

## บทที่ 2

### ความหมาย วิวัฒนาการ แนวคิด และทฤษฎี เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิด จากกระบวนการระงับข้อพิพาทจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์

ในศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทคดีละเมิดจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์นั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำการศึกษา เข้าใจถึงความหมายของผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์รวมถึง วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาท เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณา วิเคราะห์ปัญหาข้อพิพาทและความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นดังที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาค้างต่อไป

#### 2.1 ความหมาย วิวัฒนาการ และแนวคิด เกี่ยวกับผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ ในประเทศไทยและต่างประเทศ

ในบทนี้ผู้วิจัยได้เรียบเรียงขึ้นเพื่อทบทวนวรรณกรรมจากข้อมูลทฤษฎี โดยศึกษาถึงความหมายของวิชาชีพของต่างประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีและระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร รวมทั้งของประเทศไทย ซึ่งผู้วิจัยทำการได้ศึกษาแนวคิดในการพิจารณาความผิดทางละเมิดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้อง ดังจะกล่าวต่อไป

##### 2.1.1 ความหมายของผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ในประเทศไทย

วิชาชีพเวชกรรมหรือวิชาชีพแพทยนั้น เป็นอาชีพที่ได้รับการยกย่องว่าเป็น “วิชาชีพ” ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกันกับคำว่า “อาชีพ” แต่โดยแท้จริงแล้วคำทั้งสองคำนี้มีความหมายแตกต่างกัน โดยนัยอยู่หลายประการเช่นกัน<sup>1</sup>

คำว่า “วิชาชีพ” แปรมาจากภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Profession”<sup>2</sup> โดยพระเจ้าวรวงศ์เธอกรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ทรงอธิบายตามศัพท์ หมายถึง การปฏิญาณตนต่อสรรพสิ่งศักดิ์สิทธิ์ว่าจะประกอบอาชีพตามธรรมเนียม ซึ่งวางไว้เป็นบรรทัดฐาน หรืออาชีพปฏิญาณ แต่คำแปลนี้ไม่เป็นที่

<sup>1</sup> สุรชัย ตักดาพลชัย. (2536). *ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ : เวชกรรม*. วิชานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 8

<sup>2</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. (2550). *หลักวิชาชีพนักกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 15.

รู้จักกันแพร่หลาย แต่เดิมได้ใช้กับพระที่ปฏิญาณอุทิศตนเพื่อศรัทธาในศาสนาคริสต์ และตามธรรมเนียมในยุโรป อันเป็นวิถีอาชีพของนักบวช ซึ่งต้องเคร่งครัดในระเบียบวินัยที่บังคับไว้ เมื่อบวชเป็นพระในศาสนาคริสต์แล้วนั้นจะต้องผ่านการอบรมในวิชาเทววิทยาที่ต้องใช้เวลาหลายปี อย่างไรก็ตาม คำแปล “อาชีพปฏิญาณ” หากตามความหมายในปัจจุบันจึงมีคำแปลที่ทราบกันโดยทั่วกันคือ คำว่า “อาชีพ” นั่นเอง<sup>3</sup>

อนึ่งนั้น คำว่า “วิชาชีพ” จึงมีนัยเกิดขึ้นตามมาว่า เป็นอาชีพที่มีลักษณะของผู้ที่มีความรู้ชั้นสูง จะต้องผ่านการศึกษอบรมเป็นเวลาหลายปี วิชาชีพเหมือนกับอาชีพอื่นในแง่ของความเป็นอาชีพเหมือนกัน แต่วิชาชีพนั้นมีลักษณะเป็นงานประจำชีวิต ไม่ได้มีความหมายในแง่การทำมาหาเลี้ยงชีพเพื่อให้ได้ค่าจ้าง ฉะนั้นหากเป็นค่าตอบแทนเมื่อเป็นวิชาชีพแพทย์แล้วสิ่งตอบแทนสำหรับแพทย์นั้นจะเรียกว่า “ค่าวิชาชีพแทนค่าว่าค่าจ้าง”<sup>4</sup>

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศกัทธิย์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “Profession” ไว้ว่าเป็น “อาชีพ” ซึ่งต้องมีการฝึกฝนอบรมขั้นสูงในศิลปศาสตร์ หรือ วิทยาศาสตร์ โดยปกติเป็นงานที่ต้องใช้ความคิดมากกว่ากำลังกาย ซึ่งเคยเรียกว่า “วิชาชีพผู้คงแก่เรียน” นอกจากนี้ยังมีสาระสำคัญของคำว่าวิชาชีพคือ เป็นองค์การ มีการศึกษาอบรมในวิชาการ และมีเจตนารมณ์เพื่อบริการประชาชน อีกด้วย นอกจากนี้ คำว่าวิชาชีพจะมีลักษณะที่แตกต่างไปจากธุรกิจหรืออาชีพอื่น คือ

1. วิชาชีพทั่วไปที่ต้องมีการศึกษาและฝึกอบรมขั้นสูง เป็นการฝึกอบรมทางความคิด (Intellectual) มากกว่าทางร่างกาย (Manual) ทั้งต้องมีการฝึกอบรมอย่างสมบูรณ์แบบในวิทยาการชั่วระยะเวลาหนึ่ง ส่วนธุรกิจและอาชีพอื่นอาจมีแค่ประสบการณ์ สามัญสำนึก การฝึกอบรมทางร่างกายก็ได้
2. วิชาชีพเป็นการบริการที่จำเป็นแก่ชุมชน แต่ธุรกิจและอาชีพอื่นอาจไม่ถึงขนาดที่จำเป็นจนขาดเสียไม่ได้
3. วิชาชีพเป็นสิ่งที่ต้องทำด้วยเจตนารมณ์รับใช้ประชาชน โดยผู้ประกอบวิชาชีพจะเห็นประโยชน์ส่วนตัวน้อยกว่าประโยชน์ส่วนรวม แตกต่างกับทางธุรกิจที่มุ่งหากำไรแก่ตนเป็นส่วนใหญ่

<sup>3</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2557). รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย, (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 102.

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 105.

<sup>5</sup> จิติ ดิงศกัทธิย์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 17.

คำว่า “วิชาชีพ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายว่า วิชาที่จะนำไปใช้ในการประกอบวิชาชีพ เช่น วิชาชีพแพทย์ วิชาชีพสถาปนิก เป็นต้น<sup>6</sup>

คำว่า วิชาชีพเป็นคำสนธิระหว่างคำว่า “วิชา” กับ “อาชีพ” ส่วนคำว่า “อาชีพ” หมายถึง การเลี้ยงชีวิต การทำมาหากิน งานที่ทำเป็นประจำเพื่อเลี้ยงชีพ<sup>7</sup>

“วิชาชีพ (Profession)” คือ อาชีพที่ต้องมีการศึกษาชั้นสูง มีการอบรมเป็นพิเศษและต้องมีเจตนาเพื่อรับใช้ประชาชน เช่น แพทย์ พยาบาล ทันตแพทย์ วิศวกรรม สถาปัตยกรรม เป็นต้น<sup>8</sup>

“วิชาชีพ” หมายถึง อาชีพที่ต้องอุทิศตัวทำไปตลอดชีวิต โดยต้องประพฤติปฏิบัติตามระเบียบหรือกฎเกณฑ์ทางจริยธรรมสำหรับวิชาชีพนั้นๆ ด้วย<sup>9</sup>

“วิชาชีพ” คือ อาชีพโดยเฉพาะอาชีพที่ต้องมีการศึกษาชั้นสูง มีการอบรมเป็นพิเศษและมีเจตนาเพื่อรับใช้ประชาชน

“วิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสสาร การสอดใส่วัตถุใด ๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย<sup>10</sup>

“ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า บุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา<sup>11</sup>

“การทำงานอันเป็นวิชาชีพ” หมายถึง งานที่ต้องใช้ความรู้พิเศษทางวิชาการในส่วนของความคิด มีผลเป็นการผูกขาดทำได้แต่โดยบุคคลผู้มีคุณสมบัติอันศึกษา อบรม เช่น การแพทย์ เป็นต้น<sup>12</sup>

<sup>6</sup> ราชบัณฑิตยสถาน. (2556). *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554* (พิมพ์ครั้งที่ 2). พ.ศ.2556 กรุงเทพฯ: นามีนุกต์พับลิเคชันส์. หน้า 1118.

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 1403.

<sup>8</sup> จิตติ ดิงสภักดิ์. (2553). *หลักวิชาชีพนักกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 15.

<sup>9</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และคณะ. (2546). *การศึกษาปัญหาการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 104.

<sup>10</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525. มาตรา 4.

<sup>11</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525. มาตรา 4.

<sup>12</sup> สุรชัย สักดาพลชัย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 8.

“แพทย์” หมายถึง หมอรักษาโรคโดยปกติแล้วผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ เป็นใบอนุญาตที่ให้ผู้บุคคลธรรมดาสามารถประกอบวิชาชีพนั้นๆ ตามที่เรียนมา โดยบุคคลผู้ซึ่งมีสิทธิได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพใดๆ นั้น โดยจะต้องมีคุณสมบัติตามกฎหมายที่มีบทบัญญัติให้ออกให้เป็นผู้ออกให้ เป็นผลให้ผู้บุคคลซึ่งไม่มีใบอนุญาตประกอบวิชาชีพย่อมไม่สามารถประกอบวิชาชีพนั้นๆ ได้ หากมีการฝ่าฝืนย่อมมีโทษอาญาตามกฎหมายดังที่องค์กรแห่งวิชาชีพกำหนดไว้<sup>13</sup>

“กฎหมายการแพทย์” หมายถึง วิชากฎหมายที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวกับทางการแพทย์<sup>14</sup>

### 2.1.2 ความหมายของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ในต่างประเทศ

คำว่า “Profession” ในภาษาอังกฤษมีความหมายว่า “วิชาชีพ” ซึ่งหมายถึง อาชีพที่ต้องใช้แรงงานทางด้านมันสมองและต้องผ่านการฝึกฝนอย่างต่อเนื่อง ดังนั้นคำว่า “วิชาชีพ” มีนัยสำคัญเกิดขึ้นมาจากการปฏิญาณตน เริ่มมาจากการบวชเป็นนักบวชในศาสนาคริสต์ซึ่งจะต้องผ่านการศึกษอบรมในวิชาเทววิทยาเป็นเวลาหลายปี จึงเป็นอาชีพที่มีลักษณะเป็นผู้มีความรู้ชั้นสูงจะต้องผ่านการศึกษอบรมเป็นเวลาหลายปี และเป็นอาชีพที่เป็นหมู่คณะที่มีขนบธรรมเนียมและจรรยาบรรณของวิชาชีพและมีการคอยสอดส่องดูแลสมาชิกของหมู่คณะให้อยู่ในกรอบของขนบธรรมเนียมของวิชาชีพนั้นๆ<sup>15</sup>

ในประเทศยุโรปผู้ที่ประกอบวิชาชีพและได้รับการยกย่องกันมาแต่โบราณ คือ วิชาชีพแพทย์และวิชาชีพนักกฎหมาย รวมถึงพระสงฆ์หรือนักบวช ซึ่งลักษณะพิเศษที่ทำให้เห็นว่าเป็นวิชาชีพได้นั้นต้องมีลักษณะเป็นอาชีพที่เป็นการทำงานโดยการอุทิศตนทำไปตลอดชีวิต ซึ่งการทำงานนั้นต้องได้รับการสั่งสอนอบรมวิชาชีพชั้นสูงเป็นเวลานานหลายปี อีกทั้งผู้ทำงานนี้จะมีลักษณะเป็นชุมชนหรือหมู่คณะที่มีขนบธรรมเนียมประเพณีที่สำนึกในจรรยาบรรณ เกียรติยศและศักดิ์ศรีของวิชาชีพของตนและมีองค์การและกระบวนการเพื่อสอดส่องพิทักษ์รักษาขนบธรรมเนียม เกียรติยศ ศักดิ์ศรีของวิชาชีพนั้นอย่างเคร่งครัด

จะเห็นได้ว่า วิชาชีพโดยแท้ในความหมายดั้งเดิมสืบต่อกันมาเป็นเวลานานปีนั้น ด้วยทั้งแพทย์และนักกฎหมายต่างต้องมีหลักจรรยาบรรณและศักดิ์ศรี พระสงฆ์มีระเบียบวินัยในการประพฤติพรหมจรรย์ มิใช่สิ่งที่คนคิดก่อตั้งบัญญัติดัดแปลง แก้ไขได้ตามใจชอบ อย่างไรก็ตาม

<sup>13</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส. อ่างแล้วเชิงอรุณที่ 3. หน้า 112.

<sup>14</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอเนก ขมจินดา. (2546). *กฎหมายการแพทย์*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 23.

<sup>15</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์. (2540). *“หลักวิชาชีพนักกฎหมายในภาคพื้นยุโรป” รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลาจำกัด. หน้า 115.

ความหมายของคำว่าวิชาชีพในปัจจุบันของกลุ่มประเทศตะวันตก อันได้แก่ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันต่างยังได้ให้ความหมายที่คล้ายคลึงกัน ดังนี้

1) สหรัฐอเมริกา ให้ความหมายคำว่า “วิชาชีพ (Profession)” หมายถึง อาชีพที่ต้องใช้ การศึกษาอบรมเป็นพิเศษที่ต้องใช้ระยะเวลาการฝึกฝนและอบรมที่ยาวนานและมีมาตรฐานที่ กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ โดยส่วนใหญ่จะมีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการ

2) อังกฤษ ให้ความหมายคำว่า “วิชาชีพ หรือ Vocation หรือ Profession)” หมายถึง อาชีพที่ ต้องอาศัยวิชาการความรู้ความชำนาญ โดยมีรากศัพท์เดิมมาจากภาษาละติน

3) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ให้ความหมายคำว่า “วิชาชีพ (Beruf)” หมายถึง งานอาชีพที่ ได้รับค่าจ้างรวมทั้งบุคคลผู้ได้รับการฝึกอบรมในวิชาชีพเป็นเวลานานและได้รับวุฒิการศึกษาอย่าง เป็นทางการ

4) สาธารณรัฐฝรั่งเศส ให้ความหมายคำว่า “วิชาชีพ (Vocation หรือ Métier)” หมายถึง งาน ที่บุคคลนั้นทำได้อย่างยอดเยี่ยม<sup>16</sup>

### 2.1.3 วิวัฒนาการ และพัฒนาการทางการแพทย์ในประเทศไทย

การแพทย์ไทยสมัยโบราณเป็นความรู้ที่สืบทอดต่อ ๆ กันมาจากภูมิปัญญาของบรรพบุรุษ จากในอดีต โดยไม่มีเทคโนโลยีที่ทันสมัยเข้ามาให้การช่วยเหลือชาวบ้านที่เจ็บป่วยต้องหัน ไปพึ่งพา หมอที่อยู่ตามชุมชนหมู่บ้านในละแวกใกล้เคียง ซึ่งหมอเหล่านี้มีการนำเอาความรู้ทางการแพทย์มา จากตำราบันทึกประสบการณ์ และการบอกเล่าจากหมอรุ่นเก่า กลายเป็นที่พึ่งพิงสำหรับชาวบ้านมา อย่างช้านานและมีการพัฒนามาตามลำดับ ดังนี้

#### 2.1.3.1 ประวัติศาสตร์การแพทย์ไทย

การแพทย์ตามประวัติศาสตร์ไทย เริ่มต้นในสมัยสุโขทัย มีการค้นพบหินบดยาสมัย ทวาราวดี ซึ่งเป็นยุคก่อนสมัยสุโขทัย และได้พบศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงบันทึกว่า ทรงสร้าง สวนสมุนไพรขนาดใหญ่ไว้บนเขาหลวง หรือเขาสรรพยา ปัจจุบันอยู่ในเขตอำเภอคีรีมาศ จังหวัด สุโขทัย ใช้สำหรับให้ราษฎรได้เก็บสมุนไพร ไปใช้รักษาโรคในยามเจ็บป่วย<sup>17</sup>

<sup>16</sup> ภูมิ โชคเหมาะ และคณะ. (2557). *แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบ วิชาชีพเฉพาะ : ศึกษากรณีวิชาชีพนายความและวิชาชีพแพทย์*. โครงการวิจัยสถาบันวิจัยและพัฒนา สังกัด สำนักงานศาลยุติธรรม และมหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 14.

<sup>17</sup> กระทรวงสาธารณสุข. *ประวัติการแพทย์ไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://mophaccess.moph.go.th/index.php/2013-07-15-03-58-59/72-2013-07-15-03-56-49\[2560, 10 พฤษภาคม\]](http://mophaccess.moph.go.th/index.php/2013-07-15-03-58-59/72-2013-07-15-03-56-49[2560, 10 พฤษภาคม]).

จากการศึกษาต่อมาพบว่ามีกรณีบันทึกทางประวัติศาสตร์ในสมัยกรุงศรีอยุธยา ทำให้ทราบว่าได้เกิดโรคติดต่ออันตรายขึ้นในเมืองอุทงอันเป็นเมืองหลวงเดิมจนทำให้ประชาชนต้องอพยพมาตั้งเมืองใหม่ได้แก่ กรุงศรีอยุธยา ซึ่งโรคภัยไข้เจ็บที่เกิดขึ้นในสมัยนั้น หากเป็นโรคติดต่ออันตรายเกิดขึ้นแต่ละครั้งจะทำลายชีวิตผู้คนครั้งละมากมาย เนื่องด้วยขณะนั้นยังไม่มีผู้ใดเข้าใจความเป็นจริงว่าสาเหตุของโรคเกิดขึ้นอย่างไร และไม่มีวิธีกำจัดโรคนั้น ๆ ได้อย่างแน่นอน แพทย์ก็ไม่พอแก่พลเมือง สาเหตุของโรคก็ไม่ทราบแน่ชัด โรคภัยไข้เจ็บก็อุบัติตาม

เมื่อเวลาผ่านไป ประเทศไทยเริ่มรู้จักการสาธารณสุขมาเป็นระยะเวลาหนึ่ง โดยมีหลักฐานทางประวัติศาสตร์ว่า การแพทย์ในสมัยอยุธยามีลักษณะการผสมผสาน ปรับประยุกต์มาจากการแพทย์ของอินเดียที่เรียกว่า อายุรเวทและการแพทย์ของจีน รวมทั้งความเชื่อทางไสยศาสตร์ และโหราศาสตร์ ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพของชุมชน แนวคิดหลักของการแพทย์ไทยเป็นแบบอายุรเวท ผู้ที่เป็นแพทย์ได้ต้องมีวัตรปฏิบัติที่งดงามในทุกด้าน ด้านความกตัญญูรู้คุณครูบาอาจารย์นั้น แพทย์ไทยนับในสมัยสมเด็จพระนารายณ์มหาราช มีบันทึกว่า เริ่มมีระบบการจัดหาวิชาที่ชัดเจน สำหรับประชาชนจะมีแหล่งจำหน่ายยาและสมุนไพรหลายแห่งและมีการรวบรวมตำรับยาต่าง ๆ ขึ้นเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์การแพทย์ไทย เรียกว่า “ตำราพระโอสถพระนารายณ์”<sup>18</sup>

#### 2.1.3.2 การแพทย์แผนไทยสมัยรัตนโกสินทร์

ยุคเริ่มต้นของกรุงรัตนโกสินทร์การแพทย์ของไทยยังเป็นในลักษณะแพทย์แผนโบราณ การสาธารณสุขยังไม่เจริญเท่าที่ควร<sup>19</sup> ซึ่งในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ทรงให้มีการเก็บรวบรวมความรู้เกี่ยวกับการแพทย์แผนไทยเอาไว้ และได้จารึกไว้เป็นความรู้ตามศาลาราย ส่วนที่มีรายละเอียดปลีกย่อยเจาะลึกลงไป ทรงตั้งหมอลหลวงเป็นแพทย์ที่รับราชการและหมอราชฎหรือหมอเชลยศักดิ์ ทำหน้าที่รักษาประชาชนทั่วไปโดยภายหลังได้มีการโปรดเกล้าฯ ให้มีการรวบรวมตำราแพทย์แผนไทยโบราณที่สูญหายไปเป็นจำนวนมากขึ้นมาใหม่ อันเนื่องมาจากสงครามระหว่างไทยรบกับพม่าติดต่อกันถึง 2 ครั้ง บ้านเมืองจึงถูกทำลาย พร้อมกับเหล่าแพทย์ที่มีความรู้ถูกกวาดต้อนให้ไปรวมกับชาวบ้านเป็นเชลยสงคราม ข้อมูลการแพทย์แผนไทยจึงถูกทำลายการรวบรวมตำราขึ้นมาใหม่ในยุคนั้น พระองค์ทรงมีพระบรมราชโองการให้ผู้ที่มีความรู้ ผู้ชำนาญการรักษาโรค ผู้ที่มีความรู้ด้านการปรุงยา หมอลหลวง หมอเชลยศักดิ์ และคนที่มีตำรายาให้นำมาช่วยกันรวบรวมข้อมูลเป็นตำราหลวงสำหรับโรงพระโอสถ โดยมีพระพงษ์อำรินทรราชินิกุล พระราชโอรสในสมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราชทรงเป็นนายกองทำหน้าที่ในการคัดกรองและรวบรวม จากนั้นพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัยได้โปรดเกล้าฯ พระราชทาน

<sup>18</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์. อังแล้วเชิงอรุณที่ 15. หน้า 118.

<sup>19</sup> กระทรวงสาธารณสุข. *ประวัติการแพทย์ไทย*. อังแล้วเชิงอรุณที่ 17.

