

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายทางละเมิดที่เกิดกับทารกในครรภ์มารดา:
ศึกษารณาทารกเกิดมาพิการ



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2563
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

Legal Problem on Child en ventre sa mère's Remedies:
The Study of Wrongful Life and Wrongful Birth



Miss Watcharee lampiboonwattana

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
Common Course
FACULTY OF LAW
Chulalongkorn University
Academic Year 2020
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายทาง ละเมิดที่เกิดกับทารกในครรภ์มารดา: ศึกษารณียาทรกเกิด มาพิการ
โดย	น.ส.วัชรี เอี่ยมพิบูลย์วัฒนา
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	รองศาสตราจารย์ ดร.อังคนาวดี ปิ่นแก้ว

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์พิเศษไพฑูริย์ คงสมบูรณ์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ ดร.อังคนาวดี ปิ่นแก้ว)

..... กรรมการ
(ดร.สิพิมพ์ วิวัฒน์วัฒนา)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์สุพจี รุ่งโรจน์)

วัชรีย์ เอี่ยมพิบูลย์วัฒนา : ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายทาง
 ละเมิดที่เกิดกับทารกในครรภ์มารดา: ศึกษากรณีทารกเกิดมาพิการ .
 (Legal Problem on Child en ventre sa mère's Remedies: The Study of
 Wrongful Life and Wrongful Birth) อ.ที่ปรึกษาหลัก : รศ.ดร.อังคณาดี ปิ่นแก้ว

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทารกใน
 ครรภ์มารดาอันเกิดจากการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกใน
 ครรภ์มารดาแต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ โดยได้ทำการวิเคราะห์ปัญหาสถานะ
 และการรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของทารกในครรภ์มารดา การปรับใช้
 กฎหมายลักษณะละเมิดและค่าสินไหมทดแทนทั้งในส่วนของทารกและในส่วนของบิดามารดาโดยชอบด้วย
 กฎหมาย โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายและคำพิพากษาศาลของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐ
 เยอรมนี และประเทศอังกฤษ ทั้งนี้ เพื่อหาแนวทางการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทารกที่พิการ

จากการศึกษาพบว่าทารกในครรภ์มารดามีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดา แต่อย่างไรก็ตาม
 ทารกในครรภ์มารดาได้รับการรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดตามบทบัญญัติ
 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 15 วรรคสอง แต่ทั้งนี้ก็เป็นเพียงสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีเท่านั้น
 เนื่องจากในประเด็นที่ศึกษาในส่วนของทารกไม่สามารถปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดและค่าสินไหมทดแทน จึง
 มีผลทำให้ความพิการทางร่างกายของทารกไม่ได้รับการเยียวยา ส่วนกรณีของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย
 สามารถปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดและค่าสินไหมทดแทนได้ ทั้งนี้ จากการศึกษาคำพิพากษาของสาธารณรัฐ
 ฝรั่งเศสพบว่าสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีแนวทางการเยียวยาทารกที่เกิดมาพิการโดยเป็นการเยียวยาจากกองทุน
 National Solidarity ซึ่งใช้ระบบการเยียวยาโดยไม่พิสูจน์ความผิด (No fault compensation)

ดังนั้นจึงเห็นควรที่จะเสนอให้มีการเยียวยาทารกที่พิการโดยการตั้งกองทุนและใช้ระบบชดเชยความ
 เสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดดังเช่นสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2563

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5986014234 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Prenatal disability diagnosis, Remedies, Fetus' Status, Fetus' rights

Watcharee Iampiboonwattana: Legal Problem on Child en ventre sa mère's Remedies:
The Study of Wrongful Life and Wrongful Birth. Advisor: Assoc. Prof. Angkanawadee
Pinkawee, Ph.D.

This thesis focusses primarily on the study of a legal problem relating to legal remedies for prenatal birth defect misdiagnosis. False negative prenatal disability diagnosis happens when a physician wrongly diagnoses a disabled-body foetus as able-body fetus; however, the truth contradicts the diagnosis after birth. The thesis has demonstrated the analysis and comparisons of the status and the guarantee of fetal rights to prosecute according to tort law, and the implementation of tort laws both for the disabled babies and for the lawful parents. To deeply study and profoundly research, the thorough comparative study on judicial decisions regarding sentences and verdicts of French, German and English judges was required so as to approach the ultimate damages remedies for babies with physical disabilities.

The study has shown that the fetus' status exists as a part of its biological mother. Despite such fact, according to the Section 15 paragraph 2 of the Civil and Commercial Code, the fetus on its own maintains the guaranteed rights to prosecute. It is unfortunate that this section only grants the rights to prosecute, not implement the tort law for this case. As a result, the physical disabilities of the born defective fetuses have never been duly compensated. On the other hand, as for the case of legal parents, it is possible to implement the tort law.

The study has also found that France has compensate the misdiagnosed babies with compensations funded by National Solidarity Funds. It is noticeable that the system of No Fault Compensation has been applied in this fund. I hereby propose that this compensation fund should be adopted and applied in Thailand as well.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2020

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความเมตตาจากรองศาสตราจารย์ ดร.อังคณาวัต ปิ่นแก้ว ซึ่งได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและได้ให้คำปรึกษา คำชี้แนะที่เป็นประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณไว้ ณ ที่นี้

ขอกราบขอบพระคุณคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่าน ซึ่งประกอบด้วยศาสตราจารย์ พิเศษไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ ดร.สิพิมพ์ วิวัฒน์วัฒนา และท่านอาจารย์สุพจี รุ่งโรจน์ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทั้งสามท่านได้ให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ ตลอดจนชี้แนะแนวทางในการทำวิทยานิพนธ์อันเป็นประโยชน์ต่อผู้เขียนเป็นอย่างยิ่ง

ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์วรรณชัย บุญบำรุง ที่ได้กรุณาให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์ต่อผู้เขียน

ขอกราบขอบพระคุณบิดาผู้ล่วงลับผู้เป็นแรงบันดาลใจและแรงผลักดันจนผู้เขียนประสบความสำเร็จในวันนี้ ขอกราบขอบพระคุณมารดาผู้คอยเป็นกำลังใจและสนับสนุนด้านการศึกษาแก่ผู้เขียนจนสำเร็จการศึกษา และขอขอบคุณความห่วงใยและกำลังใจจากญาติพี่น้อง เพื่อนๆระดับปริญญาตรี ตลอดจนพี่ๆ เพื่อนๆ น้องๆ ทุกคนในหลักสูตรที่คอยช่วยเหลือ เป็นที่ปรึกษา และให้กำลังใจซึ่งกันและกันในการทำวิทยานิพนธ์

ขอพระขอบคุณ คุณปรีณันท์ ล้อเสริมวัฒนา ประธานเครือข่ายผู้เสียหายทางการแพทย์ นายแพทย์เทพ เวชวิสิฐ นายแพทย์เกรียง อัครรุ่งนรินทร์ และแพทย์หญิงวิบูลพรรณ ฐิตะดิลก คุณภิญญาภาส โยธี และน้องแชมป์ ที่ได้สละเวลาให้ผู้เขียนได้สัมภาษณ์ รวมทั้งให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอพระขอบคุณเจ้าหน้าที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เจ้าหน้าที่หอจดหมายเหตุแห่งชาติ เจ้าหน้าที่หลักสูตรคณะนิติศาสตร์มหาบัณฑิต ที่ได้ช่วยให้คำแนะนำและอำนวยความสะดวกในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

และประการสุดท้าย หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนต้องขออภัยและขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

วัชรีย์ เอี่ยมพิบูลย์วัฒนา

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	9
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	9
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	11
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	12
1.4 สมมติฐานของการวิจัย.....	12
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย	12
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย	12
1.7 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง	13
บทที่ 2 ความเป็นมาของการร่างกฎหมาย และข้อพิจารณาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง	19
2.1 ความเป็นมาของการร่างกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดาตาม บทบัญญัติมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	19
2.2 มาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดา.....	21
2.2.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	22
2.2.2 สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี.....	24
2.2.3 ประเทศอังกฤษ.....	25
2.2.4 ประเทศไทย.....	26
2.3 ลักษณะการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาด.....	30

2.4 การยุติการตั้งครุฑ.....	33
บทที่ 3 การเยียวยาความเสียหายทางละเมิดตามกฎหมายต่างประเทศ.....	38
3.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส	38
3.1.1 สถานะและการรับรองสิทธิของทารกในครรภ์มารดา.....	38
3.1.2 หลักวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิด	42
3.1.3 การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมและทฤษฎีความพึงพอใจ	52
3.1.4 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาล.....	56
3.2 สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี	67
3.2.1 การรับรองสิทธิของทารกในครรภ์มารดา.....	67
3.2.2 หลักวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิด	70
3.2.3 การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมและหลักการชดใช้ที่ยุติธรรม และความพึงพอใจ.....	80
3.2.4 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาล.....	86
3.3 ประเทศอังกฤษ	89
3.3.1 สถานะและการรับรองสิทธิของทารกในครรภ์มารดา.....	89
3.3.2 หลักวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิด.....	93
3.3.3 การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิม.....	107
3.3.4 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาล.....	111
บทที่ 4 หลักการเยียวยาความเสียหายทางละเมิดตามกฎหมายไทย	116
4.1 สภาพบุคคลทางกฎหมาย	116
4.1.1 สถานะของทารกในครรภ์มารดา.....	116
4.1.2 การรับรองสิทธิของทารกในครรภ์มารดา.....	117
4.2 การเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดและการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน.....	121
4.2.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาความรับผิดทางละเมิด.....	121

4.2.2 หลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน.....	134
4.3 คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง	139
บทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหาการเยียวยาความเสียหายกรณีทากรเกิดมาพิการ	152
5.1 ปัญหาสถานะและการรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของ ทากรในครรภ์มารดา.....	153
5.1.1 สถานะของทากรในครรภ์มารดา.....	153
5.1.2 การรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของทากรใน ครรภ์มารดา.....	155
5.2 ปัญหาการปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิด	161
5.2.1 กรณีทากร.....	162
5.2.2 กรณีบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย	173
5.3 ปัญหาการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทน.....	207
5.3.1 กรณีทากร.....	208
5.3.2 กรณีบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย	212
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	222
6.1 บทสรุป.....	222
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	232
บรรณานุกรม.....	238
ประวัติผู้เขียน.....	245

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

แพทย์เป็นวิชาชีพเวชกรรมที่กระทำต่อร่างกายมนุษย์ การตรวจวินิจฉัยของแพทย์จึงจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวังเพื่อให้ได้ผลการตรวจวินิจฉัยที่ถูกต้องและนำไปสู่การรักษาได้อย่างถูกต้องและทันที่ ซึ่งปัจจุบันการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก สามารถลดความวิตกกังวลของบิดามารดาว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกายหรือไม่ และสามารถเพิ่มโอกาสและทางเลือกในการรักษาในกรณีที่พบว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย ซึ่งความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาหรือความพิการแต่กำเนิด (Congenital anomaly) สามารถเกิดขึ้นได้จากการถ่ายทอดพันธุกรรมจากบิดามารดาสู่ทารกในครรภ์มารดา การได้รับเชื้อโรคหรือโรคติดต่อจากบิดามารดาสู่ทารกในครรภ์มารดา การได้รับสารเคมีหรือยาบางชนิดในระหว่างตั้งครรภ์หรือกรณีอื่นๆ ซึ่งหากแพทย์ตรวจพบความพิการทางร่างกายของทารกตั้งแต่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา แพทย์ย่อมแจ้งให้บิดามารดาทราบถึงความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์เพื่อให้บิดามารดาได้เตรียมความพร้อมทางจิตใจ เตรียมความพร้อมในการเลี้ยงดูทารกที่พิการ หรือในกรณีที่ความพิการทางร่างกายของทารกนั้นมีความรุนแรงอย่างมากและทำให้มารดาที่มีความเครียดอย่างรุนแรงภายหลังที่ทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอย่างรุนแรง มารดาย่อมมีโอกาสในการตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์¹

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5

การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

(1) เป็นกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงมีครรภ์ หรือ

(2) เป็นกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือ

เห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคนให้ถือว่าหญิงมีครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

ทั้งนี้ ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิตและต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชทะเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครุฑมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แต่เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ ความพิการทางร่างกายของทารกนั้นย่อมนำมาซึ่งปัญหาสุขภาพและความยากลำบากในการดำรงชีวิตของทารก ซึ่งนอกจากผลกระทบต่อทางด้านร่างกายของทารกแล้ว ทารกยังประสบกับทัศนคติเชิงลบ ไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม ถูกล้อเลียน และมีโอกาสทางเลือกด้านอาชีพน้อยกว่าบุคคลที่มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ซึ่งผลกระทบต่อเหล่านี้สามารถก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานจิตใจแก่ทารกได้ นอกจากนี้ในส่วนของบิดามารดานั้นการที่แพทย์แจ้งผลการตรวจที่ผิดพลาดแก่บิดามารดาช่วยทำให้บิดามารดามีความเชื่อมั่นในผลการตรวจวินิจฉัยครุฑมารดาโดยตลอดว่าทารกในครรภ์มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงไม่มีความพิการทางร่างกาย และเมื่อบิดามารดาทราบว่าทารกมีร่างกายพิการในตอนคลอดก็ย่อมส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของบิดามารดา รวมถึงสร้างความวิตกกังวลแก่บิดามารดาทั้งในเรื่องการดำรงชีวิตของทารกในอนาคตเนื่องจากทารกที่มีร่างกายพิการนั้นย่อมมีความยากลำบากในการดำรงชีวิตโดยลำพังอีกทั้งในมุมมองของกฎหมายนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 วรรคสองยังได้กำหนดให้บิดามารดา มีหน้าที่ตามกฎหมายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้² ซึ่งทารกที่พิการนั้นย่อมจะได้รับการเลี้ยงดูมากกว่าทารกที่มีร่างกายปกติและมีค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากทั้งในด้านการเลี้ยงดูและการรักษาพยาบาลทารกที่พิการ ซึ่งผลกระทบต่อเหล่านี้สามารถก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่บิดามารดาได้เช่นกัน นอกจากนี้ในส่วนของการวินิจฉัยการที่แพทย์ตรวจไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ยังทำให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์อีกด้วย

ทั้งนี้ สิ่งที่เป็นผลตามมามีคือ ทารกที่พิการและบิดามารดาเลือกที่จะใช้มาตรการการเยียวยาความเสียหายโดยการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับแพทย์ โดยในส่วนของทารกนั้นเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งการฟ้องร้องดำเนินคดีในกรณีของทารกเรียกว่า Wrongful life ทั้งนี้ทารกจะได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อเยียวยาความพิการที่เกิดขึ้นกับร่างกายของตนหรือไม่นั้น มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาการเริ่มต้นสภาพบุคคลตามกฎหมาย สถานะของทารกในครรภ์มารดา การรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของทารกในครรภ์มารดา และจะต้อง

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1564 วรรคสอง บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้

พิจารณาว่าการกระทำของแพทย์ครอบงำประกอบความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะละเมิดทุกประการหรือไม่ ซึ่งหากการกระทำของแพทย์ครอบงำประกอบความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะละเมิดทุกประการ ก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่าสามารถนำหลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้หรือไม่ ซึ่งปัญหาเหล่านี้เป็นประเด็นที่ผู้เขียนจะทำการศึกษา

ส่วนในกรณีของบิดามารดานั้นการที่บิดามารดาฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิด โดยเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งการฟ้องร้องดำเนินคดีในกรณีของบิดามารดาเรียกว่า Wrongful birth ทั้งนี้บิดามารดาจะมีสิทธิได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อนำมาใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการ รวมถึงจะได้รับการเยียวยาความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับบิดามารดาหรือไม่ นั้น มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายใดแก่บิดามารดาบ้าง และการกระทำของแพทย์ครอบงำประกอบความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่ และสามารถนำหลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้หรือไม่ ซึ่งปัญหาเหล่านี้เป็นประเด็นที่ผู้เขียนจะทำการศึกษา

ประเด็นที่ผู้เขียนจะทำการศึกษาดังกล่าวนั้นผู้เขียนจะทำการศึกษาโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ ซึ่งประเทศเหล่านี้เป็นประเทศที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีในกรณีดังกล่าว โดยจะทำการศึกษากฎหมายว่าด้วยสภาพบุคคล สถานะของทารกในครรภ์มารดา การรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของทารกในครรภ์มารดา หลักวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิดและการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน รวมทั้งคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางการเยียวยาความเสียหายแก่ทารกที่พิการ

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ทำขึ้นเพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดแก่ทารกที่พิการและบิดามารดาในกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา โดยศึกษาปัญหาในเรื่องการเริ่มต้นสภาพบุคคลตามกฎหมาย สถานะของทารกในครรภ์มารดา การรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของทารกในครรภ์มารดา และปัญหาการนำกฎหมายลักษณะละเมิดและค่าสินไหมทดแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับกรณีดังกล่าว

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งศึกษาปัญหาและหาแนวทางการเยียวยาความเสียหายแก่ทารกที่พิการและบิดามารดาในกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา โดยศึกษาค้นคว้าจากหนังสือ วารสารกฎหมาย และบทความต่างๆ และทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายและแนวทางการแก้ไข้ปัญหาของต่างประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ โดยในส่วนของทารกนั้นมีขอบเขตการศึกษาในเรื่องสภาพบุคคลตามกฎหมาย สถานะของทารกในครรภ์มารดา การรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของทารกในครรภ์มารดา การปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดและค่าสินไหมทดแทน และในส่วนของบิดามารดานั้นมีขอบเขตการศึกษาในเรื่องการปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดและค่าสินไหมทดแทน

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

ทารกในครรภ์มารดามีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำละเมิดอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนได้ภายหลังจากที่ได้คลอดและอยู่รอดเป็นทารก แต่การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดานั้น ทารกอาจประสบปัญหาในการนำกฎหมายลักษณะละเมิดและค่าสินไหมทดแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ ส่วนบิดามารดาสามารถปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดและค่าสินไหมทดแทนได้

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

การศึกษาวิจัยวิทยานิพนธ์เล่มนี้จัดทำโดยวิธีการวิจัยเชิงเอกสาร โดยศึกษาดำรงกฎหมายไทยและดำรงกฎหมายต่างประเทศอันได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ รวมถึงตัวบทกฎหมาย บทความต่างๆ และคำพิพากษาและเหตุผลของศาลไทยและศาลต่างประเทศดังกล่าว

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

การศึกษาวิจัยทำให้ได้รับประโยชน์ ดังนี้

- 1) ทำให้ทราบถึงที่มาและแนวความคิดเกี่ยวกับเริ่มต้นสภาพบุคคลตามกฎหมาย สถานะของทารกในครรภ์มารดา การรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของทารกในครรภ์มารดา หลักวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิดและการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

2) ได้ศึกษาและเข้าใจเกี่ยวกับการตีความและการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศอัน ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ

3) ได้ศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของไทยเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดในกรณีทารกเกิดมาพิการทั้งในส่วนของการเยียวยาแก่ทารกที่พิการและบิดามารดา

4) ได้ศึกษาและหาแนวทางการเยียวยาความเสียหายแก่ทารกที่พิการและบิดามารดา

1.7 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

1) วิทยานิพนธ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง ความผิดพลาดทางการแพทย์เกี่ยวกับการเกิด³ โดยนายคมชาญ สว่างแจ้ง ปีการศึกษา 2558 ได้กล่าวถึงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางการแพทย์หลายประเด็น ซึ่งรวมถึงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful life) และการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful birth) ซึ่งในส่วนของการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดมามีชีวิตนั้น (กรณีของทารก) สามารถสรุปได้ว่า การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาถือเป็นการกระทำละเมิดอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิต (Right not to be Born) ของทารก โดยสิทธิดังกล่าวถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โดยนายคมชาญ สว่างแจ้ง ได้ให้เหตุผลว่าเมื่อกฎหมายยินยอมให้มนุษย์มีสิทธิที่จะปฏิเสธการรักษาพยาบาลเท่ากับว่ากฎหมายยินยอมให้มนุษย์ที่กำลังจะเกิดมามีชีวิตมีสิทธิเลือกที่จะไม่ต้องเกิดมามีชีวิต และความเสียหายดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ โดยหากปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ทารกก็จะไม่ได้เกิดมามีชีวิต ส่วนการพิจารณาค่าสินไหมทดแทนนั้น สามารถทำได้โดยพิจารณาได้จากความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและค่าใช้จ่ายใดที่เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ ทารกจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิด

ส่วนการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (กรณีของบิดามารดา) สามารถสรุปได้ว่ากรณีที่กระบวนการทางการแพทย์เกี่ยวกับการตั้งครรภ์นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเพิ่มโอกาสในการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงและสามารถช่วยให้ชายและหญิงสามารถ

³ คมชาญ สว่างแจ้ง, "ความผิดพลาดทางการแพทย์เกี่ยวกับการเกิด" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต สาขากฎหมาย เอกชน คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 649.

หลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการได้ รวมถึงช่วยให้หญิงสามารถตัดสินใจเข้ารับการทำแท้งเมื่อพบว่าการทากรกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย เมื่อมีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นจนเป็นเหตุให้ชายและหญิงเสียสิทธิดังกล่าว อีกทั้งชายและหญิงไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงภาระทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการได้ กฎหมายจึงควรยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ แต่ทั้งนี้เมื่อพิจารณาข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าการทำแท้งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 และข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 5 นั้นพบว่ากฎหมายดังกล่าวมิได้กำหนดให้แพทย์และหญิงสามารถทำแท้งเนื่องจากปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์ กฎหมายดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ กฎหมายจึงควรที่จะยินยอมให้แพทย์และหญิงสามารถเลือกเข้ารับการทำแท้งได้หากตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพ ซึ่งหากกฎหมายยินยอมให้ทำแท้งเนื่องจากปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์ได้ก็จะถือว่าสิทธิในการทำแท้งดังกล่าวนี้เป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และบิดามารดาก็สามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้

ส่วนวิทยานิพนธ์ที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นมีประเด็นที่ทำการศึกษา คือ สถานะของทารกในครรภ์มารดา การรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของทารกในครรภ์มารดา การปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดและค่าสินไหมทดแทน โดยผู้เขียนมีความเห็นแตกต่างจากวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวโดยผู้เขียนเห็นว่าในกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ในส่วนของทารกนั้นไม่อาจให้การรับรองสิทธิที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิตแก่ทารกในครรภ์มารดาโดยปรับกับบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสอง เนื่องจากหากให้การรับรองสิทธิดังกล่าวแก่ทารกก็จะมีผลทำให้เกิดหน้าที่แก่บิดามารดาและแพทย์ในการที่จะต้องยุติการตั้งครรภ์เสมอเมื่อพบว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย และในกรณีที่บิดามารดาทราบว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกายแต่บิดามารดาเลือกที่จะเก็บทารกไว้ไม่ทำการยุติการตั้งครรภ์ก็จะเกิดปัญหาทารกฟ้องร้องดำเนินคดีกับบิดามารดาตามมา ดังนั้นในกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา กรณีจึงไม่อาจถือว่าการกระทำของแพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิตของทารก

ส่วนในกรณีของบิดามารดานั้นผู้เขียนเห็นว่าการยุติการตั้งครรภ์นั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากมารดา⁴ และจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5⁵ ซึ่งพิจารณาปัญหาสุขภาพของมารดาเป็นหลัก ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ถือเป็นสิทธิของมารดาเท่านั้น บิดาหาสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ดังเช่นที่วิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวได้กล่าวไว้ไม่ นอกจากนี้แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 และข้อข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5 จะมีได้กำหนดให้มารดาสามารถทำการยุติการตั้งครรภ์เนื่องจากปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์ได้ก็ตาม แต่ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์ตรวจอัลตราซาวด์ครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แต่เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการอย่างรุนแรง คดีนี้ในประเด็นเรื่องสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดานั้นศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “แม้ทางพิจารณาจะได้ความว่าหากมีการตรวจพบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์ หนทางที่เป็นไปได้คือการยุติการตั้งครรภ์ แต่มารดาก็มิได้นำสืบให้เห็นว่าหากแพทย์ตรวจพบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาจะมีความเครียดอย่างรุนแรงอันเข้าเงื่อนไขที่แพทย์สามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ตามข้อข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา

⁴ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548

ข้อ 3 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น จะกระทำได้เมื่อหญิงมีครรภ์นั้นยินยอม

⁵ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548

ข้อ 5 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไขดังนี้

(1) เป็นกรณีที่ต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงมีครรภ์ หรือ

(2) เป็นกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคนให้ถือว่าหญิงมีครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

ทั้งนี้ ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิตและต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชทะเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน

305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5 หรือไม่ และไม่มีความแน่ชัดว่ามารดาจะตัดสินใจเลือกใช้แนวทางการยุติการตั้งครรภ์ในการแก้ไขปัญหาความพิการทางร่างกายของทารกหรือไม่” ซึ่งจากคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคดีดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่าศาลฎีกาได้เปิดโอกาสให้มารดาได้พิสูจน์ ซึ่งหากมารดาสามารถพิสูจน์ได้ว่ามารดาจะมีความเครียดอย่างรุนแรงหากแพทย์ตรวจพบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา และพิสูจน์ได้ว่ามารดามีความมุ่งหมายที่จะยุติการตั้งครรภ์หากตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย ซึ่งหากมารดาสามารถพิสูจน์ได้ก็ย่อมถือเป็นการที่แพทย์ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดา และการที่มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์นั้นก็เป็ผลโดยตรงที่เกิดจากการกระทำของแพทย์ การกระทำของแพทย์จึงถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดา ซึ่งมีผลทำให้แพทย์มีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่มารดา โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าค่าสินไหมทดแทนที่มารดาจะได้รับนั้นก็คือ ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารกที่พิการ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการ และค่าขาดรายได้ของมารดาในกรณีที่มารดาต้องลาออกจากงานเพื่อมาเลี้ยงดูทารกที่พิการ

2) วิทยานิพนธ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง ทารกในครรภ์มารดา: สิทธิและความคุ้มครอง⁶ โดยนางสาวสมปรรธนา หลังนาค ปีการศึกษา 2552 ได้กล่าวถึงสิทธิของทารกในครรภ์มารดาทั้งในทางแพ่งและอาญา ซึ่งประเด็นในทางแพ่งนั้นรวมถึงสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งสรุปได้ว่าเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 420 และมาตรา 443 วรรคสามแล้ว ทารกที่ได้คลอดและอยู่รอดมีชีวิตสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนสำหรับการกระทำละเมิดขณะตนยังอยู่ในครรภ์มารดาได้ทั้งกรณีที่ทารกนั้นเป็นผู้ถูกระงการกระทำละเมิดโดยตรงต่อร่างกายหรือต่อทรัพย์สินที่ตกทอดสู่ทารกนั้น และสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนในกรณีการกระทำละเมิดเป็นเหตุให้ขาดไร้อุปการะได้ นอกจากนี้ควรให้สิทธิแก่ทารกในกรณีที่การกระทำละเมิดได้เกิดขึ้นก่อนที่ทารกนั้นจะได้ปฏิสนธิ โดยนางสาวสมปรรธนาได้เสนอให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดที่ได้กระทำต่อร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ดังนี้

⁶ สมปรรธนา หลังนาค, "ทารกในครรภ์มารดา: สิทธิและความคุ้มครอง" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 116.

“มาตรา 420/1 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้ทารกในครรภ์มารดาที่ภายหลังคลอด และอยู่รอดเป็นทารก มีความพิการทางกายหรือจิตใจต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน หากมี ลักษณะของการกระทำดังต่อไปนี้

(1) การกระทำนั้นส่งผลต่อความสามารถของบิดาหรือมารดาในการมีบุตรที่แข็งแรงและมีสภาพ ร่างกายปกติ

(2) การกระทำต่อมารดาขณะตั้งครรภ์หรือกระทำต่อมารดาหรือทารกในขณะคลอด เว้นแต่ พิสูจน์ได้ว่า

(1) การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิดต่อบิดาหรือมารดา

(2) ในกรณีที่การกระทำนั้นเกิดขึ้นก่อนการปฏิสนธิ บิดามารดารู้ในเวลาปฏิสนธิว่าเด็ก จะเกิดมาพิการ แต่บิดามารดาเป็นผู้กระทำ ความรู้ของบิดาเช่นนั้นไม่นำมาเป็นข้อยกเว้นความรับผิด หากมารดาไม่ได้รับรู้ด้วย

(3) การกระทำของผู้นั้นเป็นการให้การรักษาหรือให้คำแนะนำตามวิชาชีพ

สิทธิของเด็กในการฟ้องคดีไม่ถูกจำกัดโดยสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่บิดามารดาได้ ทำไว้

มารดาผู้ตั้งครรภ์ไม่อาจเป็นผู้กระทำความผิดตามบทบัญญัตินี้ได้”

ส่วนวิทยานิพนธ์ที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นมีประเด็นที่จำเป็นจะต้องทำการศึกษาซึ่งเป็นประเด็น เดียวกับวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวคือประเด็นเรื่องการรับรองสิทธิแก่ทารกในครรภ์มารดาในการ ฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งเหตุละเมิดเกิดขึ้นในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา โดยผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวว่า สิทธิตามบทบัญญัติมาตรา 15 วรรค สองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ควรรวมถึงสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมาย ลักษณะละเมิดกับผู้กระทำละเมิดในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา เนื่องจากกรณีที่ทารกถูกกระทำ ละเมิดในขณะที่อยู่ในครรภ์มารดาและต่อมาเมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกพบว่าทารกนั้นได้รับ ผลกระทบต่อร่างกายหรืออนามัย ผลกระทบดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตประจำวันของทารก ก่อให้เกิดความยากลำบากในการดำรงชีวิตและเสียค่าใช้จ่ายในการรักษา หากไม่ให้การรับรองสิทธิใน การฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดแก่ทารกในครรภ์มารดาย่อมเป็นการไม่ยุติธรรมต่อ ทารก โดยทารกจะมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดย้อนหลังได้ก็ต่อเมื่อ

เป็นไปตามเงื่อนไขที่ว่าทารกนั้นได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวและอยู่รอดมีชีวิตตามบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสอง ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสองนั้นมีความชัดเจนเพียงพอแล้วไม่จำเป็นที่จะต้องเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายลักษณะละเมิดดังเช่นที่วิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวได้เสนอไว้

ทั้งนี้วิทยานิพนธ์ที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นมิได้ศึกษารณีสติธิในการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่มีการกระทำละเมิดได้เกิดขึ้นก่อนที่ทารกได้ปฏิสนธิในครรภ์มารดาดังเช่นวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวได้ทำการศึกษา



บทที่ 2

ความเป็นมาของการร่างกฎหมาย และข้อพิจารณาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แพทย์จะมีความรับผิดชอบต่อบิดามารดาหรือไม่ ประเด็นปัญหาดังกล่าวมีความจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงความเป็นมาของการร่างกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคสอง เพื่อให้ทราบเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายและเพื่อความถูกต้องในการนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้ประกอบการวิเคราะห์ อีกทั้งยังมีความจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาและลักษณะการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาด เพื่อให้เกิดความเข้าใจว่าการตรวจวินิจฉัยที่ผิดพลาดของแพทย์ในลักษณะใดที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่แพทย์ได้ และมีความจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงข้อพิจารณาทางกฎหมายในเรื่องการยุติการตั้งครรภ์เพื่อใช้ประกอบการวิเคราะห์ว่าทารกในครรภ์มารดา รวมถึงบิดามารดามีสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์หรือไม่และในกรณีใดบ้าง

2.1 ความเป็นมาของการร่างกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดาตามบทบัญญัติมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประเทศไทยได้มีแนวคิดเกี่ยวกับการร่างกฎหมายว่าด้วยการเริ่มต้นสภาพบุคคลมาตั้งแต่สมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยพระองค์ได้ทรงโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคณะกรรมการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจากการที่ผู้เขียนได้ค้นคว้าหาข้อมูลความเป็นมาของการร่างประมวลกฎหมาย ณ หอจดหมายเหตุแห่งชาติพบว่าตามรายงานประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2465 นายอาร์ กียองซึ่งเป็นหัวหน้ากรรมการร่างกฎหมายได้เสนอให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการเริ่มต้นสภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 31 มาเป็นต้นแบบของกฎหมายว่าด้วยการเริ่มต้นสภาพบุคคลของไทย โดยประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 31 นั้นบัญญัติไว้ว่า

“The personality begins with life after completion of birth and end with death. The child en ventre sa mère is capable of certain rights especially specified by law provided he shall be born alive.”

ซึ่งผู้เขียนค้นพบร่างคำแปลเป็นภาษาไทยของบทบัญญัติดังกล่าวว่า

“สภาพบุคคลนั้นเริ่มต้นด้วยมีชีวิตตั้งแต่เกิดมาแล้วต่อไปจนถึงความตายเป็นที่สุด ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดานั้นก็สามารถที่จะมีสิทธิเฉพาะอย่างที่บ่งไว้ในกฎหมาย หากว่าเกิดมามีชีวิตอยู่ต่อไป”

ทั้งนี้จากรายงานการประชุมกรรมการชำระร่างประมวลกฎหมายดังกล่าวไม่พบว่ากรรมการชำระร่างประมวลกฎหมายได้มีการกล่าวถึงหรืออธิบายคำว่าสิทธิที่ทารกในครรภ์มารดาได้รับการรับรองว่ามีสิทธิใดบ้าง จึงทำให้ไม่พบเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย

ต่อมาเมื่อมีการจัดเรียงลำดับบรรพกฎหมายใหม่ ซึ่งเดิมบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยบุคคลได้ถูกร่างไว้ในบรรพ 4 ก็ได้ถูกนำมาไว้ในบรรพ 1 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷ และได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ.2466 โดยมีผลใช้บังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2467 แต่เนื่องด้วยเนื้อหาของกฎหมายมีความซับซ้อน ผู้พิพากษาและทนายความต่างได้วิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่เข้าใจ⁸ จึงได้มีพระราชกฤษฎีกายกเลิกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 เมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ.2468 และให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ที่ได้ตรวจชำระใหม่แทน⁹ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับ พ.ศ.2468 ซึ่งเป็นฉบับที่ตรวจชำระใหม่นั้นก็ได้บัญญัติกฎหมายว่าด้วยการเริ่มต้นสภาพบุคคลไว้ในบรรพ 1 มาตรา 15 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

*“สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก และสิ้นสุดลงเมื่อตาย
ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถจะมีสิทธิต่างๆได้ หากว่าภายหลังเกิดมารอดอยู่”*

หลังจากนั้นประเทศไทยได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกครั้งใน พ.ศ.2535 ซึ่งก็ได้มีการแก้ไขข้อความตอนท้ายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคสอง จากเดิม *“..หากว่าภายหลังเกิดมารอดอยู่”* เป็นคำว่า *“..หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก”* ซึ่งได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาวันที่ 8 เมษายน พ.ศ.2535 โดยมีผลใช้บังคับในวันที่ 7 มิถุนายน พ.ศ. 2535 ซึ่งแม้จะมีการแก้ไขข้อความตอนท้ายของมาตรา 15 วรรคสองก็ตาม แต่เมื่อตีความบทบัญญัติ

⁷ สำเนาพระราชหัตถเลขา พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ลงวันที่ 28 กันยายน 2465

⁸ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 235.

⁹ พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ ประกาศเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน 2468

มาตรา 15 วรรคสองที่แก้ไขใหม่ก็ยังคงมีความหมายเช่นเดียวกับมาตรา 15 วรรคสองของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับ พ.ศ.2468

ทั้งนี้ จากการศึกษาความเป็นมาของการร่างกฎหมายให้คุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดา ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นย่อมแสดงให้เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายได้เห็นความสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดา แต่อย่างไรก็ตามไม่พบเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายว่ามีความประสงค์จะให้ความคุ้มครองสิทธิใดบ้างแก่ทารกในครรภ์มารดา ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 15 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี 2466 ซึ่งได้ใช้คำว่า “..ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดานั้น ก็สามารถที่จะมีสิทธิเฉพาะอย่างที่บ่งไว้ในกฎหมาย..” ก็มีความเป็นไปได้ว่าผู้ร่างกฎหมายมีความประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดาเฉพาะสิทธิที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ อย่างชัดเจนว่าทารกในครรภ์มารดามีสิทธิ เช่น สิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมและในฐานะทายาทโดยพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1604 สิทธิในข้อสันนิษฐานว่าเป็นบุตรของชายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามภายหลังที่ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี 2468 ข้อความดังกล่าวถูกแก้ไขเป็น “ทารกในครรภ์มารดาที่สามารถจะมีสิทธิต่างๆได้..” ทำให้เกิดประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าสิทธิที่ทารกในครรภ์มารดาได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นสิทธิที่กฎหมายบัญญัติไว้ อย่างชัดเจนว่าทารกในครรภ์มารดามีสิทธิ หรือรวมถึงสิทธิอื่นๆที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ อย่างชัดเจนว่าทารกในครรภ์มารดามีสิทธิแต่โดยสภาพของสิทธินั้นทารกในครรภ์มารดาควรจะได้รับ การรับรองและคุ้มครองตามสิทธินั้นด้วย นอกจากนี้จากการศึกษาความเป็นมาของการร่างกฎหมายให้คุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดานั้นก็ยังไม่อาจหาคำตอบได้ว่าสิทธิที่ทารกในครรภ์มารดาได้รับการรับรองและคุ้มครองนั้นรวมถึงสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดด้วยหรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนจะนำไปวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

2.2 มาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดา

เมื่อมีการฝากครรภ์กับแพทย์ แพทย์มักจะทำ การตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาเพื่อตรวจหาความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา หากผลการตรวจวินิจฉัยนั้นพบว่าทารกในครรภ์มารดา มีความพิการทางร่างกาย บิดามารดาก็ย่อมมีโอกาสในการเตรียมความพร้อมทางจิตใจกับสถานการณ์ที่จะเกิดขึ้น นอกจากนี้ตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษต่างก็ได้ยินยอมให้มารดาสามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ได้หากตรวจพบว่าทารกในครรภ์มี

ความพิการทางร่างกาย¹⁰ ส่วนประเทศไทยนั้นมารดาจะทำการยุติการตั้งครรภ์ได้ก็ต่อเมื่อทารกในครรภ์มารดามีความพิการทางร่างกายอย่างรุนแรงและมารดามีความเครียดอย่างรุนแรงภายหลังที่ทราบว่าทารกในครรภ์มีความพิการอย่างรุนแรงซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป ดังนั้นการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก การตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาจึงต้องมีมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เพื่อเป็นแนวทางให้แพทย์ปฏิบัติ ซึ่งหากแพทย์ไม่ทำการตรวจวินิจฉัยให้เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์อันเป็นเหตุให้ผลการตรวจวินิจฉัยเกิดความผิดพลาด การกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวก็จะถือเป็นทิวาปฏิบัติอันอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่แพทย์ได้ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป โดยในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นผู้เขียนทำการศึกษาในประเด็นความรับผิดชอบละเมิด ซึ่งมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดานั้นมีความสำคัญเป็นอย่างมากในการพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ โดยทารกและบิดามารดาจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดานั้นมีมาตรฐานวิชาชีพแพทย์อย่างไร และการกระทำของแพทย์นั้นไม่เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์อย่างไร ซึ่งเป็นเรื่องที่ยากเนื่องจากต้องอาศัยความรู้ทางวิชาชีพแพทย์

ทั้งนี้ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษและประเทศไทยมีมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เกี่ยวกับการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาแยกพิจารณาได้ ดังนี้

2.2.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการจัดทำมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เป็น Clinical Practice Guideline (CPG) ซึ่งจัดทำขึ้นโดย Haute Autorité de Santé (HAS) โดย Clinical Practice Guideline ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น ศาลก็ได้นำมาใช้ในการพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์หรือไม่ด้วย¹¹ ซึ่งมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เกี่ยวกับการตรวจวินิจฉัย

¹⁰ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษต่างก็ได้มีกฎหมายกำหนดให้มารดาสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ โดยสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีนั้นกำหนดให้มารดาสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ภายในอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ส่วนประเทศอังกฤษนั้นมารดาสามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ได้ภายในอายุครรภ์ไม่เกิน 24 สัปดาห์ แต่หากพบว่าทารกในครรภ์มารดามีความพิการทางร่างกาย มารดาสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยไม่มีข้อจำกัดเรื่องอายุครรภ์ (โปรดดู: International Planned Parenthood Federation European Network, "Abortion Legislation in Europe." [Online] Accessed: 19 January 2019. Available from: http://www.spdc.pt/files/publicacoes/Pub_AbortionlegislationinEuropeIPPFEN_Feb2009.pdf)

¹¹ National Center for Biotechnology Information, "Use of Evidence for Clinical Practice Guideline Development." [Online] Accessed: 19 January 2019. Available from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5652057/>

ครรภ์มารดานั้นได้กำหนดไว้ใน Clinical Practice Guideline เรื่องการให้ข้อมูลแก่สตรีมีครรภ์ (Comment mieux informer les femmes enceintes)¹² โดยได้กำหนดให้แพทย์จะต้องแจ้งให้บิดามารดาทราบถึงข้อมูลด้านวิทยาศาสตร์ล่าสุด ณ ขณะที่แจ้งข้อมูลให้แก่บิดามารดาโดยใช้ภาษาที่เข้าใจง่าย รวมถึงกำหนดให้แพทย์จะต้องทำการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาในช่วงอายุครรภ์ต่างๆ โดยแบ่งประเภทการตรวจวินิจฉัยเป็น 3 ประเภท คือ

1) การตรวจวินิจฉัยที่ต้องทำเป็นประจำ ได้แก่

- การตรวจอัลตราซาวเพื่อตรวจหาความผิดปกติทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แพทย์จะต้องทำการตรวจ 3 ครั้ง โดยครั้งแรกจะต้องทำการตรวจเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 11-13 สัปดาห์ ครั้งที่สองจะต้องทำการตรวจเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 20-22 สัปดาห์ และครั้งที่สามจะต้องทำการตรวจเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 31-32 สัปดาห์

- การตรวจน้ำคร่ำเพื่อตรวจหาความผิดปกติของโครโมโซมคู่ที่ 21 (Trisomy 21) หรือกลุ่มอาการดาวน์ แพทย์จะต้องทำการตรวจเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 14-18 สัปดาห์

2) การตรวจวินิจฉัยที่บังคับให้แพทย์ต้องทำการตรวจ ได้แก่

- การตรวจเชื้อหัดเยอรมันจะต้องทำการตรวจเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 3 เดือน ซึ่งหากผลการตรวจไม่พบว่าทารกในครรภ์ได้รับเชื้อหัดเยอรมัน แพทย์จะต้องทำการตรวจอีกครั้งในเดือนถัดไปจนกว่ามารดาจะมีอายุครรภ์ 5 เดือนครึ่งหรือ 18 สัปดาห์ เว้นแต่กรณีที่มีการระบุเป็นลายลักษณ์อักษรว่ามารดามีภูมิคุ้มกัน เช่น ได้รับการฉีดวัคซีนป้องกันเชื้อหัดเยอรมันตั้งแต่อ่อนตั้งครรภ์ แพทย์ก็ไม่จำเป็นต้องตรวจหาเชื้อหัดเยอรมัน

- การตรวจเชื้อทอกโซพลาสโมซิส (Toxoplasmosis blood test) แพทย์จะต้องทำการตรวจเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 3 เดือน ซึ่งหากไม่พบว่าทารกในครรภ์ได้รับเชื้อดังกล่าว แพทย์จะต้องทำการตรวจทุกเดือนจนกว่ามารดาจะมีอายุครรภ์ 9 เดือนรวมถึงภายหลังที่ทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาแล้วด้วย เว้นแต่กรณีที่มีการระบุเป็นลายลักษณ์อักษรว่ามารดามีภูมิคุ้มกัน เช่น ได้รับ

¹² HAS Haute Autorité de Santé, "Comment Mieux Informer Les Femmes Enceintes," [Online] Accessed: 29 October 2018. Available from: https://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_454394/en/improving-information-provision-for-pregnant-women?xtmc=&xtcr=7

การฉีดวัคซีนป้องกันเชื้อทอกโซพลาสโมซิสตั้งแต่ก่อนตั้งครรภ์ แพทย์ก็ไม่จำเป็นต้องตรวจหาเชื้อทอกโซพลาสโมซิส

3) การตรวจวินิจฉัยที่ขึ้นอยู่กับอาการของมารดาหรือพบว่ามีประวัติบุคคลในครอบครัวเป็นโรคนั้นๆ ได้แก่ การตรวจความสมบูรณ์ของเม็ดเลือด (Complete blood count) แพทย์จะทำการตรวจต่อเมื่อพบว่ามีอาการภาวะโลหิตจางหรือเป็นมะเร็งเม็ดเลือดขาว หรือมีประวัติบุคคลในครอบครัวมีภาวะโลหิตจางหรือโรคมะเร็งเม็ดเลือดขาว โดยจะทำการตรวจเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 3 เดือน

ทั้งนี้ Clinical Practice Guideline ของสาธารณสุขรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดรายละเอียดของขั้นตอนการตรวจวินิจฉัยครรภ์ แต่กำหนดไว้เพียงแนวทางการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาที่แพทย์ต้องทำการตรวจในช่วงอายุครรภ์ต่างๆ ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น

2.2.2 สหพันธ์สาธารณสุขเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณสุขเยอรมนีได้มีการกำหนดมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ไว้ใน Clinical Practice Guideline (CPG) ซึ่งจัดทำขึ้นโดย Association of the Scientific Medical Societies (AWMF) โดย Clinical Practice Guideline ของสหพันธ์สาธารณสุขเยอรมนีนั้นมีผลบังคับในทางกฎหมาย¹³ หากแพทย์ไม่ทำการรักษาให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ใน Clinical Practice Guideline แพทย์ก็อาจมีความรับผิดทางละเมิดได้¹⁴ และศาลสหพันธ์สาธารณสุขเยอรมนีก็ได้นำ Clinical Practice Guideline มาเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีด้วย¹⁵ โดย Clinical Practice Guideline ได้กำหนดแนวทางการตรวจวินิจฉัยที่แพทย์จะต้องทำในช่วงอายุครรภ์ต่างๆ ได้แก่

¹³ European Research Network on Quality Management in Health Care, "The Legal Status of Clinical Practice Guidelines," [Online] Accessed: 28 October 2018. Available from: https://www.nivel.nl/sites/default/files/bestanden/The_legal_statusof_ClinicalPracticeGuidelines.pdf

¹⁴ The Law Library of Congress, "Medical Malpractice Liability: Germany," [Online] Accessed: 29 October 2018. Available from: <https://www.loc.gov/law/help/medical-malpractice-liability/germany.php#t8>

¹⁵ European Research Network on Quality Management in Health Care, "The Legal Status of Clinical Practice Guidelines."

- การตรวจน้ำคร่ำเพื่อหาความผิดปกติของโครโมโซมของทารกในครรภ์มารดา (Pränataler Schnelltest)¹⁶ สามารถตรวจความผิดปกติของโครโมโซมคู่ที่ 13 คู่ที่ 18 คู่ที่ 21 รวมถึงความผิดปกติของโครโมโซมเพศได้ ซึ่งแพทย์จะต้องทำการตรวจในช่วงไตรมาสที่ 2 ของการตั้งครรภ์ (ช่วงอายุครรภ์ 16-24 สัปดาห์)

- การตรวจวินิจฉัยเชื้อไวรัส (Labordiagnostik Schwangerschaftsrelevanter Virusinfektionen)¹⁷ เช่น การตรวจเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างตั้งครรภ์ ในกรณีที่มารดาซึ่งตั้งครรภ์เคยได้รับวัคซีนป้องกันโรคหัดเยอรมันมาก่อนแล้ว แพทย์ไม่จำเป็นต้องแนะนำให้มารดาทำการตรวจเชื้อหัดเยอรมันซ้ำอีก แต่ในกรณีที่มารดาซึ่งตั้งครรภ์ยังไม่เคยได้รับวัคซีนป้องกันเชื้อหัดเยอรมันหรือไม่มีเอกสารรับรองว่ามารดาได้รับวัคซีนดังกล่าวมายืนยันกับแพทย์ แพทย์จะต้องทำการตรวจเชื้อหัดเยอรมัน โดยการตรวจเชื้อหัดเยอรมันนั้นแพทย์สามารถใช้วิธีตัดชิ้นเนื้อรกมาตรวจ เจาะน้ำคร่ำ หรือเจาะเลือดทางสายสะดือ โดยจะทำการตรวจเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 12-17 สัปดาห์ ซึ่งหากแพทย์พบว่ามารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมัน แพทย์จะต้องให้คำแนะนำแก่บิดามารดาว่าทารกในครรภ์มีความเสี่ยงสูงที่จะมีร่างกายพิการ

2.2.3 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษได้มีการกำหนดมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ใน Clinical Practice Guideline (CPG) ซึ่งจัดทำขึ้นโดย National Institute for Health and Care Excellence โดยประเทศอังกฤษใช้ Clinical Practice Guideline เป็นมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เดียวกันทั้งประเทศ อีกทั้งในกรณีที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดี ศาลประเทศอังกฤษก็ได้นำ Clinical Practice Guideline มาใช้ประกอบการพิจารณาตัดสิน¹⁸ โดยมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เกี่ยวกับการตั้งครรภ์อยู่ใน Clinical Practice Guideline ที่มีชื่อว่า Antenatal Care for Uncomplicate

¹⁶ AWMF Online Das Portal der wissenschaftlichen Medizin, "Pränataler Schnelltest," [Online] Accessed: 28 October 2018. Available from: https://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/078-014_S1_Praenataler_Schnelltest_abgelaufen.pdf

¹⁷ AWMF Online Das Portal der wissenschaftlichen Medizin, "Labordiagnostik Schwangerschaftsrelevanter Virusinfektionen," [Online] Accessed: 28 October 2018. Updated: https://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/093-001l_S2k_Labordiagnostik_schwangerschaftsrelevanter_Virusinfektionen_2014-05.pdf. Available from:

¹⁸ Remco Coppens, "The Legal Status of Clinical Practice Guidelines," *ENQual* 1(2005): 21.

Pregnancies ซึ่งกำหนดแนวทางการตรวจวินิจฉัยความผิดปกติของทารกในครรภ์มารดาในช่วงอายุครรภ์ต่างๆ¹⁹ ได้แก่

- การตรวจความผิดปกติของโครงสร้างร่างกายของทารกในครรภ์มารดา (Screening for structural anomalies) แพทย์จะต้องทำการตรวจอัลตราซาวด์เป็นประจำเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 18 สัปดาห์ถึง 20 สัปดาห์ 6 วัน และแพทย์จะต้องให้คำแนะนำแก่บิดามารดาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการอัลตราซาวด์ และจะต้องแจ้งให้บิดามารดาทราบถึงรายละเอียดอื่นๆที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ การให้ข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบอันเกิดจากความพิการทางร่างกายของทารก การรักษาความพิการทางร่างกายของทารก สิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ และขั้นตอนในการยุติการตั้งครรภ์ เพื่อให้บิดามารดามีข้อมูลในการตัดสินใจ

- การตรวจอาการดาวน์ซินโดรม (Screening for Down's syndrome) แพทย์จะต้องแนะนำให้มารดาซึ่งตั้งครรภ์ตรวจหาอาการดาวน์ซินโดรม ซึ่งหากใช้วิธีการเจาะถุงน้ำคร่ำ แพทย์จะต้องทำเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 13 สัปดาห์ 6 วัน และอย่างช้าที่สุดแพทย์จะต้องทำการตรวจเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 20 สัปดาห์ แต่หากใช้วิธีการตรวจโดยใช้มาร์คเกอร์ของคลื่นเสียงความถี่สูง (Nuchal translucency: NT) หรือการตรวจระดับฮอร์โมน Beta-HCG ในเลือดของมารดา หรือการตรวจโปรตีน PAPP-A ในเลือดของมารดา (Pregnancy-associated plasma protein-A) แพทย์จะต้องทำการตรวจเมื่อมารดามีอายุครรภ์ระหว่าง 11 สัปดาห์ถึง 13 สัปดาห์ 6 วัน

2.2.4 ประเทศไทย

ประเทศไทยยังไม่มีการจัดทำมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เป็น Clinical Practice Guideline (CPG) ในทุกประเภทหัตถการ ส่วนมาตรฐานวิชาชีพแพทย์มีเช่นไรนั้นจากการสัมภาษณ์ นายแพทย์เกรียง อัครรุ่งนรินทร์ ท่านได้อธิบายว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์แบ่งเป็นแต่ละประเภทหัตถการ โดยมาตรฐานในแต่ละประเภทหัตถการก็ได้แก่ มาตรฐานตามตำราแพทย์ที่เป็นสากลของประเทศไทย มาตรฐานตามเวชปฏิบัติหรือแนวทางการรักษา และมาตรฐานที่แพทย์ทั่วไปหรือวิญญาณผู้เป็นแพทย์ปฏิบัติ²⁰ ดังนั้นมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาจึงต้องพิจารณาตามตำราแพทย์ที่เป็นสากลของประเทศไทย เวชปฏิบัติหรือแนวทางการรักษา รวมถึงการ

¹⁹ NICE National Institute for Health and Care Excellence, "Antenatal Care for Uncomplicate Pregnancies." [Online] Accessed: 29 November 2018. Available from: <https://www.nice.org.uk/guidance/cg62/chapter/1-Guidance>

²⁰ สัมภาษณ์ นายแพทย์เกรียง อัครรุ่งนรินทร์ กรรมการแพทยสภา, (8 กุมภาพันธ์ 2561).

ปฏิบัติของแพทย์ทั่วไปหรือวิญญูชนผู้เป็นแพทย์ ซึ่งการปฏิบัติของแพทย์หรือวิญญูชนผู้เป็นแพทย์ก็คือ ในสถานการณ์ ภาวะ และวิสัยในขณะทำการรักษานั้น แพทย์ทั่วไปจะทำการรักษาผู้ป่วยเช่นไร แพทย์ผู้ทำการรักษาก็จะต้องทำการรักษาผู้ป่วยเช่นนั้น

นอกจากนี้คณะกรรมการแพทยสภายังได้นำหลัก Current accepted medical practice ซึ่งกำหนดให้แพทย์ต้องรักษาคนไข้ให้เป็นไปตามมาตรฐานการรักษาตามสภาพและสถานที่ที่มีการรักษา²¹ โดยกำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 หมวด 4 การประกอบวิชาชีพเวชกรรม ข้อ 15 ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุด สถานการณ์นั้นๆ ภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วิสัย และพฤติการณ์ที่มีอยู่”

ดังนั้น นอกจากแพทย์จะต้องตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาให้เป็นไปตามมาตรฐานตามตำราแพทย์ที่เป็นสากลของประเทศไทย มาตรฐานตามเวชปฏิบัติหรือแนวทางการรักษา หรือมาตรฐานที่แพทย์ทั่วไปหรือวิญญูชนผู้เป็นแพทย์ปฏิบัติแล้ว การตรวจวินิจฉัยตามมาตรฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลัก Current accepted medical practice ด้วยกล่าวคือ แพทย์จะต้องทำการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาให้เป็นไปตามมาตรฐานเหล่านั้นในระดับที่ดีที่สุด ในสถานการณ์ ณ ขณะที่มีการรักษาภายใต้ความสามารถของแพทย์และข้อจำกัดตามภาวะ วิสัย และพฤติการณ์ ตัวอย่างเช่น ในกรณีการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาในป่าซึ่งไม่มีอุปกรณ์หรือเครื่องมือแพทย์ การตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาในกรณีนี้ย่อมไม่สามารถทำตามตำราแพทย์หรือแนวทางการรักษาหรือเวชปฏิบัติได้ ซึ่งในสถานการณ์เช่นนี้แพทย์ทั่วไปหรือวิญญูชนผู้เป็นแพทย์จะทำการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาในระดับที่ดีที่สุดได้เช่นไร แพทย์นั้นก็ย่อมจะต้องตรวจวินิจฉัยครรภ์เช่นนั้น เป็นต้น ซึ่งหากแพทย์ทำการตรวจวินิจฉัยต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ภายใต้หลัก Current accepted medical practice ก็ย่อมถือว่าการกระทำของแพทย์ไม่เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์

ทั้งนี้ แนวทางการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาของประเทศไทยมีดังนี้

²¹ นพพร โปธิรังษิยากร, "ฎีกาวิเคราะห์ การรักษาของแพทย์ที่ดีที่สุดจริงหรือ... ปัญหาข้อกฎหมาย," อุทพาท 1, มกราคม-เมษายน (2555): 197.

- การตรวจอัลตราซาวด์เพื่อหาความผิดปกติทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แพทย์จะทำการตรวจทางหน้าท้องของมารดาเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 18-20 สัปดาห์²² ซึ่งเป็นการตรวจหาความผิดปกติทางโครงสร้างร่างกายของทารกในครรภ์โดยเฉพาะความผิดปกติของโครงสร้างหลัก (Major structure) อันได้แก่ กะโหลกศีรษะ เนื้อสมอง โครงกระดูก แขนขา หัวใจ ตับ ไต²³ เป็นต้น

- การตรวจสารชีวเคมีในเลือดมารดาขณะที่ตั้งครรภ์ (Maternal serum screening test) โดยแพทย์จะทำการเจาะเลือดของมารดาไปตรวจในช่วงอายุครรภ์ 14-21 สัปดาห์ ซึ่งเลือดของมารดาสามารถบอกถึงความผิดปกติทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาได้โดยเฉพาะกลุ่มอาการดาวน์ (Down's syndrome) เนื่องจากสารพันธุกรรม (DNA) ของทารกได้เข้าสู่ระบบเลือดของมารดาทางสายรก²⁴

- การตรวจน้ำคร่ำ (Amniocentesis) ในน้ำคร่ำนั้นจะมีส่วนของทารกปะปนอยู่จึงสามารถนำน้ำคร่ำมาตรวจหาความผิดปกติของทารกในครรภ์มารดาได้ โดยแพทย์จะใช้เข็มขนาดเล็กเจาะผ่านหน้าท้องและผนังมดลูกเข้าสู่ถุงน้ำคร่ำแล้วนำส่งตรวจห้องปฏิบัติการ โดยอายุครรภ์ที่เหมาะสมในการตรวจคือ 16-18 สัปดาห์ ซึ่งความผิดปกติที่สามารถตรวจพบได้นั้นได้แก่ โรคโลหิตจางหรือธาลัสซีเมีย และสามารถตรวจพบความผิดปกติของโครโมโซมของทารกในครรภ์มารดา²⁵ เช่น กลุ่มอาการดาวน์ กลุ่มอาการเทอร์เนอร์ กลุ่มอาการพาร์ทิว และกลุ่มอาการเอ็ดเวิร์ด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

²² สุตินรีแพทย์ สอนดอก, "การตรวจคัดกรองความพิการแต่กำเนิดด้วยอัลตราซาวด์" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.med.cmu.ac.th/dept/obgyn/2011/index.php?option=com_content&view=article&id=407:fetal-anomaly-screening&catid=40&Itemid=482

²³ คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล, "อัลตราซาวด์กับการวินิจฉัยทารกในครรภ์" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.si.mahidol.ac.th/sidoctor/e-pl/articleDetail.asp?id=459>

²⁴ ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย, "การใช้ Maternal serum biochemistry เพื่อคัดกรองทารกกลุ่มอาการดาวน์ในไตรมาสแรกของการตั้งครรภ์" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.rtcog.or.th/home/%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%83%E0%B8%8A%E0%B9%89-maternal-serum-biochemistry-%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%84%E0%B8%B1%E0%B8%94%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%97/95/>

²⁵ คณะอนุกรรมการมาตรฐานวิชาชีพ ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย, "การตรวจวินิจฉัยก่อนคลอดโดยการเจาะน้ำคร่ำ (Amniocentesis)" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.rtcog.or.th/en/wp-content/uploads/2017/05/articlesfile_537362.pdf

- การตรวจชิ้นเนื้อจากรก (Chorionoc villous ก๊อบsampling) รกพัฒนามาจากเซลล์เนื้อเยื่อเดียวกับตัวทารกในครรภ์มารดา รกจึงมีความใกล้เคียงกับเซลล์ร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ซึ่งแพทย์จะใช้เข็มเจาะผ่านบริเวณหน้าท้องของมารดาแล้วทำการดึงเข็มเข้าออก 4-5 ครั้งเพื่อให้เนื้อรกติดขึ้นมากับเข็มฉีดยา หรือทำผ่านปากมดลูกโดยใช้กระบอกเข็มฉีดยาดูดเนื้อรก โดยการตรวจเนื้อรกก็นั้นจะทำเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 10-13 สัปดาห์²⁶ ซึ่งสามารถตรวจความผิดปกติทางโครโมโซม ความพิการแต่กำเนิด ภาวะกระดูกสันหลังไม่ปิด (Spina bifida) สภาวะสมองไม่สมบูรณ์ หรือไม่มีสมอง เป็นต้น

- การตรวจเลือดจากสายสะดือทารกในครรภ์มารดา (Cordecentesis) เป็นการใช้เข็มเจาะเลือดของทารกบริเวณสะดือผ่านทางหน้าท้องของมารดา โดยใช้เครื่องอัลตราซาวด์ตรวจหาว่ารกเกาะอยู่ส่วนไหน ซึ่งจะทำเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 18 สัปดาห์ โดยสามารถตรวจความผิดปกติของทารกในครรภ์อันได้แก่ ความผิดปกติทางโครโมโซมทารกในครรภ์มารดา²⁷ รวมถึงโรคติดเชื้อตั้งแต่กำเนิดอันได้แก่ หัดเยอรมัน เชื้อ *Taxoplasma* เป็นต้น

จากที่ได้กล่าวถึงมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาตั้งแต่ได้กล่าวไว้ข้างต้น จะเห็นได้ว่าการที่สาธารณสุขฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษได้มีการจัดทำมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาเป็น Clinical Practice Guideline นั้น ทำให้บิดามารดาทราบว่าเมื่อมารดาตั้งครรภ์ แพทย์จะต้องทำการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาอะไรบ้างและในช่วงอายุครรภ์เท่าใด อีกทั้งศาลก็ยังได้นำ Clinical Practice Guideline มาใช้ประกอบการพิจารณาคดี ซึ่งมีผลดีในการพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่

ส่วนประเทศไทยนั้นเมื่อมีการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดต่อศาล ก็มักจะประสบปัญหาในการพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ซึ่งในการพิสูจน์ถึงการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของแพทย์นั้นก็ต้องพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์ต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์หรือไม่ โดยทารกและบิดามารดาจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาเมื่ออยู่เช่นไร และการกระทำของแพทย์ที่ตรวจวินิจฉัยไม่พบความพิการนั้นต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์อย่างไร ซึ่งในการพิสูจน์นั้น

²⁶ ชารางรัตน์ หาญประเสริฐพงษ์, "หัตถการตรวจวินิจฉัยก่อนคลอด," *สงขลานครินทร์เวชสาร* 28, 6 (2553): 343-344.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 345.

ต้องอาศัยความรู้ทางการแพทย์ที่บุคคลทั่วไปไม่อาจทราบได้จึงเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยาก และเนื่องจากประเทศไทยมีมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ทั้งมาตรฐานตามตำราแพทย์ที่เป็นสากลของประเทศไทย มาตรฐานตามเวชปฏิบัติหรือแนวทางการรักษา และมาตรฐานที่แพทย์ทั่วไปหรือวิญญาณผู้เป็นแพทย์ปฏิบัติ ประเทศไทยยังไม่มีกรอบมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เป็น Clinical Practice Guideline จึงทำให้ทารกและบิดามารดาไม่อาจทราบได้ว่าแพทย์จะต้องทำการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาอะไรบ้าง และในช่วงอายุครรภ์เท่าใด ซึ่งหากทารกและบิดามารดาไม่สามารถพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อได้ก็จะมีผลทำให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบละเมิดซึ่งส่งผลทำให้การกระทำของแพทย์ไม่เป็นละเมิดและแพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารกและบิดามารดา ซึ่งประเด็นปัญหาในเรื่องการพิสูจน์ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั้นเป็นหนึ่งในองค์ประกอบความรับผิดชอบละเมิดที่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

2.3 ลักษณะการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาด

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดานั้น จะเกิดความรับผิดชอบละเมิดแก่แพทย์ได้ก็ต่อเมื่อการกระทำของแพทย์เป็นทุรเวชปฏิบัติ (Medical malpractice) และครบองค์ประกอบความรับผิดชอบละเมิดทุกประการ ซึ่งทุรเวชปฏิบัติ นั้น ปธานุกรมศัพท์นิติเวชของสมาคมนิติเวชกรุลอนดอนได้ให้ความหมายไว้ว่า “การขาดทักษะที่ควรพึงมีอย่างสมเหตุสมผลตามสมควรในฐานะเป็นแพทย์และขาดการเอาใจใส่ดูแลคนไข้จนทำให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพหรือชีวิตของคนไข้²⁸” นอกจากนี้ศาสตราจารย์ ดร.ฉัตรสุมน พฤติภิญโญ ก็ได้ให้ความหมายในทำนองเดียวกันไว้ว่า “การประพฤตินิติวิชาชีพหรือไม่ตรงตามมาตรฐานการรักษาพยาบาลที่ต้องปฏิบัติ ประมาทหรือละเลยในการรักษาคนไข้ ประพฤติหรือปฏิบัติหรือใช้ทักษะต่อคนไข้ผิดพลาดโดยปราศจากเหตุผล²⁹” ดังนั้น ลักษณะการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดที่ถือเป็นทุรเวชปฏิบัติอันอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบละเมิดแก่แพทย์ได้จึงต้องเป็นการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์อันเป็นเหตุให้ไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาซึ่งเป็นประเด็นที่ผู้เขียนจะทำการศึกษา

²⁸ แสวง บุญเฉลิมวิลาส และเอนก ยมจินดา, กฎหมายการแพทย์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 79.

²⁹ ฉัตรสุมน พฤติภิญโญ, กฎหมายสุขภาพและการรักษาพยาบาล: กฎหมายว่าด้วยสารบัญญัติและวิธีพิจารณาความ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 150.

จากที่ได้กล่าวถึงมาตรฐานวิชาชีพแพทยในการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาตาม Clinical Practice Guideline ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ และแนวทางการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาของประเทศไทยในหัวข้อ 2.2 นั้น ผู้เขียนขอยกตัวอย่างการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดอันถือเป็นทิวาเวชปฏิบัติดังนี้

- กรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดา โดยการตรวจวินิจฉัยนั้นไม่เป็นไปตามกำหนดช่วงอายุครรภ์ที่แพทย์จะต้องทำการตรวจวินิจฉัยอันทำให้ไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์หรือไม่พบเชื้อโรคหรือเชื้อไวรัสอันเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์ เช่น แพทย์ได้ทำการตรวจอัลตราซาวด์ในขณะที่มารดามีอายุครรภ์เพียง 10 สัปดาห์ซึ่งถือเป็นช่วงที่ยังไม่มีการสร้างอวัยวะทางร่างกายของทารกในครรภ์อันมีผลทำให้แพทย์ตรวจไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์ กรณีดังกล่าวย่อมถือว่าการตรวจอัลตราซาวด์นั้นแพทย์ได้ปฏิบัติต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ที่จะต้องทำการตรวจอัลตราซาวด์ในช่วงอายุครรภ์ที่ 18-20 สัปดาห์ซึ่งเป็นช่วงอายุครรภ์ที่สามารถตรวจพบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาได้³⁰ การกระทำของแพทย์จึงถือเป็นทิวาเวชปฏิบัติ

- กรณีที่แพทย์ทำการตรวจอัลตราซาวด์อย่างเร่งรีบโดยปราศจากความระมัดระวังและขาดความละเอียดรอบคอบอันเป็นเหตุให้ไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ย่อมถือว่าแพทย์ทำการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่แพทย์ทั่วไปหรือวิญญูชนผู้เป็นแพทย์ปฏิบัติซึ่งจะต้องใช้ความระมัดระวังและความละเอียดรอบคอบในการตรวจอัลตราซาวด์ ดังนั้นจึงถือได้ว่าการกระทำของแพทย์ผู้ทำการตรวจอัลตราซาวด์นั้นเป็นทิวาเวชปฏิบัติ

- กรณีที่แพทย์ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนการตรวจวินิจฉัยอันเป็นเหตุให้ไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา กรณีดังกล่าวย่อมถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์อันถือเป็นทิวาเวชปฏิบัติ

ตัวอย่างที่เกิดขึ้นจริงในประเทศไทยและต่างประเทศที่ถือว่าการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาของแพทย์เป็นทิวาเวชปฏิบัติ ได้แก่

³⁰ การตรวจอัลตราซาวด์เพื่อหาความผิดปกติทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แพทย์จะทำการตรวจทางหน้าท้องของมารดาเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 18-20 สัปดาห์³⁰ ซึ่งเป็นการตรวจหาความผิดปกติทางโครงสร้างร่างกายของทารกในครรภ์ โดยเฉพาะความผิดปกติของโครงสร้างหลัก (Major structure) อันได้แก่ กะโหลกศีรษะ เนื้อสมอง โครงกระดูก แขนขา หัวใจ ตับ ไต เป็นต้น (โปรดดู: สุตินรีแพทย์ สอนดอก, "การตรวจคัดกรองความพิการแต่กำเนิดด้วยอัลตราซาวด์" [ออนไลน์].)

- สาธารณรัฐฝรั่งเศส กรณีตามคดี Nicolas Perruche³¹ ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์และห้องแลปทำการตรวจวินิจฉัยเลือดของมารดาผิดพลาด โดยผลการตรวจเลือดครั้งแรกเป็นลบ แต่การตรวจเลือดครั้งที่สองเป็นบวก ซึ่งแพทย์และห้องแลปได้สรุปผลว่ามารดาไม่ได้รับเชื้อหัดเยอรมัน แต่ในเวลาต่อมาเมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกนั้นมีร่างกายพิการอันเนื่องมาจากมารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างตั้งครรภ์ ซึ่งทฤษฎีปฏิบัติที่เกิดขึ้นในกรณีนี้คือ การที่แพทย์และห้องแลปสรุปผลการตรวจวินิจฉัยผิดพลาดและได้แจ้งผลการตรวจที่ผิดพลาดนั้นแก่มารดาอันเป็นเหตุให้มารดาต้องเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์³² ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดของคดีต่อไป

- สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี กรณีตามคดีทารกเกิดมาพิการอันเนื่องมาจากเชื้อหัดเยอรมัน³³ และประเทศอังกฤษ กรณีตามคดี McKay v. Essex Area Health Authority³⁴ ซึ่งทั้งสองคดีมีข้อเท็จจริงเหมือนกันคือ แพทย์ทำการตรวจเลือดของมารดาผิดพลาดไม่พบเชื้อหัดเยอรมัน แต่ต่อมาเมื่อทารกได้คลอดจากครรภ์มารดา กลับพบว่าทารกนั้นมีความพิการทางร่างกายอันเนื่องมาจากมารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างตั้งครรภ์ ซึ่งทฤษฎีปฏิบัติที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ก็คือ การที่แพทย์ขาดความระมัดระวังในการตรวจวินิจฉัยเลือดของมารดาอันเป็นเหตุให้มารดาเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์และทำให้มารดาไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดทารกที่พิการได้³⁵ ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดของคดีต่อไป

- ประเทศไทย กรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560³⁶ ซึ่งเป็นกรณีที่สูตินรีแพทย์และแพทย์ผู้ทำการอัลตราซาวด์ได้ทำการตรวจอัลตราซาวด์ครรภ์มารดาในระดับที่ 1 ไม่พบความพิการของแขนและขาของทารกในครรภ์ ซึ่งคดีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการกระทำของแพทย์ทั้งสองเป็นการขาดความระมัดระวังในการตรวจอัลตราซาวด์ ซึ่งหากแพทย์ทั้งสองได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอตามวิสัยของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในการตรวจครรภ์มารดาด้วยเครื่องอัลตราซาวด์ (มาตรฐานที่

³¹ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

³² C. Manaouil, M. Gignon, and O. Jade, "10 Years of Controversy Twists and Turns in the Perruche Wrongful Life Claim: Compensation for Children Born with a Disability in France," *Medicine and Law* 31(2012): p. 666.

³³ Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate) BGHZ 86, 240, JZ 1983, 447 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 87.

³⁴ McKay v. Essex Area Health Authority [1982] QB 1166; [1982] 2 All ER 771; [1982] 2 WLR 890 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 111.

³⁵ Oxford Academic, "Preimplantation and Prenatal Diagnosis. Wrongful Birth and Wrongful Life: A Global View of Bioethical and Legal Controversies," [Online] Accessed: 9 December 2018. Available from: <https://academic.oup.com/humupd/article/23/3/338/2979213>

³⁶ รายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โปรดดูหน้า 139.

แพทย์ทั่วไปหรือวิญญูชนผู้เป็นแพทย์ปฏิบัติ) ศาสตราจารย์เชื่อว่าแพทย์ทั้งสองก็จะพบเห็นความพิการของแขนและขาของทารกในครรภ์มารดาได้ โดยศาสตราจารย์ได้พิจารณาจากพยานเอกสารของแพทย์ที่ได้รับอนุญาตไว้ว่า การตรวจอัลตราซาวด์ในระดับที่ 1 สามารถตรวจพบความพิการบางอย่างที่สามารถเห็นได้ง่ายได้ ประกอบกับคำเบิกความของแพทย์ผู้ทำการอัลตราซาวด์ตอบนายโจทก์ถามค้านว่าวัยวะเพศชายของทารกเมื่อเปรียบเทียบกับแขนและขาโดยปกติย่อมเล็กกว่ามาก แพทย์ผู้ทำการอัลตราซาวด์ก็ยังสามารถพบเห็นวัยวะเพศชายได้ แขนและขาทั้งสองข้างของทารกจึงเป็นวัยวะส่วนที่สามารถตรวจพบได้ง่ายหากแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังในการตรวจอัลตราซาวด์ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดของคดีต่อไป

แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดนั้นจะเป็นทฤษฎีปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นการตรวจวินิจฉัยที่ต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์อันเป็นเหตุให้ไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาก็ตาม แต่แพทย์จะมีความรับผิดชอบละเมิดต่อทารกและบิดามารดาหรือไม่นั้นยังจะต้องพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์ซึ่งเป็นทฤษฎีปฏิบัตินั้นครบองค์ประกอบความรับผิดชอบละเมิดทุกประการด้วยหรือไม่ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

2.4 การยุติการตั้งครรภ์

การยุติการตั้งครรภ์หรือการทำแท้ง (Abortion) ในทางการแพทย์ได้ให้ความหมายไว้ว่าเป็นการคลอดทารกในขณะที่มีอายุครรภ์ต่ำกว่า 28 สัปดาห์หรือทารกที่คลอดมีน้ำหนักน้อยกว่า 1,000 กรัม³⁷ ซึ่งเป็นการพิจารณาในมุมมองวิทยาศาสตร์โดยอาศัยอายุครรภ์และน้ำหนักของทารกเป็นเกณฑ์ ทั้งนี้ในปัจจุบันบางประเทศก็ได้มีการอนุญาตให้มีการยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างเสรีโดยไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ได้แก่ ประเทศนิวซีแลนด์ สาธารณรัฐประชาชนจีน เป็นต้น ส่วนบางประเทศสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างเสรีแต่ได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับอายุครรภ์ ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส ในกรณีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์³⁸ สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีในกรณีอายุครรภ์ไม่เกิน 12

³⁷ แสวง บุญเฉลิมวิลาส และเอนก ยมจินดา, กฎหมายการแพทย์, หน้า 41.

³⁸ Loi veil du 17 Janvier 1975

Article 162-1 La femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse.

Loi n° 2001-558 du 4 Juillet 2001

Article 11 L'article L. 2213-1 du même code est ainsi rédigé :

สัปดาห์³⁹ แต่อย่างไรก็ตามหากมารดามีปัญหาสุขภาพกายหรือปัญหาสุขภาพจิตรวมทั้งในกรณีที่ทารกในครรภ์มีความพิการหรือเป็นโรคอย่างรุนแรง ทั้งสองประเทศดังกล่าวนี้ก็อนุญาตให้สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยไม่ต้องพิจารณาอายุครรภ์⁴⁰ และบางประเทศก็อนุญาตให้ทำการยุติการตั้งครรภ์ได้ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น ประเทศอังกฤษ ในกรณีที่มารดาตั้งครรภ์ต่อไปจะมีผลเสียต่อมารดาหรือในกรณีที่ทารกในครรภ์มีความผิดปกติทางร่างกายหรือจิตใจ มารดาก็สามารถตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์ได้ภายในอายุครรภ์ไม่เกิน 24 สัปดาห์⁴¹ เป็นต้น

Art. L. 2213-1. - L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

³⁹ German Criminal Code Section 218a Exception to liability for abortion

(1) The offence under section 218 shall not be deemed fulfilled if

1. the pregnant woman requests the termination of the pregnancy and demonstrates to the physician by certificate pursuant to section 219(2) 2nd sentence that she obtained counselling at least three days before the operation;

2. the termination of the pregnancy is performed by a physician; and

3. not more than twelve weeks have elapsed since conception.

(2) The termination of pregnancy performed by a physician with the consent of the pregnant woman shall not be unlawful if, considering the present and future living conditions of the pregnant woman and if the danger cannot reasonably be averted in another way from her point of view.

(4) The pregnant woman shall not be liable under section 218 if the termination of pregnancy was performed by a physician after counselling (section 219) and not more than twenty-two weeks have elapsed since conception. The court may order a discharge under section 218 if the pregnant woman was in exceptional distress at the time of the operation.

⁴⁰ International Planned Parenthood Federation European Network, "[Abortion Legislation in Europe](#)."

⁴¹ Abortion Act 1967 Section 1 Medical termination of pregnancy

1. Subject to the provision of this section, a person shall not be guilty of an offence under the law relating to abortion when a pregnancy is terminated by a registered medical practitioner if two registered medical practitioners are of the opinion, formed in good faith-

(a) that the pregnancy has not exceeded its twenty-fourth week and that the continuance of the pregnancy would involve risk, greater than if the pregnancy were terminated, of injury to the physical or mental health of the pregnant woman or any existing children of her family; or

(b) that the termination is necessary to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman; or

ส่วนประเทศไทยนั้นยังไม่สามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างเสรี การยุติการตั้งครรภ์จะทำให้ได้ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นหากมีการยุติการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดก็จะถือว่าผิดกฎหมาย โดยมุมมองทางกฎหมายเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์หรือการทำแท้งนั้นศาลฎีกาได้ให้คำจำกัดความคำว่า แท้ง หมายถึง กรณีที่ทำให้ทารกตายในครรภ์หรือคลอดออกมาโดยทารกไม่มีชีวิต⁴² ทั้งนี้การที่มีบุคคลอื่นทำให้หญิงแท้งลูกหรือกรณีหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกนั้นถือเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ถึงมาตรา 304 แต่ก็มีข้อยกเว้นที่จะไม่ถือว่าเป็นความผิดหากเป็นไปตามเงื่อนไขตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

นอกจากนี้แพทยสภาได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 มาตรา 21(3)(ฎ) ออกข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ซึ่งได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 10 พฤศจิกายน 2548 และมีผลใช้บังคับในวันที่ 11 พฤศจิกายน 2548 โดยกำหนดว่าการยุติการตั้งครรภ์นั้นสามารถทำได้เมื่อหญิงนั้นให้ความยินยอม⁴³ และแพทย์ผู้กระทำการยุติการ

(c) that the continuance of the pregnancy would involve risk to the life of the pregnant woman, greater than if the pregnancy were terminated; or

(d) that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped.

⁴² แสวง บุญเฉลิมวิลาส และเอนก ยมจินดา, กฎหมายการแพทย์, หน้า 42.

⁴³ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548

ข้อ 3 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น จะกระทำได้เมื่อหญิงมีครรภ์นั้นยินยอม

ตั้งครรภ์ต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย⁴⁴ และได้กำหนดเงื่อนไขในการยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) ไว้ในข้อบังคับแพทยสภาฯ ข้อ 5 ดังนี้

“การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

- (1) เป็นกรณีที่ต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงมีครรภ์ หรือ
- (2) เป็นกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคนให้ถือว่าหญิงมีครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

ทั้งนี้ ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิตและต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชทะเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน”

จากบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 และข้อบังคับแพทยสภาฯดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การยุติการตั้งครรภ์โดยไม่ถือเป็นการผิดตามกฎหมายนั้นพิจารณาสุขภาพของหญิง ซึ่งก็คือมารดาที่ตั้งครรภ์เป็นหลักและจะต้องได้รับความยินยอมจากมารดาด้วย สิทธิในการยุติการตั้งครรภ์จึงเป็นสิทธิของมารดาเท่านั้น บิดาหาไม่มีสิทธิดังกล่าวไม่ ทั้งนี้ในกรณีที่ทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย มารดาจะมีสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์โดยไม่มีผิดตามกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามารดาที่มีความเครียดอย่างรุนแรงเมื่อตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกายอย่างรุนแรง โดยข้อบังคับแพทยสภาฯดังกล่าวถือว่าความเครียดอย่างรุนแรงที่เกิดขึ้นกับมารดานั้นเป็นผลกระทบต่อสุขภาพจิตของมารดา ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการยุติการตั้งครรภ์พิจารณาถึงสุขภาพของมารดาเท่านั้น

⁴⁴ ข้อบังคับแพทยสภาฯด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548

ข้อ 5 แพทย์ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อบังคับนี้ ต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย

มิได้พิจารณาถึงสุขภาพของทารกในครรภ์แต่อย่างใด จึงไม่อาจถือว่าทารกนั้นมีสิทธิที่จะถูกยุติการตั้งครรภ์ ดังนั้นในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษา การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ทารกจึงไม่อาจกล่าวอ้างว่าการกระทำของแพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิที่จะถูกยุติการตั้งครรภ์ และบิดาก็ไม่อาจกล่าวอ้างว่าการกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ด้วยเช่นกัน ส่วนในกรณีของมารดานั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวจะถือเป็นความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาหรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับว่ามารดาสามารถพิสูจน์ได้หรือไม่ว่ามารดาจะมีความเครียดอย่างรุนแรงหากแพทย์ตรวจพบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา และพิสูจน์ได้หรือไม่ว่ามารดามีความมุ่งหมายที่จะยุติการตั้งครรภ์หากแพทย์ตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์โดยละเอียดในบทที่ 5 ต่อไป



บทที่ 3

การเยียวยาความเสียหายทางละเมิดตามกฎหมายต่างประเทศ

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ในกรณีนี้แพทย์จะมีความรับผิดชอบทางละเมิดต่อทารกและบิดามารดาหรือไม่นั้น ประเด็นปัญหาดังกล่าวได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีในสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษซึ่งมีแนวคำวินิจฉัยของศาลและข้อโต้แย้งที่น่าสนใจ นอกจากนี้สาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law เช่นเดียวกับประเทศไทย อีกทั้งกฎหมายของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนียังเป็นต้นแบบกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศไทยด้วย ผู้เขียนจึงเลือกศึกษากฎหมายของประเทศดังกล่าว โดยเนื้อหาของบทที่ 3 นี้จะกล่าวถึงสถานะของทารกในครรภ์มารดา การรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของทารกในครรภ์มารดา หลักวินิจฉัยความรับผิดชอบทางละเมิดและการชดเชยค่าสินไหมทดแทน

3.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

3.1.1 สถานะและการรับรองสิทธิของทารกในครรภ์มารดา

ในการพิจารณาสถานะของทารกในครรภ์มารดาว่ามีสภาพบุคคลตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสหรือไม่นั้นมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณากฎหมายว่าด้วยสภาพบุคคล ซึ่งสภาพบุคคลตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Code Civil des Français หรือ French Civil Code) Article 311-4⁴⁵ ดังนี้

“หากทารกคลอดแต่ไม่มีชีวิตรอด ย่อมไม่ถือว่าทารกมีสภาพบุคคล”

⁴⁵ French Civil Code Article 311-4

No action is admissible as to the parentage of child who was not born viable.

จากบทบัญญัติข้างต้น การเริ่มต้นสภาพบุคคลตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น เริ่มต้นด้วยการเกิด⁴⁶ กล่าวคือ ทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัว (L'enfant doit être né)⁴⁷ และจะต้องเข้าเงื่อนไขสำคัญอีกสองประการ ดังนี้

ประการแรก ทารกจะต้องเกิดมามีชีวิต (L'enfant doit être viable) กล่าวคือ ทารกจะต้องมีการหายใจ โดยจะต้องไม่ตายก่อนคลอดหรือตายในขณะคลอด (L'enfant morté)⁴⁸

ประการที่สอง ทารกจะต้องมีความสามารถในการอยู่รอด (L'enfant doit être vivant) กล่าวคือ ทารกจะต้องมีความสามารถในการดำรงชีวิตอยู่ต่อไปได้อย่างแน่นอน⁴⁹ ซึ่งสามารถพิสูจน์ได้โดยวิธีการทางการแพทย์ แต่ในกรณีที่ทารกนั้นมีชีวิตอยู่ในขณะคลอดหรือภายหลังคลอดเพียงชั่วคราวแล้วตายในเวลาต่อมา กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่าไม่เพียงพอที่จะทำให้เกิดสภาพบุคคลตามกฎหมายเนื่องจากไม่เกิดประโยชน์ที่จะให้สภาพบุคคลแก่ทารกนั้น⁵⁰

ดังนั้น หากทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาแล้วและเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวทุกประการย่อมถือว่าทารกมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ซึ่งผลของการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายนั้น ก่อให้เกิดการเป็นประธานแห่งสิทธิหรือการเป็นผู้ทรงสิทธิ (Des droits subjectifs) และก่อให้เกิดหน้าที่ด้วยเช่นกัน ส่วนทารกในครรภ์มารดาซึ่งไม่เข้าเงื่อนไขการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงไม่อาจถือว่าทารกในครรภ์มารดามีสภาพบุคคลตามกฎหมาย โดยได้มีกรณีพิพาท Cour de Cassation ซึ่งเป็นศาลสูงของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ตัดสินเมื่อวันที่ 29 มิถุนายน 2001 ซึ่งเป็นกรณีอุบัติเหตุทางรถยนต์เนื่องจากจำเลยมีอาการเมา อุบัติเหตุดังกล่าวเป็น

⁴⁶ Philippe Malaurie and Laurent Aynes, *Droit Civil Les Personnes. Les Incapacités* (France: Editions CUJAS, 1992), p. 17.

