บทที่ 3

หลักการและกฎหมายในการให้ความยินยอมเพื่อรักษาพยาบาล

ในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักการพื้นฐานทางกฎหมายในการให้ความยินยอมเพื่อรักษาพยาบาลในเรื่องหลักการพื้นฐานในคำประกาศสิทธิของผู้ป่วยและจริยธรรมของแพทย์ตามพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม และกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองจากการให้บริการทางการแพทย์ กรณีที่เป็นกฎหมายทั่วไป ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายเฉพาะ ได้แก่ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540และพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ดังนี้

3.1หลักการพื้นฐานทางกฎหมายในการให้ความยินยอมเพื่อรักษาพยาบาล

3.1.1 หลักการพื้นฐานในคำประกาศสิทธิของผู้ป่วยตามกฎหมายต่างประเทศ

คำว่า **สิทธิ** หมายถึง ความชอบธรรมที่บุคคลใช้ยันกับผู้อื่นเพื่อคุ้มครอง หรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนถึงมีพึงได้ของบุคคลนั้น สิทธิผู้ป่วย จึงหมายถึง ความชอบธรรมที่ผู้ป่วย ซึ่งรวมถึงผู้ที่ไปรับบริการด้านสุขภาพสาขาต่าง ๆ จะพึงได้รับ เพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของตนเอง โดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่นแม้ว่าที่ผ่านมาความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยและผู้ใช้บริการด้านสุขภาพสาขาต่าง ๆ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเกื้อกูล น้ำใจ และไว้วางใจซึ่งกันและกัน แต่ความสลับซับซ้อนทางสังคม และกระแสของวัฒนธรรมทางธุรกิจได้เพิ่มขยายความขัดแย้งทางจริยธรรมมากขึ้นทำให้ต้องมีบทบัญญัติทั้งในกฎหมายอาญากฎหมายแพ่ง ฯ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค และข้อบังคับทางจริยธรรมแห่งวิชาชีพสาขาต่าง ๆ เพื่อจัดระเบียบการปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยและผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และบริการด้านสุขภาพต่าง ๆ ให้เข้าใจชัดเจนยิ่งขึ้น

ในหลายประเทศได้มีการประกาศสิทธิผู้ป่วยหรือกฎบัตรผู้ป่วยขึ้น เพื่อรับรองให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติ สำหรับประเทศไทยองค์กรสภาวิชาชีพด้านสุขภาพ ได้เล็งเห็นประโยชน์ที่จะรวบรวมสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ป่วยตลอดจนธรรมเนียมปฏิบัติที่สอดคล้องกับวิถีไทย จัดทำเป็นประกาศเพื่อให้รู้ทั่วกันทั้งประชาชน ผู้ป่วย และผู้ให้บริการด้านสุขภาพสาขาต่าง ๆ ทั้งแพทย์ พยาบาล ทันตแพทย์ เภสัชกร และผู้ประกอบโรคศิลปะสาขาต่าง ๆ โดยมุ่งหวังที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจอันดี ลดความขัดแย้ง และนำไปสู่ความไว้วางใจซึ่งเป็นพื้นฐานที่นำไปสู่ผลการรักษาพยาบาลที่ดี[1]

1) ผู้ป่วยทุกคนมีสิทธิพื้นฐานที่จะได้รับบริการด้านสุขภาพ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2559 มีมาตรสำคัญที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพคนไทยโดยตรงอยู่สองมาตรา

หมวด 3ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย

มาตรา 47 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขของรัฐบุคคลผู้ยากไร้ย่อมมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการป้องกันและขจัดโรคติดต่ออันตรายจากรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย

หมวด 5หน้าที่ของรัฐ

"มาตรา 55รัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณสุขที่มีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึง เสริมสร้างให้ประชาชนมีความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการส่งเสริมสุขภาพและการป้องกันโรค และส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการพัฒนาภูมิปัญญาด้านแพทย์แผนไทยให้เกิดประโยชน์สูงสุด

บริการสาธารณสุขตามวรรคหนึ่ง ต้องครอบคลุมการส่งเสริมสุขภาพ การควบคุมและป้องกันโรค การรักษาพยาบาล และการฟื้นฟูสุขภาพด้วย

รัฐต้องพัฒนาการบริการสาธารณสุขให้มีคุณภาพและมีมาตรฐานสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง"

จะเห็นได้ว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญ กำหนดให้รัฐบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองประชาชนทุกคนในด้านการป้องกันและขจัดโรคติดต่ออันตราย และจัดให้มีสถานบริการสาธารณสุขภาครัฐให้การบริการโดยไม่คิดมูลค่าแก่ผู้ยากไร้เท่านั้น สำหรับผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่สามารถดูแลช่วยเหลือตนเองได้ก็จะต้องมีส่วนร่วมในการรับผิดชอบในภาระค่าใช้จ่ายในด้านการ

---

[1] *สิทธิผู้ป่วย.(ออนไลน์).เข้าถึงได้จาก :http//www.wrwhos.org* [2558, 1 กรกฎาคม]

ดูแลสุขภาพของตนเอง โดยอาจเลือกใช้บริการได้ทั้งในภาครัฐและเอกชน ตามแต่ความสามารถทางการเงินและความต้องการของตนเอง

2) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับบริการจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติเนื่องจากความแตกต่างด้านฐานะเชื้อชาติ สัญชาติ ศาสนา ลัทธิ การเมือง เพศ อายุ และลักษณะของความเจ็บป่วย

หลักการข้อนี้เป็นหลักการที่แพทย์ทั่วโลกยอมรับและถือปฏิบัติ แพทยสมาคมโลกได้ประชุมและรวมไว้ในปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวา (Declaration of Geneva) ไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ.2948 ซึ่งข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2526 หมวด 1 ข้อ 3 ระบุว่า

*"ข้อ 3 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมย่อมประกอบวิชาชีพด้วยเจตนาดี โดยไม่คำนึงถึงฐานะ เชื้อชาติสัญชาติ ศาสนา สังคม และลัทธิการเมือง"*และ

ในหมวด 3 ข้อ 1 ระบุว่า

"ข้อ 1ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุด"

นอกจากนั้นรัฐธรรมนูญของประเทศไทย มาตรา 30 ระบุไว้ด้วยว่า

"มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำไม่ได้"

ดังนั้นผู้ป่วยทุกคนมีสิทธิที่จะได้บริการสุขภาพในมาตรฐานที่ดีที่สุดตามฐานาณุรูป โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้มิได้หมายความรวมถึงสิทธิอื่น ๆ ที่อยู่นอกเหนือบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น การไม่ต้องชำระค่ารักษาพยาบาล การพักในห้องพิเศษต่าง ๆ และบริการพิเศษอื่น ๆ เป็นต้น

3) ผู้ป่วยที่ขอรับบริการด้านสุขภาพมีสิทธิที่จะรับทราบข้อมูลอย่างเพียงพอและชัดเจน จากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพเพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเลือกตัดสินใจในการยินยอม หรือไม่ยินยอมให้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพปฏิบัติต่อตนเว้นแต่เป็นการช่วยเหลือรีบด่วนหรือจำเป็น

สิทธิที่จะรับรู้ข้อมูลข่าวสารและตัดสินใจในการทำการบำบัดรักษาโรคภัยที่เกิดขึ้นนับเป็นสิทธิพื้นฐานของผู้ป่วย ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพมีหน้าที่ต้องอธิบายให้ผู้ป่วยทราบถึงอาการ การดำเนินโรค วิธีการรักษา ความยินยอมของผู้ป่วยนั้นจึงจะมีผลตามกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า

ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวยกเว้นการช่วยเหลือในกรณีรีบด่วนหรือฉุกเฉิน ซึ่งจำเป็นต้องกระทำเพื่อช่วยชีวิตผู้ป่วยตามข้อ 4

4) ผู้ป่วยที่อยู่ในภาวะฉุกเฉินเสี่ยงอันตรายถึงชีวิตมีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือรีบด่วนจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพโดยทันทีตามความจำเป็นแก่กรณีโดยไม่คำนึงว่าผู้ป่วยจะร้องขอความช่วยเหลือหรือไม่

การช่วยเหลือผู้ป่วยที่อยู่ในภาวะเสี่ยงอันตรายถึงชีวิตถือเป็นจริยธรรมแห่งวิชาชีพขั้นพื้นฐาน ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพจะต้องรีบดำเนินการโดยทันที เมื่อตนอยู่ในฐานะที่จะให้ความช่วยเหลือได้ การช่วยเหลือในลักษณะเช่นนี้นับเป็นความจำเป็นในการช่วยชีวิต แม้ว่าจะไม่ได้รับการร้องขอจากผู้ป่วย ซึ่งบ่อยครั้งก็ไม่อยู่ในสภาพมีสติพอที่จะร้องขอได้ ถือว่าเป็นการกระทำโดยความจำเป็น ไม่มีความผิด การปฏิเสธไม่ให้ความช่วยเหลือนับว่าเป็นการละเมิดข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2526 หมวด 3 ข้อ 10 และอาจผิดกฎหมายอาญา มาตรา 374 ด้วย

5) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับทราบชื่อ สกุลและประเภทของผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพที่เป็นผู้ให้บริการแก่ตน

ในสถานพยาบาลต่างๆ จะมีผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพต่างๆ หลายสาขาปฏิบัติงานร่วมกันในการช่วยเหลือผู้ป่วยร่วมกับบุคลากรผู้ช่วยต่าง ๆ หลายประเภท ซึ่งบ่อยครั้งก่อให้เกิดความไม่แน่ใจและความไม่เข้าใจแก่ผู้ป่วยและประชาชนทั่วไป ดังนั้นการกำหนดให้ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะสอบถามชื่อ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเภทของผู้ประกอบวิชาชีพที่ให้บริการแก่ตน จึงช่วยผู้ป่วยในฐานะผู้บริโภคกล้าที่จะสอบถามข้อมูลที่จะช่วยให้เกิดความเข้าใจและสามารถตัดสินใจเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของตนเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากผู้ให้บริการซึ่งไม่มีคุณภาพเพียงพอ

6) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะขอความเห็นจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพอื่น ๆ ที่มิได้เป็นผู้ให้บริการแก่ตนและมีสิทธิในการขอเปลี่ยนผู้ให้บริการและสถานบริการได้

สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัย (The right to safety) สิทธิที่จะได้รับข่าวสาร (The Right to be Informed) สิทธิที่จะเลือก (The Right to Choose) นับเป็นสิทธิที่สำคัญของผู้บริโภคสินค้า ซึ่งรวมทั้งสินค้าสุขภาพ ในวัฒนธรรมปัจจุบันผู้ป่วยยังมีความเกรงใจและไม่ตระหนักถึงสิทธินี้ ทำให้เกิดความไม่เข้าใจและความขัดแย้ง ในขณะเดียวกันผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพจำนวนมากก็ยังมีความรู้สึกไม่พอใจเมื่อผู้ป่วยขอความเห็นจากผู้ให้บริการ สุขภาพผู้อื่น หรือไม่ให้ความร่วมมือในการที่ผู้ป่วยจะเปลี่ยนผู้ให้บริการหรือสถานบริการ

การกำหนดสิทธิผู้ป่วยในประเด็นนี้ให้ชัดแจ้ง จึงมีประโยชน์ที่จะลดความขัดแย้งและเป็นการรับรองสิทธิผู้ป่วยที่จะเลือกตัดสินใจด้วยตนเอง

7) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับการปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับตนเองจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพโดยเคร่งครัดเว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย

สิทธิส่วนบุคคลที่จะได้รับการปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับการเจ็บป่วยนี้ ถือเป็นสิทธิผู้ป่วยที่ได้รับการรับรองมาตั้งแต่คำสาบานของ Hippocratis และประเทศต่าง ๆ ก็ได้รับรองสิทธินี้ในกฎหมายอาญา ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 323 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย นอกจากนี้ยังระบุในพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร พ.ศ.2540 ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2526 หมวด 3 ข้อ 9 ซึ่งถือได้ว่าสังคมได้ให้ความสำคัญกับสิทธิผู้ป่วยในข้อนี้มาก เพราะถือว่าเป็นรากฐานที่ผู้ป่วยให้ความไว้วางใจต่อแพทย์ เพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาลตนเอง

อย่างไรก็ตามก็มีข้อยกเว้น ในกรณีที่มีเหตุผลและความจำเป็นที่เหนือกว่า เช่น การปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย หรือการคุ้มครองประโยชน์สาธารณเพื่อความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของประชาชน หรือในกรณีที่คุ้มครองอันตรายร้ายแรงของบุคคลอื่น การเปิดเผยข้อมูลต่อศาล การแจ้งข้อมูลต่อบุคคลที่สาม เพื่อคุ้มครอบอันตรายร้ายแรงของบุคคลอื่น เป็นต้น

8) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับข้อมูลอย่างครบถ้วนในการตัดสินใจเข้าร่วมหรือถอนตัวจากการเป็นผู้ถูกทดลองในการทำวิจัยของผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ

ในปัจจุบันความจำเป็นในการทดลองในมนุษย์เพื่อความก้าวหน้าทางการแพทย์มีมากขึ้น ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายเกี่ยวกับการทดลองในมนุษย์ โดยเฉพาะข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2526 หมวด 1 ข้อ 6 ระบุว่า

"ข้อ 6 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ทำการทดลองในมนุษย์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถูกทดลอง และต้องพร้อมที่จะป้องกันผู้ถูกทดลองจากอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการทดลองนั้นๆ"

การรับรองสิทธิผู้ป่วยในด้านนี้เป็นการขยายความข้อบังคับแพทยสภา ฯ ให้ชัดเจนขึ้น เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติว่าความยินยอมจะต้องเป็นความยินยอมภายหลังจากที่ได้รับทราบข้อมูลต่าง ๆ อย่างครบถ้วนแล้ว (Informed Consent) เช่นเดียวกับความยินยอมในการรับการรักษาพยาบาล และแม้ว่าจะตัดสินใจยินยอมแล้วก็มีสิทธิที่จะเลิกได้ เพื่อคุ้มครองผู้ถูกทดลองให้ได้รับความปลอดภัย

9) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลเฉพาะของตนที่ปรากฏในเวชระเบียนเมื่อร้องขอ ทั้งนี้ข้อมูลดังกล่าวต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวของบุคคลอื่น

การที่แพทย์บันทึกประวัติการเจ็บป่วยและรักษาต่าง ๆ ของผู้ป่วย ในเวชระเบียนอย่างละเอียด นับเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการให้การรักษาพยาบาลผู้ป่วยอย่างต่อเนื่อง และมีคุณภาพ นับเป็นมาตรฐานของการประกอบเวชกรรมสากล อย่างไรก็ตามข้อมูลที่ปรากฏในเวชระเบียนถือเป็นข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งเจ้าของประวัติมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลนั้นได้ ซึ่งสิทธินี้ได้รับการรับรองตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร พ.ศ. 2540 อย่างไรก็ตาม เนื่องจากข้อมูลในเวชระเบียนอาจมีบางส่วนซึ่งเป็นการแสดงความเห็นของแพทย์ในการรักษาพยาบาล และอาจกระทบต่อบุคคลอื่น ๆ ได้ ดังนั้น การเปิดเผยข้อมูลให้ผู้ป่วยทราบจะต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวของบุคคลอื่น ทั้งนี้รวมถึงกรณีผู้ป่วยยินยอมให้เปิดเผยข้อมูลของตนต่อบุคคลที่สาม เช่น ในกรณีที่มีการประกันชีวิต หรือสุขภาพ

10) บิดา มารดา หรือผู้แทนโดยชอบธรรม อาจใช้สิทธิแทนผู้ป่วยที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์ ผู้บกพร่องทางกายหรือจิต ซึ่งไม่สามารถใช้สิทธิด้วยตนเองได้

การกำหนดให้บิดามารดาใช้สิทธิแทนผู้ป่วยที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกิน 18 ปี นั้น เนื่องจากใบอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดไว้ว่า เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น ดังนั้นจึงได้กำหนดไว้ให้บิดามารดา หรือผู้แทนโดยชอบธรรมอาจใช้สิทธิแทนผู้ป่วยที่เด็กที่อายุไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์

สำหรับผู้บกพร่องทางกายหรือทางจิตนั้น ต้องถึงขนาดไม่สามารถเข้าใจหรือตัดสินใจได้ด้วยตนเอง เช่น ผู้ป่วยที่อยู่ในภาวะวิกลจริต หรือมีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ ผู้แทนโดยชอบธรรมที่เป็นผู้ดูแลผู้ป่วยหรือมีอำนาจปกครองผู้ป่วย เช่น บิดา มารดา กรณีผู้ป่วยไม่มีบิดามารดา ผู้ดูแล หรือผู้ปกครองอาจเป็นญาติ พี่ น้อง ย่อมสามารถใช้สิทธิต่าง ๆ แทนผู้ป่วยได้

3.1.2 ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับสาระสำคัญของข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมนี้มีเนื้อหาที่เป็นใจความสำคัญพอที่จะสรุปได้ ดังนี้

1) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม[2]ย่อมดำรงตนให้สมควรในสังคมโดยธรรม และเคารพต่อกฎหมายของบ้านเมือง[3] และย่อมไม่ประพฤติหรือกระทำการใดๆ อันอาจเป็นเหตุให้เสื่อม

---

[2]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 4"ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม" หมายความว่า บุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา"

เสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ[4] รวมทั้งย่อมประกอบวิชาชีพด้วยเจตนาดี โดยไม่คำนึงถึงฐานะเชื้อชาติ สัญชาติ ศาสนา สังคม หรือลัทธิการเมือง[5]

2) ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่โฆษณา ใช้ จ้าง หรือยินยอมให้ผู้อื่นโฆษณาการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของตนและผู้อื่น[6] แต่หากเป็นการแสดงแสดงผลงานในวารสารทางวิชาการทางการแพทย์ หรือในการบำเพ็ญประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อแสดงผลงานหรือความก้าวหน้าทางวิชาการหรือการค้นพบวิธีการและเทคนิคใหม่ๆ ในการรักษาโรคซึ่งเป็นที่ยอมรับทางการแพทย์เพื่อการศึกษา ก็สามารถทำได้[7]

ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีสถานประกอบวิชาชีพเวชกรรม[8] หรือสถานพยาบาล[9]อันเป็นสำนักงาน ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องแสดงข้อความเกี่ยวกับชื่อนามสกุล และอาจมีคำประกอบชื่อได้เพียงคำว่านายแพทย์หรือแพทย์หญิง, ชื่อปริญญา วุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติ หรือหนังสือแสดงคุณวุฒิอย่างอื่น ซึ่งตนได้รับมาโดยวิธีการถูกต้องตามกฎเกณฑ์ของแพทยสภาหรือสถาบันนั้นๆ,สาขาของวิชาชีพเวชกรรม และเวลาทำการ ณ สำนักงานของตนด้วย[10]

3) ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุดในสถานการณ์นั้นๆ ภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วิสัย และพฤติการณ์ที่มีอยู่[11]โดยไม่ประกอบวิชาชีพโดยไม่

---

[3]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 5

[4]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 6

[5]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 7

[6]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 8 และข้อ 9

[7]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 10

[8]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ.2549 ข้อ 4 "วิชาชีพเวชกรรมหมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรคการวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัสการแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึกและหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยา หรือสสาร การสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย"

[9]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 4"สถานพยาบาลหมายความว่า สถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล"

[10]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 11

[11]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 15

คำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ป่วย[12]และต้องไม่ปฏิเสธการช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในระยะอันตรายจากการเจ็บป่วยเมื่อได้รับคำขอร้อง และตนอยู่ในฐานะที่จะช่วยได้ เว้นแต่ผู้ป่วยไม่อยู่ในสภาวะฉุกเฉินอันจำเป็นเร่งด่วนและเป็นอันตรายต่อชีวิตโดยต้องให้คำแนะนำที่เหมาะสม[13]รวมทั้งต้องปฏิบัติต่อผู้ป่วยโดยสุภาพ[14]โดยปราศจากการบังคับขู่เข็ญ[15]

นอกจากนั้นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่เรียกร้องสินจ้างรางวัลพิเศษนอกเหนือจากค่าบริการที่ควรได้รับ[16]และไม่จูงใจหรือชักชวนผู้ป่วยให้มารับบริการทางวิชาชีพเวชกรรม เพื่อผลประโยชน์ของตน[17]กับทั้งไม่หลอกลวงผู้ป่วยให้หลงเข้าใจผิดเพื่อประโยชน์ของตน[18] และยังต้องประกอบวิชาชีพโดยคำนึงถึงความสิ้นเปลืองของผู้ป่วยอีกด้วย[19]

สิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งสำหรับการประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม คือ จะต้องไม่ใช้ หรือสนับสนุนให้มีการประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือวิชาชีพใดๆ ทางการแพทย์หรือสาธารณสุข หรือการประกอบโรคศิลปะโดยผิดกฎหมาย[20],ไม่สั่ง ใช้ หรือสนับสนุนการใช้ยาตำรับลับ รวมทั้งใช้อุปกรณ์การแพทย์อันไม่เปิดเผยส่วนประกอบ[21] และต้องไม่เปิดเผยความลับของผู้ป่วย หรือผู้ป่วยที่เสียชีวิตแล้วซึ่งตนทราบมาเนื่องจากการประกอบวิชาชีพ เว้นแต่ได้รับความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเมื่อต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือตามหน้าที่[22]

4) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นพึงยกย่องให้เกียรติและเคารพในศักดิ์ศรีไม่ทับถมให้ร้ายหรือกลั่นแกล้ง และพึงส่งเสริมและสนับสนุนการประกอบวิชาชีพของผู้ร่วมวิชาชีพและผู้ร่วมงาน

5) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นผู้ดำเนินการสถานพยาบาลต้องไม่โฆษณาสถานพยาบาลหรือยินยอมให้ผู้อื่นโฆษณาสถานพยาบาลที่ตนเป็นผู้ดำเนินการในลักษณะโอ้อวดการประกอบวิชาชีพของตนหรือของผู้อื่นหรือสรรพคุณของเครื่องมือเครื่องใช้ของสถานพยาบาล

---

[12]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 22

[13]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 28

[14]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 19

[15]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 20

[16]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 16

[17]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 17

[18]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 21

[19]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 23

[20]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 29

[21]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 24

[22]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 27

เกินกว่าที่เป็นจริงหรือต้องไม่โฆษณาว่ามีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้หนึ่งผู้ใดมาประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานพยาบาลนั้นโดยไม่เป็นความจริง[23]และต้องไม่ให้หรือยินยอมให้มีการประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือวิชาชีพใดๆ ทางการแพทย์ หรือการสาธารณสุขหรือการประกอบโรคศิลปะโดยผิดกฎหมายในสถานพยาบาลนั้นๆ[24]

3.2 กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองจากการให้บริการทางการแพทย์ของประเทศไทย

3.2.1 กฎหมายทั่วไป

1) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2559

ประชาชนจะได้รับความคุ้มครอง ในชีวิตและร่างกายตามกฎหมาย โดยห้ามการทรมาน ทารุณกรรม หรือลงโทษด้วยวิธีการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม และสิทธิเสรีภาพในครอบครัว และความเป็นอยู่ส่วนตัว ประชาชนจะได้รับความคุ้มครอง ในความเป็นอยู่ส่วนตัว มีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน มีสิทธิที่จะเลือกเดินทาง หรือเลือกอยู่อาศัยที่ใดก็ได้ ในประเทศไทย ตลอดจนสิทธิของบุคคลอื่นๆในครอบครัว ได้รับความคุ้มครองด้วยเช่นกัน ประกอบกับประชาชนทุกคนจะได้รับการบริการสาธารณสุข ที่ได้มาตรฐานอย่างเท่าเทียมกันและผู้ยากไร้มีสิทธิ ได้รับการรักษาฟรี จากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐ อาจกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

(1) สิทธิในร่างกายตามมาตรา 28

มาตรา 28วางหลักการสำคัญเอาไว้ว่า *"บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกายการจับกุม คุมขัง หรือตรวจค้นตัวบุคคลไม่ว่ากรณีใดๆ กระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย"*ซึ่งการพิจารณามาตรานี้เป็นเรื่องที่ผู้เขียนจะขอนำไปกล่าวเป็นกรณีร่วมกับข้อ (2) สิทธิในครอบครัวและสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ตามมาตรา 32

(2) สิทธิในครอบครัวและสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามมาตรา 32

มาตรา 32ได้วางหลักการสำคัญไว้ว่า*"สิทธิของบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว จะกระทำการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลดังกล่าวนี้มิได้"*

ในบทบัญญัติมาตรา 32 ที่กล่าวในข้อ (1)นั้น ถือว่าเป็นบทหลักของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ อันเป็นการรับรองคุ้มครองร่างกายที่มนุษย์มีเสรีภาพของคนอยู่ตามสิทธิธรรมชาติ และกล่าวได้ว่า เนื้อหามาตรานี้เป็นการแสดงถึงสิทธิในความมั่นคงปลอดภัยของร่างกายและชีวิตที่ปราศจากการถูกรบกวนกับการใช้สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง (self of

---

[23]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 36

[24]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมพ.ศ. 2549 ข้อ 38

determination) อย่างอิสระซึ่งก็คือเรื่องของความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือก็คือเรื่องของสิทธิส่วนบุคคลโดยแท้ของผู้ป่วยประการหนึ่ง ที่สอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา 32 ที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับความเป็นอยู่ส่วนตัว ครอบครัว เนื่องจากในสิทธิเสรีภาพ ตามมาตรา 32ถือได้ว่าเป็นเรื่องสิทธิตามกฎหมายขั้นพื้นฐานที่สำคัญที่สุดของมนุษย์ทุกคนเพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับ "สิทธิในชีวิต" ซึ่งเป็นสิทธิของบุคคลในการที่จะมีชีวิตอยู่โดยปราศจากการรบกวนจากบุคคลอื่นหรือรัฐอันหมายรวมถึงสิทธิที่จะไม่ถูกฆ่าหรือถูกทำร้ายร่างกายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นสิทธิที่ไม่อาจโอนให้กับผู้อื่น แต่สิทธิในชีวิตอาจถูกระงับหรือยกเลิกในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เช่น กรณีนักโทษประหารไม่อาจอ้างสิทธิในชีวิตของคนเพื่องดเว้นการประหารชีวิตได้ หรือสิทธิในชีวิตอาจถูกระงับในบางพฤติการณ์ หากเป็นกรณีที่สิทธิตามกฎหมายอื่นๆ ซึ่งขัดหรือแย้งกับสิทธิในชีวิตมีอำนาจในการบังคับได้มากกว่า

(3) สิทธิที่จะได้รับการบริการเพื่อสุขภาพ มาตรา 47 และ มาตรา 55

มาตรา 47 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขของรัฐบุคคลผู้ยากไร้ย่อมมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายตามที่กฎหมายบัญญัติบุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการป้องกันและขจัดโรคติดต่ออันตรายจากรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย

"มาตรา 55รัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณสุขที่มีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึง เสริมสร้างให้ประชาชนมีความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการส่งเสริมสุขภาพและการป้องกันโรค รัฐต้องพัฒนาการบริการสาธารณสุขให้มีคุณภาพและมีมาตรฐานสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง"

ในบทบัญญัติมาตรานี้ แม้จะมิได้เป็นบทบัญญัติที่อยู่ในส่วนของสิทธิและเสรีภาพ ของชนชาวไทยอันเป็นการรับรองสิทธิก็ตาม แต่เนื้อหาของบทบัญญัตินี้สามารถวิเคราะห์ได้ว่าเป็นเสมือนคำมั่นสัญญาที่กำหนดหน้าที่ให้แก่รัฐพึงกระทำในการให้บริการเพื่อสุขภาพต่อพลเมือง อันจัดได้ว่าเป็นลักษณะภารกิจลำดับของของ ในทางสังคม วัฒนธรรม ที่จะเข้าควบคุมดูแลสุขภาพอนามัยและชีวิตจิตใจของประชาชน ตามแนวคิดของรัฐสวัสดิการ ซึ่งรัฐเพิ่มขึ้นเพื่อมุ่งหมายที่จะปรับปรุงวิถีชีวิตของราษฎรให้ดีขึ้นกว่าที่เป็นอยู่เดิมหรือเพิ่มสิทธิใหม่ ๆหรือกระจายสิทธิที่มีอยู่แต่เดิมให้ถึงมือราษฎรอย่างทั่วถึง[25] รวมทั้งยังเป็นการสอดคล้องรับกับเรื่องสิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาลของประชาชนที่กำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และขององค์กรอนามัยโลก ตามที่กล่าวมาแล้ว

---

[25]สมยศ เชื้อไทย **เอกสารประกอบการบรรยายวิชา น. 660 กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง 1** จัดพิมพ์โดย บัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาค 1/2533, (อัดสำเนา)

หลักประกันตามบทบัญญัตินี้ จึงเท่ากับให้การรับรองสิทธิแก่ผู้ป่วยในลักษณะเป็นสิทธิที่จะให้ผู้อื่นหรือสังคมจัดหาสิ่งที่ตนสมควรจะได้ ซึ่งเป็นอำนาจอันชอบธรรมของประชาชน รวมทั้งผู้ป่วยในฐานะเป็นมนุษย์ที่มีอิสระในการตัดสินใจเลือกด้วยตนเอง และการเลือกในที่นี้ก็เกี่ยวกับบริการทางสุขภาพ ที่รัฐมีหน้าที่ต้องจัดให้ตามภารกิจที่บัญญัติไว้เป็นแนวนโยบายของรัฐในร่างรัฐธรรมนูญ มาตรา 47 และ มาตรา 55นี้ บริการของรัฐที่เกี่ยวกับการสาธารณสุขในสภาพปัจจุบัน ลักษณะของบริการทางการแพทย์และสาธารณสุขไทย เริ่มมีแนวโน้มเป็นเชิงพาณิชย์มากขึ้น และดูเหมือนว่า เอกชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดบริการโรงพยาบาลอย่างกว้างขวางแพร่หลาย ผู้เขียนจึงเห็นว่าปัญหาในที่นี้จะอยู่ที่แค่ไหนเพียงใดจึงจะให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมได้อย่างไม่เกิดลักษณะของการกระทบต่อสิทธิในชีวิตร่างกายของผู้ป่วยตามที่มีบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของไทย มาตรา 32อันเนื่องมาจากระบบบริการโรงพยาบาลที่เป็นธุรกิจมากขึ้น เพราะในลักษณะเช่นนี้ผู้ป่วยจะต้องแยกรับภาระในเรื่องของค่าบริการ และมักจะมีเรื่องของกระทบกระทั่งสิทธิส่วนบุคคลหรือในสภาพของการผูกนิติสัมพันธ์ในทางนิติกรรมสัญญากับโรงพยาบาลที่แน่นนอนว่าผู้ป่วยจะถูกเอาเปรียบจากลักษณะบริการในเชิงพาณิชย์นี้ แต่อย่างไรก็ตาม กรณีก็ยังอาจถือได้ว่ามีหลักประกันในเรื่องการได้รับบริการเพื่อสุขภาพรับรองวางแนวนโยบายของรัฐไว้อยู่ในบัญญัติรัฐธรรมนูญ

2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สิทธิของผู้ป่วยตามกฎหมายแพ่งนั้น สิทธิที่สำคัญคือ สิทธิของผู้ป่วยที่จะได้รับการชดเชยความเสียหายจากการกระทำทางวิชาชีพเวชกรรมหรือวิชาชีพทางการแพทย์อย่างอื่น รวมทั้งจะมีเรื่องสิทธิที่รับรู้ สิทธิที่จะปฏิเสธการรักษาเข้ามาแทรกอยู่ในบางส่วนของกฎหมาย และก่อนที่จะศึกษาถึงหลักประกันหรือการรับรองแก่สิทธิประการนี้ของผู้ป่วย ก็ควรที่จะได้พิจารณาถึงความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยมาวิเคราะห์เป็นพื้นฐาน ดังนี้

(1) ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย

สามารถแยกลักษณะของความสัมพันธ์ออกได้เป็น 3 กรณี ได้แก่

1. ความสัมพันธ์ระหว่างตัวแพทย์กับผู้ป่วยโดยทั่วไป

ในลักษณะนี้ แพทย์ในฐานะผู้ให้บริการตรงกับผู้ป่วยเป็นผู้รับบริการนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน โดยแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อกัน กล่าวคือ ผู้ให้บริการทางการแพทย์ต้องให้การรักษาพยาบาลอย่างดีที่สุดตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพด้วยความสุจริตเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยเป็นสำคัญ ในขณะที่ผู้ป่วยมีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าตอบแทนสำหรับการรักษาพยาบาลที่ได้รับแล้วแต่กรณี รวมทั้งได้มอบอำนาจให้ผู้ประกอบการวิชาชีพบำบัดรักษา เมื่อผู้ป่วยไปพบแพทย์เพื่อขอรับการตรวจรักษานั้น ขั้นตอนแรกของการรักษา

ต้องผ่านขบวนการของการวินิจฉัยโรคก่อน ในส่วนนี้เมื่อผู้ป่วยบอกเล่าปัญหาอาการผิดปกติต่างๆ แก่แพทย์ และยินยอมให้แพทย์ตรวจร่างกาย ซึ่งเป็นการเริ่มข้อตกลงและแพทย์รับตรวจสัญญาก็เกิด ผู้ป่วยมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าบริการสำหรับการตรวจรักษาและวินิจฉัย แล้วแต่กรรมวิธีนั้น ในขั้นตอนต่อไปของการรักษาเมื่อแพทย์ให้การวินิจฉัยแล้ว แพทย์มีหน้าที่ต้องบอกกล่าวว่าการวินิจฉัยและเสนอวิธีการหรือรายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับกรรมวิธีที่จะสามารถให้การรักษาแก่ผู้ป่วยได้ ซึ่งคู่สัญญากับแพทย์คือ ผู้ป่วยก็ได้อาศัยข้อมูลจากการบอกกล่าวของแพทย์เพื่อการตัดสินใจเลือกตามประสงค์ และให้ความยินยอมแก่แพทย์ในการให้การรักษา อันถือได้ว่าคู่กรณีได้ผูกพันกัน และหากผู้ป่วยมิได้ให้ความยินยอมแก่การตรวจรักษา 2 ขั้นตอนนี้แล้ว นิติสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยย่อมไม่เกิดขึ้น

2. ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในโรงพยาบาลเอกชน

ในโรงพยาบาลเอกชนนั้น คู่สัญญาโดยตรงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยกับโรงพยาบาล ซึ่งกรณีที่แพทย์เป็นลูกจ้างของโรงพยาบาล หรือเมื่อแพทย์ให้บริการในนามของโรงพยาบาล แพทย์ก็จะมีความสัมพันธ์กับผู้ป่วยในลักษณะสัญญาเช่นเดียวกัน แต่แพทย์นั้นกระทำการในฐานะของลูกจ้างหรือตัวแทนของคู่สัญญาแท้จริง เพราะผู้ป่วยมิได้จ่ายค่าบริการให้แพทย์โดยตรง แต่จ่ายให้กับโรงพยาบาล โรงพยาบาลจึงเป็นคู่สัญญากับผู้ป่วยโดยตรง

3. ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในโรงพยาบาลของรัฐ

โรงพยาบาลของรัฐนั้น จัดเป็นบริการสาธารณะ (Public Service) อย่างหนึ่งที่จัดบริการทางการแพทย์แก่ประชาชนตามนโยบายของรัฐ ในกรณีผู้ป่วยได้รับบริการฟรีโดยไม่ต้องเสียค่าบริการนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยกับโรงพยาบาลก็ยังเป็นลักษณะของสัญญาอยู่นั้นเอง แต่เป็นสัญญาที่รัฐเป็นผู้ให้บริการ โดยผู้ป่วยไม่ต้องจ่ายค่ายบริการ แต่ผลของสัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้ป่วยยอมรับบริการ ถ้าผู้ป่วยไม่ยอมรับบริการ ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างโรงพยาบาล กับผู้ป่วยย่อมเกิดขึ้นไม่ได้

แพทย์ในฐานะข้าราชการย่อมเป็นตัวแทนของส่วนราชการนั้น ที่ต้องมีความสัมพันธ์กับผู้ป่วยในฐานะคู่สัญญาที่เป็นนิติกรรมเช่นกัน

จึงสรุปได้ว่า แพทย์กับผู้ป่วยมีความสัมพันธ์กันในทางกฎหมาย ในรูปของสัญญาหรือนิติกรรมพื้นฐาน

(2) หลักประกันสิทธิของผู้ป่วยในทางนิติกรรมสัญญา

ความสัมพันธ์ทางกฎหมายในรูปแบบของสัญญาหรือนิติกรรมนั้น ได้ชี้ให้เห็นแล้วว่าการแสดงเจตนาของผู้ป่วยในการที่จะยินยอมให้แพทย์ตรวจรักษา ทำให้แพทย์และผู้ป่วยผูกพันในทางสัญญาต่อกัน ซึ่งความยินยอมของผู้ป่วยที่กล่าวถึงในทางการแพทย์จะต้องเป็นความ

ยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed consent) และนอกจากนี้ความยินยอมที่ผู้ป่วยให้แก่การบำบัดรักษาของแพทย์จะต้องชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เป็นความยินยอมที่ได้มาโดยสมัครใจ ปราศจากการบังคับ ขู่เข็ญ หลอกลวง หรือฉ้อฉล[26] ถ้าการสนองของแพทย์ โดยให้การรักษาแก่ผู้ป่วยซึ่งเป็นไปตามปกติประเพณี (มาตรา 361 วรรค 2) รวมทั้งจะทำการรักษาตามมาตรฐานของจริยธรรมแห่งวิชาชีพในระดับดีที่สุดแล้ว แม้ว่าการกระทำของแพทย์จะก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้ป่วยถึงขั้นได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายก็ตาม แพทย์ไม่มีความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาแต่อย่างใด ยกเว้นในกรณีการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำโดยประมาทก็จะต้องรับผิด เพราะความยินยอมเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดเฉพาะกรณีกระทำความผิดโดยเจตนาเท่านั้น แต่ในทางตรงกันข้าม ถ้าแพทย์กระทำไปโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยแล้วแม้แพทย์จะใช้ความรู้ ความชำนาญอย่างเต็มที่และเป็นการกระทำไปเพื่อผลประโยชน์ของผู้ป่วยโดยปราศจากความประมาทก็ตาม ก็ยังต้องถือว่าแพทย์มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และกรณีก็ต้องรับผิดชดใช้ในทางแพ่งด้วย อันเป็นไปตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวตามหลักการที่กล่าวถึงไว้แล้วในบทที่ 2 และจากหลักดังกล่าวนี้ เมื่อนำมาพิจารณาปรับบทกับหลักกฎหมายแพ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[27] จะปรากฏหลักประกันแก่สิทธิของผู้ป่วยตามกฎหมายในเรื่องนิติกรรมสัญญาเป็นประการใด ซึ่งจะได้ศึกษาดังต่อไปนี้

1.การตรวจรักษาโดยปราศจากการให้ความยินยอมของผู้ป่วย

เนื่องจากการแสดงเจตนาของผู้ป่วยโดยให้ความยินยอมแก่การรักษาของแพทย์ เป็นจุดเริ่มต้นนิติสัมพันธ์ในทางนิติกรรมสัญญา ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงการแสดงเจตนาให้ความยินยอมในแต่ละขั้นตอนของการรักษาดังกล่าวไวในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างตัวแพทย์กับผู้ป่วยไว้แล้ว ในที่นี้ถ้าหากมีกรณีเช่น ผู้ป่วยเป็นโรคเบาหวานมีแผลเน่าที่ขาข้างขวา ซึ่งแพทย์เห็นควรต้องผ่าตัดขาส่วนที่เน่านั้นออก แต่ผู้ป่วยซึ่งเบื้องต้นเป็นเพียงแสดงเจตนาให้ตรวจร่างกายเท่านั้น โดยยังไม่ได้แสดงเจตนาให้ความยินยอมให้ทำการผ่าตัดก็ไม่เกิดขึ้น เพราะผู้ป่วยไม่ให้ความยินยอมส่วนนี้แพทย์จึงย่อมไม่มีสิทธิอย่างใดๆ ในการที่จะผ่าตัดขาของผู้ป่วยได้ และหากแพทย์ขืนกระทำการผ่าตัดขาให้ผู้ป่วย การกระทำของแพทย์ก็จะเป็นการจงใจกระทำต่อผู้ป่วยโดยผิดกฎหมาย และอาจจะเป็นความผิดอาญาฐานทำร้ายร่างกายได้อีกด้วย[28] แต่กรณีเช่นนี้ หากปรากฏว่า

---

[26]ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 และดูมาตรา 159, 162, 164, และ 166 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535.

[27] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-6 และประมวลกฎหมายอาญา, กรุงเทพมหานคร : มิเล็นเนียม มาตรา 361.

[28]ไพจิตร บุญพันธ์. (2516). ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย, ดุลพาห.1 หน้า 18.

การไม่กระทำการรักษาให้กับผู้ป่วย โดยวิธีนี้แล้วผู้ป่วยก็จะถึงแก่ความตายได้ แพทย์จึงได้ตัดสินใจผ่าตัดให้ผู้ป่วยทั้งๆที่ผู้ป่วยมิได้ให้ความยินยอมดังกล่าว แพทย์ก็อาจจะอ้างเหตุแห่งความจำเป็นตามมาตรา 67 ประมวลกฎหมายอาญา เพื่อไม่ต้องรับโทษได้ แต่กรณีไม่ได้รับการยินยอมเช่นนี้ แม้จะไม่รับโทษทางอาญา ก็คงจะต้องรับผิดชดใช้ด้วยถ้าเกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้ป่วย

2. การตรวจรักษาแก่ผู้ป่วยโดยให้ผู้ป่วยให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้า

ในทางแพ่ง ความสัมพันธ์ของคู่กรณีในทางนิติกรรมสัญญานั้น คู่กรณีจะต้องเข้าใจสาระสำคัญแห่งสัญญาหรือนิติกรรมนั้น เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ซึ่งกล่าวเสนอไว้ในข้อที่แล้วว่า มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนหรือสัญญาที่ให้บริการสาธารณะแล้ว แต่กรณี เมื่อแพทย์ซึ่งเป็นคู่สัญญารู้เพียงฝ่ายเดียวว่าจนจะทำอะไรต่อผู้ป่วยมิได้ทราบเลยว่าจะเกิดอะไรขึ้น หรือได้เกิดอะไรขึ้นกับเขา ความยินยอมของผู้ป่วยโดยทั่วไป อย่างเช่นในทางปฏิบัติตามโรงพยาบาลต่างๆ หรือสถานพยาบาลทั้งของเอกชนหรือของรัฐได้ให้ทางผู้ป่วยลงนามยินยอมไว้ล่วงหน้าในใบบันทึกการยินยอมเข้ารับการรักษาเมื่อเริ่มเข้ารับการตรวจรักษาอาทิ มีข้อความว่า

“ข้าพเจ้ายินยอมให้แพทย์หรือคณะแพทย์ตรวจข้าพเจ้าโดยวิธีใดๆ หรือให้การรักษาการผ่าตัดหรืออื่นใดก็ได้ รวมทั้งการให้ยาระงับความรู้สึกเฉพาะที่หรือทั่วร่างกายด้วย” ซึ่งจะเห็นได้ว่าการแสดงเจตนาของผู้ป่วยในลักษณะนี้ เป็นลักษณะที่แสดงเจตนาให้ความยินยอมไว้โดยสามัญผิดที่สาระสำคัญของนิติกรรมถึง 2 ขั้นตอนด้วยกัน กล่าวคือ ขั้นตอนแรกของการตรวจผู้ป่วยนั้นยังมิได้เป็นเบื้องต้นจากแพทย์เลยว่าตนป่วยเป็นอะไร อันเป็นสาระสำคัญที่ผู้ป่วยควรได้รับการสนองตอบด้วยการบอกกล่าวจากแพทย์ก่อนที่จะเข้าไปผูกนิติสัมพันธ์ โดยยินยอมให้แพทย์ตรวจเพื่อจะให้การรักษาในขั้นตอนต่อไป ซึ่งผู้ป่วยก็ไม่ทราบถึงสาระสำคัญของนิติกรรมในการรับการรักษาอีกเช่นกันว่า จะได้รับการรักษาด้วยวิธีการใด หรือไม่อย่างไร

ดังนั้น ความยินยอมที่ผู้ป่วยแสดงเจตนาด้วยความสำคัญผิดในสาระสำคัญทั้ง 2 ขั้นตอน เช่นนี้พิจารณาได้ว่า เป็นไปโดยนัยแห่งมาตรา 156

“มาตรา 156 การเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมเป็นโมฆะ

ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมตามวรรคหนึ่ง ได้แก่ ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม ความสำคัญผิดในตัวบุคคล ซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม และความสำคัญผิดในทรัพย์สิน ซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม เป็นต้น”

ถือได้ว่าความยินยอมของผู้ป่วยดังกล่าวตัวอย่างข้างต้นมิอาจใช้ได้ และนิติสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยย่อมไม่เกิดขึ้น การตรวจรักษาของแพทย์ที่กระทำต่อผู้ป่วยก็เป็น

การไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถือว่าเป็นการละเมิดโดยจงใจ และจะต้องชดใช้ในฐานะละเมิดถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้น

(3) หลักประกันสิทธิของผู้ป่วยในทางละเมิด

1. หลักกฎหมายความรับผิดตามระบบคอมมอนลอว์

โดยทั่วไปพื้นฐานความรับผิดเรื่องละเมิดที่เกิดจากการกระทำของบุคคลนั้น ก็คือเรื่อง "ความผิด" (Fault) ซึ่งหมายถึง การจงใจหรือประมาทเลินเล่อ อันมีรากฐานเดิมมาจากกฎหมายโรมัน ดังนั้น ความรับผิดทางละเมิดจึงต้องอยู่บนพื้นฐานของจิตใจผู้กระทำเช่นเดียวกับความผิดในทางอาญา ซึ่งในระบบกฎหมายของคอมมอนลอว์ เช่น ในประเทศอังกฤษระยะแรกนั้น ดังนั้น การกระทำที่เป็นละเมิดจะเป็นทั้งความผิดทางอาญาและเป็นละเมิดพร้อมกันไป การกระทำละเมิดในระบบคอมมอนลอว์บางประเภทนั้น จึงใช้ชื่อเช่นเดียวกับความผิดอาญา เช่น การทำร้ายร่างกาย (battery) พยายามทำร้ายร่างกาย (assault) เป็นต้น แต่ต่อมาก็ได้มีการพัฒนากฎหมายเรื่องละเมิดและกฎหมายอาญาแตกต่างกันออกไปและในเรื่องหลักเกณฑ์ในการพิจารณาวามรับผิดก็แตกต่างกันด้วย[29]

สำหรับกฎหมายไทยโดยทั่วไปที่บัญญัติไว้ในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น แม้กฎหมายไทยจะเป็นระบบที่ต่างจากระบบคอมมอนลอว์ก็ตาม แต่ก็มีบางส่วนที่จะอาศัยนำมาประกอบในการศึกษาพิจารณาได้ จึงขอนำเสนอหลักทางระบบคอมมอนลอว์ไว้ดังนี้

ตามหลักของกฎหมายคอมมอนลอว์ จะไม่มีบทบัญญัติเป็นหลักทั่วไป ดังเช่น มาตรา 420 ของไทย แต่จะมีลักษณะเป็นความรับผิดเฉพาะเรื่องต่างๆ ที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องๆ ไป และในเรื่องที่เกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อ (Negligence) ก็เป็นเรื่องหนึ่งเท่านั้น[30]

ในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดของแพทย์จากการประกอบวิชาชีพ (Medical malpractice) ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นี้ จะมีลักษณะและหลักการในการพิจารณาแต่ละกรณีเป็นดังนี้

1) กรณีประมาทเลินเล่อ (Negligence) จะถือเป็นความผิดในทางแพ่งโดยไม่ถือเป็นความผิดอาญา เพราะในทางอาญาของคอมมอนลอว์ ถือเรื่อง "เจตนาร้าย" (Mensrea) เป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้ ความประมาทเลินเล่อโดยทั่วไป จึงไม่เป็นความผิดอาญาแต่ถ้าเป็นกรณีประมาท

---

[29]วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2536). เปรียบเทียบความรับผิดเพื่อละเมิดจากการประกอบวิชาชีพของแพทย์ ตามกฎหมายคอมมอนลอว์และไทย. **บทบัณฑิตย์** 49 : 3 หน้า 50.

[30]อนันต์ จันทรโอภากร. (2531). **โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิดในรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์,** กรุงเทพมหานคร : พีเคพริ้นติ้งเฮ้าส์. หน้า 95.

เลินเล่ออย่างร้ายแรงถึงขนาดที่ผู้กระทำตั้งใจกระทำโดยไม่ต้องการผลที่เกิดขึ้น แต่ก็ยอมรับถ้าผลจะเกิดขึ้นแล้วกรณีถือได้ว่าเป็นการที่ผู้กระทำมีความบ้าบิ่น (Recklessness) อันเป็นเรื่องของการมีเจตนาร้ายจึงต้องรับโทษทางอาญา[31] ตัวอย่างเช่น

แพทย์ฝึกหัด (Intern) ยังไม่มีความชำนาญขูดมดลูกเพื่อทำแท้งให้ผู้ป่วยในคลินิกปรากฏว่ามดลูกทะลุ ผู้ป่วยถึงแก่ความตายเช่นนี้ถือว่าแพทย์ผู้นี้มีความบ้าบิ่นเกินกว่าที่แพทย์ในฐานะเช่นนี้จะทำได้ นอกจากนี้ สถานที่กระทำการก็เห็นได้ว่าแสดงถึงความเสี่ยงอย่างบ้าบิ่นมากอีกด้วย เนื่องจากในคลินิกยังไม่พร้อมพอที่จะแก้ไขผู้ป่วยได้หากมีอันตรายร้ายแรงเกิดขึ้น กรณีการกระทำที่เป็นลักษณะความผิดทางอาญาเช่นนี้จึงไม่อยู่ในความหมายประมาทเลินเล่อในทางละเมิด แต่อาจจะเทียบได้กับการกระทำโดยเจตนา ย่อมเล็งเห็นผลได้ในกฎหมายอาญาของไทย[32]

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง ซึ่งมี 4 องค์ประกอบ ได้แก่

ก) การมีหน้าที่ (Duty) เมื่อแพทย์มีหน้าที่ต่อผู้ป่วย ไม่ว่าหน้าที่ทางศีลธรรม (คือหน้าที่ต้องช่วยเหลือผู้ป่วยในกรณีเร่งด่วน เพื่อช่วยชีวิต หรือหน้าที่ต้องช่วยเหลือในฐานะพลเมืองดี) หรือหน้าที่ตามกฎหมาย (คือหน้าที่โดยตรงที่รับผิดชอบต่อผู้ป่วยตนเอง) แพทย์ต้องใช้ความรู้ ความชำนาญ ความระมัดระวัง เพื่อผลประโยชน์ต่อผู้ป่วยเป็นสำคัญ ต้องพิจารณาจากมาตรฐานของแพทย์ที่ควรจะมีความระมัดระวัง (Reasonable physician) ที่ตกอยู่ในสภาวการณ์เช่นนั้นจะพึงมี การพิสูจน์มาตรฐานความระมัดระวังเช่นนี้ ผู้ป่วยต้องแสดงให้เห็นว่า การกระทำหรือการละเว้นการกระทำของแพทย์นั้น แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามที่ควร ก็คือแพทย์กระทำบางอย่างในสิ่งที่ไม่ควรหรือไม่ได้ทำการบางอย่างในสิ่งที่จะเป็นต้องทำ การพิสูจน์เช่นนี้เป็นข้อเท็จจริงทางการแพทย์ที่ต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert testimony) ซึ่งมีทั้งพยานฝ่ายโจทย์และจำเลย ซึ่งจะให้การเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติทั่วไป ในทางวิชาชีพแล้ว ผู้พิพากษาหรือคณะลูกขุนจึงวินิจฉัยว่ามาตรฐานแห่งความระมัดระวังดังกล่าวควรจะเป็นเช่นไร

---

[31]วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, (กันยายน 2536). เปรียบเทียบความรับผิดเพื่อละเมิดจากการประกอบวิชาชีพของแพทย์ ตามกฎหมายคอมมอนลอว์และไทย. **บทบัณฑิตย์** 49 . 3 หน้า 51.

[32] A. Samuels, Medical negligence today-an appraisal, 23 Med Sci Law 31-36, (1983). อ้างใน อนันต์ จันทรโอภากร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30 .หน้า 101.

ในบางกรณีไม่จำเป็นต้องใช้พยานผู้เชี่ยวชาญ แต่อาศัยหลักกฎหมายที่ว่าสิ่งที่ปรากฏย่อมแจ้งอยู่ในตัว กรณีแพทย์ลืมผ้าซับเลือกหรือเครื่องมือไว้ในช่องท้องของผู้ป่วยในระหว่างผ่าตัด เป็นต้น[33]

ข) การละเว้นหน้าที่ (Breach of duty หรือ Derelict of duty) หมายถึง การที่แพทย์ไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานของความระมัดระวังในข้อ ก) นั่นเอง

ค) มูลเหตุของความเสียหาย (Causation) โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่าอันตรายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้น เป็นผลโดยตรงจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ไม่ได้มาตรฐานของความระมัดระวังนั้น

ง) ความเสียหาย (Damage) โจทย์ต้องพิสูจน์วามเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งส่วนใหญ่ความเสียหายที่เรียกร้องจากกรณีการประกอบวิชาชีพ จะเป็นความเสียหายต่อร่างกาย หรือความเสียหายทางอารมณ์ด้วย

2) กรณีการทำร้ายร่างกาย (Battery) การกระทำละเมิดในกรณีเช่นนี้เป็นละเมิดโดยจงใจ (Intentional torts) โดยอาศัยหลักกฎหมายที่ว่า คนทุกคนมีอิสรเสรีจากการกระทำการรบกวนต่อร่างกายโดยมิได้รับความยินยอม การถูกเนื้อต้องตัวโดยมิได้รับวามยินยอมถือเป็นการทำร้ายร่างกายทั้งสิ้น (Battery) การพยายามถูกต้องร่างกายโดยมิได้รับความยินยอมถือเป็นการทำร้าย (Assault) ซึ่งหลักการนี้สนับสนุนความเป็นอิสรเสรีของบุคคล (Personal autonomy) ดังนั้นถ้าแพทย์ตรวจร่างกายผู้ป่วย หรือการผ่าตัดรักษาผู้ป่วย โดยผู้ป่วยไม่ยินยอมก็ย่อมเป็นละเมิดโดยทำร้ายร่างกายทั้งสิ้น และในการฟ้องเรียกค่าเสียหาย ในกรณีนี้โจทย์เพียงแต่นำสืบว่าการกระทำการรักษาหรือการตรวจนอกเหนือ หรือแตกต่างไปจากการรักษาที่ตกลงหรือผู้ป่วยยอมรับ ซึ่งโดยปกติแล้ว โจทย์ไม่จำต้องพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นเหมือนกับกรณีประมาทเลินเล่อ แต่ถ้ากรณีการผ่าตัดรักษานั้นกระทำเพื่อช่วยชีวิตผู้ป่วยแล้ว ส่วนใหญ่จะถือว่าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น ยกเว้นกรณีที่ผู้ป่วยได้รับทุกข์ทรมาน หรือกลายเป็นคนพิการ แพทย์ต้องชดใช้ค่าเสียหาย

แต่อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันศาลส่วนมากที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ ได้พัฒนายกเลิกความรับผิดประเภทนี้ โดยศาลวินิจฉัยกรณีการรักษาโดยไม่ได้รับความยินยอมนี้ว่าแพทย์ไม่ได้กระทำตามมาตรฐานที่ต้องระวังที่ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วย เป็นการประมาทเลินเล่อด้วย (Negligence theory of consent) และศาลสูงของรัฐแคนซัส เป็นศาลแรกที่วินิจฉัยไว้ใน

---

[33]วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2529). ประมาทเลินเล่อทางการแพทย์และการผลักภาระการพิสูจน์ วารสารอัยการ, เล่มที่ 108 หน้า 20.

ปี 1960 ว่า ถ้าแพทย์รักษาโดยไม่บอกผู้ป่วย ถือว่าประมาทเลินเล่อ มากกว่าเป็นการทำร้ายร่างกาย (NatansonV.Kline)[34]

3) กรณีไม่ได้รับความยินยอมที่ต้องบอกกล่าวในเวชปฏิบัติ (Failure of informed consent) หลักความยินยอมในเรื่องนี้ได้กล่าวมาแล้วว่า มาจากการเคารพในสิทธิส่วนตัวของบุคคล (The right of privacy) ซึ่งทุกคนย่อมมีสิทธิในการตัดสินใจจะรักษาหรือไม่รักษา หรือจะรักษาโดยวิธีตามใจที่เขาเห็นว่าดีที่สุดสำหรับเขา กับการสร้างความเชื่อถือไว้วางใจต่อวิชาชีพแพทย์ แพทย์จึงมีหน้าที่ต้องบอกหรืออธิบาย (Duty of inform) ความจริงต่างๆ เกี่ยวกับการตรวจรักษาตามวิธีการนั้น ๆแก่ผู้ป่วยทราบและเข้าใจ แล้วยอมรับการกระทำนั้น จึงเรียกความยินยอมของผู้ป่วยเช่นนั้นว่า เป็นความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed consent) และปัจจุบันแพทย์ไม่มีหน้าที่ตัดสินใจแทนผู้ป่วย และการให้ผู้ป่วยเป็นฝ่ายตัดสินใจเป็นการแสดงความบริสุทธิ์ของแพทย์ว่า แพทย์มิได้คำนึงถึงผลประโยชน์ของแพทย์เองมาเป็นปัจจัยในการเลือกวิธีรักษาให้ผู้ป่วย

ดังนั้น ถ้าผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์ทำการตรวจรักษาให้ โดยผู้ป่วยไม่ได้รับคำอธิบายใดๆ จากแพทย์ ความยินยอมนั้นไม่มีผลในทางกฎหมาย การตรวจรักษาของแพทย์ดังกล่าว เท่ากับไม่ได้รับความยินยอม การกระทำของแพทย์จึงเป็นทำร้ายร่างกาย

4) กรณีการละทิ้งผู้ป่วย (Abandonment) แพทย์หรือพยาบาลมีหน้าที่ต้องให้การรักษาพยาบาลดูแลผู้ป่วยและต้องรับผิดชอบต่อหน้าที่ของตน หากแพทย์หรือพยาบาลถอนตัวจากการรักษาผู้ป่วย ต้องแจ้งให้ผู้ป่วยหรือญาติได้ทราบล่วงหน้า เพื่อผู้ป่วยหรือญาติจะได้มีเวลาหาแพทย์หรือพยาบาลอื่นมารับหน้าที่ เมื่อมีผู้มารับหน้าที่แล้ว จึงถอนตัวออกไปได้ ถ้าขณะมีหน้าที่ต่อผู้ป่วยแล้วถอนตัวหรือละทิ้งผู้ป่วยไป ต้องรับผิดฐานประมาทเลินเล่อ[35]

5) กรณีการเปิดเผยความลับ (Branch of confidentiality) ผู้ประกอบวิชาชีพในทางการแพทย์ทุกประเภท ต้องมีหน้าที่รักษาความลับของผู้ป่วยไว้ หากเปิดเผยความลับของผู้ป่วยโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย ถือว่าเป็นประมาทเลินเล่อตามกฎหมายของประเทศอังกฤษแต่หากพิจารณาถึงกฎหมายไทยแล้ว มีบัญญัติเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา323[36]

---

[34]WJ.Morton, The doctrine of informed consent, 6 Med Law 117 – 125 (1987).อ้างใน อัจฉรา วีระชาลี. (2537). **สิทธิของผู้ป่วย.** วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต,คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 69.

[35]ความผิดลักษณะนี้มีบัญญัติอยู่ในมาตรา 307 ประมวลกฎหมายอาญาของไทย

[36] ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 323 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "ผู้ใดล่วงรู้ หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่นโดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพ แพทย์ เภสัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้น แล้วเปิดเผยความลับ

6) กรณีการรักษาแล้วผู้ป่วยตาย หลักของกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่า สิทธิ์ในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งนั้นย่อมสิ้นสุดเมื่อบุคคลนั้นตาย ดังนั้น ถ้าแพทย์ประมาทเลินเล่อทำให้ผู้ป่วยตายจะต้องถูกดำเนินคดีในทางอาญาเท่านั้น แต่ต่อมาในหลายประเทศเห็นว่าการที่ทายาทผู้ตายไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้กระทำผิดนั้นน่าจะไม่เป็นธรรม จึงได้มีการออกกฎหมายให้ทายาทที่มีชีวิตอยู่ของผู้ตาย ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ที่กระทำให้ผู้นั้นตายได้ กฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่อง (เรียกชื่อว่า Wrongful death act) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ประกาศใช้ทั้งในอังกฤษและอเมริกา[37]

การนำสืบโดยใช้หลักการผลักภาระการพิสูจน์ ในการฟ้องคดีจากกรณีละเมิดตามกฎหมายคอมมอนลอว์ดังกล่าว ในบางกรณีเพื่อมิให้เป็นภาระแก่โจทก์ในการนำสืบความประมาทเลินเล่อของแพทย์มากเกินไป ศาลจึงได้นำหลักกฎหมายว่าด้วย "สิ่งที่ปรากฏย่อมแจ้งในตัว" (Res ipsaioquitur) มาผลักภาระการพิสูจน์ให้เป็นหน้าที่ของจำเลย หลักเกณฑ์การใช้หลักดังกล่าว มี 3 ประการ คือ[38]

ก) เครื่องมือที่ถูกกล่าวอ้าง ที่เป็นต้นเหตุของความเสียหายนั้น อยู่ภายใต้การดูแลจัดการของแพทย์และหรือฝ่ายโรงพยาบาล

ข) สิ่งที่ถูกอ้างว่าเป็นสาเหตุของอันตรายในการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติย่อมไม่เกิด ถ้าไม่มีความประมาทเลินเล่อ

ค) ผู้ป่วยมิได้ถูกกล่าวหาว่า เป็นผู้ทำอันตรายหรือมีส่วนทำให้เกิดอันตรายเกิดขึ้นด้วย[39]

(4) หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด

สำหรับความยินยอมนั้น ในทางกฎหมายมักจะออกมาในรูปแบบของนิติกรรมไม่ยอมรับผิดทางละเมิด ความยินยอมนั้นอาจแสดงออกมาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายโดยอาศัยการ

นั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้รับการศึกษาอบรมในอาชีพดังกล่าวในวรรคแรก เปิดเผยความลับของผู้อื่น อันตนได้ล่วงรู้ หรือได้มาในการศึกษาอบรมนั้น ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน"

[37] AC. Haffmann, JP. MS. Menamin, JB. Seifert, JG. Zimnerly. อ้างใน อัจฉรา วีระชาลี อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 72.

[38] AN. Khan. Medical negligence : res ipsa loquitur อ้างใน วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และรัชต์ชัย ธีรชิตกุล. (2531). ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว ข้อแตกต่างที่พบเสมอ, **วารสารอัยการ** 11. หน้า 30.

[39] วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 22.

สังเกตพฤติการณ์ของให้ผู้ให้ความยินยอมนั้นเองโดยทั่วๆไป นั้นจะสังเกตได้ว่าผู้ให้ความยินยอมนั้นให้ความยินยอมเพราะรู้เท่าไม่ถึงการณ์หรืออาจเพราะความจำเป็น ดังนี้

1. ลงนามสัญญาโดยไม่ทราบว่ามี Exemption Clause ปรากฏในสัญญา[40]

2. สัญญาประเภท Adhesion Contract นี้มีลักษณะอยู่อย่างหนึ่ง คือ เงื่อนไขในสัญญาทุกข้อจะไปโต้แย้งต่อรองไม่ได้ ถ้าไม่เห็นชอบด้วยแม้แต่ข้อเดียว ก็ต้องลงนามยินยอมหรือไม่ก็ไม่ต้องทำสัญญาเลย ด้วยเหตุนี้ผู้ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าก็จำต้องลงนาม[41]

3. ในบางกรณีคนที่ลงนามให้ความยินยอมไม่รู้ข้อเท็จจริงของความเสี่ยงภัยเขาลงนามไปทั้งๆที่ไม่รู้ข้อเท็จจริงและคิดว่าคงไม่มีอัตราเสี่ยงสูง

4. ในบางกรณี ความจำเป็นในทางเศรษฐกิจบังคับให้ต้องลงนามสัญญา

จะเห็นได้ว่าผู้ให้ความยินยอมไม่ได้เต็มใจแม้แต่น้อย เหตุสำคัญของปัญหาจึงอยู่ที่ความไม่เต็มใจ ความไม่รู้ และความเสียเปรียบทางเศรษฐกิจ โดยหลักในการทำสัญญานั้นตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยใช้หลักของกฎหมายตามแบบฉบับของซีวิลลอว์ที่เรียกว่า "pacta sun servanda" (สัญญาต้องเป็นสัญญา) ตามหลักเรื่องนี้ต้องมีการแสดงเจตนา และความยินยอมที่มากกว่า "will และ declaration of will"

การแสดงเจตนานั้นไม่ว่าจะทำโดยไม่เต็มใจ ความไม่รู้ ความเสียเปรียบทางเศรษฐกิจความเห็นของนักนิติศาสตร์โดยทั่วไปกลับไม่ยอมใช้ปัจจัยต่างๆในเรื่องนี้เข้ามาพิจารณาเจตนาของผู้ทำสัญญาว่าได้แสดงเจตนาจริงๆหรือไม่ เพราะฉะนั้นการแก้ปัญหาข้อนี้จึงเป็นการยากและเป็นปัญหาที่จะต้องแก้โดยการใช้ประสบการณ์จากต่างประเทศเข้ามาช่วย

นิติกรรมที่ทำไว้ล่วงหน้านี้ยอมรับความเสี่ยงภัยนี้ทำกันง่ายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ แม้นิติกรรมนี้จะขัดกับตัวบทในมาตรา 420 ก็ตาม ในระบบซีวิลลอว์ซึ่งมีฉบับตกทอดมาจากกฎหมายโรมันนั้น ตามตัวบทอาจแบ่งออกเป็นสองประเภท

1. กฎหมายเคร่งครัดตายตัว ซึ่งเป็นตัวบทที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและวางมาตรฐานความประพฤติของคนไว้เคร่งครัด

2. กฎหมายที่แก้ไขโดยนิติกรรมได้ เป็นตัวบทกฎหมายที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและอาจทำนิติกรรมขัดแย้งได้

---

[40]เมื่อเซ็นไปแล้วจะมาอ้างว่าสำคัญผิดนั้นยาก เพราะตนประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงด้วยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118.

