากการรักษาเกิดขึ้นกับผู้ป่วย (Dixon v. Siwy, 1996).

ประเด็นนี้เกิดขึ้นบ่อยในการฟ้องร้องคดีความรับผิดทางการแพทย์ในประเทศไทย เนื่องจากผู้ป่วยหรือญาติส่วนมากมักจะไม่ทราบชื่อแพทย์ที่ทำการตรวจรักษา โดยเฉพาะในสถานบริการสาธารณสุขภาครัฐ ที่มีแพทย์หมุนเวียนการให้บริการตลอด เช่น เมื่อปี พ.ศ. 2554 ผู้ป่วยชายอายุ 87 ปีมีโรคประจำตัวเป็นโรคหัวใจ โรคความดันโลหิตสูง โรคไตวายเรื้อรังและโรคเกาต์ เข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลรัฐ แพทย์เวรวินิจฉัยเป็นภาวะติดเชื้อในกระแสเลือด โจทก์บรรยายฟ้องว่าแพทย์เจ้าของไข้ (แพทย์หญิง อ.) ให้การรักษาล่าช้า ไม่ซักถามอาการเจ็บป่วยของผู้ป่วย ก่อนทำการรักษาจนทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิต ปรากฏว่าแพทย์หญิง อ. เพียงแต่มีชื่อปรากฏอยู่ในเวช

ระเบียบผู้ป่วยในของผู้ป่วยรายนั้น (ซึ่งแพทย์หญิง อ. มีหน้าที่รับผิดชอบดูแลผู้ป่วยประจำตึกอายุรกรรมในเวลาราชการ ทำให้ชื่อของแพทย์หญิง อ. ปรากฏอยู่ในเวชระเบียนผู้ป่วยทุกคนที่เข้ามารักษาที่ตึกผู้ป่วยนี้) แต่เนื่องจากผู้ป่วยเข้ารับการรักษและเสียชีวิตนอกเวลาราชการ ซึ่งเป็นความรับผิดชอบของแพทย์เวร แพทย์หญิง อ. ไม่เคยพบผู้ป่วย ไม่ได้เป็นแพทย์ผู้ตรวจวินิจฉัยและดูแลรักษาผู้ป่วย จึงไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ใดๆ ระหว่างแพทย์หญิง อ. และผู้ป่วย

2. แพทย์ที่มีชื่อปรากฏอยู่ในเวชระเบียนผู้ป่วย และได้ทำการตรวจผู้ป่วย แต่เป็นการที่แพทย์ถูกจ้างให้มาตรวจผู้ป่วยเป็นการเฉพาะ (Independent medical examination or hired by a third party) เช่น นายจ้างจ้างแพทย์ให้มาตรวจร่างกายลูกจ้างประจำปี ถือว่าแพทย์มีหน้าที่อันจะไม่ทำให้ผู้ป่วยเกิดความเสียหายจากการตรวจและการส่งไปตรวจรักษาต่อ เช่น กรณีแพทย์ได้ทำการตรวจการบาดเจ็บของโจทก์เพื่อประกอบการเรียกค่าเสียหายกับบริษัทเดินรถโดยสารที่ขับมาชนโจทก์ได้รับบาดเจ็บ แพทย์ได้ส่งต่อผู้ป่วยไปตรวจเพิ่มเติม ซึ่งผลจากการตรวจเพิ่มเติมดังกล่าวทำให้อาการบาดเจ็บเดิมของผู้ป่วยแยลงจนต้องได้รับการผ่าตัดรักษา ศาลวินิจฉัยว่ากรณีนี้แม้ว่าจะไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยโดยตรง แต่แพทย์ก็มีหน้าที่อันที่จะต้องไม่ส่งต่อผู้ป่วยไปตรวจเพิ่มเติมโดยวิธีที่รู้อยู่แล้วว่าจะทำให้อาการบาดเจ็บของผู้ป่วยแยลง (Greenberg v. Perkins, 1993) หรือในกรณีที่แพทย์ได้รับการว่าจ้างจากนายจ้างให้ทำการตรวจร่างกายประจำปีแก่ลูกจ้างของบริษัท แพทย์ตรวจแล้วได้แจ้งแก่ลูกจ้างว่าผลการตรวจปกติ แต่ปีต่อมาลูกจ้างถูกวินิจฉัยว่าเป็นมะเร็งปอดระยะลุกลาม โจทก์จึงฟ้องแพทย์ที่ตรวจผิดพลาดไม่พบรอยโรคมะเร็งปอดในระยะเริ่มแรกทำให้โรคลุกลามจนผู้ป่วยเสียชีวิต แพทย์ต่อสู้ว่ากรณีนี้ไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยโดยตรง แต่ศาลวินิจฉัยว่ากรณีนั้นแพทย์ก็ยังคงมีหน้าที่ต่อผู้ป่วยในการที่จะให้ข้อมูลในสิ่งที่ตรวจพบอันจะส่งผลกระทบต่อผู้ป่วยในระยะต่อมา แพทย์จึงต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ (Green v. Walker, 1991)

มีกรณีลักษณะคล้ายกันนี้เกิดขึ้นในประเทศไทย ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15067/2557 เป็นกรณีที่โจทก์ได้ไปตรวจร่างกายประจำปีที่โรงพยาบาลเอกชนกับแพทย์หญิง ภ. โดยได้ทำการตรวจร่างกายทั่วไป ตรวจเลือด ตรวจทางรังสี และตรวจช่องท้องด้วยเครื่องตรวจคลื่นเสียงความถี่สูง ภายหลังการตรวจแพทย์หญิง ภ. ลงผลในสมุดสรุปลตรวจร่างกายว่าผลตรวจปกติ แต่ปีต่อมาโจทก์ถูกวินิจฉัยว่าเป็นมะเร็งที่ไตข้างขวาระยะลุกลาม โจทก์ได้ไปขอตรวจสอบผลการตรวจร่างกายที่เคยทำไว้ พบว่าผลการตรวจช่องท้องด้วยเครื่องตรวจคลื่นเสียงความถี่สูงในครั้งนั้นพบก้อนที่ไตข้างขวาและรังสีแพทย์ได้ทำความเข้าใจในโจทก์มารับการตรวจเพิ่มเติมด้วยการตรวจด้วยคอมพิวเตอร์ แต่แพทย์หญิง ภ. ไม่ได้แจ้งแก่โจทก์ คดีนี้ศาลวินิจฉัยให้แพทย์หญิง ภ. รับผิดชอบโจทก์ โดยถือว่าการสรุปลผลการตรวจโดยไม่เห็นผลการตรวจคลื่นเสียงความถี่สูงของช่องท้องเป็นการประมาทเลินเล่อ ทำให้โจทก์ขาดโอกาสที่จะได้รับการบำบัดรักษาโรคมะเร็งที่ไตข้างขวาเสียแต่เนิ่น ๆ แม้ว่าแพทย์หญิง ภ. จะต่อสู้ว่าไม่ได้เป็นผู้ตรวจสุขภาพโจทก์ในทุกรายการและไม่ได้เป็นผู้จัดพิมพ์รายงานผลการตรวจสุขภาพก็ตาม

3. ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเกิดขึ้นได้ แม้ว่าแพทย์จะไม่เคยพบผู้ป่วยหรือตรวจร่างกายผู้ป่วยโดยตรง แต่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการรักษาผู้ป่วย เช่น กรณีพยาธิแพทย์ผู้ทำการตรวจชิ้นเนื้อของผู้ป่วยเพื่อทำการวินิจฉัยหาสาเหตุของโรค กรณีนี้ก็ถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเกิดขึ้นแล้ว (Walters v. Rinker, 1988) หรือกรณีการที่แพทย์สั่งการรักษาผู้ป่วยทางโทรศัพท์ เช่น ผู้ป่วยโทรศัพท์ปรึกษาแพทย์โดยแพทย์ได้บอกให้ผู้ป่วยมาโรงพยาบาลเพื่อทำการตรวจคลื่นสมอง ถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยเกิดขึ้นแล้ว (Hamil v. Bashline, 1973)