⁴⁷ Cours de droit.net, "[Le Statut Juridique De L'embryon Et Du Foetus](http://www.cours-de-droit.net/le-statut-juridique-de-l-embryon-et-du-foetus-a127427654)," [Online] Accessed: 14 June 2018. Available from: <http://www.cours-de-droit.net/le-statut-juridique-de-l-embryon-et-du-foetus-a127427654>

⁴⁸ อังคณาดี ปิ่นแก้ว, *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 23.

⁴⁹ Cours de droit.net, "[Le Statut Juridique De L'embryon Et Du Foetus](http://www.cours-de-droit.net/le-statut-juridique-de-l-embryon-et-du-foetus-a127427654)."

⁵⁰ อังคณาดี ปิ่นแก้ว, *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล*, หน้า 23.

เหตุให้มารดาซึ่งตั้งครรภ์ได้หกเดือนต้องสูญเสียทารกในครรภ์ กรณีนี้ที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ไม่ถือว่าทารกนั้นเป็นบุคคลตามกฎหมาย⁵¹

อย่างไรก็ตามแม้ว่าทารกในครรภ์มารดาจะไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ถือว่าทารกในครรภ์มารดาเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดาโดยได้รับแนวคิดดังกล่าวจากโรมัน (Pars viscerum matris)⁵² และสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ยังคงให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดา⁵³ โดยเป็นไปตามหลัก Infans conceptus ตามสุภาษิตละตินที่ว่า “หากทารกปฏิสนธิให้ถือว่าได้เกิดแล้วทุกครั้งที่มีเรื่องเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของทารกนั้นเกิดขึ้น” (*Infans conceptus pro nato habetur quoties commodis ejus agitur*) โดยการที่จะถือว่าได้เกิดแล้วตามหลัก Infans conceptus นั้นใช้กับกรณีที่เป็นสิทธิหรือประโยชน์ของทารกเท่านั้น ไม่อาจนำมาใช้ย้อนหลังเพื่อกำหนดภาระหรือหน้าที่แก่ทารกได้⁵⁴ และกรณีที่ทารกจะได้รับสิทธิย้อนหลังไปตั้งแต่มีการปฏิสนธิในครรภ์มารดาได้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ว่าทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวโดยมีชีวิตและมีความสามารถในการอยู่รอดต่อไปได้⁵⁵ กล่าวคือ ทารกจะต้องมีสภาพบุคคลตามกฎหมายภายหลังที่ได้คลอดจากครรภ์มารดานั่นเอง ซึ่งแต่เดิมนั้นหลัก Infans conceptus ได้นำมาปรับใช้กับกรณีสิทธิของทารกในการรับมรดกจากบิดาซึ่งถึงแก่ความตายในระหว่างที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา และสิทธิของทารกในการใช้นามสกุลของบิดา โดยไม่ปรากฏว่ามีการนำหลัก Infans conceptus มาปรับใช้กับสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิด และในปัจจุบันกฎหมายของ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁵¹ La Dissertation, "Statut De L'enfant à Naitre," [Online] Accessed: 11 August 2018. Available from: <https://www.ladissertation.com/Politique-et-Internationale/Droit/Statut-de-l'enfant-%C3%A0-na%C3%A9tre-314589.html>

⁵² Malaurie, P. and L. Aynes, *Droit Civil Les Personnes, Les Incapacites*, p. 18.

⁵³ Philippe Charlier et al., "When Does the Fetus Become a Person? A French Retrospective Study and Review of the Literature of Ritual Related to Medical Interruptions of Pregnancies, in-Utero Fetal Death, and Late Miscarriages," *Anthropology* 1, 2 (2013): 5.

⁵⁴ อังคณาดี ปิ่นแก้ว, *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล*, หน้า 26.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

สาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายรับรองสิทธิของทารกในครรภ์มารดาซึ่งได้แก่ สิทธิในการรับมรดก⁵⁶ สิทธิในการรับการให้โดยเสน่หาและการรับมรดกตามพินัยกรรม⁵⁷

ส่วนในกรณีที่มีการทำละเมิดต่อมารดาที่กำลังตั้งครรภ์และก่อให้เกิดความเสียหายต่อทารกในครรภ์มารดาด้วยนั้น กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีความตั้งใจจะให้ทารกที่ยังอยู่ในครรภ์มารดาซึ่งยังมีได้เกิดมามีชีวิต (Child en ventre sa mère) มีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำละเมิด⁵⁸ ส่วนในกรณีที่ภายหลังทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวโดยมีชีวิตและความสามารถในการอยู่รอดต่อไปได้ ทารกจะมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับผู้กระทำละเมิดหรือไม่นั้น กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ไม่ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน แต่ก็ได้มีคดี Nicolas Perruche⁵⁹ ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์และห้องแลปทำการตรวจวินิจฉัยเลือดของมารดาผิดพลาดว่ามารดาไม่ได้รับเชื้อหัดเยอรมัน แต่เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกนั้นมีร่างกายพิการอันเนื่องมาจากการที่มารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างตั้งครรภ์ ซึ่งทารกที่พิการนั้นก็ได้อ้างดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับแพทย์และห้องแลป โดยคดีนี้ที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ซึ่งเป็นศาลสูงของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ตัดสินให้แพทย์และห้องแลปรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารก แต่ต่อมาคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ก็ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากจนกระทั่งฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมาย The Law of 4 March 2002 หรือ Loi Anti-Perruche โดย Article 1⁶⁰ ได้บัญญัติไว้ว่า

⁵⁶ French Civil Code Article 725

In order to inherit, one must exist at the time of the opening of the succession or, having been conceived, be born viable.

A person whose absence is presumed under Article 112 may inherit.

⁵⁷ French Civil Code Article 906

To be capable of receiving inter vivos, one need only to be conceived at the time of gift.

To be capable of receiving by will. One need only to be conceived at the time of the death of the testator.

However, the gift or will may only take effect if the child is born viable.

⁵⁸ Ketevan Tsintsadze, "Development of Tort Liability for Injury to the Unborn," *European Scientific Journal* 11(November 2014): 151.

⁵⁹ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

⁶⁰ The Patients' Rights and Quality of Care Act Article 1

Nobody can claim to have been harmed simply by being born.

“จะไม่มีบุคคลใดมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการได้เกิดมามีชีวิต”

โดยกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้วันที่ 4 มีนาคม 2002 ซึ่งผลของบทบัญญัติดังกล่าวทำให้ทารกที่เกิดมาพิการภายหลังจากที่กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้นั้นไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์อีกต่อไป⁶¹ ทั้งนี้เว้นแต่ความพิการของทารกเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์ ทารกก็สามารถฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์ได้⁶² ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวรายละเอียดของคดีต่อไป

ดังนั้น จากคำพิพากษาคดี Nicolas Perruche และกฎหมาย The Law of 4 March 2002 หรือ Loi Anti-Perruche ที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นนั้นจึงอาจอนุมานได้ว่าศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ยอมรับว่าทารกมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับผู้กระทำละเมิดในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดาได้ แต่ทั้งนี้ความพิการทางร่างกายของทารกนั้นจะต้องเป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการกระทำของผู้กระทำ ส่วนในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แต่เมื่อมารดาได้คลอดทารกกลับพบว่าทารกมีความพิการทางร่างกาย กรณีนี้ความพิการที่เกิดขึ้นกับร่างกายของทารกจะถือเป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการกระทำของแพทย์หรือไม่ก็จะต้องพิจารณาองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

3.1.2 หลักวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิด

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แพทย์จะมีความรับผิดทางละเมิดต่อทารกและบิดามารดาหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวครบองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดทุกประการหรือไม่ ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยได้แบ่งเป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจซึ่งบัญญัติไว้ใน Article 1240⁶³

⁶¹ Manaouil, C., M. Gignon, and O. Jade, "10 Years of Controversy Twists and Turns in the Perruche Wrongful Life Claim: Compensation for Children Born with a Disability in France," *Medicine and Law*: p. 666.

⁶² Ibid., p.665.

⁶³ French Civil Code

Article 1240 Any act whatever of man, which causes damage to another, obliges the one by whose fault occurred to compensate it

(เดิม Article 1382) และความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อซึ่งบัญญัติไว้ใน Article 1241⁶⁴ (เดิม Article 1383) ดังนี้

“Article 1240 การกระทำโดยเป็นความผิดของบุคคลใดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น บุคคลนั้นมีหน้าที่ต้องชดใช้เยียวยาความเสียหายนั้น”

“Article 1241 บุคคลที่จะต้องรับผิดชอบไม่เพียงแต่เฉพาะความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจเท่านั้น แต่รวมถึงต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อด้วย”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสสามารถแบ่งองค์ประกอบได้ 3 ประการดังนี้

1) ความผิด (Faute หรือ Fault)

สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้รับเอาแนวความคิดทฤษฎีความผิด (Faute) มาปรับใช้ ซึ่งในกรณีที่ผู้กระทำเป็นแพทย์ การกระทำของแพทย์จะถือเป็นความผิดต่อเมื่อแพทย์ได้ทำการรักษาคนไข้ต่ำกว่าตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์⁶⁵ ซึ่งปัจจุบันได้มีการกำหนดมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เกี่ยวกับการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาไว้ใน Clinical Practice Guideline (CPG) เรื่องการให้ข้อมูลแก่สตรีมีครรภ์ (Comment mieux informer les femmes enceintes)⁶⁶ ซึ่งได้กล่าวในรายละเอียดไว้ในหัวข้อ 2.2.1 ข้างต้น และศาลก็ได้นำ Clinical Practice Guideline มาใช้ในการพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์ต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์หรือไม่ด้วย⁶⁷

ส่วนผู้เสียหายนั้นจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายตามที่กฎหมายลักษณะละเมิดได้ให้ความคุ้มครอง ซึ่งมีข้อสังเกตว่ากฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมิได้กำหนดประเภทความเสียหายเอาไว้ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายลักษณะละเมิดของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีและไทยที่

⁶⁴ French Civil Code

Article 1241 Everyone is liable for the damage he causes not only by his intentional act, but by his negligent conduct or by his imprudence.

⁶⁵ Philippe Malaurie, Laurent Aynès, and Philippe Stoffel-Munck, *Les Obligations* (France: Defrènois, 2005), p. 164.

⁶⁶ HAS Haute Autorité de Santé, “Comment Mieux Informer Les Femmes Enceintes.”

⁶⁷ National Center for Biotechnology Information, “Use of Evidence for Clinical Practice Guideline Development.”

ได้กำหนดประเภทความเสียหายไว้ในบทบัญญัติกฎหมายลักษณะละเมิด โดยในการพิจารณาคดีของ ศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสผู้พิพากษาจะพิจารณาตามคำอธิบายที่ Domat ซึ่งเป็นนักนิติศาสตร์ชาว ฝรั่งเศสที่มีชื่อเสียงได้กล่าวไว้ในศตวรรษที่ 17 ว่า “ทุกความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของ บุคคล ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือปราศจากความระมัดระวัง หรือการขาด ความรู้ซึ่งควรจะรู้ ผู้กระทำจะต้องชดใช้เยียวยาความเสียหาย แม้ว่าการกระทำนั้นผู้กระทำจะมีได้ ตั้งใจก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม⁶⁸” หรืออาจกล่าวสรุปได้ว่าทุกความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการ กระทำละเมิด ผู้กระทำมีหน้าที่ชดใช้เยียวยาความเสียหาย

ทั้งนี้กฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสยังได้แบ่งประเภทผู้เสียหาย ออกเป็นผู้เสียหายโดยตรง (Direct victim) และผู้เสียหายโดยอ้อม (Indirect victim หรือ Victim par ricochet) ซึ่งผู้เสียหายโดยตรงก็คือผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำละเมิด ส่วน ผู้เสียหายโดยอ้อมคือผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการที่ผู้เสียหายโดยตรงถูกกระทำละเมิด (Ricochet Damage) โดยผู้เสียหายโดยอ้อมนั้นได้แก่ บุคคลในครอบครัวของผู้เสียหายโดยตรงหรือผู้ที่มี ความสัมพันธ์กับผู้เสียหายโดยตรง โดยความเสียหายที่ผู้เสียหายโดยอ้อมได้รับนั้นสามารถเป็นได้ทั้ง ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (Pecuniary damage) และความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือความเสียหาย ต่อจิตใจ (Non-pecuniary damage)⁶⁹

ส่วนการกระทำของผู้กระทำนั้นสามารถเป็นได้ทั้งการกระทำโดยเคลื่อนไหวร่างกาย และการกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกายที่เรียกว่า การงดเว้นการกระทำ ซึ่งการงดเว้นการกระทำนั้น ศาลจะพิจารณาว่าผู้กระทำสามารถคาดเห็นได้หรือไม่ว่าจะมีความเสียหายเกิดขึ้นและผู้กระทำ สามารถหลีกเลี่ยงมิให้เกิดความเสียหายนั้นได้หรือไม่⁷⁰ โดยทั้งการกระทำโดยเคลื่อนไหวร่างกายและ การงดเว้นการกระทำจะต้องไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Acte illicite หรือ Unlawful) และจะต้องเกิดจาก การจงใจ (Intentionnelle) หรือประมาทเลินเล่อ (Négligence) ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

⁶⁸ Eva Steiner, *French Law Comparative Approach* (New York: Oxford University Press Inc., 2010), p. 346.

⁶⁹ Florin I. Mangu, "Despre Prejudiciul Prin Ricoşeu," *Romanian Review of Private Law* 99, 4 (2017): 99.

⁷⁰ Malaurie, P., L. Aynès, and P. Stoffel-Munck, *Les Obligations*, p. 36.

- การกระทำโดยจงใจ คือ การที่ผู้กระทำกระทำหรืองดเว้นการกระทำโดยรู้สำนึกในขณะกระทำ⁷¹ และมีความตั้งใจหรือประสงค์ให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น⁷² ซึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นการที่แพทย์กระทำโดยจงใจก็คือ การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ที่กำหนดไว้ใน Clinical Practice Guideline โดยแพทย์มีความตั้งใจหรือประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย ตัวอย่างเช่น ตาม Clinical Practice Guideline นั้นในการตรวจอัลตราซาวด์ได้กำหนดให้แพทย์ต้องทำการตรวจอัลตราซาวด์ครั้งที่สองเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 20-22 สัปดาห์⁷³ แต่แพทย์กลับทำการตรวจอัลตราซาวด์เมื่อมารดามีอายุครรภ์เพียง 15 สัปดาห์อันเป็นเหตุให้ตรวจไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา โดยการตรวจนั้นแพทย์มีความตั้งใจที่จะให้ทารกที่พิการนั้นได้เกิดมามีชีวิต หรือแพทย์มีความตั้งใจที่จะให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ เป็นต้น

- การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ คือ การที่ผู้กระทำกระทำหรืองดเว้นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง⁷⁴ ซึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นการที่แพทย์กระทำโดยประมาทเลินเล่อก็คือ การที่แพทย์ขาดความระมัดระวังในการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาอันเป็นเหตุให้การตรวจวินิจฉัยครรภ์นั้นต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ที่กำหนดไว้ใน Clinical Practice Guideline ตัวอย่างเช่น ตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในการตรวจอัลตราซาวด์ซึ่งกำหนดให้แพทย์ต้องทำการตรวจอัลตราซาวด์ครั้งที่สองเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 20-22 สัปดาห์⁷⁵ แต่แพทย์ขาดความระมัดระวังในการดูอายุครรภ์มารดา ทำให้แพทย์เข้าใจว่า ณ ขณะที่ทำการตรวจอัลตราซาวด์นั้นมารดามีอายุครรภ์ 20 สัปดาห์แล้วทั้งๆที่ความจริงมารดามีอายุครรภ์เพียง 15 สัปดาห์เท่านั้น ซึ่งเป็นเหตุให้แพทย์ตรวจไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา เป็นต้น

ทั้งนี้ แม้ว่าการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาจะเข้าองค์ประกอบเรื่องความผิดก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงองค์ประกอบหนึ่งของความรับผิด

⁷¹ *ibid.*, p. 34.

⁷² Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law* (New York: Cavendish Publishing Ltd., 2007), p. 362.

⁷³ HAS Haute Autorité de Santé, "Comment Mieux Informer Les Femmes Enceintes."

⁷⁴ Youngs, R., *English, French & German Comparative Law*, p. 366.

⁷⁵ HAS Haute Autorité de Santé, "Comment Mieux Informer Les Femmes Enceintes."

ทางละเมิดเท่านั้น ยังจะต้องพิจารณาต่อไปว่าการกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวเข้าองค์ประกอบ ความรับผิดชอบอื่นๆด้วยหรือไม่

2) ความเสียหาย (Dommage)

กฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีได้กำหนดประเภทของความเสียหายไว้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีและกฎหมายไทยที่ได้กำหนดประเภทความเสียหายไว้ในกฎหมายลักษณะละเมิด โดยการพิจารณาคดีของศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศส ผู้พิพากษาจะพิจารณาตามคำอธิบายที่ Domat ซึ่งเป็นนักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสที่มีชื่อเสียงได้กล่าวไว้ในศตวรรษที่ 17 ว่า “ทุกความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของคุณคน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยประมาท เลินเล่อหรือปราศจากความระมัดระวัง หรือการขาดความรู้ซึ่งควรจะรู้ ผู้กระทำจะต้องชดใช้เยียวยา ความเสียหาย แม้ว่าการกระทำนั้นผู้กระทำจะมีได้ตั้งใจก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม⁷⁶” หรืออาจกล่าวสรุปได้ว่าทุกความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิด ผู้กระทำมีหน้าที่ชดใช้เยียวยาความเสียหาย ดังนั้นการกระทำของคุณคนใดก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น บุคคลนั้นย่อมมีความรับผิดชอบทางละเมิดต่อผู้เสียหายเสมอ⁷⁷ ไม่ว่าจะความเสียหายนั้นจะเป็นความเสียหายที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ ความเสียหายที่ไม่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ ความสูญเสียทางเศรษฐกิจ มูลค่าของผลกระทบที่เกิดจากความเสียหาย ความทุกข์ทรมานทางจิตใจ การสูญเสียโอกาส⁷⁸ ซึ่งได้ครอบคลุมความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน เสรีภาพ และสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งเป็นประเภทความเสียหายที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีและกฎหมายไทย

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้น ผลกระทบจากการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยผิดพลาดมาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ก็คือ การที่ทารกเกิดมาพร้อมกับความพิการทางร่างกาย และการที่มารดาต้องสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์อันเป็นเหตุให้บิดามารดาต้องเสียค่าใช้จ่ายทั้งในการเลี้ยงดูทารกที่พิการและในการรักษาพยาบาล และยังก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่บิดามารดา ซึ่งผลกระทบเหล่านี้จะถือเป็นความเสียหายตามกฎหมาย

⁷⁶ Steiner, E., French Law Comparative Approach, p. 346.

⁷⁷ Ibid., p 346.

⁷⁸ Jean-Sabastein Borghetti, "The Culture of Tort Law in France," Journal of European Tort Law 158(2012):

ลักษณะละเมิดหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลประกอบด้วยซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

3) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causalité)

การที่ผู้กระทำจะมีความรับผิดชอบต่อผู้เสียหายหรือไม่นั้น ผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าการกระทำของผู้กระทำเป็นสาเหตุทำให้เกิดความเสียหาย⁷⁹ กล่าวคือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำ โดยกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสใช้ทฤษฎีดังต่อไปนี้ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

- ทฤษฎีเงื่อนไข (Équivalence des conditions) กล่าวคือ ทุกความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลจากการกระทำของบุคคลใด ซึ่งหากไม่มีการกระทำของบุคคลนั้น ความเสียหายดังกล่าวก็จะไม่เกิดขึ้น ดังนั้นเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น บุคคลนั้นจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย⁸⁰ ทั้งนี้หากมีหลายเหตุปัจจัยที่ทำให้เกิดความเสียหาย ซึ่งหากขาดเหตุปัจจัยใดปัจจัยหนึ่ง ความเสียหายย่อมไม่เกิดขึ้น แม้การกระทำของผู้กระทำเป็นเพียงเหตุปัจจัยหนึ่งเท่านั้น ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นด้วย

- ทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสม (Causalité adéquate) กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาการกระทำว่ามีความเหมาะสมหรือเป็นเหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดความเสียหายนั้นหรือไม่ กล่าวคือ การกระทำต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งหากการกระทำนั้นปกติย่อมก่อให้เกิดความเสียหายนั้นได้ ผู้กระทำก็ย่อมจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย⁸¹

ในทางปฏิบัติศาลจะนำทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งมาปรับใช้ แต่ไม่มีทฤษฎีหนึ่งทฤษฎีใดที่ศาลนำมาปรับใช้เสมอกับทุกคดี⁸²

ทั้งนี้หากนำองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลมาทำการวิเคราะห์กับผลกระทบที่เกิดจากการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดา

⁷⁹ Steiner, E., *French Law Comparative Approach*, p. 359.

⁸⁰ Christophe Quezel-Ambrunaz, "Fault, Damage and the Equivalence Principle in French Law," *Journal of European Tort Law* 21(2012): 26.

⁸¹ Steiner, E., *French Law Comparative Approach*, p. 360.

⁸² Youngs, R., *English, French & German Comparative Law*, p. 454.

ผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นก็จะพบว่าในกรณีของทารก ความพิการทางร่างกายของทารกไม่มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ เนื่องการกระทำของแพทย์เป็นเพียงการตรวจวินิจฉัยที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เท่านั้น การตรวจวินิจฉัยของแพทย์มิใช่สาเหตุที่ทำให้ทารกมีความพิการทางร่างกาย ดังนั้นในส่วนของทารกนั้นความพิการทางร่างกายจึงไม่ถือว่าเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ได้มีคำพิพากษาของศาล Conseil d'Etat (ศาลปกครองสูง) ในคดี Quarez⁸³ ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์ตรวจน้ำคร่ำมารดาผิดพลาดไม่พบความผิดปกติทางโครโมโซมของทารก แต่เมื่อทารกได้คลอดจากครรภ์มารดา กลับพบว่าทารกมีความพิการทางร่างกายอันเกิดจากอาการดาวน์ซินโดรม โดยศาล Conseil d'Etat ได้วินิจฉัยว่าความพิการทางร่างกายของทารกเกิดจากอาการดาวน์ซินโดรมที่ทารกได้รับจากการถ่ายทอดทางพันธุกรรมจากบิดามารดา ความพิการดังกล่าวมิได้เป็นผลโดยตรงจากการตรวจวินิจฉัยของแพทย์ ดังนั้นความพิการทางร่างกายของทารกจึงไม่มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ การตรวจวินิจฉัยของแพทย์ในกรณีดังกล่าวจึงไม่ถือเป็นการละเมิดต่อทารกซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดของคดีต่อไป

แต่อย่างไรก็ตามต่อมาภายหลังได้มีคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ในคดี Nicolas Perruche⁸⁴ ได้ตัดสินขัดแย้งกับคำพิพากษาคดี Quarez โดยคดี Nicolas Perruche นั้นเป็นกรณีที่แพทย์และห้องแลปทำการสรุปผลการตรวจเลือดมารดาผิดพลาดว่ามารดาไม่ได้รับเชื้อหัดเยอรมันและได้แจ้งผลการตรวจที่ผิดพลาดนั้นแก่มารดา แต่เมื่อทารกได้คลอดจากครรภ์มารดา กลับพบว่าทารกมีความพิการทางร่างกายอันเกิดจากการที่มารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างที่ตั้งครรภ์ทารก โดยที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ได้ตัดสินว่าความพิการทางร่างกายของทารกถือเป็นความเสียหายและมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ โดยที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ได้ให้เหตุผลว่าการที่ทารกต้องเกิดมามีชีวิตพร้อมกับความพิการเป็นผลโดยตรงจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ ซึ่งหากแพทย์และห้องแลปมิได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อและได้แจ้งผลการตรวจที่ถูกต้องว่ามารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมัน ที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation เชื่อว่ามารดาจะต้องตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์อย่างแน่นอน ที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation จึงได้ตัดสินว่าการกระทำของแพทย์และห้องแลปเป็นการละเมิดต่อทารก ทั้งนี้ นอกจากคำพิพากษาคดี Nicolas Perruche จะขัดแย้งกับคำพิพากษาคดี Quarez แล้ว คำพิพากษา

⁸³ CE, Sect., 14 Février 1997 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 57.

⁸⁴ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

คดี Nicolas Perruche ก็ได้ถูกต่อต้านเป็นอย่างมากจากนักวิชาการ นักกฎหมาย และองค์กรสิทธิคนพิการซึ่งต่างก็ไม่เห็นด้วย จนกระทั่งได้มีการบัญญัติกฎหมาย The Law of 4 March 2002 หรือที่เรียกว่า Loi Anti-Perruche ซึ่งได้บัญญัติห้ามมิให้ฟ้องร้องดำเนินคดีเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการได้เกิดมามีชีวิต⁸⁵ อันเป็นเหตุให้ในกรณีดังกล่าวทารกไม่อาจฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับแพทย์ได้อีกต่อไปซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีและรายละเอียดของกฎหมายดังกล่าวต่อไป

ส่วนในกรณีของบิดามารดานั้นเมื่อนำองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นมาทำการวิเคราะห์ก็พบว่า การตรวจวินิจฉัยของแพทย์ได้กระทำต่อร่างกายมารดา มิได้กระทำต่อร่างกายบิดา ตามกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงถือว่ามีมารดาเป็นผู้เสียหายโดยตรง ส่วนบิดาซึ่งมีความสัมพันธ์กับมารดา บิดาจึงเป็นผู้เสียหายโดยอ้อม ทั้งนี้ การที่แพทย์ได้แจ้งผลการตรวจวินิจฉัยที่ไม่ถูกต้องตรงกับความเป็นจริงของสภาพร่างกายทารกในครรภ์ มารดาอ้อมเป็นเหตุให้บิดามารดาเชื่อว่าทารกในครรภ์มารดามีสุขภาพร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงโดยที่ไม่ได้เตรียมความพร้อมทางจิตใจกับสถานการณ์ที่จะเกิดขึ้น ซึ่งการที่บิดามารดาได้ทราบว่าทารกนั้นมีความพิการทางร่างกายในตอนคลอดย่อมก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่บิดามารดา ซึ่งความทุกข์ทรมานทางจิตใจดังกล่าวนี้มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์โดยถือเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์ ดังนั้นความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับบิดามารดาจึงถือเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าบิดาซึ่งถือเป็นผู้เสียหายโดยอ้อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสด้วยก็เนื่องจากกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้เสียหายโดยอ้อมด้วยโดยความเสียหายที่ผู้เสียหายโดยอ้อมได้รับนั้นสามารถเป็นได้ทั้งความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (Pecuniary damage) และความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือความเสียหายต่อจิตใจ (Non-pecuniary damage)⁸⁶ ในกรณีนี้การที่บิดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจจึงเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ทั้งนี้ได้มีคำพิพากษาของศาล Conseil d'Etat (ศาลปกครองสูงสุด) ในคดี Quarez⁸⁷ ซึ่งศาลได้ตัดสินว่าการกระทำของแผนกพันธุกรรมที่ตรวจวินิจฉัยผิดพลาดไม่พบความผิดปกติทางโครโมโซมของทารกในครรภ์นั้นก่อให้เกิด

⁸⁵ The Patients' Rights and Quality of Care Act Article 1

Nobody can claim to have been harmed simply by being born.

⁸⁶ Florin I. Mangu, "Despre Prejudiciul Prin Ricoșeu," *Romanian Review of Private Law*: 99.

⁸⁷ CE, Sect., 14 Février 1997 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 57.

ความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่บิดามารดา เนื่องจากผลการตรวจที่ผิดพลาดดังกล่าวนี้ทำให้บิดามารดาเชื่อว่าทารกในครรภ์มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ซึ่งเมื่อบิดามารดาได้ทราบว่าทารกมีอาการตัวอ่อนซินโดรมในตอนคลอดย่อมก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่บิดามารดา และความทุกข์ทรมานทางจิตใจดังกล่าวนี้ก็เป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการตรวจวินิจฉัยผิดพลาดของแผนกพันธุกรรม ดังนั้นการกระทำของแผนกพันธุกรรมจึงเป็นการละเมิดต่อบิดามารดา นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาล Court of Appeal ในคดี Nicolas Perruche⁸⁸ ที่ได้ตัดสินไปในทางเดียวกัน โดยได้ตัดสินว่าการกระทำของแพทย์และห้องแล็บที่สรุปผลการตรวจเลือดมารดาผิดพลาดว่าไม่พบเชื้อหัดเยอรมันนั้นย่อมทำให้มารดาเชื่อว่าทารกในครรภ์มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ซึ่งเมื่อมารดาได้ทราบว่าทารกมีความพิการทางร่างกายในตอนคลอดก็ย่อมก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่มารดาและความทุกข์ทรมานทางจิตใจดังกล่าวก็เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์และห้องแล็บ ดังนั้นการกระทำของแพทย์และห้องแล็บจึงเป็นการละเมิดต่อมารดาซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีดังกล่าวต่อไป

นอกจากนี้ในส่วนมารดานั้นตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่ากฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ยินยอมให้มารดาสามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ในกรณีที่ทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกายแม้ว่ามารดาจะมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์แล้วก็ตาม⁸⁹ ซึ่งหากปรากฏข้อเท็จจริงว่ามารดาได้แจ้งให้แพทย์ทราบว่ามารดาจะทำการยุติการตั้งครรภ์หากตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความพิการ การตรวจวินิจฉัยของแพทย์ที่ไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์ย่อมเป็นเหตุให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งการสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์นั้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ กล่าวคือ หากปราศจากความผิดพลาดของแพทย์ มารดาก็จะได้รับผลการตรวจที่ถูกต้องอันนำไปสู่การยุติการตั้งครรภ์ ดังนั้นการสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาจึงถือเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด กรณีนี้มารดาจึงถือเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย ซึ่งได้มีคำพิพากษาของศาล Conseil d'Etat (ศาลปกครองสูงสุด) ในคดี Quarez⁹⁰ โดยคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่ามารดาได้แจ้งกับแผนกพันธุกรรมว่ามารดาจะทำการยุติการตั้งครรภ์หากตรวจพบความผิดปกติทาง

⁸⁸ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

⁸⁹ Loi veil du 17 Janvier 1975

Article 162-12 L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins attestent, après examen et discussion, que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

⁹⁰ CE, Sect.,14 Février 1997 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 57.

โครโมโซมของทารกในครรภ์ ซึ่งคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่าความผิดพลาดของแผนกพันธุกรรมที่ตรวจไม่พบความผิดปกติทางโครโมโซมของทารกในครรภ์นั้นเป็นเหตุให้มารดาเชื่อว่าทารกในครรภ์มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงและยังคงดำเนินการตั้งครรภ์ต่อไป การกระทำของแผนกพันธุกรรมจึงทำให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งการสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์นี้เป็นผลโดยตรงอันเกิดจากการกระทำของแผนกพันธุกรรม ดังนั้นจึงถือว่าการกระทำของแผนกพันธุกรรมเป็นการละเมิดต่อมารดา นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาล Court of Appeal ในคดี Nicolas Perruche⁹¹ โดยคดีนี้มีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกันว่ามารดาได้แจ้งให้แพทย์ทราบก่อนทำการตรวจวินิจฉัยว่ามารดาไม่ต้องการจะตั้งครรภ์ต่อไปหากตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการ ซึ่งศาลก็ได้ตัดสินว่าความผิดพลาดในการตรวจวินิจฉัยของแพทย์และห้องแลปทำให้มารดาเชื่อว่าทารกในครรภ์มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงและยังคงดำเนินการตั้งครรภ์ต่อไป การกระทำของแพทย์และห้องแลปจึงเป็นเหตุให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการ และการสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ก็เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์และห้องแลป ดังนั้นการกระทำของแพทย์และห้องแลปจึงเป็นการละเมิดต่อมารดาซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีต่อไป

ดังนั้น จากการวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกับประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นสามารถสรุปได้ว่าการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ในส่วนของทารกนั้นการกระทำของแพทย์ไม่ถือเป็นการละเมิดต่อทารกเนื่องจากขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบละเมิดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ส่วนในกรณีของบิดามารดานั้นการกระทำของแพทย์ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บิดามารดา กล่าวคือ ทำให้บิดามารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจ ซึ่งความเสียหายดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อบิดามารดา นอกจากนี้ในส่วนของมารดานั้นหากข้อเท็จจริงปรากฏว่ามารดาได้แจ้งให้แพทย์ทราบว่ามารดาจะทำการยุติการตั้งครรภ์หากตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย ในกรณีนี้ก็จะถือว่าการกระทำของแพทย์ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาด้วย แต่ทั้งนี้ภายหลังจากที่ได้มีการประกาศใช้กฎหมาย The Law of 4 March 2002 หรือที่เรียกว่า Loi Anti-Perruche ซึ่งได้บัญญัติห้ามไม่ให้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการได้เกิดมามี

⁹¹ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

ชีวิต⁹² มีผลทำให้บิดามารดาสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ได้เฉพาะกรณีที่การกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น หากเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อทั่วไปบิดามารดาไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีได้ อีกทั้งบิดามารดาสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีได้เฉพาะกรณีที่บิดามารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจเท่านั้น⁹³

3.1.3 การชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมและทฤษฎีความพึงพอใจ

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้น หากการกระทำของแพทย์ครบองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดทั้งสามประการตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นก็ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่แพทย์ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทน โดยบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนนั้นได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส Article 1240 (เดิม Article 1382) ดังนี้

“การกระทำโดยเป็นความผิดของบุคคลใดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น บุคคลนั้นมีหน้าที่ต้องชดเชยเยียวยาความเสียหายนั้น”

กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ใช้หลักกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Principe de réparation intégrale)⁹⁴ และทฤษฎีความพึงพอใจ (Satisfaction theory) ในการพิจารณา กำหนดค่าสินไหมทดแทน ซึ่งหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นคือ การที่ผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนในทุกความเสียหายที่เป็นผลจากการกระทำละเมิด (Full compensation) โดยทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะก่อนที่ความเสียหายจะเกิดขึ้น⁹⁵ และการชดเชยค่าสินไหมทดแทนนั้นจะต้องเพียงพอและเทียบเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้น⁹⁶ โดยจะต้องไม่มากกว่าและไม่น้อยกว่าความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ กล่าวคือ ผู้เสียหายจะต้องไม่รวยขึ้นหรือจนลงจากการกระทำละเมิด⁹⁷

ส่วนการชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามทฤษฎีความพึงพอใจนั้นจะนำมาปรับใช้ในกรณีที่ไม้อาจทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนความเสียหายได้เกิดขึ้น โดยการชดเชยค่าสินไหมทดแทน

⁹² The Patients' Rights and Quality of Care Act Article 1

Nobody can claim to have been harmed simply by being born.

⁹³ Brigitte Feuillet, "The Perruche Case and French Medical Liability," *Medical and Law* 4, 139 (2011): p. 146.

⁹⁴ Steiner, E., *French Law Comparative Approach*, p. 351.

⁹⁵ Ibid., p. 352.

⁹⁶ David Corbé-Chalon and Martin a. Rogoff, "Tort Reform À La Française: Jurisprudential and Policy Perspectives on Damages for Bodily Injury in France," *Columbia Journal of European Law* 13(2007): 289.

⁹⁷ Francis Lemeunier, *Principe Et Protiques Du Droit Civil*, 6 ed. (France: J. Delmas et c, 1977), p. 4.

ตามทฤษฎีความพึงพอใจ คือ การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วยเงินเพื่อให้ผู้เสียหายนำเงินดังกล่าวไปใช้เพื่อให้เกิดความพึงพอใจชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งทฤษฎีดังกล่าวนี้มักใช้กับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ⁹⁸

ทั้งนี้ ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

1) ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (Préjudice matériel หรือ Pecuniary loss) ได้แก่ ความเสียหายที่เกิดจากการเสื่อมค่าของทรัพย์สิน ค่ารักษาพยาบาล ค่าขาดรายได้⁹⁹ เป็นต้น

2) ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ (Préjudice moral หรือ Non-pecuniary loss) ซึ่งตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ศาลสามารถพิจารณากำหนดค่าสินไหมทดแทนประเภทนี้ให้แก่ผู้เสียหายได้ในทุกกรณี¹⁰⁰ ได้แก่ ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจ ความเจ็บปวดทุกข์ทรมานที่คนรักตายหรือเป็นอัมพฤกษ์ร่างกายไม่สามารถขยับร่างกายได้ การสูญเสียสมรรถภาพทางเพศ¹⁰¹ การสูญเสียความสวยงาม (Aesthetic damage) การสูญเสียความคาดหวังของชีวิต ความเครียด¹⁰² เป็นต้น

ทั้งนี้ หากนำหลักเกณฑ์การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นมาทำการวิเคราะห์กับประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้น การที่แพทย์จะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารกและบิดามารดาที่ต่อเมื่อการกระทำของแพทย์ครบองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดทุกประการดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.1.2 ข้างต้น ซึ่งในส่วนของทารกนั้นพบว่าความพิการทางร่างกายของทารกไม่มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ จึงทำให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ซึ่งมีผลทำให้การกระทำของแพทย์ที่ได้ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่เป็นการละเมิดต่อทารก แพทย์จึงไม่มีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารกดังนั้นในส่วนของทารกจึงไม่มีความจำเป็นจะต้องพิจารณาหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมและทฤษฎีความพึง

⁹⁸ Corbé-Chalon, D. and M. a. Rogoff, "Tort Reform À La Française: Jurisprudential and Policy Perspectives on Damages for Bodily Injury in France," *Columbia Journal of European Law*: p. 290.

⁹⁹ Steiner, E., *French Law Comparative Approach*, p. 352.

¹⁰⁰ Ibid., p. 353.

¹⁰¹ Ibid., p. 354.

¹⁰² Malaurie, P., L. Aynès, and P. Stoffel-Munck, *Les Obligations*, p. 136.

พอใจ ทั้งนี้ได้มีคำพิพากษาของศาล Conseil d'Etat (ศาลปกครองสูงสุด) ในคดี Quarez¹⁰³ ซึ่งศาลได้ตัดสินว่าการกระทำของแผนกพันธุกรรมที่ได้ตรวจวินิจฉัยโครโมโซมผิดพลาดนั้นไม่ถือเป็นการละเมิดต่อทารกเนื่องจากความพิการทางร่างกายของทารกเกิดจากอาการดาวน์ซินโดรม ความพิการทางร่างกายของทารกมิได้เกิดจากการกระทำของแผนกพันธุกรรมแต่อย่างใด กรณีนี้จึงขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลอันเป็นเหตุให้การกระทำของแผนกพันธุกรรมไม่เป็นการละเมิดต่อทารก จึงมีผลทำให้โรงพยาบาลไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารก และแม้ว่าต่อมาในภายหลังจะได้มีคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ในคดี Nicolas Perruche¹⁰⁴ ที่ได้ตัดสินว่าการกระทำของแพทย์และห้องแลปที่ได้ตรวจวินิจฉัยเลือดมารดาผิดพลาดไม่พบเชื้อหัดเยอรมันนั้นเป็นการละเมิดต่อทารกอันมีผลทำให้แพทย์และห้องแลปต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารกก็ตาม แต่คำพิพากษาดังกล่าวก็ถูกต่อต้านเป็นอย่างมากจากนักวิชาการ นักกฎหมาย และองค์กรสิทธิคนพิการว่ากรณีตามคดีดังกล่าวนั้นขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล จนกระทั่งต่อมาสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้บัญญัติกฎหมาย The Law of 4 March 2002 หรือที่เรียกว่า Loi Anti-Perruche ซึ่งได้บัญญัติห้ามไม่ให้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการได้เกิดมามีชีวิต¹⁰⁵ ซึ่งมีผลทำให้กรณีตามประเด็นที่ผู้เขียนศึกษานี้ทารกที่พิการไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์ได้อีกต่อไป แต่ทั้งนี้ให้นำแนวทางการเยียวยาความเสียหายจากกองทุน National Solidarity มาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวแทนซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

ส่วนในกรณีของบิดามารดานั้นตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าการกระทำของแพทย์เป็นเหตุให้บิดามารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจ โดยความเสียหายดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อบิดามารดาอันส่งผลให้แพทย์มีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บิดามารดา โดยความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับบิดามารดานั้นถือเป็นความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ ซึ่งในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจจะปรับใช้ทฤษฎีความพึงพอใจ โดยแพทย์

¹⁰³ CE, Sect., 14 Février 1997 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 57.

¹⁰⁴ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

¹⁰⁵ The Patients' Rights and Quality of Care Act Article 1

Nobody can claim to have been harmed simply by being born.

จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วยเงินเพื่อให้บิดามารदानำเงินดังกล่าวไปใช้เพื่อให้เกิดความพึงพอใจ ชดเชยความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้น ซึ่งได้มีคำพิพากษาศาล Conseil d'Etat (ศาลปกครองสูงสุด) ในคดี Quarez¹⁰⁶ โดยศาลได้ตัดสินให้โรงพยาบาลรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าเสียหายทางจิตใจให้แก่บิดามารดา เนื่องจากการกระทำของแพทย์ที่ได้ตรวจวินิจฉัยไม่พบความผิดปกติทางโครโมโซมของทารกในครรภ์นั้นเป็นเหตุให้บิดามารดาที่มีความเชื่อว่าทารกในครรภ์มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ซึ่งการที่บิดามารดาได้ทราบว่าทารกมีอาการดาวน์ซินโดรมในตอนคลอดย่อมก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่บิดามารดาซึ่งถือเป็นการละเมิดต่อบิดามารดา และได้มีคำพิพากษาของศาล Court of Appeal ในคดี Nicolas Perruche¹⁰⁷ ซึ่งศาลได้ตัดสินว่าการกระทำของแพทย์และห้องแล็บที่ได้ตรวจวินิจฉัยเลือดของมารดาผิดพลาดนั้นเป็นเหตุให้มารดาเกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจจากการให้กำเนิดทารกที่มีความพิการทางร่างกาย แพทย์และห้องแล็บจึงต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าเสียหายทางจิตใจให้แก่มารดาซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีต่อไป

นอกจากนี้ในส่วนของมารดานั้นดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าการกระทำของแพทย์ที่ได้ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดยังเป็นเหตุให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ โดยความเสียหายดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อมารดาอันส่งผลให้แพทย์มีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่มารดา โดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับการสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์นั้นสามารถปรับใช้หลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้กล่าวคือ การที่แพทย์ทำให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์นั้นเป็นเหตุให้มารดาต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการและค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารกที่พิการ ซึ่งหากปราศจากความผิดพลาดของแพทย์ มารดาก็ย่อมที่จะได้ทำการยุติการตั้งครรภ์อันมีผลทำให้มารดาไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายดังกล่าว ดังนั้นแพทย์จึงต้องทำให้มารดากลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันได้แก่ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการและค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล ซึ่งการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับการสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ดังที่ได้กล่าวมานี้เป็นเช่นเดียวกับผลของคำพิพากษาศาล Conseil d'Etat (ศาลปกครองสูงสุด) ในคดี Quarez¹⁰⁸ ที่ได้ตัดสินให้โรงพยาบาลรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันได้แก่ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการ และเป็น

¹⁰⁶ CE, Sect.,14 Février 1997 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 57.

¹⁰⁷ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

¹⁰⁸ CE, Sect.,14 Février 1997 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 57.

เช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล Court of Appeal ในคดี Nicolas Perruche¹⁰⁹ ที่ได้ตัดสินให้แพทย์และห้องแล็บรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่มารดาอันได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการและค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

ดังนั้น จากการวิเคราะห์การปรับใช้หลักเกณฑ์การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนกับประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นสามารถสรุปได้ว่า ในส่วนของทารกนั้นเมื่อการกระทำของแพทย์ที่ได้ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกนั้นไม่เป็นการละเมิดต่อทารก จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมและทฤษฎีความพึงพอใจ แต่ทั้งนี้ทารกจะได้รับการเยียวยาจากกองทุน National Solidarity ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

ส่วนในกรณีของบิดามารดาในส่วนของความทุกข์ทรมานทางจิตใจนั้นสามารถนำหลักเกณฑ์การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมาปรับใช้ได้ เนื่องจากการกระทำของแพทย์ถือเป็นการละเมิดต่อบิดามารดา โดยเป็นการปรับใช้ทฤษฎีความพึงพอใจในการพิจารณาค่าสินไหมทดแทน และในส่วนของ การสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาก็สามารถนำหลักเกณฑ์การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมาปรับใช้ได้เช่นกัน เนื่องจากการกระทำของแพทย์ถือเป็นการละเมิดต่อมารดา โดยเป็นการปรับใช้หลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมในการพิจารณาค่าสินไหมทดแทน แต่ทั้งนี้ภายหลังที่มีการประกาศใช้กฎหมาย The Law of 4 March 2002 หรือที่เรียกว่า Loi Anti-Perruche ซึ่งได้บัญญัติห้ามไม่ให้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการได้เกิดมามีชีวิต¹¹⁰ ก็มีผลทำให้บิดามารดาฟ้องร้องดำเนินคดีเรียกค่าสินไหมทดแทนได้เฉพาะค่าเสียหายทางจิตใจเท่านั้น มารดาไม่อาจฟ้องร้องดำเนินคดีเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าใช้จ่ายในการดูแลทารกและคำรักษาพยาบาล¹¹¹

3.1.4 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาล

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แพทย์จะมีความรับผิดชอบละเมิดต่อทารกและบิดามารดาหรือไม่นั้นได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยทารกและบิดามารดาเกิดขึ้นในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ดังนี้

¹⁰⁹ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

¹¹⁰ The Patients' Rights and Quality of Care Act Article 1

Nobody can claim to have been harmed simply by being born.

¹¹¹ Feuillet, B., "The Perruche Case and French Medical Liability," *Medical and Law*: 146.

คดี Quarez¹¹² มีข้อเท็จจริงว่า มารดาอายุ 42 ปีซึ่งขณะนั้นตั้งครรภ์ได้ 17 สัปดาห์ ได้ไปที่แผนกพันธุกรรมของโรงพยาบาลเพื่อทำการเจาะน้ำคร่ำตรวจหาความผิดปกติทางโครโมโซมของทารกในครรภ์ โดยมารดาได้แจ้งให้แผนกพันธุกรรมทราบว่ามารดาไม่ต้องการที่จะตั้งครรภ์ต่อไป หากตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความผิดปกติทางโครโมโซม ซึ่งผลการตรวจน้ำคร่ำดังกล่าวไม่พบความผิดปกติทางโครโมโซมของทารกในครรภ์ แผนกพันธุกรรมจึงได้แจ้งผลการตรวจดังกล่าวให้บิดามารดาทราบ แต่ต่อมาเมื่อวันที่ 28 เมษายน 1987 มารดาได้ให้กำเนิดทารกเพศชายซึ่งพบว่าทารกนั้นมีความพิการอันเนื่องมาจากอาการดาวน์ซินโดรมซึ่งเกิดจากความผิดปกติของโครโมโซมคู่ที่ 21 (Trisomy 21) บิดามารดาจึงได้ฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลปกครองให้โรงพยาบาลรับผิดชอบบิดามารดา (Wrongful birth) และรับผิดชอบต่อทารก (Wrongful life) อันได้แก่ ค่าเสียหายทางจิตใจเป็นเงินจำนวน 2,000,000 ฟรังก์ และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกเป็นรายเดือนละ 7,500 ฟรังก์จนกว่าทารกนั้นจะถึงแก่ความตาย

เมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 1997 ศาล Conseil d'Etat ซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในส่วนของบิดามารดาว่า การกระทำของแผนกพันธุกรรมที่ได้ตรวจวินิจฉัยน้ำคร่ำผิดพลาด และได้แจ้งผลการตรวจที่ผิดพลาดให้บิดามารดาทราบนั้นส่งผลทำให้บิดามารดาเชื่อว่าทารกในครรภ์ไม่มีความผิดปกติทางโครโมโซมและเป็นเหตุทำให้มารดา ยังคงดำเนินการตั้งครรภ์ต่อไป การกระทำดังกล่าวถือเป็นความผิด (Fault) ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นก็คือการที่มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ และก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่บิดามารดา โดยความเสียหายดังกล่าวนี้เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแผนกพันธุกรรม ศาล Conseil d'Etat จึงได้ตัดสินให้โรงพยาบาลรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บิดามารดาอันเป็นค่าเสียหายทางจิตใจเป็นเงินจำนวน 100,000 ฟรังก์ และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกและค่าใช้จ่ายในการศึกษาของทารกเป็นรายเดือนละ 5,000 ฟรังก์จนกว่าทารกนั้นจะถึงแก่ความตาย

ส่วนในกรณีของทารกนั้น ศาล Conseil d'Etat ได้วินิจฉัยว่า ความพิการที่เกิดขึ้นกับทารกนั้นเกิดจากพันธุกรรมที่ถ่ายทอดจากบิดามารดาสู่ทารกในครรภ์ซึ่งเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ ความพิการที่เกิดขึ้นกับทารกนั้นมิได้เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแผนกพันธุกรรมแต่อย่างใด และความประมาทเลินเล่อของแผนกพันธุกรรมมีเพียงการแจ้งผลการตรวจวินิจฉัยที่ไม่ถูกต้องแก่บิดามารดาอันเป็นเหตุให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่บิดามารดาและเป็นเหตุให้มารดาสูญเสีย

¹¹² CE, Sect., 14 Février 1997

โอกาสในการยุติการตั้งครรภ์เท่านั้น ดังนั้นศาล Conseil d'Etat จึงตัดสินว่าความพิการทางร่างกายของทารกไม่มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแผนกพันธุกรรม ซึ่งมีผลทำให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดและมีผลทำให้การกระทำของแผนกพันธุกรรมไม่เป็นการละเมิดต่อทารก ดังนั้นโรงพยาบาลจึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารก

คดี Nicolas Perruche¹¹³ มีข้อเท็จจริงว่าในเดือนพฤษภาคม 1982 มารดาสงสัยว่าตนจะได้รับเชื้อหัดเยอรมัน (Rubella) ในขณะที่ตนกำลังตั้งครรภ์ มารดาจึงได้ไปพบแพทย์เพื่อทำการตรวจวินิจฉัย และมารดาได้แจ้งกับแพทย์ว่าหากตนได้รับเชื้อหัดเยอรมัน มารดาจะยุติการตั้งครรภ์¹¹⁴ โดยแพทย์ทำการตรวจคัดกรองเลือดของมารดาสองครั้ง ผลการตรวจวินิจฉัยเลือดครั้งแรกพบว่าเป็นลบ (Negative) ส่วนผลของการตรวจวินิจฉัยเลือดครั้งที่สองมีผลเป็นบวก (Positive) โดยแพทย์และห้องแลปได้พิจารณาผลการตรวจและสรุปว่ามารดาไม่ได้รับเชื้อหัดเยอรมัน ทารกในครรภ์มารดาจึงไม่มีความเสี่ยงที่จะได้รับเชื้อหัดเยอรมัน มารดาจึงไม่ยุติการตั้งครรภ์ ต่อมาในเดือนมกราคม 1983 มารดาให้กำเนิดทารกและพบว่าทารกหูหนวก ตาบอด หัวใจพิการ และพัฒนาการช้ากว่าปกติอันเป็นผลมาจากการได้รับเชื้อหัดเยอรมันจากมารดาในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา มารดาจึงได้ฟ้องร้องแพทย์และห้องแลปต่อศาล โดยฟ้องในนามของมารดา (Wrongful birth) และฟ้องในนามของทารก (Wrongful life) โดยอ้างว่าแพทย์และห้องแลปได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อในการตรวจวินิจฉัยเชื้อหัดเยอรมัน ทำให้ทารกต้องเกิดมามีชีวิตพร้อมร่างกายที่พิการ โดยคดีนี้ได้เข้าสู่การพิจารณาของศาล 5 ศาลดังนี้

วันที่ 13 มกราคม 1992 ศาล Tribunal de Grande Instance ซึ่งเป็นศาลชั้นต้นได้ตัดสินว่า แพทย์และห้องแลปทำการตรวจวินิจฉัยเลือดมารดาโดยประมาทเลินเล่อ ทำให้ผลการตรวจวินิจฉัยเกิดความผิดพลาด และศาลได้ตัดสินว่าแพทย์และห้องแลปมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่ทารกต้องเกิดมามีชีวิต แพทย์และห้องแลปจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่มารดาและทารกอันเป็นค่ารักษาพยาบาล ทั้งนี้แพทย์และห้องแลปได้อุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าว

¹¹³ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332

¹¹⁴ สาธารณรัฐฝรั่งเศสยอมให้หญิงที่ตั้งครรภ์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ 2 กรณี คือ
กรณีแรก หญิงสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ภายในอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์
กรณีที่สอง หญิงสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ตลอดการตั้งครรภ์ หากมีเหตุผลทางการแพทย์ กล่าวคือ หากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะมีผลเสียต่อสุขภาพของหญิงอย่างรุนแรง หรือทารกในครรภ์มารดาเจ็บป่วยที่ไม่สามารถรักษาให้หายได้

วันที่ 17 ธันวาคม 1993 Court of Appeal ซึ่งเป็นศาลอุทธรณ์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีคำตัดสินว่า การที่แพทย์และห้องแล็บดำเนินการตรวจวินิจฉัยเลือดของมารดาผิดพลาดนั้นทำให้มารดายังคงดำเนินการตั้งครรภ์ต่อไปไม่ได้ทำการยุติการตั้งครรภ์ จึงถือว่าการกระทำของแพทย์และห้องแล็บทำให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์และห้องแล็บ การกระทำของแพทย์และห้องแล็บจึงเป็นการกระทำละเมิดต่อมารดา โดยค่าสินไหมทดแทนที่แพทย์และห้องแล็บจะต้องชดใช้ต่อมารดานั้นได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ และค่าเสียหายทางจิตใจอันเป็นผลมาจากการที่มารดามีความทุกข์ทรมานทางจิตใจจากการให้กำเนิดทารกที่พิการ แต่ในส่วนของทารกนั้น Court of Appeal ได้มีคำตัดสินว่าการกระทำของแพทย์ไม่เป็นการละเมิดต่อทารก เนื่องจากไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์และห้องแล็บกับความพิการที่เกิดขึ้นกับทารก ซึ่งการที่ทารกมีความพิการนั้นเกิดจากการได้รับเชื้อหัดเยอรมันจากมารดาได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์เมื่อเป็นเช่นนี้มารดาจึงได้ยื่นอุทธรณ์ในนามของทารก

วันที่ 26 มีนาคม 1996 ศาล Cour de Cassation ซึ่งเป็นศาลสูงของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้พิพากษาว่าความประมาทเลินเล่อของแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยนั้น ทำให้มารดาเชื่อว่าตนมิได้รับเชื้อหัดเยอรมัน และหากมารดาทราบว่าตนได้รับเชื้อหัดเยอรมัน มารดาก็จะยุติการตั้งครรภ์ซึ่งมีผลทำให้ทารกไม่ต้องเกิดมามีชีวิต ดังนั้นการกระทำของแพทย์และห้องแล็บจึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้ทารกต้องเกิดมามีชีวิต แพทย์และห้องแล็บจึงต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ทารกซึ่งได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการดำรงชีวิตของทารกที่พิการ และค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการเจ็บปวดทุกข์ทรมานที่ต้องเกิดมามีร่างกายพิการ

ต่อมาได้มีการอุทธรณ์อีกครั้งหนึ่ง โดยเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 1999 ศาลอุทธรณ์ Orleans ได้ตัดสินว่าความพิการที่เกิดขึ้นกับทารกนั้นไม่ได้เกิดจากกระบวนการทางการแพทย์ แต่เป็นเพราะเชื้อหัดเยอรมันที่ทารกได้รับจากมารดา ทารกจึงไม่อาจฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ โดยในกรณีนี้เรียกค่าสินไหมทดแทนได้เฉพาะความเสียหายที่มารดาได้รับเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนี้มารดาจึงได้ฎีกาในนามของทารกอีกครั้งหนึ่งต่อที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation

วันที่ 17 พฤศจิกายน 2000 คดี Nicolas Perruche ได้ขึ้นสู่การพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation โดยที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation มีความเห็นว่าประเด็นสำคัญในคดีนี้คือความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล โดยที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation

ได้ตัดสินว่าการที่ทารกต้องเกิดมามีชีวิตพร้อมกับความพิการเป็นผลโดยตรงจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ ซึ่งหากปราศจากความผิดพลาดของแพทย์และห้องแล็บ ที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation เชื่อว่ามารดาจะต้องตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์อย่างแนบเนียน ดังนั้นการที่ทารกต้องเกิดมามีชีวิตจึงเป็นผลมาจากการที่แพทย์และห้องแล็บทำให้มารดาเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ แพทย์และห้องแล็บจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารกซึ่งได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการดำรงชีวิตของทารกที่พิการ และค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการเจ็บปวดทุกข์ทรมานที่ต้องเกิดมามีร่างกายพิการ

ผลของคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ในคดี Nicolas Purruche ที่ได้ตัดสินให้แพทย์และห้องแล็บต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ทารกที่พิการนั้น ทำให้แพทย์กังวลเกี่ยวกับการถูกฟ้องร้องดำเนินคดี¹¹⁵ และแพทย์ข่มขู่ว่าจะยุติการให้บริการทางการแพทย์¹¹⁶ และโรงพยาบาลและบริษัทประกันภัยเกิดความกังวลเกี่ยวกับการจ่ายค่าสินไหมทดแทน¹¹⁷ และบริษัทประกันภัยยกเลิกการประกันภัยทางการแพทย์¹¹⁸ นอกจากนี้ผู้คนจำนวนมาก ทั้งนักวิชาการ นักกฎหมาย และองค์กรสิทธิคนพิการต่างก็ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ซึ่งมีประเด็นดังนี้

1) ความเสียหาย ผู้ที่ต่อต้านคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ได้มีความเห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นกับทารก เนื่องจากในทางข้อเท็จจริงทารกในครรภ์มารดาไม่ใช่ผู้ที่ตัดสินใจว่าจะเกิดมามีชีวิตหรือจะยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งแท้จริงแล้วผู้ที่มีสิทธิในการเลือกว่าจะให้ทารกในครรภ์เกิดมามีชีวิตหรือจะยุติการตั้งครรภ์นั้นคือมารดาไม่ใช่ทารกในครรภ์มารดาแต่อย่างใด¹¹⁹ และในกรณีที่พบว่าทารกในครรภ์มารดาที่มีความพิการก็ไม่ก่อให้เกิดหน้าที่เด็ดขาดแก่มารดาที่จะต้องยุติการตั้งครรภ์เสมอ แต่การยุติการตั้งครรภ์ถือเป็นทางเลือกหนึ่งของ

¹¹⁵ Julie Ewing, "The Perruche Case," *Journal of Law & Family Studies* 4(2002): p. 319.

¹¹⁶ Manaoui, C., M. Gignon, and O. Jade, "10 Years of Controversy Twists and Turns in the Perruche Wrongful Life Claim: Compensation for Children Born with a Disability in France," *Medicine and Law*: p. 665.

¹¹⁷ *Ibid.*, p.665.

¹¹⁸ Phillippe Pierre, "The Role of Insurance in Compensation for Medical Injuries since the Kouchner Act," *Drexel Law Review* 4(2011): p. 152.

¹¹⁹ Penney Lewis, "The Necessary Implication of Wrongful Life Claim: Lesson Form France," *European Journal of Health Law* 12(2005): p. 138.

มารดาเท่านั้น¹²⁰ นอกจากนี้ยังมีความเห็นว่าการที่ที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ได้ตัดสินให้แพทย์และห้องแล็บปรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารกนั้นมีผลเท่ากับว่าทารกในครรภ์มารดามีสิทธิที่จะไม่ต้องเกิดมามีชีวิต (Right not to be born) และมีสิทธิที่จะเกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ซึ่งในประเด็นนี้ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เนื่องจากคนส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วยที่จะถือว่าทารกในครรภ์มีสิทธิที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิตและสิทธิที่จะเกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง และเห็นว่าการยอมรับให้ทารกที่พิการมีสิทธิที่จะไม่ต้องเกิดมามีชีวิตประกอบกับมองความตายเป็นสิ่งที่ดีกว่าการเกิดมาพิการถือเป็นการมองความพิการอย่างมีอคติซึ่งเป็นเรื่องที่ผิดศีลธรรม¹²¹ อีกทั้งจะมีผลทำให้ทารกที่เกิดมาพิการสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์และผู้ที่เกี่ยวข้องรวมถึงบิดาและมารดาของทารกเนื่องจากไม่ทำการยุติการตั้งครรภ์ทั้งๆที่ทราบว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย¹²² นอกจากนี้กลุ่มต่อต้านการเลือกปฏิบัติกับคนพิการยังเห็นว่าคำพิพากษาดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสถานะของคนพิการเพราะถือได้ว่าที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation สนับสนุนให้มีการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการและมองคุณค่าความเป็นมนุษย์ของคนพิการต่ำกว่าคนที่มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง

2) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ผู้ที่ต่อต้านคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ได้ให้ความเห็นว่าคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ในคดี Nicolas Perruche ขัดแย้งกับคำพิพากษาคดี Quarez¹²³ ซึ่งตัดสินโดยศาล Conseil d'Etat ซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุด โดยในคดี Quarez นั้นศาล Conseil d'Etat ได้ตัดสินว่าความพิการที่เกิดขึ้นกับทารกเกิดจากอาการดาวน์ซินโดรมที่ทารกได้รับการถ่ายทอดพันธุกรรมจากบิดามารดาซึ่งเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ ความพิการของทารกมิได้เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแผนกพันธุกรรม ศาล Conseil d'Etat จึงตัดสินว่าไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของแผนกพันธุกรรมกับความพิการที่เกิดขึ้นกับทารก ซึ่งมีผลทำให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดและมีผลทำให้การกระทำของแผนกพันธุกรรมไม่เป็นการละเมิดต่อทารก โรงพยาบาลจึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารก และในคดี Nicolas Perruche นั้นผู้ที่ต่อต้านก็มีความเห็นว่ามี

¹²⁰ Manaouil, C., M. Gignon, and O. Jade, "10 Years of Controversy Twists and Turns in the Perruche Wrongful Life Claim: Compensation for Children Born with a Disability in France," *Medicine and Law*: p. 664.

¹²¹ Ibid., p.141.

¹²² A.M. Duguet, "Wrongful Life: The Recent France Cour De Cassation Decisions," *European Journal of Health Law* 9(2002): p. 141.

¹²³ CE, Sect.,14 Février 1997 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 57.

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของแพทย์และห้องแล็บกับความพิการที่เกิดขึ้นกับทารกตั้งเช่นคดี Quarez เนื่องจากความพิการที่เกิดกับทารกนั้นมิได้เป็นผลโดยตรงจากการตรวจวินิจฉัยของแพทย์¹²⁴ กล่าวคือ การตรวจวินิจฉัยของแพทย์มิได้ทำให้ทารกต้องพิการ แต่ความพิการของทารกเกิดจากการที่ทารกได้รับเชื้อหัดเยอรมันจากมารดา¹²⁵

3) คำสสินไหมทดแทน ผู้ที่ต่อต้านคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ได้มีความเห็นว่ากรณีที่ที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation มีคำพิพากษาในคดี Nicolas Perruche ว่าการกระทำของแพทย์และห้องแล็บเป็นการกระทำละเมิดต่อทารกนั้น ในการกำหนดคำสสินไหมทดแทนที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation จะต้องเปรียบเทียบความแตกต่างของคุณค่าระหว่างการไม่ต้องเกิดมามีชีวิตกับการที่ต้องเกิดมาชีวิตที่พิการ ซึ่งเป็นเรื่องที่ยากมากในการประเมินค่าสสินไหมทดแทน เนื่องจากไม่สามารถประเมินคุณค่าของการเกิดมาชีวิตและการที่ไม่ต้องเกิดมาชีวิตได้ และการเปรียบเทียบคุณค่าระหว่างสองสถานการณ์ดังกล่าวไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย¹²⁶ นอกจากนี้การชดใช้คำสสินไหมทดแทนนั้นจะต้องเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด¹²⁷ แต่ในคดี Nicolas Perruche นั้นขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบละเมิดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลซึ่งมีผลทำให้การกระทำของแพทย์และห้องแล็บไม่เป็นการละเมิดต่อทารก แพทย์และห้องแล็บจึงไม่มีหน้าที่ชดใช้คำสสินไหมทดแทนแก่ทารก

ผลของความคิดเห็นที่ไม่เห็นด้วยและการต่อต้านคัดค้านคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ในคดี Nicolas Perruche ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายห้ามมิให้ทารกฟ้องร้องดำเนินคดีอีกต่อไป โดยบัญญัติไว้ใน Article 1¹²⁸ ของกฎหมาย The Law of 4 March 2002 หรือที่เรียกว่า Loi Anti-Perruche ดังนี้

¹²⁴ Manaouil, C., M. Gignon, and O. Jade, "10 Years of Controversy Twists and Turns in the Perruche Wrongful Life Claim: Compensation for Children Born with a Disability in France," *Medicine and Law*: p. 665.

¹²⁵ Feuillet, B., "The Perruche Case and French Medical Liability," *Medical and Law*: p. 142.

¹²⁶ Valerie Harrant and Nicolas Vaillant, "Compensation and Wrongful Life: A Positive Economic Perspective," *Journal of Legal Economic* 1(2006): p. 2.

¹²⁷ *ibid.*, p. 15.

¹²⁸ The Patients' Rights and Quality of Care Act Article 1

Nobody can claim to have been harmed simply by being born.

“จะไม่มีบุคคลใดมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการได้เกิดมามีชีวิต”

กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้วันที่ 4 มีนาคม 2002 ซึ่งผลของบทบัญญัติดังกล่าวทำให้ทารกที่เกิดมาพิการภายหลังจากที่กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้นั้นไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์อีกต่อไป¹²⁹ ทั้งนี้เว้นแต่ความพิการของทารกเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์ ทารกก็สามารถฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์ได้¹³⁰

อย่างไรก็ตามแม้ว่ากฎหมาย The Law of 4 March 2002 จะมีผลทำให้ทารกที่เกิดมาพิการอันมิใช่ผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์ไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ก็ตาม แต่ก็ได้มีการนำแนวทางการเยียวยาผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายจากการรักษาของแพทย์ซึ่งเป็นการเยียวยาจากกองทุน National Solidarity มาปรับใช้¹³¹ ซึ่งกองทุนดังกล่าวใช้ระบบเยียวยาความเสียหายโดยไม่พิสูจน์ความผิดหรือ No fault compensation และกองทุนดังกล่าวจ่ายเงินเยียวยาความเสียหายจาก National Fund of Medical Compensation of Medical Accident (ONIAM)¹³² ทั้งนี้แนวทางการเยียวยาดังกล่าวแบ่งประเภทความเสียหายไว้ 2 ประเภท ได้แก่

1) Medical hazard คือ กรณีความเสียหายเกิดจากการที่แพทย์มีหน้าที่จะต้องป้องกัน หรือเกิดจากการตรวจวินิจฉัยหรือการรักษา และจะต้องเป็นความเสียหายอย่างรุนแรง กล่าวคือ เป็นการสูญเสียความสามารถและมีผลกระทบต่อ การดำเนินชีวิตไม่ว่าจะเป็นการสูญเสียความสามารถถาวรหรือชั่วคราว แต่ต้องสูญเสียความสามารถมากกว่า 25% ของสภาพร่างกายและเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 6 เดือน ซึ่งการเยียวยาในกรณีนี้จะไม่พิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นทิวเวชปฏิบัติ (Medical Malpractice) หรือไม่¹³³

¹²⁹ Manaouil, C., M. Gignon, and O. Jade, "10 Years of Controversy Twists and Turns in the Perruche Wrongful Life Claim: Compensation for Children Born with a Disability in France," *Medicine and Law*: p. 666.

¹³⁰ Ibid., p.665.

¹³¹ Feuillet, B., "The Perruche Case and French Medical Liability," *Medical and Law*: p. 146.

¹³² Ken Oliphant and Richard W. Wright (eds.), *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective* (Germany: Hubert & Co., 2013), p. 163.

¹³³ Ibid., p.164.

2) Hospital-acquired infection คือ เป็นกรณีที่ผู้ป่วยมีอาการติดเชื้อหลังจากการที่ ได้รับการรักษาจากแพทย์ในสถานพยาบาล¹³⁴

โดยกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของ ทารกในครรภ์มารดานั้นจะเป็นกรณี Medical hazard โดยกระบวนการขอเยียวยาในกรณีนี้สามารถ ยื่นขอรับการเยียวยาต่อ National Fund of Medical Compensation of Medical Accident (ONIAM) ซึ่งจะมีคณะกรรมการพิจารณาจำนวนเงินเยียวยาแก่ทารก¹³⁵

จากผลของคำพิพากษาของศาล Conseil d'Etat ในคดี Quarez¹³⁶ และคำพิพากษาของที่ ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ในคดี Nicolas Perruche¹³⁷ นั้น ศาลของทั้งสองคดีต่างก็ได้ วินิจฉัยว่าการกระทำของแผนกพันธุกรรมที่ได้ตรวจวินิจฉัยน้ำคร่ำผิดพลาดในคดี Quarez และการ กระทำของแพทย์และห้องแลปที่ได้สรุปผลการตรวจวินิจฉัยผิดพลาดในคดี Nicolas Perruche ต่างก็ เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออันเข้าองค์ประกอบความผิด (Fault) โดยในส่วนของมารดานั้น จากข้อเท็จจริงของทั้งสองคดีต่างก็พบว่ามารดาได้แจ้งว่าหากแพทย์ตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความ พิการทางร่างกาย มารดาจะทำการยุติการตั้งครรภ์ ดังนั้นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่มารดา ก็คือการที่ มารดาต้องสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ โดยความเสียหายดังกล่าวมีความสัมพันธ์ระหว่างการ กระทำและผล เนื่องจากหากปราศจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแผนกพันธุกรรมในคดี Quarez และหากปราศจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์และห้องแลปในคดี Nicolas Perruche มารดาก็ย่อมได้รับผลการตรวจวินิจฉัยที่ถูกต้องตรงกับสภาพความเป็นจริงทางร่างกาย ทารกในครรภ์และได้ทำการยุติการตั้งครรภ์ การกระทำของแผนกพันธุกรรมในคดี Quarez และการ กระทำของแพทย์และห้องแลปในคดี Nicolas Perruche จึงเป็นการละเมิดต่อมารดา ซึ่งคำตัดสินใหม่ ทดแทนที่ศาลได้ตัดสินให้ชดใช้แก่มารดา ก็คือ ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลและค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดูแลทารกที่พิการ

นอกจากการสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาแล้ว การกระทำของแผนก พันธุกรรมในคดี Quarez ก็ยังได้ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่บิดามารดา และการกระทำ ของแพทย์และห้องแลปในคดี Nicolas Perruche ก็ยังได้ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่

¹³⁴ Ibid., p.166.

¹³⁵ Ibid., p.174.

¹³⁶ CE, Sect., 14 Février 1997 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 57.

¹³⁷ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332

มารดาด้วย เนื่องจากการแจ้งผลการตรวจที่ไม่ตรงกับความเป็นจริงของสภาพร่างกายทารกในครรภ์ มารดานั้นย่อมทำให้บิดามารดาเชื่อว่าทารกในครรภ์มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงและมีได้เตรียมความพร้อมทางจิตใจเมื่อได้ทราบว่ามีร่างกายพิการในตอนคลอด การกระทำของแผนกพันธุกรรมในคดี Quarez และการกระทำของแพทย์และห้องแลปในคดี Nicolas Perruche จึงเป็นการละเมิดซึ่งค่าสินไหมทดแทนที่ศาลได้ตัดสินให้ชดใช้ก็คือ ค่าเสียหายทางจิตใจ

แต่อย่างไรก็ตามภายหลังที่มีการบังคับใช้กฎหมาย The Law of 4 March 2002 หรือ Loi Anti-Perruche นั้น กฎหมายดังกล่าวมีผลทำให้บิดามารดาสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ได้ เฉพาะกรณีที่การกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงและสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้เฉพาะค่าเสียหายทางจิตใจเท่านั้น¹³⁸ มารดาไม่สามารถฟ้องร้องว่าการกระทำของแพทย์ทำมารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งทำให้มารดาไม่อาจได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลและค่าใช้จ่ายในการดูแลทารกที่พิการ

ส่วนในกรณีของทารกนั้นแม้ว่าศาล Conseil d'Etat ซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุด ในคดี Quarez และที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ในคดี Nicolas Perruche ต่างก็ได้วินิจฉัยว่าการกระทำของแผนกพันธุกรรมที่ได้ตรวจวินิจฉัยน้ำคร่ำผิดพลาดในคดี Quarez และการกระทำของแพทย์และห้องแลปที่ได้สรุปผลการตรวจวินิจฉัยผิดพลาดในคดี Nicolas Perruche เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อซึ่งถือเป็นความผิด (Fault) ก็ตาม แต่ในส่วนของการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนั้น ศาลของทั้งสองคดีต่างก็ได้พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลต่างกัน โดยศาล Conseil d'Etat ในคดี Quarez ได้พิจารณาว่าความพิการทางร่างกายของทารกมิได้เป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการกระทำของแพทย์ แต่เกิดจากการถ่ายทอดพันธุกรรมจากบิดามารดาสู่ทารก ดังนั้นการกระทำของแผนกพันธุกรรมจึงไม่เป็นการละเมิดต่อทารก ส่วนที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ในคดี Nicolas Perruche ได้พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลว่าการที่ทารกต้องเกิดมามีชีวิตพร้อมกับความพิการนั้นเกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์และห้องแลป ซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation เชื่อว่าหากปราศจากความผิดพลาดของแพทย์และห้องแลป มารดาก็จะได้ทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างแน่อนซึ่งก็จะมีผลทำให้ทารกไม่ต้องเกิดมามีชีวิตพร้อมกับความพิการทางร่างกาย ดังนั้นที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation จึงได้ตัดสินว่าการกระทำของแพทย์และห้องแลปเป็นการละเมิดต่อทารก ซึ่งต่อมาคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่

¹³⁸ Feuillet, B., "The Perruche Case and French Medical Liability," *Medical and Law*: p. 146.

ศาล Cour de Cassation ก็ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากจากนักวิชาการและนักกฎหมายว่าการที่ที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ได้มีคำพิพากษาเช่นนี้มีผลเท่ากับว่าทารกในครรภ์มารดามีสิทธิที่จะไม่ต้องเกิดมามีชีวิต (Right not to be born) และมีสิทธิที่จะเกิดมา มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง¹³⁹ ซึ่งจากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษานั้นผู้เขียนไม่พบว่าสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการรับรองสิทธิที่ไม่ต้องเกิดมาชีวิตและสิทธิที่จะเกิดมา มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงแก่ทารกในครรภ์มารดาแต่อย่างใด ทั้งนี้ผลจากการต่อต้านคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ในคดี Nicolas Perruche นั้นก็มีผลทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมาย The Law of 4 March 2002 หรือ Loi Anti-Perruche ซึ่ง Article 1¹⁴⁰ ของกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติห้ามมิให้ทารกที่เกิดมาพิการ ภายหลังจากที่กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้นั้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์¹⁴¹ เว้นแต่ความพิการของทารกเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์ ทารกจึงจะสามารถฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์ได้¹⁴² อย่างไรก็ตามแม้ว่าผลของกฎหมายดังกล่าวจะห้ามมิให้ทารกที่พิการฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ก็ตาม แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้นำแนวทางการเยียวยาผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายจากการรักษาของแพทย์ซึ่งเป็นการเยียวยาจากกองทุน National Solidarity มาปรับใช้ในการเยียวยาทารกที่พิการ¹⁴³ ซึ่งกองทุนดังกล่าวใช้ระบบการเยียวยาความเสียหายโดยไม่พิสูจน์ความผิดหรือ No fault compensation โดยในกรณีของทารกนั้นถือเป็นความเสียหายประเภท Medical hazard ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งข้อดีของการมีกองทุนเยียวยาทารกที่พิการคือ ทำให้ทารกได้รับการเยียวยาผลกระทบจากความพิการทางร่างกาย อีกทั้งเป็นการเยียวยาให้แก่ทารกโดยตรง นอกจากนี้การเยียวยาโดยกองทุนดังกล่าวไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาของศาล และยังสามารถลดความขัดแย้งระหว่างทารกที่พิการกับแพทย์ได้

¹³⁹ Manaouil, C., M. Gignon, and O. Jade, "10 Years of Controversy Twists and Turns in the Perruche Wrongful Life Claim: Compensation for Children Born with a Disability in France," *Medicine and Law*: p. 664.

¹⁴⁰ The Patients' Rights and Quality of Care Act Article 1

Nobody can claim to have been harmed simply by being born.

¹⁴¹ Manaouil, C., M. Gignon, and O. Jade, "10 Years of Controversy Twists and Turns in the Perruche Wrongful Life Claim: Compensation for Children Born with a Disability in France," *Medicine and Law*: p. 666.

¹⁴² Ibid., p.665.

¹⁴³ Florence G'Sell-Macrez, "Medical Malpractice and Compensation in France: Part I: The France Rules of Medical Liability since the Patients' Right Law of March 4,2002," *Chicago-Kent Law Review* 86, 3 (2011): p. 1117.

3.2 สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี

3.2.1 การรับรองสิทธิของทารกในครรภ์มารดา

ในการพิจารณาสถานะของทารกในครรภ์มารดาว่ามีสภาพบุคคลตามกฎหมายของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีหรือไม่นั้นมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณากฎหมายว่าด้วยสภาพบุคคล ซึ่งกฎหมายว่าด้วยสภาพบุคคลของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี (Bürgerliches Gesetzbuch หรือ BGB) Section 1¹⁴⁴ ดังนี้

“สภาพบุคคลเริ่มต้นเมื่อทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาเสร็จสมบูรณ์แล้ว”

จากบทบัญญัติดังกล่าวทารกจะมีสภาพบุคคลตามกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวเสร็จสมบูรณ์แล้วและทารกจะต้องมีชีวิตรอดแม้จะยังมีได้ตัดสายสะดือก็ตาม ซึ่งผลของการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายนั้นก่อให้เกิดความสามารถในการถือสิทธิหรือเป็นผู้ทรงสิทธิ¹⁴⁵ ส่วนทารกในครรภ์มารดาซึ่งไม่เข้าเงื่อนไขการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีจึงมีผลทำให้ทารกในครรภ์มารดาไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย และตามกฎหมายของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้กำหนดสถานะของทารกในครรภ์มารดาว่ามีสถานะใด

แต่อย่างไรก็ตามสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดาโดยเป็นไปตามหลัก *Infans conceptus* ตามสุภาษิตละตินที่ว่า “หากทารกปฏิสนธิให้ถือว่าได้เกิดแล้วทุกครั้งที่มีเรื่องเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของทารกนั้นเกิดขึ้น” (*Infans conceptus pro nato habetur quoties commodis ejus agitur*) ดังนั้นกฎหมายของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีจึงยอมรับว่าทารกในครรภ์มารดาสามารถมีสิทธิได้¹⁴⁶ โดยกฎหมายของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้ยอมรับสิทธิของทารกในครรภ์มารดาในการรับมรดกในฐานะทายาทของเจ้ามรดกไว้ในประมวล

¹⁴⁴ Bürgerliches Gesetzbuch Section 1 Beginning of legal capacity

The legal capacity of a human being begins on the completion of birth

¹⁴⁵ Nigel G. Foster and Satish Sule, *German Legal System and Law* (New York: Oxford University Press Inc., 2002), p. 375.

¹⁴⁶ Raymond Youngs, *Sourcebook in German Law* (London: Cavendish Publishing Limited, 2002), p. 231.

กฎหมายแพ่งเยอรมนี Section 1923¹⁴⁷ และสิทธิในการเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากผู้ที่ทำให้บิดาถึงแก่ความตายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี Section 884 (2)¹⁴⁸

ส่วนกรณีที่มีการกระทำละเมิดต่อมารดาที่กำลังตั้งครรภ์และก่อให้เกิดความเสียหายต่อทารกในครรภ์มารดาด้วย หากต่อมาทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวและอยู่รอดมีชีวิตร ทารกจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่นั้น ในกรณีนี้กฎหมายของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีมิได้มีบทบัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์ได้มีคำพิพากษาให้ผู้กระทำละเมิดมีความรับผิดชอบทางละเมิดต่อทารกซึ่งได้รับความเสียหายในระหว่างที่ทารกนั้นอยู่ในครรภ์มารดาโดยได้ตัดสินไว้ในคดีอุบัติเหตุทางรถยนต์¹⁴⁹ ซึ่งเหตุการณ์เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 7 มิถุนายน 1964 สามีและภรรยาได้ประสบอุบัติเหตุทางรถยนต์อันเกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของจำเลยเพียงฝ่ายเดียวซึ่งในขณะที่เกิดอุบัติเหตุนั้นภรรยากำลังตั้งครรภ์ทารกได้หกเดือนและต่อมาเมื่อวันที่ 16 กันยายน 1964 ภรรยาได้ให้กำเนิดทารกซึ่งมีอาการร่างกายกระดูกอันเกิดจากการกระทบกระเทือนทางสมองสืบเนื่องมาจากอุบัติเหตุทางรถยนต์ดังกล่าว สามีภรรยาและทารกจึงได้ฟ้องร้องดำเนินคดีกับจำเลยตามกฎหมายลักษณะละเมิด โดยในส่วนของทารกนั้นศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดต่อทารกแม้ว่าอุบัติเหตุจะเกิดขึ้นในขณะที่ทารกยังอยู่ในครรภ์มารดาซึ่งถือว่าในขณะนั้นทารกยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายก็ตาม แต่เมื่อทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาและอยู่รอดมีชีวิตรแล้ว ทารกก็มีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีกับจำเลยตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้ โดยถือว่าทารกนั้นเป็นผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁴⁷ Bürgerliches Gesetzbuch Section 1923 Capacity to inherit

- (1) Only a person who is alive at the time of the devolution of an inheritance may be an heir.
- (2) A person who is not yet alive at the time of the devolution of an inheritance, but has already been conceived, is deemed to have born before the devolution of an inheritance.

¹⁴⁸ Bürgerliches Gesetzbuch Section 844 Third-party compensation claims in the case of death

- (2) If the person killed, at the time of the injury, stood in a relationship to a third party on the basis of which he was obliged or might become obliged by operation of law to provide maintenance for that person and if the third party has as a result of the death been deprived of his right to maintenance, then the person liable in damages must give the third party damages by payment of an annuity to the extent that the person killed would have been obliged to provide maintenance for the presumed duration of his life; the provision of section 843 (2) to (4) apply with the necessary modifications. Liability in damages also arises where the third party at the time of injury had been conceived but not yet born

¹⁴⁹ BGHZ 55, 176 VIII. Civil Senate (VIII ZR 61/69)

Section 823 วรรคแรก โดยคดีดังกล่าวนี้ศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินตามแนวคำพิพากษาในคดี Hospital Infection¹⁵⁰ ซึ่งเป็นคดีแรกที่ศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับรองว่าทารกมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดในกรณีที่การกระทำละเมิดเกิดขึ้นก่อนที่ทารกจะมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย¹⁵¹ โดยในคดี Hospital Infection ศาล Bundesgerichtshof ซึ่งเป็นศาลสูงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ตัดสินให้จำเลยรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารก และต่อมาก็ได้มีคดีแพทยกระทำละเมิดในระหว่างทำคลอดทารก¹⁵² ซึ่งศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้ตัดสินให้แพทย์รับผิดชอบต่อทารกอันเป็นการรับรองว่าทารกมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดในกรณีที่การกระทำละเมิดเกิดขึ้นก่อนที่ทารกจะมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย

ดังนั้น จากคำพิพากษาดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นจึงสามารถกล่าวได้ว่า ศาลของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับรองว่าทารกมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดในกรณีที่การกระทำเกิดขึ้นในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดาได้ โดยทารกจะมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีได้

¹⁵⁰ BGHZ 8, 243; JZ 1953, 307; MDR 1953, 219; NJW 1953, 417 มารดาได้เข้ารับการรักษาตัวที่โรงพยาบาลจำเลย โดยในวันที่ 9 กันยายน 1946 มารดาได้รับการให้เลือดจากผู้บริจาค โดยโรงพยาบาลไม่ได้ทำการตรวจเช็คเลือดของผู้บริจาคก่อนนำมาให้มารดา ซึ่งต่อมาในเดือนมกราคม 1948 ผู้บริจาคได้มาตรวจเลือดที่โรงพยาบาลแล้วพบว่าผลเลือดของผู้บริจาคเป็นบวกโดยพบเชื้อซิฟิลิส โรงพยาบาลจึงได้ติดต่อไปยังผู้รับการรักษาให้เลือดของผู้บริจาค และพบว่ามารดาได้รับเชื้อซิฟิลิสมาจากเลือดที่มารดาได้รับ และโจทก์ (บุตรของมารดา) ซึ่งเกิดเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม 1947 ก็ได้รับเชื้อซิฟิลิสดังกล่าวด้วยเช่นกัน คดีนี้ศาล Bundesgerichtshof ได้ตัดสินว่าโรงพยาบาลได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อในการตรวจเลือดที่รับบริจาคก่อนนำไปให้แก่มารดาโจทก์ แม้ว่าในขณะที่เกิดเหตุนั้นโจทก์ยังมิได้เกิดและมีสภาพบุคคลก็ตาม การกระทำดังกล่าวก็ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งที่บัพัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน Section 823 ให้ความคุ้มครอง และกรณีดังกล่าวมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำโดยประมาทเลินเล่อกับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับโจทก์ โรงพยาบาลจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์

¹⁵¹ Basil S. Markesinis and Hannes Unberath, *The German Law of Tort a Comparative Treatise* (United State: Hart Publishing, 2002), p. 145.

