

บทที่ 2

ความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับความยินยอมในการรักษาพยาบาล ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

2.1 ลักษณะความสัมพันธ์ของผู้ให้การรักษาและผู้รับการรักษา

คำว่า “สิทธิ” มีความหมายว่า คือ ความชอบธรรมที่บุคคลอาจใช้ยันกับผู้อื่นเพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนพึงมีพึงได้ของบุคคลนั้น ดังนี้ ถ้ากล่าวถึงเฉพาะ “สิทธิของผู้ป่วย” ตามนิยามนี้ก็จะหมายถึง “ความชอบธรรมที่ผู้ป่วยอาจใช้ยันกับผู้อื่น (บรรดาแพทย์ พยาบาล หรือผู้ที่อยู่ในทีมสุขภาพ รวมตลอดถึงผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ป่วยอื่น) เพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของผู้ป่วยนั่นเอง เมื่อผู้ป่วยมีความชอบธรรมอันหมายถึงสิทธิตามนิยามนี้แล้ว บรรดาความชอบธรรมทั้งหลายทั้งปวงที่เกิดขึ้นเป็นการคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนพึงมีพึงได้แก่ผู้ป่วยนั้น จะมีรากฐานหรือการก่อกำเนิดแห่งสิทธิของผู้ป่วยมาอย่างไร ทั้งนี้ เพื่อจะได้เป็นพื้นฐานในการสร้างความเข้าใจสำหรับการพิจารณาปัญหาต่างๆ เกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยได้ต่อไป

ในยุคศีกคำบรรพ์เป็นช่วงที่ยังไม่มีแพทย์หรือ โรงเรียนแพทย์เกิดขึ้น ลักษณะของการรักษาพยาบาล เป็นกิจกรรมในครอบครัว ทุกคนต้องดูแลรักษาตนเอง และดูแลรักษาบุตรที่เกิดมา จนเมื่อมนุษย์ได้รวมตัวกันเป็นชุมชนแล้วพวกเขาหรือหมอผี (Witch Doctor) จะเป็นผู้มีบทบาทหน้าที่ในการให้การรักษาคนในชุมชน ทั้งยังเป็นผู้ที่ทำหน้าที่กำหนดกฎเกณฑ์ รวมทั้งพิจารณาตัดสินการกระทำของสมาชิกในชุมชนที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่ตั้งไว้ ตลอดจนเป็นผู้ประกอบพิธีกรรมตามสิทธิความเชื่อของชุมชนนั้นอีกด้วย แสดงให้เห็นว่า พระในยุคนี้ แสดงออกซึ่งบทบาทหน้าที่ของแพทย์และผู้พิพากษาพร้อมกันไปด้วย¹ ซึ่งโดยทั่วไปพระหรือหมอผีมีหน้าที่ให้การ

¹JM.Cameron, The medico-legal expert past, present and future,28 Med Sci Law 3-13 (1980).อ้างใน. วิชญ์ อึ้งประพันธ์. จรรยาแพทย์ อดีต ปัจจุบันและอนาคต เอกสารประกอบการประชุมพยาธิวิทยาแห่งชาติ ครั้งที่ 6 วันที่ 25 มีนาคม 2537 ณ ห้องประชุมวิทยาลัยแพทยศาสตร์พระมงกุฎเกล้า (อัคราณา). หน้า 1.

รักษาพยาบาลคนป่วยนั้น จะมีฐานะทางสังคมสูงกว่าสมาชิกของชุมชน สังคมให้ความเคารพนับถือ และมีความศรัทธาเลื่อมใส (Trustworthy) พระหรือหมอดีดังกล่าวจึงต้องเป็นผู้ทรงคุณธรรมสูงกว่า คนทั่วไป ตามมาตรฐานความเชื่อของชุมชนนั้นๆ ลักษณะของบริการที่ผู้ป่วยได้รับเป็นพิธีการของ ศาสตร์ที่ลึกซึ้งเกินกว่าความเข้าใจของผู้ป่วย ผู้ป่วยจึงมอบความไว้วางใจด้วยศรัทธาให้กับผู้รักษา เป็นผู้ตัดสินใจแทนผู้ป่วยในทุกกรณี โดยเชื่อว่าผู้รักษาจะรักษาผลประโยชน์อย่างดีที่สุดของผู้ป่วย ความสัมพันธ์ระหว่างผู้รักษากับผู้ป่วย จึงมีลักษณะเป็นเชิงเกื้อกูลทำนองพ่อแม่รักษาดูแลลูกของ ตนการรักษาในลักษณะนี้จึงมิได้พุ่งเล็งไปที่คำตอบแทนที่ผู้รักษาจะได้รับจากผู้ป่วย²

ในระยะต่อมาการแพทย์ได้แยกตัวออกจากพระและหมอผี โดยมีการเรียนแพทย์นั้น นอกจากจะมีการเรียนการสอนสืบต่อกันมาแล้ว ก็ยังเป็นช่วงที่มีโรงเรียนแพทย์เกิดขึ้น ซึ่งโรงเรียน แพทย์ที่จัดว่ามีชื่อเสียง คือ โรงเรียนแพทย์ในประเทศกรีก ได้แก่ โรงเรียนแพทย์ของฮิปโปเครติส (Hippocratis) หลักในการรักษาของฮิปโปเครติส เชื่อว่าโรคเป็นขบวนการของธรรมชาติ การรักษา โรคของเขาจะใช้การสังเกตเหตุการณ์ธรรมชาติ และหาทางอธิบายสาเหตุและผลที่เกิดขึ้นกับผู้ป่วย วิธีการนี้นับได้ว่าเป็นพื้นฐานของวิธีการทางวิทยาศาสตร์ ปัจจุบัน ฮิปโปเครติสจึงได้รับการยกย่องว่า เป็นบิดาแห่งการแพทย์สากล อย่างก็ตาม แม้แพทย์สมัยนั้นจะมีทัศนคติต่อผู้ป่วยในฐานะที่เป็นองค์ รวมบุคคล แต่อาชีพแพทย์ก็มักจำกัดอยู่ในกลุ่มของชนชั้นนำ ซึ่งมีฐานะทางสังคมสูงกว่าคนทั่วไป ดังนั้น ลักษณะความสัมพันธ์โดยสถานที่แตกต่างกันนี้ แพทย์จะเป็นผู้ออกคำสั่ง และอีกฝ่ายหนึ่งคือ ผู้ป่วยเป็นผู้ต้องปฏิบัติตาม แต่ทั้งนี้ ก็อยู่ภายใต้กรอบของจริยธรรม ตามคุณค่าที่ยอมรับกันในยุค นั้นเอง ในกรอบของจรรยาแพทย์ดังกล่าว แพทย์ผู้ให้การรักษาเท่านั้นจะเป็นผู้ที่สามารถตัดสินใจ แทนผู้ป่วย แม้จะไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก็ตาม (ในกรณีที่เป็น) ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่า แพทย์มีคุณสมบัติที่จะตัดสินใจดำเนินการได้ เมื่อแพทย์ประเมินว่าการบำบัดรักษาจะเป็นประโยชน์ ต่อผู้ป่วยและการกระทำนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานความกรุณา รวมทั้งไม่ถือเป็นการทำอันตรายต่อผู้ป่วย ผู้ซึ่งถือว่าเป็นผู้ค่อนข้างอ่อนความสามารถเนื่องจากความเจ็บป่วยของเขา โดยการที่ปกปิดข่าวร้าย อันเป็นประโยชน์แก่ผู้ป่วย แต่ทั้งนี้ผู้ป่วยยังไม่สามารถเป็นผู้ที่จะใช้สิทธิตัดสินใจเกี่ยวกับตนเอง โดยอิสระ (Autonomous moral agent)³ หรือมีส่วนร่วมในการรักษาแต่อย่างใด

หลังจากยุคของฮิปโปเครติส การแพทย์ในยุโรปได้พัฒนาไปตามแนวทางของ วิทยาศาสตร์ธรรมชาติโดยใช้วิชาชีววิทยา เคมี ฟิสิกส์ มาเป็นพื้นฐานและตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 17

²วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เรื่องเดียวกัน. หน้า . 2

³ S.R. Benator Traditional and Evolving Concepts in Medical Ethics. 7 Med Law 424 (1989). อ้างใน อัจฉรา วีระชาติ. (2537). สิทธิของผู้ป่วย. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 4.

เป็นต้นมา การแพทย์แนวนี้ก็แผ่ขยายไปทั่วโลก จนอาจเรียกได้ว่าเป็นการแพทย์สากล (Cosmopolitan medicine) ซึ่งมุ่งทำการศึกษาร่างกายโดยสนใจส่วนที่เล็กลงไปทุกที ด้วยเหตุนี้ การแพทย์แผนใหม่จึงมักจะรู้สึกต่อผู้ป่วยในฐานะที่เป็นมนุษย์และลดทอนเรื่องสุขภาพลงเป็นเพียงการทำงานของเครื่องยนต์กลไกเท่านั้น⁴ การที่วงการแพทย์ได้อาศัยเทคนิควิธีความรู้ใหม่ๆ และเครื่องมือทางวิทยาศาสตร์ที่ทันสมัยในการรักษา อันเป็นผลมาจากการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์ ทำให้บทบาทของแพทย์เข้าไปเกี่ยวข้องกับกรณีชีวิตและการตายของผู้ป่วยมากขึ้น ประชาชนพิจารณาได้ว่า แพทย์ มิใช่บุคคลสำคัญแต่ผู้เดียวในระบบการให้การรักษาพยาบาล แต่แพทย์ต้องอาศัยบุคลากรทางการแพทย์อื่นๆ และอุปกรณ์ต่างๆ รวมตลอดจนถึงแพทย์จะต้องให้คำอธิบายที่มีเหตุมีผลได้ในการรักษาอีกด้วย⁵

ขณะเดียวกัน การมีประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม (มีรากฐานพัฒนามาจากแนวคิดปัจเจกชนนิยม) ก็เข้ามามีบทบาท เปลี่ยนลักษณะของความสัมพันธ์มีผลให้แพทย์และผู้ป่วยมีความเท่าเทียมกัน ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย จึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาะหว่างกัน (Contractual relationship) และด้วยความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนลักษณะไปนี้ ทำให้แพทย์ต้องเพิ่มความรับผิดชอบด้วยการให้ข้อมูลต่างๆ หรือบอกกล่าวถึงผลดีผลเสียของวิธีการตรวจรักษา ตลอดจนความเสี่ยงภัยที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้ป่วยก่อน เพื่อการตัดสินใจในสิ่งที่ดีที่สุดตามความประสงค์ของผู้ป่วย อันเป็นการยอมรับเป็นส่วนหนึ่งในขบวนการของการรักษาพยาบาล ที่มีอำนาจและอิสระในการตัดสินใจเลือกวิธีการรักษาด้วยตนเองได้ ความยินยอมของผู้ป่วยในลักษณะดังกล่าวนี้ เรียกว่า ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed consent)⁶ ซึ่งต่อมาได้พัฒนาเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่นๆ หลายประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในลักษณะเป็นคู่สัญญาในทางกฎหมายดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงการเคารพสิทธิในความอิสระเสรี

⁴ ฟอร์ดจ้อฟคาปรี (2535). จุดเปลี่ยนแห่งศตวรรษ เล่ม 2, แปลโดย พระประชาปสนธมโม และคณะ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มูลนิธิโกมลคีมทอง. หน้า. 41.

⁵ S.R. Benatar, Traditional and evolving concepts in medical ethics : 424 อ้างใน อัจฉรา วีระชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3 หน้า 4.

⁶ Informed Consent หรือความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติหมายถึง ความยินยอมของผู้ป่วยที่ยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพในทางการแพทย์กระทำต่อร่างกายของตนตามกรรมวิธีในวิชาชีพแต่ละประเด็นนั้น โดยที่ผู้ป่วยผู้ให้ความยินยอมนั้น ได้รับการอธิบายหรือบอกกล่าวให้เข้าใจว่า การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นมีวัตถุประสงค์อย่างไร รายละเอียดในการกระทำเป็นอย่างไร ผลที่เกิดจากการกระทำนั้นผู้ป่วยจะได้รับอย่างไรบ้าง รวมทั้งผู้ป่วยต้องได้รับการบอกกล่าวให้ทราบถึงอันตราย หรือผลร้ายที่มีโอกาสเกิดขึ้นมากน้อยเท่าใดด้วย. อ้างใน วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2530). ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติในนิติเวชสาธกฉบับกฎหมายกับเวชปฏิบัติ กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 104 .