[41]การบีบคั้นทางเศรษฐกิจไม่ถือว่าเป็นการข่มขู่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 126 เพราะฉะนั้นสัญญาจึงไม่ต้องตกเป็นโมฆะ

ตัวบทที่เป็นกฎหมายเคร่งครัด การ การทำนิติกรรมขัดแย้งก็มักไม่มีผลทางกฎหมาย มาตรา 151 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพณิชย์ วางหลักว่า

"การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ"

ในกรณีตัวบทกฎหมายกำหนดไว้ชัดแจ้งว่าเป็นกฎหมายเคร่งครัด อาจจะให้อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะวินิจฉัยลักษณะของตัวบทกฎหมายเองว่าตัวบทนั้นเป็นกฎหมายเคร่งครัดหรือไม่ โดยทั่วไปนั้นเมื่อจะใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา ระบบซีวิลลอว์มักจะยึดถือแนวของนักนิติศาสตร์ที่ว่า ให้ตั้งข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นตัวบทกฎหมายที่แก้ไขโดยนิติกรรมได้ ในมาตรา 420 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ได้มีแนวยึดถือเป็นหลักไว้ว่าเป็น Jus Dispositivumเพราะตัวบทเป็นลักษณะไปสอดคล้องกัน มาตรา420 ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจาก มาตรา 823 ประมวลแพ่งของประเทศเยอรมัน ซึ่งมีหลักการว่า "A person who intentionally or negligently injures unlawfully the life, body, health, freedom, property or any other right is bound to compensate him for the damage arising therefrom" จากความในมาตรานี้เราจะเห็นได้ว่า หลักความรับผิดทางละเมิดตามแนวความคิดนี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความผิด คือ เจตนาหรือประมาทของจำเลยแต่เพียงอย่างเดียว แต่ขึ้นอยู่กับการกระทำของจำเลยนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า "Principle of Unlawfulness" หลักผิดกฎหมายนี้เปิดโอกาสให้คู่กรณีทำนิติกรรมยกเว้นความรับผิดกันได้อย่างเสรี เพราะตามหลักนี้โดยปกติ ถ้ามีนิติกรรมยกเว้นความรับผิดหรือจารีตประเพณี การกระทำละเมิดของจำเลยก็ไม่ถือว่าผิดกฎหมาย เหตุผลอีกประการหนึ่งก็คือกฎหมายว่าด้วยละเมิดนั้นแยกตัวออกจากกฎหมายอาญา โดยกฎหมายอาญานั้นโดยธรรมชาติเป็นเรื่องของความสงบเรียบร้อยมีไว้เพื่อป้องกันการอาฆาตพยาบาท แต่ละเมิดมีแนวคิดแยกตัวออกจากกฎหมายอาญาโดยเน้นไปที่กี่แบ่งความเสียหาย ดังนั้นในธรรมชาติของละเมิดจึงไม่ได้มีพื้นฐานอย่างเดียวอยู่ที่ความสงบเรียบร้อยเหมือนกฎหมายอาญา

จากการวิเคราะห์เรื่องของความยินยอมไม่เป็นละเมิดประกอบกับมาตรา 420 ข้างต้นจะเห็นได้ว่า ตัวบทมาตรา 420 ที่วางหลักว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดีท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น" มีลักษณะเป็น Jus Dispositivum จึงมีการทำนิติกรรมให้ความยินยอมไม่ฟ้องร้องตามมาตรา 420 ได้เพราะถือว่าถ้ามีความยินยอมก็ไม่ผิดกฎหมายตามความในมาตรานี้ เป็นต้น

(5) มาตรฐานความระมัดระวังทางการแพทย์

สำหรับมาตรฐานความระมัดระวังในการปฏิบัติของแพทย์เพื่อที่จะให้รู้ว่าแพทย์นั้นได้กระทำถูกต้องตามหน้าที่ที่ตนผูกพันอยู่

ตามหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องประมาทเลินเล่อ มาตรฐานที่ใช้วัดก็คือมาตรฐานแห่งวิญญูชน เพราะฉะนั้น การประมาทเลินเล่อ คือ ความละเลยไม่ทำการใดดังวิญญูชนจะพึงได้กระทำไปตามพฤติการณ์อันกำหนดกิจสัมพันธ์ตามปกติระหว่างมนุษย์ ทั้งหลาย หรือก็คือการกระทำใดที่วิญญูชนจะพึงไม่กระทำนั้นเอง[42]

แต่สำหรับผู้ดำเนินอาชีพตามวิชาชีพนั้น เมื่อถือตนว่าเป็นผู้มีคุณสมบัติพิเศษกล่าวคือ มีความรู้และมีความชำนาญในการที่กระทำ มาตรฐานของความระมัดระวังที่จะใช้แก่บุคคลนั้นย่อมต้องไม่ใช้มาตรฐานแห่งวิญญูชนตามธรรมดา แต่ต้องเป็นมาตรฐานแห่งวิญญูชนในอาชีพนั้น เพราะฉะนั้น แพทย์จึงไม่เพียงแต่อยู่ภายใต้หน้าที่จะต้องระมัดระวังตามสมควร หากยังต้องอยู่ภายใต้หน้าที่ที่จะต้องมีและใช้ความชำนาญได้ตามสมควรอีกด้วย

Lord Chief Justice Hewestเคยให้ข้อสังเกตในคดีเรื่องหนึ่งเมื่อปี 1922 ว่า "ถ้าความตายของคนไข้มีสาเหตุมาจากความไม่ชอบของงานอันนั้นหรือความไม่ระมัดระวังแล้ว กรณีก็ไม่เปิดโอกาสให้แพทย์จะพิสูจน์ตนได้ว่า มีความรู้เพียงพอหรือถ้าคนไข้ได้ตายลงเพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือเพราะการไร้ความชำนาญแล้ว กรณีก็ไม่มีทางที่แพทย์จะพิสูจน์ตนได้ว่าได้เอาใจใส่ต่อการปฏิบัติการรักษาเต็มที่แล้ว"[43]

ฉะนั้น แพทย์ต้องรับผิดต่อผลแห่งการประมาทเลินเล่อนั้น ในเมื่อแพทย์ผู้นั้นไม่ใช้ความระมัดระวังและความชำนาญตามขนาดที่แพทย์ทั่วๆไปในพวกที่แพทย์นั้นรวมอยู่กระทำด้วย พึงสังเกตว่า การกระทำของแพทย์ผู้นั้นจะไม่ถูกพิจารณาด้วยมาตรฐานแห่งแพทย์ที่ดีที่สุดหรือไม่ดีที่สุด แต่จะถูกวัดด้วยมาตรฐานของแพทย์ที่มีความระมัดระวังและมีความสามารถตามปกติเท่านั้น

การกระทำของแพทย์คงไม่เป็นประมาทเลินเล่ออยู่ แม้จะแพทย์คนอื่นมาแสดงได้ว่า ตนมีความรู้ความชำนาญมากกว่า แต่แพทย์ก็คงต้องรับผิดโดยพิสูจน์ว่า ได้ปฏิบัติหน้าที่รักษาไปตามที่ตนเห็นว่าดีที่สุดนั้นไม่ได้ ถ้าหากมิได้ปฏิบัติการให้ถึงมาตรฐานของแพทย์ที่มีความสามารถตามปกติในประเภทของเขา

---

[42]ไฟศาล กุมาลย์วิสัย. ความรับผิดของแพทย์ในกรณีละเมิด: ประมาทเลินเล่อ. ดุลพาห.2 (8) หน้า 21.

[43]เรื่องเดียวกัน. หน้า 22.

Lord President Clyde ได้แสดงความเห็นในคดี scots เมื่อปี 1955 ว่า "ข้อพิสูจน์ที่แท้จริงที่จะทำให้เห็นว่า แพทย์กระทำโดยประมาทเลินเล่อนั้นก็คือ แพทย์ผู้นั้นหาได้ปฏิบัติการเช่นที่ได้มีแพทย์อื่นใดผู้มีความชำนาญตามธรรมดาและมีความระมัดระวังตามควรจะกระทำ"[44]

แพทย์ที่แสดงว่าตนเป็นผู้มีความชำนาญพิเศษในการกำจัดโรคแขนงใดแขนงหนึ่งนั้น จะต้องได้รับการพิจารณาด้วยมาตรฐานที่เหนือกว่าแพทย์ธรรมดาที่มิได้แสดงตนเช่นนั้น แต่หาใช้ว่าต้องมีความสามารถและความชำนาญและความเชียวชาญถึงขนาดที่ดีที่สุด หากแต่ว่าจะต้องมีความสามารถอยู่ในระดับเดียวกันกับแพทย์ที่มีความชำนาญพิเศษตามธรรมดาในแขนงนั้น

ท่าน scotsได้วางหลักเกี่ยวกับมาตรฐานเอาไว้ "มาตรฐานของความระมัดระวังที่กฎหมายวางหน้าที่ไว้นั้น มิใช้เป็นการประกันต่อความพลาดพลั้งที่เป็นอุบัติเหตุ หากแต่เป็นความระมัดระวังตามขนาดที่มีความชำนาญโดยปกติในวิชาชีพนั้นจะพึงคาดหมายได้ตามสมควรที่ผู้นั้นจะพึงต้องใช้ในเหตุการณ์จริงๆ ฉะนั้นการกระทำพลั้งพลาดหรือผิดพลาด จึงมิได้ส่อถึงความประมาทเลินเล่อ"[45]

3) ประมวลกฎหมายอาญา

สิทธิของผู้ป่วยในทางอาญานั้นจะพิจารณาได้จากหลักของความรับผิดในลักษณะต่างๆ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องของความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวและความยินยอมของผู้ป่วยในประการนี้ เป็นเนื้อหาที่สำคัญอันแดงถึงสิทธิในการตัดสินใจของผู้ป่วย ซึ่งสิทธินี้จะใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อผู้ป่วยจะต้องได้รับข้อมูลอย่างเพียงพอในการที่จะทำการตัดสินใจอย่างรอบรู้และข้อมูลที่ผู้ป่วยจะต้องได้รับการบอกกล่าวได้แก่ อันตรายที่เป็นไปได้ วิธีการรักษาอย่างอื่นที่มีให้เลือกและผลที่จะเกิดตามมาถ้าผู้ป่วยได้รับการรักษา

จุดเริ่มต้นในสาระสำคัญดังกล่าวนี้ เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับ หลักประกันตามกฎหมายอาญาของไทย ที่ได้บัญญัติถึงฐานความผิดลักษณะต่างๆ ซึ่งแม้จะพิจารณาว่าเป็นการกำหนดของเขตหน้าที่ให้แก่การกระทำของแพทย์ ต่อเนื้อตัวร่างกายและความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ป่วยก็ตาม แต่หากจะได้พิจารณาอย่างลึกซึ้งแล้วยังปรากฏว่า เป็นการบัญญัติรับรองถึงสิทธิของผู้ป่วยอยู่ ดังจะได้พิจารณาตามลำดับต่อไปนี้

(1)สิทธิของผู้ป่วยในการที่จะได้รับการปกปิดเรื่องราวไว้เป็นความลับ

สิทธิประการนี้เป็นสิทธิดั้งเดิมที่มีบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนในหน้าที่ของแพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์อื่น อยู่ในมาตรา 323 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่ง

---

[44]ไพศาล กุมาลย์วิสัย.อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 42. หน้า 22.

[45]ไพศาล กุมาลย์วิสัย.อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 42. หน้า 23.

สอดคล้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 44 รวมทั้งกฎหมายวิชาชีพก็ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบวิชาชีพในการรักษาความลับของผู้ป่วยอีกด้วย

"มาตรา 323 ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่นโดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่โดยเหตุที่ประกอบอาชีพทางการแพทย์ เภสัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความหรือผู้สอบบัญชีหรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้น แล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้รับการศึกษาอบรมในอาชีพดังกล่าวในวรรคแรก เปิดเผยความลับของผู้อื่นอันตนได้ล่วงรู้หรือได้มาในการศึกษาอบรมนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน"

ความลับของผู้อื่นตามมาตรานี้ หากเป็นกรณีความลับของผู้ป่วยซึ่งมีความสัมพันธ์กับเรื่องของความเป็นส่วนตัว (Personal privacy) อันเป็นการเฉพาะเรื่องของผู้ป่วยในทางการบริการทางการแพทย์ก็จะได้แก่ เรื่องความลับที่เป็นส่วนตัวของผู้ป่วยและผู้ป่วยประสงค์จะปกปิดนับตั้งแต่ประวัติ อาการเจ็บป่วยที่ผู้ป่วยบอกแพทย์ การตรวจพบ ผลการตรวจต่างๆ ทุกประเภท ตลอดจนผลในการวินิจฉัย และผลการรักษา ซึ่งผู้ได้มารับบริการในการรักษาพยาบาลและแพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์อื่นๆ ผู้ซึ่งให้บริการทางการแพทย์ได้ล่วงรู้สิ่งต่างๆ ที่เป็นความลับของผู้ป่วยจากการให้บริการนี้ โดยเป็นหน้าที่ตามกฎหมายและตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ถูกกำหนดว่าจะต้องมีหน้าที่รักษาความลับของผู้ป่วยดังที่ได้กล่าว จึงถือได้ว่าเป็นการบัญญัติรับรองสิทธิของผู้ป่วยในการที่จะได้รับการรักษาความลับ

ในเรื่องการเปิดเผยความลับนั้น จะเกิดเผยเพื่อความมุ่งหมายอันใดเป็นความผิดทั้งสิ้น แม้จะเปิดเผยเพื่อประโยชน์ทางวิชาการก็เป็นความผิด เว้นแต่เป็นการกระทำในระหว่างผู้รู้ความลับนั้นด้วยกัน เช่น ในระหว่างแพทย์หรือพยาบาลหรือในโรงเรียนแพทย์ระหว่างการศึกษาอบรม

(2) สิทธิส่วนบุคคลของผู้ป่วยในชีวิตร่างกายหรือสิทธิในความมั่นคงปลอดภัยของผู้ป่วย

สิทธิของผู้ป่วยประการหนึ่ง เป็นเรื่องของการตัดสินใจอย่างอิสระของผู้ป่วยในการที่จะกำหนดว่าจะให้ผู้รักษาทำสิ่งใดแก่ร่างกายของตน (The right to autonomy one's body) ซึ่งในทางอาญา จะมีเรื่องเกี่ยวข้องได้แก่ เรื่องของการทำร้ายร่างกาย (มาตรา 290 , 295-298, และ 300) และความผิดต่อเสรีภาพ (มาตรา 309-311) เพราะทั้ง 2 เรื่อง ดังกล่าวจะมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย ซึ่งจะพิจารณาตามลำดับดังต่อไปนี้

1.ลักษณะความผิดฐานทำร้ายร่างกายกับสิทธิของผู้ป่วย

ในทางกฎหมายอาญา ความยินยอมของผู้ป่วยที่ให้แก่แพทย์ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของคนนั้น โดยหลักแล้ว ถือว่า เป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายที่จะปกป้องคุ้มครองชีวิตของผู้ป่วย[46] ให้แก่แพทย์ได้มีอำนาจทำได้ ซึ่งการกระทำของแพทย์นั้น จะชอบด้วยกฎหมายก็ต้องมีเหตุให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้โดยอาศัยเหตุหนึ่งคือเรื่องความยินยอมดังกล่าว มาเป็นเหตุของการให้อำนาจกระทำการ และในกรณีเกี่ยวกับความยินยอมของผู้ป่วยนี้ ประเด็นที่จะขอนำขึ้นพิจารณาในส่วนที่จะเกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ป่วย อันเป็นเรื่องที่มักเกิดขึ้นได้มากในการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ และความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ได้แก่ เรื่องความสำคัญผิดในเหตุที่มีผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ตามที่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 62 กล่าวคือ ใน กรณีที่แพทย์ทำการผ่าตัดให้ผู้ป่วย โดยแพทย์สำคัญผิดว่าผู้ป่วยให้ความยินยอมโดยปริยาย จึงผ่าตัดช่วยชีวิตและเป็นการจำเป็น และฉุกเฉินซึ่งไม่สามารถขอความยินยอมจากบิดามารดาหรือญาติผู้ใกล้ชิดของผู้ป่วยได้ทัน ต่อมาปรากฏว่าผู้ป่วยหรือผู้เสียหาย ไม่ยินยอมให้แพทย์ผ่าตัด ความรับผิดของแพทย์ในกรณีนี้จะเป็นเช่นใด และมีกรณีของการที่ผู้ป่วยถูกละเมิดสิทธิหรือไม่

ทั้งนี้ต้องพิจารณาว่า การกระทำของแพทย์นั้นเป็นการทำร้ายตามที่มีกฎหมายบัญญัติหรือไม่ ซึ่งมีความเห็นเป็น 2 แนวทาง[47] คือ

1. แนวแรกเห็นว่า การกระทำต่อร่างกายมนุษย์ในทุกกรณีเป็นการทำร้ายร่างกายตามความหมายของกฎหมาย

2. แนวที่สองเห็นว่า การกระทำต่อร่างกายมนุษย์ของแพทย์ที่เป็นการตรวจการป้องกันการบำบัดโรคเท่านั้น ไม่เป็นการทำร้ายร่างกายความความหมายของกฎหมาย[48]

ถ้าใช้แนวความเห็นแรกมาพิจารณาในทางอาญาก็ถือว่า การกระทำของแพทย์นั้นครบองค์ประกอบของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่ต้องพิจารณาต่อไปว่ามีเหตุให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้หรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาว่า การกระทำของแพทย์ เป็นเรื่องจัดการงานนอกสั่งตามหลักกฎหมายแพ่ง (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 395, 396) หรือไม่ ถ้าเห็นว่าเป็นเพราะว่าได้เข้าจัดการงานตามทีที่พึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นความประสงค์ของตัวการคือ ได้รับ

---

[46]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2523). **ความยินยอมในกฎหมายอาญา.** วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 95.

[47]คณิต ณ นคร. (2521). ทัศนะของนักกฎหมายเกี่ยวกับการแพทย์. **วารสารอัยการ** ฉบับที่ 10 หน้า 45.

[48]คณิต ณ นคร. (2553). **กฎหมายอาญาภาคความผิด** (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า.125.

การรักษาให้รอดชีวิต[49]และการที่แพทย์ได้สิทธิจัดการได้นี้เองทำให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้ แม้ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย เพราะฉะนั้น แพทย์ไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

เห็นได้ว่า การพิจารณาตามแนวนี้ มีผลกระทบต่ออิสระในการตัดสินใจของผู้ป่วยในการกำหนดว่าจะให้ทำสิ่งใดกับร่างกายของตน เพราะความยินยอมของผู้ป่วยมิได้เป็นประเด็นสำคัญที่นำมาพิจารณา ทั้งยังมีการพิจารณาอีกว่า กรณีที่เป็นการสมประโยชน์ตามความประสงค์ของผู้ป่วยในการที่จะกระทำการผ่าตัดแก่ตัวผู้ป่วยอีกด้วย ซึ่งในความเป็นจริง อาจจะมิได้เป็นเช่นนั้น เท่ากับผู้ป่วยไม่อาจใช้สิทธิของตนได้อย่างเต็มที่ในทางวกลับกันถ้าแพทย์รู้ว่าผู้ป่วยไม่ยอมให้ผ่าตัด อันเป็นการใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาของแพทย์ประกอบกับสิทธิในการตัดสินใจเลือกโดยอิสระของผู้ป่วย โดยผู้ป่วยสมัครใจจะตาย การกระทำของแพทย์ถือได้ว่าไม่เป็นการจัดการงานนอกสั่งเพราะว่าขัดความประสงค์ของตัวการและไม่เป็นการกระทำความผิดด้วยความจำเป็น ตามมาตรา 67 ปอ. ด้วย[50]

การพิจารณาในแนวนี้น่าจะเป็นการทำให้สิทธิของผู้ป่วยในอิสระของการตัดสินใจได้รับการคุ้มครองได้ดีกว่า แต่กระนั้นก็ตามยังมีปัญหาให้พิจารณาต่อไปว่า หากแพทย์เคารพการตัดสินใจของผู้ป่วย ซึ่งทำให้ผู้ป่วยต้องตายไป เพราะไม่ได้รับการผ่าตัดช่วยชีวิต เมื่อพิจารณาในส่วนของสิทธิของผู้ป่วยในการตายนั้น หากยอมรับการปรับมาตราต่างๆ ดังที่ได้มีการพิจารณาไปแล้วในข้อ 3.2.2 กรณีก็น่าจะเป็นส่งที่ยืนยันว่าสิทธิในการตายของผู้ป่วยมีอยู่จริงตามกฎหมาย ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าจะนำมาใช้ได้ก็แต่กรณีที่ผู้ป่วยผู้ซึ่งแสดงความประสงค์ที่จะไม่รับการรักษา (ใช้สิทธิปฏิเสธการรักษา) นั้นอยู่ในลักษณะการป่วยที่แม้จะรักษาให้รอดชีวิตด้วยการผ่าตัดหรืออื่นใดหรือต่อชีวิตให้ยืนยาวต่อไป เช่นสภาพฟื้นก็ไม่ได้ตายก็ไม่ลง เพราะลักษณะนี้ไม่ควรจะเป็นการสมประโยชน์แก่ผู้ป่วยในหลายๆประการ อาทิ เป็นภาระแก่ครอบครัวผู้ป่วยของผู้ป่วยที่ต้องหาค่ารักษาพยาบาลมาจ่ายให้กับโรงพยาบาลหรือแพทย์และเป็นความทุกข์ทรมานของผู้ป่วยที่จะต้องทนอยู่ในภาพของความเจ็บป่วยนั้นต่อไปอีกนาน

ดังนั้น หากให้การรับรองแก่สิทธิของผู้ป่วยตามกรณีอย่างดังที่กล่าว นอกจากจะเป็นการรับรองแก่สิทธิของผู้ป่วยตามกฎหมายแล้ว ก็ยังจะเป็นการสอดคล้องกับการรับรองคุ้มครองสิทธิในทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิในชีวิตร่างกาย สิทธิในครอบครัวและความเป็นอยู่

---

[49]ณรงค์ ใจหาญ. (2526). **ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจทำได้.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาลิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 57.

[50]จิตติ ติงศภัทิย์. (2546). **กฎหมายอาญา ภาค 1.** กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 872.

ส่วนตัว รวมทั้งทำให้ผู้ป่วยได้รับการรับรองในการตายได้อย่างสมศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์อีกด้วย

ถ้าใช้ตามแนวความเห็นที่สอง การผ่าตัดของแพทย์ในกรณีความสำคัญผิดตามอุทาหรณ์ที่ยกมาข้างต้น ก็จะเป็นการทำให้ร่างกายผู้ป่วยดีขึ้น ช่วยให้ผู้ป่วยรอดชีวิต ซึ่งแม้จะไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยแพทย์ไม่มีความผิดเพราะว่ามิได้เป็นการทำลายแต่กลับทำให้ดีขึ้น การพิจารณาลักษณะนี้อาจทำให้เรื่องของความยินยอมของผู้ป่วยถูกมองข้ามความสำคัญและเป็นผลกระทบต่อสิทธิในการตัดสินใจอย่างอิสระของผู้ป่วยได้ เพราะเป็นลักษณะที่ยกเว้นความรับผิดให้กับแพทย์ได้อย่างค่อนข้างจะสมบูรณ์ ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วย และได้เสนอความเห็นไว้แล้ว[51]

ลักษณะความผิดตามที่มีกฎหมายอาญาในหมวดความผิดต่อเสรีภาพบัญญัติไว้นั้น โดยเนื้อหาที่กำหนดแสดงให้เห็นได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองแก่เสรีภาพในชีวิตและร่างกายของมนุษย์ ซึ่งผู้ป่วยในฐานะเป็นมนุษย์ผู้หนึ่งที่มีคุณค่าและศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์ย่อมจะได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติในมาตราต่างๆ เกี่ยวกบเรื่องนี้ ซึ่งกรณีของความผิดจากการกระทำต่อเสรีภาพในทางการแพทย์ จะมีได้ในกรณีของผู้ป่วยที่รับรู้และสามารถจะให้ความยินยอมได้ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย แต่ถ้าเป็นกรณีผู้ป่วยนั้นไม่อาจรับรู้ เช่น ผู้ป่วยไร้สติ (Coma) ก็จะไม่เข้าเป็นลักษณะการกระทำความผิดฐานนี้ เพราะกรณีเช่นนี้ผู้ป่วยไม่อาจให้ความยินยอมได้นั่นเอง จึงถือว่าเนื้อหาในเรื่องของความยินยอมของผู้ป่วยเป็นสาระสำคัญที่จะให้ในการพิจารณากรณีความผิด และในแง่ของความคุ้มครองแก่สิทธิผู้ป่วยนั้น ก็เป็นได้ว่า ผู้ป่วยจะได้รับการปกป้องจากการกระทำของแพทย์ในอันที่จะมาละเมิดต่อร่างกาย ชีวิต สุขภาพอนามัยของผู้ป่วย โดยกำหนดหน้าที่ให้แก่แพทย์ที่จะต้องคำนึงถึงเสรีภาพของผู้ป่วย ในขณะที่ได้ให้บริการการรักษาในลักษณะต่างๆ และโดยที่แพทย์จะเป็นผู้กระทำเอง หรือเป็นผู้ใช้ให้กระทำการละเมิดต่อเสรีภาพของผู้ป่วย แพทย์ก็ไม่อาจพ้นผิดได้

ตัวอย่างกรณีเช่น แพทย์สั่งให้การรักษาด้วยการฉีดยาแก่ผู้ป่วยรายหนึ่ง เมื่อพยาบาลขณะจะกระทำการฉีดยาให้แก่ผู้ป่วยรายนี้ได้จับผู้ป่วยตรึงไว้ โดยมิได้ขอความยินยอมจากผู้ป่วย กรณีนี้จะปรับเข้าได้กับลักษณะความผิดต่อเสรีภาพของผู้ป่วย ซึ่งตามมาตรา 310 ประมวลกฎหมายอาญาของไทย วรรคแรก บัญญัติว่า "ผู้ใดหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่นกระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ" พยาบาลในฐานะผู้กระทำก็ต้องรับผิดตามมาตรา 310 นี้ และแพทย์ก็จะต้องรับผิดในฐานเป็นผู้ใช้ ตามมาตรา 84 และได้รับโทษเสมือนตัวการ

---

[51]อัจฉรา วีรชาลี.(2535).สิทธิของผู้ป่วย.วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต,คณะนิติศาสตรมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 82.

แต่อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบในมาตรานี้ หากกรณีตกอยู่ในสถานการณ์คับขัน เร่งด่วนการกระทำต่อเสรีภาพของผู้ป่วย หากไม่เกินสมควรกว่าเหตุก็อ้างเหตุจำเป็นเพื่อช่วยเหลือผู้ป่วยยกเว้นโทษได้ ตามมาตรา 67 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยทั้งนี้กรณีก็ยังถือได้ว่ากฎหมายให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในเสรีภาพของผู้ป่วยอยู่ดี เพราะเหตุว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเพียงการยกเว้นโทษมิได้เป็นการยกเว้นความผิด กล่าวคือ ยังถือว่าแพทย์กระทำความผิด แต่เนื่องจากมีเหตุแห่งการทำให้เกิดการกระทำความผิดที่เป็นคุณธรรมที่กฎหมายยอมรับได้ และเป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ป่วย ซึ่งถ้าการกระทำไม่เกินกว่าเหตุอันทำให้ผู้ป่วยต้องถูกล่วงละเมิดต่อเสรีภาพในประการนี้แล้ว กฎหมายจึงยกเว้นโทษโดยอ้างเหตุจำเป็นตามมาตรา 67 ดังกล่าวได้

(3) กรณีการกระทำโดยประมาทในทางอาญากับสิทธิของผู้ป่วย

การกระทำโดยประมาทในเวชปฏิบัตินั้นจะเกี่ยวข้องกับกฎหมาย 3 ประเภท คือ กฎหมายอาญา กฎหมายแพ่งและกฎหมายควบคุมวิชาชีพในส่วนนี้จะพิจารณาในแง่การเป็นหลักประกันแก่สิทธิของผู้ป่วยตามกฎหมายอาญา ซึ่งมีมาตรา 59 วรรค 4 บัญญัติคุ้มครองไว้จากลักษณะการกระทำความผิดฐานประมาท ดังต่อไปนี้

"การกระทำโดยประมาท ได้แก่ การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ถึงบุคคลเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัย และพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่"

ถือได้บทบัญญัติมาตรานี้ สามารถนำมาใช้กับกรณีการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในเวชปฏิบัติในทางการคุ้มครองให้แก่สิทธิของผู้ผู้ป่วยได้ กล่าวคือ เป็นบทกฎหมายที่ได้วางกรอบของการกระทำให้แก่ผู้ป่วยกระทำเวชปฏิบัติได้กระทำเวชกรรมให้แก่ผู้ป่วย โดยหวังให้กระทำการด้วยความระมัดระวังตามหลักวิชาชีพได้ศึกษาเล่าเรียนมาอย่างเพียงพอตามวิสัย และพฤติการณ์แห่งกรณีนั้น และหากเกิดผลต่อผู้ป่วยขึ้นในการล่วงละเมิดต่อเนื้อตัวร่างกาย สุขภาพอนามัยของผู้ป่วยเกินกว่าที่วิสัย และพฤติการณ์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม[52] จะกระทำโดยเป็นผลตามที่มีกฎหมายอาญาบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว[53] แต่กรณีก็จะมีบทลงโทษสำหรับการกระทำ

---

[52]วิชาชีพเวชกรรม หมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์ เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็ม หรือการฝังเข็ม เพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสสาร และสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกายเพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวยหรือบำรุงร่างกายด้วย (มาตรา 4 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525)

[53]ดูประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 205, 225, 239, 291, 300, 311 และ 390 ที่เกี่ยวกับการกระทำในทางวิชาชีพทางการแพทย์จะได้แก่ มาตรา 239, 291, 300, 311 และมาตรา 390.

นั้น และวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาก็เพื่อประโยชน์ของส่วนรวม คือ ป้องกันสังคมจากการกระทำผิด ทั้งยังก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้กระทำที่จะได้รับแก้ไขและยับยั้งการกระทำผิด ดังนั้น ผู้ป่วยก็ย่อมวางใจได้ระดับหนึ่งว่าบัญญัติของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้ให้หลักประกันไว้แก่สิทธิของผู้ป่วยแล้ว

แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษาค้นคว้าคำพิพากษาศาลฎีกาในประเทศไทยพบว่ามีอยู่เพียงคดีเดียวที่พอจะแยกเป็นตัวอย่างได้ ในที่นี้ คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 279/2467[54]คดีนี้จำเลยเป็นแพทย์ถูกโจทก์ซึ่งเป็นบิดาเด็กอายุ 7 ปี ฟ้องเป็นคดีอาญาในข้อหาว่าทำให้บุตรของโจทย์ตายโดยประมาท เนื่องจากแพทย์เอาเข็มแทงดูดเลือดผู้ตายไปตรวจ ศาลชั้นต้นและศาลชั้นอุทธรณ์เองก็เชื่อว่ากรณีแพทย์ใช้เข็มชนิดสำหรับแทงเลือก แทงเส้นเลือดเพื่อเอาเลือดไปตรวจเป็นการเร่งให้เด็กนั้นตายเร็วขึ้น และเป็นผลที่เกิดขึ้นได้ที่แท้จริงในทางพิจารณานั้น แต่ศาลฎีกากลับเชื่อว่าสาเหตุการตายเนื่องมาจากการที่เด็กเป็นไข้กาฬโรค จึงวินิจฉัยว่าแพทย์ไม่มีความผิด กลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ปล่อยจำเลยไป โดยประเด็นในการพิสูจน์ความรับผิดของแพทย์นั้น ไม่มีพยานหลักฐานใดแสดงว่าการกระทำของแพทย์เป็นวิธีที่ไม่ถูกต้อง หรือเข็มที่ใช้แทงเลือกนั้นไม่ใช่เรื่องมือเพื่อการนี้หรือเครื่องมือนี้ไม่สะอาด และไม่มีการกล่าวอ้างเลยว่าความตายนั้นเนื่องจากเลือดเป็นพิษ เป็นแต่อ้างว่าความตายของเด็กหญิงเป็นผลของเหตุที่จำเลยใช้เข็มแทง ซึ่งการอ้างเช่นนี้โจทก์จะต้องสืบให้ได้ความว่า

1. การกระทำของจำเลยเป็นเหตุอันแท้จริงที่กระทำให้เด็กหญิงนั้นตาย
2. จำเลยได้เลินเล่อตามความในกฎหมายลักษณะอาญา (คดีนี้เกิดในสมัยที่ใช้กฎหมายฉบับนี้อยู่)

โจทก์ในคดีนี้ไม่อาจพิสูจน์ให้เห็นได้ตามประเด็นดังกล่าวกรณีเช่นนี้หากเปลี่ยนแปลงเหตุผลเป็นว่าแพทย์ทำให้บุตรของโจทย์ตายโดยประมาท เนื่องจากการใช้เข็มแทงดูดที่ไม่สะอาดในการเจาะเลือดผู้ตายไปตรวจจนเป็นเหตุให้โจทย์ถึงแก่ความตายของการใช้เครื่องมือที่ไม่สะอาดนั้น จะต้องพิจารณากันว่าโดยวิสัยของแพทย์แล้ว มาตรฐานในการปฏิบัติจะต้องระมัดระวังตามหลักวิชาชีพ ถ้าในขณะเกิดเหตุไม่มีพฤติการณ์ใดอันจะทำให้เห็นได้ว่ามีเหตุจำเป็นเร่งด่วน หรืออยู่ในระหว่างมีอุบัติเหตุหมู่ที่จะเป็นการทำให้แพทย์ไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้อย่างเพียงพอ ซึ่งตามอุทธรณ์นี้ไม่น่าจะเข้าใจในพฤติการณ์ดังกล่าวแล้ว ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการที่แพทย์ใช้เข็มแทงดูดที่ไม่สะอาดมากระทำต่อผู้ป่วยเช่นนี้จึงเป็นการกระทำที่ประมาท ตามลักษณะความผิดในกฎหมายแล้ว จึงควรที่แพทย์จะต้องรับผิดชอบตามกรณีนี้

---

[54]โอสถ โกศิน. (2528). **บทบาทและความรับผิดชอบของแพทย์ตามกฎหมาย.** กรุงเทพมหานคร : หอรัตนชัยการพิมพ์. หน้า 39.

กรณีที่นำมาพิจารณาไว้ข้างต้นเป็นเรื่องที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะหนึ่งของการกระทำทุรเวชปฏิบัติ[55] (Medical malpractice) ซึ่งจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออยู่ด้วย ทั้งยังเป็นการล่วงละเมิดต่อชีวิตร่างกายของผู้ป่วยอันเป็นการไม่เคารพต่อสิทธิผู้ป่วย ดังนั้น การที่มีกฎหมายอาญาบัญญัติในเรื่องการกระทำโดยประมาทเลินเล่อและกำหนดกรณีความผิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อไว้จึงเป็นสิ่งที่จะนำมาพิจารณาเป็นการคุ้มครองให้แก่สิทธิของผู้ป่วยได้

(4) กรณีกระทำโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติเรื่องเจตนาเอาไว้ในมาตรา 59วรรคแรก ซึ่งมีสาระสำคัญความว่า "บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา และการกระทำโดยเจตนา ได้แก่ การกระทำโดยสำนึกในการกระทำ และในขณะเดียวกัน ผู้กระทำต้องประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น อนึ่ง ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นไม่ได้"

จากหลักกฎหมายข้างต้น การอธิบายความหมายของเจตนาจึงสามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

1. การกระทำโดยรู้สำนึก
2. ประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

อนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสอง วางหลักว่า "กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น" ซึ่งการกระทำโดยรู้สำนึกนั้น แม้จะเป็นลักษณะประการหนึ่งของจิตใจ แต่ก็เป็นเพียงองค์ประกอบทางจิตใจ คือ เจตนา อันได้แก่ ความประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลแห่งการกระทำนั้น ดังนั้น เจตนาจึงไม่ใช่เพียงการกระทำโดยรู้สำนึกหรือภายใต้จิตใจบังคับเท่านั้น แต่ต้องประกอบไปด้วยความมุ่งหมายต่อผลด้วย ทั้งนี้ ในทางทฤษฎีได้แยกเจตนาออกเป็นเจตนาโดยตรงและเจตนาโดยอ้อม ดังนี้

1. เจตนาโดยตรง กล่าวคือ ความประสงค์ต่อผลที่ผู้กระทำมีอยู่ในขณะที่กระทำ ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลแห่งการกระทำนั้นแล้ว ผลนั้นน่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ไม่เป็นข้อสำคัญ แม้ผลที่ประสงค์นั้นจะไม่มีทางบรรลุได้อย่างแน่แท้ก็ยังได้ชื่อว่ากระทำ

---

[55]ทุรเวชปฏิบัติ หมายถึง การขาดทักษะที่ควรพึงมีอย่างสมเหตุสมผลตามสมควรในฐานะแพทย์และขาดความเอาใจใส่ดูแลผู้ป่วย จนทำให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพหรือชีวิตของผู้ป่วย ดู บุตร ประดิษฐวณิช. (2522). **แพทย์-ยาวิชาชีพหรือการค้า.** กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ดอกเบี้ย. หน้า 169.