¹⁵² BGHZ 120, 1 Bundesgerichtshof VI ZR 201/91 (OLG München) มารดาได้ไปพบแพทย์ที่คลินิกเพื่อตรวจครรภ์ โดยแพทย์พบว่าทารกไม่กลับหัวจึงได้แนะนำให้มารดาคลอดทารกโดยวิธีผ่าตัดทางหน้าท้อง ซึ่งมารดาก็ได้ลงชื่อให้ความยินยอมในการที่แพทย์ทำคลอดโดยวิธีผ่าตัดทางหน้าท้อง ต่อมาเมื่อวันที่ 3 กรกฎาคม 1979 มารดาได้มาพบแพทย์ที่คลินิกเนื่องด้วยมีอาการเจ็บครรภ์ แพทย์จึงได้ทำการคลอดทารกแต่เป็นการทำการคลอดทางช่องคลอดมิใช่การคลอดโดยผ่าตัดทางหน้าท้องดังที่ตกลงกันไว้ ปรากฏว่าในระหว่างทำคลอดเท้าของทารกโผล่ออกมาจากช่องคลอดและการคลอดเป็นไปอย่างยากลำบาก แพทย์จึงทำการดึงตัวทารกออกมาซึ่งเป็นเหตุให้ทารกเป็นอัมพาตไม่สามารถเคลื่อนไหวร่างกายและไม่สามารถพูดได้ มารดาจึงได้ฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับแพทย์ในนามของทารก ซึ่งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ต่างก็ได้วินิจฉัยว่า การที่แพทย์ทำคลอดทารกทางช่องคลอดเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ และการที่ทารกเป็นอัมพาตนั้นถือเป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อทารก และทั้งสองศาลได้ตัดสินให้แพทย์รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเจ็บปวดทรมาน แต่เมื่อมีการฎีกาคดีต่อศาล Bundesgerichtshof ซึ่งเป็นศาลสูงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลสูงได้ยกคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์และส่งสำนวนคดีไปให้ศาลอุทธรณ์พิจารณาจำนวนค่าสินไหมทดแทนใหม่อีกครั้ง

จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ว่าทารกจะต้องได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวและอยู่รอดมีชีวิต¹⁵³ แต่ทั้งนี้เป็นเพียงสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีเท่านั้น การที่ทารกจะได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำครบองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดทุกประการหรือไม่ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดต่อไป

3.2.2 หลักวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิด

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แพทย์จะมีความรับผิดทางละเมิดต่อทารกและบิดามารดาหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวครบองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดทุกประการหรือไม่ซึ่งบทบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี Section 823 วรรคแรก¹⁵⁴ ดังนี้

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ผู้กระทำละเมิดจำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีสามารถแบ่งองค์ประกอบได้ดังนี้

(1) ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ

ผู้กระทำ คือ บุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ส่วนผู้ถูกกระทำ คือ ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้กระทำ ทั้งนี้ตามกฎหมายลักษณะละเมิดของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีนั้นผู้เสียหายจะต้องเป็นผู้เสียหายโดยตรง (Primary Victim) กล่าวคือ เป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำ โดยความเสียหายที่ผู้เสียหายโดยตรงได้รับนั้นจะต้องเป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด แต่อย่างไรก็ตามศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้เสียหายโดยอ้อม (Secondary Victim) ในบาง

¹⁵³ Foster, N. G. and S. Sule, *German Legal System and Law*, p. 375.

¹⁵⁴ Bürgerliches Gesetzbuch Section 823 Liability in damages

(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.

กรณี เช่น ในกรณีที่ผู้เสียหายโดยอ้อมได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่ส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรงที่ไม่ใช่เป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ¹⁵⁵ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวรายละเอียดต่อไป

ทั้งนี้ ทารกซึ่งถูกกระทำละเมิดในขณะที่เป็นทารกในครรภ์มารดา ก็สามารถเป็นผู้เสียหายได้ โดยหากต่อมาทารกนั้นได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวและอยู่รอดมีชีวิต ทารกนั้นก็ถือเป็นผู้เสียหายและมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำละเมิดได้ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น¹⁵⁶

(2) การกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful)

การกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ การกระทำที่กระทบต่อสิทธิที่กฎหมายให้ความคุ้มครองโดยผู้กระทำไม่มีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะกระทำได้¹⁵⁷ และการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเป็นการกระทำโดยเคลื่อนไหวร่างกาย (Act) หรืออาจเป็นการกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกายหรือที่เรียกว่าการงดเว้นการกระทำ (Omission) ซึ่งผู้กระทำจะต้องรู้สำนึกในขณะกระทำ¹⁵⁸

(3) การกระทำเป็นความผิด (Fault)

สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้รับเอาแนวความคิดทฤษฎีความผิด (Fault) มาปรับใช้เช่นเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งนอกจากจะต้องเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายดังที่ได้

¹⁵⁵ คดีที่จำเลยกระทำละเมิดต่อบุตรชายของโจทก์จนเสียชีวิต RGZ 133, 270 VI. Civil Senate = JZ 1929, 914 (VI 149/31) มีข้อเท็จจริงว่าโจทก์ได้ฟ้องจำเลยตามกฎหมายลักษณะละเมิดเรียกร้องให้จำเลยชดใช้ค่าปลงศพ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ และยังเรียกร้องให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับภรรยาโจทก์เนื่องจากทราบข่าวบุตรชายเสียชีวิต ซึ่งศาลก็ได้พิพากษาให้จำเลยทั้งสองชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจให้แก่โจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 823 โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าความเสียหายทางจิตใจดังกล่าวไม่ใช่ความรู้สึกอารมณ์ทั่วไป ถือเป็นความเสียหายต่ออนามัย และแม้ว่าภรรยาโจทก์จะไม่ได้อยู่ในเหตุการณ์ก็ไม่ใช่เหตุให้ไม่ได้รับค่าเสียหายทางจิตใจ

คดีจำเลยชดเชยตนชนสามโจทก์เสียชีวิต BHGZ 56, 163 VI. Civil Senate (VI ZR 78/70) Schockschaden-decision = NJW 1971, 1883 = VersZ 1971, 905, 1140. มีข้อเท็จจริงว่าจำเลยชดเชยตนชนสามโจทก์เสียชีวิตเป็นเหตุให้โจทก์ตกใจมากจนเจ็บป่วยทางจิตใจ โดยโจทก์มีหลักฐานทางการแพทย์มาแสดงว่ากระตักใจนั้นเป็นเหตุให้เกิดการบาดเจ็บทางจิตใจอย่างรุนแรง ศาลได้พิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจแก่โจทก์ โดยให้เหตุผลว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับไม่ใช่ความรู้สึกทั่วไป เป็นความเสียหายต่ออนามัยโจทก์ และโจทก์มีหลักฐานทางการแพทย์มาแสดง แต่ทั้งนี้หากโจทก์ไม่ใช่ผู้เสียหายที่มีความสัมพันธ์กับผู้เสียหายโดยตรงแล้วก็จะไม่ได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย

¹⁵⁶ Foster, N. G. and S. Sule, *German Legal System and Law*, p. 375.

¹⁵⁷ Ibid., p. 434.

¹⁵⁸ Ibid., p.433.

กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว การกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วย แยกพิจารณาได้ดังนี้

- การกระทำโดยจงใจ คือ การกระทำที่ผู้กระทำรู้สำนึกและปรารถนาให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งที่บัพัญญติ Section 823 ให้ความคุ้มครอง¹⁵⁹ ซึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้น การกระทำโดยจงใจก็คือ การที่แพทย์ทำการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์โดยแพทย์ปรารถนาที่จะให้เกิดความเสียหายแก่ทารกและบิดามารดา ซึ่งปัจจุบันได้มีการกำหนดมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาไว้ใน Clinical Practice Guideline (CPG) ดังที่กล่าวรายละเอียดไว้ในหัวข้อ 2.2.2 ข้างต้น ซึ่ง Clinical Practice Guideline นั้นมีผลบังคับในทางกฎหมาย¹⁶⁰ และศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้นำ Clinical Practice Guideline มาใช้เป็นพยานหลักฐานประกอบการพิจารณาคดีด้วย¹⁶¹ ทั้งนี้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างการกระทำโดยจงใจของแพทย์เช่น ในการตรวจเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างตั้งครรภ์ Clinical Practice Guideline ได้กำหนดให้แพทย์จะต้องทำการตรวจน้ำคร่ำเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 12-17 สัปดาห์¹⁶² แต่แพทย์กลับทำการตรวจในขณะที่มารดามีอายุครรภ์เพียง 9 สัปดาห์อันเป็นเหตุให้ไม่พบว่าทารกในครรภ์ได้รับเชื้อหัดเยอรมัน โดยในการตรวจนั้นแพทย์มีความตั้งใจที่จะให้ทารกในครรภ์มารดาเกิดมามีร่างกายพิการ หรือแพทย์มีความตั้งใจที่จะให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ เป็นต้น

- การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี Section 276 (2)¹⁶³ ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

“ถ้าบุคคลใดไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสม ถือว่าบุคคลนั้นได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ”

¹⁵⁹ Youngs, R., *English, French & German Comparative Law*, p. 363.

¹⁶⁰ European Research Network on Quality Management in Health Care, "[The Legal Status of Clinical Practice Guidelines](#)."

¹⁶¹ *ibid.*

¹⁶² AWMF Online Das Portal der wissenschaftlichen Medizin, "[Labordiagnostik Schwangerschaftsrelevanter Virusinfektionen](#)."

¹⁶³ Bürgerliches Gesetzbuch Section 276 para 2

A person acts negligently if he does not have regard to the care necessary in human affairs.

ดังนั้น การกระทำโดยประมาทเลินเล่อตามกฎหมายลักษณะละเมิดก็คือ การกระทำที่ผู้กระทำไม่มีความตั้งใจที่จะให้เกิดความเสียหาย แต่เป็นการกระทำที่ผู้กระทำไม่ใช้ความระมัดระวัง¹⁶⁴ ซึ่งในกรณีที่ผู้กระทำเป็นแพทย์ การพิจารณาว่าแพทย์ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการขาดความระมัดระวังอันเป็นเหตุให้การรักษานั้นต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์หรือไม่¹⁶⁵ โดยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการกำหนดมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ไว้ใน Clinical Practice Guideline (CPG) และศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้นำ Clinical Practice Guideline มาใช้เป็นพยานหลักฐานประกอบการพิจารณาตัดสินด้วย¹⁶⁶ ซึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อก็คือ การที่แพทย์มิได้ใช้ความระมัดระวังอันเป็นเหตุให้การตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดานั้นต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ที่กำหนดไว้ใน Clinical Practice Guideline ตัวอย่างเช่นในการตรวจเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างตั้งครรภ์ Clinical Practice Guideline กำหนดให้แพทย์จะต้องทำการตรวจน้ำคร่ำเมื่อมารดามีอายุครรภ์ 12-17 สัปดาห์¹⁶⁷ แต่แพทย์ขาดความระมัดระวังในการดูอายุครรภ์มารดา ทำให้แพทย์เข้าใจว่า ณ ขณะที่ทำการตรวจน้ำคร่ำนั้นมารดามีอายุครรภ์ 12 สัปดาห์แล้ว ทั้งที่ความจริงมารดามีอายุครรภ์เพียง 9 สัปดาห์อันเป็นเหตุให้ไม่พบเชื้อหัดเยอรมัน เป็นต้น

ทั้งนี้ แม้ว่าการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดโดยไม่เป็นไปตาม Clinical Practice Guideline นั้นจะเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม แต่การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั้นเป็นเพียงองค์ประกอบหนึ่งของความรับผิดทางละเมิดเท่านั้น จะต้องพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์ดังกล่าวเข้าองค์ประกอบความรับผิดอื่น ๆ ด้วยหรือไม่

(4) ความเสียหาย (Damage)

ความเสียหายที่เป็นผลจากการกระทำละเมิดจะต้องเป็นความเสียหายต่อสิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครองตามที่บัญญัติไว้ใน Section 823 วรรคแรก¹⁶⁸ ซึ่งแบ่งความเสียหายเป็น 6

¹⁶⁴ Gerald Spindler and Oliver Rieckers, Tort Law in German (Netherlands: Kluwer Law International, 2011), p. 55.

¹⁶⁵ Ibid., p.367.

¹⁶⁶ European Research Network on Quality Management in Health Care, "The Legal Status of Clinical Practice Guidelines."

¹⁶⁷ AWMF Online Das Portal der wissenschaftlichen Medizin, "Labordiagnostik Schwangerschaftsrelevanter Virusinfektionen."

¹⁶⁸ Spindler, G. and O. Rieckers, Tort Law in German, p. 39.

ประเภท ได้แก่ ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นผลกระทบจากการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมาดาผิดพลาด ไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาก็คือ การที่ทารกต้องเกิดมาพร้อมกับความพิการทางร่างกาย การที่ทารกและบิดามารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจ และการที่มารดาต้องสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์อันเป็นเหตุให้บิดามารดาต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการและค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล ซึ่งผลของการกระทำเหล่านี้เข้าข่ายเป็นความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย และสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด แยกพิจารณาได้ดังนี้

- ความเสียหายต่อร่างกาย เป็นการทำให้เกิดความเสียหายทางกายภาพ (Physical integrity)¹⁶⁹ ซึ่งรวมถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายของทารกในครรภ์มารดาด้วย¹⁷⁰ ได้แก่ การที่ร่างกายของทารกในครรภ์มารดาได้รับบาดเจ็บ หรือมีร่างกายพิการ หรือสูญเสียอวัยวะ เป็นต้น

- ความเสียหายต่ออนามัย ได้แก่ การทำให้มีอาการทางจิต การได้รับกลิ่น หรือเสียงที่มีผลต่อระบบประสาท¹⁷¹ เป็นต้น ซึ่งรวมถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออนามัยของทารกในครรภ์มารดาด้วย¹⁷² ทั้งนี้ ศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้ตีความคำว่า “อนามัย” ให้หมายความรวมถึงความเสียหายทางจิตใจที่ส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรงที่ไม่ใช่เป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ และขยายความคุ้มครองความเสียหายทางจิตใจที่ส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรงที่ไม่ใช่เป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจแก่ผู้เสียหายโดยอ้อมด้วย โดยมีเงื่อนไขว่าผู้เสียหายโดยอ้อมจะต้องเป็นผู้ที่รับรู้หรือเห็นเหตุการณ์ละเมิดที่เกิดกับผู้เสียหายโดยตรง และเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้เสียหายโดยตรง ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลในครอบครัว อาจเป็นเพียงคู่หมั้นหรือชายหญิงที่อยู่กินกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสก็ได้¹⁷³

ทั้งนี้ได้มีตัวอย่างคดีละเมิดที่ศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยว่าเป็นความเสียหายต่ออนามัยและให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจแก่ผู้เสียหายโดยอ้อม คือ คดีที่จำเลย

¹⁶⁹ Ibid., p 40.

¹⁷⁰ Youngs, R., English, French & German Comparative Law, p. 372.

¹⁷¹ Ibid., p 372.

¹⁷² Ibid., p 372.

¹⁷³ Cees van Dam, European Tort Law (Great Britain: Oxford University Press, 2013), p. 177.

กระทำละเมิดต่อบุตรชายของโจทก์จนเสียชีวิต¹⁷⁴ ซึ่งโจทก์ได้ฟ้องจำเลยตามกฎหมายลักษณะละเมิด เรียกร้องให้จำเลยชดใช้ค่าปลงศพ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ และยังเรียกร้องให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับภรรยาโจทก์เนื่องจากทราบข่าวบุตรชายเสียชีวิต ซึ่งศาลก็ได้พิพากษาให้จำเลยทั้งสองชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจให้แก่โจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 823 โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าความเสียหายทางจิตใจดังกล่าวไม่ใช่ความรู้สึกอารมณ์ทั่วไปถือเป็นความเสียหายต่ออนามัย และแม้ว่าภรรยาโจทก์จะไม่ได้อยู่ในเหตุการณ์ก็ไม่เป็นเหตุให้ไม่ได้รับค่าเสียหายทางจิตใจ

นอกจากนี้ยังมีคดีจำเลยขับรถชนสามโจทก์เสียชีวิต¹⁷⁵ เป็นเหตุให้โจทก์ตกใจมากจนเจ็บป่วยทางจิตใจ โดยโจทก์มีหลักฐานทางการแพทย์มาแสดงว่าการตกใจนั้นเป็นเหตุให้เกิดการบาดเจ็บทางจิตใจอย่างรุนแรง ศาลได้พิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจแก่โจทก์ โดยให้เหตุผลว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับไม่ใช่ความรู้สึกทั่วไป เป็นความเสียหายต่ออนามัยโจทก์ และโจทก์มีหลักฐานทางการแพทย์มาแสดง แต่ทั้งนี้หากโจทก์ไม่ใช่ผู้เสียหายที่มีความสัมพันธ์กับผู้เสียหายโดยตรงแล้วก็จะไม่ได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย

จากตัวอย่างคดีทั้งสองคดีข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้ยอมรับว่าในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายโดยตรงอันส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรงที่ไม่ใช่อารมณ์ความรู้สึกแก่ผู้เสียหายโดยอ้อมซึ่งมีความสัมพันธ์กับผู้เสียหายโดยตรง ศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้ตัดสินให้ผู้เสียหายโดยอ้อมได้รับการชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจ

- ความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด แนววินิจฉัยของศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้วางหลักไว้ว่า สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นจะต้องเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute right) กล่าวคือ เป็นสิทธิที่สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างกับทุกคนได้¹⁷⁶ ซึ่งศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้ตีความสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดในลักษณะที่เป็นสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สิน¹⁷⁷ ได้แก่ ผลประโยชน์ที่แน่นอนในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน¹⁷⁸ สิทธิในการจัดตั้งและดำเนินธุรกิจ (Right to an established

¹⁷⁴ RGZ 133, 270 VI. Civil Senate = JZ 1929, 914 (VI 149/31)

¹⁷⁵ BHGZ 56, 163 VI. Civil Senate (VI ZR 78/70) Schockschaden-decision = NJW 1971, 1883 = VersZ 1971, 905, 1140.

¹⁷⁶ Spindler, G. and O. Rieckers, *Tort Law in German*, p. 39.

¹⁷⁷ Foster, N. G. and S. Sule, *German Legal System and Law*, p. 434.

¹⁷⁸ Youngs, R., *English, French & German Comparative Law*, p. 341.

and functioning business)¹⁷⁹ ลิขสิทธิ์¹⁸⁰ สิทธิบัตร¹⁸¹ เครื่องหมายการค้า¹⁸² เป็นต้น และต่อมาได้ขยายความคุ้มครองสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดให้รวมถึงสิทธิส่วนบุคคล¹⁸³ ได้แก่ สิทธิในชื่อเสียงเกียรติคุณ¹⁸⁴ สิทธิในบุคลิกภาพขององค์กรธุรกิจ (Personality of business)¹⁸⁵ สิทธิในภาพถ่ายหรือรูปภาพ¹⁸⁶ เป็นต้น

ทั้งนี้แม้ว่าผลกระทบจากการกระทำของแพทย์ที่กล่าวไว้ข้างต้นจะเข้าข่ายเป็นความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย และสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ตาม แต่จะถือเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้ต่อเมื่อผลกระทบจากการกระทำของแพทย์ดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ด้วย

(5) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation)

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล คือ การพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำของผู้กระทำหรือไม่¹⁸⁷ โดยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนั้นได้แบ่งแนวความคิดเป็นสองฝ่าย โดยฝ่ายแรกมุ่งค้นหาว่าการกระทำของผู้กระทำก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งมุ่งค้นหาว่ามีเงื่อนไขใดบ้างที่จะถือเป็นเหตุในทางกฎหมาย (Legal cause)¹⁸⁸

แนวความคิดแรก คือ การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามทฤษฎีเงื่อนไขหรือทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ (Equivalence theory) กล่าวคือ เป็นการพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่¹⁸⁹ ซึ่งหากการกระทำของผู้กระทำเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่เกิดความเสียหาย ผู้กระทำย่อมจะต้องรับผิดชอบผู้เสียหายโดยไม่ต้อง

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁷⁹ Ibid., p 342.

¹⁸⁰ Spindler, G. and O. Rieckers, Tort Law in German, p. 39.

¹⁸¹ Ibid., p 39.

¹⁸² Ibid., p 39.

¹⁸³ Foster, N. G. and S. Sule, German Legal System and Law, p. 434.

¹⁸⁴ Ibid., p 434.

¹⁸⁵ Ibid., p 434.

¹⁸⁶ B.S. Markesinis, Comparative Introduction to the German Law of Torts (New York: Oxford University Press Inc., 1994), p. 59.

¹⁸⁷ Spindler, G. and O. Rieckers, Tort Law in German, p. 115.

¹⁸⁸ B.S. Markesinis, A Comparative Introduction to the German Law of Tort (New York: Oxford University Press Inc., 1994), p. 95.

¹⁸⁹ Ibid., p 96.

พิจารณาว่ามีเงื่อนไขอื่นที่ก่อให้เกิดความเสียหายด้วยหรือไม่ แต่หากปราศจากการกระทำของผู้กระทำแล้ว ความเสียหายยังเกิดขึ้นย่อมแสดงให้เห็นว่าการกระทำของผู้กระทำไม่มีความสัมพันธ์กับความเสียหายอันส่งผลให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด

ส่วนแนวความคิดที่สอง คือ การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสม (Adequacy theory) ซึ่งศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้ทฤษฎีนี้ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล โดยทฤษฎีนี้เกิดจากการพัฒนาของนักวิชาการและศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ต้องการจำกัดขอบเขตความรับผิดตามทฤษฎีเงื่อนไข¹⁹⁰ โดยทฤษฎีนี้ได้อธิบายโดย Von Kries ซึ่งเป็นนักปรัชญาชาวเยอรมนีว่า “นอกจากการกระทำของผู้กระทำจะเป็นเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว การกระทำดังกล่าวจะต้องมีความเป็นไปได้อย่างมากในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วย¹⁹¹” หรือเป็นการกระทำที่มีความเหมาะสมในการก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวได้อย่างแน่นอน¹⁹²

ทั้งนี้ หากนำองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลมาทำการวิเคราะห์กับผลกระทบบจากการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาตั้งที่ได้กล่าวข้างต้นก็จะพบว่าในส่วนของการวินิจฉัย การตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือจะเกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อก็ตาม แต่ความพิการที่เกิดขึ้นกับทารกนั้นไม่มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ เนื่องจากการกระทำของแพทย์เป็นเพียงการตรวจวินิจฉัยผิดพลาดอันเป็นเหตุให้แพทย์ตรวจไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาเท่านั้น การตรวจวินิจฉัยของแพทย์มิได้ทำให้ร่างกายของทารกพิการ จึงถือว่าขาดองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลอันเป็นเหตุให้การกระทำของแพทย์ไม่เป็นการละเมิดต่อทารก ซึ่งกรณีดังกล่าวได้มีคำพิพากษาของศาล Bundesgerichtshof ซึ่งเป็นศาลสูงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ได้อธิบายไว้ในคดีทารกเกิดมาพิการอันเนื่องมาจากเชื้อหัดเยอรมัน¹⁹³ ซึ่งคดีนี้เป็นกรณีที่แพทย์ทำการตรวจเลือดของมารดาผิดพลาดไม่พบเชื้อหัดเยอรมัน แต่เมื่อทารกได้คลอดจากครรภ์มารดา กลับพบว่าทารกนั้นมีความพิการทางร่างกายอันเนื่องมาจากมารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างตั้งครรภ์ โดย

¹⁹⁰ Spindler, G. and O. Rieckers, Tort Law in German, p. 116.

¹⁹¹ Markesinis, B. S., A Comparative Introduction to the German Law of Tort, p. 99.

¹⁹² Spindler, G. and O. Rieckers, Tort Law in German, p. 116.

¹⁹³ Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate) BGHZ 86, 240, JZ 1983, 447 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 87.

ศาลได้วินิจฉัยว่าการกระทำของแพทย์มิใช่สาเหตุที่ทำให้ทารกมีร่างกายพิการ แต่ความพิการทางร่างกายของทารกเกิดจากการได้รับเชื้อหัดเยอรมันจากมารดา การกระทำของแพทย์จึงไม่มีความสัมพันธ์กับความพิการทางร่างกายของทารกอันเป็นเหตุให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบละเมิดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ดังนั้นการกระทำของแพทย์ในคดีนี้จึงไม่เป็นการละเมิดต่อทารกซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีต่อไป

ส่วนในกรณีของมารดานั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า การกระทำของแพทย์ที่ได้ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาถือเป็นการกระทำต่อร่างกายมารดาโดยตรง กรณีนี้จึงถือว่ามารดาเป็นผู้เสียหายโดยตรง ซึ่งตามที่กฎหมายสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้อนุญาตให้มารดาสามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ได้หากพบว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย ซึ่งหากข้อเท็จจริงปรากฏว่ามารดาได้แจ้งให้แพทย์ทราบว่ามารดาจะทำการยุติการตั้งครรภ์หากตรวจพบว่าทารกในครรภ์มารดามีความพิการทางร่างกาย การตรวจวินิจฉัยของแพทย์ที่ไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกก็ถือเป็นเหตุทำให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ซึ่งถือเป็นความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด อีกทั้งการสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์นั้นก็มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ เนื่องจากหากปราศจากความผิดพลาดของแพทย์ มารดาย่อมได้รับผลการตรวจวินิจฉัยที่ถูกต้องซึ่งนำไปสู่การยุติการตั้งครรภ์ ดังนั้นการกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวนี้ก็ถือเป็นการละเมิดต่อมารดาอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดา

นอกจากนี้การที่แพทย์ได้ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดและได้แจ้งผลการตรวจผิดพลาดนั้นแก่มารดาย่อมทำให้มารดามีความเชื่อว่าทารกในครรภ์มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง และโดยทั่วไปมารดาย่อมมีความคาดหวังที่จะให้ทารกเกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ไม่ต้องการให้ทารกเกิดมามีร่างกายพิการ ซึ่งหากมารดาได้ทราบว่าทารกมีความพิการทางร่างกายในตอนคลอด ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีนี้ย่อมมีผลกระทบต่อสภาพจิตใจของมารดาอย่างรุนแรง ไม่ใช่เป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ กรณีนี้ย่อมถือว่าเป็นความเสียหายต่ออนามัยของมารดา และความเสียหายต่ออนามัยของมารดาดังกล่าวนี้ก็มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ เนื่องจากหากปราศจากความผิดพลาดของแพทย์ มารดาย่อมได้มีเวลาในการเตรียมความพร้อมทางจิตใจกับสถานการณ์ที่จะเกิดขึ้นภายหลังที่ทารกได้คลอดจากครรภ์มารดา หรือในกรณีที่มารดาได้แจ้งกับแพทย์ว่าหากแพทย์ตรวจพบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา มารดาจะทำการยุติการตั้งครรภ์ ในกรณีนี้หากปราศจากความผิดพลาดของแพทย์ มารดาก็จะได้ทำการยุติการตั้งครรภ์ซึ่งก็มีผลทำให้ไม่เกิดผล

กระทบต่อสุขภาพจิตใจอย่างรุนแรงแก่มารดา ดังนั้นการที่มารดาได้รับผลกระทบต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรง กรณีนี้ย่อมถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่ออนามัยของมารดา

ส่วนกรณีของบิดานั้นเมื่อการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาได้กระทำต่อร่างกายของบิดา กรณีนี้บิดาจึงถือเป็นผู้เสียหายโดยอ้อม ซึ่งตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ขยายความเสียหายต่ออนามัยให้ครอบคลุมถึงความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่ส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรงที่ไม่ใช่อารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ และให้ความคุ้มครองดังกล่าวนี้แก่ผู้เสียหายโดยอ้อมด้วย โดยมีเงื่อนไขว่าผู้เสียหายโดยอ้อมจะต้องเป็นผู้ที่รับรู้หรือเห็นเหตุการณ์ละเมิดที่เกิดกับผู้เสียหายโดยตรง และเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้เสียหายโดยตรงโดยไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลในครอบครัว อาจเป็นเพียงคู่หมั้นหรือชายหญิงที่อยู่กินกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส¹⁹⁴ ซึ่งในกรณีที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นการกระทำของแพทย์ก็สามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรงแก่บิดาได้เช่นกัน เนื่องจากบิดาก็อ้อมมีความคาดหวังให้ทารกเกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ไม่ต้องการให้ทารกเกิดมาพิการ อีกทั้งการที่แพทย์ได้ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดและได้แจ้งผลการตรวจผิดพลาดนั้นแก่บิดา ย่อมทำให้บิดามีความเชื่อว่าทารกในครรภ์มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงเช่นเดียวกับมารดา ประกอบกับบิดามีความสัมพันธ์กับมารดาซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรง บิดาจึงเป็นผู้เสียหายโดยอ้อม กรณีจึงถือว่าการที่บิดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตอย่างรุนแรงเป็นความเสียหายต่ออนามัย และเมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลก็พบว่าหากปราศจากความผิดพลาดของแพทย์ บิดาย่อมได้มีเวลาในการเตรียมความพร้อมทางจิตใจกับสถานการณ์ที่จะเกิดขึ้นภายหลังที่ทารกได้คลอดจากครรภ์มารดา หรือในกรณีที่แพทย์ได้แจ้งผลการตรวจที่ถูกต้องและมารดาตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์ ก็จะไม่เกิดผลกระทบต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรงแก่บิดา ดังนั้นการที่บิดาได้รับผลกระทบต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรง กรณีนี้ย่อมถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่ออนามัยของบิดา

ทั้งนี้ ในส่วนของบิดามารดานั้นเป็นเพียงการวิเคราะห์ในมุมมองของผู้เขียนที่ได้นำข้อเท็จจริงมาปรับกับองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดเท่านั้น เนื่องจากในกรณีดังกล่าวยังไม่มีคำพิพากษาของศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ได้วินิจฉัยตามกฎหมายลักษณะละเมิด เนื่องจากในกรณีดังกล่าวบิดามารดาสามารถเลือกได้ว่าจะฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะสัญญาหรือกฎหมาย

¹⁹⁴ Dam, C. v., *European Tort Law*, p. 177.

ลักษณะละเมิด ซึ่งคดีที่ขึ้นสู่ศาลนั้นบิดามารดา ก็ได้เลือกที่จะฟ้องร้องตามกฎหมายลักษณะสัญญา¹⁹⁵ จึงทำให้ยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีที่ได้วินิจฉัยตามกฎหมายลักษณะละเมิด

ดังนั้น จากการวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีกับประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นสามารถสรุปได้ว่า การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดา ผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ในส่วนของทารกนั้นการกระทำของแพทย์ไม่ถือเป็นการละเมิดต่อทารกเนื่องจากขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ส่วนในกรณีของมารดานั้นหากข้อเท็จจริงปรากฏว่ามารดาได้แจ้งให้แพทย์ทราบว่ามารดาจะทำการยุติการตั้งครรภ์หากตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย ในกรณีนี้ก็จะถือว่าการกระทำของแพทย์ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด โดยความเสียหายดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ การกระทำของแพทย์จึงถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดา

นอกจากนี้หากการกระทำของแพทย์ได้สร้างความกระทบทางจิตใจอย่างรุนแรงที่มีใช้อารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจแก่บิดามารดา ก็ถือว่าความกระทบกระเทือนทางจิตใจอย่างรุนแรงนั้นเป็นความเสียหายต่ออนามัยของบิดามารดา ซึ่งความเสียหายดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่ออนามัยของบิดามารดา

3.2.3 การชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมและหลักการชดเชยที่ยุติธรรมและความพึงพอใจ

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นหากการกระทำของแพทย์ครบองค์ประกอบความรับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิดทุกประการตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่แพทย์ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทน โดยการกระทำละเมิดนั้นถือเป็นป่อเกิดแห่งหนี้ (Obligaciones ex delicto) ประเภทหนึ่ง จึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี Section 249 (1)¹⁹⁶ ดังนี้

¹⁹⁵ Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate) 86, 240, JZ 1983, 447; Bundesgerichtshof VI ZR 136/01

¹⁹⁶ Bürgerliches Gesetzbuch Section 249 Nature and extent of damages

“(1) บุคคลผู้มีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะต้องทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนความเสียหายมิได้เกิดขึ้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าวการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายลักษณะละเมิดของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีเป็นไปตามหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitutio ad integrum)¹⁹⁷ กล่าวคือผู้กระทำจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนความเสียหายมิได้เกิดขึ้น¹⁹⁸ และจะต้องเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนในทุกความเสียหายที่เกิดขึ้น (Full compensation) ด้วย¹⁹⁹ แต่ในกรณีที่ไม่สามารถทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้หรือการกลับคืนสู่ฐานะเดิมสามารถทำได้แต่ไม่เหมาะสมกับค่าใช้จ่าย ผู้กระทำละเมิดก็จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วยเงินตามหลักการชดใช้ที่ยุติธรรมและความพึงพอใจ (Fair compensation and satisfaction) กล่าวคือ เป็นการชดเชยความเสียหายด้วยเงินเพื่อให้ผู้เสียหายนำเงินไปใช้ตามความพึงพอใจเพื่อหาความสะดวกสบายอย่างอื่นทดแทนความเสียหาย²⁰⁰ ซึ่งมักใช้กับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ โดยหลักการชดใช้ที่ยุติธรรมและความพึงพอใจดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี Section 251²⁰¹ ดังนี้

“(1) ในกรณีที่ไม่สามารถทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้เลยหรือไม่สามารถทำได้เพียงพอ ผู้ที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วยเงิน

(1) A person who is liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred.

(2) Where damages are payable for injury to a person or damage to a thing, the obligee may demand the required monetary amount in lieu of restoration. When a thing is damaged, the monetary amount required under sentence 1 only includes value-added tax if and to the extent it is actually incurred.

¹⁹⁷ Basil Markesinis et al., Comparative for Personal Injury in English, German and Italy Law (New York: Cambridge University Press, 2011), p. 22.

¹⁹⁸ Mathias Reimann and Joachim Zekoll, Introduction to German Law (Netherlands: Kluwer Law International, 2005), p. 222.

¹⁹⁹ Ibid., p. 22.

²⁰⁰ Markesinis, B. et al., Comparative for Personal Injury in English, German and Italy Law, p. 62.

²⁰¹ Bürgerliches Gesetzbuch Section 251 Damages in money without the specification of a period time

(1) To the extent that restoration is not possible or is not sufficient to compensate the obligee, the person liable in damages must compensate the obligee in money.

(2) The person liable in damages may compensate the obligee in money if restoration is only possible with disproportionate expenses. Expenses incurred as a result of the curative treatment of an injured animal are not disproportionate merely because the significantly exceed the value of the animal.

(2) บุคคลผู้ที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายอาจชดใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วยเงิน ในกรณีที่การกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นไม่ได้สัดส่วนกับค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไป..”

ทั้งนี้ ความเสียหายที่เกี่ยวกับประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนทำการศึกษาขึ้นมีความเกี่ยวข้องกับกับความเสียหายต่อร่างกาย ความเสียหายต่ออนามัย และความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงประเภทของค่าสินไหมทดแทนซึ่งแบ่งได้ 2 ประเภทดังนี้

(1) ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (Pecuniary loss) คือ ค่าสินไหมทดแทนที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ ได้แก่ ค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่ผู้เสียหายต้องเสียไป ค่ารักษาพยาบาล²⁰² เป็นต้น

(2) ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ (Non-pecuniary loss) ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี Section 253²⁰³ ดังนี้

“(1) การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่มีใช้ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (Non-pecuniary loss) จะชดใช้ได้กรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

(2) ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นแก่ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือทศศีลธรรม ค่าสินไหมทดแทนที่จะชดใช้ให้รวมถึงค่าสินไหมทดแทนต่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินด้วย”

การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจนั้นจะชดใช้ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น และเป็นไปตามหลักการชดใช้ที่ยุติธรรมและความพึงพอใจ (Fair compensation and satisfaction) ซึ่งได้แก่ ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน (Pain and suffering)²⁰⁴ ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการขาด

²⁰² Bürgerliches Gesetzbuch Section 842 Extent of liability in damages when a person is injured

Liability to compensate for damage resulting from a tort directed against the person extends to the disadvantages the tort produces for the livelihood or advancement of the injured person.

²⁰³ Bürgerliches Gesetzbuch Section 253 Intangible damage

(1) Money may be demanded in compensation for any damage that is not pecuniary loss only in the case stipulated by law.

(2) If damages are to be paid for an injury to body, health, freedom or sexual self-determination, reasonable compensation in money may also be demanded for any damage that is not pecuniary loss.

²⁰⁴ Youngs, R., *English, French & German Comparative Law*, p. 495.

ความรื่นรมย์ในชีวิต (Loss of amenity and enjoyment of life)²⁰⁵ เป็นต้น ซึ่งการกำหนดค่าสินไหมทดแทนประเภทนี้เป็นไปตามดุลพินิจของศาล²⁰⁶ ซึ่งศาลจะพิจารณาสถานการณ์ที่เกิดขึ้นรวมทั้งระดับความรุนแรงของการกระทำของทั้งสองฝ่าย²⁰⁷ ทั้งนี้ จากการศึกษาตำรากฎหมายลักษณะละเมิดของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีพบว่า แต่เดิมนั้นศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีจะพิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจแก่ผู้เสียหายโดยตรงเท่านั้น²⁰⁸ แต่ปัจจุบันศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้ยอมรับว่าในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายโดยตรงอันส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรงที่ไม่ใช่อารมณ์ความรู้สึก โศกเศร้าเสียใจแก่ผู้เสียหายโดยอ้อมซึ่งมีความสัมพันธ์กับผู้เสียหายโดยตรง โดยความสัมพันธ์นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลในครอบครัว อาจเป็นเพียงคู่หมั้นหรือชายหญิงที่อยู่กินกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส ศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้ตัดสินให้ผู้เสียหายโดยอ้อมได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ²⁰⁹ โดยศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยไว้ในคดีจำเลยกระทำละเมิดต่อบุตรชายของโจทก์จนเสียชีวิต²¹⁰ และคดีจำเลยขับรถชนต้นสนสามิโจทก์เสียชีวิต²¹¹

ทั้งนี้ หากนำหลักเกณฑ์การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นมาทำการวิเคราะห์กับประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้น แพทย์จะมีความรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

²⁰⁵ Ibid., p 495.

²⁰⁶ Markesinis, B. et al., *Comparative for Personal Injury in English, German and Italy Law*, p. 65.

²⁰⁷ Youngs, R., *English, French & German Comparative Law*, p. 495.

²⁰⁸ Basil Markesinis et al., *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2005), p. 23.

²⁰⁹ Dam, C. v., *European Tort Law*, p. 177.

²¹⁰ RGZ 133, 270 VI. Civil Senate = JZ 1929, 914 (VI 149/31) โจทก์ได้ฟ้องจำเลยตามกฎหมายลักษณะละเมิดเรียกร้องให้จำเลยชดใช้ค่าปลงศพ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ และยังเรียกร้องให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับภรรยาโจทก์เนื่องจากทราบว่าบุตรชายเสียชีวิต ซึ่งศาลก็ได้พิพากษาให้จำเลยทั้งสองชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจให้แก่โจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 823 โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าความเสียหายทางจิตใจดังกล่าวไม่ใช่ความรู้สึกอารมณ์ทั่วไป ถือเป็นความเสียหายต่ออนามัย และแม้ว่าภรรยาโจทก์จะไม่ได้อยู่ในเหตุการณ์ก็ไม่ใช่เหตุที่ไม่ได้รับค่าเสียหายทางจิตใจ

²¹¹ BHGZ 56, 163 VI. Civil Senate (VI ZR 78/70) Schockschaden-decision = NJW 1971, 1883 = VersZ 1971, 905, 1140. จำเลยขับรถชนต้นสนสามิโจทก์เสียชีวิต เป็นเหตุให้โจทก์ตกใจมากจนเจ็บป่วยทางจิตใจ โดยโจทก์มีหลักฐานทางการแพทย์มาแสดงว่าการตกใจนั้นเป็นเหตุให้เกิดการบาดเจ็บทางจิตใจอย่างรุนแรง ศาลได้พิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจแก่โจทก์ โดยให้เหตุผลว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับไม่ใช่ความรู้สึกทั่วไป เป็นความเสียหายต่ออนามัยโจทก์ และโจทก์มีหลักฐานทางการแพทย์มาแสดง แต่ทั้งนี้หากโจทก์ไม่ใช่ผู้เสียหายที่มีความสัมพันธ์กับผู้เสียหายโดยตรงแล้ว ก็จะไม่ได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย

แก่ทารกและบิดามารดาที่ต่อเมื่อการกระทำของแพทย์ครบองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดทุกประการดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.2.2 ข้างต้น ซึ่งในส่วนของทารกนั้นพบว่ากรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ความพิการดังกล่าวไม่อาจถือเป็นความเสียหายเนื่องจากความพิการดังกล่าวไม่มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ จึงทำให้การกระทำของแพทย์ขาดองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลซึ่งมีผลทำให้การกระทำของแพทย์ไม่เป็นการละเมิดต่อทารก และเมื่อการกระทำของแพทย์ไม่ถือเป็นการละเมิดต่อทารกแล้วจึงมีผลทำให้แพทย์ไม่มีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารก ดังนั้นในส่วนของทารกจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมและหลักการชดใช้ที่ยุติธรรมและความพึงพอใจ ทั้งนี้ได้มีคำพิพากษาของศาล Bundesgerichtshof ซึ่งเป็นศาลสูงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ได้พิพากษาไว้ในคดีทารกเกิดมาพิการอันเนื่องมาจากเชื้อหัดเยอรมัน²¹² ซึ่งคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่าการกระทำของแพทย์ไม่มีความสัมพันธ์กับความพิการทางร่างกายของทารก เนื่องจากความพิการทางร่างกายของทารกเกิดจากเชื้อหัดเยอรมันที่ทารกได้รับจากมารดา ในขณะที่มารดาตั้งครรภ์ ความพิการทางร่างกายของทารกมิได้เกิดจากการตรวจวินิจฉัยของแพทย์แต่อย่างใด จึงทำให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล การกระทำของแพทย์ในคดีนี้จึงไม่เป็นการละเมิดต่อทารกอันส่งผลให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารกซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีต่อไป

ส่วนในกรณีของมารดานั้นตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าการกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวเป็นเหตุให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์อันถือเป็นความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งความเสียหายดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อมารดาอันมีผลทำให้แพทย์มีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่มารดา โดยในกรณีนี้มารดามีสิทธิได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น ซึ่งการที่มารดาได้ทำการยุติการตั้งครรภ์ย่อมมีผลทำให้มารดาต้องเสียค่าใช้จ่ายในค่าเลี้ยงดูทารกที่พิการและค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารกที่พิการ ซึ่งการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีดังกล่าวก็สามารถปรับใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้โดยแพทย์สามารถทำให้มารดากลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการและค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารกที่พิการที่มารดาต้องเสียไป ส่วนค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือความ

²¹² Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate) BGHZ 86, 240, JZ 1983, 447 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 87.

เสียหายทางจิตใจนั้น มารดาไม่อาจได้รับค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวเนื่องจากการจะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือความเสียหายทางจิตใจจะชดใช้ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้นซึ่งก็มีได้รวมถึงความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

นอกจากนี้ในส่วนของมารดานั้นการกระทำของแพทย์ยังเป็นเหตุให้มารดามีความทุกข์ทรมานทางจิตใจซึ่งหากความทุกข์ทรมานทางจิตใจนั้นส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรงที่ไม่ใช่ อารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ กรณีนี้ก็จะถือว่าเป็นความเสียหายต่ออนามัยของมารดาโดยความเสียหายเหล่านี้มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อมารดา แพทย์จึงมีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่มารดา โดยในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นมารดามีสิทธิได้รับทั้งค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงินและค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ โดยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงินนั้นได้แก่ ค่ารักษาพยาบาลซึ่งสามารถปรับใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้โดยแพทย์จะต้องทำให้มารดากลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยการชดใช้ค่ารักษาพยาบาลที่มารดาต้องเสียไปในการรักษาอาการทางจิต ส่วนค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจนั้นได้แก่ ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน ซึ่งสามารถปรับใช้หลักการชดใช้ที่ยุติธรรมและความพึงพอใจได้โดยแพทย์จะต้องชดใช้เป็นเงินจำนวนหนึ่งเพื่อให้มารดานำเงินดังกล่าวไปใช้หาความสุขทดแทนความเสียหายดังกล่าว

ส่วนในกรณีของบิดานั้นตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าการที่แพทย์ได้แจ้งผลการตรวจที่ผิดพลาดแก่บิดาก็สามารถก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่บิดาได้ ซึ่งหากความทุกข์ทรมานทางจิตใจนั้นส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรงที่ไม่ใช่ อารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ กรณีนี้ก็จะถือว่าเป็นความเสียหายต่ออนามัยของบิดา โดยความเสียหายดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่ออนามัยของบิดา โดยในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นบิดามีสิทธิได้รับทั้งค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงินและค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ โดยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงินนั้นได้แก่ ค่ารักษาพยาบาลซึ่งสามารถปรับใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้โดยแพทย์จะต้องทำให้บิดากลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยการชดใช้ค่ารักษาพยาบาลที่บิดาต้องเสียไปในการรักษาอาการทางจิต ส่วนค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจนั้นได้แก่ ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน ซึ่งสามารถปรับใช้หลักการ

คดีใช้ที่ยุติธรรมและความพึงพอใจได้โดยแพทย์จะต้องคดีใช้เป็นเงินจำนวนหนึ่งเพื่อให้บิดานำเงินดังกล่าวไปใช้หาความสุขทดแทนความเสียหายดังกล่าว

ทั้งนี้ในส่วนของบิดามารดานั้นเป็นเพียงการวิเคราะห์ในมุมมองของผู้เขียนที่ได้นำข้อเท็จจริงมาปรับกับหลักเกณฑ์การชดเชยค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น เนื่องจากในกรณีดังกล่าวยังไม่มีคำพิพากษาของศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ได้วินิจฉัยตามกฎหมายลักษณะละเมิด เนื่องจากในกรณีดังกล่าวบิดามารดาสามารถเลือกได้ว่าจะฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะสัญญาหรือกฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งคดีที่ขึ้นสู่ศาลนั้นบิดามารดาก็เลือกที่จะฟ้องตามกฎหมายลักษณะสัญญา²¹³ จึงทำให้ยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ได้วินิจฉัยตามกฎหมายลักษณะละเมิด

ดังนั้น จากการวิเคราะห์การปรับใช้หลักเกณฑ์การชดเชยค่าสินไหมทดแทนกับประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาศาสามารถสรุปได้ว่า ในส่วนของทารกนั้นเมื่อการกระทำของแพทย์ที่ได้ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดนั้นไม่เป็นการละเมิดต่อทารก จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมและหลักการชดเชยที่ยุติธรรมและความพึงพอใจ ส่วนในกรณีของบิดามารดาซึ่งได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจถึงขนาดที่มีผลกระทบต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรงที่ไม่ใช่เป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ กรณีนี้ถือเป็นความเสียหายต่ออนามัย สามารถนำหลักการชดเชยค่าสินไหมทดแทนมาปรับใช้ได้ เนื่องจากการกระทำของแพทย์ถือเป็นการละเมิดต่อบิดามารดา นอกจากนี้ในส่วนมารดานั้นการกระทำของแพทย์ยังทำให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ซึ่งถือเป็นความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ก็สามารถนำหลักเกณฑ์การชดเชยค่าสินไหมทดแทนมาปรับใช้ได้เช่นกัน เนื่องจากการกระทำของแพทย์ถือเป็นการละเมิดต่อมารดา

3.2.4 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาล

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แพทย์จะมีความรับผิดชอบทางละเมิดต่อทารกและบิดามารดาหรือไม่นั้นได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยทารกและบิดามารดาเกิดขึ้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ดังนี้

²¹³ Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate) 86, 240, JZ 1983, 447; Bundesgerichtshof VI ZR 136/01

คดีทารกเกิดมาพิการอันเนื่องมาจากเชื้อหัดเยอรมัน²¹⁴ มีข้อเท็จจริงว่า มารดาเข้ารับการตรวจเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างตั้งครรภ์ โดยมารดาได้แจ้งกับแพทย์ว่าหากทารกในครรภ์มีโอกาสเสี่ยงที่จะพิการ มารดาจะทำการยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งผลของการตรวจวินิจฉัยนั้นไม่พบว่ามารดานั้นได้รับเชื้อหัดเยอรมัน แต่ต่อมาในวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 1977 มารดาได้ให้กำเนิดทารก ซึ่งปรากฏว่าทารกนั้นมีร่างกายพิการอันเนื่องมาจากมารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างที่ตั้งครรภ์ บิดามารดาและทารกที่พิการจึงได้เป็นโจทก์ฟ้องร้องดำเนินคดีให้แพทย์รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยในส่วนของทารกนั้น (Wrongful life) ได้ฟ้องตามกฎหมายลักษณะละเมิด เนื่องจากทารกมิได้เป็นคู่สัญญา กับแพทย์ ส่วนบิดาและมารดา (Wrongful birth) ได้ฟ้องตามกฎหมายลักษณะสัญญา

District Court ซึ่งเป็นศาลแขวงได้พิพากษายกฟ้องในส่วนของทารก (Wrongful life) แต่ในส่วนของบิดามารดานั้น (Wrongful birth) ศาล District Court ได้ตัดสินให้แพทย์ต้องรับผิดชอบต่อบิดามารดาตามกฎหมายลักษณะสัญญา ซึ่งบิดามารดาก็ได้อุทธรณ์ในส่วนของทารก และแพทย์ก็ได้อุทธรณ์ในส่วนของบิดามารดาต่อศาล Court of Appeal of Munich

Court of Appeal of Munich ซึ่งเป็นศาลอุทธรณ์ของเมืองมิวนิกได้ตัดสินในส่วนของทารกและบิดามารดาขึ้นตามศาล District Court จึงได้มีการอุทธรณ์ทั้งในส่วนของบิดามารดาและทารกอีกครั้งไปยังศาล Court of Appeal

Court of Appeal ซึ่งเป็นศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินในส่วนของทารกว่า แม้ว่าการวินิจฉัยของแพทย์จะมีผลต่อการได้เกิดหรือการไม่ได้เกิดของทารกก็ตาม²¹⁵ แต่แพทย์ก็มิได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์หรือสิทธิของทารกที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง และการเกิดมีมาชีวิตหรือการไม่ต้องเกิดมีมาชีวิตก็ไม่อาจถือเป็นความเสียหายตามกฎหมาย นอกจากนี้ทารกก็ไม่มีสิทธิที่จะเลือกว่าจะยุติการตั้งครรภ์หรือไม่ เนื่องจากการยุติการตั้งครรภ์เป็นสิทธิของมารดา และแพทย์มีหน้าที่ในการแจ้งเตือนให้มารดาทราบถึงความเสี่ยงในการตั้งครรภ์และความผิดปกติของทารกในครรภ์ซึ่งเป็นหน้าที่ที่แพทย์จะต้องกระทำเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของมารดาเท่านั้น ศาล Court of Appeal จึงได้ตัดสินให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารก และในส่วนของบิดามารดานั้นศาล Court of Appeal ก็ได้ตัดสินให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบต่อบิดามารดาเช่นกัน โดยให้เหตุผลว่าแพทย์มีหน้าที่ในการ

²¹⁴ Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate) BGHZ 86, 240, JZ 1983, 447

²¹⁵ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้อนุญาตให้มารดาที่ตั้งครรภ์สามารถยุติการตั้งครรภ์โดยชอบด้วยกฎหมายได้ โดยอายุครรภ์ต้องไม่เกิน 12 สัปดาห์ แต่ในกรณีที่มารดามีปัญหาสุขภาพกายหรือปัญหาสุขภาพจิตรวมถึงในกรณีที่ทารกในครรภ์มีความพิการหรือเป็นโรคอย่างรุนแรง มารดาก็สามารถยุติการตั้งครรภ์ภายหลังอายุครรภ์ 12 สัปดาห์ได้

อธิบายเกี่ยวกับการรักษาและแจ้งเตือนถึงความเสี่ยงทางพันธุกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อชีวิตและสุขภาพของมารดาเท่านั้น ประกอบกับหน้าที่ตามสัญญาของแพทย์ไม่รวมถึงการคุ้มครองผลกระทบทางเศรษฐกิจเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการ เมื่อเป็นเช่นนี้จึงได้มีการฎีกาทั้งส่วนของบิดามารดาและทารกต่อศาล Bundesgerichtshof ซึ่งเป็นศาลสูงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ศาล Bundesgerichtshof ซึ่งเป็นศาลสูงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พิพากษาในส่วนของทารกยื่นตาม Court of Appeal โดยศาล Bundesgerichtshof ได้ให้เหตุผลว่าการกระทำของแพทย์มิใช่สาเหตุที่ทำให้ทารกมีร่างกายพิการและทารกก็ไม่อาจกล่าวอ้างว่าแพทย์มีหน้าที่ป้องกันการเกิดของทารก ความพิการทางร่างกายของทารกจึงไม่มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ ศาล Bundesgerichtshof จึงได้ตัดสินว่าการกระทำของแพทย์ไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อทารก ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ทารกไม่ได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์ ส่วนกรณีของบิดามารดานั้น ศาล Bundesgerichtshof ได้ตัดสินให้แพทย์รับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายแก่บิดามารดาตามกฎหมายลักษณะสัญญา โดยศาล Bundesgerichtshof ได้ให้เหตุผลว่าแพทย์มีหน้าที่ในการแจ้งเตือนถึงความเสี่ยงให้บิดามารดาทราบเกี่ยวกับความผิดปกติที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์เพื่อรักษาผลประโยชน์ของบิดามารดา แต่การกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวแพทย์ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อในการตรวจวินิจฉัยเลือดของมารดาอันเป็นเหตุให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์และทำให้มารดาไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดทารกที่พิการได้ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการผิดสัญญาต่อบิดามารดาและทำให้บิดามารดาได้รับความเสียหายโดยความเสียหายดังกล่าวคือผลกระทบทางเศรษฐกิจที่บิดามารดาจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการ ศาล Bundesgerichtshof จึงตัดสินให้แพทย์ชดเชยค่าเสียหายแก่บิดามารดาอันเป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับปัญหาสุขภาพของทารกแต่ไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกตามปกติ และศาล Bundesgerichtshof ได้ปฏิเสธค่าเสียหายทางจิตใจแก่บิดามารดา

จากผลของคำพิพากษาในคดีดังกล่าวในส่วนของทารกสามารถสรุปได้ว่า การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดอันเป็นเหตุให้ไม่พบเชื้อหัดเยอรมันนั้น ศาล Bundesgerichtshof ซึ่งเป็นศาลสูงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถือว่าการกระทำของแพทย์มิได้ก่อให้เกิดความเสียหายใดๆต่อทารกเลย และความพิการทางร่างกายของทารกก็ไม่อาจถือเป็นความเสียหายต่อสิ่งที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี Section 823 วรรคแรกได้ให้ความคุ้มครอง อีกทั้งความพิการที่เกิดขึ้นกับร่างกายของทารกนั้นก็มิได้เป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการกระทำของแพทย์ ความพิการทางร่างกายของทารกจึงไม่มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์จึงทำให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดใน

เรื่องความเสียหายและความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ดังนั้นในกรณีของทารกจึงไม่อาจปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิด และเมื่อไม่อาจปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดก็ย่อมมีผลทำให้แพทย์ไม่มีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ทารก

ส่วนในกรณีของบิดามารดานั้น ศาล Bundesgerichtshof ได้พิจารณาตามกฎหมายลักษณะสัญญา โดยถือว่าแพทย์มีหน้าที่ตามสัญญาในการแจ้งให้บิดามารดาทราบถึงความเสี่ยงเกี่ยวกับความผิดปกติที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์ ซึ่งการกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวถือเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในการตรวจวินิจฉัยเลือดของมารดาอันเป็นเหตุให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์และทำให้มารดาไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดทารกที่พิการ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการผิดสัญญาต่อบิดามารดา โดยในคดีนี้ศาล Bundesgerichtshof ได้ตัดสินให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายอันเป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับปัญหาสุขภาพของทารกที่มีค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการเลี้ยงดูตามปกติ ทั้งนี้เนื่องจากในกรณีของบิดามารดานั้นบิดามารดาสามารถเลือกได้ว่าจะฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะสัญญาหรือกฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งคดีที่ขึ้นสู่ศาลนั้นบิดามารดาก็เลือกที่จะฟ้องตามกฎหมายลักษณะสัญญา²¹⁶ จึงทำให้ยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ได้วินิจฉัยตามกฎหมายลักษณะละเมิด

3.3 ประเทศอังกฤษ

3.3.1 สถานะและการรับรองสิทธิของทารกในครรภ์มารดา

การเริ่มต้นสภาพบุคคลตามกฎหมายของประเทศอังกฤษเป็นไปตามหลัก Born Alive Rule ซึ่งเป็นหลัก Common law กล่าวคือ สภาพบุคคลเริ่มต้นเมื่อทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวและได้แสดงออกถึงการมีชีวิต²¹⁷ ทั้งนี้แม้จะยังมีได้ตัดสายสะดือก็ตามก็ถือว่าทารกนั้นมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย²¹⁸ ซึ่งผลของการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายนั้นก่อให้เกิดความสามารถในการถือสิทธิหรือเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย

²¹⁶ Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate) 86, 240, JZ 1983, 447; Bundesgerichtshof VI ZR 136/01

²¹⁷ Casey and Gerard, *Born Alive: The Legal Status of the Unborn Child in English and the U.S.A.* (London: Barry Rose Law Publishers, 2005), p. 1.

²¹⁸ Sara Fovargue and Jose Miola, "The Legal Status of the Foetus," *Clinical Ethics* 5, 3 (2010): p. 122.

ส่วนทารกในครรภ์มารดาซึ่งไม่เข้าเงื่อนไขการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ทารกในครรภ์มารดาจึงไม่ถือว่ามีสภาพบุคคลตามกฎหมาย²¹⁹ ซึ่งมีผลทำให้ทารกในครรภ์มารดาไม่มีความสามารถในการถือสิทธิหรือเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ทั้งนี้ได้มีคำพิพากษาที่ได้ตัดสินวางหลักไว้ในคดี Paton v. Trustees of the BPAS²²⁰ ซึ่งตัดสินโดยผู้พิพากษา Sir George Baker P ว่าทารกในครรภ์มารดาไม่อาจมีสิทธิใดๆได้จนกว่าทารกนั้นได้คลอดจากครรภ์มารดาและสามารถดำรงชีวิตได้ด้วยตนเอง

ส่วนทารกในครรภ์มารดามีสถานะใดนั้น ประเทศอังกฤษได้ยึดถือแนวความคิดว่าทารกในครรภ์มารดาถือเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดาโดยทารกในครรภ์มารดาจะขาดจากการเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดาก็ต่อเมื่อทารกนั้นได้คลอดจากครรภ์มารดาแล้ว²²¹ ดังนั้นหากมีผู้ใดก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายของทารกในครรภ์มารดา กรณีนี้จึงถือเป็นการทำให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายมารดา²²² ทั้งนี้จากการที่ผู้เขียนค้นคว้าหาข้อมูลนั้นไม่พบว่าการพิจารณาคดีแพ่งของศาลประเทศอังกฤษได้มีการกลับแนวความคิดดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้นในส่วนของการพิจารณาคดีแพ่งจึงยังคงยึดแนวความคิดที่ว่าทารกในครรภ์มารดาถือเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดา²²³

ส่วนกรณีที่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดาอันเป็นเหตุให้ทารกได้รับความเสียหาย ภายหลังจากที่ทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาแล้วทารกจะมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่นั้น ประเทศอังกฤษได้มีแนวความคิดว่าบุคคลทั่วไปไม่มี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²¹⁹ Jonathan Herring, *Medical Law and Ethic* (Oxford: Ashford Colour Press, 2012), p. 312.

²²⁰ Paton v. Trustees of the BPAS [1978] 2 All ER 987,989

²²¹ Samantha Halliday, *Autonomy and Pregnancy a Comparative Analysis of Compelled Obstetric Intervention* (New York: Routledge Taylor & Francis Group 2016), p. 183.

²²² *ibid.*, p. 183.

²²³ ในการพิจารณาคดีอาญาได้มีการกลับแนวความคิดที่ว่าทารกในครรภ์มารดาถือเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดาซึ่งเกิดจากการที่ได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีอาญา โดยมีข้อเท็จจริงว่าบิดาได้ทำร้ายร่างกายมารดาซึ่งกำลังตั้งครรภ์โดยใช้มีดแทงไปที่ท้องของมารดา และภายหลังจากทำร้ายร่างกาย 17 วันมารดาก็ได้ให้กำเนิดทารกก่อนกำหนดซึ่งพบว่าทารกนั้นมีบาดแผลที่หน้าท้อง และภายหลังจากที่ทารกได้คลอดจากครรภ์มารดา 121 วันทารกนั้นก็เสียชีวิต ผลของการฟ้องร้องดำเนินคดีดังกล่าวมีผลทำให้ House of Lord ได้ออก Attorney General's Reference (No.3/1994) กลับแนวความคิดเดิมที่ว่าทารกในครรภ์มารดาถือเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดา โดย Lord Mustill ได้ให้เหตุผลว่ามารดาและทารกในครรภ์นั้นถือเป็นสิ่งมีชีวิตสองสิ่งแยกออกจากกัน มิใช่เป็นสิ่งมีชีวิตเดียวกันแต่แยกออกเป็นสองส่วน และทารกในครรภ์มารดาก็มิใช่สิ่งที่เป็นส่วนประกอบของร่างกายมารดา ซึ่งคดีนี้ House of Lord จึงได้ตัดสินว่าการกระทำของบิดาเป็นการฆ่าทารก (โปรดดู. *ibid.*, p. 185.)

หน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of care) ต่อทารกในครรภ์มารดา²²⁴ เนื่องจากบุคคลทั่วไปไม่อาจทราบได้ว่ามารดาตั้งครรภ์อยู่หรือไม่ (Unforeseeable) และขาดความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดตามหลัก Neighbour principle ระหว่างผู้กระทำละเมิดกับทารกในครรภ์มารดา²²⁵ จึงทำให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดในเรื่องหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์มารดาซึ่งเป็นเหตุให้ทารกไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำละเมิดได้ แต่ต่อมาเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 1972 Lord Hailsham ได้ร้องขอต่อ Law Commission ให้ขยายความรับผิดชอบแพ่ง (Civil Liability) ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่ทารกได้รับความเสียหายต่อร่างกายในระหว่างที่อยู่ในครรภ์มารดา²²⁶ ซึ่งผลของการร้องขอของ Lord Hailsham นั้นทำให้ Law Commission ได้ออกรายงาน Law Commission Report (No.60) on Injuries to Unborn Child ซึ่งได้ขยายความรับผิดชอบแพ่งให้ครอบคลุมถึงความเสียหายต่อร่างกายของทารกในระหว่างที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา²²⁷ และ Lord Chancellor ก็ได้นำรายงานดังกล่าวเสนอต่อรัฐสภาจนได้มีการบัญญัติกฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 ขึ้น ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้ประกาศเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม 1976²²⁸ และปรับใช้กับทารกที่เกิดมามีชีวิตรอดภายหลังปี 1976²²⁹ ทั้งนี้กฎหมายดังกล่าวกำหนดเฉพาะบางกรณีเท่านั้นที่ทารกมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทน ซึ่งมีกรณีใดบ้างนั้นจะต้องพิจารณาตามกฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 Section 1²³⁰ ดังนี้

²²⁴ Adrain Whitfield, "Common Law Duties to Unborn Children," *Medical Law Review* 28(1993): p. 30.

²²⁵ The Law Commission (No.60) Report on Injuries to Unborn Child, p. 13.

²²⁶ Ibid. p. 1.

²²⁷ F. Stone, "The Unborn Child and the Law of Tort," *The Cambrian Law Review* 55(1978): 58.

²²⁸ Jean McHale and Marie Fox, *Health Care Law* (London: Sweet & Maxwell Limited, 2007), p. 967.

²²⁹ Brazier & Cave, *Medical Patients & the Law* (Great Britain: Antony Rowe Ltd., 2007), p. 293.

²³⁰ Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1967 Section 1

(1) If a child is born disable as the result of such an occurrence before its birth as is mentioned in subsection (2) below, and a person (other than the child's own mother) is under this section answerable to the child in respect of the occurrence, the child's disabilities are to be regarded as damage resulting from the wrongful act of that person and actionable accordingly at the suit of the child.

(2) An occurrence to which this section applies is one which

(a) Affected either parent of the child in his or her ability to have a normal, healthy child; or

(b) Affect the mother during her pregnancy, or affected her or the child in the course of its birth, so that the child is born with disabilities which would not otherwise have been present.

“(1) หากทารกเกิดมาพิการเนื่องจากผลของการกระทำตาม (2) ของบุคคลใด (เว้นแต่เป็นการกระทำของมารดา) ถือว่าความพิการทางร่างกายที่เกิดขึ้นกับทารกนั้นเป็นผลมาจากการกระทำผิด (Wrongful act) ของบุคคลนั้น และทารกมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลนั้น

(2) ความพิการที่เกิดขึ้นกับทารกนั้นเกิดจาก

(a) การกระทำที่มีผลกระทบต่อบิดาหรือมารดาในการมีบุตรที่ปกติหรือมีสุขภาพแข็งแรง หรือ

(b) การกระทำที่มีผลกระทบต่อมารดาในขณะที่มารดานั้นตั้งครรภ์ หรือมีผลกระทบต่อมารดาหรือทารกในขณะที่ทำการคลอด ซึ่งหากไม่มีการกระทำดังกล่าวความพิการทางร่างกายของทารกก็จะไม่เกิดขึ้น”

ทั้งนี้ มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าการที่กฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 ได้กำหนดให้ทารกที่เกิดมาพิการสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำได้นั้นจะถือว่าผู้กระทำมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of care) ต่อทารกในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดาหรือไม่ ซึ่งจากการศึกษารายงาน Law Commission Report (No.60) on Injuries to Unborn Child พบว่าในประเด็นนี้ Law Commission ได้ลงความเห็นว่าการที่ผู้กระทำมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดาก็ให้ถือเสมือนว่าผู้กระทำมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกด้วยเช่นกัน²³¹ กล่าวคืออ้างอิงหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังที่ผู้กระทำต่อมารดา ทั้งนี้รายงานของ Law Commission ได้กล่าวถึงแต่มารดาเท่านั้นไม่ได้กล่าวถึงบิดาแต่อย่างใด ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีที่มีผู้กระทำต่อบิดาเป็นเหตุให้บิดาไม่สามารถมีบุตรที่ปกติหรือมีร่างกายแข็งแรงตาม Section 1(2)(a) นั้น หากผู้กระทำมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดาก็ย่อมถือว่าผู้กระทำมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกด้วยเช่นกัน²³² ซึ่งก็จะมีผลทำให้ทารกที่เกิดมาพิการสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ที่ทำให้บิดาไม่สามารถมีบุตรที่ปกติหรือมีร่างกายแข็งแรงได้

ภายหลังที่ประเทศอังกฤษได้ออกกฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 ก็ได้มีกรณีทารกที่เกิดมาพิการฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำละเมิดคือ คดี De Martell v. Merton & Sutton Health Authority²³³ มีข้อเท็จจริงว่าโจทก์ได้ฟ้องร้องดำเนินคดีกับ

²³¹ Law Commission Report (No.60) on Injuries to Unborn Child., p. 21.

²³² Jane E. S. Fortin, "Legal Protection for the Unborn Child," *The Modern Law Review* 51(1988): p. 77.

²³³ De Martell v. Merton & Sutton Health Authority 1991 2Med LR209

จำเลยซึ่งเป็นหน่วยงานสาธารณสุขเนื่องจากแพทย์ได้ทำคลอดโจทก์โดยประมาทเลินเล่ออันเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความกระทบกระเทือนทางสมองอย่างรุนแรง จำเลยได้โต้แย้งว่าโจทก์ไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีเนื่องจากในขณะที่แพทย์ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อนั้นโจทก์ยังไม่ถือว่ามีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ซึ่งคดีนี้ศาลสูงของประเทศอังกฤษได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของจำเลยและได้วินิจฉัยว่าแม้ว่าในขณะที่แพทย์ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อนั้นโจทก์จะยังไม่ถือว่ามีสภาพบุคคลก็ตาม แต่โจทก์ก็สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับจำเลยได้ และคดีนี้การกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ก็ถือเป็นการขาดความระมัดระวังและมีความสัมพันธ์กับความพิการที่เกิดขึ้นโจทก์ ดังนั้นกรณีนี้จำเลยจึงต้องรับผิดชอบโจทก์ จากข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกระทำของแพทย์ถือเป็นการกระทำที่มีผลต่อทารกในขณะคลอดซึ่งเป็นกรณีตาม Section 1(2)(b) ของกฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 ดังนั้นโจทก์ซึ่งเป็นทารกที่พิการจึงมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับจำเลยได้

ดังนั้น หากทารกเกิดมามีร่างกายพิการอันเป็นผลมาจากการกระทำตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 Section 1(2) ทารกย่อมมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับผู้กระทำได้ โดยอ้างอิงหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังที่ผู้กระทำมีต่อบิดามารดา ส่วนกรณีที่ทารกเกิดมามีร่างกายพิการนอกเหนือจากกรณีที่บัญญัติไว้ใน Section 1(2) ซึ่งรวมถึงกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ทารกย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดเนื่องจากผู้กระทำไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกซึ่งเป็นเหตุให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบละเมิดโดยผู้เขียนจะได้กล่าวในรายละเอียดของกฎหมายลักษณะละเมิดต่อไป

3.3.2 หลักวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิด

ความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายของประเทศอังกฤษได้แบ่งประเภทของความรับผิดทางละเมิดเป็นฐานความผิดเหมือนกับกฎหมายอาญา โดยในประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนทำการศึกษาคำพิพากษาที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แพทย์จะมีความรับผิดทางละเมิดต่อทารกและบิดามารดาหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณากฎหมายลักษณะละเมิดฐานประมาทเลินเล่อ โดยประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนทำการศึกษาจะเกี่ยวข้องกับความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ ซึ่งความรับผิดอันเกิดจากการ

กระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์นั้นได้ถูกกำหนดขึ้นครั้งแรกในศตวรรษที่ 17 โดยแพทย์มีความรับผิดชอบโดยประมาทเลินเล่อเมื่อการกระทำของแพทย์ต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์หรือทฤษฎีปฏิบัติ²³⁴ ซึ่งปัจจุบันได้มีการกำหนดมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ใน Clinical Practice Guideline โดยมาตรฐานในการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาจะอยู่ใน Clinical Practice Guideline ที่มีชื่อว่า Antenatal Care for Uncomplicated Pregnancies ซึ่งได้กำหนดแนวทางในการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 2.2.3 นอกจากนี้ในการพิจารณาคดีของศาล ศาลก็จะนำ Clinical Practice Guideline มาใช้ประกอบการพิจารณาคดีด้วย²³⁵

ทั้งนี้ การพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดหรือไม่นั้น นอกจากการกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยเคลื่อนไหวร่างกาย หรือเป็นการกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกาย หรือที่เรียกว่างดเว้นการกระทำ (Omission) แล้ว²³⁶ ทารกและบิดามารดาย่อมมีหน้าที่ในการพิสูจน์องค์ประกอบความรับผิด 3 ประการ²³⁷ ดังนี้

(1) ผู้กระทำความผิดต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of care) ต่อผู้เสียหาย²³⁸

ในการพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้เสียหายหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาดังนี้

ประการแรก หน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังจะต้องสามารถคาดเห็นได้ (Foreseeability) กล่าวคือ เป็นการพิจารณาว่าสามารถคาดเห็นได้อย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ว่าการกระทำของผู้กระทำอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหาย ถ้าไม่สามารถคาดเห็นได้อย่างสมเหตุสมผล ผู้กระทำย่อมไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้เสียหาย²³⁹

ประการที่สอง จะต้องพิจารณาว่ามีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่างผู้กระทำกับผู้เสียหาย (Proximity) หรือไม่ โดยความสัมพันธ์ใกล้ชิดนั้นเป็นไปตามหลัก Neighbour Principle²⁴⁰

²³⁴ Paula Giliker and Silas Beckwith, Tort (London: Sweet & Maxwell, 2011), p. 24.

²³⁵ Coppen, R., "The Legal Status of Clinical Practice Guidelines," ENQual: p. 21.

²³⁶ Youngs, R., English, French & German Comparative Law, p. 340.

²³⁷ Herring, J., Medical Law and Ethic, p. 105.

²³⁸ Ibid., p. 105.

²³⁹ Jonathan Herring, Medical Law and Ethics (Oxford: Ashford Colour Press, 2010), p. 104.

²⁴⁰ Law Teacher The Law Essay Professionals, "Negligence-Duty of Care Lecture Notes," [Online] Accessed: 18 January 2018. Available from: <https://www.lawteacher.net/lecture-notes/negligence-duty-lecture.php>

ซึ่ง Lord Atkin ได้วางหลักไว้ในคดี Donoghue v. Stevenson²⁴¹ ว่า “*You must take reasonable care to avoid acts or omission which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbor. Who then, in law, is my neighbor? The answer seems to be persons who are so closely and directly affected by my act and I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.*”

ประการที่สาม มีนโยบายสาธารณะที่สามารถหักล้างหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังหรือไม่²⁴² กล่าวคือ หากมีนโยบายสาธารณะที่สามารถหักล้างหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังก็ถือว่าผู้กระทำไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้เสียหาย

ดังนั้น หากสามารถคาดเห็นได้อย่างสมเหตุสมผลว่าการกระทำของผู้กระทำอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายได้ และมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่างผู้กระทำกับผู้เสียหายตามหลัก Neighbour principle อีกทั้งไม่มีนโยบายสาธารณะที่หักล้างหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง ผลคือผู้กระทำมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้เสียหาย ทั้งนี้ก่อนที่กฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 จะมีผลบังคับใช้ (มีผลบังคับใช้กับทารกที่เกิดมา มีชีวิตรอดภายหลังปี 1976²⁴³) ประเทศอังกฤษได้มีแนวความคิดว่าบุคคลทั่วไปไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์มารดา²⁴⁴ เนื่องจากบุคคลทั่วไปไม่อาจทราบได้ว่ามารดาตั้งครรภ์อยู่หรือไม่ (Unforeseeable) และขาดความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดตามหลัก Neighbour principle ระหว่างผู้กระทำกับทารกในครรภ์มารดา²⁴⁵ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบละเมิดในเรื่องหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังซึ่งเป็นเหตุให้ทารกไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำได้ แต่ต่อมาเมื่อประเทศอังกฤษได้ประกาศใช้กฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 ซึ่งกำหนดให้มีผลบังคับใช้กับทารกที่เกิดมาพิการภายหลังปี 1976²⁴⁶ ก็มีผลทำให้ทารกที่เกิดมามีร่างกายพิการสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำละเมิดได้แต่จะต้องเป็นกรณี

²⁴¹ Donoghue v. Stevenson [1932] AC 562

²⁴² Herring, J., *Medical Law and Ethics*, p. 106.

²⁴³ Cave, B., *Medical Patients & the Law*, p. 293.

²⁴⁴ Whitfield, A., "Common Law Duties to Unborn Children," *Medical Law Review*: p. 30.

²⁴⁵ The Law Commission (No.60) Report on Injuries to Unborn Child, p. 13.

²⁴⁶ Cave, B., *Medical Patients & the Law*, p. 293.

ตามที่บัญญัติไว้ใน Section 1(2)²⁴⁷ ซึ่งได้แก่ การกระทำที่มีผลกระทบต่อบิดาหรือมารดาในการมีบุตรที่ปกติหรือมีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง หรือการกระทำที่มีผลกระทบต่อมารดาในขณะที่มารดาตั้งครรภ์หรือมีผลกระทบต่อมารดาหรือทารกในขณะทำคลอด โดยการพิจารณาหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกนั้นจะอ้างอิงหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังที่ผู้กระทำมีต่อบิดาหรือมารดา กล่าวคือ หากผู้กระทำมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดาหรือมารดาก็ถือเสมือนว่าผู้กระทำมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกที่เกิดมาพิการด้วย²⁴⁸ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่แพทยศาสตราจารย์วินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา กรณีนี้มีใช้กรณีที่กำหนดไว้ใน Section 1(2) ของกฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 ดังนั้นจึงไม่อาจถือว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารก นอกจากนี้ Law Commission ยังได้กล่าวไว้ในรายงาน Law Commission Report (No.60) on Injuries to Unborn Child อย่างชัดเจนว่าหากกำหนดให้ทารกที่เกิดมาพิการสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ได้ก็จะมีผลเป็นการกดดันให้แพทย์แนะนำให้มารดาทำการยุติการตั้งครรภ์เสมอในกรณีที่แพทย์ไม่มีความมั่นใจในผลการตรวจครรภ์มารดา²⁴⁹ ด้วยเหตุนี้ Law Commission จึงไม่กำหนดกรณีการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไว้ใน Section 1(2) ของกฎหมาย Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976

ทั้งนี้ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษามีคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกโดยได้ตัดสินไว้ในคดี McKay v. Essex Area Health Authority²⁵⁰ ซึ่งข้อเท็จจริงมีอยู่ว่ามารดาได้ให้กำเนิดทารกที่พิการในปี 1975 ก่อนที่กฎหมาย The

CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁴⁷ Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1967 Section 1

(1) If a child is born disable as the result of such an occurrence before its birth as is mentioned in subsection (2) below, and a person (other than the child's own mother) is under this section answerable to the child in respect of the occurrence, the child's disabilities are to be regarded as damage resulting from the wrongful act of that person and actionable accordingly at the suit of the child.

(2) An occurrence to which this section applies is one which

(a) Affected either parent of the child in his or her ability to have a normal, healthy child; or

(b) Affect the mother during her pregnancy, or affected her or the child in the course of its birth,

so that the child is born with disabilities which would not otherwise have been present.

²⁴⁸ Fortin, J. E. S., "Legal Protection for the Unborn Child," *The Modern Law Review*: p. 77.

²⁴⁹ The Law Commission (No.60) Report on Injuries to Unborn Child, p. 34.

²⁵⁰ McKay v. Essex Area Health Authority [1982] QB 1166; [1982] 2 All ER 771; [1982] 2 WLR 890 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 111.

Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 จะมีผลบังคับใช้ ซึ่งในระหว่างที่มารดาตั้งครรภ์ แพทย์ได้ทำการตรวจเลือดของมารดาผิดพลาดไม่พบเชื้อหัดเยอรมัน แต่เมื่อทารกได้คลอดจากครรภ์ มารดา กลับพบว่าทารกนั้นมีความพิการทางร่างกายอันเนื่องมาจากมารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างตั้งครรภ์ คดีนี้ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังไว้ว่าหน้าที่ของแพทย์ที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกนั้นมีเพียงหน้าที่ที่จะไม่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บแก่ทารกในขณะที่ทำคลอด แพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา กรณีดังกล่าวจึงขาดองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดในเรื่องหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังซึ่งมีผลทำให้การกระทำของแพทย์ไม่เป็นการละเมิดต่อทารกซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีต่อไป

ส่วนในกรณีของมารดานั้นแพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดา โดยหน้าที่ของแพทย์ก็คือหน้าที่ที่แพทย์จะต้องให้คำแนะนำแก่มารดาเกี่ยวกับความผิดปกติที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์มารดา ซึ่งกรณีของมารดานั้นศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังของแพทย์ต่อมารดาไว้ในคดี McKay v. Essex Area Health Authority²⁵¹ ว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดาโดยจะต้องให้คำแนะนำแก่มารดาเกี่ยวกับความผิดปกติที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์ตลอดจนอธิบายถึงผลดีและผลเสียระหว่างการเลือกที่จะตั้งครรภ์ต่อไปกับการเลือกที่จะยุติการตั้งครรภ์เพื่อให้มารดามีข้อมูลในการตัดสินใจว่าจะยุติการตั้งครรภ์หรือไม่ ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดีนี้ การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยเลือดของมารดาผิดพลาดอันเป็นเหตุให้ไม่พบเชื้อหัดเยอรมันนั้น ศาลอุทธรณ์ก็ได้วินิจฉัยว่าการกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวได้ฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดา และต่อมาก็ได้มีคดีที่ศาลชั้นต้นได้วินิจฉัยหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังของแพทย์ต่อมารดาในทำนองเดียวกันคือ คดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor²⁵² ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์ทำการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาโดยไม่พบความผิดปกติทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แต่เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกนั้นมีความพิการอันเนื่องมาจากทารกมีภาวะ Spina bifida²⁵³ คดีนี้ศาลชั้นต้นก็ได้วินิจฉัยว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดาในการที่

²⁵¹ McKay v. Essex Area Health Authority [1982] QB 1166; [1982] 2 All ER 771; [1982] 2 WLR 890 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 111.

²⁵² Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor [2008] EWZA Civ 285 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 113.

²⁵³ ภาวะ Spina bifida คือ ความผิดปกติตั้งแต่กำเนิดอันเกิดจากแนวโค้งของกระดูกไขสันหลังทั้งสองด้านไม่เชื่อมต่อกันระหว่างที่ทารกเจริญเติบโตในครรภ์ และมีช่องภายในกระดูกเปิดออกจึงมีถุงของเยื่อหุ้มสมองยื่นออกมา (โปรดดู พญ.นันทิธิดา ภัทรา

จะต้องให้คำแนะนำแก่มารดาเกี่ยวกับความผิดปกติทางร่างกายของทารก และการกระทำของแพทย์ ในกรณีดังกล่าวก็ถือเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังที่แพทย์มีต่อมารดาซึ่งจะได้กล่าวใน รายละเอียดของคดีต่อไป

นอกจากนี้ในส่วนของบิดานั้นแพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดาหรือไม่นั้น ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยวางหลักไว้ในคดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor²⁵⁴ ว่าบิดาที่อาศัยอยู่ร่วมกันกับมารดามีสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ หากบิดา มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดา โดยความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดาจะต้องคาดเห็นได้อย่าง สมเหตุสมผลว่าการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดานั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อบิดา เช่น บิดามารดาอาศัยอยู่ด้วยกันมิได้แยกทางกัน บิดามารดาช่วยกันเลี้ยงดูทารกที่พิการเป็นอาจิม เป็นต้น ดังนั้นหากบิดามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดาและสามารถคาดเห็นได้ว่าการที่แพทย์ฝ่าฝืน หน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดา บิดาได้รับผลกระทบจากการกระทำของแพทย์ด้วยก็ถือว่า แพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดาด้วยเช่นกัน ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor²⁵⁵ ปรากฏว่าบิดาได้แยกทางกับมารดาตั้งแต่ก่อนที่ มารดาจะได้คลอดทารกและบิดามีส่วนร่วมในการดูแลทารกเป็นครั้งคราวเท่านั้น ศาลอุทธรณ์จึง ตัดสินว่าในกรณีนี้ไม่อาจถือว่าบิดามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดา ซึ่งส่งผลทำให้แพทย์ไม่มีหน้าที่ ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดาอันทำให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดเรื่องหน้าที่ต้องใช้ ความระมัดระวังซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีต่อไป

(2) ผู้กระทำฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง²⁵⁶ (Breach of duty of care)

การพิจารณาว่าผู้กระทำฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังหรือไม่นั้น จะต้อง พิจารณามาตรฐานการใช้ความระมัดระวังเสียก่อน โดยจากการศึกษาพบว่ามาตรฐานความระมัดระวัง ในการพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังหรือไม่นั้นมิได้ใช้

ประยูร, "ภาวะความผิดปกติแต่กำเนิด" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 3 ธันวาคม 2561. แหล่งที่มา: <http://www.thaipediatrics.org/Media/media-20161221150039.pdf>

²⁵⁴ Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor [2008] EWZA Civ 285 รายละเอียดของคดี โปรดดู หน้า 113.