สำหรับประเทศไทย การที่แพทย์เวชสั่งการรักษาทางโทรศัพท์เกิดขึ้นได้บ่อยโดยเฉพาะในโรงพยาบาลรัฐนอกเวลาราชการที่แพทย์จะอยู่เวรแบบ on call คือไม่ได้มาประจำที่ห้องฉุกเฉินหรือตึกผู้ป่วยเพื่อตรวจรักษาผู้ป่วยเอง แต่มักจะให้พยาบาลตรวจผู้ป่วยเบื้องต้นและรายงานต่อแพทย์อีกทีหนึ่ง ในกรณีนี้ศาลไทยไม่ค่อยจะมีปัญหาในการวินิจฉัยถึงความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย เนื่องจากในโรงพยาบาลของรัฐ แพทย์จะมีหน้าที่ตามกฎหมายในการที่จะให้บริการสาธารณสุขแก่ผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาอยู่แล้ว จึงไม่ค่อยมีประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยให้ศาลวินิจฉัย แต่การสั่งการรักษาทางโทรศัพท์ของแพทย์ โดยมิได้ทำการตรวจร่างกายด้วยตนเอง ศาลไทยเคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6092/2552 ว่าเป็นการกระทำที่ประมาทเลินเล่อ เนื่องจากศาลเห็นว่าการตรวจร่างกายของผู้ป่วยถือเป็นขั้นตอนสำคัญในการวินิจฉัยโรคว่าผู้ป่วยเป็นโรคอะไร พยาธิสภาพอยู่ที่ไหน และอยู่ในระยะใด เพื่อจะนำไปสู่การรักษาได้อย่างถูกต้อง ในขั้นตอนนี้แพทย์ต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์มิให้เกิดความผิดพลาดขึ้นได้ เพราะอาจนำมาซึ่งอันตรายที่จะเกิดแก่ร่างกายหรือชีวิตของผู้ป่วยในขั้นตอนการรักษาที่ต่อเนื่องกัน เมื่อแพทย์สั่งการรักษาทางโทรศัพท์ให้พยาบาลฉีดยาให้โจทก์ โดยมิได้มาตรวจร่างกายหรือซักประวัติอาการโจทก์ด้วยตนเอง แล้วโจทก์เกิดภาวะแพ้ยารุนแรง แพทย์จึงต้องรีบติดต่อโจทก์

แต่ในกรณีการให้คำปรึกษาทางโทรศัพท์ระหว่างแพทย์ผู้รักษากับแพทย์อื่น (ที่ไม่ได้เป็นแพทย์เวรที่รับผิดชอบต่อผู้ป่วย) โดยไม่มีคำตอบแทน ไม่ถือว่าเกิดความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์ผู้ให้คำปรึกษากับผู้ป่วย เช่น ผู้ป่วยเด็กได้รับอุบัติเหตุตกจากโซฟา มีอาการไข้ คอแข็ง แพทย์เจ้าของไข้ได้โทรศัพท์ปรึกษากับแพทย์อีกท่าน (ไม่ได้เป็นแพทย์เวร) แพทย์ท่านนี้ให้คำแนะนำให้ว่าควรจะทำการเจาะน้ำไขสันหลัง เนื่องจากสงสัยว่าอาจจะมีภาวะติดเชื้อในระบบประสาท แพทย์เจ้าของไข้ได้ทำการเจาะน้ำไขสันหลังผู้ป่วย ซึ่งทำให้การบาดเจ็บต่อไขสันหลังจากการตกจากโซฟาของผู้ป่วยรุนแรงขึ้นจนผู้ป่วยพิการ (แพทย์เจ้าของไข้ไม่ได้นึกถึงภาวะการบาดเจ็บที่ไขสันหลังก่อนทำการเจาะน้ำไขสันหลัง) คดีนี้ศาลวินิจฉัยว่าไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์ที่ให้คำปรึกษาทางโทรศัพท์และผู้ป่วยเกิดขึ้น ศาลกล่าวว่าโดยปกติแพทย์ท่านนี้มักจะให้คำปรึกษาต่างๆ ไปกับแพทย์ในโรงพยาบาลอยู่แล้ว (courtesy service or curbside consultation) โดยแพทย์ท่านนี้ไม่ได้พบผู้ป่วย อ่านประวัติการรักษาและทำการรักษา หรือเป็นการปรึกษาโดยผู้ป่วย

ร้องขอและไม่ได้คำตอบแทนจากการปรึกษาดังกล่าว (Reynolds v. Decatur Memorial Hospital, 1996)

เมื่อเกิดความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยแล้ว ความสัมพันธ์นี้จะสิ้นสุดลง เมื่อเป็นความตกลงร่วมกันระหว่างแพทย์และผู้ป่วย เป็นการรับรู้ทั้งสองฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นเพราะการรักษาสิ้นสุดลงแล้ว หรือผู้ป่วยไม่ต้องการการรักษาจากแพทย์อีกต่อไป ไม่ว่าผู้ป่วยจะหายจากโรคแล้ว หรือปฏิเสธการรักษา หรือการที่แพทย์หมดภาระหน้าที่ในการรักษาผู้ป่วย เช่น ย้าย ลาออก หรือส่งผู้ป่วยไปรักษาต่อกับแพทย์ท่านอื่นโดยที่ผู้ป่วยรับรู้

2. การประกอบวิชาชีพที่ผิดจากมาตรฐาน (Breach of the Standard of Care)

มาตรฐานการรักษาเป็นองค์ประกอบสำคัญของการวินิจฉัยคดีทรวงเวชปฏิบัติ ผู้ที่มีภาระการพิสูจน์จำเป็นต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า มาตรฐานการรักษาในกรณีนั้นๆ เป็นอย่างไร และแพทย์ผู้ถูกกล่าวหาได้ทำการแตกต่างไปจากมาตรฐานนั้นหรือไม่ อย่างไร โดยปกติจะใช้เกณฑ์ของผู้ประกอบวิชาชีพแพทยสาขาเดียวกัน และอยู่ในภาวะ วัสดุ และพฤติกรรม ในทำนองเดียวกัน การพิสูจน์มาตรฐานการรักษาในทางการแพทย์จำเป็นต้องอ้างอิงจากพยานผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ ซึ่งมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับเกณฑ์มาตรฐานการรักษาหลายทฤษฎี ได้แก่ มาตรฐานการรักษาโดยใช้พื้นที่เป็นเกณฑ์: ระดับท้องถิ่นเดียวกัน (locality rule), ระดับท้องถิ่นใกล้เคียง (similar locality rule), และระดับชาติ (national rule)

โดยทั่วไปในการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ การตรวจ วินิจฉัย รักษาโรคต่างๆ จะมีแนวทางการรักษาแต่ละเรื่องไว้เฉพาะ อย่างไรก็ตาม แนวทางการรักษาผู้ป่วย ในท้องถิ่นต่างกัน อาจจะมีแตกต่างกัน ด้วยข้อจำกัดทางทรัพยากรทางการแพทย์ ไม่ว่าจะเป็นยา เวชภัณฑ์ เครื่องมือ อุปกรณ์ทางการแพทย์ ปริมาณผู้ป่วย หรือจำนวนแพทย์ โดยเฉพาะแพทย์เฉพาะทาง รวมทั้งความแตกต่างของวิถีการดำรงชีวิตของผู้ป่วย