โดยเจตนา ส่วนความประสงค์ต่อผลนั้น หมายความว่า ผู้กระทำมิใช่เพียงแต่กระทำโดยรู้สำนึกเท่านั้น หากต้องประสงค์ให้มีการกระทำซึ่งหมายความถึงผลของการกระทำนั้นด้วย อาจเป็นเพียงการกระทำให้สำเร็จตามที่มุ่งหมาย

2. เจตนาโดยอ้อม กล่าวคือ ตามมาตรา 59 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายอาญา การที่ผู้กระทำย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำ ผู้กระทำอาจไม่ประสงค์ให้เกิดผลอันทำให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้น แต่ถ้าผู้กระทำย่อมเล็งเห็นผล (ผลอันทำให้การกระทำนั้นเป็นความผิด) แล้วย่อมต้องถือว่าผู้กระทำมีเจตนาดุจเดียวกับได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลเหมือนกัน[56]

อนึ่ง ตามปกติศาลย่อมไม่ทราบได้ชัดแจ้งว่าผู้กระทำประสงค์อะไร ดังนั้นศาลจึงได้แต่พิจารณาจากการกระทำและพฤติการณ์เหล่านั้น ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาว่าอย่างไรคือเจตนาย่อมเล็งเห็นผลจึงต้องพิจารณาว่าใครเป็นผู้เล็งเห็นผล ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 59 วรรคสองแสดงไว้อย่างชัดเจนว่าผู้กระทำย่อมเล็งเห็นผล ซึ่งหมายความว่า โดยปกติบุคคลในฐานะเดียวกันกับผู้กระทำสามารถเล็งเห็นผลนั้นได้ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความว่าต้องวินิจฉัยตามความเห็นของบุคคลทั่วไปที่มีสภาพความเป็นอย่างปกติอย่างที่เรียกกันว่าวิญญูชน แต่จะต้องวินิจฉัยตามระดับความคิดเห็นของบุคคลในสภาพเช่นเดียวกับผู้กระทำเป็นสำคัญ นอกจากนี้ ในประเด็นเกี่ยวกับความสามารถในการเล็งเห็นผลล่วงหน้านั้น เมื่อพิจารณาคำว่า "ย่อม" เล็งเห็นผลแล้วทำให้เข้าใจได้ว่าผู้กระทำไม่ต้องเล็งเห็นผลนั้นอย่างแท้จริงก็ได้ เพียงแต่ตามธรรมดาย่อมเล็งเห็นได้ก็เพียงพอแล้ว

เมื่อนำเรื่อง "เจตนา" ตามประมวลกฎหมายอาญามาเปรียบเทียบกับการกระทำโดย "จงใจ" ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 420 การกระทำละเมิด ได้แก่ การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อให้บุคคลอื่นเสียหาย ซึ่ง "จงใจ" หมายถึง การจงใจทำให้เขาเสียหาย ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับเจตนาตามกฎหมายอาญา ซึ่งหมายถึง การกระทำโดยประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลนั้นเอง อย่างไรก็ตาม การกระทำโดยจงใจในเรื่องละเมิดเป็นการกระทำที่ต้องมีผลเสียหายเกิดขึ้นจากหากจากการกระทำ ดังนั้นหากเพียงแต่การกระทำโดยไม่เสียหาย ย่อมไม่ถือเป็นละเมิด ด้วยเหตุนี้ การกระทำโดยจงใจ จึงหมายความถึง การกระทำที่ประสงค์ต่อผลซึ่งคือความเสียหายเท่านั้น แต่สำหรับเจตนาในทางอาญานั้นกลับมุ่งถึงผลที่ประสงค์หรือเล็งเห็นผลอันอาจรวมอยู่ในความสำเร็จแห่งการกระทำ โดยไม่ต้องมีผลต่างหากจากความสำเร็จแห่งการกระทำนั้นก็ได้[57]

---

[56]มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์. (2553). **หลักกฎหมายและแนวคิดเกี่ยวกับการมีบทบัญญัติเรื่องการกระทำโดยพลาด.** งานวิจัย คณะนิติศาตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า173.

[57]เรื่องเดียวกัน หน้า 74.

3.2.2 กฎหมายเฉพาะ

1) พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

เนื่องจากลักษณะพิเศษประการหนึ่งของวิชาชีพนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพจะมีการเกียรติยศศักดิ์ศรีของวิชาชีพ การจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในลักษณะพิเศษประการนี้ได้ ก็จะต้องมีการออกกฎหมายมาควบคุมวิชาชีพ และไม่ว่าจะเป็นกฎหมายควบคุมวิชาชีพ และไม่ว่าจะเป็นกฎหมายควบคุมวิชาชีพใดของประเทศใดก็ตาม ซึ่งหมายรวมถึงวิชาชีพทางการแพทย์ด้วย จะมีหลักการสำคัญโดยสรุป 2 ประการ คือ

1. หลักการควบคุมวิชาชีพ

2. หลักการคุ้มครองสวัสดิภาพของประชาชนและการสงวนอาชีพ

หลักการประการแรกจะเป็นมาตรการที่มุ่งควบคุมดูแลความประพฤติหรือจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพ โดยจะกำหนดกฎเกณฑ์ข้อบังคับทางจริยธรรม เป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่และอาศัยองค์การที่มีสถานภาพทางกฎหมายซึ่งสามารถให้คุณให้โทษแก่ผู้ประกอบวิชาชีพได้ ทำหน้าที่ในการควบคุมการประกอบวิชาชีพตามแนวทางแห่งจริยธรรมทางวิชาชีพที่กำหนดเป็นกฎเกณฑ์ไว้แล้ว เช่น แพทยสภา มีหน้าที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรม[58] สภาการพยาบาล มีหน้าที่ควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาล ผู้ประกอบวิชาชีพผดุงครรภ์ และผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและผดุงครรภ์

หลักประการที่สอง จะเป็นมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดโทษอาญาสำหรับบุคคลที่มิได้ขึ้นทะเบียน และรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ เมื่อมาทำการที่เป็นอันตรายแก่สวัสดิภาพของประชาชน โดยกระทำตนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพนั้น เช่น การที่บุคคลที่ไม่มีความรู้ในวิชาชีพแพทย์มาทำการประกอบวิชาชีพแพทย์ ซึ่งอาจจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนได้[59]

ดังนั้น การวางข้อกำหนดจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพกฎหายที่ควบคุมวิชาชีพจึงเป็นแนวทางจริยธรรมหรือหลักการที่จะตัดสินใจไว้ให้บุคคลที่อยู่ในวิชาชีพโดยมุ่งเน้นถึงการกำหนดหน้าที่ให้บุคคลเหล่านี้ได้ปฏิบัติต่อผู้ป่วยด้วยความรับผิดชอบด้วยความระมัดระวัง ตามมาตรฐานวิชาชีพ และยอมรับในคุณค่าของความเป็นมนุษย์โดยยึดมั่นในการเคารพต่อสิทธิและข้อเรียกร้อง

---

[58]บุตร ประดิษฐวณิช. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 55 หน้า 170.

[59]วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2530) **หลักการทั่วไปของกฎหมายควบคุมวิชาชีพในนิติเวชศาสตร์ฉบับกฎหมายกับเวชปฏิบัติ.** กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 2. , และดูฎีกาที่ 1414/2516, ฎีกาที่ 2593/2521 ซึ่งเป็นกรณีที่มิได้มีความรู้ในวิชาชีพแพทย์มาทำการประกอบวิชาชีพแพทย์จนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท

ของบุคคลอย่างเสมอภาคกัน และตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเรื่องทางจริยธรรมต่อผู้ป่วยนั้น มีพื้นฐานมาจากหลักของความยุติธรรม ที่ยึดถือสิทธิและหน้าที่ของทั้ง 2 ฝ่ายคือ ผู้ป่วยและแพทย์อย่างเท่าเทียม สิ่งต่างๆ เหล่านี้ เป็นแนวคิดจริยธรรมของวิชาชีพทางการแพทย์ที่ยึดถือมาแต่เดิมได้คลอนแคลนลงไป โดยแม้ที่แพทย์จะยึดมั่นในอุดมการณ์แห่งการเคารพต่อสิทธิปฏิบัติต่อผู้ป่วยด้วยความรับผิดชอบ ด้วยการยึดที่ผู้ป่วยเป็นสำคัญกลับกลายเป็นการยึดมั่นในวัตถุ รับรู้ในความสามารถของเครื่องมือที่ใช้เทคโนโลยีชั้นสูง และมีความทะเยอทะยานเพื่อตนเองเพื่อวิชาชีพมุ่งหวังในประสิทธิภาพการรักษาจากคุณภาพของเครื่องมือที่ใช้เทคนิคชั้นสูงเหล่านั้น มากกว่าความต้องการของผู้ป่วย ซึ่งหากแนวคิดเช่นนี้จะยังคงมีต่อไปและได้รับการพัฒนามากขึ้น ในที่นี้คงพอจะเดากันได้ว่าสิทธิของผู้ป่วยจากหน้าที่ในทางจริยธรรมทางการแพทย์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายวิชาชีพ ซึ่งจะได้นำเสนอต่อไปนั้น ต้องถูกล่วงละเมิดอย่างแน่นอน รวมทั้งไม่อาจเป็นการให้หลักประกันในทางวิชาชีพให้แก่ผู้ป่วยได้ โดยนัยแห่งกฎหมายวิชาชีพนั้นจะไม่ปรากฏบทบัญญัติกำหนดความผิดและกำหนดโทษของผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ต่อผู้ป่วยไว้โดยตัวของบทบัญญัติเอง จะมีแต่ความรับผิดต่อองค์การวิชาชีพและต่อวิชาชีพของตน

การพิจารณาความผิดตามกฎหมายควบคุมวิชาชีพนั้น จึงต้องอาศัยกฎหมายทั่วๆไป เช่น กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา มาพิจารณาประกอบ แต่อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินคดีพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ต่อผู้ป่วยตามกฎหมายควบคุมวิชาชีพนี้ ผู้ป่วยจะได้รับการคุ้มครองเบื้องต้นด้วยการร้องเรียน[60] ต่อองค์การควบคุมวิชาชีพ อันได้แก่ แพทยสภา (กรณีเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และผู้ประกอบโรคศิลละ)[61] และสภาการพยาบาล (กรณีผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาล) ที่จะทำหน้าที่เสมือนเป็นศาลชั้นต้น ดำเนินคดีทางจริยธรรมที่เกิดจากการปฏิบัติผิดหน้าที่ หรือผิดมาตรฐานทางจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อันเป็นการดำเนินการหาข้อเท็จจริงจากการสอบสวน ซึ่งเป็นวิธีการดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ประกอบวิชาชีพเหล่านี้เทียบได้กับการสอบสวนทางวินัยของข้าราชการ หลักในการสอบสวนก็จะใช้ลักษณะของการ เปิดโอกาสให้ผู้ถูกร้องเรียนแก้ไขข้อกล่าวหา กล่าวโทษ[62] ได้ทั้ง

---

[60]พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 32-40 และพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 มาตรา 33-41.

[61]ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม จะได้แก่ แพทย์ ส่วนประกอบโรคศิลปะจะได้แก่ ทันตแพทย์ สัตวแพทย์ เภสัชกร นักเทคนิคการแพทย์ และนักกายภาพบำบัด ซึ่งรวมอยู่ในความควบคุมของแพทยสภา

[62]การกล่าวหา หมายถึง การร้องเรียนโดยผู้เสียหายที่เกิดจากการประพฤติผิดจริยธรรมทางวิชาชีพการกล่าวโทษ หมายถึง การร้องเรียนโดยบุคคลอื่นที่รู้เรื่องการประพฤติผิดจริยธรรมทางวิชาชีพ รวมทั้งการร้องเรียนโดยคณะกรรมการแพทยสภาเอง

ทางวาจาและพยานหลักฐานแต่จะหามาได้ โดยผู้ป่วยหรือผู้เสียหายจากการนี้ ไม่จำเป็นต้องเข้ามาร่วมในขบวนการของการสอบสวนข้อเท็จจริงนี้ก็ได้ เพียงแต่ใช้การร้องเรียนด้วยลายลักษณ์อักษรแจ้งต่อแพทยสภา หรือสภาการพยาบาลแล้วแต่กรณี ซึ่งในแง่นี้จะแตกต่างจากหลักการทางอาญาซึ่งโจทย์และจำเลยจะต้องมาศาลเพื่อการพิจารณาคดี

ผลของการดำเนินคดีทางจริยธรรมนี้ หากพิจารณาตัดสินว่ามีการกระทำผิดจริง ผู้ประกอบวิชาชีพที่ประพฤติผิดจริยธรรมทางวิชาชีพนั้นจะต้องได้รับว่าโทษว่ากล่าวตักเตือน ภาคทัณฑ์ พักใช้ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ (ไม่เกิน 2 ปี) หรือเพิกถอนใบอนุญาตตามควรแก่ภาษี ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นเสมือมาตรการคุ้มครองความปลอดภัยแก่ผู้ป่วยได้ส่วนหนึ่ง เพราะการถูกลงโทษจะทำให้ผู้ประกอบวิชาชาชีพต้องเพิ่มความระมัดระวังในการปฏิบัติทางวิชาชีพมีผลต่อการคุ้มครองผู้ป่วยได้ทางหนึ่ง แม้ว่าผู้ป่วยจะมิได้รับการชดเชยความเสียหายที่ได้รับจากแพทย์ตามกฎหมายวิชาชีพนี้ก็ตาม แต่ผู้ป่วยก็อาจอาศัยมูลแห่งคดีนี้ฟ้องร้องในทางศาล โดยอาศัยกฎหมายแพ่งกฎหมายอาญาต่อไปได้

มีกรณีตัวอย่างที่แพทยสภาวินิจฉัยตัดสินกรณีการประมาทเลินเล่อไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพมีอยู่หลายกรณี เช่น

แพทย์ผู้หนึ่งวินิจฉัยว่าผู้ป่วยเป็นโรคหัวใจ และสั่งให้ผู้ป่วยเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลและสั่งการรักษาโดยให้น้ำตาลกลูโคสหยดเข้าหลอดเลือดติดต่อกันไปตลอด 24 ชม. ทั้งๆที่ผู้ป่วยรับประทานอาหารได้ ต่อมาผู้ป่วยออกจากโรงพยาบาลได้ไปหาแพทย์โรคหัวใจ แพทย์วินิจฉัยจากคลื่นไฟฟ้าของผู้ป่วยที่ได้ตรวจได้หลายครั้งขณะอยู่ในโรงพยาบาลว่าผู้ป่วยไม่ได้เป็นโรคหัวใจเลย คณะกรรมการแพทยสภาได้รับคำร้องเรียนจากผู้ป่วยแล้ว และได้ทำการสอบสวนจึงมีมติว่า นายแพทย์ผู้วินิจฉัยคนแรกนั้นไม่รักษามาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภา จึงลงโทษพักใช้ใบอนุญาตฯ เป็นเวลา 6 เดือน[63]

เห็นได้ว่ากรณีความประมาทเลินเล่อทางวิชาชีพอย่างที่ได้ยกมากล่าวข้างต้น ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม กระทำการประมาทในการประกอบวิชาชีพ จนเกิดผลร้ายต่อผู้ป่วยนั้นจะต้องรับผิดในทางวิชาชีพของตนตามแนวทางของกฎหมายวิชาชีพ โดยมีบทบัญญัติบางข้อของข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2528 ที่ออกโดยอำนาจแพทยสภา ก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ดังนี้

หมวด 1 หลักทั่วไป

ข้อ 1 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมย่อมดำรงตนให้สมควรในสังคมโดยธรรมและเคารพต่อกฎหมายบ้านเมือง

---

[63]คำสั่งคณะกรรมการแพทยสภา ที่ 6/2523, แพทยสภาสาร 9 (2523). หน้า 335.

ข้อ 2 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมย่อมไม่ประพฤติ หรือกระทำการใดๆ อันอาจเป็นเหตุเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพของตน

หมวด 3 การประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ข้อ 1 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับดีที่สุด...

จากข้อบังคับข้างต้นนี้ เห็นได้ว่า การประมาทเลินเล่อในเวชปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถือมาตรฐานทั้งทางกฎหมาย (หมวด 1 ข้อ 1) และทางวิชาชีพ (หมวด 1 ข้อ 2 และหมวด 3 ข้อ1) มาเป็นแนวทางพิจารณา ซึ่งหากการประมาทเลินเล่อในเวชปฏิบัติถึงขนาดผิดกฎหมายอาญา หรือกฎหมายแพ่ง ย่อมจะถือได้ว่า ผู้กระทำโดยประมาทนั้น ประพฤติผิดข้อบังคับฯ ในหมวด 1 หรือ ข้อ 2 ด้วยก็ได้ และถ้าการกระทำนั้นไม่ถึงขนาดผิดกฎหมายแต่เป็นการกระทำที่ผิดหลักวิชา อาจจะถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดข้อบังคับในหมวด 3 ข้อ 1 ได้ด้วย เพราะความในข้อบังคับนี้หมายถึง การที่ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องมีความรู้ความชำนาญตามฐานะของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ในแต่ละสาขาของตน เช่น แพทย์เฉพาะทางด้านใดด้านหนึ่ง ก็ต้องมีความรู้ในด้านที่ตนเชี่ยวชาญเทียบได้กับมาตรฐานของแพทย์ในสาขานั้นควรจะรู้[64] ดังนั้น จึงนับได้ว่ากฎหมายวิชาชีพตามที่ได้กล่าวมานี้สามารถให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของผู้ป่วยได้ด้านหนึ่ง

2) พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

เนื่องจากในปัจจุบันแนวคิดในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคได้เข้ามามีบทบาทและอิทธิพลต่อความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยมากขึ้น จึงทำให้มีการพิจารณาว่า แพทย์คือผู้ให้บริการหรือผู้ประกอบการและผู้ป่วยคือผู้รับบริการ ซึ่งตามแนวทางดังกล่าว จะมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคอันเป็นกฎหมายมหาชนที่มีฐานะเป็นเครื่องมือของรัฐในการวางมาตรการรับรองและคุ้มครองให้กับผู้บริโภคมิให้เสียเปรียบผู้ประกอบการผู้ให้บริการ

อาศัยหลักการดังกล่าวข้างต้นมาประกอบเพื่อพิจารณาบทบัญญัติในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 คำว่า "ผู้บริโภค" ที่ปรากฏอยู่ในนิยามศัพท์ มาตรา 3 ที่ว่า "ผู้บริโภค หมายความว่า ผู้ซื้อหรือได้รับการบริการจากการกระประกอบธุรกิจ และหมายรวมถึงผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการด้วย"

---

[64]วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2526) **คำอธิบายข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526.** กรุงเทพ:เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 598.

"บริการ" หมายความว่า การจัดทำการงาน การให้สิทธิใดๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สิน หรือกิจการใดๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงิน หรือผลประโยชน์อื่นแต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน

"ผู้ประกอบธุรกิจ" หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้สั่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขาย หรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อ ผู้สั่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขาย หรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อ ซึ่งสินค้าหรือผู้ให้บริการ และหมายรวมถึงผู้ประกอบกิจการโฆษณาด้วย

ดังนี้ถือได้หรือไม่ว่า ผู้ป่วยคือ "ผู้บริโภค" ตามนิยามศัพท์ ดังกล่าวข้างต้นกรณีนี้พิเคราะห์ประกอบได้จาก "กิจการสถานพยาบาล" ซึ่งตามฎีกาที่ 287/2507[65] วินิจฉัยว่ากิจการของสถานพยาบาลและผดุงครรภ์ที่ตั้งขึ้นเพื่อรับพยาบาลผู้เจ็บป่วย และรับคลอดบุตรให้แก่หญิงมีครรภ์มีลักษณะเป็นการจ้างทำของ เช่นนี้ กิจการสถานพยาบาลจึงน่าหมายถึง กิจการใดๆ ที่รับจัดทำงานให้ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น ตามนิยามของคำว่า "บริการ" ในมาตรา 3 ดังกล่าวได้ ดังนั้นใน ฐานะที่ผู้ป่วยส่วนหนึ่งจะเข้ารับบริการในกิจการสถานพยาบาลซึ่งจะเป็นของเอกชนก็ย่อมเรียกได้ว่าเป็นผู้บริโภคนั่นเอง ทั้งนี้ เพราะเป็นผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นผู้ให้บริการ ซึ่งในที่นี้ก็คือ กิจการสถานพยาบาลของเอกชนในรูปลักษณะต่างๆกัน ไม่ว่าจะเป็นโรงพยาบาล สถานพยาบาลหรือคลินิกลักษณะต่างๆนั่นเอง

เมื่อพิจารณาว่า ผู้ป่วยมีฐานะหนึ่งเป็นผู้บริโภคแล้ว ผู้ป่วยก็ย่อมจะมีสิทธิตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ดังนี้

สิทธิที่จะได้รับข่าวสาร รวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าและบริการ

สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าและบริการ

สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ

สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย

ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายว่าด้วยการนั้น ๆ หรือพระราชบัญญัติฉบับนี้บัญญัติไว้"

แสดงให้เห็นว่า สิทธิตามปรากฏในลักษณะทางกฎหมายมหาชนโดยการรับรองตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับข่าวสาร (Right to information) หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ สิทธิที่จะรู้ หรือสิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวทางการแพทย์ ส่วนหนึ่งนั่นเอง นอกจากนี้แล้ว ยังเป็นสิทธิที่แสดงถึงความมีอิสระในการตัดสินใจเลือก ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับเรื่องของหลักในการเลือกแพทย์โดยอิสระที่ปรากฏอยู่ในหลักการของกฎหมายว่าด้วย จริยธรรมทางการแพทย์ เพียงแต่สิทธิในทางมหาชนตามหลักในการคุ้มครองผู้บริโภคนี้ดูจะกว้างขวางกว่าเพราะครอบคลุมถึงสินค้าหรือบริการ

---

[65]วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2537). **สิทธิผู้ป่วย**. กุรงเทพมหานคร : โครงการจัดพิมพ์คบไฟ. หน้า 742.

อื่นๆ ด้วย รวมทั้งจะต้องพิจาณาบทบัญญัติกฎหมายอื่นๆ ซึ่งได้มีกำหนดหลักไว้ในวรรคท้ายของมาตรา 4 นี้ด้วย หากจะเทียบเคียงกับเรื่องของหน้าที่ทางจริยธรรมทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการให้บริการทางการแพทย์ โดยแพทย์ต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ป่วยเป็นสำคัญอันเป็นการให้บริการทางการแพทย์ โดยแพทย์ต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ป่วยเป็นสำคัญเป็นมาตรฐานทางวิชาชีพที่จะต้องให้การบำบัดรักษาแก่ผู้ป่วยในระดับดีที่สุด ซึ่งก็ได้มีการกำหนดไว้แล้วในทางกฎหมายที่กำหนดจรรยาบรรณของวิชาชีพ จึงเป็นบัญญัติที่สอดคล้องกับกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญานั่นเอง

ข้อพิจาณาการใช้สิทธิตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วย

ในประเด็นนี้สภาพของการใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในการเป็นความคุ้มครองให้แก่สิทธิของผู้ป่วย ในฐานะเป็นผู้บริโภคนั้น ในมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า “ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการใดได้บัญญัติเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้บังคับเท่าที่ไม่ซ้ำหรือขัดกับบทบัญญัติดังกล่าว...” เมื่อนำสภาพการใช้มาพิจารณาเข้ากับกิจการสถานพยาบาลตามกฎหมายควบคุมสถานพยาบาล (พ.ร.บ. สถานพยาบาล พ.ศ. 2541) เมื่อพิเคราะห์ว่า การคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยในฐานะผู้บริโภค เมื่อเข้ารับการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลแล้วจะได้รับการรับรอง และคุ้มครองตามสิทธิที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 4 หรือไม่ ปรากฏว่า “กฎหมายว่าด้วยการใดได้บัญญัติเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้บังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยการนั้น...” ในที่นี้ คือ พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ซึ่งใช้บังคับก่อนที่แนวความคิดในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคจะปรากฏเป็นรูปธรรม ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลฉบับนี้จึงยังไม่สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค (ผู้ป่วย) ได้ เพราะเหตุว่า

พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 นี้ ยังไม่มีบทบัญญัติที่จะส่งเสริมให้ผู้บริโภคได้รับข้อมูลเกี่ยวกับประเภทของสถานพยาบาล ให้ถูกต้องตรงกับกิจการของสถานพยาบาลอย่างแท้จริง

กฎหมายฉบับนี้ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ผู้อนุญาตในการใช้ชื่อของสถานพยาบาลซึ่งได้แนวทางปฏิบัติ[66] เกี่ยวกับการตั้งชื่อสถานพยาบาลไว้โดยการประกอบโรคศิลปะ อันเป็นแนวทางที่พยายามจะให้ผู้บริโภคได้รับข้อมูลที่ถูกต้อง โดนผ่านทางชื่อของสถานพยาบาล การไม่มีกฎหมายให้อำนาจเช่นนี้ก็เท่ากับ ข้อกำหนดของการประกอบโรคศิลปะไม่มีกฎหมายรับรองให้อำนาจไว้

พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้สถานพยาบาลจัดทำคู่มือสำหรับผู้ป่วย เพื่อให้ผู้ป่วยได้ทราบอัตราค่าบริการต่างๆ ที่เกี่ยวกับการรักษาพยาบาลไว้

---

[66]เรื่องเดียวกัน. หน้า 734.

เพื่อให้ผู้รับบริการได้ทราบข่าวสารข้อมูลก่อนใช้บริการ ดังนั้น จึงเท่ากับสิทธิที่จะได้รับข่าวสารไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควร

ดังนั้นจึงเกิดปัญหาเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติต่างๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายสถานพยาบาล ซึ่งในประเทศไทยก็ปรากฏว่ามิได้มีการใช้สิทธิในฐานะผู้บริโภคเพื่อการคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยในฐานะผู้บริโภคเท่าใดนัก และในกรณีเฉพาะอย่างเช่น ข้อวิเคราะห์ที่นำมาเสนอไว้ข้างต้น ตามแนวทางที่นักวิชาการทางกฎหมายได้พิจารณาไว้ก็ยังมิได้ปรากฏคำพิพากษาใดๆ ที่รับรองถึงสิทธินี้ว่า เป็นสิทธิของผู้ป่วยในฐานะเป็นผู้บริโภคไว้อย่างชัดเจน นอกจากนี้ ยังได้พิจารณาไว้แล้วว่าผู้ป่วยมีสิทธิในฐานะเป็นผู้บริโภค กรณีจะปรากฏว่าขอบเขตในการคุ้มครองตามกฎหมายนี้มีอยู่อย่างจำกัด กล่าวคือจะใช้ได้กับเฉพาะสถานพยาบาลของเอกชนเท่านั้น มิอาจใช้กับลักษณะโรงพยาบาลหรือสถานบริการสาธารณสุขของรัฐได้ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนยังเห็นว่าแนวคิดที่มองว่าผู้ป่วยเป็นผู้บริโภคก็จะทำให้สามารถอ้างสิทธิต่างๆ ในฐานะเป็นผู้บริโภคช่วยให้ผู้ป่วยเป็นผู้บริโภคก็จะทำให้สามารถอ้างสิทธิต่างๆ ในฐานะเป็นผู้บริโภคช่วยให้ผู้ป่วยได้รับความคุ้มครองสิทธิของตนได้ในระดับหนึ่ง

3) พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติขึ้นมาก็เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับอยู่มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคล ตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่ในปัจจุบัน สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมากซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม จึงมีการกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญา หรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีสาระสำคัญดังนี้

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3 ได้ให้คำนิยามหรือความหมายของคำดังกล่าว ดังนี้

“ข้อสัญญา” หมายความว่าข้อตกลง ความตกลง และความยินยอม รวมทั้งประกาศและคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดด้วย

ผู้บริโภค" หมายความว่าผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้เข้าทำประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย

ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ" หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับปกระกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คือ ข้อสัญญาหรือข้อตกลงซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ไม่ว่าฝ่ายที่เสียเปรียบนั้นได้รู้ หรือไม่รู้ถึงการเสียเปรียบนั้นก็ตาม (มาตรา 4 วรรคแรก) คือ ข้อตกลงในสัญญาใดที่ทำให้ผู้ซื้อได้เปรียบผู้ขายแล้ว ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เมื่อถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้วให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

การเกิดสัญญาจะเกิดขึ้นในลักษณะเดียวกับการเกิดสัญญาทั่วไปคือมีคำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกัน ถึงแม้จะเกิดขึ้นจากการกำหนดของคู่สัญญาฝ่ายผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าก็ตาม

ลักษณะของสัญญาหรือข้อสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นจะมีความสมบูรณ์และอยู่ในขอบเขตของการบังคับใช้ของพระราชบัญญัตินี้ย่อมเป็นสัญญา หรือข้อสัญญาที่สมบูรณ์แม้จะ "ไม่เป็นธรรม" ก็ตาม เว้นแต่กรณีตามพระราชบัญญัตินี้ เช่น ข้อตกลงยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือ วิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค โดยผู้บริโภคมิได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธินั้นในขณะทำสัญญา (มาตรา 6) หรือข้อตกลงประกาศ หรือคำแจ้งความ ที่ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดชอบในความเสียหายต่อชีวิตและร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ (มาตรา8) เป็นต้น

สำหรับความเป็นผลของสัญญา กล่าวคือ สัญญาจะมีผลแค่ไหนอย่างไรนั้น ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเป็นกรณี ๆ ไป โดยการใช้ดุลพินิจนี้จะต้องใช้เกณฑ์ ตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งวางหลักไว้ว่า ในการวินิจฉัยข้อสัญญาจะมีผลบังคับใช้เพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่ กรณีให้ศาลพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งความสุจริต อำนาจต่อรองฐานะทางเศรษฐกิจความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความ

คาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติทางเลือกอย่างอื่นและทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง รวมทั้งการรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น ในกรณีที่สัญญาไม่สมบูรณ์ตั้งแต่ขณะทำสัญญานั้นถือว่าเป็นสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ ไม่มีผลทางกฎหมาย จึงไม่มีประเด็นที่ศาลจะพิจารณาให้ตามมาตรานี้[67]

4) พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541

ตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 นั้น มีสาระสำคัญโดยสังเขปดังต่อไปนี้

ในพระราชบัญญัตินี้ได้ให้ความหมายของคำว่า“ สถานพยาบาล ” ว่าหมายถึงสถานที่รวมตลอดถึงยานพาหนะซึ่งจัดไว้เพื่อการประกอบโรคศิลปะ การประกอบวิชาชีพเวชกรรม การประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์หรือการประกอบวิชาชีพทันตกรรม ทั้งนี้โดยกระทำเป็นปกติธุระไม่ว่าจะได้รับประโยชน์ตอบแทนหรือไม่ก็ตาม แต่ไม่รวมถึงสถานที่ขายยาซึ่งประกอบธุรกิจการขายยาโดยเฉพาะและได้กำหนดยกเว้นมิให้ใช้พ.ร.บ.นี้บังคับแก่สถานพยาบาลของกระทรวง ทบวง กรม องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น สภากาชาดไทยและสถานพยาบาลอื่นซึ่งรัฐมนตรีกำหนด[68]

ตามพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้มีคณะกรรมการสถานพยาบาลซึ่งมีทั้งกรรมการโดยตำแหน่งและกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้ง โดยกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจะประกอบด้วย

1. ผู้ประกอบโรคศิลปะและผู้ประกอบวิชาชีพโดยคำแนะนำของสภาวิชาชีพ

2. ผู้ทรงคุณวุฒิอื่นซึ่งต้องมีผู้ดำเนินการสถานพยาบาลอย่างน้อยหนึ่งคน

ทั้งนี้ให้ผู้อำนวยการกองการประกอบโรคศิลปะ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพเป็นกรรมการและเลขานุการ[69]

นอกจากนั้นยังกำหนดให้คณะกรรมการสถานพยาบาลมีหน้าที่ในการให้คำปรึกษา ให้ความเห็นและให้คำแนะนำแก่รัฐมนตรีหรือผู้อนุญาตในเรื่องต่างๆ เช่น การออกกฎกระทรวงหรือประกาศ, การอนุญาตให้ประกอบกิจการ การดำเนินการสถานพยาบาล การปิดสถานพยาบาลหรือการเพิกถอนใบอนุญาต, ส่งเสริมการพัฒนาคุณภาพของสถานพยาบาล รวมทั้ง

---

[67]พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 10

[68]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 4

[69]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 7

การพิจารณาเรื่องร้องเรียนต่างๆ[70] ทั้งนี้อาจมีการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณาและเสนอความเห็นเกี่ยวกับเรื่องที่อยู่ในขอบเขตแห่งหน้าที่ของคณะกรรมการได้ และในการปฏิบัติหน้าที่ตามพ.ร.บ.นี้ คณะกรรมการและคณะอนุกรรมการมีอำนาจออกคำสั่งเรียกบุคคลมาให้ถ้อยคำหรือให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องมาเพื่อประกอบการพิจารณา[71]

พระราชบัญญัติสถานพยาบาลนี้ กำหนดให้สถานพยาบาลมี2 ประเภท ดังต่อไปนี้

1. สถานพยาบาลประเภทที่ไม่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน

2. สถานพยาบาลประเภทที่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน[72]

ทั้งนี้ให้ออกกฎกระทรวงกำหนดลักษณะของสถานพยาบาลแต่ละประเภท ลักษณะการให้บริการของสถานพยาบาลนั้นและรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศกำหนดมาตรฐานการบริการของสถานพยาบาล[73]

การที่บุคคลใดจะประกอบกิจการสถานพยาบาลจะต้องได้รับอนุญาตจากผู้อนุญาต โดยต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง[74] รวมทั้งได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้รับใบอนุญาตไว้ด้วย และได้กำหนดเงื่อนไขในการพิจารณาออกใบอนุญาตว่าผู้ขอรับใบอนุญาตต้องจัดให้มีกรณีดังต่อไปนี้โดยครบถ้วนถูกต้องแล้ว กล่าวคือ

1. มีแผนงานการจัดตั้งสถานพยาบาลที่ได้รับอนุมัติแล้ว

2 มีสถานพยาบาลตามลักษณะที่กำหนดในกฎกระทรวง

3. มีเครื่องมือ เครื่องใช้ เวชภัณฑ์หรือยานพาหนะตามชนิดและจำนวนที่กำหนดในกฎกระทรวง

4. มีผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลตามวิชาชีพและจำนวนที่กำหนด

5. ชื่อสถานพยาบาลโดยเป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง[75]

ในส่วนของใบอนุญาตได้กำหนดให้ใช้ได้จนถึงวันสิ้นปีปฏิทินของปีที่สิบนับแต่ปีที่ออกใบอนุญาตและการขอต่ออายุใบอนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์

---

[70]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 11.

[71]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 13

[72]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 14

[73]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 15

[74]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 16

[75]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 18

วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง หากมีการโอนใบอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาลให้แก่บุคคลอื่นจะต้องได้รับอนุญาตจากผู้อนุญาต และถ้าผู้รับอนุญาตตายก็สามารถแสดงความจำนงประกอบกิจการต่อจากผู้ตายต่อไป โดยสามารถประกอบกิจการต่อไปจนกว่าใบอนุญาตนั้นสิ้นอายุ[76]

เมื่อได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาลแล้ว ผู้รับอนุญาตต้องจัดให้มีผู้ดำเนินการคนหนึ่งทำหน้าที่ควบคุมดูแลและรับผิดชอบในการดำเนินการสถานพยาบาลนั้น และได้กำหนดห้ามมิให้บุคคลใดดำเนินการสถานพยาบาลเว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากผู้อนุญาต โดยในการพิจารณาออกใบอนุญาตจะต้องปรากฏว่าผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ประกอบวิชาชีพการผดุงครรภ์ ผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์หรือผู้ประกอบวิชาชีพทันตกรรม และต้องไม่เป็นผู้ดำเนินการอยู่ก่อนแล้วสองแห่ง รวมทั้งต้องสามารถควบคุมดูแลกิจการสถานพยาบาลได้โดยใกล้ชิด[77]

หากผู้ดำเนินการพ้นจากหน้าที่หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เกินเจ็ดวัน ผู้รับอนุญาตอาจมอบหมายให้บุคคลซึ่งมีคุณสมบัติตามที่กำหนดดำเนินการแทนได้แต่ไม่เกินเก้าสิบวัน โดยต้องแจ้งให้ผู้รับอนุญาตทราบด้วย[78]

ใบอนุญาตให้ดำเนินการสถานพยาบาลให้ใช้ได้จนถึงวันสิ้นปีปฏิทินของปีที่สองนับแต่ปีที่ออกใบอนุญาต ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง ในกรณีที่ผู้อนุญาตไม่ออกใบอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตก็สามารถอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีได้[79]

โดยผู้รับอนุญาตประกอบสถานพยาบาลต้องแสดงใบอนุญาตไว้ในที่เปิดเผยและเห็นได้ง่าย ณ สถานพยาบาลนั้นและต้องแสดงรายละเอียดดังต่อไปนี้ด้วย

1. ชื่อสถานพยาบาล

2. รายการเกี่ยวกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม การพยาบาล การผดุงครรภ์ ทันตกรรม เภสัชกรรม หรือผู้ประกอบโรคศิลปะซึ่งประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลนั้น

---

[76]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 19

[77]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 23

[78]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 26

[79]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 28

3. อัตราค่ารักษาพยาบาล ค่าบริการและสิทธิของผู้ป่วย ซึ่งผู้รับอนุญาตจะเรียกเก็บหรือยินยอมให้มีการเรียกเก็บค่ารักษาพยาบาลหรือค่าบริการเกินอัตราที่ได้แสดงไว้มิได้ และต้องให้บริการแก่ผู้ป่วยตามสิทธิที่ได้แสดงไว้[80]

เพื่อให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้จึงกำหนดให้ผู้ดำเนินการมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่างๆ ได้แก่

1. ควบคุมดูแลมิให้ผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลประกอบวิชาชีพผิดไปจากสาขาที่ได้แจ้งไว้ในการขอรับใบอนุญาตหรือมิให้บุคคลอื่นซึ่งมิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพทำการประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาล

2. ควบคุมดูแลให้ผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย

3. ควบคุมดูแลมิให้มีการรับผู้ป่วยไว้ค้างคืนเกินจำนวนเตียงตามที่กำหนด เว้นแต่กรณีฉุกเฉิน และกำหนดให้ผู้รับอนุญาตและผู้ดำเนินการมีหน้าที่และความรับผิดชอบร่วมกัน[81] ดังนี้

3.1 จัดให้มีผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลตามวิชาชีพและจำนวนที่กำหนดตลอดเวลาทำการ

3.2 จัดให้มีเครื่องมือ เครื่องใช้ ยาและเวชภัณฑ์ที่จำเป็นประจำสถานพยาบาล

3.3 จัดให้มีและรายงานหลักฐานเกี่ยวกับผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาลและผู้ป่วย ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง[82]

ผู้รับอนุญาตและผู้ดำเนินการของสถานพยาบาลต้องควบคุมและดูแลให้มีการช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้ป่วยซึ่งอยู่ในสภาพอันตรายและจำเป็นต้องได้รับการรักษาพยาบาลโดยฉุกเฉินเพื่อให้ผู้ป่วยพ้นจากอันตรายและหากมีความจำเป็นต้องส่งผู้ป่วยไปรักษาพยาบาลที่สถานพยาบาลอื่นก็ต้องจัดให้มีการส่งต่อไปยังสถานพยาบาลอื่นตามความเหมาะสม[83]และกำหนดห้ามมิให้มีการโฆษณาหรือประกาศด้วยประการใดๆ เพื่อชักชวนให้มีผู้มาขอรับบริการจากสถานพยาบาลของตนโดยใช้ข้อความเท็จหรือเกินความจริงหรือน่าจะเกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับ

---

[80]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 32

[81]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 34

[82]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 35

[83]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 36

สถานพยาบาลนั้น[84] หากมีการฝ่าฝืนผู้อนุญาตมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ระงับการกระทำดังกล่าวได้[85]

ในพระราชบัญญัตินี้ยังได้กำหนดกรณีต่างๆ ที่จะต้องมีการขออนุญาตจากผู้อนุญาตหรือต้องแจ้งให้ผู้อนุญาตทราบแล้วแต่กรณี เช่น การเปลี่ยนแปลงการประกอบกิจการสถานพยาบาล[86], การย้ายสถานพยาบาล[87], การเปลี่ยนตัวผู้ประกอบวิชาชีพในสถานพยาบาล[88], การเปลี่ยนชื่อสถานพยาบาล[89]และการเลิกกิจการสถานพยาบาล[90]

เพื่อควบคุมให้การประกอบกิจการสถานพยาบาลเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายและมีความเรียบร้อยจึงกำหนดให้ผู้อนุญาตจัดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจลักษณะของสถานพยาบาลและการประกอบกิจการของสถานพยาบาลให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้โดยสม่ำเสมอ หากพบข้อบกพร่องผู้อนุญาตมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้รับอนุญาตแก้ไขปรับปรุงได้[91]

เมื่อปรากฏว่าผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการปฏิบัติไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัตินี้ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้ผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการแล้วแต่กรณีระงับหรือปฏิบัติให้ถูกต้องภายในเวลาอันสมควร หากผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวของเจ้าพนักงานหรือกระทำการจนเป็นเหตุให้เกิดอันตราย ความเสียหายหรือความเดือดร้อนอย่างร้ายแรงแก่ผู้ที่อยู่ในสถานพยาบาลหรือผู้ที่อยู่ใกล้เคียงกับสถานพยาบาล ผู้อนุญาตมีอำนาจออกคำสั่งปิดสถานพยาบาลเป็นการชั่วคราวจนกว่าจะได้ดำเนินการให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนดและหากดำเนินการให้ถูกต้องแล้วให้ผู้อนุญาตสั่งเพิกถอนคำสั่งปิดสถานพยาบาล[92]

ในกรณีผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินการขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือไม่ดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องภายหลังจากที่ได้มีคำสั่งปิดสถานพยาบาลชั่วคราวแล้ว ให้ผู้อนุญาตโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาลได้ รวมทั้งกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ดำเนินการต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าได้

---

[84]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 38

[85]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 39

[86]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 40

[87]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 41

[88]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 42

[89]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 43

[90]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 44

[91]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 45

[92]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 49 และมาตรา 50

กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และเป็นกรณีร้ายแรงก็อาจถูกเพิกถอนใบอนุญาตได้เช่นกัน และเพื่อคุ้มครองผู้ป่วยในสถานพยาบาลให้ได้รับการรักษาที่ต่อเนื่อง ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตตาย หรือสถานพยาบาลถูกปิดเป็นการชั่วคราวหรือมีคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต จึงกำหนดให้ผู้อนุญาตอาจมีคำสั่งให้สถานพยาบาลนั้นอยู่ในความควบคุมของคณะกรรมการเพื่อดำเนินการใดๆ ตามที่เห็นสมควรได้[93]

3.3 กฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองจากการให้บริการทางการแพทย์ของต่างประเทศ

3.3.1 กฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองจากการให้บริการทางการแพทย์ของประเทศอังกฤษ[94]

ในประเทศอังกฤษแต่เดิมก่อนที่จะมีระบบประกันสุขภาพของอังกฤษนั้น (National Health Service) หรือที่เรียกว่า NHS นั้น การบริการสุขภาพส่วนใหญ่ของอังกฤษเป็นการดำเนินงานโดยเอกชนที่กระจัดกระจาย ไม่มีสถาบันใดที่เป็นหลักประกันสุขภาพ ต่อมาเมื่อปี ค.ศ. 1911 รัฐบาลได้ออกกฎหมายที่ชื่อว่า National Insurance Act โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้บริการสุขภาพกับชนชั้นกรรมาชีพของประเทศ แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่คลอบคลุมถึงบุตรหรือภรรยาของผู้ใช้แรงงานด้วย ต่อมาในปี ค.ศ. 1946

สำหรับความรับผิดที่เกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาลของประเทศอังกฤษนั้น จะใช้หลักของความรับผิดในเรื่องละเมิดและสัญญามาใช้บังคับ โดยความรับผิดของโรงพยาบาลและแพทย์ที่ทำการรักษาต่อผู้ป่วยนั้นจะพิจารณาถึงผู้ว่าจ้างที่เป็นโรงพยาบาลในการกระทำของแพทย์ผู้รับจ้างว่าแพทย์นั้นเป็นลูกจ้างหรือตัวแทนทั่วไปหรือเป็นลูกจ้างหรือตัวแทนอิสระ โดยหลักทั่วไปแล้วว่าจ้างไม่ต้องรับผิดในการกระทำของลูกจ้างอิสระหรือตัวแทนที่รับจ้างอิสระซึ่งมิใช่ลูกจ้างในการทำงานของเขาเองที่รับจ้าง ความรับผิดของผู้ว่าจ้างต่อการกระทำละเมิดของผู้รับจ้างอิสระไม่เป็นความรับผิดเพื่อบุคคลอื่น[95] แต่อย่างไรก็ตามเคยมีการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ว่าจ้างในการกระทำละเมิดของผู้รับจ้างอิสระ แต่เป็นความผิดที่ค่อนข้างจำกัด ความรับผิดของผู้

---

[93]พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 52

[94]ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์. (2546). ความรับผิดทางละเมิดต่อผู้ป่วยของโรงพยาบาลเอกชนจากการกระทำของแพทย์คู่สัญญาอิสระ. **บทบัณฑิตย์,** 59. หน้า 24.

[95]ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์. (2544). **ความรับผิดทางแพ่งต่อผู้ป่วยของโรงพยาบาลเอกชนจากการกระทำของแพทย์คู่สัญญาอิสระ.** วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต,คณะนิติศาสตร มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 32.

ว่าจ้างไม่ใช่เนื่องจากการที่ผู้รับจ้างกระทำผิดสัญญาหรือผิดหน้าที่ ผู้รับจ้างจะต้องรับผิดเพราะเขาไม่ใส่ใจต่อหน้าที่ของเขาซึ่งเป็นความรับผิดอันเกิดจากการกระทำของเขาเอง มิใช่เป็นความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น จึงอาจกล่าวได้ว่าความรับผิดของผู้ว่าจ้างเป็นความรับผิดเพราะการที่เขากระทำผิดต่อหน้าที่ของเขาเองต่อผู้อื่น ดังนั้นในการพิจารณาถึงความรับผิดของผู้ว่าจ้าง จึงต้องพิจารณาว่าในกรณีใดบ้างที่ถือว่าผู้ว่าจ้างมีหน้าที่ต้องระมัดระวังเอาใจใส่

หลักในการพิจารณาหน้าที่ของผู้ว่าจ้างจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงของงานที่ได้รับมอบหมายให้แก่ผู้รับจ้างในขอบเขตของงานได้มีการกระทำใดๆ เพื่อเป็นการป้องกันเหตุที่จะเกิดขึ้นได้เพียงใดหรือไม่ จึงเป็นหน้าที่ของผู้ว่าจ้างที่ต้องวางเกณฑ์หรือระเบียบกับการทำงานเพื่อป้องกันเหตุอันเกิดจากการทำงานที่ดีรับจ้างนั้น ในระบบคอมมอลลอว์ของประเทศอังกฤษได้กล่าวถึงหน้าที่ของผู้ว่าจ้างเกิดจากแหล่งกฎหมาย 2 แหล่ง คือ ประการแรก หน้าที่อันเกิดจากหลักคำพิพากษาของศาล ประการที่สอง หน้าที่อันเกิดจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ประการแรก หน้าที่อันเกิดจากหลักคำพิพากษาของศาล

หน้าที่อันเกิดจากหลักคำพิพากษาของศาลนี้ เป็นหน้าที่ที่เกิดจากแนวตัดสินของศาลอังกฤษและยึดถือว่าเป็นกฎหมายประเภทหนึ่งและถือว่าเป็นหน้าที่ของผู้ว่าจ้างในการระมัดระวังและก่อให้เกิดความรับผิดของผู้ว่าจ้างทำของได้ ตัวอย่างเช่น

การกระทำโดยประมาทของผู้รับจ้างอิสระ เป็นข้อยกเว้นในความผิดที่ผู้ว่าจ้างที่ไม่ต้องรับผิดสำหรับการกระทำโดยประมาทของผู้รับจ้างอิสระ แต่เป็นการยากที่จะแยกมาพิจารณาว่าเป็นกรณีใดเป็นการกระทำโดยประมาทโดยตรงของผู้รับจ้าง ดังในคดี Padbury v. Holliday & Green Wood Ltd.[96]จำเลยได้จ้างผู้รับเหมาช่วงให้ทำการติดตั้งบานหน้าต่างของบ้านที่จำเลยก่อสร้างอยู่ ในการติดตั้งบานหน้าต่างอันหนึ่งลูกจ้างของผู้รับเหมาช่วงได้นำเครื่องมือเหล็กไปวางไว้ขอบหน้าต่าง เมื่อลมพัดมาทำให้เครื่องมือเหล็กไม่ได้วางในตำแหน่งที่ควรจะวาง แต่ศาลได้ตัดสินว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดในเหตุดังกล่าวเพราะความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำโดยประมาทของผู้รับเหมาช่วง

ประการที่สอง หน้าที่ตามกฎหมายลายลักอักษร หน้าที่ที่ก่อให้เกิดความรับผิดของผู้ว่าจ้างตามกฎหมายอังกฤษนอกจากหน้าที่ตามแนวคำพิพากษา ยังมีหน้าที่ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือตามพระราชบัญญัติซึ่งเป็นการกำหนดหน้าที่ขึ้นมาเป็นการเฉพาะ หน้าที่ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้เป็นการบัญญัติให้เกิดหน้าที่โดยเด็จขาด อันผู้ว่าจ้างจะละเลยไม่ได้เด็จขาด ดังคำกล่าวในคดี Smith v. Cammell Laird & Co. Ltd.[97]ว่า “เมื่อใดที่กฎหมายได้กำหนดให้มีหน้าที่ใดขึ้น

---

[96]วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 65 หน้า 36.

[97]ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์.อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 94 หน้า 36.

เป็นกรณีเฉพาะหรือทุกกรณีที่จะต้องเอาใจใส่หรือกระทำให้เกิดความปบลอดภัยแล้ว บุคคลผู้ซึ่งไม่สามารถทำให้หน้าที่ ไม่อาจรอดพ้นจากความรับผิดใดๆ ที่เกิดขึ้นได้" หน้าที่นี้ครอบคลุมถึง การมอบหมายให้ผู้รับจ้างอิสระทำหน้าที่แทนด้วย หากผู้รับจ้างอิสระไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่เหล่านั้นได้ ผู้ว่าจ้างต้องรับผิดด้วย

จากหลักการเบื้องต้นที่กล่าวมากฎหมายอังกฤษได้นำหลักควบคุม (control test) มาใช้เป็นเกณฑ์การทดสอบความรับผิดของโรงพยาบาลอันเนื่องมาจากการกระทำผิดของแพทย์ เพราะโรงพยาบาลในประเทศอังกฤษก่อตั้งขึ้นโดยกองทุนการกุศล (charitable trust) และกฎหมายที่คุ้มครองความรับผิดทางแพ่งของโรงพยาบาลในลักษณะดังกล่าวโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่าโรงพยาบาลเป็นกองทุนการกุศลยิ่งกว่ากองทุนลักษณะอื่นๆ ดังนั้น โรงพยาบาลจึงเป็นสถาบันที่ได้รับความคุ้มครองจากความผิดทางกฎหมายเป็นอย่างมาก โดยโรงพยาบาลมีหน้าที่เพียงจัดหาแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญหรือมีความชำนาญเพื่อมาทำการรักษาเท่านั้น โรงพยาบาลจึงไม่มีฐานะเป็นเป็นนายจ้างของแพทย์ เนื่องจากไม่อาจควบคุมสั่งการแพทย์ได้ ดังนั้นโรงพยาบาลจึงไม่ต้องรับผิดในการกระทำของแพทย์[98] เช่น คดี Evans v. Liverpool Corporation 1906[99]ที่ศาลตัดสินว่าจำเลยมีเพียงหน้าที่แต่จัดหาแพทย์มาทำงานในโรงพยาบาลเท่านั้น จำเลยไม่มีหน้าที่ควบคุมควบคุมดูแลการทำงานของแพทย์ หรือ

คดี Hillyer v. The Founders of St. Bartholomew's Hospital 1990[100]

โจทก์เป็นแพทย์เข้ารักการรักษาที่โรงพยาบาล ในการรักษามีการวางยาสลบโดยวิสัญญีแพทย์ และการผ่าตัดโดยศัลยแพทย์ผู้เชียวชาญเฉพาะโรคที่ชื่อ Lockwood ซึ่งประจำโรงพยาบาลนั้นเป็นผู้ตรวจและมีนางพยาบาล 3 คนเป็นผู้ช่วย ในการรักษาโจทก์นั้น โจทก์ถูกนำตัวขึ้นบนเตียงผ่าตัดโดยอยู่ในท่าที่แขนทั้งสองข้างของโจทก์อยู่ที่ขอบเตียง เท้าข้างซ้ายอยู่ประชิดกับถังน้ำร้อนที่ยื่นออกมาจากใต้เตียงและส่วนบนตอนในของแขนนั้นถูกไฟลวกทั้งส่วนบนตอนในของแขนขวาของโจทก์ก็เป็นแผลถลอก เนื่องจากเจ้าหน้าที่ประจำหรือใครคนใดคนหนึ่งได้กดลงไปในตอนระหว่างผ่าตัด และผลจากการที่ได้รับบาดเจ็บเหล่านี้ ทำให้ประสาทอักเสบเพราะได้รับผลกระทบกระเทือนและแขนทั้งสองข้างเป็นอัมพาต โดยไม่ปรากฏว่าแพทย์และเจ้าหน้าที่ที่ช่วย

---

[98]วิฑูรย์ อึ่งประพันธ์.(2539). ความรับผิดทางกฎหมายของโรงพยาบาลสมัยใหม่ จากกรณีประมาทตามกฎหมายแคนาดา. **บทบัณฑิตย์** เล่มที่ 52. หน้า 25.

[99]เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม.(2552). **ความรับผิดในสัญญาให้บริการทางการแพทย์.** วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต ,คณะนิติศาสตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 116.

[100]อุทิศ วีรวัฒน์.(2509). **ความประมาทเลินเล่อของผู้ใช้วิชาชี ความรับผิดของแพทย์** โรงพยาบาล และสัตวแพทย์. **บทบัณฑิต** เล่มที่ 24. หน้า 370.

ศัลยกรรมในขณะนั้นคนใดเป็นผู้ประมาท โจทก์ซึ่งเป็นผู้ป่วยเองขณะสลบไม่รู้ตัว ไม่สามารถอ้างประจักพยานคนใดมาเป็นพยานฝ่ายตนได้ โจทก์ยื่นฟ้องคณะกรรมการอำนวยการโรงพยาบาลเรียกค่าเสียหาย โดยกล่าวหาว่าการที่โจทก์ได้รับบาดเจ็บดังกล่าวนั้นก็เพราะความประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่ของโรงพบยาบาลบางคน จำเลยให้การปฏิเสธว่ามิได้ประมาทเลินเล่อตามที่โจทก์ฟ้อง และหากจำเลยจะมีหน้าที่ประการใดประการหนึ่งต่อโจทก์แล้ว หน้าที่นั้นก็คือการใช้ความระมัดระวังอย่างพอสมควรในการเลือกแพทย์เจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาล ซึ่งจำเลยมิได้บกพร่องในหน้าที่ข้อนี้ประการใด ศาลชั้นต้นตัดสินยกฟ้อง โจทก์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษาโดยผู้พิพากษา Lord Farwell และผู้พิพากษา Lord Kennedy วินิจฉัยว่า โรงพยาบาลจะร่วมรับผิดจากความประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาลที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำในการบริการตามหน้าที่ แต่ไม่ต้องรับผิดจากการกระทำในการประกอบวิชาชีพของเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาล เพราะโรงพยาบาลเป็นนายจ้างไม่สามารถควบคุมการทำงานของลูกจ้างในการประกอบวิชาชีพได้ บุคคลดังกล่าวมิได้ตกอยู่อยู่ภายใต้คำสั่งหรือผูกพันที่จะต้องฟังคำสั่งของโรงพยาบาลจำเลยแต่ประการใด เสมือนเป็นผู้รับจ้างอิสระหน้าที่ของจำเลยมีอยู่ประการเดียวคือต้องใช้ความระมัดระวังและมีไหวพริบในการเลือกเจ้าหน้าที่แผนกต่างๆของโรงพยาบาล จึงตัดสินว่าโรงพยาบาลไม่ต้องรับผิด

จากคดี Hillyer ดังกล่าวข้างต้น ทำให้เกิดประเด็นปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่ของโรงพยาบาลว่ามีหน้าที่เพียงจัดหาแพทย์เท่านั้นหรือไม่ หรือสมควรมีหน้าที่อื่นอีก เพราะในเวลาต่อมาการเข้ารักษาในโรงพยาบาลเริ่มมีการเก็บค่ารักษาพยาบาลและผู้ป่วยมีความคาดหวังว่าจะได้รับการรักษาพยาบาลที่ดีด้วย ดังนั้น แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดของโรงพยาบาลจึงเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ ได้มีการนำหลักการเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรมาพิจารณาเพื่อกำหนดความรับผิดของโรงพยาบาล

คดี Gold v. Essex County Council 1942[101]

คดีนี้โจทก์นำบุตรชาย 5 ขวบมารักษาโรคหูดบนใบหน้าในโรงพยาบาล โดยมีนายแพทย์ Barrows ซึ่งเป็นผู้เชียวชาญทางโรคผิวหนัง วินิจฉัยให้การรักษาโดยวิธีฉายรังสีบนใบหน้าของเด็ก พร้อมด้วยหนังสือระบุวิธีการรักษาเด็กให้แผนกรังสีวิทยา พนักงานประจำเครื่องฉายรังสีชื่อ Mead ซึ่งเป็นผู้ที่มีสัญญาจ้างทำงานอยู่กับเทศบาลเป็นผู้ฉายรังสี แต่ปรากฏว่า Mead ประมาทเลินเล่อไม่กระทำตามคำสั่งแพทย์ คือในระหว่างที่เด็กรับการรักษาด้วยการฉายรังสีนั้นใบหน้าของเด็กที่มีผ้ายางหุ้มริมด้วยตะกั่วปกปิดหมด เว้นแต่บริเวณหูดเท่านั้น การฉายรังสีรักษาหูดได้กระทำประมาณ 5 ครั้ง แต่ไม่เกิดผลดี นายแพทย์ Barrows เจ้าของไข้ จึงได้สั่งให้เพิ่มจำนวน

---

[101]เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13 หน้า 118.

ปริมาณรังสีเกร็นซ์ขึ้นอีกเท่าตัว และหญิงผู้เป็นมารดาของบุตรก็พาบุตรเข้ารักการรักษาอีก สำหรับคราวนี้ยอมรับกันว่า Meadได้ประมาทเลินเล่อที่เพียงเอาแต่ผ้าสำลีชั้นเดียวคลุมบนหน้าของเด็ก ที่กระทำไปดังนั้น Mead มิได้ปฏิบัติตามคำสั่งแพทย์เป็นเหตุให้เด็กต้องเสียโฉมบิดเบี้ยวอย่างถาวร โจทก์จึงฟ้องโรงพยาบาลโดยเทศบาลเป็นจำเลยโดยกล่าวหา Mead ประมาทเลินเล่อในการรักษาเด็กและทางเทศบาลต้องรับผิดในความประมาทของ Mead ซึ่งเป็นลูกจ้างหรือตัวแทนจึงต้องรับผิดด้วย

ศาลชั้นต้นโดยผู้พิพากษา Tucker ได้วินิจฉัยโดยยึดถือหลักในคดี Hillyer (1090) ว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดในการที่ Mead ซึ่งเป็นผู้ที่มีความสามารถและมีคุณสมบัติได้ปฏิบัติหน้าที่ประมาทเลินเล่อ คดีขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์โดยผู้พิพากษา Lord Green, Mackinnon และ Goddard เป็นผู้พิจารณา ได้วินิจฉัยว่า โรงพยาบาลจำเลยต้องรับผิดจากความประมาทเลินเล่อตามวิชาชีพของรังสีแพทย์ แม้ความประมาทเลินเล่อนั้นเกิดจากกการใช้ความสามารถตามวิชาชีพของเขาก็ตามโดยมิพักต้องคำนึงว่านายจ้างจะสามารถควบคุมการทำงานของลูกจ้างหรือไม่[102]

โรงพยาบาลจึงต้องร่วมรับผิดกับแพทย์หรือไม่ จะต้องไม่คำนึงว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างอิสระ หรือมีเวชปฏิบัติส่วนตัว ถ้าหากแพทย์หรือเจ้าหน้าที่อื่นๆปฏิบัติหน้าที่ในโรงพยาบาลในลักษณะที่เป็นส่วนหนึ่งของโรงพยาบาล โรงพยาบาลก็ต้องรับผิดในการกระทำของแพทย์หรือเจ้าหน้าที่อื่นๆนั้น โรงพยาบาลจะปฏิเสธไม่ได้ว่าตนเองมีหน้าที่เพียงจัดหาแพทย์มารักษา

การพิจารณาความรับผิดของโรงพยาบาลโดยใช้หลักความเป็นส่วนตัวขององค์กรมาเป็นเกณฑ์การทดสอบมีองค์ประกอบที่สำคัญ ดังนี้

(1) โรงพยาบาลเป็นผู้จัดหาหรืออนุญาตให้แพทย์มาทำการรักษาในโรงพยาบาล

(2) ผู้ป่วยจะต้องรับรู้ข้อเท็จจริงว่าแพทย์นั้นทำการรักษาในโรงพยาบาล จำเลยเป็นส่วนหนึ่งของกิจการโรงพยาบาลหรือเสมือนหนึ่งว่าเป็นลูกจ้างของโรงพยาบาลนั้น

(3) ผู้ป่วยจะต้องไม่จัดหาหรือว่าจ้างแพทย์มารักษาหรือเลือกแพทย์ผู้ทำการรักษาด้วยตนเอง

3.3.2 กฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองจากการให้บริการทางการแพทย์ของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมันนี[103]

---

[102]วิทูรย์ อึ่งประพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 65 หน้า 29.

[103]ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์.อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 94 หน้า 47.

ความรับผิดเพื่อบุคคลอื่นของ**สหพันธสาธารณรัฐ**เยอรมันนีได้พัฒนาการมาจากความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจของประเทศ ในทางการค้าและอุตสาหกรรมที่มีการจ้างงานมากขึ้น และมีการทำละเมิดของลูกจ้างเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของลูกจ้าง แต่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของนายจ้างเอง และนายจ้างเองก็อยู่ในฐานะดีกว่าในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย ดังนั้นในเวลาต่อมาเมื่อมีการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้มีการบัญญัติความรับผิดเพื่อบุคคลอื่นของนายจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 ซึ่งวางหลักว่า

"บุคคลใดจ้างผู้อื่นทำงานใด ย่อมต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายซึ่งผู้รับจ้างนั้นได้ก่อให้เกิดขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายแก่บุคคลภายนอกในการปฏิบัติงานที่จ้างนั้น หน้าที่ที่จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนย่อมจะไม่เกิดขึ้น ถ้าหากผู้ว่าจ้างได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการเลือกลูกจ้าง และในกรณีที่ตนต้องจัดหาเครื่องมือเครื่องใช้หรือควบคุมกิจการงานนั้น ตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการจัดหาและควบคุมดูแล หรือความเสียหายย่อมเกิดขึ้นได้แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้น"[104]

โดยเงื่อนไขความรับผิดของนายจ้างเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นจะมีหลักเกณฑ์กล่าวคือ 1) จะต้องมีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างในขณะที่ลูกจ้างทำละเมิด 2) ความเสียหายเกิดจากลูกจ้างได้กระทำในหน้าที่การงานของตน และ 3) กฎหมาย**สหพันธสาธารณรัฐ**เยอรมันนีเปิดโอกาสให้นายจ้างนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานความผิดได้

สำหรับความรับผิดของคู่สัญญาอิสระหรือจ้างทำของนั้น กฎหมายเยอรมันไม่ได้บัญญัติความรับผิดของผู้ว่าจ้างทำของแยกออกมาต่างหาก ความรับผิดของผู้ว่าจ้างทำเองเป็นความผิดเพื่อการกระทำของตนเอง โดยหลักแล้วผู้จ้างทำของหรือคู่สัญญาอิสระไม่ต้องรับผิดในการกระทำที่เขาได้มอบหมายให้ผู้อื่น แต่ผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดถ้ามีความประมาทในการเลือกผู้รับจ้าง และถ้าปรากฏว่าการควบคุมดูแลของเขามีความบกพร่องในการดูแลรับจ้าง ความรับผิดนี้จึงเป็นความรับผิดเนื่องจากผู้ว่าจ้างเป็นผู้กระทำผิดโดยด้วยตนเอง แต่อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นที่ผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิด ซึ่งผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดเสมือนว่าเป็นนายจ้าง[105] นักกฎหมายเยอรมันได้พัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องนี้ให้เหมือนกับกฎหมายคอมมอลลอว์ โดยนายจ้างหรือผู้รับจ้างจะต้องรับผิดแม้ว่าตนจะมิได้กระทำผิดหน้าที่ก็ตาม และไม่คำนึงถึงหลักการควบคุม กรณีเช่น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการก่อสร้างอาคารอันทำให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนรำคาญในการกระทำของผู้รับจ้าง โดยศาลเยอรมันได้ตัดสินเป็นบรรทัดฐานว่า ถ้ากิจการที่มอบหมายหรือก่อสร้างอาคารที่ผู้ว่าจ้างกระทำ

---

[104]ไพจิตร ปุญญพันธ์. (2507). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ความรับผิดในผลแห่งละเมิดของลูกจ้างในทางการที่จ้าง**. อุบลราชธานี : โรงพิมพ์อีสานการพิมพ์. หน้า 97.

[105]ไพจิตร ปุญญพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 104 หน้า 99.

นั้นเป็นคาดเห็นได้ว่ามีความเสี่ยงภัยที่จะเกิดอันตรายเป็นพิเศษได้ ผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดในความเสียหายนั้น หลักความเสี่ยงภัยที่จะเกิดอันตรายเป็นพิเศษได้ขยายไปถึงความรับผิดของโรงงานเคมีที่ได้ทำสัญญาว่าจ้างผู้เชียวชาญพิเศษ (คู่สัญญาอิสระ) ทำการกำจัดสารเคมีหรือโยกย้ายสารเคมี ผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้รับจ้างนั้น แม้ว่าตนเองจะไม่มีความผิดในการคัดเลือกผู้รับจ้างก็ตาม ความรับผิดในการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ ตามกฎหมายถือว่าเป็นความรับผิดเด็จขาด

เมื่อนำหลักการดังกล่าวมาพิจารณาประกอบเกี่ยวกับความรับผิดของโรงพยาบาลและแพทย์แล้ว จะเห็นว่าศาลเยอรมันได้นำหลักควบคุมมาใช้เป็นเกณฑ์การทดสอบความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับโรงพยาบาลแต่หลักการควบคุมของกฎหมายเยอรมันนั้นมีระดับการควบคุมที่เข้มข้นน้อยกว่าลูกจ้างทั่วไปกล่าวคือเพียงแต่โรงพยาบาลมีสิทธิที่จะให้แพทย์คนใดทำงานในโรงพยาบาลและกำหนดตำแหน่งหน้าที่ว่าให้อยู่ในแผนกใดรวมทั้งมีสิทธิกำหนดแนวทางเบื้องต้นเกี่ยวกับขั้นตอนการรักษาผู้ป่วยเพียงเท่านั้นก็ถือได้ว่ามีอำนาจควบคุมตามมาตรา 831 BGB แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดมีอำนาจควบคุมสั่งการในวิธีการสั่งการรักษาซึ่งสามารถเทียบเคียงได้กับหลักกฎหมายของอังกฤษในคดีCassidy v. Ministy of Health (1951)[106]ที่ได้วางหลักไว้ว่า "การที่โรงพยาบาลมีอำนาจที่จะรับหรือไม่รับลูกจ้างเข้าทำงานก็เป็นเหตุผลเพียงที่นายจ้างจะต้องรับผิดแม้นายจ้างจะไม่อาจควบคุมการทำงานของลูกจ้างได้ก็ตาม" หรือกรณีที่โจทก์ฟ้องโรงพยาบาลเป็นจำเลยเนื่องจากได้รับบาดเจ็บจากการเข้ามารับการรักษาพยาบาล โดยปกติของการรักษาพยาบาลจะมีความเสียงในการปฏิบัติงาน แต่โรงพยาบาลมิได้แจ้งเหตุให้โจทก์ทราบ ข้อเท็จจริงคดีนี้ได้ความว่า โจทก์เป็นผู้ป่วยโรคประสาทอักเสบของคลีนิคในโรงพยาบาลMunicipleในระหว่างวันที่ 2 มีนาคม 1951 ถึงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 1952 โจทก์มีอาการคิดทบทวนไปมาในช่วงเวลาที่มีความเหงาเศร้าซึมในวันที่ 24 มีนาคม 1951 โจทก์ได้รับการรักษาโดยใช้ electronic shock อีกครั้งหนึ่ง ผลของการนั้นทำให้โจทก์ได้รับความทรมานจากการที่ข้อกระดูกสันหลังข้อที่ 12 ยุบตัวลง โจทก์จะกลับมาฟื้นตัวอีกครั้งโดยจะต้องนอนพักภายใน 6 เดือนครึ่ง ในระหว่างนั้นโจทก์มีสิทธิเป็นอัมพาตได้ และโจทก์ต้องทรมานจากลำไส้และโรคหัวใจ แพทย์ของสำนักงานประกันสังคมให้ความเห็นว่าโจทก์ ไม่สามารถทำงานได้ จำเลยยกข้อต่อสู้นำสืบหักล้างความรับผิดตามมาตรา 831 ได้สำเร็จ

ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่าโจทก์ได้รับความเสียหายจากการกระทำของโรงพยาบาลจำเลย จำเลยมีความผิดตามมาตรา 831 และมีความผิดตามมาตรา 823 วรรคหนึ่งสำหรับความผิดในการกำหนดแนวทางปฏิบัติของแพทย์ในการปฏิบัติหน้าที่รักษาผู้ป่วยซึ่งมีหน้าที่จะต้องแจ้งเตือนอันตรายจากความเสี่ยงและอธิบายเหตุผลแก่ผู้ป่วยศาลสูงแห่งสหพันธรัฐพิพากษายืนตามศาล

---

[106]เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 123.

อุทธรณ์โดยให้เหตุผลว่าผู้ป่วยมีสัญญารักษาพยาบาลกับโรงพยาบาลเมื่อโรงพยาบาลใช้แพทย์เป็นผู้ชำระหนี้แทนตนเมื่อแพทย์กระทำโดยประมาทโรงพยาบาลก็ต้องรับผิดต่อผู้ป่วยตามมาตรา 278BGB

ตามที่ศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินให้โรงพยาบาลร่วมรับผิดกับแพทย์นั้นเนื่องมาจากการที่ฝ่ายบริหารได้กำหนดการปฏิบัติงานของแพทย์ให้กระทำงานใดได้อยู่ในความหมายของมาตรา 831 BGB จำเลยมีสิทธิที่จะเลือกให้แพทย์แต่ละคนปฏิบัติหรือไม่ก็ได้ทั้งมีสิทธิควบคุมสั่งการให้คลินิกของตนกำหนดแนวทางและการควบคุมแพทย์ได้จึงต้องรับผิดสำหรับความประมาทในการกำหนดการปฏิบัติงานและหน้าที่ของแพทย์ในการเปิดเผยข้อมูลเห็นได้ชัดว่าโรงพยาบาลหรือฝ่ายบริหารจำเลยมีอำนาจในการกำหนดการปฏิบัติและการแจ้งข้อมูลของแพทย์ได้จึงเท่ากับมีสิทธิในการควบคุมสั่งการจำเลยจึงต้องรับผิดสำหรับการควบคุมนั้นและสำหรับการเพิกเฉยที่จะกำหนดแนวทางของแพทย์ในการบอกข้อมูลความเสี่ยงให้แก่ผู้ป่วย

3.4 เปรียบเทียบกฎหมายในการให้ความคุ้มครองแก่การให้บริการทางการแพทย์ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อพิจาณาการคุ้มครองการให้บริการทางการแพทย์ของประเทศอังกฤษแล้ว พบว่าเดิมกฎหมายของประเทศอังกฤษได้นำหลักควบคุม (control test) มาใช้เป็นเกณฑ์การทดสอบความรับผิดของโรงพยาบาลอันเนื่องมาจากการกระทำผิดของแพทย์ เพราะถือโรงพยาบาลในประเทศอังกฤษก่อตั้งขึ้นโดยกองทุนการกุศล ดังนั้น โรงพยาบาลจึงเป็นสถาบันที่ได้รับความคุ้มครองจากความผิดทางกฎหมายเป็นอย่างมาก โดยโรงพยาบาลมีหน้าที่เพียงจัดหาแพทย์ที่มีความเชียวชาญหรือมีความชำนาญเพื่อมาทำการรักษาเท่านั้น โรงพยาบาลจึงไม่มีฐานะเป็นเป็นนายจ้างของแพทย์เนื่องจากไม่อาจควบคุมสั่งการแพทย์ได้ ต่อมาการเข้ารักษาในโรงพยาบาลเริ่มมีการเก็บค่ารักษาพยาบาลและผู้ป่วยมีความคาดหวังว่าจะได้รับการรักษาพยาบาลที่ดีด้วย ดังนั้น แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดของโรงพยาบาลจึงเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ ได้มีการนำหลักการเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรมาพิจารณาเพื่อกำหนดความรับผิดของโรงพยาบาล ซึ่งหากเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายจากการรักษาพยาบาลแล้วนั้น จะใช้หลักของความรับผิดในเรื่องละเมิดและสัญญามาใช้บังคับ โดยความรับผิดของโรงพยาบาลและแพทย์ที่ทำการรักษาต่อผู้ป่วยนั้นจะพิจารณาถึงผู้ว่าจ้างที่เป็นโรงพยาบาลในการกระทำของแพทย์ผู้รับจ้างว่าแพทย์นั้นเป็นลูกจ้างหรือตัวแทนทั่วไปหรือเป็นลูกจ้างหรือตัวแทนอิสระ โดยหลักทั่วไปแล้ว ผู้ว่าจ้างไม่ต้องรับผิดในการกระทำของลูกจ้างอิสระหรือตัวแทนที่รับจ้างอิสระซึ่งมิใช่ลูกจ้างในการทำงานของเขาเองที่รับจ้าง ความรับผิดของผู้ว่าจ้าง

ต่อการกระทำละเมิดของผู้รับจ้างอิสระไม่เป็นความรับผิดเพื่อบุคคลอื่น หลักในการพิจารณาหน้าที่ของผู้ว่าจ้างจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงของงานที่ได้รับมอบหมายให้แก่ผู้รับจ้างในขอบเขตของงานได้มีการกระทำใดๆ เพื่อเป็นการป้องกันเหตุที่จะเกิดขึ้นได้เพียงใดหรือไม่ จึงเป็นหน้าที่ของผู้ว่าจ้างที่ต้องวางเกณฑ์หรือระเบียบกับการทำงานเพื่อป้องกันเหตุอันเกิดจากการทำงานที่ดีรับจ้างนั้น[107] หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าโรงพยาบาลจะต้องร่วมรับผิดกับแพทย์หรือไม่ จะต้องไม่คำนึงว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างอิสระ หรือมีเวชปฏิบัติส่วนตัว ถ้าหากแพทย์หรือเจ้าหน้าที่อื่นๆปฏิบัติหน้าที่ในโรงพยาบาลในลักษณะที่เป็นส่วนหนึ่งของโรงพยาบาล โรงพยาบาลก็ต้องรับผิดในการกระทำของแพทย์หรือเจ้าหน้าที่อื่นๆนั้น โรงพยาบาลจะปฏิเสธไม่ได้ว่าตนเองมีหน้าที่เพียงจัดหาแพทย์มารักษา[108]

ส่วนการให้ความคุ้มครองแก่การให้บริการทางการแพทย์ของ**สหพันธสาธารณรัฐ**เยอรมันนีนั้นเป็นไปตามหลักกฎหมายเรื่องละเมิด ภายใต้หลักเกณฑ์ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 ภายใต้เงื่อนไขที่ว่านายจ้างเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นต่อเมื่อ 1) จะต้องมีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างในขณะที่ลูกจ้างทำละเมิด 2) ความเสียหายเกิดจากลูกจ้างได้กระทำในหน้าที่การงานของตน เมื่อพิจารณาถึงความรับผิดของคู่สัญญาอิสระหรือจ้างทำของนั้น กฎหมายเยอรมันไม่ได้บัญญัติความรับผิดของผู้ว่าจ้างทำของแยกออกมาต่างหาก ความรับผิดของผู้ว่าจ้างทำเองเป็นความผิดเพื่อการกระทำของตนเอง โดยหลักแล้วผู้จ้างทำของหรือคู่สัญญาอิสระไม่ต้องรับผิดในการกระทำที่เขาได้มอบหมายให้ผู้อื่น แต่ผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดถ้ามีความประมาทในการเลือกผู้รับจ้าง และถ้าปรากฏว่าการควบคุมดูแลของเขามีความบกพร่องในการดูแลรับจ้าง ความรับผิดนี้จึงเป็นความรับผิดเนื่องจากผู้ว่าจ้างเป็นผู้กระทำผิดโดยด้วยตนเอง ประมวลกฎหมายแพ่งของ**สหพันธสาธารณรัฐ**เยอรมันนีได้พัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดในลักษณะการก่อให้เกิดความเดือกร้อนรำคาญ ตามกฎหมายถือว่าเป็นความรับผิดเด็ดขาด และเมื่อนำหลักการดังกล่าวมาพิจารณาประกอบเกี่ยวกับความรับผิดของโรงพยาบาลและแพทย์แล้ว จะเห็นว่าศาลเยอรมันได้นำหลักควบคุมมาใช้เป็นเกณฑ์การทดสอบความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับโรงพยาบาล แต่หลักการควบคุมของกฎหมายเยอรมันนั้นมีระดับการควบคุมที่เข้มข้นน้อยกว่าลูกจ้างทั่วไป กล่าวคือเพียงแต่โรงพยาบาลมีสิทธิที่จะให้แพทย์คนใดทำงานในโรงพยาบาลและกำหนดตำแหน่งหน้าที่ว่าให้อยู่ในแผนกใดรวมทั้งมีสิทธิกำหนดแนวทางเบื้องต้นเกี่ยวกับขั้นตอนการรักษาผู้ป่วย

---

[107]คดี Hillyer v. The Founders of St. Bartholomew's Hospital. อ้างใน อุทิศ วีรวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 100. หน้า 370.

[108]คดี Gold v. Essex County Council 1942.อ้างใน เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 118.

เพียงเท่านั้นก็ถือได้ว่ามีอำนาจควบคุมตามมาตรา 831 BGB แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดมีอำนาจควบคุมสั่งการในวิธีการสั่งการรักษา

จากการพิจารณาการคุ้มครองการให้บริการทางการแพทย์ของประเทศอังกฤษและ**สหพันธสาธารณรัฐ**เยอรมันนีแล้ว พบว่าความรับผิดของโรงพยาบาลและแพทย์ผู้ทำการรักษาของประเทศอังกฤษและ**สหพันธสาธารณรัฐ**เยอรมันนีนั้น ได้นำเอาหลักของการควบคุมจะพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างโรงพยาบาลและแพทย์ผู้ทำการรักษา มาพิจารณาถึงความรับผิดของโรงพยาบาลว่าจะเป็นความรับผิดเพื่อบุคคลอื่นหรือไม่เช่นเดียวกับทั้งสองประเทศ แต่กฎหมายแพ่งของเยอรมันได้ขยายหลักการดังกล่าวนี้ออกไปถึงกรณีที่หากเป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญที่เกิดกับสาธารณะชนโดยรวมแล้วถือว่าเป็นความรับผิดเด็จขาดอันเป็นข้อยกเว้นของหลักการควบคุม เช่น โรงงานเคมีที่ได้ทำสัญญาว่าจ้างผู้เชียวชาญพิเศษ (คู่สัญญาอิสระ) ทำการกำจัดสารเคมีหรือโยกย้ายสารเคมี ผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้รับจ้างนั้น แม้ว่าตนเองจะไม่มีความผิดในการคัดเลือกผู้รับจ้างก็ตาม เป็นต้น

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองการให้บริการทางการแพทย์ของประเทศไทยนั้น หากพิจารณาถึงขั้นตอนที่เกิดความเสียหายจากการรักษาพยาบาลดังเช่นที่กล่าวมาในประเทศอังกฤษและ**สหพันธสาธารณรัฐ**เยอรมันนีแล้วนั้น ในประเทศไทยเองมีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้โดยตรงเช่นเดียวกัน ก็คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ซึ่งวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดของนายจ้างและลูกจ้างเช่นเดียวกันกับกฎหมายของประเทศอังกฤษและ**สหพันธสาธารณรัฐ**เยอรมันนีกล่าวคือ ความรับผิดของโรงพยาบาลร่วมกับแพทย์คู่สัญญาอิสระภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตร 425 ประกอบมาตรา 427[109] ที่ยังครอบคลุมไปไม่ถึงโรงพยาบาลเอกชนจะรับผิดเฉพาะการกระทำละเมิดของแพทย์ที่เป็นลูกจ้างเท่านั้น และหลักเกณฑ์การทดสอบความเป็นลูกจ้าง ศาลในประเทศไทยใช้หลักการควบคุมเช่นเดียวกันกับประเทศอังกฤษและ**สหพันธสาธารณรัฐ**เยอรมันนีตามที่กล่าวมาก่อนหน้านี้ ดังนั้น จึงมีปัญหาว่าหากแพทย์คู่สัญญาอิสระกระทำละเมิดโรงพยาบาลจะต้องร่วมรับผิดด้วยหรือไม่ จากการศึกษาพบว่า โรงพยาบาลเอกชนที่ได้จัดให้มีแพทย์คู่สัญญาอิสระจำนวนมากมาทำการรักษาพยาบาลในโรงพยาบาล โดยแพทย์คู่สัญญาอิสระมีอยู่หลายกรณี ได้แก่ แพทย์ที่มาทำการรักษาบางเวลาที่ไม่แน่นอน แพทย์ที่มาทำการรักษาเป็นการเฉพาะราย แพทย์ที่เปิดคลินิกส่วนตัวนอกโรงพยาบาลและนำผู้ป่วยมาทำการ

---

[109]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 "นายจ้างต้องร่วมรับผิดกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง"และมาตรา 427 "ผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องรับผิดเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่ว่าจ้าง เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนการงานที่สั่งให้ทำหรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้หรือในการเลือกหาผู้ว่าจ้าง"

รักษาในโรงพยาบาล แพทย์ที่รักษาในแผนกฉุกเฉิน และแพทย์ผู้ให้คำปรึกษาอยู่ภายนอก สำหรับความรับผิดของโรงพยาบาลจากการระทำของแพทย์คู่สัญญาอิสระจากการศึกษาพบว่า โรงพยาบาลจะต้องรับผิดไม่จำกัดเฉพาะในฐานะนายจ้างเท่านั้น โรพยาบาลอาจจะต้องรับผิดในฐานอื่นตามลักษณะของแพทย์คู่สัญญาอิสระแต่ละประเภท คือ ความรับผิดในฐานะตัวแทนโดยปริยาย ได้แก่ แพทย์ที่มาทำการรักษาบางเวลาที่ไม่แน่นอน แพทย์ที่มาทำการรักษาเฉพาะตามที่โรงพยาบาลเป็นผู้ร้องขอ ความรับผิดในฐานะตัวแทนเชิด ได้แก่ แพทย์ที่เปิดคลินิกพิเศษนอกเวลาทำการ แพทย์ที่รักษาในแผนกฉุกเฉิน ความรับผิดในฐานะผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ ได้แก่ แพทย์ที่มาทำการรักษาบางเวลาที่ไม่แน่นอน แพทย์ที่เปิดคลินิกพิเศษนอกเวลาทำการ แต่ในกรณีที่เป็นแพทย์คู่สัญญาอิสระโดยแท้โรงพยาบาลก็ไม่ต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของแพทย์ ได้แก่ แพทย์ที่มาทำการรักษาเฉพาะรายโดยผู้ป่วยหรือญาติได้ร้องขอให้มาทำการรักษา แพทย์ที่เปิดคลินิกส่วนตัวนอกโรงพยาบาลและนำผู้ป่วยมาทำการรักษาในโรงพยาบาลโดยผู้เลือกที่จะรักษากับแพทย์ที่คลินิกก่อน และแพทย์ผู้ให้คำปรึกษาอยู่ภายนอก โรงพยาบาลไม่ต้องรับผิดเพราะเหตุที่ผู้ป่วยเลือกแพทย์ผู้รักษาด้วยตนเองจึงรู้อยู่ว่าแพทย์ผู้นั้นไม่ใช้ตัวแทนหรือลูกจ้างของโรงพยาบาล

จึงเห็นได้ว่า ความรับผิดของโรงพยาบาลในการกระทำละเมิดของแพทย์ไม่จำกัดเฉพาะในฐานะนายจ้างเท่านั้น โรงพยาบาลจึงอาจจะรับผิดในฐานอื่นด้วย ในการพิจารณาความรับผิดของโรงพยาบาลภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะพิจารณาจากหลักสำคัญดังนี้[110]

1) ผู้ป่วยมีสิทธิเลือกแพทย์ผู้ทำการรักษาด้วยตนเองหรือไม่

ถ้าผู้ป่วยมีสิทธิเลือกแพทย์ ผู้ป่วยก็อยู่ในฐานะของบุคคลภายนอกที่เห็นปรากฏว่าการแสดงออกของการรักษาพยาบาลของแพทย์ผู้นั้นเป็นลูกจ้างของโรงพยาบาล ซึ่งถือว่าเป็นตัวแทนเชิดได้ แต่ผู้ป่วยตั้งใจจะทำสัญญากับแพทย์โดยตรงมิได้ทำสัญญาจ้างบริการกับโรงพยาบาลโดยตรง และแพทย์ผู้นั้นได้แสดงให้ปรากฏออกชัดว่าได้กระทำในนามของตนเอง ดังนั้นก็จะไม่ถือว่าเป็นตัวแทนของระบบแต่มีพฤติการณ์เห็นเป็นเบื้องต้นว่า แพทย์ได้รักษาอยู่ในโรงพยาบาลและผู้ป่วยไม่มีสิทธิเลือกแพทย์ด้วยตนเอง จึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการรักษาพยาบาลในนามของโรงพยาบาลที่จะยึดถือว่าเป็นตัวแทนเชิดได้ เว้นแต่จะปรากฏเหตุเป็นอย่างอื่น เพราะในความสัมพันธ์กันแท้จริงระหว่างแพทย์กับโรงพยาบาลเป็นการยากที่บุคคลภายนอกจะทราบได้ซึ่งต้องถือตามพฤติการณ์ที่ปรากฏออกมาแก่บุคคลภายนอก

2) แพทย์คู่สัญญาอิสระทำการรักษาได้มีข้อตกลงแบ่งรายได้กับโรงพยาบาลหรือไม่

---

[110]ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์.อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 94 หน้า 174.

ถ้าแพทย์คู่สัญญาอิสระทำการรักษาพยาบาลโดยเปิดคลินิกพิเศษในโรงพยาบาลหรือใช้สถานที่ของโรงพยาบาลมีเวชปฏิบัติอื่นๆ เช่น การผ่าตัด และมีข้อตกลงแบ่งรายได้จากค่ารักษาพยาบาลผู้ป่วยระหว่างกัน โดยแพทย์จะเป็นผู้กำหนดอัตราค่าบริการและโรงพยาบาลเป็นผู้เรียกเก็บค่ารักษาพยาบาลจากผู้ป่วยแล้วนำมาแบ่งให้แพทย์ดังกล่าวเป็นลักษณะสัญญาห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นเอง

3) แพทย์ที่นำผู้ป่วยเข้ามาทำการรักษาในโรงพยาบาลเองหรือไม่

ถ้าผู้ป่วยทำการรักษากับแพทย์ผู้รักษาในคลินิกของแพทย์ภายนอกโรงพยาบาลอยู่แล้วนั้นหรือกรณีผู้ป่วยทำการรักษากับแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐอยู่แล้ว แต่เมื่อจะทำการผ่าตัดหรือรักษาโดยใช้เครื่องมือแพทย์หรือเข้าพักในโรงพยาบาล ในคลินิกไม่อาจนอนพักหรือรักษาได้ หรือในโรงพยาบาลรัฐเตียงไม่ว่างก็จะนำผู้ป่วยมารักษาในโรงพยาบาลเอกชนจะเห็นได้ว่า กรณีผู้ป่วยมีนิติสัมพันธ์ในสัญญาจ้างบริการกับแพทย์โดยตรง มิได้มีความสัมพันธ์กับโรงพยาบาลเอกชน จึงเป็นกรณีที่จะถือว่าเป็นตัวแทนเชิดไม่ได้ และจะถือว่าเป็นหุ้นส่วนกันก็มิได้ เพราะโรงพยาบาลมิได้มีความสัมพันธ์ใดๆกับผู้ป่วยเลย

แต่อย่างไรก็ตามการคุ้มครองที่กล่าวมานั้นเป็นการคุ้มครองในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อร่างกายจากการได้รับการบริการทางแพทย์แล้ว แต่หากพิจาณาไปถึงการความคุ้มครองแก่การให้บริการทางการแพทย์เกี่ยวกับค่ารักษาพยาบาล แม้ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่คอยควบคุมเกี่ยวกับค่ารักษาพยาบาลก็ตาม กฎหมายที่สามารถนำมาพิจารณาเพื่อให้ความคุ้มครองในเรื่องของค่ารักษาพยาบาลที่แพงได้แก่ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2541 ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้นั้นกำหนดมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยในการให้ได้รับการรักษาพยาบาลอย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งมีมาตรการที่คอยกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้ปฏิบัติหน้าอย่างมีคุณธรรมและจริยธรรม แม้มิได้มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดมาตรการที่ควบควบคุมเกี่ยวกับการจัดเก็บค่ารักษาพยาบาลเอาไว้แต่อย่างใดชัดเจนก็ตาม ดังนั้น ปัญหาเกี่ยวกับเรื่องค่ารักษาพยาบาลที่แพงเกินความจำเป็นและผู้ป่วยจะต้องแบกรับภาระดังกล่าวนี้ ควรนำมาพิจารณาเพื่อหามาตรการในแก้ปัญหาและการช่วยเหลือผู้ป่วยโดยอาศัยหลักกฎหมายต่างๆที่กล่าวมาให้เป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ผู้เขียนจะพิจารณาถึงหลักความรับผิดของบุคลากรทางการแพทย์ การคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยและสิทธิของญาติผู้ป่วยการจำกัดความรับผิดของโรงพยาบาลและบุคลากรทางการแพทย์มาตรฐานความระมัดระวังในการให้บริการทางการแพทย์ของโรงพยาบาล และมาตรการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการรักษาพยาบาลโดยแยกพิจารณาเป็นลำดับดังต่อไปนี้

3.4.1 ความรับผิดของบุคลากรทางการแพทย์ในกรณีที่เกิดความเสียหายจากการรักษาพยาบาลตามพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

ความรับผิดตามกฎหมายพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 นี้ เป็นความรับผิดที่มิใช่ต่อผู้เสียหายโดยตรง แต่เป็นความรับผิดต่อผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันเอง กล่าวคือ เป็นการควบคุมทางวิชนชีพของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยมีแพทย์สภาที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อควบคุมการประกอบวิชาชีพและควบคุมความพฤติทางจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพให้ดำรงไปอย่างถูกต้องเหมาะสม แม้กฎหมายจะมิได้กำหนดให้ความรับผิดที่เกิดขึ้นเป็นเหตุให้ผู้ประกอบวิชาชีพต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือถูกลงโทษทางอาญา แต่เป็นความรับผิดที่เป็นเหตุให้ผู้ประกอบวิชาชีพนั้นไม่อาจจะประกอบวิชาชีพได้อีกต่อไป ซึ่งโทษที่ผู้ประกอบวิชาชีพจะได้รับก็คือ การว่ากล่าวตักเตือน ภาคภาคทัณฑ์ การพักใช้ใบอนุญาตมีกำหนดเวลาตามที่เห็นสมควรแต่ไม่เกินสองปี หรือการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม ทั้งนี้ตามความหนักเบาของพฤติการณ์หรือความรุนแรงของความเสียหายซึ่งผู้เขียนจะพิจารณาโดยสังเขป ดังนี้

ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของแพทย์นั้นตามพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีเวชกรรมนั้นต้องประกอบวิชาชีพของตนด้วยจริยธรรม เนื่องจากว่าการประกอบวิชาชีพในลักษณะนี้นั้นเป็นการประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับชีวิตร่างกาย และอนามัยของมนุษย์ ดังที่บัญญัติเอาไว้ในพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525มาตรา 31 ความว่า "ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภา" จากมาตรา 31 ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการรักษาจริยธรรมนั้นมิได้กำหนดเอาในพระราชบัญญัตินี้ แต่ถูกกำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวต่อไป

สำหรับกรณีที่แพทย์ผู้ทำการรักษาได้ประพฤติผิดเกี่ยวกับจริยธรรมการประกอบวิชาชีพแล้วบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเพราะการประพฤติผิดจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใด มีสิทธิกล่าวหาผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้นโดยทำเรื่องยื่นต่อแพทยสภา[111] และเมื่อแพทยสภาได้รับเรื่องการกล่าวหาหรือการกล่าวโทษตามมาตรา 32 ให้แพทยสภาทำการพิจารณาเรื่องที่ได้รับการร้องเรียนมาจากผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยไม่ชักช้า[112]

เมื่อคณะกรรมการ[113]ได้รับรายงานและความเห็นของคณะผู้ทำการพิจารณาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมแล้วให้คณะกรรมการพิจารณารายงาน และความเห็นดังกล่าวแล้วมีมติอย่างใด

---

[111]มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

[112]มาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

[113]มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

อย่างหนึ่งดังต่อไปนี้(1) ให้คณะอนุกรรมการจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเพื่อเสนอให้คณะกรรมการพิจารณา(2) ให้คณะอนุกรรมการสอบสวนทำการสอบสวนในกรณีที่เห็นว่าข้อกล่าวหาหรือข้อกล่าวโทษนั้นมีมูล(3) ให้ยกข้อกล่าวหาหรือข้อกล่าวโทษในกรณีที่เห็นว่าข้อกล่าวหาหรือข้อกล่าวโทษนั้นไม่มีมูล[114]

เมื่อคณะกรรมการได้รับสำนวนการสอบสวนและความเห็นของคณะอนุกรรมการสอบสวนแล้ว ให้คณะกรรมการพิจารณาสำนวนการสอบสวนและความเห็นวินิจฉัยชี้ขาดอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) ยกข้อกล่าวหาหรือข้อกล่าวโทษ

(2) ว่ากล่าวตักเตือน

(3) ภาคทัณฑ์

(4) พักใช้ใบอนุญาตมีกำหนดเวลาตามที่เห็นสมควรแต่ไม่เกินสองปี

(5) เพิกถอนใบอนุญาต[115]

ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาตตามความในมาตรา 39 (4) มีผลให้แพทย์นั้นเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามพระราชบัญญัตินี้[116]นับแต่วันที่คณะกรรมการสั่งพักใช้ใบอนุญาตนั้น

ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งอยู่ในระหว่างถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาตผู้ใดถูกศาลพิพากษาลงโทษตามมาตรา 43[117]และคดีถึงที่สุดแล้ว ให้คณะกรรมการสั่งเพิกถอนใบอนุญาต[118]

---

[114]มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

[115]มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

[116]พระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4"ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม" หมายความว่า บุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา"

[117]พระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 43 " ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 26 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ" ประกอบมาตรา26 "มาตรา 26 ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือแสดงด้วยวิธีใดๆ ว่าพร้อมที่จะประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยมิได้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) การประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่กระทำต่อตนเอง

(2) การช่วยเหลือเยียวยาผู้ป่วยตามศีลธรรมโดยไม่รับสินจ้างรางวัล แต่การช่วยเหลือเยียวยาดังกล่าวต้องมิใช่เป็นการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสสารใดๆ เข้าไปในร่างกายของผู้ป่วย การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือระงับความรู้สึก หรือการให้ยาอันตราย ยาควบคุมพิเศษ วัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทหรือยาเสพติดให้โทษ ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น แล้วแต่กรณีแก่ผู้ป่วย

ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งถูกสั่งเพิกถอนใบอนุญาตตามมาตรา 39 (5) แห่งพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525ที่ถือได้ว่าเป็นโทษสูงสุดตามพระราชบัญญัตินี้ อาจขอรับใบอนุญาตอีกได้เมื่อพ้นสองปีนับแต่วันถูกสั่งเพิกถอนใบอนุญาต แต่เมื่อคณะกรรมการได้พิจารณาคำขอรับใบอนุญาตและปฏิเสธการออกใบอนุญาต ผู้นั้นจะยื่นคำขอรับใบอนุญาตได้อีกต่อเมื่อสิ้นระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่คณะกรรมการปฏิเสธการออกใบอนุญาต ถ้าคณะกรรมการปฏิเสธการออกใบอนุญาตเป็นครั้งที่สองแล้ว ผู้นั้นเป็นอันหมดสิทธิขอรับใบอนุญาตอีกต่อไป[119]

นอกจากนั้นพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการควบคุมการประกอบวิชาชีพของแพทย์เอาไว้อย่างกว้างๆ ดังที่กล่าวมา แพทย์สภาอาศัยยังได้อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 21 (3) (ช) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ประกอบกับมาตรา 50 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเกี่ยวกับวิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรคการวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค และอื่นๆโดยกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์จะต้องปฏิบัติตนเกี่ยวกับจริยธรรมของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยทำการออกข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 โดยผู้เขียนจะ

---

(3) นักเรียน นักศึกษา หรือผู้รับการฝึกอบรม ในความควบคุมของสถาบันการศึกษาของรัฐบาล สถาบันการศึกษาที่รัฐบาลอนุมัติให้จัดตั้ง สถาบันทางการแพทย์ของรัฐบาล สถาบันการศึกษาหรือสถาบันทางการแพทย์อื่นที่คณะกรรมการรับรอง ที่กระทำการฝึกหัดหรือฝึกอบรมวิชาชีพเวชกรรม หรือการประกอบโรคศิลปะภายใต้ความควบคุมของเจ้าหน้าที่ผู้ฝึกหัด หรือผู้ให้การฝึกอบรม ซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือผู้ประกอบโรคศิลปะ

(4) บุคคลซึ่งกระทรวง ทบวง กรม กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา องค์การบริหารส่วนจังหวัดเทศบาล สุขาภิบาล องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา หรือสภากาชาดไทยมอบหมายให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม หรือประกอบโรคศิลปะในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม หรือผู้ประกอบโรคศิลปะในสาขานั้นๆ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

(5) ผู้ประกอบโรคศิลปะซึ่งประกอบโรคศิลปะตามข้อจำกัด และเงื่อนไขตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการประกอบโรคศิลปะ

(6) การประกอบวิชาชีพเวชกรรมของที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญของทางราชการซึ่งมีใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมของต่างประเทศ ทั้งนี้ โดยอนุมัติของคณะกรรมการ

(7) การประกอบโรคศิลปะของที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญของทางราชการ ซึ่งมีใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะของต่างประเทศ ทั้งนี้ โดยอนุมัติของคณะกรรมการควบคุมการประกอบโรคศิลปะ

[118]มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

[119]มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

กล่าวถึงเฉพาะหมวด 4 การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น ซึ่งในหมาดนี้จะกล่าวถึงการปฏิบัติงานหรือการดำเนินการรักษาของแพทย์ภายใต้กรอบพระราชบัญญัตินี้ กล่าวคือ

ตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ได้กำหนดเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้ทั้งหมด 11 หมวด 62 ข้อ ซึ่งในหมวด 4 นั้นมีข้อบังคับ เกี่ยวกับประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีทั้งหมด15 ข้อ โดยมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับงานสารนิพนธ์เล่มนี้อยู่ทั้งหมดดังนี้

สำหรับมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุดในสถานการณ์นั้นๆ ภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วิสัย และพฤติการณ์ที่มีอยู่[120]

ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่ประกอบวิชาชีพโดยไม่คำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ป่วย[121]

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้มิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้เป็นพิเศษหรือเป็นการชัดเจนแต่อย่างใด มีเพียงการกำหนดหน้าที่ของแพทยสภาไว้ว่าให้มีหน้าที่ควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพให้ถูกต้องตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม[122] เท่านั้น นอกจากนี้เมื่อพิจารณาข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ก็พบว่ามิได้มีการกำหนดมาตรฐานแห่งวิชาชีพเอาไว้แต่อย่างใดเช่นเดียว เพียงกำหนดไว้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุดและพยายามให้ผู้ป่วยพ้นจากอาการทรมานจากโรค และต้องไม่ประกอบวิชาชีพโดยไม่คำนึงถึงความปลอดภัยและความสิ้นเปลืองของผู้ป่วย จึงเห็นได้ว่าในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นกฎหมายมิได้กำหนดมาตรฐานแห่งวิชาชีพหรือมาตรฐานความระมัดระวังไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักอักษรณ์ว่าอะไรคือมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือการรักษาพยาบาลของผู้ประกอบวิชาชีพอย่างไรที่ถือว่าเป็นการรักษาที่ได้มาตรฐานหรือไม่ได้มาตรฐาน

3.4.2 การจำกัดความรับผิดของโรงพยาบาลและบุคลากรทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

---

[120]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ข้อ 15

[121]ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ข้อ 22

[122]มาตรา 7 "แพทยสภามีวัตถุประสงค์ดังนี้ 1) ควบคุมการประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้ถูกต้องตามหลักจริยธรรมแห่งเวชกรรม....."

ในประเด็นเรื่องของการจำกัดความรับผิดนั้น โดยปกติแล้วหากกรณีที่เกิดความเสียสายหรือการสูญเสียอันเกิดการรักษาพยาบาลของแพทย์หรือบุคคลากรทางการแพทย์แล้วนั้น เป็นปกติที่แพทย์ผู้ทำการรักษาและโรงพยาบาลที่แพทย์ผู้นั้นทำงานในฐานะลูกจ้างของโรงพยาบาลจะต้องร่วมกันรับผิดในผลของการกระทำตามหลักในเรื่องของค่าสินไหมทดแทนตามความรับผิดทางละเมิดแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่อย่างไรก็ตาม ความรับผิดทางละเมิดดังกล่าวนั้นสามารถที่จะทำสัญญาเพื่อยกเว้นความรับผิดทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ โดยการทำสัญญายินยอมยกเว้นความรับผิดทางละเมิดได้

สำหรับความยินยอมนั้น ในทางกฎหมายมักจะออกมาในรูปแบบของนิติกรรมไม่ยอมรับผิดทางละเมิด ความยินยอมนั้นอาจแสดงออกมาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายโดยอาศัยการสังเกตพฤติการณ์ของให้ผู้ให้ความยินยอมนั้นเอง โดยทั่วๆ ไป นั้นจะสังเกตได้ว่าผู้ให้ความยินยอมนั้นให้ความยินยอมเพราะรู้เท่าไม่ถึงการณ์หรืออาจเพราะความจำเป็น ดังนี้[123]

1. ลงนามสัญญาโดยไม่ทราบว่ามีข้อกำหนดยกเว้นปรากฏในสัญญา

2. สัญญาประเภทสัญญาแบบมีเงื่อนไขนี้มีลักษณะอยู่อย่างหนึ่ง คือ เงื่อนไขในสัญญาทุกข้อจะไปโต้แย้งต่อรองไม่ได้ ถ้าไม่เห็นชอบด้วยแม้แต่ข้อเดียว ก็ต้องลงนามยินยอมหรือไม่ก็ไม่ต้องทำสัญญาเลย ด้วยเหตุนี้ผู้ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าก็จำต้องลงนาม

3. ในบางกรณีคนที่ลงนามให้ความยินยอมไม่รู้ข้อเท็จจริงของความเสี่ยงภัย เขาลงนามไปทั้งๆที่ไม่รู้ข้อเท็จจริงและคิดว่าคงไม่มีอัตราเสี่ยงสูง

4. ในบางกรณี ความจำเป็นในทางเศรษฐกิจบังคับให้ต้องลงนามสัญญา

เห็นได้ว่าผู้ให้ความยินยอมไม่ได้เต็มใจแม้แต่น้อย เหตุสำคัญของปัญหาจึงอยู่ที่ความไม่เต็มใจ ความไม่รู้ และความเสียเปรียบทางเศรษฐกิจ โดยหลักในการทำสัญญานั้นตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยใช้หลักของกฎหมายตามแบบฉบับของซีวิลลอว์ที่เรียกว่า "pactasunservanda" (สัญญาต้องเป็นสัญญา) แต่ตามหลักเรื่องนี้ต้องมีการแสดงเจตนา และความยินยอมที่มากกว่าการแสดงเจตนาหรือการประกาศเจตนา (will anddeclaration of will)[124]โดยทั่วไป

การแสดงเจตนานั้นไม่ว่าจะทำโดยไม่เต็มใจ ความไม่รู้ ความเสียเปรียบทางเศรษฐกิจ ความเห็นของนักนิติศาสตร์โดยทั่วไปกลับไม่ยอมใช้ปัจจัยต่างๆในเรื่องนี้เข้ามาพิจารณาเจตนาของผู้ทำสัญญาว่าได้แสดงเจตนาจริงๆหรือไม่ เพราะฉะนั้นการแก้ปัญหาข้อนี้จึงเป็นการยากและเป็นปัญหาที่จะต้องแก้โดยการใช้ประสบการณ์จากต่างประเทศเข้ามาช่วย

---

[123]ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์. 2544. ความรับผิดทางละเมิดต่อผู้ป่วยของโรงพยาบาลเอกชน. วิทนยานิพนธ์ นิติศาตรมหาบัณฑิต,คณะนิติศาสตร มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 103.

[124]เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13 หน้า 14.

มีหลักกฎหมายทั่วไปกล่าวไว้ว่า "Volenti non fit injuria" (that of which a man consents cannot be considered injury) ซึ่งมีความหมายว่า " ความยินยอมไม่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ทำให้เป็นละเมิด"[125]ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่แพร่หลาย หลายประเทศนำหลักนี้ไปใช้และเนื่องจากหลักความยินยอมเป็นหลักกฎหมายที่นำมาใช้เพื่อยกเว้นความผิด จึงมักไม่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับกฎหมายไทยที่ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลสามารถนำมาใช้ในการพิจารณาและตัดสินคดีได้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4[126]

หลักเกณฑ์ที่กฎหมายถือว่าเป็นการให้ความยินยอมนั้นใช้อ้างได้

1) ผู้ให้ความยินยอม ผู้ถูกกระทำต้องเข้าใจถึงการกระทำและผลของการให้ความยินยอม เช่น แดงยินยอมให้ดำตีศีรษะของตน เมื่อแดงเข้าใจถึงผลของการให้ความยินยอม ว่าแดงต้องได้รับบาดเจ็บถือว่าความยินยอมนั้นใช้ได้โดยไม่คำนึงถึงอายุหรือเพศผู้ให้ความยินยอมแต่อย่างใด ผู้ให้ความยินยอมต้องเป็นผู้มีจิตปกติและมีความรู้สึกนึกคิดในความเป็นเหตุเป็นผล แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเป็นผู้บรรลุนิติภาวะ อย่างไรก็ดีความยินยอมให้กระทำการบางอย่างผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถอาจไม่สามารถให้ความยินยอมตามลำพังได้ จึงต้องมีผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาลให้ความยินยอมแทน เช่น ยินยอมให้แพทย์ตัดขาทิ้งหรือรับการผ่าตัดรักษา เป็นต้น แต่ถ้าเป็นเรื่องส่วนตัวซึ่งผู้เยาว์สามารถเข้าใจในผลแห่งความยินยอมได้โดยลำพัง ผู้เยาว์นั้นก็ให้ความยินยอมเองได้

2) เวลาที่ให้ความยินยอมต้องให้ก่อนหรือขณะกระทำละเมิดและไม่จำกัดว่าจะต้องให้ก่อนล่วงหน้านานแค่ไหนแต่อย่างน้อยจะต้องมีอยู่เวลากระทำและมีอยู่ตลอดการกระทำนั้นตราบใดที่ยังไม่ถอนการให้ความยินยอมถือว่าความยินยอมนั้นยังคงใช้ได้อยู่และการบอกเลิกหรือถอนการให้ความยินยอมจะทำเมื่อใดก็ได้ แต่ควรอยู่ในระยะเวลาที่เหมาะสมตามภาระแห่งหนี้ที่ตนก่อให้เกิดความผูกพันขึ้นด้วย มีข้อสังเกตว่าการบอกเลิกการให้ความยินยอมไม่ถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

---

[125]ชนภัทร วินยวัฒน์. ความยินยอมในการรักษาพยาบาล: สิทธิของผู้ป่วย. วรสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร. หน้า

[126]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 "กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆแห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้นให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วยให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป"

3) ให้ความยินยอมต่อผู้กระทำโดยตรงด้วยความสมัครใจ ความยินยอมที่เกิดจากการถูกข่มขู่หลอกลวง หรือความสำคัญผิด ไม่ถือว่าเป็นความยินยอมด้วยความสมัครใจดังสุภาษิตที่ว่า " Nothing is so contrary to consent as force and fear " (ไม่มีสิ่งใดเป็นปฏิปักษ์ต่อความยินยอมเท่ากับการถูกบังคับและความเกรงกลัว) เช่น ชายกระทำชำเราหญิงโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดคิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น อันเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและเป็นความผิดทางแพ่งฐานละเมิดด้วย ชายจะอ้างว่าหญิงให้ความยินยอมไม่ได้ เพราะการยินยอมของหญิงเป็นไปโดยความสำคัญผิดมิใช่สมัครใจ แต่หากให้ความยินยอมเพราะถูกจูงใจให้ยินยอม เช่น หญิงยอมเสียตัวให้ชาย โดยชายหลอกลวงหญิงว่าจะเลี้ยงดูและจดทะเบียนสมรสด้วย กรณีนี้เป็นเพียงเหตุจูงใจให้ความยินยอมหลอกลวงในมูลเหตุ มิใช่หลอกลวงให้สำคัญผิดในตัวบุคคล หญิงจะอ้างว่าตนให้ความยินยอมไปโดยความสำคัญผิดหรือถูกหลอกลวงไม่ได้ ความสำคัญผิดที่จะยกขึ้นอ้างว่า ตนมิได้ให้ความยินยอมโดยสมัครใจนั้นจะต้องมิได้เกิดขึ้นเพราะความสำคัญผิดโดยประมาทเลินเล่อของผู้ให้ความยินยอม[127]

4) การให้ความยินยอมจะโดยตรง โดยปริยาย หรือโดยการนิ่งการให้ความยินยอมจะทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาก็ได้ เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติแบบของการให้ความยินยอมไว้ แต่การนิ่งที่จะถือเป็นการให้ความยินยอมนั้น จะต้องเป็นกรณีที่การนิ่งนั้นตามปกติประเพณีหรือตามกฎหมายให้ถือว่าการนิ่งนั้นคือการยอมรับด้วย อย่างไรก็ตามการให้ความยินยอมย่อมมีขอบเขตจำกัด ถ้าเป็นการกระทำนอกเหนือไปจากที่ได้ให้ความยินยอมไว้ก็จะอ้างความยินยอมเพื่อไม่ต้องรับผิดไม่ได้

แต่หลังจากที่ได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาอันไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 9 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า " ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้ " มีผลบังคับทำให้การให้ความยินยอมต่อการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้ ซึ่งถือว่าเป็นการกลับหลักแนวคิดและคำพิพากษาเดิมที่ว่า " ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด " เช่น ยินยอมให้ฟันเพื่อลองวิชาอาคม เมื่อผู้ให้ความยินยอมได้รับอันตรายแก่กายผู้กระทำจะอ้างความยินยอมมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดในมูลละเมิดมิได้[128]

---

[127]ชนภัทร วินยวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 100.

[128]เดชา ธรรมธาดาวิวัฒน์ (2551). ความยินยอมในการรักษา ผลทางกฎหมายต่อความรับผิดทางละเมิดและอาญาของทัตแพทย์. **วารสารทันตแพทย์** 58 (1) หน้า 41.

นิติกรรมที่ทำไว้ล่วงหน้านี้ยอมรับความเสี่ยงภัยนี้ทำกันง่ายในระบบกฎหมาย แม้นิติกรรมนี้จะขัดกับตัวบทในมาตรา 420 ก็ตาม ในระบบซีวิลลอว์ซึ่งมีฉบับตกทอดมาจากกฎหมายโรมันนั้น ตามตัวบทอาจแบ่งออกเป็นสองประเภท

1. กฎหมายเคร่งครัดตายตัว ซึ่งเป็นตัวบทที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและวางมาตรฐานความประพฤติของคนไว้เคร่งครัด

2. กฎหมายที่แก้ไขโดยนิติกรรมได้ เป็นตัวบทกฎหมายที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและอาจทำนิติกรรมขัดแย้งได้

ตัวบทที่เป็นกฎหมายเคร่งครัดการทำนิติกรรมขัดแย้งก็มักไม่มีผลทางกฎหมาย มาตรา 151 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพณิชย์ วางหลักว่า

"การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ"

ในกรณีตัวบทกฎหมายกำหนดไว้ชัดแจ้งว่าเป็นกฎหมายเคร่งครัด อาจจะให้อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะวินิจฉัยลักษณะของตัวบทกฎหมายเองว่าตัวบทนั้นเป็นกฎหมายเคร่งครัดหรือไม่ โดยทั่วไปนั้นเมื่อจะใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา ระบบซีวิลลอว์มักจะยึดถือแนวของนักนิติศาสตร์ที่ว่า ให้ตั้งข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นตัวบทกฎหมายที่แก้ไขโดยนิติกรรมได้ ในมาตรา 420 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ได้มีแนวยึดถือเป็นหลักไว้ว่าเป็น Jus Dispositivumเพราะตัวบทเป็นลักษณะไปสอดคล้องกัน มาตรา 420 ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจาก มาตรา 823 ประมวลแพ่งของประเทศเยอรมัน ซึงมีหลักการว่า "A person who intentionally or negligently injures unlawfully the life, body, health, freedom, property or any other right is bound to compensate him for the damage arising therefrom" จากความในมาตรานี้เราจะเห็นได้ว่า หลักความรับผิดทางละเมิดตามแนวความคิดนี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความผิด คือ เจตนาหรือประมาทของจำเลยแต่เพียงอย่างเดียว แต่ขึ้นอยู่กับการกระทำของจำเลยนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า "Principle of Unlawfulness" หลักผิดกฎหมายนี้เปิดโอกาสให้คู่กรณีทำนิติกรรมยกเว้นความรับผิดกันได้อย่างเสรี เพราะตามหลักนี้โดยปกติ ถ้ามีนิติกรรมยกเว้นความรับผิดหรือจารีตประเพณี การกระทำละเมิดของจำเลยก็ไม่ถือว่าผิดกฎหมาย เหตุผลอีกประการหนึ่งก็คือกฎหมายว่าด้วยละเมิดนั้นแยกตัวออกจากกฎหมายอาญา โดยกฎหมายอาญานั้นโดยธรรมชาติเป็นเรื่องของความสงบเรียบร้อยมีไว้เพื่อป้องกันการอาฆาตพยาบาท แต่ละเมิดมีแนวคิดแยกตัวออกจากกฎหมายอาญาโดย

เน้นไปที่การแบ่งความเสียหาย ดังนั้นในธรรมชาติของละเมิดจึงไม่ได้มีพื้นฐานอย่างเดียวอยู่ที่ความสงบเรียบร้อยเหมือนกฎหมายอาญา[129]

จากการวิเคราะห์เรื่องของความยินยอมไม่เป็นละเมิดประกอบกับมาตรา 420 ข้างต้นจะเห็นได้ว่า ตัวบทมาตรา 420 ที่วางหลักว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น" มีลักษณะเป็น Jus Dispositivumจึงมีการทำนิติกรรมให้ความยินยอมไม่ฟ้องร้องตามมาตรา 420 ได้เพราะถือว่าถ้ามีความยินยอมก็ไม่ผิดกฎหมายตามความในมาตรานี้ แต่อย่างไรก็ตาม ความยินยอมไม่เป็นละเมิดดังที่กล่าวมานั้นต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งหากการให้ความยินยอมนั้นต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิด ดังนั้นข้อตกลงที่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนดังกล่าวก็ย่อมมิอาจใช้บังคับได้ ซึ่งก็เป็นกรณีที่ทำให้ผู้ป่วยได้รับความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมาย และหากเกิดความเสียหายขึ้นจากการที่มีข้อตกลงจากการฉ้อฉลนี้ ผู้ป่วยก็สามารถใช้สิทธิตามกฎหมายฟ้องร้องบังคับคดีให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่งได้เป็นต้น

ข้อยกเว้นความรับผิดนอกจากเรื่องของความยินยอมไม่เป็นละเมิดแล้ว ยังมีเหตุยกเว้นความรับผิดประการอื่นอีก ดังนี้

1. ความเสียหายอันเกิดจากเหตุสุดวิสัย กล่าวคือ เหตุสุดวิสัย คือ ภาวะที่พ้นความสามารถที่ใครจะป้องกันได้ ในทางการแพทย์หากความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นเหตุสุดวิสัย แพทย์ย่อมไม่ต้องรับผิดต่อผู้ป่วย แต่แพทย์จะต้องพิสูจน์ให้เป็นที่ประจักษ์ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัยที่ไม่สามารถป้องกันได้ แม้ว่าตนเองจะได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพเป็นอย่างดีแล้ว ความเสียหายเช่นนั้นก็เป็นเรื่องที่ต้องเกิดขึ้นอยู่ดี

นอกจากนี้แพทย์ไม่ต้องรับผิดในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นเพราะความพลาดพลั้งหรืออุบัติเหตุ[130] เพราะมาตรฐานความระมัดระวังที่กฎหมายวางหน้าที่ไว้นั้น มิใช้เป็นหน้าที่การ

---

[129]เอมอมรา กฤษณะโลม. (2557). **กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ศึกษากรณีความรับผิดของผู้จัดหาเลือดมนุษย์**. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต,คณะนิติศาสตร สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 29.

[130]ไฟศาล กุมาลย์วิสัย. **ความรับผิดของแพทย์ในกรณีละเมิด: ประมาทเลินเล่อ** (ตอนที่1). ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ศาลยุติธรรม. (ออนไลน์).เข้าถึงได้จาก//http:www.library.coj.go.th. [2549, 10 มกราคม] หน้า 21.

ประกันความพลาดพลั้งที่เป็นอุบัติเหตุ หากแต่เป็นความระมัดระวังตามขนาดที่ผู้มีความเชียวชาญโดยปกติในวิชาชีพนั้นจะพึงคาดหมายได้ตามควรที่ผู้กระทำจะพึงต้องใช้ในเหตุการณ์จริงๆ

2. ความเสียหายอันเนื่องมาจากความผิดของผู้ป่วย

เนื่องด้วยการรักษาพยาบาลมนุษย์นั้นไม่สามารถตั้งมาตรฐานเช่นเดียวกันกับสินค้าที่จะมีความเหมือนกัน ผู้ป่วยแต่ละรายมีความไม่เหมือนกันอยู่หลายประการซึ่งมีผลต่อความสำเร็จในการรักษาพยาบาลทั้งสิ้น นอกจากนี้แพทย์ไม่สามารถเลือกผู้ป่วยที่ทำการรักษาให้ประสบความสำเร็จได้ เช่น ผู้ป่วยเป็นมะเร็งที่เต้านมได้รับการรักษาด้วยวิธีการเคมีบำบัดและฉายแสง แพทย์ผู้ให้การรักษาได้บอกกล่าวให้ผู้ป่วยทราบว่าผิวหนังบริเวณที่ได้รับการฉายแสงห้ามมิให้โดนน้ำเป็นระยะเวลา 10 วัน เพราะจะทำให้เกิดการอักเสบพุพองของผิวหนังและอาจทำให้เกิดแผลติดเชื้อได้ หลักจากได้รับการฉายแสงแล้ว ผู้ป่วยมิได้ปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์ โดยปล่อยให้ผิวหนังบริเวณที่ฉายแสงถูกน้ำ จึงทำให้ผิวหนังบริเวณนั้นเกิดการอักเสบพุพอง ในกรณีเช่นนี้ถือว่าผู้ป่วยมิได้ปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์ผู้ทำการรักษา ความเสียหายที่เกิดขึ้นเช่นนี้เป็นเพราะความผิดของผู้ป่วยเอง ดังนั้น แพทย์จึงไม่ต้องรับผิด[131] เป็นต้น

3. ผู้ป่วยปฏิเสธการรักษา (กรณีที่ผู้ป่วยอาการหนักและปฏิเสธการรักษา)

ในทางการแพทย์ผู้ป่วยที่มีอาการหนัก หมายถึง ผู้ป่วยที่อยู่ในสภาพซึ่งอวัยวะจำเป็นแก่การดำรงชีพกำลังถูกกระทบกระเทือนอย่างรุนแรง โดยเฉพาะประสาทส่วนกลาง (สมองหรือไขสันหลัง) ระบบโลหิตและระหายใจมีปัญหา ผู้ป่วยประเภทนี้จึงอยู่ในฐานะที่ช่วยเหลือตนเองไม่ได้[132] ในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยหนักและใกล้จะเสียชีวิตจึงมีความสำคัญอย่างมาก ถือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายและจริยธรรมแห่งวิชาชีพแพทย์ที่ต้องดูแลผู้ป่วยเป็นอย่างดี การบกพร่องในหน้าที่ดังกล่าวนี้อาจเป็นความผิดฐานทอดทิ้งผู้ป่วยได้ (มาตรา 307 ประมวลกฎหมายอาญา)

การปฏิเสธการรักษาเป็นสิทธิประการหนึ่งของผู้ป่วย เมื่อผู้ป่วยหรือญาติได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งที่จะปฏิเสธการรักษา แพทย์จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามความประสงค์ แต่แพทย์จะต้องอธิบายให้เห็นถึงผลหรืออันตรายที่จะเกิดขึ้นให้ผู้ป่วยหรือญาติผู้ป่วยได้ทราบเสียก่อน นอกจากนี้แพทย์ควรมีหลักฐานที่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่า ผู้ป่วยหมดโอกาสที่จะฟื้นคืนชีพหรือไม่สามารถรักษาให้หายได้ หากผู้ป่วยหรือญาติผู้ป่วยยังยืนยันปฏิเสธการรักษา แพทย์หมดหน้าที่ที่จะต้องรักษาผู้ป่วยอีกต่อไป แม้แพทย์จะมีหน้าที่ต้องรักษาผู้ป่วยให้ดีที่สุดก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่ถึงขนาดที่จะฝืนกฎธรรมชาติ การกระทำดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการทอดทิ้งผู้ป่วย แพทย์จึงไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้ป่วยหรือญาติผู้ป่วยหรือญาติผู้ป่วยได้ปฏิเสธการรักษาหรือ

---

[131]เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม.อ้างแล้วเชิงอรรถที่13. หน้า 104.

[132]สันต์ หัตถีรัตน์. 2520. ผู้ป่วยหนักและผู้ป่วยที่ใกล้จะตาย. **แพทยสภาสาร** 12 (6) หน้า 600.

ช่วยชีวิต (ข้อสังเกต การปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยหนักและใกล้เสียชีวิต เป็นกรณีของการไม่ต้องการใช้เครื่องมือและเทคโนโลยีสมัยใหม่มาช่วยชีวิตผู้ป่วยออกไปอีกเท่านั้น แต่การรักษาพยาบาลทั่วๆไปยังคงต้องมีอยู่ และจะต้องไม่นำมาปะปนกับเรื่องการให้การรักษาผู้ป่วยในกรณีที่ยังรักษาได้ เพราะนั่นเป็นหน้าที่ของแพทย์ตามกฎหมายและจริยธรรมของแพทย์ที่จะต้องให้การรักษาดูแลอย่างดีที่สุด เพื่อให้เขาเหล่านั้นหายจากอาการเจ็บป่วย)

3.4.3 มาตรฐานความระมัดระวังในการให้บริการทางการแพทย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ที่อาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ที่กำหนดการปฏิบัติเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพของแพทย์ที่กล่าวมาในหัวข้อก่อนหน้าแล้ว เพื่อให้การพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดของแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพผู้เขียนจึงได้ทำการวิเคราะห์ความรับผิดของแพทย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย กล่าวคือ ประมวลและกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติอันเป็นหลักทั่วไปในเรื่องละเมิดไว้ในมาตรา 420 ซึ่งพิจารณาหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิด คือ ความผิด

มาตรา 420 วางหลักว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"

จะเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะละเมิดมีลักษณะของการกระทำอยู่ 2 ประการ[133] คือ

1. ละเมิดโดยจงใจ ซึ่งเทียบได้กับการกระทำโดยเจตนาในทางอาญา แต่จงใจในเรื่องละเมิดนั้น มีความหมายกว้างกว่า กล่าวคือ เป็นการกระทำโยรู้สำนึกว่าตนได้กระทำอะไร และการกระทำนั้นเป็นการทำให้ผู้อื่นเสียหาย โดยที่ผู้กระทำไม่มีสิทธิที่จะกระทำเช่นนั้นได้ ซึ่งก็คือ การกระทำที่ผิดกฎหมาย หรืออาจเป็นการใช้สิทธิเกินขอบเขตทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น และหากแพทย์ได้กระทำโดยจงใจ แพทย์นั้นก็ต้องรับผิดในผลแห่งการทำละเมิดโดยจงใจดังกล่าว แต่หากมีการให้ความยินยอมไว้โดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าแพทย์ผู้นั้นจะได้ทำละเมิดด้วยการรักษาโดยจงใจก็ตาม แพทย์ผู้นั้นย่อมพ้นผิดได้โดยหลักกฎหมายเรื่องความยินยอมโยชอบด้วยกฎหมาย (ผู้เขียนจะกล่าวต่อไปในบทนี้) ซึ่งในประเด็นนี้ อาจหมิ่นแหม่ต่อการคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยได้เพราะกรณีการให้ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับการบอกกล่าวทางการแพทย์นั้นอาจจะไม่ครอบคลุมทำให้ไม่อาจวินิจฉัยได้ชัดเจนว่าความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวนั้นเป็นการยินยอมที่บริสุทธิ์หรือผู้ป่วยรู้เข้าใจสาระสำคัญของการให้ความยินยอมมากน้อยเพียงใด

---

[133]อัจฉรา วีระชาลี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 103.

2. ละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ เนื่องจากหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทนิยามคำนี้อยู่จึงอาจใช้มาตรา 59 วรรค 4 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาเทียบเคียงวิเคราะห์ลักษณะการกระทำความผิด ดังนั้น การกระทำละเมิดในทางแพ่งก็คือ การกระทำโดยมิได้เจตนาแต่เป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ ในที่นี้ วิสัยหรือพฤติการณ์ก็ต้องอาศัยวิญญูชนที่เป็นแพทย์ในฐานะเช่นเดียวกับแพทย์ที่ทำความเสียหาย และอาจจะเทียบเคียงได้กับหลักความระมัดระวังมิให้เกิดความเสียหายหรือความเสียหายที่จะเกิดแก่บุคคลอื่น โดยไม่รวมไปถึงการตักเตือนหรือบอกคู่กรณีว่าจะเสียงภัยมากน้อยเพียงใด ซึ่งการพิจารณาเช่นนี้อาจจะให้สิทธิของผู้ป่วยในแง่ของการที่จะได้รับการบอกกล่าวถึงความเสียงภัยที่อาจจะเกิดขึ้นกับชีวิตร่างกาย สุขภาพอานามัยของผู้ป่วยที่ต้องถูกมองข้ามความสำคัญไปเพราะมาตรฐานความระมัดระวังเพียงระมัดระวังมิให้เกิดผลร้ายหรือเสียหายเท่านั้น จึงอาจเป็นช่องโหว่ของกฎหมายที่ทำให้แพทย์อ้างได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังไม่ให้เกิดผลร้ายแล้ว ผลเสียหายที่เกิดแก่ผู้ป่วยไม่ได้เกิดจากการไม่ใช้ความระมัดระวังแต่อย่างใด ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงอาจกล่าวได้ว่า แพทย์มิได้บอกกล่าวความเสียงภัยที่ควรบอก เช่น กรณีการผ่าตัดก้อนเนื้อที่ต่อมน้ำลายที่อยู่บริเวณหูจะมีโอกาสเสี่ยงภัยได้ถ้าพลาดโดนเส้นประสาทหู ทำให้เกิดอาการหูหนวก เป็นต้น ซึ่งข้อมูลเหล่านี้ถ้าผู้ป่วยได้ทราบข้อมูลก็จะทำให้ผู้ป่วยใช้สำหรับการตัดสินใจให้ความยินยอมที่ผู้ป่วยให้ ก็จะเป็นสิ่งที่สมบูรณ์คุ้มครองได้ทั้งผู้ป่วยและแพทย์

อย่างไรก็ตาม อาจแบ่งระดับของความระมัดระวังในกรณีประมาทเลินเล่อได้ เป็น 2 ระดับ[134] เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาความผิดดังนี้

ระดับที่ 1 ระดับที่ไม่มีความระมัดระวังอยู่เลย ซึ่งคือการปราศจากความระมัดระวังนั้น ตัวอย่าง คดีตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1414/2516[135] จำเลยไม่เคยได้ศึกษาเล่าเรียนวิชาแพทย์มาก่อน เคยแต่ฉีดยาให้ชาวบ้านในความควบคุมของพี่ชาย ซึ่งเป็นแพทย์ประจำตำบลเท่านั้น เมื่อจำเลยฉีดยาแคลเซียมเข้าเส้นเลือดของผู้ตายแล้วผู้ตายแพ้ยา ซึ่งจำเลยไม่สามารถแก้ไขได้ เมื่อผู้ตายถึงแก่ความตาย การกระทำของจำเลยจึงเข้าลักษณะการกระทำโยประมาทเป็นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

ระดับที่ 2 ระดับที่มีความระมัดระวังอยู่ด้วย แต่ใช้ความระมัดระวังไม่เพียงพอในการกระทำทางวิชาชีพครั้งที่เกิดเหตุนั้น อย่างเช่น กรณีศัลแพทย์ผ่าตัดช่องท้องซึ่งมีความชำนาญในการผ่าตัด แต่ปรากฏว่าในการผ่าตัดครั้งหนึ่งแม้ผลการผ่าตัดจะเรียบร้อย แผลหายสนิทดี แพทย์ผู้นั้นกลับลืมผ้าซับโลหิตไว้ในช่องท้อง กรณีลืมอุปกรณ์ไว้เช่นนี้จึงต้องถือว่าศัลแพทย์ผู้นั้น หาได้ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอไม่ในการผ่าตัดครั้งนั้น เช่นนี้ ผลก็คือ ศัลแพทย์ผู้นี้ประมาทเลินเล่อทำ

---

[134]อัจฉรา วีระชาลี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 104.

[135]วิฑูรย์ อึ่งประพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 65. หน้า 58.

ให้เกิดความเสียหาย (เพราะผู้ป่วยต้องถูกผ่าตัดและเจ็บตัวใหม่เป็นผลเสียหาย) ซึ่งแพทย์จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้ผู้ป่วย

ในกรณีความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ หลักทั่วไปเกี่ยวกับคดีที่ศาลใช้ในการสืบพิสูจน์คดีละเมิด ก็คือ การตกเป็นภาระแก่โจทก์ในอันที่จะเป็นฝ่ายพิสูจน์ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลย และต้องใช้พยานผู้เชียวชาญ แต่ในบางครั้งศาลก็มิได้นำเอาความเห็นของพยานผู้เชียวชาญมาใช้ประกอบการพิจารณาของศาลด้วย เช่น ในคดีฟ้องแพทย์ฐานละเมิดตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1604/2527[136] ซึ่งโจทก์ก็ฟ้องว่า จำเลยที่ 2 เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 ได้ทำการศัลกรรมตกแต่งจมูกของโจทก์ด้วยความประมาทเลินเล่อเป็นให้จมูกของโจทก์อักเสบเป็นหนอง จำเลยได้เจาะเลือดดั่งที่หน้าผาก ฉีดยา และบีบหนองที่ดั้งจมูก แต่รักษาจมูกที่อักเสบไม่หาย โจทก์ต้องไปให้แพทย์อีกผู้หนึ่งรักษาต่อ โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย ศาลวินิจฉัยให้โจทก์ชนะคดีโดยมิได้นำพยานผู้เชียวชาญมาเบิกความว่า จำเลยขาดความระมัดระวังหรือไม่ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานวิชาชีพอย่างไร ซึ่งเป็นไปได้ว่าเป็นกรณีที่ศาลนำหลักการผลักภาระการพิสูจน์มาใช้เป็นการนำหลักมาใช้ แต่อย่างไรก็ตามกรณีก็ยังไม่เป็นที่ชัดแจ้งว่า กรณีการได้รับความคุ้มครองทางศาลของผู้ป่วยให้แก่สิทธิในการที่จะได้รับการชดเชยค่าเสียหาย จะสมบูรณ์เป็นระบบที่จะสามารถใช้เป็นหลักประกันอย่างชัดแจ้ง

การยกเว้นความรับผิดจากการประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง โดยพื้นฐานความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยซึ่งเป็นเรื่องของนิติกรรมสัญญา และสัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ด้วยความยินยอมของผู้ป่วยเป็นสำคัญ ดังนั้น ความยินยอมในที่นี้ของผู้ป่วยทางแพ่งจึงเป็นความยินยอมรับการรักษาปกติ หลักที่ใช้ในเรื่อง "ความยินยอมไม่เป็นละเมิด" จะนำมาใช้เฉพาะกรณีละเมิดโดยจงใจเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ เพราะประมาทเลินเล่ออยู่นอกขอบเขตของความยินยอม

อย่างไรก็ดี แม้จะมีข้อตกลงไว้ว่าผู้ป่วยยอมรับการกระทำของแพทย์ทุกกรณี รวมทั้งกรณีแพทย์ประมาทเลินเล่อด้วยก็ตาม ข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวนี้ จะเข้ากรณี มาตรา 373 ความว่า "ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉล หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ"

3.4.4 การคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยและสิทธิของญาติผู้ป่วยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคพ.ศ. 2522และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

ในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่าเรื่องที่มีความร้อนแรงและมักจะได้รับความสนใจจากประชาชนทุกครั้งที่ปรากฏเป็นข่าวตามหน้าหนังสือพิมพ์หรือตามสื่อประเภทต่าง ๆคือ ประเด็น

---

[136]อัจฉรา วีระชาลี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 106.

เรื่องการร้องเรียนหรือฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ว่าทำการรักษาด้วยความประมาทเลินเล่อ ไม่เอาใจใส่และทำให้ผู้ป่วยหรือผู้เข้ารับการรักษาพยาบาลได้รับความเสียหาย อันนำไปสู่การฟ้องคดีอาญาและฟ้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งอย่างมากมาย ทั้งนี้ เพราะผู้ป่วยมีความคิดว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเพราะการรักษาของแพทย์และมีแนวโน้มว่าการฟ้องร้องดำเนินคดีในลักษณะดังกล่าวจะมีปริมาณเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ

เมื่อพิจารณาถึงขอบเขตในการใช้บังคับของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ในประเด็นว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับกับการให้บริการของแพทย์ด้วยหรือไม่ จะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ได้นิยามคำว่า "คดีผู้บริโภค" ว่าหมายถึง คดีแพ่งระหว่างผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการและคดีแพ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย[137] ร่วมทั้งคดีแพ่งที่เกี่ยวพันกับคดีดังกล่าวเบื้องต้นอีกด้วย

ส่วนคำว่า "ผู้บริโภค" และ "ผู้ประกอบธุรกิจ" นั้น หมายความว่า ผู้บริโภคหรือผู้ประกอบธุรกิจตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2551 มาตรา 3 ได้นิยามคำว่า "ผู้บริโภค" และ "ผู้ประกอบธุรกิจ" ไว้ดังนี้

"ผู้บริโภค" หมายความว่า ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการและหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม

"ผู้ประกอบธุรกิจ" หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้สั่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้าหรือผู้บริการและหมายความรวมถึงผู้ประกอบกิจการโฆษณาด้วย

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าวยังได้นิยามคำว่า "บริการ" ว่าหมายความถึง การรับจัดทำการงาน การให้สิทธิใด ๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่นแต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงานจะเห็นได้ว่าเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือบทนิยามดังกล่าวในเบื้องต้นแล้วมีความเห็นว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มีเจตนารมณ์ที่จะนำมาใช้บังคับกับการให้บริการของแพทย์ด้วย ทั้งนี้โดยไม่คำนึงถึงว่าการประกอบ

---

[137] พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551.

วิชาชีพแพทย์นั้นจะมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรหรือไม่ดังนั้นคดีที่เกี่ยวกับการรักษาพยาบาลแล้วแพทย์ผู้รักษาก่อให่มเกิดความเสียหายขึ้นย่อมอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

จะเห็นได้ว่าผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการทางการแพทย์ ย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องแพทย์เป็นจำเลยตามพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ได้ โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้กำหนดให้ในกรณีที่ผู้ป่วยเข้าทำการรักษาพยาบาลในโรงพยาบาลแพทย์ได้ทำการรักษาแล้วเกิดความเสียหายซึ่งเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ผู้ป่วยหรือผู้เสียหายนั้นสามารถดำเนินคดีกับแพทย์และโรงพยาบาลต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นได้

นอกจากนี้ในการดำเนินคดีโดยผู้เสียหายจากการรักษาพยาบาลและตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ยังให้อำนาจคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคดำเนินคดีแทนผู้เสียหายได้อีกด้วย กล่าวคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 มาตรา 39[138]บัญญัติว่า "ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นสมควรเข้าดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค หรือเมื่อได้รับคำร้องขอจากผู้บริโภคที่ถูกละเมิดสิทธิ ซึ่งคณะกรรมการเห็นว่าการดำเนินคดีนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการมีอำนาจแต่งตั้งพนักงานอัยการโดยความเห็นชอบของอธิบดีกรมอัยการ หรือข้าราชการในสานักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งมีคุณวุฒิไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ เป็นเจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคเพื่อให้มีหน้าที่ดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาแก่ผู้กระทาการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคในศาล และเมื่อคณะกรรมการได้แจ้งไปยังกระทรวงยุติธรรมเพื่อแจ้งให้ศาลทราบแล้ว ให้เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจดาเนินคดีตามที่คณะกรรมการมอบหมายได้

---

[138]มาตรา 39 "ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นสมควรเข้าดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค หรือเมื่อได้รับคำร้องขอจากผู้บริโภคที่ถูกละเมิดสิทธิ ซึ่งคณะกรรมการเห็นว่าการดำเนินคดีนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการมีอำนาจแต่งตั้งพนักงานอัยการโดยความเห็นชอบของอธิบดีกรมอัยการ หรือข้าราชการในสำ นักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งมีคุณวุฒิไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ เป็นเจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคเพื่อให้มีหน้าที่ดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาแก่ผู้กระทำการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคในศาล และเมื่อคณะกรรมการได้แจ้งไปยังกระทรวงยุติธรรมเพื่อแจ้งให้ศาลทราบแล้วให้เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจดำเนินคดีตามที่คณะกรรมการมอบหมายได้

ในการดำเนินคดีในศาล ให้เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจฟ้องเรียกทรัพย์สิน หรือค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคที่ร้องขอได้ด้วย และในการนี้ให้ได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง"

ในการดำเนินคดีในศาล ให้เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจฟ้องเรียกทรัพย์สินหรือค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคที่ร้องขอได้ด้วย และในการนี้ให้ได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง"

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น สามารถกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาในการเข้าดำเนินคดีแทนผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เมื่อมีผู้ร้องขอให้ดำเนินคดีแทนได้ ดังนี้

(1) ผู้ที่ร้องขอให้ดำเนินคดีแทน ต้องเป็นผู้บริโภคตามนิยามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3[139]

(2) มีการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค หมายถึง กรณีผู้ประกอบธุรกิจเป็นฝ่ายผิดสัญญา เท่ากับกระทาการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค และรวมถึงกรณีผู้ระกอบธุรกิจกระทำการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหมายอย่างก็ได้ ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอื่นและกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค

(3) การดำเนินคดีจะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคเป็นส่วนรวม โดยพิจารณาจากลักษณะของการประกอบธุรกิจ ซึ่งการประกอบธุรกิจใดที่แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคเพียงรายเดียว แต่มีพฤติการณ์ที่เห็นได้ว่าหากผู้ประกอบธุรกิจยังคงประกอบธุรกิจลักษณะนั้นต่อไป อาจทาให้ผู้บริโภครายอื่นๆได้รับความเสียหายด้วย และพิจารณาจากผลของการดำเนินคดีแทนผู้บริโภครายใดนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภครายอื่นๆที่ยังไม่ได้มาร้องขอตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 39 ซึ่งสามารถมายื่นคำร้องขอให้ดำเนินคดีในภายหลังได้

สำหรับการนำสืบถึงความรับผิดของแพทย์หรือโรงพยาบาลซึ่งเป็นความผิดว่าการประกอบวิชาชีพแพทย์นั้นตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551นั้นต้องทำความเข้าใจก่อนว่า คดีผู้บริโภคซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจที่มีลักษณะแตกต่างจากคดีแพ่ง เนื่องจากคู่ความทั้งสองฝ่ายอยู่ในฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายผู้บริโภคมักอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบกว่าหลายด้านโดยเฉพาะเรื่องความสามารถในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการให้บริการทางการแพทย์แล้ว ผู้บริโภคมักไม่สามารถเข้าถึงพยานหลักฐานดังกล่าวได้ ทำให้เป็นอุปสรรคสำคัญต่อการอำนวยความยุติธรรมให้แก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหาย

---

[139]พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551มาตรา 3 "ผู้บริโภค" หมายความว่า ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม"

โดยหลักแล้ว เมื่อผู้บริโภคเป็นโจทก์ฟ้องคดีต้องกล่าวอ้างว่าการให้บริการทางการแพทย์ดังกล่าวนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนอย่างไร โดยภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวตกอยู่แก่ผู้เสียหายเป็นผู้กล่าวอ้าง ตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานที่ว่า "ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบ"[140]แต่พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มีบทบัญญัติสำคัญที่ยกเว้นหลัก "ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีหน้าที่นาสืบ" และผลักภาระการพิสูจน์ให้ตกแก่โรงพยาบาลและแพทย์ในการพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจ บทบัญญัตินี้จึงช่วยลดภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวของผู้บริโภคลงไปอย่างมาก โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 29 ว่า "ประเด็นข้อพิพาทข้อใดจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใดๆ ซึ่งศาลเห็นว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของคู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ ให้ภาระการพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าวตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจนั้น" หากผู้ประกอบธุรกิจไม่นำสืบพยานหลักฐานหรือนาสืบพยานหลักฐาน แต่ไม่เพียงพอเทียบกับมาตรฐานการพิสูจน์ (standard of proof) แล้ว มีผลทำให้ผู้ประกอบธุรกิจแพ้ในประเด็นข้อพิพาทนั้น

สำหรับอายุความการฟ้องคดีผู้บริโภคนั้นตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 13 บัญญัติว่า "ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยโดยผลของสารสะสมที่อยู่ในร่างกายของผู้บริโภคหรือเป็นกรณีที่ต้องใช้เวลาในการแสดงอาการผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในสามปีนับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องรับผิด แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่รู้ถึงความเสียหาย"ตามบทบัญญัติดังกล่าวเป็นอายุความทางฝ่ายผู้บริโภคเป็นโจทก์ ต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายใน 3 ปี นับแต่ที่รู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องรับผิดแต่อย่างช้าที่สุดต้องไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหาย ส่วนกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจเป็นโจทก์มิได้ใช้อายุความตามมาตรานี้บังคับ

กำหนดอายุความดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะในกรณีที่ผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคเป็นโจทก์ฟ้องให้ผู้ประกอบธุรกิจชำระค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นใน 2 ลักษณะคือ (1) เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพหรืออนามัย โดยผลของสารที่สะสมอยู่ในร่างกายของผู้บริโภค และ (2) เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพอนามัยที่ต้องใช้เวลาในการแสดงอาการ

ถ้าความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้นใน 2 ลักษณะดังกล่าวไม่อยู่ในกำหนดอายุความข้างต้น ถ้าเกิดจากมูลละเมิดอาจมีอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448 หรือมีอายุ

---

[140]มาตรา 84/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ความ 10 ปี ในกรณีที่มิได้ฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายตามมาตรา 193/30 ถ้าเกิดจากมูลสัญญาอาจมีอายุความ 2 ปี ตามมาตรา 193/34

ความเสียหายที่เกิดขึ้นใน 2 ลักษณะนั้นเป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพหรืออนามัย มิใช่เป็นความเสียหายต่อทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นๆ ทั้งเป็นความเสียหายที่มิได้เกิดผลขึ้นในทันทีทันใด แต่ต้องเป็นผลของสารที่สะสมอยู่ในร่างกายผู้บริโภคที่ต้องใช้เวลาสะสมอยู่ในร่างกายผู้บริโภคพอสมควรจึงจะเกิดผลขึ้น หรือเป็นกรณีที่ต้องใช้เวลาในการแสดงอาการ ทำให้ผู้บริโภคไม่อาจรู้ถึงความเสียหายได้ในทันที ซึ่งถ้าใช้อายุความละเมิดบังคับอาจขาดอายุความตามมาตรา 448

ดังนั้น อายุความคดีผู้บริโภคใช้กำหนดอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยกเว้นกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัย โดยผลของสารที่สะสมอยู่ในร่างกายผู้บริโภค หรือเป็นกรณีที่ต้องใช้เวลาแสดงอาการ จะต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายใน 3 ปี นับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ประกอบธุรกิจ แต่ต้องไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหาย

3.4.5 มาตรการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการรักษาพยาบาลของโรงพยาบาลและบุคลากรทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545

นับแต่ปี พ.ศ. 2540 สิทธิในการรับบริการทางสาธารณสุข ซึ่งได้กำหนดให้การบริการสาธารณสุขของรัฐต้องเป็นไปอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ โดยได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540[141] ถือเป็นการพัฒนาระบบบริการสาธารณสุขของไทยเป็นครั้งแรก ทำให้ประชาชนชาวไทยสามารถเข้าถึงระบบบริการสาธารณสุขเพิ่มมากขึ้น ประกอบกับเทคโนโลยีทางการแพทย์ของประเทศได้รับการพัฒนาจนเป็นที่ยอมรับในระดับสากล แต่อย่างไรก็ตามปรากฏว่ายังมีการฟ้องร้องผู้ให้บริการทั้งทางแพ่งและทางอาญากันอยู่เสมอ จะด้วยวิธีการรักษาพยาบาลที่มีความซับซ้อนและมีความเสี่ยงสูง ทำให้โอกาสที่จะมีความผิดพลาดในการดูแลรักษาพยาบาลเกิดมากขึ้น ซึ่งที่ผ่านมาเมื่อเกิดความผิดพลาดหรือความเสียหาย ผู้เสียหายก็จะดำเนินการเพื่อขอรับค่าชดเชยจากผู้ให้บริการสาธารณสุขตามกลไก โดยวิธีการ ดังต่อไปนี้

1) การฟ้องร้องทางแพ่ง

ที่ผ่านมานอกเหนือจากการดำเนินคดีอาญาเพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิต ร่างกาย และจิตใจผู้เสียหายก็มักจะนำคดีไปฟ้องต่อศาลเป็นคดีแพ่งหรือคดีละเมิดเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายโดยการฟ้องร้องทางศาลถือเป็นช่องทางหลักของผู้เสียหายในการเรียกร้องค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการรับบริการสาธารณสุข นอกเหนือจากการไกล่เกลี่ยประนีประนอม โดยจาก

---

[141] ลันตา อุตมะโภคิน.(2554) ระบบชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิด :การปฏิรูประบบบริการสาธารณสุขของไทย. **จุลนิติ**.8 (3) หน้า 61.

สถิตินับแต่ปี พ.ศ. 2535 พบว่ามีคดีที่ยื่นฟ้องสถานพยาบาลสังกัดกระทรวงสาธารณสุข 200 คดีเป็นคดีแพ่งมากกว่า126 คดี คดีอาญามากกว่า25 คดี และคดีผู้บริโภค 45 คดี และมีจำนวนเงินที่มีการเรียกร้องเพื่อชดเชยความเสียหายหลายร้อยล้านบาท[142]

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการฟ้องร้องทางศาลจะสามารถแก้ปัญหาความขัดแย้ง และสามารถลงโทษผู้ให้บริการทางการแพทย์ที่ประมาทเลินเล่อได้ แต่กระบวนการต่อสู้ทางศาลก็อาจสร้างภาระให้แก่ผู้เสียหายหลายประการ ทั้งในเรื่องของภาระค่าใช้จ่าย ระยะเวลาการดำเนินคดีที่ยาวนาน ตลอดจนความยากลำบากในการพิสูจน์พยานหลักฐานเพื่อหาสาเหตุของความเสียหายหรือเพื่อยืนยันความผิดพลาดของผู้ให้บริการ ดังนั้น เพื่อแก้ไขสภาพปัญหาดังกล่าว ในปี พ.ศ. 2551 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้โจทก์สามารถฟ้องคดีต่อศาลด้วยวาจา และแม้ไม่มีทนายความก็สามารถดำเนินคดีได้ โดยจะมีเจ้าหน้าที่ของศาลเป็นผู้ช่วยเหลือ รวมทั้งยังได้มีการนำระบบไต่สวนมาใช้ ทำให้ศาลมีอำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานได้เอง และนอกจากนี้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ยังได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์และให้บริการแก่ผู้บริโภคมีภาระการพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของผู้ประกอบธุรกิจโดยเฉพาะ อันเป็นการช่วยเหลือให้ผู้เสียหายสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้สะดวกขึ้น แต่กระนั้นก็ตาม เป็นที่ทราบกันดีว่าการต่อสู้ตามกระบวนการทางศาลนั้นต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนาน ซึ่งอาจทำให้ค่าชดเชยที่ควรจะได้รับนั้นกลายเป็นค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่ต้องใช้ไปในการดำเนินคดี เช่น ค่าเดินทาง ค่าที่พักแทน

พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 25455 มาตรา 41 ได้นำระบบการชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดมาใช้ในประเทศไทยเป็นครั้งแรก[143] โดยได้กำหนดให้จัดตั้ง "กองทุนหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ" ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายสนับสนุน และส่งเสริมการจัดการบริการสาธารณสุขของหน่วยบริการ[144]ตลอดจนได้กำหนดให้กันเงินส่วนหนึ่งไว้เพื่อเป็น "เงินช่วยเหลือเบื้องต้น" ให้แก่ผู้รับบริการซึ่งได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาลของผู้ให้บริการสาธารณสุข แม้ว่าจะหาผู้กระทำผิดมิได้หรือหาผู้กระทำผิดได้แล้ว แต่ยังไม่ได้รับค่าเสียหายภายในระยะเวลาอันสมควร[145]อย่างไรก็ตาม ระบบการชดเชยตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติดังกล่าวนี้จะให้การชดเชยแต่เฉพาะผู้เสียหายที่มีสิทธิ

---

[142]ดวงกมล สจิตวัฒนากุล. ย้อนสถิติผู้ป่วยฟ้องแพทย์ สูติ – นรีเวชกรรมแชมป์ร้องเรียน. หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ วันที่ 29 สิงหาคม พ.ศ. 2553.

[143]ลันตา อุตมะโภคิน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 141. หน้า 61.

[144]พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 มาตรา 38.

[145]พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545 มาตรา 41.

ประกันสุขภาพถ้วนหน้าหรือผู้เสียหายที่มีบัตรทองเท่านั้น ซึ่งมีอยู่ประมาณ 47– 48 ล้านคนของประเทศ หรือร้อยละ75 ของประชากรไทย[146] โดยไม่คุ้มครองครอบคลุมไปถึงผู้ประกันตนตามกฎหมายประกันสังคม ตลอดจนข้าราชการ และพนักงานรัฐวิสาหกิจ

สำหรับมาตรการการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการรักษาพยาบาลของโรงพยาบาลและบุคลากรทางการแพทย์อีกประการหนึ่งก็คือความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ กฎหมายลักษณะละเมิดละเมิด โดยหลักการคือผู้ทำความเสียหายต้องชดใช้ความเสียหาย ถ้าไม่ใช่กรณีความรับผิดตามสัญญา ในความเสียหายอันเกิดกับทรัพย์สินชีวิต อนามัย หรืออวัยวะของร่างกาย[147] โดยจำแนกความเสียหายเป็น ความเสียหายเป็นเงินและความเสียหายไม่เป็นตัวเงิน ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลักกฎหมายละเมิดคือมาตรา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420และมาตรา 438 โดยในมาตรา 420 แยกละเมิดเป็น2 ประเภท 1. จงใจ 2. ประมาทเลินเล่อให้เสียหาย ซึ่งมีองค์ประกอบคือ 1. กระทำผิด2. ความเสียหายจากการกระทำที่แน่นอน 3. ความเสียหายมาจากเหตุกระทำ[148]

ภาระการพิสูจน์ในคดีละเมิดนั้นโจทก์มีภาระพิสูจน์ในความผิดให้ศาลเห็นว่าตนได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดของจำเลย ส่วนค่าเสียหายในละเมิดผู้เสียหายจะได้รับตามความเสียหายที่แท้จริงเท่านั้นตามหลักการทำให้ความเสียหายกลับคืนดังเดิม นอกจากนั้นผู้เสียหายจากคดีละเมิดอาจได้รับค่าเสียหายไม่เป็นตัวเงินได้อีกด้วยด้วย เมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดละเมิดที่ เงื่อนไของค์ประกอบความผิดแล้วความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอนแน่นอน และเป็นผลโดยตรงและเป็นการกระทำต่อผู้เสียหาย เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วก็ถือเป็นละเมิดต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420

โดยหลักการผู้รับบริการทางการแพทย์จะต้องไม่ถูกผู้อื่นล่วงละเมิดสิทธิโดยเฉพาะสิทธิในชีวิตร่างกายโดยมิได้ยินยอม หากมีการล่วงละเมิดสิทธิจนก่อให้เกิดความเสียหายผู้กระทำต้องเยียวยาเพื่อให้ความเสียหายจากการละเมิดนั้นหมดสิ้นไป โดยเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิม นอกจากนั้นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการให้บริการทางการแพทย์ยังได้รับการคุ้มครอง

---

[146]นายแพทย์วิชัย โชควิวัฒน์.(2553) บทความเรื่องความเท็จและความจริงเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข หน้า 11.

[147]มาโรจน์ ขจรไพศาล(2555). การฟ้องคดีความเสียหายจากบริการทางการแพทย์ของฝรั่งเศส. **วารสารกระบวนการยุติธรรม.** หน้า 99.

[148] เรื่องเดียวกัน. หน้า100

และเยียวยาตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545 ตามที่กล่าวมาข้างต้นอีกด้วย[149]

สำหรับภาระการพิสูจน์ในคดีละเมิดโดยทั่วไปตกอยู่แก่ผู้ฟ้องคือผู้ป่วยมีหน้าที่จะต้องนำสืบให้เห็นถึงการกระทำโดยประมาทของแพทย์ว่าประมาทอย่างไรซึ่งเป็นผลโดยตรงให้เกิดความเสียหายแก่ตนเองด้วยพยานหลัก-ฐานต่าง ๆ ตามหลักกฎหมายที่ว่า "ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบ" ดังที่บัญญัติไว้ในตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 84/1 ความว่า "คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตนให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น แต่ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายหรือมีข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใดคู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว"

ภาระการพิสูจน์ หมายความถึงหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อศาลให้เห็นจริงตามที่ตนกล่าวอ้างหากฝ่ายใดมีภาระในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงใด แต่ไม่นำพยานหลัก-ฐานมาสืบเพื่อปลดเปลื้องภาระนั้น ผลร้ายย่อมตกแก่ฝ่ายนั้น คือการแพ้คดี ภาระการพิสูจน์จะสืบก่อนหรือสืบหลังแล้วแต่การกำหนดหน้าที่นำสืบของศาลอีกชั้นหนึ่ง แต่ความสำคัญคือมีผลถึงการแพ้ความของคดี[150] หรืออาจกล่าวได้ว่าผู้ที่ได้รับความเสียหายมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าเกิดจากการกระทำของฝ่ายจำเลยด้วยการพิสูจน์ถึงองค์ประกอบความผิดทางละเมิด โดยเงื่อนไขและองค์ประกอบความผิดที่สำคัญคือ การกระทำเป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย โดยความเสียหายนั้นต้องแน่นอน และเป็นผลโดยตรงและเป็นการกระทำต่อผู้เสียหาย เมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นละเมิดต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ผู้ทำละเมิดต้องซ่อมแซมทำให้ผู้เสียหายกลับคืนดีดังเดิมการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ผู้เสียหายเพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายภายใต้กฎหมายลักษณะละเมิด

ค่าเสียหายในละเมิดกรณีละเมิดที่ต้องการทำให้กลับคืนดีดังเดิม แยกเป็น 2ประเภท ได้แก่1. ค่าเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้ได้แก่ค่าเสียหายเป็นตัวเงินทั้งที่เสียหายในอดีต ปัจจุบันและในอนาคตด้วยได้แก่ รายได้และผลประโยชน์ และค่าใช้จ่ายจากผลความเสียหายส่วนใหญ่เป็นเงินที่ผู้เสียหายต้องจ่ายเนื่องจากได้รับความเสียหาย ซึ่งควรได้รับให้เสมือนว่าไม่เกิดความเสียหาย และค่าสูญเสียความสามารถในการหาเลี้ยงชีพในอนาคต และ2.ค่าเสียหายที่คำนวณเป็นเงินไม่ได้ โดยเฉพาะความเสียหายทางร่างกายซึ่งกฎหมายไม่กำหนดขอบเขตไว้แต่ศาลจะกำหนดให้เป็นเงิน

---

[149]มาโรจน์ ขจรไพศาล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 147. หน้า 100.

[150]โอสถ โกศิน. (2538). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน.** (พิมพ์ครั้งที่3).กรุงเทพมหานคร: หอรัตน์ชัยการพิมพ์. หน้า 245.

ก้อน เช่น ความเจ็บปวด ทุกข์ทรมานทางกายและจิตใจการสูญเสียความสามารถชั่วคราวการสูญเสียความสามารถทางเพศรวมถึงการมีบุตรและการสูญเสียความสวยงามเป็นต้น

อายุความฟ้องคดีละเมิดเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลนั้นเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 448ที่กำหนดให้การใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิด มีอายุอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้ที่จะต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือสิบปีนับแต่วันทำละเมิดแต่ถ้าหากสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดนั้นมีความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาและอายุความตามกฎหมายอาญานั้นมีอายุความฟ้องร้องยาวกว่าอายุความทางละเมิดก็ให้ใช้อายุความทางอาญาที่ยาวกว่ามาใช้บังคับกับกรณีละเมิดแทน[151]

3.4.6 มาตรการบังคับการตามกฎหมายทางแพ่ง ทางอาญา และมาตรการทางปกครอง

วิชาชีพแพทย์เป็นวิชาชีพที่มิอาจคาดหวังถึงผลสำเร็จของการรักษาพยาบาลได้ แต่เป็นวิชาชีพที่ต้องคำนึงถึงความระมัดระวังตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพ ความรับผิดทางสัญญาของแพทย์ในทางสัญญาของแพทย์เกิดจากการที่แพทย์ได้ฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย แม้แพทย์จะเป็นผู้ที่ได้รับการยอมรับจากสังคม แต่หากแพทย์มิได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพหรือประกอบวิชาชีพต่ำกว่ามาตรฐานอันเป็นที่ยอมรับกันในวงการวิชาชีพและด้วยความคาดหวังในผลของการรักษาของผู้ป่วย แพทย์ยอมมีความรับผิดได้เสมือนบุคคลธรรมดาโดยทั่วไป โดยผู้เขียนจะพิจารณาถึงมาตรการบังคับการตามกฎหมายสำหรับกรณีความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของแพทย์นั้นผู้เขียนจะทำการพิจารณาถึงมาตรการบังคับตามกฎหมายแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรการบังคับทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาและมาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 และพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังนี้

1. มาตรการบังคับทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรการบังคับทางแพ่งซึ่งได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.4.3 มาตรฐานความระมัดระวังในการให้บริการทางการแพทย์ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดของแพทย์และโรงพยาบาลที่เกิดจากการรักษาพยาบาลตามกฎหมายแพ่ง

---

[151]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448 "สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันทำละเมิด

แต่ถ้าเรียกร้องค่าเสียหายในมูลอันเป็นความผิดมีโทษตามกฎหมายลักษณะอาญาและมีกำหนดอายุความทางอาญายาวกว่าที่กล่าวมานั้นไซร้ ท่านให้เอาอายุความที่ยาวกว่านั้นมาบังคับ"

นั้นต้องพิจารณาความรับผิดของแพทย์และโรงพยาบาลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าความรับผิดทางแพ่งนั้นเป็นความรับผิดอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการที่แพทย์ได้ปฏิบัติหน้าที่โดยบกพร่องหรือผิดพลาดจนก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งความรับผิดของแพทย์สามารถจำแนกได้ 2 กรณี คือ

1.1 ความรับผิดทางสัญญา กล่าวคือ เนื่องจากด้วยการบริการทางการแพทย์ในปัจจุบันมีลักษณะของการให้บริการที่แตกต่างจากสมัยก่อน โดยถือว่าเป็นการให้บริการในเชิงพาณิชย์หรือเป็นธุรกิจการค้าประเภทหนึ่งที่มุ่งแสวงหารายได้จากการรักษาผู้เจ็บป่วย ปัจจุบันได้มีการนำเอาสถานพยาบาลเข้ามาจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์เป็นจำนวนมาก เมื่อผู้ป่วยต้องจ่ายค่ารักษาพยาบาลในจำนวนที่มากย่อมทำให้เกิดความคาดหวังที่จะได้รับการบริการที่ดีและมีความปลอดภัยเช่นกัน ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยจึงกลายมาเป็นผู้ซื้อและผู้ขาย พ่อค้ากับลูกค้า หรือผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้าง โดยแพทย์ในฐานะผู้รับจ้างจะต้องใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังตามหลักวิชาชีพเพื่อให้เกิดผลสำเร็จของงานที่รับจ้าง ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยจึงกลายมาเป็นความสัมพันธ์ในทางสัญญาที่ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ และนิติกรรมสัญญา ดังนั้นเมื่อแพทย์ผู้ทำการรักษาไม่ได้ใช้ความรู้ความสามารถทางวิชาชีพรักษาผู้ป่วยอย่างถูกต้องตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพ หากเกิดความเสียหายจึงถือได้ว่าแพทย์ได้ปฏิบัติหน้าที่ผิดหรือฝ่าฝืนหน้าที่ตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ถือว่าเป็นการผิดสัญญาเมื่อมีการผิดสัญญา กฎหมายได้กำหนดวิธีการเยียวยาความเสียหายเมื่อมีการผิดสัญญา คือ (1)ให้สิทธิแก่คู่กรณีที่ไม่ใช่เป็นฝ่ายผิดสัญญาบอกเลิกสัญญาโดยสิทธิที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือกำหนดไว้ในกฎหมาย[152] แล้วเรียกค่าเสียหาย[153] และเมื่อมีการบอกเลิกสัญญาแล้วให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิม หรือ (2) ร้องขอให้ศาลสั่งบังคับให้คู่กรณีฝ่ายที่ผิดสัญญาทำการชำระหนี้[154] แต่ถ้าสภาพแห่งหนี้นั้นจะไม่เปิดช่องที่จะให้มีการบังคับชำระหนี้ได้โดยเฉพาะเจาะจงก็อาจฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้ ซึ่งได้แก่ ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้น

---

[152]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 "ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญา โดยข้อสัญญาหรือบทบัญญัติของกฎหมาย การเลิกสัญญานั้นย่อมทำได้ด้วยการแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง

การแสดงเจตนาดังกล่าวมาในวรรคก่อน ท่านว่าหาอาจถอนได้ไม่"

[153]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391"เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม....การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหากระทบกระทั่งถึงสิทธิในการเรียกค่าเสียหายไม่"

[154]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 "ถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตนเจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้นั้นจะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้..."

ได้ หรือค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันเกิดขึ้นแต่พฤติการณ์พิเศษที่คู่กรณีได้คาดเห็นหรือควรได้คาดเห็นล่วงหน้า[155] เป็นต้น

1.2 ความรับผิดทางละเมิดกล่าวคือ ปัจจุบันการฟ้องร้องทางการแพทย์มักพบว่ามีการฟ้องร้องแพทย์และโรงพยาบาลให้รับผิดฐานละเมิด เนื่องจากแพทย์กระทำผิดหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ มิใช้ความระมัดระวังอันเหมาะสมตามหลักวิชาชีพในการรักษาโดยเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้น ดังนั้น ผู้ป่วยหรือผู้เสียหายจึงได้เรียกร้องให้แพทย์และหรือโรงพยาบาลร่วมรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความสูญเสียหรือความเสียหายที่ได้รับจากการระทำของแพทย์ผู้ทำการรักษา โดยค่าเสียหายที่เรียกร้องนั้นได้แก่ค่าสินไหมทดแทนที่คำนวณเป็นเงินได้และค่าเสียหายที่คำนวณเป็นเงินไม่ได้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.4.5 เป็นต้น

2. มาตรการบังคับทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและโทษ ซึ่งอาจเป็นฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติอื่น ๆ โดยกฎหมายจะบัญญัติไว้ว่าการกระทำหรือการละเว้นการกระทำอย่างใดเป็นความผิดส่วนโทษตามประมวลกฎหมายอาญานั้นได้กำหนดไว้5 สถานคือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน

สำหรับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาได้แบ่งเป็นภาคทั่วไปอันเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาภาคความผิดคือส่วนที่บัญญัติฐานความผิดต่าง ๆ และส่วนสุดท้ายคือภาคลหุโทษซึ่งได้แก่ความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท

ในประมวลกฎหมายอาญาภาคทั่วไป ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาไว้ โดยวางเป็นหลักกฎหมายในมาตรา 59 วรรคแรกว่า""บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท" หลักกฎหมายที่ว่านี้เป็นหลักสำคัญในการวินิจฉัยความรับผิดของบุคคล กล่าวคือ นอกจากเจตนาแล้วการกระทำโดยประมาทก็อาจก่อให้เกิดความผิดอาญาขึ้นได้ถ้าการกระทำโดยประมาทในกรณีนั้นมีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเช่นการทำให้คนตายโดยประมาท กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายของผู้อื่นประมาทเป็นเหตุให้เกิดผลต่อเสรีภาพของบุคคลเหล่านี้เป็นต้น

---

[155]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 "การเรียกค่าเสียหาย ได้แก่การเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นตามปกติย่อมเกิดขึ้นได้แต่การไม่ชำระหนี้นั้น

เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั้งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นว่านั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว"

คดีความที่เกิดขึ้นจากการร้องเรียนหรือฟ้องร้องแพทย์ส่วนใหญ่มักจะเกิดขึ้นจากการกล่าวหาว่าแพทย์กระทำโดยประมาทเป็นผลให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือเสรีภาพของบุคคล แล้วแต่กรณี[156]และข้อที่จะต้องวินิจฉัยในแต่ละคดีก็คือการกระทำของแพทย์ในกรณีนั้นๆเป็นการประกอบวิชาชีพโดยประมาทหรือไม่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4 ได้วางเป็นหลักทั่วไปไว้ว่า "กระทำโดยประมาทได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่"

จากบทบัญญัติดังกล่าว การจะวินิจฉัยว่าการกระทำในแต่ละกรณีจะเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่จะเปรียบเทียบกับบุคคลซึ่งอยู่ในภาวะเช่นนั้นและดูตามวิสัยและพฤติการณ์นั้นด้วยซึ่งในประเด็นนี้จะขึ้นอยู่กับมาตรฐานของวิชาชีพในแต่ละกรณีแต่ละสาขาซึ่งผู้เสียหายอาจจะนำสืบผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความต่อศาลแล้วแต่กรณี ซึ่งเมื่อแพทย์ทำการรักษาไปแล้วเกิดผลเสียหายในบั้นปลายโดยความประมาทเลินเล่อฝ่ายเดียวของแพทย์จะทำให้การรักษาที่ถูกกฎหมายมาแต่แรกจากความยินยอมในการรักษาพยาบาลกลายเป็นผิดกฎหมายไปโดยผลร้ายที่เกิดนั้น ดังนั้นเมื่อเป็นการกระทำโดยประมาทและเกิดผลเสียหายแล้ว ถ้าตรงกับความผิดทางอาญาฐานใดแพทย์ก็อาจถูกฟ้องรับผิดทางอาญาฐานนั้น ซึ่งมักได้แก่ความผิดฐานประมาทเลินเล่อในเรื่องความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291หรือความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเป็นอันตรายสาหัส ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 300 หรือความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเป็นอันตรายแก่กายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 390 เป็นต้น

3. มาตรบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วว่าความรับผิดความรับผิดของบุคลากรทางการแพทย์ในกรณีที่เกิดความเสียหายจากการรักษาพยาบาลตามพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ตามหัวข้อ 3.4.1 ที่กล่าวมาข้างต้นนั้น มิใช่ความรับผิดของแพทย์ต่อผู้เสียหายโดยตรง แต่เป็นความรับผิดต่อผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกัน เพราะเป็นการควบคุมทางวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยมีแพทย์สภาควบควบคุมความประพฤติทางจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม แม้ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวจะมิได้กำหนดให้ความรับผิดที่เกิดขึ้นเป็นเหตุให้ผู้ประกอบวิชาชีพต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือถูกลงโทษทางอาญา แต่ก็เป็นความรับผิดที่เป็นเหตุให้ผู้ประกอบวิชาชีพไม่อาจประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้อีกต่อไป ซึ่งโทษที่ผู้ประกอบวิชาชีพจะได้รับก็คือ การว่ากล่าวตักเตือน ภาคทัณฑ์ หรือให้หยุดประกอบวิชาชีพชั่วคราวหรือตลอดไป โดยการพักใช้ใบอนุญาต

---

[156]แสวง บุญเฉลิม.(2546). กฎหมายการแพทย์.(พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน หน้า 48.

หรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม ทั้งนี้ตามความหนักเบาของพฤติการณ์หรือความรุนแรงของความเสียหาย

สำหรับมาตรการบังคับทางปกครองนั้นเป็นความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเพียงเฉพาะบางกลุ่มเท่านั้น กล่าวคือ เป็นความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพที่มีฐานะเป็นข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในโรงพยาบาลของรัฐทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาค หรือมีฐานะเป็นข้าราชการในสังกัดมหาวิทยาลัยปฏิบัติหน้าที่เป็นอาจารย์ในมหาวิทยาลัยเพื่อผลิตบัณฑิตทางการแพทย์[157] ความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐคล้ายกับความรับผิดทางจริยธรรมแห่งวิชาชีพตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 กล่าวคือ มิใช่ความรับผิดต่อผู้เสียหายโดยตรงต่อผู้เสียหายแต่เป็นความรับผิดตามกฎหมายมหาชน อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกับส่วนราชการที่ตนเองสังกัดอยู่ โดยเป็นโทษทางการบริหารงานบุคคลซึ่งมีผลกระทบต่อความเจริญก้าวหน้าในหน้าที่การงานของผู้ประกอบวิชาชีพที่ถูกลงโทษนั้น โทษทางวินัย คือ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน ลดขั้นเงินเดือน ปลดออก และไล่ออก[158] ทั้งนี้ตามความหนักเบาของพฤติการณ์และความรุนแรงของความเสียหาย

จากหลักการข้างต้นจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นั้นช่วยคุ้มครองทางแพ่งแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้เป็นอย่างดี โดยเจตนารมณ์หลักของกฎหมายฉบับนี้ คือ ป้องกันเจ้าหน้าที่ของรัฐในความรับผิดจากผลแห่งละเมิดที่เกิดขึ้นโดยความไม่ตั้งใจ หรือความผิดพลาดเพียงเล็กน้อยในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ได้ใช้ดุลยพินิจและตัดสินใจได้โดยไม่ต้องเกรงกลัวว่าจะต้องรับผิดอันเป็นอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่และการบริหารงานของรัฐ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องรับผิดในความเสียหายก็ต่อเมื่อได้กระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น

ในการทำละเมิดของแพทย์ที่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นั้น ผู้เสียหายจากการกระทำของแพทย์นั้นอาจยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐให้พิจารณาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดแก่ตนก็ได้ ตามมาตรา 11 ประกอบ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดฯ ก่อนหรืออาจยื่นฟ้องโดยตรงต่อศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาเลยก็ได้ ซึ่งมีขั้นตอนต่างกัน ในกรณียื่นคำขอต่อหน่วยงานรัฐแล้วไม่พอใจในคำวินิจฉัยก็ใช้สิทธิฟ้องศาลปกครองได้อีก ถ้าพอใจก็จบกันไปกับคู่กรณีที่เป็น

---

[157]เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 74.

[158]พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 88 "ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำผิดวินัย จะต้องได้รับโทษทางวินัย เว้นแต่มีเหตุอันควรงดโทษตามที่บัญญัติไว้ในหมวด ๗ การดำเนินการทางวินัยโทษทางวินัยมี 5 สถาน ดังต่อไปนี้ (1) ภาคทัณฑ์(2) ตัดเงินเดือน(3) ลดเงินเดือน(4) ปลดออก(5) ไล่ออก"

ผู้เสียหาย โดยก่อนมีการยื่นฟ้องแพทย์ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ผู้เสียหายอาจใช้วิธียื่นขอรับเงินช่วยเหลือเบื้องต้นตาม มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 โดยไม่ถือว่าเป็นการใช้สิทธิตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

ในกรณีที่มีการยื่นฟ้องและศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ป่วยหรือผู้เสียหายชนะคดี หากถ้าศาลพิพากษาว่าแพทย์ได้กระทำการเพียงประมาทเลินเล่อเท่านั้น แพทย์ก็ไม่ต้องใช้ค่าเสียหาย ซึ่งหน่วยงานของรัฐจะเป็นผู้ใช้แทนให้ แต่ถ้าประมาทเลินเล่อย่างร้ายแรงและหน่วยงานของรัฐได้ใช้ค่าเสียหายแทนแพทย์ผู้ทำละเมิดแล้ว ก็จะไล่เบี้ยแพทย์ ตาม มาตรา 8 ประกอบมาตรา 12 พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ซึ่งคำสั่งไล่เบี้ยดังกล่าวถือเป็น “คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้มีการชำระเงิน” จึงต้องดำเนินการตาม มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ความว่า "คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้ใดชำระเงิน ถ้าถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระโดยถูกต้องครบถ้วน ให้เจ้าหน้าที่มีหนังสือเตือนให้ผู้นั้นชำระภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนตามที่หน่วยงานของรัฐได้ชดใช้ให้ผู้เสียหายไปแทนแพทย์ผู้ทำละเมิดนั้นเอง