²⁵⁵ Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor [2008] EWZA Civ 285 รายละเอียดของคดี โปรดดู หน้า 113.

²⁵⁶ Herring, J., *Medical Law and Ethic*, p. 105.

มาตรฐานทั่วไป (General standard) ในการพิจารณา กล่าวคือ มิได้ใช้หลัก Reasonable Person on the Clapham Omnibus²⁵⁷ เนื่องจากคนทั่วไปไม่มีทักษะความรู้เฉพาะทางดังเช่นแพทย์ หากใช้มาตรฐานทั่วไปในการพิจารณาก็จะทำให้การกระทำของแพทย์ไม่อาจเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังได้เลย แต่จะพิจารณาตามมาตรฐานของผู้ที่มีทักษะความรู้เฉพาะทางนั้นๆ²⁵⁸ หรือที่เรียกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ ซึ่งการกระทำของแพทย์จะถือว่าฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังก็ต่อเมื่อการกระทำของแพทย์ต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์²⁵⁹ ซึ่งปัจจุบันประเทศอังกฤษได้มีการจัดทำมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ไว้ใน Clinical Practice Guideline ดังที่ได้กล่าวรายละเอียดไว้ในหัวข้อ 2.2.3 ข้างต้น โดยศาลประเทศอังกฤษก็ได้นำ Clinical Practice Guideline มาใช้ประกอบการพิจารณาคดีด้วย²⁶⁰

ตัวอย่างการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดที่ถือเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง เช่น ตาม Clinical Practice Guideline ได้กำหนดให้แพทย์ต้องทำการตรวจอัลตราซาวด์เมื่อมารดามีอายุครรภ์ 18-20 สัปดาห์ 6 วัน²⁶¹ แต่แพทย์กลับทำการตรวจอัลตราซาวด์เมื่อมารดามีอายุครรภ์ 15 สัปดาห์ซึ่งเป็นเหตุให้ตรวจไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา กรณีดังกล่าวนี้ย่อมถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดา เป็นต้น

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ในส่วนของทารกนั้นเมื่อแพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์มารดา การกระทำของแพทย์จึงไม่อาจเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกได้เลยอันทำให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบในเรื่องการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง ส่วนในกรณีของมารดานั้นแพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อ

²⁵⁷ หลัก Reasonable Person on the Clapham Omnibus เป็นหลักที่ใช้ในการพิจารณาความประมาทเลินเล่อตามมาตรฐานทั่วไป (General Standard) ซึ่งการกระทำของบุคคลผู้กระทำจะถือเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่จะต้องเปรียบเทียบกับกรกระทำของบุคคลผู้มีเหตุผล (Reasonable Person) ว่าในสถานการณ์เดียวกันบุคคลผู้มีเหตุผลจะกระทำเช่นเดียวกับบุคคลผู้กระทำหรือไม่ หากบุคคลผู้มีเหตุผลไม่กระทำการเช่นนั้น การกระทำของผู้กระทำย่อมเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

²⁵⁸ S.I. Strong and Liz Williams, Tort Law (New York: Oxford University Press Inc., 2011), p. 75.

²⁵⁹ Giliker, P. and S. Beckwith, Tort, p. 24.

²⁶⁰ Coppen, R., "The Legal Status of Clinical Practice Guidelines," ENQ: p. 21.

²⁶¹ Excellence, N. N. I. f. H. a. C., "Antenatal Care for Uncomplicate Pregnancies."

มารดาโดยแพทย์จะต้องให้คำแนะนำแก่มารดาเกี่ยวกับความผิดปกติทางร่างกายที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์มารดา ดังนั้นการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ที่กำหนดไว้ใน Clinical Practice Guideline อันเป็นเหตุให้ตรวจไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา กรณีนี้ย่อมถือเป็นการที่แพทย์ฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดาเนื่องจากเมื่อแพทย์ตรวจไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาก็ย่อมส่งผลทำให้แพทย์ไม่อาจที่จะให้คำแนะนำแก่มารดาเกี่ยวกับความผิดปกติที่เกิดขึ้นกับร่างกายของทารก ทั้งนี้หากบิดามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดาและสามารถคาดเห็นได้ว่าการที่แพทย์ฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดานั้นบิดาได้รับผลกระทบจากการกระทำของแพทย์ด้วยก็ถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดาด้วยเช่นกัน

(3) การฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหาย²⁶²

การฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายโดยในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้น ผลกระทบจากการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาก็คือ การที่ทารกเกิดมาพร้อมกับความพิการทางร่างกาย และการที่บิดามารดาต้องสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์อันเป็นเหตุให้บิดามารดาต้องเสียค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารกที่พิการและค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการ และก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่ทารกและบิดามารดา ซึ่งผลกระทบจากการกระทำของแพทย์ดังกล่าวนี้จะถือเป็นความเสียหายอันเกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังหรือไม่นั้น เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาล ศาลจะพิจารณา 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก การฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายหรือไม่ และหากมีความเสียหายเกิดขึ้น ความเสียหายนั้นมีความสัมพันธ์กับการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Causation)²⁶³หรือไม่ โดยศาลประเทศอังกฤษใช้ทฤษฎีเงื่อนไข (But for test) ในการพิจารณา กล่าวคือ ถ้าปราศจากการกระทำโดยฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง ความเสียหายจะยังคงเกิดขึ้นกับผู้เสียหายหรือไม่ หากความเสียหายยังเกิดขึ้นกับผู้เสียหาย การกระทำของผู้กระทำย่อมไม่มีความสัมพันธ์กับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย

²⁶² Herring, J., *Medical Law and Ethic*, p. 105.

²⁶³ S.I. Strong and L. Williams, *Tort Law*, p. 93.

ผู้กระทำย่อมไม่มีความรับผิดทางละเมิดต่อผู้เสียหาย²⁶⁴ ซึ่งทฤษฎีดังกล่าวมีที่มาจากคดี Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee²⁶⁵

ทั้งนี้ ความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดที่ศาลประเทศอังกฤษ ได้แก่ ความเสียหายต่อร่างกาย (Personal injury) การสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิต (Loss of amenity) ส่วนความทุกข์ทรมานทางจิตใจจะถือเป็นความเสียหายหรือไม่นั้น จากการศึกษาคำพิพากษาศาลประเทศอังกฤษดังต่อไปนี้ ผู้เขียนพบว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่ศาลประเทศอังกฤษยอมรับให้ได้รับการเยียวยาตามกฎหมายลักษณะละเมิดจะต้องเป็นการเจ็บป่วยทางจิตใจหรือโรคทางจิตเวช (Nervous shock หรือ Psychiatric injury) นอกจากนี้ผู้เขียนยังพบอีกว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจอันเกิดจากการเจ็บป่วยทางจิตใจหรือโรคทางจิตเวชนั้น ศาลประเทศอังกฤษก็ได้จำกัดเฉพาะผู้เสียหายโดยตรงเท่านั้น แต่ศาลประเทศอังกฤษยังได้ตัดสินให้ผู้เสียหายโดยอ้อมและผู้เห็นเหตุการณ์ได้รับการเยียวยาความทุกข์ทรมานทางจิตใจอันเกิดจากการเจ็บป่วยทางจิตใจหรือโรคทางจิตเวชด้วย

คดี Mcloughlin v. O'Brian²⁶⁶ มีข้อเท็จจริงว่าจำเลยขับรถยนต์ชนรถยนต์ของสามีโจทก์ซึ่งมีลูกสองคนนั่งอยู่ในรถยนต์นั้นด้วย เป็นเหตุให้สามีโจทก์และลูกอีกหนึ่งคนได้รับบาดเจ็บสาหัส ส่วนลูกอีกหนึ่งคนเสียชีวิต โจทก์ตกใจอย่างมากจนทำให้มีอาการโรคซึมเศร้าและมีพฤติกรรมเปลี่ยนไป คดีนี้ House of Lords ได้พิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจแก่โจทก์

คดี Hale v. London Underground²⁶⁷ มีข้อเท็จจริงว่าโจทก์มีอาชีพเป็นพนักงานดับเพลิง ได้เข้าไปดับเพลิงที่ลูกไหม้ในสถานีรถไฟใต้ดินและพบเห็นเหตุการณ์ที่มีคนเสียชีวิตจากเพลิงไหม้ดังกล่าว 31 คน ซึ่งภายหลังจากเหตุการณ์ดังกล่าวโจทก์มีอาการ Post

²⁶⁴ Giliker, P. and S. Beckwith, *Tort*, p. 166.

²⁶⁵ Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee [1969] 1 Q.B. 428. มีข้อเท็จจริงว่าสามีโจทก์ได้มาที่แผนกฉุกเฉินของโรงพยาบาลจำเลย เนื่องจากรู้สึกป่วยภายหลังจากรับน้ำชา แต่แพทย์ของโรงพยาบาลจำเลยได้ปฏิเสธที่จะรักษาและบอกให้สามีโจทก์กลับบ้านไป ต่อมาสามีโจทก์ได้แจ้งแก่ความตาย สาเหตุการตายของสามีโจทก์เกิดจากน้ำชาที่สามีโจทก์ดื่มมีสารหนูผสมอยู่ ซึ่งคดีนี้ศาลไม่เพียงแต่พิจารณาการกระทำโดยฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังของแพทย์ต่อสามีโจทก์เท่านั้น แต่ศาลยังพิจารณาถึงสาเหตุอื่นที่ทำให้สามีโจทก์ถึงแก่ความตายด้วย โดยศาลได้ตัดสินว่าโรงพยาบาลจำเลยไม่ต้องรับผิดในความตายของสามีโจทก์ เนื่องจากแม้แพทย์ของโรงพยาบาลจำเลยจะได้ให้การรักษาแก่สามีโจทก์ ก็ไม่อาจรักษาสามีโจทก์ให้รอดพ้นจากความตายได้ ดังนั้นความตายของสามีโจทก์จึงเกิดจากการได้รับสารหนูที่ผสมอยู่ในน้ำชามิได้เกิดจากการกระทำโดยฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังแต่อย่างใด

²⁶⁶ Mcloughlin v. O'Brian [1983] 1 AC 420.

²⁶⁷ Hale v. London Underground [1993] QBD.

Traumatic Stress Disorder (ความผิดปกติทางจิตใจภายหลังภัยอันตราย) ไม่ปรากฏว่าโจทก์ได้รับความเสียหายทางร่างกาย ศาลได้ตัดสินให้จำเลยรับผิดชอบในค่าเสียหายทางจิตใจแก่โจทก์

คดี *Vermon v. Bosely*²⁶⁸ มีข้อเท็จจริงว่าจำเลยมีอาชีพเป็นพี่เลี้ยงเด็ก รับเลี้ยงลูกของโจทก์สองคน จำเลยได้ขับรถชนโดยมีลูกของโจทก์สองคนนั่งอยู่ในรถด้วย และด้วยความประมาทเลินเล่อของจำเลยเป็นเหตุให้รถยนต์พุ่งลงในแม่น้ำ โจทก์พยายามช่วยเหลือลูกทั้งสองของตนซึ่งกำลังจมน้ำ แต่ช่วยไม่ได้ และหลังจากเหตุการณ์ดังกล่าวโจทก์มีอาการซึมเศร้า คดีนี้ศาลได้ตัดสินให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายทางจิตใจ

คดี *Page v. Smith*²⁶⁹ มีข้อเท็จจริงว่าอุบัติเหตุทางรถยนต์เกิดจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยเพียงฝ่ายเดียว โดยเหตุการณ์ดังกล่าวโจทก์ไม่ได้รับบาดเจ็บทางร่างกาย แต่โจทก์กลับมามีอาการโรคจิตเวช Chronic Fatigue Syndrome (ภาวะเพลียเรื้อรัง) ซึ่งเป็นอาการที่โจทก์เคยเป็นมาก่อน และผลของอาการดังกล่าวทำให้โจทก์ต้องลาออกจากการเป็นครู คดีนี้ House of Lords ได้วินิจฉัยว่ากรณีนี้สามารถคาดเห็นได้ว่าโจทก์อาจจะได้รับ ความผิดปกติทางจิตใจ (Physical injury) จากการกระทำของจำเลย (Foreseeable) และ House of Lords ได้พิพากษาให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายทางจิตใจแก่โจทก์

ส่วนความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ หรือความตกใจกลัวจะได้รับการชดเชยเยียวยาตามกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศอังกฤษหรือไม่ นั้น จากการศึกษาคำพิพากษาศาลประเทศอังกฤษดังต่อไปนี้พบว่าศาลประเทศอังกฤษไม่ถือว่าความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ ความทุกข์ใจ หรือความตกใจกลัวเป็นความเสียหายที่จะได้รับการเยียวยาตามกฎหมายลักษณะละเมิด

คดี *Hinz v. Berry*²⁷⁰ มีข้อเท็จจริงว่าในวันเกิดเหตุโจทก์และสามีโจทก์ได้ขับรถเพื่อพาลูกสี่คนไปปิกนิก เมื่อจอดรถยนต์แล้วโจทก์ได้พาลูกคนหนึ่งข้ามถนนไปเก็บดอกไม้ ส่วนลูกอีกสามคนและสามีโจทก์กำลังนำของลงจากรถ ปรากฏว่ารถยนต์ของจำเลยได้แล่นเข้าชนรถยนต์ของโจทก์ที่จอดอยู่เป็นเหตุให้ลูกทั้งสามคนได้รับบาดเจ็บ ส่วนสามีโจทก์ได้รับบาดเจ็บสาหัสและเสียชีวิตในอีกสามชั่วโมงต่อมา โจทก์จึงได้ฟ้องให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายทางจิตใจแก่โจทก์ คดีนี้ศาล

²⁶⁸ *Vermon v. Bosely* 1 All ER 577.

²⁶⁹ *Page v. Smith* [1995] AC 155.

²⁷⁰ *Hinz v. Berry* [1970] 2 QB 40.

ปฏิเสธที่จะให้ค่าเสียหายทางจิตใจแก่โจทก์ โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าความโศกเศร้าเสียใจจากเหตุการณ์นี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยทั่วไป

คดี Fraser v. State Hospital Board for Scotland²⁷¹ มีข้อเท็จจริงว่าโจทก์ไปใช้บริการโรงพยาบาลซึ่งเป็นจำเลยในคดีนี้ โดยโจทก์ไม่พอใจที่โรงพยาบาลไม่ใส่ใจโจทก์และให้บริการช้า โจทก์จึงฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากจำเลย คดีนี้ศาลได้ปฏิเสธที่จะให้ค่าเสียหายทางจิตใจแก่โจทก์ โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าความไม่พอใจและไม่สบายใจไม่ใช่ความเสียหายทางจิตใจ

คดี Reily v. Merseyside Regional Health Authority²⁷² มีข้อเท็จจริงว่า โจทก์ที่ 1 เป็นสามี อายุ 61 ปี มีโรคประจำตัวคือนอนไม่หลับ ส่วนโจทก์ที่ 2 เป็นภรรยา อายุ 68 ปี มีโรคประจำตัวคือโรคกลัวที่แคบ โดยในวันเกิดเหตุโจทก์ทั้งสองไปเยี่ยมหลานที่เพิ่งคลอดที่โรงพยาบาล ปรากฏว่าลิฟท์ของโรงพยาบาลค้างเป็นเวลา 1 ชั่วโมง 20 นาที ซึ่งเมื่อโจทก์ทั้งสองติดอยู่ในลิฟท์นานก็เกิดความร้อน เหงื่อไหล และหายใจลำบาก โดยหลังจากเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวโจทก์ทั้งสองมีอาการนอนหลับยากในบางคืน โจทก์ทั้งสองได้ฟ้องโรงพยาบาลเรียกค่าเสียหายทางจิตใจ คดีนี้ศาลได้ปฏิเสธที่จะให้ค่าเสียหายทางจิตใจแก่โจทก์ทั้งสอง โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าโรคนอนไม่หลับไม่ใช่กลุ่มโรคที่ถือเป็นความเสียหายทางจิตใจ

ประการที่สอง ความเสียหายนั้นจะต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุ (Remoteness) กล่าวคือ ผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนนั้นเป็นสิ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้จากการที่ผู้กระทำฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง²⁷³ เหตุที่ต้องพิจารณาว่าความเสียหายไกลเกินกว่าเหตุหรือไม่นั้น เนื่องจากหากใช้ทฤษฎีเงื่อนไขในการพิจารณาอย่างเดียวจะทำให้ผู้กระทำรับผิดชอบต่อผู้เสียหายอย่างไม่จำกัด กฎหมายของประเทศอังกฤษจึงต้องการจะจำกัดขอบเขตความรับผิดของผู้กระทำ จึงกำหนดให้ผู้กระทำจะมีความรับผิดชอบต่อเมื่อความเสียหายนั้นไม่ไกลเกินกว่าเหตุซึ่งถือว่าเป็น Legal causation²⁷⁴

²⁷¹ Fraser v. Merseyside Regional Health Authority [2001] SLT 1051.

²⁷² Reily v. Merseyside Regional Health Authority [1994] 23 BMLR 26.

²⁷³ S.I. Strong and L. Williams, *Tort Law*, p. 93.

²⁷⁴ Mark Lunney and Ken Oliphant, *Tort Law* (New York: Oxford University Press Inc., 2008), p. 268.

ทั้งนี้หากนำองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดในเรื่องการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายมาวิเคราะห์ปรับกับประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนทำการศึกษา ในส่วนของทากรนั้นนอกจากแพทย์จะไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทากรในกรณีมารดาอันเป็นเหตุให้ขาดองค์ประกอบประการที่แรกและองค์ประกอบประการที่สองแล้ว ความพิการทางร่างกายของทากรก็ไม่มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ด้วยซึ่งถือว่าขาดองค์ประกอบประการที่สามเรื่องการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหาย เนื่องจากหากพิจารณาตามทฤษฎีเงื่อนไขก็จะพบว่าหากปราศจากความผิดพลาดในการตรวจวินิจฉัยของแพทย์ ทากรก็มีความพิการทางร่างกายอยู่ดี ความพิการที่เกิดขึ้นกับร่างกายของทากรจึงไม่อาจถือเป็นความเสียหายได้ ซึ่งในคดี *McKay v. Essex Area Health Authority*²⁷⁵ นั้น ผู้พิพากษา Achnor LJ ได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไว้ว่าความพิการที่เกิดขึ้นกับทากรนั้นเกิดจากการที่ทากรได้รับเชื้อหัดเยอรมันจากมารดาไม่ได้เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ และผู้พิพากษา Stephenson LJ ก็ได้กล่าวในทำนองเดียวกันว่าความพิการที่เกิดขึ้นกับทากรไม่ได้เกิดจากการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรณีมารดาโดยประมาทเลินเล่อแต่เกิดจากเชื้อหัดเยอรมันและเกิดขึ้นก่อนที่แพทย์จะได้ทำการตรวจวินิจฉัย ดังนั้นความพิการทางร่างกายของทากรจึงไม่มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีต่อไป

ส่วนในกรณีของมารดานั้นหากปรากฏข้อเท็จจริงว่ามารดาได้แจ้งกับแพทย์ว่ามารดาจะทำการยุติการตั้งครรภ์หากตรวจพบความพิการทางร่างกายของทากรในกรณีมารดา ความเสียหายที่มารดาได้รับนั้นก็คือการสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งความเสียหายดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์กล่าวคือ หากปราศจากการความผิดพลาดของแพทย์ มารดาที่ย่อมที่จะได้ทำการยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งได้มีคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ในคดี *McKay v. Essex Area Health Authority*²⁷⁶ และคำพิพากษาของศาลชั้นต้นในคดี *Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor*²⁷⁷ โดยทั้งสองศาลต่างก็ได้ตัดสินว่าการกระทำของแพทย์เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดาในการให้คำแนะนำแก่มารดาเกี่ยวกับความผิดปกติที่เกิดขึ้นกับทากร

²⁷⁵ *McKay v. Essex Area Health Authority* [1982] QB 1166; [1982] 2 All ER 771; [1982] 2 WLR 890 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 111.

²⁷⁶ *McKay v. Essex Area Health Authority* [1982] QB 1166; [1982] 2 All ER 771; [1982] 2 WLR 890 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 111.

²⁷⁷ *Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor* [2008] EWZA Civ 285 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 113.

ในกรณี โดยผลของการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังนั้นทำให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งหากปราศจากความผิดพลาดของแพทย์กล่าวคือ แพทย์ได้ตรวจวินิจฉัยถูกต้องและได้แจ้งผลการตรวจที่ถูกต้องแก่มารดา มารดาก็ย่อมที่จะได้ยุติการตั้งครรภ์ ดังนั้นในกรณีนี้จึงมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีต่อไป

นอกจากนี้การกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวก็สามารถก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่มารดาได้หากปรากฏว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจดังกล่าวนั้นเป็นการเจ็บป่วยทางจิตใจหรือโรคทางจิตเวช (Nervous shock หรือ Psychiatric injury) มิใช่เป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึก โศกเศร้าเสียใจ และเมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแล้วก็พบว่าในกรณีที่แพทย์ได้แจ้งผลการตรวจวินิจฉัยที่ถูกต้องแก่มารดา มารดาก็ย่อมมีโอกาสเตรียมความพร้อมทางจิตใจ ความทุกข์ทรมานทางจิตใจอันเนื่องมาจากมารดาได้รับรู้ว่าทารกมีความพิการในตอนคลอดก็ย่อมไม่เกิดขึ้น นอกจากนี้ในกรณีที่มารดามีความตั้งใจที่จะยุติการตั้งครรภ์หากตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย หากแพทย์ตรวจพบความพิการและได้แจ้งให้มารดาทราบ มารดาก็ย่อมที่จะได้ทำการยุติการตั้งครรภ์อันมีผลทำให้ความทุกข์ทรมานทางจิตใจดังกล่าวไม่เกิดขึ้น ดังนั้นความทุกข์ทรมานทางจิตใจจึงมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ซึ่งได้มีคำพิพากษาของศาลชั้นต้นในคดี *Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor*²⁷⁸ ซึ่งคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามารดาได้มีความเครียดอย่างมากและในระหว่างที่คดีขึ้นสู่ศาลนั้นมารดาได้ฆ่าตัวตาย คดีนี้ศาลได้ตัดสินว่าการกระทำของแผนกพันธุกรรมที่ได้วินิจฉัยน้ำคร่ำผิดพลาดนั้นเป็นการละเมิดต่อมารดาโดยทำให้มารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีต่อไป

ส่วนในกรณีของบิดานั้นศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยวางหลักไว้ในคดี *Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor*²⁷⁹ ว่าหากบิดามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดาและสามารถคาดเห็นได้ว่าการที่แพทย์ฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดานั้น บิดาได้รับผลกระทบจากการกระทำของแพทย์ด้วยก็ย่อมถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดาด้วยเช่นกัน โดยถือว่าบิดาได้รับความเสียหายเช่นเดียวกับมารดาอันได้แก่

²⁷⁸ *Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor* [2008] EWZA Civ 285 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 113.

²⁷⁹ *Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor* [2008] EWZA Civ 285 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 113.

การสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์²⁸⁰ และในกรณีที่บิดามีอาการเจ็บป่วยทางจิตใจหรือโรคทางจิตเวช (Nervous shock หรือ Psychiatric injury) กรณีนี้ก็ถือว่าบิดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจ แต่ทั้งนี้ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวปรากฏว่าบิดาได้แยกทางกับมารดาตั้งแต่ก่อนที่มารดาจะได้นำกำเนิดทารก ศาลอุทธรณ์จึงตัดสินว่าในกรณีนี้ไม่อาจถือว่าบิดามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดา จึงมีผลทำให้แพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดา บิดาจึงไม่อาจที่จะได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าเลี้ยงดูทารกที่พิการและค่าเจ็บปวดทุกข์ทรมานทางจิตใจ

ดังนั้น จากการวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศอังกฤษกับประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษสามารถสรุปได้ว่าในส่วนของทากรนั้น เมื่อประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษามีใช้กรณีตามที่กำหนดไว้ใน Section 1(2) ของกฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 ทากรจึงไม่อาจฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ได้และกรณีดังกล่าวขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดทั้งสามประการอันได้แก่ องค์ประกอบประการแรกเรื่องหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง องค์ประกอบประการที่สองเรื่องการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง และองค์ประกอบประการสุดท้ายเรื่องการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหาย ดังนั้นการกระทำของแพทย์จึงไม่ถือเป็นการละเมิดต่อทากร

ส่วนในกรณีของมารดานั้นพบว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการให้คำแนะนำแก่มารดาเกี่ยวกับความผิดปกติที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์มารดา การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาจึงถือเป็นการที่แพทย์ฝ่าฝืนหน้าที่ต้อง

²⁸⁰ ทั้งนี้ เนื่องจากคดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor (ตัดสินในปี 2008) นั้นบิดาไม่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดา คดีนี้ศาลอุทธรณ์จึงตัดสินว่าการกระทำของแพทย์ไม่เป็นการละเมิดต่อบิดาอันเป็นเหตุให้บิดาไม่อาจได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนอันได้แก่ค่าเจ็บปวดทุกข์ทรมานและค่าเลี้ยงดูทารก ซึ่งมีประเด็นข้อสงสัยว่าหากคดีนี้บิดามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดาจะถือว่าการกระทำของแพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของบิดาหรือไม่ ซึ่งจากการที่ผู้เขียนได้ทำการสืบค้นหาข้อมูลนั้น ผู้เขียนพบว่าได้มีคดีที่ศาล The High Court of Justice Queen's Bench Division ได้ตัดสินไว้ในปี 2000 คือคดี Rand v. East Dorset Health Authority มีข้อเท็จจริงว่าแพทย์มิได้ให้คำแนะนำถึงความเสี่ยงที่ทารกในครรภ์มีโอกาสที่จะมีอาการ Down's syndrome แก่บิดามารดา ซึ่งเมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกก็พบว่าทารกนั้นมีอาการ Down's syndrome บิดาและมารดาจึงได้ทำการฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์โดยกล่าวอ้างว่าการกระทำของแพทย์ทำให้บิดามารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งคดีนี้ศาลกล่าวถึงสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ไว้ว่า *"The existence of the Abortion Act 1967 is sufficient to introduce into the relationship between the health authority responsible for a pregnancy and the parents, a duty to take reasonable step to ensure the parents can exercise their choice under the Act."* ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบิดามีสิทธิในการตัดสินใจว่าจะทำการยุติการตั้งครรภ์ทารกในครรภ์มารดาหรือไม่ และคดีนี้ศาลก็ได้ตัดสินให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่บิดามารดาอันได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารก ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารก และขาดรายได้ของบิดามารดา (รายละเอียดของคดี โปรดดู Rand v. East Dorset Health Authority [2000] EWHC J0225-12)

ใช้ความระมัดระวังต่อมารดา โดยการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังนั้นทำให้มารดาเกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจและทำให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งความเสียหายดังกล่าวนี้มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ จึงถือว่าการกระทำของแพทย์ที่ได้ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดนั้นเป็นการละเมิดต่อมารดา

ส่วนในกรณีของบิดานั้นหากบิดามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดาและสามารถคาดเห็นได้ว่าการที่แพทย์ฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดานั้น บิดาได้รับผลกระทบจากการกระทำของแพทย์ด้วยก็ถือว่าแพทย์ได้กระทำละเมิดต่อบิดาเช่นกันโดยทำให้บิดาได้รับความเสียหายเช่นเดียวกับมารดา นอกจากนี้หากบิดามีอาการ(Nervous shock หรือ Psychiatric injury) กรณีนี้ก็ถือว่าบิดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจ

3.3.3 การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิม

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้น หากการกระทำของแพทย์ครบองค์ประกอบความรับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิดทั้งสามประการตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ก็ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่แพทย์ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของประเทศอังกฤษมี 2 ประเภทคือ ค่าสินไหมทดแทนเพื่อชดใช้ความเสียหาย (Compensatory damage) และค่าสินไหมทดแทนที่มีไม่ใช่เพื่อชดใช้ความเสียหาย (Non-compensatory damage) โดยในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นจะเกี่ยวข้องกับค่าสินไหมทดแทนเพื่อชดใช้ความเสียหาย (Compensatory damage)

การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนประเภทเพื่อชดใช้ความเสียหายนั้นจะเป็นไปตามหลักหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitutio in integrum)²⁸¹ กล่าวคือ เป็นการทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนที่ความเสียหายจะเกิดขึ้น²⁸² โดยเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในทุกความเสียหายที่ผู้กระทำได้ก่อให้เกิดขึ้น (Full compensation)²⁸³ ซึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นจะเกี่ยวข้องกับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย จิตใจ และสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็นประเภทได้ 2 ประเภท ดังนี้

²⁸¹ Giliker, P. and S. Beckwith, *Tort*, p. 508.

²⁸² Herring, J., *Medical Law and Ethics*, p. 121.

²⁸³ Rachael Mulheron, *Principle of Tort Law* (United Kingdom: Clays, 2016), p. 548.

- ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (Pecuniary loss) กล่าวคือ เป็นค่าสินไหมทดแทนที่ศาลสามารถกำหนดจำนวนความเสียหายเป็นตัวเงินได้²⁸⁴ ได้แก่ ค่ารักษาพยาบาลและค่าเดินทางไปรักษาพยาบาลตลอดระยะเวลาการรักษา รวมทั้งค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปอันเกี่ยวกับการถูกระงับการละเมิด²⁸⁵ ค่าสูญเสียรายได้โดยคำนวณจากรายได้สุทธิตามระยะเวลาที่ผู้เสียหายควรจะได้รับ²⁸⁶ เป็นต้น

- ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ (Non-pecuniary loss) คือ ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เป็นนามธรรมไม่สามารถกำหนดจำนวนความเสียหายเป็นตัวเงินได้อย่างแน่นอน²⁸⁷ ได้แก่ ค่าเจ็บปวดทุกข์ทรมาน (Pain and suffering) ค่าสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิต (Loss of amenities) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยความสุขทางกายและทางจิตใจที่สูญเสียไป²⁸⁸ โดยการกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวนี้เป็นไปได้ยาก ซึ่งในทางปฏิบัติศาลประเทศอังกฤษจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหาย โดยศาลประเทศอังกฤษจะพิจารณาจากหลักฐานต่างๆ ประกอบพฤติการณ์แห่งคดี เช่น ลักษณะความเสียหาย ระดับของความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน ระยะเวลาในการรักษา หรือความสามารถของผู้เสียหายที่จะใช้ชีวิตได้อย่างปกติสุขเพียงใด เป็นต้น²⁸⁹

ทั้งนี้ หากนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นมาทำการวิเคราะห์กับประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้น แพทย์จะมีหน้าที่ชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ทารกและบิดามารดาที่ต่อเมื่อการกระทำของแพทย์ครบองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดทุกประการดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.3.2 ข้างต้น ซึ่งในส่วนของบิดามารดานั้นตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าหากบิดามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดาและสามารถคาดเห็นได้ว่าการที่แพทย์ฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดานั้น บิดาได้รับผลกระทบจากการกระทำของแพทย์ด้วย กรณีนี้ย่อมถือว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดาด้วยเช่นกัน โดยในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นการกระทำของแพทย์ถือเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการให้คำแนะนำแก่บิดามารดาเกี่ยวกับ

²⁸⁴ *ibid.*, p. 549.

²⁸⁵ Giliker, P. and S. Beckwith, *Tort*, p. 528.

²⁸⁶ Youngs, R., *English, French & German Comparative Law*, p. 493.

²⁸⁷ Mulheron, R., *Principle of Tort Law*, p. 549.

²⁸⁸ *ibid.*, p.549.

²⁸⁹ พรทิพย์ สุทธิธรรมศิลป์, "ค่าเสียหายทางจิตใจ: ศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดของอังกฤษและเยอรมันเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะละเมิดของไทย," เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรผู้พิพากษาบริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 13 18.

ความผิดปกติที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์มารดา ซึ่งการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวเป็นเหตุให้บิดามารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ และในกรณีที่บิดามารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจโดยมีอาการเจ็บป่วยทางจิตใจหรือโรคทางจิตเวช (Nervous shock หรือ Psychiatric injury) กรณีนี้ถือว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจดังกล่าวเป็นความเสียหายด้วยเช่นกัน โดยการสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์และความทุกข์ทรมานทางจิตใจดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อบิดามารดา แพทย์จึงมีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บิดามารดา โดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับการสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ของบิดามารดานั้นสามารถปรับใช้หลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้กล่าวคือ การที่แพทย์ทำให้บิดามารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์นั้นเป็นเหตุให้บิดามารดาต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารก ซึ่งหากปราศจากความผิดพลาดของแพทย์ย่อมทำให้มารดาได้ทำการยุติการตั้งครรภ์และไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายดังกล่าว ดังนั้นแพทย์จึงต้องทำให้บิดามารดากลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการ ซึ่งได้มีคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ในคดี McKay v. Essex Area Health Authority²⁹⁰ โดยศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินให้แพทย์รับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการแก่มารดา และได้มีคำพิพากษาของศาลชั้นต้นในคดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor²⁹¹ ที่ได้ตัดสินให้แพทย์มีความรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการแก่มารดา ทั้งนี้แม้ว่าในคดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor บิดาจะได้เป็นโจทก์ฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ด้วยก็ตามแต่ศาลอุทธรณ์เห็นว่าบิดาไม่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดาเนื่องจากบิดาได้แยกทางกับมารดาตั้งแต่ก่อนที่มารดาจะได้คลอดทารกและบิดาไม่ได้ช่วยเลี้ยงทารกนั้นเป็นอาจิม ดังนั้นในคดีดังกล่าวบิดาจึงไม่ได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีต่อไป

ส่วนการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความทุกข์ทรมานทางจิตใจนั้น แพทย์จะต้องทำให้บิดามารดาได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าเจ็บปวดทุกข์ทรมานและสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิต ซึ่งศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาไว้ในคดี Hibbert Pownall & Newton

²⁹⁰ McKay v. Essex Area Health Authority [1982] QB 1166; [1982] 2 All ER 771; [1982] 2 WLR 890 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 111.

²⁹¹ Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor [2008] EWZA Civ 285 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 113.

(A Firm) v. Whitehead & Anor²⁹² ให้โรงพยาบาลรับผิดชอบค่าใช้จ่ายปวดทุกข์ทั้งหมดและสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิตแก่มารดา แต่ในส่วนของบิดานั้นศาลอุทธรณ์ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าบิดาไม่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดาเนื่องจากบิดาได้แยกทางกับมารดาตั้งแต่วันที่มารดาจะได้คลอดทารกและบิดามีได้ช่วยเหลือทารกนั้นเป็นอาจิดน ดังนั้นในคดีนี้บิดาจึงไม่ได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าเจ็บปวดทุกข์ทรมานและสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิตซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีต่อไป

ส่วนกรณีของทารกนั้นเมื่อประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษามีใช้กรณีตามที่กำหนดไว้ใน Section 1(2) ของกฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 จึงไม่อาจถือว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารก อีกทั้งความพิการทางร่างกายของทารกก็ไม่มี ความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ จึงเป็นเหตุให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดทั้งสาม ประการและทำให้การกระทำของแพทย์ไม่เป็นการละเมิดต่อทารก ซึ่งเมื่อการกระทำของแพทย์ไม่ เป็นการละเมิดต่อทารกจึงมีผลทำให้แพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารก ดังนั้นใน ส่วนของทารกจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิม นอกจากนี้ศาลอุทธรณ์ยัง ได้กล่าวถึงหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมไว้ในคดี McKay v. Essex Area Health Authority²⁹³ ว่าในกรณี ที่ปราศจากข้อผิดพลาดของแพทย์ ศาลก็ไม่อาจทราบได้ว่าทารกจะอยู่ในสถานะใด อีกทั้งจะเยียวยา ทารกโดยวิธีใดเพื่อให้ทารกได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นซึ่งจะ ได้กล่าวในรายละเอียดของคดีต่อไป

ดังนั้น จากการวิเคราะห์การปรับใช้หลักเกณฑ์การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนกับประเด็น ที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นสามารถสรุปได้ว่าในกรณีของบิดามารดานั้นสามารถนำหลักเกณฑ์การชดใช้ ค่าสินไหมทดแทนมาปรับใช้ได้เนื่องจากการกระทำของแพทย์ถือเป็นการละเมิดต่อบิดามารดา อีกทั้ง ยังสามารถนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมมาปรับใช้กับกรณีของบิดามารดาได้ แต่ในส่วนของทารกนั้น ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมเนื่องจากการกระทำของแพทย์ไม่เป็นการ ละเมิดต่อทารก

²⁹² Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor [2008] EWZA Civ 285 รายละเอียดของคดี โปรดดู หน้า 113.

²⁹³ McKay v. Essex Area Health Authority [1982] QB 1166; [1982] 2 All ER 771; [1982] 2 WLR 890 รายละเอียด ของคดี โปรดดูหน้า 111.

3.3.4 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาล

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้น การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แพทย์จะมีความรับผิดชอบละเมิดต่อทารกและบิดามารดาหรือไม่นั้นได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยทารกและบิดามารดาเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ดังนี้

คดี McKay v. Essex Area Health Authority²⁹⁴ มีข้อเท็จจริงว่า ทารกเกิดเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 1975 ก่อนที่กฎหมาย The Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 จะใช้บังคับ ซึ่งในขณะที่มารดาตั้งครรภ์นั้นมารดาสงสัยว่าตนได้รับเชื้อหัดเยอรมันจึงได้ไปตรวจเลือดกับแพทย์ ซึ่งมารดาก็ได้แจ้งกับแพทย์ว่าหากแพทย์ตรวจพบเชื้อหัดเยอรมัน มารดาจะทำการยุติการตั้งครรภ์ และแพทย์ก็ได้แจ้งกับมารดาว่าไม่พบเชื้อหัดเยอรมัน มารดาจึงยังคงดำเนินการตั้งครรภ์ต่อไป แต่เมื่อทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาปรากฏว่าทารกมีความพิการทางร่างกาย ตาบอดและหูหนวกอันเป็นผลมาจากการได้รับเชื้อหัดเยอรมันจากมารดา มารดาและทารกจึงได้ฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดเพื่อให้แพทย์ชดเชยค่าสินไหมทดแทน โดยทารกได้อ้างว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of care) ต่อทารกในขณะที่อยู่ในครรภ์มารดาด้วยโดยหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังนั้นก็คือการที่แพทย์มีหน้าที่จะต้องให้คำแนะนำแก่มารดาเกี่ยวกับการได้รับเชื้อหัดเยอรมันเพื่อให้มารดาทำการยุติการตั้งครรภ์ และแพทย์ก็มีหน้าที่ในการป้องกันการเกิดมาของทารก

ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาว่า แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะละเมิดต่อทารก โดยให้เหตุผลว่าหน้าที่ของแพทย์ที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารก (Duty of care) มีเพียงหน้าที่ที่จะไม่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บแก่ทารกในขณะที่คลอด แพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา มิฉะนั้นจะเป็นการบังคับให้แพทย์มีหน้าที่ต้องยุติการตั้งครรภ์เพื่อป้องกันการเกิดมาพิการของทารก และการเกิดมามีชีวิตไม่ว่าจะเกิดมามีร่างกายพิการหรือมีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงก็ไม่อาจถือเป็นความเสียหายได้ ซึ่งหากศาลยินยอมให้ทารกมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ได้ก็จะถือเป็นการที่ศาลให้การรับรองว่าทารกมีสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดมามีชีวิตซึ่งขัดกับนโยบายสาธารณะเนื่องจากการละเมิดคุณค่าความเป็นมนุษย์ (Sanctity of human life) อีกทั้งก็จะถือว่าศาลเห็นคุณค่าของทารกที่เกิดมาพิการมีคุณค่าน้อยกว่าทารกที่เกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง นอกจากนี้ศาลยังให้เหตุผลด้วยว่าหากศาลยินยอม

²⁹⁴ McKay v. Essex Area Health Authority [1982] QB 1166; [1982] 2 All ER 771; [1982] 2 WLR 890

ให้ทารกฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ได้ ก็จะทำให้ทารกนั้นสามารถฟ้องบิดามารดาได้ในกรณีที่บิดามารดาทราบว่าทารกในครรภ์มีความพิการแต่บิดามารดาตัดสินใจไม่ยุติการตั้งครรภ์

ส่วนในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนั้น ผู้พิพากษา Achner LJ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ความพิการที่เกิดขึ้นกับทารกเกิดจากการที่ทารกได้รับเชื้อหัดเยอรมันจากมารดาไม่ได้เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ ประกอบกับผู้พิพากษา Stephenson LJ ก็ได้ให้ความเห็นในทำนองเดียวกันว่า ความพิการที่เกิดขึ้นกับทารกไม่ได้เกิดจากการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาโดยประมาทเลินเล่อแต่เกิดจากเชื้อหัดเยอรมันและเกิดขึ้นก่อนที่แพทย์จะได้ทำการตรวจวินิจฉัย ดังนั้นในกรณีดังกล่าวจึงไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

นอกจากนี้หากกฎหมายยอมรับว่าการเกิดมามีชีวิตที่พิการเป็นความเสียหาย การคำนวณค่าเสียหายในกรณีดังกล่าวจะต้องเปรียบเทียบคุณค่าระหว่างการที่ต้องเกิดมามีร่างกายที่พิการกับการที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิต ซึ่งในความเป็นจริงไม่สามารถเปรียบเทียบคุณค่าของสองสถานการณ์ดังกล่าวได้ และในกรณีที่ปราศจากข้อผิดพลาดของแพทย์ ศาลก็ไม่อาจทราบได้ว่าทารกจะอยู่ในสถานะใด อีกทั้งจะเยียวยาทารกโดยวิธีใดเพื่อให้ทารกได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้น

ทั้งนี้ ในส่วนของมารดา (Wrongful birth) นั้น ศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินว่าการกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่อมารดา โดยได้ให้เหตุผลว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดา โดยแพทย์จะต้องให้คำแนะนำแก่มารดาเกี่ยวกับความผิดปกติที่เกิดขึ้นกับทารกตลอดจนอธิบายถึงผลดีและผลเสียระหว่างการเลือกที่จะตั้งครรภ์ต่อไปกับการเลือกที่จะยุติการตั้งครรภ์เพื่อให้มารดาามีข้อมูลในการตัดสินใจว่าจะยุติการตั้งครรภ์หรือไม่ การที่แพทย์ได้ประมาทเลินเล่อในการทดสอบเลือดของมารดาอันเป็นเหตุให้แพทย์ไม่อาจที่จะแจ้งถึงการติดเชื้อหัดเยอรมันและไม่อาจให้คำแนะนำในการยุติการตั้งครรภ์แก่มารดาจึงถือเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง ซึ่งผลที่เกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังนั้นทำให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ โดยความเสียหายดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ ดังนั้นการกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อมารดา แพทย์จึงต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่มารดาอันเป็นค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการ²⁹⁵

²⁹⁵ ในปัจจุบันการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยบิดามารดา (Wrongful Birth) นั้น มิได้ฟ้องกับแพทย์หรือโรงพยาบาลเป็นจำเลย แต่บิดามารดาต้องฟ้อง National Health Service (NHS) ซึ่งเป็นกองทุนเยียวยาความเสียหายทางการแพทย์เป็นจำเลย

*คดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor*²⁹⁶ มี

ข้อเท็จจริงว่า ในระหว่างที่มารดาตั้งครรภ์ แพทย์ได้ทำการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาโดยไม่พบความผิดปกติทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาแต่อย่างใด จนกระทั่งวันที่ 10 สิงหาคม 1986 มารดาได้ให้กำเนิดทารกที่พิการอันเนื่องมาจากทารกมีภาวะ Spina bifida²⁹⁷ มารดาจึงได้ฟ้องโรงพยาบาลในฐานะที่เป็นนายจ้างของแพทย์ โดยมารดาอ้างว่าการตรวจวินิจฉัยความผิดปกติทางร่างกายของทารกในครรภ์นั้น แพทย์ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้ไม่พบว่าทารกในครรภ์มีภาวะ Spina bifida และเป็นเหตุให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ แต่ในระหว่างที่คดีขึ้นสู่ศาลนั้น มารดาได้ฆ่าตัวตาย บิดาของทารกซึ่งได้แยกทางกับมารดาตั้งแต่ก่อนที่ทารกจะได้คลอดนั้นจึงได้เข้ามาดำเนินคดีทั้งในฐานะผู้จัดการมรดกของมารดาและในฐานะส่วนตัว

ศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาในส่วนของมารดา (บิดาในฐานะผู้จัดการมรดกของมารดา) ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่อมารดา โดยแพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดา ในการให้คำแนะนำเกี่ยวกับความผิดปกติที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์มารดา การกระทำของแพทย์ในกรณีนี้จึงเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดาอันเป็นเหตุให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์และได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจ โดยศาลชั้นต้นได้พิพากษาให้โรงพยาบาลชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันได้แก่ ค่าเจ็บปวดทุกข์ทรมานและสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิต (Pain and loss of amenity) และค่าใช้จ่ายในการดูแลทารกเฉพาะในขณะที่มารดายังมีชีวิตอยู่เท่านั้น ไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกภายหลังที่มารดาได้ฆ่าตัวตายแล้ว และในส่วนของบิดา (ในฐานะส่วนตัว) ศาลชั้นต้นได้ยกฟ้อง โดยศาลชั้นต้นได้ให้เหตุผลว่าแพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of care) ต่อบิดา ทำให้ในส่วนของบิดานั้นขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบละเมิดประการแรกในเรื่องหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง การกระทำของแพทย์จึงไม่เป็นการละเมิดต่อบิดา ซึ่งต่อมาในส่วนของบิดาได้มีการอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์ได้ยอมรับว่า บิดาที่อาศัยอยู่ร่วมกันกับมารดามีสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ หากบิดานั้นมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดา โดยความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดานั้นจะต้องคาดเห็นได้อย่างสมเหตุสมผลว่าการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดานั้น

²⁹⁶ Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor [2008] EWZA Civ 285

²⁹⁷ ภาวะ Spina bifida คือ ความผิดปกติตั้งแต่กำเนิดอันเกิดจากแนวโค้งของกระดูกไขสันหลังทั้งสองด้านไม่เชื่อมต่อกันระหว่างที่ทารกเจริญเติบโตในครรภ์ และมีช่องภายในกระดูกเปิดออกจึงมีถุงของเยื่อหุ้มสมองยื่นออกมา (โปรตุ. พญ.นันทิศา ภัทราประยูร, "ภาวะความผิดปกติแต่กำเนิด" [ออนไลน์].)

จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อบิดา แต่ในคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าบิดาได้แยกทางกับมารดา และบิดามีส่วนร่วมในการดูแลทารกเป็นครั้งคราวเท่านั้น ศาลอุทธรณ์จึงวินิจฉัยว่าในกรณีนี้ไม่อาจถือว่าบิดามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดา ซึ่งส่งผลทำให้แพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดา ดังนั้นการกระทำของแพทย์จึงไม่เป็นการละเมิดต่อบิดา บิดาจึงไม่อาจฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าเจ็บปวดทุกข์ทรมานและค่าเลี้ยงดูทารกที่พิการภายหลังที่มารดาได้ฆ่าตัวตาย²⁹⁸

ดังนั้น ในกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ในกรณีที่แพทย์จะมีความรับผิดชอบต่อทารกและบิดามารดาหรือไม่นั้น ในส่วนของทารกนั้นจากผลของคำพิพากษาในคดี McKay v. Essex Area Health Authority สามารถสรุปได้ว่าแพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์มารดา อีกทั้งความพิการทางร่างกายของทารกก็ไม่มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์เนื่องจากความพิการทางร่างกายของทารกมิใช่ผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดทั้งสามประการ ซึ่งมีผลทำให้การกระทำของแพทย์ไม่เป็นการละเมิดต่อทารกและมีผลทำให้แพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ทารก

ส่วนในกรณีของมารดานั้นจากผลของคำพิพากษาในคดี McKay v. Essex Area Health Authority และคดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor สามารถสรุปได้ว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดาโดยแพทย์จะต้องให้คำแนะนำเกี่ยวกับความผิดปกติที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์มารดา ซึ่งการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์นั้นถือว่าการกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวเป็นการฝ่า

²⁹⁸ ทั้งนี้ การที่ศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินในส่วนของบิดาไว้เช่นนี้ทำให้เกิดประเด็นของสงสัยว่าหากบิดามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดาจะถือว่าการกระทำของแพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของบิดาหรือไม่ ซึ่งจากการที่ผู้เขียนได้ทำการสืบค้นหาข้อมูลนั้นพบว่าได้มีคดีที่ศาล The High Court of Justice Queen's Bench Division ได้ตัดสินไว้ในปี 2000 คือคดี Rand v. East Dorset Health Authority มีข้อเท็จจริงว่าแพทย์มิได้ให้คำแนะนำถึงความเสี่ยงที่ทารกในครรภ์มีโอกาสที่จะมีอาการ Down's syndrome แก่บิดามารดา ซึ่งเมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกก็พบว่าทารกนั้นมีอาการ Down's syndrome บิดาและมารดาจึงได้ทำการฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์โดยกล่าวอ้างว่าการกระทำของแพทย์ทำให้บิดามารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งคดีนี้ศาลกล่าวถึงสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ไว้ว่า *"The existence of the Abortion Act 1967 is sufficient to introduce into the relationship between the health authority responsible for a pregnancy and the parents, a duty to take reasonable step to ensure the parents can exercise their choice under the Act."* ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบิดามีสิทธิในการตัดสินใจว่าจะทำการยุติการตั้งครรภ์ทารกในครรภ์มารดาหรือไม่ และคดีนี้ศาลได้ตัดสินให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บิดามารดาอันได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารก ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารก และขาดรายได้ของบิดามารดา (รายละเอียดของคดี โปรดดู Rand v. East Dorset Health Authority [2000] EWHC J0225-12)

ฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดา โดยความเสียหายที่มารดาได้รับคือการที่มารดาต้องสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ และในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจโดยมีอาการเจ็บป่วยทางจิตใจหรือโรคทางจิตเวช (Nervous shock หรือ Psychiatric injury) ซึ่งในคดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor ได้ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามารดาได้ฆ่าตัวตายในระหว่างที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล คดีนี้ศาลจึงวินิจฉัยให้โรงพยาบาลรับผิดชอบในความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับมารดาด้วย ซึ่งทั้งการสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์และความทุกข์ทรมานทางจิตใจดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ ดังนั้นการกระทำของแพทย์จึงถือเป็นการละเมิดต่อมารดาซึ่งมีผลทำให้แพทย์มีหน้าที่จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่มารดา โดยศาลได้พิพากษาให้แพทย์ชดเชยค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารก และค่าเจ็บปวดทุกข์ทรมานและสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิต

ส่วนในกรณีของบิดานั้นจากผลของคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ที่กล่าวไว้ในคดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor นั้น สามารถสรุปได้ว่าในกรณีที่แพทย์ทำการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาได้ บิดาจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์หรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาว่าบิดามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดาหรือไม่ โดยที่ความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดานั้นจะต้องคาดเห็นได้อย่างสมเหตุสมผลว่าการที่แพทย์ฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดานั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อบิดาด้วย ซึ่งหากบิดามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดาก็จะถือว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดาและการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาก็ถือเป็นการที่แพทย์ฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดา แต่คดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าบิดาได้แยกทางกับมารดาตั้งแต่ก่อนที่ทารกจะได้คลอดและบิดามีส่วนร่วมในการดูแลทารกเป็นครั้งคราวเท่านั้น ศาลอุทธรณ์จึงวินิจฉัยว่ากรณีนี้ไม่อาจถือว่าบิดามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดา ซึ่งส่งผลทำให้แพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดา และการกระทำของแพทย์จึงไม่เป็นการละเมิดต่อบิดา บิดาจึงไม่อาจฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าเจ็บปวดทุกข์ทรมานและค่าเลี้ยงดูทารกที่พิการภายหลังที่มารดาฆ่าตัวตาย

บทที่ 4

หลักการเยียวยาความเสียหายทางละเมิดตามกฎหมายไทย

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดานั้น เมื่อทารกที่พิการและบิดามารดาเลือกที่จะใช้มาตรการการเยียวยาความเสียหายโดยการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับแพทย์ ในกรณีนี้แพทย์จะมีความรับผิดชอบทางละเมิดต่อทารกและบิดามารดาหรือไม่นั้น มีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาเนื้อหาของกฎหมายว่าด้วยสภาพบุคคล ความรับผิดชอบทางละเมิดและค่าสินไหมทดแทน รวมถึงคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

4.1 สภาพบุคคลตามกฎหมาย

4.1.1 สถานะของทารกในครรภ์มารดา

การที่บุคคลธรรมดาจะมีความสามารถในการถือสิทธิหรือเป็นผู้ทรงสิทธิตลอดจนมีหน้าที่ได้นั้นจะต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย (Legal personality) หรือไม่ ซึ่งมักจะพบประเด็นปัญหาว่าสภาพบุคคลตามกฎหมายเริ่มต้นตั้งแต่เมื่อใด โดยกฎหมายไทยได้บัญญัติกฎหมายว่าด้วยการเริ่มต้นสภาพบุคคลไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

“สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแยกพิจารณาเงื่อนไขการเริ่มต้นสภาพบุคคลได้ดังนี้

1) การคลอด ตั้งแต่อดีตเป็นที่ยอมรับในบรรดานักกฎหมายมาโดยตลอดว่าการเป็นผู้ทรงสิทธินั้นจะเกิดขึ้นเมื่อมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อมีการเกิดอันแสดงให้เห็นว่ามีตัวบุคคลหรือร่างกายปรากฏออกมา²⁹⁹ ซึ่งก็คือการคลอดนั่นเอง ทั้งนี้บทบัญญัติมาตรา 15 ฉบับภาษาอังกฤษได้ใช้คำว่า The full completion of birth as a living child ซึ่งหมายถึงการคลอดทารกโดยทารกได้หลุดพ้นจากครรภ์มารดาทั้งตัวโดยสมบูรณ์ มิใช่การคลอดแต่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายทารกเท่านั้น ดังนั้นการคลอดในทางกฎหมายก็คือการที่ทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัว

²⁹⁹ อังคณาดี ปิ่นแก้ว, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, หน้า 19.

ไม่ว่าจะเป็นการคลอดโดยวิธีทางธรรมชาติทางช่องคลอดหรือจะเป็นวิธีการผ่าคลอดทางหน้าท้องของมารดา

2) การอยู่รอดเป็นทารก หมายถึง การที่ทารกมีชีวิตอยู่รอดภายหลังที่ทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวแล้ว โดยทารกได้แสดงออกถึงสัญญาณของการมีชีวิต (Sign of separate existence) ได้แก่ การหายใจ การเต้นของหัวใจ การเต้นของสายสะดือ การเคลื่อนไหวร่างกาย การร้อง³⁰⁰ เป็นต้น

ดังนั้น ภายหลังจากที่ทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวไม่ว่าจะโดยวิธีธรรมชาติหรือโดยวิธีผ่าคลอดก็ตามและทารกนั้นมีชีวิตอยู่รอดโดยได้แสดงออกถึงสัญญาณของการมีชีวิต ก็ถือว่าทารกนั้นมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ทั้งนี้ไม่ว่าทารกนั้นจะมีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงหรือมีร่างกายพิการก็ตาม³⁰¹ ซึ่งผลของการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายนั้นก่อให้เกิดความสามารถในการถือสิทธิ (Capacity to hold rights) หรือการเป็นผู้ทรงสิทธิ

ส่วนทารกในครรภ์มารดา (Child en ventre sa mère) ซึ่งไม่เข้าเงื่อนไขการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น จึงไม่ถือว่าทารกในครรภ์มารดามีสภาพบุคคลตามกฎหมาย³⁰² ซึ่งมีผลทำให้ทารกในครรภ์มารดาไม่มีความสามารถในการถือสิทธิหรือเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย ส่วนทารกในครรภ์มารดาจะมีสถานะใดนั้นก็ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดได้กล่าวไว้ แต่ด้วยสภาพของทารกที่อาศัยอยู่ในครรภ์มารดาจึงมีความเป็นไปได้ว่าทารกนั้นได้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดาซึ่งหากเป็นเช่นนี้ก็จะมีผลทำให้ในกรณีที่มีการละเมิดต่อมารดาที่ตั้งครรภ์อันมีผลกระทบต่อตัวทารกในครรภ์มารดา กรณีดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นการกระทำต่อร่างกายมารดา ซึ่งในประเด็นปัญหาว่าทารกในครรภ์มารดามีสถานะใดนั้นเป็นประเด็นที่ผู้เขียนจะได้นำไปวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

4.1.2 การรับรองสิทธิของทารกในครรภ์มารดา

แม้ว่ากฎหมายไทยจะมีรับรองการมีสภาพบุคคลของทารกในครรภ์มารดา เนื่องจากไม่เข้าเงื่อนไขการมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย กล่าวคือ ทารกในครรภ์มารดายังมิได้คลอดจากครรภ์

³⁰⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

³⁰¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

³⁰² เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

มารดาทั้งตัวและอยู่รอดมีชีวิต แต่กฎหมายไทยก็ได้รับรองการมีสิทธิของทารกในครรภ์มารดา โดยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคสอง ดังนี้

“ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่างๆได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก”

บทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับหลัก *Infans conceptus* ตามสุภาษิตละตินที่ว่า “หากทารกได้ปฏิสนธิให้ถือว่าได้เกิดแล้วทุกครั้งที่มีเรื่องเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของทารกนั้นเกิดขึ้น” (*Infans conceptus pro nato habetur quoties commodis ejus agitur*) และคำว่า “ทารกในครรภ์มารดา” ตามบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสองนั้นก็หมายถึง ทารกในครรภ์มารดาที่เริ่มต้นตั้งแต่กระบวนการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิในครรภ์มารดา³⁰³ จึงอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสองเป็นบทบัญญัติที่รับรองความสามารถในการมีสิทธิของทารกให้มีสิทธิย้อนหลังไปตั้งแต่มีการปฏิสนธิในครรภ์มารดา³⁰⁴ โดยการที่จะได้รับการรับรองว่ามีความสามารถในการมีสิทธินั้นมีเงื่อนไขว่าทารกจะต้องได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวและมีชีวิตอยู่รอด ทั้งนี้ก็เพื่อความยุติธรรมต่อทารกในครรภ์มารดา

อย่างไรก็ตามจากการที่ผู้เขียนค้นคว้าหาข้อมูลความเป็นมาของการร่างบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ณ หอจดหมายเหตุแห่งชาติพบรายงานประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย ฉบับลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2465 โดยในรายงานดังกล่าวผู้เขียนไม่พบว่ากรรมการชำระร่างประมวลกฎหมายได้มีการกล่าวถึงหรืออธิบายถึงสิทธิที่ทารกในครรภ์มารดาได้รับการรับรองว่ามีสิทธิใดบ้าง ทำให้ไม่พบเจตนาของร่างกฎหมาย จึงยังคงเป็นปัญหาว่าสิทธิใดบ้างที่จะถือเป็นสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคสอง ซึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษามีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าทารกมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดในกรณีที่เหตุละเมิดเกิดขึ้นในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดาหรือไม่ โดยในประเด็นนี้ได้มีท่านอาจารย์วงษ์ วีระพงศ์ ได้ให้ความเห็นว่าทารกในครรภ์มารดาที่ได้รับบาดเจ็บจากการถูกระงับละเมิดเป็นเหตุให้เมื่อคลอดแล้วพบว่าทารกมีร่างกายพิการ ทารกนั้นก็น่าจะฟ้องผู้กระทำละเมิดได้³⁰⁵ และได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยทารกที่พิการเป็นโจทก์ฟ้องร้องกรรมการ

³⁰³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

³⁰⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

³⁰⁵ วงษ์ วีระพงศ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร: ไทยพิมพ์โรงพิมพ์อักษรสารการพิมพ์, 2514), หน้า 48.

แพทย์เป็นจำเลย โดยกล่าวหาว่าในขณะที่มารดากำลังตั้งครรภ์ แพทย์ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ ในการสั่งจ่ายยารักษาอาการโรคลิ่มเลือดอุดตันแก่มารดาซึ่งเป็นเหตุให้ทารกมีร่างกายพิการ โดยศาลอุทธรณ์ภาค 1 ได้ตัดสินไว้ในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 1 หมายเลขคดีแดงที่ 1114/2556 ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังนี้

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 1 หมายเลขคดีแดงที่ 1114/2556 คดีนี้เป็นกรณีที่ทารกเป็นโจทก์โดยมีมารดาเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมดำเนินคดีแทน ฟ้องกรรมการแพทย์เป็นจำเลย

มารดาโจทก์เคยเป็นโรคลิ่มเลือดดำอุดตันที่ขาเมื่อปี 2549 ซึ่งได้รับการรักษาจนหายแล้ว ต่อมาวันที่ 28 มกราคม 2551 มารดาได้ตั้งครรภ์โจทก์ได้ประมาณ 14 สัปดาห์ แพทย์ได้ตรวจพบว่ามารดาโจทก์มีอาการโรคลิ่มเลือดอุดตันที่ขาอีกครั้ง โดยเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2551 อายุรแพทย์ได้ทำการรักษาอาการโรคลิ่มเลือดอุดตันที่ขาโดยสั่งจ่ายยาแอสไพรินซึ่งเป็นยาชนิดรับประทานให้แก่มารดาโจทก์ โดยมีได้แจ้งผลดีผลเสียของยาชนิดนี้ให้มารดาโจทก์ทราบ เมื่อมารดาโจทก์ไปรับยาจากเภสัชกร มารดาโจทก์พบว่าที่หน้าของยามีการเขียนกำกับไว้ว่าห้ามใช้กับหญิงตั้งครรภ์ เภสัชกรประจำห้องยาจึงได้สอบถามไปยังอายุรแพทย์ โดยอายุรแพทย์ได้แจ้งว่าได้สั่งจ่ายยาให้มารดาโจทก์ซึ่งขณะนั้นมีอายุครรภ์เกิน 5 เดือนแล้ว มารดาโจทก์สามารถรับประทานยาดังกล่าวได้ ปรากฏว่าหลังจากมารดาโจทก์ได้รับประทานยาดังกล่าวได้ประมาณ 3 สัปดาห์ โจทก์ซึ่งเป็นทารกในครรภ์ไม่ดิ้น และมารดามีอาการท้องแข็ง สูตินรีแพทย์จึงได้ตรวจด้วยวิธีอัลตราซาวด์ซึ่งก็ไม่พบความผิดปกติแต่อย่างใด จนกระทั่งมารดาโจทก์มีอายุครรภ์ 7 เดือน สูตินรีแพทย์ได้ตรวจพบว่าโจทก์ซึ่งเป็นทารกในครรภ์มีศีรษะโตผิดปกติและมีน้ำในสมองมากเบียดเนื้อสมองจนบางติดกะโหลกศีรษะซึ่งมีโอกาสที่โจทก์จะถึงแก่ความตายหรือพิการ และหลังจากนั้นอายุรแพทย์ได้เปลี่ยนยาแอสไพรินซึ่งเป็นยาชนิดรับประทานเป็นยาเฮพารินซึ่งเป็นยาชนิดฉีดแทน และเมื่อมารดาโจทก์มีอายุครรภ์ครบ 38 สัปดาห์ สูตินรีแพทย์จึงได้ทำการผ่าคลอดโจทก์ ซึ่งพบว่าโจทก์มีอาการหายใจเองไม่ได้ต้องใช้เครื่องช่วยหายใจมีอาการชักเกร็ง กะโหลกศีรษะปิดไม่สนิททำให้สมองฝ่อ ไม่สามารถรับรู้เหมือนคนปกติได้ ตาบอดทั้งสองข้างและหูหนวกหนึ่งข้าง โจทก์ต้องพิการตลอดชีวิต โจทก์จึงได้ฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์

คดีนี้ศาลอุทธรณ์ภาค 1 ได้พิพากษายืนตามศาลชั้นต้นว่าเมื่อสูตินรีแพทย์พบว่ามารดาโจทก์เป็นโรคลิ่มเลือดอุดตันที่ขา สูตินรีแพทย์ก็ได้ส่งตัวมารดาโจทก์ไปพบอายุรแพทย์ซึ่งเป็นแพทย์เฉพาะทางโรคลิ่มเลือดอุดตันโดยตรง อีกทั้งจากข้อเท็จจริงยังพบว่าสูตินรีแพทย์ได้ดูแลรักษามารดา

โจทก์ด้วยการนัดตรวจครรภ์เป็นระยะๆ ตรวจทารกในครรภ์ด้วยวิธีอัลตราซาวด์หลายครั้ง ส่วนการที่ สูตินรีแพทย์ไม่ได้ทักท้วงการให้ยาริวาร์ฟารินแก่มารดาโจทก์นั้น เนื่องจากสูตินรีแพทย์ไม่ใช่ผู้รักษาโรค ลืมเลือดอุดตัน และสูตินรีแพทย์ยังได้เบิกความว่ามารดาโจทก์ได้รับยาริวาร์ฟารินเมื่ออายุครรภ์ ประมาณ 5 เดือน ซึ่งโดยปกติอายุครรภ์ประมาณ 3 เดือนอวัยวะของทารกในครรภ์ได้สร้างสมบูรณ์ แล้ว การให้ยาริวาร์ฟารินในช่วงอายุครรภ์ 5 เดือนนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อทารกในครรภ์ใน อัตราร้อยละ 5 แต่เนื่องจากมารดาโจทก์มีความจำเป็นต้องใช้ยาดังกล่าวเพื่อป้องกันลิ่มเลือดไปอุดตัน ที่ปอดซึ่งอาจทำให้มารดาโจทก์ถึงแก่ความตายได้ กรณีนี้จึงไม่อาจรับฟังได้ว่าเหตุที่โจทก์มีร่างกาย พิการนั้นเกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของสูตินรีแพทย์ ส่วนอายุแพทย์นั้นการที่อายุ แพทย์ได้ให้ยาริวาร์ฟารินแก่มารดาโจทก์เพื่อมุ่งเน้นการรักษาชีวิตของมารดาโจทก์เป็นสำคัญเป็นไป ตามมาตรฐานการรักษาตามหลักวิชาการแพทย์แล้ว และการส่งจ่ายยาริวาร์ฟารินให้แก่มารดาโจทก์ก็ เป็นการส่งจ่ายภายหลังที่มารดาโจทก์มีอายุครรภ์เกิน 3 เดือนแล้วจึงเป็นการตัดสินใจตามหลัก วิชาการแม้จะมีความเสี่ยงอยู่บ้างแต่โอกาสเกิดความพิการมีน้อย จึงฟังไม่ได้ว่าการกระทำของอายุ แพทย์เป็นการละเมิดต่อโจทก์

อย่างไรก็ตามจากข้อเท็จจริงที่เภสัชกรประจำห้องยาได้สอบถามไปยังอายุแพทย์ และอายุแพทย์ได้แจ้งว่าได้ส่งจ่ายยาริวาร์ฟารินให้มารดาโจทก์รับประทานซึ่งขณะนั้นมารดาโจทก์ ตั้งครรภ์ได้เกิน 5 เดือน มารดาโจทก์สามารถรับประทานยาดังกล่าวได้นั้นแสดงให้เห็นว่าอายุแพทย์ ไม่ได้แจ้งผลดีผลเสียของการใช้ยาริวาร์ฟารินให้มารดาโจทก์ทราบเพื่อประกอบการตัดสินใจว่าจะใช้ยา ดังกล่าวหรือไม่ (Informed Consent) จึงถือว่าอายุแพทย์มิได้ดำเนินการตามพระราชบัญญัติ สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 มาตรา 8 วรรคหนึ่ง³⁰⁶ ศาลจึงพิพากษาให้จำเลยรับผิดชอบค่าใช้จ่าย เป็นเงินจำนวน 2,160,000 บาทให้แก่โจทก์

จากคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 1 ดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีที่ศาลอุทธรณ์ ภาค 1 มิได้ยกประเด็นเรื่องอำนาจฟ้องของโจทก์ชั้นวินิจฉัยนั้นศาลอุทธรณ์ภาค 1 น่าจะได้ตีความ เรื่องอำนาจฟ้องของโจทก์แล้วว่าโจทก์มีอำนาจฟ้อง นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่

³⁰⁶ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550

มาตรา 8 ในการให้บริการสาธารณสุข บุคคลทางด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการ ให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธ ไม่รับบริการใด จะให้บริการนั้นมิได้

9042/2560³⁰⁷ ซึ่งเป็นกรณีที่โจทก์ที่ 2 ซึ่งเป็นทารกที่พิการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับแพทย์ผู้ทำการตรวจอัลตราซาวด์ไม่พบความพิการทางร่างกายของโจทก์ที่ 2 ในขณะที่โจทก์ที่ 2 เป็นทารกในครรภ์มารดา โดยคดีนี้ศาลฎีกาก็มิได้ยกประเด็นเรื่องอำนาจฟ้องของโจทก์ที่ 2 ขึ้นวินิจฉัยเช่นกันซึ่งรายละเอียดของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 จะได้กล่าวต่อไป ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการที่ศาลฎีกามิได้ยกประเด็นเรื่องอำนาจฟ้องของโจทก์ที่ 2 ขึ้นวินิจฉัยนั้นศาลฎีกาน่าจะได้ตีความเรื่องอำนาจฟ้องของโจทก์ที่ 2 แล้วว่าโจทก์ที่ 2 มีอำนาจฟ้อง ดังนั้นจากคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ภาค 1 และศาลฎีกาดังกล่าวผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าศาลอุทธรณ์ภาค 1 และศาลฎีกาได้ยอมรับว่าสิทธิของทารกในครรภ์มารดาตามบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสองรวมถึงสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งในประเด็นปัญหาสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดนั้นผู้เขียนจะนำไปวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

4.2 การเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดและการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

4.2.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาความรับผิดทางละเมิด

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ในกรณีนี้แพทย์จะมีความรับผิดทางละเมิดต่อทารกและบิดามารดาหรือไม่นั้น มีความจำเป็นจะต้องพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวครบองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดทุกประการหรือไม่ ซึ่งความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นเป็นไปตามหลักไม่มีความรับผิดโดยไม่มีคามผิด (No liability without fault) หรือหลักความผิด (Fault) ซึ่งโดยหลักแล้วบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้ผู้ใดมาก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตน แต่หากมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายก็ต้องชดใช้ความเสียหายนั้น โดยกฎหมายไทยได้บัญญัติหลักทั่วไปในการวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ดังนี้

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

บทบัญญัติดังกล่าวสามารถแยกพิจารณาองค์ประกอบได้ดังนี้

³⁰⁷ รายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โปรดดูหน้า 139.

1) ผู้ใดทำต่อผู้อื่น

คำว่า ผู้ใด ตามบทบัญญัติมาตรา 420 หมายถึง ผู้กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นซึ่งจะต้องมีสภาพบุคคลในขณะกระทำ โดยสามารถเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ซึ่งในกรณีบุคคลธรรมดานั้นไม่ว่าจะเป็นผู้เยาว์ คนวิกลจริต คนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ หากบุคคลเหล่านี้รู้สำนึกในขณะกระทำกล่าวคือ ได้กระทำการภายใต้บังคับของจิตใจก็ถือว่าบุคคลเหล่านี้เป็นผู้กระทำได้ทั้งสิ้น³⁰⁸ ดังนั้นในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาค้นคว้าหาแพทย์ได้รู้สึกนึกในขณะทำการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดา กรณีนี้แพทย์จึงถือเป็นผู้กระทำ

ส่วนผู้อื่นตามบทบัญญัติมาตรา 420 หมายถึง ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดของผู้กระทำโดยได้รับความเสียหายตามที่บัญญัติมาตรา 420 ให้ความคุ้มครองซึ่งได้แก่ ความเสียหายต่อชีวิต ความเสียหายต่อร่างกาย ความเสียหายต่ออนามัย ความเสียหายต่อเสรีภาพ ความเสียหายต่อทรัพย์สิน และความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

นอกจากนี้เมื่อมีการฟ้องร้องดำเนินคดี ศาลจะพิจารณาว่าผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องหรือไม่ด้วย โดยศาลนำการพิจารณาการเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยซึ่งเป็นการพิจารณาในคดีอาญามาปรับใช้กับการพิจารณาในคดีละเมิดด้วยแต่มีได้เคร่งครัดในการพิจารณาเหมือนอย่างในคดีอาญา กล่าวคือ ในคดีละเมิดศาลจะพิจารณาว่าผู้ที่ได้รับความเสียหายมีส่วนในการกระทำละเมิดหรือไม่ โดยหากผู้ที่ได้รับความเสียหายมีส่วนในการกระทำละเมิดก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าฝ่ายใดมีส่วนในการกระทำละเมิดยิ่งหย่อนไปกว่ากัน ซึ่งหากผู้ที่ได้รับความเสียหายมีส่วนในการกระทำละเมิดน้อยกว่าผู้กระทำ กรณีนี้ผู้ได้รับความเสียหายก็จะได้รับการชดใช้ความเสียหายเพียงบางส่วน แต่หากผู้ได้รับความเสียหายมีส่วนในการกระทำละเมิดเท่ากับหรือมากกว่าผู้กระทำ กรณีนี้ผู้ได้รับความเสียหายก็จะไม่ได้รับการชดใช้ความเสียหาย

ทั้งนี้ ผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดสามารถเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล โดยบุคคลธรรมดานั้นสภาพบุคคลเริ่มต้นเมื่อทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวและอยู่รอดมีชีวิตตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นทารกที่ได้คลอดจากครรภ์มารดาแล้ว ผู้เยาว์ คนวิกลจริต คนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ บุคคลเหล่านี้ย่อมสามารถเป็นผู้เสียหายได้ ส่วนในกรณีที่มีการกระทำต่อทารกในครรภ์มารดาซึ่งไม่ถึงว่ามีสภาพบุคคลตามกฎหมาย

³⁰⁸ เเพ็ง เเพ็งนิตติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จักรวรรดิพิมพ์, 2552), หน้า 11.

นั้น กรณีนี้จึงไม่อาจถือเป็นการละเมิดต่อทารกในครรภ์มารดา³⁰⁹ แต่ทั้งนี้ก็มีประเด็นข้อสงสัยว่ากรณีดังกล่าวจะถือว่าเป็นการละเมิดต่อร่างกายมารดาหรือไม่ซึ่งก็ต้องพิจารณาว่าทารกในขณะที่อยู่ในครรภ์มารดามีสถานะใดถือเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดาหรือไม่ นอกจากนี้หากต่อมาทารกนั้นได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวและอยู่รอดมีชีวิตก็มีประเด็นข้อสงสัยว่าสิทธิที่ทารกได้รับการรับรองซึ่งย้อนหลังไปตั้งแต่มีการปฏิสนธิในครรภ์มารดาตามบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสองนั้นรวมถึงสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับผู้กระทำละเมิดในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดาหรือไม่ ซึ่งประเด็นข้อสงสัยเหล่านี้มีผลต่อการพิจารณาว่าการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา กรณีนี้จะถือว่าทารกและบิดามารดาเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

ส่วนการกระทำที่ผู้กระทำได้ทำต่อผู้เสียหายนั้น การกระทำ หมายถึง อริยาบถของผู้กระทำที่ได้มีการเคลื่อนไหวร่างกาย (Act) นอกจากนี้ยังรวมถึงการไม่เคลื่อนไหวร่างกายหรือที่เรียกว่า งดเว้นการกระทำ (Omission) ซึ่งโดยหลักการอยู่เฉยๆไม่กระทำการใดๆจะไม่ถือว่ามี การกระทำละเมิด แต่หากการอยู่เฉยๆนั้นเป็นการงดเว้นไม่กระทำในหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายก็ถือได้ว่าเป็นการงดเว้นการกระทำ ซึ่งหน้าที่นั้นอาจเกิดจากหน้าที่ตามกฎหมาย หน้าที่ตามสัญญา หรือหน้าที่อื่นที่เกิดจากการกระทำครั้งก่อนของตน³¹⁰ ทั้งนี้ทั้งการกระทำโดยเคลื่อนไหวร่างกายและการงดเว้นการกระทำนั้นจะต้องเกิดขึ้นในขณะที่ผู้กระทำรู้สำนึกหรืออยู่ภายใต้บังคับของจิตใจด้วย³¹¹

2) การกระทำโดยผิดกฎหมาย

แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 420 จะใช้คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ก็ตาม แต่ในร่างกฎหมายฉบับภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Unlawfully” ซึ่งหมายถึงการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยผู้กระทำไม่มีสิทธิที่จะกระทำได้³¹² หรือไม่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะกระทำได้ ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติเป็นฐานความผิดตั้ง

³⁰⁹ เเพ็ง เเพ็งนิตติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ จีระจักรพิมพ์, 2560), หน้า 37.

³¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

³¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

³¹² วงษ์ วีรพงศ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด, หน้า 134.

เช่นกฎหมายอาญา ทั้งนี้ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษามีข้อสังเกตว่าการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดโดยเป็นการตรวจต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ ผู้เขียนไม่พบว่ามีความหมายใดที่ให้อำนาจแก่แพทย์ในการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์เลย แพทย์จึงไม่มีสิทธิที่จะทำการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ ซึ่งหากแพทย์ทำการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ กรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าถือเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย

3) กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

นอกจากการกระทำของผู้กระทำจะต้องเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว การกระทำของผู้กระทำจะต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วย แยกพิจารณาดังนี้

3.1) การกระทำโดยจงใจ คือ การที่ผู้กระทำรู้สำนึกว่าการกระทำหรือการงดเว้นไม่กระทำของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น โดยผู้กระทำมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดความเสียหายหรือมิได้มุ่งหมายแต่รู้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ³¹³ ซึ่งในการพิจารณาถึงความมุ่งหมายหรือการรู้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะพิจารณาจากลักษณะการกระทำของผู้กระทำ ซึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนทำศึกษานั้นการกระทำของแพทย์ก็สามารถเกิดจากการกระทำโดยจงใจได้ กล่าวคือ หากแพทย์ได้ทำการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์โดยแพทย์มีความมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดความเสียหายหรือมิได้มุ่งหมายแต่รู้ว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายก็ถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจ ซึ่งมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เกี่ยวกับการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดานั้นผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 2.2.4 ข้างต้น

3.2) กระทำโดยประมาทเลินเล่อ

จากการค้นคว้าคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่าการพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาว่าแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลรักษาคนไข้ให้เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์หรือไม่³¹⁴ ซึ่งได้วางหลักไว้ใน

³¹³ ศนันท์กรณ โสดีพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมีควรรได้, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 73-74.

³¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6092/2552 โปรดดูหน้า 125. ; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โปรดดูหน้า 139.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6092/2552 โดยโจทก์ในคดีนี้โจทก์เป็นผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาที่จำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นแพทย์ ส่วนจำเลยที่ 1 คือกระทรวงสาธารณสุข

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6092/2552 จำเลยที่ 3 มิได้ตรวจดูอาการของโจทก์ตั้งแต่แรกเข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลด้วยตนเอง แต่วินิจฉัยและสั่งการรักษาตามที่ได้รับรายงานทางโทรศัพท์จากพยาบาลแทนโดยมิได้ตรวจสอบประวัติการรักษาของโจทก์ด้วยตนเอง แม้จำเลยที่ 3 จะสอบถามอาการและประวัติการรักษาของโจทก์จากพยาบาลก่อนที่พยาบาลจะฉีดยาให้แก่โจทก์ก็ตาม ก็หาใช่วิสัยของบุคคลผู้มีวิชาชีพแพทย์จะพึงกระทำไม่ ทั้งห้องเวรและห้องฉุกเฉินที่โจทก์อยู่ก็ห่างกันเพียง 20 เมตร และตามพฤติการณ์ก็ไม่ปรากฏว่ามีเหตุสุดวิสัยอันทำให้จำเลยที่ 3 ไม่สามารถมาตรวจวินิจฉัยด้วยตนเองได้แต่อย่างใด จึงถือว่าจำเลยที่ 3 ได้ทำการรักษาโจทก์โดยประมาทเลินเล่อ เมื่อพยาบาลฉีดยาบลีคานิลให้แก่โจทก์ตามที่จำเลยที่ 3 สั่งการ ทำให้โจทก์เกิดอาการแพ้ยาอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลยที่ 3 จึงถือว่าการกระทำของจำเลยที่ 3 เป็นการละเมิดต่อโจทก์ ทั้งนี้ ความยินยอมของโจทก์ที่ให้จำเลยที่ 3 ทำการรักษา แม้เป็นการแสดงออกให้จำเลยที่ 3 กระทำต่อร่างกายของโจทก์ก็ตาม แต่หากการรักษานั้นไม่เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ จำเลยที่ 3 ก็ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ โจทก์จึงฟ้องจำเลยที่ 1 อันเป็นหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบต่อโจทก์ในผลแห่งละเมิดที่จำเลยที่ 3 ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ได้

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกระทำของจำเลยที่ 3 ที่มีได้มาตรวจวินิจฉัยอาการของโจทก์ด้วยตนเอง ทั้งที่ข้อเท็จจริงก็ไม่ปรากฏว่ามีเหตุสุดวิสัยที่ทำให้จำเลยที่ 3 มาตรวจวินิจฉัยเองไม่ได้นั้น ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวนี้มีใช่วิสัยของบุคคลผู้มีวิชาชีพแพทย์จะพึงกระทำ กล่าวคือ ไม่ใช่วิสัยที่แพทย์ทั่วไปหรือวิญญูชนผู้เป็นแพทย์จะกระทำ จึงถือได้ว่าจำเลยที่ 3 ขาดความระมัดระวังในการรักษาอาการโจทก์ให้เป็นไปตามมาตรฐานที่แพทย์ทั่วไปหรือวิญญูชนผู้เป็นแพทย์ปฏิบัติ นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกา 9042/2560³¹⁵ ซึ่งเป็นกรณีทารกที่พิการและมารดาเป็นโจทก์ฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับแพทย์ผู้ทำการตรวจอัลตราซาวด์ไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา โดยในคดีนี้ศาลฎีกาก็ได้นำมาตรฐานวิชาชีพแพทย์มาใช้ในการพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อเช่นกันซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีต่อไป

³¹⁵ รายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โปรดดูหน้า 139.

ดังนั้นจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาจึงสามารถกล่าวได้ว่า การพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่ ศาลจะพิจารณาว่าแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลรักษาคนไข้ให้เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์หรือไม่ โดยมาตรฐานวิชาชีพแพทย์นั้นผู้เขียนได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 2.2.4 ข้างต้นแล้วว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ได้แก่ มาตรฐานตามตำราที่เป็นสากลของประเทศไทย มาตรฐานตามแนวทางการรักษาหรือเวชปฏิบัติ และมาตรฐานที่แพทย์ทั่วไปหรือวิญญาณผู้เป็นแพทย์ปฏิบัติ³¹⁶ โดยแพทย์จะต้องทำการรักษาให้เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เหล่านั้นภายใต้หลัก Current accepted medical practice³¹⁷ กล่าวคือ แพทย์จะต้องทำการตรวจวินิจฉัยครมารถาให้เป็นไปตามมาตรฐานตามตำราที่เป็นสากลของประเทศไทย มาตรฐานตามแนวทางการรักษาหรือเวชปฏิบัติ และมาตรฐานที่แพทย์ทั่วไปหรือวิญญาณผู้เป็นแพทย์ปฏิบัติในระดับที่ดีที่สุดในสถานการณ์ ณ ขณะที่มีการรักษาภายใต้ความสามารถของแพทย์และข้อจำกัดตามภาวะ วัสดุ และพฤติการณ์

ทั้งนี้ การให้บริการทางการแพทย์ของสถานพยาบาลไม่ว่าจะเป็นโรงพยาบาลรัฐหรือโรงพยาบาลเอกชนถือเป็นการให้บริการตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2552³¹⁸ ซึ่งการพิจารณาพิสูจนจึงต้องพิจารณาตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2552 ดังนี้

“ประเด็นข้อพิพาทข้อใดจำเป็นต้องพิสูจนถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผลของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใดๆ ซึ่งศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของคู่ความฝ่ายใดที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจ ให้การพิจารณาพิสูจนในประเด็นดังกล่าวตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายใดที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจนั้น”

³¹⁶ สัมภาษณ์ นายแพทย์เกียง อัครรุ่งนรินทร์ กรรมการแพทยสภา.

³¹⁷ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 หมวด 4 การประกอบวิชาชีพเวชกรรม ข้อ 15 ซึ่งกำหนดไว้ว่า

ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุดในสถานการณ์นั้นๆ ภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วัสดุ และพฤติการณ์ที่มีอยู่

³¹⁸ ผู้เขียนพบว่าได้มีคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 21/2552 ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้บริโภคเข้ารับการักษาในโรงพยาบาลของผู้ประกอบธุรกิจแล้วถูกแพทย์ผู้ให้การรักษาระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย ทายาทของผู้บริโภคเรียกค่าสินไหมทดแทนเป็นค่าปลงศพ ค่าขาดไร้อุปการะจากผู้ประกอบธุรกิจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 โดยประธานศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่า กรณีถือเป็นผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2552 มาตรา 3(3) (โปรดดู. ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด, 2559), หน้า 47.)

บทบัญญัติมาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่หลักการการพิสูจน์ให้แพทย์เป็นผู้มีหน้าที่นำสืบว่าการกระทำของแพทย์มิได้เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่ตัดสิทธิของทารกและบิดามารดาในการที่จะพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเพื่อหักล้างน้ำหนักพยานหลักฐานของฝ่ายแพทย์

ทั้งนี้ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นการที่จะพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเพื่อหักล้างน้ำหนักพยานหลักฐานของฝ่ายแพทย์ ทารกและบิดามารดาก็จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยจะต้องพิสูจน์มาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในเรื่องการตรวจวินิจฉัยครรภ์ว่าได้อย่างไร และแพทย์นั้นได้ทำการตรวจวินิจฉัยต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์อย่างไรซึ่งเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยาก เนื่องจากต้องอาศัยความรู้ทางการแพทย์ซึ่งเป็นความรู้ขั้นสูงที่คนทั่วไปไม่อาจทราบได้ โดยหากทารกและบิดามารดาไม่สามารถพิสูจน์ได้ก็อาจมีผลทำให้การกระทำของแพทย์นั้นไม่เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออันทำให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิด ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

4) ความเสียหาย

การกระทำอันจะก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดได้นั้นจะต้องปรากฏว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นด้วย หากไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นย่อมถือว่าขาดองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดอันส่งผลให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด³¹⁹ ซึ่งความเสียหายจะต้องมีลักษณะเป็นความเสียหายที่แน่นอน มิใช่เป็นเพียงการคาดเดาว่าความเสียหายจะเกิดขึ้น³²⁰ และจะต้องเป็นความเสียหายที่ชัดเจนและไม่ไกลเกินกว่าเหตุ³²¹ ไม่ว่าความเสียหายจะได้เกิดขึ้นแล้วในปัจจุบันหรือจะเกิดขึ้นในอนาคตก็ตาม³²² นอกจากนี้จะต้องเป็นความเสียหายตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โดยสามารถแบ่งประเภทความเสียหายได้ 2 ประเภท คือ

³¹⁹ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, คำอธิบายกฎหมายละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 60.

³²⁰ สุขุม สุภินิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2553), หน้า 34.

³²¹ วาริ นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สยามพริ้นติ้ง, 2554), หน้า 81.

³²² วิชา มหาคุณ, หลักกฎหมายละเมิด ศึกษาจากคำพิพากษา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2523), หน้า 33.

ประเภทแรก ความเสียหายในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินหรือความเสียหายที่เป็นตัวเงิน กล่าวคือ เป็นความเสียหายที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้เสียหาย ซึ่งสามารถคำนวณเป็นเงินได้³²³ เช่น ค่ารักษาพยาบาล ค่าใช้จ่ายที่ผู้เสียหายต้องเสียไป เป็นต้น

ประเภทที่สอง ความเสียหายทางจิตใจหรือความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน เป็นความเสียหายที่กระทบต่อจิตใจ ทำให้เกิดความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน ความอับอาย ซึ่งเป็นความเสียหายที่ไม่สามารถคำนวณเป็นจำนวนเงินได้³²⁴ เช่น ค่าเสื่อมสมรรถภาพทางร่างกาย ค่าความทุกข์ทรมานเจ็บปวดทางร่างกายที่ถูกทำละเมิดจนพิการ ค่าทนทุกข์ทรมานเพราะทุพพลภาพ ค่าเสียบุคลิกภาพ ค่าสูญเสียความงาม ความทุกข์ทรมานจากบาดแผล เป็นต้น

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้บัญญัติความเสียหายไว้ ได้แก่ ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นความเสียหายที่เกี่ยวข้องมีดังนี้

- ความเสียหายต่อร่างกาย คือ การทำให้เกิดการบาดเจ็บทางร่างกายไม่ว่าจะเป็นเพียงการบาดเจ็บเพียงเล็กน้อยหรือร้ายแรง ตัวอย่างเช่น การที่แพทย์ถือมีดผ่าตัดโดยไม่ระมัดระวังทำให้มีดผ่าตัดบาดร่างกายของคนไข้ เป็นต้น นอกจากนี้ความเสียหายต่อร่างกายยังรวมถึงการทำให้ร่างกายทุพพลภาพด้วย³²⁵ ซึ่งคำว่าทุพพลภาพคือ การหย่อนกำลังความสามารถที่จะประกอบกิจการตามปกติ³²⁶ ตัวอย่างเช่น การที่แพทย์ฉีดยาให้แก่คนไข้ไม่ตรงกับโรคที่คนไข้เป็นโดยยาดังกล่าวมีผลทำให้คนไข้ไม่สามารถใช้แขนในการรับจ้างวาดภาพได้ การทำร้ายร่างกายอันส่งผลทำให้ร่างกายของผู้ถูกทำร้ายนั้นพิการ เป็นต้น

³²³ ศนันท์กรณ โสดีพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 99.

³²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 99.

³²⁵ ศนันท์กรณ โสดีพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้, หน้า 102.

³²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2383/2539 คำว่า ทุพพลภาพ หมายถึง หย่อนกำลังความสามารถที่จะประกอบกิจการตามปกติ โจทก์ประกอบอาชีพรับจ้างซ่อมรถจักรยานยนต์และจำหน่ายอะไหล่รถจักรยานยนต์ โจทก์ย่อมต้องใช้การฟังเสียงเครื่องยนต์ประกอบในการซ่อมรถจักรยานยนต์และต้องพูดคุยกับลูกค้าที่มาซื้ออะไหล่รถจักรยานยนต์ การที่ประสาทหูทั้งสองข้างของโจทก์เสียหายไม่ได้ยินจึงหย่อนความสามารถที่จะประกอบกิจการตามปกติโดยสิ้นเชิงตลอดไปถือได้ว่าโจทก์ทุพพลภาพถาวรสิ้นเชิงแล้ว

- ความเสียหายต่ออนามัย คือการทำให้เกิดความเสียหายต่อสุขภาพ³²⁷ ทั้งนี้แม้จะไม่ปรากฏবাদแผลบนร่างกายเลยก็ตาม³²⁸ ตัวอย่างเช่น การที่โรงงานอุตสาหกรรมปล่อยมลพิษทางอากาศทำให้ผู้อยู่อาศัยบริเวณนั้นไม่สามารถได้รับอากาศบริสุทธิ์³²⁹ การก่อให้เกิดเสียงดังของเครื่องจักรรบกวนการนอนหลับ³³⁰ นอกจากนี้ความเสียหายต่ออนามัยยังรวมถึงการกระทำที่มีผลกระทบต่อสุขภาพจิตอย่างรุนแรงซึ่งศาลฎีกาได้ตัดสินไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560³³¹ ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีต่อไป ซึ่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตนั้นจะต้องมิใช่เป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกรบกวนใจ³³² ความว้าวุ่น³³³ หรือความวิบวักวิโยคโทมนัส³³⁴

- ความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายมาตราใดที่ระบุว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดมีสิทธิใดบ้าง จึงเกิดประเด็นปัญหาในการปรับใช้ว่าสิทธิใดบ้างจะถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 420 ซึ่งจากการที่ผู้เขียนได้ค้นคว้าข้อมูลความเป็นมาของการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ณ หอจดหมายเหตุแห่งชาตินั้นพบรายงานการประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย ลงวันที่ 7 ตุลาคม 2465 ซึ่งเป็นวันที่พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงสวัสดิวัฒนวิเศษภูได้เสนอให้นำบทบัญญัติกฎหมายลักษณะละเมิด มาตรา 823 วรรคแรก ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีมาเป็นต้นแบบในการร่างมาตรา 420 โดยผู้เขียนไม่พบว่ากรรมการร่างกฎหมายได้ให้คำจำกัดความหรืออธิบายคำว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดจึงทำให้ไม่พบเจตนารมณ์ของ

³²⁷ ศนันทกรณ์ โสดีพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรู้ได้, หน้า 102.

³²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 102.

³²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1719-1720/2499 โรงงานสีคลั่งและผลิตคลั่งบริสุทธิ์ ใช้น้ำเคมีละลายกับน้ำทำการล้างครั้งทั้งกลางวันและกลางคืน ส่งกลิ่นเหม็นอันเป็นอันตรายแก่อนามัย และทำให้ผู้อยู่บ้านใกล้เคียงเดือดร้อนรำคาญ เจ้าของโรงงานต้องรับผิดชอบละเมิดต่อผู้ที่ได้รับความเดือดร้อน

³³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3407/2535 จำเลยตอกเสาเข็มปลูกสร้างอาคารโรงแรม 16 ชั้น ทำให้โจทก์ทนทุกขเวทนาแสนสาหัส นอนไม่หลับเพราะหวิวหู ฝุ่นละอองจากการก่อสร้างทำให้บ้านเรือนสกปรก บ้านสิ้นสะเมื่อน หินและไม้ตกลงบนหลังคาบ้าน โจทก์ซึ่งอาจจะเกิดอันตรายต่อโจทก์และบริวารได้ ไม่ปรากฏว่าความทนทุกข์ทรมานสาหัสดังกล่าวเป็นอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจของโจทก์ แต่เป็นเรื่องเสียหายต่ออนามัยและสิทธิจะอยู่อย่างสงบไม่ถูกรบกวน โจทก์จึงมีสิทธิได้รับค่าเสียหายในส่วนนี้

³³¹ รายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โปรดดูหน้า 139.

³³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2816/2528 การที่โจทก์ได้รับความเศร้าโศกเสียใจ เนื่องจากได้รับโทรเลขที่จำเลยที่ 1 ปรุข้อความผิดเป็นว่าบุตรสาวโจทก์ถึงแก่ความตายแล้วนั้น ความโศกเศร้าเสียใจของโจทก์เป็นเพียงอารมณ์ที่เกิดขึ้นเมื่อทราบข่าวร้าย ไม่มีบทกฎหมายใดที่บัญญัติให้สิทธิโจทก์เรียกค่าเสียหายในเรื่องนี้ได้

³³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1742/2499 สามิไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดความว้าวุ่นเพราะสูญเสียภริยาผู้เคยปฏิบัติให้ชีวิตของสามิมีความสุขจากผู้ที่ทำให้ภริยาของตนถึงแก่ความตายเพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติ

³³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1742/2499 จำเลยฆ่าบุตรโจทก์ถึงแก่ความตาย ย่อมถือว่าจำเลยได้กระทำละเมิดต่อโจทก์ ทำให้โจทก์ขาดผู้อุปการะเลี้ยงดูไปโดยมิต้องคำนึงว่าในปัจจุบันบุตรที่ตายจะได้กำลังอุปการะเลี้ยงดูโจทก์ผู้เป็นมารดาอยู่หรือไม่ ส่วนค่าเสียหายจะเท่าใดศาลย่อมกำหนดให้ตามสมควร ส่วนค่าเสียหายเพื่อความวิบวักวิโยคโทมนัสนั้นเรียกไม่ได้เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องได้

ผู้ร่างกฎหมาย ทั้งนี้จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาคดีละเมิดพบว่าได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5118/2553 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 404/2555³³⁵ ให้ความหมายสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดไว้ว่าประโยชน์อันบุคคลมีอยู่และบุคคลอื่นต้องเคารพหรือได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้น ผลกระทบจากการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ได้แก่ การที่ทารกเกิดมามีร่างกายพิการ การที่ทารกและบิดามารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจ การสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาอันเป็นเหตุให้บิดามารดาต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการและค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารกที่พิการ ซึ่งจะถือว่าผลกระทบเหล่านี้เป็นความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย และสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่เป็นประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

³³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487 ในเรื่องหมิ่นประมาทเขาซึ่งหน้าอันเป็นความผิดฐานลหุโทษนั้น ถือว่าเป็นการทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งศาลค่านอนค่าเสียหายให้ตามควรแก่พฤติการณ์ตามมาตรา 438 โดยสิทธินั้นหมายถึง ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่และบุคคลอื่นต้องเคารพ หรือได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5118/2553 การที่จำเลยระบุในแผ่นพับโฆษณาโรงพยาบาลของจำเลยโดยระบุในช่องผู้ประกันตนที่รับได้ว่า โจรก์รับได้ 25,000 คน ช่องระยะเวลาเข้าร่วมโครงการประกันสังคมว่าโจรก์เพิ่งเริ่มเข้า ช่องขนาดโรงพยาบาลว่าโจรก์มีเตียง 150 เตียง ช่องประสบการณ์การบริหารงานโรงพยาบาลด้านโครงการประกันสังคมว่าโจรก์ไม่มีประสบการณ์เลย ซึ่งความเป็นจริงทางนำสืบของโจรก์ฟังได้ว่าโจรก์มีจำนวนผู้ประกันตนที่รับได้ 50,000 คน โจรก์มีเตียง 400 เตียง และโจรก์เข้าร่วมโครงการประกันสังคมตั้งแต่ปี 2535 โจรก์จึงมีประสบการณ์ตั้งแต่ปีที่เข้าร่วมโครงการเป็นต้นมา จึงเป็นการที่จำเลยเผยแพร่แผ่นพับโฆษณาไม่ตรงกับความจริงโดยมีเจตนาให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าโรงพยาบาลจำเลยมีศักยภาพดีกว่าโรงพยาบาลโจรก์ เป็นโรงพยาบาลที่ใหญ่กว่า มีประสบการณ์มากกว่า จึงเป็นการฝ่าฝืนต่อความจริงโดยใช้ข้อความอันเป็นเท็จหรือโอ้อวดเกินความจริงเป็นความผิดต่อพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ.2541 มาตรา 38 และเป็นการละเมิดต่อสิทธิของโจรก์ ซึ่งคำว่า สิทธิ หมายถึง ประโยชน์ของโจรก์ที่มีอยู่ และจำเลยหรือบุคคลอื่นต้องเคารพหรือได้รับการรับรองคุ้มครองตามกฎหมาย การกระทำของจำเลยเป็นการจงใจทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่สิทธิเป็นการทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และมาตรา 423; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 404/2555 ค่าเสียหายที่โจรก์มีสิทธิเรียกจากผู้กระทำละเมิดได้ตามกฎหมายเป็นความเสียหายดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 420 เท่านั้น โดยเฉพาะความเสียหายต่อสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น หมายถึง สิทธิที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้ได้ถูกทำให้เสียหาย และจำเลยจะต้องทำให้สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่โจรก์มีอยู่เสียหายไป การที่โจรก์ฟ้องจำเลยเป็นคดีอาญาในความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานแสดงว่าโจรก์มีความประสงค์ต้องการให้จำเลยได้รับโทษทางอาญา ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีอาญาและค่าจ้างว่าความของทนายความที่โจรก์จ่ายไปเกิดจากการใช้สิทธิของโจรก์ตามกฎหมาย จึงเป็นความเสียหายจากการใช้สิทธิไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดให้โจรก์เสียหายสิทธิหรือทำให้สิทธิของโจรก์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่หายไป ไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่โจรก์ที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนในเหตุละเมิดตามกฎหมายได้ ถือไม่ได้ว่าเป็นความเสียหายที่เกิดจากการทำละเมิดโดยตรง ส่วนค่าใช้จ่ายและค่าทนายความในการดำเนินคดีนี้เป็นค่าฤชาธรรมเนียมซึ่งศาลต้องสั่งลงในคำพิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 167 วรรคหนึ่งอยู่แล้ว โจรก์จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายดังกล่าว

5) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation)

องค์ประกอบความรับผิดชอบเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนั้น ในทางตำรากฎหมายไทยมักจะกำหนดให้เป็นองค์ประกอบประการสุดท้ายในการพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำถือเป็นการละเมิดต่อผู้เสียหายหรือไม่ และใช้ในการพิจารณากำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของผู้กระทำ โดยผู้กระทำจะมีความรับผิดชอบเมื่อความเสียหายมีความสัมพันธ์กับการกระทำของผู้กระทำ ซึ่งจากการศึกษาดังกล่าวก็พบว่า มีทฤษฎีที่ศาลในหลายๆประเทศมักนิยมนำมาปรับใช้ในการพิจารณาได้แก่

5.1) ทฤษฎีเงื่อนไขหรือทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ (Equivalence theory) กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบเมื่อความเสียหายเกิดจากการกระทำของตน ไม่ว่าจะความเสียหายนั้นจะสามารถคาดหมายได้หรือไม่ก็ตาม³³⁶ ซึ่งหากไม่มีการกระทำของผู้กระทำ ความเสียหายย่อมไม่เกิดขึ้น ดังนั้นความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำ และแม้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจเกิดจากเหตุหลายประการ ซึ่งหากขาดเหตุประการใดประการหนึ่ง ความเสียหายย่อมไม่เกิดขึ้น ก็ถือว่าเหตุทุกประการมีความสำคัญเท่ากันในการก่อให้เกิดความเสียหาย³³⁷ ถ้าเหตุหนึ่งผู้กระทำเป็นผู้ก่อ ผู้กระทำก็ย่อมมีความรับผิดชอบทางละเมิด โดยไม่ต้องคำนึงว่ายังมีเหตุอื่นที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นได้อีกหรือไม่ แต่ถ้าหากไม่มีการกระทำของผู้กระทำ ความเสียหายนั้นก็ยังไม่เกิดขึ้น ก็ต้องถือว่าความเสียหายนั้นไม่ใช่ผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำ ซึ่งทฤษฎีนี้มีข้อดี คือ ผู้เสียหายจะได้รับการชดเชยความเสียหายครอบคลุมความเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้น ส่วนข้อเสีย คือ ความรับผิดชอบมีขอบเขตที่กว้างมาก ทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบเกินกว่าการกระทำของตนและรับผิดชอบในความเสียหายที่ไม่มีใครสามารถคาดหมายได้

5.2) ทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสม (Adequacy theory) กล่าวคือ แม้จะมีการกระทำหลายการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่การกระทำใดที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบนั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ตามปกติหรือตามธรรมดาที่ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนั้นได้ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาว่าการกระทำมีความเหมาะสมหรือได้สัดส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนั้นหรือไม่ โดยพิจารณาตามความคิดของบุคคลที่มีเหตุผลหรือวิญญูชนว่าสามารถคาดเห็นได้หรือไม่ว่า

³³⁶ สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, การวิเคราะห์กฎหมายด้วยวิธีทางเศรษฐศาสตร์: การคิดค่าเสียหายในคดีละเมิด (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553), หน้า 4-3.

³³⁷ พจน์ ปุษชาคม, ละเมิด (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2530), หน้า 216.

การกระทำของผู้กระทำจะก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนั้นได้ (Foreseeable) ซึ่งทฤษฎีนี้มีข้อดี คือ ตรงกับหลักการวินิจฉัยความประมาทเลินเล่อซึ่งวินิจฉัยตามพฤติการณ์ที่บุคคลในฐานะผู้กระทำควร จะทราบ³³⁸ และผู้กระทำมีความรับผิดชอบอย่างจำกัดเฉพาะความเสียหายที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นได้ ส่วน ข้อเสีย คือ จำกัดความเสียหายที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบเกินไป กล่าวคือ ผู้กระทำรับผิดชอบเฉพาะ ความเสียหายที่คาดเห็นได้เท่านั้น ทำให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยความเสียหายไม่ครอบคลุมความเสียหายที่เกิดขึ้น

ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าหากพิจารณาเนื้อความตามบทบัญญัติมาตรา 420 จะ พบว่าผู้ร่างกฎหมายได้บัญญัติองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดข้อ 1) ถึงข้อ 4) ไว้ในบทบัญญัติ มาตรา 420 แต่ไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดเรื่องความสัมพันธ์ ระหว่างการกระทำและผลในบทบัญญัติมาตรา 420 แต่อย่างไรก็ตามการพิจารณาความสัมพันธ์ ระหว่างการกระทำและผลนั้นก็มีความสำคัญในกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของผู้กระทำ ซึ่งจากการ ค้นคว้าคำพิพากษาศาลฎีกาก็พบว่าได้ปรากฏว่ามีการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและ ผลครั้งแรกไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 131/2496³³⁹ โดยคดีดังกล่าวศาลฎีกาได้วางหลักในการ พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลว่าความเสียหายจะต้องเป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการ กระทำของผู้กระทำและจะต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุ ซึ่งปัจจุบันศาลฎีกาก็ยังคงพิจารณาความสัมพันธ์ ระหว่างการกระทำและผลว่าความเสียหายจะต้องเป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการกระทำของผู้กระทำ และจะต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุ³⁴⁰

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

³³⁸ วิชา มหาคุณ, หลักกฎหมายละเมิด ศึกษาจากคำพิพากษา, หน้า 37.

³³⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 131/2496 โจทก์คือ กรมรถไฟ ส่วนจำเลยที่ 1 คือ หลวงวิธานยন্ত্রกรม จำเลยที่ 2 คือ ธนาคารไทยพาณิชย์ คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า องค์การรถไฟสายแม่กลองได้เปิดบัญชีเงินฝากไว้กับจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นผู้จัดการ องค์การรถไฟสายแม่กลองได้มอบสมุดเช็คให้พนักงานบัญชีเป็นผู้รักษาและเป็นผู้กรอรายการในเช็คให้จำเลยที่ 1 เซ็นชื่อ ต่อมาสมุด เช็คถูกฉีกไปจากเล่ม 2 ฉบับ และมีผู้กรอรายการปลอมชื่อจำเลยที่ 1 ไปขึ้นเงินจากจำเลยที่ 2 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า โจทก์กล่าวอ้าง ว่าจำเลยที่ 1 ประมาทเลินเล่อไม่รักษาสมุดเช็คและตราออกบัญชีเบิกเงินไว้เองนั้น ข้ออ้างของโจทก์ห่างไกลกับเหตุความเสียหายใน เรื่องนี้ซึ่งเกิดจากการปลอมเช็ค กฎหมายจะดูแลแห่งการกระทำของบุคคลต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นผลธรรมดาหรือโดยตรงจากการ กระทำหรือเป็นผลอันใกล้ชิดกับเหตุ จริงอยู่ถ้าจำเลยที่ 1 ได้เก็บรักษาสมุดเช็คและตราออกบัญชีเบิกเงินไว้ด้วยตนเองอย่างรอบคอบก็ เป็นการป้องกันอย่างดี ผู้ร้ายหาโอกาสปลอมเช็คได้ยาก แต่นั่นเป็นความคิดของบุคคลหากฎหมายได้บัญญัติไว้ว่า ผู้มีหน้าที่เช่นจำเลย ที่ 1 จะต้องใช้ความระมัดระวังดังที่โจทก์ต้องการนั้นไม่ จำเลยที่ 1 จึงไม่ต้องรับผิด

³⁴⁰ ศนันท์กรณ โสติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรรได้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 92.

ทั้งนี้ ท่านอาจารย์วงษ์ วีรพงศ์ ได้อธิบายคำว่าผลโดยตรงก็คือ ความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นเป็นลำดับจากผลของการกระทำของผู้กระทำ³⁴¹ และได้ยกตัวอย่างไว้ว่าผู้กระทำยื่นอยู่ตรงระเบียงบ้านชั้นสองได้ทำสิ่งของตกลงไปถูกคนที่เดินอยู่บนฟุตบาทด้านล่างซึ่งกำลังถือกล่องกระดาษบรรจุดอกไม้เพลิงเป็นเหตุให้ดอกไม้เพลิงนั้นตกพื้นและระเบิดขึ้น ทำให้คนที่อยู่ใกล้เคียงได้รับอันตรายด้วย กรณีนี้ย่อมถือว่าความเสียหายที่เกิดจากสิ่งของตกลงถูกคนที่เดินอยู่ด้านล่างและความเสียหายที่เกิดจากการที่ดอกไม้เพลิงระเบิดเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำ ผู้กระทำจึงต้องรับผิดชอบทั้งต่อคนที่ถูกสิ่งของหล่นใส่และรับผิดชอบต่อคนใกล้เคียงที่ได้รับอันตรายจากดอกไม้เพลิงด้วย³⁴² ส่วนความเสียหายไม่ไกลเกินกว่าเหตุ นั้น ท่านอาจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมชได้อธิบายไว้ว่า “เมื่อมีเหตุการณ์เกิดขึ้นต่อเนื่องกันเป็นตอนๆ กฎหมายมีขีดค้นจำกัดว่าเมื่อจำเลยทำอะไรละเมิดก่อให้เกิดต้นเหตุแห่งอันตราย และมีเหตุการณ์มาทำให้เกิดความเสียหายสืบเนื่องกันไปดังนี้ ต้นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายในเบื้องต้นนั้นจะต้องมีเวลาสุดท้ายที่สิ้นสุดอำนาจลงเวลาหนึ่ง กล่าวคือ ช่องทางแห่งภัยที่จำเลยก่อให้เกิดขึ้นนั้นอาจจะเสื่อมสูญหมดสิ้นลงเมื่อตัวโจทก์ผู้เสียหายเองกลับเข้าสู่ฐานะอันปลอดภัยเป็นปกติ เมื่อสภาพเป็นเช่นนี้แล้วหากว่ามีเหตุการณ์อื่นที่ไม่ได้เกิดจากการกระทำหรือละเว้นของจำเลยโดยตรงมาทำให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ ต้องฟังว่าความเสียหายในชั้นหลังนี้เป็นความเสียหายที่ไกลต่อเหตุ³⁴³” เช่น ผู้เสียหายถูกตีศีรษะจนศีรษะแตกต้องเดินทางไปทำแผลที่โรงพยาบาล เมื่อทำแผลเสร็จแล้วปรากฏว่าผู้เสียหายถูกรถชนในขณะที่กำลังจะเดินข้ามถนน กรณีนี้ถือว่าเหตุการณ์ถูกตีศีรษะซึ่งเป็นเหตุการณ์แรกได้สิ้นสุดลงแล้วก่อนที่เหตุการณ์ถูกรถชนจะเกิดขึ้น ผู้กระทำจึงรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่ผู้เสียหายต้องศีรษะแตกเท่านั้น แต่ไม่ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่ผู้เสียหายถูกรถชนเนื่องจากเป็นความเสียหายที่ไกลเกินกว่าเหตุ เป็นต้น

ทั้งนี้ ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าผลกระทบจากการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครุฑมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดานั้นได้แก่ การที่ทารกต้องเกิดมาพร้อมกับความพิการทางร่างกาย การที่ทารกและบิดามารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจ การที่มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์อันเป็นเหตุให้บิดามารดาต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการและค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารกที่พิการซึ่งจะถือว่าผลกระทบเหล่านี้เป็นความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย และสิทธิอย่างหนึ่ง

³⁴¹ วงษ์ วีรพงศ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด, หน้า 337.

³⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 337.

³⁴³ พจน์ ปุชชาคม, ละเมิด, หน้า 231.

อย่างไรหรือไม่ นั่นจะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลประกอบด้วยซึ่งเป็นประเด็นที่ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

4.2.2 หลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๖๖๖/๒๕๖๑ ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า ความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาที่มีความจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงหลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อที่จะได้ทราบว่า จะสามารถนำหลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมาปรับใช้กับประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนทำการศึกษได้หรือไม่

ความรับผิดในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นจะเกิดขึ้นต่อเมื่อการกระทำของผู้กระทำครบองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดทุกประการดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติกฎหมายอันเป็นหลักทั่วไปเกี่ยวกับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไว้ในมาตรา 438 ดังนี้

“ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่งค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆอันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย”

จากบทบัญญัติมาตรา 438 ข้างต้น สามารถให้ความหมายของคำว่าค่าสินไหมทดแทนได้ว่าเป็นการชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งมีพื้นฐานแนวความคิดมาจากหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitutio in integrum)³⁴⁴ กล่าวคือ เป็นการทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนที่ความเสียหายจะเกิดขึ้น³⁴⁵ โดยการทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นสามารถทำได้หลายวิธี ได้แก่ การชดใช้ด้วยเงินหรือที่เรียกว่าค่าเสียหาย หรือการชดใช้ด้วยการคืนทรัพย์สินหรือการคืนราคาทรัพย์สินอันเป็นการชดใช้ในรูปแบบเฉพาะเจาะจง³⁴⁶

³⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 331.

³⁴⁵ วงษ์ วีรพงศ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด, หน้า 376.

³⁴⁶ ศนันทกรณ์ โสดีพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมีควรรได้, หน้า 331.

แต่อย่างไรก็ตามหากไม่สามารถทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้รวมทั้งกรณีที่ผู้เสียหายไม่สามารถนำสืบว่าตนได้รับความเสียหายเท่าใด กรณีนี้ศาลมีดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนได้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามมาตรา 438 วรรคแรก³⁴⁷ ซึ่งคำว่า สถานใด คือการกำหนดว่าจะให้ชดใช้โดยวิธีใด เช่น ชดใช้ด้วยเงิน ชดใช้ด้วยการกระทำ ชดใช้ด้วยทรัพย์สิน เป็นต้น และคำว่า เพียงใด คือการกำหนดว่าจะให้ชดใช้มากน้อยเท่าใด โดยศาลจะพิจารณาจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งการพิจารณาจากพฤติการณ์ก็คือพิจารณาข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่องอะไร เช่น เป็นการทำให้บาดเจ็บ เป็นการทำให้เสียหายต่ออนามัย เป็นต้น ส่วนความร้ายแรงแห่งละเมิดก็คือ พิจารณาว่าการกระทำนั้นเกิดจากความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือต่างฝ่ายต่างประมาทเลินเล่อ³⁴⁸ ซึ่งในกรณีนี้ศาลมักจะกำหนดให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นเงินจำนวนหนึ่งให้แก่ผู้เสียหาย³⁴⁹

ทั้งนี้ กฎหมายก็ได้กำหนดประเภทค่าสินไหมทดแทนไว้ในมาตรา 439 ถึงมาตรา 447 โดยสามารถแยกพิจารณาได้เป็นค่าสินไหมทดแทนต่อชีวิต ค่าสินไหมทดแทนต่อร่างกายหรืออนามัย

³⁴⁷ หลักในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนนั้นต้องกำหนดให้เพียงพอที่จะทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพที่เสมือนว่าไม่มีการทำละเมิดเกิดขึ้น ซึ่งหากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายจริง และโจทก์สามารถพิสูจน์ค่าเสียหายที่แน่นอนได้ ศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายให้ตามจริง แต่หากโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์มูลค่าของความเสียหายได้ เช่น ความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน หรือยากต่อการคำนวณออกมาเป็นจำนวนเงินที่แน่นอน ศาลจะกำหนดค่าเสียหายตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด (โปรดดู พะณมมล ไพรภิมุข, "การใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาและค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด," เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 10 หน้า 19.)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6840/2538 โจทก์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินโฉนดที่ 2493 จำเลยที่ 1 เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินโฉนดที่ 2494 จำเลยที่ 2 เป็นพนักงานรังวัดที่ดิน และจำเลยที่ 3 เป็นหัวหน้าหมวดรังวัดที่ดิน ขณะเกิดเหตุจำเลยที่ 2 และที่ 3 เป็นข้าราชการได้บังคับบัญชาของจำเลยที่ 4 สำนักงานที่ดินกรุงเทพมหานคร จำเลยที่ 1 ได้ยื่นคำขอรังวัดสอบเขตที่ดินโฉนดที่ 2494 ต่อสำนักงานเขตที่ดิน โดยมีจำเลยที่ 2 ไปทำการรังวัดสอบเขตที่ดินของจำเลยที่ 1 ซึ่งอยู่ติดกับที่ดินโฉนดที่ 2493 ของโจทก์ จำเลยที่ 2 ได้ทำการปักหลักเขตรุกล้ำเข้ามาในที่ดินของโจทก์เป็นเนื้อที่จำนวน 14 ไร่ 2 งาน 14 ตารางวา และต่อมาจำเลยที่ 3 ก็ได้เสนอเรื่องการรังวัดสอบเขตที่ดินไปยังเจ้าพนักงานที่ดินเพื่อแก้ไขรูปแผนที่และเนื้อที่ดิน จนกระทั่งเนื้อที่ดินตามโฉนดที่ 2494 ของจำเลยที่ 1 มีเนื้อที่เพิ่มขึ้นเป็น 42 ไร่ 3 งาน 93 ตารางวา โจทก์ได้ขออายัดและเพิกถอนการจดทะเบียนรังวัดสอบเขตที่ดิน แต่เจ้าพนักงานที่ดินให้โจทก์ไปดำเนินการทางศาล และโจทก์ได้ขอให้จำเลยที่ 1 เพิกถอนการรังวัดสอบเขตที่ดินหรือให้ใช้ราคาแทนแต่จำเลยที่ 1 เพิกเฉย ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ศาลชั้นต้นได้พิพากษาให้จำเลยที่ 1 และที่ 4 เพิกถอนการจดทะเบียนแก้ไขเนื้อที่และรูปแผนที่ของเจ้าพนักงานที่ดินในโฉนดที่ 2494 ของจำเลยที่ 1 และให้จำเลยที่ 1 และบริวารออกไปจากที่ดินในส่วนที่ถูกล้ำเข้ามาในโฉนดที่ดินที่ 2493 ของโจทก์เป็นจำนวนเนื้อที่ 14 ไร่ 2 งาน 14 ตารางวา หากการเพิกถอนดังกล่าวไม่อาจทำให้โจทก์กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ก็ให้จำเลยที่ 1 ใช้ราคาที่ดินแทนโดยตีราคาในส่วนที่ไม่อาจใช้คืนราคาตารางวาละ 1,500 บาทพร้อมดอกเบี้ยร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่วันฟ้องจนกว่าจะใช้เงินครบถ้วน ซึ่งต่อมาศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาได้พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น

³⁴⁸ ศนันทกรณ โสดีพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้, หน้า 335.

³⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 337.

ค่าสินไหมทดแทนต่อทรัพย์สิน ค่าสินไหมทดแทนต่อเสรีภาพ และค่าสินไหมทดแทนต่อชื่อเสียง ส่วนค่าสินไหมทดแทนต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดนั้นไม่มีการบัญญัติกฎหมายไว้โดยเฉพาะ การพิจารณาค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดจึงต้องพิจารณาตามมาตรา 438 ซึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นผลกระทบจากการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ได้แก่ การที่ทารกเกิดมามีร่างกายพิการ การที่ทารกและบิดามารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจ และการที่มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์อันเป็นเหตุให้บิดามารดาต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการและค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับความเสียหายต่อร่างกาย ความเสียหายต่ออนามัย และความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ผู้เขียนจึงขอพิจารณาค่าสินไหมทดแทนต่อร่างกายหรืออนามัย และค่าสินไหมทดแทนต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้

1) ค่าสินไหมทดแทนต่อร่างกายหรืออนามัยนั้น สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประเภท คือ

1.1) ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (Pecuniary loss) คือ ค่าสินไหมทดแทนต่อร่างกายหรืออนามัยที่สามารถคำนวณเป็นตัวเงินได้ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 444 ดังนี้

“ในกรณีที่ทำให้เสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยนั้น ผู้ต้องเสียหายชอบที่จะได้ชดใช้ค่าใช้จ่ายอันตนต้องเสียไป และค่าเสียหายเพื่อการที่เสียความสามารถประกอบการงานสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วน ทั้งในเวลาปัจจุบันและในเวลาอนาคตด้วย

ถ้าในเวลาพิพาทคดี เป็นพันวิสัยที่จะหยั่งรู้ได้แน่ว่าความเสียหายนั้นได้มีแท้จริงเพียงใด ศาลจะกล่าวในคำพิพากษาว่ายังสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะแก้ไขคำพิพากษานั้นอีกภายในระยะเวลาไม่เกินสองปี”

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงินได้แก่ ค่ารักษาพยาบาล ค่าเดินทางไปรักษาพยาบาลที่ต่างประเทศ ค่าจ้างพยาบาลเข้าใช้รวมทั้งค่าเสียหายเพื่อการที่เสียความสามารถประกอบการงานสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วน ซึ่งในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนนั้นผู้เสียหายมักจะนำหลักฐานการชำระเงินมานำสืบต่อศาลซึ่งศาลก็มักจะ

กำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ตามหลักฐานการชำระเงินที่ผู้เสียหายนำสืบ³⁵⁰ แต่หากผู้เสียหายไม่นำสืบ หรือนำสืบไม่ได้ว่าเสียค่าใช้จ่ายไปเท่าใด รวมถึงกรณีที่เป็นค่าใช้จ่ายในอนาคต ศาลก็จะกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามบทบัญญัติมาตรา 438 วรรคแรก³⁵¹

1.2) ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ (Non-pecuniary loss) ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวนี้ผู้เสียหายมีสิทธิจะได้รับก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเท่านั้นซึ่งก็ได้แก่กรณีที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อร่างกายหรืออนามัย ความเสียหายต่อเสรีภาพ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 ดังนี้

“ในกรณีที่ทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีที่ทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้เสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้ สิทธิเรียกร้องนี้ไม่โอนกันได้ และไม่ตกสืบไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้โดยสัญญาหรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว

อนึ่งหญิงที่ต้องเสียหายเพราะผู้ใดทำผิดอาญาเป็นทุรศีลธรรมแก่ตนก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องทำนองเดียวกันนี้”

ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจนั้น ได้แก่ ค่าเสื่อมสุขภาพหรือสมรรถภาพทางร่างกาย ค่าความทุกข์ทรมานเจ็บปวดทางร่างกายที่ถูกทำละเมิดจนพิการ ค่าทนทุกข์เวทนาเพราะทุพพลภาพ ค่าเสียบุคลิกภาพ ค่าสูญเสียความงาม ค่าเสียสมรรถภาพในการมองเห็น เป็นต้น แต่ไม่รวมถึงค่าเสียหายที่ต้องประสบกับความรู้สึกเศร้าโศก

³⁵⁰ สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, การวิเคราะห์กฎหมายด้วยวิธีทางเศรษฐศาสตร์: การคิดค่าเสียหายในคดีละเมิด, หน้า 5-6.

³⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 909/2497 ค่าเสียหายฐานละเมิดนั้นเมื่อโจทก์นำสืบไม่ได้ว่าเสียหายเท่าใดก็เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจศาลที่จะใช้ดุลพินิจกำหนดให้ตามที่เห็นสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1361-1372/2529 เมื่อโจทก์นำสืบให้ปรากฏแล้วว่ามี ความเสียหายเกิดขึ้นแก่โจทก์ แม้โจทก์จะไม่นำสืบหรือนำสืบไม่ได้ว่าค่าเสียหายเป็นจำนวนเท่าใด ศาลก็อาจกำหนดให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1418/2534 การที่จำเลยขับรถยนต์ทับขาโจทก์เป็นเหตุให้แพทย์ต้องทำการผ่าตัดขาข้างซ้ายตั้งแต่เข้าออกและใส่ขาเทียมให้โจทก์ แม้โจทก์จะไม่มีใบเสร็จรับเงินมาแสดงว่าได้เสียค่ารักษาพยาบาลไปจำนวนเท่าใด ศาลก็กำหนดให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรคแรก

หรือเสียใจ โดยการกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจนั้น ศาลจะกำหนดตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด³⁵²

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาคำพิพากษาที่ทากรเกิดมามีร่างกายพิการและการที่บิดามารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจอันเป็นผลกระทบจากการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ทากรที่พิการและบิดามารดาจะมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายต่อร่างกายหรืออนามัยเพื่อนำมาเยียวยาความพิการทางร่างกายของทารกและความทุกข์ทรมานทางจิตใจของบิดามารดาหรือไม่นั้นมีประเด็นที่จะต้องทำการพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายและอนามัยของทารกและบิดามารดาหรือไม่ และการกระทำของแพทย์ครบองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดหรือไม่ซึ่งเป็นประเด็นที่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

2) ค่าสินไหมทดแทนต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

สำหรับค่าสินไหมทดแทนต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดนั้น ในการคำนวณค่าสินไหมทดแทนประเภทนี้จะพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 438³⁵³ กล่าวคือ หากสิทธิที่ถูกทำให้เสียหายสามารถทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ผู้กระทำก็มีหน้าที่จะต้องทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่หากเป็นกรณีที่ไม่สามารถทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ศาลก็จะกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ทั้งนี้ บทบัญญัติมาตรา 446 มิได้บัญญัติให้ผู้ได้รับความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ ดังนั้นในกรณีที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ผู้เสียหายจึงมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาคำพิพากษาที่ทากรเกิดมามีร่างกายพิการและการที่มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์อันเป็นเหตุให้บิดามารดาต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่

³⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1936/2517 คำเสื่อมสุขภาพอนามัยที่โจทก์เรียกร้องให้จำเลยชดใช้ฐานละเมิด ทำให้โจทก์เสียหายแก่ร่างกายและอนามัยนั้นเป็นค่าทดแทนความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 ซึ่งศาลย่อมกำหนดให้ตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5751/2544 ความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 หมายความว่า ความเสียหายอันไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ แต่ความเสียหายเช่นว่านี้ต้องเป็นผลสืบเนื่องมาจากการกระทำละเมิด ความเสียหายที่มีใช้ตัวเงิน เช่น ความเจ็บปวดทรมานทุกขเวทนานาระหว่างการรักษาพยาบาลหรือต้องทุพพลภาพพิการต่อไป ความเสียหายเช่นว่านี้กฎหมายให้ศาลมีอำนาจกำหนดให้ตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

³⁵³ ศนันทกรณ โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรได้, หน้า 345.

พิการและค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารกที่พิการนั้น ทารกที่พิการและบิดามารดาจะมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อนำมาเยียวยาความพิการทางร่างกายของทารกหรือไม่ ก็จะต้องพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิใดของทารกและบิดามารดาหรือไม่ และการกระทำของแพทย์ครบองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดหรือไม่ซึ่งเป็นประเด็นที่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

4.3 คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาคำพิพากษาที่แพทยศาสตราจารย์วินิจฉัยกรณีมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แพทย์จะมีความรับผิดทางละเมิดต่อทารกและบิดามารดาหรือไม่นั้นได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิด ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โจทก์ที่ 1 เป็นมารดาของโจทก์ที่ 2 ซึ่งในขณะที่เกิดเหตุ โจทก์ที่ 2 เป็นทารกในครรภ์ของโจทก์ที่ 1 ส่วนจำเลยที่ 1 เป็นโรงพยาบาล จำเลยที่ 2 เป็นสูติแพทย์ แพทย์ และจำเลยที่ 3 เป็นแพทย์ผู้ทำการตรวจอัลตราซาวด์

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2549 โจทก์ที่ 1 ได้ฝากครรภ์กับจำเลยที่ 1 ซึ่งในขณะนั้นโจทก์ที่ 1 มีอายุครรภ์ประมาณ 6 สัปดาห์ โดยจำเลยที่ 2 รับโจทก์ที่ 1 เข้าเป็นคนไข้ ซึ่งต่อมาเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2549 โจทก์ที่ 1 มีอายุครรภ์ 17-18 สัปดาห์ จำเลยที่ 2 ได้ส่งโจทก์ที่ 1 เข้ารับการตรวจอัลตราซาวด์กับจำเลยที่ 3 โดยจำเลยที่ 3 ได้ทำการตรวจและได้แจ้งกับโจทก์ที่ 1 ว่า โจทก์ที่ 2 ซึ่งเป็นทารกในครรภ์โจทก์ที่ 1 มีร่างกายสมบูรณ์ดีทุกประการ หลังจากนั้นโจทก์ที่ 1 ก็ได้เข้าพบกับจำเลยที่ 2 อีกครั้ง โดยจำเลยที่ 2 เห็นภาพบนจอคอมพิวเตอร์และได้แจ้งกับโจทก์ที่ 1 ว่า โจทก์ที่ 2 มีร่างกายสมบูรณ์ดีทุกประการและเป็นเพศชาย ซึ่งในการตรวจอัลตราซาวด์ดังกล่าวจำเลยที่ 2 และที่ 3 มิได้แจ้งวัตถุประสงค์และระดับในการตรวจอัลตราซาวด์ ทั้งมิได้แจ้งว่าเป็นการตรวจอะไรบ้าง โดยจำเลยที่ 2 และที่ 3 ได้อ้างว่าจากการสอบถามข้อมูลการตั้งครรภ์ครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 ของโจทก์ที่ 1 ไม่พบว่าการตั้งครรภ์ของโจทก์ที่ 1 ทั้งสองครั้งก่อนทารกมีความพิการแต่กำเนิดหรือมีความผิดปกติหรือเคยแท้งบุตรและไม่พบประวัติของบุคคลในครอบครัวโจทก์ที่ 1 ว่าเคยมีประวัติความพิการแต่กำเนิด จำเลยที่ 3 จึงทำการตรวจอัลตราซาวด์ในระดับที่ 1 ซึ่งเป็นการตรวจคัดกรองทั่วไปเท่านั้นมิได้ตรวจหาความพิการของโจทก์ที่ 2 แต่อย่างใด แต่เมื่อจำเลยที่ 2 ได้ผ่าตัดทำคลอดให้แก่โจทก์ที่ 1 เมื่อวันที่ 30 กันยายน 2549 กลับพบว่าโจทก์ที่ 2 มีความพิการทางร่างกายอย่างรุนแรงโดยมีแขนซ้ายเพียงข้างเดียว แขนขวามีช่วงแขนเหนือข้อศอก ขาขวาไม่มีและขาซ้ายไม่สมบูรณ์

เมื่อโจทก์ที่ 1 เห็นโจทก์ที่ 2 มีร่างกายพิการอย่างรุนแรง โจทก์ที่ 1 เอาแต่ร้องไห้และพูดซ้ำๆว่าเป็นความผิดของตนจนแพทย์ต้องให้ยาระงับประสาทแก่โจทก์ที่ 1 โจทก์ทั้งสองจึงได้ฟ้องร้องดำเนินคดีให้จำเลยทั้งสองร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ทั้งสอง โดยเป็นค่าสินไหมทดแทนจากการที่โจทก์ที่ 1 และที่ 2 บิดามารดาของโจทก์ที่ 1 และสามีของโจทก์ที่ 1 ได้รับความทรมาณทางจิตใจไปตลอดชีวิต และค่าขาดรายได้ของโจทก์ที่ 1 อันเนื่องมาจากต้องลาออกจากงานเพื่อมาดูแลโจทก์ที่ 2 และค่าจ้างบุคคลอื่นในการดูแลโจทก์ที่ 2 และค่ารักษาพยาบาลโจทก์ที่ 2 เป็นเงินจำนวน 390,966,293 บาท

ศาลจังหวัดพระโขนง (หมายเลขคดีแดงที่ 4181/2552) ได้พิพากษาให้จำเลยทั้งสองร่วมกันรับผิดชอบต่อโจทก์ทั้งสองตามหลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent)³⁵⁴ และถือว่าการกระทำของจำเลยที่ 2 และที่ 3 นั้นเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ โดยศาลจังหวัดพระโขนงได้ให้เหตุผลว่า ตามที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยที่ 2 และที่ 3 มิได้แจ้งให้โจทก์ที่ 1 ทราบถึงวัตถุประสงค์และระดับในการตรวจอัลตราซาวด์ อีกทั้งมิได้แจ้งว่าเป็นการตรวจอะไรบ้าง จึงทำให้โจทก์ที่ 1 ไม่ทราบว่า การตรวจอัลตราซาวด์ครั้งนั้นเป็นการตรวจอัลตราซาวด์ในระดับที่ 1 ซึ่งเป็นการตรวจคัดกรองทั่วไปไม่ได้ตรวจหาความพิการทางร่างกายของโจทก์ที่ 2 ซึ่งหากจำเลยที่ 2 และที่ 3 ได้แจ้งให้โจทก์ที่ 1 ทราบ โจทก์ที่ 1 ย่อมมีโอกาสเลือกจะทำอย่างไรต่อไป ดังนั้นจึงถือว่าการตรวจอัลตราซาวด์ครั้งนั้นไม่ได้รับความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวจากโจทก์ที่ 1 เมื่อจำเลยที่ 2 และที่ 3 ไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการบอกกล่าวตามหลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว จึงถือว่าจำเลยที่ 2 และที่ 3 ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องระมัดระวัง จำเลยที่ 2 และที่ 3 จึงต้องรับผิดชอบในเรื่องของความประมาทเลินเล่อ ด้วยเหตุนี้จึงเป็นผลโดยตรงทำให้โจทก์ที่ 1 ให้กำเนิดโจทก์ที่ 2 ในลักษณะที่มีความพิการเปรียบได้กับทุพพลภาพอันเกิดจากแพทย์ทำ (Latrogenic Disease) จำเลยที่ 2 และที่ 3 จึงกระทำละเมิดต่อโจทก์ทั้งสอง ศาลจังหวัดพระโขนงจึงได้พิพากษาให้จำเลยทั้งสองร่วมกันรับผิดชอบในความเสียหายจากการได้รับความทุกข์ทรมาณทางจิตใจให้แก่โจทก์ที่ 1 และที่ 2 คนละ 1,000,000 บาท ค่าขาดรายได้จากการทำงานของโจทก์ที่ 1 จำนวน 1,000,000 บาท ค่าจ้างบุคคลอื่นในการดูแล

³⁵⁴ ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) หมายถึง การที่แพทย์ซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม จะต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนที่จะกระทำการใดๆต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย โดยจะต้องมีการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการวินิจฉัย หรือการรักษาให้ผู้ป่วยทราบ และเปิดโอกาสให้ผู้ป่วยตัดสินใจว่าจะเข้ารับการรักษาหรือรักษานั้นหรือไม่ (โปรดดู: ศักดา สติระเรื่องชัย, "ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติทั่วไป," เวชบันทึกศิริราช 2(กรกฎาคม-ธันวาคม 2556): 94.)

โจทก์ที่ 2 จำนวน 3,000,000 บาท ค่ากายอุปกรณ์แขนขาและค่ารักษาโจทก์ที่ 2 จำนวน 5,000,000 บาท ค่ารักษากระดูกของโจทก์ที่ 2 จำนวน 1,000,000 บาท รวมเป็นจำนวนเงิน 12,000,000 บาท

ต่อมาโจทก์ทั้งสองและจำเลยทั้งสามได้อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ โดยศาลอุทธรณ์ (หมายเลขแดงที่ 6986/2556) ได้วินิจฉัยในส่วนของกรกระทำของจำเลยที่ 2 และที่ 3 ว่าการตรวจวินิจฉัยครรภ์ของจำเลยที่ 2 และที่ 3 นั้นเป็นการไม่ใช้ความระมัดระวังในการตรวจอัลตราซาวด์ให้เป็นไปตามมาตรฐานที่แพทย์ทั่วไปหรือวิญญูชนผู้เป็นแพทย์ปฏิบัติ จึงถือว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ โดยศาลอุทธรณ์ได้ให้เหตุผลว่าการตรวจอัลตราซาวด์โดยจำเลยที่ 3 ในขณะที่โจทก์ที่ 1 มีอายุครรภ์ 17-18 สัปดาห์ จำเลยที่ 3 ย่อมสามารถตรวจพบความผิดปกติของอวัยวะทารกโดยเฉพาะแขนและขาตามที่พยานของจำเลยได้เบิกความ หากจำเลยที่ 3 ได้ใช้ความระมัดระวังและละเอียดรอบคอบตามวิสัยของบุคคลผู้มีวิชาชีพแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยย่อมจะต้องพบเห็นความผิดปกติหรือความพิการของอวัยวะโจทก์ที่ 2 โดยเฉพาะแขนและขาอันเป็นอวัยวะส่วนสำคัญของร่างกายที่สามารถเห็นได้ชัดเจนกว่าอวัยวะส่วนอื่นอย่างอวัยวะเพศ การกระทำของจำเลยที่ 3 จึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ส่วนจำเลยที่ 2 นั้นได้รับผลการตรวจและภาพถ่ายอัลตราซาวด์จากจำเลยที่ 3 โดยไม่ได้ตรวจสอบให้ละเอียดถึงความไม่สมบูรณ์ของร่างกายโจทก์ที่ 2 หากจำเลยที่ 2 มีข้อสงสัยหรือเห็นว่าเป็นครรภ์ที่มีความเสี่ยงสูงเนื่องจากเป็นครรภ์ที่ 3 และเคยผ่าตัดคลอดบุตรมาแล้วก็ควรแนะนำโจทก์ที่ 1 ตรวจอัลตราซาวด์ซ้ำอีกครั้ง เพราะหากตรวจพบความผิดปกติของร่างกายโจทก์ที่ 2 ก็สามารถแจ้งให้โจทก์ที่ 1 ทราบเสียแต่เนิ่นๆ เพื่อโจทก์ที่ 1 จะได้ตัดสินใจว่าจะดำเนินการอย่างไรต่อไปตามที่เห็นสมควร แต่จำเลยที่ 2 ก็หากกระทำไม่กลับปล่อยเวลาให้ล่วงเลยไปจนกระทั่งถึงวันคลอด โดยโจทก์ที่ 1 ในฐานะผู้ป่วยไม่มีโอกาสทราบข้อเท็จจริงดังกล่าวเลย การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ แม้ทางนำสืบของโจทก์ทั้งสองจะได้ความว่าความพิการของโจทก์ที่ 2 ไม่ได้เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลยที่ 2 และที่ 3 แต่เกิดจากธรรมชาติตามที่จำเลยทั้งสามกล่าวอ้างก็ตาม แต่จำเลยที่ 2 และที่ 3 ในฐานะผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์จะต้องใช้ความระมัดระวังในการตรวจรักษาให้เป็นไปตามมาตรฐานที่ควรจะเป็น การตรวจไม่พบความผิดปกติทางร่างกายของโจทก์ที่ 2 ดังกล่าวจึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

ส่วนประเด็นเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นกับโจทก์ทั้งสองและค่าสินไหมทดแทนนั้น ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยที่ 2 และที่ 3 ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจซึ่งถือเป็นความเสียหายต่ออนามัยของโจทก์ที่ 1 โดยความเสียหายดังกล่าวเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลยที่ 2 และที่ 3 โจทก์ที่ 1 จึงมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนที่ไม่เป็นตัวแทนหรือค่าเสียหายทางจิตใจ แต่ใน

ส่วนของโจทก์ที่ 2 นั้น ความพิการทางร่างกายของโจทก์ที่ 2 มิได้เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลยที่ 2 และที่ 3 ศาลอุทธรณ์จึงได้ยกฟ้องในส่วนของโจทก์ที่ 2 โดยศาลอุทธรณ์ได้ให้เหตุผลว่า ในส่วนของโจทก์ที่ 1 นั้น หากจำเลยที่ 2 และที่ 3 ไม่กระทำละเมิดแล้ว โจทก์ที่ 1 ก็ควรได้รู้สภาพความพิการของทารกในครรภ์ก่อนคลอดอันเป็นโอกาสของโจทก์ที่ 1 ที่จะขอรับคำปรึกษาจากแพทย์อื่น หาข้อมูลทางเลือกจากแหล่งความรู้ต่างๆ และดำเนินการเท่าที่มารดาจะทำเพื่อบุตรของตนได้ ซึ่งจะได้เตรียมความพร้อมทางจิตใจและลดทอนความทรมานทางจิตใจ โดยความทรมานทางจิตใจของโจทก์ที่ 1 ส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากการกระทำละเมิด โจทก์ที่ 1 จึงสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 วรรคหนึ่งได้ ส่วนค่าเสียหายที่โจทก์ที่ 2 ได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจเพราะไม่สามารถอยู่ในสังคมได้ตามปกติ ค่าขาดรายได้จากการทำงานของโจทก์ที่ 1 ค่าจ้างพี่เลี้ยงเพื่อดูแลโจทก์ที่ 2 ค่ากายอุปกรณ์แขนและขา ค่ารักษาพยาบาลและค่ารักษากระดูกของโจทก์ที่ 2 นั้น เป็นค่าเสียหายจากความพิการของโจทก์ที่ 2 ซึ่งมีใช้ผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดของจำเลยที่ 2 และที่ 3 อีกทั้งเป็นค่าเสียหายที่ไกลเกินกว่าเหตุ ศาลอุทธรณ์จึงได้มีคำพิพากษาให้จำเลยทั้งสองร่วมกันชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ที่ 1 จำนวน 1,000,000 บาท และยกฟ้องในส่วนของโจทก์ที่ 2

ต่อมาโจทก์ทั้งสองและจำเลยทั้งสามได้ยื่นฎีกาต่อศาลฎีกา โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยในส่วนของ การกระทำของจำเลยที่ 2 และที่ 3 ว่าการตรวจวินิจฉัยครรภ์ของจำเลยที่ 2 และที่ 3 นั้นไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่แพทย์ทั่วไปหรือวิญญูชนผู้เป็นแพทย์ปฏิบัติ จึงถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท เลินเล่อซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่ออนามัยของโจทก์ที่ 1 โดยศาลฎีกาได้พิพากษาในส่วนของโจทก์ที่ 1 ยืนตามศาลอุทธรณ์ ทั้งนี้ในการวินิจฉัยของศาลฎีกานั้น ศาลฎีกาได้พิจารณาคำเบิกความของจำเลยที่ 3 ที่ได้เบิกความว่าการตรวจอัลตราซาวด์ครรภ์โจทก์ที่ 1 เป็นการตรวจในระดับที่ 1 ซึ่งเป็นการตรวจอัลตราซาวด์ในลักษณะคัดกรองทั่วไปไม่สามารถตรวจพบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์ได้นั้นขัดแย้งกับบันทึกรายงานการประชุมคณะกรรมการแพทย์สภาซึ่งเป็นพยานเอกสารของจำเลยเอง โดยเอกสารดังกล่าวระบุว่า “การตรวจอัลตราซาวด์ในหญิงตั้งครรภ์เพื่อหาความผิดปกติของทารกในครรภ์สามารถแบ่งได้เป็น 3 ระดับ.. และการตรวจในระดับที่ 1 เป็นการตรวจคัดกรองอย่างง่ายโดยแพทย์ที่มีความรู้ทางอัลตราซาวด์ทั่วไปสามารถตรวจได้ กล่าวคือ ดูจำนวนทารก การมีชีวิตของทารก การประมาณอายุครรภ์ ปริมาณน้ำคร่ำ ส่วนนำของทารก ตำแหน่งรก และความพิการบางอย่างที่สามารถเห็นได้ง่าย” ประกอบกับจำเลยที่ 3 เบิกความตอบทนายโจทก์ถามค้านว่าอวัยวะต่างๆของทารกในช่วงครรภ์อายุ 17 สัปดาห์น่าจะครบทุกส่วนแล้ว และอวัยวะเพศชายของทารก

เมื่อเปรียบเทียบกับแขนและขาโดยปกติย่อมเล็กกว่ามาก จำเลยที่ 3 ก็ยังสามารถพบเห็นได้ ดังนั้น แขนและขาทั้งสองข้างของทารกจึงเป็นอวัยวะส่วนที่สามารถตรวจพบได้ง่ายหากจำเลยที่ 3 ได้ใช้ ความระมัดระวังอย่างเพียงพอตามวิสัยของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในการตรวจครรภ์โจทก์ที่ 1 ด้วย เครื่องอัลตราซาวด์ก็เชื่อว่าจะพบความพิการอย่างรุนแรงของส่วนขาและแขนของโจทก์ที่ 2 ในขณะที่ ยังเป็นทารกในครรภ์โจทก์ที่ 1 นอกจากนี้โจทก์ที่ 1 ซึ่งเป็นผู้ป่วยที่ขอรับการตรวจรักษาพยาบาลจาก จำเลยทั้งสามย่อมมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลที่เป็นจริงและเพียงพอเกี่ยวกับการตรวจ การรักษา ผลดี และผลเสียจากการตรวจ การรักษาจากจำเลยทั้งสามซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพด้วยภาษาที่ ผู้ป่วยเข้าใจง่ายเพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเลือกตัดสินใจในการยินยอมหรือไม่ยินยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพ ด้านสุขภาพปฏิบัติต่อตน หากจำเลยที่ 3 ไม่สามารถมองเห็นความผิดปกติหรือความพิการของทารก ในครรภ์ก็มีหน้าที่ต้องแจ้งผลการตรวจให้โจทก์ที่ 1 ทราบด้วยว่ายังไม่สามารถตรวจพบความพิการใน ส่วนแขนและขาของทารกได้เพราะยังมองไม่เห็นครบถ้วนและควรที่จะทำการตรวจซ้ำเพื่อให้ได้ความ แน่ชัดว่าทารกในครรภ์มีสภาพร่างกายสมบูรณ์หรือไม่ การที่จำเลยที่ 3 ได้แจ้งให้โจทก์ที่ 1 ทราบว่า ทารกในครรภ์มีร่างกายสมบูรณ์ ทั้งที่สภาพร่างกายของทารกมีความพิการอย่างรุนแรง ย่อมทำให้ โจทก์ที่ 1 เข้าใจผิดและคาดว่าทารกในครรภ์มีสภาพร่างกายปกติเช่นคนทั่วไป จึงไม่ขอตรวจครรภ์ซ้ำ ทำให้โจทก์ที่ 1 เสียโอกาสในการตัดสินใจว่าจะหาทางแก้ไข เยียวยา หรือดำเนินการกับโจทก์ที่ 2 และหากโจทก์ที่ 1 ทราบข้อมูลที่ถูกต้องจากจำเลยที่ 3 ตั้งแต่แรกและทราบความพิการของทารกที่ไม่ อาจแก้ไขได้ โจทก์ที่ 1 ย่อมมีโอกาสดูแลเตรียมใจยอมรับกับเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นก่อนการคลอดโจทก์ที่ 2 ซึ่งจะเป็นผลดีต่อสภาพจิตใจมากกว่าที่จะรู้ถึงความพิการโดยกะทันหันอันเป็นเหตุให้เกิดความ กระทกกระเทือนต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรง จึงถือว่าโจทก์ที่ 1 ได้รับความเสียหายแก่นามันย การที่ จำเลยที่ 2 และที่ 3 ร่วมกันตรวจวินิจฉัยครรภ์ไม่พบความพิการและไม่ได้แจ้งให้โจทก์ที่ 1 ทราบ ข้อมูลที่ถูกต้อง จึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ทำให้โจทก์ที่ 1 ได้รับความเสียหายแก่นามันย โดยเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดแล้ว ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษากำหนดค่า สินไหมทดแทนในส่วนนี้เป็นเงินจำนวน 1,000,000 บาทนั้นเหมาะสมแล้ว

นอกจากนี้ในส่วน of ค่าสินไหมทดแทนที่โจทก์ที่ 1 เรียกร้องอันได้แก่ค่าขาดรายได้ของโจทก์ที่ 1 ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลโจทก์ที่ 2 ค่าอุปกรณ์และอวัยวะเทียมของโจทก์ที่ 2 และค่าใช้จ่ายใน การจ้างบุคคลอื่นมาดูแลโจทก์ที่ 2 นั้น ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าแม้ทางพิจารณาจะเห็นว่าหากมีการ ตรวจพบความพิการของทารกในครรภ์ หนทางที่เป็นไปได้คือการยุติการตั้งครรภ์ แต่โจทก์ที่ 1 ก็ได้ นำสืบให้เห็นว่าหากจำเลยที่ 3 ตรวจพบความพิการของโจทก์ที่ 2 ในขณะที่อยู่ในครรภ์จะมีผลกระทบ

ต่อจิตใจของโจทก์ที่ 1 ถึงขนาดที่มีความเครียดอย่างรุนแรงอันเข้าเงื่อนไขที่แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5 (2) วรรคสอง³⁵⁵หรือไม่ และการแก้ไขปัญหโดยยุติการตั้งครรภนั้นเป็นเพียงการคาดคะเนของโจทก์ที่ 1 ซึ่งไม่ว่าจะกระทำได้หรือไม่ อีกทั้งหากโจทก์ที่ 1 ทราบถึงความพิการของโจทก์ที่ 2 ก่อน ก็ยังไม่แนชัดว่าโจทก์ที่ 1 จะตัดสินใจเลือกใช้แนวทางการยุติการตั้งครรภในการแก้ไขปัญหาคความพิการของโจทก์ที่ 2 หรือไม่ ดังนั้นค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลโจทก์ที่ 2 ค่าอุปกรณ์และอวัยวะเทียมของโจทก์ที่ 2 และค่าใช้จ่ายในการจ้างบุคคลอื่นมาดูแลโจทก์ที่ 2 จึงเป็นเพียงการกล่าวอ้างลอยๆว่าหากโจทก์ที่ 1 ได้ใช้วิธีการแก้ไขปัญหาคความพิการของโจทก์ที่ 2 โดยวิธีการยุติการตั้งครรภ โจทก์ที่ 1 ก็จะไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายดังกล่าว ดังนั้นค่าใช้จ่ายดังกล่าวจึงมิใช่ความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำละเมิดของจำเลยทั้งสาม อีกทั้งยังเป็นการเรียกร้องค่าเสียหายที่ไกลเกินกว่าเหตุ จำเลยทั้งสามจึงไม่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนอันได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลโจทก์ที่ 2 ค่าอุปกรณ์และอวัยวะเทียมของโจทก์ที่ 2 และค่าใช้จ่ายในการจ้างบุคคลอื่นมาดูแลโจทก์ที่ 2 แก่โจทก์ที่ 1

ส่วนในประเด็นเรื่องความเสียหายของโจทก์ที่ 2 นั้น ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าความพิการทางร่างกายของโจทก์ที่ 2 นั้นมิใช่ผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลยที่ 2 และที่ 3 จึงไม่อาจถือว่าความพิการนั้นเป็นความเสียหาย ศาลฎีกาจึงพิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์ที่ได้ยกฟ้องในส่วนของโจทก์ที่ 2 โดยศาลฎีกาได้ให้เหตุผลว่า แม้โจทก์ที่ 2 จะพิการอย่างรุนแรงเนื่องจากมีความผิดปกติในขณะที่โจทก์ที่ 1 ตั้งครรภซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลยทั้งสาม และจำเลยที่ 3 ตรวจไม่พบความผิดปกติอันเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ที่ 1 ก็ตาม แต่โจทก์ทั้งสองไม่มีพยานหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใดมาพิสูจน์

³⁵⁵ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548

ข้อ 5 การยุติการตั้งครรภทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

(1) เป็นกรณีที่ต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงมีครรภ หรือ

(2) เป็นกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีผู้กระทำการยุติการตั้งครรภอย่างน้อยหนึ่งคน

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีผู้กระทำการยุติการตั้งครรภอย่างน้อยหนึ่งคนให้ถือว่าหญิงมีครรภนั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

ทั้งนี้ ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิตและต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชทะเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน

ให้เห็นว่าความพิการของโจทก์ที่ 2 เกิดจากการกระทำของจำเลยทั้งสาม คงรับฟังข้อเท็จจริงได้ว่าจำเลยที่ 3 ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ จึงตรวจไม่พบความพิการของโจทก์ที่ 2 เท่านั้น และยังได้รับความจากผู้เชี่ยวชาญด้านสูติศาสตร์นรีเวชวิทยาว่ากรณีของโจทก์ที่ 2 แม้ตรวจพบความพิการดังกล่าวก็ไม่สามารถผ่าตัดแก้ไขในระหว่างทารกอยู่ในครรภ์มารดาได้ ต้องรอให้คลอดออกมา ก่อน ซึ่งโจทก์ทั้งสองก็ไม่ได้นำสืบให้เห็นว่าหากจำเลยที่ 3 ตรวจพบความพิการของโจทก์ที่ 2 แล้วแจ้งให้โจทก์ที่ 1 ทราบ โจทก์ที่ 1 จะดำเนินการอย่างไรต่อไปเพื่อให้เห็นว่าการที่จำเลยที่ 3 ตรวจไม่พบความพิการและไม่แจ้งให้โจทก์ที่ 1 ทราบนั้นทำให้โจทก์ที่ 2 ได้รับความเสียหายมากยิ่งขึ้น แต่กลับได้รับความจากโจทก์ที่ 1 ว่าหากตรวจพบความพิการของโจทก์ที่ 2 แล้ว โจทก์ที่ 1 ก็จะปฏิบัติตามที่แพทย์แนะนำ ส่วนกรณีที่โจทก์ที่ 1 ได้เบิกความว่าหากทราบก่อนว่าโจทก์ที่ 2 พิกัด จะได้ปรึกษาแพทย์ทั้งในประเทศและต่างประเทศนั้น โจทก์ทั้งสองก็ไม่ได้นำสืบว่าจะปรึกษาอย่างไรและจะแก้ไขความพิการของโจทก์ที่ 2 ขณะอยู่ในครรภ์ได้หรือไม่ เพียงใด ดังนั้นจึงไม่อาจรับฟังได้ว่าความพิการทางร่างกายของโจทก์ที่ 2 เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลยทั้งสาม จำเลยทั้งสามจึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ที่ 2 ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้องโจทก์ที่ 2 นั้นชอบแล้ว

จากผลของคำพิพากษาดังกล่าวสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่าในส่วนของคำพิพากษาศาลจังหวัดพระโขนงนั้น ศาลจังหวัดพระโขนงถือว่ากรณีที่แพทย์มิได้แจ้งข้อมูลเกี่ยวกับระดับการตรวจอัลตราซาวด์และมีได้แจ้งว่าเป็นการตรวจหาความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์หรือไม่นั้น ศาลจังหวัดพระโขนงถือว่าแพทย์มิได้ปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความยินยอมที่ต้องได้รับการบอกกล่าวตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 มาตรา 8 โดยศาลจังหวัดพระโขนงได้ตัดสินให้แพทย์ต้องรับผิดชอบต่อการตรวจอัลตราซาวด์ ทารก ทั้งนี้การที่ศาลจังหวัดพระโขนงได้ตัดสินให้แพทย์ต้องรับผิดชอบต่อทารกด้วยนั้นแสดงให้เห็นว่าศาลจังหวัดพระโขนงได้ตีความขยายความคุ้มครองตามหลักความยินยอมที่ต้องได้รับการบอกกล่าวให้คุ้มครองถึงทารกซึ่งอยู่ในครรภ์มารดาในขณะที่แพทย์ทำการตรวจอัลตราซาวด์แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีการอุทธรณ์และฎีกา ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาต่างก็มีได้หยิบยกข้อเท็จจริงที่ว่าแพทย์มิได้แจ้งข้อมูลเกี่ยวกับระดับการตรวจอัลตราซาวด์และมีได้แจ้งว่าเป็นการตรวจหาความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์หรือไม่นั้นขึ้นวินิจฉัยแต่อย่างใด

จากผลของคำพิพากษาศาลอุทธรณ์และศาลฎีกานั้นพบว่าการพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้น ศาลฎีกาจะพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์หรือไม่ ซึ่งคดีนี้มาตรฐานวิชาชีพแพทย์ที่ศาลนำมาพิจารณาก็คือมาตรฐานที่แพทย์ทั่วไปหรือวิญญาณผู้เป็นแพทย์ปฏิบัติ โดยในส่วนของมารดานั้นศาลอุทธรณ์และ

ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าการกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้มารดาได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจอย่างรุนแรง อันถือเป็นความเสียหายต่ออนามัยของมารดา เนื่องจากการที่แพทย์แจ้งผลการตรวจที่ไม่ตรงกับสภาพความเป็นจริงทางร่างกายทารกนั้นเป็นเหตุให้มารดาได้เตรียมความพร้อมทางจิตใจ และเมื่อมารดาได้ทราบว่าทารกมีความพิการทางร่างกายในตอนคลอดย่อมก่อให้เกิดความกระทบกระเทือนทางจิตใจอย่างรุนแรงแก่มารดา โดยความเสียหายดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อมารดา โดยค่าสินไหมทดแทนที่ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาได้ตัดสินให้แพทย์ชดใช้ก็คือค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ

นอกจากนี้เนื่องจากมารดาได้เรียกร้องค่าสินไหมทดแทนอันได้แก่ค่าขาดรายได้ของมารดา ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารก ค่าอุปกรณ์และอวัยวะเทียมของทารก และค่าใช้จ่ายในการจ้างบุคคลอื่นมาดูแลทารก ศาลฎีกาจึงได้วินิจฉัยในประเด็นค่าสินไหมทดแทนที่มารดาเรียกร้องดังกล่าวนี้ โดยศาลฎีกาได้พิจารณาตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5 (2) วรรคสอง โดยศาลฎีกาได้พิจารณาตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5 (2) วรรคสองว่า “แม้ทางพิจารณาจะมีความว่าหากมีการตรวจพบความพิการทางร่างกายของทารก หนทางที่เป็นไปได้คือการยุติการตั้งครรภ์ แต่โจทก์ที่ 1 ก็ไม่ได้นำสืบให้เห็นว่าหากจำเลยที่ 3 ตรวจพบความพิการของโจทก์ที่ 2 ในขณะที่อยู่ในครรภ์มารดาจะมีผลกระทบต่อจิตใจของโจทก์ที่ 1 ถึงขนาดที่มีความเครียดอย่างรุนแรงอันเข้าเงื่อนไขที่แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5 (2) วรรคสองหรือไม่ ...และก็ไม่มีความแน่ชัดว่าโจทก์ที่ 1 จะตัดสินใจเลือกใช้นโยบายการยุติการตั้งครรภ์ในการแก้ไขปัญหาความพิการของโจทก์ที่ 2 หรือไม่” คำวินิจฉัยดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลฎีกาได้รับรองว่าหากมารดามีความเครียดอย่างรุนแรงภายหลังที่ทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอย่างรุนแรง มารดาสามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ได้ตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5 นอกจากนี้คำวินิจฉัยดังกล่าวยังแสดงให้เห็นว่าการที่มารดาจะได้รับค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าขาดรายได้ของมารดา ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารก ค่าอุปกรณ์และอวัยวะเทียมของทารก และค่าใช้จ่ายในการจ้างบุคคลอื่นมาดูแลทารกนั้น มารดาจะต้องพิสูจน์ให้ได้สองประการได้แก่ ประการแรก มารดาจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า

มารดาจะมีความเครียดอย่างรุนแรงหากแพทย์ตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอย่างรุนแรง และประการที่สอง มารดาจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามารดามีความมุ่งหมายที่จะยุติการตั้งครรภ์หากแพทย์ตรวจพบความพิการทางร่างกายของทารก ซึ่งหากมารดาสามารถพิสูจน์ได้ทั้งสองประการ มารดาก็จะได้รับค่าสินไหมทดแทนอันได้แก่ค่าขาดรายได้ของมารดา ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารก ค่าอุปกรณ์และอวัยวะเทียมของทารก และค่าใช้จ่ายในการจ้างบุคคลอื่นมาดูแลทารก

ทั้งนี้ คดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวบิดามีได้เป็นโจทก์ฟ้องร้องดำเนินคดี จึงทำให้ยังคงมีประเด็นปัญหาว่าในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาค้นคว้าได้ฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดด้วย กรณีนี้บิดาจะถือเป็นผู้เสียหายหรือไม่

นอกจากนี้เมื่อข้อสังเกตว่าคดีดังกล่าวมารดาซึ่งเป็นโจทก์ที่ 1 ได้มีคำขอท้ายฟ้องโดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้จำเลยทั้งสามชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่บิดามารดาของโจทก์ที่ 1 และสามีของโจทก์ที่ 1 ได้รับความทรमानทางจิตใจไปตลอดชีวิตด้วย แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษาคำพิพากษาของศาลจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกาไม่พบว่าศาลจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกาได้ยกประเด็นนี้ขึ้นวินิจฉัย

ส่วนในกรณีของทารกนั้นศาลอุทธรณ์และศาลฎีกานำเอาความพิการทางร่างกายของทารกมาเป็นประเด็นในการพิจารณาว่าความพิการทางร่างกายของทารกถือเป็นความเสียหายต่อร่างกายและอนามัยของทารกหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลก็พบว่าความพิการทางร่างกายของทารกมิใช่ผลโดยตรงที่เกิดจากการกระทำของแพทย์ จึงไม่อาจถือว่าความพิการทางร่างกายของทารกเป็นความเสียหายต่อร่างกายและอนามัย ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาจึงได้ตัดสินว่าการกระทำของแพทย์ไม่เป็นการละเมิดต่อทารกซึ่งมีผลทำให้ทารกไม่ได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ทั้งนี้ ความพิการทางร่างกายของทารกจะได้รับการเยียวยาจากสวัสดิการของรัฐที่จัดให้แก่ผู้พิการตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาชีวิตคนพิการ พ.ศ.2550 มาตรา 20³⁵⁶ อันได้แก่ สิทธิใน

³⁵⁶ พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาชีวิตคนพิการ พ.ศ.2550

มาตรา 20 คนพิการมีสิทธิเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้จากสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะตลอดจนสวัสดิการและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐดังต่อไปนี้

(1) การบริการฟื้นฟูสมรรถภาพโดยกระบวนการทางการแพทย์และค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล ค่าอุปกรณ์ เครื่องช่วยความพิการ และสื่อส่งเสริมพัฒนาการ เพื่อปรับสภาพทางร่างกาย จิตใจ อารมณ์ สังคม พฤติกรรม สติปัญญา การเรียนรู้ หรือเสริมสร้างสมรรถภาพให้ดีขึ้นตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด

การได้รับเบี้ยคนพิการเดือนละ 800 บาท สิทธิในการรับบริการฟื้นฟูสมรรถภาพโดยกระบวนการทางการแพทย์ สิทธิได้รับการศึกษาตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติหรือแผนการศึกษาแห่งชาติ เป็นต้น ซึ่งทหารจะได้รับสิทธิตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้นั้นทหารจะต้องขึ้นทะเบียนขอมีบัตรประจำตัวผู้พิการ ซึ่งความพิการที่สามารถขึ้นทะเบียนได้มี 7 ประเภท ได้แก่ ด้านการมองเห็น ด้านการได้ยินหรือสื่อความหมาย ด้านการเคลื่อนไหวหรือทางร่างกาย ด้านจิตใจหรือพฤติกรรม ด้านสติปัญญา ด้านออทิสติก และด้านการเรียนรู้ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าประเภท

(2) การศึกษาตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติหรือแผนการศึกษาแห่งชาติตามความเหมาะสมในสถานศึกษาเฉพาะหรือในสถานศึกษาทั่วไป หรือการศึกษาทางเลือก หรือการศึกษานอกระบบ โดยให้หน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับสิ่งอำนวยความสะดวก สื่อ บริการ และความช่วยเหลืออื่นใดทางการศึกษาสำหรับคนพิการให้การสนับสนุนตามความเหมาะสม

(3) การฟื้นฟูสมรรถภาพด้านอาชีพ การให้บริการที่มีมาตรฐาน การคุ้มครองแรงงาน มาตรการเพื่อการมีงานทำ ตลอดจนได้รับการส่งเสริมการประกอบอาชีพอิสระ และบริการสื่อ สิ่งอำนวยความสะดวกเทคโนโลยีหรือความช่วยเหลืออื่นใด เพื่อการทำงานและประกอบอาชีพของคนพิการ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานประกาศกำหนด

(4) การยอมรับและมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม เศรษฐกิจและการเมืองอย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพบนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป ตลอดจนได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการต่างๆที่จำเป็นสำหรับคนพิการ

(5) การช่วยเหลือให้เข้าถึงนโยบาย แผนงาน โครงการ กิจกรรม การพัฒนาและบริการอันเป็นสาธารณะ ผลักดันที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีพ การช่วยเหลือทางกฎหมายและการจัดหาทุนความว่าต่างแก่ต่างคดี ให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด

(6) ข้อมูลข่าวสาร การสื่อสาร บริการโทรคมนาคม เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร และเทคโนโลยีอำนวยความสะดวกเพื่อการสื่อสารสำหรับคนพิการทุกประเภทตลอดจนบริการสื่อสาธารณะจากหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่ได้รับงบประมาณสนับสนุนจากรัฐ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารกำหนดในกฎกระทรวง

(7) บริการล่ามภาษามือตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด

(8) สิทธิที่จะนำสัตว์นำทาง เครื่องมือหรืออุปกรณ์นำทาง หรือเครื่องช่วยความพิการใดๆ ติดตัวไปในยานพาหนะหรือสถานที่ใดๆ เพื่อประโยชน์ในการเดินทาง และการได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะ โดยได้รับการยกเว้นค่าบริการ ค่าธรรมเนียม และค่าเช่าเพิ่มเติมสำหรับสัตว์ เครื่องมือ อุปกรณ์ หรือเครื่องช่วยความพิการดังกล่าว

(9) การจัดสวัสดิการเบี้ยความพิการ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนดในระเบียบ

(10) การปรับสภาพแวดล้อมที่อยู่อาศัย การมีผู้ช่วยคนพิการ หรือการจัดให้มีสวัสดิการอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนดในระเบียบ

ผู้ช่วยคนพิการ ให้มีสิทธิได้รับการลดหย่อนหรือยกเว้นค่าบริการ ค่าธรรมเนียมตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด

คนพิการที่ไม่มีผู้ดูแลคนพิการ มีสิทธิได้รับการจัดสวัสดิการด้านที่อยู่อาศัยและการเลี้ยงดูจากหน่วยงานของรัฐ ในกรณีที่มีสถานสงเคราะห์เอกชนจัดที่อยู่อาศัยและสวัสดิการให้แล้ว รัฐต้องจัดเงินอุดหนุนให้แก่สถานสงเคราะห์เอกชนนั้น ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนดในระเบียบ

ผู้ดูแลคนพิการมีสิทธิได้รับการให้คำปรึกษา แนะนำ ฝึกอบรมทักษะ การเลี้ยงดู การจัดการศึกษา การส่งเสริมอาชีพและการมีงานทำ ตลอดจนความช่วยเหลืออื่นใด เพื่อให้พึ่งตนเองได้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนดในระเบียบ

คนพิการและผู้ดูแลคนพิการมีสิทธิได้รับการลดหย่อนภาษีหรือยกเว้นภาษี ตามที่กฎหมายกำหนด

องค์กรเอกชนที่จัดให้คนพิการได้รับสิทธิประโยชน์ตามมาตรานี้ มีสิทธิได้รับการลดหย่อนภาษีหรือยกเว้นภาษีเป็นร้อยละของจำนวนเงินค่าใช้จ่ายตามที่กฎหมายกำหนด

ความพิการทางร่างกายไม่รวมถึงความพิการของอวัยวะภายใน³⁵⁷ เช่น ทารกมีปอดข้างเดียวหรือมีหัวใจโตผิดปกติ เป็นต้น และจากการศึกษาข้อมูลยังพบว่าการที่ผู้พิการจะได้รับการเยียวยานั้นยังมีเงื่อนไขกำหนดโดยเฉพาะ ซึ่งหากไม่เข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ก็มีผลทำให้ไม่ได้รับการเยียวยา เช่น ในกรณีผู้พิการแขนต้องการแขนเทียมจะต้องมีข้อบ่งชี้ว่าเป็นผู้พิการที่มีความจำเป็นในการเข้าสู่สังคม เช่น มีอาชีพที่เหมาะสม ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในการรับกายอุปกรณ์นั้นยังคงมีข้อจำกัดและเงื่อนไขในการรับกายอุปกรณ์ มิใช่ผู้พิการทุกคนที่จะมีสิทธิได้รับกายอุปกรณ์ เป็นต้น

ทั้งนี้ ความพิการทางร่างกายของทารกย่อมนำมาซึ่งความยากลำบากในการดำรงชีวิตของทารก และมีค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลเป็นจำนวนมาก ซึ่งจากการศึกษาข้อมูลของสาธารณรัฐฝรั่งเศส พบว่าสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการนำแนวทางการเยียวยาผู้ป่วยที่ได้รับผลกระทบจากการรักษาทางการแพทย์มาปรับใช้กับกรณีทารกที่พิการ โดยเป็นการเยียวยาจากกองทุน National Solidarity³⁵⁸ ซึ่งใช้ระบบการเยียวยาความเสียหายโดยไม่พิสูจน์ความผิดหรือ No fault compensation ซึ่งมีข้อดีคือทารกไม่ต้องพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทั้งนี้ ประเทศไทยก็ได้เคยมีแนวความคิดที่จะเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายจากการรับบริการทางการแพทย์โดยใช้ระบบการเยียวยาโดยไม่พิสูจน์ความผิดหรือ No fault compensation³⁵⁹ ผ่านร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... ซึ่งมาตรา 20³⁶⁰

³⁵⁷ ประกาศกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เรื่อง ประเภทและหลักเกณฑ์ความพิการ

ข้อ 6 หลักเกณฑ์กำหนดความพิการทางการเคลื่อนไหวหรือร่างกาย ได้แก่

(1) ความพิการทางการเคลื่อนไหว หมายถึง การที่บุคคลมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม ซึ่งเป็นผลมาจากการมีความบกพร่องหรือการสูญเสียความสามารถของอวัยวะในการเคลื่อนไหว ได้แก่ มือ เท้า แขน ขา อาจมาจากสาเหตุอัมพาต แขนขาอ่อนแรง แขนขาขาด หรือภาวะเจ็บป่วยเรื้อรังจนมีผลกระทบต่อการทำงานมือเท้า แขน ขา

(2) ความพิการทางร่างกาย หมายถึง การที่บุคคลมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม ซึ่งเป็นผลมาจากการมีความบกพร่องหรือความผิดปกติของศีรษะ ใบหน้า ลำตัว และภาพลักษณ์ภายนอกของร่างกายที่เห็นได้อย่างชัดเจน

³⁵⁸ รายละเอียดกองทุน National Solidarity ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โปรดดูหน้า 63.