ของมนุษย์ ซึ่งอาจแยกออกเป็นสิทธิในร่างกายและเสรีภาพตลอดจนสิทธิส่วนตัวของมนุษย์ที่เป็นผู้ป่วย

2.1.1 สิทธิของผู้ป่วยกับจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพ

ข้อสรุปจากลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์ผู้ให้การรักษากับผู้ป่วยผู้รับการรักษานั้น นอกจากจะแสดงให้เห็นความเปลี่ยนแปลงของความสัมพันธ์ระหว่างกันของแพทย์กับผู้ป่วยแล้ว ยังได้แสดงถึงหลักการจรรยาบรรณของแพทย์อีกด้วย กล่าวคือ

หลักการจรรยาบรรณแพทย์ จะเริ่มปรากฏให้เห็นในยุคของฮิปโปเครติส มีลักษณะเป็นเรื่องของการวางกฎเกณฑ์ความเมตตา กรุณา ความเป็นแพทย์ที่ดี และแนวทางการทำเวชปฏิบัติที่อยู่ในกรอบของจริยธรรม ตามคุณค่าที่ยอมรับกันในยุคนั้น โดยได้กำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรูปแบบคำสาบานที่ใช้กันในโรงเรียนแพทย์ของฮิปโปเครติส (Hippocratic Oath) ซึ่งจรรยาบรรณแนวฮิปโปเครติสนี้ เป็นรากฐานของจรรยาบรรณแพทย์สากล ที่ใช้เป็นแนวทางปฏิบัติของแพทย์ในทุกประเทศ โดยที่แพทย์สมาคมโลกได้ประมวลหลักสำคัญมากำหนดไว้เป็นคำประกาศกรุงเจนีวา เมื่อปี พ.ศ. 2490 (The Geneva Declaration 1947)⁷

ต่อมา เมื่อมีแพทย์เกิดขึ้นเป็นปึกแผ่นแล้ว และมีจรรยาบรรณที่เป็นลายลักษณ์อักษรปรากฏขึ้นดังกล่าว ขณะเดียวกันระบบการปกครองและระบบกฎหมายของสังคมก็พัฒนาไปเรื่อยๆ นำไปสู่แนวความคิดที่จะควบคุมจรรยาบรรณที่กำหนดเป็นกฎหมายบ้านเมือง ดังนั้น รัฐจึงมีการตรากฎหมาย ควบคุมการประกอบวิชาชีพแพทย์ขึ้น เช่น ในประเทศอิตาลี สมัยกษัตริย์โรเจอร์ที่ 2 (Roger II) เริ่มมีการประกาศใช้กฎหมายควบคุมวิชาชีพในปี ค.ศ. 1140⁸ ในประเทศอังกฤษ ให้อำนาจพระBishop เป็นผู้รับจดทะเบียนแพทย์ใน พ.ศ. 1511 และต่อมาอีกไม่นานก็ได้มีการก่อตั้งราชวิทยาลัยอายุรแพทย์และราชวิทยาลัยศัลยแพทย์ขึ้น จนกระทั่งปี ค.ศ. 1858 ก็ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแพทย์ (Medical Act 1858) ซึ่งบัญญัติให้มีแพทย์สภา (General Medical Council) ทำหน้าที่ควบคุมจรรยาบรรณแพทย์โดยเฉพาะ⁹ กฎหมายวิชาชีพในลักษณะดังกล่าว ต่อมาได้มีการตราขึ้นใช้ในเกือบทุกประเทศ ผู้ฝ่าฝืนจะได้รับโทษ โดยถูกจำกัดสิทธิในการประกอบวิชาชีพ ดังนั้นจรรยาบรรณแพทย์จึงแปรสภาพจากคำสาบานดั้งเดิมที่ยึดถือคุณค่าทางคุณธรรมและความดีงาม มา

⁷ B, Davis, A history of forensic medicine. The Medico-legal 9 - 23. (1985) อ้างใน. วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1 หน้า 8.

⁸ FF. Camp, Historical and general law, in Grodvohl's legal medicine 3rd ed. (New York :John Wright and sons, 1967). อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1 หน้า 4.

⁹ CF. Brockington, A short history of publichealth, 2nd Ed. (London :J &A churchil, 1966) ,pp. 9 - 14. อ้างใน วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์.อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1 หน้า 9.

เป็นกฎข้อบังคับทางความประพฤติในวิชาชีพ ที่สามารถตรวจสอบได้ ตามมาตรการทางกฎหมาย ซึ่งมีผลในทางการคุ้มครองตามกฎหมายแก่สิทธิของผู้ป่วย

2.1.2 ข้อพิจารณาสิทธิของผู้ป่วยในสังคมต่างประเทศและสังคมไทย

ในสังคมไทยโบราณดั้งเดิมพื้นฐานลักษณะสิทธิโดยทั่วไปของประชาชน (ผู้ได้ปกครอง) ที่ได้รับจะเป็นเรื่องของ “ความเมตตา” ที่ผู้ปกครองได้มอบให้แก่ผู้อยู่ใต้ปกครอง เพราะปรารถนาจะให้ผู้อยู่ใต้ปกครองมีความร่มเย็นเป็นสุข สิทธิจึงมีลักษณะทำนองคำริชของพ่อแม่ที่เห็นว่าอะไรดีก็คิดก็ทำเพื่อลูก ซึ่งมีใช้สิ่งที่จะเรียกร้องความต้องการของตนเองจากพ่อแม่¹⁰ ต่อมา ลักษณะความสัมพันธ์ในทางสิทธิและหน้าที่ได้เปลี่ยนแปลงไป เป็นลักษณะของการถือเอาศักดิ์¹¹ เป็นปัจจัยในการกำหนดสิทธิและหน้าที่โดยผู้ปกครองบ้านเมือง การกำหนดศักดิ์คตินาของบุคคลมาจากสถานภาพของบุคคล อันอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามความประพฤติหรือไม่ดีของบุคคลนั้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าแนวคิดสิทธิของประชาชนในสังคมไทยดั้งเดิมเป็นเรื่องของการมอบให้โดยผู้ปกครองแผ่นดิน มิใช่เป็นลักษณะเช่นเดียวกันกับแนวคิดเรื่องสิทธิในสังคมตะวันตกที่มองว่าสิทธิที่ติดตัวมาแต่กำเนิด โอนให้แก่กันไม่ได้ อยู่เหนือการเปลี่ยนแปลงอันเป็นลักษณะของแนวคิดสิทธิธรรมชาติ แต่อย่างไรก็ตาม ประชาชนก็ยังมีสิทธิต่างๆ ที่ได้รับการมอบโดยผู้ปกครองตามสภาพของสังคมนั้น อยู่เสมอมา เมื่อพิจารณาเฉพาะในด้านทางการแพทย์ของไทย สมัยดั้งเดิมส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการแพทย์พื้นบ้าน ซึ่งผู้เป็นแพทย์มักเป็นผู้มีความรู้ทางไสยศาสตร์ที่ผู้ป่วยยอมรับ โดยที่ผู้ให้การรักษาในสมัยนี้จะไม่ยอมรับรู้ในเรื่องสิทธิของผู้ป่วย

ต่อมาเมื่อการแพทย์ตะวันตกหลังไหลเข้ามาสู่ประเทศไทย เป็นการเกิดขึ้นของลักษณะการแพทย์สมัยใหม่ที่ได้รับมาจากผู้สอนศาสนา (มิชชันนารี) และควบคู่ไปกับการแพร่หลายของการแพทย์ตะวันตก แนวคิดระบบกฎหมายของไทยได้รับอิทธิพลมาจากตะวันตก เช่นกัน การปรับปรุงกฎหมายในรัชกาลที่ 5 ได้รับแนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยเช่น ในลักษณะสากลมาด้วย อาทิ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทไว้ในมาตรา 43 วรรค 3 (ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทนั้นในปัจจุบันบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 4 ส่วนความผิดฐานเปิดเผยความลับในปัจจุบันบัญญัติอยู่ในมาตรา 323 ประมวลกฎหมายอาญา) เป็นต้น จนมาถึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการแพทย์

¹⁰ นพนิธิ สุริยะ. (2536). สิทธิมนุษยชน : แนวคิดทางตะวันตกและสังคมไทยจากสุโขทัย-รัตนโกสินทร์, หนังสืออรพี'36. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 25.

¹¹ “ศักดิ์” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 แปลว่า อำนาจ ความสามารถ กำลัง ฐานะ อ่างใน. เรื่องเดียวกัน. หน้า 26.

พ.ศ. 2466 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะฉบับแรกที่ได้แสดงถึงแนวคิดเรื่องสิทธิของผู้ป่วยไว้ เห็นได้จากข้อความในคำปรารภ ดังนี้

“มีพระบรมราชโองการในพระบาทสมเด็จพระรามาธิบดี ศรีสินทรมหาวชิราวุธพระมกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว คำรัสเหนือเกล้าว่า โดยที่การประกอบโรคศิลปะย่อมมีสิทธิผล อันสำคัญแก่สวัสดิภาพของประชาชน โดยที่ ณ กาลบัดนี้กรุงสยาม ยังไม่มีระบบระเบียบบังคับควบคุมการประกอบกิจเช่นนี้ ปลดปล่อยให้มหาชนปราศจากความคุ้มครองจากอันตรายอันเกิดแก่การประกอบกิจแห่งผู้ที่ไร้ความรู้ และมีได้ฝึกหัดและโดยที่ทรงพระราชดำริเห็นสมควรควบคุมวางระเบียบบังคับและเลื่อนฐานะแห่งการเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะให้สูงขึ้นไป จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้...”¹²

โดยสรุป สาระที่นำเสนอมานั้นแสดงให้เห็นว่า สังคมดั้งเดิมมิได้พิจารณาในเรื่องสิทธิของผู้ป่วย แต่มุ่งเพียงการรักษาให้เกิดผลดีแก่ผู้ป่วยเท่านั้น ต่อมา จึงมีการรับรองสิทธิดั้งเดิมของผู้ป่วย เกี่ยวกับการรักษาความลับของผู้ป่วย โดยมีกฎหมายอาญาบัญญัติว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ รวมทั้งแนวคิดในการลงโทษการกระทำโดยประมาท ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้มากในทางวิชาชีพการแพทย์ ตลอดจนจนถึงกฎหมายแพ่งเรื่องสัญญา โดยหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาแสดงออกซึ่งความเท่าเทียมกันในการมีนิติสัมพันธ์ระหว่างแพทย์ผู้ให้การรักษากับผู้ป่วย ตามที่มีกฎหมายแพ่งให้การบัญญัติรับรองและวางหลักไว้ นอกจากนี้ยังได้ปรากฏกฎหมายทางวิชาชีพฉบับแรก ซึ่งเป็นต้นกำเนิดกฎหมายวิชาชีพของไทยต่อมา มาที่แสดงให้เห็นว่าสิทธิของผู้ป่วยได้รับความคุ้มครอง โดยกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในอันที่จะคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชนจากการปฏิบัติหน้าที่ทางการแพทย์ ด้วยการควบคุมโดยกฎหมายวิชาชีพนี้

2.2 รากฐานแห่งสิทธิของผู้ป่วยจากแนวคิดในกฎหมายต่างประเทศ

วิวัฒนาการทางแพทย์ได้พัฒนามาเป็นหลักวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีทางการแพทย์ได้เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วและมีการพัฒนาต่อเนื่องอย่างไม่หยุดยั้ง ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยได้มีการปรับเข้ากับหลักกฎหมายแพ่งโดยถือว่าเป็นนิติสัมพันธ์ทางสัญญา จากเดิมแพทย์เป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจแทนผู้ป่วยเนื่องจากเป็นผู้ที่รักษาผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของผู้ป่วย ต่อมาแพทย์ไม่อยู่ในฐานะที่จะทำหน้าที่นั้น ได้อย่างเหมาะสมอีกต่อไปแล้ว เนื่องจากผู้ป่วยสามารถที่จะตัดสินใจในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับสุขภาพของตน ได้ดีกว่าแพทย์ เพราะเป็นผู้ทราบความต้องการที่

¹²ราชกิจจานุเบกษา (แผนกฤษฎีกา). (2530) เล่ม 40 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2466, น. 136, อ้างถึงใน วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. นิติเวชศาสตร์. (พิมพ์ครั้งที่5). กรุงเทพมหานคร : บริษัทประชาชนจำกัด. หน้า 44.