ในสหรัฐอเมริกา ที่แต่ละพื้นที่มีความแตกต่างกันค่อนข้างมาก ศาลจึงได้มีการวางบรรทัดฐานในเรื่องมาตรฐานการรักษาระดับท้องถิ่น หรือ locality rule ไว้ในหลายคดี คือ ในเมืองใหญ่ แพทย์มีโอกาที่จะเรียนรู้ทางวิชาการและมีโอกาสได้ตรวจรักษาผู้ป่วยที่หลากหลายมากกว่าแพทย์ที่ปฏิบัติงานอยู่ในเมืองเล็ก ดังนั้นแพทย์ที่อยู่ในเมืองเล็กจึงไม่ควรถูกคาดหวังต่อแนวทางและผลการรักษาเช่นเดียวกับแพทย์ในเมืองใหญ่ เช่น กรณีโรคหัวใจที่ถูกระงับที่คอเมื่อเข้ารับการรักษากับแพทย์ทั่วไปในเมืองเล็กแห่งหนึ่ง ปรากฏว่าต้องใช้เวลารักษานานถึง 10 วัน และผลการรักษาที่ไม่เป็นที่พอใจของโรคหัวใจที่นำคดีมาฟ้องต่อศาลโดยอ้างว่าผลในลักษณะเดียวกัน หากได้รับการรักษาจากแพทย์เฉพาะทางศัลยกรรมที่อยู่ในเมืองใกล้เคียงผลการรักษาจะดีกว่า ศาลวินิจฉัยว่าหากแพทย์ทั่วไปทำการรักษาตามมาตรฐานในระดับที่แพทย์โดยทั่วไป ในท้องถิ่นเดียวกันถือได้ว่าได้ปฏิบัติตามมาตรฐานแล้ว (Small v. Howard, 1880) นอกจากนี้ เกณฑ์มาตรฐานระดับท้องถิ่นเดียวกันยังรวมไปถึงพยานผู้เชี่ยวชาญ (expert witness) ที่ต้องเป็นแพทย์ที่ประกอบวิชาชีพอยู่ในท้องถิ่นเดียวกันหรือมีความรู้ความเข้าใจในท้องถิ่นนั้นๆด้วย

เช่น กรณีผู้ป่วยถูกแทงและมีเลือดออกที่ปอด ได้ไปรักษากับแพทย์ในเมืองเล็กแห่งหนึ่ง แพทย์ได้ทำการเจาะปอดเพื่อระบายเลือด เดือนต่อมาผู้ป่วยเกิดภาวะมีพังผืดเกาะยึดในปอด กลับไปพบแพทย์ท่านเดิม แต่ไม่ได้ทำการผ่าตัดเพื่อรักษาให้ จึงไปพบแพทย์อีกคนที่อยู่ในเมืองขนาดใหญ่กว่า แพทย์ได้ทำการผ่าตัดฉุกเฉินให้แต่ผู้ป่วยเสียชีวิต ประเด็นที่ศาลรับฟังคือ แนวทางการรักษาภาวะมีพังผืดเกาะยึดปอดของเมืองทั้งสองแตกต่างกัน คือในเมืองเล็กจะทำการผ่าตัดเมื่อภาวะดังกล่าวเกิดขึ้นภายใน 6 สัปดาห์ถึง 3 เดือนหลังเกิดภาวะเลือดออกในช่องปอด แต่ในเมืองขนาดใหญ่จะพิจารณาผ่าตัดเร็วกว่าคือภายใน 3 ถึง 8 สัปดาห์ คดีนี้จึงทักได้นำพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นแพทย์เฉพาะทางศัลยกรรมทรวงอกที่ปฏิบัติงานในเมืองขนาดใหญ่ แต่ศาลวินิจฉัยว่าพยานท่านนี้ไม่มีความรู้หรือประสบการณ์เกี่ยวกับการรักษาผู้ป่วยในเมืองเล็ก จึงไม่อาจนำคำให้การของพยานท่านนี้มาพิจารณาได้ (Osler v. Burnett, 1993)

คำว่า “ท้องถิ่นเดียวกัน” ในปัจจุบันศาลในสหรัฐอเมริกาได้ขยายความออกไป ไม่จำกัดอยู่เฉพาะเมืองเดียวกันเหมือนในอดีตเท่านั้น (strict locality rule) แต่ให้รวมไปถึงเมืองอื่นๆ ที่อยู่ใกล้เคียงที่มีลักษณะต่างๆ ใกล้เคียงกันด้วย (similar locality rule) ซึ่งจะทำให้การหาพยานผู้เชี่ยวชาญไม่ถูกจำกัดเฉพาะแพทย์ที่ปฏิบัติงานในเมืองนั้นๆ และยังทำให้มาตรฐานการรักษาของเมืองขนาดใกล้เคียงกันมีการพัฒนามาให้มีความใกล้เคียงกัน (King v. Murphy, 1982)

ส่วนมาตรฐานการรักษาระดับชาติ (national rule) เป็นแนวทางที่ศาลในระยะปัจจุบันใช้ประกอบการวินิจฉัย เนื่องจากมองเห็นข้อเสียของการใช้เกณฑ์มาตรฐานระดับท้องถิ่นที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ การที่แพทย์ในท้องถิ่นอาจจะไม่ยอมมีการพัฒนาความรู้ความสามารถให้เทียบเคียงกับมาตรฐานระดับชาติหรือกระทั่งสามารถกำหนดมาตรฐานให้ต่างจากมาตรฐานชาติได้ และข้อจำกัดในการที่จะต้องใช้พยานผู้เชี่ยวชาญที่ปฏิบัติงานเฉพาะในท้องถิ่นนั้นๆ เท่านั้น ใน Hall v. Hilbun (1985) ศาลได้วางหลักเกณฑ์ของมาตรฐานการรักษาในระดับชาติ โดยตั้งข้อสังเกตว่าแม้ท้องถิ่นต่างกันจะมีความแตกต่างกันในเรื่องเครื่องมือ อุปกรณ์ บุคลากรหรือทรัพยากรที่จำเป็น แต่ในเรื่องความรู้ทางการแพทย์ของแพทย์นั้นไม่ควรจะแตกต่างกัน เนื่องจากหลักสูตรที่สอนในโรงเรียนแพทย์แต่ละแห่งก็มีมาตรฐานในระดับเดียวกัน ศาลยกตัวอย่างว่าผู้ป่วยที่มีอุณหภูมิร่างกาย 105 ฟาเรนไฮต์ แพทย์ในทุกท้องถิ่นก็ต้องให้การวินิจฉัยแบบเดียวกันคือผู้ป่วยมีไข้สูง เป็นต้น ข้อจำกัดในเรื่องทรัพยากรแพทย์เพียงต้องรับรู้และปรับความรู้ที่มีอยู่ใช้อย่างเหมาะสมและไม่ต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำ (minimally acceptable level) นอกจากนี้ศาลยังได้วางหลักเรื่องพยานผู้เชี่ยวชาญว่าไม่จำเป็นต้องจำกัดเฉพาะผู้ปฏิบัติงานในท้องถิ่นเท่านั้น พยานผู้เชี่ยวชาญต่างท้องถิ่นที่สามารถเข้าใจสภาพจำกัดของท้องถิ่นนั้นๆ ก็สามารถเบิกความได้

สำหรับคดีความรับผิดชอบทางการแพทย์ของไทย โดยทั่วไปศาลจะยึดหลัก “วิสัย” และ “พฤติการณ์” ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสี่ “การกระทำโดยประมาท ได้แก่ การทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่” แสงว บัญญัติวิภาษ (2558) อธิบายไว้ว่า คำว่า วิสัย คือ