³⁵⁹ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 5 ผู้ได้รับผลกระทบมีสิทธิได้รับเงินชดเชยจากกองทุนตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิด

³⁶⁰ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 20 ให้จัดตั้งกองทุนขึ้นกองทุนหนึ่งในสำนักงาน เรียกว่า “กองทุนคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข”

กำหนดให้จัดตั้งกองทุนคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข ซึ่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวให้ความคุ้มครองผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการรับบริการสาธารณสุขจากสถานพยาบาลหรือผู้ให้บริการสาธารณสุข³⁶¹ โดยมีคณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยเป็นผู้พิจารณาการจ่ายเงินชดเชยให้แก่ผู้ได้รับผลกระทบ ซึ่งมีหลักเกณฑ์การพิจารณาคือผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้รับบริการสาธารณสุขจะต้องมิใช่ผลกระทบที่เกิดขึ้นตามปกติธรรมดาของโรคนั้น³⁶² ส่วนจำนวนเงินชดเชยที่ผู้ได้รับผลกระทบจะได้รับนั้นคณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยจะพิจารณาจากผลกระทบหรือความเดือดร้อนที่ได้รับ พฤติการณ์แวดล้อม ระดับความรุนแรง การบรรเทาเยียวยา รวมถึงความจำเป็นอื่นๆประกอบด้วย³⁶³

³⁶¹ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

ผู้ได้รับผลกระทบ หมายความว่า บุคคลซึ่งมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งได้รับความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขจากสถานพยาบาล ผู้ให้บริการสาธารณสุข หรือบุคคลอื่นตามที่รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด

³⁶² ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 28 วรรคแรก ให้สำนักงานหรือหน่วยงานหรือองค์กรที่สำนักงานกำหนดแล้วแต่กรณี ส่งคำขอตามมาตรา 26 ให้คณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือคณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัดภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ และให้คณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือคณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัดวินิจฉัยคำขอให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ หากคณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือคณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัดเห็นว่าเป็นผู้ได้รับผลกระทบตามมาตรา 5 และไม่อยู่ในบังคับมาตรา 6 ให้ประเมินจำนวนเงินชดเชยที่ผู้ได้รับผลกระทบพึงจะได้รับเงินชดเชยทั้งหมด

มาตรา 5 ได้รับผลกระทบมีสิทธิได้รับเงินชดเชยจากกองทุนตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบ

มาตรา 6 บทบัญญัติในมาตรา 5 มิให้ใช้บังคับกับผลกระทบที่เกิดขึ้นตามปกติธรรมดาของโรคนั้น ทั้งนี้ คณะกรรมการอาจประกาศกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้

³⁶³ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 28 วรรคสอง จำนวนเงินชดเชยที่ผู้ได้รับผลกระทบจะได้รับให้คำนึงถึงหลักการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยพิจารณาจากผลกระทบหรือความเดือดร้อนที่ได้รับ พฤติการณ์แวดล้อม ระดับความรุนแรง การบรรเทาเยียวยา หรือความจำเป็นอื่นๆประกอบด้วย และต้องมีการเยียวยาในลักษณะที่เป็นธรรมและเสมอภาคกัน ในกรณีเช่นว่านี้ คณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือคณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัดอาจให้มีการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบด้วยประโยชน์ตอบแทนอื่นที่มีใช้ตัวเงินด้วยก็ได้

ทั้งนี้ หากในอนาคตร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... มีผลบังคับใช้และได้นำมาปรับใช้กับกรณีของทารกที่พิการในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาด้วย ก็ย่อมเป็นผลดีต่อทารกทำให้ทารกได้รับการเยียวยาผลกระทบจากความพิการทางร่างกาย



บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาการเยียวยาความเสียหายกรณีทากรเกิดมาพิการ

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดโดยเป็นการตรวจต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ อันเป็นเหตุให้ตรวจไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แต่เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ กรณีนี้การตรวจของแพทย์ถือเป็นทฤษฎีปฏิบัติ (Medical malpractice) ทั้งนี้ความพิการทางร่างกายของทารกนั้นย่อมนำมาซึ่งปัญหาสุขภาพและความยากลำบากในการดำรงชีวิตของทารก ซึ่งนอกจากผลกระทบทางด้านร่างกายของทารกแล้ว ทารกยังประสบกับทัศนคติเชิงลบ ไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม ถูกล้อเลียน และมีโอกาสทางเลือกว่าอาชีพน้อยกว่าบุคคลที่มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ซึ่งผลกระทบเหล่านี้สามารถก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานจิตใจแก่ทารกได้ นอกจากนี้ในส่วนของบิดามารดานั้นการที่แพทย์แจ้งผลการตรวจที่ผิดพลาดแก่บิดามารดา ย่อมทำให้บิดามารดา มีความเชื่อมั่นในผลการตรวจวินิจฉัยครรภ์มาโดยตลอดว่าทารกในครรภ์มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงไม่มีความพิการทางร่างกาย และเมื่อบิดามารดาทราบว่าทารกมีร่างกายพิการในตอนคลอดก็ย่อมส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของบิดามารดา รวมถึงสร้างความวิตกกังวลแก่บิดามารดาทั้งในเรื่องการดำรงชีวิตของทารกในอนาคตเนื่องจากทารกที่มีร่างกายพิการนั้นย่อมมีความยากลำบากในการดำรงชีวิตโดยลำพัง อีกทั้งในมุมมองของกฎหมายนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 วรรคสองยังได้กำหนดให้บิดามารดามีหน้าที่ตามกฎหมายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้³⁶⁴ ซึ่งทารกที่พิการนั้นย่อมจะได้รับการเลี้ยงดูมากกว่าทารกที่มีร่างกายปกติและมีค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากทั้งในด้านการศึกษาและการรักษาพยาบาล ซึ่งผลกระทบเหล่านี้สามารถก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่บิดามารดาได้เช่นกัน นอกจากนี้ในส่วนของมารดานั้นการที่แพทย์ตรวจไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ยังทำให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์อีกด้วย

ทั้งนี้ ผลกระทบที่เกิดขึ้นกับทารกที่พิการและบิดามารดาดังกล่าวนี้ นำมาซึ่งการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับแพทย์ ซึ่งกรณีนี้แพทย์จะมีความรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารกและบิดามารดาเพื่อนำมาเยียวยาความพิการทางร่างกายของทารก และผลกระทบ

³⁶⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1564 วรรคสอง บิดามารดาต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้

อื่นที่เกิดขึ้นกับบิดามารดาหรือไม่ นั้น มีประเด็นปัญหาที่จะต้องนำมาวิเคราะห์คือ ทารกในครรภ์มารดามีสถานะใด ทารกในครรภ์มารดาได้รับการรับรองว่ามีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่ และสามารถปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดและคำสิ้นไหมทดแทนกับกรณีดังกล่าวได้หรือไม่ ผู้เขียนจึงนำประเด็นปัญหาดังกล่าวมาทำการวิเคราะห์ดังนี้

5.1 ปัญหาสถานะและการรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของทารกในครรภ์มารดา

5.1.1 สถานะของทารกในครรภ์มารดา

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ในกรณีดังกล่าวนี้การกระทำของแพทย์เกิดขึ้นในขณะที่ทารกอยู่ครรภ์มารดาจึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าทารกในครรภ์มารดามีสถานะใด

การเริ่มต้นสภาพบุคคลตามกฎหมายไทยนั้นจะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า

“สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวการเริ่มต้นสภาพบุคคลตามกฎหมายเริ่มต้นเมื่อทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาโดยจะต้องเป็นการคลอดทั้งตัว และทารกนั้นจะต้องอยู่รอดมีชีวิตโดยทารกได้แสดงออกถึงสัญญาณของการมีชีวิตอันได้แก่ การร้อง การเต้นของหัวใจ หรือการเต้นของสายสะดือ ทั้งนี้ไม่ว่าทารกนั้นจะอยู่รอดมีชีวิตเพียงไม่กี่นาทีแล้วตายในเวลาต่อมาก็ตาม ก็ถือว่าทารกนั้นมีสภาพบุคคลในขณะที่มีชีวิต ซึ่งเงื่อนไขการมีสภาพบุคคลดังกล่าวนี้เป็นเช่นเดียวกับเงื่อนไขการมีสภาพบุคคลของประเทศอังกฤษที่เรียกว่าหลัก Born Alive Rule และเป็นเช่นเดียวกับเงื่อนไขการมีสภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี

ส่วนเงื่อนไขการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีความแตกต่างกับกฎหมายไทย โดยกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นนอกจากทารกจะได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวและแสดงออกถึงสัญญาณของการมีชีวิตแล้ว ทารกจะต้องมีความสามารถในการมีชีวิตรอดต่อไปได้อย่างแน่นอนมิใช่ตายในเวลาต่อมา เนื่องจากกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสเห็นว่าการมีชีวิตภายหลังจากคลอดเพียงชั่วคราวไม่เพียงพอที่จะทำให้เกิดสภาพบุคคลทางกฎหมายและไม่มีประโยชน์อันใดที่จะให้ทารกมีสภาพบุคคลในช่วงระยะเวลาสั้นๆ

อย่างไรก็ตามแม้ว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเริ่มต้นสภาพบุคคลตามกฎหมายจะมีความแตกต่างกัน แต่ผลของการมีสภาพบุคคลนั้นเหมือนกันคือก่อให้เกิดความสามารถในการมีสิทธิหรือเป็นผู้ทรงสิทธิ ซึ่งเป็นที่ยอมรับของนักกฎหมายมาโดยตลอดว่าการเป็นผู้ทรงสิทธินั้นจะเกิดขึ้นเมื่อมีสภาพบุคคลทางกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อมีการเกิดอันแสดงให้เห็นว่ามีตัวบุคคลหรือร่างกายปรากฏออกมา ทั้งนี้ไม่ว่าทารกนั้นจะมีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงหรือมีร่างกายพิการก็ตาม ดังนั้นเมื่อพิจารณากรณีของทารกในครรภ์มารดาซึ่งไม่เข้าเงื่อนไขของการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายใดเลย ทารกในครรภ์มารดาจึงไม่ถือว่าเป็นสภาพบุคคลตามกฎหมายซึ่งส่งผลให้ทารกในครรภ์มารดาไม่มีความสามารถในการถือสิทธิหรือเป็นผู้ทรงสิทธิ

ส่วนทารกในครรภ์มารดามีสถานะใดนั้น กฎหมายไทยไม่มีการกำหนดสถานะของทารกในครรภ์มารดาว่ามีสถานะใด ส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law เช่นเดียวกับประเทศไทยนั้นได้รับแนวความคิดมาจากโรมันโดยถือว่าทารกในครรภ์มารดาเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดา³⁶⁵ ไม่ถือว่าทารกในครรภ์มารดาเป็นบุคคลแยกต่างหากจากมารดา ส่วนประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Common Law ในส่วนของการพิจารณาคดีแพ่งนั้นศาลประเทศอังกฤษก็ได้ยึดถือแนวความคิดว่าทารกในครรภ์มารดาถือเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดาเช่นเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยทารกในครรภ์มารดาจะขาดจากการเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดาเมื่อทารกนั้นได้คลอดจากครรภ์มารดาแล้ว³⁶⁶ ส่วนสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีนั้นมิได้กำหนดสถานะของทารกในครรภ์มารดาว่าเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดาหรือไม่ ซึ่งในประเด็นปัญหว่าทารกในครรภ์มารดามีสถานะใดนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าสภาพของทารกยังอาศัยอยู่ในครรภ์ของมารดา มิได้มีตัวตนต่างหากจากมารดาและไม่สามารถทางกายภาพในการคิด ตัดสินใจ หรือกระทำการใดๆได้เลย อีกทั้งเมื่อทารกในครรภ์มารดาไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายจึงไม่ถือเป็นบุคคลตามกฎหมาย ทำให้ทารกไม่มีความสามารถในการถือสิทธิหรือเป็นผู้ทรงสิทธิใดๆได้ ทารกในครรภ์มารดามีเพียงศักยภาพในการที่จะพัฒนาต่อไปเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งหากในขณะที่มารดาตั้งครรภ์มีผู้กระทำละเมิดต่อร่างกายมารดาอันส่งผลกระทบต่อทารกในครรภ์ด้วย ในกรณีนี้ก็ถือเป็นการกระทำที่กระทบต่อประโยชน์ของมารดาและมีเพียงมารดาเท่านั้นที่มีสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้กระทำละเมิด ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาหาสิทธิดังกล่าวไม่ เนื่องจากทารกในครรภ์มารดาไม่ถือว่า

³⁶⁵ Malaurie, P. and L. Aynes, *Droit Civil Les Personnes. Les Incapacites*, p. 18.

³⁶⁶ Halliday, S., *Autonomy and Pregnancy a Comparative Analysis of Compelled Obstetric Intervention* p. 183.

มีสภาพบุคคลตามกฎหมายซึ่งทำให้ทารกไม่มีความสามารถในการถือสิทธิหรือเป็นผู้ทรงสิทธิในการดำเนินคดีกับผู้กระทำละเมิด ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าทารกในครรภ์มารดาถือเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดา แต่ทั้งนี้หากภายหลังที่ทารกได้คลอดและอยู่รอดมีชีวิตแล้วซึ่งมีผลทำให้ทารกมีความสามารถในการถือสิทธิหรือเป็นผู้ทรงสิทธิ ทารกก็สามารถมีสิทธิย้อนหลังไปตั้งแต่ทารกได้ปฏิสนธิในครรภ์มารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคสอง ซึ่งก็น่าจะรวมถึงสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไป

ดังนั้น ด้วยเหตุผลที่ได้วิเคราะห์ไว้ข้างต้นจึงสรุปได้ว่าในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา ทารกมีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดา ซึ่งมีผลทำให้การกระทำของแพทย์ที่ได้ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์นั้นเป็นการกระทำต่อมารดา

5.1.2 การรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของทารกในครรภ์มารดา

แม้ว่าทารกในครรภ์มารดาจะไม่ถือว่ามีสภาพบุคคลตามกฎหมาย แต่ประเทศไทยซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ก็ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมันเช่นเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยกฎหมายโรมันมีแนวความคิดการให้ความคุ้มครองทารกในครรภ์มารดาโดยยอมรับตามหลัก *Infans conceptus* ตามสุภาษิตละตินที่ว่า “หากทารกได้ปฏิสนธิให้ถือว่าได้เกิดแล้วทุกครั้งที่มีเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ของทารกนั้นเกิดขึ้น” (*Infans conceptus pro nato habetur quoties commodis ejus agitur*) ซึ่งการปฏิสนธินั้นจะต้องพิจารณาตามความรู้ทางการแพทย์ จึงสามารถกล่าวได้ว่าทารกได้รับการคุ้มครองประโยชน์ของทารกนับตั้งแต่มีการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิในครรภ์มารดาจนกระทั่งทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัว ทั้งนี้จากการที่ประเทศไทยได้รับแนวความคิดดังกล่าวจึงมีผลทำให้มีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคสองซึ่งบัญญัติว่า

“ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่างๆได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก”

บทบัญญัติดังกล่าวมีผลทำให้ทารกมีสิทธิย้อนหลังไปตั้งแต่มีการปฏิสนธิในครรภ์มารดา แต่จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ว่าทารกนั้นได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวและอยู่รอดมีชีวิต ส่วนสิทธิใดบ้างที่ทารกในครรภ์มารดาจะได้รับความคุ้มครองนั้นจากการที่ผู้เขียนได้ค้นคว้าข้อมูลเกี่ยวกับการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคสองพบแต่เพียงว่านายอาร์ กียอง

ซึ่งเป็นกรรมการชำระร่างประมวลกฎหมายได้เสนอให้นำการพิจารณาสภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 31 มาเป็นแบบอย่างในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 แต่ผู้เขียนไม่พบว่ากรรมการชำระร่างประมวลกฎหมายได้มีการกล่าวถึงสิทธิของทารกในครรภ์มารดาว่ามีสิทธิใดบ้าง ทำให้ไม่พบเจตนาของร่างกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนพบคำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ตอนท้าย ซึ่งแปลเป็นไทยว่า “...ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดานั้น ก็สามารถที่จะมีสิทธิเฉพาะอย่างที่ยังอยู่ในกฎหมาย หากว่าเกิดมามีชีวิตอยู่ต่อไป” จะเห็นได้ว่ากรรมการชำระร่างประมวลกฎหมายได้ใช้คำว่า “สิทธิเฉพาะอย่างที่ยังอยู่ในกฎหมาย” จึงอาจเป็นไปได้ว่าสิทธิที่ทารกในครรภ์มารดาได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติเอาไว้ชัดเจนเท่านั้น แต่ต่อมาเมื่อมีการประกาศยกเลิกการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ฉบับ พ.ศ.2466 และให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ฉบับ พ.ศ.2468 ข้อความในบทบัญญัติมาตรา 15 ก็ได้มีการแก้ไขโดยสิทธิของทารกในครรภ์มารดาได้บัญญัติไว้ในวรรคสองของมาตรา 15 และมีข้อความว่า “ทารกในครรภ์มารดาที่สามารถจะมีสิทธิต่างๆได้...” ซึ่งยังคงมีประเด็นปัญหาว่าคำว่า “สิทธิต่างๆ” นั้น จะหมายถึงสิทธิที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าทารกในครรภ์มีสิทธิหรือไม่ เช่น สิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมและในฐานะทายาทโดยพินัยกรรมตามมาตรา 1604 สิทธิในข้อสันนิษฐานว่าเป็นบุตรของชายตามมาตรา 1536 เป็นต้น หรือคำว่า “สิทธิต่างๆ” นั้นรวมถึงสิทธิอื่นๆที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าทารกในครรภ์มารดามีสิทธิแต่โดยสภาพของสิทธินั้นทารกในครรภ์มารดาควรจะได้รับ การคุ้มครองตามสิทธินั้นด้วย โดยความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าคำว่า “สิทธิต่างๆ” นั้นควรรวมถึงสิทธิอื่นๆแม้กฎหมายมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าทารกในครรภ์มารดามีสิทธิ แต่เมื่อพิจารณาสภาพของสิทธินั้นแล้วทารกในครรภ์มารดาที่ควรที่จะได้รับความคุ้มครองตามสิทธินั้นด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อความยุติธรรมต่อทารกในครรภ์มารดา เช่น สิทธิในการฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูตามบทบัญญัติมาตรา 443 ก็เป็นสิทธิที่ทารกในครรภ์มารดาควรที่จะได้รับการรับรองตามบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสอง เนื่องจากการที่มีบุคคลอื่นมาทำให้บิดาถึงแก่ความตายแม้เหตุดังกล่าวจะเกิดขึ้นในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดาซึ่งยังไม่ถือว่าทารกนั้นมีสภาพบุคคลตามกฎหมายก็ตาม แต่การที่ต้องสูญเสียบิดานั้นก็ย่อมส่งผลกระทบต่อรายได้ของครอบครัวซึ่งมีผลกระทบต่อสภาพความเป็นอยู่ของทารกภายหลังที่ได้คลอดจากครรภ์มารดา โดยหากไม่ให้การรับรองสิทธิในการฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูตามบทบัญญัติมาตรา 443 แก่ทารกในครรภ์มารดาเพราะเหตุที่ไม่มีการบัญญัติไว้ชัดเจนว่าทารกในครรภ์มารดามีสิทธิดังกล่าวก็ย่อมเป็นการไม่ยุติธรรมต่อทารก นอกจากนี้สิทธิที่ทารกในครรภ์มารดาควรที่จะได้รับการรับรองก็ควรรวมถึงสิทธิในการ

ฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับผู้กระทำละเมิดในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา ตามมาตรา 420 ด้วยซึ่งประเด็นนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์โดยละเอียดต่อไป ดังนั้นเพื่อความยุติธรรมต่อ ทารกในครรภ์มารดา คำว่า “สิทธิต่างๆ” จึงควรรวมถึงสิทธิอื่นๆแม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติไว้อย่าง ชัดเจนว่าทารกในครรภ์มารดามีสิทธิ แต่เมื่อพิจารณาสภาพของสิทธินั้นแล้วทารกในครรภ์มารดาก็ ควรที่จะได้รับรองตามสิทธินั้นด้วย

ส่วนในประเด็นปัญหาว่าบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสองควรจะรวมถึงสิทธิในการ ฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่นั้น จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่า แม้กฎหมายของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีจะมีได้มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าทารกมีสิทธิ ฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิด อีกทั้งไม่ปรากฏว่าสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้นำ หลัก Infans conceptus มาปรับใช้กับกรณีการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดก็ตาม แต่ศาลอุทธรณ์ของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้ให้ความเป็นธรรมแก่ทารกซึ่งถูกกระทำละเมิดใน ขณะที่อยู่ในครรภ์มารดาโดยได้พิพากษาไว้ในคดีอุบัติเหตุทางรถยนต์³⁶⁷ ซึ่งเป็นกรณีที่มีการกระทำ ละเมิดเกิดขึ้นในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดาและเมื่อทารกได้คลอดจากครรภ์มารดาแล้วพบว่า ทารกมีอาการร่างกายกระดูกอันเกิดจากการกระทบกระเทือนทางสมองสืบเนื่องมาจากอุบัติเหตุทาง รถยนต์ดังกล่าว โดยคดีนี้ศาลอุทธรณ์ของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้ตัดสินให้ผู้กระทำละเมิดรับผิดชอบ ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ทารก ดังนั้นจึงอนุมานได้ว่าศาลของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้ยอมรับ ว่าทารกมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งเหตุละเมิดเกิดขึ้นในขณะที่ทารกอยู่ ในครรภ์มารดาได้ แต่ทั้งนี้ทารกจะมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีได้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ว่า ทารกจะต้องคลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวและอยู่รอดมีชีวิต³⁶⁸

ส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นจากการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐ ฝรั่งเศสก็ไม่พบว่ามีบทบัญญัติกฎหมายรับรองว่าทารกมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะ ละเมิด อีกทั้งแต่เดิมนั้นหลัก Infans conceptus ก็นำมาปรับใช้กับกรณีสิทธิของทารกในการรับ มรดกจากบิดาซึ่งถึงแก่ความตายในระหว่างที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดาและสิทธิของทารกในการใช้ นามสกุลของบิดา ไม่ปรากฏว่าได้มีการนำหลัก Infans Conceptus มาปรับใช้กับการฟ้องร้อง ดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามในปี 2000 ที่ประชุมใหญ่ศาล

³⁶⁷ BGHZ 55, 176 VIII. Civil Senate (VIII ZR 61/69) รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 68.

³⁶⁸ Foster, N. G. and S. Sule, *German Legal System and Law*, p. 375.

Cour de Cassation ซึ่งเป็นศาลสูงของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษาในคดี Nicolas Perruche³⁶⁹ ให้แพทย์และห้องแล็บรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารกที่พิการเนื่องจากในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดานั้นแพทย์ได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อในการตรวจเชื้อหัดเยอรมัน ซึ่งผลของคำพิพากษาดังกล่าวนี้นำให้นุมนานได้ว่าที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ยอมรับว่าทารกมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับผู้กระทำละเมิดในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา ทั้งนี้แม้ว่าต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติจะได้ออกกฎหมาย The Law of 4 March 2002 หรือ Loi Anti-Perruche (มีผลบังคับใช้วันที่ 4 มีนาคม 2002 เป็นต้นไป) โดยผลของ Article 1³⁷⁰ ของกฎหมายดังกล่าวมีผลทำให้ทารกที่เกิดมาพิการภายหลังจากที่กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้นั้นไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์อีกต่อไป³⁷¹ แต่ก็ยังมีข้อยกเว้นไว้ว่าเว้นแต่ความพิการของทารกเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์ ทารกก็สามารถฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์ได้³⁷² ดังนั้น ในความเห็นของผู้เขียนจึงเห็นว่าศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ยอมรับว่าทารกมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับผู้กระทำละเมิดในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา หากความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทารกนั้นเป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการกระทำของผู้กระทำ

ส่วนประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Common Law นั้นทารกจะมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับผู้กระทำละเมิดในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดาได้หรือไม่ นั้น โดยหลักประเทศอังกฤษได้ยึดถือแนวความคิดว่าบุคคลทั่วไปไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of care) ต่อทารกในครรภ์มารดา³⁷³ เนื่องจากบุคคลทั่วไปไม่อาจทราบได้ว่ามารดาตั้งครรภ์อยู่หรือไม่ (Unforeseeable) และขาดความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดตามหลัก Neighbour principle ระหว่างผู้กระทำละเมิดกับทารกในครรภ์มารดา³⁷⁴ จึงทำให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบในกรณีที่ฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ที่กระทำละเมิด แต่ต่อมาประเทศอังกฤษก็ได้ประกาศใช้กฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act

³⁶⁹ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

³⁷⁰ The Patients' Rights and Quality of Care Act Article 1

Nobody can claim to have been harmed simply by being born.

³⁷¹ Manaouil, C., M. Gignon, and O. Jade, "10 Years of Controversy Twists and Turns in the Perruche Wrongful Life Claim: Compensation for Children Born with a Disability in France," *Medicine and Law*: p. 666.

³⁷² Ibid., p.665.

³⁷³ Whitfield, A., "Common Law Duties to Unborn Children," *Medical Law Review*: p. 30.

³⁷⁴ The Law Commission (No.60) Report on Injuries to Unborn Child, p. 13.

1976 ซึ่งได้กำหนดสิทธิของทารกในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดแต่จะต้องเป็นกรณีที่กำหนดไว้ใน Section 1(2) เท่านั้นซึ่งมีสองกรณีคือ กรณีที่การกระทำมีผลกระทบต่อบิดาหรือมารดาในการมีบุตรที่ปกติหรือมีสุขภาพแข็งแรง และกรณีการกระทำที่มีผลกระทบต่อมารดาในขณะที่มารดานั้นตั้งครรภ์หรือมีผลกระทบต่อมารดาหรือทารกในขณะที่ทำการคลอดอันทำให้ทารกนั้นพิการ โดยในการพิจารณาหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังนั้น Law Commission ได้ลงความเห็นว่าการกระทำมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดาก็ให้ถือเสมือนว่าผู้กระทำมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกด้วยเช่นกัน³⁷⁵ กล่าวคืออ้างอิงหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังที่ผู้กระทำต่อมารดา ทั้งนี้รายงานของ Law Commission ได้กล่าวถึงแต่มารดาเท่านั้นไม่ได้กล่าวถึงบิดาแต่อย่างใด ซึ่งได้มีนักวิชาการให้ความเห็นว่ากรณีที่มีผู้กระทำต่อบิดาเป็นเหตุให้บิดาไม่สามารถมีบุตรที่ปกติหรือมีร่างกายแข็งแรงนั้น หากผู้กระทำมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดาก็ย่อมถือว่าผู้กระทำมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกด้วยเช่นกัน³⁷⁶ ดังนั้นหากเป็นไปตามสองกรณีดังกล่าวนี้ก็คือว่าทารกมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้โดยถือว่าผู้กระทำมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารก แต่หากเป็นการกรณีทีนอกเหนือจากสองกรณีดังกล่าวทารกไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดเนื่องจากผู้กระทำไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารก อันเป็นเหตุให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบละเมิดในเรื่องหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง โดยในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา มิใช่กรณีตามกฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 Section 1(2) กำหนดไว้ จึงมีผลทำให้แพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับแพทย์

ส่วนกฎหมายไทยควรจะให้การรับรองสิทธิของทารกในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคสองซึ่งได้บัญญัติว่า “ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่างๆได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก” ได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดกฎหมายโรมันตามหลัก Infans conceptus ซึ่งแม้ว่าหลัก Infans conceptus ดังกล่าวจะไม่ปรากฏว่ามีการปรับใช้กับสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดก็ตาม แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรจะตีความหลัก Infans conceptus ในทางที่เป็นคุณแก่ทารก ประกอบกับในกรณีที่มีการกระทำละเมิดต่อทารกใน

³⁷⁵ Law Commission Report (No.60) on Injuries to Unborn Child., p. 21.

³⁷⁶ Fortin, J. E. S., "Legal Protection for the Unborn Child," *The Modern Law Review*: p. 77.

กรรมมารดาและภายหลังทารกได้คลอดและอยู่รอดมีชีวิตแล้วกลับพบว่าทารกมีความพิการทางร่างกาย ความพิการดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตประจำวันของทารก ก่อให้เกิดความยากลำบากในการดำรงชีวิตและเสียค่าใช้จ่ายในการรักษาเป็นจำนวนมาก การกระทำละเมิดซึ่งเกิดขึ้นในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดานั้นจึงถือเป็นเรื่องที่กระทบต่อประโยชน์ของทารกตามหลัก *Infans conceptus* ด้วยเช่นกัน และเมื่อพิจารณาถึงสภาพสิทธิดังกล่าวแล้วทารกก็ควรจะได้รับ การรับรองดัง นั้นคำว่า “สิทธิต่างๆ” ตามบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงควรรวมถึงสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิด ทั้งนี้ ได้มีคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ภาค 1 หมายเลขคดีแดงที่ 1114/2556³⁷⁷ ซึ่งเป็นกรณีทารกที่พิการฟ้องร้องดำเนินคดีกับกรมการแพทย์ให้รับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิด เนื่องจากในขณะที่มารดาตั้งครรภ์ทารก มารดาได้รับยารักษาอาการโรคภูมิเลือดอุดตันจากแพทย์ซึ่งส่งผลให้ทารกซึ่งในขณะนั้นอยู่ในครรภ์มารดา มีร่างกายพิการ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560³⁷⁸ ซึ่งเป็นกรณีทารกที่พิการฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิด เนื่องจากในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดานั้นแพทย์ทำการอัลตราซาวด์ไม่พบความพิการทางร่างกายของทารก ซึ่งจากสองคดีดังกล่าวนี้การที่ศาลอุทธรณ์ภาค 1 และศาลฎีกาได้ยกประเด็นเรื่องอำนาจฟ้องของทารกขึ้นวินิจฉัยนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าศาลอุทธรณ์ภาค 1 และศาลฎีกาน่าจะได้ตีความแล้วว่าทารกมีอำนาจฟ้อง ดังนั้นจากคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ภาค 1 และศาลฎีกาดังกล่าวผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าศาลอุทธรณ์ภาค 1 และศาลฎีกาได้ยอมรับว่าสิทธิของทารกในครรภ์มารดาตามบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสองรวมถึงสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิด

จากการที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ประเด็นเรื่องการรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของทารกในครรภ์มารดาสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า สิทธิต่างๆตามบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ควรรวมถึงสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิด โดยทารกจะมีสิทธิดังกล่าวย้อนหลังได้ต่อเมื่อทารกนั้นได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวและอยู่รอดมีชีวิต ทั้งนี้เพื่อความยุติธรรมแก่ทารก ดังนั้นในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ในกรณีนี้เมื่อทารกได้คลอดและอยู่รอดมีชีวิตแล้วทารกก็มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับแพทย์ได้ แต่การกระทำของแพทย์จะเป็นการกระทำละเมิด

³⁷⁷ รายละเอียดคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 1 หมายเลขคดีแดงที่ 1114/2556 โปรดดูหน้า 119.

³⁷⁸ รายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โปรดดูหน้า 139.

ต่อทารกหรือไม่ จะต้องพิจารณาการปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไป

5.2 ปัญหาการปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิด

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาลักษณะการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดที่ถือเป็นทฤษฎีปฏิบัติอันนำมาสู่ความรับผิดชอบทางละเมิดแก่แพทย์นั้นจะต้องเป็นกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ ซึ่งการที่ทารกที่พิการและบิดามารดาฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับแพทย์นั้น ความรับผิดชอบของแพทย์ไม่มีบทบัญญัติเฉพาะที่จะนำมาปรับใช้ จึงต้องพิจารณาตามบทบัญญัติกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

บทบัญญัติดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานหลักไม่มีความรับผิดโดยไม่มี ความผิด (No liability without fault) หรือหลักความผิด (Fault) กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายเมื่อการกระทำของผู้กระทำเป็นความผิด ทั้งนี้ จากบทบัญญัติมาตรา 420 สามารถแบ่งองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดได้ 5 ประการ คือ

- 1) ผู้ใดทำต่อผู้อื่น
- 2) การกระทำโดยผิดกฎหมาย
- 3) กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
- 4) ความเสียหาย
- 5) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation)

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีความพิการทางร่างกาย กรณีนี้ทารกและบิดามารดาจะได้รับการชดใช้เยียวยาตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่ นั้น มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าในกรณีดังกล่าวครบองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดหรือไม่ โดยผู้เขียนขอแยกวิเคราะห์ดังนี้

5.2.1 กรณีทารก

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาแต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ กรณีนี้แพทย์จะถือเป็นผู้กระทำตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่นั้น มีความจำเป็นจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์การเป็นผู้เสียหายซึ่งจากการศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดของไทยพบว่าคำว่า ผู้ใด ในบทบัญญัติมาตรา 420 หมายถึง ผู้กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ซึ่งผู้กระทำจะต้องมีสภาพบุคคลในขณะกระทำและรู้สำนึกในขณะกระทำ ทั้งนี้ ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา การกระทำของแพทย์เกิดขึ้นในขณะที่แพทย์มีสภาพบุคคลและรู้สำนึกในการกระทำ กรณีนี้แพทย์จึงถือเป็นผู้กระทำตามบทบัญญัติมาตรา 420

ส่วนในกรณีของทารกนั้นแม้ว่าจากการที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ประเด็นเรื่องการรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของทารกในครรภ์มารดาจะได้ข้อสรุปว่าสิทธิต่างๆตามบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ควรรวมถึงสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดก็ตาม แต่ผลจากการวิเคราะห์ดังกล่าวก็เป็นเรื่องอำนาจฟ้องเท่านั้น ทั้งนี้ เมื่อมีการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดต่อศาล ศาลจะพิจารณาว่าโจทก์มีอำนาจฟ้องหรือไม่โดยนำแนวทางการพิจารณาการเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยมาปรับใช้แต่ไม่ได้เคร่งครัดในการพิจารณาเหมือนอย่างในคดีอาญา กล่าวคือ ในคดีละเมิดศาลไทยจะพิจารณาว่าโจทก์มีส่วนในการกระทำละเมิดหรือไม่ โดยหากโจทก์มีส่วนในการกระทำละเมิดก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าฝ่ายใดมีส่วนในการกระทำละเมิดยิ่งหย่อนไปกว่ากัน ทั้งนี้ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดานั้นเกิดจากการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาต่ำกว่าตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าการตรวจวินิจฉัยนั้นเป็นกระทำของแพทย์เพียงฝ่ายเดียว ทารกมิได้มีส่วนร่วมในการทำการตรวจวินิจฉัย กรณีนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าทารกถือเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยมีอำนาจฟ้องร้องดำเนินคดี แต่อย่างไรก็ตามจะต้องพิจารณาต่อไปว่าทารกถือเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่

จากการศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดของไทยพบว่าผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดของไทยจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายต่อสิ่งที่บทบัญญัติมาตรา 420 ให้ความคุ้มครองซึ่ง

ได้แก่ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน และสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาคำพิพากษาที่แพทยตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แต่เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ กรณีนี้ความพิการทางร่างกายของทารกเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติจากการถ่ายทอดพันธุกรรมจากบิดามารดาสู่ทารกในครรภ์หรือการได้รับเชื้อโรคหรือโรคติดต่อจากบิดามารดาสู่ทารก และความพิการทางร่างกายของทารกนั้นก็เกิดขึ้นก่อนที่แพทย์ทำการตรวจวินิจฉัย การกระทำของแพทย์เป็นเพียงการตรวจไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาเท่านั้นมิได้ทำให้ร่างกายของทารกพิการแต่อย่างใด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ากรณีนี้ไม่อาจถือว่าการพิการทางร่างกายของทารกเป็นความเสียหาย ทั้งนี้ ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีเกิดขึ้น คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560³⁷⁹ ซึ่งเป็นกรณีที่แพทยตรวจอัลตราซาวด์ครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แต่เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการอย่างรุนแรง โดยคดีนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าแม่โจทก์ที่ 2 (ทารก) จะพิการอย่างรุนแรงเนื่องจากมีความผิดปกติในขณะที่โจทก์ที่ 1 (มารดา) ตั้งครรภ์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลยทั้งสาม และจำเลยที่ 3 (แพทย์ผู้ทำการตรวจอัลตราซาวด์) ตรวจไม่พบความผิดปกติอันเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ที่ 1 ก็ตาม แต่โจทก์ทั้งสองไม่มีพยานหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใดมาพิสูจน์ให้เห็นว่าความพิการของโจทก์ที่ 2 เกิดจากการกระทำของจำเลยทั้งสาม คงรับฟังข้อเท็จจริงได้ว่าจำเลยที่ 3 ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอจึงตรวจไม่พบความพิการของโจทก์ที่ 2 เท่านั้น ดังนั้นจึงไม่อาจรับฟังได้ว่าความพิการทางร่างกายของโจทก์ที่ 2 เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลยทั้งสาม ทั้งนี้ คดีดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่าความพิการทางร่างกายของโจทก์ที่ 2 เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ และการกระทำของจำเลยที่ 3 เป็นเพียงการตรวจอัลตราซาวด์ไม่พบความพิการทางร่างกายของโจทก์ที่ 2 ซึ่งมีอยู่ก่อนที่จำเลยที่ 3 จะทำการตรวจวินิจฉัย ความพิการของโจทก์ที่ 2 จึงไม่ถือเป็นความเสียหาย

ทั้งนี้ จากการศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีพบว่ากฎหมายลักษณะละเมิดของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีให้ความคุ้มครองความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน และสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดเช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะละเมิดของไทย โดยในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษามีการฟ้องร้องดำเนินคดีเกิดขึ้นในสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี คือ คดีทารกเกิดมาพิการอันเนื่องมาจากเชื้อหัดเยอรมัน³⁸⁰ ซึ่งเป็นกรณีที่แพทยตรวจเลือดมารดาไม่

³⁷⁹ รายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โปรดดูหน้า 139.

³⁸⁰ Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate) BGHZ 86, 240, JZ 1983, 447 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 87.

พบเชื้อหัดเยอรมัน แต่ต่อมาเมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการอันเนื่องมาจากมารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างตั้งครรภ์ โดยคดีนี้ศาลอุทธรณ์สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยว่าแม้ว่าการวินิจฉัยของแพทย์จะมีผลต่อการได้เกิดหรือการไม่ได้เกิดของทารกก็ตาม แต่แพทย์ก็มิได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์หรือสิทธิของทารกที่กฎหมายให้ความสำคัญ และการเกิดมีมาชีวิตหรือการไม่ต้องเกิดมามีชีวิตก็ไม่อาจถือเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ซึ่งต่อมาศาล Bundesgerichtshof ซึ่งเป็นศาลสูงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้พิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์ ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นด้วยคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์เนื่องจากการที่ทารกมีร่างกายพิการนั้นเกิดจากการที่ทารกได้รับเชื้อหัดเยอรมันจากมารดา มิได้เกิดจากการกระทำของแพทย์ กรณีนี้จึงไม่ถือว่ามี ความเสียหายเกิดขึ้นกับทารก

ส่วนกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบ Common law พบว่ากฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศอังกฤษมีแนวทางการพิจารณาการเป็นผู้เสียหายต่างจากกฎหมายลักษณะละเมิดของไทย กล่าวคือ กฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศอังกฤษจะพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of care) ต่อผู้เสียหายหรือไม่ ซึ่งโดยหลักไม่ถือว่าบุคคลทั่วไปมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์มารดา³⁸¹ เนื่องจากบุคคลทั่วไปไม่อาจทราบได้ว่ามารดาตั้งครรภ์อยู่หรือไม่ (Unforeseeable) และขาดความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดตามหลัก Neighbour principle ระหว่างผู้กระทำกับทารกในครรภ์มารดา³⁸² แต่อย่างไรก็ตามภายหลังประเทศอังกฤษได้ออกกฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 ให้ทารกที่เกิดมาพิการสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำละเมิดได้แต่จะต้องเป็นกรณีตามที่บัญญัติไว้ใน Section 1(2)³⁸³ ซึ่งได้แก่ การกระทำที่มีผลกระทบต่อบิดาหรือมารดาในการมีบุตรที่

³⁸¹ Whitfield, A., "Common Law Duties to Unborn Children," *Medical Law Review*: p. 30.

³⁸² The Law Commission (No.60) Report on Injuries to Unborn Child, p. 13.

³⁸³ Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1967 Section 1

(1) If a child is born disable as the result of such an occurrence before its birth as is mentioned in subsection (2) below, and a person (other than the child's own mother) is under this section answerable to the child in respect of the occurrence, the child's disabilities are to be regarded as damage resulting from the wrongful act of that person and actionable accordingly at the suit of the child.

(2) An occurrence to which this section applies is one which

(a) Affected either parent of the child in his or her ability to have a normal, healthy child; or

(b) Affect the mother during her pregnancy, or affected her or the child in the course of its birth,

so that the child is born with disabilities which would not otherwise have been present.

ปกติหรือมีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง หรือการกระทำที่มีผลกระทบต่อมารดาในขณะที่มารดาตั้งครรภ์ หรือมีผลกระทบต่อมารดาหรือทารกในขณะทำคลอด โดยอ้างอิงหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังที่ผู้กระทำมีต่อบิดาหรือมารดา³⁸⁴ ซึ่งมีข้อสังเกตว่าในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 ดังนั้นในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาจึงยังคงถือว่าแพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์มารดา ทั้งนี้ Law Commission ยังได้ให้เหตุผลที่ไม่กำหนดกรณีการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไว้ใน Section 1(2) ของกฎหมาย Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 ว่าหากกำหนดให้ทารกที่เกิดมาพิการสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ได้ก็จะมีผลเป็นการกดดันให้แพทย์แนะนำให้มารดาทำการยุติการตั้งครรภ์เสมอในกรณีที่แพทย์ไม่มีความมั่นใจในผลการตรวจครรภ์มารดา³⁸⁵ ทั้งนี้ ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ คือ คดี McKay v. Essex Area Health Authority³⁸⁶ ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์ตรวจไม่พบเชื้อหัดเยอรมัน แต่เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการอันเนื่องมาจากมารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างตั้งครรภ์ทารก ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่าการเกิดมามีชีวิตไม่ว่าจะเกิดมามีร่างกายพิการหรือมีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงไม่อาจถือเป็นความเสียหาย ดังนั้นในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาตามแนววินิจฉัยของศาลประเทศอังกฤษจึงถือว่าทารกไม่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของแพทย์ นอกจากนี้ศาลอุทธรณ์ประเทศอังกฤษยังได้ให้เหตุผลที่น่าสนใจว่าหากศาลอุทธรณ์ยินยอมให้ทารกมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ได้ก็จะถือเป็นการที่ศาลอุทธรณ์ให้การรับรองว่าทารกมีสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดมามีชีวิตซึ่งขัดกับนโยบายสาธารณะเนื่องจากการละเมิดคุณค่าความเป็นมนุษย์ อีกทั้งก็จะถือว่าศาลอุทธรณ์เห็นคุณค่าของทารกที่เกิดมาพิการมีค่าน้อยกว่าทารกที่เกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง และหากศาลอุทธรณ์ยินยอมให้ทารกฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ได้ก็จะทำให้ทารกนั้นสามารถฟ้องบิดามารดาได้ในกรณีที่บิดามารดาทราบว่าทารกในครรภ์มีความพิการแต่บิดามารดาตัดสินใจไม่ยุติการตั้งครรภ์

ส่วนกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ได้กำหนดประเภทความเสียหายไว้ในบทบัญญัติกฎหมายลักษณะละเมิด โดยศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะพิจารณาความเสียหายตาม

³⁸⁴ Fortin, J. E. S., "Legal Protection for the Unborn Child," *The Modern Law Review*: p. 77.

³⁸⁵ The Law Commission (No.60) Report on Injuries to Unborn Child, p. 34.

³⁸⁶ McKay v. Essex Area Health Authority [1982] QB 1166; [1982] 2 All ER 771; [1982] 2 WLR 890 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 111.

คำอธิบายของ Domat ที่ได้กล่าวไว้ว่า “ทุกความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือปราศจากความระมัดระวัง หรือการขาดความรู้ซึ่งควรจะรู้ ผู้กระทำจะต้องชดใช้เยียวยาความเสียหาย แม้ว่าการกระทำนั้นผู้กระทำจะมีได้ตั้งใจก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม³⁸⁷” หรืออาจกล่าวสรุปได้ว่าทุกความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิด ผู้กระทำมีหน้าที่ชดใช้เยียวยาความเสียหาย ซึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีเกิดขึ้นในสาธารณรัฐฝรั่งเศส คือ คดี Nicolas Perruche³⁸⁸ ซึ่งเป็นกรณีแพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบเชื้อหัดเยอรมัน แต่ต่อมาเมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกหูหนวก ตาบอด หัวใจพิการ และพัฒนาการช้ากว่าปกติอันเป็นผลมาจากการได้รับเชื้อหัดเยอรมันจากมารดาในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา โดยคดีนี้ที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ได้ตัดสินให้แพทย์และห้องแล็บรับผิดชอบต่อการเกิดโดยที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation มีได้วินิจฉัยว่าการกระทำของแพทย์และห้องแล็บก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งใดของทารก แต่กลับวินิจฉัยในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลว่าหากปราศปราศจากความผิดพลาดของแพทย์และห้องแล็บ ที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation เชื่อว่ามารดาจะต้องตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์อย่างแน่นอน การที่ทารกต้องเกิดมามีชีวิตจึงเป็นผลมาจากการที่แพทย์และห้องแล็บทำให้มารดาเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ ทั้งนี้ภายหลังจากที่ที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ได้มีคำพิพากษาในคดีดังกล่าวก็เกิดการต่อต้านจากนักวิชาการ นักกฎหมาย และประชาชนว่ากรณีดังกล่าวไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นกับทารก³⁸⁹ และมีความเห็นว่ากรณีที่ที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ได้ตัดสินให้แพทย์และห้องแล็บรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารกนั้นมีผลเท่ากับว่าทารกในครรภ์มารดามีสิทธิที่จะไม่ต้องเกิดมามีชีวิต (Right not to be born) และมีสิทธิที่จะเกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ซึ่งในประเด็นนี้ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากเนื่องจากผู้ต่อต้านเห็นว่าการยอมรับให้ทารกที่พิการมีสิทธิที่จะไม่ต้องเกิดมาชีวิตประกอบกับมองความตายเป็นสิ่งที่ดีกว่าการเกิดมาพิการถือเป็นการมองความพิการอย่างมือคตซึ่งเป็นเรื่องที่ผิดศีลธรรม³⁹⁰ อีกทั้งจะมีผลทำให้ทารกที่เกิดมาพิการสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์และผู้ที่เกี่ยวข้องรวมถึงบิดาและมารดาของทารกเนื่องจากไม่ทำการยุติการตั้งครรภ์ต่างๆที่

³⁸⁷ Steiner, E., *French Law Comparative Approach*, p. 346.

³⁸⁸ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

³⁸⁹ Lewis, P., "The Necessary Implication of Wrongful Life Claim: Lesson Form France," *European Journal of Health Law*: p. 138.

³⁹⁰ Ibid., p.141.

ทราบว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย³⁹¹ ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นด้วยกับผู้ต่อต้านคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation เนื่องจากความพิการทางร่างกายของทารกไม่ได้เกิดจากการกระทำของแพทย์และห้องแล็บ แต่เกิดจากเชื้อหัดเยอรมันที่ทารกได้รับจากมารดา ในขณะที่มารดาตั้งครรภ์ทารก ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าความพิการทางร่างกายของทารกไม่ถือเป็นความเสียหาย

อย่างไรก็ตามภายหลังจากการต่อต้านคำพิพากษาที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมาย The Law of 4 March 2002 หรือ Loi Anti-Perruche (มีผลบังคับใช้วันที่ 4 มีนาคม 2002) ซึ่ง Article 1³⁹² ของกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติห้ามมิให้ทารกที่เกิดมาพิการภายหลังจากที่กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้นั้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์³⁹³ เว้นแต่ความพิการของทารกเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์ ทารกจึงจะสามารถฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์ได้³⁹⁴ ดังนั้นภายหลังจากที่กฎหมาย The Law of 4 March 2002 หรือ Loi Anti-Perruche มีผลใช้บังคับ กรณีตามประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาทารกจึงไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ แต่อย่างไรก็ตามได้มีการนำแนวทางการเยียวยาผู้ป่วยที่ได้รับ ความเสียหายจากการรักษาของแพทย์ซึ่งเป็นการเยียวยาจากกองทุน National Solidarity มาปรับใช้³⁹⁵

ทั้งนี้ ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาเมื่อความพิการทางร่างกายของทารกไม่อาจถือเป็นความเสียหาย จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าการกระทำของแพทย์ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งที่บัพัญญัติมาตรา 420 ให้ความคุ้มครองอีกหรือไม่ โดยในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาทารกที่พิการย่อมมีความยากลำบากในการดำรงชีวิต และมักจะมีผลกระทบด้านสังคม ถูกล้อเลียน อีกทั้งมีโอกาสทางเลือกด้านอาชีพน้อยกว่าบุคคลที่มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง สิ่งเหล่านี้ย่อมนำมาซึ่งความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่ทารก ซึ่งความทุกข์ทรมานทางจิตใจจะถือเป็นความเสียหายต่อ

³⁹¹ Duguet, A. M., "Wrongful Life: The Recent France Cour De Cassation Decisions," *European Journal of Health Law*: p. 141.

³⁹² The Patients' Rights and Quality of Care Act Article 1

Nobody can claim to have been harmed simply by being born.

³⁹³ Manaoui, C., M. Gignon, and O. Jade, "10 Years of Controversy Twists and Turns in the Perruche Wrongful Life Claim: Compensation for Children Born with a Disability in France," *Medicine and Law*: p. 666.

³⁹⁴ Ibid., p.665.

³⁹⁵ รายละเอียดกองทุน National Solidarity ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โปรดดูหน้า 63.

สิ่งที่บทบัญญัติมาตรา 420 ให้ความคุ้มครองหรือไม่นั้น หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 420 จะพบว่า ความทุกข์ทรมานทางจิตใจได้ถูกบัญญัติไว้ในบทบัญญัติมาตรา 420 และจากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาก็พบว่ากรณีที่ถือว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจเป็นความเสียหายได้นั้นจะต้องปรากฏว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ ซึ่งหากมีความทุกข์ทรมานทางจิตใจเพียงอย่างเดียวโดยไม่ปรากฏว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ กรณีนี้ไม่ถือว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจเป็นความเสียหาย³⁹⁶ ส่วนในกรณีที่ทารกมีความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่มีความรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตจะถือเป็นความเสียหายต่ออนามัยตามที่ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยในส่วนของมาตราในคดี 9042/2560³⁹⁷ หรือไม่นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่ทารกได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่มีความรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตเป็นผลมาจากทารกมีร่างกายพิการ ซึ่งความพิการทางร่างกายของทารกมิได้เกิดจากการกระทำของแพทย์ ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่มีความรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตไม่ถือเป็นความเสียหาย

นอกจากนี้การที่ทารกต้องเกิดมาพร้อมกับความพิการจะถือว่าเป็นความเสียหายต่อสิทธิที่จะถูกยุติการตั้งครรภ์ สิทธิที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิต (Right not to be born) และสิทธิที่จะเกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงหรือไม่นั้น จากการศึกษาค้นคว้าข้อมูลความเป็นมาของการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ผู้เขียนไม่พบว่าผู้ร่างกฎหมายได้ให้คำจำกัดความหรืออธิบายคำว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดจึงทำให้ไม่พบเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย ทั้งนี้จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีละเมิดพบว่าศาลฎีกาได้ให้ความหมายสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดไว้ว่าประโยชน์อันบุคคลมีอยู่และบุคคลอื่นต้องเคารพหรือได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย³⁹⁸

³⁹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1742/2499 จำเลยฆ่าบุตรโจทก์ถึงแก่ความตาย ย่อมถือว่าจำเลยได้กระทำการละเมิดต่อโจทก์ทำให้โจทก์ขาดผู้อุปการะเลี้ยงดูไปโดยมิต้องคำนึงว่าในปัจจุบันบุตรที่ตายจะได้อุปการะเลี้ยงดูโจทก์ผู้เป็นมารดาหรือไม่ ส่วนค่าเสียหายจะเท่าใดศาลก็ย่อมกำหนดให้ตามสมควร ส่วนค่าเสียหายเพื่อความวิโยคโหม่นสนั่นเรียกไม่ได้เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกได้; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 789/2502 สามีนไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดความหวู่เพราะสูญเสียภริยาผู้เคยปฏิบัติให้ชีวิตของสามีมีความสุขจากผู้ที่ทำให้ภริยาของตนถึงแก่ความตายเพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติ; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 477/2514 กรณีละเมิดที่เป็นเหตุให้เศร้าโศกเสียใจและผิดหวัง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติไว้ให้เรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้จะเป็นบิดาตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2816/2528 การที่โจทก์ได้รับความเศร้าโศกเสียใจ เนื่องจากได้รับโทรเลขที่จำเลยที่ 1 ปรัชข้อความผิดว่าบุตรสาวโจทก์ถึงแก่ความตายแล้วนั้น ความโศกเศร้าเสียใจของโจทก์เป็นเพียงอารมณ์ที่เกิดขึ้นเมื่อทราบข่าวร้าย ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติให้สิทธิโจทก์เรียกค่าเสียหายในเรื่องนี้ได้

³⁹⁷ รายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โปรดดูหน้า 139.

³⁹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487 ในเรื่องหมิ่นประมาทเขาซึ่งหน้าอันเป็นความผิดฐานลหุโทษนั้น ถือว่าเป็นการทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งศาลคำนวณค่าเสียหายให้ตามควรแก่พฤติการณ์ตามมาตรา 438 โดยสิทธิ

ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่ากฎหมายได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิที่จะถูกยุติการตั้งครรภ์ของทารก สิทธิที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิตและสิทธิที่จะเกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงไว้หรือไม่ โดยในส่วนของสิทธิที่จะถูกยุติการตั้งครรภ์นั้นจากศึกษาพบว่ากรณีที่ยุติการตั้งครรภ์โดยที่ไม่ถือว่าผิดกฎหมายจะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305³⁹⁹ ซึ่งได้แก่กรณีที่มีความจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของมารดา และกรณีที่ตั้งครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 283 และมาตรา 284 ซึ่งกรณีที่มีความจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของมารดานั้นข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5⁴⁰⁰ ได้อธิบายความหมายคำว่า สุขภาพของมารดา หมายถึง

นั้นหมายถึง ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่และบุคคลอื่นต้องเคารพ หรือได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5118/2553 การที่จำเลยระบุในแผ่นพับโฆษณาโรงพยาบาลของจำเลยโดยระบุในช่องผู้ประกันตนที่รับได้ว่า โจทก์รับได้ 25,000 คน ช่องระยะเวลาเข้าร่วมโครงการประกันสังคมว่าโจทก์เพิ่งเริ่มเข้า ช่องขนาดโรงพยาบาลว่าโจทก์มีเตียง 150 เตียง ช่องประสบการณ์การบริหารงานโรงพยาบาลด้านโครงการประกันสังคมว่าโจทก์ไม่มีประสบการณ์เลย ซึ่งความเป็นจริงทางนำสืบของโจทก์ฟังได้ว่าโจทก์มีจำนวนผู้ประกันตนที่รับได้ 50,000 คน โจทก์มีเตียง 400 เตียง และโจทก์เข้าร่วมโครงการประกันสังคมตั้งแต่ปี 2535 โจทก์จึงมีประสบการณ์ตั้งแต่ปีที่เข้าร่วมโครงการเป็นต้นมา จึงเป็นการที่จำเลยเผยแพร่แผ่นพับโฆษณาไม่ตรงกับความจริงโดยมีเจตนาให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าโรงพยาบาลจำเลยมีศักยภาพดีกว่าโรงพยาบาลโจทก์ เป็นโรงพยาบาลที่ใหญ่กว่า มีประสบการณ์มากกว่า จึงเป็นการฝ่าฝืนต่อความจริงโดยใช้ข้อความอันเป็นเท็จหรือโอ้อวดเกินความจริงเป็นความผิดต่อพระราชบัญญัติสถาพยาบาล พ.ศ.2541 มาตรา 38 และเป็นการละเมิดต่อสิทธิของโจทก์ ซึ่งคำว่า สิทธิ หมายถึง ประโยชน์ของโจทก์ที่มีอยู่ และจำเลยหรือบุคคลอื่นต้องเคารพหรือได้รับการรับรองคุ้มครองตามกฎหมาย การกระทำของจำเลยเป็นการจงใจทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่สิทธิเป็นการทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และมาตรา 423; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 404/2555 ค่าเสียหายที่โจทก์มีสิทธิเรียกจากผู้กระทำละเมิดได้ตามกฎหมายเป็นความเสียหายดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 420 เท่านั้น โดยเฉพาะความเสียหายต่อสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น หมายถึง สิทธิที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้ได้ถูกทำให้เสียหาย และจำเลยจะต้องทำให้สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่โจทก์มีอยู่เสียหายไป การที่โจทก์ฟ้องจำเลยเป็นคดีอาญาในความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานแสดงว่าโจทก์มีความประสงค์ต้องการให้จำเลยได้รับโทษทางอาญา ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีอาญาและค่าจ้างว่าความของทนายความที่โจทก์จ่ายไปเกิดจากใช้สิทธิของโจทก์ตามกฎหมาย จึงเป็นความเสียหายจากการใช้สิทธิไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดให้โจทก์เสียหายหรือทำให้สิทธิของโจทก์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่หายไป ไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่โจทก์ที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนในเหตุละเมิดตามกฎหมายได้ ถือไม่ได้ว่าเป็นความเสียหายที่เกิดจากการทำละเมิดโดยตรง ส่วนค่าใช้จ่ายและค่าทนายความในการดำเนินคดีนี้เป็นค่าสาธารณประโยชน์ซึ่งศาลต้องสั่งลงในคำพิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 167 วรรคหนึ่งอยู่แล้ว โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายดังกล่าว

³⁹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305

ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

ผู้กระทำไม่มีความผิด

⁴⁰⁰ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548

ปัญหาสุขภาพทางกายและปัญหาสุขภาพทางจิตของมารดา โดยปัญหาสุขภาพทางจิตนั้นรวมถึงกรณี ที่มารดามีความเครียดอย่างรุนแรงเนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความ พิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง จะเห็นได้ว่าการที่ จะยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างไม่ผิดกฎหมายนั้นพิจารณาเฉพาะปัญหาสุขภาพของมารดาเป็นหลัก มิได้ พิจารณาปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์เป็นหลักแต่อย่างใด ประกอบกับการยุติการตั้งครรภ์นั้น จะต้องได้รับความยินยอมจากมารดา⁴⁰¹ ดังนั้นการยุติการตั้งครรภ์จึงเป็นสิทธิของมารดาไม่ใช่สิทธิของ ทารกในครรภ์แต่อย่างใด ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาก็ไม่อาจถือว่าทารกได้รับความเสียหายต่อ สิทธิที่จะถูกยุติการตั้งครรภ์ นอกจากนี้ผู้เขียนยังมีความเห็นว่ก็ไม่อาจที่จะให้การรับรองสิทธิที่จะถูก ยุติการตั้งครรภ์แก่ทารกในครรภ์มารดาตามบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสอง เนื่องจากหากให้การ รับรองสิทธิที่จะถูกยุติการตั้งครรภ์แก่ทารกในครรภ์มารดาก็อาจเกิดกรณีที่ทารกเกิดมาแล้วรู้สึกว่ไม่ มีความสุขในการมีชีวิตฟ่องร้องดำเนินคดีกับบิดามารดาว่าทำให้เสียหายต่อสิทธิที่จะถูกยุติการ ตั้งครรภ์

ส่วนสิทธิที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิต (Right not to be born) และสิทธิที่จะเกิดมามี ร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงนั้นได้มีการกล่าวอ้างครั้งแรกจากประชาชนชาวฝรั่งเศสหลังจากที่ประชุมใหญ่ ศาล Cour de Cassation ได้มีคำพิพากษาไว้ในคดี Nicolas Perruche⁴⁰² ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่ง

ข้อ 5 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

- (1) เป็นกรณีที่ต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงมีครรภ์ หรือ
- (2) เป็นกรณีที่ต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบ จากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความ พิการอย่าง รุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทาง พันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการ ยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคนให้ถือว่าหญิงมีครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

ทั้งนี้ ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิตและต้องมีการบันทึกการตรวจและ วินิจฉัยโรคไว้ในเวชทะเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน

⁴⁰¹ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่ง ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548

ข้อ 3 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น จะกระทำได้เมื่อหญิงมีครรภ์นั้น ยินยอม

⁴⁰² Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

จากการศึกษาค้นคว้าข้อมูลผู้เขียนไม่พบว่ากฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้รับรองสิทธิชีวิตที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิตและสิทธิที่จะเกิดมา มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงแก่ทารกในครรภ์มารดาแต่อย่างใด ส่วนประเทศไทยได้มีการรับรองสิทธิที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิตและสิทธิที่จะเกิดมา มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงหรือไม่นั้น จากการศึกษาค้นคว้าไม่พบว่ามีมีการรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ในกฎหมายใดเลย ส่วนในประเด็นที่ว่าประเทศไทยควรมีการรับรองสิทธิดังกล่าวแก่ทารกในครรภ์มารดาโดยปรับกับบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสองหรือไม่นั้น ผู้เขียนได้ทำการศึกษาคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเพื่อให้ได้มุมมองว่าประเทศไทยควรให้การรับรองสิทธิดังกล่าวแก่ทารกในครรภ์มารดาหรือไม่ ซึ่งพบว่าคำพิพากษาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในคดีทารกเกิดมาพิการอันเนื่องมาจากเชื้อหัดเยอรมัน⁴⁰³ ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์ทำการตรวจเลือดของมารดาผิดพลาดไม่พบเชื้อหัดเยอรมัน แต่ต่อมาเมื่อทารกได้คลอดจากครรภ์มารดา กลับพบว่าทารกมีความพิการทางร่างกายอันเนื่องมาจากมารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างตั้งครรภ์ โดยศาลอุทธรณ์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยว่ากรณีดังกล่าว การกระทำของแพทย์มิได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์หรือสิทธิของทารกที่กฎหมายให้ความสำคัญคุ้มครอง และการเกิดมามีชีวิตหรือไม่ต้องเกิดมามีชีวิตก็ไม่อาจถือเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ซึ่งต่อมาศาล Bundesgerichtshof ก็ได้พิพากษาขึ้นตามศาลอุทธรณ์ นอกจากนี้ก็ยังมีคำพิพากษาของประเทศอังกฤษในคดี McKay v. Essex Area Health Authority⁴⁰⁴ ซึ่งมีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกันกับคดีทารกเกิดมาพิการอันเนื่องมาจากเชื้อหัดเยอรมัน โดยศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษได้วินิจฉัยว่าการเกิดมามีชีวิตไม่ว่าจะเกิดมา มีร่างกายพิการหรือมีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงไม่อาจถือเป็นความเสียหาย ซึ่งหากศาลยินยอมให้ทารกสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีก็จะมีผลทำให้ทารกสามารถฟ้องร้องบิดามารดาในกรณีที่บิดามารดาทราบว่าทารกในครรภ์มีความพิการแต่บิดามารดาตัดสินใจที่จะไม่ยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งจากทั้งสองคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าทั้งศาลอุทธรณ์สหพันธ์สาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษต่างก็ถือว่าการเกิดมามีชีวิตที่พิการไม่ถือเป็นความเสียหายและไม่ให้การรับรองว่าทารกในครรภ์มีสิทธิที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิตและสิทธิที่จะเกิดมา มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นด้วยกับการที่ศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษได้วินิจฉัยว่าหากยินยอมให้ทารกฟ้องร้องดำเนินคดีได้ก็จะมีผลทำให้ทารกสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับบิดามารดาของตนในกรณีที่บิดามารดาทราบว่าทารกในครรภ์พิการแต่ตัดสินใจไม่ยุติการตั้งครรภ์ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศ

⁴⁰³ Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate) BGHZ 86, 240, JZ 1983, 447 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 87.

⁴⁰⁴ McKay v. Essex Area Health Authority [1982] QB 1166; [1982] 2 All ER 771; [1982] 2 WLR 890 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 111.

ไทยไม่ควรให้การรับรองสิทธิที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิตและสิทธิที่จะเกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงแก่ทารกในครรภ์มารดา เนื่องจากหากมีการรับรองสิทธิที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิตและสิทธิที่จะเกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงแก่ทารกในครรภ์มารดาก็จะมีผลทำให้เกิดหน้าที่โดยเด็ดขาดแก่บิดามารดาและแพทย์ที่จะต้องยุติการตั้งครรภ์เสมอในกรณีที่ทารกในครรภ์มีร่างกายพิการ และหากยอมรับว่าทารกมีสิทธิดังกล่าวก็จะมีผลทำให้ในกรณีที่บิดามารดาตัดสินใจที่จะเก็บทารกในครรภ์ไว้ไม่ยุติการตั้งครรภ์ ทารกนั้นก็อาจฟ้องร้องดำเนินคดีกับบิดามารดาได้

ด้วยเหตุนี้ในส่วนของทารกจึงสามารถสรุปได้ว่าการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาแต่เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ กรณีนี้การตรวจวินิจฉัยของแพทย์มิได้ทำให้ทารกมีร่างกายพิการ ความพิการทางร่างกายของทารกจึงไม่อาจถือเป็นความเสียหาย ส่วนความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับทารกนั้นไม่ว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจดังกล่าวจะเป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจหรือจะเป็นความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่มีความรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตก็ตาม ความทุกข์ทรมานทางจิตใจดังกล่าวนี้เกิดจากการที่ทารกมีร่างกายพิการซึ่งความพิการนั้นมิได้เกิดจากการกระทำของแพทย์ กรณีนี้จึงไม่อาจถือว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจเป็นความเสียหาย นอกจากนี้กฎหมายของไทยก็ได้ให้การรับรองสิทธิที่จะถูกยุติการตั้งครรภ์ของทารก สิทธิที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิตและสิทธิที่จะเกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงแก่ทารกในครรภ์มารดา ดังนั้นจึงไม่อาจถือว่าทารกได้รับความเสียหายต่อสิทธิที่จะถูกยุติการตั้งครรภ์ของทารก สิทธิที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิตและสิทธิที่จะเกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง อีกทั้งก็ไม่อาจให้การรับรองสิทธิดังกล่าวแก่ทารกในครรภ์มารดาโดยปรับกับบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสองเนื่องจากหากให้การรับรองสิทธิดังกล่าวก็จะมีผลทำให้เกิดหน้าที่โดยเด็ดขาดแก่บิดามารดาและแพทย์ที่จะต้องยุติการตั้งครรภ์เสมอในกรณีที่ทารกในครรภ์มีร่างกายพิการ และหากยอมรับว่าทารกมีสิทธิดังกล่าวก็จะมีผลทำให้ในกรณีที่บิดามารดาตัดสินใจที่จะเก็บทารกในครรภ์ไว้ไม่ยุติการตั้งครรภ์ ทารกนั้นก็อาจฟ้องร้องดำเนินคดีกับบิดามารดา

ดังนั้น การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาแต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีดังกล่าวการกระทำของแพทย์มิได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทารก ทารกจึงไม่ถือเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ดังนั้นในกรณีของทารกจึงไม่อาจปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิด

5.2.2 กรณีบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาแต่เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ กรณีนี้การกระทำของแพทย์จะถือเป็นการละเมิดต่อบิดามารดาหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวครบองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดหรือไม่ โดยผู้เขียนขอแยกวิเคราะห์แต่ละองค์ประกอบดังนี้

1) ผู้ใดทำต่อผู้อื่น

คำว่า ผู้ใด ในบทบัญญัติมาตรา 420 หมายถึง ผู้กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ซึ่งผู้กระทำจะต้องมีสภาพบุคคลในขณะกระทำและรู้สำนึกในขณะกระทำ ทั้งนี้ ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา การกระทำของแพทย์เกิดขึ้นในขณะที่แพทย์มีสภาพบุคคลและรู้สำนึกในการกระทำ กรณีนี้แพทย์จึงถือเป็นผู้กระทำตามบทบัญญัติมาตรา 420

ส่วนบิดามารดาจะถือเป็นผู้เสียหายหรือไม่นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 วรรคสอง⁴⁰⁵ กำหนดให้บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่บรรลุนิติภาวะแต่เป็นผู้ทุพพลภาพ ทั้งนี้มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาคือหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรตามมาตรา 1564 วรรคสอง เป็นหน้าที่ของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นหรือไม่ หรือบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็มีหน้าที่ตามมาตรา 1564 วรรคสองด้วย ทั้งนี้จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่าได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1409/2548 มีข้อเท็จจริงดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1409/2548 เป็นกรณีที่มีจำเลยกระทำละเมิดต่อบิดาเป็นเหตุให้บิดาถึงแก่ความตาย โจทก์ที่ 3 ซึ่งเป็นบุตรของผู้ตายได้ฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากจำเลย ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าบิดาผู้ตายไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับมารดาของโจทก์ที่ 3 และได้จดทะเบียนรับรองโจทก์ที่ 3 เป็นบุตร ผู้ตายเพียงให้โจทก์ที่ 3 ใช้นามสกุลเท่านั้น ซึ่งคดีนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 วรรคสาม กำหนดให้ผู้กระทำละเมิดในกรณีทำให้เขาถึงตายรับผิดชอบต่อบุคคลที่ต้องขาดไร้อุปการะเฉพาะที่ผู้ตายมีหน้าที่อุปการะตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งตามมาตรา 1563 และมาตรา 1564 ที่บัญญัติให้บุตรและบิดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูกันนั้นหมายถึง

⁴⁰⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1564 วรรคสอง บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้

บุตรและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้บิดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรนอกกฎหมาย แม้บุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรองแล้วจะเป็นทายาทโดยธรรมมีสิทธิรับมรดกของบิดาได้ แต่ไม่มีสิทธิเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดา กรณีโจทก์ที่ 3 จึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าขาดไร้อุปการะจากจำเลย

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจึงสามารถสรุปได้ว่า บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่มีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่เป็นผู้ทุพพลภาพตามมาตรา 1564 วรรคสอง ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่ามารดายอมถือเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546⁴⁰⁶ ดังนั้นมารดาจึงมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูทารกที่พิการตามมาตรา 1564 วรรคสอง แต่ในส่วนของบิดานั้นจะถือว่าบิดาเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อบิดามารดาจดทะเบียนสมรสกันในภายหลัง หรือบิดาจดทะเบียนรับรองบุตร หรือศาลได้มีคำพิพากษาว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดา ทั้งนี้ ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาคำพิพากษาที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แต่เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ กรณีนี้ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งได้แก่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจ มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ และการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากทั้งในการรักษาพยาบาลและการเลี้ยงดูทารกที่พิการ ซึ่งผลกระทบต่อดังกล่าวเหล่านี้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะได้รับการเยียวยาหรือไม่นั้น มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายถือเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่

จากการศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดของไทยพบว่าผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดของไทยจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายต่อสิ่งที่บัญญัติมาตรา 420 ให้ความคุ้มครองซึ่งได้แก่ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน และสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด นอกจากนี้เมื่อมีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาล ศาลจะพิจารณาว่าผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องหรือไม่ โดยนำแนวทางการพิจารณาการเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยมาปรับใช้แต่มีได้เคร่งครัดในการพิจารณาเหมือนอย่างในคดีอาญา กล่าวคือ ในคดีละเมิดศาลไทยจะพิจารณาว่าผู้ได้รับความเสียหายมีส่วนในการกระทำละเมิดหรือไม่ โดยหากผู้ได้รับความเสียหายมีส่วนในการกระทำละเมิดก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่า

⁴⁰⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1549 เดิมเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

ฝ่ายใดมีส่วนในการกระทำละเมิดยิ่งหย่อนไปกว่ากัน ทั้งนี้ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาคำพิพากษาที่ แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดานั้น เกิดจากการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาต่ำกว่าตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การตรวจวินิจฉัยนั้นเป็นกระทำของแพทย์เพียงฝ่ายเดียว บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมิได้มีส่วนร่วมในการทำการตรวจวินิจฉัย กรณีนี้จึงถือว่าบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมิได้มีส่วนร่วมในการกระทำ ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายถือเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย

ส่วนบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายถือเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดของไทยหรือไม่ นั้น มีข้อสังเกตว่าการตรวจวินิจฉัยของแพทย์กระทำต่อร่างกายของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับจากการวิเคราะห์สถานะของทารกในครรภ์มารดาซึ่งพบว่าทารกในครรภ์มารดาถือเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดา ส่วนกรณีของบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายการตรวจวินิจฉัยของแพทย์มิได้กระทำต่อร่างกายบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ทั้งนี้ ในส่วนของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560⁴⁰⁷ ซึ่งเป็นกรณีที่มารดาเป็นโจทก์ (บิดามีได้เป็นโจทก์) ฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์เนื่องจากในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดานั้นแพทย์ทำการตรวจอัลตราซาวด์ผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ซึ่งศาลฎีกาก็ได้ตัดสินให้แพทย์รับผิดชอบในความเสียหายต่ออนามัยของมารดา คดีนี้แสดงให้เห็นว่าในมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้ แต่ในส่วนบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นเนื่องจากคดีนี้บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายมิได้เป็นโจทก์จึงทำให้ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษายังไม่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาว่าบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้หรือไม่ ดังนั้นในส่วนของบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายจึงยังคงมีประเด็นปัญหาว่าบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้หรือไม่

ทั้งนี้ จากการศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Civil law เช่นเดียวกับประเทศไทยพบว่ากฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้แบ่งประเภทผู้เสียหายออกเป็นผู้เสียหายโดยตรงซึ่งก็คือผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำละเมิด และผู้เสียหายโดยอ้อมซึ่งก็คือผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการที่ผู้เสียหายโดยตรงถูกกระทำ

⁴⁰⁷ รายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โปรดดูหน้า 139.

ละเมิด⁴⁰⁸ ซึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาคำพิพากษาการตรวจวินิจฉัยของแพทย์ได้กระทำต่อร่างกายของ มารดา มิได้กระทำต่อร่างกายของบิดา ตามกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงถือว่า มารดาเป็นผู้เสียหายโดยตรง ส่วนบิดาก็เป็นผู้เสียหายโดยอ้อม ทั้งนี้กฎหมายลักษณะละเมิดของ สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้เสียหายโดยอ้อมทั้งความเสียหายที่เป็นตัวเงินและความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือความเสียหายทางจิตใจ⁴⁰⁹ กรณีนี้บิดาจึงสามารถเป็นผู้เสียหายตาม กฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ ซึ่งก็ได้มีคำพิพากษาของศาล Conseil d'Etat ซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีคำตัดสินไว้ในคดี Quarez⁴¹⁰ ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์ ตรวจน้ำคร่ำมารดาผิดพลาดไม่พบความผิดปกติทางโครโมโซมของทารก แต่เมื่อทารกได้คลอดจาก ครรภ์มารดา กลับพบว่าทารกมีอาการดาวน์ซินโดรมเนื่องจากความผิดปกติของโครโมโซมคู่ที่ 21 โดย ศาล Conseil d'Etat ได้ตัดสินให้โรงพยาบาลรับผิดชอบความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับบิดา และมารดา

ส่วนกฎหมายลักษณะละเมิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งเป็นต้นแบบกฎหมาย ลักษณะละเมิดของไทยได้มีการแบ่งประเภทผู้เสียหายออกเป็นผู้เสียหายโดยตรงและผู้เสียหายโดย อ้อมเช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่แตกต่างกันตรงที่กฎหมาย ลักษณะละเมิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีให้ความคุ้มครองผู้เสียหายโดยอ้อมเพียงบางกรณีเท่านั้น ซึ่งจากการศึกษาคำพิพากษาศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีพบว่าศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ ขยายความคุ้มครองความเสียหายต่ออนามัยให้ครอบคลุมถึงความเสียหายทางจิตใจที่ส่งผลกระทบต่อ สภาพจิตใจอย่างรุนแรงที่ไม่ใช่เป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจโดยได้ขยายความคุ้มครอง ดังกล่าวนี้แก่ผู้เสียหายโดยอ้อมด้วย⁴¹¹ ทั้งนี้ หากนำแนวทางการพิจารณาของศาลสหพันธ์สาธารณรัฐ

⁴⁰⁸ Florin I. Mangu, "Despre Prejudiciul Prin Ricoșeu," *Romanian Review of Private Law*: 99.

⁴⁰⁹ Ibid.

⁴¹⁰ CE, Sect., 14 Février 1997 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 57.

⁴¹¹ คดีที่จำเลยกระทำละเมิดต่อบุตรชายของโจทก์จนเสียชีวิต RGZ 133, 270 VI. Civil Senate = JZ 1929, 914 (VI 149/31) มีข้อเท็จจริงว่าโจทก์ได้ฟ้องจำเลยตามกฎหมายลักษณะละเมิดเรียกร้องให้จำเลยชดเชยค่าปลงศพ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ และยังเรียกร้องให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับภรรยาโจทก์เนื่องจากทราบว่าบุตรชายเสียชีวิต ซึ่งศาลก็ได้พิพากษาให้ จำเลยทั้งสองชดเชยค่าเสียหายทางจิตใจให้แก่โจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 823 โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าความเสียหายทางจิตใจดังกล่าวไม่ใช่ความรู้สึกอารมณ์ทั่วไป ถือเป็นความเสียหายต่ออนามัย และแม้ว่าภรรยาโจทก์จะไม่ได้อยู่ในเหตุการณ์ก็ ไม่เป็นเหตุให้ไม่ได้รับค่าเสียหายทางจิตใจ

คดีจำเลยชดเชยบุตรชายคนสามีโจทก์เสียชีวิต BHGZ 56, 163 VI. Civil Senate (VI ZR 78/70) Schockschaden-decision = NJW 1971, 1883 = VersZ 1971, 905, 1140. มีข้อเท็จจริงว่าจำเลยชดเชยบุตรชายคนสามีโจทก์เสียชีวิตเป็นเหตุให้โจทก์ตกใจมากจน เจ็บป่วยทางจิตใจ โดยโจทก์มีหลักฐานทางการแพทย์มาแสดงว่ากระตักใจนั้นเป็นเหตุให้เกิดการบาดเจ็บทางจิตใจอย่างรุนแรง ศาลได้

เยอรมนีดังกล่าวนี้มาปรับกับประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาผู้เขียนมีความเห็นว่าการตรวจวินิจฉัยกระทำต่อร่างกายของมารดา มิได้กระทำต่อร่างกายของแพทย์ กรณีนี้ถือว่ามีมารดาเป็นผู้เสียหายโดยตรง ส่วนบิดาถือเป็นผู้เสียหายโดยอ้อม ซึ่งหากบิดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจถึงขนาดส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรงที่ไม่ใช่เป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ กรณีนี้บิดาก็น่าจะถือเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทั้งนี้ เป็นเพียงการวิเคราะห์ในมุมมองของผู้เขียนเท่านั้น เนื่องจากในกรณีดังกล่าวยังไม่มีคำพิพากษาของศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ได้อ้างอิงตามกฎหมายลักษณะละเมิด เนื่องจากบิดามารดาสามารถเลือกได้ว่า จะฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะสัญญาหรือกฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งคดีที่ขึ้นสู่ศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นบิดามารดาได้เลือกที่จะฟ้องร้องตามกฎหมายลักษณะสัญญา⁴¹²

ทั้งนี้ กฎหมายลักษณะละเมิดของไทยได้แบ่งประเภทผู้เสียหายออกเป็นผู้เสียหายโดยตรงและผู้เสียหายโดยอ้อมเหมือนเช่นกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือไม่นั้น จากการศึกษาตำรากฎหมายลักษณะละเมิดและคำพิพากษาศาลฎีกาผู้เขียนไม่พบว่ามีกรณีแบ่งประเภทผู้เสียหายออกเป็นผู้เสียหายโดยตรงและผู้เสียหายโดยอ้อมดังเช่นกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยพบแต่เพียงว่าศาลฎีกาวินิจฉัยว่าความเสียหายเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำหรือไม่ซึ่งเป็นการพิจารณาองค์ประกอบความรับผิดชอบละเมิดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ส่วนกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Common law นั้น ศาลประเทศอังกฤษจะพิจารณาว่าผู้กระทำมีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of care) ต่อผู้เสียหายหรือไม่ โดยในส่วนของบิดานั้นศาลประเทศอังกฤษได้วินิจฉัยวางหลักไว้ในคดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor⁴¹³ ว่าหากบิดามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดาด้วยความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดาจะต้องคาดเห็นได้อย่างสมเหตุสมผลว่าการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมารดานั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อบิดา เช่น บิดามารดาอาศัยอยู่ด้วยกันมิได้แยกทางกัน บิดามารดาช่วยกันเลี้ยงดูทารกที่พิการเป็นอาจัน เป็นต้น ก็จะถือว่าแพทย์มีหน้าที่

พิพากษาให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายทางจิตใจแก่โจทก์ โดยให้เหตุผลว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับไม่ใช่ความรู้สึกทั่วไป เป็นความเสียหายต่ออนามัยโจทก์ และโจทก์มีหลักฐานทางการแพทย์มาแสดง แต่ทั้งนี้หากโจทก์ไม่ใช่ผู้เสียหายที่มีความสัมพันธ์กับผู้เสียหายโดยตรงแล้วก็จะไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหาย

⁴¹² Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate) 86, 240, JZ 1983, 447; Bundesgerichtshof VI ZR 136/01

⁴¹³ Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor [2008] EWZA Civ 285 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 113.

ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดา ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการวินิจฉัยการเป็นผู้เสียหายของบิดาตามแนวคำวินิจฉัยของศาลประเทศอังกฤษดังกล่าวนี้ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายลักษณะละเมิดของไทยเนื่องจากบริบทของกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศอังกฤษและบริบทของกฎหมายลักษณะละเมิดของไทยมีความแตกต่างกัน

ส่วนผู้เขียนมีความเห็นว่าบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะสามารถเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดของไทยได้หรือไม่นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าจากการศึกษาดำรงกฎหมายลักษณะละเมิดของไทยและแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาซึ่งไม่พบว่ามีกรณีการแบ่งประเภทผู้เสียหายออกเป็นผู้เสียหายโดยตรงและผู้เสียหายโดยอ้อมดังเช่นกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในกรณีนี้บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้ ประกอบกับหากพิจารณาตามสภาพความเป็นจริงแม้ว่าการตรวจวินิจฉัยจะกระทำต่อร่างกายของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย มิได้กระทำต่อร่างกายของบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่เรื่องการตั้งครรภ์ก็ถือเป็นเรื่องของครอบครัวซึ่งบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมที่จะวางแผน ปรึกษาหารือ และตัดสินใจร่วมกันไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการฝากครรภ์ การตรวจวินิจฉัย การทำคลอด การเลี้ยงดูทารก การรักษาพยาบาล การยุติการตั้งครรภ์ การเตรียมความพร้อมด้านฐานะการเงิน และการเตรียมความพร้อมในเรื่องสภาพแวดล้อมในการเลี้ยงดู ซึ่งการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาแต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีความพิการทางร่างกาย กรณีนี้บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายจึงย่อมที่จะได้รับผลกระทบด้วย ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าเป็นประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาศึกษาบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้ซึ่งต้องไปพิจารณาต่อไปว่าผลกระทบที่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับนั้นถือเป็นความเสียหายต่อสิ่งที่บัญญัติมาตรา 420 ให้ความคุ้มครองหรือไม่

ทั้งนี้ ผลกระทบจากการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการกรณีดังกล่าวย่อมทำให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจ มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ และทำให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากทั้งในการรักษาพยาบาลและในการเลี้ยงดูทารกที่พิการ ซึ่งผลกระทบเหล่านี้จะถือเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นส่วนของความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หากความทุกข์ทรมาน

ทางจิตใจนั้นเป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจและไม่ปรากฏว่าบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ กรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด แต่หากความทุกข์ทรมานทางจิตใจนั้นมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิต เช่น เป็นโรคซึมเศร้า จิตฟั่นเฟือน มีอาการทางระบบประสาท เป็นต้น กรณีนี้ถือเป็นความเสียหายต่ออนามัยของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์โดยละเอียดในหัวข้อความเสียหายต่อไป ส่วนผลกระทบต่อกองทัพสันอันเกิดจากการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูและค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารกที่พิการนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าความพิการทางร่างกายของทารกที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูนั้นมิได้เกิดจากการกระทำของแพทย์ ผลกระทบต่อกองทัพสันจึงไม่ถือเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด แต่อย่างไรก็ตามไม่อาจปฏิเสธว่าการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับผลกระทบต่อกองทัพสันนั้นเกิดจากการที่แพทย์ทำให้มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ ทั้งนี้หากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถพิสูจน์ได้ว่ามารดาจะมีความเครียดอย่างรุนแรงเมื่อได้ทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอย่างรุนแรง และพิสูจน์ได้ว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีความมุ่งหมายที่จะยุติการตั้งครรภ์หากพบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอย่างรุนแรง กรณีนี้ถือว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์โดยละเอียดในหัวข้อความเสียหายต่อไป

ด้วยเหตุนี้ประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาแพทย์จึงถือเป็นผู้กระทำตามกฎหมายลักษณะละเมิด และบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายถือเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด อันเข้าองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดประการแรก

2) การกระทำโดยผิดกฎหมาย

การกระทำโดยผิดกฎหมายถูกจัดอยู่ในองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดประการที่สองและเป็นองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดที่ถูกบัญญัติไว้ในบทบัญญัติมาตรา 420 ทั้งนี้มีข้อสงสัยว่าการกระทำโดยผิดกฎหมายนั้นจำเป็นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติเป็นฐานความผิดตั้งเช่นกฎหมายอาญาหรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าร่างบทบัญญัติมาตรา 420 ฉบับภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Unlawfully” ซึ่งหมายถึงการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิด

ความเสียหายโดยที่ผู้กระทำไม่มีสิทธิที่จะกระทำได้⁴¹⁴ หรือไม่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะกระทำได้นอกจากนี้จากการศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งเป็นต้นแบบบทบัญญัติมาตรา 420 พบว่าตำรากฎหมายลักษณะละเมิดของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้ให้ความหมายคำว่ากรกระทำโดยผิดกฎหมายว่ากรกระทำที่กระทบต่อสิทธิที่กฎหมายให้ความคุ้มครองโดยผู้กระทำไม่มีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะกระทำได้⁴¹⁵ ดังนั้น การกระทำโดยผิดกฎหมายจึงไม่จำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติเป็นฐานความผิดดังเช่นกฎหมายอาญา

ทั้งนี้ ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษามีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดโดยเป็นการตรวจวินิจฉัยที่ต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์อันเป็นเหตุให้ไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา มีกฎหมายใดที่ให้อำนาจแก่แพทย์ในการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์หรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาค้นคว้านั้นผู้เขียนไม่พบว่ามีกฎหมายใดที่ให้อำนาจแก่แพทย์ในการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์เลย ดังนั้นการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์อันเป็นเหตุให้ตรวจไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา กรณีนี้จึงถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายอันเข้าองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดประการที่สอง

3) การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อถือเป็นหนึ่งในองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดที่สำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี รวมถึงประเทศไทยซึ่งใช้หลักไม่มีความรับผิดโดยไม่มี ความผิด (No liability without fault) หรือหลักความผิด (Fault) เนื่องจากหากการกระทำของผู้กระทำไม่เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อย่อมมีผลทำให้การกระทำของผู้กระทำไม่มีความผิดและถือว่าขาดองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิด ทั้งนี้ ตำรากฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศไทยต่างได้อธิบายว่าการกระทำโดยจงใจ คือ การกระทำที่ผู้กระทำรู้สำนึกในขณะกระทำและมีความมุ่งหมายหรือประสงค์ที่จะให้ความเสียหายเกิดขึ้นกับผู้อื่น ส่วนการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ คือ การที่ผู้กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง โดยในกรณีที่

⁴¹⁴ วงษ์ วีรพงศ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด, หน้า 134.