จำเป็นอย่างแท้จริงของตนเอง ได้ดีที่สุด¹³ เมื่อหน้าที่ในการตัดสินใจกลับไปเป็นผู้ป่วย แพทย์จึงมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลที่สำคัญ และจำเป็นสำหรับการตัดสินใจในการรักษาพยาบาลให้ผู้ป่วยได้ทราบก่อนที่ผู้ป่วยจะตัดสินใจเลือกที่จะรับการรักษาพยาบาลจากแพทย์ และแพทย์ก็อยู่ในฐานะที่จะอธิบายด้วยเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ ดังนั้นทฤษฎีที่เรียกว่า “ความยินยอมที่ได้รับข้อมูลโดยชัดแจ้ง” (informed consent) จึงได้ถูกนำมาใช้ในเวชปฏิบัติ¹⁴ เพื่อสนับสนุนในการเคารพสิทธิของผู้ป่วยซึ่งก็เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนนั่นเอง

ความยินยอมเป็นเงื่อนไขสำคัญในการรักษาพยาบาลเพราะ โดยปกติแพทย์ไม่อาจทำการรักษาผู้ป่วยโดยปราศจากความยินยอมได้ เว้นแต่จะมีเหตุอื่นตามกฎหมายที่แม้จะไม่มี ความยินยอมก็ยังสามารถรักษาได้ หรือเป็นการรักษาที่มีเหตุจำเป็นอย่างยิ่ง และเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย¹⁵ ความยินยอมของผู้ป่วยไม่มีแบบ คำนึง จึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ อาจเกิดขึ้น โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ซึ่งแพทย์อาจอนุมานได้จากการกระทำของผู้ป่วยหรือสังเกตจากพฤติกรรมแวดล้อมแต่ละกรณีแล้วลงความเห็นว่าคุณป่วยให้ความยินยอมได้เช่นกัน แต่ที่สำคัญความยินยอมนั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริง ซึ่งหมายความว่าผู้ให้ความยินยอมต้องได้รับการบอกกล่าวถึงผลที่เกิดขึ้นอย่างครบถ้วน (informed consent) ปราศจากการครอบงำที่ผิดปกติ

2.3 หลักความยินยอมตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

2.3.1 ที่มาและเหตุผลที่ต้องให้ความยินยอม

ความยินยอมในการรักษาพยาบาล หรือความยินยอมที่ได้รับการแจ้งข้อมูล (Informed consent) เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการพัฒนามานาน โดยศาลประเทศยุโรปและอเมริกา ซึ่งมีการใช้ในหลายรูปแบบทั้งที่เป็นส่วนของการรักษาพยาบาลและการทดลองในมนุษย์

¹³ เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม.(2552)ความรับผิดชอบในสัญญาให้บริการทางการแพทย์.วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 43.

¹⁴วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์.(2530).ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติ.นิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายกับเวชปฏิบัติ.กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราศิริราช. หน้า 104.

¹⁵ M.A. Jones & K. Keywood, Assessing the Patient's Competence to Consent Medical Treatment, 1996, 2 Medical Law International 107, p.109.อ้างใน เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13 หน้า 44.

ในการประชุมที่กรุงเฮลซิงกิ (World medical association declaration of Helsinki 1964) ได้มีการบรรยายเรื่องการให้ความยินยอมโดยได้รับแจ้งข้อมูล (Informed consent)¹⁶ อย่างเป็นทางการโดยผู้รับการรักษาหรือรับการทดลองทางวิทยาศาสตร์ เรียกว่า “การให้ความยินยอมโดยรับการแจ้งข้อมูลที่ถูกต้อง (Informed consent) หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งได้ว่าการทดลองมนุษย์ไว้ว่าในการวิจัยเกี่ยวกับมนุษย์ต้องมีการแจ้งถึงวัตถุประสงค์ของการศึกษาอย่างพอเพียงรวมถึงกระบวนการศึกษา แหล่งที่มาของเงินทุน ความขัดแย้งของผลประโยชน์ที่อาจมีการเข้าร่วมของผู้วิจัยกับสถาบันการวิจัย ประโยชน์ที่คาดหวัง ศักยภาพของการศึกษา ความเสี่ยง และความลำบากที่อาจตกทอด ซึ่งหัวข้อของการวิจัยควรให้สิทธิในการละเว้นที่จะมีส่วนร่วมในการศึกษาหรือถอดถอนความยินยอมที่จะเข้าร่วมได้ตลอดเวลา) จากรายละเอียดดังกล่าวสามารถสรุปได้ว่าความยินยอม หรือ Informed consent ที่ดีต้องเป็นการสื่อสารที่ถูกต้องและพอเพียงระหว่างผู้ขอความยินยอมกับผู้ให้ความยินยอมและที่สำคัญที่สุดผู้ให้ความยินยอมต้องมีทางเลือกเป็นของตนเอง ไม่มีการถูกบีบบังคับทั้งทางตรงและทางอ้อม และเมื่อเขาให้ความยินยอมได้เขาก็ย่อมต้องมีสิทธิถอนความยินยอมได้เช่นกัน¹⁷

เหตุผลสำคัญที่แพทย์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนทำการรักษาหรือแพทย์ไม่อาจทำการรักษาพยาบาลผู้ใดโดยปราศจากความยินยอมนั้นได้มาจาก

1) เหตุผลทางกฎหมาย

จากกระแสการตื่นตัวในเรื่องสิทธิมนุษยชนที่มีมากขึ้นทำให้มีการนำเอาแนวคิดหลักสิทธิมนุษยชนบางประการมาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาทางการแพทย์ หรือ อีกนัยหนึ่งคือการนำหลักการทางกฎหมายมาใช้แก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นทางการแพทย์ เช่น แนวคิดเรื่องการยุติการรักษา (termination of treatment) หรือแนวคิดเรื่องการุณขมาต (mercy killing)¹⁸ เป็นต้น

นอกจากได้มีการนำเอาแนวคิดเรื่องหลักสิทธิมนุษยชนมาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาทางการแพทย์แล้ว หลักดังกล่าวยังเป็นที่มาสำคัญประการหนึ่งเกี่ยวกับของสิทธิผู้ป่วยกล่าวคือ

¹⁶Informed consent “In any research on human beings, each potential subject must be adequately informed of the aims, methods, sources of funding, any possible conflicts of interest, institutional affiliations of the researcher, the anticipated benefits and potential risks of the study and the discomfort it may entail. The subject should be informed of the right to abstain from participation in the study or to withdraw consent to participate at any time without reprisal”

¹⁷เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ. (2549). กฎหมายกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรม. กรุงเทพมหานคร : บริษัท บุ๊คเน็ต จำกัด. หน้า 203.

¹⁸ชนภัทร วินยวัฒน์. (2551). ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วย วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, 1 หน้า 97.

หลักการพื้นฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชน คือ หลักเสรีนิยม และสิทธิในการกำหนดชีวิตตนเอง ซึ่งมีหลักการที่สำคัญว่า เจ้าของชีวิตต้องเป็นผู้เลือกหรือยินยอมให้ผู้อื่นมากระทำกับชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิของตนเพื่อจะได้สอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดและความต้องการที่แท้จริงของเจ้าของชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธินั้น ซึ่งเมื่อนำหลักการทั้งสองมาประยุกต์ใช้ในเรื่องสิทธิของผู้ป่วยจึงทำให้การรักษาพยาบาลที่จะเป็นผลต่อชีวิตร่างกายของผู้อื่นต้องให้ผู้เป็นเจ้าของชีวิตเป็นผู้ให้ความยินยอมด้วยตนเอง¹⁹ แต่ทั้งนี้ การใช้สิทธิตามหลักเสรีนิยมดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้หลักจริยธรรมและศีลธรรมด้วย²⁰

แนวคิดเสรีนิยมเป็นผลให้ผู้ป่วยมีอำนาจตัดสินใจเรื่องกระบวนการรักษาพยาบาลตามคำแนะนำของแพทย์ ดังนั้น แม้แพทย์จะเป็นผู้เข้าใจในประเด็นต่างๆ ทางกายภาพก็ได้เป็นอย่างดีก็ตาม แต่ผู้ป่วยจะต้องเป็นผู้ตัดสินใจในกระบวนการรักษาพยาบาลนั้นด้วยตนเอง เนื่องจากแนวคิดเสรีนิยมถือว่าผู้ป่วยเท่านั้นที่จะรู้คุณค่าของชีวิตตนเองได้ดีที่สุด แต่ผู้ป่วยจะเลือกหรือสั่งบังคับแพทย์ให้รักษาด้วยวิธีอื่นนอกจากที่แพทย์เสนอไม่ได้

นอกจากแนวคิดเรื่องหลักสิทธิมนุษยชนแล้ว เหตุผลสำคัญที่แพทย์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนทำการรักษาพยาบาลนั้นยังมีหลักพื้นฐานมาจากหลักเรื่อง “ความมีอิสระในเนื้อตัวร่างกาย”²¹ โดยถือว่ามนุษย์ทุกคนมีอิสรภาพ ของตนเองที่จะกำหนดว่าบุคคลอื่นสามารถปฏิบัติต่อเนื้อตัวร่างกายของเขาอย่างไร ท่านผู้พิพากษา Cardozo แห่งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ได้กล่าวเป็นหลักการไว้ว่า “บุคคลทุกคนที่มีอายุพอสมควรและมีสภาพจิตที่ปกติ ย่อมมีสิทธิจะยอมให้ใครกระทำหรือมิให้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของตนได้ ศัลยแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดโดยปราศจากความยินยอมของคนไข้ย่อมมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายจะต้องชดใช้ ค่าสินไหมทดแทน”²² สิทธิเช่นนี้เรียกว่า “สิทธิในการกำหนดตนเอง” (right to self-determination)

โดยที่การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของมนุษย์บุคคลนั้นๆ จึงควรจะได้รับทราบข้อมูลต่างๆ เพื่อนำไปสู่การตัดสินใจ ความยินยอมของผู้ป่วยจึง

¹⁹ เรื่องเดียวกัน หน้า 97.

²⁰ ฆนภัทร วินวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 18 หน้า 98.

²¹ Brender Greene, Understanding Medical Law, Cavendish Publishing Ltd, Great Britain, 2005. อ้างใน. เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 46.

²² เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 46.

เท่ากับเป็นการรับรองสิทธิพื้นฐานที่สำคัญ 2 ประการคือ สิทธิที่จะได้รับรู้ (The right to know) และ สิทธิที่จะตัดสินใจ (The right to self-determination)²³

สิทธิที่จะรู้ของผู้ป่วยและหน้าที่ของแพทย์ที่ในการเปิดเผยข้อมูลนั้นถือเป็นหลักสากลซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอยู่เกือบทุกประเทศในโลก เนื่องจากข้อมูลที่สำคัญ ถูกต้องและเพียงพอ ย่อมจะทำให้ผู้ป่วยตัดสินใจว่าจะให้แพทย์ทำการรักษาอันเป็นการละเมิดสิทธิในร่างกายของเขาหรือไม่ หากแพทย์ให้ข้อมูลไม่เพียงพอหรือปกปิดข้อมูลบางส่วนที่ผู้ป่วยควรจะได้รู้ ความยินยอมที่เกิดขึ้นของผู้ป่วยเช่นนี้ย่อมไม่ใช่ความยินยอมที่บริสุทธิ์ใจ แพทย์อาจต้องรับผิดชอบในทางกฎหมายได้

ด้วยเหตุผลดังกล่าวทำให้ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับข้อมูลทางการแพทย์ที่จำเป็นอย่างเพียงพอต่อการตัดสินใจว่าจะยินยอมให้รักษาพยาบาลหรือไม่ และความยินยอมของผู้ป่วยถือเป็นเงื่อนไขสำคัญในกระบวนการรักษาพยาบาลที่สามารถกล่าวได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญที่แพทย์ทุกคนพึงปฏิบัติต่อผู้ป่วย²⁴ และหากจะใช้เพียงหลักเกณฑ์จริยธรรมของแพทย์เป็นตัวกำหนดสิทธิของผู้ป่วยคงไม่เพียงพอเพราะจริยธรรมแห่งวิชาชีพนั้นถูกกำหนดขึ้นมาจากหน้าที่ของแพทย์มิได้ถูกกำหนดมาจากสิทธิของผู้ป่วยเป็นสำคัญ²⁵

2) เหตุผลทางการรักษาพยาบาล

ด้วยวิชาชีพแพทย์เป็นวิชาชีพหรือเป็นการงานที่ไม่อาจสามารถคาดหวังถึงผลสำเร็จในการรักษาได้ แต่จะต้องกระทำด้วยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านและด้วยความระมัดระวังอันเป็นมาตรฐานแห่งการประกอบวิชาชีพวิชาการ ในการรักษาผู้ป่วยให้ประสบผลสำเร็จจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่แพทย์ต้องได้รับความร่วมมือจากผู้ป่วย โดยเฉพาะการปฏิบัติตัวของผู้ป่วยหลังการรักษา หรือการติดตามผู้ป่วยหลังจากพ้นการดูแลของแพทย์ไปแล้ว ดังนั้นการที่ผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมแก่แพทย์ในการรักษาพยาบาลจึงเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าผู้ป่วยพร้อมที่จะให้ความร่วมมือกับแพทย์ที่จะรักษาพยาบาลตามขั้นตอนและหลักวิชา ซึ่งหากผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลแล้ว ผู้ป่วยส่วนใหญ่ล้วนจะให้ความร่วมมือในการรักษาอย่างบริสุทธิ์ใจและเต็มใจ

²³แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2546). กฎหมายการแพทย์.(พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 73.