เงื่อนไขหรือธรรมชาติของผู้กระทำและสถานการณ์ในกรณีนั้นๆ ซึ่งวิสัยและพฤติการณ์ของการรักษาพยาบาลในโรงพยาบาลของโรงพยาบาลชุมชนต่างจังหวัดย่อมต่างจากโรงพยาบาลใหญ่ในเมือง เป็นต้น ส่วนการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญ ศาลไทยมิได้จำกัดให้รับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญเฉพาะที่ปฏิบัติงานในพื้นที่หรือท้องถิ่นเดียวกับที่เกิดเหตุ แต่มักจะเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ปฏิบัติงานอยู่ในโรงเรียนแพทย์ ที่อยู่ในกรุงเทพมหานครหรือจังหวัดใหญ่ๆ ซึ่งศาลไทยมักจะให้ความสำคัญกับการอ้างอิงพยานผู้เชี่ยวชาญเฉพาะทางที่เกี่ยวข้องกับภาวะโรคของผู้เสียหายในคดีนั้นๆ

มาตรฐานการรักษาโดยใช้ความเชี่ยวชาญของแพทย์เป็นเกณฑ์ (specialization)

ทฤษฎีนี้ไม่นำข้อจำกัดเรื่องพื้นที่มาใช้ แต่จะอ้างอิงความเชี่ยวชาญของแพทย์ที่ตรงกับภาวะการเจ็บป่วยของผู้เสียหายเป็นสำคัญ และจะถือว่าแพทย์เฉพาะทางมีมาตรฐานการรักษาที่สูงกว่าแพทย์ทั่วไปในการรักษาหรือทำหัตถการเดียวกัน ดังนั้นการที่ผู้ป่วยได้รับการรักษาจากแพทย์ทั่วไปจะนำมาตรฐานการรักษาของแพทย์เฉพาะทางมาใช้เปรียบเทียบไม่ได้ แต่หากว่าแพทย์ทั่วไปได้ทำการรักษาผู้ป่วยนอกเหนือจากขอบเขต เช่น ทำหัตถการในผู้ป่วยซึ่งปกติจะเป็นขอบเขตงานของแพทย์เฉพาะทาง กรณีนี้แพทย์ทั่วไปก็ต้องทำตามมาตรฐานการรักษาของแพทย์เฉพาะทางนั้น และศาลอาจมองว่าการรักษาของแพทย์ไม่เหมาะสม เนื่องจากไม่ดำเนินการส่งต่อไปให้แพทย์เฉพาะทางเป็นผู้ทำการรักษาเอง เช่น ในคดีที่โจทก์ประสบอุบัติเหตุศีรษะไม่ไผ่เข้าตาซ้ายไปพบแพทย์ทั่วไปที่โรงพยาบาลชุมชน แพทย์ตรวจร่างกายพบว่ามีการฉีกตาฉีกขาด ได้ทำการรักษาโดยล้างตาด้วยน้ำเกลือและปิดตาไว้ และแนะนำให้ผู้ป่วยว่าอาการไม่รุนแรงให้ไปพบจักษุแพทย์ในวันรุ่งขึ้น ซึ่งเมื่อผู้ป่วยไปพบจักษุแพทย์พบว่าการติดเชื้อที่ตาอย่างรุนแรง ต้องผ่าตัดเอาตาซ้ายออก มีผลให้โจทก์ตาบอด คดีนี้ทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า การรักษาของแพทย์ทั่วไปทำเช่นนี้ผิดมาตรฐาน เป็นการประมาทเลินเล่อเนื่องจากภาวะเช่นนี้แพทย์ทั่วไปไม่อาจทำการรักษาด้วยตนเองได้และควรส่งต่อจักษุแพทย์โดยทันที

นอกจากนี้ในประเทศไทย มักจะให้น้ำหนักกับพยานที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะทางมากกว่าแพทย์ทั่วไป เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10416/2555 เป็นกรณีที่ผู้ป่วยเสียชีวิตระหว่างการผ่าตัดไส้ติ่งอักเสบที่โรงพยาบาลชุมชน พยานผู้เชี่ยวชาญฝ่ายโจทก์เป็นแพทย์ทั่วไป มาเบิกความทำนองว่าการให้ยาชาเข้าไขสันหลังของแพทย์ไม่ได้มาตรฐาน ส่วนพยานผู้เชี่ยวชาญฝ่ายจำเลยเป็นอาจารย์แพทย์สาขาวิสัญญีวิทยา ได้ให้ความเห็นต่อศาลว่าการกระทำของแพทย์ถูกต้องตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพแล้ว คดีนี้ศาลเห็นว่าพยานฝ่ายจำเลยมีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากกว่าพยานฝ่ายโจทก์ เนื่องจากปฏิบัติงานเป็นวิสัญญีแพทย์โดยตรง และพิพากษายกฟ้อง หรือในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14229/2555 เป็นกรณีที่ผู้ป่วยมีภาวะผิดปกติแต่กำเนิดมีน้ำในสมองมากกว่าปกติ ไม่มีเนื้อสมองตั้งแต่แรกเกิด (hydranencephaly) โจทก์ฟ้องร้องต่อศาลว่าแพทย์ไม่ทำการรักษาผู้ป่วยและไม่แจ้งแนวทางการรักษาต่อโจทก์ตั้งแต่ผู้ป่วยคลอด จนทำให้ผู้ป่วยสมองพิการและเสียชีวิตในเวลาต่อมา พยานผู้เชี่ยวชาญของโจทก์ทำหนังสือที่เบิกความว่าการรักษาของแพทย์ไม่ได้มาตรฐาน คือไม่ทำการรักษาโดยการระบายน้ำออกจากสมองของผู้ป่วย ทำให้อาการของผู้ป่วยแย่ลง ศาลวินิจฉัยว่าพยานโจทก์รายนี้ไม่ได้เป็นผู้ตรวจรักษาผู้ป่วยรายนี้ ประกอบกับไม่ได้

เป็นแพทย์เชี่ยวชาญเฉพาะทางในสาขาวิชาที่เกี่ยวข้องกับการป่วยของผู้ป่วย เป็นเพียงแพทย์ทั่วไปที่ทำงานด้านศัลยกรรมเสริมความงาม คำพยานโจทก์ปากนี้จึงไม่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือ

มาตรฐานการรักษาโดยใช้แนวปฏิบัติที่ต่างกันของแพทย์ (schools of thought)

ต้องยอมรับว่าในทางการแพทย์ การรักษาโรคหนึ่งๆอาจจะมีแนวทางการรักษาได้หลายวิธี การกำหนดมาตรฐานการรักษาเป็นแบบเดียวกันในการรักษาโรคหนึ่งๆ จึงทำได้ยาก ทำให้หลักการ “two schools of thought” เป็นเสมือนข้อต่อสู้ที่แพทย์มักจะนำมาใช้เมื่อถูกฟ้องคดีความรับผิดชอบทางการแพทย์ โดยหากแพทย์สั่งการรักษาโดยวิธีที่ได้รับการยอมรับในวงการแพทย์ว่าเป็นวิธีการรักษาทางเลือกอีกทางหนึ่งก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบ แต่การจะวินิจฉัยว่าแนวทางการรักษาแบบใดที่ได้รับการยอมรับ ศาลในสหรัฐได้วางหลักการพิจารณาประเด็นนี้ไว้ในคดี Jones v. Chidester (1992) ว่าแนวการรักษาที่แตกต่างกันจะได้รับการยอมรับก็ต่อเมื่อแนวทางดังกล่าวได้รับการยอมรับจากแพทย์ที่มีชื่อเสียงและได้รับการนับถือเป็นจำนวนที่มากพอควร โดยหากเป็นแนวทางการรักษาทางเลือกที่ได้รับการยอมรับจากแพทย์เพียงกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือแพทย์ส่วนน้อย (reputable minority) ปัจจุบันศาลจะไม่ยอมรับให้ใช้เป็นข้อต่อสู้ของแพทย์