⁴¹⁵ Foster, N. G. and S. Sule, *German Legal System and Law*, p. 434.

ผู้กระทำเป็นแพทย์ การพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้นจะพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำที่ต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์หรือไม่

ส่วนประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Common law นั้นมีความแตกต่างจากกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศไทยตรงที่ประเทศอังกฤษแบ่งประเภทความรับผิดทางละเมิดเป็นฐานความผิดเหมือนเช่นในคดีอาญา โดยในกรณีที่แพทย์เป็นผู้กระทำละเมิดจะต้องพิจารณากฎหมายลักษณะละเมิดฐานประมาทเลินเล่อ โดยแพทย์จะมีความรับผิดฐานประมาทเลินเล่อเมื่อการกระทำของแพทย์ต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์⁴¹⁶

ดังนั้น ในการพิสูจน์การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี รวมถึงประเทศไทย และการพิสูจน์ถึงการกระทำโดยประมาทเลินเล่อตามกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศอังกฤษจึงต้องพิสูจน์มาตรฐานวิชาชีพแพทย์ ทั้งนี้ จากการศึกษาข้อมูลของต่างประเทศพบว่าสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษได้มีการกำหนดมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในเรื่องต่างๆรวมถึงมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในเรื่องการตรวจวินิจฉัยครมรรดาเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ใน Clinical Practice Guideline (CPG) และศาลของประเทศเหล่านี้ก็ได้ใช้ Clinical Practice Guideline ประกอบการพิจารณาคดีซึ่งมีผลทำให้ลดปัญหาความยากในการพิสูจน์มาตรฐานวิชาชีพแพทย์ได้ ส่วนประเทศไทยยังไม่มีการจัดทำมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เป็น Clinical Practice Guideline (CPG) ในทุกประเภทหัตถการ ส่วนมาตรฐานวิชาชีพแพทย์มีเช่นไรนั้น จากการสัมภาษณ์นายแพทย์เกรียง อัครรุ่งนรินทร์ ท่านได้อธิบายว่า มาตรฐานวิชาชีพแพทย์สามารถดูได้จากมาตรฐานตามตำราแพทย์ มาตรฐานเวชปฏิบัติหรือแนวทางการรักษา และมาตรฐานที่แพทย์ทั่วไปหรือวิญญูชนผู้เป็นแพทย์ปฏิบัติ⁴¹⁷ นอกจากนี้แพทย์จะต้องทำการรักษาผู้ป่วยให้เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เหล่านี้ภายใต้หลัก Current accepted medical practice⁴¹⁸ กล่าวคือ แพทย์จะต้องทำการรักษาผู้ป่วยให้เป็นไปตามมาตรฐานตามตำราแพทย์ มาตรฐานเวชปฏิบัติหรือแนวทางการรักษา และมาตรฐานที่แพทย์ทั่วไป

⁴¹⁶ Giliker, P. and S. Beckwith, *Tort*, p. 24.

⁴¹⁷ สัมภาษณ์ นายแพทย์เกรียง อัครรุ่งนรินทร์ กรรมการแพทยสภา.

⁴¹⁸ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549

ข้อ 15 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุดในการดำเนินการนั้นๆ ภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วิสัย และพฤติการณ์ที่มีอยู่

หรือวิญญูชนผู้เป็นแพทย์ปฏิบัติในระดับที่ดีที่สุดในสถานการณ์ ณ ขณะที่มีการรักษาภายใต้ความสามารถของแพทย์และข้อจำกัดตามภาวะ วิกฤติ และพฤติกรรม

ทั้งนี้ ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาคำพิพากษาที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาด ไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ กรณีนี้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะทำการฟ้องมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เกี่ยวกับการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาอย่างไรนั้นแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) กรณีการกระทำโดยจงใจ บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องฟ้องให้ศาลเห็นว่าแพทย์ได้กระทำโดยมีความมุ่งหมายหรือประสงค์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการฟ้องถึงความมุ่งหมายดังกล่าวนี้จะต้องพิจารณาจากการกระทำของแพทย์ ทั้งนี้ เนื่องจากข้อมูลในการตรวจวินิจฉัยอยู่ในความครอบครองของแพทย์ และในการฟ้องนั้นต้องอาศัยความรู้ทางการแพทย์ซึ่งเป็นความรู้ขั้นสูงที่บุคคลทั่วไปไม่อาจทราบได้ รวมถึงจะต้องฟ้องมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เกี่ยวกับการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาในสถานการณ์นั้นๆภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วิกฤติ และพฤติกรรมที่มีอยู่มีมาตรฐานอย่างไร และการกระทำของแพทย์นั้นต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์หรือไม่เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์อย่างไร ในขั้นตอนใด ผู้เขียนมีจึงความเห็นว่สิ่งเหล่านี้้อาจทำให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายประสบปัญหาความยากในการฟ้องว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจ ทั้งนี้เนื่องจากในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นยังไม่มีฟ้องร้องดำเนินคดีกล่าวหาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจ ผู้เขียนจึงขอなた่วอย่างข้อเท็จจริงในคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5637/2533 มาวิเคราะห์เพื่อให้เห็นภาพว่าในการฟ้องว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจจะต้องฟ้องเช่นไร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5637/2533 โจทก์เป็นหญิงซึ่งเคยตั้งครรภ์ จำเลยที่ 1 เป็นโรงพยาบาล จำเลยที่ 2 เป็นแพทย์ คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าโจทก์ได้ขอคำแนะนำในเรื่องการป้องกันการติดเชื้อหัดเยอรมันจากจำเลยที่ 2 ซึ่งจำเลยที่ 2 ก็ทราบว่าในขณะนั้นโจทก์กำลังตั้งครรภ์ แต่จำเลยที่ 2 ก็ได้ฉีดวัคซีน M.M.R. ซึ่งมีข้อห้ามมิให้ใช้กับสตรีมีครรภ์เนื่องจากจะทำให้ทารกในครรภ์พิการ ภายหลังที่ได้ฉีดวัคซีนนั้นโจทก์มีความกังวลเป็นอย่างมากว่าทารกในครรภ์จะมีความพิการทางร่างกาย โจทก์จึงตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์ และต่อมาโจทก์จึงได้ฟ้องร้องดำเนินคดีกับจำเลยทั้งสองตามกฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งคดีนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าพยานหลักฐานของโจทก์มีน้ำหนักน้อย แต่

พยานหลักฐานของจำเลยทั้งสองนั้น จำเลยที่ 2 เป็นแพทย์ซึ่งสำเร็จการศึกษาด้านสูตินรีเวชศาสตร์ อีกทั้งเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านโรคติดต่อเชื้อไวรัสและเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกุมารเวชวิทยา มีประสบการณ์และชำนาญเกี่ยวกับเชื้อไวรัสหัดเยอรมันมานาน คำเบิกความของพยานจำเลยที่ 2 จึงมีน้ำหนักมากกว่าและเชื่อถือได้ ส่วนการที่โจทก์เบิกความกล่าวอ้างว่านายแพทย์สุบอภกับโจทก์ว่าทารกในครรภ์จะพิการและนายแพทย์สรสิทธิ์แนะนำโจทก์ว่าจะต้องยุติการตั้งครรภ์นั้นก็เป็นการกล่าวอ้างลอยๆ โดยนายแพทย์ทั้งสองต่างก็ได้ปฏิเสธว่ามีได้บอกและมีได้ให้คำแนะนำดังกล่าวแก่โจทก์ ทั้งยังเบิกความว่าวัคซีนที่ฉีดให้แกโจทก์นั้นไม่เป็นอันตรายต่อทารกในครรภ์ แต่โจทก์อยากยุติการตั้งครรภ์เอง และการที่นายแพทย์ยุติการตั้งครรภ์ให้ก็เพราะเห็นว่าสุขภาพจิตของโจทก์ย่ำแย่มาก ข้อเท็จจริงจึงฟังได้ว่าโจทก์ยุติการตั้งครรภ์เพราะกลัวไปเองว่าทารกในครรภ์จะพิการมิใช่เพราะวัคซีน M.M.R. ที่จำเลยที่ 2 ฉีดให้แกโจทก์ ดังนั้นจำเลยที่ 2 จึงไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่โจทก์จะพิสูจน์ว่าการกระทำของจำเลยที่ 2 เป็นการกระทำโดยจงใจนั้น โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ที่ได้ห้ามมิให้แพทย์ฉีดวัคซีน M.M.R. ให้แก่สตรีที่กำลังตั้งครรภ์และหากใช้วัคซีนดังกล่าวกับสตรีที่กำลังตั้งครรภ์จะมีผลต่อทารกในครรภ์อย่างไร รวมถึงจะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยที่ 2 ก็ทราบมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ดังกล่าวและทราบว่าโจทก์กำลังตั้งครรภ์ ซึ่งการพิสูจน์ถึงมาตรฐานวิชาชีพดังกล่าวนี้จะต้องอาศัยความรู้ทางการแพทย์ซึ่งบุคคลทั่วไปไม่อาจทราบได้ อีกทั้งข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาก็อยู่ในความครอบครองของจำเลยที่ 2 ดังนั้นโจทก์จึงประสบปัญหาความยากในการพิสูจน์หักล้างว่าการกระทำของจำเลยที่ 2 เป็นการกระทำโดยจงใจ

(2) กรณีการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ การพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาว่าแพทย์ได้ขาดความระมัดระวังอันเป็นเหตุให้การรักษาคงใช้นั้นต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์หรือไม่¹ ทั้งนี้ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อนั้น บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาในสถานการณ์นั้นๆ ภายใต้อาณัติความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วัสดุ และพฤติการณ์ที่มีอยู่มีมาตรฐานอย่างไร และบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดานั้นแพทย์ได้ทำการตรวจ

วินิจฉัยต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์อย่างไร ในขั้นตอนใด หรือไม่เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์อย่างไร ซึ่งจะต้องอาศัยความรู้ทางวิชาชีพแพทย์ที่บุคคลทั่วไปไม่อาจทราบได้

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างการพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อกับข้อเท็จจริงในคดีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560⁴¹⁹ ซึ่งคดีดังกล่าวเป็นกรณีที่แพทย์ได้ทำการตรวจอัลตราซาวด์ครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อโดยศาลฎีกาได้พิจารณาคำเบิกความของจำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นแพทย์ผู้ทำการอัลตราซาวด์ซึ่งได้เบิกความไว้ว่าการตรวจอัลตราซาวด์ครรภ์โจทก์ที่ 1 เป็นการตรวจในระดับที่ 1 ซึ่งเป็นการตรวจอัลตราซาวด์ในลักษณะคัดกรองทั่วไปไม่สามารถตรวจพบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์ได้นั้นขัดแย้งกับบันทึกการรายงานการประชุมคณะกรรมการแพทยสภาซึ่งเป็นพยานเอกสารของจำเลยเอง โดยเอกสารดังกล่าวระบุว่า “การตรวจอัลตราซาวด์ในหญิงตั้งครรภ์เพื่อหาความผิดปกติของทารกในครรภ์สามารถแบ่งได้เป็น 3 ระดับ.. และการตรวจในระดับที่ 1 เป็นการตรวจคัดกรองอย่างง่ายโดยแพทย์ที่มีความรู้ทางอัลตราซาวด์ทั่วไปสามารถตรวจได้ กล่าวคือ ดูจำนวนทารก การมีชีวิตของทารก การประมาณอายุครรภ์ ปริมาณน้ำคร่ำ ส่วนนำของทารก ตำแหน่งรก และความพิการบางอย่างที่สามารถเห็นได้ง่าย” ประกอบกับจำเลยที่ 3 เบิกความตอบทนายโจทก์ถามค้านว่าอวัยวะต่างๆของทารกในช่วงครรภ์อายุ 17 สัปดาห์น่าจะครบทุกส่วนแล้ว และอวัยวะเพศชายของทารกเมื่อเปรียบเทียบกับแขนและขาโดยปกติย่อมเล็กกว่ามาก จำเลยที่ 3 ก็ยังสามารถพบเห็นได้ ดังนั้นแขนและขาทั้งสองข้างของทารกจึงเป็นอวัยวะส่วนที่สามารถตรวจพบได้ง่ายหากจำเลยที่ 3 ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอตามวิสัยของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในการตรวจครรภ์โจทก์ที่ 1 ด้วยเครื่องอัลตราซาวด์ก็เชื่อว่าจะพบความพิการอย่างรุนแรงของส่วนขาและแขนของโจทก์ที่ 2 ในขณะที่ยังเป็นทารกในครรภ์โจทก์ที่ 1

จากคำวินิจฉัยของศาลฎีกาจะเห็นได้ว่าการที่ศาลฎีกาพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยที่ 3 เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้นเป็นเพราะคำเบิกความของจำเลยที่ 3 ขัดแย้งกับพยานเอกสารของฝ่ายจำเลยเอง ซึ่งหากคำเบิกความของจำเลยที่ 3 มิได้ขัดแย้งกับพยานเอกสารของฝ่ายจำเลย ในการพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้น โจทก์ที่ 1 ก็จะต้องพิสูจน์ว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในเรื่องการตรวจอัลตราซาวด์ครรภ์มีอย่างไร เช่น

⁴¹⁹ รายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โปรดดูหน้า 139.

การตรวจอัลตราซาวด์นั้นควรตรวจกี่ครั้ง ในช่วงอายุครรภ์เท่าใดบ้าง การตรวจอัลตราซาวด์มีกี่ระดับ จะต้องทำการตรวจอัลตราซาวด์ในระดับใดจึงจะพบเห็นความพิการของอวัยวะทารกได้และโดยทั่วไป อวัยวะที่สามารถพบเห็นความพิการได้มีอวัยวะใดบ้าง ประกอบกับพิสูจน์ว่าการตรวจอัลตราซาวด์ของ จำเลยที่ 3 นั้นต่ำกว่าหรือไม่เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทยอย่างไร ซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อมูลที่จะต้อง พิสูจน์ต่อศาลเหล่านี้เป็นความรู้ทางวิชาชีพแพทย์ซึ่งคนทั่วไปไม่อาจทราบได้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการ พิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยาก

ดังนั้น บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจึงอาจประสบปัญหาในการพิสูจน์ ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งหากบิดามารดาโดยชอบด้วย กฎหมายไม่สามารถพิสูจน์ได้ก็จะมีผลทำให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดและมีผลทำให้การ กระทำของแพทย์ไม่เป็นการละเมิดต่อบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ปัญหาดังกล่าวสามารถแก้ไขได้โดยการจัดทำมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เป็น Clinical Practice Guideline (CPG) ดังเช่นสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ⁴²⁰ และ ใช้ Clinical Practice Guideline เป็นพยานหลักฐานประกอบการพิจารณาของศาล ซึ่งมีข้อดีคือ ทำให้ บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายทราบว่าในระหว่างที่มารดาตั้งครรภ์นั้นแพทย์จะต้องทำการตรวจ วินิจฉัยครรภ์มารดาเพื่อตรวจหาความผิดปกติของทารกในครรภ์อะไรบ้าง ตรวจโดยวิธีใด ในช่วงอายุ ครรภ์เท่าใด นอกจากนี้การกำหนดมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ไว้ใน Clinical Practice Guideline ยัง สามารถลดปัญหาความยากในการพิสูจน์เกี่ยวกับมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ได้

ด้วยเหตุนี้หากบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถพิสูจน์ได้ว่าการที่แพทย์ตรวจ วินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดนั้นเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือเกิดจากการกระทำโดยประมาท เลินเล่อ กรณีนี้ถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายอันเข้าองค์ประกอบความ รับผิดชอบทางละเมิดประการที่สาม

4) ความเสียหาย

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 วรรคสอง ได้กำหนดหน้าที่ให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งทุพพล

⁴²⁰ รายละเอียด Clinical Practice Guideline ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ โปรดดูหน้า 21.

ภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้⁴²¹ กรณีนี้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจึงย่อมที่จะได้รับผลกระทบในด้านฐานะการเงินเนื่องจากมีค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากทั้งในการเลี้ยงดูและการรักษาพยาบาลทารกที่พิการ อีกทั้งทารกที่พิการจะต้องได้รับการเลี้ยงดูมากกว่าทารกที่มีร่างกายปกติ นอกจากนี้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายยังต้องคำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับทารกที่พิการในอนาคตเนื่องจากความพิการทางร่างกายของทารกย่อมนำมาซึ่งความยากลำบากในการดำรงชีวิตของทารก ทารกอาจประสบกับทัศนคติเชิงลบ ไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม ถูกล้อเลียน และมีโอกาสทางเลือกด้านอาชีพน้อยกว่าบุคคลที่มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง สิ่งเหล่านี้ย่อมสามารถก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ในส่วนของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นการที่แพทย์ตรวจไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดายังทำให้มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์อีกด้วย แต่อย่างไรก็ตามผลกระทบต่างๆเหล่านี้จะถือเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่นั้น ผู้เขียนขอแยกพิจารณา ดังนี้

(1) ความทุกข์ทรมานทางจิตใจ

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นหากพิจารณาตามสภาพความเป็นจริงผู้เขียนมีความเห็นว่าบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมคาดหวังให้ทารกในครรภ์เกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงไม่ต้องการให้ทารกในครรภ์มีร่างกายพิการ และการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเลือกเข้ารับการตรวจวินิจฉัยครรภ์กับแพทย์ก็ย่อมเป็นไปเพื่อให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้มีความแน่ใจว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกายหรือไม่ ซึ่งบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมที่จะคาดหวังว่าจะได้รับผลการตรวจวินิจฉัยครรภ์ที่ถูกต้องตรงกับสภาพร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ทั้งนี้หากแพทย์ได้ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาแต่ต่อมาเมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการกรณีดังกล่าวย่อมทำให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีความเชื่อมั่นในผลการตรวจวินิจฉัยครรภ์มาโดยตลอดว่าทารกในครรภ์มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงไม่มีความพิการทางร่างกาย และเมื่อบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายพบว่าทารกมีร่างกายพิการในตอนคลอดก็ย่อมทำให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสูญเสียโอกาสในการเตรียมความพร้อมทางจิตใจ ซึ่งกรณีนี้ย่อมสร้างความวิตกกังวลแก่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายทั้งในเรื่องค่าใช้จ่ายทั้งในด้านการเลี้ยงดูและการรักษาพยาบาล

⁴²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1564 วรรคสอง บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้

ทารก การดำรงชีวิตของทารกในอนาคตเนื่องจากการที่ทารกมีร่างกายพิการนั้นย่อมมีผลทำให้ทารกไม่สามารถดำรงชีวิตด้วยตนเองได้ อีกทั้งผลกระทบด้านสังคมซึ่งผู้พิการมักจะประสบกับทัศนคติเชิงลบ ไม่ได้ได้รับการยอมรับจากสังคม ถูกล้อเลียน และมีโอกาสทางเลือกด้านอาชีพน้อยกว่าบุคคลที่มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ประกอบกับในมุมมองของกฎหมายนั้นยังได้กำหนดให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีหน้าที่ตามกฎหมายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองไม่ได้⁴²² ซึ่งผลกระทบเหล่านี้ก็ย่อมสร้างความกระทบกระเทือนทางจิตใจหรือก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ทั้งนี้ ความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะถือเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่นั้น หากพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 420 จะพบว่าไม่มีการบัญญัติให้ความทุกข์ทรมานทางจิตใจเป็นความเสียหายในมาตรา 420 นอกจากนี้จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่ากรณีที่ถือว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจเป็นความเสียหายนั้นจะต้องปรากฏว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ⁴²³

⁴²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1564 วรรคสอง บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองไม่ได้

⁴²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1604/2527 จำเลยที่ 2 เป็นศัลยแพทย์ตกแต่งและเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 เจ้าของคลินิกทำศัลยกรรมตกแต่งจมูกของโจทก์ด้วยความประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้จมูกอักเสบและมีเลือดคั่งที่หน้ามากต้องรักษาประมาณสองเดือนเศษ จำเลยทั้งสองต้องชดเชยค่าเสียหายในการที่โจทก์เจ็บปวดทรมาน ค่าขาดประโยชน์ในการทำมาหาได้ และค่ารักษาพยาบาลจากแพทย์อื่น; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3357/2538 การที่โจทก์ได้รับบาดเจ็บขาหักหลายแห่งต้องผ่าตัดหลายครั้ง และต้องทำการกายภาพบำบัดทั้งขณะที่อยู่โรงพยาบาลและออกจากโรงพยาบาลแล้วใช้เวลารักษาดังกล่าวถึง 129 วัน จำเป็นจะต้องมีผู้ช่วยเหลืออย่างใกล้ชิดเพราะโจทก์ช่วยเหลือตนเองไม่ได้ โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายส่วนนี้ได้ ขณะเกิดเหตุโจทก์เป็นนักเรียนกำลังศึกษาอยู่ชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 6 โจทก์ได้รับอันตรายสาหัสต้องพักรักษาตัวหลายเดือนต้องขาดเรียนและเรียนช้าขึ้น โจทก์ก็ย่อมได้รับความทุกข์ทรมานทางกายและจิตใจมาก โจทก์ย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินในส่วนนี้ได้และไม่ใช่ค่าเสียหายที่ไกลเกินกว่าเหตุตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6303/2547 การที่เด็กชาย ก. ต้องเป็นคนที่พิการไม่สามารถเดินและขับถ่ายได้ตามปกติ ถือได้ว่าเด็กชาย ก. ต้องสูญเสียความสามารถประกอบการงานในสภาพหน้าและทำลายความก้าวหน้าไปตลอดชีวิต โดยความเสียหายที่ไม่สามารถประกอบอาชีพได้ตามปกติก็คือ ความเสียหายที่ไม่สามารถประกอบการงานได้สิ้นเชิงทั้งในเวลาปัจจุบันและในอนาคต เมื่อผลแห่งการละเมิดของจำเลยที่ 1 ทำให้เด็กชาย ก. ต้องทุพพลภาพไปตลอดชีวิต โจทก์ทั้งสองจึงเรียกค่าเสียหายเพื่อการที่เสียความสามารถประกอบการงานได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 444 วรรคหนึ่ง และความทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นนี้ยังเข้ากรณีเป็นความเสียหายอันเป็นที่มาของความทุกข์ทรมานทั้งร่างกายและจิตใจอย่างแสนสาหัสที่บังเกิดขึ้นกับเด็กชาย ก. ในขณะที่มีอายุเพียง 6 ปีเท่านั้น โจทก์ทั้งสองจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 ด้วย ค่าเสียหายดังกล่าวไม่ซ้ำซ้อนกันและไม่เป็นค่าเสียหายอย่างเดียวกัน

การที่ศาลฎีกาจะให้ค่าเสียหายทางจิตใจนั้นจะต้องมีความเสียหายทางร่างกายประกอบกับความเสียหายทางจิตใจด้วย หากเป็นเพียงความเสียหายทางจิตใจอย่างเดียวโดยไม่มี ความเสียหายทางร่างกายเกิดขึ้น ศาลฎีกาไม่ให้ค่าเสียหายทางจิตใจ และความเสียหายทางจิตใจต้องเป็นความเสียหายทางจิตใจในทางจิตเวชหรือเป็นความเสียหายทางจิตใจอย่างแท้จริง หากเป็นเพียงอารมณ์จะ

ซึ่งหากเป็นเพียงความทุกข์ทรมานทางจิตใจเพียงอย่างเดียวโดยไม่ปรากฏว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ กรณีนี้ไม่ถือว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด⁴²⁴ แต่อย่างไรก็ตามหากความทุกข์ทรมานทางจิตใจมีความรุนแรงถึงขนาดที่มีผลกระทบต่อสุขภาพจิต เช่น เป็นโรคซึมเศร้า จิตฟั่นเฟือน มีอาการทางระบบประสาท เป็นต้น กรณีนี้ศาลฎีกาถือว่าเป็นความเสียหายต่ออนามัยซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีต่อไป

ดังนั้น ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาค้นคว้ากฎหมายลักษณะละเมิดของไทยและแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นมาปรับกับกรณีที่ผู้เขียนทำการศึกษาค้นคว้าผู้เขียนมีความเห็นว่าหากความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับบิดามารดาโดยชอบด้วยเป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจโดยไม่ปรากฏว่าบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ กรณีนี้ไม่อาจถือเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด แต่อย่างไรก็ตามหากความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรง เช่น เป็นโรคซึมเศร้า มีอาการทางจิต เป็นโรคประสาท เป็นต้น กรณีนี้ถือว่าเป็นความเสียหายต่ออนามัยของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ในส่วนของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยในคดีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560⁴²⁵ ซึ่งเป็นกรณีที่มารดาเป็นโจทก์ (บิดามีได้เป็นโจทก์) ฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิด เนื่องจากในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา แพทย์ได้ทำการตรวจอัลตราซาวด์ไม่พบความผิดปกติทางร่างกายของทารก แต่เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับ

CHULALONGKORN UNIVERSITY

ไม่ได้รับการخذใจคำวินิจฉัยใหม่ทดแทน (โปรดดู, พรทิพย์ สุทธิธรรมศิลป์, "คำเสียหายทางจิตใจ: ศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดของอังกฤษและเยอรมันเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะละเมิดของไทย," เอกสารประกอบกรอบรวมหลักสูตรผู้พิพากษาบริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 13 หน้า 25.)

⁴²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1742/2499 จำเลยฆ่าบุตรโจทก์ถึงแก่ความตาย ย่อมถือว่าจำเลยได้กระทำละเมิดต่อโจทก์ทำให้โจทก์ขาดผู้อุปการะเลี้ยงดูไปโดยมิต้องคำนึงว่าในปัจจุบันบุตรที่ตายจะได้อุปการะเลี้ยงดูโจทก์ผู้เป็นมารดาหรือไม่ ส่วนคำเสียหายจะเท่าใดศาลก็ย่อมกำหนดให้ตามสมควร ส่วนคำเสียหายเพื่อความวิโยคโหม่นสนั่นเรียกไม่ได้เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกได้; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 789/2502 สามีย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดความหวาดเหวเพราะสูญเสียภริยาผู้เคยปฏิบัติให้ชีวิตของสามีมีความสุขจากผู้ที่ทำให้ภริยาของตนถึงแก่ความตายเพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติ; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 477/2514 กรณีละเมิดที่เป็นเหตุให้เศร้าโศกเสียใจและผิดหวัง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติไว้ให้เรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้จะเป็นบิดามารดาตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2816/2528 การที่โจทก์ได้รับความเศร้าโศกเสียใจ เนื่องจากได้รับโทรเลขที่จำเลยที่ 1 ปُر้อข้อความผิดว่าบุตรสาวโจทก์ถึงแก่ความตายแล้วนั้น ความโศกเศร้าเสียใจของโจทก์เป็นเพียงอารมณ์ที่เกิดขึ้นเมื่อทราบข่าวร้าย ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้สิทธิโจทก์เรียกค่าเสียหายในเรื่องนี้ได้

⁴²⁵ รายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โปรดดูหน้า 139.

พบว่าทารกนั้นมีร่างกายพิการอย่างรุนแรงโดยมีแขนซ้ายเพียงข้างเดียว แขนขวามีช่วงแขนเหนือข้อศอก ขาขวาไม่มี ขาซ้ายไม่สมบูรณ์ และเมื่อมารดาได้เห็นทารก มารดาก็เอาแต่ร้องไห้และพูดซ้ำๆ ว่าเป็นความผิดของตน มารดาไม่สามารถนอนหลับได้อย่างปกติและจิตใจกังวลตลอดเวลาจนแพทย์ต้องให้ยาระงับประสาทแก่มารดา โดยเหตุการณ์นี้เกิดขึ้นที่โรงพยาบาลบำรุงราษฎร์ซึ่งเป็นโรงพยาบาลเอกชนที่มีชื่อเสียง โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าการกระทำของแพทย์ซึ่งตรวจอัลตราซาวด์ไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดานั้นเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออันเป็นเหตุให้มารดาได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจอย่างรุนแรงโดยถือเป็นการเสียหายต่ออนามัยของมารดา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยเช่นนี้เป็นไปได้ว่าศาลฎีกาได้คำนึงถึงความเป็นจริงว่าการที่มารดาเลือกใช้บริการที่โรงพยาบาลบำรุงราษฎร์ซึ่งเป็นโรงพยาบาลเอกชนอันดับต้นๆของประเทศและมีค่ารักษาพยาบาลและค่าบริการที่สูงย่อมเกิดจากการที่มารดามีความเชื่อถือในชื่อเสียงและความสามารถของแพทย์ และคาดหวังว่าจะได้รับการดูแลรักษาในมาตรฐานและความพึงพอใจในระดับที่สูงกว่าการดูแลในโรงพยาบาลรัฐหรือโรงพยาบาลเอกชนอื่น และคาดหวังที่จะได้รับการตรวจวินิจฉัยจากแพทย์ที่เป็นผู้เชี่ยวชาญและสามารถให้ผลการตรวจวินิจฉัยที่ถูกต้องแม่นยำตรงกับสภาพความเป็นจริงทางร่างกายของทารกในครรภ์ ซึ่งเมื่อแพทย์ทำการตรวจอัลตราซาวด์แล้วแจ้งให้มารดาทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายสมบูรณ์ดีทุกประการก็ย่อมทำให้มารดาเชื่อว่าทารกในครรภ์มีสภาพร่างกายปกติเหมือนเช่นคนทั่วไปและมีผลทำให้มารดาไม่ขอตรวจอัลตราซาวด์ซ้ำ นอกจากนี้การที่มารดาไม่ได้รับผลการตรวจวินิจฉัยที่ถูกต้องก็ยิ่งเป็นเหตุให้มารดาเสียโอกาสในการหาหนทางแก้ไขเยียวยาหรือดำเนินการกับทารกในขณะที่อยู่ในครรภ์มารดาและเสียโอกาสในการเตรียมความพร้อมทางจิตใจ กรณีดังกล่าวจึงได้สร้างความกระทบกระเทือนทางจิตใจอย่างรุนแรงแก่มารดา อีกทั้งข้อเท็จจริงก็ปรากฏว่าภายหลังคลอดเมื่อมารดาได้เห็นทารกซึ่งมีร่างกายพิการอย่างรุนแรง มารดาก็เอาแต่ร้องไห้และพูดซ้ำๆ ว่าเป็นความผิดของตน มารดาไม่สามารถนอนหลับได้อย่างปกติและจิตใจกังวลตลอดเวลาจนแพทย์ต้องให้ยาระงับประสาทแก่มารดา กรณีตามคดีนี้ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ได้ตัดสินว่าเป็นความเสียหายต่ออนามัยของมารดา

ทั้งนี้ จากการศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีพบว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจมิได้ถูกบัญญัติให้เป็นความเสียหายในบทบัญญัติมาตรา 823 วรรคแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี นอกจากนี้หากปรากฏว่าผู้เสียหายมีความทุกข์ทรมานทางจิตใจเพียงอย่างเดียวโดยไม่ปรากฏว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ กรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นความทุกข์ทรมานทางจิตใจเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะ

ละเมิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษาคำพิพากษาศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีพบว่าศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ตีความขยายความเสียหายต่ออนามัยให้รวมถึงความทุกข์ทรมานทางจิตใจเฉพาะในกรณีที่มีความทุกข์ทรมานทางจิตใจนั้นมีความรุนแรงที่มีใช้อารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ⁴²⁶ ทั้งนี้หากนำกฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาปรับกับกรณีที่บิดามารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจ ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับบิดามารดาเป็นความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจโดยไม่ปรากฏว่าบิดามารดาได้รับความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ กรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่หากความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับบิดามารดามีความรุนแรงที่มีใช้เป็นอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ กรณีนี้ถือว่าเป็นความเสียหายต่ออนามัยของบิดามารดา ทั้งนี้เป็นเพียงความเห็นของผู้เขียนที่ได้นำข้อเท็จจริงมาปรับกับกฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเท่านั้น เนื่องจากในกรณีดังกล่าวบิดามารดาสามารถเลือกได้ว่าจะฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะสัญญาหรือกฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งคดีที่ขึ้นสู่ศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นบิดามารดาได้เลือกที่จะฟ้องร้องตามกฎหมายลักษณะสัญญา⁴²⁷ จึงทำให้ยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ได้วินิจฉัยตามกฎหมายลักษณะละเมิด

ส่วนกฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของศาลประเทศอังกฤษนั้น มีลักษณะคล้ายกับกฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กล่าวคือ ศาลประเทศอังกฤษไม่ถือว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เป็นอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด⁴²⁸ แต่อย่างไรก็ตามหากความทุกข์ทรมานทางจิตใจนั้น

⁴²⁶ RGZ 133, 270 VI. Civil Senate = JZ 1929, 914 (VI 149/31) โจทก์ได้ฟ้องจำเลยตามกฎหมายลักษณะละเมิดเรียกร้องให้จำเลยชดเชยค่าปลงศพ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ และยังเรียกร้องให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับภรรยาโจทก์เนื่องจากทราบข่าวบุตรชายเสียชีวิต ซึ่งศาลก็ได้พิพากษาให้จำเลยทั้งสองชดเชยค่าเสียหายทางจิตใจให้แก่โจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 823 โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าความเสียหายทางจิตใจดังกล่าวไม่ใช่ความรู้สึกอารมณ์ทั่วไป ถือเป็นความเสียหายต่ออนามัย และแม้ว่าภรรยาโจทก์จะไม่ได้อยู่ในเหตุการณ์ก็ไม่ใช่เหตุที่ไม่ได้รับค่าเสียหายทางจิตใจ

BHGZ 56, 163 VI. Civil Senate (VI ZR 78/70) Schockschaden-decision = NJW 1971, 1883 = VersZ 1971, 905, 1140. จำเลยขับรถชนสามล้อโจทก์เสียชีวิต เป็นเหตุให้โจทก์ตกใจมากจนเจ็บป่วยทางจิตใจ โดยโจทก์มีหลักฐานทางการแพทย์มาแสดงว่าการตกใจนั้นเป็นเหตุให้เกิดการบาดเจ็บทางจิตใจอย่างรุนแรง ศาลได้พิพากษาให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายทางจิตใจแก่โจทก์ โดยให้เหตุผลว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับไม่ใช่ความรู้สึกทั่วไป เป็นความเสียหายต่ออนามัยโจทก์ และโจทก์มีหลักฐานทางการแพทย์มาแสดง แต่ทั้งนี้หากโจทก์ไม่ใช่ผู้เสียหายที่มีความสัมพันธ์กับผู้เสียหายโดยตรงแล้ว ก็จะไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหาย

⁴²⁷ Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate) 86, 240, JZ 1983, 447; Bundesgerichtshof VI ZR 136/01

⁴²⁸ คดี Hinz v. Berry [1970] 2 QB 40. รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 102.

เป็นการเจ็บป่วยทางจิตใจหรือโรคทางจิตเวช (Nervous shock หรือ Psychiatric injury) กรณีนี้ศาลประเทศอังกฤษยอมรับว่าเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด⁴²⁹ ทั้งนี้หากนำแนวคำวินิจฉัยของศาลประเทศอังกฤษมาปรับกับกรณีที่บิดามารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจ ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับบิดามารดาเป็นความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ กรณีนี้ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลประเทศอังกฤษไม่ถือว่าเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด แต่หากความทุกข์ทรมานทางจิตใจนั้นเป็นการเจ็บป่วยทางจิตใจหรือโรคทางจิตเวช (Nervous shock หรือ Psychiatric injury) กรณีนี้ถือเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศอังกฤษ ทั้งนี้ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษามีการฟ้องร้องดำเนินคดีเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษคือ คดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor⁴³⁰ ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่ามารดาที่มีความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงและได้ฆ่าตัวตายในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลชั้นต้น โดยในคดีนี้ศาลชั้นต้นของประเทศอังกฤษก็ได้วินิจฉัยว่าการที่แพทย์ตรวจไม่พบภาวะ Spina bifida ที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์มารดานั้นก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจแก่มารดาซึ่งความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงนั้นก็เป็ผลโดยจากการที่แพทย์ตรวจไม่พบภาวะ Spina bifida ศาลชั้นต้นของประเทศอังกฤษจึงได้ตัดสินให้โรงพยาบาลรับผิดชอบในการที่มารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรง แต่ทั้งนี้ในส่วนของบิดานั้น เนื่องจากปรากฏข้อเท็จจริงว่าบิดาได้แยกทางกับมารดาตั้งแต่วันที่ทารกจะได้คลอดและบิดามีส่วนร่วมในการดูแลทารกเป็นครั้งคราวเท่านั้น ศาลอุทธรณ์ประเทศอังกฤษจึงวินิจฉัยว่ากรณีนี้ไม่อาจถือว่าบิดามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมารดาซึ่งส่งผลทำให้แพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบิดา คดีนี้ศาลอุทธรณ์ประเทศอังกฤษจึงได้ตัดสินว่าการกระทำของแพทย์ไม่เป็นการละเมิดต่อบิดา บิดาจึงไม่อาจฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าเจ็บปวดทุกข์ทรมานทางจิตใจ

คดี Fraser v. Merseyside Regional Health Authority [2001] SLT 1051. รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 103.

คดี Reily v. Merseyside Regional Health Authority [1994] 23 BMLR 26. รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 103.

⁴²⁹ คดี Mcloughlin v. O'Brian [1983] 1 AC 420. รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 101.

คดี Hale v. London Underground [1993] QBD. รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 101.

คดี Vermon v. Bosely 1 All ER 577. รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 102.

คดี Page v. Smith [1995] AC 155. รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 102.

⁴³⁰ Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor [2008] EWZA Civ 285 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 113.

ส่วนกฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสนั้นมีความแตกต่างจากกฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีประเทศอังกฤษ รวมถึงประเทศไทย กล่าวคือกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดประเภทความเสียหายไว้ในบทบัญญัติกฎหมายลักษณะละเมิด โดยในการพิจารณาคดีนั้นศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะพิจารณาตามคำอธิบายของ Domat ซึ่งกล่าวไว้ว่า “ทุกความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือปราศจากความระมัดระวัง หรือการขาดความรู้ซึ่งควรจะมี ผู้กระทำจะต้องชดใช้เยียวยาความเสียหาย แม้ว่าการกระทำนั้นผู้กระทำจะมีได้ตั้งใจก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม⁴³¹” หรืออาจกล่าวสรุปได้ว่าทุกความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิด ผู้กระทำมีหน้าที่ชดใช้เยียวยาความเสียหาย ศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงถือว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่แม้จะเป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึก โศกเศร้าเสียใจเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ทั้งนี้หากนักกฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาปรับกับกรณีที่บิดามารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจ ผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีที่บิดามารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจไม่ว่าจะเป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึก โศกเศร้าเสียใจ หรือมีความรุนแรงถึงขนาดเป็นการเจ็บป่วยทางจิตใจหรือโรคทางจิตเวช กรณีนี้ย่อมถือเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสทั้งสิ้น ทั้งนี้ได้มีคำพิพากษาของศาล Conseil d’Etat ซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วินิจฉัยไว้ในคดี Quarez⁴³² ซึ่งเป็นกรณีที่แผนกพันธุกรรมของโรงพยาบาลตรวจไม่พบความผิดปกติของโครโมโซม แต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีอาการดาวน์ซินโดรมเนื่องจากความผิดปกติของโครโมโซม คู่ที่ 21 คดีนี้ศาล Conseil d’Etat ได้ตัดสินให้โรงพยาบาลรับผิดชอบความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นบิดามารดา นอกจากนี้ยังมีคดี Nicolas Perruche⁴³³ ซึ่งมารดาได้เป็นโจทก์ (บิดามีได้เป็นโจทก์ร่วม) ฟ้องแพทย์และห้องแล็บตามกฎหมายลักษณะละเมิด เนื่องจากแพทย์และห้องแล็บทำการตรวจวินิจฉัยเลือดของมารดาผิดพลาดโดยสรุปผลการตรวจว่ามารดาไม่ได้รับเชื้อหัดเยอรมัน แต่ในเวลาต่อมาเมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกนั้นมีร่างกายพิการอันเนื่องมาจากมารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างตั้งครรภ์ โดยศาลอุทธรณ์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ตัดสินให้แพทย์และห้องแล็บรับผิดชอบความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับมารดา

⁴³¹ Steiner, E., *French Law Comparative Approach*, p. 346.

⁴³² CE, Sect., 14 Février 1997 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 57.

⁴³³ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332

ทั้งนี้ หากเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสกับกฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยพบว่ากฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้ความสำคัญคุ้มครองมากกว่ากฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของศาลไทย เนื่องจากกฎหมายลักษณะละเมิดมิได้กำหนดประเภทความเสียหายไว้ในบทบัญญัติกฎหมายลักษณะละเมิด โดยในการพิจารณาความเสียหายนั้นศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะพิจารณาตามคำอธิบายของ Domat ที่ได้กล่าวไว้ว่า “ทุกความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือปราศจากความระมัดระวัง หรือการขาดความรู้ซึ่งควรจะรู้ ผู้กระทำจะต้องชดใช้เสียความเสียหาย แม้ว่า การกระทำนั้นผู้กระทำมิได้ตั้งใจก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม⁴³⁴” ซึ่งศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ได้วินิจฉัยว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่แม้จะเป็นเพียงความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจถือเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งต่างแตกต่างจากกฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยที่จะถือความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เป็นอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจเป็นความเสียหายต่อเมื่อผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ ส่วนประเด็นที่ว่ากฎหมายลักษณะละเมิดของไทยควรแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 420 โดยเพิ่มความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่แม้จะเป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจเป็นความเสียหายในบทบัญญัติมาตรา 420 หรือไม่นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากเพิ่มความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจในบทบัญญัติมาตรา 420 ก็อาจประสบปัญหาในการพิสูจน์ว่าผู้เสียหายได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจจริงหรือไม่ รวมถึงประสบปัญหาในการพิจารณาค่าสินไหมทดแทนด้วย ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าไม่ควรเพิ่มความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจในบทบัญญัติมาตรา 420

จากการวิเคราะห์สามารถสรุปได้ว่า การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา หากบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพ เช่น เป็นโรคซึมเศร้า จิตฟั่นเฟือน มีอาการทางระบบประสาท เป็นต้น กรณีนี้ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาถือว่าเป็นความเสียหายต่ออนามัย แต่หากความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับบิดามารดาโดยชอบด้วย

⁴³⁴ Steiner, E., *French Law Comparative Approach*, p. 346.

กฎหมายเป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ กรณีนี้ตามกฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาไม่ถือว่าเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด

(2) ผลกระทบต่อกองทรัพย์สินของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

บทบัญญัติมาตรา 1564 วรรคสอง⁴³⁵ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีหน้าที่ตามกฎหมายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งทุพพลภาพ ดังนั้นในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาศีษิตบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจึงมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูทารกที่พิการ ซึ่งในการอุปการะเลี้ยงดูทารกที่พิการนั้นย่อมจะต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากทั้งค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดู ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลและค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับกายอุปกรณ์ซึ่งมีราคาแพงและต้องเปลี่ยนตามช่วงอายุวัยของทารก ในกรณีดังกล่าวบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจึงย่อมที่จะได้รับผลกระทบต่อกองทรัพย์สินของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผลกระทบต่อกองทรัพย์สินดังกล่าวนี้จะถือเป็นความเสียหายที่แพทย์จะต้องรับผิดชอบบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าความพิการทางร่างกายของทารกที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูนั้นได้มีอยู่ก่อนที่แพทย์จะทำการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดา การตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาไม่ได้ทำให้ร่างกายของทารกเกิดความพิการแต่อย่างใด ผลกระทบต่อกองทรัพย์สินจึงมิได้เป็นผลที่เกิดจากการกระทำของแพทย์ กรณีนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าไม่อาจถือว่าผลกระทบต่อกองทรัพย์สินเป็นความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าในกรณีดังกล่าวก็ไม่อาจปฏิเสธว่าการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายต้องได้รับผลกระทบต่อกองทรัพย์สินนั้นเป็นผลมาจากการที่แพทย์ทำให้มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ เนื่องจากหากแพทย์มิได้ทำการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดก็จะทำให้มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการ ซึ่งหากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีความเครียดอย่างรุนแรงภายหลังที่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ทราบว่าทารกมีความพิการทางร่างกายอย่างรุนแรงอันเข้าหลักเกณฑ์การยุติการตั้งครรภ์ตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวล

⁴³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1564 วรรคสอง บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้

กฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5⁴³⁶ กรณีนี้มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมที่จะยุติการตั้งครรภ์ เนื่องจากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมที่จะคำนึงถึงผลกระทบทางการเงินและการดำรงชีวิตของทารกในอนาคต ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าผลกระทบต่อกองทัพสันของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีความเชื่อมโยงกับความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์โดยละเอียดต่อไป

(3) ความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ให้คำจำกัดความคำว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามบทบัญญัติมาตรา 420 เอาไว้ และจากการที่ผู้เขียนค้นคว้าข้อมูลเกี่ยวกับการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ผู้เขียนไม่พบว่าผู้ร่างกฎหมายได้ให้คำจำกัดความหรืออธิบายคำว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดจึงทำให้ไม่พบเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย ผู้เขียนจึงได้ศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งพบว่าศาลฎีกาได้ให้ความหมายของคำว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดไว้ว่าประโยชน์อันบุคคลมีอยู่และบุคคลอื่นต้องเคารพหรือได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย ทั้งนี้ ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่แพทยตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ในกรณีนี้การกระทำของแพทย์จะถือเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นั้น มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าได้มีการรับรองสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์แก่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

⁴³⁶ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548

ข้อ 5 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

(1) เป็นกรณีที่ต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงมีครรภ์ หรือ

(2) เป็นกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคนให้ถือว่าหญิงมีครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

ทั้งนี้ ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิตและต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชทะเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน

ทั้งนี้ การที่จะยุติการตั้งครรภ์ได้โดยไม่ผิดกฎหมายนั้นจะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305⁴³⁷ และข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5⁴³⁸ ซึ่งพิจารณาสุขภาพของหญิงตั้งครรภ์ซึ่งก็คือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นหลัก โดยในกรณีที่ทารกในครรภ์มารดาที่มีความพิการทางร่างกายอย่างรุนแรง มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะทำการยุติการตั้งครรภ์ได้ต่อเมื่อมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีความเครียดอย่างรุนแรงเมื่อทราบว่าทารกในครรภ์มารดาที่มีความพิการอย่างรุนแรง ประกอบกับการยุติการตั้งครรภ์นั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย⁴³⁹ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าได้มีการรับรองสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์แก่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นศาลฎีกาได้วินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ในคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560⁴⁴⁰ ซึ่งเป็นกรณีที่โจทก์ที่ 1 ซึ่งเป็นมารดาและโจทก์ที่ 2 ซึ่งเป็นทารกที่พิการ

⁴³⁷ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 305 ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

ผู้กระทำไม่มีความผิด

⁴³⁸ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548

ข้อ 5 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

(1) เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงมีครรภ์ หรือ

(2) เป็นกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีกรลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคนให้ถือว่าหญิงมีครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

ทั้งนี้ ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิตและต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชทะเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน

⁴³⁹ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548

ข้อ 3 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น จะกระทำได้เมื่อหญิงมีครรภ์นั้นยินยอม

⁴⁴⁰ รายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โปรดดูหน้า 139.

เป็นโจทก์ฟ้องร้องดำเนินคดีกับจำเลยที่ 2 และที่ 3 ซึ่งเป็นแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิด เนื่องจากในขณะที่โจทก์ที่ 2 อยู่ในครรภ์โจทก์ที่ 1 จำเลยที่ 2 และที่ 3 ได้ทำการตรวจอัลตราซาวด์ไม่พบความพิการทางร่างกายของโจทก์ที่ 2 โดยคดีนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “โจทก์ที่ 1 ก็ได้นำสืบให้เห็นว่าหากจำเลยที่ 3 (แพทย์ผู้ทำการตรวจอัลตราซาวด์) ตรวจพบความพิการของโจทก์ที่ 2 ในขณะที่อยู่ในครรภ์จะมีผลกระทบต่อจิตใจของโจทก์ที่ 1 ถึงขนาดที่มีความเครียดอย่างรุนแรงอันเข้าเงื่อนไขที่แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5 (2) วรรคสองหรือไม่ และการแก้ไขปัญหาโดยการยุติการตั้งครรภ์นั้นเป็นเพียงการคาดคะเนของโจทก์ที่ 1 ซึ่งไม่แน่ว่าจะกระทำได้หรือไม่ อีกทั้งหากโจทก์ที่ 1 ทราบถึงความพิการของโจทก์ที่ 2 ก่อน ก็ยังไม่แน่ว่าโจทก์ที่ 1 จะตัดสินใจเลือกใช้นโยบายการยุติการตั้งครรภ์ในการแก้ไขปัญหาคความพิการของโจทก์ที่ 2 หรือไม่” ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิที่จะยุติการตั้งครรภ์ได้ตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5 นอกจากนี้คำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคดีดังกล่าวยังแสดงให้เห็นว่าการที่จะถือว่ามีมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องพิสูจน์ให้ได้สองประการคือ ประการแรกมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องพิสูจน์ว่ามีมารดาจะมีความเครียดอย่างรุนแรงเมื่อได้ทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอย่างรุนแรง และประการที่สองมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีความมุ่งหมายที่จะยุติการตั้งครรภ์หากพบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอย่างรุนแรง ซึ่งหากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถพิสูจน์ได้ทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการนี้ถือว่าการกระทำของแพทย์ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ทั้งนี้ จากการศึกษากฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษพบว่าประเทศเหล่านี้ต่างมีกฎหมายเกี่ยวกับยุติการตั้งครรภ์ซึ่งได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 2.4 การยุติการตั้งครรภ์ โดยกฎหมายเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดให้มารดาสามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ได้ในกรณีที่อายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ แต่ทั้งนี้หากมารดามีปัญหาสุขภาพกายหรือปัญหาสุขภาพจิตรวมทั้งในกรณีที่ทารกในครรภ์มีความพิการหรือเป็นโรคร้ายอย่างรุนแรง กฎหมายของทั้งสองประเทศก็อนุญาตให้มารดาสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยไม่ต้องพิจารณาอายุครรภ์ ส่วนประเทศอังกฤษนั้น

มารดาสามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ได้ในกรณีที่มารดาตั้งครรภ์ต่อไปจะมีผลเสียต่อมารดาหรือในกรณีที่ทารกในครรภ์มีความผิดปกติทางร่างกายหรือจิตใจ มารดาก็สามารถตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์ได้ภายในอายุครรภ์ไม่เกิน 24 สัปดาห์ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ของไทยตรงที่มารดาจะทำการยุติการตั้งครรภ์ได้ต่อเมื่อเข้าใจเป็นอย่างดีว่ามารดามีความเครียดอย่างรุนแรงเมื่อทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอย่างรุนแรง ทั้งนี้การที่กฎหมายเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ของทั้งสามประเทศได้กำหนดไว้เช่นนี้จึงมีผลทำให้ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาขึ้นเมื่อมีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศส ศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และศาลประเทศอังกฤษ ซึ่งได้แก่คดี Quarez⁴⁴¹ คดี Nicolas Perruche⁴⁴² คดีทารกเกิดมาพิการอันเนื่องมาจากเชื้อหัดเยอรมัน⁴⁴³ คดี McKay v. Essex Area Health Authority⁴⁴⁴ และคดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor⁴⁴⁵ ศาลของประเทศเหล่านี้จึงได้ตัดสินให้จำเลยรับผิดชอบในความเสียหายที่มารดาต้องสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์ โดยที่มารดาไม่ต้องพิสูจน์ว่ามารดามีความเครียดอย่างรุนแรงเมื่อทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอย่างรุนแรง

ดังนั้น จากการวิเคราะห์การนำกฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกามาปรับใช้กับกรณีสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์สามารถสรุปได้ว่า การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา การกระทำของแพทย์สามารถก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ แต่ทั้งนี้เมื่อเข้าใจว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะมีความเครียดอย่างรุนแรงเมื่อทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอย่างรุนแรง และจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีความมุ่งหมายที่จะยุติการตั้งครรภ์หากพบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอย่างรุนแรง ซึ่งหากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถพิสูจน์ได้ทั้งสองประการก็ถือว่าการกระทำของแพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

⁴⁴¹ CE, Sect., 14 Février 1997 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 57.

⁴⁴² Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332

⁴⁴³ Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate) BGHZ 86, 240, JZ 1983, 447 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 87.

⁴⁴⁴ McKay v. Essex Area Health Authority [1982] QB 1166; [1982] 2 All ER 771; [1982] 2 WLR 890 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 111.

⁴⁴⁵ Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor [2008] EWZA Civ 285 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 113.

อย่างไรก็ตามในขณะที่ผู้เขียนทำการศึกษาอยู่นี้ได้มีการเสนอให้แก้ไขบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์โดยไม่ผิดกฎหมาย โดยเพิ่มกรณีความเสี่ยงของทารกที่เมื่อคลอดออกมาแล้วจะได้รับผลกระทบจากความผิดปกติทางกายหรือจิตใจถึงขนาดทุพพลภาพอย่างรุนแรงไว้ในบทบัญญัติมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งหากเพิ่มกรณีดังกล่าวก็จะเป็นเช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษที่ได้กำหนดให้มารดาสามารถยุติการตั้งครรภ์เนื่องจากปัญหาความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ทั้งนี้ หากต่อไปประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ได้มีการแก้ไขดังที่ได้กล่าวไว้จริงก็ย่อมเป็นผลดีต่อมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาเมื่อมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกล่าวหาว่าการกระทำของแพทย์ทำให้มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็จะเหลือข้อพิสูจน์เพียงประการเดียว คือ มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องพิสูจน์ว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีความมุ่งหมายที่จะยุติการตั้งครรภ์หากแพทย์ตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอย่างรุนแรง

จากการวิเคราะห์สามารถสรุปได้ว่าในประเด็นที่ผู้เขียนทำศึกษานั้นการกระทำของแพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออนามัยในกรณีที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพ และก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายอันเข้าองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดประการที่สี่ ส่วนผลกระทบต่อองค์ทรัพย์สินของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ถือเป็นความเสียหายด้วยเหตุผลดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้ข้างต้น

5) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ในทางตำรากฎหมายลักษณะละเมิดของไทยมักจะกำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเป็นองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดประการสุดท้ายในการพิจารณาความรับผิดทางละเมิด ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าหากพิจารณาตามเนื้อความในบทบัญญัติมาตรา 420 จะพบว่าผู้ร่างกฎหมายได้บัญญัติองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดประการที่ 1) ถึงประการที่ 4) ไว้ในบทบัญญัติมาตรา 420 แต่ไม่พบว่ามีการบัญญัติองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไว้ในบทบัญญัติมาตรา 420 แต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนั้นก็มีความสำคัญในการกำหนดขอบเขตความรับผิดของผู้กระทำ โดยหาก

ไม่มีการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลก็จะมีผลทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในความเสียหายอย่างไม่มีขอบเขตและไกลเกินกว่าเหตุซึ่งเป็นการไม่ยุติธรรมต่อผู้กระทำ ซึ่งจากการศึกษาตำรากฎหมายลักษณะละเมิดของไทยและของต่างประเทศพบว่าการกล่าวถึงทฤษฎีในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลสองทฤษฎี คือ ทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสมซึ่งมักจะให้คำอธิบายในทำนองเดียวกัน โดยทฤษฎีเงื่อนไข คือ การพิจารณาว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบต่อเมื่อความเสียหายเกิดจากการกระทำของตน ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะสามารถคาดหมายได้หรือไม่ก็ตาม ซึ่งทฤษฎีนี้มีข้อดี คือ ผู้เสียหายจะได้รับการชดเชยความเสียหายครอบคลุมความเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้น ส่วนข้อเสีย คือ ความรับผิดชอบมีขอบเขตที่กว้างมาก ทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบเกินกว่าการกระทำของตนและรับผิดชอบในความเสียหายที่ไม่มีใครสามารถคาดหมายได้ ส่วนทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสม คือ การพิจารณาว่าการกระทำที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ตามปกติหรือตามธรรมดา ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนั้นได้ ซึ่งทฤษฎีนี้มีข้อดี คือ ผู้กระทำมีความรับผิดชอบอย่างจำกัดเฉพาะความเสียหายที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นได้ ส่วนข้อเสีย คือ จำกัดความเสียหายที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบแคบเกินไป กล่าวคือ ผู้กระทำรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่คาดเห็นได้เท่านั้น ทำให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยความเสียหายไม่ครอบคลุมความเสียหายที่เกิดขึ้น

ทั้งนี้ จากการศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดและแนวคำวินิจฉัยของศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษพบว่ากฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศเหล่านี้มีทฤษฎีในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแตกต่างกันไป โดยในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นทฤษฎีที่ศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสนำมาพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนั้นมีทั้งทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสม โดยในทางปฏิบัติศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะนำทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งมาใช้ แต่ไม่มีทฤษฎีหนึ่งทฤษฎีใดที่ศาลนำมาปรับใช้เสมอกับทุกคดี⁴⁴⁶ ส่วนในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีนั้นศาลสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีจะนำทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสมมาใช้⁴⁴⁷ ส่วนศาลประเทศอังกฤษใช้ทฤษฎีเงื่อนไขในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล⁴⁴⁸

ส่วนศาลฎีกาไทยปรับใช้แนวทางการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเช่นไรนั้น จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่าศาลฎีกาได้มีแนวทางการพิจารณาว่าความ

⁴⁴⁶ Youngs, R., *English, French & German Comparative Law*, p. 454.

⁴⁴⁷ Spindler, G. and O. Rieckers, *Tort Law in German*, p. 116.

⁴⁴⁸ Giliker, P. and S. Beckwith, *Tort*, p. 166.

เสียหายจะต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำและจะต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การพิจารณาว่าความเสียหายจะต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำนั้นก็คือ การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามทฤษฎีเงื่อนโซ่ ซึ่งมีข้อเสียคืออาจทำให้ผู้กระทำมีความรับผิดชอบเกินกว่าการกระทำของตน ซึ่งการที่ศาลฎีกาพิจารณาว่าความเสียหายจะต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุด้วยนั้นจึงถือเป็นการแก้ไขข้อเสียของทฤษฎีเงื่อนโซ่ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางการพิจารณาของศาลฎีกาที่พิจารณาว่าความเสียหายจะต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำและจะต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุ เนื่องจากตามหลักสามัญสำนึกของคนทั่วไปผู้ใดก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ผู้นั้นก็ควรที่จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตามก็ควรที่จะมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตความเสียหายที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบเพื่อมิให้ผู้กระทำรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ตนเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นซึ่งก็คือการพิจารณาว่าความเสียหายจะต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุ

ทั้งนี้ จากการวิเคราะห์องค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิด ประการที่สามเรื่องของความเสียหายซึ่งพบว่า การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา การกระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวนี้สามารถก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตซึ่งถือเป็นความเสียหายต่ออนามัยของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ และสามารถก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ส่วนผลกระทบต่อกองทรัพย์สินของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นจากการวิเคราะห์พบว่าผลกระทบต่อกองทรัพย์สินไม่อาจถือเป็นความเสียหาย กรณีผลกระทบต่อกองทรัพย์สินจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ทั้งนี้ ความเสียหายเหล่านี้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะได้รับการชดเชยเยียวยาค่าสินไหมทดแทนหรือไม่นั้น ยังคงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าความเสียหายเหล่านี้มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลหรือไม่ ซึ่งแยกพิจารณาดังนี้

(1) ความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตอันถือเป็นความเสียหายต่ออนามัย

ตามที่คุณเขียนได้วิเคราะห์ในส่วนของคุณ้องค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดเรื่องความเสียหายซึ่งพบว่า การที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิต เช่น เป็นโรคซึมเศร้า จิตฟั่นเฟือน มีอาการทางระบบ

ประสาธ เป็นต้นนั้น กรณีนี้ถือเป็นการเสียหายต่ออนามัยของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ทั้งนี้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะได้รับการชดใช้เยียวยาค่าสินไหมทดแทนหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาว่าความเสียหายดังกล่าวนี้มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์หรือไม่ ซึ่งหากนำแนวทางการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของศาลฎีกาซึ่งพิจารณาว่าความเสียหายจะต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำและจะต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุมาปรับกับความเสียหายดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมต้องคาดหวังให้ทารกเกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงไม่ต้องการให้ทารกเกิดมามีร่างกายพิการ ซึ่งการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายตัดสินใจเข้ารับการฝากครรภ์และตรวจวินิจฉัยกับแพทย์ก็ย่อมคาดหวังที่จะได้ข้อมูลการตรวจวินิจฉัยครรภ์ที่ถูกต้องตรงกับสภาพความเป็นจริงทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ซึ่งหากแพทย์ตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการ บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมที่จะมีโอกาสในการเตรียมความพร้อมทางจิตใจ รวมถึงวางแผนด้านการเลี้ยงดูและด้านการรักษาพยาบาลทารกที่พิการ รวมถึงวางแผนด้านการเงิน หรือในกรณีที่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีความเครียดอย่างรุนแรงเมื่อทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอันเข้าเงื่อนไขการยุติการตั้งครรภ์ตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5⁴⁴⁹ และมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์ ความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตก็จะไม่เกิดขึ้นกับบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้การที่แพทย์ได้ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาและได้แจ้งผลการตรวจที่ผิดพลาดนั้นให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายทราบ ย่อมทำให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเชื่อในผลการตรวจวินิจฉัย

⁴⁴⁹ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548

ข้อ 5 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

(1) เป็นกรณีที่ต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงมีครรภ์ หรือ

(2) เป็นกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคนให้ถือว่าหญิงมีครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

ทั้งนี้ ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิตและต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชทะเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน

ดังกล่าวมาโดยตลอดโดยมิได้มีโอกาเตรียมความพร้อมทางจิตใจ ซึ่งการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ทราบว่าทารกมีร่างกายพิการในตอนคลอดก็ย่อมก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพแก่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตนั้นเป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการกระทำของแพทย์และเป็นผลที่ไม่ไกลเกินกว่าเหตุ ทั้งนี้ ในส่วนของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นได้มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ได้ตัดสินให้แพทย์ต้องรับผิดชอบในความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิต คือ คดีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560⁴⁵⁰ ซึ่งเป็นกรณีที่โจทก์ที่ 1 ซึ่งเป็นมารดาฟ้องร้องดำเนินคดีกับจำเลยที่ 2 และที่ 3 ซึ่งเป็นแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิด เนื่องจากในขณะที่โจทก์ที่ 2 อยู่ในครรภ์โจทก์ที่ 1 จำเลยที่ 2 และที่ 3 ได้ทำการตรวจอัลตราซาวด์ไม่พบความพิการทางร่างกายของโจทก์ที่ 2 แต่เมื่อโจทก์ที่ 1 ให้กำเนิดโจทก์ที่ 2 กลับพบว่าโจทก์ที่ 2 มีร่างกายพิการอย่างรุนแรงโดยมีแขนซ้ายเพียงข้างเดียว แขนขวามีช่วงแขนเหนือข้อศอก ขาขวาไม่มี ขาซ้ายไม่สมบูรณ์ และเมื่อโจทก์ที่ 1 ได้เห็นโจทก์ที่ 2 โจทก์ที่ 1 ก็เอาแต่ร้องไห้และพูดซ้ำๆว่าเป็นความผิดของตน โจทก์ที่ 1 ไม่สามารถนอนหลับได้อย่างปกติและจิตใจกังวลตลอดเวลาจนแพทย์ต้องให้ยาระงับประสาทแก่มารดา โดยคดีนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “การที่จำเลยที่ 3 ได้แจ้งให้โจทก์ที่ 1 ทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายสมบูรณ์ทั้งที่สภาพร่างกายของทารกมีความพิการอย่างรุนแรง ย่อมทำให้โจทก์ที่ 1 เข้าใจผิดและคาดว่าทารกในครรภ์มีสภาพร่างกายปกติเช่นคนทั่วไปจึงไม่ขอตรวจครรภ์ซ้ำ ทำให้โจทก์ที่ 1 เสียโอกาสในการตัดสินใจว่าจะหาทางแก้ไข เยียวยา หรือดำเนินการกับโจทก์ที่ 2 และหากโจทก์ที่ 1 ทราบข้อมูลที่ถูกต้องจากจำเลยที่ 3 ตั้งแต่แรกและทราบความพิการของทารกที่ไม่อาจแก้ไขได้ โจทก์ที่ 1 ย่อมมีโอกาสเตรียมใจยอมรับกับเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นก่อนการคลอดโจทก์ที่ 2 ซึ่งจะเป็นผลดีต่อสภาพจิตใจมากกว่าการที่จะรู้ถึงความพิการโดยกะทันหัน อันเป็นเหตุให้เกิดความกระทบกระเทือนต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรง จึงถือได้ว่าโจทก์ที่ 1 ได้รับความเสียหายแก่นามัย”

ทั้งนี้ จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษพบว่าศาลประเทศอังกฤษพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามทฤษฎีเงื่อนไขซึ่งตรงกับแนวทางการพิจารณาของศาลฎีกาในส่วนของความเสียหายจะต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำ โดยศาลประเทศอังกฤษก็ได้วินิจฉัยว่าการที่มารดาได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมี

⁴⁵⁰ รายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โปรดดูหน้า 139.

ผลกระทบต่อสุขภาพจิตมีความสัมพันธ์กับการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา โดยได้วินิจฉัยไว้ในคดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor⁴⁵¹ ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบว่าทารกในครรภ์มีภาวะ Spina bifida โดยคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามารดาที่มีความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงและได้ฆ่าตัวตายในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลชั้นต้น หลังจากนั้นบิดาในฐานะผู้จัดการมรดกของมารดาได้เข้ามาดำเนินคดีแทน โดยคดีนี้ศาลชั้นต้นของประเทศอังกฤษได้วินิจฉัยว่าการที่แพทย์ตรวจไม่พบภาวะ Spina bifida ที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์มารดานั้นก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงซึ่งความทุกข์ทรมานทางจิตใจนั้นก็เป็ผลโดยจากการที่แพทย์ตรวจไม่พบภาวะ Spina bifida ในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา

จากการวิเคราะห์การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในกรณีความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตที่เกิดขึ้นกับบิดามารดา โดยชอบด้วยกฎหมายสามารถสรุปได้ว่า ความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตที่เกิดขึ้นกับบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์

(2) ความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ตามที่คุณเขียนได้วิเคราะห์ในส่วนของคุณประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดเรื่องความเสียหายซึ่งพบว่ากรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา หากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถพิสูจน์ได้ว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะมีความเครียดอย่างรุนแรงเมื่อทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอย่างรุนแรงและพิสูจน์ได้ว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีความมุ่งหมายที่จะยุติการตั้งครรภ์หากพบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการ กรณีนี้ถือว่าการกระทำของแพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะได้รับการชดใช้เยียวยา ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ นั้น จะต้องพิจารณาว่าความเสียหายดังกล่าวนี้มีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์หรือไม่

⁴⁵¹ Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor [2008] EWZA Civ 285 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 113.

หากนำแนวทางการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของ ศาลฎีกาซึ่งพิจารณาว่าความเสียหายจะต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำและจะต้องไม่ ไกลเกินกว่าเหตุมาปรับกับความเสียหายดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีที่แพทย์ตรวจไม่พบความ พิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดานั้นทำให้มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่อาจทราบได้ว่า ทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย ซึ่งบุคคลทั่วไปย่อมคาดหมายได้ว่าหากมารดาโดยชอบด้วย กฎหมายได้ทราบว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมที่จะมี ความเครียดอย่างรุนแรงและย่อมที่ตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์ เนื่องจากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมที่จะคำนึงถึงผลกระทบทั้งในด้านการเลี้ยงดูทารกที่พิการ ด้านค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูและการ รักษาพยาบาลทารกที่พิการ ด้านการดำรงชีวิตของทารกในอนาคตซึ่งต้องประสบกับความยากลำบาก อีกทั้งผลกระทบด้านสังคมซึ่งผู้พิการมักจะประสบกับทัศนคติเชิงลบ ไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม ถูก ล้อเลียน และมีโอกาสทางเลือกด้านอาชีพน้อยกว่าบุคคลที่มีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ดังนั้นจึงเป็นไปได้ที่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายตัดสินใจที่จะยุติการตั้งครรภ์ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ากรณีที่ มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสูญเสียสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ถือเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของ แพทย์และเป็นความเสียหายที่ไม่ไกลเกินกว่าเหตุ

ทั้งนี้ จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษพบว่าศาลประเทศ อังกฤษพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามทฤษฎีเงื่อนไขซึ่งตรงกับแนวทางการ พิจารณาของศาลฎีกาในส่วนของความเสียหายจะต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำ โดย ศาลประเทศอังกฤษก็ได้วินิจฉัยว่าในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาว่าการที่มารดาต้องเสียโอกาสใน การยุติการตั้งครรภ์นั้นเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์ โดยศาลประเทศอังกฤษได้กล่าวไว้ใน คดี McKay v. Essex Area Health Authority⁴⁵² ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยเลือดมารดา ผิดพลาดไม่พบว่ามารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมัน เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกพบว่าทารกมีร่างกายพิการ อันเนื่องมาจากมารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างที่ตั้งครรภ์ทารก โดยคดีนี้ศาลอุทธรณ์ของ ประเทศอังกฤษได้วินิจฉัยว่าการที่มารดาต้องสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์นั้นเป็นผลโดยตรง จากการกระทำของแพทย์ นอกจากนี้ยังมีคดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead

⁴⁵² McKay v. Essex Area Health Authority [1982] QB 1166; [1982] 2 All ER 771; [1982] 2 WLR 890 รายละเอียด ของคดี โปรดดูหน้า 111.

& Anor⁴⁵³ ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาไม่พบว่าทารกในครรภ์มีภาวะ Spina bifida แต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีความพิการทางร่างกาย คดีนี้ศาลชั้นต้นประเทศอังกฤษก็ได้วินิจฉัยว่าการกระทำของแพทย์เป็นเหตุให้มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์

นอกจากนี้จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสพบว่า การวินิจฉัยคดีในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษา ศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้นำทฤษฎีเงื่อนไขมาปรับใช้ซึ่งตรงกับแนวทางการพิจารณาของศาลฎีกาในส่วนของความเสียหายจะต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำ โดยศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ได้วินิจฉัยว่าการที่มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์ โดยศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วินิจฉัยไว้ในคดี Quarez⁴⁵⁴ ซึ่งเป็นกรณีที่แผนกพันธุกรรมของโรงพยาบาลตรวจวินิจฉัยน้ำคร่ำมารดาผิดพลาดไม่พบว่ามีความผิดปกติทางโครโมโซม แต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีอาการดาวน์ซินโดรมอันเกิดจากความผิดปกติของโครโมโซมคู่ที่ 21 คดีนี้ Conseil d'Etat ซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่าการที่มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแผนกพันธุกรรม นอกจากนี้ยังมีคดี Nicolas Perruche⁴⁵⁵ ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยเลือดมารดาผิดพลาดไม่พบว่ามีมารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมัน เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกพบว่าทารกมีร่างกายพิการอันเนื่องมาจากมารดาได้รับเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างที่ตั้งครรภ์ทารก โดยศาลอุทธรณ์สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่าการที่มารดาสูญเสียโอกาสในการยุติการตั้งครรภ์นั้นเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์

ด้วยเหตุนี้ความเสียหายต่ออนามัยในกรณีที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิต และความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจึงมีความสัมพันธ์กับการกระทำของแพทย์อันเข้าองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดประการที่ห้า

ดังนั้น จากการวิเคราะห์องค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดข้างต้นจึงสามารถสรุปได้ว่าการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาแต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ กรณีนี้ครบองค์ประกอบความรับผิด

⁴⁵³ Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor [2008] EWZA Civ 285 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 113.

⁴⁵⁴ CE, Sect., 14 Février 1997 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 57.

⁴⁵⁵ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

ผิดทางละเมิดทุกประการ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อบิตามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในส่วนของบิตามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจึงสามารถปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดได้

5.3 ปัญหาการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทน

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา กรณีนี้มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าสามารถปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้หรือไม่ ซึ่งโดยหลักเมื่อการกระทำของผู้กระทำครบองค์ประกอบความรับผิดชอบผิดทางละเมิดทุกประการก็ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้กระทำที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นจะต้องพิจารณาตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

“ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่งค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆอันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย”

การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าวมีแนวความคิดพื้นฐานมาจากหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitutio in intergrum) ซึ่งก็คือผู้กระทำจะต้องทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนว่าความเสียหายมิได้เกิดขึ้น แต่ในกรณีที่ไม่สามารถทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ หรือผู้เสียหายไม่สามารถนำสืบได้ว่าได้รับความเสียหายเท่าใดหรือในกรณีที่เป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ ศาลก็จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาลจะวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามวรรคแรกของบทบัญญัติมาตรา 438⁴⁵⁶

⁴⁵⁶ หลักในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนนั้นต้องกำหนดให้เพียงพอที่จะทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพที่เสมือนว่าไม่มีการทำละเมิดเกิดขึ้น ซึ่งหากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายจริง และโจทก์สามารถพิสูจน์ค่าเสียหายที่แน่นอนได้ ศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายให้ตามจริง แต่หากโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์มูลค่าของความเสียหายได้ เช่น ความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน หรือยากต่อการคำนวณออกมาเป็นจำนวนเงินที่แน่นอน ศาลจะกำหนดค่าเสียหายตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด (โปรดดู

จากการที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดกับกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยยักรรกรรมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดานั้น ทารกและบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่แยกพิจารณาได้ดังนี้

5.3.1 กรณีทารก

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ รวมถึงประเทศไทยนั้นพบว่ากฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนของประเทศเหล่านี้ต่างกำหนดให้ผู้กระทำมีหน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อเมื่อการกระทำของผู้กระทำเป็นการละเมิดต่อผู้เสียหาย

ทั้งนี้ ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษากฎการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยยักรรกรรมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาแต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีความพิการทางร่างกาย กรณีนี้จากการวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดพบว่าทารกไม่ถือเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งมีผลทำให้ในกรณีของทารกไม่อาจปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิด และเมื่อไม่สามารถปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดจึงมีผลทำให้ไม่อาจปรับใช้กฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนด้วยเช่นกัน เนื่องจากการที่จะปรับใช้กฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนได้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่การกระทำของผู้กระทำเป็นการละเมิดต่อผู้เสียหาย

นอกจากนี้จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของประเทศอังกฤษซึ่งใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเช่นเดียวกับประเทศไทยพบว่าศาลอุทธรณ์ประเทศอังกฤษได้มีคำวินิจฉัยในคดี McKay v. Essex Area Health Authority⁴⁵⁷ ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์ตรวจไม่พบเชื้อหัดเยอรมัน แต่เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการอันเนื่องมาจากการได้รับเชื้อหัดเยอรมันในระหว่างที่มารดาตั้งครรภ์ทารก ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยในประเด็นเรื่องค่าสินไหมทดแทนว่าในกรณีที่ปราศจากข้อผิดพลาดของแพทย์ ศาลก็ไม่อาจทราบได้ว่าทารกจะอยู่ในสถานะใด อีกทั้งจะเยียวยาทารกโดยวิธีใดเพื่อให้ทารกได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้น ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีที่ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยไว้เช่นนี้เป็นเพราะศาล

พะโนมล ไพรภิมุข, "การใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาและค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด," เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 10 หน้า 19.)

⁴⁵⁷ McKay v. Essex Area Health Authority [1982] QB 1166; [1982] 2 All ER 771; [1982] 2 WLR 890 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 111.

อุทธรณ์มองว่านอกจากจะไม่เกิดความเสียหายแก่ทารกแล้ว ก็ยังไม่อาจที่จะนำหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้

ทั้งนี้ ทารกที่พิการจะได้รับการเยียวยาจากสวัสดิการของรัฐที่จัดให้แก่ผู้พิการตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาชีวิตคนพิการ พ.ศ.2550 มาตรา 20⁴⁵⁸ อันได้แก่ สิทธิใน

⁴⁵⁸ พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาชีวิตคนพิการ พ.ศ.2550

มาตรา 20 คนพิการมีสิทธิเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้จากสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะตลอดจนสวัสดิการและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐดังต่อไปนี้

(1) การบริการฟื้นฟูสมรรถภาพโดยกระบวนการทางการแพทย์และค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล ค่าอุปกรณ์ เครื่องช่วยความพิการ และสื่อส่งเสริมพัฒนาการ เพื่อปรับสภาพทางร่างกาย จิตใจ อารมณ์ สังคม พฤติกรรม สติปัญญา การเรียนรู้ หรือเสริมสร้างสมรรถภาพให้ดีขึ้นตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด

(2) การศึกษาตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติหรือแผนการศึกษาแห่งชาติตามความเหมาะสมในสถานศึกษาเฉพาะหรือในสถานศึกษาทั่วไป หรือการศึกษาทางเลือก หรือการศึกษานอกระบบ โดยให้หน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับสิ่งอำนวยความสะดวก สื่อ บริการ และความช่วยเหลืออื่นใดทางการศึกษาสำหรับคนพิการให้การสนับสนุนตามความเหมาะสม

(3) การฟื้นฟูสมรรถภาพด้านอาชีพ การให้บริการที่มีมาตรฐาน การคุ้มครองแรงงาน มาตรการเพื่อการมีงานทำ ตลอดจนได้รับการส่งเสริมการประกอบอาชีพอิสระ และบริการสื่อ สิ่งอำนวยความสะดวกเทคโนโลยีหรือความช่วยเหลืออื่นใด เพื่อการทำงานและประกอบอาชีพของคนพิการ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานประกาศกำหนด

(4) การยอมรับและมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม เศรษฐกิจและการเมืองอย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพบนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป ตลอดจนได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการต่างๆที่จำเป็นสำหรับคนพิการ

(5) การช่วยเหลือให้เข้าถึงนโยบาย แผนงาน โครงการ กิจกรรม การพัฒนาและบริการอันเป็นสาธารณะ ผลผลิตที่มีควมจำเป็นต่อการดำรงชีพ การช่วยเหลือทางกฎหมายและการจัดหาหนทางความว่าต่างแก่ต่างคดี ให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด

(6) ข้อมูลข่าวสาร การสื่อสาร บริการโทรคมนาคม เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร และเทคโนโลยีอำนวยความสะดวกเพื่อการสื่อสารสำหรับคนพิการทุกประเภทตลอดจนบริการสื่อสาธารณะจากหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่ได้รับงบประมาณสนับสนุนจากรัฐ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารกำหนดในกฎกระทรวง

(7) บริการล่ามภาษามือตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด

(8) สิทธิที่จะนำสัตว์นำทาง เครื่องมือหรืออุปกรณ์นำทาง หรือเครื่องช่วยความพิการใดๆ ติดตัวไปในยานพาหนะหรือสถานที่ใดๆ เพื่อประโยชน์ในการเดินทาง และการได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะ โดยได้รับการยกเว้นค่าบริการ ค่าธรรมเนียม และค่าเช่าเพิ่มเติมสำหรับสัตว์ เครื่องมือ อุปกรณ์ หรือเครื่องช่วยความพิการดังกล่าว

(9) การจัดสวัสดิการเบี้ยความพิการ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนดในระเบียบ

(10) การปรับสภาพแวดล้อมที่อยู่อาศัย การมีผู้ช่วยคนพิการ หรือการจัดให้มีสวัสดิการอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนดในระเบียบ

ผู้ช่วยคนพิการ ให้มีสิทธิได้รับการลดหย่อนหรือยกเว้นค่าบริการ ค่าธรรมเนียมตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด

คนพิการที่ไม่มีผู้ดูแลคนพิการ มีสิทธิได้รับการจัดสวัสดิการด้านที่อยู่อาศัยและการเลี้ยงดูจากหน่วยงานของรัฐ ในกรณีที่มีสถานสงเคราะห์เอกชนจัดที่อยู่อาศัยและสวัสดิการให้แล้ว รัฐต้องจัดเงินอุดหนุนให้แก่สถานสงเคราะห์เอกชนนั้น ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนดในระเบียบ

ผู้ดูแลคนพิการมีสิทธิได้รับบริการให้คำปรึกษา แนะนำ ฝึกอบรมทักษะ การเลี้ยงดู การจัดการศึกษา การส่งเสริมอาชีพและการมีงานทำ ตลอดจนความช่วยเหลืออื่นใด เพื่อให้พึ่งตนเองได้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนดในระเบียบ

การได้รับเบี้ยคนพิการเดือนละ 800 บาท สิทธิในการรับบริการฟื้นฟูสมรรถภาพโดยกระบวนการทางการแพทย์ สิทธิได้รับการศึกษาตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติหรือแผนการศึกษาแห่งชาติ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามการเยียวยาจากสวัสดิการของรัฐก็ยังไม่เพียงพอและพบว่าข้อจำกัดบางประการที่อาจทำให้ทารกไม่ได้รับการเยียวยา เช่น ในกรณีผู้พิการแขนต้องการแขนเทียมจะต้องมีข้อบ่งชี้ว่าเป็นผู้พิการที่มีความจำเป็นในการเข้าสู่สังคม เช่น มีอาชีพที่เหมาะสม ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในการรับกายอุปกรณ์นั้นยังคงมีข้อจำกัดและเงื่อนไขในการรับกายอุปกรณ์ มิใช่ผู้พิการทุกคนที่จะมีสิทธิได้รับกายอุปกรณ์ และยังพบปัญหาว่าในกรณีทารกที่พิการมีอวัยวะที่ผิดปกติจะต้องมีใบรับรองแพทย์ ซึ่งในการออกใบรับรองแพทย์นั้นจะต้องมีระยะรอดูอาการเป็นเวลาหกเดือนซึ่งกว่าที่ทารกจะได้รับการขึ้นทะเบียนและได้รับการรักษาก็ไม่ทันช่วงพัฒนาการตามวัยของทารกอันมีผลทำให้ทารกนั้นมีความพิการทางสติปัญญาอย่างถาวร และค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับห้องพักและค่าอาหารนั้นหากเกินกว่าอัตราที่หน่วยงานรัฐกำหนด ทารกที่พิการก็จะต้องเสียค่าใช้จ่ายส่วนเกินนั้นเอง นอกจากนี้เบี้ยคนพิการเดือนละ 800 บาทก็ยังไม่เพียงพอต่อค่าใช้จ่ายในการดูแลทารกที่พิการ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้ว่าความพิการทางร่างกายของทารกจะได้รับการเยียวยาตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 ก็ตาม แต่ผลกระทบจากความพิการทางร่างกายของทารกก็ไม่อาจที่จะได้รับการเยียวยาตามพระราชบัญญัติดังกล่าวได้อย่างครอบคลุม

ทั้งนี้ ความพิการทางร่างกายของทารกย่อมนำมาซึ่งความยากลำบากในการดำรงชีวิตของทารก และมีค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลเป็นจำนวนมาก ซึ่งจากการศึกษาข้อมูลของสาธารณรัฐฝรั่งเศสพบว่าภายหลังที่นักกฎหมาย นักวิชาการ และประชาชนชาวฝรั่งเศสได้ต่อต้านคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ในคดี Nicolas Perruche⁴⁵⁹ และฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมาย The Law of 4 March 2002 หรือ Loi Anti-Perruche ซึ่งห้ามมิให้ทารกที่เกิดมาพิการภายหลังจากที่กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้ฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์นั้น⁴⁶⁰ (มีผลบังคับใช้วันที่ 4 มีนาคม 2002) สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้นำการเยียวยาผู้ป่วยที่ได้รับการเยียวยาจากการรักษาของแพทย์ซึ่งเป็นการเยียวยาจากกองทุน National Solidarity มาปรับใช้กับ

คนพิการและผู้ดูแลคนพิการมีสิทธิได้รับการลดหย่อนภาษีหรือยกเว้นภาษี ตามที่กฎหมายกำหนด
องค์กรเอกชนที่จัดให้คนพิการได้รับสิทธิประโยชน์ตามมาตรา ๓๖ มีสิทธิได้รับการลดหย่อนภาษีหรือยกเว้นภาษีเป็นร้อยละของจำนวนเงินค่าใช้จ่ายตามที่กฎหมายกำหนด

⁴⁵⁹ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

⁴⁶⁰ Manaouil, C., M. Gignon, and O. Jade, "10 Years of Controversy Twists and Turns in the Perruche Wrongful Life Claim: Compensation for Children Born with a Disability in France," *Medicine and Law*: p. 666.