²⁴อรรถจินดา ศิพดุง. (2536). สิทธิของผู้ป่วย.รวมบทความเกษียณอายุราชการศาสตราจารย์นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์.กรุงเทพมหานคร : บริษัท 21 เซ็นจูรี่ จำกัด. หน้า 45.

²⁵อัจฉรา วีระชาติ. (2537). สิทธิของผู้ป่วย.วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 32.

2.3.2 เงื่อนไขและรูปแบบของการให้ความยินยอม

หลักสากลทางการแพทย์ ความยินยอมที่ถูกต้องตามกฎหมายจะต้องเป็นความยินยอมที่มีลักษณะต่อไปนี้²⁶

1) เงื่อนไขให้ความยินยอมตามกฎหมาย

(1) ความยินยอมต้องเกิดขึ้นโดยผู้มีอำนาจให้ความยินยอมตามกฎหมาย

ความยินยอมของผู้ป่วยในการรักษาพยาบาล กฎหมายการแพทย์ในประเทศต่างๆ จะกำหนดหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจให้ความยินยอมไว้ ดังนี้

1. ผู้ป่วย ในกรณีที่ผู้ป่วยเป็นบุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมายและยังมีสติสัมปชัญญะที่สมบูรณ์มิได้อยู่ภายใต้ภาวะใดๆ ที่อาจทำให้การตัดสินใจเบี่ยงเบนไปจากเจตนารมณ์ที่แท้จริง เช่น ไม่ได้อยู่ในภาวะจิตเสื่อมจากภาวะสมองผิดปกติ (dementia) หรือไม่ได้รับยาที่มีผลออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท เป็นต้น

2. ผู้ใช้อำนาจแทน บางกรณีผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เช่นผู้ป่วยเป็นเด็กที่ยังไม่สามารถเข้าใจสาระสำคัญของการเจ็บป่วยและวิธีการรักษาพยาบาล หรือกรณีที่ผู้ป่วยไม่มีความรู้สึก หรือ ไม่มีสติสัมปชัญญะอย่างเพียงพอที่จะเข้าใจสาระสำคัญของการเจ็บป่วยหรือวิธีการรักษาพยาบาล ฯ ในต่างประเทศได้มีการบัญญัติกฎหมายภายในระดับพระราชบัญญัติหรือรัฐบัญญัติ (Act)²⁷ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในกรณีที่เกิดการเจ็บป่วยขึ้นแก่ผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถ บุคคลผู้สามารถให้ความยินยอมได้ ขอบเขตของการรักษามีมากน้อยเพียงใด และโดยวิธีใด นอกจากนี้ในบางประเทศยังกำหนดให้บุคคลผู้มีความสามารถตามกฎหมายสามารถทำหนังสือมอบอำนาจแต่งตั้งให้บุคคลอื่นสามารถให้ความยินยอมแทนได้ในกรณีที่ผู้นั้นอยู่ในสภาพที่ไม่รู้สึกตัว (unconscious stage) โดยถือว่าความยินยอมของผู้แทนนั้นเป็นความยินยอมของผู้ป่วย

สำหรับประเทศไทยนั้นหลักเรื่องความยินยอมของผู้ป่วยจะมีลักษณะเช่นใดและจะต้องเกิดขึ้นโดยผู้มีอำนาจให้ความยินยอมตามกฎหมายหรือไม่นั้น ผู้เขียนจะขอนำเสนอต่อไปในส่วนที่เกี่ยวกับความยินยอมในการรักษาพยาบาลของผู้ป่วยตามกฎหมายไทย

(2) ความยินยอมต้องบริสุทธิ์

ความยินยอมต้องบริสุทธิ์นั้น หมายความว่า ผู้ป่วยจะต้องให้ความยินยอมด้วยความสมัครใจ ปราศจากการถูกบังคับ หรือถูกหลอกลวง ที่สำคัญความยินยอมนั้นต้องเกิดจากการที่

²⁶ชนภัทร วินยวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า99.

²⁷ตัวอย่างเช่น The Medical Treatment Act 1988 (Vic), the Guardianship and Administration Board Act 1986 (Vic). อ้างใน. ชนภัทร วินยวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 99.

ผู้ให้ความยินยอมเข้าใจในสาระสำคัญของการรักษา รวมทั้งได้รับข้อมูลที่สำคัญและจำเป็นอย่างถูกต้องครบถ้วนก่อนจะให้ความยินยอม

ปัญหาที่ว่าข้อมูลที่สำคัญและจำเป็นได้แก่ข้อมูลใดนั้น กฎหมายในแต่ละประเทศต่างก็มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกันว่าเป็นข้อมูลที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการตัดสินใจของผู้ป่วยในการรักษาพยาบาล ได้แก่ พยาธิสภาพโรค อาการของโรค ความรุนแรงของโรคหากไม่มีการรักษา วิธีการรักษา ผลโดยตรงจากการรักษา ผลข้างเคียงที่อาจเกิดจากการรักษา²⁸ เป็นต้น ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าข้อมูลที่สำคัญที่แพทย์ควรจะต้องแจ้งให้ผู้ป่วยทราบได้แก่ข้อมูลที่มีผลต่อการตัดสินใจเข้ารับการรักษาหรือไม่นั่นเอง ตัวอย่างเช่น ในคดี *Roger v Whigtaker*²⁹ ที่ศาลสูงของออสเตรเลีย (High Court of Australia) ได้วางบรรทัดเกี่ยวกับข้อมูลที่จำเป็นที่ผู้ป่วยได้รับทราบไว้ว่า ได้แก่อะไรที่จริงที่วิญญูชนในภาวะเช่นเดียวกับผู้ป่วยนั้นจะให้ความสำคัญ หากได้รับการเตือนหรือข้อมูลที่แพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์สามารถคาดหมายได้ว่าผู้ป่วย จะให้ความสำคัญหากได้รับการเตือนและหากมีข้อมูลดังกล่าวแล้วผู้ป่วยอาจตัดสินใจเป็นอย่างอื่น

จากเหตุผลที่ว่าความยินยอมต้องเกิดจากความสมัครใจ ทำให้ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ต่างยอมรับว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลต่อผู้ป่วย (the doctor's duty to provide information to patients) ซึ่งหากแพทย์ไม่ให้ข้อมูลที่เพียงพอต่อการตัดสินใจผู้ป่วยมีสิทธิเรียกร้องให้แพทย์รับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญาได้ ตัวอย่างเช่น ในคดี *D v S*³⁰ ซึ่งข้อเท็จจริงมีว่า ผู้หญิงคนหนึ่งได้รับการผ่าตัดที่หน้าอก แต่ก่อนการผ่าตัดแพทย์ไม่ได้บอกถึงผลกระทบจากการผ่าตัดจะทำให้เป็นแผลไปตลอดชีวิต ศาลเห็นว่าความยินยอมของโจทก์เป็นความยินยอมที่ไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายเพราะแพทย์ไม่ยอมบอกเกี่ยวกับแผลเป็นที่หน้าอกซึ่งเป็นผลกระทบโดยทั่วไปที่อาจเกิดขึ้น

นอกจากเป็นความยินยอมที่ต้องเกิดจากความสมัครใจแล้ว ความยินยอมนั้นต้องปราศจากการขู่เข็ญ บังคับ หลอกลวง หรือกระทำการด้วยประการใดๆ ที่ทำให้เห็นได้ว่าหากผู้ให้ความยินยอมไม่ได้ตกอยู่ในสถานะเช่นนั้นแล้วก็จะไม่ให้ความยินยอมโดยเด็ดขาด

ปัญหาที่ว่าการกระทำใดๆ ที่พอจะเห็นได้ว่า หากผู้ให้ความยินยอมไม่ได้ตกอยู่ในสถานะนั้นก็จะเป็นการให้ความยินยอมโดยเด็ดขาดอาจเทียบเคียงได้กับคดี *Norberg v Wynrib*³¹ ของ

²⁸ เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 49.

²⁹ *Roger v Whitaker* (1992) 175 CLR 479. อ้างใน. เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 49.

³⁰ *D v S* (1981) JS 405 (SA SC). อ้างใน. ชนภัทร วินยวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18 หน้า 100.

³¹ *Norberg v Wynrib* (1992) 92 DLR (4th) 449-486 (Can Sc). อ้างใน. ชนภัทร วินยวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 101.

ประเทศแคนาดา ซึ่งมีข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ป่วยติดยาเสพติดยินยอมให้แพทย์ชำระเราเพื่อแลกกับ ใบสั่งยาของแพทย์ ศาลวางหลักเกณฑ์ไว้ว่าความยินยอมที่ให้แพทย์ชำระเราดังกล่าวไม่สมบูรณ์เพราะผู้ป่วยติดยาเสพติด ดังนั้น ความยินยอมดังกล่าวจึงเกิดขึ้นเนื่องจากถูกโน้มน้าวจาก ภาวะการติดยา ศาลเห็นว่าความยินยอมที่ไม่สมบูรณ์นั้นนอกจากจะเกิดจากการถูกบังคับขู่เข็ญในทางกายภาพ การหลอกลวง หรือการใช้เงื่อนไขในการติดยาเสพติดของผู้ป่วยเข้าหาลอกล่อแล้ว ยังหมายรวมถึงการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการตัดสินใจด้วยวิธีการใดๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากความไม่เท่าเทียมกันในอำนาจต่อรองระหว่างแพทย์และผู้ป่วยอีกด้วย

(3) ความยินยอมต้องครอบคลุมตลอดระยะเวลาที่ทำการรักษา

การรักษาพยาบาลของแพทย์จะไม่เป็นความผิดต่อกฎหมายนั้นจะต้องปรากฏว่า ก่อนที่จะเริ่มทำการรักษาจนกระทั่งการรักษาพยาบาลได้กระทำจนเสร็จสิ้นแล้วผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมและมีได้ถอนความยินยอมแต่อย่างใด แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าผู้ป่วยจะไม่สามารถถอนหรือยกเลิกความยินยอมได้ ผู้เขียนเห็นว่าผู้ป่วยสามารถยกเลิกหรือถอนความยินยอมเสียเมื่อใดก็ได้ และเมื่อผู้ป่วยได้ทำการยกเลิกหรือถอนความยินยอมแล้ว แพทย์จะต้องยุติการรักษา การที่แพทย์ได้ทำการรักษาหลังจากผู้ป่วยได้ยกเลิกหรือถอนความยินยอมแล้วนั้นแพทย์อาจมีความผิดได้

ปัญหาในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้น คือ ในกรณีที่ผู้ป่วยได้เข้ารับการรักษาพยาบาลในโรงพยาบาลนั้นจะถือว่าผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมกับแพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์ที่จะรักษาตนด้วยวิธีการใดๆ ได้อัตโนมัติหรือไม่นั้น ซึ่งในเรื่องดังกล่าวได้เคยมีคดี Hart v Herron³² ที่ผู้ป่วยโรคจิตเข้ารับรักษาตัวในโรงพยาบาล จิตแพทย์ได้ใช้วิธีช็อคไฟฟ้า (electroconvulsive therapy) และการสะกดจิตให้หลับลึก (deep sleep therapy) โดยที่ผู้ป่วยมิได้ให้ความยินยอม และยังไม่เข้าใจที่จะรักษาโดยปราศจากความยินยอมได้ ศาลเห็นว่าการที่ผู้ป่วยเข้าไปรักษาตัวในโรงพยาบาล ยังไม่ได้หมายความว่าผู้ป่วยจะยินยอมโดยปริยาย (implied consent) ให้แพทย์หรือพยาบาลรักษาด้วยวิธีใดก็ได้ พฤติการณ์การเข้าไปพักรักษาตัวในโรงพยาบาลถือเป็นเพียงว่าผู้ป่วยที่จะรับการตรวจประเมินสภาพและรักษาด้วยวิธีเล็กน้อย (minor treatment) เท่านั้น แต่หากจะรักษาด้วยวิธีพิเศษประการใด (particular treatment) ต่อไปแพทย์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยเป็นกรณีๆ ไปซึ่งหลักการดังกล่าวได้มีการถือปฏิบัติเรื่อยมาแม้ประเทศไทยเราก็มอมรับแนวคิดดังกล่าว ซึ่งสังเกตได้จากการตาม โรงพยาบาลต่างๆ มักกำหนดให้ผู้ป่วยต้องให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรก่อนทุกครั้ง

นอกจากนี้ความยินยอมของผู้ป่วยยังถือว่าต้องมีอยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงที่จำกัดด้วย กล่าวคือหากมีข้อเท็จจริงสำคัญที่เพิ่มขึ้นหรือเปลี่ยนแปลงไป จะถือว่าผู้ป่วยยังคงยินยอมให้แพทย์

³²Hart v Herron (1984) Aust Torts Report 80-201. อ้างใน. เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13 หน้า 51.

ทำการรักษาต่อไปอีกไม่ได้ แพทย์จะต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่สำคัญให้แก่ผู้ป่วยและขอความยินยอมจากผู้ป่วยอีกครั้ง³³

(4) ต้องอยู่ในกรอบแห่งความยินยอม

เมื่อแพทย์ได้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นและสำคัญต่อการตัดสินใจของผู้ป่วยแล้ว และเมื่อผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมแก่แพทย์แล้วว่า จะรักษาด้วยวิธีใด ย่อมเป็นหน้าที่ของแพทย์ที่จะทำการรักษาพยาบาลตามเงื่อนไขที่ตกลงกันไว้กับผู้ป่วย แพทย์จะรักษาโรคหรือใช้วิธีการอื่นที่นอกเหนือไปจากที่ได้รับ ความยินยอมจากผู้ป่วยไม่ได้ เว้นแต่มีเหตุอันจำเป็นตามกฎหมาย

2) รูปแบบของการให้ความยินยอม

การแสดงความยินยอมไม่มีรูปแบบที่แน่นอนตายตัว และกฎหมายไม่ได้บังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือหรือเป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด ดังนั้น จึงสามารถแสดงความยินยอมได้ด้วยวาจาหรือการแสดงออกโดยปริยายก็ได้ เช่น แพทย์บอกให้ผู้ป่วยนอนตะแคงเพื่อทำการฉีดยาเข้าช่องไขสันหลัง ผู้ป่วยก็ขยับตัวนอนตะแคงตามที่บอก หรือกรณีที่ผู้ป่วยไปหาทันตแพทย์เพื่อให้แพทย์ถอนฟันที่ผู้ให้ เมื่อแพทย์บอกให้ผู้ป่วยอ้าปาก ผู้ป่วยก็อ้าปากตามที่แพทย์บอกกรณี เช่นนี้ก็ย่อมต้องถือว่าผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมโดยปริยายแล้ว และเมื่อกฎหมายไม่ได้มีบทบังคับให้ต้องแสดงความยินยอมเป็นหนังสือนั้นก็แสดงว่าการให้ความยินยอมกฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องมีพยาน ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องมีการลงชื่อพยานก็ได้ แต่ในปัจจุบันทางปฏิบัติโรงพยาบาลจะกำหนดให้การทำหัตถการทุกชนิดจะต้องให้ผู้ป่วยแสดงความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรพร้อมทั้งให้มีพยานลงลายมือชื่อรับรองด้วย ทั้งนี้ ก็เพื่อป้องกันข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นในภายหลัง

อย่างไรก็ดีความยินยอมในการรักษาพยาบาลหรือในทางการแพทย์ หากแบ่งตามลักษณะของการแสดงออกของผู้ป่วยหรือตัวแทนแล้ว มีรูปแบบดังต่อไปนี้

(1) Apparent (หรือ Explicit) Consent กับ Implied Consent

Apparent (หรือ Explicit) กับ Implied Consent คือ การให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง กับ การให้ความยินยอมโดยปริยาย การให้ความยินยอมโดยปริยาย(Implied consent)เป็นกรณีที่ผู้ป่วยได้แสดงออกผ่านอากัปกิริยาว่าจะให้ความร่วมมือในการรักษาพยาบาลต่อไปโดยมิได้เอ่ยเป็นคำพูด หรือลงชื่อในหนังสือใดๆ ส่วนมากจะใช้กับการรักษาตามปกติธรรมดาทั่วไปหรือเป็นเรื่องเล็กน้อย น้อยๆ เช่น ผู้ป่วยยินยอมให้เจาะเลือด โดยพับแขนเสื้อขึ้นและวางมือในที่ที่กำหนด แต่ถ้าการรักษาแบบพิเศษหรือเป็นการรักษาที่มีความเสี่ยงและมีขั้นตอนอื่นที่จะเพิ่มภาระหรือเป็นการสร้าง

³³Doyle K, 'The Unplanned Abortion' (1993) 143 New Law J 1416. อ้างใน.เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 51.

ความลำบากให้แก่ผู้ป่วยมากขึ้น แพทย์พึงได้รับความยินยอมแบบชัดแจ้ง (apparent หรือ explicit consent) ก่อนที่จะทำการรักษาต่อไป³⁴

ความยินยอมโดยชัดแจ้ง (Apparent (หรือ Explicit) Consent) ที่ผู้ป่วยหรือญาติลงลายมือชื่อนั้นจะต้องเกิดจากการได้รับข้อมูลที่ถูกต้อง ทั้งนี้โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้ผู้ป่วยมีส่วนร่วมรับรู้และตัดสินใจในการเข้ารับการรักษาให้มากที่สุด ดังนั้น ข้อมูลที่ผู้ป่วยได้รับต้องเป็นข้อมูลที่มีความสำคัญและจำเป็นต่อการตัดสินใจรับการรักษาพยาบาล อย่างไรก็ตามหากผู้ป่วยหรือญาติแม้ได้ให้ความยินยอมไปแล้ว ต่อมาในภายหลังทราบว่าข้อมูลที่ได้รับนั้นไม่ถูกต้องหรือไม่เพียงพอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นการขอข้อมูลที่สำคัญและมีผลต่อการตัดสินใจของผู้ป่วยซึ่งหากได้ทราบก่อนแล้วผู้ป่วยย่อมไม่ให้ความยินยอมอย่างแน่นอน ในกรณีเช่นนี้ผู้ป่วยหรือญาติผู้ป่วยมีสิทธิที่ยกเลิกหรือบอกถอนความยินยอมนั้นได้ และแพทย์ย่อมไม่สามารถกล่าวอ้างความยินยอมดังกล่าวมาเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบได้

(2) Non-Document กับ Document consent

ตามทฤษฎีการให้ความยินยอม ไม่ใช่เรื่องของการลงลายมือชื่อในแบบฟอร์มใดๆ แต่เป็นเรื่องของการสื่อสารระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย มากกว่า แต่การที่ แบบความยินยอมได้รับการกล่าวถึงอย่างมาก คงเป็นเพราะการได้รับข้อมูลอย่างชัดแจ้งหรือinformed consentถูกมองในเชิงกฎหมายมากกว่าจะเป็นเรื่องของจริยธรรม จึงกลายเป็นเรื่องของสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยไป³⁵

เป็นที่น่าสังเกตว่า แม้จะมีพฤติการณ์ของผู้ป่วยที่แสดงออกให้เห็นว่าได้ให้ความยินยอมในการรักษา แต่มิได้หมายความว่าแพทย์จะสามารถรักษาผู้ป่วยด้วยวิธีการใดๆ โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยอีก เพราะความยินยอมในลักษณะเช่นนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นเพียงข้อสันนิษฐาน ในเบื้องต้นว่าผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมเกี่ยวกับการตรวจรักษาด้วยวิธีการเล็กๆ น้อยๆ เท่านั้น หากเป็นการรักษาที่มีความเสี่ยงหรือเป็นการรักษาที่มีขั้นตอนที่ยุ่ยากซับซ้อนเป็นการสร้างภาระความลำบากต่อผู้ป่วยเป็นอย่างมากแล้ว แพทย์จะต้องได้รับความยินยอมก่อนทำการรักษา เว้นแต่เป็นกรณีมีเหตุฉุกเฉินหรือจำเป็นเร่งด่วนเพื่อช่วยเหลือชีวิตผู้ป่วยและไม่อาจขอความยินยอมจากผู้ป่วยหรือญาติได้ ในกรณีเช่นนี้แพทย์สามารถทำการรักษาพยาบาลได้แม้จะมีได้รับความยินยอม แต่ถ้าหากเป็นกรณีปกติทั่วไป หรือมิใช่ภาวะฉุกเฉินรีบด่วน ในการรักษาพยาบาลแพทย์ต้องรับ

³⁴เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ. (2548). กฎหมายกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรม. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ บุ๊คเนท. หน้า 206.

³⁵มาโนช โชคแจ่มใส, Informed Consent,(ออนไลน์) ,เข้าถึงได้จาก<http://www.med.cum.ac.th>. [2558 13 มกราคม]

ความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนเสมอ มิฉะนั้นแพทย์อาจมีความผิดได้และ ในปัจจุบัน โรงพยาบาลได้มีการแยกใบยินยอมเข้ารับการรักษาดังกล่าวออกเป็นกรณีๆ ตามประเภทของการรักษาหรือการทำหัตถการ

2.3.3 ผลทางกฎหมายของการให้ความยินยอม

ความยินยอมที่ถูกต้องตามกฎหมายจากผู้ป่วยเป็นผลให้การรักษาพยาบาลขอผลที่กระทำไปภายใต้กรอบของความยินยอมนั้นเป็นกรกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หากเกิดความเสียหายขึ้น แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบต่ผู้ป่วยทั้งทางแพ่งและทางอาญา ตัวอย่างเช่น นางสาวคำเป็นนายแบบป่วยเป็นโรคหลอดเลือดหัวใจตีบ แพทย์วินิจฉัยว่า ลักษณะของโรคของนางสาวคำสามารถรักษาได้ทั้งวิธีทำ Balloon หรือ Bypass แต่นางสาวคำเห็นว่าการรักษาด้วยวิธี Balloon อี 5 ปี นางสาวคำต้องกลับมาทำ Balloon อีกครั้ง เพื่อตัดปัญหาการต้องรักษาซ้ำซาก นางสาวคำจึงตัดสินใจทำ Bypass ปรากฏว่าภายหลังจากนั้น นางสาวคำมีแผลเป็นที่หน้าอกและน่องจากการผ่าตัด เป็นเหตุให้นางสาวคำไม่สามารถถ่ายแบบในชุดว่ายน้ำ หรือชุดกระโปรงสั้นที่เปิดเห็นน่องได้อีก กรณีดังกล่าว หากนางสาวคำได้ให้ความยินยอมที่ถูกต้องตามกฎหมายแก่แพทย์ที่ผ่าตัดทำ Bypass แล้ว นางสาวคำจะไม่สามารถดำเนินคดีทั้งทางแพ่งและทางอาญากับแพทย์ผู้รักษาที่ทำให้เกิดแผลเป็นดังกล่าวได้ ตรงกันข้ามหากนางสาวคำไม่ได้ให้ความยินยอมที่ถูกต้องตามกฎหมาย นางสาวคำย่อมมีสิทธิดำเนินคดีทางแพ่งและทางอาญากับแพทย์ที่รักษาได้³⁶

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าความยินยอมของผู้ป่วยจะเป็นเงื่อนไขสำคัญในการรักษาพยาบาล แต่หากเป็นกรณีฉุกเฉิน เช่น ผู้ป่วยถูกรถชนศีรษะกระแทกถนนอย่างแรงเป็นเหตุให้เลือดคั่งในสมอง จำเป็นต้องได้รับการผ่าตัดเอาเลือดออกจากสมอง ในกรณีที่เกิดความสูญเสียของชีวิตหรือร่างกาย หรือ กรณีจำเป็นต้องทำการรักษา เช่น ผู้ป่วยไม่อยู่ในฐานะให้ความยินยอมได้ เนื่องจากขณะนั้นผู้ป่วยอยู่ในสภาวะที่อาจเป็นอันตรายถึงชีวิต เป็นต้น³⁷

จะเห็นได้ว่า ในเรื่องของผลทางกฎหมายของการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลนั้น เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับเรื่องของคำรักษาพยาบาลที่จำเป็นต้องขอมานั้นสามารถพิจารณาได้เป็น 2 ประเด็นใหญ่ คือ

1. เป็นเรื่องของผลทางกฎหมายของการให้ความยินยอมในกรณีที่ผู้ป่วยสามารถให้ความยินยอมได้ กล่าวคือ กรณีการรักษาพยาบาลโดยทั่วไปที่สามารถขอความยินยอมได้ ซึ่งโดยปกติแล้วการรักษาพยาบาลนั้น แพทย์จะต้องจะมีการบอกกล่าวให้ผู้ป่วยได้ทราบว่า จะทำการรักษาอย่างไร รวมถึงค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลเพื่อให้ผู้ป่วยได้รู้และสามารถตัดสินใจเพื่อรับการรักษาในกรณี

³⁶ชนภัทร วินยวัฒน์. (2551). ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วยที่ถูกละเลย. วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, เล่มที่ 1 หน้า 98.

³⁷เรื่องเดียวกัน. หน้า107.

นั้นๆ เสียก่อน เมื่อถึงขั้นตอนการรักษา แพทย์จะต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยเพื่อทำการรักษา ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ผู้ป่วยเองจะทราบถึงขั้นตอนการรักษา และค่ารักษาพยาบาลที่จะเกิดขึ้นทั้งหมด

2. เป็นเรื่องของผลทางกฎหมายของการให้ความยินยอมในกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ กล่าวคือ เป็นกรณีของการรักษาพยาบาลที่เกิดขึ้นจากเหตุที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปก่อน อาทิเช่น กรณีฉุกเฉิน กรณีจำเป็น กรณีการรักษาตามกฎหมาย กรณีเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย และกรณีผู้ป่วยฆ่าตัวตาย นั้นการรักษาพยาบาลย่อมไม่อาจขอความยินยอมหรือได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยได้ ทำให้การรักษาพยาบาลดังกล่าวมานี้ ย่อมเกิดค่าใช้จ่ายอันเป็นค่ารักษาพยาบาลและค่ายาที่ผู้ป่วยไม่สามารถทราบได้ล่วงหน้าได้ว่ามีจำนวนเท่า อันเป็นค่ารักษาพยาบาลและค่ายาที่ผู้ป่วยจำต้องยินยอมรับเป็นภาระ โดยไม่มีสิทธิที่ต่อรองหรือหลีกเลี่ยงได้

2.3.4 ข้อยกเว้นของการให้ความยินยอม

ในการรักษาพยาบาลนั้นแพทย์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนเสมอทุกครั้งจนทำให้เกิดเป็นหลักสากลที่นานาประเทศต่างยึดถือปฏิบัติสืบต่อกันมา อย่างไรก็ตามในบางครั้งการรักษาพยาบาลแพทย์อาจไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย กล่าวคือ

1) การรักษากรณีฉุกเฉิน (Emergency)

การรักษาพยาบาลในกรณีฉุกเฉินเพื่อเป็นการช่วยเหลือชีวิตของผู้ป่วย และแพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยหรือญาติของผู้ป่วยได้ เช่น ผู้ป่วยจากอุบัติเหตุที่จะต้องได้รับการรักษาเป็นการฉุกเฉินเร่งด่วนเพื่อช่วยเหลือชีวิต แพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้ เนื่องจากอยู่ในขั้น โคม่าไม่รู้สติตัว และแพทย์ก็ไม่สามารถติดต่อญาติผู้ป่วยได้ในกรณีเช่นนี้ด้วยจริยธรรมแห่งวิชาชีพ แพทย์จึงทำการรักษาพยาบาลแม้จะกระทำโดยปราศจากความยินยอมแพทย์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบ

การรักษาผู้ป่วยในกรณีฉุกเฉินจะทำให้แพทย์พ้นจากความรับผิดชอบมีเงื่อนไขที่สำคัญดังนี้³⁸

1) มีเหตุควรเชื่อตามหลักวิชาชีพว่าการรักษาพยาบาลผู้ป่วยควรมีขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายร้ายแรงและสำคัญที่ใกล้จะถึง ที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจของผู้ป่วย

2) แพทย์ต้องปฏิบัติตามหลักวิชา

3) การรักษาต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย

จากเงื่อนไขดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการรักษาในกรณีฉุกเฉินได้พิจารณาเรื่องสุขภาพของผู้ป่วยเป็นสำคัญ ไม่ใช่พิจารณาเรื่องความสะดวกของแพทย์ที่รักษาผู้ป่วยนั้น

³⁸ชนภัทร วินยวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 18 หน้า 106.

2) การรักษากรณีจำเป็น (Necessity)

ความจำเป็นเป็นอีกเหตุหนึ่งที่แพทย์สามารถรักษาพยาบาลผู้ป่วยได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย กล่าวคือ ผู้ป่วยไม่อยู่ในสถานะที่จะสามารถให้ความยินยอมได้และขณะนั้นผู้ป่วยยังอยู่ในสถานะที่ไม่เป็นอันตรายถึงชีวิต แพทย์สามารถให้การรักษาได้เท่าที่จำเป็น ดังนั้น หากแพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้ ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือเป็นการชั่วคราว และแพทย์นั้นได้ทำการรักษาด้วยวิธีซึ่งตามปกติแพทย์ผู้อื่นก็จะรักษาด้วยวิธีเดียวกันทั้งการรักษาพยาบาลดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย การรักษาย่อมทำได้แม้จะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก็ตาม³⁹

ดังนั้นเหตุจำเป็นจึงมีความหมายที่กว้างกว่าเหตุฉุกเฉิน เพราะกรณีจำเป็นนั้นครอบคลุมการรักษาพยาบาลในกรณีการบาดเจ็บที่ยังไม่เป็นอันตรายต่อชีวิต แต่เหตุฉุกเฉินจำกัดเฉพาะเหตุที่ใกล้จะเกิดอันตรายต่อชีวิตผู้ป่วย

3) การรักษาตามกฎหมาย

เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแพทย์ในการตรวจรักษาผู้ป่วยได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม เช่น กฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐส่งตัวผู้ต้องหาไปตรวจจิตกับจิตแพทย์หากสงสัยว่าผู้ต้องหาป่วยเป็นโรคจิต หรือในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานตรวจระดับแอลกอฮอล์สำหรับผู้ป่วยที่ได้รับอุบัติเหตุจราจรยนต์และได้เข้าพักรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาลหรือในกรณีบังคับให้ตรวจร่างกายเท่าที่จำเป็นในกรณีการรักษา และการป้องกันโรคติดต่อบางประเภท⁴⁰

4) การรักษาเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย

ประเทศอังกฤษได้นำหลักการรักษาพยาบาลเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยมาเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการรักษาด้วยความจำเป็น โดยถือว่าในกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ หากแพทย์ได้รักษาผู้ป่วยโดยคำนึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย และสอดคล้องกับความเห็นของแพทย์ผู้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะทางในการวินิจฉัยและการบำบัดรักษา การรักษาดังกล่าวสามารถกระทำได้แม้จะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย⁴¹

³⁹ Re F (mental patient :sterilisation) (1990) 2 AC 1, cited in Airedale National Health Service Trust v Bland (1993) AC 789 at 867. อ้างใน. เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13 หน้า 54.

⁴⁰ Sexually Transmitted Diseases Act 1956 (ACT) อ้างใน. ชนภัทร วินชวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18 หน้า 108.

⁴¹ Goff R, 'A matter of life and death' (1995) 3 Med Law Rev 1, p.9. อ้างใน. เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13 หน้า 55.

5) การรักษากรณีผู้ป่วยฆ่าตัวตาย

ตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการมีชีวิต (principle of dignity) ที่เคารพศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ดังนั้น ตามแนวคิดนี้การฆ่าตัวตายจึงเป็นการขัดต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการมีชีวิตอย่างร้ายแรง เพราะเป็นการทำลายชีวิตที่ถือว่าเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ควรเคารพ ด้วยเหตุนี้ ในบางประเทศจึงมีกฎหมายให้อำนาจแพทย์ไว้อย่างชัดเจนว่าสามารถใช้กำลังตามที่เห็นสมควร (use reasonable force) เพื่อที่จะป้องกันบุคคลไม่ให้ฆ่าตัวตาย⁴² แต่ภายใต้ข้อจำกัดที่ว่า การรักษาพยาบาลของแพทย์ต้องเพียงแค່ช่วยเหลือผู้ป่วยให้พ้นจากอันตรายในขั้นจะเกิดต่อชีวิตเท่านั้น แต่ถ้าเป็นการรักษาพยาบาลในอาการต่อๆ มาแพทย์ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยด้วย

2.3.5 ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของผู้ป่วยตามกฎหมายไทย

แต่เดิมก่อนที่จะได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 เรื่องความยินยอมของผู้ป่วยมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน มีเพียงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2550⁴³ และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522⁴⁴ ที่ได้มีการกล่าวถึงสิทธิดังกล่าวไว้ในภาพรวมเท่านั้น แต่มิได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ และจากการที่ไม่การบัญญัติรับรองหลักดังกล่าวไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน ในการวินิจฉัยคดีต่างๆ ของศาลจึงได้มองข้ามหลักสำคัญนี้ไปอย่างน่าเสียดาย

ต่อมาเมื่อวันที่ 16 เมษายน 2541 ได้มีการประกาศ "คำประกาศสิทธิผู้ป่วย"⁴⁵ โดยองค์กรทางด้านสาธารณสุข 5 องค์กร โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพกับผู้ป่วย ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเข้าใจอันดี และเป็นที่ยอมรับซึ่งกันและกัน

⁴² Crime Act 1985 Vic s 463B บัญญัติว่า "Every person is justified in using such force as many reasonably be necessary to prevent the commission of suicide or of any act which he believes on reasonably grounds would. If committed, amount suicide." อังใน. ชนภัทร วินวัฒน์. อังแล้วเชิงอรรถที่ 18 หน้า 108.

⁴³ มาตรา 32 ได้บัญญัติว่า "บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย"

⁴⁴ มาตรา 4 ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับความคุ้มครองดังต่อไปนี้

- (1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้ง คำพรรณานาคุณภาพ ที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ
- (2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ
- (3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ (3 ทวิ) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา

- (4) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย

ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายว่าด้วยการนั้นๆ หรือพระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้

⁴⁵ ชนภัทรวินวัฒน์. อังแล้วเชิงอรรถที่ 18 หน้า 112.

แพทยสภา สภากาชาด สภาเภสัชกรรม ทันตแพทยสภา คณะกรรมการควบคุมการประกอบโรคศิลปะ จึงได้ร่วมกันออกประกาศรับรองสิทธิผู้ป่วย⁴⁶ และส่วนที่ได้มีการกล่าวถึงสิทธิในการให้ความยินยอมในการเข้ารับการรักษาคือคำประกาศสิทธิผู้ป่วย ข้อ 3 ที่กำหนดว่า “ผู้ป่วยที่มาขอรับบริการด้านสุขภาพมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลอย่างเพียงพอ และเข้าใจชัดเจนจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพเพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเลือกตัดสินใจในการยินยอมหรือไม่ยินยอมให้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพปฏิบัติต่อตน เว้นแต่เป็นการช่วยเหลือรีบด่วนหรือจำเป็น” แต่ด้วยคำประกาศสิทธิดังกล่าวเป็นเพียงการกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพต้องดำเนินการเท่านั้น จึงไม่มีสภาพบังคับใช้ได้อย่างกฎหมาย

อนึ่ง แม้จะมีได้มีการกล่าวถึงเรื่องความยินยอมในการเข้ารับการรักษาของผู้ป่วยเป็นการเฉพาะเจาะจงหรือมิได้มีการบัญญัติกฎหมายเรื่องความยินยอมเข้ารับการรักษาเป็นการเฉพาะแต่หลังที่ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 สิทธิในการให้ความยินยอมเข้ารับการรักษาของผู้ป่วย ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 8⁴⁷ ซึ่งได้มีการบัญญัติรับรองเกี่ยวกับสิทธิผู้ป่วยที่จะให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลตามข้อมูลที่ได้รับอย่างเพียงพอ

ดังนั้น หากได้พิจารณาคำประกาศสิทธิผู้ป่วยประกอบกับพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 จะพบว่ากฎหมายได้ยอมรับสิทธิในการรักษาพยาบาลของผู้ป่วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิที่ได้รับการรักษาและสิทธิที่จะปฏิเสธการรักษา ว่าผู้ป่วยเป็นผู้มีสิทธิตัดสินใจหรือเป็นผู้เลือกว่าจะรักษาพยาบาลหรือไม่ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้ป่วยต้องได้รับข้อมูลทางการแพทย์ที่ถูกต้องครบถ้วนและเพียงพอต่อการตัดสินใจในการรักษาพยาบาล

จึงเห็นได้ว่า หลักความยินยอมถือเป็นหลักกเว้นความรับผิดชอบละเมิดและความรับผิดชอบทางอาญาซึ่งศาลได้เคยวางแนววินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 ว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าความผิด ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่ขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว

⁴⁶ คำประกาศสิทธิผู้ป่วย ข้อ 3 “ผู้ป่วยที่มาขอรับบริการด้านสุขภาพมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลอย่างเพียงพอ และเข้าใจชัดเจนจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพเพื่อให้ผู้ป่วย สามารถเลือกตัดสินใจในการยินยอม หรือไม่ยินยอมให้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพปฏิบัติต่อตน เว้นแต่เป็นการช่วยเหลือรีบด่วนหรือจำเป็น”

⁴⁷ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการ ให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใด จะให้บริการนั้นมีได้...”

ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้” จากแนวคำพิพากษาดังกล่าว จึงถือเป็นแนวปฏิบัติเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายได้ว่า

(1) ความยินยอมนั้นต้องบริสุทธิ์ คือ ปราศจากการบังคับ ช่มชู้ หลอกลวง สำคัญผิดทั้งทางตรงและทางอ้อม

(2) ความยินยอมนั้นมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

(3) ความยินยอมต้องไม่ขัดต่อสำนึกอันดีในศีลธรรม

ซึ่งตามคำวินิจฉัยศาลที่ได้วางแนวเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมไว้เป็นบรรทัดฐานนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า โดยหลักการเรื่องความยินยอมดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้เช่นกัน)

1) สำคัญสำคัญของความยินยอมรักษาพยาบาล

ในทางการแพทย์ความยินยอมของผู้ป่วยถือเป็นเงื่อนไขสำคัญที่แพทย์หรือนุคลากรทางการแพทย์ต้องให้ความสำคัญ และความยินยอมนั้นมิใช่เป็นเพียงเหตุการณ์ ณ จุดที่ผู้ป่วยได้ทำการตัดสินใจเท่านั้น แต่เป็นกระบวนการสื่อสารระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ซึ่งเริ่มต้นเมื่อแพทย์ต้องการให้ผู้ป่วยตัดสินใจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล และสิ้นสุดเมื่อผู้ป่วยได้ตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งลงไป และเมื่อแพทย์ต้องการการตัดสินใจจากผู้ป่วย สิ่งแรกที่ต้องพิจารณาคือผู้ป่วยมีความสามารถเพียงพอที่จะตัดสินใจหรือไม่ (capacity) หากมีแพทย์ก็ดำเนินการสื่อสารกับผู้ป่วยต่อไป แต่หากไม่มีหรือมีไม่เพียงพอ แพทย์ต้องพิจารณาว่าผู้ป่วยได้เคยวางแผนการรักษาในเรื่องดังกล่าวไว้ก่อนหรือไม่ (advance directive) ซึ่งหากผู้ป่วยเคยกำหนดให้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดแล้ว แพทย์พึงปฏิบัติตามสิ่งที่ผู้ป่วยต้องการ ส่วนในกรณีที่ผู้ป่วยมิได้วางแผนอะไรไว้แพทย์จะต้องมองหาผู้ที่สามารถทำการตัดสินใจแทนผู้ป่วย (substitute decision maker) ซึ่งหากมี แพทย์จะต้องสื่อสารกับผู้นั้นในลักษณะเดียวกับที่ได้สื่อสารกับผู้ป่วยต่อไป แต่หากไม่มีบุคคลดังกล่าว แพทย์ย่อมปฏิบัติตามการตัดสินใจของตนเอง โดยมุ่งที่ผลประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเป็นหลัก (the best interest of the patient) และเมื่อได้ผู้ที่เหมาะสมสำหรับการตัดสินใจแล้ว ไม่ว่าจะป็นตัวผู้ป่วยเองหรือผู้ทำหน้าที่แทนก็ตาม แพทย์อาจต้องถามบุคคลดังกล่าวว่าต้องการให้แพทย์งดเว้นการแจ้งเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยเฉพาะหรือไม่ (waiver) อีกทั้งอาจพิจารณาว่ามีประเด็นใดหรือไม่ที่แพทย์ต้องการจะไม่แจ้งเนื่องจากเห็นว่าจะเกิดผลเสียหายต่อตัวผู้ป่วยมากกว่าผลดี (therapeutic privilege)

เมื่อประมวลปัจจัยข้างต้นเข้าด้วยกัน แพทย์จึงดำเนินการแจ้งข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจแก่ผู้ป่วยหรือตัวแทน (agent) เมื่อได้ทราบข้อมูลดังกล่าวแล้ว ผู้ป่วยหรือผู้ที่ทำหน้าที่แทนจึงทำการตัดสินใจต่อไป ซึ่งหากผู้ป่วยตัดสินใจยินยอมให้แพทย์รักษา แพทย์จึงจะรักษาได้ แต่หากผู้ป่วยปฏิเสธการรักษาพยาบาลดังกล่าว (refusal of treatment) แพทย์ยังคงมีหน้าที่แนะนำทางเลือก

ที่ดีที่สุด ซึ่งในช่วงเวลาของการให้ข้อมูลเพื่อรอการตัดสินใจนั้น แพทย์จะต้องเอื้อให้เกิดการตัดสินใจโดยอิสระบนพื้นฐานของความสมัครใจ(voluntariness) ปราศจากการข่มขู่ บังคับ หรือหลอกลวงใดๆ⁴⁸ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าคุณยินยอมของผู้ป่วยเป็นเรื่องของกระบวนการทั้งกระบวนการและเป็นเงื่อนไขสำคัญในทางการแพทย์ ส่วนการตัดสินใจถือเป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการนี้เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเหตุผลในเรื่องของคุณยินยอมก็เพื่อให้ผู้ป่วยได้รับรู้เกี่ยวกับรายละเอียดของการรักษาพยาบาลและนำมาสู่การตัดสินใจของผู้ป่วย ส่วนจะบอกกล่าวอย่างไรและมีขอบเขตของการบอกกล่าวแค่ไหนเพียงใดนั้น หากพิจารณาจากข้อความที่บัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิผู้ป่วย⁴⁹ สิ่งที่บอกกล่าว คือ “ข้อมูลอย่างเพียงพอและชัดเจน...เพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเลือกตัดสินใจในการยินยอม หรือไม่ยินยอมให้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพปฏิบัติต่อตน” ดังนั้น ข้อความที่แสดงให้เห็นว่าผู้ป่วยได้รับทราบรายละเอียดเกี่ยวกับการรักษาจากแพทย์ผู้ใดแล้ว และได้ตัดสินใจหรือยินยอมที่จะรับรักษานั้น พร้อมกับลงนามไว้เท่านั้นก็น่าจะเพียงพอแล้วการที่สถานพยาบาลบางแห่งมีข้อความเพิ่มเติมว่าหากเกิดความเสียหายใดๆ ขึ้น ผู้ป่วยจะไม่ทำการฟ้องร้องหรือเรียกร้องสิ่งอื่นใดก็ตาม ข้อความที่เพิ่มดังกล่าวย่อมไม่มีผลผูกพันทางด้านกฎหมาย คือถึงแม้ว่ามีข้อความดังกล่าวอยู่แพทย์หรือสถานพยาบาลนั้นก็ไม้อาจปฏิเสธความรับผิดชอบได้ การที่ผู้ป่วยลงลายมือชื่อในหนังสือให้ความยินยอมแม้ผู้ป่วยเองก็ได้รับทราบความเสี่ยงอย่างละเอียดแล้วก็ตาม แต่หากพิสูจน์ได้ว่าแพทย์ได้ให้การรักษาที่ไม่ได้มาตรฐาน แพทย์ก็ยังคงมีความผิดอยู่เช่นกัน ดังนั้น ทุกครั้งที่ให้การรักษาแพทย์จึงจะต้องตระหนักอยู่เสมอว่าถึงแม้ผู้ป่วยจะลงลายมือชื่อใน Informed consent แล้วก็ตาม การลงลายมือชื่อดังกล่าวนั้นครอบคลุมถึงความเสี่ยงและผลแทรกซ้อนจากการรักษาตามปกติที่อาจเกิดได้แต่ไม่ได้ครอบคลุมไปถึงความผิดพลาดจากการรักษาอันเนื่องมาจากความประมาทของแพทย์

2) หลักเกณฑ์การให้ความยินยอมรักษาพยาบาล

ผู้เขียนได้เคยนำเสนอเกี่ยวกับหลักสากลของคุณยินยอมที่ถูกต้องตามกฎหมายว่า จะต้องมิลักษณะเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้น โดยผู้มีอำนาจให้ความยินยอมได้ตามกฎหมายต้องเป็น

⁴⁸ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพ หมวด 3 ข้อ 4 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องปฏิบัติต่อผู้ป่วยโดยสุภาพและปราศจากการ บังคับขู่เข็ญ ข้อ 5 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่หลอกลวงผู้ป่วยเพื่อประโยชน์ของตนเอง

⁴⁹คำประกาศสิทธิผู้ป่วย ข้อ 3 ผู้ป่วยที่ขอรับบริการด้านสุขภาพมีสิทธิที่จะรับทราบข้อมูลอย่างเพียงพอและชัดเจนจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพเพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเลือกตัดสินใจในการยินยอม หรือไม่ยินยอมให้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพปฏิบัติต่อกัน เว้นแต่เป็นการช่วยเหลือรีบด่วนหรือจำเป็น

ความยินยอมที่บริสุทธิ์ (เกิดจากความสมัครใจ ไม่ถูกบังคับหรือหลอกลวง) และความยินยอมต้องครอบคลุมตลอดระยะเวลาที่ทำการรักษา อีกทั้งต้องอยู่ในกรอบแห่งความยินยอมด้วย

สำหรับกฎหมายไทย เรื่องความยินยอมมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อย่างชัดเจน เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่เป็น Common Law และ Civil Law เหตุผลเป็นเพราะหลักความยินยอมเป็นหลักกเว้นความรับผิดชอบและถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ในเรื่องการรักษาพยาบาล ความยินยอมเช่นใดของผู้ป่วยถือเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ปัจจัยที่นำมาพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวมีด้วยกันหลายประการ ดังนี้

(1) บุคคลผู้ให้ความยินยอม

1. ผู้ป่วย

โดยหลักทั่วไปแล้วผู้ให้ความยินยอมก็คือผู้ป่วย แต่ในบางครั้งผู้ให้ความยินยอมอยู่ในสภาพที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง ตัวอย่างเช่น ผู้ป่วยที่ประสบอุบัติเหตุทางรถยนต์ และได้หมดสติไม่รู้สีกตัว หรือผู้ป่วยที่อยู่ในอาการโคม่า ซึ่งผู้ป่วยประเภทนี้จะต้องได้รับการรักษาเป็นการเร่งด่วนเพื่อช่วยเหลือชีวิต ในกรณีเช่นนี้หากแพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้ และก็ไม่สามารถติดต่อญาติเพื่อขอความยินยอมได้ เช่นกันด้วยจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพ แพทย์สามารถให้การรักษาได้โดยปราศจากความยินยอมและไม่ถือเป็นความผิด

อย่างไรก็ดี ในบางกรณีอาจเกิดปัญหาว่า แพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้ จึงต้องขอความยินยอมกับญาติของผู้ป่วยแทน ปัญหาในทางปฏิบัติ คือหากญาติผู้ป่วยได้ให้ความเห็นที่ขัดแย้งกัน ในกรณีเช่นแพทย์ควรจะต้องปฏิบัติอย่างไร ตัวอย่างเช่น ผู้ป่วยอาการหนักและใกล้เสียชีวิต ญาติที่เป็นคู่สมรสประสงค์จะขอให้แพทย์ยุติการรักษา แต่ญาติที่เป็นฝ่ายบิดามารดาประสงค์จะขอให้แพทย์ทำการรักษาต่อไปให้ดีที่สุด หรือผู้ป่วยต้องได้รับการผ่าตัดแต่ภริยาของผู้ป่วยไม่ยินยอมให้ผ่าตัด แต่บิดามารดาได้ยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัด ซึ่งในเรื่องผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง ตามกฎหมายไทยมิได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมรักษาพยาบาลไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งต่างกับกฎหมายของต่างประเทศในบางประเทศที่ได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในกรณีที่เกิดการเจ็บป่วยขึ้นแก่ผู้ปกครองในเรื่องความสามารถ เช่น กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าในกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง ใครบ้างเป็นผู้มีสิทธิ์ให้ความยินยอมแทน และขอบเขตของการให้ความยินยอมได้มีมากน้อยเพียงใด รวมถึงวิธีการในการให้ความยินยอมจะต้องปฏิบัติเช่นใด เป็นต้น

นอกจากนี้ในบางประเทศยังกำหนดให้บุคคลผู้มีความสามารถตามกฎหมายสามารถทำหนังสือมอบอำนาจแต่งตั้งให้บุคคลอื่นสามารถให้ความยินยอมแทนได้ในกรณีที่ผู้นั้นอยู่ในสภาพที่

ไม่รู้สีกตัว โดยถือว่าความยินยอมของผู้แทนนั้นเป็นความยินยอมของผู้ป่วย ในเรื่องดังกล่าวเมื่อ กฎหมายไทยมิได้มีการกล่าวถึงความยินยอมรักษาพยาบาลไว้อย่างชัดเจนเหมือนกับกฎหมายของ ต่างประเทศ ในทางปฏิบัติหรือในทางข้อเท็จจริงมักเกิดปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับความยินยอมกรณีที่ ผู้ป่วยมิสามารถให้ความยินยอมได้และใครเป็นผู้มีอำนาจที่แท้จริงในการให้ความยินยอมแทน