ประเทศไทยไม่ได้มีกฎหมายกำหนดในเรื่องแนวปฏิบัติที่ต่างกันที่เป็นที่ยอมรับที่สามารถใช้เป็นข้อต่อสู้ได้อย่างเช่นในสหรัฐ แต่วางหลักว่าแพทย์ต้องเลือกการรักษาในระดับที่ดีที่สุด ในสถานการณ์นั้นๆ ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม (มาตรา 31) ประกอบกับข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพ มาตรา 15 ที่กำหนดว่า “ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุด ในสถานการณ์นั้นๆ ภายใต้อำนาจและความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วัสดุ และพฤติการณ์ที่มีอยู่” ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลไทยในเรื่องการให้การรักษาที่ดีที่สุด ในสถานการณ์นั้นๆ เช่น ผู้ป่วยมีอาการเจ็บครรภ์คลอด จึงไปรับบริการที่โรงพยาบาลชุมชนแห่งหนึ่ง ขณะรอคลอดผู้ป่วยมีอาการหมดสติ แพทย์ได้ทำการช่วยฟื้นคืนชีพเบื้องต้นและส่งต่อไปโรงพยาบาลศูนย์ที่มีศักยภาพสูงกว่า แต่ต่อมาผู้ป่วยและบุตรในครรภ์เสียชีวิต โจทก์นำคดีมาฟ้องต่อศาลว่า ทีมแพทย์โรงพยาบาลชุมชน ละเลยต่อหน้าที่ ไม่ได้ดูแลผู้ป่วยตามมาตรฐานวิชาชีพ ไม่มีวิสัยทัศน์แพทย์หรือสูติแพทย์ที่สามารถวินิจฉัยและช่วยเหลือผู้ป่วยได้ทันทั่วถึงจึงทำให้ผู้ป่วยและทารกในครรภ์เสียชีวิต คดีนี้ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้อง โดยศาลวินิจฉัยว่า ทีมแพทย์โรงพยาบาลชุมชนมิได้ละเลยต่อหน้าที่ โดยได้ทำการฟื้นคืนชีพเบื้องต้นแล้ว การที่โรงพยาบาลไม่ได้ผ่าตัดทำคลอดโดยทันทีก็เนื่องจากเป็นโรงพยาบาลชุมชนขนาดเล็กมีข้อจำกัดด้านการแพทย์ พยาบาล บุคลากรทางการแพทย์ และเครื่องมือแพทย์ มีเพียงแพทย์เวชปฏิบัติทั่วไป ไม่มีสูติแพทย์ และวิสัญญีแพทย์ ไม่มีศักยภาพที่จะผ่าตัดทำคลอดที่ต้องใช้แพทย์ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะ หากดำเนินการผ่าตัดทำคลอดจะเพิ่มความเสี่ยงกับผู้ป่วยและทารกในครรภ์มากขึ้น ดังนั้นการดำเนินการของทีมแพทย์โรงพยาบาลชุมชนจึงถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ต่อผู้ป่วยและทารกในครรภ์ตามมาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมระดับที่ดีที่สุดสำหรับการคลอดในโรงพยาบาลของรัฐอย่างเต็มความรู้และความสามารถแล้ว (คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 1 ที่ 3245/2558)

มีข้อยกเว้นประการหนึ่งของการพิสูจน์เรื่องมาตรฐานการรักษาที่ไม่จำเป็นต้องอ้างถึงพยานผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ ได้แก่ Res Ipsa Loquitur (the thing speaks for itself) หรือหลักที่ว่า สิ่งนั้นบ่งบอกได้ด้วยตัวเอง หลักการนี้ถูกนำมาใช้กับคดีพิพาทในการรักษาพยาบาลในกรณีที่มีความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคนธรรมดาทั่วไป สามารถรู้ได้เองว่าเกิดจากการรักษาที่ผิดมาตรฐานโดยไม่ต้องใช้พยานผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์มาพิสูจน์ เช่น กรณีแพทย์ผ่าตัดขาผิดข้างหรือกรณีแพทย์สลิ้มผ้าก๊อชหรือเครื่องมือผ่าตัดไว้ในช่องท้องของผู้ป่วย กรณีนี้โจทก์ไม่จำเป็นต้องนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาพิสูจน์ว่ามีการกระทำละเมิดหรือผิดหลักวิชาชีพหรือไม่ แต่ให้เป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะพิสูจน์ว่าตนมิได้กระทำละเมิด แต่ได้ทำการรักษาอย่างถูกต้องตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพแล้ว

ในประเทศไทยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่พอจะนำหลักการนี้มาใช้เทียบเคียงได้คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18961/2556 โดยคดีนี้เป็นกรณีที่แพทย์สั่งให้พยาบาลถอดท่อช่วยหายใจที่คอของผู้ป่วยออก เนื่องจากเห็นว่าผู้ป่วยน่าจะหายใจเองได้แล้ว แต่ภายหลังการถอดท่อออกประมาณ 5 นาทีผู้ป่วยมีอาการกระสือกระส่นหายใจไม่ได้ หัวใจหยุดเต้น เป็นผลทำให้ผู้ป่วยมีความพิการทางสมองอย่างถาวร คดีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการกระทำของแพทย์และพยาบาลถือเป็นการกระทำที่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงและมีผลโดยตรงให้ผู้ป่วยมีความพิการทางสมองอย่างถาวร โดยไม่จำเป็นต้องมีพยานผู้เชี่ยวชาญมาพิสูจน์ว่าการที่ผู้ป่วยมีอาการหายใจติดขัดทันทีหลังจากถูกถอดท่อช่วยหายใจออก จึงน่าจะเป็นผลโดยตรงจากการกระทำดังกล่าว

3. ความเสียหายที่เกิดจากการรักษา (Actual Harm or Injury)

องค์ประกอบสำคัญถัดมาของความรับผิดละเมิดทางการแพทย์ คือ การต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นกับผู้ป่วย ซึ่งความเสียหายนี้ปกติจะเป็นจุดเริ่มต้นของการฟ้องร้องทั้งในคดีอาญาและคดีแพ่ง และศาลจะนำมาใช้พิจารณาว่าผู้นั้นมีอำนาจฟ้องร้องหรือไม่ ในคดีอาญา กฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 “บุคคลเหล่านี้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาต่อศาล (1) พนักงานอัยการ (2) ผู้เสียหาย” และในมาตรา 2 (4) กำหนดไว้ว่า “ผู้เสียหาย หมายความว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหาย เนื่องจากการกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6”

ในทางแพ่ง กฎหมายเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิด มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่า ผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นจึงจะครบองค์ประกอบความผิดในฐานะละเมิด ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในประเด็นนี้ว่าหากยังไม่มี ความเสียหายเกิดขึ้น แพทย์ย่อมไม่ต้องรับผิดฐานละเมิด เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5637/2533 โจทก์ฟ้องว่าแพทย์สั่งฉีดยาพิษเพื่อป้องกันโรคหัดเยอรมันแก่โจทก์ ในขณะที่ตั้งครรภ์ โดยโจทก์อ้างว่าวัคซีนนี้อาจจะทำให้ทารกในครรภ์เกิดมา มีความพิการได้

หลังจากฉีดยาโจทก์มีความกังวลอย่างมากจนไปขอรับการทำแท้งจากแพทย์ กรณีนี้ความเสียหายที่จะเกิดคือทารกที่เกิดมามีความพิการ แต่ความเสียหายนี้ยังไม่ได้เกิดขึ้น การที่โจทก์ไปขอทำแท้งก็เพราะกลัวไปเองว่าทารกในครรภ์จะคลอดออกมาพิการ การกระทำของแพทย์จึงไม่เป็นการละเมิด

4. ความเสียหายต้องสัมพันธ์กับการผิดมาตรฐานวิชาชีพ (Causation)