บางส่วนให้จารึกลงบนหินอ่อนรูปสี่เหลี่ยมจัตุรัส บริเวณผนังด้านนอกของกำแพงพระวิหารพระพุทธไสยาสน์ วัดราชโอรสาราม จังหวัดกรุงเทพฯ หลังจากที่มีการแพร่ระบาดของอหิวาตกโรคครั้งรุนแรง<sup>20</sup>

ในเวลาต่อมา ได้มีการจัดตั้ง “โรงเรียนแพทย์แผนโบราณวัดโพธิ์” ซึ่งถือว่าเป็นโรงเรียนแพทย์แผนไทยแห่งแรก เพื่อเป็นการช่วยเก็บรักษาดารยาแพทย์แผนไทยที่กำลังจะสูญหายไป อันเนื่องมาจากแพทย์บางกลุ่มที่มีความรู้และหวงแหนวิชากลายเป็นความลับที่ตายไปกับกลุ่มคนเหล่านี้ อีกทั้งการแพทย์ตะวันตกแพร่เข้าเริ่มมามากขึ้น โดยนายแพทย์ แคน บีช บรัดเลย์ (Dan Beach Bradley, M.D.) หรือ สมัยนั้นเรียกว่า “หมอบริดเลย์” เป็นแพทย์แผนตะวันตกเข้ามาช่วยรักษาโรคไข้จับสั่นด้วยยาควินิน และการปลูกฝีเพื่อป้องกันไข้ทรพิษ รวมไปถึงโรคอื่น ๆ อีกมากมาย อาจจะทำให้ตำรายาไทยหายสาบสูญ ทำให้ชนรุ่นหลังไม่มีความรู้เกี่ยวกับสมุนไพรต่าง ๆ<sup>21</sup>

เมื่อบ้านเมืองของไทยในยุคสมัยนี้เริ่มมีการติดต่อกับชาติตะวันตกมากขึ้น สภาพบ้านเมืองจึงมีความเจริญรุ่งเรืองในด้านต่าง ๆ เป็นลำดับ ความเจริญด้านการแพทย์และการสาธารณสุขจึงได้วิวัฒนาการตามไปด้วย<sup>22</sup> โดยในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว การแพทย์ของประเทศไทยสมัยนี้ แยกออกได้แจ้งชัดเป็นสองแผน คือ การแพทย์แผนเดิมหรือแผนโบราณ และการแพทย์แผนปัจจุบัน มีแพทย์ชาวอเมริกันในรัชสมัยนี้ มีบทบาทในการควบคุมอหิวาตกโรคและรักษาคนไข้โดยได้ผลดี ถึงแม้ว่าจะได้นำการแพทย์แผนตะวันตกมาใช้มากขึ้น เช่น การสุติกรรมสมัยใหม่ แต่ก็ไม่สามารถชักจูงประชาชนให้เปลี่ยนค่านิยมได้ เพราะการรักษาพยาบาลแผนไทยเป็นจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่สืบเนื่องกันมาและเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตคนไทย เมื่อเข้าสู่ยุคที่พระองค์ขึ้นครองราชย์ การแพทย์แผนตะวันตกเริ่มแพร่หลายมากขึ้น ความรู้ในการรักษาที่ทันสมัยไม่จะเป็นการทำคลอด หรือการใช้รักษาแบบแผนตะวันตกมาให้ประชาชนได้ลองใช้ แต่ทว่า ความเชื่อในยุคนั้น ชาวบ้านยังคงเลือกใช้นโยบายการรักษาตามแบบแพทย์แผนไทยเป็นหลัก จึงทำให้การรักษาแบบตะวันตกไม่ได้รับความสนใจเท่าที่ควร ซึ่งเกิดจากความเชื่อที่ฝังรากลึกอยู่ในวัฒนธรรมและประเพณีของไทยที่สืบทอดมาช้านาน ทำให้ตำรายามีการแบ่งออกเป็น “การแพทย์แผนโบราณหรือการแพทย์แผนเดิม” กับ “การแพทย์แผนปัจจุบัน” ทำให้มีการจัดตั้งฝ่าย

<sup>20</sup> กระทรวงสาธารณสุข. *ประวัติการแพทย์ไทย*. อ่างแล้วเชิงอรุณที่ 17.

<sup>21</sup> สุภัทรา กลางประพันธ์. (ม.ป.ป.). *ประวัติการแพทย์แผนไทย*. เอกสารประกอบการสอนคณะแพทย์แผนไทย และแพทย์ทางเลือก มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี. หน้า 50.

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 51.

วังหน้าเพิ่มขึ้นมา มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์ ตั้งแต่ กรมหมอยา ข้าราชการในกรมหมอ กรมหมอนวด กรมหมอกุมาร กรมหมอยาตา และหมอฝรั่ง

ในปี พ.ศ. 2413 สมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ทรงได้มีการประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับสุขภาพเป็นครั้งแรก เพื่อให้มีการรักษาความสะอาดของคลองให้ได้มาตรฐาน และคนสมัยนั้นเชื่อกันว่า การใช้น้ำสกปรก เป็นมูลเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดโรคภัยไข้เจ็บ พระองค์ทรงพยายามที่จะพัฒนาการแพทย์แบบดั้งเดิมของไทยให้สามารถก้าวทันตามยุคสมัยมากขึ้น เพื่อเป็นการช่วยส่งเสริมให้ตำราการรักษาแบบไทยเดิมที่มีค่าไม่สูญหายไป และยังสามารถนำมาประยุกต์ใช้กับอาการเจ็บป่วยที่ยาสมัยใหม่ไม่สามารถทำการรักษาได้ โดยในการพัฒนานี้จะต้องมีมาตรฐานที่ดีพอ จะได้ช่วยให้ตำรายาเกิดความน่าเชื่อถือถือเกิดการจัดตั้ง โรงเรียนราชพยาบาล หรือโรงพยาบาลศิริราชในปัจจุบันและโรงเรียนแพทยากรจีน มีการเรียนการสอนที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์แผนไทยและการแพทย์แผนตะวันตกทั้งหมด 3 หลักสูตร ในช่วงนั้นการเรียนการสอนและการรักษาขัดแย้งกันเป็นอย่างมากระหว่างแผนไทยและแผนตะวันตก<sup>23</sup>

ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 ได้ทรงสร้างโรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ โดยใช้ทุนทรัพย์ส่วนพระองค์และสร้างวชิรพยาบาล โดยมีการส่งเด็กการสอบวิชาแพทย์แผนไทยและทรงจัดให้ในจังหวัดต่าง ๆ มีสถานที่สำหรับการป่วยไข้ และจำหน่ายยา เรียกสถานที่นี้ว่า "โอสถสภา" ในภายหลังงานสาธารณสุขได้เจริญก้าวหน้าไปมากแล้ว จึงได้เปลี่ยนชื่อเป็นสุขศาลา โดยถือว่าสุขศาลาเป็นศูนย์กลางการสาธารณสุขในสมัยนั้น<sup>24</sup> และในปี พ.ศ. 2460 - พ.ศ. 2461 ทรงได้ตั้งโรงเรียนการแพทย์ทหารบกและต่อมาในปี พ.ศ. 2463 ทรงตั้งสถานเสาวภาและทรงนำสภากาชาดสยามเข้าเป็นสมาชิก สภากาชาดสากล และเมื่อปี พ.ศ. 2465 ได้ทรงตั้งกองอนุสภากาชาด โดยมีพระราชประสงค์จะปลุกนิสัยให้เป็นผู้มีน้ำใจเมตตากรุณาต่อเพื่อนมนุษย์ และตั้งโรงเรียนนางพยาบาลของสภากาชาด โดยได้ทรงมีรับสั่งให้ยกเลิกวิชาเกี่ยวกับการแพทย์แผนโบราณทั้งหมด ซึ่งถือได้ว่าเป็นช่วงตกต่ำของการแพทย์แผนไทยเป็นอย่างมาก ในช่วงเวลานี้มีการปรับปรุงและแก้ไขหลักสูตรการเรียนการสอนของแพทย์ ยกเลิกการเรียนวิชาการแพทย์แผนไทย โดยพระองค์เห็นว่า การแพทย์แบบดั้งเดิมของไทยนั้นไม่เข้ากันกับรูปแบบของการแพทย์แบบฝรั่ง พร้อมออกพระราชบัญญัติการแพทย์เพื่อควบคุมการประกอบโรคศิลปะในปี พ.ศ. 2466 เพื่อไม่ให้ผู้ที่ไม่มีความรู้ทางการแพทย์ ไม่พร้อมในด้านการเรียนการสอนเข้ามารักษา

<sup>23</sup> สุภัทรา กลางประพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 21. หน้า 52.

<sup>24</sup> สมาคมเภสัชและอายุรเวชโบราณแห่งประเทศไทย. *ตำราแพทย์ไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : [http://ayurvedicassociationofthailand.blogspot.com/2014/04/blog-post\\_23.html](http://ayurvedicassociationofthailand.blogspot.com/2014/04/blog-post_23.html) [2560, 10 พฤษภาคม].



ประชาชนจนทำให้เกิดอันตรายตามมา หมอพื้นบ้านจำนวนมากจึงเกิดความหวาดกลัวว่าจะถูกจับทำให้หนีไปประกอบอาชีพใหม่แทน อีกทั้งยังทำการเผาตำราที่คัดลอกเอาไว้ทิ้งไปด้วย<sup>25</sup>

ดังนั้นในช่วงตั้งแต่ปี พ.ศ.2436 ถึงปี พ.ศ.2458 ภายหลังจากที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเสด็จสวรรคตล่วงไปแล้ว 5 ปี ได้ทำการยกเลิกการสอนภายในโรงเรียน และยาที่แจกจ่ายก็ถูกยกเลิก ซึ่งทั้งหมดเป็นยาและการเรียนที่เกี่ยวกับการแพทย์แผนไทยทั้งสิ้น ทำให้การแพทย์แผนไทยถูกเข้ามาแทนที่ด้วยการแพทย์แผนตะวันตกอย่างสมบูรณ์แบบ โดยในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว เรียกได้ว่าเป็นยุคกำเนิดการสาธารณสุข ซึ่งพระองค์ได้ทรงตรากฎหมายเสนาบดีขึ้น เพื่อแบ่งการประกอบโรคศิลปะออกเป็นแบบ “แผนโบราณ” และ “แผนปัจจุบัน” โดยข้อกำหนดคนนั้นมีใจความดังนี้

แพทย์แผนโบราณ หมายถึง ผู้ที่ประกอบโรคศิลปะโดยอาศัยความสามารถความชำนาญของตนเอง รวมไปถึงการสังเกตที่สืบทอดกันต่อมาตั้งแต่ในสมัยโบราณตามตำราและการบอกเล่าจากแพทย์บรรพบุรุษการดำเนินรักษาจึงไม่เป็นไปตามแบบแผนทางวิทยาศาสตร์แต่อย่างใด

แพทย์แผนปัจจุบัน หมายถึง ผู้ที่ประกอบโรคศิลปะด้วยการใช้ความรู้จากตำราที่ได้รับ การยอมรับอย่างเป็นทางการ มีมาตรฐานในการบันทึกข้อมูลเป็นไปตามการดำเนินทางวิทยาศาสตร์ ในกระบวนการจะต้องเริ่มที่ศึกษา ค้นคว้าข้อมูลที่ถูกต้อง ทำการทดลองเพื่อให้เห็นผลลัพธ์ที่เห็นได้จริง เมื่อได้ผลแบบไหนก็จะทำการจดบันทึกแยกแยะสิ่งที่เกิดขึ้นเอาไว้ ไม่มีการใช้ความเชื่อหรือการบอกเล่าสืบต่อกันมาว่าถูกต้อง ทุกครั้งจะต้องทำการพิสูจน์ให้เห็นความแน่ชัดก่อนเสมอ โดยในยุคสมัยนี้จึงทำให้การแพทย์แผนโบราณและการแพทย์แผนปัจจุบันถูกแยกออกจากกันโดยสมบูรณ์ มีการขึ้นทะเบียนสำหรับผู้ประกอบโรคศิลปะแผนโบราณเป็นครั้งแรกอีกด้วย<sup>26</sup>

ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาอานันทมหิดล รัชกาลที่ 8 มีการจัดตั้งกระทรวงสาธารณสุข ให้รัฐบาลเสนอต่อรัฐสภา ต่อมาก็ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2485 มีกระทรวงสาธารณสุขขึ้น ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัตินี้ และมาตรา 13 โดยมีข้อความในพระราชกฤษฎีกาในเรื่องเหตุผลที่มาของการสถาปนากระทรวงสาธารณสุข โดยเหตุที่การสาธารณสุข และการแพทย์ในเวลานี้ ยังกระจัด

<sup>25</sup> สุภัทรา กลางประพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรุณที่ 21. หน้า 54.

<sup>26</sup> กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก. *กำเนิดสาธารณสุขไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก :[http://www.dtam.moph.go.th/index.php?option=com\\_content&view=article&id=26&Itemid=108](http://www.dtam.moph.go.th/index.php?option=com_content&view=article&id=26&Itemid=108) [2560, 10 พฤษภาคม].

กระจายอยู่ในกระทรวงและกรมหลายแห่ง เป็นเหตุให้ต้องปรับปรุงการสาธารณสุขของไทย เจริญรุ่งเรืองมีประสิทธิภาพทัดเทียมอารยประเทศในปัจจุบัน<sup>27</sup>

ในรัชสมัย สมเด็จพระบรมราชชนก ได้ทรงส่งเสริม เรื่อง "สงเคราะห์มารดาและทารก" พระองค์ทรงมีพระราชดำริที่จะให้กรมสาธารณสุขขยายกิจการ สงเคราะห์มารดาและทารก เนื่องจากในสมัยนั้นอัตราตายของทารกสูงมาก ทรงวางโครงการจัดแปลง วัชรพยาบาลเป็นโรงพยาบาลตลอดบุตรขนาดใหญ่ โดยเฉพาะเป็นศูนย์อบรมศึกษาพยาบาลผดุงครรภ์ พยาบาลสาธารณสุข สังคมสงเคราะห์ และหมอดำแย เพื่อจะได้มีผู้ทำงานด้านสงเคราะห์มารดาและทารกเพิ่มขึ้น<sup>28</sup>

เมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2472 พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว พระองค์ทรงประกอบพระราชกรณียกิจทางการสาธารณสุขเอนกประการ มีผลทำให้การสาธารณสุขของประเทศ มีการพัฒนามากขึ้นในทุกด้านและมีประโยชน์อย่างยิ่งต่อกิจการสาธารณสุขทั้งทางตรงและทางอ้อม ทั้งนี้ ด้วยพระปรีชาญาณที่ทรงเล็งเห็นการณ์ไกล เนื่องจากในสมัยปัจจุบันมีการให้ความสำคัญกับการป้องกันมากขึ้นเป็นลำดับ ในเวลาต่อมา ได้มีการตั้งแผนกเวชศาสตร์ป้องกันขึ้นในโรงพยาบาล และกำหนดให้นักศึกษาแพทย์ได้ปฏิบัติในวิชานี้อย่างจริงจัง เพื่อปลูกฝังให้เกิดความสนใจในแง่ป้องกันโรคไว้ตั้งแต่ต้น นับได้ว่าสมเด็จพระบรมราชชนกทรงดำรงพระองค์เป็นแพทย์สาธารณสุขที่มุ่งบำเพ็ญประโยชน์เพื่อพสกนิกรอย่างแท้จริง<sup>29</sup>

วิวัฒนาการทางการแพทย์ได้มีการเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วมาจนถึงในปี พ.ศ. 2498 พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช รัชกาลที่ 9 ได้ทรงก่อตั้ง โรงเรียนแพทย์แผนโบราณขึ้น เพื่อเป็นศูนย์กลางแห่งการเรียนรู้ด้านการแพทย์แผนโบราณ มีการสอนทั้งวิชาเภสัชกรรม, เวชกรรมและการผดุงครรภ์ไทยและการนวดแผนโบราณ ตามกระแสรับสั่งของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว มีการประกาศ พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ.2542 ที่มีการแก้ไขสาระสำคัญหลายประการที่เอื้อต่อการพัฒนาการแพทย์แผนไทยมากขึ้น เช่น เปลี่ยนชื่อการประกอบโรคศิลปะแผนโบราณเป็นการแพทย์แผนไทย โดยในปีพ.ศ. 2524 ศ.นพ.อวย เกตุสิงห์ ได้ก่อตั้งอายุรเวทวิทยาลัยขึ้น เพื่อผลิตแพทย์แผนโบราณรุ่นใหม่ โดยสอนความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์สุขภาพควบคู่ไปกับวิชาการแพทย์แผนโบราณ สอนทั้งเวชกรรม เภสัชกรรม การผดุง

<sup>27</sup> สุภัทรา กลางประพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 56.

<sup>28</sup> ประวัติการแพทย์แผนไทยในประเทศไทยของเรา. *จุลสารภูมิไทย*, 2 (1). หน้า 5.

<sup>29</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 9.

ครรภ์ และการนวดแบบราชสำนัก ซึ่งหลักสูตรใช้เวลาศึกษา 3 ปี แพทย์แผนไทยประยุกต์ที่เรียนจบหลักสูตรนี้สามารถสอบใบประกอบโรคศิลปะได้เช่นกัน<sup>30</sup>

ระบบการแพทย์และสาธารณสุขของประเทศไทยนับแต่โรงเรียนแพทย์ได้ถือกำเนิดขึ้น องค์ความรู้การแพทย์แผนปัจจุบันมีความสำคัญเพิ่มขึ้นเรื่อยมา โดยเห็นได้จากการขยายหลักสูตรการเรียนแพทย์เกิดการรวมวิชาแพทย์ไทยกับต่างชาติเข้าเป็นอันเดียวกัน มีการเลิกวิชาการแพทย์แผนโบราณคงให้มีแต่วิชาการแพทย์แผนปัจจุบัน ซึ่งในเวลาต่อมาได้รวมโรงเรียนราชแพทยาลัยและโรงเรียนศิริราชพยาบาล ตั้งเป็นคณะแพทยศาสตร์และศิริราชพยาบาล ตลอดจนความก้าวหน้าทางการแพทย์ในประเทศไทยส่งผลให้เกิดการขยายตัวของวงการแพทย์แผนปัจจุบันออกไปกว้างขวาง เมื่อการแพทย์แผนปัจจุบันของประเทศไทยได้มีความเจริญก้าวหน้าขึ้นมาก จึงได้มีการย้ายกรมสาธารณสุข โดยแต่เดิมขึ้นอยู่กับกระทรวงมหาดไทยมาตั้งเป็นกระทรวงสาธารณสุข รวมการศึกษาด้านการแพทย์ ทันตแพทย์ เภสัช และสัตวแพทย์ เป็นกรมมหาวิทยาลัย พร้อมกับการกระจายกิจการแพทย์แผนปัจจุบันไปสู่หัวเมืองและชนบท ทำให้ทุกจังหวัดในประเทศไทยมีโรงพยาบาลประจำจังหวัด และมีโรงพยาบาลขนาดเล็กประจำอำเภอเกือบครบถ้วน อย่างไรก็ตาม การขยายกิจการแพทย์ออกไปมากขึ้น ยังทำให้ความต้องการแพทย์มีเพิ่มสูงขึ้นตามไปด้วย ทางกรจึงได้สร้างโรงเรียนแพทย์ ขึ้นที่จังหวัดเชียงใหม่ ขอนแก่น และสงขลา อีกทั้งยังได้ขยายกิจการทางการแพทย์ของกองทัพเป็นโรงพยาบาลขนาดใหญ่ขึ้นอีกหลายแห่งในปัจจุบัน<sup>31</sup>

ดังจะเห็นได้ว่า การแพทย์ของประเทศไทยได้มีการพัฒนามาอย่างยาวนานจากความรู้ด้านการแพทย์ตะวันตก ซึ่งเข้ามามีบทบาทที่เป็นส่วนสำคัญของสังคมตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ทำให้คนไทยเริ่มหันมาสนใจการรักษา ฟังพาเทคโนโลยีที่ทันสมัยมากยิ่งขึ้น โดยการประยุกต์เอาเทคโนโลยีบางส่วนเข้ามาใช้ร่วมด้วย เป็นการผสมผสานระหว่างแพทย์แผนโบราณและแพทย์สมัยใหม่ที่ลงตัวกันมากขึ้น ทำให้คนไทยมีความเชื่อมั่นในการแพทย์ไทยที่ยังคงเป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิตที่ตกทอดจากบรรพบุรุษอันยาวนานมาจนถึงปัจจุบันนี้

#### 2.1.4 ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์กับผู้ป่วย

ในระบบการแพทย์และสาธารณสุขของไทยมีการเปลี่ยนแปลงอย่างมาก โดยเฉพาะด้านความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์ผู้รักษาและผู้ป่วย ซึ่งในอดีตที่ผ่านมาสังคมด้านการรักษาพยาบาลจะเป็นความสัมพันธ์แบบครอบครัว ผู้รักษาจะให้บริการ โดยมีได้เรียกร้อยเงินจ้างเป็นการบริการโดยการเอื้อเฟื้อ เกื้อกูล ต่อมาเมื่อระบบการรักษาพยาบาลมีการสนับสนุนแนวคิดความเป็นอิสระ ตาม

<sup>30</sup> ประวัติการแพทย์แผนไทยในประเทศไทยของเรา. อังแล้วเชิงอรธที่ 31. หน้า 10.

<sup>31</sup> การแพทย์แผนปัจจุบันสมัยรัตนโกสินทร์. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก

:<https://www.hfocus.org/content/2015/01/9103>. สืบค้นเมื่อ 25 พฤษภาคม 2560.

ระบอบประชาธิปไตย ทำให้การรักษาพยาบาลเป็นการตัดสินใจร่วมกันระหว่างแพทย์ผู้รักษากับผู้ป่วยและเป็นการรักษาพยาบาลแบบสหสาขาวิชาชีพ โดยจากสภาพสังคมในปัจจุบันนั้นพบว่าผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์บางคน มีแนวโน้มที่จะมุ่งแสวงหาผลประโยชน์มากขึ้นจนขาดจริยธรรมในการประกอบวิชาชีพ บางคนอาจปฏิบัติงานไม่เป็นไปตามมาตรฐานหรือต่ำกว่ามาตรฐานแห่งวิชาชีพ หากเป็นเพราะความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพไม่ว่าจะด้วยเจตนาหรือประมาทก็ตาม จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ป่วยตามมา เมื่อเกิดปัญหาการฟ้องร้องดำเนินคดีเกี่ยวกับการรับบริการทางการแพทย์ก็ย่อมส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของผู้ป่วยและญาติตามไปด้วย โดยแบ่งผู้ป่วยออกเป็น 3 ลักษณะดังนี้<sup>32</sup>

1. ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์และผู้ป่วยในสถานบริการทางการแพทย์เอกชน

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์และผู้ป่วยในโรงพยาบาลเอกชน โดยส่วนใหญ่โรงพยาบาลเอกชนจะดำเนินการในรูปแบบของโรงพยาบาลและจัดตั้งขึ้นภายใต้พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ในปัจจุบันผู้ป่วยที่มีฐานะดีหรือมีฐานะปานกลางมักจะใช้บริการโรงพยาบาลเอกชน เนื่องจากเห็นว่าโรงพยาบาลเอกชนให้บริการที่ดีกว่าโรงพยาบาลของรัฐเป็นอย่างมากและที่สำคัญคือความสะดวก รวดเร็วในการไปใช้บริการ ในขณะที่โรงพยาบาลของรัฐนั้นมีผู้ป่วยใช้บริการเป็นจำนวนมากอาจต้องใช้เวลาทั้งวันเพื่อรอใช้บริการ เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้ป่วยที่มีฐานะดีหรือฐานะปานกลางเลือกใช้บริการจากโรงพยาบาลเอกชนมากกว่าโรงพยาบาลของรัฐ

ดังนั้น สำหรับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ปฏิบัติงานในโรงพยาบาลเอกชนจึงมีความสัมพันธ์กับผู้ป่วยในลักษณะของสัญญาจ้างทำของ นอกจากวิชาชีพแพทย์เองจะมีความสัมพันธ์กับผู้ป่วยแล้วยังมีความสัมพันธ์กับโรงพยาบาลเอกชนที่ตนทำงานอยู่ด้วยในลักษณะเป็นนายจ้างกับลูกจ้างตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลูกจ้าง นายจ้างไว้<sup>33</sup> หรือในกรณีการใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อละเมิดอันลูกจ้างได้ทำนั้น นายจ้างมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยจากลูกจ้างนั้น<sup>34</sup> หรืออาจมีลักษณะเป็นตัวการตัวแทนขึ้นอยู่กับลักษณะการปฏิบัติงาน เนื่องจาก

<sup>32</sup> กันตพัฒน์ ศรีประกายรัตน์. (2551). การใกล้ชิดข้อพิพาททางการแพทย์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษาศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 35-36.

<sup>33</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น.

<sup>34</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 426 นายจ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อละเมิดอันลูกจ้างได้ทำนั้น ชอบที่จะได้ชดเชยจากลูกจ้างนั้น.

โรงพยาบาลเอกชนมีฐานะ เป็นนิติบุคคล ดังนั้นต้องมีบุคคลธรรมดาเป็นผู้แสดงออกแทนนิติบุคคล และการกระทำของบุคคลผู้แทนนิติบุคคลนั้นจะผูกพันนิติบุคคล หากเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบ วัตถุประสงค์ของนิติบุคคล หากผู้ประกอบวิชาชีพแพทยกระทำทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วย แต่เป็นการกระทำที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของโรงพยาบาลเอกชนแล้ว โรงพยาบาลเอกชนต้อง ร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ป่วยด้วย นอกจากนี้เนื่องจากผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ที่ ทำงานอยู่ในโรงพยาบาลเอกชนนั้น ยังมีความสัมพันธ์ในลักษณะสัญญาตัวแทนด้วย ตามนัยของ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักเกณฑ์ไว้<sup>35</sup> ดังนั้น หากผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ที่ ปฏิบัติงานในโรงพยาบาลเอกชนได้ให้การดูแล รักษาผิดพลาด หรือประมาทเลินเล่อ ย่อมต้องรับผิด ต่อผู้ป่วยตามหลักในเรื่องสัญญาจ้างทำของ หรือความรับผิดในฐานะนายจ้าง ลูกจ้าง หรือตัวการ ตัวแทนตามหลักความรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดดังกล่าว

2. ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพแพทยกับผู้ป่วยในโรงพยาบาลรัฐ โดยโรงพยาบาลรัฐเป็นลักษณะของการให้บริการสาธารณะ ซึ่งภาครัฐได้จัดขึ้นเพื่อให้บริการ ประชาชน และในปัจจุบันประเทศไทยได้มีโครงการต่างๆ เพื่อให้บริการด้านสุขภาพแก่ประชาชน อาทิเช่น โครงการบัตรประกันสุขภาพถ้วนหน้า หรือโครงการประกันสังคม เป็นต้น ซึ่งผู้ประกอบ วิชาชีพแพทย์ที่ทำงานอยู่ในโรงพยาบาลของรัฐเหล่านี้ ส่วนใหญ่เป็นข้าราชการและเป็นเจ้าหน้าที่ ของรัฐ ผู้ป่วยที่เข้ามาใช้บริการในโรงพยาบาลของรัฐเหล่านี้ เสียค่าใช้จ่ายในการรักษาไม่มาก เท่ากับโรงพยาบาลเอกชน และหากผู้ป่วยมีสิทธิพิเศษอย่างอื่น สามารถเบิกค่าใช้จ่ายจากหน่วยงาน ของตนได้อีกด้วย แต่เนื่องจากผู้ประกอบวิชาชีพแพทยเหล่านี้ ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงาน ของรัฐ เมื่อได้กระทำการรักษาผู้ป่วยแล้วมีความผิดพลาดเกิดขึ้น ย่อมถือว่าต้องรับผิดตามกฎหมาย เรื่องสัญญาจ้างทำของและกฎหมายละเมิด แต่อาจไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวหากเข้าเงื่อนไขตาม พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยหากความเสียหายนั้นเกิดจาก การกระทำละเมิด ประมาทเลินเล่อธรรมดาหรือการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของเจ้าหน้าที่ ในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ หรือการกระทำละเมิดที่มีได้กระทำในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่<sup>36</sup> ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวใน หัวข้อถัดไป

<sup>35</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575. อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้.

<sup>36</sup> ศักดิ์ สนองชาติ. (2556). *คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทาง ละเมิด*. กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ. หน้า 60.

## 2.2 แนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางละเมิดจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์ในต่างประเทศและประเทศไทย

ในความรับผิดเพื่อละเมิดของแพทย์ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) เป็นระบบกฎหมายซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน อันเป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นเวลายาวนาน<sup>37</sup> ทั้งของอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ซึ่งไม่มีบทบัญญัติเป็นหลักทั่วไปเหมือนมาตรา 420 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่ก็มีลักษณะเป็นความรับผิดเฉพาะเรื่องต่างๆ ที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อ โดยถือได้ว่าเป็นอีกประการหนึ่งที่นำมาใช้กับความรับผิดของแพทย์ ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวดังต่อไปนี้

### 2.2.1 แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางละเมิดในต่างประเทศ

#### 2.2.1.1 ระบบจารีตประเพณี (Common Law System)

##### (1) อังกฤษ

ในอังกฤษกฎหมายลักษณะละเมิดในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law ) ไม่ได้มีบทบัญญัติเป็นหลักทั่วไปเหมือน มาตรา 420 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย แต่กฎหมายที่มีลักษณะละเมิดนั้นได้วิวัฒนาการมาจากระบบกฎหมายของศาล (Writ System) ศาลจึงเป็นองค์กรที่มีบทบาทที่สุดในการพัฒนากฎเกณฑ์และเงื่อนไขความรับผิดประเภทต่างๆ แต่กฎหมายลักษณะละเมิดของระบบจารีตประเพณี ในความรับผิดจากการประกอบวิชาชีพของแพทย์ เป็นการรับผิดเฉพาะเรื่องซึ่งเกิดจากความประมาทเลินเล่อ ซึ่งในความประมาทเลินเล่อโดยทั่วไปถือได้ว่าเป็นความผิดทางอาญาและมีองค์ประกอบที่สำคัญ 4 ประการ ดังต่อไปนี้

1.การมีหน้าที่ (Duty of Care) คือ แพทย์มีหน้าที่ต่อผู้ป่วยโดยตรง รับผิดชอบต่อตัวผู้ป่วย โดยต้องใช้ความรู้ ความชำนาญ และมีความระมัดระวัง เพื่อผลประโยชน์ต่อตัวผู้ป่วย เรียกรวมนกันว่า มาตรฐานแห่งความระมัดระวัง (Standard of Care) หรือ หน้าที่ที่ต้องระวัง (Duty of care) ซึ่งการพิสูจน์มาตรฐานความระมัดระวังนี้ ผู้ป่วยจะต้องแสดงให้เห็นว่าการกระทำของแพทย์นั้นไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามที่ควร ในการพิสูจน์เช่นนี้เป็นข้อเท็จจริงทางการแพทย์ที่ต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญทั้งฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลย อย่างไรก็ตามในบางกรณีอาจไม่จำเป็นต้องใช้พยาน

<sup>37</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2536). เปรียบเทียบความรับผิดเพื่อละเมิดจากการประกอบวิชาชีพแพทยตามกฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายไทย. *วารสารบทบัญญัติ*, 49 (3). หน้า 51.

ผู้เชี่ยวชาญ แต่อาศัยหลักกฎหมายที่เรียกว่า สิ่งที่ปรากฏฟ้องอยู่ในตัวแล้ว (Res Ipsa Loquitur) เช่น ในกรณีที่แพทย์ลืมเครื่องมือในช่องท้องผู้ป่วย เป็นต้น

2. การละเว้นหน้าที่ (Breach of Duty) คือ การที่แพทย์ไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานของความระมัดระวัง ดังที่กล่าวมาข้างต้น

3. ความเสียหาย (Damage) ความเสียหายที่สามารถเรียกชดเชยจากกรณีการประกอบวิชาชีพ เช่น ความเสียหายต่อร่างกาย ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน เป็นต้น

4. มูลเหตุของความเสียหาย (Causation) เป็นผลที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่ไม่ได้มาตรฐานของความระมัดระวังนั้นๆ<sup>38</sup>

ในอังกฤษได้นำหลักความประมาทเลินเล่อทางการแพทย์ (Medical Negligence) ซึ่งได้มีการพัฒนาแนวทางการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อทางการแพทย์ โดยโจทก์หรือผู้เสียหายต้องพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ และพิจารณาพร้อมกับความเห็นทางการแพทย์ของแพทย์สภาอังกฤษ<sup>39</sup> อย่างไรก็ตาม การนำสืบถึงความประมาททางการแพทย์ไม่ใช่เรื่องง่าย เนื่องจากการวิเคราะห์ถึงวิธีการรักษาทางการแพทย์อย่างสมเหตุสมผลหรือเป็นผลจากทางการแพทย์ ก่อนที่จะสรุปว่าแพทย์ได้กระทำการ โดยประมาทแล้วเป็นเหตุให้สภาพร่างกายของผู้ป่วยทรุดลงหรือเสียชีวิตเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายทำได้ยาก

ในเรื่องความรับผิดชอบทางแพ่งถือว่า แพทย์ได้กระทำละเมิดอันเป็นการกระทำหรืองดเว้นการกระทำใดๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สิน ชื่อเสียงหรือแก่ประโยชน์ใดของบุคคลอื่น ในอังกฤษ โดยกฎหมายละเมิดอังกฤษได้บัญญัติถึงหน้าที่ที่ต้องดูแลของแพทย์ (Duty of Care) ไว้ด้วย โดยพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่า แพทย์ได้คาดการณ์ถึงเหตุร้ายอย่างใด ๆ ที่ละเมิดแก่ผู้ป่วยได้หรือไม่ ประกอบกับเหตุร้ายนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วยหรือไม่อย่างไร<sup>40</sup> ดังนั้นในกระบวนการพิจารณาถึงความเสียหายว่าเกิดขึ้นหรือไม่นั้น ศาลของอังกฤษจะทำการพิจารณาเปรียบเทียบกับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ในสาขาเดียวกัน หรือในส่วนที่เกี่ยวกับความสามารถในการวิเคราะห์คาดการณ์ล่วงหน้าถึงผลลัพธ์ที่อาจเกิดขึ้นในการรักษาต่อประเด็นความประมาทดังกล่าว โดยผู้เสียหายจะเป็นผู้มีภาระและหน้าที่ในการพิสูจน์ว่าแพทย์ผู้ให้การดูแลรักษากระทำ โดยประมาทหรือไม่ ซึ่งต้องศาลอังกฤษต้องพิจารณาจากองค์ประกอบ 3 ข้อด้วยกัน<sup>41</sup> ดังนี้

1). แพทย์ละเมิดหน้าที่ คือ แพทย์ไม่ได้คำนึงว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นหรือไม่ อย่างไร

<sup>38</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 51.

<sup>39</sup> ภูมิ โชคเหมาะ และคณะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 36.

<sup>40</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 37. หน้า 53.

<sup>41</sup> ภูมิ โชคเหมาะ และคณะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 37.

2). การละเมิดดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรง

3). ความเสียหายดังกล่าวต้องคำนวณเป็นตัวเงินได้

โดยในบางครั้งศาลอังกฤษเปรียบเทียบมาตรฐานการรักษากับการดูแลรักษาผู้ป่วยในคดีที่ฟ้องและได้สรุปว่า แพทย์ผู้ถูกฟ้องคดีให้การรักษาค่ากว่ามาตรฐานหรือไม่ ซึ่งมาตรฐานดังกล่าวมาจากประมวลกฎหมายจริยธรรมทางการแพทย์อันได้แก่ พระราชบัญญัติการแพทย์ ค.ศ. 1983 (The Medical Act 1983) โดยสมาคมแพทย์อังกฤษและแพทยสภาอังกฤษ<sup>42</sup>

## (2) สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีเช่นเดียวกับอังกฤษเกือบทุกมลรัฐ ยกเว้น มลรัฐหลุยเซียนา โดยหลักความรับผิดชอบเพื่อการกระทำโดยประมาทเดินเลื้อตามกฎหมายระบบจารีตประเพณีของสหรัฐอเมริกานั้น มีองค์ประกอบแห่งความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจากการกระทำโดยประมาทเดินเลื้อที่สำคัญ 4 ประการ ดังนี้

ประการแรก หน้าที่ของจำเลยที่มีต่อโจทก์

ประการที่สอง การฝ่าฝืนหรือการละเมิดต่อหน้าที่อันเกิดจากการตอบสนองที่ล้มเหลวของจำเลยต่อสิ่งที่จำเป็นต้องกระทำ

ประการที่สาม เป็นเหตุต้นเพียงพอที่จะเชื่อมโยงระหว่างการกระทำโดยประมาทเดินเลื้อกับผลเสียหายที่เกิดขึ้น

ประการที่สี่ ต้องมีความเสียหายที่แท้จริงหรือเป็นความเสียหายที่ได้รับการรับรองแล้ว<sup>43</sup>

จึงเห็นได้ว่า จากการศึกษาหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจากการกระทำโดยประมาทเดินเลื้อตามกฎหมายระบบจารีตประเพณี (Common Law Systems) ของอังกฤษและสหรัฐอเมริกา มีความคล้ายกันหลายประการจนอาจเรียกได้ว่ามีหลักเกณฑ์เดียวกัน ดังรายละเอียดต่อไปนี้

### 1) หลักเกณฑ์ในหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care)

หน้าที่ความระมัดระวังในเรื่องประมาทเดินเลื้อนั้นสำคัญมาก เพราะถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ข้อแรกในการพิสูจน์ถึงความรับผิดชอบในการกระทำโดยประมาทเดินเลื้อ หากผู้กระทำไม่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังตามที่กฎหมายกำหนด ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเดินเลื้อจะไม่สามารถ

<sup>42</sup> ภูมิ โชคเหมาะ และคณะ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 111-114.

<sup>43</sup> เอกฉัฐ จินเสน. (2548). *ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจากการกระทำประมาทเดินเลื้อของผู้ประกอบวิชาชีพพยาบาล*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 92-106.



เกิดขึ้นได้<sup>44</sup> ดังนั้น ผู้พิพากษาหรือศาล ต้องมีแนวทางหรือดุลพินิจในการพิจารณาข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี เพื่อประกอบการตัดสินคดี

### 2) การฝ่าฝืนหน้าที่หรือละเมิดหน้าที่ (Breach of Duty)

การฝ่าฝืนหน้าที่หรือละเมิดหน้าที่ จะต้องใช้ความระมัดระวัง ต้องไม่ได้เกิดจากการกระทำที่มีเจตนา แต่เกิดจากบุคคลนั้นประมาท (Negligence) เป็นความระมัดระวังที่อาจใช้ความระมัดระวังเพื่อหลีกเลี่ยงผลเสียที่จะเกิดขึ้นได้ โดยประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาคือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นยังมีมากขึ้นเท่าไร บุคคลนั้นก็ต้องมีหน้าที่กระทำด้วยความระมัดระวังมากขึ้นเท่านั้น

### 3) หลักความเสียหาย (Damage)

ความเสียหายที่เกิดขึ้น ทำให้ผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์ ต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาท เลินเล่อ จะต้องเป็นความเสียหายที่เห็นเป็นประจักษ์อย่างสมเหตุสมผล เป็นผลเสียเนื่องจากการกระทำนั้น ศาลจะพิจารณาว่าความเสียหายนั้นสามารถคาดคะเนได้จากความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจากการคาดหมายผลเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>45</sup>

### 4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับความเสียหายที่เกิดแก่โจทก์ (Causation and Remoteness of Damage)

หลักเกณฑ์ที่ฝ่ายโจทก์หรือผู้ได้รับความเสียหายจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าความเสียหายนั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ หรือที่เรียกความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหาย

### 5) การผลักภาระการพิสูจน์ ตามบทสันนิษฐานตามความเป็นจริง (Res Ipsa Loquitur)

หลักเกณฑ์ของความรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อมีอยู่ว่า “คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอันเป็นมูลพิพาทขึ้นมาฝ่ายนั้นมีหน้าที่ต้องนำสืบภาระการพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อและความเสียหายตกอยู่แก่โจทก์ผู้ฟ้องคดีละเมิด” โดยโจทก์ผู้เสียหายมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าตนได้รับความเสียหายและความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำของจำเลย คือ จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ถือว่าเป็นภาระหนักสำหรับโจทก์ โดยเฉพาะในกรณีการกระทำละเมิดนั้นเกิดจากการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ อาจเป็นไปได้ว่าไม่มีทางจะสืบได้เลย<sup>46</sup> เพื่อบรรเทาความเดือดร้อนนี้ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาหลักการ “Res Ipsa Loquitur” ให้เหมาะสมกับเหตุการณ์หรือ

<sup>44</sup> วิชญ์ อังประพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 37. หน้า 53.

<sup>45</sup> ประยูร กันไพเราะ. (2554). ความรับผิดชอบทางละเมิดในความเสียหายทางจิตใจที่เกิดกับผู้ได้รับความเสียหายลำดับสอง. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. หน้า 57-84.

<sup>46</sup> ปิยศักดิ์ บุญยกุลศรีรุ่ง. (2556). ข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง. วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์, 7 (2). หน้า 126-136.

ความเสียหายจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์ที่ต้องมีการพิสูจน์ถึงความเสียหายจากการประมาทเลินเล่อที่ตกเป็นภาระของผู้ป่วยหรือญาติในการดำเนินการทางกฎหมาย<sup>47</sup>

โดยข้อพิจารณาหลัก Res Ipsa Loquitur อาจถูกนำมาใช้กับโจทก์ในการฟ้องร้องเรื่องการประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพ ที่ต้องผูกพันภายใต้ภาระหน้าที่ในอันที่จะต้องอธิบายและแสดงให้เห็นถึงวิธีการซึ่งเขายอมรับเอามาเพื่อการปฏิบัติงานของเขา ทั้งนี้เพราะ โจทก์ก็ไม่มีความสามารถ ความชำนาญ หรือมีความรู้ในกรณีดังกล่าว ซึ่งหลักการนี้ก็มิละล้างความจำเป็นที่จะต้องมีการมีพยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert Witness) ในการนำสืบข้อเท็จจริงในการพิสูจน์การกระทำละเมิดนั้นเกิดจากการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์<sup>48</sup>

ความรับผิดในคดีทุรเวชปฏิบัติทางการแพทย์ (Medical Malpractice Cases) ตามระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา นั้นครอบคลุมไปถึง บุคคลทางการแพทย์หรือสถานพยาบาลกระทำการโดยประมาท การให้การรักษาที่ต่ำกว่ามาตรฐานหรือการรักษาได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายจิตใจหรือก่อให้เกิดความตาย และผู้ป่วยสามารถนำคดีฟ้องร้องต่อศาลเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหาย อันเนื่องจากการ ได้รับการรักษาพยาบาลที่ต่ำกว่ามาตรฐาน<sup>49</sup> เมื่อพิจารณาการรักษาที่ต่ำกว่ามาตรฐานนั้น ให้ใช้การเทียบเคียงกับแพทย์ผู้มีความรู้ความสามารถในสาขาหรือความเชี่ยวชาญเดียวกัน ในสถานการณ์เดียวกัน เช่นการวินิจฉัยโรคที่ผิดพลาด (Diagnosis Errors) ทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิต การให้ยาผู้ป่วยในจำนวนที่ผิดพลาด แพทย์ลืมสิ่งของในร่างกายผู้ป่วยหลังทำการผ่าตัด การเกิดแผลกดทับขณะเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาล นอกจากนี้อาจเกิดความบกพร่องจากโรงพยาบาล เช่น เครื่องมือทางการแพทย์ ห้องปฏิบัติการของโรงพยาบาล และยังรวมถึงการประมาทของวิชาชีพแพทย์ ที่กระทำการหรือละเว้นกระทำการ โดยให้การรักษาพยาบาลที่ผิดไปจากมาตรฐานแนวปฏิบัติแล้วก่อให้เกิดความเสียหายเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย เป็นต้น<sup>50</sup>

ดังนั้น ในทางปฏิบัติการประกอบวิชาชีพแพทย์ในสหรัฐอเมริกาจึงกำหนดให้แพทย์ต้องทำสัญญาประกันความรับผิดทางการแพทย์ เพื่อใช้ในกรณีที่แพทย์ถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายและกำหนดคิดค่าทนายความเพื่อต่อสู้คดี สหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญกับคดีทุรเวชปฏิบัติเป็นอย่างมาก เนื่องจากกระทบกับสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายประเภท

<sup>47</sup> อุทิศ วีรวัฒน์. (2509). ความประมาทเลินเล่อของผู้ใช้วิชาชีพ ความรับผิดของแพทย์ โรงพยาบาล และทันตแพทย์. *วารสารทบทวนคดี*, 24 (2). หน้า 383

<sup>48</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 37. หน้า 60.

<sup>49</sup> ภูมิ โชคเหมาะและคณะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 31.

<sup>50</sup> แสงว บัญเฉลิมวิภาส. (2551). *ปัญหาและข้อควรระวังของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์และพยาบาล. (ครั้งที่ 4)*. กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 50-51.

เช่น การละเมิดภาระที่พึงมีต่อผู้ป่วยซึ่งอาจเกิดจากการกระทำโดยประมาท การเปิดเผยความลับผู้ป่วย หรือความล้มเหลวในการรักษา เป็นต้น ซึ่งส่วนใหญ่จะเน้นไปที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์ โดยการกระทำโดยประมาททางการแพทย์ครอบคลุมนั้นถึงความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับโจทก์ ที่ต้องระบุมมาตรฐานหรือพฤติกรรมในการดูแลผู้ป่วยให้ชัดเจนว่า การรักษานั้นก่อให้เกิดความเสียหายหรือการได้รับบาดเจ็บของผู้ป่วยอย่างไรและแพทย์ละเมิดมาตรฐานในการดูแลผู้ป่วยเช่นใด<sup>51</sup>

ในกรณีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาททางการแพทย์ พฤติกรรมของจำเลยจะถูกเปรียบเทียบกับมาตรฐานการบังคับใช้ในการดูแลผู้ป่วยในเขตนั้นๆ หากจำเลยกระทำการใดๆ ที่ต่ำกว่ามาตรฐานหรือไม่ครบถ้วนจากมาตรฐานนั้น แพทย์อาจต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น แม้ว่าจะมีการถกเถียงกันเกี่ยวกับการยอมรับมาตรฐานความเชี่ยวชาญด้านการแพทย์ แต่ศาลส่วนใหญ่ยังเห็นว่าคณะกรรมการรับรองทางการแพทย์หรือแพทย์ศัลยกรรมผู้เชี่ยวชาญ ควรปฏิบัติตามมาตรฐานของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญด้านการแพทย์ และแม้ว่ามาตรฐานในการยอมรับฟังพยานทางการแพทย์ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะจะมีความแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ ในความผิดพลาดเกิดขึ้นแพทย์จะถูกฟ้องร้องทางแพ่งเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งหากจะมีความผิดทางอาญา โทษจะขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการประมาทเลินเล่อนั้นด้วย<sup>52</sup>

#### 2.2.1.2 ระบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law System)

การกระทำความผิดทางละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์กับการดำเนินชีวิตมนุษย์ทุกคนในสังคม ดังนั้นแล้ว ในหลายๆ ประเทศจึงมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดไว้ เพื่อให้บุคคลผู้ถูกทำละเมิดได้รับการเยียวยาความเสียหายหรือได้รับการชดเชย ทดแทนความเสียหายนั้น

##### (1) ญี่ปุ่น

แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของญี่ปุ่น มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย หมายถึง การกระทำของบุคคลโดยจงใจ หรือกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ซึ่งเป็นการล่วงสิทธิของผู้อื่น โคนในความหมายของผู้อื่นในที่นี้หมายถึงผู้ป่วยหรือผู้รับบริการทางการแพทย์ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลนั้น และการกระทำนั้นเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของ

<sup>51</sup> ภูมิ โชคเหมาะและคณะ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 31-32.

<sup>52</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2546). *กฎหมายทางการแพทย์: ความรับผิดทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 51.

กฎหมาย โดยการกระทำนี้รวมถึงการงดเว้นไม่ทำหน้าที่ของตนเองที่มีอยู่ตามกฎหมาย ซึ่งการกระทำเช่นนั้นทำให้เกิดความเสียหายจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์นั่นเอง<sup>53</sup>

หลักความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ของญี่ปุ่นนั้น ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 709 โดยบัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อละเมิดสิทธิของผู้อื่น จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่จะเกิดขึ้นนั้น” หากเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตราดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย มาตรา 420 เป็นอย่างมาก แต่อาจจะแตกต่างกันตรงที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะบัญญัติไว้ว่า “โดยผิดกฎหมาย” และได้บรรยายถึงประเภทของความเสียหายถึง ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด แต่ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นไม่ใช่คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” แต่บัญญัติเพียง “ละเมิดสิทธิของผู้อื่น” เท่านั้น<sup>54</sup>

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 716 ได้บัญญัติถึงความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างไว้โดยปรับใช้แก่ในกรณีของโรงพยาบาลในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดของแพทย์ผู้รับจ้าง เฉพาะในกรณีที่โรงพยาบาลเป็นผู้สั่งหรือให้คำแนะนำในการทำงานของแพทย์ตามที่สั่งเท่านั้น<sup>55</sup> โดยให้เหตุผลว่าโรงพยาบาลผู้ว่าจ้างไม่ได้เป็นผู้เลือกหรือเป็นผู้ใช้แพทย์ซึ่งเป็นบุคคลที่ทำงานให้และผู้ว่าจ้าง ไม่ได้เป็นผู้ดูแลควบคุมการปฏิบัติงานในขณะนั้นของผู้รับจ้าง ดังนั้นเมื่อเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ผู้ว่าจ้างจึงไม่ถูกผูกพันต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายนั้น แต่อย่างไรก็ตามหากผู้ว่าจ้างไม่ใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่เมื่อเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น โรงพยาบาลผู้ว่าจ้างก็ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วยเช่นกัน

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 716 ของญี่ปุ่น มีความคล้ายกับมาตรา 428 ของไทย กล่าวคือต่างก็วางหลักไว้ว่า ผู้ว่าจ้างไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายไว้ก่อน

<sup>53</sup> ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. (2539). ความรับผิดชอบในความเสียหายซึ่งเกิดจากยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 7.

<sup>54</sup> อุทิศ วีรวัฒน์. อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 47. หน้า 385.

<sup>55</sup> Annotated Civil Code of Japan. มาตรา 716 “The person who placed the order for a work is not bound to make compensation for any damage caused to a third person by the contractor in the course of such work; however, this shall not apply if the person who placed he order was at fault in regard to the order or his instructions”

ตลอดจนข้อยกเว้นที่ต้องรับผิดชอบเหมือนกัน ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติไว้ว่า “เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนที่สั่งให้แพทย์ผู้รับจ้างทำหรือในคำสั่งที่โรงพยาบาลผู้ว่าจ้างให้ไว้” ส่วนตามกฎหมายญี่ปุ่นว่า “มิให้ใช้บังคับ ถ้าโรงพยาบาลผู้ว่าจ้างเป็นผู้ผิดในคำสั่งหรือคำแนะนำที่ตนให้ไว้”

ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นไม่ได้กล่าวถึงในส่วนการงานที่สั่งให้ทำอย่างไรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งหมายถึงเรื่องสั่งให้ทำตามสัญญาจ้างที่มีต่อกัน แต่ที่ว่า “เป็นผู้ผิดในคำสั่ง” ตามกฎหมายญี่ปุ่น ซึ่งน่าจะหมายถึง ในกรณีที่โรงพยาบาลสั่งแพทย์ให้ทำตามสัญญาจ้างที่มีต่อกัน ส่วนที่ว่า “คำแนะนำที่ตนให้ไว้” น่าจะตรงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 428 ของไทย ที่ว่า “ในคำสั่งที่ตนให้ไว้” มากกว่า ซึ่งตามกฎหมายไทย หมายถึงคำแนะนำสั่งสอนเท่านั้น ส่วนในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 716 ผู้ว่าจ้างจะรับผิดชอบเมื่อมีความประมาทเลินเล่อในคำสั่งหรือคำแนะนำของตนเท่านั้นคือ หลักกฎหมายของญี่ปุ่นดังกล่าวในเรื่องจ้างแรงงาน นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอกเมื่อกรณีที่ลูกจ้างไปก่อความเสียหายขึ้น ด้วยเหตุว่าลูกจ้างได้ปฏิบัติตามคำสั่งของนายจ้าง ในส่วนเรื่องการทำของนั้น ผู้รับจ้างไม่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง ดังนั้นผู้ว่าจ้างจึงไม่ต้องรับผิดชอบดังกล่าว จะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 428 ตอนท้ายซึ่งบัญญัติให้ผู้ว่าจ้างรับผิดชอบเมื่อเป็นผู้ผิดในคำสั่งที่ตนให้ไว้ คือ ตน ไม่มีสิทธิออกคำสั่ง เมื่อตนไปออกคำสั่งเช่นนั้นเมื่อเกิดเสียหายขึ้นจากการปฏิบัติตามคำสั่งเช่นนั้น กฎหมายจึงบัญญัติให้ผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบ

ดังนั้น การล่วงละเมิดสิทธิใดๆตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นนั้น ได้กล่าวถึงมาตรฐานการระมัดระวังถือว่าเป็นภาวะวิสัย สถานะของวิญญูชนเป็นเพียงบุคคลที่สมมุติขึ้นมา เพื่อเป็นแนวทางกำหนดค่าตัดสิน ถ้าผู้กระทำความผิดอยู่ในกลุ่มวิชาชีพใด ผู้นั้นจะถูกพิสูจน์ความผิดโดยใช้มาตรฐานเช่นเดียวกับบุคคลอื่นในกลุ่มวิชาชีพนั้น เช่นนั้นแล้ว แพทย์ทั่วไปจึงต้องมีความระมัดระวังเช่นเดียวกับแพทย์แต่ไม่ต้องถึงกับเป็นผู้เชี่ยวชาญ หากเกิดการกระทำละเมิดแล้วนั้น หากคดีขึ้นสู่ศาลญี่ปุ่นแล้ว ศาลจะพิจารณาถึงโอกาสที่อาจเกิดอันตราย ความหนักเบาของความเสียหาย และค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการหลีกเลี่ยงนั้น<sup>56</sup>

## 2.2.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบในทางละเมิดจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์ในต่างประเทศ

### 2.2.2.1 ระบบจารีตประเพณี (Common Law System)

<sup>56</sup> สุขุม สุภนิติย์. (2546). คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ. หน้า 12.

ดังที่กล่าวมาอังกฤษและสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี ซึ่งได้มีพัฒนาระบบกฎหมายขึ้นมาเป็นระยะเวลาช้านาน โดยอาศัยบรรทัดฐานตามหลักแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายต่างๆ มาเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีในศาล ซึ่งถือได้ว่าเป็นจุดเด่นของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) แม้แต่ในสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นอาณานิคมของอังกฤษได้ยอมรับเอาระบบกฎหมายระบบจารีตประเพณีนี้เป็นเสมือนระบบกฎหมายของตนเอง แม้ต่อมาภายหลังสหรัฐอเมริกาจะได้ประกาศอิสรภาพแล้วก็ตาม ยังคงยึดถือระบบกฎหมายจารีตประเพณีอยู่เกือบทุกรัฐ ดังนั้นแล้วอาจกล่าวได้ว่าทั้งอังกฤษและสหรัฐอเมริกามีทั้งพื้นฐานแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่ไม่แตกต่างกันเลย

ดังนั้นแล้ว หากกล่าวถึงทฤษฎีอันเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี (Common Law System) ทั้งสองประเทศแล้วนั้น มีทฤษฎีความรับผิดในทางละเมิดที่มีความเกี่ยวข้องโดยหลักใหญ่แล้วมี 2 ทฤษฎี ดังต่อไปนี้

#### (1) ทฤษฎีความรับผิด (Fault Theory)

ทฤษฎีนี้มีพื้นฐานจากหลักคุ้มครองสิทธิของบุคคล ในอันที่จะไม่ถูกทำให้เสียหาย โดยถือกันว่า ความรับผิดในการละเมิดหากมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้ที่ก่อความเสียหายจะต้องรับผิดชอบ โดยไม่มีสิทธิปฏิเสธความรับผิด ผู้ที่ได้กระทำการใดขึ้นมาย่อมต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายจากการกระทำของตน ทฤษฎีนี้ไม่พิจารณาถึงองค์ประกอบภายในจิตใจของผู้กระทำ พิจารณาแต่เรื่องเมื่อมีการกระทำขึ้นและมีผลเสียหายตามมาจะต้องมีผู้ชดใช้ โดยมุ่งชดเชยแก่ผู้รับความเสียหาย ไม่สนใจผู้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากศาสนา ถือว่าละเมิดประพฤติดิถีธรรมด้วย กล่าวคือความรับผิดในทางละเมิดจะมีได้เมื่อการกระทำนั้นเป็นความผิด (Fault) ความผิดในที่นี้คือการที่ผู้กระทำ ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้ผู้อื่นเสียหายจึงต้องรับผิด<sup>57</sup>

#### (2) ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability)

หากกล่าวถึงทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาดแล้วนั้น ทฤษฎีนี้มีชื่อเรียกต่างกันไป ดังเช่น ความรับผิดโดยไม่มีความคิด ความรับผิดโดยสมบูรณ์ หรือ ความรับผิดโดยผลแห่งกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งหมายถึง ความรับผิดที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดที่ไม่มีความคิด กรณีที่จะถือเป็นความรับผิดเด็ดขาดต่อเมื่อมิใช่การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำโดยมิเจตนาดีหรือเจตนาร้าย และไม่ว่าผู้กระทำจะรู้หรือไม่รู้ถึงการกระทำนั้นก็ตาม ผู้กระทำก็ไม่พ้นความรับผิด แนวคิดของทฤษฎีนี้เริ่มมาจาก การที่ผู้กระทำก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งการกระทำ

<sup>57</sup> สันนักรัณ (จำปี) โสคติพันธุ์. (2544). *หลักความรับผิดก่อนสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 41.

อันมิชอบ หรือความผิดเป็นเรื่องของสภาพทางจิตใจของการกระทำของคน โดยปกติทั่วไปแล้วจะมีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีว่า การกระทำของตนนั้น ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายต่อผู้อื่นหรือไม่ ถ้าผู้กระทำรู้ว่าการกระทำของตนนั้นก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายต่อผู้อื่น แล้วยังกระทำอีก หรือละเลยไม่พิจารณาให้เสียก่อนแล้วจึงกระทำลงไป การกระทำนั้นสังคมถือว่าเป็นความผิด แต่ถ้าการกระทำนั้นถือว่าไม่เป็นความผิด ผลของการกระทำนั้นจึงไม่ต้องรับผิด<sup>58</sup>

#### 2.2.2.2 ระบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law System)

ญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law System หรือที่เรียกว่า ระบบประมวลกฎหมาย หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่ใช้ในประเทศต่าง ๆ ดังนี้ ได้แก่ ไทย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นต้น ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ค.ศ.1895 บัญญัติขึ้นจากระบบกฎหมายยุโรป โดยญี่ปุ่นยอมรับเอาแนวคิดทฤษฎีต่าง ๆ ของตะวันตกเข้ามาใช้ใน ประเทศตนโดยเฉพาะอย่างยิ่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยญี่ปุ่นได้วางหลักทฤษฎีในเรื่องความรับผิดทางละเมิดนี้ไว้โดยมีการนำหลักการในทฤษฎีเยอรมัน ซึ่งใช้ระบบกฎหมายเช่นเดียวกันมาเป็นแบบอย่าง โดยมีทฤษฎีที่สำคัญ 2 ทฤษฎี ได้แก่

1. ทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเงื่อนไข ทฤษฎีนี้ถือว่า หากปรากฏว่าถ้าไม่มีการกระทำดังที่กล่าวหา ผลจะไม่เกิดขึ้นเช่นนั้น จะไม่มีความเสียหายดังที่กล่าวอ้าง ผลที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลอันเกิดจากการกระทำที่ถูกกล่าวหา ผลอันใดอันหนึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากเหตุผลหลายประการ ถ้าเหตุอันหนึ่งคือการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาแล้ว ผู้นั้นก็ควรรับผิดชอบโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่า ยังมีเหตุอื่นที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วยเหมือนกัน เพราะถือว่าเหตุแต่ละเหตุมีน้ำหนักเท่ากัน จะถือว่าเป็นแต่เหตุบางประการเท่านั้น ที่ก่อให้เกิดผลขึ้นหาได้ไม่

โดยในทฤษฎีนี้ มีข้อดีคือ เป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายแต่มีข้อเสียคือ การผลักภาระความรับผิดบางกรณีที่เกิดความจริงแก่ผู้กระทำ ซึ่งบางครั้งอาจเกิดจากเหตุแทรกซ้อนอันเป็นต้นเหตุในความเสียหายอย่างแท้จริง จึงอาจสร้างความไม่ยุติธรรมแก่ผู้กระทำได้

2. ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม ทฤษฎีนี้ถือว่าในบรรดาเหตุทั้งหลายที่ก่อให้เกิดผลขึ้นนั้น ในแง่ความรับผิดของผู้กระทำการใดๆ แล้วเฉพาะแต่เหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเช่นนั้นเท่านั้นที่ผู้กระทำการนั้นจะต้องรับผิด

ทฤษฎีนี้มีข้อดีที่สำคัญ คือ เป็นการให้คุณประโยชน์แก่ผู้กระทำผิดแต่มีข้อเสีย คือ ทำให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงนั้น ไม่ได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหาย เนื่องจากการกระทำ

<sup>58</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า. 43.

เฉพาะแต่ที่เป็นเหตุอันเหมาะสมอันส่งผลให้เกิดความเสียหายเท่านั้นที่ผู้กระทำผิดต้องรับผิดชอบ จึงเป็นภาระแก่ผู้เสียหาย เป็นการผลักภาระอย่างไม่เป็นธรรม<sup>59</sup>

## 2.3 แนวคิด ทฤษฎี ความรับผิดชอบทางละเมิดจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์ในประเทศไทย

การให้บริการในการรักษาพยาบาลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น เป็นการกระทำโดยตรงต่อชีวิตและร่างกายของผู้ป่วย ถ้าเป็นการกระทำที่เข้าองค์ประกอบความรับผิดชอบและรับโทษตามกฎหมายในแต่ละเรื่องนั้น อาจต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ทางอาญา และความรับผิดทางวิชาชีพตามกฎหมายเฉพาะคือ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 และตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ที่แพทยสภากำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมวิชาชีพไว้โดยเฉพาะ จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันการร้องเรียนและฟ้องร้องคดีทางการแพทย์ ดูเหมือนว่ากำลังเพิ่มมากขึ้นในสังคมไทย และเป็นข่าวอยู่เสมอ ข่าวอันน่าตกใจในระยะหลังคือ นอกจากฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในวงเงินจำนวนมากแล้ว บางกรณีถึงขั้นฟ้องกันเป็นคดีอาญา ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องของมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ การไม่คำนึงความปลอดภัยและทำให้ผู้ป่วยสิ้นเปลือง ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาลเป็นผลจากการรักษาที่ไม่สามารถคาดเดาได้ว่าเกิดจากตัวผู้ป่วยหรือความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพ อันส่งผลให้รัฐต้องสูญเสียงบประมาณในการชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนมาก

### 2.3.1 แนวคิดความรับผิดชอบทางละเมิดจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์ในประเทศไทย

ในความรับผิดทางแพ่งอันเกิดจากการกระทำของแพทย์ในประเทศไทยนั้น มิได้มีกรณีบัญญัติเป็นบทเฉพาะ ฉะนั้นแล้วในกรณีที่แพทย์ทำการรักษาผู้ป่วย แล้วเกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติความรับผิดของแพทย์ในทางแพ่งไว้ 3 ลักษณะ ได้แก่ ความรับผิดตามสัญญา ความรับผิดอันเกิดจากมูลละเมิด และความรับผิดร่วมของผู้แทนนิติบุคคล ซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ แต่ในเรื่องนี้ผู้วิจัยจะกล่าวถึงเฉพาะ ความรับผิดอันเกิดจากมูลละเมิด<sup>60</sup>

การพิจารณาการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่น

<sup>59</sup> วารี นาสกุล. (2559). *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ตามสมควรได้* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 90-91

<sup>60</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 50*. หน้า 50-51.



โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการรักษาพยาบาล การทำคลอดหรือทิวเวชปฏิบัติ อันนำมาซึ่งความรับผิดชอบในทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย สามารถพิจารณาจากหลักกฎหมายได้ดังนี้

หลักละเมิดทั่วไปที่อยู่บนพื้นฐานของหลักความผิด (Liability Based on Fault)<sup>61</sup> คือ ต้องมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น<sup>62</sup> โดยหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดทางละเมิดตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบด้วย

### 1) การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

"กระทำโดยจงใจ" หมายถึง กระทำโดยรู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ส่วนผลหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำเช่นนั้นจะมากหรือน้อยเพียงใดไม่สำคัญ เช่น ตั้งใจเอาไม้ตีศีรษะบุคคลอื่นโดยหวังเพียงให้บาดเจ็บเท่านั้น แต่ปรากฏว่าศีรษะแตกเลือดออกมากจนเป็นอันตรายแก่ชีวิต ดังนี้ถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจแล้ว<sup>63</sup>

กระทำโดยประมาทเลินเล่อ หมายถึง กระทำโดยไม่จงใจ แต่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่ใช้ การกระทำอย่างใดเป็นประมาทเลินเล่อต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป เช่น ขับรถยนต์จะผ่านทางรถไฟ แม้ไม่มีป้ายสัญญาณ "หยุด" บอกไว้แต่ก็มีป้ายบอกเครื่องหมายว่ามีทางรถไฟข้างหน้าแสดงไว้ ซึ่งควรใช้ความระมัดระวังความปลอดภัยให้แน่เสียก่อนโดยชะลอความเร็วและหยุดรถมองซ้ายและขวา ต่อเมื่อเห็นว่าปลอดภัยแล้วจึงขับต่อไป แต่ไม่ปรากฏว่าได้ปฏิบัติดังกล่าวเมื่อรถยนต์ที่จำเลยขับชนกับรถไฟ จึงเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลย เป็นต้น<sup>64</sup>

<sup>61</sup> ครุพร ปิงสุทธีวงศ์. (2551). ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดอันเกิดจากการฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายอันมีประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 21.

<sup>62</sup> สุขุม สุกนิตย์. (2549). คำอธิบายกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 46.

<sup>63</sup> ไพจิตร บุญญพันธุ์. (2548). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดและหลักกฎหมายละเมิด เรื่องข้อสันนิษฐานความผิดของกฎหมาย. (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ. หน้า 9.

<sup>64</sup> ศักดิ์ สนองชาติ. (2551). คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด และความรับผิดทางละเมิด. (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ. หน้า 253

การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นองค์ประกอบทางจิตใจซึ่งเป็นหลักสำคัญที่จะแยกความรับผิดชอบในทางละเมิดธรรมดา ออกจากความรับผิดชอบเด็ดขาด เพราะความรับผิดชอบไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบทางจิตใจข้อนี้หมายความว่าบุคคลที่ต้องรับผิดชอบไม่จำเป็นต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ นอกจากนี้ยังคำนึงถึงพฤติกรรมแวดล้อมในขณะเกิดเหตุประกอบด้วย<sup>65</sup>

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ ได้อธิบายไว้ว่า “การงดเว้นการกระทำ” โดยปกติไม่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิด เว้นแต่เป็นการงดเว้นกระทำในเมื่อบุคคลมีหน้าที่ต้องกระทำ จึงจะถือว่าเป็นการกระทำหน้าที่ต้องกระทำอาจพิจารณาได้หลายอย่าง เช่น หน้าที่ตามสัญญา หน้าที่ตามวิชาชีพ หน้าที่ตามกฎหมาย หน้าที่ตามความสัมพันธ์ที่ก่อขึ้นก่อนแล้ว<sup>66</sup>

ในส่วนคำว่า “จงใจ” ไม่ได้มีการบัญญัติศัพท์ไว้เป็นการเฉพาะ ในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แปลมาจากคำศัพท์ภาษาอังกฤษว่า “Wilfully” นักนิติศาสตร์ไทยหลายท่านได้อธิบายไว้ เช่น

ศาสตราจารย์ ดร.จี๊ด เศรษฐบุตร อธิบายว่า ความผิดโดยเจตนา หมายถึง ความผิดที่กระทำขึ้นโดยประสงค์ต่อผล หากดูกฎหมายอาญา เจตนามาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้อธิบายว่า เป็นการกระทำโดยตั้งใจและประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลแห่งการกระทำนั้นได้ หรือที่เรียกว่ากระทำโดยเจตนาแล้ว เช่นนี้ ความผิดโดยจงใจทางละเมิดก็จะเหมือนกับเจตนาทางอาญา<sup>67</sup>

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ให้ความหมาย จงใจ ว่า กระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายแก่เขาแล้วก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ ถ้าได้ทำโดยที่เข้าใจว่าจะมีผลเสียหายเล็กน้อย ก็เป็นการกระทำความเสียหายโดยจงใจเหมือนกัน<sup>68</sup>

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า “กระทำโดยจงใจ” หมายถึง กระทำโดยรู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ส่วนผลหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นจะมากหรือน้อยเพียงใดไม่สำคัญ การกระทำดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายแล้ว

<sup>65</sup> ไพจิตร ปุญญพันธุ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 63. หน้า 10.

<sup>66</sup> ศักดิ์ สนองชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 64. หน้า 256.

<sup>67</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร. (2556). *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด* (พิมพ์ครั้งที่ 8). โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 120-121.

<sup>68</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. (2523). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452 ว่าด้วยมูลเหตุแห่งหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 4). เอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า

“กระทำโดยประมาทเลินเล่อ” หมายถึง กระทำโดยไม่ตั้งใจ แต่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง ตามสมควรที่ใช้ การกระทำอย่างไรเป็นประมาทเลินเล่อต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป เช่น ขับรถยนต์จะผ่านทางรถไฟ แม้ไม่มีป้ายสัญญาณ “หยุด” บอกไว้แต่ก็มีป้ายบอกเครื่องหมายว่ามีทางรถไฟข้างหน้าแสดงไว้ ซึ่งควรใช้ความระมัดระวังดูความปลอดภัยให้แน่เสียก่อน โดยชะลอความเร็วและหยุดรถมองซ้ายและขวา ต่อเมื่อเห็นว่าปลอดภัยแล้วจึงขับต่อไป แต่ไม่ปรากฏว่าได้ปฏิบัติดังกล่าวเมื่อรถยนต์ที่จำเลยขับชนกับรถไฟ จึงเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลย

การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจึงเป็นองค์ประกอบทางจิตใจ ซึ่งเป็นหลักสำคัญที่จะแยกความรับผิดชอบในทางละเมิดธรรมดา ออกจากความรับผิดชอบเด็ดขาด เพราะความรับผิดชอบเด็ดขาดไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบทางจิตใจข้อนี้หมายความว่าบุคคลที่ต้องรับผิดชอบไม่จำเป็นต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ<sup>69</sup>

ดังนั้น การพิจารณาความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ ซึ่งมีความระมัดระวัง รอบคอบในระดับปกติ ในฐานะผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์มักจะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อมากกว่าการกระทำโดยจงใจ โดยที่ผู้ป่วยจะต้องเป็นฝ่ายนำสืบให้ศาลเห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์นั้นกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างไร

ศาสตราจารย์วาริ นามสกุล ได้อธิบายคำว่า วิสัย หมายถึง ลักษณะที่เป็นอยู่ของผู้กระทำของบุคคล บางทีก็อาจเรียกว่าสภาพภายในตัวของผู้กระทำ เช่น เป็นคนบกพร่องทางกายหรือจิตใจ เป็นเด็กพิการเป็นต้น ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

1. วิสัยของคนธรรมดาสามัญ พิจารณาได้จาก เพศ อายุ การศึกษา เป็นต้น เช่น เด็กย่อมมีความระมัดระวังอย่างเด็ก จะให้มีความรอบคอบเหมือนเป็นผู้ใหญ่ไม่ได้
2. วิสัยของบุคคลผู้มีวิชาชีพ หมายถึง บุคคลผู้มีวิชาชีพจะต้องมีความระมัดระวังตามวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นๆ เช่น ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์จะต้องมีความระมัดระวังแบบแพทย์มากกว่าบุคคลธรรมดา<sup>70</sup> เป็นต้น

จากการศึกษาหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัย ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์กระทำการ โดยประมาทเลินเล่อ หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาถึงระดับความระมัดระวัง ตามวิสัยและพฤติการณ์ของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์เป็นสำคัญ แต่กลับไม่ใช่ให้เพียงพอต่อมถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

<sup>69</sup> ไพจิตร ปุณฺณพินฺธุ์. อ่างแล้วเชิงจรดที่ 63. หน้า 11.

<sup>70</sup> ไพจิตร ปุณฺณพินฺธุ์. อ่างแล้วเชิงจรดที่ 63. หน้า 12.

## 2) การกระทำโดยผิดกฎหมาย

ความรับผิดทางละเมิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าการกระทำอันใดถือว่าการกระทำผิดกฎหมาย คำว่าผิดกฎหมายในมาตรา 420 นี้หมายถึง การกระทำความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดของบุคคล คือ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างอื่นของบุคคล โดยไม่มีสิทธิหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายให้ทำได้<sup>71</sup>

“โดยผิดกฎหมาย” หมายความว่า ถ้าการกระทำนั้นเป็นการล่วงสิทธิโดยผิดหน้าที่ต้องเคารพต่อสิทธินั้น เป็นการกระทำผิดกฎหมายในตัวโดยไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นผิดกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง แต่ถ้ามีอำนาจกระทำที่เกิดจากกฎหมายให้อำนาจ สัญญา คำพิพากษา หรือกฎหมายนิรโทษกรรม เช่นนี้ก็ไม่ใช่เป็นการกระทำผิดกฎหมาย<sup>72</sup>

ในมาตรา 420 ตามฉบับร่างภาษาอังกฤษนั้น ใช้คำว่า “Unlawful” ซึ่งตรงกับคำว่า มิชอบด้วยกฎหมาย ในมาตรา 421 และยังรวมถึงการกระทำโดยไม่มีสิทธิ หรือกระทำไปโดยเป็นการล่วงสิทธิของผู้อื่น ผู้กระทำไม่มีสิทธิที่จะกระทำ หรือกระทำโดยไม่มีสิทธิ ย่อมถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย โดยศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า กฎหมายมาตรา 709 ของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น อธิบายว่า เป็นการกระทำที่ต่างหากไปจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย โดยผู้กระทำไม่มีอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้น และไม่มีคำที่ว่า ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย เพราะถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นผิดกฎหมายอยู่ในตัว<sup>73</sup>

## 3) ความเสียหายต้องเป็นผลจากการกระทำละเมิด

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ให้ความหมายว่า ความเสียหายต้องเป็นผลจากการกระทำละเมิด หมายความว่า ความเสียหายกับการกระทำต้องมี “ความสัมพันธ์กันระหว่างเหตุและผล” กล่าวคือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำของผู้กระทำ ถ้าการกระทำและความเสียหายเป็นเหตุเป็นผลซึ่งกันและกันแล้ว ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น<sup>74</sup>

อาจารย์ศักดิ์ สนองชาติ ได้อธิบายลักษณะความเสียหายที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 420 ไว้ว่า ต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน เป็นความเสียหายที่เกิดแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ อนามัย

<sup>71</sup> เพิ่ง เพิ่งนิติ. (2560). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิจารณ์การพิมพ์. หน้า 11.

<sup>72</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 11.

<sup>73</sup> หยุด แสงอุทัย. (2560). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 39.

<sup>74</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 68. หน้า 212-214.

ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใด อาจเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือมิใช่ตัวเงินก็ได้ เช่นค่าขาดประโยชน์เพราะทำงานไม่ได้ และต้องเป็นความเสียหายตามกฎหมาย การละเมิดสิทธิของผู้อื่น เป็นความผิดต่อกฎหมายเว้นแต่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำเช่นนั้นได้ รวมถึงต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่น ความเสียหายที่เกิดแก่ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน เป็นความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลทั้งสิ้น

#### 4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

หลักเกณฑ์ประการสุดท้ายเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางละเมิดคือ ความเสียหายต้องเป็นผลมาจากการกระทำละเมิดของผู้ก่อความเสียหาย ซึ่งเรียกว่า “ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลหรือระหว่างความผิดกับความเสียหาย” ซึ่งมีทฤษฎีที่สำคัญ 2 ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเงื่อนไข และทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม โดยในคดีแพ่งศาลนิยมใช้ทั้งสองทฤษฎีปนกันอยู่เสมอมา จนทำให้หลักเกณฑ์ที่แน่นอนไม่ได้ว่าศาลใช้ทฤษฎีไหนมากกว่ากัน เนื่องจากทฤษฎีทั้งสองต่างมีข้อดีและข้อเสียอยู่ด้วยกัน โดยทฤษฎีความรับผิดชอบในทางละเมิดในประเทศไทย มีดังนี้

##### 2.3.2 ทฤษฎีความรับผิดชอบในทางละเมิดจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์ในประเทศไทย

ความเสียหายต้องเป็นผลจากการกระทำละเมิด หมายความว่า ความเสียหายกับการกระทำต้องมี “ความสัมพันธ์กันระหว่างเหตุและผล” กล่าวคือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำของผู้กระทำ ถ้าการกระทำและความเสียหายเป็นเหตุเป็นผลซึ่งกันและกันแล้ว ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น<sup>75</sup> ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล มีทฤษฎีที่สำคัญอยู่ 2 ทฤษฎีด้วยกัน ได้แก่

1) ทฤษฎีเงื่อนไขหรือทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ (Theory of Conditional Factors) ตามทฤษฎีนี้ถือว่า ถ้าไม่มีการกระทำดังกล่าวแล้วผลจะไม่เกิดขึ้น ดังนั้น จึงต้องถือว่าผลที่เกิดขึ้นเป็นผลที่เกิดจากการกระทำนั้น ถึงแม้ว่า ผลอย่างหนึ่งอาจจะเกิดขึ้นได้จากเหตุหลายประการ แต่ถ้าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นเหตุให้เกิดผลนั้นแล้ว ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบโดยไม่ต้องคำนึงว่ายังมีเหตุอื่นอีกหรือไม่ที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น ตามทฤษฎีนี้ ถือว่า เหตุทุกเหตุมีน้ำหนักเท่ากัน และจะไม่ถือว่าเป็นเพราะเหตุบางประการที่ก่อให้เกิดผลเช่นนั้น เพราะถ้าไม่มีเหตุทุกๆประการเหล่านั้นรวมเข้าด้วยกันแล้ว ผลก็ย่อมจะไม่เกิดขึ้น

2) ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม (Theory of Adequate Cause) ทฤษฎีนี้ถือว่า ในบรรดาเหตุทั้งหลายที่ก่อให้เกิดผลเช่นนั้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบเฉพาะแต่เหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเช่น

<sup>75</sup> จิตติ ดิงศกัทธิย์. อ้างอิงแล้วเชิงอรรถที่ 68. หน้า 149.

ว่านั่นเท่านั้น และผลที่เกิดขึ้นจะต้องไม่ไกลเกินเหตุจนความคิดเห็นของบุคคลธรรมดาไม่สามารถจะคาดหมายได้<sup>76</sup>

เมื่อพิจารณาทฤษฎีทั้งสองนี้ต่างมีทั้งข้อดีและข้อเสียแตกต่างกัน กล่าวคือ ทฤษฎีเงื่อนไข (Theory of Conditional Factors) ซึ่งถือหลักว่าถ้าไม่มีการกระทำ ผลก็จะไม่เกิดขึ้น ข้อดี คือ เป็นหลักที่ตรงกับความจริงตามธรรมชาติ คือ ถ้าไม่ทำ ความเสียหายนั้นก็ไม่เกิด แต่ข้อเสียของทฤษฎีนี้คือ อาจทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบไปโดยไม่มีขอบเขตสิ้นสุด ซึ่งหมายความว่า แม้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะเป็นความเสียหายที่ไม่มีใครสามารถจะคาดหมายได้ก็ตาม ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบและในส่วนทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม (Theory of Adequate Cause) มีข้อดีที่ตรงกับหลักการวินิจฉัย กล่าวคือ ความรับผิดชอบต้องวินิจฉัยตามพฤติการณ์ที่บุคคลในฐานะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำควรจะรู้ แต่ข้อเสียคือ เป็นการจำกัดผลที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบนั้นค่อนข้างแคบ เพราะผลที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบนั้นต้องอยู่ในความคาดหมายที่ผู้กระทำจะคาดหมายได้เท่านั้น ซึ่งอาจจะขัดกับความเป็นจริงในกรณีที่มีความเสียหายเป็นผลมาจากการกระทำโดยแท้แต่ผู้กระทำอาจไม่ต้องรับผิดชอบ<sup>77</sup>

## 2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทจากการรับบริการทางการแพทย์ในประเทศไทย

เนื่องจากกระบวนการทางยุติธรรมของประเทศไทยนั้นมีการพัฒนาให้ทันยุคทันสมัย การคิดค้นมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อนำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ย่อมต้องพิจารณาถึงปัจจัยของสภาพแวดล้อมประกอบด้วย ดังกรณีกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกอันเป็นพื้นฐานตามแนวคิดการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม โดยการดำเนินกระบวนการนี้ต้องศึกษาถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งทางด้าน สังคม กฎหมาย แนวคิดต่างๆที่เกี่ยวข้อง โดยในการศึกษาเรื่องการระงับข้อพิพาททางการแพทย์นี้ จำต้องศึกษาถึงแนวคิดอันเป็นที่มาของการระงับข้อพิพาทจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์ดังต่อไปนี้

### 2.4.1 ความหมายและความเป็นมา การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจากการรับบริการทางการแพทย์

กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น อาจเป็นคำที่ได้เห็นหรือได้ยิน ในกรณีที่มีการพิพาทเกิดขึ้น เช่น ในกรณีการพิพาทกันระหว่างผู้ป่วยกับแพทย์/บุคลากรทางการแพทย์ ซึ่งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นแนวทางหนึ่งที่สามารถจะทำให้ข้อพิพาทระงับได้โดยคู่กรณีพึงพอใจทั้งสองฝ่ายโดยคนกลางคอยช่วยเหลือแนะนำและเสนอแนะแนวทางในการยุติข้อพิพาท ความหมายของการไกล่เกลี่ยนั้น ต่างมีการให้ความหมายที่แตกต่างกันไปอยู่หลายความหมาย ดังนี้

<sup>76</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. อ้างอิงแล้ว เจริญธรรมที่ 68. หน้า 149.

<sup>77</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. อ้างอิงแล้ว เจริญธรรมที่ 68. หน้า 146-148.

#### 2.4.1.1 ความหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ในประเทศไทยได้มีผู้ให้ความหมายสำหรับคำว่า การไกล่เกลี่ย (Mediation) ไว้หลายประการประกอบกับมีนักกฎหมายทั้งที่เป็นของต่างประเทศและของไทย<sup>78</sup>ไว้ดังนี้

“ไกล่เกลี่ย” หมายถึง พยายามให้ปรองดองกัน พยายามให้ตกลงกัน ลุบไล้ ทำให้เรียบร้อย ทำให้มีส่วนเสมอกัน<sup>79</sup>

“การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediator)” หมายถึงการไกล่เกลี่ยเป็นเรื่องที่ถูกเข้าใจโดยทั่วไปว่าเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในระยะต้น มีแบบแผน มุ่งเนื้องานเป็นสำคัญและเป็นกระบวนการแทรกแซงอย่างมีส่วนร่วมด้วยกัน โดยคู่พิพาทจะทำงานกับบุคคลที่สามที่เป็นคนกลาง อย่างผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อบรรลุข้อตกลงที่ยอมรับซึ่งกันและกัน<sup>80</sup>

“การเจรจาไกล่เกลี่ย” หมายถึง การเข้าไปแทรกแซงในการไกล่เกลี่ยโดยผู้ที่เป็นบุคคลที่สามเป็นคนกลางและเป็นที่ยอมรับ โดยคนกลางไม่มีอำนาจหน้าที่ในการตัดสินใจในเรื่องปัญหาข้อพิพาท แต่มีหน้าที่ช่วยให้คู่พิพาทบรรลุข้อตกลงร่วมกันทั้งสองฝ่ายโดยสมัครใจ<sup>81</sup>

“การไกล่เกลี่ยโดยคนกลาง” หมายถึง การเจรจาไกล่เกลี่ยที่อาศัยบุคคล หรือกลุ่มบุคคลที่เป็นกลาง ไม่ใช่การเกลี้ยกล่อม คนกลางไม่มีอำนาจชี้ผิดถูก ไม่มีส่วนได้เสีย ดังนั้นจะต้องเป็นผู้ที่ทั้งคู่ให้ความเชื่อถือ<sup>82</sup>

“การไกล่เกลี่ยหมายถึง” การพูดคุย หรือปัญหาข้อพิพาทโดยมีตัวละครเข้ามาเกี่ยวข้องกับ การพูดคุยระหว่างคู่กรณี โดยตัวละครดังกล่าวคือ ผู้ไกล่เกลี่ย เป็นผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับปัญหาข้อพิพาทแต่อย่างใด แต่จะเป็นคนที่ได้รับการร้องขอให้เข้ามาช่วยแก้ไขปัญหาคความขัดแย้ง<sup>83</sup>

“การไกล่เกลี่ย” หมายถึง กระบวนการแก้ไขปัญหาข้อพิพาท โดยมีบุคคลที่สามซึ่งหมายถึงคนกลางเข้าช่วยเหลือ แนะนำในการเจรจาต่อรองของกลุ่มความ เพื่อระงับข้อพิพาท หรือหมายถึง

<sup>78</sup> หอการค้าไทยและสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย. *แนวทางของศาลในการปฏิบัติการอนุญาโตตุลาการในศาล*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : [http://www.iccthailand.or.th/arbitration\\_detail.php?id=2](http://www.iccthailand.or.th/arbitration_detail.php?id=2) [2560,20 มกราคม].

<sup>79</sup> ราชบัณฑิตยสถาน. (2556). *พจนานุกรมฉบับบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นามิบุ๊คส์. หน้า 73.

<sup>80</sup> ชลิตา ศรีสง่า. (2552). *ข้อจำกัดของกฎหมายในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีแพ่งของศาลยุติธรรม*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 11.

<sup>81</sup> พระมหาพรหมชา ฐมมหาโส. (2556). พระพุทธเจ้าในฐานะนักเจรจาไกล่เกลี่ย. *วารสารคุณพาท*, 60. หน้า 22.

<sup>82</sup> กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2550). *การไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทและความขัดแย้งในชุมชน*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ชุมนุมสหกรณ์การเกษตรแห่งประเทศไทย. หน้า 13.

<sup>83</sup> สรวิต ลิ้มปรีงยี. (2555). *การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท*. กรุงเทพฯ: สำนักกระงับข้อพิพาทสำนักงานศาลยุติธรรม. หน้า 62.

กระบวนการซึ่งมีการตั้งคณะบุคคลหรือบุคคล โดยเปิดเผยและเป็นกลางระหว่างคู่ความเพื่อใช้ความพยายามในการแก้ไขความขัดแย้งให้บรรลุถึงข้อตกลงอันเหมาะสม<sup>84</sup>

“การไกล่เกลี่ย” หมายถึง กระบวนการแก้ไขข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามที่เป็นคนกลางเข้าช่วยเหลือและแนะนำในการเจรจาต่อรองของคู่ความเพื่อระงับข้อพิพาท<sup>85</sup>

“การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท” หมายถึง กระบวนการซึ่งมีการตั้งคณะบุคคลหรือบุคคล โดยเปิดเผยและเป็นกลางระหว่างคู่ความ เพื่อใช้ความแก้ไขความขัดแย้งในทางแพ่งให้บรรลุถึงข้อตกลงอันเหมาะสม ต่างกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการระหว่างเพื่อนหรือโดยผู้นำท้องถิ่น<sup>86</sup>

“การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท” หมายถึง กระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีบุคคลที่สามเข้ามาช่วยให้คู่ความมาเจรจาต่อรองกันได้สำเร็จ โดยเป็นผลผลิตประการหนึ่งซึ่งเกิดจากความล้มเหลวของการเจรจาต่อรองแต่มีใจเป็นสิ่งที่เข้ามาแทนที่การเจรจาต่อรอง กระบวนการดังกล่าวมีประโยชน์ในการช่วยให้คู่ความทั้งสองฝ่ายหรือทุกฝ่ายสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกัน จากกรณีที่มีการพิพาทกันนั้นผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นคนกระตุ้นให้คู่ความตกลงกันได้ง่ายขึ้นแต่ไม่มีอำนาจในการกำหนดข้อตกลงให้แก่คู่ความแต่อย่างใด<sup>87</sup>

โดยสมาคมเนติบัณฑิตยสภาของประเทศไทย ค.ศ. 1989 ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า "การไกล่เกลี่ย" คือ การที่บุคคลภายนอกซึ่งเป็นที่ยอมรับ เป็นอิสระ เป็นกลางและไม่มีอำนาจตัดสินใจเข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทหรือเกี่ยวข้องกับการเจรจาต่อรอง เพื่อช่วยคู่พิพาทให้บรรลุข้อตกลงในการระงับประเด็นต่างของข้อพิพาทด้วยความสมัครใจของเขาเอง<sup>88</sup>

จากความหมายของการไกล่เกลี่ยข้างต้น ผู้วิจัยพอจะสรุปได้ว่าการไกล่เกลี่ย หมายถึง กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยมีคนกลางทำหน้าที่เป็นผู้เสนอแนะช่วยเหลือในการเจรจาต่อรอง

<sup>84</sup> กระทรวงยุติธรรม. (2547). *กลยุทธ์การไกล่เกลี่ย*. (ม.ป.ท). หน้า 43.

<sup>85</sup> ศูนย์วิชาการระงับข้อพิพาททางเลือก สำนักงานศาลยุติธรรม. (2555). *การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: บริษัทชนาพรสจำกัด. หน้า 42.

<sup>86</sup> พรทิพย์ อุดมสิน. (2546). *รายงานการวิจัยของสำนักงานศาลยุติธรรม เรื่อง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลกับการช่วยเหลือคณะกรรมการบริหารจัดการคดี*. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. หน้า 3.

<sup>87</sup> ภาณุ รังสีสหัส. (2548). *รวมบทความการไกล่เกลี่ยและประนีประนอมข้อพิพาทและความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง*. กรุงเทพฯ: สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม. หน้า 3.

<sup>88</sup> สม อินทรีพุง. (2545). *หลักเกณฑ์การประนีประนอมและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท. วารสารกฎหมายสหภาพนายความ*. หน้า 52.



ระหว่างคู่กรณีหรือคู่พิพาทโดยการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยในสถานที่เหมาะสมต่อการเจรจา เพื่อให้สามารถบรรลุข้อตกลงและขจัดความขัดแย้งลงได้ โดยข้อเสนอแนะของผู้ไกล่เกลี่ยไม่ถือเป็นข้อผูกพันที่บังคับให้คู่กรณีหรือคู่ความต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด โดยที่คู่กรณียังคงรักษาสัมพันธภาพอันดีต่อกันไว้ได้

#### 2.4.1.2 ความเป็นมาของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

สำหรับประเทศไทยกระบวนการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาททั้งภายในและภายนอกศาลมีปรากฏมาอย่างยาวนาน โดยจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 ซึ่งระหว่างการพิจารณาของศาล ศาลสามารถทำการไกล่เกลี่ยได้ แต่สำหรับกระแสที่หันมาให้ความสำคัญ และผลักดันให้กระบวนการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทอย่างจริงจังนั้นเริ่มตั้งแต่ปี พ.ศ. 2535 เป็นต้นมา ซึ่งในอดีตกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายนอกศาล กฎหมายได้มีช่องทางในการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทในระดับท้องถิ่น เช่น พระธรรมนูญศาลหัวเมือง รัตนโกสินทรศก 114 (พ.ศ.2438) หมวดที่ 6 กำหนดให้กำนัน มีอำนาจในการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาท “ความแพ่งแลความพิพาทเล็กน้อย” ในคดีที่มีทุนทรัพย์หรือเบี้ยปรับใหม่ ไม่เกิน 20 บาท และเป็นความที่ไม่มีโทษหลวง หากจำเลยอยู่ในพื้นที่ตำบล และให้นายแขวงมีอำนาจในการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทในคดีที่กำหนดทำการไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จ หรือเป็นคดีที่มีทุนทรัพย์หรือเบี้ยปรับใหม่ ตั้งแต่ 20 ถึง 40 บาท หากคู่ความต้องการ เป็นต้น

ในเวลาต่อมาเมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องถิ่น พ.ศ.2457 การไกล่เกลี่ยดังกล่าวได้โอนมาซึ่งนายอำเภอ โดยให้มีอำนาจไกล่เกลี่ยความแพ่งที่ผู้ถูกร้องมีภูมิลำเนาหรือมีมูลคดีเกิดขึ้นในพื้นที่อำเภอ ส่วนความเป็นมาของกระบวนการไกล่เกลี่ยในศาลในคดีแพ่งพบว่า พระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแพ่ง รัตนโกสินทรศก 115 พ.ศ.2439 ได้บัญญัติ “ให้ศาลมีหน้าที่ในการพยายามว่ากล่าวเปรียบเทียบบให้คู่ความประนีประนอมยอมกัน โดยตั้งเงินเดือนกำลังสติปัญญาที่จะกระทำได้”เมื่อไกล่เกลี่ยสำเร็จให้ทำคำสั่ง “เลิกแล้วกัน”ตามสัญญายอมความซึ่งศาลเป็นผู้บันทึกข้อตกลงแล้วห้ามนำคดีมาฟ้องอีก (มาตรา 6, 9, 83) ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง รัตนโกสินทรศก 127 (พ.ศ.2451) ยังคงมีเนื้อหาเช่นเดิม แต่มีการแก้ไขเนื้อหาสำคัญ คือ ไม่ได้บังคับให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นหน้าที่ของศาลอีกต่อไป เพียงแต่ระบุไว้ว่าผู้พิพากษามีอำนาจกระทำได้ ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในปี พ.ศ.2478 กฎหมายฉบับดังกล่าว บัญญัติให้ศาลมีอำนาจให้คู่ความมาศาล

และสามารถ “เปรียบเทียบคู่ความ” เพื่อให้เกิดการตกลงประนีประนอมยอมความกันได้<sup>89</sup> โดยนอกจากนี้ ยังมีการแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2499 ให้ผู้ที่ขัดขืนไม่มาตามที่ศาลเรียกถือว่ากระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล<sup>90</sup> การกำหนดดังกล่าวส่งผลให้กระบวนการไกล่เกลี่ยมีลักษณะบังคับทำให้บางครั้งเกิดความขัดแย้งระหว่างคู่ความที่ไม่ต้องการเข้าสู่กระบวนการทางศาลที่พยายามผลักดันให้เกิดการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ส่วนในคดีอาญาในความผิดต่อส่วนตัว พบว่าตั้งแต่ปี พ.ศ.2477 เป็นต้นมา ศาลมีเพียงแนวปฏิบัติในการซักถามจำเลยในวันสอบปากคำจำเลยและในวันนัดสืบพยานโจทก์นัดแรกว่า จำเลยและผู้เสียหายได้เจรจากันมาบ้างหรือไม่และได้ผลว่าอย่างไร แต่ไม่ได้เชิญชวนหรือมุ่งเน้นให้ทั้งสองฝ่ายทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกัน จุดเปลี่ยนสำคัญที่สะท้อนให้เห็นถึงกระแสการหันมาให้ความสำคัญและผลักดันกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างจริงจัง<sup>91</sup>

กระบวนการไกล่เกลี่ยของประเทศไทยนั้นได้ปรากฏขึ้นในกระบวนการของศาลยุติธรรมในช่วงปี พ.ศ.2535 เมื่อนายประมาธ ชันชื้อประธานศาลฎีกาในขณะนั้นได้เริ่มผลักดันให้ศาลต่างๆ นำ กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้อย่างเต็มรูปแบบและแพร่หลายรวมถึงมีการเชิญวิทยากรจากต่างประเทศมาบรรยายและอบรมผู้พิพากษาไทยในเรื่องกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อมาในปี พ.ศ.2537 ศาลแพ่งได้ออกระเบียบศาลแพ่งว่าด้วยการไกล่เกลี่ยเพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความ พ.ศ.2537 โดยระเบียบดังกล่าว เป็นผลจากมติที่ประชุมผู้พิพากษาในศาลแพ่งที่ให้มีการยกร่างขึ้นโดยใช้หลักเกณฑ์และวิธีการตามมติที่ประชุมมีมติ ประกอบกับนำเอาแนวทางการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสหรัฐอเมริกามาประยุกต์ใช้ นอกจากนี้ในปี พ.ศ.2538 กระทรวงยุติธรรมได้มีหนังสือแจ้งให้ศาลต่างๆว่า มีโครงการจะร่วมมือกับศาลในการสร้างแนวทางการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้เกิดขึ้น โดยกระทรวงยุติธรรมได้กำหนดรูปแบบและตัวอย่างการดำเนินการจัดการอบรมสัมมนาแก่ผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ธุรการ รวมถึงพยายามพัฒนารูปแบบการไกล่เกลี่ยให้เป็นระบบและแนวทางเดียวกันทั่วประเทศ ภายหลังจากส่งหนังสือดังกล่าวพบว่าศาลต่างๆ ได้ร้องขอความสนับสนุนจากกระทรวงยุติธรรมเพื่อสร้างระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาทขึ้นในศาล จวบจนถึงปี พ.ศ.2544 ประเทศไทยจึงได้มีการนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในศาลทั่วประเทศจนถึงปัจจุบัน<sup>92</sup>

<sup>89</sup> พิธีชัย ไชยแสงสุกุล และอรุณรัตน์ วิเชียรเขียว. (2532). *วิจัยพื้นฐานกฎหมายด้านนาไทยโบราณ: วิเคราะห์ระบบโครงสร้างและเนื้อหาบทบัญญัติที่จารึกในใบลาน*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 313.

<sup>90</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2499. มาตรา 3.

<sup>91</sup> พิธีชัย ไชยแสงสุกุล และอรุณรัตน์ วิเชียรเขียว. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 89. หน้า 313.

<sup>92</sup> วินัย อากงหาญ และคณะ. (2550). *การประเมินประสิทธิผลของระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล*. กรุงเทพฯ:

## 2.4.2 แนวคิด ทฤษฎี การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศไทย

### 2.4.2.1 แนวคิดการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศไทย

ในสังคมปัจจุบันมีความหลากหลายของผู้คนที่อาศัยอยู่ร่วมกัน โดยอาจมีการกระทบกระทั่งกันย่อมเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ไม่ว่าจะด้วยสาเหตุใดก็ตาม ซึ่งเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะทำให้สังคมนั้นๆเกิดความไม่สงบสุข ไม่เป็นระเบียบเรียบร้อย การยุติข้อพิพาทจึงเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการที่จะนำความสงบเรียบร้อยกลับคืนสู่สังคม ด้วยเหตุนี้จึงมีแนวความคิดเกี่ยวกับการจัดการความขัดแย้ง โดยจะเห็นว่าความขัดแย้งเกิดขึ้นตั้งแต่สมัยศึกค้ำบรพจันถึงสังคมสมัยปัจจุบันในทุกๆสังคมจะพบว่า ความขัดแย้งอาจเกิดจากความต้องการที่แตกต่างกัน ความต้องการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดการแย่งชิงอำนาจการแข่งขัน ความขัดแย้งอาจเกิดขึ้นระหว่างบุคคลหรือประชาชนโดยทั่วไปในสังคม จะเห็นได้ว่าสาเหตุของความขัดแย้งไม่จำเป็นต้องมาจากสาเหตุเดียวแต่อาจมีหลายสาเหตุก็ได้ เช่น การสื่อสารที่บกพร่องโดยธรรมชาติของมนุษย์มักจะชอบพูดมากกว่าฟังและแสดงความต้องการของตนเองมากกว่าที่จะรับรู้ความต้องการของผู้อื่น จึงทำให้เกิดปัญหาของการสื่อสารได้หรือความขัดแย้งที่เกิดจากความไม่พอใจในการกระทำของผู้อื่นได้ เป็นต้น

ดังนั้น การอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมย่อมมีการติดต่อปฏิสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน การทำกิจกรรมร่วมกันในสังคมอาจนำไปสู่การกระทบกระทั่งกันได้ ฉะนั้นเมื่อความขัดแย้งเกิดขึ้นในสังคมสิ่งที่สำคัญที่สุดคือ จะต้องหาหนทางที่จะระงับความขัดแย้งที่เกิดขึ้นให้ยุติลงให้ได้สำหรับวิธีในการจัดการความขัดแย้งนั้นมีด้วยกันหลายวิธีหลายรูปแบบ ซึ่งเริ่มจากลักษณะที่ไม่เป็นทางการหรือเป็นกระบวนการที่คู่กรณีเป็นผู้ตัดสินใจเลือกกระบวนการหรือวิธีการรวมถึงผลของการแก้ไขข้อขัดแย้งด้วย จนกระทั่งเป็นการแก้ไขข้อขัดแย้งในลักษณะบังคับ ซึ่งวิธีต่างๆย่อมขึ้นอยู่กับระดับความขัดแย้งและสถานการณ์ในขณะนั้นเป็นหลัก และอำนาจในการจัดการความขัดแย้ง เป็นต้น ที่จะนำไปสู่ความสงบสุขและความเรียบร้อยของสังคม ดังนั้นวิธีการที่จะจัดการกับความขัดแย้งที่ปรากฏในปัจจุบัน ในบทนี้จะกล่าวถึงการระงับข้อพิพาทด้วยไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) ดังจะกล่าวต่อไปนี้

เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เป็นแนวความคิดที่พัฒนามาจากแนวความคิดของการเจรจา ซึ่งเป็นกระบวนการแก้ไขปัญหาคู่กรณีที่ประกอบไปด้วยคนสองคนหรือมากกว่านั้น มีความสมัครใจ พุดคุย ปรึกษา เพื่อหาข้อบรรลุเป้าหมายร่วมกัน การเจรจาอาจแบ่งได้เป็น 2 แบบ แบบเป็นทางการ เช่น การเจรจาธุรกิจ หรือการเจรจาในที่ประชุม เป็นต้น อีกประเภทหนึ่งคือการเจรจาแบบ

ไม่เป็นทางการ เช่นการเจรจากับเพื่อนหรือคนรู้จัก เป็นต้น<sup>93</sup> การเจรจานั้นไม่เพียงแต่เป็นวิธีการต่อรองเพื่อให้บรรลุความต้องการ แต่ยังเป็นการค้นหาแนวทางการแก้ไขปัญหาของบุคคลหรือกลุ่มบุคคล

ดังนั้นการหาทางออกร่วมกัน โดยการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จึงเป็นอีกทางเลือกหนึ่ง ที่คู่พิพาทเลือกเพราะไม่ต้องเสียเวลาในการดำเนินคดี และยังเป็นกระบวนการที่อาจมีคนกลางเข้ามาช่วยเหลือให้คู่พิพาทหันหน้ามาพูดคุย เสรจกัน โดยผู้ไกล่เกลี่ยเปรียบเสมือนกรรมการในการชกมวย ไม่มีหน้าที่ในการตัดสินแพ้หรือชนะ เพียงแต่ทำหน้าที่ให้การแข่งขันเป็นไปตามกติกา ดังนั้นการไกล่เกลี่ยจึงเป็นความร่วมมือของสามฝ่าย ได้แก่ คู่พิพาททั้งสองฝ่าย และผู้ไกล่เกลี่ยอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อร่วมกันหาทางออกร่วมกัน โดยสันติวิธีภายใต้สถานการณ์ความขัดแย้ง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งของคู่กรณี โดยที่คู่พิพาทตกลงกันให้บุคคลที่สามเข้ามาช่วยในการไกล่เกลี่ย แต่ผู้ที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยจะไม่มีอำนาจในการบังคับให้คู่พิพาทตกลงกัน ไม่มีอำนาจในคำตัดสินหรือกำหนดผลลัพธ์ของการเจรจาให้แก่คู่ความ แต่อาจเสนอแนวทางในการตกลงให้แก่คู่พิพาทได้

#### 2.4.2.2 ทฤษฎี การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศไทย

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นกระบวนการซึ่งมีบุคคลที่สามเข้ามาเป็นคนกลางในการเจรจาต่อรองของคู่พิพาทให้ประสบความสำเร็จ ดังนั้นเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครอง จึงจำเป็นต้องมีความรู้และอาศัยหลักทฤษฎีในการไกล่เกลี่ย ซึ่งมีอยู่ 2 ทฤษฎี ได้แก่

1) ทฤษฎีการแก้ปัญหา (Problem Solving Theory) ทฤษฎีนี้ได้รับอิทธิพลมาจากผลงานเรื่องนักแก้ปัญหาทั่วไป (General Problem Solver) ของ Ernes & Newell 1969 และ Newell & Simon 1979 เป็นทฤษฎีการแก้ไขปัญหาของมนุษย์ โดยเชื่อว่าทฤษฎีนี้ ผู้เข้าร่วมเจรจาทุกคนต้องมีผลประโยชน์ร่วมกันบางประการ ซึ่งหมายถึงหากการเจรจาประสบผลสำเร็จก็จะเป็นประโยชน์ต่อทุกฝ่ายที่เข้าร่วมเจรจากรายได้ความขัดแย้งการแก่งแย่งชิงดีกันในสังคม<sup>94</sup> ทฤษฎีการแก้ปัญหานี้จึงได้ศึกษาและหาทางแก้ไขโดยคำนึงถึงประโยชน์ร่วมกันเป็นหลัก โดยมีหลักสำคัญได้แก่ การแยกปัญหาความสัมพันธ์ส่วนตัวออกจากปัญหาข้อขัดแย้งและแก้ไขในแต่ละปัญหาออกจากกันเน้นการให้ความสำคัญของประโยชน์ได้เสียและความต้องการของคู่ความ โดยมองข้ามความแตกต่าง

<sup>93</sup> วันชัย วัฒนศัพท์ และคณะ. (2550). *คู่มือเพิ่มพลังความสามารถกระบวนการข้อพิพาท* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: ศิริภรณ์ออฟเซต. หน้า 119.

<sup>94</sup> ภาณุ รังสีสหัส. (2555). *การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: ธนาพรส. หน้า 67.

ทางด้านฐานะหาทางเพื่อประสานผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายให้เข้าเป็นประโยชน์ร่วมกัน คิดหาทางเลือกหลายๆ วิธีที่คู่ความจะได้รับผลประโยชน์ร่วมกัน จึงควรแยกการระดมความคิด หาทางแก้ไขปัญหาออกจากกระบวนการประเมินปัญหา เพื่อหาทางแก้ไขอันเป็นประโยชน์กับคู่ความทุกฝ่าย ยืนยันการใช้อุปกรณ์ประกอบต่างๆ ที่ต้องนำมาใช้ในการตัดสินใจ เพื่อประเมินทางเลือกและเข้าใจและแสวงหาทางเลือกที่ดีที่สุด ซึ่งเป็นวิธีที่ดีที่สุดในการประเมินข้อเสนอเพื่อจะตกลงกัน ผู้เจรจาควรยอมรับข้อเสนอของอีกฝ่ายหากข้อเสนอนั้นดีกว่าทางเลือกตามข้อเสนอของตน ทฤษฎีการแก้ปัญหาควรคำนึงถึงความชอบธรรมของฐานะประโยชน์และความประสงค์ของอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งไม่เพียงแต่สิ่งเหล่านี้จะมีความสำคัญต่อขั้นตอนการเจรจา แต่นักกฎหมายควรเปิดโอกาสยอมรับข้อเสนอของอีกฝ่ายในการเจรจาด้วย<sup>95</sup>

ทฤษฎีการแก้ปัญหาคำกล่าวส่วนใหญ่แล้วจึงเป็นการรวบรวมข้อโต้แย้งการแข่งขันเพื่อหาข้อยุติและแก้ไขปัญหานั้น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในแต่ละประเด็นย่อมมีความแตกต่างกันไป ฉะนั้น คนกลางที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยนับว่าเป็นคนที่มีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องค้นหาความพึงพอใจที่แตกต่างกันของคู่กรณี ทั้งนี้อาจใช้ทฤษฎีการแข่งขันผสมผสานกับทฤษฎีการแก้ปัญหามาในการจัดการความขัดแย้งและยุติข้อพิพาทได้

2) ทฤษฎีการแข่งขัน (Competitive Theory) ทฤษฎีนี้ Michael E. Porter 1990 ได้เสนอแนวคิดว่ามีปัจจัยสำคัญที่ส่งผลต่อสถานะการแข่งขัน โดยมองในแง่มุมมองทรัพยากรมีอยู่จำกัดจึงต้องแบ่งกันโดยการแข่งขันเพื่อให้เกิดความสำเร็จ ดังนั้นการแข่งขันจึงเป็นวิธีการแบ่งปันโดยปริยายการแบ่งปันนั้นคือ การแจกจ่ายโดยอีกฝ่ายหนึ่งได้ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งต้องสูญเสีย ซึ่งทฤษฎีนี้ยอมรับว่านักกฎหมายบางคนมีความประสงค์ให้ลูกความของตนเองได้รับความยุติธรรม ความไว้วางใจจากผู้อื่นและการตอบสนองที่มีจริยธรรม ดังนั้นจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญของนักกฎหมายที่ทำหน้าที่เจรจาและเป็นผู้มีความรู้ความชำนาญและสามารถรักษาผลประโยชน์ของลูกความได้ โดยผลประโยชน์นั้นอาจอยู่ในรูปแบบของเงินหรือวัตถุสิ่งของ ตลอดจนต้องมีความเข้าใจในศักยภาพของตนและประโยชน์สูงสุดของลูกความ ทฤษฎีนี้จึงตั้งอยู่บนสมมุติฐานที่ว่า “สังคมอยู่ภายใต้การปกครองหรือการครอบงำของผู้ที่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัว ในสถานการณ์ของการเจรจาแต่ละฝ่ายทั้งนักกฎหมายและลูกความต่างมีความประสงค์ให้บรรลุความต้องการของตนเองมากที่สุด”<sup>96</sup>

<sup>95</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 68.