นอกจากนี้ในประเทศที่มีระบบกฎหมายการแพทย์และการสาธารณสุขที่มีการ พัฒนาอย่างต่อเนื่อง การให้การรักษายาบาลนั้นจะยึดหลักผู้ป่วยเท่านั้นที่จะเป็นผู้ให้ความยินยอม ในการรักษายาบาล และถ้าผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ แพทย์จะไม่ขอความยินยอมจาก ญาติ แต่จะพิจารณาเพียงว่าเป็นกรณีที่สามารถให้การรักษายาบาล โดยไม่ต้องอาศัยความยินยอม ได้หรือไม่ ในขณะที่การแสดงความยินยอมของญาติเป็นเพียงข้อพิจารณาประกอบความเห็นของ แพทย์เท่านั้น อย่างไรก็ตามในหลายประเทศก็ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ โดยยอมให้ญาติบางคน สามารถให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยได้ แต่เป็นการบัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายที่ชัดเจน

ส่วนผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่แพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วย ได้ และญาติของผู้ป่วยได้มีความคิดเห็นที่แตกต่างหรือขัดแย้งกัน แพทย์ต้องคำนึงถึงหลักการทาง วิชาชีพและยึดหลักประ โยชน์สูงสุด (best interest) ของผู้ป่วยเป็นสำคัญ แต่ทั้งนี้เห็นว่าแพทย์ไม่มี หน้าที่ฝืนกฎแห่งธรรมชาติ ส่วนการจะนำกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่มาปรับใช้หรือเทียบเคียงกับกรณี ปัญหาดังกล่าวนั้น ได้หรือไม่ และถ้าสามารถกระทำได้จะก่อให้เกิดประ โยชน์อย่างไร นอกจากนี้จะมีแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ด้วยวิธีใดนั้น ผู้เขียนจะขอเสนอต่อไปในบทที่ 4 ซึ่งเป็น บทวิเคราะห์

2. ผู้แทนโดยชอบธรรม

ผู้ป่วยที่เป็นบุคคลผู้ห่อนความสามารถ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เยาว์ กฎหมายมิได้ กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอายุของผู้ให้ความยินยอมในการเข้ารับการรักษาพยาบาลไว้เป็นการ เฉพาะ ดังนั้น ผู้เยาว์ที่ความสามารถในการรับรู้เกี่ยวกับเรื่องการรักษาพยาบาลได้เป็นอย่างดีและมี ได้มีความบกพร่องทางด้านสติปัญญา ย่อมสามารถที่จะให้ความยินยอมได้ได้ด้วยตนเองแต่ใน บางครั้งผู้เยาว์ที่เป็นเด็กเล็กไร้เดียงสา ที่ไม่สามารถรับรู้เรื่องเกี่ยวกับการรักษาได้ แม้กฎหมายจะ มิได้บัญญัติให้อำนาจแก่บิดามารดาหรือผู้แทนโดยชอบธรรมในการให้ความยินยอมแทนผู้เยาว์ที่ เป็นเด็กไว้ก็ตาม แต่ด้วยเหตุที่บิดามารดาหรือผู้แทนโดยชอบธรรมมีหน้าที่ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ ดังนั้น บิดา มารดาซึ่งถือว่าเป็นผู้แทน โดยชอบธรรมของผู้เยาว์ที่เป็นเด็กย่อมมีสิทธิที่จะให้ความยินยอมได้

(2) อายุของผู้ให้ความยินยอม

ลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งของหลักสากลเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมที่ถูกต้องตาม กฎหมาย คือ จะต้องเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้น โดยผู้มีอำนาจให้ความยินยอมได้ตามกฎหมาย

ประเด็นที่น่าพิจารณาก็คือว่าความยินยอมจะต้องเกิดจากผู้มีอำนาจให้ความยินยอมตามกฎหมายนั้น ตามกฎหมายไทยได้ยึดหลักดังกล่าวนี้ด้วยหรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่าความยินยอมของผู้ป่วย เพื่อเข้ารับการรักษาไม่ใช่เป็นการทำนิติกรรมตามกฎหมายแพ่ง เพราะมิได้มุ่งผูกนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย และเมื่อความยินยอมไม่ใช่นิติกรรมทางแพ่งบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ทั่วไป จึงไม่นำมาปรับใช้กับเรื่องดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสามารถของบุคคล

จากการศึกษาค้นคว้าไม่พบว่ามีกฎหมายใดที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสามารถของบุคคลในการให้ความยินยอมรักษาพยาบาลไว้แต่อย่างใด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ผู้ให้ความยินยอมที่เป็นผู้เยาว์หรือบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะหากสามารถรับรู้และเข้าใจเกี่ยวกับขั้นตอนการรักษา นั้นได้เป็นอย่างดีแล้วย่อมสามารถที่จะให้ความยินยอมรับการรักษาได้ อย่างไรก็ตามไม่ว่าผู้เยาว์จะสามารถให้ความยินยอมเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลได้ทุกกรณีเสมอไป เนื่องจากความเป็นผู้เยาว์นั้นสามารถจำแนกได้ 2 ลักษณะด้วยกัน คือ ผู้เยาว์ที่อยู่ในภาวะเดียวกับผู้เยาว์ที่มีภาวะของความเป็นผู้ใหญ่ ซึ่งการแบ่งแยกผู้เยาว์ออกเป็น 2 ลักษณะดังกล่าว ย่อมส่งผลแตกต่างกันในเรื่องของผู้ให้ความยินยอม ดังนี้

1. ความยินยอมของผู้เยาว์ที่เป็นเด็ก

ผู้เยาว์ที่เป็นเด็ก หมายถึง เด็กที่ยังไม่สามารถเข้าใจสาระสำคัญของการรักษาพยาบาลได้ ในกรณีเช่นนี้ อำนาจในการให้ความยินยอมรักษาพยาบาลย่อมเป็นของบิดามารดา ด้วยเหตุที่บิดามารดาข่อมมีอำนาจและหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุตรที่ยังไม่สามารถพึ่งตนเองได้ (มาตรา 1564⁵⁰)

ส่วนในบางกรณีที่เด็กอยู่กับครูอาจารย์หรือพี่เลี้ยงหรือบุคคลอื่นเพียงชั่วคราว บุคคลผู้ดูแลเป็นชั่วคราวสามารถที่จะให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า หากพิจารณาในแง่ของกฎหมายแล้วจะพบว่ากฎหมายได้กำหนดไว้เฉพาะกรณีผู้รับดูแลบุคคลซึ่งเป็นผู้ไร้ความสามารถจะต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ไร้ความสามารถในการละเมิดซึ่งได้กระทำลงในระหว่างที่อยู่ในความดูแลของตน⁵¹ เท่านั้น ดังนั้น บุคคลผู้รับดูแลผู้เยาว์เป็นครั้งคราวจึงไม่มีอำนาจในการให้ความยินยอมรักษาพยาบาลได้ หากได้ให้ความยินยอมไป ถือว่าความยินยอม

⁵⁰ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดู และให้การศึกษาตามสมควร แก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์

⁵¹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 430 ครูบาอาจารย์ นายจ้าง หรือบุคคลอื่นซึ่งรับดูแลบุคคลผู้ไร้ความสามารถอยู่เป็นนิตย์ก็ดี ชั่วครั้งคราวก็ดี จำต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ไร้ความสามารถในการละเมิดซึ่งเขาได้กระทำลงในระหว่างที่อยู่ในความดูแลของตน ถ้าหากพิสูจน์ว่าบุคคลนั้นๆ มิได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร

นั้นไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย แต่หากพิจารณาในแง่ประโยชน์ของผู้เยาว์แล้วและตามสามัญสำนึกของบุคคลธรรมดาทั่วไปหรือวิญญูชน การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลเท่าที่จำเป็นและเป็นเรื่องเล็กน้อยเท่านั้น บุคคลผู้รับดูแลเป็นครั้งคราวย่อมสามารถที่กระทำได้

อย่างไรก็ดีหากมิใช่การรักษาพยาบาลในเรื่องเล็กน้อยหรือเป็นการรักษาที่มีความเสี่ยงในการรักษาอย่างเช่นการผ่าตัด ในกรณีเช่นนี้แพทย์ผู้รักษาควรต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้มีอำนาจปกครองของเด็กเสียก่อน เว้นแต่เป็นกรณีที่ไม้อาจขอความยินยอมได้และเพื่อเป็นการรักษาหรือช่วยชีวิตเด็กไว้ แพทย์สามารถให้การรักษาโดยปราศจากความยินยอมได้

2. ความยินยอมของผู้เยาว์ที่เป็นผู้ใหญ่

ผู้เยาว์ที่เป็นผู้ใหญ่หากมีความสามารถหรือมีวุฒิภาวะในการสื่อสารทำความเข้าใจในเรื่องเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลได้เป็นอย่างดีแล้วก็ย่อมมีสิทธิให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง ในการพิจารณาว่าผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองหรือไม่นั้น นอกจากจะพิจารณาจากอายุและวุฒิภาวะของผู้เยาว์แล้ว ยังต้องพิจารณาเกี่ยวกับขั้นตอนหรือวิธีการรักษาด้วยว่าจะต้องไม่เป็นการรักษาที่มีขั้นตอนหรือวิธีการที่ยุ่งยากซับซ้อน เพราะแม้ผู้เยาว์จะสามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองก็ตาม แต่ด้วยความที่ยังเป็นผู้เยาว์อาจจะมิได้มีความรอบคอบระมัดระวังเท่าที่ควรในการตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษา และในบางครั้งอาจตัดสินใจผิดพลาดจนก่อให้เกิดผลร้ายมากกว่าผลดีได้

ในบางกรณีหรือข้อเท็จจริงที่เกิดในทางปฏิบัติอาจเกิดปัญหาว่าหากความยินยอมของผู้เยาว์กับผู้ปกครองมีความเห็นที่แตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น กรณีผู้เยาว์มีความประสงค์ที่จะทำศัลยกรรมผ่าตัดทรวงอก แต่บิดามารดาไม่เห็นด้วยเนื่องจากเกรงว่าจะทำให้เกิดอันตรายได้จึงไม่ให้ความยินยอมในกรณีเช่นนี้แพทย์ควรต้องปฏิบัติอย่างไร ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าสิทธิในการตัดสินใจเข้ารับการรักษาหรือไม่นั้นเป็นสิทธิส่วนตัวโดยแท้ และแพทย์ต้องเคารพอำนาจการตัดสินใจของผู้ป่วยที่จะกำหนดชีวิตของตนเอง แต่ทั้งนี้แพทย์จะต้องคำนึงถึงหลักการทางวิชาชีพและประโยชน์สูงสุด (best interest) ของผู้ป่วยด้วย อย่างเช่น สุขภาพทางด้านร่างกายหรือจิตใจของผู้ป่วย สถานะทางสังคม และเศรษฐกิจ เป็นต้น

เรื่องความยินยอมในการรักษาพยาบาลตามที่กล่าวมานั้น ถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งในทางการแพทย์ แต่กฎหมายไทยมิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความยินยอมในทางการแพทย์เป็นการเฉพาะ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้หลักความยินยอมที่ถือว่าเป็นกฎหมายทั่วไปและมักนำปรับใช้ เพื่อเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดในทางกฎหมายจะสามารถนำมาปรับใช้ในเรื่องความยินยอมในทางการแพทย์ได้ก็ตาม แต่เนื่องจากลักษณะของความยินยอมรักษาพยาบาลในทางการแพทย์มีความแตกต่างกับความยินยอมโดยทั่วไป เนื่องจากเป็นความ

ยินยอมที่มีได้เกิดจากการที่ผู้ให้ความยินยอมต้องให้ความยินยอมเพราะอยู่ในสถานะที่ต้องจำยอม กล่าวคือผู้ให้ความยินยอมจะยกเลิกหรือถอนความยินยอมเมื่อใดก็ได้ ที่สำคัญหลักการพื้นฐานของความยินยอมรักษาพยาบาลมาจากหลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ประกอบกับตามหลักทฤษฎีการให้ความยินยอมรักษาพยาบาลถือเป็นเรื่องของการสื่อสารระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเป็นการกำหนดหน้าที่แพทย์ในการให้ข้อมูลที่จำเป็นและเพียงพอแก่ผู้ป่วย เพื่อใช้เป็นข้อมูลประกอบการตัดสินใจในการรักษาพยาบาล แต่ไม่ได้มีจุดมุ่งหมายของการนำมาใช้ในเชิงกฎหมายเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพแต่อย่างใด เพราะหากพิสูจน์ได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพได้ให้การรักษาที่ไม่ได้มาตรฐานของการประกอบวิชาชีพ แพทย์ก็ยังคงมีความผิดอยู่ดี