เมื่อพิสูจน์ได้แล้วว่ามีการประกอบวิชาชีพที่ผิดไปจากมาตรฐาน และมีความเสียหายเกิดขึ้น สิ่งที่ต้องพิสูจน์ต่อศาลต่อมาคือ ความเสียหายนั้นต้องเป็นผลโดยตรงจากการประกอบวิชาชีพที่ผิดไปจากมาตรฐานวิชาชีพ ซึ่งการพิสูจน์จะยากกว่าคดีละเมิดทั่วไปที่ความสัมพันธ์ของการละเมิดกับความเสียหายค่อนข้างจะตรงไปตรงมา กล่าวคือ โจทก์ในคดีความเสียหายทางการแพทย์มักจะเป็นผู้ป่วย หรือผู้ที่มีพยาธิสภาพจากโรคใดโรคหนึ่งอยู่ก่อนแล้ว ดังนั้นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายเหล่านี้มีได้หลายสาเหตุทั้งจากพยาธิสภาพของโรคเองหรือความผิดพลาดในการรักษาหรืออาจจะเกิดร่วมกัน และบางครั้งการรักษาผู้ป่วยรายหนึ่งอาจจะมีบุคลากรทางการแพทย์เกี่ยวข้องหลายฝ่าย ซึ่งการพิสูจน์ความสัมพันธ์นี้ต้องใช้ความรู้จากผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์

หลักการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลการกระทำโดยทั่วไปจะใช้หลักที่ว่า ถ้าไม่มีสิ่งหนึ่งเกิดขึ้น อีกสิ่งหนึ่งก็จะไม่เกิด (the more probable than not standard for "but-for") กล่าวคือจะพิจารณาจากเหตุใกล้ชิดโดยตรงที่ก่อให้เกิดความเสียหาย (proximate cause) แต่เนื่องจากความซับซ้อนในทางการแพทย์ที่ไม่่ว่าจากสภาพหรืออาการของผู้ป่วยที่แตกต่างกัน การรักษาจึงไม่สามารถจะรับรองได้ว่าผลการรักษาจะเป็นไปตามที่ตำราระบุไว้ทั้งหมด ทำให้คดีละเมิดทางการแพทย์จะใช้หลักการพิสูจน์เพิ่มเติมคือ "reasonable medical certainty" ที่ต้องมีหลักฐานทางการแพทย์ที่สมเหตุสมผลพอที่จะทำให้เชื่อได้ว่าความเสียหายนั้นเป็นผลโดยตรงจากการกระทำผิดมาตรฐานวิชาชีพในระดับที่วงการแพทย์โดยทั่วไปยอมรับ เช่น การที่ผู้ป่วยที่เคยมีประวัติแพ้ยา ไปรับการรักษาที่โรงพยาบาลแห่งหนึ่งโดยได้แจ้งประวัติการแพ้ยาแก่แพทย์แล้ว ปรากฏว่าแพทย์ได้จ่ายยาในกลุ่มเดียวกับที่ผู้ป่วยแพ้ยา หลังรับประทานยาผู้ป่วยหมดสติ ถูกนำตัวส่งห้องฉุกเฉิน กรณีเช่นนี้หากเป็นคดีละเมิดทั่วไปอาจจะกล่าวอ้างว่าการหมดสติของผู้ป่วยเกิดจากการแพ้ยา (คือถ้าหากไม่ได้รับประทานยา ผู้ป่วยก็จะไม่หมดสติ) แต่การกล่าวอ้างเช่นนี้ไม่เพียงพอ จำเป็นต้องมีหลักฐานมายืนยันด้วยว่าการที่ผู้ป่วยหมดสติเกิดจากการแพ้ยาจริง และเป็นการแพ้ยาที่ได้รับจากโรงพยาบาล (ไม่ใช่เกิดจากความเชื่อว่าจะเกิดจากการแพ้ยาโดยไม่มีหลักฐานอ้างอิง หรือเกิดจากสาเหตุอื่นๆ)

กรณีความเสียหายเกิดจากพยาธิสภาพของโรคหรือความผิดปกติแต่กำเนิด

โดยทั่วไปการที่พิสูจน์ได้ว่าความเสียหายเกิดจากพยาธิสภาพของโรคเองหรือความผิดปกติแต่กำเนิด ศาลมักจะวินิจฉัยว่าไม่เกี่ยวข้องกับการรับผิดชอบละเมิดทางการแพทย์ เนื่องจากความเสียหายไม่ได้เป็นผลโดยตรงจากการกระทำผิดมาตรฐานวิชาชีพเวชกรรม แต่การพิสูจน์ต้องเป็นพิสูจน์โดยพยานที่มีความเชี่ยวชาญรวมทั้งต้องมีหลักฐานทางการแพทย์ยืนยันอย่างชัดเจน

เช่น ใน Pelton v. Tri-State Memorial Hospital (1992) คดีนี้เป็นคดีคลอดบุตร ระหว่างการคลอดพบว่าการคลอดยากแพทย์ได้พยายามทำคลอดทางช่องคลอดโดยใช้เครื่องมือช่วยคลอดแต่ไม่สามารถคลอดได้ สุดท้ายต้องทำการผ่าตัดคลอด ต่อมาพบว่าเด็กมีอาการทางสมอง พัฒนาการล่าช้า โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องแพทย์ว่าการทำคลอดของแพทย์ผิดมาตรฐานทำให้เด็กเกิดมามีความพิการทางสมอง ได้มีการพิสูจน์ทางการแพทย์โดยวิธีตรวจโครโมโซม ตรวจเอกซเรย์คอมพิวเตอร์ และตรวจอื่นๆ อีกหลายอย่าง พบว่าการที่เด็กมีสมองพิการเกิดจากความผิดปกติของโครโมโซมของเด็กเอง ไม่ได้เป็นผลมาจากการทำคลอด กรณีความผิดปกติแต่กำเนิดในไทยได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 14229/2555 เป็นกรณีที่โจทก์มีภาวะน้ำในสมองเกินตั้งแต่แรกคลอด แพทย์ทำการวินิจฉัยเพิ่มเติมพบว่าโจทก์เป็นโรคเนื้อสมองใหญ่สลายกลายเป็นถุงน้ำ (hydranencephaly) ศาลวินิจฉัยว่า กรณีนี้เห็นว่าโจทก์เป็นโรคมาตั้งแต่อยู่ในครรภ์มารดา มิใช่เกิดขึ้นภายหลัง การที่โจทก์ถึงแก่ความตาย จึงมีสาเหตุมาจากโรคดังกล่าว และพยานหลักฐานของโจทก์ฟังไม่ได้ว่าการตรวจรักษาของแพทย์เป็นไปโดยประมาทหรือผิดมาตรฐานเป็นสาเหตุให้โจทก์เสียหาย พิพากษายกฟ้อง

ในประเทศไทยยังมีข้อจำกัดในการพิสูจน์โดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ที่ทันสมัยมาวินิจฉัยสาเหตุที่แท้จริงของความเสียหาย การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายกับการกระทำผิดมาตรฐานวิชาชีพ ส่วนใหญ่จึงเป็นการพิสูจน์โดยอาศัยความคิดเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญเพียงลำพังที่พิจารณาจากประวัติย้อนหลังของผู้ป่วย เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 6887/2559 เป็นคดีคลอดบุตร ที่ระหว่างการคลอดพบปัญหาการคลอดยากเช่นเดียวกัน แพทย์เวรที่โรงพยาบาลชุมชนได้พยายามช่วยทำคลอดทางช่องคลอดโดยใช้เครื่องดูดสุญญากาศ แต่ไม่สำเร็จจึงได้ส่งผู้ป่วยไปโรงพยาบาลประจำจังหวัดเพื่อทำการผ่าตัดคลอด ต่อมาพบว่าเด็กคลอดออกมามีความพิการทางสมอง เกร็ง ชักกระตุก มีอาการทางสายตา แต่คดีนี้พยานผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นว่าความผิดปกติของโจทก์เกิดได้หลายสาเหตุ เช่น ระหว่างตั้งครรภ์ มารดารับประทานยาขับประจำเดือน หรือมีการติดเชื้อระหว่างตั้งครรภ์ หรือมีภาวะได้รับสารพิษหรือเชื้อไวรัส หรือระหว่างการคลอดอาจมีภาวะการขาดออกซิเจน หรือภาวะที่คลอดนานเกินไป หรือหลังคลอดมีการติดเชื้อทางสมอง ประกอบกับการบันทึกของแพทย์พบว่าขณะคลอดเด็กมีเพียงภาวะการขาดออกซิเจนอย่างอ่อน ร่วมกับการที่ศาลพิจารณาเห็นว่าการดูแลผู้ป่วยของทีมแพทย์ที่โรงพยาบาลชุมชนเป็นไปตามมาตรฐานตามสถานการณ์แล้ว ศาลจึงวินิจฉัยว่ากรณีนี้ยังไม่อาจชี้ชัดได้ว่าการพิการทางสมองของโจทก์เป็นผลโดยตรงจากการคลอดที่ล่าช้าที่โรงพยาบาลชุมชน พิพากษายกฟ้อง (โดยไม่ได้มีการตรวจยืนยันสาเหตุที่แท้จริงของความพิการทางสมองของเด็ก)

กรณีความเสียหายเกิดจากพยาธิสภาพของโรคร่วมกับการกระทำผิดมาตรฐาน

การตรวจ วินิจฉัยและรักษาทางการแพทย์นั้นมีความซับซ้อน สาเหตุความผิดปกติของอาการหนึ่งๆมักจะมีได้หลายสาเหตุ และโดยทั่วไปแพทย์มักจะไม่สามารถยืนยันได้ว่าความผิดปกติเกิดจากเหตุใด รวมทั้งพยานผู้เชี่ยวชาญก็ไม่สามารถตัดสินได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายว่าเป็นผลจากการรักษาของแพทย์หรือไม่ถึงระดับ “reasonable medical

certainty” กรณีนี้ศาลในสหรัฐมักจะวินิจฉัยไปในทางว่า แม้ความผิดปกติของผู้เสียหายที่นำมาซึ่งการฟ้องร้องนี้เกิดจากพยาธิสภาพหรือการดำเนินโรคของผู้เสียหายเอง แต่หากมีการกระทำผิดมาตรฐานร่วมอยู่ด้วยและการกระทำผิดมาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นไปเพิ่มความเสี่ยง ทำให้พยาธิสภาพของผู้เสียหายแย่ลง หรือดำเนินโรคไปเร็วยิ่งขึ้น ดังนั้นก็จะถือว่าความเสียหายนั้นเป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการกระทำผิดมาตรฐานนั้นแล้ว เช่น ในคดี *Mitzelfelt v. Kamrin* (1990) ผู้ป่วยเกิดภาวะอัมพาตทั้งตัว (quadriplegia) ภายหลังการผ่าตัดกระดูกสันหลังระดับคอ (cervical laminectomy) จึงฟ้องทีมแพทย์ที่ทำการผ่าตัดว่าการควบคุมความดันโลหิตของผู้ป่วยระหว่างการผ่าตัดมีความบกพร่องส่งผลให้เลือดไปเลี้ยงไขสันหลังไม่เพียงพอจนทำให้ผู้ป่วยเกิดภาวะอัมพาตทั้งตัว ทางนอัสบพบว่าการลดลงของความดันโลหิตของผู้ป่วยในขณะที่ผ่าตัดต่ำกว่าภาวะปลอดภัยจริง โดยพยานผู้เชี่ยวชาญก็แสดงความเห็นว่าการลดลงของความดันโลหิตดังกล่าวส่งผลต่อปริมาณเลือดที่ไปเลี้ยงไขสันหลังและสามารถเป็นเหตุให้เกิดอัมพาตได้ พยานผู้เชี่ยวชาญอีกท่านให้ความเห็นว่าอาการของผู้ป่วยแบบนี้แม้จะทำการผ่าตัด ก็จะมีประมาณ 20% ที่เกิดอาการอัมพาตทั้งตัวเช่นนี้ได้ แต่ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำของแพทย์ที่ควบคุมความดันโลหิตบกพร่องได้ไปเพิ่มความเสี่ยงของการเกิดอัมพาตของผู้ป่วย ถึงแม้ว่าจะมีผู้ป่วยบางส่วนอยู่แล้วที่จะเกิดภาวะอัมพาตแม้การผ่าตัดจะดำเนินไปอย่างปกติ พิพากษาให้โจทก์ชนะคดี

ในประเทศไทยศาลได้มีการวินิจฉัยโดยใช้หลักการเดียวกันนี้ใน คำพิพากษาฎีกาที่ 12498/2558 เป็นกรณีที่โจทก์ฟ้องว่าแพทย์ทำการวินิจฉัยโรคหัวใจของโจทก์ล่าช้าทำให้โจทก์ต้องพิการเนื่องจากหัวใจล้มเหลว ศาลวินิจฉัยว่าแพทย์ไม่ได้ทำการตรวจรักษาโจทก์ครบถ้วนตามหลักวิชาการแพทย์ คือ ไม่ได้ทำการสอบถามผู้ใกล้ชิดของโจทก์ว่าป่วยเป็นโรคหรือไม่ และไม่ได้ส่งผลเอกซเรย์ปอดของโจทก์ไปให้ผู้เชี่ยวชาญอ่านผล แม้ว่าพยานผู้เชี่ยวชาญจะให้ความเห็นว่ากรณินิจฉัยโรคในเด็กทำได้ยากกว่าผู้ใหญ่ หากยังไม่สามารถวินิจฉัยได้แน่นอนมักจะไม่ใช่เพราะผลข้างเคียงของยาสูง และกรณีโรคหัวใจล้มเหลวแสดงว่าสมองถูกทำลายแล้ว แม้จะทำการรักษาด้วยยา แต่ด้วยพยาธิสภาพของโรค ประมาณ 10-70% ของผู้ป่วยจะเสียชีวิต หากรอดชีวิตก็จะมีอาการพิการทางสมอง พยานผู้เชี่ยวชาญยังให้ความเห็นว่าการรักษาของแพทย์ในกรณีนี้ถือว่าไม่ได้ล่าช้า ศาลมองว่าการที่แพทย์ไม่ทำตามหลักวิชาชีพนี้ทำให้ไปเพิ่มความเสี่ยงต่อการดำเนินโรคทำให้หัวใจล้มเหลวไปที่สมองจนเกิดสมองพิการ จึงพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี

ในสหรัฐอเมริกามีการนำสถิติเกี่ยวกับการเกิดโรค หรือการรอดชีวิตจากโรคมาเป็นตัวกำหนดในการพิจารณาคดี โดยเรียกหลักการนี้ว่า “loss of chance doctrine” คือในกรณีที่ผู้ป่วยระยะสุดท้ายหรือมีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า 50% ไม่ว่าจะรักษาด้วยวิธีใดก็ตาม กรณีนี้จะเป็นการยากที่ผู้ป่วยจะพิสูจน์ว่าการเสียชีวิตเกิดจากความผิดพลาดจากการรักษาของแพทย์ ศาลจึงวางหลักไว้ว่ากรณีนี้ผู้ป่วยเพียงพิสูจน์ว่าหากการรักษาเป็นไปอย่างถูกต้องตามวิชาชีพจะทำให้โอกาสรอดชีวิตของผู้ป่วยสูงขึ้น (แม้ในที่สุดผู้ป่วยจะเสียชีวิตก็ตาม) เช่น กรณีที่ผู้ป่วยมะเร็งปาก

มดลูกได้ทำการรักษาด้วยวิธีฉายแสงครบตามแผนการรักษาแล้วตั้งแต่ปี 1981 จากนั้นผู้ป่วยได้ทำการตรวจเช็คมะเร็งเร็งปากมดลูก ทุกปีพบว่าไม่มีผลปกติ จนกระทั่งปี 1989 ตรวจพบเซลล์มะเร็ง จึงได้ไปพบแพทย์ แพทย์ได้ตรวจร่างกายผู้ป่วยและตรวจมะเร็งเร็งปากมดลูกซ้ำ พบมีเซลล์ผิดปกติ แต่ไม่ได้บ่งบอกว่าเป็นเซลล์มะเร็ง แพทย์จึงให้การรักษาแบบช่องคลอดอีกเสบโดยไม่ได้สั่งการตรวจเพิ่มเติม เช่น ตัดชิ้นเนื้อมาตรวจทางพยาธิวิทยา หลายเดือนต่อมาผู้ป่วยมีอาการผิดปกติพบ มีก้อนที่ช่องท้อง ไปพบแพทย์อีกครั้ง คราวนี้ตรวจมะเร็งเร็งปากมดลูกพบเซลล์มะเร็ง แพทย์จึงนัดผู้ป่วยเพื่อมาผ่าตัดแต่ปรากฏว่าโรคมะเร็งลุกลามไปยังอวัยวะอื่นและผู้ป่วยเสียชีวิตในที่สุด โจทก์นำคดีมาฟ้องแพทย์ว่าทำการตรวจวินิจฉัยผิดมาตรฐานเป็นเหตุให้พบโรคมะเร็งล่าช้า ทำให้ผู้ป่วยขาดโอกาสในการได้รับการรักษาที่ได้ผล แต่ฝ่ายแพทย์อ้างว่ากรณีมะเร็งที่กลับเป็นขึ้นมาใหม่ โอกาสรอดชีวิตหรือรักษาได้ผลน้อยกว่า 50% ดังนั้นแม้ว่าแพทย์จะวินิจฉัยล่าช้าก็ไม่ได้มีผลต่อการรอดชีวิตของผู้ป่วย แต่ศาลไม่เห็นด้วย ศาลวินิจฉัยว่าการที่แพทย์รักษาผิดมาตรฐานแล้วไปมีผลให้ความเสี่ยงต่อการเจ็บป่วยของผู้ป่วยมากขึ้น การผิดมาตรฐานนั้นก็ถือเป็นเหตุโดยตรงของความเสียหายที่ผู้ป่วยได้รับแล้ว (Mayhue v. Sparkman, 1995)

โดยสรุปการพิจารณาคดีทฤษฎีปฏิบัติมีความละเอียดอ่อน ซึ่งต้องคำนึงองค์ประกอบทั้งสี่ประการ ตั้งแต่ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย หน้าที่ที่แพทย์ที่มีต่อผู้ป่วย มาตรฐานการรักษาทางวิชาชีพที่ได้รับการยอมรับจากแพทย์ในสาขาเดียวกันและตามบริบทของพื้นที่ การกระทำอันผิดไปจากมาตรฐาน มีความเสียหายอันเกิดจากการรักษา โดยที่ความเสียหายนั้นต้องเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำอันผิดไปจากมาตรฐานการรักษานั้น การพิจารณาคดีทฤษฎีปฏิบัติที่ยึดตามองค์ประกอบทั้งสี่ประการนี้จะช่วยให้การพิจารณาคดีมีความถูกต้องและเป็นธรรมมากขึ้น

เอกสารอ้างอิง

- ขวัญชัย โชติพันธุ์. (2555). **คดีทางการแพทย์: แนวทางศึกษา เพื่อป้องกันและต่อสู้คดี**. กรุงเทพฯ: ซีเอ็ดยูเคชั่น.
- ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549. ราชกิจจานุเบกษา 123 (1 พฤศจิกายน 2549), หน้า 24.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6092/2552.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11332/2555.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15067/2557.
- คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 1 ที่ 3245/2558.
- คำฟ้องคดีผู้บริโภคหมายเลขดำที่ 4/2554 (ศาลแขวงสุราษฎร์ธานี).
- นพพร โพธิ์รังสิยากร. (2559). **ความรับผิดทางกฎหมายของแพทย์จากการรักษาพยาบาล: ทฤษฎีปฏิบัติ**. กรุงเทพฯ: บริษัทโอ-วิทย์ (ประเทศไทย จำกัด).
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. ราชกิจจานุเบกษา 42 (11 พฤศจิกายน 2464), หน้า 132-133.
- ประมวลกฎหมายอาญา. ราชกิจจานุเบกษา 73 (15 พฤศจิกายน 2499), หน้า 42.

- พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, ราชกิจจานุเบกษา 99 (11 สิงหาคม 2525), หน้า 16.
- พระราชบัญญัติสถานพยาบาล (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2559. ราชกิจจานุเบกษา 133 (20 ธันวาคม 2559), หน้า 46.
- พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477. ราชกิจจานุเบกษา 52 (10 มิถุนายน 2478), หน้า 624.
- แพทยสภา (2558). คำประกาศสิทธิและข้อพึงปฏิบัติของผู้ป่วย ฉบับใหม่ออกโดย 6 สมาชิวิชาชีพ ประกาศ ณ วันที่ 12 สิงหาคม 2558. สืบค้นจาก http://www.tmc.or.th/detail_news.php?news_id=834
- เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ. (2549). *กฎหมายกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรม*. กรุงเทพฯ: บุ๊คเน็ต.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. ราชกิจจานุเบกษา 134 (6 เมษายน 2560), หน้า 12, 15.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส (2558). ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข: วิเคราะห์ข้อดีหรือข้อเสีย. *วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข 1(1)*, 54-55.
- Dixon v. Siwy, 661 N.E.2d 600 (Ind. 1996).
- Green v. Walker 910 F.2d 291 (5th Cir. 1991).
- Greenberg v. Perkins 845 P.2d 530 (Colo. 1993).
- Hall, M. A., Bobinski, M. A., & Orentlicher, D. (2003). *Health care law and ethics*. New York: Aspen Publishers.
- Hall v. Hilbun 466 So.2d 856 (Miss. 1985).
- Hamil v. Bashline 307 A.2d 57 (Pa. Super. Ct.1973).
- Hiser v. Randolph 126 Ariz. 608; 617 P.2d 774 (Ariz. 1980).
- Hurley v. Eddingfield 59 N.E. 1058 (Ind.1901).
- Jones v. Chidester, 610 A.2d 964 (Pa. 1992)
- King v. Murphy 424 So. 2d 547 (Miss. 1982).
- Louisell, D. W. & Williams, H. (1960). *Res Ipsa Loquitur—Its Future in Medical Malpractice Cases*. *California Law Review*, 48 (2), 252-270.
- Mayhue v. Sparkman 653 N.E. 2d 1384 (Ind. 1995).
- McIntyre v. Smith 24 S.W. 3d 911 (Tex. App. 2000).
- Mitzelfelt v. Kamrin 526 Pa.54 (Pa. 1990).
- Osler v. Burnett 1993 Tenn. App. LEXIS 244 (Tenn. 1993).
- Pelton v. Tri-State Memorial Hospital, Inc., et al. 831 P.2d 1147 (Wa. 1992).
- Reynolds v. Decatur Memorial Hospital 660 N.E.2d 235 (Ill. App.1996).
- Rowland v. Christian 69 Cal.2d 108 (Cal. 1968).
- Small v. Howard 128 Mass. 131 (Mass. 1880).
- Walters v. Rinker 520 N.E. 2d 468 (Ind. Ct. App. 1988).
- Wilkins, L. P. (2007). *Cases and Materials on the law of medical malpractice* (10th ed.). Indianapolis.