<sup>96</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร. (2559). *ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ* (พิมพ์ครั้งที่ 1). โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 8.

ดังนั้นตามทฤษฎีดังกล่าวนี้ จึงเป็นรูปแบบการเจรจาที่กำหนดขึ้นโดยถือผลประโยชน์ของตนเองเป็นสำคัญเพื่อให้ตนเองได้รับประโยชน์สูงสุดโดยไม่คำนึงถึงว่าอีกฝ่ายจะต้องเสียผลประโยชน์หรือไม่อย่างไร สมมติฐานเบื้องต้นของทฤษฎีการแข่งขันนี้ คือ สังคมอยู่ภายใต้การปกครองหรือการครอบงำโดยผู้ที่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัวในสถานการณ์ของการเจรจาแต่ละฝ่ายที่ทั้งนักกฎหมายและลูกความที่มีความประสงค์จะให้บรรลุความต้องการของตนมากที่สุด ทฤษฎีการแข่งขันมองว่าโลกมีทรัพยากรอย่างจำกัดซึ่งต้องแบ่งปันกัน โดยการแข่งขันเพื่อให้ประสบความสำเร็จในแต่ละเรื่องทำให้มนุษย์กลายเป็นศัตรูกัน อีกทั้งระบบการแข่งขันยอมรับว่านักกฎหมายบางคนมีความประสงค์ให้ลูกความของตนได้รับความยุติธรรม ชอบธรรม และการตอบสนองที่มีจริยธรรม รูปแบบการเจรจาทรงตั้งขึ้นโดยผลประโยชน์ของตนเองเป็นสำคัญเพื่อให้ตนได้รับผลประโยชน์มากที่สุด แต่ผลของการเจรจาจะคาดหมายได้ยาก เมื่อนักกฎหมายใช้ทฤษฎีแข่งขันในการเจรจายุติข้อพิพาทผลที่เกิดขึ้น ทำให้อาจเกิดอคติที่จะเผชิญหน้า เมื่อนักกฎหมายผู้นั้นขาดข้อมูลที่สำคัญเกี่ยวกับความขัดแย้ง ผู้เจรจาไม่จำเป็นต้องพิเคราะห์ถึงเนื้อหาข้อขัดแย้งแต่เป็นเรื่องของการเสนอข้อเรียกร้องที่สูง ความคุ้มครองผลประโยชน์ของตน นักกฎหมายไม่อาจให้ความสำคัญแก่ประโยชน์พื้นฐานของฝ่ายตรงข้าม แนวทางเช่นนี้เป็นการปิดกั้นโอกาสของนักกฎหมายที่จะได้ประโยชน์ร่วมกันกับฝ่ายตรงข้าม ซึ่งก่อให้เกิดความตึงเครียด ความกลัวในการเจรจา ความไม่เชื่อถือซึ่งกันและกัน ความโกรธจะเกิดขึ้นบ่อยครั้งจากการเจรจา ผลของบรรยากาศในการเจรจาทำให้การสื่อสารของทั้งคู่บิดเบือนไป ความโกรธและความกลัวเป็นอุปสรรคในการแลกเปลี่ยนข้อมูลกัน ทฤษฎีการแข่งขัน นิยมใช้ยุทธศาสตร์ส่งเสริมผู้ที่ยึดมั่นในจุดยืนของตนเป็นข้อเสนอสุดท้ายหากทุกฝ่ายยอมรับยอมเกิดประโยชน์และสามารถดำเนินการยุติข้อพิพาทต่อไป

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ทฤษฎีทั้งสองนี้มีความแตกต่างกันอย่างมากเนื่องจาก ทฤษฎีแก้ปัญหา มีหลักว่า “ ข้อขัดแย้งเป็นปัญหาที่ต้องศึกษาและแก้ไขร่วมกันเพื่อรักษาผลประโยชน์ร่วมกัน” เป็นทฤษฎีที่ถือผลประโยชน์ร่วมกันมุ่งเจรจาแก้ปัญหาเพื่อผลประโยชน์ร่วมกันเป็นหลัก ส่วนทฤษฎีการแข่งขันนั้นมีหลักว่า “สังคมอยู่ภายใต้การปกครองหรือการครอบงำของผู้ที่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัวในสถานการณ์ของการเจรจาแต่ละฝ่ายที่ทั้งนักกฎหมายและลูกความต่างมีความประสงค์ให้บรรลุความต้องการของตนเองมากที่สุด” เป็นทฤษฎีที่ถือประโยชน์ส่วนตนเป็นหลักส่วนจะมีความมุ่งมั่นในการเจรจาเพื่อให้บรรลุเป้าหมายมากกว่าทฤษฎีแก้ปัญหา คงเป็นเพราะโดยสัญชาตญาณการเป็นมนุษย์แท้จริงแล้วมักเห็นประโยชน์ของตนสำคัญกว่าประโยชน์ของผู้อื่นเสมอ ดังนั้นหากนำทั้งสองทฤษฎีมาปรับใช้ร่วมกัน โดยการเจรจาด้วยความมุ่งมั่นและยึดผลประโยชน์ร่วมกันเป็นหลักย่อมจะทำให้การเจรจาไกล่เกลี่ยเกิดประโยชน์สูงสุด

### 2.4.3 วัตถุประสงค์และหลักการสำคัญของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์

ในปัจจุบัน กฎหมายได้เปิดช่องทางให้คู่พิพาทสามารถเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกรณีที่เป็นข้อพิพาททางแพ่งและข้อพิพาททางอาญาในความผิดต่อส่วนตัว โดยสามารถเข้าสู่กระบวนการได้ทั้งในช่วงก่อนหรือหลังมีการนำข้อพิพาทมาฟ้องร้องต่อศาลและหากตกลงกันได้ กฎหมายก็ได้เปิดช่องทางให้คู่พิพาทสามารถทำให้ผลลัพธ์ข้อตกลงที่เกิดขึ้นมีผลผูกพันทางกฎหมาย อันเป็นผลดีต่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญดังจะกล่าวต่อไปนี้

#### 2.4.3.1 วัตถุประสงค์ของการไกล่เกลี่ย

การไกล่เกลี่ย คือ กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการแก้ปัญหาอุปสรรคของการยุติข้อพิพาท ซึ่งเป็นที่น่าพอใจของทุกฝ่าย ดังนั้นวัตถุประสงค์ของการไกล่เกลี่ยจึงมีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้ คือ

1. คู่ความยอมความกันและมีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความต่อกัน เพื่อเป็นการระงับข้อพิพาททั้งสองฝ่ายทั้งหมด
2. โจทก์ถอนฟ้อง กรณีเมื่อทำการไกล่เกลี่ยแล้วคู่ความตกลงกันได้ โดยโจทก์พอใจจากผลการระงับข้อพิพาทด้วยการถอนฟ้อง เนื่องจากไม่คิดใจเรียกร้องสิ่งใดจากจำเลยต่อไป
3. คู่ความยอมรับข้อเท็จจริง การไกล่เกลี่ยอาจทำให้คู่ความได้ทราบถึงประเด็นปัญหาข้อพิพาทที่แท้จริงว่าตนอยู่ตรงจุดใด เมื่อเป็นดังนี้แล้ว แม้ไกล่เกลี่ยและตกลงกันไม่ได้ทั้งหมด แต่คู่ความก็อาจรับข้อเท็จจริงกันบางประการ เป็นผลทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาสืบต่อไปจะกระทำเฉพาะข้อเท็จจริงที่เหลือ ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาโดยแท้ของคดีเท่านั้น การยอมรับข้อเท็จจริงนี้แม้จะไม่ทำให้ประเด็นข้อพิพาทยุติลงโดยสิ้นเชิง แต่ก็มีส่วนช่วยในการพิจารณาคดีสะดวกและรวดเร็วยิ่งขึ้น<sup>97</sup>

#### 2.4.3.2 หลักการสำคัญของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ในอดีตที่ผ่านมาเมื่อมีการพิพาทเกิดขึ้น คู่พิพาทนิยมใช้แนวทางเลือกอยู่สองทาง คือ เกรงจากกันเองหรือฟ้องคดีต่อศาล โดยส่วนใหญ่แล้วคู่พิพาทนิยมเลือกวิธีการฟ้องคดีต่อศาล เนื่องจากการเกรงจากกันเองนั้นทำได้ยาก ยิ่งเกรงยิ่งเกิดความวุ่นวาย เพราะพื้นฐานความคิดของมนุษย์ทุกคนมักเห็นว่าตนเองถูกเสมอ คู่พิพาทจึงนิยมฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลรับฟังข้อเท็จจริงและเป็นคนกลาง

<sup>97</sup> โชติช่วง ทังวงศ์. (2539). *การระงับข้อพิพาทคดีแพ่งโดยการไกล่เกลี่ยเพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความในศาล* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: ศาลแพ่ง. หน้า 99.

ไกล่เกลี่ยเพื่อหาข้อยุตินั้นให้ ซึ่งกระบวนการยุติธรรมทางเลือกด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีหลักการที่สำคัญดังนี้<sup>98</sup>

1) หลักความสมัครใจที่แท้จริง สมัครใจหมายความว่าถึง “การสมัครด้วยความเต็มใจ” คือ การกระทำใดๆเพราะสมัครใจและเต็มใจที่จะทำ หลักความสมัครใจนี้ถือเป็นหลักการสำคัญของการไกล่เกลี่ย เพราะหากคู่ความไม่สมัครใจการไกล่เกลี่ยก็จะเกิดขึ้นไม่ได้ เนื่องจากการไกล่เกลี่ยมิได้มีลักษณะบังคับ ดังนั้นคู่พิพาทอาจถอนตัวหรือยกเลิกการไกล่เกลี่ยเมื่อใดก็ได้ และความสมัครใจนี้จะต้องเป็นความสมัครใจโดยแท้จริง กล่าวคือ คู่ความทั้งสองประสงค์จะทำการเจรจาเพื่อหาทางออกร่วมกันโดยแท้จริง มิใช่แค่เพียงเพื่อลองเจรจากันก่อนเพราะคู่ความที่ไม่สมัครใจโดยแท้จริงจะใช้ความต้องการของตนก่อนกำแพงบิดกัน ไม่ยอมเปิดใจยอมรับความต้องการของอีกฝ่ายหนึ่ง

2) หลักชี้แนะ เป็นหลักการแทรกแซงที่มีความเข้มข้น การไกล่เกลี่ยจะมีผู้ไกล่เกลี่ยคอยควบคุมและดำเนินการ โน้มน้าวให้คู่ความทั้งสองฝ่ายเจรจากัน เปิดเผยความต้องการอันแท้จริงของตนเองพร้อมทั้งเปิดใจรับฟังความต้องการของอีกฝ่าย โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะคอยควบคุมเนื้อหาของการเจรจาเพื่อให้การเจรจาดำเนินไปอย่างราบรื่น

3) หลักไม่พิจารณาความถูกต้องในข้อกฎหมายและต่างผ่อนปรนให้แก่กัน ในการไกล่เกลี่ยจะไม่มีประเด็นว่าใครเป็นฝ่ายถูกใครเป็นฝ่ายผิด ใครเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายเพื่อใช้ประกอบการเจรจา เพราะการเปิดประเด็นดังกล่าวเป็นการปลุกความรู้สึกโกรธแค้นของคู่ความ ทำให้คู่ความไม่ยอมเจรจากรณีการไกล่เกลี่ย ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการไกล่เกลี่ยนั้น คู่ความทั้งสองฝ่ายจะต้องผ่อนปรนแก่กัน โดยรับฟังความคิดเห็นและความต้องการซึ่งกันและกัน หากความคิดเห็นหรือความต้องการไม่ตรงกันก็ควรผ่อนปรนต่อกันเพื่อลดความขัดแย้งต่อกัน<sup>99</sup>

4) หลักการยุติข้อพิพาทด้วยความพึงพอใจของคู่ความ ความพอใจหรือไม่พอใจนั้นย่อมเกิดจากตัวคู่ความเอง เพราะคู่ความจะเป็นผู้ตัดสินใจว่าข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยนั้นตนเองพึงพอใจหรือไม่ ซึ่งความพึงพอใจนี้จะนำไปสู่ข้อยุติที่แท้จริงแม้ว่าการไกล่เกลี่ยจบลงและมีข้อยุติแล้ว หากข้อยุตินั้นมิได้เกิดจากความพอใจร่วมกันของคู่ความทั้งสองฝ่ายข้อยุตินั้นก็อาจไม่เป็นผลการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยทั่วไปนั้นคู่ความทั้งสองฝ่ายมีโอกาสตัดสินใจไม่เต็มใจเนื่องจากปัจจัยหลายอย่าง เช่น ความกดดันเมื่อต้องเผชิญหน้ากับคู่ความอีกฝ่ายในศาล การปรึกษา

<sup>98</sup> สุภัทรา กรอุไร. (2543). *การประนีประนอมข้อพิพาททางอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 22-23.

<sup>99</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 22-23.



ขอความเห็นจากนายความวิธีเหล่านี้ทำให้โอกาสในการตัดสินใจของกลุ่มความลคน้อยลงและข้อยุติที่ได้ อาจไม่ก่อให้เกิดความพึงพอใจแก่ตนเท่าที่ควร

5) หลักการเป็นความลับ หลักการเป็นความลับของการไกล่เกลี่ยนั้นมีอยู่สองกรณีด้วยกันคือเป็นความลับ โดยห้ามคู่ความนำข้อมูลที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยไปใช้เป็นประโยชน์ในการดำเนินคดีและการเป็นความลับ ห้ามผู้ไกล่เกลี่ยนำข้อมูลที่ได้จากคู่ความฝ่ายหนึ่งไปถ่ายทอดให้กับคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งรับรู้ กรณีที่คู่ความไม่สามารถตกลงกันจากการไกล่เกลี่ยและต่อมาได้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลต่อไป คู่ความที่เคยทำการไกล่เกลี่ยไม่อาจอ้างบันทึกการไกล่เกลี่ยหรือถ้อยคำใดๆจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานยืนยันตนได้ ในส่วนของผู้ไกล่เกลี่ยก็เช่นกัน ไม่อาจถูกเรียกไปเป็นพยานในคดีกรณีที่สองการเป็นความลับ โดยผู้ไกล่เกลี่ยมีหลักว่า ผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่นำข้อมูลที่ได้จากคู่ความฝ่ายหนึ่งไปถ่ายทอดให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งฟัง ในการไกล่เกลี่ยแต่ละครั้ง คู่ความย่อมไว้วางใจในการเจรจาอย่างเปิดเผยกับผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยเข้าใจความต้องการของตนอย่างชัดเจน ดังนั้นจึงเป็นหลักจริยธรรมข้อหนึ่งของผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องพึงมี<sup>100</sup>

#### 2.4.4 บทบาทหน้าที่และคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

คุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยอาจเป็นการยากที่จะชี้ชัดหรือกำหนดลงไปว่า บุคคลใดสมควรเป็นผู้ไกล่เกลี่ย เนื่องด้วยในความเป็นจริงบุคคลทุกคนย่อมไม่สามารถที่จะมีคุณสมบัติที่ดีได้ครบถ้วน เช่น ผู้ไกล่เกลี่ยที่มีประสบการณ์ชีวิตสูงย่อมทำการไกล่เกลี่ยได้ดี โดยบางครั้งอาจเป็นความคิดที่ไม่ถูกต้องเท่าใดนัก เนื่องจากบุคคลเพียงคนเดียวย่อมไม่อาจที่จะเข้าถึงความคิดของผู้คนหลายๆ คนได้ คงกล่าวได้แต่เพียงว่าคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยนั้นจะมีส่วนช่วยให้การไกล่เกลี่ยเป็นไปได้ด้วยดีเท่านั้น กล่าวคือในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีอยู่มากมายย่อมมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไปในแต่ละเรื่อง ผู้ไกล่เกลี่ยคนหนึ่งอาจเข้าใจความคิดของคู่ความได้ดีในเรื่องพิพาทเรื่องหนึ่ง แต่อาจไม่สามารถเข้าใจได้ดีในเรื่องพิพาทอีกเรื่องหนึ่งได้ ดังนั้นหากกล่าวถึงคุณสมบัติหรือความสามารถของผู้ไกล่เกลี่ยคงกล่าวได้แต่ในลักษณะที่ว่า คุณสมบัติอย่างไรจะเป็นประโยชน์หรือช่วยให้การไกล่เกลี่ยสามารถดำเนินไปได้ด้วยดีเท่านั้น ซึ่งอาจสรุปได้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยที่ดีควรมีคุณสมบัติดังนี้<sup>101</sup>

<sup>100</sup> ภาณุ รังสิตหัทธ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 94. หน้า 91.

<sup>101</sup> ปรัชญา อยู่ประเสริฐ. (2550). *ขั้นตอนกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท*. กรุงเทพฯ: ธนเพชร. หน้า 16-17

1) มีความรู้และมีความเข้าใจกฎหมายผู้ไกล่เกลี่ยมีความรู้ มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายในระดับดี เพราะนอกจากการสื่อสารที่ดีการโน้มน้าวให้คู่ความทำการเจรจาแล้วนั้นผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องสามารถอธิบายให้คู่ความทั้งสองฝ่ายฟังว่า หากเกิดข้อตกลงร่วมกันคู่ความจะได้รับสิทธิเช่นไรตามกฎหมายและการไกล่เกลี่ยนั้นช่วยให้คู่ความทั้งสองฝ่ายสามารถบรรลุเป้าหมายอย่างเป็นธรรมชาติได้อย่างไร

2) มีความเป็นกลางและรักษาความเป็นกลาง ได้อย่างสม่ำเสมอ ผู้ไกล่เกลี่ยต้องมีความเป็นอิสระและมีความเป็นกลาง ไม่ฝักใฝ่หรือเข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด หากมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับฝ่ายใด เช่น เป็นญาติพี่น้อง หุ่นส่วน ที่ปรึกษากฎหมาย ทนายความ นายจ้าง ลูกจ้าง หรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางการสมรส เป็นต้น ควรจะเปิดเผยข้อเท็จจริงให้ทุกฝ่ายทราบหรือต้องขอถอนตัวจากการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อป้องกันปัญหาการคัดค้านหรือข้อครหาที่จะเกิดกับผู้ไกล่เกลี่ย

3) มีความคิดชัดเจนผู้ไกล่เกลี่ยที่ถูกคัดเลือกหรือถูกเชื่อเชิญมาเพื่อช่วยเป็นคนกลางในการเจรจาระหว่างคู่ความสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย ดังนั้นกริยาอาการท่าทางคำพูดของผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นตัวกำหนดให้คู่ความเกิดแรงจูงใจที่จะทำการเจรจาร่วมกัน เพราะบางครั้งการไม่ชัดเจนอาจส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือ เมื่อคู่ความไม่มีความเชื่อถือผู้ไกล่เกลี่ยจึงเป็นไปได้ยากที่การไกล่เกลี่ยจะประสบความสำเร็จ ดังนั้นผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีความชัดเจนไม่ว่าจะเป็นการกระทำหรือคำพูด

4) มีความยืดหยุ่นสูงคุณสมบัติข้อนี้คือความใจดีนั่นเองผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องถ้อยทีถ้อยอาศัยกับคู่ความ ไม่รีบร้อน ไม่ผลีผลาม และไม่วางกรอบหรือขอบเขตในการเจรจาเพราะบางครั้งการเจรจาในเรื่องอื่นๆที่นอกเหนือจากหัวข้อพิพาทอาจนำมาสู่การยุติข้อพิพาทได้

5) มีทักษะในการติดต่อสื่อสาร ผู้ไกล่เกลี่ยควรมีความอ่อนโยนในการเจรจา มีมนุษยสัมพันธ์ที่ดี แต่อย่างไรก็ตามจะต้องมีความเข้มแข็งในประเด็นที่พิจารณาไม่ปล่อยให้ฝ่ายใดครอบงำจนเสียความเป็นธรรมและมีความเป็นกลางรู้จักพูดในขั้นตอนที่ควรพูด เปิดโอกาสให้คู่พิพาทได้พูดคุยกัน ผู้ไกล่เกลี่ยควรจะพูดให้น้อยและเป็นผู้รับฟังที่ดีรู้ว่าขั้นตอนใดหยุดพัก ขั้นตอนใดควรจะตัดบทหรือหรือเลื่อนการเจรจาออกไป เช่น เมื่อคู่ความทั้งสองฝ่ายมีอารมณ์รุนแรงเข้าหากันอาจจะนำไปสู่การทะเลาะวิวาทควรหยุดพักหรือเลื่อนการเจรจาออกไปก่อน เป็นต้น<sup>102</sup>

6) เข้าใจในกระบวนการของการระงับข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีเป้าหมายหลักคือต้องการให้คู่ความเจรจาท้าข้อยุติร่วมกันให้ได้ แต่ทั้งนี้การจะบรรลุเป้าหมายนั้นมีปัจจัยหลายอย่างที่ทำให้การเจรจาเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก เพราะฉะนั้นผู้ไกล่เกลี่ยจำเป็นต้องทำความเข้าใจ

<sup>102</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 16-17

กระบวนการทั้งหมดของการไกล่เกลี่ยเสียก่อนเพื่อที่จะสามารถจัดการให้การไกล่เกลี่ยดำเนินไปได้ด้วยความราบรื่น ถึงแม้จะมีอุปสรรคแต่เมื่อใดที่ผู้ไกล่เกลี่ยเข้าใจเป้าหมายและกระบวนการทั้งหมดของการไกล่เกลี่ยแล้วย่อมจะทำให้การไกล่เกลี่ยในทุกๆกรณียุติลงด้วยดีเสมอ

7) มีความอดทน ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีความอดทนและอดกลั้นมีความเมตตากรุณาต่อคู่พิพาทพร้อมที่จะรับฟังปัญหาโดยเปิดโอกาสให้ทุกฝ่ายได้ชี้แจงและแสดงเหตุผลได้อย่างเท่าเทียมกันตามสมควร ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องอยู่เหนือความขัดแย้ง ไม่เข้าไปโต้เถียงกับคู่พิพาท

8) มีความรู้ในเนื้อหาที่พิพาท ถึงแม้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่มีหน้าที่ต้องชี้ขาดในข้อพิพาท แต่ผู้ไกล่เกลี่ยควรจะเตรียมตัวศึกษา ค้นคว้าหาความรู้ในเรื่องที่พิพาท เพื่อที่จะหาแนวทางในทางระงับข้อพิพาทให้แก่คู่พิพาทได้อย่างถูกต้อง

9) มีความสามารถในการรักษาความลับ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องฟังเรื่องราวการไกล่เกลี่ยทั้งหมดไว้ในห้องไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อพิพาทหรือเรื่องส่วนตัวของคู่ความ ไม่มีคู่ความคนใดอยากให้ผู้อื่นรับรู้ถึงเรื่องราวของตน ดังนั้นการรักษาความลับนี้ถือว่าเป็นจรรยาบรรณที่สำคัญของผู้ไกล่เกลี่ยเมื่อมีเรื่องพิพาทเกิดขึ้น

10) มีความสามารถที่จะจัดการกับสิ่งที่ไม่แน่นอน ในการไกล่เกลี่ยนั้นอาจมีเรื่องที่ไม่คาดคิดเกิดขึ้นได้เสมอ เช่น เมื่อเจรจากันแล้วหาข้อยุติไม่ได้ อาจทำให้เกิดการโต้เถียงกันระหว่างคู่ความทั้งสองฝ่ายผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีไหวพริบ มีสติและสามารถแก้ไขกับปัญหาเฉพาะหน้าได้หรือคู่ความฝ่ายที่เป็นผู้เสียหายอาจเกิดความโศกเศร้าจนไม่สามารถทำการเจรจาได้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีวิธีที่ทำให้คู่ความฝ่ายนั้นกลับเข้าสู่การเจรจาได้อีกครั้งเป็นต้น

11) มีความกระตือรือร้น ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องทำการไกล่เกลี่ยเสมือนว่าเป็นหน้าที่หลักของตนไม่ใช่เป็นแค่การอาสาชั่วคราว เพราะฉะนั้นจะต้องมีความกระตือรือร้นในการเตรียมความพร้อมในด้านต่างๆ หรือมีความกระตือรือร้นที่จะช่วยให้คู่ความทั้งสองฝ่ายเจรจากันอย่างแท้จริง

12) มีความเมตตาที่หวังจะให้คู่ความทั้งสองฝ่ายได้กลับมาคืนดีกัน ได้ปลดปล่อยทุกข์ที่เกิดจากกรณีพิพาท ความเมตตาที่ย่อมจะส่งผลให้การไกล่เกลี่ยของผู้ไกล่เกลี่ยมีประสิทธิภาพ เพราะการกระทำที่เกิดขึ้นจากเจตนาที่ดี คู่ความย่อมสัมผัสได้ความน่าเชื่อถือและความไว้วางใจจึงตามมาส่งผลให้การไกล่เกลี่ยเป็นไปด้วยดีราบรื่นจนกระทั่งการไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จ<sup>103</sup>

13) เป็นผู้มีประสบการณ์ชีวิตมากมาย ผู้ไกล่เกลี่ยที่ดีจึงควรมีความรอบรู้ในหลายๆด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาท มีหลักจิตวิทยาในการไกล่เกลี่ย

<sup>103</sup> ปรัชญา อยู่ประเสริฐ. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 102. หน้า 16.

ตลอดจนผ่านประสบการณ์ในการไถ่เกลี่ยยิ่งมากเท่าใด ยิ่งจะทำให้ผู้ไถ่เกลี่ยมีความเชี่ยวชาญ และสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้เป็นอย่างดี<sup>104</sup>

ดังที่กล่าวมาข้างต้น การไถ่เกลี่ยข้อพิพาทจะประสบความสำเร็จหรือไม่นั้น นอกจากจะขึ้นอยู่กับคุณสมบัติผู้ไถ่เกลี่ยแล้วยังมีอีกหลายปัจจัยที่มีความสำคัญต่อการไถ่เกลี่ยต้องพิจารณาองค์ประกอบต่างๆ ที่สำคัญที่จะช่วยให้กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการไถ่เกลี่ยประสบผลสำเร็จได้โดยมีปัจจัยที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

#### 2.4.5 ปัจจัยที่มีความสัมพันธ์ต่อความสำเร็จในการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทและประโยชน์ของการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์

การไถ่เกลี่ยข้อพิพาทจะประสบความสำเร็จหรือไม่นั้น นอกจากจะขึ้นอยู่กับผู้ไถ่เกลี่ยและคู่ความแล้วยังมีอีกหลายปัจจัยที่มีความสัมพันธ์ต่อการไถ่เกลี่ยดังต่อไปนี้<sup>105</sup>

##### 1) ปัจจัยด้านคู่ความ

ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับคู่กรณี ได้แก่ เพศ อายุ เชื้อชาติ สัญชาติ อาชีพ การศึกษา รายได้และบุคคลที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น ปัจจัยที่สำคัญที่ส่งผลต่อความสำเร็จในการไถ่เกลี่ยคือการที่คู่ความมาร่วมประชุมไถ่เกลี่ยเองทุกครั้งมีแนวโน้มไถ่เกลี่ยประสบความสำเร็จมากกว่าคดีที่คู่ความมอบอำนาจให้บุคคลอื่นหรือทนายความมาดำเนินการแทน เพราะผู้รับมอบอำนาจไม่สามารถตัดสินใจหรือรับรู้ถึงความต้องการที่แท้จริงได้ดีเท่ากับคู่ความ จะเห็นว่าคดีที่ไถ่เกลี่ยประสบความสำเร็จส่วนใหญ่เป็นคดีที่คู่ความและทนายของคู่ความมาร่วมประชุมไถ่เกลี่ยรองลงมาก็คือคดีที่คู่ความและทนายคู่ความและบุคคลอื่นมาประชุมไถ่เกลี่ย ในกรณีที่มีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายเป็นผู้หญิงมีแนวโน้มไถ่เกลี่ยประสบความสำเร็จมากกว่าคดีที่คู่ความเป็นผู้ชาย และคดีที่คู่ความมีอายุมากกว่า 50 ปี จะมีความเชื่อมั่นในตนเองสูงและบางครั้งคู่ความจะรู้จักเด่นชัดของแต่ละฝ่ายแล้ว ส่วนคดีที่คู่ความอายุต่ำกว่า 50 ปี ยังขาดวุฒิภาวะทางอารมณ์และความสุขุมรอบคอบในการตัดสินใจทำให้การทำการไถ่เกลี่ยมีแนวโน้มประสบความสำเร็จยากขึ้น แต่อายุแตกต่างกันระหว่าง 5-10 ปี คู่ความจะมีมุมมองและความต้องการที่แตกต่างกันมีแนวโน้มทำให้การไถ่เกลี่ยประสบความสำเร็จยากขึ้น<sup>106</sup>

ในกรณีคดีที่คู่ความมีสัญชาติไทยมีแนวโน้มที่จะไถ่เกลี่ยสำเร็จมากกว่าคดีที่คู่ความมีสัญชาติอื่น เนื่องจากเรื่องของเชื้อชาติประเพณี วัฒนธรรม ภูมิหลังของคู่ความรวมถึงมีเรื่องของ

<sup>104</sup> ประชญา อยู่ประเสริฐ. อ่างแล้ว เชียงอรรถที่ 102. หน้า 17

<sup>105</sup> ชลธิดา เพิ่มทรัพย์. (2555). ปัจจัยที่มีความสัมพันธ์ต่อความสำเร็จในการไถ่เกลี่ยคดีฟ้องหย่า. *วารสารอุตสาหกรรม*, 59. หน้า 83-89.

<sup>106</sup> ประชญา อยู่ประเสริฐ. อ่างแล้ว เชียงอรรถที่ 102. หน้า 18.

กฎหมายของกลุ่มความเข้ามาเกี่ยวข้อง เรื่องการศึกษานั้นกลุ่มความที่จบการศึกษาสูงกว่าระดับปริญญาตรี กลุ่มความจะมีความเชื่อมั่นในตนเองสูง มีแนวโน้มทำให้การไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จยากขึ้น ระดับการศึกษาและความรู้ในด้านต่างๆของกลุ่มความจะเชื่อมโยงถึงการประกอบอาชีพและรายได้ของกลุ่มความ กลุ่มความที่มีการศึกษาระดับสูงและมีรายได้สูง กลุ่มความประเภทนี้จะมีความมั่นใจในตนเองสูงอยากต่อการโน้มน้าวจิตใจจึงมีแนวโน้มทำให้การไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จยากขึ้น โดยบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับผู้ความได้แก่ ทนายความและญาติ แต่มีบางคดีที่กลุ่มความจะเชื่อคำแนะนำของทนายฝ่ายตนและกลุ่มความยังเชื่อถือและเชื่อมั่นว่าทนายความจะรักษาสิทธิของตนหากทนายความของกลุ่มความเห็นความสำคัญของการไกล่เกลี่ยเพื่อรักษาสัมพันธภาพระหว่างกลุ่มความและให้ความร่วมมือในการไกล่เกลี่ย เช่น การอธิบายประโยชน์ของการไกล่เกลี่ยให้กลุ่มความฟังหรือพูดโน้มน้าวให้กลุ่มความเข้าร่วมการประชุมไกล่เกลี่ยด้วยตนเอง จะทำให้คดีมีแนวโน้มไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จเพิ่มขึ้น เป็นต้น

### 2) ปัจจัยด้านผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย

ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยเป็นปัจจัยที่ส่งผลต่อความสำเร็จหรือความล้มเหลวในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยที่มีประสบการณ์ชีวิต จะมีหลักจิตวิทยา มีความเป็นกลางมีเทคนิคในการไกล่เกลี่ยสามารถค้นหาความต้องการที่แท้จริงของกลุ่มความได้ มีความรอบคอบและพยายามหาแนวทางยุติข้อพิพาทให้สมประโยชน์แก่กลุ่มความทั้งสองฝ่าย ผู้ไกล่เกลี่ยที่มีบุคลิกภาพที่น่าเชื่อถือจะทำให้กลุ่มความเกิดศรัทธาและไว้วางใจจะมีความน่าเชื่อถือมากกว่าผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยที่มีอายุน้อย นอกจากนี้ ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยคนเดียวจะทำหน้าที่ของตนได้อย่างเต็มที่ ส่วน ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยมากกว่าหนึ่งคนมีโอกาสที่จะปรึกษาหารือกันได้ เพราะหากมองปัญหาคนละมุมอาจทำให้เกิดกระทบกระเทือนถึงผลของการไกล่เกลี่ยและผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยที่เป็นผู้หญิงจะมีความละเอียดอ่อนนุ่มนวลกว่าลักษณะของผู้ไกล่เกลี่ยผู้ชาย<sup>107</sup>

### 3) ปัจจัยด้านทนายทรรพ์

คดีที่มีทนายทรรพ์ไม่สูงมีแนวโน้มทำการไกล่เกลี่ยได้ประสบความสำเร็จมากกว่าคดีที่มีทนายทรรพ์สูงแต่อย่างไรก็ตามย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีด้วยเช่นกันว่าความเสียหายนั้นเกิดอย่างไร ความเสียหายมากน้อยเพียงใด

<sup>107</sup> สุวิทย์ ธีรพงษ์. ระบบไกล่เกลี่ยเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความของศาลแพ่ง. *ตุลพาท*, 4 (42). หน้า 45-46.

#### 4) ปัจจัยด้านรูปแบบการไกล่เกลี่ย

ปัจจัยด้านรูปแบบของการไกล่เกลี่ยในที่นี้หมายความถึงกระบวนการและขั้นตอน วิธีการ การประชาสัมพันธ์ของการไกล่เกลี่ย การบริการของเจ้าหน้าที่ประจำสถานที่ไกล่เกลี่ยนั้นๆ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องทำการอธิบายวิธีการไกล่เกลี่ยให้แก่คู่ความ ทำให้ทราบถึงประโยชน์ของการไกล่เกลี่ย และข้อมูลใดที่เกิดจากการไกล่เกลี่ย คู่ความไม่สามารถอ้างเป็นพยานหลักฐานในคดีได้ การไกล่เกลี่ยนั้น เป็นทั้งศาสตร์และศิลป์ของผู้ที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยที่จะต้องใช้วิธีการให้เหมาะสมกับ คู่ความแต่ละคดี ต้องทำให้คู่ความรู้สึกว่าได้รับความเป็นธรรมมีธรรมาธิปไตยปฏิบัติหน้าที่ด้วยความ สุภาพและให้เกียรติคู่ความผู้มาติดต่องาน ทำให้คู่ความได้รับความสะดวกรวดเร็วในการติดต่อ ประสานงาน ปัจจัยเหล่านี้ส่งผลต่อความสำเร็จในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพราะทำให้คู่ความรู้สึกดี คลายความกังวลและลดความตึงเครียดลงได้ อันเป็นการไกล่เกลี่ยโดยสร้างบรรยากาศเป็นมิตร ให้แก่คู่ความทุกฝ่าย

##### 2.4.6 ประโยชน์ของการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์

คู่ความที่สามารถเจรจาตกลงกันได้จากการไกล่เกลี่ยในคดีหนึ่ง โดยคู่ความที่ฝ่ายโจทก์คน หนึ่งให้ความเห็นว่า<sup>108</sup> เหตุที่ไปฟ้องคดีเพราะต้องการความยุติธรรมและเห็นว่าไม่มีเพียงศาลเท่านั้น ที่จะเป็นที่พึ่งได้ คู่ความที่ไปศาลในครั้งแรกจะรู้สึกอึดอัดและคิดว่าสามารถจะตกลงกับจำเลยไม่ได้ ที่สำคัญอาจจะต้องใช้เวลาดำเนินคดีนานจนกว่าคดีจะถึงที่สุด แต่เมื่อเข้าสู่ระบบงานไกล่เกลี่ยจะพบ บรรยากาศที่เป็นมิตรรู้สึกอบอุ่น คลายความเครียดไปได้เพราะสามารถเจรจาตกลงเกี่ยวกับปัญหา ข้อขัดแย้งและแสดงความคิดเห็นได้อย่างเต็มที่ การได้พูดคุยตกลงกันโดยตรงกับคู่ความฝ่ายตรงข้ามทำให้สามารถทราบถึงความต้องการของฝ่ายตรงข้าม โดยไม่ต้องผ่านคนกลางที่เป็นทนายความ ซึ่งบางครั้งอาจสื่อความหมายที่ไม่ตรงกันการไกล่เกลี่ยทำให้คู่ความสามารถเข้าใจปัญหาของแต่ละ ฝ่ายและรู้ถึงความต้องการที่แท้จริงของคู่ความฝ่ายตรงข้าม ทำให้สามารถทำความเข้าใจเป็นที่ยอมรับของทั้งสองฝ่าย<sup>109</sup>

จากกรณีดังกล่าวเห็นได้ว่า การไกล่เกลี่ยที่ประสบความสำเร็จจะนำมาสู่ประโยชน์แก่ คู่ความตลอดจนครอบครัวและสังคม เพียงแค่การเจรจาอย่างเปิดใจและยอมรับฟังซึ่งกันและกัน เพียงแค่นี้ก็จะทำให้เกิดประโยชน์ขึ้นมากมาย และนอกจากประโยชน์ตามความเห็นของคู่ความที่ กล่าวมาแล้วนั้น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทยังมีประโยชน์อีกมากหากคู่ความหันหน้าเข้าหากันอย่างเป็น มิตร การไกล่เกลี่ยจึงเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความสมัครใจของคู่ความทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ การไกล่ เกลี่ยจะประสบความสำเร็จได้ย่อมเกิดจากความร่วมมือร่วมใจกันของคู่ความ การไกล่เกลี่ยจึงเป็น

<sup>108</sup> ภาณุ รั้งสีสหัส. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 94. หน้า 88.

<sup>109</sup> ภาณุ รั้งสีสหัส. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 94. หน้า 89.

วิธีการเจรจาร่วมกันอย่างเป็นทางการเป็นมิตรพูดคุยกัน โดยใช้เหตุผลและความถูกต้องบนพื้นฐานของความ ต้องการร่วมกันอย่างเป็นทางการเป็นมิตรต่อกัน คู่ความได้รับความพึงพอใจการไกล่เกลี่ยเป็นการตกลงกันบน พื้นฐานของความพึงพอใจของคู่ความทั้งสองฝ่ายโดยไม่มีข้อบังคับหรือเงื่อนไขใดๆ

ดังนั้น ข้อตกลงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยจึงเป็นข้อตกลงจากการที่คู่ความได้เจรจาอย่าง เปิดเผยต่อกัน ทำให้ต่างฝ่ายต่างเข้าใจความต้องการของกันและกัน เพื่อนำความต้องการนั้นมาเป็น ข้อตกลงร่วมกัน คู่ความไม่ต้องประสบกับสภาวะตึงเครียดในศาล การเป็นคู่ความในคดีไม่ว่าจะ เป็นโจทก์หรือจำเลยย่อมก่อให้เกิดความเครียด ความทุกข์และความกดดัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ ต้องเผชิญหน้ากับคู่ความในศาล ที่มีบรรยากาศอันตึงเครียด แต่การไกล่เกลี่ยที่จัดให้มีขึ้นในห้อง ไกล่เกลี่ยนั้น จะจัดให้มีการนั่งหันหน้าเข้าหากัน พูดคุยกันปรึกษากัน แลกเปลี่ยนความต้องการต่อ กัน เช่นนั้นแล้ว ลักษณะดังกล่าวจึงสามารถลดสภาวะตึงเครียดลงได้เป็นอย่างดี และคู่ความยัง ประหยัดค่าใช้จ่ายการดำเนินคดีที่จะมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้น โดยแต่ละคดีมีค่าใช้จ่ายที่ไม่เท่ากัน เช่น ค่า ทนายความค่าธรรมเนียมต่างๆ ค่าเดินทาง เป็นต้นยิ่งถ้าคดีมีความยืดเยื้อนานเท่าไรหูกุ ความก็มี ค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นมากเท่านั้น ดังนั้นการไกล่เกลี่ยที่ประสบความสำเร็จจะสามารถช่วยให้คู่ความ ประหยัดค่าใช้จ่ายได้ อีกทั้งประการที่สำคัญ ยังลดปริมาณคดีในศาลเนื่องจากปัจจุบันปริมาณคดีใน ศาลมีมากมายทั้งที่อยู่ระหว่างพิจารณาคดีและรอการพิจารณาคดี ซึ่งจำนวนของเจ้าหน้าที่ไม่เพียง พอที่จะทำให้การดำเนินคดีเหล่านั้นเป็นไปอย่างทั่วถึงและรวดเร็ว กระบวนการไกล่เกลี่ยนี้จึงเป็น อีกทางออกหนึ่งของปัญหาดังกล่าวก่อให้เกิดความสงบสุขในสังคมได้<sup>110</sup>

จากการศึกษาความหมาย วิวัฒนาการแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาท อันเป็นวิธีการแก้ปัญหาความขัดแย้งต่อกันกล่าวมา เพื่อประโยชน์ต่อการปรับปรุง แก้ไขในการ พัฒนากฎหมายของไทยอันเป็นผลทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทจากการเข้ารับบริการทาง การแพทย์ของประเทศไทยมีประสิทธิภาพสูงสุด อีกทั้งสามารถนำมาใช้เพื่อช่วยลดปัญหาการ ฟ้องร้องในคดีที่เกี่ยวกับการแพทย์ได้เป็นอย่างดี โดยผู้วิจัยจะได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับมาตรการทาง กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของแพทย์ในต่างประเทศและประเทศไทยจะได้ กล่าวในบทต่อไป

<sup>110</sup> สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม. (2547). *คู่มือการระงับข้อพิพาทสำหรับประชาชน*. กรุงเทพฯ : จริรราชการพิมพ์. หน้า 18.