กรณีของทาร์ก⁴⁶¹ ซึ่งกองทุนดังกล่าวใช้ระบบเยียวยาความเสียหายโดยไม่พิสูจน์ความผิดหรือ No fault compensation ซึ่งมีข้อดีคือไม่ต้องพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าแนวทางการเยียวยาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีผลดีต่อทาร์ก เนื่องจากความพิการทางร่างกายของทาร์กนำมาซึ่งความยากลำบากในการดำรงชีวิต อีกทั้งจะต้องมีค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลและค่าใช้จ่ายกายอุปกรณ์เป็นจำนวนมาก

จากการศึกษาข้อมูลของประเทศไทยพบว่าประเทศไทยเคยมีแนวความคิดที่จะเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายจากการรับบริการทางการแพทย์โดยใช้ระบบการเยียวยาโดยไม่พิสูจน์ความผิดหรือ No fault compensation⁴⁶² ผ่านร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... ซึ่งมาตรา 20⁴⁶³ กำหนดให้จัดตั้งกองทุนคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข ซึ่งร่างพระราชบัญญัตินี้ให้ความคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการรับบริการสาธารณสุขจากสถานพยาบาลหรือผู้ให้บริการสาธารณสุข⁴⁶⁴ โดยมีคณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยเป็นผู้พิจารณาการจ่ายเงินชดเชยให้แก่ผู้ได้รับผลกระทบ ซึ่งมีหลักเกณฑ์การพิจารณาคือผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้รับบริการสาธารณสุขจะต้องมีใช่ผลกระทบที่เกิดขึ้นตามปกติธรรมดาของโรคนั้น⁴⁶⁵ ส่วนจำนวนเงินชดเชยที่ผู้ได้รับผลกระทบจะได้รับนั้น

⁴⁶¹ Feuillet, B., "The Perruche Case and French Medical Liability," *Medical and Law*: p. 146.

⁴⁶² ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 5 ผู้ได้รับผลกระทบมีสิทธิได้รับเงินชดเชยจากกองทุนตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิด

⁴⁶³ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 20 ให้จัดตั้งกองทุนขึ้นกองทุนหนึ่งในสำนักงาน เรียกว่า "กองทุนคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข"

⁴⁶⁴ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

ผู้ได้รับผลกระทบ หมายความว่า บุคคลซึ่งมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งได้รับความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขจากสถานพยาบาล ผู้ให้บริการสาธารณสุข หรือบุคคลอื่นตามที่รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด

⁴⁶⁵ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 28 วรรคแรก ให้สำนักงานหรือหน่วยงานหรือองค์กรที่สำนักงานกำหนดแล้วแต่กรณี ส่งคำขอตามมาตรา 26 ให้คณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือคณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัดภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ และให้คณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือคณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัด

คณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยจะพิจารณาจากผลกระทบหรือความเดือดร้อนที่ได้รับ พฤติการณ์แวดล้อม ระดับความรุนแรง การบรรเทาเยียวยา รวมถึงความจำเป็นอื่นๆประกอบด้วย⁴⁶⁶ ซึ่งหากในอนาคตร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... มีผลบังคับใช้ และได้นำมาปรับใช้กับกรณีของทารกที่พิการในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาด้วย ก็ย่อมเป็นผลดีต่อทารกทำให้ทารกได้รับการเยียวยาผลกระทบจากความพิการทางร่างกาย

5.3.2 กรณีบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาแต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ จาก การวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดพบว่าในส่วนของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย สามารถปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดได้ โดยการกระทำของแพทย์ถือเป็นการละเมิดต่ออนามัยของ บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายในกรณีบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความทุกข์ทรมานทาง จิตใจถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิต และถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของ มารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้แพทย์จึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บิดามารดาโดย ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนผลกระทบต่อกองทรัพย์สินอันเกิดจากการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย มีหน้าที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูทารกที่พิการนั้นจากการวิเคราะห์พบว่าผลกระทบต่อกองทรัพย์สินไม่ ถือเป็นการเสียหาย กรณีนี้จึงไม่ถือว่าการกระทำของแพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายต่อกองทรัพย์สิน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย CHULALONGKORN UNIVERSITY

วินิจฉัยคำขอให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับคำขอ หากคณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือ คณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัดเห็นว่าเป็นผู้ได้รับผลกระทบตามมาตรา 5 และไม่อยู่ในบังคับมาตรา 6 ให้ประเมิน จำนวนเงินชดเชยที่ผู้ได้รับผลกระทบพึงจะได้รับเงินชดเชยทั้งหมด

มาตรา 5 ได้รับผลกระทบมีสิทธิได้รับเงินชดเชยจากกองทุนตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบ

มาตรา 6 บทบัญญัติในมาตรา 5 มิให้ใช้บังคับกับผลกระทบที่เกิดขึ้นตามปกติธรรมดาของโรคนั้น ทั้งนี้ คณะกรรมการอาจ ประกาศกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้

⁴⁶⁶ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการปฏิรูปการ คุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 28 วรรคสอง จำนวนเงินชดเชยที่ผู้ได้รับผลกระทบจะได้รับให้คำนึงถึงหลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยพิจารณาจากผลกระทบหรือความเดือดร้อนที่ได้รับ พฤติการณ์แวดล้อม ระดับความรุนแรง การบรรเทาเยียวยา หรือความจำเป็นอื่นๆประกอบด้วยกัน และต้องมีการเยียวยาในลักษณะที่เป็นธรรมและเสมอภาคกัน ในกรณีเช่นว่านี้ คณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือคณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัดอาจให้มีการเยียวยาผู้ ได้รับผลกระทบด้วยประโยชน์ตอบแทนอื่นที่มีใช้ตัวเงินด้วยก็ได้

ของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นในส่วนของผลกระทบต่อกองทัพสันจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทน

ทั้งนี้ ในส่วนของความเสียหายต่ออนามัยในกรณีบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิต และความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แพทย์จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายอย่างไรบ้างนั้นแยกวิเคราะห์ได้ดังนี้

1) ความเสียหายต่ออนามัยในกรณีที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิต

การที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตอันถือเป็นความเสียหายต่ออนามัยนั้น ค่าสินไหมทดแทนที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับนั้นมีได้ทั้งค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงินซึ่งพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 444⁴⁶⁷ และค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446⁴⁶⁸ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานตามหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิม โดยในกรณีที่ความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตที่เกิดขึ้นกับบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องพบแพทย์เพื่อทำการรักษาพยาบาลและไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติ กรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าค่าสินไหมทดแทนที่บิดา

⁴⁶⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 444 ในกรณีที่ทำให้เสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยนั้น ผู้ต้องเสียหายชอบที่จะได้ชดใช้ค่าใช้จ่ายอันตนต้องเสียไป และค่าเสียหายเพื่อการที่เสียความสามารถประกอบกิจการงานสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วน ทั้งในเวลาปัจจุบันและในเวลาอนาคตด้วย

ถ้าในเวลาพิพาทภาคี เป็นพันวิสัยที่จะหยั่งรู้ได้แม้ว่าความเสียหายนั้นได้มีแท้จริงเพียงใด ศาลจะกล่าวในคำพิพากษาว่ายังสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะแก้ไขคำพิพากษานั้นอีกภายในระยะเวลาไม่เกินสองปี

⁴⁶⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 446 ในกรณีที่ทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีที่ทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้เสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้ สิทธิเรียกร้องนี้ไม่โอนกันได้ และไม่ตกสืบไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้โดยสัญญาหรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว

อนึ่งหญิงที่ต้องเสียหายเพราะผู้ใดทำผิดอาญาเป็นทุรศีลธรรมแก่ตนก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องทำนองเดียวกันนี้

มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายควรได้รับเพื่อให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมก็คือ ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลสุขภาพจิต ค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปพบแพทย์ และค่าขาดประโยชน์จากทำมาหาได้ในระหว่างเจ็บป่วย โดยในส่วนของค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลและค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปพบแพทย์นั้นหากบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถแสดงหลักฐานค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปได้ ศาลก็จะกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ตามจำนวนนั้น ส่วนค่าขาดประโยชน์จากทำมาหาได้ในระหว่างเจ็บป่วยนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าควรพิจารณาจากอาชีพ เงินเดือน ประกอบกับระยะเวลาที่ไม่สามารถประกอบการทำงานได้อย่างปกติ ซึ่งบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ควรนำสืบให้เห็นว่าในระหว่างที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถประกอบการทำงานได้ตามปกตินั้น บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับผลกระทบเพียงไร ทั้งนี้ในส่วนของค่ารักษาพยาบาลหรือค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปพบแพทย์นั้นหากบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่มีหลักฐานค่าใช้จ่ายมาแสดงหรือไม่สามารถนำสืบได้ว่าค่าใช้จ่ายมีจำนวนเท่าใด รวมถึงกรณีที่เกิดบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถนำสืบได้ว่าบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับผลกระทบจากการที่ไม่สามารถประกอบการทำงานเท่าใด ศาลก็จะใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด โดยการพิจารณาพฤติการณ์แห่งคดีก็คือการพิจารณาข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่องอะไร และพิจารณาจากความร้ายแรงแห่งละเมิดซึ่งก็คือการพิจารณาว่าการกระทำนั้นเกิดจากความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือต่างฝ่ายต่าง ประมาทเลินเล่อ⁴⁶⁹ ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่าบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงอย่างไร เช่น เป็นโรคซึมเศร้า มีอาการทางระบบประสาท มีอาการทางจิต เป็นต้น และขึ้นอยู่กับลักษณะการประกอบอาชีพของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446⁴⁷⁰ นั้นศาลจะใช้ดุลพินิจกำหนดให้เป็น

⁴⁶⁹ ศันสน์ภรณ์ โสดีพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง สภามิตรได้, หน้า 335.

⁴⁷⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 446 ในกรณีที่ทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีที่ทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้เสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้ สิทธิเรียกร้องนี้ไม่โอนกันได้ และไม่ตกสืบไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้โดยสัญญาหรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว

อนึ่งหญิงที่ต้องเสียหายเพราะผู้ใดทำผิดอาญาเป็นทุรศีลธรรมแก่ตนก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องทำนองเดียวกันนี้

เงินจำนวนหนึ่ง⁴⁷¹ ทั้งนี้ จำนวนเงินที่ศาลจะกำหนดให้จะมีจำนวนมากน้อยเพียงไรนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาในส่วนของกรณีพิจารณาจากพฤติการณ์นั้นควรพิจารณาว่าความพิการทางร่างกายของทารกมีความรุนแรงมากน้อยเพียงไร โดยหากความพิการทางร่างกายของทารกมีความรุนแรงเป็นอย่างมากกรณีนี้ก็จะย่อมมีผลกระทบต่อสภาพจิตใจของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมากตามไปด้วยเนื่องจากมีผลต่อการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องเลี้ยงดูทารกตลอดเวลาซึ่งการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องพบเจอสิ่งเหล่านี้ไปตลอดเวลาย่อมมีผลกระทบต่อสภาพจิตใจของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ก็ควรพิจารณาว่าบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเลือกฝากครรภ์กับโรงพยาบาลรัฐหรือโรงพยาบาลเอกชน และค่าใช้จ่ายที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเสียไปมีจำนวนมากน้อยเพียงไร เนื่องจากการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเลือกฝากครรภ์กับโรงพยาบาลเอกชนซึ่งมีค่าใช้จ่ายมากกว่าโรงพยาบาลรัฐ บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมที่จะคาดหวังว่าจะได้รับการตรวจวินิจฉัยตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์และคาดหวังว่าจะได้รับผลการตรวจที่ถูกต้อง ส่วนการพิจารณาจากความร้ายแรงแห่งละเมิดนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าควรพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยหากการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจ กรณีนี้ถือว่ามี ความรุนแรงมากกว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ เนื่องจากการกระทำโดยจงใจนั้นเป็นการกระทำที่แพทย์มีความมุ่งหมายหรือประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนการกระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นการที่แพทย์มิได้มีความประสงค์หรือมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นการที่แพทย์มิได้ใช้ความระมัดระวังในการตรวจวินิจฉัย โดยหากการกระทำของแพทย์เกิดจากการกระทำโดยจงใจ ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจก็ควรจะมีจำนวนมากกว่ากรณีที่การกระทำของแพทย์เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

ทั้งนี้ ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560⁴⁷² ซึ่งเป็นกรณีที่จำเลยที่ 2 และที่ 3 ซึ่งเป็นแพทย์ตรวจอัลตราซาวด์ไม่พบความพิการทางร่างกายของโจทก์ที่ 2 ในขณะที่โจทก์ที่ 2 เป็นทารกอยู่ในครรภ์ของโจทก์ที่ 1 ซึ่งคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าภายหลังที่ได้คลอดโจทก์ที่ 2 แล้ว เมื่อโจทก์ที่ 1 ได้เห็นโจทก์ที่ 2 มีร่างกายพิการอย่างรุนแรงโดยมีแขนซ้ายเพียงข้างเดียว แขนขวามีช่วงแขนเหนือข้อศอก ขาขวาไม่

⁴⁷¹ ศันสน์ภรณ์ โสดีพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิศวรรได้, หน้า 337.

⁴⁷² รายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โปรดดูหน้า 139.

มี ขาซ้ายไม่สมบูรณ์ โจทก์ที่ 1 ก็เอาแต่ร้องไห้และพูดซ้ำๆว่าเป็นความผิดของตน โจทก์ที่ 1 ไม่สามารถนอนหลับได้อย่างปกติและจิตใจกังวลตลอดเวลาจนแพทย์ต้องให้ยาระงับประสาทแก่โจทก์ที่ 1 โดยเหตุการณ์นี้เกิดขึ้นที่โรงพยาบาลบำรุงราษฎร์ซึ่งเป็นโรงพยาบาลเอกชนที่มีชื่อเสียง ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยที่ 2 และที่ 3 เป็นการละเมิดต่ออนามัยของโจทก์ที่ 1 และได้ตัดสินให้จำเลยทั้งสามร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจแก่โจทก์ที่ 1 เป็นเงินจำนวน 1,000,000 บาท ซึ่งคดีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่ศาลฎีกาพิพากษาให้จำเลยทั้งสามชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจเป็นจำนวน 1,000,000 บาทซึ่งถือว่าเป็นจำนวนที่สูงนั้นเนื่องจากศาลฎีกาได้คำนึงว่าการที่โจทก์ที่ 1 เลือกใช้บริการที่โรงพยาบาลบำรุงราษฎร์ซึ่งเป็นโรงพยาบาลเอกชนอันดับต้นๆของประเทศและมีค่ารักษาพยาบาลและค่าบริการที่สูงย่อมเกิดจากการที่โจทก์ที่ 1 มีคาดหวังว่าจะได้รับการดูแลรักษาในมาตรฐานและความพึงพอใจในระดับที่สูงกว่าการดูแลในโรงพยาบาลรัฐหรือโรงพยาบาลเอกชนอื่น และคาดหวังที่จะได้รับการตรวจวินิจฉัยจากแพทย์ที่เป็นผู้เชี่ยวชาญและสามารถให้ผลการตรวจวินิจฉัยที่ถูกต้องแม่นยำตรงกับสภาพความเป็นจริงทางร่างกายของทารกในครรภ์ ประกอบกับความพิการที่ทางร่างกายของโจทก์ที่ 2 ซึ่งมีแขนซ้ายเพียงข้างเดียว แขนขวามีช่วงแขนเหนือข้อศอก ขาขวาไม่มี ขาซ้ายไม่สมบูรณ์ถือเป็นความพิการที่รุนแรง กรณีนี้โจทก์ที่ 1 ย่อมได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจเป็นอย่างมาก

ทั้งนี้ ในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นเนื่องจากตามกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เป็นอารมณ์ความโศกเศร้าเสียใจเป็นความเสียหาย และศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ได้มีคำพิพากษาให้แพทย์รับผิดชอบบิดามารดาที่ได้รับ ความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เป็นอารมณ์ความโศกเศร้าเสียใจในคดี Quarez⁴⁷³ และคดี Nicolas Perruche⁴⁷⁴ กรณีนี้จึงไม่สามารถนำคำพิพากษาในคดีดังกล่าวมาวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางการพิจารณากำหนดค่าสินไหมทดแทนในกรณีความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิต ส่วนสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นเนื่องจากในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษา ในส่วนของบิดามารดานั้นยังไม่มีคำพิพากษาของศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ได้วินิจฉัยตามกฎหมายลักษณะละเมิด เนื่องจากบิดามารดาสามารถเลือกได้ว่าจะฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมาย ลักษณะสัญญาหรือกฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งคดีที่ขึ้นสู่ศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นบิดามารดา

⁴⁷³ CE, Sect., 14 Février 1997 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 57.

⁴⁷⁴ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

ได้เลือกที่จะฟ้องร้องตามกฎหมายลักษณะสัญญา⁴⁷⁵ ส่วนประเทศอังกฤษนั้นไม่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลในการพิจารณากำหนดค่าสินไหมทดแทน จึงทำให้ไม่ทราบว่าการพิจารณากำหนดค่าสินไหมทดแทนในกรณีความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิต ศาลประเทศอังกฤษมีแนวทางการพิจารณาอย่างไร

จากการวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนพบว่าการตีความที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจอย่างรุนแรงจนถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตอันถือเป็นความเสียหายต่ออนามัยของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ค่าสินไหมทดแทนที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิจะได้รับได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล สุขภาพจิต ค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปพบแพทย์ และค่าขาดประโยชน์จากทำมาหาได้ในระหว่างเจ็บป่วย นอกจากนี้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ยังมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าการพิจารณากำหนดค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจนั้นควรพิจารณาจากระดับความรุนแรงของความพิการทางร่างกายของทารก การเลือกฝากครรภ์กับโรงพยาบาลรัฐหรือโรงพยาบาลเอกชนและค่าใช้จ่ายที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเสียไปมีจำนวนมากน้อยเพียงไร ประกอบกับพิจารณาความร้ายแรงว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วยเหตุผลที่ผู้เขียนได้กล่าวไปข้างต้น

2) ความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นถือเป็นความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามบทบัญญัติมาตรา 420 ซึ่งการชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามบทบัญญัติมาตรา 420 นั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีบทบัญญัติมาตราใดที่กำหนดขอบเขตการพิจารณาค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นการพิจารณาค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดจึงต้องพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 438 ซึ่งเป็นหลักทั่วไป⁴⁷⁶ กล่าวคือ หากสิทธิดังกล่าวสามารถทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ผู้กระทำก็มีหน้าที่

⁴⁷⁵ Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate) 86, 240, JZ 1983, 447; Bundesgerichtshof VI ZR 136/01

⁴⁷⁶ ศนันทกรณ โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรได้, หน้า 345.

จะต้องทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่หากเป็นกรณีที่ไม่สามารถทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ศาลก็จะกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ทั้งนี้ บทบัญญัติมาตรา 446 มิได้บัญญัติให้ผู้ได้รับความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ ดังนั้นในกรณีที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ผู้เสียหายจึงมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น

ทั้งนี้ ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาค้นคว้าเมื่อการกระทำของแพทย์ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แพทย์ย่อมมีหน้าที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยทำให้มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นกับมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาสภาพความเป็นจริงการที่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องเลี้ยงดูทารกที่พิการ กรณีนี้ย่อมมีค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารก ค่ากายอุปกรณ์ และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารก และหากทารกมีร่างกายพิการอย่างรุนแรงไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องเลี้ยงดูทารกตลอดเวลา กรณีนี้ย่อมทำให้มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายขาดรายได้ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ากรณีที่แพทย์จะทำให้มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น แพทย์จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันได้แก่ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารก ค่ากายอุปกรณ์ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารก และค่าขาดรายได้ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถนำหลักฐานค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไปแล้วมาแสดงต่อศาลได้ ศาลก็จะกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ตามจำนวนนั้น แต่หากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถแสดงหลักฐานค่าใช้จ่ายได้รวมทั้งกรณีที่เป็นการใช้จ่ายในอนาคต กรณีนี้ศาลก็จะกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายควรนำเสนอให้เห็นว่าในกรณีความพิการที่เกิดขึ้นกับทารกนั้นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะรักษาทารกด้วยวิธีใด วิธีการรักษานั้นมีค่าใช้จ่ายเท่าใด และใช้เวลาในการรักษานานเท่าไร รวมถึงนำเสนอว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องดูแลทารกอย่างไร และมีอุปกรณ์ในการดูแลทารกอะไรบ้าง เพื่อให้ศาลได้ตัดสินใจให้แพทย์ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่ารักษาพยาบาลและค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกได้อย่างครอบคลุม

ทั้งนี้ ในกรณีความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์นั้นได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีเกิดขึ้น คือ พิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560⁴⁷⁷ ซึ่งเป็นกรณีที่จำเลยที่ 2 และที่ 3 ซึ่งเป็นแพทย์ตรวจอัลตราซาวด์ไม่พบความพิการทางร่างกายของโจทก์ที่ 2 ในขณะที่เป็นทารกในครรภ์ของโจทก์ที่ 1 ซึ่งคดีนี้โจทก์ทั้งสองก็ได้เรียกค่าสินไหมทดแทนอันได้แก่ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลโจทก์ที่ 2 ค่าอุปกรณ์และอวัยวะเทียมของโจทก์ที่ 2 และค่าใช้จ่ายในการจ้างบุคคลอื่นมาดูแลโจทก์ที่ 2 ซึ่งศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยว่า “แม้ทางพิจารณาจะได้ความว่าหากมีการตรวจพบความพิการของทารกในครรภ์ หนทางที่เป็นไปได้คือการยุติการตั้งครรภ์ แต่โจทก์ที่ 1 ก็มีได้นำสืบให้เห็นว่าหากจำเลยที่ 3 ตรวจพบความพิการของโจทก์ที่ 2 ในขณะที่อยู่ในครรภ์จะมีผลกระทบต่อจิตใจของโจทก์ที่ 1 ถึงขนาดที่มีความเครียดอย่างรุนแรงอันเข้าเงื่อนไขที่แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5 (2) วรรคสองหรือไม่ และการแก้ไขปัญหาโดยการยุติการตั้งครรภ์นั้นเป็นเพียงการคาดคะเนของโจทก์ที่ 1 ซึ่งไม่แน่ว่าจะกระทำได้หรือไม่ อีกทั้งหากโจทก์ที่ 1 ทราบถึงความพิการของโจทก์ที่ 2 ก่อน ก็ยังไม่แน่ว่าโจทก์ที่ 1 จะตัดสินใจเลือกใช้นโยบายการยุติการตั้งครรภ์ในการแก้ไขปัญหาค่าสินไหมทดแทนของโจทก์ที่ 2 หรือไม่” ซึ่งการที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นว่าหากโจทก์ที่ 1 ซึ่งเป็นมารดาสามารถพิสูจน์ได้ว่าโจทก์ที่ 1 มีความเครียดอย่างรุนแรงเมื่อได้ทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการและพิสูจน์ได้ว่าโจทก์ที่ 1 มีความมุ่งหมายที่จะยุติการตั้งครรภ์หากพบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการ ซึ่งหากโจทก์ที่ 1 สามารถพิสูจน์ได้ก็จะมีผลทำให้การกระทำของจำเลยที่ 2 และที่ 3 เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของโจทก์ที่ 1 และค่าสินไหมทดแทนที่โจทก์ที่ 1 จะได้รับก็คือ ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลโจทก์ที่ 2 ค่าอุปกรณ์และอวัยวะเทียมของโจทก์ที่ 2 และค่าใช้จ่ายในการจ้างบุคคลอื่นมาดูแลโจทก์ที่ 2 นอกจากนี้จากการศึกษากฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและกฎหมายของประเทศอังกฤษก็พบว่าในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายของทั้งสองประเทศนั้นเป็นไปตามหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิม เช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนของไทย และพบคำพิพากษาคดี Quarez⁴⁷⁸ ซึ่งตัดสินโดยศาล Conseil d’Etat ซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส คำพิพากษาในส่วนของมารดาในคดี Nicolas Perruche⁴⁷⁹ ซึ่งตัดสินโดยศาลอุทธรณ์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส คำพิพากษาคดี

⁴⁷⁷ รายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9042/2560 โปรดดูหน้า 139.

⁴⁷⁸ CE, Sect., 14 Février 1997 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 57.

⁴⁷⁹ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

McKay v. Essex Area Health Authority⁴⁸⁰ ซึ่งตัดสินโดยศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษ และคดี Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor⁴⁸¹ ซึ่งในส่วนของมารดาตัดสินโดยศาลชั้นต้นของประเทศอังกฤษ โดยทั้งสองคดีเหล่านี้ศาลต่างก็ได้ตัดสินให้แพทย์ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาอันได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการ

ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในกรณีที่แพทย์ได้กระทำละเมิดอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ค่าสินไหมทดแทนที่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะได้รับก็คือ ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารก ค่ากายอุปกรณ์ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารก และค่าขาดรายได้ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

จากการวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนกับกรณีของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถสรุปได้ว่า ในส่วนของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถปรับใช้กฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนได้ โดยกรณีความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตอันถือเป็นความเสียหายต่ออนามัยของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น ค่าสินไหมทดแทนที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิที่จะได้รับได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลสุขภาพจิต ค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปพบแพทย์ และค่าขาดประโยชน์จากทำมาหาได้ในระหว่างเจ็บป่วย นอกจากนี้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ยังมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าการพิจารณากำหนดค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจซึ่งศาลจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโดยพิจารณาจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดนั้น ในส่วนของการพิจารณาพฤติการณ์ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรพิจารณาจากระดับความรุนแรงของความพิการทางร่างกายของทารกเนื่องจากหากความพิการทางร่างกายของทารกมีความรุนแรงเป็นอย่างมากกรณีนี้ก็ย่อมมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตใจของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมากตามไปด้วย ประกอบกับพิจารณาว่าบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเลือกฝากครรภ์กับโรงพยาบาลรัฐหรือโรงพยาบาลเอกชนและค่าใช้จ่ายที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเสียไปว่ามีจำนวนมากน้อยเพียงไร และใน

⁴⁸⁰ McKay v. Essex Area Health Authority [1982] QB 1166; [1982] 2 All ER 771; [1982] 2 WLR 890 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 111.

⁴⁸¹ Hibbert Pownall & Newton (A Firm) v. Whitehead & Anor [2008] EWZA Civ 285 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 113.

ส่วนของการพิจารณาความร้ายแรงแห่งละเมิดนั้นควรพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยหากการกระทำของแพทย์เกิดจากการกระทำโดยจงใจ ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจก็ควรจะมีจำนวนมากกว่า กรณีที่การกระทำของแพทย์เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

ส่วนความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น ค่าสินไหมทดแทนที่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับได้แก่ ค่าสินไหมทดแทนที่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะได้รับก็คือ ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารก ค่ากายอุปกรณ์ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารก และค่าขาดรายได้ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายควรนำสืบให้เห็นว่าในกรณีความพิการที่เกิดขึ้นกับทารกนั้นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะรักษาทารกด้วยวิธีใด วิธีการรักษานั้นมีค่าใช้จ่ายเท่าใด และใช้เวลาในการรักษานานเท่าไร รวมถึงนำสืบว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องดูแลทารกอย่างไรและมีอุปสรรคในการดูแลทารกอะไรบ้าง เพื่อให้ศาลได้ตัดสินให้แพทย์ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่ารักษาพยาบาลและค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกได้อย่างครอบคลุม

ทั้งนี้ ในส่วนของผลกระทบต่อกองทรัพย์สินของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น จากการวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดพบว่าไม่อาจถือว่าการกระทำของแพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายต่อกองทรัพย์สินของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้จึงไม่อาจถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่อกองทรัพย์สินของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงมีผลทำให้แพทย์ไม่มีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับผลกระทบต่อกองทรัพย์สิน

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาแต่เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ ผลที่ตามมาคือการที่ทารกที่พิการและบิดามารดาเลือกที่จะใช้มาตรการเยียวยาความเสียหายโดยการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับแพทย์ ซึ่งในกรณีดังกล่าวทารกและบิดามารดาจะได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อนำมาเยียวยาความพิการที่เกิดขึ้นกับร่างกายทารกและผลกระทบอื่นๆที่เกิดขึ้นกับบิดามารดาหรือไม่นั้นมีประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือ สถานะทารกของในครรภ์มารดา การรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของทารกในครรภ์มารดา และการปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดและค่าสินไหมทดแทน โดยจากการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาดังกล่าวสามารถกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

1. ปัญหาสถานะและการรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดของทารกในครรภ์มารดา

การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา ในกรณีดังกล่าวนี้การกระทำของแพทย์เกิดขึ้นในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดาจึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าทารกในครรภ์มารดามีสถานะใด และมีการรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดแก่ทารกในครรภ์มารดาหรือไม่ ทั้งนี้ การเริ่มต้นสภาพบุคคลตามกฎหมายไทยนั้นจะต้องพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้กำหนดเงื่อนไขการเริ่มต้นสภาพบุคคลไว้ว่าทารกจะต้องได้คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวและอยู่รอดมีชีวิต โดยผลของการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายนั้นก่อให้เกิดความสามารถในการถือสิทธิหรือเป็นผู้ทรงสิทธิ ซึ่งเมื่อนำมาพิจารณากับกรณีของทารกในครรภ์มารดาซึ่งไม่เข้าเงื่อนไขการมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ทารกในครรภ์มารดาจึงไม่ถือว่ามีสภาพบุคคลตามกฎหมายซึ่งมีผลทำให้ทารกในครรภ์มารดาไม่มีความสามารถในการถือสิทธิหรือเป็นผู้ทรงสิทธิ และหากมีผู้อื่นกระทำละเมิดต่อมารดาที่กำลังตั้งครรภ์ซึ่งส่งผลทำให้ทารกในครรภ์มารดามีร่างกายพิการ ในกรณีนี้ถือว่าเป็นการกระทำที่กระทบต่อประโยชน์ของมารดาเท่านั้น ทารกในขณะที่อยู่ในครรภ์มารดาหาสิทธิฟ้องร้อง

ดำเนินคดีกับผู้กระทำไม่ ประกอบกับสภาพทางกายภาพของทารกซึ่งอยู่ในร่างกายของมารดาไม่ได้ แยกต่างหากจากมารดาและทารกนั้นไม่มีความสามารถในการคิด ตัดสินใจ หรือกระทำการใดๆที่ แสดงออกมาภายนอกได้เลย ดังนั้นทารกในครรภ์มารดาจึงถือเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายมารดา และการกระทำของแพทย์ที่ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกใน ครรภ์มารดาจึงถือเป็นการกระทำต่อร่างกายมารดา

อย่างไรก็ตามแม้ว่าทารกในครรภ์มารดาจะไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายและถือเป็นส่วนหนึ่ง ของร่างกายมารดาก็ตาม แต่กฎหมายไทยก็ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันซึ่งมีแนวความคิดการให้ ความคุ้มครองประโยชน์ของทารกในครรภ์มารดาตามหลัก *Infans conceptus* ตามสุภาษิตละติน ที่ว่า “หากทารกได้ปฏิสนธิให้ถือว่าได้เกิดแล้วทุกครั้งที่มีเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ของทารกนั้นเกิดขึ้น” (*Infans conceptus pro nato habetur quoties commodis ejus agitur*) โดยแนวความคิด ดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคสอง โดยทารกจะมีสิทธิ ย้อนหลังไปตั้งแต่ทารกได้ปฏิสนธิในครรภ์มารดาก็ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขสองประการคือ ทารกได้คลอด จากครรภ์มารดาทั้งตัวและอยู่รอดมีชีวิต ส่วนสิทธิที่ทารกในครรภ์มารดาจะได้รับความคุ้มครองตาม บทบัญญัติมาตราดังกล่าวก็ควรจะเป็นสิทธิที่โดยสภาพแล้วทารกในครรภ์มารดาควรจะได้รับ ความคุ้มครองแม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าทารกในครรภ์มารดามีสิทธิ ซึ่งก็ควรที่จะรวมถึงสิทธิใน การฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดตามมาตรา 420 ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ ทารกในครรภ์มารดา

ดังนั้น การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารก ในครรภ์มารดา แม้ว่าในขณะนั้นทารกในครรภ์มารดาจะถือเป็นส่วนหนึ่งของมารดาอันมีผลทำให้การ กระทำของแพทย์ในกรณีดังกล่าวเป็นการกระทำต่อร่างกายของมารดาก็ตาม แต่หากภายหลังทารกได้ คลอดจากครรภ์มารดาทั้งตัวและอยู่รอดมีชีวิตแล้ว ทารกย่อมมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตาม กฎหมายลักษณะละเมิดกล่าวหาว่าการกระทำของแพทย์ที่ได้ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดนั้น เป็นการกระทำละเมิดต่อตนได้ แต่ทั้งนี้เป็นเพียงสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีเท่านั้น แพทย์จะมิ ได้รับความรับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิดและมีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารกหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาการปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดและค่าสินไหมทดแทนกับกรณีดังกล่าวต่อไป

2. ปัญหาการปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดและการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาลักษณะการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดที่ถือเป็นทฤษฎีปฏิบัติอันนำมาสู่ความรับผิดชอบทางละเมิดแก่แพทย์นั้นจะต้องเป็นกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ ซึ่งการที่ทารกที่พิการและบิดามารดาฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับแพทย์ ความรับผิดชอบของแพทย์ไม่มีบทบัญญัติเฉพาะที่จะนำมาปรับใช้จึงต้องพิจารณาตามบทบัญญัติกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานหลักไม่มีความรับผิดโดยไม่มี ความผิด (No liability without fault) หรือหลักความผิด (Fault) กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายเมื่อการกระทำของผู้กระทำเป็นความผิด ทั้งนี้ จากบทบัญญัติมาตรา 420 สามารถแบ่งองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดได้ 5 ประการ คือ

- 1) ผู้ใดทำต่อผู้อื่น
- 2) การกระทำโดยผิดกฎหมาย
- 3) การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
- 4) ความเสียหาย
- 5) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation)

ทั้งนี้ หากการกระทำของผู้กระทำเป็นการละเมิดต่อผู้เสียหาย ผู้กระทำย่อมมีหน้าที่ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ซึ่งมีแนวความคิดพื้นฐานมาจากหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitutio in integrum)⁴⁸² กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนว่าความเสียหายมิได้เกิดขึ้น⁴⁸³ โดยการทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นสามารถทำได้โดยการคืนทรัพย์สิน การชดเชยราคาทรัพย์สิน การชดเชยค่าเสียหายหรือกระทำด้วยวิธีอื่น แต่ในกรณีที่ไม่สามารถทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้หรือผู้เสียหายไม่สามารถนำสืบได้ว่าได้รับความเสียหายเท่าใดหรือในกรณีที่เป็นการกำหนดค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ ศาลก็จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาลจะวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามบทบัญญัติวรรคแรกของมาตรา 438 ซึ่งศาลมักจะกำหนดให้ผู้กระทำชดเชยค่าสินไหมทดแทนเป็นเงินจำนวนหนึ่งให้แก่ผู้เสียหาย

⁴⁸² ศนันทกรณ โสดีพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรได้, หน้า 331.

⁴⁸³ วงษ์ วีรพงศ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด, หน้า 351.

ในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้นกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาแต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีความพิการทางร่างกาย กรณีนี้ทารกและบิดามารดาจะได้รับการชดเชยเยียวยาตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่ นั้น มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวครอบครัวประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดหรือไม่ ซึ่งหากขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดประการหนึ่งประการใดย่อมมีผลทำให้ทารกและบิดามารดาไม่ได้รับการชดเชยเยียวยาตามกฎหมายลักษณะละเมิด

จากการวิเคราะห์ในส่วนของทารกนั้นพบว่าแม้ว่าทารกในครรภ์มารดาจะได้รับการรับรองสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดตามบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และถือเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยมีอำนาจฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ได้ก็ตาม แต่จากการวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดพบว่าการกระทำของแพทย์มิได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งที่บทบัญญัติมาตรา 420 ให้ความคุ้มครอง เนื่องจากความพิการทางร่างกายของทารกได้มีอยู่ก่อนที่แพทย์จะทำการตรวจวินิจฉัย การกระทำของแพทย์มิได้ทำให้ร่างกายของทารกมีความพิการแต่อย่างใด ในกรณีนี้จึงไม่อาจถือว่าความพิการทางร่างกายของทารกเป็นความเสียหาย และในส่วนของความทุกข์ทรมานทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับทารกนั้นไม่ว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจจะเป็นเพียงอารมณ์ความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจหรือมีความรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตก็ตาม แต่ความทุกข์ทรมานทางจิตใจดังกล่าวนี้เกิดจากการที่ทารกมีร่างกายพิการซึ่งความพิการนั้นมิได้เกิดจากการกระทำของแพทย์กรณีนี้ความทุกข์ทรมานทางจิตใจดังกล่าวจึงไม่ถือเป็นความเสียหาย นอกจากนี้กฎหมายของไทยก็มีได้ให้การรับรองสิทธิที่จะถูกยุติการตั้งครรภ์ สิทธิที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิต และสิทธิที่จะเกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงแก่ทารกในครรภ์มารดา และก็ไม่อาจให้การรับรองสิทธิดังกล่าวโดยปรับกับบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสองเนื่องจากหากให้การรับรองสิทธิดังกล่าวเหล่านี้ก็จะมีผลทำให้เกิดหน้าที่โดยเด็ดขาดแก่บิดามารดาและแพทย์ที่จะต้องยุติการตั้งครรภ์เสมอในกรณีที่ตรวจพบทารกในครรภ์มีร่างกายพิการ และมีผลทำให้ในกรณีที่บิดามารดาตัดสินใจที่จะเก็บทารกในครรภ์ไว้ไม่ยุติการตั้งครรภ์ ทารกก็อาจฟ้องร้องดำเนินคดีกับบิดามารดาได้ ดังนั้นจึงไม่อาจถือว่าทารกได้รับความเสียหายต่อสิทธิที่จะถูกยุติการตั้งครรภ์ สิทธิที่ไม่ต้องเกิดมามีชีวิต และสิทธิที่จะเกิดมามีร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ด้วยเหตุนี้การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาแต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ การกระทำของแพทย์จึงมิได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทารก ทารกจึงไม่ถือเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ดังนั้นในส่วนของทารกจึงไม่อาจปรับใช้กฎหมายลักษณะ

ละเมิด และเมื่อไม่สามารถปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดกับกรณีของทารกจึงมีผลทำให้ในกรณีของทารกจึงไม่อาจปรับใช้กฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนด้วยเช่นกัน

ส่วนกรณีของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นจากการวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดและค่าสินไหมทดแทนสามารถพบว่าบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนได้ โดยการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดโดยเป็นการตรวจต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์อันเป็นเหตุให้ไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาแต่เมื่อมารดาให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ กรณีนี้การกระทำของแพทย์เกิดขึ้นในขณะที่แพทย์มีสภาพบุคคลและรู้สำนึกในการกระทำ จึงถือว่าแพทย์เป็นผู้กระทำตามกฎหมายลักษณะละเมิด และการกระทำของแพทย์ถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเนื่องจากไม่มีกฎหมายใดที่ให้อำนาจแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์ ส่วนบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่ได้มีส่วนร่วมในการกระทำของแพทย์ บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจึงถือเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยและถือเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดโดยความเสียหายที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับนั้นได้แก่ ความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตอันถือเป็นความเสียหายต่ออนามัย นอกจากนี้ในส่วนของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นหากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถพิสูจน์ได้ว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะมีความเครียดอย่างรุนแรงเมื่อทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอย่างรุนแรง และพิสูจน์ได้ว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีความมุ่งหมายที่จะยุติการตั้งครรภ์หากพบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอย่างรุนแรง กรณีก็จะถือว่าการกระทำของแพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนผลกระทบต่อกองทรัพย์สินอันเกิดจากการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีหน้าที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูทารกที่พิการนั้น ไม่อาจถือว่าผลกระทบต่อกองทรัพย์สินเป็นความเสียหาย เนื่องจากความพิการทางร่างกายของทารกที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูได้มีอยู่ก่อนที่แพทย์จะทำการตรวจวินิจฉัย การตรวจวินิจฉัยของแพทย์มิได้ทำให้ร่างกายของทารกเกิดความพิการแต่อย่างใด จึงไม่อาจถือว่าผลกระทบต่อกองทรัพย์สินเป็นความเสียหาย

ทั้งนี้ ในการพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั้น บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องพิสูจน์ว่าการตรวจวินิจฉัยครรภ์มีมาตรฐานวิชาชีพแพทย์อย่างไร และการตรวจวินิจฉัยครรภ์ของแพทย์นั้นต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์อย่างไร ในขั้นตอนใด ซึ่งหากบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถพิสูจน์ได้ก็จะถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นการ

กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งจากการศึกษาข้อมูลของต่างประเทศพบว่าสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษได้มีการกำหนดมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในเรื่องต่างๆรวมถึงมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในเรื่องการตรวจวินิจฉัยกรรมารดาเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ใน Clinical Practice Guideline (CPG) และศาลของประเทศเหล่านี้ก็ได้ใช้ Clinical Practice Guideline ประกอบการพิจารณาคดีซึ่งมีผลทำให้ลดปัญหาความยากในการพิสูจน์มาตรฐานวิชาชีพแพทย์ ซึ่งหากต่อไปประเทศไทยได้มีการจัดทำมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ Clinical Practice Guideline (CPG) ดังเช่นสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ⁴⁸⁴ และใช้ Clinical Practice Guideline เป็นพยานหลักฐานประกอบการพิจารณาคดีของศาล กรณีนี้ย่อมมีผลดีต่อบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถช่วยลดปัญหาความยากในการพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ทั้งนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายอันได้แก่ความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตอันถือเป็นความเสียหายต่ออนามัย และความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นเมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลพบว่าความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตอันถือเป็นความเสียหายต่ออนามัย และความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์และเป็นความเสียหายที่ไม่ไกลเกินกว่าเหตุ เนื่องจากในส่วนของความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตอันถือเป็นความเสียหายต่ออนามัยนั้นหากแพทย์ตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการ บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมที่จะมีโอกาสในการเตรียมความพร้อมทางจิตใจ รวมถึงวางแผนการเลี้ยงดูและการรักษาพยาบาลทารกที่พิการ รวมถึงวางแผนด้านการเงิน หรือในกรณีที่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีความเครียดอย่างรุนแรงเมื่อทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการอันเข้าเงื่อนไขการยุติการตั้งครรภ์ตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5⁴⁸⁵ และมารดา

⁴⁸⁴ รายละเอียด Clinical Practice Guideline ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ โปรดดูหน้า 21.

⁴⁸⁵ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548

ข้อ 5 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

(1) เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงมีครรภ์ หรือ

โดยชอบด้วยกฎหมายก็ได้ทำการยุติการตั้งครรภ์ ความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตก็จะไม่เกิดขึ้นกับบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นหากแพทย์ตรวจพบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา บุคคลทั่วไปย่อมคาดหมายได้ว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมที่จะมีความเครียดอย่างรุนแรงและมารดาจะเลือกที่จะยุติการตั้งครรภ์ เนื่องจากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมที่จะคำนึงถึงผลกระทบทั้งในด้านการเลี้ยงดูทารกที่พิการ ด้านค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดู และการรักษาพยาบาลทารกที่พิการ ด้านการดำรงชีวิตของทารกในอนาคต การที่มารดาได้รับความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์จึงเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของแพทย์และเป็นความเสียหายที่ไม่ไกลเกินกว่าเหตุ

ด้วยเหตุนี้การที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาแต่เมื่อมารดาได้ให้กำเนิดทารกกลับพบว่าทารกมีร่างกายพิการ ในส่วนของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจึงถือว่าครอบครัวประกอบความรับผิดชอบละเมิดทุกประการ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีผลทำให้แพทย์มีหน้าที่ชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยในส่วนของความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตอันถือเป็นความเสียหายต่ออนามยนั้นค่าสินไหมทดแทนที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิที่จะได้รับได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลสุขภาพจิต ค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปพบแพทย์ ค่าขาดประโยชน์จากทำมาหาได้ในระหว่างเจ็บป่วย และค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจ โดยในส่วนของค่าขาดประโยชน์จากทำมาหาได้ในระหว่างเจ็บป่วยนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าควรพิจารณาจากอาชีพ เงินเดือน ประกอบกับระยะเวลาที่ไม่สามารถประกอบการทำงานได้อย่างปกติ ซึ่งบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ควรนำสืบให้เห็นว่าในระหว่างที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถประกอบการทำงานได้

(2) เป็นกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคนให้ถือว่าหญิงมีครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

ทั้งนี้ ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิตและต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชทะเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน

ตามปกตินั้นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับผลกระทบเพียงไร ส่วนในการพิจารณากำหนดค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจซึ่งศาลจะใช้ดุลพินิจพิจารณาจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าควรพิจารณาพฤติการณ์จากระดับความรุนแรงของความพิการทางร่างกายของทารกเนื่องจากหากความพิการทางร่างกายของทารกมีความรุนแรงเป็นอย่างมากกรณีนี้ก็ย่อมมีผลกระทบต่อสภาพจิตใจของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมากตามไปด้วย ประกอบกับพิจารณาว่าบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเลือกฝากครรภ์กับโรงพยาบาลรัฐหรือโรงพยาบาลเอกชนและค่าใช้จ่ายที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเสียไปว่ามีจำนวนมากน้อยเพียงไร เนื่องจากการฝากครรภ์กับโรงพยาบาลเอกชนซึ่งมีค่าใช้จ่ายมาก บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมคาดหวังถึงมาตรฐานการตรวจวินิจฉัยที่สูงกว่าโรงพยาบาลรัฐ และในส่วนของ การพิจารณาความร้ายแรงแห่งละเมิดนั้นควรพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยหากการกระทำของแพทย์เกิดจากการกระทำโดยจงใจ ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจก็ควรจะมีจำนวนมากกว่ากรณีที่การกระทำของแพทย์เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ เนื่องจากการกระทำโดยจงใจนั้นแสดงออกถึงการที่แพทย์มีความมุ่งหมายหรือประสงค์ที่จะให้เกิดความเสียหายแก่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นค่าสินไหมทดแทนที่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารก ค่ากายอุปกรณ์ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารก และค่าขาดรายได้ของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายควรนำสืบให้เห็นว่าในกรณีความพิการที่เกิดขึ้นกับทารกนั้นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะรักษาทารกด้วยวิธีใด วิธีการรักษานั้นมีค่าใช้จ่ายเท่าใด และใช้เวลาในการรักษานานเท่าไร รวมถึงนำสืบว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องดูแลทารกอย่างไรและมีอุปกรณ์ในการดูแลทารกอะไรบ้าง เพื่อให้ศาลได้ตัดสินให้แพทย์ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่ารักษาพยาบาลและค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกได้อย่างครอบคลุม

ส่วนผลกระทบต่อกองทรัพย์สินของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นเมื่อไม่อาจถือว่าการกระทำของแพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายต่อกองทรัพย์สินของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงมีผลทำให้แพทย์ไม่มีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับผลกระทบต่อกองทรัพย์สิน

ทั้งนี้ แม้ว่าจากการวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนจะพบว่าในส่วนของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายอาจมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์อันได้แก่ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารก ค่ากายอุปกรณ์ และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกซึ่งสามารถนำมาดูแลทารกที่พิการได้ก็ตาม แต่การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีดังกล่าวก็เป็นการชดใช้ตามสิทธิของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และการที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวก็ขึ้นอยู่กับว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถพิสูจน์ได้หรือไม่ว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีความมุ่งหมายที่จะยุติการตั้งครรภ์หากตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย และพิสูจน์ได้หรือไม่ว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะมีความเครียดอย่างรุนแรงหากแพทย์ตรวจพบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5 ดังนั้นจึงไม่มีความแน่นอนว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะได้รับค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวเพื่อนำมาเยียวยาความพิการทางร่างกายของทารก และในส่วนของทารกที่พิการนั้นก็ประสบปัญหาในการปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายว่าด้วยค่าสินไหมทดแทน ดังนั้นทารกที่พิการจึงไม่อาจใช้มาตรการเยียวยาความเสียหายโดยการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับแพทย์ ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่ามาตรการเยียวยาความเสียหายโดยการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดนั้นไม่สามารถปรับใช้ได้กับทุกกรณี นอกจากนี้แม้ว่าทารกที่พิการจะมีสิทธิได้รับการเยียวยาความพิการจากสวัสดิการของรัฐที่จัดให้แก่คนพิการตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 ก็ตาม แต่สวัสดิการของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ยังคงไม่ครอบคลุมและไม่เพียงพอต่อความต้องการของทารกที่พิการดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ข้างต้น

อย่างไรก็ตามจากการศึกษาข้อมูลของสาธารณรัฐฝรั่งเศสพบว่าภายหลังที่นักกฎหมาย นักวิชาการ และประชาชนชาวฝรั่งเศสได้ต่อต้านคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาล Cour de Cassation ในคดี Nicolas Perruche⁴⁸⁶ และฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมาย The Law of 4 March 2002 หรือ Loi Anti-Perruche ซึ่งห้ามมิให้ทารกที่เกิดมาพิการภายหลังจากที่กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้ฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากแพทย์นั้น⁴⁸⁷ (มีผลบังคับใช้วันที่ 4 มีนาคม

⁴⁸⁶ Perruche, Cass. Ass. Plén., 17 November 2000, D. 2001, 332 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 58.

⁴⁸⁷ Manaouil, C., M. Gignon, and O. Jade, "10 Years of Controversy Twists and Turns in the Perruche Wrongful Life Claim: Compensation for Children Born with a Disability in France," *Medicine and Law*, p. 666.

2002) สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้นำการเยียวยาผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายจากการรักษาของแพทย์ซึ่งเป็นการเยียวยาจากกองทุน National Solidarity มาปรับใช้กับกรณีของทารก⁴⁸⁸ ซึ่งกองทุนดังกล่าวใช้ระบบเยียวยาความเสียหายโดยไม่พิสูจน์ความผิดหรือ No fault compensation ซึ่งมีข้อดีคือไม่ต้องพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทั้งนี้ ประเทศไทยได้เคยมีแนวความคิดการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับผลกระทบจากการรับบริการทางการแพทย์ โดยได้มีการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... ซึ่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้จัดตั้งกองทุนคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข⁴⁸⁹ ซึ่งใช้ระบบการเยียวยาโดยไม่พิสูจน์ความผิดหรือ No fault compensation⁴⁹⁰ เช่นเดียวกับกองทุน National Solidarity ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีแนวทางการเยียวยาโดยกำหนดให้มีคณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยเป็นผู้พิจารณาการจ่ายเงินชดเชยให้แก่ผู้ได้รับผลกระทบ ซึ่งมีหลักเกณฑ์การพิจารณาคือความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้รับบริการทางการแพทย์จะต้องมีใช่ผลกระทบที่เกิดขึ้นตามปกติธรรมดาของโรคนั้น⁴⁹¹ ส่วนจำนวนเงินชดเชยนั้นจะพิจารณาจากผลกระทบหรือความเดือดร้อนที่ได้รับ พฤติการณ์แวดล้อม ระดับความรุนแรง การ

⁴⁸⁸ Feuillet, B., "The Perruche Case and French Medical Liability," *Medical and Law*: p. 146.

⁴⁸⁹ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

ผู้ได้รับผลกระทบ หมายความว่า บุคคลซึ่งมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งได้รับความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขจากสถานพยาบาล ผู้ให้บริการสาธารณสุข หรือบุคคลอื่นตามที่รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด

⁴⁹⁰ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 5 ผู้ได้รับผลกระทบมีสิทธิได้รับเงินชดเชยจากกองทุนตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิด

⁴⁹¹ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 28 วรรคแรก ให้สำนักงานหรือหน่วยงานหรือองค์กรที่สำนักงานกำหนดแล้วแต่กรณี ส่งคำขอตามมาตรา 26 ให้คณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือคณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัดภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ และให้คณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือคณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัดวินิจฉัยคำขอให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ หากคณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือคณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัดเห็นว่าเป็นผู้ได้รับผลกระทบตามมาตรา 5 และไม่อยู่ในบังคับมาตรา 6 ให้ประเมินจำนวนเงินชดเชยที่ผู้ได้รับผลกระทบพึงจะได้รับเงินชดเชยทั้งหมด

มาตรา 5 ได้รับผลกระทบมีสิทธิได้รับเงินชดเชยจากกองทุนตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิด

มาตรา 6 บทบัญญัติในมาตรา 5 มิให้ใช้บังคับกับผลกระทบที่เกิดขึ้นตามปกติธรรมดาของโรคนั้น ทั้งนี้ คณะกรรมการอาจประกาศกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้

บรรเทาเยียวยา รวมถึงความจำเป็นอื่นๆประกอบด้วย⁴⁹² ทั้งนี้ หากในอนาคตร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... มีผลบังคับใช้และได้นำมาปรับใช้กับกรณีของทารกที่พิการในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาด้วยก็ย่อมเป็นผลดีต่อทารกทำให้ทารกได้รับการเยียวยาผลกระทบจากความพิการทางร่างกาย

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายทางละเมิดที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์มารดานั้น ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังนี้

1. ผลจากการวิเคราะห์ปัญหาการปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดและค่าสินไหมทดแทนพบว่า มีปัญหาในการนำกฎหมายลักษณะละเมิดและค่าสินไหมทดแทนมาปรับใช้กับกรณีของทารก โดยในส่วนของทารกนั้นไม่อาจใช้มาตรการเยียวยาความเสียหายโดยการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกับแพทย์ และแม้ว่าในส่วนของการขาดโดยชอบด้วยกฎหมายอาจมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์อันได้แก่ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารก ค่ากายอุปกรณ์ และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกซึ่งสามารถนำมาดูแลทารกที่พิการได้ก็ตาม แต่การชดเชยค่าสินไหมทดแทนในกรณีดังกล่าวก็เป็นการชดเชยใช้ตามสิทธิของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และการที่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะได้รับค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวก็ขึ้นอยู่กับว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถพิสูจน์ได้หรือไม่ว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีความมุ่งหมายที่จะยุติการตั้งครรภ์หากตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความพิการทางร่างกาย และพิสูจน์ได้หรือไม่ว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะมีความเครียดอย่างรุนแรงหากแพทย์ตรวจพบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาตามข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 5 ดังนั้นจึงไม่มีความแน่นอนว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะได้รับค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวเพื่อนำมาเยียวยาความพิการทางร่างกายของทารก ผลจากการวิเคราะห์ดังกล่าวนี้จึงสะท้อนให้เห็นว่ามาตรการเยียวยาความเสียหาย

⁴⁹² ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 28 วรรคสอง จำนวนเงินชดเชยที่ผู้ได้รับผลกระทบจะได้รับให้คำนึงถึงหลักการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยพิจารณาจากผลกระทบหรือความเดือดร้อนที่ได้รับ พฤติการณ์แวดล้อม ระดับความรุนแรง การบรรเทาเยียวยา หรือความจำเป็นอื่นๆประกอบด้วย และต้องมีการเยียวยาในลักษณะที่เป็นธรรมและเสมอภาคกัน ในกรณีเช่นว่านี้ คณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือคณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัดอาจให้มีการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบด้วยประโยชน์ตอบแทนอื่นที่มีใช้ตัวเงินด้วยก็ได้

โดยการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดนั้นไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้กับทุกกรณี นอกจากนี้ทารกก็ไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะสัญญา กับแพทย์ได้เนื่องจาก ทารกไม่ใช่คู่สัญญากับแพทย์ ส่วนการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะฟ้องร้องดำเนินคดีกับ แพทย์ตามกฎหมายลักษณะสัญญานั้นก็ยังไม่มีความแน่นอนว่าสัญญาระหว่างบิดามารดาโดยชอบด้วย กฎหมายกับแพทย์จะครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวด้วยหรือไม่ และแม้ว่าทารกที่พิการจะมีสิทธิได้รับการ เยียวยาความพิการจากสวัสดิการของรัฐที่จัดให้แก่คนพิการตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนา ชีวิตคนพิการ พ.ศ.2550 ก็ตาม แต่สวัสดิการของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ยังคงไม่ครอบคลุม และไม่เพียงพอต่อความต้องการของทารกที่พิการดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งทารกที่พิการย่อม ได้รับความยากลำบากในการดำรงชีวิต และย่อมจะต้องได้รับการดูแลมากกว่าทารกที่มีร่างกายปกติ รวมถึงจะต้องได้รับการรักษาพยาบาลเป็นอาเจิมซึ่งส่งผลให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายต้องเสีย ค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากทั้งในการดูแลทารกที่พิการและในการรักษาพยาบาลทารกที่พิการ

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่าในส่วนของประเทศอังกฤษนั้นจากการศึกษาข้อมูลไม่ พบว่าประเทศอังกฤษได้มีแนวทางการเยียวยาทารกที่พิการ แต่อย่างไรก็ตามบิดามารดาสามารถ ฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะละเมิดกล่าวหาว่าการกระทำของแพทย์ทำให้เกิดความ เสียหายต่อสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ได้ ซึ่งกฎหมายประเทศอังกฤษได้มีการอนุญาตให้มารดา สามารถทำการยุติการตั้งครรภ์เนื่องจากปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์โดยไม่มีเงื่อนไขว่ามารดา จะต้องมีความเครียดอย่างรุนแรงดังเช่นประเทศไทย จึงมีความแน่นอนว่าการที่แพทย์ตรวจไม่พบ ความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา บิดามารดาสามารถที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนอัน เป็นค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลทารกที่พิการและค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูทารกที่พิการ และใน ส่วนของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีนั้น บิดามารดาสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายลักษณะสัญญา เพื่อเรียกค่าเสียหายอันเป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับปัญหาสุขภาพของทารกที่พิการได้ โดยถือว่าการกระทำ ของแพทย์ที่ได้ตรวจวินิจฉัยครรภ์มารดาผิดพลาดนั้นเป็นการผิดหน้าที่ตามสัญญาที่แพทย์จะต้องแจ้ง ให้บิดามารดาทราบถึงความเสี่ยงเกี่ยวกับความผิดปกติที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์มารดาซึ่งศาล Bundesgerichtshof ซึ่งเป็นศาลสูงของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยไว้ในคดีทารกเกิดมา พิการอันเนื่องมาจากเชื้อหัดเยอรมัน⁴⁹³

⁴⁹³ Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate) BGHZ 86, 240, JZ 1983, 447 รายละเอียดของคดี โปรดดูหน้า 87.

ส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นในกรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครมรรมาตราผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดา แต่เมื่อทารกได้คลอดจากครรภ์มารดา กลับพบว่าทารกมีความพิการทางร่างกายนั้น สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้นำแนวทางการเยียวยาผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายจากการรักษาของแพทย์ซึ่งเป็นการเยียวยาจากกองทุน National Solidarity มาปรับใช้ในการเยียวยาทารก⁴⁹⁴ ซึ่งกองทุนดังกล่าวนี้ใช้ระบบการเยียวยาความเสียหายโดยไม่พิสูจน์ความผิดหรือ No fault compensation ซึ่งแบ่งประเภทความเสียหายไว้ 2 ประเภท ได้แก่

1) Medical hazard คือ กรณีความเสียหายเกิดจากการที่แพทย์มีหน้าที่จะต้องป้องกัน หรือเกิดจากการตรวจวินิจฉัยหรือการรักษา และจะต้องเป็นความเสียหายอย่างรุนแรง กล่าวคือ เป็นการสูญเสียความสามารถและมีผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตไม่ว่าจะเป็นการสูญเสียความสามารถอย่างถาวรหรือชั่วคราว แต่ต้องสูญเสียความสามารถมากกว่า 25% ของสภาพร่างกายและเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 6 เดือน ซึ่งการเยียวยาในกรณีนี้จะไม่พิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นทุเวชปฏิบัติ (Medical malpractice) หรือไม่⁴⁹⁵

2) Hospital-acquired infection คือ กรณีที่ผู้ป่วยมีอาการติดเชื้อหลังจากการที่ได้รับการรักษาจากแพทย์ในสถานพยาบาล⁴⁹⁶

ซึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาคณะที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครมรรมาตราผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดานั้นถือเป็นการ Medical hazard โดยกระบวนการขอเยียวยาในกรณีนี้สามารถยื่นขอรับการเยียวยาต่อ National Fund of Medical Compensation of Medical Accident (ONIAM) ซึ่งจะมีคณะกรรมการพิจารณาจำนวนเงินเยียวยาแก่ทารก⁴⁹⁷

ทั้งนี้ แม้ว่ากรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครมรรมาตราผิดพลาดจะไม่ถือเป็นการละเมิดต่อทารกก็ตาม แต่กรณีที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยครมรรมาตราต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์อันเป็นเหตุให้ไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดานั้นก็ถือเป็นความผิดพลาดของแพทย์ และไม่อาจปฏิเสธว่าการที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเลือกที่จะตรวจวินิจฉัยครมรรมาตรากับแพทย์ส่วนหนึ่งก็เป็นไปโดยคำนึงถึงการใช้ชีวิตของทารกภายหลังที่ได้คลอดจากครรภ์มารดา ผู้เขียนจึงขอเสนอว่าในกรณีที่แพทย์

⁴⁹⁴ Feuillet, B., "The Perruche Case and French Medical Liability," *Medical and Law*: p. 146.

⁴⁹⁵ Oliphant, K. and R. W. W. (eds.), *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective*, p. p.164.

⁴⁹⁶ Ibid., p.166.

⁴⁹⁷ Ibid., p.174.

ตรวจวินิจฉัยครรถ์มารดาผิดพลาดไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกในครรภ์มารดาควรมีแนวทางการเยียวยาแก่ทารกที่พิการโดยจัดตั้งกองทุนเยียวยาความเสียหายแก่ทารกที่พิการ โดยกองทุนดังกล่าวควรใช้ระบบการเยียวยาความเสียหายโดยไม่พิสูจน์ความผิดหรือ No fault compensation เหมือนเช่นที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสใช้ในการเยียวยาทารกที่พิการ โดยระบบการเยียวยาความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดนั้นคือการที่ไม่ต้องพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อซึ่งมีข้อดีคือสามารถลดปัญหาในการพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งการจัดตั้งกองทุนเยียวยาความเสียหายแก่ทารกที่พิการนั้นก่อให้เกิดผลดีต่อทารกที่พิการและบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เงินที่จ่ายจากกองทุนสามารถช่วยบรรเทาความเดือดร้อนที่เกิดขึ้นกับทารกพิการในส่วนที่สวัสดิการของรัฐตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาชีวิตคนพิการ พ.ศ.2550 ยังไม่ครอบคลุม นอกจากนี้ยังสามารถลดปัญหาความขัดแย้งระหว่างแพทย์และทารก และสามารถลดปัญหาความกังวลของแพทย์เกี่ยวกับการถูกฟ้องร้องดำเนินคดี และสามารถลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาล ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรที่นำแนวทางการแก้ไขปัญหาโดยการทำประกันภัยทางการแพทย์ เนื่องจากการที่แพทย์ต้องจ่ายเบี้ยประกันภัยก็อาจส่งผลกระทบต่อทำให้ค่าบริการในการฝากครรภ์ ค่าบริการในการทำคลอดและค่ารักษาพยาบาลสูง ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อบิดามารดา

ทั้งนี้ ประเทศไทยได้เคยมีแนวความคิดการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับผลกระทบจากการรับบริการทางการแพทย์ โดยได้มีการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... ซึ่งใช้ระบบการเยียวยาโดยไม่พิสูจน์ความผิดหรือ No fault compensation⁴⁹⁸ เช่นเดียวกับกองทุน National Solidarity ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยมาตรา 20⁴⁹⁹ ของร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... ได้กำหนดให้จัดตั้งกองทุนคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข⁵⁰⁰ และกำหนดให้มีคณะกรรมการ

⁴⁹⁸ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 5 ผู้ได้รับผลกระทบมีสิทธิได้รับเงินชดเชยจากกองทุนตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิด

⁴⁹⁹ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 20 ให้จัดตั้งกองทุนขึ้นกองทุนหนึ่งในสำนักงาน เรียกว่า “กองทุนคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข”

⁵⁰⁰ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

พิจารณาเงินชดเชยเป็นผู้พิจารณาการจ่ายเงินชดเชยให้แก่ผู้ได้รับผลกระทบ ซึ่งมีหลักเกณฑ์การพิจารณาคือความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้รับบริการทางการแพทย์จะต้องมีใช่ผลกระทบที่เกิดขึ้นตามปกติธรรมดาของโรคนั้น⁵⁰¹ ส่วนจำนวนเงินชดเชยที่ผู้ได้รับผลกระทบจะได้รับนั้น คณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยจะพิจารณาจากผลกระทบหรือความเดือดร้อนที่ได้รับ พฤติการณ์แวดล้อม ระดับความรุนแรง การบรรเทาเยียวยา รวมถึงความจำเป็นอื่นๆประกอบด้วย⁵⁰² ทั้งนี้ หากในอนาคตร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... มีผลบังคับใช้และได้นำมาปรับใช้กับกรณีของทารกที่พิการในประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษาด้วยก็ย่อมเป็นผลดีต่อทารกทำให้ทารกได้รับการเยียวยาผลกระทบจากความพิการทางร่างกาย

2. จากการที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ในส่วนของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งพบว่าการพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ นั้น บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายอาจประสบปัญหาในการพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งหากบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของแพทย์

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

ผู้ได้รับผลกระทบ หมายความว่า บุคคลซึ่งมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งได้รับความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขจากสถานพยาบาล ผู้ให้บริการสาธารณสุข หรือบุคคลอื่นตามที่รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด

⁵⁰¹ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 28 วรรคแรก ให้สำนักงานหรือหน่วยงานหรือองค์กรที่สำนักงานกำหนดแล้วแต่กรณี ส่งคำขอตามมาตรา 26 ให้คณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือคณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัดภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ และให้คณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือคณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัดวินิจฉัยคำขอให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ หากคณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือคณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัดเห็นว่าเป็นผู้ได้รับผลกระทบตามมาตรา 5 และไม่อยู่ในบังคับมาตรา 6 ให้ประเมินจำนวนเงินชดเชยที่ผู้ได้รับผลกระทบพึงจะได้รับเงินชดเชยทั้งหมด

มาตรา 5 ได้รับผลกระทบมีสิทธิได้รับเงินชดเชยจากกองทุนตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบ

มาตรา 6 บทบัญญัติในมาตรา 5 มิให้ใช้บังคับกับผลกระทบที่เกิดขึ้นตามปกติธรรมดาของโรคนั้น ทั้งนี้ คณะกรรมการอาจประกาศกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้

⁵⁰² ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... (ฉบับของคณะกรรมการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค สภาปฏิรูปแห่งชาติ)

มาตรา 28 วรรคสอง จำนวนเงินชดเชยที่ผู้ได้รับผลกระทบจะได้รับให้คำนึงถึงหลักการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยพิจารณาจากผลกระทบหรือความเดือดร้อนที่ได้รับ พฤติการณ์แวดล้อม ระดับความรุนแรง การบรรเทาเยียวยา หรือความจำเป็นอื่นๆประกอบด้วย และต้องมีการเยียวยาในลักษณะที่เป็นธรรมและเสมอภาคกัน ในกรณีเช่นว่านี้ คณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยกรุงเทพมหานครหรือคณะอนุกรรมการพิจารณาเงินชดเชยประจำจังหวัดอาจให้มีการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบด้วยประโยชน์ตอบแทนอื่นที่มีใช้ตัวเงินด้วยก็ได้

เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็จะมีผลทำให้การกระทำของแพทย์ไม่เป็นการละเมิดต่อบิตามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และบิตามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็จะไม่ได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหาย

ทั้งนี้ ปัญหาความยากในการพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั้นเกิดจากความยากในการพิสูจน์ถึงมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์เกี่ยวกับการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาว่ามีอย่างไร และการกระทำของแพทย์ต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพแพทย์หรือไม่เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์อย่างไร ในขั้นตอนใด ซึ่งเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยากเนื่องจากข้อมูลในการตรวจวินิจฉัยอยู่ในความครอบครองของแพทย์ และในการพิสูจน์จะต้องอาศัยความรู้ทางการแพทย์ซึ่งเป็นความรู้ขั้นสูงที่บุคคลทั่วไปไม่อาจทราบได้ ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยากว่าการที่แพทย์ตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาไม่พบความพิการทางร่างกายของทารกนั้นเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ทั้งนี้ จากการศึกษาข้อมูลของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษพบว่าประเทศเหล่านี้ได้มีการกำหนดมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในเรื่องต่างๆรวมถึงมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ในเรื่องการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ใน Clinical Practice Guideline (CPG) และศาลของประเทศเหล่านี้ก็ได้ใช้ Clinical Practice Guideline ประกอบการพิจารณาคดีซึ่งมีผลทำให้ลดปัญหาความยากในการพิสูจน์มาตรฐานวิชาชีพแพทย์ ผู้เขียนจึงขอเสนอว่าควรมีการจัดทำมาตรฐานวิชาชีพแพทย์เป็น Clinical Practice Guideline (CPG) ดังเช่นสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ⁵⁰³ และใช้ Clinical Practice Guideline เป็นพยานหลักฐานประกอบการพิจารณาของศาล ซึ่งมีข้อดีคือ ทำให้มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายทราบว่าในระหว่างที่มารดาตั้งครรภ์นั้น แพทย์จะต้องทำการตรวจวินิจฉัยกรรมมารดาเพื่อตรวจหาความผิดปกติของทารกในครรภ์อะไรบ้าง ตรวจโดยวิธีใด ในช่วงอายุครรภ์เท่าใด นอกจากนี้การกำหนดมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ไว้ใน Clinical Practice Guideline ยังสามารถลดปัญหาความยากในการพิสูจน์เกี่ยวกับมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ได้

⁵⁰³ รายละเอียด Clinical Practice Guideline ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ โปรดดูหน้า 21.

บรรณานุกรม

- Academic, O. Preimplantation and Prenatal Diagnosis, Wrongful Birth and Wrongful Life: A Global View of Bioethical and Legal Controversies [Online]. Available from: <https://academic.oup.com/humupd/article/23/3/338/2979213> [9 December 2018].
- AWMF Online Das Portal der wissenschaftlichen Medizin. Labordiagnostik Schwangerschaftsrelevanter Virusinfektionen [Online]. Available from: [28 October 2018. https://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/093-001l_S2k_Labordiagnostik_schwangerschaftsrelevanter_Virusinfektionen_2014-05.pdf]
- . Pränataler Schnelltest [Online]. Available from: https://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/078-014_S1_Praenataler_Schnelltest_abgelaufen.pdf [28 October 2018].
- Borghetti, J.-S. The Culture of Tort Law in France. Journal of European Tort Law 158 (2012).
- Casey, and Gerard. Born Alive: The Legal Status of the Unborn Child in English and the U.S.A. London: Barry Rose Law Publishers, 2005.
- Cave, B. Medical Patients & the Law. Great Britain: Antony Rowe Ltd., 2007.
- Charlier, P., Gentil, A. R. L., Brun, L., and Herve, C. When Does the Fetus Become a Person? A French Retrospective Study and Review of the Literature of Ritual Related to Medical Interruptions of Pregnancies, in-Utero Fetal Death, and Late Miscarriages. Anthropology 1, 2 (2013).
- Coppen, R. The Legal Status of Clinical Practice Guidelines. ENQual 1(2005).
- Corbé-Chalon, D., and Rogoff, M. a. Tort Reform À La Française: Jurisprudential and Policy Perspectives on Damages for Bodily Injury in France. Columbia Journal of European Law 13 (2007).
- Cours de droit.net. Le Statut Juridique De L'embryon Et Du Foetus [Online]. 2019. Available from: <http://www.cours-de-droit.net/le-statut-juridique-de-l-embryon-et-du-foetus-a127427654> [14 June 2018].

- Dam, C. v. European Tort Law. Great Britain: Oxford University Press, 2013.
- Duguet, A. M. Wrongful Life: The Recent France Cour De Cassation Decisions. European Journal of Health Law 9 (2002).
- European Research Network on Quality Management in Health Care. The Legal Status of Clinical Practice Guidelines [Online]. Available from: https://www.nivel.nl/sites/default/files/bestanden/The_legal_statusof_ClinicalPracticeGuidelines.pdf [28 October 2018].
- Ewing, J. The Perruche Case. Journal of Law & Family Studies 4 (2002).
- Excellence, N. N. I. f. H. a. C. Antenatal Care for Uncomplicate Pregnancies [Online]. Available from: <https://www.nice.org.uk/guidance/cg62/chapter/1-Guidance> [29 November 2018].
- Feuilet, B. The Perruche Case and French Medical Liability. Medical and Law 4, 139 (2011).
- Florin I. Mangu. Despre Prejudiciul Prin Ricoșeu. Romanian Review of Private Law 99, 4 (2017).
- Fortin, J. E. S. Legal Protection for the Unborn Child. The Modern Law Review 51 (1988).
- Foster, N. G., and Sule, S. German Legal System and Law. New York: Oxford University Press Inc., 2002.
- Fovargue, S., and Miola, J. The Legal Status of the Foetus. Clinical Ethics 5, 3 (2010).
- G'Sell-Macrez, F. Medical Malpractice and Compensation in France: Part I: The France Rules of Medical Liability since the Patients' Right Law of March 4,2002. Chicago-Kent Law Review 86, 3 (2011).
- Giliker, P., and Beckwith, S. Tort. London: Sweet & Maxwell, 2011.
- Halliday, S. Autonomy and Pregnancy a Comparative Analysis of Compelled Obstetric Intervention New York: Routledge Taylor & Francis Group 2016.
- Harrant, V., and Vaillant, N. Compensation and Wrongful Life: A Positive Economic Perspective. Journal of Legal Economic 1 (2006).
- HAS Haute Autorité de Santé. Comment Mieux Informer Les Femmes Enceintes [Online]. Available from: https://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_454394/en/improving-information-provision-for-pregnant-women?xtmc=&xtcr=7 [29 October 2018].
- Herring, J. Medical Law and Ethic. Oxford: Ashford Colour Press, 2012.

- . Medical Law and Ethics. Oxford: Ashford Colour Press, 2010.
- International Planned Parenthood Federation European Network. Abortion Legislation in Europe [Online]. 2009. Available from: http://www.spdc.pt/files/publicacoes/Pub_AbortionlegislationinEuropeIPPFEN_Feb2009.pdf [19 January 2019].
- La Dissertation. Statut De L'enfant à Naître [Online]. 2017. Available from: <https://www.ladissertation.com/Politique-et-International/Droit/Statut-de-l'enfant-%C3%A0-na%C3%A9tre-314589.html> [11 August 2018].
- Law Teacher The Law Essay Professionals. Negligence-Duty of Care Lecture Notes [Online]. Available from: <https://www.lawteacher.net/lecture-notes/negligence-duty-lecture.php> [18 January 2018].
- Lemeunier, F. Principe Et Protiques Du Droit Civil. 6 ed. France: J. Delmas et c, 1977.
- Lewis, P. The Necessary Implication of Wrongful Life Claim: Lesson Form France. European Journal of Health Law 12 (2005): 135-152.
- Lunney, M., and Oliphant, K. Tort Law. New York: Oxford University Press Inc., 2008.
- Malaurie, P., and Aynes, L. Droit Civil Les Personnes, Les Incapacites. Edited by 2. France: Editions CUJAS, 1992.
- Malaurie, P., Aynès, L., and Stoffel-Munck, P. Les Obligations. Edited by 2. France: Defrénois, 2005.
- Manaouil, C., Gignon, M., and Jade, O. 10 Years of Controversy Twists and Turns in the Perruche Wrongful Life Claim: Compensation for Children Born with a Disability in France. Medicine and Law 31 (2012).
- Markesinis, B., Coester, M., Akpa, G., and Ullstein, A. Comparative for Personal Injury in English, German and Italy Law. New York: Cambridge University Press, 2011.
- Markesinis, B., Coester, M., Alpa, G., and Ullstein, A. Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law. United Kingdom: Cambridge University Press, 2005.
- Markesinis, B. S. A Comparative Introduction to the German Law of Tort. New York: Oxford University Press Inc., 1994.
- . Comparative Introduction to the German Law of Torts. New York: Oxford University Press Inc., 1994.

- Markesinis, B. S., and Unberath, H. The German Law of Tort a Comparative Treatise. Edited by 4. United State: Hart Publishing, 2002.
- McHale, J., and Fox, M. Health Care Law. London: Sweet & Maxwell Limited, 2007.
- Mulheron, R. Principle of Tort Law. United Kingdom: Clays, 2016.
- National Center for Biotechnology Information. Use of Evidence for Clinical Practice Guideline Development [Online]. 2017. Available from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5652057/> [19 January 2019].
- Oliphant, K., and (eds.), R. W. W. Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective. Germany: Hubert & Co., 2013.
- Pierre, P. The Role of Insurance in Compensation for Medical Injuries since the Kouchner Act. Drexel Law Review 4 (2011).
- Quezel-Ambrunaz, C. Fault, Damage and the Equivalence Principle in French Law. Journal of European Tort Law 21 (2012): 21-43.
- Reimann, M., and Zekoll, J. Introduction to German Law. Edited by 2. Netherlands: Kluwer Law International, 2005.
- S.I. Strong, and Williams, L. Tort Law. New York: Oxford University Press Inc., 2011.
- Spindler, G., and Rieckers, O. Tort Law in German. Netherlands: Kluwer Law International, 2011.
- Steiner, E. French Law Comparative Approach. New York: Oxford University Press Inc., 2010.
- Stone, F. The Unborn Child and the Law of Tort. The Cambrian Law Review 55 (1978).
- The Law Library of Congress. Medical Malpractice Liability: Germany [Online]. Available from: <https://www.loc.gov/law/help/medical-malpractice-liability/germany.php#t8> [29 October 2018].
- Tsintsadze, K. Development of Tort Liability for Injury to the Unborn. European Scientific Journal 11 (November 2014).
- Whitfield, A. Common Law Duties to Unborn Children. Medical Law Review 28 (1993).
- Youngs, R. English, French & German Comparative Law. New York: Cavendish Publishing Ltd., 2007.
- . Sourcebook in German Law. London: Cavendish Publishing Limited, 2002.

คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล. อัลตราซาวด์กับการวินิจฉัยทารกในครรภ์ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.si.mahidol.ac.th/sidoctor/e-pl/articledetail.asp?id=459>

คมชาญ สว่างแจ้ง. ความผิดพลาดทางการแพทย์เกี่ยวกับการเกิด วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษิต สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2558.

ฉัตรสมุน พดดิถิถุโย. กฎหมายสุขภาพและการรักษาพยาบาล: กฎหมายว่าด้วยสารบัญญัติและวิธีพิจารณาความ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.

ธารารัตน์ หาญประเสริฐพงษ์. หัตถการตรวจวินิจฉัยก่อนคลอด. สงขลานครินทร์เวชสาร 28, 6 (2553).

นพพร โพธิ์รังสิยากร. ก๊ววิเคราะห้ การรักษาทองแพทยตีที่สุตจจริงหรือ... ปัญหาข้อกฎหมาย. ดูลพาท 1, มกราคม-เมษายน (2555).

พจนั ปุชชาคม. ละเมิด. กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2530.

พญ. นันท์ธิดา ภัทราประยูร. ก๊วระความผิดปกติแต่ก๊าเนิด [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.thaipediatics.org/Media/media-20161221150039.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 3 ธันวาคม 2561]

พรทิพย์ สุทธิอรธติลป. ค่าเสียหายทางจิตใจ: ศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดของอังกฤษและเยอรมันเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะละเมิดของไทย. เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรผู้พิพากษาบริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 13

พะโนมล ไพรภิมุข. การใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาและค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด. เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรผู้พิพากษาบริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 10

เพ็ง เพ็งนิตติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จักรีราชการพิมพ์, 2560.

———. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จักรีราชการพิมพ์, 2552.

ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค. กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงเทพมหานคร พับลิชชิง จำกัด, 2559.

ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. คำอธิบายกฎหมายละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิถุญช, 2560.

มาโรจน์ ขจรไพศาล. การฟ้องคดีความเสียหายจากบริการทางแพทยของฝรั่งเศส. วารสารกระบวนการยุติธรรม, ปีที่ 5 พฤษภาคม-สิงหาคม (2555).

ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทยแห่งประเทศไทย. การใช้ Maternal serum biochemistry เพื่อคัดกรองทารกกลุ่มอาการดาวน์ ในไตรมาสแรกของการตั้งครรภ์ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www rtcog.or.th/home/%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%83%E0%B8%8A%E0%B9%89-maternal-serum-biochemistry-%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%84%E0%B8%B1%E0%B8%94%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%97/95/>

ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย, ค. การตรวจวินิจฉัยก่อนคลอดโดยการเจาะน้ำคร่ำ (Amniocentesis) [ออนไลน์].

แ ห ลั ง ที่ ม า : http://www.rtcog.or.th/en/wp-content/uploads/2017/05/articlesfile_537362.pdf

วงษ์ วีรพงศ์. คำอธิบายลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร: ไทยพิมพ์โรงพิมพ์อักษรสารการพิมพ์, 2514.

วารี นาสกุล. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สยามพรีนติ้ง, 2554.

วิชา มหาคุณ. หลักกฎหมายละเมิด ศึกษาจากคำพิพากษา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิตยบรรณาการ, 2523.

ศันันท์กรณ โสดีพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

————. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

————. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.

ศักดิ์ สติเรืองชัย. ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติทั่วไป. เวชบันทึกศิริราช 2(กรกฎาคม-ธันวาคม 2556).

สถาบันวิจัยและพัฒนาศีกดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. การวิเคราะห์กฎหมายด้วยวิธีทางเศรษฐศาสตร์: การคิดค่าเสียหายในคดีละเมิด. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553.

สมปรารถนา หลั่งนาค. ทารกในครรภ์มารดา: สิทธิและความคุ้มครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552.

สัมภาษณ์ นายแพทย์เกียง อัครรุ่งนรินทร์ กรรมการแพทยสภา. 8 กุมภาพันธ์ 2561.

สุขุม ศุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2553.

สูตินรีแพทย์ สวนดอก. การตรวจคัดกรองความพิการแต่กำเนิดด้วยอัลตราซาวด์ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.med.cmu.ac.th/dept/obgyn/2011/index.php?option=com_content&view=article&id=407:fetal-anomaly-screening&catid=40&Itemid=482

แสวง บุญเฉลิมวิลาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

แสวง บุญเฉลิมวิลาส และเอนก ยมจินดา. กฎหมายการแพทย์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.

อังคณาดี ปิ่นแก้ว. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	วัชร เอี่ยมพิบูลย์วัฒนา
วัน เดือน ปี เกิด	1 ตุลาคม 2533
สถานที่เกิด	จังหวัดนครสวรรค์
วุฒิการศึกษา	- สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาจากโรงเรียนจุฬาลงกรณ์ราชวิทยาลัย พิษณุโลก - สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับ 1 จากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีการศึกษา 2555 - ผ่านหลักสูตรวิชาว่าความจากสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภา ทนายความ รุ่น 47
ที่อยู่ปัจจุบัน	บ้านเลขที่ 216/152 ถนนบอนด์สตรีท ตำบลบางพูด อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี