

บทที่ 2

ประวัติ ความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของแพทย์

แพทย์เป็นผู้ที่ทำหน้าที่ในการรักษาคนไข้ ดูแลคนไข้ และให้กำลังใจคนไข้ ซึ่งการทำหน้าที่ดังกล่าว แพทย์จะทำหน้าที่ด้วยในสมรรถและดูแลไข้ประจวบคั่งดูแลร่างกายตนเอง อย่างไรก็ตาม เนื่องด้วยความผิดพลาดในการดูแลคนไข้นั้นย่อมเกิดขึ้นได้ ทั้งที่ระมัดระวังอย่างเต็มที่แล้วก็ตาม จึงทำให้ในปัจจุบันมีคดีจำนวนมากที่ฟ้องให้แพทย์รับผิดชอบในความเสียหาย ซึ่งส่งผลให้แพทย์ได้รับผลกระทบจากการทำงานเป็นอย่างมาก ดังนั้น ในบทนี้จึงได้มีการทบทวนงานวรรณคดีที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยเรื่องความรับผิดชอบของแพทย์ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.1 ประวัติ ความเป็นมาของความรับผิดชอบทางการแพทย์

2.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับแพทย์

แพทย์มีหน้าที่บำบัดรักษาความเจ็บป่วยซึ่งนำความทุกข์ทรมานมาสู่มนุษย์ และไม่มีมนุษย์ผู้ใดจะหลีกเลี่ยงการเกิด แก่ เจ็บ ตายได้ วิชาชีพแพทย์จึงได้รับการยกย่องให้มีความเกียรติและมีศักดิ์ศรีมาตั้งแต่สมัยโบราณจวบจนปัจจุบัน ผู้ที่ทำหน้าที่แพทย์ในสมัยโบราณมักเป็น “ผู้รู้” ในสังคม เช่น นักปราชญ์หรือนักบวชในศาสนา ซึ่งมีกรอบที่ต้องประพฤติปฏิบัติแตกต่างจากสามัญชนอยู่แล้ว ดังจะเห็นได้จากในคัมภีร์ไบเบิลซึ่งบันทึกเรื่องราวของพระเยซูคริสต์ได้ทำการรักษาผู้เจ็บป่วยมากมาย คนในสมัยโบราณเชื่อว่าความเจ็บป่วยเกิดจากอำนาจของภูติผีปีศาจ จึงเป็นหน้าที่ของพระ พราหมณ์ หรือนักบวช ที่จะต้องทำการรักษาโดยการขับไล่ปีศาจ ต่อมาเมื่อมนุษย์มีความรู้เรื่องธรรมชาติมากขึ้น มีความเข้าใจในเรื่องเหตุผลและระเบียบวิธีวิทยาศาสตร์ ทำให้เกิดวิวัฒนาการทางการแพทย์ สังคมได้เรียกร้องคุณธรรมและจริยธรรมความเป็นแพทย์ หลักฐานที่สำคัญที่แสดงว่าสังคมตระหนักถึงความสำคัญของจริยธรรมในทางการแพทย์คือคำปฏิญาณของ ฮิปโปเครติส (Hippocratic Oath) ซึ่งเป็นแพทย์ชาวกรีก มีชีวิตอยู่ในช่วง 470 ปีก่อนคริสตกาล อ้างว่าสืบเชื้อสายมาจากเทพอพอลโลและ Aesculapius ซึ่งเป็นเทพเจ้าแห่งการรักษาโรคของกรีกโบราณ คำปฏิญาณของฮิปโปเครติสกล่าวถึงประเด็นหลักของจริยธรรมการแพทย์คือ ความศักดิ์สิทธิ์และบริสุทธิ์สูงส่งของวิชาชีพแพทย์ ความมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ป่วย การรักษาความลับของผู้ป่วยและกล่าวถึงการป้องกันมิให้แพทย์กระทำการน้อยถอยเบียดบังเอาประโยชน์จากผู้ป่วย รวมทั้งโทษของ

การกระทำดังกล่าว คำปฏิญาณของฮิปโปเครติสถือเป็นแนวปฏิบัติของแพทย์ในยุคต่อมา แต่ก็ได้ผ่านการดัดแปลงให้เหมาะสมกับสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมในยุคสมัยต่าง ๆ¹

ในปี ค.ศ. 1984 สมาคมแพทย์แห่งโลก (World Medical Association) ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศของวิชาชีพแพทย์ได้จัดการประชุมนานาชาติที่กรุงเจนีวา โดยมีวัตถุประสงค์จะปรับปรุงคำปฏิญาณของฮิปโปเครติสให้ทันสมัย หลังจากนั้นได้มีการประชุมอีกหลายครั้ง ในปี ค.ศ. 1949, 1968 และล่าสุดในปี ค.ศ. 1988 ที่อิตาลีโดยเพิ่มเนื้อหาเกี่ยวกับการทดลองในมนุษย์และสิทธิผู้ป่วย ในซีกโลกตะวันออก มีหลักฐานความสัมพันธ์ระหว่างจริยธรรมการแพทย์กับศาสนา เช่น อินเดียมีหลักฐานอยู่ในคัมภีร์ฤคเวทและอายุรเวท ในอารยธรรมจีนมีการอ้างอิงหลักปรัชญาเต๋า ในประเทศไทยซึ่งยึดหลักพุทธศาสนามีหลักการให้มนุษย์พ้นทุกข์และเห็นการเกิด แก่ เจ็บ ตายเป็นเรื่องธรรมชาติ พระสงฆ์มีบทบาทมากในด้านจิตใจและการรักษาโรคโดยใช้สมุนไพร การแพทย์แผนตะวันตกได้เข้ามามีบทบาทในประเทศไทยจากการเผยแพร่ของแพทย์มิชชันนารีจาก ประเทศตะวันตกในสมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์²

2.1.2 ความหมายของแพทย์

วิชาชีพเวชกรรม หมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึง การกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสีการฉีดยาหรือสสาร การสอดใส่วัตถุใด ๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้ เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย

2.1.3 ความเป็นมาของแพทย์

เนื่องจากเป็นที่ยอมรับเป็นสากลว่า มนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่พิเศษบนโลก ด้วยว่ามนุษย์มีสติปัญญาคิดหาเหตุผลได้ สามารถคิดหลักตรรกะที่ลึกซึ้งได้ สามารถประยุกต์แนวความคิดและนำมาพัฒนาให้เกิดความเจริญงอกงามเป็นวัฒนธรรมได้ และที่สำคัญที่สุดมนุษย์มีความรู้สึกผิดชอบชั่วดี สามารถเลือกจะทำดีหรือทำชั่วได้ ในทางปรัชญาวิทยาศาสตร์ถือว่ามนุษย์เป็นพัฒนาการขั้นสูงสุดของสิ่งมีชีวิต มนุษย์จึงมีสิทธิโดยธรรมชาติ เป็นสิทธิมนุษยชนซึ่งไม่อาจถูกลบล้างหรือยกเลิกความเป็นมนุษย์ได้ (Inalienable Right) ในทางคริสตศาสนาถือว่ามนุษย์ทุกคนเป็นบุตรของพระเจ้า มีเกียรติและศักดิ์ศรีที่จะได้อยู่รวมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับพระเจ้า ดังนั้นวิชาชีพใด ๆ

¹ นิธิพัฒน์ เจริญกุล. (2562). *จริยธรรมทางการแพทย์ในปัจจุบัน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: file:///C:/Users/user/Downloads/file%204.pdf. [2563, 19 กุมภาพันธ์].

² นิธิพัฒน์ เจริญกุล. (2562). *จริยธรรมทางการแพทย์ในปัจจุบัน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: file:///C:/Users/user/Downloads/file%204.pdf. [2563, 19 กุมภาพันธ์].

ที่กระทำกับมนุษย์โดยตรง ก็จะต้องถูกผูกมัดให้มีข้อกำหนดเป็นพิเศษ วิชาชีพนักบวช แพทย์ ครู ฯลฯ เป็นวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีและคุณค่าของมนุษย์ ดังนั้น นอกจากจะต้องประพฤติตนเป็นคนดีในสังคมเป็นพื้นฐานแล้ว ยังจะต้องประพฤติปฏิบัติตนเป็นพิเศษตามข้อกำหนดของจริยธรรมวิชาชีพอีกด้วย ตัวอย่างเช่น ในทางพุทธศาสนา บุคคลสามัญถือศีล 5 ข้อ แต่พระสงฆ์ต้องถือศีล 227 ข้อ ในทางคริสตศาสนา บุคคลสามัญถือบัญญัติ 10 ประการ แต่พระสงฆ์ทางคริสต์จะต้องปฏิบัติมากกว่านั้นคือต้องถือความเป็นพรหมจรรย์ตลอดชีวิต แพทย์นั้นนอกจากจะถือเบญจศีล เบญจธรรมเป็นพลเมืองดีแล้วยังต้องถือปฏิบัติตามจริยธรรมทางการแพทย์อีกด้วย³

แพทย์สามารถใช้วิชาชีพเลี้ยงตนเองและครอบครัวให้มีฐานะอันสมควรอยู่ได้ในสังคม ค่าตอบแทนจากการประกอบวิชาชีพ (Fee) มีลักษณะพิเศษจากค่าจ้างทำงานของอาชีพ โดยทั่วไปคือ

- 1) มีจำนวนเงินที่ไม่สูงมากนัก
- 2) ไม่อาจเรียกร้องเงินเป็นเงื่อนไขในการให้บริการ

หลักฐานทางประวัติศาสตร์แสดงว่าแพทย์ในยุคโบราณได้ค่าตอบแทนวิชาชีพในการดำรงชีวิต เป็นจำนวนที่ไม่สูงนัก และแพทย์ก็ไม่ได้ร่ำรวยกว่าอาชีพอื่น จากการที่แพทย์ยึดหลักว่าคุณค่าของวิชาชีพแพทย์ไม่อาจประเมินค่าเป็นตัวเงิน กล่าวคือไม่อาจถูกซื้อหรือขายได้ เช่นเดียวกับคุณค่าของชีวิตมนุษย์ซึ่งไม่อาจประเมินเป็นตัวเงินได้ นับตั้งแต่ยุคของฮิปโปเครติส แพทย์ได้ยึดหลักจริยธรรมคือประกอบวิชาชีพให้ดีที่สุด รักษามาตรฐานของวิชาชีพให้สูงสุดอยู่ตลอดเวลาโดยไม่คำนึงถึงอามิสสินจ้าง ซึ่งหมายความว่าถึงจะไม่มีเงินค่าจ้างตอบแทน หรือผู้ป่วยจะยากจนขัดสนเพียงใด แพทย์ก็ต้องให้การดูแลรักษาอย่างดีที่สุด ซึ่งการปราศจากผลประโยชน์ทางลาภยศศฤงคารมาแทรกแซงนี้เองทำให้วิชาชีพแพทย์ได้รับการยกย่องอย่างสูงมาทุกยุคทุกสมัย⁴

2.1.4 ประเภทของแพทย์

ผู้ประกอบอาชีพแพทย์จะปฏิบัติงานในโรงพยาบาล หรือสถานพยาบาล โดยตรวจคนไข้ ในที่อยู่ในความรับผิดชอบทุกวันและต้องตรวจคนไข้นอกที่เขามารับการรักษา อาจถูกเรียกตัวได้ตลอดเวลาเพื่อทำการรักษาคนไข้ให้ทันทั่วทั้งที่ ต้องพร้อมเสมอที่จะสละเวลาเพื่อรักษาคนไข้ในที่ทำงานก็จะพบเห็น คนเจ็บ คนป่วยและคนตาย แพทย์จึงต้องมีจิตใจที่เข้มแข็ง เพราะหากมีจิตใจที่อ่อนไหวต่อสิ่งที่ได้พบเห็นจะมีผลกระทบต่อการทำงานได้

³ เทียนเงิน อุดระชัย. (2557). *ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับขอบเขตการใช้สิทธิเสรีภาพในการนำเสนอภาพข่าวในสื่อหนังสือพิมพ์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 17.

⁴ นิธิพัฒน์ เจริญกุล. (2562). *จริยธรรมทางการแพทย์ในปัจจุบัน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: file:///C:/Users/user/Downloads/file%204.pdf. [2563, 19 กุมภาพันธ์].

แพทย์ สามารถแบ่งสาขาได้ดังนี้⁵

1) แพทย์กระดูก

แพทย์กระดูก หรือเรียกว่า “ศัลยแพทย์ออร์โธปิดิกส์ (Orthopedics)” โดยที่ประเทศไทยจะมีชื่อเรียกศัลยแพทย์ในสาขานี้มากมายหลายชื่อด้วยกัน เช่น ศัลยแพทย์กระดูกและข้อ แพทย์กระดูกและข้อ หรือหมอกระดูก เป็นต้น หรือจะเรียกสั้นๆว่า “หมอออร์โธฯ” ก็ได้ แพทย์ในสาขานี้จะต้องทำการวินิจฉัยความผิดปกติเกี่ยวกับกระดูก ข้อ เส้นเอ็น และกล้ามเนื้อต่าง ๆ ของร่างกาย

2) ศัลยแพทย์หัวใจ

องค์การอนามัยโลกรายงานว่า “โรคหัวใจ” เป็นสาเหตุของการเสียชีวิตของประชากรก่อนวัยอันควร มาเป็นอันดับ ๑ ของโลกเลยทีเดียว โดยมียุติกรรมจากโรคหัวใจสูงขึ้นถึงปีละ 17 ล้านคนจากทั่วโลก และยังมีอัตราเพิ่มขึ้นทุกปีด้วย จึงทำให้แพทย์ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับโรคหัวใจเป็นที่ต้องการมากขึ้นทุกวัน

3) ศัลยแพทย์ทั่วไป

ศัลยแพทย์ทั่วไป (General Surgeon) หรือที่เรียกกันภาษาชาวบ้านว่า “หมอผ่าตัด” จัดว่าเป็นหมอที่มีรายได้สูงมากอีกหนึ่งสาขาวิชาที่ว่าได้ แต่ก็ต้องแลกมาด้วยการทำงานภายใต้ความกดดันและแข่งขันกับเวลา เพราะทุกนาทีหมายถึงชีวิตของผู้ป่วยที่ฝากเอาไว้ในมือของหมอ โดยที่ศัลยแพทย์สามารถแบ่งย่อยออกไปได้อีกหลายแขนงด้วยกัน เช่น ประสาทศัลยแพทย์ (หมอผ่าตัดสมอง) ศัลยแพทย์อุบัติเหตุ กุมารศัลยศาสตร์ (หมอผ่าตัดเด็ก) และอื่น ๆ อีกมากมาย

4) วิสัญญีแพทย์

วิสัญญีแพทย์ (Anesthesiologist) หรือที่เรียกกันติดปากว่า “หมอดมยา หรือ หมอวางยาสลบ” ทำหน้าที่วางยาสลบ ยาชา บล็อกไขสันหลัง ฯลฯ เพื่อดูแลผู้ป่วยให้เกิดความเจ็บปวดน้อยที่สุดและปลอดภัยมากที่สุด ทั้งในขณะที่ผ่าตัดและหลังผ่าตัด วิสัญญีแพทย์ต้องเลือกรวมถึงวิธีการให้เหมาะสมกับเพศและกายภาพของผู้ป่วย มิฉะนั้นอาจเป็นอันตรายถึงชีวิตได้ แม้จะไม่ค่อยถูกพูดถึงมากสักเท่าไร แต่อันที่จริงแล้ววิสัญญีแพทย์เป็นผู้ที่ปิดทองหลังพระทำงานหนักไม่แพ้หมอคนอื่น ๆ เลยทีเดียว

5) สูตินรีแพทย์

สูตินรีแพทย์ (Gynecologist) มีบทบาทในการทำคลอดและตรวจรักษาโรคที่เกี่ยวข้องกับสตรี โดยเฉพาะปัญหาสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับระบบสืบพันธุ์ บางคนจึงมักเรียกพวกเขาว่า

⁵ Campus star. (2563). สาขาแพทยศาสตร์ เรียนเกี่ยวกับอะไรบ้าง แนะนำ 10 อันดับน่าสนใจ. (2563). (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://campus.campus-star.com/education/46669.html>. [2563, 20 กันยายน]

“หมอดตรวจภายใน” โดยมีหน้าที่ครอบคลุมถึงการให้คำปรึกษาเรื่องการมีบุตรและการผ่าตัดต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับอวัยวะสืบพันธุ์ของผู้หญิงอีกด้วย

6) แพทย์ระบบทางเดินปัสสาวะ

ศัลยแพทย์ระบบทางเดินปัสสาวะ (urologist) จะหน้าที่ในการตรวจ วินิจฉัย และรักษาโรคเฉพาะทางระบบเดินปัสสาวะทั้งหมด ระบบอวัยวะที่สำคัญภายในคือ “ตับและไต” โดยที่ใครจะเลือกเรียนต่อแพทย์ในสาขานี้ ต้องทำการศึกษาเกี่ยวกับโรคทั้งหมดที่ส่งผลกระทบต่ออวัยวะทั้งตับและไตให้ได้มากที่สุด นอกจากนี้ยังต้องเรียนรู้เกี่ยวกับระบบอวัยวะสืบพันธุ์ทั้งหมดของเพศชายด้วย ได้แก่ องคชาติ อัณฑะ ถุงอัณฑะ ท่ออสุจิ ต่อมลูกหมาก และถุงน้ำกาม เพราะเมื่อผู้ชายที่ป่วยเป็นโรคทางเดินปัสสาวะเรื้อรัง ก็จะส่งผลกระทบต่อระบบไตอีกด้วย

7) ศัลยแพทย์ช่องปาก

ศัลยแพทย์ช่องปาก (Oral and Maxillofacial Surgeons) เป็นส่วนหนึ่งของวิชาชีพทางด้านทันตแพทย์ ที่ลงลึกเฉพาะทางเกี่ยวกับการผ่าตัดเพื่อรักษาความผิดปกติของขากรรไกร ใบหน้า ปากแหว่งเพดานโหว่ ดูแลระบบบดเคี้ยวอาหาร และการทำหน้าที่ของอวัยวะภายในช่องปาก ไม่ว่าจะเป็นการผ่าตัดกระดูกขากรรไกร ผ่าตัดฝังรากฟันเทียมต่าง ๆ ปลุกฟัน ผ่าตัดเนื้องอกในช่องปาก หรือแม้แต่การเตรียมความพร้อมก่อนใส่ฟันปลอม ก็ล้วนเป็นงานของศัลยแพทย์ช่องปากทั้งสิ้น

8) รังสีแพทย์: รังสีวิทยา

รังสีแพทย์ จัดอยู่ในสาขารังสีวิทยา (Radiology) ที่เกี่ยวข้องกับการสร้างภาพสิ่งต่าง ๆ ของร่างกายเพื่อใช้ในการวินิจฉัยโรค โดยจะต้องอาศัยเครื่องมือพิเศษต่าง ๆ ทางการแพทย์เข้ามาช่วย ได้แก่ รังสีเอกซ์ (x-ray) รังสีแกมมา (Gamma ray) จากสารกัมมันตภาพรังสีคลื่นเสียง คลื่นเสียงความถี่สูง (Ultrasound) และคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า (Nuclear Magnetic Resonance Imaging) เป็นต้น

9) แพทย์เฉพาะทางด้าน ตา หู คอ จมูก

แพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญในสาขา “โสตศอนาสิกวิทยา (Otolaryngology)” หน้าที่สำหรับแพทย์ในสาขานี้ ได้แก่ ต้องทำการวินิจฉัยและรักษาความผิดปกติของหู จมูก กล่องเสียง หรือช่องคอ คีรษะ และคอ โดยโรคที่เจอได้บ่อย ๆ ก็คือ โรคไซนัสอักเสบ โรคนอนกรน โรคหูน้ำหนวก เจ็บในลำคอ ต่อมไทรอยด์ หรือโรคมะเร็งที่หู คอ จมูก เป็นต้น

10) ศัลยกรรมตกแต่ง

Plastic Surgery คือ แขนงวิชาเฉพาะสาขาของ “ศัลยศาสตร์ (Specialized Branch of Surgery)” ศึกษาในเรื่องความผิดปกติของรูปร่าง ผิวหนัง รวมทั้งระบบกล้ามเนื้อและโครงร่างของร่างกาย ซึ่งในความจริงแล้วศัลยแพทย์ตกแต่ง มีขอบข่ายในการทำงานที่กว้างมาก ไม่ใช่เฉพาะเสริมจมูก เสริมอ้ม หรือทำตาสองชั้น เพียงเท่านั้น

2.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับคดีทางการแพทย์

2.2.1 ทฤษฎีการคุ้มครองผู้บริโภค

ปัจจุบันการเสนอขายสินค้าและบริการต่าง ๆ ต่อประชาชนนับวันแต่จะเพิ่มมากขึ้น ผู้ประกอบธุรกิจการค้าและผู้ประกอบธุรกิจโฆษณา ได้นำวิชาการในทางการตลาดและการโฆษณา มาใช้ในการส่งเสริมการขายสินค้าและบริการ ซึ่งการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่ เสียเปรียบ เพราะผู้บริโภคไม่อยู่ในฐานะที่ทราบภาวะตลาดและความจริงเกี่ยวกับคุณภาพและราคา ของสินค้าและบริการต่าง ๆ ได้อย่างถูกต้องทันทั่วทั้งที่ นอกจากนั้นในบางกรณีแม้จะมีกฎหมาย ให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคโดยการกำหนดคุณภาพและราคาของสินค้าและบริการอยู่แล้วก็ตาม แต่การที่ผู้บริโภคแต่ละรายจะไปฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้ประกอบธุรกิจ โฆษณา เมื่อมีการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคย่อมจะเสียเวลาและค่าใช้จ่าย เป็นการไม่คุ้มค่าและ ผู้บริโภคจำนวนมากไม่อยู่ในฐานะที่จะเสาะหาและเสียค่าใช้จ่าย ในการดำเนินคดีได้และในบางกรณี ก็ไม่อาจจะจับหรือยับยั้งการกระทำที่จะเกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคได้ทันทั่วทั้งที่ จึงสมควรให้มี กฎหมายให้ความคุ้มครองผู้บริโภคและจัดให้มีองค์กรของรัฐที่เหมาะสมเพื่อตรวจตรา ดูแล และประสานงานการปฏิบัติงานของส่วนราชการต่าง ๆ ในการให้ความคุ้มครองผู้บริโภค⁶

2.2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับความไม่เท่าเทียมกันของมนุษย์

แนวความคิดด้านเศรษฐศาสตร์ ตามแนวความคิดด้านเศรษฐศาสตร์ เมื่อตลาดสินค้าและ บริการ มีการแข่งขันกันแล้ว ภาครัฐไม่ควรเข้ามาแทรกแซงตลาด ยกเว้นในกรณีที่มีความล้มเหลว ทางตลาด (Market Failure) เกิดขึ้น ซึ่งทำให้การแข่งขันในตลาดไม่เกิดผลดีต่อผู้บริโภคหรือสังคม โดยรวม ความล้มเหลวในตลาดทำให้รัฐต้องเข้ามาคุ้มครองผู้บริโภคที่สำคัญมี 3 ประการ⁷ คือ

1) การผูกขาดในตลาด หากตลาดมีการผูกขาดโดยผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งที่มี อำนาจเหนือตลาด หรือหากตลาดมีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น ผู้ประกอบการอาจมีพฤติกรรม ในการเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภคได้ เนื่องจากผู้บริโภคโดยทั่วไปจะมีอำนาจต่อรองน้อยมาก เมื่อเทียบกับผู้ประกอบการ เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว รัฐจึงมีหน้าที่ในการเข้ามากำกับดูแลให้ตลาด เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรม โดยอาจเข้ามาควบคุมราคาหรือกำหนดอัตรากำไรสูงสุดของผู้ประกอบการ เพื่อให้ราคาสินค้าและบริการเป็นธรรมต่อผู้บริโภค

⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. (2523). การควบคุมโฆษณาเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค. *วารสารนิติศาสตร์*, 2 (10), หน้า 245.

⁷ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และสุธีร์ สุกนิตย. (2541). *การคุ้มครองผู้บริโภค*. ฝ่ายการวิจัยเศรษฐกิจรายสาขา สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาแห่งประเทศไทยกระทรวงพาณิชย์. หน้า 1-2.

2) ความเหลื่อมล้ำทางด้านข้อมูล (Asymmetric Information) ระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค หากผู้บริโภคไม่มีข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการอย่างเพียงพอผู้ประกอบการก็สามารถเอาเปรียบผู้บริโภคได้ เพราะโดยทั่วไปผู้บริโภคจะไม่ทราบคุณภาพหรือปริมาณสินค้าโดยการสังเกตจากภายนอกเท่านั้น ผู้ประกอบการจึงอาจขายสินค้าที่มีคุณภาพไม่ได้มาตรฐานหรือมีปริมาณบรรจุน้อยกว่าที่ระบุไว้ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว รัฐจึงมีหน้าที่ควบคุมผู้ประกอบการให้ข้อมูลเกี่ยวกับตัวสินค้าและบริการอย่างถูกต้องและเพียงพอ เช่น กำหนดรายละเอียดของข้อมูลที่ต้องระบุไว้บนฉลาก ตรวจสอบความถูกต้องของโฆษณา ความถูกต้องของเงื่อนไขสัญญาและการรับประกันความเสียหาย เป็นต้น

3) การควบคุมดูแลด้านความปลอดภัยและสุขภาพของผู้บริโภคสินค้าและบริการบางประเภท เช่น อาหารและยาที่มีคุณภาพไม่ได้มาตรฐาน และจะส่งผลต่อความปลอดภัยและสุขภาพของผู้บริโภคได้ ปัญหาคือ ผู้บริโภคส่วนใหญ่ไม่สามารถทราบได้ว่าสินค้าเหล่านี้มีความปลอดภัยหรือมีผลเสียต่อสุขภาพอย่างไร รัฐจึงต้องควบคุมคุณภาพหรือมาตรฐานขั้นต่ำของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนควบคุมดูแลให้สินค้าที่อยู่ในตลาดมีคุณภาพตามมาตรฐานที่กำหนด

2.2.1.1 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

การให้ความสำคัญกับความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy of will) หรือเสรีภาพในการทำสัญญา ด้วยเหตุที่แนวความคิดทฤษฎีดังกล่าวเหมาะสมในสภาพสังคมที่เท่าเทียมกันในอำนาจต่อรองและมีระบบการค้าที่แข่งขันกันค่อนข้างสมบูรณ์ ทฤษฎีความรับผิดชอบคู่สัญญา (privity of contract) ที่เป็นผลสืบเนื่องจากการมีเสรีภาพในการทำสัญญานั้น ก็เหมาะสมกับกรณีที่คู่สัญญามีความสามารถในการต่อรองเท่า ๆ กัน แต่ในการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น โดยเหตุที่ผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องบริโภคสินค้าหรือบริการโดยอาศัยความสัมพันธ์ในทางสัญญาเสมอไป เนื่องจากการบริโภคเป็นปรากฏการณ์ธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งมีได้อยู่กับเงื่อนไขในสถานะทางสังคม (Status quo) ความสามารถของบุคคล (Capability) หรือข้อตกลงในทางนิติกรรมสัญญา เพราะฉะนั้นหลักเกณฑ์หรือทฤษฎีความรับผิดชอบในความเสียหายที่ต้องอาศัยความผูกพันทางสัญญาที่กฎหมายรับรองจึงเป็นอุปสรรคใหญ่หลวงในการคุ้มครองผู้บริโภค ที่มีใช้คู่กรณีในสัญญา ทฤษฎีกฎหมายที่ก่อตั้งสิทธิในการได้รับการเยียวยา ชดใช้เมื่อมีความเสียหาย เกิดขึ้นจากการบริโภคจึงไม่คำนึงถึงหลักความสัมพันธ์ทางสัญญา (privity rule) แต่อย่างใด ดังนั้นการกำหนดว่าผู้บริโภคคือใคร จึงไม่กำหนดโดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางสัญญา แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค จึงก่อให้เกิดการปฏิเสธทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญา และความรับผิดชอบคู่กรณีโดยสิ้นเชิง การกำหนดกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจึงออกมาในรูปของการขยายความรับผิดชอบ

ของผู้ขาย ไปสู่บุคคลอื่น ๆ ที่มีใช้ผู้ซื้อ เช่น ให้รับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของสินค้าที่เกิดอันตรายต่อบุคคลในครอบครัวของผู้ซื้อ เป็นต้น⁸

2.2.1.2 หลักความรับผิดทางละเมิด

ทฤษฎีความรับผิดในทางละเมิด ซึ่งใช้บทสันนิษฐานความผิด (presumption of fault) หลักความรับผิดในทางละเมิดนั้น มีทฤษฎีความรับผิดที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปอยู่ 2 หลัก คือ ความรับผิดเมื่อมีความผิด กล่าวคือ ผู้กระทำละเมิดจงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหาย และหลักความรับผิดโดยกฎหมายสันนิษฐานว่า มีความผิดแม้มิได้มีการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ บางกรณีเป็นการสันนิษฐานเด็ดขาด ไม่มีข้อยกเว้นในการนำสืบหักล้าง (absolute liability) หรือ no fault liability บางกรณีก็ยกเว้นให้มีการนำสืบหักล้างบทสันนิษฐานที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้หลัก ความรับผิดขอบแบบที่สองนี้เรียกโดยทั่วไปว่าความรับผิดเด็ดขาด (strict liability) หลักความรับผิดเด็ดขาดได้รับการยอมรับมากขึ้นเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากผลิตภัณฑ์ที่มีความสลับซับซ้อนในการผลิต ผู้ใช้ได้รับความเสียหายไม่อาจพิสูจน์ถึงเหตุแห่งความเสียหายได้ว่าเป็นความผิดพลาดของผู้ใด เหตุผลของการนำเอาทฤษฎีความรับผิดขอบเด็ดขาดในทางละเมิด มาปรับใช้กับคดีที่ฟ้องให้ชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการบริโภค ก็เพราะว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบริโภคนั้น เป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ได้ว่าเกิดขึ้นจากความรับผิดของฝ่ายใด ยิ่งกระบวนการในการบริโภค อันประกอบด้วยผู้ผลิต ผู้ขายส่ง ผู้ขายปลีก ผู้บริโภค เป็นกระบวนการที่กว้างยากแก่การพิสูจน์ว่าความบกพร่องเกิดขึ้น ในช่วงใด ขณะใด ในกรณีที่มีการผลิต มีเทคนิคที่สลับซับซ้อน การพิสูจน์ความบกพร่องในการผลิตยังไม่อยู่ในวิสัยที่ผู้บริโภคจะพิสูจน์ได้ง่ายว่าผู้ผลิตสินค้ากระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้มีความชำรุด บกพร่องในผลิตภัณฑ์ การกำหนดให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายต้องรับผิดโดยปราศจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจึงเป็นการเหมาะสม ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าผู้ผลิตหรือผู้ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดชอบนี้อาจพิสูจน์เพื่อพ้นความรับผิดได้ เช่น ผู้บริโภคใช้สินค้าโดยไม่ถูกต้องวิธี ในกรณีที่มีคำอธิบายวิธีใช้หรือคำเตือนแล้ว หรือความเสียหายเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้บริโภคเองหรือความชำรุดบกพร่อง ไม่ได้อยู่ในขณะที่ผู้บริโภคซื้อสินค้าหรือผลิตภัณฑ์นั้น หากแต่เกิดความชำรุดบกพร่องขึ้น เพราะการกระทำของบุคคลอื่น ซึ่งผู้ผลิตหาจำต้องรับผิดชอบด้วยไม่⁹

⁸ ดารารพร ธีระวัฒน์. (2542). *กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 26.

⁹ สุขุม สุกนิษฐ์. (2557). *คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 11.

แนวความคิดด้านสังคม ในสมัยที่การค้าและเศรษฐกิจของโลกอยู่ในลักษณะจำกัดในวงแคบ ๆ สภาพของสินค้าและบริการยังไม่มี ความสลับซับซ้อนมากนักกระบวนการผลิตยังเป็นแบบเรียบง่าย ตลาดเป็นลักษณะการแลกเปลี่ยนสินค้าซึ่งกันและกัน (barter trade) ไม่มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องการเครื่องมือหรือมาตรการเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค เพราะอิทธิพล แนวคิดในระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยตั้งอยู่บนความอิสระและเสรีภาพในการดำรงชีวิตของคนเท่าเทียมกัน ยังผลให้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรี (laissez-faire) เกิดขึ้นด้วย โดยมีสมมุติฐานว่ามนุษย์ทุกคนมีความสามารถในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและบริการเท่ากัน แต่เมื่อโลกเจริญมากขึ้นทำให้ระบบเศรษฐกิจการค้าขายและการบริการต่าง ๆ มีกระบวนการที่สลับซับซ้อนมากขึ้น เกินกว่าผู้บริโภคโดยทั่วไปจะตามได้ทัน ทำให้ประเทศต่าง ๆ มาพิจารณาถึงความเป็นธรรมในสังคมและเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน โดยทั่วไป สิทธิของผู้บริโภคจึงควรที่จะได้รับความคุ้มครอง ก่อนที่มาตรการจะได้รับการยอมรับได้มีข้อแย้งกันในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้¹⁰

1) การคุ้มครองผู้บริโภคควรมีหรือไม่ แม้จะเป็นที่ยอมรับกันว่าสังคมปัจจุบันจำเป็นที่รัฐต้องควบคุมการประกอบธุรกิจและคุ้มครองผู้บริโภค แต่ปัญหาที่ถกเถียงกันในอดีตคือ ควรมีการคุ้มครองผู้บริโภคหรือไม่ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าไม่จำเป็น เพราะถือว่าสิทธิในการบริโภคเป็นเรื่องของเอกชนทั่วไปซึ่งรัฐไม่ควรแทรกแซง แต่อีกฝ่ายหนึ่งอ้างว่าผู้บริโภคไม่มีอำนาจต่อรองกระบวนการผลิตมีความสลับซับซ้อนเกินกว่าที่ผู้บริโภคจะใช้ความรู้ความสามารถ หยั่งทราบถึงคุณภาพของสินค้าได้ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค

2) คุ้มครองอะไร เป็นที่ยอมรับว่าผู้บริโภคขาดอำนาจต่อรองในทางเศรษฐกิจ จึงควรได้รับการคุ้มครอง จากข้อเท็จจริงในการดำเนินชีวิตประจำวัน ผู้บริโภคได้รับความเสียหายทั้งที่เป็นตัวเงินและมีใช้ตัวเงิน ผลเสียหายที่เป็นตัวเงิน คือ ผู้บริโภคต้องจ่ายเงินเกินกว่าราคาที่แท้จริงของสินค้านั้น มาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภค เช่น การควบคุมราคา การป้องกันการผูกขาด การส่งเสริมให้มีการแข่งขันโดยเสรี ผลเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน คือ ผู้บริโภคได้รับผลเสียหายต่อสุขภาพ อนามัย หรือการถูกจูงใจให้เข้าใจผิดในคุณภาพและที่มา ซึ่งผู้ผลิตมีหน้าที่กระทำการป้องกันเหตุหรือต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเหล่านี้ด้วย

3) คุ้มครองอย่างไร โดยทฤษฎีแล้วการคุ้มครองผู้บริโภคกระทำได้หลายทางซึ่งนอกเหนือจากมาตรการตามกฎหมายแล้ว การกระตุ้นให้ผู้บริโภคเองมีการตื่นตัวในการป้องกันส่วนได้ส่วนเสียของตนโดยวิธีการเผยแพร่ความรู้ การรวมตัวกันเป็นสมาคมมีการบริการข้อมูลข่าวสาร การเสนอข้อมูลสินค้าที่มีคุณภาพ และราคาที่เป็นธรรม มีความปลอดภัยในการบริโภค

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

รวมทั้งบัญชีสินค้าอันตรายก็เป็นทางหนึ่งที่จะช่วยคุ้มครองผู้บริโภค โดยอาจแบ่งการคุ้มครองออกเป็น 2 ระดับ คือ

(1) การป้องกันความเสียหาย โดยกฎหมายกำหนดให้รัฐมีอำนาจควบคุมและกำกับให้เกิดความปลอดภัยหรือเกิดความเป็นธรรม

(2) การเยียวยาخذใช้หากเกิดความเสียหาย โดยร่วมกันจัดตั้งองค์กรของรัฐหรือเอกชน เป็นสมาคม มูลนิธิ ให้ดำเนินการแทนผู้บริโภค วิธีการคุ้มครองผู้บริโภคไม่ว่ามาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการอื่น ๆ ของประเทศโดยต้องมีอาศัยหลักเกณฑ์ทางเศรษฐศาสตร์และสถานะแวดล้อมทางเศรษฐกิจของประเทศนั้น ๆ เป็นแนวทาง

2.2.3 ทฤษฎีพฤติกรรมผู้บริโภค

พฤติกรรมของผู้บริโภค (consumer behavior) หมายถึง การแสดงออกของแต่ละบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการใช้สินค้าและบริการทาง เศรษฐกิจ รวมทั้งกระบวนการในการตัดสินใจที่มีผลต่อการแสดงออก

กระบวนการพฤติกรรมผู้บริโภค (process of behavior)

- 1) พฤติกรรมเกิดขึ้นได้ต้องมีสาเหตุทำให้เกิด
- 2) พฤติกรรมเกิดขึ้นได้จะต้องมีสิ่งจูงใจหรือแรงกระตุ้น
- 3) พฤติกรรมที่เกิดขึ้นย่อมมุ่งไปสู่เป้าหมาย¹¹

2.2.3.1 สิทธิของผู้บริโภค

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองผู้บริโภคไว้ 5 ประการ ดังนี้¹²

1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ผู้บริโภคมีสิทธิที่จะได้รับการโฆษณาหรือการแสดงฉลากตามความเป็นจริง ปราศจากพิษภัยและรับทราบข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการอย่างถูกต้องและเพียงพอ

2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ ผู้บริโภคมีสิทธิที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือรับบริการตามความสมัครใจ ปราศจากการชักจูงไม่เป็นธรรม

¹¹ อภิวิทย์ ชัยยีนสถาพร. (2558). *พฤติกรรมผู้บริโภคที่มีผลต่อการตัดสินใจใช้ท้องถิ่นที่เสี่ยงสร้างมูลค่าสำหรับมัลติมีเดียและงานตัดต่อ*. หลักสูตรบริหารธุรกิจมหาบัณฑิต สาขาการบริหารการจัดการสาระ และการสร้างคุณค่ามหาวิทยาลัยกรุงเทพ. หน้า 13.

¹² พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522.

3) ลิขสิทธิ์ที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ ผู้บริโภคมีสิทธิ์ที่จะได้รับสินค้าหรือบริการที่ปลอดภัย มีสภาพและคุณภาพมาตรฐาน ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินหากใช้ตามคำแนะนำหรือระมัดระวังตามสภาพของสินค้าและบริการนั้น

4) ลิขสิทธิ์ที่จะได้รับความเป็นธรรมจากการทำสัญญา ผู้บริโภคมีสิทธิ์ที่จะได้รับข้อสัญญา โดยไม่ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบการ

5) ลิขสิทธิ์ที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย ผู้บริโภคมีสิทธิ์ที่จะได้รับการคุ้มครองและชดเชยค่าเสียหายเมื่อถูกละเมิดจากข้อ 1, 2, 3 และ 4

2.2.3.2 หลักผู้ซื้อต้องระวัง

ในอดีต สินค้าที่มีการซื้อขายกันระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคเป็นสินค้าที่ผลิตขึ้นอย่างง่าย ไม่ซับซ้อน ผู้ซื้อสามารถตรวจสอบความชำรุดบกพร่องได้ไม่ยากนัก จึงเกิดหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องซื้อขายที่ว่า “หลักผู้ซื้อต้องระวัง” (caveat emptor) คือ ผู้ซื้อจะต้องใช้ความระมัดระวังในการรับมอบสินค้า จะต้องตรวจสอบสินค้าให้ถี่ถ้วนถี่เสียก่อนว่าไม่มีความชำรุดบกพร่องหากไม่ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นแล้ว ผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องดังกล่าว หลักการนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 473 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติถึงข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ขายเอาไว้ว่าผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีที่ผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะได้รู้เช่นนั้นหากได้ใช้ความระมัดระวังอันจะพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชนหรือถ้าความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นอันเห็นประจักษ์แล้วในเวลาส่งมอบ และผู้ซื้อรับเอาทรัพย์สินนั้นไว้โดยมิได้อัดเอียน¹³

ต่อมา เมื่อมีการพัฒนากระบวนการผลิตสินค้าด้วยเทคโนโลยีที่มีความทันสมัยมากขึ้น สินค้าต่าง ๆ ถูกผลิตด้วยกรรมวิธีที่ยุ่งยากซับซ้อนเกินกว่าที่บุคคลทั่วไปจะมองเห็นความชำรุดบกพร่องในตัวสินค้าได้โดยง่าย หากยังคงใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่ให้ผู้ซื้อต้องใช้ความระมัดระวังแล้วผู้ซื้อหรือผู้บริโภคย่อมตกอยู่ในฐานะเสียเปรียบผู้ขายหรือผู้ประกอบการ เพราะผู้ซื้อไม่สามารถรู้ได้ว่าสินค้าที่ซื้อไปนั้นเกิดความชำรุดบกพร่องมาตั้งแต่แรกขณะซื้อขายกันแล้วหรือไม่และผู้ขายหรือผู้ผลิตย่อมปฏิเสธความรับผิดได้เสมอไป หลักกฎหมายเอกชนไม่สามารถคุ้มครองผู้บริโภค จึงเกิดแนวคิดของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคขึ้นในเวลาต่อมา

กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคนั้นดังที่ได้กล่าวแล้วว่ากฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคเกิดขึ้นจากเหตุผลสำคัญประการหนึ่ง คือการถูกเอาเปรียบของผู้บริโภคจากผู้ประกอบการหรือผู้ผลิตสินค้าหรือบริการ กฎหมายที่ไ้ระหว่างเอกชนด้วยกันเองไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมให้กับทั้งสองฝ่ายได้กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคจึงต้องมีลักษณะเป็น

¹³ อภิวิทย์ ชัยยีนสถาพร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11. หน้า 19.

กฎหมายมหาชนที่บัญญัติยกเว้นไม่นำหลักกฎหมายบางเรื่องบางประการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ รวมทั้งยังได้กำหนดวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคให้เอื้อต่อการใช้สิทธิเรียกร้องของผู้บริโภคเพื่อแก้ไขปัญหาความล่าช้าจากความเสียหายที่เกิดขึ้น และลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของผู้บริโภคอีกด้วย¹⁴

2.2.3.3 ประโยชน์ของการศึกษาพฤติกรรมผู้บริโภค

1) ช่วยให้นักการตลาดเข้าใจถึงปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจซื้อสินค้าของผู้บริโภค

2) ช่วยให้ผู้เกี่ยวข้องสามารถหาหนทางแก้ไขพฤติกรรมในการตัดสินใจซื้อสินค้าของผู้บริโภคในสังคมได้ถูกต้องและสอดคล้องกับความสามารถในการตอบสนองของธุรกิจมากยิ่งขึ้น

3) ช่วยให้การพัฒนาตลาดและการพัฒนาผลิตภัณฑ์สามารถทำได้ดีขึ้น

4) เพื่อประโยชน์ในการแบ่งส่วนตลาด เพื่อการตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคให้ตรงกับชนิดของสินค้าที่ต้องการ

5) ช่วยในการปรับปรุงกลยุทธ์การตลาดของธุรกิจต่าง ๆ เพื่อความได้เปรียบคู่แข่ง¹⁵

2.2.3.4 ปัจจัยที่มีผลต่อพฤติกรรมการซื้อของผู้บริโภค¹⁶

1) ปัจจัยทางวัฒนธรรม เป็นปัจจัยขั้นพื้นฐานที่สุดในการกำหนดความต้องการและพฤติกรรมของมนุษย์ เช่น การศึกษา ความเชื่อ ยังรวมถึงพฤติกรรมส่วนใหญ่ที่ได้รับการยอมรับภายในสังคมใดสังคมหนึ่งโดย เฉพาะลักษณะชั้นทางสังคม ประกอบด้วย 6 ระดับ

ชั้นที่ 1 Upper-Upper Class ประกอบด้วย ผู้ที่มีชื่อเสียงเก่าแก่เกิดมาบนกองเงินกองทอง

ชั้นที่ 2 Lower-Upper Class เป็นชั้นของคนรวยหน้าใหม่ บุคคลเหล่านี้เป็นผู้ยิ่งใหญ่ในวงการบริหาร เป็นผู้ที่มีรายได้สูงสุดในจำนวนชั้นทั้งหมด จัดอยู่ในระดับมหาเศรษฐี

ชั้นที่ 3 Upper-Middle Class ประกอบด้วยชายหญิงที่ประสบความสำเร็จในวิชาอื่น ๆ สมาชิกชั้นนี้ส่วนมากจบปริญญาจากมหาวิทยาลัย กลุ่มนี้เรียกกันว่าเป็นตาเป็นสมองของสังคม

¹⁴ สุนทร เปลียนสี. (2563). *แนวคิดใหม่ทางละเมิดในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act224.pdf>. [2563, 20 กันยายน].

¹⁵ อภิวิทย์ ชัยยืนสถาพร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11. หน้า 20.

¹⁶ อภิวิทย์ ชัยยืนสถาพร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11. หน้า 21.

ชั้นที่ 4 Lower-Middle Class เป็นพวกที่เรียกว่าคน โดยเฉลี่ย ประกอบด้วยพวกที่ไม่ใช่ฝ่ายบริหาร เจ้าของธุรกิจขนาดเล็ก พวกทำงานนั่งโต๊ะระดับต่ำ

ชั้นที่ 5 Upper-Lower Class เป็นพวกจนแต่ซื้อสตั๊ยได้แก่ชนชั้นทำงานเป็นชั้นที่ใหญ่ที่สุดในชั้นทางสังคม

ชั้นที่ 6 Lower-Lower Class ประกอบด้วยคนงานที่ไม่มีความชำนาญกลุ่มชานาที่ไม่มิตินเป็นของตนเอง

2) ปัจจัยทางสังคม เป็นปัจจัยที่เกี่ยวข้องในชีวิตประจำวันและมีอิทธิพลต่อพฤติกรรมการซื้อขาย ซึ่งประกอบด้วยกลุ่มอ้างอิง ครอบครัว บทบาท และสถานะของผู้ซื้อ

(1) กลุ่มอ้างอิง หมายถึงกลุ่มใด ๆ ที่มีการเกี่ยวข้องกัน ระหว่างคนในกลุ่มแบ่งเป็น 2 ระดับ

- กลุ่มปฐมภูมิ ได้แก่ครอบครัว เพื่อนสนิท มักมีข้อจำกัดในเรื่องอาชีพ ระดับชั้นทางสังคม และช่วงอายุ

- กลุ่มทุติยภูมิ เป็นกลุ่มทางสังคมที่มีความสัมพันธ์แบบตัวต่อตัว แต่ไม่บ่อย มีความเหนียวแน่นน้อยกว่ากลุ่มปฐมภูมิ

(2) ครอบครัว เป็นสถาบันที่ทำการซื้อเพื่อการบริโภคที่สำคัญที่สุด นักการตลาดจะพิจารณาครอบครัวมากกว่าพิจารณาเป็นรายบุคคล

(3) บทบาททางสถานะ บุคคลที่จะเกี่ยวข้องกับหลายกลุ่ม เช่น ครอบครัว กลุ่มอ้างอิง ทำให้บุคคลมีบทบาทและสถานภาพที่แตกต่างกันในแต่ละกลุ่ม

3) ปัจจัยส่วนบุคคล การตัดสินใจของผู้ซื้อมักได้รับอิทธิพลจากคุณสมบัติส่วนบุคคลต่าง ๆ เช่น อายุ อาชีพ สภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจ การศึกษา รูปแบบการดำเนินชีวิต วัฏจักรชีวิต ครอบครัว

4) ปัจจัยทางจิตวิทยา การเลือกซื้อของบุคคลได้รับอิทธิพลจากปัจจัยทางจิตวิทยา ซึ่งจัดปัจจัยในตัวผู้บริโภคที่มีอิทธิพลต่อพฤติกรรมซื้อขายและใช้สินค้า ปัจจัยทางจิตวิทยา ประกอบด้วย การจูงใจ การรับรู้ ความเชื่อและเจตคติ บุคลิกภาพและแนวความคิดของตนเอง

นักจิตวิทยามาสโลว์ได้กำหนดทฤษฎีลำดับขั้นตอนของความต้อการซึ่งกำหนดความ ต้อการขั้นพื้นฐานของมนุษย์ไว้ 5 ระดับ ซึ่งจัดลำดับจากความต้อการระดับต่ำไปยังระดับสูงคือ

(1) ความสำเร็จส่วนตัว

(2) ความต้อการด้านอีโก้ (ความภาคภูมิใจ สถานะ ความเคารพ)

(3) ความต้อการด้านสังคม

(4) ความปลอดภัยและมั่นคง

(5) ความต้องการของร่างกาย

2.2.3.5 กระบวนการตัดสินใจของผู้ซื้อ¹⁷

ขั้นที่ 1 การรับรู้ถึงปัญหา กระบวนการซื้อจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ซื้อตระหนักถึงปัญหาหรือความต้องการของตนเอง

ขั้นที่ 2 การค้นหาข้อมูล ในขั้นนี้ผู้บริโภคจะแสวงหาข้อมูลเพื่อตัดสินใจ ในขั้นแรกจะค้นหาข้อมูลจากแหล่งภายในก่อน เพื่อนำมาใช้ในการประเมินทางเลือก หากยังได้ข้อมูลไม่เพียงพอก็ต้องหาข้อมูลเพิ่มเติมจากแหล่งภายนอก

ขั้นที่ 3 การประเมินผลทางเลือก ผู้บริโภคจะนำข้อมูลที่ได้รวบรวมไว้มาจัดเป็นหมวดหมู่และวิเคราะห์ข้อดี ข้อเสีย ทั้งในลักษณะการเปรียบเทียบทางเลือกและความคุ้มค่ามากที่สุด

ขั้นที่ 4 การตัดสินใจเลือกทางเลือกที่ดีที่สุด หลังการประเมิน ผู้ประเมินจะทราบข้อดี ข้อเสีย หลังจากนั้นบุคคลจะต้องตัดสินใจเลือกทางเลือกที่ดีที่สุดในการแก้ปัญหา มักใช้ประสบการณ์ในอดีตเป็นเกณฑ์ ทั้งประสบการณ์ของตนเองและผู้อื่น

ขั้นที่ 5 การประเมินภายหลังการซื้อ เป็นขั้นสุดท้ายหลังจากการซื้อ ผู้บริโภคจะนำผลิตภัณฑ์ที่ซื้อมาใช้ และในขณะเดียวกันก็จะทำการประเมินผลิตภัณฑ์นั้นไปด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่า กระบวนการตัดสินใจซื้อของผู้บริโภคเป็นกระบวนการต่อเนื่อง ไม่ได้หยุดตรงที่การซื้อ

2.2.4 ประวัติความเป็นมาของละเมิด

2.2.4.1 ความหมายของละเมิด

คำว่า ละเมิด (Tort) เป็นคำที่มาจากคำว่า “Tortus” ในภาษาละติน หมายถึง การโกง หรือ การทุจริต และมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “ความผิด” (Wrong) ในภาษาอังกฤษ แต่เป็นความผิดในทางแพ่ง (A Civil Wrong) นอกจากนี้ในบางตำราได้อธิบายว่าเป็นการล่วงละเมิดสิทธิโดยทั่วไป หรือทรัพย์สิน (Property right)¹⁸

นักนิติศาสตร์หลายท่านพยายามให้คำนิยามของคำว่า “ละเมิด” นี้โดยศาสตราจารย์ ดร.วาริ นาสกุล เห็นว่า ผู้ที่ให้คำนิยามได้เหมาะสมที่สุดคือ Sir Percy Winfield ซึ่งได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า “Tortious liability arises from the breach of duty primarily fixed by law; such duty is towards persons generally and its breach is redressible by an action for unliquidated damages” หมายความว่า

¹⁷ อภิวิทย์ ชัยยืนสถาพร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11. หน้า 22-23.

¹⁸ นพรัตน์ สนั่นพานิชย์กุล. (2538). *สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ตามบทบัญญัติมาตรา 420: ศึกษาในแง่ประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายเปรียบเทียบ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 19.

ความรับผิดทางแพ่งเกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นเบื้องต้น หน้าที่นั้นเป็นหน้าที่ของบุคคลทั่วไป และการไม่ปฏิบัติหน้าที่นั้น ก่อให้เกิดความเสียหายที่ผู้ันจะต้องรับผิด¹⁹

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ มรว. เสนีย์ ปราโมช ยังกล่าวไว้ในหนังสือกฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิดของท่านว่า ละเมิด (Tort) คือ “การกระทำหรือละเว้นต่อหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งไม่ได้เกิดจากสัญญาหรือจากความรับผิดชอบตาม Equity โดยเฉพาะ และการกระทำหรือละเว้นนั้นล่วงละเมิดสิทธิของผู้ใดผู้หนึ่ง โดยปราศจากข้อยกเว้นเป็นเหตุให้เขาได้รับความเสียหาย ซึ่งกฎหมายยอมให้ฟ้องร้องกันได้ในทางแพ่ง”

คำว่า “ละเมิดนี้” หมายถึง เฉพาะความผิดในทางแพ่ง ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษเรียกว่า “Tort” แต่คำว่า “ละเมิด” ถ้าใช้ในความหมายอย่างกว้าง แปลตรงกับคำว่า “Wrong” นั้น อาจมีความหมายได้ 3 ประการ คือ

- 1) เป็นการละเมิดที่เรียกว่า “Tort” หรือที่เรียกว่า “ประทุษร้ายส่วนแพ่ง”
- 2) เป็นการผิดสัญญา ซึ่งกฎหมายอังกฤษถือว่าเป็นความผิดในทางแพ่งด้วยเหมือนกัน

- 3) เป็นการผิดหน้าที่ตามหลักกฎหมาย Equity เช่น ผิดหน้าที่ของ Trustee ซึ่งกฎหมายอังกฤษถือว่าเป็นความผิดในทางแพ่ง

อนึ่ง Tort หรือละเมิดเป็นการผิดสิทธิทั่วไป (jus in rem) คือ สิทธิอันมีต่อบุคคลทั่วโลกที่จะไม่ให้ผู้ใดทำละเมิด ส่วนการผิดสัญญาเป็นแต่การผิดสิทธิส่วนตัวบุคคล (jus in personam) คือ เป็นสิทธิอันมีต่อบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาโดยจำกัดเฉพาะตัว แต่การผิดสัญญาบางอย่างอาจมีลักษณะเป็นละเมิดด้วยก็ได้ ส่วนผิดหน้าที่ Equity นั้นก็เป็นเรื่องที่เรียกฟ้องได้เป็นส่วนตัวเหมือนกัน เป็น jus in personam ที่มีต่อตัว Trustee โดยเฉพาะ ดังนั้นการผิดสัญญาและการผิดหน้าที่จึงมีลักษณะต่างกับละเมิด (Tort) เพราะละเมิดเกี่ยวกับสิทธิอันมีอยู่เหนือบุคคลทั่วไป ฉะนั้น การใดที่เป็นการผิดสัญญา หรือผิดหน้าที่ตาม Equity การนั้น ไม่มีลักษณะเป็นละเมิด เว้นแต่จะมีลักษณะฟ้องกันเข้าในเรื่องพิเศษ²⁰

2.2.4.2 ความเป็นมาของละเมิดของระบบกฎหมายจารีตประเพณี

สหราชอาณาจักร เป็นประเทศแม่แบบของระบบจารีตประเพณี ซึ่งเกิดจากคำพิพากษาของศาล (Judge Made Law) กฎหมาย ละเมิดของสหราชอาณาจักรจึงพัฒนามาจากคำพิพากษาของศาล

¹⁹ วารี นาสกุล. (2553). *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ ละเมิด จัดการงานนอกสั่งลามิควรได้*. กรุงเทพฯ: จีระราชการพิมพ์. หน้า 5-6.

²⁰ เสนีย์ ปราโมช, มรว. (2479). *กฎหมายอังกฤษ ว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 133-136.

หรือ ระบบหมายของศาล (Writ system) โดยอาจมีการแก้ไขภายหลังโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้และมาจากการขยายคำสั่งศาล เดิมว่าด้วยการสอดเข้าเกี่ยวข้องในร่างกายหรือครอบครองทรัพย์สินของบุคคลอื่น โดยมิชอบ (Trespass) โดยในคดีที่ต้องการฟ้องร้องให้ผู้อื่นรับผิดชอบในการกระทำ จะกระทำได้อีกต่อเมื่อผู้ที่ฟ้องร้องคดีต้องได้รับอนุญาตจากอภิมมนตรี (Chancellor) ซึ่งเป็นข้าราชการชั้นสูงของพระมหากษัตริย์ให้ยื่นคำฟ้องได้ที่เรียกว่า “Writ” หรือ “หมายเรียก” ซึ่งหมายถึง คำสั่งของพระมหากษัตริย์ที่สั่งให้จำเลยมาปรากฏตัวต่อหน้าศาล โดยมีการแบ่งแยกหมายเรียกออกเป็นหลายประเภทตามลักษณะของการกระทำความผิด ในกฎหมายเก่าของสหราชอาณาจักรนั้น ละเมิดแบ่งออกเป็นสองลักษณะใหญ่ ๆ คือ การละเมิดสิทธิโดยทั่วไป (Trespass) และการละเมิดสิทธิโดยเฉพาะ (Action on the case) ซึ่งในการฟ้องร้องคดีละเมิดจะมีการออกหมายสองประเภทนี้ การละเมิดสิทธิโดยทั่วไปจะต้องมีองค์ประกอบ คือความผิดที่กระทำต่อร่างกายของบุคคลอื่น รวมถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดความไม่สงบสุข ในลักษณะที่ออกอาจใช้กำลังหรืออาวุธและได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น นอกจากนี้การละเมิดสิทธิโดยทั่วไปยังเป็นการกระทำต่อทรัพย์สิน โดยเฉพาะนาด้วย โดยหมายเรียกในการละเมิดสิทธิ โดยทั่วไปนั้น แบ่งออกได้เป็น 3 กรณี คือ การละเมิดสิทธิในที่ดินหรือการบุกรุก (Trespass to Land) การละเมิดสิทธิในทรัพย์สิน (Trespass to Chattel) และการละเมิดต่อบุคคล (Trespass to Person) ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนารูปแบบออกเป็นอีกหลายกรณี ส่วนการละเมิดสิทธิโดยเฉพาะนั้นเป็นการกระทำละเมิดในลักษณะอื่น ๆ นอกเหนือจากการละเมิดสิทธิทั่วไป²¹

กฎหมายลักษณะละเมิดของระบบจารีตประเพณีจึงเป็นกรณีความรับผิดชอบเฉพาะเรื่องในฐานต่าง ๆ (Specific types of tort) แม้แต่ความรับผิดชอบเพื่อการกระทำโดยประมาทเลินเล่อก็เป็นความรับผิดชอบฐานหนึ่งเท่านั้น แต่ละฐานเป็นเอกเทศไม่ปะปนกัน

1) ค่าเสียหาย

แนวความคิดของการกำหนดค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดในระบบจารีตประเพณีเป็นคดีเฉพาะเรื่อง มิได้ยึดมั่นในทฤษฎีว่าด้วยหนี้ และมีแนวคิดทางอาญาเจือปนอยู่ด้วย เพราะนอกจากศาลจะกำหนดให้ผู้กระทำละเมิดจำต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแล้ว ในบางกรณีศาลยังอาจกำหนดค่าเสียหายส่วนที่เป็นการลงโทษให้แก่ผู้เสียหายอีกโสดหนึ่งด้วย²²

²¹ ประชุม โฉมฉาย. (2555). *กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน. หน้า 156-157.

²² สุรัชย์ พ่วงชูศักดิ์. (2553). *ค่าเสียหายเชิงลงโทษทางละเมิด*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 3.

การเรียกค่าสินไหมทดแทน ในกฎหมายละเมิดอังกฤษมีจุดประสงค์สำคัญ คือ การชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือเรียกเป็นภาษาละตินว่า “ad rem persequendam” (การติดตามเอาทรัพย์สิน) บางกรณีมีการให้ค่าสินไหมทดแทนแบบแก้เผ็ดหรือเป็นการลงโทษ (Vindictive หรือ Exemplary Damages) โดยค่าเสียหายเชิงลงโทษมีลักษณะแบบ “Quasi Criminal” ที่ศาลกำหนดค่าเสียหายมากกว่าความเสียหายที่แท้จริงอันเป็นการเยียวยา มาก เพื่อลงโทษผู้ต้องรับผิดชอบให้เกิดความเข็ดหลาบและมีความระมัดระวังในการดำเนินกิจการใด ๆ ของตนในอนาคตที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น²³ โดยความคิดพื้นฐานของค่าเสียหายเชิงลงโทษมี 2 ประการ คือ

- (1) ลงโทษคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้หรือทำละเมิดโดยจงใจ
- (2) เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสังคม²⁴

สำหรับสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายละเมิดนั้น เมื่อก้าวถึงละเมิดว่าเป็นการทำผิดหน้าที่ ก็แปลได้ว่าการล่วงละเมิดสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดด้วย สิทธิและหน้าที่ที่อาจแบ่งออกได้เป็น 2 จำพวก คือ

(1) สิทธิในความปลอดภัยจากความประมาทเลินเล่อคู่กับหน้าที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง

- (2) สิทธิโดยเอกเทศ คู่กับหน้าที่ที่จะต้องเคารพต่อสิทธิเหล่านั้น

สิทธิโดยเอกเทศนั้น หมายความว่าสิทธิของบุคคลที่กฎหมายยอมรับรู้ว่า เป็นสิทธิที่คนอื่นจะล่วงละเมิดไม่ได้ กฎหมายอังกฤษไม่ได้วางหลักไว้กว้าง ๆ ว่าบุคคลมีสิทธิที่จะไม่ให้ใครมาทำละเมิดสิทธิบางอย่างกฎหมายรับรู้แต่บางอย่างก็ไม่ได้รู้เห็นด้วย ถ้ามีการล่วงละเมิดสิทธิกฎหมายรับรู้แล้ว ย่อมทำให้เกิดอำนาจที่จะฟ้องกันให้รับผิดชอบละเมิดได้ แต่ถ้าเป็นสิทธิที่กฎหมายไม่รับรู้ และการกระทำของผู้ต้องหาไม่อยู่ในบังคับพิเศษว่าด้วยการประมาทเลินเล่อแล้วก็เป็นอันว่าไม่มีทางจะฟ้องร้องกันได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิด²⁵

สิทธิที่กฎหมายรับรู้นั้นอาจแบ่งออกได้เป็นทรัพย์สินสิทธิส่วนหนึ่ง และบุคคลสิทธิส่วนหนึ่ง ละเมิดต่อทรัพย์สินนั้น เช่น บุกรุกที่ดิน แย่งการปกครองที่ดิน ละเมิดต่อภาระจำยอม การกระทำเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น โดยไม่มีอำนาจ เป็นต้น ส่วนละเมิดต่อบุคคลสิทธิ มีตัวอย่างเช่น ทำความเดือดร้อนรำคาญ อันเป็นละเมิดต่อความสุขสำราญของบุคคล ละเมิดต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล เช่น ทำร้ายร่างกาย กักขัง ละเมิดต่อสิทธิในครอบครัว เช่น ลักพา ละเมิดต่อสิทธิ

²³ ประชุม โฉมฉาย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21, หน้า 158.

²⁴ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, (2553). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ตามสมควรได้*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 463.

²⁵ เสนีย์ ปราโมช, มรว. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20, หน้า 137-139.

พิเศษบางอย่าง เช่น หลอกหลวง บังคับขู่เข็ญ ละเมิดต่อสิทธิในสัญญา เหล่านี้เป็นต้น สิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิที่กฎหมายรับรู้ แต่ถ้าเกิดคดีฟ้องหากันว่า ละเมิดสิทธิพิเศษนอกจากที่กฎหมายรับรู้แล้ว มีเหตุที่จะให้เห็นว่า ไม่มีทางที่จะให้ฟ้องร้องกันได้²⁶

นอกจากนี้ ละเมิดต้องทำให้เกิดความเสียหาย ความเสียหายเป็นจุดสำคัญในเรื่องละเมิด ถ้าการละเมิดไม่ทำให้เกิดความเสียหายตามความเป็นจริงหรือตามกฎหมายแล้วความรับผิดชอบละเมิดก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ที่เรียกว่าเสียหายตามกฎหมายนั้น คือการละเมิดบางอย่าง กฎหมายถือว่าทำให้เกิดความเสียหายอยู่ในตัวตามลำพัง (Per Se) โจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ว่าได้รับความเสียหาย โดยความเป็นจริงในเรื่องเช่นนี้กิริยาที่ทำละเมิดนั้นถือว่าเป็นความเสียหาย แม้ความจริงจะไม่ได้ได้รับความเสียหายอย่างใดเลยก็เป็นละเมิด²⁷

อนึ่ง ความเสียหายตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท

(1) Substantial Damage ค่าเสียหายอย่างหนักซึ่งโดยมากคำนวณนับเอาตามผลร้ายแรงแห่งความเสียหายอันเกิดแต่ละเมิด

(2) Nominal Damage ค่าเสียหายอย่างต่ำ คือ การทำละเมิดไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายอย่างใด หรือ โจทก์เป็นผู้ไม่สมควรจะได้รับความสินไหมทดแทนด้วยประการใด ๆ เช่นนี้แล้วศาลย่อมกำหนดค่าเสียหายให้แต่เพียงเล็กน้อยเท่านั้นเป็นเพียงเพื่อรับรู้ว่าการละเมิดสิทธิกัน

(3) Exemplary Damage ค่าเสียหายเป็นการลงโทษ คือ เมื่อมีการละเมิดสิทธิโดยผู้ทำละเมิดรู้อยู่ว่าการกระทำของตนเป็นผิด แต่ยังคงใจขึ้นทำละเมิดโดยโอหังบังอาจไม่กลัวเกรงต่อกฎหมายบ้านเมืองและไม่เหลียวแลเคารพสิทธิของผู้อื่นเช่นนี้แล้ว ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้เป็นพิเศษนอกจากที่โจทก์ได้รับตามความเป็นจริง

แต่อย่างไรก็ตาม ความเสียหายทั้งหมดที่ว่ามานี้จะต้องเป็นความเสียหายที่กฎหมายรับรู้ถ้ากฎหมายไม่รับรู้ ความรับผิดชอบละเมิดก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้²⁸

2.2.4.3 ความเป็นมาของละเมิดของระบบประมวลกฎหมาย

กฎหมายละเมิดในระบบประมวลกฎหมายนั้น ได้รับแนวความคิดมากจากกฎหมายโรมัน (Roman Law) กฎหมายโรมันว่าด้วยละเมิดนั้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งสิ้นและได้พัฒนามาจากแหล่งต่าง ๆ กัน รวมทั้งกฎหมายสิบสองโต๊ะหรือแผ่นและ “Lex Aquilia” (ปี 287 ก่อนคริสตกาล) และประกาศนโยบายของผู้บริหารระดับสูงของรัฐ (Edict)²⁹ โดยกฎหมายโรมันนั้นมีหลักว่า ผู้ได้รับ

²⁶ เสนีย์ ปราโมช, มรว. อังแล้ว เจริญธรรมที่ 20, หน้า 139-140.

²⁷ เสนีย์ ปราโมช, มรว. อังแล้ว เจริญธรรมที่ 20, หน้า 141.

²⁸ เสนีย์ ปราโมช, มรว. อังแล้ว เจริญธรรมที่ 20, หน้า 142-143.

²⁹ ประชุม โฉมฉาย, อังแล้ว เจริญธรรมที่ 21, หน้า 156-157.

ความเสียหายจากการละเมิดย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ทำละเมิดชำระเงินปรับให้แก่ตนตามอัตราที่กฎหมายวางไว้ในกฎหมายสิบสองแผ่น (Law of the 12 tables) นอกจากนี้การเรียกร้องให้ทดแทนความเสียหายซึ่งมีลักษณะเป็นทางแพ่งอย่างแท้ เช่น การเรียกให้ส่งทรัพย์ที่ถูกลักคืน เจ้าทรัพย์ยังมีสิทธิเรียกเอาเงินปรับเอาจากผู้ทำละเมิดนั้นได้อีก กฎหมายโรมันได้บัญญัติเอาการละเมิดหลายชนิดเป็นความผิดทางอาญาและรัฐเป็นธุระในการลงโทษผู้กระทำความผิดเสียเอง แต่ก็มีการกระทำผิดกฎหมายบางอย่างที่ผู้เสียหายจากการนั้นอาจเรียกเอาเงินปรับจากผู้เป็นต้นเหตุได้อยู่อีก โดยกฎหมายโรมันนั้นถือว่าละเมิดเป็นหนึ่งชนิดหนึ่ง ที่จะชดใช้กันเมื่อบุคคลหนึ่งได้กระทำการอันละเมิด เรียกว่าหนี้ที่เกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นและหนี้นั้นเกิดขึ้นทันทีที่มีการละเมิด ซึ่งเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้อย่างหนึ่ง ซึ่งทั้ง Gaius ได้เขียนไว้ในงานเขียนชิ้นสำคัญชื่อ *Institutiones* และจักรพรรดิจัสติเนียน ต่างจัดไว้ในบ่อเกิดแห่งหนี้ที่เรียกว่า “*obligationes ex delicto*” หรือหนี้ที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยละเมิดในกฎหมายโรมันมักใช้กับความผิดที่รุนแรงมาก ในกฎหมายโรมันยุคโบราณนั้น ไม่มีการแยกออกจากกันอย่างชัดเจนระหว่างการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อส่วนรวม หรือที่เรียกว่า “*Crimina*” ออกจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่กระทบต่อบุคคลบางคนเป็นการส่วนตัว หรือที่เรียกว่า “*delicto*” จึงสามารถใช้หลักแก้แค้นทดแทนได้³⁰

ต่อมาในยุคสาธารณรัฐ มีการแก้ไขข้อพิพาทโดยสันติ เรียกว่า “*poena*” โดยผู้กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย เกรงว่าจะถูกแก้แค้นทดแทนจึงทำข้อตกลงเรียกว่า “*pactio*” ซึ่งเป็นการขอชดใช้ ให้เป็นทรัพย์สินแทน หากผู้เสียหายตกลง ผู้กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะหลุดพ้นจากการถูกแก้แค้น และในยุคคลาสสิก หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ระงับด้วยวิธีตกลงกัน หรือ “*pactio*” เท่านั้น³¹

หนี้ตามกฎหมายละเมิดมักใช้กับความผิดที่รุนแรงมาก โดยเฉพาะกฎหมายเก่าสามารถใช้ หลักการแก้แค้นได้ ในสมัยก่อนละเมิดแยกออกจากลักษณะอาญาได้ยาก ตัวอย่างของละเมิด คือ การดำเนินการอันไม่สุจริตเกี่ยวกับทรัพย์ของผู้อื่น (*furtum*) อันเป็นความผิดอาญาด้วยการละเมิดสิทธิผู้อื่นรวมถึงบุกรุก (*iniuria*) ปล้นทรัพย์ (*rapina*) และทำให้เสียทรัพย์ (*damnum iniuria datum*) โดยการกระทำที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ก็ไม่เป็นละเมิด

ละเมิดโรมันมีลักษณะสำคัญดังนี้

³⁰ ศนันกรณั โสติพิพันธุ์. อ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 24. หน้า 37-38.

³¹ ศนันกรณั โสติพิพันธุ์. อ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 24. หน้า 42.

(1) การกระทำผิดโดยจงใจหรือละเว้นการกระทำโดยจงใจ การกระทำผิดโดยจงใจนั้นมีต่อบุคคล ครอบครัว หรือทรัพย์สินของบุคคลนั้น (delicta privata) ทำให้เกิดหนี้ต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทน

(2) การกระทำผิดจะต้องมีลักษณะที่ว่าภายใต้กฎหมายโบราณมีความยินยอมได้มีการแก้แค้น (vindicta) กันได้

(3) การกระทำผิดรุนแรงขึ้นอาญา (actiones poenles)

(4) ในกรณีที่มิใช่ผู้กระทำละเมิดตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป แต่ละคนย่อมรับผิดชอบเป็นจำนวนเต็ม และการจ่ายค่าสินไหมทดแทนโดยคน ๆ เดียวไม่อาจทำให้คนอื่นปลอดจากหนี้ได้ ฉะนั้นผู้เสียหายสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนจากผู้กระทำละเมิดทุกคน³²

2.2.4.4 ความเป็นมาของละเมิดของประเทศไทย

กฎหมายไทยมีรากฐานมากจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์คือกฎหมายฮินดู กฎหมายฮินดูตามที่กำหนดอยู่ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์เป็นกฎหมายที่อยู่ในชั้นที่เจริญกว่ากฎหมายโรมัน ในกฎหมายฮินดูไม่มีร่องรอยให้เห็นถึงสิทธิแก้แค้น ยิ่งกลับปรากฏว่าแม้ละเมิดทำให้เกิดความเสียหายแต่เฉพาะเอกชนเท่านั้น รัฐยังสามารถเข้าไปลงโทษแทนผู้เสียหายซึ่งเป็นเอกชนได้ในทุก ๆ กรณี กฎหมายฮินดูบัญญัติให้ผู้กระทำการอันเป็นผิดกฎหมาย ต้องรับโทษทางอาญาและโทษทางศาสนาเพิ่มเติมด้วย โดยการลงโทษผู้ทำผิดนี้จะไม่ได้ให้ผลประโยชน์โดยตรงแก่ผู้เสียหายเลย สิทธิของผู้เสียหายมีเพียงได้รับทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนเท่านั้น หากการลงโทษเป็นการเอาเงินค่าปรับจากผู้กระทำความผิด เงินค่าปรับนั้นจะตกแก่รัฐทั้งหมด โดยไม่ได้แบ่งส่วนให้กับผู้เสียหายนั้นเลย โดยมนูได้วางหลักการว่า บุคคลซึ่งโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อได้ทำให้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นเสียหาย จำต้องทดแทนความเสียหายนั้นและชำระค่าปรับถวายแก่กษัตริย์เป็นจำนวนเท่ากับมูลค่าของความเสียหายนั้น กฎหมายไทยแต่เดิมได้ให้อำนาจแก่รัฐในเรื่องละเมิดแต่ไม่เท่ากฎหมายฮินดู กฎหมายไทยยังยอมให้ผู้เสียหายเรียกเอาค่าไถ่ได้เป็นการไถ่โทษ³³

ในสมัยก่อนสถาปนากรุงศรีอยุธยา ไทยได้มีจารีตประเพณีว่า ห้ามผู้ต้องเสียหาย เนื่องจากการกระทำความผิดนั้น มิให้จัดการแก้แค้นโดยผลการตนเองและตามอำเภอใจเป็นอันขาด และต้องเอาการละเมิดนี้ไปฟ้องร้องยังโรงศาลตามระเบียบเสมอไป หากฝ่าฝืนระเบียบนี้ต้องรับโทษ ต่อมาจึงมีการเรียกเอาค่าทำขวัญแทนการลงโทษ เมื่อเห็นว่าการทำละเมิดนั้นนอกจากจะเป็นการทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายแล้ว ยังก่อความเสียหายแก่ชุมชนและสังคมด้วย จึงมีการเข้าแทรกแซงของรัฐซึ่งในเวลานั้นคือพระมหากษัตริย์โดยการกำหนดโทษเพิ่มเติมแก่ผู้กระทำความผิด

³² ประชุม โฉมฉาย. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 21. หน้า 154.

³³ วารี นาสกุล. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 19. หน้า 3-4.

และให้ใช้จำนวนเงินปรับตามจารีตประเพณีซึ่งแต่ก่อนจะตกแก่ผู้ทำละเมิดให้ตกเป็นของพระคลังหลวง อันเรียกว่าพินัย ต่อมาจึงถือว่าเงินค่าปรับที่ให้แก่รัฐนั้นเป็นการลงโทษผู้ทำละเมิดที่ได้เป็นต้นเหตุ ก่อความให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในชุมชน³⁴

ตามกฎหมายเก่าของไทย ละเมิดเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างหนึ่ง ซึ่งผู้กระทำจะต้องถูกลงโทษให้เสียเงินเป็นสินไหมหรือเป็นค่าปรับ ละเมิดในกฎหมายเก่า จึงมีลักษณะของความผิดเป็นไปในทางอาญามากกว่าที่จะเป็นความรับผิดทางแพ่งตามที่เข้าใจกัน อย่างใน ปัจจุบัน ส่วนคำว่า ละเมิด ในกฎหมายเก่าก็พบอยู่บ้าง โดยเขียนเป็นว่า “เลเมิด” ถือว่าเป็น ละเมิดต่อ แผ่นดินอันเป็นความผิดอาญาลักษณะหนึ่ง เช่น เลเมิดพระราชอาญา หรือ เลเมิดพระราช กำหนดกฎหมายบมิข่าเกรง ฯลฯ ในสมัยที่ใช้กฎหมายตราสามดวงหรือกฎหมายก่อนหน้านั้นขึ้น ไป การเรียกร้องให้ชดใช้ค่าทำขวัญแก่ผู้เสียหายในทำนองทางแพ่งนอกเหนือไปจากการลงโทษทางอาญา ก็พอมืออยู่บ้างแต่เรียกต่าง ๆ กันไป เช่น เรียกว่า “สินไหม” ดังตัวอย่างว่า “ให้ไหมเป็นสินไหมกึ่งพินัยกึ่ง” พินัยนั้นเป็นค่าปรับเข้าท้องพระคลังจัดเป็น โทษทางอาญาเหมือนไหมปรับตามประมวลกฎหมาย อาญาในปัจจุบัน ส่วนสินไหมนั้นถือเป็นโทษทางแพ่งที่ผู้กระทำความผิดต้องชดใช้ให้ผู้เสียหาย³⁵

ในกฎหมายเก่าของไทย เหตุการณ์ที่เป็นมูลให้เกิดหนี้อาจจะจัดแบ่งออกได้เป็น มูลใหญ่ ๆ ที่สำคัญได้ 2 ประการ คือ ละเมิด และสัญญา ละเมิดได้แก่การอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งบุคคล ผู้หนึ่งได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกบุคคลหนึ่ง และซึ่งเป็นมูลหนี้ผูกพันผู้ก่อในอันที่ จะต้องใช้เงินจำนวนหนึ่ง เพื่อประโยชน์แก่ผู้ต้องความเสียหายนั้น กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้ทรงให้ชื่อละเมิดที่เป็นอยู่ในปัจจุบันว่า “ประทุษร้ายทางแพ่ง” และชื่อที่ได้นี้เป็นชื่อที่ใช้สืบมา ตราบจนถึงเวลาที่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ชื่อนี้มีความหมายชัดเจนดีกว่า คำว่าละเมิดและไม่ทำให้เกิดความหลงเข้าใจปะปนระหว่งการอันไม่ชอบในทางแพ่ง และการละเมิด ในกฎหมายเก่าซึ่งเป็นความผิดอาญาโดยเฉพาะนอกจากนี้คำว่า “ประทุษร้ายในทางแพ่ง” ยังทำให้เห็น ได้ชัดถึงลักษณะสำคัญของเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นเหตุการณ์ที่ทำให้ผู้ก่อต้อง ตกอยู่ในความผูกพันของหนี้ กล่าวคือ แสดงให้เห็นชัดว่าเหตุการณ์เหล่านี้ต้องมีลักษณะเป็นการผิด กฎหมายประเภทหนึ่ง และต้องเป็นเหตุให้บุคคลอื่น ได้รับความเสียหายด้วยอีกประการหนึ่ง แต่ทว่าผู้ตั้งได้พึงถึงถึงเหตุการณ์เหล่านี้มีผลทำให้ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายในทางแพ่ง ได้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ใช้คำว่า “ประทุษร้ายในทางแพ่ง” แต่ได้ เลือกใช้คำว่า “ละเมิด” ซึ่งเป็นคำในกฎหมายเก่า ซึ่งตามกฎหมายเก่าได้มีการใช้คำว่า ละเมิดแล้ว แต่มิใช่ละเมิด ในความหมายของกฎหมายปัจจุบัน คำว่า “ละเมิด” ตามกฎหมายเก่า

³⁴ วาริ นาสกุล. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 19. หน้า 3-4.

³⁵ วาริ นาสกุล. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 19. หน้า 3-4.

มีความหมายถึงแต่ เพียงการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายชนิดหนึ่ง ซึ่งได้แก่เรื่องที่เป็นการฝ่าฝืนพระราชโองการ คือละเมิด พระราชอาญา ผลของการนี้ทำให้บุคคลที่ เป็นผู้ก่อขึ้นต้องเสียเงินทำนองหนึ่งในทำนองสินไหมแต่ผิดกันอยู่ในข้อสำคัญคือ โดยที่เงินที่เสียไปนั้นตก ได้แก่ห้องพระคลังหลวงคล้ายค่าปรับซึ่งเป็นโทษ ในทางอาญาชนิดหนึ่ง นอกจากนี้ ลักษณะของการละเมิดในกฎหมายเดิมนั้นมีการกำหนดความผิดเป็นไปคล้ายความผิดทางอาญา ทั้งนี้ อาจแบ่งชนิดของการละเมิดเป็น 2 ชนิด คือ³⁶

(1) การละเมิดชนิดที่ทำต่อตัวบุคคล ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะวิอาทการละเมิดชนิดนี้สำคัญก็คือ การทำร้ายร่างกาย และการฆ่าคนตาย ซึ่งเป็นเรื่องการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคล ทั้งนี้ รวมถึงการทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง เช่น การด่า และการสบประมาท

(2) การละเมิดที่ทำต่อทรัพย์สิน ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะโจร และกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ การละเมิดนี้มีตัวอย่างในเรื่องลักทรัพย์การทำลายทรัพย์สินสิ่งของ การทำให้บุบสลาย การทำให้พืชผลเสียหาย การทำให้สัตว์เลี้ยงตายหรือบาดเจ็บ การวางเพลิง การทำให้เสียหายแก่ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการเลี้ยงชีพในทางกสิกรรม

นอกจากนี้ ยังมีเรื่องชายชู้ และข่มขืนชำเรารวมทั้งการประบัติน และการมกได้ จึงอาจสรุปได้ว่า ในกฎหมายเก่าของไทยก่อนที่จะเข้าสู่ยุคสมัยใหม่นั้น การกระทำละเมิดมีความหมายเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายชนิดต่าง ๆ ที่กำหนดความรับผิดชอบทางละเมิดไว้ซึ่งเป็นเพียงการให้ความคุ้มครองสิทธิในตัวบุคคล และทรัพย์สินของบุคคลเท่านั้น ข้อสังเกตประการหนึ่งคือ ยังไม่มีการให้ความคุ้มครองสิทธิอย่างอื่นของบุคคล ทั้งนี้เนื่องจากสภาพของสังคมในสมัยนั้นรวมทั้งความสัมพันธ์ของบุคคลมีลักษณะเรียบง่าย และไม่มีความซับซ้อนมากนัก แนวความคิดตามกฎหมายเก่านี้ดำเนินมาจนกระทั่งประเทศไทยเริ่มมีความสัมพันธ์กับชาติตะวันตกจึงมีการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้น³⁷

ในส่วนของค่าสินไหมนั้น ตามกฎหมายเก่าสิทธิฟ้องร้องอันเกิดจากมูลละเมิดนั้นให้ประโยชน์แก่ผู้ละเมิดได้ดีกว่าสิทธิฟ้องร้องในกฎหมายปัจจุบัน ในบางกรณีผู้ละเมิดมีสิทธิเพียงเรียกค่าเอาสินไหมได้ตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง แต่เป็นกรณีพิเศษที่ไม่ค่อยเกิดขึ้นเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น ในส่วนของหลักทั่วไปนั้น เงินสินไหมอันจะเรียกเอาได้นั้นตามกฎหมายเก่าได้วางอัตราล่วงหน้าไว้ก่อนแล้วด้วยเหตุนี้สินไหมจึงใกล้เข้าไปในทางเป็นค่าปรับมากกว่าเป็นค่าทดแทนความเสียหาย อีกประการหนึ่งสินไหมยังใกล้เข้าไปในทางเป็นค่าปรับยิ่งขึ้นอีก โดยพฤติการณ์สินไหมนี้ย่อมถือเสมือนเป็นโทษทางอาญาซึ่งใช้ลงแก่ผู้กระทำละเมิด เมื่อละเมิดนั้นเป็นการที่ผิด

³⁶ วาริ นาสกุล. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 19. หน้า 4.

³⁷ วาริ นาสกุล. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 19. หน้า 4.

กฎหมาย ในฐานะเช่นนี้สินไหมช่ย่อมจะเรียกให้สูงขึ้นไปกว่ามูลค่าของความเสียหายเป็นธรรมดา โดยลักษณะของการกำหนดค่าสินไหมช่ยตามกฎหมาย เก่าของไทยมีลักษณะที่แสดงให้เห็นได้ชัด 2 ประการ คือ

(1) ความรับผิดของผู้กระทำละเมิดในทางแพ่งจะเป็นเช่นเดียวกันกับความรับผิดทางอาญา คือ ความรับผิดทางละเมิดจะเกิดขึ้นได้ก็แต่เฉพาะกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเท่านั้น

(2) หนี้ในทางละเมิดนั้นตามธรรมดาเป็นเงินจำนวนหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะเป็นค่าปรับในทางอาญาและค่าสินไหมช่ยทดแทนในทางแพ่ง

กล่าวโดยสรุป แต่เดิมเข้าใจแต่เพียงว่า ละเมิด คือการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายชนิดหนึ่งเท่านั้น และผู้กระทำความผิดต้องเสียเงินให้แก่ท้องพระคลัง ซึ่งเท่ากับถือว่า ละเมิดเป็นความผิดอาญาชนิดหนึ่ง มิใช่เป็นมูลหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์การกระทำใดก็ตามที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินและร่างกายของบุคคลตามกฎหมายที่ปรากฏก่อนจะได้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หาได้เรียกว่าละเมิดไม่ แต่เรียกว่า “การประทุษร้ายทางแพ่ง”³⁸

ต่อมาเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกิดขึ้น ในมาตรา 420 ได้กล่าวถึงลักษณะของละเมิด ทำให้นับแต่นั้นเป็นต้นมากฎหมายไทยเรียกการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นนี้ว่าเป็นละเมิด แต่เป็นละเมิดในความหมายของการประทุษร้ายในทางแพ่ง มิใช่ละเมิดตามกฎหมายเก่า กล่าวคือ การกระทำละเมิดก่อนนี้ตามกฎหมายที่ผู้กระทำจะต้องชดใช้ค่าสินไหมช่ยทดแทนให้แก่ผู้เสียหายอันเป็นลักษณะของการกระทำผิดทางแพ่งเท่านั้นมิใช่ความรับผิดทางอาญา³⁹ และการเรียกร้องค่าเสียหายในคดีละเมิดจึงตกอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ส่วนการชดใช้ค่าเสียหายนั้นเป็นการทำให้ผู้เสียหายไม่เสียหายอีกต่อไป โดยความผูกพันระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำละเมิดอยู่ในฐานะเจ้าหนี้ลูกหนี้การชดใช้ค่าเสียหาย จึงเป็นความรับผิดทางแพ่งเท่านั้น การกำหนดค่าเสียหายทางละเมิดตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบันมิได้มุ่งประสงค์ที่จะลงโทษผู้กระทำละเมิดแต่อย่างใด⁴⁰

³⁸ วารีนาสกุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19. หน้า 4.

³⁹ ศนักรณัฒน์ โสคติพันธุ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24. หน้า 51.

⁴⁰ สุรชัย พ่วงชูศักดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22. หน้า 7.

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในคดีทางการแพทย์

2.3.1 ความหมายของผู้บริโภค

ผู้บริโภค เป็นบุคคลหรือกลุ่มบุคคล เช่น คริวเรือน ที่เป็นผู้ใช้สินค้า หรือ บริการคนสุดท้าย ที่ผลิตขึ้นภายในระบบสังคม มโนทัศน์ผู้บริโภคอาจมีได้หลากหลายขึ้นอยู่กับบริบท

ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เสียค่าตอบแทนก็ตาม

ผู้บริโภคหมายถึง ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจ หรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวน จากผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้า หรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจ โดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม

ผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง ผู้ซื้อ ผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจ หรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อให้ซื้อสินค้าหรือบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจ โดยชอบ แม้มิได้เสียค่าตอบแทนก็ตาม

ผู้บริโภคคือพระราช เป็นคำกล่าวที่ให้ความสำคัญแก่ผู้ประกอบธุรกิจจะอยู่ได้ต้องอาศัยผู้บริโภค แต่ในสังคมปัจจุบัน ผู้บริโภคมักจะถูกเอาเปรียบด้วยวิธีการต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการใช้กลยุทธ์ทางตลาดที่ขาดคุณธรรมและความรับผิดชอบ

ในอดีตคนไทยไม่ค่อยเห็นความสำคัญในเรื่องการใช้สิทธิของผู้บริโภค จึงถูกเอาเปรียบทั้งในด้านคุณภาพและราคา และมักจะไม่สนใจที่จะรักษาของตนเองให้มากขึ้น อีกทั้งประชาชนส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิต่าง ๆ ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายและไม่ทราบถึงวิธีการเลือกซื้อสินค้าและบริการที่ถูกต้อง ตลอดจนขาดข้อมูลประกอบการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและบริการ รวมทั้งผู้บริโภคยังคงมีลักษณะไม่สนใจที่จะเอาเรื่องกับผู้ประกอบธุรกิจที่เอาเปรียบ ยังมีลักษณะต่างคนต่างอยู่ ไม่มีการรวมตัวกันเพื่อสร้างอำนาจในประโยชน์ของตนเองต่อรองเพื่อรักษาสิทธิ⁴¹

2.3.2 การคุ้มครองผู้บริโภค

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ได้จัดตั้งขึ้นในสำนักนายกรัฐมนตรี โดยมีเลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมดูแลโดยทั่วไป และรับผิดชอบในการ

⁴¹ สิทธิของผู้บริโภค. (2563). *ผู้บริโภคหมายถึง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://sites.google.com/site/classroom52nunic/neuxha1-1>. [2563, 19 กุมภาพันธ์].

ปฏิบัติราชการของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค โดยมีอำนาจหน้าที่ในการรับเรื่องราวร้องทุกข์จากผู้บริโภคที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการติดตามและสอดส่องพฤติการณ์ของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งกระทำการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค สนับสนุนหรือทำการศึกษาและวิจัยร่วมกับสถาบันการศึกษาและหน่วยงานอื่น รวมทั้งส่งเสริมสนับสนุนให้มีการศึกษาแก่ผู้บริโภคในทุกระดับการศึกษาเกี่ยวกับความปลอดภัยและอันตรายที่อาจได้รับจากสินค้าหรือบริการ ดำเนินการเผยแพร่วิชาการ ประสานกับส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวกับการควบคุมส่งเสริม หรือกำหนดมาตรฐานของสินค้าหรือบริการ ซึ่งกรณีที่มีกฎหมายว่าด้วยเรื่องนั้น บัญญัติเรื่องนั้นไว้โดยเฉพาะแล้ว ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยเรื่องนั้น และให้นำกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ซ้ำหรือขัดกับบทบัญญัติดังกล่าวเป็นไปตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคเป็นการทั่วไปโดยกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจต่อผู้บริโภค เพื่อให้ความเป็นธรรมตามสมควรแก่ผู้บริโภค ตลอดจนจัดให้มีองค์กรของรัฐที่เหมาะสมเพื่อตรวจตราดูแล และประสานงานการปฏิบัติงานของส่วนราชการต่าง ๆ ในการให้ความคุ้มครองผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักร ซึ่งปัจจุบันแต่ละจังหวัดจะมีองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีการดำเนินการคุ้มครองผู้บริโภคในส่วนภูมิภาคซึ่งมีคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ดังนี้

1) การคุ้มครองผู้บริโภคของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคประจำจังหวัด ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาค้นกรองเรื่องราวร้องทุกข์จากผู้บริโภคที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการ เพื่อดำเนินการแก้ไขหรือนำเสนอต่อคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคพิจารณาใช้อำนาจดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคติดตามและสอดส่องพฤติการณ์ของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค และอาจจัดให้มีการทดสอบหรือพิสูจน์สินค้าหรือบริการใด ๆ ตามที่เห็นสมควรและจำเป็นเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค ประสานงานกับส่วนราชการหน่วยงานของรัฐหรือภาคเอกชน ที่มีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภค ส่งเสริมและพัฒนาและสนับสนุนด้านการคุ้มครองผู้บริโภค สร้างความรู้ความเข้าใจแก่ประชาชน และเครือข่ายด้านการคุ้มครองผู้บริโภคให้มีความเข้มแข็งเพื่อเป็นการป้องกันการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค แจ้งหรือโฆษณาข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือเสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้บริโภค ซึ่งจะระบุชื่อสินค้าหรือบริการ หรือชื่อของผู้ประกอบธุรกิจด้วยก็ได้ เสนอความเห็น

ต่อคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับนโยบายและมาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภคและพิจารณาให้ความเห็นเรื่องใด ๆ ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคตามที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมอบหมาย ซึ่งต้องรายงานผลการปฏิบัติงานในรอบเดือนให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคทราบ

2) การคุ้มครองผู้บริโภคของคณะอนุกรรมการการไกล่เกลี่ยเรื่องราวร้องทุกข์จากผู้บริโภคประจำจังหวัด มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการเจรจาไกล่เกลี่ยเรื่องราวร้องทุกข์ให้แก่ผู้บริโภค เกี่ยวกับความแฟงหรือความอาญาเฉพาะความผิดอันยอมความได้ โดยจะต้องสอบถามความประสงค์และความยินยอมในการเจรจาไกล่เกลี่ยและชี้แจงถึงสิทธิหน้าที่ตลอดจนผลของการตกลงไกล่เกลี่ยทั้งทางแฟงและทางอาญาให้ชัดเจน หากคู่กรณีไม่ประสงค์จะไกล่เกลี่ย ให้คณะอนุกรรมการฯ รวบรวมและสอบสวนข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง พร้อมทั้งเสนอคณะอนุกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคประจำจังหวัด พิจารณาหรือความเห็นประกอบการพิจารณา คณะอนุกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ในการใช้อำนาจดำเนินคดีแทนผู้บริโภคที่ร้องเรียนตามมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งการดำเนินงานด้านการคุ้มครองผู้บริโภค คณะอนุกรรมการฯ มีอำนาจให้หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่นชี้แจงข้อเท็จจริงหรือความเห็นในการปฏิบัติงาน

3) การดำเนินงานคุ้มครองผู้บริโภคในส่วนท้องถิ่น ได้แก่

(1) คณะอนุกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคประจำกรุงเทพมหานคร มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติงานด้านการคุ้มครองผู้บริโภคของกรุงเทพมหานคร เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และมติคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ในการประชุมครั้งที่ 4/2551 เมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม 2551 มีหน้าที่รับและพิจารณาเรื่องราวร้องทุกข์จากผู้บริโภคที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายติดตามและสอดส่องพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคและอาจจัดให้มีการทดสอบหรือพิสูจน์สินค้าหรือบริการใด ๆ ตามที่เห็นสมควรและจำเป็น เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค อันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการ

(2) คณะอนุกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคประจำเมืองพัทยา จังหวัดชลบุรีมีอำนาจหน้าที่รับและพิจารณาเรื่องราวร้องทุกข์จากผู้บริโภคที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายติดตามและสอดส่องพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคและอาจจัดให้มีการทดสอบหรือพิสูจน์สินค้าหรือบริการใด ๆ ตามที่เห็นสมควรและจำเป็นเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค อันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการ

(3) คณะอนุกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคประจำเทศบาล ด้วยแผนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 และแผนปฏิบัติการกำหนดขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (ฉบับที่ 2) กำหนดให้ดำเนินการถ่ายโอนภารกิจคุ้มครองผู้บริโภคให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดังนั้น เพื่อให้การปฏิบัติงานในการคุ้มครองผู้บริโภคของเทศบาล เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และมติคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ในการประชุมครั้งที่ 1/2552 เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2552 และครั้งที่ 2/2552 เมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2552 จึงแต่งตั้งคณะอนุกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคประจำเทศบาล

4) การดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ฝ่าฝืนกฎหมายของคณะอนุกรรมการผู้มีอำนาจเปรียบเทียบความผิดที่เกิดขึ้นในจังหวัดอื่นนอกจากกรุงเทพมหานคร มีอำนาจหน้าที่ในการเปรียบเทียบความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นมาตรการป้องปรามในการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ตามระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคว่าด้วยหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการเปรียบเทียบความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 การรับเรื่องเพื่อดำเนินคดีแทนผู้บริโภคของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครับเรื่องเพื่อดำเนินคดีแทนผู้บริโภคในกรณีที่ได้รับคำร้องจากผู้บริโภคที่ถูกละเมิดสิทธิจากผู้ประกอบการธุรกิจจำนวนมาก แต่การฟ้องร้องดำเนินคดีแทนผู้บริโภคยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควรจากสถิติเรื่องร้องเรียน ข้อมูลจากเว็บไซต์สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ระบบคุ้มครองผู้บริโภคแบบเบ็ดเสร็จสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ได้ดำเนินการตรวจสอบและรับเรื่องร้องเรียนจากประชาชนผ่านทางช่องทางการรับเรื่องต่าง ๆ พบว่า รายงานสรุปผลการรับเรื่องร้องเรียนในปี พ.ศ. 2558 มีเรื่องร้องเรียนเข้ามารวมทั้งสิ้น 7,692 ราย และการช่วยเหลือผู้บริโภคที่ได้รับการคุ้มครองตามสิทธิของผู้บริโภคยังไม่เพียงพอและการเยียวยาให้ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคนั้นยังไม่มีประสิทธิภาพ และประชาชนได้รับทราบข้อมูลข่าวสารน้อย เข้าถึงข้อมูลได้ยากจึงขาดประสิทธิภาพ ผู้บริโภคยังมีความรู้และความเข้าใจในเรื่องการคุ้มครองสิทธิของตนตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคยังไม่เพียงพอในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน จึงต้องอาศัยการช่วยเหลือจากหน่วยงานคุ้มครองผู้บริโภคแต่ก็ยังไม่เพียงพอและไม่มีความมีประสิทธิภาพ

2.3.3 ลักษณะคดีทางการแพทย์

ปัจจุบันคดีเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล ถือเป็นคดีผู้บริโภค ซึ่งการดำเนินการในศาลต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 โดยมีคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์

เป็นที่สุดว่าคดีเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลเป็นเรื่องการบริการที่มีการจัดทำกรงานให้และมีค่าตอบแทน จึงเป็นคดีผู้บริโภคตามมาตรา 3 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ในการดำเนินคดีมีกระบวนการที่สำคัญ คือ

- (1) ฟ้องด้วยวาจา หรือเป็นหนังสือก็ได้
- (2) มีเจ้าพนักงานคดีเป็นผู้ช่วยศาลในการดำเนินการทางคดี (ไม่ต้องมีทนายความก็ได้)
- (3) ไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมการฟ้องคดี
- (4) ศาลเป็นผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเอง (ระบบไต่สวน)
- (5) ภาระพิสูจน์เป็นของจำเลย (ผู้ประกอบการหรือผู้ให้บริการ)
- (6) ศาลพิพากษาเชิงลงโทษได้ (เพิ่มค่าเสียหายมากกว่าที่โจทก์ขอ)
- (7) คำพิพากษาศาลอุทธรณ์เป็นที่สุด (คดียุติได้เร็ว) เว้นแต่จะขออนุญาตฎีกาเฉพาะข้อกฎหมาย และเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ หรือเป็นปัญหาสำคัญเท่านั้น
- (8) กระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยความรวดเร็ว ไม่เลื่อนคดีโดยไม่จำเป็น
- (9) ศาลต้องทำการไต่ถามทุกคดี
- (10) ศาลสงวนคำพิพากษา ค่าเสียหายที่จะเกิดในอนาคตได้

การที่คดีเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลเป็นคดีผู้บริโภค ทำให้โจทก์หรือผู้ได้รับความเสียหายฟ้องได้ง่าย โดยสามารถไปพบเจ้าพนักงานคดีที่ศาลเล่าเรื่องให้ฟัง และบอกว่าจะเรียกค่าเสียหายเท่าใด เจ้าพนักงานคดีก็จะจัดทำคำฟ้องให้และศาลจะมีหมายเรียกจำเลยให้ยื่นคำให้การ ไต่ถามหรือสืบพยานในเวลาอันรวดเร็วและเนื่องจากไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลประกอบกับความเสียหายจากการรักษาพยาบาลมักมีมูลค่าสูง เพราะเกิดความพิการ หรือเสียชีวิต โจทก์เรียกค่าเสียหายอย่างเต็มที่ (หลายล้านบาท) บางครั้งคำฟ้องก็ไม่ได้บอกว่า แพทย์ประมาทอย่างไรเพียงแค่เขียนจากความรู้สึกของผู้ป่วยหรือญาติ ทำให้แพทย์ซึ่งมีความตั้งใจในการรักษาพยาบาล โดยมีวัตถุประสงค์ให้ผู้ป่วยบรรเทาความเจ็บปวด และหายจากโรคร้ายเกิดความไม่สบายใจ วิตกกังวลว่า หากการรักษาไม่เป็นผล ก็จะถูกฟ้องคดีต้องเสียเวลามาต่อสู้อคดี เสียความรู้สึก เสียกำลังใจในการทำงาน บางครั้งก็มีการนำเรื่องไปเผยแพร่ในสื่อต่างๆ ทั้งที่ความเป็นจริงไม่ได้เป็นอย่างที่ผู้ป่วยหรือญาติเข้าใจ แพทย์ต้องเสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดำเนินคดีจากผู้คนในสังคมโดยไม่เป็นธรรม ขณะนี้แพทย์มีความเห็นว่าการใช้กระบวนการตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ในการดำเนินคดีทางการแพทย์ไม่เป็นธรรมกับฝ่ายแพทย์ผู้ให้บริการรักษาพยาบาล จึงมีกระแสว่าอาจมีการร่างกฎหมายวิธีพิจารณาเฉพาะคดีทางการแพทย์ขึ้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับทุกฝ่าย⁴²

⁴² อนุชา กาศลังกา. (2562). *คู่มือการจัดการคดีทางการแพทย์ (สำหรับแพทย์จบใหม่)*. กรุงเทพฯ: กระทรวงสาธารณสุข. หน้า 25-26.

2.3.3.1 คุณสมบัติของผู้ประกอบอาชีพแพทย์

- 1) สำเร็จการศึกษาทางสาขาวิชาแพทยศาสตร์
- 2) สนใจในการศึกษาหาความรู้ทางวิทยาการแพทย์ วิทยาศาสตร์ และภาษาอังกฤษเป็นอย่างดี
- 3) มีสุขภาพสมบูรณ์ ทั้งร่างกาย และจิตใจไม่พิการหรือทุพพลภาพ ปราศจากโรค
- 4) สามารถอุทิศตนยอมเสียสละเวลา และความสุขส่วนตัว เพื่อช่วยเหลือผู้อื่นที่เดือดร้อนจากการ เจ็บป่วย มีจิตใจเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ ไม่รังเกียจผู้เจ็บป่วย มีความเมตตา และมีความรักในเพื่อนมนุษย์มีความเสียสละที่จะเดินทางไปรักษาพยาบาลผู้คนในชุมชนทั่วประเทศ
- 5) มีมารยาทดี สามารถเข้ากับบุคคลอื่น ได้ทุกระดับมีความอดทน อดกลั้น และมีความกล้าหาญ
- 6) มีความซื่อสัตย์ในวิชาชีพของตน มีคุณธรรมและจริยธรรมทางการแพทย์ ไม่ใช้ความรู้ทางวิชาการของตนไปหลอกลวงหรือทำลายผู้อื่น

2.3.3.2 แนวทางในการศึกษาของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์

ผู้ที่ประกอบอาชีพนี้ ควรสำเร็จหลักสูตรมัธยมศึกษาตอนปลายหรือประกาศนียบัตรอื่นที่กระทรวงศึกษาธิการเทียบเท่าและสามารถสอบผ่านวิชาต่าง ๆ ในการคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาในสถาบันอุดมศึกษาคือวิสามัญ 1 คณิตศาสตร์ กข. เคมี ฟิสิกส์ ชีววิทยา ภาษาอังกฤษ กข. และความถนัดทางการแพทย์ หรือเคยช่วยปฏิบัติงานในโรงพยาบาลของรัฐครบตามเกณฑ์ที่กำหนด คือ ประมาณ อย่างน้อย 10 วัน ตลอดจนการสอบสัมภาษณ์และการตรวจร่างกาย เมื่อผ่านการทดสอบจึงมีสิทธิเข้าศึกษาแพทย์โดยมีสถาบันที่เปิดสอนวิชาการแพทย์ระดับปริญญาหลายแห่งในสังกัดทบวงมหาวิทยาลัย เช่น มหาวิทยาลัยมหิดล จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นต้น ผู้ที่จะเรียนแพทย์จะต้องมีฐานะทางการเงินพอสมควร เพราะค่าใช้จ่ายในการเรียนวิชาแพทย์ค่อนข้างสูงและใช้เวลานานกว่าการเรียนวิชาชีพอื่น ๆ รวมทั้งต้องเสียค่าบำรุงการศึกษา ค่าตำราวิชาการแพทย์และค่าอุปกรณ์ต่าง ๆ (ไม่น้อยกว่า 1 ล้านบาทเศษต่อคน)

หลักสูตรวิชาการแพทย์ระดับปริญญาตรีตามปกติใช้เวลาเรียน 6 ปี ในสองปีหลักสูตรการเรียนจะเน้นหนักด้านวิทยาศาสตร์ทั่วไปที่เป็นพื้นฐานสำคัญ ต่อจากนั้นจึงเรียนต่อวิชาการแพทย์โดยเฉพาะอีก 4 ปี เมื่อสำเร็จได้รับใบอนุญาตประกอบเวชกรรมของแพทยสภา มีสิทธิประกอบ

อาชีพแพทย์ได้ตามกฎหมาย โดยมีโอกาสเลือกสายงานได้ดังนี้ 1. เป็นแพทย์ฝ่ายรักษา 2. เป็นแพทย์ฝ่ายวิจัย⁴³

2.4 แนวคิดเกี่ยวกับระบบวิธีพิจารณาคดี

2.4.1 ระบบวิธีพิจารณาคดีและบทบาทของศาลในการค้นหาความจริงในคดี

ระบบวิธีพิจารณาคดีสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ ได้แก่ ระบบกล่าวหา (Accusatorial System) และระบบไต่สวน (Inquisitorial System) โดยทั้ง 2 ระบบมีรูปแบบการพิจารณาคดีและบทบาทของศาลในการค้นหาความจริงในคดีที่แตกต่างกัน ดังนี้

1) ระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ระบบกล่าวหาเป็นระบบพิจารณาคดีของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System)⁴⁴ ในระบบกล่าวหาผู้เสียหายจะมีอำนาจฟ้องคดีได้เองในฐานะเป็นผู้กล่าวหาและรวมถึงญาติของผู้เสียหายด้วยผู้พิพากษาจะเป็นคนกลางพิจารณาคดีโดยวาจาอย่างเปิดเผย และไม่มีอำนาจกล่าวหายกประเด็นแห่งคดี หรือนำสืบพยาน ดังนั้น คู่ความทั้ง 2 ฝ่ายจึงอยู่ในฐานะเท่าเทียมกันในขณะที่คู่ความฝ่ายหนึ่งนำเสนอพยานหลักฐานของฝ่ายตนเพื่อฟ้องร้องให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดหรือเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกระบวนการทางกฎหมาย คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิในการนำเสนอพยาน⁴⁵

หลักฐานต่อผู้พิพากษาเพื่อหักล้างข้อกล่าวหาได้อีกเช่นกัน⁴⁶ ระบบกล่าวหาจะเน้นความเป็นกลางของศาลผู้พิพากษาจึงมีบทบาทในการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีน้อยมากเป็นเรื่องของคู่ความแต่ละฝ่ายจะต้องนำเสนอข้อเท็จจริงและตรวจสอบข้อเท็จจริงกันเอง จึงมีการเรียกการดำเนินคดีระบบนี้ว่าเป็นระบบคู่กรณี (Adversary System) ในคดีแพ่งผู้พิพากษาจะวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดและไม่ยุ่งเกี่ยวกับการดำเนินคดีของทั้งสองฝ่าย ส่วนในคดีอาญา ผู้พิพากษาจะเข้าไปมีบทบาทในการซักถามพยานเพื่อความเป็นธรรมแก่จำเลยและเพื่อความชัดเจนในคดี แต่จะไม่ซักถามในเรื่องอื่นนอกเหนือไปจากที่คู่ความนำสืบโดยการดำเนินคดีต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของการพิจารณาและสืบพยานที่ผู้พิพากษาและคู่ความจะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดการกระทำผิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวอาจมีผลให้คดีต้องถูกยกฟ้องได้ และในท้ายที่สุด ผู้พิพากษาจะเป็นผู้ตัดสินให้

⁴³ สุนิษา ศรีเล็ก. (2563). *อาชีพหมอ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://sites.google.com/site/sunisasrile/mathakhwam-rucak-kan-di-kwa/xachiph-thi-fifan/xachiph-phnakngan-baychi>. [2563, 19 กุมภาพันธ์].

⁴⁴ โสภณ รัตนากร. (2549). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 1.

⁴⁵ อุดม รัฐอมฤต. (2555). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 25.

⁴⁶ อุดม รัฐอมฤต. (2535). การฟ้องคดีอาญา. *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 22 (2), หน้า 242.

ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ชนะคดีไปตามกระบวนการหรือเนื้อหาแห่งพยานหลักฐานที่คู่ความได้นำเสนอ⁴⁷

2) ระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ระบบไต่สวนเป็นกระบวนการค้นหาความจริงของกลุ่มประเทศในภาคพื้นยุโรปหรือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) เป็นระบบที่พัฒนาต่อมาจากการแก้แค้นเป็นการส่วนตัว มีการยกเลิกวิธีการให้ผู้เสียหายเป็นผู้กล่าวหาเอง และให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทำหน้าที่แทนผู้พิพากษาเปลี่ยนสถานะจากการเป็นคนกลางมาเป็นผู้ทำการไต่สวน มีอำนาจรวบรวมข้อเท็จจริงต่าง ๆ สืบสวนพยานและควบคุมการไต่สวนพยานเอง ดังนั้น การพิจารณาคดีจึงมิใช่เป็นการต่อสู้ระหว่างผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหาอีกต่อไป แต่จะเป็นการต่อสู้ระหว่างจำเลยกับรัฐ เป็นการพิจารณาที่ไม่ได้กระทำโดยเปิดเผย และพิจารณาคดีจากเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรมากกว่าการเบิกความ และเพื่อให้ผู้พิพากษาทำงานได้คล่องตัว กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในการพิจารณาคดีจึงไม่ค่อยเข้มงวดและไม่เน้นเรื่องความเท่าเทียมกันของคู่ความอย่างในระบบกล่าวหา⁴⁸

ระบบไต่สวนจะเน้นบทบาทของผู้พิพากษาในการค้นหาความจริง เรียกว่า หลักการไต่สวนโดยศาลที่ผู้พิพากษาสามารถเป็นผู้รวบรวมข้อเท็จจริงทั้งหลายในคดีด้วยตนเองเป็นระบบวิธีพิจารณาคดีที่เน้นการแสวงหาความจริงแท้ ที่มีได้จำกัดการพิสูจน์อยู่ที่พยานหลักฐานของคู่ความเท่านั้น แต่เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการแสวงหาข้อเท็จจริงได้อย่างเต็มที่⁴⁹ ดังนั้น ผู้พิพากษาจึงมีหน้าที่ต้องพิจารณาให้แน่ใจถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความนำเสนอและต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความมิได้นำเสนอด้วย⁵⁰

กล่าวโดยสรุป ระบบวิธีพิจารณาคดีทั้ง 2 ระบบ มีความแตกต่างกัน โดยระบบกล่าวหาจะเน้นในเรื่องสิทธิความเท่าเทียมกันและบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคู่ความเป็นสิ่งสำคัญ ผู้พิพากษามีบทบาทในการวางตัวเป็นกลางภายใต้กฎเกณฑ์ในการพิจารณาคดีที่เคร่งครัด ส่วนในระบบไต่สวนจะไม่เน้นหลักมีสิทธิเท่าเทียมกันของคู่ความ แต่จะเน้นในเรื่องของบทบาทของผู้พิพากษาในการค้นหาความจริงในคดีและควบคุมกระบวนการพิจารณาด้วยตนเอง ซึ่งจะทำให้ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวาง ไม่มีกฎเกณฑ์ในการพิจารณาคดี เพียงแต่มีการกำหนดวิธีปฏิบัติที่สำคัญไว้เท่านั้น

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

⁴⁸ โสภณ รัตนกร. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 44. หน้า 3-4.

⁴⁹ อุดม รัฐอมฤต. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 45. หน้า 26.

⁵⁰ ไพพัญญู หนูแท้. (2553). *บทบาทของศาลตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551: ปัญหาและอุปสรรค*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 68.

2.4.2 การพิจารณาและพิพากษาคดีของศาล

ในการพิจารณาและพิพากษาคดีของศาล การได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง ตรงตามความเป็นจริงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ความจริงที่ได้มานั้นอาจได้มาจากการนำเสนอของกลุ่มความ เช่น ข้อเท็จจริงที่กล่าวในคำฟ้อง คำให้การ คำร้อง คำคัดค้าน หรือคำแถลงต่าง ๆ หรือได้มาจากพยานเอกสาร พยานบุคคล หรือพยานวัตถุที่คู่ความอ้างอิง หรือได้มาจากการค้นหาความจริงของศาลเองก็ได้

ในทางทฤษฎีมีอยู่ 2 ระบบ คือระบบกล่าวหา (Adversary System) กับระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ระบบกล่าวหาเป็นระบบที่ศาลเข้าไปมีส่วนในการค้นหาความจริงน้อยมาก เพราะระบบกล่าวหาถือว่าเป็นหน้าที่ของกลุ่มความที่จะแสวงหาพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาล ผู้เชื่อมั่นในระบบกล่าวหายืนยันว่าภายหลังการเสนอข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ของกลุ่มความในคดีนั้น ความจริงจะปรากฏ และการที่คู่ความต้องรับผิดชอบในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อเสนอต่อศาล จะเป็นการบังคับให้คู่ความต้องมีความละเอียดรอบคอบในการตั้งรูปคดีและถ้อยแถลงพยานหลักฐานที่จะเสนอต่อศาลให้มีแต่พยานหลักฐานที่มีน้ำหนักอันควรรับฟังเท่านั้น ศาลในระบบกล่าวหาจะวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัดจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับการค้นหาความจริงต่อเมื่อมีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ของกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ระบบกล่าวหาจะเคร่งครัดกับกฎหมายวิธีพิจารณาความ เพราะถือว่าเป็นคติที่ทำให้คู่ความมีโอกาสเท่าเทียมกันในการเสนอข้อเท็จจริงต่อศาล ระบบกล่าวหาให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของจำเลย เพราะจะทำให้จำเลยมีโอกาสต่อสู้คดีอย่างเต็มที่⁵¹

ส่วนระบบไต่สวนเป็นระบบที่เน้นการค้นหาความจริง ในกรณีที่พยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอศาลไม่เพียงพอที่จะทำให้ศาลแน่ใจในข้อเท็จจริง ศาลมีอำนาจอย่างเต็มที่ที่จะแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินคดีอย่างครบถ้วน ศาลในระบบไต่สวนจึงมีบทบาทอย่างสูงในการค้นหาความจริง และเพราะเหตุที่ระบบไต่สวนเน้นการค้นหาความจริง หลักเกณฑ์ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีไม่ว่าจะเป็นเรื่องการอ้างพยานหลักฐาน การสืบพยาน หรือเรื่องอื่น ๆ ในศาล หากจะทำให้ความจริงปรากฏย่อมสามารถยืดหยุ่นได้เสมอ ระบบไต่สวนจะไม่ยอมให้มีการแพ้ชนะกัน เพราะเทคนิคทางกฎหมายที่มีได้เกี่ยวกับเนื้อหาของคดีระบบไต่สวน อาจให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของจำเลยค่อนข้างน้อย ดังจะเห็นได้จากการที่ระบบไต่สวนยอมให้มีการพิจารณาคดีลับหลังจำเลยได้ เป็นต้น⁵²

⁵¹ อธิคม อินทุมูมิ. (2562). แนวคิดและหลักการของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาว่าด้วยการเลือกสมาชิกวุฒิสภาและการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร. *จุลสารศาลฎีกา*, เมษายน – มิถุนายน, หน้า 9.

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 227 วรรคสอง ให้ใช้ระบบไต่สวนในการพิจารณาพิพากษาคดีเลือกตั้งที่อยู่ในอำนาจของศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาทั้ง 2 ฉบับจึงมีกลไกของการค้นหาความจริงในระบบไต่สวนปรากฏอยู่หลายเรื่อง ดังเช่น

1) การไม่เคร่งครัดในกระบวนการพิจารณา เช่น ในข้อที่ว่าระยะเวลาที่กำหนดในระเบียบหรือตามที่ศาลกำหนดศาลมีอำนาจยื่นหรือขยายได้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หรือในกรณีที่คู่ความดำเนินกระบวนการไม่ถูกต้องศาลอาจสั่งให้ดำเนินกระบวนการให้ถูกต้องได้ภายในระยะเวลาและเงื่อนไขที่ศาลเห็นสมควร หรือในข้อที่ว่าการยื่นบัญชีระบุงานเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาที่กำหนด สามารถกระทำได้หากมีเหตุอันสมควรและศาลอนุญาต เป็นต้น

2) การค้นหาความจริงโดยศาล ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาทั้ง 2 ฉบับมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องนี้เช่น ในข้อที่ให้มีเลขานุการและเจ้าหน้าที่ประจำองค์คณะเพื่อช่วยเหลือศาลในการค้นหาความจริงให้ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาไต่สวนเองให้ศาลมีอำนาจถามพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดีแม้จะไม่มีคู่ความยกขึ้นอ้าง หรือในข้อที่ว่ากรณีที่ผู้คัดค้านไม่มาศาลในวันนัดไต่สวน ศาลมีอำนาจนำพยานหลักฐานที่ผู้คัดค้านยื่นพร้อมคำคัดค้านมารับฟังประกอบการวินิจฉัย และในกรณีที่คู่ความไม่ได้ยื่นบัญชีระบุงาน หรือมิได้ส่งพยานหลักฐานต่อศาลในวันนัดตรวจพยานหลักฐาน เพราะเหตุผู้คัดค้านไม่มาศาลและไม่มีทนายความ รวมทั้งในกรณีที่คู่ความมิได้โต้แย้งพยานหลักฐานในวันนัดตรวจพยานหลักฐานศาลจะไต่สวนหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเพิ่มเติมก็ได้⁵³

3) การไต่สวนพยานบุคคล การถามพยานบุคคลเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลตามหลักการของระบบไต่สวน เพราะระบบไต่สวนไม่ต้องการให้เกิดการโต้แย้งเปรียบเทียบเปรียบเทียบกันในเชิงคดีอันเนื่องมาจากกลยุทธ์ในการถามพยานของทนายความ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาทั้ง 2 ฉบับจึงกำหนดให้ไต่สวนพยานบุคคลเป็นอำนาจหน้าที่ของศาล โดยเมื่อพยานมาอยู่ต่อหน้าศาล ศาลจะต้องแจ้งให้พยานทราบประเด็นและข้อเท็จจริงที่จะทำการไต่สวน แล้วให้พยานเบิกความด้วยตนเองหรือตอบคำถามศาล โดยศาลมีอำนาจถามพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีแม้จะไม่มีผู้ร้องหรือผู้คัดค้านยกขึ้นอ้างก็ตาม แล้วจึงอนุญาตให้ผู้ร้องและผู้คัดค้านถามพยานเพิ่มเติม อันเป็นกระบวนการไต่สวนพยานบุคคลเช่นเดียวกับคดีที่ใช้ระบบไต่สวนทุกประเภทในศาลยุติธรรมไทย

4) การไม่เคร่งครัดกับหลักวาจา (Principle of Orality) ระบบไต่สวนให้อำนาจศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาในชั้นก่อนการพิจารณาเป็นพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาได้และให้ความสำคัญกับพยานที่เป็นลายลักษณ์อักษร ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาทั้ง 2 ฉบับ จึงมีข้อกำหนดให้ศาล

⁵³ อธิคม อินทุมณี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50. หน้า 10.

นำสำนวนการสืบสวนหรือไต่สวนของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นหลักในการพิจารณาโดยศาล มีอำนาจไต่สวนเพิ่มเติมได้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม และศาลอาจกำหนดให้พยานเสนอบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นต่อศาลตามประเด็นที่ศาลกำหนดหรือคู่ความร้องขอ แทนการซักถามพยานด้วยวาจาได้และบางกรณีศาลอาจให้พยานเสนอบันทึกถ้อยคำดังกล่าวโดยพยานไม่ต้องมาศาล⁵⁴

2.4.3 ระบบวิธีพิจารณาคดี

ตามกฎหมายวิธีพิจารณาตามหลักสากลที่ยอมรับมีอยู่สองระบบ หรือ ระบบกล่าวหา และระบบไต่สวน แต่ก่อนที่จะพิจารณาว่าระบบไต่สวนหรือระบบกล่าวหาเป็นเช่นใดนั้น ความเข้าใจเสียก่อนว่าได้นักวิชาการให้คำนิยามระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนโดยอาศัยแนวความคิดที่แตกต่างกัน โดยฝ่ายแรก ได้แย่งแยกโดยใช้บทบาทศาลและคู่ความในการพิจารณาหลักเกณฑ์ฝ่ายที่สองได้แยกโดยใช้อำนาจการพิจารณาคำวินิจฉัยเป็นแนวในการแบ่งแยก⁵⁵

2.4.3.1 ระบบไต่สวน

ระบบไต่สวนเป็นระบบการดำเนินคดีในยุโรปดั้งเดิม ที่ศาลมีบทบาทหน้าที่ทั้งการสอบสวนและการพิจารณาพิพากษาคดี โดยศาลมีอำนาจที่จะสืบพยานเพิ่มเติมหรือคดีสืบพยาน ทั้งนี้เพื่อค้นหาข้อเท็จจริงใกล้เคียงความจริงมากที่สุด การกำหนดระเบียบวิธีเกี่ยวกับการสืบพยานมีน้อย มักจะไม่มีหลักเกณฑ์การสืบพยานที่เคร่งครัดมากนัก โดยเฉพาะจะไม่มีบทคัดพยานที่เด็ดขาด แต่จะเปิดโอกาสให้มีการเสนอพยานหลักฐานทุกชนิดสู่ศาล ศาลจึงมีสิทธิรับฟังพยานนอกเล่าได้และศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง การพิจารณาโดยเฉพาะคดีอาญา จะมีลักษณะเป็นการดำเนินการระหว่างศาลกับจำเลย โจทก์ไม่มีบทบาทในการสืบพยานน้อยมาก โจทก์เป็นเพียงผู้ช่วยเหลือศาลในการค้นคว้าหาพยานหลักฐานเท่านั้น ในระบบไต่สวนจะไม่ใช้หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้กับจำเลย (in dubio pro reo) ดังนั้น จำเลยจึงมีหน้าที่สำคัญในการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองให้ชัดเจน พยานหลักฐานของฝ่ายจำเลยก็สามารถนำมาลงโทษแก่จำเลยได้⁵⁶

2.4.3.2 ระบบกล่าวหา

ระบบกล่าวหาเป็นระบบการดำเนินคดีอาญาในปัจจุบันซึ่งแก้ไขข้อบกพร่องของการดำเนินคดีในระบบไต่สวน ระบบกล่าวหาที่มีลักษณะสำคัญคือ ศาลมีบทบาทจำกัดเป็นเพียงผู้ตัดสินคดีเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการสืบพยานเพิ่มเติมหรือช่วยคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแสวงหาพยานหลักฐาน

⁵⁴ อธิคม อินทุมณี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50. หน้า 10.

⁵⁵ รุณันท์ วรรณโกวิท. (2553). ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองกับระบบไต่สวน. *วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์*, 5 (1), หน้า 100-101.

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 100-101.

การดำเนินการพิจารณามีหลักเกณฑ์ละเอียดปลีกย่อยมาก ศาลใช้ดุลพินิจได้น้อยมาก คู่ความสองฝ่าย มีบทบาทสำคัญเป็นคู่ต่อสู้ซึ่งกันและกันเห็นได้ชัด ในคดีอาญา ศาลจะไม่ช่วยโจทก์แสวงหาพยานหลักฐาน ดังนั้น บางครั้งศาลอาจยกฟ้องทั้ง ๆ ปรากฏว่าจำเลยกระทำความผิดก็ได้ แต่พยานหลักฐานโจทก์มีข้อน่าสงสัย ต้องยกผลประโยชน์แห่งความสงสัยให้กับจำเลย และในระบบกล่าวหานี้ มีหลักเกณฑ์การสืบพยานที่เคร่งครัดมาก ศาลมีโอกาสใช้ดุลพินิจได้น้อย มีบทคัดพยานเด็ดขาด ไม่ยอมให้ศาลรับฟังพยานนั้นเข้าสู่สำนวนความเลย นอกจากนี้มีการห้ามใช้คำถามนำในการถามพยานตนเอง⁵⁷

ข้อแตกต่างระหว่างระบบกล่าวหา กับระบบไต่สวน มีข้อเปรียบเทียบได้ดังนี้⁵⁸

ประการแรก ในระบบกล่าวหาศาลมีบทบาทในการพิจารณาคดีค่อนข้างจำกัด โดยเป็นกรรมการผู้ดูแลให้คู่ความดำเนินคดีไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ไม่มีอำนาจสืบพยานเอง แต่ตามระบบไต่สวน ศาลมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี จะสั่งสืบพยานเพิ่มเติม หรือดสืบพยานก็ได้ กำหนดระเบียบวิธีการเกี่ยวกับการสืบพยานมีน้อย เพราะศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง

ประการที่สอง คู่ความในระบบกล่าวหาจะมีบทบาทสำคัญในการต่อสู้คดี โดยเสนอข้อเท็จจริงและตรวจสอบข้อเท็จจริงกันเอง (adversary system) แต่ในระบบไต่สวน โดยเฉพาะในคดีอาญา จะเป็นการดำเนินคดีระหว่างศาลกับจำเลย โจทก์เป็นเพียงผู้ช่วยเหลือศาลในการค้นหาข้อเท็จจริงเท่านั้น

ประการที่สาม ตามระบบกล่าวหา มีหลักเกณฑ์การนำสืบพยานเคร่งครัดมาก เช่น มีบทคัดพยาน (Exclusionary Rule) ไม่ยอมให้ศาลรับฟังพยานนั้นเข้าสู่สำนวนความเลย ทั้งการใช้คำถามซักถาม ถามค้าน ก็ต้องอยู่ในบังคับกฎหมายอย่างเคร่งครัด หากบกพร่องหรือผิดพลาดไปจากนี้ ศาลจะไม่เชื่อเลย ต่างกับระบบไต่สวนที่เปิดโอกาสให้มีการเสนอพยานหลักฐานต่อศาลได้ โดยไม่จำกัด กำหนดระเบียบวิธีการ (Technicality) เกี่ยวกับการสืบพยานมีน้อย และไม่เป็นสาระสำคัญ ศาลจึงมีดุลพินิจอย่างกว้างขวาง

ข้อดีและข้อเสียของระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน มีดังนี้⁵⁹

ข้อดีของระบบกล่าวหา คือ ฐานะของจำเลยถูกเปลี่ยนจากผู้ถูกซักฟอก ในฐานะเป็นกรรมแห่งคดี มาเป็นผู้ร่วมในการเสนอข้อเท็จจริง และรวมในการค้นหาความจริงในกระบวนการพิจารณา ซึ่งว่าเป็นประธานแห่งคดี ดังนั้น จำเลยจึงได้รับสิทธิต่าง ๆ ที่จะต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ หรือการวางเฉย

⁵⁷ เจ็มซัย ชุตินวงศ์. (2541). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 2-3.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2-3.

⁵⁹ ชัยศักดิ์ กฤษณจินดา. (2541). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*. กรุงเทพฯ: อักษร. หน้า 7.

ในการดำเนินคดีเพราะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะได้รับการพิพากษาตัดสิน จากศาลว่าเป็นผู้กระทำความผิด

ข้อเสียของระบบกล่าวหา คือ เมื่อจำเลยได้รับการยกฐานะเป็นประธานในคดีแล้ว จำเลยจะมีโอกาสในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ทำให้อาจมีการพิพากษายกฟ้องจำเลยโดยอาศัย เทคนิคทางกระบวนการพิจารณาคดี และจำเลยอาจหลุดพ้นคดีเพียงเพราะพยานหลักฐานยังเพียงพอ และพยานหลักฐานน่าสงสัย ทำให้ไม่ได้ความจริงแห่งคดีที่ครบถ้วนและรอบด้าน ศาลมีบทบาทในการเสาะหาข้อเท็จจริงในคดีนี้้อยมาก เป็นเรื่องของคู่ความแต่ละฝ่ายจะต้องเสนอข้อเท็จจริงและ ตรวจสอบข้อเท็จจริงกันเอง จึงมักจะปรากฏอยู่เสมอว่าจำเลยชนะคดีเนื่องกฎหมายวิธีพิจารณาความ

ข้อดีของระบบไต่สวน คือ มีความรวดเร็วในการพิจารณาคดี คู่ความไม่อาจที่จะ ประวิงคดีได้ และทำให้คดีได้ข้อเท็จจริงที่รอบด้านครบถ้วน ถ้ามีหลักฐานฟังได้ว่าจำเลยกระทำ ความผิดก็ลงโทษได้ การสงสัยไม่แน่ใจว่าจำเลยทำผิดหรือไม่ จึงไม่น่ามีได้ เพราะถ้าสงสัยศาลก็ ต้องค้นหาความจริงจนถึงที่สุดให้สิ้นสงสัย ถ้าค้นหาความจริงจนที่สุดแล้ว ไม่มีพยานหลักฐาน เพียงพอก็พิพากษายกฟ้องไป

ข้อเสียของระบบไต่สวน คือ การให้อำนาจชี้ขาดทั้งกระบวนการอยู่ในดุลพินิจของคน เพียงคนเดียว โดยไม่มีการตรวจสอบหรือคานอำนาจหน้าที่ ดังนั้น จึงอาจเกิดกรณีที่มีการพิจารณา และการพิพากษานั้นมิได้เกิดจากความบริสุทธิ์ใจ หรือมีอคติต่อจำเลยโดยง่าย และการที่ถือว่าจำเลย เป็นกรรมแห่งคดี ทำให้ผู้นั้นไม่มีโอกาสแก้ข้อกล่าวหา และศาลจะต้องลดตัวมาทำหน้าที่เป็น ทนายความเสียเองด้วย

แต่ก็เป็นที่ยอมรับในปัจจุบันว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความในปัจจุบันทั่วโลกมิได้ใช้ ระบบใดทั้งหมดเพียงระบบเดียว แต่จะเป็นระบบผสมผสานทั้งระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน แต่ขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศว่าได้พื้นฐานเดิมนั้นเป็นระบบใดมากกว่า เช่น ภาคพื้นยุโรปเน้นหลักไป ในทางระบบไต่สวน และกลุ่มกฎหมายคอมมอนลอว์จะเน้นหลักไประบบกล่าวหา เท่านั้น

2.4.3.3 ระบบผสม⁶⁰

ระบบการค้นคว้าข้อเท็จจริงในกฎหมายลักษณะพยานมีวิวัฒนาการมาจากระบบ กล่าวหาและระบบไต่สวน ซึ่งมีวิธีการและสาระสำคัญแตกต่างกัน แต่ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยมีระบบการค้นคว้าข้อเท็จจริงแบบผสม โดยนำส่วนที่ดีของทั้ง 2 ระบบ มาผสมผสานกัน

⁶⁰ สมศักดิ์ อินทร์พันธ์. (2535). *วิธีพิจารณาความของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 37.

ระบบกล่าวหา ระบบไต่สวน ระบบผสม ซึ่งการค้นคว้าข้อเท็จจริงในระบบกล่าวหาชั้นศาลเป็นผู้ตัดสินคดีที่วางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด โดยผู้ความเป็นผู้มีหน้าที่ที่ต้องเสนอพยานหลักฐานต่อศาล กฎเกณฑ์การสืบพยานจึงต้องมีความเคร่งครัด

การค้นคว้าข้อเท็จจริงในระบบไต่สวน ศาลเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงต่าง ๆ ไม่ใช่เพียงแต่จากพยานหลักฐานที่คู่ความเสนอ แต่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจเรียกพยานหลักฐานมาสืบเองได้ โดยมีกฎเกณฑ์การสืบพยานที่ไม่เคร่งครัด

ระบบไต่สวนและระบบกล่าวหาต่างก็มีวิวัฒนาการในการแก้ไขข้อบกพร่องของแต่ละระบบ และได้มีการนำข้อดีของอีกระบบหนึ่งเข้ามาปรับใช้ ระบบการค้นคว้าข้อเท็จจริงของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบันจึงคลี่คลายจนใกล้เคียงกัน เป็นระบบผสม

ในกรณีของประเทศไทยนั้น จะเห็นได้ว่า ระบบการค้นคว้าข้อเท็จจริงในกฎหมายลักษณะพยานของไทยมีหลักเกณฑ์ที่เป็นการผสมผสานกันระหว่างระบบไต่สวนและระบบกล่าวหา

2.4.3.4 ระบบภาคพื้นยุโรป⁶¹

ก่อนที่จะเข้าสู่ยุคกลางในคริสต์ศตวรรษที่ 12 นั้น การดำเนินคดีอาญาของประเทศในทวีปยุโรปจะใช้วิธีพิจารณาแบบกล่าวหา ในการวินิจฉัยว่าบุคคลผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำผิดหรือเป็นผู้บริสุทธิ์ ในระบบดังกล่าวถ้าหากความคิดที่กระทำลงไม่ใช่ความผิดซึ่งหน้าแล้ว บุคคลจะถูกพิพากษาได้ต่อเมื่อบุคคลนั้นตกเป็นจำเลยอย่างเป็นทางการโดยพิจารณาจากพยานหลักฐานที่เพียงพอหรือโดยการสอบสวนจุดอ่อนของระบบนี้ก็คือ การพิจารณาคดีขึ้นอยู่กับกรกล่าวหาของพยานและพยานบุคคลที่รู้เรื่องเหตุการณ์คืออาจถึงเลที่จะให้ความร่วมมือ และจำเป็นต้องมีบทลงโทษสำหรับการกล่าวหาที่เป็นเท็จเพื่อปรับปรำคู่พิพาท เมื่อต้องเผชิญกับความยุ่งยากในการพิสูจน์ความจริง จึงได้มีการนำวิธีพิจารณาคดีอย่างเช่นการทรมานหรือการต่อสู้กันมาใช้ในการค้นหาความจริง ซึ่งวิธีพิจารณาคดีดังกล่าวก็ไม่ใช่วิธีการที่เหมาะสมในการค้นหาความจริงหรือการแก้ปัญหาคัดแย้งระหว่างกัน

⁶¹ วิษณุ เครืองาม. (2544). *สกุลกฎหมายสำคัญของโลกปัจจุบัน* (พิมพ์ครั้งที่ 3). ใน เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ โดยมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์. หน้า 38.